جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة كربلاء / كلية القانون

قسم القانون الخاص

التنظيم القانوني للأمانة غير العقدية

(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالب

علي عادل هاشم خالد

بإشراف

الدكتور عبد الله عبد الأمير طه العمّاري

أستاذ القانون المدني المساعد

٢٠٢٢ م ١٤٤٤ هـ

بِسْمِ اللَّـهِ الرَّحْمَـٰنِ الرَّحِيمِ

{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ}

صدق الله العليّ العظيم

[سورة الأنفال : الآية ٢٧]

إقرار المشرف

أشهد إن رسالة الماجستير الموسومة بـ (التنظيم القانوني للأمانة غير العقدية - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) المقدمة من قبل الطالب (**علي عادل هاشم**) الى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص قد جرت تحت اشرافي ورشحت للمناقشة ... مع التقدير ...

التوقيع :

الاسم : أ.م.د عبد الله عبد الأمير طه

الدرجة العلمية : أستاذ مساعد

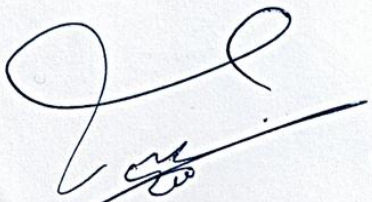
الاختصاص : القانون المدني

جامعة كربلاء - كلية القانون

إقرار المقوم اللغوي

أشهد اني قرأت رسالة الماجستير الموسومة بـ **(التنظيم القانوني للأمانة غير العقدية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي))** المقدمة من قبل الطالب (علي عادل هاشم) الى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء ، وقد وجدتها صالحة للمناقشة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية ، بعد ان اخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة .

مع التقدير ...



التوقيع

الاسم : أ.م.د سهيلة خطاف عبد الكريم

الاختصاص : لغة عربية / نحو.

التاريخ :٩/ ١/ ٢٠٢٢.

إقرار لجنة مناقشة ماجستير

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نُقر أننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (التنظيم القانوني للأمانة غير العقدية" دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي")،وناقشنا الطالب (علي عادل هاشم) في محتواها, وفيما له علاقة بها, ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (جيد جداً) .

التوقيع :

الاسم: أ.د. حيدر حسين كاظم

(رئيساً)

التاريخ: ٢ / ٦ / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. عمار كريم الفتلاوي

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م. د اشواق عبد الرسول

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. عبد الله عبد الامير طه

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / 2022

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع :

أ. د. باسم خليل نايل السعيدي

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ٢٦/ ٤ / 2022

الإهداء

إلى من اتخذه الإله نبياً وحبيباً

واصطفى أهل بيته للبرية مناراً

وأعدّ سميه الحجة قائداً ومخلصاً

الباحث

شكر وعرفان

اشكر خالقي الذي انعم علي بما يعجز لبي عن ادراكه وقلبي عن احساسه ولساني عن تعداده .

وإلى نور عيني وضياء بصري ابي وامي ، وإلى من شاركتني محن الحياة وكانت نعم العون في كل مرحلة من مراحل الدراسة ، وإلى ثمرات قلبي اولادي الأعزاء أتوجه لهم بكل الشكر والعرفان ، والى كل من لهم حق عليّ أتوجه لهم بجزيل الشكر والامتنان .

وإلى من تعجز الكلمات عن وصفهم ويطيب الجلوس في دروسهم وينهل الظمآن من علمهم اساتذتنا في كلية القانون / جامعة كربلاء نتوجه لهم باعلى مراتب الشكر والعرفان .

وإلى من وجدته مربيا ومعلما واستاذا وقدوة ، وإلى من كان نعم الناصح ونعم المعين ونعم المشرف استاذنا الدكتور (عبد الله عبد الأمير طه العمّاري) نتقدم له بكل الشكر والعرفان لما قدمه واجاد به .

وإلى اخوتي في الدراسة والمسير أتوجه لهم بخالص الشكر والتقدير ، وإلى زملائي في المرجع الالكتروني للمعلوماتية وفي جامعة كربلاء أتوجه لهم بأسمى معاني الشكر والعرفان .

واتوجه بالشكر الجزيل إلى مكتبة العتبة الحسينية والعباسية ومكتبة كلية القانون في جامعة كربلاء لما بذلوه من جهد وقدموه من تعاون منقطع النظير.

الباحث

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة	
	من	إلى
مقدمة	1	6
الفصل الاول **مفهوم الأمانة غير العقدية**	7	86
المبحث الاول : ماهية الأمانة غير العقدية	9	47
المطلب الاول : التعريف بالأمانة غير العقدية	9	26
الفرع الاول : تعريف الأمانة غير العقدية	10	22
الفرع الثاني : خصائص الامانة غير العقدية	22	26
المطلب الثاني : المصدر القانوني للأمانة غير العقدية وتمييزها عما يشتبه بها	27	47
الفرع الأول : المصدر القانوني للأمانة غير العقدية	27	36
الفرع الثاني : تمييز الأمانة غير العقدية عما يشتبه بها	36	47
المبحث الثاني : شروط وصور الأمانة غير العقدية	48	86
المطلب الأول : شروط الأمانة غير العقدية	48	68
الفرع الاول : الشروط العامة للأمانة غير العقدية	49	60
الفرع الثاني : الشروط الخاصة للأمانة غير العقدية	60	68
المطلب الثاني : صور الأمانة غير العقدية	68	86
الفرع الاول : القهر والغلط والجهل بالمالك	68	76
الفرع الثاني : اذن القانون (رخصة القانون)	76	86

الموضوع	الصفحة	
	من	إلى
الفصل الثاني احكام الأمانة غير العقدية	87	181
المبحث الاول : تطبيقات الأمانة غير العقدية في القانون	89	140
المطلب الأول : تطبيقات الأمانة غير العقدية في التصرفات والوقائع القانونية	89	115
الفرع الأول : تطبيقات الأمانة غير العقدية في التصرفات القانونية	90	104
الفرع الثاني : تطبيقات الأمانة غير العقدية في الوقائع القانونية	104	115
المطلب الثاني : تطبيقات الأمانة غير العقدية المتفرقة	115	140
الفرع الأول : تطبيقات الأمانة غير العقدية في الولاية	116	128
الفرع الثاني : تطبيقات الأمانة غير العقدية المسماة وغيرها (اللقطة والكنز والمعادن والاثار)	128	140
المبحث الثاني : آثار الأمانة غير العقدية	141	181
المطلب الاول : التزامات الأمين وصاحب الأمانة	141	165
الفرع الأول : التزامات الأمين	142	158
الفرع الثاني : التزامات صاحب الأمانة	158	165
المطلب الثاني : الضمان في الأمانة غير العقدية وطرق انتهائها	165	181
الفرع الأول : الضمان في الأمانة غير العقدية	165	173
الفرع الثاني : طرق انتهاء الأمانة غير العقدية	173	181
الخاتمة	182	186
قائمة المصادر والمراجع	187	202
الملخص باللغة الإنكليزية		

الملخص

تعد الأمانة غير العقدية من المال غير المضمون الذي وصل إلى يد الشخص من دون اذن المالك او من يقوم مقامه ، ويجب حفظها وردها لصاحبها ، وتتميز بانها تستند إلى القانون في إضفاء الشرعية عليها ؛ لان وضع اليد عليها لم يكن ناتجا عن اذن ورخصة صاحب الأمانة ، وبلا أي قصد اتفاقي بينهما .

ومصدر الأمانة غير العقدية في بعض مواردها بالكسب بلا سبب ، وبالقانون في موارد أخرى ، ولا يصح ان يكون مصدرها العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والحق العيني ، ورغم تشابه الأمانة غير العقدية مع بعض المفاهيم الأخرى لكنها تختلف في الكثير من الامور مما يجعلها كيانا مستقلا عن غيرها ، ولا تتحقق الأمانة غير العقدية ما لم تستوف كامل شروطها العامة او الخاصة ، وتنتج الأمانة غير العقدية عبر مجموعة من الصور ترجع بعضها إلى حالات خاصة منها كالقهر والغلط والجهل بالمالك ، وبعضها ترجع إلى اذن القانون ورخصته كالمال الذي يجب حفظه لمالكه والوقف الخالي من المتولي .

وتحظى الأمانة غير العقدية بالعديد من التطبيقات في القانون المدني العراقي والمقارن ، وترجع البعض من هذه التطبيقات إلى التصرف القانوني ، وبعضها إلى الوقائع القانونية ، فضلا عن التطبيقات المتفرقة الأخرى كالولاية واللقطة والكنز والمعادن والآثار .

واذا تحققت الأمانة غير العقدية فإنها تُلقي على عاتق الأمين وصاحب الامانة عدة التزامات ، ومن اهم التزامات الأمين هي حفظ الأمانة وردها إلى صاحبها ، اما اهم التزامات صاحب الأمانة فهي رد المصاريف والنفقات ، ودفع الأجرة ، والتعويض عن الضرر ، والاخطار والاخبار .

والاصل ان الأمين لا يضمن ما يصيب الأمانة من ضرر الا مع تحقق احد أسباب الضمان ، واهم هذه الأسباب هي التعدي والتفريط والتجهيل وعدم رد الأمانة دون حق والجحد والتهمة ، وان تحقق احد هذه الأسباب او عدم قيام الأمين او صاحب الأمانة بتنفيذ التزاماتهما يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية للطرف المتسبب .

والأمانة غير العقدية لا تبقى إلى الابد حيث انها تنتهي مع وجود احد هذه الأسباب وهي رد الأمانة وانقضاء الاجل وتملك الأمين للأمانة غير العقدية ، والرجوع عن الأمانة وهلاك المحل ، واستحالة الرد.

وتدور إشكالية البحث حول التنظيم القانوني للأمانة غير العقدية حيث ان المشرع العراقي وان كان قد تطرق لها في المادة (٤٢٦) والمادة (٩٥٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) الا انه لم يبين مفهومها ولم يعالج اغلب احكامها وهذا ما يدعونا الى إيجاد تنظيم قانوني لها يعالج مواضيعها ويضع نظرية عامة لها ويفرد لها احكام خاصة بالقانون المدني ، وسيتم معالجة الإشكالية عن طريق عمل دراسة تحليلية مقارنة في نصوص الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والمصري والاماراتي وبعض القوانين الأخرى المرتبطة بالموضوع .

المقدمة

المقدمة

الحمد لله على ما أنعم ، وله الشكر على ما الهم، والحمد لله الذي علمنا ما لم نكن نعلم ، ورفع عنا كل مبهم ، والصلاة والسلام على الصادق الامين والمبعوث رحمة للعالمين نبينا محمد وعلى اله الميامين .

تعد الأمانة من اسمى المعاني الإنسانية ؛ فوجودها يعكس نوعا من الوحدة والمحبة والاطمئنان والثقة بين افراد المجتمع في مختلف تعاملاتهم ، لذلك فان دراستها وبيان مواردها واحكامها يعد امرا مؤكدا لتدعيمها وتنظيمها والحث على رعايتها والاهتمام بها ، وفي هذا البحث سيتم تناول احدى الانواع المهمة في الأمانة وهي الأمانة غير العقدية ، وبيان ذلك يستلزم التعرض للأمور الآتية :

أولا - التعريف بموضوع البحث

يعد المال من العناصر غير اللصيقة بشخص الانسان وكيانه بل متعلق بذمته وتعاملاته لذلك فانه من الممكن ان نرى حصول الافتراق بين المال وصاحبه ، وهذا الافتراق تارة يكون بوسائل مشروعة واخرى يكون بوسائل غير مشروعة كالغصب والسرقة ، والوسائل المشروعة لانتقال المال اما ان تكون بنحو التملك كعقد الهبة حيث انها تنقل ملكية المال من الواهب إلى الموهوب له ، واما الا تكون بنحو التملك وهذه تنقسم إلى وسائل مشروع ارادية أي تلك التي تنقل الحيازة بإرادة الأطراف واتفاقهم كعقد الايداع والاعارة ، وإلى وسائل مشروعة لا ارادية أي بلا اتفاق بين الأطراف ، وتمتاز هذه الوسائل المشروعة اللاإرادية انها تحدث عن امر خارج عن اختيار صاحب المال وتصرفه كفعل الغير او الحادث الطبيعي ، وانما كانت مشروعة ؛ لأنها تنتج عن سبب صحيح يقره القانون رغم انه خارج عن إرادة صاحب المال كما في الولاية على مال الصغير التي منح فيها القانون لشخص غير المالك بالتصرف بأموال تعود لغيره بلا إرادة من ذلك الغير ، وكما في حائز اللقطة حيث يحق له التقاط المال واخذه رغم انه لا يعود له ولم يحصل على اذن من صاحبه ، وهذه هي يد الأمانة التي لم تنتج عن إرادة وعقد مع صاحب المال لذا كانت غير عقدية .

وتوصف الأمانة غير العقدية بالمشروعية على الرغم من انها لم تكن عن قصد وإرادة صحاب المال ؛ لأنها تستمد مشروعيتها من ذات النص الشرعي او القانوني الذي تناولها ، حيث ان الفقه الإسلامي والقانون قد تعرض إلى بيان جملة من مفاهيما واحكامها .

وتعد الأمانة غير العقدية مفهوما متميزا في القانون المدني حيث انها وان تداخلت - من حيث التشابه والاختلاف - مع العديد من المواضيع القانونية الأخرى كالأمانة العقدية والكسب بلا سبب والحيازة ، لكنها تمتاز بكيانها المستقل واحكامها الخاصة .

وحتى تكتمل الأمانة غير العقدية لابد ان تستوفي مجموعة شروط منها ان تكون من الأموال المشروعة المملوكة لغير الأمين ، وان تكون قد اخذت عن غير قصد التملك بعد حصول الاذن والرخصة من القانون بأخذها وانتفاء العقد بين الأطراف ، وتتحقق الأمانة غير العقدية في الواقع عبر عدة صور منها الغلط والقهر ورخصة القانون ، وقد تعرض القانون المدني للعديد من تطبيقات الأمانة

غير العقدية ، سواء تلك المتعلقة بالتصرفات والوقائع القانونية ام تلك المتعلقة بالولاية واللقطة والكنز وغيرها من الاحكام المتناثرة هنا او هناك في نصوص القانون المدني ، واذا تحققت الأمانة غير العقدية فإنها ترتب مجموعة الالتزامات على عاتق الأمين وصاحب الأمانة ، وتتعلق هذه الالتزامات أساسا بضرورة محافظة الامين على العين وردها إلى صاحبها ، وضرورة قيام صاحب الأمانة بالبحث عنها وتسلّمها ودفع مصاريفها واجرتها للأمين ، وتعويضه عما ينتج عنها من اضرار بحقه .

ومن جهة أخرى فان التزام الأمين بالمحافظة على العين ليس التزاما مطلقا ، فهو لا يضمن الهلاك او التلف الا مع توفر اسباب الضمان كالتعدي والتقصير ، وتعد أسباب الضمان واخلال الأمين او صاحب بالتزاماته سببا لقيام المسؤولية المدنية للأمانة غير العقدية والتعويض عنها .

واذا ما نفّذ اطراف الأمانة التزاماتهم ، وسلم الأمين غير العقدي الأمانة لصاحبها فإن ذلك يعتبر سببا أساسيا لانتهاء الأمانة غير العقدية ، وقد تنتهي أيضا لعدة أسباب أخرى منها اذا ما تلف او هلك موضوع الأمانة غير العقدية ، ومنها الرجوع عن الأمانة ، ومنها استحال ردها ، وكذلك فإنها تنتهي اذا تملكها الأمين .

ثانيا - أهمية موضوع البحث

للأمانة غير العقدية أهمية كبيرة من الناحية النظرية والعملية ، فمن الناحية النظرية انها تعد موضوعا أساسيا في القانون المدني لابد ان يحظى باهتمام كبير من حيث الدراسة والبحث ، ولازال العديد من مواضيعها يحتاج إلى أبحاث معمقة للوصول إلى ابعادها القانونية المختلفة ، لذلك فان البحث في الموضوعات غير العقدية عموما ، والأمانة غير العقدية بالخصوص يشكل إضافة نوعية للدراسات القانونية ، واثراء الخزين المعرفي بمثل هذه المواضيع المهمة خصوصا وانها تكاد تخلو من دراسة متخصصة في هذا النطاق .

وتتجسد الاهمية العملية للأمانة غير العقدية بان الكثير من الأوضاع القانونية التي تنتج في الحياة العملية لا يمكن تفسيرها وبيان احكامها الا من خلال الأمانة غير العقدية ، حيث ان احكام الالتزام والحقوق العينية لا تستطيع سد الفراغ الذي يتركه هذا النوع من الامانات ، فضلا عن ذلك فان الأمانة غير العقدية ترتبط مع الكثير من مواضيع القانون المدني بما تضمنته من احكام عملية مختلفة تكرر وقوعها في مناسبات كثيرة ، وهذا ما يستعدي البحث في موضوع الأمانة غير العقدية وبيان أحكامها وقواعدها وصورها وغير ذلك مما يرتبط بها .

ثالثا - أسباب اختيار موضوع البحث

اختيار هكذا مواضيع ؛ لتسليط الضوء على موضوع مهم في القانون المدني وهو الأمانة غير العقدية التي لم تلق الاهتمام الذي تستحقه ، حيث لا توجد دراسة مستلقة تبحث عن (التنظيم القانوني للأمانة غير العقدية) ، وانما تتمحور الدراسات القانونية في الأمانة العقدية عموما دون غير العقدية .

وكذلك فان من أسباب اختيارها سعة نطاق الأمانة غير العقدية وتداخلها مع الكثير من المواد في القانون المدني ، لذلك فان لها اثرا مهما في ميدان تقرير الحقوق والالتزامات ، فكان لابد من التعرض لتنظيمها وبيان احكامها .

رابعا - إشكالية البحث

تكمن إشكالية البحث في ان المشرع المدني العراقي تعرض لذكر الأمانة غير العقدية بشكل صريح في المادة (٤٢٦) التي نصت على ما يلي : " اذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد ، وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه " ، وتعرض أيضا لذكر الأمانة غير العقدية في الفقرة الأولى من المادة (٩٥٠) من القانون المدني العراقي حيث نصت على ما يلي : " الامانة هي المال الذي وصل إلى يد احد باذن من صاحبه حقيقة او حكماً، لا على وجه التمليك، وهي اما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار، او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد " ، ورغم هذا التعرض الصريح للأمانة غير العقدية في القانون المدني العراقي الا انه لم ينظمها بشكل واف ولم يضع نظرية عامة لها .

