جامعة 8 ماي 1945 – قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم العلوم القانونية والإدارية
تخصص : قانون أعمال

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون

الكفالة كضمانة للإئتمان البنكي

إعداد الطالبة:
* عيادي بشرى

تحت إشراف :
الدكتور: براحلية زوبير

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الاسم و اللقب	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	د/ شوايدية منية	8 ماي 1945	أستاذ محاضر – أ–	رئيسا
02	د/ براحلية زوبير	8 ماي 1945	أستاذ محاضر – ب–	مشرفا
03	أ/ موشارة حنان	8 ماي 1945	أستاذ مساعد – أ–	مناقشا

2019-2018

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر والتقدير

اللهم لا علم إلا ما علمتنا، أنك أنت العزيز الحكيم.

الحمد لله الذي علم الإنسان بعد جهل، وهداه بعد الضلال،ووفقه بعد غفلة،

أشكر الله وأحمده الذي أعانني على إتمام هذا العمل

والذي أتمنى أن يكون في المستوى المطلوب.

اخص بالشكر الأستاذ المشرف " براحلية زوبير " الذي قدم لي يد العون له كل الشكر والإحترام والتقدير : فجزاه الله خيرا،

فهو الذي أسدا لي التوجه لإتمام هذا العمل على أحسن وجه.

كما أتقدم بأحلى وأرق كلمات الشكر لجميع الأساتذة الذين رافقونا خلال طورنا الدراسي.

وشكرا لكل من يحمل مشعل العلم نور لكل الآمال القادمة.

نسال الله عز وجل أن يجزيهم عنا خير الجزاء.

مقدمة

يتطلب عالم المال و الأعمال الكثير من الحنكة والمهارة، التي يجب أن تتوفر في التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا . وذلك نتيجة العمليات التجارية من جهة والمنافسة التي يعرفها السوق يوما بعد يوم من جهة ثانية .

تعتبر الجزائر من الدول التي تعمل على تطبيق آلية الضمانات في البنوك، خاصة أن الإقتصاد الجزائري عرف أزمات في الفترة الأخيرة وهو ما نلاحظه من خلال تزايد المؤسسات الإقتصادية . وكذا تطور الجهاز الإقراضي لدى البنوك الجزائرية مما أدى إلى رقي نظام البنوك تماشيا مع هذا التطور، وذلك بالأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض ،[1] لمختلف الأنظمة المصرفية والمالية المتعامل بها في هذا الميدان ، وهذا مما أدى إلى زيادة تفعيل الضمانات كدعامة رئيسة يبنى عليها قرار الإقراض، فالمقترض يأمل في توسيع نشاطه و تطوير قدرته في الإستثمار من خلال لجوءه إلى عملية الإقراض من جهة، والبنك في المحافظة على ملاءته الإتمانية لما يقدمه من أموال لعملائه وهذا من جهة أخرى، وبالتالي للوصول إلى هذه النتيجة يستحيل البنك منح أي قرض دون قبض ضمانات تؤمن تغطية المبالغ المستحقة ، فلا شك أن عملية الضمان في هذا المجال هي من مصلحة المدين أيضا، إذ بفضلها يستطيع أن يجد الإئتمان الذي قد لا يتوفر له بغير هذا الضمان . ومن ثم فإن تقدم القرض وتطوره يعتمد على حسن تنظيم هذه الضمانات .[2]

وبما أن المصارف تعتبر عصب الإقتصاد، وذلك للدورالأساسي الذي تلعبه من خلال دورها كوسيط بين المودعين الذين يشكلون جانب عرض الأموال في النظام المصرفي، والمقترضين الذين يشكلون جانب الطلب على هذه الأموال . وتماشيا مع التقدم المذهل الحاصل في مختلف المجالات، وتطور العلاقات الإقتصادية والإجتماعية المتزايدة، وتعدد وتنوع العقود والمعاملات، تغيرت نظرة المصارف من مجرد وسيط بين المقترضين والمودعين على إعتبارها جهازا فعال يعتمد عليه في تطوير وتنمية مختلف قطاعات الإقتصاد من خلال تقديمها للعديد من الخدمات ، والتسهيلات الإئتمانية التي يصعب حصرها سواء كانت التسهيلات مباشرة تنشأ بوضع المبالغ تحت تصرف الزبون أوغير مباشرة تنشأ بمجرد توقيع

[1] – الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتضمن قانون النقض والقرض، الجريدة الرسمية العدد 52، 2003، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010.

[2] – رضا رشيد عبد المعطي، إدارة الإئتمان، دار الوائل للنشر و التوزيع، الأردن، 1999، ص 209.

المصرف بضمان زبونه في علاقاته مع الغير، حيث يقتصر دوره على إقراض توقيعه لمنح الثقة أو الضمان للزبون .[1]

فالضمانات الشخصية سرعان ماإستعادت مكانتها في مجال المال والأعمال بسبب تميزها بسهولة التعامل بها، خاصة في حالة عدم وجود المال المراد رهنه أو في حالة عدم الرغبة في حبسه، الأمر الذي نتج عنه تراجع التأمينات العينية لفائدة التأمينات الشخصية.

تعد الكفالات من التسهيلات غير المباشرة ، شاع إستخدامها أولا في الولايات المتحدة الأمريكية و بريطانيا ومنهما إنتشرت إلى باقي أنحاء العالم بسبب تطور العلاقات التجارية العالمية و تشجيع زيادة عملية التواصل بين البلدان .

لم تعد الكفالة كما كانت سابقا فيما بين الأقرباء و الأفراد أنما أصبحت من صميم و إختصاص البنوك و المؤسسات المالية بإعتبارها شخص معنوي معروف عنها ملاءة الذمة المالية ، وعليه تختلف طبيعة الضمانات المطلوبة تبعا لنوع الإئتمان المقدم ، فإذا تعلق الأمر بقروض متوسطة أو طويلة الأجل طلبت في المقابل ضمانات عينية ، أما إذا تعلق الأمر بقروض قصيرة الأجل إكتفت بطلب ضمانات شخصية التي تضاف إلى إلتزام المدين على سبيل الضمان.

- **أسباب اختيار الموضوع:**

تتمثل أهم الأسباب والدوافع التي أدت بي لإختيار هذا الموضوع إلى الأسباب الموضوعية : التي تتجلى في أهمية الكفالة في الحياة العملية وسهولة التعامل بها، إضافة إلى ظهور الكفالة كأهم صورة من صور التأمينات الشخصية في صورة جديدة تبلورت وسط الكفاءات المالية للقطاع البنكي والمعاملات التجارية بصفة عامة مما يؤدي إلى معرفة مدى فعالية الكفالة كضمانة للإئتمان مما أدى إلى رفع مستوى المقاولات وذلك بتقديمها دعما أكثر لفائدة الفاعلين الإقتصاديين، وتأمينا أفضل لفائدة البنوك و دورها في تشجيع الإستثمار ، إضافة إلى أنه يعتبر من المواضيع الشيقة التي ساهمت في خلق ثقة كبيرة لدى لبنوك.

أما الأسباب الذاتية التي دفعتني إلى إختيار موضوع الكفالة كضمانة للائتمان البنكي هو الميول والرغبة الشخصية لمحاولة الإستفادة و لو بجزء قليل من المعرفة في البحث بالمواضيع

[1] Un mot de Mr Larbi , le directeur générale de la caisse centrale de garantie, tiré d'une brochure:La C.C.G, partenaire des banques ,soutien des entreprise .

الخاصة في هذا المجال كونه موضوع حديث ويعتبر عصب المال والأعمال في عصرنا مما يتوافق مع تخصصي هذا، إضافة إلى إثراء المكتبة القانونية لجامعتنا بهذا العمل المتواضع .

- **أهمية الموضوع:**

تكمن أهمية هذا الموضوع في الأهمية العملية للكفالة البنكية في المزايا المتعددة التي تضعها رهن إشارة الأطراف حيث أنها تقدم للزبون الائتمان الذي يريده، والذي يسعى للحصول عليه وتعتبر أداة إثبات للمؤسسة البنكية للحصول على أموالها.

أما الأهمية العلمية لدراسة هذا الموضوع في التقليل من المشاكل التي تواجهها البنوك و المقترضين، إضافة إلى أهمية الكفالة أصبحت من أكثر العمليات التي تقوم بها المؤسسات البنكية

- **الدراسات السابقة:**

هذا الموضوع المتمثل في الكفالة كضمانة الإئتمان البنكي كان مجالا خصبا لعدة دراسات تناولته من عدة جوانب منها :

الدراسة الأولى: عمر حمزة ،الإئتمان البنكي "بين الكفالة كضمان شخصية والرهن الرسمي كضمانة عينية، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس، السويسي ، الرباط، 2011/2010 .

الدراسة الثانية: مبروك سمية عبير، دور الضمانات في التقليل من المخاطر البنكية، دراسة إستطلاعية من وجهة نظر عينة من موظفي بعض الوكالات البنكية بأم البواقي " BNA ،CNEP، BADR "، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية العلوم الإقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي ، 2015/2014 .

الدراسة الثالثة:حمداوي صورارية ومسعودان فتيحة، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة لنيل شهادة الماستير ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2013.

- **صعوبات الدراسة:**

في سبيل إنجاز هذا الموضوع صادفت عدة صعوبات :

ليست لصعوبته في حد ذاته بل لكيفية توظيف المعلومة المتحصل عليها وفق طريقة منهجية ، خاصة أن الكتب تعالج موضوع الكفالة بصورة مختصرة، بالإضافة إلى عرض النصوص التشريعية و الأنظمة و مناقشتها ، دون أن ننسى الوضع الإستثنائي المتمثل في

إغـلاق المكتبـات الجامعيـة فـي جميـع الولايـات فـي فتـرة إنجـاز العمـل، مـع ضـيق الوقـت الـذي لا يتناسب مع أهمية الموضوع.

- **الإشكالية:**

ومن هنا كانت الإشكالية التي تؤطر الدراسة تتمحور حول :

مامدى نجاعة و فعالية الكفالة كضمانة للإئتمان لدى البنوك ؟

و يتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية عدة تساؤلات فرعية تتمثل في مايلي :

– مـاهو سـبب وراء عـدول المشـرع الجزائـري عـن تنظـيم أحكامهـا فـي إطـار تشـريعي خـاص بها ؟

– هـل إسـتطاعت التكييـف مـع القواعـد العامـة المنظمـة فـي القـانون المـدني رغـم قـدمها ؟ أم هناك ضمانات مستحدثة تتناسب مع نوعية القروض ؟.

- **منهج الدراسة:**

للاجابـة علـى هـذه الاشـكالية اتبعـت فـي دراسـتي لهـذا الموضـوع المـنهج التحليلـي الوصـفي بشـكل عـام لابـراز الكفالـة فـي القواعـد العامـة المنصـوص عليهـا فـي القـانون المـدني المقننـة أحكامـه فـي القـانون المـدني الجزائـري الموجـودة فـي البـاب الحـادي عشـر المعنـون بالكفالـة مـن الكتـاب الثـاني الإلتزامـات و العقـود مـن جهـة ، والقـوانين و الأنظمـة الخاصـة بمجـال إسـتخدامها وتحليلـه بشـكل واضـح ودقيـق ، إضـافة إلـى المـنهج المقـارن بـالرجوع إلـى التشـريعات المقارنـة خاصـة التشـريع المصـري و الفرنسـي ، هـذا لأن دائـرة البحـث لـم يـتم حصـرها فـي نطـاق قـانون خاص .

- **تقسيم الدراسة:**

للإجابة على هذه الإشكالية وتحقيقا لأهداف الدراسة، إعتمدت خطة ثنائية التقسيم:

الفصـل الأول: تطرقـت فيـه إلـى الإطـار المفـاهيمي للكفالـة البنكيـة، حيـث إرتئيـت فـي المبحـث إلـى ماهيـة عقـد الكفالـة فـي القواعـد العامـة ، ومفهـوم الكفالـة البنكيـة و أنواعهـا فـي المبحـث الثـاني ، أما المبحث الثالث مراحل إبرام عقد الكفالة البنكية .

الفصـل الثـاني: تطرقنـا فيـه لأحكـام عقـد الكفالـة البنكيـة، حيـث تناولـت فـي المبحـث الأول إلتزامـات الأطـراف ، وخصصـنا المبحـث الثـاني لحـالات الإنقضـاء، و المبحـث الثالـث تطرقـت فيـه إلـى فعالية الكفالة البنكية .

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية

الكفالة التي نعنيها في موضوعنا هذا و نتصدى لها بالحديث هي الكفالة التي تعتبر من أهم التأمينات الشخصية في مجال الإئتمان ، الذي بدوره أصبح عصب الحياة المدنية و التجارية على حد سواء في وقتنا الحالي ، كانت في القديم خدمة يقدمها الأفراد في ما بينهم على سبيل التبرع ، وبتطور المعاملات في مختلف المجالات أصبحت من ممارسات البنوك و المؤسسات المالية .

تبناها العرف المصرفي لتلبية حاجيات و متطلبات العملاء، المتمثلة في ضم ذمة البنك الكفيل مع ذمة عميله المدين ، فالكفالة في مجال الإئتمان البنكي تأخذ نفس أحكام الكفالة الشخصية إلا أنها تعتبر عملا تجاريا بحسب الموضوع .

هذا ما سوف نوضحه بوضوح في هذا الفصل، حيث إرتئيت تقسيمه إلى ثلاث مباحث . تناولت ماهية عقد الكفالة في القواعد العامة في المبحث الأول، و مفهوم الكفالة البنكية وأنواعها في المبحث الثاني، أما المبحث الثالث خصص إلى مراحل إبرام عقد الكفالة البنكية .

المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة في القواعد العامة

تعتبر الكفالة من التأمينات التي تضمن للدائن الحصول على حقه في حالة إعسار مدينه، وفي هذا المبحث نحاول دراسة ماهية عقد الكفالة من حيث مفهومها في المطلب الأول, و المطلب الثاني تناولت أنواع عقد الكفالة وأركانها .

المطلب الأول: مفهوم عقد الكفالة

أورد المشرع الجزائري تعريف الكفالة في المادة 644 من القانون المدني[1]، سنقوم بتحليل هذا التعريف حتى يمكننا من إستخلاص الخصائص المميزة لعقد الكفالة، وعلى ذلك سوف نتطرق إلى تعريف عقد الكفالة في الفرع الأول، وخصائصها في الفرع الثاني

الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة:

لتعريف عقد الكفالة سنتطرق أولا للتعريف اللغوي والشرعي والقانوني.

أولا: تعريف الكفالة لغة

الكفالة في اللغة تعني الضمان، وهي كلمة مشتقة من الفعل كَفَلَ، والكِفل بكسر الكاف يعني الصفف والنصيب والحظ [2]، قال تعالى: " يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَآمِنُوا بِرَسُولِهِ يُؤْتِكُمْ كِفْلَيْنِ مِن رَّحْمَتِهِ...". [3]

ويقال كَفَلَ المال، وكَفِل عنه المال لغريمه فهو كافل، وأكفل فلانا المال أي جعله يضمنه، والجمع أكفال، والكفل أيضا: الذي لا يثبت على ظهور الخليل.

والكفيل يعني الضامن وجمعه: كُفلاء، أما الكافل فهو الذي يكفل إنسانا يعوله أي العائل [4]، ومنه قوله تعالى: "... وكفلها زكريا ..." [5]ـ أي ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها، من كفل

---

[1] –الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44 .

[2]– محمد الدين بن يعقوب الفروزابادي، القاموس المحيط، الطبعة الخامسة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 1996، ص 1361.

[3]– سورة الحديد، الآية 28.

[4] – مرعشي أسامة، مرعشي نديم، الصحاح في اللغة والعلوم، المجلد الثاني، دار الحضارة العربية، بيروت، لبنان، ص 400.

[5]– سورة آل عمران، الآية 37.

المال بالمال ضمنه وكفل بالرجل يكفلُ كُفلا وكفولا كفالة، وكفُل وكَفِل وتكفل به كله: أي ضمنه، وكفلت عنه المال لغريمه وتكفل بدينه تكفلا. [1]

وكذلك لقوله تعالى: "أكفلينها وعزني في الخطاب" [2]، أي أجعلني أناء أكفلها وأنزل أنت عنها، وفي الحديث الشريف: "كافل اليتيم له أو لغيره أنا وهو كهتان في الجنة" وأشار مال بالسبابة والوسطى". [3]

وعليه فأصل الكفالة لغة من حيث الفعل والمصدر يراد بالكفالة: أخذ على عاتقه، على مسؤوليته كفل يتيم أو كفل دين فلان: تعهد بدفعه في حال امتنع المديون، أو في حال عدم تمكنه من تسديد المال، وكفل فلان أي قبل أن يتحمل مسؤولية أعمال يقوم بها آخر، رضي أن يكون مسؤولا عن سلوكه [4]، وبتعريف آخر عاله وأنفق عليه وقام بأمره، كفل الشيء إليه ضمه.[5]

الزعيم غارم أي أن الزعيم وهو الكفيل يتحمل غرامة بتحمله ضمان رجوع الحق إلى صاحبه سواء أكان عينا أو دينا أو نفسا،والكفيل والضمين والضامن والقبيل والزعيم كلها بمعنى واحد وهو الكفيل. [6]

ثانيا: تعريف الكفالة اصطلاحا

لا تبتعد الكفالة في الإصطلاح الفقهي عن معناها اللغوي، فهي عند الفقهاء الضم و الضمان، فالكفيل ضامن أي تضم ذمة إلى ذمة المدين للوفاء بالدين، إلا أن التعاريف التي

---

[1]– منظور الأنصاري الرويفعي الافريقي، لسان العرب، الجزء 22، حرف الكاف، دار لسان العرب، بيروت، 1970، ص 138.

[2]– سورة ص، الآية 22.

[3]– الحجاج مسلم، الجزء 18، حديث رقم 7394–2/42، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية عشر، 2006، ص 313.

[4]– أنطوان نعمة، المنجد الوسيط في العربية المعاصرة، دار المشرق بيروت، 2003، ص 904.

[5]–المنجد في اللغة والإعلام ، دار المشرق، بيروت، 1988، ص691.

[6]. سعاد توفيق سليمان أبو مسايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة دراسة مقارنة بين محله الحكام العدلية في القانون المدني المصري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006، ص 08.

أطلقها الفقهاء على الكفالة مختلفة، فهناك جانب من الفقهاء فرق بين لفظي الكفالة والضمان، وهناك جانب آخر لم يفرق بينهما واعتبر اللفظين لهما نفس المعنى.

وفي ما يلي سنورد تعاريف الكفالة وفق المذاهب الأربعة بداية بالمالكية، فالحنفية إلى الشافعية وأخيرا الحنابلة.

1- تعريف المالكية:

عرفها المالكية بأنها:

"شغل ذمة أخرى بالحق مع بقاءه شاغلا للذمة الأولى، وهي إلتزام مكلف غير سفيه دينا على غيره مع بقاءه شاغلا للذمة". [1]

غير أن التعريف الراجح للكفالة عند الماليكية هو التعريف التالي :"الكفالة هي أن تشتغل صاحب الحق ذمة المضمون ، سواء كان شغل الذمة متوقفا على شيء في كفالة المال، ويتوقف على عدم الإتيان بالمكفول عنه في كفالة الوجه"[2]

2- تعريف الحنفية:

أطلق فقهاء الحنفية تعريفان للكفالة:

الأول: هي ضم الذمة في المطالبة.

الثاني: هي ضم الذمة إلى ذمة في الدين.

فتعريف ابن عابد للكفالة هو: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا بنفس أو بدين أو عين ...". [3]

ويوافق هذا ما ذكره صاحب مرشد الحيران حينما عرف الكفالة بقوله: "هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين".

---

[1]- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، الجزء 4، دار الفكر العربي، مصر، دون سنة طبع، ص 204.

[2] - عبد الرحمان الجزيري، بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 3، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 2008، ص 184.

[3]- ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المختار على الدرر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء 5، شركة ومكتبة مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، الطبعة الثانية، 1966، ص 281.

وعرفها المكاساني بأنها: "الضم والإلتزام، تتم بإيجاب الكفيل فكان إيجابه كل العقد". [1]

يرى ابن عابدين أن من عرفها بالضم في الدين إنما أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال، وإما الكفالة بالنفس فهي في المطالبة اتفاقا وهما ماهيتان لا يمكن جمعهما في تعريف واحد، لذا يترجح التعريف الأول لشموله أقسام الكفالة جميعا، ولقصور الثاني، فالكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس، و رجح فقهاء الحنيفة تعريف الأول لشتماله للأنواع الثلاثة من الكفالة ألا وهي كفالة الدين، وكفالة العين وكفالة النفس. [2]

3- تعريف الشافعية:

عرف الشافعية الضمان بقولهم هو: "حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره".

الإمامان النووي والماوردي من الشافعية فرقا بين لفظي الضمان والكفالة في الاستعمال، حيث أن الضمان خاص بإحضار المال، والكفالة خاصة بإحضار البدن، لذا يقال كفالة البدن وضمان المال. [3]

4- تعريف الحنابلة:

أطلق فقهاء الحنابلة عبارات كثيرة ومتعددة لتعريف الضمان، فمنها ما يبدأ بكلمة (ضم ذمة) ومنها ما يبدأ بكلمة (إلتزام)، ولكن مفادها واحد لا يخالف تعريفهم ما يلي:

الضمان هو: "إلتزام من يصح بتبرعه بما وجب أو قد يجب على غيره مع بقاءه".

عرف الدكتور حسني محمود عبد الدايم الكفالة إصطلاحا، وذلك بالإستناد إلى تعريف الفقه الإسلامي على أنها: "ضم ذمة من يصح لتبرعه إلى ذمة الأصيل في المطالبة بدين أو عين أو نفس، ليكون المكفول به إما نفس أو عين أو دين، فالمضمون في الكفالة بالنفس هو

---

[1] – علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، الجزء 5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص 02.

[2] – محمود أحمد مروح مصطفى، الكفالة (أنواعها وطرق الإبراء منها)، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وواقع الكفالة المعاصرة، طبعة أولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 18.

[3] – محمود أحمد مروح مصطفى، مرجع نفسه، ص 19.

إحضار المكفول، وفي الكفالة بالعين إما بتسليمها إلى المكفول له أو ضمانها، وفي الكفالة بالدين أداؤه. [1]

وعرفها البهوتي منصور بن يونس بن ادريس الضمان شرعا بأنه: "إلتزام من يصح تبرعه و هو الحر غير المحجور عليه، أو إلتزام (مفلس برضاها) أي من يصح تبرعه، والمفلس دينا وجب على غيره مع بقاء الواجب على الغير". [2]

ثالثا: تعريف الكفالة قانونا

تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الكفالة في القانون المدني، وذلك في المادة 644 في نصها على أن: " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه" [3]، ويطابق نص المادة 772 قانون مصري والمادة 738 القانون السوري، والمادة 781 القانون الليبي، ويوافق المادة 1053 الموجبات والعقود اللبناني، التقنين المدني العراقي المادة 1008.

بالرغم من إختلاف أحكامها من دولة إلى أخرى تبعا لإختلاف فقه القانون في كل دولة، و تبعا لدرجة تقدم كل دولة، إلا أن مضمونها واحد في القوانين العربية و الأجنبية .

فالكفالة إذن هي عقد بين الدائن والكفيل على أن المدين الأصلي ليس طرفا فيه بل يظل أجنبيا عنه [4]، كما يمكن أن يتم بغير علمه بل حتى رغم معارضته، كما تقتضي المادة 647 ق م ج التي تنصل على أنه: "تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته"، إلا أنه يلعب دورا في إنعقادها، ذلك أن المعتاد أو الغالب هو الذي يدعو الكفيل للتعاقد مع الدائن

---

[1]– حسين محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون المدني، طبعة أولى ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 26.

[2]– البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء 3، دار الفكر، بيروت، ص 362.

[3]– المادة 644 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية العدد 44.

[4]–Dominique leglais, le cautionnement economica, paris, 1995, p 10.

لوجود علاقة مديونية بينه وبين هذا الأخير، ليوفر له الثقة والإئتمان، حيث يلتزم الكفيل بمقتضى هذا العقد بأن ينفذ الإلتزام الأصلي عند حلول أجله إذا لم يقم المدين بتنفيذه. [1]

وهذا مما تجدر الإشارة إليه أنه لا ينبغي أن يفهم من العبارة الأخيرة الواردة بنص المادة 644 " إذا لم يف به المدين نفسه" أي إلتزام الكفيل معلق على شرط واقف وهو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء لأن إلتزام الكفيل إلتزام بأن يترتب في ذمة الكفيل.

بمجرد إنعقاد الكفالة فالمراد من التنصيص العمل على إبراز الصفة الإحتياطية به للكفالة التي تجعل الكفيل ملتزما من الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب المدين أولا وهو ما نصت عليه المادة 660 من ق م ج.

وتجدر الإشارة إلى أن مصدر الإلتزام المكفول ليس العقد دائما، بل تتعدد مصادره بمصادر الإلتزام المعروفة، وهي العقد بالإرادة المنفردة، شبه العقد، الفعل المستحق للتعويض أو القانون، بينما إلتزام الكفيل الناشئ عن عقد الكفالة مصدره دائما هو العقد. [2]

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة:

تتحدد خصائص الكفالة وفقا لتعريفها الوارد في المادة 644 ق م ج السابقة الذكر، بأنها عقد من عقود الضمان الشخصي، وعقد رضائي، إضافة إلى أنها في الأصل عقد تبرعي وملزم لجانب واحد وهي عقد تبرعي، وكل هذه الخصائص نتطرق لها بالتفصيل فيما يلي:

أولا: الكفالة عقد ضمان شخصي:

تعتبر الكفالة الصورة النموذجية للتأمينات الشخصية، فهي إلتزام شخصي للكفيل يضاف إلى إلتزام المدين، أي أنها تمنح الدائن ضمانا شخصيا بإلتزام الكفيل بالوفاء بما إلتزم به المدين، عند عدم وفاء هذا الأخير بإلتزامه، وبذلك يكون كل من المدين والكفيل مسؤول

[1]– محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 13-14.

[2]– سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج المعهد الوطني للقضاء 2004، ص 04.

مسؤولية شخصية في جميع أمواله عن الوفاء بإلتزام المدين مع مراعاة أن مسؤولية الكفيل مسؤولية إحتياطية أي عند عدم وفاء المدين بإلتزامه. [1]

فالطابع الشخصي لا نقصد به التنفيذ على شخص الكفيل بحد ذاته وإنما التنفيذ على أمواله، فالعلاقة التي تربط الدائن والمدين هي علاقة إقتضاء وليست علاقة تسلط، وبالتالي فالمقصود بالطابع الشخصي لعقد الكفالة هو إضافة ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في الوفاء بالدين، فهذا الطابع الشخصي يميزها عن الكفالة العينية التي تتمثل في تقديم الكفيل مالا معينا لضمان الوفاء بدين المدين، فيسمى في هذه الحالة الكفيل العيني، لذلك فإن حق الدائن يرد على ذلك المال الذي قدمه تأمينا له. [2]

ويترتب على إعتبار الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي أنها لا تجنب الدائن تماما مخاطر الإعسار، فهي وإن كانت تجنب إعسار مدينه إلا أنه يظل الخطر قائما بالنسبة للكفيل.

غير أنه في الوقت الحاضر بعد شيوع إستخدام الكفالة، أصبح الضمان الذي تقدمه الكفالة أكثر أمنا خاصة بعد تدخل البنوك والمؤسسات المالية الأخرى لتقدم ضمانها للمشروعات وللأفراد للحصول على الإئتمان اللازم، وهذا هو موضوع دراستنا. [3]

ثانيا: الكفالة عقد رضائي:

تنعقد الكفالة بمجرد التراضي بين طرفيها الكفيل والدائن، ولا يشترط لهذا الإنعقاد أي شكل خاص، ولا يؤثر في الطابع الرضائي لعقد الكفالة إشترط المشرع الجزائري في المادة من 645 القانون المدني الجزائري وجوب ثبوتها بالكتابة لو كان الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة، فعقد الكفالة لا يخرج عن الأصل العام في إبرام العقود ألا وهو مبدأ رضائية العقود، بحيث يتم عقد الكفالة بمجرد تراضي وتطابق إرادة طرفيها الكفيل والدائن، ولا يشترط فيه أي

---

[1]– نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية –الرهن الرسمي– حق الإختصاص – الرهن الحيازي – حقوق الامتياز – الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 284.

[2]– سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، الطبعة الرابعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 31.

[3]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 284.

شكل للإنعقاد، وهذا ما يتضح في المادة 644 قانون مدني جزائري التي سبق ذكرها، أما الشكل الذي تتطلبه المادة 645 فهو شكل متطلب للإثبات لا للإنعقاد.

وعليه فالكفالة عقد رضائي لأنها تتم بمجرد الإيجاب والقبول بين الدائن والكفيل، ولا يحتاج لإنعقادها إلى أي شكل خاص.

فالكفالة تنعقد بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن، فلا يشترط فيه أي شكل خاص، والواقع أن الخروج على القواعد العامة في إثبات عقد الكفالة يرجع أساسا إلى إلتزام الكفيل الذي يعد تبرعا، الشيء الذي يوجب أن يستند إلى رضا صريح وقاطع، والهدف من هذا كله يعود إلى إرادة المشرع في حماية الكفيل وذلك باقتضاء أن يستند إلتزامه إلى رضا صريح.[1]

وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا في حيثياته: "من المقرر قانونا أنم الكفالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب الرفض، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد الكفالة لا يثبت بوثيقة كتابية فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون صحيحا حيث أخرجوا المطعون ضده من الخصومة بإعتباره ليس كفيلا ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن". [2]

ثالثا: الكفالة عقدت تبرعي:

الكفالة هي عقد تبرعي[3] ومعنى ذلك أن الكفيل يلتزم بوفاء الدين عن المدين دون مقابل، وهذا هو الأصل في عقد الكفالة.

ففي عقد التبرع يقدم فيه أحد المتعاقدين منفعة للمتعاقد الآخر من غير أن يحصل على مقابل لها، أو هو الذي يستولي فيه أحد المتعاقدين على منفعة من غيره دون أن يقدم عوضا عنها، والقول أن عقد الكفالة من عقود التبرع مستمد من العلاقة بين الدائن والكفيل، بمعنى أن

---

[1]– سليمان سارة، المرجع السابق، ص 07.

[2]– قرار بتاريخ 1998/07/13، ملف 65336 بين القرض الشعبي الجزائري ضد (ص ب و ض معه)، منشور في المجلة القضائية لسنة 1991.

[3]– عقد التبرع هو العقد الذي يقدم فيه أحد المتعاقدين منفعة للمتعاقد الآخر من غير أن يحصل على مقابل لها، أما إذا التزم للطرف بأن يعطي عوض للمتعاقد الآخر في مقابل ما قدمه، هنا نكون أمام عقد معاوضة.

الكفيل لا يتلقى أي مقابل من الدائن نظير كفالته، أما إذا تعهد الدائن بتقديم مبلغ من النقود مقابلا لإلتزام الكفيل فهنا لا يعتبر عقد كفالة وإنما كيفه البعض بأنه تأمين ائتمان. [1]

ويحيط في الغالب هذه الخاصية بعض الغموض، هذا الغموض يرجع في الواقع إلى عدم التفرقة بين عقد الكفالة بالمعنى الدقيق والكفالة باعتبارها عملية قانونية ثلاثية الأطراف، كما ان الفقه والقضاء لا يلزم المعيار المعتمد في القواعد العامة للتفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع. [2]

وعليه فإن عقد التبرع هو العقد الذي يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطي مع انصراف النية لذلك، ومنه نخلص بالقول إلى أن معيار التفرقة بين عقود المعاوضة والتبرع ذو شقين:

الأول: انتفاء المقابل أو العوض المعادل.

الثاني: نية التبرع أن تتصرف نية أحد المتعاقدين إلى إعطاء المتعاقد الآخر قيمة مالية دون مقابل، ويترتب على اعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع آثار مهمة نوردها في ما يلي:

* إشتراط أهلية التبرع في الكفيل حتى يعتبر العقد صحيحا. [3]

ويترتب على اعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع اشتراط أهلية التبرع في الكفيل حتى يكون العقد صحيحا، وكذلك يعد مدينا ولو كان الإلتزام المكفول تجاريا والكفيل تاجرا، لأن التبرع فكرة غريبة عن التجارة. [4]

---

[1]– تناغو سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية، طبعة أولى، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 26.

[2]– نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 295.

[3]– المادة 40 من القانون المدني الجزائري، حددت سن الرشد بـ 19 سنة وهي السن اللازمة لإبرام تصرفات ذات طبيعة تبرعية.

[4]– سي يوسف زهية حورية، المرجع السابق، ص 32.

رابعا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

الكفالة عقد ملزم لجانب واحد لأنه لا ينشأ إلتزامات في ذمة الكفيل، الذي يلتزم بالوفاء بالدين المدين إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذه، وبهذا تكون غير ملزمة للدائن وغير ملزمة للمدين أيضا هذا هو الأصل. [1]

إلا أنه إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل نظير كفالته للدين، فإن الكفالة تصبح عقدا ملزما لجانبين حيث تنشأ عنه إلتزامات متبادلة على عاتق كل من الدائن الكفيل، هذه الإلتزامات يرتبط بعضها ببعض، بحيث يعتبر كل منها سبب لقيام الإلتزام المقابل.

ويمكن أن يلتزم المدين بدفع مبلغ معين للكفيل مقابل كفالته له، ويتحقق ذلك عندما يقوم البنك بكفالة المدين من خلال تقديم خطاب ضمان ويتقاضى أجرا على ذلك، في هذه الحالة تظل الكفالة عقدا ملزما لجانب واحد لأن الكفيل (البنك) هو الملتزم بالضمان تجاه الدائن الذي لا يلتزم بأي شيء، فالمدين يدفع المقابل للبنك، وهو ليس طرفا في الكفالة. [2]

وإذا كان الأصل أن كفالة عقد ملزم لجانب واحد، فلا يعني ذلك أن الكفالة تصدر بإرادة منفردة من جانب واحد، بل الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن.[3]

خامسا: الكفالة عقد تابع

تعتبر خاصية التبعية أهم خصائص عقد الكفالة، بل وأكثر من ذلك فهي الجوهر الذي تتميز به، كونها المعيار الأمثل لتمييزها عن وسائل الضمان الشخصية الأخرى، فالكفيل يلتزم بالتبعية تجاه الدائن بتنفيذ إلتزام المدين، إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذه، فعقد الكفالة بهذه الصورة لا يتمتع بكيان مستقل عن نطاق العقد الأصلي، بل هو تابع له، وفكرة التبعية هذه تحكم كذلك آثار الكفالة فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده قبل أن يرجع عل المدين الأصلي، ويترتب على صفة التبعية أن إلتزام الكفيل يكون في حدود الإلتزام المكفول، كما أنه لا يصح

---

[1] –Francine Macorig, venier droit civil :les suretes, l'hermes éditeur, paris, 1 ere édition, 1999, p 161.

[2]– سليمان سارة، المرجع السابق، ص 06.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 10، طبعة ثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 25.

أن يكون إلتزام الكفيل منجزا، إذا كان الإلتزام الأصلي متعلق على شرط (شرط واقف أو فاسخ) أو مضافا إلى أجل، كذلك إذا كان الإلتزام الأصلي باطلا يكون إلتزام الكفيل باطلا بالتبعية. [1]

غير أنه يجب أن نضع في الحسبان أن لهذه الخاصية استثناءات والحدود هي:

- من حيث إثبات عقد الكفالة:

إذا كان العقد الأصلي يخضع من حيث الإثبات للقواعد العامة، فإن إلتزام الكفيل أو عقد الكفالة لا يخضع لهذه لهذه القاعدة، وإنما أخضعه المشرع لنص خاص، هذا ما أشرنا إليه سابق.

- من حيث سقوط الأجل:

بالرغم أن إلتزام الكفيل يعتبر تبعيا إلا أن سقوط الأجل بالنسبة للمدين بسبب إعساره أو إفلاسه لا يؤدي إلى سقوط إلتزام الكفيل/ هذا ما أخذ به الفقه الراجح. [2]

صحة إلتزام الكفيل بالرغم من أن إلتزام المدين قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية، إذا كان إلتزام المدين قابلا للإبطال بسبب نقص أهليته، وكانت هذه الأخيرة هي السبب الذي دفع الكفيل لكفالة المدين، ففي هذه الحالة لا يمكن الإحتجاج بسقوط إلتزامه بسبب قابلية الإلتزام الأصلي للبطلان، متمسكا بذلك بقاعدة التبعية. [3]

المطلب الثاني :أنواع عقد الكفالة وأركانها،

الكفالة بصفتها عقد لها أنواع متعددة، سنحاول إلقاء الضوء على أهمها، فتتنوع من حيث مصدرها وحسب طبيعتها ومحلها وبحسب إلتزام الكفيل، وعليه سوف نتطرق إلى كل نوع من هذه الأنواع التفصيل،كفرع أول، و سنتناول أركانها بإعتبارها كفرع ثاني .

---

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 16-17.

