جامعة آكلي محند أولحاج –البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الكفالة المصرفية كضمان للقروض البنكية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص:

من إعداد الطالبتين:

- حملاوي شارف سليمة
- خباش مريم

تحت إشراف الأستاذة:

آيت بن أعمر صونية

لجنة المناقشة

الاستاذة :.....جامعة البويرة .....رئيسا

الأستاذة: آيت بن أعمر صونية.....جامعة البويرة.....مشرفا ومقررا

الأستاذة: .....جامعة البويرة.....ممتحنا

السنة الجامعية 2021/2020

قائمة المختصرات:

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.ا.م.ا: قانون إجراءات مدنية إدارية

ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري

ب.ط: بدون طبعة

ب.س.ن: بدون سنة النشر

المقدمة

مقدمة:

لكل التزام اثار هو تنفيذه كقاعدة عامة، وبذلك تكون أموال المدين بهذا الالتزام هي الضمانة للوفاء بالدين حسب نص المادة 118 ق.م.ج، فهي تشمل الضمان العام للدائنين وبذلك كل الدائنين دون امتياز لأحدهم متساوون في هذا الدين، لكن بالرغم من كل هذه الوسائل التي اقرها القانون للحفاظ على الضمان العام الا ان خطر عدم استيفاء الدائنين لحقوقهم من هذا الضمان يبقى قائما وذلك لضعف الضمان العام من جهة وخطر حرية التصرف المدين في أمواله والزيادة في التزاماته من جهة أخرى.

ونظرا لان هذه النصوص القانونية غير كافية لاستيفاء الدائنين لديونهم مما أدى بالدائن الى البحث عن اليات أخرى يدفع لها اعسار المدين، سميت بالضمانات الخاصة والتي تتوزع بين الضمانات العينية التي تعني تخصيص مال معين مملوك للمدين او غيره لضمان الوفاء بالالتزام، اما التأمينات الشخصية فتكون بضم ذمة مالية لشخص ما الى الذمة المالية للمدين ليكون بذلك ذمة مالية أخرى لضمان الوفاء بالالتزام الى جانب ذمة المدين الاصلية، ومن ابرزها عقد الكفالة التي نضمها المشرع ضمن الباب الحادي عشر الموسوم ب " الكفالة"، من الكتاب الثاني المعنون ب: الالتزامات والعقود، وبالتحديد المواد من 644 الى 673 ق.م.ج[1].

وتعد الكفالة البنكية والتي شاع استخدامها أولا في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانية ومنها انتشرت الى باقي انحاء العالم تسبب تطور العلاقات التجارية العالمية من اهم التسهيلات الائتمانية التي تقدمها البنوك. مع الأخذ بعين الاعتبار ان الكفالة البنكية من العمليات التي يقوم بها البنك وهو يمارس نشاطه، خصوصا وان النشاط البنكي يعد من

[1] المادة من 644الى 673 ، من الامر رقم 58-75، مؤرخ في 26سبتمبر، 1975يتضمن القانون المدني، الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم ,05-07المؤرخ في 13مايو 2007

الأعمال التجارية الأصلية، كما ان اتخاذ البنك للشركات مساهمة يضفي على نشاطه الصبغة التجارية، مما يجعلنا نطرح التساؤل حول مدى تطبيق مدونة التجارة على الكفالة البنكية من زاوية القواعد التي قررها المشرع في المادة التجاريةّ.

هذا وتكتسي الكفالة البنكية أهمية بالغة من الناحية النظرية بحيث انها ذللت الصعوبات التي يجيدها الافراد في إيجاد كفيل ملئ الذمة، وجاءت الكفالة البنكية لخدمته من خلال المؤسسة البنكية في شكل شركة مساهمة، اما على المستوى العملي بالنسبة للبنك فأهمية الكفالة تنطلق من كونها آلية مهمة لتنمية هامش الأرباح لدى البنك من مجرد التوقيع، حيث تتقاض عمولة نظير هذه الخدمة كما ان مخاطرها قليلة ان لم نقل منعدمة، اما بالنسبة للمدين تمكنه من تقوية ائتمانه وبالتالي مركزه في المعاملات كما انها تضطلع بوظيفة تمويلية فعالة ومؤثرة على خزينة المقاولة.

امام هذا الانتشار الملحوظ لممارسة الكفالة، انتقلت من ممارساتها التقليدية المحدودة من مجرد تقديم خدمة من قريب او صديق الى أداة ائتمان تمارس على سبيل الاحتراف بما ينسجم مع متطلبات الحياة الاقتصادية اين منح البنك ائتمان بمجرد التوقيع فقط كما يحدث في الكفالة البنكية والتي هي موضوع دراستنا.

ان معالجة هذا الموضوع من جميع جوانبه النظرية والتطبيقية تقتضي منا الإلمام أكثر بالنشاط البنكي وخاصة العمليات البنكية المتنوعة وكذا الاحتكاك برجال البنوك والتي ترجع بالأساس الى تكوينهم القانوني ومدى إلمامهم بالنصوص القانونية.

ترجع أهمية دراسة موضوع هذا البحث الموسوم ب:" الكفالة المصرفية كضمان للقروض البنكية" الى أهمية الموضوع في حد ذاته بما يكتسيه من أهمية في توفير الائتمان المطلوب في مجال المعاملات التجارية للدائن والمدين على حد سواء، كما ان الكفالة المصرفية تحقق الربح للبنك من خلال مبلغ الفائدة والعمولة التي يتحصل عليها من عميله طالب الكفالة، وفي حالة قيام البنك بسداد مبلغ الكفالة فانه يعود على المدين بما سدده.

اهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة لتحديد التنظيم القانوني الذي خضعت له الكفالة المصرفية وبيان الدور الذي تلغبه في مجال المعاملات التجارية كضمان للقروض البنكية.

و عليه نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى نجاعة الكفالة المصرفية في ضمان استيفاء البنك للقروض البنكية؟

للإحاطة بقدر الإمكان بالموضوع وكذا بلوغ الهدف من دراسته والاجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على خطة ثنائية تتكون من فصلين حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية وهذا من خلال تحديد مفهومها، ابراز طبيعتها القانونية وانواعها في المبحث الأول، اما في المبحث الثاني تطرقنا الى انعقاد الكفالة المصرفية من خلال بيان شروطها الشكلية والموضوعية، والقانون الواجب التطبيق عليها وطنيا ودوليا.

واما في الفصل الثاني تناولنا فيه آثار إنقضاء الكفالة البنكية من خلال التطرق الى مبحثين خصصنا الأول منه الى دراسة اثار الكفالة المصرفية وما ينتج عنها من علاقات بين أطراف العقد، اما المبحث فقد تناولنا فيه طرق انقضاء الكفالة وذلك ببيان طرق انقضائها بطريقة اصلية إضافة الى الأسباب العامة والخاصة، وطرق انقضائها بطريقة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي.

الفصل الأول

الاطار المفاهيمي للكفالة البنكية

كثيرا ما تقدم الكفالة للبنك كفالة شخصية من شخص يضمن وفاء العمل بالتزاماته الناشئة عن تنفيذ الائتمان، وتعد الكفالة أحسن نموذج للضمانات الشخصية وهي الأكثر انتشارا في مجال العمل البنكي فالكفالة ليست الضمانة الشخصية بامتياز فقط بل هي أيضا إحدى الأليات القانونية الجد بسيطة التي يمكن تصورها والتي بسببها استطاعت المؤسسات ان تقطع الظروف والحدود. [1]

تعتبر الكفالات المصرفية نظاما قانونيا متميزا عن الكفالة الشخصية، وقد ابتكرها العرف المصرفي لتلبية حاجة عملاء المصرف في التأمينات النقدية.

وبذلك سنقوم في هذا الفصل باستعراض مفهوم للكفالة المصرفية في (المبحث الثاني).

[1] علي جمال الدين عوض الاعتمادات المصرفية و ضماناتها دار النهضة العربية ، مصر 1994، ص307.

المبحث الأول: مفهوم الكفالة البنكية

الكفالة المصرفية كإحدى صور الضمان المصرفي هي ضم ذمة البنك الكفيل الى ذمة عملية في ضمان الوفاء بالتزام المكفول ذلك لأن البنك بقدرته المالية التي تفوق قدرة الأفراد يتدخل ليكفل أخذ عملائه في مواجهة دائنية.

ونظرا لأهمية الكفالة المصرفية وباعتبارها فعل حالي هدفه هو الاحتياط ضد احتمالات سيئة في المستقبل، سيتم دراستها بصفة دقيقة ببيان مفهومها وتوضيح خصائصها وتمييزها عن غيرها من العقود المشابهة لها من خلال (المطلب الأول) وكذا تبيان طبيعتها القانونية وأنواعها من خلال (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تعريف الكفالة المصرفية

وتتميز الكفالة المصرفية بخصائص يظهرها عقد الكفالة وتتمثل في أثار الالتزامات التي يتحملها الكفيل وهي فضلا عن أنها تشبه الى حد كبير بعض العمليات التي تقوم بها البنوك فإنها تختلف عن البعض الأخر، وهذا يجرنا الى تعريف الكفالة المصرفية في (النوع الأول) وكذا خصائصها في الفرع الثاني ثم تميزها عن العقود الأخرى في (الفرع الثالث). [1]

الفرع الأول: تعريف الكفالة المصرفية فقها وقانونا

عقد الكفالة المصرفية هو أحد العقود الأساسية التي يبرمها السند باعتباره كفيلا للزبون المتعاقد معه والذي يأخذ مركز العراف المكفول وذلك في مقابل عمولة يتقاضها البنك عن عقد الكفالة.

والكفالة لغة تعني الضم، كفلة، أي ضمينة، وكفلة أي ضمنه إياه وتعني أيضا التعهد والتحمل عند الآخرين.

[1] رقية جبار، الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية، مذكرة تخرج، جامعة المدية، ص03.

أولا: فقها

ويقصد بها الضم والضمان، واختلف الفقهاء في تعريفها، فمنهم من قال: أنها مشتقة من التضمن، وذلك بسبب أن ذمة الضامن تتضمن الحق، ومنهم من قال أنها مشتقة من الضمن؛ وذلك كون أن ذمة كل من الضامن والمضمون عنه واحدة، ومنهم رأي آخر يرى أنه مشتق من التضمين؛ ومعناه أن يضمن الدين في ذمة من الدين عليه، وانتقدت من رأى أن الضمان مشتق من الضم، لأن النون أصلية فيه.

بالإضافة إلى ذلك فالكفالة في اللغة هي الالتزام، وقيل: تكفلت بالمال التزمت به وألزمته نفسي، وأزلت عنه الصيغة والذهب، وقيل: تحملت به، وقيل: والكافل أيضا مثل ضمني وضامن، وفرق بينهما فقيل: الكفيل الضامن والكافل هو الذي يعول إنسان ويتفق عليه[1].

وفي كتاب الله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم ﴿**فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنۢبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّاۖ كُلَّمَا دَخَلَ عليهاَ زَكَرِيَّا ٱلۡمِحۡرَابَ وَجَدَ عِندَهَا رِزۡقٗاۖ قَالَ يامريم أَنَّىٰ لَكِ هَٰذَاۖ قَالَتۡ هُوَ مِنۡ عِندِ ٱللَّهِۖ إِنَّ ٱللَّهَ يرزق مَن يَشَآءُ بغير حِسَابٖ**﴾ **سُورَةُ آل عمران**

وفي الحديث فيما رواه البخاري في صحيحه: حدثنا عبد الله بن عبد الوهاب، قال: حدثني عبد العزيز بن أبي حازم، قال: حدثني أبي، سمعت سهل بن سعد، عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا". وقال بإصبعه السبابة والوسطى.[2]

بتطور نظام الكفالات في المجال البنكي أصبحت للكفالات البنكية أبعاد وصيغا جديدة أوجدها النظام البنكي والقانون واتفاق الأطراف، واصبحت هذه الصيغ المبتكرة متميزة عن

[1] وداد باقي، الكفالة في قانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق ببودواو، جامعة بومرداس، الجزائر، 2009 ص8.

[2] البخاري" أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري"، صحيح البخاري الترقيم: محمد فؤد عبد الباقي مراجعة: احمد محمد معوض، مكتبة باض، المنصورة، عزبة عقل 2011، ص965 .

مفهوم الكفالة التقليدية، هذا ما جعل اجتهادات الفقهاء في تعريف الكفالة البنكية لا يخرج عن "عقد بمقتضاه يكفل البنك بتنفيذ الالتزام إذا لم يفي به المدين بنفسه أو هي ضمان خاص يطمئن به الدائن الى استيفاء حقه من المدين وهي إما أن تكون ضمانا شخصيا أو عينيا".

ثانيا: تعريف الكفالة قانونا

يمكن أن يتقدم البنك لكفالة عميله، فيتعهد بالوفاء بدين العميل قبل غيره إذا لم يقم به العميل بنفسه، وبذلك يوفر الائتمان والثقة للعميل اتجاه غيره.وللبنك مصلحة واضحة في هذه العملية التي لا تلزمه بالتقديم نقود ويتقاضى عنها عمولة لا تقل عن العمولة المستحقة في حالة القرض وفتح الاعتماد[1].

نظم المشرع الوطني أحكام عقد الكفالة كصورة من صور التأمينات الشخصية في المواد من 644 الى 673 من القانون المدني حيث عرفها في المادة 644 بقوله : " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن لان يفي بهذا الالتزام اذا لم يفي به المدين نفسه" و على غرار باقي العقود المصرفية لم يفرد المشرع الجزائري نصوصا خاصة بهذا العقد و ذلك بعكس الوضع في التشريع المصري الذي نص في المادة 411 من قانون التجارة هناك بقوله: "الكفالة تعهد من المصرف بدين العميل قبل الغير، وفقا للشروط التي يتم الاتفاق عليها و تتضمنها الكفالة و يجوز ان تكون لمدة معينة او غير معينة، و الكفالة المصرفية تضامنية". [2]

و خلافا لما هو علية الوضع في بعض التشريعات المقارنة،لم يتضمن القانون التجاري الجزائري قواعد تحكم الكفالة البنكية و هذا علي الرغم من كثرة العمل بها في مختلف البنوك

[1] عاشور زينب، ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، 2019، ص9.

[2] بوكعبان عكاشة، القانون المصرفي الجزائري ، منشورات دار الخلدونية الجزائر، 2017، ص136 .

الجزائرية،حيث يعد من أهم الانشطة البنكية التي تمارسه و تصنفه ضمن القروض بالتوقيع او ما يسمى الالتزامات بالتوقيع،حيث تنص المادة 68 الفقرة الاولى من الامر الرئاسي رقم 03-11 المؤرخ في 26 اوت المتعلق بالنقد و القرض المعدل و المتمم[1].

وبالتالي فان الكفالة لها طرفي هما الكفيل والدائن يربط بينهما عقد، ولا يكون المدين الأصلي طرفا في العقد، فهي ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل ليصبح للدائن أكثر من مدين وبما ان المدين ليس طرفا في عقد الكفالة الا انه يلعب دور في انعقادها لأنه هو الذي يقوم بدعوة الكفيل للتعاقد مع الدائن، ومع ذلك فان دور المدين يضل خارج في عقد الكفالة.[2]

الفرع الثاني: خصائص الكفالة المصرفية

من خلال التعاريف ومن خلال المادة 644 من القانون المدني نجد ان الكفالة لها عدة خصائص وتتمثل فيما يلي:

أولا: الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد

ذلك أن هذا العقد لا ينشئ التزامات إلا على عاتق طرف واحد هو البنك الكفيل، فهو الذي يلتزم اتجاه الدائن بتنفيذ التزام المدين الرئيسي كلما تخلف هذا الأخير عن القيام به، و لا تغير من العقد صفته الملزمة لجانب واحد عندما تعطى الكفالة بمقابل. وإذا تلقى الكفيل عوضا مقابل كفالته لعميله فان هذا العوض يتلقاه من عميله لا من دائن هذا العميل، وفي حالة ما إذا تلقى عوض من هذا الأخير" الدائن" فلا نكون بصدد كفالة مصرفية و إنما في صدد تأمين اعتماد.

---

[1] المادة 68 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 اوت 2003،و المتعلق بالنقد و القرض ،ج رع 44 الصادرة بتاريخ 26 جويلية2009، المعدل و المتمم بموجب الامر 10- 04 المؤرخ في 26 اوت 2010 ،ج،ر،ع 50الصادرة بتاريخ01 سبتمبر 2010، المعدل و المتمم بالقانون 17-10 المؤرخ في 11اكتوبر 2017 ج،ر،ع 57 الصادرة بتاريخ 12 اكتوبر 2017.

[2] ياسمين ذويب، ضمانات القروض البنكية، مذكرة لينيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ام البواقي، الجزائر، 2019/2018 ص.11.

ومع أن هذا العقد بحسب الأصل يرتب آثارا في جانب الكفيل فقط فهو لا يعني بذلك أن لا تكون الكفالة مصدرا للالتزامات متبادلة و ملزمة للجانبين كما لو تم الاتفاق بين البنك الكفيل والدائن على إنقاص الفائدة عن الدين المكفول أو إرجاء ميعاد استحقاقه او التزام الدائن بعدم مطالبة الكفيل إلا في أحوال معينة.[1]

ثانيا: الاعتبار الشخصي في عقد الكفالة المصرفية

الاعتبار الشخصي في عقد الكفالة المصرفية: تقوم الكفالة المصرفيّة على الاعتبار الشخصي للعميل الذي عقدت الكفالة من أجله بين المصرف والمستفيد من الكفالة، وبذلك تغطي الكفالة شخصاً معيّناً بذاته لا ديناً بذاته.[2]

ثالثا: الرضائية في عقد الكفالة

عقد الكفالة المصرفية من عقود الرضائية إذ ينعقد بمجرد أن يتبادل أطرافه رضاهم الصحيح الخالي من العيوب (الغلط، الإكراه، الاستغلال، التدليس، نقص أو انعدام الأهلية، فهو عقد رضائي وإن كان المشرع الجزائري يشترط الكتابة لإثباته بموجب نص المادة 648 من القانون المدني الجزائري فهذا لا يخرجه من دائرة العقود الرضائية طالما أن الكتابة المشترطة للإثبات لا للانعقاد.[3]

رابعا: الطابع التبعي لعقد الكفالة المصرفية

عقد الكفالة المبرم بين البنك وعميله عقد تابع للالتزام الأصلي الواقع بين المدين المكفول ودائن هذا الأخير، فعقد الكفالة نشأ لضمان هذا الدين ولا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام الأصلي المكفول صحيح، كما لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين المكفول ولا بشرط أشد من شروط الدين الأصلي المكفول، ولا يمكن للدائن مطالبة

[1] داودي خليفة، كواش احمد، النظام القانوني للكفالة المصرفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، 2019، ص.22.

