

التنظيم التعاقدى للكفالة بين القواعد العامة و قانون الصفقات العمومية

د/ نورة بن بوزيد دغبار

جامعة البليدة

Résumé :

Malgré que le code des marchés publics oblige le service contractant selon les principes de transparence, d'égalité et de liberté d'accès aux demandes publiques, en visant le choix du cocontractant capable techniquement et financièrement à réaliser le marché. Le législateur a exigé la présentation des cautions ; soit pour la restitution des avances ou pour obliger le cocontractant à bien exécuter le marché, le régime des cautions est reparti entre les règles générales et spéciales.

الملخص :

بالرغم من أن قانون الصفقات العمومية يلزم المصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل المتعاقد وفق إجراءات معقدة مبنية على مبادئ الشفافية و المساواة في معاملة المترشحين و حرية الوصول للطلبات العمومية، بهدف الوصول إلى اختيار المتعامل القادر ماديا و تقنيا على تنفيذ بنود الصفقة، إلا أن المشرع ألزم مع ذلك المصلحة المتعاقدة باشتراط الكفالات لضمان استرجاع التسبيقات أو لضمان تنفيذ المتعامل المتعاقد لبنود الصفقة على أحسن وجه، غير أن نظام الكفالة في الصفقات موزع بين القواعد العامة والقواعد الخاصة.

مقدمة:

يتميز عقد الكفالة بالعديد من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود، رغم أن القواعد العامة المحددة في التقنين المدني تناولت بالتفصيل خصائص الكفالة، إلا أن الخصائص القانونية المحددة في القواعد العامة لا تغني عن دراسة الخصائص المحددة في القواعد الخاصة المتضمنة في قانون الصفقات العمومية ممثلاً بالمرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، و لا عن دراسة عقود الكفالة المبرمة في إطار الصفقات العمومية و التي تضم شروطاً تعاقدية لم يتناولها المشرع لا في إطار القواعد العامة و لا في إطار القواعد الخاصة.

و لعل أهم خصائص الصفقات العمومية هي خاصية تعدد العلاقات، ذلك أن الكفالة هي عقد تبعية ينشأ بنشوء التزام أصلي بين المدين و الدائن، و ينقضي بانقضائه، بل و أكثر من ذلك تظهر التبعية في حق الكفيل في التمسك بكل الأوجه التي يجوز للمدين التمسك بها حيال الدائن، و هو ما يظهر بصورة جلية التبعية المطلقة لعقد الكفالة. كما أن الكفالة و بالرغم من أنها عقد ثنائي الأطراف إلا أن الاشتراط لمصلحة الغير الوارد فيها، يجعل منها عقداً ينشئ حقوقاً و التزامات فيما بين ثلاثة أطراف هي الكفيل و المدين الأصلي والدائن، و هي العلاقات التي تحكم الحقوق و الالتزامات بين الكفيل و المصلحة المتعاقدة باعتبارها دائناً و بين الكفيل و المتعامل المتعاقد باعتباره مدیناً أصلياً .

غير أن الكفالة في مجال الصفقات العمومية تتميز بحالة منفردة في الصفقات التي يكون فيهل المتعامل المتعاقد شخصاً أجنبياً، تتمثل في مقدم الضمان المقابل الذي يعتبر كفيلاً للكفيل.

و عليه، و للإحاطة بالتنظيم التعاقدی للكفالة تم تقسيم هذا البحث إلى أربعة مطالب كالتالي:

أولاً- في تعدد العلاقات في عقد الكفالة.

ثانياً- في العلاقة بين الكفيل و المصلحة المتعاقدة.

ثالثاً- في العلاقة بين الكفيل و المتعامل المتعاقد.

رابعاً- في العلاقة بين الكفيل و مقدم الضمان المقابل.

أولاً- في تعدد العلاقات في عقد الكفالة.

لقد دأب المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية على مر المراحل على وصف ما يقدمه المتعامل المتعاقد لضمان تنفيذه للصفقة و/أو لضمان استرجاع مختلف أنواع التسبيقات التي يحصل عليها سواء كانت تسبيقات جزافية أو على التمويل بأنه "ضمان". غير أنه يستعمل في صلب القواعد المنظمة لهذا الضمان مصطلح "كفالة"¹ رغم أنه كان يمكن أن يجعل من "عقد ضمان" أحد العقود المسماة² في التقنين الجزائري لأنه ليس في ذلك أي حرج أو إشكال.