وبذلك فان الاشكالية تنطلق اساسا من نقطة جوهرية تتمثل في ان القانون المدني العراقي لم يعالج هذا النوع من الامانات بنظرية عامة من حيث المفهوم والاحكام ، فلم يتعرض لشروطها وصورها وبيان مصدرها وتميزها وتطبيقاتها وآثارها بشكل واضح وببيان كامل وموضوع محدد ، بل تناول بعض جزئياتها ضمنا في عدة نصوص متناثرة ومواضيع مختلفة .

وسوف يتم معالجة هذه الإشكالية من خلال دراسة اراء فقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة حوال هذا الموضوع ، وتتبع ما ذكروه من جزئيات حول الأمانة غير العقدية في مختلف مواضيع الفقه الإسلامي ، وكذلك القاء الضوء على الدراسات القانونية التي تخص الأمانة غير العقدية او تقترب منها للوصول الى معالجة سليمة لإشكالية البحث ، فضلا عن دراسة النصوص القانونية في القانون المدني العراقي والمقارن لبيان كيف تعامل المشرع مع هذا النوع من الامانات وما يمكن اضافته في هذا المجال للوصول الى قواعد تأسيسية تخص الأمانة غير العقدية تصلح ان كون نواة لتنظيم قانوني لها .

خامسا - منهجية البحث ونطاقه

تحتاج الدراسة إلى منهج علمي منضبط ، لذلك سيكون المنهج المعتمد في الدراسة هو المنهج المقارن المعتمد على التحليل الوصفي لمختلف الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية ولفقهاء القانون ، وكذلك تحليل النصوص القانونية المرتبطة بموضوع البحث ، عبر دراستها وبيان مواطن النقص والضعف والقوة فيها ، واستنتاج الاحكام منها ، للوصول إلى دراسة متكاملة حول الامانة غير العقدية .

وستتم المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ، من خلال التعرض للنصوص القرآنية والاحاديث الشريفة وآراء فقهاء المذاهب الإسلامية الخمسة الامامية والحنفية والمالكية والحنبلية والشافعية ، ومقارنتها بالقانون المدني العراقي والمصري والاماراتي للوصول إلى معالجة سليمة لمواضيع البحث ،

وعمل مقارنة بين الظواهر المتعلقة بالبحث العلمي للتعرف على اوجه الشبه والاختلاف، وتوظيف ذلك في إيجاد الحل المناسب لإشكالية البحث .

وفي هذه الرسالة فان الجانب التأصيلي كان حاضر وبقوة حيث ان الموضوع وان حضي بنص القانون المدني العراقي الا ان الدراسات المستقلة فيه تكاد تكون منعدمة مما دفعنا إلى تأسيس مباديء وقواعد أساسية تحكم الأمانة غير العقدية كضابطتها وعدم اجتماعها مع الأمانة العقدية وشروطها ومميزاتها وصورها وآثارها ، وتطبيقاتها في القانون المدني .

وفي نطاق البحث فان الدراسة لا تشمل كل ما يكون سببا لكسب الملكية ، فالأمانة لا تتحقق مع الملكية حيث ان كون اليد يد امانة تنفي كونها يد مالكة ، وكذلك فان الدراسة لا تشمل كل ما يكون سببا للضمان ؛ لان يد الضمان لا تنسجم مع يد الأمانة موضوع الدراسة .

وفي اطار الأمانة فان هذه الدراسة لا تشمل كل أنواع الامانات ؛ حيث ان للأمانة معنى واسع يشمل كل ما اؤتمن عليه الانسان من التكاليف والوطن والمقدسات والعهد والميثاق والأموال والودائع والعرض والزوجية والنفس والجوارح ، وانما تشمل امانة الأموال فقط .

وفي نطاق امانة الأموال فان هذه الدراسة لا تشمل ما كانت عن إرادة واتفاق بل تشمل الأمانة التي لم تنتج عن إرادة واتفاق بين الاطراف .

وتوجد للأمانة احكام باعتبارها صفة في الأشخاص كان يشترط في القاضي الأمانة ، وتوجد لها احكام باعتبارها شيئا ماليا يوجد عند الأمين ، وتقع الدراسة في النحو الثاني لا الأول ؛ لأنه خارج عن نطاقها .

وللوصول إلى غاية إقامة دراسة وافية حول التنظيم القانوني للأمانة غير العقدية سنعتمد في نطاق البحث على القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١)، والقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) ، وقانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة (١٩٨٥) ، وبعض القوانين الأخرى المرتبطة بالموضوع كقوانين الاثار ورعاية القاصرين والاحوال الشخصية والعقوبات في كل من العراق ومصر والامارات .

سادسا - خطة البحث

يقتضي التعرض للتنظيم القانوني للأمانة غير العقدية إلى تقسيم الرسالة إلى فصلين ، تسبقها مقدمة متعلقة ببيان موضوع البحث وبعض الأمور الأخرى ، وسيتم التعرض في الفصل الأول إلى بيان مفهوم الأمانة غير العقدية وذلك في مبحثين ، نبين في المبحث الأول ماهية الأمانة غير العقدية في مطلبين ، نتناول في المطلب الأول منه تعريف الأمانة غير العقدية وخصائصها ، وفي المطلب الثاني المصدر القانوني للأمانة غير العقدية وتمييزها ، اما في المبحث الثاني فسيتم فيه بيان شروط وصور الأمانة غير العقدية في مطلبين ، وسيكون المطلب الأول مخصص لبيان شروط الأمانة غير العقدية

العامة والخاصة ، والمطلب الثاني لبيان صور الأمانة غير العقدية من القهر والغلط والجهل بالمالك واذن القانون .

اما في الفصل الثاني فسيتم التعرض فيه إلى احكام الأمانة غير العقدية وذلك في مبحثين ، نخصص المبحث الأول منه إلى بيان تطبيقات الأمانة غير العقدية في القانون وذلك في مطلبين ، وسيتم التعرض في المطلب الأول إلى بيان تطبيقات الأمانة غير العقدية في التصرفات والوقائع القانونية ، اما المطلب الثاني فسيكون لتطبيقات الأمانة غير العقدية المتفرقة في الولاية والتطبيقات المسماة وغيرها (اللقطة والكنز والمعادن والآثار) ، وسيكون المبحث الثاني من هذا الفصل مخصص لبيان آثار الأمانة غير العقدية وذلك في مطلبين ، نتناول في المطلب الأول منه بيان التزامات الأمين وصاحب الأمانة ، وفي المطلب الثاني سيتم بيان ضمان في الأمانة غير العقدية وطرق انتهائها ، وبعد ذلك يُختم موضوع البحث ببيان خاتمة يتم التعرض فيها لأبرز واهم النتائج والتوصيات المتعلقة بموضوع البحث.

الفصل الأول

الفصل الأول

مفهوم الأمانة غير العقدية

تمهيد وتقسيم

تعدّ الأمانة غير العقدية من المواضيع التي وردت في الفقه الإسلامي والقانون المدني عموما ، ورغم ذلك فان مفهومها لم يكتمل بعد في العديد من جوانبه ، وهذا يقتضي بيان ضوابط تأسيسية تصلح ان تكون نواة لمفاهيم عامة تتحدث عن هذا النوع من الامانات ، وتتمحور هذه المفاهيم حول تعريف الأمانة غير العقدية في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والمقارن ، وبيان خصائها من حيث انها تعتمد على القانون او الشرع في أساسها ، وانها غير قصدية ، وتباينها مع الأمانة العقدية في التطبيق ، وانها غير مضمونة، فضلا عن بيان مصدرها وانها هل ترجع الى التصرف القانوني او الواقعة القانونية او القانون بوجه عام ، والتعرض لتمييزها عما يشتبه بها من أوضاع كالأمانة العقدية والحيازة ويد الضمان ، وبيان شروطها العامة والخاصة كقبض الأمانة غير العقدية وانعدام قصد التملك وكونها من الأموال التي يصح التعامل بها ، فضلا عن بيان صورها المختلفة الموزعة في اكثر من موضوع سواء تلك التي ترجع الى القهر والغلط والجهل بالمالك ام تلك التي ترجع الى رخصة القانون .

وبيان هذه المفاهيم هو محور هذا الفصل ، ويقتضي ذلك تتبع اراء فقهاء المسلمين من بين المصادر المعتبرة لدى المذاهب المختلفة ، وتحليل النصوص القانونية في القانون المدني العرقي والمقارن للوصول إلى نتائج صحيحة تصلح ان تكون قواعد تأسس لمفهوم عام للأمانة غير العقدية .

وللوصل إلى هذه الغاية سيتم تقسيم مفهوم الأمانة غير العقدية في مبحثين نتعرض في المبحث الأول إلى بيان ماهية الأمانة غير العقدية في مطلبين ، عبر التطرق لتعريفها وخصائصها في المطلب الأول ، وفي المطلب الثاني سنتناول مصدرها وتمييزها ، اما في المبحث الثاني فسيتم التعرض فيه إلى شروطها وصورها في مطلبين نخصص الأول منه للشرط والثاني للصور ، وكما يلي:

المبحث الاول : ماهية الأمانة غير العقدية .

المبحث الثاني : شروط وصور الأمانة غير العقدية .

المبحث الأول

ماهية الأمانة غير العقدية

صياغة أي مفهوم يقتضي التعرض لتعريفه ، وبيان خصائصه ، ومصدره ، وتمييزه عن غيره ، والأمانة غير العقدية واحدة من المواضيع المهمة التي تناولها الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ولكن من دون بيان وافٍ لمفهومها واحوالها .

وهذا يقتضي التعرض لصياغة مجموعة من المفاهيم المتعلقة بها والتي من ابرزها بيان تعريفها اللغوي والاصطلاحي ، وخصائصها المختلفة كالتي تتعلق بكون القانون أساسا لها وبضمانها وتباينها مع الأمانة العقدية في التطبيق وغيرها ، وكذلك بيان تطبيق هذا النوع من الامانات وهل هو من قبيل الإرادة المنفردة او العمل غير المشروع او الكسب بلا سبب او غير ذلك ، واستكمالا لمفهوم الأمانة غير العقدية كان لابد من تمييزها عما يشتبه بها من امور كتمييزها عن الحيازة والضمان والأمانة العقدية من حيث بيان التشابه والاختلاف بينهما .

وهذا ما سيتم التعرض له في مطلبين نتناول في الأول تعريف الأمانة غير العقدية وبيان خصائصها وفي المطلب الثاني مصدر الأمانة غير العقدية وتمييها عما يشتبه بها من أحوال ، وكما يلي:

المطلب الاول : التعريف بالأمانة غير العقدية .

المطلب الثاني : المصدر القانوني للأمانة غير العقدية وتمييزها عما يشتبه بها .

المطلب الأول

التعريف بالأمانة غير العقدية

تعدّ الأمانة غير العقدية احدى أنواع الامانات التي تعرض لها الفقه الإسلامي والقانون المدني ، وبيان هذا النوع من الامانات يقتضي إزالة الغموض عنها عبر تتبع تعريفها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والمقارن، وبيان خصائصها التي تتميز بها ، لذلك سيتم التعرض في هذا المطلب إلى تعريف الأمانة غير العقدية في الفرع الأول ، وخصائصها في الفرع الثاني ، وكما يلي :

الفرع الاول : تعريف الأمانة غير العقدية.

الفرع الثاني : خصائص الامانة غير العقدية .

الفرع الأول

تعريف الأمانة غير العقدية

عند تناول أي مفهوم لابد من التعرض للتعريف الذي سنتناوله من الناحية اللغوية والاصطلاحية ، وفي الجانب الاصطلاحي نبحث عنه في الفقه والقانون ، وكما يلي :

اولا - التعريف اللغوي للأمانة غير العقدية :

الأمانة غير العقدية مركب لغوي من لفظين الأول هو الأمانة والثاني هو العقد ، لذلك سنتعرض للكلمتين معاً :

اما الأمانة لغة فهي من الامن واصله طمأنينة النفس وزوال الخوف ، والامن والامانة والامان مصادر ، ويرد الامان والامن والامانة على معنيين :

١- سكون القلب [١] واسما للحالة التي يكون عليها الانسان في الأمن ، والامن نقيض الخوف ، وفي التنزيل : { وَآمَنَهُم مِّنْ خَوْفٍ } [٢] ، وامِن فلان يأمَنُ أَمْنا وأَمَنا [٣] .

٢- اسما لما يؤمن عليه الانسان ، نحو قوله تعالى {وتخونوا اماناتكم} [٤] أي ما ائتمنكم عليه ، وقوله تعالى {انا عرضنا الامانة على السماوات والارض} [٥] [٦]، ومن هنا فان الامين هو المؤتمن والموثوق وما يأمن الغير منه ولا يخافون غائلته [٧] ، قال تعالى : {إِنَّ الْمُتَّقِينَ فِي مَقَامٍ أَمِينٍ} [٨] .

والمعنى الثاني - الذي تكون فيه الامانة اسما لكل ما يؤتمن عليه الانسان ، وصاحبها يسمى بالأمين اي الذي نثق به ونطمأن لقوله ولا نُخوّنه - هو الاقرب للأمانة غير العقدية .

واما العقد لغة فهو الجمع بين اطراف الشي ، ويستعمل في الاجسام الصلبة كعقد الحبل والبناء ثم يستعار ذلك للمعاني كعقد البيع والهبة ، فيقال عاقدته وعقدته وتعاقدنا ، ومنه لفظ العقيدة وتسمية القلادة بالعقد ، وعقدة اللسان عندما يحتبس عن الكلام ، ويطلق العقد اسما لما يعقد كعقد النكاح ، قال

---

(١) احمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي ، معجم مقاييس اللغة ، ج١ ، بلا طبعة ، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٧٩، ص ١٣٣ .

(٢) سورة قريش ، الآية (٤) .

(٣) محمد بن مكرم بن علي بن منظور ، لسان العرب ، ج١ ، ط٣ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٩ ، ص ٢٢٣ .

(٤) سورة الانفال ، الآية (٢٧) .

(٥) سورة الاحزاب ، الآية (٧٢) .

(٦) الحسين بن محمد الراغب الاصفهاني ، المفردات في غريب القرآن ، بلا طبعة ، دار المعروف ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٠ .

(٧) محمد بن مكرم بن علي بن منظور ، مصدر سابق ، ج١ ، ص ٢٢٣ .

(٨) سورة الدخان ، الآية (٥١) .

تعالى : {عقدت ايمانكم} [١] [٢] وبواسطة العقد يتم ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا [٣] وغير العقد يعني انه لم يكن هنالك اجتماع بين الاطراف على الأمانة .

ثانيا - التعريف الاصطلاحي للأمانة غير العقدية :

ويكون البحث بتعريف الأمانة غير العقدية في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والمقارن ، وكما يلي :

١- تعريف الأمانة غير العقدية في الفقه الإسلامي :

يحتوي الفقه الإسلامي على تراث ضخم نتج من خمسة مذاهب رئيسة ، لذلك سيتم التعرض لتعريف الأمانة غير العقدية في هذه المذاهب الخمسة عبر النقاط الآتية :

أ - تعريف الأمانة غير العقدية في الفقه الامامي :

عرف الفقه الامامي الأمانة غير العقدية ، ونظم احكامها ، ولكن الفقهاء فيه لم يصطلحوا عليها كما هي التسمية التي ذكرناها في عنوان الدراسة ، وانما سموا الأمانة غير العقدية تسمية تتناسب مع احكام الشرع الإسلامي حيث ميزوا بين نوعين من الامانات ، الأولى هي الأمانة المالكية والتي تكون بإذن المالك كالوديعة والاجارة ، والثانية هي الأمانة الشرعية وهي التي لا تكون بإذن من المالك .

وان هذا تقسيم للأمانة إلى مالكية وشرعية ثابت في الفقه الامامي بضرورة الاجماع والفقه ؛ فوضع اليد على مال الغير اما عدواني أو إذني، والإذني إما من المالك أو من الشارع ، وليس في البين قسم رابع [٤] والأمانة المالكية قريبة من الأمانة العقدية غير مطابقة لها [٥] ، والأمانة الشرعية هي بعينها الأمانة غير عقدية .

وقد عرف بعض الفقهاء الأمانة الشرعية بانها " ما لم يكن الاستيلاء على العين ووضع اليد عليها باستئمان من المالك ولا إذْنٍ منه وقد صارت تحت يده لا على وجه العدوان، بل إمّا قهراً كما إذا أطارتها الريح أو جاء بها السيل مثلاً فصارت في يده، وإمّا بتسليم المالك لها بدون اطّلاع منهما، كما إذا اشترى صندوقاً فوجد فيه المشتري شيئاً من مال البائع بدون اطّلاعه، أو تَسلَّم البائع أو المشتري زائداً

(١) سورة النساء ، الآية (٣٣) .
(٢) الحسين بن محمد الراغب الاصفهاني ، المصدر السابق ، ص ٣٥٤.
(٣) علي بن محمد الشريف الجرجاني ، التعريفات ، ط١، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ١٢٤.
(٤) السيد عبد الأعلى السبزواري ، مدارك الاحكام في مسائل الحلال والحرام ، ج ١٨ ، ط١ ، دار التفسير ، قم ، ايران ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٠٣.
(٥) لما ستعرف من وجود بعض الحالات التي تفترق بها الامانة المالكية عن العقدية .

على حقّهما من جهة الغلط في الحساب، وإمّا برخصة من الشرع كاللقطة والضالّة وما ينتزع من يد السارق أو الغاصب من مال الغير حسبة للإيصال إلى صاحبه " [١] .

وعرفها البعض من الفقه بانها ما يكون التسليط فيها على المال بحكم الشارع ، كما في تسليط الولي على مال القاصر ، وكالتسليط على اللقطة ومجهول المالك وغير ذلك [٢] .

وعُرِفت كذلك : "بانها ما أُذن في حفظها من قبل الشارع لا المالك " [٣] .

وعُرِفت أيضا بانها : " وضع اليد على مال الغير على وجه شرعى بدون إذن المالك " [٤] .

ومن التعاريف أيضا : " هي ما يكون حصولها في يده [الامين] بغير اذن المالك ، لكنها غير مضمونة عليه لإذن الشارع في وضع اليد عليها إلى أن يردها على وجه " [٥] .

وعرفها جانب اخر من الفقه بانها ما اذن الشارع لا المالك في الاستيلاء عليها على نحو الائتمان كولاية الحاكم على أموال القاصرين او الغائبين ومجهول المالك [٦] .

يتضح مما سبق ما يلي :

- ان الفقه الامامي كان واضحا في تعامله مع الأمانة غير العقدية وبين احكامها ، وافرد لها موضوعا خاصا وتسمية معينة ، وتعرض لمواردها المختلفة .

- على الرغم من تعدد التعاريف الواردة في الفقه الامامي لكنها تدور حول محور مهم أساسه ان وضع اليد على الامانة بإذن الشارع لا المالك .

