

دور الكفالة المصرفية في مجال الائتمان

أ/ بنت الخوخ مريم/أستاذة مساعدة "أ"/المركز الجامعي مرسلبي عبد الله

الملخص:

لقد عرف استخدام الكفالة المصرفية تطورا كبيرا، فقد كانت في الأصل مجرد خدمة تقدم من شخص إلى الغير سواء أكان قريب أو صديق عل سبيل التبرع، إلا أن إحتياجات و مقتضيات الحياة الإقتصادية المعاصرة أدت إلى إستخدامها كأداة إئتمان من قبل المؤسسات المالية والمصرفية وذلك كوسيلة فعالة تشجع على تمويل المشاريع الإقتصادية المختلفة، عندما يعجز الأفراد عند إنشاء هذه المشاريع عن توفير السيولة النقدية اللازمة لسد إحتياجاتها من الأموال، فالفوائد التي حققتها الكفالة المصرفية للبنك الكفيل و عميله المكفول هي التي أدت إلى إنتشارها على نطاق واسع إثر إستخدامها و اللجوء إليها بشكل متزايد من قبل البنوك .

كما إتضح لنا من خلال البحث أنه بالرغم من التطور الذي طرأ على إستخدام الكفالة المصرفية إلا أنها لاتزال تخضع لأحكام القانون المدني الذي وضع تنظيم خاص للكفالة و الذي لا يواكب هذا التطور مما يستوجب إجراء تعديل على القانون التجاري نظرا للطبيعة القانونية لهذا النوع من الكفالات و ذلك بالشكل الذي يساير هذا التطور و التغيير الذي طرأ على إستخدام الكفالة المصرفية.

Résumé:

Le système de cautionnement a connu de grands développements, il était à l'origine réduit à un service fourni par une personne à une autre, tel qu'un ami ou un parent, sous la forme d'un don. Mais les besoins et les exigences économiques contemporains ont conduit à son utilisation comme un instrument de crédit par les institutions financières et les banques afin d'améliorer l'efficacité financière et encourager le financement de divers projets économiques. Lorsque les personnes créatrices de projets manquent de fonds et sont dans l'incapacité de se financer, ils se tournent vers les banques, ces dernières grâce à la forte demande sur le cautionnement bancaire ainsi qu'aux énormes profits engrangés par le secteur financier ont conduit à sa généralisation.

Cependant, malgré les progrès dans l'utilisation des services de cautionnements bancaires, ils sont encore soumis aux dispositions du droit civil qui ne tient pas compte de l'évolution du contexte économique, ce qui nécessite une modification du droit commercial prenant en considération les

changements économiques et mettant en place une réglementation spécifique pour le cautionnement bancaire.

المقدمة:

الضمانات بمفهومها العام هي تلك الوسائل القانونية التي تسعى إلى ضمان الوفاء بالالتزام و هذه الضمانات تدخل في إطار الائتمان التي يمكن للمؤسسات البنكية أن توزعه على زبائنها، و ذلك بالنظر إلى تعدد مجالات تدخلها في علاقاتها مع عملائها .

و يتمثل هذا الائتمان في تمكين العميل من الحصول على الطلب الذي ينشده، بأن يمكنه البنك من الوفاء بالتزاماته لدى الغير و الحصول على أجل أو ثقة من دائنيه، فقد يقرض توقيعه مقابل عمولة في صورة ضمان إحتياطي على ورقة تجارية، أو في صورة قبول للأوراق التجارية، أو في صورة إصدار لخطاب الضمان، غير أنه من أهم هذه الضمانات هي الكفالة المصرفية التي تضع رهن إشارة الأطراف مزايا متعددة سواء للبنك الكفيل أو عميله المكفول أو الدائن، فتقدم للعميل المدين الائتمان الذي يريده و ذلك من خلال تدعيم مركزه المالي أمام دائنيه، و تقدم للدائن الضمان الذي يريده و يسعى للحصول عليه كما أنها تشكل موردا ماليا هاما للبنك الكفيل من جهة، و من جهة أخرى تقدم خدمة كبيرة للإقتصاد الوطني من خلال تسهيل المعاملات التجارية.

و على هذا الأساس نطرح الإشكالية التالية :

ما هو الدور الذي تلعبه الكفالة المصرفية في تدعيم الائتمان؟ و ما هي النصوص القانونية التي تحكمها أم أنها لا تزال خاضعة للقواعد العامة التي تحكم الكفالة في القانون المدني؟ و ما هي الخصائص التي تنفرد بها الكفالة المصرفية ضمن الضمانات البنكية؟.

للإجابة على الإشكالية سنتبع الخطة التالية.

المبحث الأول: ماهية الكفالة المصرفية :

تنقسم الكفالة في مجال الائتمان إلى كفالة يطلبها البنك كضمان لوفاء المدين بالتزاماته، و كفالة يمنحها البنك لعميله عن طريق التوقيع و هي الكفالة المصرفية التي تعد من عمليات الائتمان المصرفي غير المباشر، و هي من الضمانات غير المستقلة لأنها تستند إلى التزام آخر بين المدين المكفول و الدائن .

