

نظام الكفالة كضمان لحق الدائن: مفهوم قديم وواقع متجدد

The guarantee system as a guarantee of the creditor's right: an old concept
and a renewed reality

* بوزيان السعيد: طالب دكتوراه

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

البريد said.bouziane@univ-msila.dz

بوقرة العمريّة: أستاذ محاضر "أ"

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

البريد الإلكتروني: lamria.bouguerra@univ-msila.dz

مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية

تاريخ النشر: 2024/01/07

تاريخ القبول: 2023/11/06

تاريخ الارسال: 2023/01/28

ملخص:

إن التطور الحاصل في جميع المجالات وما نتج عنه من صدور لقوانين وتشريعات، وذلك من أجل تنظيم الالتزامات وكيفية تنفيذها والوسائل والآليات المتطلبية لذلك، الأمر الذي أدى إلى ظهور فكرة توفير الحماية القانونية للدائن، من خلال منح هذا الأخير آليات قانونية من أجل استيفاء حقه من الضمان العام، لاسيما أمام المخاطر التي تهدد الدائن والمتمثلة في خطر تصرف المدين في أمواله وخطر مزاحمة الدائنين الآخرين له.

بحيث عزز المشرع من هذه الحماية، خصوصا في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه، لذلك أقر للدائن ومن أجل تجنب الخطر المزدوج إمكانية المحافظة على حقه عن طريق ضمان خاص، قد يكون تأمينا عينيا مثل الرهن الرسمي والحيازي وحق الامتياز وحق التخصيص، أو شخصا كالكفالة المدنية، وهذه الأخيرة أصبحت قاصرة في المحافظة على حق الدائن، خصوصا في بعض الالتزامات في المجال المصرفي، فظهر ما يسمى بالكفالة المصرفية، وخطاب الضمان كضمانات شخصية حديثة لضمان حق الدائن، لكن دون أن ينظمهما المشرع بقوانين خاصة بل ترك الأمر للقواعد العامة. الكلمات المفتاحية: حق الدائن، ضمان خاص، التأمين، الكفالة المدنية، خطاب الضمان، الكفالة المصرفية.

*بوزيان السعيد.

Abstract:

The development in all fields and the resulting issuance of laws and legislation, in order to organize obligations and how to implement them and the means and mechanisms required for this, which led to the emergence of the idea of providing legal protection to the creditor, by giving the latter legal mechanisms in order to fulfill his right of guarantee public, especially in view of the risks that threaten the creditor, represented in the risk of the debtor's disposal of his money and the risk of crowding out other creditors.

So that the legislator strengthened this protection, especially in the event of insufficient funds of the debtor to meet his debts, so he admitted to the creditor, in order to avoid the double risk, the possibility of preserving his right through a special guarantee, which may be in-kind insurance such as the official mortgage, the right of concession and the right of allocation, or personally such as the guarantee Civil, and the latter has become deficient in preserving the right of the creditor, especially in some obligations in the banking field, so the so-called bank guarantee and letter of guarantee appeared as modern personal guarantees to guarantee the right of the creditor, but without the legislator regulating them with special laws, but leaving the matter to the general rules.

Keywords: Creditor's right, special guarantee, insurance, civil guarantee, letter of guarantee, bank guarantee.

مقدمة

يعد موضوع الوفاء بالالتزامات من الموضوعات المهمة، نتيجة ارتباطها الوثيق بحياتنا اليومية من خلال المعاملات والعقود المبرمة بين الأفراد، كما أن العلاقة بين أطراف الالتزام "الدائن والمدين" تقوم على أساس الثقة والائتمان التي يضعها الدائن في المدين من جهة، ومن جهة أخرى تأثر الوفاء بالالتزامات بجميع المتغيرات الاقتصادية والمالية والاجتماعية، مما يؤدي إلى تغير في الذمة المالية للأشخاص، سواء بالزيادة أو النقصان، مما ينعكس سلباً على عملية استيفاء الدائن لحقه من الضمان العام، لاسيما في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه، وقد يكون أيضاً ناتج عن غش المدين أو بسبب إهماله جراء حدوث ظروف خارجة عن إرادته، وهذا الموضوع نظمته وكرسته النظرية العامة للالتزامات.

حيث تجسد النظرية العامة للالتزام فكرة توفير الحماية القانونية للدائنين من خطر عدم وفاء المدين بديونه جراء غشه أو إهماله، وكذلك ما تحققه هذه الحماية من مساواة بين جميع الدائنين، أي من أجل استيفاء الدائنين لحقوقهم من الضمان العام، من

خلال اعتماد عدة آليات، منها آليات تحفظية وتنفيذية نظمها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأخرى وسطية نظمها القانون المدني وتتجلى الآليات الوسطية في الدعوى غير المباشرة، والدعوى المباشرة، والدعوى البوليصية والدعوى الصورية إضافة إلى الحق في الحبس وكذا إمكانية شهر إعاقة المدين.

إلا أن هذه الآليات لم تحقق الهدف المنتظر والمرجو منها، رغم الدور الكبير الذي لعبته وتلعبه في سبيل المحافظة على حق الدائن، فأصبحت قاصرة وغير كافية، خصوصاً في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه، مما دفع بالمشروع إلى التدخل من أجل معالجة هذه المسألة، فأقر هذا الأخير سبلاً أخرى أكثر فعالية ونجاعة تعرف بالضمان الخاص لحماية الدائن وتجعله في درجة امتياز، ومن بين هذه الآليات التأمينات بشقيها، منها التأمينات العينية متمثلة في الرهن الرسمي والحيازي، وحق التخصيص، وحق الامتياز، وتأمينات شخصية تتجلى في الكفالة المدنية وصورها الحديثة مثل الكفالة المصرفية وخطاب الضمان باعتبارهما ضمانات شخصية مستحدثة، إذن وتأسيساً على ما سبق ذكره والتطرق له يمكننا طرح الإشكال التالي:

كيف نظم المشروع الجزائي الضمانات الشخصية كآلية للمحافظة على حق الدائن؟ وماهي صورها المستحدثة؟

للإجابة والإحاطة بهذه الإشكالية ارتأينا معالجة الموضوع من خلال تقسيمه إلى مبحثين رئيسيين، الأول يتم التطرق فيه إلى الضمانات الشخصية كآلية للمحافظة على حق الدائن وفقاً للقواعد العامة والثاني سنتناول فيه الصور المستحدثة للضمانات الشخصية كآلية لاستيفاء حق الدائن وذلك وفقاً للحطة التالية:

المبحث الأول: الضمانات الشخصية كآلية للمحافظة على حق الدائن وفق للقواعد العامة

المبحث الثاني: التطبيقات المستحدثة للكفالة للمحافظة على حق الدائن

المبحث الأول: الضمانات الشخصية كآلية للمحافظة

على حق الدائن وفق للقواعد العامة

إن قصور الآليات والوسائل المقررة في القانون المدني¹ من أجل الحفاظ على حق الدائن واستيفائه من الضمان العام²، لاسيما في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه من جهة، وكذا المخاطر التي تهدد الضمان العام من جهة أخرى، والمتمثلة في خطر تصرف المدين في أمواله من جهة، وكذا خطر مزاحمة الدائنين الآخرين للدائن رافع

الدعوى من جهة أخرى³، الأمر الذي أدى بالمشرع إلى التفكير في إقرار آليات أكثر نجاعة للمحافظة على حق الدائن، بحيث تسمى هذه الآليات بالضمان الخاص. حيث أقر المشرع الجزائي ضمانا خاصا للدائن يلجأ إليه لحماية حقوقه بصورة أكثر فعالية، ومن بين مظاهر هذا الضمان الخاص نذكر التأمينات العينية كآلية للمحافظة على حق الدائن ومثال ذلك الرهن الرسمي، وكذا ضمانات شخصية مثل الكفالة، وهي موضوع دراستنا وعليه سنتناول في هذا المبحث الكفالة كإحدى الضمانات الشخصية للمحافظة على حق الدائن وفقا للقواعد العامة من خلال التطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الكفالة، وآثارها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

تأسيسا على ما سبق التطرق إليه، سنتناول في هذا المطلب تباعا المقصود بالكفالة، وكذا أركانها وشروطها، بالإضافة إلى خصائصها، وأيضا أنواعها.

الفرع الأول: المقصود بالكفالة

لم يعطي الفقه القانوني تعريفا واضحا للكفالة، حيث عرف السهوري الكفالة على أنها "عبارة عن ضم ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى لضمان حق الدائن"⁴، وهو نفسه التعريف الذي اعتمده بعض الفقه الفرنسي، وأن الكفالة كتأمين شخصي ظهرت لأول مرة في القانون الروماني وكانت قبل التأمينات العينية، أما التشريعات الأخرى فقد اختلفت هي أيضا في وضع تعريف محدد وجامع للكفالة، حيث كل مشرع عرفها حسب منظوره الخاص وحسب المعيار الذي اعتمده في ذلك، فالمشروع المدني الجزائري عرف الكفالة من خلال عقد الكفالة و نظم أحكامها في نصوص المواد من 644 إلى 673 من القانون المدني الجزائري، حيث عرفها على أنها "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"⁵، مسائرا بذلك كل من القانون المدني الفرنسي والمصري.

