جامعة عين تموشنت– بلحاج بوشعيب

كلية الحقوق

قسم الحقوق

الكفالة البنكية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق– تخصص قانون خاص

من إعداد الطالبتين :

*بوعريشة خيرة

*بوجوراس بشرى

تحت إشراف:

د. مجاجي سعاد

لجنة المناقشة

الرئيسة	د. حاج بوسعادة فتيحة	استاذة محاضرة –ب–	جامعة عين تموشنت بلحاج بوشعيب
المشرفة	د. مجاجي سعاد	أستاذة محاضرة–ب–	جامعة عين تموشنت بلحاج بوشعيب
الممتحنة	أ. بردان صفية	أستاذة مساعدة –أ–	جامعة عين تموشنت بلحاج بوشعيب

2023/2022

بسم الله الرحمان الرحيم

﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ۖ كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا رِزْقًا ۖ قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّىٰ لَكِ هَٰذَا ۖ قَالَتْ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ ۖ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ.﴾ ﴿٣٧﴾

"سورة البقرة"

الشكر والتقدير

بعد شكر الله تعالى على فضله وبما أمنه علينا من صبر،

أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى أستاذتي
الفاضلة

الأستاذة مجاجي سعاد

التي تكرمت بقبول الإشراف على هذه المذكرة ولكل ما قدمته من توجيه وإرشاد في سبيل إنجازها، فلها كل الاحترام والتقدير على دعمها وصبرها علينا في شتى مراحل البحث .

كما أتقدم بالشكر الوافر للأساتذة الكرام أعضاء اللجنة المناقشة بتصويبهم لنا لهذا العمل، ولا أنسى بتقديم الثناء والعرفان إلى كل من قدم لي العون من قريب أو بعيد.

إهداء

أهدي هذا العمل

إلى أمي الغالية، التي مهدت لي كل الظروف لكي أنجح في مشواري الدراسي وكانت ولازالت معي في كل الصعاب

إلى من فارقني جسدهما ولم تفارقني روحهما أبي الغالي وأختي العزيزة

إلى أخي الحبيب، سندي في الحياة

الى كل عائلتي وأصدقائي.

-بوعريشة خيرة-

إهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفى اما بعد:

-الى من افضلها على نفسي ولم لا فلقد ضحت من اجلي، ولم تدخر جهدا في سبيل إسعادي على الدوام "امي الحبيبة"

-نسير في درب الحياة، ولم يسيطر على أذهاننا في كل مسلك نسلكه صاحب الوجه الطيب، والافعال الحسنة فلم يبخل علي طيلة حياته

"ابي العزيز"

-الى سندي ورفيق دربي وصديق العمر ومن ساندني في هاته الفترة

"زوجي العزيز".

-بوجوراس بشرى-

قائمة أهم المختصرات

ق م ج : القانون المدني الجزائري

ق ت ج : القانون التجاري الجزائري

ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق ن ض : قانون النقد والقرض

ج ر: الجريدة الرسمية

ج ج : الجمهورية الجزائرية

ج : الجزء

د م ج : ديوان المطبوعات الجامعية

ط : الطبعة

د ط : دون طبعة

مج : المجلد

ع : العدد

ص : الصفحة

مقدمة

تكتسب نظرية التأمينات أهمية كبرى في الوقت الحالي في ظل تنوع العلاقات الإقتصادية وإزدياد حجمها، فنمو النشاط التجاري يرتبط بعنصر الائتمان، ويعني هذا الأخير الثقة التي يمنحها الدائن للمدين، وبمقتضاه يحصل الشخص على قيمة معينة من النقود مع الالتزام بردها خلال مده معينة، ولا يمنح الدائن هذا الائتمان إلا للمدين الموثوق فيه سواء كانت تلك الثقة تستمد من شخص المدين أو معاملته أو كانت راجعة إلى ما يملكه من أموال، أو ما يقدمه للدائن من ضمانات تكفل الوفاء بحقه.

وبذلك تكون أموال المدين هي الضمانة بالوفاء بديونه، وهي التي تشكل الضمان لدائنه، وبناء على هذا فإن الضمان العام لا ينصب على مال معين من أموال المدين، وإنما يشمل جميع الأموال الملحقة بذمته دون تخصيص طالما أن هذا المال مما يقبل الحجز عليه، ويسمى الدائن الذي يتمتع بالضمان العام بدائن العادي أي أنه يتساوى دائنون تجاه هذا الضمان أي لا يتقدم أحدهم على غيرهم، لا امتياز لأحدهم على الأخر فالكل متساوي وفي حالة عدم وجود أموال تكفي للوفاء بكل ديونهم فتقسم أموال المدين قسمة الغرماء[1].

وهذا يعتبر قصور ومن هنا نلاحظ أن فكرة الضمان لا تحمي الدائنين، لأنه إذا عجز المدين عن سداد فتقسم الأموال إذا أن كل دائن لا يحصل على حقه كاملا بل قد يتخلف أحد الدائنين على هذه القسمة فلا يبقى له شيء يذكر، وقد يضيع عليه الحق ما لا يمكن للدائن أن يتتبع هذه الأموال، وهكذا يبقى مرهون بيسر المدين ونزاهته[2].

ومن خلال عرض قصور فكرة الضمان تدخل المشرع الجزائري لحماية الدائنين ووضع تحت تصرفهم وسائل قانونية تتفاوت قوتها وفعاليتها تبعا لنوعية هذه الوسائل لأن العلاقة التي تربط بين المدين والدائن تقضي حماية هذا الأخير من خطر عدم تحصله على حقه، التي تهدف كلها الى حمايتهم وتمكينهم من استيفاء حقوقهم كاملة من بينها الطرق التحفظية والتنفيذية، ومن خلال تمعن فيهم وادراك سلبياتهم ندرك أن الإلتجاء إليهم يعتبر أيضا غير كافي، وحتى يستطيع الدائن أن يطمئن على استيفاء حقه من مدينه فمن مصلحته أن يحصل على تأمينات خاصة، يؤمن بها إعسار مدينه ويدرئ نفسه من إهماله، إذ عادة تكون كافية للوفاء في الميعاد الاستحقاق.

والمقصود بتأمينات الخاصة هي أن يحصل الدائن على ضمان يكفل به الوفاء بحقه رغم إعسار المدين ويتحقق هذا إذا تقدم شخص آخر أو أشخاص بجانب المدين كضمان للدائن للوفاء بدين إذا عجز مدينه عن الوفاء ويكون التأمين الخاص في هذه الحالة شخصيا، يتحقق الضمان الخاص إذا خصص مالا مملوكا للمدين

[1] –أحمد سعيد، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص10.

[2] – حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، ط1، دار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995، ص33.

أو للغير قصد الوفاء بدين الدائن فيستوفي هذا الأخير حقه من هذا المال قبل غيره من الدائنين ويتتبعه في أي يد يكون، وهذا هو تأمين العيني.

ومن هنا فإن التأمينات تنقسم الى نوعين تأمينات عينية وتأمينات شخصية التي تقوم على فكرة ضم ذمة أو أكثر الى ذمة المدين في المسؤولية عن سداد الدين، وقد يكون مصدره العقد وتسمى عقود الضمان، كما قد يكون مصدرها القانون كما هو الحال في التضامن [3].

ومن ثم تنحصر التأمينات الشخصية بالمعنى الدقيق في الكفالة التي هي من بين الخدمات التي يمكن للمؤسسات البنكية أن تقدمها على زبائنها ويكمن هذا الائتمان في تمكين العميل من الحصول على الطلب الذي ينشده، بأن يمكنه بالوفاء بإلتزاماته لدى الغير والحصول على الثقة من دائنيه. وعلى ذلك فإن الكفالة البنكية تعتبر إحدى الضمانات التي يمكن للبنك تقديمها بناء على طلب العميل لتأمين استيفاء المستفيد لدينه، إذ لم يف به العميل.

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أنه لم ينظم الكفالة البنكية كعملية قائمة بحد ذاتها بل أخضعها إلى نصوص القانون المدني[4] في الباب الحادي عشر تحت عنوان الكفالة من كتاب الالتزامات وعقود من المواد 644 الى 673، وذكرت الكفالة البنكية صراحة مرة واحدة في الأمر 11-03 المتعلق بالنقد والقرض[5] في المادة 68 على شكل نوع من القروض بالتوقيع، كما يوجد نصوص قانونية متناثرة في حالة استخدامها في إطار التجارة الدولية.

والكفالة كغيرها من الأنظمة القانونية تطورت عبر العصور فلقد كانت تتميز في أول عهود عن التضامن في المديونية فقد بدأ الكفيل يكون مدينا متضامنا مع المدين الاصلي، ولم يكن يوجد لكل من الكفل وتضامن إلا شكل واحد يلتزم به كل من الكفيل والمدين المتضامن، فلم تكن الكفالة عند ذاك تتميز عن التضامن، بل كانت هي والتضامن شيء واحد، وكان الكفيل مدينا متضامنا مع المدين الاصلي، وكذلك الأمر في القانون الفرنسي القديم، إذ اختلطت في أول العهود هذا القانون بالتضامن في المديونية، وبقيت الحال حتى بدأت الكفالة تتميز شيئا عن المديونية بالتضامن، وأصبح الكفيل يضمن دين الغير، ولقد شاع استخدام الكفالة أولا في الولايات الأمريكية وبريطانيا ومنها انتشرت إلى باقي انحاء العالم.

---

[44]- -الأمر رقم75 – 58المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري ، ج ر ج ج، ع 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

[5]-الأمر رقم 03-11 المؤرخ في27 جمادى الثانية 1424 الموافق 26أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج، ع52، الصادرة في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم.

الملاحظ أن القواعد الكفالة العامة لم تستطع استيعاب مختلف جوانب الكفالة المصرفية خصوصا أنها ذات طابع تجاري وتتعلق بأعمال البنوك، وأمام غياب نظام قانوني خاص بها وتشابك العمليات المصرفية معا وسائل الضمان الشخصي، فإن دراسة هذا الموضوع وضعنا أمام الإشكالية التالية، ما مدى استيعاب قواعد القانون المدني الجزائري لخصوصيات الكفالة البنكية وجعلها تساهم في تحسين صورة التأمينات الشخصية كإحدى وسائل الضمان ؟.

تم اختيار هذا الموضوع بناء على أسباب موضوعية وجيهة تتمثل في أهمية عقد الكفالة المصرفية كعمل بنكي شائع استخدام في المعاملات البنكية المحلية والدولية، ولعدم وجود دراسات كافية خاصة حول جانب المصرفي لهذا الموضوع، مما يتعين البحث فيه لإثرائه ومحاولة لتغطية نقائصه وتسليط الضوء عليه، وبغية لوضع حد للالتباس الواقع حول طبيعة المصرفية للكفالة بنكية وتشابهها معا الكفالة الشخصية أو خطاب الضمان، أما الأسباب الذاتية فدفعني ميولي الشخصي وشغفي لعالم المال والأعمال البنكية لاختياره، كما إن تجربتي السابقة في البحث حول هذا الموضوع ساعدتني في فهمه، كما أن هذا موضوع حديث وسهل استيعاب لكونه موجود في الواقع العملي.

وبناء عليه تتمثل أهمية هذه الدراسة في أنها تعالج موضوعا من الموضوعات الحيوية في المجتمع، كما أن الكفالة البنكية وسيلة مثالية تساعد في حسن تنظيم الأعمال وتفادي التأخير في إنجازه مما يؤدي بدوره الى تدفق الأموال لأغراض الاستثمار، فالعديد من النشاطات تتطلب تقديم كفالة صادرة من أحد البنوك لأداء عمل ولضمان حسن تنفيذه بدلا من الحصول على تأمين نقدي الذي يعتبر إجراء مكلف ومرهق لكلا المتعاقدين، إذ تؤدي هذه العملية أحيانا إلى تجميد الاموال، بينما هو في أمس الحاجة لها، لذلك وجدت الكفالة البنكية التي يؤدي استخدامها الى تحقيق فوائد متوازنة بين المال والآجال.

ومنه يهدف هذا البحث الى التعريف بالكفالة البنكية المحلية والدولية وشرح كيفية إصدارها وتبيان إجراءات تنفيذها وطريقة استخدامها في حياتنا العملية، كما أردت أن أقدم إحاطة شاملة للباحثين والمستثمرين حول الكفالات البنكية لإدراك دورها في تمويل التجارة الداخلية والخارجية، بالإضافة الرغبة في حسم الخلط الواقع بين الكفالة البنكية والكفالة الشخصية عن طريق إظهار الاختلافات الجوهرية لكلاهما، والنظر إلى الدور الريادي الذي تقدمه هذه الأداة في شتى المجالات، والأهم من ذلك أن تكون هذه المذكرة مرجع للباحثين في إلمام بموضوع الكفالة البنكية بشكل مستقل وشامل تواكب مفهوم الواسع والمتطور لها، كما نحاول وضع تغطية لنقص التشريعي أو تنظيم قانوني للكفالة المصرفية.

بعد إطلاع على الدراسات السابقة ذات صلة بالموضوع، فقد اكتفى بعض الفقهاء بدراسة الكفالة في مجال القانون المدني[6]فقط، وبعض الآخر تطرق إلى جانب الإجرائي أي من ناحية العملية وفقا لتنظيمات قانونية خاصة بالكفالة البنكية[7]، ونصت دراسات أخرى على مقارنة بين تشريعات مختلفة[8]، وتم الاطلاع على جوانب تطبيقية من موضوع الكفالة البنكية في المجالات الدولية والمحلية[9]، كما هدفت مجمل الدراسات التي إعتمدنا عليها إلى التعرف على القواعد القانونية الخاصة بالكفالة، تناولت بالبحث في أوجه الشبه والإختلاف بين الكفالة المصرفية والعمليات المصرفية المشابهة لها من حيث خصائصها وأساسها القانوني وكل من طبيعة الكفالة وصورها[10].

واثناء دراستنا هذا الموضوع واجهتنا بعض الصعوبات منها نقص المراجع في ظل التشريع الجزائري من كتب ومقالات متخصصة في الجانب البنكي، وكذلك عدم وجود نظام خاص ينظم أحكام الكفالة البنكية، مما ألزمنا بالتقيد بالقانون المدني الجزائري.

ونشير الى أن اتبعنا في تحرير هذا الموضوع على المنهج تحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية لعقد الكفالة في قانون النقد والقرض وقانون المدني جزائري وإسقاطها على عقد الكفالة البنكية بما يتماشى مع طبيعتها، كما اتبعنا المنهج الوصفي في إبراز خصائصها ومميزاتها الذاتية وتبيان طبيعتها التجارية، واستخدمنا المنهج المقارن في بعض النقاط لتوضيح أوجه الاختلاف والشبه للكفالة البنكية بين التشريعات.

للإجابة على الإشكالية وبلوغ أهداف بحثنا اعتمدنا على خطه ثنائية تتكون من فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول لإبراز ماهية الكفالة البنكية وهذا من خلال تبيان خصائصها وصورها المتعددة في المبحث الأول، وإجراءات طلبها إبرامها في المبحث الثاني، بينما عالجنا في الفصل الثاني أحكام تنفيذ وانقضاء الكفالة البنكية بدءا من إلتزامات أطرافها في المبحث الأول إلى مختلف أسباب انتهائها في المبحث الثاني.

---

[6] – مصطفى عبد الجواد الحجازي، عقد الكفالة في ق م ج، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006.

[7] –آل شبيب دريد كامل، إدارة العمليات المصرفية، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015.

[8] – زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة في ق م ج، ط4، دار الأمل، الجزائر، 2018.

[9] – محمد سعيد ليندة، الكفالة البنكية، أطروحة دكتوراه، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2018.

[10] – منال حسن إسماعيل عبده، الكفالات المصرفية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1995.

الفصل الأول

ماهية الكفالة البنكية

كانت الكفالة إلى وقت قريب خدمة يقدمها شخص الى قريب أو صديق على سبيل التبرع ولا يزال أثرها ينتشر عند بعض المجتمعات رغم ما قيل أنها لا زالت بالصورة التي نشأت بها لتحل محلها الكفالة البنكية كأداة ائتمان تمارسها البنوك والمؤسسات المالية والمصرفية بما ينسجم مع متطلبات الحياة الاقتصادية، بالإضافة ساد في الاوساط التجارية مفهوم تقديم الضمانات المالية وتضاعف عدد حالات التي يشترط فيها المشرع تقديم ضمانات وتبعه في ذلك معظم المتعاملين في تجارة والمقاولات، وأثر ذلك تنبهت البنوك الى أهمية تقديم المساعدة المأجورة بان تكون هذه البنوك كفيلة لعملائه في مواجهة المتعاملين معهم وسارعت هذه البنوك الى تقديم خدمه الكفالة المصرفية لما فيها من جوانب إيجابية كثيرة، كما قد اهتم الفقه بدراسة موضوع الكفالة المصرفية بعد انتشارها بصور متعددة وعلى نطاق واسع أثر التزايد الملحوظ في عدد الحالات التي مارستها البنوك اتضحت سبل هذه الصورة واهدافها في ان البنك لا يخرج من خزينته قيمة الكفالة بل مجرد منح التوقيع، ولعل أهم صور الكفالة المصرفية تلك التي خرجت عن المألوف والذي كانت تشكل موضوع خاص مستقلا بتعدد أحكامه وآثاره عن أصله وهذه الصورة هي خطاب الضمان، وحققت الكفالة البنكية فوائد متوازنة فيما بين البنك الكفيل وعملية المكفول، فمن جهة يحقق البنك أرباح على المبلغ الذي يتعهد الوفاء به عند تحقق شرط الكفالة كما ينتفع من عمولة إجراء عملية بنكية لصالح عميله، ومن جهة ثانية يستطيع العميل أن يزاول التزام الذي تعهد القيام به مقابل كفالة البنك له، دون أن يضطر إلى وضع مقابل نقدي، وسنرى ان الكفالة البنكية ذات الصور المتعددة احتفظت بشروط ابرامها كعقد وفق احكام القانون المدني بالإضافة الى شروط خاصة ابتدعها العرف المصرفي، وهكذا فإن الكفالة تستقر على عاتق الكفيل على نحو يلتزم به في مواجهة المستفيد من الكفالة وعلى هذا الأساس فإن الكفالة البنكية عقد يفترض دائما وجود التزام أصلي ويتعلق بمحله وسببه وعلى ضوء ما سبق سندرس في هذا الفصل الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية في المبحث الأول، وثم نتطرق إلى مراحل إبرام عقد الكفالة البنكية في المبحث الثاني.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية

تعتبر الكفالة البنكية نظاما قانونيا مختلفا عن الكفالة الشخصية، وقد ابتكرها العرف المصرفي لتلبية حاجة العملاء في التأمينات النقدية المطلوبة منهم[1]لأجل ضمان الوفاء بالالتزام، فتعدد المسئولين عن الدين يقلل من خطر عدم الوفاء للمدين وذلك يعزز الثقة للعميل اتجاه الغير[2]، وأصبحت الكفالة البنكية المثال النموذجي للضمانات الشخصية من حيث بساطة إجراءاتها عكس التأمينات العينية، ومن المستقر أن عقد الكفالة البنكية تسري في شأنه أحكام الكفالة الواردة في القانون المدني مع مراعاة طبيعة العمل الذي يقوم به البنك باعتباره عملا تجاريا، ففي كل مرة يستفاد من الظروف المحيطة أن التزام البنك الذي تدخل لمنح كفالته يعتبر تابعا لالتزام الأصلي الناشئ في ذمة عميله في علاقة سابقة بينه وبين دائنه، فإن تعهد البنك يعتبر كفالة يجب الرجوع بصددها إلى أحكام القانون المدني حتى وإن تنازل البنك عن حقه في الدفع بالتجريد، لأن ذلك ما هو إلا تأكيد للصفة التضامنية لكفالة البنك[3]، من خلال هذا سنتطرق بالدراسة في هذا المبحث إلى مفهوم الكفالة البنكية في المطلب الأول وتبيان نطاق التزام أطراف العقد فيها في المطلب الثاني .

المطلب الأول

مفهوم الكفالة البنكية

الكفالة البنكية عبارة عن تعهد كتابي بناء على طلب العميل والتي يقدمها البنك لصالح المستفيد يلتزم بموجبها البنك بضمان عملية المكفول بمبلغ محدد خلال مدة معلومة في حال إخلال العميل بالوفاء بالتزاماته اتجاه الطرف الآخر[4]، ومنه سنقوم بالتطرق في هذا المطلب إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي للكفالة في الفرع الاول، وبعدها سنتعرض إلى خصائصها في الفرع الثاني، وصولا إلى إبراز التكييف القانوني لعقد الكفالة البنكية في الفرع الثالث.

---

[1] –وائل نورس الهناوي، دور الكفالة المصرفية في عملية المبادلات التجارية، مذكرة ماجستير، قسم المصارف، كلية الاقتصاد، جامعة دمشق، سوريا، 2016، ص6.

[2] –رقية جبار، النظام القانوني للعمليات البنكية الدولي، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2017، ص 154.

[3] –بن بابوش فاطنة، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الائتمان، أطروحة دكتوراه، علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2018، ص 14.

[4] –آل شبيب دريد كامل، المرجع السابق، ص328.

الفرع الأول

تعريف الكفالة البنكية

أولا: التعريف اللغوي

الكفالة في اللغة تعني الضمان، وهي كلمة مشتقة من الفعل كفل[1]، ويقال كفال المال، وكفل 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: كفلاء، أما الكافل فهو الذي يكفل إنسانا يعوله أي العائل[2]، ومنه قوله تعالى: ... وكفيلها زكريا ..."[3] أي ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها، من كفل المال بالمال ضمنه وكفلت عنه المال لغريمه وتكفل بدينه تكفلا[4].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

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

ثالثا: التعريف القانوني للكفالة البنكية

لقد عرف المشرع الجزائري الكفالة في نص المادة 644 من ق م ج والتي نصت على ما يلي « الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه»، ومن خلال استقراء نص المادة 644 من ق م ج يتبين أن عقد الكفالة هو اتفاق ينشأ بين الكفيل والدائن، يلتزم بمقتضاه الكفيل بضمان وفاء الدين الأصلي إذا لم يف به المدين[5]، اما المدين ليس طرفا في العقد بل وتجوز رغم معارضته ودون علمه، ويتبين أن الكفالة ترتكز على التزام الأصلي تعمل على ضمان الوفاء به لأن الكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالتزام الأصلي.

---

[1] –محمد الدين بن يعقوب الفيروز أبادي، قاموس المحيط، ط5، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1996، ص ص 13،61.

[2] –مرعشي أسامة، مرعشي نديم، الصحاح في اللغة والعلوم، مج2، ط1، دار الحضارة العربية، بيروت، لبنان، د س ن، ص 400.

[3] –سورة آل عمران، الآية 37.

[4]– منظور الأنصاري الرفيعي، لسان العرب، ج22، ط3، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، 1970، ص 138 .

[5] –زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص25.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا ينبغي أن يفهم من العبارة الأخيرة الواردة "إن لم يف به" في نص المادة 644 ق م ج أن التزام الكفيل يتعلق على شرط واقف، فالغاية إبراز الصفة الاحتياطية به في الكفالة، بمعنى ان هذا الدائن لا يسوغ له مطالبة البنك الكفيل إلا بعد عجز عن استيفاء حقه من العميل[1]، وبالرجوع إلى قانون النقد والقرض نلاحظ أن المشرع الجزائري قام بذكر الكفالة البنكية في شكل عملية قرض، تظهر هذه الكفالة إما في شكل ضمان لعميله حيث يلتزم بالوفاء بقيمة القرض ودفع ملحقاته للمقرض في حالة إذ لم يدفع العميل المقترض، فيسمح هذا الضمان بالحصول على قرض من مؤسسة آخرى، أو عندما يقوم بضمان تنفيذ التزام المدين كما في حاله التزام بالتوقيع، وذلك في المادة 68 من الأمر رقم 03/11' والتي تنص على ما يلي "يشكل عملية القرض في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يمنح بموجبه شخص ما، أو بعد وضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يؤخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كضمان الاحتياط أو الكفالة أو الضمان".

الفرع الثاني
خصائص الكفالة البنكية

مميزات الكفالة المصرفية هي أساس لتكييف الطبيعة الخاصة للكفالة البنكية التي من خلالها تنفرد عن غيرها من المعاملات المالية، فالكفالة البنكية هي عقد رضائي ملزم بجانب واحد يقوم على الاعتبار الشخصي يتسم بالتبعية واحترافية البنك الكفيل كصفة ذاتية.

أولا / الكفالة البنكية عقد المعاوضة :

إحدى الخصائص المميزة للكفالة المصرفية هي طابع المعاوضة، وذلك على خلاف الكفالة العادية في القانون المدني التي عادة تكون بالنسبة للكفيل عقد تبرع فهو يتبرع بكفالته للمدين على خلاف الكفالة البنكية، فالكفيل يتقاضى من العميل عمولة لقاء تعهده وذلك بدل الأخطار الذي يتعرض لها البنك بسبب تعهده، فعقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل متعاقد مقابلا لما أعطاه ويجوز أن يكون العقد عقد معاوضة بالنسبة لأحد الأطراف ولا يكون بالنسبة للطرف الأخر[2].

وتعين التفرقة في إطار تحديد الصفة العوضية للكفالة البنكية بين نوعين من العلاقات علاقة الكفيل بالدائن، وفيها يظهر عقد الكفالة بأنه عقد مجاني مادام الكفيل يلتزم اتجاه الدائن بدون مقابل، ثم علاقة الكفيل بالمدين حيث من البديهي أن تتلقى المؤسسة البنكية الكفيلة عمولة أجرا عن الخدمة العقدية من جانبها، والذي يشكل وعاء لتغطية المخاطر المصاحبة لهذا النوع من العمليات بالإضافة إلى ذلك حيت أن المقابل عنصر جوهري

[1] –أسماء مرابط، الضمانات الشخصية المستحدثة، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، مج 6، ع 2، مخبر الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار، الاغواط، الجزائر، 2019، ص 104.

[2] – منال حسن إسماعيل عبده، المرجع السابق، ص55.

بسبب أن الكفالة البنكية تعتبر من العمليات المصرفية مما يعني أنه لا يمكن التصور المجانية في الأعمال التجارية التي تستهدف بطبيعتها الربح دائما، وهكذا فان تقديم البنك كفالته للعميل يكون لقاء عائد معين يحصل عليه المصرف ويتمثل في فوائد والعمولات التي تتحدد تبعا لأهمية التزام المكفول [1] .

ثانيا :احترافية البنك الكفيل

في العقود البنكية يعتبر البنك الطرف القوي المتفوق اقتصاديا في المعاملات التي تربطه بعملائه فهو يحترف ممارسة الأعمال البنكية ويندرج هذا الاحتراف في صميم التعريف التشريعي للبنك[2] حيث تنص المادة 7 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض على ما يلي: " البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد من 66 إلى 68 بصفة مهنتها العادية"، ولقد أكد المشرع في تعريفه للبنوك في علاقاتها بزبائنها تخضع للقانون على أنها الوحيدة المخولة لممارسة هذا النشاط ، ويجدر الانتباه إلى أن البنوك في علاقاتها بزبائنها تخضع للقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[3]، باعتبارها أعوان اقتصادية بحيث يجب أن تتوافر فيه القواعد و مبادئ النزاهة حتى لا تمس بالحماية التي يجب أن يحظى بها عملائها.

ثالثا: الكفالة البنكية عقد تبعي

يقصد بذلك أن عقد الكفالة يرتب في ذمة الكفيل التزاما تبعيا أو احتياطيا بوفاء الدين إذا لم يف به المدين، فلا يكون التزام البنك الكفيل مستقلا بذاته بل لتأمين تنفيذ الالتزام الأصلي، الذي يثقل ذمة المدين ويعد التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين من ثم لا نكون بصدد الكفالة إذا التزم شخص بدين الغير التزاما أصليا حيث لا يعد كفيلا وإنما مدينا أصليا لأن التزامه مستقل عن التزام المدين[4]، وكما أن اشتراك التضامن بين الكفيل والمدين لا ينزع عن الكفالة صفة التبعية كل ما هناك أن هذا الشرط يقضي للدائن ضمان اكبر ويظل التزام الكفيل تبعيا حتى ولو كان متضامنا، ونشير إلى أن التبعية من الصفات الجوهرية في الكفالة وتميز الكفالة عما قد يشابه معها،

---

[1] -العلواني سهام، أثر اتفاق التحكيم على الكفالة المصرفية، مجلة آفاق العلوم، مج 07، ع01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2022، ص 585.

[2] -تدريست كريمة، الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مج 15، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2017، ص 241.

[3] -القانون رقم 04-02 المؤرخ في05 جمادى الأولى الموافق 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج ر ج ج ، ع 41، الصادرة في 27 جوان 2004.

[4] -مصطفى عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص35 .

ويترتب على كون التزام بنك الكفيل تابعا لالتزام العميل عدة نتائج أهمها ما يلي:

أ) لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا .

ب) لا تجوز الكفالة في مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين ولا يشترط اشد من شروط الدين المكفول والعكس صحيح[1].

ج) يستفيد بنك الكفيل من كل تغيير طارئ في التزام العميل[2].

د) يرتبط مصير التزام الكفيل بمصير التزام الأصلي فإذا انقضي التزام الأصلي بالتقادم أو بالوفاء انقضي معه التزام الكفيل.

رابعا: الكفالة البنكية عقد ضمان يقوم على الاعتبار شخصي

مما لا شك فيه أن العقد المبرم بين البنك والعميل الذي بموجبه يتم إصدار التعهد هو عقد قائم على الاعتبار الشخصي، ذلك أن هذه التعهدات هي نوع من الائتمان تمنح من البنوك لعملائها وهذا الائتمان أو التسهيلات المصرفية لا تعطى لأي عميل إذا أن شخصيته تكون محل اعتبار لدى البنك، فهذا الأخير يهتم بأن يمنح ائتمانه لعميل له القدرة على الوفاء، ذلك أن توقف العميل عن الوفاء بالتزاماته سوف يعرض البنك للوفاء بدلا منه، فالبنك لا يصدر أي تعهد إلا إذا كان هناك ثقة بعميله، ويتم ذلك بدراسة مركزه المالي وجمع المعلومات الكافية عنه وعن قدرته على الوفاء بالتزامه،

وكذلك شخصية المستفيد تكون محل اعتبار لأن بنك يحرص على أن يصدر تعهده لمستفيد متأكد منه أنه لا يطلب قيمة الكفالة الواردة في التعهد تعسفا، إذن شخصية المستفيد لها أهمية أيضا، فهذه العقود ذات طابع شخصي، كما أنه لا يجوز للمستفيد أن يتنازل عن الكفالة للغير فإنها غير قابلة للتداول بالطرق التجارية، وفي المقابل أيضا يلتزم البنك بتطبيق القواعد العامة كمبدأ حسن النية في إبرام العقود وعدم التعسف في استعمال الحق[3]، وهذا ويترتب على اعتبار عقد الكفالة من عقود ضمان أنها لا تجنب الدائن تماما مخاطر الإعسار لأنها وان كانت تجنبه مخاطر إعسار المدين إلا أن احتمال نفسه لا يزال قائما أيضا بالنسبة للكفيل، لكن في

---

[1] –المادة 648 ق م ج.

[2] –المادة 652 ق م ج.

[3] –زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 34.

الوقت الحاضر أصبح الضمان الذي تقدمه الكفالة اكتر أمانا خاصة بعد تدخل البنوك والمؤسسات المالية لتقديم ضمانها حصولا على ائتمان اللازم[1] .

خامسا: الكفالة عقد رضائي ملزم لجانب واحد

القانون لم يحدد أي شكل خاص لانعقاد الكفالة فهي تخضع للقواعد العامة في إبرام العقد وهي قاعدة الرضائية[2]، إذ يتعلق بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن[3]، فإشترط الكتابة للإثبات فقط، ومن الخصائص التي تشترك بها الكفالة المصرفية مع الكفالة بوجه عام أنها عقد ملزم لجانب واحد، إذ يتحمل البنك الكفيل بمفرده ما ينشأ عن هذا العقد من التزام ذلك لأن إبرام عقد الكفالة يتم بين كل من الدائن والكفيل، أما قاعدة التي تتبع لتحديد ما إذا كان العقد من العقود المتبادلة أو من العقود الملزمة لجانب واحد فهي بالنظر إلى ما يتولد عن العقد من التزامات وقت التعاقد. وإذا كان الأصل أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، إلا أنه إذا التزم نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالته للدين فإن الكفالة تصبح عقد ملزم للجانبين حيث يولد التزمات متبادلة على عاتق كل من الطرفين وهنا يثور السؤال حول طبيعة العقد هل يظل كفالة أم ينقلب إلى عقد تأمين ضد خطر الإعسار المدين؟، لاشك أن الأمر مرجعه قصد المتعاقدين الذي يتضح من خلال العبارات العقد ومضمونه[4].

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للكفالة البنكية

تتضمن الكفالة تعهدا من الكفيل بأداء عمل معين، فهل يعد هذا العمل مدنيا أو تجاريا ؟ بحيث ينجم على التمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية آثار من حيث مسائل الإثبات والاختصاص القضائي، الإعذار، الآجال والتضامن وكذا الإفلاس والتسوية القضائية[5]، وقد عبر المشرع الجزائري عن الطبيعة المدنية للكفالة بنص المادة 651 في فقرتها الأولى من ق م ج: "تعتبر الكفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا فلا تتغير طبيعة الكفالة بصفة دين أو كفيل " وهذا كأصل عام[6].

---

[1] –محمد علي محمود القيسي، الكفالة في المنظور الشخصي والمصرفي، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2000، ص53.

[2] –مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، مصر، 2006، ص 231.

[3] –نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، مصر، 2007، ص 21.

[4] –محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 233.

[5] –شاكر القزويني، اقتصاد البنوك، ط 4، د م ج، الجزائر، 2008، ص127.

[6] –رقية جبار، الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية، مداخلة26، ملتقى وطني 6 حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارسي، المدية، الجزائر، 2013، ص5.

غير أن المشرع استثنى من هذا الحكم الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تطهير هذه الأوراق تعتبر عملا تجاريا بنص المادة 651 في فقرتها الثانية من ق م ج وعليه فان الكفالة التي تقوم على الضمان الاحتياطي في الورقة التجارية سواء كانت سفتجة أو سند لأمر ولو كان الكفيل غير تاجرا يعتبر عملا تجاريا[1]حسب الشكل طبقا للمادة 03 من ق م ج[2] هذا فيما يخص الكفالة التجارية، بينما الكفالة البنكية التي تمنح بصفة اعتيادية بمقابل فهنا تعتبر عملا تجاريا حسب الموضوع طبقا لنص المادة الثانية من ق ت ج التي تقضي بتجارية جميع العمليات المصرفية.

وخلاصة ما سبق يمكن أن نحدد طبيعة التزام الكفيل حسب نوع التصرف، ولا شك أن هذا التكييف القانوني ضروري لمعرفة القانون الواجب التطبيق على الكفالة البنكية[3]، ويترتب على اعتبار الكفالة البنكية عقد تجاري مجموعة من النتائج القانونية تشكل لنا أساس التفرقة بين الكفالة المصرفية والكفالة المدنية وهي كالتالي:

أولا :قواعد الاختصاص القضائي

يقصد الاختصاص القضائي سلطة المحكمة أو المجلس القضائي أو أي هيئة قضائية للفصل في نزاع أو الدعوى[4]، وينقسم الاختصاص القضائي إلى اختصاص النوعي الإقليمي.

أ) الإختصاص النوعي

في السابق لقد كانت الجزائر تأخذ بنظام المحاكم التجارية إلا أنها قد ألغت وهذا ما تكرس في المادة الأولى من قانون القديم[5]، وكذا المادة (32) من قانون رقم 08- 09[6] والتي تنص على ما يلي «المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام وتفصل المحكمة في جميع القضايا لا سيما المدنية والتجارية وغيرها، وتتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع أما المحاكم التي لم تنشا فيها أقسام يبقى القسم المدني هو الذي يذكر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية».

---

[1] –شلغوم رحيمة، ضمانات القرض، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2008، ص 14.

[2] –الأمر رقم 75–59، المؤرخ في 20 رمضان 1975، الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، ج ر ج ج، ع 78، الصادرة في 30 سبتمبر1975، المعدل والمتمم.

[3] –علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، ط1، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2005، ص 99.

[4] –ابتسام القرام، مصطلحات القانونية في ق ج، د ط، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 1998، ص 08.

[5]–كانت تنص مادة الأولى من ق إ م القديم الصادر بموجب الامر66–156 المؤرخ في يونيو 1966 الملغى على أنه: "إن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام، هي تفصل في جميع القضايا المدينة والتجارية أو دعاوى شركات التي تختص محليا ".

[6] –القانون رقم08–09 المؤرخ في18 صفر1429 الموافق 25 فيفري 2008، المتضمن ق إ ج م ا ، ج ر ج ج، ع12، الصادرة في 23افريل 2008، المعدل والمتمم.

بالإضافة نصت المادة (33) من نفس القانون على أن «المحكمة تفصل في أول وأخر درجة في الدعاوى التي لم تتجاوز قيمتها مائتين ألف دينار وتفصل في جميع الدعاوي الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف» وفي التعديل الاخير لقانون إ م إ 2022[1] ظهرت محاكم تجارية متخصصة نص عليها المشرع في المادة 532 "يختص القسم التجاري بالنظر في المنزعات التجارية تلك المذكورة في المادة536 مكرر" ومنها منازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار ومتعلقة بالتجارة الدولية وبإضافة المنازعات التأمينات المتعلقة بالنشاط التجاري، ومن ناحية أخرى يمكن أن يؤول الاختصاص النوعي القضاء الإداري تطبيقا للمادة (80) ق إ م إ التي تكون إحدى بمؤسساتها العمومية طرقا فيها مثلا في إطار الكفالة الممنوحة كضمان في مجال الصفقات العمومية.

ب) الاختصاص الإقليمي

حسب المادة 37 من ق ا ج م ا إن الإختصاص الإقليمي يؤول إلى الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه وحتى إن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وكذلك في حالة اختيار يؤول اختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار وهذا ما أكدته المادة (37) من القانون المدني الجزائري[2]، وفيما يخص موطن الشخص الاعتباري فيكون موطنه هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها[3]، ويجدر ذكر أنه يعتبر لاغيا وعديما الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تم بين التجار[4].

ثانيا: آثار تجارية الكفالة البنكية

إن قواعد القانون التجاري لم تعالج أحكام الكفالة التجارية التي تكون استثناء، إلا أنه وانطلاقا من أحكام نظام الأعمال التجارية، فإن الكفالة تتعلق بمجموعة من آثار سنذكرها كما يلي:

أ) التضامن

تعتبر قاعدة افتراض التضامن التجاري من الأمور المستقر عليها فقها وقضاء دون الحاجة إلى نص استنادا على أعراف قديمة[5]، بالنسبة إلى القانون التجاري الجزائري فإننا لا نعثر به على مادة صريحة تنص على

---

[1]– قانون رقم 32–13المؤرخ في 13 ذي الحجة 1443 الموافق 12 يونيو 2022، ج رج ج، ع 48، يعدل ويتمم ق رقم 08–09 المتضمن ق إ م إ.

