

التنظيم القانوني للكفالة و تطبيقاته في قانون الصفقات العمومية

الدكتورة بن بوزيد دغبار نورة
أستاذة محاضرة بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة البليدة -2-

ملخص

تعتبر الضمانات في الصفقات في العمومية من أهم المجالات التي أولاها المشرع اهتماما بالغاً، بالنظر إلى أنها الكفيل بالحفاظ على المال العام أو على الأقل جزء منه في حالة ثبوت إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته العقدية حيال المصلحة المتعاقدة، والكفالات في الصفقات متنوعة تتراوح بين ضمان حسن التنفيذ واسترجاع التسبيقات بنوعيتها الجزافية وعلى التمويل.

Résumé

Les garanties en matière de marchés publics intéressent à plus d'un titre le législateur, du fait qu'elle garantie la préservation de deniers publics, notamment dans le cas où le cocontractant faillit à ses obligations contractuelles, ces garanties sont diversifiées entre la caution de bonne exécution et la caution de restitution de l'avance soit forfaitaire ou sur approvisionnement.

مقدمة

إن الكفالة باعتبارها أحد العقود المسماة في التشريع منظمة من الناحية القانونية بمجموعة من القواعد، بعضها تحمل الطبيعة الآمرة والأخرى تحمل الطبيعة المكملية، يمكن حصر مضمونها في أربعة مسائل أساسية هي التعريف القانوني، الشروط الشكلية والموضوعية وأخيراً الطبيعة القانونية.

وهي الجوانب النظرية للكفالة في القواعد العامة التي سنحاول إسقاطها من خلال هذه الدراسة على الكفالة في الصفقات العمومية بمختلف أنواعها لتبيان مدى إمكان إخضاع الكفالات في الصفقات العمومية للقواعد العامة، وبناءً عليه فقد تم تقسيم هذا البحث إلى أربعة عناصر على النحو التالي:

أولاً- المفهوم القانوني للكفالة.

ثانياً- الشروط الشكلية لانعقاد وصحة الكفالة.

ثالثاً- خلو الكفالة من أسباب الإبطال والبطالان.

رابعاً- الطبيعة القانونية للكفالة.

أولاً- المفهوم القانوني للكفالة.

عرف التقنين المدني الجزائري الكفالة بنص المادة 644 منه بقوله "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

ويظهر من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري الذي اقتبس التعريف من نص المادة 772 من التقنين المدني المصري، أولى عناية في تعريف الكفالة لمسائل موضوعية متجاوزا المسائل ذات الطبيعة العضوية وكذلك المسائل ذات الطبيعة الشكلية التي تناولها في المواد اللاحقة لنص المادة 644 من ذات التقنين.

فالمشرع اعتبر فعل الكفالة فعل ضمان يصدر عن شخص يسمى الكفيل حيال شخص يسمى الدائن لالتزام صادر عن شخص ثالث هو المدين.

ومن ذلك يظهر جليا بأن عقد الكفالة هو عقد لاحق لعقد أصلي ينشئ بين شخصين، موضوعه التزام بحيث يصبح لدينا دائن بالالتزام ومدين بالالتزام، هذا من حيث تاريخ النشأة.

أما من حيث العلاقة بين الالتزامين الأول الناشئ بين المدين والدائن، والثاني الناشئ بين الدائن والكفيل فهي علاقة تبعية من حيث النشأة والانقضاء، فالتزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي في وجوده، انقضائه، صحته وبطلانه، وهو الأمر المشتق من تعبير المشرع في نص المادة 644 بقوله "إذا لم يف به المدين نفسه". (زهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، بدون طبعة، 2001، ص 16 وما بعدها).

كما يلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري بدأ تعريفه للكفالة بتأكيده أنها "عقد"، الأمر الذي يوحي ضمنا بأن المشرع يشترط فيها بمجرد اعتبارها عقدا ما هو محدد تصريحاً أو تلميحاً في نص المواد 54 وما بعدها من التقنين المدني.

وبناء عليه فإن مجمل الشروط المحددة في المواد من 54 إلى 123 من التقنين المدني، هي إما واجبة الأعمال في الكفالة متى كانت قواعد آمرة وإما واجبة الأعمال فقط في حالة غياب اتفاق الأطراف صراحة على ما يخالفها متى كانت مكملة.

ويستشف من لجوء المشرع إلى استعمال كلمة "عقد" عند تعريفه للكفالة مسألتين أساسيتين، أولاهما أن المشرع مثلما سبق بيانه يشترط فيها ما يشترطه في العقود على نحو ما هو مبين في المواد 54 إلى 123 من التقنين المدني، وثانيهما وهي مسألة على قدر كبير من الأهمية هي أن المشرع بنص المواد 644 وما بعدها من التقنين المدني لن يتناول إلا القواعد "الخاصة" للكفالة دون القواعد العامة.