ب - تعريف الأمانة غير العقدية في الفقه الحنفي :

تناول الفقه الحنفي الامانة غير العقدية كنوع من أنواع الأمانة ، ويمكن ان نصل إلى تعريفها وجملة من مواردها من خلال تتبع ما مذكور عندهم ، فقد بين بعض الفقه بان الأمانة عموما اسم لما هو

(١) السيد علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، ط ١٧ ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، ٢٠١٨، ص ٢٠٢- ٢٠٣ .

(٢) الشيخ محمد حسين الاصفهاني ، الاجارة ، ط٢ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ايران ، ١٩٨٨ ، ص ٣٠ .

(٣) السيد عبد الله فضل الله فحص الحسيني ، الجواهر الفقهية في شرح الروضة البهية ، ج١١ ، ط١ ، دار الأضواء ، بيروت ، ٢٠١٢ ، ص٣٢٧.

(٤) السيد محمد جواد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، ج٦ ، بلا طبعة ، دار احياء التراث ، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص ٨ .

(٥) الشيخ يوسف البحراني ، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة ، ج٢١ ، بلا طبعة ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، ايران ، ١٩٨٧ ، ص ٤١١.

(٦) السيد علي عبد الحكيم الصافي، الضمان في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة لأسبابه ومجالاته في العقود) ، ط١ ، نشر المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، مطبعة نكار ، طهران ، ٢٠١٠ ، ص ٦٠.

غير مضمون ، فتشمل جميع الصور التي لا ضمان فيها كالعارية والموصى بخدمته في يد الموصى له بها ، وأشار إلى الأمانة غير العقدية بعد ذلك بقوله ان الأمانة تشمل ما اذا كان وضع اليد من غير قصد كما اذا هبت الريح في ثوب انسان فألقته في حجر غيره [١] فهي علم لما هو غير مضمون بسبب انتفاء القصدية عند وضع اليد على الشيء ، والملاحظ ان ابن عابدين وان أشار إلى الأمانة غير العقدية لكنه لم يسميها ولم يأت بتعريف جامع لها .

وقد تناول البعض الاخر الامانة غير العقدية عندما بين ان الضمان ينتفي مع اذن الشارع [٢] واذن الشارع هو احد صور الامانة غير العقدية .

وايضا تعرض لذكر الامانة غير العقدية بعضهم عندما بين ان الامانة اعم من العقدية فانها قد تكون بغير عقد ، وذكر ايضا ان الامانة قد تكون بقصد وقد تكون بغير قصد ، وبين ايضا ان الوديعة هي الاستحفاظ قصدا ، والامانة ما يقع في اليد من غير قصد [٣] وتميز هذا البيان بذكر تسمية الامانة غير العقدية بشكل صريح ، وذكره ايضا الجانب الغير قصدي في الامانة .

وتعرض البعض للأمانة غير العقدية عند ذكر اللقطة التي هي احد مواردها [٤] .

وبين البعض الاخر الامانة غير العقدية عند الحديث عن زول حكم الامانة العقدية بعزل الوديع وبقاء الشيء امانة في يده بأمانة اخرى غير عقدية وليست على سبيل التعدي والتملك [٥] .

مما تقدم يتبين لنا ان الفقه الحنفي تميز بالتسمية الصريحة لهذا النوع من الامانات بغير العقدية ، وتميز كذلك ببيان جملة من مواردها ، لكنه لم يفرد لها موضوعا خاصا وانما تناولها ضمنا وبشكل متناثر بين مواضيع الفقه المتعددة .

ج - تعريف الأمانة غير العقدية في الفقه الشافعي :

تناول الفقه الشافعي الأمانة غير العقدية ، وسماها بالشرعية ، ووضع قاعدة مفادها ان اثبات اليد

---

(١) العلامة علاء الدين محمد بن عابدين الدمشقي الحنفي ، قرة عين الاخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار ، ج٨ ، بلا طبعة ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ٤٦٥ .

(٢) كمال الدين محمد بن همام ، فتح القدير ، ج ٦ ، بلا طبعة ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠١٢ ، ص ١١٩.

(٣) العلامة عبد الرحمن بن محمد داماد افندي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، ج٢ ، بلا طبعة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص ٣٣٨ .

(٤) علاء الدين أبو بكر الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٦ ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٢٠١ .

(٥) احمد بن محمد أبو الحسين القدوري ، التجريد ، ج٦ ، ط ٢ ، دار السلام ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٠٧٨ .

على مال الغير من دون اذنه مضمون الا ان يدخل في قصد الأمانة [١] ، وما ذكروه فيه اشاره واضحة إلى الأمانة غير العقدية حيث انها اثبات اليد على مال الغير من دون اذن صاحب المال ولا تقتضي الضمان.

والأمانة الشرعية عند البكري هي التي اذن الشارع لا المالك بوضع اليد عليها لحفظها ، ويلتزم الأمين بالإعلام والرد والا فعليه الضمان [٢] وبين هذا التعريف غاية الأمانة غير العقدية وهي حفظها لمالكها.

وقسم بعض الفقه الامانات إلى اختيارية وشرعية ، وبين ان الامانة لا يجب ردها على الفور الا بنحو الثوب الذي تطيره الريح او موت المودِع او المودَع [٣] [٤] وعلى هذا فان الأمانة الشرعية هي نوع من الامانات التي لا ضمان فيها ، ويجب ردها على الفور.

وتعرض العديد من فقهاء الشافعية للأمانة غير العقدية عبر ذكر صورها ، ومن ذلك ما ورد من موارد الأمانة الشرعية هي اللقطة ، حيث انها لو تلفت في مدة التعريف لا تكون مضمونة على من التقطها [٥] ، وكذلك الاب بالنسبة الى مال الابن فانه مؤتمن عليه [٦] ومن الموارد أيضا ما اذا القت الريح ثوبا في دار انسان فيجب عليه حفظه واعلام صاحبه ان عرفه [٧] ومن الموارد ان المال الموجود الموجود تحت يد الوكيل بعد عزله يكون امانة شرعية للموكل [٨] .

ومما تقدم يمكن القول ان هذا الفقه وان ذكر الأمانة الشرعية وتعرض ضمنا إلى تعريفها وبيان ضوابطها وموارِدها الا انه أيضا لم يفرد لها موضوعا خاصا وانما تناولها في عدة مواضع كالإجارة والوديعة والضمان .

---

(١) ابو حامد محمد بن محمد الغزالي الشافعي الطوسي ، الوسيط في المذهب ، ج٤ ، ط١ ، دار السلام ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص ٢٩١ .

(٢) عثمان بن محمد شطا البكري ، إعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين ، ج٣ ، ط١ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٧، ص ١٣٧ .

(٣) بين هذا التعريف صورتين للأمانة غير العقدية هما الثوب الذي تطيره الريح وموت المودِع او المودَع ، وسياتي التعرض لصور الأمانة غير العقدية في المبحث الثاني من هذا الفصل .

(٤) صالح بن سراج الدين البلقيني ، التدريب في الفقه الشافعي (تدريب المبتدي وتهذيب المنتهي) ، ج ٢ ، ط١ ، دار القبلتين ، الرياض ، ٢٠١٢ ، ص ٤٠٥ .

(٥) عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي امام الحرمين ، نهاية المطلب في دراية المذهب ، ج ٨ ، ط١ ، دار المنهاج ، جدة ، السعودية ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٥٩ .

(٦) محيي الدين يحيى بن شرف النووي الشافعي ، المجموع في شرح المهذب ، ج ١٤ ، بلا طبعة ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٦ ، ص ١٦٦ .

(٧) الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي ، التهذيب في فقه الامام الشافعي ، ج ٤ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ص ٣٠٧ .

(٨) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الشافعي الطوسي ، المصدر السابق ، ص ٥١٥.

د - تعريف الأمانة غير العقدية في الفقه المالكي :

عند تتبع مصادر الفقه المالكي نجد ان جانبا من هذا الفقه قد ذكر الأمانة غير العقدية بشكل صريح وسماها بـ (الأمانة المستحقة من الشرع) وبين مضمونها ، والجانب الاخر من هذا الفقه وهم الاكثر اكتفوا بذكر مصاديق هذه الأمانة ومواردها .

وذكر بعض الفقه بانها الأمانة المستحقة من قبل الشرع كالوصي والملتقط ومن القت الريح ثوبا إلى بيته [١] .

وقال عنها البعض الاخر بانها الأمانة بمقتضى حكم الشرع ولم يتم قبضها بغير اذن المالك ما لم ينو اغتيالا وغصبا [٢] .

يتبين لنا من هذين التعريفين ان الأساس الذي اعتمد عليه هذا الفقه في الحكم على الأمانة بانها شرعية (غير عقدية) هو حكم الشريعة الإسلامية التي اذنت بوضع اليد على هذا المال وحفظه ورده لمالكه .

اما بالنسبة الى مصاديق الأمانة غير العقدية عند المالكية فهي عديدة منها :

اللقطة حيث ان من اخذ اللقطة على وجه الالتقاط فهي امانة عنده يجب حفظها وتعريفها [٣] .

ومنها مال اليتيم حيث انه امانة في يد من يليه ، ويجب عليه المحافظة عليه وعدم اهداره قال تعالى : {إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا} [٤] [٥] .

ومنها الولد في يد الغاصب من الامة لو ولدت عنده ، ومنها الثوب تلقيه الريح في دار شخص معين [٦].

[٦].

نستنتج مما سبق ان الأمانة غير العقدية لم تكن ببعيدة عن الفقه المالكي على مستوى التعريف وعلى مستوى المصداق ، ولكن يبقى الكلام انهم لم يفردوا لها موضوعا او عنوانا يخصها وانما وردت ضمنا في عدة أبواب فقهية كاللقطة والضمان .

---

(١) شهاب الدين احمد بن ادريس المالكي القرافي الشافعي ، الذخيرة ، ج١١ ، ط١ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٤ ، ص ٤١ .

(٢) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب المالكي ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، ج٦ ، ط٣ ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٩٢، ص ٢٨٢ .

(٣) محمد بن احمد بن رشيد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٤ ، بلا طبعة ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٩٣ .

(٤) سورة النساء ، الآية (١٠) .

(٥) محمد بن علي التميمي المازري ، شرح التلقين ، ج ٣ ، ط١ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص ٥٣.

(٦) شهاب الدين احمد بن ادريس المالكي القرافي الشافعي ، الذخيرة ، مصدر السابق ، ج٨ ، ص ٣٠٦.

هـ - تعريف الأمانة غير العقدية في الفقه الحنبلي :

لم يذكر فقهاء الحنابلة الأمانة غير العقدية بشكل صريح ، وانما ذكرت ضمنا وفي مواضيع متفرقة ، ومن ذلك ما ذكره بعض الفقه بانها ما استندت على اذن شرعي بالقبض وليس إلى اذن من صاحب المال كاللقطة ، لذلك فان القابض لا يضمن [١] وتناولها هذا الفقه أيضا حيث بين بان اليد التي لم يثبت لها الملك ولكن تضع يدها على مال الغير بناء على ولاية شرعية فان الضمان ينتفي عنها [٢] .

وأشار اليها العض الاخر من دون تسميتها حيث ذكر ان من الامانات التي لها حكم اللقطة تلك التي تحصل في اليد من دون رضا صاحبها ، ويجب المبادرة إلى ردها مع العلم بصاحبها والتمكن منه [٣] .

وذهب جانبا آخر منهم الى التعرض لها من دون التسمية أيضا عندما ذكر الأمانة التي تحصل من دون رضا صاحبها كاللقطة ومن اطارت الريح إلى داره ثوبا ، وهذه تجب المبادرة إلى ردها واعلام صاحبها بذلك مع العلم والتمكن من الرد [٤].

ومما ذكره الأحناف أيضا للأمانة الغير العقدية ما في يد الاب والوصي وامين الحكام من أموال المحجور عليهم [٥].

وأيضا فان الوديعة بعد وفاة المودع تعد من الأمانة غير العقدية وعلى الورثة اعلام صاحبها وتمكينه منها والا فعليهم الضمان [٦] .

ومما ذكر يمكن القول ان الفقه الحنبلي وان عرف الأمانة غير العقدية واطلق عليها تسمية (الشرعية) الا انها لم تكن مشبعة بالبحث من حيث المفهوم في كتبهم وانما ركزوا على ذكر مواردها ومصاديقها .

٢- تعريف الأمانة غير العقدية في القانون :

لكي نبين الامانة غير العقدية في القانون لابد ان نتناولها اولا في اطار الفقه القانوني وثانيا في اطار التشريع المدني ، وكما يلي :

(١) عبد الرحمن احمد بن رجب الحنبلي ، القواعد الفقهية ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص ٧٣ .
(٢) المصدر نفسه ، ص ٢٥٢ .
(٣) علاء الدين علي بن سليمان المرداوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج١٦ ، ط ١ ، هجر ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٦٠ .
(٤) ابو النجا موسى بن احمد الحجاوي المقدسي ، الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل ، ج٢ ، بلا طبعة ، دار المعرفة ، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص ٣٨٣ .
(٥) عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي ، الشرح الكبير على المقنع ، ج ١٣ ، ط١ ، هجر للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٥٣٨ .
(٦) المصدر نفسه ، ج ١٦ ، ص ٦١.

أ - الامانة غير العقدية في اطار الفقه القانوني :

عند البحث في اراء فقهاء القانون نجد انهم وبالأعم الاغلب لم يتطرقوا بشكل واضح إلى الامانة غير العقدية وانما ذكروها ضمنا وبتطبيقات متعددة .

ومن ذلك نجد ان بعض الفقه قد تعرض إلى جملة من موارد الأمانة غير العقدية من دون ان يصرح او يشير اليها وانما ذكر انه لا يمكن ان ينطبق عليها عقد الوديعة لأنه لا يوجد التزام بالحفظ صراحة او ضمنا كأن تم تخصيص مكانا او كرجا للحفظ ، ومما ذكره بهذا الخصوص عندما يترك الخادم امتعته في منزل مخدومه ، او عندما يضع الشخص معطفه او مضلته او عصاه في منزل يزوره او مطعم او مقهى يرتاده او صالون للحلاقة يدخل فيه [١] وانما كنت هذه الامثلة من تطبيقات الامانة غير العقدية لما سيأتي من انطباق شروط هذه الامانة عليها .

ومع ذلك فان عدم التفات اغلب الفقه القانوني إلى تعريف الامانة غير العقدية لا يعني انهم لم يتعرضوا إلى تعريف الامانة بشكل عام ، فهنالك من عرف الامانة عند البحث في احكام ضمان اليد فربط بين القبض والضمان وتعريف الامانة ، فقبض الامانة هو الذي لا يضمنه القابض الا في حالة التعدي او التقصير في الحفظ ، كالعارية في يد المستعير ، والوديعة في يد المودع لديه ، والماجور في يد المستأجر ، بخلاف قبض الضمان الذي يكون فيه القابض ضامنا لما قبضه كالمغصوب في يد الغاصب ، والمبيع في يد المشتري [٢] .

وعرفت الامانة كذلك بانها كل يد على ملك الغير لا يستوجب القانون ضمانها [٣] والملاحظ على هذا التعريف ان ما ذكر فيه من عدم الضمان ينطبق على الامانة غير العقدية .

واذا كان اغلب الفقه القانوني لم يتطرق إلى تعريف الامانة غير العقدية الا اننا نجد جانبا منه قد تعرض لتعريفها ، ومن ذلك بانها الامانة التي تحصل عندما يحوز الامين المال دون علم من المالك مع اذن الشارع للأمين بحيازة المال كما هو الحال لو اطار الهواء الثوب فوقع عند الغير فهذه حيازة شرعية لا مالكية [٤] والملاحظ على هذا التعريف تأثره بالفقه الامامي بشكل واضح ، وهذا مسلك سليم لان الفقه الفقه الامامي قد عرف ومنذ سنين طوال هذا النوع من الامانات بشكل واضح فكان لابد من ادخاله في الدراسات القانونية خصوصا وانها لم تستوفيه من كافة الجوانب .

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٧ ، المجلد الاول ، بلا طبعة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٦٤ ، ص ٦٧٨-٦٧٩ .

(٢) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، ط١ ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٩٤، ص ٥٦٨ .

(٣) د. ليلى عبد الله سعيد ، يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، بحث منشور في حولية كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية ، جامعة قطر ، العدد ١٥ ، ١٩٩٧ ، ص ٣٣٥ .

(٤) د. عادل شمران ، قاعدة عدم ضمان الأمين في الفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة الثانية ، العدد ٣ ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٠ ، ص ١٢٨ .

ومن التعريفات الاخرى بانها ما اذن الشارع لا المالك بالاستيلاء عليها كولاية الحاكم التي تكون على اموال القاصرين ، او ولايته على مجهول المالك واموال الغائبين ، والثوب الذي القته الريح في دار رجل [١] والملاحظ على هذا التعريف انه مقتبس من الفقه الاسلامي ، والفاظه اقرب إلى الصياغة الفقهية الاسلامية منها إلى لغة القانون ، ولم يكن جامعا لكل انواع الامانة غير عقدية .

ب - الامانة غير العقدية في اطار التشريع المدني :

عند الرجوع إلى مجلة الاحكام العدلية الملغية - التي تعد مصدرا اساسيا لأغلب القوانين العربية - نجد انها قد تطرقت بشكل صريح إلى موضوع الامانة وقسمتها إلى عقدية وغير عقدية وذكرت بعض الامثلة عليها ، حيث نصت المادة (٧٦٢) على ما يلي : " الامانة : هي الشيء الموجود عند الامين ، سواء اجعل امانة بقصد الاستحفاظ كالوديعة ام كان امانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار ، او صار امانة في يد الشخص بدون عقد ولا قصد ، كما لو القت الريح في دار احد مال جاره فحيث كان ذلك بدون عقد فلا يكون وديعة بل امانة فقط " [٢].

والملاحظ على هذا التعريف ما يلي :

- ان ما ذكر عن الامانة في المجلة معتمد وبشكل اساسي على الفقه الاسلامي ؛ لان المجلة كما هو معلوم وضعت اعتمادا على اراء الفقه الحنفي ، وانما ذكرناه هنا لان المجلة كانت قانونا نافذا في الدولة العثمانية .

- ان ما ذكرته المجلة حول الأمانة غير العقدية كان فيما بعد الاساس الذي اعتمد عليه القانون المدني العراقي .

هذا على مستوى المجلة اما على مستوى القانون المدني العراقي والمقارن فقد تأثر المشرع العراق والاماراتي في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بيد الأمانة وتطبيق احكامها، وانعكس ذلك على تشريعاتهما ، ولم يتأثر المشرع المصري كثيرا بهذا الموضوع .

