

التسليم في العقود العينية: دراسة في المفهوم والطبيعة والوظائف في التشريع الموريتاني

Delivery in Real Contracts: A Study of Its Concept, Legal Nature, and Functions under Mauritanian Legislation

الدكتور : مولاي عبد الرحمن اد/ مولاي إسماعيل

دكتور في القانون الخاص

الملخص

يتناول هذا المقال التسليم في العقود العينية في التشريع الموريتاني، من خلال بيان مفهومه وطبيعته القانونية، وتمييزه عن التسليم الذي يعد مجرد التزام في العقود الرضائية. كما يتتبع التطور التاريخي لفكرة العقود العينية والخلاف الفقهي حول بقائها ومدى اعتبار التسليم شكلا من أشكال الشكلية. ويبحث المقال في أهم العقود التي اشترط فيها المشرع الموريتاني التسليم، ولا سيما الهبة والعارية والوديعة والرهن الحيازي. كما يبرز اختلاف صور التسليم بين الفعلي والحكمي، واختلاف وظائفه بحسب طبيعة العقد. ويخلص إلى أن التسليم يؤدي وظائف حمائية وتوثيقية واقتصادية، فضلا عن دوره في تحقيق الثقة واستقرار المعاملات. وينتهي المقال إلى اقتراح تعزيز الدقة التشريعية وتوحيد المصطلحات وتوضيح أحكام التسليم وصوره وأثار تخلفه. الكلمات المفتاحية: التسليم، التسليم الفعلي، التسليم الحكمي، العقود العينية، عقود المعاوضات، عقود التبرع

Abstract

This article examines delivery in real contracts under Mauritanian legislation, focusing on its concept, legal nature, and distinction from delivery as a mere obligation arising from consensual contracts. It also traces the historical development of the concept of real contracts and the doctrinal debate surrounding their continued existence and the classification of delivery as a form of formal requirement. The article further examines the main contracts for which Mauritanian legislation requires delivery, particularly gifts, loans for use, deposits, and possessory pledges. It highlights the different forms of delivery, including actual, constructive, and symbolic delivery, as well as the varying functions it performs according to the nature of each contract. The study concludes that delivery serves protective, evidentiary, and credit-related functions, while also contributing to confidence and stability in transactions. It finally recommends greater legislative precision, harmonization of terminology, and clearer regulation of the forms of delivery and the consequences of its absence.

Keywords: Delivery; Actual Delivery; Constructive Delivery; Real Contracts; Contracts for Consideration; Gratuitous Contracts.

المقدمة

يعد التسليم من أقدم الوسائل التي عرفت النظم القانونية لإضفاء الأثر القانوني على بعض التصرفات، إذ ارتبط منذ المراحل الأولى لتطور القانون بفكرة نقل الشيء ووضعه تحت يد صاحبه، قبل أن تتطور وظيفته من مجرد وسيلة مادية لنقل الحياة إلى عنصر قد يتوقف عليه وجود العقد ذاته. وإذا كان مبدأ الرضائية قد أصبح قاعدة عامة في التشريعات المدنية الحديثة، فإن التشريعات لم تتخل بصورة كاملة عن بعض المظاهر التي تقيد كفاية التراضي، بل أبقت على التسليم كعنصر لازم في طائفة من العقود هي التي تعرف بالعقود العينية.

ويقصد بالتسليم، في نطاق العقود العينية، تمكين المتعاقد الآخر من الشيء محل العقد ووضعه تحت حيازته أو تصرفه، على نحو يترتب عليه الأثر الذي أراده المشرع من اشتراطه. ولا يقتصر مفهومه على المناولة المادية للشيء، إذ قد يتحقق بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وقد يكون فعليا أو حكما أو رمزيا بحسب طبيعة المال والعقد، كما تختلف وظيفته من عقد إلى آخر؛ فقد يؤدي إلى

نقل الملكية، أو نقل حق الاستعمال، أو مجرد نقل الحيازة. ومن ثم، ينبغي التمييز بين التسليم بوصفه ركنا في العقد العيني، والتسليم الذي لا يعدو أن يكون التزاما يترتب على عقد انعقد صحيحا، كما هو الحال في التزام البائع بتسليم المبيع (2002). وقد عرف التسليم تطورا تاريخيا مهما؛ فقد كان في القانون الروماني مرتبطا بتكوين العقود وركنا لازما لقيامها. وانتقلت فكرة العقود العينية إلى التشريعات المدنية الحديثة، وإن كان انتقالها قد تم في ظل تحول جوهري نحو تكريس مبدأ سلطان الإرادة والرضائية كنتيجة له. ولذلك ثار خلاف فقهي حول مدى بقاء العقود العينية في التشريعات الحديثة، وحول الطبيعة القانونية للتسليم هل هو مجرد تنفيذ لالتزام ناشئ عن عقد رضائي، أم أنه عنصر من عناصر تكوين العقد؟ وتبرز أهمية دراسة التسليم، من الناحية النظرية، في كونه يلامس إحدى المسائل الأساسية في النظرية العامة للعقد، وهي تحديد العناصر التي يتوقف عليها انعقاد العقد، وتمييزه عن العناصر التي تتصل بتنفيذه وآثاره. كما تكشف دراسة التسليم عن حدود مبدأ الرضائية ومدى استمرار بعض مظاهر الشكلية في التشريعات الحديثة، فضلا عن إسهامها في تحديد الطبيعة القانونية للعقود العينية وتمييزها عن العقود الرضائية.

أما من الناحية العملية، فتتجلى أهمية الموضوع في الآثار المباشرة المترتبة على تحديد ما إذا كان التسليم ركنا في العقد أم مجرد التزام ناشئ عنه؛ إذ يترتب على اعتبار التسليم ركنا أن العقد لا يقوم قانونا عند تخلفه، ولو توافرت باقي عناصره، بينما يؤدي اعتباره التزاما إلى انعقاد العقد بمجرد استكمال أركانه، مع بقاء مسؤولية المتعاقد الممتنع عن التسليم في نطاق التنفيذ والجزاءات المترتبة عليه. وتزداد هذه الأهمية في التشريع الموريتاني بالنظر إلى تعدد العقود التي أخذ فيها المشرع بالتسليم، مع اختلاف صور التسليم وآثاره بحسب طبيعة كل عقد.

وتأسيسا على ذلك، تثار إشكالية أساسية مؤداها: إلى أي مدى وفق المشرع الموريتاني في تنظيم التسليم كعنصر لازم في بعض العقود، وما الطبيعة القانونية التي يمكن إسنادها إليه، وما الغايات التي يحققها اشتراطه في هذه العقود؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية، تم اعتماد المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص المنظمة للعقود التي اشترط فيها المشرع التسليم، وبيان مدلولها وآثارها، إلى جانب الاستعانة بالمنهج المقارن كلما اقتضى الأمر ذلك، من خلال الوقوف على بعض مواقف التشريعات والفقه المقارن، ولا سيما التشريعين الفرنسي والمغربي، فضلا عن الاستفادة من المنهج التاريخي في تتبع نشأة فكرة العقود العينية، وتطورها وانتقالها إلى التشريعات الحديثة.

