

الأستاذة بن لطرش منى

أستاذة محاضرة أ

كلية الحقوق

جامعة منتوري بقسنطينة

### ملخص المحاضرات الأولى لمادة الإلتزامات

السنة الثانية ليسانس، المجموعة هـ

(الإرسال الأول)

#### ملاحظة:

يمكن لكل طالب(ة) لديه استفسار أن يرسلني عبر العنوان الإلكتروني الآتي، لكن مع تقديمه اسمه و لقبه للتأكد من انتمائه للمجموعة.

[2sectionhcivil@gmail.com](mailto:2sectionhcivil@gmail.com)

## مقدمة:

إن القانون المدني هو الشريعة العامة التي تسري على الأفراد وتنظم العلاقات فيما بينهم إلا ما كان يخضع منها لأحكام قانون من القوانين الخاصة؛ في الكثير من الدول، ينظم القانون المدني نوعين من العلاقات القانونية الخاصة بالفرد:

- علاقته بأسرته (الأحوال الشخصية)

- علاقته بالغير فيما يتعلق بالأموال (الأحوال العينية)

في الجزائر و في الكثير من الدول العربية، لا ينظم القانون المدني إلا العلاقات المالية للأفراد (الأحوال العينية) بينما تخضع الأحوال الشخصية لقانون الأسرة : مرد ذلك إلى أن القانون المدني إن كان معظمه مستقى من مصادر أوروبية، خاصة منها القانون الفرنسي، فقانون الأسرة مستقى من الشريعة الإسلامية.

**الحق** هو مصلحة ذات قيمة مالية يعترف بها القانون ويحميها و قد يكون حقا عينيا أو حقا شخصيا.

**الحق العيني:** هو سلطة يمارسها شخص على شيء مادي معين بالذات؛ عنصراه شخص، شيء.

**الحق الشخصي:** رابطة قانونية من شخصين أحدهما دائن والآخر مدين؛ عناصر الحق الشخصي هي الدائن، المدين و محل الدين.

هذا ما يجعل القانون المدني ينظم من جهة الحقوق الشخصية (الالتزامات)،  
والحقوق العينية (حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه).

### معنى الالتزام:

هو رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين يترتب بمقتضاها  
على الطرف المدين وجوب نقل حق عيني، أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام  
بعمل ما لمصلحة الدائن: ومنه موضوع (محل) الالتزام هو دائما أحد هذه  
الواجبات.

❖ يمكن إذن يكون محل الالتزام إعطاء شيء ما: يكون الأمر كذلك إذا كان  
التزام المدين هو تحويل ملكية حق أو إنشاء حق عيني آخر على شيء؛ هذا  
هو حال التزام المؤجر بتمكين المستأجر من استعمال العين المؤجرة (المال  
المؤجر).

❖ يمكن أن يكون موضوع الالتزام القيام بعمل ما (غير نقل ملكية حق  
عيني): يكون ذلك في عقد العمل مثلا أين يلتزم العامل بالقيام بأعمال محددة،  
أو في عقد بناء حائط مثلا، رسم صورة...

❖ لكن محل الالتزام قد يكون سلبيا متجسدا في الامتناع عن القيام بشيء ما:  
كمثال عن ذلك حالة صيدلاني يبرم عقد عمل مع مخبر ويشترط رب العمل  
في عقد العمل أن لا يقوم الصيدلاني بعد انتهاء مدة عقد عمله بالعمل لدى  
مخبر منافس لفترة زمنية معينة؛ يمكن أن يتجسد أيضا الالتزام في الامتناع  
عن القيام بشيء ما في الالتزام الذي يفرضه القانون بعدم إفشاء السر المهني.

بمعيار مختلف متعلق دائما بموضوعها، يمكن تقسيم الالتزامات إلى:

- **التزام بتحقيق نتيجة:** وهذا هو شأن التزام البائع الذي يلتزم تجاه المشتري بنقل ملكية الشيء المبيع: هذا التزام بتحقيق نتيجة؛ هنا لا يتم الوفاء بالإلتزام إلا بتحقيق هذه النتيجة (هذا شأن عقد النقل أيضا أين لا يفى الناقل بالتزامه إلا بتحقيق نتيجة وصول موضوع العقد إلى المكان المتفق عليه و في الشروط المتفق عليها التي أهمها السلامة).

- **التزام ببذل عناية:** ويكون هنا المدين ملتزما ببذل عناية ومجهود الرجل العادي في أداء التزامه: فإن قام بذلك يكون قد أوفى بالتزامه حتى ولو لم تتحقق النتيجة المبتغاة: هذا هو شأن التزام الطبيب اتجاه مريضه.

إن دراسة الإلتزامات، و هي جزء أساسي من القانون الخاص، في غاية الأهمية من ناحيتين:

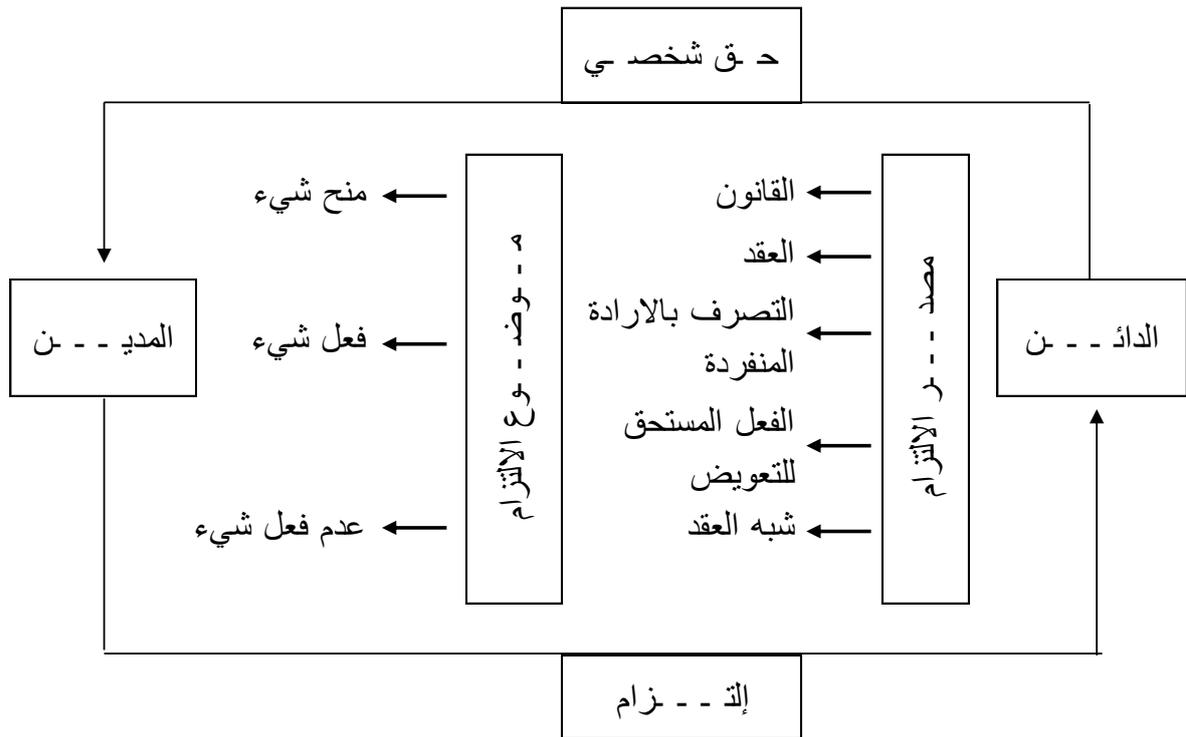
- من ناحية الحياة العملية، فالإلتزامات ناتجة عن تصرفات أو وقائع كثيرة الحدوث: عقود مدنية، تجارية، عقود عمل، أحداث ووقائع مسببة لأضرار للغير...