---

(١) د. احمد حافظ موسى ، الضمان في عقود المعاملات وتطبيقاته المعاصرة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية الدراسات العليا ، الجامعة الاردنية ، الاردن ، ٢٠٠٥ ، ص ٣١ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية الملغية - الكتاب السادس (في الأمانات) ، ص١٤٤ .

وتطرقت المجلة إلى احكام الامانة في عدة مواد منها المادة (٧٧٧) من المجلة التي تنص على ما يلي : " الوديعة امانة بيد المستودع بناءً عليه اذا هلكت او فقدت بدون صنع المستودع وتعديه وتقصيره في الحفظ لا يلزم الضمان .فقط اذا اودعت باجرة لاجل الحفظ وهلكت بسبب ممكن التحرز كالسرقة تكون مضمونة.مثلا اذا سقطت الساعة المودعة في يد رجل قضاءً وانكسرت لا يلزم الضمان واما اذا وطئها برجله او سقط من يده شيءٌ عليها وانكسرت لزم الضمان . كذلك اذا اعطى رجلٌ لآخر اجرة لأجل إيداع وحفظ ماله ثم فقد ذلك المال بسبب ممكن التحرز كالسرقة لزم الضمان على المستودع" .

انظر : مجلة الأحكام العدلية الملغية ، الفصل الثاني (في أحكام الوديعة وضمانها) ، ص ١٤٨.

ومنها المادة (٨١٣) من المجلة التي تنص على ما يلي : " العارية امانة في يد المستعير فاذا هلكت او ضاعت او نقصت قيمتها بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان "

انظر : مجلة الأحكام العدلية الملغية، الفصل الثاني (في أحكام العارية وضمانها) ، ص ١٥٥.

ويمكن تقسم هذه القوانين من حيث تناولها للأمانة غير العقدية إلى عدة اتجاهات هي :

الاتجاه التشريعي الأول : وهو اضعف اتجاه في التعرض لموضوع الأمانة غير العقدية ، وهو اتجاه القانون المدني المصري الذي لم ينص على تعريف الأمانة عقدية كان او غير عقدية ولم يشر إلى موضوع يد الأمانة ويد الضمان ، وانما تطبق القواعد العامة في هذا المجال .

الاتجاه التشريعي الثاني : وهو يمثل مرتبة اعلى من الاتجاه الأول في تناوله لموضوع الأمانة ولكنه لم يدخل في تقسيمها إلى عقدية وغير عقدية ولم يتعرض للكثير من احكامها ، وهو اتجاه قانون المعاملات المدنية الاماراتي ، حيث نصت المادة (٩٦٦) منه ما يلي : " الوديعة أمانة في يد المودع عنده وعليه ضمانها إذا هلكت بتعديه أو بتقصيره في حفظها ما لم يتفق على غير ذلك" ، ونصت المادة (٣٠٩) منه على ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال " ، ونصت المادة منه (١٠٠٢) على ما يلي : " المال في يد الحارس أمانة ولا يجوز له أن يتجاوز في مهمته الحدود المرسومة له وإلا كان ضامناً ".

الاتجاه التشريعي الثالث : وهذا الاتجاه اكثر تناولا لموضوع الأمانة غير العقدية من غيره ، وعَرَف تقسيم الأمانة إلى عقدية وغير عقدية ، وتعرض لجانب مهم من احكامها ، وهو اتجاه القانون المدني العراقي حيث نصت المادة (٩٥٠) منه على ما يلي : " ١ - الامانة هي المال الذي وصل إلى يد احد باذن من صاحبه حقيقة او حكماً، لا على وجه التمليك، وهي اما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار، او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد. ٢ - والامانة غير مضمونة على الامين بالهلاك، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه ام لا، وانما يضمنها اذا هلكت بصنعه او بتعد او تقصير منه" [١] ، وكذلك المادة (٤٢٦) منه حيث نصت على ما يلي : "اذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه " .

ومما تقدم يتبين لنا ان القانون المدني العراقي قسم الأمانة وأشار إلى نوعين منها في المادة (٩٥٠) من القانون المدني احدهما تقوم على اذن المالك الصريح وهي الأمانة العقدية ، والأخرى تقوم على اذن المالك الضمني وهي الأمانة غير العقدية ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي على الرغم من تناوله يد الأمانة وضمانها إلى انه لم يقسم الأمانة إلى عقدية وغير عقدية فضلا عن تناول تعريفها ، اما القانون المدني المصري فقد كان ابعد من ذلك كما تقدم .

---

(١) تعرض المشرع العراقي للأمانة العقدية أيضا في عدة مواد منها المادة (٨٥٧) حيث نصت على ما يلي : " العارية امانة في يد المستعير فان هلكت او ضاعت او نقصت قيمتها بلا تعد منه ولا تقصير لا يلزمه الضمان" ، والمادة (٧٧٣) التي نصت على ما يلي : " يبقى المأجور امانة في يد المستأجر عند انقضاء الاجارة كما كان اثناءها، فإذا استعمله المستأجر بعد انقضاء الاجارة وتلف ضمن، وكذلك لو طلبه المؤجر عند انقضاء الاجارة من المستأجر فأمسكه دون حق ثم تلف ضمن" .

ويمكن تعريف الأمانة غير العقدية بانها : المال غير المضمون من دون تعد وتقصير الذي وصل إلى يد الشخص من دون اذن المالك او من يقوم مقامه ، ويجب حفظها وردها لصاحبها .

و(المال) إشارة إلى انه يجب ان يكون محل الأمانة غير العقدية مما يتمول ، اما (غير المضمون) ففيه بيان لحقيقتها وانها من أنواع الامانات ، و(الوصول) اعم من ان يكون بالقهر والغلبة او الغلط او اذن القانون او غيره ، و(يد الشخص) فيه بيان ان الأمانة غير العقدية لا تتحقق الا اذا دخلت في حيازة الشخص ، و(من دون اذن المالك او من يقوم مقامه) اخراج للأمانة العقدية القائمة على اذن المالك ، و(يجب حفظها وردها لصاحبها) إشارة إلى اثار هذه الأمانة .

ولا بد من الإشارة إلى ان الأمانة غير العقدية تتميز بعدم وجود تسمية موحدة لها على مستوى الفقه الإسلامي والقانون ، حيث اطلق عليها العديد من التسميات منها :

١- الامانة الشرعية [١] : مقابل المالكية التي تكون باستئمان من المالك وإذنه ؛ سواء كان عنوان عمله ممحّضاً في ذلك كالوديعة، ام بتبع عنوان آخر مقصود بالذات كما في الرهن والعارية والإجارة والمضاربة، فإنّ العين فيها أمانة مالكيّة ؛ حيث أنّ المالك قد سلمها إليه وتركها بيده من دون مراقبة منه، وجعل حفظها على عهدته ، اما الأمانة الشرعية فهي التي لم يكن الاستيلاء عليها ووضع اليد باستئمان وإذن من المالك [٢] .

٢- الامانة المأذونة من الشارع : أي التي حصل ترخيص من الشارع بوضع اليد عليها ، مقابل الأمانة المأذونة من قبل المالك [٣] [٤] .

٣- الأمانة المستحقة من الشرع [٥] : أي التي اذن الشارع بوضع اليد عليها وحفظها [٦] واستحقت ان يكون امانة بترخيص من الشارع .

٤- الامانة من دون رضا صاحبها [٧] : أي ان مالك الأمانة لم يكن له دور في تحققها .

٥- الأمانة غير القصدية [٨] : فمالكها لم يقصد تحقيق الأمانة بل حصلت بعنوان الاذن من الشارع .

---

(١) تعد هذه التسمية هي الاكثر شهرة خصوصا في الفقه الامامي .
(٢) الشيخ محمد رضا نكونام ، تحرير التحرير ، ج٣ ، ط١ ، ظهور شفق ، قم ، ايران ، ٢٠٠٧ ، ص ٧٩ .
(٣) السيد محمد حسن البجنوردي ، القواعد الفقهية ، ج٢ ، ط١ ، الهادي ، قم ، ايران ، ١٩٩٩، ص ١٣ .
(٤) د. خالد ملاوي ، اثر التهمة في تضمين يد الأمانة في الفقه المالكي ، بحث منشور في مجلة الحقيقة ، جامعة ادرار ، عدد ٤٣ ، ٢٠١٨ ، ص ١٤٢.
(٥) شهاب الدين احمد بن ادريس المالكي القرافي الشافعي ، الذخيرة ، مصدر السابق ، ج١١ ، ص ٤١ .
(٦) عثمان بن محمد شطا البكري ، المصدر السابق ، ص ١٣٧ .
(٧) وردت هذه التسمية في الفقه الحنبلي حيث ذكر المرداوي : "إذا حصل في يده أمانة بدون رضا صاحبها، وجبت المبادرة إلى ردها، مع العلم بصاحبها والتمكن منه، ودخل في ذلك اللقطة.وكذا الوديعة، والمضاربة، والرهن، ونحوها ". انظر: علاء الدين علي بن سليمان المرداوي ، المصدر السابق ، ج١٦ ، ص ٦٠ .
(٨) العلامة علاء الدين محمد بن عابدين الدمشقي الحنفي ، المصدر السابق ، ص ٤٦٥ .

٦- الأمانة غير العقدية : وهي التسمية التي اعتمدناها ، وأشار اليها جانبا من الفقه [١] .

وفي القانون العراقي سماها تارة بغير القصدية وأخرى بغير العقدية ، وهذا ما جاء في المادة (١/٩٥٠) حيث نصت في اطار اكلام عن الأمانة على ما يلي : "... وهي اما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار، او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد" وكذلك المادة (٤٢٦) من القانون المدني العراقي التي نصت على ما يلي : "اذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه " .

والملاحظ على تسمية القانون المدني العراقي ما يلي :

- انه اقتبسها من الفقه الحنفي اما الفقه الامامي والمالكي والشافعي والحنبلي فقد شاعت عندهم تسميتها بالامانة الشرعية او الفاظ قريبة من ذلك ، ومع ذلك فان تسمية الأمانة الشرعية كذلك لم تكن بعيدة عن الفقه الحنفي إضافة إلى غير العقدية وغير القصدية .

- ان القانون المدني العراقي في المادة (١/٩٥٠) ذكر تسميتين لها وهي غير عقدية وغير قصدية ، اما في المادة (٤٢٦) فقد ذكر تسمية واحدة لها وهي غير العقدية .

ومهما يكن من اختلاف بالتسمية فان كل منها تشير إلى معنى وخصيصة معينة لهذا النوع من الامانات.

واطراف الأمانة غير العقدية هما الأمين وصاحب الأمانة ، وسيتم التعرض لهما كما يلي :

١- الامين : وهو الشخص الذي يضع يده على الشيء محل الامانة غير العقدية لسبب من الاسباب المشروعة ، من دون ان يوجد ما يدل على الضمان [٢] .

ونلاحظ ان الامانة غير العقدية اذا كانت بنص القانون فان القانون هو الذي يحدد الشخص الامين وشروطه ، وهل تعتبر فيه الاهلية الكاملة ام تكفي اهلية الادارة ومن امثلة ذلك الولي والقيم ، اما اذا كانت الامانة غير العقدية بسبب الظرف الطبيعي فانها قد تقع بيد شخص يتمتع بالاهلية الكاملة ، وقد تقع بيد ناقص او عديم الاهلية فهنا يقوم الولي مقامه في تحمل الامانة .

٢- صاحب الأمانة : هو مالك الشيء او من له حق عليه ، وبسبب الامانة غير العقدية فقد حقه او حدث فيه نقص او خلل .

ولا تشترط الاهلية فيه ؛ لان الامانة قد تكون تابعة لقاصر او مجنون او غائب او مفقود .

ولا يشترط معرفة وتشخيص صاحب الأمانة لكي تتحقق الأمانة غير العقدية ، حيث تطبق الامانة غير العقدية ولو كان الطرف الاخر مجهولا لمن اخذ الشيء امانة ، بل ان الحالة الغالبة هي ان

(١) العلامة عبد الرحمن بن محمد داماد افندي ، المصدر السابق ، ص ٣٣٨ .
(٢) الشيخ علي محمد الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، بلا طبعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٧٩.

يجهل الامين صاحب الامانة ، وهذا بخلاف الأمانة العقدية التي يعتبر فيها الايجاب والقبول بين الطرفين وتشخيص كل منهما بشكل واضح .

وقد يحدث ان يكون صاحب الأمانة غير العقدية شخص ومن تسبب بضياع الأمانة او فقدها شخص اخر ، وهذه تكون في حالتين :

١- اذا كان من تسبب بضياع الشيء او فقده نائبا عن المالك بمقتضى نيابة قانونية او اتفاقية [١] ، فالوكيل الذي يتصرف في اموال الموكل قد يعطي اكثر من المحدد في العقد او يعطي شيئا اخر غير ما تم الاتفاق عليه للطرف الاخر ، او يتسبب في ضياع اموال الموكل ، فالأمانة غير العقدية في هذه الامثلة حدثت بسبب تصرف الوكيل ومن دون ان يكون للموكل او صاحب الامانة يد في ذلك .

٢- اذا كان مأذونا له من المالك باستعمال الشيء بمقتضى عقد معين كالإعارة [٢] ، فلو قام المستعير بفعل ادى إلى ضياع الشيء او فقده ، فهنا تكون قد تحققت الامانة غير العقدية لمن عثر على الشيء او وقع في يده بسبب تصرف المستعير وليس المالك .

ونلاحظ في هاتين الحالتين ان صاحب الأمانة غير المتسبب بحدوث الامانة غير العقدية ، ويبقى المتسبب مسؤول امام صاحب الأمانة اذا وجد لذلك سببا .

الفرع الثاني

خصائص الأمانة غير العقدية

تتميز الأمانة غير العقدية بمجموعة خصائص تميزها تارة عن غير الامانات ، وتميزها تارة أخرى عن الأمانة العقدية ، ويمكن اجمال ابرز هذه الخصائص كما يلي :

أولا - ان أساسها القانون او الشرع :

---

(١) النيابة هي حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل في ابرام عقد تنصرف اثاره من حقوق والتزامات إلى الاصيل دون المرور بالنائب ، وهي تنقسم إلى قانونية ومن صورها القضائية ونيابة اتفاقية .
والنيابة القانونية هي التي يكون مصدرها القانون كولاية الاب المنصوص عليها بالمادة (١٠٢) من القانون المدني العراقي ، او المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) التي تعد مقيدة لنص القانون المدني ، وقد تكون النيابة بتعيين القاضي للوصي على الصغير ، والقانون والقضاء هو الذي يحدد مدى ونطاق هذه النيابة .
اما النيابة الاتفاقية فهي التي يكون مصدرها الاتفاق والارادة ، وعرف القانون المدني العراقي الوكالة في المادة (٩٢٧) بانها : "عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"
انظر : د. احمد عبد الحسين كاظم الياسري ، التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد (دراسة مقارنة بين القانون العراقي القانون المدني المصري) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية ، جامعة بابل ، المجلد ٨ ، العدد ٤ ، ٢٠١٦، ص ٧٠١ .
(٢) عرف القانون المدني العراقي في المادة (٨٤٧) الاعارة بانها : " الاعارة عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على ان يرده بعد الاستعمال ولا تتم الاعارة الا بالقبض ".

من خصائص هذا النوع من الامانات انها ثابتة بحكم القانون ، أي ان أساسها القانون ، وهو من اضفى الشرعية على جواز اخذها .

وتأييدا لهذا الامر فان القانون المدني العراقي نص في المادة (١/٩٥٠) على ما يلي : " الامانة هي المال الذي وصل إلى يد احد بإذن من صاحبه حقيقة او حكماً، لا على وجه التمليك، وهي اما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار، او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد " ومن هذا النص نجد ان المشرع العراقي اضفى صفة الأمانة إلى الشيء الذي انتقل بلا عقد ولا قصد ، ومن ثم فان الأمانة غير العقدية تستند إلى القانون وهو الذي يمنح لها هذه الصفة ، ولم يرد نص مشابه في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي يشترط حصول الاذن من المالك او الشارع في الأمانة ؛ لان هذين القانونين لم يرد فيهما نص صريح يبين تقسيم الامانة إلى عقدية وغير عقدية ، نعم يفهم ضمنا وجود هذه الخصيصة في تطبيقات الأمانة غير العقدية في القانونين المذكورين .

وذات الأساس موجود في الفقه الاسلامي ، حيث ان الأمانة الشرعية هي التي حصل الاذن من الشارع في وضع اليد عليها [١] وان التسليط على المال في الأمانة الشرعية يكون بحكم الشارع [٢] .

من ذلك يتبين ان من خصائص الأمانة غير العقدية عدم استنادها إلى الإرادة والاذن من احد الأطراف ، وانما تستند في الفقه الإسلامي إلى الحكم الشرعي ، وفي مجال القانون فاساسها هو التشريع الذي يبيح وضع اليد ويرتب على ذلك اثرا قانونيا والتزامات معينة .

ثانيا - انها غير قصدية :

تتميز الأمانة غير العقدية بانها غير قصدية ، وان الأمانة عموما تشمل ما اذا كانت بغير قصد كما اذا هبت ريح في ثوب انسان فالقته في حجر غيره [٣] لذا فانه في مقابل الامانة القصدية تقع الأمانة غير القصدية .

اما في التشريع فان القانون المدني العراقي في المادة (٩٥٠) نص على ان الأمانة اما مع العقد او بدون عقد ولا قصد : " ... او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد " .

وغير القصد يحتمل ان يكون مرادف لغير العقد او اعم منه او اخص ، فالعلاقة بينهما لا تخلو من ثلاثة بعد استبعاد فرض التباين ، ويمكن بيان هذه العلاقة كما يلي :

---

(١) د. ليلى عبد الله سعيد ، يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، مصدر السابق ، ص٣٣٠.

(٢) الشيخ محمد الفاضل اللنكراني ، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة (الاجارة) ، ط١ ، مركز فقه الائمه الاطهار عليهم السلام ، قم ، ايران ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٥٤ .

(٣) العلامة علاء الدين محمد بن عابدين الدمشقي الحنفي ، المصدر السابق ، ص ٤٦٥ .

١ - الأمانة غير العقدية اعم من الأمانة غير القصدية : يمكن ان يقال ذلك ولكن لا نجد تطبيقا واحدا يكون الشيء فيه تحت يد الأمين بقصد من مالكه ويكون امانة غير عقدية ، فصور القهر والغلبة والغلط وكذلك إذن القانون كلها عديمة القصد .

٢ - الأمانة غير العقدية اخص من الأمانة غير القصدية : وهذا لا يمكن التسليم به باي حال من الأحوال ؛ لان الواقع يباينه فلا يوجد مصداق واحد يكون الشيء فيه امانة غير قصدية وبنفس الوقت ناتج من العقد .

