ISSN: 2957 - 8108

مجلة بحوث

جامعة حلب في المناطق المحررة

المجلد الثاني - العدد الأول - الجزء الثاني

22 / 8 / 1444 هـ - 15 / 3 / 2023 م

علميّة - ربعيّة - محكّمة

تصدر عن

جامعة حلب في المناطق المحرّرة

بسم الله الرحمن الرحيم

الهيئة الاستشارية لمجلة جامعة حلب في المناطق المحررة

د. جلال الدين خانجي　　أ.د زكريا ظلام　　أ.د عبد الكريم بكار

أ. د إبراهيم أحمد الديبو　　أ.د. أسامة اختيار　　د. أسامة القاضي

د. يحيى عبد الرحيم

هيئة تحرير مجلة جامعة حلب في المناطق المحررة

رئيس هيئة التحرير: أ.د عبد العزيز الدغيم

نائب رئيس هيئة التحرير: أ.د. عماد برق

أعضاء هيئة تحرير البحوث التطبيقية	أعضاء هيئة تحرير البحوث الإنسانية والاجتماعية
أ.د. أحمد بكار	أ.د عبد القادر الشيخ
أ.د. جواد أبو حطب	د. جهاد حجازي
أ.د. عبد الله حمادة	د. ضياء الدين القالش
أ.د. محمد نهاد كردية	د. سهام عبد العزيز
د. محمد يعقوب	د. ماجد عليوي
د. كمال بكور	د. أحمد العمر
د. مازن السعود	د. عامر مصطفى
د. محمود الموسى	د. عدنان مامو
د. عمر زكريا	

أمين المجلة: هاني الحافظ

مجلة جامعة حلب في المناطق المحررة

مجلّة علميّة محكّمة فصليّة، تصدر باللغة العربية، تختص بنشر البحوث العلمية والدراسات الأكاديمية في مختلف التخصصات، تتوفر فيها شروط البحث العلمي في الإحاطة والاستقصاء ومنهج البحث العلمي وخطواته، وذلك على صعيدي العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الأساسية والتطبيقية.

رؤية المجلة:

تتطلع المجلة إلى الريادة والتميز في نشر الأبحاث العلميّة.

رسالة المجلة:

الإسهام الفعّال في خدمة المجتمع من خلال نشر البحوث العلميّة المحكّمة وفق المعايير العلمية العالمية.

أهداف المجلة:

- نشر العلم والمعرفة في مختلف التخصصات العلميّة.
- توطيد الشراكات العلمية والفكرية بين جامعة حلب في المناطق المحررة ومؤسسات المجتمع المحلي والدولي.
- أن تكون المجلة مرجعاً علمياً للباحثين في مختلف العلوم.

الرقم المعياري الدولي للمجلة ISSN: 2957-8108

معايير النشر في المجلة:

1- تنشر المجلة الأبحاث والدراسات الأكاديمية في مختلف التخصصات العلميّة باللغة العربية.

2- تنشر المجلة البحوث التي تتوفر فيها الأصالة والابتكار، واتباع المنهجية السليمة، والتوثيق العلمي مع سلامة الفكر واللغة والأسلوب.

3- تشترط المجلة أن يكون البحث أصيلاً وغير منشور أو مقدم لأي مجلة أخرى أو موقع آخر.

4- يترجم عنوان البحث واسم الباحث والمشاركين أو المشرفين إن وجدوا إلى اللغتين التركية والانكليزية.

5- يرفق بالبحث ملخص عنه باللغات الثلاث العربية والإنكليزية والتركية على ألا يتجاوز 200-250 كلمة، وبخمس كلمات مفتاحية مترجمة.

6- يلتزم الباحث بتوثيق المراجع والمصادر وفقاً لنظام جمعية علم النفس الأمريكية (**APA7**).

7- يلتزم الباحث ألا يزيد البحث على 20 صفحة.

8- ترسل البحوث المقدمة لمحكمين متخصصين، ممن يشهد لهم بالنزاهة والكفاءة العلمية في تقييم الأبحاث، ويتم هذا بطريقة سرية، ويعرض البحث على محكّم ثالث في حال رفضه أحد المحكّمين.

9- يلتزم الباحث بإجراء التعديلات المطلوبة خلال 15 يوماً.

10- يبلغ الباحث بقبول النشر أو الاعتذار عنه، ولا يعاد البحث إلى صاحبه إذا لم يقبل، ولا تقدم أسباب رفضه إلى الباحث.

11- يحصل الباحث على وثيقة نشر تؤكد قبول بحثه للنشر بعد موافقة المحكمين عليه.

12- تعبّر الأبحاث المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، لا عن رأي المجلة، ولا تكون هيئة تحرير المجلة مسؤولة عنها.

جدول المحتوى:

- **أثر التفرق عن جناية في المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي** **7**

أ. أحمد الحسن الحامد د. أحمد السعدي

- **صلاة الجمعة ظهر مقصورة أم مستقلة دراسة فقهية مقارنة** **43**

أ. صخر محمد علي جيتي د. أنس شبيب

- **الكفالة البنكية بوصفها أداة للضمان في التشريع الجزائري** **81**

د. نسيمة شيخ د. محمد زكريا شيخ (الجزائر)

- **أثر المعرفة المحاسبية في الأداء المالي لمنظمات الأعمال –دراسة ميدانية على المنظمات التجارية العاملة في الشمال السوري –**.....**107**

أ. راكان الفجر د. حمد الخلف د. مالك سليمان

- **الشعر السياسيّ عند عليّ بن الجهم "شعر السجن أنموذجاً"**.....**153**

أ. عامر طاهر ياسين شعبان د. رامز كورج أ. د. أسامة اختيار.

- **درجة استخدام معلمي الحلقة الأولى من التعليم الأساسي للوسائل والتقنيات التعليمية في العملية التعليمية دراسة ميدانية في مدارس ريف إدلب الشمالي** **193**

أ. حنان حمادي د. سهام عبد العزيز أ.د عماد برق

- **تأثير كثافات مختلفة من نيماتودا تعقد الجذور Meloidogyne incognita في إنتاجية بعض أصناف البندورة تحت الظروف الحقلية في محافظة حلب(أعزاز)**.....**229**

أ. لؤي عيدو د. عماد الخطاب

- **إتمام صيغ من نسق هبتنك لحساب قضايا المنطق الحدسي** **255**

أ. حسن ارشافي د. كمال بكور

الكفالة البنكية بوصفها أداة للضمان في التشريع الجزائري

إعداد

د. نسيمة شيخ د. محمد زكريا شيخ

(الجزائر)

ملخص البحث:

تعد الكفالة أداة ائتمان تمارسها البنوك والمؤسسات المالية لما فيها من مزايا، فتمكنّها من الحصول على أرباح دون إخراج النقود طالما أنّ دورها يقتصر على مجرد منح التوقيع، ثم إنها تسمح للعميل بأن يقوم بالأعمال التي التزم بها مقابل كفالة البنك له دون أن يضطر إلى وضع مقابل نقدي.