[2] – المادة 37 من ق م ج "يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة".

[3] – المادة (50) ق م ج.

[4]– منصور داود، عامر قيرع، تجارية عقد الكفالة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مج 07، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، الجزائر، 2022، ص15

[5] –زكري إيمان، أحكام التضامن في مواد القانون التجاري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007، ص 23.

افتراض التضامن التجاري، لكن هذا لا يعني امتناع القضاء عن تطبيقها بحكم ما تقتضيه مصلحة كل من الدائن و المدين إلى جانب تقوية الائتمان التجاري، ويمثل التضامن التجاري ضمانا مهما للدائن لأنه يمنح له حق المطالبة المدين الأكثر غنى وإستعداد للوفاء بكل الدين، وفي هذه الحالة يكون الكفيل ملزما بالوفاء دون أن يستطيع دفع المطالبة إذ وجهت إليه أولا بعدم الرجوع عليه قبل مطالبة المدين أو دفع إجراءات التنفيذ على أمواله بحق التجريد أو طلب تقسيم المطالبة بينه و بين غيرهم من الكفلاء، لذا الكفالة التضامنية تخول الدائن ضمان أوفى من الكفالة العادية، وهي بذلك تشترك في مزايا التضامن الصرفي من حيث وجود المسؤولية التضامنية في كل منهما، بحيث يكون أمام الدائن اكثر من ملتزم يستطيع الرجوع عليهم بصورة منفردة أو مجتمعة دون أن يكون لأي منهما دفع الدائن بضرورة تجريد المدين المكفول[1].

ب) الإثبات

لقد اشترط المشرع الجزائري في القانون المدني قواعد شكلية معينة لإثبات عقد الكفالة ففي المادة 645 من ق م ج: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات التزام بالبينة"، فالكتابة هي شرط في الإثبات، ولكن إن فقد سند الكفالة أو ضاع أو سرق فإنه يجوز للدائن إثباته بكافة طرق الاثبات، إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد عن 100.000 دج[2]، ويجب أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ حتى يجوز إحتجاج بها وعند التفحص في النصوص القانونية التجارية، نجد أن المشرع يشترط الكتابة في بعض الأعمال لاسيما السندات التجارية، ذلك لأن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل لكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة[3]، وإذا كانت الكفالة تجارية فلا يتم إثباتها بالكتابة حتى في علاقة الكفيل بالدائن وذلك لما تتطلبه الأعمال التجارية من سرعة وثقة وائتمان[4].

ج) سعر الفائدة

أجاز المشرع الجزائري التعامل بالفائدة للمؤسسات المالية وهذا ما نصت عليه المادة 455 من ق م ج ويحدد قدرها بنص قانوني، وكمثال عن فوائد الكفالات المصرفية في البنوك الجزائرية نجد بنك سوسيتي جنرال(SGBL) يقدرها بنسبة 3.15 % لإصدار وتجديد أو زيادة مبلغ الكفالة، تحتسب التعرفة ويعاد النظربها سنويا كل 3[5] أشهر بسعر 75$ و6 أشهر بمقدار 95$ و 12 شهرا ب 125$ مع احتساب مصاريف السنوية[6].

---

[1]–المادة 217 ق م ج : "التضامن بين الدائنين وبين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون".

[2]–المادة 333 ق م ج.

[3]–رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، 2007، ص 112.

[4]–المادة 30 ق ت ج "يتثبت كل عقد تجاري : سندات رسمية عرفية، بفاتورة مقبولة بالرسائل بدفاتر الطرفين، بالإثبات بالبينة أو أي وسيلة أخرى إذا أرادت المحكمة وجوب قبولها".

[5] –Societégénérale.com, /28/12/2022, a 18 :00.

[6]– أنظر إلى الملحق رقم 01.

د) المهلة القضائية

في الاصل لا يجوز في المسائل التجارية منح المدين أجلا جديد للإيفاء بدينه لأنه قد يلحق ذلك في الغالب ضررا جسيما بالدائن، لأن المعاملات التجارية والمصرفية مرتبطة ببعضها البعض، حيث أن عدم تنفيذ الالتزام بأداء الدين المستحق يؤدي إلى عجز الدائن عن الايفاء بالتزاماته للغير، وبالتالي قد يتعرض إلى إشهار إفلاسه، ولهذا فمن الصعوبة يمكن اعطاء مهلة قضائية للمدين[1]، واستثناء عن الأصل يجوز للقاضي في الكفالة الشخصية أن يمنح للمدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوفي به المدين قليلا الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات حسب المادة119 من ق م ج الفقرة الثانية، وتأكد ذلك المادة 281ق م ج أنه يمكن للقضاء النظر لمركز المدين ومراعاة لحالته الإقتصادية أن بمنحه أجلا دون أن تتجاوز سنة .

هـ) الإعذار

في الكفالة التجارية فقد جرى العرف أن يتم شفويا أو هاتفيا بأي طريقة كانت، لكن من الأنسب لتجنب حدوث نزاع حول وقوع الإعذار أن يتم إنذار الكفيل خطيا[2]، ولقد نصت المادة 180من ق م ج على وسائل الإعذار وهي كالتالي :"يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتخذ الإعذار عن طريق البريد أو باتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول أجل دون الحاجة لإجراء آخر"، وعند استلام المطالبة على الكافل أن يشعر العميل دون تأخير وبأية مستندات يستلمها والمطالبة يجب أن لا تدفع إلا إذا كانت مدعومة بالمستندات كما هو محدد في الكفالة خلال ستة أشهر من موعد سنة المطالبة كحد أقصى و على أي حال المطالبة يجب ألا تشرف بالدفع إذا كانت الكفالة قد انتهى مفعولها.

و) التقادم:

بالرجوع إلى القانون المدني نجده ينص على القاعدة العامة في المادة 308 من القانون المدني التي تؤكد على أن يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر (15) سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص، أما فيما يخص الأعمال التجارية، فإن القانون التجاري لم ينص على تقادم الالتزامات الناشئة بمناسبة عمل تجاري بين التجار أو بينهم و بين غير التجار، إلا أنه نص على بعض الحالات الخاصة، وعليه فقد أخضع المشرع التجاري الكفالة التجارية للتقادم القصير (التقادم الصرفي) حيث نصت المادة 425 من ق ت ج على أنه ينقضي التزام الكفيل المنصوص عليه في المادتين 421 و 422 بمضي 3 أعوام إذا لم يقدم في خلال هذه المدة طلبا أو ملاحقات قضائية، نص المادتين تتكلمان عن المطالبة بالوفاء بالسفتجة الضائعة و شرط تقديم

[1]–سامي فوري، شرح القانون التجاري ،ج1، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1994، ص 32.

[2]–المرجع نفسه، ص40.

كفيل، كما يمكن كذلك أن تنقضي الكفالة التجارية بالتقادم أو بمضي مدة بصفة أصلية، وهذا حسب نص المادة 308 من القانون المدني.

حيث أن الغالب يسري التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلي في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل، ولذلك ينقضي الدينان بالتقادم في آن واحد، لكن يمكن أن ينقضي التزام الكفيل بالتقادم بصفة أصلية دون أن يؤثر ذلك على بقاء الالتزام المكفول، وهذا يحدث إذا ما انقطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلي دون أن ينقطع بالنسبة للكفيل ففي هذه الحالة فإن التزام الكفيل الذي استمر سريان التقادم بالنسبة إليه، ينقضي بتمام في الوقت الذي يبقى فيه الالتزام الأصلي قائما لأن التقادم بالنسبة إليه قد انقطع، لكن إذا تقادم الدين المكفول الأصلي دون أن يتقادم الكفيل[1]، كأن تتخذ إجراءات من شأنها قطع التقادم في مواجهة الكفيل فقط ، فإنها لا تسري في مواجهة المدين، حتى ولو اشترط التضامن بينهما، فإن التزام الكفيل ينقضي على ذلك لا بصفة أصلية، ولكن بصفة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم.

المطلب الثاني

نطاق الكفالة البنكية

الكفالة هي وليدة اتفاق ارادي بين الدائن و الكفيل، أين يتحدد نطاق التزام الكفيل على ضوء بنود هذا الإتفاق، فعقد الكفالة هو المرجع لمعرفة حدود التزام الكفيل[2]، وينبغي التفسير الضيق في هذا الشأن وقد يرد التزام الكفيل في العقد من خلال عبارات غير محددة والأخرى في صورة محصورة النطاق، تسمى الحالة الأولى الكفالة المطلقة والحالة الثانية كفالة محددة.

الفرع الأول

الكفالة المطلقة

تكون الكفالة مطلقة إذا وردت بصيغة عامة غير محددة لحدود التزام الكفيل ونطاقه، وعبارات مجملة غير مبينة فيكون التزام الكفيل هو نفسه التزام المدين، فيسأل الكفيل مسؤولية مماثلة لالتزام المدين في طبيعته ومضمونه ومقداره وحدوده[3]، فيشمل التزام البنك الكفيل أصل الدين وكذلك الملحقات والمصروفات والفوائد، هذا ما أكدته المادة 653 ق م ج[4].

---

[1]– منصور داود، محمد قيرع، المرجع السابق، ص14.

[2]-Jean, louis Rivers, lange, droit bancaire, 6ème éd, Dalloz, France, 1995, p :730.

[3]– محمد حسن منصور، النظرية العامة للإتمان، ط1، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 2005، ص127.

[4]–المادة 653 ق م ج، " إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى فما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل".

يفترض من هذا النص أن الكفيل قد كفل التزام المكفول كله عن نقص أو زيادة، فمن كفل مثلا حسابا جاريا كفل كل بنود هذا الحساب لأنها غير قابلة للتجزئة،

فملحقات الدين تشمل التعويضات التي يلتزم بها المدين بسبب إخلال بالتزاماته سواء بعدم التنفيذ أو التأخير وتشمل أيضا فوائد الدين القانونية و الاتفاقية، وما يستجد من المصروفات معناها أنه عندما الدائن يبدأ بمطالبة المدين الأصلي بالدين، هذه المطالبة الأولى يضمنها الكفيل على كل حال وما يتلو بعد ذلك من مصروفات لا يضمنها الكفيل إلا إذا كانت قد صرفت بعد أن يخطره الدائن بمطالبته للمدين المطالبة الأولى، على أن المصروفات التي يضمنها الكفيل يجب ألا يكون مبالغا فيها وأن يكون الدائن لم يسرف فيها، فالدائن ملزم بإخطار الكفيل برجوعه على المدين فإن لم يقم بذلك يتحمل الكفيل كل هذه المصروفات لأنه كان من الممكن أن يتفاداها بوفائه للدين، وكذلك يضمن الكفيل مسؤولية المدين العقدية حتى في حالة فسخ العقد ولوكان التعويض عن المسؤولية محددا في شرط جزائي، ولكن الكفيل لا يضمن في المقابل المسؤولية التقصيرية إلا إذا وجد شرط صريح، بالإضافة أنه يضمن فوائد التأخير، إذا تأخر المدين عن دفع المستحقات[1].

الفرع الثاني

الكفالة المحددة

تكون الكفالة محددة إذا تضمن عقد الكفالة تحديدا واضحا لنطاق التزام الكفيل ولم يتركوا ذلك عاما[2] كما هو منصوص عليه في المادة 652 من ق م ج على أنه : " لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز في مبلغ أقل وشرط أهون"، يتضح من هذا النص أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلي ولا يجوز أن يشترط على الكفيل دفع الدين دفعة واحدة إذا كان هذا الدين مقسطا على المدين، كما لا يجوز أن يلتزم الكفيل بدفع الدين في أجل أقل من الأجل الذي التزم به المدين ولا أن يكون التزام الكفيل منجزا بينما التزام المدين مضافا إلى أجل أو كأن يكون التزام الكفيل باتا بينما التزام المدين معلقا على شرط، ومن جهة أخرى يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين، فلا يلتزم الكفيل إلا بضمان جزء من الدين، وأيضا لا يلتزم بكفالة ملحقات الدين أو المصروفات أو يلتزم بالوفاء في أجل بعيد أو بالوفاء على أقساط وكذلك يستفيد الكفيل من كل تغير طارئ على الالتزام الأصلي وهكذا يخفف التزامه بالتبعية، ومن هنا نستنتج أن الكفالة المحددة هي التي تحدد التزام الكفيل تحديدا دقيقا في كل أوصافه.

---

[1]–عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص ص 23,25.

[2] – محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 128.

الفرع الثالث

تمييز الكفالة البنكية عن النظم المشابهة لها

قد تتشابه الكفالة البنكية مع بعض العمليات المصرفية في بعض الأسس والخصائص مما يتطلب تميزها عن غيرها من النظم الخاصة.

أولا/ تمييز الكفالة البنكية عن خطاب الضمان:

يعرف خطاب الضمان بأنه تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناء على طلب العميل (الآمر) بشأن عملية محددة يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع إلى المستفيد مبلغا معينا من النقود عند أول طلب منه، سواء كان طلبا مجردا أو مبررا أو مصحوبا بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد خلال أجل محدد بدون معارضة من العميل المضمون أو البنك الضامن، على ان يكون الضامن شخصا غير متعاقد مع المستفيد الذي طلب الضمان لصالح المستفيد[1].

يشبه خطاب الضمان الكفالة البنكية من حيث أن كل منهما يتعهد بأداء مبلغ معين من النقود الى شخص ثالث، واعتبر البعض أن خطاب الضمان صورة من صور الكفالة لكن هناك اختلافات واضحة في إلتزامات تعهداتهما، ويمكن حصر أهم الفوارق الجوهرية بين خطاب الضمان والكفالة البنكية في ثلاث نقاط أساسية:

– التزام البنك في خطاب الضمان التزام مستقل عن التزام العميل عكس الكفالة البنكية التي يعد التزام البنك فيها التزاما تبعيا للالتزام المدين الأصلي، فلا يستطيع الدائن المطالبة بالوفاء بقيمة الكفالة إلا إذا لم يوفي المدين بالتزامه، والتزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان يتميز بكونه باتا ونهائيا بمعنى أن خطاب متى وصل إلى علم المستفيد وقبل به هذا الأخير فلا يستطيع البنك الرجوع عنه ويحق للبنك تعديل التزامه أو الرجوع فيه إذ لم يصل إلى علم المستفيد بعد، ويترتب على ذلك أن المستفيد يستطيع الحصول على قيمة الخطاب بمجرد تقديم الطلب إلى البنك ولا يحق له رفض الوفاء أو التأخير لأنه يكون مسؤولا عن تصرفه إذا ألحق ضررا بالمستفيد بينما لا يمكن للمستفيد في الكفالة البنكية إلزام البنك بتنفيذ التزام إلا في حال إثبات تحقق الواقعة.

– محل التزام في خطاب الضمان هو مبلغ نقدي ناشئ عن الخطاب وليس نفس التزام العميل في العقد الأصلي كما هو الحال في شأن الكفالة، فطبيعة الخطاب ترفض أن يكون محله التزام لضمان الوفاء[2]مما يجعل

---

[1]– علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص11.

[2] –محمد علي محمود القيسي، المرجع السابق، ص85.

خطاب الضمان صالحا لتأدية الوظيفة التي أنشأ لأجلها وهو أن يحل محل التأمين النقدي الذي يطلب من المتعاقد بإيداعه لضمان جديته.

-إن البنك في خطاب الضمان لا يلزم بإعذار عميله بأنه سوف يقوم بالوفاء بقيمة الخطاب، بينما يلزم البنك بمقتضى شروط عقد الكفالة بإخطار المدين .

- في الكفالة البنكية يمكن البنك الدفع بالرجوع على المدين أولا قبل المطالبة بالرجوع عليه لأن التزامه التزام احتياطي، كما يمكنه التمسك بكل الدفوع التي يمكن للمدين الأصلي التمسك بها، بخلاف خطاب ضمان الذي لا يمكن للبنك التمسك بأي دفع اتجاه المستفيد لأن التزام البنك مستقل قانونيا عن علاقة الأمر بالمستفيد.

يتضح مما سبق أن العبرة في تميز الكفالة عن خطاب الضمان هو مضمون الالتزام وفحواه وليس الألفاظ المستعملة كعنوان للتعهد[1] وفقا لما نصت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 08/12/1987 في قضية عنون فيها الأطراف التعهد بلفظ الكفالة[2]، حيث توصلت المحكمة إلى تكييف التعهد على أنه ضمان مستقل وليس كفالة وفقا لمضمون التزام الضامن وبتعهده بدفع دون أي اعتراض[3].

ثانيا: تمييز الكفالة البنكية عن الاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي هو الأداة التي تستهدف تأمين مبلغ نقدي لصالح طرف آخر بشرط أن يكون هذا الطرف قد قدم دليلا مستنديا على تنفيذ التزامه وتعتبر العقود البيع الدولي المثال النموذجي لتوظيف الاعتمادات المستندية التي يقوم بواسطتها بنك يعمل لحساب المشتري بتقديم مستندات إلى البائع يعلن فيه عن السماح لهذا الأخير بأن يسحب مبلغا من المال مقابل أن يقدم البنك مستندات تنفيذ قيامه بالتزاماته[4]، يتضح مما سبق أن الاعتماد المستندي غير قابل للنقض يكون في الغالب محدد المدة ولا يمكن إلغاؤه، وإما أن يكون لصالح شخص أو شركة أو لأمره، ويترتب على ذلك أنه بإمكانه تحويله، ويقصد بالاعتماد المؤيد أن يقوم البائع المستفيد من الاعتماد بهدف اطمئنانه على ضمان الوفاء بقيمة الصفقة اشتراطه تدخل بنك ثالث، حيث يقوم البنك فاتح الاعتماد مثلا في الجزائر بإتفاق مع أحد البنوك الفرنسية بأن يتعهد للبائع بدفع قيمة الصفقة وإشهاره

---

[1] -يوسفى نور الدين، سامي كحلول، النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، مج 05، ع 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2018، ص ص 364-365.

[2]-Christen Gavalda, Jean Staufflet, droit bancaire, 2éme éd, Litec, Paris, France, 1994, p :372.

[3]-امقران راضية، خطابات ضمان المصرفية وموقف الشريعة الاسلامية منها، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر 2013 -2014، ص 41.

[4]-المرجع نفسه، ص43 .

بذلك مقابل تقديم المستندات المطلوبة، وهكذا يستطيع البائع وكنتيجة لهذا الشرط استيفاء قيمة البضاعة والمصاريف من البنك الثاني مباشرة[1].

فالاعتماد المستندي يتفق مع الكفالة في كونه أنه يستجيب لفكرة الضمان لكل من الدائن والمدين لهذا هو تعهد التزام بوفاء بدين لكلا الحاملين مما يعطيه طابع التزام العقدي ويمكن أن نجمع أوجه الاختلاف بينهما في النقاط التالية:

أ) من حيث الأطراف:

تقوم الكفالة على علاقة بين ثلاثة أطراف (الدائن، المدين، الكفيل) بينما الاعتماد المستندي يستند في عملياته على عدة أطراف (المصرف الداخلي، المصرف الخارجي، المستورد، المصدر، البنك المعزز، البنك المبلغ) .

ب) من حيث الموضوع:

محل الالتزام في الكفالة هو مبلغ من النقود الذي يكون على شكل قرض ومحل الالتزام الاعتماد المستندي هو دفع مبلغ من النقود وتسليم المستندات لذا كيفها البعض على أنه وعد بالقرض.

ج) من حيث الطبيعة القانونية:

تخضع الكفالة في أحكامها للقواعد العامة، أما الاعتماد المستندي يخضع لقواعد خاصة تتطلبها التجارة الخارجية وتخضع للأصول والأعراف الموحدة مصرفيا.

د) من حيث المدة:

الكفالة محددة المدة إذا تعلق الأمر بتنفيذ الالتزام بينما الاعتماد المستندي باعتباره عقد زمني فإنه مستمر التنفيذ لوجود إجراءات وشكليات يتطلبها مما يصعب تحديد مدة الضمان لدى فهو غير محدد المدة .

هـ) من حيث الاستقلالية:

الكفالة عقد تبعي للالتزام الاصلي بينما الاعتماد المستندي أهم خاصية فيه الاستقلالية[2]، فعقد الاعتماد عقد مستقل عن عقد البيع الذي قام من أجل تنفيذه والذي يعد المصرف أجنبيا عنه، كما يختلف الاعتماد المستندي عن الكفالة البنكية بأن التزام البنك لا ينقضي بالضرورة بالوفاء أو ما يقوم مقامه، فقد ينقضي بغير الوفاء كانتهاء صلاحية الاعتماد، بينما نجد أن البنك الكفيل لا ينقضي التزامه بغير الوفاء لأنه ملزم بالوفاء في حالة تخلف المدين عن الدفع.

[1] – منال حسن إسماعيل عبده، المرجع السابق، ص63.

[2]– شلغوم رحيمة، المرجع سابق، ص 57.

ثالثا: تميز الكفالة البنكية عن خطاب النوايا

في الحقيقة قد اختلف الفقه في تعريف خطابات النوايا باختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى مضمون الخطاب والغرض من الإصدار، فالبعض عرفه على أنه وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو لأكثر من أطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي[1]"، وتتضمن خطابات النوايا ثلاث أشخاص، الشركة الأم المصدرة والبنك المستفيد من الخطاب والمدين المقترض، فعلاقة الأولى بين البنك والمدين (الفرع) بموجبها يحصل هذا الأخير على القرض أو الائتمان، والعلاقة الثانية بين الشركة الأم والبنك تقوم بمقتضاه الشركة بإصدار خطاب النوايا لبث الثقة والأمان لدى البنك، أما العلاقة الأخيرة فهي تربط الشركة بالفرع وهي علاقة مفترضة تتعدد صورها بإشراف الشركة على الفرع سواء بالمساهمة في رأس المال أو الاشتراك في مجلس الإدارة .

وقد يقع الخلط بين خطابات النوايا والكفالة البنكية في مضمون العلاقات الثلاثية، وأخذت محكمة باريس هذا الاتجاه حيث قضت أن من يوقع على خطاب الثقة لا يتعهد بمجرد التزام أخلاقي وإنما يتعهد قانونا بالتزام تنبيه بذلك الناشئ عن الكفالة رغم تجرد هذا الالتزام من الشكلية وإمكانية تنفيذه بمقابل أو عن طريق التعويض[2]، لكن في الواقع هناك اختلاف واضح بينهما ففي خطاب النوايا يكون موضوع التزام صاحب الخطاب التزام بعمل أو بالامتناع عن عمل، الهدف منه هو اتخاذ مواقف معينة تجاه المدين ليمكنه من الوفاء بالتزاماته لكن من دون أي التزام من جانبه الوفاء في مواجهة المستفيد، فصاحب الخطاب يريد أن يقدم يد العون للمدين من خلال تعهداته وعلى إثر ذلك يقوم المدين بنفسه بتوظيف هذه المساعدة في الوفاء لدائنيه، وهذا الفارق جوهري بين هذه الخطابات والكفالة حيث أن التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين إذ لم يفي به بهذا الاخير[3].

رابعا: تمييز الكفالة البنكية عن تأمين القرض

يقوم الدائن في بعض الاحيان بالتأمين ضد خطر إعسار مدينه ويسمى هذا تأمين الإعسار، هذا التأمين وإن جعل شركة التأمين ملتزمة بالوفاء قبل الدائن المؤمن له، غير أنه لا يجعلها في مركز الكفيل، كما أن الكفالة في جوهرها ملزمة لجانب واحد هو الكفيل وهو عقد تابع، أما تأمين القرض فهو ملزم لكلا الجانبين

---

[1]-ugo, Dractta and Ralph, Lake, in the book" letters of intent and other precontractual documents, Butter worth legal publishers, university California, usa, 1989, p : 15.

[2]–مجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/ 2012، ص 84.

[3]– المرجع نفسه، ص 85.

ويقوم على استقلال لأن التزام المؤمن مستقل عن التزام المدين الذي يغطي التأمين إعساره[1]، ومما سبق نصل الى استخلاص النقاط التالية:

–يظهر تأمين القرض والكفالة تحت تشكل علاقة قانونية ثلاثية، أين يلتزم الغير مؤمن القرض أو الكفيل بتنفيذ التزام في حالة عجز المدين الأصلي فتسمى الأطراف الثلاثة في تأمين القرض بـ: المؤمن (الشركة التأمين) الدائن (المؤمن له) والمدين، وفي الكفالة: الكفيل، العميل، والمستفيد .

– لكلتا العمليتين نفس الهدف، فهما وسيلتين للحماية عن طريق الغير ضد عدم تنفيذ الالتزامات.

– في الكفالة البنكية تقوم العمولة بحسب مقدار الالتزام، أما في تأمين القرض فإن القسط يحسب على أساس رقم الأعمال المحقق من طرف المؤمن له[2].

–في الكفالة البنكية يتدخل الكفيل لتقوية ائتمان المدين بينما في عقد التأمين لا يهدف إلى مساعدة المدين فهو يسعى إلى الدائن لأنه هو من قام بتأمين نفسه من خطر عدم وفاء المدين بالدين، أيضا في عقد الكفالة لا يلتزم الدائن بأية نفقات موجهة الكفيل بينها في عقد التأمين فإن الدائن عليه لقاء ذلك تحمل ما يرتبه العقد من تكاليف وهي ما يؤديه إلى المؤمن من أقساط، كما يختلفا في التزام حيث أن البنك بموجب عقد التأمين يلتزم تجاه الدائن التزاما أصليا بتعويض هذا الأخير عن الضرر الذي يمكن أن يلحق به نتيجة إعسار مدينه، بينما يلتزم البنك في الكفالة بوصفه تابعا للالتزام الاصلي بوفاء الدين إن لم يدفعه، كما يلاحظ في أن المؤمن لا يستطيع الرجوع على المؤمن له عكس الكفيل الذي يملك حق الرجوع على المكفول بل ويحق له أن يحل محل الدائن.

الفرع الرابع

أنواع وتطبيقات الكفالة البنكية

بعد التعرف على مفهوم الكفالة البنكية وضبط نطاقها، أصبح بالإمكان الانتقال لتعرض على أهم أنواع الكفالات المصرفية المتعامل بها.

أولا/ أنواع كفالات العقود الداخلية : قبل التحدث عن صور الكفالة الوطنية لابد من بيان مقصودها، فإذا تم إصدار كفالة من قبل أحد البنوك المحلية في الجزائر لتلبية طلب العميل المقيم فيها لصالح المستفيد منها بغض النظر عما إذا كان المستفيد مقيم داخل البلاد أو خارجها ففي هذه الحالة هي كفالة وطنية.

[1]– فضيل نورة، النظام القانوني للتأمين على القرض في الجزائر، مذكرة ماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر،2004، ص 32 .

[2] –المرجع نفسه، ص 33 .

أ) كفالة دخول العطاء:

وهي كفالات خاصة بالعطاءات والمناقصات كونها تمتل تعهد يدل على جدية والتزام العميل برغبته في تنفيذ العطاء أو المناقصة عندما يرسو عليه العطاء، يقدم هذا النوع من الكفالة مع تسعير عطاءات تنفيذ المشاريع فعند دخول العميل في عطاء معين يتقدم بتغطية عطائه بكفالة صادرة عن البنك الذي يتعامل معه، وفي الكثير من الأحيان تكون نسبة 5% من قيمة العطاء وتكون لمدة 3 شهور وتقيد بالدفاتر من حساب مصاريف بنكية وتأمينات مستردة (قيمة التامين المقتطع من الحاسب كضمان للكفالة وهو خاضع لشروط البنك حسب النسبة المتفق عليها مع البنك والتي تكون 10% او 20% أو 25% إلى حساب البنك)[1] .

ب) كفالة حسب التنفيذ :

تسمى أيضا الكفالات النهائية[2]، فبعد أن تتم إحالة العطاء على أحد المقاولين أو الموردين المتقدمين وإعلامه بذلك فإن هذا الأخير يتوجه إلى المصرف طالبا إصدار كفالة لصالح المستفيد وتحل محل كفالة الدخول في العطاء، ولهذا يحق للمستفيد المطالبة بدفع قيمة كفالة الدخول في العطاء في حال عدم تقديم هذه الكفالة، وحين يوقع المورد المحال عليه العطاء على العقد ويقدم كفالة التنفيذ تقوم الجهة صاحبة العطاء بإعادة الكفالة الابتدائية إلى المصرف للإلغاء وذلك لانتهاء الغاية التي قدمت لأجلها[3].

ج) كفالة الدفعة المقدمة :

عندما تكون المشاريع التي تحال على المقاولين كبيرة وتتطلب أموالا ضخمة لإعداد الآلات والمعدات اللازمة لتنفيذ المشروع يعجز المقاول في بعض الأحيان عن توفير هذه المعدات نظرا لنقص السيولة المالية لديه فيضطر عندئذ إلى طلب دفعة كسلفة على الحساب وتكون عادة نسبة تتراوح بين 5%-15% وعندما يوافق المستفيد على هذه السلفة فإنه يطلب من المتعهد تقديم كفالة بنكية تبين السلفة بهدف ضمان حقه في استرداد قيمة السلفة عند تقصير المتعهد أو توقفه عن العمل، وقد جرت العادة أن يتم تسديد قيمة الدفعة المقدمة بصورة تدريجية بخصمها نسب محددة يتفق عليها من مستحقات المقاول لدى المستفيد هذا.

د) كفالة الدفعة النهائية:

إن عقود التعهدات تشترط في غالبية الأحيان على إعطاء صاحب المشروع الحق في اقتطاع نسبة من مستحقات المقاول لديه وتتراوح هذه النسبة بين 5%-10% من كل دفعة تستحق للمقاول لقاء الاعمال المنجزة وتكون هذه المبالغ بمثابة ضمان للمستفيد لقيام المقاول بإنهاء الأعمال الموكلة إليه وعند انتهاء المشروع يتم

---

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

[2] -أنظر إلى الملحق رقم 02.

[3]- وائل نورس هناوي، المرجع السابق، ص 14.

دفعها كاملة الى المقاول، ولكن في بعض الحالات يضطر المقاول إلى استيفاء قيمة الأعمال كاملة لأسباب مالية تجبره على ذلك وفي هذه الحالة لا يجد صاحب المشروع بديلا من دفعها إلى المقاول لضمان إنجار مشروعه، وعندها يشرط على المقاول تقديم كفالة مقابل السلفة وتزايد قيمة هذه الكفالة بحسب زيادة المحتجزات[1].

هـ) كفالة الصيانة:

ويصدر البنك هذه الكفالة بهدف ضمان صيانة المشروع أو ضمان تشغيل الآلات أو المصنع لمدة معينة قد تطول او تقصر بحسب نوعية المشروع وحجمه وتكون قيمة هذه الكفالة بنسبة معينة من قيمة العطاء تصل إلى % 5في بعض الأحيان وقد تكون بمبلغ محدد متفق عليه بين المستفيد والمقاول على أن تتحول كفالة حسب التنفيذ إلى كفالة صيانة ويجري تخفيض النسب إلى الحد الذي يتم الاتفاق عليه لكفالة الصيانة.

و) كفالة الدفع:

حيث تصدر هذه الكفالات ضمانا كذمم مترتبة على المكفول وفاء لتسديدها أو ذمم سترتب مستقبلا وهذا النوع من الكفالات يعتبر من أخطر الأنواع حيث أنها تغطي ديون مستحقة أو ستحقق على المكفولين عند إصدار مثل هذا النوع من الكفالات يتوجب تأمين عال جدا قد يصل الى 100% ومثال هذه الكفالات:

1-كفالات تسديد اقساط مستحقات جمركية حيث إذا تأخر المكفول عن تسديد قسط الجمركي تستحق بقية الاقساط وتدفع بموجب كفالة.

2-كفالة تسديد أثمان مسحوبات تاجر مفرق من تاجر جملة أو مصنع بشكل دوري

3 -كفالات وكلاء السياحة والسفر التي تضمن تسديد اثمان تذاكر السفر الممنوحة برسم البيع لوكلاء السياحة والسفر من قبل شركات الطيران.

4-كفالات الشفعة، أو الأولوية في العقارات كما هو معلوم أن يقوم شخص ما برفع قضية لدى المحكمة المختصة للمطالبة بفسخ عملية البيع، وهنا حتى تقبل المحكمة تطلب من المدعي تقديم ضمان نقدي، بواسطة كفالة بنكية بقيمة الدعوى موضوع بيع العقار[2].

ثانيا / الكفالات الدولية :

إذا أصدرت الكفالة من قبل أحد البنوك المحلية في البلاد ودلك لتلبية طلب أحد البنوك الأجنبية لصالح مستفيد مقيم أو غير مقيم في البلاد فإن الكفالة في هذه الحالة هي كفالة خارجية والبنوك المحلية تهدف وراء

---

[1]- الراوي خالد وهيب، إدارة العمليات المصرفية، ط3، دار المنهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2003، ص 254.

[2]- المرجع نفسه، ص ص 255،257.

هذا النوع إلى تحقيق التعاون بينهما وزيادة الأرباح، إن الكفالات الخارجية ينظمها نظام رقم 93_02 [1]يتعلق بعقود الضمان أو الضمان المقابل من قبل البنوك والوسطاء المعتمدين، يهدف إلى تحديد شروط إصدارها لفائدة المقيمين بموجب إلتزامات متخدة بالجزائر من قبل الغير المقيمين وكذلك عقود الضمان الصادرة لصالح غير المقيمين بموجب إلتزامات مأخوذة من قبل المقيمين تجاه الخارج وفقا لتشريعات متعلقة بالتجارة الخارجية والتي تتخد إحدى الشكلين :

أ) كفالة بنكية بناء على طلب شخص مقيم:

تتحقق هذه الصورة عند طلب كفالة من عميل مقيم من بنكه المحلي إصدار كفالة لصالح مستفيد غير مقيم وهذا ما جاء به نص المادة 03من النظام رقم 93- 02 الذي ذكرناه سابقا، وذلك عند إبرام العميل المقيم صفقة في دولة أجنبية ويطلب منه المستفيد أن يقدم كفالة بمقدار الأقساط المؤجلة وقد يطلب البنك المحلي إلى البنك الأجنبي التوسط بينه وبين المستفيد الغير المقيم، فيوقع البنك الأجنبي على سند الكفالة الواردة من البنك المحلي ليتضامن معه في مواجهة المستفيد الغير المقيم، على أن يلتزم البنك الوسيط المعتمد عند استعمال الضمان الصادر لفائدة المقيمين أن يرسل إلى الجزائر المبلغ الإجمالي أو الجزئي الناجم عن استعمال الضمان المقدم من البنك الأجنبي حسب نص المادة 05 من نظام السابق.

ب) الكفالة البنكية بناء على طلب شخص غير مقيم:

تتم هذه الصورة على أساس أن الشخص الغير المقيم يسعى لدى البنك الذي يتعامل معه لمنحه الكفالة لصالح شخص مقيم للدخول في مزايدة أو ضمان الدفعة الأولى[2]، وذلك حسب شروط الجهة المتعلقة هذا ما جاء به نص المادة 04 من نظام رقم 93-02 وإذا وردت الكفالة من البلد الأجنبي وقبل المستفيد بها فإن أحكامها تطبق عند حدوث نزاع، أما إذا تدخل البنك المحلي فيفضل ذلك لتفادي الصعوبات التي تصادفه إذا طالب بقيمة الكفالة وهنا يتحقق تدخل البنك الأجنبي في إحدى الصور:.

الصورة الأولى: يقوم البنك المحلي بمهمة الوسيط بين البنك الأجنبي والمستفيد لتبليغه بإصدار الكفالة لمصلحته وإنه يعزز التزامه بتوقيعه ما يجعله متضامنا معه.

الصورة الثانية: يصدر البنك المحلي الكفالة مباشرة لصالح المستفيد الذي طلب من الشخص الغير المقيم تقديمها على أن إصدار البنك المحلي لها يتم بناء على طلب البنك الأجنبي على أساس مبدأ المعاملة بالمثل.

الصورة الثالثة: يبلغ البنك المحلي المستفيد بالكفالة الصادرة عن البنك بناء على طلب العميل عل نحو لا يتحمل فيه البنك المحلي أية مسؤولية أو ضمان للمستفيد إلا فيما تعلق بصحة التوقيع البنك الأجنبي على

---

[1] -نظام رقم 93-02 المؤرخ في 10 رجب 1413 الموافق 03 يناير 1993، المتضمن عقود الضمان أو الضمان المقابل من قبل البنوك والوسطاء المعتمدين، ج ر ج ج ، ع 17، الصادرة في 14مارس 1993.

[2] -أنظر إلى الملحق رقم 03.

الكفالة أو الرقم السري الوارد فيها[1]، على أن يمنح استعمال عقد الضمان أو الضمان المقابل الصادر عن البنك الوسيط المعتمد لفائدة غير المقيم الحق في تمويل المبلغ الإجمالي أو الجزئي حسب نص المادة 06 من النظام رقم93_02.

ج) خطوات إصدار تعزيز كفالة بطلب البنك المراسل لصالح مستفيد محلي:

يستلم المصرف المحلي في بعض الأحيان بإحدى وسائل البريد (فاكس، تلكس، برقية) يتضمن إصدار تعزيز كفالة بناء على طلب من البنك المراسل، يقوم البنك المحلي عندئذ بالتأكيد من صحة تأييدات المراسل بما في ذلك الرقم السري إذا وردت هذه التعليمات بالتلكس يجب أن يتأكد المصرف المحلي عدم وجود أية قيود على تحويل العملات في بلد البنك المراسل وإن هذه الكفالة تقع ضمن سقف التعامل مع ذلك المصرف المراسل،

ثم إن هذه الكفالة لا تخالف القوانين والأعراف المحلية وكما ذكرناه في مكان سابق فإن تعهد البنك المراسل يجب أن يتضمن دفع الكفالة بموجب أول مطالبة خطية أو بفاكس أو تلكس ما لم تكن هناك شروط وضعها المراسل والتي تقضي إبراز مستندات محددة، ومن حيث الشروط المفروضة على الدفع فإنه يجب التحقق من أن الكفالة المطلوبة غير خاضعة للأعراف الدولية الموحدة لكفالات العقود الصادرة من غرفة التجارة الدولية the international chamber of commerce .