[2] مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك (دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006 ص45

[3] سلخ أمينة، الكفالة المصرفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اعمال، جامعة احمد ادرار، 2017 ص18

البنك بقيمة الدين إلا بعد مطالبة المدين الأصلي المكفول وامتناعه عن السداد، هذا كله من مظاهر تبعية عقد الكفالة للالتزام الأصلي الواقع بين المدين المكفول ودائنه.[1]

خامسا: تجارية عقد الكفالة المصرفية:

تعد الكفالة المصرفية (بخلاف الأصل في الكفالة عموماً) عملاً تجارياً بحكم ماهيتها الذاتية بحسب أحكام المادة 6 (د) من قانون التجارة رقم /33/ لعام 2007 وذلك بالنسبة إلى المصرف بوصفها من العمليات المصرفية. أمّا بالنسبة إلى المستفيد من الكفالة المصرفيّة فتجاريّة هذا العقد تعتمد على صفته الشخصيّة وطبيعة العمليّة التي تمّت الكفالة لمصلحتها.[2]

الفرع الثالث: تمييز عقد الكفالة عن العمليات المشابهة لها

سوف نرى فيما يلي أوجه الشبه والاختلاف بين الكفالة المصرفية من جهة وبين عقد تامين الضمان وخطاب الضمان والاعتماد المستندي من جهة ثانية.

أولا: التمييز بين الكفالة المصرفية

خطاب الضمان يشتبه خطاب الضمان بالكفالة المصرفية في أنهما يعتبران من العمليات المصرفية التي تتم بطرقة التوقيع، وأن كلاهما عملية قانونية ثلاثية الأطراف عموما، إذ أن الغالب في الكفالة البنكية أن يكون العميل المدين هو طالب كفالته من البنك باشتراط من الدائن، وكثيرا ما يستخدم لفظ الكفالة ويكون المقصود منه هو خطاب الضمان. والأصل في الكفالة أن مكتوبة حيث لا تثبت إلا بالكتابة، وكذلك الحال في خطاب الضمان إذ انه لا يكون إلا محررا، كما أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد ونفس الأمر بالنسبة للبنك الضامن.[3]

[1] سلخ أمينة، المرجع السابق، ص19.

[2] ايمان نابوش، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الرابع، عمليات البنوك "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص.140 .

[3] ايمان نابوش، المرجع نفسه، ص 142

وبالرغم من ذلك إلا انه توجد العديد من النقاط التي تميز بينهما، ذلك إن الكفالة عادة تكزن عقدا واحدا بين الكفيل والدائن بينما في عملية خطاب الضمان يوجد عقد الأساس المبرم بين العميل الآمر والمستفيد وعقد فتح الاعتماد بالضمان بين العميل الآمر والبنك، ثم التعهد الصادر من البنك الضامن تجاه المستفيد.

ومن النقاط الفاصلة في التمييز بينهما، أن الالتزام الوارد في خطاب الضمان هو التزام أصلي في ذمة البنك أي انه لا يرتبط بما يحدث من تغيرات في عقد الأساس أو عقد فتح الاعتماد بالضمان، أما الكفيل فهو مدين بصفة احتياطية والتزام البنك الكفيل يظل تابعا لالتزام المدين الأصلي ويرتبط به وجوبا.

لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط اشد من شروط الدين المكفول وإنما تجوز في مبلغ اقل وشرط أخف، أما خطاب الضمان فيجوز أن تكون قيمته أكبر ن المبلغ المتفق عليه في عقد الأساس.[1]

ثانيا: عقد الكفالة والاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي عقد يتعهد البنك بمقتضاه أن يفتح اعتماد الصالح شخص هو المستفيد بناء على طلب العميل وهو الأمر بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل، وبموجب هذا التعهد يلتزم البنك فتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها.[2]

وبذلك يتبين لنا الفرق بين الاعتماد المستندي والكفالة المصرفية كالتالي:

- التزام البنك في الاعتماد المستندي التزام أضلي بالوفاء بقيمة الاعتماد للمستفيد بعدما ينفذ هذا الأخير التزامه بتقديم الوثائق المحددة في الاعتماد بغض النظر عن العلاقة

[1] شريك سعيد، خطاب الضمان، والتجارة الخارجية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون اعمال، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، الجزائر، 2020، ص، ص44،43.

[2] محمود الكيلاني، عمليات البنوك دراسة مقارنة، المجلد الرابع، دار الثقافة والنشر، جامعة عمان الأهلية، الطبعة 1، 2008، ص 256

بين المستفيد والأمر بفتح الاعتماد بعد تسليم الوثائق،[1] بينما التزام البنك في الكفالة التزام تبعى بسداد دين المدين المكفول للدائن في حالة لم يقم المدين بالسداد ومنه لا يمكن للدائن في الكفالة مطالبة البنك مباشرة إلا إذا طالب المدين الأصلي وتمنع هذا الأخير عن الوفاء[2].

- - في الاعتماد المستندي عقد الاعتماد مستقل عن العلاقة القائمة بين المستفيد والأمر بفتح الاعتماد وعليه لا يمكن للبنك التمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع المتعلقة بالدين الأصلي بين المستفيد والأمر بفتح الاعتماد أو هذا الأخير مع البنك[3]، أما التزام البنك في الكفالة المصرفية التزام تبعي لالتزام المدين الأصلي فانه يمكن البنك التمسك بكافة الدفوع التي من الممكن أن يتمسك المدين الأصلي في مواجهة الدائن.[4]

ثالثا: الكفالة وتامين الضمان

تأمين الضمان التزام يقع على عائق شخص هو المؤمن كأثر لعقد أبرمه مع شخص أخر هو المستأمن ويفطر هذا الالتزام خطر عدم الوفاء بالدين المضمون عند حلول أجله وان عدم تنفيذ الالتزام المضمون في العقد ين يجعل الكفيل والمؤمن في دائرة الملتزم في الوفاء، ورغم هذا التشابه بين الآثار في العقدين ، إلا أنهما يختلفان من حيث أن الكفيل يهدف إلى الوقوف إلى جانب المكفول ومساعدته في تقوية ائتمانه لدى دائنيه، أما المؤمن فهو العكس ذلك لا يرمى إلى مساعدة المدين بقدر ما يوحى إلى مساعدة الدائن بقدر ما يوحي إلى مساعدة الدائن الذي تدخل بناء على طلبه لحسابه .

[1] سلخ امنة، الكفالة المصرفية، المرجع السابق، ص88

[2] المادة 644، 660 من الامر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني

[3] المادة 4 من بشرة الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندة رقم 600 لسنة 2007

[4] المادة 654 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.

كما أن الدائن في عقد الكفالة لا يلتزم بمواجهة الكفيل بأية نفقات، وإذا كان هناك نفقات فان المدين المكفول هو الذي يتحملها في مواجهة الكفيل، أما تأمين الضمان فان الدائن الذي يسعى ليؤمن ديونه المؤجلة ضد أخطار عدم الوفاء بها في مواعيد استحقاقها يتحمل نفقات يرتبها عليه العقد وهي الأقساط التي يؤديها إلى المؤمن.[1]

والخلاف الرئيسي بين الكفالة المصرفية وتأمين الضمان فيبدو واضحا في أن موضوع تأمين الضمان ليس تنفيذ الالتزام المضمون كما هو الشأن في عقد الكفالة وإنما التعويض عن الضرر الذي يلحقه المدين بالدائن بسبب عدم وفاء هذا المدين لديونه.[2]

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة البنكية وأنواعها

سنتطرق في هذا المطلب للطبيعة القانونية للكفالة المصرفية وذلك بيان الطبيعة التجارية لها في الفرع الأول ثم بتناول طبيعتها من حيث أنها ائتمان شخصي والتزام بالتوقيع

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للكفالة البنكية

نتناول في هذا الفرع لبيان الطبيعة التجارية للكفالة المصرفية التي تميزها عن الكفالة المدنية ثم سنتطرق ثانيا للكفالة كونها ائتمان شخصي واخيرا سندرس طبيعتها كونها التزام بالتوقيع.

أولا: الكفالة المصرفية عقد تجاري

القانون المدني الجزائري يعتبر كفالة الدين التجاري عقد مدني ولو كان الكفيل تاجرا، غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تطهير هذه الاوراق، يعتبر دائما عقد تجاري [3]عليه يبدو لنا أوليا لأن الكفالة عقد مدني ولو كان الكفيل تاجرا أو كان الدين المكفول تجاري ما عدا حالة كفالة الاوراق التجارية التي تعتبر عقد تجاري، غير اننا بالرجوع للقانون التجاري الجزائري نجده يعتبر الاعمال المصرفية تعمال

[1] داودي خليفة، المرجع السابق، ص 15 16

[2] حمداوي صوراية ، مسعودان فتيحة ، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة ماستر ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2013 ص 12.

[3] المادة 561 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني

تجارية من حيث الموضوع[1]. وبما ان الكفالة المصرفية عمل مصرفي عقد تجاري، ويترتب على اعتبارها عقد تجاري مجموعة من النتائج القانونية تشكل لنا أساس التمييز بين الكفالة المصرفية والكفالة المدنية:

1-الإثبات

يثبت كل عقد تجاري بسندات رسمية، سندات عرفية وفاتورة مقبولة، بالرسائل، بدفاتر الطرفين، بالإثبات.

بالبينة او اي وسيلة اخرى، إذا رات المحكمة وجوب قبولها[2]. وبذلك فهو عكس التصرفات المدنية التي لا يجوز اثباتها بالشهادة إذا ما تجاوز مقدار التصرف القانوني مئة ألف دينار، غير انه استثن الكفالة المصرفية غير انها عقد تجاري الا انها تشكل استثناء لقاعدة حرية الاثبات في العقود التجارية.[3]

ثانيا: الاختصاص

يختص بالنظر في نزاعات الكفالة المصرفية بما انها من العقود التجارية القسم التجاري في المحكمة عكس الكفالة المدنية التي يختص في النظر في نزاعاتها القسم المدني، غير انه يمكن للقسم المدني النظر في المنازعات التجارية.[4]

2-المهلة القضائية:

الاصل في القانون المدني الجزائري ان يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد نص او اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

---

[1] المادة 02 الآمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم.

[2] المادة 30 من الامر 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري

[3] المادتين 330و645 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني

[4] المادتين 32 و531 من ق.ا.م.ا

ثالثا: الكفالة المصرفية ائتمان شخصي

الائتمان الشخصي هو الائتمان الذي يحصل عليه المقترض دون أن يقدم أية أموال عينية ضمانا بالتسديد الائتمان بل يلغي المصرف مانع الائتمان بوعد يقطعه المدين على نفسه بتسديد الدين أي يؤخذ بالحسبان شخص العميل والثقة به، فالكفالة المصرفية ائتمان شخصي كونها،[1] تأخذ في الحسبان شخصية العميل المكفول، إذ لا يمكن تصور منح بنك كفالة العميل على وشك الإفلاس.[2]

رابعا: الكفالة التزام بالتوقيع

الالتزام بالتوقيع هو تعهد البنك عن طريق امضائه الذي بسمح لعميله بالحصول على الائتمان، ومن صور الالتزام بالتوقيع نجد الكفالة المصرفية، فالالتزام بالتوقيع لا يتجسد في اعطاء الاموال حقيقية من طرف البنك الى الزبون، انما يتمثل في الضمان الذي يقدمه له لتمكينه من الحصول على اموال من جهة أخرى.[3]

الفرع الثاني: أنواع الكفالة المصرفية

تقسم الكفالة الى عدة تقسيمات فمن حيث مصدرها تقسم الى كفالة قانونية، كفالة اتفاقية وكفالة قضائية، وتنقسم من حيث مسؤولية الكفيل الى كفالة بسيطة وتضامنية وتنقسم من حيث طبيعتها الى كفالة مدنية وكفالة تجارية.

[1] ايمان نجرو، التحليل الائتماني ودوره في ترشيد عمليات الاقتراض، مذكرة ماجستير، جامعة تشريف، سوريا، 2006-2007 ص18.

[2] ايمان نجرو ، نفس المرجع، ص 19.

[3] شعبان فرح، العمليات المصرفية وادارة المخاطر، محاضرات ملقاة، على طلبة ماستر تخصص اقتصاديات مالية والبنوك، جامعة البويرة، الجزائر، 2013-2014-ص40.

أولا: أنواع الكفالة المصرفية من حيث مصدرها

1-الكفالة القانونية

تكون الكفالة القانونية عندما ينص القانون على وجوب تقديم كفيل للدائن منى طرف المدين، وهذا ما نصت عليه المادة 851 من ق م ج، والتي تلزم المنتفع بمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة ضمان للوفاء بإلزامه برد المنقول أو بدله، وأيضا المادة 1/211 من ق م ج تنص على أجل أن الدين يسقط متى انقضى بفعل المدين والى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة الثمن.

وكذا نص المادة 212 من ق م ج التي تنص على أنه للدائن وقبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه، ولو بوجه خاص أن يطالب بتامين ان خشي افلاس المدين.[1]

2-الكفالة الاتفاقية

هي التي تنشأ نتيجة اتفاق مع الدائن على التزام الأول بتقديم كفيل للثاني يضمن دينه ويكون هذا الاتفاق هو مصدر الالتزام بتقديم كفالة سواء تم الاتفاق قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك.

ويعد ايضا من قبل الكفالة الاتفاقية تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين، حيث يكون مصدر التزام الكفيل هذا هو الارادة المنفردة.[2]

[1] المواد 211-212-851 من الامر 75-58 المتعلق بالقانون المدني الجزائري.

[2] داودي خليفة، المرجع السابق، ص 25

3-الكفالة القضائية:

تكون الكفالة القضائية في الحالات التي يكون مصدر التزام المدين فيها تقديم كفيل بحكم قضائي، وفق القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة 2/40 من ق ا م على أنه يجوز للقاضي أن يأمر بكفالة في حالة الاستعجال بالتنفيذ.[1]

ثانيا: أنواع الكفالة المصرفية من حيث مسؤولية الكفيل

تقسم الكفالة المصرفية من حيث مسؤولية الكفيل الى كفالة بسيطة تجعل الكفيل في مركز المدين الاحتياطي فقط بعد المدين الأصلي المكفول، وكفالة تضامنية فيها يكون الكفيل في مركز المدين الاصلي

1-الكفالة المصرفية العادية (البسيطة)

هي الكفالة التي لا يمكن فيها للدائن مطالبة البنك الكفيل الا بعد مطالبة مدينه الاصلي المكفول وعدم قيام هذا الا بعد مطالبة مدينه الأصلي المكفول وعدم قيام هذا الاخير بالسداد.[2]

2-الكفالة المصرفية التضامنية

الكفالة المصرفية التضامنية والغير مجزأة هي الكفالة التي يمكن للدائن فيها مطالبة البنك مباشرة في حدود التزامه بالكفالة دون اشتراط مطالبة المدين الأصلي أولا، في هذا النوع من الكفالة التزام البنك مرهق لذلك لا تمنح البنوك هذا النوع من الكفالة الا للأشخاص الذين تضمن تسديدهم الدين طيلة مدة الكفالة.[3]

[1] سارة سليمان، المرجع السابق، ص24

[2] بوكعبان عكاشة، المرجع السابق، ص139

[3] سلخ امنة، المرجع السابق، ص37

ثالثا: أنواع الكفالة المصرفية من حيث طبيعتها

1-الكفالة المدنية

القاعدة أن الكفالة تعتبر عمل مدني بالنسبة للكفيل لأنها من عقد، التبرع وهذا ما أكدته المادة 1/651 ق م ج "تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا"[1] ويترتب على ذلك أن الكفالة تعتبر مدنية ولو كان الكفيل يضمن دين تجاري أو وليد علاقة تجارية بين المدين والدائن، والكفالة مدنية من حيث الاثبات المعروفة في القانون المدني أي الكتابة أو ما يقوم مقامها، أما فيما يخص الاختصاص فالمحكمة المدنية هي المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه.[2]

2-الكفالة التجارية:

استثنت المادة 2/651 من ق م ج حالتين اعتبرت فيهما أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمان احتياطي وأن أي تظهير لما يجعلها عمل تجاري.

فالضمان الاحتياطي يقصد به ضمان الالتزام الناشئ من الورقة التجارية ويتم ذلك بكتابته على الورقة التجارية ذاتها أو كتابته على الورقة المتصلة بها أو في ورقة مستقلة وهو ما أكدته المادة 409 من القانون التجاري، أما بالنسبة للتظهير فعلى الرغم من اعتبار المشرع تظهيرها بمثابة كفالة تجارية، إلا أن البعض الاخر ذهب لاعتبارها صورة من صور الرهن الحيازي للورقة التجارية.[3]

رابعا: تقسيمات أخرى للكفالة المصرفية

الكفالة المصرفية تهدف لضمان الوفاء بالتزامات عملاء البنك والالتزامات لا يمكن حصرها لكثرتها وتطورها السريع، فمن حيث طبيعة الضمان تقسم الى كفالة شخصية وتتمثل في ضم

[1] المادة 1/651 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[2] سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، الطبعة 4، دار هومة للطباعة، الجزائر 2012 ص33.

[3] عشور زينب، المرجع السابق، ص20.

ذمة الضمان الكفيل الى ذمة المدين الأصلي وكفالة عينية وهي المفضلة لدى الدائن باعتبارها تقترب كثيرا من عقد الرهن حيث يخصص الكفيل مالا معينا لديه يمكن للدائن التنفيذ عليه في حال تخلف المدين الاصلي عن تنفيذ التزامه المكفول.[1]

و تقسم من حيث النطاق الجغرافي إلى كفالة وطنية و هي التي يصدر فيها احد البنوك المحلية كفالة بناءا على طلب عمليتها (المقيم داخل الوطن سواء كان المستفيد منها داخل البلاد أو خارجه و كفالة أجنبية أولية) و تكون على صورتين الأولى الكفالة المصرفية الواردة بناءا على طلب شخص غير مقيم ، أما الثانية هي كفالة مصرفية بناءا على طلب عميل مقيم،[2] كما أنها تنقسم من حيث نطاق الالتزام المصرفي إلى كفالة مصرفية غير محددة إذ لم يتم تجديد قيمة الدين المكفول من طرف البنك فإن الكفالة الغير المحددة تشمل الدين و جميع ملحقاته ، و كفالة مصرفية محددة يتم تحديد نطاق التزام البنك الكفيل و عادة ما تكون بمبلغ أقل من الالتزام الأصلي المكفول كما لا تتضمن الفوائد و مصروفات الدين ما لم يتم الاتفاق على عكس ذلك ، ومهما تعددت أسباب لجوء الأطراف للكفالة المصرفية فهي تبقى وسيلة ائتمان فعالة تضمن للدائن سداد دينه و تضمن للمدين التخلص من الدين في مواجهة.[3]

[1] بوكعبان عكاشة، المرجع السابق، ص138

[2] محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص242.

المادة 551 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني.

[3] هاني دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الحديثة، مصر، 2003 ص279 .

المبحث الثاني: انعقاد الكفالة المصرفية

عقد الكفالة شانه شان سائر العقود الأخرى، يتطلب لانعقادها توافر الأركان المعروفة قانونا، والمتمثلة في كل من ركن التراضي، المحل والسبب. كما يستند عقد الكفالة كغيره من العقود الى وجود اركان لإنشائه والملاحظ ان عقد الكفالة بالمعنى الضيق يكون بين الدائن والكفيل، الا انه بالرجوع الى تعريف الكفالة، يتبين لنا ان هناك شخصا ثالثا يهمه الامر وهو المدين الأصلي، اذ بالرغم من تدخل الكفيل بصفته ضامنا للوفاء بالدين المترتب في ذمته المدين الا ان هذا الأخير لا يعفى من المسؤولية تماما، اذ انه عند حلول الاجل لا بد ان يلتزم بالوفاء بما عليه من ديون اتجاه الدائن لتبرا ذمته والا اعتبر مخلا بتعهداته المالية.

