جامعة أحمد دراية-أدرار-الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الـــكفالة المصرفيـــة

مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأعمال

إعداد الطالبة:

سلخ آمنة

تحت إشراف الأستاذ:

د/أزوا عبد القادر

لـــجنة المنـــاقشة:

- د/مسعودي يوسف أستاذ محاضر قسم-أ- جامعة أدرار رئيسا
- د/أزوا عبد القادر أستاذ محاضر قسم -أ جامعة أدرار مشرفا ومقررا
- د/ بن الطيبي مبارك أستاذ محاضر قسم -أ-جامعة أدرار عضوا مناقشا

السنة الجامعية:	2016/	2017

شكر و عرفان

أتوجه بفائق عبارات الشكر و التقدير:

لله سبحانه و تعالى على جميع نعمه ما علمت منها و ما جهلت

لأمي و أبي قلبي حياتي و رفقاء دربي

لعائلتي مصدر فخري و اعتزازي و سندي

لأساتذة جامعة أدرار من علموني حب العلم و حب العدالة و القانون

للأستاذ أزوا عبد القادر لقبوله الإشراف على عملي المتواضع هذا وللجنة المناقشة

لزملائي في الدراسة

لسيد رئيس مجلس قضاء بشار و لكاتبته لمساعدتهم لي في مشوار دراستي

لكل من ساهم من بعيد أو من قريب في مساعدتي لانجاز هذا العمل

أسأل من الله الكريم أن يحفظكم و يسعدكم و يجزيكم كل الخير

سلخ آمنة

أهدي عمل المتواضع هذا لأمي و أبي مصدر فرحي و بهجتي ولعائلتي الكريمة راجية من الله أن يحفظهم

إلى صديقتي غالية من علمتني حب التفاؤل والحياة من تبتسم رغم الألم أدعو من الله أن يسعدها و عائلتها الغالية على قلبي

سلخ آمنة

قائمة المختصرات

الرمز	الدلالة
ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
ق.تج.ج	القانون التجاري الجزائري
ق.ن.ق	قانون النقد و القرض الجزائري

المقدمة

الالتزام هو حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين يسمى المدين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل لشخص آخر يسمى الدائن[1], فالمدين ملزم بوفاء التزامه قبل الدائن وإلا أجبر على التنفيذ و اتبعت في حقه إجراءات التنفيذ الجبري[2].

لتفادي التنفيذ الجبري و إجراءاته المرهقة يلجأ المدين لطرف ثالث يتعهد لصالحه قبل الدائن بوفاء دينه في موعد الاستحقاق حين تمنعه عن السداد, مما يوفر له الائتمان و الثقة في معاملته, يسمى هذا التعهد الكفالة التي عرفت منذ القدم و نظم أحكامها القانون المدني الجزائري في الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات و العقود, الباب الحادي عشر منه تحت عنوان الكفالة[3], ويسمى الطرف المتعهد الكفيل, غير أن تطور المعاملات التجارية و تشعبها أدى إلى عجز الفرد العادي عن تقديم كفالة التي قد تكون بمبالغ ضخمة لا يقدر على ضمانها, و يخشى على نفسه الرجوع عليه في حالة عدم السداد و التنفيذ الجبري على أمواله, فأصبح الأفراد يعزفون عن تقديم الكفالة مما ظهرت الحاجة لوجود مؤسسة ذات ذمة مالية مليئة تكفل التزامات المدينين قبل دائنيهم, وتوفر لهم الائتمان اللازم.

لتلبية حاجة المدينين في الحصول على الائتمان تم اللجوء للبنوك باعتبارها مؤسسات ذات ذمة مالية وفيرة و ائتمان قوي, فظهرت الكفالة المصرفية كعمل من أعمال البنوك, و التي هي محل دراستنا.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام, مصادر الالتزام, دار إحياء التراث العربي, لبنان,ص114.

[2] في ذلك نص المادة 160 من ق.م.ج(المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به...) و نص المادة 164(يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180و181 على التنفيذ), كما وردت إجراءات التنفيذ الجبري في الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المواد من 584 و ما يليها.

[3] المواد 644 و ما يليها من ق.م.ج.

أهمية الدراسة: تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع من خلال الوقوف على الدور الذي تلعبه الكفالة المصرفية في توفير الائتمان المطلوب في مجال المعاملات التجارية للدائن و المدين على حد سواء, إذ حتى الدائن يسعى لدى البنك للحصول على الكفالة المصرفية ليضمن استيفاء حقه في موعد الاستحقاق, كما أن الكفالة المصرفية تحقق الربح للبنك من خلال مبلغ الفائدة و العمولة التي يتحصل عليها من عميله طالب الكفالة, و في حالة قيام البنك بسداد مبلغ الكفالة فإنه عود على المدين بما سدده[1], الأمر الذي أدى إلى تنافس البنوك في تقديم التسهيلات و تنويع الكفالة بما يتماشى مع تنوع الالتزامات المكفولة و تطورها المستمر.

أسباب اختيار الموضوع: تم اختيار هذا الموضوع لأسباب موضوعية تتمثل في أهمية عقد الكفالة المصرفية كعمل بنكي, و عدم وجود دراسات كافية حول الموضوع مما يتعين معه البحث فيه للمساهمة في إثراء الرصيد العلمي, و لأسباب ذاتية تتمثل في ميولنا لمجال القانون البنكي كقانون متطور بشكل مستمر و يجمع بين عنصري المال و القانون اللذان يعتبران ركيزة أي دولة في طريقها لنمو و الازدهار, و كذا اهتمامنا بمجال الائتمان البنكي و أنواعه للدور الذي يلعبه في تحقيق الاستقرار و الثقة في مجال المعاملات التجارية.

إشكالية الدراسة: إن قواعد الكفالة المنصوص عليها في القانون المدني لم تستطع استيعاب مختلف جوانب الكفالة المصرفية, خصوصا أنها ذات طابع تجاري و تتعلق بالبنوك التي لها نظام قانوني خاص بها, عليه فإن دراسة هذا الموضوع تضعنا أمام الإشكالية التالية هل تكفي قواعد القانون المدني المنظمة للكفالة المدنية لاستيعاب الكفالة المصرفية و اشكالتها، أم لا بد من تنظيمها بأحكام خاصة تراعي طبيعتها التجارية ؟

الفرضيات المقترحة:

[1] البنك يهدف دوما للربح, في ذلك يقول المفكر جورج بيرنارد شو: البنك يقرضك مظلة حينما يكون الجو جميل, و يستعيرها منك حينما تمطر une banque vous prête un parapluie quand il fait beau et vous le reprend quand il pleut

1- الكفالة المصرفية ليس لها تنظيم قانوني خاص بها, فهي تخضع لأحكام الكفالة المدنية الواردة في القانون المدني و هي لا تتميز عنها.

2- الكفالة المصرفية تختلف عن الكفالة المدنية, و لها تنظيم قانوني و أحكام خاصة بها.

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة لتحديد التنظيم القانوني الذي تخضع له الكفالة المصرفية و بيان الدور الذي تلعبه في مجال المعاملات التجارية كأداة ائتمان.

المنهج المتبع في الدراسة: اتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي و ذلك بتحليل الآراء الفقهية و النصوص القانونية المنظمة لعقد الكفالة في القانون المدني الجزائري و القانون التجاري و قانون النقد و القرض, و إسقاطها على عقد الكفالة المصرفية بما يتماشى و خصوصية هذا العقد, كما ظهر المنهج المقارن من خلال مقارنة بعض الأحكام المنظمة لعقد الكفالة المصرفية في القانون الوضعي و ما يقابلها في الفقه الإسلامي باعتباره مصدرا من مصادر التشريع.

محددات الدراسة: واجهتنا خلال دراستنا محددات تتمثل في عدم وجود قانون خاص ينظم الكفالة المصرفية و يبين أحكامها في التشريع الجزائري و قلة المراجع الجزائرية المتخصصة في الموضوع.

خطة الدراسة: قسمت الدراسة إلى فصلين خصص الفصل الأول لبيان ماهية عقد الكفالة المصرفية, أما الفصل الثاني فتم تخصيصه لأحكام عقد الكفالة المصرفية حسب الخطة التالية:

المقـــدمة
الفصـــل الأول: ماهية الكفالة المصـرفية
المبحث الأول: مفهوم الكفالة المصرفية
المطلب الأول: تعريف الكفالة المصرفية
الفرع الأول: التعريف اللغوي
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي
المطلب الثاني :خصائص الكفالة المصرفية
الفرع الأول :عقد الكفالة المصرفية التزام تبعي
الفرع الثاني : عقد الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد
الفرع الثالث : عقد الكفالة المصرفية عقد رضائي
المطلب الثالث : تمييز الكفالة عما يشابهها
الفرع الأول : الكفالة المصرفية و عقد الضمان المصرفي
الفرع الثاني : الكفالة المصرفية و الاعتماد المستندي
الفرع الثالث : الكفالة المصرفية و القرض
الفرع الرابع : الكفالة المصرفية و حوالة الدين المدنية
المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للكفالة المصرفية و نطاقها
المطلب الأول : الطبيعة القانونية للكفالة المصرفية
الفرع الأول :الكفالة المصرفية عقد تجاري
الفرع الثاني : الكفالة المصرفية ائتمان شخصي و التزام(قرض) بالتوقيع
المطلب الثاني : نطاق الكفالة المصرفية
الفرع الأول : نطاق الكفالة المصرفية من حيث الأشخاص
الفرع الثاني : نطاق الكفالة المصرفية من حيث محل الالتزام
الفرع الثالث : نطاق الكفالة المصرفية من حيث حدود التزام الأطراف

الفرع الرابع : نطاق الكفالة المصرفية من حيث التفسير
المبحث الثاني : أنواع الكفالة المصرفية
المطلب الأول : أنواع الكفالة المصرفية من حيث النطاق الجغرافي
الفرع الأول : الكفالة المصرفية الوطنية
الفرع الثاني : الكفالة المصرفية الأجنبية (الدولية)
المطلب الثاني : أنواع الكفالة المصرفية من حيث نطاق الالتزام المصرفي
الفرع الأول : الكفالة المصرفية الغير محددة و المحددة
الفرع الثاني : الكفالة المصرفية العادية و الكفالة المصرفية التضامنية و الغير مجزئة
المطلب الثالث :الكفالة المصرفية من حيث موضوع(مجال) الدين المكفول
الفرع الأول : كفالة الصفقات العمومية
الفرع الثاني : الكفالة الجمركية
الفرع الثالث : مجالات أخرى للكفالة المصرفية
الفصل الثاني: أحكام الكفالة المصرفية
المبحث الأول : إبرام الكفالة المصرفية
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية
الفرع الأول:القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الوطنية
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الدولية
المطلب الثاني : الشروط الموضوعية للكفالة المصرفية
الفرع الأول : الشروط الموضوعية العامة
الفرع الثاني : الشروط الموضوعية الخاصة
المطلب الثالث : الشروط الشكلية للكفالة المصرفية
الفرع الأول : الكتابة في عقد الكفالة المصرفية
الفرع الثاني : البيانات المتطلبة في عقد الكفالة المصرفية
المبحث الثاني : آثار الكفالة المصرفية
المطلب الأول : العلاقة بين البنك الكفيل و الدائن
الفرع الأول : التزامات البنك الكفيل تجاه الدائن
الفرع الثاني : التزامات الدائن تجاه البنك الكفيل
المطلب الثاني : العلاقة بين البنك الكفيل و المدين

الفرع الأول : التزامات البنك الكفيل تجاه المدين
الفرع الثاني : التزامات المدين تجاه البنك الكفيل
المبحث الثالث :انقضاء الكفالة المصرفية
المطلب الأول : الأسباب القانونية لانقضاء الكفالة المصرفية
الفرع الأول : انقضاء الكفالة بالوفاء
الفرع الثاني :انقضاء الكفالة بالفسخ
الفرع الثالث : انقضاء الكفالة باتحاد الذمة
الفرع الرابع : انقضاء الكفالة بالمقاصة
الفرع الخامس: انقضاء الكفالة بالتقادم المسقط
الفرع السادس : انقضاء الكفالة بقبول الدائن شيء آخر مقابل الدين و ضياع التأمينات
المطلب الثاني: الأسباب الاتفاقية لانقضاء الكفالة المصرفية
الفرع الأول : انقضاء الكفالة بالإبراء
الفرع الثاني : انقضاء الكفالة بتراجع الكفيل عنها
الفرع الثالث : انقضاء الكفالة بتجديد الدين
الفرع الرابع : انقضاء الكفالة بالإنابة
الفرع الخامس : انقضاء الكفالة بالمصالحة
الخاتمة

الفصل الأول ماهية الكفالة المصرفية

مقدمـة الفصـل الأول :

لدراسة عقد الكفالة المصرفية لابد من التطرق أولا لماهية هذا العقد لاستخلاص أحكامه, الأمر الذي خصص له هذا الفصل و ذلك عبر التطرق بدءا لمفهوم الكفالة المصرفية في المبحث الأول, مرورا بالطبيعة القانونية و نطاق الكفالة المصرفية في المبحث الثاني, وصولا لأنواع الكفالة المصرفية في المبحث الثالث.

المبحث الأول: مفهوم الكفالة المصرفية

خصص هذا المبحث لبيان مفهوم الكفالة المصرفية و ذلك بتعريفها في المطلب الأول مرورا بإبراز خصائصها في المطلب الثاني وصولا لتمييزها عن ما يشابهها في المطلب الثالث.

المطلب الأول : تعريف الكفالة المصرفية

نتناول في هذا المطلب تعريف الكفالة المصرفية من الناحية اللغوية في الفرع الأول ثم من الناحية الاصطلاحية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التعريف اللغوي

الكفالة مشتقه لغة من الفعل كفل يكفل و الاسم كفالة فهو كافل وكفيل, المفعول مكفول, ورد الفعل كفل في معاجم اللغة العربية بمعاني متعددة منها الضم في ذلك قوله تعالى (و كفلها زكريا) أي ضمها لنفسه و في حديث الرسول عليه الصلاة و السلام بقوله (أنا و كافل اليتيم كهاتين في الجنة)؛ أي الذي يضمه إليه فيقال في اللغة تكفلت بالشيء؛ أي ألزمته نفسي و أزلت عنه الضيق , والكفل بكسر الكاف بمعنى الحظ و المثل ,أما الكافل فهو القائم بالأمر مثل كافل اليتيم أي مربيه و المراعي شؤونه , كما يرد أيضا معنى الكافل و الكفيل بمعنى الضامن فيقال كفل الرجل بمعنى ضمنه؛ أي تعهد بدفع دينه حال تمنعه عن السداد , و يقال تكافل القوم بمعنى تعايشوا معا و تضامنوا في الشدائد[1].

[1] أحمد مختار عمر , معجم اللغة العربية المعاصرة , عالم الكتب , مصر , الطبعة الأولى , سنة 2008 , ص 1945و1946 .

البنـك أو المصـرف: البنـك لفـظ معـرب للكلمـة الإنجليزيـة Bankالمشـتقة بـدورها مـن الكلمـة الإيطاليـةBancaالـتي تعـني المصـطبة أو المنصـة ,قصـد بهـا المكـان الـذي يجتمـع فيـه كبـار التجـار لتبـادل العمـلات في إيطاليـا, ذلـك أن نشـوء البنـوك لأول مـرة في العـالم كـان بإيطاليـا بالضـبط بمدينـة البندقيـة سـنة 1157 م , اسـتعمل أول مـرة لفـظ بنـك في المعـاجم العربيـة سـنة 1883 مـن قبـل الأسـتاذ بطـرس البسـتاني في معجـم محـيط المحـيط , أمـا كلمـة مصـرف فقـد اسـتعملت فيمـا بعـد للدلالـة علـى البنـك ,كـون أنهـا تـؤدي نفـس المعـنى إذ هـي مشـتقة مـن الفعـل صـرف الـذي يقصـد بـه في مجـال النقـود عمليـة بيـع و شـراء العمـلات النقدية المختلفة[1].

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للكفالة المصرفية

نتنـاول في هـذا الفـرع التعريـف الاصـطلاحي للكفالـة المصـرفية في الفقـه الإسـلامي أولا, ثم في الفقه القانوني و أخيرا في التشريع.

أولا : في الفقه الإسلامي

الفقه الإسلامي القديم لم يكن يعرف البنوك التي لم تظهر إلا حديثا , لكن هذا لم يمنع من ظهور الكفالة بين الأفراد نظم أحكامها فقهاء المسلمين و هي لا تكاد تختلف عندهم في معناها عن المعنى اللغوي أي الضم , الضمان و المماثلة و قد قسموا الكفالة إلى نوعين رئيسيين كفالة البدن و كفالة المال و التي هي موضع دراستنا.

الكفالة عند المالكية: فقهاء المالكية استعملوا لفظ الضمان للدلالة على الكفالة وعرفوه بأنه شغل ذمة أخرى بالحق [2], و بأنه التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره مع بقائه شاغلا لذمته[3].

الكفالة عند الحنفية: علماء الحنفية خصوصا المحدثين منهم استعملوا لفظ الكفالة وعرفوها بأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا سواءا كان بنفس أو بدين أو عين[1].

---

[1] عبد الهادي الفضيلي , معاملات البنوك التجارية , مركز الفقاهة , السعودية الطبعة الأولى , سنة 2008 , ص 19.

[2] خليل ابن إسحاق المالكي , مختصر خليل في فقه الإمام مالك , دار الفكر العربي , مصر , الطبعة الأخيرة , سنة 1981 ,ص209 .

[3] علي خفيف , الضمان في الفقه الإسلامي , دار الفكر العربي , مصر , الطبعة الأولى , سنة 2000, ص 194.

الكفالة عند الشافعية : فرق الشافعية بين ضمان المال و كفالة البدن , في ذلك قول الماوردي(غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال , و الحميل في الديات, والزعيم في الأموال العظام, و الكفيل في النفوس, و الصبير في الجميع) فالكفيل , الضمين والحميل بمعنى واحد كل في مجاله , و عرف الضمان عندهم بأنه حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره[2].

الكفالة عند الحنابلة : تسمى الكفالة عند الحنابلة الضمان, و عرف عندهم بأنه ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق, كما عرف أنه التزام من هو أهل للتبرع ما وجب على غيره مع بقائه في ذمته[3].

جميع التعريفات تتفق من حيث المبدأ بأن الكفالة هي ضمان للدين و أثرها انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي في الدين مع بقاء الدين في ذمة هذا الأخير و اختلف بعض الفقهاء حول هذا الأثر كما سيتم بيانه لدى التطرق للظاهرية و الشيعة الجعفرية.

الكفالة عند الظاهرية: عرفها الظاهرية بأن نقل الدين من ذمة إلى أخرى.

الكفالة عند الشيعة الجعفرية: أطلقوا اسم الكفالة على كفالة النفس أما كفالة المال فتسمى عندهم ضمان المال و عرفوه بأنه عقد شرع لنقل الدين من ذمة إلى أخرى غير مشغولة بمثله.

عليه فإن الشيعة الجعفرية و الظاهرية يرون أن كفالة المال أو ما يعرف ضمان الدين يقتضي نقله من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل نقلا تاما لا يمكن من خلاله مطالبة المدين الأصلي بالدين المنقول للكفيل , و هو الأمر الذي خالفوا فيه بقية المذاهب السابق بيانها[4].

ثانيا : في الفقه القانوني :

---

[1] إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي , الكفيل (الآثار المترتبة على عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و القانون الإماراتي) , دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري , الإمارات العربية المتحدة , الطبعة الأولى , سنة 2014 ,ص 26.

[2] شمس الدين محمد الخطيب الشربيني , مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج , الجزء الثاني , دار المعرفة لبنان , الطبعة الأولى , سنة 1997 , ص257 .

[3] علي خفيف , المرجع السابق , ص194 .

[4] علي خفيف , المرجع السابق , ص 194و 195.

يعرف فقهاء القانون الكفالة المصرفية بأنها التزام مكتوب من طرف البنك يتعهد بموجبه بتسديد الدين الموجود في ذمة المدين زبون البنك إذا لم يوف بالتزامه في الأجل المحدد , كما تعرف بأنها نوع من الضمانات الشخصية يلتزم بموجبها البنك بتنفيذ التزامات المدين تجاه الدائن إذا لم يستطع الوفاء بها في أجل الاستحقاق[1].

ثالثا: في التشريع

لم يعرف المشرع الجزائري الكفالة المصرفية في قانون النقد و القرض و لا في القانون التجاري و بالرجوع للقانون المدني باعتباره الشريعة الأم نجده يعرف الكفالة عموما في المادة 644 منه بأنها عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه[2],و هو نفسه التعريف الوارد في القانون المدني المصري لسنة 1948 في مادته 772 التي تعرف الكفالة أنها عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي هذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه[3], كما ورد المعنى نفسه في القانون المدني الفرنسي ضمن المادة 2288 منه التي تعرف الكفالة بقولها أن الذي يكفل التزام يلتزم تجاه الدائن بوفاء هذا الالتزام إذا لم يوفي به المدين نفسه[4].

المطلب الثاني : خصائص الكفالة المصرفية

للكفالة المصرفية مجموعة من الخصائص تميزها, فهي عقد تبعي وعقد ملزم لجانب واحد كما أنها عقد رضائي و هو ما سوف نتطرق إليه في مطلبنا هذا بشرح كل خاصية على حدا.

الفرع الأول: عقد الكفالة المصرفية التزام تبعي :

---

[1] الطاهر لطرش , تقنيات البنوك , ديوان المطبوعات الجامعية , الطبعة السابعة , سنة 2010 , ص 68 و 166.

