لطلبة السنة الثانية ماستر قانون الأعمال

محاضرات في ضمانات القرض المصرفي من إعداد الأستاذة بوجنان نسيمة

المحاضرة الأولى:

مقدمة:

يعتبر القرض من العقود المبنية على الاعتبار الشخصي , بمعنى أنها تقوم على أساس الثقة بين البنك و العميل المتقدم لطلب القرض , كما أنَ هذه الثقة تختلف من عميل إلى آخر ,ومن أجل ذلك يلجأ البنك إلى طلب ضمانات من عميله حتى يستطيع التنفيذ عليها ,أو استعمالها في حالة تأخر أو امتناع العميل عن السداد [1]و عليه نستنتج أنَ الضمانات هي إجراء مهم لمنح القروض سوءا في القانون الجزائري أو القوانين الأخرى

يمكن تعريف ضمانات القرض , أنهَا عبارة عن وسائل وأدوات لمواجهة مختلف الأخطار المرتبطة بالقرض (كإعسار العميل أو إفلاسه)

ويمكن تعريفها أيضا أنها " عبارة عن تأمين ضد الأخطار المحتملة ، فيما يتعلق بعملية الإقراض للبنك و تمكينه من استرجاع كل أو جزء من أصل القرض".

ويعرف الضمان كذلك،أنَه مقدار ما يمتلكه المقترض من موجودات منقولة أو غير منقولة و التي يرهنها بتوثيق القرض البنكي ، أو شخص ضامن ذو كفاءة مالية و سمعة أدبية مؤهلة , لكي يعتمد عليه البنك في تسديد القرض الممنوح للمقترض , بل يمكن أن يكون الضمان مملوكا لشخص آخر و وافق على أن يكون ضامنا للقرض[2] .

الفصل الأول : الضمانات الكلاسيكية للقروض المصرفية .

---

[1] -منصور بختة،مسؤولية البنوك في عقود الائتمان ،رسالة دكتوراه ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2015/2014،ص41-42.

[2] -حوالف عبد الصمد ،محاضرات في القروض التجارية ،كلية الحقوق ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،ص43.

إنَ الضمانات الكلاسيكية، هي الضمانات المعروفة في القانون المدني و التجاري ، و التي خرجت إلى الوجود بصدور هذين القانونين، مثل الكفالة و ضمان احتياطي الرهن الرسمي و الحيازي .

لقد سمحت التجارب البنكية و العرف البنكي ، إلى خلق عادات و صيغ لاختيار الضمانات ، فإذا كان الأمر يتعلق بقروض قصيرة الأجل ، حيث أنَ آجال التسديد قريبة واحتمالات تسديد المبلغ ليست ضئيلة، في هذه الحالة يكتفي البنك باشتراط ضمان الكفالة من طرف شخص أو كفيل يكون موسرا ، و يقبله البنك أو ضمانا احتياطيا و نكون في هذه الحالة أمام ما يعرف بالضمانات الشخصية.

أما إذا تعلق الأمر بقروض المتوسطة الأجل، حيث آجال التسديد بعيدة و تطورات المستقبل غير متحكم فيها تماما ,فإنَ البنك يمكن أن يلجأ إلى نوع آخر من الضمانات بحيث يتوافق مع طبيعة القرض مثل الرهن الرسمي أو الحيازي ,و في الحالة نكون أمام ما يعرف بالضمانات العينية.

المبحث الأول: الضمانات الشخصية للقروض البنكية.

إن المقصود بالضمانات الشخصية أو التأمينات الشخصية كما هو متعارف عليها فقها و قانونا ،الالتزامات الشخصية التي تضاف إلى التزام المدين على سبيل الضمان ،فهي عبارة عن ضم ذمة الغير إلى ذمة المدين لضمان حق الدائن[3].

يتم الضمان الشخصي ، يتدخل شخص آخر غير المقترض و يتعهد بسداد القرض (رأس المال المقترض, والفوائد المترتبة و كذا تكلفة القرض)، وفي حالة توقف المدين عن الدفع للبنك يمكن الرجوع على الفرد الضامن ،هذا الأخير يعد البنك بتسديد الدين في حالة عدم قدرة المدين عن الوفاء بالتزاماته في تاريخ الاستحقاق وعلى هذا الأساس الضمان الشخصي لا يمكن أن يقوم به المدين شخصيا ،ولكن يتطلب ذلك تدخل شخص ثالث للقيام بدور الضامن، ويمكن التمييز في هذا الإطار بين نوعين من الضمان الشخصي الكفالة و الضمان الاحتياطي[4].