فالاختلافات الجوهرية بين مفهوم "الكفالة" باعتبارها أحد العقود المسماة في التقنين و المنظمة بدقة في قواعده و مفهوم الكفالة الذي أعطاه المشرع في قانون الصفقات العمومية كبير جداً، و هو أمر يتنافى تماماً في الحقيقة و ضرورة تحري الدقة في مسألة استعمال المصطلحات في مجال القانون و من باب أولى القوانين الأساسية كما هو الشأن بالنسبة للتقنين المدني و الصفقات العمومية .

فالكفالة في مفهوم القانون المدني على نحو ما هي منظمة في المواد 644 و ما بعدها، هي عقد محدد المضمون و الأطراف، قام المشرع ببيان طبيعة العلاقة القائمة بين مختلف أطرافها من كفيل و مدين و دائن، فبين حقوق و التزامات كل طرف حيال الآخر.

بينما اكتفى المشرع في مجال الصفقات العمومية بالقول بأن الضمانات في جزء منها هي كفالات و ترك تحديد طبيعة الحقوق و الالتزامات الناشئة بين مختلف الأطراف من دون تنظيم، و هو الأمر الذي أصبح معه الأطراف يقومون بتنظيمها في عقد الكفالة ذاتها و الصفقة التي تبرم بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد .

غير أن الصفقة لا يمتد موضوعها لينظم الكفالة من حيث الحقوق و الالتزامات، إنما يقتصر دورها على فرض تقديم كفالة واحدة أو عدد من الكفالات على المتعامل المتعاقد بما يوحي بأن وجوبها و إن كان بناء على نص في قانون الصفقات العمومية، فإن أعمال الوجوب يتم اتفاقاً في الصفقة المبرمة بين الطرفين، خاصة أنه في مجموعة من الصفقات لا يكون فيها تقديم الكفالة وجوباً بل اختيارياً، بمعنى أنه يدخل في صميم السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة.

و الحقيقة أن المشرع في قانون الصفقات العمومية تفادى تفصيل الكفالات في مجال الصفقات العمومية، الأمر الذي يمكن تفسيره من جهة بأنه أراد ضمناً الإحالة على قواعد

القانون المدني المنظمة للكفالات، متناسيا أن الفروقات بين مفهومي الكفالة في القانون المدني و في قانون الصفقات العمومية هي فروق جوهرية.

كما يمكن تفسير الأمر من جهة ثانية على أن نية المشرع ذهبت إلى ترك المسائل التنظيمية للأطراف المتعاقدة لتقوم هي بتناولها على أن يكون اتفاقها طبعاً داخل القواعد العامة المحددة في التقنين المدني و كذا في قانون الصفقات العمومية.

و على العموم، فإن الكفالة تتميز بتعدد أطرافها بغض النظر عما إذا كان إبرامها قد تم في مجال القانون المدني أو في مجال الصفقات العمومية، ففي القانون المدني نجد الكفيل و نجد المدين الأصلي و نجد الدائن، و يمكن في حالات معينة أن نجد كفيلاً للكفيل.

أما في مجال الصفقات العمومية، فإن الدائن كمركز يعود للمصلحة المتعاقدة، بينما يحتل المدين مركز المتعامل المتعاقد، في حين يحتل البنك دائماً مكانة الكفيل، كما أن بعض الكفالات تشترط في مجال الصفقات وجود ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي في مركز كفيل الكفيل على النحو الذي سيلي بيانه.

ثانياً- في العلاقة بين الكفيل و المصلحة المتعاقدة.

في نطاق القواعد العامة على النحو المحدد في القانون المدني أطراف العلاقة هم الكفيل و الدائن، و في مجال الصفقات العمومية يكون الدائن دائماً و أبداً هو المصلحة المتعاقدة، و يلتزم الكفيل بمقتضي عقد الكفالة في القانون المدني بأن يفي بالتزام المدين الأصلي متى لم يوف به هذا الأخير.

و في نطاق القواعد العامة أيضاً، فإنه و بالنظر لصفة التبعية التي تميز عقد الكفالة، فإنه يتوجب على الدائن أن يطالب ابتداء المدين الأصلي قبل مطالبته للكفيل، بل يتعدى الأمر ذلك بحيث لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين الأصلي³.