وعليه، يقتضي تناول الموضوع الوقوف أولا على ماهية التسليم، من خلال تحديد مفهومه وبيان عناصره وصوره، ثم بحث الخلاف الفقهي حول وجود العقود العينية والطبيعة القانونية للتسليم وذلك في المطلب الأول. أما المطلب الثاني، فسيتناول عقود التسليم في التشريع الموريتاني، من خلال بيان العقود التي اشترط فيها المشرع هذا العنصر، سواء تعلق الأمر بالعقود التبرعية كالهبة والعارية والوديعة، أو بالعقود العوضية كالرهن الحيازي، مع إبراز الوظائف والغايات التي يؤديها التسليم في كل منها.

المطلب الأول: ماهية التسليم

يعد التسليم صيغة عتيقة عرفتها التشريعات القديمة، ولا تزال القوانين الوضعية المعاصرة تكرسها، وهذا ما يوضح أهميتها، ويحتم تحديد ماهيتها، وذلك من خلال التطرق لمفهومها (الفقرة الأولى) قبل التعرض للنقاش الفقهي حول وجودها أو بقائها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم التسليم

يتمثل التسليم المشترك في العقود العينية في تسليم الشيء الذي هو محل هذه العقود، ويعتبر التسليم ركنا من أركان هذه العقود لا تنعقد دون تمامه. والتسليم عبارة عن "عملية نقل حيازة مال إلى شخص تنفيذا لعقد غالبا. مثل تسليم المفاتيح للمؤجر، أو

2002. انظر بسط هذه المسائل في متن الدراسة.

تسليم أموال على سبيل القرض أو الإيداع... (2003) أو هو بعبارة أخرى "دفع عين أو عقد كتسليم المبيع إلى شاريه أو تسليم عقد أو حكم إلى طالبه" (2004). والتسليم في التعريفين السابقين يحدد التسليم الذي هو أحد التزامات البائع وفقا م 509 ق.ا.ع (2005). وإذا كان التسليم بمفهومه السابق يشمل التسليم في بعض العقود العينية، فإنه لا يشملها في بعض العقود الأخرى، وذلك ما يستدعي زيادة في تدقيق هذا المفهوم من أجل إيجاد تعريف يشمل صور التسليم المتبقية، وفي هذا الصدد تم تعريفه بأنه هو "التصرف الذي بموجبه يفقد المالك التصرف في ماله لصالح الحائز، الذي عليه في المقابل حفظه ورده عند انتهاء المدة" (2006). ويتضح من خلال هذا التعريف أن التسليم في العقود العينية يتطلب من جهة تخلي المالك عن الشيء موضوع التسليم، والتخلي عموما هو رفع اليد (2007)، ويقصد به هنا تخلي الشخص عن الحيابة المادية للشيء، ووضعه تحت يد الغير (2008)، وهو يتكون من عنصرين عنصر مادي يتجسد في عملية نقل الشيء محل العقد العيني إلى الحائز (2009) وعنصر معنوي له تعلق بإرادة مسلم الشيء (2010)، إذ لا يكفي مجرد التخلي المادي بل لا بد من التخلي المعنوي أي إرادة تسليم الشيء، فعقد الوديعة لا يكفي لانعقاده مجرد التخلي المادي عن الشيء المودع من خلال تسليمه بل لا بد من إرادة المودع لذلك (2011). لكن التخلي وإن توافر عنصره المادي والمعنوي لا يكفي بل لا بد من نقل الحيابة التي تحصل بوضع الشيء تحت تصرف الحائز وتمكينه منه بلا مانع (2012). والحيابة بدورها تتطلب توافر عنصرين هما وضع الشيء تحت تصرف الحائز، وكون الحائز عالما بهذا الوضع (2013)، فهما شبيهان بعنصري التخلي. وتتم كذلك بطريقتين، طريقة مباشرة وهي التي يكون فيها الحائز طرف العقد الآخر كالموهد له أو المودع لديه، وهذه الطريقة هي الأكثر شيوعا في العقود العينية، كما قد تتم الحيابة بطريقة غير مباشرة وهي التي يتم فيها وضع الشيء تحت يد الغير طبقا لما يتفق عليه الطرفان (2014). والتسليم كيفما تم تحديده يحقق أنواعا من النقل بحسب طبيعة كل عقد، وما يتلاءم معه فتارة ينقل الملكية، وتارة ينقل حق الاستعمال، وتارة ينقل مجرد الحيابة ففي الهبة اليدوية، وعارية الاستعمال، والقرض يقوم التسليم بوظيفة نقل الملكية، وفي عارية الاستعمال ينقل حق الاستعمال، أما في الوديعة والرهن فلا يترتب عليه غير الحيابة (2015). وبهذا يتبين وجه اختلافه عن التسليم في عقد البيع الذي يعد أثرا أو التزاما (2016) وليس ركنا من أركانه.

الفقرة الثانية: الخلاف حول طبيعة التسليم

- (2003) "fait de transférer à une personne la détention, le plus souvent en exécution d'un contrat. Ex. remise de clés à un locataire, remise de fonds en avance ou dépôt" Association Henri CAPITANT, **Vocabulaire juridique**, sous la direction de Gérard CORNU, P. U. F. 8^{ème} éd revue et augmentée, paris, 2000. p. 747.
- (2004) Ibrahim NAJJAR, Ahmed ZAKI BADAOU, et Youssef CHELALAH, Dictionnaire juridique français-arabe, librairie du liban, 7^{ème} éd, 2000, p.93.
- (2005) تنص المادة 509 على أنه "يتم التسليم حين يتخلى البائع أو نائبه عن الشيء المبيع ويضع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته دون عائق".
- (2006) «un acte qui fait perdre au propriétaire la maîtrise de son bien au profit de l'accipiens ; en contrepartie, elle doit préserver et restituer le bien à l'échéance », Nguyen TIEN DIEN, le formalisme en matière contractuelle dans les droit français et vietnamien, thèse de doctorat, Université Pantheon _ assa, 2011, n° 186, p 139 et 140.
- (2007) Ibrahim NAJJAR, Ahmed ZAKI BADAOU, et Youssef CHELALAH, op. ci , P. 99.
- (2008) Nguyen TIEN DIEN. op.Cit, n° 187 P. 140
- (2009) Nguyen TIEN DIEN, Ibid, n° 187, p. 140.
- (2010) حاتم محمدي، التنازل عن الحق العيني، مركز النشر الجامعي، تونس 2011، ص 364، ف 354.
- (2011) Nguyen TIEN DIEN, Ibid, p.14, n° 187
- (2012) خليفة الخروبي، خليفة الخروبي، قانون مدني، العقود المسماة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 2، تونس، 2013، ص 198، ف 317.
- (2013) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية، الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، جامعة الكويت، ط 1، الكويت، 1993، ص 233، ف 233.
- (2014) خليفة الخروبي، قانون مدني، التأمينات العينية والشخصية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، تونس 2014، ص 212 و 213، ف 308. السهري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث، بيروت-لبنان، بدون تاريخ نشر، ج 10 في التأمينات العينية والشخصية، ص 786، ف 533.
- (2015) Nguyen TIEN DIEN, n° 192, p. 145.
- (2016) الملكية في عقد البيع تنتقل بقوة القانون بمجرد حصول التراضي، طبقا م 502 ق.ا.ع "يكتسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء المبيع بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه". انظر خليفة الخروبي، "نقل الملكية في عقد البيع: أثر أم التزم"، المجلة القانونية التونسية 1997، ص 11 وما بعدها.