وبذلك لا بد من تحديد القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية لإمكان معرفة الشروط الواجبة فيه. وعليه تم تخصيص (المطلب الأول) للشروط الموضوعية والشكلية، مع اركان الكفالة المصرفية، وخصص (المطلب الثاني) للقانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية.

المطلب الأول: أركان الكفالة المصرفية

عقد الكفالة المصرفية كغيره من العقود الأخرى لا بد أن تقوم على شروط موضوعية (الفرع الأول) وأخرى شكلية (الفرع الثاني) سوف نتناول أطراف الكفالة في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للكفالة المصرفية

لعقد الكفالة شروط موضوعية عامة و شروط موضوعية عامة نتطرق لها في هذا الفرع

أولا:الشروط الموضوعية العامة

باعتبار الكفالة عقد كما في العقود فانه يكون بديهيا أن يقوم على أركان العقد من تراضي، محل وسبب

1-التراضي في عقد الكفالة

نشرط لانعقاد الكفالة تطابق إرادتي طرفه وهما الدائن والكفيل حول المسائل الجوهرية للعقد كقيمة العين المكفول ومصدره وتاريخ الوفاء به .. الخ [1]، يشرط في الكفل الذي يلتزم المدين بتقديمه حسب نص المادة 646 ق م ج على أنه إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا ومقيما بالجزائر وله أن يقدم عوض عن الكفيل تأمينا عينيا خاصا .

يتضح من خلال هذا النص أن الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه لابد أن يكون أي الكفيل الذي يلتزم بالالتزام الذي يضمنه إذا لزم الأمر ذلك [2] وتكون إضافة في الجزائر بهدف التسهيل على الدائن الرجوع على الكفيل استفاء حقه في حالة عدم وفاء المدين بالتزامه و الإقامة المفتوحة هي الإقامة الاعتيادية في الجزائر وليس الإقامة العرضية لا يشترط في الكفيل أن يكون مقيما في موطن المدين، كما لا يشترط فيه أن يكون جزائريا، وفي حالة ما إذا غير الكفيل موطنه أثناء الكفالة ولم يعد له موطن معين في الجزائر في هذه الحالة وجب على المدين تقديم ضمان أخر سواء بتقديم كفيل أخر أو تأمين عيني وإلا سقط أجل الدين [3] فيما يخص صحة الراضي يشترط في كل متعاقد أن يكون كامل الأهلية يوم إبرام العقد بما أن الأصل في الكفالة أن تكون تبرعية فإنه يشترط في الكفيل أهلية التبرع، وأن يكون راشدا بالغا طبقا لما نصت عليه نص المادة 40 من ق م ج ، و غير محجوز عليه وإلا اعتبرت الكفالة باطلة، أما بالنسبة للدائن أي المكفول فيكفي أن تتوفر فيه أهلية التميز طبقا للمادة 42 من ق م ج ، ولا يمكن للكفيل في هذه الحالة الدفع في مواجهة الدائن ينقص أهليه المدين طالما انه على علم وقت التعاقد بهذا النقص [4] ، كما يشترط سلامة الرضا من

[1] بوكعبان عكاشة، المرجع السابق، ص136.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص27.

[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة، الطبعة 1 دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص24.

[4] بوكعبان عكاشة، المرجع السابق، ص138.

عيوب الإرادة وذلك بأن يستوفي عقد الكفالة للقواعد العامة المطلوبة من أركان، وشروط صحتها ، فيجب أن يكون الرضا في هذا العقد غير مشوب بما يلحق الإرادة من عيوب أي الغلط أو التدليس، أو الإكراه أو الانعزال فاعتبار عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد لا ينشئ التزاما إلا في جانب أحد المتعاقدين وهو الكفيل. [1]

يكون مصدر الدين المضمون العمل عن المشروع ككفالة الالتزام المدين بالتعويض عن جرم التقليد او المنافسة غير المشروعة ... الخ

2: المحل في عقد الكفالة

محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، لذلك يوصف عقد الكفالة مثله مثل عقد الرهن بانه عقد تبعي أي يتبع الالتزام أصلي قد يكون مصدره العقد ككفالة المدين المقروض في عقد القرض وكفالة المشتري في عقد البيع وقت يكون مصدر الدين المضمون العمل غير المشروع ككفالة الالتزام المدين بالتعويض عن جرم التقليد او المنافسة غير المشروعة...الخ.

ولكي تنتج الكفالة كافة اثارها يجب ان يكون الالتزام المكفول موجودا، وصحيحا ومعينا او قابلا للتعيين، فلا يجوز ان تقع الكفالة على التزام غير موجود او غير صحيح او غير معين.[2]

3: السبب

فهو مسألة ذاتية أو نسبة يشترط فيها فقن ان تكون مشروعة غير مخالفة للنظام العام والأداب وهذا ما أكدته المادتين 97 و 98 ق.م.ج حيث تقضي المادة 97 بما يلي " إذا

[1] سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية و العينية(الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز) منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص113

[2] بوكعبان عكاشة، المرجع السابق، ص138.

كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الأداب العامة كان العقد باطلا ".

وتنص المادة 98 ق م ج " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقع الدليل على غير ذلك ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك وإذا قام الدليل على صورة السبب فعلى من يدعي أن الالتزام سببا أخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".[1]

يرى محمد صبري السعدي في نص المادة إن السبب الحقيقي الذي دفع الكفيل للتعاقد، فعلى من يدعي انه ليس السبب الحقيقي أن يثبت عدم وجوده أو عدم مشروعيته أو انه ضروري ويكون الإثبات طبقا للقواعد العامة للإثبات.

وفي عقد الكفالة إذا ثار النزاع حول وجود السبب أو مشروعيته فإن عدم الإثبات يقع على الكفيل إذ عليه إثبات عدم وجود أو مخالفة للنظام العام والآداب العامة وكذلك إثبات علم الدائن بذلك الباعث الذي دفعه إلى التعاقد أو إمكانية علمه بذلك والكفيل اللجوء في ذلك إلى كافة طرق الإثبات. [2]

ثانيا:الشروط الموضوعية الخاصة

هي مجموعة من الشروط الموضوعية خاصة بعقد الكفالة المصرفية دون سواها من العقود يتم، تتميز الكفالة البنكية عن الكفالة التجارية العادية ان الكفيل بالضرورة يجب ان يكون بنكا حتى تسمى كفالة بنكية، اذ انها عمل من الاعمال المخصصة للبنك، ومن هذه العمليات نجد الكفالة المصرفية، ولكي تتوفر صفة البنك لابد من توفر مجموعة من الشروط أهمها الحصول على الترخيص والاعتماد من مجلس النقد و القرض.[3]

[1] معزوز دليلة ، محاضرات في مقياس التأمينات العينية و الشخصية (الرهن الرسمي، الكفالة) مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس ، تخصص قانون خاص ، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة ، 2020-2021 ، ص116-117.

[2] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص231.

[3] سلخ أمنة، المرجع السابق، ص 53.

البنوك يفترض فيها يسار الذمة المالية هذا الشرط يتعلق بالكفالة الوطنية، اذ للحصول على صفة البنك لابد من توفر حد هدنى من مبلغ الراس المال[1]

الفرع الثاني: الشروط الشكلية للكفالة المصرفية

سوف نتناول في هذا الفرع الشروط الشكلية لعقد الكفالة المصرفية وذلك من خلال بيان الكتابة في عقد الكفالة ثم التطرق للبيانات المتطلبة في عقد الكفالة

أولا: الكتابة لإثبات عقد الكفالة المصرفية

يجب أن يكون التزام الكفيل صريحا والكفالة لا تفترض ويتضح أن الكتابة هي شرط الإثبات وليست شرط انعقاد وعليه يمكن التعبير عن الرضائية بأي وسيلة ، ولا حاجة لأن تكتسي شكلا محددا، وباعتبار عقد الكفالة البنكية عملا تجاريا بالطبيعة بالنسبة للبنك، فان هذا العمل يخضع لحرية الإثبات اما الطرف الأخر فلا يعتبر العمل تجاريا بالنسبة إليه، ما لم يكن تاجرا وتعلقت الكفالة بعمله التجاري، وإلا فهو يخضع فيما يخص إثبات الكفالة لقواعد الإثبات في المجال المدني، وإذا كان المشرع يتطلب أحيانا الكتابة فغايته في ذلك أن يكون التعبير عن الرغبة في الالتزام بشكل لا يدع مجالا للشك، بصرف النظر عن العبارات المستخدمة والكفالة في العمل البنكي تتم دائما في عقد مكتوب مستقل بذاته، أو في نفس محرر الالتزام الأصلي .[2]

ثانيا: البيانات المتطلبة في عقد الكفالة المصرفية

المشرع الجزائري لم يحدد البيانات المتطلبة في عقد الكفالة غير انه بالرجوع لتعريف عقد الكفالة وطبيعتها يمكن استخلاص بعض البيانات الأساسية لا بد من ذكرها في الكفالة حتى يمكن إلزام أطرافها بأحكامها وهي ذكر اسم الكفيل (البنك بما انه شخص معنوي لا بد من

[1] المادة 2 من نظام بنك الجزائر رقم 08-04 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1429 الموافق ل 23 ديسمبر 2008 المتعلق بالحد الادنى لرأس مال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر.

[2] داودي خليفة، المرجع السابق، ص31.

ذكر اسمه عنوانه طبيعته ممثله القانوني). المدين المكفول (قد يكون شخص طبيعي او معنوي لا بد بيانه ليحدد تحديد نافيا للجهالة مع ذكر عنوانه ليسهل إبلاغه بالإجراءات المتخذة ضده) الدائن المكفول له (قد يكون شخص طبيعي كما قد يكون شخص معنوي لا بد من تحديده تحديدا نافيا للجهالة ليتمكن الكفيل من السداد له حالة عدم قيام المدين بالسداد)، الدين المكفول (قد تشمل الكفالة كل مبلغ الدين وقد تكون جزئية لا بد من ذكر في الكفالة الدين المكفول وفي حالة عدم تحديد مقدار مبلغ الدين المكفول فتتصرف الكفالة لجميع مبلغ الدين وملحقاته)، مدة الكفالة (خصوصا اذا صدرت الكفالة لضمان دين مستقبلي واذا لم تحدد المدة كان للكفيل الرجوع عنها في أي وقت طالما الدين الأصلي لم ينشا)، مكان ابرام عقد الكفالة (له أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع خصوصا في عقود الكفالة الدولية وكذلك لبيان المحكمة المختصة بالفصل)[1] ويمكن الأطراف إضافة بيانات أخرى.[2]

الفرع الثالث: أطراف عقد الكفالة المصرفية

من خلال تعريف الكفالة المصرفية يمكن حصر الكفالة البنكية فيما يلي:

أولا: العميل المكفول

هو الشخص الذي صدرت الكفالة بناء على طلبه وكفله البنك تجاه المستفيد في حدود مبلغ معين والمكفول هو أكثر الأشخاص المنتفعين بالكفالة لأن الكافلة بالنسبة له تكون كبديل للشيك المصادق أو التأمين النقدي، وهذا يساعده على عدم تجميد أمواله وتمكن من استعمالها في مجالات متعددة تعود عليه بأرباح.[3]

[1] المواد من 644 الى 673 من الامر 75-58 المتضمن ق.م.ج

[2] سلح أمنة، المرجع السابق، ص56.

[3] زيعة ابتسام ، دور الكفالة المصرفية في تفعيل استثمارات التنمية المحلية (دراسة حالة على مستوى بنك القرض الشعبي الجزائري وكالة جيجل) مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الاقتصادية ، تخصص إقتصاد نقدي و بنكي ، جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل ، الجزائر ، 2016-2017 ، ص25.

ثانيا: المصرف الكفيل

هو المصرف الذي أصدر الكفالة وتعهد فيها بكفالة عملية اتجاه المستفيد بدفع مبلغ معين إذا ما أخل العميل بشروط التعاقد أو عدم تنفيذه الموضوع الكفالة التي صدرت من أجله،و ما يجب الاشارة اليه في هذا الصدد ان الكفيل في الكفالة البنكية يكون دائما هو البنك او المؤسسات المالية المصرح لها اصدارالكفالة طبقا للنقد و القرض.[1]

وبالتالي ينشأ التزامان، الأول هو التزام المصرف تجاه المستفيد والذي ينصب على التعهد بدفع مبلغ من المال وليس القيام بعمل معين. أما الالتزام الثاني فهو التزام المصرف اتجاه العمل المكفول فهو التزام قانوني يحدد العمل بموجب شروط إصدار الكفالة والتحقق من موضوعية هذه الشروط قبل الدفع إلى المستفيد.[2]

ثالثا: المستفيد

هو الجهة الرسمية التي تصدر لأموالها الكفالة، ويجب أن تكون هذه الجهة شخصية اعتبارية حقيقية، ولا يجوز أن يكون المستفيد في الكفالة شخصية وهمية لا وجود لها، ويتطلب من أجل ذلك أن يكون اسم المستفيد وعنوانه واضحين في الكفالة لسهولة الرجوع إليها مستقبلا.

كما أن المستفيد هو الجهة المخولة له بالرجوع إلى البنك المصدر للكفالة بأي مطالبة مثل التمديد، الدفع الأول لتعديل أيضا لا يحق له تحويل الكفالة إلى جهة أخرى دون النظر إلى العلاقات التي توجد بينهما لأن الكفالة هي علاقة مباشرة.[3]

[1] المادة 81 و 82 من الامر 03-11 المتعلق بقهنون النقد و القرض المعدل و المتمم.

[2] سلخ امنة ،مرجع سابق ص .44

[3] سلخ امنة، نفس المرجع، ص.45

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية

تخضع الكفالة المصرفية لمجموعة من القواعد القانونية تنظمها، تختلف هاته القواعد بحسب نوع الكفالة داخلية او وطنية، الامر الذي سنتطرق اليه في مطلبنا هذا، ان القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الوطنية في (الفرع الأول)، والقانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الدولية في (الفرع الثاني)

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الوطني

تخضع الكفالة المصرفية الوطنية لمجموعة من القواعد القانونية تنظمها، منصوص عليها في القانون المدني والقانون التجاري وفي قوانين خاصة تتعلق بأنواع معينة من الكفالة المصرفية مثل قانون الصفقات العمومية بالنسبة لكفالة الصفقات العمومية وقانون بالنسبة للكفالة الجمركية، كما تخضع الكفالة المصرفية لمجموعة من النصوص التنظيمية ممثلة في أنظمة بنك الجزائر الملزمة للبنوك باعتباره هيئة الرقابة والتنظيم في الجهاز المصرفي الجزائري وأنظمة داخلية لكل بنك تحدد نماذج الكفالة الخاصة به وشروطها حسب هدف البنك ومجال نشاطه

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الدولي

تثير الكفالة المصرفية الدولية إشكالية تتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها، اذ ان أحد أطرافها بنك أجنبي مما ينتج لنا تنازع القوانين بين قانون البنك الوطني من جهة وقانون البنك الأجنبي من جهة أخرى، فهل تخضع الكفالة المصرفية الدولية لقانون البنك الوطني ام لقانون البنك الأجنبي ام لقواعد قانونية مستقلة هذا ما سوف نجيب عليه على النحو التالي:[1]

[1] سلخ امنة، المرجع السابق، ص45

أولا: مرحلة ما قبل تعيين القانون الواجب التطبيق

قبل تعديل القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المحتوية على عنصر أجنبي ينبغي على القاضي تحديد نوع العلاقة لمعرفة قاعدة الاسناد[1] الخاصة بها وتسمى هاته المرحلة بمرحلة التكييف القانوني،[2] ويكون فيها القانون الوطني هو المرجع في تحديد نوع العلاقة القانونية،[3] بمعنى ينبغي على القاضي التأكد أولا هل نحن بصدد كفالة مصرفية او نوع اخر من العقود وهل الكفالة وطنية ام دولية، ولتحديد ذلك ينبغي له الرجوع لقانونه الوطني ليكيف العلاقة القانونية المطروحة امامه للتكييف الصحيح، كما ينبغي عليه ان يتأكد من عدم وجود غش او تحايل على القانون الوطني وذلك بإضفاء الأطراف عنصر اجنبي صوري لتهرب من احكام القانون الوطني.[4]

ثانيا: مرحلة تعيين القانون الواجب التطبيق

بعد ما يتم تكييف العلاقة القانونية والتأكد اننا امام عقد كفالة مصرفية دولية، يتم البحث عن القانون الواجب التطبيق، وبخصوص هاته المسالة ثار نزاع بين الفقهاء وانقسمت آرائهم كالتالي:

1-القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الدولية هو قانون الإرادة:

ذهب جانب من الفقه الى القول ان القانون الذي تخضع له الكفالة المصرفية الدولية هو قانون الإرادة على اعتبار ان عقد الكفالة المصرفية عقد متميز عن العقد الأصلي الذي ابرمت الكفالة لضمانه، وهو الراي المعتمد من قبل المحكمة العليا الفرنسية فاطراف العقد لهم

---

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 49

[2] احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص محاضرات ملقاة على طلبة كلية الحقوق جامعة ببنها، مصر، المستوى الرابع، الفصل الثاني، 2003، ص 263

[3] المادة 9 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني

[4] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص195

الحرية في تحديد القانون المنظم للكفالة، وفي حالة سكوتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق، تقوم قرينة بسيطة على انهم قصدوا اعمال قانون الالتزام الأصلي على الكفالة وهو حل يوحد القانون الواجب التطبيق على الالتزام الأصلي والكفالة، كما يتماشى مع التركيز الموضوعي لعناصر العقد مما يوفر حماية للعقد الدولي.[1]

2-القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية هو قانون الالتزام الأصلي :

يرى جانب من الفقه ان القانون الذي يجب ان يحكم عقد الكفالة المصرفية الدولية هو القانون المطبق على الالتزام الأصلي، على اعتبار ان عقد الكفالة عقد تبغي لعقد الالتزام الأصلي وان التفرقة بين العلاقة القانونية لأطراف عقد الكفالة يؤدي الى تمزيق العقد الدولي وافراغه من محتواه، غير ان هذا الراي انتقد على أساس ان عقد الكفالة المصرفية عقد متميز وإذا كان تابع للالتزام الأصلي المبرم بين الدائن والمدين غير ان هذا لا يمنع من كونه عقد متميز له احكامه وقواعده الخاصة.[2]

3-القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الدولية وفقا لقواعد الاسناد في القانون الجزائري

بالرجوع لقواعد الاسناد في القانون الجزائري الواردة في الفصل الثاني من القانون المدني تحت عنوان تنازع القوانين من حيث المكان المواد من 9 الى 24 منه، لا نجد قاعدة خاصة بالكفالة المصرفية الدولية، غير اننا نجد قاعدة عامة تخضع الالتزام التعاقدية في احكامها الموضوعية للقانون المختار من قبل المتعاقدين بشرط ان تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين او بالعقد، وفي حالة عدم امكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسية المشتركة، وفي حال عدم وجود جنسية او موطن مشترك فيطبق قانون محل ابرام العقد، اما الاحكام

[1] Denis Philippe. Cours de droit bancaire. Université catholique de Louvain. France. 2014

[2] عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر 1994، ص63.

