حماية الكفيل المتعامل مع البنك الدائن

كودري فاطمة الزهرة،

متحصلة على شهادة ماجستير في العقود و المسؤولية من جامعة الجزائر (1) كلية الحقوق – بن عكنون –

المقدمة

لا تكتفي البنوك بالضمان العام للمدين، و الامتيازات الممنوحة لها من قبل المشرع، بل تسعى دوما للحصول على أكبر قدر ممكن من الضمانات، و تهتم بفعالية هذه الضمانات، وهذا ما أدى إلى انتشار عقود الكفالة التي يتقدم فيها الكفيل الشخص الطبيعي غير المهني، لضمان الوفاء بمبلغ القرض إذا لم يف به المدين نفسه، هذا الأخير الذي غالبا ما يكون من أقارب الكفيل أو الزوج أو أحد الأصدقاء المقربين، و لما كانت الكفالة من أهم الضمانات، اهتم المشرع بدراستها في المواد (644 - 673 من ق.م)، فعرّفها في المادة 644 على أنّها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع جعل من القانون المدني الإطار الوحيد لعقد الكفالة، كما أنه اهتم بفئة الكفلاء بصفة عامة، دون أن يميز بين الكفالة التي تبرم بين شخصين متكافئين، والكفالة التي تشهد تفاوتاً في العلاقة العقدية، أو عدم تكافؤ بين المتعاقدين، وهذا ما دفعني إلى التنبيه إلى نتائج هذا التوحيد، حيث تشهد الحماية القانونية للكفيل نقصاً في الفعالية ، في حين كان ينبغي تكريس آليات أفضل لحماية هذا الطرف الضعيف.

إن الاهتمام بفعالية الضمانات البنكية، دفعني لترجيح مصلحة الكفيل في علاقته مع البنك1 باعتباره مدين تبعي وضامن احتياطي، لهذا طرحت الإشكالية التالية، هل الحماية المقررة للكفيل كافية ؟ أم أن مركزه القانوني يستحق تدعيمه بآليات حمائية أفضل ؟ .

لقد حاولت الإجابة عن هذه الإشكالية في خطة قسمتها إلى مبحثين، يتعلق الأول بنقص فعالية الحماية المقررة للكفيل في القانون المدني، وقد تطرقت في هذا الإطار للنقائص المستمدة من القواعد العامة و النقائص المستمدة من أحكام عقد الكفالة، بالإضافة إلى بعض المخاطر.

أما المبحث الثاني فخصصته لآليات تدعيم مصلحة الكفيل، وتطرقت في هذا الإطار للآليات المتبعة لتنوير إرادة الكفيل والتي تتمثل في الشكلية الحمائية، الالتزام بالإعلام، مهلة التفكير أو التروي، خيار الرجوع عن العقد بالإضافة لمبدأ التناسب بين التزام الكفيل وأمواله، الذي يعد آلية لتحيق الاعتدال و التوازن بين الدين و الضمان، وآلية لقمع أنانية و تسلّط الطرف المهني على الطرف الضعيف في العقد.

1 - راجع مذكرة الماجستير للطالبة كودري فاطمة الزهرة، بعنوان الحماية القانونية للكفيل في عقود الائتمان ، جامعة الجزائر (١) كلية الحقوق بن عكنون (2012 - 2013).

المبحث الأول : نقص فعالية الحماية المقررة للكفيل في القانون المدني

تعرف الحماية القانونية للكفيل نقصاً واضحاً، فبالرجوع للقواعد العامة نجد صعوبة في إبطال التزام الكفيل في بعض الحالات رغم أن رضاءه معيب، فقد ينصب الغلط على ذات المدين أو صفة من صفاته، و رغم أن هذا الأخير ليس طرفا في عقد الكفالة إلاّ أنه محل اعتبار بالنسبة للكفيل.

كما أن المشرع ضيّق من نظرية الاستغلال، التي تشمل الطيش البين و الهوى الجامح دون " الحاجة الماسة، عدم الخبرة وضعف الإرادة "2، بالإضافة لقصر المدة التي يجوز للكفيل أن يتمسك بالإبطال خلالها، عند وقوعه في عيب الاستغلال والتي تتمثل في سنة فقط طبقا للمادة 90 من القانون المدني.

و لم يضيّق المشرع من هذه النظرية فحسب، بل من نظرية الإكراه كذلك، حيث أخذ بحالة الرهبة البيّنة دون حالة الضرورة، هذه الأخيرة التي تلحق بالإكراه في الفقه الإسلامي.3

و إذا كانت هذه النقائص تتعلق بالحماية المقررة في القواعد العامة، فإن أحكام عقد الكفالة تعرف نفس الخاصية (المطلب الأول) ، كما أن التزام الكفيل بموجب هذا العقد يعرضه لبعض المخاطر)المطلب الثاني).

2 - راجع أ. عبد الحميد بن شنيتي، مقال بعنوان "دراسة تحليلية للقانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 75 - 58"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 39، رقم 02، سنة 2002، (ص 114).

3 - راجع أ. علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر س 2008. (ص 197).

المطلب الأول : النقائص المستمدة من أحكام عقد الكفالة

تشهد الحماية القانونية المقررة للكفيل في النصوص المتعلقة بعقد الكفالة (المواد644 – 673 من ق.م) نقائص عديدة، سواء بالنسبة لمرحلة التكوين أو التنفيذ، ولعل سبب هذه النقائص يرجع لعدم تمييز المشرع بين الكفالة التي تبرم بين متعاقدين متكافئين، والكفالة التي تبرم بين الكفيل الشخص الطبيعي غير المهني وبين الدائن المحترف (كالبنك)، بالإضافة إلى تنظيم هذا العقد بموجب قواعد مكملة، مما سهل مخالفتها بموجب شروط يفرضها الطرف المهني، فما هي النقائص التي تعرقل تمتع الكفيل بحماية قانونية فعالة؟.

الفرع الأول : عدم اشتراط الشكلية الحمائية للانعقاد

لقد جعل المشرع من عقد الكفالة عقدا رضائيا، حيث اشترط الشكلية للإثبات فقط ، فقد نصت المادة 645 من ق.م ، على أن " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة ".