- من الناحية النظرية، فالإلتزامات تخضع إلى قواعد ومبادئ تسري على كل فروع القانون الخاص: كما أن قانون الإلتزامات يسري أيضا في مجال القانون العام لكن بطرق وقواعد مميزة (مسؤولية الدولة، العقود الإدارية..).

❖ إن مصادر الإلتزام متعددة منها ما ينتج عن الإرادة و هي:

- العقود: التي تقوم على اتفاق إرادتين على الأقل.
- التصرفات المنفردة التي تقوم على إرادة شخص واحد يلتزم تجاه آخر بإرادته المنفردة: مثلا، شخص يلتزم بمنح آخر مبلغ 5000 دج كل شهر لمدة 5 سنوات.

❖ يمكن أيضا أن يصدر الإلتزام عن مصادر غير إرادية: من أمثلة ذلك أن مجرد كون (أ) ابن شرعي لـ (ب) يلزم (ب) بأن ينفق عليه: هذا التزم لم ينشأ عن إرادة المدين به، وإنما عن القانون الذي فرض النفقة في مثل هذه الحالة؛ ومن ناحية أخرى قد يتسبب شخص في ضرر لشخص آخر عن طريق فعل ضار كحادث سيارة؛ في هذه الحالة يقوم التزم الشخص المتسبب في الضرر بأن يعرض الشخص المتضرر؛ هذا ما يسمى بالإلتزام بالتعويض. قد يقوم الإلتزام أيضا بسبب ما يسميه القانون المدني بشبيه العقد (الإثراء بدون سبب، الدفع غير المستحق، الفضالة). سنتطرق إلى هذه المصادر بشيء من التفصيل:



## الباب الأول: المصادر الإرادية للإلتزام

هذه المصادر هي العقد و التصرف المنفرد.

### الفصل الأول: العقد

#### مقدمة: تعريف العقد:

بصريح المادة 54 من القانون المدني الجزائري فالعقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما. على ذلك، فالعقد هو التقاء إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين.

#### المبحث الأول : تصنيف العقود

تنقسم العقود إلى عدة أصناف حسب معيار التصنيف.

#### 1-العقود الرضائية، الشكلية و العينية:

من ناحية أولى يمكن تقسيم العقود بالنظر إلى معيار طريقة تكوينها وقيامها إلى ثلاثة أنواع:

أ-العقود الرضائية: هي العقود التي تتكون بمجرد التقاء إرادتين أو أكثر دون أي شكلية أخرى؛ هكذا، فبيع منقول ما كبيع خاتم أو أثاث هو عادة عقد رضائي يتم بمجرد التقاء إرادتين حول الشيء المبيع و الثمن.

إن أغلب العقود تتم بهذا الشكل لأن المشرع يريد ترك الأشخاص في الأصل أحراراً في التصرف في أموالهم.

**ب-العقود الشكلية:** أحيانا يعرض المشرع من أجل تكوين العقد القيام ببعض الشكليات هي أساساً صب ما تم الإتفاق عليه في ورقة مكتوبة يمكن أن تكون أمام الموثق؛ غرض المشرع هنا هو تنبيه المتعاقدين إلى أهمية وخطورة العقد الذي سيبرم؛ هكذا فبيع عقار مثلاً يجب أن يكون في شكل ورقة رسمية محررة أمام الموثق (324 مكرر م)؛ بذلك ينتبه البائع أنه بهذا العقد يتصرف في مال مهم من ذمته المالية.

**ج-العقود العينية:** هي عقود لا يكفي فيها التقاء إرادتين أو أكثر من أجل تكوينها، بل يجب زيادة على ذلك أن يتم تسليم الشيء محل التعاقد: العقد لا ينعقد إلا من تاريخ تسليم الشيء؛ هكذا لا يقوم عقد الوديعة إلا إذا تم تسليم الشيء المودع (محل العقد).

## 2 - العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:

**أ-العقود الملزمة لجانبين (م 55):** هي العقود التي تنشئ على كل طرف من أطراف العقد التزاماً يقابل التزام الطرف الآخر: في عقد البيع مثلاً يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع بينما يلتزم المشتري بتسليم الثمن.

**ب- العقد الملزم لجانب واحد (م 56):** هو عقد لا ينشأ فيه الإلتزام إلا على طرف واحد: هكذا في عقد الهبة، يلتزم الواهب وحدة بأن يسلم شيئاً ما للطرف الآخر دون أن يسأل أو ينتظر منه أي شيء؛ الطرف الثاني في العقد لا يتحمل أي التزام وإنما يقبل التعاقد فقط.

إن هذا المعيار لتصنيف العقود مهم جدا من حيث وجود قواعد قانونية لا تسري إلا على العقود الملزمة لجانبين: في هذا النوع من العقود، عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه يؤدي إلى حق الطرف الثاني في تنفيذ إلزامه أيضا: هذا ما يسمى بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ(م.٠٠).