[2] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

[3] القانون رقم 131 المؤرخ في 9 رمضان سنة 1367 الموافق ل16 يوليو 1948 المتضمن القانون المدني المصري.

[4] Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier a satisfaire a cette obligation , si le débiteur n'y satisfait pas lui –même, Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, journal official du 24 mars2006 relative aux sûretés .

عقد الكفالة المبرم بين البنك و عميله عقد تابع للالتزام الأصلي الواقع بين المدين المكفول و دائن هذا الأخير , فعقد الكفالة نشأ لضمان هذا الدين و لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام الأصلي المكفول صحيح ,كما لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين المكفول و لا بشرط أشد من شروط الدين الأصلي المكفول, ولا يمكن للدائن مطالبة البنك بقيمة الدين إلا بعد مطالبة المدين الأصلي المكفول و امتناعه عن السداد[1],هذا كله من مظاهر تبعية عقد الكفالة للالتزام الأصلي الواقع بين المدين المكفول ودائنه.

الفرع الثاني: عقد الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد

البنك في عقد الكفالة يتحمل بمفرده الالتزام الذي ينشأ عن العقد و إن تلقى عوضا عن الكفالة فإنه يتلقاها من عميله المدين المكفول لا من الدائن[2], غير أن هذا لا يمنع أن تكون الكفالة مصدرا لالتزامات متبادلة و ملزمة بين أطرافها كما لو تم اتفاق على إنقاص الفائدة عن الدين المكفول أو إرجاء ميعاد استحقاقه أو التزام الدائن بعدم مطالبة الكفيل إلا في أحوال معينة , فهذا لا يؤثر في كون الكفالة بحسب الأصل ترتب آثارا في جانب الكفيل فقط و أنها عقد ملزم لجانب واحد قد يكون مصدرا لالتزامات متبادلة بين الأطراف إذا تم اتفاق بينهم على ذلك[3].

الفرع الثالث :عقد الكفالة المصرفية عقد رضائي

عقد الكفالة المصرفية من عقود الرضائية,إذ ينعقد بمجرد أن يتبادل أطرافه رضاهم الصحيح الخالي من العيوب(الغلط , الإكراه , الاستغلال , التدليس , نقص أو انعدام الأهلية), فهو عقد رضائي و إن كان المشرع الجزائري يشترط الكتابة لإثباته بموجب نص المادة 648 من القانون

---

[1] المواد 644,648,652,660 من ق.م.ج.

[2] رقية جابر ,الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية , مجلة جامعة المدية , الجزائر , العدد الأول, سنة2013 ,ص6.

[3] محمود الكيلاني , الموسوعة التجارية و المصرفية , المجلد الرابع , عمليات البنوك , دار الثقافة للنشر و التوزيع , الأردن , سنة 2009,ص233 .

المدني الجزائري فهذا لا يخرجه من دائرة العقود الرضائية طالما أن الكتابة المشترطة للإثبات لا للانعقاد[1].

المطلب الثالث : تمييز الكفالة عما يشابهها

نتناول في هذا المطلب تمييز الكفالة المصرفية عن غيرها من النظم المشابهة و ذلك بتمييزها عن خطاب الضمان المصرفي في الفرع الأول و عن الاعتماد المستندي في الفرع الثاني ثم عن القرض في الفرع الثالث كما سنميزها عن حوالة الدين المدنية في الفرع الرابع .

الفرع الأول : الكفالة المصرفية و خطاب الضمان المصرفي

يعرف خطاب الضمان المصرفي بأنه تعهد مكتوب صادر عن البنك بناءا على طلب عميله,يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع مبلغ معين إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب[2], في حين أن الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن بوفاء الدين إذا لم يوف به المدين المكفول[3], فخطاب الضمان يتفق مع الكفالة في أن كليهما يقصد به تحقيق غاية ائتمانية بتقوية مركز عميل البنك تجاه المكفول له أو المستفيد غير أنهما يختلفان في عدة نقاط نبينها:

- في الكفالة يمكن للبنك أن يدفع بمطالبة العميل المدين أولا بالدين, و لا يمكنه ذلك في خطاب الضمان لأن التزامه فيه مستقل عن التزام عميله, كما يمكن للبنك في الكفالة التمسك في مواجهة المستفيد بكافة الدفوع التي يمكن أن يتمسك بها عميله المكفول المتعلقة

---

[1] بوانيد علي , الضمانات البنكية , مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء , الجزائر , سنة 2006-2009, ص10.

[2] أمقران راضية, خطابات ضمان المصرفية و موقف الشريعة الإسلامية منها, رسالة دكتوراه, جامعة الجزائر ,سنة2013-2014,ص14

[3] المادة 644 من ق.م.ج.

بالالتزام الأصلي بين العميل و المستفيد, و لا يمكنه ذلك في خطاب الضمان كون أن التزام البنك فيه مستقلا عن العلاقة الأصلية بين العميل و المستفيد [1].

- التزام البنك في عقد الكفالة التزام تبعي لالتزام العميل الأصلي فلا يطالب البنك إلا إذا لم يوف العميل التزامه و يسقط التزام البنك بوفاء العميل بالالتزام أو لأي سبب من أسباب انقضاء الدين أما التزام البنك في خطاب الضمان التزام أصلي مستقل عن التزام العميل فالبنك ملزم بالوفاء بالالتزام في الأجل المحدد بناءا على طلب المستفيد بصرف النظر عن العلاقة الأصلية بين هذا الأخير و عميل البنك [2].

الفرع الثاني :الكفالة المصرفية و الاعتماد المستندي

يعرف الاعتماد المستندي بأنه عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتمادا بناءا على طلب أحد عملائه يسمى الآمر, لصالح شخص آخر يسمى المستفيد, بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل, عليه فإن الاعتماد المستندي ينشأ بأن يتقدم أحد العملاء إلى البنك ليطلب فتح اعتماد بمبلغ معين يدفع لشخص آخر هو المستفيد, وفقا لشروط معينة أهمها تقديم المستفيد للمستندات المحددة في عقد الاعتماد, و يقوم البنك بإرسال خطاب الاعتماد للمستفيد أو بنك المستفيد يبلغه فيه بالاعتماد المبرم لصالحه, و بالتزام البنك بدفع مبلغ الاعتماد إليه بعدما يفي المستفيد التزامه بتقديم المستندات في الوقت المحدد[3], ويتميز الاعتماد المستندي بالاستقلالية عن العقد الأصلي المبرم بين الآمر بفتح الاعتماد والمستفيد, هذا ما أكدته الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة رقم 600 لسنة 2007 الصادرة عن (غرفة التجارة الدولية[4])

---

[1] مقال منشور في موقع http/www.alriyadh.com بتاريخ 3فبراير2006 على الساعة 12:00.

[2] أمقران راضية, المرجع السابق, سنة2013-2014,ص40 و41.

[3] عبد الرحمان قرمان , العقود التجارية و عمليات البنوك , مكتبة الشقري , المملكة العربية السعودية , الطبعة الثانية , سنة 2010 , ص 409و410.

[4] (غرفة التجارة الدولية (ICC) (international chamber of commerce) منظمة تأسست سنة 1919 من طرف مؤسسات اقتصادية خاصة من دول متعددة قصد تنظيم التجارة الدولية و توحيد قواعدها و تعزيزها , للمنظمة لجان مختلفة في مجال التحكيم , الخدمات المصرفية , خدمات تأمين و غيرها , تمثل الغرفة عدة مؤسسات اقتصادية حول العالم منظمة إليها , منحت الغرفة مركز ملاحظ في منظمة الأمم المتحدة سنة 2016 , يعود الفضل لها في إنشاء محكمة تحكيم تجاري الدولي سنة 1923 و عدة قواعد دولية تنظم مختلف مجالات تجارة دولية) , أنظر الموقع الرسمي لغرفة تجارة الدولية :http//iccwbo.org.

في مادتها الرابعة التي تنص أن الاعتماد بطبيعته عملية مستقلة عن عقد البيع أو غيره من العقود التي قد يستند إليها و أن المصارف غير معنية و غير ملزمة بمثل ذلك العقد حتى لو تضمن الاعتماد الإشارة للعقد و أن تعهد المصرف بالوفاء بالاعتماد لا يكون خاضعا لأي ادعاءات أو حجج من الآمر بفتح الاعتماد الناتجة عن علاقته بالمصرف المصدر أو بالمستفيد[1], من خلال ما سبق يتبين لنا الفرق بين الاعتماد المستندي و الكفالة المصرفية كالتالي:

- التزام البنك في الاعتماد المستندي التزام أصلي بالوفاء بقيمة الاعتماد للمستفيد بعدما ينفذ هذا الأخير التزامه بتقديم الوثائق المحددة في الاعتماد بغض النظر عن العلاقة بين المستفيد و الآمر بفتح الاعتماد و منه كان للمستفيد مطالبة البنك مباشرة بسداد قيمة الاعتماد بعد تسليم الوثائق[2], بينما التزام البنك في الكفالة التزام تبعي بسداد دين المدين المكفول للدائن في حالة لم يقم المدين بالسداد و منه لا يمكن للدائن في الكفالة مطالبة البنك مباشرة إلا إذا طالب المدين الأصلي و تمنع هذا الأخير عن الوفاء [3].
- بما أن التزام البنك في الكفالة التزام تبعي للالتزام المدين الأصلي فإنه يمكن البنك التمسك بكافة الدفوع التي من الممكن أن يتمسك بها المدين الأصلي في مواجهة الدائن[4], أما في الاعتماد المستندي فإن عقد الاعتماد مستقل عن العلاقة القائمة بين المستفيد و الآمر بفتح الاعتماد و عليه لا يمكن للبنك التمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع المتعلقة بالدين الأصلي بين المستفيد و الآمر بفتح الاعتماد أو هذا الأخير مع البنك[5].

الفرع الثالث: الكفالة المصرفية و القرض

---

[1] A credit by its nature is a separate transaction from the sale or other contract on which it may be based, banks are in no way concerned with or bound by such contract ,even if any reference whatoever to it is included in the credit, consequently , the undertaking of a bank to honour , to negotiate or to fulfil any other obligation under the credit is not subject to claims or defences by the applicant resulting from its relationships with the issuing bank or the beneficiary…. .

[2] المادة 4 من نشرة الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية رقم 600 لسنة 2007.

[3] المادة 644 ,660 من ق.م.ج.

[4] المادة 654 من ق.م.ج.

[5] المادة 4 من نشرة الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية رقم 600 لسنة 2007.

يختلف تعريف القرض بحسب المجال المتعلق به , فالقرض في مجال المعاملات المدنية هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء أخر , على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع و القدر و الصفة[1], في حين أن القرض في مجال المعاملات المصرفية مفهومه أوسع ليشمل كل ائتمان يمنحه البنك لعميله مهما كان نوعه , فهو كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص أخر أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الأخر التزاما بالتوقيع (كالضمان الاحتياطي)[2], الكفالة أو الضمان , وتعتبر أيضا قرضا عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء , لا سيما عمليات القرض الايجاري[3](القرض الايجاري يسمى كذلك الاعتماد الايجاري leasing)[4].

من خلال ما سبق يتضح لنا أن القرض بمفهومه في القانون المدني يختلف عن الكفالة من النواحي الآتية:

- عقد القرض ينتج عنه انتقال فعلي للنقود من ذمة المقرض إلى ذمة المقترض الذي يلتزم بإرجاعها إليه في الأجل المحدد في العقد,بينما الكفالة المصرفية لا ينتج عنها انتقال فعلي للنقود من ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول , فالبنك الكفيل يتعهد في العقد بسداد مبلغ الدين للدائن حين تمنع المدين المكفول عن السداد[5].
- عقد القرض عقد مستقل قائم بذاته لا يضمن أي التزام أو عقد أخر, في حين أن عقد الكفالة المصرفية عقد تبعي نشأ لضمان التزام أصلي عقد بين المدين المكفول و دائنه فينتج عن ذلك أن المقترض في عقد القرض لا يمكنه التمسك بالدفوع المرتبطة بالتزامات سابقة

---

[1] المادة 450 من ق.م.ج.

[2] الضمان الاحتياطي هو التزام يمنحه شخص , يكون في العادة بنكا , يضمن بموجبه تنفيذ الالتزامات التي قبل بها أحد مديني الأوراق التجارية و عليه فإن الضمان الاحتياطي هو تعهد لضمان الدين الناتجة الالتزام بورقة تجارية , أنظر الطاهر لطرش , المرجع السابق , ص 68.

[3] المادة 68 من الأمر 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق ل26 أوت 2003 المتضمن قانون بلنقد و القرض المعدل و المتمم.

[4] هو عملية تجارية و مالية مزيج بين عقد البيع و عقد الإيجار, يتلخص مفهومه أن هناك متعامل تجاري شخص طبيعي أو معنوي , وطني أو أجنبي يريد شراء أو استعمال منقول لغرض مهني , محل تجاري مثلا و يكون مكلف له فيلجأ إلى بنك أو مؤسسة مالية يشتري هذا المال و يؤجره له لمدة معينة توافق المدة المتوقعة لاهتلاك المال أو حياته الاقتصادية مقابل دفع بدل إيجار يشكل في نفس الوقت جزء من ثمن المال و عند انتهاء المدة للمستأجر الخيار أن يشتري المال نظير دفع الثمن المتبقي المحدد في العقد أو يستأجر المال لمدة جديدة ببدل إيجار أدنى لأنه لم يعد يشمل الثمن المجزأ للبيع أو أن يعيده للمؤجر , أنظر كريستال مورال جورنال , القانون العام (موسوعة القانون الجزائري) , نسخة مترجمة و مكيفة لقانون جزائري , ترجمة سامية بوروبة, ليلى دردار, مراد حمال , دار بيرتي للنشر , الجزائر , طبعة مصغرة , سنة 2013 , ص 309.

[5] المادتين 450 و 644 من ق.م.ج.

كانت سبب في إبرامه للعقد أما الكفيل في عقد الكفالة له التمسك بجميع الدفوع التي يمكن أن تمسك بها المدين الأصلي في العقد المبرم بينه و بين دائنه رغم أنه لم يكن طرف في العقد[1].

- عقد القرض في القانون المدني يشمل النقود و الأشياء المثلية في حين أن عقد الكفالة المصرفية تتعلق بالنقود فالبنك الكفيل يلتزم بالوفاء النقدي بمقدار الالتزام الذي لم يوفي به المدين المكفول لدائنه[2].

أما فيما يخص القرض في مجال المعاملات المصرفية فهو يشمل الكفالة التي تعد نوع من أنواع القرض المصرفي كما وضحه قانون النقد و القرض الجزائري و بالتالي فلا فرق بينهما[3], و هو المفهوم الذي أخذناه في مجال دراستنا على اعتبار أن الدراسة تتعلق بعمل مصرفي.

الفرع الرابع : الكفالة المصرفية و حوالة الدين المدنية

عرف الفقه حوالة الدين المدنية بأنها اتفاق يتم بين المدين الأصلي و شخص اخر يقبل بأن يحل محله في المديونية قبل الدائن و لا تكون نافذة إلا إذا أقرها الدائن , و قد تتم باتفاق بين الدائن و المحال عليه[4], و هو نفسه التعريف الذي أخد به المشرع الجزائري الذي اعتبر أن الكفالة اتفاق يتم بين المدين و شخص أخر يتحمل عنه الدين و أجاز أن تتم الحوالة باتفاق بين الدائن و المحال عليه بأن يحل هذا الأخير محل المدين الأصلي بالوفاء بالتزامه قبل الدائن,كما أكد المشرع أن الدين يحال بكافة ضمانته [5],أما الكفالة المصرفية فهي كما سبق بيانه عقد يكفل بمقتضاه

---

[1] المواد 450 , 644,654 من ق.م.ج.

[2] المادتين 450 و 644من ق.م.ج و المادة 68 من قانون النقد و القرض.

[3] المادة 68 من قانون النقد و القرض الجزائري.

[4] باقي وداد , الكفالة في القانون المدني و الفقه الإسلامي , مذكرة ماجستير , جامعة بومرداس , الجزائر , سنة 2009 ص 22.

[5] المواد257,254,251 من ق.م.ج.

شخص(المصرف) تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يوفي به المدين نفسه[1].

من خلال ما سبق يتضح لنا وجود فروقات بين الكفالة المصرفية و حوالة الدين المدنية كالتالي:

- التزام البنك الكفيل في الكفالة المصرفية التزام تبعي لالتزام عميله المكفول المدين الأصلي فهو لا يلزم بتنفيذ الالتزام إلا إذا لم يوف المدين الأصلي عميل البنك بالالتزام أما في حوالة الدين فإن الدين ينتقل من المدين الأصلي للمحال عليه و بالتالي فإن هذا الأخير يصبح ملزما أصلا بالوفاء تجاه الدائن و ينتقل الالتزام من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه[2].
- لا تصبح حوالة الدين نافذة إلا إذا أقرها الدائن و لا يشترط هذا الإقرار في الكفالة , كما يضمن المدين للدائن في حوالة الدين يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن بالحوالة ما لم يتم اتفاق على خلاف ذلك[3], غير أن هذا الضمان لا يضع المدين في مركز الكفيل إذ هو التزام أصلي لا تبعي بتعويض الدائن عن ضرر لاحق له إذا تبين أن المحال عليه معسر وقت الإقرار[4], أما في الكفالة فلا يضمن المدين يسار الكفيل ما لم يكن ملزم قانونا أو اتفاق بتقديم كفيل ففي هاته الحالة وجب أن يقدم كفيل موسرا ومقيما بالجزائر[5].

---

[1] المادة 644 من ق.م.ج.

[2] المواد 644 , 251,254 من ق.م.ج.

[3] المادتين 251 و 255 من ق.م.ج.

[4] باقي وداد , المرجع السابق , ص22.

[5] المادة 646 من ق.م.ج.

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للكفالة المصرفية و نطاقها

نتناول في هذا المبحث الطبيعة القانونية للكفالة المصرفية في المطلب الأول ثم نتطرق لنطاقها في المطلب الثاني.

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للكفالة المصرفية

نتناول في هذا المطلب الطبيعية القانونية للكفالة المصرفية و ذلك ببيان الطبيعة التجارية لها التي تميزها عن الكفالة المدنية في الفرع الأول ثم سنتطرق لطبيعتها من حيث أنها ائتمان شخصي والتزام بالتوقيع في الفرع الثاني.

الفرع الأول : الكفالة المصرفية عقد تجاري

ق.تج.ج لم ينظم الكفالة المصرفية , الأمر الذي يحتم علينا الرجوع ق.م باعتباره الشريعة العامة , هذا الأخير يعتبر كفالة الدين التجاري عقد مدني و لو كان الكفيل تاجرا , غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطا أو عن تظهير هذه الأوراق, يعتبرا دائما عقد تجاري[1], عليه يبدو لنا أوليا أن الكفالة عقد مدني و لو كان الكفيل تاجر أو كان الدين المكفول تجاري ما عدا حالة كفالة الأوراق التجارية التي تعتبر عقد تجاري , غير أننا بالرجوع ق.تج.ج نجده يعتبر الأعمال المصرفية أعمال التجارية من حيث الموضوع[2], و بما أن الكفالة المصرفية عمل مصرفي فهي عقد تجاري , و يترتب على اعتبارها عقد تجاري مجموعة من النتائج القانونية تشكل لنا أساس التمييز بين الكفالة المصرفية و الكفالة المدنية التي تعبر عقد مدني.

---

[1] المادة 651 من ق.م.ج.

[2] المادة 2 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم.

-الإثبات: يثبت كل عقد تجاري بسندات رسمية , سندات عرفية و فاتورة مقبولة , بالرسائل , بدفاتر الطرفين , بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها[1], عليه فإن العقود التجارية تحكمها قاعدة حرية الإثبات على عكس التصرفات المدنية التي لا يجوز إثباتها بالشهادة إذا ما تجاوز مقدار التصرف القانوني مبلغ مئة ألف دينار[2], غير أنه لكل قاعدة استثناء و الكفالة المصرفية رغم أنها عقد تجاري إلا أنها تشكل استثناء لقاعدة حرية الإثبات في العقود التجارية, إذ تتطلب الكتابة لإثباتها و لو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي الذي نشأت الكفالة لضمانه بالبينة[3].

- الاختصاص: بما أن الكفالة المصرفية من العقود التجارية فإنه يختص بالنظر في نزاعاتها القسم التجاري في المحكمة على عكس الكفالة المدنية التي يختص بالنظر في نزاعاتها القسم المدني, غير أن هذا التقسيم ليس مانعا إذ يمكن للقسم المدني النظر في المنازعات التجارية [4]و هذا على عكس الدول التي تأخذ بمبدأ الفصل بين المنازعات التجارية والمدنية فلكل نزاع محكمة خاصة تنظر به مثل فرنسا ففي هذه الدول التقسيم مانع ولا يمكن للقاضي المدني النظر في المنازعات التجارية[5].
- التضامن: تعتبر قاعدة افتراض التضامن التجاري من القواعد المستقر عليها قضاءا وهي مستمدة من قاعدة عرفية قديمة تستند على قرينة وجود مصلحة مشتركة دفعت المدينين لالتزامهم معا بدين تجاري و منه كانوا متضامنين في الوفاء, و لا مجال لهذا التضامن إذا ما اتفق المدينين على عدم التضامن أو وجد نص قانوني يمنعهم, و اختلف الفقهاء حول مسألة عدم نص القوانين التجارية على القاعدة, فذهب بعضهم إلى عدم وجود تضامن في هذه

---

[1] المادة 30 من ق.تج.ج.