٣ - الأمانة غير العقدية مساوية للأمانة غير القصدية : وهذا هو الأقرب ويدلنا عليه ما يلي :

أ - ان جميع صور الأمانة غير العقدية ينعدم فيها القصد ، وبالعكس أي جميع صور الأمانة غير القصدية ينعدم فيها العقد كالغلط في دفع الشيء فهو امانة غير عقدية بيد من اخذه والمالك لم يقصد إعطائه وانما قصد اعطاء شيء اخر بدلا عنه ، أي ما قصده لم يسلمه وما سلمه لم يقصده ، وكأموال الصغير فهي امانة غير عقدية عند الولي ولا نعتد بقصد الصغير - حتى لو سلمنا ان لديه قصدا معتد - واذنه بالولاية على امواله .

ب - ان القانون المدني العراقي ذكر لفظ غير القصدية مع غير العقدية في المادة (١/٩٥٠) حيث نصت على ما يلي : " الامانة هي المال الذي وصل إلى يد احد باذن من صاحبه حقيقة او حكماً، لا على وجه التمليك، وهي اما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار، او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد" اما المادة (٤٢٦) منه فلم يأت بلفظ غير القصدية حيث نصت على : "اذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد ... " وبالجمع بين المادتين يمكن القول ان القانون المدني العراقي في المادة (٩٥٠) أراد بغير القصدية معنى غير مغاير لغير العقدية .

ويتضح مما سبق ان المشرع لم يقصد بلفظ غير القصدية الا بيان احدى خصائص هذه الأمانة وهي انها تكون بلا قصد .

اما القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي فلم يتطرقا إلى تقسيم الأمانة إلى عقدية وغير العقدية او غير قصدية.

ثالثا - تباينها مع الامانة العقدية في التطبيق :

من الخصائص الأخرى لهذا النوع من الامانات انها تتقاطع مع الأمانة العقدية في التطبيق لا اصل الضمان ، حيث ان وجودها يعني انعدام الأمانة العقدية ، بل ان وجود المال تحت يد الطرف الاخر مع بطلان العقد او انتهاءه او انفساخه يعني وجود الأمانة غير العقدية عموما الا مع التعدي والتفريط فتنقلب إلى خيانة .

ومن الأمثلة على حلول الأمانة غير العقدية محل العقدية الوديعة فإنها اذا انفسخت تكون أمانة شرعية في يد المودع لديه ، فلا يقبل قوله في الرد كالثوب تطيره الريح إلى داره [١] [٢] .

ومن تطبيقات هذه القاعدة في الفقه الاسلامي من ان المُودَعُ اذا عزل نفسه انعزل تفريعا على ان الوديعة عقد لا اذن ، وتبقى في يده امانة شرعية يردها على الفور وعند الإمكان [٣] من ذلك يتبين انه اذا ارتفاع حكم الأمانة العقدية (الوديعة) - مع بقاء اليد على حالها يد امانة - فانها تتحول إلى امانة غير عقدية (شرعية) ، وهذه المسألة خلافية حيث انها تبتني على ان الوديعة عقد لا اذن ، وهذا امر غير متفق عليه ، ولكن الثابت ان الأمانة غير العقدية لا تجتمع مع الأمانة العقدية في آن واحد .

والقانون المدني العراقي قد اغفل ذكر هذه المسالة ، ولكن نصت المادة (٤٢٦) على ما يلي : " اذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد ... " وعند التدقيق في صياغة نص المادة نجد انها قد عطف الأمانة العقدية على غير العقدية بأداة العطف (او) ، وعند الرجوع إلى علماء اللغة نجد ان العطف بـ (او) يفيد التخيير في الحكم والتخيير يمنع الجمع ، وذكر علماء اللغة لها معاني أخرى نحو الاباحة وهي بهذا المعنى لا تمنع الجمع ، وذكرا لها معاني التقسيم والشك كذلك [٤] .

ومما تقدم يفهم ضمنا ان المشرع العراقي ذهب كقاعدة عامة إلى ان ارتفاع حكم الأمانة العقدية يؤدي إلى وجود الأمانة غير العقدية مع شرط بقاء صفة الأمانة ، ولكن هذا الكلام يستقيم اذا قلنا ان (أو) لا تعني الا التخيير ، ولكن احتمال افادتها التخيير وغيره مع عدم ترجيح احد الامرين يجعل الحكم بموقف المشرع الحقيقي يدور بين الامرين .

اما في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي فلم يتعرضا إلى حكم هذه المسالة .

رابعا - عدم الضمان :

من خصائص الأمانة غير العقدية ان (الأمين لا يضمن الا مع التعدي والتفريط) ، وهذا موضع وفاق بين الفقه والقانون .

---

(١) العلامة الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، قواعد الاحكام ، ج٢ ، ط١ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ايران ، ١٩٩٧ ، ص ١٨٤.

(٢) في مسألة حلول الامانة غير العقدية محل الامانة العقدية عند بطلانها او انتهاؤها تفصيل عند فقهاء الامامية بين من يرى ذلك ، وبين من يرى بقاء الامانة مالكية (عقدية) وبين من يرى التفصيل بين ما اذا كان البقاء من لوازم ذلك العنوان أو كان برضا المالك فالأمانة مالكية ، وبين ما اذا كان مستندا إلى عجزه من الرد إلى مالكه أو من بحكمه فالأمانة شرعية ، وسنتعرض لهذه الآراء عند تناول صور الامانة غير العقدية وتحديدا صورة بطلان الامانة العقدية او انتهاؤها .

(٣) صالح بن سراج الدين البلقيني ، المصدر السابق ، ص ٣٩٤ .

(٤) بهاء الدين عبد الله ابن عقيل الهمداني ، شرح ابن عقيل على الفية ابن مالك ، ج٢ ، بلا طبعة ، الاصدقاء ، القاهرة، بلا سنة نشر ، ص ٢١٢ - ٢١٣ .

وهذه القاعدة تعم جميع الامانات ، حيث انها تقع على كل ما هو غير مضمون [١] لذلك فان حكم الامانات عقدية كانت او غير عقدية ان واضع اليد عليها لا يضمنها الا مع التعدي والتفريط ؛ والسر في ذلك ان الأمين يصدق فيما يدعيه ، والأمانة مفترضة فيه الا ان يثبت العكس [٢].

وكمثال على ذلك اللقطة فانه اذا اخذها الملتقط وتركها او فرط فيها فتلفت فانه يضمنها ؛ لأنها امانة حصلت في يده فيكون تركها والتفريط فيها تضييع لها [٣] .

والتعدي والتفريط لا يجتمع مع الأمانة لانهما من أنواع الخيانة ، والتعدي كل فعل لا ينبغي ان يفعل كاستعمال المال لحاجته الشخصية ، والتفريط ترك ما ينبغي ان يفعل ، كعدم وضع المال في الحرز [٤].

والمشرع المدني العراقي كان واضحا في تقرير هذه القاعدة في المادة (٤٢٦) حيث نصت : " اذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه " وهذا الحكم مطابق لما جاء في الفقه الإسلامي .

اما المشرع المصري فهو لم ينظم الأمانة بشكل خاص ولكن من خلال نص المادة (١/١٦٣) يمكن القول ان الأمين يضمن متى ما ثبت حصول الخطأ من جانبه [٥] .

والمشرع الاماراتي كان اكثر وضوحا في تعداد صور ضمان الأمانة ولم يحصرها في التعدي والتفريط كما جاء في نص المادة (٣٠٩) حيث نصت : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال " .

---

(١) العلامة علاء الدين محمد بن عابدين الدمشقي الحنفي ، المصدر السابق ، ص ٤٦٥ .
(٢) د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان (دراسة مقارنة) ، ط٩ ، دار الفكر ، دمشق ، ٢٠١٢، ص ١٥٣ .
(٣) منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج٤ ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٢١٣ .
(٤) السيد محسن مهدي الحكيم ، مستمسك العروة الوثقى ، ج١٢ ، ط٣، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٧٢ ، ص ٣٥٠ .
(٥) نصت المادة (١/١٦٣) من القانون المدني المصري على ما يلي : "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" .

المطلب الثاني

المصدر القانوني للأمانة غير العقدية وتمييزها عما يشتبه بها

استكمالا لفهوم الأمانة غير العقدية كان لابد من التعرض لمصدرها وهل هي من قبيل التصرف القانوني ام الواقعة القانونية ، ام ان الأمانة غير العقدية التزام مصدره القانون بشكل مباشر ، ام انها حق عيني ، وما هو الرأي الراجح والاقرب إلى النصوص القانونية ؟

وكذلك لابد من تمييز الأمانة غير العقدية عما يشتبه بها من أوضاع من الأمانة العقدية والحيازة والكسب بلا سبب ويد الضمان ، وبيان نقاط التشابه والاختلاف في كل مورد .

وسيتم التعرض لذلك في فرعين وكما يلي :

الفرع الأول : المصدر القانوني للأمانة غير العقدية .

الفرع الثاني : تمييز الأمانة غير العقدية عما يشتبه بها .

الفرع الأول

المصدر القانوني للأمانة غير العقدية

وردت الأمانة غير العقدية بنصوص صريحة في القانون المدني العراقي [١] ، ولكن من دون ان يبين مصدرها ، وهل انها مصدرا من مصادر الالتزام ام لا ؟ واذا كانت من مصادر الالتزام ففي أي مصدر يمكن وضعها ؟ هل ضمن التصرف قانوني ؟ ام الواقعة القانونية ؟ ام هي عبارة عن التزام مصدره نص القانون المباشر ؟ ام ان موارد الأمانة غير العقدية تتضمن اكثر من مصدر من مصادر الالتزام ؟

وبعد هذا و ذاك هل يمكن القول بان الأمانة غير العقدية هي حق عيني أيضا ام لا ؟ [٢] .

هذا ما سيتم التعرض له ، وبعد مناقشة هذه المسائل سنتطرق للراي الراجح ، وكما يلي :

أولا - الأمانة غير العقدية تصرف قانوني :

---

(١) اما القانون المدني المقارن المصري والاماراتي فلم يذكرها أصلا .

(٢) سبب التعرض لبيان مصدر الأمانة غير العقدية على انها حق عيني هو ذكر القانون المدني العراقي اللقطة التي هي احد موارد الأمانة غير العقدية في أسباب كسب الملكية بالمادة (١١٠٣) حيث نصت على ما يلي : "الحق في الصيد البر والبحر واللقطة والاشياء الاثرية تنظمه القوانين الخاصة ".

التصرف القانوني هو ما يتخذه الافراد بقصد من اجل احداث اثر قانوني معين ، ويشمل العقد والارادة المنفردة ، ولم يعرف المشرع العراقي في القانون المدني التصرف القانوني ، لكنه عرف العقد في المادة (٧٣) التي تنص : " العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه " اما الإرادة المنفردة فلم يتطرق لتعريفها وذكر في المادة (١/١٨٤) ما هذا نصه : " لا تلزم الارادة المنفردة صاحبه الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك".

اما المشرع المصري فهو لم يعرف التصرف القانوني والعقد والإرادة المنفردة ، وذهبا إلى ذات الاتجاه الذي ذهب اليه القانون العراقي في عد الارادة المنفردة مصدرا مستقلا للالتزام ولكن في الحلات التي ينص عليها القانون أي ليس مصدرا عاما للالتزام وانما خاصا [١] ولم ينص القانون المدني المصري أصلا على الأمانة غير العقدية فضلا عن ذكرها في ضمن حالات الإرادة المنفردة .

اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فلم يعرف التصرف القانوني ، وعرف العقد في المادة (١٢٥) التي نصت على : " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر " ، اما الإرادة المنفردة فسماها بالتصرف الانفرادي ، ونصت المادة (٢٧٦) منه على ما يلي : " يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على قبول المتصرف إليه ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء طبقاً لما يقضي به القانون كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه " هذا وان المشرع المدني الاماراتي كالعراقي والمصري لم يذكر الأمانة غير العقدية ضمن حالات الإرادة المنفردة التي نص عليها القانون [٢] .

وبعد ما تم تقديمه يمكن القول بانه لا يمكن عد الأمانة غير العقدية بانها نوع من أنواع العقود ، وهذا امر بديهي لاستحالة اجتماع النقيضين أي العقد وغير العقد في مورد واحد .

ولكن لو دفع البائع إلى المشتري ازيد مما تعاقدا عليه ، او المشتري اعطى الثمن ازيد مما هو متفق مع بائع ، فان الزيادة تكون من قبيل الأمانة غير العقدية ، والسؤال الذ يُطرح هنا كيف يمكن ان تكون الأمانة غير عقدية واحدى تطبيقاتها وصورها ناتجة عن العقد ؟

في الجواب عن ذلك يمكن القول انه لا يوجد محذور في كون الأمانة غير عقدية ولها تطبيق او اكثر في احكام العقد ؛ لأننا لا نقول ان ذات العقد هو احد صور الأمانة غير العقدية وانما الخطأ الوارد فيه والزائد المدفوع الخارج عن مقدار الاتفاق هو الأمانة غير العقدية ، وبعبارة أخرى ان العقد ناتج

---

(١) فواز صالح ، الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٨ ، العدد ١ ، ٢٠١٢، ص ١٥٣.

(٢) نصت المادة (١٢٧) من القانون المدني اليمني على ما يلي : " التصرف الإرادي أو العمل القانوني هو ما يصدر عن الإنسان بقصد ترتيب آثاره القانونية الشرعية عليه ويتفرع عنه المصادر الآتية -: ١- العقد وهو تلاقي إرادتين بأي صفة كانت وتنشأ عنه المسؤولية العقدية . ٢- الارادة المنفردة وهي الإيجاب المجرد الذي تترتب عليه آثاره القانونية الشرعية دون توقف على قبول وتلحق بالمسؤولية العقدية " .

عن إرادة طرفين ، وفي دفع الزائد ليس هنالك توافق لإرادتين بل كل ما هنالك وقوع المتعاقدين في الخطأ .

نعم في المقدار المتفق عليه يكون العقد ، اما الزائد فهو خارج عن العقد وداخل في اطار الأمانة غير العقدية ، فلو كان مقدار التعاقد (١٠٠) قطعة وتم تسليم (١١٠) عن طرق الخطأ ، فان الـ (١٠) الزائدة هي امانة غير عقدية عند من تسلمها ينبغي ارجاعها إلى صاحبها .

اما عد الأمانة غير العقدية من الإرادة المنفردة فانه يفهم من نص المادة (١/١٨٤) من القانون المدني العراقي ان المشرع العراقي ذهب إلى الاتجاه الذي يجعل الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام ولكنه في ذات الوقت قيدها فقط في الأحوال التي ينص عليها القانون [١] والحالات التي تلزم الإرادة المنفردة صاحبها في القانون المدني العراقي هي الايجاب الملزم وانشاء المؤسسات وتحرير العقار المرهون رهنا تأمينيا والوعد بجائزة [٢] .

لذلك فانه يتضح مما سبق انه لا يمكن رد الأمانة غير العقدية للإرادة منفردة للأسباب الآتية:

١- ان ذات مفهوم الارادة المنفردة لا ينسجم مع الأمانة غير العقدية ، حيث ان فرض الإرادة المنفردة وجود إرادة صادرة من جانب واحد ، او ايجاب مجرد يلتزم به من أصدره ويرتب اثار قانونية معينة ، وفي الأمانة غير العقدية لم تذهب إرادة صاحب الأمانة إلى جعلها عند الأمين ، فلا توجد إرادة من جانب صاحب الأمانة .

وقد يقال بوجود إرادة منفردة من جانب الأمين دعته إلى اخذ الأمانة ومن ثم التزم بارادته المنفردة بالمحافظة عليها وردها إلى صاحبها ، وهذا القول غير دقيق لأمرين :

أ- ان الأمين في اكثر الحالات لم يأخذ الأمانة بإرادته المنفردة بل اما بسبب الغلط او القهر والغلبة او بنص القانون .

---

(١) وهذا ايضا اتجاه القانون المقارن .

(٢) ذكر القانون المدني العرقي الايجاب الملزم صراحة في المادة (٨٤) حيث نصت : "اذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بايجابه إلى ان ينقضي هذا الميعاد" .

اما انشاء المؤسسات فتكون بسند رسمي او بوصية ، وارادة المنشيء المنفردة هي التي تنشيء المؤسسة ، وقد نصت المادة (٥١) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "المؤسسة شخص معنوي ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة ذي صفة انسانية او دينية او علمية او فنية او رياضية دون قصد إلى أي ربح مادي " ، ونص المادة (١/٥٢) من ذات القانون على ما يلي : " يكون انشاء المؤسسة بسند رسمي او بوصية " .

اما تحرير العقار المرهون رهنا تأمينيا فيكون باعلان حائز العقار بارادته المنفردة بتسوية الديون ويكون الاعلان موجه إلى الدائنين ، وفي ذلك نصت المادة (١/١٣٠٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " يبقى للحائز حق تحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً إلى يوم توقيع الحجز عليه من المرتهن" وبينت الفقرة الثانية من ذات المادة البيانات الواجب توفرها في الاعلان.

اما الوعد بجائزة فقد نصت عليها المادة (١٨٥) من القانون المدني العراقي وكما يلي : "من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر إلى وعد " .

ب - ان الأمين يلتزم بحكم القانون بالمحافظة على الشيء ورده إلى صاحبه ولا علاقة لإرادته في انشاء هذا الالتزام ، اما في الارادة المنفردة فإنها هي السبب لإنشاء ذات الالتزام .

٢- ان القانون ذكر موارد الإرادة المنفردة على سبيل الحصر ، ولم يذكر الأمانة من مواردها .

وخلاصة الامر لا يمكن تحديد مصدر الأمانة غير العقدية على انها نوعا من العقود لاستلزام اجتماع النقيضين ، ولا يمكن تحديد مصدرها على انها إرادة منفردة لأنها جاءت على سبيل الحصر فضلا عن عدم توافق مفهوم الأمانة غير العقدية مع الإرادة المنفردة .

ثانيا - الأمانة غير العقدية واقعة قانونية :

ان الواقعة القانونية بمعناها العام هي كل ما يرتب عليه القانون اثرا فتشمل الواقعة الطبيعية ، وتشمل ما يحدث بفعل الانسان سواء اكان بإرادته ام بغير ارادته [١] ، ولكن ما نبحث عنه في هذه النقطة هي الواقعة بالمعنى الخاص اي الاحداث التي هي خارج إرادة الانسان ، اما ما يقع ضمن إرادة الانسان والذي يصطلح عليه بـ (التصرف القانوني) فقد تم تناوله فيما سبق [٢] .

والمصادر غير الارادية للالتزام او الواقعة القانونية (بالمعنى الخاص) اما ان تكون بفعل غير الانسان ويصطلح عليها بـ (الواقعة الطبيعية) واما ان تكون بفعل الانسان ومن دون قصد احداث الأثر القانوني الناجم عنها [٣] ويصطلح عليها بـ (الوقائع الانسانية او العمل المادي) [٤] .

