جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

النظام القانوني للكفالة المصرفية في القانون الجزائري

مذكرة مقدّمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون خاص

من إعداد الطالبتين:

- مدوري تونس
- منصر أسماء

تحت إشراف الدكتورة:

سقلاب فريدة

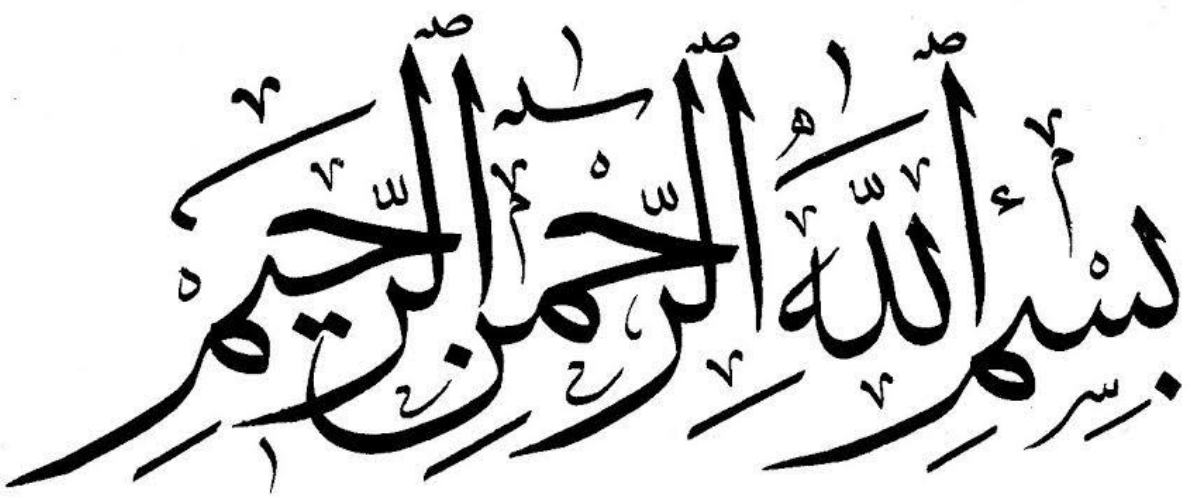
لجنة المناقشة

الأستاذ:قاسيمي يوسف، أستاذ محاضر قسم ب، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.....رئيسا

الأستاذة: سقلاب فريدة، أستاذة محاضرة قسم أ ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ..... مشرفة

الأستاذ(ة):دحاس صونية، أستاذة مساعدة قسم أ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.....ممتحنة

السنة الجامعية: 2021/2020



قوله تعالى:

اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ (1) خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ (2) اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ (3) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (4) عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ (5) كَلَّا إِنَّ الْإِنْسَانَ لَيَطْغَى (6) أَنْ رَآهُ اسْتَغْنَى (7) إِنَّ إِلَى رَبِّكَ الرُّجْعَى (8) أَرَأَيْتَ الَّذِي يَنْهَى (9) عَبْدًا إِذَا صَلَّى (10) أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَ عَلَى الْهُدَى (11) أَوْ أَمَرَ بِالتَّقْوَى (12) أَرَأَيْتَ إِنْ كَذَّبَ وَتَوَلَّى (13) أَلَمْ يَعْلَمْ بِأَنَّ اللَّهَ يَرَى (14) كَلَّا لَئِنْ لَمْ يَنْتَهِ لَنَسْفَعًا بِالنَّاصِيَةِ (15) نَاصِيَةٍ كَاذِبَةٍ خَاطِئَةٍ (16) فَلْيَدْعُ نَادِيَهُ (17) سَنَدْعُ الزَّبَانِيَةَ (18) كَلَّا لَا تُطِعْهُ وَاسْجُدْ وَاقْتَرِبْ (19).

سورة العلق

شكروعرفان

بعد رحلة البحث وجهد تكللنا بإنجاز هذا البحث نحمد الله عز وجل على نعمته التي منّ بها علينا، كما لا يسعنا إلاّ أن نتوجه بخالص الشكر والتقدير للدكتورة سقلاب فريدة التي أشرفت على هذا العمل وساعدتنا بنصحها وإرشاداتها لنا وأشكر أيضا جميع أساتذتنا الذين أرشدونا خلال مشوارنا الدراسي كله وعلمونا تخطي الصعاب لبلوغ أعلى المراتب.

✓ مدوري تونس

✓ منصر أسماء

إهداء

قال تعالى: "فتعالى الله الملك الحق ولا تعجل بالقرآن من قبل أن يقضي إليك وحيه وقل ربي زدني علما".

إلى أعز الناس وأقربهم إلى قلبي إلى والدتي العزيزة ووالدي العزيز اللذان كانا عونا وسندا لي حفظهما الله وأبقاهما تاجا فوق رأسي.

إلى كل العائلة الكريمة التي ساندتني من إخواني الأعزاء وأختي العزيزة "سلمى".

إلى أصدقائي الأعزاء مريم، أسماء، سيليا، وسليمان وزملاء الدراسة متمنية لهم كل التوفيق.

✓ مدوري تونس

إهداء

قال الله تعالى: " يرفع الله اللذين آمنوا منكم واللذين أوتوا العلم درجات".

أشكر الله الذي وفقنا في هذه الخطوة من مسيرتنا الدراسية فكل هذا بفضله عز وجل.

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أعز الأشخاص على قلبي أمي الغالية وأبي العزيز حفظهما الله وأدامهما نورا لدربي وإلى أفراد أسرتي إخواني وأخواتي، وإلى كل الأصدقاء تيزيري، سليمة، تونس ورفقاء الدراسة وأساتذتي الكرام.

أتمنى أن يستفيد بهذا العمل جميع الطلبة

✓ منصر أسماء

قائمة لأهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ص: الصفحة.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ثانيا: باللغة الفرنسية

P: Page.

مقدمة

تطور العمل المصرفي عموما والعمليات المصرفية بشكل خاص، بحيث يحتم على العاملين بالإلمام التام بمختلف ظروف كل عملية، وتعتبر وظيفة منح الإئتمان من أهم وظائف البنوك، حيث إنتشرت في وقت الحاضر إستخدام الكفالة المصرفية كوسيلة من وسائل الإئتمان التعاقدي بين التجار وهي عبارة عن تعهد كتابي يصدر عن المصرف نيابة عن العميل بدفع مبلغ معين من المال لأحد المستفيدين.

تستخدم الكفالة المصرفية في مختلف جوانب الحياة نظرا لحاجات الفرد الشخصية والمهنية حيث تتطلب إجراء مجموعة من التصرفات والمعاملات، وتعد من عمليات المصارف التي يطلق عليها التسهيلات المصرفية غير المباشرة وهي إحدى صور الضمان المصرفي فهي تعتبر أداة إئتمان يقدمها المصرف لكفيل عميله.

تقوم الضمانات الشخصية على ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي فيصبح للدائن أكثر من مدينين بدل من مدين واحد، حيث عادت هذه الضمانات بظهور قوي في مجال الإئتمان بسبب تنظيم القطاع البنكي إذ أصبح البنك يتدخل لفائدة عميله كضمان للوفاء بدينه كما تقوم كذلك التأمينات العينية على أساس تخصيص مال معين بذاته من ممتلكات المدين لضمان الوفاء بحق الدائن، بحيث يكون له حق عيني تبعي على هذا المال يخوله حق تتبع الأفضلية على الدائنين العاديين.

تتمثل أطراف عقد الكفالة المصرفية في ثلاثة أطراف هم البنك الكفيل، والعميل المكفول والطرف المستفيد، ويقصد بالكفيل المصرف الذي اصدر الكفالة وتعهد فيها بكفالة عميله تجاه المستفيد بدفع مبلغ معين إذا ما أخل العميل بشروط التعاقد، أما فيما يخص العميل المكفول فهو الذي أصدرت الكفالة على طلبه وكفله البنك تجاه المستفيد، ونقصد بالطرف المستفيد الجهة التي تصدر الكفالة لصالحها بالدفع في حالة إمتناع المكفول عن الوفاء، بإلتزامه المنصوص عليه في عقد الكفالة.

تكمن الكفالة المصرفية على صعيد تنمية الإقتصاد الوطني وعلى صعيد التبادل التجاري الدولي، حيث يستفيد منها المصرف بحصوله على عمولة إصدارها ويستفيد منها العميل لأنّه يعفيه من تقديم مبلغ نقدي قد لا يقوي على تأمينه.

للكفالة المصرفية إستخدامات مختلفة في مجالات متعددة، منها مجال الأشغال العامة وعقود توريد للحكومة والهيئات العامة، حيث يلتزم المتعهد بتقديم كفالة من أحد البنوك للضمان بدلا من خصم مبالغ من مستحقاته على ذمة العملية، ومنها المجال الجمركي الذي تستخدم في الكفالة بشكل واسع لأغراض متعددة بما فيها كفالة تقليص البضائع، كفالة على المخازن الإعتبارية، والكفالة على القبول، أما فيما يخص مجال العطاءات يلتزم المتعاهد في الصفقة العمومية بتقديم كفالة بنكية لصالح المصلحة المتعاقدة، ولها حالات متعددة منها كفالة الدخول إلى المناقصة، كفالة التنفيذ.

تكمن أهمية دراسة الكفالة المصرفية في الخدمات التي تقدمها في الحياة العملية، نظرا للدور الذي ينبغي أن تؤديه في تنفيذ مشاريع الإقتصاد الوطني أو في تمويل التجارة الداخلية والخارجية حيث تساعد المتعاملين الاقتصاديين في الحصول على تمويل لمشروعاتهم وإستفادة البنك الكفيل من مقابل نتيجة لكفالته لهذا الدين، حيث أنّ الهدف من الكفالة المصرفية يكمن في إفساح المجال أمام العميل بأن يزاول العمل الذي تعهد القيام به مقابل كفالة المصرف له من دون أن يضطر إلى دفع المبالغ التي يطالب إليه دفعها ضمانا لتنفيذ تعهداته.

إعتمدنا في دراسة هذا الموضوع على المنهج الوصفي، لتحديد معنى بعض المفاهيم المتعلقة بالكفالة المصرفية لغرض إستقراء مضمون النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع وذلك قصد توضيحها وإبراز مدى إرتباطها بتنظيم الكفالة المصرفية، وكذلك إتبعنا المنهج التحليلي لإستنباط النتائج. .

إستنادا إلى ما سبق توضيحه بشأن موضوع الكفالة المصرفية، يطرح الإشكال التالي: كيف نظم المشرع الجزائري الكفالة المصرفية؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا البحث إلى فصلين، إذ خصصنا الفصل الأول للإطار المفاهيمي للكفالة المصرفية، والفصل الثاني لأحكام عقد الكفالة المصرفية.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للكفالة المصرفية

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

تعد الكفالة المصرفية من عمليات البنوك الواسعة على الصعيد المحلي أو الخارجي يستفيد منها المتعامل مع البنك سواء كان محليا أو خارجيا، مما جعل أشكالها تتنوع وأصبحت في القانون الجزائري كثيرة الطلب في معظم المجالات الإقتصادية.

سوف يتم التعرض هنا إلى تعريف وخصائص الكفالة المصرفية، والطبيعة القانونية لها وسيتم التطرق بعدها إلى تمييزها عن غيرها من العمليات الأخرى وأنواعها **(المبحث الأول)** وبعدها يتم تناول عقد الكفالة المصرفية، وذلك من خلال بيان شروط وأركان إبرام هذا العقد **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

مفهوم الكفالة المصرفية

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

ومنه سوف يتم هنا إبراز التعريف بالكفالة المصرفية **(المطلب الأول)**، وكذلك بيان أنواعها وتمييزها عن العمليات الأخرى **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

التعريف بالكفالة المصرفية

لتبيان المقصود بالكفالة المصرفية لا بد من التطرق إلى تعريفها **(الفرع الأول)** وخصائصها في **(الفرع الثاني)**، وطبيعتها القانونية **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

تعريف الكفالة المصرفية

للتمكن من تقديم التعريف الواضح والشامل للكفالة المصرفية ينبغي التطرق لتعريفها الفقهي **(أولا)**، ولتعريفها التشريعي**(ثانيا)**.

أولا: التعريف الفقهي للكفالة المصرفية

عرفت الكفالة المصرفية بوجه عام بأنّها **"العقد الذي بمقتضاه يكفل البنك تنفيذ إلتزام معين على العميل بأن يتعهد لدائنه بأن يفي هذا الإلتزام إذا لم يف به المدين (العميل المكفول)"**[1] وتعتبر الكفالة المصرفية عقد يتم بين طرفين هما الكفيل وهو البنك المصدر للكفالة

[1] – محمد السي الفقي، القانون التجاري (الأوراق التجارية، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 809.

ودائن العميل (المستفيد) أما العميل المدين فهو ليس طرفا في العقد، فالكفالة ترتكز على إلتزام أصلي قائم بين عميل البنك والدائن[1].

فيقدم البنك توقيعه، بوصفه كفيلا لمصلحة عميله المدين فيكسب فيه قوة مركزة، ويمنح له الثقة التي يفتقر إليها لدى دائنه[2].

ثانيا: التعريف التشريعي للكفالة المصرفية

بالرجوع إلى قانون النقد والقرض، نجد أنّ المشرع الجزائري قد قام بذكر الكفالة المصرفية صراحة ضمن أنواع الإئتمان المصرفي، وذلك في المادة **68** من أمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض[3] التي تنص على ما يلي :« **يشكل عملية قرض في مفهوم هذا أمر، كل عمل لقاء عوض يمنع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر إلتزاما بالتوقيع كضمان الإحتياط أو الكفالة أو الضمان».**

ولقد أورد المشرع الجزائري تعريفا للكفالة في نص المادة **644** من القانون المدني الجزائري[4] التي نصت على ما يلي:«**الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يف بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه».**

[1] – طباش حكيم، قاسة حسن، الكفالة المصرفية كضمان شخصي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص9.

[2] – عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 329.

[3] – أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج، عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، (معدل ومتمم).

[4] – أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، (معدل ومتمم).

الفرع الثاني

خصائص الكفالة المصرفية

للكفالة المصرفية مجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها، فهي تعد عقد رضائي ملزم لجانب واحد **(أولا)**، وتقوم على الإعتبار الشخصي **(ثانيا)**، وتعتبر عقد تبعي **(ثالثا)**، وكذلك عقد تجاري **(رابعا)**.

أولا: الكفالة المصرفية عقد رضائي ملزم لجانب واحد

القانون لم يشترط أي شكل خاص لإنعقاد الكفالة ولذلك فهي تخضع للقاعدة العامة في إبرام العقد وهي قاعدة الرضائية[1]، بحيث تنعقد بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن[2]، وبالإضافة إلى كون الكفالة المصرفية عقد رضائي فهي عقد ملزم لجانب واحد، ذلك لأنّ البنك الكفيل يتحمل بمفرده الإلتزام الذي ينشئه هذا العقد، وإذا تلقى الكفيل عوضا مقابل كفالته لعميله فإنّ هذا العوض يتلقاه من عميله لا من دائن هذا العميل، هو إذا تلقى العوض من الأخير «الدائن» فلا نكون بصدد كفالة مصرفية وإنّما في صدد تأمين إعتماد[3].

حيث أنّ إذا كان الأصل في الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، فهذا لا يعني أنّ الكفالة تصرف بالإرادة المنفردة أيّ تصرف يصدر من جانب واحد، بل أنّ الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن، كل ما هنالك أنّ ما يترتب في هذا العقد من الإلتزام لا يكون إلا في جانب الكفيل فيكون مدينا بضمان الوفاء بإلتزام المدين الأصلي إذا لم يف به ويكون الدائن الأصلي دائنا بهذا الإلتزام[4].

---

[1] – مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي للحقوق، الإسكندرية، د.س.ن، ص 231.

[2]– نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية (التبعية وغير التبعية، الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب) د.د.ن، الإسكندرية، 2000، ص 12.

[3] – محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية (عمليات البنوك دراسة مقارنة)، المجلد الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 233.

[4] – نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص21–22.

ثانيا: الكفالة المصرفية تقوم على الإعتبار الشخصي

يقوم عقد الكفالة على الإعتبار الشخصي، حيث أنّ لشخصية العميل وإعتباره لدى البنك أثر في قبول الكفالة أو رفضها، وهذه الصفة بشكل واضح في هذا العقد[1] لأنّ الكفالة تغطي شخصا لا دينا بالذات، فالبنك يلتزم بوفاء دين عميله إذا لم يف به هذا الأخير[2]، ويرى بعض الفقهاء أنّ حق المستفيد من الكفالة البنكية من الحقوق ذات الطابع الشخصي وله وحده سلطة إستعماله، فلا يجوز التنازل عنه ولا تداوله[3].