[2] المادة 333 من ق.م.ج.

[3] المادة 645 من ق.م.ج.

[4] المادتين 32 و 531 من ق.إ.م.إ.

[5] Le tribunal de commerce tranche, de manière générale, les litiges entre commerçants ou entre commerçants et sociétés commerciales, et ceux qui portent sur les actes de commerceالمحكمة التجارية هي فرع يختص بالنظر في منازعات بين التجار أو بين التجار و الشركات التجارية و القائمين بأعمال تجارية :
http//www.justice.gouv.fr./organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/tribunal-de-commerce-12031.html .

الحالة, بينما ذهب البعض الآخر أن القاعدة عرفية بالتالي فهي ملزمة دون الحاجة للنص عليها, لتفادي هذا الإشكال نصت قوانين بعض الدول صراحة على القاعدة من بينها قانون التجارة المصري لسنة 1999 في مادته 47 وكذا قانون تجارة السوري في مادته 340 (المدينين معا في الالتزام التجاري يعدون متضامنين في هذا الالتزام)[1], بالنسبة للقانون التجاري الجزائري لا نجد فيه نص مماثل ينص صراحة على افتراض التضامن, بل نجد نصوص متفرقة في حالات محددة مثالها: في شركة التضامن بخصوص التضامن بين الشركاء ,كذلك الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا[2], عليه فإن كفالة البنك للأوراق التجارية تخضع بصريح النص لأحكام التضامن, و يثار التساؤل حول ما لم يرد عليه النص الصريح في القانون الجزائري فهل يخضع للقواعد العامة الواردة في ق.م.ج التي تقرر أن التضامن بين الدائنين لا يفترض إنما يكون بالنص أو بالاتفاق و أنه لا يجوز للدائن في الكفالة المدنية الرجوع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين و تجريده من أمواله, وأن التضامن لا يكون إلا في الكفالة القانونية أو القضائية[3]بين الكفلاء[4], بالرجوع للفقه فإن الرأي الراجح أن قاعدة افتراض التضامن في الدين التجاري قاعدة عرفية ثابتة و استقر العمل بها في الالتزامات التجارية و لا يحتاج للنص عليها في التشريع التجاري فهي ملزمة و على القاضي الأخذ بها باعتبار أن العرف التجاري مصدر من مصادر التشريع التجاري و أغلب القواعد التجارية ذات أصل عرفي[5] و هو الرأي الذي نراه منطقي و صائب, أما بخصوص موقف القضاء الجزائري فأغلب قرارات المحكمة العليا تقرر عدم جواز الأخذ بقاعدة افتراض

---

[1] زكري إيمان , أحكام التضامن في القانون التجاري, مذكرة ماجستير, جامعة تلمسان, الجزائر, سنة 2006-2007 ص من 23 إلى 27.

[2] المواد 432 , 519 و 551 من ق.تج.ج.

[3] الكفالة القضائية هي التي تؤمر بها المحكمة و ذلك عبر إلزام أحد أطراف النزاع تقديم كفالة مثالها المادة 821 من ق.م.ج المتعلقة بدعوى وقف الأعمال الجديدة التي يرفعها الحائز ضد من قام بأعمال تهدد حيازته , إذ أجازت المادة للقاضي أمر القائم بالأعمال تقديم كفالة سواء كان الحكم بوقف الأعمال أو استمرارها لتكون الكفالة ضمان لإصلاح الضرر الناتج عنها أو لإزالة هذه الأعمال , أما الكفالة القانونية فهي التي نص عليها القانون مثالها المادة 751 من ق.م.ج المتعلقة بوجوب تقديم كفالة من طرف صاحب حق الانتفاع على مال منقول.

[4] المواد 217, 660 و 667 من ق.م.ج.

[5] زكري إيمان , المرجع السابق , ص 26.

التضامن و اشتراط النص الصريح أو الاتفاق و من أمثلتها قرار المحكمة العليا الغرفة التجارية و البحرية رقم 137054 المؤرخ في 11-07-1995 الذي جاء في مبدأه : (من المقرر قانونا أن التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض و إنما يكون بناءا على اتفاق أو نص في القانون و لما تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما حكموا على مجهز السفينة و نادي واست أوف إنجلند معا و بالتضامن بدفع قيمة التعويض عن الضرر رغم عدم وجود أي مستند يثبت قيام علاقة قانونية بينهما يكونون قد عرضوا قرارهم للنقض و متى كان كذلك استوجب النقض)[1], و كذا القرار رقم 351272 الصادر بتاريخ 07-09-2005 عن الغرفة التجارية و البحرية الذي جاء في مبدأه : (إن الحكم بالتعويض بين الناقل للبضاعة و مجهز السفينة دون إبراز العناصر المعتمدة يعد مخالفة للمادتين 217 من ق.م و 75 من ق.بح و يعرضه للنقض)[2].

_ المهلة القضائية: الأصل في ق.م.ج أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك, غير أنه إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة, عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية و المستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه[3], و هو ما قرره كذلك القانون المدني المصري في المادة 2/346 منه التي تقابلها المادة 334 من القانون المدني الأردني, عليه يمكن للقاضي منح أجل للكفيل في الكفالة المدنية لتنفيذ التزامه عند الرجوع عليه من طرف الدائن, أما في الكفالة التجارية فهي على العكس حيث لا يعطى الكفيل أجلا أو مهلة لتنفيذ

---

[1] غرفة تجارية و بحرية, قرار رقم 137054, الصادر بتاريخ 11-07-1995, مجلة قضائية عدد 1 , لسنة 1998 , ص159.

[2] غرفة تجارية و بحرية, قرار رقم 351272 الصادر بتاريخ 07-09-2005, نشرة القضاة, عدد 159, لسنة 2005, ص359.

[3] المادة 210 و 281 من ق.م.ج

الالتزام إلا في حالات استثنائية منصوص عليها قانونا , ذلك أن المعاملات التجارية مرتبطة بعضها البعض فقد يشهر إفلاس الدائن بسبب عدم تنفيذ الكفيل لالتزامه[1].

- الإعذار: أوجب ق.م.ج على الدائن ضرورة إعذار المدين لتنفيذ التزامه و يكون هذا الإعذار بإنذاره أو بما يقوم الإنذار كما يجوز أن يتم عن طريق البريد, و يمكن الاتفاق على اعتبار المدين معذر بمجرد حلول الأجل دون الحاجة لإعذاره[2], عليه فإن الدائن في الكفالة المدينة حين رجوعه على الكفيل بعد مطالبته المدين الأصلي أولا و تجريده من أمواله, يجب عليه إعذار الكفيل بتنفيذ الالتزام و أن يكون هذا الإعذار كتابيا[3], أما في مجال الكفالة التجارية فقد جرى العرف التجاري على جواز إعذار المدين شفاهة دون اشتراط الكتابة , غير أنه من الأفضل الإعذار الكتابي لتفادي النزاع حول إثباته [4], غير أن ق.تج.ج يقرر في بعض الحالات ضرورة الإعذار و بشكل معين, مثال الاحتجاج لعدم الوفاء في الأوراق التجارية, الذي يحرر بأمانة ضبط المحكمة ويشترط القانون مجموعة من البيانات الإلزامية يجب أن تتوفر فيه, كما يفرض على الدائن تقديمه للملزم بالوفاء بالدين المقرر في الورقة التجارية, ما لم يتفق الأطراف على جواز المطالبة بالوفاء دون الحاجة لتحرير الاحتجاج[5], عليه فإن الدائن في الورقة التجارية لا يمكن له الرجوع على الكفيل الذي قد يكون مصرف ما لم يقدم له مسبقا الاحتجاج المتطلب قانونا إلا إذا أعفي من ذلك بالاتفاق.

الفرع الثاني :الكفالة المصرفية ائتمان شخصي و التزام(قرض) بالتوقيع

أولا: الكفالة المصرفية ائتمان شخصي:

---

[1] سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ, عقد الكفالة المدنية و الأثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية و القانون المدني المصري, مذكرة ماجستير, جامعة النجاح, نابلس فلسطين, سنة 2006, ص 47.

[2] المادتين 164و180 من ق.م.ج.

[3] المواد 164,180و660 من ق.م.ج.

[4] سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ , المرجع السابق , ص 47.

[5] المواد 441 و ما يليها من ق.تج.ج.

الائتمان هو الثقة التي يوليها المصرف لشخص ما سواء أكان طبيعيا أو معنويا, بأن يمنحه أو يتعهد بمنحه مبلغ من المال لاستخدامه في غرض محدد خلال فترة محددة متفق عليها وبشروط معينة لقاء عائد مادي متفق عليه و بضمانات تمكن المصرف من استرداد قرضه في حالة توقف العميل عن السداد , أما الائتمان الشخصي هو الائتمان الذي يحصل عليه المقترض دون أن يقدم أية أموال عينية ضمانا لتسديد الائتمان بل يكتفي المصرف مانح الائتمان بوعد يقطعه المدين على نفسه بتسديد الدين أي يؤخذ بالحسبان شخص العميل والثقة به[1], فالكفالة المصرفية ائتمان شخصي كونها تؤخذ في الحسبان شخصية العميل المكفول, فالبنوك لا تمنح الكفالة إلا لعملائها الذين تتأكد من قدرتهم على سداد ديونهم في مواعيد استحقاقها وذلك بالاعتماد على ذمتهم المالية و معاملاتهم السابقة, إذ لا يمكن تصور منح بنك كفالة لعميل على وشك الإفلاس, و البنوك تعتمد على معايير علمية في تحليل المخاطر قبل تقريرها منح أي ائتمان[2].

ثانيا الكفالة التزام بالتوقيع (قرض بالتوقيع):

المقصود بقرض عبر التوقيع أو التزام بالتوقيع هو تعهد البنك عن طريق إمضاءه الذي يسمح لعميله بالحصول على الائتمان , فالبنك يلتزم بالدفع مكان عميله إذا ما تخلف عن الدفع ويتقاضى مقابل ذلك عمولة و ليس فوائد لأن التزامه لم يؤدي لخروج حقيقي لأموال من ذمته المالية بل هو مدرج تعهد بالسداد إذا لم يوفي العميل دينه و من صور الالتزام بالتوقيع نجد الكفالة البنكية la caution bancaire [3], فالقرض بالتوقيع أو الالتزام بالتوقيع لا يتجسد في إعطاء أموال حقيقية من طرف البنك إلى الزبون, إنما يتمثل في الضمان الذي يقدمه له لتمكينه من الحصول على أموال من جهة أخرى أي أن البنك لا يمنح أموال بل يعطي ثقته وتعهده بالدفع

---

[1] إيمان نجرو, التحليل الائتماني و دوره في ترشيد عمليات الاقتراض , مذكرة ماجستير , جامعة تشرين , سوريا , سنة 2006-2007 , ص 18.

[2] المخاطرة جزء لا يتجزأ من العمل المصرفي و من ثم دراسة و إدارة مجمل المخاطر من العوامل المساعدة على نجاح البنك و ضمان استمراره و تنقسم مخاطر القروض إلى مخاطر خاصة غير نظامية و هي المخاطر الداخلية التي تنفرد بها شركة أو صناعة ما كضعف الإدارة و الأخطاء الإدارية و مخاطر عامة نظامية هي جميع المخاطر التي تصيب كافة القروض بغض النظر عن البنك المقرض و العميل المقترض , و من أهم المخاطر الائتمانية: مخاطر السيولة , مخاطر عدم سداد , مخاطر تقلب أسعار العملات , المخاطر السياسية و القانونية...الخ و قبل منح أي قرض يتم دراسة و قياس المخاطر المحتملة للقرض لاتخاذ القرار بمنحه من عدمه , مفتاح صالح و معارفي فريدة, إدارة المخاطر و اقتصاد المعرفة , مداخلة مقدمة إلى مؤتمر العلمي الدولي السنوي السابع, كلية العلوم الاقتصادية و الإدارية , جامعة الزيتونة, الأردن, يومي 17و18 أفريل 2007, ص من 1إلى 5.

[3] شعبان فرج , العمليات المصرفية و إدارة المخاطر , محاضرات ملقاة على طلبة ماستر تخصص اقتصاديات المالية و البنوك, جامعة البويرة , الجزائر , سنة 2013-2014 , ص40.

باعتباره صاحب ذمة مالية وفيرة ويكون البنك مضطرا للدفع النقدي إذا عجز عميله عن الوفاء بالتزامه[1].

المطلب الثاني : نطاق الكفالة المصرفية

لكل عقد نطاق يحدد محل الالتزام الذي ينظمه و الأطراف الملزمة به و حدود التزامهم كما يبين حدود تفسير هذا العقد, و هو ما سوف نتطرق إليه في مطلبنا هذا كالتالي:

الفرع الأول: نطاق الكفالة المصرفية من حيث الأشخاص

الكفالة المصرفية عقد متعدد الأطراف, فنجد الكفيل الذي بالضرورة هو بنك فالكفالة البنكية عمل من أعمال البنوك[2], قد يكون الكفيل بنكا واحدا كما قد تتعدد البنوك الكفيلة, من جهة ثانية هناك المكفول وهو المدين في الالتزام الأصلي الذي صدرت الكفالة لضمان سداد دينه إذا ما امتنع عن الوفاء بالتزامه , هذا المكفول قد يكون شخص طبيعيا كما قد يكون شخص معنويا , شخص خاصا أو شخص عاما , وطنيا أو أجنبيا لا يشترط القانون موافقته على الكفالة فقد تتم دون علمه و رغم معارضته [3]و إضافة إلى البنك الكفيل والمدين المكفول هناك الدائن المكفول له و هو دائن المدين الأصلي الذي صدرت الكفالة لضمان دينه, تنصرف أثار الكفالة إليه فترتب له حقوق في ذمته أساسها سداد دينه , كما ترتب عليه مجموعة من الالتزامات[4].

الفرع الثاني : نطاق الكفالة المصرفية من حيث محل الالتزام :

الكفالة المصرفية من صور الائتمان البنكي الأكثر شيوعا ذلك أنها تتم عبر توقيع البنك إذ هي قرض بالتوقيع كما سبق بيانه عند دراستنا لخصائص الكفالة المصرفية , منه توفر لنا سهولة

---

[1] الطاهر لطرش, المرجع السابق, ص67.

[2] المادة 68 من الأمر 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق ل26 أوت2003 المتعلق بالنقد و القرض.

[3] المادتين 644 و 647 من ق.م.ج.

[4] المواد 644 و من 654 إلى 669 ق .م.ج.

الاتفاق على عقدها , كما أنها تعتبر ضمان قوي لأن البنك يسير الذمة المالية مما يوفر الثقة و الأمان عند التعاقد , هذا كله دفع إلى ازدياد الإقبال عليها , بالتالي تعددت مجالاتها لتصل كافة النواحي الاقتصادية كالصفقات العمومية , معاملات الجمارك و غيرها[1], غير أنه و إن اختلفت مجالات الكفالة البنكية فإن محل التزام الأساسي للبنك الكفيل فيها يظل واحد فهو يتعهد بسداد دين عميله المكفول لدائنه عند الامتناع عن السداد[2] أما بالنسبة للمدين المكفول فمحل التزامه الأساسي هو دفع مبلغ العمولة و الفائدة التي يقررها البنك نظير الكفالة و التي يتفق عليها الأطراف في عقد الكفالة فالبنك يهدف لتحقيق الربح[3],كما تقع على عاتق الدائن المكفول له التزامات تمثل مجموعة من الإجراءات واجب عليه إتباعها لصحة رجوعه على الكفيل[4].

الفرع الثالث:نطاق الكفالة المصرفية من حيث حدود التزام الأطراف

لا تكون الالتزامات التي يرتبها عقد الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام الأصلي المكفول صحيح[5], أي غير باطل لسبب من أسباب البطلان, منه كانت كفالة الالتزام الصحيح صحيحة و كفالة الالتزام الباطل باطلة , لأن عقد الكفالة المصرفية عقد تابع للالتزام الأصلي كما سبق بيانه في خصائص الكفالة المصرفية[6], عليه لترتب الكفالة المصرفية التزامات على عاتق أطرافها لابد لها أن تكون صحيحة وصحتها مربوطة بصحة الالتزام الذي كفلته,إضافة لصحتها بذاتها بتوافر شروطها الموضوعية والشكلية المتطلبة قانونا التي سيأتي بيانها في الفصل الثاني من هذا البحث ,كما أن نطاق التزام الأطراف بالكفالة يتحدد كذلك حسب نوع الكفالة ذاتها, محددة أو غير محددة, الأمر الذي سيأتي بيانه حين التطرق لأنواع الكفالة المصرفية.

الفرع الرابع نطاق الكفالة المصرفية من حيث التفسير:

---

[1] د محمود الكيلاني, المرجع السابق , ص 238 .

[2] المادة 644 من ق.م.ج و المادة 68 من قانون النقد و القرض .

[3] الطاهر لطرش, المرجع السابق, ص 69.

[4] المواد من 654 إلى 669 ق.م.ج.

[5] المادة 648 من ق.م.ج.

[6] محمود الكيلاني , المرجع السابق , ص 247.

الكفالة لا تفترض لأن الأصل براءة الذمة , منه كان وجوب التفسير الضيق للكفالة المصرفية بالاعتماد على إرادة المتعاقدين, فإذا كفل الكفيل في العقد أصل الدين فقط فلا نتوسع في تفسير أن التزامه انصرف لكفالة ملحقات الدين أيضا, و إذا كانت الكفالة محددة بمبلغ معين فلا يجوز التفسير لما يجاوز هذا المبلغ, غير أن التفسير الضيق لا يعني التفسير اللفظي الحرفي, فعند تحديد الدين المضمون بالكفالة يفرق القضاء الفرنسي بين الخصائص التي تأثر على مقدار التزامات الكفيل و بين ما يعد مجرد أسلوب فني لا يؤثر أي متى كان المبلغ المكفول ذاته بغض النظر عن الشكل الذي أفرغ فيه طالما أنه غير مؤثر مثالها إذا اتفق على أن القرض يكون في شكل سندات يحررها المقرض على نفسه فلا يتغير الأمر إذا أفرغ الدين في حساب بنكي مع المبلغ نفسه و هو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ 26-01-1977[1].

[1] علي جمال الدين عوض , عمليات البنوك من الوجهة القانونية , دار الجامعة الجديدة ,مصر ,سنة 1993,ص من 1142 إلى 1145.

المبحث الثالث : أنواع الكفالة المصرفية

الكفالة المصرفية من صور الائتمان المصرفي الشائعة نظرا لسهولتها لعدم تطلبها الإخراج الفعلي للأموال من ذمة البنك ما لم يمتنع المدين المكفول عن الوفاء, كما أن البنوك تمتاز بوفرة الذمة المالية و تأخذ عوضا نظير تقديمها للكفالة, كل هذه الأسباب أدت إلى تنوع الكفالة المصرفية لتغطي حاجيات عملاء المصرف المتعددة, هذا التنوع ينظر إليه من عدة جوانب, فمن حيث النطاق الجغرافي تتنوع الكفالة المصرفية بين الكفالة الوطنية والكفالة الدولية أو الأجنبية ومن حيث نطاق الالتزام المصرفي تنقسم إلى كفالة محددة وكفالة غير محددة, كفالة عادية بسيطة و كفالة تضامنية و غير مجزئة وأخيرا من حيث مجال الدين المكفول تتنوع تنوع كبير فنجد كفالة الصفقات العمومية , الكفالة الجمركية .... الخ , سوف يتم دراسة هذه الأنواع في مبحثنا هذا كالتالي:

المطلب الأول : أنواع الكفالة المصرفية من حيث النطاق الجغرافي

تنقسم الكفالة المصرفية بالنظر لنطاقها الجغرافي إلى الكفالة الوطنية (الداخلية) والكفالة الدولية (الأجنبية).

الفرع الأول: الكفالة المصرفية الوطنية

هي التي يصدر فيها أحد البنوك المحلية كفالة بناءا على طلب عميلها المقيم داخل الوطن سواء أكان المستفيد منها داخل البلاد أو خارجه و هي عكس الكفالة الدولية التي يصدرها أحد

البنوك المحلية بناءا على طلب بنك أجنبي أو أحد فروع البنك المحلي أو الأجنبي في الخارج يطلب فيها من البنك المحلي إصدار الكفالة لمستفيد قد يكون مقيم داخل الوطن أوغير مقيم[1].

الفرع الثاني : الكفالة المصرفية الأجنبية(الدولية)

الكفالة الأجنبية تكون على صورتين, الأولى الكفالة المصرفية الواردة بناءا على طلب شخص غير مقيم, فيها يسعى شخص غير مقيم للبنك الذي يتعامل معه لمنحه كفالة لصالح شخص مقيم و تكون على ثلاثة حالات , الأولى يقوم البنك المحلي بالتوسط بين البنك الأجنبي والمستفيد يبلغ هذا الأخير أن البنك الأجنبي أصدر كفالة لصالحه و يعزز هذه الكفالة بتوقيعه ليصبح متضامن مع البنك الأجنبي في مواجهة المستفيد , أما الحالة الثانية يقوم فيها البنك المحلي بإصدار كفالة مباشرة للمستفيد بناءا على طلب بنك أجنبي و الحالة الثالثة يبلغ البنك المحلي المستفيد بصدور كفالة لصالحه بناءا على طلب العميل دون تحمل البنك لأي التزام تجاه المستفيد , أما الصورة الثانية للكفالة الأجنبية هي كفالة مصرفية بناءا على طلب عميل مقيم , تمثل نقيض الصورة الأولى إذ تصدر بناءا على طلب عميل بنك محلي مقيم داخل الوطن لصالح مستفيد غير مقيم[2].