### 3- عقود العوض (المعاوضة) وعقود التبرع:

أ- عقود المعاوضة: هي عقود يحصل فيها كل متعاقد على مقابل لما يعطيه من المتعاقد الآخر: في عقد الإيجار مثلا، يحصل المؤجر على مبلغ الإيجار مقابل العين التي يؤجرها والتي يسمح للطرف المقابل باستعمالها؛ بالمقابل، يحصل الطرف الآخر و هو المستأجر على حق الاستعمال مقابل دفع الأيجار.

ب- عقود التبرع: في عقد التبرع، أحد المتعاقدين لا يأخذ أي مقابل لما أعطاه: التزامه يكون بدافع الكرم؛ يمكن أن تكون هذه العقود لنقل ملكية مال معين كعقد هبة، أو أن تكون لتقديم خدمة معينة: كإعارة سكن لشخص ما دون مقابل.

### 4- العقود الفورية والعقود المستمرة:

أ- العقد الفوري: هو العقد الذي ينتج آثاره القانونية بمجرد إبرامه: عنصر الزمن في هذا النوع من العقود ليس مهما؛ مثال: عقد البيع.

ب- العقد المستمر: هو عقد يعتبر عنصر الزمن فيه جوهريا إذ يتم بالضرورة تنفيذه على مدة زمنية محددة أو غير محددة من أمثاله عقد الإيجار، عقد العمل، عقد المقاوله..

### 5- العقود المسماة والعقود غير المسماة:

أ-العقود المسماة:هي عقود تناولها المشرع صراحة أو أعطاهها اسما خاصا بها ونظم لها أحكاما خاصة؛ هذه العقود تخضع لما نص عليه المشرع من أحكام خاصة (فإن لم يوجد في الأحكام الخاصة ما يضع حدا لنزاع قائم، طبقت القواعد العامة للعقد و هي المواد 54 و ما يليها من القانون المدني التي ندرسها حاليا) من أمثلة العقود الخاصة عقد الوكالة (571وما يليه) عقد الشركة (416وما يليه)،...

ب-العقود غير المسماة:هي عقود لم يتناولها المشرع تحت تسمية وأحكام خاصة؛ هذه العقود إذن تخضع للأحكام العامة للعقد التي نظمها المشرع في المادة 54 وما يليها من القانون المدني؛ هذه العقود كثيرة جدا ولا حصر لها.

#### 6-العقود المحددة والعقود الاحتمالية:

أ-العقد المحدد:هو العقد الذي تعرف فيه التزامات كل طرف من أطرافه بدقة بمجرد انعقاد العقد: هذا شأن عقد البيع و عقد العمل مثلا.

ب-العقد الإحتمالي:هو العقد الذي لا يعرف فيه التزام أحد المتعاقدين على الأقل عند التعاقد، بل يعتمد تحديده مستقبلا على أمر ما قد لا يكون محقق الحدوث: من أمثلتها عقد التأمين: التزام المؤمن و هو شركة التأمين يرتبط بحدوث أمر إحتمالي هو الخطر المؤمن منه الذي قد يكون حادث مرور.

#### المبحث الثاني: أركان العقد

إن أركان العقد هي في معظم العقود ثلاث أركان: الرضا، المحل و السبب؛ لكن في بعض العقود فقط، و هي العقود الشكائية، يقوم العقد على أربعة أركان: الأركان الثلاثة أعلاه مع ركن الشكائية.

### المطلب الأول: الرضا

يُعرف الرضا بكونه ركنا أساسيا في العقد، وهو توافق إرادتي المتعاقدين على إحداث أثر قانوني معين؛ حتى يتحقق الرضا؛ يجب من جهة أن يكون الرضا موجودا، و من جهة أخرى أن يكون الرضا سليما.

### الفرع الأول: التعبير عن الإرادة (وجود الرضا)

لا يمكن الحديث عن توافق إرادتين أو أكثر قبل أن يتم التعبير عن الإرادة؛ حسب المادة 60 ق م: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته عن مقصود صاحبه.

يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"

على ذلك، يكون التعبير عن الإرادة حسب الأشكال التالية:

1- **التعبير الصريح عن الإرادة:** يكون ذلك عند اتخاذ موقف صريح في التعبير عنها؛ حسب النص، يكون ذلك عن طريق اللفظ، الكتابة و الإشارة المتداولة عرفا.

2- **التعبير الضمني عن الإرادة:** هو التعبير عن الإرادة بطريقة غير مباشرة.

3- **التعبير عن الإرادة بالسكوت:** في ظروف معينة يعتد القانون بالسكوت كطريقة للتعبير عن الإرادة تنتج آثارها القانونية (سنرى ذلك لاحقا عند التطرق للقبول).

### الفقرة الأولى: صور التعبير عن الإرادة:

لإبرام عقد يأخذ التعبير عن الإرادة صورتين: الإيجاب والقبول.  
أولا- الإيجاب:

1- **تعريف الإيجاب:** الإيجاب هو تعبير عن إرادة شخص يعرض عقدا على شخص آخر؛ حتى ينتج الإيجاب آثاره، يجب أن يكون الإيجاب باتا أي متضمنا لجميع عناصر العقد الأساسية؛ للحكم على ذلك، يجب أن تكون الموافقة البسيطة من طرف من وجه له الإيجاب كافية لإبرام العقد. كمثل عن ذلك، إيجاب لإبرام عقد بيع:

عبارة: مارأيك لو بعثك سيارتي؟ (ليست إيجابا بل دعوة إلى التفاوض لأنها لا تحوي كل العناصر الجوهرية لعقد البيع، إذ ينقصها تبيان الثمن).

أما عبارة "مارأيك لو بعثك سيارتي بسعر 85 مليون؟" (هي إيجاب لأنها تحوي العناصر الأساسية لإبرام عقد البيع، كما أن عبارة -أوافق- كرد على هذا الإيجاب كافية لإبرام العقد).

2- **القوة الملزمة للإيجاب:**

بعد صدور الإيجاب فالمبدأ أن صاحبه يمكن أن يتراجع عنه طالما لم يقترن بالقبول؛ لكن المشرع وضع استثناء لذلك في المادة 63 ق م: "إذا عين أجل للقبول التزام الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل؛ وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة" (كحال تعاقد بين غائبين الذي يستلزم تمكين الطرف الذي وجه له الإيجاب من أجل القبول).

### 3- سقوط الإيجاب:

يسقط الإيجاب ويصبح بلا أثر:

- عندما يتم رفضه من طرف الموجه إليه.