[2]- تناغو سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية ،الرهن الرسمي – حق الإختصاص-الرهن الحيازي – الكفالة – تمويل القانوني، طبعة أولى، منشأة المعارف، مصر، 2008، ص 61.

[3]- سرايس زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، طبعة أولى، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 15.

الفرع الأول: أنواع عقد الكفالة

أولا: أنواع الكفالة بحسب مصدرها

1- الكفالة الإتفاقية Conventionnel:

هي التي تنشأ بموجب إتفاق بين الدائن والمدين، على أن يقدم هذا الأخير كفيلا مقابل أن يمنحه الدائن أجلا أو قرضا، ويكون هذا الإتفاق هو مصدر إلتزام المدين بتقديم الكفالة، سواء تم الإتفاق قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك، ويعد أيضا من قبيل الكفالة الإتفاقية تقدم الكفيل من تلقاء نفسه بأن يؤدي خدمة إلى المدين أو للدائن. [1]

وفي تعريف آخر هي التي لا يحتمها القانون أو القضاء، بل تقدم بناء على الإتفاق عليها، كما إذا التزم المدين بتقديم كفيل لضمان الدين الذي إقترضه، أو إلتزام المشتري بتقديم كفيل لضمان الثمن الذي اشترى به، أو المستأجر لضمان تنفيذ الإجارة التي عقدها. [2]

فالكفالة الإتفاقية إذن هي نتيجة اتفاق المدين مع الدائن على إلتزام الأول بتقديم كفيل للثاني لضمان دينه، ويكون هذا الاتفاق هو مصدر إلتزام المدين بتقديم الكفالة، سواء تم الاتفاق قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك.

ويعد من قبيل الكفالة الاتفاقية سعي المدين من تلقاء نفسه إلى الحصول على كفيل يضمنه ويقدمه ضمان لقاء نفسه، دون أن يكون ملتزما بذلك للدائن حتى يحصل منه على ائتمان جديد أو أن يجد الائتمان السابق، ويمكن أن تنشأ الكفالة كذلك في حالة تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين وإلتزامه بذلك في مواجهة الدائن حتى ولو لم يعلم بها هذا الأخير وحتى رغم معارضته، حيث يكون مصدر إلتزام الكفيل هذا هو الإرادة المنفردة، وهي مصدر إرادي يقيد به، وتعتبر هاتين الحالتين من قبيل الكفالة الإتفاقية. [3]

---

[1]- محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 47.

[2]- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية و العينية (الكفالة ، الرهن الرسمي ، حق الإختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز)،منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005 ص 33.

[3]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 20.

2- الكفالة القانونية:

الكفالة القانونية هي تلك الكفالة التي يلتزم المدين فيها بتقديم كفيل تطبيقا لنصوص القانون، فيكون مصدر إلتزام المدين بتقديم الكفيل هنا هو القانون، ومثال ذلك ما ورد في نص المادة 851 قانون مدني جزائري التي تنص على: "إذا كان المال المقرر عليه حق الإنتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة..". [1]

فهذه المادة تلزم المنتفع بمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة تضمن الوفاء بإلتزامه برد المنقول عند نهاية الإنتفاع. [2]

وكذلك نصت عليه المادة 388 القانون المدني الجزائري،[3] التي تخول للبائع بأن يقدم كفيلا إذا أراد استفاء الثمن رغم التعرض للمشتري ورغم حق المشتري في حبس الثمن. [4]

وأيضا ما نصت عليه المادة 2/211 القانون المدني الجزائري والتي تنص:" على أن أجل الدين يسقط متى إنقضى بفعل المدين و إلى 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 الثمن، وكذلك نص المادة 212 قانون مدني جزائري على أنه للدائن وقبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، ولو بوجه خاص أن يطالب بتأمين إن خشيا إفلاس المدين".

3- الكفالة القضائية:

الكفالة القضائية هي الكفالة التي يلتزم المدين بتقديمها بناءا على حكم من القاضي، أي يلتزم بتقديم كفيل بمقتضى الإتفاق أو بموجب نص في القانون كما سبق الإشارة إليه، ويكون حكم القاضي هو مصدر إلتزام المدين بتقديم كفيل بالإستناد إلى السلطة التقديرية الممنوحة له من قبل المشرع. [5]

---

[1]- المادة 851 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

[2] - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 21-22.

[3]- المادة 2/388 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

[4]- خلافة نجوم، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري (التأمينات الشخصية)، مذكرة لنيل شهادة ليسانس، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، 2009، ص 04.

[5]- حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص 88.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 2/717 قانون مدني جزائري: " وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات".

حسب هذا النص إذا وفقت المحكمة على قرار الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاث أرباع المال الشائع بإجراء تغييرات أساسية فيه، فلهها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تتضمن الوفاء بعاقد يستخلفه من تعويضات.

هذا وأن إعتبار الكفالة إتفاقية أو قانونية أو قضائية له أهمية من الناحية العملية، ذلك أن القانةون يجعل للكفالة القانونية والقضائية أحكاما خاصة لا يؤخذ بها في الكفالة الاتفاقية، حيث نصت المادة 667 من القانون المدني الجزائري: " يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين" ، في حين إذا تعدد الكفلاء في الكفالة الإتفاقية يكونون غير متضامنين، إلا إذا تم الإتفاق على ذلك في عقد الكفالة. [1]

ثانيا: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها

إن التمييز بين العقود المدنية والتجارية ليس تمييزا بين طائفتين مستقلتين من العقود، بحيث لا يكون بعضها إلا تجاريا والآخر مدنيا، وإنما هو تمييز بين صيغتين مختلفتين لنفس العقود بالنظر لظروف إبرامها، يكون نفس العقد مدنيا أوتجاريا بحسب ظروف إبرامه، فتقسم الكفالة وفقا لطبيعتها إلى نوعين: الكفالة المدنية والكفالة التجارية، وهذا ما سوف نعرضه:

1- الكفالة المدنية:

الأصل أن الكفالة تعتبر عملا مدنيا دائما بالنسبة للكفيل لأنها من عقود التبرع، حتى ولو كان الكفيل يقوم بممارسة نشاط تجاري، وكان الدين الذي يكفله تجاريا أو ناتجا عن علاقة تجارية بين الدائن والمدين، لأن الهدف منها هو أداء الكفيل خدمة للمدين [2]، وهذا ما نصت عليه المادة 1/651 القانون المدني الجزائري: " تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا".

---

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 22.

[2]- قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة: التضامن والتضامام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 30.

وعليه فعقد الكفالة المدنية بطبيعته يتسم بالتبرع خدمة للمدين، ولا يقصد منه الربح، وترد الكفالة على الضمان للكفيل أي كل أمواله دون تخصيص. [1]

فالأصل إذن ان الكفالة مدنية حتى ولو كان الكفيل ناجرا وكان الإلتزام الأصلي المكفول تجاريا، وهذا استثناء من الأصل على اعتبار أن إلتزام الكفيل تابع للإلتزام الأصلي، ويترتب على اعتبار الكفالة مدنية أهمية من حيث الإثبات، ومن حيث الاختصاص القضائي، فتثبت وفقا لقواعد الإثبات المعروفة في القانون المدني أي بالكتابة أو ما يقوم مقامها، أما في ما يخص الاختصاص فالمحكمة المدنية هي المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه. [2]

2- الكفالة التجارية:

سبق القول أن الأصل في كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدني، إلا أن نص القانون على خلاف ذلك، فالكفالة تكون تجارية إذا كان الكفيل تاجرا ويحترف الكفالة بمقابل، ككفالة مصرف من المصارف أو دين أحد الأشخاص نظير مقابل أو عمولة.

وتعتبر عملا تجاريا أيضا إذا تعلقت بدين ثابت في ورق وقع عليها الكفيل بصفة ضمانا احتياطيا أو مظهرا [3]، وهذا ما ورد في نص المادة 2/651 التي تنص: " غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا إحتياطيا، أو عن طريق تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائما عملا تجاري"، بمعنى يعتبر عمل الكفيل تجاريا بصفة أصلية بنص القانون..

وعليه إستثنت المادة 651 /2 حالتين اعتبرت فيهما أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا وأن أي تظهير لها يجعلها عملا تجاريا.

فالضمان الإحتياطي يقصد به ضمان الإلتزام الناشئ من الورقة التجارية، ويتم ذلك بكتابة على الورقة التجارية ذاتها، وكتابته على الورقة المتصلة بها أو في ورقة مستقلة.[4]

---

[1]- نادية ليونيسي حداد، عقد الكفالة في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانون والقضائية والسياسية، العدد 04، الصادرة سنة 1999، ص 11.

[2]- سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 33.

[3]- حمداوي صوراية ومسعودان فتيحة، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 17.

[4]- المادة 409 من الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتعلق بالقانون التجاري ، المعدل و المتمم،05-02 ، المؤرخ في 6 فيفري 2005، الجريدة الرسمية عدد11 الصادرة 2005، ص97.

أما بالنسبة للتظهير فعلى الرغم من إعتبار المشرع تظهيرها بمثابة كفالة تجارية، إلا أن البعض الآخر ذهب لإعتبارها صورة من صور الرهن الحيازي للورقة التجارية.

أنواع التظهير تتمثل في: التظهير الناقل للملكية وهو الذي تنتقل بموجبه الورقة التجارية إذ ينقل للحائز كل الحقوق والتظهير التوكيلي: وهو التوكيل المظهر إليه لقبض مبلغ الورقة بدلا من مالكها[1]، أما التظهير التأميني وهو الذي يقوم فيه المظهر برهن الورقة بما تتضمنه من حق ضمانا لدين في ذمته للمظهر إليه.[2]

ثالثا: الكفالة بحسب محلها

تتنوع الكفالة باعتبار محلها إلى كفالة شخصية وكفالة عينية، وهذا ما سوف نوضحه في ما يلي:

1- الكفالة الشخصية:

الكفالة الشخصية هي الكفالة العادية التي يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يوف به لمدين، فيستطيع الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذا لم تكفي أموال الأول، وترد الكفالة على الضمان العام للكفيل أي على كل أمواله دون تخصيص[3].

وتقوم على فكرة تعدد المسؤولين عن تنفيذ الإلتزام، فيشترك مدين آخر من المدين الأصلي في المسؤولية عن الوفاء بالدين وفقا 258 من القانون المدني الجزائري، وذلك يستطيع الدائن الرجوع عليه أي ذم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، وبذلك يقوى الضمان العام الذي للدائن، فيستطيع الرجوع على الكفيل بالإضافة إلى الضمان العام الذي له على أموال مدينه[4] .

2- الكفالة العينية:

---

[1] – راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2008، ص 43.

[2] – فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري (اورق التجارية)، الجزء الجزء الثاني ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 2009، ص 139. ،

[3] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء) الجزء الثالث،منشورات حلبي الحقوقية ، طبعة الثالثة ، لبنان 1998، ص 645.

[4] – نبيل إبراهيم سعد, النظرية العامة للإلتزام, أحكام الإلتزام, الجزء الثاني, دار المعرفة الجامعية, مصر 1999، ص318

وهي تأمين عيني حيث يقدم الكفيل مالا (عقارا أو منقولا) مملوكا لضمان الوفاء بإلتزام في ذمة شخص آخر يسمى الكفيل العيني، حيث يقوم برهن عقار او منقول يملكه لضمان الوفاء بإلتزام المدين وهو لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له لضمان لا يرد على كل ذمته المالية.

زمنه الكفيل العيني لا يكون مسؤولا شخصيا عن الدين في حدود المال الذي قدمه هنا، ومنه الكفالة العينية تتدرج تحت التأمينات العينية ضمن عقد الرهن.

يترتب على التمييز بين النوعين النتائج التالية:

– إن ضمان الكفيل العيني ينحصر في حدود العين المرهونة لتأمين هذا الوفاء، أما الكفيل الشخصي فيضمن الوفاء بالدين في كل أمواله.

– الكفالة العينية تجعل الدائن في مركز خاص وممتاز، بحيث تجنبه خطر إعسار المدين والكفيل، بحيث يكون له إلى جانب الضمان العام للمدين سلطة تنصب على الشيء المقدم من الكفيل رهنار سميا أو حيازيا، وهي السلطة التي تخوله حق التتبع والأولوية في استيفاء الثمن بعد بيعه[1].

3– الكفالة المصرفية:

بموجبها تتعهد البنوك لعملائها بالوفاء بالديون إلى ذمة مدينهم، وبهذا فإنها تأخذ نفس احكام الكفالة الشخصية التي تحكمها نصوص القانون المدني، ونلاحظ هنا أن البنك إذ يتدخل لصالح الدائن، فإنه في نفس الوقت تدخله يعد بمثابة مساعدة للمدين، فهو يقوي ائتمانه كما يضعه اجل للتسديد، لذلك فإن المدين غالبا ما يكون هو عميل البنك وهو الذي يطالبه بالتدخل والدائن يشترط هذا التدخل، وكثيرا ما يطالب البنك من العميل ضمانات: كوديعة نقدية أو رهن حيازي لأوراق مالية أو تجارية أو بعض السندات، لضمان تنفيذ إلتزام معين[2]

وتعتبر الكفالة المصرفية عملا تجاريا بحسب المادة 02 من القانون التجاري الجزائري، وبالتالي فهي لا تخضع لأي شكل قانوني معين، ولا ينطبق عليها شرط الكتابة الواردة في المادة 643 من القانون المدني، فهي على غرار المسائل التجارية الأخرى يسري عليها مبدأ

[1]– سليمان سارة، المرجع السابق، ص 14.

[2] – رمضان أبو السعود ، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والمصري، منشاة المعارف، الإسكندرية ، مصر، 1993، ص 28.

الإثبات، غير أن البنوك دأبت إلى إفراغ جميع عقودها وخاصة تلك التي ترتب على عاتقها إلتزامات في شكل كتابي. [1]

رابعا: أنواع الكفالة بحسب إلتزام الكفيل

سبق لنا وتطرقنا إلى خصائص الكفالة ورأينا أنها عقد تابع، حيث يكون إلتزام الكفيل فيه تابع للإلتزام الأصلي المكفول، ومن مظاهر هذه التبعية أنه لا يجوز إلزام الكفيل بأكبر من الإلتزام الأصلي، وبهذا يمكن تقسيم الكفالة بحسب إلتزام الكفيل كلية، جزئية ومحددة.

1- الكفالة الكلية:

تكون الكفالة كلية أو كاملة إذا ضمن الكفيل الدين الأصلي كله، مثلا إذا كان الدين الأصلي ألف دينار التزم الكفيل بضمان الوفاء به كاملا.

2- الكفالة الجزئية:

الكفالة الجزئية تكون في حالة ما إذا التزم الكفيل بضمان جزء من الدين، كأن يكون الدين الأصلي ألف دينار واقتصر إلتزام الكفيل على ضمانة ثلاثمائة دينار، فمجرد أن يحصل الدائن على هذا المبلغ فإن ذمة الكفيل تبرأ،[2] وهذا ما نصت عليه المادة 652 من القانون المدني الجزائري.

3- الكفالة المحددة:

تعرف الكفالة المحددة على أنها تلك التي يضمن فيها الكفيل نسبة معينة من الدين، حيث يبقى الكفيل طرفا ملزما اتجاه الدائن بالنسبة المكفولة إلى غاية إستيفاء الدائن دينه كاملا، فبالنسبة للمثال السابق إذا وفى المدين 500 دينار فإن إلتزام الكفيل لا ينقضي، بل يبقى ضامن لما تبقى من الدين ولكن بثلاثمائة دينار فقط. [3]

---

[1]- نور الدين فرطاس، رابح برنو، رابح براهيمي، عقد الكفالة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الدراسات الجامعية التطبيقية DEUA، جامعة التكوين المتواصل، مركز التكوين المتواصل، قالمة 2016-2017، ص 27.

[2] - محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص 20.

[3]- حمداوي صورایة ومسعودان فتيحة، المرجع السابق، ص 18.

الفرع الثاني : أركان الكفالة

الكفالة عقد كغيره من العقود لا بد من أن توافر فيه أركان، وسبق القول أن من خصائصها أنها عقد رضائي، لذلك يكمن أحد أركانها في الرضا الذي هو الأساس الطبيعي لكل عقد، والركن الثاني يكمن في المحل، والثالث في السبب، وعليه سنرى كل ركن على حدى في مايلي:

أولا: الرضا

يعتبر عقد الكفالة كغيره من العقود التي قوامها الرضا، أساس الطبيعي لكل عقد، وهذا منطقي بإعتباره عقد رضائي، فلقيامه يجب تطابق إرادتي الدائن والكفيل دون إشتراط شكل خاص، ودون حاجة إلى رضا المدين لأنه ليس طرف في عقد الكفالة.

والتعبير عن الإرادة من هذا المنطلق، يتم بالنسبة للدائن بالتعبير عن إرادته صراحة أو ضمنيا تطبيق للقواعد العامة.

وبالنسبة للكفيل يطرح التساؤل: هل يشترط أن يكون تعبيره عن إرادته صريحا أم يجوز أن يكون ضمنيا ؟، هل نقول أن المشرع لم يحدد موقفه من ذلك واكتفى بالقواعد العامة، أي الحكم المنصوص عليه في المادة 60 من القانون المدني، إلا أن وصفنا لعقد الكفالة بأنه عقد شرعي ينم عن خطورة بالنسبة للكفيل تكمن فيما يلقي على عاتقه من إلتزام وتحميله الإلتزامات التي يجب أن يرض صراحة وبصفة قاطعة تدل على قصده في تحملها.[1]

1- الأهلية

يجب أن تتوفر في الكفيل أهلية التبرع، وهي الأهلية اللازمة للتصرفات الضارة ضررا محضا، وهو ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني. والتي حددت سن الرشد بـ: 19 سنة على أن لا يكون الكفيل محجورا عليه وإلا وقعت الكفالة باطلة بطلانا مطلقا، وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا المحجور عليه أن يكفل الغير متبرعا.

أما بالنسبة للدائن، فإن هذا التصرف بالنسبة له يعتبر من الأعمال النافعة نفعا محضا، ومنه يكفي أن تتوافر أهلية التميز. [2]

---

[1]- المادة 2015 من القانون المدني الفرنسي، أوجب فيها أن يكون رضا الكفيل صريحا .

[2]- المادة 42 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

2- عيوب الإرادة

حتى يكون عقد الكفالة صحيحا يجب طبقا للقواعد العامة ألا يكون الرضا في هذا العقد مشوبا بما يلحق الإرادة من عيوب، أي الغلط، أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال.

في العقد الملزم لجانب واحد-كعقد الكفالة-نجد أنه لا ينشئ إلتزاما إلا في جانب أحد المتعاقدين-وهو الكفيل، ولذا نجد أن مسألة عيوب الإرادة لا تهم إلا الطرف المدين، أما بالنسبة للدائن فإنه وإن كان ليس بمنأى عن الوقوع في غلط في شخص الكفيل أو يساره، إلا أنه ليس له مصلحة في طلب إبطال العقد، لهذا السبب لأنه في مثل هذه الحالات يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأصلي الذي قدم له الكفالة ليطلب منه كفيل آخر، وإلا عرّض الحقوق المكفولة بهذا الضمان للخطر كأن يطلب سقوط الأجل مثلا.

هذا وأن الملاحظ أن شخص المدين و صفاته لها أهمية جوهرية في عقد الكفالة، فإن اعتقد الكفيل أنه يكفل مدين معين، ثم تبين له أن المدين شخص آخر أو إذا اعتقد أن المدين تاجر، فإذا به غير ذلك، كان له-الكفيل- طلب إبطال العقد على أساس الغلط الذي وقع فيه. [1]

كون الغلط جوهري إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ويكون الغلط جوهري على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكذلك تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد. [2]

أما بالنسبة للتدليس، و الإكراه، فإن القواعد العامة تقتضي أنه في حالة وقوع التدليس أو الإكراه من غير المتعاقدين و هو الغالب فليس للمتعاقد المدّلس عليه أو المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كأن يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالتدليس والإكرا ه، فإن الكفيل لا يستطيع طلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن الدائن كان يعلم أو كان من

[1]- تناغو سمير، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 86.

[2]- المادة 82 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

المفروض حتما أن يعلم بالتدليس والإكراه.[1] هذا وفقا المادة 87،89 من القانون المدني الجزائري.

أما بالنسبة للاستغلال اوالمتعلقة بالإبطال الناتج عنه فإنه من المتصور جدا، وفقا لنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

ثانيا: المحل

يعتبر المحل النتيجة الحقوقية التي أراد الطرفان إعطاءها للعقد وكل ما يلتزم به المدين، وهو: إما إلتزام بعمل أو بالامتناع عن العمل أو بإعطاء شيء ويقصد به نقل أو إنشاء حق عيني.

فالمحل في عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ الإلتزام الأصلي من طرف الكفيل، والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، وهذا هو الهدف في الكفالة، فإلتزام الكفيل إذن تابع للإلتزام الأصلي المكفول كما سبق الإشارة إليه، لذلك يشترط في هذا الأخير مجموعة من الشروط لكي يكون إلتزام الكفيل ممكنا وصحيحا تبعا له، وتتمثل هذه الشروط في ما يلي:

1- أن يكون الإلتزام الأصلي موجودا أو ممكن الوجود

لكي ينشأ الإلتزام يجب أن يكون الإلتزام الأصلي موجودا منها كان مصدره لأن عقد الكفالة عقد تابع، وفي حالة وجوده لا تنعقد الكفالة لعدم وجود محلها أو موضوعها هذا هو الأصل، ولكن هذا لا يصنع أن يكون الإلتزام الأصلي مستقبلي أو شرطي.

أما كفالة الإلتزام في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط.

غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مادة الكفالة كان له أن يراجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ.

يتضح من الفقرة الأولى أنه يمكن كفالة الإلتزام المستقبلي، فمثلا يستطيع شخص أن يقدم كفيلا يضمنه في ثمن البضائع التي سيشتريه في المستقبل، لذلك يجب أن يحدد مقدار الأدين المستقبلي المكفول بدقة.

[1]- تناغو سمير، التأمينات الشخصية والعينية ،المرجع السابق، ص 50.

أما بالنسبة للفقرة الثانية من نفس المادة السابقة الذكر، فتضح للكفيل إذا لم يعين مدة الكفالة الرجوع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ بعد، كضمان الكفيل لما ينشأ في ذمة المدين من ديون خلال سنة من تاريخ التعاقد، وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع فيها خلال هذه المدة حتى ولو لم ينشأ الإلتزام، أما إذا انقضت المدة المحددة دون نشوء الإلتزام تبرأ ذمة الكفيل نهائي. [1]

2- أن يكون الإلتزام المكفول صحيحا

لا يكفي لإنشاء الكفالة وجود الإلتزام المكفول بل يشترط على ذلك أن يكون هذا الإلتزام صحيحا، وهو مقتضى ، لأن إلتزام الكفيل يتماشى مع الإلتزام الأصلي صحة وبطلانا، وجود أو ‘دم، وتطبيقا لذلك إذا كان الإلتزام الأصلي باطلا وقابلا للإبطال، فالكفالة يكون باطلة أو قابلة للإبطال أيضا، وهذا ما نستشفه في المادة 648 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيح".

يكون الإلتزام الأصلي قابلا للإبطال لأي سبب كان سواء كان نقص أهلية، أو عيب من عيوب الإرادة، ولكن بالرغم من ذلك يعتبر قائما ومنتجا لكل آثاره حتى يحكم بإبطاله، لذلك يجوز كفالة الإلتزام القابل للإبطال، إلا أن الكفالة في هذه الحالة تتبع حكم الإلتزام الأصلي، بمعنى أنها قابلة للإبطال، فإذا قام المدين الأصلي بتأييد (بإجازة) العقد القابل للإبطال فإن إلتزامه ينقلب صحيحا بأثر رجعي، وهذا ينطبق أيضا على إلتزام الكفيل.

لكن الإشكال الذي يتصور في هذا الصدد هل يستطيع الكفيل أن يدفع بإبطال الإلتزام الأصلي بالرغم من عدم إثارة المدين لهذا الدفع؟

وللإجابة على ذلك ينبغي التمييز بين الحالة التي يكون فيها الكفيل على علم بسبب البطلان، والحالة التي لا يعلم فيها بسبب البطلان الذي يهدد الإلتزام الأصلي، فإذا تقدم الكفيل للكفالة وهو على علم بسبب البطلان، كأن يقصد بذلك ضمان الدائن ضد خطر تمسك المدين بالدفع بالبطلان، ففي هذا الفرض لا يمكن للكفيل التمسك بالبطلان إذا تمسك المدين المكفول

[1]- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 25.

بـه، أمـا إذا لـم يعلـم الكفيـل بـبطلان الإلتـزام الأصـلي فيعتبـر الكفيـل قـد تقـدم قاصـدا كفالـة إلتـزام صحيح، في هذه الحالة يستطيع التمسك بالبطلان بالرغم من عدم تمسك المدين الأصلي به. [1]

أمـا المشـرع الجزائـري فقـد خـص بالـذكر حالـة واحـدة وهـي الحالـة التـي يكـون فيهـا المـدين نـاقص الأهليـة وفقـا للمـادة 649 مـن القـانون المـدني الجزائـري التـي تـنص علـى: " مـن كفـل إلتـزام نـاقص الأهليـة وكانـت الكفالـة بسـبب نقـص الأهليـة كـان ملـزم بتنفيـذ الإلتـزام إذا لـم ينفـذه المـدين المكفول، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 654".

فوفقـا لهـذا الـنص يقـوم الكفيـل بكفالـة الإلتـزام لحمايـة الـدائن مـن تمسـك المـدين بإبطـال الإلتـزام علـى أسـاس نقـص الأهليـة، كـذلك فـإن الكفيـل يجـب عليـه تنفيـذ إلتـزام المـدين لا بصـفة كفيـل بـل كمـدين أصـلي هـذا فـي حالـة مـا إذا أبطـل المـدين إلتزامـه، أمـا إذا أيـده أو أجـازه فينقلـب العقد صحيحا ويصبح الكفيل ضامنا للمدين الأصلي بتنفيذ إلتزامه وذلك بصفته كفيلا.

أمـا إذا كـان الكفيـل غيـر عـالم بـبطلان الإلتـزام الأصـلي بسـبب نقـص الأهليـة قصـد كفالـة إلتـزام صـحيح، فهنـا باسـتطاعته التمسـك بـالبطلان علـى أسـاس قابليـة الإلتـزام الأصـلي رغـم عـدم تمسك المدين الأصلي به. [2]

3 -أن يكون الإلتزام المكفول معينا وقابلا للتعيين

لـيس هنـاك نـص صـريح فـي القـانون يـنص علـى ضـرورة تعيـين الإلتـزام المكفـول بجميـع عناصـره، ولكـن المبـادئ العامـة تقضـي بـأن يكـون محـل أي عقـد معينـا أو قـابلا للتعيـين، وبمـا أن الكفالـة عبـارة عـن عقـد فإنـه يسـتوجب بالضـرورة أن يكـون إلتـزام المكفـول معينـا تعيينـا نافيـا للجهالـة أو علـى الأقـل قـالا للتعيـين، كـان يعـين أطـراف هـذا الإلتـزام أي الـدائن والمـدين، ويعـين محـل الـدين أي إذا كـان مبلـغ مـن النقـود او بضـاعة يحـدد نوعهـا ومقـدارها، ويعـين مصـدره مـثلا إذا كـان عقـد بيـع أو عقـد قـرض ...إلـخ، لأن مـن حـق الكفيـل عنـدما يتقـدم للـدائن بكفالتـه أن يعـرف مقـدار المبلـغ الـذي يلتـزم المـدين بـه وطبيعـة الأعمـال التـي يكـون ملزمـا بهـا، وفـي حالـة عـدم تعيـين الإلتـزام المكفـول هـذا لا يعنـي أنـه إلتـزام باطـل بـل يجـوز متـى كـان قـابلا للتعيـين، كـان يكفـل للـدائن

[1]– محمـد علـي، عقـد الكفالـة (دراسـة مقارنـة)، الطبعـة الأولـى، المؤسسـة الحديثـة للكتـاب، منشـورات زيـن الحقوقيـة، بيروت، لبنان، 2005، ص 44-46.

[2]– حمداوي صورایة ومسعودان فتيحة، المرجع السابق، ص 28.

حقه في التعويض عن فعل ضار وقع من شخص ما، والوفاء بهذا التعويض يكون عند إتمام تقريره. [1]

4- أن يكون إلتزام الكفيل في حدود الإلتزام المكفول

تعتبر الكفالة عقد تابع، فلا يجوز أن تكون أكثر من الإلتزام الأصلي ولا بشروط أشد من شروط، ولا يجوز أن يلتزم الكفيل بمبلغ يتجاوز المبلغ المطلوب من المدين الأصلي، ولا أن يدفع فوائد أكثر من الفوائد الواجبة على المدين، وهذا ما نصت عليه المادة 1/652 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين

المكفول"، فمثلا إذا كان الإلتزام الأصلي 120 مليون سنتيم فإن لا يجوز إلزام الكفيل بدفع 14 مليون سنتيم، أما الفقرة الثانية من نفس المادة فتنص على أنه: " ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون" وهذا يعني انه يجوز أن يكون إلتزام الكفيل أقل من الإلتزام الأصلي كان يلتزم بدفع 70 مليون سنتيم.

وإذا تبين اتفاق في عقد الكفالة على ان إلتزام الكفيل يفوق في مقداره الإلتزام الأصلي، فهذا لا يعني ان عقد الكفالة يكون باطلا، بل يمكن تخفيض إلتزام الكفيل إلى حدود إلتزام المدين. [2]

ثالث: السبب

الكفالة قد تعقد لمصلحة الدائن كما قد تعقد لمصلحة المدين، وقد يكون إلتزام الكفيل بالمقابل أو تبرعيا، وكل حال فإن سبب الكفالة هو الباعث أو الدافع للتعاقد.

فإذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وبمقابل فإن سبب إلتزام الكفيل يكون المصلحة التي سيحصل عليها، إما إذا تمت الكفالة تبرعيا، فيكون سبب إلتزام الكفيل هو نية التبرع، أما إذا انعقدت الكفالة لمصلحة المدين، فقد يكون هذا الأخير تعهد بشيء للكفيل، ففي هذه الحالة يكون هذا المقابل هو سبب إلتزام الكفيل، وفي كل الحالات يجب أن يكون ممكنا (ليس

[1]- سي يوسف زهية حورية، المرجع السابق، ص 58.

[2]- سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، طبعة أولى، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص 19-20.

مستحيلا) ومشروعا وغير مخالف للنظام العام إلا كان العقد باطلا ففي حالة ما[1] إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا[2].

وعليه فتحديد ركن السبب في عقد الكفالة صعب، وترجع هذه الصعوبة إلى طبيعته الخاصة باعتبارها عملية قانونية ثلاثية، إذ هناك العلاقة بين الدائن والمدين ثم العلاقة بين الكفيل والدائن وبين الكفيل والمدين وهذه الأخيرة رغم أهميتها إلا أنها خارجة عن نطاق عقد الكفالة لأن المدين ليس طرفا فيها، وهنا قد يكون سبب كفالته هو إسداء خدمة بتوفير الائتمان للمدين أو مقابل يتقاضاه منه أو قد يكون بقصد قضاء دين عليه لهذا الأخير.

أما الباعث الرئيسي أو الدافع للتعاقد فهو شخصي وغير مباشر، ومتغير يختلف من كفيل إلى آخر، ويشترط فيه أن يكون مشروعا.

كما يتوجب أن يكون المتعاقد الآخر(الدائن) على علم به وذلك لاستقرار المعاملات وحتى لا يتفاجأ ببطلان عقد لا يعلم عن سببه شيء، وإن كان الدافع إلى التعاقد غير مشروع كان باطل يشترط أن يكون الدائن لما به.

هذا وإذا قام نزاع حول وجود السبب ومشروعيته فإن عبء الإثبات على عاتق الكفيل، إذ عليه أن يثبت عدم وجود السبب أو مخالفته للنظام العام والآداب وعلم الدائن بالباعث الدافع للتعاقد أو إمكانية علمه بذلك، وله في ذلك أن يلجأ لكافة طرق الإثبات. [3]

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 52–53.

[2] – المادة 97 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم

[3]– سليمان سارة، المرجع السابق، ص 26.

المبحث الثاني : مفهوم الكفالة البنكية وأنواعها

يشهد برنامج الكفالة البنكية نحوا متزايدا وملحوظا في مختلف دول العالم المتقدمة والنامية، وتعتبر عموما نوعا من أنواع التسهيلات الإئتمانية غير المباشرة التي يقدمها المصرف خدمة لعملائه، وتصدر المصارف الكفالات بناء على صاحب شخص طبيعي أو اعتباري، وتقدم في العادة إلى الدوائر الحكومية والجهات الرسمية والشركات بدلا من دفع تأمينات نقدية إلى تلك الجهات، الأمر الذي يساعد العميل على عدم تجميد أصوله النقدية، وربما تكون إجراءات استرداد التأمينات النقدية عند إنجاز العميل لالتزاماته الطويلة والمعقدة، وبالتالي تعود بالشرر عليه نتيجة تعطيل أمواله لكن بالإمكان تفايدها عن طريق الكفالات المصرفية.

وعليه من جهة يحقق البنك الفوائد على المبلغ الذي يتعهد على وفاءه عند تحقيق شرط الكفالة دون أن يدفعه عند إبرام عقد الكفالة، كما يحقق عمولة إجراء عملية بنكية لصالح عميله تعتبر واحدة من المعطيات التي يمنحها له على شكل تسهيلات إئتمانية. [1]

وعليه قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، تناولت في المطلب الأول مفهوم الكفالة البنكية، وفي المطلب الثاني أنواع الكفالة البنكية.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة البنكية:

تعد الكفالة من الضمانات الشخصية عن طريق ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين بهدف ضمان الوفاء بالإلتزام، فتعدد المسؤولين عن الدين يحد خطر عدم وفاء المدين (التاجر)، وقد يكون مدينا بصفة أصلية أو بصفة إحتياطية، والكفالة هي الصورة النموذجية للضمانات الشخصية من حيث تامين الدائن ضد مخاطر إفلاس مدينه وأكثرها انتشارا في المجال المصرفي لقلة تكاليفها وبساطة إجراءاتها، عكس الضمانات العينية التي تتصف بالإجراءات المعقدة من تسجيل، إشهار، توثيق ...إلخ.

[1]– محمود الكيلاني، عمليات البنوك، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، الجزء الأول ، دار النشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1992، ص 25.

وعليه الكفالة أداة ابتكرها العرف المصرفي خدمة للعمليات المتعلقة بالنشاط الاقتصادي، وعموما حيث يتم تقديمها البديل المقبول عن النقد المطلوب دفعه من المكفول تأمينا للالتزام بعمل معين [1]، وهذا الضمان حيث تنفيذ هذه العقود.

وعليه قسمت هذا المطلب إلى ثلاث فروع ، تناولت في الفرع الأول تعريف الكفالة البنكية، والفرع الثاني تطرقت فيه إلى خصائصها، و تمييزها عن بعض عمليات البنوك الأخرى في الفرع الثالث .

الفرع الأول: تعريف الكفالة البنكية

سنتناول في هذا الفرع كل من التعريف التشريعي، الفقهي، القضائي وذلك في مايلي:

أولا: التعريف التشريعي: الكفالة في المجال البنكي لا تخرج عن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني ، رغم أنها تستمد بعض القواعد من الممارسات العقدية طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وكذا من الإلتزامات المضمونة التي تعد عمليات بنكية تخضع لتقنيات خاصة ، فالكفالة عقد من عقود الضمان المالي فبإعتبارها أداة ضمان و إئتمان فتتمثل في ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة بدين . كما سبق التطرق إليه .

– فنظر للتطورالكبير للتجارة على المستوى الداخلي و الخارجي و تنوع المعاملات التي تقوم على السرعة و الدقة و العلاقات الشخصية ، مما أدى إلى رقي نظام البنوك إلا أن المشرع الجزائري عدل عن تنظيم أحكام الكفالة البنكية في إطار تشريع خاص، مما أدى ألى تنفيذ الأعراف المصرفية إضافة إلى بعض الأحكام المتفرقة في القوانين المصرفية مثل :قانون النقد و القرض و مختلف الأنظمة الصادرة عن مجلس النقد و القرض كسلطة نقدية تملي أوامرها بإصدارها أنظمة مصرفية و مالية ،يجب إحترامها من طرف كل المتدخلين بالتعامل في هذا الميدان .[2]

ـ بالرجوع لنص المادة 86من الأمر 03_ 11 المتعلق بقانون النقد و القرض التي تنص على "يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو

[1]– عبد الله خالد أمين والطراد إسماعيل إبراهيم، إدارة العمليات المصرفية المحلية والدولية، الطبعة الأولى، عمان، دار الوائل، 2011، ص 309.

[2] – بلغيث صبرينة ومحمود حياة، خطاب الضمان المصرفي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2016–2017، ص 08.