يجب أن لا ننسى من أن المراسل قد منح فترة الأسبوعين لأغراض البريد بعد تاريخ الاستحقاق، على المصرف المحلي تدقيق نص الكفالة و التأكد من خلوها من أية عبارات مبهمة وغير واضحة وعند وجود ألفاظ من هذا النوع فإنه يستوجب الاتصال بالبنك المراسل مباشرة وبأسرع وقت للتوصل إلى صيغة مقبولة من قبل الطرفين وتوثيق مثل هذه الصيغة بجواب مكتوب (مثل الفاكس من المراسل) وتنص التعليمات المصرفية للحصول على موافقة البنك المركزي إذا زادت قيمة الكفالة عن (100000) دينار أو ما يعادلها،

وأن المحاكم هي صاحبة الاختصاص للنظر في قضايا الخلافات التي تنشأ بخصوص الكفالة بعد المصادقة على التعليمات الواردة من قبل مسؤول القسم بمعنى آخر الموافقة على الإصدار فإنه تتم طباعة سند الكفالة باللغة العربية أو بأية لغة أخرى حسب مقتضى الحال وتعطى عندئذ رقما متسلسلا، ويتم تحضير الكفالة بالنص المحدد المطلوب بعد أن يتم ذكر البيانات الأساسية في السند (في البداية) ثم يوضع بعد ذلك يتم إجراء القيود النظامية بقيمة الكفالة وهي عبارة عن حسابات متقابلة xxx من حـ / تعهدات البنوك أو الفروع إلى حـ / كفالات البنوك أو الفروع [2].

[1] – رقية جبار، النظام القانوني للعمليات البنكية الدولية، المرجع السابق، ص 180.

[2] –خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، ط1، دار المناهج للنشروالتوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص 135 .

يتم القيد بقيمة الكفالة بعد أن يرسل المراسل القيمة وتحصيلها من قبل المصرف المحلي عندئذ تعكس القيود بحيث تقيد القيمة لحساب العمولة والطوابع، بعد تدقيق سند الكفالة والتوقيع عليه والتأكد من المبالغ المحتسبة المترتبة على الكفالة، فإن الكفالة ترسل إلى المستفيد أو تسلمه إلى وكيل المكفول، وترسل نسختين إلى المراسل بكتاب مرفق يتضمن طلب تحويل المصاريف، كخطوة أخيرة يتم فتح ملف بالكفالة يحتوي على كل ما يتعلق بالكفالة بدعم بنسخة من سند الكفالة الصادرة قد يطلب المراسل إضافة تعزيز المصرف المحلي على الكفالة الصادرة عنه عندئذ يجب إضافة التعزيز وعندئذ يستعاض عن نسخ السند بصور للسند لغايات البك المراسل والملفات الخاصة .

ثالثا :أهم تطبيقات الكفالة البنكية في التشريع الجزائري:

تتعدد أنواع الكفالة البنكية تبعا لتعدد حاجات النشاط الاقتصادي المعاصر وأصبحت تستعمل في اغلب العمليات التي تحتاج لتوفير الثقة بين المتعاملين في سبيل تنفيذ تعاقداتهم وإبرام الصفقات، وأهم تطبيقات الكفالة البنكية نجدها كضمان مالي في الصفقات العمومية وفي الجمارك أيضا بالإضافة إلى أشكال أخرى سنذكرها تباعا:

أ) دور الكفالة البنكية في قانون الصفقات العمومية:

لما كانت الصفقات العمومية صلة بالخزينة العامة من جهة وبالجمهور المنتفع من جهة أخرى وجب أخذ احتياطات لتأمين الإدارة على مصالحها وبذلك أوجب المشرع الجزائري بموجب المادة 124من المرسوم الرئاسي 15/ 247 على تقديم المتعاقد ضمانات مالية تتيح تنفيذ الصفقة يتم ضمانها بكفالات واستصدارها من البنك وفي هذا المجال يكون محل التزام المتعامل المتعاقد إما إنجاز أشغال لفائدة المصلحة المتعاقدة أو أداء خدمة وبتالي فإن البنك الكفيل يلتزم بأن يمنح المبلغ للمصلحة المتعاقدة بمجرد ثبوت السبب المنشئ لذلك وسنفصل في أنواع كفالات الصفقات العمومية [1]كما يلي:

1-كفالة التعهد: كفالة التعهد يقدمها المتعامل المتعاقد للجهة الإدارية كدليل يثبت بها جديته في حال رسو طلب العروض عليه حيث يقدم هذا الدليل على شكل كفالة بنسبة مئوية من قيمة الصفقة وفي حال تخلف أو تقصير المتعاقد عن تنفيذ طلب العرض إذا رسا عليه فإن قيمة الكفالة تصادر للمصلحة المتعاقدة بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم15\247[2]، فقد نص المشروع الجزائري على كفالة التعهد بموجب المادة 67 والمادة 125

[1] – بن بوزيد دغبار نورة، التنظيم القانوني للكفالة وتطبيقاته في الصفقات العمومية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مج4، ع8، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، الجزائر، 2015، ص8.

[2]–المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المؤرخ في02 ذي الحجة 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج رج ج، ع 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

التي ربطتها باختصاص اللجنة القطاعية[1]، أما بالنسبة إلى مبلغ كفالة التعهد يقدر بنسبة تفوق 1% مبلغ العرض حسب ما نصت عليه المادة 125 هذا وقد ألزم تنظيم الصفقات العمومية على تقديم كفالة التعهد في الملف التقني، حيث تدرج في ظرف ثالث غير تقني ومالي مقفل يحمل عبارة كفالة تعهد لا يفتح إلا عند فتح الأظرفة المالية ويتم رفع المصلحة المتعاقدة يدها عن هذه الكفالة بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن للمتعهدين الذين لم يتم قبول عروضهم ولم يقدم أصحابها طعونا، أما الذين قدموا طعونا فلا ترفع اليد عن كفالاتهم إلا بعد تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة[2].

2-كفالة حسن التنفيذ : تعتبر كفالة حسن التنفيذ ثاني الضمانات الخاصة بالصفقة العمومية فهي كفالة بنكية موضوعها التأمين التزامات التعاقدية، حيث نصت المادة 30 من المرسوم 15-247 على أن يقدم المتعامل المتعاقد كفالة حسن التنفيذ، ونشير إلى أن تنظيم الصفقات العمومية قد ربط وجوب كفالة حسن التنفيذ من عدمه بأجل معين إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعاقد من الكفالة إذ لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة 3 أشهر حسب المادة 130 فقرة 3 من نفس المرسوم، ويحدد مبلغ هده الكفالة كأصل عام بنسبة لا تقل عن 5% ولا أكثر عن 10% من مبلغ الصفقة العمومية[3].

3-كفالة الضمان: لضمان العيوب التي قد تترتب عن سوء التنفيذ لموضوع الصفقة يلتزم المتعامل المتعاقد بضمان الأشغال التي ينفذها خلال مدة معينة بعد الانتهاء من الإنجاز، فيقدم للجهة الإدارية كفالة الضمان بمبلغ مالي معين من قيمة المشروع[4]، هذا وتغطي كفالة الضمان المرحلة التي تبدأ من الاستلام المؤقت إلى نهاية أجل الضمان، ويسترجع المتعاقد هذه الكفالة خلال شهر واحد يحسب من تاريخ التسليم النهائي الصفقة العمومية حسب ما نصت عليه المادة 134من المرسوم ذاته .

4-كفالة رد التسبيقات: دفع التسبيقات هو استثناء عن الأصل العام المتمثل في الدفع بعد أداء الخدمة إذ تبادر الجهة الإدارية بدفع التسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعاقد بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال وتخفيف الاعباء المالية، على أن يلتزم برد هذا التسبيق بعد استحقاقه هذا ما قضت به المادة 110 من المرسوم 15-247 وعليه فإن هذه الكفالة تصدر حسب نموذج مقرر من قبل وزير المالية ومن طرف بنك خاضع للقانون الجزائري وضمان صادر من بنك أجنبي وأخيرا صندوق ضمان الصفقات العمومية .

---

[1]- فوزي هاشمي، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مجلة الفقه القانوني والسياسي، مج 01، ع01، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيارت، الجزائر، 2016، ص163.

[2]-أنظر إلى الملحق رقم 04.

[3]- فوزي هاشمي، المرجع السابق ص164.

[4] -أنظر إلى الملحق رقم 05.

ب) الكفالة الجمركية في التشريع الجزائري :

تخضع كل البضائع المصدرة أو المستوردة إلى مجموعة من الإجراءات الجمركية بهدف حماية النظام الاقتصادي ومن بينها الخضوع للتعهد المكفول، يهدف التعهد إلى ضمان الوفاء بالالتزامات التي تقع على عاتق المتعهد له، وقد أوجبت المادة 117 من قانون الجمارك[1] بأن يكتب المستفيد من الأنظمة الاقتصادية الجمركية تعهدا مكفولا يتمثل في سند الإعفاء بالكفالة، أو أن يكتب تعهدا عاما وفقا للمادة 119 من ق ج، وذلك حماية لمصلحة الخزينة العمومية[2] المتمثلة في ضمان مبلغ الحقوق والرسوم وتحصيل الغرامات المالية[3]، يمكن لإدارة الجمارك أن تخضع تصفية التعهد المكفول بشرط تقديم شهادة تصدرها السلطات التي تعينها لتثبت أن البضاعة قد وضعت فعلا في النظام الجمركي التي كانت موجهة له من قبل على أنه يمكن لإدارة الجمارك إعفاء الإدارات العمومية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري من تقديم الكفالة حسب نص المادة 118 من ق ج ويقدر مبلغ الكفالة ب 10 % من مبلغ الحقوق و الرسوم الجمركية الموقفة .

ج) أثر الكفالة البنكية في تفعيل الاستثمارات المحلية :

تقوم الكفالة المصرفية بدور هام في الحياة الاقتصادية بصفة عامة وفي استثمارات التنمية المحلية بصفة خاصة حيث أنها تمثل بديلا عن التأمين النقدي لضمان حسن تنفيذ الالتزامات الناشئة بين أطراف الكفالة وهي تمنح مزايا متعددة لكل منهم سواء كان العميل أو المستفيد أو حتى البنك الذي أصدرها، فقبول كفالة حسن التنفيذ من قبل المستفيد يشجع الموردين والمقاولين على التقدم إلى المناقصات التي يعلن عنها وأيضا تعد الكفالة فرصة للإطمئنان على سير مشروعه في أحسن الظروف وبكامل الشروط، وتوفر للمستفيد الكثير من الوقت والجهد لأنه يعفيه من القيام بالإجراءات الإدارية والمحاسبية المعقدة، وبالنسبة إلى البنك فهو يرتب فوائد عديدة على الكفالة مما يوفر له ودائع نقدية يمكنه من استثمارها، ومن خلال كل هذه المزايا التي تقدمها الكفالة البنكية لأطرافها نستنتج أن بقدر ما كانت الكفالة آلية بنكية ناجحة لضمان حقوق المستثمرين بقدر ما ارتفعت نسبة الاستثمارات في الدولة[4].

---

[1]–قانون رقم 17 –04 المؤرخ في 16فبراير 2017 الموافق 19 جمادى الأولى1438 ، المتضمن قانون الجمارك، ج رج ج، ع 11، الصادرة في 19 فبراير 2017، المعدل المتمم.

[2]–مبارك بن الطيبي، الأنظمة الاقتصادية في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، مج 10، ع 19، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة احمد دراية، أدرار، الجزائر 2018، ص532.

[3] –أنظر إلى الملحق رقم 06.

[4]– زيغة ابتسام، دور الكفالة المصرفية في تفعيل الاستثمارات التنمية المحلية، مذكرة ماستر، تخصص اقتصاد بنكي ونقدي، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر،2017، ص 62.

المبحث الثاني

مراحل إبرام عقد الكفالة البنكية

قبل القيام بإبرام عقد الكفالة البنكية، هناك العديد من الشروط والإجراءات الواجب الإتفاق عليها بين البنك الكفيل والعميل، وقد عملت لجنة البنوك والأعراف التجارية في غرفة التجارة الدولية على توحيد الشروط التي يتم بموجبها إصدار تلك الكفالات[1]، وتعرف هذه القواعد إلى التوصل إلى توازن عادل بين المصالح المشروعة لكل من الأطراف، وتتوقع غرفة التجارة الدولية أن تساهم هذه القواعد مساهمة فعالة في خلق ودعم ثقة متزايدة في التجارة الدولية المبنية على أساس كفالات العقود.

المطلب الأول

الإجراءات السابقة للتعاقد

من الأمور التي ينبغي ادراكها أن قدرة البنوك على منح التسهيلات الائتمانية المباشرة والغير المباشرة ليست مطلقة وإنما تؤثر عليها مجموعة من العوامل منها الضمانات الممكن أن يقدمها العميل وقدرته على الوفاء بالتزاماته خلال مواعيد المحددة[2]، والأهم هو تقييم سمعة طالب خدماتها فهذه الاعتبارات لا يمكن إغفالها، فهي تحد من المخاطر وتعتبر من المعايير سياسات الائتمان[3].

الفرع الأول

خطوات إصدار الكفالة البنكية

أولا: ملأ استمارة الطلب وإيداعها

يتقدم العميل الى المصرف طالبا استمارة طلب الكفالة ويقوم بملأ جميع المعلومات منها اسم المستفيد، الغرض من الكفالة، وقيمتها، وكذلك المدة والتوقيع على عدم اعتراضه على قيام البنك بدفع قيمة الكفالة إلى المستفيد، ويحق للمصرف الرجوع إليه وخصم المبلغ من حسابه الجاري أو تسديده فورا، بعد ملأ استمارة طلب الكفالة يقوم العميل بإيداع ملف الطلب الذي يتكون من:

- صورة طبق الأصل عن عقد المشروع.
- شهادة التحديث الخاصة بالعميل من طرف:

---

[1] – أنظر إلى الملحق رقم 07.

[2] – محفوظ جودة، إدارة مخاطر الائتمان، ط1، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، مصر، 2008، ص 79.

[3] –عبد المطلب عبد الحميد، اقتصاديات النقود والبنوك، ط1، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2009، ص153.

- الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الإجراء والأجراء

- الصندوق الوطني للعطل المدفوعة الأجر.

-جدول الضرائب

- القوائم المالية المحققة في السنوات الثلاث الأخيرة.

- استمارة طلب إصدار الكفالة[1].

ثانيا: دراسة الطلب من طرف البنك

يقوم البنك بدراسة طلب العميل المتمثل في إصدار الكفالة المصرفية وتحديد هل هي تتوافق مع الشروط المعمول بها على المستوى المصرف من حيث النوع ومدة الكفالة وأيضا ضرورة احتواء الملف على كل الوثائق المطلوبة، كما يجب التأكد من حساب العميل هل هو يكفي لتغطية قيمة الكفالة أم لا ويكون قرار إصدار الكفالة متوقف على كل دراسات السابقة حيث يكون القرار إما القبول الطلب وإكمال الخطوات الموالية أو رفض وإظهار السبب[2].

ثالثا: بيانات عقد الكفالة البنكية

تحتوي الكفالة المصرفية على عناصر والمتمثلة في : الأطراف المتدخلة في العقد وهذا العميل (المكفول)، المصرف (الكفيل)، واخيرا الطرف المستفيد، ويكون هذا من خلال ذكر أسمائهم كاملة، وذكر عناوينهم بدقه وتبيان مقر سكنهم وطبيعة عملهم وإذا كان مؤسسة أو هيئة يذكر مقرها الإداري، بالإضافة إلى:

- **تاريخ ومكان إصدار الالتزام:** إذ هناك نصوص في الكفالة يوجد في محتواها التاريخ المحدد لإرسال الالتزام الموجود في العقود الأصلية.

- **مراجعة العقد:** المقصود به موضوع الكفالة ومبلغ المتفق عليه بين الكافل والمكفول الذي يكتب بالأحرف والأرقام لتفادي وقوع في الخطأ.

- **التزام البنك:** هذا التزام يكون مرتبط بطبيعة الكفالة ومرتبط كذلك بتخفيض مبلغ الكفالة ورفع اليد وتاريخ انقضاء فعالية الكفالة[3] .

---

[1] -زيغة ابتسام، المرجع السابق، ص 65.

[2] – خالد امين عبدا لله، إدارة العمليات المصرفية المحلية والدولية، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 316.

[3] -أنظر إلى الملحق رقم 08.

-**التسجيل المحاسبي:** وفي هذه الخطوة تدخل الكفالة المصرفية الإطار المحاسبي من خلال حساب التكاليف المتعلقة بها ويتم هذا بإعداد وثيقة محاسبية خاصة تشمل البيانات التالية:

- تاريخ إصدار، رمز العملة، مبلغ كفالة ورقمها تسلسلي، تاريخ الاستحقاق، أيضا يجب تحديد نوع الكفالة، وتعيين حساب العمولة لتلقي البنك أجرا مقابل تحرير عقد الكفالة .

وأخيرا يتم طباعة الكفالة على ثلاث نسخ، ثم التوقيع من طرف البنك. وتسلم النسخة الأولى للجهة المستفيدة بعد أن تلصق عليها الطوابع القانونية، والنسخة الثانية للعميل طالب إصدار الكفالة[1]، والنسخة الثالثة تحفظ في ملف الكفالة لدى البنك مضاف إليها طلب الإصدار المستندات الضمان وأي إشعارات أو مراسلات تتعلق بالكفالة، إضافة الى وضع الختم الخاص بالبنك لتفادي التزوير[2].

رابعا: الشروط الواردة في عقد الكفالة البنكية

إن عقد الكفالة المصرفية قد يتضمن بعض الشروط بين البنك الكفيل والمستفيد، سنعرضها كتالي:

(أ) شرط الأفضلية على باقي الكفلاء: قد يتعدد الكفلاء لضمان دين واحد غير أن البنك وسعيا منه للحفاظ على مصلحته وتحقيق امتيازه على باقي الضامنين قد يشرط بخصوص كفالته شرط حق الأفضلية فيما يتعلق بالرجوع على المدين على جميع الكفلاء الآخرين غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي ذهب إلى عدم كفاية هذا الشرط لتحقيق أثره ما لم يتم قبوله من طرف باقي الكفلاء.

(ب) عبارة قسيمة لأجل: تتضمن عقود الكفالة البنكية في الغالب عبارة قسيمة "لا بد" أو "قرء وصودق عليه" والهدف 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 المحور بعد عبارة السابق ذكرها هو توقيع البنك دون توقيع الدائن لأن هذا الأخير لا يلتزم بشيء و لأن الكفالة هي عقد ملزم لجانب واحد، وتستثنى من هذه القاعدة الحالة التي ترد فيها الكفالة على نفس المحرر مع التزام الأصلي[3].

---

[1] – محي الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة الأعمال البنوك من الناحية القانونية والعملية، ج2، ط1، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، 1999، ص 340.

[2]– أنظر الملحق رقم 09.

[3] – سفيان الكهان، عرض حول الكفالة البنكية شعبة المالية الإسلامية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عبد المالك السعدي، المغرب، 2018، ص 12.

ج) 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 وتوابعه وتبدو أهمية هذا الشرط في حالة كفالة جزء من التزام الأصلي، فإذا أوفى الكفيل التزاماته بأدائه للدائن جزء الدين المكفول لم يكن له الرجوع على المدين بما أداه للدائن إلا بعد أن يستوفي هذا الأخير باقي الدين الاصلي وفوائده و توابعه من المدين نفسه.

د) عبارة سقوط الأجل : قد يشترط الدائن في عقد الكفالة سقوط الأجل وحلول الدين في حالة خضوع المدين لصعوبات المقاولة، فما أثر هذا الشرط على عقد الكفالة؟، في البداية ذهب الفقهاء إلى القول ببطلان مثل هذا الشرط المدرج في عقد الكفالة البنكية، وبالتالي فإن الدائن لا يملك حق اشتراط أجل الحلول الدين أقرب أو أقصى من ذلك المحدد للالتزام الأصلي.

الفرع الثاني

إدارة عمليات عقد الكفالة البنكية

في إطار حرص البنك على تنظيم عمليات الكفالات الخارجية فلا بد من إتباع تعليمات تطبيقية تحدد بموجبها طرق وشروط تنفيذ كل من العمليات التي يستلزمها إصدار نوع معين من أنواع الكفالات[1].

أولا: تعديل الكفالة

يعتمد تنفيذ البنك الكافل لأي تعديل يطرأ على الشروط الواردة في تلك الكفالة، فإذا تضمنت الكفالة نصوص تجيز تمديدها تلقائيا أو دفعها فإن البنك يلجأ عادة إلى تمديد الكفالة وإعلام جميع الأطراف المعنية بذلك، كذلك إذا تضمنت الكفالة نص يجيز تخفيضها تلقائيا بنسبة من المستحقات المدفوعة إلى العميل يحق للبنك أن يخفض الكفالة حال استلامه ما يثبت دفع المستفيد للعميل على أن يعلم جميع الأطراف المعنية بذلك التخفيض، وفي حال كون الكفالة لا تتضمن أي شرط يتيح تعديلها تلقائيا فإن أي طلب تعديل يستلمه البنك يعتبر كأي طلب إصدار للكفالة وعليه تتخذ البنوك الإجراءات التالية:

– يدرس طلب التعديل ويتم التأكد من عدم تأثيره على حقوق البنك الكفيل ومن استمرار تجانسه في حالة تنفيذه مع القوانين المعمول، وفي حال ورود طلب التعديل من المستفيد يتم تنفيذه على النموذج المعد لذلك وترسل نسخ منه إلى جميع الأطراف المعنية وذلك لمصلحة العميل وغير ذلك يجب الحصول على موافقة هذا الأخير، أما إذا طلب التعديل من طرف العميل في مصلحة المستفيد ووافق البنك على تنفيذه، يتم ذلك بإعلام جميع أطراف وأيضا يجب الحصول على موافقة المستفيد.

[1] – ماهر شكري، العمليات المصرفية الخارجية، ط 2، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص 378.

– إذا تم زيادة قيمة الكفالة يتم تنفيذ قيود محاسبية لحسابات التعهد والتأمينات النقدية كما يتم إرسالها إلى السجل العام والبنك المراسل وتسجيلها في بطاقات العميل، وعند تخفيض قيمة الكفالة يتم عكس قيود التعهدات والتأمينات المنفذة سابقا بقيمة التخفيض، ويتم إرسال القيود العكسية إلى السجل العام[1].

ثانيا: شروط إلغاء الكفالة

إذا تضمن نص الكفالة شرطا يقضي بإلغائها عند حدوث فإن الكفالة تصبح لاغية بمجرد أن تحدث تلك الواقعة ولكن ليس بأثر رجعي، أي أن تقديم المستفيد لمطالبة بموجب الكفالة لا يجيز إلغاء الكفالة حتى لو توفرت الأسباب المنصوص عليها كشروط إلغاء الكفالة في وقت لاحق، وهنا يجدر التكرار بأنه يجب أن يذكر شرط الالغاء أو إنهاء المفعول بصراحة في نص الكفالة، وعلى سبيل المثال إذا تضمن نص الكفالة الدفعة المقدمة شرط تخفيضها تلقائيا بنسبة ما يدفع من مستحقات التعهد، فإن الكفالة تصبح لاغية لأن كامل قيمتها تكون مدفوعة عند دفع كامل مستحقات المتعهد وكذلك بالنسبة إلى كفالة الدفعة النهائية التي قد تشترط إلغائها تلقائيا بمجرد ما يتم استلام المشروع العائدة له استلاما نهائيا، وعلى الرغم من ندرة استعمال هذه الشروط في الكفالات إلا أنه يفضل حث المتعهدين على اقناع المستفيدين بقبولها لأهميتها في إلغاء الكفالات تلقائيا أي دون ضرورة اتخاذ البنك الكفيل والعميل الإجراءات معينة قد يؤدي السهو عن تنفيذ التفاصيل أي منها إلى تعوضهم إلى إمكانية مطالبة المستفيد لهم بالدفع اعتباطيا لأي سبب من الأسباب، وأخير تعتبر الكفالة ملغاة إذ ما أعلن طرفا عقد الأساسي بطلانه أو إذا ما ألغي العقد الأساسي بقرار من محكمة أو بقرار من لجنة للتحكيم[2].

ثالثا: انتهاء سريان مفعول الكفالة

إذ لم يستلم الكافل أية مطالبة حين أو قبل موعد انتهاء سريان المفعول، أو إذا ثم تسوية أية مطالبة قد تنشأ بموجب الكفالة لما فيه استيفاء لكامل حقوق المستفيد بموجب الكفالة يتوقف سريان الكفالة في حالة كفالات العطاءات:

أ–عند قبول المستفيد لعرض العطاء يمنحه العقد إلى العميل إذا ما نص على ذلك في العقد المكتوب أو إذا لم يتم توقيع عقد ونص على ذلك في العطاء فإن تقديم العميل للكفالة حسن التنفيذ أو إذ لم تكن هذه الكفالة مطلوبة فإن توقيع العقد من قبل العميل يوقف سريان مفعول كفالة الصادرة بالنيابة عنه.

[1] – ماهر شكري، المرجع السابق، ص 379.

[2] – المرجع نفسه، ص344 .

ب-يتوقف سريان مفعول كفالة العطاء أيضا إذ ما أحيل العقد وعند إحالته تعود الكفالة إلى متعهد آخر بغض النظر عما إذا كان المتعهد قد أتم المتطلبات المشار اليها سابقا.

ج-ينتهي مفعول الكفالة العطاء في حالة إعلان المستفيد صراحة بأنه لا ينوي إحالة العقد[1].

رابعا : مخاطر الكفالة البنكية

قد يبدو أن الكفالة عملية مصرفية بسيطة لا تحتوي على مخاطر، لكن في الواقع إن هذه المعاملات قد ينشأ عنها أضرار مادية كثيرة منها مخاطر اختلاف وجهات النظر في التكيف اي التأصيل القانوني للكفالة نتيجة عدم وجود تنظيم قانوني لهذه العمليات المصرفية ويظهر ذلك بصفة خاصة عند إصدار كفالات لمصلحة البنوك المراسلة نتيجة اختلاف المبادئ القانونية والعرف السائد في كل بلد عن الأخر، بالإضافة إلى مخاطر صيغة الكفالة وما قد ينشأ عن عدم دقة الألفاظ من إلتزامات لم يشأ البنك التزام بها .

وعموما إن كافة التسهيلات المصرفية الممنوحة للعملاء تكتنفها مخاطر، والكفالة تنطوي على مخاطر عند منحها لأشخاص عاديين، فيجب مراقبه الجهة المستفيدة عن دفع مستحقات المكفول لأنه بحاجة الى أموال مستمرة التدفق لتنفيذ التزامات، كما يجب أن لا تحتوي الكفالة على شروط غير قانونية مثلا قد يرغب المستفيد بتثبيت عباره احتفاظ بحقه بالكفالة طيلة بقائها في حوزته وهذا يخالف إحدى شروط الكفالة الرئيسية، أما مخاطر طالب الإصدار أو مخاطر المكفول فإنه يمكن التقليل منها بواسطة جمع المعلومات والتحقق منها بواسطة دائرة الاستعلامات في المصرف حيث يجب التأكد من السمعة الأدبية والقدرة المالية، وتقوم المصارف بتغطية هذا النوع من المخاطر إما عن طريق الرهن أو الأسهم والسندات، أيضا يجب دراسة العقد بكافة جوانبه لتفادي مخاطره، يحصل احيانا عند بعض المقاولين الفرعيين بطلب كفالة وهنا يتوجب دراسة للعقد الفرعي المكمل للعقد الرئيسي، وهنالك مخاطر اخرى تؤثر على البنوك وعملية إصدارها للكفالة البنكية وهو الاستقرار السياسي، له أثر في تنمية هذه التعاملات أو تعرضيها للمخاطر وخاصة عند التعامل بكفالات الخارجية عن طريق البنوك المراسلة[2] .

خامسا/ تسوية منازعات الكفالة البنكية:

أية منازعات قد تنشأ فيما يتعلق بالكفالة ممكن أن تحول إلى التحكيم بإتفاق بين البنك الكفيل والمستفيد إما بموجب قواعد محكمة التحكيم أو غرفة التجارة الدولية أو قواعد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية أو أية سلطة مماثلة يمكن الإتفاق عليها، وإذا تم النزاع بين البنك الكفيل و المستفيد، فيؤثر هذا على حقوق و إلتزامات

[1] – ماهر شكري، المرجع السابق، ص339.

[2] – خالد أمين عبد الله، المرجع السابق، ص 311.

العميل فيجب أن يكون له الحق في التدخل في مرافعات التحكيم، وفي حالة عدم الإتفاق بين الكافل والمستفيد على سلطة تسوية النزاع القائمة بينهما يمكن أن تتم تسويته من قبل المحكمة في دولة مكان عمل البنك الكفيل.

كما يأتي شرط التحكيم كأحد بنود العقد الأصلي الذي يربط بيت الدائن والمدين، وقد يأخذ شكل اتفاق مستقل عن العقد الأصلي، وكذلك فإن الإتفاق على التحكيم قد يكون قبل نشوب النزاع أو بعده، وأيا كان الشكل الذي يقوم عليه اتفاق التحكيم أو الوقت الذي اتفق عليه فإن وجود شرط التحكيم يثير التساؤل حول أثره بالنسبة للبنك الكفيل؟، بناء على الطرح سابق تبين منه أن البنك الكفيل لا يجعل من مجرد ذكر إسمه في العقد الأصلي بين الدائن والمدين دون أن تكون له أدنى صلة بالعقد الاصلي أو إحداث قانوني لا تجعل منه طرف في العقد الأصلي ويمتد إليه شرط التحكيم الوارد بالعقد الأصلي، كذلك لا يمتد للبنك الكفيل شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي بمجرد توقيع البنك على العقد الأصلي بين الدائن والمدين بصفته شاهدا، أما إذا اتخذ البنك الكفيل صفة الكفيل للمدين في العقد الأصلي وضمان حسن تنفيذه، فإن شرط التحكيم يمتد إليه وبناء على ما تقدم فالبنك الكفيل يعتبر من الغير بالنسبة للعقد المكفول حتى لو اتفق على عدم التضامن ما لم يتفق جميع الأطراف خلاف ذلك[1].

الفرع الثالث

الشروط الخاصة لعقد الكفالة البنكية

الكفالة أداة تأمين الدائن من خطر اعسار المدين ويتحقق ذلك من خلال ضم الذمة المالية للكفيل إلى جانب ذمة المدين، لذا يجب أن تتوافر في الكفيل شروط معينة لضمان جدية هذا التأمين، فالمشرع يستلزم توافر هذه الشروط في الكفيل الذي يلتزم الكفيل بتقديمه حتى تتحقق الغاية من الكفالة باعتبارها تأمينا شخصيا للدائن[2]، ويجب توافر هذه الشروط سواء كنا بصدد كفالة قانونية أو قضائية أو اتفاقية[3].

أولا :الشروط الواجب توفرها في البنك الكفيل

نصت المادة 646 من ق م ج أنه "إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما في الجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينًا عينيا كافيا".

---

[1] – هاني عطا، التحكيم في الضمانات المصرفية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017، ص ص125،107.

[2] –أنظر إلى الملحق رقم 08.

[3]– محمد حسن منصور، المرجع السابق، ،ص97.

أ/ أن يكون ميسراً

فيستهدف أن يكون الكفيل قادرا على الوفاء بالدين عند الاقتضاء إذا لم يف به المدين وعلى المدين عبء الاثبات يسار الكفيل عند المنازعة في هذا الأمر، وللدائن إثبات العكس[1]، إذ يفترض في البنوك يسار ذمتها المالية للحصول على صفة البنك لابد من توفر الحد الأدنى من مبلغ رأس المال الذي يجب على البنوك والمؤسسات المالية العامة في الجزائر تحرير عند تأسيسها[2].

ب/أن يكون مقيماً في الجزائر

حرصت المادة 646 من ق م ج أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر، كما أكدت على ذلك المادة125 من ق ص ع ج على أنه " تصدر كفالة التعهد المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، وتصدر كفالة تعهد المتعهدين الأجانب من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك اجنبي من الدرجة لأولى "، نستنتج من المادتين يجب ان يكون الكفيل مقيما في الإقليم الوطني، ويمكن أن يكون الموطن عاما أو خاصاً أو مختارا ولا يشترط في الكفيل أن يكون وطني الجنسية، بل يمكن أن يكون أجنبياً، مادام مقيماً ب الوطن ، حتى يسهل مقاضاته عند اللزوم[3].

ثانيا: أطراف عقد الكفالة البنكية

ليس من الصواب أبدا أن تصدر أية كفالة وهي مفتقرة لأي من أطرافها أو عناصرها الأساسية، وفيما يلي سنعرضها اتباعا:

أ/ البنك الكفيل

هو البنك الذي اصدر الكفالة و تعهد فيها بكفالة عميلة تجاه المستفيد بدفع مبلغ معين أذا ما أخل العميل بشروط التعاقد أو عدم تنفيذه لموضوع الكفالة الذي صدرت من أجله والتزام البنك تجاه المستفيد ينصب على التعهد بدفع مبلغ من المال وليس القيام بعمل معين، وهذا الالتزام لا تخليه منه أي منازعة أو معارضة من جانب العميل المكفول، هو التزام مستقل وبعيد عن أي اتفاق أو علاقة بين المكفول و الجهة المستفيدة، ولكن يبقى هناك التزام أدبي على البنك وهو الاتصال بعملية المكفولة عند مطالبة الجهة المستفيدة بدفع مبلغ الكفالة وذلك حتى لا يفاجأ العميل بالدفع، إعطائه فرصة أخيرة لمراجعة المستفيد وتسوية ما بينهما من خلافات، أما

---

[1]– حمدي عبد الرحمان أحمد، محاضرة حول الكفالة، كلية الحقوق، جامعة الفيوم، القاهرة، مصر، 2020، ص14.

[2] –نظام رقم 18–13، المؤرخ في 04 نوفمبر 2018 يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج ر ج ج، ع73، الصادرة في 09 ديسمبر 2018.

[3]– محمد حسن منصور، المرجع السابق ،ص99.

الالتزام البنك تجاه العميل المكفول فهو التزام قانوني يحدده العمل بموجب شروط اصدار الكفالة والتحقق من موضوعية هذه الشروط قبل الدفع الى المستفيد[1].

ب/العميل المكفول

هو الشخص الذي صدرت الكفالة بناءاً على طلبة وكفلة البنك تجاه المستفيد في حدود مبلغ معين، والمكفول هو اكثر الاشخاص المنتفعين بالكفالة لأن الكفالة بالنسبة له تحل محل الشيك المصدق أو التأمين النقدي، هذه الحالة تعمل على عدم تجميد أمواله وتمكنه من استثمار قيمة الكفالة في المجالات الأخرى، والعميل المكفول اذا كان مقيما في الجزائر فيطلب منه اصدار الكفالة قيمة نسبة التأمين النقدي او الضمانات الأخرى اللازمة، أما إذا كان المكفول غير مقيم الجزائر أي لا يتمتع بالجنسية الجزائرية ففي مثل هذه الحالة يتطلب الامر عند طلبه كفالة من البنك لصالح مقيم الحصول على كفالة بنك اجنبي(مراسل) يضمن للبنك المحلي حقه في حالة الدفع اذا ما أخل المكفول بالتزاماته تجاه المستفيد، أما اذا كان للمكفول غير المقيم حساباً غير مقيم مفتوحاً بالعملة الأجنبية لدى البنك المحلي فانه يتم اصدار الكفالة بعد استيفاء تأمين نقدي بنسبة 100%من حسابه هذا .

ج/الطرف المستفيد

الشخص المستفيد في الكفالة هو الجهة التي تصدر الكفالة لصالحها بالدفع في حالة امتناع المكفول عن الوفاء بالتزامه المنصوص عليه في متن الكفالة، والمستفيد هو طرف الوحيد الذي يملك الحق في المطالبة بدفع مبلغ الكفالة وقد يكون هذا المستفيد مقيما ومن الجنسية الجزائرية أو شخصا غير مقيم أما اذا رفض المستفيد غير مقيم كفالة البنك المحلي طالبا كفالة تصدر له بواسطة احد البنوك المقيمة في بلده وذلك لتفادي ما قد يتعرض له من مشاكل خصوصا عندما لا يفي المكفول بإلتزاماته تجاهه، يقوم البنك المحلي بتوسيط أحد البنوك المراسلة في بلد المستفيد لإصدار كفالة لصالح هذا المستفيد و ذلك على مسؤولية البنك المحلي[2].

د/البنك المرسل

يعتبر البنك المراسل الجهة التي تطلب إصدار الكفالة من قبل البنك المحلي الجزائري بعد أن يكما إجراءاته من جهة طالبة الإصدار في البلد الأجنبي (بلد البنك الذي طلب إصدار الكفالة) يقوم البنك المراسل بطلب إصدار الكفالة بموجب رسالة عادية أ بموجب رسالة تذاكر مشفرة لهذا الغرض ويعتبر البنك المراسل الجهة الأولى و المسؤولة مسؤولية مباشرة عن كافة الالتزامات الإصدار تجاه المصرف المحلي الذي يقوم

[1]– خالد امين عبد الله، المرجع السابق، ص313.

[2] – المرجع نفسه، ص314.

بالإصدار، وهذه الالتزامات تتمثل في التعهد بالوفاء بالالتزام بدفع قيمة الكفالة وما يترتب على عملية الإصدار من المصاريف و العمولات أو أية تكاليف أخرى، وهي نفس الالتزامات التي يدفعها البنك المحلي[1].

ثالثا :عناصر عقد الكفالة البنكية

يتكون نموذج عقد الكفالة المصرفية من مجموعة من العناصر الجوهرية المكونة له، أبرزها المدة ،الغرض ،الثمن.

أ/ الثمن:

مبلغ الكفالة يثبت في متن العقد رقماً وكتابة ويلتزم المصرف بدفع المبلغ أو جزء منه ولكن لا يتجاوز، عند وقوع مطالبة من المستفيد، ويبقى حق المطالبة بالتسديد ما دامت الكفالة باقية سارية المفعول خلال المدة تكون عادة سنة قابلة للتجديد، ولا يجوز إصدار كفالة دون تحديد قيمتها.

ب/المدة :

بما ان الكفالة هي تعهد بدفع مبلغ معين خلال مدة معينة فيتوجب تحديد مدة الكفالة بوضوح حيث ان أية مطالبة ترد الى البنك من المستفيد بتمديد /حجر/دفع الكفالة يجب ان تصل الى البنك خلال تلك المدة ولا يجوز إصدار كفالات بدون تحديد مدتها، إلا أن ن بعض الجهات المستفيدة قد تشترط على مقدمي الكفالات أن تتضمن الكفالة نصاً أنها غير مشروطة وغير قابلة للنقض وتجديد تلقائيا إن مثل هذا النص يلغى تاريخ الاستحقاق الكفالة، ففي مثل هذه الحالة يتوجب استفاء التامين بواقع 100% وإذا رأى الفرع غير ذلك فيتوجب عندئذ الحصول على الموافقة المسبقة من الادارة العامة ويمكن إصدارها للعملاء المعتبرين قبل الحصول على موافقة الإدارة بمعرفة مدير الفرع للحالات الاستثنائية و العاجلة على ان يتم إعلام الإدارة العامة بالإجراء، مع بيان الأسباب التي دعت الى إصدارها في حال توفر القناعة التامة لدى إدارة الفرع.