تركز النقاش في هذا الصدد حول مسألتين الأولى تتعلق بنفي وجود العقود العينية من أصلها في القوانين الوضعية، واعتبارها من خصائص التشريعات القديمة (أ)، والمسألة الثانية تتعلق بنفي صفة الشكلية عن التسليم (ب).

أ: العقود العينية بين نفي الوجود وإثباته

اختلفت وجهات النظر في هذا الصدد بين رأيين رأي فقهي متمسك بوجود هذه الفئة من العقود التي ورثتها التشريعات الحديثة من القانون الروماني القديم ورأي يرى أنه لا وجود لهذا الصنف من العقود في القوانين الوضعية الحديثة التي تقوم على مبدأ الرضاية. يعتمد أصحاب الرأي الأول في الفقه الفرنسي على حجتين حجة نصية، وطبيعة بعض العقود. وتعني الحجة النصية عند أنصار هذا الفئة من العقود أن المشرع الفرنسي في المجلة المدنية نظمت بلا شك عددا من هذه العقود واشترطت لانعقادها التسليم⁽²⁰¹⁷⁾، مثل عارية الاستعمال وفقا للمادة 1875 من القانون المدني الفرنسي التي عرفت هذا العقد بما يفهم منه أن التسليم شرط لازم لقيامه⁽²⁰¹⁸⁾، وكذلك الحال بالنسبة لعارية الاستهلاك طبقا للمادة 1892⁽²⁰¹⁹⁾ من القانون المدني الفرنسي. وكذلك عقد الوديعة عملا بالمادتين 1915 و1919⁽²⁰²⁰⁾. ونفس التمثي اعتمده المشرع الفرنسي مع الرهن الحيازي بحسب المادتين 2071 و2076 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁰²¹⁾، واشترط المشرع التسليم من أجل تكوين هذه العقود، يدعو للإقرار بوجود هذه الفئة من العقود بالنسبة لأنصارها⁽²⁰²²⁾. ولا يقتصر أنصار هذا الصنف من العقود من أجل البرهنة على وجوده على الحجة النصية السابقة بل يسوقون حجة أخرى هي أن العقود العينة تقتضي طبيعتها التسليم الفعلي للشيء محلها، فلا يمكن تصور عقد وديعة دون نقل حيازة الشيء محلها إلى المودع من أجل حفظها⁽²⁰²³⁾، وكذلك الحال بالنسبة لعارية الاستعمال والاستهلاك؛ والرهن الحيازي⁽²⁰²⁴⁾، فلكي يقوم التزام في جانبه الطرف الآخر يجب أن تنقل الأشياء محل هذه العقود إلى حيازته. وقد انتقد أنصار الرأي الفقهي الذي ينفي وجود هذه الفئة من العقود حجج الرأي السابق، فبخصوص الحجة النصية التي يرى أصاب الرأي السابق أنها تدعم رأيهم، لاحظ منتقدوهم أن غياب العقود العينية من تقسيمات العقود الواردة في الأعمال التحضيرية للمجلة المدنية الفرنسية، يوحي بأن نية المشرع كانت تتجه إلى إقصاء هذا الصنف من العقود. كما أن غموض النصوص المتعلقة بهذه العقود يمنع من اعتبارها عقودا عينية بالنسبة لمعارضها، ويوضحون أن هذا الغموض يتجلى من خلال الأحكام المتعلقة بها، فإذا كان الرهن الحيازي، والوديعة، عقدان عينيان، فهما بالضرورة من العقود الملزمة لجانب واحد، ومع ذلك فإن

Christian LARROUME. Droit civil, t.3 les obligations le contrat, Economica 3^{em} éd, Paris 1996, n° 519, p. 501.(2017)

(2018) نص المادة 1875 معدلة بالقانون رقم 562-2009 المؤرخ في 12 ماي 2009 ورد بالصيغة الآتية:

«le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi».

(2019) نص المادة 1892 ورد بالصيغة الآتية:

« le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité».

(2020) L'article 1915 "le depot, en générale, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ».

أما المادة 1119 المنقحة بالقانون رقم 526-2009 المؤرخ في 12 ماي 2009 فقد نصت بشكل صريح على أن عقد الوديعة لا يتم إلا بتسليم الشيء محله:

« il n'est parfait que par la remise réelle ou fictive de la chose déposée».

(2021) تم إلغاء هاتين المادتين بالمرسوم رقم 346-2006، المؤرخ في 23 مارس 2006. وقد تم تنظيم أحكام رهن الحيازة (gage) بموجب هذا التنقيح في المادة 2333 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، ونصت المادة 2337 تحديدا أن الرهن الحيازي لا يعارض به الغير إلا بإشهاره، أو بوضعه تحت يد الدائن أو أحد من الغير يتفق عليه الطرفان:

«le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite».

Il l'est également par la dépossession e Sud Edition, quatrième éd. Tunis, 2011

entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet».

وقد حدد الأمر رقم 346-2006، المؤرخ في 23 ديسمبر 2006 المطبق للمادة 2338 كيفية إشهار الرهن الحيازي.

Nguyen TIEN DIEN, op.cit, n° 152, p. 115.(2022)

(2023) الموسوعة القانونية العربية، مرجع سابق، ص 142.

(2024) Mohmed charrfi, introduction à l'étude du droit, Sud Edition, quatrième éd. Tunis, 2011 p. 293. Nguyen, TIEN DIEN, op. cit, n° 154, p. 117.

تنظيم المشرع لهما يدل على أنهما من العقود الملزمة للجانبين، لتضمن الأحكام المتعلقة بهما للالتزامات لكلا الطرفين (2025). وفيما يخص الحجة الثانية فإن معارضي فئة العقود العينية، يرون أنها تعطي للتسليم دورا لا يمكن أن يستقل به إلا في ظل نظام قانوني ليس للرضا فيه أي قيمة، كما هو الحال في القانون الروماني، وهذا الدور لا يمكن أن يكون له في ظل التشريع الفرنسي الذي يقوم على مبدأ الرضائية (2026)، ثم إنه ليس كل عقد يلزم فيه الرد هو عيني يشترط فيه التسليم، بل إن "هناك عقودا يوجد فيها الالتزام بالرد كعقد الإيجار ومع ذلك لم يكن عقد الإيجار عقدا عينيا يجب لانعقاده أن يسلم المؤجر العين إلى المستأجر" (2027).