و بالتالي فإن الدائن إذا استوفى حقه من لدن المدين الأصلي امتنع عن التنفيذ على أموال الكفيل أصلاً.

ولا تجوز مطالبة الكفيل بتنفيذ الالتزام لمجرد حلول أجل التزام المدين الأصلي، على اعتبار أن التزام الكفيل من حيث الأجل يمكن أن يكون أبعد من التزام المدين الأصلي، بينما لا يمكن أن يكون التزام الكفيل من حيث الأجل قبل حلول التزام المدين الأصلي عملاً بخاصية التبعية⁴.

كما أنه و في هذا المجال يجب التمييز بوضوح بين حالة الكفيل المتضامن و غير المتضامن و حالة الكفيل المنفرد و تعدد الكفلاء.

فالكفالة التي يكون فيها الكفيل منفردا دون كفلاء آخرين و غير متضامن فيها مع المدين، هي الصورة الأبسط للكفالة⁵.

ففي حالة الكفيل غير المتضامن مع المدين و مع غيره من الكفلاء، فان الدائن يطالب الكفيل عند حلول الأجل.

غير أنه يجب التمييز في مرحلة التنفيذ على الكفيل بين حالة أن تكون الكفالة عقد رسمي يصلح للتنفيذ و بين أن تكون الكفالة عقد عرفي ، و في هذه الحالة فان حيازة الدائن للسند التنفيذي الذي يخوله التنفيذ على مدينه الأصلي لا يعني حقه في التنفيذ على الكفيل بذات السند بل يتوجب عليه حينئذ أن يستصدر سندا تنفيذا حتى يجوز له التنفيذ على الكفيل⁶. أما بخصوص الأجل الذي يحل فيه التزام الكفيل، فالأصل هو أن يتم تحديده في عقد الكفالة ذاتها، و لا يشترط في ذلك أن يتم تحديد تاريخ دقيق لذلك، إنما يكفي أن يتم تحديد سبب منشئ لذلك أو واقعة.

فإذا أغفل الأطراف تحديد أجل لحلول التزام الكفيل، فان هذا الأجل يصبح نفس أجل حلول التزام المدين الأصلي⁷.

و القاعدة العامة في العلاقة بين الدائن و الكفيل أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين إلا في حالة الكفالة التضامنية.

و الرجوع هنا يقصد به المطالبة القضائية على اعتبار أن المطالبة الودية لا تعد رجوعا بالمفهوم المحدد في نص المادة 660 من التقنين المدني.

و الاستثناء الثاني بالإضافة لحالة الكفالة التضامنية هي حالة ثبوت إفلاس المدين، إذ على الدائن في هذه الحالة الدخول في التفليسة و لا يجوز له اتخاذ إجراءات فردية حيال المدين.

أما في إطار الكفالة التضامنية، فان الكفيل يسقط بإرادته الحماية القانونية التي خولها المشرع لإياه، من حيث أنه سيتحول بذلك إلى مدين أصلي و ليس مدين احتياطي، غير أنه و في هذه المسألة بالذات يتوجب أن يكون التضامن منصوص عليه اتفاقا حتى ينتج آثاره، عملا بصريح نص المادة 217 من التقنين المدني، و بالتالي فانه و في حالة غياب اتفاق خاص على التضامن في عقد الكفالة، فان هذا التضامن لا يمكن افتراضه.

فإذا لم يكن التضامن منصوص عليه صراحة في عقد الكفالة، فإنه يجوز في هذه الحالة للكفيل أن يتمسك حيال الدائن بتجريد المدين⁸ أولاً من أمواله، فإذا تمكن الدائن نتيجة ذلك من استيفاء كافة حقوقه أصبح الكفيل في حل من أي التزام حيال الدائن.

أما في مجال الصفقات العمومية فإن المادة 110 من المرسوم الرئاسي 247/15 سابق الذكر، منعت المصلحة المتعاقدة من تقديم التسبيقات سواء كانت على التمويل أو جزافية حتى يقوم المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة صادرة عن بنك جزائري بنفس القيمة .

إذا كان المتعامل المتعاقد من المتعاملين الوطنيين أو من بنك جزائري تقابلها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي، حينما يكون المتعامل المتعاقد شركة أجنبية.