الشكلية للتصرفات القانونية فتخضع لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز ان تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين او لقانونهما الوطني او للقانون الذي يسري على الاحكام الموضوعية، كما ان المشرع الجزائري نص على ان هذه الاحكام لا تسري في حالة وجود نص خاص او اتفاقية دولية، ففي هذه الحالة تطبق احكام الاتفاقية الدولية او النص الخاص.[1]

[1] المواد 18\19\21 من الامر 75-58 المتضمن الق. م. ج.

الفصل الثاني

آثار وانقضاء الكفالة المصرفية

اذا ابرم عقد الكفالة صحيحا فانه يترتب اثاره فيها بين المتعاقدين (الدائن والكفيل)، كما يرتبها على المدين، وباعتبار الكفالة تصرفا قانونيا أوسع من العقد ذاته، وهذا نظرا الى طبيعتها الخاصة بكونها عقد تابع للالتزام الأصلي، فيترتب على ذلك نشوء علاقة بين الكفيل والمدين في حالة ما اذا وفى هذا الكفيل بالدين المكفول، وقد يتعدد المدينون الاصليون وقد يكونوا متضامنون او غير متضامنون، وأيضا قد يتعدد الكفلاء وقد يكونوا متضامنين او غير متضامنين، وعليه فان اثار الكفالة هي في الحقيقة دراسة لكل العلاقات القانونية المترتبة بين اذراف هذا العقد، هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد ان عقد الكفالة ينقضي بطرق او أسباب انقضاء عدة سواء كانت الكفالة بالتبعية او الكفالة بطريقة اصلية.

وبذلك سنخصص هذا الفصل من الدراسة الحديثة عن الاثار المترتبة عن عقد الكفالة (المبحث الأول) ثم نتطرق الى انقضاء عقد الكفالة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: اثار الكفالة المصرفية

تتصرف اثار عقد الكفالة الى الأطراف الثلاثة التي لها علاقة بمحل العقد، وهي الكفيل والدائن، والمدين الأصلي، فاذا حل اجل الوفاء بالدين يرجع الدائن على المدين أولا للمطالبة بحقوقه، كما يرجع أيضا على الكفيل في حال لم يوفى المدين بالتزامه، وهو ما يبين صفة التبعية لعقد الكفالة، فاذا قام الكفيل بالوفاء بالدين مقام المدين، فانه يستطيع الرجوع على هذا الأخير بدعوى الكفالة او بدعوى الحلول محل الدائن لاسترداد قيمة ما دفعه من أموال.

وعليه نتطرق في هذا الجانب الى العلاقة بين الكفيل والدائن (المطلب الأول)، ثم الى العلاقة بين الكفيل والمدين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن

العلاقة بين الكفيل والدائن تأثر مباشرة لعقد الكفالة تتخذ شكل مطالبات ودفوع بين طرفيها فاذا كان من حق الدائن مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين الأصلي إذا توفرت شروط معينة فان من حق الكفيل ان يدفع هذه المطالبة بشكل ما من شانه ان يؤدي الى براءة ذمته وبعد هذا نجد ان الدائن الذي استوفى حقه من الكفيل تقع عليه واجبات يلتزم بها تجاه الكفيل وتعتبر بمثابة اثار ناتجة عن واقعة الدفع

اذن العلاقة بين الكفيل والمدين علاقة الزامية فيما بينهم والتزام كل طرف هو حق للطرف الاخر

الفرع الأول: الضوابط التي تحكم مطالبة الدائن للكفيل

ذكرنا فيما سبق ان العميل يلتزم بموجب عقد الكفالة بضمان وتنفيذ التزام المدين او الوفاء به إذا لم

أولا: وجوب حلول اجل الدين بالنسبة للكفيل

مطالبة الدائن للكفيل لا تجوز الا عند حلول اجل الكفالة والغلب ان يكون اجل التزام الكفيل هو نفسه اجل الالتزام المكفول الا انه لم يحدث ان يختلف الاجلان زيادة او نقصان من الاجل الأصلي، فيتغير تبعا لذلك الموعد المسموح خلاله للدائن مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين ونميزها بين حالتين:

الحالة الأولى: عند الاتفاق بين الدائن والكفيل على تحديد اجل التزام الكفيل، وهما طبعا يجب الا يكون اجل التزام الكفيل أقصر من اجل التزام المدين الأصلي ولكنه يجوز ان يكون أطول منه، طبقا للمادة 652 من القانون المدني الجزائري، ففي هذه الحالة لا يستطيع الدائن مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين الا بعد حلول اجل التزامه حتى ولو كان اجل الدين المكفول قد حل قبل ذلك.

ومثال: إذا كان اجل الدين الأصلي هو 01-01-2019 واتفق الدائن مع الكفيل على ان يكون اجل الدين بالنسبة لهذا الأخير هو 31-02-2020 فهنا لا يستطيع الدائن مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين الذي لم يف به المدين في الاجل المحدد له الا بعد حلول الاجل الخاص به

الحالة الثانية: عند الاتفاق على تحديد اجل الالتزام الكفيل فهما يحل الاجل بالنسبة اليه بحلول احل الدين الأصلي المكفول لكن قد يحدث ان يتغير اجل الدين الأصلي باتفاق طرفيه او بحكم قضائي، وهنا اذا تم تمديد اجل الالتزام الأصلي سواء باتفاق الدائن و المدين او بحكم قضائي فان الكفيل يستفيد من هذا التمديد ولا يجوز مطالبته قبل حلول الاجل الجديد، واما اذا حدث العكس وتم الاتفاق بين الدائن والمدين على تعجيل اجل الالتزام الأصلي فان الكفيل يجب الا يضار من هذا الاتفاق وبالتالي لا يجوز مطالبته الا عند حلول الاجل الأصلي و السبب في ذلك هو حماية الكفيل من هذا الاتفاق الذي يضربه.

ثانيا: رجوع الدائن على المدين قبل الكفيل

لكون الكفالة عقد تابع لالتزام سابق وهو التزام المدين قبل الدائن فان صفة التبعية تقتضي الا يطالب الدائن الكفيل بالوفاء بالالتزام الا بعد ان يطالب المدين او لا وهو ما نصت عليه المادة 660 قانون مدني في فقرتها الأولى "لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده الا بعد وجوعه على المدين" ولذلك يجب على الدائن ان يرجع أولا على المدين قبل ان يرجع على الكفيل او على الأقل ان يرجع على الكفيل وعلى المدين معا اذا كان اجل التزامهما واحدا وهذا كله في حالة عدم تضامن الكفيل مع المدين أي في حالة الكفالة البسيطة اما في حالة الكفالة التضامنية أي اذا كان الكفيل متضامنا مع المدين فله ان يرجع على الكفيل مباشرة.

كما نستنتج من النص المذكور المطالبة القضائية:

بمعنى ان يرفع الدائن الدعوى على المدين ليحصل على حكم يلزمه بالوفاء لذلك لا يكفي مجرد اعذار الدائن للمدين لاستعمال حقه في الرجوع على الكفيل

ويترتب على ذلك ان المطالبة الودية لا تعد رجوعا بالمعنى الوارد في النص مما يتحتم على الدائن رفع دعوى قضائية على المدين أولا لإلزامه بالوفاء حتى يتمكن من الرجوع على الكفيل في حال عدم امكان الوفاء بالدين من قبل المدين في الاجل المحدد ومع ذلك توجد حالتين يعفى فيهما الدائن شرط رفع الدعوى على المدين أولا حتى ستطيع الرجوع على الكفيل وهما:

1-حالة ما إذا أفلس المدين وتعذر على دائنه اتخاذ إجراءات فردية ضده فانه يكفي هنا تقدم الدائن بحقه في تفليسة المدين لكي يستطيع ان يستعمل حقه في الرجوع على الكفيل وهو ما أشارت اليه المادة 653 من القانون المدني وإذا لم يفعل يسقط حقه في الرجوع على الكفيل

2-حالة ما إذا كان لدى الدائن سندا رسميا صالحا في ذاته للتنفيذ على المدين وهنا يكون الدائن في غنى عن رفع دعوى قضائية على مدينه إذا يكفي ان يكلف المدين بالوفاء بالدين حتى يتمكن من الرجوع على الكفيل

اما إذا استعمل الدائن حقه في الرجوع على الكفيل قبل ان يستنفذ حقه في الرجوع على المدين ورفع دعوى المطالبة بالدين على الكفيل مباشرة فان لهذا الأخير ان يدفع بوجوده

الفرع الثاني: الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة

المقصود بدفوع الكفيل الأوجه التي يستطيع من خلالها هذا الأخير ان يتمسك بها في مواجهة الدائن إذا تما الدفع الدين وهدف الكفيل من ابداء هذه الدفوع هو اما تأجيل المطالبة او تقرير براءة ذمته

والدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن قد يكون منشؤها الدين الأصلي المكفول كما قد يكون منشؤها عقد الكفالة ذاته.

أولا: الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي

يحق للكفيل ان يتمسك بجميع الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة الدائن ذلك لان نتيجة النزاع الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 650 على هذا بقولها "يبرا الكفيل بمجرد براءة المدين، وله ان يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين" وللكفيل التمسك بهذه الدفوع حتى ولو كان متضامنا مع المدين اذ تنص المادة 666 من القانون المدني على انه "يجوز للكفيل المتضامن ان يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين"[1]

غيرانه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص الاهلية وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له ان يحتج بهذا الوجه، فالتزام الكفيل هو تابع لالتزام المدين فيكون باطلا او قابلا للإبطال فيما عدا ان يكون التزام المدين قابلا للإبطال لنقص الاهلية وكان الكفيل

[1] انظر الامر 75-58 المتضمن القانون المدني.

عالما بنقص اهلية المدين فالكفيل لا يستطيع ان يتمسك بانقضاء التزامه ككفيل تبعا لانقضاء التزام المدين.

وللكفيل فضلا عن الدفوع التي يحتج بها، المدين دفوعا خاصة به لا يشترك فيها مع المدين وهذه الدفوع اما ان تكون متعلقة بعقد الكفالة ذاته واما ان تكون راجعة الى مركز الكفيل باعتباره كفيلا فيجوز للكفيل ان يتمسك ببطلان عقد الكفالة وحده او قابلة للإبطال.[1]

ثانيا: الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة

زيادة على الدفوع السابقة الذكر فان المشرع الجزائري منح الكفيل دفوعا خاصة به مراعاة لمصالحته واعتبار لالتزامه التبرعي وهي الدفع بالتجريد المادة 660 فق2 الدفع بالتقييم في حالة تعدد الكفلاء المادة 664 الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن المادة 656 الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين المادة 657 الدفع بعدم تدخل الدائن في تفليسة المدين 658 من القانون المدني الجزائري

1-الدفع بالتجريد

ويعني هذا الدفع ان من حق الكفيل ان يوقف إجراءات التنفيذ على أموال المدين وتتم العودة اليه بالجزء الذي عجز المدينين عن سداده فقط [2]

ومعناه ان يوجه الكفيل الدائن في حالة رجوعه عليه بان ينفذ او بان يجرد أموال المدين قبل التنفيذ على أمواله طبقا لنص المادة 660 /2 من القانون المدني "ولا يجوز له ان ينفذ على أموال الكفيل الا بعد ان يجرد المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة ان يتمسك بهذا الحق "[3]

[1] بوخاتم اسية، محاضرات في مقياس العقود المدنية المعمق، جامعة ابوبكر بالقايد، تلمسان، سنة 2020-2021 ص، ص23 ،24.

[2] بوخاتم اسية، محاضرة مقياس التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص. 126

[3] المادة 660 فقرة 2 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني.

ا) شروط الدفع بالتجريد:

على الكفيل ان يتمسك به ويثيره اثناء رفع الدعوى لأنه ليس من النظام العام ويسقط إذا دخل القاضي في مناقشة موضوع الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة 2/660 [1]

الكفيل المتمسك بالدفع يجب ان يكون كفيلا شخصيا لا عينيا لان هذا الأخير حرم من التمسك بهذا الدفع، التضامن بين المدين والكفيل مانع للتمسك بهذا الدفع حسب المادة 665 من القانون المدني والتي تنص على انه "لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين ان يطلب التجريد"

ان يكون للكفيل مصلحة للتمسك بهذا الدفع فلا دعوى ولا دفع بلا مصلحة[2]

والشرط الرابع للتمسك بالدفع بالتجريد هو ان يرشد الكفيل الدائن الى أموال مملوكة للمدين وموجودة في الجزائر وغير متنازع عليها وكافية للوفاء بكل الدين المادة 661[3]

وما يميز الدفع بالتجريد عن بقيته الدفوع الأخرى اشترط المشرع في الأموال المرشد اليها ان تكون كافية لسداد الدين المادة 661 /1 ق.م.ج وتخلف أحد الشروط يؤدي الى رفض الدفع كما انه لا جدوى من الدفع بالتجريد إذا اعسر المدين ونفقات الارشاد والتوجيه يتحملها الكفيل[4]

ان لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، وهذا شرط من الشروط المقررة في الصورة العامة للدفع بالتجريد فالمدين المتضامن ليس مدينا احتياطيا وان كان مدينا تابعا ويشترط كذلك ان لا يكون الكفيل قد تناول عن الحق بالتمسك بضرورة البدا بالتنفيذ على المال المثقل بالتامين العيني فهذا الحق ليس من النظام العام ويجوز التنازل عنه عند انعقاد الكفالة او بعدها

[1] بوخاتم أسيا، مقياس التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 23.

[2] بوخاتم اسيا، المرجع نفسه، ص 23.

[3] انظر المادة 661 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني.

[4] صائغي مبارك، محاضرة في مقياس العقود الخاصة ضمانات شخصية وعينية،، ص 35.

ويجوز ان يكون التنازل صريحا او ضمنيا وإذا تنازل الكفيل عن التمسك بهذا الدفع فانه يكون قد خطى خطة نحوى الكفالة التضامنية.[1]

يشترط ثانيا ان يكون هناك تامين عيني خصص لضمان نفس الدين المضمون بالكفالة والتامين العيني قد يكون عينيا او رهنا جبريا او حقا في الاختصاص او حقا في الامتياز ومن الجائز ان يرد التامين على عقار او منقول إذا كانت طبيعته تسمح بذلك.[2]

ب) اثار الدفع بالتجريد

اذا وافقت المحكمة على الدفع بالتجريد امتنع على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين واذا وفى المدين بكامل الدين برات ذمته وذمة الكفيل ولا تبرا ذمة الكفيل اذا اتضح عند التنفيذ انخفاض قيمة الأموال المرشد اليها او ظهور دائنين جدد كما ان استعمال الدفع بالتجريد لا يحرم الدائن من توقيع حجز تحفظي على أموال الكفيل ويتحمل الدائن اعسار المدين او اقدامه على إخفاء المنقولات اذا تراخى الدائن في التنفيذ عليها في الوقت المناسب مدة 6 اشهر من تاريخ اخطاره من قبل الكفيل[3] أي لقبول الدفع بالتجريد هو ضرورة قيام الدائن بإجراءات التنفيذ على المدين بعناية الرجل العادي وعدم تراخيه بذلك والا اعتبر مسؤولا امام الكفيل وهذا ما تقرره المادة 662 وهي تنص على انه في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين يكون الدائن مسؤولا قبل الكفيل عن اعسار المدين الذي يترتب على اتخاذ الإجراءات في الوقت المناسب وطبقا لهذا النص فان على الدائن ان يبادر الى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين وهو يتخذ هذه الإجراءات على نفقته على ان يعود بها فيما بعد على المدين او الكفيل.[4]

[1] مقال من موقع www.alriyadh.com

[2] محمد سليمان، مدونة حوالة الحقوق العينية والشخصية، المرجع السابق، ص37.

[3] بوخاتم اسيا، مقياس التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص24.

[4] صائغي مبارك، مقياس العقود الخاصة المرجع السابق، ص 36.

ج)الصور الخاصة للدفع بالتجريد

الدفع بتجريد التامين العيني قبل التنفيذ على أموال الكفيل أي وجوب التنفيذ على الأموال المستقلة بتامين عيني أولا وتناولت هذه الصورة المادة 663 من القانون المدني بعد عرض الاحكام العامة للدفع بالتجريد في المواد من 660 الى 662 من ق م ج.

وقد نصت تلك المادة على انه "إذا كان هناك تامين عيني خصص قانون او اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التامين او معه ولم يكن الكفيل متضامن مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل الابعد التنفيذ على الأموال التي خصصة لهذا التامين "وهذا النص يضع صورة خاصة من صور التجريد وهي لا تتعلق بالبدء أولا في التنفيذ على أموال المدين عامة ولكنها تتعلق بالبدأ بالتنفيذ على أي تامين عيني يكون قد خصص للوفاء.[1]

وتتميز هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد بانه لا يشترط فيها ان يكون هذا التامين كافيا للوفاء بدين الدائن على خلاف القاعدة العامة في الدفع بالتجريد حيث اشترط المشرع الجزائري ان تكون الأموال التي يرشد اليها الكفيل كافية الوفاء بكل دين الدائن[2] وتتميز هذه الصورة الخاصة كذلك بانه لا يشترط ان يكون التامين وإرضاء على ما لمملوك المدين على خلاف الأصل في التجريد.[3]

2-الدفع بالتقسيم:

يجوز لأي مدين او كفيل ان يطالب تقسيم الدين بينه وبين المدينين او الكفلاء الاخرين بنسبة حصته كل منهم

كما يثبت هذا الدفع لاحد الكفلاء الذي رجع عليه الدائن في موافقة البقية في حالة تعددهم وقد نصت المادة 664 من القانون المدني بقولها "إذا تعدد الكفلاء لدين واحد ويعقد و

[1] المواد 660 الى 662 و663 منال ق. م. ج.

[2] صائغي مبارك، الضمانات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص37.

[3] مقال حول اثار الكفالة فيما بين الدائن والكفيل، من الموقع www.alriyadh.com ص6.

غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن ان يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه في الكفالة اما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فان كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله الا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم "[1]

فيمكن للكفيل الذي رجع عليه الدائن لاستفاء حقه ان يدفع بتقسيم الدين بان يطالب الدائن كل الكفيل بقدر نصيبيه في الدين الذي كفله ان تعدد الكفلاء دون تضامن وان لم نصيب كل واحد قسم الدين بينهم بالتساوي [2]

ا) شروط الدفع بالتقسيم:

-ان يتعدد الكفلاء وعلى ذلك فاذا كان المدين كفيل واحد فان الدين لا ينقسم بينه وبين المدين أي لا مجال للكلام عن التقسيم لان الكفيل يكون وحده مسؤول عن الدين كله وهذا الشرط هو الفرض الأساسي الذي يقوم عليه الدفع بالتقسيم [3]

-ان يتعدد الكفلاء لدين واحد، اما إذا اختلفت الديون فلا وجه للتقسيم ولذلك لا يجوز لكفيل الكفيل ان يتمسك بتقسيم الدين بينه وبين الكفيل لان كل منهما يكفل دينا مختلفا فالكفيل يضمن التزام المدين اما كفيل الكفيل فهو يضمن التزام الكفيل [4]

-ان يتعدد الكفلاء بعقد واحد فاذا تعدد الكفلاء وكانوا قد التزموا بعقد واحد فان هذا يدل على ان كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الاخرين وبالتالي انصرفت نيته الى انه لا يلتزم الا بقدر نصبه ولذلك فان المشرع قرر تقسيم الدين فيما بينهم بقوة القانون م 664 من القانون المدني. [5]

---

[1] المادة 664 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[2] بوخاتم اسيا، مقياس التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 25.

[3] بوخاتم اسيا، المرجع نفسه، ص 26.

[4] اثار الكفالة فيما بين الدائن والكفيل، من الموقع www. Belabed. Cf ص 6.

[5] محمد الصبري السعدي، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة، دار الكتاب الحديث 2005 ص 58.

-ان يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم: لان هنا يجوز للدائن الرجوع على أي منهم، ويطالبه بالوفاء بكل الدين بأحكام التضامن، وبالتالي يحرم أي منهم من التمسك بحق الدفع بالتقسيم في مواجهة الدائن.[1]

-ان لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التقسيم: لان التقسيم وان كان يقع بقوة القانون الا انه ليس من النظام العام، وإذا تناول الكفيل عن الحق في التقسيم فانه يكون قد صار خطوة في سبيل التضامن مع المدين.[2]

ب) اثار الدفع بالتقسيم:

إذا توفرت الشروط السابقة الذكر فانه لا يحق للدائن ان يطالب أي من الكفلاء الا بقدر حصته من الدين، وإذا لم يتم الاتفاق على تحديد حصة كل كفيل في الدين قسم بينهم بالتساوي ويقع التقسيم فيما بين الكفلاء المتعددين وغير المتضامنين بقوة القانون ولو لم يطلب الكفلاء.[3]

ونتيجة لذلك للكفيل التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، هذا وإذا اعسر أحد الكفلاء، فان الدائن من يتحمل حصة المعسر ولا يمكن مطالبتهم بحصة المعسر لان الأصل في القانون الجزائري هو انقسام الدين بينهم بقوة القانون وهو يتحد من وقت انعقاد الكفالة وليس فقط من وقت المطالبة او الفصل في الدعوى.[4]

3-الدفع بإضاعة الدائن التأمينات:

نصت على هذا الدفع المادة 656 من القانون المدني بقولها: "تبرا ذمة الكفيل بالقدر الذي اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات

[1] اثار الكفالة فيمابين الدائن والكفيل، من الموقع www. Belaberd.cf ص 7.

[2] صائغي مبارك، مقياس العقود الخاصة، المرجع السابق، ص40.

[3] سعاد توفيق سليمان ابو المشايخ، عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه دراسة مقارنة أطروحة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نبلس، فلسطين، 2006 ص 30

[4] بوخاتم اسيا، مقياس التامينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 27.

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

نستنتج من نص المادة ان الدائن ان أهمل المحافظة على التأمينات بان أضاع بخطئه شيئا فان ذمة الكفيل تبرا بقدر ما اضاعه الدائن من هذه الضمانات وللكفيل ان يدفع مطالبة الدائن له واشترط لثبوت حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع تواجد شروط محددة وإذا ما توفرت وتمسك الكفيل به نتجت اثار معينة[2]

ا) شروط الدفع بضياع التأمينات:

ان يكون الدائن قد أضاع تامينا خاصا يضمن نفس الدين المكفول سواء كان هذا التامين شخصيا ككفالة أخرى او تضامن بين المدينين او كان تامينا عينيا كرهن رسمي او رهن حيازي او حتى اختصاص او حق امتياز ولا يشترط ان يكون هذا التامين قد تقرر وقت انعقاد الكفالة او قبل ذلك بل ينطبق الحكم ولو تقرر التامين بعد انعقاد الكفالة.

اما إذا أهمل الدائن في المحافظة على الضمان العام للمدين كما لو أهمل مطالبته متى اعسر، او عدم استعماله للدعوى غير المباشرة او الطعن في تصرفات المدين بدعوى عدم نفاذ التصرف فلا يثبت هذا الدفع للكفيل لان الدائن بإهماله هذا لم يضع تامينا خاصا هذا ويجب ان يكون التامين الخاص قد نشا ثم ضاع بخطأ الدائن. [3]

ب) إضاعة التأمينات بخطأ الدائن:

او بخطأ أحد الأشخاص التابعين له سواء تمثل خطا الدائن في فعل إيجابي كإبرائه لكفيل اخر او تناوله عن حق رهن او اتخذ شكل فعل سلبي كإهماله في قيد الرهن او تجديده[4]

---

[1] المادة 656 من الامر 75-58 المتضمن الق. م. ج.

[2] اثار الكفالة فيما بين الدائن والكفيل،Cf. www.belabed ص4.

[3] بوخاتم اسيا، مقياس التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص25.

[4] بوخاتم اسيا، مقياس القانون المدني المعمق، المرجع السابق، ص 26.

تنص المادة 657 على انه "تبرا ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تامين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وذلك تامين تقرر بحكم القانون "[1]

وهنا لا تبرا ذمة الكفيل بقدر كل ما ضاع من التأمينات بل بقدر نصيبه في المسؤولية عن هذا الضياع كما توزع المسؤولية بين الدائن والكفيل وفقا لقواعد الخطأ المشترك.

وينجر عن ضياع التأمينات ضرر للكفيل يعتبر الضرر محققا إذا كان التامين الذي اضاعه الدائن له قيمة اما إذا كان غير مقيد اوليس قيمة فان الدفع يكون عديم الجدوى

بعبارة أخرى يجب ان يكون التامين الضائع ذا قيمة معتبرة في ضمان حق الدائن وبالتالي في ضمان رجوع الكفيل على المدين بعد قيامه بالوفاء للدائن ولا يؤثر في هذا ان يكون المدين موسرا او ان هناك ضمانات أخرى تكفي للوفاء بكل الدين وعليه لا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع إذا كانت الضمانات التي اضاعها الدائن عديمة القيمة لأنه لا يترتب على ضياعها ضرر للكفيل.

ج) اثار الدفع بضياع التأمينات

إذا تحققت الشروط السابق ذكرها وتمسك الكفيل بهذا الدفع فانه يترتب على قبول من قبل المحكمة براءة ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من ضمانات اما إذا كانت التأمينات التي ضاعت تكفي للوفاء بكل الدين، فان ذمة الكفيل تبرا نهائيا اما إذا قلت قيمة التأمينات الضائعة عن قيمة التزام الكفيل فلا تبرا ذمته الا في حدود قيمة هذا التامين ويتوجب على الكفيل التمسك بهذا الدفع اذ لا يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها لأنه لا يتعلق بالنظام العام[2].

[1] المادة 657 من الامر 75-58 المتضمن الق. م. ج.

[2] اثار الكفالة فيما بين المدين والكفيل، من الموقع www.belabed.cf ص9.

4-الدفع بعدم اتخاذ الدائن إجراءات ضد المدين

ان مجرد تأخر الدائن في اتخاذ إجراءات الرجوع على المدين او عدم اتخاذها أصلا لا يترتب عليه سقوط حقه في المطالبة الكفيل ولو ترتب عن ذلك اضرار بالكفيل نتيجة اعسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عليه وهذا ما نصت عليه المادة 657 /1 من القانون المدني الجزائري "لا تبرا ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات او مجرد ان لم يتخذهما "غير ان ذلك لا يعني ان المشرع قد تخلى تماما عن حماية الكفيل امام فتح باب التعاون على مصراعيه للدائن.[1]

فاذا حل اجل الدين وخشى الكفيل ان يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين فله ان ينذر باتخاذه الإجراءات وذلك حتى يرفع الدائن دعوى على المدين او يبدا في اتخاذ الإجراءات التنفيذ ضده اذا كان بيده سند تنفيذي فان انقضت 6 اشهر من يوم الإنذار دون ان يبادر الدائن الى اتخاذ هذه الإجراءات برات ذمة الكفيل الا اذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا يضمن به الأخير الرجوع على الأول اذا ما اضطر للوفاء للدائن ويترتب على قبول هذا الدفع من قبل المحكمة رفض دعوى الدائن والحكم ببراءة ذمة الكفيل وهذا حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة: "غير ان ذمة الكفيل تبرا اذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال 6 اشهر من انذار الكفيل للدائن مالم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا"[2]

ومن هنا نستنتج ان الأصل ان المطالبة بالدين حق للدائن وليس واجبا عليه غير انه في عقد الكفالة يكون مصلحة للكفيل في حصول الدائن على حقه في الوقت المناسب وذلك حتى يبرا الكفيل من الدين إذا اوفى المدين دينه وكذلك حتى يتمكن الكفيل من الرجوع على المدين قبل ان يعسر الأخير إذا أخطر الكفيل الى الوفاء بالدين لذلك يجب حماية الكفيل في

[1] المادة 657 من الامر 75-58 المتضمن الق. م. ج.

[2] خلوفي، محاضرة القانون المدني، عقد الكفالة، كلية الحقوق، بودواو، 2010 ص 17.

جعل الدائن ملزما باتخاذ إجراءات المطالبة والتنفيذ في الوقت المناسب والمحدد حتى لا يضر بالكفيل.[1]

5-الدفع بعدم تدخل الدائن في تفلسه المدين

لقد فرض القانون على الدائن التدخل في التفليسة لأنها الوسيلة الوحيدة للحصول المدين على ما يمكن الحصول عليه فان قرر الدائن في اتخاذ هذا الإجراءات وترتب عليه ضياع فرصته في استيفاء بعض حقه فلا يجوز له الرجوع على الكفيل الا بما يزيد على القدر الذي كان سيحصل عليه من التفليسة لو دخل فيها.[2]

وان لم يدخل الدائن في التفليسة وطالب الكفيل بالوفاء بكل الدين جاز لهذا الأخير التمسك في مواجهة ببراءة ذمته بالقدر الذي اضاعه لعدم تدخله في التفليسة وله ان يتمسك بهذا الدفع في صورة دعوى للحصول على البراءة وهذا ما نصت عليه المادة 658 من القانون المدني بقولها "إذا أفلس المدين وجب على الدائن ان يتقدم بدينه في التفليسة والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن"[3]

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين

ان الكفيل إذا اوفى للدائن فله الحق في الرجوع على المدين بما دفع اما بالدعوى الشخصية او بدعوى الحلول والكفيل لا يحق له الرجوع على المدين الا إذا كان قد وفى فعلا الدين للدائن ورجوع الكفيل في هذه الحالة يقوم على ابسط مبادئ العدالة لان المدين أثرى عللا حساب الكفيل اذ ان دينه قبل دائنه قد انقضى بمال غيره وهو المدين ولذلك يجوز للكفيل ان يرجع على المدين طبقا للقواعد العامة للإثراء بلا سبب ويكون رجوع الكفيل باقل القيمتين، قيمة الاثراء وقيمة الافتقار.

[1] مرقس، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص51 52.

[2] اثار الكفالة فيما بين الدائن والكفيل، من الموقع، belabed المرجع السابق، ص 8 ،9.

[3] المادة 658 من الامر75-58 المتضمن الق. م. ج.

الفرع الأول: طرق رجوع الكفيل على المكفول

ان المشرع لم يكتف بإعطاء الكفيل الحق في الرجوع على المدين طبقا للقواعد العامة في الاثراء بلا سبب لكن تنظم رجوع الكفيل بشيء من التفصيل وأعطى له دعوتين دعوى شخصيته تستند الى عقد الكفالة ودعوى الحلول

أولا: الرجوع بالدعوى الشخصية

هي رجوع الكفيل على المدين على المدين يعد وفاء الدين سواء عقدت الكفالة بعلمه او بغير علم المدين كما تقوم الدعوى الشخصية على أساس فكرة الوكالة الصريحة او الضمنية اذ عقدت بعلم المدين ودون معارضة وتقوم على فترة الفضالة إذا ما ابرمت بغير علم المدين ويرجع عليه في هذه الدعوى بأصل الدين والمصاريف التي التزم بها،[1] كما ترمي الدعوى الشخصية الى حماية الحق الشخصي الذي يقابله التزام وهي رابطة قانونية بين الكفيل والمدين ولقيام الدعوى الشخصية وجب توفر عدة شروط:

1-شروط الدعوى الشخصية:

إذا انعقدت الكفالة دون معارضة المدين فللكفيل الحق في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية او بدعوى الكفالة حيث يجب ان تتوافر عدة شروط حتى يستطيع هذا الأخير الرجوع بهذه الدعوى وتتمثل هذه الشروط في:

ا) ان يقون الكفيل بالوفاء عند حلول الاجل

يشترط الرجوع الكفيل على المدين الوفاء عند حلول الاجل والمقصود بالأجل هو الاجل الأصلي للدين [2]

[1] العاقب عيسى، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة للحصول على درجة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1986 ص. 66.

[2] سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 109.

فاذا امتد الاجل بسبب منحة منحها الدائن للمدين فان هذا الامتداد لا يحتج به في مواجهة الكفيل فيجوز له ان يرجع على المدين بمجرد حلول الاجل الأصلي وعلى العكس اذ تنازل المدين عن الاجل الأصلي الممنوح له استيفاء الكفيل من هذا التنازل وحق له الرجوع على المدين عند حلول الاجل الجديد [1]

ب) ان يكون الكفيل قد وفى الدين:

ليتمكن الكفيل من الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية يجب ان يكون قد وفى فعلا وليس من الضروري ان يفي الكفيل الدين كله بل يكفي ان ينقضي الدين بما يقوم مقام الوفاء ولا تهم وسيلة الوفاء سواء كانت بالمقاصة او التجديد او اتحاد الذمة. [2]

كما يشترط ان يترتب على الوفاء براءة ذمة المدين والا لما أمكن للكفيل الرجوع عليه ولا يشترط لرجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين ان يكون قد قام بالوفاء بالدين كله ولا يستلزم لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية ان يكون الوفاء كليا.[3]

ج) ان تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين:

هناك اجماع في الفقه على انه يشترط ان تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين، والا انتقدت الحكمة من الرجوع بهذه الدعوى الخاصة التي تعطي للكفيل أكثر مما تعطيه القواعد العامة، وهو مالا يمكن تفسيره الا على أساس ان الكفيل قد اسدى خدمة للمدين وهو مالا يتصور إذا كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضة المدين وفي مثل هذه الحالة يكون للكفيل ان يرجع بدعوى الحلول او ان يرجع بدعوى الأثر بلا سبب طبقا للقواعد العامة.[4]

---

[1] بوخاتم اسيا، محاضرة في مقياس العقود المدنية المعمق، المرجع السابق، ص 53.

[2] فايز احمد عبد الرحمان خليل، عقد الكفالة في القانون المصرفي دار النهضة العربية، القاهرة 2017 ص85.

[3] كتوم محمد الشريف، محاضرة في التأمينات الشخصية عقد الكفالة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ملود معمري فيزي وزو، 2015 ص 39.

[4] صائغي مبارك، مقياس العقود الخاص، المرجع السابق، ص54.

د) ان يقوم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء:

على الكفيل اخبار المدين قبل قيامه بوفاء الدين والا سقط حقه في الرجوع عليه لكي يعترض المدين إذا كان قد وفى الدين، اما إذا كانت لديه أسباب تقضي ببطلان الدين او انقضائه فيجب ان يصل هذا لاعتراض في الوقت المناسب الذي يقدره القاضي ففي هذه الحالة على الكفيل الامتناع عن الوفاء.[1] وهذا ما أكدته المادة 670 من القانون المدني الجزائري "يجب على الكفيل ان يخبر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين والا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين او كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين او بانقضائه"[2]

2) مضمون الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)

تنص المادة 672 /2 من ق.م.ج على ما يلي: "يرجع بأصل الدين والمصروفات غير انه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل الا بالذي دفعه من وقت اخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده".

يتبين من خلال نص هذه المادة ان الكفيل يرجع على المدين بأصل الدين الذي دفعه وبالمصروفات التي أنفقها.[3]

ا) رجوع الكفيل بأصل الدين

أصل الدين هو كل ما قام الكفيل بدفعه الى الدائن لإبراء ذمة المدين ويشمل أصل الدين مقدار الدين الأصلي وفوائد هذا الدين سواء كان ينتج فوائد اتفاقية او قانونية مادامت تدخل ضمن الدين المكفول وتدخل فيه كذلك المصروفات التي دفعها الكفيل للدائن كمصروفات ورفع الدعوى.[4]

---

[1] كتوم محمد الشريف، المرجع السابق، ص40.

[2] المادة، 670 من الامر 75-58 المتضمن الق. م. ج.

[3] المادة 672 من الامر 75-58 المتضمن الق. م. ج.

[4] صائغي مبارك، مقياس العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 55.

ب) رجوع الكفيل بالمصروفات

يقصد بالمصروفات كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة وتلك التي انفقها الدائن في رجوعه على الكفيل واضطر الى ردها له ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل لكن لا يرجع الكفيل بهذه المصروفات على المدين الا بالذي دفعه من وقت اجباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده لان المدين متى اخطر بها قد يسارع الى الوفاء بالتزامه ويتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل او الدائن لو لم يخطر.[1]

ج) رجوع الكفيل بالتعويضات:

هو تعويض يرجع به الكفيل على المدين نتيجة ضرر أصابه من جراء الوفاء بالتزامه اذا يستطيع الكفيل الرجوع على المدين بما أصابه من ضرر نتيجة وفائه بالكفالة وفقا للقواعد العامة والتي تقضي برجوع الكفيل على مدينه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه.[2]

أي التعويض عن الاضرار التي اصابت الكفيل من اضطراره للوفاء بالدين والقانون المدني الجزائري في باب الكفالة لم ينص على التعويض ولكن يمكن الرجوع به الى القواعد العامة.[3]

ثانيا: رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول

في حالة وفاء الكفيل الدين للمدين واستيفاء حقه منه يحل محل الدائن متى يستطيع ان يرجع عليه بدعوى الحلول التي تعني ان الكفيل الذي وفى الدين ان يحل محل الدائن ويشترط لحلول الكفيل قد وفى الدين فعلا وان يقوم بهذا الوفاء عند حلول الاجل.[4]

---

[1] سي يوسف زاهية، مرجع سابق، ص112.

[2] د.محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، التأمينات العينية والشخصية عقد الكفالة، دار الكتاب الحديث، 2005، ص116.

[3] رمضان أبو الصعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص170

[4] صائغي مبارك، المرجع السابق، ص 56.

وهذا ما نصت عليه المادة 671 من القانون المدني "إذا وفى الكفيل الدين كان له ان يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين ولكن إذا لم يوفى الا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه الابعد ان يستوفي الدائن كل حقه من المدين ".