يعد بوضع تحت تصرف شخص آخر أو يأخذ بموجبه لصالح شخص آخر إلتزام بالتوقيع كضمان الإحتياطي أو الكفالة أو الضمان " يفهم من خلال نص المادة المذكورة أن الكفالة المصرفية تظهر في شكل ضمان لعملية ، حيث تلتزم بوفاء قيمة القرض و دفع ملحقاته للمقترض، في حالة لم يدفع العميل المقترض، فيسمح هذا الضمان للحصول على قرض من مؤسسة مالية أخرى أو في شكل عملية قرض عندما تقوم بضمان تنفيذ إلتزام المدين كما في حالة إلتزام بالتوقيع .[1]

وعليه يمكن أن نستنتج من خلال المادة أعلاه أن أصل الكفالة مدني ولو كان الدين المكفول تجاريا وهذا ما نصت عليه المادة 651 من القانون المدني الجزائري، و بالرجوع لنص المادة الثانية من القانون التجاري المعدل و المتمم نجد أن الكفالة تعد عملا تجاريا بالنسبة للبنك. [2]

وعليه يمكن القول أن الكفالة عقد بين الكفيل و البنك الدائن، أما المدين الأصلي فليس طرفا في العقد إذا كان هذا العقد هو عقد كفالة مدنية (أي كفالة مصرفية).

ثانيا : التعريف الفقهي

تعددت محاولات الفقه لتعريف الكفالة المصرفية وقد إختلفت هذه التعاريف حسب الضمانات التي ترد من البنك لصالح عميله و حسب نوع العقد .

قد عرفها الدكتور محمود الكيلاني:"أنها صورة من صور الضمان المصرفي ، ضم ذمة البنك الكفيل إلى ذمة عميله في ضمان الوفاء بإلتزام المكفول، ذلك لأن البنك بقدرته العالية التي تفوق قدرة الأفراد يتدخل ليكفل أحد عملائه في مواجهة دائنيه ، وليست الكفالة بهذه الصورة حكرا على البنوك بل هناك جهات تقوم بذلك".[3]

---

[1] – عبد الله خالد أمين والطراد إسماعيل ابراهيم، إدارة العمليات المصرفية المحلية والدولية، الطبعة الأولى، دار الوائل ،عمان، 2011، ص 309.

[2] – الأمر 75–59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالأمر 05–02، المؤرخ في 06 فيفري 2005، الجريدة الرسمية العدد 11، لسنة 2005.

[3] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المجلد الرابع، عمليات البنوك دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2008، 232.

عرفها الأستاذ الدكتور خالد أمين عبد الله و الدكتور إسماعيل إبراهيم الطراد على أنها : " ....نوع من أنواع التسهيلات الإتمانية غير المباشرة التي يقدمها البنك خدمة لعملائه ،و تصدرها البنوك بناءا على طلب شخص طبيعي أو إعتباري .... " . [1]

و البعض الآخر من الفقه يرى أن الكفالة لم تعد كما كانت سابقا في ما بين الأقرباء أو الزوج للزوجة وإنما أصبحت من صميم إختصاص مؤسسات و تنظيمات خاصة . فالبنوك تعطي غالبا كفالتها لعملائها ، ففي فرنسا مثلا نجد أن صندوق الإئتمان الزراعي يقرض المنضمين إليه بشرط تقديم كفالة .

كما نشأت شركات الكفالة التبادلية و التي ينحصر دورها في كفالة أعضائها . و بالمثل يلتزم الموقعون على الأوراق التجارية بالتضامن في مواجهة الحامل حسن النية .[2]

ويعتبر الضمان الإحتياطي في الأوراق التجارية يعتبر نوعا من الكفالة التضامنية .[3]

فالكفالة هي في الأصل تامين شخصي لا تمنح للدائن حق التتبع ولا حق الأفضلية كما في التامين العيني، ولكنها تمنح له حقا شخصيا على الدين يسمح لهذا الحق الشخصي بضم ذمتين أي ذمة المدين الأصلي وذمة الكفيل قصد تدعيم وتقوية مركز الدائن ضد مخاطر تقاعس المدين في الوفاء وإفلاسه.

تكون هنا الكفالة مطلقة أو غير محددة، فتنصب على الدين المكفول بمقداره وأوصافه وملحقاته [4] كما يلي:

1- ملحقات الدين وهي التعويضات التي يلتزم بها المدين بسبب إخلاله بالتزاماته، تشمل أيضا فوائد الدين المتفق عليها في عقد القرض بين البنك والعميل، وفوائد التأخير، والعمولات واللواحق باعتبار الفائدة جائزة إذا كانت لصالح بنك أو مؤسسة مالية. [5]

2- مصروفات المطالبة والتي تشمل تكاليف الإعذار ورسوم رفع الدعوى ومصروفاتها.

---

[1] – عبد الله خالد أمين والطراد إسماعيل إبراهيم، المرجع السابق، ص 311.

[2] – تامر ريمون فهيم، ضمانات الإئتمان المصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2012، ص 210.

[3] – المادة 409 من القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم.

[4]–الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 166.

[5]– المادة 456 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

3-ما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل بما اتخذه الدائن من إجراءات لتغطية الدين، كما تعتبر الكفالة أداة اجتماعية واقتصادية ومالية كثير الاستعمال في مختلف جوانب الحياة العملية في إطار العمليات المصرفية، إذ قد يكفل شخص شخصا آخر (شخص ثالث) لمختلف الأغراض الاجتماعية، إلا أنه إذا كان المستفيد من الكفالة شخصا اعتباريا، وكان الغرض من الكفالة ضمان حقوق المستفيد المترتبة على دفعه مبلغ من المال او تعهده ذلك المبلغ بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فقد يلتزم المر كفالة بنكية يتعهد بموجبها البنك بدفع المبلغ ضمن المدة المحدودة حسب الشروط الواردة بها. [1]

بحيث لا تتم عمليات شرا وبيع البضائع بين بلدين مختلفين بسهولة بين البائع والمشتري وذلك لعدم معرفة كل واحد منهما للآخر، وما يؤدي ذلك إلى عدم ثقة في إجراء الصفقة، لذلك لعبت الكفالات المصرفية دورها في تسهيل المعاملات وتنفيذ الصفقات العمومية وذلك على النحو الآتي:

- لا يستطيع المشتري التأكد بحسن نية وجدية والتزام البائع إلا بوجود الكفالة المرفقة مع العطاء.

- إن كفالة حسن التنفيذ تؤكد للمشتري التزام البائع بأنه يستنفذ عمليات شحن البضائع حسب شروط عقد البيع.

- توفر الكفالات السيولة اللازمة النقدية للبائع ضمانا لتنفيذ التزامات المشتري.

تتضمن الكفالة تعهدا بأداء عمل معين، فهل يعد هذا العمل مدني ام عملا تجاريا، بحيث تعكس الآثار المترتبة على التمييز بين العمال التجارية والأعمال المدنية من حيث مسائل الإثبات والاختصاص القضائي، والأعذار ، الآجال، التضامن، الإهمال، نسبة الفوائد المحصل عليها، وكذا الإفلاس والتسوية القضائية والفائدة القانونية، والأهلية الواجب توفرها في الكفيل؟

[1]- شاكر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2008، ص 127-128.

إن الكفيل في الأصل يقدم خدمة بدون مقابل كما تطرقنا له في خصائص الكفالة في المبحث الأول، وعليه تعتبر عقد الكفالة عقد تبرع، وعلى هذا الأساس اعتبرها بعض الفقهاء أنها عقد مدني ذلك لأن صفة التبرع لا تتماشى والمعاملات التجارية. [1]

ثالثا: التعريف القضائي

لم يشر المشروع الجزائري التعريف الكفالة البنكية حتى سنة2010 حيث أصدرت المحكمة العليا قرارها الذي طبقت فيه مبادئ الأعراف الدولية بخصوص الكفالات البنكية لدى أول طلب حيث جاء في المبدأ أنه , لاينبغي الخلط بين الكفالة البنكية, الداخلة في المعاملات المصرفية العالمية الخاضعة لأعراف الدولية, وبين الكفالة الشخصية الخاضعة للقانون المدني. [2]

و ما يمكن إستنتاجه أن القرار إستبعد تطبيق نص المادة 646 من القانون المدني الجزائري التي تطبق على الكفالات الشخصية. في حيث تناول القضاء المصري تناول الكفالة البنكية و خطاب الضمان بكل دقة و ميز بين إلتزام البنك و إلتزام العميل في كل منهما أما القضاء الفرنسي فقد ميز بين الكفالة و خطاب الضمان .

و خصوصا بعد صدور قانون الصفقات العمومية الفرنسي الذي فرق بين الكفالة المصرفية و الكفالة في القانون المدني حيث نص المادة 144 منه على أن الوفاء يجب أن يتم بمجرد أول طلب من الإرادة المتعاقدة و بدون أي إعتراض من الكفيل.

كما أنها فرقت بين الكفالة المدنية و المصرفية التي إعتبرها خطاب الضمان.

من خلال مما سبق يمكن القول أن الكفالة المصرفية كالكفالة في القانون المدني فالعقد الذي يكفل بمقتضاه البنك تنفيذ إلتزام معين يقع على عاتق الزبون بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه .[3]

---

[1]– شاكر القزويني، المرجع السابق، ص 128–129.

[2] – قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 08 جويلية2010، كفالة بنكية– كفالة شخصية– أعراف دولية– معاملة مصرفية عالمية، مجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2012، ص 251.

[3] – زاهية سي يوسف ، عقد الكفالة ، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، طبعة 2001، ص 16.

فتنعقد الكفالة برضا البنك الكفيل و الدائن المستفيد ، فيعبر البنك عن رضاه بالتوقيع و الإصدار إلى المستفيد،[1]أما رضا العميل أي (المدين) فلا يكون ملزما في الكفالة ، لأنه ليس طرفا فيها ، لأنها تنعقد بدون عورغم معارضته طبقا للقواعد العامة.[2]

الفرع الثاني: خصائص الكفالة البنكية

يتميز عقد الكفالة بعدة خصائص وهي كالتالي:

أولا: الكفالة البنكية عقد ملزم لجانب واحد

ذلك أن العقد لا ينشئ التزامات إلى على عاتق طرف واحد هو البنك الكفيل، فهو الذي يلتزم اتجاه الدائن بتنفيذ التزام المدين الرئيسي كلما تخلف هذا الأخير عن القيام به، ولا يتغير من العقد صفته الملزمة لجانب واحد عندما تعطي الكفالة بمقابل، باعتبار أن هذا الغرض يتعلق بعقد الاعتماد بالتوقيع المبرم بين المدين والكفيل، بمعنى إذا تلقى الكفيل عوضا مقابل كفالته لعميله فإن هذا العوض الذي يتلقاه من عميله لا من دائن هذا العميل، وهو إذا تلقى العوض من الدائن فلا نكون بصدد كفالة مصرفية وإنما في صدد تأمين اعتماد.

وعليه فإن القول بأن العقد الذي يتلقى البنك بموجبه عوضا لا يكون عقدا ملزما لجانب واحد ناتج عن خلط بين مصدر هذا العوض [3] وأنه إذا كانت الكفالة المصرفية مصدرا لالتزامات متبادلة بين البنك والكفيل والدائن، كما لو تم الاتفاق بينهما على إنقاص الفائدة عن الدين المكفول وإرجاء ميعاد استحقاقه أو التزام الدائن بعدم مطالبة الكفيل إلا في أحوال معينة، فإن ذلك لا يؤثر على ما يمتاز به عقد الكفالة المصرفية بأنه ملزم لجانب واحد هو الكفيل، لأن هذا العقد مع أنه بحسب الأصل يرتب آثارا في جانب الكفيل فقط فهذا لا يعني بذلك أن لا تكون الكفالة مصدرا لالتزامات متبادلة وملزمة لجانبين. [4]

4-wencoslas ella Andome ,la cautionnement donne a une société , université de nansy 2,2010,p. 75 .

[2] – المادة 647 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتتم .

[3]– منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 15.

[4]– عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص 183.

ثانيا: عقد الكفالة عقد ضمان شخصي:

بما أن الائتمان يقوم على الثقة، فالدائن لا يمنح ثقته لمدينه إلا بعد التحقق من مصدرية على الوفاء بالتزامه بالإضافة إلى سمعته وحرصه على الوفاء بالتزاماته، لذلك تقوم الكفالة بوجه عام والكفالة البنكية بوجه خاص.

وعليه تقوم الكفالة المصرفية على الاعتبار الشخصي، بما يعني أن العميل الذي كان سببا في إبرام عقد الكفالة بين البنك ودائنه محل نظر البنك من حيث ملاءته وثقته المالية ووضعه المالي، لأن ذلك يتعلق بالخطر الذي يلحق الكفيل نتيجة كفالة عميل لا يتمتع بثقته، ذلك لن الضمان لا يمنح حق مقابل العوض إلا بناء على علاقة تقوم على الثقة بين الكيل والمدين، لأن الكفالة تغطي شخصا لا دينا بالذات، هذا من جهة، أما من الجهة الثانية فلا نلحظ أهمية بالنسبة لعلاقة الكفيل بالدائن لن كلاهما لا يهمه الاعتبار الشخصي للآخر،[1] فالبنك يلتزم بوفاء دين عميله إذا لم يف به الخير، ولهذه الغاية لا يعنيه شخص الدائن، والدائن يلتمس صم ذمة أخرى إلى ذمة مدينه، لأنه أيا كانت الذمة المضمونة فهي تقوي ضمانات الوفاء بدينه. [2]

غير أنه في الوقت الحاضر بعد شيوع استخدام الكفالة، أصبح ضمان الذي تقدمه الكفالة أكثر أمننا خاصة بعد تدخل البنوك والمؤسسات المالية الأخرى لتقدم ضمانها للمشروعات وللأفراد للحصول عل الإئتمان اللازم. [3]

ثالثا: الصفة العوضية لعقد الكفالة البنكية

الأصل أن الكفالة تعقد بغير أجر وإلا كان الإلتزام بأدائه باطلا ومبطلا للعقد نفسه، ويتعين التمييز في إطار تحديد الصفة العوضية للكفالة البنكية بين نوعين من العلاقات علاقة الكفيل بالدائن، وفيها يظهر عقد الكفالة بأنه عقد مجاني مادام أن الكفيل يلتزم تجاه الدائن بدون مقابل.

---

[1] – سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، (الكفالة ، الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز)، المرجع السابق، ص 23.

[2]– محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك،المرجع السابق، ص 234.

[3] – هاني دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994، ص 226.

ثم علاقة الكفيل بالمدين حيث من الطبيعي أن تتلقى المؤسسة البنكية الكفيلة أجراء وعمولة عن الخدمة العقدية من جانبها، والذي يشكل وعاء لتغطية المخاطر المصاحبة لهذا النوع من العمليات بالإضافة إلى ذلك فالبنك يعتبر مؤسسة تجارية والعرف البنكي يسمح بإعطاء أجر عن هذا النوع من الخدمات. [1] وبخلاف الفوائد بين الأفراد التي هي محرمة قانونا وشرعا، إلا ان عنصر الفائدة بالنسبة لهذا النوع من المعاملات فيما بين البنوك والمؤسسات المالية فهي تعتبر ملزمة وبمثابة العوض. [2]

رابعا: الصفة التبعية لعقد الكفالة البنكية

تعتبر الصفة التبعية الخاصية الأساسية التي تتميز بها الكفالة، والتي تميزها عن باقي الضمانات المشابهة، وتبدو خاصية تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي واضحة من خلال النصوص المنظمة للكفالة بوجه عام، فلا يمكن أن توجد الكفالة دون وجود التزام أصلي ترتبط به، فهي ترتبط بالإلتزام المكفول ارتباطا مباشرا ليس من حيث كون التزام الكفيل تابعا في صحته ومدته للالتزام الأصلي فقط بل أنه يتبعه أيضا في محتواه وآثاره.

فيشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل دينا أو عينا أو نفسا معلومة، وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل. [3]

وعليه تعتبر التبعية صفة إلزامية لأن الكفالة لا تقوم إلا إذا أوردت على التزام صحيح وأن التزام الكفيل يتحدد بالتزام المدين الأصلي إلا أنه بالرجوع إلى القانون التجاري نجد أن في الضمان الإحتياطي يكون التزام الضامن صحيحا حتى لو كان الإلتزام الذي ضمنه باطلا. [4]

خامسا: الصفة التجارية للكفالة البنكية

تعتبر الكفالة بحسب الأصل عقدا مدنيا، غير أن الكفالة البنكية تعتبر بحكم المادة السادسة من مدونة التجارة عملا تجاريا بالطبيعة، ويترتب على اعتبار الكفالة البنكية عملا تجاريا خضوعها كغيرها من العقود التجارية للأحكام الخاصة بالقانون التجاري خاصة تلك

---

[1] –http//www.bea.dz.

[2] – المادة 454 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[3] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 235.

[4] – المادة 409 من القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم.

المتعلقة بالإثبات وتلك المتعلقة بالتضامن، هذا ما خضوع المنازعات المترتبة عن الكفالة البنكية من حيث الاختصاص للمحاكم التجارية باعتبارها عملا تجاريا.

والبنك وهو يقوم بإبرام الكفالة فإنه يحصل لقاء ذلك على عوض هو العمولة، وبهذه الحالة وبما أنه يمارس العمل التجاري فتعتبر الكفالة على هذا الأساس عملا تجاريا، دائما بالنسبة للبنك بوصفها من عمليات البنوك. [1]

سادسا: صفة الرضائية للكفالة البنكية

عقد الكفالة المصرفية عبارة عن تصرفين قانونيين، صدر الأول من الكفيل بإرادة حرة غير مشوبة بأي عيب ليلتقي بالثاني الصادر عن الدائن بإرادة حرة غير مشوبة بأي عيب. لم يشترط القانون أي شكل خاص لإنعقاد الكفالة، ولذلك فهي تخضع للقاعدة العامة في إبرام العقود وهي قاعدة الرضائية.

وهو في القانون المدني ينعقد وينفرد بإيجاب الكفيل ما لم يرده المكفول له [2] ، ورضائية البنك ترد في العبارات التي يتضمنها عقد الكفالة، وتشترط أن تكون واضحة وصريحة بعيدة عن أي لبس أو إبهام حول نية تحمل الإلتزام، لأن إرادة البنك لا يجوز استنباطها للقول أن نية البنك اتجهت إلى تحمل التزام تجاه الدائن.

مثال ذلك قد يوصي البنك بموجب شهادة صادرة عنه بأن أحد عملائه موثوق فيه وهو موسر ويبادر إلى تنفيذ إلتزاماته في مواعيدها، فمثل هذه التوصية لا تعتبر كفالة مصرفية، وقال نفس الشيء بشأن ما يصدر عن البنك من رسائل عندما يقتصر مضمونها على مجرد لفت النظر إلى الأنظمة الأساسية للعميل أو إلى بيان أسماء المكتتبين في شركة ما، وذات الشأن بالنسبة للإلتزام الذي نشأ قصد أحد البنوك بأن يوفي لمساهمي إحدى الشركات ما يساوي قيمة أسهمه بتاريخ معين، كما لا تعتبر البنك كفيلا إذا أعطى آخر معلومات عن ملاءة أحد عملائه.

ومع ان التصرفات الصادرة عن البنك لا تعتبر في الأحوال المشار إليها كفالة طبقا للقواعد العامة المنظمة لعقد الكفالة، إلا أنه من الممكن مساءلة البنك على أساس المسؤولية

[1] – المادة 02 من القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم.

[2]– محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 237–238.

التقصيرية [1]إذا اتضح بأن التركيبة التي صدرت عنه بحق احد عملائه أو المعلومات التي أدلت بها للغير عن عميل له كانت غير صحيحة إما عن عمد أو رعونة وتسرع،وهو في مواجهة الدائن الذي بناء على هذه التوصية وهذه الثقة في المعلومات التي تلقاها منه تعامل مع المدين، وبالتالي تحمل مسؤولية الأضرار التي تصيب هذا الدائن. [2]

وبالتالي فمهما كانت قيمة الإلتزام المكفول ولو كان من الجائز إثباته بالبينة، إلا أن هذا الإثبات لا ينطبق على الكفالة كضمانة بإعتبارها تجارية فيمكن اثباتها بكافة الطرق وفقا لنص المادة 30 من القانون التجاري، فالعقود المصرفية وخاصة تلك التي ترتب التزامات كبيرة على عاتق البنك، ومن بينها الكفالة البنكية تفرغ عادة في محرر تدون فيه البيانات والشروط التي تضعها في شكل نماذج معدة مسبق[3]ا وهذا ما سوف نتناوله بالتفصيل لاحقا.

الفرع الثالث: تمييز الكفالة البنكية عن بعض عمليات البنوك الأخرى

على الرغم من التشابه القائم بين الكفالة البنكية ببعض المؤسسات المشابهة لها، إلا أنها في واقع الأمر تشكل نظاما قانونيا مستقلا بذاته، وعليه سنقوم بالكشف عن الفروق الجوهرية التي توجد بينها وبين غيرها من العمليات المشابهة، وعليه سوف نتطرق إليها فيما يلي:

أولا: الكفالة البنكية وخطاب الضمان Lettres of garantie:

إذا كان خطاب الضمان يشترك مع الكفالة البنكية باعتبارهما يشكلان صورة من صور الائتمان غير المباشر أو الائتمان بالتوقيع، كما أن علاهما عملية قانونية ثلاثية الأطراف، ففي خطاب الضمان يكون أطراف العلاقة البنك مانح الضمان، والعميل الآمر والمستفيد من الخطاب، وأطراف الكفالة هم: البنك الكفيل، العميل المكفول والمستفيد من الكفالة.

على الرغم من أن خطاب الضمان يؤدي نفس الوظائف التي تؤديها الكفالة، إلا أن هناك فروقات جوهرية بينهما.

---

[1] – بسام هلال مسلم القلاب، الإعتماد المالي(دراسة مقارنة)، دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2009، ص 184.

[2]– بضراين نجاة، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع، الاعتماد بالقبول– الكفالة المصرفية– خطاب الضمان، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة القاهرة، 1987، ص 252.

[3] – علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 140.

لعل المعيار الذي يمكن الاطمئنان إليه لرسم الحدود الفاصلة بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية يتمثل في طبيعة التزام البنك في مواجهة الدائن أو المستفيد من خطاب الضمان أو الكفالة المصرفية، فإذا كان الطريق مفتوحا بين هذا الإلتزام والتزام العميل بحيث يتسنى للبنك التنصل من التزامه استنادا إلى دفوع مستمدة من علاقة عميله بالدائن أو المستفيد، فإننا نكون بصدد كفالة أيا كانت التسمية المستخدمة، إذ كثيرا ما يستخدم لفظ الكفالة حتى من جانب المشرع ويكون المقصود هو خطاب الضمان والعكس صحيح. [1]

لا نرى صحيحا إطلاق القول بأن خطاب الضمان لا يعدو أن يكون نوعا من الكفالة التي لقواعد خاصة أفرزها العرف المصرفي، والواقع أن جوهر الكفالة وجود التزام أصليا والتزام تابع، أما في حالة إصدار خطاب ضمان فثم التزام واحد هو التزام البنك في مواجهة المستفيد. وبالتالي يفهم من خلال ما سبق أن خطاب الضمان ليس عقلا ولكنه يصدر بناءا على عقد بين البنك وعميله، عكس الكفالة التي تكون عبارة عن عقد بين المدين والكفيل.[2]

ومفاد ذلك أنه في حالة خطاب الضمان، لا يوجد التزام أصلي وآخر تبعي، وإنما التزام واحد تحددت كل شروطه وأوصافه داخل خطاب الضمان الذي أسدل ستارا يحجب ويمنع أي آثار للعقد الذي صدر الخطاب تنفيذا له.

ونجد أيضا بأن الكفالة تشمل خطاب الضمان وهو جزء منها، بينما خطاب الضمان لا يعتبر كفالة وهو صورة من صورها.

يجوز وضع شروط معينة لدفع الكفالة، بينما في خطاب الضمان لا يجوز وضع شروط، ويدفع خطاب الضمان عند أول طلب. [3]

---

[1]– سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 75.

[2] – عبد الرحمان السيد قرمان، عمليات الينوك طبقا لقانون التجارة الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 344.

[3]– خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، جهينة للنشر والتوزيع، الأردن، د س ن، ص 330.

عرف الدكتور علي البارودي خطاب الضمان على انه: "تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى العميل (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد، إذا طلب منه خلال الفترة الزمنية المحددة في الخطاب". [1]

وعليه هو صك يتعهد بموجبه البنك المصدر بأن يدفع إلى المستفيد مبلغا معينا لحساب طرف ثالث لقاء غرض معين وخلال وقت محدد، تعدد خطابات الضمان من التسهيلات المصرفية غير النقدية، وهي تمثل التزاما على البنك مما يتطلب رسم سياسة توفق بين الربح الأمان. [2]

وقد عرفه الدكتور محمود الكيلاني: "بأنه علاقة قانونية فيما بين البنك والمستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب خلال مدة محدودة". [3]

كما تم تعريفه أيضا: "بأنه تعهد بات يصدر من المصرف بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك". [4]

أما في الكفالة المصرية فلا يكون للدائن المستفيد إلزام الكفيل بتنفيذ الإلتزام الذي يتحمل به هذا الأخير في مواجهته، إلا إذا أثبت بالفعل أن الأمر الذي من أجله صدرت الكفالة قد تحقق.

ويتأكد البنك من أن هذا الأمر تحقق بعد أن يقدم الدائن المستفيد من الكفالة ما يثبت ذلك وهو بهذه الحالة حكم قضائي نهائي يدين العميل.

وعليه مما سبق يمكن القول أن الكفالة البنكية تتميز بصفة التبعية عكس خطاب الضمان الذي يعتبر ضمانة مستقلة عن العلاقة التعاقدية الأصلية، كما أن المؤسسة البنكية تلتزم في عملية الكفالة بالتنفيذ في حالة تقاعس المدين عن الوفاء بالتزامه.

---

[1]–علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 416.

[2]– دريد كامل شبيب، المرجع السابق، ص 209–210.

[3]– محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 143.

[4]– صلاح الدين حسن السيسي، قضايا مصرفية معاصرة، الائتمان المصرفي، الضمانات المصرفية، الاعتمادات المستندية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2004، ص 135.

أما خطاب الضمان فإنه يكون فيه التزام البنك أكبر حيث يتعهد بدفع المبلغ المبين في الخطاب بمجرد أن يطلب من المستفيد ذلك. [1]

ثانيا: الكفالة البنكية والاعتماد المستندي:

هو تعهد من البنك لبائع البضاعة او منفذ الخدمة بدفع مبلغ من المال شريطة تقديم البائع مستندات معين توضح شحن البضاعة أو حسن تنفيذ الخدمة، بمعنى آخر هو تعهد بنكي مشروطا بالدفع، حيث يقوم البنك مصدر الاعتماد بالتعهد أو الإلتزام إلى المستفيد بالدفع بناء على طلب العميل فاتح الاعتماد عند تقديم المستندات المتفق عليها كالفاتورة التجارية، شهادة المنشأ، شهادة معينة وقوائم التعبئة وغيرها من المستندات.[2]

الاعتماد المستندي جاء الحديث عنه في هذا الموضع لغاية التمييز بينه وبين الكفالة المصرفية، وتبدو أوجه التشابه بين الكفالة المصرفية وخطاب الاعتماد المستندي من حيث أن الطرفين في كل عقد هما العميل والبنك، وإن الأول سعى للحصول على ضمان الثاني، غير أن أوجه الخلاف جوهرية ويتعين الوقوف عليها. [3]

فالاعتماد المستندي "عبارة عن تعهد صادر من البنك بناء على طلب احد عملائه ويسمى الآمر لصالح شخص آخر يسمى المستفيد، يلتزم البنك بمقتضاه أن يدفع مبلغ معين من النقود للمستفيد او يقبل ويدفع سحوبات المستفيد مقابل مستندات منصوص عليها شريطة ان تكون المستندات مطابقة لشروط الاعتماد". [4]

وعليه هو عقد يتعهد البنك بمقتضاه أن يفتح اعتماد لصالح شخص هو المستفيد بناء على طلب العميل وهو الآمر بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل، وبموجب هذا التعهد يلتزم البنك فاتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها.

---

[1]– محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 253.

[2]– دريد كامل شبيب، المرجع السابق، ص 210.

[3]– محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 253.

[4]– اللائحة رقم458 لعام 1992 وبعد تعديلات سنة 1993 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس والتي تتضمن القواعد الموحدة لخطابات الضمان المصرفية ، المادة الثانية من الأصول والأعراف الموحدة.

أما من ناحية الآثار القانونية للالتزام الناشئ عن تأييد الاعتماد المستندي، فيقول الدكتور السنهوري: "هذه المصلحة المشتركة" هي التي تبرر مبدأ أساسيا في التضامن يقضي بأن كل مدين متضامن يمثل الآخرين في ما ينفعهم أو يضرهم.

وعلى أساس ما تقدم نجد أن اختلاف الكفالة المصرفية والاعتماد المستندي واضحا وفق ما تقدم من حيث استغلال كل التزام عن الآخر.

وهكذا نجد أن الإلتزامات التي نتجت عن عقد الكفالة كأثر له، تختلف عن تلك التي نتجت عن تأييد الاعتماد، ذلك لأن الإلتزام الذي ترتب على عاتق البنك المراسل مستقل عن التزام البنك المنشئ، رغم ما قيل أنه كان سببهن بعكس الإلتزام الذي يترتب على عاتق البنك الكفيل، والذي يعتبر بموجبه متضامنا مع المدين. [1]

ثالثا: الكفالة البنكية وتأمين الضمان:

يقصد بعملية تأمين الضمان تلك العملية التي يلتزم فيها المؤمن بتغطية المؤمن له ضد خطر عدم الوفاء بالدين المضمون عند حلول الأجل، وعلى الرغم من التشابه الكبير بين طبيعة كل من التزام الكفيل المؤمن في تأمين الضمان، إلا أن هاتين العمليتان تختلفان عن بعضها البعض.

فإذا كان البنك الكفيل يتوخى تقديم المساعدة لزبونه المدين، وتقوية مركزه المالي لكسبه ثقة دائنيه، فإن المؤمن على العكس من ذلك لا يقصد مساعدة المدين بل مساعدة الدائن التي تدخل بناء على طلبه ولحسابه.

يكمن أهم اختلاف بين المؤسستين في غياب حق رجوع المؤمن على المدين، لأن المؤمن حين يدفع مبلغ الدين عند تحقق الخطر، فهو ينفذ التزامه المستقبل في عقد التأمين[2]، وهذا بخلاف الكفيل فالتزامه التزام تابع، وإذا أدى دين المدين فهو يملك حق الحلول محل الدائن في جميع حقوقه التي له في مواجهة المدين. [3]

---

[1]– عبد الرزاق بن حبيب وخديجة خالدي، أساسيات العمل المصرفي، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ص 264.

[2] – المادة 619 من القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

[3] –https://eco-link.jimdo.com/app/download/.

قد عرف قطاع التامين نظاما جديدا متمثل في استقلالية الشركات العاملة في هذا القطاع وهذا بموجب الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات [1]، حيث أصبح قطاع التأمين يلعب دور فعال في مختلف القطاعات الإقتصادية وخاصة لدى المجتمعات المتطورة حيث أصبح ضرورة ملحة لدرء الأخطاء التي لا يمكن للمؤسسة تجاهلها، ونخصص بذات البنوك والمؤسسات المالية التي أختارت التأمين كضمان تكميلي للضمانات المطلوبة شخصية كانت أم عينية.[2]

فتأمين الضمان التزام يترتب على عاتق شخص هو المؤمن كأثر لعقد أبرمه مع شخص آخر هو المستأمن، ويغطي هذا الإلتزام خطر عدم الوفاء بالدين المضمون عند حلول أجله.

وعليه يتشابه تامين الضمان مع الكفالة في الآثار التي يجدها كلا العقدين من حيث أن عدم تنفيذ الإلتزام المضمون في العقدين يجعل الكفيل والمؤمن في دائرة الملزم في الوفاء، إلا أنهما يختلفان من حي أن الكفيل يهدف إلى الوقوف بجانب المكفول ومساعدته في تقوية ائتمانه لدى دائنيه، أما المؤمن فهو على عكس ذلك يرمي إلى مساعدة المدين بقدر ما يرمي إلى مساعدة الدائن الذي تدخل بناء على طلبه ولحسابه.

كما أن الدائن في عقد الكفالة لا يلتزم بمواجهة الكفيل بأية نفقات، إذا كان هناك نفقات فإن المدين المكفول هو الذي يتحملها في مواجهة الكفيل، أما تأمين الضمان فإن الدائن الذي يسعى ليؤمن ديونه المؤجلة ضد أخطار عدم الوفاء بها في مواعيد استحقاقها يتحمل نفقات يرتبها عليه العقد وهي الأقساط التي يؤديها إلى المؤمن. [3]

رابعا: الكفالة البنكية وخطاب التوصية أو خطابا النوايا أو خطاب التزكية

ليس من السهل وضع تصور أو مفهوم موحد لخطابات النوايا في مجال الائتمان، ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذه الفكرة يمكن أن تشمل في الواقع وفقا للعبارات المستخدمة من طرف مرسل الخطاب انواعا كثيرة مختلفة.

---

[1] – الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995، والمتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية عدد 13 المؤرخ في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم.

[2] – صهيب عبد الله بشير الشخانبة، الضمانات العينية (الرهن) ومدى مشروعية استثمارها في المصارف الإسلامية ، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 83.

[3]– محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 251-252.

وصورته الغالبة ، أن تقوم شركة أم لها فروع يريد أحدها الحصول على قرض من أحد البنوك، فتقوم الشركة الأم بإرسال خطاب نوايا إلى البنك لبث الثقة لديه .[1]

والفرق بين الكفالة البنكية وخطاب النوايا يتجلى في كيفية تنفيذ الضمان، فالضمان الناشئ عن الكفالة يفترض تنفيذه بوسيلة وحيدة هي ضرورة قيام الكفيل بدفع الدين، إذا لم يدفعه المدين الأصلي، أما في حالة الضمان الناشئ عن خطاب النوايا فإنه يتحقق بعدة وسائل ، ومن تم فهو يتميز عن الكفالة باعتباره يشكل نظاما من نوع خاص، يتضمن تعهدات تختلف درجة إلزامها بحسب الحالات ووفقا للعبارات المستعملة. [2]

فخطاب التزكية لا يقد محرره الارتباط تعاقديا من وجهه إليه، واعتبر البعض التزاما معنويا ذلك لأن هذا الإلتزام ليس موضوعه القيام بعمل أو تصرف معين، وأن طبيعته القانونية غير محددة، فأحيانا يمثل كفالة كما هو الحال عندما تكتب شركة الصيغة التالية "سنبذل كل ما في وسعنا لكي نوفر لفرعنا المال اللازم الذي يمكنه في مواجهة التزاماته"، وأحيانا كثيرة لا يمثل هذا الخطاب أي التزام، ويستخدم إذا رغب بنك أن يمنح اعتماده لفرع شركة ويريد الحصول على طمأنة من الشركة الأم، أو إذا صدرت هذه الخطابات عن البنوك تزكي بموجبها عملاءها لدى أشخاص يتعاملون معهم، وبهذه الحالة لا يعتبر تدخل البنك بإصدار خطاب التزكية كفالة، وعليه فإن البنك الذي اقتصر مضمون الخطاب الصادر عنه على دعوة شخص إلى إقراض مبلغ معين أو تسليم بضاعة لعميل من عملائه، لا يمكن اعتباره كفيلا. [3]

خامسا: الكفالة البنكية والتعهد عن الغير

التعهد عن الغير هو الحالة التي يتعاقد فيها شخص مع آخر على تعهده شخصيا بأن يحمل الغير يتعهد شخصيا بأن يجعل الموكل يقرر الاتفاق خارج عن حدود التوكيل، والتعهد عن الغير لا يلزم الغير.

فالمتعهد يلتزم شخصيا بالعقد الذي يبرمه، فهو ليس وكيلا عن الغير أو نائبا عنه ولا سلطة له في إلزامه، ولكنه يتعهد بأن يحصل على رضا هذا الغير بالعقد، فمحل التزام المتعهد

[1] – أحمد عبد الجواد" خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإئتمان"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 20.

[2] –https://eco-link.jimdo.com/app/download.

[3] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 260.

هو دائما التزام بعمل هو أن يحمل الغير على قبول التزام معين، ولا يترتب التعهد عن الغير التزاما في ذمته بل يظل حرا في أن يقبل العقد الذي تم التعهد به عنه أو أن يرفضه.[1]

فالمتعهد عن الغير يلتزم التزاما أصليا بأن يجعل الغير يقبل التزام معين، أما التزام الكفيل فهو التزام تبعي حيث يلتزم بالوفاء بالدين إذا لم يفي به المدين نفسه، فالكفيل يضمن وفاء المدين بالتزامه، أما المتعهد فيقتصر دوره على حمل الغير على قبول الإلتزام أم رفضا الغير القيام بتنفيذ ما تعهد به المتعهد، فإن هذا الخير يكون قد أخل بالتزامه الأصلي وهو ملزم بتعويض المتعهد له عما لحقه من ضرر.