و هو أمر يرتب بالضرورة مسألة هامة مفادها أن كل دراسة للكفالة تتناول فقط القواعد المحددة في المواد من 644 وما بعدها من التقنين المدني دون القواعد المنظمة للعقود يجعل من الدراسة اهتمت بخصوصيات عقد الكفالة دون قواعده العامة التي يشترك فيها عقد الكفالة مع غيره من العقود.

ثم إن المشرع الجزائري في نص المادة 644 من التقنين المدني استعمل كلمة "شخص" ولم يستعمل كلمة "فرد"، الأمر الذي يدل قطعاً على أن الأشخاص المعنوية مؤهلة قانوناً لأن تكون طرفاً في عقد الكفالة سواء بصفتها دائنة أو مدينة أو كافلة للالتزام.

وزيادة على كل ما سبق، فإن المشرع الجزائري اعتبر الكفالة تعهداً، الأمر الذي يمكننا في النهاية من القول بأن كل كفالة بغض النظر عن طبيعة الالتزام المكفول سواء كان التزام بأداء عمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء ما، يجب أن تتضمن تعهداً من الكفيل، وهو أمر يوحي بأن التزام الكفيل لا يوضع موضع التنفيذ لمجرد إبرام عقد الكفالة، بل إن الشرط الذي يرتب بالضرورة إعمال الالتزام المتضمن في الكفالة هو عدم وفاء المدين المكفول بالالتزام الملحق على عاتقه.

ثم إن المشرع وتديلاً على أن كل التزام يكون محل عقد بين المدين والدائن يمكن أن يكون محلاً للكفالة، فقد استعمل كلمة "التزام" مجردة دونما تحديد، الأمر الذي يوحي بأن نية المشرع متجهة إلى اعتبار كل التزام أصلي صالح ليكون موضوع كفالة لاحقة.

هذه في البداية بعض المسائل التي يمكن أن يستشفها المرء لمجرد قراءته لنص المادة 644 من التقنين المدني.

أما قانون الصفقات العمومية ورغم نصه على أشكال مختلفة المواضيع للكفالات التي يتوجب على المتعامل المتعاقد تقديمها للمصلحة المتعاقدة كضمانات، إلا أنه لم يتعرض لتعريف الكفالات مثلما فعل المشرع بنص المادة 644 من التقنين المدني.

و قد نظم المشرع في قانون الصفقات العمومية الكفالات بالإشارة في القسم الرابع منه الذي عنوانه "بالضمانات" على نحو يوحي بأن الكفالات ليست سوى جزء من هذه الضمانات، هذه أول ملاحظة، أما الملاحظة الثانية فتكمن في أن المشرع نظم إحدى هذه الكفالات في المادة 110 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهي كفالة رد التسبيقات، وهي المادة التي تدرج في القسم الثالث من قانون الصفقات العمومية المعنون بـ "كيفية الدفع" ليعيد فقط الإحالة عليها بالإضافة، عند التعرض لكفالة حسن التنفيذ بنص المادة 130 من ذات المرسوم.

بينما يمكن أيضا ملاحظة أن المشرع في المرسوم الرئاسي 247/15 سابق الذكر، استعمل كلمة "كفالة" عند تناوله الجزء من الضمانات المالية التي تقدمها البنوك للمتعاملين المتعاقدين، بالرغم من أن مجرد مقارنة بسيطة بين مدلول كلمة "كفالة" (بالنظر إلى أن الكفالة من العقود المسماة في التشريع انظر Eric SAVAUX et autres, droit civil-les obligations-Delta, 10^{ème} édition, 2002, P 62).

المستعمل في مجال الصفقات العمومية بمختلف أنواعها من كفالة رد التسبيقات إلى كفالة حسن التنفيذ، وبين مدلول كلمة "كفالة" المحددة بنص المادة 644 من التقنين المدني، يثبت بأنهما مختلفين جذريا في مسألة أساسية تتعلق بالتحديد الدقيق الذي أورده المشرع بنص المادة 644 من التقنين المدني.

و مدلول هذا التناقض يستمد أساسا من أن المشرع في القواعد العامة المحددة بالمادة 644 من التقنين المدني، اعتبر بأن دور الكفيل هو الوفاء بذات الالتزام الذي لم يوف به المدين نفسه، وهو الأمر المستشف من استعمال المشرع تعبير "...بأن يفي بهذا الالتزام...."، وبالتالي فإن محل التزام الكفيل هو ذاته محل التزام المدين من حيث الطبيعة - أداء عمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء -، في حين أن الأمر مختلف جذريا في مجال الصفقات العمومية في هذه المسألة بالذات.