ج/الغرض :

لكن كفالة الغرض تصدر من أجله ويجب أن يكون الغرض محدداً وواضحاً غير قابل للتأويل أو الالتباس وتنهي الكفالة بانتهائه، فلا يجوز مثلاً إصدار كفالة الغرض منها (من أجل تقديم مواد مختلفة) بحيث أن المكفول يستطيع أن يقدم هذه الكفالة ضماناً لتوريدات مختلفة، وإذا قصر بأحدها فإن المستفيد يملك الحق بمصادرتها بصرف النضر عن الطبيعة القصور[2].

---

[1]– خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، المرجع السابق، ص253.

[2] – المرجع نفسه، ص254.

المطلب الثاني

أركان انعقاد عقد الكفالة البنكية

عقد الكفالة رابطة قانونية تتم بين شخصين أحدهما يسمى الكفيل والآخر يسمى الدائن، حيث يلتزم الكفيل بأن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين، إذ أنه يخضع للمبادئ العامة من حيث التعبير عن الإرادة وشروط صحته، وأن يكون التزام الكفيل سببه مشروع أي غير مخالف لنظام، حيث سنتناول في هذا الفرع الأول ركن التراضي وفي الفرع الثاني المحل وأخيرا سنتطرق في الفرع الثالث إلى ركن السبب[1].

الفرع الاول

ركن التراضي

يشترط لانعقاد عقد الكفالة صدور إيجاب وقبول طرفي العقد، وذلك بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة، وأن يتم تطابق الإيجاب والقبول على عناصر العقد الجوهرية وذلك مثل العقود الأخرى، ونظرا لأن الكفيل هو الذي يلتزم بعقد الكفالة فإن رضاءه يعد جوهريا، ويجب كذلك أن تتوفر في الكفيل الشروط المنصوص عليها في القانون خاصة في الكفيل الذي سيقدمه المدين كضمان لدينه[2].

أولا : التعبير عن الإرادة

تطبيقا للقواعد العامة ولا سيما المادة60 من ق م ج فإن تعبير أطراف عقد الكفالة عن إرادتها يتم بالنسبة للدائن بالتعبير عن إرادته بشكل صريح أو ضمني لأن الكفالة تعقد لمصلحته المحضة، وتطبيقا للمادة 68 ق م ج فقد يعتبر سكوته قبولا بالكفالة إذ ما وجه له الكفيل إيجابا، أما بالنسبة للكفيل فقد ثار الخلاف بين آراء الفقهاء ونظرا لكون الكفالة عقد معاوضة فهو يشكل خطر للبنك الكفيل، لدى رأى جانب من فقه أن يكون التعبير عن إرادته صريحا بعبارات مفهومة واضحة أو عن طريق الكتابة الدقيقة معاني والتي لا تدعو إلى شك مالم يكن هناك اتفاق ينص على خلاف ذلك، فوجب لذات الحكمة أن يكون رضاء الكفيل صريحا[3].

ثانيا: سلامة الرضا من العيوب

يجب لقيام عقد الكفالة صحيحا أن يكون التراضي الصادر من المتعاقدين سليما خاليا من العيوب التي قد تفسده، فيلزم إلا يكون رضا أحدهما مشوبا بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، وتسري في عيوب الرضا في الكفالة البنكية القواعد العامة.

---

[1] –بلحاج العربي، نظرية العقد في قانون المدني الجزائري، ط 1، د م ج، الجزائر، 2015، ص136.

[2]– المرجع نفسه، ص138.

[3] – سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 35.

أ/ الغلط :

فإن الصعوبة تبدو من الوهلة الأولى في تطبيق نظرية الغلط في شأن إبرام الكفالة، وتعود هذه الصعوبة أن الكفالة لا ترد على شيء من الأشياء التي يمكن أن يتصورها المتعاقد على غير حقيقتها . ومع ذلك فمن الممكن تصور الغلط في سبب قبول كفالة المدين، وهو يختلط في هذه الحالة عنصر الرضاء فيما يتضمنه من مضمون إرادة أو نية الضمان، كإرادة مجردة تتوفر في جميع عقود الكفالة ولا تختلف من حالة إلى أخرى[1]، وفي هذا الفرض لن يتوافر الغلط إلا إذا ثبت أن الكفيل لم يقصد الضمان إطلاقا، وهنا يرقى الغلط إلى درجة

الغلط المانع من الانعقاد، ونص المشرع الجزائري على الغلط في المادة82 من ق م ج ، غير أن الغالب عملا هو أن يثير الكفيل تمسكا بصور أخرى للغلط من أهمها الغلط في شان يسار المدين، أو في شان مايعتقده من ضمانات أخرى تقررت لضمان ذات الدين. وهذا نوع من الغلط هو الذي يمكن ان يعيب إرادة الكفيل إذا تبين من ظروف التعاقد أنه كان غلطا جوهريا لو علم به الكفيل لما أقدم على قبول الالتزام بوصفه كفيلا، ومن قبيل ذلك أن يقبل شخص أن يكون اعتمادا على أن الدين مضمون برهن رسمي مثلا أو بتأمينات أخرى كافية لضمان الوفاء.

أما مسالة الغلط في شأن يسار المدين فإنها تثير قدرا من الدقة والصعوبة والفرض هنا أن كفيلا قبل الكفالة معتقدا في يسار المدين المكفول وقت ابرام الكفالة. وقد ترددت المحاكم الفرنسية في هذا الخصوص، وابطال الكفالة إذا توافرت شروطه، واتجهت أحكام أخرى إلى تفادي البطلان النسبي تحت ستار ان الغلط لم يكن دافعا إلى التعاقد مادام الكفيل لم يفصح عن هذا المعنى بمقتضى بند في عقد الكفالة.

ب/ التدليس :

فأنه قد يأتي من جانب الدائن في بعض الحالات النادرة، وقد يتصور غالبا من جانب المدين. وإذا ادعى الكفيل أنه كان ضحية تدليس دفعه الى التعاقد فإن على عاتقه يقع عبء إثبات هذا الأمر وفقا للمادة 86 ق م ج، ومن أهمها وجود وسائل احتيالية أوقعته في غلط دفعه الى التعاقد، ونضرا لأن الكفالة تبرم بين الكفيل و الدائن فقد يتوصل الكفيل باعتباره طرفا في العقد الى إثبات هذه الأمور، أما إذا كان الادعاء التدليس صادر عن المدين فان الصعوبة تبدو اكثر وضوحا باعتبار أن المدين ليس طرفا في الكفالة، إذ يجب في هذه الحالة إثبات أن الدائن كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس[2].

ويلاحظ فضلا عما سبق أن الكفالة إذا عقدت عن طريق وكيل عن الكفيل، وجب أنتكون الوكالة الخاصة (إذا كانت كفالة بمقابل يحصل عليه الكفيل)، أما إذا كانت الكفالة تبرعية فيجب أن يكون التوكيل خاصا

[1]– حمدي عبد الرحمان احمد، المرجع السابق، ص28.

[2] –المرجع نفسه، ص29.

ومحددا، ويلاحظ أخيرا أن الكفالة كما تجوز باسم شخص معنوي تجوز من شخص طبيعي لمصلحة شخص معنوي.

ج/ الإكراه والاستغلال:

حسب المادة 88 من ق م ج نصت على أنه يجوز إبطال العقد لإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق. أما بالنسبة للإستغلال فتضمنت المادة 90 ق م ج، إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو التزمات المتعاقد الأخر وتبين أن المتعاقد مغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الأخر استغلال طيشا، جاز للقاضي بناء على طلب متعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص من إلتزامات، ويجب أن يرفع دعوى خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة .

ثالثا: الأهلية :

أ/ أهلية الدائن :

تختلف الاهلية اللازمة لإبرام عقد الكفالة بالنسبة للكفيل عنها بالنسبة إلى الدائن، فبالنسبة للدائن يكفي أن يكون متمتعا بأهلية الاغتناء[1]، أي يكفي أن يكون مميزا فيكون الصبي المميز أهلا لإبرام عقد الكفالة، ومن في حكمه كالسفيه وذو الغفلة بعد تسجيل الحجر، وذلك أن الكفالة بالنسبة للدائن تعد من الأعمال النافعة نفعا محضا، إذا لم يلتزم الدائن بشيء في مقابل التزام الكفيل، أما إذا كان ملتزما بشيء في مقابل التزام الكفيل تكون الكفالة بالنسبة إليه من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وبالتالي يجب ان يكون الدائن بالغا سن الرشد غير محجور عليه، وإلا وقعت الكفالة القابلة للإبطال لمصلحته.

ب/ أهلية البنك الكفيل :

إن ما يثار في موضوع الأهلية في هذا الإطار هو أن صفة الكفيل تتحكم في الأهلية المطلوبة في الالتزام، فالمشرع الجزائري لم ينص على شرط الأهلية في المادة 646 سابقة الذكر من ق م ج إلا أنه شرط بديهي وجب توفره في الشخص الكفيل من اجل صحة التزامه[2]، ومن مميزات الكفالة البنكية تواجد البنك كطرف فيها[3]، وبما أن البنك الكفيل شخص معنوي يتخذ شرطة مساهمة ويمارس النشاط البنكي الذي يعد من

---

[1]– الباقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، الجزائر، 2009، ص 35.

[2] – رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التامينات الشخصية والعينية، دط ، د م ج، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 51.

[3]– القانون رقم 03–34 الصادر بتاريخ 14 فيفري 2006 المتعلق بالمؤسسات الإئتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، ج ر ج ج، ع 97، بتاريخ 20 فيفري 2006، ص435.

الأعمال التجارية، وبالتالي فإن الأهلية التجارية بالطبيعة متطلبة فيه والتي تثبت له مجرد توفرها على الشخصية المعنوية بعد تقييده في السجل التجاري، بعد أن يكون قد استوفى جميع الشروط المطلوبة، إذ يصبح أهلا لإكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وتخول له التصرف في أمواله القائمة أو اكتساب أموال جديدة.

وبالتالي فاكتساب البنك للشخصية المعنوية تجعله كامل الأهلية لمنح توقيعه بواسطة آلية الكفالة البنكية وهذا ما نصت عليه المادة 19 و20 المتعلقة بالأشخاص الملزمين بالقيد في السجل التجاري، كما ذكرت المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 97- 04 المتعلقة بمعايير تحديد نشاطات والجهة المقننة للقيد في السجل التجاري، وعليه بخصوص الأهلية المكتسبة من زاوية البنك بإعتبار هذا الأخير شخصا معنويا ورغم اكتسابه للأهلية القانونية لمنح الكفالة فإن الشخص الذاتي 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 وفي حدود سلطته[1].

ج/ سلطة التوقيع :

وفي إطار سلطة التوقيع يثار التساؤل حول إمكانية نفاذ الكفالة في مواجهة البنك إذا كانت موقعة من طرف الموظف غير مخول له القيام بهذا التوقيع، والإجابة عن هذا التساؤل فقد وقع خلاف عميق على مستوى الاجتهاد القضائي، فالاجتهاد القضائي الفرنسي قضي بالتزام البنك بالكفالة التي وقعها بإسمه مدير ليست له سلطة في إجراء توقيعات استنادا إلى النظرية الظاهرة ، وأن المظهر الخداع يحمي المخدوع ولو لم يصدر عن البنك المعني بالأمر أي خطأ تسبب في هذا الاعتقاد مادام الزبون حسن النية، ويكون هذا الاجتهاد قد أخذ بنظرية الظاهرة المجردة، أي دون اقترانها بخطأ صادر من الموكل" البنك" وهذا خلافا لما هو عليه الامر[2].

الفرع الثاني

ركن المحل

إن محل التزام البنك الكفيل يتمثل في الوفاء بالتزام الأصلي الواقع على عاتق المدين إذا تقاعس عن تنفيذه، فالتزام الكفيل يعتبر التزاما احتياطيا لالتزام المدين الأصلي ومن ثم فهو يتسم بالتبعية لهذا الالتزام، فلا يقوم التزام الكفيل إلا بقيام التزام المكفول، ويترتب على ارتباط بين التزامين التبعية بينهما من حيث الوجود والصحة وبناء على ذلك يجب أن يكون التزام المكفول موجودا وصحيحا[3] .

أولا: وجود الالتزام أو قابليته للوجود

يشترط لقيام التزام الكفيل وجود التزام أصلي مكفول فإذا انقضى هذا الأخير ينقضي معه التزام المكفول بقوة القانون إلا أن هذا لا يمنع من أن يكون التزام أصلي مستقبليا أو شرطيا.

---

[1] –رمضان محمد أبو سعود، همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 52.

[2]– سفيان الكهان، المرجع السابق، ص09.

[3] –سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص39.

أ/ كفالة الالتزام المستقبلية

فالقول بجواز الكفالة قبل وجود الالتزام يعد خروجا على مقتضيات تبعية الكفالة للالتزام المكفول الأصلي[1] أي تعتبر استثناء عن قاعدة وجوب ارتباط الكفالة بالتزام موجود عند انعقاده[2] إلا أن المشرع الجزائري نص في المادة 650 فقرة 1 من ق م ج على أنه يجوز كفالة الالتزام المستقبل إذا حدد مقدماً مدى التزام الكفيل، وإذا لم يعين الكفيل مدة لكفالته كان في أي وقت أن يرجع عنها مادام التزام المكفول لم ينشأ على أن يخطر الدائن برجوعه في الوقت المناسب ومفاد النص، ارتباط الكفالة بنشأة الالتزام مستقبلاً، بحيث إذا لم ينشأ الالتزام أصبحت الكفالة بغير ذات موضوع، وقد قيد المشرع كفالة الدين المستقبل بقيدين:

القيد الأول: لا يجوز كفالة الدين المستقبل إلا إذا حدد الطرفان مقدماً مدى التزام الكفيل ويكفي أن يكون محددا أو قابل للتحديد أو التعيين، والغرض من ذلك حماية الكفيل الذي يجب أن يكون على بينة من الحد الأقصى الذي يكلفه، فإن لم يحدد مدى التزام الكفيل مقدماً، فإن الكفالة تقع باطلة بطلانا مطلقاً[3]، ويضرب الفقه مثالا على ذلك، بكفالة الاعتماد البنكي لأحد العملاء بمعنى أن البنك يفتح لعميل ما اعتماد محدد القيمة، ويتعاقد في ذات الوقت مع شخص آخر على ضمان الوفاء بما يسحبه المدين "العميل" من هذا الاعتماد المفتوح على ألا ينشأ دين العميل المذكور إلا وقت السحب فعلا، أما قبل ذلك فإنه لا يعدو أن يكون دينا مستقبلا، والكفالة توجد لضمان هذا الدين عندما ينشأ، وكذا إذا اتفق الطرفان على عقد حساب جار بينهما جاز أن يقدم أحدهما كفيلا للرصيد الذي سيصبح عليه وقت إقفال الحساب.

القيد الثاني: حسب القانون الجزائري حق الكفيل الرجوع في أي وقت في كفالته، إذا لم يتعين مدة الكفالة، والحكمة من ذلك ألا يضل الكفيل ملتزماً بكفالة الدين المستقبل إلى الأبد خصوصا وأن الالتزام المكفول لم ينشأ إنما يجب على الكفيل في هذه الحالة أن يخطر الدائن برجوعه قبل نشوء الالتزام المكفول وإلا فإنه يظل ملتزما بالكفالة، وتفسير ذلك أن حق الكفيل في الرجوع إذا لم تتحدد مدة الكفالة تقرر حماية له، فوجب لكي يستفيد من الحماية المقررة ألا يكون مقصرا بما يضر بالدائن وليس أدل على ذلك من عبارة النص التي توجب عليه، إخطار الدائن في الوقت المناسب[4].

---

[1] –زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 44.

[2]– محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص113.

[3] –أحمد سعيد، المرجع السابق، ص 45.

[4]– المرجع نفسه، ص 48.

ب/ الكفالة التزام شرطي

تجوز الكفالة في الالتزام الشرطي بنص المادة 650 الفقرة الثانية من ق م ج والشرط هو وصف في الالتزام لا يمس وجوده أو صحته، فالتزام المعلق على الشرط هو التزام صحيح علق نفاذه على الشرط "الشرط الواقف" أو علق عليه استمرار وجوده "الشرط الفاسخ" وفي جميع الحالات تدور الكفالة مع التزام المكفول في حكمه، فإذا كان الالتزام معلقا على الشرط الواقف كانت الكفاءة كذلك، فإذا تحقق الشرط الواقف نفذ الالتزام الأصلي وكذلك التزام الكفيل، أما إذا تخلف الشرط الواقف فإن الالتزام الأصلي يزول بأثر رجعي، ويلقى معه ذات مصير التزام الكفيل، وإذا كان الالتزام معلقا على شرط الفاسخ، فإن الالتزام يكون موجودا و نافذا منذ نشأته، غاية الأمر أن مصيره معلق على تحقق الشرط أو تخلفه، فإن تخلف الشرط أصبح الالتزام باتاً وكذلك التزام الكفيل، أما إذا تحقق شرط الفسخ فإن التزام المكفول يزول وتزول معه الكفالة ويصبح كل منهما كأن لم يكن[1].

ج/ الكفالة التزام طبيعي

يقوم الالتزام الطبيعي على عنصر المديونية دون المسؤولية أي أنه التزام ناقص[2]، أي لا يمكن إجبار المدين بالتزام طبيعي على التنفيذ، بينما تقوم الكفالة على التزام يجبر المدين على الوفاء به، لذا يجمع الفقه على عدم جواز الكفالة الالتزام الطبيعي، القول بغير ذلك يعني أن الالتزام الكفيل أشد من الالتزام الأصلي "المكفول" وهو ما لم يقل به أحد، فلا يمكن أن يكون التزام الكفيل مدنيا والتزام المدين طبيعيا، وقد نظمه المشرع الجزائري في المواد من160 إلى163 ق م ج، أما إذا كان كفالة الكفيل التزاما مدنيا، ثم تحول الالتزام المدني إلى التزام طبيعي، فإنه أخذا من صفة التبعية يتحول التزام الكفيل طبيعي، وفي هذا الفرض إذا وفي الكفيل بالدين، فلا يحق له قانونا استرداد ما وفاه بالرجوع على المدين الأصلي، لأن الوفاء التزام طبيعي لا يعتبر دفعاً لغير المستحق أما إذا قدم المدين في التزام طبيعي كفالة إلى الدائن، فإن ذلك قد يحمل منه على أنه يريد التحمل بالتزام مدني، أي يتحول التزامه من الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني، وعندها تكون الكفالة جائزة، لأنها كفالة التزام مدني، إعمالا لقاعدة أن الالتزام طبيعي، يصلح سببا لالتزام مدني[3].

ثانيا : أن يكون صحيحا ومشروعاً

مثل ما تطرقنا سابقا أن الكفالة عملية تابعة ولذلك نصت المادة 648 ق م ج على أنه لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا، لذلك لا تجوز كفالة التزام الباطل فمتى كان هذا الأخير ناتجا عن عملية غير مشروعة كانت الكفالة باطلة لعدم مشروعية محل الدين الأصلي[4].

---

[1]– حمدي عبد الرحمان احمد، المرجع السابق، ص34.35.

[2]–زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص47.

[3]–أحمد سعيد، المرجع السابق، ص49.

[4] – سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 42

أ) باطل أو قابل للإبطال :

تقتضي القواعد العامة بأن نفرق في ذلك ما إذا كان الكفيل عالما بسبب قابلية التزام الأصلي للإبطال أو غير عالما به، فإذا كانت الثانية بطلت الكفالة بتقرير بطلان التزام الأصلي ولم يترتب عليها أي أثر لأن الكفيل قصد أن يكفل التزاما صحيحا يجوز له الرجوع به على المدين متى وفاه في حين أن التزام المكفول ظهر أنه باطل لا يخول له الرجوع، أما إذا كانت الأولى فإما أن يكون الكفيل قد راعى في الكفالة احتمال عدم تمسك المدين بالبطلان التزام الأصلي وقصد كفالة في حالة تحقق هذا احتمال فقط، وأما لا يكون قد راعى ذلك[1]، وإن كان التزام الكفيل بدوره باطلا ، أو قابل للإبطال أي يبطل الالتزام الأصلي ويصح بإجازته كمخض تطبيق للتبعية التي تعد من خصائص الكفالة الأساسية، تفسير ذلك أن العقد قابل للإبطال، كالعقد الصحيح إلى أن يحكم بإبطاله و كالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً بعد الحكم بإبطاله، فإذا ما أصبح العقد الأصلي صحيحا نهائياً، أما إذا طلب المدين إبطال العقد الأصلي وقضى له به فإن التزام الكفيل ينقضي تطبيقا لخاصية التبعية التي تجيز التزام الكفيل بأثر رجعي شأنه في ذلك شأن الالتزام المكفول، ومع ذلك يثور التساؤل في الفرض التي تقوم فيه الكفالة قابلة للإبطال ولم يطلب المدين البطلان هل يكون للكفيل ذلك ؟.

الواقع أن للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، بما في ذلك قيام المدين بطلب إبطال الالتزام الأصلي بوصفه دفعاً خاصاً بالمدين نفسه على أنه ليس للكفيل أن يتمسك بنقص الأهلية الأخير في مواجهة طلب المدين إبطال العقد لنقص أهليته، ففي هذه الحالة لا يكون للكفيل أن يطلب إبطال العقد استنادا لهذا السبب، وهناك فرض آخر يتم فيه إبرام الكفالة خصيصا بسبب قابلية التزام المكفول للإبطال قاصدا ضمان تنفيذ التزام إذ لم ينفذه المدين، في هذه الحالة يظل الكفيل ملتزما بصفته ككفيل طالما أن المدين لم يتمسك ببطلان التزام المكفول فإن تمسك بذلك أبطلت الكفالة تبعيا، لكن الكفيل يظل ملتزما بوصفه مدينا أصليا لأن التزامه معلق على شرط واقف وهو عدك تنفيذ المدين للإلتزام[2].

ب) ناقص الاهلية :

عالج المشرع الجزائري ونضيره المصري مسألة الكفالة في حالة البطلان النسبي لنقص أهلية المدين الأصلي، وأورد لها حكما خاصا بموجب المادة649 ق.م.ج التي تنص على أن " من كفل التزام ناقص الاهلية، ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654"، نجد أن المشرع أقر كقاعدة عامة بأن الكفيل يبرئ بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، إلا أنه أقر بالمقابل استثناء على هذه القاعدة، وبناء على ما سبق بيانه نستنتج أن

---

[1]–سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد الكفالة، مج3، ط3، دار الكتب المصرية، مصر، 1993، ص 63.

[2] –محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 120.

الالتزام المكفول إذا كان ناشئا عن عقد قابل للأبطال بسبب نقص أهلية المدين أو لعيب في الرضا فالأمر ليخرج عن إحدى الصور الثلاث الاتية:

الحالة الاولى : الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين المكفول ولا سبب البطلان، فالتزام المدين الأصلي يكون قابل للإبطال و تبعا لذلك ينقضي التزام الكفيل إن طلب المدين الإبطال و الحكم له به، كما يجوز للكفيل التمسك بقابلية التزامه للإبطال حتى لو لم يتمسك به المدين نفسه لأنه صاحب مصلحة فيه طبقا للمادة 1/654، ويبطل التزام الكفيل دون إبطال التزام المدين الأصلي لأنه لا يحكم له بالبطلان إلا إذا تمسك به صاحب الحق.

الحالة الثانية : إذا كان الكفيل يعلم أن الالتزام قابل للإبطال بسبب نقص أهلية المدين المكفول، ولكنه لم يقصد بكفالته تغطية هذا السبب، ويأخذ هذا الفرض حكم الفرض الأول إلا أنه يختلف عنه أن الكفيل إذا كان يعلم بقابلية الالتزام للإبطال فلا يجوز له التمسك بإبطال الالتزام إلا إذا تمسك به المدين الأصلي والحكم له به، امتد هذا الحكم إلى التزام الكفيل بالتبعية.

الحالة الثالثة: أن يكون المدين المكفول ناقص الاهلية، ويكون الكفيل قد كلفه بسبب هذا النقص، وهنا نعتبر أن سبب الكفالة جاء على وجه التبرع لمجرد علم الكفيل بنقص أهلية المدين، وهي الحالة المذكورة وفقا للمادة 649 ق.م.ج، فلا يجوز للكفيل التمسك بنقص أهلية المدين، وإذا تمسك به المدين فلا يستفيد الكفيل من هذا الدفع، بل يبقى ملتزما بالكفالة بإعتباره مديناً اصليا[1].

الفرع الثالث

ركن السبب

يتميز سبب التزام عن محله في أنه هو الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه من وراء تحمله التزام، إن النظرية الحديثة التي تعتد بالباعث الدافع للتعاقد سواء كان قريبا أو بعيدا ونظرا لطبيعة الخاصة للكفالة باعتبارها عملية قانونية ثلاثية إذ أن هناك علاقة بين الدائن والمدين، وعلاقة الكفيل والدائن وأخيرا علاقة الكفيل والمدين، ومنه هل يستطيع الكفيل أن يحتج في مواجهة الدائن بما قد يعتري علاقته بالمدين من عدم وجود السبب أو عدم مشروعية الباعث وبناء عليه يطالب ببطلان الكفالة؟.

يرى جانب من الفقهاء عدم جواز ذلك لأن الكفالة تصرف مجرد لا يتأثر بالعلاقة الكفيل والمدين فالتزام الكفيل صحيح ولو لم يكون له سبب أو كان سببه غير مشروع، بينما رأى جانب آخر عكس ذلك بموجب أن يكون للإلتزام سبب مقصود وأن يكون الباعث الرئيسي الدافع إلى التعاقد مشروع، وهذا ما دفعنا الى طرح تساؤل آخر لماذا التزم الكفيل في مواجهة الدائن؟، نجد الإجابة في العلاقة بين الدائن والمدين فالكفيل التزم الدائن ليسمح للمدين بالحصول على ائتمان من الدائن وهذا هو السبب التزام الكفيل ويشترط أن يكون السبب

[1]–سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 44.

موجود لحماية الكفيل، وعدم وجوده يؤدي إلى بطلان التزام الكفيل، أما الباعث الرئيسي للتعاقد هو شخصي غير مباشر ويختلف من كفيل إلى آخر ويشترط ان يكون مشروعا، كما يتوجب أن يكون المتعاقد الآخر الدائن على علم وذلك لاستقرار المعاملات وحتى لا يفاجئ ببطلان العقد لا يعلم عن سببه شيئا، وإن كان الدافع غير مشروع كان العقد باطلا .

وهناك من يفرق السبب في الكفالة إذ ما كان تبرعا أو قد يكون عقد معاوضة، يكون السبب في الكفالة لمصلحة المدين كما لو كان العقد يرتب التزام على كل من الطرفين، مثل أن يكون الدائن ملتزما اتجاه الكفيل بمد أجل الدين الذي حل على مدينه أو اعطاء قرض للمدين ويكون التزام الكفيل هنا تنفيذ التزام المدين تجاه الدائن إذ لم يقر به المدين، واستنادا لنظرية السبب يجوز للكفيل أن يحتج ببطلان الكفالة نظرا لبطلان سببيه ونتيجة علاقة سببها غير مشروع بين الكفيل والمدين، ومثال ذلك أن يكفل شخص موظف للدائن مقابل قيام موظف بتزوير أوراق رسمية خاصة بتصدير البضائع لمصلحة الكفيل فسبب العلاقة الكفيل غير مشروعة[1].

[1] –سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق 46.

ما يمكن استخلاصه في هذا الفصل أن الكفالة البنكية تعد الدعامة المالية الأساسية التي يرتكز عليها العديد من عمليات الائتمان، وفي هذه الصورة من الضمان البنكي يضم البنك الكفيل ذمته إلى ذمة عميله لضمان الوفاء بالتزام المكفول، فالبنك يمكن أن يتدخل كباقي الأشخاص الطبيعية والمعنوية ككفيل لأحد عملائه، وتشكل الكفالة البنكية وسيلة من وسائل الاحتياطية التي يعزز بواسطتها البنك عنصر الأمان، ومنه الكفالة البنكية تفترض وجود عقدين الأول يربط بين الدائن والمدين ويسمى العقد الأصلي، والثاني يربط بين المستفيد والبنك الكفيل بصفته كفيلا لعميله ويسمى عقد الكفالة، وانطلاقا مما سبق فعقد الكفالة المصرفية كغيره من العقود يستلزم لانعقاده للقواعد العامة من حيث أركانه، ومن جهة أخرى ونظرا لارتباطه بالنشاط البنكي جعلها تضع هيكل تنظيمي يحدد البنك فيه شروط منحها، وما يمكن استيعابه أن الكفالة البنكية والمدنية يتفقان في جوانب كثيرة لكن تطبيقاتها في المجال العملي مختلف تماما وهذا راجح لأساس طبيعتها التجارية.

كما لاحظنا تنوع نطاق استخدامها في العديد من المجالات الإقتصادية بمختلف صورها المحلية والخارجية ولعل معظم تطبيقات الكفالة المصرفية تتعلق فيما ينشأ بين الأشخاص و الدوائر الحكومية من علاقات عقدية تفرض تقديم كفالة لجهات إدارية مثل مديرية الضرائب أو الجمارك أو الأشغال العمومية، وعموما إن لكل كفالة غرض تصدر من أجله، ويجب أن يكون هذا الغرض محددا وواضحا غير قابل لتأويل أوالإلتباس وتنتهي كفالة بانتهائه، وبهذا الكفالة المصرفية تتميز عن العمليات البنكية الأخرى لما تتمتع به من خصائص ذاتية تنفرد بها، ومن أهم ما تحققه أنها تجنب المتعاملين الاقتصاديين في عقود التجارة الدولية أضرار التي تلحقهم بسبب تجميد أموالهم كضمان لمدة طويلة لدى الجهة التي تم التعاقد معها، فأصبحت تغني عن تحويل هذه الأموال.

الفصل الثاني:

أحكام تنفيذ وانقضاء عقد الكفالة

تناول المشرع الجزائري أحكام التزام وآثاره في المواد من 180 الى 322 من القانون المدني الجزائري، وبما أن كفالة عبارة عن عقد يتم بين الدائن والكفيل مفاده هو ضمان الوفاء بالالتزام الاصلي، فيؤدي الى إنصراف الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن عقد الكفالة إليهم، وإذا وفى الكفيل بالالتزام الأصلي فإن هذا سيؤدي إلى نشوء علاقتين، الأولى بين الكفيل والمدين بالرغم من أن هذا الأخير ليس طرف في عقد الكفالة ولكنه هو الملتزم الأصلي الذي يتحمل العبء في النهاية، والعلاقة الثانية لا يكون لها وجود إلا إذا تعدد الكفلاء فتنشا العلاقة بين هؤلاء وبين الكفيل، بالإضافة يشترط حتى يكون للكفيل الحق في الرجوع على المدين المكفول عنه أن يكون قد قام بقضاء الدين المكفول للدائن، ويقصد بقضاء الدين أدائه بطريقة اختيارية أو إجبارية سواء تم القضاء الدين عن طريق الوفاء أو بما يعادل الوفاء أو بدونه.

وأثار الكفالة لا تظهر إلا عندما يقوم المدين بالوفاء بالدين لأن ذمته تبرأ وبذلك تبرئ ذمة الكفيل تبعا له، وترتب الكفالة آثارها فيما بين عاقديها وهما الدائن والكفيل متى انعقدت صحيحة ورجع الدائن على الكفيل مطالبا إياه بالوفاء بالدين المكفول، ومع ذلك هناك آثار آخرى تنشأ لا عن عقد الكفالة ذاته بل عن تنفيذه أي عن واقعة الوفاء من الكفيل للدائن، كما قد يتعدد المدينون الأصليون وقد يكون متضامنين أو غير متضامن وكما قد يتعدد الكفلاء لذلك فإن دراسة آثار الكفالة هي دراسة لكل هذه العلاقات.

وبما أن الكفالة عقد تابع للإلتزام الأصلي فكل الذي يؤثر في الالتزام الأصلي يؤثر في التزام الكفيل لإتصال به وجودا وعدما، وانقضاء التزام الأصلي يعني انقضاء التزام الكفيل بصفة تبعية، ويقصد بانقضاء التزام النهاية الطبيعية لكل عقد وبما أن عقد الكفالة هو عقد تابع للعقد الأصلي فإن انقضاء هذا الأخير عن طريق أدائه من طرف المدين يؤدي الى انتهاء التزام الكفيل تبعا له، وبناء عليه سنتناول في المبحث الاول آثار الكفالة وفي المبحث الثاني أسباب انقضاء عقد الكفالة البنكية منها العامة والخاصة والإتفاقية.

المبحث الأول

آثار عقد الكفالة البنكية

متى انعقد عقد الكفالة صحيحاً، فإنه يرتب آثاره فيما بين عاقديه وهما الدائن والكفيل، ونضراً لطبيعة عقد الكفالة باعتباره عقدا تابعا لالتزام أصلي، فإنه يترتب على ذلك أن تنشأ علاقة بين الكفيل و المدين في حالة ما إذا وفى هذا الكفيل بالدين المكفول، وقد يتعدد المدينون الأصليون، وقد يكونون متضامنين أو غير متضامنين، وقد يتعدد الكفلاء سواء كانوا متضامنين أو غير ذلك، فإذا دفع أحدهم الدين، جاز له الرجوع على الكفلاء الآخرين قبل الرجوع على المدين أو المدينين.

المطلب الأول

التزامات الناشئة عن عقد الكفالة البنكية.

ويبدو أن الكفالة عملية بنكية سهلة لا تنطوي على إجراءات معقدة، والواقع أن هذه العملية تنشأ عنها مجموعة من الالتزامات تقع إما على عاتق العميل في مواجهة البنك الكفيل التزامات الناشئة عن عقد الكفالة البنكية(المطلب الاول) الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة البنكية(المطلب الثاني).

الفرع الاول

التزامات العميل في مواجهة البنك الكفيل

يترتب على قيام البنك بإصدار الكفالة، أنه يتعهد أمام المستفيد بالدفع له ويعتبر المستفيد شخصاً اجنبيا عنه لأن البنك ليس طرفاً في العقود التي يبرمها عملاؤه، ولذلك يطلب البنك غالبا ضمانا كليا أو جزئيا لقيمة الضمان، كما أن البنك بإصداره للكفالة يقدم خدمة مصرفية هي محل العقد ، فلا بد أن يقوم العميل بدفع مقابل لهذه الخدمة في شكل عمولة، ويضاف لذلك وجوب أن يرد للبنك ما دفعه هذا الأخيرة من المبالغ وما تحمله من مصاريف من أجل تنفيذ العملية، وعلى ذلك يمكن حصر التزامات العميل[1] .

أولا /التزام بتقديم الضمان التكميلي :

ونلاحظ أن البنوك ولتفادي الاخطار غالبا ما تطلب تغطية كاملة أي بنسبة 100%من قيمة الكفالة، ولاسيما في الحالات التي لا يكون فيها للزبون حساب جاري لديها[2]، أو لا تكون له معاملات سابقة معها خاصة إذا

[1]– محمد سعيد ليندة، المرجع السابق، ص 231.

[2]– المرجع نفسه، ص 242.

كانت الكفالة مطلقة وغير محددة المدة، وكلما كان شكل الضمان المقدم عينيا تكون نسبة التغطية كاملة، سبب ذلك هو رغبة البنك في تغطية الخسائر التي يحتمل أن تلحقه، نتيجة اضطراره إلى بيع ذلك الضمان العيني المرهون لديه سواء كان عقارا أو منقولا، وفي بعض الحالات تطلب البنوك غطاء جزئيا عادة ما لا يتجاوز 10% من قيمة الكفالة، وفي حالات أخرى نادرة قد تصدر البنوك الكفالة بدون أي ضمان تكميلي.

ثانياً :التزام بدفع العمولات والمصاريف.

يلتزم العميل بدفع عمولة ومصاريف إصدار الكفالة إلى البنك، وتمثل العمولة جانبا من عمليات الائتمان المصرفي، كما تعتبر جزءا من الأرباح التي يضعها البنك على العميل حسب نص المادة 04 من النظام رقم 94-13[1] المعدل والمتمم بموجب النظام 13-01[2] فإن مستوى العمولات تحدد كذلك بكل حرية من طرف البنك والمؤسسات المالية، وعموما تحدده عادة الأعراف المصرفية ذلك أن البنوك بصفة عامة لها عادات مكتبية في المجال كما أن تجاربها المتراكمة تجعلها قادرة على تحديد قيمة العمولة حسب كل حالة.

تتحدد عمولة البنك في الغالب بنسبة معينة من قيمة الكفالة وتتفاوت هذه العمولة بحسب المخاطر التي يمكن أن يتحملها ويجب أن تكون دائما بنسبة أقل إذا كان الزبون قد قدم ضمان، والأصل في العمولة أنها مقابل تعهد البنك بتقديم خدماته للعميل بإصدار الكفالة، ومن ثم فهي تستحق للبنك بمجرد منح الكفالة، ولذلك يكون للبنك الحق في قبضها حتى قبل إبلاغ المستفيد بالكفالة، إذن تحتسب العمولة وفقا لهذا العرف البنكي على فترات ربع سوية أي كل ثلاثة أشهر الا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك.

وتتراوح نسبة هذه العمولة ما بين 1% إلى 2% من قيمة الكفالة البنكية سنويا ولقد جرت الممارسة البنكية على أنه إذا كانت مدة سريان الكفالة سوف تمتد إلى عدة سنوات أو كانت غير محددة المدة يتفق البنك مع عميله على أن يدفع هذا الأخير العمولة سنة بسنة، وتتناسب قيمة العمولة التي يطلبها البنك غالبا مع مبلغ الكفالة وأجلها ونوع العملية (العقد الأصلي) المطلوب بصددها الكفالة وكذلك يتم مراعاة المركز المالي للعميل وعلاقته بالبنك ونوع الكفالة البنكية المطلوبة.

ثالثا: التزام برد قيمة الكفالة للبنك :

إضافة للالتزامات السالفة الذكر، هناك التزام أساسي آخر يرتبه العقد المبرم بين البنك وعميله من أجل إصدار الكفالة، وهو التزامه بأن يسدد للبنك ما دفعه للدائن المستفيد، إن هذا الالتزام ينشأ على أساس أن

---

[1]–نظام رقم 94-13 المؤرخ في 02 جوان 1994، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر ج ج، ع 72، الصادر في 06 نوفمبر 1994.

[2]–نظام رقم 13-01 المؤرخ في 08 أفريل 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر ج ج، ع 29، الصادر في 02 ماي 2013.

العميل لم يقدم الضمان، لأنه إذا قدمه فإن المقاصة القانونية سوف تقع فورا بين الضمان وما قام البنك بدفعه للذات المستفيد لتوفر شروطها وهذا بأثر رجعي دون الحاجة لاتخاذ البنك الإجراءات القضائية المقررة للتنفيذ. ويحرص البنك على أن يحصل من العميل على تعهد بسداد المبالغ التي قد يدفعها البنك، ورغم أن الالتزام برد قيمة الكفالة ينشأ بمجرد منحها إلا أن تنفيذه يتراخى إلى ما بعد قيام البنك بتنفيذ جميع التزاماته، وهو ما يبرر للعملية طابع الائتمان الذي يمنحه البنك لعميله، كما أنه أمر منطقي ففي هذا الوقت بالذات يتمكن البنك من حساب مجموع ما قام بدفعه للدائن المستفيد وما تحمله نفقات ومصاريف والفوائد المترتبة، فإذا كان الضمان قدم للبنك بالكامل فيعتبر ذلك وفاءا معجلا بالتزام العميل بدفع قيمة الكفالة، أما إذا كان الضمان جزئيا يلتزم العميل بدفع الباقي ليكتمل المبلغ الواجب دفعه للبنك[1].