ثالثا: عقد الكفالة المصرفية عقد تبعي

يعتبر عقد الكفالة المصرفية عقد تابع للإلتزام الأصلي المترتب في ذمة المكفول[4] فالكفالة وسيلة من وسائل الوفاء بإلتزام معين، وعلى ذلك فإنّه يستلزم لقيام الكفالة أن يوجد إلتزام أصلي بين الدائن والمدين، لكي ترتكز عليه وتقوم على ضمان الوفاء به[5].

إنّ تبعية الكفالة المصرفية خاصية فيها نتائج تبدو في أنّ الإلتزام الناتج عنها لا يكون صحيحا إذا لم يكن الإلتزام المكفول كذلك، وأنّ الكفالة تنتهي إذا حصل إتحاد بين ذمتي الكفيل والمدين الأصلي، ذلك لأنّه لا يلتزم شخص بنفس الدين بصفته مدينا وكفيلا في نفس الوقت وأنّ مصير إلتزام الكفيل يتبع مصير إلتزام المدين المكفول من حيث سريان تقادم إلتزام الكفيل الذي يبدأ من تاريخ سريان تقادم الإلتزام الأصلي للمكفول، بصرف النظر عن التاريخ الذي أبرم

[1] – بسام جمد الطراونة، باسم محمد ملحم، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الثانية، دار الميرة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 439.

[2] – شلغوم رحيمة، ضمانات القرض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008، ص ص 11-12.

[3] – ROUDIERE Renè, RIVES LANGE Jean Louis , Droit Bancaire, Dalloz, Paris , 1973, P 369.

[4] – بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 239.

[5] – نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 15.

فيه عقد الكفالة و من جهة أخرى فإنّ إنقضاء الإلتزام الأصلي المكفول يؤدي إلى إنقضاء إلتزام الكفيل[1].

رابعا: عقد الكفالة المصرفية عقد تجاري

تعتبر الكفالة تجارية إذا قام بها الكفيل مقابل عوض أثناء ممارسته لنشاطه التجاري المعتاد وبإعتباره يقوم بعمل مهني إحترافي، فيقوم البنك بإبرام عقد الكفالة فإنّه يحصل لقاء ذلك على عوض هي العمولة[2]، وعلى ذلك فالكفالة المصرفية تتخذ صورا متعددة، فقد تتم بتوقيع البنك على ورقة تجارية كضمان إحتياطي، وقد تتم بعقد مستقل، والكفالة في الأصل عمل مدني ولو كان الدين المكفول تجاريا، وبهذا تخضع الكفالة المصرفية رغم كونها تجارية لقواعد القانون المدني المتعرفة بالكفالة[3]، وهذا حسب نص المادة **651** من القانون المدني[4]«**تعتبر كفالة الدين التجارية عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا**» .

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للكفالة المصرفية

بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري لا سيما نص المادة **651** منه نجد أنّ المشرع إعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا، ليستثني الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا إحتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق وإعتبارها عملا تجاريا[5].

---

[1] – محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 236.

[2] – المرجع نفسه، ص237.

[3] – سالم زينب، المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية بين التشريع المصري والتشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 28.

[4] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[5] – مرابط أسماء دمانة محمد وبوداحرة كمال، "الضمانات الشخصية المستحدثة"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 2، جامعة أم البواقي، ديسمبر 2019، ص 106.

بينما تعتبر الكفالة المصرفية عملا تجاريا بحسب الموضوع طبقا لنص المادة الثانية من القانون التجاري[1]، وتعتبر عملا تجاريا بالتبعية طبقا لنص المادة **4** من القانون التجاري[2] التي تعتبر كل الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بتجارته عملا تجاريا بالتبعية.

المطلب الثاني

أنواع الكفالة المصرفية وتمييزها عن غيرها من عمليات البنوك المشابهة لها

قد تكون الكفالة إتفاقية أو قانونية أو قضائية، كما قد تكون مدنية وهو الأصل أو تجارية وهو الإستثناء، كذلك قد تكون كفالة شخصية أو عينية، فالكفالة المصرفية من الناحية الإقتصادية أداة من أدوات الإئتمان لذلك نجد أنّ هناك أنظمة قانونية تتشابه معها سواء من حيث التكوين القانوني أو من حيث وظيفتها الإقتصادية.

على ضوء ذلك سوف نتناول أنواع الكفالة المصرفية في **(الفرع الأول)**، ثم تمييزها عن الأنظمة القانونية المشابهة لها في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

أنواع الكفالة المصرفية

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

أولا: أنواع الكفالة بحسب مصدرها

تنقسم الكفالة بحسب مصدرها إلى نوعين الكفالة الإتفاقية والكفالة القانونية.

1- الكفالة الإتفاقية

إنّ الكفالة عقد، ولذلك فهي دائما إتفاقية، فالكفالة هي التي يكون المدين قد إلتزم بإرادته فيها أن يقدمها للدائن بموجب إتفاق سابق بينهما، وبالتالي يعد الإتفاق مصدر إلتزام المدين

[1] – أمر رقم 75–59 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج، عدد 101، صادر في 19 ديسمبر 1975، (معدل ومتمم).

[2] – المرجع نفسه.

بتقديم الكفيل، ويلحق بالكفالة الإتفاقية الكفالة التي يتطوع المدين بتقديمها دون أن يكون ملتزما بذلك، بل يمكن القول بأنّ الكفالة تعتبر إتفاقية في كل الأحوال التي لا يكون فيها المدين ملزما بتقديم الكفيل بناء على نص في القانون[1].

2- الكفالة القانونية

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

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

3- الكفالة القضائية

إذا كان مصدر إلتزام المدين بتقديم الكفيل هو حكم قضائي فإنّ الكفالة تصنف بأنّها قضائية، حيث نصت المادة **303** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4] التي تقرر أنّه يجوز أمر بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن، ونصت أيضا المادة **40 فقرة 2** من القانون نفسه بأنّه يجوز للقاضي أن يأمر بكفالة في حالة الإستعجال في التنفيذ.

---

[1] – حسمي محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 86.

[2] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] –المرجع نفسه.

[4] – قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.، عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

تنص المادة **667** من القانون المدني[1] على أنّه يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين، نستخلص من هذه المادة أنّ الكفلاء دائما متضامنين في الكفالة القضائية أو القانونية.

ثانيا: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها

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

1- الكفالة المدنية

إنّ الكفالة عقد مدني لأنّه من عقود التبرع، والتجارة تقوم على الربح والمضاربة ولا تتفق مع صفة التبرع، وجاء في نص المادة **651 فقرة 1** من القانون المدني[2] على أنّ تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا بمعنى أنّها مدنية ولو كان الكفيل له علاقة تجارية بين المدين والدائن و له الأهلية التجارية لأنّها تتم على سبيل التبرع.

2- الكفالة التجارية

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

يقصد بالضمان الإحتياطي الضمان الذي يتم كتابته على الورقة التجارية أو في الورقة المتصلة بها[3]، وهذا ما جاء في نص المادة **409** من القانون التجاري[4] أما التظهير فقد إعتبره المشرع بمثابة كفالة تجارية وهي عبارة عن قيمة الرهن أو قيمة للضمان.

ثالثا: أنواع الكفالة بحسب محلها

بالنسبة للكفالة بحسب محلها هناك نوعين كفالة شخصية وكفالة عينية.

---

[1] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2]– المرجع نفسه.

[3]– عشور زينب، ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2019، ص 20.

[4] – أمر رقم 75-59، يتضمن القانون التجاري، مرجع سابق.

1- الكفالة الشخصية

هي الكفالة العادية التي يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين فيستطيع الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذا لم تكف أموال الأول[1] وترد الكفالة على الضمان العام للكفيل، أي على كل أمواله دون تخصص، ويترتب على ذلك أنّه لا يجوز أن يرجع الدائن على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين أولا، وكذلك لا يجوز له التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين الأصلي من أمواله[2]، وهذا حسب نص المادة **660** من القانون المدني الجزائري[3].

2- الكفالة العينية

هي إتفاق يقدم بموجبه أحد الأشخاص بحيث يقدم الكفيل العيني عقارا أو منقولا ضمانا لدين غيره، ووسيلته لذلك هي رهن هذا المال رهنا رسميا أو حيازيا لكي ينحصر في القيمة الإقتصادية بهذا المال وهي الحد الأقصى لمسؤوليته عن هذا الدين[4]، ومنه الكفيل العيني ينحصر في حدود العين المرهونة لتأمين هذا الوفاء أمّا الكفيل الشخصي قيمته من الوفاء بالدين في كل أمواله[5].

الفرع الثاني

تمييز الكفالة المصرفية عن غيرها من عمليات البنوك

للكفالة المصرفية صور متعددة، وقد تختلط ببعض عمليات البنوك المشابهة لها، مما يستلزم تمييزها عنها، ومن بين هذه العمليات نجد عقد تأمين الضمان **(أولا)**، وخطاب الضمان **(ثانيا)**، وكذلك الإعتماد المستندي المؤيد **(ثالثا)**، والعمليات الأخرى **(رابعا)**.

---

[1] – أحمد شرف الدين، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، الإسكندرية، د.س.ن، ص 36.

[2] – محمد شريف عبد الرحمان، أحمد عبد الرحمان، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، دار النهضة العربية، مصر 2005 ص 35.

[3] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[4] – محمد شريف عبد الرحمان وأحمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 36.

[5] – أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 38.

أولا: تمييز الكفالة المصرفية عن عقد تأمين الضمان

يعرف عقد التأمين بأنه: "**عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المؤمن بالتبادل مع شخص آخر يسمى المؤمن له بأن يقدم لهذا الأخير تعويض الخسارة لحدوث خطر معين**"[1].

ويتشابه عقد الكفالة المصرفية وعقد التأمين في الأثار التي تنتج على العقدين، حيث أنّ عدم تنفيذ الإلتزام المضمون في عقد تأمين الضمان يجعل الكفيل والمؤمن في دائرة الملتزم في الوفاء، ورغم هذا التشابه بين الأثار في العقدين إلا أنّهما يختلفان من حيث أنّ الكفيل يهدف إلى الوقوف إلى جانب المكفول ومساعدته في تقوية إئتمانه لدى دائنيه، أمّا بخصوص المؤمن فهو على عكس ذلك لا يقوم بمساعدة المدين بقدر ما يساعد الدائن الذي يتدخل بناء على طلبه ولحسابه.

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

يكمن الإختلاف بين الكفالة المصرفية وتأمين الضمان في أنّ موضوع تأمين الضمان ليس تنفيذ الإلتزام المضمون كما هو الشأن في عقد الكفالة، وإنّما التعويض عن الضرر الذي يلحقه المدين بالدائن بسب عدم وفاء هذا المدين لديونه[2]، كذلك فإنّ المؤمن الذي يقوم بالوفاء

[1]– محمدي سامية، النظام القانوني لعقد التأمين، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الريان عاشور، الجلفة، 2017، ص 10.

[2] – محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 251 .

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

ثانيا: تمييز الكفالة المصرفية عن خطاب الضمان

نقصد بخطاب الضمان أنّه:« **تعهد مكتوب يصدره البنك بناء على طلب العميل بمناسبة معينة، يلتزم بموجبه أن يدفع إلى طرف ثالث المستفيد مبلغا نقديا معينا أو قابلا للتعيين عند أول طلب يتلقاه من هذا الأخير خلال مدة سريان الخطاب على الرغم من أية معارضة يبديها العميل المضمون**[2]».

يبدو لنا الفرق بين الكفالة وخطاب الضمان في قضية إلتزام المصرف، حيث أنّ خطاب الضمان ينشيء بذاته في ذمة المصرف إلتزاما أصليا ومباشرا بأداء قيمته للمستفيد من طلب ذلك خلال مدة معينة في خطاب الضمان، وهو ما يميزه عن الكفالة، التي تعتبر فيها إلتزاما تابعا لإلتزام المدين المكفول ومرتبطا به من حيث صحته وبطلانه.

كما أنّ المستفيد في الكفالة مخير في الرجوع على المدين الأصيل أو الكفيل أمّا المستفيد في خطاب الضمان فليس له إلا الرجوع على المصرف لدفع المبلغ الذي إلتزم بدفعه، لأن الكفالة عقد تابع لعلاقة أصلية وهي علاقة المديونية أما خطاب الضمان فهو عقد منفصل عن إلتزام المطالب للضمان.

يعتبر إلتزام المصرف أمام المستفيد مقيدا بمدة معينة، هي مدة سريان الخطاب، فإنّ ضمان المصرف يسقط تلقائيا وتبرأ ذمته أمام المستفيد إذا لم تصله مطالبه منه خلال هذه المدة إلا إذا إتفق صراحة قبل إنتهائها على تحديدها لمرة أخرى[3].

---

[1] – سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني، مذكرة تخرج لنيل إجازة، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004 ص12.

[2] – محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 256 .

[3] – وائل نورس هناوي، دور الكفالات المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية وتنفيذ المشاريع الإقتصادية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم المالية والمصرفية، كلية الإقتصاد، جامعة دمشق، 2016، ص30.

إنّ الفروق القائمة بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان لا تعدو كونها إختلافات قانونية لا تؤثر في الحكم الشرعي لهذه الكفالات، والدليل على ذلك التوجه نحو إستخدام الكفالات المصرفية وخطاب الضمان على أنّهما مترادفان[1].

ثالثا: تمييز الكفالة المصرفية عن الإعتماد المستندي المؤبد

الإعتماد المستندي هو **"تعهد صادر من بنك بناءا على طلب العميل ويسمى الأمر أو معطى الأمر لصالح الغير ويسمى المستفيد يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو بقبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد وذلك بشروط واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات للبضائع المصدرة"**[2].

يكون الإعتماد المستندي قطعيا باتا ويكون قابلا للإلغاء، كما أنّه في الأول جرى العرف المصرفي على إعتباره ملزما بصورة قطعية ومباشرة تجاه المستفيد عن طريق تأييده من قبل بنك آخر، وعلى أساس ذلك فإنّ معنى التأييد للإعتماد المستندي هو قيام البنك المراسل الذي توسط بين البنك فاتح الإعتماد والمستفيد بإضافة تأييده "تعزيزه" إلى الإعتماد المستندي على نحو يصبح هذا الإعتماد معززا بضمان آخر أضيف إلى الضمانات السابقة.

إنّ البنك فاتح الإعتماد والبنك المراسل الذي أيد الأول يصبحان مدينين لا على أساس التضامن كما هو شأن الكفالة المصرفية، بل على أساس إستقلال كل مدين منهما عن الآخر لأنّ الإلتزام الذي نشأ على عاتق كل منهما مستقل عن الآخر، وبهذا يكمن الإختلاف كبير بين الكفالة المصرفية والإعتماد المستندي المؤبد من حيث إستقلال كل إلتزام عن الآخر[3].

---

[1] – مرابط أسماء، حصانة محمد، بوداحرة كمال، مرجع سابق، ص 108.

[2]– عبد الحميد الشواربى، عمليات البنوك (في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، وصيغ العقود والدعاوى التجارية، وفقا للقانون التجاري رقم 17 سنة 1999)، دار المعارف، الإسكندرية، د.س.ن ، ص 168.

[3] – محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص ص 253–255.

أمّا بالنسبة لأوجه التشابه بين الكفالة المصرفية والإعتماد المستندي المؤبد فكلا الطرفين في العقد هما العميل الذي يسعى إلى الحصول على ضمان البنك، والبنك الذي يسعى إلى تلبية مطالب عميله على أساس الثقة والعمليات التي تتم بينهما[1].

رابعا: تمييز الكفالة المصرفية عن العمليات الأخرى

بالإضافة إلى ما سبق ذكره هناك أوجه تقارب بين الكفالة المصرفية سنعرضها في النقاط التالية:

1- تمييز الكفالة المصرفية عن الحساب الجاري

إنّ الحساب الجاري عقد مؤسس على خيار الطرفين يرتب إلتزامات على عاتقهما وبموجبه يتفق طرفاه على تبادل الأموال فيما بينهما، وإذا كان هذا العقد يلتقي مع الكفالة المصرفية في أنّ كل واحد منهما رضائي وتابع لعقد، وإنّ الإعتبار الشخصي ملحوظ في أطرافه، فإنّ الإخلاف بين هذين العقدين يكمن في أنّ عقد الكفالة ا

لمصرفية ملزم لطرف واحد هو الكفيل وأثار عقد الكفالة رجوع الكفيل على مكفوله بما وفاه عنه للدائن[2]، وأمّا عقد الحساب الجاري فإنّه ملزم لإرادتي الطرفين بإبرام عقد الحساب الجاري[3]، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة **55** من القانون المدني[4] على أنّه«**يكون العقد ملزم للطرفين، متى تبادل المتعاقدين الإلتزام بعضهما بعضا**».