ب: نفي صفة الشككية عن التسليم

ثمة من الفقه من لم ينف وجود العقود العينية من أصلها، ولكنه نفى كون التسليم الذي هو شرط لانعقادها، يعد صورة من صور الشكل، وقد أسس أصحاب هذا الرأي إقصاءهم للتسليم من صور الشككية على عدة حجج، منها أن الشكل أسلوب للتعبير عن الإرادة يفرضه المشرع لانعقاد العقد، فهو بهذا المعنى لا ينطبق على العقود العينية، لأن التعبير عن الإرادة فيها لم يحدد له القانون شكلا معينا، ولذا فهي تنعقد بمجرد توافق الإرادتين، والتسليم فيها هو مجرد إجراء لاحق للتعبير عن الإرادة، وليس جزءا من التعبير عن الإرادة (2028). إضافة إلى هذه الحجة يرى القائلون بهذا الرأي أن اعتبار التسليم شككية، مرنة، اعتبار موروث عن القانون الروماني الذي كانت العقود فيه شككية لا وجود لها ولا انعقاد بدون الشكل، لأنه هو العنصر الوحيد المطلوب فيها، فجاءت العينية كأنها تخفيف من صرامة الشككية، ومرحلة وسطى بينها وبين الرضائية. فأسقط البعض هذا التفصيل الذي هو روماني بحث على القوانين الوضعية الحديثة. والحال أن الوضع فيها مغاير، ذلك أن المبدأ السائد فيها هو مبدأ سلطان الإرادة، فالرضائية فيها قاعدة عامة، والشككية استثناء على هذا المبدأ. والتصرف القانوني لدى أصحاب هذا الرأي يتكون من عنصرين جوهريين، لا غنى عن أي منهما لإبرام التصرفات القانونية وترتيب آثارها عليها، والشكل يتصل بالتعبير عن الإرادة، ولهذا فلا يمكن أن يوصف بالشكل أي إجراء غير متعلق بالتعبير عن الإرادة، ولو كان المشرع هو الذي فرضه (2029) وأخيرا احتج أصحاب هذا الرأي بالاختلاف في تأثير التسليم في طبيعة العقد، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن التسليم لا يؤثر في العقد، ولا يغير من رضائته شيئا، والتسليم مجرد التزام يترتب على العقد (2030) يتعلق بتنفيذه وليس بانعقاده.

وهذا أقصوا التسليم من دائرة الشكل، واعتبروا العقود العينية مجرد عقود رضائية. لكن عند التأمل في الحجج التي اعتمد عليها هؤلاء يتبين أنها حجج غير كافية لاعتبار التسليم ليس صورة من صوره؛ فبالنسبة للحجة المتعلقة بكون الشكل يتعلق بالتعبير عن الإرادة، وأن ما عدا ذلك من الصور غير المتصلة بالتعبير عن الإرادة ليس داخلا في دائرته غير مسلم به. ذلك أن الشكل "من صنع القانون" (2031). فالقانون هو الذي يحدده، ولا شيء يلزم المشرع باختيار شكل دون آخر، بل بإمكانه أن يقيد الإرادة بما شاء من القيود، ويجعل الرضا غير كاف لإبرام العقود، ويربطه بما شاء من العناصر التي يتطلب توافرها زيادة عليه من أجل انعقاد العقد، فهذا هو مقتضى كون الشكل من صنع القانون، وبالنسبة للحجة الثانية وهي المكونة من حصر أركان العقد في الإرادة والتعبير عنها، وكون العقود في القوانين الحديثة تقوم على مبدأ الرضائية، فبخصوص الشق الأول يبدو أن هذا الحصر غير متأت ومخالف لواقع العقود نفسها، إذ أن أركانها ليست مجرد الإرادة والتعبير عنها فقط، بل إن الرضا ليس إلا ركنا ضمن الأركان الضرورية التي

(2025) Nguyen TIEN DIEN, ibid, n° 158, P. 119 et 120.

(2026) Nguyen TIEN DIEN, ibid, n°, P 159. 120 et 121.

(2027) عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، ج. 1، مصادر الالتزام، المصادر الإردادية، (العقد الإرادة المنفردة) باعتناء محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت - كلية الحقوق - القانون الخاص، بدون طبعة، الكويت، 1982، مج 1. نظرية الالتزام، تحليل العقد، ص 298، 440.

(2028) حسين عبد القادر معروف، فكرة الشككية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة بغداد، كلية القانون، 2004، ص 134.

(2029) حسين عبد القادر معروف، نفس المرجع، ص 134.

(2030) حسين عبد القادر معروف، نفس المرجع، ص 134.

(2031) النسيوري، الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، 1988، ج 1/1، ص 539، ف 30.

حددها المشرع لانعقاد العقد (2032). وبخصوص الشق الثاني وهو المتمثل في كون فلسفة المشرع تقوم على القطع مع الأشكال التي كانت تسود الشرائع القديمة كالقانون الروماني، وأنه يقيم العقود على أساس مبدأ حرية الإرادة لا يعني بالضرورة التخلي عن كافة مظاهر الشكلية، إذ أن المشرع نفسه كرس الشكلية من جديد لاعتبارات جعلته يخرج عن مبدأ الرضائية، حماية لبعض المصالح، فيضفي الشكلية على عقود كانت رضائية، وهذا الاعتبار هو ما جعله يتمسك بالتسليم نظرا لما يوفره من مصلحة عامة. وأما الحجة الثالثة وهي المتعلقة بكون التسليم لا يغير من طبيعة العقد لكون التسليم يتعلق بتنفيذ العقد لا بانعقاده، فهذه الحجة أيضا غير متماسكة، ذلك أنه إذا كان المقصود بكون التسليم لا يغير من طبيعة العقود أنها تنعقد بمجرد تلاقي الإرادتين واتفاقهما على عناصر الالتزام الأساسية، دون حاجة إلى التسليم، فإن واقع هذه العقود وطبيعتها على خلاف ما يرى أصحاب هذا الرأي، فالتسليم في هذه العقود ليس كالتسليم الذي هو أثر من آثار العقود، بل إنه شكل فرضه المشرع، وجعل انعقاد العقود العينية مربوطا بتوافرها، فلا تنعقد دون حصول التسليم، ولو توافرت كافة الأركان الأساسية للالتزام. وبذلك يظهر أن التسليم يغير من طبيعة العقد فيجعله مغايرا للعقد الرضائي الذي ينعقد بمجرد توافق إرادة ذوي أهلية: ووجود محل وسبب مشروعين. وذلك ما سيتضح بشكل أكثر من خلال عرض هذه التسليم على نحو ما هي منظم في نصوص التشريع الموريتاني.

المطلب الثاني: عرض العقود التي يشترط فيها التسليم

اشترط المشرع التسليم في عدد من العقود، واعتباره بمثابة الركن الخامس الذي لا تنعقد هذه العقود إلا بوجوده، ويلاحظ أن العقود التي اشترط فيها المشرع تختلف من حيث طبيعتها إذ منها ما هو من صنف عقود التبرع (الفقرة الأولى) ومنها ما هو من عقود المعاوضة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عقود التبرع

يشترط المشرع التسليم في بعض العقود التبرعية كالهبة (أ) والعارية (ب) وعقد الوديعة (ج).