ففي مجال الصفقات العمومية يمكن أن يكون محل التزام المتعامل المتعاقد، إما انجاز أشغال لفائدة المصلحة المتعاقدة أو تمويلها باللوازم، أداء خدمات أو دراسات لفائدتها على نحو ما هو محدد بصريح نص المادة 02 المرسوم الرئاسي 247/15 سابق الذكر(نصت المادة 02 المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 50، السنة 52، على "...قصد انجاز أشغال أو اقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة").

بينما الكفالات التي أشار إليها المشرع في المادتين 110 و130 من ذات المرسوم الرئاسي، هي عبارة دائمة وأبدا عن ضمانات مالية، مقدمة من طرف بنك جزائري لقاء ضمان مقابل لبنك أجنبي حسب الحالة.

و بالتالي فإن البنك الكفيل يلتزم ويتعهد بأن يؤدي للمصلحة المتعاقدة مبلغ الكفالة لمجرد ثبوت السبب المنشئ لذلك، ولا يلتزم أبدا البنك الكفيل لا بانجاز الأشغال ولا بتوفير اللوازم ولا بأداء الخدمات والدراسات التي عجز المتعامل المتعاقد عن أدائها.

ومن ثمة يتبين أن طبيعة التزام الكفيل في مجال الصفقات العمومية مختلفة جذريا عن طبيعة التزام المدين الذي هو المتعامل المتعاقد، خاصة إذا لاحظنا جيدا وأن نص المادة 02 المرسوم الرئاسي 247/15 التي حددت مواضيع الصفقات على سبيل الحصر لم يجعل من بينها أداء مبلغ من المال.

ومن هنا، وجب القول بأن استعمال المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 لكلمة "كفالة" عند الحديث عن الضمانات المالية لم يكن موفقا، باعتبار أن سن هذا القانون جاء لاحقا لسن القانون المدني. ذلك أن استعمال المصطلحات القانونية في إطار قانون لاحق لقانون كان قد عرفها ولم يشر إلى خصائصها فقط، يجب أن يكون استعمالا حذرا يتطابق قدر الإمكان مع مدلولات القانون السابق، خاصة وأن مضمون الاختلاف بين المعنيين المدرجين في القانونين المدني والصفقات العمومية منصب على مسألة جوهرية أو على الأقل هكذا اعتبرها المشرع في التقنين المدني بالنظر إلى أنها جزء من التعريف القانوني الذي تبناه.

وبالتالي فإن المشرع كان ملزماً بأن يجعل من الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية عقوداً مسماة لها تسمية جديدة غير مصطلح الكفالات الذي لا يتطابق مع معناها الوارد في التقنين المدني.

وهي مسألة اصطلاحية وجب على المشرع مراعاتها خاصة وأن الأمر يتعلق بقوانين أساسية كالقانون المدني وقانون الصفقات العمومية.

ثانياً- الشروط الشكلية لانعقاد وصحة الكفالة.

نصت المادة 324 مكرر 01 من التقنين المدني على الشكلية في العقود المتضمنة نقل ملكية عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو أحد عناصرها وكذلك في تلك المتضمنة التنازل عن أسهم الشركات وعقود الإيجار التجارية والزراعية، معتبرة البطلان الأثر المباشر لتخلف الرسمية في هذه العقود.

غير أن هذه المادة لم تأت على سبيل الحصر، على اعتبار أنها بدأت بعبارة "زيادة على العقود..."، الأمر الذي يوحي بأن المشرع لم يحصر الرسمية في العقود المعددة في نص المادة 324 مكرر 01 فقط.

في حين أن نص المادة 645 من التقنين المدني نصت على "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبيئة".

ولغرض تفسير هذا النص ومقارنته بالاشتراطات الواردة بنص المادة 324 مكرر 01 أعلاه، يتوجب ابتداء الإشارة إلى أن عقد الكفالة هو عملية قانونية تشمل ثلاثة أشخاص على الأقل يكون كل واحد منهم في وضعية مختلفة عن الآخرين من حيث الحقوق والالتزامات (Voir Christian LARROUMET, Droit civil- Tome 3- 3eme édition économique, 1996, p 72).

ومعنى ذلك أن الكفالة التي هي في النهاية عقد بين الكفيل والدائن لا تأتي إلا تبعاً لالتزام أصلي نشأ بين الدائن والمدين.

غير أنه لا علاقة بين شكل الالتزام الأصلي المكفول وشكل الكفالة، وهي مسألة لغرض المقارنة فقط تختلف عن المعنى الوارد في نص المادة 71 فقرة 02 من التقنين المدني التي نصت على أنه "إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

و بالتالي فان اختلاف شكل العقد الأصلي المكفول وشكل الكفالة، لا أثر له على صحة الكفالة التي يكون شكلها مستقلا عن شكل العقد الأصلي، بمعنى أن الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة ليس لأن الالتزام الأصلي هو الآخر لا يثبت إلا بالكتابة بل بغض النظر عن ذلك.