و عليه سنركز في هذا المبحث على ماهيتها و طبيعتها القانونية و تمييزها عن بعض الضمانات البنكية التي تشبهها.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة المصرفية:

سنحاول من خلال هذا المطلب إعطاء تعريف للكفالة المصرفية من أجل تحديد طبيعتها القانونية ما إذا كانت كفالة مدنية تخضع للقانون المدني أم أنها كفالة تجارية تخضع للقانون التجاري، و على أساس ذلك تظهر لنا مدى أهميتها في مجال الإئتمان.

الفرع الأول: تعريف الكفالة المصرفية:

الكفالة من عقود الضمان المالي و باعتبارها أداة تأمين و إئتمان فتمثل في ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة بدين أو عين (1)

والكفالة في المجال البنكي لا تخرج عن القواعد العامة للكفالة المنصوص عليها في القانون المدني و المنظمة من المواد 664 إلى 673 منه، مع الأحكام التي تقرضها العادات المصرفية كما أنها تستمد بعض القواعد من الممارسات العقدية طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وتعرف الكفالة في القانون المدني في المادة 664 بأنها "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ الإلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يفي به المدين نفسه " .

أما في المجال البنكي فتعرف بأنها "عقد رضائي يكفل بمقتضاه المصرف تنفيذ إلتزام معين على العميل بأن يتعهد لدائنيه بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يفي به المدين نفسه أي العميل" (2).

فهي أداة إئتمان يقدمها البنك لكفالة عميله، حيث يتعهد بموجبه بالوفاء بدين العميل إتجاه الغير إذا أخل هذا الأخير بالإلتزام الذي كفل المصرف تنفيذه، و تظهر هذه الكفالة إما في شكل ضمان لعميله حيث يلتزم بالوفاء بقيمة القرض و دفع ملحقاته للمقرض في حالة إذا لم يدفع العميل المقرض، فيسمح هذا الضمان بالحصول على قرض من مؤسسة مالية أخرى، أو في شكل عملية قرض عندما يقوم بضمان تنفيذ إلتزام المدين كما في حالة إلتزام بالتوقيع طبقا للمادة 68 من قانون النقد و القرض 03-11 "يشكل عملية قرض في هذا الأمر كل عمل لقاء عوض يوضع بموجب شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الأخر إلتزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان" (3).

و إن كان المشرع الجزائري يعتبر الكفالة عملا مدنيا وفقا للمادة 651 /1 بغض النظر عن طبيعة الدين أو الكفيل بإستثناء الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن تظهير هذه الأوراق التي إعتبرها عملا تجاريا و ذلك من خلال المادة السالفة الذكر في فقرتها الثانية .

بينما الكفالة المهنية أي المصرفية التي تمنح بمقابل فهي تعد عملا تجاريا بحسب الموضوع طبقا لنص المادة 2 من القانون التجاري، التي تقضي بأن جميع عمليات المصارف هي تجارية، وعليه يمكن أن تثبت الكفالة المصرفية في مواجهة المصرف بكافة الطرق، و تعد كفالة تضامنية عملا بقاعدة إفتراض التضامن في المواد التجارية، فلا يمكن للمصرف الدفع بالتجريد أو التقسيم المقرر للكفيل العادي (4).

وهذا ما يزيد من فعاليتها في مجال الائتمان إذ أنها تبعث بالثقة لدى الدائن لكونها تجنبه خطر الدفع التي يتمسك بها الكفيل للتحلل من إلتزاماته (5)، فوفقا لمبدأ التضامن يعد إلتزام المصرف أصليا و ليس تابعا كما هو الحال في إلتزام الكفيل في الكفالة الشخصية، و يمكن للدائن بموجبه أن يطالب الكفيل أولا و بذلك يتمكن من الحصول على حقه كاملا نظرا لما يتوفر عليه البنك من سيولة دائمة .

فالمصرف كشركة تجارية يقوم بتقديم كفالة على وجه الإحتراف و يتلقى مقابلا على ذلك، فهذه الخاصية تضفي عليه مسالة الثقة و اليسار، بالإضافة إلى مصدر الأموال التي يكفل بها المصرف والتي تجعله موسرا تأتي من العمليات العديدة التي تدخل ضمن نشاطه من فتح الإعتماد والحسابات الجارية التجارية .

الفرع الثاني: أهمية الكفالة المصرفية.

إن التعهدات المصرفية من العمليات البنكية التي تم إبتداعها و تطويرها من قبل البنوك ذلك أن تعقيدات الحياة الاقتصادية أصبحت تتطلب من البنوك إبتداع وسائل إئتمانية جديدة بما يواكب التطور الإقتصادي و التجاري .

و تتمثل أهمية الكفالة المصرفية أنها تعمل على توفير الثقة بين المتعاقدين، و تساعد على حسن تنظيم الأعمال و تقادي أي أعطال أو معوقات ترتبط بتأخير العمل مما يؤدي بدوره إلى تدفق الأموال لأغراض الإستثمار في العديد من مجالات النشاط الاقتصادي، فالعديد من النشاطات تتطلب تقديم كفالة صادرة من أحد البنوك لأداء الأعمال وحسن تنفيذها، بدلا من الحصول على تأمين نقدي، لأن هذا الأخير يعتبر عملية مرهقة لكلا من المتعاقدين إذ تؤدي إلى تجميد أموال من قدمها و هو بحاجة إليها لتمويل التعاقد، ومن جهة أخرى فإن أخذ التأمين سوف ترهقه عملية المحافظة عليه، لذلك وجدت الكفالة المصرفية التي تحقق فوائد عديدة لأطرافها (6).