و قد اكتفت المادة في مجال تنظيمها لهذه الكفالة بالقول:

"...كفالة بقيمة معادلة... يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية...يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

و تحرر كفالة...حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"⁹.

و هي نفس المادة التي أحالت عليها المادة 130 من ذات المرسوم بمناسبة حديثها عن كفالة حسن التنفيذ .

و بالتالي فإن المشرع من خلال قانون الصفقات العمومية لم ينظم العلاقة بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد، الأمر الذي يفسح المجال لمحاولة تحديد ما يمكن أن ينطبق على هذه العلاقة من القواعد العامة المحددة في التقنين المدني.

و تجدر الإشارة ابتداء في هذه المحاولة أن المصلحة المتعاقدة من خلال "الكفالة" تعتمد إلى تنظيم هذه العلاقة بينها باعتبارها دائنا و بين البنك الكفيل، و من خلال دراسة مجموعة من النماذج.

✓ يلاحظ أن علاقة الكفيل بالمصلحة المتعاقدة مستقلة تماما عن علاقة الكفيل بالمتعامل المتعاقد، ذلك أن الكفالات تستعمل في مجال تحديد التزاماتها حيال المصلحة المتعاقدة التعبير التالي: "...نلتزم دون رجوع و دون شروط بأن تدفع لـ... (المصلحة المتعاقدة...) بدون أجل لمجرد طلبها الأول المبلغ الإجمالي للضمان الحالي مقابل تصريح مكتوب يثبت بأن (المتعامل المتعاقد)...لم يوف بالتزاماته التعاقدية...".

و من ثمة فإن الأجل الذي يحل فيه التزام الكفيل عادة ما يكون أقرب من الأجل الذي يحل فيه التزام المدين الأصلي.

ذلك أن الصفقات التي تبرم بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد و التي يكون موضوعها إما أشغال أو لوازم أو دراسات أو خدمات، تبرم لمدة معينة و أن قرارات فسخ الصفقات التي تؤدي غالبا إلى المطالبة بإعمال الكفالات تكون أثناء سريان الصفقة و قبل حلول أجلها النهائية.

ثالثا- في العلاقة بين الكفيل و المتعامل المتعاقد.

رأينا سابقا بأن الكفيل يعتبر كفيلا حتى في نطاق العلاقات التي تنشأ في إطار الصفقات العمومية، غير أن المدين في نطاق هذه العلاقات يطلق عليه مصطلح "المتعامل المتعاقد". كما رأينا أيضا بأن التزام المتعامل المتعاقد بتقديم كفيل هو التزام قانوني عملا بأحكام قانون الصفقات العمومية، كما أنه و بمجرد إبرام الصفقة يتحول أيضا إلى التزام اتفاقي، خاصة في ذلك النوع من الصفقات العمومية التي ترك المشرع تقدير ضرورة تقديم كفالة فيها من عدمه للمصلحة المتعاقدة.

و أول ما يطبع العلاقة بين الكفيل و المتعامل المتعاقد هو أن هذا الأخير يستفيد من ضمان لدينه يقدمه الكفيل، بحيث يقوم هذا الأخير بالوفاء بالتزامه حيال الدائن عند حلول أجله بدلا عنه متى ثبت عجزه عن الوفاء بهذا الالتزام.

و الحقيقة أن مجرد قيام الكفيل بالوفاء بالالتزام الأصلي للمدين يجعل من هذا الأخير في حكم من أثري على حساب الكفيل، و من هذا الأخير في حكم من افتقر.

و الكفالة في هذا المفهوم و إن كانت من عقود التبرع على اعتبار أنها في الأصل تقوم دون عوض عند انعقادها، إلا أن الكفيل يملك الحق في استيفاء دينه من لدن المدين بعد أن يوفي به للدائن، و بالتالي فإن خاصية التبرع التي تطبع الكفالة هي خاصية مقتصرة على وقت انعقادها، لكن بمجرد إعمال الكفالة، أي قيام الكفيل بوفاء دين المدين، تنقضي الصفة التبرعية للكفالة من خلال رجوع الكفيل على المدين.