ذلك أن اشتراط المشرع للكتابة وتعبيره عن أن إثبات الالتزام الأصلي يمكن أن يكون بالبيئة واستعماله لعبارة "و لو كان من الجائز"، له مدلوله من الناحية القانونية، فهو لا يعني البتة أن كل التزام أصلي في الكفالة يمكن إثباته بالبيئة بل إن إثباته يخضع للقواعد التي حددها المشرع في نص المواد 323 وما بعدها من التقنين المدني التي حددت حالات وجوب الإثبات بالكتابة وحالات إمكانية الإثبات بغير الكتابة، وبالتالي فالأمر متعلق بطبيعة ومقدار الالتزام الأصلي للذات وحدهما يحددان مدى جواز إثباته بإحدى وسائل الإثبات المحددة في القانون هذا من جهة.

أما من جهة ثانية، فانه يتوجب التمييز الواضح بين الكتابة والرسمية، ذلك أن هذه الأخيرة تعني وجوب تحرير العقد من طرف ضابط عمومي أو موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه على نحو ما هو مبين في صريح نص المادة 324 من التقنين المدني.

بينما الكتابة هي كل تسلسل للحروف ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها، على نحو ما هو مبين في نص المادة 323 مكرر من التقنين المدني، وبالتالي فالكتابة أوسع من الرسمية التي تعتبر جزءا منها أو أحد أشكالها.

والملاحظ في نص المادة 645 من التقنين المدني أن المشرع اشترط في الكفالة الكتابة ولم يشترط فيها الرسمية، غير أن تحرير الكفالة في عقد رسمي ليس مخالفا لنص المادة 645 من التقنين المدني، على اعتبار أن الرسمية في النهاية هي شكل من أشكال الكتابة على نحو ما تم بيانه سابقا، ولعل الحكمة من وراء اشتراط المشرع الكتابة في عقد الكفالة هي أن الكفالة من عقود التراضي (انظر عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-الجزء العاشر- في التأمينات الشخصية والعينية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، 2009 ص 5).

غير أنه يجب التمييز بين الكتابة كشرط لانعقاد الكفالة والكتابة كطريق وحيد لإثبات التزام الكفيل، فالكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل ولكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة.

غير أن هذا التمييز في مجال المنازعات القانونية يصبح غير ذي معنى على خلاف ما هو وارد في الفقه، ذلك أن التمسك بالتفسير اللغوي المعطى لنص المادة 645 من التقنين المدني التي تقابلها المادة 773 من التقنين المدني المصري، والذي يوحي بالمعنى المشار إليه أعلاه، يصطدم في النهاية بأنه لا حاجة لإثبات انعقاد الكفالة عند عدم جواز إثبات التزام الكفيل، ولا أثر لذلك من الناحية القانونية.

فالتمكن من إثبات التزام الكفيل بطريقة أخرى غير الكتابة سيصطدم في النهاية باشتراط المشرع لعدم جواز ذلك إلا بالكتابة، ومن ثمة وجب القول بأن التمييز بين إثبات الكفالة وإثبات التزام الكفيل مرتبطان للحد الذي يصبح معه إثبات أحدهما بطريقة ما دون الآخر أمر غير ذي أثر في مجال المنازعات القضائية.

ثالثا- خلو الكفالة من أسباب الإبطال والبطلان.

يقصد بصحة التصرف أمران، أولهما خلو الإرادة الخاصة بالتصرف من أي عيب من العيوب التي من شأنها أن تمسها فتجعل من هذا التصرف إما باطلا بطلانا مطلقا أو باطلا بطلانا نسبيا بمعنى قابل للإبطال، أما ثانيهما فيقصد به أن يتم التصرف وفقا للأشكال التي يحددها القانون متى كانت القواعد الناصة على هذا الشكل قواعد أمرة لارتباطها بالنظام العام.

ولما كانت إشكالية شكل التصرف على النحو الذي اشترطه المشرع في صريح القواعد المنظمة قد تم تناولها في القسم الثاني من هذا البحث.

فان الدراسة في هذا العنصر ستنبص أساسا على الشق الأول من مدلول عبارة صحة التصرف.

واعتبارا لأن المشرع اعتبر بصريح نص المادة 644 الكفالة "عقدا" فان ما ينطبق من قواعد على العقود على نحو ما هو منصوص عليه في المواد 54 وما بعدها من التقنين المدني ينطبق على الكفالة في مجال خلو الإرادة من أي عيب يمكن أن يشوبها.