غير أن مبدأ الرضائية الذي كرس الحرية التعاقدية، عرف بعض التراجع، نظرا للمساوئ التي يحملها في طياته، فالرضائية تؤثر على مصلحة المتعاقد الضعيف، لأنها تزيد من تسرعه في إبرام العقد، ولا تمكنه من التمعّن والتفكير والتروي، قبل الإقدام على التصرف القانوني، كما أنها تقلل من احتياطه من سوء نية المتعاقد الآخر، خاصة إذا كان هذا الأخير يتمتع بخبرة أكثر و بقوة اقتصادية أكبر، حيث يملي الطرف القوي كل الشروط المتعلقة بالعقد، الجوهرية منها والتفصيلية، نظرا لتفوقه على المتعاقد الضعيف، وتكون النتيجة اختلال في التوازن العقدي، وبذلك تصبح الشكلية الحل الأمثل لدرأ هذه النتائج المترتبة عن مبدأ الرضائية4.

---

4 - راجع أ. علي فيلالي، مرجع سابق، (ص 291 - 293).

* راجع أ. محمود زواوي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1987، (ص 30 - 36).

وعليه فإن اشتراط المشرع الكتابة لإثبات عقد الكفالة وعدم اعتبارها ركنا رابعا لهذا العقد، يُعرِّض مصلحة الكفيل لكل مساوئ مبدأ الرضائية ويحرمه من مزايا الشكلية، التي تساعده على التروي والتمهل قبل الإقدام على تصرّف خطير كعقد الكفالة.

الفرع الثاني : عدم اشتراط تحديد نطاق الالتزام

لم يشترط المشرع لصحة عقد الكفالة تحديد نطاق التزام الكفيل، سواء من حيث مقداره أو أجله، وقد رتب على عدم تحديد الكفيل لأجل التزامه، استفادة هذا الأخير من نفس أجل التزام المدين الأصلي، أما عن أثر عدم تحديد مقدار التزامه فقد تكفلت المادة 653 من ق.م بتبيانه، حيث تشمل الكفالة غير المحددة ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى، وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل، ويترجم هذا الأثر نقصا في حماية الكفيل، ولعل أهم ما يبرز هذا النقص هو مقارنة نص المادة 653 من ق.م ببعض نصوص القانون المقارن، التي تُرتِّب على عدم تحديد التزام الكفيل بطلان عقد الكفالة، كالمادة (2 – 341. L) من قانون الاستهلاك الفرنسي، التي تنص على أن كل شخص طبيعي التزم بمقتضى عقد عرفي باعتباره كفيلا، ينبغي عليه أن يسبق توقيعه بيانا مكتوبا بخط يده، متى كان الدائن مهنيا أو محترفا، ويحدد بموجب هذا البيان، نطاق التزامه من حيث المدة والمقدار5.

إن نقص الحماية القانونية في هذا الصدد، لا يرجع لصحة الكفالة غير المحددة فحسب، أو لعدم تقرير بطلانها، وإنما يكمن – كذلك – في شمول الكفالة لملحقات الدين والمصروفات وعدم اقتصار مطالبة الكفيل بالدين الأصلي فقط ، فهذه النتيجة تؤثر

- 5V L. Aynés et p. Crocq. Droit civil. Les sûretés – La publicité foncière, Defrénois, E.J.A. 2eme édition, imprimé en France. 2008. P18.

* v. Marie – Elisabeth Mathieu – cautionnement. J C P, (Banque – crédit - Bourse) fax 740. Lexis Nexis , Sa 2007, P25.

* راجع أ. نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان، ، "في القانون الفرنسي"، دراسة للقواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، س2008، (ص 88).

على مصلحة الكفيل، لأن هذا الأخير قد لا يعلم بالحد الذي سيصل إليه التزامه، كما أن مطالبة الكفيل الشخص الطبيعي بالفوائد، يعد مظهرا آخر لنقص فعالية حمايته القانونية، ويؤثر سلبا على مصلحته، ولا يشجعه على إبرام هذا التصرف الخطير.

و استند في هذا الصدد إلى موقف الفقه الإسلامي في التعامل بالربا، حيث يقول المولى عزّ و جلّ : ﴿ يا أيّها الّذين أمنوا اتّقوا الله وذروا ما بقي منَ الرّبَا إنْ كُنْتُمْ مُؤْمنينْ ﴿278﴾ فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تُظْلَمُون ﴿279﴾ .6

الفرع الثالث: تنظيم عقد الكفالة بقواعد مكملة

إن تنظيم المشرع لأحكام عقد الكفالة بموجب قواعد قانونية مكملة، يفتح مجال مخالفتها من قبل الدائن (البنك)، الذي يتعاقد مع الكفلاء بموجب عقود إذعان7 ، هذه الأخيرة التي ساهمت في توسيع نطاق التفاوت واختلال التوازن العقدي، ولعل أهم القواعد التي تؤدي مخالفتها للإضرار بالكفيل هي القواعد المتعلقة بالدفوع الممنوحة له، كالدفع بالرجوع والتجريد والتقسيم طبقا للمواد (660 – 664 ق.م) والتي تتعلق بالمصلحة الخاصة للكفيل، لذلك يحق له التنازل عنها بإرادته المنفردة أو باتفاقه مع الدائن، فالبنوك عادة ما تُضمّن عقود الكفالة المحررة مسبقا، عدة بنود تحرم الكفيل من التمسك بدفوعه8، أوتدرج بها شرط المنع من التصرّف، ولا يبقى للكفيل إلا التسليم لهذه الشروط أو التراجع عن كفالة المدين الأصلي، غير أن هذا القرار قد لا يمكن للكفيل اتخاذه، نظرا لصلة القرابة أو الزوجية أو الصداقة الصادقة التي تربطه بالمدين، وعلى هذا الأساس فإن اعتبار الدفوع الممنوحة للكفيل من قبيل مصلحته الخاصة وتنظيم المشرع لعلاقة الدائن بالكفيل بموجب قواعد قانونية مكملة، يعد نقصاً في حماية الكفيل، استنادا لعدة مبررات، أهمها: تغيُّر مفهوم المصلحة، وتوسع مجالات النظام

6 الآيتين: 278، 279 من سورة البقرة.