كما يبقى التزام العميل بالرد قائما طيلة مدة الكفالة، وبالمقابل يظل هذا الحق مقررا للبنك الذي له أن يمارسه إذا اقتضت الحاجة ذلك، وهكذا يحل البنك محل الدائن المستفيد في الرجوع على العميل بما يكون قد وفاه، فيتعين على البنك التقيد بالشروط المتفق عليها مع عميله أثناء قيامه بالوفاء للدائن المستفيد، وإلا كان مسؤولا عن الوفاء المخالف لذلك، وهذا ليتمكن بدوره من الرجوع على عميله، وقد يحدث ويشترط البنك على عميله في النموذج المطبوع لطلب إصدار الكفالة أن يكون له الحق في الرجوع عليه في كل وقت حتى قبل أن ترده مطالبات بدفع أي مبلغ ناتج عن الكفالة للتخلص أو التخفيض من الالتزام كما سنرى لاحقا ؛ فالبنك من خلال هذا الشرط يحتاط لنفسه من إعسار أو إفلاس عميله، ولا يمكن اعتبار ذلك إجحافا أو تعسفا من البنك في استعمال حق الرجوع على عميله بقيمة ما دفعه.

بالمقابل يعتبر طلب البنك من عميله إرجاع ما دفعه من مبلغ الكفالة إجحافا منه، لو قام بذلك رغم سلامة المركز المالي للعميل، وقبل مطالبة الدائن المستفيد فيكون للعمل حق طلب التعويض من البنك عن الضرر الذي يكون قد لحقه على أساس التعسف في استعمال الحق.

رابعا /الالتزام بالإعلام الدوري :

طبقا للقواعد العامة لا يوجد ضمن أحكام الكفالة الالتزام بالإعلام بل تجده في إطار الائتمان، ففي الكفالة كضمان في مجال الائتمان نجد الدائن ملزم بإعلام الكفيل والأمر لا يتوقف فقط عند إبرام عقد الكفالة بحيث يقع عليه التزام إعلام الكفيل دوريا

أما طبقا للنصوص القانونية فالدائن الذي تحصل على الكفالة هو غير ملزم بإعلام الكفيل عن مستجدات وتطورات الالتزام، وإن القضاء يلزم الدائن فقط باحترام مبدأ حسن النية في إطار النزاهة التعاقدية لكن الحقيقة أن الدائن لا يمكن أن يكون غير مبال بمصير الكفيل بجعله يتحمل التزام بشكل غير معقول عند توقيع عقد

[1]–محمد سعيد ليندة، المرجع السابق، ص 246.

الكفالة، ودائما وطبقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يجب على الدائن إخطار الكفيل والحصول على موافقته في حالة تغير كبير في الالتزام المكفول به وهذا ما هو إلا نتيجة للمبدأ.

وبالرجوع إلى الكفالة البنكية والتي الطرف الكفيل هو شخص محترف أي البنك نجد أن هذا الالتزام لا يقع على الدائن المستفيد بل يقع على عاتق العميل المدين وهو التزام تعاقدي يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فالعميل المدين ملزم بإعلام البنك الكفيل بنتيجة العقد الأصلي وبأي تعديل لاحق قد يطرأ على التزام العميل الأصلي، كما يشترط عليه البنك أن يعلمه بأي تأخر في تنفيذ الالتزام الأصلي، أو أي تغييرات قد تطرق عليه أو على الضمان التكميلي طيلة مدة الالتزام [1].

الفرع الثاني

الالتزامات البنك الكفيل في مواجهة العميل

يرتب إصدار عقد الكفالة بإعتباره أساسا للعلاقة بين البنك وعميله التزمات معينة تقع على عاتق البنك، و تتمثل في إصداره للكفالة وفق الشروط الذي يحددها العميل، ومن ثم يلتزم بإخطار العميل عند دفع مبلغ الكفالة إلى المستفيد، وأخيرا بالمقابل يلتزم البنك برد الضمان للعميل.

أولا: اصدار الكفالة المصرفية أو خطاب الضمان

يترتب على اتفاق البنك وعميله بموجب العقد بالضمان التزام البنك بإصدار التعهد المصرفي، ويعتبر هذا الالتزام أهم التزامات البنك في مواجهة العميل فهو الهدف الذي سعى العميل من اجله.

والبنك في تنفيذ التزامه وإصداره للكفالة أو الخطاب يجب أن يتقيد بالشروط المتفق عليها بموجب عقد إصدار الكفالة فيما بين البنك والعميل وإلا اعتبر البنك مخلاً بالتزاماته حيث أن لطرفي عقد إصدار الكفالة بحث الشروط التي يرغبون بإدراجها في نطاق العقد أو أية بيانات يريدون تضمينها للعقد، والبنك من مصلحته أن تكون عبارات الكفالة واضحة ، بعيدة عن أي لبس أو غموض أو تأويل وأن تكون هذه العبارات في خطابات الضمان المصرفية قاطعة لأي صلة بين الخطاب وعقد الأساس حتى لا يقحم البنك نفسه في النزاعات التي قد تحدث بين العميل والمستفيد، كما أن البنك ينصح عميله بالابتعاد عن العبارات المتناقضة خصوصاً في خطابات الضمان المصرفية مثل عبارة الالتزام بالدفع لدى أول طلب إذا ثبت عدم التنفيذ[2].

---

[1]–كوردي فاطمة الزهراء، حماية القانونية للكفيل في عقود الائتمان، مذكرة ماجستير، قانون خاص، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2013، ص 224.

[2]–جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 109.

فالبنك يجب أن يتقيد بتعليمات العميل التي دونت في عقد إصدار الخطاب ولا يجوز له التغيير في شروطه، ولا يبرأ من التزامه هذا بمجرد إصدار الخطاب والإعلان عن نيته أو رغبته بإصداره بل لابد أن يصدر فعلا ويصل إلى علم المستفيد ويكون مطابقاً للتعليمات والشروط التي تلقاها من العميل والذي يكون هذا الأخير قد تلقاها من المستفيد عند إبرام عقد والبنك في إصداره للكفالة بمنظوريها يكون مسؤولاً عن مخالفته لتعليمات وشروط الاتفاق المبرم بينه وبين العميل، ومسئوليته في هذا المجال هي عقدية بسبب إخلاله بشروط عقد إصدار الضمان الأساس وبعكس ذلك فإن البنك يعتبر مخلاً في تنفيذ التزاماته[1] والبنك في إصداره للكفالة بمنظوريها يكون مسؤولاً عن مخالفته لتعليمات وشروط الاتفاق المبرم بينه وبين العميل، ومسئوليته في هذا المجال هي عقدية بسبب إخلاله بشروط عقد اصدار الضمان.

ثانيا: الالتزام بإخطار العميل بالدفع

ونقصد بهذا الالتزام أن المستفيد لدى مطالبته للبنك بقيمة الخطاب أو الكفالة فإنه يتعين على البنك إخطار العميل قبل الدفع للمستفيد أو إخطاره فقط بالدفع بمعنى إخطار العميل بعد دفع المبلغ، وحقيقة الأمر أن معيار تحديد فيما إذا كان البنك ملزماً بالإخطار أم لا هو عقد الإصدار، فإذا اشترط العميل على البنك إخطاره قبل الدفع كان مسؤولاً عن مخالفته لهذا الشرط، وكذلك الحال فيما لو اشترط العميل إخطاره بالدفع فقط، لكن هذا الشرط أو ذاك والمشار إليهما لا يعني تعليق الدفع للمستفيد على إرادة العميل، فالبنك ملزم بالدفع بموجب تعهده ولدى أول طلب وكل ما يلتزم به البنك إذا وجد أي من الشرطين أعلاه هو إخطار العميل قبل الدفع أو بعده، دون أي تأخير في الدفع وعلى خلاف ذلك يكون البنك مسؤولاً عن التباطؤ في الوفاء .

ويثور التساؤل هنا عن الحل فيما إذا كان عقد إصدار الضمان خالي من النص على شرط إخطار العميل؟ في الواقع أن هذا الموضوع محل خلاف، فمن الفقهاء من يرى ضرورة إخطار العميل قبل الدفع، وخصوصا إذا كانت الكفالة مشروطة إذ يجب على البنك التأكد من تحقق الشرط من عدمه قبل أن يدفع، بينما يرى جانب أخر من الفقهاء أنه بالإضافة إلى الكفالات المشروطة فإن جميع أنواع الكفالات يجب أن يتم بها إخطار العميل قبل الدفع، وعلة ذلك أنه قد يكون لدى العميل ما يفيد براءة ذمته والبنك من الالتزام قبل المستفيد، لكن لا يجوز في رأيهم تعليق الوفاء على موافقة العميل[2].

أما بالنسبة إلى أغلبية الفقه ورأيهم في هذا الموضوع فإنهم يذهبون إلى أن البنك غير ملزم بإخطار عميله قبل الدفع ذلك أن البنك يلتزم في مواجهة المستفيد بصفته مدينا أصيلا وليس نائبا أو وكيلا عن العميل، فإذا تلقى المطالبة من المستفيد فقد أستحق المبلغ بذمته واعتبر دينا عليه وجب عليه أداؤه، ولأن خطاب

[1]–محمود القيسي، المرجع السابق، ص 153.

[2]– بضراني نجاة، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1987، ص 90.

الضمان يختلف عن الكفالة المصرفية بحيث أن التزام البنك فيه وعلاقته بالمستفيد مستقلة عن الالتزامات والعلاقات الأخرى بخلاف الكفالة المصرفية التي يكون فيها التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، فإذا ما تمت مطالبة الكفيل بالمبلغ المكفول وجب عليه الرجوع إلى المكفول أولا وإعلامه بنيته للسداد كما يستطيع الكفيل أيضا عدم الدفع استنادا إلى الدفوع المستمدة من علاقته بالمكفول أو من علاقة المكفول بالمستفيد[1].

أخيراً نشير إلى أن هناك حالات يلتزم فيها البنك بإخطار عميله وهي الحالات التي يطلب فيها المستفيد تنفيذ الكفالة أو الخطاب بناء على غش ظاهر منه أو كانت لدى البنك إماءات ظاهرة على غش، ففي هذه الحالة يجب على البنك إخطار عميله دون أدنى تأخير حتى يتمكن من اتخاذ الإجراءات القانونية التي تمنع الوفاء .

ثالثا: رد غطاء الكفالة أو الخطاب الضمان

إن العميل يقدم للبنك عند طلب إصدار الضمان غطاءاً أو تأميناً لإصدار التعهد، فإذا انتهى التزام البنك قبل المستفيد انقضى حق الرهن المقرر للبنك على الغطاء ووجب عليه رده للعميل بعد أن يكون العميل قد دفع له كامل العمولات والفوائد والمصاريف إن وجدت والمترتبة على إصدار الكفالة أو الخطاب. والبنوك عادة لا تفرج عن الغطاء فور انقضاء الكفالة بمنظوريها إنما يتم الانتظار لفترة بسيطة خشية أن تكون قد وردت مطالبة من المستفيد إلى البنك قبيل انقضاء الكفالة أو الخطاب بوقت قصير وتسمى هذه المهلة بمهلة البريد[2].

لكل ما تقدم فهذه هي أهم الآثار التي تترتب على عملية إصدار الكفالة بمنظوريها بالنسبة لأطرافها والتي يتوقف اتساعها وضيقها على إرادة الأطراف بما يضعون من شروط في عقد إصدار الكفالة بمنظوريها أو بما يضعون من شروط في عقد الكفالة بمنظوريها بحث بحد ذاته.

الفرع الثالث

التزام البنك الكفيل في مواجهة الدائن المستفيد

يرتبط البنك الكفيل مع الدائن المستفيد بعلاقة أساسها عقد الكفالة البنكية وما يتضمنها بيانات وتشير هنا إلى أنه لا يشترط قبول الدائر المستفيد للكفالة كتابة، وإنما من يستفاد هذا القبول من واقع استلام الدائن المستفيد لها وعدم اعتراضه عليها في وقت معقول. أما إذا لم تصل الكفالة لعلم الدائن المستفيد كان للبنك حق الرجوع فيها، فقد يقوم العميل بعد تسلمه الكفالة ليعطيها للدائن المستفيد بإعادتها إلى البنك وطلب الغائها. ففي هذه الحالة لا يحق للدائن المستفيد الاعتراض على ذلك طالما لم يتسلمها أصلا.

---

[1]– إسماعيل علم الدين، موسوعة البنوك، المرجع السابق، ص 278.

[2]–إسماعيل علم الدين، خطاب الضمان، ط1، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1970، ص 38.

أولا: الالتزام بالوفاء وضوابطه

إن الالتزام الرئيسي الذي ينتج عن العلاقة بين البنك الكفيل والدائن المستفيد، هو قيام البنك الكفيل بدفع قيمة الكفالة للدائن المستفيد عند مطالبته[1]، ويترتب على ذلك أن البنك الكفيل يصبح ملتزم التزاما شخصيا مباشرا وتضامنيا، فيتعين عليه الوفاء بما تعهد به ومن دون حاجة لتصريح سابق من العميل المدين، فلا بد إذن أن يرد التعهد بهذا المدلول في صياغة الكفالة وعباراتها وبدون ذلك تفقد قيمتها.

لقد سبق لنا وأن أوضحنا أن هذا الالتزام تابع للعقد الأصلي، فالبنك يجوز له رفض الدفع للدائن المستفيد لسبب يرجع لعلاقته بعميله أو لعلاقة العميل بالمستفيد الدائن، كما يجوز له تعليق الدفع على شرط الحصول على موافقة العميل وأبرز دليل أننا نجد في الكثير من الحالات بعد قيام البنك الكفيل بدفع مبلغ قيمة الكفالة للدائن المستفيد، يقوم هذا الأخير برفع الدعاوى ضد العميل وملاحقته قانونا لإجباره على تنفيذ باقي التزاماته التعاقدية أو تحمل نتائج الإخلال بها، كما يتأثر هذا الالتزام بأي ظرف طارئ خارج العلاقة بين البنك الكفيل والدائن المستفيد ويتحدد التزام البنك الكفيل بالعبارات الواردة في الكفالة والتي عادة تتأثر بالعقد الأصلي، بحيث إذا تحققت الشروط الواردة فيها وجب على البنك الكفيل الوفاء بما تعهد به، فالملاحظ أن التزام البنك الكفيل حرفي مما يجعل دوره شكلي بحت، ذلك أن العميل عند تعاقده مع البنك الكفيل يطلب منه تحقيق نتيجة معينة عادة تتمثل في دفع قيمة مالية معينة[2].

أ) قواعد مطالبة الدائن المستفيد للبنك الكفيل

للدائن المستفيد حق الرجوع على البنك الكفيل لمطالبته بالدين متى لم يف المدين العميل بذلك، وتحكم هذه الأخيرة قاعدتين أساسيتين طبقا للقواعد العامة هما :

1_ وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل

مطالبة الدائن المستفيد للكفيل لا تجوز إلا عند حلول أجل الكفالة[3] والغالب أن يكون أجل التزام الكفيل هو نفس أجل الالتزام المكفول (العقد الأصلي)، إلا أنه قد يحدث أن يختلف الأجلان بالاتفاق أو بناء على واقعة أخرى تؤدي لسقوط أجل التزام المدين, فإن كان أجل التزام الكفيل مختلف عن أجل الالتزام المكفول، فإن الأجل الممنوح للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للمدين أو قبله ؛ فإن حل التزام المدين العميل قبل حلول أحل التزام

---

[1]–عبد الرزاق قاسم، العمليات المصرفية، د ط، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2009، ص 225.

[2] –محمد سعيد ليندة، المرجع السابق، ص255.

[3]–المواد من 209 إلى 212 ق م ج.

الكفيل فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد لالتزامه، لأن التزام الكفيل يمكن أن يكون أخف عبء من الالتزام الأصلي[1]، ويستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له.

2-مدى وجوب رجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل:

القاعدة العامة أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين وهذا ما تضمنته نص المادة 660 الفقرة الأولى من ق .م .ج ومؤدى ذلك أن الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولا ولا يرجع ابتداء على الكفيل ولكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين والكفيل في أن واحد و يقصد بالرجوع المطالبة القضائية أي رفع الدعوى على المدين والحصول على حكم قضائي بإلزامه ومن ثمة لا تكفي مجرد المطالبة الودية أو إعذار المدين للوفاء بالتزامه ويرد على هذه القاعدة استثنائيين:

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

الثاني: إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ على المدين فإن مجرد التنبيه بالوفاء يعتبر في ذاته رجوعاً كافيا على المدين ويفتح طريق الرجوع على الكفيل[2].

ثانيا: الآثار المترتبة عن المطالبة بالوفاء "التزامات الدائن المستفيد"

لقد نصت المادة 671 ق.م.ج على: إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين»، وحكمها ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة بنصل المادة 261 ق.م . ج ، و ما بعدها الخاصة بالوفاء مع الحلول، ومنه يترتب على حلول الكفيل محل الدائن أن يكون للكفيل أن يرجع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص وما يلحقه من تأمينات وعلى ذلك نصت المادة 659 ق.م.ج على:

«على أن يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع»، ويقرر هذا النص واجبا منطقيا على الدائن إزاء الكفيل، مبناه حلول الكفيل محل الدائن، فيجب إذن أن يمكنه من هذا الحلول، وهو مجرد تطبيق للقواعد العامة[3].

وعليه يلتزم الدائن اتجاه الكفيل بما يلي:

---

[1]-المادة 2/652 ق م ج.

[2]- محمد صبري سعدي، شرح ق م ج، عقد الكفالة، ط1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992، ص 70.

[3]-محمد سعيد ليندة، المرجع السابق، ص 263.

أ) تسليم المستندات: يلتزم أن يسلم للكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع وتتمثل أهمها في سند الدين المكفول، لأنه يعد دليلا على وفاء الدين ويستطيع بموجبه الرجوع على المدين ومخالصة من الدائن بأنه استوفي الدين من الكفيل، أما إذا بين للكفيل أن الدائن غير مستعد للقيام بالتزامه كان من حق الكفيل الامتناع بدوره عن تنفيذ التزامه، لأنه تصرف ينطوي على إضعاف لحق الكفيل في الرجوع واسترداد ما يستوفيه وكان للكفيل أن يودع مبلغ الدين بأمانة ضبط المحكمة، وله بعد هذا الإيداع القانوني الرجوع على المدين المخالصة بعد الحصول على شهادة بذلك تغنيه عن مستندات الدين.

ب)تمكين البنك من الحلول :الكفيل يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول كما سنرى لاحقا وعليه فالدائن يلتزم بتمكينه من هذا الحلول في تأمينات الدين طبقا لنص المادة 659 من ق.م.ج، فالنص ألزم الدائن القيام بنقل الضمانات للكفيل ويتم النقل من خلال اتخاد الإجراءات التي تتفق وطبيعة الضمان، فإن كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عن حيازته للكفيل، أما إن كان مضمون بتأمين عقاري) رهن رسمي أو حق اختصاص) فعلى الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقله وذلك بالتأشير على هامش القيد مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذي قرر حق الاختصاص ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين بعد ذلك .

المطلب الثاني

الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة

سنوضح في هذا المطلب الدفوع التي يمكن للكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن عند مطالبته، والمستمدة من التزام الأصلي.

الفرع الأول:

دفوع الالتزام الأصلي

يحق للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة الدائن، ذلك لأن تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول، وقد نصت المادة 1/654 على هذا : {يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين[1]، وللكفيل التمسك بهذه الدفوع ولوكان متضامنًا مع المدين} إذ تنص المادة 666 على أنه {يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به

[1] –وهي المادة المطابقة لنص المادة 782 مدني مصري و 748 سوري ويتلخص مضمونها بأنه يحق للكفيل أن يدلي بجميع أسباب الدفع المختصة بالدين الأصلي شخصية كانت أو عينية ومن حملتها الأسباب المبنية على عدم أهلية المدين الأصلي ويكون له هذا الحق بالرغم من معارضة المديون الأصلي أو عدو له عن تلك الأسباب.

الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين}[1]، فطبقًا لهذه النصوص يستطيع الكفيل التمسك في مواجهة الدائن بكل ما يستطيع المدين الأصلي أن يدفع به هذه المطالبة، ومن هذه الدفوع ما يؤدي إلى بطلان الالتزام المكفول، كالدفع بالبطلان لانعدام الرضا المحل السبب أو لتخلف الشكل القانوني.

كما له التمسك بالدفوع المؤدية إلى انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء، التجديد، التقادم، والوفاء بمقابل اتخاذ الذمة. وللكفيل التمسك بقابلية العقد الذي أنشأ للالتزام المكفول للإبطال لأي عيب شاب رضا المدين كغلط أو تدليس أو إكراه، و يتمسك الكفيل بهذه الدفوع باسمه هو لا باسم المدين لأن التزامه يتعلق بالالتزام المكفول ويرتبط به وجودًا وعدمًا، ولذا فله بمُقتضى حق خاص التمسك بكل ما سيؤدي هذا الالتزام أو يؤدي لانقضائه وله التدخل في الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين ليتمسك بدفع قد لا يتمسك به المدين نفسه وله التمسك بهذه الدفوع ولو نزل عنها المدين فله التمسك بتقادم الالتزام المكفول حتى ولو كان المدين قد نزل عن حقه في التماسك بالتقادم.

أما إذا أجاز المدين العقد القابل للإبطال فليس للكفيل الحق في التمسك بهذا السبب إلا أن كان المدين متواطئ مع الدائن، هذا وأن التمسك بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص أهلية الكفيل فإن المادة 654 ق.م. في فقرتها الأولى نصت على أن: {إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص الأهلية وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه} ويتضح من هذا النص أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالمًا بذلك وقت التعاقد، إلا أنه إذا تمسك المدين بنقص أهلية وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي، فإن الكفيل يستفيد من ذلك ،ويبطل التزامه تبعًا، ويلاحظ أن هذا النص يختلف عن حكم المادة 649 ق.م.ج التي تنص على: {من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقصد الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول} ، وهو النص الذي يتناول حكم فرض الكفيل بسبب نقص الأهلية و يحرم الكفيل من التمسك ببطلان تصرف المدين المكفول و يتمسك به المدين.

---

[1]- يلاحظ أن مركز الكفيل المتضامن مع المدين يختلف عن مركز المدين المتضامن مع غير من المدينين، فالمدين المتضامن لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن إلا بالدفوع المتعلقة بشخصه، هو والدفوع المتعلقة بالدين، دون الدفوع الخاصة بغيره من المدينين، (المادة 223 مدني الجزائري) والواقع أن اختلاف صياغة المادة 1/456 عن المادة 666 قد يوحي بشيء من اللبس، فبينما المادة 1/654 على أن: {.. للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ..} أي الدفوع الخاصة بشخصه والدفوع المتعلقة بالدين و نص المادة: 666 نصت على:{.. للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ..} مما يوحى أن الكفيل المتضامن لا يستطيع التمسك بالدفوع المتعلقة بشخص المدين غير أن الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري بالنسبة للمادة 794 المُطابقة للمادة 666 من قانون المدني الجزائري تدل بوضوح على أن المشرع قصد مساواة الكفيل المتضامن بالكفيل غير المتضامن فيما يتعلق بالتمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول.

الفرع الثاني:

الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة

زيادة على الدفوع السابقة الذكر، فإن المشرع الجزائري منح الكفيل دفوع خاصة به مراعاة لصفته واعتبار لالتزامه، وفيما يلي سنعرض هذه الدفوع:

أولا: الدفع بإضاعة التأمينات

تنص المادة 656 ق. م. ج على أنه: « تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ويقصد بالضمانات في هذه المادة، كل التأمينات المخصصة لضمان الدين، ولو تقررت بعد الكفالة، وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون"، تتضح من نص المادة أن الدائن إن أهمل المحافظة على التأمينات بأن أضاع بخطئه شيئًا منها فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن من هذه الضمانات وللكفيل[1] أن يدفع مطالبة الدائن له، ويشترط لثبوت حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع توافد شروط:

أ_ أن يكون الدائن قد أضاع تأمينًا خاصًا:

فيجب أن يكون التأمين الضائع تأمينًا خاص للوفاء بالدين المكفول سواء أكان تأمين شخصي (كفالة أخرى)، أو عيني قدم من المدين أو شخص آخر، سواء وجد قبل الكفالة أو معها أو بعدها، وهناك رأي يقصر الضمانات على التأمينات الاتفاقية كالرهون، لكن الغالب هو الأخذ بأي ضمان سواء كان اتفاقي، قانوني، قضائي لأن النص جاء صريح، إذا أهمل الدائن المحافظة على الضمان العام للمدين كما لو أهمل مطالبته حتى أعسر فلا يثبت الدفع للدائن لأنه لم يضيع هنا تأمين خاص[2]، هذا و يجب أن يكون التأمين نشأ ثم ضاع بخطأ الدائن، وعليه فإن الشرط لا يكون متوفر إن كان الدين المكفول دين أجرة وأهمل الدائن مطالبة المستأجر(المدين المكفول) بوضع منقولات في العين المؤجرة لضمان الوفاء بالأجرة مما يترتب عليه عدم نشوء حق الامتياز المنصوص عليه في المادة 995 ق.م.ج.

ب- يجب أن يكون ضياع التأمينات بخطأ من الدائن:

أو يخطأ شخص ممن يسأل عنهم، سواء كان فعلًا إيجابيًا كإبرائه لكفيل آخر أو كان الخطأ تركًا كإهماله في قيد الرهن، هذا وإذا أسهم الكفيل في إضاعة التأمين الخاص فإن الغالب من الفقه يرى أن ذمته لا تبرأ إذ

---

[1]–محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص76.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح ق م، نظرية الالتزام بوجه عام، ج3، دط، دار الإحياء للتراث العربي، بيروت، لبنان، 1968، ص 245.

أنه لا يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع، بينما ذهب الرأي الآخر إلى القول بأن المسؤولية توزع بين الدائن والكفيل وفقًا لقواعد الخطأ المشترك.

ج- يجب أن يترتب على ضياع التأمينات ضرر بالكفيل:

إذ يتوجب أن يكون ذا قيمة معتبرة في ضمانًا حق الدائن، وبالتالي في ضمان رجوع الكفيل على المدين بعد قيامه بوفاء الدائن، ولا يؤثر في هذا أن يكون المدين موسرا أو هناك ضمانات أخرى تكفي للوفاء بكل الدين، هذا وإذا كانت الضمانات التي أضاعها الدائن عديمة القيمة فإنه لا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع. ويتمسك الكفيل بهذا عن طريق دفع أثناء رجوع الدائن عليه، وله طلب ذلك عن طريق رفع دعوى على الدائن يطلب فيها الحكم ببراءته بسبب إضاعة التأمينات ويترتب على قبوله براءة ذمة الكفيل بقدرها إضاعة الدائن بخطته، ويتوجب التمسك بهذا الدفع لأن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها لأنه لا يتعلق بالتقادم العام[1].

ثانيا: الدفع بعدم اتخاذ الدائن للإجراءات ضد المدين

نصت المادة 1/657 بقولها: «لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه تتخذها[2]» يتضح من النص أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل ولو ترتب عنه إضرار بالكفيل نتيجة إعسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عليه. إلا أن القانون لم يترك الكفيل بدون حماية، لذا نص في الفقرة 2 من المادة 657: «غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانًا كافيًا»، ومنه إذا خل أجل الدين وخشي الكفيل أن يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين أن ينذره باتخاذها حتى يرفع الدائن دعوى على المدين أو يبدأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضده إذا كان بيده سند تنفيذي فإن انقضت ستة أشهر من يوم الإنذار دون أن يقوم الدائن في اتخاذ هذه الإجراءات برأت ذمة الكفيل[3]، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانًا كافيًا يضمن به الكفيل الرجوع على المدين إذا ما اضطر للوفاء للدائن، وقبول هذا الدفع يؤدي إلى رفض دعوى الدائن والحكم ببراءة ذمة الكفيل.

ثالثا: الدفع بعدم تدخل الدائن في تفلسة المدين

نصت المادة 658 ق.م.ج : «إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن». لقد فرض القانون على الدائن التدخل في التفليسة، لأنها الوسيلة الوحيدة للحصول من المدين على ما يمكن الحصول عليه فإن

---

[1]–محمدي سليمان، مدونة حول التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، د م ج، الجزائر، 1999، ص40.

[2]– النص الرسمي سقط منه كلمة "لم ".

[3]–محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 77.

قصر الدائن في اتخاذ هذا الإجراء، وترتب عليه ضياع فرصته في استفاء بعض حقه فلا يجوز له الرجوع على الكفيل إلا بما يزيد على القدر الذي كان سيحصل عليه من التفليسة لو دخل فيها.

فإن لم يدخل الدائن في التفليسة وطالب الكفيل بالوفاء بكل الدين جاز لهذا الأخير التمسك في مواجهة ببراءة ذمته بالقدر الذي أضاعه لعدم تدخله في التفليسة وله أن يتمسك بهذا في صورة دعوى للحصول على البراءة[1]. وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا جاء فيه: «حيث وأن المحكمة العليا وبالرجوع إلى عناصر الملف وجدت أن المدين مؤسسة أشغال البناء قسنطينة، قد حلت وعين لها مصفى والحال كان على المدعي عليه ديوان الترقية والتسيير العقاري أن يطالب بدينه أمام المصفى قبل العودة على الكفيل (القرض الشعبي الوطني) وهو ما لم يقم به، وبذلك أخطأ في تطبيق المادة 658 ق.م ومنه كان على الدائن إتباع الاجراءات اللازمة قبل العودة على الكفيل»[2].

رابعا: الدفع بعدم الوفاء الناشئ عن التزام الدائن

لقد نصت المادة 671 ق.م.ج على: «إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين»، وحكمها ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 261 ق.م.ج، وما بعدها الخاصة بالوفاء مع الحلول، فالمادة 264 نصت: «من حل محل الدائن قانونًا أو اتفاقًا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن». ومنه يترتب على حلول الكفيل محل الدائن أن يكون للكفيل أن يرجع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص، وما يلحقه من تأمينات وعلى ذلك نصت المادة 659 ق.م.ج على: «على أن يلتزم الدائن بأن سيلم للكفيل وقت وفاته الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع».

ومن تم فإن الكفيل يقوم بعد الوفاء بالدين المكفول بالرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وعلى هذا الأخير أن يسلمه وقت الوفاء كل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، بدعوى الحلول أين يحل محل الدائن في حقوقه و أهم هذه السندات، سند الدين المكفول الموجود في يد الدائن ومخالصة من الدائن تفيد استيفاءه للدين فإن امتنع الدائن عن هذا كان من حق الكفيل الامتناع بدوره عن تنفيذ التزامه لأنه تصرف تنطوي على إضعاف لحق الكفيل في الرجوع واسترداد ما يستوفيه، وعند النزاع بصدد أي من الطرفين يبدأ في التنفيذ كان للكفيل أن يودع مبلغ الدين بخزانة المحكمة، وله بعد هذا الإيداع القانوني الرجوع على المدين بعد الحصول على شهادة بذلك تغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة[3].

---

[1]– محمدي سليمان، المرجع السابق، ص43.

[2]–قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2002/10/09 غير منشور تحت رقم 264039 بين القرض الشعبي الوطني وكالة 30 و ديوان الترقية والتسيير العقاري.

[3]– أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د س ن، ص 167.

هذا ولقد نصت المادة 2/659 و 3 على أنه: «إذا كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل. وإذا كان الدين مضمون بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة للنقل هذا التأمين ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين». فالنص ألزم الدائن القيام بنقل الضمانات للكفيل، ويتم النقل من خلال اتخاذ الإجراءات التي تتفق وطبيعة الضمان، فإن كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عن حيازته للكفيل، أما إن كان مضمون بتأمين عقاري (رهن رسمي أو حق اختصاص) فعلى الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقله و ذلك بالتأشير على هامش القيد مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذي قرر حق الاختصاص و يتحمل الكفيل مصروفات النقل، على أن يرجع بها على المدين بعد ذلك[1].

الفرع الثالث

طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه

يتضح مما سبق أن للكفيل إذا وفى بالدين، كان له الرجوع على المدين بإحدى الدعويين، وهما الدعوى الشخصية ودعوى الحلول، سنفصل فيهما في هذا الفرع.

أولا : الدعوى الشخصية :

تنص المادة 670 ق.م.ج على أنه: «يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء أي بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق، أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه. فإن لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه». وتنص المادة 672 على أنه: «يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه»[2]. ويرجع بأصل الدين والمصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده». ومن ثم يكون للكفيل الذي كفل المدين، سواء كانت الكفالة بعلمه أو بغير علمه الرجوع بالدعوى الشخصية سواء كان متضامنًا أو كفيلًا عاديًا، سواء كان شخصيًا أو عينيًا، لكن هناك استثناء:

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

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، صفحة 110.

[2] –رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص160.

– ولا يدخل أيضًا في نطاق هذا النص، الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين، وتكون الكفالة في صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الالتزام في ذمة المدين، وذلك لتأمين الدائن ضد خطر إعسار المدين ودون فائدة لهذا الأخير[1]، وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وإن كان له الحق في الرجوع بناءًا على دعوى الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني (المادة 141، 142 ق.م.ج)[2]. هذا وأن أغلبية الفقه الحديث يذهب إلى القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين طبقًا للمادة 670 و 672 ق.م.ج هي دعوى مستقلة هذا و يرى أغلب الفقه إلى وجوب حرمان الكفيل من الدعوى الشخصية متى أبرمت رغم معارضة المدين أن كانت لصالح الدائن، وحده ليقتصر حقه في الرجوع على المدين بدعوى الحلول فقط، هذا و تشير إلى أن الفقه المصري يجيز للكفيل في هاتين الحالتين وعلى تقضي المشرع الفرنسي الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب طبقًا للقواعد العامة[3].

أ) شروط دعوى الكفالة:

1–أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته:

يجمع الفقه على أن دعوى الكفالة تقتصر على الحالات التي تنعقد فيها، الكفالة دون معارضة المدين سواء كانت بعلم المدين أم بغير علمه، وذلك على أساس أن الكفالة تحقق في الغالب مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معًا، لأنها تحقق اطمئنان الدائن إلى المدين وثقته فيه فيقبل التعامل معه و يمنحه الائتمان، ويستوي في ذلك الكفيل العادي أو المتضامن، الكفيل المأجور أو المتبرع، الكفيل الشخص أو العيني، فيحق لكل منهم الرجوع بدعوى الكفالة طالما تمت الكفالة بغير معارضة المدين و كانت تحقق مصلحة المدين أو مصلحة الدائن و المدين معا. وفي كل هذه الأحوال يقتصر حق الكفيل في الرجوع على المدين بدعوى الحلول وذلك لأن الدعوى الشخصية دعوى خاصة تمنح للكفيل على أساس أنه يكون قد أسدى خدمة للمدين[4]. ويجيز الفقه في هاتين الحالتين للكفيل، بالإضافة إلى دعوى الحلول الحق في الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة .

---

[1]– زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص ص80 ،81.

[2] –محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص97.

[3]– المرجع نفسه، ص 82.

[4]–رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص165.

2- قيام الكفيل بالوفاء للدائن:

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

3- وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله:

يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول عند حلول أجله، فإن قام بالوفاء قبل الميعاد لم يكن له الرجوع على المدين إلا عند حلول الأجل، ويفقد حقه في الرجوع عليه إذا انقضي الدين لسبب ما بين ووفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل المقصود هنا هو الأجل الأصلي للدين، فإن امتد هذا الأجل بالاتفاق أو بناءا على حكم المحكمة فإن هذا الأجل الإضافي لا يقيد الكفيل وله الوفاء بالدين بمجرد حلول الأجل الأصلي ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى قبل نهاية الأجل الإضافي[1].

4-ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل:

يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه من دين للدائن، بشرط أن يترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين، أما إن كان الوفاء قد تم بخطأ الكفيل لأن هذا الوفاء لم يكن واجب بسبب بطلان مصدر الدين أو انقضائه كليًا أو جزئيًا، فإنه لا وجه لرجوع الكفيل على المدين بما وفاه ولهذا السبب أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين، قبل الوفاء بالدين، بعزمه على الوفاء فقد يكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء وعليه فإن على المدين إبداء اعتراضه على وفاء الكفيل خلال مدة معقولة، وأن يتضمن هذا الاعتراض أسباب جدية تمنع الوفاء بالدين، ولا وجود لشكل خاص لإخطار الكفيل للمدين و لاعتراض هذا الأخير على الوفاء، فقد يتم بورقة رسمية أو عرفية أو شفاهية، فإن قام الكفيل بالوفاء دون إخطار المدين، فإنه يتحمل مسؤولية ذلك الوفاء بحيث لو أثبت المدين بأن هذا الوفاء لم يفده لم يكن للكفيل أن يرجع على المدين بشيء مما وفاه ويتحمل مسؤولية وفائه الخاطئ.

ما إذا قام الكفيل بإخطار المدين ورد عليه طالبًا منه عدم الوفاء، مبررًا أسباب ذلك، كان على الكفيل الامتناع عن الوفاء، وإن اتخذ الدائن إجراءات المطالبة القضائية في مواجهته كان عليه أن يدخل المدين في الدعوى. هذا وإن رأى الكفيل عدم جدية اعتراضات المدين، وقام بالوفاء على مسؤولية، فإن اثبت بعد ذلك صحة هذه

[1]-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 101.

الاعتراضات لم يكن للكفيل الرجوع عليه، ولكن يرجع على الدائن لاسترداد ما دفع بدون حق[1]. أما إذا لم يرد المدين على إخطار الكفيل أو تراخى ووفى الكفيل، لم ينسب له تقصير ويكون له أن يرجع بالدعوى الشخصية لاسترداد ما وفاء ولو ظهر أن للمدين أسباب تقضي ببطلانه، إذ يتحمل تبعة تقصيره و يلتزم بأن يدفع للكفيل ما أداه. هذا وأن موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية فإنه وطبقا للمادة 672 نصت على أنه: «يرجع الكفيل بأصل الدين ولمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده»، مما يفيد أن الكفيل يرجع بأصل الدين والمصروفات.