المطلب الأول : الكفالة كضمان للقرض.

لقد تولى المشرع تعريف الكفالة في الباب الحادي عشر المعنون " الكفالة" في فصل الأول المسمى " أركان الكفالة "في المادة644 من القانون المدني الجزائري" الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه ".

---

[3] - ونوغي غادة ، ضمانات القروض البنكية ،مذكرة ماستر كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضياف المسيلة2017/2016،ص5.

[4] -حوالف عبد الصمد،المرجع السابق،ص44.

و تجدر الملاحظة أنَ هناك فرق كبير بين الكفالة كضمان و الكفالة المصرفية ، حيث عرفها الأستاذ ناصف إلياس في كتابه العقود المصرفية على أنها"التزام البنك تجاه الدائن بتنفيذ التزامات عميله الذي يتأخر عن تنفيذها "

و قد عرفها الدكتور محمد الكيلاني " الكفالة البنكية تعد من العمليات البنوك التي يطلق عليها التسهيلات المصرفية غير المباشرة و مؤداها أنَ البنك يقف إلى جانب عميله عندما يضم ذمته إلى ذمة عميله في مواجهة دائن له بالتزام ..." .

من خلال هذه التعاريف يستنتج أنَ هناك فرق بين كفالتين , فالأولى تعتبر ضمان للقروض البنكية (هي موضوع الدراسة) و الثانية هي من العمليات المصرفية التي يقوم بها البنك .

ومما سبق يمكن تعريف الكفالة كضمان ،" أنَها عقد يتم بين البنك باعتباره دائنا و كفيل عميله باعتباره مدين ثاني له يلتزم بمقتضاه الكفيل أن يتعهد للبنك بأنَه سوف يوفي بقيمة القرض و فوائده في حالة عدم الوفاء به من قبل المدين الأصلي (المقترض).

المحاضرة الثانية:

الفرع الأول:خصائص عقد الكفالة وشروطها

أولا:خصائص عقد كفالة.

هناك بعض الخصائص العادية تميز الكفالة و الخصائص ذات الطبيعة البنكية.

1\ عقد كفالة عقد رضائي أي أنَه ينعقد بمجرد تبادل التراضي ما بين دائن والكفيل .

وإذا كانت المادة 645 ق . م . ج تنص على أنه: " لا تثبت الكفالة إلا كتابة "، فالكتابة في هذه الحالة للإثبات لا للانعقاد ، و بالتالي فمهما كانت قيمة الالتزام المكفول ولو كان جائز إثباته بالبينة ، إلا أنَ هذه المادة تجبر الأطراف على كتابته ، عادة ما تضع البنوك نماذج لهذا النوع من العقود تتضمن البنود و الشروط .

إنَ الإثبات في القانون التجاري يكون بكل طرف الإثبات ،حيث تنص المادة 651 ق. م " تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا و لو كان الكفيل تاجرا ، غير أنَ الكفالة الناشئة عن الضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا ...تعتبر عملا تجاريا "

2\ عقد الكفالة ملزم لجانب واحد .

إنَ الكفيل يتحمل الالتزام لوحده في حالة عدم الوفاء به من قبل العميل دون أن يلقى على عاتق البنك أي التزام بالمقابل .

و لكن ليس هناك ما يمنع من التزام البنك بعوض يستحقه الكفيل مقابل كفالته ، فينقلب العقد إلى عقد ملزم لجانبين ، و يكون ذلك عندما يحترف الكفيل أعمال كفالة الغير كالمصارف .

ولكن لا يخرج الكفالة عن كونها عقدا ملزما لجانب واحد مجرد التزام المقترض المكفول بمقابل يدفعه للكفيل فالمقترض في هذه الحالة ليس بطرف في الكفالة و بالتالي يبقى العقد ملزما لجانب واحد .

ويرى بعض الفقه أنه إذا كان التزام الكفيل بمقابل نقدي ، فإن العقد يصبح صورة من صور التأمين، بحيث يفقد صفته ككفالة ،ويسمى تأمين الائتمان إذ بواسطته يؤمن الدائن لدى الكفيل ضد خطر إعسار المدين.