أي أن عقد الكفالة هو عبارة عن عملية قانونية تشمل ثلاثة أشخاص على الأقل، كل واحد منهم يختلف عن الآخرين من حيث وضعيته القانونية، أي من ناحية اكتسابه للحقوق وتحمله للالتزامات⁶.

ومعنى ذلك أن الكفالة هي عبارة عن عقد بين شخصين هما الكفيل والدائن المكفول، أما المدين فليس طرفا في عقد الكفالة، وتجاوز الكفالة دون علم المدين، وكذلك في حالة معارضته⁷، وعلى الدائن أن يطالب بالتنفيذ على أموال المدين الأصلي قبل التنفيذ على أموال الكفيل، إذ أن المشرع الجزائري عرف الكفالة على أساس أنها

عقد، وذلك على غرار باقي التشريعات، لاسيما التشريع المدني الفرنسي والمصري. وهذا ما يراه الباحث يتطابق والواقع العملي باعتباره التعريف المناسب والأقرب للكفالة، وعليه فإنه لقيام عقد الكفالة يجب توافر مجموعة من الأركان والشروط وهذا ما سنتطرق في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: أركان وشروط الكفالة

من أجل وجود أي عقد وقيامه صحيحا يستلزم توافر مجموعة من الأركان والشروط، وللتفصيل أكثر في أركان وشروط عقد الكفالة سنتناول ذلك كما يلي:

أولا: أركان الكفالة

يخضع عقد الكفالة في إبرامه للأركان المنصوص عليها في القواعد العامة التي تخضع لها جميع العقود والمتمثلة في الرضا والمحل والسبب⁸، أما من الناحية الشكلية يجب أن يكون عقد الكفالة مكتوبا، والكتابة المتطلبية هنا للإثبات وليست للانعقاد.⁹ أي أن عقد الكفالة هو عبارة عن عملية قانونية تشمل ثلاثة أشخاص على الأقل كل واحد منهم يختلف عن الآخرين من حيث وضعيته القانونية أي من حيث اكتسابه للحقوق وتحمله للالتزامات.

1- التراضي

إن عقد الكفالة يخضع في إبرامه إلى القواعد العامة، فأساسه وقوامه ركن التراضي، باعتباره من العقود الرضائية " أي يلزم لانعقاده تطابق الإرادتين بين الدائن والكفيل "دون الحاجة إلى رضا المدين المكفول كونه ليس طرفا في هذا العقد بل له علاقة مديونية مع الدائن والنتيجة عن الالتزام الأصلي، إذ يلزم لذلك أن يكون رضا الكفيل في عقد الكفالة صريحا¹⁰، على خلاف بعض العقود التي يكون فيه الرضا ضمنيا، ويجب أن يتمتع الكفيل بأهلية التصرف أي أن يكون راشدا بالغاً سن 19 سنة كاملة وألا تصاب أهليته بعارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانعها، كما يجب أن يكون رضا الكفيل خاليا من عيوب الإرادة مثل الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال¹¹.

2- المحل

يتجلى المحل في عقد الكفالة في الوفاء من قبل الكفيل بالالتزام الذي هو في ذمة المدين وعلى عاتقه ولم يقم بتنفيذه، فيسمى حينئذ التزام الكفيل التزاما احتياطيا للالتزام المدين الأصلي.

ويلزم في محل الالتزام المكفول أن يكون صحيحا ولا تشوبه اية شائبة، وأن يكون ممكنا وموجودا وليس مستحيلا، ومعينا أو قابلا للتعين¹².

3-السبب

يستوجب في عقد الكفالة أن يكون الباعث أي سبب الكفالة مشروعاً خصوصاً إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن، وإلا كان ذلك باطلاً، وأن تكون للكفيل مصلحة مشروعة، وذلك متى كانت الكفالة لمصلحة المدين، وإلا بطلت هذه الأخيرة¹³.

ثانياً: شروط الكفالة

يشترط في عقد الكفالة مجموعة من الشروط يجب أن تتوافر في الكفيل وهي كالاتي.

1-أن يكون الكفيل أهلاً لإبرام عقد الكفالة

يشترط لذلك أهلية التصرف، أي يجب أن يكون الكفيل كامل الأهلية وقت إبرام عقد الكفالة، فالعبرة إذن بتوافر أهلية الكفيل وقت إبرام عقد الكفالة، ومعنى ذلك أنه إذا أصبح الكفيل عديم أهلية أو ناقصها بسبب عارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانعها، فلا يؤثر ذلك على الضمان ولا ينقص من قيمته رغم أن المشرع لم ينص على هذا الشرط بل اغلبية الفقه هو الذي اشترط ذلك¹⁴. عكس الدائن الذي تكفيه أهلية التبرع¹⁵.

2-يجب أن يكون الكفيل موسراً

أي يجب أن يكون الكفيل قادراً على الوفاء بالالتزام الذي قام بضمانه اتجاه الدائن، أما إذا كان الكفيل معسراً فلا قيمة قانونية للكفالة ويصبح الضمان بالنسبة للدائن معدوم¹⁶، ويرى الباحث أن المشرع لم يحدد المعايير والشروط الواجب توافرها في الكفيل حتى يعرف بأنه موسراً أم لا. حتى يعرف الدائن قيمة الضمان الذي قرر لمصلحته. لذلك نقترح على المشرع إدراج هذه المقترحات في حالة القيام بتعديل نصوص القانون المدني.

3-يجب أن يكون الكفيل مقيماً بالجزائر

ويقصد بذلك الإقامة العادية للكفيل وليست الإقامة العرضية، والهدف من ذلك هو منح التسهيلات اللازمة للدائن من أجل استطاعته الرجوع على الكفيل بغض النظر عن جنسية هذا الأخير، فالعبرة هنا بموطن الإقامة¹⁷. ويرى الباحث ويقترح على المشرع أن يشترط على الكفيل الإقامة في الجزائر إلى غاية حلول أجل الدين المكفول ليتسنى للدائن التنفيذ على أموال الكفيل، لأنه دون ذلك لا فائدة من شرط الإقامة وبالتالي من الضروري تعديل المادة 647 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث: خصائص وأنواع عقد الكفالة

أولاً: خصائص عقد الكفالة

يتضح من خلال تعريف المشرع للكفالة أن هذا الأخيرة تتميز بأوصاف وخصائص عدة، فهي عقد رضائي، حيث لم يشترط المشرع الجزائي شكلاً خاصاً لعقد الكفالة، إذ يكفي لانعقادها توافر ركن الرضا بين الدائن والكفيل، أما الكتابة في عقد الكفالة فهي ليست شرطاً لانعقاد¹⁸، وإنما هي شرط للإثبات¹⁹.

كما يتميز عقد الكفالة بأنه ملزم لجانب واحد وهو الطرف الكفيل، أما الطرف الآخر فهو يستفيد من الكفالة دون أن يقدم شيئاً للكفيل، أي أنه عقد من جانب الكفيل فقط، إلا في حالة قيام الكفيل بالوفاء، فحينها يمكنه الرجوع على المدين²⁰، كما تعتبر الكفالة أيضاً من عقود التبرع بحيث تندرج ضمن الأعمال المدنية حتى ولو كان الكفيل تاجراً²¹، إلا في الحالات التي تكون فيها الكفالة ضماناً للأوراق التجارية ضماناً احتياطياً وتظهرها، ففي هذه الحالة يكون العمل تجارياً²²، ومن خصائص عقد الكفالة أيضاً أنها عقد تبعية²³.

بمعنى أن التزام الكفيل يظل تابعاً لالتزام المدين الأصلي، فهو يتبعه وجوداً وعدمًا وصحة وبطلاناً، كما يتحدد التزام الكفيل بمقدار وحدود التزام المدين الأصلي من خلال الامتيازات التي وفرها القانون للكفيل بحقه بأن يتمسك بالدفوع التي يستطيع أن يواجه بها الدائن في حالة رجوعه عليه عند حلول أجل الدين²⁴.

ثانياً: أنواع الكفالة

سننتظر في هذا الفرع إلى أنواع الكفالة بحسب مصدرها وكذا بحسب طبيعتها.

1- أنواع الكفالة بحسب مصدرها

تنقسم الكفالة بحسب مصدرها إلى عدة أنواع مختلفة فقد يكون مصدرها الإرادة من خلال الاتفاق بين الدائن والمدين، بحيث يقدم المدين كفيلاً بموجب عقد بينه وبين الدائن وتسمى الكفالة في هذه الحالة بالكفالة الاتفاقية، أو يقوم الكفيل بذلك من تلقاء نفسه أي بإرادته المنفردة²⁵، وقد يكون مصدرها نص قانوني بحيث يلتزم المدين بتقديمها تطبيقاً وخضوعاً لنص القانون وتسمى حينئذ بالكفالة القانونية، كما قد تكون الكفالة قضائية، وهي التي يكون فيها المدين ملزماً بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي²⁶.