هذا الرجوع إما أن يكون من خلال دعوى شخصية أو من خلال دعوى الحلول¹⁰، و هما الصورتان اللتان بواسطتهما يمكن للكفيل استعادة ما و في به للدائن بدلا عن المدين، و يشترط لممارسة الدعوى الشخصية أي تلك التي تستند إلى عقد الكفالة ذاته، توافر جملة من الشروط أهمها:

1- حلول أجل الالتزام عند الوفاء بحيث لا يجوز للكفيل كقاعدة عامة أن يقوم بوفاء التزام المدين الأصلي قبل حلول أجله، فإذا قام بذلك أصبح من غير الجائز له أن يرجع على المدين لاستيفاء حقه، و المقصود هنا بالأجل هو الأجل الأصلي للالتزام المكفول، و الذي يمكن للدائن فيه الرجوع على الكفيل إذا لم يوف المدين فيه، فإذا قامت المحكمة بناء على طلب المدين بتمديد أجل الوفاء، فإن هذا التمديد لا يمكن الاحتجاج به حيال الكفيل، و بالتالي فإن الكفيل يعتبر في هذه الحالة في حكم من وفى في الأجل متى كان هذا الوفاء في الأجل الأصلي للالتزام الأصلي للمدين¹¹.

2- أن يقوم الكفيل بوفاء الالتزام الأصلي للمدين فعلا، و هذا الشرط ناجم عن أن الكفيل لا يملك الحق في الرجوع على المدين باعتباره مدينا أصليا بل لكونه أصبح مدينا له، و نشأة هذه الصفة لا تقوم إلا من خلال قيام الكفيل بوفاء التزام المدين فعلا، هذا الوفاء الفعلي يشترط أمرين اثنين:

أولهما أن يكون الوفاء قد تم فعلا من طرف الكفيل بمعنى أن الأمر لا يتعلق بانقضاء الدين الأصلي لأي سبب آخر غير الوفاء من قبل الكفيل، فإذا انقضى الالتزام الأصلي للمدين لسبب آخر غير عمل الكفيل المتمثل في الوفاء به بدلا عن المدين، فإنه لا يحق له أي الكفيل الرجوع على المدين، على اعتبار أن براءة ذمة المدين الأصلي حيال الدائن يسبب قيام الكفيل بالوفاء بالتزامه بدلا عنه هو الشرط الأساسي المنشئ لحق الكفيل في مطالبة المدين الأصلي بعد ذلك بأن يعيد له ما وفى به.

أما الشرط الآخر و هو مرتبط بمفهوم إبراء ذمة المدين الأصلي، فيتمثل في أن يكون الكفيل قد وفى بالتزام المدين الأصلي بمقداره و طبيعته، فإذا وفى بالتزام آخر من حيث الطبيعة يمكن أن يكون ناتجا عن علاقة قائمة بينه و بين الدائن، فإنه لا يحق له في هذه الحالة الرجوع على المدين بموجب الدعوى الشخصية.

3- أن يخطر الكفيل المدين قبل أن يقوم بالوفاء، هذا الإخطار هو بمثابة التزام أصلي للكفيل، و الحكمة من وراء اشتراطه ظاهرة جدا، تكمن في أن الكفيل لا يعلم بكل جزئيات العلاقة بين المدين الأصلي و الدائن، و بما قد يطرأ عليها من تحولات يمكن أن تؤدي إلى إبراء ذمة المدين الأصلي بسبب انقضاء الدين لأي سبب كان.

و بالتالي فان قيام الكفيل بإخطار المدين بأنه سوف يقوم بوفاء التزامه، تعني منح المدين المكنة لكي يخبر الكفيل بكل ما من شأنه أن يحمي حقوقه حيال الدائن، و بالتالي حقوق الكفيل.

فإذا لم يقم الكفيل بإخطار المدين و قام بالوفاء للدائن ثم ظهر بعد ذلك أن التزام المدين الأصلي انقضى لأي سبب كان قبل وفاء الكفيل، فانه لا يحق لهذا الأخير الرجوع على المدين، بل يحق له الرجوع على الدائن بدعوى الإثراء بلا سبب.

غير أن الإشكال الذي يطرح بقوة بخصوص هذه المسألة، يكمن في الحالة التي يوفي فيها الكفيل بالتزام المدين الأصلي دون أن يخطره، رغم أن المدين لا يملك ما يبرر به انقضاء دينه حيال الدائن لسبب من الأسباب، فهل يملك المدين في هذه الحالة رفض رجوع الكفيل عليه لمجرد عدم إخطاره، و رغم أن إخطاره من قبل الكفيل ما كان ليغير شيئا، و في هذا المجال يمكن القول بأن تحقق هذا الشرط ليس مرتبطا بشكالية الإخطار، بل بموضوعية براءة ذمة المدين الأصلي حيال الدائن و بما أن غيابها ثابت، فانه يحق للكفيل الرجوع على المدين بواسطة الدعوى الشخصية.