لأن الغير لم يوجد عليه أي إلتزام أصلا حتى ينفذ المتعهد بدلا منه، ويقوم المتعهد بتنفيذ إلتزامه هو أي انه التزام أصلي وليس تابعا، ويتم عن الطريق التنفيذ بمقابل أي أنه ينفذ التزاما بديلا لالتزامه، أما الكفيل فالتزامه تابعا لأنه يقوم بتنفيذ التزام المدين إذا لم يقم به. [2]

المطلب الثاني: أنواع الكفالة البنكية

يلجا البنك إلى إصدار الكفالات البنكية بالوساطة بين طرفي العقد، والمتمثلة في تعهد البنك الدفع بالنيابة عن عميله المكفول في حالة عدم الوفاء بالتزاماته المحددة بالكفالة.

وعليه للكفالات المصرفية أنواع متعددة نذكر أهمها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

الفرع الأول: كفالات حسن التنفيذ/ خطابات الضمان النهائية: (Peformance bond)

تصدر هذه الكفالات من البنوك لضمان حسن تنفيذ العقد أو المشروعات التي يقوم العملاء بتنفيذها بالشكل المتفق عليه حسب نوع العقد، فإذا كان العطاء توريد سلعة معينة تسمى كفالة حسن التوريد وتكون بنسبة 10 إلى 15 % من قيمة العقد حسب الاتفاق الموقع، وينتهي خطاب الضمان بانتهاء تنفيذ المشروع و استلامه من الجهة المستفيدة، وتعالج محاسبيا على نفس الطريقة السابقة، ولكن الفرق الوحيد هو تحصيل مصاريف الكفالة على

[1] – منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 12.

[2]– أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1994، ص 134.

حساب العطاء أو المشروع بدلا من حساب المصاريف البنكية، وذلك كون العطاء بهذه الفترة قد رسا قائما سجلات الشركة. [1]

ويعتبر أيضا هذا النوع من الكفالات جذاب للمستوردين في العمليات التجارية لأنها مستقلة عن الوضع الاقتصادي للمصدر، حيث سيكون الطرف الملزم بالدفع لتعزيز ضمان الأداء والذي يغطي كامل بنود العقد بما في ذلك مخاطر الكفالة. [2]

لهذا تتطلب معظم العطاءات على المتعهد تقديم هذا النوع من الكفالات في حال رسو العطاء عليه [3]وتوقيعه لاتفاقية التعاقد مع المشتري وتحل هذه الكفالة محل كفالة الدخول في العطاء، والتي تصبح لاغية بمجرد تقييم المتعهد لتلك الكفالة، ويتحصل في هذا النوع من الكفالات المتعهد مخاطرة هامة على اعتبار أن حسن التنفيذ ينطوي تزويد كميات معينة وتركيبها وتشغيلها بطريقة، لذلك نجد هذا النوع من الكفالات عادة ما يكون غير مشروط وقابل للدفع عند أول طلب من المستفيد مع تقييم إنجاز المتعهد لتقارير الشركة الاستثمارية المعنية من المستفيد على حسب نص الاتفاق بين البنك مصدر الكفالة والمتعهد. [4]

فحسن تنفيذ المتعهد للإلتزاماته التعاقدية من اهم المخاطر التي تتحملها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، إذ أن مواصفات العمل المنجز قد لا تتطابق مع شروط العقد مما يحمل الجهة المعنية تكاليفا إضافية تؤدي إلى إضعاف المشروع الإقتصادي. [5]

---

[1]– دريد كامل شبيب، المرجع السابق، ص 330.

[2]–BanKenverland, financing trade (junuary 2015).

[3] – المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15–247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية عدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام.

[4]– المادة 25 من المرسوم رقم 349–212 الصادر بتاريخ 2013/03/20، المداخلة 26 الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية.

[5] – عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار الجسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2011، ص 147.

الفرع الثاني: كفالات دخول العطاء / إصدار خطاب ضمان مؤقت (Bid bond)

كفالات دخول العطاء أو الكفالات الابتدائية: هي الكفالات التي تتطلب عند الدخول أو الإشتراك في العطاءات أو المتقصات لتنفيذ مشروع معين، وفي هذا النوع من الكفالات يكفل المصرف عميله بدفع مبلغ معين في حال انسحابه والإخلال بالتزاماته. [1]

يقدم هذا النوع من الكفالة تعبير عطاءات تنفيذ المشاريع، فعند دخول العميل في عطاء معين يتقدم بتغطية عطائه بكفالة صادرة عن البنك الذي يتعامل معه، وفي الكثير من الحيان تكون بنسبة 5 %من قيمة العطاء، وتصدر عادة لمدة من ثلاثة إلى ستة أشهر، وتقيد به فائدة من حساب مصاريف بنكية (كفالات) وتأمينات مستردة (قيمة التأمين) المقتطع من الحساب كصفات للكفالة، وهو خاضع لشروط البنك حسب النسبة المتفق عليها مع البنك والتي قد تكون 10 % أو 20 % أو 25 % إلى حساب البنك. [2]

فالمادة 4 فقرة 01 من النظام الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية التي تنص على أنه:" تحدد البنوك والمؤسسات المالية بكل حرية معدلات الفائدة الدائنة والمدينة وكذا معدلات ومستوى العملات المطبقة على العمليات المصرفية".[3]

الفرع الثالث: كفالة الدفعة المقدمة "السلفة" Advance payment bond

تشترط بعض الجهات على العميل أن يقوم في الكثير من العطاءات وخصوصا إذا كانت عطاءات من شركات خاصة وليس حكومية، يكون بها دفع مبلغ مقدم على العطاء، فيقدم صاحب المشروع دفعة مقدمة للمقاول (سلفة) وذلك لتوفير السيولة اللازمة لتنفيذ العمل خاصة في المشاريع الكبرى، ولضمان استيراد هذه الدفعة يقدم المقاول هذه لكفالة والتي تتضمن للمستفيد استردادها في حالة الفشل بالتنفيذ، ولا يستطيع الكفيل أو المكفول الاحتجاج بعدم دفع كفالة السلفة لأنها طلب بسبب فل التنفيذ.

وبالتالي فإن هذا النوع من الكفالات يصدر كضمان لاسترداد الدفعة المقدمة التي ستدفعها الجهة المستفيدة صاحبة المشروع إلى المتقدمين في العطاء المطروح، ويتم استرداد

---

[1]– عبد الله خالد أمين والطراد إسماعيل ابراهيم، المرجع السابق، ص 132.

[2]– Credit suisse, bank garantees, 2010.

[3] – النظام رقم 94-13 المؤرخ في 02 جوان 1994، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، الجريدة الرسمية، عدد 72، المؤرخة في 06 نوفمبر 1994.

هذه السلفة التي تتراوح غالبا بين 10-20 % من قيمة المشروع تدريجيا من المكفول، حسب مايتم تنفيذه من المشروع، بمعنى إن هذه الكفالة متناقصة في طبيعتها بنسبة مئوية موازية لقيمة الكفالة وحسب العمل المنجز.

وتبرز أهمية هذا النوع من الكفالات أيضا في العمليات التجارية الخارجية عندما تكون الفترة اللازمة لتصنيع وتسليم البضائع طويلة، حيث يضمن المستورد في حالة تقديمه.[1]

الفرع الرابع: كفالات الصيانة (Waranty bond/Maintenance bond)

عند الاستلام النهائي للمشروع وقبل تسليم المقاول نسخة من محضر الاستلام النهائي المؤيد من قبل الجهة المستفيدة وقبل إعادة كفالة التنفيذ، تطلب الجهة المستفيدة من المقاول كفالة صيانة، حيث يصدر هذا النوع من الكفالات لضمان قيام المكفول بإجراء بعض الإصلاحات والصيانة التي قد تظهر في مشروع قد سبق الانتهاء من تنفيذه لضمان فترة الصيانة وتكون عادة بنسبة 5 % من قيمة العطاء، وتكون لمدة سنة واحدة إلى سنتين وتكون قيمتها نصف قيمة كفالة التنفيذ.

يحق للمستفيد طلب تقديم كفالة صيانة لضمان تأمين تسوية أية عيوب تظهر عن التنفيذ وذلك فور الانتهاء من المشروع قبل تسليم نسخة من محضر الاستلام النهائي المؤيد للمشروع من قبل المستفيد، وقبل إعادة كفالة التنفيذ للبنك والتي عادة ما تكون بنصف قيمتها بنفس مدتها لإلغائها مع بقاء المتعهد مسؤولا عن تسوية وإصلاح أية عيوب لانقضاء المدة المتفق عليها لحين انقضاء المدة المتفق عليها حيث تعاد كفالة الصيانة بنهاية مدتها. [2]

نحاول لحصر بعض الملاحظات العامة التي استنتجت من كفالات العقود وذلك قبل إصدارها على حسب رصيده في المخصصات وذلك على النحو التالي:

1- التأكد من معلومات معينة قبل إصدار كفالة الدخول في عطاء على العميل وهي:

أ- يمكن للعميل تنفيذ المشروع.

ب- وضع العميل العالي وكفاءته الإدارية والفنية تؤهله لتنفيذ المشروع.

ج- البنك سيصدر كفالة حسن تنفيذ وكفالة كفالة سلعة لتحويل المشروع.

---

[1] - عبد الله خالد أمين والطراد إسماعيل ابراهيم، المرجع السابق، ص 132.

[2]- خالد وهيب الراوي، إدارة العمليات المصرفية، دار المناهج، الطبعة الثانية، 2003، ص 133.

2- إن كفالة حسن التنفيذ وكفالة الدفعة المقدمة لا تصدر إلا من بنك واحد مع كفالة الدخول في العطاء.

3- حصول العميل على كتاب تنازل عن مستحقاته من المشروع بعد الحصول على الموافقة الخطية للمستفيد لتحويل المستحقات لهذا الأخير من اجل إصدار كفالة حسن التنفيذ.

4- في حالة الشك في نصوص الكفالة المطلوب إصدارها يجب الحصول على موافقة الإدارة.[1]

دفعات مقدمة إلى المصدر حقه في ردها إذا ما فشل المصدر في تسليم البضائع والخدمات المتفق عليها. [2]

الفرع الخامس: كفالات المحتجزات (Rotention money bond)/ كفالة الدفعة النهائية

يضع المستفيد من الكفالة (صاحب العمل/العطاء) في المقاولات الكبيرة شرطا في العقد يجيز له اقتطاع نسبة مئوية من مستحقات المقاول تتراوح بين 5 % إلى 10% من كل دفعة يستحقها، وتحتجز المبالغ المجمعة والمستقطعة هذه حتى الاستلام النهائي لموضوع العقد (المشروع بعد إكفاله) والغرض من ذلك:

- ✓ ضمان استمرارية المقاول بعمله.
- ✓ معالجة أية عيوب قد يتطلب المقاول معالجتها.

لكن المقاول في بعض الأحيان قد يجد نفسه مضطرا للسيولة النقدية، فيتطلب من صاحب العطاء دفع الاقتطاعات المحتجزة، ولا تدفع هذه المبالغ إلا بعد تقديم الكفالة لصالح الجهة المستفيدة تضمن هذه المحتجزات، وبالتالي فإن الكفالة المحتجزات تكون متزايدة بسبب تزايد المبالغ المستقطعة، ويقوم المصرف بزيادة قيمة الكفالة بناء على طلب خطي من قبل المقاول (طالب إصدار الكفالة). [3]

الفرع السادس: كفالات الجمارك (Customs guarantees)

هي وثيقة مكتوبة تصدر من أحد المصارف لصالح السلطات الجمركية بطلب من احد العملاء، يتم من خلالها كفالة طالب إصدارها أمام السلطة الجمركية بأنه سيقوم بوفاء كافة

---

[1]- المداخلة السادسة والعشرون، الكفالة كضمان في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 09.

[2] – BanKenverland, financing trade (junuary 2015).

[3]- خالد وهيب الراوي، المرجع السابق، ص 133.

الإلتزامات الجمركية المترتبة عليه [1]، وفي كثير من الحيان يتم استخدامها عندما يتم استيراد البضائع إلى البلد بشكل مؤقت أو إدخالها لغرض تصنيعها وإعادة تصديرها، أو لغرض استعمالها وإعادة تصديرها في وقت لاحق، ويكون مبلغ الكفالة بمقدار الإلتزامات الجمركية ومدتها بحدود ستة أشهر قابلة للتمديد. [2]

بالإضافة إلى ذلك تمكن المستورد من تأجيل سداد الضرائب والرسوم أو الحصول على موافقة بالإعفاء منها او تنزيل قيمتها، وتتضمن مثل هذه الكفالة ضمان تنفيذ المكفول التزاماته اتجاه الإدارات الحكومية ومنها الرسوم والضرائب المفروضة على التصدير، والضرائب الداخلية وضرائب الإنتاج المقدرة وفق أحكام المادة 41 من قانون الجمارك[3]، ومع أن قانون الجمارك تضمن في معظم نصوصه أحكاما تقرر وضع تأميني نقدي، إلا أن ذلك لا يمنع من تقديم الكفالة المصرفية التي تقوم مقام النقود التي من اهدافها تيسير عمل المستوردين بما يعني إبقاء السيولة النقدية في حوزتهم. [4]

الفرع السابع: كفالات المصارف أو الكفالات الخارجية (Banker guarantees)

هي تعهد كتابي صادر عن المصرف المحلي بناء على طلب احد المصارف المراسلة في الخارج بدفع مبلغ معين خلال مدة معينة لجهة معينة (المستفيد مقيم) إذا ما أخل العميل غير المقيم المكفول من المصرف المراسل بالوفاء بالتزاماته.

وقد يكون العميل والمستفيد مقيمين (**residnets**) وقد يكونان غير مقيمين (**Nonresidents**)، وقد يكون أحدهما مقيما والآخر غير مقيم.[5]

---

[1] – Bank of china, customs guarantees, 2015.

[2]– Credit Suisse, bank guarantees, 2010, page 23.

[3] – القانون رقم 79-07، المؤرخ في 21 جويلية 1979، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-10، المؤرخ في 22 أوت 1998، المتضمن قانون الجمارك، الجريدة الرسمية العدد 61 المؤرخة في 23 أوت 1998، ص 60.

[4]– الضمانات الواردة في نص المادة 624 من القانون التجاري الجزائري هي:" الكفالات أو الضمانات الإحتياطية أو الضمانات للإدارات الجبائية والجمركية".

[5]– V dominique legeais,ap.at.p.244.

قد تصدر الكفالة المصرفية بناء على طلب مقيم لصالح مستفيد مقيم، كما قد تصدر بناء على طلب عميل مقيم لصالح شخص غير مقيم، لذلك نجد أن هناك صور ثلاث للكفالات المصرفية الخارجية وهي:

1- الكفالة الصادرة بناء على طلب عميل غير مقيم.

2- الكفالة الصادرة لصالح مستفيد غير مقيم.

3- الكفالة الصادرة بناء طلب عميل مقيم لصالح مستفيد غير مقيم.

هذا وتصدر الكفالات الخارجية بصورتين الأولى وطنية والثانية أجنبية:

* الوطنية: هي الكفالات التي يصدرها احد البنوك المحلية في الدولة بناء على طلب عميل فيها، سواء كان المستفيد داخل البلاد أم خارجها.

* أما الأجنبية: هي الكفالة التي يصدرها أحد البنوك المحلية بناء على طلب بنك أجنبي أو احد فروع البنك المحلي أو الأجنبي في الخارج، وذلك عندما يطلب أحد هذه البنوك إلى بنك محلي إصدار كفالة مصرفية إلى مستفيد قد يكون مقيما وقد يكون غير مقيم، وهذا النوع من الكفالات تقوم به البنوك المحلية على أساس من التعاون فيما بينهما وبين البنوك الأجنبية، ووفقا لمبدأ المعاملة بالمثل من جهة ومن اجل تحقيق عمولة إصدار هذه الكفالة من جهة ثانية.[1]

ومن تطبيقات هذه الكفالة لجوء الشخص غير المقيم في الأردن إلى البنك الذي يتعامل معه في تركيا يقدم له ضمانا بكفالة مالية مقابل عطاء أحيل عليه في الأردن، وتبدو واضحة عندما يتصل البنك في تركيا بأحد البنوك المحلية في الأردن، ويطلب منه إصدار كفالة مصرفية لصالح الشخص الذي يتعامل معه المكفول. [2]

وفي هذا المثال نجد أن الدائن مضمون في حالات ثلاث:

الأول: المدين

الثاني: البنك الأجنبي

---

[1] – محمد حسين الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النشر العلمي والمطابع، المملكة السعودية، 1997، ص 323.

[2]– محي الدين إسماعيل علم الدين، " موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية"، الجزء الأول، طبعة1987، ص 557.

الثالث: البنك الوطني

وعليه يمكن أن نلاحظ بعض الخصائص للكفالات الخارجية:

- ✓ طال إصدار الكفالة الخارجية هو مصرف مراسل في الخارج.
- ✓ لا تستوفي تأمينات نقدية من المصارف المراسلة وذلك لتوفر ثقة بين المصارف والمعاملة بالمثل.
- ✓ تسجل الكفالات الخارجية في سجل الكفالات الخاص بالوكلاء.
- ✓ تصدر الكفالات الخارجية بنفس الخطوات التي أصدرت بها الكفالات المحلية.
- ✓ للكفالات الخارجية أربعة اطراف (المستفيد المحلي / الخارجي – العميل المقيم/غير المقيم – المصرف المحلي/المسرف المراسل الأجنبي). [1]

[1]– عبد الله خالد أمين والطراد إسماعيل إبراهيم، المرجع السابق، ص 316.

المبحث الثالث: مراحل إبرام عقد الكفالة البنكية:

تناولت في هذا المبحث الشروط الواجب توفرها لإبرامها كمطلب أول وإجراءات الإصدار كمطلب ثاني.

المطلب الأول :الشروط الواجب توفرها للإبرام

الكفالة عقد كغيره من العقود, لابد من توفر فيه أركان, وسبق القول أن من خصائصها الرضائية التي تكمل في أحد أركانها وهو الأساس الطبيعي لكل عقد.

فيشترط لإنعقادها شروط موضوعية عامة من رضا و محل و سبب وأهلية, وكذا شروط شكلية معروفة و منصوص عليها في القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة للقوانين, غيرأن هذه الشروط وحدها لاتكفي, بيد أن الكفالة البنكية تعد عملا تجاريا دائما بالنسبة للبنك بإعتباره تاجرا, مما يستتبع تطبيق قواعد وشروط خاصة. [1]

وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا المطلب, حيث تناولنا الشروط الشكلية في الفرع الأول, والشروط الموضوعية في الفرع الثاني.

الفرع الأول : الشروط الشكلية

إن الممارسات العملية للبنوك دأبت إلى صياغة سندات الكفالة عن طريق إعداد نماذج موحدة ومعدة سلفا تتضمن مجموعة من البيانات[2], ولما كانت الكتابة شرط للإثبات في القواعد العامة وفقا للمادة 645 من القانون المدني , عكس الأعمال التجارية التي يجوزإثباتها بكافة الطرق هذا ماأشرنا إليه سابقا فالعقود البنكية والشركات التجارية غالبا ما تعتمد على نماذج محررة معدة سابقا [3]. وهذا ما سوف نتطرق له بالتفصيل حيث تناولنا في الفرع الأول الكتابة والفرع الثاني تناولنا فيه الأهلية و سلطة التوقيع, أما الفرع الثالث تناولنا فيه خطوات الإصدار.

---

[1] – مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مقدمة الأعمال التجارية والمؤسسة التجارية للشركة التجارية الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993، ص 163.

[2] – جمال الدين عوض ،المرجع السابق ,ص 140 .

[3] – هاني دويدار، المرجع السابق، ص 226.

أولا: الكتابة

يتضح لنا أن الكتابة المطلوبة هي شرط لإثبات وليست شرط للإنعقاد وعليه يمكن التعبير على الرضائية بأية وسيلة كانت ولا حاجة لأن تكتسي شكلا محددا. و بإعتبارعقد الكفالة بالنسبة للبنك عملا تجاريا بالطبيعة, فإن هذا العمل يخضع لحرية الإثبات, أما الطرف الأخر فلا يعتبر العمل تجاريا بالنسبة له فيخضع بدوره لقواعد الإثبات في المجال المدني[1].

بالرجوع إلى المجال العملي للبنوك , نجد أن الكفالة تتم دائما في عقود مكتوبة مستقلة بذاتها, أو في نفس محرر الإلتزام الأصلي .

والكتابة تلعب دورا هاما في إثبات الكفالة خاصة فيما يتعلق بالتاريخ و تحديد مبلغ الدين المضمون, فالتاريخ يكتسي أهمية بالغة تتجسد في كونه مؤسس العلاقة الزمنية بين الكفالة والإلتزام الأصلي المنشئ لها, خصوصا في الحالة التي لا يضمن فيها البنك الكفيل إلا الديون اللاحقة للإلتزامه, أو في الحالة التي يخضع فيها الكفيل لمسطرة معالجة صعوبات المقاولة ,إذ أن الصعوبة في حالة إنعدام الكتابة تثأر في معرفة تاريخ عقد الكفالة, هل تم إبرامه قبل توقف الكفيل عن الدفع أم بعده ؟

إذ في هذه الحالة الأخيرة سيكون خاضعا لمقتضيات المادة 284 من مدونة التجارة التي نصت على أنه "يمكن للمحكمة أن تبطل كل عقد بمقابل أو كل أداء أو كل تأسيس لضمان أو كفالة إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع".

و تلعب الكتابة أهمية بالغة في تحديد مبلغ الدين المضمون بالنسبة للكفالة تتجسد في تحديد مدى إلتزام الكفيل, أما بخصوص التوقيع فيلاحظ أن نماذج عقود الكفالة الصادرة عن الأبناء تتضمن عبارة "قرء و صودق عليه "و تكمن أهمية هذا التوقيع في ضمان حقوق والتزامات الأطراف في حالات النزاع, حيث يتم تحديد الحجم الحقيقي لإلتزام البنك, فيكون التوقيع كدلالة على إحاطته بمضمون إلتزامه.[2]

[1] – المادة 645 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

[2] – قادري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 37.

في حالة تعدد الكفلاء لضمان دين واحد غير أن البنك وسعيا منه للحفاظ على مصلحته و تحقيقا لإمتيازه على باقي الضامنين يرد بعض البيانات[1] في عقد الكفالة البنكية سنوضح البعض منها في مايلي:

1-شرط الأفضلية على باقي الكفلاء :

قد يشترط البنك بخصوص كفالته شرط حق الأفضلية فيما يتعلق برجوع الدائن على جميع الكفلاء الآخرين, غير أن الإجتهاد القضائي الفرنسي ذهب إلى عدم كفاية هذا الشرط لتحقيق أثره ما لم يتم قبوله من طرف باقي الكفلاء المعنيين بالأمر.

2-عبارة قسيمة لأجل:

تتضمن عقود الكفالة البنكية في الغالب عبارة"قسيمة لأجل" أو"قرء و صودق عليه " و الهدف من إدراج مثل هذه العبارة في صكوك الكفالة هو حماية حقوق الأطراف, ويستتبع إدراج هذه العبارة توقيع الأطراف المعنية, فإذا ضمنت هذه العبارة في عقد الكفالة المبرم بصفة مستقلة فإن التوقيع الوحيد الذي يجب أن يرد في أسفل المحرر بعد العبارة السابق ذكرها هو توقيع البنك دون توقيع الدائن, لأن هذا الأخير لايلتزم بشئ, و لأن الكفالة هي عقد ملزم لجانب واحد, و تستثني من هذه القاعدة الحالة التي ترد فيها الكفالة على نفس المحرر مع الإلتزام الأصلي, حيث نجد توقيع الدائن و المدين إضافة إلى توقيع البنك الكفيل.

3-عبارة شرط عدم المزاحمة:

بمقتضى هذا الشرط يتنازل الكفيل عن حقه في إجراء أي رجوع على المدين الأصلي, طالما أن الدائن لم يحصل على دينه كاملا و توابعه و تبدو أهمية هذا الشرط في حالة كفالة جزء من الإلتزام الأصلي, فإذا أوفى الكفيل إلتزامه بأدائه للدائن جزء الدين المكفول, لم يكن له الرجوععلى المدين بما أداه للدائن إلا بعد أن يستوفي هذا الأخير باقي الدين الأصلي و فوائده و توابعه من المدين نفسه.

4-عبارة سقوط الاجل:

قد يشترط الدائن في عقد الكفالة سقوط اللآجل و حلول الدين في حالة خضوع المدين لمسطرة صعوبات المقاولة, فما مدى أثر هذا الشرط على عقد الكفالة؟

[1] – جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 140.

في البداية ذهب الفقهاء إلى القول ببطلان مثل هذا الشرط المدرج في عقد الكفالة و ذلك فإن الدائن لايملك حق اشتراط حلول أجل الدين.

وتأتي إمكانية بطلان هذا الشرط من الصعوبة المترتبة عن تكييف عقد الكفالة, إذ بإدراج مثل هذا الشرط, سيفقد عقد الكفالة أهم خاصية له, و المتمثلة في عنصر التبعية, وبالتالي تصبح الكفالة آنذاك كضمانة من طبيعة أخرى.[1]

غير أن الفقه قد عدل عن رآيه هذا معتبرا أن الغاية من الكفالة تتمثل في ضمان الدائن من إعسارالمدين وخضوع هذا الأخير لمسطرة التسوية القضائية يعد من قبيل الإعساربالإضافة إلى ذلك, فإن المقتضيات المتعلقة بعدم سقوط الآجل بالنسبة للمدين الأصلي, في حالة خضوعه للتسوية القضائية, تتعلق فقط بهذا الأخير, و لا تشمل إلتزام الكفيل الذي يبقى ملتزما بما تعهد به, وبالتالي لا شئ يمنع من إدراج مثل هذا الشرط في عقد الكفالة, و هذا ما تم تأكيده بالفعل من خلال المادة662 من مدونة التجارة. [2]

ثانيا: الأهلية

إن ما يثار في موضوع الأهلية في هذا الإطار هو أن صفة الكفيل تتحكم في الأهلية المطلوبة في الإلتزام فالمشرع الجزائري لم ينص على شرط الأهلية في المادة 646 السابقة الذكرمن القانون المدني, إلا أنه شرط بديهي وجب توفره في الشخص الكفيل من أجل صحة إلتزامه.[3]

تتميز الكفالة البنكية بتواجد البنك كطرف فيها[4], وبما أن البنك الكفيل شخص معنوي يتخذ شكل شركة مساهمة ويمارس النشاط البنكي الذي يعد من الأعمال التجارية بالطبيعة و بالتالي فإن الأهلية التجارية متطلبة فيه و التي تثبت له بمجرد توفرها على الشخصية المعنوية بعد تقييده في السجل التجاري, بعد أن يكونن قد إستوفى جميع الشروط المطلوبة لذلك إذ

---

[1] – رشيد لكحل، الضمانات البنكية الكلاسيكية" الكفالة البنكية" معلومات قانونية، 21-10-2015.

[2] – موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(www.uncitra.rog-).

[3] – رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 1998، ص 51.

[4] – القانون رقم 03-34 الصادر بتاريخ 14 فيفري 2006 المتعلق بمؤسسات الإئتمان والهيئات المعتبرة في حكمها الصادرة بالجريدة الرسمية عدد 97 بتاريخ 20 فيفري 2006، ص 435.

يصبح بذلك أهلا لإكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات و تخول له التصرف في أمواله القائمة أو إكتساب أموال جديدة, و بالتالي فإكتساب البنك للشخصية المعنوية تجعله كامل الأهلية لمنح توقيعه بواسطة آلية الكفالة البنكية, وعليه بخصوص الأهلية المكتسبة من زاوية البنك بإعتبار هذا الأخير شخصا معنويا ورغم إكتسابه للأهلية القانونية لمنح الكفالة فإن الشخص الذتي أو الطبيعي هو الذي يقوم مقامه في جميع أعماله, وفي الغالب يكون هو المدير إذ يكون أهلا للتوقيع على الكفالة البنكية متى توفرت فيه الصفة و في حدود سلطته.

ثالثا:سلطة التوقيع:

في إطار سلطة التوقيع يثأر التساؤل حول إمكانية نفاذ الكفالة في مواجهة البنك إذا كانت موقعة من طرف موظف غير مخول له القيام بهذا التوقيع؟

وللإجابة على هذا التساؤل فقد وقع خلاف عميق على مستوى الإجتهاد القضائي, فالإجتهاد القضائي الفرنسي قضى بإلتزام بالكفالة التي وقعها بإسمه مدير ليست له السلطة في إجراء توقيعات ن هذا القبيل, استنادا إلى نظرية الظاهر, و أن المظهر الخادع يحمي المخدوع ولو لم يصدر عن البنك المعني بالأمر أي خطأ تسبب في هذا الإعتقاد مادام الزبون حسن النية.

وبذلك يكون هذا الإجتهاد قد أخذ بنظرية الوكالة الظاهرة المجردة, أي دون إقترانها بخطأ صادرمن الموكل "البنك" و هذا خلافا لما هوعليه الآمر على مستوى الإجتهاد القضائي المصري و المغربي, اللذين أعتبر أن التمسك بنظرية الوكالة الظاهرة, و تطبيق أحكامها يتطلب ضرورة تواجد تواطئ من صاحب الحق"الموكل " في خلق مظهرها خارجي للوكالة.

و الواقع أن إعتماد نظرية الوكالة الظاهرة المقترنة بخطأ صادر عن الموكل من شأنه أن يساهم في عدم إستقرار المعاملات التجارية التي تتسم بالسرعة و الثقة, ناهيك لما لهذا الإعتماد من أثر سلبي على سمعة البنك التجارية بخلاف ما إذا لو تم إعتماد نظرية الوكالة الظاهرة المجردة التي أخذ بها الإجتهاد القضائي الفرنسي.[1]

[1]– سفيان الكهان، هشام طارق، أيوب تردي، عرض حول موضوع الكفالة البنكية، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، نطوان، جامعة عبد المالك السعدي، 2017–2018، ص 09.

الفرع الثاني :الشروط الموضوعية

إضافة إلى الشروط الشكلية الخاصة التي تتميز بها الممارسات العملية للبنوك, لها شروط موضوعية لإنعقادها تقتضيها طبيعة هذا العقد . وهذا ما سوف نتطرق بالتفصيل في هذا الفرع .

أولا :الأطراف

تعد أطراف عقد الكفالة البنكية من عناصرها الأساسية بحيث لايمكن أن تصدر الكفالة دونها, وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا الفرع .

1- المستفيد

يعد المستفيد الجهة الرسمية التي تصدر لأمرها الكفالة, يجب أن تكون هذه الجهة شخصية إعتبارية حقيقة, ولا يجوز أن يكون المستفيد في الكفالة شخصية وهمية لا وجود لها و يتطلب من أجل ذلك أن يكون إسم المستفيد وعنوانه واضحين في الكفالة لسهولة الرجوع إليه مستقبلا.

كما أن المستفيد هو الجهة المخولة بالرجوع على البنك مصدر للكفالة بأية مطالبة مثل التمديد, الدفع أو التعديل, أيضا لا يحق له تحويل الكفالة إلى جهة أخرى دون النظر إلى العلاقات التي توجد بينهما لأن الكفالة هي علاقة مباشرة. [1]

2- العميل طالب الإصدار

يعد العميل الشخص طالب الإصدار لإي كفالة هو الجهة الأولى المنشأة لأي 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 .[2]

[1] – نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، 336.

[2] –محمد حسين منصور، النظرية العامة للإئتمان، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، مصر 2001، ص 112.

3- البنك الكفيل

هو البنك مصدر الكفالة الذي يتعهد بدفع قيمتها للمستفيد ,وكفالة البنك تتمتع بالقوة و الثقة لما للبنك من ملاءة ذمته و قدرته 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 وفقا لقانون النقد والقرض .

4-البنك المراسل

وقد يكون البنك الجهة التي تطلب إصدار الكفالة من قبل البنك المحلي بعد إكمال إجراءاته من الجهة طالبة الإصدار في البلد الأجنبي, ويقوم البنك المراسل بطلب إصدار الكفالة بموجب رسالة عادية أو بموجب رسالة فاكس مشفرة لهذا الغرض و مذيلة بالتواقيع, والبنك المراسل المعززالذي يقوم بتعزيز الكفالة التي صدرت عن البنك الذي أقام العلاقة لغرض الإصدار مع البنك المحلي.

ثانيا :المحل

يتمثل محل التعهد في المبلغ و المدة المتفق عليها و الغرض من الإصدار, وهذا ما سوف نوضحه .

1-المبلغ

لابد من ذكر مبلغ الكفالة بالأرقام و الحروف كذلك في متنها, وذلك لأن إلتزام الكفيل بالدفع لايتجاوز المبلغ المحدد في متن الكفالة, هذا و يبقى حق المستفيذ في المطالبة بجزء من قيمة الكفالة أو الرصيد المتبقي قائما طالما كانت سارية المفعول, ولا يمكن بأي حال من الأحوال إصدار كفالة دون ذكر المبلغ في المتن .[1]

2- المدة

بما أن التعهد في الكفالة ينص على دفع مبلغ معين خلال مدة معينة, فهذا يوجب تحديد مدة الكفالة بشكل واضح, حيث أن مطالبة ترد إلى المصرف "الكفيل" من المستفيد بتمديد الكفالة أو حجزها أو دفعها يجب أن تصل ألى المصرف خلال تلك المدة, ولا يجوز إصدار كفالات بدون تحديد مدتها, لكن بعض الجهات المستفيدة قد تشترط على مقدمي الكفالة

[1] - خالد وهيب الراوي، المرجع السابق، ص 126.

أن تتضمن الكفالة نصا يفيد"أنها غير مشروطة وغير قابلة للنقض وتجدد تلقائيا", حيث أن مثل هذا النص يلغي تاريخ إستحقاقها وإذا لم تحدد في الكفالة مدة السريان إعتبرت الكفالة غير محددة المدة, وفي هذه الحالة يكون الحق المصرفي أن ينهي الكفالة في أي وقت شريطة إخطار العميل المستفيد, أما إذا لم تتضمن الكفالة المصرفية تحديدا للتاريخ الذي يبدأ به إلتزام المصرف فإن القاعدة العامة تقضي بسريان الكفالة من تاريخ صدورها.[1]

3- الغرض

لكل كفالة غرض تصدر لأجله, و يجب أن يكون الغرض محددا [2] وواضحا غير قابل للتأويل, فلا يجوز أيضا إصدار كفالات لإبتدائية الغرض منها "من أجل دخول عطاءات مختلفة أو من أحل إشترام بالعطاءات التي تطرحها جهة معينة على مدار مدة معينة", حيث من شأن مصادرة مثل هذه الكفالات أن يقوم المصرف بدفع قيمتها دون معرفة لأي عطاء تعودها يدفع المصرف لأن يكون طرفا للنزاعات القضائية التي قد تنشأ نتيجة المصادرة, وهو أمر غير مستحب لدى المصرف و خاصة حين لايكون على علم بالسبب الذي أدى إلى المصادرة أو لأي عطاء تعود الكفالة التي دفعها .[3]

ثالثا: الشروط الواجب توفرها في الكفيل

بإعتبار الكفالة عقد فإنه يشترط لإنعقادها شروط موضوعية عامة من رضا, محل و أهلية وكذا شروط معروفة و موجودة كلها في القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة للقانون, و هذا ما تطرقنا له في الشروط السابقة الذكر أعلاه, غير أن هذه الشروط وحدها لا تكفي إذ لابد من توفر شروط معينة في الكفيل لكي تتحقق الكفالة حماية للبنك من مخاطر الإعسار و غيرها, التي جاءت بها المادة 646 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على: "إذ إلتزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا و مقيما بالجزائر وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا" .

---

[1] – زيدان محمد، (د/ت)، دورة الوقاية من مخاطر الإعتمادات المستندية و الكفالات المصرفية،2014 ،ص 101.

[2] –المادة 92 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[3] – زيدان محمد، المرجع السابق، ص 102.

تتمثل الشروط فيما يلي:

1- شرط أن يكون الكفيل موسرا

بمعنى قادرا على الوفاء بالإلتزام الذي قام بضمانه,إذا إقتضت الحالة ذلك, فلا قيمة للكفالة إذا كان الكفيل م,3وشرط يسارالكفيل هو شرط طبيعي, لأن الإلتزام بتقديم كفيل لا يكون تنفيذا حقيقيا إذا كان الكفيل معسرا وتقدير درجة الإعسار للكفيل هي مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع, غير أنه يجب أن يتحقق المصرف المقرض من شرط يسار الكفيل وقت حلول أجل الدين وفقا للمادة 646 السابقة الذكر, إذا توافر الشروط وقت إنعقاد الكفالة فإنها تنعقد صحيحة منتجة لآثرها القانونية من حيث جواز تنفيذ الدائن"البنك" على أحوال الكفيل للوفاء بالدين.[1]

2-شرط إقامة الكفيل بالجزائر

ويشترط أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر, والمقصود الإقامة العادية وليس الإقامة العرضية, أي أنه لا يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين, وذلك مراعاة لمصلحة الدائن,حتى يستطيع مطالبة الكفيل الرجوع عليه بأسهل الطرق, إذا لم يفي المدين بإلتزامه, ولم يشترط المشرع كذاك أن يكون الكفيل جزائريا, لأن النص عام بقوله:"شخص موسرا و مقيما بالجزائر", و هذا ما يختلف مع النص الفرنسي الذي يشترط أن يكون الكفيل في موطن المدين .[2]

3-شرط كفالة الكفيل

بالرجوع إلى نص المادة646 من القانون المدني والتي نصت على تقديم كفيل وإشترطت فيه أن يكون موسرا و مقيما بالجزائر, لكن إستثناء على هذه الشروط نصت على جواز تقديم تأمين عيني كافي بدلا عن الكفيل, وفقا لما سبق يثار التساؤل و الغموض حول توفر تقديم هذا التأمين,هل هومرتبط بشرطي اليسر و الإقامة في الجزائر أم أنه مستمر مادامت الكفالة قائمة؟

---

[1]- رحيمة شلغوم، ضمانات القرض، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق،قسم الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008 ،ص 16-17

[2]- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 25- 26 .