إلا أن هذه الصورة ،لا تنفي أن للعقد صفة الكفالة،لأن محل التزام الكفيل يتحدد بالالتزام المكفول،لا بما يصيب الدائن من ضرر نتيجة عدم وفاء المدين[5].

3\ عقد الكفالة عقد ضمان شخصي ، تعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص الكفالة باعتبارها ضمان للقروض البنكية ، و تستمد ميزتها من ميزة الائتمان الذي يشترط أن تكون هناك ثقة متبادلة ما بين المتعاملين ، حيث أنَ قيمة الكفالة كضمان تتحدد

[5] -مجمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية (عقد الكفالة)،دار الهدى ،الجزائر،2011،ص18.

على أساس الكفيل ودرجة يسره ، فالكفيل الموسر يضمن الوفاء للبنك أكثر من أي تأمين آخر .

4\ كما تعتبر الكفالة من العقود التبرع ،إلاَ إذا كانت بمقابل (تقوم بها مؤسسة مالية) حذفها الربح .

يحيط في الغالب هذه الخاصية بعض الغموض حيث يرجع هذا الغموض في الواقع إلى عدم التفرقة بين عقد الكفالة بالمعنى الدقيق والكفالة باعتبارها عملية قانونية ثلاثية الأطراف ،كما أن الفقه والقضاء لم يلتزما المعيار المعتمد في القواعد العامة للتفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع.

طبقا للقواعد العامة فإن عقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابل لما يعطى مع انصراف النية إلى ذلك .

ولذلك يمكننا أن نخلص إلى أن معيار التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع هو معيار ذو شقين.

الشق الأول:انتقاء المقابل أو العوض المعادل ،أي أن أحد المتعاقدين يعطى دون أن يأخذ عوضا أو مقابلا.

الشق الثاني:هو نية التبرع أي تنصرف نية أحد المتعاقدين إلى إعطاء المتعاقد الآخر قيمة مالية دون مقابل يعادلها.

ويذهب الفقه إلى التمييز في عقود التبرع بين الهبات وعقود التفضل .

ففي الهبة يخرج مال من ذمة الواهب بدون مقابل ، أما في عقد التفضل فيقدم المتبرع بغير مقابل خدمة أو منفعة للمتبرع له ودون أن يخرج مال من ذمته[6].

وعلى ضوء ما تقدم نجد أن الكفالة هي من عقود التفضل لأن الكفيل عند كفالته للمدين فهو يقدم له خدمة تتمثل في ضمانه في حالة عدم وفائه بدينه.

---

[6] -نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية ،بدون دار النشر ،مصر2000،ص23،24.

5\ تعتبر أيضا من العقود التبعية ، لأنَ التزام الكفيل هو التزام تكميلي احتياطي يفترض وجود التزام أصلي

ثانيا :الشروط الواجب توفرها في الكفالة

باعتبار الكفالة عقد ، فإنَه يشترط لانعقادها شروط موضوعية عامة من رضا محل وسبب ، كما أضافت مادة646 ق.م.ج بعض الشروط و منها .

1\أن يكون الكفيل موسرا : أي يكون قادرا على الوفاء بقيمة المبلغ المكفول , فلا قيمة للكفالة ، إذا كان الكفيل معسرا ، حيث يتحقق البنك من شرط يسر الكفيل وقت حلول أجل الدين ، أمَا إذا تحقق هذا الشرط وقت انعقاد الكفالة ، فإنَها تنعقد صحيحة منتجة لأثارها القانونية من حيث جواز تنفيذ الدائن (البنك) على أموال الكفيل للوفاء بالدين .

والمدين الذي قدم الكفيل ،هو الذي يتحمل اثبات يساره فيثبت أن أو يصعب التنفيذ للكفيل مالا ولو شائعا عقارا أو منقولا ،وللدائن في المقابل أن يثبت أن هذا المال أو بعضه متنازع فيه أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو لسهولة إخفاءه أو لأي سبب آخر فيستبعد هذا المال كضمان للمدين .

بالنسبة للقانون المدني الفرنسي يشترط أن يكون مال الكفيل الذي يثبت يساره عقارا لا منقولا[7] .