2- تمييز الكفالة المصرفية عن الضمان الإبتدائي والنهائي

يعتبر هذا الضمان بنوعيه تعهد يصدر عن المؤسسة تضمن بموجبه تدارك النتائج السيئة المحتمل تحققها، وتبدو كثيرة الوقوع عند إفلاس العميل المضمون، ويكون تدارك هذه النتائج

---

[1] – جبار رقية، النظام القانوني للعمليات البنكية الدولية (الإعتماد المستندي والكفالة المصرفية)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، ص 171.

[2] – محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 259.

[3] – هاني محمد دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 234.

[4] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

بإيجاد البدائل للعميل الذي تعثرت أعماله وإضطرب موقعه المالي، وتتحمل المؤسسة التي تصدر الضمان الخسارة التي تلحق المستفيد من الضمان، وبهذا التعريف يظهر الفرق بين الضمان الإبتدائي والنهائي والكفالة المصرفية في التعهد بتقديم عمل وليس تعهدا بالوفاء بمبالغ معينة قابلة للتعيين كما هو الشأن في الكفالة المصرفية[1].

3- تمييز الكفالة المصرفية عن الوكيل بالعمولة الضامن

إنّ الوكيل بالعمولة الضامن يختلف كثيرا عن عقد الكفالة، فإلتزام الوكيل بالعمولة الضامن هو إلتزام أصلي وليس تبعي، حيث يتعهد الوكيل بالعمولة الضامن بالتعويض لو أنّ المدين لم يف بالإلتزام، وليست هذه كفالة، بحيث نلاحظ أنّ هذا الوكيل بالعمولة يحصل غالبا على أجر من الدائن، وهذا الأجر يجعل إتفاق الوكالة هذا قريبا من إتفاق التأمين، حيث يحل القسط محل هذا الأجر[2].

4- تمييز الكفالة المصرفية عن التعهد عن الغير

بالرجوع إلى نص المادة **114** من القانون المدني الجزائري[3] نجد أنّ إذا تعهد الشخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإذا رفض الغير إلتزام، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه.

ففي الكفالة يلتزم الكفيل بالوفاء إذا لم يف المدين الأصلي وله أن يرجع على المدين بما أوفى، أما التعهد عن الغير فليس هناك مدين أصلي، والمتعهد عنه قد يقبل أو يرفض موضوع التعهد، وليس هناك ما يمنع من أن تجمع الكفالة مع التعهد عن الغير، كأن يتعهد شخص ما يجعل الغير يلتزم بأمر معين، بمعنى أن يتعهد بكفالة دين هذا الغير فيبدأ المتعهد إلتزامه بأن يكون متعهدا فقط ولكن بعد نشوء الإلتزام يصبح كفيلا[4].

---

[1] – محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 259.

[2] – رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص ص 42-43.

[3] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[4] – محمد السعيد ليندة، الكفالة البنكية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018، ص 103.

5- تمييز الكفالة المصرفية عن خطاب التزكية

لايقصد بخطاب التزكية أنّه محرر الإرتباط التعاقدي مع من وجهه إليه، حيث إعتبره البعض إلتزاما معنويا، ذلك لأنّ هذا الإلتزام ليس موضوعه القيام بعمل أو تصرف معين وأنّ طبيعته القانونية غير محددة، فأحيانا يمثل كفالة كما هو الحال عندما تكتب الشركة الصيغة التالية: سنبذل ما في وسعنا لكي نوفر لفرعنا المال اللازم الذي يمكنه من مواجهة إلتزاماته وأحيانا أخرى لا يمثل هذا الخطاب أي إلتزام ويستخدم إذا رغب بنك أن يمنح إعتماده لفرع شركة ويريد الحصول على طمأنة من الشركة أمرة أو إذا صدرت هذه الخطابات عن البنوك تزكي بموجبها عملاءها لدى أشخاص يتعاملون معهم وبالتالي في هذه الحالة لا يعتبر تدخل البنك بإصدار خطاب التزكية كفالة، وعليه فإنّ البنك الذي إقتصر مضمون الخطاب الصادر عنه على دعوة شخص إلى إقتراض مبلغ معين أو تسلم بضاعة لعميل من عملائه لا يمكن إعتباره كفيلا[1].

[1] – محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص ص 259-260.

المبحث الثاني

إبرام عقد الكفالة المصرفية

بإعتبار عقد الكفالة المصرفية من العقود المهمة في وقتنا، فإنّ توفر شروطه وأركانه يؤدي إلى قيامه وإنعقاده بشكل صحيح، فغالبا ما تقوم البنوك بإعتماد نماذج تتضمن شروطا مسبقة كتثبيت تاريخ ومقدار المبلغ أو الإلتزام المضمون ومدة الضمان، لكن هذا لا يعني أنّها عقد شكلي حيث أنّ عقد الكفالة المصرفية يخضع للقواعد العامة الموجودة في القانون المدني وتطبق عليه القواعد الخاصة به بإعتباره من العقود المسماة.

ومن خلال هذا سنتطرق في هذا المبحث إلى إبراز كل من شروط إبرام عقد الكفالة المصرفية في **(المطلب الأول)**، وأركان إبرامها **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

شروط إبرام عقد الكفالة المصرفية

للقيام بإبرام عقد الكفالة المصرفية يجب توفر مجموعة من الشروط المتمثلة في الشروط الواجبة توافرها في الكفيل **(الفرع الأول)**، والشروط الواجبة توافرها في الكفالة المصرفية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الشروط الواجب توافرها في الكفيل

يجب أن تتوفر في الكفيل شروط أساسية لإبرام عقد الكفالة المصرفية بحيث تفرضها طبيعة هذا العقد وتكون أموال الكفيل ضامنة للدائن في إستفاء دينه، وتتمثل هذه الشروط في أن يكون الكفيل موسرا **(أولا)**، وأن يكون البنك موجودا في الجزائر **(ثانيا)**، وأن يعقد العقد من ذو أهلية **(ثالثا)**.

أولا: يجب أن يكون الكفيل موسرا

حسب نص المادة **646** من القانون المدني[1] التي تنص:"**إذا إلتزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر..**"، ونستخلص من هذا النص أنّ هذا الشرط يتعلق بالكفالة االوطنية بمعنى أنّه يشترط أن يستمر الكفيل موسرا أي قادرا على الوفاء بالدين حتى حلول أجل إذا لم يف به المدين، إذّ يفترض البنوك يسار ذمتها المالية، للحصول على صفة البنك لابد من توفر الحد الأدنى من مبلغ رأسمال الذي يجب على البنوك والمؤسسات المالية العامة في الجزائر تحريره عند تأسيسها[2].

ثانيا: يجب أن يكون البنك موجودا في الجزائر

جاء في نص المادة **646** من القانون المدني[3] المذكورة سلفا أنّه يجب أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر، حيث تنص المادة **125** من قانون الصفقات العمومية الجزائري[4] على أنّه:"**...تصدر كفالة التعهد المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري أو صندوق الضمان الصفقات العمومية، وتصدر كفالة التعهد المتعهدين الأجانب من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى...**"، نستنتج من هاتين المادتين أنّ المشرع الجزائري يشترط توفر شرطا جوهريا في بنك الكفيل وهو أن يكون موجودا بالجزائر وخاضعا للقانون الجزائري، وذلك مراعاة لمصلحة الدائن وتسهيلات عليه في مطالبة الكفيل إذا لزم أمر وأيضا تسهيلات لإجراءات التقاضي.

[1] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

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

[3] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

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

ثالثا: يجب أن تتوفر الأهلية اللازمة في الكفالة المصرفية

يجب أن يكون للكفالة المصرفية الأهلية اللازمة لإبرامها، فهي تختلف بالنسبة للكفيل وبالنسبة للدائن.

1- أهلية الكفيل

يعتبر البنك شخصية معنوية، حيث يتخذ شكل شركة المساهمة، ويمارس النشاط البنكي الذي يعد من الأعمال التجارية بالطبيعة، فبالتالي تكون الأهلية التجارية متطلبة فيه، والتي تثبت له بمجرد توفر على الشخصية المعنوية بعد تقييد في السجل التجاري، ويجب أن يكون قد إستوفى جميع الشروط المتطلبة في ذلك، ويصبح بذلك آهلا لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، وبخصوص الأهلية البنكية من زاوية البنك، فأنّ هذا الأخير يعتبر هو الذي يقوم مقامه في جميع أعماله، وفي الغالب هو المدير إذّ يكون أهلا للتوقيع على الكفالة البنكية متى توفرت في الصفة وفي حدود سلطاته وإلا كانت الكفالة غير نافذة على البنك وغالبا يكون توقيع الكفالة مقصورا على بعض موظفي البنك من درجة معينة أو على عدد منهم مجتمعين[1].

2- أهلية الدائن

أما فيما يخص الدائن، فعقد الكفالة يعد من العقود التبرعية بحسب الأصل، فيعد الدائن كالمتبرع له فلا يشترط فيه إلاّ أهلية التمييز إذا كان لم يدفع مقابل الكفالة، أما إذا كانت بمقابل وهي من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، فيجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف إذا كان قد دفع مقابلا للكفالة مما يستلزم أن يكون الدائن بالغا فإذا كان ناقص الأهلية كانت الكفالة قابل للإبطال[2] أما بالنسبة لأهلية المكفول عنه فلا تشترط رضاه لأنّه ليس طرفا في العقد لكن بالنسبة للكفالة البنكية التي تكون بناء على طلب مقدم مسبقا من العميل المراد كفالته[3].

[1] – محمد سعيد ليندة، مرجع سابق، ص ص 201-202.

[2] – رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1997 ص 59.

[3] – محمد سعيد ليندة، مرجع سابق، ص 201.

الفرع الثاني

الشروط الواجبة توافرها في الكفالة المصرفية

حتى يتم إصدار أية كفالة مصرفية يجب أن تكون شاملة لجميع عناصرها الأساسية وبالأخص الشروط الواجب توافرها في عقد الكفالة المصرفية من مبلغ عقد الكفالة **(أولا)** الغرض من الكفالة **(ثانيا)** مدة الكفالة **(ثالثا)**.

أولا: مبلغ عقد الكفالة المصرفية

هو المبلغ الذي يتحدد به إلتزام المصرف تجاه المستفيد، حيث لابد من ذكر مبلغ الكفالة بالأرقام والكلمات كذلك في متنها، وذلك لأنّ إلتزام الكفيل بالدفع لا يتجاوز المبلغ المحدد في متن الكفالة أو الرصيد[1]، فالأصل أن تكون الكفالة محددة القيمة ويمكن أن تصدر الكفالة بدون تحديد مبلغ لها ويتعهد المصرف لمصدرها بكفالة عملية في كل ما يستحق للمستفيد تجاه العميل نتيجة عملية معينة[2].

ثانيا: الغرض من الكفالة المصرفية

يعني لكل كفالة مصرفية غرض تصدر من أجله، ويجب أن يكون الغرض محددا وواضحا غير قابل للتأويل أو للإلتباس، ويكون هذا الغرض ضمان لحقوق المستفيد المترتبة على دفعه مبلغ من المال أو تعهد ذلك المبلغ بطريقة مباشرة، فلا يجوز مثلا كفالة الغرض منها (من أجل تقديم مواد مختلفة) حيث أنّ المكفول يستطيع أن يقدم هذه الكفالة ضمانة لتوريدات مختلفة، وإذا إقتصر بأحدهما فإنّ االمستفيد يملك الحق بمصادرتها بصرف النظر من طبيعة القصور[3].

---

[1] – وائل نورس هناوي، مرجع سابق، ص7.

[2] – عماد فوزي المياحي، النظام القانوني المقترح للكفالة المصرفية، كلية الحقوق، جامعة النهرين، متاح على الموقع الإلكتروني التالي: www.nitropdg.com ، تم الإطلاع عليه يوم: 27 ماي 2021، على الساعة: 20:12، ص 13.

[3] – وائل نورس هناوي، مرجع سابق، ص 7.

ثالثا: مدة الكفالة المصرفية

يقصد بمدة الكفالة هي المدة التي تسري من خلالها الكفالة من الناحية الموضوعية، فإذا ما إنتهت دون أن يصدر عن المستفيد مطالبة ينتهي إلتزام المصرف المصدر، كما هو الأصل في الكفالة أن تصدر لمدة محددة ولكن قد تصدر الكفالة لمدة غير محددة، وفي هذه الحالة يحق للمصرف أن ينهيها في أيّ وقت بشرط إبلاغ من المستفيد والمكفول بذلك، وتعد الكفالة مستحقة في أي وقت خلال مدة نفاذها كحد أقصى على أن تصل إلى المصرف في الموعد المحدد ويسقط إلتزامه بدفع قيمة الكفالة بحلول موعد إنتهائها حتما ودون الحاجة إلى إعذار المستفيد أو إنذاره[1].

المطلب الثاني

أركان إبرام عقد الكفالة المصرفية

يخضع عقد الكفالة المصرفية للقواعد العامة في القانون المدني، وبالتالي فإنّه يشترط لإنعقادها توفر الأركان المتمثلة في ركن الرضا **(الفرع الأول)**، وركني المحل والسبب **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

ركن الرضا

سبق أن ذكرنا أنّ عقد الكفالة من العقود الرضائية التي لا تشترط لإنعقادها أي شكل خاص وأن تكون لأطراف هذا العقد أهلية الأداء، حيث سنتطرق في هذا الفرع إلى الرضا بين الكفيل والدائن **(أولا)**، وكيفية إثبات عقد الكفالة المصرفية **(ثانيا)**.

أولا: الرضا بين الكفيل والدائن

هو الركن الأساسي لكل عقد، فالتراضي هو تطابق الإرادتين، الإيجاب والقبول بين طرفي العقد، فإنّ الكفالة المصرفية بإعتبارها عقد يشترط فيها رضا الكفيل والدائن فقط دون حاجة إلى رضا المدين، فإنّه تتم الكفالة حتى وإن عارض ورفض المدين، ذلك أنّ هذا أمر هو الذي يشكل

[1] – عماد فوزي المياحي، مرجع سابق، ص13.

خصوصية في عقد الكفالة عن باقي أنواع العقود وهذا ما أكدته المادة **647** من القانون المدني الجزائري[1].

يجب أن يكون رضا كلا الطرفين صحيحا وخاليا من العيوب المتمثلة في الإكراه، الغلط الغبن والإستغلال والتدليس.

1- الإكراه

تنص المادة **88** من القانون المدني الجزائري[2] على أنّه:«**يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق**»، بمعنى أنّه الإكراه هو الرهبة والخوف الذي ينشأ في نفس المتعاقد والذي يدفعه لإبرام التصرف القانوني[3] ونستنتج أيضا أنّ الكفالة تكون باطلة إذا نشأت تحت ضغط وخوف.

2- الغلط

هو بمعنى تصور مخالف للحقيقة يتوهمه المتعاقد، فيدفعه إلى ابرام العقد، حيث أنّه لو تبين جلية أمر قبل التعاقد لما أقدم عليه، والغلط بهذا المعنى يجعل العقد قابلا للإبطال أي باطلا بطلانا نسبيا.

غير أنّ الغلط الذي يقع فيه المتعاقد ليس دائما من هذا القبيل، بل يكون أحيانا أشد درجة أي ينعدم العقد أو يبطله بطلانا مطلقا.

3- الغبن والإستغلال

إذا تبين أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاّ لأنّ المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا

[1] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] – المرجع نفسه.

[3] – حابي سميرة، أركان عقد الكفالة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي أولحاج، البويرة، 2015، ص 23.

أو هوى جامعا، جاز للقاضي بناء على طلب المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد[1].

4- التدليس

يتحقق التدليس إذا كانت الحيل من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد، وعندئذ يجوز طلب إبطال العقد، ويعتبر تدليسا الكذب في الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بوقائع التعاقد وملابساته أو السكوت عمدا من واقعة أو ملابسة إذا ثبت أنّ المدلس عليه ما كان يبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة[2]، وتكون الكفالة باطلة إذا شاب رضا الكفيل تدليس.

ثانيا: إثبات عقد الكفالة المصرفية

يقتضي بأنّ الكفالة لا تثبت إلاّ بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة وهذا ما نصت عليه المادة **645** من القانون المدني الجزائري[3]، وهذا الأصل في المجال التجاري الذي تحكمه قاعدة حرية إثبات الواقعة في العقود المصرفية التي تفرغ عادة في شكل كتابي وبالأخص العقود التي ترتب إلتزامات جسيمة على عاتق البنك كما هو الحال في الكفالة المصرفية[4].

وقد خرج المشرع عن القواعد العامة في الإثبات التي تجيز الإثبات بالبينة إذا كانت قيمة التصرف القانوني لا تزيد عن مائة ألف دينار جزائري، بحيث يبرر هذا الخروج هو حماية الكفيل الذي يتبرع بضمان دين على مصلحة له فيه، فلا بد أن يكون إلتزامه ثابتا وهذا حسب نص المادة **333** من القانون المدني الجزائري[5].

---

[1] – محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد (مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية)، طبعة ثالثة، دار النهضة العربية، د.س.ن، ص 216.