الكفالة الأجنبية نجدها عموما في عقود التجارة الدولية خصوصا ذات المبالغ الضخمة التي لا يثق الأطراف في بعضهم أو يرغبون بإضفاء تأمين إضافي للعقد لضمان تنفيذه فيتم اللجوء للبنك كطرف موثوق و صاحب ذمة مالية وفيرة يضمن للأطراف تنفيذ العقد وعدم ضياع حقوقهم, كما أن نشاط البنوك في هذا المجال يعزز التبادل الاقتصادي بين الدول ويساهم في زيادة سرعة التنمية.

---

[1] د محمود الكيلاني , المرجع السابق , ص242.

[2] د محمود الكيلاني , المرجع السابق , ص من 242 إلى 246

المطلب الثاني : أنواع الكفالة المصرفية من حيث نطاق الالتزام المصرفي

تنقسم الكفالة المصرفية من حيث نطاق الالتزام المصرفي أو ما يعرف بحدود التزام البنك في الكفالة إلى كفالة محددة و كفالة غير محددة, كفالة عادية و كفالة تضامنية غير مجزئة.

الفرع الأول: الكفالة المصرفية الغير محددة والمحددة:

أولا الكفالة المصرفية الغير محددة:

إذا لم يتم تحديد قيمة الدين المكفول من طرف البنك فإن الكفالة غير محددة و تشمل في هذه الحالة أصل الدين كله مع الفوائد الناتجة عنه و مصاريف العقد و مصاريف دعوى الوفاء , أي الدين و جميع ملحقاته , غير أن ذلك لا يمنع أن التزام البنك لا ينبغي أن يجاوز مبلغ الدين المكفول و يكون وفاء البنك بالشروط عينها التي التزم بها المدين و في حدود التزامه[1], فإذا لم يكن هناك اتفاق خاص, فإن الكفالة تشمل الدين و مصروفات المطالبة الأولى و ما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل[2], هذا النوع من الكفالة لا تلجأ إليها البنوك بكثرة إلا بالنسبة لعملائها الموثوق فيهم من حيث وفرة ذمتهم المالية و التزامهم بالوفاء, و تنتج هذه الثقة بين البنك و عملائه بالنظر للتعاملات السابقة بينهما أو سمعة العميل ومركزه المالي.

ثانيا الكفالة المصرفية المحددة:

على خلاف النوع الأول, يتم تحديد نطاق التزام البنك الكفيل و عادة ما تكون بمبلغ أقل من الالتزام الأصلي المكفول كما لا تتضمن الفوائد و مصروفات الدين ما لم يتم الاتفاق على

---

[1] د هاني دويدار , الوجيز في العقود التجارية و العمليات المصرفية , دار الجامعة الجديدة , مصر , سنة 2003 , ص 279.

[2] المادة 653 من ق.م.ج.

عكس ذلك[1], هذا النوع من الكفالة منتشر بشكل كبير يلجأ إليه البنك خاصة في معاملاته مع العملاء الغير موثوق في مركزهم المالي أو قدرتهم على الوفاء خصوصا عند أول تعامل مع البنك, إذ لا يخاطر البنك بضمان كل مبلغ الدين و هو لا يعرف أو لا يثق بمقدرة المدين عن السداد فيمنحه كفالة محددة مبلغ معين يمثل جزء من الدين المكفول يراه البنك مناسبا من حيث مقدرة المدين عن السداد و من حيث ضمان المخاطر التي يغطيها البنك.

الفرع الثاني: الكفالة المصرفية العادية la caution simple والكفالة المصرفية التضامنية والغير مجزئة caution solidaire et indivisible

الكفالة المصرفية العادية هي التي لا يمكن فيها للدائن مطالبة البنك الكفيل إلا بعد مطالبة مدينه الأصلي المكفول و عدم قيام هذا الأخير بسداد أما الكفالة المصرفية التضامنية والغير مجزئة هي الكفالة التي يمكن للدائن فيها مطالبة البنك مباشرة في حدود التزامه بالكفالة دون اشتراط مطالبة المدين الأصلي أولا, في هذا النوع من الكفالة التزام البنك مرهق , لذلك لا تمنح البنوك هذا النوع من الكفالة إلا للأشخاص الذين تضمن تسديدهم الدين طيلة مدة الكفالة(القرض)[2].

المطلب الثالث أنواع الكفالة المصرفية من حيث موضوع(مجال) الدين المكفول:

تنوعت الكفالة المصرفية بحسب تنوع المجالات الاقتصادية, إذ أن البنك يهدف إلى تحقيق الربح عبر توفير الائتمان لعملائه في مختلف مجالات نشاطاتهم الاقتصادية, منه كان هذا التنوع في مجال أو موضوع الدين المكفول من طرف البنك بشكل غير قابل للحصر, إذ أن نشاط البنوك في تطور مستمر, عليه سيقتصر مطلبنا هذا على ذكر أهم المجالات التي تبرز فيها الكفالة المصرفية و

---

[1] د هاني دويدار , المرجع السابق , ص 279.

[2] la caution simple : en cas de bénéfice de discussion . la caution ne sera tenue de payer a la place de débiteur qu'en cas d'insolvabilité de celui – ci, la caution solidaire et indivisible : peut être automatiquement poursuivie par la banque avant même le débiteur , dans la limite de son engagement ; la caution solidaire d'un particulier est un engagement lourd de conséquences ; la personne qui port caution etre sure de pouvoir faire face a son engagement a tout moment pendant la durée du crédit ,Aurélien giraud ; pratique des techniques bancaires ,eyrolles France,,édition 2012, page 246 et247) .

ذلك بالتطرق لكفالة الصفقات العمومية في الفرع الأول و الكفالة الجمركية في الفرع الثاني و مشيرين للمجالات الأخرى التي تظهر فيها الكفالة المصرفية في الفرع الثالث.

الفرع الأول :كفالة الصفقات العمومية :

الصفقة العمومية حسبما عرفها المشرع الجزائري هي عقد مكتوب يبرم وفقا لشروط محددة قانونا تبرمه المصلحة العمومية المتعاقدة (الإدارات العمومية, الهيئات الوطنية المستقلة, الولايات, البلديات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري...) مع المتعاملين الاقتصاديين المتعاقدين الخواص قصد إنجاز الأشغال و اقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة[1], أوجب المشرع الجزائري على المتعاملين الاقتصاديين المشاركين في الصفقات العمومية ضرورة اللجوء للكفالة البنكية في بعض الحالات لا سيما حينما يكون المتعامل الاقتصادي أجنبي, سنتطرق في هذا الفرع للكفالة المصرفية الممنوحة للمتعاملين الاقتصاديين في مجال الصفقات العمومية كالتالي:

- كفالة دخول المناقصة Caution d'adjudication : ينبغي على المتعامل المشارك في الصفقة العمومية تقديم عرض تقني و مالي عن قدراته و إمكانياته في تنفيذ الصفقة, من بين عناصر العرض التقني كفالة تعهد تفوق واحد في المائة من مبلغ العرض بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي يخضع مبلغها لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات و لجان الصفقات القطاعية , تصدر هذه الكفالة عن بنك خاضع للقانون الجزائري أو عن صندوق ضمان الصفقات العمومية حسب إذا كان المتعامل الاقتصادي جزائري أو أجنبي وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه ألزم المتعامل الاقتصادي الأجنبي المتعهد الراغب بالمشاركة في الصفقات العمومية تقديم كفالة مصرفية دولية معززة أي التي يلتزم فيها البنك المحلي مع

[1] المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق ل7 أكتوبر سنة 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

البنك الأجنبي تجاه المستفيد, وهي صورة من صور الكفالة المصرفية السابق ذكرها حين التطرق للكفالة المصرفية الدولية[1].

- كفالة التسبيقات Caution d'acompte: التسبيق هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة, فقد يلجأ المتعامل الاقتصادي المتحصل على الصفقة إلى تسبيق مالي من الإدارة للبدء في إنجاز الصفقة , غير أن طلبه هذا مقيد بشرط تقديمه كفالة مصرفية تضمن إرجاعه مبلغ التسبيق, إذ لا يدفع التسبيق إلا إذا دفع المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع التسبيق يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعهدين الجزائريين, أما كفالة المتعهد الأجنبي فيجب أن تصدر عن بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى(كفالة دولية معززة), و تحرر كفالة إرجاع التسبيق حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية[2].
- كفالة حسن التنفيذ Caution pour bonne exécution: ألزم تنظيم الصفقات العمومية المصلحة العمومية المتعاقدة السعي لضمان حسن تنفيذ صفقاتها و منحها مجموعة من الآليات في سبيل ذلك من بينها الكفالة المصرفية, أي أنها تشترط على المتعامل الذي حصل على الصفقة ضرورة تقديم كفالة مصرفية تكون ضمان على حسن تنفيذه للصفقة حسب شروط المحددة في دفتر الشروط وحين إخلاله بالتزامه يكون لها حق التعويض ومطالبة البنك بمبلغ التعويض إذا لم يقم المتعهد بسداده, في حدود المبلغ المكفول إذا كانت الكفالة محددة أو في جميع المبلغ إذا لم تكن محددة, ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من

---

[1] المادة 51 من تنظيم الصفقات العمومية: (.. عرض تقني يتضمن ما يأتي ..كفالة تعهد تفوق واحد في المائة من مبلغ العرض, فيما يخص صفقات الأشغال واللوازم التي يخضع مبلغها لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات ولجان الصفقات القطاعية... تصدر كفالة تعهد المتعهدين الجزائريين من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية و يجب أن تصدر كفالة تعهد المتعهدين الأجانب من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى ...) .

[2] المادة 74 و 75 من تنظيم الصفقات العمومية.

كفالة حسن التنفيذ إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة أشهر[1], و تتحول كفالة حسن التنفيذ إلى كفالة ضمان إذا نص العقد على أجل للضمان[2], و بخصوص مقدار كفالة حسن التنفيذ فهي بحدود خمسة و عشرة في المائة من المبلغ الإجمالي للعقد حسب طبيعة وأهمية الخدمات المطلوب إنجازها[3].

- كفالة اقتطاع الضمان Caution pour retenue de garantie: يمكن للمصلحة المتعاقدة اقتطاع نسبة من مبلغ الصفقة للاحتفاظ به كضمان لمدة محددة و لتفادي هذا الاقتطاع يتم اللجوء للبنك لتقديم كفالة بدلا عن مبلغ الاقتطاع و في حالة ظهور نقائص في مدة الضمان يكون البنك ملزما بتعويض المصلحة المتعاقدة في حدود مبلغ الكفالة[4].

الفـرع الثاني الكفالة الجمركية:

هي تلك التي تمكن المستورد أو المصدر من سداد الضرائب و الرسوم المفروضة عليه قانون أو الحصول على موافقة بالإعفاء منها أو تنزيل قيمتها , تشكل هذه الكفالة ضمان لتنفيذ التزامات المكفول الجبائية تجاه الإدارة الجمركية [5], تبرز أهمية الكفالة المصرفية في المجال الجمركي من حيث أنها توفر السرعة و الائتمان للمستورد أو المصدر من خلال تمكينه من إدخال أو إخراج البضاعة محل الضريبة أو الرسم للإقليم الجمركي دون دفع المبلغ المفروض عينا و الذي قد لا يكون بحوزته في وقت فرض الضريبة أو الرسم, مما يمنح له فرصة توفير المبلغ بالتصرف في البضاعة و يضمن لإدارة الجمارك من جهة أخرى تحصيل المبالغ المفروضة إذ أن البنك يتعهد في الكفالة بالسداد حين امتناع المكلف المكفول , فيكون لإدارة الجمارك الرجوع على البنك ومطالبته بالمبالغ المفروضة, و

---

[1] المادة 97 من تنظيم صفقات العمومية : (زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 75 أعلاه, يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة و يعفى الشريك المتعاقد من كفالة حسن تنفيذ الصفقة, في بعض أنواع صفقات الدراسات و الخدمات التي تحدد قائمتها بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و الوزير المعني, يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ, إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة أشهر...).

[2] المادة 98 من تنظيم الصفقات العمومية : (عندما تنص الصفقة على اجل للضمان, تتحول كفالة حسن التنفيذ المنصوص عليها في المادة 97 أعلاه عند التسليم المؤقت على كفالة ضمان).

[3] المادة 100 من تنظيم الصفقات العمومية: (يحدد مبلغ كفال حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين خمسة بالمائة5% و عشرة بالمائة10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها).

[4] الطاهر لطرش, المرجع السابق, ص 64 و 65.

[5] د محمود الكيلاني , المرجع السابق , ص 239

قد نص قانون الجمارك الجزائري على عدة حالات يمكن أن يلجأ فيها المصدر أو المستورد للكفالة البنكية لضمان تنفيذ التزاماته تجاه إدارة الجمارك نذكر منها: تغطية البضائع الموضوعة تحت إحدى الأنظمة الجمركية الاقتصادية كالعبور ,المستودع الجمركي, القبول المؤقت و غيرها لتصريح مفصل يتضمن تعهدا مكفولا أي تعهد مرفقا بكفالة معتمدة من قبل قابض الجمارك, عليه يجب على المتعامل مع إدارة الجمارك الراغب في وضع بضاعته في إحدى النظم الاقتصادية الجمركية تقديم تعهد بسداد قيمة الرسوم والضرائب الناتجة عن هذا النظام و أن يكون التعهد مشمول بكفالة و عادة ما تكون الكفالة التي يلجأ إليها المتعامل مع الجمارك كفالة بنكية نظرا لقوتها باعتبار البنك مليء الذمة المالية[1], و الأمثلة عديدة و هي في مجملها تتعلق بكفالة ضمان تسديد المتعامل الاقتصادي المستورد أو المصدر للبضاعة لقيمة الضرائب و الرسوم والغرامات المفروضة عليه, الكفالة المصرفية الجمركية منتشرة في السوق المصرفية الجزائرية وهي توفر مزايا للإدارة الجمارك و المستورد أو المصدر.

الفرع الثالث مجالات أخرى للكفالة المصرفية :

لا يمكن حصر مجال الكفالة المصرفية, إذ خدمات البنوك في تطور و تنوع مستمر لتضمن تغطية حاجيات عملائها, فالكفالة المصرفية تهدف لضمان الوفاء بالتزامات عملاء البنك والالتزامات لا يمكن حصرها لكثرتها و تطورها السريع, فيسعى الدائن أو المدين لضمان هاته الالتزامات بالحصول على كفالة مصرفية, واللجوء للبنك لطلب الكفالة المصرفية قد يكون بسبب نص قانوني يلزم أحد الأشخاص تقديم كفيل فتكون كفالة قانونية مصدرها القانون[2], كما قد يكون بسبب حكم قضائي يلزم أحد أطرافه بتقديم كفالة فتكون كفالة قضائية مصدرها القضاء[3], كما قد يكون

---

[1] المادة 117 من القانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 المؤرخ في 21 يوليو 1979 المتضمن قانون الجمارك الجزائري المعدل و المتمم : (يجب تغطية البضائع الموضوعة تحت إحدى النظم المذكورة في المادة 115 مكرر أعلاه بتصريح مفصل يتضمن تعهد مكفولا أو مرفقا بإحدى الوثائق المنصوص عليها في المادة 119 من هذا القانون, تخضع الكفالة إلى اعتماد من قبل قابض الجمارك)و المادة 119 من نفس القانون : (تخصص الكفالة لضمان مبلغ الحقوق و الرسوم و تحصيل الغرامات المحتملة المنجزة من عدم احترام الالتزامات المكتتبة...) , و المادة 127 من ذات القانون : (للاستفادة من العبور, يجب على الملتزم اكتتاب تصريح مفصل يحتوي على التزام مكفول ...).

[2] مثال ما ورد في المادة 851 من ق.م.ج تتعلق بصاحب حق الانتفاع على منقول : (إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده و لزم المنتفع تقديم كفالة به...)

[3] المادة 717 من ق.م.ج تتعلق بالشركاء على الشيوع : (للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع ¾ المال الشائع , يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية ..... و للمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسب من التدابير و لها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات).

اللجوء للكفالة بمحض إرادة الأطراف دون وجود نص قانوني أو حكم قضائي يلزمهم بتقديم كفيل فتكون كفالة اتفاقية, ومهما تعددت أسباب لجوء الأطراف للكفالة المصرفية فهي تبقى وسيلة ائتمان فعالة تضمن للدائن سداد دينه و تضمن للمدين التخلص من الدين في مواجهته, و لا يمكن حصر مجال الكفالة المصرفية بسبب تنوع وتطور الالتزامات القانونية التي قد تكفلها و تسارع البنوك في تنويع خدماتها بما يتماشى مع مصالح وحاجيات زبائنها لضمان استمرارها في العمل المصرفي.

الفصل الثاني أحكام الكفالة المصرفية

مقدمة الفصل الثاني:

للكفالة المصرفية مجموعة من الأحكام القانونية تنظمها, سنتناولها في هذا الفصل عبر التطرق لإبرام عقد الكفالة المصرفية في المبحث الأول, من خلال بيان القانون الواجب التطبيق على عقد الكفالة المصرفية وشروطها الموضوعية و الشكلية, ثم ننتقل لأثار عقد الكفالة المصرفية في المبحث الثاني عبر التطرق لأثارها في ذمة كل من الدائن, المدين المكفول و البنك الكفيل, و أخيرا نتناول انقضاء عقد الكفالة في المبحث الثالث من خلال بيان الأسباب الاتفاقية و القانونية لانقضائها.

المبحث الأول: إبرام عقد الكفالة المصرفية

يخضع إبرام عقد الكفالة المصرفية لمجموعة من الشروط الموضوعية و الشكلية سنتطرق إليها, وقبل ذلك لابد من تحديد القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية لإمكان معرفة الشروط المتطلبة فيه, عليه تم تخصيص المطلب الأول للقانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية وخصص المطلب الثاني لبيان الشروط الموضوعية للكفالة, أما المطلب الثالث فخصص للشروط الشكلية لعقد الكفالة المصرفية.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية

تخضع الكفالة المصرفية لمجموعة من القواعد القانونية تنظمها, تختلف هاته القواعد بحسب نوع الكفالة داخلية أو وطنية , الأمر الذي سنتطرق إليه في مطلبنا هذا ببيان القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الوطنية في المطلب الأول و القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الدولية في المطلب الثاني.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الوطنية

تخضع الكفالة المصرفية الوطنية لمجموعة من القواعد القانونية تنظمها منصوص عليها في القانون المدني[1] و القانون التجاري[2] و في قوانين خاصة تتعلق بأنواع معينة من الكفالة المصرفية مثل قانون الصفقات العمومية بالنسبة لكفالة الصفقات العمومية و قانون الجمارك بالنسبة للكفالة الجمركية[3], كما تخضع الكفالة المصرفية لمجموعة من النصوص التنظيمية ممثلة في أنظمة بنك الجزائر الملزمة للبنوك باعتباره هيئة الرقابة و التنظيم في الجهاز المصرفي الجزائري[4]و أنظمة داخلية لكل بنك تحدد نماذج الكفالة الخاصة به وشروطها حسب هدف البنك ومجال نشاطه[5].

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الدولية

تثير الكفالة المصرفية الدولية إشكالية تتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها, إذ أن أحد أطرافها بنك أجنبي مما ينتج لنا تنازع قوانين بين قانون البنك الوطني من جهة وقانون البنك الأجنبي من جهة أخرى, فهل تخضع الكفالة المصرفية الدولية لقانون البنك الوطني أم لقانون البنك الأجنبي أم لقواعد قانونية مستقلة؟, للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي على القاضي المرور بمراحل توصله لمعرفة القانون الواجب التطبيق على النحو الأتي:

أولا مرحلة ما قبل تعيين القانون الواجب التطبيق: قبل تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المحتوية على عنصر أجنبي ينبغي على القاضي تحديد نوع العلاقة لمعرفة قاعدة الإسناد[6] الخاصة بها و تسمى هاته المرحلة بمرحلة التكييف القانونيqualification)[7],ويكون فيها القانون

---

[1] المواد من 644 إلى 673 من القانون المدني الجزائري,(باعتبار القانون المدني الشريعة العامة للالتزامات التعاقدية, فيتم تطبيق أحكام القانون المدني في حالة غياب النص الخاص, غير أن هذا لا يخرج الكفالة المصرفية من كون أنها كفالة تجارية تخضع لأحكام خاصة بها و أنها مختلفة و متميزة عن الكفالة المدنية كما بيناه حين التطرق لطبيعة التجارية للكفالة المصرفية).

[2] مثال المادة 2 من القانون التجاري الجزائري المحددة للأعمال التجارية حسب الموضوع و من بينها الأعمال المصرفية.

[3] أنظر الفصل الأول من المذكرة المطلب الثالث من المبحث الثالث المتعلق بأنواع الكفالة المصرفية.

[4] من بينها نظام بنك الجزائر رقم 09-03 المؤرخ في 26 مايو 2009 المتعلق بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية و نظام بنك الجزائر رقم 14-01 المؤرخ في 16 فبراير 2014 المتعلق بنسب الملاءة المطبقة على البنوك و المؤسسات المالية.

[5] أنظر ملاحق المذكرة نماذج لكفالات مصرفية

[6] قاعدة الإسناد هي ضابط يحدد لنا القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية معينة ذات عنصر أجنبي أي أنها تسند العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لقانون معين وطني أو أجنبي لتحكم قواعده الموضوعية هذه العلاقة, حسن الهداوي, القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادىء العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني, دار الثقافة للنشر و التوزيع, الأردن,الطبعة الثانية, سنة 1997, ص49 , مثالها المواد من 9 إلى 24 من ق.م.ج.