2\شرط إقامة الكفيل في الجزائر : و يشترط أن يكون الكفيل مقيما في الجزائر بصفة دائمة و ليس عرضية ، و ذلك مراعاتا لمصلحة الدائن ، حتى يستطيع مطالبة الكفيل بقيمة الكفالة إذا لم يوّف مدينه بالالتزام ، و بمفهوم المخالفة لم يشترط المشرع أن يكون الكفيل جزائريا بمعنى يمكن أن يكون الكفيل أجنبيا مقيما في الجزائر.

---

[7] -بوخاتم أسية ، مقياس التأمينات العينية والشخصية ،محاضرات منشورة ملقات على طلبة السنة الثالثة قانون خاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية تلمسان ،2014-2015 ،ص11.

كان من الأفضل أن يشترط أن تكون أموال الكفيل محل الضمان موجودة في الجزائر حتى يسهل التنفيذ عليها[8].

طبقا لنص المادة 646 من ق م، ففي حالة تخلف أحد هاذين الشرطين المذكورين آنفا يلتزم المدين بتقديم تأمين عيني كافي (رهن رسمي أو حيازي) ،كما أن المشرع لم يذكر تقديم كفيل آخر عكس المشرع الفرنسي الذي يقرر أنه في حال تخلف هاذين الشرطين وجب على المدين تقديم كفيل آخر،إلا إذا كان الدائن قد إختار كفيلا بذاته فإنه يتحمل نتيجة إعساره [9].

3\الأهلية : باعتبار أنَ الكفالة تعتبر مدنية حتى و إن قام بها تاجر ، كما أنَها تعتبر من أعمال التبرع ، فلا يجوز يقوم بها قاصر أو محجور عليه و لا للسفيه أن يكفلوا أحدا .

ثالثا :آثار عقد الكفالة

باعتبار الكفالة الضامنة لقرض بنكي عقد بين البنك و العميل و الكفيل ، فإنَه يترتب عليه مجموعة من الآثار تظهر فيما بين أطرافه .

1-العلاقة بين الدائن و الكفيل: تنص المادة 654 ق. م" يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين"

أ/رجوع الدائن على الكفيل:

***حلول أجل الدين المكفول:** الدين المكفول يكون عادة دينا مؤجلا ، و يكون التزام الكفيل مؤجلا مثله ، و بالتالي يحل الالتزامان معا أي أنَ البنك له الحق في الرجوع على المدين الأصلي و على الكفيل معا ، كما قد يحل التزام الأصيل قبل أو بعد حلول أجل التزام الكفيل ، نكون في هذه الحالة أمام صورتين

[8] -محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ،ص24.

[9] -بوخاتم أسية ، المرجع السابق ،ص11.

الصورة الأولى :إذا حل التزام المدين قبل حلول التزام الكفيل ، ففي هذه الحالة لا يجوز للبنك أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد له ، و باعتبار أنَ البنك تاجر فإنَ المعاملات التي يقوم بها تعتبر من ضمن الأعمال التجارية حيث تتصف بالسرعة و الائتمان.

الصورة الثانية :إذا حل التزام الكفيل قبل أو مع التزام المدين الأصلي و يرجع ذلك إما لأنَه قد حدد أجل واحد لكل من الالتزامين و كان أجل التزام الكفيل أقصر ، أو لأنَه حدد أجلا واحدا لكل من الالتزامين و كان التزام المدين الأصلي قد مدّ أجله أو بحكم القاضي (نظرة الميسرة) ، هنا لا بد من المساوات التزام المدين مع التزام الكفيل من حيث العبء.

أما إذا كان الأجل واحدا لكل من الالتزامين ، و لكن الأجل المحدد للالتزام الأصلي قد سقط بأحد أسباب السقوط المنصوص عليها في المادة 211 ق .م.ج (وهي إفلاس ، الإعسار ،عدم تقديم التأمينات الكافية)وفي هذه الحالة هناك اتجاهين :

الاتجاه الأول: يرى إسقاط الأجل بالنسبة للكفيل استنادا على فكرة التبعية وهذا الراي فيه تشديد للالتزام الكفيل وهو يتناقض مع المادة 652 من القانون المدني .

