وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

النظام القانوني للكفالة المصرفية

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانونأعمال

- إعداد الطالبين :- داودي خليفة بإشراف الدكتور:-عبادة احمد

-كواش أحمد

لجنة المناقشة:

1) الأستاذ:محمودي رشيد..... .رئيسا.

2) الدكتور:عبادة احمد..... مشرفا و مقررا.

3) الأستاذ:كرتوس انيسة.....مقررا.

السنة الجامعية :2018/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و عرفان

مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم " من لم يشكر الناس لم يشكر الله"

الحمد لله الذي أنار درب العلم وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا على انجاز هذا العمل.

أن نتوجه بالشكر الجزيل ووافر الامتنان والعرفان إلى كل من ساعدنا على انجاز هذا العمل ونخص بالذكر الأستاذ المشرف "عبادة أحمد" الذي لم يبخل علينا بنصائحه وإرشاداته التي أنارت لنا الطريق لأخر لحظة من انجازنا لهذا العمل.

كما نتقدم بالشكر إلى لجنة الإشراف المتمثلة في السادة محودي رشيد

و كرتوس أنسية

كما نشكر كل من ساعدنا في انجاز هذا المذكرة من قريب أو من بعيد.

تحية شكر وتقدير وأرجو من المولى أن يجزيهم عنا أحسن الجزاء.

إهداء

إلى من أعشقهما وأنحني أمامهما تذللا واحتراما " أمي وأبي"

أطال الله في عمرهما وأدامهما تاجا على رأسي

إلى فخري وسندي في هذه الحياة

إخوتي وزوجاتهم وأخواتي وأزواجهم وأولادهم

إلى زوجتي التي وفرت لي الراحة و السكنية للإتمام هذه المذكرة

إلى جميع أبنائي الذي أعتز بهم

حفضهم الله جميعا ورعاهم من كل سوء

خليفة

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

اهدي ثمرة جهدي هذا الى الوالدين الكريمين حفظهما الله ورعاهما واطال في عمريهما.

الى سندي في الحياة اخوتي الاعزاء

الى اخوتي في ديار الغربة زاكي وحمزة ،

الى عائلتي الصغيرة واخص بالذكر زوجتي الغالية ن وقرة عيني ابني البراء

الشكر الجزيل لمن قدم لي يد العون من اجل انجاح هذا العمل ، اخص بالذكر الاستاذ احمد عبادة و صديقي محمد طواهير

الى كل اصدقائي كل باسمة ، ولا انسى الطاهر رحمه الله

الى زميلي في هذا العمل خليفة داودي

والى كل من رافقني في درب الدراسة وذاق معي طعم النجاح

اهدي هذا العمل المتواضع

أحمد

مقـــدمـــة

مقدمـة:

تتطلب حاجيات الفرد الشخصية والمهنية إجراء مجموعة من التصرفات والمعاملات، وإذا كان الأصل في الفرد، وهو يجري تلك التصرفات، أنه واسع و مليء الذمة، فإن اقتضى الحال تأجيل ما عليه من أداء مالي، فيصبح بذلك مدينا، ومن القواعد المقررة في قانون الالتزامات والعقود لحماية دائني هذا الأخير، أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه وفق ما جاء في قانون المدني.

ونظرا لأن هذه النصوص القانونية غير كافية لاستيفاء الدائنين لديونهم مما أدى بالدائن إلى البحث عن آليات أخرى يدفع بها إعسار المدين وغشه أو إهماله، سميت بالضمانات الخاصة، والتي تتوزع بين الضمانات العينية التي تعني تخصيص مال معين كضمانة للوفاء بأصل الدين، ومن صورها الرهن بمختلف أشكاله (الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، الرهن التجاري...)، أما الضمانات الشخصية فيقصد بها ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي فيصبح للدائن أكثر من مدين واحد، و تعد الكفالة أحد أكثرها شيوعا في المعاملات.

كما تعتبر الضمانات الشخصية أسبق في الظهور من الضمانات العينية لأكثر من سبب منطقي، إذ أن المدين في الغالب من الطبقات الفقيرة مما يعني انعدام أموال منقولة أو عقارية يقدمها كتأمين عيني لضمان دينه ، إلى جانب أن النظام الاجتماعي للقبيلة يسوده التضامن والتكافل أدى إلى إعطاء الضمانات الشخصية مركزا مهما، بالإضافة إلى أن العقار باعتباره محل التأمينات العينية تعود ملكيته لجميع أفراد الأسرة.

أصبح البنك يتدخل لفائدة عميله كضامن للوفاء بدينه، عن طريق ما يسمى بالائتمان غير المباشر والذي يمنح فيه البنك توقيعه لزبونه كضمانة للوفاء بما على هذا الزبون من ديون، مع بقاء حق البنك في الرجوع على هذا الأخير متى وفى عنه للدائن، فهو –أي البنك– لا يخرج نقودا من حسابه كما هو الحال في الائتمان المباشر ، وأهم صور تدخل البنك في

الائتمان البنكي غير المباشر تبرز في الكفالة البنكية، والتي تشكل صلب موضوع بحثنا هذا.

وتؤطر الكفالة كضمانة بنكية و التي تنص على اعتبارها من الضمانات البنكية التي تنشأ عن طريق التوقيع، إذا كان البنك هو المتدخل ككفيل لزبونه.

مع الأخذ بعين الاعتبار أن الكفالة البنكية من العمليات التي يقوم بها البنك وهو يمارس نشاطه، خصوصا وأن النشاط البنكي يعد من الأعمال التجارية الأصلية، كما أن اتخاذ البنك لشركة 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 التجارية بخصوص مثلا افتراض التضامن، وحرية الإثبات، والاختصاص القضائي.

هذا وتكتسي الكفالة البنكية أهمية بالغة من الناحية النظرية، بحيث أنها ذللت الصعوبات التي يجدها الأفراد في إيجاد كفيل مليء الذمة، و جاءت الكفالة البنكية لحسمه، من خلال المؤسسة البنكية في شكل شركة مساهمة.

على المستوى العملي، تمكن المدين من تقوية ائتمانه وبالتالي مركزه في المعاملات، كما أنها تضطلع بوظيفة تمويلية فعالة ومؤثرة على خزينة المقاولة، أما بالنسبة للبنك فأهمية الكفالة تنطلق من كونها آلية مهمة لتنمية هامش الأرباح لدى البنك من مجرد التوقيع ، حيث يتقاضى عمولة نظير هذه الخدمة، كما أن مخاطرها قليلة إن لم نقل منعدمة.

وعليه نطرح الإشكالية التالية:

الى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم الكفالة المصرفية و جعلها أحدى الضمانات الكفيلة بالحد من مخاطر عدم الوفاء بالديون؟

للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا على خطة ثنائية تتكون من فصلين حيث خصصنا الفصل الأول لماهية الكفالة البنكية و هذا من خلال تحديد مفهومها و إبراز أهم خصائصها و تميزها عن الأنظمة القانونية المشابهة لها ثم تطرقنا إلى انعقادها

أما في الفصل الثاني فتناولنا فيه احكام الكفالة المصرفية من خلال التطرق الي مبحثين ، خصصنا الاول منه الى دراسة اثار الكفالة المصرفية وما ينتج عنها من علاقات بين اطراف العقد ، اما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه طرق انقضاء الكفالة وذلك ببيان طرق انقضائها بطرقة تبعية لانقضاء الالتزام الاصلي وطرق انقضائها بطريقة اصلية، اضافة الى اسباب الانقضاء العامة والخاصة للكفالة البنكية.

الفصل الأول

ساد في الأوساط التجارية مفهوم تقديم الضمانات المالية، و تعددت حالات يشترط فيها المشرع تقديم الضمانات و تبعه في ذلك معظم المتعاملين في التجارة و المقاولات.

اثر ذلك تنبهت البنوك الى أهمية تقديم المساعدة المأجورة حيث تكون هذه البنوك كفيلة لعملائها في مواجهة المتعاملين معهم حيث سارعت الى تقديم خدمة الكفالة المصرفية لما لها من جوانب ايجابية، فبالإضافة الى ما سيجنيه البنك من ربح فانه البنك الكفيل لا يخرج من خزائنه نقودا و يقتصر دوره على مجرد منح توقيعه

و تعد الكفالة المصرفية من عمليات البنوك المتعارف عليها بالتسهيلات المصرفية غير المباشرة، و مؤداها أن البنك يقف الى جانب عميله بضم ذمته الى ذمة عميله في مواجهة دائن له بالتزام، و لكنه لا يخرج من خزائنه اية نقود عند توقيع عقد الكفالة، و يتعهد البنك الكفيل بدفع قيمة الكفالة مستقبلا اذا أخل عميله المكفول بالالتزام الذي كفل البنك تنفيذه[1].

و سنتناول مناقشة موضوع الكفالة المصرفية بتحديد ماهيتها و أوجه الشبه و الاختلاف بينها و بين عمليات بنكية اخرى في مبحثين، نستعرض مفهوم الكفالة المصرفية (البنكية) في الأول وفي المبحث الثاني نبين انعقاد الكفالة المصرفية.

.

[1]محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية و المصرفية، عمليات البنوك، جامعة عمان الأهلية، الطبعة الأولى،2008. ص 231.

المبحث الأول

مفهوم الكفالة المصرفية.

نقصد بالكفالة في هذه الدراسة هي الكفالة الشخصية التي يبني عليها تعهد شخص لآخر وفاء حقه لدى مدين لهذا الآخر، و هي عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل الذي يلتزم امام الدائن بالالتزام المكفول.

و الكفالة المصرفية كإحدى صور الضمان المصرفي هي ضم ذمة البنك الكفيل الى ذمة عميله في ضمان الوفاء بالالتزام المكفول، ذلك لأن البنك بقدرته المالية التي تفوق قدرة الأفراد يتدخل ليكفل أحد عملائه في مواجهة دائنيه.

و تتميز الكفالة المصرفية بخصائص يظهرها عقد الكفالة و تتمثل في آثار الالتزامات التي يتحملها الكفيل وهي فضلا عن أنها تشبه الى حد كبير بعض العمليات التي تقوم بها البنوك فأنها تختلف عن البعض الآخر، وهذا يجرنا الى الحديث عن ماهيتها في البنود التالية، نخصص المطلب الأول لبيان مفهوم الكفالة المصرفية، ونخصص المطلب الثاني لتحديد أنواعها.

المطلب الأول

تعريف الكفالة المصرفية

تعد الكفالة من الضمانات الشخصية عن طريق ضم ذمة أخرى الى ذمة المدين بهدف ضمان الوفاء بالالتزام فتعدد المسؤولين عن دين واحد يحد من خطر عدم وفاء المدين (التاجر) و قد يكون مدينا بصفة أصلية أو بصفة احتياطية، و الكفالة هي الصورة النموذجية للضمانات الشخصية من حيث تأمين الدائن ضد مخاطر افلاس مدينه و أكثرها انتشارا في المجال المصرفي لقلة تكاليفها و بساطة الإجراءات عكس الضمانات العينية التي تتصف بالإجراءات المعقدة من تسجيل و اشهار و توثيق...الخ[1].

[1]رقية جبار، الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية، مذكرة تخرج ،جامعة المدية، ص3.

الفرع الأول

التعريف الفقهي و القانوني للكفالة المصرفية

أولا: تعريف الكفالة لغة

الكفالة فب اللغة تعني الضمان، وهي كلمة مشتقة من الفعل كفل، و الكفل بكسر الكاف يعني الضعف و النصيب و الحظ [1]، قال الله تعالى:(يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله و أمنوا برسوله يؤتكم كفلين من رحمته)[2].

ويقال كفل المال، وكفل عنه المال لغريمه فهو كافل، و أكفل فلانا المال أي جعله يضمنه، و الجمع أكفال، و الكفل أيضا: الذي لا يثبت على ظهور الخيل[3].

و الكفيل يعني الضامن، و جمعه: كفلاء، اما الكافل فهو الذي يكفل انسانا يعوله أي العائل ومنه قوله تعالى: *(...و كفلها زكريا...)*[4].

ثانيا: تعريف الكفالة اصطلاحا

لا تبتعد الكفالة في الاصطلاح الفقهي عن معناها اللغوي، فهي عند الفقهاء الضم و الضمان، فالكفيل ضامن، أي تضم ذمته الى ذمة المدين للوفاء بالدين، الا أن التعاريف التي أطلقها الفقهاء على الكفالة مختلفة، فهناك جانب من الفقهاء فرق بين لفظي الكفالة و الضمان، و هناك جانب أخر لم يفرق بينهما و اعتبر اللفظين لهما نفس المعنى، و هذا ما سنبينه من خلال استعراض تعريفاتهم.

1-تعريف الحنفية:

أطلق فقهاء الحنفية تعريفان للكفالة:

الأول: هي" ضم الذمة الى الذمة في المطالبة"

الثاني: هي" ضم ذمة الى ذمة في الدين[5].

---

[1]حمداوي صوراية و مسعودان فتيحة، الكفالة كتأمين شخصي، رسالة ماستر في الحقوق، بجاية،2013،ص5.

[2]سورة الحديد، الآية28، ص539.

[3]حمداوي صوراية و مسعودان فتيحة، المرجع السابق، ص5.

[4]سورة أل عمران، الآية37،ص55.

[5] محمود أحمد مروح مصطفى، الكفالة (أنواعها و طرق الإبراء منها)، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية و واقع الكفالة المعاصرة، طبعة أولى، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن،2003، ص18.

و يوافق الأول ما ذكره صاحب مرشد الحيران حينما عرف الكفالة بقوله: (هي ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين).

و يرى ابن عابدين أن من عرفها بالضم في الدين انما أراد تعريف نوع منها و هو الكفالة بالمال، و أما الكفالة بالنفس فهي في المطالبة اتفاقا، و هما ماهيتان لا يمكن جمعهما في تعريف واحد، لذا يترجح التعريف الأول لشموله أقسام الكفالة جميعا، فالكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس، و قد رجح الأول معظم فقهاء الحنفية[1].

2-تعريف المالكية:

عرفها المالكية بأنها: "شغل ذمة أخرى بالحق مع بقاءه شاغلا للذمة الأولى"[2].

3-تعريف الشافعية:

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

المامان النووي و الماوردي من الشافعية فرقا بين لفظي الضمان و الكفالة في الاستعمال، حيث أن الضمان خاص بإحضار المال، و الكفالة خاصة بإحضار البدن، لذا يقال: كفالة البدن و ضمان المال[3].

4-تعريف الحنابلة:

أطلق فقهاء الحنابلة عبارات كثيرة و متعددة لتعريف الضمان، فمنها ما يبدأ بكلمة (ضم ذمة)، ومنها ما يبدأ بكلمة (التزام)، ولكن مفادها واحدلا يخالف تعريفهم الآتي:

"الضمان هو التزام من يصح تبرعه بما وجب أو قد يجب على غيره مع بقائه".

فرق فقهاء الحنابلة بين الكفالة و الضمان، مثل الشافعية، فعرفوا الكفالة على انها: "التزام رشيد احضار من عليه حق مالي لربه"، و بهذا فهم يخصون الكفالة بالأبدان بعكس الضمان[4].

عرف الدكتور حسني محمود عبد الدايم الكفالة اصطلاحا، وذلك بالاستناد الى تعريف الفقه الإسلامي على أنها:" ضم ذمة من يصح تبرعه الى ذمة الأصيل في المطالبة بدين أو عين

---

[1]محمود أحمد مروح مصطفى،نفس المرجع ص18.

[2]حسن محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه و القانون المدني، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر،2009، ص26.

[3]محمود أحمد مروح مصطفى، المرجع السابق، ص19.

[4]حسن محمود عبد الدايم، المرجع السابق،ص29.

أو نفس، ليكون المكفول به، اما نفس أو عين أو دين. فالمضمون في الكفالة بالنفس هو احضار المكفول، و في الكفالة بالعين اما تسليمها الى المكفول له أو ضمانها، وفي الكفالة بالدين اداؤه"[1].

ثالثا- تعريف الكفالة قانونا :

الكفالة المصرفية عقد من عقود الضمان المالي باعتبارها أداة تأمين و ائتمان تتمثل في ضم ذمة مالية الى ذمة أخرى في المطالبة بدين أو عين أو نفس[2].

وقد أورد المشرع الجزائري تعريفا للكفالة في نص المادة644[3] التي نصت على ما يلي: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن أن يفي بهذا الالتزام اذا لم يفي به المدين نفسه ".

يستخلص من نص المادة أن طرفي الكفالة هما الكفيل و الدائن، أما المدين فليس طرفا في العقد، فيصح أن تم الكفالة دون علمه و رغم ارادته مع أنها لا تتصور بغير وجود الالتزام الذي يقع على عاتق هذا المدين[4].

و الكفالة في الأصل هي تأمين شخصي لا تمنح للدائن حق التتبع و لا حق أفضلية كما في التأمين العيني[5]، و لكنها تمنح له الحق الشخصي بضم ذمتين أي ذمة المدين الأصلي و ذمة الكفيل قصد تدعيم و تقوية مركز الدائن ضد مخاطر تقاعس المدين أو افلاسه.