- عندما ينتهي الأجل دون أن يعبر الذي وجه إليه الإيجاب عن إرادته.

- في مجلس العقد: حسب م64 ق م، "يتحلل الموجب من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً".

### 4- الإيجاب الموجه إلى الجمهور:

يمكن أن يوجه الإيجاب إلى شخص محدد أو أن يوجه إلى شخص غير محدد و هو ما يعبر عنه بالإيجاب الموجه للجمهور: في هذه الحالة يتم العقد بقبول أي واحد من الجمهور للإيجاب: (مثلا وقوف سيارة أجرة في موقف سيارات المتجهة إلى مكان ما بأجرة معروفة هو إيجاب موجه للجمهور لإبرام عقد نقل، نشر مطعم للأطباق مع أثمانها...); لكن إذا كانت شخصية القابل مهمة في العقد، لا يبرم هذا العقد آليا بالقبول بل يبقى للموجب حق الاختيار مثلا: إيجاب لإبرام عقد موضوعه رسم لوحة: يبقى للموجب الحق في اختيار الرسام.

## ثانيا- القبول:

القبول هو تعبير عن الإرادة يوجهه الشخص الذي وجه إليه الإيجاب للموجب يخبره فيه أو عن طريقه بقبول إيجابه؛ القبول لا يمكن إلا أن يكون فرديا أي أن يوجه إلى شخص معين بالذات وهو الموجب (لا يمكن أن يوجه لغيره أو للجمهور).

### 1-شروط القبول:

حتى يرتب القبول آثاره يجب أن يتحقق ما يلي:

- أ- أن يتم القبول والإيجاب مازال قائما لم يسقط: فإن اقترن الإيجاب بأجل للقبول، وجب أن يصدر القبول خلال هذا الأجل وإلا فإنه لا يرتب أثره.
- ب- أن لا يغير القبول من عناصر الإيجاب، بل أن يطابقه؛ في الحالة العكسية، لا يعتبر التعبير عن الإرادة قبولا بل إيجابا جديدا من حق من يوجه إليه أن يقبله أو أن يرفضه (هذا بصريح المادة 66 ق م).

### 2-أشكال القبول:

يمكن أن يكون القبول صريحا بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة؛ لإيثار أشكال من هذه الحالة؛ لكن يمكن أن يكون القبول ضمنيا كأن يشرع القابل في تنفيذ التزاماته التي يفرضها عليه العقد: لا شك في قبوله في هذه الحالة.

ما الحال أن سكت من وجه إليه القبول؟ المبدأ أن الساكت لا إرادة له؛ لكن السكوت قد يعبر عن القبول إذا جاء في ظروف معينة محيططة به: هذا ما يسمى بالسكوت الملابس (le silence circonstancié): نصت المادة 68 ق م على أنه:

" إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. و يعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

### 3- اقتران الإيجاب بالقبول: مكان وزمان انعقاد العقد:

**أهمية المسألة:** إن تحديد مكان وزمان انعقاد العقد في غاية الأهمية لعدة اعتبارات منها:

- مكان العقد: مهم جدا لأن المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات القضائية التي قد تنشأ عن عقد هي محكمة مكان إبرامه؛ كما أن العقد إذا أبرم بين طرفين من دولتين مختلفتين فإنه يخضع لقانون دولة مكان إبرامه.

- زمان العقد: يجب تحديده أيضا لأنه على ضوءه نحكم إذا كانت أهلية الطرفين متوفرة؛ كما أنه في حالة تنازع قوانين من حيث الزمان (إلغاء أو تعديل قانون بقانون آخر) فالقانون أو النص المطبق على النزاع هو قانون زمان إبرام العقد.

**لتحديد مكان وزمان إبرام العقد، يجب التمييز بين فرضيتين:**

**أ- المتعاقدان في مجلس واحد:**

في هذه الحالة لا يثار إشكال من حيث المكان ولا من حيث الزمان : مكان إبرام العقد وزمانه هو مكان وزمان مجلس العقد.

- ب- **المتعاقدين غائبين:** في هذه الحالة المتعاقدان بعيدان عن بعضهما هنا قامت عدة نظريات لتحديد مكان وزمان إبرام العقد:
- نظرية التعبير عن القبول : (système d'émission) حسب هذه النظرية، العقد ينعقد بمجرد التعبير عن القبول حتى ولو احتفظ القابل بالرسالة التي يعبر فيها عن قبوله.
  - نظرية تصدير القبول (système d'expédition) العقد ينعقد عندما يصدر أو يرسل القابل قبوله (إلقائها في صندوق بريد مثلا).
  - نظرية وصول القبول (système de la réception)العقد ينعقد عندما تصل الرسالة المتضمنة القبول إلى الموجب.
  - نظرية العلم بالقبول (système de l'information):العقد ينعقد عندما يعلم الموجب بالقبول.

#### ❖ موقف المشرع الجزائري:م67 ق م:

"يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان الذين وصل فيهما القبول"؛ هكذا، فالمشرع الجزائري قد أخذ بنظريتي وصول القبول و العلم بالقبول معا من أجل تفادي سلبيات الأخذ بكل واحدة منهما على حدى.

يجب هنا أن نتوقف عند وسائل وطرق انعقاد عقد تجمع بين النظامين: مجلس العقد والتعاقد بين غائبين: هذا حال التعاقد عن طريق الهاتف أو بالطرق الالكترونية الحديثة؛ من حيث زمان العقد، لا يثار إشكال: يعامل التعاقد على أنه تعاقد بين حاضرين أو طرفين من مجلس العقد لأنه يتم في زمن واحد ولا يمتد

على فترة معينة بينما من حيث المكان، يثار إشكال: فالطرفان في مكانين مختلفين أيهما مكان إبرام العقد؟ هنا يتم إعمال حلول التعاقد بين غائبين.

### الفرع الثاني: سلامة الرضا

بوصفه تصرفا قانونيا، فإن العقد يخضع لأحكام القانون المتعلقة بالأهلية من حيث وجوب اكتمالها، ويخضع صدور العقد عن فاقد وناقص للأهلية للقانون في هذا الصدد -انظر م 79 و78ق م- (تمت دراسة الأهلية و أحكامها خلال السنة الأولى).

يجب أيضا أن يكون الرضا خاليا من العيوب؛ حسب القانون المدني العيوب التي يمكن أن تمس بسلامة الرضا هي الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال.