غير أنه تجدر الملاحظة ابتداءً أن صحة الكفالة مرهونة بصحة الالتزام المكفول، حيث نصت على ذلك المادة 648 من التقنين المدني بقولها "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً"، ومن ثمة فإن الاشتراطات التي سيلبي بيانها بخصوص صحة إرادة الكفيل تنسحب أيضاً على إرادة المدين المكفول. ولعل أهم ما يمكن أن يؤكد هذا المعنى هو نص المادة 654 من التقنين المدني التي نصت على "...و له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين..." ويقصد به الكفيل.

وبغض النظر عن الجدل الفقهي بخصوص التسمية الصحيحة التي يمكن أن تطلق على ما يشوب الإرادة أو الرضا من عيوب (محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والشرعية الإسلامية، بدون طبعة، دار هومة، 1998، ص 7 و 8).

فالعقد أياً كان وحتى يكون له أثر قانوني يجب أن يكون الرضا المعبر عنه بمناسبته صريح وحر (Jean CARBONNIER, Droit civil 4/les obligations, presses universitaires de France, sans édition, 1996, p 89) فإذا لحق الإرادة أي عيب كان العقد إما باطلاً أو قابلاً للإبطال.

وقد نظم المشرع الجزائري عيوب الإرادة بمناسبة تنظيمه للعقد في المواد 81 وما بعدها من التقنين المدني، حيث نظم الغلط في المواد من 81 إلى 85 منه، ونظم التدليس في المواد من 86 إلى 87، ونظم الإكراه في المواد من 88 إلى 89، ونظم بعد ذلك الغبن في نفس السياق المتعلق بعيوب الإرادة في المادتين 90 و 91 منه. والغلط هو "حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم الإنسان عدم صحتها" (عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بدون سنة النشر، ص 311).

والملاحظ أن المشرع الجزائري تفادى إعطاء تعريف محدد للغلط مكتفياً ببيان صفاته وآثار توفره، حيث نصت المادة 81 من التقنين المدني على "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله".

وراح في نص المادة 82 يحدد صفات الغلط الجوهري، بحيث اعتبر الغلط المبطل للعقد غير جوهري إلا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع المتعاقد عن إبرام العقد لو علم به، وتفصيلا لذلك أشار في نص الفقرة الثانية من المادة 82 على أن الغلط يمكن أن يكون في صفة للشيء أو في ذات المتعاقد.

ومن ثمة يلاحظ بأن المشرع الجزائري اقتداء بالمشرع الفرنسي ومن بعده المصري اعتمد المعيارين الموضوعي والذاتي لتحديد الغلط الذي يعتبر جوهريا(نفس المرجع السابق، ص 315 وما بعدها)

ولأن التعبير عن الإرادة من قبل الأطراف يتطلب وجوبا التعبير الحر الواعي عن الإرادة تحت طائلة البطلان المطلق أو النسبي لوقوع السلوك المبطل للعقد (François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEGNETTE, droit civil -les obligations-, DELTA DALLOZ, 6 édition, 1996, P 71) فان إرادة الطرفين في العقد يجب أن تكون خالية من أية طرق احتيالية قد يستخدمها أحدهما حيال الآخر، بحيث تكون من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، وهو السلوك الذي دأب الفقه ومن بعده المشرعين على تسميته بالتدليس.

وقد نظم المشرع الجزائري التدليس في نص المادة 86 من التقنين المدني، حيث عرفه بقوله "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".
ليطبق في نص الفقرة الثانية تخصيصا بقوله "و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت وأن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

ويلاحظ بأن المشرع الذي أغفل تعريف الغلط واكتفى ببيان خصائصه، قام بمحاولة لتعريف التدليس من خلال تحديد الشروط العامة التي بواسطتها يمكن تحديد وجوده من عدمه.

ويعرف التدليس فقها بأنه "تضليل العاقد باستعمال وسائل احتيالية تدفعه للتعاقد بحيث لولاها لما رضي بالتعاقد" (محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 40).

ومن ثمة يستنتج أن للتدليس عنصرين (عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام -مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 344) أولهما استعمال طرق احتيالية وهو العنصر الموضوعي، وثانيهما هو أن يكون هذا الاستعمال هو الحامل على التعاقد، وهو ما يصطلح عليه بالعنصر النفسي، إذ أن توافرها معا هو المؤسس وحده للقول بوجود التدليس بغض النظر بعد ذلك عما إذا كان استعمال الطرق الاحتيالية قد صدر عن المتعاقد المدلس بكسر اللام أو غيره.

غير أن المشرع وبالرغم من كمال الفقرة الأولى من نص المادة 86 من التقنين المدني من حيث تحديدها للشروط المثبتة لوجود التدليس، إلا أنه أضاف فقرة ثانية خصص عموم ما كان واردا في الفقرة الأولى من ذات المادة من خلالها.