أ: عقد الهبة

نص المشرع في المادة 815 ق.أ.ع على أن الهبة "يشترط في كمالها القبول والحوز" والحوز يعني وضع اليد على الشيء وقبضه. ويرجع التشدد في عقد الهبة إلى خطورتها، فهي عقد تبرع يؤدي إلى تنازل صاحبه عن مكاسبه دون مقابل. وإذا كان من الوارد نتيجة لهذه الخطورة أن تحرر الهبة في محرر رسمي فإن المشرع استغنى بالتسليم لكونه يحقق الحماية الخاصة التي يحققها الكتب الرسمي، من خلال تنبيه الواهب على خطورة تصرفه، وتزيد على ذلك بتحقيقها غاية أخرى، لا يحققها الكتب الرسمي وهي التوثيق، حيث تضمن حصول الموهوب له على ما تم التبرع له به من قبل الواهب.

وخلافا لما هو مكرس في التشريع الموريتاني فإنه لا يوجد نص صريح في التشريع الفرنسي يمكن الاستناد إليه لاعتبار القبض وحده كافيا لانعقاد هبة المنقول، إلا أن الفقه وفقه القضاء الفرنسيين مجمعان على جواز هبة المنقول دون اشتراط تضمينها في ورقة رسمية، ومستندهم في الاكتفاء بالتسليم أن نص المادة 931 من القانون الفرنسي (2033) لا يمنع الهبات اليدوية، ذلك أنها إنما تشترط الرسمية في الهبة التي يحرم بها كتب، فإذا كانت هبة المنقول لم تحرر في كتب رسمي فإنها تكون خارجة عن نطاق المادة 931 (2034).

(2032) المادة 23 ق.أ.ع،

(2033) ورد نص المادة 931 على نحو ما تم تنقيحه بالقانون رقم 728-2006 المؤرخ في 23 جوان 2006 بالصيغة الآتية:

«tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire de contrats ; et il en restera minute sous peine de nullité».

(2034) السهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، العقود التي ترد على الملكية، ص 54 و 55، ف 36. إن هذا التفريق يستشف منه أن عبارة المشرع الفرنسي تحتمل التفسير أي أن النص لا يلزم الواهب بتحرير ورقة رسمية بكل عقد هبة يبرمه، بل له أن يقتصر على شكلية التسليم، وتكون هبته صحيحة، لأنه في هذه الصورة يعد خارج نطاق م 931 من القانون المدني الفرنسي ولا تبطل هبته نتيجة لذلك. لكن هذا التفريق غير سائغ لأن عبارة م 931 وردت مطلقة، ورتبت على عدم إبرام عقد الهبة أمام الموثق الرسمي بطلان عقد الهبة دون تفصيل في محلها، فيتعين اعتبارها كذلك. ثم إنه من الواضح أن أصحاب هذا الرأي يجعلون البطلان الوارد في م 931 من القانون المدني الفرنسي منصبا على الورقة، لا على العقد

وإذا كان التسليم يعد كافيا لانعقاد هبة المنقول⁽²⁰³⁵⁾ فهل يمكن القول إن التسليم يكفي لانعقاد هبة المنقولات اللامادية يستفاد من التأكيد على "المناولة" أن صحة الهبة بالتسليم مقصورة على المنقولات المادية، ولا تتعلق بالمنقولات المعنوية، فهذه المنقولات يتم تسلمها وفق الطرق المحددة في قوانينها الخاصة التي تنظمها.

ب: عقد العارية

العارية طبقا للمادة 776 ق.ا.ع نوعان عارية استعمال وعارية استهلاك⁽²⁰³⁶⁾، والمقصود عارية الاستعمال التي عرفتها المادة 377 ق.ا.ع بأنها "عقد يسلم به أحد الطرفين شيئا للآخر لينتفع به مدة معينة أو في غرض معين على أن يرجع المستعير عين المعار ويبقى للمعير ملكية الشيء وحوزه الشرعي بحيث لا يكون للمستعير إلا المنفعة". وعارية الاستعمال تشبه الهبة في كونها عقدا بلا عوض، إذ من أسسها أن تكون على وجه التبرع وفقا للمادة 782 ق.ا.ع، كما تشبهها من ناحية لزوم تسليم الشيء محلها. غير أن من الفقه من ينازع في هذا الشبه، ويرى أن العارية وإن كانت من عقود التبرع فإنها لا تشبه الهبة لاختلافهما من ناحية الآثار، فعقد الهبة عقد خطير لما يترتب عليه من تجريد المالك من ملكيته، بينما يقتصر أثر العارية على ترتيب التزام شخصي⁽²⁰³⁷⁾. وفي هذا الاتجاه سارت بعض القوانين المقارنة كالقانون المدني المصري الذي لا يعتبر التسليم شرطا لازما لانعقاد العارية، بل يعتبره مجرد التزام في ذمة المعير ينشأ بعد تمام عقد العارية⁽²⁰³⁸⁾.

والواقع أن الأمر مختلف بالنسبة للتشريعين الموريتاني ذلك أن التسليم فيه وإن كان ينه المتعاقد إلى خطورة عقد الهبة بالنسبة له نظرا لكونه يجرده من ملكيته دون مقابل، فإنه لا يقتصر على مجرد التنبيه، فغاية المشرع منه تشمل هذا المقصد الخاص، وتشمل قصدا أعم منه وهو تحقيق التوثيق ونقل الحيازة فعلا إلى المستعير، وفي هذا المقصد الأخير تلتقي معها العارية؛ فعقد العارية وإن كان ليس مثل عقد الهبة من ناحية خطورته على المقرض، فلا يحتاج المقرض فيه إلى الحماية التي يحتاج الواهب، فإنه يشبهه في تحقيقه لمقصد التوثيق، لذلك اشترط فيه التسليم مثلما اشترط في عقد الهبة. والتسليم اقتضته صراحة المادة 780 ق.ا.ع أنه "تتم عارية الاستعمال بتراضي الطرفين وتسليم الشيء إلى المستعير".

ويتضح من خلال هذا النص أن التسليم ركن في عقد العارية، كما يستفاد من التسوية بينه وبين الرضا، فلا يكفي لانعقاد العارية مجرد التراضي، بل لا بد من حصول التسليم⁽²⁰³⁹⁾ فذلك هو مقتضى التسوية بينهما. وقد ساير المشرع المغربي المشرع الموريتاني فنص في الفصل 883 من ظهير الالتزامات والعقود على أن التسليم ركن في العارية لا تنعقد بدونه. والتسليم الذي تنعقد به العارية

نفسه، والحال أنه منصب على العقد إذ لا معنى للتفريق بين الكتب والعقد نفسه. ومن الغريب أن السنهوري نفسه الذي ساق هذا الرأي، ولم يعترض عليه، لا يقر هذا التفريق أي لا يرى أن البطلان الذي يقرره المشرع نتيجة لتخلف الكتب أو تخلف بعض شروطه يمكن أن يقتصر على الكتب، بحيث يبطل الكتب ويبقى العقد صحيحا. وبهذا يتضح أن الحجة التي يستند إليها هذا الرأي الفقهي غير كافية لاعتبار القانون الفرنسي يجيز هبة المنقول بالتسليم دون ضرورة تضمينها في ورقة رسمية.

(2035) زهير الخبثاني، عقد الهبة في القانون التونسي مع مقارنته بالشرعية الإسلامية، ط 1، تونس، 1988، ص 68.