[2] – عطوي فوزي، الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2005، ص ص 23-24.

[3] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[4] – هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 277.

[5] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

ونستخلص مما سبق أنّ الكفالة مشروطة في علاقة الدائن بالكفيل وليست مشروطة في علاقة الكفيل بمدينه لأنّه يخضع للقواعد العامة في الإثبات، بحيث يجوز الإثبات بالبينة والقرائن إذا كان رجوع الكفيل على المدين بمبلغ لا يزيد عن نصاب الإثبات بالكتابة، أما إذا كانت الكفالة تجارية فلا يتقيد إثباتها بالكتابة حتى في علاقة الكفيل بالدائن[1].

الفرع الثاني

ركني المحل والسبب في عقد الكفالة

الكفالة عقد كغيره من العقود لابد أن تتوفر فيه أركان حيث سبق أن ذكرنا ركن الرضا وبالتالي سوف نتناول في هذا الفرع ركن المحل **(أولا)**، والسبب **(ثانيا)**.

أولا: ركن المحل

يقصد بمحل إلتزام الكفيل أنه يفي بإلتزام المدين، إذا لم يف به المدين نفسه، ونظرا لأنّ الكفالة تابعة للإلتزام الأصلي، فيجب أن يكون الإلتزام الأصلي موجودا وصحيحا كما يكون الإلتزام الأصلي معينا وقابلا للتعيين.

1- وجود إلتزام المكفول

حتى يكون إلتزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الإلتزام الأصلي موجودا وقد يرد الإلتزام المستقبلي شرطي وطبيعي.

أ- كفالة الإلتزام المستقبلي

نصت المادة **650** من القانون المدني الجزائري[2] على أنّه:«**تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول...**» وإذا تعذر تحديد مقدار بالدقة يجب أن يحدد الحد الأقصى الذي يمكن أن يكفله الكفيل[3].

---

[1] – رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ص 112-113.

[2] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] – سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار هومة للطبعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص ص 44-46.

ب- كفالة الإلتزام الشرطي

لقد نصت عليه المادة **650** من القانون المدني الجزائري[1] وذلك كما يلي:«**كما تجوز الكفالة في الدين المشروط**» ، بمعنى أنّ إذا كان إلتزام المدين معلقا على شرط، جازت كفالته ولكن تبعية إلتزام الكفيل تجعل مصيره مرتبطا بمصير الإلتزام المضمون، فإذا تحقق الشرط الواقف وثبت قيام الإلتزام الأصلي ثبت بذلك إلتزام الكفيل، أما إذا تخلف فقد زال الإلتزام الأصلي، وكذلك إلتزام الكفيل أما إذا كان إلتزام المدين مقترنا بشرط فاسخ فإنّ إلتزام الكفيل ينشأ منذ البداية فإذا كان معرضا للزوال زال الإلتزام الأصلي بالشرط الفاسخ[2].

ج- كفالة الإلتزام الطبيعي

الإلتزام الطبيعي ذلك الإلتزام الذي يتخلف في عنصر المسؤولية[3]، وإستنادا للقاعدة التي تقول أنّ الكفالة لا تجوز بشروط أشد من شروط الدين المكفول[4]، إذ لا يمكن إجبار المدين في الإلتزام الطبيعي على تنفيذ هذا الإلتزام بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وعليه لا تجوز كفالة الإلتزام الطبيعي لأن من شأن الكفالة أن يرجع المدين بالإلتزام الطبيعي على الوفاء، وإلتزام الكفيل لا يمكن أن يكون أشد من إلتزام المدين الأصلي، لكن إذا قام المدين بإلتزام طبيعي بتقديم الكفيل لضمان وفاء إلتزامه فإنّ التعهد ضمني بالوفاء يتحول به الإلتزام الطبيعي إلى إلتزام مدني[5].

---

[1] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] – محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005، ص 39.

[3] – رمضان أبو السعود، همام محمد محمود، مرجع سابق، ص67.

[4] – سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص47.

[5] – حارس نادية، النظام القانوني لعقد الكفالة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2016، ص 28.

2- صحة الإلتزام المكفول

لقد نصت المادة **648** من القانون المدني الجزائري[1]على أنّه:«**لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا**»، فطبقا لنص المادة أعلاه لا يمكن أن تنشأ كفالة على إلتزام باطل، ووفقا لما يلي سنتطرق إلى كفالة إلتزام باطل، وكفالة الإلتزام القابل للإبطال ثم كفالة ناقص الأهلية.

أ- كفالة الإلتزام الباطل

إنّ إلتزام الكفيل تبعي هو يتبع الإلتزام الأصلي في صحته وبطلانه، بحيث أنّ الإلتزام الباطل هو الذي يراد إنشائه بعقد باطل، وإذا إختل أحد أركانه كإنعدام ركن (الرضا، المحل السبب) أو كان محله غير معين أو مستحيلا وغير مشروع ومن أمثلة على العقد الباطل منها دين الربا الفاحش[2].

ولا يكون الإلتزام باطلا إلاّ إذا كان الإلتزام عقديا، أمّا الإلتزام غير العقدي فإنّ القانون نفسه هو الذي يتكفل بإنشائه وباستمداده من مصدره فلا يكون باطلا[3].

ب- كفالة الإلتزام القابل للإبطال

يكون الإلتزام الأصلي قابلا للإبطال إذا شاب رضا المدين غلط أو تدليس أو إكراه إستغلال أو كما يكون سبب نقص أهلية المدين أو لسبب من أسباب القابلة للإبطال التي قررها القانون في أحوال خاصة، فإذا تمسك المدين بهذا البطلان فإنّ منطق التبعية يؤدي إلى بطلان الكفالة[4]، حيث أنّ الكفالة إذا كانت قد أبرمت بسبب قابلية الإلتزام المكفول للإبطال ولم يتمسك المدين بالبطلان يظل الكفيل ملتزم تجاه الدائن، أمّا إذا تمسك المدين بذلك أبطلت الكفالة

[1] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] – سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص ص 49-50.

[3] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 34.

[4] – رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 90.

بالتبعية لكن الكفيل يظل ملتزم بصفة أصلية كونه متعمدا وأخل بإلتزامه تجاه الغير وجب عليه التعويض لتنفيذ الإلتزام المكفول الذي قرر إبطاله[1].

ج- كفالة إلتزام ناقص الأهلية

تناول المشرع كفالة إلتزام ناقص الأهلية في المادة **649** من القانون المدني الجزائري[2] التي تنص على أنّه:«**من كفل ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزما بتنفيذ الإلتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول**»، إذ أنّه كلا من الكفيل والدائن والمدين الأصلي علم بنقص أهلية هذا الأخير، وأنّ العقد الذي أبرمه مع هذا الأخير قابل للإبطال، فيجوز للمدين أن يبطله بحيث إذا تمسك المدين الأصلي ناقص الأهلية نقصت أهليته وأبطل العقد الأصلي وكان الكفيل هو المدين الأصلي بموجب العقد الذي أبرمه مع الدائن، وكان ملزما بتنفيذ الإلتزام الأصلي لأن المدين الأصلي لم ينفذه، أما إذا كان الكفيل قد كفل ناقص الأهلية سواء كان على علم أهليته أم لا، فإنّ في هذه الحالة يكون الكفيل كفيلا لا مدينا أصليا وتسري عليه جميع أحكام الكفالة[3].

3- قابلية إلتزام الكفيل للتعيين

يجب أن يكون إلتزام الكفيل معينا أو قابلا للتعيين لأنّ الكفالة عقد تابع التي تسيطر عليها أحكام الكفالة، فإنّ تعيين الكفيل يرتبط بتعيين إلتزام المدين وبنظر لأنّ إلتزام الكفيل هو إلتزام مستقل عن إلتزام المدين، فإنّه من الجائز أن يختلف محل كل من الإلتزامين بحيث أنّ إلتزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من إلتزام المدين، وإن جاز أن يكون أخف منه[4].

ولتبسيط هذا يجب علينا أن نميز بين نوعين من أنواع الكفالة هما الكفالة غير المحددة والكفالة المحددة.

---

[1] – محمد السعيد ليندة، مرجع سابق، ص ص 214-215.

[2] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ص 38-39.

[4] – سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 50.

أ- الكفالة غير المحددة

تشمل الكفالة غير المحددة في هذه الحالة أساس الدين المكفول، فيسأل الكفيل عن أصل الدين المكفول وملحقاته وتوابعه كالقواعد القانونية والإتفاقية وكذلك التعويضات الناشئة عن التأخير في الوفاء، كما يسأل الكفيل عن مصروفات المطالبة بالدين التي ينفقها الدائن في سبيل مطالبة المدين، كمصروفات التنبيه بالوفاء أو الدفع ومصاريف رفع الدعوى، وعليه يلتزم الكفيل بضمان الوفاء بها أمّا المصاريف الأخرى فإنّ الكفيل لا يتحملها إلاّ إذا كانت مصروفات لاحقة لإخطار الدائن له بمطالبة المدين[1].

هذا حسب نص المادة **653** من القانون المدني الجزائري[2] التي تنص على أنّه:«**إذا لم يكن هناك إتفاق خاص فإنّ الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الأولى، وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل**»، ولا يجوز أن ترد الكفالة على مبلغ أكبر من مبلغ الإلتزام المكفول حسب نص المادة **652** من القانون نفسه.

ب- الكفالة المحددة

هي التي يتم فيها تحديد محل إلتزام الكفيل، وترد عادة على مبلغ أقل من الإلتزام الأصلي للمكفول ولا تضمن الفوائد والمصروفات ما لم يتفق البنك والدائن على أن تشملها كفالة[3].

ثانيا: ركن السبب

يعتبر ركن السبب هو الرابط القانوني والدافع الحقيقي للعقد، ويجب أن تتوفر في سبب عقد الكفالة الشروط العامة وهي أن يكون صحيحا ومباحا وغير مخالف للنظام العام والآداب[4] حيث أنّ هناك صعوبة في تطبيق هذا الركن، وهذا يرجع إلى طبيعته الخاصة بإعتباره عملية قانونية ثلاثية إذ أنّ هناك رابطة بين الدائن والمدين، حيث قد يشترط في هذه الرابطة الدائن

[1] – زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص ص 55-56.

[2] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] – هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 279.

[4] – سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2006، ص 99.

على المدين أن يقدم كفيلا حتى يقبل العقد المقترح، وهذا ما يحدث في عقد القرض، وقد يخشى الدائن إعسار المدين أثناء تنفيذ هذا العقد، فيطلب منه تقديم كفيل، إذ أنّ الدائن يستطيع أن يلزم المدين بتقديم الكفيل في إلتزام ناشئ عن فعل ضار أو فعل نافع، وهناك رابطة أخرى بين المدين والكفيل التي تتمثل سواء في إتفاق كأن يتفقا على أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين في حالة ما إذا لم يف المدين به، أو بدون إتفاق، كأن يتقدم الكفيل بتلقاء نفسه لضمان المدين أو بدون علمه، وهناك أيضا رابطة بين الدائن والكفيل وهي التي تجسد عقد الكفالة، والذي يتعهد بمقتضاه الكفيل بأن يفي بالإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه، حيث يجب أن يكون السبب مشروعا وغير مخالف للنظام العام وأن يكون موجودا[1].

جاء في نص المادة **97** من القانون المدني[2] على أنّ" "**إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا**"، وتنص أيضا المادة **98** من القانون نفسه[3] على أنّ" "**كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أنّ للإلتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه**".

ومن خلال هاتين المادتين نستنتج أنّ المشرع الجزائري حدد الشروط التي يكون السبب خاضعا لها، حيث ركز على مشروعية السبب وإذا ثبت عدم مشروعية ذلك أعتبر العقد باطلا حيث تطبق أحكام هاتين المادتين على الكفالة المصرفية أيضا.

[1] – سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص ص 60-61.

[2] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] – المرجع نفسه.

الفصل الثاني

أحكام عقد الكفالة المصرفية

للكفالة المصرفية أحكام تنظمها المتمثلة في الآثار والإنقضاء، حيث أنّ آثارها تتلخص في علاقة الكفيل والدائن والتي تظهر في الواقع العملي إذا لم يف المدين الأصلي بإلتزام إمّا بسبب إعسار أو لأيّ سبب آخر، كما تترتب في ذمة الكفيل إلتزاما رئيسيا تجاه الدائن، ألا وهو سداد قيمة الدين المكفول في حالة إمتناع المدين عن السداد، وتترتب أيضا للكفيل إلتزامات في ذمة الدائن على شكل إجراءات يجب عليه إتباعها عند رجوعه على المدين، أما العلاقة بين الكفيل والمدين الأصلي تقوم إذا قام الكفيل بالوفاء وله أن يرجع على المدين بما وفاه، كما قد يتعدد المدينين وقد يكونون متضامنين أو غير متضامنين، وأيضا قد يتعدد الكفلاء سواء كانوا متضامنين أو غير متضامنين.

تنقضي الكفالة المصرفية إذا إنقضت هي بذاتها بسبب من أسباب إنقضاء الدين دون أن ينقضي الدين المكفول، وتزول أيضا بإنقضاء دين هذا الأخير، بإعتبارها تابعة لهذا الدين، فإنّها تتأثر بما يؤثر في الإلتزام الأصلي، فهي تزول بزوال آثارها وتنقضي الكفالة المصرفية بأسباب عامة وخاصة، والتي بدورها تنقسم إلى الأسباب القانونية والأسباب الإتفاقية.

المبحث الأول

آثار عقد الكفالة المصرفية

إذا إنعقدت الكفالة صحيحة، فإنّها ترتب أثارا فيها بين الدائن والكفيل هذا من جهة، ومن جهة أخرى يكون للدائن الحق في مطالبة الكفيل بالدين إذا لم يف به المدين نفسه، فإذا قام الكفيل بالوفاء، يحق له أن يرجع بعد ذلك على المدين بما وفاه، كما قد يتعدد المدينون الأصليون وأيضا قد يتعدد الكفلاء، وسيتم تخصيص هذا المبحث لإبراز العلاقة بين الكفيل والدائن **(المطلب الأول)** والعلاقة بين الكفيل والمدين ودراسة حالة تعدد المدين والكفلاء **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

في العلاقة بين الكفيل والدائن

يلتزم الكفيل في عقد الكفالة أن يضمن تنفيذ إلتزام المدين بالوفاء بدينه، ويترتب على ذلك أنّ للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالإلتزام المكفول ويجب على الدائن أن يطالب أولا المدين قبل مطالبة الكفيل.

ولهذا سنتطرق في هذا المطلب إلى مطالبة الدائن للكفيل **(الفرع الأول)**، والدفوع الممنوحة للكفيل لرّد المطالبة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

مطالبة الدائن للكفيل

يرجع الدائن على الكفيل عند حلول أجل دينه طبقا للقواعد العامة، لكن يجب على الدائن أن يطالب المدين أولا، سوف نتناول في هذا الفرع الحالات التي يجوز فيها للدائن مطالبة الكفيل عند حلول الأجل بالنسبة لإلتزام الكفيل **(أولا)**، وعدم جواز مطالبة الكفيل إلاّ بعد مطالبة المدين **(ثانيا)**.

أولا: حلول الأجل بالنسبة لإلتزام الكفيل

لا يجوز مطالبة الكفيل إلا بعد حلول أجل إلتزامه حتى وإن كان أجل الدين المكفول قد حل قبل ذلك، فإنّ أجل إلتزام الكفيل يكون هو أجل الإلتزام الأصلي للمكفول طبقا لتبعية الكفالة ويمكن أن يكون لعقد الكفالة المصرفية أجلا خاصا بها[1].

كما قد يحل أجل الإلتزام الأصلي قبل أجل إلتزام الكفيل وذلك إذا أسقط الأجل الأول بشهر إفلاس المدين أو إعساره أو بإضعافه بفعله ما أعطى الدائن من تأمين خاص إلى حد كبير ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين أو إذا أضعف التأمين لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه ما لم يقدم المدين لدائنه ضمانا كافيا، فطالما كان هذا الأجل موجودا وقت إنعقاد الكفالة فإنّ إلتزام الكفيل يتحدد بهذا الأجل حتى ولو سقط بعد ذلك أجل إلتزام المدين[2].

ثانيا:عدم جواز الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين

يلتزم الكفيل بوفاء الدين إذا لم يف به المدين، لذلك على الدائن أن يبدأ أولا بمطالبة المدين وهذا عملا بنص المادة **660 فقرة 1** من القانون المدني التي تنص[3]:«**لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين** »، بحيث يرجع الدّائن أولا على المدين وذلك قبل أن يرجع على الكفيل، أو على الأقل يرجع على المدين والكفيل معا، فإن رجع على الكفيل وحده فله أن يدفع في مواجهة الدائن وجوب رجوعه أولا على المدين، ويقصد بالرجوع هنا المطالبة القضائية وعلى ذلك لا يكفي أن يعذر الدائن المدين حتى يمكنه برجوع بعد ذلك على الكفيل، ويرد على هذه القاعدة إستثنائين:

1- حالة إذا أفلس المدين لا يجوز للدائن أن يرجع على المدين وإنّما عليه التقدم في التفليسة حتى يتمكن بعد ذلك الرجوع على الكفيل وحده.