هذا و تجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن عبئ إثبات القيام بالإخطار يقع على عاتق الكفيل، الذي يملك مصلحة في التمسك به حتى يحق له الرجوع على المدين.

4- أن تكون الكفالة قد أبرمت دون معارضة من المدين و لمصلحته هو لا لمصلحة الدائن، و هذا الشرط في الحقيقة مستخلص من فلسفة الكفالة ذاتها التي هي عقد تبعي للالتزام الأصلي يستهدف إفادة المدين الأصلي بضمان إضافي لدينه.

أما بخصوص مقدار رجوع الكفيل على المدين، فانه يضم أصل الدين الذي وفى به الكفيل للدائن بغرض إبراء ذمة المدين، و يضاف إليه المصروفات المتمثلة في كل ما أنفقه الكفيل بغرض وفاء التزام المدين.

هذا و يضاف إلى أصل الدين و المصروفات الفوائد الناجمة عن الدين الأصلي و التي تحتسب من يوم قيامه بالوفاء إلى غاية قيام المدين برد مال الكفيل.

كما يمكن أن يشمل التعويض، بحيث يحق للكفيل مطالبة المدين الأصلي تعويضه عن مجمل الأضرار التي لحقت به من جراء قيامه بالوفاء بالتزاماته.

هذا بخصوص الدعوى الشخصية، أما دعوى الحلول فهي تلك التي يحل بموجبها الكفيل محل الدائن في مطالبة المدين بوفاء التزاماته، و هي تتم إعمالا لأحكام المادتين

671 و 261 من التقنين المدني.

و مؤدى هذه الدعوى أن الكفيل هو الذي يتحول إلى دائن للمدين بعد أن يوفي بالتزام هذا الأخير حيال الدائن و يحل محله، و في هذا النوع من الدعاوى، لا يشترط ما يشترط في الدعاوى الشخصية من ضرورة أن تكون الكفالة قد أبرمت بعلم المدين و لمصلحته، بحيث يستوي فيها أن يكون الكفيل متضامنا أو غير متضامن، فعل ذلك بمقابل أو بغير مقابل.

غير أنه يشترط فيها أن يكون الكفيل قد وفى بالتزام المدين عند حلول أجله هذا من جهة، و من جهة ثانية يجب أن يكون الكفيل قد وفى بمجمل الدين لا بجزء منه فقط، هذا في مجال القواعد العامة المحددة في القانون المدني.

أما في مجال الصفقات العمومية، فإن البنوك شأنها شأن صندوق ضمان الصفقات لا تقوم بمنح المتعاملين المتعاقدين أي كفالة من الكفالات المشترطة في الصفقات العمومية التي تقوم بإبرامها مع المصالح المتعاقدة إلا بعد قيامهم بإيداع مبلغ الكفالة في حساب لدى البنوك الكفيلة.

فإذا لم يوف المتعامل المتعاقد بما عليه من التزامات اتجاه المصلحة المتعاقدة طبقا لما هو محدد في الصفقة على النحو المتفق عليه و في الأجل المتفق عليه، فإن البنوك و بناء على طلب من المصلحة المتعاقدة المقترن بتصريح يثبت عدم وفاء المتعامل المتعاقد بما عليه من التزامات، تقوم بإعمال تلك الكفالات.

و الحقيقة أن هذه الطريقة تجعل من البنوك حتى في بداية العلاقة المتضمنة الكفالة، أبعد ما تكون عن مفهوم الكفيل و أبعد ما يكون تصرفها عن تصرف تبرعي، بل أقرب لأن تكون طرفا مودعا لديه، و من الكفالة التي تقدمها ضمانا أكثر منه كفالة.