[7] عرف الفقهاء التكييف القانوني بأنه تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين, لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية, لكي يسند حكمها إلى قانون معين,أحمد عبد الحميد عشوش, القانون الدولي الخاص, محاضرات ملقاة على طلبة كلية الحقوق جامعة بنها, مصر, المستوى الدراسي الرابع, الفصل الثاني,سنة 2003, ص263.

الوطني هو المرجع في تحديد نوع العلاقة القانونية[1], بمعنى ينبغي على القاضي التأكد أولا هل نحن بصدد كفالة مصرفية أم نوع آخر من العقود وهل الكفالة وطنية أم دولية, ولتحديد ذلك ينبغي له الرجوع لقانونه الوطني ليكيف العلاقة القانونية المطروحة أمامه التكييف الصحيح, كما ينبغي عليه أن يتأكد من عدم وجود غش أو تحايل على القانون الوطني و ذلك بإضفاء الأطراف عنصر أجنبي صوري لتهرب من أحكام القانون الوطني[2].

ثانيا : مرحلة تعيين القانون الواجب التطبيق : بعد ما يتم تكييف العلاقة القانونية والتأكد أننا أمام عقد كفالة مصرفية دولية, يتم البحث عن القانون الواجب التطبيق, و بخصوص هاته المسألة ثار نزاع بين الفقهاء و انقسمت أرائهم كالتالي:

- القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الدولية هو قانون الإرادة:ذهب جانب من الفقه إلى القول أن القانون الذي تخضع له الكفالة المصرفية الدولية هو قانون الإرادة, على اعتبار أن عقد الكفالة المصرفية عقد متميز عن العقد الأصلي الذي أبرمت الكفالة لضمانه, و هو الرأي المعتمد من قبل المحكمة العليا الفرنسية[3], فأطراف العقد لهم الحرية في تحديد القانون المنظم للكفالة, و في حالة سكوتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق, تقوم قرينة بسيطة على أن أنهم قصدوا إعمال قانون الالتزام الأصلي على الكفالة و هو حل يوحد القانون الواجب التطبيق على الالتزام الأصلي والكفالة, كما يتماشى مع التركيز الموضوعي لعناصر العقد مما يوفر حماية للعقد الدولي[4], و قد رأى قسم من هذا الاتجاه أن القانون الواجب التطبيق في حالة السكوت عن الاختيار هو قانون البنك الكفيل,

---

[1] المادة 9 من القانون المدني الجزائري.

[2] يتم التحايل على القانون و الغش عبر تغيير ظرف الإسناد بهدف نقل الاختصاص من قانون إلى آخر يتفق مع رغبة الأطراف و يجنبهم قواعد القانون المختص أصلا قبل التغيير, حسن الهداوي, المرجع السابق, ص 195.

[3] Comme le cautionnement est un contrat distinct du contrat principal les parties sont bien évidemment libres de choisir le droit applicable a cette sureté, la cour suprême a adopté une position intermédiaire :la doctrine de l'autonomie de la volonté est applicable lorsque les parties ont expressément exprime le choix de la loi, Denis Philippe , cours de droit bancaire ,université catholique de louvain , France , année 2014 , page 33.

[4] عكاشة محمد عبد العال, قانون العمليات المصرفية الدولية دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية, دار المطبوعات الجامعية, مصر, سنة1994, ص333, أنظر أيضا Denis Philippe , référence précédente, page 33 : dans la négative le caractère accessoire prévaudra dans l'application du droit de l'obligation principale ; le juge aura a rechercher l'intention des parties a travers les indices et signes qui sont de nature a révéler leur choix ou travers la localisation du contrat en d'autre termes, le caractère accessoire du contrat de cautionnement par rapport a l'obligation principale reste subsidiaire.

بينما ذهب جانب آخر منهم إلى التفرقة بين علاقة البنك الكفيل بالدائن التي يحكمها قانون الالتزام الأصلي, و بين علاقة البنك الكفيل بالمدين و التي يحكمها قانون البنك الكفيل[1].

- القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية هو قانون الالتزام الأصلي: يرى جانب من الفقه أن القانون الذي يجب أن يحكم عقد الكفالة المصرفية الدولية هو القانون المطبق على الالتزام الأصلي, على اعتبار أن عقد الكفالة عقد تبعي لعقد الالتزام الأصلي و أن التفرقة بين العلاقات القانونية لأطراف عقد الكفالة يؤدي إلى تمزيق العقد الدولي و إفراغه من محتواه, غير أن هذا الرأي انتقد على أساس أن عقد الكفالة المصرفية عقد متميز و إن كان تابع للالتزام الأصلي المبرم بين الدائن و المدين غير أن هذا لا يمنع من كونه عقد متميز له أحكامه و قواعده الخاصة[2].

بعد استعراض الآراء الفقهية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الدولية, سنتطرق لموقف المشرع الجزائري و ذلك من خلال استعراض قواعد الإسناد المنظمة للمسألة في القانون المدني الجزائري:

القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الدولية وفقا لقواعد الإسناد في القانون الجزائري: بالرجوع لقواعد الإسناد في القانون الجزائري الواردة في الفصل الثاني من القانون المدني تحت عنوان تنازع القوانين من حيث المكان المواد من 9 إلى 24 منه, لا نجد قاعدة خاصة بالكفالة المصرفية الدولية, غير أننا نجد قاعدة عامة تخضع الالتزامات التعاقدية في أحكامها الموضوعية للقانون المختار من قبل المتعاقدين بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد, و في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة, و في حالة عدم وجود جنسية أو موطن مشترك فيطبق قانون محل إبرام العقد, أما الأحكام الشكلية للتصرفات القانونية فتخضع لقانون المكان الذي تمت فيه, و يجوز أن تخضع لقانون الموطن المشترك

[1] عكاشة محمد عبد العال, المرجع السابق, ص335 إلى 339.

[2] عكاشة محمد عبد العال, المرجع السابق, ص 335و336.

للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني أو للقانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية, كما أن المشرع الجزائري على أن هذه الأحكام لا تسري في حالة وجود نص خاص أو اتفاقية دولية, ففي هذه الحالة تطبق أحكام الاتفاقية الدولية أو النص الخاص[1].

باستقراء الآراء الفقهية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الدولية, وموقف المشرع الجزائري من ذلك, نرى أن القانون الأنسب لحكم الكفالة المصرفية الدولية هو قانون الإرادة, على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين و أن عقد الكفالة المصرفية عقد متميز له أحكامه الخاصة, وإن كان تابع للالتزام الأصلي فهذا لا يعني بالضرورة خضوعه لأحكامه, التي قد لا تتماشى مع مصلحة المتعاقدين و طبيعة عقد الكفالة المصرفية الدولية الذي يخضع لأعراف واتفاقيات دولية متميزة عن الأحكام التي يخضع لها الالتزام الأصلي والتي تخضع لها الكفالة المدنية أو الكفالة المصرفية الوطنية, و هو ما أكدته المحكمة العليا من خلال أحد قراراتها الذي جاء في مبدأه: (لا ينبغي الغلط بين الكفالة البنكية الداخلة في المعاملات المصرفية العالمية الخاضعة للأعراف الدولية و بين الكفالة الشخصية الخاضعة للقانون المدني)[2], و في هذا الصدد تم إبرام اتفاقية دولية في إطار منظمة الأمم المتحدة تتعلق بالكفالة المصرفية الدولية وخطابات الضمان, أخضعت الكفالة المصرفية للقانون المختار من المتعاقدين في العقد سواء تم التعبير الصريح عليه أو تم استخلاصه من الشروط و الأحكام المتفق عليها من المتعاقدين, أو للقانون المتفق عليه بين الكفيل و المستفيد في عقد آخر, و في حالة عدم الاختيار تخضع الكفالة لقانون الدولة التي بها مكان عمل البنك الكفيل الذي أصدر فيه التعهد[3].

المطلب الثاني:الشروط الموضوعية للكفالة المصرفية

---

[1] المواد 18 و 19 و 21 من ق.م.ج.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة التجارية و البحرية, المؤرخ في 08-07-2010 , تحت رقم 027056, المنشور في مجلة المحكمة العليا, لسنة 2012,عدد01,ص 251.

[3] المادة 21 و 22 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة, المبرمة بنيويورك بتاريخ 11 ديسمبر 1997 و التي دخلت حيز التنفيذ في الأول من شهر جانفي سنة 2000.

لعقد الكفالة المصرفية شروط موضوعية عامة و شروط موضوعية خاصة نتطرق لها في هذا المطلب.

الفرع الأول :الشروط الموضوعية العامة:

هي الشروط المتطلبة في جميع العقود دون استثناء فلا يمكن تصور قيام العقد دونها و هي الرضاء, الأهلية, المحل و السبب.

أولا الرضاء: هو الشرط و الركن الأساسي لكل عقد, يمثل انصراف إرادة الطرفين لإنشاء العقد و الالتزام بأحكامه, يتم بتبادل طرفي العقد إرادتهما المتطابقتين بإيجاب من أحدهما والقبول من الطرف الأخر بأي صيغة من صيغ التعبير عن الإرادة كاللفظ, الكتابة, الإشارة المتداولة عرفا أو اتخاذ موقف لا يدعو للشك في دلالاته عن مقصود صاحبه,كما يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا[1], ويشترط أن تكون الإرادة خالية من عيوب الرضاء و هي الإكراه, الاستغلال, التدليس والغلط[2], وأن تكون صادرة من ذي أهلية[3], و في حالة المخالفة يكون العقد باطلا أو قابل للإبطال[4], وبالنسبة لشرط الأهلية فهي مشترطة في الكفيل الذي ينبغي أن تكون أهليته كاملة غير ناقصة لصغر سنه أو معدومة بسبب عته أو جنون أو سفه, أما بالنسبة للمكفول أي المدين جاز أن يكون ناقص الأهلية, و لا يمكن للكفيل في هذه الحالة الدفع في مواجهة الدائن بنقص أهلية المدين طالما أنه كان عالم وقت التعاقد بهذا النقص[5].

ما يلاحظ في عقد الكفالة أن المشرع لا يشترط رضاء المدين المكفول, إذ من الجائز أن تنعقد الكفالة دون علمه و رغم معارضته, و بالتالي فإن الكفالة المصرفية باعتبارها عقد يشترط فيها

---

[1] المادتين 59 و 60 من ق.م.ج.

[2] المواد من 81 إلى 90 من ق.م.ج.

[3] عمل بنص المادة 40 من ق.م.ج فإن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه, يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه و سن الرشد هو 19 سنة كاملة, كما أكدت المادة 42 من ق.م.ج أن من كان فاقد التمييز لصغر سن أو عته أو جنون لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه ,و بالنسبة للشخص المعنوي فحسب المادة 50 من ق.م.ج فإن له أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشاءه أو التي يقررها القانون.

[4] المواد من 99 إلى 103 من ق.م.ج.

[5] المادتين 649 و 654 من ق.م.ج.

رضاء الكفيل و الدائن فقط أما رضاء المدين فلا يأخذ بعين الاعتبار إذ تتم الكفالة حتى و لو رفض و عارض, الأمر الذي يشكل خصوصية في عقد الكفالة عن باقي أنواع العقود[1], نفسر هذه القاعدة أن الكفالة في مصلحة المدين و الدائن على حد سواء فهي تضمن للمدين إبراء ذمته في مواجهة الدائن و تضمن للدائن سداد دينه إذا لم يوفي المدين المكفول بالدين في تاريخ استحقاقه, منه فإن رفض المدين يعتبر تعسف لا مجال للأخذ به.

بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية من مسألة عدم اشتراط الموافقة على الكفالة فقد اتفقوا على عدم اشتراط موافقة المدين, أما بخصوص اشتراط موافقة الدائن اختلفوا في ذلك, فذهب الحنفية أن الكفالة تتم بالإيجاب و القبول, فقبول الدائن ركن فيها إذ أن الكفالة عقد يملك به الدائن حقا في ذمة الكفيل و منه وجب قبوله, إذ لا يملك الإنسان حقا رغما عنه, وعلى نقيض ذلك ذهب المالكية و الحنابلة أن الكفالة تتم بإيجاب من الكفيل وحده و لا تتوقف على قبول الدائن أو المدين و لا علمهما بذلك, إذ أنها مجرد التزام صادر من الكفيل بأن يوفي ما وجب للدائن في ذمة المدين و هو التزام لا معاوضة فيه و لا يضر أو ينقص من حق أحدهما إذ هي مجرد تبرع, و هو نفس موقف البعض من الشافعية, و البعض الآخر اشترطوا القبول مثل الحنفية.[2]

ثانيا المحل: محل عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ الالتزام الذي يعقده المدين المكفول عنه تجاه دائنه حين التخلف عن الوفاء, قد يكون هذا الالتزام بالقيام أو الامتناع عن عمل, أودفع مبلغ من النقود فيكون محل التزام الكفيل ضمان الوفاء المستحق عن تخلف المدين القيام بالتزامه تجاه الدائن[3], يشترط أن يكون محل الالتزام المكفول صحيحا لتكون الكفالة صحيحة, و ذلك بأن لا يكون مخالف للنظام العام و الآداب العامة أو مستحيلا في ذاته, وإلا كان الالتزام باطلا وتبطل معه الكفالة الصادرة لضمانه[4], كما يشترط في المحل أن يكون معينا بذاته أو معين بنوعه ومقداره

---

[1] المادتين 644 و 647 من ق.م.ج.

[2] علي خفيف , المرجع السابق , ص 202و203

[3] علي جمال الدين عوض , المرجع السابق , ص 1140.

[4] المادتين 93 و 648 من ق.م.ج.

و إلا كان العقد باطلا[1], إذ لا يعقل أن يكفل البنك التزاما مجهولا غير معين, و هذا لا يمنع أن يذكر في عقد الكفالة الالتزام المكفول فقط دون تحديد مقداره فتنصرف الكفالة في هذه الحالة لجميع مبلغ الدين و ملحقاته و تكون بذلك كفالة غير محددة[2], مثالها أن يذكر في عقد الكفالة أن البنك الكفيل يضمن سداد الدين المترتب في ذمة أ تجاه ب دون ذكر المبلغ المضمون منه ففي هاته الحالة تنصرف الكفالة لجميع الدين المترتب في ذمة أ تجاه ب, و تجوز كفالة الالتزام المستقبلي بشرط تحديد المبلغ المكفول, كما تجوز كفالة الالتزام المشروط, و في حالة عدم تحديد مدة الكفالة في الالتزام المستقبلي كان للكفيل التراجع عنها في أي وقت طالما أن الالتزام المكفول لم ينشأ بعد[3].

ثالثا السبب: هو الباعث الدافع للتعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد و هو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث[4], ففي الكفالة المصرفية سبب التزام البنك هو الحصول على مبلغ العمولة و الفائدة المقررة في العقد فهو يهدف لتحقيق الربح دائما, أما المدين فيهدف للحصول على الائتمان من البنك يضمن له إبراء ذمته تجاه دائنه بسداد الدين حين التعذر, أما الدائن فيقبل بالكفالة المصرفية ليضمن حصوله على مبلغ دينه في تاريخ الاستحقاق, و يشترط في السبب أن يكون مشروع غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة وإلا كان العقد باطلا, و كل التزام يفترض أن له سببا مشروعا, و أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي و على من يدعي خلاف ذلك يقع عليه عبء الإثبات[5].

الفرع الثاني :الشروط الموضوعية الخاصة :

هي مجموعة من الشروط الموضوعية خاصة بعقد الكفالة المصرفية دون سواها من العقود يتم التطرق لها على النحو التالي :

---

[1] المادة 94 من ق.م.ج.

[2] المادة 653 من ق.م.ج.

[3] المادة 650 من ق.م.ج.

[4] عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام, الجزء الأول, دار إحياء التراث العربي, لبنان, ص 473.

[5] المادتين 97 و 98 من ق.م.ج.

أولا صفة البنك أو المصرف: تتميز الكفالة البنكية عن الكفالة التجارية العادية أن الكفيل بالضرورة يجب أن يكون بنكا حتى تسمى كفالة بنكية , إذ أنها عمل من أعمال المخصصة للبنك في ذلك نصت المادة 70 من ق.ن.ق.ج:(البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد من 66 إلى 68 أعلاه بصفة مهنتها العادية), و من بين هذه العمليات نجد الكفالة المصرفية, إذ تنص المادة 68 من نفس القانون (يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر, كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر , أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان ....)[1], ولكي تتوفر صفة البنك لابد من توفر مجموعة من الشروط حددها ق.ن.ق.ج أهمها الحصول على الترخيص و الاعتماد من مجلس النقد والقرض ومحافظ بنك الجزائر بعد توفر مجموعة من المتطلبات نذكر منها : اتخاذ شكل شركة مساهمة حسب ما هو مقرر في القانون التجاري , ممارسة الأعمال المصرفية المحددة قانونا, شرط حد أدنى من الرأس المال ...الخ[2].

ثانيا يسار الكفيل و إقامته في الجزائر:هذا الشرط يتعلق بالكفالة الوطنية في حالة ما إذا كان المدين ملزم قانونا أو اتفاق بتقديم كفيل فيجب عليه أن يقدم كفيلا موسرا ومقيما بالجزائر[3], والبنوك يفترض فيها يسار الذمة المالية, إذ للحصول على صفة البنك لابد من توفر حد أدنى من مبلغ الرأس المال[4], أما بالنسبة لشرط الإقامة في الجزائر فهنا يجب أن يكون البنك جزائري أو فرع بنك أجنبي مفتوح داخل الإقليم الجزائري[5], ونشير أن فقهاء الشريعة الإسلامية و نخص بالذكر

---

[1] المادة 68 و 70 من ق.ن.ق.ج.

[2] المواد 82 و ما يليها من ق.ن.ق.ج.

[3] المادة 646 من ق.م.ج.

[4] حدد الحد الأدنى من مبلغ الرأس المال المتطلب بعشرة ملايير دينار جزائري بالنسبة للبنوك و ثلاثة ملايير و خمسمائة دينار جزائري بالنسبة للمؤسسات المالية و ذلك بموجب نظام بنك الجزائر رقم 08-04 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1429 الموافق ل23 ديسمبر 2008 المتعلق بالحد الأدنى لرأس مال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر, المادة 2 منه.

[5] عمل بأحكام المادة 50 من ق.م.ج فإن موطن الشخص المعنوي هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته و الشركات التي يكون مركزها في الخارج و لها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في الجزائر.

الشيعة الجعفرية يشترطون ملاءة الكفيل أي يساره و إذا لم يكن كذلك وجب أن يعلم المكفول له أي الدائن إعساره و له حق طلب فسخ الكفالة حين عدم العلم بالإعسار و الرجوع على الأصيل وحده[1].

ثالثا عدم جواز كفالة مبلغ أكثر مما هو مستحق أو بشرط أشد: مفاد هذا الشرط أن الكفالة ينبغي أن تكون محدودة بحدود الدين الأصلي الذي كفلته, كما لا يجوز أن تكون شروط الكفالة أشد من شروط الدين ذاته المكفول[2].

رابعا معرفة الكفيل للمكفول له (الدائن) و المكفول عنه (المدين): لم يشترط المشرع الجزائري هذا الشرط, إنما اشترطه فقهاء الشريعة الإسلامية على النحو التالي: عند الشافعية يجب أن يعرف الكفيل المكفول له لتفاوت الناس في المطالبة لنفي الضرر و أداء الدين له, أما معرفة الكفيل للمكفول عنه غير متطلبة إذ هي عمل من أعمال التبرع فلا يتطلب معرفة المتبرع له, و هو نفس ما ذهب إليه الحنفية إذ اشترطوا معرفة الكفيل للمكفول له ومعرفته أيضا للمكفول عنه إذا كانت الكفالة معلقة بشرط أو مضافة لأجل, أما عند جمهور الحنابلة فلا يشترط معرفة الكفيل للمكفول له و المكفول عنه و هو موقف المالكية[3].

خامسا الشرط و الأجل في عقد الكفالة: قد يضيف المتعاقدين في عقد الكفالة شرط أو أجل كشرط موضوعي خاص,سنتطرق لأحكامهما في عقد الكفالة بالرجوع للأحكام التشريعية و أحكام الفقه الإسلامي كالتالي:

الشرط:أ-الشرط في عقد الكفالة المصرفية وفقا لأحكام المشرع الجزائري: قد يكون الالتزام الأصلي أو عقد الكفالة في حد ذاته معلقا على ضرورة تحقق شرط معين و هو أمر مستقبلي

---

[1] د علي خفيف , المرجع السابق, ص 233.

[2] المادة 652 من ق.م.ج.

[3] علي خفيف , المرجع السابق , ص234 و 235.