وينبغي التنبيه على ان الفقه درج على نسبة الاثار التي يرتبها القانون على الواقعة الطبيعية إلى القانون مباشرة ، فلا يقال ان هذا الأثر المترتب مصدره واقعة طبيعية ، بل انها تنشأ مباشرة عن القانون وتنسب إلى القانون ، وهو الذي يحدد مضمونها وشروطها [٥] لذلك سنذكر الواقعة الطبيعية عند الكلام عن القانون كمصدر للأمانة غير العقدية ، وسيتم التعرض هنا إلى الاعمال التي تصدر من

---

(١) د. عبد الله مبروك النجار ، المدخل المعاصر لفقه القانون ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٤١٩.

(٢) تحديدا في موضوع بيان مصدر الامانة غير العقدية على انها تصرف قانوني.

(٣) هذا وان الالتزام الذي يكون مصدره القانون بشكل مباشر يمكن ادخاله في المصادر الغير الارادية للالتزام ، ولكن سنفرد له موضوعا خاصا كما جرت عليه العاده في الفقه القانوني .

(٤) لم يعرف القانون المدني العراقي ولا المصري ولا الاماراتي الواقعة القانونية ، اما القانون المدني اليمني فقد عرفها في المادة (١٢٩) حيث نصت على ما يلي : " الواقعة هي أمر حاصل بالفعل سواءً أراده الإنسان أم لم يرده ولكن القانون يرتب عليه حقوقاً للإنسان أو عليه وذلك كميلاد الإنسان وموته ونسبه ، وشيوع الملك والجوار فيه وكون الإنسان موظفاً في الحكومة أو عاملاً لدى آخر وغير ذلك من العلاقات العامة أو الخاصة " .

(٥) د. ادريس العلوي العبدلاوي ، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام) ، ج٢ ، بلا طبعة ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، المغرب ، ١٩٩٦ ، ص ٢٥٧ .

الانسان ويرتب القانون على ذلك اثرا في نشوء الحق والتي يطلق عليها بالواقعة الإنسانية [١] ، وتنقسم الواقعة الانسانية إلى :

١- الفعل الضار (العمل غير المشروع) : ويحدث العمل غير المشروع عندما يكون هنالك اخلال بالواجبات القانونية المفروضة على الأشخاص بعدم تسبيب الضرر للغير ، ويترتب عليه المسؤولية التقصيرية بعد توفر عناصرها من الخطأ والضرر والعلاقة السببية [٢] [٣] .

ولا يمكن عد الأمانة غير العقدية على انها نوع من أنوع الفعل الضار ، بسبب ما يلي :

- ان قوام الفعل الضار وجود عمل غير مشروع مخالف للقانون ، والأمين لا يقوم بعمل مخالف للقانون ، بل مقتضى الأمانة حسن النية وعدم التعدي .

- ان العمل غير المشروع بحد ذاته يكون سببا لقيام المسؤولية التقصيرية مع توفر الخطأ والضرر وقيام العلاقة السببية بينهما ، اما الأمانة غير العقدية لا تكون سببا لقيام المسؤولية وانما تترتب المسؤولية فيها مع قيام التعدي أو التفريط .

٢- الفعل النافع (الاثراء بلا سبب) : وهو عبارة عن واقعة مادية تتسبب بإثراء شخص من دون سبب مشروع على حساب شخص اخر ، مما يترتب عليه قيام مسؤولية من اثرى على حساب غيره [٤] .

---

(١) لم يعرف القانون المدني العراقي والمقارن الواقعة الانسانية بخلاف بعض القوانين كالقانون المدني اليمني حيث نصت المادة (١٢٨) منه على ما يلي : "الفعل المجرد هو كل فعل يعمله الإنسان بإرادته دون أن يقصد ترتيب آثاره الشرعية عليه وتتفرع عنه المصادر الآتية : ١- الفعل الضار وهو كل فعل يضر بالغير وتنشا عنه المسؤولية التقصيرية .٢- الفعل النافع هو فعل ينفع الغير ويرتب القانون عليه حقوقاً . ٣- الالتصاق وهو إضافة شيء إلى ملك الغير دون سبب شرعي ".

(٢) د. عبد الله مبروك النجار ، مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ١٩٣.

(٣) تناول المشرع العراقي العمل غير المشروع في عدة فروع بدء من المادة (١٨٦) وانتهاء بالمادة (٢٣٢) من القانون المدني العراقي ، وتنص الفقرة الاولى من المادة (١٨٦) على ما يلي : " اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسبباً يكون ضامناً، اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى " .

اما المشرع المصري فقد تناول العمل غير المشروع في (١٦٣) إلى (١٧٨) من القانون المدني المصري ، وتنص المادة (١/١٦٣) على ما يلي : " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ".

وذكر المشرع الاماراتي العمل غير المشروع في المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي حيث نصت على: " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر" .

(٤) لم يعرف القانون المدني العراقي الكسب بلا سبب ولكنه تناول احكامه المواد (٢٣٣-٢٤٤) ، اما القانون المدني المصري فقد ذكره في المادة (١٧٩) حيث نصت على ما يلي : " كل شخص ، ولو غير مميز ، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص أخر يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقي هذا الالتزام

والأمانة غير العقدية ممكن ان تكيف على انها من موارد الفعل النافع في بعض صورها لا في جميعها ، فلا يدخل مثلا قضاء دين الغير في الأمانة غير العقدية مع انه من موارد الكسب بلا سبب [١] ، ولا تدخل الفضالة مثلا في الأمانة غير العقدية مع انها من موارد الكسب بلا سبب [٢] ، ومن ابرز تطبيقات الأمانة غير العقدية في الكسب بلا سبب هي المدفوع دون حق [٣] .

والخلاصة ان بين الأمانة العقدية والواقعة القانونية (المادية او الانسانية) عموم وخصوص من وجه ، حيث ان بعض صور الأمانة غير العقدية واقعة قانونية ، وبعض صور الأمانة غير العقدية ليست واقعة قانونية ، وبعض صور الواقعة القانونية امانة غير عقدية ، وبعض صور الواقعة القانونية ليست امانة غير عقدية.

فلا يمكن عد الأمانة غير العقدية بانها واقعة قانونية في كل مواردها ، بل هي واقعة قانونية في بعض الموارد ، وليست واقعة قانونية في موارد أخرى .

ثالثا - الأمانة غير العقدية التزام مصدره القانون بشكل مباشر :

يعتبر القانون هو المصدر الغير مباشر لجميع الالتزامات سواء اكانت تصرفا قانونيا ام واقعة قانونية ، ولكن هنالك التزامات يكون القانون مصدرها المباشر ولا تدخل ضمن التصرف والواقعة القانونية ، وهذا هو المقصود من كون القانون المصدر المباشر للأمانة غير العقدية ، وقد نص القانون العراقي والمقارن على القانون كمصدر مباشر للالتزام [٤] .

قائما ولو زال الإثراء فيما بعد" ، وتناول قانون المعاملات المدنية الاماراتي الكسب بلا سبب في المادة (٣١٨) حيث نصت على ما يلي : " لا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي فإن أخذه فعليه رده " .

(١) انظر المادة (٢٣٦) من القانون المدني العراقي حيث نصت على ما يلي : " اذا امر تحد بقضاء دينه رجع المأمور على الامر بما اداه عنه وقام مقام الدائن الاصلي في مطالبته به سواء اشترط الرجوع عليه او لم يشترط" .

(٢) انظر المادة (١٨٨) من القانون المدني المصري حيث نصت على ما يلي : " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشان عاجل لحساب أخر ، دون أن يكون ملزما بذلك " .

(٣) انظر نص المادة (١/٢٣٣) من القانون المدني العراقي ، وسياتي التعرض له في الفصل الثاني عند الكلام عن تطبيقات الامانة غير العقدية القانونية .

(٤) تعرض القانون المدني العراقي إلى القانون كمصر مباشر للالتزام ، ونصت المادة (٢٤٥) على ما يلي : " الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحدة تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها " .

اما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (١٩٨) على ما يلي : " الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحدة تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها " .

والقانون الاماراتي نص في المادة (٣٣٧) على ما يلي : " الحقوق التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها."

ويلاحظ التطابق بين ما أورده القانون المدني العراقي والمصري والاماراتي بشأن ذكر القانون كمصدر مباشر للالتزامات.

وذكرنا عند بيان مصدر الأمانة غير العقدية بالواقعة القانونية ، ان الواقعة الطبيعية يدرجها الفقه ضمن القانون ، لذلك سيتم التعرض لها هنا وكما يلي :

الواقعة الطبيعية هي التي تقع من دون ان يكون للإنسان دخل في حصولها ، ويرتب القانون على ذلك اثرا كانشاء الحقوق او نقلها او تغييرها او انتهائها ، ومن امثلتها الزلازل التي تؤدي إلى نقل قطعة ارض من مكان لاخر وحدوث الالتصاق او هدم دار وانتهاء الحقوق العينية الواردة عليها ، ومن الأمثلة أيضا العواصف وفيضان الأنهار والسيول ، وكذلك بلوغ السن القانوني للأهلية الكاملة ، والولادة التي لها اثار قانونية معينة كالحضانة والنفقة ، وكذلك فان الوفاة واقعة طبيعية حيث انها تؤدي إلى نشوء حقوق للورثة في التركة [١] .

وعند تتبع موارد الأمانة غير العقدية نجد ان بعضها عبارة عن واقعة طبيعية ، دون ان يكون للإنسان دور في حدوثها ، وقد نصت المادة (١/٩٥٠) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "الامانة هي المال الذي وصل إلى يد احد بإذن من صاحبه حقيقة او حكماً، لا على وجه التمليك ، وهي اما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار، او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد " ويتضح من هذا النص ان الريح هي واقعة قانونية طبيعية وردت على سبيل الأمانة غير العقدية .

لذلك فانه يمكن عد جملة من موارد الأمانة غير العقدية على انها التزام مصدره القانون للأسباب الآتية :

١- ان أصول الأمانة غير عقدية ترجع إلى الفقه الإسلامي الذي تعامل معها كحكم شرعي ، لذلك فان التسمية الغالبة لها في الفقه الاسلامي بـ (الأمانة الشرعية) أي التي مصدر احكامها الشارع .

ولما كانت الاحكام القانونية تقابل الاحكام الفقهية في الشريعة الإسلامية ، فان الأمانة غير العقدية اذا نظرنا اليها من جهة الفقه الإسلامي فان مصدرها الشارع ، أي تكون ابتداء من الشرع بناء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الإلهي [٢] ، واذا نظرنا اليها من جهة القانون فان مصدرها التشريع ، وقد ذكر بعض الفقه تحت عنوان المصدر الخامس للالتزام (القانون) ان هنالك التزامات في الفقه الإسلامي مصدرها المباشر هو الشرع كالتزام الولي والوصي والقيم ومن اليهم [٣] وهذه من موارد الأمانة غير العقدية .

---

(١) د. غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، ط٧ ، وائل ، عمّان ، ٢٠٠٤ ، ص٢٩٤ .

(٢) احمد إبراهيم بك ، واصل علاء الدين احمد ، الالتزامات في الشرع الإسلامي ، ط١ ، المكتبة الازهرية للتراث ، الجزيرة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٣، ص ٣٦ .

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج١ ، ط١ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ص ٤٨ .

٢- ان هنالك موارد للأمانة غير العقدية يكون القانون مصدرا مباشرا لها ، حيث انها لا تندرج تحت عنوان العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والكسب بلا سبب ومن ذلك الولاية حيث ان الولي امين غير عقدي على أموال المولى عليه ، وثبت هذا الحكم بناء على نص القانون .

٣- عندما ينتقل الشيء محل الأمانة إلى حيازة الأمين فانه يقع على عاتق الأمين جملة من الالتزامات يجب عليه الوفاء بها كالمحافظة على الشيء محل الأمانة ، ومصدر هذا الالتزام هو القانون الذي نظم احكامه وبين موارده ، وفي ذلك تنص المادة (٤٢٦) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " اذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه " [١] .

رابعا - الأمانة غير العقدية حق عيني :

حتى نصل إلى النتيجة الصحيحة في بيان مصدر الأمانة غير العقدية وهل هو من قبيل الحق العيني من عدمه لابد من التطرق لتعريف الحق العيني وانواعه لنرى هل ينطبق على الأمانة غير العقدية او لا ؟ وكما يلي :

يقصد بالحق العيني اختصاص الشخص بمال معين بشكل مباشر وبقوة القانون ، ويتميز بانه يرد على شيء مادي معين بالذات بحيث يستعمله صاحبه دون وساطة شخص اخر [٢] .

وعرف القانون المدني العراقي الحق العيني في المادة (٦٧) حيث نصت : "١ - الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين.٢- وهو اما اصلي او تبعي" ، وجاء في المادة (٦٨) منه ما يلي : " ١- الحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجازة الطويلة. ٢- والحقوق العينية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز" .

اما المشرع المدني المصري فهو لم يعرف الحق العيني وانما ذكر أنواع الحقوق العينية ضمن القسم الثاني من القانون.

اما المشرع الاماراتي فقد عرف الحق العيني ، حيث ورد في قانون المعاملات المدنية الاماراتي في المادة (١٠٩) ما يلي : " ١ - الحق العيني سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص

---

(١) ومما ينبغي التنبيه عليه ونحن نتعرض إلى القانون كمصدر مباشر للالتزام انه لا توجد قواعد عامة في نظام الالتزامات التي مصدرها القانون مباشرة ؛ لان القانون هو من يحدد ذلك بقواعد خاصة لكل التزام ، وان معنى الالتزام واثاره ولو كان ناشئا عن القانون مباشرة لا يختلف عن احكام الالتزام بصفة عامة ، لذلك نجد ان القانون نص على القانون كمصدر للالتزام في ضمن المصادر العامة للالتزام .

انظر : د. ادريس العلوي العبدلاوي ، المصدر السابق ، ج٢ ، ص ٢٥٧ .

(٢) د. يحيى قاسم علي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظرية القانون - نظرية الحق(دراسة مقارنة) ، ط١ ، كوميت ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ١٧٤ .

معين. ٢- ويكون الحق العيني أصلياً أو تبعياً " ، اما المادة (١١٠) نصت : "١- الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية والتصرف والانتفاع والاستعمال والسكنى والقرار (المساطحة) وحقوق الارتفاق والوقف وما يعتبر كذلك بنص القانون. ٢- الحقوق العينية التبعية هي الرهن التأميني والرهن الحيازي وحق الامتياز" .

ويتضح مما تقدم ان الأمانة غير العقدية لا يمكن عدها من الحقوق العينية لسببين هما :

١- ان طبيعة الحق العيني وما يخوله من سلطات لصاحبه ، وما فيه من خصائص من التتبع والتقدم والتأبيد لا تتناسب مع طبيعة الأمانة ، بل ان ظهور الأمين بهكذا مظاهر يؤدي إلى تحول يده إلى يد عدوان ويخرج من نطاق الأمانة.

٢- ان القانون المدني العراقي والمقارن لم يذكر الأمانة غير العقدية صراحة او ضمنا في الحقوق العينية الاصلية او التبعية .

هذا وان القانون المدني العراقي تعرض إلى اللقطة التي هي احدى تطبيقات الأمانة غير العقدية في أسباب كسب الملكية في المادة (١١٠٣) حيث نصت على ما يلي : "الحق في الصيد البر والبحر واللقطة والاشياء الاثرية تنظمه القوانين الخاصة " على انه لا يفهم من نص المادة أعلاه ان اللقطة من الحقوق العينية ، لأنها لم تذكر ضمن الحقوق الاصلية او التبعية ، فضلا عن ان القانون ذكر اللقطة في مناسبة التطرق لأسباب كسب الملكية عن طريق الاستيلاء ، والاستيلاء ليس من الحقوق العينية وانما يكون سببا لحق عيني وهو حق الملكية فكذلك اللقطة .

وان المشرع العراقي لم ينظم احكام اللقطة في قانون خاص ، وعند الرجوع إلى الفقه الإسلامي [١] فانه يعطي للقطة في حالات معينة حق كسب الملكية [٢] وبذلك ينسجم ذكر اللقطة في المادة (١١٠٣) تحت أسباب كسب الملكية مع ما جاء في الفقه الإسلامي .

لذلك فان الأمانة غير العقدية لا يمكن ان تندرج ضمن الحق العيني حتى وان وجدت لها تطبيقات وصور في هذا الحق العيني او ذاك .

خامسا - الراي الراجح :

مما تقدم يمكن القول ان الأمانة غير العقدية هي ليست من التصرف القانوني الارادي سواء اكان عقدا ام ارادة منفردة ، حيث لا يمكن عدها من أنواع العقود لاستحالة اجتماع النقيضين أي العقد وغير

---

(١) الذي يعتبر المصدر الثاني للقانون المدني اذا فقد النص التشريعي بعد العرف ، انظر المادة (٢/١) من القانون المدني العراقي .

(٢) ورد في رسالة منهاج الصالحين للسيد الخوئي في المسألة (٦٤٥) ان اللقطة اذا كانت قيمتها دون الدرهم جاز تملكها بمجرد الاخذ ، ولا يجب التعريف ولا الفحص عن المالك .
انظر : السيد أبو القاسم علي اكبر هاشم الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج ٢ ، ط ٢٩ ، مؤسسة احياء تراث الامام الخوئي ، قم ، ايران ، ٢٠٠٠ ، ص ١٣٩ .

العقد في مورد واحد ، ولا يمكن عدها على انها التزام بإرادة منفردة لأنها تخالف مفهوم الإرادة المنفردة فضلا عن ذكر القانون موارد الإرادة المنفردة على سبيل الحصر .

اما كونها واقعة قانونية إنسانية ففيها تفصيل بين الفعل الضار والكسب بلا سبب ، فهي ليست من الفعل الضار لأنه عمل غير مشروع والأمانة غير العقدية ليست كذلك ، اما الكسب بلا سبب فهو من مصادرها في بعض الموارد كدفع غير المستحق ، على انه توجد حالات للكسب بلا سبب لا تدخل في الأمانة غير العقدية كقضاء دين الغير .

اما عدها على انها التزام مصدره القانون بشكل مباشر فذلك صحيح في بعض مواردها كالولاية لا جميعها .

اما عدها بانها حق عيني فلا يصح للتنافي بين طبيعة الحق العيني وما يخوله من سلطات كالتتبع والتقدم مع الأمانة غير العقدية ، فضلا عن عدم وجود النص القانوني للامانة غير العقدية ضمن الحقوق العينية الاصلية والتبعية .