غير أن المتعاملين المتعاقدين عادة ما يعترضون على قيام البنوك بإعمال الكفالات لمصلحة المصالح المتعاقدة من خلال منازعتهم في مسألة إخلالهم بالتزاماتهم التعاقدية¹²

و الحقيقة أن البنوك عادة ما تحتج بوجود منازعات بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد تتضمن احتجاج هذا الأخير على تصريح المصلحة المتعاقدة المتضمن إخلاله بالتزاماته التعاقدية لترفض إعمال الكفالات المودعة لديها، على اعتبار أن البنك باعتباره كفيلا و بمجرد توصله بتصريح المصلحة المتعاقدة المتضمن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته تسعى لتبليغه إياه، هذا التبليغ يعتبر في حكم الإخطار الذي يتوجب على الكفيل

تبليغه للمدين قبل الوفاء بدلا عنه.

و من ثمة يظهر بأن علاقة الكفيل بالمتعامل المتعاقد تشبه في كثير من خصائصها علاقة الكفيل بالمدين.

غير أن ما يميز هذه العلاقة في مجال الصفقات العمومية هو أن البنك الكفيل و بالنظر إلى أن ما وفى به هو وديعة لديه قام المتعامل المتعاقد بإيداعها لغرض الضمان، فإن رجوع البنك على المتعامل المتعاقد هو مسألة غير متصورة قانونا.

رابعا- في العلاقة بين الكفيل و مقدم الضمان المقابل.

يرتبط مفهوم الضمان المقابل في القواعد العامة المنصوص عليها في التقنين المدني بكفالة الكفيل و في هذا المجال نصت المادة 659 من التقنين المدني الجزائري على جواز كفالة الكفيل بقولها "تجوز كفالة الكفيل.....".

و كفيل الكفيل في الحقيقة ضامن لدين الكفيل حيال الدائن و ليس ضامن لدين المدين حيال الدائن، بمعنى أنه لا علاقة لكفيل الكفيل بالمدين الأصلي.

والتزام كفيل الكفيل مرتبط و تابع لالتزام الكفيل ذاته و لا علاقة له من حيث المبدأ بالتزام المدين الأصلي، غير أن علاقة التبعية القائمة بين التزام الكفيل و التزام المدين الأصلي و التي تجيز للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التي يجوز للمدين الأصلي التمسك بها ما عدا نقص الأهلية الذي كان عالما به وقت إبرام العقد، و علاقة التبعية القائمة بين التزام الكفيل و التزام كفيل الكفيل تجعل من التعدي حالة قائمة و تمكن بالتالي كفيل الكفيل من التمسك بجميع دفوع المدين الأصلي التي يحق للكفيل التمسك بها¹³

و رغم ذلك يضل الكفيل بالنسبة لكفيل الكفيل مدينا أصليا و ليس كفيلا، على اعتبار أن كفيل الكفيل يكفله هو و لا يكفل المدين الأصلي.

غير أنه و بالنظر إلى أن التبعية و التعدي سمتان غالبتان على التزام كفيل الكفيل و تجيز له التمسك بجميع الدفوع التي يجوز للكفيل التمسك بها بما فيها الدفع بالتجريد و الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء و عدم التضامن فيما بينهم أو مع المدين الأصلي، فإن كفيل الكفيل يمكن أن يدفع حيال الدائن بجميع هذه الدفوع، إلا في حالة ما إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل، ففي هذه الحالة لا يجوز له الدفع بتجريد المدين الأصلي بالنسبة إليه ألا و هو الكفيل.

و الملاحظ أنه و بمجرد قيام كفيل الكفيل بإبرام عقد كفالة مع الدائن لضمان تنفيذ التزام الكفيل حياله في حالة عجز المدين الأصلي عن الوفاء بالتزامه فإن العلاقة بينهما تنتهي عند هذا الحد، إذ يطبق عليها ما يطبق على العلاقة بين الكفيل و المدين من حيث رجوع الأول على الثاني بعد الوفاء من خلال الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول حسب الحالة.

و كفالة الكفيل ثم كفالة كفيل الكفيل لعدم وجود نص قانوني يقضي بعدم جوازها جائزة قانوناً، من الناحية النظرية في القواعد العامة ، غير أنه في مجال الصفقات العمومية فإن المشرع قام بالحد منها من خلال نصه على ضرورة وجود مقابل الضمان صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى، حتى يجوز للبنك الجزائري كفالة الشركات الأجنبية على نحو ما هو منصوص عليه بالمادة 110 من المرسوم الرئاسي 247/15 سابق الذكر .