### الفقرة الأولى- الغلط:

يقع الشخص في غلط إذا تصور الواقع على غير حقيقة مما دفعه إلى التعاقد. الغلط إذن أمر ذهني ليس له مظهر خارجي؛ حسب م 82 ق م "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد من إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وبحسن النية إذا وقعت في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد"

على ذلك لا يمكن أن يمس بسلامة الإرادة إلا الغلط الجوهرية.

- غلط في صفة الشيء المتعاقد عليه كأن يتعاقد شخص على شيء يعتقد أنه قديم بينما هو غير ذلك.
- غلط في صفة المتعاقد إذا كان لشخصه أهمية في العقد مثلا : تعاقد أحدهم مع شخص معتقدا أنه أخوه وهو ليس كذلك.

أما الغلط في القانون فإنه يمس بسلامة الرضا حسب المادة 83 ق م بنفس شروط الغلط في الواقع ويكون ذلك بسبب سوء فهم الشخص لقاعدة قانونية أو بسبب جهله بوجود قاعدة قانونية أو بسبب اعتقاده بوجودها؛ في هذه الحالات يجب أن يكون ذلك الغلط في القانون السبب الأساسي للتعاقد، وأن تكون معارف ومستوى الشخص مبررا لوقوعه في هذا الغلط (يصعب مثلا الإقتناع بوقوع محامي في غلط في القانون عند إبرامه عقد)؛ مثلا: هبة شخص لشخص آخر جزء من أمواله اعتقادا منه أن القانون يلزمه بالنفقة عليه.

#### الفقرة الثانية-التدليس:

حسب المادة 86 من ق م:

"يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملبسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان يبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس".

التدليس هو استعمال وسائل احتيالية من أجل إيقاع شخص في غلط ودفعه إلى التعاقد: الفرق بينه وبين الغلط كعيب في الرضا أن الغلط تلقائي يقع فيه الشخص بمفرده؛ بينما التدليس هو وقوع الشخص في غلط بسبب استخدام المتعاقد الآخر وسائل احتيالية لإيقاعه فيه.

- حتى نكون أمام تدليس معيب للرضا، لا بد إذن من اجتماع مايلي:
- استعمال المدسّ لطرق احتيالية لتغليط وتضليل المدسّ عليه ويرتكز استعمال الأساليب الاحتيالية على **عنصر مادي** كتقديم وثائق وسندات مزورة ومغلوبة و **عنصر معنوي** يتمثل في قصد التضليل لإبرام العقد.
  - أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد: بحيث لولاه لما تعاقد المدسّ عليه.
  - أن يكون صادرا من المتعاقد الآخر؛ فإن لم يكن صادرا عنه يجب أن يكون عالما به حسب المادة 87 ق م.

#### الفقرة الثالثة - الإكراه:

- الإكراه هو إجبار شخص على التعاقد رغما عنه؛ حسب المادة 88 ق م:
- "يجوز إبطال العقد لإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.
- وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.
- ويُراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه"
- هكذا لكي يكون الإكراه عيبا في الرضا، يجب أن يستعمل من طرف المتعاقد المكره وسائل تهديد باعثة على الرهبة في النفس بشكل يؤدي إلى التعاقد

وذلك دون وجه الحق (التهديد باستعمال حق قانوني لا يشكل إكراها كالتهديد برفع دعوى للمطالبة بتسديد دين سابق).

إن حصل الإكراه من غير المتعاقدين لا يكون عيبا إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم به.

#### الفقرة الرابعة - الاستغلال:

حسب المادة 90 1ق م:

"إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبزم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد."

يجب التمييز عند التطرق إلى عيوب الرضا في إطار المادة 90 بين الغبن والاستغلال.

❖ **الغبن: هو الضرر المادي المتمثل في عدم توازن ما حصل عليه المتعاقد المغبون و ما عليه في إطار العقد. الأصل أن الغبن بشكل مجرد لا يعيب الرضا كون العقد الغير متوازن ليس عيبا في حد ذاته مبدئيا حسب المشرع الذي يفترض في العقود أنها تبرم بين راشدين يعرفون مصالحهم ويسعون بطبيعتهم للحفاظ عليها.**

على ذلك، فالغبن الذي أصاب أحد طرفي العقد دون أي استغلال من الطرف الآخر ليس عيبا في حد ذاته يؤدي إلى الإبطال إلا في حالات استثنائية ينص عليها القانون صراحة؛ كأمثلة على ذلك:

- الغبن في بيع العقار إذا زاد عن  $\frac{1}{5}$  قيمة العقار محل العقد (م358 ق م).

- الغبن في القسمة الودية إذا زادت عن  $\frac{1}{5}$  قيمة المال المقسوم (م732 ق م).

❖ **الاستغلال:** إن ما جعله المشرع عيباً في الرضا هو أن يكون الغبن نتيجة استغلال من الطرف الآخر لضعف نفسي يكون قد رآه في المتعاقد المغبون بذلك يكون للاستغلال عنصران:

**عنصر مادي:** وهو تفاوت كبير في الإلتزامات الناتجة عن العقد وعدم توازن مغل بينها، وهو ما يُعبر عنه بالغبن.

**عنصر معنوي:** أن يكون المتعاقد الآخر قد استغل في المتعاقد المغبون "طيشاً بيناً أو هوى جامحاً" كما عبر عنه القانون، وذلك لجبره إلى إبرام عقد يضعه هو في مركز ممتاز مقابل مركز سيء للمغبون؛ والطيش هو خفة عقل وقلّة توازن في الشخص، كمثل عن حال شاب يبدد ميراثه في استهلاكات سريعة وغير مثمرة بحيث يضيعه. أما الهوى فهو ميل تغلب فيه العاطفة الإرادة كحال رجل كبير في السن "يهوى" زوجته الشابة الجميلة.

إن غرض المشرع من زيادة وصف الطيش بالبين والهوى بالجامح هو التضييق في دائرة إمكانية إبطال العقود بسبب عيب الاستغلال؛ فالمشرع يراعي هنا استقرار المعاملات و الحفاظ على العقود؛ من أجل هذا الهدف أيضاً، منح المشرع الطرف المغبون إمكانية الاختيار بين إبطال العقد من جهة، أو الإنقاص من التزاماته من جهة أخرى؛ كما منح المشرع الطرف المستغل إمكانية تفادي

الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن (كل ذلك حسب المادة 90 ق م).