كلمات مفتاحية: الكفالة، الائتمان، البنك، الالتزامات، الضمان.

Bank guarantee as a guarantee tool in Algerian legislation

Prepared by:

Dr. Nasima Sheikh Dr. Muhammad Zakaria Sheikh

(Algeria)

Abstract:

The guarantee is considered a credit tool practiced by banks and financial institutions due to its advantages, as it enables them to obtain profits without taking out money as long as its role is limited to merely granting the signature.

Keywords: guarantee, credit, bank, commitments, guarantee.

Cezayir mevzuatında bir garanti aracı olarak banka garantisi

Hazırlayanlar

Dr. Nasima Şeyh Dr. Muhammed Zakeriyya

(Cezayir)

Özet :

Garanti, rolü sadece imza atmakla sınırlı olduğu sürece, para çekmeden kar elde etmelerini sağladığı için avantajları nedeniyle bankalar ve finans kuruluşları tarafından kullanılan bir kredi aracı olarak kabul edilir.

Anahtar Kelimeler: garanti, kredi, banka, taahhütler, garanti.

مقدمة:

سمحت التجارب البنكية والعرف البنكي بخلق عادات وصيغ لاختيار الضمانات، فإذا كان الأمر يتعلق بقروض قصيرة الأجل وهي التي تكون آجال التسديد فيها قريبة واحتمالات تسديد المبلغ ليست ضئيلة، ففي هذه الحالة يكتفي البنك باشتراط ضمان الكفالة من طرف شخص أو كفيل يكون موسرا ويقبله البنك، أو ضمانا احتياطيا ونكون في هذه الحالة أمام ما يعرف بالضمانات الشخصية.

أما إذا تعلق الأمر بقروض متوسطة الأجل وهي التي تكون آجال التسديد فيها بعيدة وتطورات البنك المستقبل غير متحكم فيها تماما، فإن البنك يمكن أن يلجأ إلى نوع آخر من الضمانات بحيث توافق طبيعة القرض مثل الرهن الرسمي أو الحيازي، وفي هذه الحالة نكون أمام ما يعرف بالضمانات العينية.

وما يهمنا في هذه الدراسة هو الكفالة باعتبارها أحد الضمانات الشخصية للقروض البنكية، فالمعلوم أنّ الضمانات الشخصية أو التأمينات الشخصية كما هو متعارف عليها فقها وقانونا هي تلك الالتزامات الشخصية التي تضاف إلى التزام المدين على سبيل الضمان، فهي عبارة عن ضمّ ذمة الغير إلى ذمة المدين لضمان حق الدائن[76].

يتم الضمان الشخصي بتدخل شخص آخر غير المقترض، فيتعهد بسداد القرض الذي يشمل رأس المال المقترض والفوائد المترتبة وكذا تكلفة القرض، وفي حالة توقف المدين عن الدفع للبنك يمكن الرجوع على الشخص الضامن الذي يعد البنك بتسديد الدين في حالة عدم قدرة المدين عن الوفاء بالتزاماته في تاريخ الاستحقاق، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يقوم بالضمان الشخصي المدين شخصيا، ولكن يتطلب ذلك تدخل شخص ثالث للقيام بعمل الضامن عن طريق الكفالة.

[76] في تعريف الكفالة لغة واصطلاحا، يراجع: سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس– فلسطين، 2006، ص 7 وما يليها.

هذا وتشكل الكفالة البنكية مظهرا تقليديا من مظاهر الائتمان البنكي غير المباشر وهوالذي يتم عن طريق التوقيع، إذ تعمل البنوك والمؤسسات المالية البنكية على منحه لزبائنها في إطار العمليات البنكية التي تقوم بها، وعليه كيف تعد الكفالة البنكية وسيلة للضمان في التشريع الجزائري؟

للإجابة عن هذه الإشكالية، ارتأينا أن نقسم بحثنا إلى مطلبين، نتطرق في أوله إلى مفهوم عقد الكفالة البنكية على نحو نبين فيه خصائصها وما يميزها عما يشابهها من الأنظمة، ونعرض في المطلب الثاني الآثار التي ترتبها الكفالة على أطرافه سواء البنك العميل أو المستفيد من الكفالة، متبعين في سبيل ذلك المنهج الوصفي والتحليلي.

المطلب الأول: ماهية عقد الكفالة البنكية

لا تختلف الكفالة في الاصطلاح عن معناها في اللغة، وقد اختلف الفقهاء في إعطاء معنى واحد للكفالة فمنهم من أطلق عليها لفظ الضمان، ومنهم من فرق بين الضمان والكفالة، والتعرض لماهية عقد الكفالة البنكية يقتضي منا تعريفها وذكر خصائصها في فرع أول، ثم التطرق إلى تمييزها عما يشابهها من عقود في فرع ثان.

الفرع الأول: مفهوم عقد الكفالة البنكية

تتطلب دراسة أيّ عقد من العقود تعريف هذا العقد وبيان خصائصه، وهذا ما سنتناوله بالشرح والتحليل فيما يلي.

أولا: تعريف عقد الكفالة البنكية

تقوم البنوك بمهمة الكفيل لضمان تنفيذ التزامات لصالح عملائها، فتتعهد لهم بأن تقوم بالوفاء بالديون المترتبة في ذمتهم لفائدة دائنيهم متى لم يوفوا بها بأنفسهم، ومن ثم تكون الكفالة

المصرفية عبارة عن تطبيق للكفالة الشخصية[77].

ولقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 644 من القانون المدني الجزائري بأنها عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه[78].

يظهر من التعريف السابق، أنّ الكفالة البنكية تقوم على أساس تدخل البنك بوصفه كفيلاً لصالح الطرف الدائن، إلا أن تدخله ينطوي على مساعدة عميله، فيؤدي هذا التدخل إلى تقوية ائتمانه كما يمكنه من الحصول على النقود أو على آجال لتسديد الديون، ولذلك يغلب أن يكون المدين هو عميل البنك الذي يطالبه بالتدخل بالكفالة تعزيزا لائتمانه ولأجل دعم الثقة التي يفتقر إليها لدى دائنيه.