[1] – رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 117.

[2] – رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص ص 78-79.

[3] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

2- حالة ما إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ، فهو ليس في حاجة إلى أن يرفع دعوى على مدينه بل يكفي أن يكلف الدائن المدين بالوفاء ويعتبر هذا الإجراء في ذاته رجوعا كافيا على المدين.

وعلى ذلك فإذا رفع الدائن دعواه على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين، فالكفيل يستطيع أن يدفع المطالبة بوجوب الرجوع على المدين أولا ويعتبر هذا الدفع بعدم قبول الدعوى لأنّ الدائن بادر برفعها قبل أن يقوم برفع الدعوى على المدين، لذلك لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وإنّما يجب أن يتمسك به الكفيل أمام المحكمة[1]، ومن ثم أوجب شروط لصحة إيداء هذا الدفعة هي:

- يجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين[2] حسب نص المادة **669** من القانون المدني[3] التي تقرر أنّه في هذه الحالة « **تجوز كفالة الكفيل في هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل قبل رجوعه على الكفيل إلاّ إذا كان كفيل الكفيل متضامن مع الكفيل**».

- يجب أن يكون رجوع الدائن على المدين بالفائدة له بأنّ لا يكون معسرا أو ظاهر العجز[4].

- يجب أن يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في هذا الدفع صراحة أو ضمنيا وقت إنعقاد الكفالة المصرفية أو بعد إنقضائها، والواقع أن تمسك الكفيل بعدم جواز الرجوع عليه، قصد منه حماية مصلحة خاصة بالكفيل[5].

---

[1] - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص87.

[2] - علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية، القاهرة، 1997، ص 1152.

[3] - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[4] - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 1152.

[5] - رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص ص 124-125.

الفرع الثاني

الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة

يمكن لنا حصر الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة بالأمور التي سوف نتطرق إليها ألاّ وهي كالآتي الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي **(أولا)**، والدفوع الناشئة عن عقد الكفالة **(ثانيا)** وكذلك الدفوع الخاصة بالكفيل **(ثالثا)**.

أولا: الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي

تنص المادة **654** من القانون المدني الجزائري[1] على أنه:« **يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، غير أنّه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهلية وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه** »، ومن خلال هذا النص نتطرق إلى ما يلي:

1- الدفع بالبطلان المطلق والبطلان النسبي

يحق للكفيل التمسك ببطلان الكفالة على أساس بطلان الإلتزام الأصلي، ويحق له أيضا التمسك بإبطال الكفالة على أساس قابلية الإلتزام الأصلي للإبطال، كأن يكون المدين ناقص الأهلية أو شاب إرادته أحد عيوب الرضا، ويكون تمسك الكفيل في صورة دفع لدعوى الدائن ضده[2].

2- الدفع بإنقضاء الإلتزام الأصلي

ينقضى الإلتزام الأصلي لأيّ سبب من أسباب الإنقضاء سواء عن طريق الوفاء أو المقاصة أو التجديد أو لوفاء مقابل أو إتحاد الذمة أو الإبراء..إلخ، ففي هذه الحالة يمكن للكفيل أن يتمسك بإنقضاء الكفالة تبعا لإنقضاء الإلتزام الأصلي، حيث أنّه إذا قام الدائن برفع دعوى

---

[1] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] – سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي وفق القانون الجزائري، دار الهدى للطبعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 24.

ضد الكفيل يطالبه فيها بتنفيذ الإلتزام، فإنّ الكفيل يحق له أن يدفع هذه الدعوى بإنقضاء الإلتزام الأصلي.[1]

ثانيا: الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة المصرفية

يتمسك الكفيل البنكي بدفوع تخص الكفالة كأن يدعي مثلا بطلانها وقابليتها للإبطال ويمكن له أن يتمسك بدفوع تخصه ككفيل وذلك في الحالة التي لا يحافظ فيها الدائن على الضمانات الممنوحة له من طرف المدين الأصلي[2]، وسنتطرق إلى ذكر بعض الدفوع فيما يلي:

1- الدفع بالتجريد

يقصد بالتجريد أنّ الدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين[3] ولإستعماله هذا الحق لا بد من توفر مجموعة من الشروط وهي:

- فهو مقرر فقط للكفيل الشخصي، ويشترط على الكفيل التمسك بهذا الدفع ما دام أنّ الحق غير متعلق بالنظام العام أي خاص بالكفيل فعليه أن يتمسك به[4]، وهذا ما نصت عليه المادة **660 فقرة 2** من القانون المدني[5]: "...**يجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق**".

- يشترط أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين لأنّ الكفيل لا يستطيع التمسك بهذا الدفع أي أنّه لا يمكن للكفيل في الكفالة المصرفية الدفع بالتجريد لأنّه مدين متضامن.

- يجب على الكفيل أن يرشد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله، أي على الكفيل الذي يطالب بالتجريد أن يقوم بإرشاد الدائن على أموال المدين.

---

[1] – سرايش زكريا، المرجع السابق، ص 24.

[2] – محمد السعيد ليندة، مرجع سابق، ص 272.

[3] – نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 90.

[4] – سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 78.

[5] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

– يجب أن تكون أموال المدين التي يرشد إليها الكفيل للدائن غير متنازع فيها، كما يجب أن لا تكون هذه الأموال التي يرشد إليها الكفيل الدائن واقعة خارج الأراضي الجزائرية[1].

2- الدفع بالتقسيم

جاء في نص المادة **664** من القانون المدني الجزائري[2] على أنّه:«**إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة، أمّا إذا كان الكفلاء قد إلتزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم مسؤولا عن الدين كله إلا إذا كان قد إحتفظ لنفسه بحق التقسيم**».

نستخلص من هذه المادة أنّه إذا إختلفت الديون المضمونة فلا مجال للتقسيم فكل واحد مسؤول عن الدين المضمون.

يترتب عن توافر شروط الدفع بالتقسيم أن يقسم الدين بين الكفلاء بالتساوي ما لم يوجد إتفاق بخلاف ذلك، ولا يحق للدائن أن يطالب أيّ من الكفلاء إلاّ بقدر حصته من الدين، وإذا أعسر أحد الكفلاء فإنّ الدائن يتحمل حصة المعسر ولا يمكنه مطالبة باقي الكفلاء بحصته[3].

3- الدفع بخطأ الدائن في المحافظة على التأمينات الأخرى

نصت عليه المادة **656** من القانون المدني الجزائري[4]:«**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.

هنا نجد حالة تهاون الدائن في المحافظة على التأمينات الأخرى المقرّرة لضمان الدين فتضيع بخطئه هذه الضمانات كلها أو جزءا منها، وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما ضيعه المدين من ضمانات، وفي حالة مطالبة الدائن له بالوفاء يحق للكفيل الدفع بهذا الخطأ، ويتمسك الكفيل

---

[1]– سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص ص 79–80–81.

[2] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]– LARROUMET Christian, Les suretés, Tome 1, 2éme édition, Bruylan, Paris , 1994, P103.

[4] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

بهذا الدفع بتوفر الشروط التالية: خطأ الدائن في ضياع التأمين الخاص، حدوث ضرر للكفيل من جراء خطأ الدائن[1].

4- الدفع بتأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات ضد المدين

المطالبة بالدين في الأصل حق للدائن وليس واجبا عليه، غير أنّه في عقد الكفالة يكون من مصلحة الكفيل حصول الدائن على حقه في الوقت المناسب، وذلك حتى يبرأ الكفيل من الدين إذا أوفي المدين دينه، ليتمكن كذلك الكفيل من الرجوع على المدين قبل أن يعسر الأخير إذا إضطر الكفيل إلى الوفاء بالدين، لذلك يجب حماية الكفيل في جعل الدائن ملزما بإتخاذ إجراءات المطالبة والتنفيذ في الوقت المناسب حتى لا يضر بالكفيل[2].

5- الدفع بعدم تقدم الدائن للتفليسة

تنص المادة **658** من القانون المدني الجزائري[3] على أنّه: «**إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلاّ سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن**»، ونستنتج من خلال هذا أنّ الإلتزام بالوفاء يكون على أموال المدين بإفتراض إفلاسه بالحكم القضائي الذي أمر بالتفليسة وعين وكيلا لها، ومن هنا فإنّ للدائن الحق في التفليسة حتى يأخذ حقه منها، وعند إهماله لإرجاع دينه يضيع حقه في المطالبة من الكفيل إلا بجزء ما أصاب الكفيل من ضرر بسبب إهمال الدائن في الدخول في التفليسة[4].

ثالثا: الدفوع الخاصة بالكفيل

للكفيل فضلا عن الدفوع التي يجوز أن يحتج بها المدين، دفوع خاصة به لا يشترك فيها المدين، وهذه الدفوع إمّا أن تكون متعلقة بعقد الكفالة ذاتها أو أن تكون راجعة إلى مركز الكفيل بإعتباره كفيلا.

---

[1] – عشور زينب، مرجع سابق، ص 34.

[2] – سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، مرجع سابق، ص 146.

[3] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[4] – عشور زينب، مرجع سابق، ص 35.

فالدفوع المتعلقة بعقد الكفالة ذاته ترجع إلى بطلان هذا العقد أو قابليته للإبطال دون أن يكون العقد المنشيء لإلتزام المدين باطلا أو قابل للإبطال فيجوز للكفيل أن يتمسك ببطلان عقد الكفالة وحده أو بقابليته للإبطال، وقد ترجع إلى ما يرد على إلتزام الكفيل وحده من أوصاف لم تستمد من الإلتزام الأصلي، كعدم تحقق الشرط الواقف أو الشرط الفاسخ، فيتمسك الكفيل بأنّ إلتزامه لم ينشأ لأنّه كان معلقا على شرط فاسخ، وقد تؤدي إلى إنقضاء إلتزام الكفيل بطريق أصلي دون أن ينقضي إلتزام المدين[1].

المطلب الثاني

في العلاقة بين الكفيل والمدين حالة تعدد المدينين والكفلاء

الكفيل يرجع على المدين بما كفله لا بما أداه، وكذلك فإنّ البنك يرجع على المدين بما صالح عليه الدائن بمعنى المصالحة بين الدائن والبنك، وتكمن علاقة الكفيل بالمدين بصدور كفالة تضمن المدين في وفاء إلتزامه للدائن في الوقت المحدد والكفيل يطمئن لوجود ضمانات وسوف نتطرق في هذا المطلب إلى تبيان كيفية رجوع الكفيل عن المكفول عنه **(الفرع الأول)** ورجوع الكفيل في حالة تعدد المدينين والكفلاء **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

رجوع الكفيل عن المكفول عنه

للكفيل الذي أدى الدين المضمون حق الرجوع بما أدى على المدين، وله في هذه الحالة دعوتان، الدعوى شخصية(أولا)، دعوى الحلول (ثانيا).

أولا: الدعوى الشخصية

تنص المادة **670** من القانون المدني الجزائري[2] على أنّه:«**يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلاّ سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الإستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو إنقضائه، فإذا لم**

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 86.

[2] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو إنقضائه ».

كما يجوز للكفيل الذي وفي الدين أن يرجع على المدين وهذا حسب نص المادة **678** من القانون المدني[1].

ومن خلال هاتين المادتين نستنتج شروط الدعوى الشخصية وموضوعها، وذلك كالآتي:

1- شروط الدعوى الشخصية

يجب توافر عدة شروط حتى يستطيع الرجوع بهذه الدعوى، وهذه الشروط لكي يستطيع الكفيل الرجوع بالدعوى الشخصية يجب توفر الشروط التالية:

أ- يجب أن يكون أجل الدين قد حل: فإذا قام الكفيل بالوفاء للدائن بالدين قبل حلول الأجل فإنّه لا يستطيع أن يرجع على المدين بهذه الدعوى إلى عند حلول الأجل.

ب- يجب أن يكون الكفيل قد قام بالوفاء بالدين للدائن: حتى يتمكن من أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين، والأمر هنا لا يقتصر على الوفاء بالإلتزام فقط وإنّما ينصرف أيضا إلى أسباب الإنقضاء الأخرى، كالمقاصة والوفاء بالمقابل، أو التجديد بتغيير المدين، أو الإنابة الكاملة أو إتحاد الذمة، بشرط أن يترتب على ذلك براءة ذمة المدين، وإلا لما أمكن للكفيل الرجوع عليه كما لو أنّ الكفيل قد وفى الدين بمقابل وإستحق هذا المقابل، وإذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم إلتزام الكفيل لا يكون قد وفى الدين أو قام بعمل يقوم مقام الوفاء، لذلك لا يستطيع الرجوع على المدين[2].

ج- إخطار الكفيل المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين

على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وذلك سواء أراد الكفيل أن يقوم بوفاء الدين من تلقاء نفسه أو مطالبة الدائن مطالبة قضائية، وإخطار المدين قبل الوفاء ليس له شكل خاص، فيصلح أن يكون رسميا على يد محضر رسمي، ويصلح أن يكون شفويا على أن

[1] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] – نبيل إبراهم سعد، مرجع سابق ، ص ص 118- 119.

يثبت الكفيل أنّه قام بهذا الإخطار، فإذا لم يخطر الكفيل المدين قبل الوفاء وقام بوفاء الدين دون إخطار فعل ذلك على مسؤوليته[1].

2- موضوع الدعوى الشخصية

تنص المادة **672** من القانون المدني الجزائري[2] أنّه:«**يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعمله أو بغير عمله ويرجع بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي إتخذت ضده**».

ومن خلال هذه المادة نستخلص ما يلي:

أ- أصل الدين

ويشمل أصل الدين، أي مقدار الدين وفوائده لو كان الدين ينتج فوائد إتفاقية وقانونية ما دامت هذه الفوائد تدخل ضمن دين المكفول، وتشمل كذلك ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن في نظير المصروفات التي تكبدها هذا الأخير في مواجهة المدين، وبوجه عام يشمل كل ما وجب على الكفيل دفعه لإخلاء ذمة المدين[3].

ب- المصاريف

وتشمل هذه مصاريف دعوى الكفيل ضد المدين، وكذلك مصاريف الدائن والكفيل (مثل المصاريف التي حكم بها على الكفيل لصالح الدائن)، غير أنّه بالنسبة للمصاريف الأخيرة فإنّ الكفيل لا يجوز له المطالبة سوى بالمصاريف التي تترتب بعد إخبار المدين بإستثناء مصاريف المطالبة الأولى (مطالبة الدائن للكفيل) فلا يشترط فيها الإخبار[4].

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 120.

[2] - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] - قدري عبد الفتاح الشهاوى، أحكام عقد الكفالة (التضامن، التضامم في التشريع المصري والمقارن)، شركة الجلال للطباعة، مصر، 2002، ص 177.

[4] - سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 31.

ثانيا: دعوى الحلول

هي دعوى يرجع بها الكفيل على المدين بإعتباره قد حل في مركز الدائن، فيطالبه بجميع حقوق هذا الأخير، كما يحل محله في التأمينات المقدمة لضمان هذا الحق[1] وهذا حسب نص المادة **671** من القانون المدني[2] التي تنص على أنّه:« **إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين**»، وهذا النص لا يعدو أن يكون ترديدا للأحكام العامة المنصوص عليها في المادة **261** من القانون المدني التي تنص[3] «**إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي إستوفى حقه**»، وعليه فإنّ دعوى الحلول تتطلب شروطا مختلفة عن دعوى الكفالة ومن هذه الشروط مايلي:

1- شروط دعوى الحلول

إنّ عدم توفر شروط الدعوى الشخصية لا يؤدي حتما إلى حرمان الكفيل من كل رجوع إذّ أنّه يستطيع الرجوع بدعوى الحلول ولكن يشترط لإستفادة الكفيل بهذه الدعوى ما يلي:

أ- وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله

إذا تعجل الكفيل الوفاء بغير رضا الدائن قبل حلول الأجل الأصلي، لم يكن له أن يرجع بدعوى الحلول إلاّ عند حلول هذا الأجل، أو لم يرجع أصلا إذا حدث وفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل سبب لإنقضاء الدين[4].

ب- يشترط أن يكون وفائه للدين كاملا

نصت على ذلك المادة **671** من القانون المدني الجزائري[5]، حتى يستطيع الكفيل الرجوع على المدين يجب أن يكون الكفيل إستوفى الدين.

---

[1] – سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 31.

[2] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] –المرجع نفسه.

[4] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 138.

[5]– أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

وأما إذا كان الكفيل قد أدى جزءا من الدّين، فلا يستطيع أن يزاحم الدائن في رجوعه بباقي الدين على المدين، فلا يستوفي الكفيل حقه في مواجهة المدين إلا بعد أن يوفي الدائن حقه قبل هذا المدين[1].