للإجابة على هذا التساؤل و بالتمعن في نص المادة يمكن إستخلاص أنه في حالة تخلص هذين الشرطين فإن المدين ملزم بتقديم تأمين عيني كاف سواء كان هذا التأمين العيني رهنا أو رسما أو حيازا فالمشرع لم يذكر كلمة كفيل آخر أو قصدها أصلا.

وللإضاح أكثر بعد تخلص شرطي يسار الكفيل و لإقامته بالجزائر و عدم تقديم التأمين الكافي سقوطا لأجل الدين،[1] أما الرجوع إلى المادة 659 من القانون المدني الجزائري التي تنص على مايلي:"تجوز كفالة الكفيل"يتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري أجاز للكفيل أن يكفله شخص آخر و ذلك وفقا لأساسيات حددها القانون.

المطلب الثاني: إجراءات الإصدار procedeures

تنطوي الكفالة المصرفية على مخاطر قد تلحق بالبنك خسائر جسيمة بحيث يصبح مقرضا للوفاء من ماله الخاص سواء كان الدين الأصلي الذي ضمن عملية في وفائه أم الغرامات والتعويضات التي قد تترتب على إخلال العميل بالوفاء بالتزامه في الوقت المناسب، لذلك يحرص البنك على دراسة العملية المطلوب تقديم ضمانة لأجلها بحيث يستطيع بعد ذلك أن يحدد ما إذا كان معرضا إلى جانب الوفاء بالدين الأصلي لدفع غرامات أو تعويضات، ويتعين على البنك دراسة النظام القانوني للعملية المضمونة وشروطها ومدتها.[2]

لذلك فإن المراحل التي تسبق إبرام العقد نجملها فيما يلي، حيث قسمت في هذا المطلب دراسة المركز المالي للعميل في الفرع الأول، و شخصية العميل في الفرع الثاني، و البيانات الواردة في النموذج الخاص بطلب الإصدار كفرع ثالث.

الفرع الأول: دراسة المركز المالي للعميل:

بالإضافة إلى أن عقد الكفالة المصرفية يقوم على الاعتبار الشخصي فإن المركز المالي للعميل لا بد أن يطمئن له البنك، ذلك لأنه وهويمنح الكفالة يلتزم مدة طويلة تستغرق فيها بعض العمليات عدة سنوات، ولا يستطيع خلالها التخلص من التزامه بظهور إشارة تنذر بهبوط الأسعار أو ركود الاقتصاد أو سوء المركز المالي للعميل.

[1] المادة 2/211 من القانون المدني المعدل و المتمم.

[2]– حياة شحاتة، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1989، ص 06.

ويمكن أن يتحقق من ذلك بعد أن يطلع على الميزانية وحساب الأرباح والخسائر وحسابات الاستثمار ويهتم البنك في سبيل تحري مدة ملائمة عملية بمعرفة القروض والاعتمادات الممنوحة له أو تلك التي قدمها للغير بالإضافة إلى أنواع الديون ومقدارها ومواعيد استحقاقها ومقدرة هذا العميل على الوفاء بها في مواعيدها من خلال العوامل المتعددة ولعل في هذه الأساليب ما يحد من مخاطر عمليات الائتمان، وهنالك أساليب أخرى تندرج في قائمة مفردات دراسة المركز المالي للعميل مثل: مراقبة حرجة حساباته لدى البنوك والمؤسسات المالية والتجارية ومراقبة التصرفات التي يجريها وأثرها على ممتلكاته.[1]

زيادة إلى المتغيرات التي يحققها مثلا طالب القرض و فترة السداد و عمره و درجة إستقراره, وحالته الإقتصادية و مستواه المعيشي. وكذلك قدرته على توليد الدخل سواء من المشروع الممول من القرض محل الطلب أو من مشاريع أخرى, وفي هذا المجال فمن أهم العقبات التي قد يواجهها طالب المشروع في هذه المسألة هي مسألة تسويق, لذلك يستحسن الإتصال بالشركات المتخصصة في مجال التسويق وذلك لمساعدة هذه المشاريع لإيجاد فرص تسويقية.[2] ومن العناصر التي تدخل في الحسبان أثناء دراسة المركز المالي للعميل أيضا هي الجدوى الإقتصادية من المشروع وكذا حجم البنك, والظروف الإقتصادية التي يعمل في خصمها أثناء تقديم الطلب. وهي المعلومات التي يجب أن تساير وتتماشى مع إستراتيجية كل بنك كون لكل بنك إستراتيجية خاصة [3].

[1]– محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 266.

[2] – بوكثير الجبار، "القوى البيعية في المؤسسة الإقتصادية، الأهمية و الأهداف"، مجلة العلوم الإقتصادية والتسيير و العلوم التجارية، العدد06، 2011، ص 126.

[3] – ملال ربيعة و هواري مغنية، "أثر الإ ستراتيجية البنكية على الميزة التنافسية– دراسة حالة البنوك الجزائرية –سعيدة، بنك BADR– BEA–AGB، مجلة الإقتصاد و التنمية – مخبر التنمية المحلية المستدامة، جامعة يحي فارس، المدية ، العدد07، 2017، ص 170.

علما أن البنوك والمؤسسات المالية تنشط في بيئة إستثمارية مما يجعلها تعمل على تحقيق أهداف سياسية إستثمارية .ففي الجزائر صدرت العديد من القوانين في مجال الإستثمار مما إستدعى إلى تعديل القانون المصرفي لمسايرتها .[1] فالبنوك و المؤسسات المالية تقوم بدراسة تقنية إقتصادية للمركز المالي للعميل وهذا بالعودة إلى سجلات الأداء المالي ومركز العميل. وعليه يتم دراسة المركز المالي للعميل قبل إتخاذ قرار القبول أو الرفض .

الفرع الثاني: دراسة شخصية العميل:

لا يهتم البنك بدراسة المركز المالي للعميل فحسب ولا يكتفي بالتحري عن يساره فقط، بل يهتم كذلك بسلوكه وحسن نيته ومدى قدرته وأسلوب إدارته للمؤسسة التي يديرها بالإضافة إلى أمانته وحرصه على نجاح هذه المؤسسة، لذلك من الضروري الإستعلام على شخصية العميل إن كان جديرا بالثقة أم لا ، وذلك من خلال مجموعة من المعلومات التي تؤدي إلى حسن اختيار ما يقبل طلبه.

وفي هذا السياق أقر المشرع الفرنسي سياسة بحيث نجد المادة 311 الفقرة التاسعة من قانون LAGARDE 3 التي تنص على أنه: "يتوجب على المانح قبل إبرام عقد القرض التأكد من سير طالب القرض، وهذا انطلاقا من عدد كافي من المعلومات :

<<Avant de conclure le contrat de crédit .le préteur verifie la solvalibité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffissant d'information >> laconfiance ne se decrété pas elle s'organise >>

وهذا يعني أن البنك أو المؤسسة المالية ملزمة في إطار التشريع الفرنسي على إنتقاء الذين ستقبل طلباتهم في الحصول على القروض ، وإلا فإن مسؤولية البنك تقوم على عدم إعمال آليات الإنتقاء . وقد نجد هذه التطبيقات لدى البنوك الجزائرية دون أن تكون مقننة.

يعاب على قانون النقد و القرض الجزائري عدم إدراجه لنص يلزم البنوك و المؤسسات المالية بالجزائر إلى إنتقاد العملاء ، وفقا لمعايير و أسس معينة وواضحة وهذا ما يجنب الإنحياز و المحسوبية .

وعليه يمكن القول أنه من أهم المعلومات التي يبحث عنها البنك أو المؤسسة المالية حول عميله أو زبونه و مركزه المالي، وكذا شخصيته و سمعته والتي يقصد بها من حيث

[1] – الأمر رقم 03/01 ، المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل و المتمم بالأمر رقم 01/09 المؤرخ في 22 جويلية 2009 ، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 الجريدة الرسمية ،عدد44 الصادرة في 2009.

إخلاصه ووفائه و البحث في مدى حرصه على الوفاء بالتزاماته بالإضافة إلى ما إذا كان جدير بائتمانه .وكل هذا البحث يتم بالإطلاع على تصرفاته السابقة، إذ أن الشخص المدان بجريمة السرقة أو تبديد الأموال و غيرها من الجرائم هذا دليل على أن لا يكون محل ثقة هذا من جهة، كما أن التاجر الذي سبق إفلاسه أو الذي عجز عن تحقيق أهداف تجارته لا يكون محل ثقة كذلك، وعليه فالسمعة السيئة للعميل سبب لرفض طلبه من قبل البنك.

فالبنك أثناء دراسة معاملة العميل لمنحه تسهيلات معرفية، يتساءل إذا كان بمقدور هذا العميل أن يعيد المبالغ التي سيقدمها ، ومدى كفاءته في ذلك .

وفي مجال الكفالة المصرفية يطرح البنك تساؤلات أكثر دقة :هل العميل قادرا على إدارة المؤسسة ؟ هل يقاوم إغراء السوق، والتدليس أو إدارة الضرائب ومحل هذه التساؤلات يجيب عليها البنك بنفسه بعد قيام الأقسام المختصة بتقدير التقارير اللازمة عن شخصية العميل .[1]

وعليه يمكن القول أن البنك ملزم بدراسة الوضع المالي للعميل وتحليل القوائم المالية وذلك بالتدقيق القانوني ، ليس هذا فقط بل وجوب إستعلام عن شخصية العميل و سمعته و كفاءته الإدارية و الإجتماعية و حتى الأدبية من خلال التحليل التاريخي لتدرج أوضاعه و أوضاع منشأته .[2]

الفرع الثالث: البيانات الواردة في النموذج الخاص بطلب الإصدار

أ- يتقدم العميل بطلب إصدار الكفالة بعد توقيعه على النموذج الخاص بذلك و الذي يتضمن البيانات التالية :

- **إسم العميل:** الإسم التجاري حسب سجل الشركات إذا كان المكفول تاجر, أو الإسم الشخصي إذا في حالة المكفول غير تاجر.
- **مدة الكفالة:** يجب أن يحدد بوضوح تاريخ إنتهاء صلاحية الكفالة و أن لايرتبط بحادث معين مثل تاريخ إنجاز المشروع.
- **القيمة:** يجب أن تكون محددة و مبينة بوضوح.

[1] -محمد حافظ الرهوان ، ضبط و رقابة الإئتمان المصرفي، مجلة كلية الدراسات العليا، العدد الثامن، القاهرة، 1994، ص 176.

[2] - خالد إبراهيم الطراد و خالد أمين عبد الله ، المرجع السابق، ص 176.

- **الجهة المستفيدة**
- **نص الكفالة:**

– يجب أن يكون النص مقبولا وواضحا

– أن يتضمن بوضوح شروط المطالبة بالإصدار (الغرض من الكفالة) .

– أن يكون النص مستقل وغير مرتبط بأية بمستندات . [1]

– أي تحديده بوضوح وبدقة .

– تفويض البنك بقيد قيمة التأمين و العمولة و أي مصاريف أخرى على حساب العميل

– تعهد العميل بتعويض البنك في خالة دفع البنك لأية مبالغ نتيجة إصدار الكفالة .

– تفويض البنك بإجراء التمديد اللازم للكفالة وكما يرى ذلك مناسبا بدون أن يتحمل البنك أية مسؤولية في حالة إجراء التمديد أو عدمه .

ب– يتسلم موظف الكفالات المسؤول طلب الإصدار و التعهد من العميل ويتم التدقيق في توقيع العميل و التأكد من أن الموقع/الموقعين على طلب الإصدار هم المفوضين بإصدار الكفالة و ذلك حسب النظام الداخلي للشركة إذا كان طالب الإصدار شركة وليس فردا. كما يجب التأكد من أن المفوضين بالتوقيع في الشركات محدودة المسؤولية هم أيضامفوضين بإصدار الكفالات حسب النظام الداخلي للشركة .[2]

ج– يحول طلب الإصدار إلى قسم الحسابات الجارية لمراجعة تسهيلات العميل في الكفالات للتأكد من أن قيمة الكفالة المطلوبة تدخل ضمن الحد المقرر وأن شروط الكفالة و صلاحيتها هي ضمن شروط السقف الممنوح للكفالات ، فإذا كان للعميل حساب جار في البنك للتأشير عليه بصحة التوقيع و وجود رصيد كاف كغطاء للكفالة، ففي حالة وجود رصيد الكفالات يتجاوز الحد المقرر، يجب على العميل الحصول على موافقة الإدارة العامة، ومن ثمة التأكد من إصدار الكفالة بموجب تعليمات أو سياسة البنك . [3]

---

[1]– المادة 03 من الأعراف الموحدة للكفالات ، نشرة رقم 458 عام 1992، الملحق 3 .

[2] – صلاح الدين حسن السيسي، المرجع السابق، ص 165.

[3] – خالد وهيب الراوي، المرجع السابق، ص 165.

د_ تخصص الإدارة العامة حدا أعلى للمبلغ التي يمكن للبنك أو الفرع أن يكفل بها ذلك العميل و إذا كان العميل من الممنوحين تسهيلات في الكفالات، كما تحدد الإدارة نسبة الفطاء النقدي و العمولة المطلوبة و الضمانات إذا لزمت، و هذا بعد موافقة الإدارة على إصدار الكفالة يتم تحصيل قيمة التأمين النقدي في حالة عدم وجود رهينة عقارية أو كفالة شخصية .[1]

و _ تسجيل عملاء الكفالة الصادرة في سجل الكفالات بعد التوقيع عليها و تعطى رقما متسلسلا ويتم حسب سجل الكفالات وفي سجل إستحقاق الكفالات .

هـ_ يتم تحضير نص الكفالة لتتطابق تماما حسب تعليمات العميل، ومن الضروري أن تكون نصوص الكفالات متطابقة بشكل دقيق مع النصوص المطلوبة من قبل العملاء .

ع_ يتم طباعة الكفالة على ثلاث نسخ من واقع بيانات و شروط طلب الإصدار ثم توقيع من قبل المخولين بالتوقيع عن البنك ، وتسلم النسخة الأولى للجهة المستفيدة بعد أن تلصق عليها الطوابع القانونية، والنسخة الثانية للعميل طالب إصدار الكفالة، و النسخة الثالثة تحفظ في ملف الكفالة لدى البنك مضاف إليها طلب الإصدار و مستندات الضمان إن وجدت وأي إشعارات أو مراسلات تتعلق بالكفالة .[2]

[1] – محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 340.

[2] – خالد أمين عبد الله وإسماعيل إبراهيم الطراد، المرجع السابق، ص 317.

خلاصة الفصل الأول:

ما يمكن إستخلاصه في هذا الفصل أن الكفالة في المجال البنكي لا تخرج عن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري في المواد من 644 إلى 673 ، ونظرا لتطور وتنوع المعاملات شهدت الجزائر تعديلات وإصلاحات في منظومتها القانونية في النظام المصرفي وذلك بصدور قانون النقد والقرض 03_11 المعدل والمتمم بإعتباره سلطة نقدية بما يتماشى وخصوصية العمليات المصرفية التي تخضع لتقنينات وقواعد خاصة .

الفصل الثاني:

أحكام عقد

الكفالة البنكية

متى إنعقد عقد الكفالة صحيحا، فانه يرتب أثاره فيما بين المتعاقدين، وبإعتبار الكفالة عملية قانونية أوسع من العقد ذاته، ونظرا لطبيعتها الخاصة وبصفتها عقد تابع للإلتزام الأصلي، فإنه يترتب على ذلك إنشاء علاقة بين الكفيل والمدين في حالة ما إذا وفى هذا الكفيل بالدين المكفول، وفي حالة إنقضاء إلتزام الكفيل تنقضي معه الكفالة بصفة تبعية لأنه يعتبر ملتزما من الدرجة الثانية.

لكن بالرجوع إلى إلتزام الكفيل في حد ذاته نجد له شقين، شق يعتبر إلتزام الكفيل كغيره من الإلتزامات ينقضي بجميع أسباب الإنقضاء العامة.

والشق الثاني يمكن إنقضاء إلتزام الكفيل بصفة خاصة بالكفيل وحده بإعتباره ضامن إحتياطي للدائن. وعليه قسمنا هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، حيث خصصنا المبحث الأول إلتزامات الأطراف (الآثار)، والمبحث الثاني لحالات الإنقضاء، والمبحث الثالث لمدى فعالية الكفالة كضمانة بنكية .

المبحث الأول: إلتزامات الأطراف (الآثار)

بما أن الكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيل مفاده هو ضمان الوفاء بإلتزام أصلي،" إذ تعرف على أنها عقد يتم بين شخصين، الأول يسمى الكفيل والأخر الدائن يلتزم بموجبه الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين"، فإنه حتما سيؤدي لا مفر إلى نشوء علاقة بين الطرفين، فتنشأ بذلك علاقة بين الدائن الكفيل، وتتصرف الحقوق والإلتزامات التي تنشأ عن عقد الكفالة إليهما، وإذا وفى الكفيل بالإلتزام الأصلي سيؤدي إلى نشوء علاقتين، الأولى تكون بين الكفيل والمدين، بالرغم من أن هذا الأخير ليس طرفا في عقد الكفالة، ولكنه هو الملتزم الأصلي، والثانية لا يكون لها وجود إلا إذا تعدد الكفلاء فتنشا علاقة بين هؤلاء وبين الكفيل، والوفاء بالإلتزام من أحدهم يعطي له حق الرجوع عليهم بحسب ما هو مقرر قانونا، وهذا ما تطرقنا له في هذا المبحث بالتفصيل حيث قسمناه إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول العلاقة بين الدائن والكفيل، أما المطلب الثاني سنتناول فيه العلاقة بين الكفيل والمدين.

المطلب الأول: العلاقة بين الدائن والكفيل

تنص المادة 654 ق م ج على أنه:" يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين"، بإسقاط نص المادة المذكورة على علاقة البنك الدائن بالكفيل نجد أن البنك لا يمكنه مطالبة الكفيل بتسديد مبلغ الإئتمان أو الرجوع عليه لمطالبته متى لم يف به المدين إلا بعد حلول أجل الدين.[1]

وعليه ينشأ عقد الكفالة بين البنك الدائن والكفيل، فيوجد في ذمة الأخير إلتزاما يتعين تحديد مداه، ويوجد في ذمة الدائن إلتزامات بعضها ينشأ بموجب العقد ذاته وبعضها يترتب على إيفاء الكفيل الدائن حقه، ويقابل هذه الإلتزامات التي تنشأ في ذمة كل من الطرفين حقوق للطرف الأخر.

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 10، طبعة ثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 25، ص 89.

الفرع الأول: رجوع الدائن على الكفيل

أولا: وجوب حلول أجل دين الكفيل

عادة يطالب البنك الكفيل عند حلول الدين، والدين المكفول يكون عادة دينا مؤجلا، ويكون إلتزام الكفيل مؤجلا مثله وبالتالي تحل الإلتزامات معا في وقت وأحد، أي أن للبنك الحق في الرجوع على الكفيل كما له الحق في الرجوع الأصلي وقد يحل إلتزام الأصيل قبل أو بعد حلول أجل إلتزام الكفيل[1]، ففي هذه الحالة نكون أمام صورتين:

إذا حل إلتزام الأصيل قبل حلول أجل إلتزام الكفيل: في هذه الحالة لا يجوز للبنك أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد له، لأن إلتزام الكفيل يمكن أن يكون أخف عبئا، ويستفيد من الأجل الممنوح للبنك هذا بالنسبة للقواعد العامة وبإعتبار البنك تاجرا فإن المعاملات التي يقوم بها تعتبر من ضمن الأعمال التجارية تتصف بالسرعة والإئتمان.

وبالتالي فإن الإلتزام الصرفي في هذه الحالة يمنع على الكفيل أن يتمسك بعدم وفاء الدين قبل المدين الأصلي، فالأصل أن يدفع ما كفله بمجرد مطالبة البنك له، ولكن يشترط أن يكون البنك قد اعذر المدين بذلك.

إذا أحل إلتزام الكفيل قبل حلول الأصيل، يرجع ذلك إما لأنه حدد أجل وأحد لكل من الإلتزامين، وكان أجل إلتزام الكفيل أقصر، أو لأنه حدد أجل وأحد لكل من الإلتزامين وكان إلتزام الأصيل قد مد أجله أو بحكم القاضي، وفي كلتا الحالتين يكون إلتزام الكفيل له عبء كبير عليه من إلتزام الأصيل، وبالتالي لابد من جعل الإلتزام مساويا في العبء لإلتزام الأصيل.[2]

أما إذا كان الأجل وأحد لكل من الإلتزامين، ولكن الأجل محدد للإلتزام الأصلي قد سقط بأحد أسباب السقوط المنصوص عليها في المادة 211 ق.م.ج، وهي إفلاس المدين أو إعساره أو إذا لم يقدم تأمينات الدين المتفق عليها أو إذا إنقضت توثيقات الدين بفعله أو بسبب أجنبي

[1]– د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 105.

[2] – المرجع نفسه، ص 106.

عنه، فإن الأجل المحدد للكفالة لا يسقط، ولا يستطيع البنك مطالبة الكفيل بوفاء الدين إلا عند حلول الأجل المحدد له.[1]

وإذا امتد أجل الإلتزام الأصلي لأي سبب امتد تبعا له أجل إلتزام الكفيل، ويتقيد الدائن في رجوعه على هذا الأخير بالأجل الجديد[2]، أما إذا تنازل المدين على الأجل فإن هذا التنازل لا يؤثر في أجل إلتزام الكفيل، حيث يبقى قائما ولا يستطيع الدائن أن يطالبه إلا عند حلوله، حيث لا يجوز للمدين أن يعمل بإرادته على زيادة عبء إلتزام الكفيل.[3]

ثانيا: رجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل

يقصد بالرجوع المطالبة القضائية، وبمعنى آخر أن يرفع البنك الدائن دعوى على المدين ليحصل على حكم يلزمه بالوفاء، ولذا يكفي إعذار المدين لكي يرجع الدائن على الكفيل.

فإذا بدأ الدائن بالرجوع على الكفيل وحده، فلكفيل من يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولا على المدين [4] لا يجوز للدائن أن يرجع عليه الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين يفهم من النص المادة أن البناء يلتزم أولا ثم على الكفيل أو بإمكانه الرجوع عليهما معا، ويقصد بالرجوع المطالبة القضائية فلا يجوز للبنك أن يرفع الدعوى على الكفيل وحده لإلزامه بالوفاء، إلا بعد أن يرفع الدعوى على المفترض، ويحصل على حكم ضده بإلزامه بالوفاء، إذن لا يكفي إعذار البنك الدائن للمدين ويستثنى على هذه القاعدة ما يلي:

أنه في حالة شهر إفلاس المدين وجب على البنك التقدم في التفليسة بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل المتضرر بسبب إهمال البنك.[5]

---

[1] – عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 209.

[2] – المادة 652 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[3] – رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 105.

[4] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 99.

[5] – تناغو سمير، المرجع السابق، ص 61.

أنه إذا كان للبنك سند صالح للتنفيذ وقام بتبنيهم لأجل الوفاء، هذا التنبيه يعتبر رجوعا كافيا على المدين، ويمكن للبنك الدائن التمسك بالرجوع دون المطالبة بالتنفيذ على أموال المدين أولا[1]، وهنا يقضي بعدم قبول دعوى البنك كما أن للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع أمام المحكمة[2]، وعليه أن يبديه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولو في الإستئناف، كما أن المحكمة لا يجوز لها أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإنما يجب على الكفيل أن يتمسك به، وفقا للمادة 660 من ق.إ.م.إ، وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا جاء فيه:" حيث من المقرر قانونا أنه يتوجب على ديوان الترقية والتسيير العقاري، وبناءا على العقد المبرم بينها وبين القرض الشعبي الوطني الرجوع بمطالبة المكفول مؤسسة البناء في الوهلة الأولى ثم الرجوع على الكفيل والحال أن المطعون ضده لم يقدم ما يثبت رجوعه على المدين أولا، مما يستوجب معه قبول الدفع".[3]

ومن ثم أوجبت شروط لابد من توافرها للكفيل ليستطيع التمسك بالدفع ألا وهي:[4]

- أن لا يكون الكفيل تنازل عن التمسك في حقه بهذا الدفع بمعنى انه لا يرجع عن دعواه.
- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.[5]
- أن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع: مثلا أن لا يكون المدين معسرا أو عاجزا عن الوفاء فلا فائدة من تمسك الكفيل بوجوب البدء بالرجوع على المدين في حالةإعجاز أو إعسار ويقع عبء الإثبات على الدائن (البنك).

وأخيرا يجدر الإشارة إلى أن الدفع بضرورة الرجوع على المدين لا 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 قبول الدعوى لعدم إستيفاء إجراء لابد من إستفاءه.

---

[1] – علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 159.

[2] – المادة 49 من القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008، ص 07.

[3]– قرار صادر بتاريخ 29 ماي 2002، رقم 258429 غير منشور بين القرض الشعبي الجزائري، وديوان الترقية والتسيير العقاري بقسنطينة.

[4] – زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 58، 59.

[5] – المادة 699 من القانون المدني الجزائري المعدل المتمم.

الفرع الثاني: الدفع بالتجريد

الدفع بالتجريد مأخوذ من القانون الروماني، حيث كان مركز الكفيل أسوء من مركز المدين في العهود الأولى لهذا القانون ثم ما لم طالبت أن تطور الأمر نتيجة تطور في الأخلاق أولا ثم بعد ذلك في القانون مما أدى إلى تساوي مركز الكفيل بمركز المدين، بمعنى أصبح مركز الكفيل في مركز المدين المتضامن بعد ذلك فرض القانون على الدائن أن لا ينفذ على أموال الكفيل قبل تنفيذه على أموال المدين وتجريده، فكان ذلك في عهد "جستيان"، وبذلك تأكدت الصفة الأساسي للكفالة وهي صفة الإحتياطية .

وعليه يعتبر هذا الدفع من أهم مظاهر تبعية إلتزام الكفيل وإحتياطاته، ومعناه أن للكفيل إذا رجع عليه البنك له الحق في أن يطلب منه تجريد المدين من أمواله ثم التنفيذ عليه.[1]

تنص المادة 660 /2 ق م ج :" لا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل في هذه المسالة أن يتمسك بهذا الدفع" و عليه هو الدفع تقرر لمصلحة الكفيل بإعتباره ضامنا لدين ليس له مصلحة فيه فمن باب العدل ألا ينفذ عليه بالدرجة الأولى، فالكفيل عادة يقدم خدمة للغير لتقوية ائتمانه.[2]

وعليه الكفالة تعطي للكفيل صفة إحتياطية ، حيث يترتب من خلالها أن الدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد، وهو مقرر فقط للكفيل الشخصي، وبالتالي ليس للكفيل العيني الحق في التمسك بهذا الدفع، ويقتصر حق الكفيل في الدفع بتجريد أموال المدين بشروط التي سوف نوضحه فيما يلي[3]:

---

[1] – عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 213.

[2] – محمد صبري السعيدي، عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، 1990، ص 69/ 70.

[3] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 362.

أولا: شروط الدفع بالتجريد

1- تتمثل هذه الشروط في أن يكون الكفيل شخصيا لا عينيا لان الكفيل العيني راهن ولا يحق له إشتراط التجريد، إلا إذا طلب ذلك[1]، وهذا وفق لنصا المادة 901 من القانون المدني الجزائري.

2- وتشترط المادة 661 من القانون المدني الجزائري أن يقوم الكفيل طالب التجريد بإرشاد البنك إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله، وإستثنى الأموال التي تقع خارج الأراضي الجزائرية والأموال المتنازع عليها[2]، لا نجد في القانون الجزائري أي نص يبين المقصود بالمال المتنازع عليه على عكس المشرع المصري والفرنسي.[3]

3- وتقضي أيضا المادة 665 من القانون المدني الجزائري على شرط آخر هو انه لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بالتجريد.

لأن التضامن يفيد أن الكفيل قد قبل توجيه المطالبة إليه والتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين.

4- بالإضافة إلى ما سبق ذكره يجب أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالتجريد حيث هذا الأخير مقرر لتحقيق مصلحة خاصة، وليس من النظام العام، وهذا يعني إمكانية التنازل عنه سواء بصفة صريحة أو ضمنية.[4]

ثانيا: أثار الدفع بالتجريد

يترتب على الدفع بالتجريد مجموعة من الآثار في عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله أو وقف إجراءات التنفيذ، إن كانت قد بدأت إذا كان الدفع بالتجريد يتعلق أساسا بالمرحلة الثانية، وهي مرحلة التنفيذ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إبدائه في المرحلة الأولى أي مرحلة المطالبة القضائية، فإنه لا يترتب عليه وقف سير الدعوى المرفوعة على الكفيل، ولا يمنع الحكم عليه بالدين، كل ما في الأمر أنه إذا تبين للقاضي توافر شروط هذا الدفع ، فإن حكمه على الكفيل لا يمكن تنفيذه ضده حتى يجرد المدين من أمواله،

[1] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 362.

[2] – المادة 467/ 2 من القانون المدني المصري.

[3] – المادة 1700 من التقنيني المدني الفرنسي.

[4] – سرايش زكريا، المرجع السابق، ص 26، 27.

وإذا أقدم على إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل قبل أن يجرد المدين كانت هذه الإجراءات باطلة.

يترتب على قبول الدفع بالتجريد مسؤولية البنك الدائن على تقصيره تحمل نتيجة عدم إتخاذه إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب، فإذا دل الكفيل على منقولات المدين وتباطأ البنك الدائن في إتخاذ إجراءات التنفيذ عليها حتى تمكن المدين من تبديد أمواله أو التصرف في إخفائها أو تبديدها أو تهريبها، كان البنك الدائن مسؤولا عما كان يحصل عليه.

فإذا قام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي دل عليها الكفيل في الوقت المناسب وحصل على حقه كاملا فتبرأ ذمة الكفيل وينقضي إلتزامه.[1]

والدفع بالتجريد في صورته الخاصة يكون إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو إتفاقا لضمان الدين، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، وفي هذه الحالة كما أشرنا سابقا لا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين.[2]

فنص المادة 663 ق.م.ج. يوجب على الدائن، قبل التنفيذ على الكفيل البدء بالتنفيذ على أي تأمين عيني يكون قد خصص للوفاء بنفس الدين المكفول وللكفيل أن يطلب من الدائن التنفيذ على التأمين العيني الذي قدمه المدين أولا.

والحكمة واضحة، تتمثل في أن الكفيل عند قبوله الكفالة هناك تأمين عيني لضمان الدين وهو سابق أو معاصر لها، والكفيل يكون قد اعتمد على هذا التأمين في الإلتزام الذي أقدم عليه ويشترط للتمسك بهذا الدفع توافر عدة شروط هي:

1- أن يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين: والتأمين العيني قد يكون رهن رسمي أو حيازي أو حق إمتياز، ويمكن أن يرد هذا التأمين على عقار أو منقول متى كانت طبيعة هذا المنقول تسمح بذلك على أن النص لا يشمل حق الإختصاص، لأنه يتقرر بأمر من القاضي لأن النص قرر "إتفاق أو قانونا...."

---

[1] – فيروز مشاشو، ضمانات القروض المصرفية، مذكرة ماستر جامعة سطيف 2، كلية الحقوق ، قسم الحقوق، 2014/ 2015، ص 65.

[2] – المادة 663 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

2- يجب أن يكون هذا التأمين وارد على مال مملوك للمدين وهذا هو المجمع عليه من أغلب شراح القانون والفقه المصري، ويستندون في ذلك إلى أن هذا الحكم ما هو إلا صورة خاصة من صور تجريد المدين من أمواله[1]، هذا وأن القواعد العامة تقضي بعدم جواز طلب الكفيل الشخصي تجريد الكفيل العيني من أمواله، ذلك لأن كلاهما مسؤول عن دين المدين، فإذا ما قام أحدهما بالوفاء، فأنه يرجع على الأخر بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين ومنه لا يستساغ مع هذا القول أن يكون للكفيل الشخصي تجري الكفيل العيني في حالة ورود التأمين على مال مملوك لغير المدين، ويرى بعض الفقه أنه لا يشترط ملكية المدين للمال الوارد عليه تأمين، ويستند هذا الرأي إلى عدم صراحة النص الوارد بالتقنيني المدني بالمادة 663، إذن إن النص مطلق ولم يشترط ملكية المال للمدين.[2]

3- يجب أن يكون هذا التأمين العيني قد تقرر قبل إنعقاد الكفالة أو معها: ويفسر هذا على أن الكفيل منح كفالته وهو معتمد على هذا التأمين لذا لا ينفذ على الكفيل إلا بعد التنفيذ على التأمين العيني، أما إذا قدم التأمين بعد الكفالة ففي هذه الحالة لا يمكن للكفيل الدفع بالتنفيذ على التأمين أولا.

تتمثل أثار التمسك بالتجريد في هذه الصورة إذا توفرت الشروط المذكورة وتم قبول الدفع من المحكمة، فإنه يترتب عليه نفس الآثار التي تترتب على الدفع بالتجريد بصفة عامة ومن ثم يلتزم الدائن بالتنفيذ على التأمين العيني.

إلا أنه يجدر الإشارة هنا أن إفلاس المدين أو إعساره لا يؤثر على إستفاء الدائن لحقه من التأمين العيني لان المرتبة التي يكتسبها على المال المحصل بهذا التأمين تضمن وقائية من أثار الإفلاس أو الإعسار.

الفرع الثالث: الدفع بالتقسيم

نص المشرع الجزائري على هذا الدفع ، وهذا حق يثبت عند تعدد الكفلاء لدين وأحد وبعقد وأحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم وبالتالي يقسم الدين عليهم[3]، أما إذا كان هناك

[1] – قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 140.

[2] – سمير تناغو، المرجع السابق، ص 67.

[3] – المادة 664 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

أكثر من عقد وتميزوا بخاصية التوالي (عقود متتالية) فان كل كفيل منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، إلا إذ كان قد اشترط مسبقا أو احتفظ لنفسه بحق التقسيم.[1]

ولكي يتمكن الكفيل من التمسك بهذا الدفع لابد من توفر شروط معينة

أولا: وجوب تعدد الكفلاء

وهذا الشرط هو الفرض الأساسي الذي يقوم فيه الدفع بالتقسيم ، فإذا كان هناك كفيل وأحد فلا مجال للكلام عن التقسيم لأنه يكون مسؤول عن الدين كله.

ثانيا: يجب أن يتعدد الكفلاء لدين وأحد

بحيث لو إختلف الديون المضمونة من الكفلاء، فلا مجال للتقسيم، وإنما يكون كل وأحد منهم مسؤولا عن الدين الذي ضمنه ولا يمكن منهم طلب التقسيم مع مدين آخر لأنهم لم يكفلوا نفس المدين، هذا وأنه لا يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه وبين الكفيل.

ثالثا: وجوب أن يتعدد الكفلاء لمدين وأحد

وشرط وحدة المدين لا يعني حتما شخصا وأحدا، فإذا تعدد الكفلاء لمدينين متضامنين، وكفل كل منهم كل المدينين فإن شرط وحدة المدين يتوفر وينقسم الدين بين الكفلاء.

رابعا: يجب أن لا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم

لأنهم إذا كانوا متضامنين فيما بينهم، يجوز للدائن الرجوع على أي منهم، ويطالبه بالوفاء بكل الدين عملا بأحكام التضامن.

خامسا: يجب أن يكون الكفلاء قد كفلوا المدين لعقد وأحد

لأنه في هذه الحالة يكون كل وأحد اعتمد على غيره من الكفلاء، لذا يقسم الدين عليهم، أما إذا كان كل من الكفلاء إلتزام بكفالة الدين بعقد مستقل فإنه لا يكون قد إعتمد على بقية الكفلاء.

ولذا لا ينقسم الدين بينه وبين غيره إلا إذا كان قد إحتفظ بحقه في التقسيم، وإنقسام الدين في هذه الحالة يقع بمقتضى الشرط وليس بقوة القانون.[2]

---

[1] – محمدي سليمان، مدونة حول الحقوق العينية والشخصية، عقد الكفالة، عن ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 38.

[2] – محمدي سليمان، المرجع نفسه، ص 38.

سادسا: يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التقسيم

فإن كان الكفلاء متعددون ورجع الدائن على أحدهم وطلب الوفاء بالدين، وقام هذا الكفيل بالوفاء رغم توافر كل الشروط، فانه يعد متنازلا عن حقه، وأن كان هذا التقسيم يقع بقوة القانون، كما سبق القول إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام، لذا يمكن الكفلاء التنازل عنه.