7 - راجع أ. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن. المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، س 1990. (ص 23 31-). وراجع المادة 70 من القانون المدني.

8 - أنظر الملاحق الواردة بمذكرة الماجستير بعنوان الحماية القانونية للكفيل في عقود الائتمان ، مرجع سابق.

العام، حيث ظهر نظام عام اقتصادي، وأصبحت التشريعات الحديثة تتدخل في تنظيم العلاقة العقدية ، بموجب نصوص آمرة، حماية للطرف الضعيف9، ولقد ساير المشرع الجزائري هذا الاتجاه الحديث في قانون حماية المستهلك الصادر بموجب القانون رقم (09 - 03)، إلا أنه لم يمّكِن الكفيل ، من التمتع بنفس الحماية المقررة في هذا القانون بنص صريح.

المطلب الثاني :مخاطر ممارسة الحق في الرجوع

إن حق الكفيل في الرجوع على المدين و على غيره من الكفلاء يعد من المبادئ التي يقوم عليها عقد الكفالة ، ولما كان هذا الحق جوهر هذا الضمان الشخصي التبعي ، فإن المشرع كرسه بموجب قواعد عامة و خاصة، حيث يحق للكفيل الرجوع بموجب دعوى الإثراء بلا سبب، دعوى الحلول ودعوى الكفالة، إلا أن هذه الامتيازات لم تمنع من وجود بعض المخاطر التي تعرقل رجوع الكفيل أو تحول دون ممارسته لهذا الحق ، فما هي هذه المخاطر؟

الحالة الأولى: حظر الرجوع المسبق

من شروط رجوع الكفيل على المدين وعلى غيره من الكفلاء، قيامه بالوفاء بالدين ويبدو هذا الشرط منطقيا لأول وهلة، إلا أنه عائق يحول دون ممارسة الكفيل لحقه في الرجوع المسبق، وتتضح نقص الحماية القانونية في هذا الصدد بالرجوع للقانون المقارن كالمادة (2032 وما يليها) من القانون المدني الفرنسي، حيث أخذ المشرع الفرنسي بعض الحالات - التي يكون فيها الكفيل في حاجة للرجوع المسبق- بعين الاعتبار، كحالة إفلاس المدين أو إعساره، أو الحالة التي يمنح فيها الدائن للمدين الأصلي أجلا جديدا، أو مرور عشر (10) سنوات على نشوء الالتزام الأصلي غير محدد الأجل.10

إن المشرع لم يراعِ هذه الحالات، التي تثور فيها حاجة الكفيل للرجوع على المدين، قبل الوفاء بالدين، ففي حالة إفلاس المدين مثلا: يسقط أجل التزامه، ويجب على

9 - راجع أ. علي فيلالي ، مرجع سابق، (ص 54 - 56).

10 - Alain Cerles, Le cautionnement et la banque, Revue banque, édition, 2004, p 70.

الدائن التقدم بدينه في تفليسة المدين، فإذا لم يستوف كل حقه، رجع على الكفيل بما تبقى من الدين عند حلول الأجل الأصلي للالتزام، ولا يحق للكفيل ممارسة حقه في الرجوع على المدين، إلا بعد الوفاء بالدين المتبقي، وهذا ما قد يؤدي لحرمانه من استيفاء حقه نظرا لإفلاس المدين.

الحالة الثانية: المانع الأدبي لممارسة حق الرجوع

تعد الكفالة من العقود التبرعية، وعادة ما تتم ضمانا لديون أحد أفراد العائلة، أو أحد الزوجين أو الأصدقاء المقربين، واستنادا لقاعدة "الدين مطلوب وليس محمول"، فإن الكفيل عادة ما يجد نفسه مُحرجا أو مُتردّدا بين ممارسته لحق الرجوع أو الامتناع عن ذلك.

المبحث الثاني : آليات تدعيم مصلحة الكفيل ثناء إبرام العقدأ

إن التفاوت الذي يشهده عقد الكفالة المبرم بين الكفيل الشخص الطبيعي والبنك الدائن، والذي يرجع لنقائص الحماية القانونية للكفيل من جهة وفرض البنك لشروط العقد وتمتعه بضمانات فعالة من جهة أخرى، يبرر فكرة عدم المغالاة في حماية البنك الدائن، و البحث عن طرق لتدعيم مصلحة الكفيل.

إن علاقة البنك بهذا الكفيل، تتطلب قواعد قانونية خاصة، تختلف عن أحكام عقد الكفالة المنظمة في القانون المدني، فبالرجوع للقانون المقارن نجد المشرع الفرنسي، ميّز بين عدّة نماذج لعقد الكفالة، وكرّس حماية قانونية خاصة، للكفيل الشخص الطبيعي المتعامل مع المؤسسة الائتمانية أو الدائن المهني، حيث أصدر عدّة قوانين،11 تتمحور حول أربع (04) معايير حمائية،12 تتمثل في: الشكلية الحمائية،

11 - كقانون 24 جانفي 1984 المتعلق بالمؤسسات الائتمانية، بالإضافة إلى القوانين المعدِلة للنظام القانوني للكفالة (كقانون 01/03/1984 وقانون 31/12/1989 "Loi Neiertz" وقانون 11/02/1994، الملقب بـ "Loi Madelin") إلى غاية صدور قانون 2003 الملقِب بـ "La loi Dutreil" الذي نظم علاقة الكفيل بالدائن المهني.

* V. L. Aynés et P. crocq. Op cit. p 20.

12 - V. Marie – Élisabeth Mathieu. Op cit. (p 24 – 30).

الالتزام بالإعلام، مبدأ التناسب بين التزام الكفيل وأمواله وضرورة تحديد نطاق التزام الكفيل13.

و على هذا الأساس يمكن تصنيف آليات تدعيم مصلحة الكفيل، في عنصرين، يتعلق الأول بضرورة تنوير إرادة الكفيل (المطلب الأول)، والثاني بمبدأ التناسب بين التزام الكفيل وذمته المالية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تنوير إرادة الكفيل

لقد اعتمد المشرع أسلوب الإحالة الضمنية للقواعد العامة، في إطار الحماية القانونية لرضاء الكفيل، حيث يستفيد هذا الأخير من الحماية المقررة لأي متعاقد، من العيوب التي قد تؤثر على سلامة رضاءه14 كالغلط والتدليس، كما يستفيد الكفيل من تأويل العبارات الغامضة - في عقد الإذعان- لصالحه طبقا للمادة 112 ق.م، التي تنص على أنّ: "يؤول الشك في مصلحة المدين.