2- مضمون دعوى الحلول

يحل الكفيل محل الدائن إذا وفي الكفيل الدين وهذا حسب نص المادة **261** من القانون المدني الجزائري[2]، ومن حل محل الدائن كان له حقه من خصائص وما يلحقه من توابع وهذا حسب نص المادة **264** من القانون المدني الجزائري[3] ونستخلص ما يلي:

- أنّ مضمون دعوى الحلول هو إنتقال حقوق الدائن بخصائصها إلى الكفيل، أيّ يحل الكفيل محل الدائن في حقه وخصائصه وبما يلحقه من توابع[4].
- إنّ الكفيل يحل محل الدائن في حقه بما يكفله من تأمينات، والعبرة هنا التأمينات الموجودة وقت الوفاء وبالحالة التي كانت عليه وقت هذا الوفاء، وأن يكون مصدر هذه التأمينات الإتفاق أو القانون أو القضاء سواء كانت هذه التأمينات شخصية أو عينية.
- يحل الكفيل محل الدائن في حقه أيضا لما يرد على هذا الحق من دفوع، أيّ أنّ المدين يستطيع أن يحتج في مواجهة الكفيل بكل الدفوع التي كانت له قبل الدائن[5].

الفرع الثاني

رجوع الكفيل في حالة تعدد المدينين والكفلاء

يتضمن هذا الفرع، دراسة لتعدد المدينين وتعدد الكفلاء حيث نتناول تعدد المدينين **(أولا)** وتعدد الكفلاء **(ثانيا)**.

---

[1] – عدنان إبراهيم السرحاني، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقاولة،الوكالة، الكفالة، دار الثقافة للنشر وتوزيع، الأردن، 2006، ص 236.

[2] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] – المرجع نفسه.

[4] – سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 32.

[5] – سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص ص 93-94.

أولا: تعدد المدينين

قد يتعدد المدينين وقد يكونون متضامنين أو غير متضامنين.

1- تعدد المدينين غير المتضامنين

إذا تعدد المدينين وكانوا غير متضامنين فيجب أن نميز بين حالتين، إمّا أن يكون الكفيل قد كفلهم جميعا، وإمّا يكون قد كفل بعضهم فقط.

أ- إذا قام الكفيل بكفالة جميع المدينين غير المتضامنين فإنّه يمكن له أن يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيب كل من المدينين في الدين[1].

ب- إذا كان الكفيل قد كفل بعض المدينين فقط فإنّه لا يرجع إلاّ على من كفل منهم وفي حدود نصيبه في الدين، ولا يجوز له الرجوع على غير هذا المدين، ما لم يكن قد دفع ما يزيد كل نصيب المدينين الذين كفلهم، ويترتب على ذلك براءة ذمة مدينين آخرين لم يكفلهم، فإنّه يكون له حق الرجوع على هؤلاء المدينين بدعوى الإثراء بلا سبب وفقا للقواعد العامة[2].

2- تعدد المدينين المتضامنين

وهنا أيضا نميز بين ما إذا كان الكفيل قد ضمن المدينين المتضامنين جميعا، أو ضمن بعضهم فقط.

أ- إذا كان الكفيل قد ضمن المدينين المتضامنين جميعا

نصت المادة **673** من القانون المدني[3] على ما يلي:« **إذا تعدد المدينين في دين واحد وكانوا متضامنين فالكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أيّ منهم بجميع ما وفاه من الدين**»، فإذا كفل الكفيل جميع المدينين المتضامنين ووفى الدين للدائن، فله أن يرجع على أيّ منهم بكل الدين وذلك بمقتضى الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول[4].

---

[1] – سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 32.

[2] – نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 132.

[3] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[4] – رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ص 207-208.

ب- إذا كان الكفيل قد كفل بعضهم فقط

إذا كفل الكفيل بعض المدينين المتضامنين دون غيرهم، فيحق للكفيل في هذه الحالة إذا أدى الدين أن يرجع على كل مدين متضامن مكفول عنه بدل الدين الموفي به سواء بدعوى شخصية أو بدعوى حلول[1]، أما بالنسبة لرجوع الكفيل على المدين المتضامن الذي لم يكفله ففي هذه الحالة يمكن تطبيق القواعد العامة، بحيث يمكن للكفيل بعد قيامه بالوفاء أن يرجع على أيّ من المدينين المتضامنين الذي لم يكفلهم أيضا بدعوى الإثراء بلا سبب، ولا يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين المتضامن الذي لم يكفله بدعوى الكفالة لأنّ هذه الدعوى خاصة بالعلاقة بين المدينين المتضامنين، والذين لم يكفلهم بدعم الحلول محل الدائن[2].

ثانيا: تعدد الكفلاء

إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين كان له حق الرجوع على المدين بما وفاه للدائن كما له حق الرجوع على غيره من الكفلاء في حال تعددهم والذين كفلوا دينا واحدا، ويمكن أن يكون هؤلاء متضامنين أو غير متضامنين[3].

1- تعدد الكفلاء المتضامنين

فيما يخص هذه الحالة فلها فرضيتين، الأولى أن يتعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد ويكونون متضامنين، أو يكون هناك كفلاء قد إلتزموا بعقود متوالية ولم يحتفظ أيّ منهم لنفسه بحق التقسيم فكل واحد منهم مسؤولا عن الدين كله، وعلى ذلك فإنّه طبقا للقواعد العامة، يكون للكفيل المتضامن مع غيره من الكفلاء إذا وفى الدين كله أن يرجع على أيّ منهم بدعوى الإثراء بلا سبب ولما كانت هذه الدعوى لا تعطي هذا الكفيل حقا في الرجوع على غيره من الكفلاء إلاّ بقدر ما أثرى به الكفيل لا يثرى إلا بقدر ما برئت ذمته في مواجهة الدائن نتيجة لهذا الوفاء ولما كانت ذمة أيّ كفيل متضامن لا تبرأ في علاقته مع غيره من الكفلاء المتضامنين إلاّ بقدر حصته في نصيب المعسر من الكفلاء المتضامنين، ويكون للكفيل الذي أوفى الدين كله أن

[1] - عدنان إبراهيم السرحاني، مرجع سابق، ص 238.

[2] - سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 112.

[3] - محمد علي عبده، مرجع سابق، ص 175.

يرجع على أيّ منهم بهذا القدر بشرط أن يكون قد ترتب على هذا الوفاء براءة ذمة الكفيل الذي يرجع عليه، فإذا كان إلتزام هذا الكفيل قد إنقضى من قبل لأيّ سبب من أسباب الإنقضاء كالتقادم أو الإبراء من الكفالة، فإنّه لا يكون للكفيل الذي وفى بالدين كله الرجوع على هذا الكفيل بأيّ شيء[1].

2- تعدد الكفلاء غير المتضامنين

تنص المادة **664 فقرة 1** من القانون المدني[2] على أنّه:«**إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانون غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلاّ بقدر نصيبه في الكفالة**».

ونستخلص من هذا أنّ إذا تعدد الكفلاء لنفس الدّين وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، فإنّ الدين ينقسم عليهم، ولا يكون أيّ واحد منهم مسؤولا في مواجهة الدائن إلاّ بقدر نصيبه فقط.

أما إذا أعسر أحد الكفلاء لا يتحمله غيره من الكفلاء وإنّما الدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم.

حيث إتخذ من وحدة العقد دليلا أنّ كل كفيل قد إعتمد على الكفلاء الآخرين فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون، إذا كان الدين منقسما بين الكفلاء بلا تضامنهم[3]، فإذا وفى أيّا منهم بنصيبه فلا يرجع على الباقين بشيء، أمّا إذا وفى الدين كله كان له أن يرجع على غيره من الكفلاء وفقا لدعوى الإثراء بلا سبب[4]، وذلك طبقا للقواعد العامة وفي حدود حصة هذا الكفيل في الدين، حيث أنّ الكفيل الموفى لا يطالب الآخرين بنصيبهم بحصة المعسر منهم إذا وجد، بل هو الذي يتحمل تبعية الإعسار، وبالتالي لا يكون للكفيل الحق في

---

[1] – نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 136.

[2] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] – سفيان كريمة، سعد فتيحة، أثار للكفالة بين الكفيل والمدين وغيره من الكفلاء، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 54.

[4] – رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 210.

هذه الحالة في الرجوع إلاّ بدعوى الإثراء بلا سبب، ولا يكون له الحق في الدعوى الشخصية لأنّها مقررة للعلاقة بين الكفيل والمدين، ولا يحق له الرجوع أيضا بدعوى الحلول، لأنّه ليس ملزم بالوفاء عنهم[1].

[1] – سفيان كريمة، مرجع سابق، ص 54.

المبحث الثاني

إنقضاء الكفالة المصرفية

ينقضي عقد الكفالة المصرفية عن طريق زوال الإلتزامات التي أنشأها وأثارها، فإذا قام المدين الأصلي بالوفاء بالدين إنقضى إلتزامه الأصلي وإنقضى بالتبعية إلتزام الكفيل، حيث يتم هذا الإنقضاء بأداء الدين أو تسليم المكفول به أو الإبراء وغيرها من الأسباب التي سوف يتم التطرق إليها، فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين المتمثل في الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة المصرفية **(المطلب الأول)** والأسباب الخاصة لإنقضاء الكفالة المصرفية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة المصرفية

نتناول في هذا المطلب الأسباب القانونية لإنقضاء الكفالة المصرفية **(الفرع الأول)** ومن ثم الأسباب الإتفاقية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الأسباب القانونية لإنقضاء الكفالة المصرفية

تنقضي الكفالة المصرفية بالأسباب القانونية بمجموعة من العوامل، كإنقضاء الكفالة بالوفاء والإبراء **(أولا)**، بإستحالة التنفيذ **(ثانيا)**، بإتحاد الذمة **(ثالثا)**، وتنقضي أيضا بالمقاصة **(رابعا)** وبالتقادم المسقط **(خامسا)**.

أولا: إنقضاء الكفالة المصرفية بالوفاء والإبراء

تنقضي الكفالة المصرفية بالوفاء والإبراء كالآتي:

1- إنقضاء الكفالة المصرفة بالوفاء

إذا قام بالوفاء بالدين المدين الأصلي إنقضى إلتزامه الأصلي وإنقضى بالتبعية إلتزام الكفيل، وإذا حدث أن وفى المدين بجزء من الدين فإنّ براءة ذمة الكفيل لا تكون إلاّ في هذه الحدود، أيّ بمقدار ما وفاه المدين، ويكون للدائن أن يرجع بالباقي على المدين وعلى الكفيل[1].

[1] – سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع المدينة الجديدة، الجزائر، 2001، ص 100.

أمّا إذا وفى بالدين شخص غير المدين، وحل الموفي محل الدائن الذي إستوفي حقه فإنّ ذمة الكفيل لا تبرأ، لأنّ ذمة المدين لم تبرأ أيضا ويسري نفس الحكم إذا أحال الدائن حقه إلى دائن آخر فإنّ الدين يظل قائما بكل ضماناته، بما في ذلك الكفالة ويظل الكفيل مسؤولا في مواجهة المحال له كما أنهّ يعتبر مسؤولا في مواجهة الدائن الأصلي المحيل.

أمّا إذا أحال المدين إلتزامه إلى شخص آخر فإنّ الدين يظل قائما إلا أنّه مع تغير شخص المدين فإنّ إلتزام الكفيل ينقضي إلاّ إذا وافق على ضمان المدين الجديد، لأنّ الكفيل وضع ثقته في مدين معين بالذات فلا تجاوز الكفالة هذا المدين، حيث يشترط لبراءة ذمة الكفيل بالوفاء الصادر من المدين أن يكون هذا الوفاء صحيحا، وأن يكون أهلا للتصرف فيه وإذا كان الوفاء باطلا، كما إذا صدر من شخص غير أهلا للتصرف في الشيء الذي أوفى ولحق الموفي ضرر من هذا الوفاء كان الوفاء غير صحيح، فلا ينقضي الدين ويبقى مضمونا بتأميناته، ومنها الكفالة أمّا إذا لم يقبل الدائن الوفاء وأخطر المدين بعرض الدين عرضا حقيقيافإنّ العرض الحقيقي يقوم مقامه الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي لصحته، وإذا رجع المدين في عرضه بعد ذلك وقبل منه الدائن هذا الرجوع لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك لما يكفل حقه من التأمينات وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين[1].

2- إنقضاء الكفالة المصرفية بالإبراء

يقصد بالإبراء تنازل الدائن عن حقه دون مقابل، فهو تصرف قانوني يتم بإرادة الدائن المنفردة فلا يشترط لحصول الإبراء إتفاق الدائن والمدين، بل هو يتم بإرادة الدائن وحدها، لا يترتب على الإبراء إنقضاء الإلتزام إلاّ متى وصل إلى علم المدين، وإذا وصل هذا العلم إلى المدين، لم يستطع الدائن أن يعدل عن الإبراء بعد أن تم، وإذا مات أو فقد أهليته قبل أن يصل الإعلان إلى علم المدين، فإنّ ذلك لا يحول من إتمام الإبراء عند إتصال الإعلان بعلم المدين بعد موت الدائن أو فقده أهليته، ويعتبر الإبراء تصرفا تبرعيا محضا من جانب الدائن حيث يتضمن نزولا عن الدين لصالح المدين بدون مقابل، وهو بذلك يختلف عن الصلح، فقد يتضمن

[1] - سي يوسف زاهية ، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 101.

الأخير إبراء ولكنه إبراء بمقابل، فإنّ كل من المتصالحين ينزل عن بعض ما يدعيه مقابل التسليم له بالبعض الآخر[1].

إذا تنازل الدائن عن الكفالة المصرفية فإنّها تنقضي، وهو ما يعني إبراء المدين من الإلتزام الناشئ عن عقد الكفالة، ويعتبر الإبراء شخصي لا يتعدى لغير الكفيل الذي صدر الإبرام لأجله، وبالتالي فإنّ الدائن الذي يتنازل عن حقه المقابل لإلتزام الكفيل يعتبر منه إبراء للكفيل من الإلتزام، ويكون هذا التنازل صريحا عندما يوجه إلى البنك الكفيل خطيا، ويكون ضمنيا عند إنتهاء الأجل المحدد لتنفيذ الإلتزام[2].

جاء في نص المادة **306** من القانون المدني[3] على أنّه:« **تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع، ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على إلتزام يشترط لقيامه توافر شكل رفضه القانون أو إتفق عليه المتعاقدين**».

من خلال هذا النص نستخلص أنّ الإبراء حتى يكون صحيحا يشترط فيه أحكام موضوعية كما لا يشترط فيه شكل خاص.

ثانيا: إنقضاء الكفالة المصرفية بإستحالة التنفيذ

ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أنّ الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه، وعلى ذلك فإذا إنقضى الإلتزام المكفول لإستحالة تنفيذه لسبب أجنبي، فإنّ الكفالة تنقضي بالتبعية لذلك، وتبرأ ذمة الكفيل تبعا لبراءة ذمة المدين الأصلي، فإذا كانت إستحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ من جانب المدين، فإنّه يترتب على ذلك مسؤولية المدين من عدم التنفيذ ويحكم عليه بالتعويض، وبذلك لا تبرأ ذمة المدين، وبالتالي لا تبرأ ذمة الكفيل أيضا بل يبقى كفيلا للتعويض[4].

---

[1] – رمضان محمد أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006، ص ص 533– 534.

[2]– محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 279.

[3] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[4] – نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 148.

لا ينشأ الإلتزام إذا كان مستحيلا منذ البداية، وهذه الإستحالة الطارئة قد تكون إستحالة مادية وقد تكون قانونية، فمن أمثلة الأولى هلاك الشيء للعين بذاته أو فقده أو مرض يمنع المدين من تنفيذ إلتزامه، ومن أمثلة الثانية نزع ملكية العقار الذي إلتزم المدين بنقل ملكيته، وتحريم السلطات الإتجار أو التعامل في بعض أنواع الأموال[1].

ثالثا: إنقضاء الكفالة المصرفية بإتحاد الذمة

إتحاد الذمة هو إجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد[2] حيث نصت المادة **304 فقرة أولى** من القانون المدني[3] على أنّه:«**إذا إجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد إنقضى هذا الدين بالقدر الذي إتحدت فيه الذمة** » وبهذا فإنّ الإلتزام المكفول يبقى واجب التنفيذ بضمان ما قدمه الكفيل حتى وإن إتحدت ذمتا المدين والكفيل ولكن يختلف الأمر بالنسبة لإتحاد ذمتي المدين والدائن لأنّ الإلتزام المكفول ينقضي في الوقت الذي ينقضي به الإلتزام الناشيء عن عقد الكفالة كأثر لهذا العقد وتطبيقا لذلك ينقضي إلتزام البنك الكفيل بإنقضاء إلتزام المدين إذا كفل هذا البنك المدين بأن يدفع مبلغا من النقود إلى شخص توفي بعد ذلك وإنحصر إرثه في هذا المدين، وينقضي إلتزام البنك الكفيل الذي كفل حسن تنفيذ عمل المتعهد.