إلا أنه قد يحدث أن يتعدى تدخل البنك الحدود المذكورة، فقد يضطر أحيانا إلى تسديد مبلغ الدين المضمون بالكفالة في حالة تخلّف الزبون المكفول عن التسديد في الآجال المتفق عليها مع الدائن، كميعاد الاستحقاق، وهذا ما سنتعرض له بشيء من التفصيل عند دراستنا اللاحقة لآثار عقد الكفالة البنكية[79].

ثانيا: خصائص عقد الكفالة البنكية

إنّ التعريف السابق لعقد الكفالة من شأنه أن يساعدنا على استخلاص خصائص هذا العقد، ويمكن إجمالها فيما يلي:

1- الكفالة البنكية عقد ملزم لجانب واحد

تتفق الكفالة البنكية مع عقد الكفالة بوجه عام، في كونهما يعدّان عقدا ملزما لجانب واحد،

---

[77] ويخرج من دائرة الكفالة البنكية محل الدراسة في هذا المقال الكفالة العينية والمتمثلة فيما يودعه الشخص من نقود أو أوراق مالية ضمانا لمسؤوليته المستقبلية عن أداء واجباته المفروضة قانونا أو اتفاقا.

[78] وهو التعريف نفسه الذي جاء به المشرع الفرنسي إذ عرّف الكفالة على أنها:
"Aux termes de l'article 2288 du code civil: "celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même".

[79] إلياس ناصيف، العقود المصرفية (التحويل المصرفي، الحساب المشترك، الكفالة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، لبنان، 2014، ص 212.

ذلك أن البنك يتحمل بمفرده الالتزام الذي ينشئه هذا العقد.

فإذا تلقى البنك عوضا أو مقابلا في نظير كفالته للدين من عميله، فإن هذا لا يمنع من بقاء اعتبار عقد الكفالة البنكية عقدا ملزما لجانب واحد فقط، لأن المدين لا يعد طرفا في عقد الكفالة وإنما تقتصر أطرافه على البنك والدائن فقط[80]، ومن ثم فإن القول بأن العقد الذي يتلقى البنك بموجبه عوضا لا يكون عقدا ملزما لجانب واحد، يعد قولا خاطئا وغير صائب.

غير أنه متى تلقى البنك عوضا أو مقابلا من الدائن لكفالة الدين، فإن العقد القائم بينهما في هذه الحالة يعدّ عقدا ملزما للجانبين، ومرتبا لالتزامات في ذمتهما، ولكنه ليس بعقد كفالة بنكية وإنما يتحول إلى عقد تأمين الكفالة[81].

2- الكفالة البنكية عقد رضائي

الكفالة عقد رضائي تنعقد بمجرد التراضي ما بين البنك والدائن، ومن ثمّ فلا حاجة لصبّه في شكل خاص، ذلك أن المشرع أوجب صراحة الكتابة في عقد الكفالة من أجل إثباتها فقط ولم يدرجها شرطاً لانعقادها[82]، ومن ثم يمكن إثبات عقد الكفالة بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار واليمين في حالة عدم وجود سند كتابي.

هذا ويشترط أن تكون إرادة البنك واضحة وصريحة وبعيدة عن أيّ لبس أو إبهام حول نيته في تحمل الالتزام المكفول، ذلك أن إرادة البنك لا يمكن استنباطها للقول بأن نيته اتجهت إلى تحمل

---

[80] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص 24- 25.

[81] تنص المادة 8 من القانون رقم 04/06 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006 والمعدل والمتمم للأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 والمتعلق بالتأمينات على ما يلي: " تتم أحكام الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 والمذكور أعلاه بالمادة 59 مكرر وتحرر كما يلي: " تأمين الكفالة هو عقد يضمن من خلاله المؤمن مقابل قسط تأمين للمؤسسة المالية أو المصرفية، تعويض مستحقاتها بشأن عملية تجارية أو مالية في حال إعسار المدين".

[82] يراجع نص المادة 645 من القانون المدني الجزائري.

التزام عميله تجاه الدائن.

3- الكفالة البنكية تقوم على الاعتبار الشخصي

تقوم الكفالة المصرفية على الاعتبار الشخصي، فيكون العميل الذي كان سببا في إبرام عقد الكفالة ما بين البنك ودائنه محل نظر البنك من حيث ملاءته وثقته المالية[83]، ذلك أن البنك لا يكفل عميله ولا يضع ثقته فيه إلا إذا كان جديرا بالائتمان، فإن كان شخصا طبيعيا قام البنك بالتحري عن مدى يساره وأمانته وكفاءته في إدارة أعماله، أما إذا كان شخصا اعتباريا قام البنك قبل إقدامه على كفالته بالاطلاع على ميزانيته وعن مجموع الأرباح المتحصل عليها في السنوات الأخيرة، والقروض والاعتمادات التي حصل عليها أو قدمها للغير.

وتفاديا للمخاطر التي قد تعترض البنك عند كفالته لزبونه، يمكن أن يطلب من عميله تقديم بعض الضمانات كوديعة نقدية أو رهن رسمي لعقارات يملكها أو رهن حيازي لأوراق مالية أو تجارية، أو تقديم ضمان شخصي من طرفه، إن كان العميل المدين شخصا اعتباريا[84].

أما بالنسبة لعلاقة البنك بالدائن فهي لا تقوم على الاعتبار الشخصي، ذلك أن كليهما لا يهمه الاعتبار الشخصي للآخر، فالبنك يلتزم بوفاء دين عميله متى لم يوف به هذا الأخير، ومن ثم فلا حاجة له بشخص الدائن، والدائن من جهته يهدف من عقد الكفالة البنكية إلى ضمّ ذمة البنك لذمة مدينه، أيا كان اسم البنك، فهو يهدف إلى تقوية ضمانات الوفاء بدينه، ومن ثمّ فلا حاجة له بهذا الكفيل[85].

---

[83] محمود الكيلاني، عمليات البنوك، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، الجزء الأول، دار الجيب للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ص 29.

[84] هاني دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، لبنان، ص 423.

[85] محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 29.

4- الكفالة البنكية عقد تابع

تنص المادة 648 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " لا تكون الكفالة صحيحة، إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا".

وتنص المادة 654 في فقرتها الأولى من القانون نفسه على ما يلي: " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين".

وتنص المادة 652 من القانون المذكور على ما يلي: " لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول".

يتضح من هذه المواد مجتمعة أن التزام البنك في عقد الكفالة المصرفية التزام تابع لالتزام المدين، ومن ثم فلا يكون التزام البنك صحيحاً إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً، فإذا زال الالتزام المكفول بسبب بطلان العقد الذي أنشأه أو بسبب إبطاله أو فسخه زال التزام البنك معه.