الاتجاه الثاني :يرى عدم إسقاط أجل الكفيل ، وقد اعتمدوا في رأيهم على ثلاث حجج

-أن التزام الكفيل بضمان التزام المكفول يعتريه عدم تسبب المدين بإرادته بما يسيئ لمركز الكفيل .

-إن الإعسار الذي يضمنه الكفيل هو إعسار المدين وقت حلول الأجل وليس قبله .

-سقوط الأجل بالنسبة للمدين مرده تخلف إعتبار الثقة وهذا لا يعد مبررا لحرمان الكفيل من المدة المخصصة للرجوع عليه[10] .

[10] -بوخاتم أسية ، المرجع السابق ، ص21.

يستنتج ممَا سبق أنَ الأولية في استفاء الدين تكون للمدين الأصلي مهما اختلفت آجال الوفاء بينهما.

***عدم جواز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين:** تنص المادة 660 ق.م."لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين " ويفهم من هذه المادة أن البنك يلتزم بالرجوع على المقترض أولا ثم على الكفيل أو الرجوع عليهما معا كما سبق توضيحه ، فلا يجوز للبنك رفع الدعوى على الكفيل وحده إلا بعد رفعها على المقترض

ويستنتج من هذه القاعدة ما يلي:

-أنَه في حالة إفلاس المقترض وجب على البنك التقدم في التفليسة بالدين و إلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل.

-إذا كان للبنك سند صالح للتنفيذ و قام بتنبيه لأجل الوفاء ، يعتبر هذا التنبيه كافيا للرجوع على المقترض ويمكن لبنك الدائن التمسك بالرجوع على الدائن التمسك بالرجوع دون المطالبة بالتنفيذ على الأموال المقترض أولا ، و في حالة رجوع البنك على الكفيل فبل رجوعه على المقترض ، فإنَ الكفيل يدفع بإلزامية الرجوع على المقترض أولا ، ولقبول هذا الدفع من المحكمة لا بد من توافر شروط

-أن لا يكون الكفيل قد نزل عن التمسك بهذا الدفع

- يجب أن يكون الكفيل متضامنا مع المقترض

- أن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع

ب- الدفع بالتجريد :

يعتبر هذا الدفع من من أهم مظاهر تبعيته التزام الكفيل واحتياطاته ، ومعناه أن للكفيل إذا رجع عليه البنك الحق أن يطلب منه تجريد المقترض المدين من أمواله ثم التنفيذ عليه.

***شروط الدفع بالتجريد**

-يشترط القانون حسب المادة901 م.ج أ ن يكون الكفيل قد كفل المقترض بالنقود وليس بالرهن فإن كفله بالرهن ليس له الحق في طلب التجريد

-يشترط في الكفيل طالب التجريد أن يرشد البنك إلى أموال المدين التي تفي بقيمة القرض و ملحقاته وقد استثنت المادة661 ق.م.ج الأموال الموجودة خارج القطر الخارجي أو المتنازع فيها .

-كذلك لا يجوز للكفيل المتضامن مع المقترض أن يتمسك بالتجريد لأنه في التضامن يمكن لدائن مطالبة أي مدين بقيمة الدين.

-على الكفيل أن يتمسك به ويثيره أثناء رفع الدعوى لأنه ليس من النظام العام ،ويسقط إذا دخل القاضي في مناقشة موضوع الدعوى[11].

المحاضرة الثالثة:

***آثار الدفع بالتجريد**

يترتب على الدفع بالتجريد مجموعة من الآثار تتمثل في ما يلي :

-في عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل عندما يطلب التجريد .

-إذا لم يستطع البنك استفاء حقه أو أمواله عندما قام بإرشاده الكفيل لأموال المقترض ،هنا يتحمل مسؤولية إعسار المدين في مواجهة الكفيل662 ق.م.ج.

-إذا كان هناك تأمين عيني ، قدمه المقترض و هناك دفع بالتجريد ، ولم يكن الكفيل متضامن مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين.

-لا تبرأ ذمة الكفيل إذا اتضح عند التنفيذ انخفاض قيمة الأموال المرشد اليها أو ظهور دائنين جدد.

---

[11] -بوخاتم أسية ، المرجع السابق ،ص23.

-كما أن الدفع بالتجريد لا يحرم الدائن من توقيع حجز تحفظي على أموال الكفيل[12].