يعني ذلك ان الكفيل الذي وفى الدين ان يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين.[1]

1) شروط دعوى الحلول:

يشترط لكي يحل الكفيل محل الدائن في جميع حقوقه قبل المدين توفر جملة من الشروط المتمثلة في الوفاء بالدين والوفاء عند حلول الاجل واستيفاء الدين كاملا.

ا) الوفاء بالدين فعلا:

يتم الوفاء نقدا او بما يعادل الوفاء كالمقاصة او التحديد فاذا وفى الكفيل الدين كاملا فهنا يحل الكفيل محل الدائن في الحقوق بمجرد انقضاء الدين،[2] وان وفى الكفيل جزء من الدين ويوفى المدين الجزء الباقي فيحق للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول.[3] اما اذا استوفى الدائن جزء من حقه من الكفيل والجزء الباقي من شخص اخر غير المدين كان لهذا الشخص الاخر طبقا للقواعد العامة ان يحل محل الدائن في الرجوع على المدين بدعوى الحلول.[4]لكن الكفيل لا يمكنه الرجوع على المدين بدعوى الحلول الا بعد استيفاء الدائن حقه كاملا.[5]

[1] المادة 671 من الامر 75-58 المتضمن الق. م. ج.

[2] ما ذكر سابقا عن هذا الشرط عند دراسة شروط الدعوى الشخصية .

[3] بوخاتم اسيا، مقياس العقود الخاص المعمق، المرجع السابق، ص56.

[4] عبد الرزاق احمد السنهوري، التأمينات الشخصية العينية، المرجع السابق، ص 184.

[5] صائغي مبارك، المرجع السابق، ص56.

ب) الوفاء عند حلول الاجل:

أصبح من البديهي ان الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين الا بعد حلول اجل الدين الأصلي حتى لو اوفى الكفيل الدين قبل حلول الاجل.

اذن ليتمكن الكفيل من الرجوع على المدين بدعوى الحلول يجب ان يكون الوفاء قد وقع عند حلول الاجل الأصلي اما في حالة ما إذا قام بوفاء الدين قبل حلول الاجل وبغير رضا المدين فلا يمكن الرجوع عليه بهذه الدعوى[1]

وقد يفقد الكفيل حقه في الرجوع بدعوى الحلول إذا كان المدين وفى الدين او برئت ذمته بالمقاصة او اتحاد الذمة او أي دفوع تبرئ ذمة المدين من الدين وإذا امتد الاجل الأصلي المدين باتفاق بين المدين والدائن او بمهلة قضائية فانه لا يجوز للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول لان الكفيل يحل محل الدائن في حقوقه تجاه المدين.[2]

ج) حصول الدائن على كامل دينه:

الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول الا بعد استيفاء الدائن حقه كاملا، سواء كان ذلك من الكفيل وحده او من الكفيل ومن غيره.[3]

حسب المادة 671 فقرة 2 "...ولكن إذا لم يوفى الا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه الا بعد ان يستوفي الدائن كل حقه من الدين".[4]

[1] كتوم محمد الشريف، محاضرات في التأمينات الشخصية عقد الكفالة مرجع سابق ص41.

[2] بوخاتم اسيا، مقياس العقود الخاص المعمق، المرجع السابق، ص57.

[3] سفيان كريمة، اثار الكفالة بين الكفيل والمدين وغيرهم من الكفلاء، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018 ص 14.

[4] المادة671 من الامر 75-58 المتضمن الق. م. ج.

فاذ سمحا للكفيل بالرجوع على المدين بدعوى الحلول قبل ان يستوفي الدائن حقه كاملا فان الدائن قد يضار بهذا الرجوع لما قد ينشا من مزاحمة الكفيل له في رجوعه بالباقي من دينه قبل المدين فمن قواعد الوفاء مع الحلول الا يضار الدائن بحلول الموف محله.[1]

2) مضمون دعوى الحلول:

تنص المادتين 264 و671 من القانون المدني الجزائري على: المادة 264 "من حل محل الدائن قانونا او اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكلفه من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذي اداه من ماله من حل محل الدائن".

اما المادة 671 ق.م.ج تنص على ما يلي: "إذا وفى الكفيل الدين كان له ان يحل الدائن في جميع ماله من حقوق اتجاه المدين".

من خلال هذه المادتين السابقتين نستخلص ان:

ا) ان الكفيل يحل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص وبما يلحقه من توابع، مثلا إذا كان حق الدائن تجاريا فان الكفيل يحل محله في هذا الحق بهذه الصفة، ومن توابع الحق انه إذا كان منتجا لفوائد معينة فان الكفيل يستفيد من هذه الفوائد.

ب) ان الكفيل يحل محل الدائن في حقه بما يكفله من تأمينات والعبرة بالتأمينات الموجودة وقت الوفاء وبالحالة التي كانت عليها وقت هذا الوفاء.

ج) ان الكفيل يحل محل الدائن في حقه بما يرد على هذا الحق من دفوع أي ان المدين يستطيع ان يحتج في مواجهة الكفيل بكل الدفوع التي كانت له قبل الدائن.[2]

[1] سفيان كريمة، المرجع السابق، ص14.

[2] اسيا بوخاتم، محاضرة في مقياس العقود المدنية المعمق، ص 28، 29.

المبحث الثاني: انقضاء عقد الكفالة المصرفية كضمان للقرض

انقضاء عقد الكفالة المصرفية يعني زوال الالتزامات التي انشاها، وبما ان الكفالة تقوم على ضمان الوفاء الدين فهي تتبع هذا الالتزام في الوجود والانقضاء والصحة والبطلان وتنقضي بانقضاء الالتزام الأصلي، كما ان هناك أسباب أخرى تؤدي الى براءة ذمة الكفيل دون ان يرتب على ذلك انقضاء الالتزام الأصلي.

سوف نتناول بالتفصيل أسباب انقضاء الكفالة بالتبعية (المطلب الأول) وأسباب انقضاء الكفالة بطريقة اصلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: انقضاء الكفالة بصفة اصلية

الكفالة شأنها شأن باقي الالتزامات تنقضي بكل الأسباب العامة التي ينقضي بها كل التزام حسب ما هو معمول به في القواعد العامة، وهذا ما يتماشى مع الطبيعة العقدية لها، الا ان المشرع وحماية للشخص الكفيل كونه يقوم بضمان التزام غيره فانه امر له الحق في التمسك بانقضاء الكفالة في حالة ما إذا تسبب الدائن بضرر للكفيل، وسنحاول تلخيص هذه الدراسة في هذا المطلب من خلال تقسيمه لفرعين نتناول الأسباب العامة لانقضاء التزام الكفيل (الفرع الأول)، وسنعالج الأوجه الخاصة لانقضاء الكفالة المصرفية من خلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انقضاء التزام الكفيل لسبب من الأسباب العامة

ان لالتزام الكفيل مقوماته الخاصة وبالتالي له شروط صحة ووجود خاصة به، وينقضي دون انقضاء الالتزام الأصلي، وفي هذا السياق هناك أسباب عامة لانقضائه دون انقضاء الالتزام الأصلي وهي:

أولا: اتحاد الذمة

يمكن ان ينقضي التزام الكفيل باتحاد الذمة وذلك بدون ان ينقضي دين المكفول ويكون ذلك في حالة وفاة أحد أطراف عقد الكفالة أي الدائن او الكفيل ويرث أحدهما الاخر، فتتحد بذلك ذمتهما وتنقضي الكفالة ويستطيع ان يطالب المدين بالدين، وإذا كان المدين هو الذي ورث الكفيل فانه يستطيع ان يطالب المدين دون المطالبة بكفالة تضمنهن اما في حالة العكسية فيمكن ان يطالب بالدين الأصلي بصفة عادية.[1]

اما إذا اتحدت الذمة بين الكفيل والمدين بان يرث الكفيل المدين او العكس في هذه الحالة إذا أدى الكفيل الدين للدائن فهو يؤديه باعتباره مدينا أصليا لا كفيلا والعبرة من ذلك انه لا يستطيع ان يعود على نفسه إذا أدى الدين ككفيل، الا ان التزامه ككفيل يبقى قائما ومعتدا به إذا كان له كفيل اخر يكفله، حيث يكون التزام الكفيل قائما مستندا الى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء التزام هذا الأخير باتحاد الذمة.[2]

ثانيا: الابراء

إذا ابرا الدائن الكفيل من الكفالة برات لهذا الأخير دون انقضاء الدين المكفول من كون الدائن قد نزل عن الكفيل واستبق المدين الأصلي اما العكس فغير صحيح فلا يجوز ان يبرئ الدائن المدين دون تبرئة ذمة الكفيل ذلك لان زوال الأصل سيتتبع زوال التابع اما في حالة تعدد الكفلاء لا يؤدي الى براءة ذمة غيره من الكفلاء الاخرين وتجوز مطالبة كل منهم بقدر حصته إذا كانوا غير متضامنين او مطالبة أيا منهم بكل الدين بعد خصم حصة الكفيل الذي ابرا إذا كان الكفلاء متضامنين.

[1] داودي خليفة، المرجع السابق، ص66.

[2] حمداوي صورایة، ومسعودان فتيحة، الكفالة كتامين شخصي، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص62.

كما يعتبر ابراء ارجاع الدائن المستفيد للكفالة، وهو اما يسلمها للبنك مباشرة حيث يعتبر التسليم دليلا قطعيا على الغاء الكفالة او يسلمها الى العميل المدين ليتولى اعادتها الى البنك بعد ان قام هذا العميل بتنفيذ كل التزاماته تجاه الدائن المستفيد، حيث تتم هذه العملية غالبا من خلال الإجراءات التالية:

1-يتسلم البنك اخطار من الدائن المستفيد بانتهاء العميل من تنفيذ التزامه كليا.

2-يتلقى قسم المحاسبة بالبنك الاخطار، ويحرر وثيقة تسوية بقيمة الكفالة من أصل وصورتين، يرسل الأصل لعميله، وتستخدم الصورة كإشعار، يوجه لقسم الحسابات الجارية لإعادة الضمان التكميلي للعميل.

3-يقوم قسم المحاسبة بالبنك بإعداد ملخص انتهاء غرض الكفالة، ليتم شطبها أخيرا من سجلات البنك.

واذا رفض الدائن المستفيد ابراء ذمة البنك واجازت شرط الكفالة ذلك صراحة، كما اذا رفض كفالة الدفعة المقدمة في مجال الصفقات العمومية على شرط تخفيضيها تلقائيا بنسبة ما يدفع من مستحقات للعميل المدين، فإنها تصبح لا غية لان كامل قيمتها تكون مدفوعة عند دفع كامل مستحقات المدين العميل، وكذلك بالنسبة الى كفالة الدفعة النهائية التي يشترط فيها الغاؤها تلقائيا بمجرد استلام المشروع نهائيا، فيكون بذلك رفض الدائن المستفيد ابراء ذمة البنك بدون مبرر.[1]

ثالثا: التقادم

ينقضي التزام الكفيل دون انقضاء الدين المكفول والغالب ان يسري التقادم بالنسبة للدين الأصلي في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة لالتزام الكفيل وبالتالي ينقضيان في وقت واحد الا في حالة قطع التقادم بالنسبة للمدين دون قطعه للكفيل، فترتب عليه انقضاء التزام الكفيل

[1] محمد السعيد ليندة، الكفالة البنكية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، القسم الخاص، تخصص قانون اعمال، جامعة الجزائر1، 2018/2017 ص، ص322،323.

دون انقضاء التزام المدين الأصلي، على خلاف المشرع، المدني الفرنسي في المادة 2250 الذي ينص صراحة على ان قطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلي يقطع التقادم بالنسبة للكفيل لكن لم يرد نص مماثل في التشريع المصري القديم والحديث او التشريع الجزائري مما يعني ان التزام الكفيل قد ينقضي مستقبلا على الالتزام الأصلي بكل تسبب يمسه في ذاته.

كما ان قطع التقادم او وقف سريان مدته في مواجهة المدين في حالة تعدد المدنيين لا يقطعه او يوقف سريان مدته في مواجهة الكفيل ولو كان متضامنا مما يؤدي الى انقضاء التزام الكفيل بالتقادم مع بقاء الالتزام الأصلي قائما وما تبرا ذمة الكفيل بصفة اصلية مع بقاء المدين الأصلي ملتزما بالمدين.[1]

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة المصرفية

الأسباب الخاصة لبراءة ذمة الكفيل تكشف بوضوح عن فكرة التبعية في التزامه فالكفيل لا مصلحة له في الدين المكفول فهو ضامن لدين غيره وهو لا يتبرع بهذا الضمان لمدين اخر، فالكفيل يهدف أساسا الى تقوية ائتمان المدين للقيام فعلا بالوفاء بدينه ولكي تسير الأمور طبيعية في نظر الكفيل ينبغي ان يسعى الدائن الى المدين ويستوفي حقه منه ولا يعود بعد ذلك على الكفيل فاذا قصر الدائن في الرجوع على المدين او اضعف ضمانات الرجوع كان مسؤولا امام الكفيل وتبرا ذمة هذا الأخير بقدر ما أصابه من ضرر بسبب هذا التقصير وتعتبر براءة ذمة الكفيل في هذه الأحوال أسبابا خاصة لانقضاء التزام الكفيل، سنتناول هذه الأسباب وفقا لما يلي:[2]

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص، ص 194 -195.

[2] زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص .511

أولا: براءة ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات

نصت المادة 656 ق.م.ج على ما يلي تبرا ذمة الكفيل بالقدر الذي اضاعه الدائن بخطئه في الضمانات. لقد نصت هذه المادة على الضمانات فهي كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وأيضا كل التأمينات المقررة بحكم القانون.

وقرر هذا السبب لحماية الكفيل، لان الكفيل إذا وفر الدين فانه يحل محل الدائن فيما له من حقوق، ومعنى ذلك إذا كانت هناك تأمينات أخرى ضامنة لنفس الدين المضمون بالكفالة فان الكفيل الذي يوفي بهذا الدين يكتسب هذه التأمينات كلها في رجوعه على المدين او على غيره من الكفلاء فاذا أضاع الدائن بخطئه تامين من هذه التأمينات فانه يكون قد ضيع على الكفيل فرصة في استيفاء حقه الذي حل فيه محل الدائن، ويكون الجزاء على ذلك براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما اضاعه هذا الأخير من تأمينات.[1]

1-شروط انقضاء الكفالة بهذا السبب

-التامين الذي اضاعه الدائن تامينا خاصا:

بالرجوع الى الفقرة 2 من المادة 656 من القانون المدني الجزائري التي تنص على "ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون"

يقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين، فيجب اذن ان يكون الدائن قد أضاع تامينا خاصا، أيا كان مصدر هذا التامين، الاتفاق كالرهن الرسمي والرهن الحيازي، او القانون كحقوق الامتياز، او حكم القضاء أيا كان نوعه شخصيا كالكفالة او عينيا كالرهن واي كان تاريخ وجوده أي سواء وجد هذا التامين اثناء انعقاد الكفالة او بعدها.[2]

[1] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 124.

[2] رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن، ص، ص131 \132

وعلى ذلك يجب ان يستبعد من نطاق تطبيق هذا النص، ما قد يترتب على عمل الدائن من اضعاف للضمان العام، فالأصل انه لا يترتب على تباطؤ الدائن في اتخاذ الإجراءات براءة ذمة الكفيل حتى ولو اعسر المدين، وحتى ولو كان ذلك نتيجة لعدم قيامه بها أصلا.[1]

أيضا لا تبرا ذمة الكفيل إذا منح الدائن اجلا للمدين الا إذا ترتب على منح الاجل سقوط ضمان خاص كالحق في الحبس المقرر للبائع فهو يسقط إذا منح المشتري اجلا للوفاء بالثمن، وفي هذه الحالة تبرا ذمة الكفيل بسبب ضياع الحق في الحبس وليس سبب منح الاجل للمدين.[2]

كما لا تبرا ذمة الكفيل إذا قصر الدائن في الحصول على تامين خاص، فالتمسك بإضاعة التأمينات يقتصر فحسب على الحالة التي يكون فيها الدائن قد حصل على التامين ثم اضاعه.[3]

ب) ان يكون إضاعة التامين الخاص نتيجة خطا وتقصير من الدائن

يجب ان تكون إضاعة التامين الخاص نتيجة خطا من جانب الدائن لكي يستطيع الكفيل ان يتمسك ببراءة ذمته نتيجة إضاعته للتأمينات، فانه يجب ان يحدث ذلك نتيجة تقصير او خطا من جانب الدائن وهذا ما نصت عليه فقرة1 من المادة 656.

وخطا الدائن قد يكون بفعل إيجابي كالتنازل عن رهن، ويكون بفعل سلبي كأن يهمل في قيد الرهن.

وكما يكون الخطأ عملا قانونيا كما لو قام الدائن بأعمال أدت الى هلاك الشيء محل التامين هلاكا كليا او جزئيا.

---

[1] نبيل سعد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي، حق الاختصاص الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة) ، دار الجامعةالجديدة، مصر، 2007، ص426.

[2] سمير تناغو، المرجع السابق، ص92.

[3] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص133

ويستوي ان يكون الخطأ الذي اضاعه التامين الخاص شخصيا للدائن او واقعا من شخص مسؤول عنه قانونا كوكيله او تابعه.[1]

ج) تضرر الكفيل من ضياع التامين الخاص بخطأ من الدائن

يشترط ان يترتب على ضياع التامين حصول ضرر للكفيل، فاذا ينشا عن ضياعها أي ضرر للكفيل كما لو كانت التأمينات تافهة او إذا كانت التأمينات الباقية تكفي لتعويض الكفيل إذا اضطر للوفاء، فهنا لا تبرا ذمة الكفيل وعليه ان يثبت حصول الضرر له.[2]

2-الكفلاء الدين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم

يحق التمسك ببراءة ذمته كل كفيل شخصي متضامن او غير متضامن، فالكفيل غير المتضامن له التمسك ببراءة ذمته إذا ارتكب الدائن خطا يضع به التأمينات على الكفيل، ولا يستطيع الدائن ان يعتبر الكفيل غير المتضامن مسؤولا، فان مسؤوليته قد رفعت بالخطأ الذي ارتكبه الدائن.

وحتى ولو كان الكفيل متضامنا مع المدين فانه يستطيع ان يتمسك ببراءة ذمته اذا ارتكب الدائن خطا أضاع عليه التأمينات، فالقانون لا يميز بين الكفيل غير المتضامن في هذا الصدد.[3]

[1] بلمختار وفاء، انقضاء الكفالة المدنية بصفة اصلية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الأساسي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، الجزائر، 2016\2017 ص57

[2] زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء 16 في عقود الضمان والصلح والكفالة، دار الثقافة، لبنان، 1970، ص334

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء10، ص241.