ممكن الوقوع[1], فلا تكون الكفالة أو الالتزام الأصلي نافذا إلا بتحقق الشرط في حالة ما إذا كان الشرط واقفا, و قد يؤدي تحقق الشرط إلا فسخ الالتزام الأصلي أو الكفالة فنكون أمام شرط فاسخ, ويجب أن يكون الشرط في كلتا الحالتين ممكن و غير مخالف للنظام والآداب العامة, و في حالة المخالفة لا يكون الالتزام قائما إذا ما كان الشرط المخالف واقف, و يكون الشرط المخالف غير قائم مع بقاء الالتزام إذا ما كان شرط فاسخا,كما قد يؤدي الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام والآداب العامة أو غير ممكن إلى عدم قيام الالتزام في حالة كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام[2],كما يجب أن لا يكون الشرط الواقف متوقفا على الإرادة المحضة للملتزم و إلا كان الالتزام غير قائم[3], وعليه إذا كان الالتزام الأصلي متوقف على شرط واقف فلا يلزم البنك بالكفالة البنكية الصادرة لضمان هذا الالتزام حتى يكون الالتزام قائم بتحقق الشرط الواقف, أما إذا كان الشرط فاسخ ففي هاته الحالة بتحقق الشرط الفاسخ المتفق عليه في الالتزام الأصلي يفسخ هذا الالتزام وتنقضي معه الكفالة البنكية الصادرة لضمانه, أما إذا كان عقد الكفالة في حد ذاته هو المشمول بالشرط و هو أمر نادر الحدوث عمليا إلا فيما يخص الكفالة البنكية الدولية الممكن تصور بشأنها وجود شروط, ففي هاته الحالة نطبق نفس القاعدة السابقة, بتحقق الشرط الواقف تكون الكفالة قائمة و يلزم البنك بسداد دين عميله حالة عدم السداد, وبتحقق الشرط الفاسخ تفسخ الكفالة وتنقضي فلا مجال لالتزام البنك[4].

ب- الشرط في عقد الكفالة وفقا لفقهاء الشريعة الإسلامية: يرى الحنفية والمالكية جواز تعليق نفاذ الكفالة على تحقق شرط إذا كان ملائما أي ممكنا لوجوب الحق أو استيفاءه, أما إذا كان الشرط غير ملائم مثل هبوب الرياح فلا تصح الكفالة, و هو رأي الظاهرية مع عدم التفريق بين الشرط الملائم أو غير الملائم, وانقسم فقهاء الحنابلة بين من أجاز تعليق الكفالة على شرط, و

---

[1] المادة 203 من ق.م.ج.

[2] المادة 204 من ق.م.ج.

[3] المادة 205 من ق.م.ج.

[4] المواد 205,204,203و650 من ق.م.ج.

بين من لم يجز ذلك استنادا أن تعليقها فيه خطر, فلا يجوز تعليق الضمان عليه لأن الكفالة تثبت حق لا يمكن تعليقه على شرط, أما بخصوص تضمن عقد الكفالة لشروط فأجاز الفقهاء في مجملهم ذلك على أن يكون الشرط مباح وجائز, مع اختلافهم في تحديد ما هو جائز من عدمه, و في حالة ما إذا كان الشرط غير جائز فيبطل الشرط و يصح العقد عند الحنفية, أما عند المالكية فيبطل العقد معه إذا كان الشرط متعلق بصحة العقد[1].

الأجل: أ -الأجل في عقد الكفالة المصرفية وفقا لأحكام المشرع الجزائري: يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع و يعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما, و لو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه[2], فالأجل هي الفترة الزمنية التي يعلق عليها المتعاقدين التزامهما, قد يكون هذا الأجل واقفا كما قد يكون فاسخ, وإن اقترن الالتزام بأجل واقف فلا يكون الالتزام نافذا إلا بتحقق الأجل الواقف المتفق عليه في العقد, أما إذا كان العقد متضمن لأجل فاسخ فيكون الالتزام نافذ غير أنه إذا تحقق الأجل الفاسخ يفسخ العقد و يزول الالتزام و لا يكون لهذا الزوال أثر رجعي[3],ويلاحظ أن هذا الحكم استثناء للقاعدة العامة في الفسخ و هي إعادة المتعاقدين للحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد[4], وبالنسبة للالتزام الأصلي الذي صدرت الكفالة لضمانه فيجوز إضافته لأجل عملا بالأحكام العامة السابقة, أما عقد الكفالة فالمشرع الجزائري لم ينص صراحة على جواز إضافتها لأجل من عدمه و إن نص على جواز أن تكون الكفالة مؤقتة محددة المدة, و تختلف الكفالة المؤقتة عن الكفالة المضافة لأجل من حيث أن الأولى نافذة و لكن لمدة محددة فبانتهاء مدة الكفالة المؤقتة أو المحددة المدة تنقضي الكفالة أما الثانية أي الكفالة المضافة لأجل فهي إما تكون غير نافذ لحين تحقق الأجل إذا ما كان الأجل واقف كما بيننا أنفا أو تكون الكفالة نافذة و بتحقق الأجل تفسخ إذا كان الأجل

---

[1] علي خفيف , المرجع السابق , ص من 217 إلى 226.

[2] المادة 209 من ق.م.ج.

[3] المادة 212 من ق.م.ج.

[4] المادة 122 من ق.م.ج.

فاسخ[1], و ما دام المشرع لم يقرر عدم جواز إضافة الكفالة لأجل, فإننا نقول مبدئيا الإضافة تكون جائزة عملا بالقواعد العامة مع تفصيل سنذكره في نهاية دراستنا لهاته المسألة, كما يثار التساؤل حول حالة يكون الدين الأصلي حال الأداء و الكفالة مضافة لأجل, و حالة كان الدين الأصلي مؤجل غير أن أجله حل قبل أجل الكفالة, فما الحل في هاتين الحالتين,المشرع الجزائري لم ينص عليهما على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين فصلوا في حالات إضافة عقد الكفالة لأجل كما سوف نبيه, و يمكن للقاضي اللجوء للشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني من مصادر القانون[2].

ب-الأجل في عقد الكفالة وفقا لأحكام فقهاء الشريعة الإسلامية: أجاز المالكية والحنفية إضافة الكفالة لأجل معلوم أو مجهول جهالة غير فاحشة و لا ترتب الكفالة أثرها إلا بحلول الأجل, أما الحنابلة فقد اتفقوا على جواز إضافة الكفالة لأجل معلوم, أما الأجل المجهول جهالة متعارف عليها كوقت الحصاد فاختلفوا فيه, فمنهم من أجازه فالمجهول عندهم لا يمنع المقصود من الكفالة, و منهم لم يجزه و اعتبروا أن الأجل المجهول جهالة فاحشة تبطل معه الكفالة, على خلاف الحنفية الذين اعتبروا أن الأجل يبطل في هاته الحالة وتصح الكفالة, و مثال الأجل المجهول جهالة فاحشة نزول المطر, أما الشافعية لا يجيزون إضافة الكفالة لأجل[3], وفصل الحنفية في المسألة إذا كانت الكفالة مضافة لأجل وكان الدين الأصلي موجود عند إنشاءها حالا أو مؤجلا, فإذا كان الدين حالا و أضيفت كفالته إلى أجل مستقبل لم يكن للكفالة أثر إلا من وقت حلول الأجل و تأجل الدين بالنسبة للكفيل وحده و لا يتغير الأمر بالنسبة للمدين فيكون الدين حالا بالنسبة إليه, أما إذا كان الدين مؤجلا عند إنشاء الكفالة وأضيفت إلى زمن مستقبل, فإن كان الأجل قبل أجل الدين فيطالب الكفيل دون المدين الذي لا يتغير أجل الدين بالنسبة له, أما إذا كان أجل الكفالة بعد أجل الدين الأصلي فلا يكون للكفالة وجود إلا من وقت حلول أجلها و

---

[1] المادتين 209 و 650 من ق.م.ج.

[2] المادة الأولى من ق.م.ج.

[3] علي خفيف , المرجع السابق , ص من 212 إلى 217

لا يتغير الأجل بالنسبة للمدين[1], و ما نراه بالنسبة للتفصيل الذي أورده الحنفية إن كان جائز الأخذ به بالنسبة للكفالة المدنية العادية فإن الأمر لا يستوي بالنسبة للكفالة التجارية والمصرفية على الخصوص للأسباب التالية :

- الكفالة التزام تبعي للالتزام الأصلي الذي صدرت لضمانه و بالتالي فإن الكفيل هو مدين احتياطي فلا يعقل مطالبة المدين الاحتياطي قبل مطالبة المدين الأصلي أو قبل حلول أجل الدين الأصلي[2].
- الكفالة المصرفية عمل تجاري وبالتالي تخضع لقاعدة افتراض التضامن بين المدينين, منه كان البنك الكفيل و المدين الأصلي متضامنين اتجاه الدائن بسداد دينه في حالة لم يقم المدين الأصلي بالسداد, فلا يعقل أن يطالب البنك الكفيل المتضامن و نترك المدين الأصلي أو نطالب هذا الأخير بقيمة الدين و ننتظر حتى يحل الأجل بالنسبة للكفيل[3].
- مسألة تقسيم أجل الدين بين الكفيل و المدين المكفول يفرغ الكفالة من هدفها ومحتواها إذ هي في الأصل ضمان شخصي بسداد قيمة الدين حالة عدم قيام المدين الأصلي بالسداد, عليه فإن هذا التقسيم في الأجل يعطل دور الكفالة كضمان للدين[4].

عليه نرى أن الرأي الأكثر قبول ما ذهب إليه الشافعية في عدم جواز إضافة الأجل لعقد الكفالة في حالة الدين الغير مستقبلي, إذ أنها ضمان شخصي و هي تابعة للالتزام الأصلي تتصف بصفاته فإذا كان الالتزام الأصلي مؤجلا كانت مؤجلة, و إذا كان حالا كانت هي الأخرى حالة, فهي غير مستقلة بذاتها و بالتالي لا يجوز تأجيلها أو إضافتها لأجل بصفة مستقلة عن الدين الأصلي الذي صدرت لضمانه[5], غير أنه إذا كان الدين الأصلي مستقبلا لم ينشأ بعد يمكن تصور أن تضاف الكفالة لأجل فإذا كان الأجل فاسخا و حل قبل نشوء الدين الأصلي تنقضي

---

[1] باقي وداد , المرجع السابق , ص 60

[2] المادة 644 من ق.م.ج.

[3] أنظر الفصل الأول من المذكرة في الطبيعة التجارية لعقد الكفالة المصرفية.

[4] المادة 644 من ق.م.ج.

[5] المواد من 644 إلى 673 من ق.م.ج, أنظر أيضا الفصل الأول في خصائص الكفالة المصرفية خاصية التبعية.

الكفالة, أما إذا كان الأجل واقفا فبحلوله ترتب الكفالة أثرها و تصبح نافذة, أما إذا كان الأجل واقفا و حل أجل الدين قبل حلول أجل الكفالة فهنا نتفق مع ما ذهب إليه الحنفية في أن الكفالة لا تصبح نافذة إلا بحلول الأجل فلا يلزم الكفيل إلا منذ تاريخ حلول الأجل الواقف بينما المدين يحل أجل الدين الأصلي بالنسبة له ويلزم بالسداد ولا يمكنه مطالبة الكفيل بالسداد عنه لأن الكفالة غير نافذة بعد لعدم حلول أجلها[1], و عادة الكفالة المصرفية لا تتضمن أجل إذ أن البنك يهدف إلى تحقيق الربح و هو مليء الذمة بالتالي لا يحتاج إلى أجل و لا يطلبه في كفلاته إلا في حالات نادرة يمكن تصورها في مبالغ ضخمة لا يمكن للبنك توفيرها في الحال فيطلب أجل في عقد الكفالة يضمن له الحصول على المبلغ حين مطالبته بالسداد.

المطلب الثالث: الشروط الشكلية للكفالة المصرفية

نتطرق في هذا المطلب للشروط الشكلية لعقد الكفالة المصرفية و ذلك من خلال بيان شرط الكتابة في عقد الكفالة في الفرع الأول, ثم التطرق للبيانات المتطلبة في عقد الكفالة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الكتابة في عقد الكفالة المصرفية

الكفالة المصرفية عقد رضائي[2], غير أن المشرع الجزائري اشترط إثبات عقد الكفالة المصرفية بالكتابة مع الإشارة أن الكتابة المتطلبة للإثبات و ليس للانعقاد, ومن الناحية العملية يقوم الأطراف بدءا حين انعقاد الكفالة بكتابتها في عقد, إذ لا فائدة من إنشاء عقد شفهي لا يمكن إثباته إلا بالكتابة و لم يشترط المشرع الكتابة الرسمية بالتالي فإن الكتابة العرفية جائزة لإثبات عقد الكفالة[3], و إن كانت البنوك من الناحية العملية تضع نماذج مسبقة للكفالة المصرفية تسهيل

---

[1] المواد من 209 إلى 212 من ق.م.ج.

[2] العقد الرضائي هو الذي يكفي لانعقاده تلاقي إرادة المتعاقدين, أي اقتران الإيجاب بالقبول و لا يمنع من أن يكون العقد رضائي اشتراط الكتابة لإثباته إذ يجب التمييز بين وجود العقد و إثباته, عبد الرزاق السنهوري, المرجع السابق, ص 150.

[3] المادة 654 من ق.م.ج.

لمعاملاتها, كما قد يتطلب القانون أحيانا ضرورة تحرير عقد الكفالة في نموذج معين ففي هذه حالة لا يمكن قبول كفالة غير محررة في الشكل المحدد قانونا تحت طائلة البطلان[1].

الفرع الثاني: البيانات المتطلبة في عقد الكفالة المصرفية

المشرع الجزائري لم يحدد البيانات المتطلبة في عقد الكفالة غير أنه بالرجوع لتعريف عقد الكفالة و طبيعتها يمكن استخلاص بعض البيانات الأساسية لابد من ذكرها في الكفالة حتى يمكن إلزام أطرافها بأحكامها و هي ذكر اسم الكفيل (البنك بما أنه شخص معنوي لابد من ذكر اسمه عنوانه طبيعته ممثله القانوني), المدين المكفول (قد يكون شخص طبيعي أو معنوي لابد بيانه ليحدد تحديد نافيا للجهالة مع ذكر عنوانه ليسهل إبلاغه بالإجراءات المتخذة ضده), الدائن المكفول له (قد يكون شخص طبيعي كما قد يكون شخص معنوي لابد من تحديده تحديدا نافيا للجهالة ليتمكن الكفيل من السداد له حالة عدم قيام المدين بالسداد), الدين المكفول (قد تشمل الكفالة كل مبلغ الدين و قد تكون جزئية لابد من ذكر في الكفالة الدين المكفول و في حالة عدم تحديد مقدار مبلغ الدين المكفول فتنصرف الكفالة لجميع مبلغ الدين و ملحقاته), مدة الكفالة (خصوصا إذا صدرت الكفالة لضمان دين مستقبلي و إذا لم تحدد المدة كان للكفيل الرجوع عنها في أي وقت طالما الدين الأصلي لم ينشأ), مكان إبرام عقد الكفالة (له أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع خصوصا في عقود الكفالة الدولية و كذلك لبيان المحكمة المختصة بالفصل)[2] و يمكن للأطراف إضافة بيانات أخرى يرونها مناسبة.

---

[1] مثالها القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 19 رجب عام 1430الموافق ل12يونيو 2009, المحدد مبلغ و شكل الكفالة للممارسة مهنة الوكيل العقاري, المنشور في الجريدة الرسمية عدد 59 لسنة 2009, المؤرخة في 14أكتوبر2009.

[2] المواد من 644 إلى 673 ق.م.ج.

المبحث الثاني : آثار عقد الكفالة المصرفية

في هذا المبحث سنتطرق للآثار التي ترتبها الكفالة المصرفية في ذمة كل من البنك الكفيل, المدين المكفول و الدائن المكفول له, حسبما قسمها المشرع الجزائري في القانون المدني الفصل الثاني من الباب الحادي عشر أثار الكفالة القسم الأول منه العلاقة بين الكفيل و الدائن والقسم الثاني منه العلاقة بين الكفيل و المدين, و سنبين في هذا المبحث حقوق والتزامات الأطراف مع الإشارة أن التزامات كل طرف هي حق لطرف الآخر منه سنتطرق للالتزامات لتفادي التكرار.

المطلب الأول : العلاقة بين البنك الكفيل و الدائن

ترتب الكفالة المصرفية في ذمة البنك الكفيل التزاما رئيسي تجاه الدائن و هو سداد قيمة الدين المكفول حالة امتناع المدين عن السداد, كما أنها ترتب التزامات في ذمة الدائن أيضا في شكل إجراءات يجب عليه إتباعها حين رجوعه على المدين و التزام كل طرف هو حق للطرف الآخر.

الفرع الأول : التزامات البنك الكفيل تجاه الدائن:

تتمثل هذه الالتزامات فيما يلي:

- سداد مبلغ الدين المحدد في الكفالة للدائن حين امتناع المدين عن السداد, وبهذا السداد تبرأ ذمة الكفيل تجاه الدائن و يمكن للكفيل عند مطالبته بالسداد التمسك بجميع الدفوع التي

كان من الممكن أن يتمسك بها المدين الأصلي المكفول, غير أنه فيما يخص الدفع بنقص أهلية المدين لا يمكن له التمسك به إذا ما كان عالم وقت انعقاد الكفالة بهذا النقص[1].

- لا يمكن للكفيل في الكفالة المصرفية الدفع بالتجريد لأنه مدين متضامن, غير أن هذا لا يمنع من ضرورة مطالبة المدين الأصلي أولا بالدين و بعدها مطالبة الكفيل إذ أن التزامه تبعي لالتزام المدين الأصلي[2].
- كفالة الكفيل جائزة قانونا و تكون في هذه الحالة العلاقة بين كفيل الكفيل و الكفيل نفس العلاقة بين الكفيل و المدين, إذ يلزم كفيل الكفيل بدفع مبلغ الكفالة إذا امتنع الكفيل عن ذلك, كما يجوز أن يتعدد الكفلاء بنفس الدين و في هذه الحالة إذا وفى أحدهم الدين عند حلول الأجل كان له حق الرجوع على باقي الكفلاء بحصتهم في الدين و بنصيب المعسر منهم[3].

الفرع الثاني : التزامات الدائن في مواجهة البنك الكفيل :

ترتب الكفالة المصرفية للدائن مجموعة من الالتزامات على عاتقه في مواجهة البنك الكفيل هي:

- يجب على الدائن مطالبة المدين أولا بقيمة الدين وحين التخلف عن السداد يطالب الكفيل بقيمة الدين المكفول, وحدود التزام الكفيل بالسداد تتوقف على الحد المحدد في الكفالة, فقد يكون في كامل قيمة الدين و ملحقاته كما قد تكون في جزء منه, و لا يمكن في كل حال مطالبة الكفيل بما يجاوز المبلغ المحدد في الالتزام الأصلي أو بشروط أشد مما هي محددة في الالتزام الأصلي و في حالة قبول الدائن شيئا آخر مقابل الدين تبرأ ذمة الكفيل[4].

---

[1] المادة 644 و 654 من ق.م.ج.

[2] أنظر الفصل الأول من المذكرة فيما يخص خصائص الكفالة المصرفية خاصية التبعية و الطبيعة التجارية لعقد الكفالة المصرفية.

[3] المادتين 659 و 668 من ق.م.ج.

[4] المواد 652,653و655 من ق.م.ج.

- يجب على الدائن المحافظة على الضمانات المقررة للدين, إذ تبرا ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات و يقصد بالضمانات كل التأمينات المخصصة لضمان الدين و لو تقررت بعد الكفالة و كذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون[1].
- يجب على الدائن اتخاذ إجراءات المطالبة بالدين و التنفيذ ضد المدين خلال 6 أشهر من تاريخ إنذار الكفيل للدائن و إلا برأت ذمة الكفيل و سقط حق الدائن في مطالبة الكفيل ما لم يكن المدين قد قدم ضمانا كافيا للكفيل[2].
- في حالة إفلاس المدين وجب على الدائن التقدم بدينه في التفليسة و إلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن[3].
- تخلي الدائن للكفيل عن الضمانات المقررة لضمان الدين بعد سداد الكفيل الدين ليمكنه من ممارسة حقه في الرجوع على المدين[4].
- يقع على عاتق الدائن بعد سداد دينه من قبل الكفيل إرشاد هذا الأخير على أموال المدين مع تحمله المسؤولية الناتجة عن إعسار المدين نتيجة عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب[5].

المطلب الثاني : العلاقة بين البنك الكفيل و المدين

ترتب الكفالة المصرفية التزامات في ذمة الكفيل و المدين تجاه بعضهما و التزام كل طرف هو حق للطرف الآخر.

الفرع الأول : التزامات البنك الكفيل في مواجهة المدين المكفول

يلتزم البنك الكفيل بالقيام بمجموعة من الالتزامات لصالح المدين المكفول كالتالي:

---

[1] المادة 656 من ق.م.ج.
[2] المادة 657 من ق.م.ج.
[3] المادة 658 من ق.م.ج.
[4] المادة 659 من ق.م.ج.
[5] المادة 662 من ق.م.ج.