ج/الدفع بالتقسيم :

نص المشرع الجزائري على هذا الدفع في المادة 664من ق.م.ج ، و هذا الحق يثبت عند تعدد الكفالات لدين واحد و بعقد واحد ، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم و بالتالي يقسم الدين عليهم ، أما إذا كان هناك أكثر من عقد و تميزوا بخاصية التوالي (عقود متتالية) فإن كل كفيل منهم يكون مسؤولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد اشترط مسبقا حق التقسيم

يتبين مما سبق أن للدفع بالتقسيم فرضان :

الفرض الأول: أن هناك أكثر من كفيل لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكن هؤلاء الكفلاء متضامنين في ما بينهم لذلك فالدين يقسم عليهم ،ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين ،وهنا يحق لأي كفيل من الكفلاء أن يدفع اتجاه الدائن بحق تقسيم الدين بين الكفلاء الآخرين وفق شروط معينة .

الفرض الثاني : هو أن يتعدد الكفلاء لدين واحد وأن يكون كل كفيل قد التزم بعقد منفرد أي بعقود متتالية ،فإنهم يعتبرون متضامنين ويكون كل منهم مسؤولا عن الدين(ألا إذا حدد الكفيل كفالة جزء من الدين) لذلك لإنه لا يستطيع أي منهم (أي من الكفلاء)أن يتمسك بحقه بتقسيم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء .

ويترتب على الفرض الثاني حلات وآثار وهي :

1/-تعدد الكفلاء للمدين بعقود مستقلة أو متوالية وهو بذلك أي الكفيل يضمن الدين بأكمله ولا يعتمد على أي كفيل آخر بوفاء الدين .

2/-كل مدين مسؤول عن كل الدين أمام الدائن مسؤولية تضاممية .

---

[12] -بوخاتم أسية ، المرجع السابق ،ص42.

3/–قرينة التزام الكفلاء بعقود متوالية على أن كل منهم مسؤول على كل الدين قرينة قابلة لإثبات العكس بالكتابة وليس بطرق الإثبات كافة لأن الكفالة لا يجوز إثباتها الا كتابتا .

فيجوز لأي من الكفلاء أن يثبت أنه قصد أو يقتصر التزامه على نصيبه فقط [13].

ج/–وفاء الكفيل للدائن : سبق وأن أشرنا أنه يمكن أن يرجع البنك بداءة على الكفيل قبل أن يرجع على المقترض أو بعد رجوعه عليه وعدم حصوله على قيمة الدين، فإن أدى الكفيل الدين كاملا و في حدود كفالته يعد هذا التصرف وفاءا للدين ، و عليه على البنك أن يقدم للكفيل كل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المقترض ، إذ أن الكفيل في هذه الحالة ليس متبرعا ، و لكنه يوفي بقصد الرجوع على المقترض أو على الكفلاء الآخرين في حالة التعدد.

و المستندات التي يعطيها له البنك ، تعتبر ضمانا له لاستفاء حقه وذلك بموجب دعوى الحلول .

لذلك نجد أن المشرع الجزائري ، قد ألزم البنك إذا كان الدين موثقا بتأمين عيني آخر أن يتخلى على هذا التأمين للكفيل على أن يتحمل هذا الأخير نفقات هذا النقل و يرجع بها في ما بعد على المقترض .

2/علاقة الكفيل بالمدين :

يمكن للكفيل الرجوع على المقترض في حالة ما إذا قام بسداد الدين للبنك

---

[13] -سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ ،عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري) ،أطروحة ماجستار ،كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس ،فلسطين ،2006،ص140،137.

لهذا الأخير منع الكفيل من الوفاء ، إذا كانت له أسباب تبطل الدين أو ينقضي بسببها ،أو في غير هذه الحالتين له الحق في الرجوع بدعويين هما (الدعوى الشخصية) و (دعوى الحلول) (الدعويين تنص عليهما نفس المواد)[14] .

الدعوى الشخصية تنص عليها المادة671 إذا وفى الكفيل بالدين ،يكون له الحق في رفع دعوى في مواجهة المدين و يعطيه القانون في هذه الحالة جميع الحقوق التي كانت للدائن (البنك) في مواجهة المدين.

أما إذا وفى الكفيل ببعض الدين وليس كله ، فليس له أن يطالب المقترض بقيمة ما وفاه إلا عند استفاء(البنك) كل قيمة القرض و ملحقاته .