وإذا توفرت الشروط السابقة الذكر رتب هذا الدفع أثار تتمثل فيما يلي:

- لا يحق للدائن أن يطالب أي من الكفلاء إلا بقدر حصته من الدين ويقسم الدين بين الكفلاء بالتساوي ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، ويقع التقسيم فيما بين الكفلاء المتعددين وغير المتضامنين بقوة القانون ولو لم يطلبه الكفلاء، ونتيجة لذلك للكفيل التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، هذا وإذا أعسر أحد الكفلاء فإن الدائن من يتحمل حصة المعسر ولا يمكن مطالبتهم بحصة المعسر لأن الأصل في القانون الجزائري هو إنقسام الدين بينهم بقوة القانون وهو يتحدد من وقت انعقاد الكفالة وليس فقط من وقت المطالبة أو الفصل في الدعوى.[1]

الفرع الرابع: وفاء الكفيل للدائن

سبق وقلنا أن للبنك الحق في الرجوع على الكفيل بداية وقبل أن يرجع على المدين أو بعد رجوعه عليه، وعدم حصوله على حقه، فإن أدى على حقه، فإن أدى الكفيل الدين كاملا وفي حدود كفالته يعد هذا التصرف وفاءا للدين[2]، وكان على البنك أن يسلمه كافة المستندات اللازمة لإستعمال حقه في الرجوع على المدين، فالكفيل في هذه الحالة ليس متبرعا ولكنه يوفى بقصد الرجوع على المدين أو على الكفلاء الآخرين في حالة التعدد والمستندات التي يعطيها له البنك تعتبر ضمانا له لإستيفاء حقه[3]، وذلك بموجب دعوى الحلول، التي سوف يتم معالجتها لاحقا، لذلك ألزم البنك إذا كان الدين موثقا بتأمين عيني آخر، أن يتخلى عن هذا التأمين إلى الكفيل على أن يتحمل هذا الأخير نفقات النقل ويرجع بها على المدين.[4]

---

[1] – همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 148.

[2] – المادة 670 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[3] – عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 221.

[4] – رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 142.

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين

يمكن للكفيل الرجوع على المدين في حالة ما إذا قام سداد الدين للبنك، ويشترط المشرع على الكفيل أن يخطر المدين بوفائه حتى يتسنى له الرجوع عليه ولهذا الأخير منع الكفيل من الوفاء إذا كانت له أسباب تبطل الدين وينقضي بسببها.

فيتحدد إلتزام بنك الكفيل في تنفيذ إلتزام المدين في حالة ما إذا اعتبر هذا الأخير عن الوفاء به، فالكفيل الذي قام بوفاء دين غيره له حق الرجوع على المدين الأصلي، بما اده عنه، وهذا يعد تطبيقا لمبدأ الإثراء بلا سبب، فالكفيل لم يقضي دينه وإنما قضى دين غيره وبالتالي على هذا الغير (المدين) أن يرجع للكفيل قيمة ما أداه في محله.

إن المخاطر التي يتعرض لها البنك تبرز إتخاذ الإحتياطات التي تدرؤها، لذلك يسعى إلى الحصول على ضمانات تخفف هذه المخاطر وهذه الضمانات، إما أن تكون رهنا عقاريا على مال يملكه المدين أو رهنا حيازيا على مستندات يقدمها المدين للبنك، وقد يكون هذا الضمان شخصيا بحيث يتعهد من خلاله شخص ذو إعتبار وملاءة أن يضمن المدين بان يوقع على ورقة تجارية أو غير ذلك من الضمانات،ما يعرف بالضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية التي تعتبر نوعان من الكفالة التضامنية

ومن هنا تنشأ العلاقة بين البنك والمدين بصدور كفالة تضمن المدين في وفاء إلتزامه للدائن، في الوقت المحدد، والبنك في هذه الحالة يطمئن إلى وجود الضمانات لديه.

وفي الوقت ذاته ينشا عن علاقة الكفيل بالمدين ما يفرض على الأخير إخبار الكفيل إذا أدى الدين إلى الدائن ، لأن الكفيل إذا قام بالوفاء بعد وفاء المدين يكون له أن يرجع بما وفى على المدين أوالدائن.ويرجع الكفيل على المدين بما كفله لا بما أداه، ذلك لأن البنك إذا أدى إلى الدائن شيئا غير الدين فإنه لا يرجع بهذا الشيء على المدين بل يرجع عليه بما كفله به، وكذلك فان البنك يرجع على المدين بما صالح عليه الدائن بمعنى أنه إذا تمت مصالحة بين الدائن والبنك على أن يدفع جزءا من الدين فليس للبنك أن يرجع على المدين بأكثر من هذا الجزء الذي تمت المصالحة عليه.[1]

[1] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 275.

ويمكن للكفيل الرجوع على المدين إما بمقتضى الدعوى الشخصية ، دعوى الكفالة أو يرجع عليه بمقتضى دعوى الحلول، وهذا ما سوف نتطرق له بالتفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: الدعوى الشخصية(دعوى الكفالة)

وفقا لنص المادة 670 ق.م.ج. تنص على أن الكفيل ملزم أن يجبر المدين بوفائه الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع عليه أو كانت للمدين أسباب تقضي ببطلان الدين أو إنقضائه، وإذا لم يعارض هذا المدين الوفاء جاز للكفيل رفع دعوى شخصية للمطالبة بحقه ومن شروط هذه الدعوى أن يكون الوفاء عند حلول الأجل، أي إذ وفى الكفيل قبل هذا الأجل لا يستطيع الرجوع على المدين إلا بعد حلول أجل الدين.

كما يشترط في دعوى الكفالة أن يكون الكفيل قد قام بوفاء الدين للبنك، كما أن إخطاره المدين قبل الوفاء وعدم معارضته لهذا الوفاء يعد من أهم الشروط التي تمنحه الحق في رفع دعوى الكفالة [1]، ويتمثل موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية في أصل الدين والمصروفات والفوائد وكذلك بالتعويضات.[2]

فالكفيل الذي دفع الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أم بغير علمه ويكون رجوعه من أجل أصل الدين وأيضا من أجل الفوائد والمصروفات.[3]

كل فعل يصدر عن الكفيل، وليس وفاء بمعناه الحقيقي، وإنما يترتب عليه إنقضاء الإلتزام الأصلي وبراءة ذمة المدين، يقع بمثابة الوفاء يعطي للكفيل حق الرجوع من أجل أصل الدين والمصروفات المتعلقة به.

ولرجوع البنك الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين لابد من توافر بعض الشروط منها:

[1] – ونوغي غادة، ضمانات القروض البنكية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016/ 2017، ص 16.

[2] – المادة 672 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[3] – الماد 2028 من القانون المدني الفرنسي.

أولا: أن يكون أجل الدين قد حل

والأجل الذي يعتد به هنا هو الأجل الأصلي للدين المكفول وعلى ذلك إذا حل الأجل، ولكن الدائن قد منح أجل جديدا (مهلة) نتيجة إتفاق أو نتيجة حكم، فان هذا الأجل الأخير لا يحتج به في مواجهة الكفيل، ويستطيع أن يلزم الدائن بقبول الوفاء عند حلول الأجل الأصلي.[1]

ثانيا: أن يكون الكفيل قد قام بالوفاء للدائن

يحق للكفيل الذي وفى الدين الرجوع على المدين سواء عقدت الكفالة بعلمه أو بغير علمه، وإن كان من غير المستساغ قبول فكرة منح المؤسسة البنكية كفالتها للمدين بدون علمه، فالأمر يكون دائما مسبقا باتفاق بين البنك وزبونه ولا يقتصر الأمر هنا على الوفاء بالإلتزام فقط وإنما يتصرف أيضا إلى أسباب الإنقضاء الأخرى التي سنتطرق لها لاحقا كالمقاصة والوفاء، وإتحاد الذمة، شرط أن يترتب على ذلك براءة ذمة المدين.[2]

ثالثا: أن يقوم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء

والغاية من ضرورة توافر هذا الشرط هي تمكين المدين إن كانت لديه أسباب الإعتراض على هذا الوفاء أن يتمسك بها في الوقت المناسب كأن يكون قد وفى الدين أو كانت لديه أسباب لبطلان الدين أو إنقضائه.[3]

وإذا أوفى الكفيل البنكي للدائن وفاء صحيحا، فإنه يرجع على المدين الأصلي بأصل الدين والمصروفات والتعويضات.[4]

الفرع الثاني: دعوى الحلول

بالإضافة إلى الدعوى الشخصية يحق للكفيل الذي قام بالوفاء بالدين أن يحل محل البنك في الرجوع على المدين بموجب دعوى الحلول[5]، أي يحل محل البنك في جميع ماله من حقوقه تجاه المدين من خصائص وضمانات ودفوع ترد عليه، فإذا كان الحق تجاريا كان حق الكفيل الذي يرجع له تجاريا، وإذا كان مضمونا برهن سواء عقاري أو حيازي يتبع هذا الحق الكفيل

---

[1] – تناغو سمير، المرجع السابق، ص 114.

[2] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 388، 389.

[3] – سرايش زكريا، المرجع السابق، ص 30، 31.

[4] – المادة 672 / 2 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[5] – المادة 671 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

أيضا، ويشترط في دعوى الحلول أن يكون الكفيل قد وفى فعلا الدين بغض النظر عن طريقة الوفاء، ويحل الكفيل محل البنك بصفة تلقائية[1]، كما يجب أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول الأجل وإلا ضاع حقه في رفع الدعوى[2]، وفي حالة تعدد المدينين في دين وأحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين[3]، في حالة تضامن الشركاء مثلا.

أما إذ كانوا غير متضامنين فلا يكون للكفيل الذي كفلهم، أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية لا غير.[4]

قد لا يكون من مصلحة الكفيل الرجوع على المدين الأصلي بدعوى الكفالة فيفضل أن يرجع عليه بدعوى الدائن نفسه، أي بدعوى الحلول فالكفيل الذي وفى الدين وفاء صحيحا يحل محل البنكي الدائن في حقوقه وامتيازاته ضد المدين في حدود كل ما دفعه وضد الكفلاء الآخرين في حدود صحة كل منهم، غير أن هذا الحلول لا يغير في شيء الإتفاقيات الخاصة المعقودة بين المدين الأصلي وبين الكفيل.

إن حلول الكفيل محل الدائن في حقوقه يدخل في إطار الحلول القانوني، ويشترط إعمال دعوى الحلول قيام الكفيل بوفاء الدين للدائن وفاءا صحيحا، أو ما يعادل الوفاء كالمقاصة وإتحاد الذمة، ويشترط أن يكون وفاء الكفيل للدين كاملا أما في حالة الوفاء الجزئي، فلا يحق للكفيل الرجوع لما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين[5]، (لا يجوز للكفيل مزاحمة الدائن في رجوعه على المدين بدعوى الحلول).

ومن الشروط كذلك حلول الأجل الأصلي للدين، ومادام للكفيل أن يحل محل البنك الدائن في جميع حقوقه التي له على المدين الأصلي، فإنه له كذلك الرجوع على كل المدينين المتضامنين الذين ضمنهم جميعا، إذ يحق له الرجوع على كل مدين متضامن بكل الدين[6]،

---

[1] – 264 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

[2] – فيروز مشاشو، المرجع السابق، ص 69.

[3] – المادة 673 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[4] – تناغو سمير، المرجع السابق، ص 121.

[5] – محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 267.

[6] – المادة 673 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

لهذا الأخير الذي وفى له حق الرجوع على باقي المدينين حسب نصيبه في الدين مضافا إليه نصيب حصة الكفيل المعسر[1]، كما يحق للكفيل الرجوع على باقي الكفلاء، إذا كان الدين مكفولا من طرف عدة أشخاص مادامت الكفالة تضامنية ذلك أن الكفالة البنكية عملا تجاريا دائما كما سبق الإشارة إليه، ذلك لأن الكفيل بوفائه للدين قد حل محل الدائن، وبالتالي يرجع بنفس حق الدائن، وبما يلحقه من ضمانات[2]

[1] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 287.

المبحث الثاني: حالات إنقضاء عقد الكفالة

نقصد بإنقضاء العقد هو زوال الإلتزامات التي أنشأها، ويعني إنقضاء عقد الكفالة زوال آثاره، ويكون الإنقضاء بأداء الدين أو تسليم المكفول به أو بالإبراء وغيرها من أسباب الإنقضاء التي سيأتي الحديث عنها لاحقا.

وعليه من خصائص الكفالة بصفة عامة والكفالة كضمانة بنكية بصفة خاصة، أنها إلتزام تبعي للإلتزام الأصلي، لذلك ما ينقضي به الإلتزام الأصلي تنقضي به الكفالة البنكية لهذا لإرتأينا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة والمطلب الثاني الأسباب الخاصة للإنقضاء.

المطلب الأول: الأسباب العامة لإنقضاء عقد الكفالة البنكية

تنقضي الكفالة الضامنة بإتحاد الذمة أي متى ورث الكفيل البنك أو العكس، ويترتب على ذلك إنقضاء إلتزام الكفيل دون إلتزام المكفول، ويستطيع من بقى منهما حيا وورث الأخر أن يطالب المدين بالدين، وكذلك تنقضي الكفالة بالوفاء والإبراء أي متى أبرا الكفيل من الكفالة وبالمفهوم العكسي لا يمكن البنك أن يبرا ذمة المدين من الدين دون أن يبرا ذمة الكفيل، لأن الأصل يستتبع زوال التابع، وتنقضي الكفالة أيضا بإنقضاء أجلها.[1]

وعليه تنقضي الكفالة في الأسباب المتعارف عليها وفقا للقواعد العامة فتنقضي ويتحلل الكفيل من إلتزامه، حتى مع بقاء الدين الأصلي متى كان سبب الإنقضاء مقصورا على إلتزام الكفيل وهذا ما سوف ندرسه في هذا المطلب في الأسباب القانونية كفرع أول والفرع الثاني الأسباب الاتفاقية لإنقضاء عقد الكفالة.

الفرع الأول: الأسباب القانونية لإنقضاء عقد الكفالة.

ينقضي إلتزام الكفيل لأسباب لا تنتظر موافقة أطراف العقد عليها، لأنها في نصوص ذات علاقة بالنظام العام على خلاف الأسباب التي ترد في نصوص القانون وتعبر عن رغبة أطراف العلاقة القانونية [2].

[1] – ونوغي غادة، المرجع السابق، ص 17، 18.

[2] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 279.

أولا: الوفاء والإبراء

أول ما يمكن أن نتوقعه هو أن يقوم المدين الأصلي بوفاء الدين، فيقضي إلتزامه الأصلي وينقضي تبعا لذلك إلتزام الكفيل ، فإذا حدث وأوفى المدين بجزء من المدين فإن براءة ذمة الكفيل لا يكون إلا في هذه الحدود أي بمقدار ما وفاه المدين.[1]

أما الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل وهو تصرف تبرعي دون مقابل ويتم بإرادة وأحدة، ويصبح باطلا إذا رفضه المدين.[2]

وعليه يتم الإبراء بإرادة الدائن وبعد علم المدين ولا يشترط قبوله ولا يخضع لأي شكل خاص يأخذ حكم الهبة وتسري عليه من حيث الأحكام الموضوعية أحكام التبرعات غير أنه يشترط فيه أن تكون الإرادة خالية من العيوب التي تشوبها كالغلط والإكراه والتدليس، هنا يكون قابل للإبطال.

وعليه هو تصرف صادر عن الدائن يعلن فيه براءة ذمة الكفيل من الإلتزام الذي تعهد بموجبه وفاء الدين ، وتسري على ذلك أحكام القواعد العامة في الإثبات.[3]

وهذا يعني أن الكفيل الذي يوفي إلتزامه ولو كان متضامنا مع المدين الأصلي يحل محل الدائن في حقوقه اتجاه المدين المكفول، وكذلك اتجاه المدين المتضامن.

وتأسيسا على ذلك فإن البنك الذي يوفى إلتزاما كفل وفاءه يؤدي إلى إنقضاء إلتزامه في مواجهة الدائن ويترتب له حق يرجع به على المدين الأصلي.

ولا يغير هذا الحكم من القول أن الوفاء يؤدي إلى إنقضاء إلتزامات أطراف العقد لأن المدين لا يعتبر طرفا في هذا العقد.[4]

وإن كانت كفالة البنك جزئية بمعنى أن الإلتزام المكفول كان جزءا من إلتزام المدين تجاه الدائن فان إلتزام الكفيل ينقضي بمقدار الإلتزام المكفول ويكون له الرجوع على المدين بما وفى

[1] – أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 313.

[2] – المادة 305 القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[3] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح في القانون المدني الجديد، الجزء 3، المرجع السابق، ص 972.

[4] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 279.

على أساس نظرية حلوله محل الدائن في مواجهة المدين بمقدار الإلتزام الذي انقضى بالوفاء به.

وفي هذه الحالة يزاحم الكفيل الدائن في مواجهة المدين لمطالب كل منهما بحقه "الكفيل بما وفى عن المدين للدائن والدائن بما ترصد له بذمة المدين"[1]

1- الوفاء سبب لإنقضاء عقد الكفالة:

إذا قام المدين أو الكفيل بوفاء الإلتزام المكفول فلا يبقى للدائن أن يطالب أيهما بتنفيذ هذا الإلتزام، ويبرأ الكفيل ببراءة المدين وله التمسك بالدفوع التي تكون للمدين الأصلي، مثل إنقضاء الدين بالوفاء، وإذا وفى المدين الإلتزام بتمامه انقضت الكفالة، أما إذا كان الوفاء جزئيا فينقضي من إلتزام الكفيل بمقدار الجزء الذي تم الوفاء به.

2- الإبراء سبب لإنقضاء الكفالة البنكية :

تنقضي الكفالة البنكية بتنازل الدائن عنها، وهو ما يعني إبراء المدين من الإلتزام الناشئ عن عقد الكفالة، والإبراء شخصي لا يتعدى لغير الكفيل الذي صدر الإبراء لأجله.

وهكذا فإن الدائن الذي يتنازل عن حقه المقابل لإلتزام الكفيل يعتبر منه إبراء للكفيل من الإلتزام، ويكون هذا التنازل صريحا عندما يوجه إلى البنك الكفيل خطيا ، ويكون ضمنيا عندما يتراخى في طلب تنفيذ الإلتزام لما بعد انتهاء الأجل المحدد للمطالبة بتنفيذ الإلتزام المكفول.[2]

وأنه إذا أبرا الدائن المدين من الإلتزام المكفول سرى ذلك الإبراء على الكفيل، وذلك ساوى المشرع الأردني بين حالة إبراء الدائن للمدين وحالة إبراء الدائن للكفيل في أن الحالتين تنتهيان إلى حكم وأحد وهو براءة ذمة المدين والكفيل إذا أبرأ الدائن أحدهما.[3]

ومن الصور الضمنية لإبراء الدائن للكفيل في عقد الكفالة:

- عدم تقديم الدائن مطالبته للكفيل قبل تاريخ إنتهاء المدة المحددة.
- عدم إحالة العطاء على المدين بالإلتزام الذي كفله البنك.
- إعلان الدائن صراحة انه لا ينوي إبرام العقد مع المدين الذي تقدم البنك لكفالته.
- إلغاء العقد الذي يقدم على أساسه البنك كفالته لضمان حسن التنفيذ.

---

[1] - علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 1161.

[2] - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 552.

[3] - زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 121.

- دفع الرسوم التي تم تأجيلها لدائرة الجمارك يؤدي إلى براءة ذمة الكفيل من كفالة إيداع البضاعة المستوردة.
- إخراج البضاعة التي قدمت الكفالة لضمان عبورها الترانزيت ، وهذه العملية يتجسد فيها إلتزام البنك الكفيل في التوقيع على سند كفالة يعفي على أساسه البضاعة التي عبرت الأراضي الأردنية بالترانزيت، والبنك في ذلك يلتزم بالتضامن مع عملية في مواجهة الجمارك بإخراج البضاعة من البلاد، وإن يتم تنفيذ هذا الإلتزام في ظروف لا يتطرق معها الشك إلى وجود أية محاولة للتدليس أو الغش، ويبرأ من البنك الكفالة التي قدمها إذا وصلت البضاعة العابرة بالترانزيت المركز الجمركي الذي سيؤكد خروجها.
- براءة ذمة البنك الكفيل من إلتزامه في مواجهة الدوائر الحكومية في الكفالة عن نظام القبول المؤقت لوقف دفع الرسوم والضرائب وتأجيلها، وهو ما يجري التعامل به في الكفالة عن الإستيراد المؤقت والكفالة عن التصدير المؤقت والكفالة عن التصدير لأجل التصليح وتحسين الصنع.
- براءة ذمة الكفيل من إلتزامه بضمان الدفعات المقدمة.
- براءة ذمة الكفيل من إلتزامه بصفات الأشياء المعادة من الخارج.
- براءة ذمة الكفيل من إلتزامه بصفات ما يحكم به المدين إذا انقضت الدعوى دون أن يحكم على المدين.[1]

ثانيا: الإخلال في التنفيذ وفسخ العقد (إستحالة التنفيذ)

التنفيذ الذي نعنيه في هذا الفرع هو تنفيذ إلتزام الكفيل تجاه الدائن وما يقابله من إلتزام الدائن إتجاه الكفيل والمدين، وهذه الإلتزامات وتلك يتعين على طرفي عقد الكفالة أن ينفذها كل منهما فيما يخصه، على أن تخلف أحدهما في تنفيذ إلتزامه يعيق تنفيذ الإلتزام المقابل[2]، وبالتالي يعتبر إخلالا في تنفيذ الإلتزام والإخلال بالتنفيذ خطا المحل في الوفاء بتعهداته التي قطعتها على نفسه، ويختلف عن إستحالة التنفيذ نتيجة القوة القاهرة التي تجعل من العقد

[1] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، 280.

[2] – عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 2007، ص 232.

مستحيل التنفيذ[1]، ويختلف كذلك عن أثر الظروف الطارئة التي تجعل من تنفيذ الإلتزام مرهقا على نحو يستحيل معه التنفيذ، إلا بخسارة وعليه فالكفالة كضمانة شخصية كانت أم عينية لطلب قرض فهي ملزمة وغياب مثل هذه الضمانات قد يرتب مسؤولية جزائية على البنك أو المؤسسة المالية المانحة للقرض.[2]

كما أنه في حالة عدم تقديم هذه الضمانات قد يؤدي إلى فسخ عقد القرض وطبقا لمقتضيات أحكام القانون المدني الجزائري، فانه:" في العقود الملزمة لجانين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه أجاز للمتعاقد الأخر بعد إعذار المدين أن يطالب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك.[3]

ولعل ما يؤدي إلى الإخلال بالتنفيذ في العقود المصرفية عموما وعقد الكفالة بشكل خاص هو ما يسود العالم بين الحين والآخر من تقلبات إقتصادية وسياسية واجتماعية، تؤثر بشكل مباشر على التجارة وتعهدات التجارة بحيث يمتنع الكثير من المتعاقدين عن تنفيذ إلتزاماتهم وهذا الإمتناع هو الإخلال في التنفيذ الذي ينعكس على إلتزامات أخرى كانت نتيجة الإلتزامات التي لم تنفذ.

وإنقضاء عقد الكفالة المصرفية نتيجة الإخلال بالإلتزامات أطرافه يتقرر بعد فسخ هذا العقد الذي يؤدي إليه الإمتناع الإرادي عن التنفيذ، لذلك نبعد عن حديثنا بموضوع الإخلال بالتنفيذ كسبب لإنقضاء عقد الكفالة المصرفية ما كان ناجما عن استحالة تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة، أو لسبب الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين به.

وهكذا نتحدث عن الخطأ في التنفيذ الذي يعد إخلالا في التنفيذ ويؤدي إلى فسخ العقد، والخطأ هو أحد أركان المسؤولية العقدية وهو تقصير المدين عن الوفاء بإلتزام ترتب بذمته[4] ، وماهية الخطأ تعني عدم التنفيذ والتأخير فيه ويتحقق بتقصير الكفيل أو الدائن في أقل قدر من

---

[1] – المادة 307 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[2] – صمودي سليم، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 35.

[3] – المادة 119، من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[4] – 1147-1148 من القانون المدني الفرنسي.

العناية اللازمة على إعتبار أن ذلك هو المعيار المناسب للخطأ في التنفيذ على أساس أنه يمكن القول أن هذا المعيار يتفق ومعيار الشخص الحريص اليقظ.

وعلى ذلك يثبت الخطأ في جانب البنك الكفيل إذا تخلف عن الوفاء بالتنفيذ أو تقصيره فيه، وهذا أقل من العناية اللازمة لتنفيذ الإلتزام.

ويثبت الخطأ في جانب الدائن إذا قصر في تنفيذ الإلتزام الذي كان سببا لنشوء إلتزام البنك الكفيل، ويعتبر الدائن مخلا في تنفيذ إلتزامه ويمتنع عليه مطالبة البنك بقيمة الكفالة إذا تراخي في تنفيذ بعض الشروط أو أدت ظروف معينة إلى إمتناع المدين عن الوفاء.

وفسخ العقد سبب من أسباب إنقضاء الإلتزامات، ويترتب عليه عودة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد وأوردته معظم التشريعات على أنه حق للمتعاقد يمارسه عند إخلال من تعاقد معه بتنفيذ إلتزامه. [1]

ومع أن فسخ الكفالة المصرفية نادر الوقوع، إلا أن حدوثه متوقع لأنه إذا كان أطراف عقد الكفالة هما الكفيل والدائن فإن العلاقة فيما بينهما ناتجة عن علاقة سبقتها عندما ارتبط بها المدين بالدائن وكان سببا في علاقة ارتبط بها هذا المدين بالبنك الكفيل.

ونتصور أن أصل العلاقة بين المدين والدائن هي العطاء الذي أحاله الدائن على المدين وكان من شروط الدائن " محيل العطاء"، أن يتقدم المدين بكفالة بنكية لحسن تنفيذ العمل، فإن المدين يلجأ إلى البنك الذي يتعامل معه ليمنحه الأخير تسهيلات من بينها ضمانه لدى دائنه وعلى هذا الأساس يبرم البنك مع الدائن عقد الكفالة المصرفية، الذي يضم على أساسه البنط ذمته إلى ذمة مكفولة " المدين" ويلتزمان تنفيذ الإلتزام وهو حسن تنفيذ المشروع.

ونتصور كذلك أن أصل العلاقة تتمثل في أن إحدى الدوائر الحكومية أحالت عطاء لإستيراد معدات طبية على أحد الأشخاص، ومن شروط العقد أن تدفع الدائرة الحكومية دفعة أولى بشرط أن يتقدم المتعاقد الآخر كفالة لضمان الدفعة الأولى، فيلجأ إلى البنك للحصول على تسهيلات بنكية من بينها إصدار كفالة مصرفية تضمن تنفيذ المدين إلتزامه، وأن الدفعة الأولى التي قبضها من الجهة الحكومية مضمونة من البنك الكفيل وهذه التطبيقات للكفالة

[1] – سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، الطبعة، 1984، القاهرة، ص 635.

المصرفية يمكن أن يقصر أحد أطراف العقد في تنفيذ إلتزامه، كما لو ألغى الدائن العطاء، في التطبيق الأول أو ألغت الجهة الحكومية مشروع إستيراد المعدات الطبية.

ومن جهة الكفيل، قد يتأخر في تنفيذ إلتزامه أو يمتنع عن التنفيذ إما بناء على طلب مكفولة أو لأسباب يراها، وعقد الكفالة المصرفية يتضمن في غالب الحيان شروطا تحكم علاقات أطرافه، وليس لنا من إعتراض على هذه الشروط إلا ما كان منها يخالف النظام العام أو الآداب العامة، والجزاءات التي يتفق عليها أطراف عقد الكفالة البنكية تتضمنها شروط هذا العقد، وما يسكت عنه العقد تتضمنه الأحكام العامة في القوانين المدنية، وفي العلاقات الدولية فإن أحكام القانون الواجب التطبيق هي النافذة، وتدور معظم أحكام القوانين بين التنفيذ العيني والتنفيذ والفسخ وهي تشابه في معظم التشريعات المقارنة. [1]

وهكذا فإن الفسخ عبارة عن إنهاء للعقد قبل إنتهاء مدته، وتحقيق الغرض من إبرامه يمارسه طرف من أطرافه، إذا أخل الآخر بإلإلتزام أوجبه هذا العقد عليه.

وحالات فسخ عقد الكفالة المصرفية قليلة ونادرة، وسبب ذلك تشابك علاقات أطراف هذا العقد مع المدين، لن البنك الكفيل يرتبط بالإضافة إلى علاقته مع الدائن بعلاقة مع المدين التي كانت سببا في إبرام عقد الكفالة.

كما يرتبط الدائن بعلاقته مع المدين التي كانت أيضا سببا في علاقة الأخير بالبنك وأدت بالنتيجة إلى إبرام عقد الكفالة المصرفية.

لذلك نرى في التعامل أن البنكي يسعى دائما للوفاء بإلتزامه تجاه الدائن وهي حالات نادرة يمتنع فيها عن الوفاء بإلتزامه، وقد تكون ناتجة عن لجوء الدائن أو المدين إلى القضاء ونرى كذلك أن المدين يسعى دائما للوفاء بإلتزامه تجاه المدين حتى يبقى على علاقته الطبية مع كفيلة البنك، أما الدائن فهو الذي لا يلتزم في عقد الكفالة المصرفية بأية شروط إلا نادرا، لأنه من غير المتوقع أن يأتي الإخلال من جانبه، ومن التطبيقات العملية لإخلال الدائن بالشروط التي تبرر الإمتناع عن تنفيذ شروط عقد الكفالة المصرفية نسوق الواقعة التالية:

أبرمت أحدى شركات السياحة والسفر عقدا مع شركة طيران أجنبية أصبحت بموجبها وكيلة مبيعات لها في الأردن، وكانت شروط هذا العقد أن تقدم شركة السياحة والسفر كفالة

[1] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 283-284.

بنكية تضمن دفع أثمان التذاكر المباعة بعد خصم العمولة، فسخت شركة الطيران العقد مع الوكيل فبادر الأخير إلى الطلب من البنك عدم دفع الكفالة المصرفية، ولجأ إلى القضاء وفي هذا الصدد نرى أن فسخ الإلتزام الأصلي لا يترتب عليه في كل الأحوال إنقضاء عقد الكفالة المصرفية وما ترتب عليها من إلتزامات، لأنه إذا كان إلتزام الكفيل الذي كفل االمزاود وينقضي إذا تقدم مزواوة آخر، فإن إلتزام البنك الكفيل لا ينقضي إذا بادر المدين إلى عدم تنفيذ إلتزامه مع الدائن بإرادته المنفردة، وعلى ذلك نرى أن فسخ او إبطال الإلتزام الأصلي يؤدي إلى إنقضاء عقد الكفالة المصرفية، إذا كان استعمال حق الفسخ مشروعا، بمعنى أنه لم يكن مخطئا، وأيضا ومع انه إذا كانت الكفالة تعهد فرعيا يتبع التعهد الأصلي والفرع يتبع الأصل، فإن لهذا الفرع خاصية مميزة تجعل له استقلاله بمعنى أنه لا يتأثر بما تتأثر علاقة أطراف العقد الأصلي الذي كان سببه، وإلتزام البنك الكفيل تجاه دائن عميل له استقلال مميز عن إلتزام المدين إتجاه كفيلة وتجاه دائنه. [1]

ومن جهة أخرى نجد أن هناك صورا للكفالة المصرفي ينقضي إلتزام البنك بإنقضاء الإلتزام الأصلي، ومن هذه الصور إذا كانت الكفالة ضمانا لثمن المبيع في عقد البيع، وثبت أن الدائن أخل بالإلتزام بالضمان، مثل ضمان التعرض والإستحقاق أو العيوب الخفية أو حتى الإلتزام بالتسليم.

وفي هذا يقول الأستاذ الدكتور علي جمال الدين عوض في مؤلفه عمليات البنوك من الوجهة القانونية:" ينقضي إلتزام الكفيل بأسباب عديدة، فهو ينقضي تبعا لإنقضاء الإلتزام الأصلي المكفول". [2]

ثالثا: إتحاد الذمة والمقاصة والتقادم

1- إتحاد الذمة:

الكفالة ضم ذمة إلى ذمة أخرى إلى حين إنقضاء الإلتزام المكفول فتعود كل ذمة مستقلة[3]، أما إتحاد الذمة فهو إجتماع صفتي المدين والدائن في أحداهما، كما لوورث المدين

[1] – محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 189.

[2] – جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 1167.

[3] – المادة 304 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

الدائن والعكس، على أن إتحاد الذمة في شخص الكفيل لا يترتب عليه إنقضاء الدين المكفول بل ينقضي عقد الكفالة، فإذا مات الدائن وانحصر إرثه في المدين برئ الكفيل من الكفالة.

بمعنى أنه إذا اجتمع في شخص وأحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين وأحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي إتحدت فيه الذمتان. [1]

وتأسيسا على ما تقدم فإن الإلتزام المفكول يبقى واجب التنفيذ بضمان ما قدمه الكفيل حتى ولو إتحدت ذمتا المدين والكفيل، ويختلف الأمر عند إتحاد ذمتي المدين والدائن لأن الإلتزام المكفول ينقضي في الوقت الذي ينقضي به الإلتزام الناشئ عن عقد الكفالة كأثر لهذا العقد.

وتطبيقا لذلك ينقضي إلتزام البنك الكفيل، بإنقضاء إلتزام المدين إذا كفل هذا البنك المدين بأن يؤدي مبلغا من النقود إلى شخص توفي بعد ذلك وانحصر إرثه في هذا المدين وينقضي إلتزام البنك الكفيل الذي كفل حسن تنفيذ عمل المتعهد من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي، إذا اتحدت ذمتا المتعهد والمقاول. [2]

أما إتحاد ذمة المدين والكفيل فإنه لا ينقضي معه الإلتزام الأصلي ولو إنقضى عقد الكفالة، وكذلك إتحاد ذمة الدائن والكفيل، فإن إنقضاء الكفالة وإلتزام البنك الكفيل لا ينقضي معه إلتزام المدين الأصلي، بل يبقى هذا الإلتزام ويتعين الوفاء به وعلى ذلك فإن الكفيل الذي يرى المدين والعكس لا يتحقق به إتحاد ذمة الكفيل والمدين بمعناه الحقيقي [3]، إذ أن إتحاد الذمة يعني إجتماع صفتي دائن ومدين في شخص وأحد بالنسبة لدين وأحد، وهنا لا تجتمع صفتا الدائن والمدين في شخص وأحد، لأن البنك الكفيل الذي كان ملزما بصفة تبعية عن غيره أصبح ملزما بصفة أصلية عن نفسه. [4]

2- المقاصة:

---

[1] – أنور السلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الإلتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 402.

[2] – د. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء)، المرجع السابق، ص 236.

[3] – محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 177.

[4] – المادة 2035من القانون المدني الفرنسي.

إذا ثبت في ذمة الدائن دين للمدين يصلح للمقاصة، يعني توفرت فيه شروط المقاصة، فإن هذا يعطي الحق للكفيل بان يتمسك بالمقاصة، والمقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة بذلك وهذا ما نصت عليه المادة 300 من القانون المدني الجزائري، إذ يجوز التمسك بالمقاصة من طرف الكفيل حتى وإن لم يتمسك بها المدين أو الدائن، بل يجوز له ذلك حتى في حالة نزولهما عنها. [1]

والكفيل يمكنه التمسك وطلب المقاصة بما يجب على الدائن نحو المدين الأصلي، في حين أنه لا يجوز للمدين الأصلي التمسك بالمقاصة بما يجب للكفيل على الدائن، لأن العلاقة التي تربط بين الكفيل والدائن مستقلة عن العلاقة التي تربط بين الكفيل والمدين الأصلي [2] وهذا ما قضت به المادة 1293 من القانون المدني الفرنسي.

للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه، ولو اختلف سبب المدينين إذا كان موضوع كل منهما نقود أو مثليات متحدة النوع والجودة وكان كل منها ثابتا وخاليا من النزاع ومستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء.

ولا يمنع المقاصة تأخير ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن. [3]

هكذا فإن البنك الكفيل يمكنه أن يدفع بعدم الوفاء إذا أصبح المدين الأصلي دائنا للدائن على نحو تتحقق المقاصة بين جين الدائن في ذمة المدين ودين الأخير في ذمة الدائن، أما البنك الكفيل فإنه ليس بوسعه أن يتمسك بالدفع بعدم الوفاء على أساس أنه دائن للدائن، ذلك لأن المقاصة تتحقق بين المدين والدائن على النحو لا يكون الكفيل في هذا المثال دائنا أو مدينا رغم ما قيل أنه مدين بإلتزام ناشئ عن عقد الكفالة. وهو ذات الشأن بالنسبة للمدين إذ لا يمكنه التذرع بالمقاصة في مواجهة دائنه على أساس أن الأخير مدين لكفيله. [4]

والمقاصة تنطوي على معنيين، أولهما الوفاء وثانيهما الضمان، فالوفاء يعني أن كلا من المدينين يقاص وفاء بالدين الآخر والضمان يعني أن من يتمسك بالمقاصة يضمن استيفاء دينه

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 114.