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

و لما كان الكفيل هو الطرف الضعيف في عقد الإذعان، الذي يفرض فيه البنك شروطه، التي لا تقبل المناقشة، ولا يملك الكفيل إلا التسليم والرضوخ لها، فإنه يتمتع بحق التعديل القضائي للشروط التعسفية الواردة بهذا العقد، أو الإعفاء منها طبقا للمادة 110 ق.م15.

إلا أن هذه القواعد أصبحت غير كافية لتنوير إرادة الكفيل الشخص الطبيعي، فمجرد تعامل هذا الأخير مع البنك أو الدائن المهني، يقتضي إعلام هذا الكفيل و مع منحه

13 - V. L. Aynés et P. crocq. Op cit. (p 22).

14 - راجع المواد (81 - 90) من ق. م.

15 - راجع أ. بودالي محمد. الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري. دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 (ص 47 - 100)،) الفصل الثاني من هذا المرجع).

مهلة لفحص العقد والتفكير والتروّي، قبل الارتباط مع هذا الدائن المهني، بالإضافة إلى فرض الشكلية الحمائية، التي لابد أن يتوقف وجود عقد الكفالة على احترامها، فهل تضمن هذه الوسائل القانونية إقبال الكفيل على هذا التصرّف القانوني، بقناعة ووعي، لا يشوب أيا منهما تردد أو لبس؟

الفرع الأول: اشتراط الشكلية للانعقاد

تعد الشكلية الحل الأمثل لدرأ مساوئ الرضائية، حيث تعرقل تسرّع الكفيل وتساعده على التمهل والتروّي، فهي "الأخت التوأم للعدالة" 16، وعليه فإنني أقترح تدخل المشرع بنصوص قانونية آمرة ، لفرض الشكلية كركن لانعقاد الكفالة، لا كشرط للإثبات فحسب.

وإذا كانت للشكلية الرسمية عدّة مزايا، نظرا للالتزام بالإعلام والنصح الملقى على عاتق الموثق، بموجب المادتين 12 و13 من قانون التوثيق17، فإن للشكلية العرفية مزاياها - هي الأخرى - كما أنها تعد الأيسر للمتعاقدين من حيث الإجراءات، فالعقد العرفي يُنسب لمن كتبه أو وقّعه أو وضع عليه بصمة إصبعه18.

16 - راجع ا. زواوي محمود، مرجع سابق، (ص 30 وما يليها). حيث يقول في هذا الصدد: " الأفراد يختلفون من حيث الذكاء والخبرة وبالأخص من حيث القوة الاقتصادية مما يجعل الطرف القوي يملي شروطه على الطرف الضعيف وهذا ما أدت إليه نظرية المذهب الفردي ، حيث ظهر اختلال في موازين القوى في المعاملات ... ويلعب القانون ... دورا حاسما وتقوم الشكلية بدور فعّال في تحقيق المساواة والعدالة في المعاملات وفي هذا الإطار يقول الفقيه الألماني إهرنج الشكلية هي الأخت التوأمة للعدالة" La forme est la sœur jumelle de l'équité" هذا في إطار دور الشكلية في تحقيق العدالة وتسهيل مهمة القضاء، كما تطرق الأستاذ لدور الشكلية في حماية المصلحة الخاصة أي الغير وأطراف التصرف ومدى خطورته، كما أن رضاء المتصرف يجد دعامة في حمايته، فعيوب الرضا تقل في التصرف الشكلي عما هو الأمر في التصرف الرضائي كما أن التصرف الشكلي يسمح بتحديد دقيق لتاريخ ومكان إبرام العقد لمعرفة مدى أهلية الطرفان ومدة سريان التقادم.

17 - راجع المادة 324 من ق.م وما يليها والمادتين 12 و13 من قانون التوثيق الصادر بموجب القانون رقم 06 – 02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006

18- أنظر المادة 327 من ق.م

كما أن اشتراط الكتابة العرفية للانعقاد سيُمكِن الكفيل من الاطلاع على شروط العقد والإحاطة علما بكل المسائل الجوهرية والتفصيلية المتعقلة به.

وفي هذا الإطار أشير إلى النموذج الهام الوارد بقانون الاستهلاك الفرنسي، الذي يطبق على عقد الكفالة المبرم بين الكفيل الشخص الطبيعي والدائن المهني، حيث ميّز المشرع الفرنسي بين الكفالة التي تبرم بين شخصين متقاربين أو متكافئين و الكفالة التي يلتزم فيها الكفيل الشخص الطبيعي تجاه الدائن المهني أو المحترف، وأحاط هذه الأخيرة بحماية خاصة، فقد فرضت المادة (2 - L341) من قانون الاستهلاك الفرنسي ، على كل شخص طبيعي التزم بموجب عقد عرفي، باعتباره متعاقدا مع دائن مهني أو محترف أن يسبق توقيعه - تحت طائلة بطلان التزامه19 - بكتابة البيان التالي بخط يده :

"بصفتي كفيلا (لفلان) في حدود مبلغ قدره (.....) ويشمل هذا المبلغ الوفاء بالدين الأصلي وفوائده عند الاقتضاء، الشروط الجزائية وفوائد التأخير، وذلك عن المدة (.....) و أتعهد شخصيا بأن أدفع للمقترض المبالغ المستحقة من مواردي وأموالي إذا لم يف (فلان) هو نفسه بهذه المبالغ".

كما ألقت المادة (2 - L341) على عاتق الكفيل الشخص الطبيعي المتعامل مع الدائن المحترف، متى كان متضامنا مع المدين المكفول نفس الالتزام، غير أن البيان الذي يكتبه الكفيل المتضامن ويوقع عليه، يختلف عن البيان المذكور أعلاه، ويتمثل فيما يلي: " إنني أتنازل عن الدفع بالتجريد الوارد بالمادة 2021 من ق.م وألتزم بالتضامن مع (.....) وأتعهد بأن أدفع للدائن، دون التمسك بوجوب الرجوع عليه أوّلا ".