أما فيما يخص إتحاد ذمة المدين والكفيل فإنه لا ينقضي معه الإلتزام الأصلي حتى وإن إنقضى عقد الكفالة، وكذلك إتحاد ذمة الدائن والكفيل فلا ينقضي إلتزام المدين الأصلي في إنقضاء الكفالة وإلتزام البنك الكفيل، وبهذا الكفيل الذي يرث المدين أو العكس لا يتحقق به إتحاد ذمة الكفيل والمدين، ولا تجتمع صفتا الدائن والمدين في شخص واحد[4].

---

[1] – رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 537.

[2] – رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 398.

[3] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] – محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 287.

رابعا: إنقضاء الكفالة المصرفية بالمقاصة

تعد المقاصة وسيلة من وسائل إنقضاء الإلتزام، فهي سبب لإنقضاء دينين متقابلين بين نفس الشخصين، بقدر الأقل مهما فهي تفرض إذن وجود شخصين كل منهما مدين ودائن للآخر بمعنى أن بين هذين الطرفين إلتزامين بحيث يكون أحدهما دائن للثاني، بدلا من أن يوفي كل منهما دينه للآخر[1]، إذّ أنّه إذا إنقضى الدين الأصلي بالمقاصة بين المدين ودائن تنقضي الكفالة المصرفية ويجوز للمدين التمسك بالمقاصة حتى ولو إختلف مكان الوفاء في الدينين ولكن يجب عليه تعويض الدائن ما لحقه من ضرر ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة في ذلك، ولا يجوز التنازل عنها قبل ثبوت الحق فيها ويترتب على ذلك إنقضاء الدنين بقدر الأقل منهما وهذا حسب نص المادتين **298**و**300** من القانون المدني الجزائري[2].

خامسا: إنقضاء الكفالة المصرفية بالتقادم المسقط

إنّ التقادم المسقط هو مضي مدة زمنية معينة على إستحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن بحيث يترتب على ذلك سقوط حق هذا الدائن في المطالبة به إذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه[3]، بحيث أنّ القاعدة العامة في التقادم المسقط هي تقادم الإلتزام بمرور 15 سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وهذا حسب نص المادة **308** من القانون المدني الجزائري[4] كما لا يجوز الإتفاق على ما يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون، ويترتب على التقادم إنقضاء الإلتزام إذا سقط الحق بالتقادم تسقط معه ملحقاته، بحيث لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو أحد دائنيه وهذا ما جاء في نص المادتين **320** و**321** من القانون المدني الجزائري[5].

---

[1] – رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 508.

[2] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] – رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 539.

[4] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[5] –المرجع نفسه.

الفرع الثاني

الأسباب الإتفاقية لإنقضاء الكفالة المصرفية

لإنقضاء الكفالة المصرفية لأسباب إتفاقية بحيث نتطرق إليها في هذا الفرع على النحو التالي، حيث يتم إنقضاء الكفالة المصرفية بالمصالحة **(أولا)**، وتنقضي أيضا بالتجديد **(ثانيا)** والإنابة **(ثالثا)**.

أولا: إنقضاء الكفالة المصرفية بالمصالحة

إذا كانت الكفالة المصرفية تنقضي بفوات المدة المحددة لسريانها، أو بإتمام الغرض الذي من أجله تم إصدارها أو بدفع قيمتها للدائن، فإنّها أيضا تنقضي بمصالحة يجريها الدائن والبنك الكفيل، والمصالحة عقد يبرمها البنك الكفيل والدائن وتتحدد شروطه بإتفاقهما، بحيث ينقضي عقد الكفالة المصرفية ليحل محله عقد جديد هو عقد الصلح، وبموجب هذا العقد تنقضي علاقة الدائن بالمدين، كما تنقضي علاقة البنك الكفيل بالدائن التي قامت على شروط عقد الكفالة، و بالتالي يترتب على ذلك إعادة سند الكفالة الذي أصدره البنك لصالح المستفيد الدائن، وإعادة سند الكفالة إلى بنك الكفيل ليس هدفا بحد ذاته يتحدد على أساسه إنقضاء إلتزام البنك أو بقاء هذا الإلتزام، ذلك لأنّ سند الكفالة يغدو في حكم المنتهي بإنقضاء إلتزام البنك بالمصالحة[1]، حيث تنص في المواد **459** إلى **466** من القانون المدني على أحكام الصلح حيث أنّ المشرع الجزائري عبر عنه بمصطلح الصلح، وعرفه في المادة **459** من القانون المدني[2] " **بأنّه عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقعان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه**".

إذا أبرم البنك الكفيل صلحا مع الدائن ودفع له مبلغا من النقود على أساس إعتبار إلتزامه بقيمة السند منقضيا، فإنّ هذا الإلتزام ينقضي، وأنّ بقاء سند الكفالة مع الدائن يصبح غير ذي فائدة لحامله، كما أنّه إذا إنقضت مدة سريان عقد الكفالة المصرفية ولم يطالب المستفيد

[1] – محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 289.

[2] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

بقيمتها، فإنّ الإلتزام الذي أنشأ العقد على عاتق البنك ينقضي في هذه الحالة ولا يعود لإحتفاظ الدائن بسند أيّ مبرر، ويتعين عليه إعادته إلى البنك الكفيل، وأنّ عدم إعادة ذلك السند لا يترك أثارا تأسيسا على أنّ السند فقد قيمته بإنقضاء الإلتزام الذي تضمنه[1].

ثانيا: إنقضاء الكفالة المصرفية بالتجديد

يعتبر التجديد إتفاق على إستبدال إلتزام قديم بالإلتزام جديد يقوم مقامه ومغايرا له في عنصر من عناصره، فالتجديد إذن يعد في وقت واحد سبب من أسباب إنشاء الإلتزام الجديد ويعتبر حكمي لا حقيقي، فهو بعادل الوفاء دون أن يكون بذاته وفاء، ذلك أنّ الدين (القديم) قد حصل الوفاء به عن طريق إنشاء دين آخر (جديد)[2]، فالتجديد إذن هو إستبدال الدين أي زوال الدين وإيجاد دين غيره بدله، ففي عقد الكفالة المصرفية يعتبر إستبدال الإلتزام الجديد بالإلتزام القديم على نحو يصبح الإلتزام الذي أنشأه عقد الكفالة المصرفية منتهيا بإنتهاء مدته، ويستبدل غيره به ليحل محله[3]، إنّ تجديد الإلتزام الأصلي للمكفول يؤدي إلى إنقضائه ونشوء إلتزام جديد مكانه، فيترتب على ذلك إنقضاء دين وإنشاء دين آخر ويكون الدين الجديد مختلف عن الدين القديم، كما يشترط في التجديد أن يكون الإلتزام الجديد والقديم خالي من أسباب البطلان، ولا يفترض التجديد بل يجب الإتفاق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف، وحتى تنتقل الكفالة إلى الدين الجديد يجب أن يكون برضا الكفيل ولا تنتقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين الأصلي وهذا ما نصت عليه المواد **287** و**288** و**289** من القانون المدني[4].

ثالثا: إنقضاء الكفالة المصرفية بالإنابة

تعتبر الإنابة عمل قانوني يفترض وجوده ثلاثة أشخاص بحيث تقوم إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يقوم بوفاء الدين مكان المدين[5]، ويترتب على الإنابة الكاملة

---

[1] – محمود الكيلاني، مرجع سابق ، ص 290.

[2] – رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 373.

[3] – محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص ص 293–294.

[4] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[5] – رمضان محمد أبو سعود، مرجع سابق، ص 502.

إنقضاء الإلتزام المكفول، وهي يتفق فيها على أن ينقضي إلتزام المدين (المنيب) ليحل محل إلتزامه الجديد وهو (المناب) في مواجهة الدائن (المناب لديه)[1]، فإذا إتفق المتعاقدين أن يستبدلوا الإلتزام الجديد بتغيير المدين ففي هاته الحالة نكون أمام تجديد وتبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه مع إشتراط أن يكون الإلتزام الجديد صحيحا ويكون هذا الأخير معسرا وقت الإنابة وهذا حسب نص المادة **295** من القانون المدني[2]، أما فيما يخص الإنابة الناقصة فلا يوجد هناك تجديد للإلتزام وبذلك لا ينقضي الإلتزام القديم ولا تنقضي التأمينات الضامنة له، حيث يقوم إلتزام المنيب (المدين الأصلي) بجانب إلتزام المناب عنه، ويكون للدائن مدينان بدلا من مدين واحد، من ثم يظل إلتزام الكفيل قائما بجانب إلتزام المدين الأصلي ولا يجوز للكفيل أن يدفع في مواجهة الدائن بإنقضاء إلتزامه، وبذلك إلتزام المدين المنيب لا ينقضي[3].

المطلب الثاني

الأسباب الخاصة لإنقضاء الكفالة المصرفية

بالإضافة إلى الأسباب العامة والإتفاقية لإنقضاء الكفالة المصرفية نجد أنّ هناك أسباب خاصة لإنقضائها وذلك بتطرقنا إلى النقاط التالية: إنقضاء الكفالة المصرفية بسبب ظرف طارئ **(الفرع الأول)**، إرادة الكفيل **(الفرع الثاني)**، وتغير الشكل القانوني للكفيل **(الفرع الثالث)** إنقضاء الكفالة المصرفية بسبب خطأ الدائن المستفيد**(الفرع الرابع)**.

الفرع الأول

إنقضاء الكفالة المصرفية بسبب ظرف طارئ

تنقضي الكفالة المصرفية لأسباب خاصة في حالة وجود ظرف طارئ سواء من جهة الكفيل **(أولا)**، أو جهة المكفول **(ثانيا)**.

---

[1] – سي يوسف زاهية، مرجع سابق، ص 105.

[2] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] – سي يوسف زاهية، مرجع سابق، ص 105.

أولا: التغيير الطارئ على الكفيل

كل ما يؤدي إلى إنقضاء الشخصية الإعتبارية لشخص الكفيل كالتصفية والإفلاس والإندماج يؤدي إلى إنقضاء إلتزام الكفيل في الكفالة المصرفية، وعليه فإنّ الشركة التي يتقرر تصفيتها تصبح إلتزاماتها الناشئة عن الكفالة مع جملة من الإلتزامات الأخرى في مواجهة المصفي، وهو ذات الحكم بالنسبة لإفلاس الشركات، أما الإندماج فيختلف الأمر بشأنه ويعتبر الإلتزام دينا في ذمة شخص جديد بحيث لا ينقضي ذلك لأنّ إلتزامات الشركتين المندمجتين تترتب بذمة الشخص الجديد الذي أحدثه الإندماج بين شركتين إنقضت شخصيتهما الإعتبارية.

تنتقل إلتزامات الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة على نحو يمكن أن تقرر أنّ هناك تحديد للإلتزام، وهذا ما يؤدي إلى القول أنّ البنك الدامج عندما رضي أن يتحمل إلتزامات البنك المندمج فإنّه بذلك يحدد إلتزاما كان سينقضي لو لم يحصل الإندماج، وعلى ذلك فإنّ إلتزام البنك الكفيل ينقضي بإعلان تصفيته، حيث ينطبق هذا الحكم عند الإفلاس، أما إندماج البنوك فتطبق بشأنه ذات قواعد إندماج الشركات[1].

ثانيا: التغيير الطارئ على المكفول

إذا كان الأمر يقتصر على تغيير شكل شركة مثلا ذات مسؤولية محدودة إلى تضامن أو من توصية إلى تضامن، فما هو مركز الكفيل الذي كان يكفلها في شكلها الأول، فالإجابة تكون أنّ العبرة في بقاء إلتزام الكفيل أو إنقضائه هي بقصد طرفي الكفالة وما يترتب في هذا القصد على تغيير شكل الشركة من أثر على المخاطر التي قبل الكفيل تحملها عندما أعطى كفالته ولا يقبل القول ببقاء الكفالة حتما إذا لم يترتب على التغيير في الشكل تغيير في شخصية الشركة، بمعنى أنّ تغيير شخصية الشركة يسقط حتما الكفالة، لأنّ الكفيل إذّ يكفل شخص معينا فهو لا يفترض أنّه يكفل غيره مكانه، وكذلك بمعنى أنّ بقاء شخص الشركة ليس معناه بالضرورة بقاء الكفالة بل يلتزم النظر فيها إذا كان تغيير شكلها يغير جوهرها في نطاق مخاطر الكفالة، كما هو الحال في تغيير شكل الشركة من ذات مسؤولية محدودة إلى شكل التضامن، قد يكون وسع

[1] – محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص ص 296-297.

قدرتها على الإقتراض أكبر وكذلك تكون ديونها، وبالتالي مسؤولية الكفيل ولهذا فإنّ الإحتياط يوجب على البنك والكفيل أن يواجها المشكلة بحلول صريحة، تبين ما إذا كان الكفيل يربط إلتزامه بشكل الشركة التي يكفلها، كذلك إذا تغيرت بعد إبرام الكفالة صفة المدين المكفول، فيجب النظر في إتفاق الكفالة لمعرفة ما إذا كانت صفة جوهرية في قصد طرفيها بحيث يبرر تغيرها[1].

الفرع الثاني

إنقضاء الكفالة المصرفية بإرادة الكفيل

إذا كانت الكفالة محددة المدة فلا تنقضي الكفالة قبل إنقضاء هذه المدة، أما إذا كانت الكفالة غير محددة المدة فالكفيل في كل وقت أن يتحلل من إلتزامه بالنسبة إلى المستقبل بإعلان إرادته في ذلك إلى البنك فلا يسأل عندئذ إلا عن الديون التي تنشأ قبل وصول هذا الإعلان إلى البنك، بشرط أن يكون الإنهاء في وقت مناسب وبحسن نية، كما هو شأن الإنهاء في الإلتزام غير محدد المدة[2].

الفرع الثالث

تغيير الشكل القانوني للكفيل

إنّ تغيير الشكل القانوني للبنك الكفيل، لا يجعل إلتزامه بالكفالة ينقضي بل لا بد من الوفاء بإلتزاماته الناتجة عن عقد الكفالة، حتى ولو غير من شكله القانوني، فهذا الأخير لا يعني التحول وهو لا يعدم شخصيته المعنوية بل تبقى قائمة.

إذا كان العميل المكفول شركة، وتم تغيير شكلها القانوني، ذلك تسقط حتما الكفالة، لأنّ الكفيل إذّ يكفل شخص معين لا يفترض أنّه يكفل غيره مكانه، وهذا تطبيقا لخاصية الكفالة التي تقوم على الإعتبار الشخصي للمدين المكفول، فبقاء الشركة بعد تغيير شكلها القانوني لا يعني معه بقاء الكفالة، بل يلزم إذا كان تغيير شكلها القانوني يغير جوهريا في حدود الكفالة، حيث لا

[1] – علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ص 1171–1173.

[2] – المرجع نفسه، ص ص 1170–1171.

يجوز للكفيل أن يتخلص من إلتزامه إستنادا إلى تحول شكل الشركة المكفولة، بإعتبار أنّ سبب إلتزام البنك محدد وقت إبرام الكفالة لا قبل التعديل بهذا التحول الذي لم يستنتج معه إنشاء شخص إعتباري جديد، ولا تجديد في علاقة المتعاقدين[1].

الفرع الرابع

إنقضاء الكفالة المصرفية بسبب خطأ دائن المستفيد

تنقضي الكفالة المصرفية بسبب خطأ الدائن "المستفيد" ذلك عن طريق براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن من الضمانات **(أولا)**، ولعدم إتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة إتخاذها **(ثانيا)**، ولعدم تقدم الدائن في تفلسه المدين **(ثالثا)**.

أولا: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن من الضمانات

تنص المادة **656** من القانون المدني[2] على أنّه: "**تبرأ ذمة الكفيل الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات**".

إنّ الكفيل يقوم بالوفاء بإلتزام غيره، حيث يستطيع أن يحل محل الدائن في حقوقه قبل المدين وفي هذه الحالة يستطيع الكفيل أن يستفيد بما لهذا الدين من ضمانات مقررة للدائن لأنّه يحل محله في هذا الحق بما له من خصائص، وما يلحقه من توابع وما يضمنه من تأمينات فإذا قام الدائن بإضاعة هذه التأمينات بخطئه الضامنة للدين، والتي كان من الممكن أن يستفيد منها الكفيل عند رجوعه على المدين بحلوله محل الدائن في حقه، وبذلك قد تسبب في ضرر للكفيل، فإن أنسب جزاء الدائن وخير تعويض لهذا الضرر الذي لحق بالكفيل هو تقرير براءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات[3].

---

[1] – محمد سعيد ليندة، مرجع سابق، ص ص 338–339.

[2] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] – نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 156.