الفرع الثاني

تمييز الأمانة غير العقدية عما يشتبه بها من أوضاع اخرى

ان إعطاء مفهوم شامل وواضح للأمانة غير العقدية يقتضي التعرض لتمييزها عما يشتبه بها من أوضاع قانونية ممكن ان تقترب منها او تبتعد بحسب الاحول ، وسيتم تمييزها في هذا الفرع عن الأمانة العقدية أولا ثم عن الكسب بلا سبب ، ثم عن الحيازة ، ثم عن يد الضمان ، وكما يلي :

أولا - تمييز الأمانة غير العقدية عن الأمانة العقدية :

لكي نميز الأمانة غير العقدية عن العقدية فانه لابد من بيان معنى الأمانة العقدية أولا ، وبعد ذلك يكون البحث في بيان نقاط التشابه والاختلاف الرئيسة بين الاثنين ، وبما ان الوديعة تعد من ابرز مصاديق الأمانة العقدية كان لابد من تمييزها عن الأمانة غير العقدية ، وكما يلي :

١ - بيان مفهوم الأمانة العقدية :

الأمانة العقدية هي ما كانت باستئمان من المالك واذنه ، سواء اكان عنوان عمله ممحضا في ذلك كالوديعة ، ام تتبع عنوان اخر مقصود بالذات كالعارية والاجارة والرهن والمضاربة ، فالعين بيد المستعير والمستأجر والمرتهن والعامل أمانة مالكية [١] ، حيث أن المالك قد سلمها بعنوان الاستئمان

(١) اغلب الفقه الامامي يستخدم مصطلح (الامانة المالكية) ويقصدون بها الامانة العقدية ، ولكن ذهب جانبا من الفقه الامامي ان الامانة المالكية اعم من العقدية فهي تشمل ما كان بعقد مع المالك وتشمل ما كان باذنه ورضاه .

وجعل حفظها على عهدتهم [١] .

وفي موضوع التعرض للأمانة العقدية في القانون العراقي والمقارن نلاحظ الأمور الآتية :

- لم يعرف القانون المدني العراقي الأمانة العقدية بل أشار اليها بالتسمية والمثال في المادة (١/٩٥٠) حيث نصة على ما يلي : " الامانة هي المال الذي وصل إلى يد احد بإذن من صاحبه حقيقة او حكماً، لا على وجه التمليك، وهي اما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار، او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد " ومن هذه المادة يمكن القول ان تعريف الأمانة العقدية هي المال الذي وصل إلى يد احد لا على وجه التمليك بعقد مع صاحبه .

ونلاحظ ان القانونين المصري والاماراتي لم يتعرضا لبيان الأمانة العقدية كما هو مسلك القانون المدني العراقي ، وان كان الأخير تميز بالإشارة الي التعريف ضمنا .

- عرف القانون المدني العراقي وقانون المعاملات المدنية الاماراتي العقد [٢] ، بخلاف القانون المدني المصري ، وتعريف العقد هو تعريف ضمني للأمانة العقدية ؛ لان كل عقد هو امانة .

- ذكر القانون المدني العراقي والمقارن بعض تطبيقات الأمانة العقدية وبين احكامها تفصيلا ، سواء اكانت مقصودة ذاتا بالحفظ وهي الوديعة [٣] ، ام كان الحفظ امر ضمني في العقد كالبيع [٤].

انظر : مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي ، موسوعة الفقه الاسلامي طبقا لمذهب اهل البيت ، ج١٧ ، ط١ ، دائرة معارف الفقه الاسلامي ، قم ، ايران ، ٢٠١٠ ، ص ٤٨ .

(١) السيد محمد رضا الگلپايگاني ، هداية العباد ، ج٢ ، ط١ ، دار القران الكريم ، قم ، ايران ، ١٩٩٢ ، ص٢٣ .

(٢) عرّف القانون المدني العراقي العقد في المادة (٧٣) التي نصت على : " العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه " .

وعرّف قانون المعاملات المدنية الاماراتي العقد في المادة (١٢٥) التي نصت على : " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر " .

(٣) عرّف القانون المدني العراقي الوديعة في المادة (٩٥٠) حيث نصت علي ما يلي : "الايداع عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم الا بالقبض" .

اما القانون المدني المصري فقد عرّف الوديعة في المادة (٧١٨) التي نصت علي ما يلي : " الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلمً شيئا من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يردهً عينا " .

وعرّف قانون المعاملات المدنية الاماراتي الوديعة في المادة (٩٦٢) حيث نصت علي ما يلي : " ١- الإيداع عقد يخول به المودع شخصاً آخر حفظ ماله ويلتزم هذا الشخص بحفظ هذا المال ورده عيناً. ٢- والوديعة هي المال المودع عند أمين لحفظه " .

(٤) عرّف القانون المدني العراقي البيع في المادة (٥٠٦) حيث نصت علي ما يلي : " البيع مبادلة مال بمال" .

٢- التشابه والاختلاف بين الأمانة غير العقدية والعقدية :

- أوجه التشابه :

١- كلاهما وصل إلى يد الأمين بواسطة الاذن ، ومن دون تعدي كما في يد الغاصب والسارق .

٢- لا تضمن يد الأمين العقدي وغير العقدي الأمانة في حالة هلاكها او تلفها او حصول العيب فيها الا مع التعدي والتفريط .

٣- لا تقتضي الأمانة العقدية التمليك بل يجب ردها إلى المالك ، ومثال ذلك الوديعة فلا ينقل الوديع إلى المودع الملكية ولا يخوله استعمال واستغلال الشيء والتصرف به [١] ، وهذا الامر ينطبق ايضا في الامانة غير العقدية حيث لا تنتقل الملكية فيها [٢] .

٤- الأمانة العقدية وغير العقدية حالة مؤقته لا تجتمع مع التأبيد ، فمهما طال الزمن لابد وان يأتي الوقت لانتهاء حالة الأمانة .

٥- حضت الأمانة العقدية وغير العقدية باهتمام القانون المدني العراقي والمقارن ، وتجسد هذا الاهتمام عبر انطباق العديد من النصوص القانونية عليهما سواء اكانت ضمن القواعد العامة ام الخاصة في القوانين المدنية .

- أوجه الاختلاف :

١- الاذن في الأمانة العقدية من المالك ، وبناء على استئمان منه ، اما في الأمانة غير العقدية فهي باذن وترخيص من القانون .

٢- مسؤولية الأمين العقدي ممكن ان تعدل فيتم التشديد بها او التخفيف منها او حتى الاعفاء بناء على اتفاق الأطراف المتعاقدة ، ولا نتصور التشديد والتخفيف من المسؤولية في الأمانة غير العقدية ؛ لعدم وجود اتفاق واذن مسبق بين الطرفين على اخذ الأمانة حتى يكون اتفاق على التشديد او التخفيف او الاعفاء.

اما القانون المدني المصري فقد عرّف البيع في المادة (٤١٨) التي نصت علي ما يلي : " البيع عقد يلتزم بع البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا أخر في مقابل ثمن نقدي " .

وعرّف قانون المعاملات المدنية الاماراتي البيع في المادة (٤٨٩) حيث نصت علي ما يلي: " البيع هو مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي " .

(١) د. محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني (العقود المسماة) ، ج١، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص ٦٦٠.

(٢) وهذه هي القاعدة العامة ولكن في بعض الأحيان تحدث عوارض تؤدي إلى اكتساب الملكية ومثال ذلك تغير العنوان كما لو اشترى المستعير الشيء المعار ، او وجود رخصة من القانون او من الشارع في التمليك ، وهذه الرخصة لا تحدث الا استثناء كبعض موارد اللقطة في الفقه الإسلامي .

٣- الأمانة العقدية يتم ارجاعها إلى المالك تبعا للرضا والاتفاق بين المتعاقدين كان تحدد بمدة زمنية للرد يتقيد بها الطرفين كالمدة في عقد الاجارة .

اما الامانة غير العقدية فيجب المبادرة إلى ردها وان لم يطلبها المالك اذا كان يعرفه ويتمكن من الوصول اليه ، فمن حكم الأمانة الشرعية وجوب المبادرة إلى ردها حتى من دون طلب صاحبها [١] .

٤- ممكن ان تنتهي الأمانة العقدية بالاتفاق مع المالك كالفسخ والاقالة ، اما الأمانة غير العقدية فهي تنقضي عادة بالتسليم ورد الشي إلى صاحبه ، ولا نتصور فيها الفسخ والاقالة .

٥- تتفاوت درجة التنظيم التشريعي بين الأمانة العقدية وغير العقدية ، ففي الأمانة العقدية نجد اهتمام واسع وكبير من المشرع المدني العراقي حيث نظم احكامها بما يقارب الالف مادة او اكثر ، عبر القواعد العامة والخاصة للعقود وجمعها تحت اكثر من عنوان ، وذات الامر يقال في القانون المقارن .

اما الأمانة غير العقدية فهي اما لم تُنظم احكام خاصة لها مما ينبغي الرجوع للقواعد العامة كما في القانون المدني المصري ، او نُظم حكم الأمانة فقط بمادة وترية من دون الدخول بتقسيمها كما هو الحال في قانون المعاملات المدنية الاماراتي ، او نُظم حكمها بالخصوص بمواد محدودة كما هو الحال في القانون المدني العراقي ، ولم يجمع المشرع المدني مطلقا حتى العراقي مواد الأمانة تحت عنوان معين .

٣- تمييز الأمانة غير العقدية عن الوديعة :

تعد الوديعة من ابرز مصاديق الأمانة العقدية ، لذلك تم التعرض لتمييزها عن الأمانة غير العقدية ، وتتشابه الأمانة غير العقدية مع الوديعة في العديد من النقاط منها حفظ الشيء ورده إلى المودع هو الغرض الاصلي لعقد الوديعة [٢] وورد في الفقه الإسلامي هذا المعنى بقولهم ان الأمانة تثبت تبعاً للمقاصد في العقود وتثبت مقصودةً في الإيداع [٣] ، وكذلك في الامانة غير العقدية فان الحفظ والرد يعتبران من اهم اثارها بالنسبة إلى الامين .

ومن نقاط التشابه بين الأمانة غير العقدية والوديعة كذلك ان عقد الوديعة لا يحدث الا مع تسلّم الشيء المودَع [٤] ، وتتشابه الأمانة غير العقدية مع الوديعة في ذلك حيث يعتبر التسليم شرط أساسيا لحدوثها.

---

(١) السيد عبد الله فضل الله فحص الحسيني ، المصدر السابق ، ج١١ ، ص٣٢٨.

(٢) د. محمد كامل مرسي باشا ، المصدر السابق ، ج١ ، ص ٦٦١.

(٣) عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي امام الحرمين ، المصدر السابق ، ج ١١ ، ص ٣٧٥ .

(٤) اعتبر المشرع العراقي التسليم ركنا ، حيث نصت المادة (٩٥١) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " الايداع عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم الا بالقبض." ، وهذا بعينة مسلك قانون المعاملات المدنية الاماراتي حيث نصت المادة (٩٦٤) منه على ما يلي : " يتم الإيداع بقبض الوديعة حقيقة أو حكماً " ، اما القانون المدني المصري فقد ذهب بخلاف ذلك حيث نصت المادة (١/٧١٩) منه على ما يلي : "على المودع عنده ان يتسلم الوديعة" ، حيث اعتبر المشرع المصري في النص اعلاه التسليم التزاما وليس ركنا والوديعة عقد رضائي لا عيني .

وتتميز الوديعة عن الأمانة غير العقدية في انها لا تكون في الحقوق وانما فقط في الاشياء المادية حيث ينقل المودع الحيازة المادية إلى المودع عنده [١] اما الأمانة غير العقدية فكما تكون في الحقوق فإنها تكون في الاموال المادية .

والملاحظ انه قد يتشابه الامر بين الوديع والامانة غير العقدية في بعض التطبيقات منها :

- ما يأتي به نزيل الفندق او من حضر لتناول الطعام او لزيارة صديق وكان معه بعض الامتعة ويتركها ويذهب .

- المحال المخصصة لنزول المسافرين .

- الغرف المفروشة .

فهل الامتعة لو تركها اصحابها تعد عند صاحب الفندق ، او محال نزول المسافرين ، او في الغرف المخصصة للراحة هذه امانة غير عقدية ام وديعة ؟

الجواب عن ذلك انها ليست امانة غير عقدية بل وديعة [٢] والعلة في ذلك انها ليست اماكن عامة بل خاصة ، والامتعة التي تكون مع الاشخاص تصبح تحت رعاية المسؤول عن الفندق او محل نزول المسافرين او الغرف المفروشة ، فوجود مثل هذا الاتفاق ولو ضمنا يبعد الانظار عن الامانة غير العقدية.

ثانيا - تمييز الأمانة غير العقدية عن الكسب دون سبب :

لوجود التشابه بين الكسب دون سبب والأمانة غير عقدية قد يخطأ البعض في الامر فيظن ان الأمانة غير عقدية ما هي الا احد مصاديق الكسب دون سبب ، لذلك كان من الضروري التعرض لتمييزها عنه ، وسيتم بيان تعريف الكسب دون سبب أولا ثم التشابه والاختلاف بينهما ، وكما يلي :

أ- تعريف الكسب دون سبب :

يقصد بالكسب (الاثراء) دون سبب هو ان يثري شخص على حساب غيره دون قيام سبب قانوني لذلك ، وهو مصدر مستقل من مصادر الالتزام [٣] .

وعلى المستوى التشريعي فقد نص القانون المدني العراقي على الكسب بلا سبب في المادة (٢٤٣) التي تنص على ما يلي : "كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على

انظر : د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، احكام عقد الوديعة في التشريع المصري والمقارن ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٢ ، ص ٣١ .

(١) د. محمد كامل مرسي باشا ، المصدر السابق ، ج١ ، ص ٦٧٠.

(٢) المصدر نفسه ، ص ٧٣٨.

(٣) د. سعيد سعد عبد السلام ، مصادر الالتزام المدني ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣، ص ٥٠٠ .

حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيها " وتناول احكامه في المواد (٢٣٣-٢٤٤).

اما القانون المدني المصري فقد ذكره في المادة (١٧٩) حيث نصت على ما يلي : " كل شخص ، ولو غير مميز ، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص اخر يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقي هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد" .

و قانون المعاملات المدنية الاماراتي بينه كذلك في المادة (٣١٨) حيث نصت على ما يلي : " لا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي فإن أخذه فعليه رده " .

ب - التشابه والاختلاف بين الأمانة غير العقدية و الكسب دون سبب :

تتشابه الأمانة غير العقدية مع الكسب دون سبب في الأمور الآتية:

١- كلاهما يعنيان دخول عناصر إيجابية للذمة المالية للأمين ولمن حصل له الكسب دون سبب .

٢- كلاهما ليس تصرفا ارادیا ، فالكسب دون سبب والأمانة غير العقدية نظرية مستقلة عن العقد والإرادة المنفردة .

٣- كلاهما يقومان على قواعد العدل والمنطق القانوني ، حيث ان الأمين غير العقدي ومن حصل له الاثراء يلتزمان برد ما موجود في حيازتهما او ما انتفعا به للدائن لعدم وجود المسوغ القانوني للتملك .

ورغم هذا التشابه فانه توجد عدة فروقات بينهما منها :

١- اثراء المدين في الكسب بلا سبب يشمل كل منفعة او ميزة تقدر بالمال ، وهذا الاثراء قد يكون ماديا كاتساب ملكية ارض او بناء او انتفاع بالمسكن وهذا هو الاصل ، وقد يكون معنويا كانتفاع المريض بعلاج الطبيب وبراءة المتهم بجهود المحامي [١] ، اما الأمانة غير العقدية فلا تقوم على الانتفاع بالشيء ، ولا يوجد اثراء ومنفعة للأمين على حساب صاحب الأمانة ، بل اذا حصل انتفاع من جانب الأمين فانه يكون سببا بإخراج الشيء من نطاق الأمانة وادخاله في نطاق الخيانة .

٣- الأمين لا يضمن الا مع التعدي والتفريط ، بخلاف المدين في الاثراء بلا سبب فانه يلتزم بالضمان سواء حصل منه تعدي ام تفريط ام لا .

فقد يثري الشخص على حساب غيره دون سبب قانوني ، وهو حسن النية او غير عالم بهذا الاثراء ومع ذلك يلتزم بالتعويض استنادا إلى الواقعة المادية وهي الاثراء الناتج عن الافتقار دون سبب قانوني [٢] .

---

(١) د. عبد الله مبروك النجار ، مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية ، مصدر سابق ، ص ٣٢٥ .
(٢) د. محمد حسن عبد الرحمن ، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة) ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٣٨.

٤- المثري يضمن اقل القيمتين من الاثراء والافتقار ، فلا يلتزم برد ما يزيد على قيمة الاثراء ، وليس للمفتقر المطالبة بما يزيد على قيمة الافتقار [١] بخلاف الأمين غير العقدي فهو يرد الأمانة ذاتها ، ويضمن قيمتها مع التعدي والتفريط ، ولا ينتفع الامين بالأمانة حتى يرد قيمة الاثراء او قيمة الافتقار او اقلهما .

٥- لا يؤثر حسن النية او سوؤها في احكام الاثراء [٢] فالإثراء قد يكون بسبب تجاوز المثري متعمدا على حق صاحب الشيء ، اما الأمانة غير العقدية فاصلها قائم على حسن النية ، ومع وجود النية السيئة تتحول إلى يد ضمان .

ولابد من الإشارة الى ان افتراق الأمانة غير العقدية عن الكسب بلا سبب لا يعني انهما لا يلتقيان في بعض المصاديق كما تقدمت الإشارة الى ذلك عند الكلام عن الكسب بلا سبب كمصدر قانوني للأمانة غير العقدية .

ثالثا - تمييز الأمانة غير العقدية عن الحيازة :

التمييز بين الأمانة غير العقدية والحيازة يقتضى التعرض لمفهوم الحيازة ابتداء ثم إلى نقاط التشابه والاختلاف بينهما ، وكما يلي :

- مفهوم الحيازة :

تعرف الحيازة بانها سيطرة الحائز فعليا على شيء قابل للتعامل ، عبر القيام باعمال مادية تتناسب مع الحق العيني المراد اكتسابه ، ومتوافق مع السلطات التي يباشرها كالاستعمال والاستغلال والتصرف في نطاق حق الملكية [٣] .

وقد عرف القانون المدني العراقي الحيازة في المادة (١/١١٤٥) التي تنص على ما يلي : " الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق" .

اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد عرفها في المادة (١/١٣٠٧) حيث نصت على ما يلي: " الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه على شيء أو حق يجوز التعامل فيه " .

ولا يوجد تعريف للحيازة في القانون المدني المصري .