19 - V. Marie – Élisabeth Mathieu.. Op cit. (p 24 – 25).

* راجع أ . نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، (ص 88 – 91).

* V. L'article L341 – 2 du code de la consommation: "toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : « en me portant caution de x …, dans la limite de et la somme de …, couvrant le paiement du principale, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ……, je m'engage à, rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens Si X … n'y satisfait par lui - même".

كما اعتبر المشرع الفرنسي، شرط التضامن والتنازل عن الدفع بالتجريد كأن لم يكن، في الحالة التي لا يحدد فيها الكفيل المبلغ الإجمالي النهائي، حيث يشمل الدين الأصلي والفوائد والمصاريف والملحقات وذلك طبقا للمادة (L341 -5) من قانون الاستهلاك الفرنسي.

وقد أثيرت بعض الشكوك بشأن قوة وفعالية هذه الشكلية الحمائية20 ، إلا أنني أعتقد بأن مجرد اعتبار الشكلية ركنا لانعقاد الكفالة، المبرمة بين الكفيل الشخص الطبيعي والدائن المحترف، يعد خطوة هامة، لابد من اتخاذها من قبل المشرع الجزائري، وذلك باقتدائه بالنموذج الوارد أعلاه، وبهذا يكون المشرع قد كرّس حماية أفضل للكفيل، وكفاه شرّ تسرعه وعدم تبصّره الناتج عن مبدأ الرضائية.

الفرع الثاني : التزام البنك بإعلام الكفيل

لم يتضمن القانون المدني في طيّاته نصا صريحا يلزم أحد المتعاقدين بإعلام المتعاقد الآخر، فقال البعض بعدم وجود أساس قانوني للالتزام بالإعلام، وقيام هذا الأخير على أساس أخلاقي، حيث يمكن استخلاصه من مبادئ العدالة العقدية ومبدأ حسن النية.

غير أن المشرع لم يتخذ نفس الموقف في بعض القوانين الخاصة، حيث لم يتجاهل التفاوت بين المتعاقد المحترف أو المهني والمتعاقد الضعيف، ففرض الالتزام بالإعلام على عاتق المتعاقد القوي، والأمثلة على ذلك كثيرة، إلا أنني سأركز على علاقة البنك بالكفيل.

يخضع البنك لقانون النقد والقرض، حيث ألقى المشرع بموجبه على عاتق البنك الالتزام بالإعلام ، وذلك طبقا للمادة 119 مكرر 1 من الأمر 10 – 04 المعدل والمتمم للأمر 03 – 11، المتعلق بالنقد والقرض، حيث تنص هذه المادة في فقرتها الثانية

20 - راجع أ . نبيل إبراهيم سعد، (ص 91).

حيث يقول في هذا الصدد بأنه: "رغم وجود شك في قوة وفعالية هذه الشكلية، إلا أنه ينبغي الاعتراف بأن الخيار بين طرق الحماية ليس متاحا على نطاق واسع"، ولعل ذلك راجع لإشكالية هامة وهي حماية الكفيل أم فعالية الكفالة كضمان.

والثالثة (2)، (3) على أن: "... وتعلم بطريقة دورية، زبائنها بوضعيتهم إزاء البنك وتلزم البنك بتزويدهم بكل معلومة مفيدة تتعلق بالشروط الخاصة بالبنك،

يجب أن تستوفي عروض القروض مطلب الشفافية وتشير بوضوح لكل الشروط المتعلقة بها".

وقد ألقى المشرع على عاتق "مجلس النقد والقرض" التزاما بحماية زبائن البنوك، فقد حددت المادة 62 من الأمر 03 – 11 صلاحيات هذا المجلس، من بينها ما ذكرته الفقرة (ط) من المادة 62 أعلاه : "حماية زبائن البنوك والمؤسسات المالية لاسيما في مجال العمليات مع هؤلاء الزبائن".

وقد تم تأسيس لجنة مصرفية، كُلفت طبقا للمادة 105 من الأمر رقم 03 – 11 بمراقبة مدى احترام البنوك للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها، كما كُلفت هذه اللجنة بالسهر على احترام قواعد حسن سير المهنة ومعاينة كل المخالفات المرتكبة من هذه البنوك وسلطة توقيع إحدى العقوبات الواردة بالمادة 114 عليها.

كما يخضع البنك لكل الأنظمة الصادرة عن بنك الجزائر، مثل النظام رقم (09 - 03) الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، والذي تنص المادة 07 منه على أن: "ينبغي على البنوك والمؤسسات المالية أن تبلغ زبائنها والجمهور بالشروط البنكية التي تطبقها بعنوان العمليات المصرفية التي تقوم بها وخاصة معدلات الفائدة ... كما يتعين عليها عند فتح حساب أن تطلع زبائنها على الشروط ... والالتزامات المتبادلة للبنك والزبون ...".

استنادا لكل هذه النصوص القانونية الواردة أعلاه، يمكن القول بأن أساس التزام البنك بإعلام الزبون أو المستهلك أو المقترض قانوني، ولكن ما هو أساس التزام البنك بإعلام الكفيل؟

إن الكفيل يستفيد من أحكام الالتزام بالإعلام استنادا للمادة 654 من ق.م التي تسمح للكفيل بالتمسك بكافة الأوجه التي يحتج بها المدين، وعلى هذا الأساس فإن للكفيل أن يحتج على البنك بالمادة 119 مكرر 1 من الأمر رقم 10 – 04 المعدل للأمر رقم 03 - 11 المتعلق بالنقد والقرض.

وعليه فإن الحماية المخصصة للزبون أو المقترض أو المستهلك يستفيد منها الكفيل، كما أن أحكام العدالة والمنطق القانوني، تفرض استفادة الكفيل - باعتباره مدينا تبعيا وضامنا احتياطيا - من نفس الحماية المقررة للمقترض أو المستهلك باعتباره مدينا أصليا، فحماية الكفيل تعد من باب أولى .

وفي الأخير أشير إلى أن المبررات التي دفعت المشرع لحماية الزبون أو المستهلك - باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية التي تحكمها اللامساواة واختلال التوازن العقدي - تتوفر لدى الكفيل كذلك، فقرينة علم البنك وقرينة جهل الكفيل "الشخص الطبيعي" الضامن لعملية القرض الاستهلاكي، تفرضان عبء التزام البنك بإعلام الكفيل.