2- أنواع الكفالة بحسب طبيعتها

تنقسم الكفالة وفقاً لمعيار طبيعتها إلى مدنية وتجارية، وأن الكفالة المدنية تتميز بخاصية التبرع خدمة للمدين، من خلال اشتراط المشرع في الكفيل العقل والبلوغ، فلا يمكن أن يكون الكفيل صبياً أو مجنوناً أو معتوهاً²⁷، حيث أقر المشرع الجزائري أن

الكفالة الناشئة عن دين تجاري هي كفالة مدنية، وتخضع في تنظيمها لأحكام القانون المدني، بغض النظر إن كان الكفيل تاجرا أو غير تاجر، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.²⁸

أما الكفالة التجارية تكتسب طبيعتها التجارية إما بسبب شكلها مثل الكفالة المترتبة على ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو تظهيرها، أو بحسب موضوعها مثل الكفالة المصرفية وخطاب الضمان.²⁹

المطلب الثاني: آثار عقد الكفالة

يرتب عقد الكفالة مجموعة من الآثار بالنسبة للدائن والكفيل والمدين، وعليه فإن الأثر المباشر للكفالة كضمانة شخصية وآلية للمحافظة على حق الدائن واستيفائه دون مزاحمة من باقي الدائنين الآخرين، بحيث يظهر ذلك من خلال العلاقة بين الكفيل والدائن، حيث يكتسب الدائن حقه في إمكانية الرجوع على الكفيل من أجل ضمان استيفاء حقوقه، إذا لم يقيم المدين بالوفاء لأنه هو المدين الأصلي.³⁰

الفرع الأول: العلاقة بين الدائن والكفيل

تعد الكفالة آلية خاصة وضممان شخصي لاستيفاء حق الدائن، من خلال مطالبة الدائن الكفيل الوفاء بالالتزام المكفول متى حل أجل تنفيذ الالتزام، لاسيما في حالة تأخر المدين عن الوفاء بديونه، بحيث يجب على الدائن أن يطالب المدين أولا بالوفاء قبل الكفيل، وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد وهناك دفع آخر يدعى بالدفع بالتقسيم.³¹ وعليه سنفصل في هذا الأمر لاحقا من خلال التطرق إلى هذه العناصر كل واحد حسب أهميته.

أولا: مطالبة الدائن الكفيل بالوفاء بالدين

سنيين شروط مطالبة الدائن الكفيل الوفاء بالدين الذي هو في ذمة المدين المكفول، وكذا الدفع المقررة للكفيل في مواجهة الدائن.

1- حلول أجل المطالبة بالدين

الأصل أن الدائن لا يجوز له أن يطالب بالوفاء بالالتزام إلا بعد حلول أجل الدين الذي هو في ذمة المدين، فإذا لم يكن هناك اتفاق على تحديد أجل الدين، فإن هذا الأجل يحل بحلول أجل استحقاق دين المدين الذي نتج عن الالتزام الأصلي بين الدائن والمدين، وقد يكون الأجل الممنوح للمدين ليس هو الأجل نفسه الممنوح للكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل قبل حلول هذا الأجل، أي أجل تنفيذ الكفالة³²، لأنه لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين،

ويرى الباحث أن أجل تنفيذ الكفالة يجب أن يكون على الأقل متوافقا مع حلول أجل تنفيذ الالتزام الأصلي أو أن يكون لاحقا له.

إلا أن أجل مطالبة الدائن الكفيل من أجل الوفاء بالدين لا يبقى دائما ساريا وفقا لهذا المفهوم سالف الذكر، بل ترد عليه استثناءات خصوصا في حالة إفلاس المدين أو إعساره.

بحيث يتم اسقاط الأجل بالنسبة للدين قبل حلول تاريخ وميعاد الاستحقاق إذا أنقص المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص، سواء كان مصدر هذا التأمين العقد أو القانون، بشرط ألا يطلب الدائن هذا التأمين الخاص، وإذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد به من تأمينات³³، وكذلك أيضا في حالة ما إذا تم شهر افلاس المدين أو إعساره³⁴، بينما المشرع المدني الجزائري لم يذكر حالة الإعسار بل ذكر حالة الإفلاس فقط.

كما يجوز في المقابل للمدين أن يطلب من القاضي منحه أجلا للوفاء، إذا وجد ما يبرر ذلك من ظروف، بشرط ألا يلحق ذلك ضررا جسيما بالدائن³⁵.

2- سبق وأولوية رجوع الدائن على المدين

نصت المادة 660 من القانون المدني الجزائري "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين".

وعليه لكي يكون للدائن الحق في مطالبة الكفيل بتنفيذ الالتزام الذي أصبح مستحق الأداء، وجب عليه قانونا مطالبة المدين بتنفيذ التزامه الأصلي الذي تأخر في تنفيذه أو تعذر ذلك بسبب المدين، ولا يشترط في هذه الحالة أن تكون أموال المدين كافية للوفاء بديونه بل يكفي أن تكون له أموال تفي ولو بجزء من الدين³⁶، حينئذ يجوز للدائن الرجوع على الكفيل ومطالبته بالوفاء بصفته ضامن احتياطي من أجل الوفاء بالالتزام الأصلي الذي هو في ذمة المدين.

ولا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله³⁷، وللكفيل التمسك بهذا الدفع، أما إذا رجع الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين، فإنه من حق الكفيل أن يطالب ويتمسك في مواجهة الدائن بالرجوع على المدين أولا³⁸، ويشترط لذلك عدم تنازل الكفيل عن هذا الدفع سواء كان ذلك صريحا أو ضمنيا، وسواء كان ذلك وقت انعقاد الكفالة أو بعد انعقادها، وألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، وأن تكون له مصلحة مشروعة في ذلك، والقاضي هو الذي يقرر وجود المصلحة من

عدمها إذا تمسك الكفيل بهذا الدفع، كما يجب على الكفيل القيام بإرشاد الدائن إلى جميع أموال المدين التي تكون كافية للوفاء بكامل الدين³⁹.

كما يكون الدائن مسؤولاً في حالة إعسار المدين بسبب عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل التنفيذ على أموال المدين في الوقت المناسب⁴⁰.

ثانياً: الدفع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن.

أقر المشرع للكفيل في حالة رجوع الدائن عليه قبل أن يطالب المدين بالوفاء أن يدفع في مواجهة الدائن بالتمسك بالدفع بتجريد المدين من أمواله والتنفيذ عليها، أما في حالة تعدد الكفلاء الغير متضامين بالنسبة لدين واحد وفي عقد واحد، فالدائن في هذه الحالة لا يكون رجوعه على أي من الكفلاء إلا بقدر نصيبه في الدين، وهذا ما يسمى بالدفع بالتقسيم⁴¹، وسنفضل في الدفع بالتجريد وشروطه وآثاره تم تناول، أيضا الدفع بالتقسيم وشروطه وآثاره، وهذا ما كرسه المشرع في نصوص المواد من 660 إلى 669 من الأمر 58-75 المعدل والمتمم.

1- الدفع بالتجريد

يقصد بالدفع بالتجريد هو آلية قانونية حولها المشرع للكفيل، من أجل التمسك بأن لا ينفذ الدائن على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين المكفول، متى توافرت الشروط المقررة لذلك⁴².

أ- شروط الدفع بالتجريد

يلزم للتمسك بالدفع بالتجريد من قبل الكفيل في مواجهة الدائن توافر مجموعة من الشروط، بحيث يجب أن تكون أموال المدين محل التنفيذ من الأموال التي تقبل الحجز عليها أي غير متعلقة بحق شخصي للمدين، وغير متنازع فيها تفادياً لتعطيل الإجراءات أو إلغائها، وأن تكون موجودة داخل البلاد، وذلك من أجل تسهيل عملية التنفيذ عليها ربها للوقت، وتجنباً لإرهاق الدائن⁴³، ولا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يدفع بالتجريد⁴⁴.

ب- آثار الدفع بالتجريد

يرتب الدفع بالتجريد من طرف الكفيل مجموعة من الآثار الهدف من ذلك حماية مصلحة الكفيل، لأنه ليس من العدل أن يقوم الكفيل بالوفاء مادام المدين موسراً⁴⁵، ويترتب على ذلك أيضاً عدم جواز البدء في التنفيذ على أموال الكفيل أو وقف إجراءات التنفيذ قبل تجريد المدين من أمواله، باستثناء الإجراءات التحفظية في مواجهة الكفيل مثل توقيع حجز تحفظي على أموال الكفيل، ويترتب على التمسك بالدفع بالتجريد من

قبل الكفيل أيضا تحمل الدائن نتيجة إعسار المدين وذلك بسبب عدم اتخاذه إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب، كما تبرأ ذمة الكفيل في حدود ما وفي به المدين المكفول للدائن⁴⁶. وإضافة إلى الدفع بالتجريد هناك دفع آخر يدعى الدفع بالتقسيم وهو متاح لكل كفيل اتجاه الكفلاء، وكل مدين اتجاه نظرائه من المدينين.

2- الدفع بالتقسيم

يقصد بالدفع بالتقسيم أي أنه يجوز لكل مدين أو كفيل المطالبة بتقسيم الدين بينه وبين المدينين الآخرين أو الكفلاء الآخرين، وذلك كل واحد حسب نسبة حصته في الدين بشرط ألا يكونوا متضامنين⁴⁷.