1-رجوع الدائن على المدين:

ا) القاعدة العامة: لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل الا بعد رجوعه على المدين، استنادا الى الفقرة الأولى من المادة 660 من القانون المدني الجزائري فانه "لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين"[1]

ولذلك يجب على الدائن ان يرجع على المدين قبل ان يرجع على الكفيل او على الأقل ان يرجع على الكفيل والمدين معا إذا كان اجل التزامهما واحد وهذا كله في حالة عدم تضامن الكفيل مع المدين.[2]

ب) الاستثناء: هناك استثنائيين لا تطبق فيهما القاعدة العامة التي تقضي برجوع الدائن على المدين او لا قبل رجوعه على الكفيل الأولى حالة افلاس المدين فلا يجوز للدائن ان يرجع على المدين وانما عليه التقدم بالتفليسة حتى يمكنه بعد ذلك ان يرجع على الكفيل وحده طبقا للنص658 ق.م.ج اما الحالة الثانية حالة حصول الدائن على سند صالح للتنفيذ عليه اذ انه ليس بحاجة الى ان يرفع دعوى مدنية وانما يكفي ان يكلف المدين بالوفاء.[3]

2-وقت انذار الكفيل للدائن

لم تبين المادة السالفة الذكر الوقت الذي يجوز فيه الكفيل انذار الدائن بوجوب اتخاذ الإجراءات ضد المدين، ومع ذلك طبقا للقواعد فان الدائن لا يستطيع اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين الا عند حلول التزام المكفول أي اجل الالتزام الأصلي وقت استحقاق الدين او بعد استحقاقه، لكن لا يجوز للكفيل ان يقوم بتوجيهه الإنذار قبل وقت الاستحقاق والا كان عديم المعنى، فاذا حل وقت الاستحقاق الدين ومنح الدائن المدين اجلا جديدا فان ذلك لا

[1] المادة 660 من الامر 75-58 المتضمن الق. م. ج.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص130.

[3] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص 62.

يسري في مواجهة الكفيل ولا يجوز دون ثبوت حقه في اتخاذ إجراءات الإنذار مالم يكن قد ارتضى هذا الاجل الجديد.

كذلك على الكفيل ان يتمسك بهذا الحق، باعتباره ليس من النظام العام فلا يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها، ومنه يجوز للكفيل ان يتنازل عن هذا الحق صراحة او ضمنا.[1]

وبذلك يشترط لتمسك الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا، الا يكون الكفيل قد نزل عن التمسك بهذا الدفع والا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، كما يشترط ان يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع.[2]

ثالثا: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

نصت المادة 658 ق.م.ج على انه: "إذا أفلس المدين وجب على الدائن ان يتقدم بدينه في التفليسة والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن "...يتبن من خلال هذه المادة انه اذا اتضح ان افلاس المدين قد تحقق فيجب على الدائن ان يتقدم بدينه في التفليسة في الآجال المحددة قانونا ودون اهمال في ذلك، والا سقط حقه بمطالبة الكفيل بقدر لا يستطيع الحصول عليه من التفليسة، كما يستلزم الامر على الكفيل التمسك بهذا السبب وهو في نفس الوقت حقه من خلال الدفع او رفع دعوى على الدائن المقصر في تقديم دينه في التفليسة.[3]

وبالرجوع الى نص المادة 658 ق.م.ج نجد انها نصت على ان الدائن هو صاحب الحق في التقدم في تفليسة المدين بقولها: "إذا أفلس المدين وجب على الدائن ان يتقدم بدينه في

[1] نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 372.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 63.

[3] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص 118.

التفليسة"[1] ولذلك يشترط لبراءة ذمة الكفيل، ان يكون عدم تقدم الدائن في التفليسة نتيجة اهمال منه، وان يكون الإهمال قد سبب ضرر للكفيل.[2]

المطلب الثاني: انقضاء الكفالة البنكية بصفة تبعية الالتزام الأصلي

خاصية التبعية التي يتميز بها الكفيل تجعله ينقضي بنفس أسباب انقضاء الالتزام الأصلي، وبذلك ينقضي التزام الكفيل بنفس أسباب انقضاء الالتزام الأصلي، حيث ان هذه الأسباب نص عليها المشرع في ق.م.ج وتم اسقاطها على الكفالة كضمان للقرض، وتتمثل في انقضاء التزام الكفيل اما بصورة طبيعية وهي الوفاء (الفرع الأول) او بما يعادل الوفاء (الفرع الثاني) او بصورة أخرى وهي دون الوفاء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: انقضاء الالتزام الاصلي بالوفاء

إذا نفذ المدين الوفاء بالدين، انقضى التزام الكفيل بالتبعية كما انه إذا وفى المدين بجزء من الدين فان براءة ذمة الكفيل لا تكون الا في ذلك الجزء، ويكون للدائن ان يرجع بالباقي على المدين او على المكفول غير انه اذا وفى بالدين شخص غير المدين وحل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه، فان ذمة الكفيل لا تبرا لان ذمة المدين لم تبرا كذلك.

نفس الحكم يقع إذا أحال الدائن حقه الى دائن اخر، فالدين يظل قائما بكل ضمانات بما في ذلك الكفالة، ويبقى الكفيل مسؤولا في مواجهة الدائن الأصلي المحيل. اما إذا المدين التزم الى شخص اخر فان الدين يظل قائما لكن مع تغيير شخص المدين فان التزام الكفيل ينقضي الا إذا وافق على ضمان المدين الجديد لان الكفيل وضع ثقته في مدين معين بالذات فلا تتجاوز هذه الكفالة هذا المدين.[3]

---

[1] المادة 658 من الامر 75-58 ق.م.ج.

[2] بلمختار وفاء، المرجع السابق، ص 87.

[3] معزوز دليلة، مرجع سابق، ص137.

ويشترط أيضا ان يكون الوفاء الصادر من المدين صحيحا أي ان يكون الموفى مالك للشيء الذي وفى به وان يكون اهلا للتصرف فيه لتبرا ذمة الكفيل وفقا لأحكام نص المادة 260 ق.م.ج.[1]

وبمفهوم المخالفة إذا كان قد وفى دينه المكفول وفاء صحيح انقضى الدين المكفول وانقضى بالتبعية التزام الكفيل اما إذا لم يقبل الدائن الوفاء وأخطر المدين بغرض الدين عرضا حقيقيا كالإيداع فان العرض الحقيقي يقوم مقامه الوفاء إذا قبله الدائن او صدر حكم نهائي لحصته طبقا لنص274 ق.م.ج واذا رجع المدين في عرض بعد ذلك وقبل منه الدائن هذا الرجوع لم يكن لهذا الدائن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرا ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين ومعهم الكفيل.[2]

الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء

نص المشرع الجزائري على أربع أسباب لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء بالوفاء بمقابل، بالتجديد والانابة، بالمقاصة وباتحاد الذمة.

أولا: انقضاء الكفالة بالوفاء بمقابل

نصت عليه المادة 655 من القانون المدني: "اذ قبل شيئا اخر في مقابل الدين برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء".[3]

وطبقا لهذا النص فان المدين قد قضى الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل أي اتفق المدين مع الدائن على الاستعاضة عن الدين الأصلي بنقل ملكية شيء اخر من الدين الى

[1] محمد علي عبده، عقد الكفالة، منشورات الحقوقية، لبنان، 2005 ص182 .

[2] سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني (العقود المسماة) الطبعة الثالثة، دار توزيع الكتاب العربي، مصر، 1994 ص203.

[3] المادة 655 من الامر 75-58 المتضمن الق. م. ج.

الدائن وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 285 ق.م: "إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن شيء المستحق قام هذا مقام الوفاء".[1]

وينفذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا ومن ثم تبرا ذمة المدين من الدين الأصلي عن طريق هذا الوفاء بمقابل وتبرا ذمة الكفيل تبعا لذلك فتنقضي الكفالة بطريق تبعي وهو ما نصت عليه المادة 260 ق.م.ج بقولها: "يشترط لصحة الوفاء ان يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به وان يكون ذا أهلية للتصرف فيه".

والملاحظ ان الحكم الوارد في المادة655 من القانون المدني الجزائري انه من النظام العام اذ يمكن للدائن ان يشترط عند قبول الوفاء بمقابل ان يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل اذا استحق هذا المقابل.[2]

ثانيا: انقضاء الكفالة بالتجديد والانابة

يستخلص من نص المادة 287 ق.م.ج انه ينقضي دين المكفول بتحديد دينه، وذلك بتغيير المدينين او تغيير الدين في محله او مصدره او تغيير الدائن.[3]

تنص المادة 291 ق.م.ج على انه: "يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وانشاء التزام جديد مكانه ولا تنتقل التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي الا بنص من القانون او الا إذا تبين من الاتفاق او من الظروف ان نية المتعاقدين انصرفت الى غير ذلك"، ويتضح من هذا ان التجديد لا يحدث الا في حالة سداد كل التأمينات وانقضائها ومنها الكفالة كقاعدة عامة.[4]

[1] المادة 285 من الامر 75-58 السالف الذكر.

[2] داودي خليفة، المرجع السابق، ص، ص61 62.

[3] المادة 287 من الامر 75-58 السالف الذكر.

[4] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 113 .

قد قيدت ذلك المادة 293 من ق.م.ج وذلك بضرورة رضاء الكفيل اذ نصت على انه: "لا تنتقل الكفالة العينية او الشخصية ولا التضامن الى الالتزام الجديد الا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون".[1]

ويجب ان تكون نية التجديد واضحة حسب ما نصت عليه المادة 289 ق.م.ج "لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة او استخلاصه بوضوح من الظروف".[2]

فيما يخص الانابة يقصد بها انابة المدين لشخص اجنبي عن الالتزام ليقوم هذا الأخير بسداد دين المدين قبل الدائن المناب لديه ويشترط التزام الدائن بها ولا تقتضي الانابة ان تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين المنيب والغير المناب والانابة لا تؤدي الى انقضاء الالتزام الاصلي اذ يبقى الالتزام الأصلي للمدين الى جانب الالتزام الجديد للغير المناب مالم يتم الاتفاق في الانابة على التجديد باستبدال الالتزام السابق بالالتزام الجديد بتغيير المدين ففي هذه الحالة نكون امام تجديد او تبرا ذمة المدين المنيب تجاه الدائن المناب لديه مع اشتراط ان يكون الالتزام الجديد صحيح وان لا يكون الغير المناب معسرا وقت الانابة وعليه في الحالة التي تعتبر الانابة تجديد ينقضي الالتزام الأصلي وتنقضي معه الكفالة الضامنة له مالم يرضى الكفيل والمدين بانتقال الكفالة للالتزام الجديد فيظل الكفيل ملزم بالكفالة.[3]

ثالثا: انقضاء الكفالة بالمقاصة

هي طريق من طرق انقضاء الالتزام الغرض منها تسهيل عملية الوفاء بمنع الوفاء المزدوج وتتحقق المقاصة عندما يتلاقى دينان في ذمة شخصين اجتمعت في كل منهما صفة الدائن والمدين فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما.[4]

---

[1] المادة 293 من الامر 75-58 سالف الذكر.

[2] المادة 289 من الامر 75-58 سالف الذكر.

[3] سلخ امنة، المرجع السابق، ص 75 .

[4] محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 286.

والمقاصة لا تطبق الا بتمسك صاحبها بها حسب المادة 300 ق.م.ج "لا تقع المقاصة الا إذا تمسك بهما من له مصلحة فيها ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها"[1]ويحق للكفيل التمسك بها حتى ولو لم يتمسك بها المدين او الدائن والكفيل يمكنه التمسك بالمقاصة بما يجب على الدائن نحو المدين الأصلي في حين انه لا يجوز للمدين الأصلي التمسك بالمقاصة بما يجب للكفيل على الدائن لان العلاقة التي تربط بين الكفيل والدائن مستقلة عن العلاقة التي تربط بين الكفيل والمدين الأصلي.[2]

رابعا: انقضاء الكفالة باتجاه الذمة

ينقضي الدين المكفول باتحاد الذمة أي اذا اجتمع في الشخص الواحد صفة الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد فينقضي هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة، وهذا ما نصت عليه المادة 304 ق.م.ج ان الالتزام يقتضي قانون الى وجود شخصين مختلفين احدهما يكون دائنا والأخر يكون مدينا فاذا اجتمعت صفة الدائن والمدين في الشخص الواحد لأي سبب من الأسباب وبالنسبة الى دين واحد انقضى هذا الالتزام بسبب قيام عقبة قانونية دون مطالبة الشخص لنفسه بتنفيذ الالتزام من الأمثلة على اتحاد الذمة عند تسليم المستأجر بشراء العين المؤجرة من المالك المؤجر فهنا تجتمع صفة المؤجر والمستأجر لدى نفس الشخص وقد يتم اتحاد الذمة بسبب الوفاء كما لو اذا توفى الدائن وورثه مدينه او توفى المدين وورثه دائن فتجتمع صفة الدائن والمدين لدى الوارث في الدين ذاته من هنا يلاحظ ان في اتحاد الذمة فان صفتي الدائن والمدين تجتمعان لدى الشخص الواحد وبالنسبة لدين واحد.[3]

---

[1] المادة 300 من الامر 75-58 المتضمن الق. م.ج.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى، الجزائر 2011 ص114.

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، ج10 ، دار احياء التراث العربي بيروت لبنان، 2000 ص225.

الفرع الثالث: انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء

الحالات التي ينقضي بها الالتزام دون الوفاء على النحو التالي:

الابراء، استحالة التنفيذ، التقادم، فسخ العقد او ابطاله.

أولا: انقضاء الكفالة بالإبراء

وهذا ما نصت عليه المادة 305 ق.م.ج بقولها: "ينقضي الالتزام إذا برا الدائن مدينه اختياريا ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين".[1]

وهنا نستنتج انه إذا برا الدائن مدينه فان التزام المدين ينقضي، وينقضي بالتبعية التزام الكفيل اما ابراء ذمة الكفيل لا يترتب عليه ابراء ذمة الكفيل الأصلي.[2]

وبذلك يقصد بالإبراء تنازل الدائن صراحة او ضمنا عن حقه في استيفاء دينه اختياريا، متى وصل الى علم المدين، وعندئذ يسقط الالتزام بالإبراء وينقضي حق الدائن في مواجهة مدينه، فهو تصرف قانوني تبرعي يقع بالإرادة المنفردة للدائن وحده وتؤدي الى انقضاء الالتزام فالدائن يتنازل عن حقه دون مقابل، وهو ينتج أثره القانوني من تاريخ علم المدين به.[3]

ثانيا: انقضاء الكفالة باستحالة التنفيذ

يقصد باستحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء التزام البنك بصفة اصلية، استحالة تنفيذ التزام العميل الدين في مواجهة الدائن المستفيد المترتب على العقد الأصلي المبرم بينهما ويصبح الالتزام مستحيلا لسبب اجنبي لا علاقة للبنك به إضافة لما سبق ذكره عند انقضاء الكفالة بصفة تبعية لاستحالة تنفيذ الالتزام المكفول فانه يمكن تصور ان البنك اذا استحال عليه تنفيذ التزامه بالدفع للدائن المستفيد بسبب الحادث الفجائي القوة القاهرة اذا توافرت شروطها...الخ فلا يجوز للدائن المستفيد مطالبته بدفع مبلغ الكفالة ويتحمل الخسارة الناتجة

[1] المادة 305 من الامر 75-58 سالف الذكر.

[2] اسيا بو خاتم، مقياس التأمينات العينية والشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2016 ص36.

[3] محمد خلوفي، عقد الكفالة في القانون المدني، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول احكام عقد الكفالة في القانون في التشريع الجزائري، المنعقد يومي 25، 26 مارس 2013 كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، ص20.

على انقضاء التزام البنك على هذا النحو ولا يوجد امامه الا الرجوع على العميل المدين بموجب العقد الأصلي.

اما إذا كانت الاستحالة ترجع الى خطا البنك بان تأخر في الاستحالة لطلب الدائن المستفيد الدفع فانه يتحمل مسؤولية ذلك.

ثالثا: انقضاء الكفالة بالتقادم

تقادم الدين المكفول يؤدي الى انقضائه وفي نفس الوقت انقضاء التزام الكفيل حتى وإذا كان التزام هذا الأخير لم ينقضي بعد التقادم، كان يكون اجل التزام الكفيل ابعد من اجل التزام المدين الأصلي فيتقادم هذا الالتزام الأصلي قبل تقادم التزام الكفيل فتبرا ذمة الكفيل تبعا لبراءة ذمة المدين[1]وتنص المادة 321 ق.م على انه "لا يجوز للمحكمة ان تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدين او أحد دائنين او أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين..."[2]

رابعا: انقضاء الكفالة بفسخ العقد او ابطاله

الفسخ هو عبارة عن انهاء عقد الكفالة قبل انتهاء مدته وتحقيق الغرض من ابرامه، يمارسه طرف من أطراف العقد اذا اخل الطرف الاخر بالتزام اوجب هذا العقد عليه وبالنسبة لعقد الكفالة المصرفية يرى الفقه ان الفسخ لا يتحقق الا اذا كان الاخلال بالتزام جوهري أساسي او اذا اتفق الأطراف على حق الفسخ اذا اخل احدهما باي التزام، اما الالتزامات الغير الجوهرية التي لا يترتب على عدم تنفيذها الاضرار بمصلحة احد الأطراف او استحالة التنفيذ فلا ترتب الفسخ حالة عدم تنفيذ.[3]ويترتب على الفسخ إعادة المتعاقدين للحالة التي كانا عليه قبل التعاقد واذا استحال ذلك جاز للمحكمة ان تحكم بالتعويض فبالنسبة لعقد الكفالة اذا دفع

[1] داودي خليفة، المرجع السابق، ص65.

[2] المادة 321 من الامر 75-58 سالف الذكر.

[3] سلخ امنة، المرجع السابق، ص 99.

المدين مبلغ عمولة يستردها وتنقضي الكفالة بالفسخ.[1]فسخ الالتزام الأصلي الذي صدرت الكفالة لضمانه يؤدي الى انقضاء الكفالة فهي عقد تبعي في وجودها ونفاذها الالتزام الأصلي، اما فسخ عقد الكفالة لا يؤدي الى انقضاء الالتزام الأصلي فهو مستقل عنها ويظل قائما لو فسخت.[2]

بالنسبة لإبطال العقد نفس الشيء فاذا كان العقد الذي انشا الدين المكفول قابل للإبطال، وأبطل بأثر رجعي زال الدين المكفول بأثر رجعي وزالت بزواله الكفالة بأثر رجعي.[3]

[1] المادة 112 من الامر 75-58 سالف الذكر.

[2] انظر الفصل الأول خاصية التبعية (خصائص عقد الكفالة المصرفية)

[3] سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني، مذكرة تخرج، المعهد اوطني للقضاء 2004 ص. 51

الخاتمة

الخاتمة

الكفالة المصرفية من عقود الضمان المالي وباعتبارها أداة تامين وائتمان فهي تتمثل في ضم ذمة الى ذمة أخرى في المطالبة بالدين وهي لا تخرج عن القواعد العامة للكفالة المنصوص عليها في القانون المدني، يلجا من خلالها المدين للبنك ليضمن له سداد دينه المترتب في ذمته تجاه دائنه حين يمتنع عن السداد، وقد يكون اللجوء للكفالة بالسعي من الدائن الراغب في ضمان سداد دينه في موعد استحقاقه.