وتكون الكفالة مطلقة أو غير محدد فتنصب على الدين المكفول بمقداره و أوصافه و ملحقاته كما يلي[6]:

---

[1]محمود أحمد مروح مصطفى، مرجع سابق، ص20.

[2]أمقران راضية، ضمانات البنك في مجال الائتمان، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000،ص30-31

[3]المادة644 من الامر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر1975،يتضمن القانون المدني، الصادر بتاريخ 30سبتمبر1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 2007

4رقية جبار، مرجع سابق، ص3.

5زهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة و النشر الجزائر، طبعة3، 2004،ص18-19.

نفس المرجع ،ص 46

1-ملحقات الدين: و هي التعويضات التي يلتزم بها المدين بسبب اخلاله بالتزامه، وتشمل أيضا فوائد الدين المتفق عليها في عقد القرض بين البنك و العميل، فوائد التأخير العمولات و اللواحق حسب القانون المدني الجزائري، اذا كانت لصلح بنك أو مؤسسة مالية.

2- مصروفات المطالبة : و التي تشمل تكاليف الأعذار و رسوم رفع الدعوى، وما يستجد من مصروفات بعد اخطار الكفيل بما اتخذه الدائن من اجراءات لتغطية الدين.

كما لعبت الكفالة المصرفية دورا هاما في تسهيل تنفيذ الصفقات العمومية و ذلك على النحو التالي:

- ✓ لا يستطيع المشتري التأكد من حسن نية و جدية والتزام البائع الا بوجود الكفالة المرفقة مع العطاء.
- ✓ ان كفالة حسن التنفيذ تؤكد للمشتري التزام البائع بأنه سينفذ عمليات شحن البضائع حسب شروط عقد البيع.
- ✓ توفر الكفالات السيولة النقدية اللازمة للبائع ظمانا لتنفيذ التزامات المشتري.

الفرع الثاني

تمييز الكفالة المصرفية عن غيرها من عمليات البنوك

ان لكفالة المصرفية صورا متعددة، و ان بعض هذه الصور خصها العرف المصرفي بشروط تميزت بها عن الكفالة التي وردت أحكامها في القانون العام.

ونرى فيما يلي أوجه الشبه و الاختلاف بين الكفالة المصرفية من جهة، وبين عقد تأمين الضمان و الاعتماد المستندي و الحساب الجاري و الضمان الابتدائي و النهائي و خطاب التزكية و التعهد عن الغير و الوكيل بالعمولة الضامن و من جهة ثانية[1].

أولا: الكفالة المصرفية و عقد تأمين الضمان.

تأمين الضمان التزام يقع على عاتق شخص هو المؤمن كأثر لعقد أبرمه مع شخص آخر هو المستأمن، و يغطي هذا الالتزام خطر عدم الوفاء بالدين المضمون عند حلول أجله[1]،و

[1]سارة سليمان، عقد الكفالة في القانون المدني ،مذكرة تخرج، المعهد الوطني للقضاء،2004،ص8.

ان عدم تنفيذ الالتزام المضمون في العقدين يجعل الكفيل و المؤمن في دائرة الملتزم في الوفاء، و رغم هذا التشابه بين الآثار في العقدين، الا أنهما يختلفان من حيث أن الكفيل يهدف الى الوقوف الى جانب المكفول و مساعدته في تقوية ائتمانه لدى دائنيه، أما المؤمن فهو على عكس ذلك لا يمي الى مساعدة المدين بقدر ما يرمي الى مساعدة الدائن الذي تدخل بناء على طلبه و لحسابه[2].

كما أن الدائن في عقد الكفالة لا يلتزم بمواجهة الكفيل بأية نفقات، و اذا 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 الى المؤمن.

ومن جهة أخرى فان التزام الكفيل تابع لالتزام المدين المكفول، و على هذا الأساس لا بد أن يكون الالتزام الأصلي موجودا و صحيحا ليترتب عليه وجود التزام الكفيل و صحته، بعكس التزام المؤمن في عقد تأمين الضمان الذي يولد مستقبلا بما يعني أنه التزام أصلي.

أما الخلاف الرئيسي بين الكفالة المصرفية و تأمين الضمان فيبدو واضحا في أن موضوع أو محل تأمين الضمان ليس تنفيذ الالتزام المضمون كما هو الشأن في عقد الكفالة، و انما التعويض عن الضرر الذي يلحقه المدين بالدائن بسبب عدم وفاء هذا المدين لديونه[3].

و المؤمن الذي يقوم بالوفاء بديون المدين المعسر لا يملك حق الرجوع على المؤمن (المستأمن)، في حين يرجع الكفيل على من قام بالوفاء بدينه و هو المكفول[4].

ثانيا: الكفالة المصرفية و الاعتماد المستندي المؤيد.

تبدو أوجه الشبه بين الكفالة المصرفية و خطاب الاعتماد المستندي من حيث أن الطرفين في كل عقد هما العميل و البنك، و أن الأول سعى للحصول على ضمان الثاني غير أن أوجه الخلاف جوهرية و يتعين الوقوف عليها من خلال التعريف بالاعتماد المستندي أولا و الاعتماد المستندي المؤيد منة جهة أخرى.

---

[1]محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص251.

حمداوي صوراية و مسعودان فتيحة، المرجع السابق، ص9.[2]

[3]مرجع نفسه،ص252.

[4]سارة سليمان، مرجع سابق ، ص12.

و الاعتماد المستندي عقد يتعهد البنك بمقتضاه أن يفتح اعتمادا لصالح شخص هو المستفيد بناء على طلب العميل و هو الآمر بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل[1]،و بموجب هذا التعهد يلتزم البنك فاتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء و القبول و الخصم المتفق عليها.

أما التأييد للاعتماد المستندي فمعناه هو قيام البنك المراسل الذي توسط بين البنك فاتح الاعتماد و المستفيد بإضافة تأييده "تعزيزه" الى الاعتماد المستندي على نحو يصبح هذا الاعتماد معززا بضمان آخر أضيف الى الضمانات السابقة.

وهكذا فان كل من البنك فاتح الاعتماد و البنك المراسل الذي أيد الأول أصبحا مدينين لا على أساس التضامن كما هو الشأن في الكفالة المصرفية بل على اساس استقلال كل مدين عن الآخر[2].

ثالثا: الكفالة المصرفية و خطاب الضمان.

يمكن تعريف حطاب الضمان بأنه" تعهد مكتوب يصدره البنك بناء على طلب العميل بمناسبة عملية معينة، يلتزم بموجبه أن يدفع الى طرف ثالث "المستفيد" مبلغا نقديا معينا أو قابلا للتعيين عند أول طلب يتلقاه من هذا الأخير خلال مدة سريان الخطاب على الرغم من أية معارضة يبديها العميل المضمون".

ومن هذا التعريف يستدل على خصائص خطاب الضمان بما يوضح الفرق بينه و بين الكفالة المصرفية حيث أن خطابات الضمان ذات طبيعة استقلالية، بما يعني أن التزام البنك مستقل عن العلاقة بينه وبين المستفيد من الخطاب[3].

ومظاهر استقلال هذا الالتزام يستدل عليها من خصائص الالتزام ذاته و استقر عليها العرف فيما يلي[4]:

1-التزام البنك كأثر لخطاب الضمان مجرد و مستقل عن أية علاقة سابقة سواء كانت علاقة البنك بعميله الآمر أم علاقة الأخير بالمستفيد "الدائن".

---

[1]محمود الكيلاني، مرجع سابق،ص256.

سارة سليمان، مرجع سابق ، ص2.13

محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص256.[3]

4محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص257.

2- التزام البنك كأثر لخطاب الضمان التزام مباشر يتحمل على أساسه الوفاء للمستفيد دون الرجوع الى الآمر[1].

3- التزام البنك كأثر لخطاب الضمان بات و نهائي، و ليس لبنك الرجوع عن هذا الالتزام بعد صدور الخطاب و وصوله الى علم المستفيد، و ليس له رفض الوفاء بقيمته في أي حال من الأحوال.

أما في الكفالة المصرفية فلا يكون للدائن المستفيد الزام الكفيل بتنفيذ الالتزام الذي يتحمل به هذا الأخير في مواجهته، الا اذا ثبت بالفعل أن الأمر الذي من أجله صدرت الكفالة قد تحقق.

و يتأكد البنك من ذلك بعد أن يقدم الدائن المستفيد من الكفالة ما يثبت ذلك وهو في هذه الحالة حكم قضائي نهائي يدين العميل.

4- لا يلتزم البنك مصدر خطاب الضمان بإخطار عميله بعزمه على الوفاء بقيمة خطاب الضمان على عكس الكفالة المصرفية التي يلتزم على أساس من شروطها بوجوب اخطار عميله المدين بانه سيدفع قيمة الكفالة[2].

5-ليس لبنك مصدر خطاب الضمان رفض الوفاء تحت أي سبب عدا الغش الظاهر وعلى ذلك فمن المستقر عليه في التعامل المصرفي أنه لا يجوز الامتناع عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان الا اذا ارتكب المستفيد غشا و أن الطابع المستقل لالتزام البنك في خطاب الضمان يستبعد أية امكانية للاستناد الى شروط تنفيذ العقد الأصلي، و أن يكون الآمر قد نفذ جميع التزاماته تجاه المستفيد من الضمان لا يسمح و لو قام الدليل على صحة ادعائه بإعفاء البنك من تنفيذ التزامه بالوفاء.

6- ليس للبنك الاحتجاج ضد المستفيد من خطاب الضمان بالدفوع المستمدة من علاقته بعميله أو الدفوع المستمدة من علاقة العميل بالمستفيد، يفقد البنك حقه بالرجوع على المدين

---

1 سلمان سارة ، المرجع السابق ،ص13

[2]محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص259.

اذا أوفى قيمه الكفالة للدائن بدون اخطار المدين المكفول وفق شروط الكفالة، وهذا اعمالا لقاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع الناشئة عن علاقة قانونية لا شأن لها بالعلاقة القانونية بين البنك و المستفيد، لأن الدفوع المستمدة من بطلان العلاقة الأصلية لا يجوز الاحتجاج بها الا في مواجهة المتعاقد المباشر.

رابعا: الكفالة المصرفية و عمليات أخرى.

بالإضافة الى ما رثيناه هناك أوجه تقارب اخرى بين الكفالة المصرفية نستعرضها في النقاط التالية:

1-**الحساب الجاري:**

الحساب الجاري عقد مؤسس على خيار الطرفين يرتب التزامات على عاتقهما، و بموجبه يتفق طرفاه على تبادل الأموال فيما بينهما، يلتقي مع الكفالة المصرفية في أن كل منهما رضائي و تابع لعقد كان سببه، و أن الاعتبار الشخصي ملحوظ في أطرافه، و ان الخلاف بين هذين العقدين يكمن في أن عقد الكفالة المصرفية ملزم لطرف واحد هو الكفيل، و من آثار عقد الكفالة رجوع الكفيل على مكفوله بما وفاه عنه للدائن. أما عقد الحساب الجاري فملزم للطرفين و لا يظم أحد ذمته الى ذمه غيره[1].

2-**الضمان الإبتدائي و النهائي:**

هذا الضمان بنوعيه عبارة عن تعهد يصدر عن مؤسسة تضمن بموجبه تدارك النتائج السيئة المحتمل تحققها، عند افلاس العميل المضمون، و ذلك بإيجاد البدائل للعميل الذي تعثرت اعماله و اضطرب موقفه المالي، و تتحمل المؤسسة التي تصدر الضمان الخسارة التي تلحق المستفيد من الضمان. و بهذا التعريف للضمان يظهر الفرق بينه وبين الكفالة[2] المصرفية، في أنه تعهدا بالقيام بعمل و ليس بالوفاء بمبالغ معينة أو قابلة للتعيين كما هو الشأن في الكفالة المصرفية[3].

3-**خطاب التزكية:**

[1]محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص259.

[2]سارة سليمان، مرجع سابق ، ص 14

[3]حمداوي صورية و مسعودان فتيحة،مرجع سابق،ص14.

خطاب التزكية لا يقصد محررة الارتباط تعاقديا مع من وجه اليه، و اعتبره البعض التزاما معنويا، ذلك لأن الالتزام ليس موضوعه القيام بعمل أو تصرف معين[1]و أن طبيعته القانونية غير محددة، فأحيانا يمثل كفالة وأحيانا كثيرة لا يمثل هذا الخطاب أي التزام و يستخدم اذا رغب بنك أن يمنح اعتماده لفرع شركة، و يريد الحصول على طمأنة من الشركة الأم، أو اذا صدرت هذه الخطابات عن البنوك تزكي بموجبها عملائها لدى اشخاص يتعاملون معهم و بهذه الخالة لا يعتبر تدخل البنك بإصدار خطاب التزكية كفالة، و عليه فان البنك الذي اقتصر مضمون الخطاب الصادر عنه على دعوة شخص الى اقراض مبلغ معين أو تسليم بضاعة لعميل من عملائه، لا يمكن اعتباره كفيلا.

وأخيرا لا يعتبر البنك كفيلا اذا أعطى معلومات عن أحد عملائه بأنه مليء الا اذا كان يقصد الالتزام بالكفالة و أن ارادته تتجه الى ذلك. اذا اتضح أن التزكية أو المعلومات الصادرة عن البنك غير صحيحة اما عن قصد أو رعونة وتسرع فانه بذلك يسأل عن خطأ ارتكبه أو نتج عنه ضرر وفق أحكام المسؤولية التقصيرية[2].

4-التعهد مع الغير:

عندما يلتزم شخص أن يقوم بعمل عن غيره يكون قد تعهد عن هذا الغير بالتزام أصلي وهذا يعني أنه اذا التزم الغير بتنفيذ ما تعهد به الآخر فلا يسأل من تعهد على خلاف الكفيل عن تعهد الالتزام، لأنه بمجرد أن يوافق الغير عن الالتزام يتحرر المتعهد من التنفيذ[3].

واذا رفض الغير تنفيذ الالتزام، التزم المتعهد بتعويض الطرف الآخر في العقد ولا يرجع على الغير بما وفى[4].

---

[1]يطلق على هذا الخطاب في التعامل المصرفي(خطاب اعلان النوايا) و هو تعير عن رغبة الطرفين في ابرام العقد النهائي وهي لا تمثل عقدا أو وعد بالتعاقد.

محمود الكيلاني ، المرجع السابق ،ص2 "تنص المادة 260على " يشترط لصحة الوفاء ان يكون الموفى مالكا لشيء الذي وفى به و أن يكون ذا أهلية التصرف فيه"

مرجع نفسه ص3.260

محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص4.260

وتطبيقا لذلك، لا يوجد التزام المتعهد عن الغير مع التزام الغير في آن واحد على الرغم من عدم وجود ما يمنع المتعهد أن يكفل تنفيذ الالتزام الذي تعهد وفاءه عن الغير، و هو في هذه الحالة يقوم بدور المتعهد الى حين اعراب الغير عن قراره بتنفيذ الالتزام أو الامتناع، وعندها يقوم المتعهد بدور الكفيل الى حين تنفيذ الالتزام[1].

5-الوكيل بالعمولة الضامن:

الوكيل بالعمولة الضامن هو من يعمل باسمه الخاص أو تحت عنوان تجاري لحساب من وكله، و يستوي في ذلك أن يكون الوكيل بالعمولة شخصا طبيعيا تعاقد باسمه الشخصي أو معنويا تعاقد باسم عنوان تجاري.

ولا نجد الخلاف بين أنواع الوكالة ظاهرا سواء كان بين الوكالة بالعمولة أم الوكالة لتجارية أو الوكالة المدنية الا في أن الأخيرة تبرعية ، و أن باقي أنواع الوكالات التجارية فهي من عقود المعاوضة، ولا يختلف الأمر الا في عقود الوكالة بالعمولة يتصرف الوكيل فيها باسمه الشخصي و لحساب موكله، وعلى اساس ذلك لا تكون أية علاقة بين الغير و الموكل، ولا يكون لأي منهما أي دعوى مباشرة ضد الآخر.

أما من جهة الوكيل بالعمولة الضامن فهو ذلك الذي يكون مسؤولا عن عدم وفاء الغير الذي تعاقد معه أ ومسؤولا عن عدم تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا الغير، ذلك لأنه كفله أو قضى العرف التجاري بذلك[2].

الفرع الثالث

خصائص الكفالة المصرفية:

الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل، وهو تصرف ارادي يتعهد على أساسه البنك في مواجهة الغير تأدية التزام في ذمة عميله تجاه هذا الغير، أو أنها عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل الذي يلتزم أمام الدائن بالالتزام المكفول، و يظل المدين في هذا الالتزام بعيدا عن عقد الكفالة، ويفترض فيه وجود التزام أصلي و يكون التزام الكفيل ضمانا لتنفيذ هذا الالتزام الذي يدور معه التزام الكفيل وجودا و عدما[3].

---

[1] حمداوي صورية و مسعودان فتيحة،مرجع سابق،ص15.

[2] اذا اتضح أن التزكية أو المعلومات الصادرة عن البنك غير صحيحة اما عن قصد أو رعونة وتسرع فانه بذلك يسألعن خطأ ارتكبه أو نتج عنه ضرر وفق أحكام المسؤولية التقصيرية.