فبالنسبة للعميل فإنها تضع تحت يده أداة للثقة و الإئتمان، إذ تمكنه من أن يقدم لدائنه ضمانا كافيا من خلال الحصول على ما يحتاجه من المال أو الأجال فهو بذلك يحصل على الائتمان الذي

ينشده، فكفالة البنك لعميله تبعث الثقة في نفوس المتعاملين مع المدين، ليحصل بدوره هذا الأخير على ما يريد من النقود أو الأجال اللازمة لتنفيذ التزاماته (7).

أما بالنسبة للمستفيد فإن الفائدة التي يحققها من إصدار الكفالة المصرفية هي الوقاية من خطر عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو التعويض عن إخلال المدين بالتزاماته فالهدف منها هو تأمين أو ضمان الوفاء بالدين أو بعبارة أخرى تقادي نتائج التخلف عن تنفيذ الإلتزام، فالمستفيد يصبح أمام مدينين يطالب أيهما يشاء مما يقوي من مركزه في علاقته بالمدين (8).

أما بالنسبة للبنك مصدر الكفالة فتمثل في العمولة التي يتقاضاها لقاء هذه الخدمة التي يقدمها لعملائه و التي لا تكلفه سوى نفقات إدارية بسيطة (9).

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عما يشبهها من عمليات البنوك.

غالبا ما تتشابه الكفالة المصرفية مع بعض العقود خاصة العقود الناتجة عن الممارسات البنكية لذا كان من الضروري أن نميز هذا النوع من العقود عما يشابهه.

الفرع الأول : الكفالة المصرفية و عقد تأمين الضمان .

يعرف عقد تأمين القرض أنه " إتفاق بين مؤمن و مكاتب تأمين يكون غالبا مؤسسة صناعية أو تجارية ترغب في الحصول على ضمان دفع الديون الناتجة عن بيع أو خدمات من طرف الملتزمين بالوفاء بها في حالة إخلال هؤلاء بالتزاماتهم يعوض المؤمن له إما بمجرد حلول أجل إستحقاق الدين و إما بعد مرور مدة معينة من أجل الوفاء، و إما بعد أن تثبت عدم ملاءتهم" (10)، فهو ما يترتب على عاتق شخص و يسمى المؤمن من إلتزام كأثر للعقد الذي أبرمه مع شخص آخر يسمى بالمستأمن لتغطية خطر عدم الوفاء بالدين المضمون عند حلول أجله.

وعليه فإن الكفالة المصرفية تتشابه مع تأمين القرض بخصوص ما يترتب على كلا العقدين من آثار في حالة عدم قيام المدين بالوفاء بالدين، بحيث يجعل الكفيل و المؤمن ملتزمين بالوفاء، ذلك أن الغرض من كلا العقدين هو تجنب النتائج التي تترتب على عدم وفاء المدين بالدين أو بمعنى آخر تأمين أو ضمان وفاء الدين (11) .

أما عن وجه الإختلاف ففي الكفالة المصرفية الكفيل يتدخل لمساعدة المدين و تقوية إئتمانه لدى دائنيه بينما في عقد تأمين الضمان فالمؤمن لا يهدف إلى مساعدة المدين و إنما إلى مساعدة الدائن لأنه هو الذي قام بإبرام العقد وتأمين نفسه من خطر عدم وفاء المدين بالدين (12).

كما أن المؤمن و بموجب عقد التأمين المبرم بينه و بين الدائن يلتزم إتجاه هذا الأخير إلتزاما أصليا بتعويض الدائن عن الضرر الذي يمكن أن يلحق به نتيجة إعسار المدين، أي بمعنى أنه لا

يلتزم بوفاء دين المدين ذاته، بينما يلتزم البنك في الكفالة المصرفية بوصفه كفيلا تابعا لإلتزام آخر أصلي هو التزام العميل المكفول بوفاء دين هذا الأخير إذا لم يدفعه .

و يظهر الخلاف كذلك في كون أن المؤمن في عقد التأمين في حالة الوفاء بالدين لا يملك حق الرجوع على الشخص المؤمن، أما الكفيل فله حق الرجوع على المكفول الذي قام بالوفاء بدينه(13).
الفرع الثاني: الكفالة المصرفية و خطابات الضمان.

يعرف خطاب الضمان بأنه "تعهد مكتوب يصدره المصرف بناء على طلب عميله لصالح المستفيد يتعهد فيه المصرف بأن يدفع في حدود المبلغ المذكور به إلى المستفيد عند أول طلب و ذلك بغض النظر عن أي اعتراض من العميل بشرط أن تتم أية مطالبة تحت هذا التعهد في خلال مدة سريانه و إلا سقط حق المستفيد في الرجوع على المصرف" (14).

و عليه تتشابه الكفالة المصرفية مع خطاب الضمان في أن كلا منهما عملية مصرفية تتم بطريق التوقيع غير أن الإختلاف بينها يظهر من خلال تحديد إلتزام البنك في مواجهة الدائن أو المستفيد من خطاب الضمان أو الكفالة المصرفية، ففي الكفالة و إن كانت تضامنية فإن إلتزام الكفيل يظل تابعا لإلتزام المدين و إن إمتنع عليه الدفع بالتجريد، أما إلتزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان فهو إلتزام مباشر إجاه المستفيد مستقل في تنفيذه عن علاقة البنك بالعميل من جهة و عن علاقة العميل بالمستفيد من جهة أخرى (15).