[2] – محمد محمود معطي، المرجع السابق، ص 149.

[3] – المادة 297 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[4] – أنور السلطان، المرجع السابق، ص 384.

مقدما على سائر الدائنين، كما أن المقاصة وسيلة لتساقط دينين بين شخصين كل منهما دائن ومدين للأخر.[1]

وهي بهذه الصفة تجعل دين المدين ودين الدائن متساقطين، في هذه الحالة أمكن إنقضاء الدينين في حدود الأقل منها إذا طالب بذلك صاحب المصلحة في الإنقضاء. [2]

ولا تنطبق هذه الصفة على إلتزام البنك الكفيل كمدين للدائن، لأن المقاصة تمتنع لأسباب مختلفة رغم اجتماع شروطها، إذ لا يجوز أن يلتقي دينان إذا كان أحدهما وجب في ذمة شخص بسبب إنتزاعه دون وجه حق، كما يجوز أن يقاص دين بما يكون الدائن ملزما برده بمقتضى التعاقد إحتراما لما ينبغي أن يكون عليه التعامل من الثقة وحسن النية، وإنقضاء إلتزام البنك الكفيل في مواجهة دائن يكون بقدر دين المكفول في ذمة الدائن على نحو تبقى الكفالة بقدر الباقي في ذمة المدين المكفول.[3]

3- التقادم: prescriptionextinctive

تقادم الدين المكفول يؤدي إلى إنقضاءه، وفي نفس الوقت إلى إنقضاء إلتزام الكفيل، حتى وإن كان إلتزام هذا الأخير لم ينقضي بعد بالتقادم، كأن يكون أجل إلتزام الكفيل أبعد من أجل إلتزام المدين الأصلي، فيتقادم هنا الإلتزام الأصلي قبل تقادم إلتزام الكفيل، فتبرأ ذمة الكفيل تبعا لبراءة ذمة المدين. [4]

فلا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناءا على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين [5]، ويلحق بالمطالبة القضائية التنبيه بالوفاء الذي يلجا إليه الدائن الذي بحوزته سندا تنفيذيا ضد الكفيل قبل أن مباشرة التنفيذ على أمواله.[6]

---

[1] – سمير تناغو، المرجع السابق، ص 323.

[2] – المادة 300 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[3] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 287-288.

[4] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 116.

[5] – المادة 321 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[6] – عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 120.

فإذا تم التقادم لصالح المدين أفاد الكفيل وانتهت الكفالة، تبعا لإنقضاء الإلتزام الأصلي للمدين، وفي المقابل إذا قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي إمتد أثره إلى الكفيل، وعليه يجوز للكفيل أن يتمسك بتقادم الإلتزام الأصلي بالرغم من أن المدين لم يتمسك به.[1]

يرى بعض الفقه أن الكفالة تنقضي بالتقادم تبعا لإنقضاء الإلتزام المكفول لأنها عقد تابع، ولا تسقط بالتقادم، وأن الأعمال التي تقطع المدة السارية ضد المدين تقطعها ضد الكفيل أيضا، ويرى البعض الآخر أن الكفالة كسائر الإلتزامات تسقط بالتقادم مستقلة عن الإلتزام الأصلي. [2]

إلا أنه الرأي المأخوذ به هو فكرة إنقضاء الإلتزام الناشئ عن عقد الكفالة مستقلا عن الالتزام الأصلي، لأن إلتزام الكفيل كسائر الإلتزامات يسقط حق الإدعاء به بمرور الزمن، وان انقطاع المدة في مواجهة الكفيل لا يؤدي إلى ذات النتائج في مواجهة المدين. [3]

وإذا إكتملت مدة التقادم وتمسك به الكفيل فإن الإلتزام ينقضي ولا يستطيع الدائن إلزامه بالوفاء، ولا يسقط الإلتزام بمجرد إكتمال لمدة بل لابد من تمسك الكفيل به.

أما إذا سقط الإلتزام بالتقادم فإنه يسقط بأثر رجعي أي يعتبر الدين منقضيا ضده الوقت الذي بدأ فيه سريان التقادم، وليس من وقت اكتمال مدته والدليل على ذلك أن الفوائد والملحقات تسقط ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بها. [4]

الفرع الثاني:الأسباب الإتفاقية لإنقضاء عقد الكفالة البنكية

تتحدد إلتزامات البنك الكفيل وفق الشروط التي تضمها عقد الكفالة على النحو الذي اتفق عليها طرفاه، وكما يلتزم هذا إن الطرفان بإرادتهما يمكنهما إنهاء هذا الإلتزام بإرادتهما، وعليه فإن عقد الكفالة ينقضي بإتفاق أطرافه، إذ يستطيع الدائن والبنك الكفيل الإتفاق على إنهاء العقد الذي أبرماه وحددا شروطه. [5]

---

[1] – سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 146.

[2] – محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 188.

[3] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 182.

[4] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 592،591.

[5] – محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 171.

ونعني بالأسباب الإتفاقية تلك التي تنقضي بوجودها الإلتزامات التي أنشاها عقد الكفالة دون أن تنفذ فالإبراء واستحالة التنفيذ والتقادم المسقط لحق الإدعاء تنقضي بها إلتزامات الأطراف عقد الكفالة دون تنفيذ، وهذه الأسباب لا نصنفها في قائمة الأسباب الإتفاقية التي وضعنا في إطارها المصالحة والإحالة والتجديد والتي سنتناولها بالتفصيل في ما يلي:

أولا: المصالحة:

إذا كانت الكفالة المصرفية تنقضي بفوات المدة المحددة لسريانها، أو بإتمام الغرض الذي من أجله تم إصدارها أو بدفع قيمتها للدائن، فإنها كذلك تنقضي بمصالحة يجريها الدائن والبنكي الكفيل. [1]

والمصالحة عقد يبرمه البنك الكفيل والدائن وتتحدد شروطه بإتفاقهما، بحيث ينقضي عقد الكفالة المصرفية ليحل محله عقد جدد هو عقد الصلح، وبموجب هذا العقد تنقضي علاقة الدائن بالمدين، كما تنقضي علاقة البنك الكفيل بالدائن التي قامت على شروط عقد الكفالة.

ويترتب على ذلك إعادة سند الكفالة الذي أصدره البنك لصالح المستفيد الدائن، ليس هدفا بحد ذاته يتحدد على أساسه إنقضاء إلتزام البنك أو بقاء هذا الإلتزام، ذلك لأن سند الكفالة يعد في حكم المنتهي بإنقضاء إلتزام البنك بالمصالحة.

وأنه إذا دفع البنك قيمة سند الكفالة فلا يعني احتفاظ الدائن بالسند بقاء ذمة البنك مشغولة بقيمة هذا السند، لأنه ليس من الأوراق التجارية التي يدل احتفاظ المستفيد بها على أنه دائن بقيمتها حتى حيث يثبت العكس، وهذا السند لا يقبل التداول بطريق التظهير وليس له خصائص الأوراق التجارية.

وتأسيسا على ذلك فإنه إذا أبرم البنك الكفيل صلحا مع الدائن ودفع له مبلغا من النقود على أساس اعتبار إلتزامه بقيمة السند منقضيا، فإن هذا الإلتزام ينقضي، وأن بقاء سندا الكفالة مع الدائن يصح غير ذي فائدة لحامله، كما أنه إذا انقضت مدة سريان عقد الكفالة البنكية ولم يطالب المستفيد بقيمتها فإن الإلتزام الذي أنشأه العقد على عاتق البنك ينقضي في هذه الحالة ولا يعود لإحتفاظ الدائن بسند الكفالة أي مبرر، ويتعين عليه إعادته إلى البنك الكفيل، وان عدم إعادة ذلك السند لا يترك آثارا تأسيسا على أن السند فقد قيمته بإنقضاء

[1] – المادة 462 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

الإلتزام الذي تضمنه. ويشبه عقد الصلح الإبراء في أن الإلتزام بالكفالة البنكية لينقضي بكليهما، لأن آثار العقد الجديد وهو عقد الصلح تحل محل آثار عقد الكفالة الذي انقضى، وكذلك لأن إرادة الدائن تنازلت عن الحق الثابت في عقد الكفالة لتنقضي الإلتزامات الناشئة عنه وتبرأ ذمة الكفيل.

ويختلف عقد الصلح عن الإبراء في أن الإبراء يتم بإرادة وأحدة هي إرادة الدائن أما في عقد الصلح فلابد من إرادتين يلتزم من صدرتا عنهما بشروط ذلك العقد وهذا التطبيقا لقاعدة العقد شريعة. [1]

ويجدر بالذكر أن عقد الصلح إذا أبرأ بين الدائن والمدين فإن آثاره لا تتصرف إلى الكفيل " البنك"، إعمالا لمبدأ نسبية أثر العقد، ما لم يرتب هذا العقد أثر يؤدي إلى إنهاء عقد الكفالة كما يؤدي عقد الصلح إلى أن تبرئ الدائن البنك الكفيل من إلتزامه في عقد الكفالة أو يرتب إبرام عقد جديد بمبلغ أقل أو أكثر من المبلغ المحدد في العقد السابق، ففي هذه الحالة نقول إن أثر عقد الصلح أدى إلى إبرام عقد جديد بين البنك الكفيل والدائن، بناء على طلب المدين وهكذا فإن عقد الصلح ذو أثر هام في عقد الكفالة، لأن هذا الأثر يؤدي إلى غالب الأحيان إلى إنقضاء إلتزام البنك الكفيل، على أنه إذا كان إنقضاء إلتزام البنك الكفيل يتقرر بسبب عقد الصلح فإن هذا الإلتزام لا ينقضي بسبب الصلح الذي يبرمه الدائنون مع المفلس، لأن الدائنين لا يبرئون ذمة المدين المفلس، إلا من الجزء الذي حصل الصلح بشأنه، والذي يدفعه المدين بالإضافة إلى الجزء الباقي من الدين في حالة الصلح الواقي يبقى دين طبيعيا على المدين، وتفرض عليه مجموعة قواعد الأخلاق والشرف أن يؤديه لدائنه، ويبقى هذا الجزء من الدين الذي لم يؤده المدين الملفس إلى الدائن دينا في ذمة الكفيل على شرط أن يبادر الدائن إلى التقدم في التفليسة بدينه [2]، وأن عدم تقدمه يؤدي إلى سقوط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر، وهكذا فإن الصلح كعقد يتنازل بموجبه الطرفان كل منهما على وجه التقابل عن جزء من حقوقه أو إدعاءاته ويحسم المنازعات التي تناولها، ويترتب على إنقضاء الحقوق والإدعاءات التي نزل عنها أي من المتعاقدين.

---

[1] – المادة 106 من القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

[2] – محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 178.

ففي حالة صلح الكفيل أو المدين الدائن على قدر من الدين برئت ذمتهما من الباقي، فإذا اشترطت براءة الكفيل وحده فالدائن بالخيار إن شاء أخذ القدر المصالح عليه من الكفيل، والباقي من الأصيل وإن شاء ترك الكفيل وطالب الأصيل بكل الدين، وعليه فالدائن مخير بأن يأخذ المبلغ المصالح عليه وبطالب الأصيل بالباقي وبين رفضت المصالحة ، وفي هذا الحالة لا يبقى له غير مطالبة بكامل الدين.

ثانيا: الإحالة

هي نقل إلتزام المدين إلى الغير أو حق الدائن إلى الغير، والإحالة في عقد الكفالة تتمثل في إذا أحال الكفيل أو الأصيل الدائن بالدين المكفول به أو بجزء منه على آخر حوالة مقبولة من المحال له والمحال عليه برئ الأصيل والكفيل في حدود هذه الحوالة وبمقتضى هذا فإن الكفيل يمكنه أن ينقل إلتزامه الناشئ عن عقد الكفالة إلى شخص آخر [1] على نحو يلتزم بالوفاء بدلا عنه بشرط رضاء المحال له والمحال عليه، وكذلك الأمر بشان المدين فإن من حقه أن يحيل الدين المترتب بذمته إلى شخص آخر يقبل وفاءه للدائن شريطة قبول هذا الأخير.

والحوالة الواردة على هذا النحو يبرئ على أساسها الكفيل والأصيل معا في حدودها أحيل به، أما إذا اشترط في الحوالة براءة الكفيل فقط برئ وحده دون الأصيل.

وعلى هذا الأساس إذا أحال الكفيل الإلتزام الناشئ عن عقد الكفالة بصفته عقدا تابعا لإلتزام أصلي كان سبب إنشائه فإن ذمة الكفيل والمكفول، تبرآن من الإلتزام بقبول المحال والمحال عليه بالإلتزام المحال به.

وعليه انتهاء الكفالة والإلتزامات التي أنشأتها على أساس من عقد الحوالة، هي نقل الدين أو المطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحالة عليه.

لذلك نقول إن البنك الذي كفل عميله في مواجهة شخص آخر يستطيع أن يحيل إلتزامه الناشئ عن عقد الكفالة المصرفية إلى شخص آخر، بحيث يقوم الأخير بالوفاء للدائن. ويترتب على ذلك براءة ذمة البنك الكفيل والمدين إلا في حالة إشتراط براءة الكفيل فقط، ويتعين في

[1] – المادة 251 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

الحوالة موافقة الدائن وهو المستفيد من الكفالة المصرفية وموافقة المحال عليه وهو من سبقى قيمة هذه الكفالة للمستفيد.

وفي هذا الصدد نصت المادة 996 من القانون المدني الأردني على أنه :" يشترط لصحة الحوالة رضاء المحيل والمحال عليه والمحال له". [1]

والحوالة بمقتضى أحكام القانون المدني لا تتم إلا بعقد يستجمع شروطا خاصة بالإضافة إلى الأركان العامة للعقد وهذه الشروط:

- أن تكون منجزة غير معلقة إلا على شرط ملائم أو متعارف وأن لا يكون الشرط مضافا في العقد إلى المستقبل.
- أن لا يكون الأداء فيها مؤجلا إلى أجل مجهول.
- أن تكون مؤقتة بموعد,
- أن يكون المال المحال به دينا معلوما يصح الاعياضعنه.
- أن يكون المال المحال به على المحال عليه في الحوالة المقيدة دينا أو عينا لا يصح الاعتياضعنه وأن يكون كلا متساويين جنسيا وقدرا أو صفة.
- أن لا تؤدي إلى التغابن بين المتعاقدين. [2]

ثالثا: التجديد

التجديد هو استبدال الدين، أي زوال الدين وإيجاد دين غيره بدله، ويعني في عقد الكفالة المصرفية، استبدل الإلتزام الجديد بالإلتزام القديم، على نحو يصبح الإلتزام الذي أنشأت عقد الكفالة المصرفية منتهيا بإنتهاء مدته، ويستبدل غيره به ليعيل محله. [3]

عرفت المواد 1271، 1274، 1245 من القانون المدني الفرنسي التجديد بالقول:" يتجدد الإلتزام:

أ- بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالإلتزام الأصلي إلتزاما جديدا يختلف عنه في محله أو في مصدره.

---

[1] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 292.

[2] – محمود الكيلاني، المرجع نفسه، ص 293.

[3] – المادة 288 من القانون المدني الجزائري المعدل المتمم.

ب- بتغير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي، على أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه. أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد.

ج- بتغير الدائن إذا إتفق الدائن والمدين على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد". [1]

ويقابل هذا النص ما ورد في المادة 352 من القانون المصري والإستبدال يتم عدما يتغير الدين أو يتغير المدين أو الدائن وينبغي على ذلك أن التجديد بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين يبرئ ذمة باقي المدينين، لأن الإستبدال في هذه الحالة يؤدي إلى إبراء الكفلاء،[2] وقضت أحدى محاكم الإستئناف المصرفية: " بأن مجرد مطالبة الدائن بدين مدينه من دين آخر سواء أكان برضاء المدين الأصلي أم بغير رضائه لا يعد تجديد للدين مبرئا لذمة الكفيل، لأن هذا الحق للدائن لا يبرأ منه الكفيل إلا بعد حصول الدائن على دين مدينه هذا أو قدره فقط". [3]

وهكذا فإن الكفالة إذا منحت إلى أجل محدد فإنها تشكل بأثارها إلتزاما محدد المدة، وهذا الإلتزام لا ينقضي بفوات المدة وكذلك لا ينقضي الإلتزام المكفول بإرادة الكفيل المنفردة لأنه لابد من وجود أحد أسباب الإنقضاء لهذا الإلتزام التي تحدثنا عنها ومنها تجديده بإرادة الطرفين الكفيل البنك والدائن المستفيد. [4]

كما أن حلول أجل عقد الكفالة المصرفية يؤدي إلى ذات الآثار التي تؤدي إليها أسباب إنقضائها وهي إلغاء الكفالة، لأن الإلتزامات الناشئة بعد إنقضاء الجل المحدد لعقد الكفالة المصرفية لا يغطيها عقد الكفالة المصرفية الذي انتهى أجله، بينما يلتزم الكفيل دائما بالإلتزامات السابقة على عقد الكفالة وهي طلب المدين أن يضم ذمته إلى ذمة الكفيل من أجل تنفيذ إلتزامه في مواجهة الدائن.

---

[1] – المادة 287 من القانون المدني الجزائري المعدل المتمم.

[2] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 510،511.

[3] – محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 175.

[4] – بضراني نجاة،" الإئتمان المصرفي بطريق التوقيع اعتماد بالقبول بالكفالة المصرفية، خطاب الضمان"،أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة القاهرة، 1987، ص 171.

وتطبيقا لذلك إذا كان عقد الكفالة المصرفية محدد المدة فلا ينقضي الإلتزام الناشئ عنه قبل إنقضاء هذه المدة.

أما إذا كان العقد غير محدد المدة وغير مرتبط بعملية معينة، فمن حق الكفيل في كل وقت أن يتحلل من إلتزامه بالنسبة للمستفيد وذلك بإعلان إرادته في ذلك إلى المستفيد [1]، وبذلك يكون مسؤولا عن غير الديون التي نشأت قبل إعلان إرادته على أنه إذا تضمن عقد الكفالة شرطا يلزم الكفيل إذا رغب إنهاء الكفالة أن يتم الإنتهاء في شكل معين، عندئذ لابد من تحري هذا الشرط لإعماله.

وفي كل الحالات السابقة يكون تجديد الإلتزام في عقد الكفالة المصرفية سببا في إنقضاء الإلتزام السابق ليحل محله الإلتزام الجديد بالشروط الجديدة.[2]

وحتى تقوم نية التجديد واضحة، يجب أن يغاير الإلتزام القديم الإلتزام الجديد في عنصر من عناصره الهامة، فتغير محل الدين أو مصدره، وإضافة شرط أو إلغاؤه، كل تعديل جوهري يتجلى منه نية التجديد بوضوح، أو إضافة أجل أو حد أجل قائم أو إلغاء أجل موجود، كل من هذه العناصر يترتب عليها إنقضاء الإلتزام الأصلي وإنشاء إلتزام جديد محله. [3]

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لإنقضاء عقد الكفالة البنكية

سبق القول بأن إلتزام الكفيل في عقد الكفالة إلتزام تابع للإلتزام الأصلي، ويبقى إلتزامه في حدود نطاق الكفالة وشروطها ما بقي الإلتزام الأصلي وينقضي بإنقضاءه.

وعليه كل ما يؤدي إلى إنقضاء الإلتزام يؤدي إلى إنقضاء إلتزام الكفيل بالإضافة إلى الحالات أو الأسباب العامة التي تطرقنا إليها سابق لإنقضاء عقد الكفالة البنكية هناك أسباب خاصة لإنقضاءها وهذا ما سوف نوضحه نتناول في هذا المطلب في الفرع الأول :التغيير الطارئ على الكفيل، والفرع الثاني نتطرق إلى التغيير الطارئ على المكفول أما الفرع الثالث وفاة الكفيل مخصص الفرع الرابع إلى خطأ الدائن وتأخره في اتخاذ الإجراءات القانونية أما

[1] – المادة 289 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[2] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 290.

[3] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء)، المرجع السابق، ص 223.

الفرع الخاص إلى تغيير الشكل القانوني للكفيل، وإنقضاء عقد الكفالة بالحجز والصادرة في الفرع السادس وإنقضاء الكفالة بإدارة الكفيل في السابع

الفرع الأول: التغير الطارئ على الكفيل

ويكون إما بتغيير النظام القانوني للشركة المكفولة أو بإدماج الشركة أو إنفصالها أي للشخص المكفول الإستمرار أو حل عقد الكفالة خاصة بظهور شخص معنوي جديد في حالة الدمج.

فالتصفية والإفلاس والإندماج وما يؤدي إلى إنقضاء الشخصية الإعتبارية لشخص الكفيل يؤدي إلى إنقضاء إلتزام الكفيل في الكفالة المصرفية، وعليه فإن الشركة التي يتقرر تصفيتها تصبح إلتزاماتها الناشئة عن الكفالة مع جملة الإلتزامات الأخرى في مواجهة المصفى وهو ذات الحكم بالنسبة لإفلاس الشركات، أما الإندماج فيختلف الأمر بشأنه ويعتبر الإلتزام دينا في ذمة شخص جديد بحيث لا ينقضي، ذلك لأن إلتزامات الشركتين المندمجتين تترتب بذمة الشخص الجديد الذي أحدثه الإندماج [1] بين شركتين إنقضت شخصية كل منهما الإعتبارية.

كما تنتقل إلتزامات الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة على نحو يمكن أن يتقرر أن هناك تجديد للإلتزام، وما يؤدي إلى هذا القول هو أن البنك الدامج عندما رضي أن يتحمل إلتزامات البنك المندمج فإنه بذلك يجدد إلتزاما كان سينقضي لو لم يحصل الإندماج، وفي هذه الحالة يترتب على التجديد إنقضاء الإلتزام الأصلي بتوابعه.

وعلى ذلك فإن إلتزام البنك الكفيل ينقضي بإعلان تصفيته وينطبق هذا الحكم عند الإفلاس، أما إندماج البنوك فتطبق شأن ذات قواعد إندماج الشركات.[2]

الفرع الثاني: التغير الطارئ على المكفول

إذا فسخت شركة حصلت على تسهيلات مصرفية من بينها كفالة، فإن ما يترتب على الفسخ هو حلول آجال الديون، وهو ما يعني أن البنك الذي منحها الإعتماد بالكفالة يصبح مسؤولا عن تنفيذ إلتزامه كأثر لعقد الكفالة ولو لم يحل أجله، أما تغير شكل الشركة المدنية فإنه

[1] – المادة 744 من القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم.

[2] – مصطفى عبد الجواد الحجازي, عقد الكفالة في القانون المدني, دار المكتبة القانونية, القاهرة,2006, ص43.

لا يؤثر في إلتزامات الناشئة عن عقد كفالة البنك لهذه الشركة رغم تغير شكلها القانوني، على نحو يبقى البنك مسؤولا عن الإلتزامات التي كفل الشركة بمناسبتها.[1]

الفرع الثالث: وفاة الكفيل

الأصل أن الإلتزامات المالية للشخص تنفذ في أمواله وعند وفاته في تركته، فعقد الكفالة يخضع للنظام الخاص بالعقود، وقواعد القانون المدني تشترط في العقد أن ينصرف أثره إلى المتعاقدين والخلف الخاص، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون العكس إن هذا الأثرلا ينصرف إلى الخلف العام مع مراعاة قواعد الميراث فلا تركة إلا بعد سداد الديون.[2]

بمعنى أنه في حالة وفاة الكفيل لا تمنع أن يطالب الدائن ورثة المدين تنفيذ إلتزام مورثهم ففي حالة حلول الدين المؤجل إستحق الدين في تركة من مات. [3]

وتتحقق وفاة الشركة أو البنك بفسخها أو إعلان إفلاسها، بحيث يستوفي الدائنون حقوقهم من بعدها. هي بالنسبة لشركة التضامن أموال الشركاء وللشركة المساهمة العامة والمساهمة المحدودة, والتوصية فبحدود رأسمال المساهمين في هذه الشركات بإستثناء المتضامنين في شركة التوصية. [4]

وفقا لنص المادة 2017 من القانون المدني الفرنسي على أن الكفالة لا تنقضي بموت الكفيل بل ينتقل إلتزامه إلى ورثته، لأن الكفيل ملزم في كل أمواله.

وعليه فإن عقد الكفالة يخضع للنظام الخاص بالعقود، وقواعد القانون المدني تشترط في العقد أن ينصرف أثره إلى المتعاقدين والخلف الخاص ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون العكس. [5]

وعليه وفاة الكفيل لاأثر لها على إلتزامه المالي بل تنفذ في تركته وهذا ما أشارت إليه المادة 973 من القانون المدني الأردني على أنه:" إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين

---

[1] – محمود الكيلاني،، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 297.

[2] – المادة 108 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[3] – محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 120.

[4] – محمود الكيلاني، ، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك ،المرجع السابق، ص 297.

[5] – خالد وهيب الراوي، إدارة العمليات المصرفية، الطبعة الثانية، دار المناهج، عمان الأردن، 2003، ص 136.

المؤجل إستحق الدين في تركة من مات" وبالتالي يلتزم الورثة بضمان دين البنك فاتح الإعتماد حتى وإن كان الدين المضمون لم يستحق بعد.

ونقصد بالدين هو المبلغ الذي تم سحبه أو إستخدمه العميل فعلا، أما المبالغ التي لم يتم سحبها فعلا يلتزم بها الورثة.

وبهذه الحالة فإن وفاة الكفيل تحدده مدى إلتزامه، غير أن ما يجري عليه العمل لدى البنوك، أنها تلجأ حال وفاة الكفيل إلى إستبدال الضمانات، وهذا إنما يدل على أن عقد الإعتماد المالي يقوم فعلا على الإعتبار الشخصي للعميل.

وأخيرا فإن الضمانات الشخصية فعلا سهلة بإجراءاتها وفي كيفية التنفيذ بمقتضاها، إلا أن البعض يرى بأنها:" لا توفر للدائن ضمانا، لأن المسؤولين عن الوفاء قد يصابون بالإعسار جميعا فيتعذر على الدائن الحصول على حقه كاملا" لذلك تلجأ البنوك غالبا إلى الضمانات العينية.[1]

الفرع الرابع: خطأ الدائن وتأخره في إتخاذ الإجراءات القانونية

يتمثل خطأ البنك الدائن كخطأ التأمينات التي يقصد بها التأمينات الخاصة المقررة للدائن، المضمون وليس الضمان العام المقرر على كل أموال المدين. ويستوي أن يكون الضمان قائما وقت إبرام الكفالة، حيث يكون إطمئنان الكفيل لوجوده. ولا يقصد بإضاعة التأمينات الأعمال السلبية فقط، بالإمتناع عن الأعمال التي يترتب عليها ضياع حقوقه. وإنما الأعمال الإيجابية التي تحفظ هذه الحقوق، فيبرأ ذمة الكفيل إذا ضاع الرهن مثلا بسبب عدم قيده. [2]

وتأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات، عند حلول أجل الدين على البنك مطالبة المدين، ولا يترتب على تأخره في الرجوع على المدين سقوط حقه في المطالبة، أي أنه لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها. وعليه تبرأ ذمة الكفيل بسبب فعل الدائن [3] فمن حق الكفيل إذا حل أجل الدين أن ينذر الدائن بإتخاذ الإجراءات إذا تأخر في ذلك برفع دعوى ضد المدين أو البدء في إجراءات التنفيذ، فإذا إنقضت مهلة ستة أشهر من

[1] – بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص 125.

[2] – وفقا لنص المادة 656، القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[3] – محمد محمود معطي، المرجع السابق، ص 171.

وقت الإنذار دون قيام الدائن بإتخاذ الإجراءات تبرأ ذمة الكفيل وفا للمادة 657 ق.م.ج على الدائن إذا أفلس مدينه أن يتقدم في التفليسة بدينه وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل، بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر. وهذا السبب من أسباب إنقضاء الإلتزام في الكفالة المصرفية، يؤدي إلى سقوط حق الدائن في إتخاذ الإجراءات القانونية ضد المدين. رغم إنذاره من قبل البنك بضرورة القيام بذلك خلال المدة المذكورة أعلاه. [1]

فنصت المادة 971 من القانون المدني الجزائري على أنه:" إذا إستحق الدين، ولم يطالب الدائن المدين له فيجوز للكفيل أن ينذر الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين، وإذا لم يقم بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار ولم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا خرج الكفيل من الكفالة".

وفي حالة إنقضاء إلتزام الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين، فيعتبر تقصير مما يؤدي إلى إنقضاء إلتزام الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر. [2] وهو ما نصت عليه المادة 658 ق.م.ج

الفرع الخامس: تغير الشكل القانوني للكفيل

لا تنقضي إلتزامات الكفيل بتغير شكله القانوني، والشركة الكفيلة لابد من وفاء إلتزاماتها الناتجة عن عقد الكفالة. حتى ولو غيرت شكلها القانوني من شركة توصية إلى شركة تضامن أو العكس، وتغير الشكل القانوني يعني التحول، وهو ما يميز التغير عن الإندماج، وتغير الشكل القانوني يبقى للشركة شخصيتها الإعتبارية، في حين تزول هذه الشخصية بإندماج شركتين في شخص جديد او بإندماج أحدى شركتين مع الأخرى. [3]

الفرع السادس: إنقضاء عقد الكفالة البنكية بالحجز والمصادرة

يتم حجز الكفالات البنكية سواء كفالات الفروع أو البنوك المراسلة، وحجز كفالات العملاء أين يقوم المستفيد المحلي بتوجيه خطاب إلى البنك مصدرا الكفالة يتضمن طلب الحجز على قيمة الكفالة لحفظ حقوقه بالكفالة في حالة عدم قيام المكفول بتنفيذ ما عليه من

[1] – زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 133.

[2] – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 104.

[3] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 298.

إلتزامات، ولا يقوم البنك بتنفيذ طلب المستفيد في تمديد الكفالة ما لم يقترن بخيار الدفع أو الحجز. [1]

ويقطع التقادم أيضا الحجز الذي يباشره الدائن على أموال كفيله، سواء كان حجزا تحفظيا أو تنفيذيا، بالإضافة إلى طلب الذي يقدمه الدائن (البنك) لقبول حقه في تفليسة الكفيل. [2] فالمشرع المصرفي الجزائري أسس إجراءات الحجز لتحصيل قيمة الكفالة، بناء على تلك الرسالة أو الخطاب الذي يوجهه البنك الدائن أو المؤسسة المالية عند حلول آجال الإستحقاق. والذي يطالب فيه بالوفاء وهو ما يسمى بالإنذار بالدفع، وهذا ما أشارت إليه المادة 124 من قانون النقد والقرض والذي تنص على أنه:" ... بعد إنذار مبلغ للمدين بواسطة عقد قضائي..." وبالعودة إلى التطبيقات المصرفية فإن الإنذار لا يبلغ إلا عن طريق الإجراءات الواردة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية [3] وذلك تحت عنوان عقود التبليغ الرسمي.

الفرع السابع: إنقضاء عقد الكفالة البنكية بإرادة الكفيل

فإذا كانت الكفالة محددة المدة فلا ينتهي هذا العقد بإنقضاء هذه المدة، أما إذا كانت الكفالة غير محددة المدة فللكفيل أن يتحلل من إلتزامه بالنسبة إلى المستقبل في أي وقت. وذلك بإعلان إرادته إلى البنك بشرط أن يكون إنهاء الإلتزام في وقت مناسب وبحسن النية.

فهناك أسباب إنقضاء خاصة بالكفيل وحده، وترجع هذه الأسباب إلى طبيعة إلتزام الكفيل بإعتباره ملتزما عن المدين إلتزاما أريد به أن يكون ضمانا احتياطيا للدائن،[4] في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بدنية، إضافة إلى إضاعة الدائن لتأمينات خاصة ناجعة عن خطأه مما ترتب عنه إلحاق ضرر بالكفيل، أو أنه لم يتقدم في تفليسة المدين لإستيفاء حقه بسبب

[1] – المداخلة السادسة والعشرون، الكفالة كضمان في الصفقات العمومية، ، المرجع السابق، ص 14.

[2] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 581.

[3] – المواد من 406 إلى 116 ومن 612 إلى 613 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم.

[4] – المادة 656 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

إهمالـه ممـا سـبب ضـررا للكفيـل. فالمشـرع فـي هـذه الحـالات أعطـى إمكانيـة إنقضـاء وإنتهـاء إلتـزام الكفيل بصفة أصلية بإرادته دون أن يقوم بالوفاء. [1]

[1] – صـحراوي حجيلة،إنقضـاء عقـد الكفالـة المدنيـة بصـفة أصـلية فـي القـانون المـدني الجزائـري، مـذكرة تخـرج لنيـل شـهادة الماسـتر فـي القـانون، تخصـص عقـود ومسـؤولية، جامعـة أكلـي محنـد أولحـاج، البـويرة، 2012–2013، ص 85.

المبحث الثالث : مدى فعالية الكفالة البنكية

إرتئيت لتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث تطرقت فيه إلى مطلبين، تناولت في المطلب الأول منه إلى فعالية الكفالة ، والعراقيل التي تحد من فعالية الكفالة في المطلب الثاني.

المطلب الأول : فعالية الكفالة البنكية

فالتسهيلات الإئتمانية غيرمباشرة التي تقدمها المصارف, 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 الضمان إلى أحد المصارف 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. [1]

وعليه تختلف طبيعة الضمانات المطلوبة تبعا لنوع الإئتمان المقدم، فإن تعلق الأمر بقروض قصيرة الأجل إكتفت بطلب كفالة كضمانة شخصية وإذا تعلق الأمر، بقروض متوسطة أو طويلة الأجل طلبت في المقابل ضمانات عينية . وعليه فالكفالة لم تعد كما كانت سابقا في مابين الأقرباء و إنما أصبحت من صميم و إختصاص البنوك التي أصبحت غالبا ما تعطي كفالاتها لعملائها [2]، 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

---

[1] – Un credited bank luly 2012 bank guarantees in forgein trade. Retrieved octobre.4-2014-from ,www,hy povereinsbank.de /../hy povereins bank /../ Inter

[2] – أنس البكري ووليد صافي، النقود و البنوك بين النظرية و التطبيق، دار المستقبل للنشر و التوزيع ،الطبعة الأولى، عمان الأردن،2009،ص 15.

التأمينات العينية التي تتطلب في وقتنا الحالي شكليات و إجراءات طويلة و مكلفة ، فنادرا ما تكون المؤسسة التجارية مالكة لعقارات وذلك لإعتبارات محاسبية و ضريبية . فالتأمينات العينية ليست دائما مؤكدة و ضامنة 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 آخر غير المدين أي تأمين شخصي.[1]

من أهم أشكال الكفالة في الواقع العملي نجد:

– كفالة زوجة العميل أو أحد أقارب العميل للتسهيلات الإئتمانية التي يمنحها له البنك.

– الكفالة التي يعطيها الشركاء ضمانا للتسهيلات الإئتمانية التي تمنح للشركة, و الملاحظ أن البنوك تطلب كفالة الشركاء في الشركات ذات المسؤولية المحدودة و كفالة الشركاء الموصين في شركات التوصية البسيطة, لأنهم غير مسؤولين عن إلتزامات الشركة في أموالهم الخاصة, أما الشركاء المتضامنون فهم مسؤولون في كل أموالهم عن ديون الشركة دون حاجة إلى كفالة خاصة.

– تكافل الشركات التي تقوم بالمساهمة معا في تنفيذ أحد المشروعات أو إحدى المقاولات الكبيرة لتضمن للبنوك الوفاء بالتسهيلات الإئتمانية المقدمة لتمويل تنفيذ المقاولة.[2]

المطلب الثاني: العراقيل التي تحد من فعالية الكفالة البنكية

بالرغم من المزايا التي تتميز بها الكفالة كضمانة بنكية, من سهولة إجراءاتها، إلا أنه هناك نقائص وصعوبات في المجال التطبيقي و القانوني, مما يقلل و يحد من فعاليتها في تحقيق الحماية للبنك الكفيل فلا تزال تفتقر للخبرة و الإحترافية في مجال تقدير المخاطرة ، فمثلا وجوب مراعاة صحة الكفالة بصدورها من ذوي أهلية و صفة سواء كان الكفيل شخصا طبيعيا أو معنويا فمثلا قد يعطي شخص كفالته عن نفسه و بصفته وكيلا عن زوجته، و قبل

[1] – نبيل إبراهيم سعد، نحو خاص بالإئتمان ، منشأة ا لمعارف بالإسكندرية، طبعة 1991، ص 108.

[2] – أحمد شعبان محمد علي، المرجع السابق، ص 198.

البنك هذه الكفالة ثم يظهر أن وكالته عن زوجته لم تكن تعطيه حق كفالة الديون التي لا صلة لها بإدارة أموال الزوجة . [1]

فالبنك في الكفالة الشخصية يحتل مرتبة الدائن العادي في حالة تنفيذ للإلتزام بإعتباره كفيل، بينما في الكفالة العينية يكون دائن ممتاز لهذا.