1-1 أصل الدين

وهو كل ما قام الكفيل بدفعه إلى الدائن لإبراء ذمة المدين، ويشمل ذلك مقدار الدين الأصلي، وكذا فوائد هذا الدين لو كان ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا أكد فيه على إمكانية الكفيل أن يطالب بكل الفوارق بين مبلغ الكفالة والمبلغ الذي التزام بدفعه كالآتي: "وحيث أن المجلس لما ألزم الطاعن الحالي بدفع مبلغ الكفالة تنفيذ العقد المبرم بين الطرفين وصرفه للقيام بدعوى مستقلة تطلب إرجاع الفرق في الضريبة، يكون قد سبب قراره نسبيا كافيًا." فالكفيل ملزم بالدفع دائمًا ولو زاد المبلغ [2].

1-2 المصروفات

وهي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة، وتلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل واضطر الكفيل إلى ردها له، بالإضافة إلى ذلك ما يكون قد أنفقه في الإرشاد على أموال المدين لتجريده ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل، لكن لا يرجع بهذه المصروفات على المدين إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات، التي اتخذها ضده لأن المدين متى أخطر بها قد يسارع إلى الوفاء بالتزامه، ويتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل أو الدائن لو لم يخطر، هذا وبالمقابل أن حق الكفيل في الرجوع يمتد حتى إلى مصروفات المطالبة الأولى بمصروفات التنبيه بالوفاء ومصروفات دفع الدعوى، إذ أنها مصروفات تنفق قبل أن يصل الكفيل إلى اتخاذ أي إجراء بالإخطار للمدين ولهذا يلتزم بها المدين لا الكفيل[3].

هذا ولقد أثير التساؤل عما إذا كان للكفيل مطالبة المدين بالتعويض إذا لحقه ضرر؟ وهنا نقول أن المادة 672 مدني جزائري لم تذكر شيء عن التعويض، وأمام سكوت النص الجزائري نقول بضرورة العودة إلى

---

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 102.

[2]–قرار صادر بتاريخ 2001/11/07 تحت رقم 247/903 غير منشورين ديوان الترقية والتسيير العقاري سيدي بلعباس ومقاولة البناء العباسية.

[3]–محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 103.

القواعد العامة والتي تسمح بالمطالبة بالتعويض متى سبب فعل الغير ضررًا، ومثاله في هذا الموضوع، أن يضطر الكفيل إلى بيع ماله بثمن بخس حتى يفي للدائن أو أن يوقع الدائن حجزًا على مال الكفيل وبيعه بثمن بخس وفي هذا الصدد قرار من المحكمة العليا جاء فيه: «حيث أن الطاعن (د.ع) كفيل المدين (ب.س) وأن المحكمة ألزمه الطاعن بدفع 14000.000 دج بصفته ضامن في صفقة تجارية، وأن هذه المطالبة مست بمركزه سمعته التجارية وعرضته للخسارة والحال أن تقدير المسؤولية المدنية والضرر الناشئ عنها هو من المسائل التي يبقى تقديرها خاضعا لقضاة الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه[1]. وهو القرار الذي يؤكد اتجاه المحكمة العليا في إمكانية المطالبة بالتعويض –

ثانيا: الرجوع بدعوى الحلول

تنص المادة 671 ق.م.ج على أنه: «إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن استوفى كل حقه من المدين».

والملاحظ أن حكم هذا النص ليس إلا تطبيقًا خاصًا للقاعدة العامة التي وردت في المادة 261 ق.م.ج: «إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال التالية: إذا كان الموفى ملزمًا بالدين مع المدين أو ملزمًا بوفائه عنه»، والكفيل كما رأينا ملزم بوفاء الدين عن المدين، فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول[2]: أن يكون قد وفى الدين، ويستوي أن تكون الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو دون علمه، أو رغم إرادته، سواء كانت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن. غير أن الفرق بينها وبين الدعوى الشخصية التي تستند إلى الكفالة هو أنها لا تجوز إلا إذا كان الدائن قد استوفى كل حقه، بخلاف الدعوى الشخصية، فممن وفى جزء من الدين، الحق في الرجوع به على المدين.

فالرجوع بدعوى الحلول توجب أن يكون الدائن قد استوفى كل حقه، ونصت على ذلك المادة 2/671: «ولكن إذا لم يوف إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي كل حقه من الدين»، وهو تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 265 ق.م.ج: "وإذا وفى الغير الدائن جزءًا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك وطبقًا للعبارة الأخيرة من النص فإن للدائن أن يسمح للكفيل الرجوع بدعوى الحلول قبل استفاء كل حقه ذلك أن الغرض من هذه الدعوى حماية مصلحة الدائن الذي له التنازل عن الحماية المقررة له.

هذا وللكفيل الاستفادة من كل التأمينات التي تضمن الدين متى وفي بالالتزام أو وفاه جزئيًا وقام المدين بالوفاء بالجزء الباقي، أو قام شخص آخر غير المدين كالوفاء، وهنا يكون هذا الشخص والكفيل على قدم المساواة، فيقسمان الناتج من دعوى الحلول قسمة غرماء وهو ما نصت عليه المادة 265 ق.م.ج بقولها: «فإذا

---

[1]– قرار صادر بتاريخ 1999/10/13 تحت رقم 210460 بين دماس علي وبلقاسمية السعيد، غير منشور.

[2]–محمد صبر السعدي، المرجع السابق، ص104.

حل شخص آخر محل الدائن فيم بقى له من حق، رجع من حل أخيرا هو من تقدمه في الحلول، كل بقدر ما هو مستحق له، وتقاسما قسمة غرماء». يترتب على حلول الكفيل محل الدائن طبقًا للمادة 671 من ق.م.ج والمادة 261 و 264 أن يكون للكفيل الرجوع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص وما يلحقه من توابع، وعليه من دفوع على التفصيل التالي:

يرجع الكفيل بحق الدائن بماله من خصائص، وعليه فلا يمكن أن يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل الذي يستطيع الدائن الرجوع فيه، فلو منح الدائن أو القاضي أجل للمدين، فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع قبل الأجل الجديد[1]، وإن كان الدين تجاريًا كان رجوع الكفيل على أساس هذه الصفة وهو الشيء الذي يترتب عليه آثار خاصة بالإثبات والاختصاص في حين أن رجع بالدعوى الشخصية فإنه يرجع بالتزام مدني.

وإذا كان حق الدائن يسقط بالتقادم القصير، كانت له هذه الصفة عند رجوع الكفيل به، فيسقط بهذه المدة القصيرة، وقد تكون هذه المدة أوشكت على الانقضاء، فلا تلبث أن تنقضي بعد انتقال الحق للكفيل وهذا على غرار حالة الرجوع بالدعوى الشخصية أين رأينا أن حق الكفيل لا يسقط إلا بمدة خمسة عشر سنة، كما يرجع بما يلحق هذا الحق من توابع (كالفوائد مثلًا)، كما يستفيد من كل التأمينات سواء كانت شخصية، أو عينية وهي تنتقل بحكم القانون إنه لا يحتاج إلى اتفاق بين الكفيل والدائن[2]. كما أن الكفيل يحل محل الدائن في حقه بما يرد على هذا الحق من دفوع، فيتمسك المدين في مواجهة الكفيل بما كان يستطيع التمسك به في مواجهة الدائن وقد رأينا أن رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية، إذا أخطره الكفيل بالوفاء ولم يعترضه فإنه لا يستطيع الرجوع قبل الأجل الجديد.

ثالثا: رجوع الكفيل عند تعدد المدينين المتضامنين والغير المتضامنين

تنص المادة 673 مدني على ما يلي: «إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين، فللكفيل الذي ضمنهم جميعًا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين». لقد سبق وأن درسنا رجوع الكفيل على المدين على فرضية أن المدين شخص واحد، إلا أنه يحدث أن يتعدد المدينون بنفس الدين، وفي هذه الحالة يكون الكفيل قد ضنهم جميعًا كما قد يكون كفل بعضهم فقط، كما يمكن أن يكونوا متضامنين فيما بينهم، وقد لا يكون كذلك، وفيما يلي نبين حكم هذه الفروض.

أ) حالة تعدد المدينين مع عدم تضامنهم

إذا كان المدينون غير متضامنين فيما بينهم، وكفلهم الكفيل جميعًا، ووفى بالدين للدائن، فإنه في هذه الحالة يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه، سواء رجع الكفيل بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية أو بدعوى الإثراء بلا سبب. أما إذا كان المدينون غير متضامنين فيما بينهم وكفل الكفيل بعضهم فقط فإنه في هذه الحالة لا يرجع الكفيل إلا على المدينين الذين كفلهم وبقدر نصيبهم في الدين وليس للكفيل الرجوع على

---

[1]– رغم أننا رأينا أنه في الرجوع بالدعوى الشخصية العبرة بالأجل الأصلي للالتزام.

[2]–محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 50.

غيرهم سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول إذا دفع أكثر من نصيب المدينين الذي كفلهم مما أدى إلى براءة ذمة الكفلاء الذين لم يدفع لهم فإنه يجوز له الرجوع على الدين لم يكفلهم بدعوى الإثراء بلا سبب[1].

ب) حالة تعدد المدينين وتضامنهم

إذا كان المدينون متضامنين وضمنهم الكفيل جميعًا فإنه في هذه الحالة يكون له الرجوع على أي منهم بكل الدين الذي وفاه، ويكون له ذلك سواء رجع بدعوى الحلول أن بالدعوى الشخصية. أما إذا كان المدينون متضامنين، وضمن الكفيل بعضهم فقط فإنه كذلك يحق له أن يطالب أيًا من المدينين الذين ضمنهم بكل الدين الذي وفاه سواء رجع عليه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه عمليًا هو:

*هل يجوز للكفيل أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله ؟ وبأي دعوى ؟

من المُسلّم به، أنه لا يجوز له الرجوع عليه بالدعوى الشخصية لأن هذه الدعوى خاصة برجوع الكفيل على المدين الذي كفله، ولكن يجوز للكفيل أن يرجع على المدينين الذين لم يضمنهم بدعوى الإثراء بلا سبب بقدر الإثراء فقط، كما يمكنه أن يرجع عليهم بالدعوى الغير مباشرة مستعملًا حقوق مدينه، لأن الكفيل بقيامه بالوفاء يصبح دائنًا للمدين[2]،

وفي هذا الصدد تنص المادة 189 ق.م.ج، على ما يلي: «لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصًا بشخصه أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولًا، إلا إذا اثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه»، ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام.

أما بالنسبة لرجوع الكفيل بدعوى الحلول فهناك من يرى أنه لا يجوز للكفيل الرجوع على المدينين الذي لم يضمنهم بهذه الدعوى، وهناك من يرى عكس ذلك، أي أنه يحق له ذلك، وسندهم في ذلك المادة 264 ق.م، التي تؤكد على أن من حل محل الدائن كان له حقه بما يكفل هذا الحق من ضمانات، والتضامن بين المدينين هو أحد ضمانات الوفاء بالحق، وعليه فإنه يجوز للكفيل الذي حل محل الدائن أن يرجع على أي مدين متضامن بكل الدين ولو لم يكن قد كفله.

ويذهب البعض إلى القول بأن رجوع الكفيل على المدين المتضامن غير المكفول يكون بقدر حصته فقط، ولكن الرأي الغالب يذهب إلى أنه يحق للكفيل[3]، أن يرجع بكل الدين على أي من المدينين المتضامنين حتى الذي لم يكفله منهم، وعلى ذلك يكون الحكم واحد بالنسبة للكفيل الذي يضمن جميع المدينين المتضامنين و

[1] –رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص170.

[2] – محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 53.

[3] –محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص112.

الكفيل أن يرجع بدعوى الحلول (أي أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق) على أي من المدينين المتضامنين حتى من لم يكفله منهم و بكل الدين.

رابعا : رجوع الكفيل بعد الوفاء على غيره من الكفلاء المتضامنين والغير متضامنين

من المقرر قانونًا أنه إذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن كان له حق الرجوع على الكفلاء الذين كفلوا نفس الدين، وبالنسبة لهذا الرجوع يجب أن نميز بين ما إذا كان الكفلاء متضامنين أو غير متضامنين وهو ما سوف نتطرق له على النحو التالي:

أ) الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء دون تضامن

تنص المادة 1/664 على أنه: «إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة». ومنه إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم عليهم، ولا يكون للدائن أن يطالب كلا منهم إلا بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين، كما أن لكل منهم أن يتمسك بالتقسيم إذا طالبه الدائن بكل الدين، فإذا وفى أحد الكفلاء كل الدين، بالرغم من عدم التزامه، فلا يستطيع الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب وفقا للقواعد العامة ويرجع على كل منهم بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين دون اعتبار لما يطرأ بعد ذلك من إعسار لبعض الكفلاء، (إذ لا يتحمل هذا الإعسار غيره من الكفلاء) بل الدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم[1].

ب) الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء مع تضامنهم

إذا تعدد كفلاء الدين الواحد، وكانوا متضامنين فيما بينهم أو كانوا قد التزموا بعقود متوالية (2/664 ق.م.ج) فإن كلا منهم يكون مسؤول عن كل الدين ولا يستطيع أحد الكفلاء أن يتمسك بتقسيم الدين بينه و بين غيره من الكفلاء، فإذا وفى أحدهم الدين بعد مطالبته، فله الرجوع على غيره من الكفلاء إما بدعوى الإثراء بلا سبب، وإما بدعوى الحلول محل الدائن وفي الحالتين فإنه لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته و نصيبه في حصة من أعسر من الكفلاء.

فإذا رجع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب، فإنه يرجع بأقل القيمتين قيمة افتقاره أو قيمة ما أثرى به الكفيل الذي رجع عليه، وهذا الأخير قد أثرى بمقدار حصته و نصيبه في حصة المعسر، أما الكفيل الذي وفى، فقد افتقر بمقدار ما وفاه مجاوزًا حصته في المسؤولية عن الدين، ولا يمكن القول أنه لم يفتقر لأنه كان ملزم بوفاء الدين كله وحصل مقابل الوفاء على براءة ذمته وهنا لا يمكن هذا القول إذ أن مسؤولية الكفيل المتضامن عن الدين كله إنما تكون بالنسبة لعلاقة هذا الكفيل بالدين أما بالنسبة لغيره من الكفلاء فإن الدين ينقسم.

وإذا رجع الكفيل بدعوى الحلول، فلا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته في الدين، ونصيبه في حصة من أعسر ولا يمكن القول أن الدائن كان يستطيع الرجوع على أي من الكفلاء بكل الدين، وعليه فيستطيع

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص116.

الكفيل الذي حل محله ذلك، لأن القول بهذا يؤدي إلى الدخول في حلقة مفرغة لأن كل كفيل يرجع على غيره من الكفلاء بكل الدين، لذا وتجنبًا لهذه النتيجة الغير المعقولة نصت المادة 234 على: «إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أي من الباقين إلا بقدر حصته في الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن»، وكرست هذه القاعدة بنص خاص تجسد في المادة 668 التي تنص على: «إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم و وفى أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباحثين بحصته من الدين و بنصيبه في حصة المعسر[1].

المبحث الثاني:

انقضاء الكفالة البنكية

الالتزام أو الحق الشخصي مآله الانقضاء، إذ لا يمكن للحق الشخصي أو الالتزام أن يكون أبديا، فقد ينقضي الالتزام بتنفيذه وفي هذه الحالة نجد سبب الانقضاء هو الوفاء، وقد ينقضي الالتزام عن طريق الوفاء بشيء آخر يقوم مقام الوفاء الأصلي، وأسباب الانقضاء هنا هي الوفاء بمقابل، والتجديد، والإنابة في الوفاء، والمقاصة، واتحاد الذمة، وقد ينقضي الالتزام دون الوفاء به أصلا ونجد في هذه الحالة الإبراء واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط.

المطلب الأول:

انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

انقضاء الالتزام بالوفاء هي النهاية الطبيعية للعقود يتم على إثرها تنفيذ الالتزام، وبالنسبة لعقد الكفالة تنفيذ الالتزام يتمثل في الوفاء بالدين ويتم ذلك إذا قام المدين بالوفاء بكل الدين وتبعا لذلك فإن التزام الكفيل ينقضي كله وللكفيل أن يتمسك بوفاء المدين للدين لانقضاء التزامه، ويتم الوفاء حسب المادة 260 ق.م.ج : " يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفي به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه، منه لكي يصح الوفاء يجب أن يكون الموفي مالكا للشيء الموفي به ومتمتعا بأهلية التصرف فيه[2].

ويتم الوفاء إذا قام المدين بإيداع أو إذا قام بأي إجراء آخر يقبله الدائن ويعتبر كذلك إذا عرضه المدين على الدائن أو إذا صدر حكم نهائي بصحته وذلك حسب المادة 274 من ق.م.ج : " يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء، إذا تلاه إيداع وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، أو تلاه أي إجراء مماثل يشترط قبول الدائن أو صحته بحكم له قوة الشيء المقضي به، منه ينقضي التزام الدائن وينقضي التزام الكفيل

[1]–زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 97.

[2]–الشهاوي قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، دط، منشأة المعارف، مصر، د س ن، ص132.

بالتبعية، وإذا وفى المدين بجزء من الدين الأصلي فإن التزام الكفيل ينقضي بقدر ما حصل من الوفاء، وبذلك فإن الكفالة تنقضي جزئيا، كما أنه في حالة تعدد الديون في نمة المدين فإذا وفى بأحد الديون كان عليه أن يحدد، أي يحدد أي من الديون التي وفي بها، فإذا كان الدين الموفى به هو المكفول فإن التزام الكفيل ينقضي بالتبعية للالتزام الأصلي[1] .

غير أنه إذا قام الغير بالوفاء مكان المدين جاز له أن يحل محل الدائن الأصلي وبالتالي يبقى المدين مدينا للدائن الجديد ولا ينقضي به الالتزام الأصلي وبالتالي فإن الكفالة تبقى قائمة رغم الوفاء بالدين الأصلي، أما في حالة ما إذا وفى المدين بجزء من دينه فإن التزامه ينقضي بقدر ما وفاء، وبما أن عقد الكفالة عقد تابع للعقد الأصلي فإنه يتأثر بمركز المدين لأنه قد حدث له تغيير نافع وبالتالي فإن الكفيل لا يلتزم إلا بالقدر الباقي من التزام المدين الأصلي[2].

من خلال كل ما سبق يتبين أنه يمكن للكفيل التمسك بالدفع بانقضاء الالتزام الأصلي في حالة ما إذا قام المدين بالوفاء بدينه وذلك باعتباره صاحب مصلحة هذا ما أكدته المادة 102 من ق.م.ج السالفة الذكر، بالإضافة إلى ذلك يمكنه التمسك بانقضاء جزء من التزامه وذلك لأن المدين قد قام بالوفاء بجزء من دينه بالتالي ينقضي التزامه جزئيا أي في حدود الجزء الموفى به، وذلك ينطبق على عقد الكفالة بحكم خاصية التبعية التي يمتاز بها عقد الكفالة، باعتبار أنه يتبع الالتزام المكفول وجودا وعدما وهذا ما أكدته المادة 648 من ق.م.ج السابقة الذكر.

الفرع الاول

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

بالإضافة إلى انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء هنالك طريقة أخرى لانقضاء الالتزام وهي انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء منه إذا انقضى الالتزام المكفول بهذه الطريقة يجوز للكفيل التمسك به كدفع لإبراء ذمته ويتم ذلك في حالة الوفاء بمقابل أو التجديد والإنابة، أو المقاصة، أو اتحاد الذمة.

أولا: الوفاء بمقابل

المقصود به تقديم المدين عوضا عن المحل الأصلي للالتزام ويجب أن يقبله الدائن وهذا عندما يقوم المدين بإعطاء الدائن شيء آخر مملوك له بدلا من المحل الأصلي للالتزام ويعتبر بذلك مقابلا وبالتالي يعتبر تجديدا للمحل الأصلي إلى محل جديد وينقضي به المحل الأصلي[3]، فالوفاء بمقابل عبارة عملية مشكلة من تجديد ووفاء في نفس الوقت حيث أن الالتزام الأصلي ينقضي بتجديده وذلك باستبداله بمحل آخر ومنه ينشأ

---

[1]–أبو السعود رمضان، زهران محمد، المرجع السابق، ص 101.

[2]-Macoring, venier, droit civil, les sûreté, 1ère éd, l'hemes éditeur, Lyon, France, 1999, p:217.

[3] –نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ط1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996، ص143.

التزام جديد وينقضي بالوفاء الفوري وبما أن تبديل المحل يكون عن طريق نقل ملكية شيء آخر بالتالي تعتبر هذه العملية عملية بيع ويكون المبيع هو الشيء المقابل والثمن هو مبلغ الدين الأصلي[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 286 ق.م.ج التي نصت تسري أحكام البيع وخصوصا ما يتعلق منها بأهلية الطرفين وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابله الدين.

فالوفاء بمقابل هو أن المدين يقوم بالوفاء بدينه لكن ليس بإعطائه مبلغ الدين وإنما بإعطائه شيئا آخر مكان المبلغ المالي، حيث أن هذا الشيء يجب أن يكون مملوكا له، وسواء كان هذا الشيء منقولا أو عقارا ومن البديهي أن تكون قيمة ذلك الشيء أي العقار أو المنقول أكثر أو مساوية لمبلغ الدين، كذلك يجب أن يقبل الدائن بهذا الشيء عوضا عن الالتزام الأصلي أي الذين هذا ما أكدته المادة 285 ق.م.ج التي نصت: " إذا قبل الدائن في استقاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق، قام هذا مقام الوفاء."

منه إذا تحقق كل هذا ينقضي التزام المدين وبالتبعية ينقضي التزام الكفيل ويمكنه التمسك بالدفع بانقضاء الالتزام في حالة مطالبة الدائن له بالدين المكفول؛ أما إذا كانت قيمة الشيء أو الوفاء بمقابل أقل من الالتزام الأصلي ففي هذه الحالة يمكن أن نستنتج ثلاث فرضيات الأولى أنه رغم الاختلاف الموجود بين قيمة المقابل وقيمة الالتزام الأصلي بغض النظر إن كان الاختلاف فاحش أو ليس كبير وقبل الدائن به فإن الالتزام ينقضي وبالتبعية ينقضي التزام الكفيل.

أما الفرضية الثانية هي أن الدائن رفض المقابل الذي عرضه المدين بسبب الاختلاف الموجود بين قيمة المقابل والالتزام الأصلي ففي هذه الحالة يجب على المدين إما تكملة ما تبقى ليساوي مبلغ الدين أو عرض عليه مقابل آخر يساوي قيمة الالتزام الأصلي وبهذا يكون قد وفى بالتزامه وينقضي التزام الكفيل بالتبعية لذلك، أما الفرضية الثالثة هي أن الدائن قبل بالمقابل رغم الاختلاف واعتبره وفاءا جزئيا أي أنه يبقى ملزما بالوفاء بالجزء المتبقي وبالتالي ينقضي التزامه جزئيا وذلك ينطبق على عقد الكفالة بحكم التبعية له.

كذلك يجب الإشارة إلى حالة ما إذا قبل الدائن الوفاء بمقابل ولكن اشترط أن يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل في حالة ما إذا أستحق هذا المقابل أي في هذه الحالة يكون الوفاء بمقابل معلق على شرط فاسخ وهو استحقاق الشيء، يفهم من ذلك أنه بعد الوفاء بمقابل يبقى المدين ملزما بضمان التعرض والاستحقاق منه إذا تحقق الشرط الفاسخ أي إذا استحق المقابل أعتبر الوفاء بمقابل كأنه لم يكن وعاد أطراف العقد إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الوفاء بمقابل بعبارة أخرى يبقى الدين قائما وكذلك تبقى الكفالة قائمة والكفيل ملزم بالضمان[2].

---

[1]–سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 98.

[2]–سنهوري عبد الرزاق، ج3، المرجع السابق ص 218.

بالإضافة إلى ذلك في حالة ما إذا أبطل الوفاء بمقابل لعيب في الإرادة أو بسبب نقص الأهلية.. الخ، فإن الوفاء بمقابل يعتبر كأنه لم يكن ويعاد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبله منه يمكن للدائن مطالبة الكفيل بالدين المكفول باعتبار أن الوفاء بمقابل قد بطل، و في الحالة المقابلة أي أن الدائن يقبل بالوفاء بمقابل دون أن يشترط أن يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل في حالة استحقاق المقابل ففي هذه الحالة إذا استحق المقابل ينقضي التزام الكفيل رغم ذلك، و لا تعود الكفالة لأن الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائيا، وهذا منصوص في المادة 655 ق.م. ج: " إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين، برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء"، وبالتالي يمكن للكفيل التمسك بالدفع بانقضاء الالتزام الأصلي للوفاء بمقابل ورد دعوى الدائن ضده.

- ثانيا: التجديد

يعتبر كل من التجديد والإنابة طريقان من طرق انقضاء الالتزام الأصلي فتبرأ ذمة الكفيل بهما، بالنسبة للتجديد فقد نص عليه المشرع الجزائري في المواد 287 إلى 293 من ق.م.ج، إذا انقضى الدين المكفول وإذا جدد المدين الأصلي دينه، وذلك بتغيير الدائن أو المدين، أو تغيير الدين في محله أو مصدره، ففي هذه الحالة ينقضي الدين المكفول وتنقضي الكفالة تبعا لذلك وفي حالة تجديد الدين لا تنتقل التأمينات التي كانت تكفل الدين المكفول، إلا إذا نص القانون على ذلك أو اتفقوا على ذلك [1]هذا ما أكدته المادة 291/2 من ق.م.ج التي نصت: ولا تنتقل التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى غير ذلك.

ولكن المشرع استثنى الكفالة من هذا، حيث أنه اشترط لكي تنتقل الكفالة إلى الدين الجديد رضا الكفيل أي أنه لا يكفي رضا أطراف العقد الذي جدد الالتزام كما هو الحال بالنسبة للتأمينات الأخرى [2]وهذا ما أكدته المادة 293 من ق.م.ج التي نصت: " لا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية ولا التضامن إلى الالتزام الجديد، إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون."

منه فإذا اكتملت عناصر التجديد وخلا من أسباب البطلان في الالتزام القديم والجديد وكانت نية التجديد واضحة أو استخلصت من ظروف تؤدي إلى تأويل واحد أدى ذلك إلى انقضاء الالتزام المكفول، ويستفيد منه بانقضاء التزام الكفيل بالتبعية؛ لأن التجديد يفضي إلى القضاء التأمينات التي كانت تضمن الدين الأصلي[3]، غير أنه إذا قبل الكفيل ضمان الدين الجديد تبقى الكفالة قائمة، كما يجب أن يتضمن التجديد محل الدين وليس زمان الوفاء أو مكانه منه إذا انقضى الالتزام المكفول بالتجديد انقضت الكفالة بالتبعية له وبالتالي في حالة ما

[1] –سنهوري عبد الرزاق، ج3، المرجع السابق، ص 219.

[2] –سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 100.

[3]–نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص144.

إذا طالب الدائن الكفيل بالدين المكفول على أساس أن التأمينات تنتقل إلى الدين الجديد عند التجديد، يمكن الكفيل التمسك بانقضاء التزامه على أساس المادة 293 السابقة الذكر.

ثالثا /الانابة:

أما بالنسبة للإنابة فهي تنقسم إلى نوعين: الإنابة الكاملة والإنابة الناقصة، والإنابة التي تهمنا الإنابة الكاملة والتي يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول والمقصود بها أنه يتفق المدين الأصلي وهو المنيب مع من يحل محله وهو المناب في قضاء دينه في مواجهة الدائن، وتترتب عليها أن تبرأ نمة المنيب اتجاه المناب لديه[1] ، وهذا ما أكدته المادة 295 من ق.م.ج التي نصت: " إذا اتفق المتعاقدون في الإثابة أن يستبدلوا التزام سابق التزاما جديدا كانت هذه الإنابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها إبراء ذمة المنيب قبل المناب لديه على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاء المناب صحيحا، وألا يكون هذا الأخير مصرا وقت الإنابة"، منه ينقضي الالتزام وذلك بتجديده وتغيير الشخص المدين وينتج عن ذلك براءة ذمة المدين الأصلي وبالتالي انقضاء الكفالة، كما تجدر الإشارة إلى أنه يجب أن يكون المدين الجديد غير معسر وقت الإنابة وأن تكون إنابته صحيحة.

وتقابل الإنابة الكاملة إنابة ناقصة التي تعني دخول مدين جديد إلى جانب المدين الأصلي، وبذلك يصبح للدائن مدينين والإنابة الناقصة لا تجدد الالتزام، وعليه فإن المدين الأصلي لا تبرأ ذمته بل هو مطالب بالوفاء مع المدين الجديد، ويترتب على ذلك عدم انقضاء الدين بالنسبة للمدين الأصلي وبالتبعية تبقى التزامات الكفيل قائمة وكذلك هي التأمينات الضامنة لهذا الالتزام[2].

رابعا/ انقضاء الدين المكفول بالمقاصة :

وإذا انقضى الدين المكفول بالمقاصة بأن كان ذمة الدائن للمدين يصلح للمقاصة في الدين الثابت –223 في ذمة المدين للدائن، انقضى الدين المكفول بالمقاصة وانقضت الكفالة تبعاً لذلك ويستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين للمدين في ذمة الدائن، لأن مديونيته تابعة لمديونية المدين، فإذا تخلص المدين من مديونيته عن طرق المقاصة، تخلص الكفيل تبعاً لذلك، ولكن لا تقع المقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن في ذمة الدائن، إذ الدينان هنا غير متقابلين، فأحدهما في ذمة المدين للدائن والآخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين[3] .

---

[1]–سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص 138.

[2]– نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، المرجع السابق، ص145.

[3]– عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام الالتزام، ط1، جامعة القاهرة، مصر، 1989، ص 122.

وقد نصت المادة 1294 مدني فرنسي على هذه الأحكام، إذ تقول : "يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للمدين الأصلي، ولكن لا يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن الكفيل وهناك حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها، ورد في شأنها نص خاص هو المادة 369 مدني، وتجري على الوجه الآتي : "إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي كانت تكفل حقه، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق".

خامسا: انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة :

وإذا انقضى الدين المكفول باتحاد الذمة، بأن ورث المدين الدائن فورث حقه وأصبح هو الدائن لنفسه فانقضى الدين باتحاد الذمة، انقضت الكفالة التي كانت تضمن الدين تبعاً لذلك، وبرئت ذمة الكفيل، ولكن إذا زال اتحاد الذمة بأثر رجعي، اعتبر كأنه لم يكن، وعادت الكفالة إلى الوجود لأنها لم تكن قد انقضت باتحاد الذمة الذي زال بأثر رجعي، وقد نصت المادة 2/370 مدني في هذا المعنى على ما يأتي : "وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن[1]

الفرع الثاني

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

في مثل هذه الحالة فإن الدائن لا يستوفى حقه تماما، إما لأنه لم يرد ذلك اختيارا عن طريق ابراء ذمة مدينه، أو لأن الالتزام استحال تنفيذه ولا تكليف عندئذ مستحيل، أو لأن قواعد القانون هي التي حالت دون حصول الدائن على حقه وهذا سبب التقادم المسقط.

أولا: تعريف الإبراء وشروطه

الإبراء عبارة عن تصرف قانوني بإرادة الدائن المنفردة، يتنازل بمقتضاه الدائن موكل أن دينه الذي في ذمة مدينه، ولما كان الإبراء تصرف بالإرادة المنفردة لا يحتاج فيه إلى قبول المدين، وإن كان يجوز لهذا الأخير أن يرده ويعتبر الرد هنا تصرف بالإرادة المنفردة، وهذه الخاصية للإبراء (أي اعتباره تصرف بالإرادة) استمدها المشرع من الفقه الإسلامي، لأن القانون الفرنسي على سبيل المثال يعتبر الإبراء اتفاقا ويحتاج بالتالي إلى قبول المدين[2].

[1]–سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 139.

[2] –وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، مصر، 1983، ص 362.

ولئن كان الإبراء تبرئا (أي تنازل عن الدين بدون مقابل)، فإنه أحيانا يكون معاوضة وهذا ما يحصل مثلا في الصلح (م 489 مدني وما بعدها) إذ كل طرف يتنازل عن جزء من حقه مقابل تنازل الطرف الثاني أيضا عن جزء من حقه، ويشترط في الإبراء باعتباره تبرعا أهلية التصرف، غير أنه لا يشترط الشكل المكتوب أو الشفهي، ويكون صريحا كما قد يكون ضمينا، أما بالنظر إلى مضمون التصرف فيجب توافر أهلية التبرع، ويشترط أن تكون إرادة التبرع سلمية من العيوب كما يجب توافر الشروط المعهودة سواء في المحل أو السبب[1].

يترتب على الإبراء انقضاء التزام المدين بكافة تأميناته الشخصية والعينية، ومتى تعدد المدينون فإن إبراء أحدهم يستفيد منه البقية، بحيث يسقط عنهم حصته من الدين[2].

ثانيا-استحالة التنفيذ (م:307 مدني)

أ) تعريفها وشروطها

استحالة التنفيذ تعد سببا لانقضاء التزام المدين، لكن يشترط لذلك أن يكون أمام التزام نشأ صحيحا، ثم طرأ طارئ جعل من تنفيذ ذلك الالتزام مستحيلا (لا مرهقها) سواء كانت الاستحالة قانونية (كنزع ملكية عين بيعت إلى مشتري وتعذر الإبراء فيسلمها إليه بعد صدور قرار نزع الملكية) أو فعلية (كهلاك العين التي كان البائع سيسلمها للمشتري) طالما كانت دائمة لا مؤتة، إذ في الحالة الأخيرة يوقف تنفيذ العقد مثلا، كما يشترط أيضا ألا تكون الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين، مما يفهم معه أن الاستحالة المقصودة هي التي ترجع إلى سبب أجنبي (كقوة قاهرة أو خطأ الغير وخطأ الدائن)، ويتوجب على المدين الذي يدعى السبب الأجنبي إثباته [3].

ب) آثارها

يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام انقضاء التزام المدين بتوابعه وتأميناته الشخصية والعينية دون أن يقضى عليه بأي تعويض، أما من يتحمل تبعه تلك الاستحالة؟ فهي على المدين في العقود الملزمة للجانبين بحيث يتحلل الدائن أيضا من أي التزام (كدفع ثمن الشيء المبيع)، وهي على عاتق الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد (كالوديعة بدون آجر)[4].

---

[1] -السنهوري عبد الرزاق، ج3، المرجع السابق، ص859.

[2]-عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام إلتزام ق م ج، دط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004، ص330.

[3] - عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مج1، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، جامعة القاهرة، مصر، 1905، ص739.

[4]- عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، 331.

ثالثا: التقادم المسقط (م:308 الى 322 مدني)

أ) تعريفه وأساسه:

التقادم عبارة عن مرور فترة زمنية معينة على استحقاق الدين دون المطالبة به، فيسقط بذلك حقا (شخصيا أو عينيا) أو هو دفع موجه إلى دعوى الدائن يؤدي إلى سقوط حق المطالبة بالدين إذا تمسك به من له مصلحة فيه.

1-وقف التقادم وقطعه :

1-1 وقف التقادم:

كلما وجد مانع قانون يحول دون مطالبة الدائن بحقه، أوقف سريان التقادم في حقه إلى زوال ذلك المانع ليستأنف سريانه بعد زوال المانع ويمكن رد الوقف إلى أسباب تتعلق بالدائن وأخرى مظروف قاهرة[1].

1-2 أسباب الوقف المتعلقة بالدائن:

وتتعلق هذه الحالة بعديم الأهلية والعائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية فكل هؤلاء يوقف سريان التقادم ضدهم متى زادت مدة تقادم حقوقهم عن 05 سنوات وهذا سواء كان لهم نائب قانوني أو لم يكن لهم نائب قانوني ويستمر هذا الوقف طيلة فترة عدم أهليتهم أو غيبتهم وفي هذا إرهاق للمدين خاصة متى كان لهؤلاء نائب قانوني، أما في الحالة التي يقل التقادم فيها عن 05 سنوات فإنه يوقف التقادم في حقهم متى لم يكن نائب قانوني أما في الحالة العكسية فلا يوقف التقادم، وهذا الحكم الأخير إن كان منطقيا من جانب على اعتبار وجود النائب فانه ليس منطقيا من جانب أخر مقارنة بحالة وقف التقادم منى زاد عن 05 سنوات[2].

2-2 أسباب الوقف المرتبطة بظروف مادية أو معنوية:

وتعد هذه الحالة القاعدة العامة إذ تنطبق في كل مرة يجد الدائن نفسه دون أن يتسبب في ذلك أمام مانع مادي كحروب أو ثورات (أو أدبي لعلاقة الزوج بزوجته، أو الأصول الفروع، أو السيد بخادمه أو العامل ب العمل، أو النائب بالأصيل) يحول بينه وبين المطالبة بحقه[3].

---

[1] -أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، د ط، دارالنهضة العربية للطباعة للنشر والتوزيع، اسكندرية، مصر، 2005، ص475.

[2] -خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، ج2، ط1، د م ج، الجزائر، 2000، ص371.

[3] – عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 332.

2-3 آثار وقف التقادم : يترتب على وقف التقادم أن المدة التي انقضت قبل وقف التقادم تبقى قائمة لكن دون أن تضاف إليها المدة التي يكون التقادم خلالها موقوفا ثم بعد استئناف سريان التقادم نؤخذ في الاعتبار المدة السابقة على الوقف [1].

ب) قطع التقادم : على خلاف وقف التقادم فإن انقطاع التقادم عبارة عن عدم اعتداد كلي بمدة التقادم التي مضت قبل حصول الانقطاع، ووجوب بدء تقادم جديد ولئن كان وقف يتعلق بالدائن (قيام مانع بحقه حال دون مطالبته بحقه) فإن الانقطاع قد يأتي من الدائن لكن بإرادة صريحة في المطالبة بحقه، وقد يتعلق بالمدين أيضا عن طريق قرار بحق الدائن[2].

1 -الأسباب المرتبطة بالدائن:

وتتمثل هذه أساسيا في المطالبة القضائية التي يقوم بها الدائن للمطالبة بحقه من مدينة، وينقطع التقادم بمجرد إيداع الدعوى لدى كتاب المحكمة متى كانت الشروط المطلوبة في قول الدعوى قائمة (ويترتب عل ذلك أن عدم قبول الدعوى أو بطلان الدعوى لعيب في الشكل مثلا أو ترك الخصومة أو سقوطها لا يتطلع التقادم) ولا يهم أن ترفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة نوعيا أو محليا وكما تكون مطالبة الدائن لحقه من مدينه في صورة دعوى فإنها تكون أيضا في صورة طلب عارض من الدائن، ويلحق بالمطالبة القضائية إذ هو أقوى منها. التنبيه بالوفاء الذي يلجأ إليه الدائن الذي بحوزته سندا تنفيذيا ضد مدينه قبل أن يباشر التنفيذ على أمواله ويقطع التقادم، أيضا الحجز الذي يباشره الدائن على أموال مدينه سواء كان حجزا تنفيذيا أو تحفظيا، وكذلك الحكم بالسنة للطلب القضائي الذي يتقدم به الدائن قصد شهر إفلاس مدينه قبوله في تفليسته أو لإشراكه في التوزيع الوارد على أموال مدينه[3].