ومن أهم مظاهر هذا الإستقلال أن إلتزام البنك يكون محددًا بمبلغ الخطاب أيا كان مقدار مديونية العميل للمستفيد، و كذلك فإن إلتزام البنك إتهام المستفيد لا يرتبط في إنقضائه إلتزام العميل، بل ينقضي إلتزام البنك إستقلالًا بانتهاء مدة الخطاب دون مطالبة أو بالوفاء بقيمته أو ما يقوم مقام هذا الوفاء (16).

المبحث الثاني: النظام القانوني للكفالة المصرفية:

تخضع الكفالة المصرفية من حيث إبرامها إلى للقواعد العامة في إبرام العقود من رضا و محل و سبب فمتى نشأ العقد صحيحا مستوفيا لجميع أركانه و شروط صحته رتب آثارا لكل من طرفية وهما الدائن و الكفيل دون المدين الذي لا يعتبر طرفا في العقد .

المطلب الأول: إبرام عقد الكفالة المصرفية :

عقد الكفالة المصرفية من العقود المسماة لذلك يشترط لإنعقاده ذات الشروط الموضوعية التي تعد أركانه العامة، على إعتبار أن هذا العقد يخضع في إبرامه إلى قواعد الشريعة العامة أي القانون

المدني من الأهلية و الرضا و المحل و السبب، بالإضافة إلى شروط أخرى تقتضيها طبيعة هذا العقد و يتميز بها عن غيره من العقود .

الفرع الأول: الشروط العامة للعقد :

وهي الشروط التي يتطلبها أي عقد لانعقاده، و المتمثلة في الأهلية و الرضا و المحل والسبب.

أولاً : الأهلية :

إن الشخصية المعنوية هي الأهلية القانونية المعترف بها لجماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال لإكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات على غرار الأهلية المعترف بها للشخص الطبيعي (17).

و الشركة التي تتمتع بالشخصية القانونية تكون أهلاً للقيام بأي نشاط بما فيها القانون التجاري، وهذا مانصت عليه المادة 19 و 20 منه المتعلقة بالأشخاص الملزمين بالقيود في السجل التجاري، كما نصت المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 97 -04 المؤرخ في 18/01/1997 و المتعلق بمعايير تحديد النشاطات و المهن المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري و تأطيرها " كل شخص معنوي تجاري.. "

و بما أن البنك الكفيل معنوي يتخذ شكل شركة مساهمة و يمارس النشاط البنكي الذي يعد من الأعمال التجارية بحسب الموضوع، و بالتالي فإن الأهلية التجارية مطلوبة فيه و التي تثبت له بمجرد توفره على الشخصية المعنوية بعد قيده في السجل التجاري، بعد أن يكون قد إستوفى الشروط المطلوبة لذلك إذ يصبح بذلك أهلاً لإكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات، و بالتالي اكتساب البنك للشخصية القانونية تجعله كامل الأهلية لمنح توقيعه بواسطة آلية الكفالة المصرفية و ذلك في إطار القدرة المالية المخصصة له (18).

ثانياً : الرضائية :

يستلزم في عقد الكفالة المصرفية توافر رضی طرفي العقد و هما الدائن و الكفيل و أن يكون رضاها خالياً من أية عيوب (19)، فهي تتعدّد بمجرد تراضي طرفيها و لا يشترط فيه أي شكل خاص، فلا يؤثر الطابع الرضائي إشتراط المشرع في المادة 645 من القانون المدني و جوب ثبوتها بالكتابة، فالكتابة المطلوبة هنا للإثبات و ليس للإنعقاد و بالتالي يمكن التعبير عن الرضائية بأي وسيلة كانت (20).

و بإعتبار أن الكفالة المصرفية تعد عملا تجاريا فإنها تخضع لحرية الإثبات و بالرجوع إلى المجال العملي البنكي نجد أن الكفالة تتم دائما في عقد مكتوب مستقل بذاته أو في نفس محرر الالتزام الأصلي .

ثالثا -المحل:

يتمثل في الغرض من منح البنك توقيعه في الرغبة في منح الضمان لعميله، أي الأداء المحتمل لما على المدين من ديون ناشئة عن الإلتزام الأصلي، و الأصل فيه أن يكون محدد المقدار، كما يمكن أن يكون غير محدد و في هذه الحالة يضمن البنك كل التعويضات و المصروفات التي تكون على عاتق المدين الأصلي .

رابعا - السبب :

عقد الكفالة من العقود الملزمة لجانب واحد و عليه و بغية تحديد السبب الدافع لالتزام الكفيل يتم البحث في إطار العلاقة التي تربط الدائن بالمدين، و يشكل السبب في الكفالة أهم الوسائل القانونية لمراقبة مدى مشروعية الإلتزام، و عليه يعتبر عقد الكفالة باطلا إذا كان سبب التزام الكفيل مخالفا للنظام العام و الآداب العامة (21).

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالكفيل البنك:

حتى تتحقق الغاية من الكفالة بإعتبارها تأمينا شخصيا إشتراط المشرع في القواعد العامة شروطا لابد من توافرها في الكفيل الملتمزم بالوفاء وفقا للمادة 646 ق م " إذا إلتزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا و مقيما في الجزائر، و له أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا " .

أولا - شرط يسار الكفيل :

يكون الكفيل موسرا إذا كانت لديه أموال عقارية أو منقولة تكفي للوفاء بالدين، و هذا يعطي للكفالة المصرفية ضمانا أكثر فعالية ذلك أن المصرف في حالة يسر دائم و مستعد للوفاء في حالة عدم وفاء المدين الأصلي، و هذا يزيد من ثقة الدائن في المصرف فهو لا يمنح كفالته إلا إذا كان المدين أهلا لذلك .

فالمصرف كشركة تجارية يقوم بتقديم الكفالة على وجه الاحتراف و يتلقى مقابل ذلك عمولة فهذه الخاصية تضيف عليه مسألة الثقة و اليسار بالإضافة إلى مصدر الأموال التي يكفل بها المصرف و التي تجعله موسرا تأتي من العمليات العديدة التي تدخل ضمن نشاطه من فتح الإعتماد، و الحسابات الجارية التجارية، و عقود الوديعة حيث أن المصرف لا يلتزم برد النقود المودعة لديه

بذاتها، إذ يحق له أن يتصرف فيها عن طريق قرضها للغير بإحدى عملياته المصرفية من بينها الكفالة (22).

ثانيا- شرط الإقامة في الجزائر :

إشترطت المادة 646 ق م أن يكون الكفيل مقيما في الجزائر سواء كان طبيعيا أو معنويا وذلك ضمانا لمصلحة الدائن و تيسيرا عليه، بالإضافة إلى تبسيط الإجراءات عليه عند مطالبته بالدين وتخضع إقامة الكفيل كشخص طبيعي إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني بخصوص الموطن و الإقامة (23).

أما إذا كان الكفيل شخص معنوي فموطنه هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، أما بالنسبة للشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج و نشاطها في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر (24).

المطلب الثاني: تنفيذ عقد الكفالة المصرفية.

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى الآثار المترتبة على عقد الكفالة سواء بالنسبة للأطراف أو بالنسبة للغير، لنبحث بعد ذلك في الأسباب الموجبة لانقضاء هذا النوع من العقود .

الفرع الأول: آثار عقد الكفالة المصرفية .

يترتب على عملية إصدار الكفالة المصرفية آثار متمثلة في الحقوق و الإلتزامات الواقعة على أطراف هذه العملية،بالإضافة إلى ما قد ترتبه من آثار بين البنك الكفيل و المدين .

أولا: إلتزامات البنك الكفيل و حقوقه .

يقع على عاتق البنك الكفيل بموجب عقد الكفالة الإلتزام بضمان تنفيذ إلتزام المدين و ذلك الوفاء به في حالة تخلف هذا الأخير عن الوفاء به بنفسه، و للدائن أن يختار بين أن يبدأ بمطالبة المدين أو البنك الكفيل و ذلك وفقا لما يرتبه العقد و لما إستقر عليه العمل المصرفي من أن كفالة البنك تضامنية . و عليه يمكن أن نفرق بين ثلاث حالات :

- إذا حل أجل إلتزام الكفيل في نفس الوقت الذي حل فيه أجل الدين المضمون، فللدائن في هذه الحالة مطالبة البنك الكفيل عند حلول أجل الإلتزام المضمون،و لا يملك البنك الكفيل الدفع بالرجوع على المدين او لا (25).

- إذا حل أجل إلتزام البنك الكفيل قبل أن يحل أجل الإلتزام المضمون أي،ن التزم البنك في هذه الحالة يكون أشد عبئا من الإلتزام المكفول، لذا لا بد في هذه الحالة تأجيل أجل التزم البنك الكفيل إلى وقت حلول أجل الإلتزام المكفول، فبالرغم من أن الكفالة البنكية تضامنية

فهذا لا يمنع من تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، فإذا قام الدائن بتمديد أجل التزام المدين إلى أجل أبعد من أجل التزام الكفيل، فهذا الأخير الخيار بين الوفاء بالدين الأصلي بمجرد حلول أجل التزامه و بين الاستعادة من مدة الأجل (26).

- إذا حل أجل التزام الدين الأصلي قبل حلول أجل التزام الكفيل، فلا يجوز للدائن مطالبة الكفيل بالوفاء قبل حلول أجل التزامه، لان التزام الكفيل يجوز ان يكون اقل عبثا من التزام المدين .

أما بالنسبة لحقوق البنك الكفيل فنظرا للطبيعة التجارية للعمل المصرفي فإن عقد الكفالة البنكية تكون تضامنية عملا بقاعدة عدم افتراض التضامن في المواد التجارية، و نتيجة لذلك يمنع على البنك الكفيل الدفع بالتجريد و الدفع بالتقسيم، غير أن هذا لا يمنع بقاء التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين وجودا و عدما، لذا يحق له التمسك بمجموعة من الدفع باسمه الخاص لما له من مصلحة شخصية في انقضاء الإلتزام المكفول أو بطلانه، كما له أن يتمسك بها و لو تنازل عنها المدين (27) و مثال ذلك أن يدفع بتقادم الدين المكفول بالرغم من تنازل المدين المكفول أو عدم تمسكه بهذا الدفع بحيث ينقضي الدين بالنسبة للكفيل و يبقى قائما في ذمة المدين و الحكمة في ذلك أن تنازل المدين يجب أن لا يلحق الضرر بالكفيل (28).