فقرينة علم البنك بكل الأوضاع المالية للمدين وكفيله، يمكن استخلاصها من نص المادة 24 من النظام رقم 02 – 03 الذي يتعلق بالمراقبة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية21، والتي تنص على أن: "يجب أن يأخذ تقييم مخاطر القروض بعين الاعتبار على الخصوص العناصر الخاصة بالوضعية المالية للمستفيد، قدرته على السداد وعند الاقتضاء، الضمانات المحصّل عليها..."، بالإضافة إلى المادة 98/4 من الأمر 03 – 11 المعدل والمتمم، والتي تنص على أنّ: "يبلغ بنك الجزائر لكل بنك ومؤسسة مالية بطلب منهما، المعلومات التي يتلقاها عن زبائن المؤسسة".

أما بالنسبة للكفيل فيفترض فيه الجهل، ما دام غير مهني ولم يتقدم لضمان عملية القرض الاستهلاكي إلا لإسداء خدمة للمدين، خاصة وأن الكفالة غالبا ما تكون بين الأقارب، كما أن الكفيل يوقع على نماذج محررة مسبقا، دون أن يشارك في تحديد مضمونها، فهو يخضع لعقد إذعان محرر من طرف البنك، الذي يحتكر ممارسة العمليات المصرفية، طبقا للمادة 76 من الأمر رقم 03 – 11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم.

21 - الصادر بتاريخ 14 نوفمبر 2002، ج ر ع (84).

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن أساس التزام البنك بإعلام الكفيل قانوني،22 ويتعلق بطبيعة التزام الكفيل ومضمونه ومدّته وأجل الوفاء به، كما يلتزم البنك بتزويده بكل معلومة مفيدة تتعلق بالشروط الخاصة بعروض القروض وذلك بكل شفافية وبشكل واضح.

وفي ختام هذا العنصر أشير إلى الجزاء، فإذا كان الإخلال بالالتزام بالإعلام في القانون المدني يؤدي إلى إبطال العقد - في حالة السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة - 23 ، فإن الجزاء أصبح مختلفا في القوانين الخاصة، التي فرض فيها المشرع الالتزام بالإعلام على الطرف المحترف أو المهني حماية للطرف الضعيف، فقد ظهرت أنواع أخرى من الجزاء تختلف عن الجزاء المدني، ويمكن التعرّف على هذه الأنواع بالرجوع إلى القانون رقم 09 – 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حيث رتبت المادة 78 منه على مخالفة أحكام المادتين 17 و18 المتعلقتين بالتزام المتدخل بإعلام المستهلك بغرامة من مائة ألف دينار (100.000دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج)، أمّا المادة 81 من القانون رقم 09 – 03 فقد رتبت على مخالفة أحكام المادة 20 من نفس القانون بغرامة مالية من (500.000 دج) إلى (1.000.000دج).

أما الجزاء الذي أخذ به المشرع في الأمر رقم 03 – 11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، فيتمثل في تأسيس المشرع للجنة مصرفية، تسهر على مراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها، ومنحها سلطة توقيع بعض العقوبات على أحد البنوك، في حالة إخلالها بأحد الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطها، حيث توجه اللجنة المصرفية (طبقا للمادة 114 من الأمر رقم 03 11- أعلاه) تحذيرا لهذه المؤسسة، وإذا لم يؤخذ هذا التحذير بعين الاعتبار، يمكن أن تقضي بالإنذار، التوبيخ، المنع من ممارسة بعض العمليات أو التوقيف المؤقت

22 - إن الأساس الأخلاقي للالتزام بالإعلام لم يعد مجديا، لأن تغير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية، فرض على المشرع التدخل لتنظيم العلاقة العقدية في إطار قانون خاص، كقانون حماية المستهلك، حيث فرض على المتدخل عبء الالتزام بالإعلام.

23 - أنظر المادة 86 من ق.م.

أو إنهاء مهام أحد مسيري هذه المؤسسة كما يمكنها سحب الاعتماد منها نهائيا، بالإضافة إلى حقها في توقيع بعض العقوبات المالية ضد هذا البنك.

الفرع الثالث : منح الكفيل المدّة الكافية لفحص العقد

إن تنوير إرادة الكفيل، يستدعي من المشرع منح الكفيل المدة الكافية، لفحص العقد والاستعلام عن كل لبس قد يشوب عقد الكفالة المبرم بينه وبين البنك الدائن، وبالرجوع للقانون الجزائري والقانون المقارن، فإن هذه المدة قد تكون سابقة للتعاقد، وتسمى مهلة التروّي أو التفكير ، وقد تكون لاحقة له وتسمى مهلة الرجوع أو خيار العدول عن العقد، ويمكن القول بأن المشرع الجزائري مكّن المستهلك من الاستفادة من المهلتين بنصوص صريحة، فهل يستفيد الكفيل من نفس من المهلة ؟ .

أوّلا: مهلة التفكير أو التروّي:

لقد اهتم المشرع الجزائري على غرار التشريعات الحديثة بحماية المستهلك، فمنحه مهلة للتروّي، وذلك بموجب نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06 – 306 المذكور أعلاه، و تنص هذه المادة على أنّ: "يتعيّن على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين،... ومنحهم مدّة كافية لفحص العقد وإبرامه ".

إن الكفيل يحق له الاستفادة من هذا النص، استنادا للمبررات المذكورة في الفرع السابق المتعلق بالالتزام بالإعلام، فالكفيل يحق له – من باب أولى - أخذ مهلة للتفكير، قبل الإقبال على تصرف خطير كهذا، فهذه المدة ضرورية لفحص العقد والاستعلام.

إلاّ أن المشرع لم يحدد مقدار هذه المهلة، على خلاف المشرع الفرنسي، الذي منح لكل من المستهلك والكفيل، "بنص صريح و على حد سواء"[24] مهلة خمسة عشر (15) يومًا للتفكير والتروّي، وذلك بموجب المواد (L311 – 11/L311/16) من قانون الاستهلاك الفرنسي.