أ- شروط الدفع بالتقسيم

يلزم لقيام الكفيل الدفع بالتقسيم توافر مجموعة من الشروط سنوجزها في الآتي:

- تعدد الكفلاء لدين واحد ومدين واحد وبعقد واحد.
- عدم وجود تضامن بين الكفلاء الذين كفلوا نفس المدين وفي عقد واحد.
- عدم تنازل الكفيل عن الحق في التقسيم، لأن تقسيم الدين يقع بقوة القانون⁴⁸.

ب- آثار الدفع بالتقسيم

إذا توافرت شروط الدفع بالتقسيم السالفة الذكر، فإن التقسيم يقع بقوة القانون حتى ولو لم يطلبه الكفلاء الغير متضامنون، بل تقوم المحكمة بتقسيم الدين من تلقاء نفسها دون طلب من الكفيل ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة ويمكن لهذا الأخير "الكفيل" التمسك بهذا التقسيم في أي مرحلة من مراحل الدعوى، مالم يتنازل عن حقه في الدفع بالتقسيم سواء كان ذلك صراحة أو ضمنا⁴⁹.

لكن إذا تعدد الكفلاء وبعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله⁵⁰، وللدائن أن يطالب أي من الكفلاء بكامل الدين، فإذا وفي أحد الكفلاء بالدين للدائن حل محل الدائن في الرجوع على باقي الكفلاء كل بقدر نصيبه في الدين، متى احتفظ أحد الكفلاء لنفسه بالحق في التقسيم. أما إذا تعدد كفلاء الدين الواحد في ذمة مدين واحد والتزموا بالتضامن فيما بينهم، فلا ينقسم الدين بينهم بل يجوز للدائن أن يطالب كلا منهم بكل الدين لأن تضامن الكفلاء فيما بينهم أو تضامنهم مع المدين يسقط حقهم في الدفع بالتقسيم⁵¹.

ج- دفع أخرى

إضافة إلى الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم هناك دفع أخرى تتمثل فيما يلي:

-الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين، بحيث إذا حل أجل الدين وتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين، يمكن للكفيل أن ينذر الدائن، سواء تأخر المدين في التنفيذ إذا كان بيده سنداً تنفيذياً، أو رفع دعوى ضده، فإذا انقضت مدة "06" أشهر من أجل القيام من يوم الإنذار ولم يقم الدائن بذلك تبرأ ذمة الكفيل⁵².

-إذا لم يحافظ المدين على التأمينات التي تكون له اتجاه المدين تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن من تأمينات بشرط أن يكون سبب الضياع خطأ المدين ويترتب على ذلك ضرر بالنسبة للكفيل⁵³.

كما يتمسك الكفيل الذي يقيم بالوفاء للدائن بجميع الدفعات التي تكون مقررة للدائن في مواجهة المدين.

د-التزامات الدائن عند استيفائه الدين.

إذا استوفى الدائن حقه من الكفيل وجب عليه تسليم المستندات اللازمة للكفيل وقت استيفائه الدين ونقل التأمينات الضامنة للدين المضمون بتأمين عقاري، وكذا التخلي عن التأمين إذا كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس⁵⁴.

في حالة تعدد الكفلاء فإن الكفيل الذي وفي بالدين يمكنه الرجوع على باقي الكفلاء كل حسب نصيبه في الدين⁵⁵.

الفرع الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين

إضافة إلى العلاقة بين الكفيل والدائن، فإن هناك علاقة مديونية بين الكفيل والمدين، بحيث يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالالتزام الأصلي بإحدى الدعويين، ويتمثل ذلك في دعوى الحلول ودعوى الكفالة " الدعوى الشخصية".

أولاً: رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول

طبقاً للقواعد العامة إذا وفي الكفيل للدائن بكامل الدين الذي هو في ذمة المدين، فإنه يحل محل الدائن في الرجوع على المدين⁵⁶، بحيث يستطيع الكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول سواء كانت الكفالة بعلم المدين أو دون علمه، أو رغم معارضته، ويشترط من أجل حلول الكفيل محل الدائن، أن يكون الكفيل قد وفي بالدين فعلاً، وبأي طريقة من طرق الوفاء عند حلول الأجل، وأن يكون الوفاء بكامل الدين، كما يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يكفله من تأمينات، كما يحل الكفيل أيضاً محل الدائن في حقه لما يرد على هذا الحق من دفع⁵⁷.

ثانيا: رجوع الكفيل على المدين بدعوى الكفالة " الدعوى الشخصية"

إذا قام الكفيل بالوفاء للدائن بالالتزام الأصلي الواقع على عاتق المدين وأخطر المدين بهذا الوفاء ولم يعارضه المدين على هذا الوفاء، فإنه يحق له رفع دعوى شخصية في مواجهة المدين من أجل الحصول على ما وفي به للدائن، ويشترط لذلك حلول الأجل الأصلي للمدين المكفول، وأن يكون الدائن قد استوفى حقه من الكفيل عن طريق التنفيذ على أموال هذا الأخير واقتضاء الدين من ثمنها⁵⁸.

الفرع الثالث: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

بالرجوع إلى نص المادتين 664 و668 من القانون المدني الجزائري نميز حالتين، أي في حالة تعدد الكفلاء دون تضامن، وتعدد الكفلاء مع تضامنهم.

وعليه ففي حالة تعدد الكفلاء بالنسبة لدين واحد وبعقد واحد، أو كان ذلك بعقود متتالية، مع احتفاظ كل كفيل بحقه في التقسيم، ففي هذه الحالة فإن كل كفيل لا يلزم إلا بقدر نصيبه من كفالة الدين، فإذا لم يوفي أحدهم بنصيبه فلا يتحمل ذلك باقي الكفلاء، لكن إذا وفي أحدهم بكامل قيمة الدين يمكنه حينئذ الرجوع على غيره من الكفلاء بدعوى الإثراء بلا سبب⁵⁹، لكن في حالة تعدد الكفلاء مع تضامنهم وقام أحدهم بالوفاء بجميع الدين في تاريخ الاستحقاق، جازله الرجوع على باقي الكفلاء بقدر نصيبه في الدين، وبنصيبه في حصة المعسر منهم⁶⁰.

المبحث الثاني: الصور المستحدثة للضمانات الشخصية كآلية للمحافظة على حق

الدائن

أدى التطور الحاصل في ميدان المعاملات التجارية عموما، والمعاملات المصرفية خصوصا إلى ظهور مصطلح جديد يدعى بالضمانات المصرفية كصور مستحدثة للكفالة الشخصية، متمثلة في الكفالة المصرفية وخطاب الضمان، بحيث كان ينظر لهما في بداية الأمر على أنهما امتداد للكفالة الشخصية، بمعنى أن الكفيل "المصرف" يضم ذمته إلى ذمة العميل اتجاه المستفيد، إلا أن هذه الصور المستحدثة للكفالة في المجال المصرفي تختلف عن الكفالة العادية، لأن الكفيل فيها دائما ثابت ومعروف وهو المصرف. غير أن المشرع ترك تنظيم هذا الأمر للقواعد العامة رغم أهميته، وهو ما سنتطرق إليه تباعا كما يلي:

المطلب الأول: الكفالة المصرفية

سنتناول في هذا المطلب المقصود بالكفالة المصرفية وخصائصها وشروط انعقادها، وكذلك التطرق إلى أحكامها، إضافة إلى مزاياها وعيوبها.

الفرع الأول: المقصود بالكفالة المصرفية

بالرجوع إلى نص المادة 644 من القانون المدني الجزائري فإن الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن أن يفي بهذا الالتزام إذا لم ينف به المدين نفسه.

ويقصد بالكفالة المصرفية باعتبارها من عقود الضمان المالي وقوف البنك إلى جانب عميله من خلال ضم ذمته إلى ذمة عميله في مواجهة دائن بالتزام في ذمة العميل، ويتجلى ذلك في دفع البنك لقيمة الكفالة مستقبلا إذا أخل العميل بالتزامه⁶¹، وتعد الكفالة تأمين شخصي فهي تمنح الدائن تدعيم وتقوية مركزه في حالة تقاعس المدين أو إفلاسه⁶²، والكفالة المصرفية هي آلية ضمان من ابتداء العرف المصرفي باعتبارها من صور الضمان المصرفي كضمانات شخصية مستحدثة، ويقصد بها أيضا هي تلك التأمينات التي يقدمها طالب الائتمان إلى البنوك في صورة نقدية أو عينية، ويشترط لذلك توافر عنصر الثقة بين الطرفين⁶³.

الفرع الثاني: خصائص الكفالة المصرفية وشروط انعقادها.

على اعتبار الكفالة المصرفية عقد فإنها تختص بجملة من المميزات والأوصاف ويشترط لانعقادها توافر مجموعة من الشروط سنوجزها فيما يلي:

أولاً: خصائص الكفالة المصرفية.

إن عقد الكفالة المصرفية يتصف بمجموعة من الأوصاف والخصائص وهي على النحو الآتي:

1- الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد

يتميز عقد الكفالة المصرفية بأنه ملزم لجانب واحد كونه ينشأ التزاما في ذمة طرف واحد اتجاه الدائن، نتيجة تخلف المدين الرئيسي عن تنفيذ التزامه، أي على عاتق الكفيل " البنك " وحده، حتى ولو كانت الكفالة بمقابل، لأن العبرة بعقد الاعتماد بالتوقيع المبرم بين المدين والكفيل، لأنه إذا تلقى الكفيل عوضا جراء كفالته لعميله، فإن هذا العوض يتلقاه من العميل وليس الدائن المستفيد⁶⁴.