وأنه يجوز للكفيل التمسك بجميع الدفوع التي يجوز للمدين التمسك بها في مواجهة الدائن، ومن ثم فإن مصير التزام البنك الكفيل يتبع مصير التزام عميله من حيث سريان تقادم التزام البنك الكفيل الذي يبدأ من تاريخ سريان تقادم الالتزام الأصلي المكفول، بصرف النظر عن التاريخ الذي أبرم فيه عقد الكفالة مثلما يستفاد من النصوص أعلاه.

وأن التزام البنك الكفيل لا يجوز أن يزيد على مبلغ الدين المستحق على المدين ولا بشروط أشد قسوة من شروط الدين المكفول، فإذا انعقدت الكفالة بمبلغ يزيد على الدين الأصلي أو بشروط أشد فلا تعدّ باطلة، وإنما يجوز اعتبارها صحيحة في حدود الدين الأصلي المكفول[86].

وبالمقابل يجوز للبنك أن يلتزم التزاما أخف عبئا من التزام عميله، كأن يكفل جزءاً من الدين

[86] كما لو التزم الكفيل بتجميد الفوائد، وألحقها برأس المال لتنتج أرباحا، بينما لم يتعهد المدين الأصلي بذلك، ففي هذه الحالة يكون تعهد الكفيل باطلا لأنه يخرج عن التزام المدين الأصلي.

فقط وبشروط أهون[87].

5- الكفالة البنكية عقد تجاري

الكفالة وفقا لقواعد القانون المدني تعدّ عقداً مدنياً لا تجارياً، ولو كان الدين المكفول تجاريا أو كان الكفيل تاجرا[88]، ذلك أنه غالبا ما يكون عقد الكفالة المدنية عقدا تبرعيا بالنسبة للكفيل وعقد معاوضة بالنسبة للدائن، إذ يلتزم الكفيل بكفالة مدينه دون مقابل، عكس الدائن الذي يستفيد من كفالة مقابل الدين الذي يمنحه للمدين.

أما بالنسبة للكفالة المصرفية فالأمر يختلف، ذلك أن البنك وعند كفالته للعميل يشترط مقابلا عادلا نظير المخاطر التي قد يتعرض لها، والصعاب التي قد تواجهه عند رجوعه على المدين، ومن ثم فهو يهدف إلى تحقيق الربح، وهذا ما يجعل عمله تجاريا محضا.

فضلا عن ذلك، فإن الكفالة المصرفية باعتبارها عملا يقوم به البنك، تعدّ تجارية طبقا لنص المادة الثانية من القانون التجاري والتي جرى نصها كالآتي: " يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه ... كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة خاصة بالعمولة".

الفرع الثاني: تمييز الكفالة البنكية عما يشابهها من عقود

إنّ عقد الكفالة المصرفية يشبه بعض العقود في أوجه عديدة، وهو ما يجعلنا نقع في الالتباس بينه وبين هذه العقود، وليزول هذا اللبس سنحاول أن نبين فيما يلي أوجه الشبه والاختلاف بينهم، فنتعرض لتمييز الكفالة المصرفية عن عقد تأمين الضمان أولا، ثم عن خطاب الضمان المصرفي ثانيا.

أولا: تمييز الكفالة البنكية عن عقد تأمين الضمان

[87] يراجع نص المادة 1/652 من القانون المدني الجزائري.

[88] يراجع نص المادة 651 من القانون المدني الجزائري.

يعرف عقد تأمين الضمان على أنه العقد الذي يبرم بين المؤمن، وغالبا ما يكون شركة تأمين، والمؤمن له الدائن، وتلتزم بمقتضاه شركة التأمين بأن توفى للدائن قيمة الالتزام المنصوص عليه في العقد (قيمة الدين)، فهي بذلك تغطي خطر عدم الوفاء بالدين المضمون عند حلول أجله في مقابل التزام الدائن بدفع قسط التأمين دفعة واحدة أو على أقساط منتظمة[89].

ووفقا لهذا التعريف نجد أن عقد تأمين الضمان يقترب من عقد الكفالة، ويشابهه في الآثار التي يحدثها كلا العقدين، من حيث إن عدم تنفيذ الالتزام المضمون في العقدين يجعل الكفيل والمؤمن في دائرة الملتزم بالوفاء[90]، ورغم هذا التشابه إلا أن العقدين يختلفان في أمور عدة سأحاول إجمالها فيما يلي:

– أن البنك في عقد الكفالة المصرفية يتدخل من أجل مساعدة المدين وتقوية ائتمانه بالحصول على ما يريده من أموال نقدية أو تمديد آجال الدفع، فهو يهدف بذلك إلى الوقوف إلى جانب المدين المكفول، أما المؤمن المتمثل في شركة التأمين في عقد تأمين الضمان، فهو لا يهدف إلى مساعدة المدين بقدر ما يرمي إلى مساعدة الدائن الذي تدخل بناء على طلبه و لحسابه[91].

– أن الدائن في عقد الكفالة لا يلتزم بأية نفقات في مواجهة الكفيل وإنما يتحملها المدين المكفول في مواجهة البنك[92]، أما في عقد تأمين الضمان فإن الدائن يسعى إلى تأمين ديونه المؤجلة ضد أخطار عدم الوفاء بها في مواعيد استحقاقها، وعليه يتحمل جميع النفقات التي يرتبها عليه العقد.

– أن الكفالة المصرفية تعدّ عقدا ملزما لجانب واحد ألا وهو البنك الكفيل مثلما أشرنا إليه سابقا عند تطرقنا لخصائص عقد الكفالة المصرفية، لأن المدين المكفول لا يعد طرفا في عقد الكفالة،

---

[89] يراجع نص المادة 8 من القانون رقم 04/06 المتعلق بالتأمينات سالف الذكر.

[90] محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 55.

[91] علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية، القاهرة، 1993، ص560.

[92] يراجع نص المادة 672 من القانون المدني الجزائري.

أما عقد تأمين الضمان فهو عقد ملزم للجانبين، لأنه يرتب التزامات متبادلة على أطرافه، فيلتزم المؤمن بتغطية قيمة الدين في حال خطر عدم الوفاء عند حلول أجله، في مقابل التزام الدائن بدفع أقساط شهرية منتظمة تمثل قيمة التأمين.