[3] محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص262.

و بوصف الكفالة المصرفية من احد العقود المسمات يمكن تحري الخصائص التالية:

أولا: الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد:

ذلك أن هذا العقد لا ينشئ التزامات الا 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[1].

واذا تلقى الكفيل عوضا مقابل كفالته لعميله فان هذا العوض يتلقاه من عميله لا من دائن هذا العميل، وفي حالة ما اذا تلقى عوض من هذا الأخير" الدائن" فلا نكون بصدد كفالة مصرفية و انما في صدد تأمين اعتماد.

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 و الدائن على انقاص الفائدة عن الدين المكفول أو ارجاء ميعاد استحقاقه او التزام الدائن بعدم مطالبة الكفيل الا في احوال معينة.

ثانيا: الاعتبار الشخصي للكفالة.

تقوم الكفالة المصرفية على الاعتبار الشخصي، بما يعني أن العميل الذي كان سببا في ابرام عقد الكفالة بين البنك و دائنيه محل نظر البنك، من حيث ملائته و ثقته، و وضعه المالي، ذلك لأن الضمان لا يمنح حتى مقابل العوض الا بناء على علاقة تقوم على الثقة بين الكفيل و المدين، لأن الكفالة تغطي شخصا لا دينا بالذات.

ثالثا: الرضائية في عقد الكفالة.

عقد الكفالة المصرفية عبارة عن تصرفين قانونيين صدر الأول عن الكفيل بإرادة حرة غير مشوبة بأي عيب ليلتقي بالثاني الصادر عن الدائن بإرادة حرة غير مشوبة بأي عيب.

[1]سفيان الكهان، الكفالة البنكية، مذكرة جامعية، جامعة عبد المالك السعيدي، تطوان، ،المغرب،2017،ص20.

و رضائية البنك ترد في العبارات التي يتضمنها عقد الكفالة، و يشترط أن تكون واضحة و صريحة بعيدة عن أي لبس أو ابهام حول نية تحمل الالتزام، لأن ارادة البنك لا يجوز استنباطها و لو كان من خلال ظروف معينة أو استنتاجات مهما كانت درجة الاقتناع بها.

مثال ذلك قد يوصي البنك بموجب شهادة صادرة عنه بأن أحد عملائه موثوق فيه وهو موسر و يبادر الى تنفيذ التزاماته في مواعيدها، أو ما يصدر عن البنك من رسائل لفت النظر أو بيان اسماء المكتتبين في شركة ما أو تعهد أحد البنوك بأن يوفي لمساهمي احدى الشركات ما يساوي قيمة اسهمهم بتاريخ معين[1]. كما لا يعتبر البنك كفيلا اذا أعطى آخر معلومات عن ملائة احد عملائه.

الا أنه من الممكن مساءلة البنك على اساس المسؤولية التقصيرية، اذا اتضح بأن التزكية أو المعلومات التي صدرت عنه كانت غير صحيحة، اما عن عمد أو عن رعونة أو تسرع و بالتالي يتحمل مسؤولية الأضرار التي تصيب هذا الدائن.

رابعا: عقد الكفالة عقد تابع.

يفترض أن هناك علاقة قانونية اولى اساسها وجود التزام بين مدين و دائن نشأت على اساسها علاقة قانونية ثانية و هي علاقة الكفيل بدائن عميله، و تبدو خاصية تبعية الالتزام الكفيل للالتزام الأصلي واضحة من خلال النصوص المنظمة للكفالة بوجه عام حسب ما نصت عليه المادة 644 القانون المدني جزائري[2].

يشترط التضامن بين الكفيل و المدين في مواجهة الدائن فلذلك لا يخرج الكفالة المصرفية عن طابعها التبعي، لأن الكفيل يحتفظ بحقوقه التي منها رجوعه على المدين الأصلي بالوفاء بما وفاه.

---

[1]رقية جبار ،مرجع سابق،ص1. محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص262.

[2]سفيان الكهان، الكفالة البنكية، مذكرة جامعية، جامعة عبد المالك السعيدي، تطوان، ،المغرب،2017،ص20.

[2]أنظر إلى المادة644من الامر رقم 75–58 "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيد التزام يتعهد للدائن بان يفي بهدا الالتزام ادا لم يفي به المدين نفسه"

و مع التسليم بأن عقد الكفالة المصرفية عقد تابع لعقد سابق بين الدائن و عميل البنك، الا أن ذلك لا ينزع عن عقد الكفالة نوع الاستقلالية عن الالتزام الأصلي و أنه ذو خصائص تحدد نظامه دون الرجوع الى العقد الأصلي[1].

وينبني عن هذه التبعية أن الالتزام الناتج عنها لا يكون صحيحا الا اذا كان الالتزام الأصلي كذلك، و أن الكفالة تنتهي اذا حصل اتحاد بين ذمتي الكفيل و المدين الأصلي و من جهة أخرى فان انقضاء الالتزام الأصلي المكفول يؤدي الى انقضاء التزام الكفيل و أن الكفيل يتمسك بالدفوع التي يجوز للمدين التمسك بها في مواجهة الدائن.

خامسا- تجارية عقد الكفالة.

تسري بشأن عقد الكفالة الأحكام العامة الواردة في القانون المدني للتمييز بين الكفالة التجارية و المدنية، و ذلك بالنظر الى طبيعة العملية التي يقوم على أساسها ابرام العقد، فالكفالة تعتبر عملا تجاريا اذا قام بها الكفيل مقابل عوض باعتباره يقوم بعمل مهني احترافي،[2] و البنك عند قيامه بإبرام عقد الكفالة فيحصل لقاء ذلك على عمولة أي ربح فهو يمارس عملا تجاريا[3]، و يترتب عليه تطبيق الأحكام المتعلقة بالعقود التجارية، من حيث الإثبات و الاختصاص و التضامن و تطهير الدفوع و التقادم و المهل القضائية، اضافة الى تحمل المدين ملحقات الدين و الفوائد و اللواحق و الرسوم.

المطلب الثاني
أنواع الكفالة المصرفية

يمكن تقسيم الكفالة المصرفية الى عدة أقسام و ذلك بحسب الزاوية المنظور اليها، فمن حيث المصدر:

---

1 رقية جبار، المرجع نفسه، ص10

[2]انظر نص المادة(2) من القانون التجاري الجزائري

[3] المادة(2/651)من الأمر رقم 75-58"غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا عند تظهير هده الأوراق نعتبر عملا تجاريا".

تكون الكفالة اما اتفاقية أو قضائية، و من حيث الطبيعة; تكون اما كفالة مدنية أو تجارية، أو من حيث المحل، تكون الكفالة إما شخصية (بسيطة أو تضامنية) أو عينية، أو كفالة بدن.

الفرع الأول

أنواع الكفالة بحسب مصدرها

أولا: الكفالة الاتفاقية

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

و يعد أيضا من قبيل الكفالة الاتفاقية تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين، حتى و لو لم يعلم بها أو حتى رغم معارضته. حيث يكون مصدر التزام الكفيل هذا هو الإرادة المنفردة[1].

ثانيا: الكفالة القانونية:

تكون الكفالة قانونية عندما ينص القانون على وجوب تقديم كفيل للدائن من طرف المدين، ومثال ذلك نص المادة851[2]من القانون المدني الجزائري، و التي تلزم المنتفع بمنقول انيقدم لمالك الرقبة كفالة ضمان للوفاء بالتزامه برد المنقول أو بدله. و كذلك نص المادة2/388 من القانون المدني الجزائري و التي تخول للبائع بأن يقدم كفيلا اذا أراد استيفاء الثمن رغم التعرض للمشتري ورغم حق المشتري في أن يمسك الثمن.

و كذا نص المادة212التي تنص على أنه للدائن، و قبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، و لو بوجه خاص أن يطالب بتأمين إن خشي إفلاس المدين[3].

---

[1]سليمان سارة، مرجع سابق ، ص19.

[2]المادة 851أمر رقم 75-58 المتعلق بقانون المدني الجزائري.

[3]المادة 212

ثالثا: الكفالة القضائية

تكون الكفالة القضائية في الحالات التي يكون مصدر التزام المدين فيها تقديم كفيل بحكم قضائي، وفق القانون المدني الجزائري.[1]

الفرع الثاني

انواع الكفالة بحسب طبيعتها

سنتناول في هذا الفرع كل من الكفالة المدنية والكفالة التجارية ، كنقطتين مهمتين في تحديد انواع الكفالة بحسب طبيعتها.

أولا: الكفالة المدنية

الأصل أن الكفالة تعتبر عمل مدني بالنسبة للكفيل لأنها من عقود التبرع، وحتى إن كان الكفيل يمارس نشاط تجاري ،وكان الدين الذي يكفله تجاريا أو ناتج عن علاقة تجارية بين الدائن والمدين ن لان الهدف منها هو أداء الكفيل خدمة للمدين[2]،وهذا ما نصت عليه المادة 1/651 ق م ج" تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا"، وترتب على هذا اعتبار الكفالة مدنية من حيث الإثبات ، ومن حيث الاختصاص القضائي، فتثبت وفقا لقواعد الإثبات المعروفة في القانون المدنين أي بالكتابة أو ما يقوم مقامها، أما في يخص الاختصاص، فالمحكمة المدنية هي المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه[3].

ثانيا: الكفالة التجارية

تكون الكفالة تجارية إذا كان الكفيل تاجرا ويحترف الكفالة بمقابل، ككفالة مصرف من المصارف دين احد الأشخاص نظير او مقابل عمولة.

---

[1] سليمان سارة، مرجع سابق ، ص24.

[2] عبد الفتاح قدرى الشهراوي، أركان عقد الكفالة العينية و الشخصية ،دار النهضة العربية، القاهرة ،سنة2005،ص10.

[3] زاهية سي يوسف مرجع سابق، ص33.

وتعتبر عملا تجاريا أيضا إذا تعلقت بدين ثابت في ورقة وقع عليها الكفيل بصفته ضامنا احتياطيا أو مظهرا[1]،وهذا ما ورد في المادة 2/651من القانون المدني الجزائري التي تنص "...غير أن الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير، وهذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا.

الفرع الثالث

انواع الكفالة بحسب التزام الكفيل

سبق لنا دراسة خصائص الكفالة وقلنا انها عقد تابع ،حيث يكون التزام الكفيل فيها تابع للالتزام الاصلي المكفول، ومن مظاهر هذه التبعية انه لا يجوز الزام الكفيل بأكبر من الالتزام الاصلي، وبهذا يمكن تقسيم الكفالة بحسب التزام الكفيل الى كلية و جزئية واخرى محددة

اولا :الكفالة الكلية

تكون الكفالة كلية او كاملة اذا ضمن الكفيل الدين الاصلي كلهن مثلا اذا كان الدين الاصلي الف دينار و التزم الكفيل بضمان الوفاء به كاملا[2].

ثانيا: الكفالة الجزئية

تكون هذا النوع من الكفالة في حالة ما اذا التزم الكفيل بضمان جزء من الدين، كان يكون الدين الاصلي الف دينار واقتصر التزام الكفيل على ضمان ثلاثمائة دينار ، فبمجرد ان يحصل الدائن على هذا المبلغ ، فان ذمة الكفيل تبرا، وهذا ما نصت عليه المادة 652 ق م ج[3].

ثالثا : الكفالة المحددة

---

[1]المادة 651-2 الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،الصادربتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 1975.

[2] محمد صبري السعيدين مرجع سابق، ص20

[3] المادة 652 من الامر رقم 75-58 "لا تجوز الكفالة في مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط اشد من شروط الدين المكفول".

تعرف الكفالة المحددة على انها تلك الذي يضمن فيها الكفيل نسبة معينة من الدين، حيث يبقى الكفيل ملزما اتجاه الدائن بالنسبة المكفولة الى غاية استفاء الدائن دينه كاملا، فبالنسبة[1] للمثال السابق اذا وفى المدين ب 500 الف دينار فان التزام الكفيل لا ينقضي ، بل يبقى ضامنا لما تبقى من الدين ن ولكن بثلاثمائة دينار فقط[2].

المبحث الثاني

انعقاد الكفالة المصرفية

حتى تنعقد الكفالة المصرفية يجب توفر عدة شروط منها الموضوعية وأخرى شكلية، وهدا ما سنحاول تلخصه في هدا المطلب الذي خصصناه للشروط الموضوعية الشكلية لانعقاد الكفالة المصرفية

المطلب الأول

شروط انعقاد الكفالة المصرفية

عقد الكفالة المصرفية كغيره من العقود لا بد من توفره على شروط موضوعية (الفرع الأول) و أخرى شكلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشروط الموضوعية لانعقاد الكفالة المصرفية

عقد الكفالة البنكية يعتبر من العقود المسماة لذلك يشترط لانعقاده ذات الشروط الموضوعية مثل العديد من العقود الأخرى مدنية أو تجارية و التي تعد أركانه العامة على اعتبار أن عقد

---

[1] حمداوي صورایة، مسعودان فتيجة ، مرجع سابق ،ص 18

[2] حمداوي صورایة، مسعودان فتيجة ، مرجع سابق ،ص 18

الكفالة البنكية يخضع في ابرامه و تنفيذه الى قواعد الشريعة العامة من الأهلية، الرضا، المحل و السبب. اضافة الى شروط أخرى تقتضيها طبيعة هذا العقد من و يتميز بها عن غيره من العقود مثل مبلغ عقد الكفالة و مدته و الغرض من الكفالة. و سنحاول عرض بعض الخصوصيات التي تميز عقد الكفالة البنكية على مستوى هذه الأركان من خلال ما يلي[1]:

أولا: الرضا و الأهلية وسلطة التوقيع

تتميز الكفالة المصرفية بتواجد البنك كطرف فيها الذي يخضع للمرسوم رقم 349-212 [2] الذي يحدد دفتر الشروط الخاصة و أهمية الضمانات المالية الواجب على كل متنافس تقديمها برسم الضمان المؤقت وفق الشروط المحددة في النصوص التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل.

و بما أن البنك الكفيل شخص معنوي يتخذ شكل شركة مساهمة و يمارس النشاط البنكي الذي يعد من الأعمال التجارية بالطبيعة، وبالتالي فان الأهلية التجارية متطلبة فيه و التي تثبت له بمجرد توفره على الشخصية المعنوية بعد تقييده في السجل التجاري بعد أن يكون قد أستوفى جميع الشروط المتطلبة لذلك، اذ يصبح أهل لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات حسب القواعد العامة و ما نصت عليه المواد40 و 60[3]من القانون المدني الجزائري.

فاكتساب البنك الشخصية المعنوية تجعله كامل الأهلية لمنح توقيعه بواسطة آلية الكفالة البنكية، غير أن ما تجدر ملاحظته في هذا الإطار، أن أهلية البنك تقف عند حدود سياسة توزيع المخاطر الائتمانية بحيث لا يمكن تجاوز القدرة المالية للبنك.[4]

ثانيا: محل الكفالة البنكية

سليمان مرقص ،الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة(ع

2المرسوم رقم349-212 الصادر بتاريخ2013/03/20

3المادة 40و المادة من 60الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975،يتضمن القانون المدني،الصادربتاريخ 30سبتمبر1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 1975.

4عبد الفتاح قدرى الشهراوي، مرجع سابق،ص21.

يتمثل الغرض من منح البنك توقيعه في الرغبة في منح الضمان لعميله، و يتمثل محل التزام الكفيل في الأداء المحتمل لدين المدين الأصلي، و محل الكفالة يمكن أن يكون محددا، كما يمكن أن ترد الكفالة على التزام غير محدد شريطة أن تكون الإشارة الى الالتزام الأصلي غير المحدد في عقد الكفالة اشارة صريحة، و شريطة أن يتضمن هذا الالتزام على الأقل تعيينا للمدين وامكانية تحديد نطاق الدين، كما أن طبيعة الدين المضمون يتعين ان تكون محددة، أو قابلة للتحديد في تاريخ التزام الكفيل. و في حالة عدم تحديد الغرض من الكفالة و عند تخلف المدين الأصلي عن تنفيذ التزامه فان البنك الكفيل يضمن كل التعويضات و المصروفات الناتجة.

و يتعين أن يكون محل الكفالة البنكية مشروعا غير مخالف للنظام العام و الأخلاق الحميدة[1].

ثالثا: السبب في الكفالة البنكية

ان أهم المشكل القانونية المترتبة على السبب في الكفالة بصفة عامة، و الكفالة البنكية بصفة خاصة، هو صعوبة التمييز بين السبب و المحل في عقد الكفالة، و لا ينبغي بحث سبب التزام الكفيل في اطار العلاقة بين الدائن و الكفيل ما دام أن عقد الكفالة هو عقد ملزم لجانب واحد، على أنه يمكن تحديد السبب الشخصي أو الدافع لالتزام الكفيل في اطار العلاقة التي تربط الدائن بالمدين، بغية تحديد السبب الدافع لحصول المدين على الائتمان. ويشكل الدافع الشخصي في الكفالة أحد أهم الوسائل القانونية لمراقبة مدى مشروعية الالتزام، وعليه يعتبر عقد الكفالة باطلا، اذا كان سبب التزام الكفيل هو الحصول على الائتمان الممنوح للمدين، بحيث يكون الكفيل ضامنا و في نفس الوقت مستفيدا من الائتمان دون أن تكون له صفة المدين الأصلي في الالتزام[2].