1-1 الأسباب المرتبطة بالمدين:

وتتمثل هذه أساسا في الإقرار بالدين الصادر من المدين ويستوي أن يكون هذا الإقرار صريحا تم في شكل كتابي أو غيره، طالما يفيد الاعتراف بحق الدائن دون غموض، أو كان ضمنيا فقط (كتمسكه بمقاصة، أو تقديمه تأمينا دائنه، أو الوفاء الجزئي بالدين على اعتبار أن الأثر القاطع للتقادم لا للتجزئة.

---

[1]- السنهوري عبد الرزاق، ج 3، المرجع السابق، ص1086.

[2] - السنهوري عبد الرزاق، ج 10، المرجع السابق، ص602.

[3] -عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص757.

2-1 أثر قطع التقادم:

يسري على انقطاع التقادم بأحد الأسباب سالفة الذكر أن تعتبر المدة انقضت منه قبل القطع كأن لم تكن، ويسري تقادم جديد يماثل الأول حسب الأصل كما أن قطع التقادم إنما يتعلق بالدين الذي قام به سبب لانقطاع ويسري على الدائن وحده، ويترتب على ما قيل أن سبب قطع التقادم كان هو المطالبة القضائية سرى تقادم جديد ابتداء من انتهاء المرافعة صدور حكم نهائي، أو من تاريخ تناول الدائن المدعي عن دعواه أو من تاريخ رفض الدعوى لأحد الأسباب (كانتفاء شرط الصفة)، وفي حالة التنبيه بالوفاء سرى التقادم الجديد من تاريخ التنبيه ذاته، وفي الحجز يبتدئ التقادم الجديد من تاريخ انتهاء إجراءاته بإقفال التوزيع وكذلك الحكم حالة قبول الدائن في تفليسة مدينه وفي الإقرار بالدين من المدين سري التقادم الجديد من تاريخ صدور الإقرار[1].

هذا ولا يسري أثر قطع التقادم إلا على المدين المعني في حالة تعدد المدينين كانوا متضامنين، إما إن تعدد الدائنون وكانوا متضامنين، فإن انقطاع التقادم بالنسبة الى أحدهم يفيد منه بقية الدائنين عملا بأحكام التضامن هذا ومدة التقادم الجديدة التي تسري بعد صدور حكم قضائي نهائي مؤيد لطلبات الدائن هي 15 سنة لا مدة التقادم الأصلية، ومن ذلك الديون التي تتقادم بسنة واحدة، متى أقر المدين بها (ويكون بذلك قد قطع تقادمها) فإن تقادمها الجديد يكون 15 سنة لا سنة واحدة، على اعتبار أن قرينة الوفاء لم تعد قائمة بعد الإقرار وهذا على خلاف ما إذا قطع تخلف في تقادمها بالمطالبة القضائية أو بالتنبيه أو بالحجز أو برفع دعوى إلى محكمة مختصة أو بقبول المدائن في تفليسه مدينه أو في التوزيع، فإن مدة التقادم تبقى نفسها[2].

ج) آثار التقادم :

لا يرتب التقادم آثاره التي سنذكرها بصفة تلقائية، بل يتوجب على ذي المصلحة المدين وخلفه العام والخاص، ودائنه بالدعوى غير المباشرة، والمدين المتضامن معه، والحائز لعقار مرهون عند رجوع الدائن المرتهن عليه) أن يتمسك به ويأتي في الغالب في شكل دفع موضوعي براد منه القضاء التزام المدين) في أية مرحلة من مراحل الدعوى سواء أمام المحكمة الابتدائية أو حتى محكمة الاستئناف إلا أن يؤول في الحالة الثانية أنه تنازل من المدين عن التمسك به، ذلك أن المشرع أجاز صراحة للمدين أن يتنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، أي باكتمال التقادم وينصرف هذا التنازل إلا الفترة التي انقضت لا اللاحقة له، والعلة في ذلك أن المشرع يريد حماية المدين لئلا يضطر الدائن وهو غالبا الطرف القوي في العلاقة إلى التنازل المسبق التمسك بالتقادم[3]، ومتى تمسك المدين بالتقادم، ترتب عن ذلك انقضاء دين يكون الدائن مع توابعه كتأمينات

---

[1]–السنهوري عبد الرزاق، ج3، المرجع السابق، ص980.

[2]– عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص334.

[3]–خليل حسن قدادة، المرجع سابق، ص385.

عينية أو شخصية، إذ الفرع يبتع الأصل، وهذا تاريخ استحقاق الدين وهذا نظرا للأثر الرجعي للتقادم، ومع ذلك فإنه بتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي لا يجبر على الوفاء به."

المطلب الثاني:

الأسباب الخاصة

أثبتنا فيما سبق أن التزام الكفيل تابع للإلتزام الأصلي وعلى أساس ذلك فإن كل ما يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي يؤدي إلى انقضاء الالتزام الكفيل، ويبقى الحديث عن أسباب آخرى خاصة واتفاقية تؤدي إلى انتهاء التزام الكفيل منها الإفلاس وتغيير الطارئ على الأطراف.

الفرع الاول

الإفلاس والتسوية القضائية

تعرف واقعة التوقف عن الدفع في النشاط المصرفي باستحالة مواجهة الديون أو الخصوم المستحقة مقارنة بالأصول المتوفرة، حيث بتحقق شرط التوقف عن دفع عند الوجود خلل في التوازن بين الأصول والخصوم أدى الى استحالة دفع ديون المترتبة في ذمة المصرف بالرجوع الى أحكام القانون التجاري، ويتم تحديد تاريخ التوقف عن دفع من طرف المحكمة المختصة في حكم الإفلاس اعتمادا على تاريخ اقراره من طرف المدين المتوقف عن دفع عمل بأحكام المادة 215 تجاري أو بتاريخ دن الدائن المستحق الأداء، وغير المدفوع تطبيقا للمادة 216 تجاري.

ويجب أن لا ترجعه المحكمة إلى أكثر من 18 شهرا السابقة على صدور الحكم، وإذا لم يتم تعيينه في الحكم يعتبر بالتاريخ الحكم هو تاريخ التوقف عن الدفع (222 تجاري)، وكما تضاف مدة ستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع بالنسبة لتصرفات بغير عوض [1] في حالة رفع دعوى الإفلاس من طرف أحد دائني المصرف مباشرة إلى المقدمة المختصة، نستعيد هذ الأخيرة سلطتها التقديرية في التحقيق من شروط دعوى التوقف عن الدفع بخلاف ما هي الحال عليه في الطالب المقدم من السلطة المصرفية.

وتتمثل ركيزة طلب إعلان التوقف عن الدفع المقدم من طرف الدائن في المادة 216 تجاري التي تمنح للدائن مهما كانت طبيعة دينها حق دفع دعوى الافلاس عند توقف مدينة المصرف عن الدفع، وتقوم المحكمة بدراسة هذا الطلب بالاستناد إلى أحكام القانون التجاري المنظمة للإفلاس، بحيث تقوم بإثبات توافر شروط الافلاس بحق المصرف المطلوب إعلان توقعه من الدفع وهي:

[1]– شمبي ليندة، الإفلاس المصرفي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والإقتصادية، مج59، ع01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2022, ص 723.

-إثبات وجود المصرف في وضع مالي وتجاري صنعت يعجز معه عجزاً حقيقيا عن الوفاء بديونه في مواعيد استحقاقها الاضطراب أعماله وفقدان انتمائه.

وفي المجال العملي المصرفي يتم تعويض المودعين بعد قيام المصفى معين من طرف اللجنة المصرفية والممثل للمصرف المفلس للإعلام المودعين عن طريق نشر الاعلان في الجرائد اليومية يبين فيه الشركة المكلفة بالتعويض (شركة ضمان الودائع المصرفية) وتاريخ ومكان التعويض، حيث يجب إعلان المودعين بعدم توفر ودائعهم فوراً بواسطة رسالة مسجلة، أين يوضع فيها كل مودع إجراءات التي يلتزم القيام بها والمستندات الاثباتية الواجب تقديمها للاستفادة من تعويض من شركة ضمان الودائع المصرفية.

ولقد حددت المادة 17 من النظام السابق الذكر: أجل 6 أشهر كأجل قانوني تلتزم به شركة الضمان الودائع المصرفية للقيام بدفع مستحقات المودعين المدرجة ضمن فئة الودائع غير متوفزة، ويختلف سريان هذا الأجل باختلاف الجهة التي عانت حالة عدم توافر ودائع[1].

الفرع الثاني:

الأسباب الاتفاقية

تحدد التزمات البنك الكفيل وفق الشروط التي تنظمها عقد الكفالة على النحو الذي عليه أطرافه، وكنا يلتزم الطرفان بإرادتهما يمكنهما أيضا إنهاء هذا الالتزام بصفة مؤقتة أو نهائية، وهذا ما سنناقشه في ثلاث أسباب كتالي:

أولا: انقضاء الكفالة بإرادة الكفيل:

فإذا كانت الكفالة محددة المدة فلا ينتهي إلا بالقضاء هذه أما إذا كانت الكفالة غير محددة المدة فللكفيل أن يتحلل من التزامه وذلك بإعلان إرادته إلى الدائن بشرط أن يكون إنهاء الالتزام في وقت مناسب وبحسن نية (32)، ولتفادي أن تكون عقود الضمان لمدة غير محدودة فقد أصدر بنك الجزائر تعليمة رقم 6- 16 المؤرخة في 27 أكتوبر 1996 تتعلق بجميع الكفالات الصادرة قبل التعليمة رقم 94-05 والتي لم تحدد مدتها فيجب أن تنتهي بعد مدة 06 أشهر من تاريخ نشر هذه التعليمة، على أن كل الكفالات الصادة بعد هذا التاريخ لا يجب أن تفوق مهلة 06 أشهر من تاريخ منحها[2].

---

[1] – شمبي ليندة، المرجع السابق، ص 731.

[2]–مريم بنت الخوخ، دور الكفالة المصرفية في مجال الائتمان، دفاتر البحوث العلمية، مج05، ع02، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، الجزائر، 2017، ص 380.

ثانيا: حجز الكفالات المصرفية

يمكن تقسيم حجز الكفالات إلى نوعين رئيسين هما حجز كفالات الفروع المراسلة وحجز كفالات العملاء. وفي هذين النوعين يقوم المستفيد المحلي (المستفيد من الكفالة) بتوجيه خطاب إلى المصرف المصدر للكفالة يتضمن طلب للتمديد أو الدفع أو حجز قيمة الكفالة لحساب احتزازا لحفظ حقوقهم في حالة عدم قيام المكفول بتنفيذ ما عليه من التزامات ولا يقوم المصرف بتنفيذ طلب المستفيد في تمديد الكفالة ما لم يقترن بخيار الدفع أو الحجز، وعندما يستلم المصرف كتاب الحجز أو الدفع أو التمديد (المصرف المصدر للكفالة) فإنه يحرر كتاب مفاده أنه طلب إليه دفع قيمة الكفالة وإلا تمديد مدتها، ويطلب تسديد قيمتها أو تفويضه بتمديد أجلها حال استلامه ما يشير لذلك وإن من حق المستفيد على المصرف تنفيذ ذلك قبل انتهاء مدة الكفالة ورغم أي اعتراض من جانب طالب إصدار الكفالة.

ينظر البنك المصدر حتى يأتي يوم استحقاق الكفالة وفي يوم الاستحقاق يكتب إلى العميل مرة ثانية ويشير فيها إلى كتابه السابق الخاص بدفع قيمة الكفالة أو تمديد أجلها لغاية التاريخ الذي ذكره في رسالته الأولى وفي هذه المرة يطلب من العميل تسوية موضوع الجهة المستفيدة الإعادة الكفالة بأسرع وقت إلى المصرف، يعطي المصرف العميل مهلة أسبوع واحد لإعادة الكفالة وملحقاتها إلى المصرف وبعكسه، فإنه سيقوم (المصرف) بدفع قيمتها أو تمديد أجلها دون الرجوع إليه إلى العميل).

بعد مرور أسبوع آخر وعدم استلام المصرف لأية إجابة فإنه يقوم بتمديد الكفالة الفترة ثابتة أمدها ثلاثة أشهر (ربع سنة)، ودون الرجوع إلى العميل يعتبر عمل المصرف أعلاء نافذاً ولا يجوز الرجوع عنه وهذا يقي إذا جاء كتاب جواب من المستفيد وبعد تاريخ الاستحقاق يشير فيه الحجز أو التمديد، فإن على المصرف إهمال مثل هذا الطلب وإجابة المستفيد بأنه لاحقاً لرسالة المؤرخة المتضمنة طلبه حجز أو تمديد الكفالة ويسبب استلام المصرف للرسالة بعد تاريخ الاستحقاق، فإن المصرف يعتذر عن إجابة طلب المستفيد وبالتالي فإن الكفالة تعتبر لاغية ولا قيمة قانونية لها منذ تاريخ الاستحقاق ويستوجب إعادتها للمصرف لحفظها بالملف الذي تم فتحه أولاً وحفظها به.

يحصل أحياناً أن يرد إلى المصرف كتاب من المستفيد بطلب بموجبه تمديد الكفالة الأمر معين إن وصول مخاطبة كهذه إلى المصرف لا تلزم المصرف حتى وان وردت المخاطبة أثناء سريان الكفالة، الأصل أن يقوم المستفيد بمخاطبة العميل المكفول الذي طلب إصدار الكفالة)،[1] ولكن يكون المصرف ملزماً بهذا الخطاب إذا اقترن طلب المستفيد بوجوب الدفع في حالة عدم إجراء التمديد عندئذ يلجأ المصرف للتمديد كي يتفادى الدفع لدى قسم البنك خطاب من المستفيد يشير فيه الأخير إلى تمديد أو حجز الكفالة وإن حقه في الكفالة يبقى قائماً ما دامت الكفالة في حوزته، فإن على المصرف توضيح الأمر إلى المستفيد وهذا الأمر

[1]–الراوي خالد وهيب، إدارة العمليات المصرفية الخارجية، المرجع السابق، ص131.

يتضمن أن للكفالة استحقاق وينتهي معقول الكفالة بانتهاء أجلها ما لم تمدد لفترة أخرى عليه فإن الأمر يستوجب مراجعة الكفالة من قبل المستفيد ومراقبة وضع الكفالة وما تؤول[1].

أما بالنسبة لحجز كفالات الفروع أو البنوك الخارجية وهو النوع الثاني من أنواع حجز الكفالة فيسري عليها الشرح الذي بيناه بخصوص النوع الأول، وهو حجز كفالات العملاء ويضاف إلى ذلك ما نوهنا عنه مسبقاً حق المصرف في مدة البريد الممنوحة بين المصرف والفروع الخارجية والمراسلين، وهذه الفترة تؤخذ بنظر الاعتبار لتغطية ما تستغرقه المخاطبات أو المراسلات بين المصارف ذات العلاقة قبل فترة الاستحقاق ويصل الخطاب إلى الفرع الخارجي أو المراسل في مدة أقصاها هي أسبوعان من تاريخ الاستحقاق.

بينا سابقاً إن البنوك الأمريكية لا تقبل إجراء الحجز الاحتياطي الذي تعارفت على المصارف في بقية الدول، وفي حالة استلام البنك المحلي طلباً بالحجز من المستفيد على كفالة صادرة استناداً لاعتماد ضمان أمريكي فإنه يقوم بمخاطبة البنك الأمريكي والطلب منه بدفع قيمة الكفالة على أن يرسل إليه بالبريد ولاحقاً السحب بقيمة الكفالة وشهادة من المستفيد لم يقم البنك الأمريكي بتجديدها لفترة أخرى.

أيضاً يقوم البنك المحلي بمخاطبة المستفيد وجلب انتباهه إلى أن هذا النوع من الكفالات لا تقبل الحجز بلا باستطاعة الجهات المستفيدة هذه المطالبة بدفع ما يتحقق لهذه الجهات، وبموجب شهادة تبين السبب الذي دفع بها لطلب الدفع قبل مدة معقولة من استحقاق الكفالة تمهيداً لإجراء الكفالات السحب بالقيمة المطالب بها على البنك الأمريكي.

ثالثا: الدفع والمصادر للكفالة

يتم دفع الكفالات بثلاثة أنواع هي دفع كفالات عملاء المصرف، دفع كفالات الفروع أو البنوك الخارجية والنوع الثالث هو الدفع الجزئي لكفالات العملاء، والدفع الجزئي للكفالات الفروع أو البنوك الخارجية[2].

أ) دفع كفالات العملاء

يبدأ دفع هذا النوع من الكفالات بعد أن يصل إلى الفرع وأثناء فترة سريان الكفالة ومن المستفيد خطابا أو يتم التأكد أيضاً من قبل الفرع أن المستفيد قد قام بحجز الكفالة قبل تاريخ الاستحقاق، أو التأكد من أن كتاب المصادرة من المستفيد قد وصل بعد الاستحقاق من الضروري، أيضاً بعد الرجوع إلى نص الكفالة التأكد من أن الكفالة غير مشروطة بأي شرط يمنع دفعها علماً بأن أهم الشروط التي تستوجب تعليق دفع الكفالة غير مشروطة بأي شرط يمنع دفعها، فيجب إثبات (حالة التخلف) وأن قيمة المصادرة لا تزيد على قيمة الكفالة.

---

[1]–الراوي خالد وهيب، إدارة العمليات المصرفية الخارجية، المرجع السابق، ص 138.

[2]– المرجع نفسه، ص 141.

قبل أن يقوم الفرع بالمصادرة، فإنه يخاطب المستفيد ويطلب منه إعادة سند الكفالة ومرفقاتها المراسلات للبدء بدفع قيمتها إلى المستفيد من قبل الفرع، وبعد إجراء الدفع فإن الكفالة تعتبر ملغية بموجب القانون يجب الإشارة إلى أن وصول طلب المستفيد بدفع قيمة الكفالة بعد تاريخ الاستحقاق لا تكون له أية أهمية، ولا يلتفت المصرف لهذا الطلب بل يقوم الفرع بإجابة المستفيد بالاعتذار عن تنفيذ طلبه لأن تاريخ الاستحقاق قد وقع قبل ورود الكفالة أصبحت بحكم الملغية ويستوجب إعادته بعد أن يتم استعادة الكفالة، فإن قيمة الكفالة تقيد لحساب المستفيد أو أن تدفع بموجب شيك بالمبلغ الذي سيدفعه المصرف في قسم المحاسبة .

ب) دفع كفالات الفروع

النوع الثاني من أنوع دفع الكفالات هو دفع كفالات الفروع أو البنوك الخارجية وتتبع نفس الإجراءات التي ذكرناها في دفع كفالات العملاء[1]، ولكن يتوجب أيضاً أنه الفرع الخارجي أو المراسل بأن المصادرة قد وقعت على الكفالة بموجب طلب المستفيدة تطالب الفرع الخارجي أو المراسل بتحويل قيمة الكفالة إلى الفرع الدافع.

أما الدفع الجزئي للكفالات فيتم إخبار الفرع الخارجي أو البنك المراسل بأن المصادرة في أن كتاب المستفيد قد وصل وقعت على الكفالة بطلب أصول من المستفيد علماً بأنه يجب من التأكد الفرع أثناء سريان الكفالة وفي هذا النوع من الدفع يراعى تخفيض قيمة الدفعة التي تمت مصادرتها.

الفرع الثالث

تغير الشكل القانوني للكفيل

تغير الشكل القانوني للكفيل يقصد به التحول أي تحول الشركة الكفيلة إلى أي شركة أخرى ومثال ذلك تحول شركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة التوصية بالأسهم إلى شركة مساهمة عامة.

ومن الجدير بالذكر أن تغير الشكل القانوني للبنك الكفيل أو التحول، لا يجوز القيام بأي عمل من الأعمال التالية إلا من قبل شركات مساهمة عامة يتم تأسيسها وتسجيلها كتالي:

أ –أعمال البنوك والشركات المالية والتأمين بأنواعه المختلفة.

ب–الشركات ذات الامتياز.

لذا لا يتصور أن يكون البنك الكفيل شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة توصية بالأسهم ومن ثم يتغير شكله القانوني ويتحول الى شركه مساهمة عامة، هذا ويختلف التحول عن الاندماج في أنه لا يؤدي الى

[1]– الراوي خالد وهيب، إدارة العمليات المصرفية الخارجية، المرجع السابق، ص142.

نشوء شخص اعتباري جديد بل تبقى الشركة محتفظة بشخصيتها الاعتبارية وبجميع حقوقها ومسؤولة عن التزاماتها السابقة على التحول، فإن تحويل أي شركة الى شركة أخرى لا يترتب عليه نشوء شخص اعتباري جديد بل تبقى للشركة شخصيتها الاعتبارية وتحتفظ بجميع حقوقها وتكون مسؤولة عن التزاماتها السابقة وعلى التحويل، وتبقى مسؤولية الشريك المتضامن بأمواله الشخصية عن ديون الشركة والتزاماتها السابقة على تاريخ التحويل قائمة، بينما يؤدي الاندماج إلى انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة أو الشركات المندمجة ونشوء شخصية اعتبارية جديدة متمثلة بالشركة الدامجة التي امتصت الشركة المندمجة أو الشركة الجديدة الناتجة عن الاندماج، وعليه فإن الشركة الكفيلة لا ينقضي التزامها الناشئ عن عقد الكفالة بتغير شكلها القانوني بالتحول إلى أي شركة أخرى بل عليها الوفاء به[1].

أولا : التغير الطارئ على المكفول:

التغير الطارئ على المدين المكفول في حالة كونه شركة، إما أن يكون بفسخها وما يترتب على هذا الفسخ من حلول أجال الديون يؤدي إلى جعل البنك الكفيل ملزما بالوفاء بالتزامه الناشئ عن عقد الكفالة المصرفية بالرغم من عدم حلول أجله.

وإما أن ان يكون بتغير الشكل القانوني للشركة المدينة المكفولة بالتحول من شركة إلى أخرى، ومثال ذلك أن تتحول من شركة تضامن إلى شركة توصية بسيطة أو بالعكس، بحيث ينظر في مثل هذه الحالة لتقرير بقاء أو انقضاء التزام البنك الكفيل إلى قصد طرفي عقد الكفالة المصرفية ومدى الأثر الذي يتركه تغير الشكل القانوني للشركة (التحول) على المخاطر التي قبل الكفيل تحملها عندما أعطى كفالته، فإذا كان التغيير أو التحول يؤثر تأثيرا جوهريا في نطاق مخاطر الكفالة، ومثال ذلك تغير الشكل القانوني لشركة ذات مسؤولية محدودة بتحولها الى شركة تضامن ذات ائتمان يمنحها القدرة على الاقتراض بصورة أكبر مما يؤدي إلى جعل مسؤولية البنك الكفيل أكبر نتيجة لكبر حجم ديونها، لذا فإن على البنك الكفيل أن يوضح صراحة في عقد الكفالة المصرفية ما إذا كان التزامه مرتبط بالشكل القانوني للشركة المدينة المكفولة، فإذا تقرر انقضاء عقد الكفالة المصرفية بتغير الشكل القانوني للشركة المدينة المكفولة، فإن البنك الكفيل يكون ملزما بالوفاء بديون الشركة المكفولة السابقة على هذا التغير فلا يكون مسؤولا عن الديون اللاحقة لهذا، وذلك في حالة ما إذا كان البنك يكفل ديون الشركة، حيث له أن يطلب من المدين المكفول ضمانات أكبر باعتبار زيادة تبعات التزاماته لأن الأصل أن البنك يلتزم بحدود الكفالة المصرفية[2].

---

[1]– منال حسن إسماعيل عبده، المرجع السابق، ص 180.

[2] –المرجع نفسه، ص 181.

ثانيا: الاندماج المصرفي

يعرف الاندماج المصرفي بأنه عملية مالية تؤدي إلى استحواذ على بنك أو أكثر بواسطة مؤسسة مصرفية آخرى فيتخد البنك مندمج اسما جديدا[1]، والإدماج يؤدي الى انقضاء الشخصية الاعتبارية للبنك الكفيل المندمج في حالتين:

الأولى في حالة اندماج البنك الكفيل مع بنك آخر هو البنك الدامج الذي يمتصه، والثانية في حالة الاندماج الذي يحدث فيما بين البنك الكفيل وبنك آخر أو أكثر من أجل تأسيس بنك جديد يتمتع بشخصية اعتبارية خاصه به، ويتم اندماج الشركات بإحدى الطرق التالية على أن تكون غايات الشركات الراغبة في الاندماج متماثلة أو متكاملة:

أ-باندماج شركة أو أكثر مع شركة أخرى تسمى (الشركة الدامجة) وتنقضي الشركة أو الشركات الأخرى المندمجة فيها وتزول الشخصية الاعتبارية لكل منها.

ب-باندماج شركتين أو أكثر لتأسيس شركة جديدة تكون هي الشركة الناتجة عن الاندماج وتنقضي الشركات التي اندمجت بالشركة الجديدة وتزول الشخصية الاعتبارية لكل منها.

ويترتب على الاندماج في كلا الحالتين انتقال جميع حقوق والتزامات البنك المدمج إلى البنك الدامج أو البنك الجديد الناتج عن الاندماج حكما بعد انتهاء اجراءات الدمج وتسجيل الشركة وفقا لأحكام هذا القانون وتعتبر الشركة الدامجة أو الناتجة عن الاندماج خلقا قانونيا للشركات المندمجة وتحل محلها في جميع حقوقها والتزاماتها وذلك في حدود ما اتفق عليه في عقد الاندماج مع عدم الاخلال بحقوق الدائنين، ويتضح من هذا النص أن الاندماج لا يؤدي الى انقضاء التزام البنك الكفيل الناشئ عن عقد الكفالة المصرفية، وإنما إلى تجديد هذا الالتزام، فانتقال حقوق والتزامات البنك الكفيل المندمج إلى البنك الدامج أو البنك الجديد الناتج عن الاندماج يكون هذا الأخير قد تحمل برضاه هذا الالتزام الذي كان سينقضي لولا تجديده بالاندماج.

[1]-شهبون لمياء، الاندماج المصرفي وموقع البنوك الجزائرية منه، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، مج03، ع03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2022، ص 174.

تمت دراسة في هذا الفصل النتائج المترتبة على تنفيذ عقد الكفالة البنكية والمتمثلة في آثاره وكيفية انقضائه، وبما أن هناك ثلاثة أطراف رئيسية في الكفالة فيمكن القول أن هناك ثلاثة علاقات وهي علاقة العميل بالبنك والتي تبدأ حين تقديم الطلب بإصدار الكفالة لصالح الجهة المستفيدة، وتكون علاقة المكفول والمستفيد في أم هذا الأخير يبقى مدين الذمة بقيمة الضمان، وعلاقة البنك الكفيل بالدائن لها وجهان، الوجه الأول يتمثل في مطالبة الدائن للكفيل بالدين في حالة عدم الوفاء المدين به، والوجه الثاني يكمن في الحقوق التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن ويعبر عنها بالدفع التي يدفع بها الكفيل للمطالبة الدائن بالتنفيذ، ومن ناحية أخرى تترتب بعض الالتزامات على قيام الكفيل بالوفاء للدائن ويقابلها حقوق للطرف الأخر يستطيع بمقتضاها الكفيل أن يجبر الدائن على احترام التزاماته، ويكون ذلك غالبا عن الدفع في الدعوى التي يرفعها الدائن، ولأن التزام الكفيل تابع فإنه يتأثر بكل ما يطرأ على الالتزام الأصلي من حيث الصحة والبطلان والانقضاء والذي بدوره ينقسم إلى أسباب عامة واخرى خاصة وباتفاق أطرافه.

الخاتمـــــة

ما يمكن قوله بعد هذه الدراسة المتعلقة بالكفالة البنكية أنها من التأمينات الشخصية مؤداها أن البنك يقف إلى جانب عميله بالتعهد بدفع قيمة الكفالة إذا أخل عميله بالالتزام الأصلي.

الضمانات البنكية تعد بعدا مهما في العمليات الائتمان البنكي في المجال التجاري لذلك كان من المهم تناول هذا الموضوع بهدف دعوة المشرع الجزائري إلى الاقتداء بباقي التشريعات في تطوير التقنيات البنكية.

من خلال دراستنا لموضوع الكفالة البنكية أدركنا مدى فعاليتها في مختلف المجالات الحياة العملية ووجدنا أنه بالرغم من أنها تقوم على فكرة تعدد المسؤولين عن الدين، إلا أن هذا الائتمان لا يتحقق إلا في حالة يسر الكفيل لأنه إذا حدث وأعسر البنك الكفيل فسوف ينقضي الضمان، فهذا الارتباط يقلل من كفاءتها في تحقيق الحماية للدائن، فخاصية التبعية ينتج عنها حق التمسك الكفيل اتجاه الدائن بكل الدفوع التي يمكن أن يدفع بها المدين الأصلي والتي قد يؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة.

ومنه لقد توصلنا من خلال هذه الدراسة الى مجموعة من النتائج وأهم أحكام الواردة في الكفالة البنكية وسنذكرها كالتالي:

-تعد الكفالة البنكية من الناحية الإقتصادية أداة من أدوات الائتمان، ومن الناحية القانونية وسيلة من وسائل الضمان، ولذلك نجدها قد تختلط ببعض الأنظمة القانونية المشابهة لها خاصة الالتزامات بالتوقيع سواء من جانب التكوين التشريعي أو طبيعتها التجارية، وهذا وفقا لما تتمتع به من خصائص ومميزات.

-أصبحت الكفالة البنكية معاملة مستحدثة تتميز بإجراءاتها الخاصة، لكن في نفس الوقت لا يمكن نسيان صبغتها الشخصية، غير أن البنوك عملت على ممارسة الكفالة البنكية باستخدامها للنصوص المنظمة للكفالة الشخصية وفقا لما يتناسب مع مصالحها بإدارتها حسب قواعد العمليات المصرفية، الأمر الذي جعلها ذو طبيعة خاصة.

-تتميز الكفالة البنكية بمجموعة من صفات فريدة جعلتها مختلفة عن الأنظمة المشابهة لها من حيث طبيعتها التجارية وكونها من عقود المعاوضة، بالإضافة إلى وجود البنك كطرف متفوق اقتصاديا.

-لاحظنا تنوع أوجه استخدام الكفالة البنكية في التشريع الجزائري، حيث تستعمل في المجال الإداري خاصة في إطار ضمان إنجار مشاريع الصفقات العمومية، وكذا استخدامها في المجال الجمركي لاستلام البضائع ولتسديد الضرائب والرسوم، ولاسيما في عقود المبادلات التجارية الخارجية.

-إن البنك لا يستطيع التخلي عن الضمانات التقليدية بصفة عامة والكفالة بصفة خاصة بالرغم من استحداث العديد من الضمانات الحديثة وهذا راجع لبساطة اجراءات الكفالة البنكية.

-إن اتصال الكفالة بأكثر مجالات تغيرا جعل لديها عدة أنواع، تتغير بتطور المعاملات، الشيء الذي يجعل منها عقد نشطا لا يخضع الى ضوابط مستقرة.

-الكفالة ليست ورقة تجارية قابلة للتداول فهي لا تحول ولا تظهر ولا يجوز اجراء الحجز عليها من قبل دائني المستفيد، انما هي حق شخصي لصالح جهة معينة قد يتحقق الدفع وقد لا يكون وبالتالي فهي ليست من موجودات المستفيد إلا أنه يجوز تظهير الكفالة تظهيرا توكيليا بهدف التحصيل لمصلحة المستفيد.

-لا يجوز إصدار الكفالة نيابة عن البنك المراسل قبل التأكد من أن تعليماته صريحة بطلب إصدار التعزيز وإن تحويل الدفع يتم عند أول طلب ولا توجد قيود تحويل العملة وإن وجدت يجب التأكد بأن هناك موافقة مسبقة على التحويل من قبل المراسل.

-في حالة إصدار كفالة نيابة عن بنك اجنبي مقابل اعتماد يجب أن ينص في صلب الكفالة أن أية مطالبة يجب أن تقترن بشهادة من المستفيد بتقصير المكفول في الالتزامات تمهيدا لإرسال ارسال هذه الشهادة، فيرسل بتيليكس إلى البنك الاجنبي للمطالبة بتقديم الكفالة قبل الاستحقاق.

-النظر بالنزاعات التي قد تنشأ نتيجة إصدار كفالة بنوك من اختصاص محاكم البلد المتواجد به البنك الذي أصدر الكفالة مالم ينص على خلاف ذلك.

-توصلنا الى أن خطاب الضمان المصرفي يجب أن لا يتضمن أية شروط أو نصوص تتعارض مع ميزة الاستقلالية التي يمتاز بها هذا العقد بحيث ان هذه الشروط قد تربط التزام البنك بالتزام العامل, مما يؤكد ضرورة وجود نصوص قانونية موحدة حتى لا يضع البنك أي نص في الخطاب بناء على طلب العميل او المستفيد يتعارض مع ما يمتاز بهذا العقد من خصائص.

-تختلف الكفالة العادية عن خطاب الضمان في أن الالتزام الكفيل أمام الدائن تابع لالتزام المكفول ولا يلزم الكفيل إلا بثبوت مديونية المكفول وللكفيل دفع الدعوى الدائن بأي دفع يحق للمدين دفع الدعوى به.

ولمعالجة عيوب الكفالة البنكية ضعنا جملة من التوصيات، سنعرضها كتالي :

-ضرورة وضع تأصيل قانوني شامل للضمانات الشخصية الغير المستقلة بشكل الواضح وصريح لاستبعاد تطبيق أحكام القانون المدني، ذلك أن جمود قواعده تعيق العمل بالكفالة كأداة للضمان، وبالتالي تسهيل تسوية المنزعات على مستوى المحاكم في تكييف هذه العمليات المصرفية ومعرفة القانون الواجب تطبيقه عليها، لذا لابد للمشرع الجزائري مواكبة تطور التشريعات المقارنة وفي مقدمتها التشريع الفرنسي.

-التوصية بوضع سيغ موحدة للكفالات البنكية تحقق التوازن والمساواة بين حقوق كل من المؤسسات المالية بصفتهم مستفيدين من جهة والبنك الكفيل والعميل المكفول من جهة أخرى.

-نقترح بأن يتوجه القضاء الجزائري إلى الاعتراف صراحة بوجود الكل من الكفالة البنكية وخطاب الضمان وانهاء حالة التشبيه التي تجعل من الكفالة المصرفية أصلا لخطاب الضمان.

-الدعوى إلى توفير المزيد من الضمانات لحماية مصالح الدائن خاصة فيما يتعلق بالحالات التي لا يمكن فيها للكفيل من القيام بإلتزاماته في حال إذ لم يفي المدين الأصلي بها، مع ضرورة تحديد معيار منضبط ليسار البنك الكفيل من عدمه لتمكين الدائن للإطلاع على الذمة المالية للبنك الكفيل قبل قبول الكفالة.

-نقترح وضع آليات تدعيم مصلحة المدين والدائن، لإن التفاوت الذي يشهده عقد الكفالة المبرم بين شخص الطبيعي والمؤسسات الائتمانية يبرز فكرة عدم التكافؤ في حماية الطرف الضعيف، وهذا باعت للبحث عن طرق لتدعيم مصلحته، فمثلا بالرجوع إلى القانون الفرنسي نجد أن المشرع ميز بين عدة نماذج لعقد الكفالة وأصدر عدة قوانين تتمحور حول أربع معايير حمائية تتمثل في الشكلية لانعقاد والتزام بالإعلام الدوري ومبدأ التناسب بين التزام الكفيل وأمواله وضرورة تحديد نطاق التزام الكفيل.

- نوصي المشرع بالمبادرة بجمع النصوص التنظيمية للكفالة البنكية المتناثرة ضمن تقنين بنكي محكم لتمكين مختلف الأجهزة والمتدخلين في النظام المصرفي للاستدلال به.

-الإشادة إلى ضرورة التفريق بين الكفالة الشخصية العادية القائمة على أساس التبرع وبين الكفالة المالية الذي يكون المصرف مقدما أمواله أو خدماته أمام عامة الناس.

-التنويه الى وجوب تشريع قانون واضح في الكفالات البنكية والاستناد إليه بدل التشتت في استعمال قواعد لعدة قوانين .

-إن تحديد أنواع الكفالات المصرفية وفقا لما جاء في هذه الدراسة لا ينفي ظهور أنواع أخرى تتلائم مع التطور الذي يشهده العالم ومثال ذلك كفلات البنوك الإلكترونية الذي باتت وسيلة ائتمانية خاصة للمتعاملين بالتجارة الإلكترونية .

-ندعو في هذا السياق إلى تفعيل دور الرقابة على جميع الكفالات البنكية التي تمنحها البنوك الوطنية وعلى المستثمرين الذين يصعب المصارف التعرف على مصادر اموالهم ولا سيما بعد انتشار ظاهره غسيل الأموال.

-نحث على تفعيل دور البنك الجزائر بإعتباره مسؤولا أولا عن النظم المصرفية من أجل تعزيز دور الكفالة البنكية.

-وجوب قبل الشروع في إبرام عقد الكفالة مراعاة مخاطرها كالدفع بسقوطها، وتنويه إلى مباشرة الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب لأن الكفالة البنكية عقد محدد المدة.

-كما هو متعارف عليه فإن أي عمل لا يخلو من النقائص فمهما حاولنا حصر جوانب الموضوع إلا أنه توجد جوانب لم نتطرق إليها حيث ستكون مواضيع لدراسات مستقبلية.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع يتضح مدى صعوبة معالجته كونه موضوعا يتسم بالتجديد المتواصل فلم يتم تناوله بكثرة من الجانب المصرفي ويرجع ذلك إلى عدم توفر قوانين خاصة ومراجع متخصصة التي تسمح بدراسته بشكل أفضل.

وهنا يمكن القول أنه يبقى موضوعا مفتوحا على أمل أن يضمن المشرع الجزائري تشريعات تتماشى مع طبيعة الكفالة البنكية.

وفي الختام أرجو أن أكون قد وفقت بين السلبيات والايجابيات التي تتعلق بموضوع الكفالة المصرفية بالإضافة الى بعض التوصيات الإقتراحات المتواضعة التي أوردتها لمعالجة بعض الاشكاليات التي أشرت إليها من خلال تناولي لهذا البحث راجية أن تنال الاستحسان والقبول.