24 - أنظر أ. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، (ص 24 و34).

ثانيا: خيار الرجوع عن العقد:

يقتضي مبدأ القوة الملزمة للعقد، تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه، إلا أن الحاجة لحماية المستهلك، دفعت المشرع إلى التخفيفِ من حدة هذا المبدأ، ومنحِ هذا المتعاقد الضعيف الحق في الرجوع عن العقد، على غرار بعض التشريعات المقارنة، وقد برَّرَ الفقهاء هذا الخيار بحق المستهلك في مهلة قانونية معقولة للتأمل في العقد الذي وقَعه في عُجالة من أمره، وتحت ضغط إغراءات المتعاقد المحترف،25 وترويجه للسلعة أو الخدمة المعروضة، كما قيل بأن التفاوت في القوّة الاقتصادية بين الطرفين، تم تصحيحه بإنشاء ميزة فريدة لصالح الطرف الضعيف، لضمان سلامة رضاءه26.

واستنادا لهذه المبررات، منح المشرع للزبون المتعامل مع البنك حق الرجوع عن العقد، بموجب المادة 119 مكرر 1/4 من الأمر رقم 10 – 04 المذكور أعلاه، والتي تنص على أنّ: " يُمكن أي شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (08) أيام من تاريخ التوقيع على العقد".

وحسنا فعل المشرع باستحداثه لهذا النص، الذي جاء بصيغة عامة " أي شخص "، مما يفيد استفادة كل من الكفيل والمقترض من حق الرجوع عن العقد، إلا أن المدّة المحددة للتراجع عن هذا التعهد تعد قصيرة نوعا ما.

وبالرجوع للقانون المقارن، نجد القانون الانجليزي – مثلا – قد كرّس الحق في الرجوع عن العقد، منذ زمن بعيد (سنة 1965)، وذلك قبل البدء في التنفيذ وبعده، أيا كانت المدة التي انقضت على ذلك، إلاّ أن انتقاد هذا المشرع على أساس التضحية بمصلحة البائع، أدى به إلى تقييد حق الرجوع (قانون 1974)، حيث ألزم المستهلك بدفع 50 % من قيمة الثمن الحقيقي، مقابل ممارسة حق الرجوع بعد البدء في التنفيذ، إلاّ

25 - راجع أ. جمال النكِاس، مقال بعنوان "حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامِة للعقد في القانون الكويتي"، مجلة الحقوق – الكويتية – السنة الثالثة عشرة، ع 2، 1989، (ص 103 - 106).

26 - راجع أ. محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي – دراسة معمقة في القانون الجزائري – دار الكتاب الحديث، س2006، (ص 576).

أنّ المشرع الانجليزي منح للقاضي سلطة تخفيض هذه النسبة، إذا كان للمستهلك مبرر لممارسة هذا الحق27.

أما المشرع الفرنسي فقد منح للمستهلك والكفيل خيار الرجوع عن العقد، بعد إبرامه وقبل البدء في تنفيذه، حيث يجوز العدول عن العقد بعد إبرامه، خلال سبعة (07) أيام، ولتسهيل ممارسة هذا الحق، ألزم المشرع الفرنسي المؤسسة الائتمانية، إرفاق العرض المسبق باستمارة قابلة للانفصال، تسلّم إلى المستهلك ليعبّر عن عدوله عن التزامه عن طريق البريد، وللإشارة فإن هذه الوسيلة غير إلزامية، إذ يمكن التعبير عن خيار الرجوع بكل الطرق، إلاّ أنها تتصف بالفعالة لأنها تجنب الكفيل الإحراج.

المطلب الثاني : التناسب بين التزام الكفيل وذمته المالية

لم يتناول المشرع الجزائري مبدأ التناسب بين التزام الكفيل وذمته المالية، في النصوص المنظمة لعقد الكفالة، إلاّ أنّ هذا لم يمنع من وجود ملامح لفكرة التناسب في نصوص أخرى من القانون المدني، كالمادة 942/2 من ق.م والتي ألزمت القاضي عند أمره بالتخصيص " أن يراعي مقدار الدين و قيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب " و المادة 946/1 ق.م التي نصت على أن: " يجوز لكل ذي مصلحة أن يطالب إنقاص التخصيص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين "، بالإضافة للمادة 124 مكرر من ق.م. التي تنص على أنّ: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ، لاسيما في الحالات الآتية: ....إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير....." .

فهذه النصوص التي تشير إلى عبارات "بوجه التقريب" ، " الحد المناسب" ، بالإضافة إلى مقارنة الفائدة المرجوة مع الضرر الحاصل للغير، توحي بوجود فكرة التناسب في قانوننا.

27 - راجع أ. جمال النكّاس، مرجع سابق، (ص 107).

وبالرجوع لعيب الاستغلال، نجد بعض الفقهاء اهتم بطرق تقدير التفاوت في العقود التبرعية، فمنهم من اقترح "افتراض العنصر المادي في هذه العقود "، نظرا لانعدام العوض فيها، وبالتالي افتراض عدم التوازن، ومنهم من يرى بأن التفاوت يكمن في "المقدار غير المألوف للمال المتبرع به من جهة وثروة المتبرع من جهة أخرى"28.

غير أن ملامح فكرة التناسب في قانوننا غير كافية لحماية الكفيل، وعليه لابد من تكريس المشرع لمبدأ التناسب بين التزام الكفيل وذمته المالية، ولعل أهم نص يمكن الاقتداء به في هذا الإطار هو المادة (L341 -4) من قانون الاستهلاك الفرنسي29، ويمكن تعريف هذا المبدأ بأنه " الافتقار أو النقص الواضح في أموال الكفيل، بسبب التزامه بعقد الكفالة، وعدم قدرته على مواجهة هذا الالتزام عند حلول الأجل".

وقد قيل بأن مبدأ التناسب يعد بمثابة القاعدة المستحدثة والفريدة من نوعها، نظرا لالتزام الدائن المهني بالتحقق من يسار الكفيل و الاستعلام عن ممتلكاته،30 قبل قبوله كضامن احتياطي و مدين تبعي، إلا أن هذا المبدأ هو محل مناقشة، حيث لا يوجد معيار لتقديره فمعرفة ما إذا كانت الكفالة متناسبة مع ممتلكات الكفيل أو مفرطة يعد مسألة واقع ويخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

---

28 - راجع أ. علي فيلالي، مرجع سابق، (ص 206 - 208).