اذن فعقد الكفالة عقد بين الكفيل والمدين، اما المدين الأصلي فليس طرف فيه، فقد رتب عقد الكفالة مجموعة من الخصائص يمتاز بها عن بعض الأنظمة المشابهة له، فيعتبر هذا الأخير عقد رضائي وملزم لجانب واحد إضافة الى انه عقد تبعي.

اما أنواع الكفالة فقد اقتصر تقسيمها على ثلاثة أنواع، اول نوع وهو الكفالة بحسب مصدرها وقد احتوى هذا النوع على الكفالة الاتفاقية والقانونية إضافة الى الكفالة القضائية، والثاني أنواع الكفالة بحسب طبيعتها الذي يحتوي على الكفالة المدنية والكفالة التجارية، لننتقل الى النوع الأخير وهو الكفالة بحسب التزام الكفيل والذي اشتمل على كل من الكفالة الكلية والجزئية والمحددة.

لقد درسنا النظام القانوني للكفالة المصرفية من خلال شروط انعقادها وبيان نطاق تطبيقها، وذلك من خلال تحديد الأركان الموضوعية وهي الرضا والمحل والسبب، إضافة الى الركن الشكلي وهي الكتابة، أي الأركان العامة التي يقوم عليها أي عقد مدني.

بما ان الكفالة عبارة عن عقد فيترتب عن هذا العقد اثار ونتائج تنصرف الى اطراف هذا العقد، وتكمن هذه الاثار في ثلاث علاقات بين أطرافها يرتبها هذا العقد، على علاقة بين الكفيل والدائن، تتمثل في حق الدائن في مطالبة الكفيل وحقه في التنفيذ على أمواله وكما يحق للكفيل رد المطالبة بما يتسن له من الدفوع، والعلاقة الثانية تكون بين الكفيل والمدين

وتتمثل في حق الرجوع الكفيل على المدين في حالة وفائه بالدين مكانه، اما العلاقة الأخيرة فتكون بين الكفيل وغيره من الكفلاء، وتتمثل في حق رجوع الكفيل الموفي بالدفع بالتقسيم في حالة توفر شروطه، وكذلك الحق في العودة على المدين بالدعوى الشخصية ودعوى الحلول.

بما ان الكفالة المصرفية هي مصدر العلاقة بين الدائن والمدين فان هذه العلاقة تنقضي وفق عدة أساليب للانقضاء تختلف من حيث مفهومها ومضمونها، تناولها المشرع الجزائري في القانون المدني في أبواب، والاصل في هذه الأساليب هو الوفاء بالالتزام لكن قد يكون الانقضاء بما يعادل الوفاء، كما نظم المشرع الجزائري أسلوب أخر ينقضي به الالتزام دون الوفاء وذكر صور أيضا لهذا الأسلوب وهي الابراء، استحالة التنفيذ والتقادم المسقط وهذا مكنا قد تطرقنا اليه بالدراسة والبحث واستنتجنا في الأخير ان هذه الصور تتفق في اثارها على الالتزام بحيث ينقضي بها الالتزام الأصلي وتنقضي توابعه من تأمينات عينية وشخصية، وعند تناولنا هذه الاثار بالنسبة للتقادم المسقط لحظنا انه ينقضي الالتزام بالتقادم المسقط ولكن قد يتخلف التزام طبيعي في ذمة المدين، أي ان التقادم المسقط يقضي على عنصر المسؤولية في الالتزام تاركا عنصر المديونية قائما.

كما تتمتع الكفالة المصرفية بامتيازات خاصة بها والتي تتمثل في:

انها تعمل على توفير الثقة بين المتعاقدين وتساعد على حسن تنظيم الاعمال وتفادي أي اعطال او معوقات ترتبط بتأخير العمل مما يؤدي بدوره الى تدفق الأموال لأغراض الاستثمار في العديد من النشاطات تطلب تقديم كفالة صادرة من احد البنوك لأداء الاعمال وحسن تنفيذها.

كما تضع تحت يد العميل أداة للثقة والائتمان اذ تمكنه من ان يقدم لدائنه ضمان كافيا من خلال الحصول على ما يحتاجه من المال او الآجال، كما تعود بالربح على البنك من خلال الفائدة والعمولة التي يتقاضها البنك جراء هذه الكفالة.

ان الكفالة المصرفية كفالة مستقلة ذات طابع تجاري تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

بالرغم من المزايا التي تتميز بها الكفالة فانه هناك نقائص في المجال القانوني والتطبيقي تقلل من فعاليتها في تحقيق الحماية للدائن البنك.

فمن جهة نجد ان خاصية التبعية التي ينتج عنها حق تمسك الكفيل اتجاه الدائن بكل الدفوع التي يمكن ان يدفع بها المدين الأصلي، والتي قد تؤدي الى بطلان او ابطال او فسخ او انقضاء عقد الكفالة، إضافة الى ذلك يجد الدائن صعوبة في تقدير الذمة المالية للكفيل، وبالتالي قد يتعرض الى خطر عدم استيفاء حقوقه من جراء اعسار الكفيل الى جانب اعسار المدين الأصلي، وكذلك مزاحمة بقية الدائنين الاخرين له سواء كانوا عدين او أصحاب حقوق خاصة وذلك نظرا لعدم تمكن الدائن من معرفة ما اذا كان الكفيل قد انشا الالتزامات من نفس النوع لصالح الدائنين الاخرين.

ومن خلال دراستنا هته توصلنا لمجموعة من النتائج القانونية التي سنعرضها كالتالي:

-الكفالة المصرفية هي عقد ينتج عنه علاقة بين الدائن والمدين فهي علاقة الزامية بالتبعية.

-الكفالة المصرفية عقد يوفر مزايا للدائن والمدين من خلال توفير الائتمان والثقة في المعاملات التجارية عن طريق البنك الذي هو وسيط مالي واداة ائتمان، وهذا مايؤثر إيجابا على الاقتصاد الوطني والتبادل التجاري.

-مفهوم عقد الكفالة المصرفية في قانون النقد والقرض يختلف عن مفهوم عقد الكفالة وعقد القرض في القانون المدني، حيث القانون النقد والقرض يعتبر الكفالة المصرفية نوع من أنواع القروض وهو مفهوم اقتصادي لعقد الكفالة، عكس القانون المدني الذي يعتبرها عقد من عقود الضمانات المالية واداة تامين وائتمان.

-الكفالة المصرفية لها نظام قانوني خاص يخضع في جانب منه للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، غير ان هذا لا يخرجها من طابعها التجاري المتميز عن الكفالة المدنية فهي مستقلة عنها.

-الكفالة المصرفية هي من الضمانات غير المستقلة لأنها تستند الى التزام اخر من غير التزامها بين الدائن والمدين وهو التزام بين المدين المكفول والدائن.

في الأخير سنقدم من خلال دراستنا لهذا الموضوع التوصيات التالية:

-ضرورة تنظيم المشرع الجزائري لأحكام الكفالات المصرفية في القانون التجاري وقانون النقد والقرض وبدل اخضاعها لأحكام الواردة في القانون المدني المتعلقة بأحكام الكفالة المدنية او إضافة نصوص قانونية مستقلة خاصة بالكفالة المصرفية.

-ضرورة وجود نظام خاص بالكفالة المصرفية ليكون دليل عمل تطبيقي للبنوك في هذا المجال يضمن توحيد وتسهيل الإجراءات بينها ويكون اصدار هذا النظام من طرف البنك الجزائر باعتبارهم هيئة رقابية وتنظيم للبنوك التجارية.

-ضرورة وجود اجتهاد قضائي موحد باجتماع غرف المحكمة العليا لإزالة لبس حول عقد الكفالة المصرفية فيما يخص مسالة التضامن بين المدين والكفيل والقانون الواجب التطبيق في الكفالة المصرفية.

قائمة المصادر

والمراجع

أولا: المصـــادر

1) البخاري" أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري"، صحيح البخاري الترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي مراجعة: احمد محمد معوض، مكتبة باض، المنصورة، عزبة عقل 2011.

ثانيا:المراجع

1-الكتب:

1) ايمان نابوش، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الرابع، عمليات البنوك "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
2) بوكعبان عكاشة، القانون المصرفي الجزائري، منشورات دار الخلدونية الجزائر، 2017.
3) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 49
4) د.محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، التأمينات العينية والشخصية عقد الكفالة دار الكتاب الحديث 2005.
5) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن
6) رمضان أبو الصعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، 2007
7) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء 16 في عقود الضمان والصلح والكفالة، دار الثقافة، لبنان، 1970

8) سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني (العقود المسماة) الطبعة الثالثة، دار توزيع الكتاب العربي، مصر، 1994.

9) سمير عبد السيد تتاغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز) منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996

10) سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، الطبعة 4، دار هومة للطباعة، الجزائر 2012 ص33.

11) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، ج10، دار احياء التراث العربي بيروت لبنان، 2000.

12) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء10، ص241.

13) عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر 1994

14) علي جمال الدين عوض الاعتمادات المصرفية وضماناتها دار النهضة العربية، مصر 1994.

15) فايز احمد عبد الرحمان خليل، عقد الكفالة في القانون المصرفي دار النهضة العربية، القاهرة 2017

16) محمد الصبري السعدي، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة، دار الكتاب الحديث 2005

17) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة، الطبعة 1 دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011

18) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى، الجزائر 2011.

19) محمد علي عبده، عقد الكفالة، منشورات الحقوقية، لبنان، 2005
20) محمود الكيلاني، عمليات البنوك دراسة مقارنة، المجلد الرابع، دار الثقافة والنشر، جامعة عمان الأهلية، الطبعة 1، 2008
21) مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك (دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006
22) نبيل سعد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي، حق الاختصاص الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007
23) هاني دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الحديثة، مصر، 2003

2-الرسائل والمذكرات الجامعية:

ا) رسائل الدكتوراه:

1) شريك سعيد، خطاب الضمان، والتجارة الخارجية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون اعمال، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، الجزائر، 2020.
2) محمد السعيد ليندة، الكفالة البنكية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، القسم الخاص، تخصص قانون اعمال، جامعة الجزائر 1\2018/2017.

ب) مذكرات الماجستير:

1) ايمان نجرو، التحليل الائتماني ودوره في ترشيد عمليات الاقتراض، مذكرة ماجستير، جامعة تشريف، سوريا، 2006-2007.
2) سعاد توفيق سليمان ابو المشايخ، عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه دراسة مقارنة أطروحة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نبلس، فلسطين، 2006

3) العاقب عيسى، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة للحصول على درجة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1986.

4) وداد باقي، الكفالة في قانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق ببودواو، جامعة بومرداس، الجزائر، 2009.

ج) مذكرات الماستر:

1) بلمختار وفاء، انقضاء الكفالة المدنية بصفة اصلية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الأساسي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، الجزائر، 2016\2017.

2) حمداوي صوراية ، مسعودان فتيحة ، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة ماستر ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2013.

3) داودي خليفة، كواش احمد، النظام القانوني للكفالة المصرفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، 2019.

4) رقية جبار، الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية، مذكرة تخرج، جامعة المدية.

5) زيعة ابتسام ، دور الكفالة المصرفية في تفعيل استثمارات التنمية المحلية (دراسة حالة على مستوى بنك القرض الشعبي الجزائري وكالة جيجل) مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الاقتصادية ، تخصص إقتصاد نقدي و بنكي ، جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل ، الجزائر ، 2016-2017.

6) سفيان كريمة، اثار الكفالة بين الكفيل والمدين وغيرهم من الكفلاء، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.

7) سلخ أمينة، الكفالة المصرفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اعمال، جامعة احمد ادرار، 2017.

8) سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني، مذكرة تخرج، المعهد اوطني للقضاء 2004.

9) شعبان فرح، العمليات المصرفية وادارة المخاطر، محاضرات ملقاة، على طلبة ماستر تخصص اقتصاديات مالية والبنوك، جامعة البويرة، الجزائر، 2013-2014.

10) عاشور زينب، ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، 2019.

11) ياسمين ذويب، ضمانات القروض البنكية، مذكرة لينيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ام البواقي، الجزائر، 2019/2018.

3-المقالات والمداخلات:

محمد خلوفي، عقد الكفالة في القانون المدني، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول احكام عقد الكفالة في القانون في التشريع الجزائري، المنعقد يومي 25، 26 مارس 2013 كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، ص20.

4-المحاضرات:

1) احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص محاضرات ملقاة على طلبة كلية الحقوق جامعة ببنها، مصر، المستوى الرابع، الفصل الثاني، 2003.

2) احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص محاضرات ملقاة على طلبة كلية الحقوق جامعة ببنها، مصر، المستوى الرابع، الفصل الثاني، 2003.

3) اسيا بو خاتم، مقياس التأمينات العينية والشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2016.

4) خلوفي، محاضرة القانون المدني، عقد الكفالة، كلية الحقوق، بودواو، 2010

5) كتوم محمد الشريف، محاضرة في التأمينات الشخصية عقد الكفالة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ملود معمري فيزي وزو، 2015.

6) معزوز دليلة، محاضرات في مقياس التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي، الكفالة) مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص قانون خاص، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، 2020-.2021

5-النصوص القانونية:

أ) النصوص **التشريعية**:

1) الامر رقم 58-75، مؤرخ في 26سبتمبر، 1975يتضمن القانون المدني، الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم ,05-07المؤرخ في 13 مايو 2007

2) الآمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم.

3) الامر رقم 03-11 المؤرخ في 26 اوت 2003،و المتعلق بالنقد و القرض ،ج رع 44 الصادرة بتاريخ 26 جويلية2009، المعدل و المتمم بموجب الامر 10- 04 المؤرخ في 26 اوت 2010 ،ج،ر،ع 50الصادرة بتاريخ01 سبتمبر 2010، المعدل و المتمم. و المتمم بالقانون 17-10 المؤرخ في 11اكتوبر 2017 ج،ر،ع 57 الصادرة بتاريخ 12 اكتوبر 2017.

ب) النصوص التنظيمية:

1) نظام بنك الجزائر رقم 08-04 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1429 الموافق ل 23 ديسمبر 2008 المتعلق بالحد الادنى لرأس مال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر.

2) نظام بنك الجزائر رقم 09-03 المؤرخ في 26 مايو 2009 المتعلق بشروط البنوك المتعلقة على العمليات المصرفية.

6-المواقع الالكترونية:

الموقع www. Belabed. Cf

www.alriyadh.com

7-المراجع الأجنبية:

Denis Philippe. Cours de droit bancaire. Université catholique de Louvain. France. 2014

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

قائمة المختصرات:

المقدمة: .....أ

الفصل الأول: : الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة المصرفية 5

المبحث الأول: مفهوم الكفالة المصرفية 6

المطلب الأول: تعريف الكفالة المصرفية 6

الفرع الأول: تعريف الكفالة المصرفية فقها وقانونا 6

أولا: فقها 7

ثانيا: تعريف الكفالة قانونا 8

الفرع الثاني: خصائص الكفالة المصرفية 9

أولا: الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد 9

ثانيا: الاعتبار الشخصي في عقد الكفالة المصرفية 10

ثالثا: الرضائية في عقد الكفالة 10

رابعا: الطابع التبعي لعقد الكفالة المصرفية 10

خامسا: تجارية عقد الكفالة المصرفية: 11

الفرع الثالث: تمييز عقد الكفالة عن العمليات المشابهة لها 11

أولا: التمييز بين الكفالة المصرفية.....11

ثانيا: عقد الكفالة والاعتماد المستندي 12

ثالثا: الكفالة وتامين الضمان.....13

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة البنكية وأنواعها 14

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لكفالة البنكية.....14

أولا: الكفالة المصرفية عقد تجاري.....14
ثانيا: الاختصاص.....15
ثالثا: الكفالة المصرفية ائتمان شخصي.....16
رابعا: الكفالة التزام بالتوقيع 16
الفرع الثاني: أنواع الكفالة المصرفية.....16
أولا: أنواع الكفالة المصرفية من حيث مصدرها 17
ثانيا: أنواع الكفالة المصرفية من حيث مسؤولية الكفيل.....18
ثالثا: أنواع الكفالة المصرفية من حيث طبيعتها 19
رابعا: تقسيمات أخرى للكفالة المصرفية.....19
المبحث الثاني: انعقاد الكفالة المصرفية 21
المطلب الأول: أركان الكفالة المصرفية 21
الفرع الأول: الشروط الموضوعية للكفالة المصرفية 21
أولا: التراضي في عقد الكفالة 21
ثانيا: المحل في عقد الكفالة 24
ثالثا: السبب.....25
الفرع الثاني: الشروط الشكلية للكفالة المصرفية 25
أولا: الكتابة لإثبات عقد الكفالة المصرفية 25
ثانيا: البيانات المتطلبة في عقد الكفالة المصرفية 25
الفرع الثالث: أطراف عقد الكفالة المصرفية 26
أولا: العميل المكفول.....26
ثانيا: المصرف الكفيل 27
ثالثا: المستفيد 27

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية.....28
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الوطنية.....28
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الدولي 28
أولا: مرحلة ما قبل تعيين القانون الواجب التطبيق.....29
ثانيا: مرحلة تعيين القانون الواجب التطبيق 29
الفصل الثاني: آثار وانقضاء الكفالة المصرفية.....33
المبحث الأول: اثار الكفالة المصرفية 34
المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن 34
الفرع الأول: الضوابط التي تحكم مطالبة الدائن للكفيل 34
أولا: وجوب حلول اجل الدين بالنسبة للكفيل 35
ثانيا: رجوع الدائن على المدين قبل الكفيل.....36
الفرع الثاني: الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة 37
أولا: الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي.....37
ثانيا: الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة.....38
المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين 47
الفرع الأول: طرق رجوع الكفيل على المكفول.....48
أولا: الرجوع بالدعوى الشخصية 48
ثانيا: رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول.....51
المبحث الثاني: انقضاء عقد الكفالة المصرفية كضمان للقرض 55
المطلب الأول: انقضاء الكفالة بصفة اصلية 55
الفرع الأول: انقضاء التزام الكفيل لسبب من الأسباب العامة 55

أولا: اتحاد الذمة.....56
ثانيا: الابراء.....57
ثالثا: التقادم.....58
الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة المصرفية.....58
أولا: براءة ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.....59
ثالثا: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين.....63
المطلب الثاني: انقضاء الكفالة البنكية بصفة تبعية الالتزام الأصلي.....64
الفرع الأول: انقضاء الالتزام الاصلي بالوفاء.....64
الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء.....65
أولا: انقضاء الكفالة بالوفاء بمقابل.....65
ثانيا: انقضاء الكفالة بالتجديد والانابة.....66
ثالثا: انقضاء الكفالة بالمقاصة.....67
رابعا: انقضاء الكفالة باتجاه الذمة.....68
الفرع الثالث: انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء.....69
أولا: انقضاء الكفالة بالإبراء.....69
ثانيا: انقضاء الكفالة باستحالة التنفيذ.....69
ثالثا: انقضاء الكفالة بالتقادم.....70
رابعا: انقضاء الكفالة بفسخ العقد او ابطاله.....70
الخاتمة:.....73
قائمة المراجع.....77
فهرس الموضوعات.....86