### المطلب الثاني - المحل:

عندما نتحدث عن المحل كركن في العقد، فإننا نتحدث عن محل الإلتزام أو الإلتزامات التي ينشئها هذا العقد: العقد لا محل له سوى خلق التزم أو أكثر. هذا ما يؤكد المشرع عندما نظم ركن المحل بتنظيمه لشروط محل الإلتزام (سنرى ذلك فيما بعد).

رأينا بمناسبة التطرق إلى موضوع الإلتزام أنه يختلف حسب نوع الإلتزام فالإلتزام قد يكون:

- التزم بمنح شيء.
  - التزم بالقيام أو عدم القيام بشيء
- في كلتا الحالتين فإن محل الإلتزام يخضع لشروط محددة قانونا.

### الفقرة الأولى - شروط محل الإلتزام بمنح شيء:

في هذه الحالة قد يتمثل محل الإلتزام في نقل ملكية شيء أو أي حق عيني آخر أو تسليم شيء. حسب المشرع، يجب أن يخضع هذا المحل للإلتزام للشروط التالية:

أولا - أن يكون المحل موجودا:

يشترط في كل محل التزم بمنح شيء أن يكون الشيء موجوداً؛ فإن كان الشيء هالكا قبل الإلتزام كان الإلتزام باطلاً وبطل بالتالي العقد الذي أنشأ هذا الإلتزام.

يكون المحل غير موجود في عدة فرضيات من أمثلتها تأجير بناء تهدم قبل عقد الإيجار بفعل حريق أو زلزال أو بيع سفينة غرقت قبل عقد البيع. إن هلاك الشيء محل الإلتزام يجب أن يحدث قبل نشأة الإلتزام حتى يكون الإلتزام باطلاً بسبب عدم وجود المحل؛ أما الهلاك التالي لقيام الإلتزام، فإنه لا يؤدي إلى بطلان العقد بسبب عدم وجود محل الإلتزام الذي نشأ عنه، وإنما يؤدي إلى نتائج مختلفة وهي استحالة تنفيذ المدين للإلتزامه (م 176 ق م).

#### ❖ المحل المستقبلي م 92 ق م:

يجوز القانون أن يكون الإلتزام مستقبلياً أي أن لا يكون موجوداً وقت التعاقد ولكن يجب أن يكون توفره ووجوده مستقبلاً أمراً محققاً (حسب تعبير المشرع) وذلك بالنظر للمعطيات الموجودة وقت التعاقد، فإن لم يوجد رغم ذلك بعد إبرام العقد، يسقط الإلتزام به لاستحالة تنفيذه؛ من أمثلة ذلك أن يتعاقد شخص على بيع محصوله من القمح للسنة القادمة، أو بيع صاحب مصنع للمشروبات ما سيتم إنتاجه خلال الثلاثي القادم...

إنّ أخذ المشرع بهذا الموقف نابع عن متطلبات الحياة التجارية والاقتصادية: سيكون من المربح ومن المثمر أن لا نجمد هذه الأموال إلى غاية وجودها فعلاً.

#### ❖ التعامل في شركة شخص على قيد الحياة (م 92 21 ق م)

**استثناء من قاعدة جواز أن يكون المحل مستقبلياً، فقد منع المشرع من التعامل في تركة شخص مازال على قيد الحياة: مرد هذا المنع يعود إلى كون هذا التصرف صادم ويمس بأخلاقيات المجتمع. وقد يذهب الأمر إلى أبعد من ذلك فنقرر صحة التعامل في تركة إنسان حي قد يؤدي إلى التفكير في قتله؛ لذلك فقد منع المشرع من ذلك حتى ولو كان الأمر برضا المعني.**

### **ثانيا - أن يكون الشيء معينا أو قابلا لتعيين (م 94 ق م)**

يشترط المشرع أن يكون محل اللإلتزام معينا في العقد أو على الأقل قابلا للتعيين.

تعيين المحل هو تحديده بطريقة يمكن بها تنفيذ اللإلتزام الوارد عليه والتعيين يكون بطريقتين:

**أ- التعيين بالذات:** ويكون بتحديد الشيء بحيث لا يمكن أن يشاركه أي شيء يشبهه في التعيين: كأن يتم التعيين بالإشارة (مثلا أبيعك هذه السلسلة الذهبية التي أشير إليها) أو أن يتم بطريقة تحصر المحل في شيء واحد (مثلا أبيعك قطعة الأرض المسجلة في مصلحة السجل العقاري بترقيم 180 في منطقة بوالصوف).

**ب- التعيين بالنوع:** قد يكون تعيين المحل بالنسبة لنوعه فقط: كأن يكون اللإلتزام ببيع كمية من القمح؛ إن المشرع يجيز تعيين المحل بهذه الطريقة لكن في هذه الحالة لا بد من التطرق إلى مسألتين:

- بالنسبة لمقدار ما تم اللإلتزام به:

يشترط المشرع صراحة إذا كان تعيين المحل بالنوع فقط أن يتم تحديد مقداره أو ما يستطيع به تحديده كأن ينص العقد: أبيعك 10 طن من القمح، أو أشتري منك ما في مخزنك من القمح.

- بالنسبة لدرجة جودة ما تم الإلتزام به:

الأصل أن يتم الاتفاق على درجة جودة المحل إذا تم تعيينه بالنوع فقط: كأن يلتزم شخص ببيع 10 طن من القمح من النوعية الجيدة؛ فإن لم يتضمن العقد هذا الاتفاق ولم يكن بالإمكان تعيين درجة الجودة من العرف أو من أي ظرف آخر كتعامل سابق بين الطرفين، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط أي من درجة جودة متوسطة.

### ثالثا - أن يكون المحل مشروعاً:

يشترط في محل الإلتزام بمنح شيء أن يكون مشروعاً، أي مما يجوز التعامل به؛ هذا ما يستخلص من نص المادة 93 ق م عندما اشترطت أن لا يكون المحل مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة. يجب إذن أن يكون محل الإلتزام مما يجوز التعامل به فإن كان محل الإلتزام هو بيع كمية من المخدرات أو بيع كلية أو أي جزء آخر من جسم الإنسان فإن الإلتزام وبالتالي العقد يكون باطلاً، ذلك أن القانون (بمعناه الواسع) يمنع التعامل بهذه الأشياء.