(2036) عرفتم م 803 ق.ا.ع عارية الاستهلاك التي هي القرض بأنها "عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال، أو أشياء منقولة، لاستعمالها بشرط أن يرد المقرض عند انقضاء أجل أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة" فعقد القرض في التشريعين الموريتاني عقد رضائي إذ لا يشترط التسليم لانعقاده، خلافا لما عليه الحال في بعض التشريعات الأخرى المقارنة كالقانون العراقي، والقانون المدني الفرنسي الذي عرف هو الآخر عارية الاستعمال بتعريف متطابق مع التعريف الذي عرفها به المشرع الموريتاني (المادة 1892 التي ورد نصها سابقا). وانظر:

Georges VERMELLE, Droit civil, les contrats spéciaux, D. 5^{ème} éd, Paris, 2006, p. 125.

وبلاحظ أنه لا يوجد نص صريح في المجلة المدنية الفرنسية يدل على أن عارية الاستهلاك يلزم فيها التسليم إلا أن الفقه الفرنسي يرى أن هذا العقد عقد عيني تأسيسا على أن "المقرض لا ينبغي أن يلتزم برد مثل الشيء المقرض إلا بعد أن يقبض هذا الشيء". ويمكن رد هذا الأساس بأنه لا شيء يحول دون إبرام عقد القرض قبل أن يترتب في ذمة المقرض التزاما برد المثل، على أن يترتب هذا الالتزام بعد أن ينفذ المقرض التزامه بتسليم الشيء محل القرض إلى المقرض. كما هو الشأن بالنسبة لعقد الإيجار، فالمستأجر لا يلتزم برد العين المؤجرة إلا بعد أن يسلمه المؤجر إياها، ورغم ذلك فالعقد قائم بين الطرفين من لحظة حصول التراضي بين طرفيه، ولا يؤثر فيه تأخير تسليم العين محل العقد. انظر في هذا التأسيس، وفي انتقاده السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، ص 422، ف 266.

(2037) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 6/م 2، العقود التي ترد على الانتفاع بالشيء الإيجار والعارية، ص 1508، ف 824.

(2038) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 6/م 2، ف 824، ص 1508.

(2039) محمد المالحقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، ط 2، تونس، 2003، ص 32.

يتم وفق القواعد المقررة في التسليم⁽²⁰⁴⁰⁾، والشيء الذي هو محل التسليم والذي قد يكون عقارا أو منقولا⁽²⁰⁴¹⁾ حسبما تم تعيينه بموجب عقد العارية، يجب أن يسلم بحالته التي هو عليها وقت إبرام عقد العارية.

ج: عقد الوديعة

الوديعة وفقا للمادة 729 ق.ا.ع عقد يسلم بمقتضاه شخص لآخر شيئا منقولا بهدف حفظه ورده بعينه⁽²⁰⁴²⁾. وبما أن التزام الطرف الآخر في عقد الوديعة لا يوجد إلا بعد تسلمه للوديعة، فقد اشترط في الوديعة التسليم، فهو ركن فيها طبقا لما يفهم من التعريف السابق، ولما نصت عليه المادة 735 ق.ا.ع فلا يكفي لانعقادها حصول الإيجاب والقبول، بل لا بد من تسليم الشيء محلها تسليمًا فعليًا⁽²⁰⁴³⁾. والتسليم يتم "باستيلاء المودع عنده على الشيء المودع استيلاء ماديًا، بعد أن يضع المودع الشيء تحت تصرفه في الزمان والمكان المعينين"⁽²⁰⁴⁴⁾. وقد جاء في الفقرة 2 من المادة 735 ق.ا.ع أنه "يحصل التسليم بمجرد التراضي، إذا كان الشيء موجودا من قبل بصفة أخرى بيد المودع عنده" ففي هذه الصورة وحدها يكفي الرضا دون التسليم. والواقع أن هذه الصورة لم يغن فيها الرضا عن التسليم بل إن التسليم فيها حاصل بالفعل لأن الشيء محل الوديعة، كان في حوز المودع عنده قبل إبرام الوديعة على وجه آخر غير الإيداع كالإيجار أو رهن الحيازة... ثم اتفق الطرفان على جعله في حيازته على سبيل الوديعة⁽²⁰⁴⁵⁾، فلو لم يكن تسلم الشيء محل الوديعة قد حصل لما انعقدت الوديعة، فعبرة المشرع توجي بأن الرضا في الصورة الواردة في النص يكفي وحده لانعقاد الوديعة، والحال أن الأمر ليس كذلك إذ التسليم حصل مسبقا فتمت به الوديعة⁽²⁰⁴⁶⁾، وهذا ما يعني أن التسليم ركن في الوديعة لا تنعقد بدونه، مثل بقية عقود التبرع أنفة الذكر، كما أنها مشترطة كذلك في بعض عقود المعاوضات.

الفقرة الثانية: العقود العوضية

يوجب المشرع في الرهن الحيازي⁽²⁰⁴⁷⁾ للمنقول التسليم؛ فلا ينعقد إلا إذا حصل التسليم للشيء محله إلى الدائن أو إلى أحد من الغير يتفق عليه المتعاقدان⁽²⁰⁴⁸⁾ عملا بالمادة 1118 ق.ا.ع، على أن التسليم قد يكون حكما، وذلك في حالة ما إذا كان الشيء محل الرهن تحت يد الدائن ففي هذه الصورة يكفي فيه مجرد رضى الطرفين، على أن يخطر الدائن الغير بإنشاء الرهن على الشيء، طبقا للفقرة 2 من المادة 1118 ق.ا.ع.

(2040) م 509 وما بعدها ق.ا.ع.

(2041) م 779 ق.ا.ع.

(2042) الأصل في حفظ الوديعة أن يكون مجانا طبقا للمادة 737 ق.ا.ع والفصل 1004 م.ا.ع لقد اقتضى النصان المذكوران أن الأصل في الوديعة أن تكون بلا عوض. لكن إذا اشترط ذلك المودع عنده أو فهم من ظروف الحال وعرف المكان أن المتعاقدين قصدا منحه أجرة على الوديعة فإنها تكون بأجر. كما تكون كذلك إذا كان المودع عنده اعتاد تسلم الودائع بأجر، وفي هذه الصورة الأخيرة تكون الوديعة بأجر بناء على قرينة قانونية. والوديعة إذا كانت بأجر فإنها تكون من عقود المعاوضة، فيلتزم المودع بدفع الأجرة، ويمكن أن يترتب في ذمته التزام برد المصروفات أو التعويض. السنيوري الوسيط مرجع سابق، ج 7 العقود التي ترد على العمل، مج 1، ص 677، و 678، ف 334.

Alain BENABENT, Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 3^{ème} éd, Paris, 1997, n° 713, p. 406 et 407.

وقد اعترض بعض الفقهاء على كون الوديعة بأجر، لأن كونها بأجر يصيرها إجارة خدمة، وقد رد هذا القول بوجود بعض الأعمال التي يتقاضى أصحابها مقابلًا لخدماتهم كالوكيل، وليس عمله داخلا في إجارة الخدمة. مويريس نخله، الكامل في شرح القانون المدني. دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوق، بيروت، 2007، ج 7، ص 272، ف 1255.