الملاحق

الملحق رقم 01: سعر الفائدة

اعتمادات وكفالات

تعرفة العملاء بالدولار الأميركي أو ما يعادله عمولات/مصاريف	
أ. اعتمادات مستندية	
استيراد	
عمولة على فتح اعتماد أو تعديله (تعرفة فصلية أو جزء من الفصل)	3,15 ‰ (100 $ كحد أدنى) مصاريف سويفت (Swift) عند فتح الحساب: 40 $ إلى 60 $ (بحسب تعرفة البلد)
عمولة تعهدات القبول (تعرفة سنوية)	3,15 % (100 $ كحد أدنى)
كفالة المستندات الناقصة	26 $ أو ما يعادلها لغاية شهر + 10.000 ل.ل. طابع للأشهر أو أجزاء الأشهر التالية: 25$ أو ما يعادلها من تاريخ تسليم الوثائق حتى إعادة الكفالة
تظهير "بوالص الشحن"	26 $
تعديل دون زيادة أو تمديد	50 $ + مصاريف سويفت Swift (15 $ إلى 30 $)
مصاريف نقل	25 $ (عند الاصدار وعند القبول)
إصدار إعتماد جهوز (تعرفة سنوية)	3,15 %
مفارقات في المستندات (تعرفة لكل مفارقة)	80 $ (يتحملها المستفيد لا العميل)
تصدير	
غير مثبّت / تبليغ (تعرفة فصلية أو جزء من الفصل)	1,6 ‰ (78 $ كحدّ ادنى)
غير مثبّت / دفع	1,05 ‰ (52 $ كحدّ أدنى)
مثبّت / تبليغ (تعرفة فصلية أو جزء من الفصل)	3,15 ‰ (105 $ كحدّ أدنى)
مثبّت / دفع	1,05 ‰ (52 $ كحدّ أدنى)
تعهدات القبول (تعرفة فصلية)	0,78 % (78 $ كحدّ أدنى)
تعديل دون زيادة أو تمديد	36 $
مصاريف النقل	40 $
تحويل اعتمادات (تعرفة فصلية)	3,15 ‰ (100 $ كحدّ أدنى)
بريد	35 $
إعادة إرسال	26 $
عمولة حسم	2,20 ‰
ب. تحصيلات مستندية	
مستندات / سندات - تحصيل / قبول	2 ‰ (75 $ كحدّ أدنى)
إشعار مصير أو تذكير (تعرفة لكل إشعار)	2 $ للتحصيل عند اسيفاء العملية + مصاريف سويفت Swift (15 $)
مستندات مخالفة	1,05 ‰ (55 $ كحدّ أدنى)
كفالة المستندات الناقصة	26 $ لغاية شهر + 10 000 ل.ل. طابع للأشهر أو أجزاء الأشهر التالية: 25 $ حتّى إعادة الكفالة (إحتياط 100 %)
تظهير «بوالص الشحن»	26 $ (إحتياط 100 %)
مستندات / سندات متداولة أو سندات مع التعهّد بالدفع	0,78 % (78 $ كحدّ أدنى)
عمولة حسم	2,20 ‰
إعادة مستندات أو سندات	55 $
ج. كفالات مصرفية	
إصدار / تجديد / زيادة * (تعرفة سنوية إلا في حالة الاستثناء) تحتسب التعرفة ويعاد النظر بها سنوياً، فصلياً أو بحسب الأساس التناسبي)	3,15 % مع حدّ أدنى: 3 أشهر: 75 $ 6 أشهر: 90 $ 12 أشهر: 125 $ + مصاريف سويفت Swift (15 $ أو 30 $)
تعديل	35 $
*إنّ التعريفات السنوية على الكفالات المرتبطة بالخطوط الدولية للهاتف الخليوي لزبائن Alfa و Touch فهي 75 $	
د. سندات	
مصاريف لكلّ سند	2,2 $ إذا كان التحصيل في الفرع الرئيسي لبنك سوسيته جنرال في لبنان 3,3 $ إذا كان التحصيل على صناديق فروع بنك سوسيته جنرال في لبنان دون الفرع الرئيسي 5,5 $ إذا كان الكشف المفضّل يتضمّن سند واحد سوف يتمّ تسديده على صناديق بنك سوسيته جنرال في لبنان 11 $ إذا كان التحصيل سوف يتّم عند مراسل محلّي لبنك سوسيته جنرال في لبنان 16,5 $ إذا كان التحصيل سوف يتمّ عند مراسل لبنك سوسيته جنرال في الخارج + مصاريف بريد
مصاريف مرفأ	1 $ لكلّ كشف مفضّل
جدول زمني بالسندات	10 $
د.1 - سندات محسومة	
عمولة فصلية بالإضافة إلى المصاريف	2,2 ‰ إذا كان التحصيل على صناديق بنك سوسيته جنرال في لبنان 2,75 ‰ إذا كان التحصيل سوف يتّم عند مراسل محلّي لبنك سوسيته جنرال في لبنان 3,3 ‰ إذا كان التحصيل سوف يتمّ عند مراسل لبنك سوسيته جنرال في الخارج
د.2 - سندات محفوظة كضمانة أو سندات للتحصيل	
عمولة مقطوعة بالإضافة إلى المصاريف	2,2 ‰ إذا كان التحصيل على صناديق بنك سوسيته جنرال في لبنان 2,75 ‰ إذا كان التحصيل سوف يتّم عند مراسل محلّي لبنك سوسيته جنرال في لبنان 3,3 ‰ إذا كان التحصيل سوف يتمّ عند مراسل لبنك سوسيته جنرال في الخارج
سندات مرتجعة غير مدفوعة	5,5 $

الملحق رقم 02: كفالة حسن التنفيذ

البنك الوطني الجزائري
شركة ذات أسهم
ذات رأسمال :41.600.000.000-00 دج
المقر الاجتماعي: 08، نهج أرسطو ناي الجزائر

كفالة حسن التنفيذ

نحن الموقعون أدناه، البنك الوطني الجزائري، شركة ذات أسهم، ذات رأسمال قدره 41.600.000.000-00 دج الكائن مقره: 08، نهج أرسطو ناي الجزائر، المنشأة بموجب الأمر رقم 66.178 المؤرخ في 1966/06/13، المعدّل والمتمم مع الإقرار، من أي كفالة لضمان حسن التنفيذ الناتج عن صفقات الدولة، الولاية، البلديات والمؤسسات العمومية الأخرى المذكورة، الممثلة من طرف السيد صلوح محمد الهادي مدير الوكالة " 944 C " وكالة المخولة له كافة السلطات لغرض هذه الكفالة.

نصرح بتنكيلنا كفيلا متضامنا وشخصيا لمؤسسة أشغال البناء [redacted] وكالة الكائن مقرها حي البستان بمكرة بلدية الرويسات – ورقلة - لجميع الكفالة التي يخضع لها هذا الأخير بصفته صاحب الإتفاقية رقم 2013/136 بتاريخ 2013/06/06 بمبلغ 16.679.227,50 (ستة عشرة مليون و ست مائة و تسعة وسبعون ألف ومائتان وسبعة وعشرون دينار جزائري و50 سنتيم) لدى مديرية الصحة و السكان بورقلة الممثلة من طرف السيد [redacted] والتي موضوعها اعادة الاعتبار وتوسيع دراسة التكوين الشبه الطبي بورقلة – التهيئة الخارجية وانجاز مختلف الشبكات .

و يقدر مبلغ الكفالة ب 833.961,37 دج (ثمان مائة و ثلاثة و ثلاثون ألف و تسعمائة واحد وسبعون دينار جزائري و37 سنتيم).

تحول هذه الإستلام المؤقت كفالة حسن التنفيذ و قدرها 5 % من مبلغ الإتفاقية و سلطتها المختصة التي كفالة ضمان طبقا لأحكام المادة 98 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07.

ونلتزم بالقيام بأمر الدفع للإدارة المتعاقدة بدون إمكانية لأحيل هذا الدفع أو الإعتراض لأي سبب كان بما يعادل مبلغ الضمان المشار إليه أعلاه بلغ الجميع التي يصبح صاحبها مدينا بها على أساس الإتفاقية السابقة الذكر.

سيتم تحرير هذه الكفالة لحسن التنفيذ بعد الإستلام النهائي عن طريق رفع اليد مسلم من طرف الإدارة.

محرر بورقلة في :2013/09/12

المكفيل

الملحق رقم 03: غرفة التجارية و البحرية

ملف رقـم 627056 قـرار بتاريخ 2010/07/08

قضيـة مؤسسة (ن.م) ضد عرب بنك الجزائر و ناسيونال بنك الكـويت والشركـة ذ.م.م للتوزيع و الشركة ذ.م.م برقان انترناشيونال الجزائـر

الموضـوع: كفالـة بنكية-كفالـة شخصية-أعراف دوليـة-معاملـة مصرفيـة عالميـة.

قانـون مدنـي : المـواد مـن 644 إلـى 673.

المبـدأ: لا ينبغي الخلط بين الكفالة البنكية، الداخلة في المعاملات المصرفيـة العالميـة، الخاضعة للأعراف الدوليـة، وبين الكفالـة الشخصيـة، الخاضعـة للقانـون المدنـي.

الكفالـة البنكية مشروطة الدفع، عند أول طلب، وغيـر قابلة للطعن، وغير موقوفة بأي شـرط.

يشتـرط في الكفالة الشخصيـة، أن يكون الكفيل موسـرا ومقيمـا بالجزائـر.

إن المحكمـة العليـا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنـون، الجزائـر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصـه :

بنـاء على المواد 257.244.239.233.231 وما يليها من قانون الإجراءات المدنيـة.

الملحق رقم 04: كفالة التعهد

مؤسسة أشغال البناء ورقلة
CR [redacted]
المقر الإجتماعي: حي سكرة بلدية الرويسات ولاية ورقلة ص.ب 1008 ورقلة

الرقم : 2011/58 ورقلة في: 07 ديسمبر 2011

إلى السيد : مدير البنك الوطني الجزائري
- وكالة ورقلة.
944

الموضوع : طلب كفالة تعهد

المرفقات: نسخة من الأمر المصلحي+ نسخة من الإتفاقية رقم: 2011/28 بتاريخ: 2011/07/25

يشرفني أن أتقدم إلى سيادتكم المحترمة بطلبي هذا الممثل في طلب كفالة تعهد بنسبة 05 % من مبلغ الإتفاقية

- إسم المشروع: تهيئة ساحة المدرسة الإبتدائية أحمد زهانة بالبور بلدية أنقوسة
- الإتفاقية رقم: 2011/28 بتاريخ: 2011/07/25
- صاحب المشروع: بلدية أنقوسة.
- المقاول: مؤسسة أشغال البناء ورقلة بن دومة رشيد.

مبلغ الإتفاقية : 3 679 650.00 دج
مبلغ كفالة تعهد بنسبة 05%: 183 982.50 دج

تقبلوا سيدي المدير فائق الاحترام والتقدير

الإمضاء

ملحق رقم 05: contre Garantie de bonne exécution

CONTRE-GARANTIE DE BONNE EXECUTION

Nous référant au contrat N°..... du ..... conclu entre (raison sociale de l'opérateur public Algérien) et (raison sociale du cocontractant étranger) relatif à (objet du contrat) et conformément à l'article ....., engageant (raison sociale du cocontractant étranger) à la production d'une garantie de bonne exécution de (montant en chiffres et en lettres) représentant.... % du montant du contrat.

Nous (raison sociale de la banque étrangère) au capital de ..... ayant son siège social à ..... représentée par ....., agissant en qualité de ....., en vertu des pouvoirs qui lui/leur sont confiés et dont il (s) justifie (ent) demandons à la BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE, de souscrire sous notre pleine et entière responsabilité un engagement à concurrence de (montant en chiffres et en lettres) en faveur de (raison sociale de l'opérateur public Algérien) qui couvre la garantie de bonne exécution par (raison sociale du cocontractant étranger), de ses obligations contractuelles.

En contrepartie, nous (raison sociale de la banque étrangère) contre-garantissons irrévocablement et inconditionnellement à la BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE la bonne exécution par (raison sociale du cocontractant étranger) de ses obligations contractuelles et à défaut, le remboursement des sommes dues au titre de ladite contre-garantie.

En conséquence, nous paierons sans délai à la BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE à première demande de celle-ci sans pouvoir recourir à une quelconque formalité et sans pouvoir lui opposer le motif de notre chef ou du chef de notre donneur d'ordre, le montant intégral de la contre-garantie soit (montant en chiffres et en lettres) ou tout autre montant restant dû au titre de cette contre garantie, augmenté des frais et dépenses éventuels de toute nature encourus par la BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE à l'occasion de la mise en jeu de cette contre-garantie.

Tout retard apporté au versement des sommes dues au titre de la contre-garantie mettra à notre charge le paiement au profit de la BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE d'intérêts au taux de 12 % l'an qui commenceront à courir à partir du huitième jour de la date de la mise en jeu de la contre-garantie jusqu'au jour du paiement effectif. Ces intérêts seront capitalisés s'ils sont dus pour une année entière.

... / ...

الملحق رقم 06: caution bancaire

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة المالية

المديرية العامة للضرائب

Série G n° 52

CAUTION BANCAIRE

مديرية الضرائب لولاية .....

قباضة .....

خزينة ولاية .....

Pour le règlement au Trésor des impôts et taxes déclarés par le redevable M .....

Domicilié à la banque ..... Date .....

Agence ..... Ref .....

Code .....

N° du compte .....

Le présent engagement est établi en faveur du Receveur des Impôts de .....

..... par M .....

directeur de la banque ci-dessus désignée et identifiée par le n° ..... ouvert à la banque d'Algérie, à l'effet de verser au Trésorier de wilaya de .....

à l'échéance du .....

le montant de la présente obligation arrêté à .....

....., et développé comme suit :

N° d'ordre	NATURE des droits et taxes	MONTANT	ECHEANCE	INTERET DE CREDIT ..... %	MONTANT TOTAL droits + intérets	OBSERVATIONS
				TOTAL GENERAL DE L'OBLIGATION		

Fait à....., le.....

LU ET APPROUVE
BON POUR CAUTION SOLIDAIRE
AVEC LE REDEVABLE SUS-DESIGNE.

MOTIFS EN CAS DE REFUS DE REGLEMENT DU PRESENT EFFET

.....

.....

.....

.....

.....

Fait à....., le.....

LE TRESORIER DE WILAYA,

L'Obligation cautionnée est un moyen de paiement des impôts et taxes, réservé aux redevables remplissant les conditions fixées par les dispositions des articles 81 et 571 respectivement du code des TCA et du Code des Impôts Indirects. Elle est souscrite chez le Receveur des impôts en deux (02) exemplaires lors du dépôt dans les délais requis de la déclaration relative aux droits au comptant (G.50).

L'Original est versé au Trésorier de Wilaya de rattachement par bordereau d'envoi pour son encaissement à l'échéance. Le rejet éventuel de cet effet, entraîne automatiquement la mise en œuvre de l'action coercitive à l'égard du redevable concerné et de sa caution (Arrêté n° 1063 du 04 Octobre 1997).

الملحق رقم 07: الأعراف الموحدة دوليا

الأعراف الدولية الموحدة للكفالات المصرفية
Uniform Rules for Demand Guarantees

الأعراف الموحدة للكفالات :

نشرة رقم 458 عام 1992

مجال تطبيق هذه الأعراف :

المادة (1)

تطبق هذه الأعراف على جميع الكفالات وتعديلاتها التي تتضمن إصدار تعليمات للكفيل بإصدار كفالة "خاضعة" للأعراف الموحدة للكفالات الصادرة من قبل غرفة التجارة الدولية بموجب المنشور (458) وهي ملزمة لجميع الأطراف إلا إذا نصت الكفالة على خلاف ذلك.

تعريف الكفالات ومواد عامة :

المادة (2)

أ- لأغراض هذه المواد، فإن الكفالة التي تدفع عند الطلب (تدعى "كفالة" في هذه الأعراف) تعني أي كفالة أو تعهد بالدفع مهما سميت أو وصفت من قبل مصرف، شركة تأمين أو شخص آخر (يسمى في هذه الأعراف الكفيل) يتعهد خطياً لدفع نقود مقابل تقديم طلب خطي للمطالبة بالدفع وأية مستندات أخرى تطابق شروط هذا التعهد (المستندات الأخرى التي قد تطلب مثل شهادة مهندس معماري، أو مهندس مدني، قرار محكمة، أو قرار تحكيمي) ومثل هذه المستندات قد توصف في الكفالة أو التعهد الذي يعطى :

1- كطلب أو بناء على تعليمات وبمسؤولية طرف (يسمى فيما بعد المكفول).

2- كطلب أو بناء على تعليمات وبمسؤولية مصرف، شركة تأمين أو أي طرف أو شخص آخر (يدعى فيما بعد طالب إصدار الكفالة) وذلك بناء على تعليمات المكفول، ويعطى إلى طرف آخر (يدعى فيما بعد المستفيد).

الملحق رقم 08: caution personnelle

Caution personnelle et solidaire (personne physique)

emplacement du
Timbre de dimension

Caution : Mr [redacted]
Né le : [redacted] AIN TEMOUCHENT demeurant au : NR 182, CITE 1 ER NOV 411 LGTS AIN TEMOUCHENT.
PC N° [redacted] par : AIN TEMOUCHENT.
Ci-après dénommé(e) « le client »
Le débiteur principal : MME [redacted] demeurant au NR 182, CITE 1 ER NOV 411 LGTS AIN TEMOUCHENT.
Ci-après dénommé(e) « le client cautionné »
Montant, garanti 2.000.000 ,00 DA Deux millions dinars algériens augmenté d'intérêt, commissions, frais et accessoires en dinars
L'engagement de caution, présentement contracté comprend les clauses et condition ci-après la caution adhère sans exception ni réserves.

1- La caution solidaire est tenue de payer a la banque extérieure d'Algérie ce que doit et devra le cautionné ci-dessus désigné au cas où ce dernier ne ferait pas face à ce paiement pour un motif quelconque.
Dans la limite de son engagement, la caution est tenue à ce paiement sans que la banque et :
- A poursuivre préalablement le cautionné
- A exercer des poursuites contre les autres personnes qui se seront portées caution du cautionné

La BEA peut demander à la caution le paiement de la totalité de ce que lui doit le cautionné, elle peut exercer des poursuites judiciaires sur l'ensemble des biens, meubles et immeubles, présents et à venir de la caution.
La modification ou la disparition des liens de fait ou de droit susceptible d'exister entre la caution et le cautionné n'emporte pas libération de la caution qui ne peut révoquer son engagement que dans les conditions de paragraphe 6.

2- **Opération garanties** :
La caution garantit le paiement de toutes sommes que le cautionné peut ou pourra devoir à la banque extérieure d'Algérie au titre de l'ensemble de ses engagement sous quelque forme que ce soit, y compris au titre de tous avais, cautionnement et garanties souscrits par le cautionné ou profit de la BEA ou délivrés par elle pour le compte du cautionné ou sur son ordre et ceci :
-en tout monnaie.
-chez l'une quelconque de ses agences.
-quelle que soit la nature du compte du cautionné ou compte interne à la banque.
Le présent cautionnement comprend les engagements nés même indirectement d'obligations à l'égard de la BEA incombant au cautionné du fait notamment de sa signature sur tous effets et valeurs.

3- **limite du montant cautionné** :
Le présent engagement solidaire est limité à la somme en principal de **2 000 000,00** DA **Deux millions dinars algériens.**
Majoré des intérêts. Commissions, frais, et accessoires afférents opérations garanties, aux taux et conditions applicables aux dites opérations, convenue entre la BEA et la cautionné .la caution déclare avoir conscience de ce que taux et conditions sont susceptibles d'évolutions.

4- **Mise en jeu de la caution** :
En cas de défaillance du cautionné pour quelque cause que ce soit, la caution sera tenue de payer à la BEA ce que lui doit le cautionné, y compris les sommes de venues exigibles par anticipation.

5- **Recours de la caution** :
La caution qui à payé dispose contre le débiteur cautionné des prévus par la loi et pourra bénéficier des droits. Titres ou sûretés détenues par la banque en garantie de sa dette à l'égard du cautionné.
Dés que la banque extérieure d'Algérie aura été payée de la totalité des sommes dues par le débiteur, qui peuvent être supérieurs à celui du présent cautionnement, la caution pourra exercer ses recours contre la cautionné.

6- **Révocation du cautionnement** :
Le présent engagement continuera à produire ses effets jusqu' au jour ou la caution décide de révoquer son engagement moyennant un préavis.
Cette révocation doit être portée à la connaissance de la BEA par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle prendra effet à l'expiration d'un délai de 90 jours à compter de la date de réception de cette lettre par l'agence.
Cette révocation n'aura d'effet qu'à l'égard de son auteur qui restera tenue envers la BEA jusqu'au remboursement intégral et définitif de tout les engagements du cautionné nés antérieurement, y compris de ceux dont les échéances et l'exigibilité sera postérieure.
En cas de révocation du présent engagement avant clôture du courant, les obligations, au titre du dit compte seront déterminées par le solde que dégagera ce dernier au moment de sa clôture, sans pouvoir excéder, toute fois , le montant de sa position débitrice à la date d'effet de la révocation, mais en tenant compte de la liquidation des opérations en cours à cette date.

7- **Renonciation par la caution aux bénéfices ci-après :**
Cet engagement solidaire entraine la caution à se prévaloir :
a- Du bénéfice du terme pour le cas ou les sommes dues par le client deviendraient exigibles par anticipation pour quelque cause que ce soit.
b- Du bénéfice de discussion et du bénéfice de division tant avec le client qu'avec tous coobligés.

c. De toutes subrogations, de toutes actions personnelles ou autres qui auraient pour résultat de faire venir la caution en concours avec la banque tant que cette dernière n'aura pas été désintéressée de la totalité des sommes en principal, intérêts, commissions, frais et accessoires que lui seront dues.

Il en sera ainsi que la caution ait fait libérée partiellement ou totalement de son obligation et alors même que le présent engagement d'un montant inférieur aux sommes dues par le client à la banque.

3- **Connaissance de caution de la situation du cautionné :**

La caution entend suivre personnellement la situation du client cautionné. Elle dispose la banque de tout avis d'information envers la caution et de tout avis de prorogation ou de paiement.

La banque ne sera pas tenue d'informer la caution des événements qui pourraient affecter la situation juridique du client ou d'une autre caution, tel le décès d'une personne physique ou la dissolution d'une personne morale.

La caution ne pourra se prétendre dégagée au cas de modification ou de disparition des liens de fait ou de droit susceptible d'exister entre elle et le client cautionné.

9- **Pluralités de garanties :**

Il est bien entendu que le présent cautionnement n'affecte et ne pourra affecter en aucune manière la nature et l'étendue de tout engagements et de toutes garanties réelles ou personnels qui viendront s'ajouter au présent cautionnement qui et en été fournies ou pourront être fournies au profit de la banque par la caution la caution é ou par tout tiers

10- **Impôts frais :**

Tout droit impôts taxes pénalités auxquels l acte ainsi que son exécution pourront donner lieu seront à la charge de la caution ou du cautionnés y compris les frais d'enseignement en cas d accomplissement de cette formalité

11- **formalités :**

Pour l'exécution des présentes, toutes demandes et significations seront faites à la banque extérieure d'Algérie agence D'AIN TEMOUCHENT 072 sise : 61 BD 1ERE NOVEMBRE 1954

Pour la caution demeurant au : NR 182, CITE 1 EX NOV 411 LGTS AIN TEMOUCHENT.

La caution reconnait avoir reçu une copie du présent acte de cautionnement.

La caution autorise la BEA à remettre au cautionné une copie du dit acte.

Mention manuscrite précédant la signature de la caution :

« Bon pour caution solidaire de tous engagement dans les termes ci-dessus à hauteur de : **2 000 000,00 DA**

Deux millions dinars algériens augmenté d'intérêts, commissions, frais et accessoires en dinars selon les énonciations du Présent acte »

Signature de la caution

Fait à AIN TEMOUCHENT, le 27/04/2011

قائمة المراجع والمصادر

القرآن الكريم

المعاجم والقواميس:

1. ابتسام القرام، مصطلحات قانونية في ق ج، د ط، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 1998.
2. محمد الدين بن يعقوب الفيروز أبادي، قاموس المحيط، ط5، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1996.
3. مرعشي أسامة، مرعشي نديم، الصحاح في اللغة والعلوم، مج2، ط1، دار الحضارة العربية، بيروت، لبنان، 1974.
4. منظور الأنصاري الرفيعي، لسان العرب، ج22، ط3، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، 1970.

أولا/ المراجع:

الكتب العامة:

1. أحمد سعيد، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.
2. أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د س ن .
3. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، د ط، دار النهضة العربية للطباعة للنشر والتوزيع، اسكندرية، مصر، 2005.
4. بلحاج العربي، نظرية العقد في قانون المدني الجزائري، ط 1، د م ج، الجزائر، 2015.
5. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، ط1، دار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995، ص33.
6. خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، ج2، ط1، د م ج، الجزائر، 2000.
7. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، د ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، 2007.
8. رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دط ، د م ج، الإسكندرية، مصر، 1998.
9. سامي فوري، شرح القانون التجاري، ج1، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1994.
10. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.
11. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970.

12. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح ق م، نظرية الالتزام بوجه عام، ج3، دط، دار الإحياء للتراث العربي، بيروت، لبنان، 1968.
13. عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام التزام ق م ج، دط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004.
14. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مج1، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، جامعة القاهرة، مصر، 1905.
15. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام الالتزام، ط1، مطبعة نهضة مصر، جامعة القاهرة، مصر، 1989.
16. محمد حسن منصور، النظرية العامة للائتمان، ط1، منشأة المعارف، قاهرة، مصر، 2005.
17. محمد صبري سعدي، شرح ق م ج، عقد الكفالة، ط1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992.
18. محمدي سليمان، مدونة حول التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، د م ج، الجزائر، 1999.
19. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ط1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996.
20. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، مصر، 2007.
21. وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، مصر، 1983.

الكتب المتخصصة :

1. إسماعيل علم الدين، خطاب الضمان، ط1، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1970.
2. آل شبيب دريد كامل، إدارة العمليات المصرفية، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015.
3. خالد امين عبد الله، إدارة العمليات المصرفية المحلية والدولية، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
4. خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015 .
5. زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة في ق م ج، ط4، دار الأمل، الجزائر، 2018.
6. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد الكفالة، مج3، ط3، دار الكتب المصرية، مصر، 1993.
7. شاكر القزويني، اقتصاد البنوك، ط 4، د م ج، الجزائر، 2008.
8. الشهاوي قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، دط، منشأة المعارف، مصر، د س ن.
9. عبد الرزاق قاسم، العمليات المصرفية، د ط، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2009.
10. عبد المطلب عبد الحميد، اقتصاديات النقود والبنوك، ط1، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2009.

11. علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، ط1، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2005.
12. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
13. ماهر شكري، العمليات المصرفية الخارجية، ط 2، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.
14. محفوظ جودة، إدارة مخاطر الائتمان، ط1، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، مصر، 2008.
15. محي الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة الأعمال البنوك من الناحية القانونية والعملية، ج2، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1999.
16. محمود أحمد مروح مصطفى، الكفالة، ط 1، دار النقائش للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.
17. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، مج4، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
18. مصطفى عبد الجواد الحجازي، عقد الكفالة في ق م ج، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006
19. مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، مصر، 2006.
20. هاني عطا، التحكيم في الضمانات المصرفية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017.

رسائل الدكتوراه:

1. آمقران راضية، خطابات ضمان المصرفية وموقف الشريعة الاسلامية منها، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2014.
2. بظراني نجاة، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1987.
3. بن بابوش فاطنة، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الائتمان، أطروحة دكتوراه، علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2018.
4. رقية جبار، النظام القانوني للعمليات البنكية الدولي، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2017.
5. محمد سعيد ليندة، الكفالة البنكية، أطروحة دكتوراه، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2018.

مذكرات الماجستير:

1. الباقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، الجزائر، 2009.
2. زكري إيمان، أحكام التضامن في مواد القانون التجاري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007.
3. سعاد توفيق، سليمان أبو المشايخ، عقد الكفالة المدنية، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006.
4. شلغوم رحيمة، ضمانات القرض، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2008.
5. فضيل نورة، النظام القانوني للتأمين على القرض في الجزائر، مذكرة ماجستير، قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر،2004.
6. كوردي فاطمة الزهراء، حماية القانونية للكفيل في عقود الائتمان، مذكرة ماجستير، قانون خاص، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2013.
7. مجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/ 2012.
8. محمد علي محمود القيسي، الكفالة في المنظور الشخصي والمصرفي، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2000.
9. منال حسن إسماعيل عبده، الكفالات المصرفية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1995.
10. وائل نورس الهناوي، دور الكفالة المصرفية في عملية المبادلات التجارية، مذكرة ماجستير، قسم المصارف، كلية الاقتصاد، جامعة دمشق، سوريا، 2016.

مذكرات الماستر:

1. زيغة ابتسام، دور الكفالة المصرفية في تفعيل الاستثمارات التنمية المحلية، مذكرة ماستر، تخصص اقتصاد بنكي ونقدي، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر،2017.

المقالات:

1. أسماء مرابط، الضمانات الشخصية المستحدثة، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، مج 6، ع 2، مخبر الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار، الاغواط، الجزائر، 2019.
2. بن بوزيد دغبار نورة، التنظيم القانوني للكفالة وتطبيقاته في الصفقات العمومية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مج04، ع8، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، الجزائر، 2015.
3. تدريست كريمة، الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مج 15، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2017.
4. شمبي ليندة، الإفلاس المصرفي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، مج59، ع01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2022.
5. شهبون لمياء، الاندماج المصرفي وموقع البنوك الجزائرية منه، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج 03، ع03، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2009.
6. العلواني سهام، أثر اتفاق التحكيم على الكفالة المصرفية، مجلة آفاق العلوم، مج 07، ع01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2022.
7. فوزي هاشمي، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مجلة الفقه القانوني والسياسي، مج 01، ع01، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيارت، الجزائر، 2016.
8. كوردي فاطمة الزهراء، حماية الكفيل المتعامل مع البنك الدائن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج51، ع2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2014.
9. مبارك بن الطيبي، نظرة حول الأنظمة الاقتصادية في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 19، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج10، ع19، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر 2018.
10. مريم بنت الخوخ، دور الكفالة المصرفية في مجال الائتمان، دفاتر البحوث العلمية، مج05، ع11، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، الجزائر، 2017.
11. منصور داود، عامر قيرع، تجارية عقد الكفالة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مج 07، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، الجزائر، 2022.
12. يوسفي نور الدين، سامي كحلول، النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، مج 05، ع 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر،2018 .

الملتقيات :

1. رقية جبار، الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية، مداخلة26، ملتقى وطني 6 حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارسي، المدية، الجزائر، 2013.
2. سفيان الكهان، عرض حول الكفالة البنكية شعبة المالية الإسلامية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عبد المالك السعدي، المغرب، 2018.

المحاضرات:

1. حمدي عبد الرحمان أحمد، محاضرة حول الكفالة، كلية الحقوق، جامعة الفيوم، مصر، 2020.
2. عبد القادر بقيرات، محاضرات القانون التجاري الجزائري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2014.

المراجع باللغة الفرنسية:

les ouvrages :

1. -Christen Gavalda, Jean Staufflet, droit bancaire, 2éme éd, Litec, Paris, France, 1994.
2. -Jean, louis Rivers, lange, droit bancaire, 6ème éd, Dalloz, France, 1995.
3. -Macoring, venier, droit civil, les sûretés, 1ère éd, l'hemes éditeur, Lyon, France, 1999.

المراجع باللغة الإنجليزية:

Books:

-ugo, Dractta and Ralph, Lake, in the book" letters of intent and other precontractual documents, Butter worth legal publishers, university California, usa, 1989.

المواقع الإلكترونية:

-Societégénérale.com, /28/12/2022, a 18 :00.

ثانيا/ المصادر:

النصوص التشريعية:

_ القوانين:

1. القانون رقم 04-02 المؤرخ في05 جمادى الأولى الموافق 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج ر ج ج ، ع 41، الصادرة في 27 جوان 2004.
2. القانون رقم 06-34 الصادر بتاريخ 14 فيفري 2006 المتعلق بالمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، ج ر ج ج، ع 97، بتاريخ 20 فيفري 2006، ص435.
3. القانون رقم08-09 المؤرخ في18 صفر1429 الموافق 25 فيفري 2008، المتضمن ق إ ج م ا ، ج ر ج ج، ع12، الصادرة في 23افريل 2008، المعدل والمتمم.
4. قانون رقم 17 -04 المؤرخ في19 جمادى الأولى 1438 الموافق 16فبراير 2017، المتضمن قانون الجمارك، ج رج ج، ع 11، الصادرة في 19 فبراير 2017، المعدل المتمم.
5. قانون رقم 32-13المؤرخ في 13 ذي الحجة 1443 الموافق 12 يونيو 2022، ج رج ج، ع 48، يعدل ويتمم ق رقم 08- 09 المتضمن ق إ م إ.

_ الأوامر:

1. الأمر رقم75 - 58المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري ، ج ر ج ج، ع 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
2. الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 20 رمضان 1975، الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، ج ر ج ج، ع 78، الصادرة في 30 سبتمبر1975، المعدل والمتمم.
3. الأمر رقم 03-11 المؤرخ في27 جمادى الثانية 1424 الموافق 26أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج، ع52، الصادرة في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم.

النصوص التنظيمية:

المراسيم الرئاسية:

1.المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في02 ذي الحجة 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج رج ج، ع 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

الأنظمة:

1. نظام رقم 93-02 المؤرخة في 10 رجب 1413 الموافق 03 يناير 1993، المتضمن عقود الضمان أو الضمان المقابل من قبل البنوك والوسطاء المعتمدين، ج ر ج ج ، ع 17، الصادرة في 14مارس 1993.
2. نظام رقم 94-13 المؤرخ في 02 جوان 1994، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر ج ج، ع 72، الصادر في 06 نوفمبر 1994.
3. نظام رقم 13-01 المؤرخ في 08 أفريل 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر ج ج، ع 29، الصادر في 02 ماي 2013.
4. نظام رقم 18-13، المؤرخ في 04 نوفمبر 2018 يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج ر ج ج، ع73، الصادرة في 09 ديسمبر 2018.

القرارات القضائية الغير منشورة:

1. قرار صادر بتاريخ 1999/10/13 تحت رقم 210460 بين دماس علي وبلقاسمية السعيد، غير منشور.
2. قرار صادر بتاريخ 2001/11/07 تحت رقم 247/903 غير منشورين ديوان الترقية والتسيير العقاري سيدي بلعباس ومقاولة البناء العباسية.

الفهرس

الفهرس

آية قرآنية.....أ

الشكر والتقدير.....ب

الإهداء.....ج

قائمة أهم المختصرات..... .....د

المقدمة.....2

الفصل الأول ماهية الكفالة البنكية.....7

المبحث الأول الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية..... ....**8**

المطلب الأول مفهوم الكفالة البنكية.....8

الفرع الأول: تعريف الكفالة البنكية.....9

الفرع الثاني: خصائص الكفالة البنكية.....10

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للكفالة البنكية.....13

المطلب الثاني: نطاق الكفالة البنكية.....18

الفرع الأول: الكفالة المطلقة.....18

الفرع الثاني: الكفالة المحددة.....19

الفرع الثالث: تمييز الكفالة البنكية عن النظم المشابهة لها 20

الفرع الرابع: أنواع وتطبيقات الكفالة البنكية.....24

المبحث الثاني: مراحل إبرام عقد الكفالة البنكية.....32

المطلب الأول: الإجراءات السابقة للتعاقد.....32

الفرع الأول: خطوات إصدار الكفالة البنكية.....32

الفرع الثاني: إدارة عمليات عقد الكفالة البنكية.....35

الفرع الثالث: الشروط الخاصة لعقد الكفالة البنكية.....38

المطلب الثاني: أركان انعقاد عقد الكفالة البنكية.....42

الفرع الأول: ركن التراضي.....42
الفرع الثاني: ركن المحل..... 46
الفرع الثالث: ركن السبب.....49
خلاصة الفصل الأول.....51
الفصل الثاني: أحكام تنفيذ وانقضاء الكفالة البنكية..... 53
المبحث الأول آثار عقد الكفالة البنكية 54
المطلب الأول التزامات الناشئة عن عقد الكفالة البنكية.....54
الفرع الأول: إلتزامات العميل في مواجهة البنك الكفيل.....54
الفرع الثاني: التزامات البنك الكفيل في مواجهة العميل.....57
الفرع الثالث: التزام البنك الكفيل في مواجهة الدائن المستفيد.....59
المطلب الثاني: الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة.....62
الفرع الأول: دفوع الالتزام الأصلي.....62
الفرع الثاني: دفوع الناشئة عن عقد الكفالة البنكية.....64
الفرع الثالث: طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه.....67
المبحث الثاني: انقضاء الكفالة البنكية.....75
المطلب الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء. 75
الفرع الأول: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.....76
الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء..... 80
المطلب الثاني: الأسباب الخاصة 85
الفرع الاول الإفلاس والتسوية القضائية 86
الفرع الثاني الأسباب الاتفاقية 86
الفرع الثالث: تغيير الشكل القانوني للكفيل.....89

خلاصة الفصل الثاني.....92
الخاتمة.....93
الملاحق.....100
قائمة المراجع و المصادر.....115

الملخص:

لقد كانت نظرة القانون للكفالة المصرفية في بداية العمل المصرفي على أنها امتداد للكفالة الشخصية التي هي باعتبارها أحد العقود المسماة، يمكن حصر مضمونها في أربعة مسائل منها التعريف القانوني، الأركان الموضوعية، الشروط الشكلية، وأخير العلاقة بين الكفيل وأطراف العقد، وهي جوانب نظرية للكفالة في القواعد العامة التي حولنا إسقاطها على الكفالة البنكية بما يتماشى مع طبيعتها التجارية.

ويكمن دور الكفالة المصرفية في تحقيق ثلاث مصالح مترابطة في بينها، مصلحة العميل المتمثلة في تدعيم مركزه المالي ومصلحة المستفيد في الحصول على الضمان الكافي وفوائد الدين الذي يتحصل عليها البنك الكفيل، وهكذا أصبحت تنوب عن التأمينات النقدية فهي صورة مستحدثة من الضمانات الشخصية استعادت مكانتها في عالم المال والأعمال.

الكلمات المفتاحية : الضمان، فوائد الدين، الطابع التجاري، البنك الكفيل، مركزه المالي.

Résumé :

le point de vue de la loi sur la caution bancaire était au début de l'activité bancaire comme une extension de la caution personnelle qui, comme l'un des contrats désignés, dont le contenu peut se limiter à quatre questions, à savoir Définition juridique, éléments de fond, termes formels et relation finale entre le garant et les parties, Ce sont des aspects théoriques du parrainage dans les règles générales que nous avons essayé de faire passer par cette étude sur la caution bancaire en fonction de sa nature commerciale.

et Le rôle de la garantie bancaire réside dans la réalisation de trois intérêts interdépendants, Intérêt du client à renforcer sa situation financière et intérêt du bénéficiaire à obtenir une sécurité et des avantages adéquats Il est donc devenu un représentant de l'assurance monétaire, c'était une version actualisée des garanties personnelles qui a retrouvé sa place dans le monde de la finance et des affaires.

Les mots clés : Garantie, intérêts de la dette, caractère commercial, banque garante, situation financière.