حيث اعتبر السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة بمثابة تدليس، بشرط أن يكون علم المتعاقد الآخر بهذه الواقعة أو الملابسة من شأنه أن يدفعه إلى عدم التعاقد، والحقيقة أن التمييز بين الغلط والتدليس في هذه المسألة بالذات، هو عمل دقيق من الناحية القانونية، ذلك أن الغلط والتدليس كلاهما وهم يلحق إدراك أحد المتعاقدين أو كلاهما لو علم به المتعاقد المغالط أو المدلس لما أبرم العقد.

فالمسألة الوحيدة التي يمكن الاعتماد عليها للتمييز بين عيبي الإرادة الغلط والتدليس هي مسألة تدخل المتعاقد الآخر أو الغير في إحداث الوهم لدى إدراك المتعاقد المدلس أو الغالط من عدمه.

فالغلط وهم تلقائي يتولد في ذهن المتعاقد دون أن يكون للمتعاقد الآخر ولا للغير دخلا في توليد هذا الوهم، بينما التدليس هو وهم مستثار (محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 42) لدى المتعاقد من طرف إما المتعاقد الآخر أو الغير، يستهدف دفعه للتعاقد، ومن ثمة يصبح قول بعض الفقه بأن إيراد المشرعين للغلط والتدليس في نظامين قانونيين متميزين يعتبر أمرا عبثيا قول لا يستقيم وواقع الحال بالنظر إلى الاختلافات الجسيمة بين المفهومين من عدة نواحي.

أما الإكراه فنظمه المشرع الجزائري في نص المادة 88 من التقنين المدني، والإكراه هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع للتعاقد، والذي يفسد الرضا ليست الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه، إنما هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد

على نحو ما أن الطرق الاحتيالية في التدليس لا تفسد الرضا، إنما ما يفسده هو الوهم الذي ينجم عنها في نفس المتعاقد.

هذا ويميز الفقه بين الإكراه الذي يفسد الرضا والإكراه الذي يعدمه، فالإكراه على نحو ما سبق بيانه لا يعدم الرضا إنما يفسده، ذلك أن إرادة المكره تظل قائمة رغم كونها غير حرة، على اعتبار أن توافر الإكراه يضع الشخص المكره في حالة خيار بين أن يبادر لإبرام العقد الذي اكراهه لأجله أو أن يتحمل العواقب الأخرى، فيختار المبادرة لإبرام العقد متفاديا العواقب، وهو ما كان ليفعل ذلك لولا الرهبة التي تولدت في نفسه جراء استعمال وسائل التهيب ضده.

ولأجل ذلك فإن نص الفقرة 03 من المادة 88 من التقنين المدني نصت صراحة على أنه يجب أن يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية.

بقي أن نتناول مسألة لها صلة وثيقة بصحة عقد الكفالة ألا وهي المحل، على اعتبار أن نص المشرع في المادة 648 المشار إليها آفا من التقنين المدني، اعتبر بأن صحة الكفالة مرهون بصحة الالتزام المكفول.

ومن ثمة وجب القول بأنه حتى تكون الكفالة صحيحة، فانه يجب أن يكون الالتزام الأصلي مشروعاً من حيث محله.

فإذا كان الالتزام المكفول غير مشروع من حيث المحل، فإن الكفالة التي تقدم كضمان لتنفيذه لا تكون صحيحة، ومن ثمة وجب أن يكون محل الالتزام الأصلي ممكناً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة حتى تكون الكفالة صحيحة.

أما في مجال الصفقات العمومية فإن عيوب الرضي على نحو ما هي معرفة في القواعد العامة يصعب تخيل قيامها بالنظر أصلاً إلى أن المصلحة المتعاقدة هي دائماً وأبداً شخص معنوي، وأن طول إجراءات الإبرام وتعقيدها يجعل من احتمال الوقوع في الغلط أو الإكراه أو التدليس بعيداً.

غير أن وقوع الإكراه على الشخص الطبيعي الممثل للمصلحة المتعاقدة يمكن تخيلها من الناحية العملية رغم صعوبة إثباته، والإكراه في هذه الحالة لا يقع تحت طائلة المسؤولية المدنية إنما يقع تحت طائلة المسؤولية الجزائية باعتباره يشكل جريمة

في مفهوم القانون 01/06، كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن تصرف الشخص الطبيعي ممثل المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية على نحو يخدم مصلحة المتعامل المتعاقد الذي يشكل جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير يمكن تفسيره من الناحية المدنية بأن إرادة المصلحة المتعاقدة كانت مشوبة ولو أنه يصعب إدراج هذا التصرف ضمن أحد العيوب المنصوص عليها في التقنين المدني.

رابعاً- الطبيعة القانونية للكفالة.

يقصد بتحديد الطبيعة القانونية للكفالة بيان موقعها بين مختلف العقود المتضمنة في القانون وكذلك تحديد خصائصها.