- التزام البنك بالإعلام : يقع على عاتق البنك سواء كانت الكفالة المصرفية عقدت بسعي من الدائن أو المدين, أن يعلم عميله بكافة المعلومات المتعلقة بالكفالة كمبلغ العمولة, الفائدة,كيفية رجوعه على العميل بعد السداد, و غيرها من شروط الكفالة ويندرج هذا التزام ضمن واجب البنك العام بإعلام عملائه حول مختلف العمليات التي يقوم بها في ذلك نص نظام بنك الجزائر رقم 09-03 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية في مادته 7 : (ينبغي على البنوك والمؤسسات المالية أن تبلغ زبائنها و الجمهور بالشروط البنكية التي تطبقها بعنوان العمليات المصرفية التي تقوم بها و خاصة معدلات الفائدة الاسمية و معدلات الفائدة الفعلية الإجمالية على هذه العمليات ...)[1], و في حالة عدم قيام البنك بواجب الإعلام المفروض عليه أو أخفى معلومات عمدا عن زبونه قد نقع أمام حالة غلط أو تدليس أمكن بموجبها للمتعاقد مع البنك طلب إبطال العقد, تحدث عن هذا الأستاذ دنيس فيليب بقوله (يقع على عاتق البنك في عقد الكفالة التزام بالإعلام الدقيق و المحدد لشروط العقد للمدين, وفي حالة مخالفته التزامه يمكن أن يوقع ذلك المدين في غلط أوتدليس يلزم من خلاله البنك بدفع التعويض للمدين عن الضرر اللاحق به)[2].
- أن يقوم البنك الكفيل بسداد الدين المترتب في ذمة المدين الأصلي تجاه الدائن حين امتناع المدين عن السداد إذ أن الكفالة المصرفية نشأت لضمان سداد هذا الدين[3].
- يقع على عاتق الكفيل التزام بإخبار المدين قبل أن يقوم بعملية الوفاء للدائن و إلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا وفى هذا الأخير الدين أو كانت لديه وقت الاستحقاق دفوع ببطلان الدين أو انقضاءه, و لا يشترط المشرع الجزائري علم المدين بالكفالة أوموافقته إذ تتم

---

[1] نظام بنك الجزائر رقم 09-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1430 الموافق ل 26 مايو سنة 2009 يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية المنشور في الجريدة الرسمية عدد 53 المؤرخة في 13 سبتمبر سنة 2009.

[2] le banquier a une obligation d'information a l'égard de la caution (celle-ci sera différent si c'est le gérant de la société qui s'est porté (caution) la caution pourra invoque pour s'opposer aux –remboursement des fonds non payés par le débiteur principal l'erreur et le dol si Denis Philippe , cours de droit)elle ne disposait pas d'information pertinentes et déterminantes dans l'octroi de sa caution bancaire ,université catholique de louvain , France , année 2014 , page 7.

[3] المادة 644 من ق.م.ج.

الكفالة و لو بغير علمه و رضاه غير أن هذا لا يعفى الكفيل من التزامه بضرورة إخطار المدين قبل السداد[1].

الفرع الثاني :التزامات المدين في مواجهة البنك الكفيل

ترتب الكفالة المصرفية في ذمة المدين المكفول مجموعة من الالتزامات في مواجهة البنك الكفيل كالتالي:

- يجب على المدين في الالتزام الأصلي سداد مبلغ الدين الملتزم به للدائن و لهذا الأخير الحق في مطالبته عند حلول الأجل بقيمة الدين و في حالة امتناعه عن السداد يلزم الكفيل كما سبق بيانه بسداد الدين و يحل محل الدائن في الرجوع على المدين[2].
- إذا قام الكفيل بالوفاء حل محل الدائن بالتالي حق له الرجوع على المدين بما سدده و في هاته الحالة يصبح المدين ملزم تجاه الكفيل بقيمة ما سدد عنه حسبما هو منصوص عليه في عقد الكفالة , فيرجع بأصل الدين كله أو جزء منه و كذلك مبلغ المصروفات غير أن هذه الأخيرة لا يرجع بها على المدين إلا بمقدار الذي دفعه من وقت إخبار المدين بالإجراءات التي اتخذت ضده[3].
- إذا وفى البنك الكفيل الدين ,كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين ولكن إذا لم يوف إلا بجزء من الدين فلا يرجع إلا بما وفاه بعد أن يستوفي الدائن كل حقه

---

[1] المادتين 647 و 670 من ق.م.ج.

[2] المادتين 160و 644 من ق.م.ج.

[3] المواد من 670 إلى 672 من ق.م.ج.

من المدين [1], وإذا تدخل شخص آخر و دفع ما بقي من قيمة الدين للدائن مثال كفيل آخر أو كفيل الكفيل أو فضولي, فهنا يرجع هذا الأخير مع الكفيل على المدين بما دفعوه للدائن و يستوفون حقهم منه بقسمة الغرماء و يشترط أن يكون مبلغ الدين قد سدد بالكامل فلا يظل حق للدائن الأصلي و إلا تقدم عليهم و كانت له أولوية في استيفاء ما بقي له من دينه[2].

- يجب على المدين أن يعارض الوفاء إذا قام الكفيل بوفاء الدين دون إخباره و كان المدين قد وفى الدين أو له أسباب تقضي بطلان الدين أو انقضاءه و في حالة عدم المعارضة يحتفظ الكفيل بحقه في الرجوع على المدين[3].
- دفع مبلغ العمولة و الفائدة, إذ أن البنك يهدف دائما لتحقيق الربح بالتالي وجب على المدين دفع مبلغ العمولة المحددة في عقد الكفالة نظير الضمان الذي قدمه البنك, يسمى المقابل الذي يقدمه عميل البنك في الكفالة المصرفية عمولة و ليس فائدة نظرا لأن الفائدة تكون نظير إخراج نقود من ذمة البنك و يحسب معدل الفائدة بحسب مدة القرض و المبلغ الممنوح و ضمانات الممنوحة من العميل, فإذا لم يقم المدين بالوفاء فوفى البنك الكفيل مبلغ الدين هنا يمكن له مطالبة العميل بفوائد المنصوص عليها مسبقا في عقد الكفالة[4], ونشير أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يجيزون اخذ العمولة و الفائدة نظير الكفالة, إذ أن عقد الكفالة عندهم عقد تبرع بالتالي لا يمكن للمتبرع أخذ عوض عن تبرعه و هو رأي الجمهور من فقهاء المالكية و الحنفية و الحنابلة و الشافعية , و قد أجاز بعض العلماء المحدثين أخذ البنك أجر نظير تقديمه الكفالة بشرط أن تكون مقابل العمل الذي يقوم به كدراسة الملف أو أجر العاملين لديه ..الخ و أن لا يبالغ فيها[5]

---

[1] د علي جمال الدين عوض , المرجع السابق , ص 1160.

[2] المادة 265 من ق.م.ج و التي تقابلها المادة 330 من القانون المدني المصري.

[3] المادة 670 من ق.م.ج.

[4] أمقران راضية, المرجع السابق, ص 95 و 96.

[5] د إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي , المرجع السابق , ص 85 و 90.

المبحث الثالث : انقضاء عقد الكفالة المصرفية

تنقضي الكفالة المصرفية بتحقق مجموعة من الأسباب, منها قانونية لا دخل لإرادة الأطراف فيها, ومنها اتفاقية تتم بتدخل إرادة أحد طرفي العقد, وسيتم التطرق للأسباب القانونية لانقضاء الكفالة في المطلب الأول, أما الأسباب الاتفاقية لانقضاء الكفالة فخصص لها المطلب الثاني.

المطلب الأول : الأسباب القانونية لانقضاء الكفالة

الأسباب القانونية لانقضاء عقد الكفالة هي مجموعة من الأسباب رتب القانون على تحققها انقضاء الالتزام و لا ترتبط بإرادة أطراف الالتزام, هذه الأسباب هي الوفاء, الفسخ, اتحاد الذمة, المقاصة, التقادم.

الفرع الأول:انقضاء الكفالة بالوفاء:

هو الطريق الطبيعي لانقضاء عقد الكفالة المصرفية , فإذا قام المدين أو الكفيل بوفاء الالتزام المكفول فلا يبقى للدائن أن يطالب أيهما بتنفيذ هذا الالتزام , ويبرأ الكفيل ببراءة المدين و له التمسك بالدفوع التي تكون للمدين الأصلي مثل انقضاء الدين الأصلي بالوفاء, وإذا وفى المدين الالتزام بتمامه انقضت الكفالة , أما إذا كان الوفاء جزئيا فينقضي من التزام الكفيل بمقدار الجزء

الذي تم الوفاء به من طرف المدين[1], ويقع على الكفيل و المدين عبء إثبات الوفاء عملا بالقواعد العامة, إذ على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه[2], ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به وأن يكون أهلا للتصرف, و إذا وفى الكفيل الدين حل محل الدائن في مطالبة المدين بقيمة ما سدده[3], ويصح الوفاء للدائن أو لنائبه و يعتبر ذي صفة من يقدم للمدين أو الكفيل مخالصة من الدائن ما لم يتفق أن يكون الوفاء للدائن شخصيا, أما الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه لا يبرئ ذمة المدين و الكفيل ما لم يقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة من هذا الوفاء أو كان الوفاء قد تم بحسن نية للشخص كان الدين بحيازته[4], كما لا يمكن إجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي إلا إذا وجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك[5], وفي حالة قيام المدين بسداد قيمة الدين دون علم الكفيل و قام هذا الأخير بالوفاء أيضا للدائن, كان وفاءه دفع غير مستحق ويلزم الدائن بالرد[6], و بالوفاء ينقضي التزام الكفيل و المدين و تنقضي معه الكفالة الصادرة إذ أنها التزام تبعي تنقضي بانقضاء سببها ألا و هو زوال الدين المضمون بالوفاء, ونشير أنه إذا كانت الكفالة البنكية محددة المدة فبانقضاء المدة المحددة فيها تنقضي الكفالة و لو لم يتم الوفاء لعدم نشوء الالتزام الأصلي أثناء المدة إذ التزام البنك محدد بالفترة المتفق عليها في العقد[7].

الفرع الثاني :انقضاء الكفالة بالفسخ:

الفسخ هو عبارة عن إنهاء عقد الكفالة قبل انتهاء مدته و تحقيق الغرض من إبرامه يمارسه طرف من أطراف العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزام أوجبه هذا العقد عليه وبالنسبة لعقد الكفالة المصرفية يرى الفقه أن الفسخ لا يتحقق إلا إذا كان الإخلال بالتزام جوهري أساسي أو

---

[1] د محمود الكيلاني . المرجع السابق , ص 279.

[2] المادة 323 من ق.م.ج.

[3] المادتين 260 و 261 من ق.م.ج.

[4] المادتين 267 و 268 من ق.م.ج.

[5] المادة 277 من ق.م.ج.

[6] المادة 143 من ق.م.ج.

[7] المواد 644,650و654 من ق.م.ج.

إذا اتفق الأطراف على حق الفسخ إذا أخل أحدهما بأي التزام, أما الالتزامات الغير الجوهرية التي لا يترتب على عدم تنفيذها الإضرار بمصلحة أحد الأطراف أو استحالة التنفيذ فلا ترتب الفسخ حالة عدم تنفيذه[1] , تحدث المشرع الجزائري عن الفسخ بقوله أنه في العقود الملزمة للجانبين, إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه, مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك, و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف, كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات [2], ونشير أن الكفالة المصرفية و إن كانت عقد ملزم لجانب واحد غير أنها كما بينا قد تكون مصدر لالتزامات متبادلة بين الأطراف إذا ما اتفقوا عليها في العقد, فالعقد شريعة المتعاقدين منه فإن الإخلال بأحد الالتزامات المنصوص عليها في العقد أمكن المتعاقد الأخر في عقد الكفالة المطالبة بالفسخ, فإن رأى القاضي أن الالتزام الذي لم يوفى قليل الأهمية بالنسبة مع ما وفي, جاز له رفض طلب الفسخ القضائي, كما يمكن للأطراف الاتفاق في عقد الكفالة على اعتبار العقد مفسوخ نتيجة عدم وفاء أحد أطرافه بالالتزامات المفروض عليه فيسمى فسخا اتفاقي, وإذا انقضى التزام أحد الأطراف بسبب استحالة تنفيذه تنقضي معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بقوة القانون فنكون أمام فسخ قانوني, ويترتب على الفسخ إعادة المتعاقدين للحالة التي كانا عليه قبل التعاقد و إذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض, فبالنسبة لعقد الكفالة إذا دفع المدين مبلغ عمولة يستردها وتنقضي الكفالة بالفسخ[3].

نشير أن فسخ الالتزام الأصلي الذي صدرت الكفالة لضمانه يؤدي إلى انقضاء الكفالة, فهي عقد تبعي في وجودها و نفاذها للالتزام الأصلي, أما فسخ عقد الكفالة لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي فهو مستقل عنها و يظل قائما لو فسخت, فيزول بفسخها التزام البنك قبل

---

[1] د محمود الكيلاني , المرجع السابق , ص 282.

[2] المادة 119 من ق.م.ج.

[3] المواد من 119 إلى 122 من ق.م.ج.

الدائن و يظل التزام المدين قبله قائما وفقا للالتزام الأصلي المبرم بينهما[1], ويرى جانب من الفقه أنه ليس في كل الأحوال فسخ الالتزام الأصلي يؤدي إلى انقضاء الكفالة, إلا إذا كان استعمال حق الفسخ مشروعا بمعنى أن لا يكون المدين في الالتزام الأصلي هو المخطئ و عدم التنفيذ كان نتيجة خطئه, كما نشير أن حالات فسخ الكفالة المصرفية نادرة, سبب ذلك تشابك علاقات أطرافها إذ أن البنك يسعى دائما للوفاء بالتزاماته تجاه الدائن والمدين, كما أن المدين يسعى دائما للوفاء بالتزاماته ليحافظ على الثقة الممنوحة له من البنك ليتمكن من اللجوء إليه للحصول على الائتمان في معاملات أخرى مستقبلية[2].

الفرع الثالث:انقضاء الكفالة بإتحاد الذمة :

نكون أمام حالة اتحاد الذمة إذا ما اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن و المدين بالنسبة إلى دين واحد, فينقضي هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة, و إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة و كان لزواله أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود بملحقاته بالنسبة إلى المعنيين بالأمر و يعتبر اتحاد الذمة كأنه لم يكن[3], و عليه في الكفالة البنكية إذا اتحدت ذمة المدين في الالتزام الأصلي مع الدائن ينقضي هذا الالتزام و تنقضي معه الكفالة البنكية و من أمثله هاته الحالة اندماج الشركات التجارية, أما اتحاد ذمة المدين و الكفيل (مثال أن يكون المدين بنك هو الأخر أو شركة مساهمة (في قانون النقد و القرض يشترط أن تتخذ البنوك شكل شركة مساهمة) و اندمج مع البنك الكفيل),أو اتحاد ذمة الدائن مع الكفيل في الدين (مثال أن يكون الدائن هو كذلك بنك اندمج مع البنك الكفيل أو آل الدين من الدائن إلى البنك الكفيل بموجب حوالة), فإن

---

[1] أنظر الفصل الأول في خصائص عقد الكفالة المصرفية في خاصية التبعية.

[2] محمود الكيلاني, المرجع السابق, ص 285.

[3] المادة 304 من ق.م.ج.

انقضاء الكفالة و التزام البنك الكفيل لا ينقضي معه التزام المدين الأصلي بل يبقى قائما و يتعين الوفاء به[1].

الفرع الرابع: انقضاء الكفالة بالمقاصة:

هي طريق من طرق انقضاء الالتزام الغرض منها تسهيل عملية الوفاء, بمنع الوفاء المزدوج وتتحقق المقاصة عندما يتلاقى دينان في ذمة شخصين, اجتمعت في كل منهما صفة الدائن والمدين, فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما[2], في ذلك قرر المشرع الجزائري أن للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه و ما هو مستحق له تجاهه و لو اختلف سبب الدينين, إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع و الجودة و كان كل منهما ثابتا وخاليا من النزاع و مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاءا, و لا يمنع المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها المدين, ومنه إذا ما انقضى الدين الأصلي بالمقاصة بين المدين و الدائن تنقضي معه الكفالة المصرفية و المقاصة حق للمدين لا يمكن للدائن أن يرفضها, لكنها لا تقع إلا إذا تمسك, غير أنه إذا كان انقضاء الالتزام الأصلي بالمقاصة جزئيا, أي بعد إجراء المقاصة بين دين المدين و دين الدائن انقضى دين هذا الأخير و بقي جزء من دين المدين فهنا لا تنقضي الكفالة إذ تبقى ضامنة للجزء المتبقي من الدين الأصلي في ذمة المدين المكفول[3].

الفرع الخامس: انقضاء الكفالة بالتقادم المسقط:

التقادم هو مرور فترة زمنية معينه يرتب عليها القانون أثر باكتساب حقا فيكون تقادم مكسب أو زوال الحق فيكون تقادم مسقط, يسقط بموجبه التزام المدين بهذا الحق و لا يمكن للدائن به مطالبة المدين به[4], نص المشرع الجزائري على التقادم المسقط في القسم الثالث من الفصل الثالث الخاص

---

[1] محمود الكيلاني , المرجع السابق , ص286.

[2] بن ددوش نضرة, انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون و الفقه الإسلامي , رسالة دكتوراه , جامعة وهران , الجزائر , سنة 2011, ص 11 .

[3] المواد 297 و 300 من ق.م.ج.

[4] بن ددوش نضرة , المرجع السابق, ص170.

بانقضاء الالتزام دون الوفاء به ووضع قاعدة عامة في التقادم المسقط هي تقادم الالتزام بمرور فترة 15 سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك بمدد أخرى في حالات محددة[1], فبمرور فترة التقادم المحددة قانونا ينقضي الالتزام و لا يمكن للدائن مطالبة المدين به, غير أنه ينشأ في ذمة هذا الأخير التزام طبيعي لا يجبر على وفاءه, و لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يطلبه المدين أو أحد دائنيه أو أي شخص له مصلحة, كما ينقطع أجل التقادم إذا ما أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا, و لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه كما لا يجوز الاتفاق على مدد تقادم غير المنصوص عليها قانونا[2], فإذا انقضى الالتزام الأصلي تنقضي معه الكفالة المصرفية الصادرة لضمانه الملحقة به, وبالتالي يسقط حق الدائن في مطالبة المدين و مطالبة الكفيل بمبلغ الدين, فالكفالة عقد تبعي للالتزام الأصلي الذي صدرت لضمانه و بزوال هذا الالتزام تزول[3].

الفرع السادس :انقضاء الكفالة بقبول الدائن شيئا أخر مقابل الدين و ضياع التأمينات :

في الحالة التي يقبل الدائن شيء أخر مقابل الدين تبرأ ذمة الكفيل و لو استحق هذا الشيء, إذ أن الكفالة صدرت لضمان الدين و بقبول الدائن شيء أخر مقابل الدين يفسر ذلك أنه تنازل عن حقه في الضمان و أنه استوفى حقه بقبوله لهذا الشيء, كما أن إضاعة الدائن للضمانات المقررة للدين تبرأ به ذمة الكفيل بقدر هذه الإضاعة, ويقصد بهذه الضمانات التأمينات المخصصة لضمان الدين و لو تقررت بعد الكفالة و كذا التأمينات المقررة بحكم القوانين [4].

المطلب الثاني: الأسباب الاتفاقية لانقضاء الالتزام

هي مجموعة من الأسباب تتعلق بإرادة أطراف عقد الكفالة المصرفية تؤدي إلى انقضاء الكفالة بإرادة الدائن و المدين في حالات التجديد , المصالحة و الإنابة أو بإرادة الدائن وحده في حالة

---

[1] المادة 308 من ق.م.ج.

[2] المواد من 308 إلى 322 من ق.م.ج.

[3] المادتين320 و 644 من ق.م.ج.

[4] المادتين 655 و 656 من ق.م.ج.

الإبراء أو بإرادة البنك الكفيل في حالة التراجع عن الكفالة , سيتم التطرق لكل هاته الحالات في مطلبنا هذا كالتالي:

الفرع الأول:انقضاء الكفالة بالإبراء:

ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا و يتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكنه يصبح باطلا إذا رفضه المدين, وتسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع, و لا يشترط فيه شكل خاص و لو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان[1], فالإبراء هو تصرف بالإرادة المنفردة للدائن يهدف من خلاله التنازل عن حقه قبل المدين, يخضع لأحكام التبرع و لا يشترط القانون فيه شكل معين حتى لو كان الالتزام المشمول بالإبراء يخضع للشكلية, وإذا رفض المدين الإبراء يبطل وبالتالي يظل الالتزام قائما ملزما له, وبتطبيق هذه الأحكام على عقد الكفالة المصرفية, يتبين لنا أنه إذا انقضى الالتزام الأصلي بإبراء الدائن للمدين تنقضي معه الكفالة المصرفية إذ هي عقد تبعي للالتزام الأصلي في وجوده و انقضاءه, و يشترط أن يكون هذا الإبراء كليا لكافة الدين المشمول بالكفالة, فإذا كان جزئي أي تنازل الدائن عن جزء من حقه قبل المدين فهنا تبقى الكفالة المصرفية ضامنة للجزء المتبقي من الدين[2].

الفرع الثاني : انقضاء الكفالة بتراجع الكفيل عن الكفالة

إذا كانت الكفالة صدرت لضمان دين مستقبل لم ينشأ ولم تحدد مدة الكفالة فللكفيل التراجع عنها في أي وقت لشرط أن يكون الالتزام المكفول لم ينشأ بعد, وبتراجع الكفيل

---

[1] المادتين 305 و 306 من ق.م.ج.

[2] المواد 304,305,644من ق.م.ج.

وسحبه لكفالته تنقضي الكفالة, إذ أن الكفالة تصرف في الأصل ملزما لجانب وحيد و هو الكفيل, بالتالي يمكن له أن يتراجع عن التزامه بشرط المبين, كما يلزم الكفيل بدفع تعويض للمدين و الدائن إذا ما سبب هذا التراجع ضرر لهما, ويمكن أن تتضمن الكفالة شرط صريح بحق الكفيل في التراجع عن الكفالة في هاته الحالة يخضع التراجع لما اتفق عليه المتعاقدان في العقد[1].