و يطالب الكفيل في هذه الحالة بقيمة الدين و المصروفات أما ما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات المتخذة ضده (672 المادة)[15].

إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين ، أما إذا كانوا غير متضامنين فلا يكون للكفيل الذي كفلهم أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه من الدين و يكون رجوعه بالدعوى الشخصية لا غير.

يمكن للكفيل أن يستعمل الدعويين باعتبار أن في حالتين له حق مباشر إتجاه المدين[16].

رابعا :انقضاء عقد الكفالة .

---

[14] -رغم أن الدعويين نصت عليهما نفس المواد الا أن هناك فوارق بينهما
1/بالنسبة للكفلاء الذين لهم حق الرجوع ،نجد أن بالنسبة لدعوى الحلول يستطيعون الرجوع على المدين بهذه الدعوى ،أما بالنسبة للدعوى الشخصية فيشترط في الكفيل أن تكون الكفالة تمت بعلم المدين ولصالحه حتى يستطيع رفع هذه الدعوى.
2/بالنسبة للدعوى الشخصية لا يشترط أن يكون الدائن قد استوفى دينه كاملا ، أما دعوى الحلول فلا يستطيع رفعها الا إذا وفى بقيمة كل الدين .

[15] -بوخاتم أسية ،المرجع السابق ،ص43.

[16] -نبيل أبراهيم سعد ،المرجع السابق ،ص114.

هناك أسباب عامة لانقضاء عقد الكفالة وأسباب خاصة .

1/الأسباب العامة : تنقضي الكفالة الضامنة لقرض بنكي ب

-باتجاه الذمة أي متى ورت الكفيل البنك أو العكس و يترتب على ذلك انقضاء التزام الكفيل دون التزام المقترض.

-تنقضي الكفالة أيضا كطريق عادي بالوفاء و الإبراء أي متى أبرأ البنك الكفيل من الكفالة و بالمفهوم العكسي لا يمكن للبنك أن يبرأ ذمة المقترض من الدين دون أن يبرأ ذمة الكفيل، لأن الأصل يستتبع زوال التابع ، تبرأ كذلك بالمقاصة والتجديد .

- تنقضي الكفالة بانقضاء أجلها ، إذا ما تضمنت أجلا للوفاء [17].

2/ الأسباب الخاصة :

-انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أضاعه البنك بخطئه من ضمانات ،فإذا أضاع البنك تأمينا من التأمينات يكون قد عرض الكفيل إلى خطر ، فيضيع على هذا الأخير فرصة استفاء حقه عند حلوله محل البنك .

-تنقضي الكفالة أيضا ، في حالة إهمال البنك في اتخاذ الإجراءات اللازمة ضد المقترض و أدى هذا الإهمال إلى إفلاس المقترض أو إعساره مما يؤدي إلى سقوط أجل الدين ، و تجاهل البنك في الدخول في التفليسة مع الدائنين و عليه يتحمل نتيجة ذلك التقصير انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب إهماله .

كما تنص المادة 2/257 من ق م على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل للدائن مالم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافياً .

---

[17] -محمد صبري السعدي ،المرجع السابق ،ص من 110 وما يليها .

فالمشرع لم يشأ أن يترك الكفيل ملتزما بعقد الكفالة إلى أن تتقادم الدعوى بخمسة عشرة سنة[18] .

المطلب الثاني :الضمان الإحتياطي كضمان للقروض التجارية.

يعرف الضمان الاحتياطي في القانون التجاري ،ويعد كضمان إتفاقي يعزز ضمانات السفتجة ،كما أن الضمان الاحتياطي مصدره الاتفاق.

الفرع الأول : مفهوم الضمان الإحتياطي .

الضمان الاحتياطي هو شكل من أشكال الكفالة ، ويختلف عنها في كونه يطبق فقط في حالة الديون المرتبطة بالأوراق التجارية ، وهذه الأوراق تتمثل في السند لأمر و السفتجة الشيكات ، و الهدف من هذه العملية هو تحصيل الورقة في تاريخ الاستحقاق .

أولا :تعريف الضمان الإحتياطي .

[18] - شلغوم رحيمة ، ضمانات القرض ، مذكرة ماجستار ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2007-2008 ،ص47.