و الكفالة من حيث كونها أحد العقود المنظمة صراحة في التقنين المدني تعتبر عقدا من العقود المسماة؛ تتميز بمجموعة من الخصائص (عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني -الجديد في التأمينات الشخصية والعينية-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، 2009، ص 24 وما بعدها) يمكن إجمالها فيما يلي:

1/ أن عقد الكفالة عقد رضائي: بمعنى أن انعقاده من وجهة نظر القانون مرهون فقط بمسألة تطابق الإرادتين دون أن يشترط في ذلك أن يتخذ هذا التطابق شكلا معيناً، فالكتابة مثلما سبق بيانه هي الطريقة الوحيدة لإثبات الكفالة رغم أنها ليست شرطاً لانعقاد.

2/ أن عقد الكفالة هو عقد من العقود الملزمة لجانب واحد وهو الكفيل، ذلك أن هذا الأخير يتدخل بغرض ضمان الوفاء بالالتزام الأصلي للمدين، ومن ثمة فإن المدين الأصلي لا يكون ملزماً حيال الكفيل شأنه شأن الدائن بأي التزام، الأمر الذي يجعله عقدا ملزماً لجانب واحد.

غير أن هذه القاعدة العامة لا تطبق على عموم ما هو وارد من حيث الواقع، ذلك أن الكفالات التي تقدمها البنوك تتطلب أن يقوم الدائن لقاء الكفالة بإيداع قيمتها لدى البنك.

و رغم ذلك فإن عقد الكفالة يظل عقدا ملزماً لجانب واحد، على اعتبار أن عقد الكفالة لا يتضمن أية إشارة لالتزام من أي نوع صادر عن المدين الأصلي بخصوص ضرورة قيامه بإيداع قيمة الضمان لدى البنك، إنما يتم التنصيص على ذلك في عقد

مستقل تماما عن عقد الكفالة، الأمر الذي يجعل هذه الخاصية متوفرة حتى في مجال الكفالات البنكية خلافا لما ذهب إليه الكثير من المؤلفين في هذا المجال.

3/ أن عقد الكفالة هو من العقود التبرعية بالنسبة للكفيل، ذلك أن تصرف الكفيل بتدخله لضمان دين المدين الأصلي دون أن يكون له معارضة، تجعل من تصرفه هذا تبرعا حيال المدين الأصلي، رغم استفادة الدائن من ذلك على اعتبار أن الضمان مخصص لمصلحته.

غير أن هذه تعتبر بمثابة القاعدة العامة، ذلك أن الكفيل يمكنه أن يشترط من المدين الأصلي أن يقدم له مقابلا لكفالاته قد لا يكون من نفس قيمة الضمان ولا نوعه، ومن ثمة تصبح الكفالة في هذه الحالة خارجة عن مفهوم عقود التبرع (عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد في التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 25 و26) وتصبح نوعا من عقود المعاوضة.

4/ أن عقد الكفالة هو من العقود التابعة أو التبعية، بالمعنى الذي يفيد إن عقد الكفالة لا يمكن أن ينشأ دون عقد سابق وينقضي بانقضاء العقد الذي نشأ قبله. فالكفالة تتضمن ضمان التزام أصلي نشأ بين الدائن والمدين الأصلي، ولا يمكن تصور أن تنشأ الكفالة دون وجود عقد قبلي يتضمن التزاما من المدين حيال الدائن ليتدخل الكفيل بعد ذلك في عقد الكفالة بغرض ضمان الوفاء بالتزام الأصلي.

كما أن هذه الطبيعة التبعية لعقد الكفالة تفترض أيضا أن كافة أوصاف الالتزام الأصلي يجب أن تنطبق على التزام الكفيل من حيث القيمة أو المقدار، فلا يجوز أن يزيد التزام الكفيل عن التزام المدين الأصلي في المقدار، وإلا أصبح التزام الكفيل في هذا الجزء الزائد التزاما أصليا لا كفالة.

كما أن التزام الكفيل يتبع أيضا التزام المدين الأصلي إذا كان هذا الأخير معلقا على شرط أو مقترنا بأجل أو مسبقا أو غير منتج لفوائد.

كما أنه وهو الأهم في خاصية التبعية، هي تبعية الالتزام الأصلي في صحته وبطلانه وفي القابلية للفسخ، ناهيك عن الدفع التي يتمسك بها المدين الأصلي والتي يجوز للكفيل أن يتمسك بها جميعا عملا بنص المادة 654 من التقنين المدني التي نصت صراحة على ذلك في فقرتها الأولى.