الفرع الثاني

الشروط الشكلية لانعقاد الكفالة المصرفية

[1]سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية و العينية، الإسكندرية، مصر ،1975،ص120.

[2]حمداوي صورایة، مسعودان فتيجة ، مرجع سابق ،ص22.

لا يشترط شكل معين في صياغة العقود، فالأصل هو الرضائية فيها، الا أن الممارسة العملية للبنوك اعتمدت في صياغة سندات الكفالة نماذج موحدة و معدة سلفا تتضمن[1] مجموعة من البيانات و لما كانت الكتابة فيهذا الإطار هي شرط للأثبات فان الأمر يقتضي منا تناول دور الكتابة في اثبات الكفالة البنكية؟ وما هي طبيعة البيانات المتضمنة في تلك العقود؟

أولا: دور الكتابة في اثبات الكفالة

يجب أن يكون التزام الكفيل صريحا و الكفالة لا تفترض و يتضح أن الكتابة هي شرط للأثبات وليست شرط انعقاد و عليه يمكن التعبير عن الرضائية بأية وسيلة، ولا حاجة لأن تكتسي شكلا محددا. و باعتبار عقد الكفالة البنكية عملا تجاريا بالطبيعة بالنسبة للبنك، فان هذا العمل يخضع لحرية الأثبات. أما الطرف الآخر فلا يعتبر العمل تجاريا بالنسبة اليه، ما لم يكن تاجرا و تعلقت الكفالة بعمله التجاري، والا فهو يخضع فيما يخص اثبات الكفالة لقواعد الأثبات في المجال المدني. واذا 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[2].

و الكفالة في العمل البنكي تتم دائما في عقد مكتوب مستقل بذاته، أو في نفس محرر الالتزام الأصلي. و الكتابة تلعب دورا هاما فيما يتعلق بالتاريخ و تحديد مبلغ الدين المضمون.

فالتاريخ بمثابة مؤسس العلاقة الزمنية بين الكفالة و الالتزام الأصلي المنشئ لها، خصوصا في الحالة التي لا يضمن فيها الكفيل الا الديون اللاحقة لالتزامه، أو في حالة

---

[1] سليمان سارة، مرجع سابق ، ص23.

[2] سليمان سارة، مرجع سابق ، ص27.

كفالة لعلاج صعوبات المقاولة. و الكتابة هنا تثار لمعرفة تاريخ عقد الكفالة، هل تم ابرامه قبل توق الكفيل عن الدفع أم بعده؟

اذ في هذه الحالة يمكن للمحكمة أن تبطل كل عقد بمقابل أوكل أداء أو كل تأسيس لضمان أو كفالة اذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع[1].

و تلعب الكتابة أهمية بالغة في تحديد مبلغ الدين المضمون بالنسبة للكفالة تتجسد في تحديد مدى التزام الكفيل، أما بخصوص التوقيع فيلاحظ أن نماذج عقود الكفالة الصادرة عن البنوك تتضمن عبارة " **قرئ و صودق عليه**" و تكمن أهمية التوقيع في ضمان حقوق و التزامات الأطراف في حالات النزاع، فيكون التوقيع كدلالة غلى احاطته بمضمون التزامه[2].

ثانيا: طبيعة بعض البيانات الواردة في عقد الكفالة

ترد على عقد الكفالة بعض البيانات من بينها ما يلي:

1-شرط الأفضلية على باقي الكفلاء:

قد يتعدد الكفلاء لضمان دين واحد، غير أن البنك و سعيا منه للحفاظ على مصلحته و تحقيقا لامتيازه على باقي الضامنين، قد يشترط بخصوص كفالته شرط حق الأفضلية فيما يتعلق بالرجوع على المدين عل جميع الكفلاء الآخرين، غير أن الاجتهاد الفرنسي ذهب الى عدم كفاية هذا الشرط لتحقيق أثره ما لم يتم قبوله من باقي الكفلاء[3].

2-عبارة "قسيمة لأجل":

تتضمن عقود الكفالة البنكية عبارة "قسيمة لأجل" أو عبارة "قرء و صودق عليه" و الهدف من ادراج هذه العبارة هو حماية حقوق الأطراف، و يستتبع ادراج هذه العبارة توقيع الأطراف المعنية. فاذا ضمنت هذه العبارة في عقد الكفالة المبرم بصفة مستقلة فان التوقيع الوحيد الذي يجب أن يرد في أسفل المحرر بعد العبارة السابق ذكرها هو توقيع البنك دون توقيع الدائن، لأن هذا الأخير لا يلتزم بشيء، و لأن الكفالة هي عقد ملزم لجانب واحد، و تستثني

---

[1] محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص270.

[2] حمداوي صورایة، مسعودان فتيجة ، مرجع سابق ،ص25.

[3] سليمان سارة، مرجع سابق ، ص29.

من هذه القاعدة الحالة التي ترد فيها الكفالة على نفس المحرر مع الالتزام الأصلي، حيث نجد توقيع الدائن والمدين اضافة الى توقيع البنك الكفيل[1].

3-عبارة شرط عدم المزاحمة:

بمقتضى هذا الشرط يتنازل الكفيل عن حقه في اجراء أي رجوع على المدين الأصلي، طالما أن الدائن لم يحصل على دينه كاملا و توابعه و تبدو أهمية هذا الشرط في حالة كفالة جزء من الالتزام الأصلي[2]، فان أوفى الكفيل التزامه بأدائه للدائن جزء الدين المكفول، لم يكن له الرجوع على المدين بما أداه للدائن الابعد أن يستوفي هذا الأخير باقي الدين الأصلي و فوائده و توابعه من المدين نفسه[3].

4-عبارة "سقوط الأجل":

قد يشترط الدائن في عقد الكفالة سقوط الأجل وحلول الدين في حالة خضوع الدين لنظام "صعوبات المقاولة"، حيث ذهب الفقهاء الى بطلان هذا الشرط المدرج في عقد الكفالة و بالتالي فان الدائن لا يملك حق اشتراط أجل حلول الدين أقرب أو أقصر من ذلك المحدد للالتزام الأصلي[4].

وتأتي امكانية بطلان هذا الشرط من الصعوبة المترتبة عن تكييف عقد الكفالة، اذ بإدراج مثل هذا الشرط، سيفقد عقد الكفالة أهم خاصية له، و المتمثلة في عنصر التبعية و بالتالي تصبح الكفالة آنذاك كضمانة من طبيعة أخرى.

غير ان الفقهاء قد عدلوا من رأيهم هذا، معتبرين أن الغاية من الكفالة تتمثل في ضمان الدائن من اعسار المدين بالإضافة الى ذلك، فان المقتضيات المتعلقة بعدم سقوط الأجل بالنسبة للمدين الأصلي، في حالة خضوعه للتسوية القضائية، تتعلق فقط بهذا الأخير، ولا

---

[1] محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 272

سمير عبد السيد تناغو،مرجع سابق،صالمادة 2.119

سليمان سارة، مرجع سابق ، ص3.30

[4] حمداوي صورایة، مسعودان فتيجة ، مرجع سابق ،ص26.

تشمل التزام الكفيل الذي يبقى ملتزما بما تعهد به، و بالتالي لا شيء يمنع من ادراج هذا الشرط في عقد الكفالة[1].

المطلب الثاني

نطاق تطبيق الكفالة المصرفية

الكفالة البنكية من العقود الملزمة لجانب واحد تقوم على الاعتبار الشخصي، تجارية يتبع العقد في تنظيمها و شروطها العقد الأصلي مقابل عمولة، اذ أن هذه العمولة تعتبر في شق منها أجرا عن الخدمة التي يقدهما البنك لعميله وفي شق آخر يغطي المخاطر المحتمل تعرضه لها، و لا تكون الالتزامات التي يرتبها العقد صحيحة الا اذا كان العقد صحيحا، و الالتزام المكفول في الكفالة المصرفية يكون مبلغا من النقود[2]

و منه نستنتج أن نطاق الكفالة المصرفية هو المجال الذي تقوم به الكفالة بدور كبير من حيث مساهمتها في التنمية الاقتصادية[3].

فالمدين قد يجد نفسه أمام صعوبات مالية لا يمكن تخطيها الا عن طريق الكفالة المصرفية. فالكفالة المصرفية تؤدي الى تخفيف العبء على عن كاهل العميل ، و بناء عليه يمنح المصرف الكفالة لعميله ليمكنه من الحصول على اعفاء أو تمديد الأجل لسداد رسوم أو ضرائب حكومية، أو من أجل السماح له بقبض فوري لمبالغ أو دفعات على الحساب، أو من أجل تجنيبه دفع كفالة نقدية أو أوراق مالية ضمانا لعمل التزم به[4].

و قد تكون الكفالة المصرفية محدودة اذا وردت صيغتها على نحو يحدد ضمان الالتزام بمبلغ معين، و هذه الكفالة لا تضمن فوائد الدين الا اذا اشترط على ذلك صراحة.

---

[1]سفيان الكهان ، المرجع السابق، ص26.

[2]محمود الكيلاني، مرجع سابق،ص269.

[3]حمداوي صورية و مسعدوان فتيحة،مرجع سابق،ص20.

[4]شاكر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، ط04، الجزائر 2008، ص128.

و قد تكون الكفالة غير محدودة و هي تلك التي يكون التزام الكفيل فيها من دون شرط أو تحديد بحيث يمتد التزامه الى أصل الدين و فوائده و التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ[1].

وسنتناول هذا المطلب حدود التزام البنك الكفيل في الفرع الأولو الضمانات المخولة للمؤسسة البنكية الكفيلة (الفرع الثاني)

الفرع الأول

حدود التزام البنك في الكفالة المصرفية

نحدد التزام الكفيل فيما يلي:

أولا–نطاق التزام الكفيل يتحدد بعقد الكفالة المصرفية:

الكفالة هي وليدة اتفاق ارادي بين الدائن و الكفيل، فيتحدد الالتزام من حيث موضوعه، أشخاصه، مدته، و أوصافه.

أ–**من حيث الموضوع:** فإما أن تكون الكفالة مطلقة غير المحددة لتشمل أصل الدين المكفول و ملحقاته كالفوائد الاتفاقية أو القانونية، التعويضات الناشئة عن اخلال المدين بالتزاماته سواء بعدم التنفيذ مصروفات المطالبة الأولى و هي جميع المصروفات التي ينفقها البنك في مطالبة المدين و التي تشمل تكاليف الأعذار، رسوم الدفع الدعاوي و مصروفاتها حسب نص المادة653[2] من القانون المدني الجزائري، و اما تكون الكفالة محددة اذا تضمن عقد الكفالة تحديدا واضحا لنطاق الالتزام أي أن الأطراف أوردوا اتفاقا لرسم التزام الكفيل فيمكن أن يتم الاتفاق على أن الكفيل لا يضمن سوى أصول الدين دون الفوائد أو المصاريف.

ب–**من حيث الأوصاف:** قد يكون التزام الكفيل معلقا على شرط واقف أو فاسخ أو مقرونا بأجل دون أن يكون الالتزام الأصلي متصفا بذلك و هنا تسري القواعد العامة

---

[1] سمير عبد السيد تناغو،مرجع سابق،ص121.

2المادة 651أمر رقم 75–58 المتعلق بالقانون المدني الجزائري.

بخصوص الشرط و الأجل[1] كأن يعلق الكفيل التزامه على شرط وجود ضمانات أخري يعتمد عليها الكفيل و يحل محل الدائن فيها كتقديم رهن، فهنا يكون التزام الكفيل معلقا على شرط واقف هو وجود هذه الضمانات وقد يكون شرطا فاسخا اذا كانت الكفالة نافذة [2]

في الحال بشرط أن يقدم الضمان المتفق عليه، فاذا لم يقدم الضمان له فالشرط يتحقق بأثر رجعي و تزول الكفالة[3].

ثانيا- نطاق التزام الكفيل يتحدد بالالتزام الأصلي:

تقوم الكفالة لضمان الوفاء بالتزام أصلي، و التزام الكفيل يعتبر تابعا لالتزام المدين، فنطاق التزام الكفيل يرتبط بنطاق التزام المكفول الذي يحب أن يكون محددا في موضوعه و مقداره وأوصافه، فالكفيل يجب أن يلم بطبيعة الالتزام المراد كفالته سواء تمثل في عمل أو مبلغ نقدي.[4]

و يكفي عند ابرام عقد الكفالة أن يحدد الاتفاق الأسس اللازمة فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام الأصلي، الا أنه بالعكس يجوز أن يكون التزام الكفيل أقل من التزام المكفول، كما يمكن أن يستفيد الكفيل من كل تغيير طارئ في الالتزام الأصلي.

الفرع الثاني

حقوق المؤسسة البنكية الكفيلة (الضمانات المخولة لها)

هذا وقد يترتب على المصرف نتيجة اصاره للكفالة المصرفية دفع المبلغ المكفول بموجبها للمستفيد منها، وفي هذه الحالة له أن يرجع على المدين بما كفله لا بما أداه. فاذا أدى المصرف الى الدائن شيئا غير الدين فليس له أن يرجع بهذا الشيء على المدين بل يرجع عليه بما كفله به. أما اذا تمت مصالحة بين الدائن و المصرف الكفيل على أن يدفع

1بشير بن جودي، مرجع سابق، ص26،27.

سليمان سارة، مرجع سابق ، ص29.[2]

[3]محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص270.

رقية جبار، مرجع سابق، ص90.[4]

جزءا من الدين فليس للأخر أن يرجع على المدين بأكثر من هذا الجزء الذي تمت المصالحة عليه. يتفرع عن حق الرجوع دعويان، الأولى دعوى شخصية و الثانية دعوى الحلول .[1]

أولا- الدعوى الشخصية

تستند الدعوى المدنية الى أحكام القانون المدني و بمقتضاها يرجع الكفيل على المدين بأصل الدين اضافة الى حقه بالمطالبة بالفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع، و المصاريف التي قد يتكبدها نتيجة الكفالة المصرفية، على أنه في الأخير لا يرجع الا بالذي دفعه وقت اخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده[2].

ثانيا- دعوى الحلول

و هي الدعوى التي تخول المصرف الكفيل الذي دفع الدين أن يحل محل الدائن في حقوقه تجاه المدين حيث يتمتع بجميع الضمانات التي كانت من حق الدائن و يكون له ما كان لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع و ما يكفله من تأمينات، و ما يرد عليه من دفوع. تجدر الإشارة الى أنه لا يمكن لمصرف أن يتمسك بدعوى الحلول في حالة الوفاء الجزئي للدين[3].

---

[1] بشير بن جودي، مرجع سابق، ص26،27.

[2] سليمان سارة، مرجع سابق ، ص 31

[3] حمداوي صورایة، مسعودان فتيجة ، مرجع سابق ،ص33.

الفصل الثاني

الفصل الثاني :

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول إلى مفهوم الكفالة المصرفية ، فقدمنا لها تعريف و بينا خصائصها ، أنواعها وأركانها وميزناها عن باقي النظم القانونية المشابهة لها ، سنحاول أن نتطرق في هذا الفصل إلى أحكام الكفالة الصرفية ، ونبدأ ذلك بدراسة الآثار المترتبة عنها والتي تتلخص في علاقة الكفيل و الدائن ، والتي تظهر في الواقع العملي ، إذا لم يفي المدين الأصلي بالتزامه ، إما لسبب إعساره أو الآي سبب أخر يكون مقبولا قانونا يسمح للدائن بممارسة حقه في الرجوع على الكفيل ، وعلاقة بين الكفيل والمدين الأصلي بالدين والعلاقة الثالثة بين الكفيل والكفلاء في حالة تعددهم والتزامهم بالوفاء بنفس الدين ، ولنفس المدين ومصدر هاتين العلاقتين الأخيرتين سببها هي واقعة الوفاء التي تصدر من الكفيل وكل النقاط سنردها في المبحث الأول .

لننتقل في المبحث الثاني للدراسة والكلام قدر المستطاع عن انقضاء الكفالة المصرفية التي لا تختلف ولا تخرج أسبابها عن المذكورة في القواعد العامة ، سواء تعلق الأمر بالسباب العامة لانقضائها بصورة تبعية أو الأسباب العامة لانقضائها بصورة أصلية، إضافة إلى الأسباب التي العامة التي تشترك فيها الكفالة مع باقي الالتزامات ، حيث نجد ان المشرع قد أفادها ببعض الأسباب الخاصة لانقضائها ، والمتعلقة بتقصير الدائن وخطئه .

المبحث الأول

آثار الكفالة المصرفية

علاقة الكفيل بالدائن لها وجهان ، الأول يتمثل في مطالبة الدائن للكفيل بالدين عند عدم وفاء المدين به، والثاني يتمثل في الدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن لرد المطالبة وهذا ما سنناوله في المطلب الأول من هذا المبحث ، في المطلب الثاني سنحاول بيان علاقة الكفيل والمدين إضافة إلى دراسة حالة تعدد المدينين والكفلاء.