### الفقرة الثانية: شروط محل الإلتزام بالقيام أو بعدم القيام بفعل ما

قد يكون محل الإلتزام ليس منح شيء، بل القيام بعمل ما أو عدم القيام به؛ في هذه الحالة يشترط في محل الإلتزام مايلي:

أولاً- أن يكون المحل ممكناً (م93 ق م):

إن هذا الشرط بديهي ومنطقي: لا يمكن أن يلزم شخص أو أن يجبر على المستحيل (à l'impossible nul n'est tenu)؛ فإن كان محل الإلتزام مستحيلا عند إبرام العقد، كان العقد باطلا بسبب بطلان المحل لاستحالته.

الاستحالة التي يقصدها المشرع هي الاستحالة المطلقة وهو ما عبر عنه المشرع في المادة 93 ق م بعبارة "يكون محل الإلتزام مستحيلا في ذاته".

الاستحالة المطلقة أو استحالة المحل في ذاته هي التي تكون كذلك بمعيار موضوعي وليس شخصي. وتكون الاستحالة شخصية مثلا إذا التزمت مؤسسة بناء صغيرة بإنجاز بناء أكبر من إمكاناتها في هذه الحالة محل الإلتزام مستحيل على هذه المؤسسة لكنه ممكن بالنسبة لغيرها: المحل إذن ليس مستحيلا في ذاته؛ هنا لا يبطل المحل ويكون العقد صحيحا منشأ لآثاره وأمام عدم تمكن المؤسسة من القيام بالتزاماتها سيكون عليها تعويض المتعاقد الآخر.

أما الاستحالة الموضوعية التي تبطل المحل وبالتالي تبطل العقد، فتكون كذلك بالنظر إلى طبيعة محل هذا الإلتزام، كأن يلتزم الطبيب بإحياء المريض الميت أو يلتزم طيار بنقل شخص إلى كوكب المريخ...

كما يكون محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أي بمعيار موضوعي إذا كان كذلك بسبب استحالة قانونية كإلتزام محام بتقديم استئناف في حكم بعد انقضاء أجل الاستئناف.

إن الاستحالة التي تبطل الإلتزام لبطلان محله وبالتالي تبطل العقد هي الاستحالة التي تكون موجودة وقت الإبرام أي أن تكون سابقة أو معاصرة لإعقاد العقد؛ أما الاستحالة التالية لإبرام العقد، فهي لا تؤدي إلى بطلان المحل وبالتالي إلى بطلان العقد، بل إلى استحالة تنفيذ الإلتزام (الأمر الذي يؤدي إلى آثار قانونية مختلفة سنتناولها خلال السداسي الثاني إن شاء الله).

### ثانيا- أن يكون المحل معنيا أو قابل لتعيين: (م 94 ق م)

عندما يكون محل الإلتزام القيام أو عدم القيام بعمل ما، وجب تعيين هذا العمل أو الامتناع بدقة، أو النص على ما يمكن التعيين به: كأن يلتزم مقاول بإنشاء منزل بمواصفات دقيقة (هنا محل الإلتزام معين)، أو أن يلتزم ببناء دار أيتام تتسع لعدد معين من الأيتام (هنا يتضمن الإتفاق ما يمكن به تعيين محل الإلتزام).

### ثالثا - أن يكون المحل مشروعاً: (م 93 ق م)

يجب أن يكون محل الإلتزام غير مخالف للنظام العام أو للأداب العامة: لا يمكن مثلا أن يلتزم شخص ليس له أي مستوى دراسي بإجراء عملية جراحية لشخص آخر لأن هذا ضد النظام العام، كما لا يمكن لامرأة أن تلتزم بتأجير رحمها لأن هذا يعد مخالفا للأداب العامة.

### المطلب الثالث: السبب:

إن لفظ السبب يتسع لمعنيين:

- سبب تصرف معين أو واقعة معينة هو ما أدى إليها؛ مثلا سبب غرق الحقل هو انكسار أنبوب ماء السقي.
- يمكن أن يكون للسبب معنى آخر، هو الهدف أو الغرض من التصرف: سبب التزام البائع في عقد البيع هو الحصول على الثمن؛ بهذا المعنى فالسبب جواب على سؤال: لماذا التزم المدين بالالتزام؟ (وهذا هو الفرق بينه وبين المحل فالأخير جواب على السؤال: بماذا التزم المدين بالالتزام؟)

إن هذا المفهوم الثاني للسبب هو المقصود في قواعد العقد وأركانه؛ هذا السبب بمفهومه كهدف، ينقسم إلى نوعين:

**1- سبب مباشر:** من هذه الناحية، فإن سبب شراء أحدهم مثلاً عقاراً ما هو غرض أن يصبح مالكا له، هذه نظرة موضوعية للسبب، لا تتغير من شخص لآخر وتجعل السبب في نفس نوع العقود هو نفسه بالنسبة لكل عقد منها: سبب التزام الواهب في كل عقود الهبة بهذا الشكل هو الكرم؛ سبب التزام البائع في كل عقود البيع هو الحصول على الثمن؛ سبب التزام المستأجر في كل عقود الإيجار هو الإنتفاع من المال المؤجر بينما سبب إلتزام المؤجر في هذا النوع من العقود هو الحصول على مبالغ بدل الإيجار.. هذه النظرة الموضوعية للسبب هي موضوع ما يسمى بالنظرية التقليدية للسبب.

**2- سبب غير مباشر:** وهو سبب للإلتزام قد يكون خفي، لأنه نفسي وداخلي، ويمكن أن لا يجهر به صاحبه، هذا السبب أبعد من السبب المباشر، وهو شخصي، يختلف من شخص إلى آخر في نفس نوع العقود مثلاً: شخص يريد شراء بيت: السبب المباشر للإلتزامه وهو نفسه سبب التزام كل شخص آخر يشتري بيت هو جواب للسؤال: لماذا التزم هذا الشخص بتسديد الثمن؟ فالجواب: هو أنه التزم بذلك حتى يمتلك البيت: هذا هو السبب المباشر.

لكن السبب غير المباشر هو جواب عن السؤال التالي والأبعد: لماذا يريد هذا الشخص أن يمتلك البيت؟ هنا في نفس نوع العقود، سيختلف الجواب من شخص لآخر: فهذا يريد تملك البيت ليسكنه وذاك يريد تملكه حتى يعيد بيعه ويحقق ربحاً، وآخر يريد تملكه ليؤجره، كما يمكن أن يكون الجواب أن الشخص

يريد تملك البيت ليخصه للقمار؛ هذه الأجوبة على اختلافها هي السبب غير المباشر لالتزام كل شخص فيها، وهذه النظرة الشخصية للسبب هي موضوع ما يسمى بالنظرية الحديثة له.