2- الكفالة المصرفية تقوم على الاعتبار الشخصي

إن الدعامة الأساسية لقيام الكفالة عموما والكفالة المصرفية خصوصا هي عنصر الاعتبار الشخصي، لأن الدائن لا يمنح ثقته لمدينه إلا بعد التأكد من قدرته على

الوفاء بالتزامه، إضافة إلى سمعة المدين وأخلاقه ومدى حرصه على الوفاء، باعتبار أن الائتمان يقوم على الثقة⁶⁵.

3-الكفالة المصرفية من عقود المعاوضة

إذا كان الأصل يقضي أن تعقد الكفالة المصرفية دون عوض باعتبارها من عقود التبرع إذ يلتزم فيها الكفيل بالضمان للدائن دون مقابل، إلا أن ذلك لا يمنع الكفيل من الحصول على مقابل، فحينئذ تتحول الكفالة المصرفية من عقد تبرعي إلى عقد معاوضة هذا ما نص عليه قانون النقد والقرض الجزائري⁶⁶، كما في حالة الضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان⁶⁷، بحيث تنتفي فيه صفة المجانية، بشرط أن يحصل الكفيل على هذا العوض بكل وضوح.

ويرى الباحث أن الكفالة المصرفية ليست عقد ثابت من حيث التبرع والعوض بحيث يأخذ إحدى الخاصيتين، حسب الكفالة التي يقدمها البنك ما إذ اكانت بعوض أو دون ذلك.

4-الكفالة المصرفية عقد تبعي

يرتبط عقد الكفالة المصرفية ارتباطا وثيقا بالالتزام الأصلي المكفول، بحيث لا يمكن أن نتصور وجود كفالة دون وجود التزام أصلي تتبعه، فالكفالة تتبع الالتزام الأصلي المكفول من حيث الصحة والمدة والمضمون والآثار المترتبة عليه، كما يتحدد التزام البنك الكفيل بالتزام المدين الأصلي، لذلك فإن خاصية التبعية تتميز بها الكفالة عن غيرها من الضمانات المشابهة لها⁶⁸.

5-الكفالة المصرفية عملا تجاريا

الأصل أن الكفالة تعد عقدا مدنيا بالنسبة للدين التجاري حتى ولو كان المدين تاجرا باستثناء الكفالة التي تعد عملا تجاريا بحسب طبيعتها متى كانت ناشئة عن ضمان أوراق تجارية ضمنا احتياطيا⁶⁹، بحيث تخضع لأحكام القانون التجاري⁷⁰، أو عن تظهير هذه الأوراق، وكذلك الكفالة المصرفية الناشئة عن كل عملية مصرفية أو صرف أو قرض أو اقتراض⁷¹.

ثانيا-شروط انعقاد الكفالة المصرفية

لانعقاد عقد الكفالة المصرفية يستوجب توافر مجموعة الشروط الموضوعية العامة والمتمثلة في الأهلية والرضا وكذا المحل والسبب وشروط خاصة مطلوبة لهذا العقد تتكرس في مبلغ الكفالة والمدة، إضافة إلى غرضها. وهذا ما سنتطرق إليه وفق التسلسل المنهجي الآتي:

1-الشروط الموضوعية العامة لانعقاد الكفالة المصرفية

أ-الأهلية وسلطة التوقيع

يجب على الكفيل " البنك " أن يكون مؤسسة ائتمان خاضعة لمقتضيات قانون النقد والقرض وبمأن البنك الكفيل شخص معنوي فإنه يتخذ شكل شركة مساهمة، ويمارس النشاط البنكي والذي يعد نشاطا تجاريا بحسب الموضوع⁷²، فيشترط لذلك توافر الأهلية التجارية والتي يتحصل عليها البنك بمجرد القيد في السجل التجاري، متى توافرت الشروط اللازمة لذلك، ويترتب على ذلك تحمله على أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وما يترتب على ذلك من نتائج وهذا وفقا لما تقضي به للقواعد العامة⁷³، وذلك دون تجاوز القدرة المالية للبنك⁷⁴.

ب-المحل في الكفالة البنكية

يتجلى محل عقد الكفالة المصرفية في الضمان الممنوح، متمثلا في الوفاء للدائن بدين المدين الأصلي، ويجب ان يكون هذا المحل محددًا أو قابلا للتحديد وقت التزام الكفيل، فإذا لم يحدد مقدار الكفالة، فإن الكفيل يضمن ملحقات الدين من تعويضات ومصروفات، نتيجة عدم تنفيذ المدين للالتزام بشرط ان يكون محل الكفالة مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة⁷⁵.

ج-السبب في الكفالة البنكية

يجب ان يكون سبب الكفالة مشروعا، أي بمنعي ان لا يكون سبب التزام الكفيل هو الحصول على الائتمان الممنوح للمدين والا كان ذلك باطلا، لان الكفيل في هذه الحال يكون ضامنا ومستفيدا من الائتمان في نفس الوقت دون ان تكون له صفة المدين الأصلي⁷⁶.

2-الشروط الخاصة لانعقاد الكفالة المصرفية

يلزم لانعقاد الكفالة المصرفية مجموعة من الشروط الخاصة وهي ما تعرف بالعناصر الجوهرية لذلك سنحاول التطرق إلى كل من هذه العناصر بالتفصيل.

أ-المبلغ

يجب أن يتضمن عقد الكفالة المصرفية مبلغ الكفالة بالأرقام والأحرف، لأن التزام الكفيل لا يتعدى المبلغ المدون في متن الكفالة، ولا يجوز ان تصدر الكفالة دون ذكر المبلغ، ويكون ذلك تحت طائلة البطلان⁷⁷.

ب-المدة

بمأن تنفيذ الالتزام الأصلي للمدين مرتبط بتاريخ محدد والتعهد في الكفالة ينص أيضا على دفع مبلغ معين خلال فترة زمنية محددة، فيستوجب ذلك تحديد مدة للكفالة وهذا هو الأصل، إلا أن بعض الجهات المستفيدة قد تشترط على البنك مقدم الكفالة على أن الكفالة غير محددة المدة، بمعنى يتم الغاء تاريخ الاستحقاق، وفي هذه الحالة يمكن للبنك انهاء الكفالة في أي وقت شاء، بشرط أن يخطر البنك العميل قبل ذلك بمدة مناسبة ومعقولة.

ج-الغرض

إن تقديم الكفالة الغرض منه هو كفالة المدين في حالة عدم قيامه بتنفيذ الالتزام الأصلي، لذلك يجب ان يكون الغرض واضحا ومحددا وغير قابل للتأويل والتفسير الخاطئ، أي انها تضمن الهدف الذي أنشئت لأجله، وتنتهي بانتهاء هذا الغرض⁷⁸.

الفرع الثالث: أنواع الكفالة المصرفية

الكفالات المصرفية عديدة ومتنوعة، بحيث تنقسم على عدة أنواع، ويرجع ذلك معيار التقسيم المعتمد، وفي موضوعنا هذا سنتطرق إلى بعض الكفالات المصرفية في مجال الصفقات العمومية⁷⁹، باعتبارها الأكثر شيوعا واستعمالا في الواقع العملي.

أولا: الكفالة الإدارية في مجال الصفقات العمومية

الكفالة الإدارية هي التي يستوجب طلبها بمناسبة الإعلان عن مناقصة من أجل ضمان حسن التنفيذ في مجال الصفقات العمومية المبرمة بين المؤسسات العمومية ومؤسسات الإنجاز مقدمة الخدمة الى غير ذلك من النشاطات وتنقسم إلى ما يلي:

1-كفالة التعهد

يقصد بالكفالة المؤقتة هي عبارة عن آلية تملكها الإدارة صاحبة المشروع من أجل تفادي التراجع التعسفي للمشاركين في المناقصة عن تنفيذ الصفقة العمومية، والهدف منها حماية الإدارة من المشاركين غير الجديين في المناقصة، وضمان تنفيذ الصفقة من جانب الطرف الذي يقع عليه تنفيذ هذه الصفقة⁸⁰.

2-كفالة حسن التنفيذ

فهي التزام من البنك بتحمل تبعات إخلال العميل بالتزاماته، سواء عن عدم اتمام الأشغال، أو عن عدم تسليمها في الأجال، أو كانت غير مطابقة لما هو معمول به.

لأن الهدف من هذه الكفالة هو حماية مصلحة الإدارة المتعاقدة من جهة وبالتالي الحفاظ على المال العام، وجبر وإلزام الطرف المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزامه وفقا للشروط والأجال المتفق عليها في العقد. وفي المحصلة فإن مجال كفالة حسن التنفيذ هو

تأمين لمصالح الإدارة في مواجهة الطرف المتعاقد معها، وتعتبر كفالة حسن التنفيذ من أهم الضمانات التي أقرها المشرع، بحيث حرص على تقديمه من قبل المتعاملين سواء كانوا وطنيين أو أجنب⁸¹.