-غالبا ما تفضل البنوك الضمانات العينية التي ترتكز على موضوع الشئ المقدم كضمان المتمثل بتخصيص مال معين سواء كان منقولا أو عقارا للتنفيذ عليه في حالة تأخر أو إمتناع العميل عن التسديد, مما يخول للبنك الدائن حق الأفضلية (حق التقدم و حق التتبع)، فيكون أكثر أمننا و طمأنينة في الحصول على حقه في ميعاد إستحقاقه . [2]

- فالرهن الرسمي مثلا يعد من أكثر وسائل الإئتمان المصرفي نظرا لأهميته في العصر الحديث, وذلك لمزاياه العديدة بالنسبة للبنوك مما يكفل لها إستثمارأموال في قروض مضمونة برهون رسمية على عقارات تفي قيمتها بقيمة القروض و ملحقات الدين ، التي تتمثل في التعويضات التي يلتزم بها المدين في حالة إخلاله بإلتزاماته ، إضافة إلى فوائد الدين و فوائد التأخير المتفق عليها في عقد القرض بين البنك و العميل بإعتبار الفائدة جائزة لصالح بنك أو مؤسسة مالية.[3]

- لابد القيام بالإصلاح العميق للهياكل وآليات العمل الخاصة بالنظام البنكي الجزائري و خلق وسائل للتكيف مع التحولات في ظل الإقتصاد الوطني و المحيط المالي الدولي مع خلق وسائل إتصال فعالة تستوجب دون شك التحكم في تقنيات العمل و تعميق التجربة فيما يخص الأداء البنكي لتجنب المخاطر إلى أقصى حد ممكن .[4]

---

[1] - أحمد شعبان محمد علي، موسوعة البنوك و الإئتمان السياسة الإئتمانية للبنوك 1 دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، ص 199.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 274.

[3]-المادة 456 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[4] - تامر ريمون فهيم، ضمانات الإئتمان المصرفي، دار النهضة العربية، - القاهرة الطبعة الأولى ، 2012 ، ص 105 .

خلاصة الفصل الثاني:

تفترض الكفالة وجود دين أصلي تعمل على ضمان الوفاء به,وهي تابعة دائما للإلتزام الأصلي من حيث إلتزام الكفيل في صحته ومدته وتتعدى آثاره أيضا. فبراءة ذمة الكفيل من إلتزامه عند وفائه بالدين للبنك الدائن,مما ينتج عنه حق تمسك الكفيل تجاه البنك بكل الدفوع التي أن يدفع بها المدين الأصلي,إضافة إلى ذلك يجد البنك صعوبة في تقدير الذمة المالية للكفيل,وبالتالي خطرعدم إستفائه لحقه من جراء إعسار هذا الأخير إلى جانب إعسار المدين الأصلي,وكذا مزاحمة الدائنين الأخرين له نظرا لعدم تمكن البنك من معرفة ما إذا كان الكفيل قد أنشأ إلتزامات أخرى من نفس النوع لصالح دائنين آخرين وإن لم يكن هو نفسه في مرتبة مدين أصلي.

و من جهة أخرى فإن القوانين الحديثة تميل إلى حماية الكفيل بإعتباره الطرف الضعيف و هذا ما يضعف من حماية البنك مع تحمل مسؤولية أكبر.

الخاتمة

ما يمكن قوله بعد هذه الدراسة المتعلقة بالكفالة أنها من التأمينات الشخصية ، مؤداها أن البنك يقف إلى جانب عميله, بالتعهد بدفع قيمة الكفالة إذا أخل عميله بالإلتزامه الأصلي.

وقد سمحت لي هذه الدراسة للوصول إلى مجموعة من النتائج أبرزها :

- نجد أن الكفالة البنكية تفتقد إلى إطار قانوني موحد، بل يحكمها تداخل مجموعة من الأنظمة والقوانين المنظمة لها ، فإذا كان التقنين المدني تناول أحكامها في الباب الحادي عشر المعنون بالكفالة من الكتاب الثاني الإلتزامات والعقود مخصصا لها عشرون مادة إمتدت من 644 إلى 673 يحدد إطارها العام ، فإن القوانين والأنظمة الخاصة بمجال إستخدامها ، هي التي تتكفل برسم أدق تفاصيلها .
- تعتبر الكفالة الصورة النموذجية للضمانات الشخصية من حيث تأمين الدائن ضد مخاطر إفلاس مدينه, وأكثرها إنتشارا في المجال البنكي لقلة تكاليفها و بساطة إجراءاتها, بالمقارنة مع الضمانات العينية التي تتصف بطول الإجراءات المعقدة من تسجيل, إشهار, توثيق.....إلخ
- يكمن دور الكفالة البنكية في تحقيق ثلاث مصالح متقاطعة فيما بينها في آن واحد, مصلحة العميل/الزبون المتمثلة في تدعيم مركزه المالي و مصلحة المستفيذ/ الدائن في الحصول على الضمان الكافي, و مصلحة البنك الكفيل في الحصول على أمواله .
- إن البنك لا يستطيع التخلي عن الضمانات التقليدية بصفة عامة و الكفالة بصفة خاصة, بالرغم من إستحداث العديد من الضمانات الحديثة وهذا لبساطة إجراءاتها وقلة تكاليفها .
- تعتبر وسيلة من خلالها يمكن للمتعاملين مع المؤسسات البنكية تقديمها للحصول على قروض هذا من جهة, ومن جهة أخرى تعتبر أداة إثبات حق المؤسسة البنكية في الحصول على أموالها التي أقرضتها بالطريقة القانونية في حالة عدم تسديد العملاء لديونهم.

- تخضع الكفالة لأول طلب الذي تقوم به المصارف و المؤسسات المالية عادة دورا بارزا و أساسيا في تنشيط هذه العلاقة التي تجمع بين جنسيات وقواعد وأعراف إقتصادية مختلفة.
- إن إتصال الكفالة بأكثر المجالات تغييرا وأقلها إستقرارا, في مجال وواقع المعاملات التجارية جعلها تتنوع و تتغير بتطور المعاملات, الشيء الذي يجعل منها عقدا متحركا لا يخضع لضوابط مستقرة و محددة .
- فالكفالة تحقق الكثير من الفوائد, فتؤمن للمستفيذ الإئتمان الذي يبحث عنه مقبال تقديم الضمان الذي يجعله موضع ثقة, و توفرللبنك الدائن الطمأنينة التي تشجعه على إقراض أمواله و إستثمارها بشكل أفضل .
- فتشجيع الإئتمان الذي توفره الكفالة يساعد على تنشيط حركة تبادل الأموال والنقود, مما يؤدي إلى إزدهار التجارة و تحريك عجلة الإقتصاد و تطورها فتتسع أفق العلاقات بين الأفراد سواء داخل الدولة الواحدة أو مابين الدول.

بناءا على ما تم تقديمه من نتائج يمكن إقتراح التوصيات التالية:

- لابد القيام بالإصلاح العميق للهياكل وآليات العمل الخاصة بالنظام البنكي الجزائري، بوضع قوانين و أنظمة جديدة تتناسب مع ضمانات الإئتمان بصفة عامة والضمانات التقليدية بصفة خاصة، وهذا بخلق وسائل للتكيف مع التحولات في ظل الإقتصاد الوطني و المحيط المالي الدولي .
- ضرورة الإصلاح البنكي و ذلك بوضع قوانين وأنظمة جديدة تتناسب مع الكفالة بإعتبارها أداة ضمان, و مواكبة التطور الحاصل لكونه ذو طابع تقني عملي محض مما يستدعي إعمال قواعد قانونية جديدة , تتلائم والطابع التقني له هذا من جهة , ومن جهة أخرى وجوب وضع وسيلة ملمة لفهم كيفية العمل بها . وهذا يعود لسبب نقص الدراسات

المخصصة لاسيما في الجزائر مما يستدعي القيام بدورات تدريبية لكافة العاملين بالبنوك عن كيفية تقييم القرض إستنادا لهذا الضمان مما يساهم في زيادة الثقة المتبادلة بين المقرض والمقترض .

إثر التطور الحاصل في التجارة والإستثمار والإقتصاد والبناء والتعمير , كان لابد للمشرع وضع ضمانات مخصصة لهذا النوع من القروض المسحوبة المتمثلة في التوريق والضمان المالي اللذان يعتبران مجازفة قام بها المشرع ساعدت بشكل جيد في توفير السيولة وسهولة منح الإئتمان وحماية البنك من مخاطر الإعسار والإفلاس .

- ليس من السهل تتبع مركز المدين لعدم وجود الرابطة المباشرة بينه وبين البنك ، لذلك تفضل البنوك دائما أن يكون العميل لديها شأنه شأن العميل المدين . وأن تكون أمواله لديها كافية لتغطية التسهيلات الممنوحة , وبما أن الكفالة تبقي البنك في مرتبة الدائنين العاديين ولاتعطيه أي حق إمتياز مالم تفترق بحق عيني آخر, فالبنك في حالة الضرورة يطلب أن تكون الكفالة مصحوبة بخطاب تخصيص أموال الكفيل الموجودة لدى البنك لضمان إلتزاماته الناشئة عن الكفالة , مع وجوب إعطاء تاريخا ثابتا لهذا التخصيص للإحتجاج به في مواجهة الغير .
- وجوب مراعاة المخاطر الخاصة بالكفالة مثل الدفع بالتقسيم والتجريد والدفع بسقوط الكفالة مثل إضاعة الدائن بعض التأمينات , أو ضرورة تقدم البنك في تفليسة المدين أو مسؤولية البنك عن إعسارالمدين إذا قدمت إليه أموال لهذا المدين ويتخذ الاجراءات اللازمة في الوقت المناسب .
- من الضروري أن تكون درجة حسن المعاملة التي يشترطها البنك في الكفلاء أعلى من الدرجة اللازمة التي يشترطها في المدين الأصلي , فنادرا ما يقوم الكفيل من نفسه بدفع

الدين المستحق للبنك , بل على العكس نجد أنه عند ظهور صعوبات للمدين كثيرا ما يتعلل الكفيل بمختلف الأعذار لأنه يعلم في حالة دفعه لن يتمكن من إسترداد ماسيدفعه مما يضطر البنك إلى رفع دعاوي وإتخاذ الإجراءات ضد الكفلاء , وهو أمر غير مستحب مما يلقي على البنك شبهة سوء المعاملة للعملاء .

- الكفالة بإعتبارها أداة ضمان للقروض قصيرة الأجل لا يختلف تنظيمها عن الكفالة العادية غير أن المشرع يعاب عليه في موضوع الكفالة عند حصر إثباتها بالكفالة , وهذا ما يتنافى مع القواعد المطبقة على البنك بإعتباره تاجرا وتتسع قواعده بحرية الإثبات .
- خلق وسائل إتصال فعالة تستوجب دون شك التحكم في تقنيات العمل و تعميق التجربة فيما يخص الأداء البنكي لتجنب المخاطر إلى أقصى حد ممكن ، مع وجوب وضع لجان مستقلة مهمتها الرقابة على أعمال البنوك خاصة طرق منح القروض وذلك يتم بدراسة تحليلية للوضع المالي للعميل والإستعلام عن شخصيته وسمعته قبل الإصدار، وذلك بالعودة إلى سجلاته .
- ضرورة تزويد البنوك بإطارات ذات تكوين وكفاءات عالية , مع محاولة رفع وترقية مستويات مستخدميها بواسطة برامج وطرق حديثة تكون أكثر فعالية مثل تطوير شبكات الإتصال في مابين البنوك مما يقلل من عامل المخاطرة .

وفي الأخير أرجو أن أكون قد و فقت في إختياري لهذا الموضوع و معالجته بالقدر الذي يزيد من إتساع معرفتي ومعارف إخواني الطلبة والمهتمين بهذا الموضوع....آمين.

" إنـي رأيـت أنـه لا يكتـب إنسـانا كتابـا فـي يومـه إلا قـال فـي غـده : لـو غيـر هـذا لكـان أحسـن، ولـو زيـد كـذا لكـان يستحسـن، ولـو قـدم هـذا لكـان أفضـل، ولـو تـرك هـذا لكـان أجمـل، وهـذا مـن أعظـم العبر، وهو دليل على إستيلاء النقص على جملة البشر ".

" العماد الأصفهاني"

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم:

أولا- النصوص القانونية:

أ- القوانين :

1- القانون رقم 79-07، المؤرخ في 21 جويلية 1979، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-10، المؤرخ في 22 أوت 1998، المتضمن قانون الجمارك، الجريدة الرسمية العدد 61 المؤرخة في 23 أوت 1998.

2- القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008 المعدل والمتمم.

ب-الأوامر:

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44 .

2- الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتعلق بالقانون التجاري ، المعدل و المتمم،05-02 ، المؤرخ في 6 فيفري 2005، الجريدة الرسمية عدد11 الصادرة 2005

3- الأمر 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 06 فيفري 2005، الجريدة الرسمية العدد 11، لسنة 2005.

4- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995، والمتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية عدد 13 المؤرخ في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم.

5- الأمر رقم 03/01 ، المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل و المتمم بالأمر رقم 01/09 المؤرخ في 22 جويلية 2009 ، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 الجريدة الرسمية ،عدد44 الصادرة في 2009.

6- الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتضمن قانون النقض والقرض، الجريدة الرسمية العدد 52، 2003، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010.

ج- المراسيم :

1- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية عدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام.

2- المرسوم رقم 349-212 الصادر بتاريخ 2013/03/20، المداخلة 26 الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية.

3- النظام رقم 94-13 المؤرخ في 02 جوان 1994، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، الجريدة الرسمية، عدد 72، المؤرخة في 06 نوفمبر 1994.

ثالثا- الكتب

1- ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المختار على الدرر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء 5، شركة ومكتبة مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الثانية، 1966.

2- أحمد شعبان محمد علي، موسوعة البنوك والإئتمان السياسة الإئتمانية للبنوك 1 دار التعليم الجامعي، الإسكندرية .

3- أحمد عبد الجواد" خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإئتمان"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.

4- أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1994 .

5- أنس البكري ووليد صافي، النقود والبنوك بين النظرية والتطبيق، دار المستقبل للنشر و التوزيع ،الطبعة الأولى، عمان الأردن،2009 .

6- أنطوان نعمة، المنجد الوسيط في العربية المعاصرة، دار المشرق بيروت، 2003

7- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005

8- بسام هلال مسلم القلاب، الإعتماد المالي(دراسة مقارنة)، دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2009.

9- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء 3، دار الفكر، بيروت.

10- تامر ريمون فهيم، ضمانات الإئتمان المصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2012.

11- تامر ريمون فهيم، ضمانات الإئتمان المصرفي، دار النهضة العربية، - القاهرة الطبعة الأولى ، 2012 .

12- تناغو سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية، طبعة أولى، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996.

13- تناغو سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية ،الرهن الرسمي- حق الإختصاص-الرهن الحيازي – الكفالة – تمويل القانوني، طبعة أولى، منشأة المعارف، مصر، 2008.

14- الحجاج مسلم، الجزء 18، حديث رقم 7394-2/42، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية عشر، 2006.

15- حسين محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون المدني، طبعة أولى ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009.

16- خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، جهينة للنشر والتوزيع، الأردن، د س ن،

17- خالد وهيب الراوي، إدارة العمليات المصرفية، الطبعة الثانية، دار المناهج، عمان الأردن، 2003.

18- خالد وهيب الراوي، إدارة العمليات المصرفية، دار المناهج، الطبعة الثانية، 2003.

19- راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2008.

20- رمضان أبو السعود، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والمصري، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993.

21- رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 1998.

22- زاهية سي يوسف ، عقد الكفالة ، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، طبعة 2001

23- زيدان محمد،(د/ت)، دورة الوقاية من مخاطر الإعتمادات المستندية والكفالات المصرفية ،2014.

24- سرايس زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، طبعة أولى، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

25- سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009

26- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، الطبعة، 1984، القاهرة،

27- سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، الطبعة الرابعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

28- شاكر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2008 .

29- صلاح الدين حسن السيسي، قضايا مصرفية معاصرة، الائتمان المصرفي، الضمانات المصرفية، الاعتمادات المستندية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2004.

30- صمودي سليم، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.

31- صهيب عبد الله بشير الشخانبة، الضمانات العينية (الرهن) ومدى مشروعية استثمارها في المصارف الإسلامية ، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

32- عبد الرحمان الجزيري، بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 3، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 2008.

33- عبد الرحمان السيد قرمان، عمليات الينوك طبقا لقانون التجارة الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

34- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 10، طبعة ثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

35- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء) الجزء الثالث، منشورات حلبي الحقوقية ، طبعة الثالثة ، لبنان 1998.

36- عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر.

37- عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 2007.

38- عبد الله خالد أمين والطراد إسماعيل ابراهيم، إدارة العمليات المصرفية المحلية والدولية، الطبعة الأولى، دار الوائل ،عمان، 2011.

39- عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.

40- علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، الجزء 5، دار الكتب العلمية، بيروت.

41- علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001

42- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، الجزء 4، دار الفكر العربي، مصر، دون سنة طبع.

43- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة

44- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار الجسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2011.

45- فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري (اورق التجارية)، الجزء الجزء الثاني ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 2009.

46- قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة: التضامن والتضامام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.

47- محمد حافظ الرهوان ، ضبط و رقابة الإئتمان المصرفي، مجلة كلية الدراسات العليا، العدد الثامن، القاهرة، 1994.

48- محمد حسين الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النشر العلمي والمطابع، المملكة السعودية، 1997.

49- محمد حسين منصور، النظرية العامة للإئتمان، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، مصر 2001 .

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

51- محمد صبري السعيدي، عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، 1990 .

52-محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)،منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

53-محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009،

54-محمدي سليمان، مدونة حول الحقوق العينية والشخصية، عقد الكفالة، عن ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.

55-محمود أحمد مروح مصطفى، الكفالة (أنواعها وطرق الإبراء منها)، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وواقع الكفالة المعاصرة، طبعة أولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2003

56-محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المجلد الرابع، عمليات البنوك دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2008

57-محي الدين إسماعيل علم الدين، " موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية"، الجزء الأول، طبعة1987

58- مرعشي أسامة، مرعشي نديم، الصحاح في اللغة والعلوم، المجلد الثاني، دار الحضارة العربية، بيروت، لبنان.

59-مصطفى عبد الجواد الحجازي, عقد الكفالة في القانون المدني, دار المكتبة القانونية, القاهرة,2006.

60-مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مقدمة الأعمال التجارية والمؤسسة التجارية للشركة التجارية الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993،

61-ملال ربيعة وهواري مغنية، "أثر الإ ستراتيجية البنكية على الميزة التنافسية- دراسة حالة البنوك

62- المنجد في اللغة والإعلام ، دار المشرق، بيروت، 1988

63- منظور الأنصاري الرويفعي الافريقي، لسان العرب، الجزء 22، حرف الكاف، دار لسان العرب، بيروت، 1970.

64-نبيل إبراهيم سعد, النظرية العامة للإلتزام, أحكام الإلتزام, الجزء الثاني, دار المعرفة الجامعية, مصر 1999.

65- نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية –الرهن الرسمي–حق الإختصاص– الرهن الحيازي – حقوق الامتياز– الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية

66–نبيل إبراهيم سعد، نحو خاص بالإئتمان ، منشأة ا لمعارف بالإسكندرية، طبعة 1991

67– هاني دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994.

رابعا– رسائل والمذكرات الجامعية

1- بضراني نجاة، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع، الاعتماد بالقبول– الكفالة المصرفية– خطاب الضمان، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة القاهرة، 1987.

2- بضراني نجاة،" الإئتمان المصرفي بطريق التوقيع اعتماد بالقبول بالكفالة المصرفية، خطاب الضمان"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة القاهرة، 1987.

3- حياة شحاتة، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1989.

4- سعاد توفيق سليمان أبو مسايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة دراسة مقارنة بين محله الحكام العدلية في القانون المدني المصري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 200

5- حمداوي صورایة ومسعودان فتيحة، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

6- بلغيث صبرينة ومحمود حياة، خطاب الضمان المصرفي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2016–2017

7- رحيمة شلغوم، ضمانات القرض، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، 2007–2008

8- صحراوي حجيلة، إنقضاء عقد الكفالة المدنية بصفة أصلية في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012–2013

9- سفيان الكهان، هشام طارق، أيوب تردي، عرض حول موضوع الكفالة البنكية، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، نطوان، جامعة عبد المالك السعدي، 2017–2018.

10- فيروز مشاشو، ضمانات القروض المصرفية، مذكرة ماستر جامعة سطيف 2، كلية الحقوق ، قسم الحقوق، 2014/ 2015

11- صحراوي حجيلة،إنقضاء عقد الكفالة المدنية بصفة أصلية في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013.

12- ونوغي غادة، ضمانات القروض البنكية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016/ 2017.

13- خلالفة نجوم، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري (التأمينات الشخصية)، مذكرة لنيل شهادة ليسانس، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، 2009.

14- سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج المعهد الوطني للقضاء 2004.

خامسا- المجلات:

1- نادية ليونيسي حداد، عقد الكفالة في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانون والقضائية والسياسية، العدد 04، الصادرة سنة 1999.

2- بوكثير الجبار،"القوى البيعية في المؤسسة الإقتصادية، الأهمية والأهداف"،مجلة العلوم الإقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، العدد06، 2011.

سادسا - القرارات

1- قرار بتاريخ 1998/07/13، ملف 65336 بين القرض الشعبي الجزائري ضد (ص ب و ض معه)، منشور في المجلة القضائية لسنة 1991.

2- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 08 جويلية 2010، كفالة بنكية- كفالة شخصية- أعراف دولية- معاملة مصرفية عالمية، مجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2012.

3- قرار صادر بتاريخ 29 ماي 2002، رقم 258429 غير منشور بين القرض الشعبي الجزائري، وديوان الترقية والتسيير العقاري بقسنطينة.

4- قرار صادر بتاريخ 29 ماي 2002، رقم 258429 غير منشور بين القرض الشعبي الجزائري، وديوان الترقية والتسيير العقاري بقسنطينة.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

العنـــــــوان	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الاول :الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية	05
المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة في القواعد العامة	06
المطلب الأول: مفهوم عقد الكفالة	06
الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة:	06
أولا: تعريف الكفالة لغة	06
ثانيا: تعريف الكفالة اصطلاحا	07
ثالثا: تعريف الكفالة قانونا	10
الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة:	11
أولا: الكفالة عقد ضمان شخصي:	11
ثانيا: الكفالة عقد رضائي:	12
ثالثا: الكفالة عقدت تبرعي:	13
رابعا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:	15
خامسا: الكفالة عقد تابع	15
المطلب الثاني :أنواع عقد الكفالة وأركانها،	16
الفرع الأول: أنواع عقد الكفالة	17
أولا: أنواع الكفالة بحسب مصدرها	17
ثانيا: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها	19
ثالثا: الكفالة بحسب محلها	21
رابعا: أنواع الكفالة بحسب إلتزام الكفيل	23
الفرع الثاني : أركان الكفالة	24
المبحث الثاني : مفهوم الكفالة البنكية وأنواعها	31
المطلب الأول: مفهوم الكفالة البنكية:	31

فهرس المحتويات

الفرع الأول: تعريف الكفالة البنكية	32
أولا: التعريف التشريعي:	33
ثانيا : التعريف الفقهي	36
ثالثا: التعريف القضائي	37
الفرع الثاني: خصائص الكفالة البنكية	37
أولا: الكفالة البنكية عقد ملزم لجانب واحد	38
ثانيا: عقد الكفالة عقد ضمان شخصي:	38
ثالثا: الصفة العوضية لعقد الكفالة البنكية	38
رابعا: الصفة التبعية لعقد الكفالة البنكية	39
خامسا: الصفة التجارية للكفالة البنكية	39
سادسا: صفة الرضائية للكفالة البنكية	40
الفرع الثالث: تمييز الكفالة البنكية عن بعض عمليات البنوك الأخرى	41
أولا: الكفالة البنكية وخطاب الضمان Lettres of garantie:	41
ثانيا: الكفالة البنكية والاعتماد المستندي:	44
ثالثا: الكفالة البنكية وتأمين الضمان:	45
رابعا: الكفالة البنكية وخطاب التوصية أو خطابا النوايا أو خطاب التزكية	46
خامسا: الكفالة البنكية والتعهد عن الغير	47
المطلب الثاني: أنواع الكفالة البنكية	48
الفرع الأول: كفالات حسن التنفيذ/ خطابات الضمان النهائية: (bond)	48
الفرع الثاني: كفالات دخول العطاء / إصدار خطاب ضمان مؤق (Bid bond)	50
الفرع الثالث: كفالة الدفعة المقدمة "السلفة"	50
الفرع الرابع: كفالات الصيانة	51
الفرع الخامس: كفالات المحتجزات ()/ كفالة الدفعة النهائية	52
الفرع السادس: كفالات الجمارك	52

فهرس المحتويات

الفرع السابع: كفالات المصارف أو الكفالات الخارجية	53
المبحث الثالث: مراحل إبرام عقد الكفالة البنكية:	56
المطلب الأول :الشروط الواجب توفرها للإبرام	56
الفرع الأول : الشروط الشكلية	56
أولا: الكتابة	57
ثانيا: الأهلية	59
ثالثا:سلطة التوقيع:	60
الفرع الثاني :الشروط الموضوعية	60
أولا :الأطراف	61
ثانيا :المحل	61
ثالثا: الشروط الواجب توفرها في الكفيل	61
المطلب الثاني: إجراءات الإصدار	63
الفرع الأول: دراسة المركز المالي للعميل:	63
الفرع الثاني: دراسة شخصية العميل:	63
الفرع الثالث: البيانات الواردة في النموذج الخاص بطلب الإصدار	68
خلاصة الفصل الأول:	71
الفصل الثاني أحكام عقد الكفالة البنكية	72
المبحث الأول: إلتزامات الأطراف (الآثار)	73
المطلب الأول: العلاقة بين الدائن والكفيل	73
الفرع الأول: رجوع الدائن على الكفيل	74
أولا: وجوب حلول أجل دين الكفيل	74
ثانيا: رجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل	75
الفرع الثاني: الدفع بالتجريد	77
أولا: شروط الدفع بالتجريد	78

فهرس المحتويات

ثانيا: أثار الدفع بالتجريد	78
الفرع الثالث: الدفع بالتقسيم	80
أولا: وجوب تعدد الكفلاء .	81
ثانيا: يجب أن يتعدد الكفلاء لدين وأحد	81
ثالثا: وجوب أن يتعدد الكفلاء لمدين وأحد	81
رابعا: يجب أن لا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم	81
خامسا: يجب أن يكون الكفلاء قد كفلوا المدين لعقد وأحد	81
سادسا: يجب أن يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التقسيم	82
الفرع الرابع: وفاء الكفيل للدائن	82
المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين	83
الفرع الأول: الدعوى الشخصية(دعوى الكفالة)	84
أولا: أن يكون أجل الدين قد حل	85
ثانيا: أن يكون الكفيل قد قام بالوفاء للدائن	85
ثالثا: أن يقوم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء	85
الفرع الثاني: دعوى الحلول	85
المبحث الثاني: حالات إنقضاء عقد الكفالة	88
المطلب الأول: الأسباب العامة لإنقضاء عقد الكفالة البنكية	88
الفرع الأول: الأسباب القانونية لإنقضاء عقد الكفالة.	88
أولا: الوفاء والإبراء	89
ثانيا: الإخلال في التنفيذ وفسخ العقد (إستحالة التنفيذ)	91
ثالثا: إتحاد الذمة والمقاصة والتقادم	95
الفرع الثاني:الأسباب الإتفاقية لإنقضاء عقد الكفالة البنكية	99
أولا: المصالحة:	100
ثانيا: الإحالة	102

فهرس المحتويات

ثالثا: التجديد	103
المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لإنقضاء عقد الكفالة البنكية	105
الفرع الأول: التغير الطارئ على الكفيل	106
الفرع الثاني: التغير الطارئ على المكفول	106
الفرع الثالث: وفاة الكفيل	107
الفرع الرابع: خطأ الدائن وتأخره في إتخاذ الإجراءات القانونية	108
الفرع الخامس: تغير الشكل القانوني للكفيل	109
الفرع السادس: إنقضاء عقد الكفالة البنكية بالحجز والمصادرة	109
الفرع السابع: إنقضاء عقد الكفالة البنكية بإرادة الكفيل	110
المبحث الثالث : مدى فعالية الكفالة البنكية	112
المطلب الأول : فعالية الكفالة البنكية	112
المطلب الثاني: العراقيل التي تحد من فعالية الكفالة البنكية	113
خلاصة الفصل الثاني	115
خاتمة	116
قائمة المراجع	121
ملاحق	ـــــ
فهرس المحتويات	ـــــ

فهرس المحتويات

العنـــــــوان	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول :الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية	05
المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة في القواعد العامة	06
المطلب الأول: مفهوم عقد الكفالة	06
الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة	06
أولا: تعريف الكفالة لغة	06
ثانيا: تعريف الكفالة اصطلاحا	07
ثالثا: تعريف الكفالة قانونا	10
الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة	11
أولا: الكفالة عقد ضمان شخصي	11
ثانيا: الكفالة عقد رضائي	12
ثالثا: الكفالة عقدت تبرعي	13
رابعا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد	15
خامسا: الكفالة عقد تابع	15
المطلب الثاني :أنواع عقد الكفالة وأركانها	16
الفرع الأول: أنواع عقد الكفالة	17
أولا: أنواع الكفالة بحسب مصدرها	17
ثانيا: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها	19
ثالثا: الكفالة بحسب محلها	21
رابعا: أنواع الكفالة بحسب إلتزام الكفيل	23
الفرع الثاني : أركان الكفالة	24
المبحث الثاني : مفهوم الكفالة البنكية وأنواعها	31
المطلب الأول: مفهوم الكفالة البنكية	31

فهرس المحتويات

الفرع الأول: تعريف الكفالة البنكية	32
أولا: التعريف التشريعي	33
ثانيا : التعريف الفقهي	36
ثالثا: التعريف القضائي	37
الفرع الثاني: خصائص الكفالة البنكية	37
أولا: الكفالة البنكية عقد ملزم لجانب واحد	38
ثانيا: عقد الكفالة عقد ضمان شخصي	38
ثالثا: الصفة العوضية لعقد الكفالة البنكية	38
رابعا: الصفة التبعية لعقد الكفالة البنكية	39
خامسا: الصفة التجارية للكفالة البنكية	39
سادسا: صفة الرضائية للكفالة البنكية	40
الفرع الثالث: تمييز الكفالة البنكية عن بعض عمليات البنوك الأخرى	41
أولا: الكفالة البنكية وخطاب الضمان Lettres of garantie	41
ثانيا: الكفالة البنكية والاعتماد المستندي	44
ثالثا: الكفالة البنكية وتأمين الضمان	45
رابعا: الكفالة البنكية وخطاب التوصية أو خطابا النوايا أو خطاب التزكية	46
خامسا: الكفالة البنكية والتعهد عن الغير	47
المطلب الثاني: أنواع الكفالة البنكية	48
الفرع الأول: كفالات حسن التنفيذ/ خطابات الضمان النهائية: (bond)	48
الفرع الثاني: كفالات دخول العطاء / إصدار خطاب ضمان مؤق (Bid bond)	50
الفرع الثالث: كفالة الدفعة المقدمة "السلفة"	50
الفرع الرابع: كفالات الصيانة	51
الفرع الخامس: كفالات المحتجزات ()/ كفالة الدفعة النهائية	52
الفرع السادس: كفالات الجمارك	52

فهرس المحتويات

الفرع السابع: كفالات المصارف أو الكفالات الخارجية	53
المبحث الثالث: مراحل إبرام عقد الكفالة البنكية	56
المطلب الأول :الشروط الواجب توفرها للإبرام	56
الفرع الأول : الشروط الشكلية	56
أولا: الكتابة	57
ثانيا: الأهلية	59
ثالثا:سلطة التوقيع	60
الفرع الثاني :الشروط الموضوعية	60
أولا :الأطراف	61
ثانيا :المحل	61
ثالثا: الشروط الواجب توفرها في الكفيل	61
المطلب الثاني: إجراءات الإصدار	63
الفرع الأول: دراسة المركز المالي للعميل	63
الفرع الثاني: دراسة شخصية العميل:	63
الفرع الثالث: البيانات الواردة في النموذج الخاص بطلب الإصدار	68
خلاصة الفصل الأول	71
الفصل الثاني أحكام عقد الكفالة البنكية	72
المبحث الأول: إلتزامات الأطراف (الآثار)	73
المطلب الأول: العلاقة بين الدائن والكفيل	73
الفرع الأول: رجوع الدائن على الكفيل	74
أولا: وجوب حلول أجل دين الكفيل	74
ثانيا: رجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل	75
الفرع الثاني: الدفع بالتجريد	77
أولا: شروط الدفع بالتجريد	78

فهرس المحتويات

ثانيا: أثار الدفع بالتجريد	78
الفرع الثالث: الدفع بالتقسيم	80
أولا: وجوب تعدد الكفلاء	81
ثانيا: يجب أن يتعدد الكفلاء لدين وأحد	81
ثالثا: وجوب أن يتعدد الكفلاء لمدين وأحد	81
رابعا: يجب أن لا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم	81
خامسا: يجب أن يكون الكفلاء قد كفلوا المدين لعقد وأحد	81
سادسا: يجب أن يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التقسيم	82
الفرع الرابع: وفاء الكفيل للدائن	82
المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين	83
الفرع الأول: الدعوى الشخصية(دعوى الكفالة)	84
أولا: أن يكون أجل الدين قد حل	85
ثانيا: أن يكون الكفيل قد قام بالوفاء للدائن	85
ثالثا: أن يقوم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء	85
الفرع الثاني: دعوى الحلول	85
المبحث الثاني: حالات إنقضاء عقد الكفالة	88
المطلب الأول: الأسباب العامة لإنقضاء عقد الكفالة البنكية	88
الفرع الأول: الأسباب القانونية لإنقضاء عقد الكفالة.	88
أولا: الوفاء والإبراء	89
ثانيا: الإخلال في التنفيذ وفسخ العقد (إستحالة التنفيذ)	91
ثالثا: إتحاد الذمة والمقاصة والتقادم	95
الفرع الثاني: الأسباب الإتفاقية لإنقضاء عقد الكفالة البنكية	99
أولا: المصالحة	100
ثانيا: الإحالة	102

فهرس المحتويات

ثالثا: التجديد	103
المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لإنقضاء عقد الكفالة البنكية	105
الفرع الأول: التغير الطارئ على الكفيل	106
الفرع الثاني: التغير الطارئ على المكفول	106
الفرع الثالث: وفاة الكفيل	107
الفرع الرابع: خطأ الدائن وتأخره في إتخاذ الإجراءات القانونية	108
الفرع الخامس: تغير الشكل القانوني للكفيل	109
الفرع السادس: إنقضاء عقد الكفالة البنكية بالحجز والمصادرة	109
الفرع السابع: إنقضاء عقد الكفالة البنكية بإرادة الكفيل	110
المبحث الثالث : مدى فعالية الكفالة البنكية	112
المطلب الأول : فعالية الكفالة البنكية	112
المطلب الثاني: العراقيل التي تحد من فعالية الكفالة البنكية	113
خلاصة الفصل الثاني	115
خاتمة	116
قائمة المراجع	121
ملاحق	ـــــ
فهرس المحتويات	ـــــ

ملخص الدراسة :

وتعتبر الكفالة نوع من أنواع التسهيلات الإئتمانية غير المباشرة ، التي مؤداها أن البنك الكفيل يتعهد بأن يدفع قيمة الكفالة إذا أخل عميله بتنفيذ إلتزامه ، وهذا تلبية لحاجات ومتطلبات عملائه، ونلاحظ أن الكفالة البنكية تفتقد إلى إطار قانوني موحد، بل أن أحكامها متناثرة بين مجموعة من الأنظمة و القوانين ، فإذا كان التقنين المدني تناول أحكامها بوجه عام ، فإن القوانين و الأنظمة الخاصة بمجال إستخدامها ، هي التي تتكفل برسم أدق تفاصيلها.

ويكمن دور الكفالة البنكية في تحقيق ثلاث مصالح متقاطعة في ما بينها في آن واحد ، مصلحة الزبون المتمثل في تدعيم مركزه المالي، و مصلحة المستفيد في الحصول على الضمان الكافي و مصلحة البنك الكفيل في الحصول على فوائد الدين، . فهي الصورة النموذجية للضمانات الشخصية، والتي إستعادت مكانتها في مجال المال والأعمال لإتصالها بأكثر المجالات تغييرا و أقلها إستقرارا، واقع المعاملات التجارية بصفة عامة ، وواقع المعاملات البنكية بصفة خاصة، مما يجعل منها عقدا متحركا لا يخضع لضوابط مستقرة .

وعليه فكل من الضمانات التقليدية و المستحدثة تهدف لخدمة واحدة ألا وهي ضمان القروض البنكية ودعم و تمويل الإستثمار .

الكلمات المفتاحية:

الضمانات الشخصية، التسهيلات، عقدا متحركا، ، القروض البنكية ، تمويل الإستثمار