29 - Art (L341 - 4) du C. Consom: "un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle – ci est appelée ne lui permette de faire face à son obligation".

- v. Alain cerles, Op cit (p 52 et 53).

30 - راجع أ. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، (ص25 و92) حيث يشير إلى أن التزام البنك بالاستعلام عن أموال الكفيل، لا يعد تطبيقا لأحكام عقد الكفالة التي تلزم المدين بتقديم كفيل موسر، فهذا الشرط قرره المشرع حماية للدائن، ولتحقيق فعالية الكفالة كضمان، أما الاستعلام عن أموال الكفيل وممتلكاته، فهي مطلب يقتضيه مبدأ التناسب، وقد كرّسه المشرع الفرنسي حماية للكفيل.

إن مبدأ التناسب بين التزام الكفيل وذمته المالية، هو مبدأ مستقل بحد ذاته، حيث يستمد أساسه القانوني من نص المادة (4 -L341) المذكورة أعلاه31، ويطبق في إطار الكفالة المبرمة بين مؤسسة ائتمانية أو دائن مهني والكفيل الشخص الطبيعي الضامن للمدين المقترض قرضا استهلاكيا32.

إن هذا المبدأ يعد قاعدة مبتكرة و جديدة33، لأن الكفيل قد يلتزم بدون وعي أو إدراك منه، في أغلب أمواله، فيجد في مبدأ التناسب، الوسيلة القانونية التي تحرم الدائن المهني (كالبنوك) من الاستفادة من هذه الكفالة، كما يعد المبدأ المثالي لقمع أنانية هذا الدائن المهني ورغبته في التملص من مبادئ حسن النيّة، العدالة العقدية والتعاون بين المتعاقدين، وبذلك فإنه يخلّص الكفيل من هذا العقد الذي قد يؤدي به إلى الهلاك والضياع34.

و عليه فإنني أقترح تكريس مبدأ التناسب في القانون الجزائري، لأنه يحقق حماية فعالة للكفيل الشخص الطبيعي غير المهني، الذي يتعامل مع شخص يفوقه خبرة وقوّة، ألا وهو الدائن المهني، كالبنوك والمؤسسات المالية.

31 - V. Philippe Simler. Règles communes à tout cautionnement. – D – principe de proportionnalité – J.C. P / Civil (Art 2288 à 2320). Fax 40, Lexis Nexis, Sa – 2007 (p 31).

32 - v. Alain cerles, Op cit (p 53).

33 - أنظر أ. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، (ص 92).

34 - v. Dominique Fenouillet. "Le code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution"? – RDC – 2004/2 L. G. D. J. (p 315).

الخاتمة :

في ختام هذا الموضوع نستنتج بأن تعامل هذا الكفيل الشخص الطبيعي غير المهني، مع الدائن المحترف كالبنوك والمؤسسات المالية، يكشف عن علاقة عقدية غير متكافئة، نظرًا لضعف المركز القانوني للكفيل، والذي يرجع لنقص الحماية القانونية، سواء كانت مستمدة من القواعد العامة أو من نصوص عقد الكفالة المكملة، التي يتم مخالفتها من قبل البنك الدائن عند تعاقده مع هؤلاء الكفلاء بموجب عقود إذعان.

ولهذا كان اتخاذ بعض التدابيروالآليات لتدعيم مصلحة الكفيل ضروريا، من أجل معالجة التفاوت الذي تشهده هذه العلاقة، و من أهم هذه الآليات الشكلية الحمائية، الالتزام بالإعلام، مهلة التفكير أو التروي، خيار الرجوع عن العقد، وذلك لتنوير إرادة الكفيل وجعله يقبل على هذا التصرف دون تردد، بالإضافة إلى فرض مبدأ التناسب بين التزام الكفيل وذمته المالية، لأن ملامح فكرة التناسب في قانوننا، لا تكفي لكبح رغبة الدائن في التهّرب من مبادئ حسن النية، التعاون بين المتعاقدين و العدالة العقدية، كما أنها غيركافية لتكريس أفضل حماية للكفيل.

المراجع المعتمدة:

أولا: المراجع باللغة العربية

1/ الكتب:

أ. علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائرس 2008.

أ. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن. المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، س 1990.

أ. محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي – دراسة معمقة في القانون الجزائري – دار الكتاب الحديث، س2006.

أ. محمد بودالي. الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري. دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دارهومة للطباعة والنشروالتوزيع، الجزائر، 2007 .

أ. نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان، "في القانون الفرنسي"، دراسة للقواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، س2008.

2/ المقالات:

أ. جمال النكّاس، مقال بعنوان "حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامّة للعقد في القانون الكويتي"، مجلة الحقوق – الكويتية – السنة الثالثة عشرة، ع 2، 1989.

أ. عبد الحميد بن شنيتي، مقال بعنوان "دراسة تحليلية للقانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 75 - 58"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 39، رقم 02، سنة 2002.

3/ الرسائل والمذكرات:

- كودري فاطمة الزهرة، مذكرة ماجستير بعنوان الحماية القانونية للكفيل في عقود الائتمان ، جامعة الجزائر (1) كلية الحقوق (بن عكنون)، سنة (2013-2012).

- محمود زواوي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1987.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية :

Les ouvrages :

1/ L. Aynés et p. Crocq. Droit civil. Les sûretés – La publicité foncière, Defrénois, E.J.A. 2eme édition, imprimé en France. 2008. P18.

2/ Alain Cerles, Le cautionnement et la banque, Revue banque, édition, 2004.

Les articles :

1/ Dominique Fenouillet. "Le code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution"? – RDC – 2004/2 L. G. D. J.

2/ Philippe Simler. Règles communes à tout cautionnement. – D – principe de proportionnalité – J.C. P / Civil (Art 2288 à 2320). Fax 40, Lexis Nexis, Sa – 2007.

3/ Marie – Elisabeth Mathieu – cautionnement. J C P, (Banque – crédit - Bourse) fax 740. Lexis Nexis , Sa 2007.