– أن عقد الكفالة يعد التزاما تابعا للالتزام الأصلي كما سبق الإشارة إليه، فلا يكون بذلك التزام البنك صحيحا إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا، أما عقد تأمين الضمان فهو يعد عقدا مستقلا عن العقد الأساس لأن التزام المؤمن مستقل تماما عن التزام المدين الذي يغطي التأمين إعساره وهو الذي يرجع سببه إلى اقتضاء القسط، ومن جهة ثانية فإن موضوع عقد تأمين الضمان يختلف عن موضوع عقد الكفالة، ذلك أن الأخير يهدف إلى تنفيذ الالتزام المضمون حال عدم الوفاء به من قبل المدين المكفول، في حين أن عقد تامين الضمان لا يرجع موضوعه إلى تنفيذ الالتزام المضمون كما هو الشأن في عقد الكفالة، بل يرمي إلى التعويض عن الضرر الذي يلحقه المدين بالدائن جراء عدم وفاء المدين بديونه[93].

ثانيا: تمييز الكفالة البنكية عن خطاب الضمان المصرفي

قبل التطرق إلى أهم الاختلافات وأوجه التشابه ما بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان، وجب التعريج أولا على تعريف خطاب الضمان، فهو ذلك التعهد المكتوب الذي يصدره البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد، دون قيد أو شرط، متى طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب[94].

يتضح من التعريف السابق، أن الكفالة المصرفية وخطاب الضمان يشتركان في أن كليهما يعدّ بمثابة آلية مصرفية للائتمان، إذ يمنحان للزبائن قيمة مضافة من الثقة والأمان لتنفيذ صفقاتهم

[93] علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 561.

[94] يراجع نص المادة 382 من القانون التجاري الكويتي.

التجارية ومشاريعهم الاقتصادية، لكن هذا لا يمنع من وجود اختلافات كثيرة بينهما سأحاول إيجازها فيما يلي:

يختلف خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية من حيث الآثار التي يرتبانها على أطرافهما وخاصة البنك، فلكل منهما أحكامه الخاصة التي تجعل مركز البنك مانح الائتمان يتغير بحسب ما إذا كان قد قدم بواسطة كفالة مصرفية أو خطاب ضمان، فالتزام البنك الكفيل في عقد الكفالة المصرفية يعدّ التزاما تابعا لالتزام المدين المكفول، فلا تكون بذلك الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا من حيث صحته ومقداره واستحقاقه وانقضاؤه[95].

وتؤدي تبعية التزام البنك الكفيل لالتزام المدين إلى أنه لا يجوز للدائن أن يطالب البنك الكفيل بقيمة الدين المكفول إلا برجوعه على المدين[96]، ومن ثم وجب على الدائن أن يطالب مدينه قبل البنك الكفيل وإلا كانت مطالبته لهذا الأخير قبل المدين غير جائزة قانونا وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري[97]، وهذا ما يجعل علاقة الدائن بالبنك الكفيل تظل معرضة لكل ما يؤثر في علاقته بالعميل المكفول، على اعتبار أن العلاقة الأولى مرتبطة بالعلاقة الثانية وتابعة لها.

أما في خطاب الضمان فإن التزام البنك يعد مجردا ومستقلا عن أية علاقة سابقة، سواء علاقة البنك بعميله أو علاقة الأخير بالمستفيد، فالتزام البنك في خطاب الضمان لا يعد تابعا لالتزام العميل من حيث صحته أو بطلانه، ذلك أن البنك يلتزم بالخطاب بصرف النظر عن مركز هذا العميل وعند أول مطالبة من المستفيد[98].

– إن التزام البنك في خطاب الضمان يعد التزاما باتا ونهائيا، فلا يستطيع البنك العدول عن

---

[95] يراجع نص المادة 648 من القانون المدني الجزائري.

[96] يراجع نص المادة 660 من القانون المدني الجزائري.

[97] يراجع نص المادة 665 من القانون المدني الجزائري.

[98] محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 68.

التزامه تجاه المستفيد أو الرجوع عنه متى صدر الخطاب ووصل إلى علم المستفيد منه عدا حالة الغش الظاهر، ثم إنّه ليس له أن يرفض الوفاء في أي حال من الأحوال متى طالبه المستفيد بذلك خلال مدة سريان الخطاب متى كان محدد المدة، أو قبل تقادمه متى كان الخطاب غير محدد المدة.

وعلى العكس من ذلك، ففي عقد الكفالة المصرفية لا يكون للدائن المستفيد إلزام البنك الكفيل بتنفيذ الالتزام المكفول إلا بعد أن يثبت بالفعل أن الأمر الذي من أجله صدرت الكفالة قد تحقق، أي بعد أن يقدم المستفيد من الكفالة للبنك حكما قضائيا نهائيا يلزم العميل بالدفع[99].

– إن التزام البنك في خطاب الضمان كما سبق القول يعدّ التزاما أصليا، ومن ثم فإن وفاء البنك بقيمة الخطاب لا يجعل منه نائبا عن عميله الآمر، وإنما ملتزما التزاما مستقلا تجاه المستفيد، وهذا من شأنه أن يجعل البنك مصدر الخطاب يوفي للمستفيد دون حاجة لإخطار عميله بذلك، وهو ما يتنافى مع أحكام الكفالة المصرفية التي توجب على البنك الكفيل أن يلتزم بإخطار عميله بأية مطالبة ترده للوقوف على ما لديه من دفوع واعتراضات قبل الوفاء للمستفيد[100]، فإذا ما تبين أن للعميل دفعا أو اعتراضا على الدفع، التزم البنك بهذه الدفوع وأحجم عن تقديم المبلغ المكفول، انطلاقا من قواعد الكفالة التي تقضي بأنه يجوز للكفيل المتضامن (البنك) أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين[101]، وهذا المبدأ يتنافى صراحة مع أحكام خطاب الضمان التي تقضي بأنه لا يمكن للبنك الاحتجاج ضد المستفيد من خطاب الضمان بالدفوع المستمدة من علاقته بعميله أو الدفوع المستمدة من علاقة العميل بالمستفيد، نظرا لكون التزامه يعد التزاما جديدا ومستقلا تماما، سواء عن العلاقة التي تربط البنك بزبونه أو تلك التي تربط الزبون بالمستفيد، فيكون

---

[99] محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2001، ص 377.

[100] يراجع نص المادة 670 من القانون المدني الجزائري.

[101] يراجع نص المادة 666 من القانون المدني الجزائري.

بذلك محل تعهد البنك في الخطاب مستقلا تماما عن محل تعهد العميل تجاه المستفيد.

المطلب الثاني: آثار عقد الكفالة البنكية

متى انعقد عقد الكفالة صحيحا، فإنه يرتب آثارا فيما بين عاقديه وهما الدائن والكفيل، ونظرا لطبيعة عقد الكفالة باعتباره تابعا للالتزام الأصلي القائم بين الدائن والمدين، فإنه ينشئ بذلك علاقة بين المدين والبنك الكفيل متى وفّى هذا الأخير بالدين المكفول، وانطلاقا مما سبق، سنحاول التطرق إلى التزامات وحقوق كل من البنك الكفيل والدائن المستفيد في عقد الكفالة المصرفية في فرعين.