(2043) أحمدو ولد عبد الدائم، مرجع سابق، ص 122. جميلة لعماري، جميلة لعماري، أبعاد الإرادة العقدية في التشريعين المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني - عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 2001-2002، ص 271. مويريس نخله، مرجع سابق، ج 7، ص 269، ف 1252.

(2044) السنيوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاول والوديعة والوكالة والحراسة، مرجع سابق، ج 7، ص 1، ف 698، ص 350.

(2045) السنيوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 7، ص 1، ف 699 و 700، ف 351.

(2046) مويريس نخله، مرجع سابق، ج 7، ف 187، ف 1253.

(2047) يعبر المشرع الموريتاني في قانون الالتزامات والعقود عن الرهن الحيازي بالرهن الحيازي للمنقول (م 1114 وما بعدها). لكنه يعبر عنه في مدونة الحقوق العينية في العنوان وفي بعض النصوص (م 191 م.ح.ع.م) بـ "الرهن"، وهو نفس ما يعبر به عن الرهن العقاري الرسمي (م 216 م.ح.ع.م) الذي نظمه بموجب صدور هذه المدونة. في حين يعبر المشرع التونسي عن الأخير بالرهن العقاري وعن الأول برهن المنقول. والملاحظة تتعلق بالمشرع الموريتاني لعدم تمييزه في مدونة الحقوق العينية تمييزا مصلحيا دقيقا بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي لمنافاة ذلك لحسن الصنعة القانونية، نظرا لما يمكن أن يؤدي إليه من خلط المفاهيم وعدم ضبط الفوارق بينها. والأجد أن يورد أحكام رهن المنقول والعقاري الحيازيين تحت عنوان الرهن الحيازي، ويستعمل للرهن العقاري الرسمي الرهن الرسمي.

(2048) أحمدو ولد عبد الدائم، مرجع سابق ص 122. جميلة لعماري، مرجع سابق، ص 271.

وتسليم الشيء محل الرهن يكون ماديا أي يتم بشكل فعلي إذا كان الشيء ماديا. على أن تسليم الشيء المادي قد يكون في بعض الصور تسليما رمزيا، وذلك كتسليم مفاتيح المحل المغلق على الشيء محل الرهن⁽²⁰⁴⁹⁾، وجعله تحت تصرف الدائن في المخازن أو السفن التابعة له أو في مخازن وسفن وكيله بالعمولة أو في مستودعات الجمارك وفقا للمادة 1123 ق.ا.ع. وقد يحصل التسليم الرمزي كذلك بتسليم وثيقة شحن البضائع التي لم تصل إذا كانت مظهرة باسم الدائن أو لأمره وفقا لنفس النص (المادة 1123 ق.ا.ع.)، كما قد يحصل في رهن البضائع التي توجد في مخزن عمومي بتسليم توصيل المخزن للدائن مظهرا باسمه، أو لمن يأذن له منصوصا فيه على أنه للتوثقة، ومن تطبيقات هذه الصورة الأخيرة من التسليم الرمزي تسليم الواران⁽²⁰⁵⁰⁾. ولا يختلف الأمر بالنسبة للتسليم في الرهن الحيازي العقاري، فقد يكون تسليمه تسليما فعليا تنتقل بموجبه الحيازة للدائن أو لأحد من الغير يتفق عليه الطرفان، وقد يكون رمزيا وذلك في صورة رهن العقار المسجل على وجه الخصوص، إذ يمكن الاكتفاء بتسجيل الرهن الحيازي بالسجل العقاري، لأن ذلك يخول المرتهن إمكانية المطالبة بتسليمه تسليما ماديا⁽²⁰⁵¹⁾. والمدار في صورتى التسليم الحقيقي أو الرمزي أن يكون التخلي عن الأشياء "ظاهرا ظهورا كافيا"⁽²⁰⁵²⁾.

والتسليم في الرهن الحيازي، وإن كان يقوم بدور إشهاري، ويوفر الحماية للغير من خلال الإعلام بانتقال حيازة الشيء محل الرهن مما يعني أنه لم يعد من أملاك الراهن الحرة التي لا حقوق للغير عليها، فيأخذ الغير حذره ولا يجري تعاملات عليه، نظرا للحقوق المثلث بها⁽²⁰⁵³⁾، إلا أن هذا الغرض ثانوي تبقي ذلك أن الرهن لا يحتج به إزاء الغير بمجرد تسليمه، بل لا بد من تحرير الدين محله في ورقة رسمية أو عرفية⁽²⁰⁵⁴⁾، فربط المشرع الاحتجاج بالرهن إزاء الغير بالتسليم يعني أن التسليم ليس للإشهار، وإنما هو لغاية ائتمانية، وهي تسهيل الوفاء بالديون، ذلك أن الدائن المرتهن بإمكانه حبس الشيء محل الرهن إلى حين الوفاء بدينه⁽²⁰⁵⁵⁾، كما له عند عدم الوفاء بدينه، ولو كان عدم الوفاء جزئيا، أن يلجأ بعد انقضاء المدة المحددة قانونا إلى بيع الرهن وفق الطرق المحددة في المادة 1146 ق.ا.ع. فهذه الوسائل المخولة للدائن المرتهن توحى بأن الغرض من التسليم في الرهن الحيازي هو غرض ائتماني بالأساس.

(2049) محمد يحيى ولد عبد الودود ولد الصيام، الوجيز في الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 112.

(2050) خليفة الخروبي، قانون مدني، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 212 (هـ 4) والوران شهادة تثبت رهن البضاعة بمجرد التظهير لفائدة الدائن، وتتضمن نفس البيانات التي يتضمنها الوصل الذي يسلم للمودع في المخازن العمومية. علي كحلون، قانون التأمينات واستخلاص الديون الخاصة العامة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، تونس، 2011، ص 434. والوران يكون في معنى السند لأمر وذلك في صورة تضمنه تعهدا من الملتزم بدفع مبلغ لحامله أو لأمره تم تنظيمه لأول مرة في تونس بموجب الأمر المؤرخ في 22 فيفري 1900. وانظر:

Youssef KNANI, Droit commercial, les effets de commerce, le chèque le virment et la carte de paiement, C.P.U, 3^{ème} éd. revue et augmentée, Tunis, n° 215, p. 235 et 236.

(2051) محمد يحيى ولد عبد الودود ولد الصيام، الوجيز في الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 128 ونا بعدها.

(2052) السهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 10، ص 797، ف 545.

(2053) السهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 10، ص 789، ف 536.

(2054) م 1121 ق.ا.ع. والمادة 214 من مدونة الحقوق العينية

(2055) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 331، ف 236.

الخاتمة

لقد أظهر تحليل أحكام التسليم في العقود العينية أن هذا الموضوع يحتل موقعا مهما في النظرية العامة للعقد، لارتباطه المباشر بمسألة تكوين العقد، وتميز أركانه عن الآثار والالتزامات الناشئة عنه. فالتسليم، وإن كان يرتبط في أصله بواقعة مادية تتمثل في وضع الشيء تحت يد صاحبه، فقد اكتسب في بعض العقود قيمة قانونية خاصة، جعلت المشرع يربط به انعقاد العقد وتماهه. ومن ثم، فإن دراسة التسليم لا تنصرف إلى مجرد بيان كيفية انتقال الشيء من يد إلى أخرى، وإنما تمتد إلى تحديد طبيعته القانونية والوظائف التي يؤديها والغايات التي توخاها المشرع من اشتراطه.