المطلب الأول:

العلاقة بين الكفيل والدائن

لقد سبق وان أشرنا إلى أن طرفي عقد الكفالة هما الدائن والكفيل ،لذا يفترض نشوء علاقة بينهما الهدف منها هو تحقيق الضمان فيعتبر الكفيل ضامن احتياطي يتعين عليه الوفاء بالتزامه إذا لم يوفي المدين نفسه، وبهذا يكون من حق الدائن مطالبة الكفيل بالرجوع عليه والتنفيذ على أمواله، في المقابل يمكن للكفيل الدفاع عن نفسه من اجل إسقاط الالتزام الملقى على عاتقه وذلك باستعمال كافة الدفوع المتعلقة بعقد الكفالة أو العقد الأصلي وسنتطرق لها فيما يلي[1] :

الفرع الأول:

الضوابط التي تحكم مطالبة الدائن للكفيل

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

أولا: وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل

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

[1]حمداوي صورایة،ومسعودان فتيحة، مرجع سابق ، ص 34.

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

و ما تجدر الإشارة إليه انه أثير إشكال حول ما هو الحكم في حالة سقوط اجل التزام المدين بسبب إفلاسه أو إعساره أو إضاعة تأمينات ، حيث ذهب رأي للقول أن سقوط التزام المدين يؤدي إلى سقوط اجل التزام الكفيل لان مقتضى فكرة التبعية والغرض منها هو ضمان حق الدائن ضد مخاطر إعسار المدين وإفلاسه وقد تحقق ذلك بالفعل[2].

ولكن الفقه الغالب يرفض هذه الفكرة ويقرر أن سقوط اجل الدين لا يؤدي إلى سقوط اجل التزام الكفيل لان مقتضى التبعية انه لا يكون التزام الكفيل اشد من التزام المدين ، لكن ليس هناك ما يمنع أن يكون التزام الكفيل اخف من التزام المدين ن وكذلك مقتضى عقد الكفالة هو ضمان حق الدائن ضد إعسار المدين أو إفلاسه ، وان المتفق عليه في القانون التجاري أن سقوط الأجل بسبب إفلاس المدين لا ينصرف إلى غيره ولا ينصرف بصفة خاصة إلى الكفيل وهذا الجدال لا يثور في حالة ما إذا كان لدين الكفيل اجل خاص[3].

ثانيا : الرجوع على المدين قبل الكفيل

القاعدة أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل، وحده إلا بعد رجوعه على المدين وهذا ما تضمنته نص المادة 1/660 من القانون المدني الجزائري التي نصت على "لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين" ، ومؤدي ذلك أن الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولا، ولا يرجع ابتداء على الكفيل و لكن يمكن للدائن أن يرجع على

---

[1]بن عبدالكريم صورارية،وبن شعلال حمزة،الدفوع المرتبطة بعقد الكفالة في القانون المدني،مذكرة ماستر،جامعةعبد الرحمان ميرة،بجاية،2013.

2حمداوي صورارية ، مرجع سابق ،.ص 35.

[3]المرجع السابق، ص 35.

المدين و الكفيل في آن واحد[1] ،و يقصد بالرجوع المطالبة القضائية أي رفع الدعوى على المدين والحصول على حكم قضائي بإلزامه ومن ثمة لا تكفي مجرد المطالبة الودية أو إعذار المدين للوفاء بالتزامه، ويرد على هذه القاعدة إستثنائين :

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

2/ إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ على المدين فإن مجرد التنبيه بالوفاء يعتبر في ذاته رجوعا كافيا على المدين و يفتح طريق الرجوع على الكفيل[2].

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

هي :

-وجوب أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في هذا الدفع صراحة أو ضمنيا، لأنه مقرر لمصلحته ومنه له التنازل عليه.

-يجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، لأن الدائن هنا يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامن ابتداء دون إمكانية أن يدفع بوجوب الرجوع على المدين وقد طبق المشرع الفكرة بوضوح في المادة 669 من القانون مدني الجزائري"، تجوز كفالة الكفيل ، وفي هده الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل رجوعه على الكفيل " عندما أجاز الرجوع على كفيل الكفيل إذا كان متضامنا مع الكفيل[3].

---

[1] سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص61.

[2]سلمان سارة مرجع سابق ص 56.

[3]نص المادة 669 ، من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975،يتضمن القانون المدني، الصادر بتاريخ 30سبتمبر1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 1975.

-وجوب أن يكون في رجوع الدائن على الكفيل مصلحة أو فائدة فلو كان المدين ظاهر الإعسار، فلا فائدة من تمسك الكفيل بوجوب البدء بالرجوع على المدين، وبالمقابل للكفيل التمسك به إن كان للمدين بعض الأموال التي تكفي لسداد بعض الديوان فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفي بقية الدين من الكفيل، وهنا نشير إلى أن القاضي هو الذي يقدر ما إن كانت هناك مصلحة للكفيل، في التمسك بهذا الدفع من عدمه، ويقع على الدائن عبء إثبات إعسار المدين أو عجزه الظاهر عن الوفاء.

وأخيرا تجدر التنويه إلى أن الدفع بضرورة الرجوع على المدين أولا يعد من الدفوع الموضوعية لأنه لا يتعلق بوجود حق الدائن قبل الكفيل، وهو كذلك ليس من الدفوع الشكلية بل هو كما سبق وأن رأينا دفع بعدم القبول الدعوى لعدم استفاء إجراء لابد من إستفائه[1].

الفرع الثاني:

الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة

يمكن حصر الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة امرين ، اولهما وهي الدفوع الناشئة عن الدين الاصلي، انا الثاني فهي الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة.

أولا- الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي:

هي التي يحق للكفيل التمسك بكل الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بهافي مواجهة الدائن وهذا كله نظرا لكون التزام الكفيل هو التزام تبعي والتالي سنتطرق لهذه الدفوع فيما يلي :

1-الدفع ببطلان الالتزام الأصلي :

البطلان هو الجزاء الذي يقرره القانون على العقد عند عدم توفر ركن من اركانه، شرط من شروط صحتهن وهو يعدم اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير[2].

إذا كان العقد الاتصالي باطلا يحق للكفيل التمسك ببطلان الكفالة على أساس أن التزام المكفول باطل ، ومثاله ان يكون التزام المدين باطلا بطلان مطلق لانعدام الرضا بين المدين

1سلمان سارة ،المرجع السابق ،ص 57.

2 العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري،ج1،الطبعة 5،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2007 ،ص171

والدائن، او لعدم توفر شروط المحل او عدم مشروعية السبب وهذا سيؤدي إلى بطلان التزام الكفيل ، اذ يحق للكفيل دفع دعوى الدائن ببطلان التزام المدين وببطلان التزامه تبعا [1].

2-الدفع بانقضاء الالتزام الأصلي:

كما سبق القول أن فكرة التبعية تقضي انه إذا انقضى الالتزام الأصلي المكفول ينقضي تبعا لذلك الالتزام التبعي ، وانقضاء التزام المدين يكون إما بالوفاء ن أو الوفاء بمقابل أو المقاصة أو التجديد و الإنابة إلى غير ذلك من أسباب الانقضاء، فإذا وفى المدين انقضى التزامه وبالتبعية ينقضي التزام الكفيل، وإذا اتفق الدائن مع مدينه على قبول شيء أخر من المدين في مقابل الدين، يقوم هذا الخير بنقل ملكية الشيء إلى دائنه فتبرا ذمة الكفيل بالتبعية[2].

3-الدفوع الخاصة بإبطال التزام المكفول

هو ما يسمى بالبطلان النسبي ، كان يكون المدين ناقص الأهلية أو شاب إرادته احد عيوب الرضا فيكون للكفيل الحق في التمسك بإبطال التزام المدين لهذه الأسباب ، إلا انه فيما يخص تمسك الكفيل بإبطال العقد الأصلي وعقد الكفالة بسبب نقص أهلية المدين، لا ينتج أثاره إلا إذا كان لا يعلم بنقص أهلية المدين[3].

ثانيا-الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة:

زيارة على الدفوع السابقة الذكر فإن المشرع منح الكفيل دفوعا خاصة به مراعاة لصفته و اعتبارا لالتزامه التبرعي، وفيما يلي يعرض لهذه الدفوع وهي : الدفع بالتجريد (المادة 2/660 مدني)، الدفع بالتقييم في حالة تعدد الكفلاء، (المادة 644 مدني)، الدفع

---

[1]رمظان محمد ابو السعود ، همام محمد زهران، التامينات العينية و الشخصية، دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية،ص99.

2 المرجع نفسه ص99.

3حمداوي صورایة و مسعودان فتيحة ،مرجع سابق، ص39.

بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن، المادة 656 ق.م.ج، الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين، (المادة 657 ق.م.ج)، الدفع بعدم تدخل الدائن في تفلسة المدين (المادة 658 ق.م.ج)[1].

1: الدفع بالرجوع

تنص المادة 1/660ق.م.ج : « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ».

المقصود بالدفع بالرجوع هو أن يدفع الكفيل تجاه الدائن بضرورة رجوع، أو ضرورة مطالبة الشخص المدين قبل مطالبته هو بتنفيذ الالتزام ،والدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل وحده قبل مطالبة المدين لا يعتبر من الدفوع الموضوعية ، كما لا يعتبر شكليا ولكنه كيف على انه دفع بعدم قبول ، و بناءا على ذلك يمكن إبداء هذا الدفع ولو لأول مرة أمام[2] المجلس القضائي، وقبوله لا يترتب عنه سوى عدم قبول الدعوى المرفوعة على الكفيل من الدائن ولهذا وجب توفر مجموعة من الشروط وهي[3]:

-أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالرجوع

التنازل قد يكون ضمنيا أو صريحا وقد يكون في وقت انعقاد الكفالة أو بعدها، وهذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام لان الهدف منه هو تحقيق مصلحة خاصة وهي مصلحة الكفيل، لذلك يجوز النزول عنه[4].

-أن لا يكون الكفيل متضامن مع المدين

ففي هذه الحالة يحق للدائن أن يطالب من المدنين المتضامنين من يشاء او يطالبهم مجتمعين، وبالتالي في حالة تضامن الكفيل مع المدين يحق للدائن الرجوع على أي منهما

---

[1] المادة 1/660 من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني، الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 1975.

[2] محمد صبري السعدي ،الوجيز في شرح القانون المدني ،التامينات الشخصية و العينية، دار الهدى ،الجزائر، ص 67.

[3] محمد صبري السعدي ،نفس المرجع 68

[4] سميرعبد السيد تناغو، مرجع سابق ص64.

آو كلاهما معا[1]هذا حسب نص المادة 669 من القانون المدني الجزائري بنصها "تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا اذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل"[2].

-وجود مصلحة للكفيل في التمسك بالدفع بالرجوع

ويعني ذلك أن لا يثبت للمحكمة انه ليس هنالك للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع ومثال ذلك أن يكون المدين معسرا بحيث ليس له أموال يمكن التنفيذ عليها ، وبالتالي لاتوجد هناك مصلحة من إثارة هذا الدفع.

2-الدفع بالتجريد في صورته العامة

الكفالة تعطي الكفيل صفة احتياطية، حيث يترتب من خلالها أن الدائن لا يستطيع[3] أن ينفذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين ،وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد فهو مقرر فقط للكفيل الشخصي، ويحق لهذا الخير التمسك بهذا الدفع سواء كانت الكفالة قد تمت بناءا على طلب المدين ، أو بعلمه ، ورغم معارضته، ويقتصر حق الكفيل بالدفع بتجريد أموال هذا الأخير.[4]ولاستعمال هذا الحق لابد من توفر مجموعة من الشروط وهي:

-أن يتمسك الكفيل بالتجريد

وهذت وفقا لنص المادة 2/660 من القانون المدني الجزائري[5]،فالدفع بالتجريد ليس دفع متعلق بالنظام العام ومنه ليجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها ، ولهذا يجب على الكفيل التمسك به لكي يكون مقبولا.

-أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين

---

[1]محمد صبري السعدي ، نفس المرجع، ص 67،68.

4المادة669 من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني، الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 1975.

حمداوي صوراية و مسعودان فتيحة ،مرجع سابق، ص40.[3]

[4]حمداوي صوراية ومسعودان فتيحة، مرجع سابق ص41.

[5]نص المادة 2/660 من الامر رقم 75-58"لا يجوز لهان ينفد على اموال الكفيل الا بعد ان يجرد المدين من امواله"

فإذا كان الكفيل متضامن مع المدين يعتبر مسئولا بصفة رئيسية عن الدين ، لذلك يجوز التمسك بهذا الدفع.

-أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالتجريد

الدفع بالتجريد مقرر لتحقيق مصلحة خاصة فهو ليس من النظام العام ، وهذا يعني إمكانية التنازل عنه سواء بصفة صريحة أو ضمنية[1].

-إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين التي يمكن التنفيذ عليها

وهذا ما نصت عيه المادة 661من القانون المدني الجزائري" إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله. ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية آو كانت متنازعا فيها"[2].

وفقا لهذه المادة يجب على الشخص الكفيل الذي تمسك بالدفع بالتجريد، ان يرشد الدائن إلى أموال المدين التي يمكن لهذا الأخير التنفيذ عليها، ومن اجل صحة الدفع بالتجريد وجب أن تكون الأموال التي يرشده إليها متوفرة على بعض الشروط المتمثلة في:

-أن تكون هذه الأموال غير متنازع فيها وتقع في الجزائر

والمقصود بالمال المتنازع عليه لا يقتصر فقط على المال الذي يكون قد رفعت بشأنه دعوى، إنما يشمل كل نزاع جدي يؤدي إلى إرهاق الدائن في التنفيذ على أموال المدين ولا نجد في القانون الجزائري أي نص يبين المقصود بالمال المتنازع عليه [3].

-أن تكون الأموال التي يرشد لها الكفيل يفي بالدين كله

حيث انه لا مانع للدائن من أن يتخذ الوسائل الاحتياطية في حق الكفيل[4].

---

[1]حمداوي صورایة ومسعودان فتيحة ،نفس المرجع ص41.

[2]نص المادة 661 من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 1975.

[3]زاهية سي يوسف مرجع سابق ص88.

[4]حمداوي صورایة ، ومسعودان فتيحة مرجع سابق ص42.

3-الدفع بالتجريد في صورته الخاصة

تفترض هذه الصورة وجود تامين عيني على مال المدين يضمن نفس الدين، فيجوز للكفيل إن يطلب التنفيذ على التامين العيني قبل التنفيذ عليه[1].

نص المشرع الجزائري على هذا الدفع بموجب نص المادة 663 على انه" إذا كان هناك تامين عيني خصص قانون آو اتفاق لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التامين أو معه ولم يكن الكفيل متضامن مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التامين[2].

حيث أن هناك شروط يجب توافرها لكي يستطيع الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع وهي :

أ- وجود تامين عيني خصص لضمان نفس الدين

ويمكن أن يكون هذا التامين خصص لضمان الدين المكفول وفي نفس الوقت لضمان ديون أخرى معه بشرط أن يظل مفيدا للدائن، لان الدفع بدون مصلحة، ويمكن أن يكون هذا التامين عقارا أو منقولا مقررا بموجب اتفاق أو القانون أو حق امتياز.

ب-يكون الكفيل غير متضامن مع المدين

التضامن يجعل الكفيل في مركز المدين الأصلي، وبالتالي لا يجوز له التمسك بالدفع بالتجريد في صورته الخاصة بما انه مقرر أيضا في الدفع بالتجريد في صورته العامة تمسك الكفيل بالدفع .

يجوز للكفيل التمسك به في مرحلة التقاضي أو مرحلة التنفيذ ، وهذا الدفع ليس من النظام العام فلا يمكن للمحكمة التمسك به من تلقاء نفسها[3].

ج-أن تكون الكفالة لاحقة للتامين العيني أو تقررت معه

---

[1]قدري عبد الفتاح الشهاوي، اركان عقد الكفالة العينية والشخصية، دار النهضة العربيه، القاهرة،2005،ص140.

[2]نص المادة 663 من الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975،يتضمن القانون المدني، الصادربتاريخ 30سبتمبر1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 1975.

[3]زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص94.

الكفيل عند تقدمه لكفالة دين المدين وضع في اعتباره أن هناك تامين، أما إذا سبق التامين الكفالة فلا يكون الكفيل قد اعتمد عليه، وبالتالي لا يكون الحق بالتمسك بالتجريد

د-أن يكون التامين العيني مقررا على مال مملوك للمدين

هذا الشرط اختلف فيه الفقه هناك جانب يقر بضرورة أن يكون التامين العيني ملكا للمدين.

في حين أن الرأي الراجح يقول بوجوب ملكية التامين العيني للمدين حتى يتمكن الكفيل من التمسك به[1].