5/ ضرورة توفر اليسر في شخص الكفيل، وهي الخاصية الناتجة عن طبيعة الكفالة ذاتها، ذلك أن الكفالة تقرر بغرض ضمان الوفاء بالتزام أصلي بالنظر لاحتمال عجز المدين الأصلي عن وفائه، ومن ثمة فإن احتمال عجز الكفيل عن وفاء الالتزام يهدم معنى الكفالة مطلقا لذلك نصت صراحة المادة 646 من التقنين المدني على أنه "إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا...".

و بغض النظر عما إذا كان مصدر التزام المدين الأصلي بتقديم كفيل هل كان نص الاتفاق أو حكم قضائي أو بناء على نص في القانون كما هو الحال في قانون الصفقات العمومية، فإن الكفيل يجب أن يكون موسرا حتى يمكنه الوفاء بالتزام المدين الأصلي في حالة عجز هذا الأخير عن ذلك.

غير أن مفهوم اليسر لا يعني بالضرورة الثراء، إنما يقتصر الشرط على كون أن يكون الكفيل قادرا على الوفاء بالتزام المدين الأصلي من حيث القيمة والطبيعة حتى يعتبر موسرا في مفهوم القانون ونص المادة 646 من التقنين المدني، على اعتبار أن التزام الكفيل في النهاية مثلما سبق بيانه هو التزام تبعي بالمعنى الذي يفيد تطابق صفاته مع صفات التزام المدين الأصلي من حيث الطبيعة والقيمة.

والكفالة أخيرا باعتبارها عقدا من العقود المسماة في التقنين المدني والمنظمة بأحكام بعضها أمر والآخر مكمل لا يشترط لقيامها أن يتم تطابق التوقيت ولا المكان بين رضا المدين الأصلي ورضا الكفيل

(Henri et Leon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS ;
leçons de droit civil- les obligations, DELTA ; Montchrestien, 9eme édition,
2000, P 137)

والحقيقة أن الكفالة باعتبارها أحد أشكال التأمينات استحدثت من قبل المشرعين عموما لضمان الوفاء بمختلف الالتزامات الناشئة عن العقود تكريسا لفكرة قدسية العقد، ذلك أن الفكرة هنا تكمن في أنه في حالة عجز المدين عن الوفاء بالتزامه مع توافر حسن النية فيه فإن حقوق الدائن لا يمكن أن تضيع بسبب ذلك. ومن ثمة، فإن فكرة الكفالة هي في النهاية ضمان لمبدأ قدسية العقد على اعتبار أنها في النهاية ليست عقدا قائما بذاته بل تابعا للعقد المنشئ للالتزام الأصلي.

وهو الإطار أيضا الذي تندرج فيه مختلف أنواع التأمينات سواء كانت تأمينات شخصية أو تأمينات عينية، وكذلك الشأن بالنسبة للضمانات التي تقدم في الصفقات العمومية.

خاتمة

يستنتج من خلال كل ما سبق أن المشرع لم يوفق في اختيار اصطلاح الكفالة للتعبير عن ضمان حسن تنفيذ أو عن ضمان استرجاع التسيقات بنوعها الجزافي وعلى التمويل، على اعتبار أن البنك الكفيل يلتزم فقط بدفع مبلغ الكفالة للمصلحة المتعاقدة في حالة ثبوت المتعامل المتعاقد بالتزاماته العقدية دون أن يكون ملزما بتنفيذ ذات التزام المتعامل المتعاقد خلافا لنص المادة 644 من التقنين المدني، ثم إن قصر صفة الكفيل على البنك دون المؤسسات الأخرى، فيه إهدار للوقت والمال، لأن فسخ المجال أما المؤسسات لتكون كفيلا في الصفقات العمومية يعني في النهاية قيام الكفيل بتنفيذ ذات التزام المتعامل المتعاقد، وفي ذلك ربح للوقت والمال في مجال الصفقات العمومية، لذلك نوصي بتعديل أحكام الكفالة في الصفقات العمومية على هذا النحو.

المراجع

- 1- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 2- المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 50، السنة 52.
- 3- زهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، بدون طبعة، 2001.
- 4- عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-الجزء العاشر- في التأمينات الشخصية والعينية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، 2009.
- 5- عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بدون سنة النشر.
- 6- عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني -الجديد في التأمينات الشخصية والعينية-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، 2009.
- 7- محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والشرعية الإسلامية، دار هومة، بدون طبعة، 1998.

- 8- Christian LARROUMET, Droit civil- Tome 3- Les obligations: le contrat, 3eme édition économique, 1996
- 9- Eric SAVAUX et autres, droit civil-les obligations-,Delta, 10 éme édition, 2002.
- 10- François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEGNETTE, droit civil -les obligations-, DELTA DALLOZ, 6 édition, 1996.
- 11-Henri et Leon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS ; leçons de droit civil- les obligations, DELTA ; Montchrestien, 9eme édition, 2000
- 12-Jean CARBONNIER, Droit civil 4/les obligations, presses universitaires de France, sans édition, 1996