3- الكفالة عن اقتطاع الضمان

الكفالة عن اقتطاع الضمان هو مبلغ يقوم بإيداعه المقاول المكلف بالإنتاج لدى البنك ويتراوح ما بين 05 إلى 10 بالمائة من مبلغ الصفقة، وذلك من أجل تفادي اقتطاع الإدارة لهذا المبلغ أثناء القيام بعملية التخليص عن الأشغال المنجزة، كضمان للعيوب الي يمكن أن تظهر قبل التسليم النهائي للأشغال، ويتحصل المقاول على هذا المبلغ بعد الإفراج عن هذه الكفالة، وذلك بعد تقديم المقاول للبنك رفع اليد الذي تسلمه الإدارة صاحبة المشروع للمقاول بعد ثلاثة أشهر الموالية لتاريخ محضر الاستلام النهائي للأشغال المنجزة⁸².

4- كفالة رد التسبيقات

أحيانا تقوم الإدارات صاحبة المشروع أي المصلحة المتعاقدة بتقديم تسبيق للمقاولين ومؤسسات الإنجاز الي تحظى بالفوز بالصفقة، ولا يمكنها الحصول التسبيق فعليا إلا إذا حصلت على كفالة التسبيق من إحدى البنوك، والهدف من ذلك هو مساعدة المقاول على مباشرة الأعمال والتخفيف من أعبائه المالية وفق ما تم الاتفاق عليه في العقد، وهذا الأخير يلتزم برد هذه التسبيقات بعد حصوله مستحقاته في الأجال المحددة وهذا ما نص عليه قانون الصفقات العمومية⁸³.

الفرع الرابع: أحكام الكفالة المصرفية

سنتطرق في هذه الجزئية الى آثار الكفالة المصرفية، من خلال تناول العلاقة بين البنك والدائن، وكذا العلاقة بين البنك والمدين، وبعدها يتم التطرق للإيجابيات التي تحققها هذه الأخيرة، وكذا المخاطر التي قد تخلفها.

أولا: آثار الكفالة المصرفية

يترتب على عقد الكفالة المصرفية مجموعة من الآثار، متمثلة في التزامات البنك الكفيل والتزامات الدائن في مواجهة البنك، وكذلك أيضا تترتب التزامات في ذمة كل من البنك والمدين في علاقتهما مع بعضهما البعض.

1- العلاقة بين الكفيل والدائن

يتجلى التزام البنك الكفيل اتجاه الدائن في حصول هذا الأخير على حقوقه بحلول تاريخ الاستحقاق، من خلال قيام البنك بتسديد قيمة الدين المكفول والذي هو في ذمة

المدين الأصلي، نتيجة امتناع هذا الأخير عن الوفاء، وبهذا الوفاء تبرأ ذمة البنك الكفيل اتجاه الدائن، وحينها يجوز للبنك التمسك بكل الدفع المخلولة للدائن اتجاه المدين الأصلي المكفول⁸⁴.

أما التزام الدائن اتجاه البنك الكفيل يتمثل في مطالبة المدين أولاً وتجريده من أمواله، وبعدها إذا لم يقم المدين بالوفاء يطالب الدائن البنك الكفيل بقيمة الدين المكفول وملحقاته إن تطلب الأمر ذلك، دون أن تتجاوز المطالبة حدود الكفالة المصرفية.

كما يجب على الدائن المحافظة على كل الضمانات المقررة للمدين، منها التأمينات وكذا اتخاذ إجراءات المطالبة بالدين، والتنفيذ خلال المدة المنصوص عليها قانوناً الكفيل، كما يجب على الدائن ان يتقدم بدينه في التفليسة في حالة إفلاس المدين وذلك تحت طائلة سقوط حقه، ويلتزم الدائن بأن يسمح للكفيل بأن يحل محله في ممارسة حقه في الرجوع على المدين⁸⁵.

2-العلاقة بين البنك الكفيل والمدين

من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البنك الكفيل هو التزامه بالإعلام اتجاه المدين لأن ذلك من واجبات البنك اتجاه عملائه، ويلزم البنك أيضاً بالوفاء بالدين المكفول والمترب في ذمة المدين الأصلي اتجاه الدائن في حالة الإمتاع عن ذلك، كما يجب أيضاً على البنك إعلام المدين قبل الوفاء بحق الدائن وإلا سقط حقه.

أما المدين فإنه ملزم اتجاه البنك الكفيل بالوفاء بقيمة ما وفي به الكفيل للدائن، وذلك في حالة قيام الكفيل بالوفاء بالدين، كما يجب على المدين أن يقدم معارضته في حال قيام الكفيل بالوفاء دون علمه، ووجب على المدين أيضاً دفع العمولة والفائدة للبنك⁸⁶.

ثانياً: مزايا وعيوب الكفالة المصرفية

من بين الإيجابيات التي تتميز بها الكفالة المصرفية، أنها تعد ضمان يهدف الي تقريب البنك من المدين، وتساعد على التعامل بينهما، كما تتضح بصورة أكبر الثقة بين البنك وعميله وما يتبعها من ائتمان، وكذا حماية البنوك الدائنة في ضمان سداد حقوقها المالية في حالة عدم كفاية الضمانات العينية، فهي تمنح ضماناً قويا للدائن لاسترداد دينه إذا أصبح المدين الأصلي في حالة اعسار⁸⁷، أما المخاطر والصعوبات التي تحد من نجاعة وفعالية الكفالة المصرفية، تتجلى في شرط مطالبة المدين الأصلي قبل مطالبة الكفيل لأن ذلك يؤدي الى تباطؤ الإجراءات، نتيجة خضوع الكفالة المصرفية للقواعد

العامة والمتعلقة بالكفالة الشخصية، وهذا يتنافى مع خاصية السرعة والائتمان التي تتميز بها المعاملات التجارية والمالية⁸⁸.

ويرى الباحث ويقترح على المشرع الجزائري القيام بوضع أحكام خاصة بالكفالة المصرفية في القانون المدني من خلال إدراجها تحت عنوان مستقل عن الكفالة الشخصية، أو تنظيم أحكامها في قانون النقد والقرض.

المطلب الثاني: خطاب الضمان

إن لخطاب الضمان دور بالغ الأهمية في مجال النشاط الاقتصادي عموماً وفي ميدان تشجيع الاستثمار خصوصاً، باعتباره من أهم الضمانات المصرفية الناشئة عن توقيع البنك، حيث يوفر البنك للعميل الثقة والائتمان اتجاه الغير.

الفرع الأول: مفهوم خطاب الضمان.

وللإحاطة بهذا الموضوع أكثر سنتطرق في الفرع الأول إلى المقصود بخطاب الضمان، إضافة إلى تناول خصائص خطاب الضمان وكذلك شروط هذا الأخير.

أولاً: المقصود بخطاب الضمان

1-التعريف الفقهي

اختلف الفقه في تعريف خطاب الضمان بحيث يعرفه البعض على أنه "تعهد مكتوب من البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر بدفع مبلغ معين، أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد خلال مدة معينة في الخطاب، ودون اعتداد بأية معارضة⁸⁹. كما يعرفه البعض الآخر أيضاً بأنه "عقد مكتوب يتعهد بمقتضاه البنك كفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معين، اتجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وضمناً لوفائه اتجاه البنك سواء كان طلباً مبرراً أو مجرداً أم مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد في الخطاب خلال مدة محددة أو غير محددة على أن يكون الضامن شخصاً آخر غير المتعاقد مع المستفيد⁹⁰. كما يعرف آخرون خطاب الضمان على أنه "تعهد صادر من البنك، بناء على طلب العميل الأمر.

بحيث يلتزم فيه البنك بدفع مبلغ معين من النقود أو قابل للتعيين بمجرد أول مطالبة من جهة المستفيد دون قيد أو شرط⁹¹.

2-التعريف التشريعي

لم يعرف المشرع الجزائري خطاب الضمان المصرفي بطريقة مباشرة وتنظيم واضح وجلي، بالرغم من أنه أورد في نص المادة 68 من قانون النقد والقرض 11-03

عبارة الضمان الاحتياطي والكفالة أو الضمان، لكن هذا ليس قرينة قاطعة على أنه قد عرفه، فالمشرع الجزائري لم يساير بعض التشريعات العربية التي عرفت خطاب الضمان، مثل المشرع المصري⁹².

ثانياً: خصائص خطاب الضمان

تمكن كل من الفقه والقضاء من تبيان وتوضيح مجموعة من الخصائص التي يتميز بها خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية، وعليه سنتناولها تباعاً بالشرح كالآتي:

1- خطاب الضمان عمل تجاري

على اعتبار البنك شركة مساهمة، وإن خطاب الضمان مصدره البنك، فيعد هذا العمل تجارياً. لأن أعمال البنوك تجارية بحسب موضوعها هذا ما نصت عليه المادة 13/02 من الأمر 59-75 المعدل والمتمم، حتى ولو تمت هذه الأعمال بصفة منفردة أو لصالح شخص⁹³.