4-الدفع بعدم اتخاذ الدائن إجراءات ضد المدين

إذا كان الهدف من الدفع بالتجريد وبالذات إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين للتنفيذ عليها فهذا يعني انه ليس من العدل أن يذهب الدائن مجهود الكفيل سدا، وبالتالي على الدائن أن يبذل في ذلك عناية الرجل العادي في التنفيذ على أموال المدين التي ارشد لها، حيث يتحمل مسؤولية إهماله[2].

إلا أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يعني سقوط حقه في مطالبة الكفيل ، حسب نص المادة 1/667 من القانون المدني الجزائري ، غير أن القانون لم يترك الكفيل دون حماية فقد نص في الفقرة 2 من المادة 657 من القانون المدني الجزائري على انه " غير أن ذمة الكفيل تبرا إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا[3]،فطبقا لهذا النص إذا خشي الكفيل من أن يتأخر في اتخاذ الإجراءات ضد المدين ن له أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات وذلك بان يرفع دعوى ضد المدين او يبدأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضده إذا كان بيده سند تنفيذي ، فإذا انقضت 6اشهر وقت الإنذار دون أن يقوم الدائن باتخاذ هذه الإجراءات برئت ذمة

---

[1]حمداوي صورارية ، و مسعودان فتيحة، مرجع سابق ، ص 43.

[2]حمداوي صورارية ، و مسعودان فتيحة ،مرجع السابق ، ص 44.

[3]نص المادة 657 من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،الصادربتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 1975.

الكفيل ، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا يضمن به الكفيل الرجوع على المدين إذا ما اضطر للوفاء للدائن[1].

5- الدفع بإضاعة الدائن للتأمينات

يتعين على الدائن المحافظة على التأمينات التي يكون الالتزام الأصلي قد ضمن بها سواء كانت عينية أو شخصية إذ أن الإخلال بهذه الأخيرة من شانه أن يضر بمركز الكفيل، وضياعها يزيد من احتمالية الرجوع على الكفيل ، لهذا نص المشرع بأحقية الكفيل في التمسك ببراءة الذمة هذا ما نصت عليه المادة 656من القانون المدني الجزائري "تبرا ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ' ومن أمثلة إضاعة الدائن للتأمينات إبراء الدائن لأحد الكفلاء[2].

المطلب الثاني

العلاقة بين الكفيل والمدين ودراسة حالة تعدد المدينين و الكفلاء

إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين للدائن فهنا تنشا علاقة بين الكفيل والمدين ، حيث يحق للكفيل الرجوع على المدين من اجل الحصول على ما وفى به ، لهذا أعطى المشرع الكفيل طريقتين يسلكهما من اجل الحصول على حقوقه ، وهما الدعوى الشخصية ودعوى الحلول، وهذا ما سنتطرق ايه في هذا الطلب من خلال تقسيمه الى فرعين ، الأول نعالج فيه طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه، أما الثاني فسنعالج فيه دراسة تعدد المدينين والكفلاء[3].

الفرع الأول

طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه

ولدراسة هذا الفرع يجب الاشارة الى الدعوى الشخصي او دعوى الكفالة، ودعوى الحلول

---

[1]محمد صبري السعيدي، مرجع سابق، ص، 71.

[2]نص المادة 656 من الامر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،الصادربتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 1975.

[3]سارة سليمان ، مرجع سابق،ص،81.

أولا-الرجوع بالدعوى الشخصية أو دعوى الكفالة:

تنص المادة 670 من القانون المدني الجزائري على أنه :«يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق، أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه. فإن لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه[1]».

وتنص المادة 672 على أنه: «يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه. ويرجع بأصل الدين و المصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده»[2].

1-شروط الدعوى الشخصية او الكفالة:

أ- حلول اجل الدين

يشترط لرجوع الكفيل على المدين حلول اجل الدين المضمون والجل الذي يعتد به هنا هو الأجل الأصلي للدين المكفول فلا يحق للكفيل الرجوع على المكفول إلا بحلوله ، إلا انه إذا امتد الأجل الأصلي بسبب مهلة منحها الدائن للمدين ، فان هذا لامتداد لا يحتج به في مواجهة الكفيل ، ولا يجوز له أن يرجع على المدين بمجرد حلول الأجل الأصلي، وعلى العكس من ذلك فانه في حالة التنازل المدين عن الأجل الأصلي الممنوح له ، يستفيد الكفيل من هذا التنازل ويحق له الرجوع على المدين عند حلول الأجل الجديد[3].

1المادة 670 من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني، الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 1975

[2]أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية ، القاهرة، ص 167.

[3] سمير عبد السيد ،مرجع سابق ،ص114 .

ب-أن يكون الكفيل قد وفى بكامل الدين أو جزء منه

من شروط عودة الكفيل على المدين أن يكون الكفيل قد وفى بالدين، إما كله أو جزء منه، ولا يقتصر الأمر هنا على الوفاء بالالتزام فقط، وإما ينصرف الأمر أيضا إلى أسباب الانقضاء الأخرى كالوفاء بمقابل ن المقاصة[1].

ج-يجب على الكفيل إخطار المدين

يجب على الكفيل قبل قيامه بالوفاء أن يخطر المدين وهذا ما نصت عليه المادة 670 من القانون المدني الجزائري وبالتالي فان قيام الكفيل بالوفاء دون إخبار المدين سيفقده حق الرجوع عليه، إلا أن عدم إخبار الكفيل للمدين لا يؤدي دائما في جميع الحالات إلى إبراء ذمته ، وذلك في حالة وفاء الكفيل بالالتزام ولم يكن للمدين أسباب تؤدي إلى بطلان الالتزام و انقضاءه[2].

د-أن تكون الكفالة عقدت لمصلحة المدين دون اعتراضه

المفروض أن الكفالة تعقد عادة لمصلحة المدين ، إلا انه أحيانا تعقد لمصلحة الدائن وحده، ومثالها إذا انعقدت بعد نشوء الالتزام الأصلي ولم يحصل المدين على أي فائدة ، ففي هذه الحالة لا يستطيع الكفيل بعد وفائه بالدين المضمون ، الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية .

كما يجب أن تتم الكفالة دون معارضة المدين ، فتجوز عودة الكفيل على المدين في الكفالة التي عقدت بعلم المدين أو دون علمه، أما التي عقدت رغم معارضته فلا يجوز الرجوع عليه بهذه الدعوى[3].

---

[1] حمداوي صورایة ، و مسعودان فتيحة، مرجع سابق ، ص 46.

نص المادة 670 من القانون المدني الجزائري "يجب على الكفيل ان يخبر المدين قبل الوفاء بالدين والا سقط حقه في الرجوع على المدين".[2]

[3] محمد صبري السعيدي، مرجع سابق، ص،94،93.

2-مضمون الدعوى الشخصية أو دعوى الكفالة

يرجع الكفيل بما وفاه على المدين ، بأصل الدين والمصروفات وهو ما جاءت به المادة2/672 من القانون المدني الجزائري حيث نصت على انه "يرجع بأصل الدين والمصروفات غير انه لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين بالإجراءات التي اتخذت ضده"[1].

أ-أصل الدين

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

ب-المصروفات

تشمل المصروفات كل ما أنفقه الدائن في الإجراءات التي اتخذها ضد الكفيل ، والتي قام هذا الأخير بدفعها ، ومثالها مصروفات رفع الدعوى ، مصروفات التنبيه بالوفاء ، وتدخل أيضا المصروفات التي أنفقها الكفيل في سبيل إرشاد الدائن إلى أموال المدين من اجل التنفيذ عليها.

---

[1]نص المادة 2/672 من الامر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني، الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 1975.

[2]سارة سليمان ، مرجع سابق،ص،84.

ومن خلال نص المادة 2/672 من القانون المدني الجزائري يتضح لنا أن الكفيل يرجع على المدين بالمصروفات التي أنفقها بعد إخطار المدين بالإجراءات التي اتخذها ضده ، إلا انه من المسلم به حق الكفيل في الرجوع بمصروفات المطالبة الأولى [1].

إذ أن المصروفات تنفق قبل أن يصل إلى الكفيل أي إجراء يوجب عليه إخطار المدين لذلك يلزم بها المدين لا الكفيل[2].

ج-مطالبة الكفيل بالتعويض

هذا ما جاءت به المادة 800 من القانون المدني المصري،حيث كان المشروع التمهيدي لهذه المادة يتضمن فقرة تقضي بان " للكفيل بان يرجع بالتعويض" ولكنها حذفت في لجنة

المراجعة والتقنين المدني الفرنسي ومنه تقضي صراحة على رجوع الكفيل بالتعويض على المدين ولم يشترط القانون الفرنسي في تعويض الكفيل سوء النية[3].

ثانيا-الرجوع بدعوى الحلول :

يمكن للكفيل في حالة وفاءه للدائن أن يحل محل هذا لأخير في الرجوع على المدين وللكفيل الحق في دعوى الحلول سواء كانت الكفالة عقدت لمصلحة المدين او لمصلحة الدائن ، وسواء تمت بعلم المدين أم بغير علمه أو حتى رغم معارضته ، ويستوي كذلك أن يكون الكفيل متضامنا أو غير متضامن سواء كان الكفيل شخصي أو عيني[4].

1-شروط دعوى الحلول:

أ-حصول الدائن على كامل دينه

المادة 2/672من القانون المدني الجزائري "ويرجع باصل الدين والمصروفات غير انه فيما يخص المصروفات لايرجع الكفيل الا بالدي دفعه من وقت اخبار المدين الاصلي بالاجراءات التي اتخذت ضده"1

[2]حمداوي صورایة ، و مسعودان فتيحة، مرجع سابق ، ص 47.

3محمد صبري السعيدي،مرجع سابق ، ص 98.

محمد رمضان ابو سعود،محمود زهران ، مرجع سابق، ص4.142

تنص المادة 671 ق.م.ج على أنه :« إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن استوفى كل حقه من المدين»[1].

يفهم من النص انه حتى يستطيع الكفيل الرجوع على المدين يجب أن يكون الدائن استوفى حقه كاملا ، ولا يعني ذلك انه يجب أن يكون الكفيل هو الموفي بالدين بأكمله ، إنما يمكن أن يكون الكفيل وفى به المدين أو شخص أخر من الغير ، فالعبرة من هذا الشرط هو استفاء الدائن لدينه بأكمله وقت رجوع الكفيل عليه بدعوى الحلول ، إما إذا حصل الدائن على جزء من الدين المضمون ، فلا يحق للكفيل الرجوع على المدين ، إنما عليه الانتصار إلى غاية حصول الدائن على حقه بأكمله[2].

ب-أن يتم الوفاء عند حلول اجل الدين الأصلي

عند رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول فانه يحل بذلك محل الدائن ن فإذا وفى الكفيل بالدين قبل حلول اجله، فانه لا يحق له الرجوع على المدين بهذه الدعوى، إلا عند حلول اجل دين الدائن مع المدين ، غير انه إذا قبله هذا الأخير فلا مانع من رجوعه ، وفي حالة تمديد الأجل الأصلي للمدين اتفاقا أو قضاءا ، كان للكفيل إن أراد الرجوع بدعوى[3] الحلول احترام هذا الأجل الممتد ، لان حق الكفيل مرتبط بحق الدائن والدائن هنا حقه مؤجل[4].

2-مضمون دعوى الحلول:

تنص المادة 671 ق م ج على انه "إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين"[5].

نص المادة 671 من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني، الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي1975.[1]

سارة سليمان ، مرجع سابق،ص85.[2]

المرجع نفسه،ص3.85

حمداوي صوراية ، و مسعودان فتيحة ،مرجع السابق ، ص48.[4]

[5]نص المادة 671 من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني، الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي1975.

يفهم من خلال هذا النص أن الكفيل الموفى يحل محل الدائن في جميع حقوقه تجاه المدين، وهذا ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة ن كما تنص المادة 261 ق م ج على هذا الحكم بنصها " اذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية:

أ-إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين آو ملزما بالوفاء عنه

ب-إذا كان هناك نص يقرر للموفي حق الحلول[1].

وما تشمل عليه دعوى الحلول من طلبات مذكورة في نص المادة 264 ق م ج بنصها على " من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ومما يلحقه من توابع وما يكلفه من تأمينات وما يرد عبه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن"[2].حسب هذه المواد موضوع دعوى الحلول يتمثل فيما يلي:

ج-حلول الكفيل محل الدائن في الحق الذي كان يكفله:

إذأن الكفيل يرجع بالذات حق الدائن ، ولا يجوز للكفيل الرجوع على المدين بهذا الحق إذا كان قد انقضى ، وإنما يجوز له في مثل هذا الوضع الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية[3].

د-رجوع الكفيل بحق الدائن بما له من خصائص:

و مثال ذلك إذا كان دين الدائن له صفة تجارية، فان هذا الحق ينتقل للكفيل بهذه الصفة و اقتران حق الدائن بأجل يسري على الكفيل، في هذه الحالة لا يجوز له الرجوع على المدين إلا بحلول ذلك الأجل.

هـ-رجوع الكفيل بحق الدائن بما يتبعه من توابع:

---

[1]نص المادة 261 من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،الصادربتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي1975.

[2]نص المادة 264 من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،الصادربتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 131975 ماي1975.

[3]قدري عبد الفتاح الشيهاوي ، مرجع سابق،ص171.

يستفيد الكفيل من الفوائد التي ينتجها الدين المضمون ن إذ يحق له الرجوع بها على المدين أما إذا الدين لا ينتج فوائد، فان رجوعه رجوعه يكون على تقرره له القواعد العامة من فوائد قانونية تبدأ من وقت المطالبة القضائية[1].

و-حلول الكفيل محل الدائن في حقه بما له من ضمانات :

يحق للكفيل أن يحل محل الدائن في حقه فيما كان يكفله من ضمانات ، ولا يختلف الآمر فيما إذا كانت هذه الضمانات شخصية أو عينية موجودة وقت إبرام الكفالة آو قدمت فيما بعد، سواء من المدين نفسه أو من شخص اخر ومثال الضمانات العينية التي تدخل في حق الكفيل في الحلول الرهن الرسمي ، الرهن الحيازي ....الخ غير انه من اجل حلول الكفيل محل الدائن في التأمينات لا يسري إلا باتخاذ الإجراءات اللازمة

ي-حلول الكفيل محل الدائن في حقه وما يتصل به من دفوع[2]:

بمقتضى هذا الحق أن المدين يستطيع مواجهة الكفيل بكل ما كان يستطيع أن يدفع به رجوع الدائن عليه، كان يدفع بان حق الدائن معلق على شرط واقف أو فاسخ أو مضاف إلى اجل[3].

الفرع الثاني:

دراسة لحالة تعدد المدينين و الكفلاء في الدين

ويتضمن هذا الفرع دراسة لتعدد المدينين، وتعدد الكفلاء.

أولا-تعدد المدينين

1-تعدد المدينين غير المتضامنين

قد يحدث أن يتعدد المدينون في نفس الدين فإما ان يكفلهم الكفيل جمعا ، أو يكفل بعض فقط ، وفي كلتا الحالتين يمكن أن يكون المدينون متضامنين ، أو غير متضامنين

---

[1]محمد حسنين منصور ، مرجع سابق ، ص، 182.

حمداوي صورایة ، و مسعودان فتيحة مرجع سابق ، ص [2]50

[3]حمداوي صورایة ، و مسعودان فتيحة مرجع سابق ، ص50.

الحالة الأولى: اذا كان المدينون غير متضامنين ودخل الكفيل وضمنهم جميعا ثم وفى الدين فهنا عند رجوعه عليهم يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه في الدين، وله ذلك إما باستعمال الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول .

الحالة الثانية: إذا قام الكفيل بكفالة بعض المدينين غير المتضامنين دون المدين الأخر ، يكون له الحق في الرجوع على المدينين الذين كفلهم بقدر نصيبهم في الدين وذلك إما بدعوى الكفالة أو دعوى الحلول[1].

أما بالنسبة للمدينين الذين لم يكفلهم الكفيل فلا يحق له الرجوع عليهم بدعوى الكفالة، لكن إذا كان قد وفى بكامل قيمة الدين ، فيحف له الرجوع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة[2].

2-تعدد المدينين المتضامنين

نميز بين حالتين وهما: حالة ما إذا الكفيل قد ضمن المدينين المتضامنين كلهم وحالة اقتصار كفالة الكفيل للبعض منهم.

الحالة الأولى: هذا ما نصت عليه المادة 673 من القانون المدني الجزائري

" إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من دين"[3]، يفهم من نص المادة انه إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول ، وكان المدينون الذين كفلهم متضامنين ، فيحق للكفيل الرجوع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين اما بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول .

أما بالنسبة لرجوع الكفيل على المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم فيمكن تطبيق القواعد العامة ، أي يمكن للكفيل بعد قيامه بالوفاء بالعودة على أي من المدينين الذين لم يكفلهم،

---

[1]زاهية سي يوسف ، مرجع سابق، ص122.

[2]حمداوي صورایة ، و مسعودان فتيحة، مرجع سابق ، ص52.

[3]نص المادة 673 من الامر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،الصادربتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 131975 ماي1975.

إما بدعوى مباشرة أو دعوى الإثراء بلا سبب ، ولا يمكن للكفيل العودة على المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم بدعوى الشخصية[1].