و الحقيقة أنه ونظراً إلى أن الكفالة المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية تعتبر مثابة ضمان على اعتبار أن المدين الأصلي المتمثل في المتعامل المتعاقد الأجنبي هو الذي يقوم بإيداع مبلغ الضمان لدى البنك الأجنبي الذي يصدر نتيجة ذلك ضمان موجه للبنك الجزائري الذي يقوم بدوره بمنح المتعامل المتعاقد كفالة.

و من ثمة، فإنه من غير المتصور قانوناً أن يقوم كفيل الكفيل أي مقدم الضمان المقابل بالرجوع على الكفيل، على اعتبار أن المدين الأصلي ممثلاً في المتعامل المتعاقد يكون قد أودع مبلغ الضمان لدى هذا البنك الأجنبي.

بينما يتصور قانوناً أن يقوم الكفيل ممثلاً في البنك الجزائري بالرجوع على كفيل الكفيل أي البنك الأجنبي مقدم الضمان المقابل، حينما يقوم الكفيل أي البنك الجزائري بالوفاء لصالح المصلحة المتعاقدة بالالتزامات المالية للمتعامل المتعاقد الذي ارتكب خطأ عقدياً بالنسبة لكفالة حسن التنفيذ أو دون ذلك بالنسبة لكفالة استرجاع التسيقات بنوعها على التمويل أو الجرافية.

خاتمة:

يظهر من خلال هذه الدراسة أن نظام الصفقات العمومية الذي خصه المشرع بقانون خاص حرص على تعديله منذ 2010 -أكثر من أربع مرات في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 236/10 ليقرر استبداله نهائيا بأحكام المرسوم الرئاسي 247/15، لا يزال بعيدا عما يجب أن يكون عليه من دقة في التنظيم و في استخدام المصطلحات القانونية.

فاستخدام المشرع لكلمة كفالة للتعبير عن الضمانات في الصفقات العمومية لم يكن موقفا البتة بالنظر للفروق الجوهرية التي تميز النظام العام للكفالات في التقنين المدني عن نظام الكفالة في الصفقات العمومية.

و بالرغم من أن نظام الكفالة في الصفقات العمومية يستهدف الحفاظ على المال العام، إلا أن الواقع يثبت أن إعمال الكفالات لا يعوض المصلحة المتعاقدة إلا في الجزء اليسير من الأموال التي قدمتها للمتعاقل المتعاقد، ناهيك عن أن الكفالة في الصفقات العمومية لا يمكن أن تغطي لا الأضرار التي تلحق المصلحة المتعاقدة من جراء التأخر في إنجاز الحاجات موضوع الصفقة.

لذلك يتوجب على المشرع عدم حصر الكفالة في الصفقات العمومية في الكفالات البنكية و فتح المجال أمام المؤسسات التي تنشط في نفس مجال نشاط المتعاقل المتعاقد لكفالاته طبقا للقواعد العامة المحددة في التقنين المدني.

الهوامش و المراجع:

- ¹ ذلك أن التزام الكفيل في الكفالة المنظمة في التقنين المدني هو من نفس قيمة وطبيعة التزام المدين الأصلي و هو الأمر الغائب تماما في مجال الكفالات في الصفقات العمومية .
- 2 انظر في صعوبة تمييز العقود المسماة عن غير المسماة
JEROME HUET, les principaux contrats spéciaux, DELTA LGDJ, 1996, P 20 et s
- 3 زهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، 2001 بدون رقم الطبعة، ص 54.
- 4 نفس المرجع السابق، ص 55.
- 5 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد في التأمينات الشخصية و العينية ، المرجع السابق، ص 89.
- 6 نفس المرجع السابق، ص 91.
- 7 انظر في ذلك د سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية و العينية، مطبعة المعارف، 1985، ص 60 .
- 8 انظر تفصيل شروط الدفع بالتجريد في زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 59 و ما بعدها .
- 9 لاحظ المادة 110 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.
- 10 انظر في مقارنتهما زاهية سي يوسف المرجع السابق ص 80 و ما بعدها .
- 11 نفس المرجع ص 83.
- 12 انظر مثلا الحكم الصادر عن محكمة بومرداس القسم التجاري في القضية رقم 748 /13 بين الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية و CNIC.
- 13 ذلك أن التزام الكفيل في الكفالة المنظمة في التقنين المدني هو من نفس قيمة وطبيعة التزام المدين الأصلي و هو الأمر الغائب تماما في مجال الكفالات في الصفقات العمومية.