2- خطاب الضمان محله مبلغ من النقود

إن محل خطاب الضمان البنكي هو النقود، بحيث يكون هذا المحل دائماً عبارة عن دفع مبلغ مالي أو المطالبة به سواء كان معين المقدار أو قابل للتعيين، وبالعلمة المتفق عليها⁹⁴.

3- خطاب الضمان يقوم على الاعتبار الشخصي

يرتكز خطاب الضمان باعتباره أداة ائتمان قائم على الاعتبار الشخصي بالنسبة لكل من المستفيد والعميل الأمر، بحيث يؤدي ذلك إلى تقوية الائتمان، فلا يمكن للعميل التنازل عن خطاب الضمان الناشئ بناء على طلبه إلى الغير، حتى ولو تنازل عن المصدر الذي نشأ من أجله خطاب الضمان⁹⁵.

4- مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان

بالنسبة لخطاب الضمان المصرفي فهو مستقل عن الالتزام الناشئ عنه، كما أنه مستقل عن أي علاقة أخرى، رغم أن الدين المضمون هو سبب نشوئه، ويترتب على ذلك، استقلالية التزام البنك مصدر خطاب الضمان اتجاه المستفيد، فلا يجوز للمستفيد الرجوع على البنك، كما يجب على البنك الدفع للمستفيد عند أول طلب، وفي الأجل التي تم تحديدها في خطاب الضمان⁹⁶.

5- مدة خطاب الضمان

إن خطاب الضمان يتم تحديده بالمدة المعينة فيه، وتنقضي هذه المدة بانقضاء الالتزام، فهو يمتاز بأنه فوري في تنفيذ الالتزام، بحيث يقوم البنك بتسديد ودفع مبلغ خطاب الضمان للمستفيد بحلول هذه المدة والتي تعتبر كحد أقصى للوفاء بالالتزام⁹⁷.

الفرع الثاني: أحكام خطاب الضمان

يترتب على خطاب الضمان مجموعة من العلاقات والروابط القانونية بين كل من العميل والمستفيد، وذلك النظر لأهميته العملية، وتتمثل هذه العلاقات في العلاقة بين كل العميل والبنك، وكذلك أيض بين البنك والمستفيد. كما ينشأ على خطاب الضمان مجموعة الآثار.

أولاً: الأهمية العملية لخطاب الضمان

إن لخطاب الضمان أداء فعال وهام في شتى المجالات الاقتصادية والمالية على الصعيدين الداخلي والخارجي، وتكمن هذه الأهمية فيما يلي:

1- بالنسبة للعميل

إن أهمية لجوء العميل إلى طلب إصدار خطاب الضمان من البنك، هو المحافظة على ماله، كونه أقل سعراً من حيث الفائدة مقارنة بالقرض البنكي الذي يضطر لإرجاعه إلى البنك، بدلاً من تقديم تأمين نقدي يبقى مجمداً لدى البنك، دون استثمار كما يعفي خطاب الضمان العميل من تحويل العملات الأجنبية الموازية لمقدار التأمين الواجب إيداعه لجهة إدارية، إذا كان مقيماً بالخارج، كما يعد خطاب الضمان وسيلة فعالة خصوصاً في عقود التجارة الدولية، بحيث يسمح للعميل باستثمار أمواله على نحو سهل وبسيط للاستفادة منها دون تجميدها⁹⁸.

وعليه يعد خطاب الضمان من الآليات المهمة في تنشيط الاستثمار بسبب توافره على الثقة⁹⁹.

2- بالنسبة للبنك

إن الفائدة التي يجلبها البنك من إصداره لخطاب الضمان تتجلى في العمولة والفائدة التي يتقاضاهما البنك مقابل إصداره لهذا النوع من الضمانات، مع العلم أن العمولة تتناسب طردياً مع قيمة الضمان، بحيث كلما زادت قيمة خطاب الضمان زاد مقدار العمولة، ومن جهة أخرى فإن غطاء خطاب الضمان يزيد من حجم الودائع البنكية، نتيجة الاحتفاظ بها إلى غاية انتهاء مدتها¹⁰⁰.

3- بالنسبة للمستفيد

فبمجرد صدور خطاب الضمان من البنك، فإنه يعد ضماناً كافية يستوفي الغاية بالنسبة للجهات المستفيدة منه، حيث لا يقل ذلك عما يؤديه التأمين النقدي المودع لدى البنك، لأن خطاب الضمان ينشأ ويتأسس على مجموعة من الشروط تلزم البنك بدفعه لخطاب الضمان للمستفيد، دون قيد أو شرط كما أن الميزة الاقتصادية والتجارية لهذا الأخير كونه سريعاً، فإنه يساعد على انجاز المشاريع¹⁰¹.

ثانياً: آثار خطاب الضمان.

1-العلاقة بين العميل والمستفيد

تتجلى العلاقة بين العميل والمستفيد من خلال التزام العميل بموجب اتفاق مع أحد الأشخاص بأن يقدم له ضماناً لتنفيذ أمر من الأمور، بحيث يلتزم العميل بتسليم خطاب ضمان بنكي للمستفيد بمبلغ مستحق الأداء وضمن مدة محددة، وذلك حسب الشروط المتفق عليها، فإذا أخل العميل بذلك تقوم مسؤوليته، فإذا قبض المستفيد خطاب الضمان من البنك دون أن يقوم بالوفاء بالتزامه اتجاه العميل، يمكن لهذا الأخير الرجوع عليه بدعوى الكسب غير المشروع¹⁰².

2-العلاقة بين العميل والبنك

تعد علاقة العميل بالبنك علاقة عقدية، بحيث يتم بموجبها البنك بإصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد على أساس الاتفاق الذي حصل بين العميل والمستفيد، وطبقاً للشروط المتفق عليها، كما يقع على عاتق البنك واجب إخطار العميل من أجل الوفاء بقيمة الخطاب المقدم للمستفيد، مقابل التزام العميل بدفع غطاء مبلغ الضمان الذي يمكن أن يتخذ شكلاً نقدياً أو عينياً، وكذا عمولة للبنك عن خدمة الضمان والفوائد¹⁰³.

3-العلاقة بين البنك والمستفيد

ترتبط البنك بالمستفيد علاقة خطاب الضمان، بحيث تنتج هذه العلاقة من اللحظة التي يصدر فيها البنك الخطاب للمستفيد وقبول هذا الأخير لهذا الخطاب دون اعتراضه على ذلك وبصفة نهائية، وتعد هذه العلاقة مستقلة عن العلاقتين السابقتين الذكر¹⁰⁴.

خاتمة

ختاماً وبعد التطرق إلى موضوع الكفالة كضمان لحق الدائن بين المفهوم القديم والواقع المتجدد، خلال تناول مفهومه الكفالة، وكذا التطرق إلى الآثار المترتبة عليها وصورها الحديثة نخلص إلى مجموعة من النتائج ثم نبدي مجموعة من الاقتراحات.

النتائج

- أن الكفالة آلية خاصة توفر الحماية القانونية للدائن وتجعله في مركز قانوني أكثر استقراراً وأمناً اتجاه المخاطر التي تهدده، لا سيما في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه، وكذا خطر مزاحمة الدائنين الآخرين له.

- أن الكفالة ضمان احتياطي للدائن وليست ضمان أصلي لأن الدائن لا يستوفي حقه من الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، كما أنها ضمان شخصي وخاص بالدائن المقررة له دون باقي الدائنين، فهي تقوم على الاعتبار الشخصي وتضعه في مركز ممتاز.

- أن الكفالة لم تبقى محصورة في مفهومها التقليدي، بل استحدثت لها تطبيقات جديدة من أجل مساندة التطور الحاصل في المجتمعات خصوصاً في المجال المصرفي.

الاقتراحات

- ترك الحرية والخيار للدائن في الرجوع على المدين أو الكفيل وإلغاء شرط تجريد المدين من أمواله أولاً، لأن هذا الشرط قد يكون فيه مضیعة للوقت خصوصاً إذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء بحق الدائن.

- تنظيم الصور المستحدثة للكفالة في المجال المصرفي في القانون المدني تحت عنوان "الصور المستحدثة للكفالة الشخصية"، أو تنظيمها في قانون النقد والقرض.

- يقترح الباحث على المشرع تعديل نص المادة 644 من القانون المدني الجزائري ليصبح نصها كما يلي "الكفالة هي عبارة عن ضم ذمة مالية لشخص آخر يدعى الكفيل إلى الذمة المالية للمدين، من أجل الوفاء بحق الدائن الذي هو في ذمة المدين المكفول".

¹ الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية عدد 31، المؤرخة في 2007/05/13.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات "أحكام الالتزام"، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع، 2010، عين مليلة، الجزائر، ص 111.

³ أنظر وراجع المادة 188 من الأمر 58-75، السالف الذكر.

⁴ حورية زاهية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري "دراسة مقارنة"، دار هومة للنشر والتوزيع، جوان 2018، الجزائر، ص 17.

⁵ أنظر المادة 644 من الأمر 58-75، السالف الذكر.

⁶ Voir Christian LARROUMET, Droit civil-Tome3-Les Obligation : Le contrat, 3ème édition économique, 1996, France, p72.

⁷ أنظر المادة 647 من الأمر 58-75، السالف الذكر.