ثانيا-تعدد الكفلاء

1-تعدد الكفلاء غير المتضامنين

إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعا قد التزموا بكفالة الدين بعقد واحد، أو بعقود متوالية مع احتفاظ كل واحد بحقه بالتقسيم ، فان الأصل أن يقسم الدين فيما بينهم كل واحد بحسب نصيبه وان إعسار احد هؤلاء لا يتحمله غيره من الكفلاء وإنما يتحمله الدائن، وإذا دفع واحد منهم الجزء الخاص به فلا يستطيع الرجوع على باقي الكفلاء[2].

لكن في حالة وفائه بالدين كله وهو غير ملزم بذلك ، فلا يكون له الحق في الرجوع على غيره من الكفلاء بدعوى الحلول، لأنه ليس ملزما بالوفاء عنهم ولا معهم، ولا يكون له الحق في العودة عليهم بالدعوى الشخصية لان هذه الأخير مقررة للعلاقة بين الكفيل والمدين، فما عليه إلا العودة عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب، وفي حالة وجود كفيل معسر بينهم فلا يمكن له أن يطالبهم بحصته و إنما يتحملها الكفيل الموفي[3].

2-تعدد الكفلاء المتضامنين

وتتلخص هذه الوضعية في وجود عدة كفلاء متضامنين ، أو وجود عدة كفلاء لدين واحد وعقود متوالية مع عدم احتفاظ أي منهم لنفسه بحق التقسيم، فيكون كل منهم مسؤولا بكل الدين[4].

فإذا تعدد الكفلاء وكانوا متضامنين فيما بينهم فهنا لا ينقسم الدين بينهم ، ولا يختلف الوضع فيما إذا كانوا قد كفلوا دينا واحد بعقد واحد أو كانوا ملزمين بعقود متوالية، فكل واحد منهم يكون مسؤولا بكامل الدين ، وقد نصت المادة 668 من القانون المدني الجزائري على حالة

---

[1]زاهية سي يوسف مرجع سابق ص122.

[2]حمداوي صورارية ، و مسعودان فتيحة المرجع السابق ، ص53.

[3]زاهية سي يوسف مرجع سابق ص124

[4]حمداوي صورارية ، و مسعودان فتيحة المرجع السابق ، ص54.

تعدد الكفلاء وتضامنهم وجاء فيها "إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم و وفى احدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم"[1].

فإذا وفى احد الكفلاء المتعددين بالدين ، فانه يرجع على أي كفيل متضامن بقدر نصيبه في الدين، مضافا إليها نصيبه في حصة الكفيل المعسر[2].

المبحث الثاني :

انقضاء الكفالة المصرفية

تنقضي الكفالة أما بصورة تبعية وهذا لكون عقد الكفالة تابع ،إذ لا وجود لهذه الأخيرة اذا لم يكن هناك التزام أصلي جاءت من اجل ضمان الوفاء به ،وبالتالي تطبيقا للقاعدة التي تقول التابع يتبع المتبوع، فان كل ما يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي، سيؤدي إلى انقضاء الكفالة تبعا له، وفي هذا المبحث سنعالج طرق انقضاء الكفالة ودلك من خلال مطلبين واللذان قسما بدورهما إلى فرعين ،أما المطلب الأول سنتناول فيه انقضاء الكفالة المصرفية بالتبعية لانقضاء الالتزام الأصلي ، بينما سنتناول في الطلب الثاني انقضاء الكفالة المصرفية بصفة أصلية.

المطلب الأول :

انقضاء الكفالة المصرفية بالتبعية لانقضاء الالتزام الأصلي

تتعدد صور انقضاء الكفالة المصرفية ، فإما أن تنقضي بصورة طبيعية وهي الوفاء أو تنقضي بصور أخرى يحصل فيها الدائن على منفعة غير التي كان يحق له طلبها، هو ما يسمى بالوفاء بالمقابل، كما تنقضي بصور أخرى سنحاول دراستها فيما يلي:

---

[1]نص المادة 668 من القانون المدني الجزائري"ادا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفي احدهم الدين عند حلوله يجوز له الرجوعلى كل من الباقين بحصته في الدين".

[2]زاهية سي يوسف مرجع سابق ص127

الفرع الأول:

انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء و بما يعادل الوفاء

إذا قام المدين الأصلي بالوفاء بالدين، انقضى التزامه الأصلي و انقضى بالتبعية التزام الكفيل، وإذا حدث أن وفى المدين بجزء من الدين، فإن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا في هذه الحدود، أي بمقدار ما وفاه المدين، ويكون للدائن أن يرجع بالباقي على المدين وعلى الكفيل[1].

أما إذا وفى بالدين شخص غير المدين، وحل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه، فإن ذمة الكفيل لا تبرأ، لأن ذمة المدين لم تبرأ أيضا، و يسري نفس الحكم إذا أحال الدائن حقه إلى دائن آخر، فإن الدين يظل قائما بكل ضماناته بما في ذلك الكفالة، ويظل الكفيل مسؤولا في مواجهة المحال له، كما كان مسؤول في مواجهة الدائن الأصلي المحيل[2].

أما إذا أحال المدين التزامه إلى شخص آخر فإن الدين يظل قائما إلا أنه مع تغيير شخص المدين، فإن التزام الكفيل ينقضي، إلا إذا وافق على ضمان المدين الجديد، لأن الكفيل وضع ثقته في مدين معين بالذات، فلا تتجاوز الكفالة هذا المدين.

ويشترط لبراءة ذمة الكفيل بالوفاء الصادر من المدين أن يكون هذا الوفاء صحيحا، أي يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به وأن يكون أهلا للتصرف فيه[3]، وإذا كان الوفاء باطلا، كما إذا صدر من شخص غير آهل للتصرف في الشيء الذي وفى به، ولحق الموفى له ضرر من هذا الوفاء كان الوفاء غير صحيح، فلا ينقضي الدين، و يبقى مضمونا بتأميناته، ومنها الكفالة[4] و بالمخالفة إذا كان قد وفى المدين دينه المكفول وفاءا صحيحا، انقضى الدين للمكفول و انقضى بالتبعية التزام الكفيل.

سارة سليمان،مرجع سابق ، ص 1.47

سارة سليمان، مرجع سابق، ص 2.48

زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل صفحة 3.101

[4]محمد صبري السعيدي ، ص، 109.

أولا– انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل:

تنص المادة 655 من القانون المدني الجزائري على ما يلي :" إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين، برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء"، وطبقا لهذا النص فإن المدين قد قضى الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل أي اتفق المدين مع الدائن على الاستعاضة عن الدين الأصلي، بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن[1]، و نفذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا ومن تم تبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي عن طرق هذا الوفاء بمقابل وتبرأ ذمة الكفيل تبعا لذلك فتنقضي الكفالة بطريق تبعي[2].

وهو ما نصت عليه المادة 260 ق.م.ج بقولها: «يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به و أن يكون ذا أهلية للتصرف فيه»[3].

ولكن لا يعتبر وفاء بمقابل أن يكون الدائن مجبر على قبول شيء آخر في مقابل الدين، فإن شرط الوفاء بمقابل أن يكون الدائن قد قبل اختيار هذا الوفاء.

فإذا نفذ الدائن على عقار للمدين، وباع هذا العقار بالمزاد، فرسى عليه المزاد فأخذ العقار تنفيذا للدين، ثم يكن هذا وفاء بمقابل، بل يكون وفاء وعلى ذلك إذا استحق هذا العقار، عاد التزام الكفيل لأن ذمته لم تبرأ نهائيا كما في الوفاء بمقابل.

والتحليل القانون للوفاء بمقابل هو أنه عملية مركبة من تحديد ووفاء فلالتزام الأصلي ينقضي لتحديده عن طريق تغيير ، و ينشأ التزام جديد محله الشيء الذي استعيض به عن محل الدين الأصلي، ثم ينقضي الدين الحديد بالوفاء الفوري[4]، وهذا هو التكييف الغالب من الفقه.

هذا وأن الوفاء بمقابل شأنه شأن الوفاء سبب لانقضاء الالتزام الأصلي أي يترتب عليه انقضاء الدين ومعه كل التأمينات الضامنة له، ومنها الكفالة، ولا يغير من الأمر شيء أن

المادة655 من الامر رقم 75–58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،الصادربتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07–05 ،المؤرخ في 131975 ماي 1975[1]

[2]الدكتور محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون تاريخ نشر، ص195.

[3]مادة 260 من الامر رقم 75–58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،الصادربتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07–05 ،المؤرخ في 131975 ماي1975.

[4]. سليمان محمدي ، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص540 .

يستحق الشيء الذي أعطى مقابل الدين لشخص آخر، لأنه في هذه الحالة يرجع الدائن على المدين طبقا للقواعد المتعلقة بضمان الاستحقاق المقرر في عقد البيع، ولكنه لا يرجع على الكفيل، أما إذا كان الدائن قد استوفى المقابل من الكفيل فإن هذا الأخير هو من يكون ضامنا لاستحقاق الشيء.

ومن هنا ننتهي إلى القول: إن المقابل للدين يقدم غالبا من المدين أو من غيره، وهنا في حالة استحقاق المقابل تبرأ ذمة الكفيل، أما إذا لم يستحق المقابل، نقول هنا أن الدين الأصلي انقضى و معه بالتبعية التزام الكفيل.

و الملاحظ أن الحكم الوارد في المادة 655 من القانون المدني الجزائري، جليس من النظام العام إذ يمكن للدائن أن يشترط عند قبوله الوفاء بمقابل أن يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل إذا استحق هذا المقابل.

ثانيا-انقضاء الكفالة بالتجديد والإنابة:

ينقضي دين المكفول بتجديد دينه ، وذلك إما بتغيير المدينين ، أو تغيير الدين في محله أو مصدره أو تغيير الدائن، هذا ما نصت عليه المادة 287 من القانون المدني الجزائري[1]ففي هذه الحالة ينقضي الدين المكفول وتنقضي تبعا لذلك الكفالة ويحل محل الدين المكفول دين جديد، المادة 291 من القانون المدني الجزائري[2]. وحتى تنتقل الكفالة إلى الدين الجديد يجب أن يكون برضي الكفيل[3] وهذا حسن نص المادة 293من القانون المدني الجزائري ولا تنتقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين الأصلي[4]، وهذا ما يقضي به نص المادة 291 من

[1]نص المادة 287 من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،الصادربتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 131975 ماي1975

[2]نص المادة 291 من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،الصادربتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 131975 ماي1975.

[3]محمد صبري الصعيدي مرجع سابق ص133

[4]زاهية سي يوسف،مرجع سابق ص136

القانون المدني الجزائري[1]. وحتى تنتقل الكفالة إلى الدين الجديد يجب أن يكون برضي الكفيل[2] وهذا حسن نص المادة 293من القانون المدني الجزائري.

ما فيما يخص الإنابة ، فلا ينقضي الالتزام الأصلي إلا إذا كانت الإنابة كاملة حيث يتم الاتفاق على أن ينقضي التزام المدين(المنيب) ليحل محله التزام جديد (المناب) في مواجهة الدائن وتؤدي هذه الأخيرة إلى انقضاء التأمينات الضامنة لالتزام المكفول ومن بينها الكفالة بحيث تبرا ذمة الكفيل[3].

ثالثا- انقضاء الدين المكفول بالمقاصة:

إذا ثبت في ذمة الدائن دين للمدين يصلح للمقاصة ، فهذا يعطي الحق للكفيل للتمسك بالمقاصة [4]والمقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة بذلك [5]وهذا ما نصت عليه المادة 300 من القانون المدني الجزائري إذ يجوز التمسك بالمقاصة من طرف الكفيل حتى وان لم يتمسك بها المدين أو الدائن بل يجوز له حتى في حالة نزولهما عنها [6].

والكفيل يمكنه التمسك بالمقاصة بما يجب على الدائن نحو المدين الأصلي ، في حين انه لاجوز 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[7].

رابعا – انقضاء الدين المكفول باتخاذ الذمة:

ينقضي الالتزام إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن و المدين بالنسبة للدين الواحد، و بالقدر الذي اتخذت فيه الذمة، كأن يرث المدين الدائن و أن يوصى الدائن لمدينه بالدين،

---

[1]نص المادة 291 من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،الصادربتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 131975 ماي1975.

[2]محمد صبري الصعيدي مرجع سابق ص133

[3]نبيل ابراهيم سعد ، التامينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر ، ص،206.

[4]تناغو سمير مرجع سابق ، ص، 105-106

[5]قدري عبد الفنتح الشهاوي مرجع سابق ص 214

[6]محمد صبري السعدي مرجع سابق ص114.

نص المادة 300 من القانون المدني الجزائري"لاتقع المقاصة الا اذا تمسك بها من له مصلحةفيها ولا يجوزالنزول عنها قبل ثبوتالحق فيها.[7]

ففي هذه الأحوال ينقضي الدين لاتخاذ الذمة و ينقضي بالتبعية التزام الكفيل، و الواقع أن اتخاذ الذمة ليس سببا لانقضاء الالتزام بقدر ما هو مانع من موانع المطالبة به فإن زال المانع يعود الدين إلى الوجود و يعتبر اتخاذ الذمة كأن لم يكن و يعود التزام الكفيل للوجود[1].

الفرع الثاني:

انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء

ينقضي الالتزام بدون وفاء في الحالات التالية:

أولا- الإبراء

الإبراء هو تصرف بإرادة منفردة من الدائن يؤدي إلى انقضاء الدين بالنسبة للمدين[2]،أي ان يتم الإبراء بإرادة واحدة من جانب الدائن و باختياره وهو ما نصت عليه المادة 305 من من القانون المدني الجزائري، و متى أبرأ الدائن مدينه فإن التزام المدين ينقضي و معه التزام الكفيل بالتبعية، ويقوم الإبراء على أساس فكرة التبرع طبقا للمادة 306 من القانون المدني الجزائري[3]، هذا و يشترط ليكون الإبراء منتجا لآثاره أن يكون: صحيح وأن يكون الدائن قد أبرأ المدين مختارا، ويجب باعتباره تصرف بإرادة منفردة من الدائن أن يصل إلى علم المدين و يقبله فإن أبطل بأن رفضه المدين عاد الدين و عادت معه التأمينات الضامنة له[4].

ثانيا-استحالة التنفيذ:

يقصد باستحالة التنفيذ أن يكون الوفاء بالدين مستحيلا.

إذا استحال تنفيذ التزام المدين لسبب لا يد له فإنه ينقضي ومعه التزام الكفيل، بالتبعية، وعلى المدين أن يثبت أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبي و إلا ترتب على ذلك مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ و يحكم عليه بالتعويض، و يكون الكفيل ضامنا لهذا

---

[1] زاهية سي يوسف، مرجع سابق ،ص142.141

[2] محمد على عبده ،عقد الكفالة،منشورات زين الحقوقية ، لبنان ،2005 ، ص199.

[3] نص المادة 305 و 306من القانون المدني الجزائري "ينقضي الالتزام ادا برا الدائن مدينه اختياريا ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ولكن يصبح باطلا ادارفضه المدين.

[4] عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية و العينية، ج 10 ،ص22 .

التعويض، أما إن هلك الشيء بفعل الكفيل فإن ذمة المدين تبرأ لاعتباره سبب أجنبي بالنسبة للمدين و لكن يظل الكفيل مسئولا عن خطيئة كمدين أصلي بحق الدائن[1].

ثالثا-التقادم:

تقادم الدين المكفول يؤدي إلى انقضاءه وفي نفس الوقت إلى انقضاء التزام الكفيل، حتى وان 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 فتبرأ ذمة الكفيل تبعا لبراءة ذمة المدين[2]،وتنص المادة321 على انه " لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناءا على طلب المدين أو احد دائنيه ، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين...."[3].

رابعا-انقضاء الكفالة بفسخ العقد أو إبطاله:

قد يزول الدين المكفول بفسخ العقد الذي أنشأه، فيصبح الدين كأن لم يكن، وكذلك تصبح الكفالة كأن لم تكن تبعا للدين، كأن يضمن الكفيل التزام المشتري بدفع الثمن ثم يفسخ البيع فيزول بأثر رجعي.

والشيء نفسه بالنسبة لإبطال العقد فإن كان العقد الذي أنشأ الدين المكفول قابل للإبطال، وأبطل بأثر رجعي، زال الدين المكفول بأثر رجعي و زالت بزواله الكفالة بأثر رجعي.

لا يعد من قبل الإجراء الصلح الذي يعقده الدائن مع مدينه المفلس، أين يتنازل عن جزء من دينه لعدم توافر نية التبرع لأن الهدف إتقان تدهور مركز المدين للحصول على جزء من الدين، و الصلح يبقى على التزام الكفيل.

و للكفيل التمسك بهذا الدفع أي انقضاء الالتزام الأصلي ولو لم يتمسك به المدين[4].

---

[1]حمداوي صوراية ، و مسعودان فتيحة المرجع السابق ، ص61.

[2]محمد صبري السعيدي مرجع سابق ص 116.