لقد تناول المشرع الجزائري ركن سبب الإلتزام في المادتين 97 و 98 ق م ولقد جاء فيهما:

المادة 97 ق م: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب، كان العقد باطلاً."

المادة 98: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك."

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإن قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن لالتزام سببا آخر مشروع أن يثبت ما يدعيه"

من المادتين أعلاه نستنتج شروط السبب وهي:

أ- أن يكون السبب موجوداً:

لابد لكل التزام من سبب؛ للحكم على وجود سبب الإلتزام، استقر القضاء المقارن على الأخذ بالنظرية الموضوعية للسبب، على ذلك لمعرفة وجودة، نبحث عن السبب المباشر للالتزام.

ب- أن يكون السبب مشروعاً:

لابد أن يكون السبب مشروعاً؛ لمعرفة مشروعية السبب، لن يكون السبب المباشر مجدياً: فهو موضوعي، ولا يختلف في نفس نوع العقود لذلك للحكم على مشروعية السبب، فقد استقر القضاء المقارن على الأخذ بالنظرية الشخصية للسبب، التي تجعله يختلف من شخص لآخر؛ هذا السبب الشخصي وغير المباشر يجب أن يكون مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

على ذلك، فإن سبب شراء البيت قد يكون مشروعاً، كأن يكون السبب للسكن أو للتأجير، أو لإعادة البيع، وقد لا يكون مشروعاً، كأن يكون السبب تخصيص البيت لسهرات قمار: في هذه الحالة فإن عقد البيع يبطل لعدم مشروعية سبب التزام المشتري.

نظراً لكون السبب مسألة نفسية داخلية بالدرجة الأولى، فقد افترض المشرع مشروعيته؛ على من يدعي العكس إثبات أن السبب غير مشروع.

#### المطلب الرابع: ركن الشكلية في العقود الشكلية:

إن الأصل والقاعدة في العقود أن تكون رضائية، أي أن يتم إبرامها بمجرد تبادل الإرادتين بين المتعاقدين. لكن في حالات استثنائية منصوص عليها قانونياً، يفرض المشرع لانعقاد بعض العقود ركناً رابعاً لا يقوم العقد إلا باحترامه، هو ركن الشكلية.

إن الهدف من الشكلية كركن في العقد هو تنبيه المتعاقدين إلى خطورة العقد الذي هما بصدد إبرامه؛ لكن زيادة على ذلك فإن ركن الشكلية يحقق أيضاً مصلحة عامة متمثلة غالباً في تجسيد ما تم الاتفاق عليه مما يسهل مراقبة احترامه للنظام العام وللآداب العامة، ويمكن أيضاً الدولة من الحصول على حقوقها كالحقوق الضريبية.

إن الشكلية كركن في العقد نوعان: الكتابة، و العينية.

### الفرع الأول - الكتابة

يعرف القانون نوعين من الكتابة: الكتابة الرسمية و الكتابة العرفية.

#### الفقرة الأولى - الكتابة الرسمية:

تعرف المادة 324 من القانون المدني الكتابة الرسمية ومنها العقد الرسمي أنه العقد "...الذي يثبت فيه موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة (كالموثق) ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

إن العقود التي يفرض فيها المشرع الكتابة الرسمية كتجسيد لركن الشكلية محددة قانوناً، وعلى سبيل الحصر، لأنها استثناءات على مبدأ الرضائية؛ والاستثناء يجب أن يصدر بمقتضى نص قانوني.

هنا تشكل المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني مادة من أهم المواد: إذ فرضت شكلية الرسمية في عدة عقود منها عقود نقل ملكية عقار (بيع عقار)، بيع محلات تجارية، عقود الإيجار، عقود تأسيس الشركات... لكن هناك مواد أخرى تفرض شكلية الرسمية في عقود أخرى من أمثلتها المادة 883 من القانون المدني التي تنص صراحة على أن الرهن الرسمي الذي يتفق عليه شخصان لا ينعقد إلا إذا تم صبه في ورقة رسمية.

#### الفقرة الثانية - الكتابة العرفية:

الورقة العرفية هي ورقة تحمل كتابة و توقيع أطراف العقد العرفي؛ هذا النوع من الشكلية يفرضه المشرع في بعض العقود، من أمثلة ذلك المادة 123

من قانون النقد والقرض (صادر بمقتضى أمر 11-03 التي تنص على أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، عندما يتم لصالح بنك تشترط فيه الكتابة العرفية كركن شكلي في العقد).

### الفقرة الثالثة - الفرق بين الكتابة كشرط إثبات والكتابة كركن في العقد:

يشترط القانون المدني الكتابة كوسيلة إثبات في التصرفات التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج. على ذلك، قد يصب طرفا العقد ما تم الاتفاق عليه في ورقة مكتوبة، رسمية أو عرفية، رغم أن القانون لا يجعل الكتابة فيها ركنا في العقد، وذلك قصدا منها الحصول على وسيلة إثبات يستعملها كل منهما في حالة التنازع.

في هذه الحالة، إن كانت الورقة المحررة للإثبات باطلة لأي سبب كان، فإن بطلانها لا يؤدي إلى بطلان العقد لأن الكتابة ليست ركنا فيه؛ العقد يبقى صحيحا لكن إثباته لا يمكن أن يتم بالورقة المكتوبة الباطلة، بل يجب أن يقوم مقام هذه الورقة وسيلة إثبات أخرى حسب قواعد الإثبات، أي الإقرار واليمين. بينما عندما تكون الكتابة ركنا في التصرف، فإن المشرع يرتب البطلان على بطلان الورقة أو انعدامها. على ذلك، فاشتراط المشرع الكتابة لإثبات العقد لا يجعل منه عقدا شكليا بل يبقى رضائيا.

### الفرع الثاني - العينية:

رأينا من قبل أن هناك نوعا من العقود يسمى العقود العينية، وهي أيضا استثناء من مبدأ الرضائية في العقود.

في العقود العينية، لا يكفي مجرد التقاء الإرادتين لانعقاد العقد، بل يجب أيضا أن يقوم أحد المتعاقدين بتسليم الشيء محل العقد إلى الطرف الآخر؛ والعقد لا يتم إلا بعد إتمام شكلية التسليم هذه.

إن المثال الممتاز للعقد العيني في القانون الجزائري هو عقد الوديعة؛ فقد نصت المادة 590 ق م على أن: "الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه، على أن يحافظ عليه لمدة، وعلى أن يرده عينا".