الفرع الأول: التزامات البنك الكفيل وحقوقه:

إن عقد الكفالة البنكية يفرض على أطرافه التزامات متبادلة، إذ يلتزم البنك الكفيل بجملة من الالتزامات لفائدة المدين، في حين يلتزم المستفيد تجاه البنك بجملة من الالتزامات نوجزها على التوالي.

أولا: التزام البنك الكفيل بالوفاء بالدين

يرتب عقد الكفالة المصرفية على عاتق البنك الكفيل التزاما بالوفاء بالدين متى تخلف العميل عن أدائه، ومن ثم يحق للدائن مطالبة البنك الكفيل عند حلول أجل استحقاق الدين، الذي يكون في الغالب هو نفسه أجل التزام البنك الكفيل، فيرجع في هذا الوقت على البنك الكفيل، ويحق له الرجوع على المدين أيضا[102].

لكن قد يحل التزام البنك الكفيل قبل حلول الالتزام الأصلي، كما لو جرى تحديد أجل لكل من الالتزامين، وكان أجل التزام البنك الكفيل أقصر، أو في الحالة التي يتم فيها مراجعة أجل الالتزام الأصلي وتمديده بالاتفاق أو بحكم قضائي دون تمديد أجل الالتزام المكفول، ففي جميع هذه الحالات يصبح التزام البنك الكفيل أشد عبئا من التزام المدين الأصلي، وهذا ما يوجب تمديد أجل التزام الكفيل

[102] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 194.

حتى يصبح مساويا أو أقل من الالتزام الأصلي، أو إفادة الكفيل من مد أجل التزام المدين، فيمتد أجل التزامه بالقدر الذي امتد به أجل الالتزام الأصلي، ويكون هذا تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني، التي تقضي بأنه لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا يشترط أشد من شروط الدين المكفول وبالمقابل تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون.[103]

هذا ويتعين بوصفه أصلاً عامّاً تحديد نطاق التزام البنك، فمتى كان أصل الدين المكفول محددا، التزم البنك الكفيل بسداد قيمته دون باقي توابعه المتمثلة في الفوائد والمصروفات ما لم يتم الاتفاق بين البنك والدائن على أن تشملها الكفالة، أما إذا كان أصل الدين المكفول غير محدد، أصبح الكفيل ضامنا لجميع التعويضات والمصاريف التي يتحملها المدين الأصلي بسبب عدم تنفيذ الالتزام[104].

وإذا كانت أحكام عقد الكفالة العادية وفقا لقواعد القانون المدني توجب على الدائن أن يجرد مدينه أولا قبل الرجوع على الكفيل، فهل يمكن للبنك الكفيل في الكفالة المصرفية في حالة مطالبته بالوفاء أن يدفع بتجريد المدين أم لا؟

بالرجوع إلى طبيعة الكفالة المصرفية يتضح أنها تأخذ صفة العمل التجاري، ذلك أن البنك عند إبرامه عقد كفالة مصرفية، يحصل في مقابل ذلك على عمولة، ومن ثم فهو يهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق الربح، وهو ما يضفي على أعماله الصبغة التجارية، مثلما أكدته المادة الثانية من القانون التجاري الجزائري.

وبالرجوع إلى القواعد العامة، وما جرى عليه العرف التجاري، يتبين أن التضامن ما بين المدينين في المعاملات التجارية مفترض، دون حاجة إلى اتفاق مسبق أو نص قانوني[105]، على

---

[103] يراجع نص المادة 652 من القانون المدني الجزائري.

[104] يراجع نص المادة 653 من القانون المدني الجزائري.

[105] يراجع نص المادة 551 من القانون التجاري الجزائري.

خلاف المعاملات المدنية، أين لا يفترض التضامن ما بين المدينين إلا بموجب الاتفاق أو نص في القانون[106].

ونتيجة لما سبق، يتضح أن التضامن في الكفالة المصرفية ما بين المدين الأصلي والبنك الكفيل مفترض، وهذا ما يترتب عليه تطبيق أحكام التضامن في العلاقة التي تربطهما، وعليه إذا رجع الدائن على البنك قبل رجوعه على المدين، فلا يكون للبنك في هذه الحالة أن يدفع برجوع الدائن على المدين أولا، لكونه متضامنا مع المدين الأصلي ومسؤولا عن كل الدين مثله مثل الكفيل العادي، بحيث لا يجوز للبنك أن يتمسك بالدفع بتجريد المدين[107] أولا على خلاف الكفيل العادي الذي يسوغ له أن يتمسك بذلك.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن الدائن ليس له مطالبة البنك والتنفيذ عل أمواله متى لم يكن حائزا على سند تنفيذي ضد الكفيل ممثلا في عقد الكفالة.

ثانيا: تمسك الكفيل بجميع الدفوع التي للمدين في مواجهة الدائن

تنص المادة 654 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين.

غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه".

وتنص المادة 666 من القانون نفسه على ما يلي: " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين".

يتضح من المادتين سالفتي الذكر أن للبنك الكفيل المتضامن مع المدين، أن يحتج بجميع

---

[106] يراجع نص المادة 217 من القانون المدني الجزائري.

[107] قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، ملف رقم 371305 مؤرخ في 2007/06/20، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2008، ص 87، والذي قضى بأن الكفالة المتضامنة تفقد الكفيل حق المطالبة بتجريد المدين من أمواله.

الدفوع التي للمدين في مواجهة الدائن، فله أن يتمسك ببطلان التزام المدين متى شابه عيب من عيوب الرضا أو انعدم ركن من أركان انعقاده كعدم توافر شرط المحل أو عدم مشروعية السبب مثلا، فيكون بذلك التزامه قابلا للإبطال كونه التزاما تابعا للالتزام الأصلي، وله أن يتمسك بنقص أهلية المدين الأصلي إلا إذا كان البنك الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، ويمكن للبنك الكفيل أيضاً أن يتمسك بانقضاء التزامه متى انقضى التزام المدين الأصلي، لكونه تابع له، لسبب غير الوفاء كالتجديد[108] أو المقاصة[109] أو اتحاد الذمة[110]أو الإبراء[111] أو التقادم[112]لأن التزامه تابع لالتزام المدين الأصلي.