[3]نص المادة 321 من الامر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975،يتضمن القانون المدني،الصادربتاريخ 30سبتمبر1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 131975 ماي1975.

[4]سلمان سارة، مرجع سابق، ص 51.

المطلب الثاني:

انقضاء الكفالة المصرفية بصور أصلية

الكفالة شانها شان 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، إلاأن المشرع وحماية للشخص الكفيل كونه يقوم بضمان التزام غيره، فانه أقر 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 في الفرع الأول الأسباب العامة لانقضاء التزام الكفيل ، أما الفرع الثاني سنعالج فيه الأوجه الخاصة لانقضاء الكفالة المصرفية.

الفرع الأول:

انقضاء التزام الكفيل لسبب من الأسباب العامة

إن لالتزام الكفيل مقوماته الخاصة و بالتالي له شروط صحة ووجود خاصة به، و ينقضي دون انقضاء الالتزام الأصلي، وفي هذا السياق هناك أسباب عامة لانقضائه دون انقضاء الالتزام الأصلي، وهي:

أولا- اتحاد الذمة:

يمكن أن ينقضي التزام الكفيل باتحاد الذمة وذلك بدون أن ينقضي دين المكفول ويكون ذلك في حالة وفاة احد أطراف عقد الكفالة أي الدائن أو الكفيل ويرث احدهما الآخر، فتتحد بذلك ذمتهما وتنقضي الكفالة ويستطيع أن يطالب المدين بالدين ، وإذا كان المدين هو الذي ورث الكفيل فانه يستطيع أن يطالب المدين دون المطالبة بكفالة تضمنهن أما في الحالة العكسية فيمكنه أن يطالب بالدين الأصلي بصفة عادية[1].

أما إذا اتحدت الذمة بين الكفيل و المدين بان يرث الكفيل المدين أو العكس ن في هذه الحالة إذا أدى الكفيل الدين للدائن فهو يؤديه باعتباره مدينا أصليا لا كفيلا والعبرة من ذلك

[1]عبد الرزاق احمد السنهوري ،التأمينات الشخصية و العينية ، الجزء 10 الطبعة، دار الأحياء التراث العربي،بيروت ،لبنان،سنة1964،ص 236.

انه لا يستطيع أن يعود على نفسه إذا أدى الدين ككفيل ، إلا أن التزامه ككفيل يبقى قائما ومعتدا به إذا كان له كفيل أخر يكفله، حيث يكون التزام الكفيل قائما مستندا إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء التزام هذا الأخير باتحاد الذمة[1].

ثانيا-الإبراء :

للدائن أن يبرئ الكفيل من التزامه، ومتى وقع هذا، بقي الدين المكفول قائما، أما العكس فغير صحيح، إذ لا يجوز للدائن يبرئ المدين و الإبقاء على التزام الكفيل لأن زوال الأصل يستتبع زوال الفرع، وإن تعدد الكفلاء

فإن إبراء الدائن لأحد الكفلاء لا يؤدي إلى براءة ذمة غيره من الكفلاء، و تجوز مطالبة الكفلاء الآخرين كل بقدر نصيبه إن كانوا غير متضامنين، أو مطالبه أي منهم بكل الدين بعد خصم حصة الكفيل الذي تم إبراؤه.

الفرع الثاني:

أوجه الانقضاء الخاصة للكفالة المصرفية

هناك ثلاث أسباب خاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية، أي دون أن ينقضي الالتزام الأصلي، ولقد نص التقنين المدني الجزائري على هذه الأوجه الثلاثة، وهي التي سبق دراستها عند التطرق للدفوع الممنوحة للكفيل والتي سوف نتطرق لها باختصار شديد:

أولا: انقضاء التزام الكفيل يقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات:

و ذلك دون أن ينقضي الالتزام الأصلي، المادة 656 من القانون المدني الجزائري[2].

وللإشارة أن هذا الطريق للانقضاء تقرر لحماية الكفيل لذا فإن أضاع الدائن بخطئه تأمينا من هذه التأمينات فإنه يكون ضيع على الكفيل فرصة في استفاء حقه ومن ثمة يكون جزاء ذلك براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما أضاعه هذا الأخير من تأمينات و لكن يشترط لانقضاء الكفالة بهذا الطريق، توافر مجموعة من الشروط وهي:

---

[1]حمداوي صورایة ، و مسعودان فتيحة،المرجع السابق ، ص62.

[2]نص المادة656 من القانون المدني الجزائري تبرا دمة الكفيل بالقدر الدي اضاعه بخطئه من ضمانات".

1/ أن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن تأمينا خاصا و هو ما نصت عليه المادة 2/656 من القانون المدني الجزائري

2/ يجب أن تكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من جانب الدائن ناتج عن تقصيره

3/ وجوب ترتب ضرر يلحق الكفيل وإلا فلا محل للتمسك ببراءة الذمة.

ثانيا: انقضاء التزام الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها:

نصت على هذا الطريق الأصلي للانقضاء المادة 657 من القانون المدني الجزائري[1]. أين تتطرق المادة لحالة تباطأ المدين في اتخاذ إجراءات المطالبة بالدين بالرغم من حلول الأجل. فمتى تأخر الدائن بعد حلول أجل الاستحقاق، للكفيل إنذاره عن عدم اتخاذ الإجراءات، وهنا يكون لزاما على الدائن اتخاذها خلال 6 أشهر من تاريخ وصول الإنذار له هذا و للمدين أن يحول دون انقضاء التزام الكفيل فيعمل على إبقائه بتقديمه له قبل انقضاء المهلة المقررة ضمانا كافيا[2].

ثالثا: انقضاء التزام الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين: وهو ما نصت عليه المادة 658من القانون المدني الجزائري[3].

فإن لم يتقدم الدائن في التفليسة بالدين المكفول كغيره من الدائنين فإنه يعتبر مقصرا و يتحمل نتيجة هذا التقصير وهي انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر.

1نص المادة 657 من القانون المدني الجزائري لا تبرا دمة الكفيل بسبب تاخر الدائن في الاجراءات لمجرد انه يتخدها".

2 2سارة سليمان، مرجع سابق، ص53.

3نص المادة 658 ق.م.ج، مرجع سابق.

الخاتمة

من خلال بحثا على أن:

عقد الكفالة من بين التأمينات الشخصية والذي يقصد به ضم ذمة إلى ذمة أخرى من اجل الوفاء بالدين ، وهذا يعطي فرصة اكبر للدائن في استفاء حقه بتعدد الضمان العام وتدخل تحت طائلة التأمينات الشخصية وسائل أخرى تحقق الائتمان ،حيث أنها تختلف من حيث المقدار الفعالية في تحقيق المراد منها.

اذا فهو عقد بين الكفيل والمدين ، أما المدين الأصلي فليس طرفا فيه ، فقد رتب تعرف عقد الكفالة مجموعة من الخصائص يمتاز بها هذا العقد ، وتميزه عن بعض الأنظمة المشابهة له ، فيعتبر هذا الخير عقدا رضائي وملزم لجاب واحد إضافة إلى انه عقد تبعي.

أما أنواع الكفالة فقد اقتصر تقسيمها على بثلاثة أنواع ، و أول نوع وهو الكفالة بحسب مصدرها وقد احتوى هذا النوع على الكفالة الاتفاقية والقانونية إضافة إلى الكفالة القضائية والثاني الأنواع كان الكفالة بحسب طبيعتها ودوره احتوى على الكفالة المدنية والكفالة التجارية ، لننتقل إلى النوع الخير وهو الكفالة بحسب التزام الكفيل والذي اشتمل على كل من الكفالة الكلية وجزئية والمحددة.

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

وبما أن الكفالة عبارة عن عقد فهو يرتب بالضرورة نتائج وأثار تنصرف إلى أطراف هذا العقد، وتكمن هذه الآثار في ثلاث علاقات يرتبها هذا العقد ، علاقة بين طرفيها بين الكفيل والدائن، تتمثل في حق الدائن في مطالبة الكفيل وحقه في التنفيذ على أمواله، ويحق للكفيل رد المطالبة بما يتسنى له من دفوع ، والعلاقة الثانية تكون بين الكفيل والمدين وتتمثل في حق رجوع الكفيل على المدين في حالة وفاءه بالدين مكانه ، أما العلاقة الأخيرة فتكون بين

الكفيل وغيره من الكفلاء ، وتتمثل في حق رجوع الكفيل الموفي بالدفع بالتقسيم في حالة توفر شروطه ، وكذلك الحق في العودة على المدين بالدعوى الشخصية ودعوى الحلول.

وتنقضي الكفالة بصورة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي وذلك بانقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء وبما يعادله، إضافة إلى انقضاءها دون الوفاء بها ،وذلك عن طريق الإبراء واستحالة التنفيذ والتقادم ، كما تنقضي الكفالة بصفة أصلية ،و تتمثل في أسباب العامة والسباب الخاصة تنتج عن خطا الدائن وإهماله.

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

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

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

قائمة المراجع

-المصادر

-القران الكريم

2-الكتب القانونية

1-د.محمود الكيلاني ، عمليات البنوك دراسة مقارنة ،دراسة مقارنة، المجلد الرابع ،دار الثقافة و النشر ، جامعة عمان الاهلية، الطبعة الأولى،2008.

2-سليمان مرقص ن الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة(عقد الكفالة)، 1994.

محمود أحمد مروح مصطفى، الكفالة (أنواعها و طرق الإبراء منها)، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية و واقع الكفالة المعاصرة، طبعة أولى، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن،2003.

حسن محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه و القانون المدني، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر.

3-سمير عبد السيد تناغو ،التأمينات الشخصية والعينية، منشاة المعارف ،السكندرية مصر،2008

5-محمدي سليمان ، مدونة التأمينات الشخصية(عقد الكفالة)،ديوان المطبوعات الجامعية،1999.

6-محمد رمضان أبو سعود،محمود زهران،التأمينات العينية والشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،1998.

7-محمد صبري السعيدين الوجيز في شرح القانون المدني(التأمينات الشخصية والعينية نعقد الكفالة)ن دار الهدى للطباعة،الجزائر 2011.

8-سي يوسف زاهية،عقد الكفالة ، الطبعة 4، دار الأمل للطباعة،الجزائر ،2012

9-عبد الفتاح قدرى الشيهاوى، أركان عقد الكفالة العينية والشخصية،دار النهضة العربية،القاهرة،2005.

10-محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ديوان المطبوعات الجامعية

11-نبيل إبراهيم سعد ،التأمينات العينية والشخصية،دار الجامعة الجديدة،مصر ،2007.

12-**عبد الرزاق احمد السنهوري ،التأمينات الشخصية و العينية ، الجزء 10 الطبعة، دار الأحياء التراث العربي،بيروت ،لبنان،سنة1964 ،**

13-احمد شرف الدين ،التأمينات الشخصية والعينية،دار النهضة العربية ، القاهرة.....

14- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري،ج1،الطبعة 5،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر 2007.

15-محمود حسني عبد الدايم،الكفالة كتامين شخصي للحقوق،الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، مصر 2009.

3-المذكرات

1-سارة سليمان ،عقد الكفالة في القانون المدني، مذكرة تخرج، المعهد الوطني للقضاء ، 2004.

أمقران راضية، ضمانات البنك في مجال الائتمان، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،

2-حمداوي صوراية،و مسعودان فتيحة، الكفالة كتامين شخصي ، مذكرة ماستر،جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2013.

3-بن عبد الكريم صوراية ن وبن شعلال حمزة،الدفوع المرتبطة بعقد الكفالة في القانون المدني مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2013.

4-سفيان الكهان واخرون،الكفالة البنكية، مذكرة تخرج،جامعة العلوم القانونية والاقتصادية ، تيطوان،المغرب،2018.

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

شاكر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، ط04، الجزائر 2008

4-القوانين

من الأمر رقم 75-،58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 مايو 2007.

العنـــــــــوان	الصفحة
تمهيد	
مقدمة	06
الفصل الاول: ماهية الكفالة المصرفية	10
المبحث الاول: مفهوم الكفالة المصرفية	11
المطلب الاول: تعريف الكفالة المصرفية	11
الفرع الاول: التعريف الفقهي والقانوني للكفالة المصرفية	12
اولا: تعريف الكفالة لغة	12
ثانيا تعريف الكفالة اصطلاحا	12
ثالثا: تعريف الكفالة قانونا	14
الفرع الثاني: تمييز الكفالة المصرفية عن غيرها من عمليات البنوك	15
اولا: الكفالة المصرفية وعقد الضمان	15
ثايا: الكفالة المصرفية والاعتماد المستندي المؤيد	16
ثالثا: الكفالة المصرفية وخطاب الضمان	17
رابعا: الكفالة المصرفية وعمليات اخرى	19
الفرع الثالث : خصائص الكفالة المصرفية	21
اولا : الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد	22

ثانيا: الاعتبار الشخصي للكفالة	22
ثالثا: الرضائية في عقد الكفالة	22
رابعا: عقد الكفالة عقد تابع	23
خامسا: تجارية عقد الكفالة	24
المطلب الثاني: انواع الكفالة المصرفية	24
الفرع الاول: انواع الكفالة بحسب مصدرها	24
اولا: الكفالة الاتفاقية	24
ثانيا: الكفالة القانونية	25
ثالثا: الكفالة القضائية	25
الفرع الثاني :انواع الكفالة بحسب طبيعتها	25
اولا :الكفالة المدنية	26
ثانيا : الكفالة التجارية	26
الفرع الثالث: انواع الكفالة بحسب التزام الكفيل	26
اولا : الكفالة الكلية	27
ثانيا: الكفالة الجزئية	27
ثالثا: الكفالة المحددة	27
المبحث الثاني: انعقاد الكفالة المصرفية	28

المطلب الاول: شروط انعقاد الكفالة المصرفية	28
الفرع الاول: الشروط الموضوعية لانعقاد الكفالة المصرفية	28
اولا: الرضا والاهلية وسلطة التوقيع	28
ثانيا: محل الكفالة البنكية	29
ثالثا: السبب في الكفالة البنكية	30
الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الكفالة المصرفية	30
اولا: دور الكتابة في اثبات الكفالة	31
ثانيا : طبيعة بعض البيانات الواردة في عقد الكفالة	32
المطلب الثاني: نطاق تطبيق الكفالة المصرفية	33
الفرع الاول: حدود التزام البنك في الكفالة المصرفية	34
اولا : نطاق التزام الكفيل يتحدد بعقد الكفالة المصرفية	34
ثانيا : نطاق التزام الكفيل يتدد بالالتزام الاصلي	35
الفرع الثاني حقوق المؤسسة البنكية الكفيلة	36
اولا: الدعوى الشخصية	36
ثانيا دعوى الحلول	36
الفصل الثاني : الاحكام العامة للكفالة المصرفية	38
البحث الاول : اثار الكفالة المصرفية	39

المطلب الاول: العلاقة بين الكفيل والدائن	39
الفرع الاول: الضوابط التي تحكم مطالبة الدائن للكفيل	39
اولا وجوب حلول اجل الدين بالنسبة للكفيل	39
ثانيا: الرجوع على المدين قبل الكفيل	40
الفرع الثاني : الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة	42
اولا :الدفوع الناتجة عن الدين الاصلي	42
ثانيا : الدفوع الناتجة عن عقد الكفالة	43
المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين ودراسة حالة تعدد المدينين و الكفالاء	49
الفرع الاول: طرق رجوع الكفيل عن المكفول عنه	49
اولا: الدعوى الشخصية او دعوى الكفالة	50
ثانيا: دعوى الحلول	53
الفرع الثاني: دراسة حالة تعدد المدينين والكفلاء	56
اولا: تعدد المدينين	56
ثانيا : تعدد الكفلاء	58
المبحث الثاني: انقضاء الكفالة المصرفية	59
المطلب الاول: انقضاء الكفالة المصرفية بالتبعية لانقضاء الالتزام الاصلي	59
الفرع الاول: انقضاء الالتزام الاصلي بالوفاء وبما يعادل الوفاء	60

اولا: انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل	61
ثانيا: انقضاء الكفالة بالتجديد والانابة	61
ثالثا : انقضاء الدين المكفول بالمقاصة	63
رابعا : انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة	63
الفرع الثاني : انقضاء الالتزام الاصلي دون الوفاء	64
اولا: الابراء	64
ثانيا: استحالة التنفيذ	64
ثالثا : التقادم	65
رابعا: انقضاء الكفالة بفسخ العقد او ابطاله	65
المطلب الثاني : انقضاء الكفالة المصرفية بصورة اصلية	66
الفرع الاول : انقضاء التزام الكفيل لسبب من الاسباب العامة	66
اولا : اتحاد الذمة	66
ثانيا: الابراء	67
الفرع الثاني: اوجه الانقضاء الخاصة للكفالة المصرفية	67
اولا انقضاء التزام الكفيل بقدر ما اضاعة الدائن بخطئه من الضمانات	67
ثانيا: انقضاء التزام الكفيل لعدم اتخاذ الاجراءات في مواجهة المدين	68
ثاثا: انقضاء التزام الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفلسة المدين	68

الخاتمة	70
قائمة المراجع	
الفهرس	