وقد كشفت الدراسة، في ضوء أحكام التشريع الموريتاني، أن التسليم لا يتعارض مع الرضائية، وإنما يمثل استثناء تبرره اعتبارات تتصل بطبيعة بعض العقود وبالحماية والتوثق والائتمان. كما تبين أن تعدد صور التسليم، واختلاف آثاره باختلاف العقود، يؤكد أن التسليم ليس مفهوما جامدا، بل هو تقنية قانونية قابلة للتكيف مع طبيعة المال والعقد والغاية المقصودة، وبالمجل فقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

- التسليم في العقود العينية يختلف عن التسليم في العقود الرضائية؛ فهو في الأولى عنصر من عناصر تكوين العقد، بينما يكون في الثانية، في الأصل، التزاما ناشئا عن عقد انعقد صحيحا.
- لا يقتصر التسليم على صورته المادية المباشرة، بل يمكن أن يتحقق حكما بحسب طبيعة العقد والمال محل التسليم، مما يمنحه مرونة تتلاءم مع مختلف صور التعامل.
- أخذ المشرع الموريتاني بالتسليم كعنصر لازم في عدة عقود، من أبرزها الهبة والعارية والوديعة والرهن الحيازي، مع اختلاف الوظيفة التي يؤديها من عقد إلى آخر.
- يحقق التسليم وظائف متعددة تتجاوز مجرد نقل الحيازة، إذ يسهم في التوثق وحماية المتعاقدين وتعزيز الائتمان والثقة في المعاملات، وهو ما يفسر استمرار الأخذ به رغم سيادة مبدأ الرضائية.
- كما أوصت الدراسة بالتوصيات الآتية:
- توصي الدراسة بضرورة وضع تنظيم عام أكثر وضوحا للتسليم، يحدد مفهومه وصوره وآثاره، ويزيل ما قد يثور بشأنه من لبس.
- وتوصي كذلك بتوحيد المصطلحات التشريعية المرتبطة بالتسليم، ولا سيما مفاهيم التسليم والحوز والقبض والمناولة، وبيان الفروق القانونية بينها.
- وتقترح تحديد الحالات التي يمكن فيها أن يحل التسليم الحكمي محل التسليم الفعلي، خصوصا بالنسبة للأموال التي لا يتيسر تسليمها ماديا.
- وأخيرا ترى الدراسة ضرورة تعزيز الأحكام التشريعية المتعلقة بالعقود العينية، بما يساهم في توضيح الطبيعة القانونية للتسليم. والجزاء المترتب على تخلفه.
- ولا تنتهي أهمية الموضوع عند حدود ما تم بحثه، إذ تفتح أحكام التسليم مجالا لبحوث أخرى تتصل بموقعه ضمن نظرية العقد، وبمدى تأثير التطور التقني والتحول نحو المعاملات الإلكترونية في مفهوم التسليم وصوره، ولا سيما بالنسبة للأموال غير المادية والحقوق المعنوية...

قائمة المراجع

أولا: قائمة المراجع باللغة العربية

إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينة، الرهن الرسي، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، جامعة الكويت، ط 1، الكويت، 1993.

أحمد ولد عبد الدائم، النظرية العامة للالتزامات وفقا لأحكام قانون الالتزامات والعقود الموريتاني 1- المصادر الإرادية الطبعة 3، نواكشوط 2009.

جميلة لعماري، أبعاد الإرادة العقدية في التشريعين المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني- عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 2001-2002،
حاتم محمدي، التنازل عن الحق العيني، مركز النشر الجامعي، تونس 2011.
حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة بغداد، كلية القانون، 2004.
خليفة الخروبي:

- قانون مدني، العقود المسماة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 2، تونس، 2013.
- قانون مدني، التأمينات العينية والشخصية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، تونس 2014.
- "نقل الملكية في عقد البيع: أثر أم التزام"، المجلة القانونية التونسية 1997.
زهير الخبثاني، عقد الهبة في القانون التونسي مع مقارنته بالشريعة الإسلامية، الطبعة 1، تونس، 1988.
سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، ط 1، الإسكندرية، 2009.
عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، ج 1، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، (العقد الإرادة المنفردة) باعتناء محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت - كلية الحقوق - القانون الخاص، الكويت، 1982، مج 1. نظرية الالتزام، تحليل العقد.
عبد الرزاق أحمد النسهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، 1988:

- الجزء الأول/المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام،
- الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء
- الجزء الخامس، العقود التي ترد على الملكية،
- الجزء السادس/ المجلد الثاني، العقود التي ترد على الانتفاع بالشئ الإيجار والعارية.
- الجزء السابع، المجلد 1، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوديعة والوكالة والحراسة، مرجع سابق، ج 7، مج 1
- الجزء العاشر في التأمينات العينية والشخصية.
علي كحلون:

- قانون التأمينات واستخلاص الديون الخاصة العامة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، تونس، 2011.
- قانون التأمينات واستخلاص الديون الخاصة العامة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، تونس، 2011.
مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المجلد 1 مصادر الالتزام.
محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، ط 2، تونس، 2003.
موريس نخله، الكامل في شرح القانون المدني - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ج 7.
محمد يحيى ولد عبد الودود ولد الصيام، الوجيز في الحقوق العينية، نواكشوط 2020.
نذير بن عمو، «مجلة الحقوق العينية والتقنين التجاري»، خمسينية مجلة الحقوق العينية، تحت إشراف الأستاذ أحمد بن طالب، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، مخبر القانون المدني، مركز النشر الجامعي، تونس، 2017.
ثانيا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية

Alain BENABENT, Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 3^{ème} éd, Paris, 1997

Ibrahim NAJJAR, Ahmed ZAKI BADAOU, et Youssef CHELALAH, Dictionnaire juridique français-arabe, librairie du liban, 7^{ème} éd, 2000.

Christian LARROUME, Droit civil, t.3 les obligations le contrat, Economica 3^{ème} éd, Paris 1996.

Georges VERMELLE, Droit civil, les contrats spéciaux, D. 5^{ème} éd, Paris, 2006.

Mohmed MAHFOUDH, «Formalisme et théorie générale», in regards sur le formalisme en droit privé, Actes du colloque organisé par l'association tunisienne de droit privé les 9 – 10 – 11, décembre 2004 avec l'institut français de coopération, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, collection forum des juristes, Tunis – 2007

Mohmed charrfi, introduction à l'étude du droit, Sud Edition, quatrième éd. Tunis, 2011.

Nguyen TIEN DIEN, le formalisme en matière contractuelle dans les droit français et vietnamien, thèse de doctorat, Université Pantheon _ assa, 2011.

Philippe MALAURIE, **Laurent AYNÉS**, **Philippe STOFFEL-MUNCK**, Les obligations, paris, defrénois lextenso éditions, 5^{ème} éd, 2011.

Youssef KNANI, Droit commercial, les effets de commerce, le chèque le virment et la carte de paiement, C.P.U, 3^{ème} éd. revue et augmentée, Tunis