كما قد يدفع بإنقضاء التزامه لأي سبب من أسباب الإنقضاء كالمقاصة و الإبراء طبقا لما نصت عليه المادة 654 من القانون المدني، و كذلك الدفع ببطلان الإلتزام الأصلي المكفول، بالإضافة الى الدفع الخاصة التي يحق للكفيل التمسك بها و هي الدفع بسقوط الأجل .

ثانيا : التزامات الدائن و حقوقه .

تتحدد إلتزامات الدائن بموجب عقد الكفالة المصرفية و فقا لقاعدة العقد شرعية المتعاقدين، بالإضافة الى ما يفرضه عليه القانون من إلتزامات تتمثل في التزامه بضرورة تسليم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لإستعمال حقه في الرجوع على المدين و كذلك الإلتزام بنقل التأمينات الضامنة للدين الى الكفيل وهذا تطبيقا لنص المادة 659 و ما يليها من القانون المدني .

وتقع هذه الإلتزامات على عاتق الدائن كنتيجة طبيعية لتبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، يترتب عليه حق الكفيل في حالة وفائه بالالتزام المكفول في الرجوع على المدين بما وفاه،

و لكي يتمكن الكفيل من ممارسة هذا الحق يجب على الدائن ان يسلمه جميع المستندات اللازمة لممارسة حقه في الرجوع (29) وان يتخلى عن اي تامين عيني اخر كان الدين مضمونا به سواء كان منقولاً او عقاراً، فهذا الالتزام ينشا بقوة القانون في ذمة الدائن سواء أكان الكفيل قد قام بوفاء الدائن لدينه او قام فقط بإبداء استعداده للوفاء .

فالهدف من عقد الكفالة المصرفية هو تمكين الدائن من إستيفاء حقه بسهولة و يسر و حمايته من خطر إفسار مدينه، لذلك يجب ألا يلحق أي ضرر بالكفيل نتيجة لقبوله الوفاء بالالتزام المكفول للدائن و ذلك بإمتناع هذا الأخير بتسليم الكفيل جميع المستندات اللازمة لممارسة حقه في الرجوع على المدين بما وفاه(30).

أما بالنسبة لحقوق الدائن فهي تتمثل في حقه في مطالبة البنك الكفيل بالوفاء بالالتزامه وله ان ينفذ على امواله ليحصل على حقه، ف و تشمل المطالبة الوفاء بمبلغ الدين المكفول و ملحقاته و ما يترتب على المطالبة من مصروفات ما م يتم الإتفاق على خلاف ذلك طبقاً للمادة 653 من القانون المدني .

ثالثاً : العلاقة بين الكفيل و المدين .

تتسأ العلاقة بين البنك الكفيل و المدين نتيجة المخاطر التي يتعرض لها البنك عند قبوله بأن يكون كفيلاً لعميله بموجب عقد الكفالة المصرفية، فإذا قام بالوفاء للدائن كان له الرجوع على المدين بما وفاه و للبنك الكفيل في هذا الرجوع، الدعوى الشخصية أو دعوى الكفالة الناشئة عن هذا الوفاء، ودعوى الحلول لأنه يحل محل الدائن في حقوقه قبل المدين هذا بالإضافة إلى دعوى المطالبة على أساس الإثراء بلا سبب .

1- دعوى الإثراء بلا سبب : طبقاً لقواعد العامة وفق نص المادة 259 من القانون المدني " إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه و لكن إذا كان الوفاء قد تم رغم إرادة المدين، فلا يحق للموفي إلا الرجوع بأقل القيمتين، قيمة ما أوفى به و قيمة ما عاد على المدين نتيجة لهذا الوفاء الذي تم دون إرادته " .

2- دعوى الكفالة : للكفيل الرجوع بهذه الدعوى وفقاً لنص المادة 670 من القانون المدني، التي توجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، و إلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا الأخير قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه.

و للكفيل الذي وفي بالدين الرجوع على المدين سواء عقدت الكفالة بعلمه او بدون علمه و يرجع عليه بأصل الدين و المصروفات .

3- دعوى الحلول : طبقا لنص المادة 361 من القانون المدني الجزائري " إذا كان من وفي دين غيره ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه، يستطيع أن يرجع على المدين بدعوى الحلول محل الدائن :".

الفرع الثاني : إنهاء عقد الكفالة :

ينتهي عقد الكفالة بدفع قيمتها أو إذا أعادها المستفيد لإنهاء الغرض من إصدارها أو إذا صرح المستفيد خطيا انها خدمت الغرض الذي انشئت من اجله و يتعذر عليه إعادته إلى البنك عندئذ يقوم البنك بإلغائها دون تعقيد، و تلغى كذلك إذا لم ترد عليها مطالبة من الجهة المستفيدة و حل تاريخ الاستحقاق .