فضلا عن الدفوع السابقة فإنه يمكن للبنك باعتباره كفيلا، أن يتمسك بمجموعة من الدفوع التي ينفرد بها دون مدينه فيستطيع مثلا أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات[113]، أو تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلي[114]، أو عدم تقدمه بدينه في

---

[108]وهو الاتفاق على استبدال دين جديد بدين قديم، فيترتب على ذلك انقضاء دين وإنشاء آخر، ويكون الدين الجديد مختلفا عن الدين القديم، وهذا ما أكدته المادة 287 من القانون المدني الجزائري.

[109]إذا انقضى التزام المدين بالمقاصة بين دينه ودين له في ذمة الدائن، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعا لذلك وله أن يتمسك بانقضاء التزامه حتى ولو لم يتمسك المدين بالمقاصة أو تنازل عن التمسك بها، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام المقاصة المواد من 297– 303 من القانون المدني الجزائري..

[110]إذا انقضى التزام المدين باتحاد الذمة كما لو ورث المدين الدائن، أو أوصى الدائن للمدين بالدين، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعا لذلك ما لم يزل اتحاد الذمة بأثر رجعي، كما لو كانت الوصية معلقة على شرط ملغى أو فاسخ، وتحقق الشرط، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام اتحاد الذمة في المادة 304 من نفس القانون.

[111]إذا انقضى التزام المدين بالإبراء من الدين، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعا لذلك، فإذا تنازل الدائن عن حقه للمدين مثلا دون مقابل، كان للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعا لذلك، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الإبراء في المادتين 305 و306 من ذات القانون.

[112]إذا انقضى التزام المدين بمضي مدة معينة عن الدين دون المطالبة به، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعا لذلك، ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام التقادم ومدته في المواد من 308 إلى 322 من القانون نفس المذكور.

[113]فقد يكون الدين مضمونا بضمانات أخرى عينية أو شخصية فيجب على الدائن المحافظة عليها، وعلى اعتبار أن إضاعته لهذه الضمانات من شأنه أن يؤثر في حقوق البنك، إذ إنّ الوفاء للدائن يجعل البنك يحل محله في الرجوع على المدين، ومن ثمّ فإضاعة تلك الضمانات من شأنها أن تمس بحقوق البنك والكفيل.

[114]إذ يجوز للبنك الكفيل أن يتمسك بإبراء ذمته، متى تأخر الدائن في المطالبة بالدين، خلال أجل ستة أشهر التي تلي تاريخ استحقاق الدين رغم إنذاره بذلك، ما لم يكن البنك الكفيل قد حصل على ضمانات كافية من المدين، والضرر في هذه الحالة مفترض، مادام البنك متضامنا مع المدين الأصلي، فإن كل تأخير في المطالبة بالدين من شأنه أن يؤثر في وضعيته.

تفليسة المدين الأصلي[115]، إلى غير ذلك من الدفوع التي يمكن للبنك إثارتها في مواجهة الدائن متى طالبه الأخير بالوفاء.

ثالثا: حق البنك في الرجوع على المدين

يتحدد التزام البنك الكفيل في تنفيذ التزام المدين الأصلي متى عجز هذا الأخير عن الوفاء به، فالبنك بوفائه للدائن يكون قد وفى دين غيره وهذا ما يعطيه الحق في الرجوع على المدين الأصلي بقيمة ما وفاه وما أداه عنه، ويكون له ذلك إما بمقتضى الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة) أو بمقتضى دعوى الحلول، وسنحاول التطرق إلى الدعويين بشيء من التفصيل فيما يلي.

1- الدعوى الشخصية

تنص المادة 670 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين، إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه".

وتنص المادة 672 من نفس القانون المذكور على ما يلي: " يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه".

يتضح من المادتين السابقتين أن البنك الكفيل متى وفى بالدين المكفول كان له أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين ورضاه أو بغير علمه، وسواء أكان الكفيل عاديا أو متضامنا مع الإشارة إلى أن عقد الكفالة المصرفية يستوجب علم المدين بالكفالة، لأنه هو من يتجه إلى البنك من أجل مطالبته بكفالته لدى الدائن.

هذا ويلتزم البنك بإخطار المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع عليه، والغاية من ذلك تمكين المدين من الاعتراض على هذا الوفاء متى كانت لديه أسباب كفيلة بذلك،

[115] يراجع نص المادتين 658 و622 من القانون المدني الجزائري.

كأن يكون قد وفى الدين للدائن أو كانت لديه أسباب لبطلان الدين وانقضائه.

ويقع عبء إثبات الإخطار على الكفيل، ويتم إثباته بجميع الوسائل وفقا للقواعد العامة في القانون المدني[116].

والملاحظ أن البنك يرجع على المدين في الدعوى الشخصية بأصل الدين وجميع التعويضات والمصروفات المترتبة على عقد الكفالة.

ويشمل أصل الدين كل ما دفعه البنك الكفيل للدائن، من أجل إبراء ذمة المدين والفوائد المترتبة عليه، متى كان هذا الدين منتجا لفوائد قانونية أو اتفاقية.

ويدخل في أصل الدين، كل ما يضطر البنك لدفعه للدائن في نظير المصروفات التي تكبدها هذا الأخير في مواجهة المدين[117]، ومع ذلك فلا يكون للكفيل أن يرجع إلا بالمصروفات التي أنفقها من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات المتخذة ضده[118].

02-دعوى الحلول

قد لا يكون من مصلحة البنك الكفيل الرجوع على المدين الأصلي بدعوى الكفالة فيفضل أن يرجع عليه بدعوى الحلول التي مؤداها أن يحل الكفيل الذي وفى الدين المكفول محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين وذلك تطبيقا لنص المادة 671 من القانون المدني الجزائري والتي جرى نصها كالآتي: " إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين".

---

[116] كأن يتم الإثبات باستعمال شهادة الشهود أو بالإقرار أو بالقرائن أو باليمين.

- يراجع نص المادة 333 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

[117] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 173- 174.

[118] محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 96.

يستفاد من المادة سالفة الذكر أنه لا يجوز للبنك الكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول إلا إذا قام من جهة بوفاء الدين عن المدين، أيا كانت طريقة الوفاء سواء بقضائه أو بما يقوم مقام الوفاء كالتجديد والمقاصة، أما إذا لم يوف البنك الكفيل بالدين كما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل، فلا يحل الكفيل محل الدائن، ولا محل لدعوى الحلول في هذه الحالة، وكان هذا الوفاء من جهة أخرى عند حلول أجله، فإذا ما عجل البنك الكفيل الوفاء بغير رضا المدين وقبل حلول أجل الدين الأصلي سقط حقه في الرجوع على المدين، بحيث لا يمكنه الرجوع على مدينه بدعوى الحلول إلا عند حلول أجل الدين، ذلك أنه قد تكون للمدين أسباب تؤدي إلى انقضاء الدين أو دفوع تبرئ ذمته من الدين[119].