الفرع الثالث: انقضاء الكفالة بالتجديد:

يتجدد الالتزام بتغيير الدين باتفاق الأطراف على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد مختلف في المحل أو المصدر, أو بتغيير المدين إذا اتفق الدائن و الغير على أن يكون هذا الأخير مدينا مكان المدين الأصلي على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون الحاجة لرضائه, أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد, أو بتغيير الدائن باتفاق بين الدائن و المدين و الغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد, و يشترط في التجديد أن يكون الالتزام الجديد و القديم خالي من أسباب البطلان[2], و في كل الحالات السابقة يتجدد الدين و يترتب على هذا التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه و نشوء التزام جديد محله, و بتجديد الدين ينقضي الالتزام الأصلي و تنقضي معه الكفالة المصرفية الصادرة لضمانه ما لم يرضى البنك الكفيل والمدين على انتقال الكفالة للالتزام الجديد ففي هاته الحالة لا تنقضي الكفالة و تنتقل للالتزام الجديد ويصبح البنك الكفيل ملزما بالوفاء بالالتزام الجديد إذا لم يوفى, والتجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف و لا يعتبر تجديد مجرد كتابة سند بدين موجود سابق أو التغيير في زمان وفاء الالتزام أو مكانه أو كيفية دفعه[3] .

---

[1] المواد 106,124و 650 من ق.م.ج.

[2] المادة 287 و 288 من ق.م.ج.

[3] المواد من 289 إلى 293 من ق.م.ج.

الفرع الرابع: انقضاء الكفالة بالإنابة:

يقصد بها إنابة المدين لشخص أجنبي عن الالتزام ليقوم هذا الأخير بسداد دين المدين المنيب قبل الدائن المناب لديه, و يشترط رضى الدائن بها و لا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين المنيب و الغير المناب, و الإنابة لا تؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي إذ يبقى الالتزام الأصلي للمدين إلى جانب الالتزام الجديد للغير المناب, ما لم يتم الاتفاق في الإنابة على التجديد باستبدال الالتزام السابق بالالتزام الجديد بتغيير المدين, ففي هاته الحالة نكون أمام تجديد و تبرأ ذمة المدين المنيب تجاه الدائن المناب لديه مع اشتراط أن يكون الالتزام الجديد صحيح و أن لا يكون الغير المناب معسرا وقت الإنابة, وعليه في الحالة التي تعتبر الإنابة تجديدا ينقضي الالتزام الأصلي و تنقضي معه الكفالة الضامنة له, ما لم يرضى الكفيل و المدين بانتقال الكفالة للالتزام الجديد فيظل الكفيل ملزما بالكفالة[1].

الفرع الخامس : انقضاء الكفالة بالمصالحة:

إذا كانت الكفالة المصرفية تنقضي بفوات المدة المحددة لسريانها أو بدفع قيمتها للدائن فإنها تنقضي كذلك بمصالحة يجريها الدائن و البنك الكفيل , و المصالحة عقد يبرمه البنك الكفيل مع الدائن تتحدد شروطه باتفاقهما , بحيث تنقضي الكفالة ليحل محلها عقد جديد هو عقد الصلح بموجبه تنقضي العلاقة بين الدائن و المدين كما تنقضي العلاقة بين الكفيل و الدائن التي نشأت على شروط عقد الكفالة لتنشأ علاقة جديدة بين الدائن و البنك تحكمها عقد الصلح [2], و للأطراف حرية اشتراط ما يرونه مناسب لتحقيق مصلحتهم في عقد الصلح بشرط عدم مخالفة القواعد الآمرة للقانون[3], من الناحية العملية يلجأ الدائن للصلح مع البنك إذا ما أراد السرعة في استيفاء حقه دون انتظار حلول أجل الدين و إتباع إجراءات الرجوع و البنك يوافق على الصلح

---

[1] المواد من 294 إلى 296 من ق.م.ج.

[2] د محمود الكيلاني , المرجع السابق , ص 289 .

[3] المادة 106 من ق.م.ج.

لأنه لا مصلحة له في الرفض فهو دائما يسعى لتحقيق الربح من خلال العمولة و الفائدة التي يتلقاها.

بعد ذكر حالات انقضاء عقد الكفالة سواء القانونية أو الاتفاقية نخلص أنه في كل الحالات بانقضاء عقد الكفالة ينقضي معه التزام البنك فلا يمكن للدائن مطالبته بسداد وانقضاء الالتزام الأصلي يستتبع بالضرورة انقضاء الكفالة الصادرة لضمانه لأنها التزام تبعي في وجودها و نفاذها و انقضائها للالتزام الأصلي غير أنه كما بينا في بعض الحالات انقضاء عقد الكفالة لا يتبع بالضرورة انقضاء الالتزام الأصلي.

الخاتمة

في ختام دراستنا هاته توصلنا لمجموعة من النتائج القانونية نعرضها كالتالي:

- أولا: الكفالة المصرفية عقد يوفر مزايا للدائن و المدين من خلال توفير الائتمان والثقة في المعاملات التجارية عن طريق الدور الذي يلعبه البنك كوسيط مالي وأداة ائتمان, مما يؤدي إلى انتعاش الاقتصاد الوطني و التبادل التجاري.
- ثانيا: للكفالة المصرفية نظام قانوني خاص, يخضع في جانب منه للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني, غير أن هذا لا يخرجها من طابعها التجاري المتميز عن الكفالة المدنية فهي مستقلة عنها.
- ثالثا: مفهوم عقد الكفالة المصرفية في قانون النقد و القرض يختلف عن مفهوم عقد الكفالة و عقد القرض في القانون المدني, إذ أن المادة 68 من قانون النقد والقرض تعتبر الكفالة المصرفية نوع من أنواع القروض و هو مفهوم اقتصادي للعقد الكفالة, يختلف عن مفهوم عقد القرض في القانون المدني و بالتالي لا ينبغي الغلط بينهما.
- رابعا: للكفالة المصرفية الدولية نظام خاص تتميز به عن الكفالة المصرفية الوطنية, وبالتالي لا ينبغي الغلط بينهم, إذ أن الكفالة المصرفية الدولية تخضع لأحكام أعراف واتفاقيات دولية, على عكس الكفالة المصرفية الوطنية الخاضعة لأحكام القانون الداخلي و هو ما أكده القضاء الجزائري.

كما نقدم من خلال دراستنا لهذا الموضوع التوصيات التالية:

- أولا: ضرورة وجود تنظيم قانوني خاص بالكفالة المصرفية لينظم أحكامها و يزيل أي لبس, و ذلك بإدراج نصوص قانونية في القانون التجاري أو قانون النقد والقرض تنظم الكفالة المصرفي أو إضافة نصوص قانونية خاصة مستقلة بالكفالة المصرفية.
- ثانيا: ضرورة إصدار البنك الجزائر لنظام خاص بالكفالة المصرفية باعتباره هيئة رقابة وتنظيم للبنوك التجارية ليكون هذا النظام دليل عمل تطبيقي للبنوك في هذا المجال يضمن توحيد و تسهيل الإجراءات بينها.
- ثالثا: ضرورة وجود اجتهاد قضائي موحد باجتماع غرف المحكمة العليا لإزالة لبس حول عقد الكفالة المصرفية خصوصا فيما يخص مسألة التضامن بين المدين الكفيل والقانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية خصوصا الدولية منها, إذ لا يوجد نص قانوني واضح يفصل في المسألة مما يتعين وجود اجتهاد قضائي فاصل.

الملخـص:

الكفالة المصرفية هي نوع من أنواع الائتمان المصرفي, يلجأ من خلالها المدين للبنك ليضمن له سداد دينه المترتب في ذمته تجاه دائنه حين تمنعه عن السداد, و قد يكون اللجوء للكفالة بسعي من الدائن الراغب في ضمان سداد دينه في موعد استحقاقه, و بالتالي الكفالة المصرفية توفر الائتمان والثقة في التعامل بين الأفراد, كما تعود بالربح على البنك من خلال الفائدة و العمولة التي يتقاضها, من هنا تبرز أهمية الكفالة من خلال مساهمتها في تطوير النشاط الاقتصادي, و للكفالة المصرفية أنواع تتماشى مع تنوع الالتزامات التي تضمنها و لها مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية و ترتب آثار في ذمة أطرافها و تنقضي لعدة أسباب منها قانونية منها و اتفاقية.

Résumé

La caution bancaire est un type de crédit bancaire dont la banque peut assurer le remboursement de la dette au créancier au profit de la personne endettée, la caution bancaire met les deux parties en confiance le créancier et le débiteur, le profit de la banque se localise dans les intérêts et les commissions qu'elle prélève, la caution bancaire a plusieurs variantes et conditions conformes aux diversités des engagements et prend fin pour plusieurs raisons, juridique et conventionnel.

قائمة المراجع:

أ-باللغة العربية:

أولا الكتب/

1- أحمد مختار عمر, معجم اللغة العربية, عالم الكتب, مصر, الطبعة الأولى, سنة 2008.

2- الطاهر لطرش, تقنيات البنوك, ديوان المطبوعات الجامعية, الطبعة السابعة, سنة2010.

3- إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي, الكفيل(الآثار المترتبة على عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و القانون الإماراتي, دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري, الإمارات العربية المتحدة, الطبعة الأولى, سنة 2014.

4- هاني دويدار, الوجيز في العقود التجارية و العمليات المصرفية, دار الجامعة الجديدة, مصر, سنة2003.

5- حسن الهداوي, القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادىء العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني, دار الثقافة للنشر و التوزيع, الأردن,الطبعة الثانية, سنة 1997.

6- كريستال مورال جورنال,القانون العام(موسوعة القانون الجزائري), نسخة مترجمة و مكيفة للقانون الجزائري, ترجمة سامية بوروبة, ليلى دردار, مراد جمال, دار بيرتي للنشر, الجزائر, طبعة مصغرة, سنة 2013.

7- محمود الكيلاني, الموسوعة التجارية و المصرفية, المجلد الرابع, عمليات البنوك, دار الثقافة للنشر و التوزيع, الأردن, سنة 2009.

8- عبد الهادي الفضيلي, معاملات البنوك التجارية, مركز الفقاهة, السعودية, الطبعة الأولى, سنة2008.

9- عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام, الجزء الأول, دار إحياء التراث العربي, لبنان.

10- عبد الرحمان قرمان, العقود التجارية و عمليات البنوك, مكتبة الشقيري, المملكة العربية السعودية, الطبعة الثانية, سنة2010.

11- عكاشة محمد عبد العال, قانون العمليات المصرفية الدولية دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية, دار المطبوعات الجامعية, مصر, سنة1994.

12- علي جمال الدين عوض, عمليات البنوك من الوجهة القانونية, دار الجامعة الجديدة, مصر, سنة1993.

13- شمس الدين محمد الخطيب الشربيني , مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج , الجزء الثاني, دار المعرفة لبنان , الطبعة الأولى, سنة 1997.

14- خليل ابن إسحاق المالكي , مختصر خليل في فقه الإمام مالك , دار الفكر العربي, مصر, الطبعة الأخيرة, سنة 1981 ,ص209.

ثانيا: الرسائل و المذكرات الجامعية/

رسائل الدكتوراه:

1- أمقران راضية, خطابات الضمان المصرفية و موقف الشريعة الإسلامية منها, رسالة دكتوراه, جامعة الجزائر, الجزائر, سنة2013-2014.

2- بن ددوش نضرة, انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون و الفقه الإسلامي , رسالة دكتوراه , جامعة وهران , الجزائر , سنة 2011.

المذكرات العلمية:

1- إيمان نجرو, التحليل الائتماني و دوره في ترشيد عمليات الاقتراض, مذكرة ماجستير, جامعة تشرين, سوريا, سنة 2006-2007.

2- باقي وداد, الكفالة في القانون المدني و الفقه الإسلامي, مذكرة ماجستير, جامعة بومرداس, الجزائر, سنة2009.

3- زكري إيمان, أحكام التضامن في القانون التجاري, مذكرة ماجستير, جامعة تلمسان, الجزائر, سنة2006-2007.

4- سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ, عقد الكفالة المدنية و الآثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية و القانون المدني المصري, مذكرة ماجستير,جامعة النجاح, نابلس, فلسطين, سنة2006.

5- بوانيد علي, الضمانات البنكية, مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء, الجزائر, سنة 2006-2009.

ثالثا المحاضرات و المقالات:

1- أحمد عبد الحميد عشوش, القانون الدولي الخاص, محاضرات ملقاة على طلبة كلية الحقوق جامعة بنها, مصر, المستوى الدراسي الرابع, الفصل الثاني,سنة 2003.

2- مفتاح صالح و معارفي فريدة, إدارة المخاطر و اقتصاد المعرفة, مداخلة مقدمة إلى مؤتمر العلمي الدولي السنوي السابع, كلية العلوم الاقتصادية و الإدارية, جامعة الزيتونة, الأردن, يومي 17و18 أفريل 2007.

3- رقية جابر, الكفالة كضمان في الصفقات العمومية, مجلة جامعة المدية, العدد الأول, سنة2013.

4- شعبان فرج, العمليات المصرفية و إدارة المخاطر, محاضرة ملقاة على طلبة ماستر تخصص اقتصاديات المالية و البنوك, جامعة البويرة, الجزائر, سنة 2013-2014.

رابعا النصوص القانونية/

اتفاقيات دولية:

1- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة, المبرمة بنيويورك بتاريخ 11 ديسمبر 1997 و التي دخلت حيز التنفيذ في الأول من شهر جانفي سنة 2000.

2- نشرة الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية رقم 600 لسنة 2007.

نصوص تشريعية:

قوانين جزائرية:

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المنشور في الجريدة الرسمية عدد78 لسنة 1975, المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري المنشور في الجريدة الرسمية عدد101 لسنة 1975, المعدل والمتمم.

3- القانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 المؤرخ في 21 يوليو 1979 المتضمن قانون الجمارك الجزائري المنشور في الجريدة الرسمية عدد30 لسنة 1979, المعدل والمتمم.

4- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق ل26 أوت2003 المتعلق بالنقد و القرض المنشور في الجريدة الرسمية عدد 52, لسنة 2003.
5- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المنشور في الجريدة الرسمية عدد21 لسنة2008.

قوانين عربية:

1- القانون رقم 131 المؤرخ في 9 رمضان سنة 1367 الموافق ل16 يوليو 1948 المتضمن القانون المدني المصري.

النصوص التنظيمية/

1- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق ل7 أكتوبر سنة 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المنشور في الجريدة الرسمية عدد58 لسنة2010 المعدل و المتمم.
2- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 19 رجب عام 1430الموافق ل12يونيو 2009, المحدد مبلغ و شكل الكفالة للممارسة مهنة الوكيل العقاري, المنشور في الجريدة الرسمية عدد 59 لسنة 2009, المؤرخة في 14أكتوبر2009.
3- نظام بنك الجزائر رقم 08-04 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1429 الموافق ل23 ديسمبر 2008 المتعلق بالحد الأدنى لرأس مال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر المنشور في الجريدة الرسمية عدد72 لسنة2008.
4- نظام بنك الجزائر رقم 09-03 المؤرخ في 26 مايو 2009 المتعلق بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية المنشور في الجريدة الرسمية عدد32 لسنة 2009.
5- نظام بنك الجزائر رقم 14-01 المؤرخ في 16 فبراير 2014 المتعلق بنسب الملاءة المطبقة على البنوك و المؤسسات المالية المنشور في الجريدة الرسمية عدد56 لسنة 2014.

خامسا الاجتهاد القضائي/

1- غرفة تجارية و بحرية, قرار رقم 137054, الصادر بتاريخ 11-07-1995, مجلة قضائية عدد 1, لسنة 1998, ص159

2- غرفة تجارية و بحرية, قرار رقم 351272 الصادر بتاريخ 07-09-2005, نشرة القضاة, عدد 159, لسنة 2005, ص359.

3- قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة التجارية و البحرية, المؤرخ في 08-07-2010 , تحت رقم 027056, المنشور في مجلة المحكمة العليا, لسنة 2012,عدد01,ص 251.

ب-المراجع باللغة الفرنسية/

Ouvrage /

- Aurélien giraud, pratique des techniques bancaires ,eyrolles , France, édition 2012.

Cours /

- Denis Philippe , cours de droit bancaire ,université catholique de louvain , France , année 2014 .

Texte législative /

- Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, journal official du 24 mars2006 relative aux sûretés.

ج-المواقع الالكترونية/

1- http//www.justice.gouv.fr./organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/tribunal-de-commerce-12031.html, مقال منشور موقع وزارة العدل الفرنسية بتاريخ 15ماي2017 الساعة 5:00.

2- مقال منشور في الموقع الرسمي لغرفة تجارة الدولية :http//iccwbo.org بتاريخ 15ماي2017 على الساعة5:00.

مقال منشور في موقع http/www.alriyadh.com بتاريخ 3فبراير2006 على الساعة 12:00

الفهرس :

العناوين	الصفحة
المقـــدمة	01
الفصل الأول: ماهية الكفالة المصرفية	07
المبحث الأول: مفهوم الكفالة المصرفية	08
المطلب الأول: تعريف الكفالة المصرفية	08
الفرع الأول: التعريف اللغوي	08
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي	09
المطلب الثاني :خصائص الكفالة المصرفية	11
الفرع الأول :عقد الكفالة المصرفية التزام تبعي	11
الفرع الثاني : عقد الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد	12
الفرع الثالث : عقد الكفالة المصرفية عقد رضائي	12
المطلب الثالث : تمييز الكفالة عما يشابهها	13
الفرع الأول : الكفالة المصرفية و عقد الضمان المصرفي	13
الفرع الثاني : الكفالة المصرفية و الاعتماد المستندي	14
الفرع الثالث : الكفالة المصرفية و القرض	16
الفرع الرابع : الكفالة المصرفية و حوالة الدين المدنية	17
المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للكفالة المصرفية و نطاقها	19
المطلب الأول : الطبيعة القانونية للكفالة المصرفية	19
الفرع الأول :الكفالة المصرفية عقد تجاري	19
الفرع الثاني : الكفالة المصرفية ائتمان شخصي و التزام(قرض) بالتوقيع	24
المطلب الثاني : نطاق الكفالة المصرفية	25
الفرع الأول : نطاق الكفالة المصرفية من حيث الأشخاص	25
الفرع الثاني : نطاق الكفالة المصرفية من حيث محل الالتزام	26
الفرع الثالث : نطاق الكفالة المصرفية من حيث حدود التزام الأطراف	27
الفرع الرابع : نطاق الكفالة المصرفية من حيث التفسير	28
المبحث الثاني : أنواع الكفالة المصرفية	29

المطلب الأول : أنواع الكفالة المصرفية من حيث النطاق الجغرافي	29
الفرع الأول : الكفالة المصرفية الوطنية	29
الفرع الثاني : الكفالة المصرفية الأجنبية (الدولية)	30
المطلب الثاني : أنواع الكفالة المصرفية من حيث نطاق الالتزام المصرفي	31
الفرع الأول : الكفالة المصرفية الغير محددة و المحددة	31
الفرع الثاني : الكفالة المصرفية العادية و الكفالة المصرفية التضامنية و الغير مجزئة	32
المطلب الثالث :الكفالة المصرفية من حيث موضوع(مجال) الدين المكفول	32
الفرع الأول : كفالة الصفقات العمومية	33
الفرع الثاني : الكفالة الجمركية	35
الفرع الثالث : مجالات أخرى للكفالة المصرفية	36
الفصل الثاني: أحكام الكفالة المصرفية	38
المبحث الأول : إبرام الكفالة المصرفية	40
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية	40
الفرع الأول:القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الوطنية	40
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الكفالة المصرفية الدولية	41
المطلب الثاني : الشروط الموضوعية للكفالة المصرفية	45
الفرع الأول : الشروط الموضوعية العامة	45
الفرع الثاني : الشروط الموضوعية الخاصة	48
المطلب الثالث : الشروط الشكلية للكفالة المصرفية	55
الفرع الأول : الكتابة في عقد الكفالة المصرفية	55
الفرع الثاني : البيانات المتطلبة في عقد الكفالة المصرفية	56
المبحث الثاني : آثار الكفالة المصرفية	57
المطلب الأول : العلاقة بين الكفيل و الدائن	57
الفرع الأول : التزامات البنك الكفيل تجاه الدائن	57
الفرع الثاني : التزامات الدائن تجاه البنك الكفيل	58
المطلب الثاني : العلاقة بين البنك الكفيل و المدين	60
الفرع الأول : التزامات البنك الكفيل تجاه المدين	60

الفرع الثاني : التزامات المدين تجاه البنك الكفيل	61
المبحث الثالث:انقضاء الكفالة المصرفية	64
المطلب الأول : الأسباب القانونية لانقضاء الكفالة المصرفية	64
الفرع الأول : انقضاء الكفالة بالوفاء	64
الفرع الثاني :انقضاء الكفالة بالفسخ	65
الفرع الثالث : انقضاء الكفالة باتحاد الذمة	67
الفرع الرابع : انقضاء الكفالة بالمقاصة	68
الفرع الخامس: انقضاء الكفالة بالتقادم المسقط	68
الفرع السادس : انقضاء الكفالة بقبول الدائن شيء آخر مقابل الدين و ضياع التأمينات	69
المطلب الثاني: الأسباب الاتفاقية لانقضاء الكفالة المصرفية	70
الفرع الأول : انقضاء الكفالة بالإبراء	70
الفرع الثاني : انقضاء الكفالة بتراجع الكفيل عنها	71
الفرع الثالث : انقضاء الكفالة بتجديد الدين	71
الفرع الرابع : انقضاء الكفالة بالإنابة	72
الفرع الخامس : انقضاء الكفالة بالمصالحة	72
الخاتمة	74
الملخص	76
قائمة المراجع	77
الفهرس	83