فالتزام الكفيل قد ينقضي لأسباب عامة تؤدي إلى انقضاء الكفالة بصفة تبعية تبعا لتبعية التزام البنك الكفيل لالتزام المدين أو بصفة أصلية راجعة لعقد الكفالة كونه عقد مستقل في حد ذاته، إلى جانب ذلك هنالك أسباب خاصة أخرى ترجع إلى أن الكفيل يلزم بوفاء دين غيره، فيكون له الحق في الرجوع بما وفاه على المدين، و لذلك يجب على الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة قانونا حتى يمكن الكفيل من الرجوع، فذا قصر الدائن في اتخاذ هذه الإجراءات فان ذمة الكفيل تبرأ و بمعنى آخر ينقض التزامه بقدر ما أصابه من ضرر نتيجة إهمال الدائن .

أولا : الأسباب العامة لانتهاء عقد الكفالة .

و فقا لخاصية تبعية الكفالة للإلتزام الاصيلي طبقا لنص المادة 654 من القانون المدني " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين و له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين " فكل ما يؤدي إلى إنقضاء الدين الأصلي المكفول يؤدي تبعا لذلك إلى انقضاء إلتزام الكفيل كالوفاء فوفاء المدين للبنك يؤدي إلى براءة ذمة الكفيل تبعا لذلك .

كما نجد كذلك الإبراء وفقا لنص المادة 305 مدني، المقاصة المادة 297 مدني، التجديد المادة 291 مدني، إتحاد الذمة بين الدائن والمدين المادة 304 مدني، التقادم، الفسخ، الإبطال و حوالة الدين 254 بشرط أن يحال الدين بكامل ضماناته غير انه لا يبقى للكفيل التزام اتجاه الدائن إلا إذا رضي بالحوالة .

و قد تنضي بصفة أصلية وهذا راجع الى كون أن التزام الكفيل ينشأ من عقد الكفالة، لذا فإنه يخضع للقواعد العامة في نشوئه و إنقضائه، و لذا ينقضي باحد الاسباب العامة التي ينقضي

بها اي التزام اخر كالوفاء، و التجديد و الانابة و الابراء و اتحاد الذمة. و في هذه الحالة ينقضي التزام البنك الكفيل مع بقاء الالتزام المكفول الأصلي قائما فهذا الأخير لا يتأثر بانقضاء التزام الكفيل بل يبقى قائما.

ثانيا : الأسباب الخاصة لإنهاء عقد الكفالة :

وهي الأسباب الراجعة الى تقصير الدائن في القيام ببعض الإجراءات المفروضة عليه قانونا عند قيام الكفيل بالوفاء له أو أبدى استعدادا للوفاء، فحتى يتمكن من الرجوع على المدين لا بد على الدائن أن يقوم بتسليمه المستندات اللازمة لممارسة حق الرجوع و ان يلتزم بنقل الضمانات، فعدم قيامه بهذه الإجراءات يؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة و سنوضح ذلك فيما يلي .

1 : خطأ الدائن :

-إضاعة التأمينات : نصت عليها المادة 656 من القانون المدني و يقصد بها التأمينات الخاصة المقررة للدائن و ليس الضمان العام المقرر على كل أموال المدين و يستوي أن يكون الضمان قائما وقت إبرام الكفالة حيث يطمئن الكفيل لوجوده، فإذا أهمل الدائن في المحافظة على هذه التأمينات بان اضاع بخطئه شيئا منها فان ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاع الدائن من هذه الضمانات، و للكفيل ان يدفع بهذا عند مطالبة الدائن له(31).

-تأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات ضد المدين : عند حلول اجل الدين على الدائن مطالبة المدين بالوفاء و لا يترتب في تأخره في الرجوع على المدين سقوط حقه في المطالبة تطبيقا لحكم نص المادة 657 من القانون المدني .

فمن حق الكفيل إذا حل أجل الدين أن ينذر الدائن بإتخاذ الإجراءات فإذا تأخر في رفع دعوى ضد المدين أو البدء في إجراءات التنفيذ و ذلك بإنقضاء مهلة 06 أشهر من وقت الإنذار دون القيام بهذه الإجراءات تبرأ ذمة الكفيل .

-عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين : بمقتضى نص المادة 658 من القانون المدني إذا أفس المدين التاجر وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة و إلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر نتيجة إهمال الدائن، فالتقدم في التفليسة من حق الدائن و ليس الكفيل، وعليه تبرأ ذمة الكفيل من الدين بقدر ما كان سيحصل عليه الدائن لو أنه تقدم بالدين في التفليسة .

2- التغيير الطارئ على المكفول : ويكون بتغيير النظام القانوني للشركة المكفولة أو بإدماج الشركة أو انفصالها عن الشخص المكفول، فتغير شخصية الشركة يسقط حتما الكفالة فالكفيل يكفل شخصا معينا فلا يفترض انه يكفل غيره مكانه.

3- إنقضاء الكفالة بإرادة الكفيل : فإذا كانت الكفالة محددة المدة فلا ينتهي إلا بإنقضاء هذه المدة، أما إذا كانت الكفالة غير محددة المدة فللكفيل أن يتحلل من التزامه و ذلك بإعلان إرادته إلى الدائن بشرط ان يكون إنهاء الإلتزام في وقت مناسب و بحسن نية (32).

و لتقادي أن تكون عقود الضمان لمدة غير محدودة فقد اصدر بنك الجزائر تعليمة رقم 96-16 المؤرخة في 27 اكتوبر 1996 تتعلق بجميع الكفالات الصادرة قبل التعليمة رقم 94-05 و التي لم تحدد مدتها فيجب ان تنتهي بعد مدة 06 أشهر من تاريخ نشر هذه التعليمة، على أن كل الكفالات الصادرة بعد هذا التاريخ لا يجب أن تفوق مهلة 06 أشهر من تاريخ منحها، ويفهم من التعليمة أن كل الكفالات البنكية أصبحت لمدة محددة .