هذا ويحل البنك الكفيل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص فإذا كان حق الدائن تجاريا، انتقل إلى الكفيل بهذه الصفة، وإن كان حقا يسقط بالتقادم القصير فإنه ينتقل إلى البنك الكفيل قابلا للسقوط بالتقادم بهذه المدة.

فضلا عن ذلك يحل البنك الكفيل محل الدائن في حقه بما يلحق هذا الحق من توابع[120] وما يكفله من تأمينات[121] وما يرد عليه من دفوع[122].

وفي كل الحالات، ليس للبنك الكفيل الذي وفى بجزء من الدين وحل محل الدائن فيه، أن يرجع على المدين الأصلي بدعوى الحلول، إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين[123].

---

[119] يراجع نص المادة 670 من القانون المدني الجزائري.

[120] يعدّ تابعا الحق في الحبس مثلا، فتنتقل العين المحبوسة من الدائن إلى الكفيل، ومن ثم يكون لهذا الأخير الحق في حبسها حتى يستوفي الدين من الدائن، أو إذا كان هنالك شرط جزائي فإن الكفيل يستفيد منه كما كان الدائن يستفيد منه.

[121] إذ ينتقل إلى الكفيل مع حق الدائن ما يكفل هذا الحق من تأمينات عينية كالرهن الرسمي أو الحيازي أو حقوق الامتياز على عقار.

[122] فإذا كان الحق مصدره عقدا باطلا أو قابلا للإبطال، جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الكفيل كما كان له ذلك اتجاه الدائن.

[123] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 190.

الفرع الثاني: التزامات المستفيد وحقوقه

بعدما تعرضنا فيما سبق لالتزامات البنك الكفيل وحقوقه، يبقى لنا التطرق في هذا المطلب لدراسة التزامات المستفيد وحقوقه، أي الدائن الناشئة عن ذات العقد، والمتمثلة في التزامه بتسليم البنك الكفيل جميع المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين، وكذا حقه في مطالبة البنك الكفيل بالوفاء متى حل أجله، وهو ما سنعرضه فيما يلي.

أولا: التزام الدائن بتقديم المستندات اللازمة للبنك الكفيل

تحدد التزامات الدائن وفق العقد المبرم بينه وبين الكفيل، على أساس من الحرية التعاقدية وبذلك يلتزم بما وجب عليه في هذا العقد بالإضافة إلى ما أوجبه القانون[124].

وبالرجوع إلى المادة 659 من القانون المدني الجزائري نجدها تنص على ما يلي: " يلتزم الدائن بأن يسلم إلى الكفيل وقت وفاء الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل.

أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل، على أن يرجع بها على المدين".

يتضح من نص المادة السابقة، أنه يتعين على الدائن أن يسلم إلى البنك الكفيل جميع المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين، متى قام البنك الكفيل بوفاء قيمة الدين المكفول، كسند الدين المكفول وغيرها من المستندات اللازمة لرجوع البنك الكفيل على المدين.

هذا ويلتزم الدائن أيضا بأن ينقل للبنك جميع التأمينات الضامنة للدين سواء أكانت منقولات أو عقارات، فمتى كان الضمان منقولا، التزم الدائن بالتخلي عنه ونقله إلى البنك الكفيل، أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري التزم الدائن في هذه الحالة بالقيام بجميع الإجراءات اللازمة لنقل هذا

[124] محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 94.

التأمين إلى البنك الكفيل، على أن يتحمل هذا الأخير جميع مصاريف النقل وأن يرجع بها على المدين فيما بعد.

ثانيا: مطالبة البنك الكفيل بتنفيذ التزاماته

للدائن أن يطالب البنك الكفيل بمبلغ الدين المكفول عند حلول أجل الدين، فحق الدائن بالمطالبة هو الوجه المقابل لالتزامات البنك الكفيل بتنفيذ التزاماته التي سبق التطرق إليها عند دراسة التزامات وحقوق البنك الكفيل، وعليه فلن أطيل في التحليل وإنما أحيل القارئ إلى ما قيل سابقاً.

ومن ثم يحق للدائن، متى حل أجل الوفاء بالدين أن يطالب الكفيل بتنفيذ التزامه المتمثل في الوفاء بالدين وملحقاته ونفقات مطالبته، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة التي استعرضنا خلالها أحكام الكفالة البنكية بوصفها أداة للضمان في التشريع الجزائري انتهينا إلى أنّ الكفالة البنكية تقوم على أساس تدخل البنك بوصفه كفيلاً لصالح الطرف الدائن إلا أنّ تدخله ينطوي على مساعدة عميله، فيؤدي هذا التدخل إلى تقوية ائتمانه ويمكنه من الحصول على النقود أو على آجال لتسديد الديون، ويتميز عقد الكفالة البنكية بأنه عقد رضائي وملزم لجانب واحد ويقوم على الاعتبار الشخصي وهو عقد تابع لالتزام المدين، وهو بهذا المعنى يستلزم تطبيق أحكام التضامن في الكفالة المصرفية ما بين المدين الأصلي والبنك الكفيل، فإذا رجع الدائن على البنك قبل رجوعه على المدين، فلا يكون للبنك في هذه الحالة أن يدفع برجوع الدائن على المدين أولا لكونه متضامنا مع المدين الأصلي ومسؤولا عن كل الدين مثله مثل الكفيل العادي، وبالمقابل لا يجوز للدائن مطالبة البنك والتنفيذ على أمواله متى لم يكن حائزا على سند تنفيذي يتمثل في عقد الكفالة ضد الكفيل.

المصادر والمراجع:

- إلياس ناصيف، العقود المصرفية (التحويل المصرفي، الحساب المشترك، الكفالة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، لبنان، 2014.

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

- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية، القاهرة، 1993.

- محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2001.

- محمود الكيلاني، عمليات البنوك، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، الجزء الأول، دار الجيب للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.

- هاني دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، لبنان، 2008.

- القانون رقم 04/06 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لـ20 فبراير 2006 يعدل ويتمم الأمر 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 والمتعلق بالتأمينات. منشور في الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في: 12 مارس 2006.

- Nacéra DERDER, QUEL SYSTEME DE GARANTIE DES DEPOTS BANCAIRES POUR L'ALGERIE ? REVUE DES SCIENCES COMMERCIALES , Vol. 21, N°01: Juin 2022.

- الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في: 30 سبتمبر 1975.

- الأمر 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 101، الصادرة في: 30 ديسمبر 1975.