⁸ عبد الرحمان سلام، "الكفالة في التشريع المدني الجزائري"، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة مستغانم، الجزائر، المجلد 19، العدد 02، أكتوبر 2018، ص 611.

- ⁹ أنظر المادة 02/651 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- ¹⁰ أنظر المادة 647 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- ¹¹ زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص من 38-40.
- ¹² فوزي أحمد نهلة أحمد، "أحكام عقد الكفالة في القانون المدني المصري"، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز العربي الديمقراطي، ألمانيا، المجموعة 05، العدد 29، سنة 2021، ص 26-29.
- ¹³ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد الكفالة، المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، جامعة القاهرة، سنة 1993-1994، مصر، ص 67-68.
- ¹⁴ حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 36.
- ¹⁵ أنظر المادة 42 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- ¹⁶ أنظر المادة 646 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- ¹⁷ حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 36، وأنظر المادة 646 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- ¹⁸ سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة والآثار المترتبة عليه بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، أطروحة لنيل الماجستير، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2006، ص 15.
- ¹⁹ أنظر المادة 645 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- ²⁰ كوثر زهدور، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مجلة الفقه والقانون، الموقع الإلكتروني www.majalah.New.ma تاريخ الاطلاع 01 جويلية 2022، ص 04.
- ²¹ أنظر المادة 651 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- ²² منصور داود، عامر قيرع، "تجارية عقد الكفالة"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، المجلد رقم 07، العدد 01، جانفي 2020، ص 351، وراجع أيضا المادة 2/651 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- ²³ رمضان أبو السعود، الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية، دون دار نشر، سنة 1980، القاهرة، ص 47.
- ²⁴ م. حمودي بكر حمودي، الصفة التبعية لالتزام الكفيل الشخصي في عقد الكفالة "دراسة تحليلية مقارنة"، المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية، كلية الإمام الأعظم، بغداد، العراق، العدد 23، أوت 2021، ص 78.
- ²⁵ سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، ص 30.
- ²⁶ حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 32-33.
- ²⁷ سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، ص 40.
- ²⁸ أنظر المادة 01/651 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- ²⁹ داود منصور، عامر قيرع، المرجع السابق، ص 351، 355، وأنظر المادة 02/651 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- ³⁰ فوزي أحمد نهلة أحمد، المرجع السابق، ص 31.
- ³¹ حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 69.
- ³² فيصل شرف أحمد "محمد زياد"، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012، ص 37.
- ³³ أنظر المادة 211 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- ³⁴ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المصادر، المجلد الأول "01"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 975.
- ³⁵ أنظر المواد 02/283، 02/119 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- ³⁶ حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 75.
- ³⁷ فيصل شرف أحمد "محمد زياد"، المرجع السابق، ص 40.
- ³⁸ أنظر المادة 02/660 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- ³⁹ فوزي أحمد نهلة أحمد، المرجع السابق، ص 31-32.
- ⁴⁰ أنظر المادة 662 من الأمر 58-75، السالف الذكر.

- 41 حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 70.
- 42 شروق عباس فاضل، سارة نعمت أحمد، "حماية الكفيل في عقد الكفالة"، مجلة طبينه للدراسات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي سي الحواس بركة، المجلد الثالث 03، العدد الأول 01، المجلد الثالث "03"، 2020/06/19، ص 281-282.
- 43 فوزي أحمد نهلة أحمد، المرجع السابق، ص 33، وأنظر المادة 661 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- 44 أنظر المادة 665 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- 45 م. حمودي بكر حمودي، المرجع السابق، ص 83.
- 46 حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 82-84، وأنظر المادة 662 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- 47 شروق عباس فاضل، سارة نعمت أحمد، المرجع السابق، ص 288.
- 48 شروق عباس فاضل، سارة نعمت أحمد، المرجع نفسه، ص 288-289، وأنظر المادة 664 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- 49 أنظر المادة 01/664 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- 50 فوزي أحمد نهلة أحمد، المرجع السابق، ص 43.
- 51 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 156.
- 52 أنظر المادة 657 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- 53 كوثر زهدور، المرجع السابق، ص 08.
- 54 حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 94، وأنظر المادة 659 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- 55 أنظر المادة 01/664 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- 56 أنظر المواد 671، 264، 261 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- 57 حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 108.
- 58 حورية زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص 103-105.
- 59 سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، ص 173.
- 60 أنظر المادة 668 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- 61 راضية أمقران، ضمانات البنك في مجال الائتمان، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، ص 30-32.
- 62 حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 46.
- 63 أسماء مرابط وآخرون، الضمانات الشخصية المستحدثة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2019، ص 103-104.
- 64 فاطنة بن بابوش، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الائتمان في ظل التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2018/2019، ص 28.
- 65 فاطنة بن بابوش، المرجع نفسه، ص 31-32.
- 66 الأمر 11-03، المؤرخ في 2003/08/26 والمتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم، الجريدة رسمية عدد 52، المؤرخة في 2003/08/27.
- 67 أنظر المادة 68 من الأمر 11-03، السالف الذكر.
- 68 فاطنة بن بابوش، المرجع السابق، ص 35-36.
- 69 أنظر المادة 651 من القانون المدني الجزائري.
- 70 لأمر 59-75، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج رعد 101، المؤرخة في 1975/12/19.
- 71 أنظر المادة 02 من الأمر 59-75، السالف الذكر.
- 72 أنظر المادة 02 من الأمر 59-75، السالف الذكر.
- 73 أنظر المادة 50 من الأمر 58-75، السالف الذكر.
- 74 فاطنة بن بابوش، المرجع السابق، ص 29.

- ⁷⁵ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، 1975، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ص 12.
- ⁷⁶ مريم بنت الخوخ، دور الكفالة المصرفية في مجال الائتمان، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله، تيبازة، العدد 11، ديسمبر 2017، ص 374.
- ⁷⁷ وائل نورس هناوي، دور الكفالة المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية وتنفيذ المشاريع الاقتصادية، مذكرة ماجستير، جامعة دمشق، سوريا، 2016، ص 07.
- ⁷⁸ وائل نورس هناوي، لمرجع نفسه، ص 07.
- ⁷⁹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج رعد 50، المؤرخة 20 سبتمبر 2015.
- ⁸⁰ فوزية هاشمي، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية "دراسة مقارنة"، مجلة الفقه القانوني والسياسي، جامعة بن خلدون تيارت، المجلد 01، العدد 01، 2017/12/01، ص 162-163.
- ⁸¹ فوزية هاشمي، المرجع نفسه، ص 166، وأنظر المادة 130 المرسوم 15-247، السالف الذكر.
- ⁸² الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، 2010، الجزائر، ص 64-65، وأنظر المادة 131 من المرسوم 15-247، السالف الذكر.
- ⁸³ الطاهر لطرش، المرجع نفسه، ص 65، وأنظر المادة 110 من المرسوم 15-247، السالف الذكر.
- ⁸⁴ مريم بنت الخوخ، المرجع السابق ص 375-376.
- ⁸⁵ مريم بنت الخوخ، المرجع نفسه، ص 376-377.
- ⁸⁶ يمينه حوحو، عقد الكفالة وعقد الرهن في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، ص 36-38.
- ⁸⁷ أسماء مرابط وآخرون، المرجع السابق، ص 106.
- ⁸⁸ أسماء مرابط وآخرون، المرجع نفسه، ص 107.
- ⁸⁹ مصطفى طه، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، 2005، الإسكندرية، مصر، ص 81.
- ⁹⁰ سعد العتيبي بدر، التنظيم القانوني لخطاب الضمان في مجال الصفقات العامة "دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، الطبعة الثامنة، العدد 02، العدد التسلسلي 30، جوان 2020، ص 92.
- ⁹¹ Philippe Simler, Cautionnement et Garantie Autonomes, 3ème édition, paris, France. 2000, p37.
- ⁹² نور الدين يوسف، سامي كحلول، النظام القانوني، لخطاب الضمان المصرفي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 03، العدد 05، نوفمبر 2018، ص 362، وأنظر المادة 68 من القانون 03-11، السالف الذكر.
- ⁹³ راضية أمقران، خطابات الضمانات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص 37.
- ⁹⁴ نور الدين يوسف، سامي كحلول، المرجع السابق، ص 364.
- ⁹⁵ سعد العتيبي بدر، المرجع السابق، ص 99.
- ⁹⁶ نور الدين يوسف، سامي كحلول، المرجع السابق، ص 363.
- ⁹⁷ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المجلد الرابع عمليات البنوك "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار النشر للثقافة والتوزيع، عمان، 2008، ص 342.
- ⁹⁸ فاطنة بن بابوش، المرجع السابق، ص 143.
- ⁹⁹ فاطنة بن بابوش، المرجع نفسه، ص 144.
- ¹⁰⁰ راضية أمقران، خطابات الضمانات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، المرجع السابق، ص 26.
- ¹⁰¹ فاطنة بن بابوش، المرجع السابق، ص 143-144.
- ¹⁰² راضية أمقران، خطابات الضمانات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، المرجع السابق، ص 87-88.
- ¹⁰³ نور الدين يوسف، سامي كحلول، المرجع السابق، ص 368.
- ¹⁰⁴ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 383 وما بعدها.