4- الحجز و المصادرة : يتم حجز الكفالات البنكية اين يتم المستفيد بتوجيه خطاب للبنك مصدر الكفالة يتضمن طلب الحجز على قيمة الكفالة لحفظ حقوقه بالكفالة في حالة عدم قيام المكفول بتنفيذ ما عليه من إلتزام .

كما لا يمكن لأصول المستفيد طلب المصادرة على الكفالة إلا بعد التأكد أن كتاب المستفيد قد وصل الفرع أثناء سريان الكفالة أين يراعى تخفيض قيمة الدفعة التي تمت مصادرتها إذا بين المستفيد أن المصادرة الجزئية عبارة عن غرامة او إبراء ذمة المكفول .

الخاتمة :

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

فمن جهة نجد أن خاصية التبعية التي ينتج عنها حق تمسك الكفيل إتجاه الدائن بكل الدفع التي يمكن أن يدفع بها المدين الأصلي، والتي قد تؤدي إلى بطلان أو إبطال أو فسخ أو انقضاء عقد الكفالة، إضافة إلى ذلك يجد الدائن صعوبة في تقدير الذمة المالية للكفيل، وبالتالي قد يتعرض إلى خطر عدم استيفاء حقوقه من جراء إعسار الكفيل إلى جانب إعسار المدين الأصلي، و كذلك مزاحمة بقية الدائنين الآخرين له سواء كانوا عاديين أو أصحاب حقوق خاصة و ذلك نظرا لعدم تمكن الدائن من معرفة ما إذا كان الكفيل قد أنشأ التزامات من نفس النوع لصالح دائنين آخرين .

الهوامش :

- 1- أحمد محمد اسعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية، طبعة 1994، ص 31 .
- 2- محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الأوراق التجارية، العقود التجارية و عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 809 .
- 3- قانون النقد و القرض المعدل بالأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، ج عدد 52 سنة 2003.
- 4- شلغوم رحيمة، ضمانات القرض، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، كلية بن عكنون، 2007، ص 14 .
- 5- P94-5 , THOMAS, le droit de crédit , 4 eme edition, France 1992 , Y, MONDINO,
- 6- عمار فوزي المياحي، النظام القانوني المقترح للكفالة المصرفية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، بغداد، المجلد، العدد 18 لسنة 2007، ص 64 .
- 7- جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2000، ص 152 .
- 8- محمد علي محمود القيسي، الكفالة في المنظورين الشخصي و المصرفي، ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا ن الجامعة الأردنية، 2000، ص 64 .
- 9- بسام حمد طراونة، الأوراق التجارية و عمليات البنوك، دار المسيرة، 2012، ص 350 .
- 10- عبد الرزاق بن خروف، مطبوعة النظام القانوني للتأمين على القرض في الجزائر، جامعة الجزائر 1، ص 9 .
- 11- منال حسان إسماعيل عبده، الكفالات المصرفية، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا بالجامعة الأردنية، 1995، ص 42 .
- 12- جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 156 .
- 13- محمود الكيلاني، عمليات البنوك، الكفالات المصرفية و خطابات الضمان، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الجيب للنشر و التوزيع، عمان الاردن، 1992، ص 305 .
- 14- احمد غنيم، خطابات الضمان، إطار متكامل نظرا و عمليا و قانونيا، دون دار نشر، 2008، ص 5 .
- 15- شلغوم رحيمة، المرجع السابق، ص 55 .
- 16- سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2009، ص 75 .
- 17- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 201 .
- 18- محمد علي محمود القيسي، المرجع السابق، ص 150 .

- 19- عيوب الرضى هي الغلط و الإكراه و التدليس و الغبن و الاستغلال، راجع في ذلك علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد ص 133
- 20- بن يكن عبد المجيد، عقد الكفالة بين الفقه الإسلامي و التقنين المدني الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم في الشريعة و القانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014، ص 105 .
- 21- أنور سلطان، مصادر الالتزام، دون طبعة، ص 70 .
- 22- شلغوم رحيمة، المرجع السابق، ص 22 .
- 23- انظر المادة 36 و 37 من القانون المدني .
- 24- انظر المادة 50 من القانون المدني .
- 25- انظر الى المادة 669 من القانون المدني .
- 26- انظر المادة 652 من القانون المدني .
- 27- سليمان رمضان محمد عمر، المرجع السابق، ص 320 .
- 28- منال حسان إسماعيل عبده، المرجع السابق، ص 151 .
- 29- نبيل ابراهيم سعد، التامينات الشخصية التبعية و غير التبعية، دون دار نشر، 2000، ص 112 .
- 30- محمد علي محمود القيسي، المرجع السابق، ص 134
- 31- صبري السعدي، التامينات الشخصية و العينية - عقد الكفالة -، دار الهدى للنشر، الجزائر، 2011، ص 72 .
- 32- رقية جبار، النظام القانوني للعمليات البنكية، الاعتماد المستندي و الكفالة البنكية، اطروحة دكتوراه علوم، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2017، ص 220 .