ثانيا: براءة ذمة الكفيل لعدم إتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة إتخاذها

تعتبر هذه الوسيلة من وسائل حماية الكفيل من تقصير الدائن، وهذا حسب نص المادة **657** من القانون المدني[1] التي تنص على أنّه: "**لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال (6) أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا**".

يتعرض هذا النص للحالة التي يتباطأ فيها الدائن في إتخاذ الإجراءات المطالبة بالدين بالرغم من حلول الأجل أو تأخيره في إتخاذها، فقد قرر المشرع حق الكفيل في إنذار الدائن بإتخاذ هذه الإجراءات وإذا لم يتخذها من خلال ستة شهور من تاريخ هذا الإنذار.

فإنّ الحكمة من هذا النص هي حماية الكفيل لأنّ المشرع لم يشأ أن يترك الكفيل ملتزما بعقد الكفالة إلى ما لا نهاية، بالأخص أنّ الدائن قد يتباطأ في مطالبة المدين، وحقه قد لا يسقط عادة إلا بالتقادم، ومدته في الغالب هي 15 سنة، وليس من العدل أن يفاجأ الكفيل بعد عدة سنوات بأن دائنا يطالبه بالوفاء بإلتزام كان قد كفله وربما قد نسيه فطبقا للقواعد العامة فإنّ الدائن لا يستطيع إتخاذ إجراءات التنفيذ عند المدين إلا عند حلول أجل الإلتزام المكفول، ولكن لا يجوز للكفيل أن يقوم بإنذار قبل وقت إستحقاق، وإذا حل وقت إستحقاق الدين وضع الدائن المدين أجلا جديدا فإن ذلك لا يسري في مواجهة الكفيل.

وإذا أنذر الكفيل الدائن عند حلول أجل الدين المكفول عند عدم إتحاذ الإجراءات أو تأخر في ذلك، فإنه يترتب على الدائن أن يصبح ملزما بإتخاذ هذه الإجراءات خلال 6 أشهر من تاريخ وصول الإنذار للدائن، أما إذا لم يتخذ هذه الإجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ إنذاره جاز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في صورة رفع دعوى مبتدأة، ويجب أن يتمسك ببراءة ذمته[2].

[1] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] – سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص ص 124–125–126.

ثالثا: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

تنص عليه المادة **658** من القانون المدني الجزائري[1] ، حيث إذا لم يتقدم الدائن في التفليسة، فإنّ ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بقدر ما كان يستطيع الدائن الحصول عليه من التفليسة لأنّ الضرر الذي يلحق الكفيل يتحدد بسبب إهمال الدائن"، وعلى الكفيل أن يتمسك بهذا الحق، إذّ أنّه لا تبرأ ذمته بقوة القانون سواء في صورة دفع أو دعوى يرفعها ضد الدائن[2].

[1] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] – نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 165.

خاتمة

من خلال بحثنا للنظام القانوني للكفالة المصرفية، يتبين لنا أنّ عقد الكفالة من بين التأمينات الشخصية، التي يصدرها المصرف، بناء على طلب عميله لمصلحة طرف ثالث وهو المستفيد ويعمل على ضمان الوفاء بدين، لأنّ الكفالة ترتب إلتزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بإلتزام أصلي إذا لم يف به المدين، حيث أنّ الكفالة المصرفية تستخدم في وقت الحاضر على نطاق واسع كأداة إئتمان.

لقد ذكرت الكفالة المصرفية في قانون النقد والقرض على أنّها ضمن أنواع الإئتمان المصرفي، حيث أنهّ لم يضع المشرع لها تعريفا خاصا بها في القانون البنكي المصرفي، وذلك راجع إلى أنّها تستعمل بشكل محتشم ولهذه الأخيرة خصائص تتميز بها عن غيرها من النظم المشابهة لها.

إنّ للكفالة المصرفية طبيعة قانونية خاصة، حيث تعتبر عملا تجاريا بحسب الموضوع أما فيما يخص أنواعها، فقد إقتصر تقسيمها إلى ثلاثة أنواع من حيث مصدرها، بحسب طبيعتها، وبحسب محلها ولها أيضا صور متعددة، قد تؤدي إلى إخنلاطها ببعض عمليات البنوك المشابهة لها، وهذا ما يستلزم تمييزها عن العمليات الأخرى، ونجد ذلك في عقد تأمين الضمان وخطاب الضمان وكذلك الإعتماد المستندي المؤبد.

للقيام بإبرام عقد الكفالة المصرفية يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط أولا، تتمثل في أن يكون الكفيل موسرا، وأن يكون البنك موجودا في الجزائر، وأن يكون له الأهلية اللازمة للإبرام ويجب أن يكون لها مبلغ محدد والغرض منها، وكذلك المدة التي تسري من خلالها الكفالة ومن خلال هذا تتحدد أركان إبرام عقد الكفالة المصرفية المتمثلة في ركن الرضا وركني المحل والسبب.

أما فيما يخص آثارها فهي لا تقتصر على طرفي العقد ألا وهما البنك الكفيل والدائن بل تمتد إلى عميل البنك المدين، حيث أنّ في حال وفاء البنك الكفيل للدائن، فإنّه سيرجع على العميل بما وفى به، وذلك عن طريق الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول.

تزول الكفالة المصرفية بزوال آثارها المترتبة عنها، وذلك بسبب من الأسباب، كالأسباب الإتفاقية، القانونية وتنقضي أيضا بالأسباب الخاصة.

بالنظر إلى ماسبق بيانه، يمكن تقديم بعض الإقتراحات التي تتمثل فيما يلي:

– على الجزائر أن تصدر نظاما خاصا للكفالة المصرفية، وذلك لكي لا تطبق عليه أحكام القانون المدني، وضرورة وضع المشرع الجزائري تعريفا خاصا بالكفالة المصرفية.

– على المشرع أن يضيف في المادة **646** من القانون المدني شرط الأهلية بإعتباره شرطا مهما وأساسيا لإبرام عقد الكفالة، وعلى المصرف الجزائري توسيع نطاق الكفالة المصرفية وذلك للمساهمة في إزهار الإقتصاد الوطني لما لذلك من أهمية القصوى، وتشجيع من خلال ذلك الشباب على الإستثمار.

– تعزيز دور الكفالة المصرفية وآفاقها في الجزائر.

وختاما يمكننا القول أنّ الكفالة المصرفية موضوع يحتوي نوع ما شيء من الغموض وصعوبة كون أنّ المشرع الجزائري لم يضع لها قوانين خاصة تنظمه، رغم أنّها تلعب دورا هاما في تطور الإقتصاد.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

أ- الكتب

1- أحمد شرف الدين، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.

2- بسام جمد الطراونة، باسم محمد ملحم، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الثانية، دار الميرة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.

3- حسمي محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008.

4- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 1995.

5- رمضان محمد أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

6- ـــــــــــــــــــــــ، همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 1997.

7- ـــــــــــــــــــــــ، أحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2006.

8- زينب سالم، المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية بين التشريع المصري والتشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

9- سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي وفق القانون الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

10- سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

11- سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار هومة للطبعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

12- سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

13- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر والأخير في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.

14- عدنان إبراهيم السرحاني، شرح القانون المدني (العقود المسماة، المقاولة، الوكالة الكفالة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

15- عطوي فوزي، الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

16- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

17- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية، القاهرة 1997.

18- قدري عبد الفتاح الشهاوى، أحكام عقد الكفالة في التشريع المصري والمقارن (التضامن التضامم)، شركة الجلالة للطباعة، الإسكندرية، 2002.

19- محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الأوراق التجارية، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

20- محمد شريف عبد الرحمان، أحمد عبد الرحمان، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

21- محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2005.

22- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية (عمليات البنوك دراسة مقارنة)، المجلد الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

23- محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد (مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية) الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.

24- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي للحقوق الإسكندرية، د.س.ن.

25- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية (التبعية وغير التبعية، الكفالة، الإنابة الناقصة الضمان بمجرد الطلب)، د.د.ن، الإسكندرية، 2000.

26- هاني محمد دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

27- عبد الحميد الشواربى، عمليات البنوك (في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقا للقانون التجارة رقم 17 سنة 1999)، دار المعارف، الإسكندرية د.س.ن.

ب- الأطروحات والمذكرات

ب-1- أطروحات الدكتوراه

1- جبار رقية، النظام القانوني للعمليات البنكية الدولية (الإعتماد المستندي والكفالة المصرفية)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2017.

2- محمد السعيد ليندة، الكفالة البنكية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018.

ب-2- المذكرات

- مذكرات الماجستير

1- شلغوم رحيمة، ضمانات القرض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

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

- **مذكرات الماستر**

1- حارس نادية، النظام القانوني لعقد الكفالة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2016.

2- حابي سميرة، أركان عقد الكفالة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.

3- سفيان كريمة، سعد فتيحة، آثار للكفالة بين الكفيل والمدين وغيره من الكفلاء، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: القانون العقاري، كلية الحقوق للعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

4- طباش حكيم، قاسه أحسن، الكفالة المصرفية كضمان شخصي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017.

5- عشور زينب، ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2019.

6- محمدي سامية، النظام القانوني لعقد التأمين، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الريان عاشور، الجلفة، 2017.

- **مذكرات أخرى**

- سعاد توفيق سليمان أبو مشايع، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2006.

- سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاة، الجزائر، 2004.

ج- المقالات

- مرابط أسماء، دمانة محمد، بوداحرة كمال، "الضمانات الشخصية المستحدثة"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 2، جامعة أم البواقي، ديسمبر، 2019، ص ص 103-114.

د- النصوص القانونية

أ- النصوص التشريعية

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975 (معدل ومتمم).

2- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج عدد 101، صادر في 19 ديسمبر 1975 (معدل ومتمم).

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

4- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج، عدد 52، صادر في 26 أوت 2003 (معدل ومتمم).

ب- النصوص التنظيمية

1- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 26 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج، عدد 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.

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

هـ- المراجع الإلكترونية

- عماد فوزي المياحي، النظام القانوني المقترح للكفالة المصرفية، كلية الحقوق، جامعة النهرين، متاح على الموقع الإلكتروني التالي:www.nitropdg.com، تم الإطلاع عليه يوم: 27 ماي 2021، على الساعة: 20:12.

ثانيا: باللغة الفرنسية

Ouvrages:

1- LARROUMET Christiane, Les sûretés, Tome 1, 2 éme édition Bruylant, Paris, 1994.

2- ROUDIERE René, RIVES LANGE Jean-Louis, Droit bancaire Dalloz, Paris, 1973.

الفهرس

العنوان **الصفحة**

مقدمة 2
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة المصرفية 5
المبحث الأول: مفهوم الكفالة المصرفية 6
المطلب الأول: التعريف بالكفالة المصرفية 6
الفرع الأول: تعريف الكفالة المصرفية 6
أولا: التعريف الفقهي للكفالة المصرفية 6
ثانيا: التعريف التشريعي للكفالة المصرفية 7
الفرع الثاني: خصائص الكفالة المصرفية 8
أولا: الكفالة المصرفية عقد رضائي ملزم لجانب واحد 8
ثانيا: الكفالة المصرفية تقوم على الإعتبار الشخصي..... 9
ثالثا: عقد الكفالة المصرفية عقد تبعي..... 9
رابعا: عقد الكفالة المصرفية عقد تجاري 10
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للكفالة المصرفية 10
المطلب الثاني: أنواع الكفالة المصرفية وتمييزها عن غيرها من عمليات البنوك المشابهة لها 11
الفرع الأول: أنواع الكفالة المصرفية 11
أولا: أنواع الكفالة بحسب مصدرها..... 11
ثانيا: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها 13
ثالثا: أنواع الكفالة بحسب محلها 13
الفرع الثاني: تمييز الكفالة المصرفية عن غيرها من عمليات البنوك..... 14
أولا: تمييز الكفالة المصرفية عن عقد تأمين الضمان..... 15
ثانيا: تمييز الكفالة المصرفية عن خطاب الضمان 16
ثالثا: تمييز الكفالة المصرفية عن الإعتماد المستندي المؤبد 17
رابعا: تمييز الكفالة المصرفية عن العمليات الأخرى..... 18

المبحث الثاني: إبرام عقد الكفالة المصرفية 21
المطلب الأول: شروط إبرام عقد الكفالة المصرفية..... 21
الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الكفيل 21
أولا: يجب أن يكون الكفيل موسرا 22
ثانيا: يجب أن يكون البنك موجودا في الجزائر 22
ثالثا: يجب أن تتوفر الأهلية اللازمة في الكفالة المصرفية 23
الفرع الثاني: الشروط الواجبة توافرها في الكفالة المصرفية 24
أولا: مبلغ عقد الكفالة المصرفية..... 24
ثانيا: الغرض من الكفالة المصرفية 24
ثالثا: مدة الكفالة المصرفية 25
المطلب الثاني: أركان إبرام عقد الكفالة المصرفية..... 25
الفرع الأول: ركن الرضا 25
أولا: الرضا بين الكفيل والدائن 25
ثانيا: إثبات عقد الكفالة المصرفية..... 27
الفرع الثاني: ركني المحل والسبب في عقد الكفالة..... 28
أولا: ركن المحل 28
ثانيا: ركن السبب 33
الفصل الثاني: أحكام عقد الكفالة المصرفية..... 35
المبحث الأول: آثار عقد الكفالة المصرفية..... 36
المطلب الأول: في العلاقة بين الكفيل والدائن 36
الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل 37
أولا: حلول الأجل بالنسبة لإلتزام الكفيل..... 37
ثانيا:عدم جواز الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين 37
الفرع الثاني: الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة 39

أولا: الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي..... 39
ثانيا: الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة المصرفية..... 40
ثالثا: الدفوع الخاصة بالكفيل..... 40
المطلب الثاني: في العلاقة بين الكفيل والمدين حالة تعدد المدينين والكفلاء 43
الفرع الأول: رجوع الكفيل عن المكفول عنه 43
أولا:الدعوى الشخصية..... 44
ثانيا: دعوى الحلول 46
الفرع الثاني: رجوع الكفيل في حالة تعدد المدينين والكفلاء..... 48
أولا: تعدد المدينين 48
ثانيا: تعدد الكفلاء..... 49
المبحث الثاني: إنقضاء الكفالة المصرفية..... 52
المطلب الأول: الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة المصرفية 52
الفرع الأول: الأسباب القانونية لإنقضاء الكفالة المصرفية 52
أولا: إنقضاء الكفالة المصرفية بالوفاء والإبراء 52
ثانيا: إنقضاء الكفالة المصرفية بإستحالة التنفيذ..... 54
ثالثا: إنقضاء الكفالة المصرفية بإتحاد الذمة 54
رابعا: إنقضاء الكفالة المصرفية بالمقاصة 55
خامسا: إنقضاء الكفالة المصرفية بالتقادم المسقط..... 56
الفرع الثاني: الأسباب الإتفاقية لإنقضاء الكفالة المصرفية 57
أولا: إنقضاء الكفالة المصرفية بالمصالحة..... 57
ثانيا: إنقضاء الكفالة المصرفية بالتجديد 58
ثالثا: إنقضاء الكفالة المصرفية بالإنابة..... 59
المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لإنقضاء الكفالة المصرفية 59
الفرع الأول: إنقضاء الكفالة المصرفية بسبب ظرف طارئ..... 59

أولا: التغيير الطارئ على الكفيل 60
ثانيا: التغيير الطارئ على المكفول..... 60
الفرع الثاني: إنقضاء الكفالة المصرفية بإرادة الكفيل..... 61
الفرع الثالث: تغيير الشكل القانوني للكفيل 62
الفرع الرابع: إنقضاء الكفالة المصرفية بسبب خطأ دائن المستفيد..... 62
أولا: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن من الضمانات..... 62
ثانيا: براءة ذمة الكفيل لعدم إتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة إتخاذها..... 63
ثالثا: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين 64
خاتمة 66
قائمة المراجع 69
الفهرس 75

الملخص

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

ولقد عرفت الكفالة المصرفية إنتشارا واسعا في العصر الحديث وذلك نظرا للخدمات التي تقدمها، وتتمتع البنوك أيضا بسيولة مالية فهي تقرب بين الدائن والمدين وتسهل التعامل بينهما وهذا ما يساعد في إزدهار العلاقات الإقتصادية وتنوعها.

Résumé

Le cautionnement bancaire est l’un des outils de garantie les plus importants il s’agit d’un contrat par lequel la banque garantit l’exécution dune obligation spécifique sur le client en promettant a son créancier qu’ il remplira cette obligation si le débiteur ne la remplit pas.

La cautionnement bancaire s’est largement répondue a l’époque moderne en raison des services qu’elle fournit, et les banques bénéficient également d’un solidité financier, car elle rapproche le créancier et le débiteur et facilite les transactions entre eux, et c’est ce qui contribue a la prospérité et a la diversité des relations économiques.