---

(١) د. محمد عبد الظاهر حسين ، مصادر الالتزام (المصادر الارادية وغير الارادية) ، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٥٨ .

(٢) د. محمد حسن منصور ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، ج١ ، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص ٦٧١.

(٣) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الحقوق العينية الاصلية (حق الملكية) ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٥٠.

ومما ذكر نستطيع ان نتوصل إلى التشابه والاختلاف بين الحيازة وبين الأمانة غير العقدية .

- التشابه والاختلاف بين الأمانة غير العقدية والحيازة :

تتشابه الحيازة مع الأمانة غير العقدية في امر أساسي وهو ان الحائز والأمين غير العقدي يضعان يدهما على شيء تابع لغيرهما ، وهذا التشابه قد يؤدي إلى الخلط بين الاثنين فيما اذا وجدنا يد احد الأشخاص على شيء فهل هو حائز ام امين غير عقدي ؟

ان الإجابة عن هذا السؤال تتضح من خلال بيان الفروقات الاتية بين الاثنين :

١- ان الحائز يقوم بالانتفاع بالشيء واستغلاله ، بخلاف الأمين الذي لا يملك الانتفاع والاستغلال وانما عليه الحفظ والرد .

٢- ان الحيازة وضع مادي وليست حقا من الحقوق كما نص عليه القانون المدني العراقي ومعظم الفقه ؛ لأنها ليست من الحقوق العينية لورودها على سبيل الحصر وليست من الحقوق الشخصية لان الحق الشخصي يقتضي وجود رابطة بين دائن ومدين يلتزم نحو الدائن ، وهذا امر مفقود في الحيازة [١] ، اما الأمانة غير العقدية فهي التزام مصدره الكسب بلا سبب او نص القانون .

٣- الحائز يحتج بالحيازة امام كافة الناس ، ولا يجبر عن التخلي عن حيازته الا اذا استطاع الطرف الاخر ان يكسب القضية في دعوى الملكية ، اما الأمين غير العقدي فهو يجبر على التخلي عن الحيازة اذا ظهر صاحب الحق في الامانة .

٤- الحائز يضع يده على الشيء بقصد ان يظهر بمظهر المالك او صاحب الحق العيني ، وممكن ان يكتسب الملكية والحقوق العينية الأخرى على العقار والمنقول بعد توفر شروط التقادم في العقار والمنقول [٢] ، بخلاف الأمين غير العقدي حيث انه يضع يده على الشيء ليحفظه ويرده لمالكه .

---

(١) د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، بلا طبعة ، الرابط ، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص ١٨٣ .

(٢) وفي ذلك نصت المادة (١١٥٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ١ - من حاز منقولاً او عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باعتباره ملكاً او حاز حقاً عينياً على منقول او حقاً عينياً غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد ليس بذي عذر شرعي . ٢ - واذا وقعت الحيازة على عقار، او حق عيني عقاري، وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، واقترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فان المدة تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات، ولا يشترط توافر حسن النية، الا وقت تلقي الحق" .

اما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٩٦٨) منه على ما يلي : " من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة " وكذلك المادة (١/٩٦٩) منه التي تنص على ما يلي : "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات " .

٥- يعطى الحائز حسن النية حق تملك ثمار الشيء وزوائده [١] ، اما الأمين غير العقدي فانه لا يملك ذلك وانما يجب عليه ان يحفظها لمالكها .

٦- لا تقوم الحيازة لا بعد توفر عنصرين ، هما :

- العنصر المادي : وهو مجموعة الاعمال المادية التي يمارسها عادة صاحب الحق موضوع الحيازة ، اما التصرفات القانونية كالإيجار والبيع فلا تكفي لقيام العصر المادي ، لأنها ترد على الحق ذاته ولا تتطلب لمن صدرت منه ان يكون له سيطرة فعليه على الشيء .

- اما العنصر المعنوي فيتمثل بنية الظهور بمظهر المالك او صاحب أي حق عليه يتوافق مع الاعمال المادية التي يباشرها الحائز على الشيء [٢] [٣] .

وهذا بخلاف الأمين غير العقدية فهو وان وضع يده على الشيء محل الأمانة فانه وضعها للحفظ والرد لا لممارسة بعض الاعمال المادية عليه كزراعة الأرض واستغلال المنزل للسكنى كما يفعل

اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد نصت المادة (١٣١٧) على ما يلي : " من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل باعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي" ، وكذلك المادة (١/١٣١٨) منه نصت على ما يلي : " إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل واقترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات".

(١) وفي ذلك نصت المادة (١١٦٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته." ، وكذلك المادة (١١٦٦) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت ان يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضتها غير انه يجوز ان يسترد ما انفقه في انتاج هذه الثمار" .
اما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٩٧٨)على ما يلي : "١- يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية. ٢- والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما " ، وكذلك المادة (٩٧٩) على ما يلي : " يكون الحائز سيئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار يقبضها والتي قصر فى قبضها غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار " .
اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد نصت المادة (١٣٢٧) على ما يلي : " يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الثمار والمنافع مدة حيازته" ، وكذلك المادة (١٣٢٨) نصت على ما يلي : "١- يكون الحائز سيء النية مسؤولاً عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها من وقت أن يصبح سيء النية. ٢- ويجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار ".

(٢) د. رضا محمد إبراهيم الشاذلي ، مدى تأثير قواعد القانون المدني في تفسير النصوص الخاصة بجرائم الأموال ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص١٤٦-١٤٩.
(٣) بوترعة زينب ، الحيازة في القانون المدني ، مذكرة لنيل شهادة الماستر مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة اكلي محند اولحاج ، الجزائر ، ٢٠١٩ ، ص ١٦ .

الحائز ، وكذلك فان نية الأمين لا تنصرف إلى الظهور بمظهر المالك او صاحب الحق العيني على الشيء .

٧- لا تقوم الحيازة الا بعد توفر شروطها وهي ان تكون هادئة وظاهرة غير خفية ومستمرة غير متقطعة والا تكون غامضة والا تقوم على عمل من اعمال الاباحة والتسامح [١] وهذه الشروط تتناسب مع الحيازة والغاية منها ، اما الأمانة غير العقدية فلا وجود لمثل هذه الشروط فيها ، بل شروطها تنطلق من عدم تجاوز الأمين حدود الأمانة ، وعدم تملك الشيء .

رابعا - تمييز يد الأمانة غير العقدية عن يد الضمان :

ان مصطلح الأمانة غير العقدية يرتكز اساسا إلى ذات الشيء وصفاته وهل هو امانة او لا ؟ واذا كان امانة فهل بسبب العقد او لا ؟ اما مصطلح يد الأمانة غير العقدية فالقصد منه النظر إلى إعطاء صفة لحامل او حائز الشيء ، فاذا كان الحائز امين فاليد (امانة) والا فاليد (ضمان) [٢] ، وسيتم التمييز هنا بالنظر إلى حامل الشيء وصفاته لا ذات الشيء عبر بيان معنى يد الأمانة ويد الضمان أولا ، ثم نقاط التشابه والاختلاف بينهما ، وكما يلي:

١- تعريف يد الأمانة والضمان :

يمكن تعريف يد الامانة بانها اليد التي خلفت يد المالك في حيازة ملكه ، وتصرفت فيه عن سبب وولاية شرعية ، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها [٣] .

---

(١) انظر المادة (٢/١١٤٥) من القانون المدني العراقي التي تنص على ما يلي : " ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص انه مجرد اباحة، او عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح منه، وكذلك لا تقوم على اعمال متقطعة." وكذلك انظر المادة (١١٤٦) من القانون المدني العراقي التي تنص على ما يلي : "اذا اقترنت الحيازة بإكراه او حصلت خفية او كان فيها لبس، فلا يكون لها اثر تجاه من وقع عليه الاكراه او اخفيت عنه الحيازة او التبس عليه امرها، الا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب." .

اما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٩٤٤) منه على ما يلي : " ١- لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح . ٢ - وإذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها ، إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب ".

اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد نصت المادة (٤/١٣٠٧) منه على ما يلي : " ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد إباحة أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح" ، وكذلك المادة (١٣٠٨) نصت على ما يلي : " إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب" .

(٢) يد الأمانة غير العقدية كمصطلح يراد به بيان احد نوعي اليد التي تنقسم إلى امانة وضمان ، وهي بهذا المعنى تتناول جانب الحائز والحامل للشيء لا ذات الشيء .

(٣) د. حارث محمد سلامة العيسى ، د. أحمد غالب محمد علي الخطيب ، يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية ، المجلد ١٨، العدد ٢ ، ٢٠١٠ ، ص٣١٥.

اما اليد الضامنة فهي كل يد استولت على مال الغير من غير إذن ، أو أخذته على وجه العوض والبدل، أو على وجه الوثيقة والاستيفاء [١] وفي هذا التعريف إشارة إلى معايير مهمة في التمييز بين يد الضمان والأمانة منها النفع والوثيقة .

٢- التشابه والاختلاف بين يد الأمانة غير العقدية ويد الضمان :

ان يد الأمانة غير العقدية تتشابه مع يد الضمان في عدة موارد منها ما يلي :

١- ان يد الأمانة غير العقدية ويد الضمان تقتضيان وجود شيء في حيازتهما لا يعود لصاحبه .

٢- ان يد الأمانة غير العقدية ويد الضمان تحوزان الشيء بلا اذن من صاحبه ، أي لا يوجد اتفاق بين صاحب الشيء والأمين او الضامن .

٢- ان يد الأمانة غير العقدية ويد الضمان ملزمتان برد الشيء إلى صاحبه ، ولا يسوغ القانون او الشرع لهما التصرف او الانتفاع بالشيء .

ورغم هذا التشابه بين الاثنين الا اننا نلاحظ الفروقات الأساسية الاتية :

١- ان الشيء محل يد الأمانة غير العقدية ويد الضمان وان كان لا يعود لصاحبه ، لكن اليد الأولى تعد امتداد ليد المالك لأنها خَلَفته ، بخلاف يد الضمان فهي اجنبية عنه .

٢- ان الشيء الذي تحت يد الأمانة او يد الضمان وان كان يعود لغير صاحبه ، ولكن السبب في يد الأمانة الذي انتقل فيه الشيء إلى الأمين يكون دائما مشروع وصحيح وبرخصة القانون ، اما في يد الضمان فان السبب غير مشروع ولا توجد رخصة من القانون .

٣- الأمين لا يضمن الشيء محل الأمانة الا مع التعدي والتفريط ، اما الضامن فهو يضمن حتى من دون تعدي وتفريط .

فقبض الأمانة لا يكون القابض فيه ضامنا الا في حالة التعدي والتقصير في الحفظ كالعارية عند المستعير ، والوديعة عند الوديع ، والمأجور عند المستأجر ، ويعبر الفقهاء عن ذلك بيد الأمانة ، اما قبض الضمان هو الذي كون القابض ضامنا لما قبضه لو هلك عنده ولو بآفة سماوية كان ذلك الهلاك ، كالمغصوب في يد الغاصب والمبيع في يد المشتري ، ويعبر الفقهاء المسلمين عن القبض أحيانا بلفظ اليد وتعني الحيازة ، ولذا يسمون قبض الضمان بيد الضمان [٢] .

٤- ان الأمين غير العقدي لا ينتفع بالشيء تحت يده بل النفع فيه للمالك ، بخلاف الضامن فان النفع يعود له ، فهو يسخّر الشيء الذي في حيازته للانتفاع به واستغلاله والتصرف به وان كان بشكل غير مشروع.

---

(١) محمد باحمد دودو ، د. انس مصطفى أبو عطا ، معيار صفة اليد في الضمان ، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، المجلد ٦ ، العدد (ا/ب) ، ٢٠١١ ، ص ١٠٢ .
(٢) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، المصدر السابق ، ص ٦٦٠ .

لذلك فقد فرق البعض من فقهاء المسلمين بين الأمانة المحضة والمضمون المحض ، فالأمانة المحضة ما لا نفع فيها لقابضها بل النفع كله للمالك ، والمضمون المحض ما يكون النفع فيه كله لقابضه كالمشتري [1].

اما في التشريع العراقي والمقارن ، فان القانون المدني العراقي قد ميز بين يد الأمانة والضمان في المادة (٤٢٧) التي نصت على ما يلي : " ١- تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد امانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك. ٢- وتنقلب يد الامانة إلى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه" ، اما القانون المدني المصري فلم ينص عليهما مما يعني الرجوع للقواعد العامة ، ومن ذلك المادة (١/١٦٣) التي نصت على ما يلي : " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد نصت المادة (٣٠٩) منه على ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الاحوال" .

(١) عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، ج٢ ، ط١ ، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٩٩٩ ، ص ٥٨٢ .

المبحث الثاني

شروط وصور الأمانة غير العقدية

ان وجود الأمانة غير العقدية كمفهوم ثابت يمكن تمييز تطبيقاته وموارده والتعرف على احواله المختلفة ومواضيعه يقتضي التعرض لشروط وصور الأمانة استكمالا لهذا المفهوم ، وتحقيقا لتلك الغاية.

وشروط الأمانة غير العقدية مختلفة فتارة ترجع إلى الأمانة غير العقدية ككل كما في شرط القبض وانعدام قصد التملك ، وأخرى تختص بالمحل كان يكون من الأموال ومملوكا لغير الأمين .

اما صور الأمانة غير العقدية فهي على الرغم من كونها متشعبة في اكثر من باب لكنه تم تقسيمها إلى صور تتعلق بالقهر والغفلة والغلط ومجهول المالك بالعنوان العالم ، وهذه ترجع إلى حالات خاصة من الأمانة غير العقدية ، وأخرى ترجع إلى الضابطة العامة للأمانة غير العقدية وهي ما كانت بإذن ورخصة القانون من قبيل المقبوض بالعقد الفاسد او الذي تم انهاءه او ما يجب حفظه لمالكه.

وسنتناول شروط الأمانة غير العقدية وصورها في مطلبين مستقلين وكما يلي :

المطلب الأول : شروط الأمانة غير العقدية .

المطلب الثاني : صور الأمانة غير العقدية .

المطلب الأول

شروط الأمانة غير العقدية

لكي تتحقق الأمانة غير العقدية في الخارج لابد من توفر مجموعة شروط ، وقد تضمنت المادة (٤٢٧) والمادة (٩٥٥) النص على مجموعة من هذه الشروط ، وتوجد شروط عامة للأمانة غير العقدية وشروط خاصة بها ، والشروط العامة هي قبض الأمانة غير العقدية ، وانعدام قصد التملك ، وإذن القانون ، وعدم جود اتفاق مسبق بين الأطراف ، والّا يتحقق ما يوجب الضمان ، اما شروطها الخاصة التي ترجع إلى الشيء الذي وقعت عليه الأمانة غير العقدية وهو ان يكون من الأموال ، وان يكون مملوكا لغير الأمين ، وان يكون مما يصح التعامل به .

وتبعا لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول الشروط العامة للأمانة غير العقدية ، وفي الفرع الثاني الشروط الخاصة لها ، وكما يلي :

الفرع الاول : الشروط العامة للأمانة غير العقدية .

الفرع الثاني : الشروط الخاصة للأمانة غير العقدية .

الفرع الأول

الشروط العامة للأمانة غير العقدية

ان الأمانة غير العقدية نظام قائم بحد ذاته يجب ان تتوفر فيه مجموع من الشروط حتى تتحقق ، فاذا فُقدت احدى هذه الشروط فإما الا يحدث اثر أصلا كما لو لم يقبض الأمين الشيء ، واما ان يخرج من صفة الأمانة غير العقدية إلى صفة الأمانة العقدية كما لو كان هنالك اتفاق مسبق بين الأطراف ، واما ان يخرج من يد الأمانة إلى يد الضمان كما لو تحققت الموجب للضمان ، لذلك فان شروط الأمانة غير العقدية عموما هي : (قبض الأمانة غير العقدية ، وانعدام قصد التملك ، وإذن القانون ، وعدم جود اتفاق مسبق بين الأطراف ، والّا يتحقق ما يوجب الضمان) ، وسيتم تناولها تباعا كما يلي :

أولا - قبض الأمانة غير العقدية :

القبض هو حيازة الشيء والتمكن منه سواء اكان مما يتناول باليد ام لا [١] وعُرف في الفقه الإسلامي بانه التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفا وعادة وحقيقة [٢] ، وعُرف أيضا هو التمكين من التصرف [٣] ، وينقسم القبض إلى نوعين هما قبض الضمان كالغاصب وقبض الأمانة كالوديع ، والكلام هنا في النوع الثاني وهو قبض الأمانة أي الذي لا يكون ضامنا للمال الا في حالة التعدي والتقصير .

والأمانة غير العقدية قائمة أساسا على فكرة وجود شيء في قبضة الأمين قد وصل اليه بلا عقد مع المالك ، ومن هذه الناحية تتشابه مع العقد العيني كالوديعة [٤] والرهن الحيازي [٥] في ان كلاهما لا يتكون الا بعد حصول القبض .

واذا كان القبض هو شرطا لحصول الأمانة غير العقدية فان الفقه الإسلامي انقسم إلى اتجاهين في ماهية القبض هما :

١- التفصيل بين العقار والمنقول : ذهب هذا الاتجاه إلى ان القبض يختلف بحسب طبيعة الشيء فهو في المنقول غير العقار ، فقبض المنقول ان كان مثل الدراهم والدنانير والجواهر وما يتم تناوله باليد فالقبض

---

(١) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، المصدر السابق ، ص ٦٥٦ .

(٢) علاء الدين أبو بكر الكاساني ، المصدر السابق ، ج٥ ، ص ١٤٨ .

(٣) الشيخ محمد بن الحسن الطوسي ، الخلاف ، ج ٢ ، بلا طبعة ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ايران ، ١٩٨٦ ، ص ٨ .

(٤) نصت المادة (٩٥١) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "الايداع عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم الا بالقبض" .

(٥) نصت المادة (١/١٣٢٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "يشترط لتمام الرهن الحيازي و لزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون" .

هو التناول ، وان كان خاضع للكيل والوزن فيكون قبضه بالكيل والوزن ، وان كان مثل الحيوان فيصدق القبض عند نقله من مكان إلى اخر ، هذا في قبض المنقول اما قبض ما لا ينقل فهو التخلية [١].

وذهب إلى هذا الاتجاه عموم الفقه الامامي وبه وردت احاديث عن الامام الصادق (عليه السلام) تارة تجعل مدار القبض على النقل [٢] وأخرى تجعل مدار القبض على الكيل والوزن [٣] فضلا عن قضاء العرف بالتفصيل ، ومن عادة الشرع رد الناس إلى العرف فيما لم يضع فيه لفظا [٤] .

وذهب الشافعي إلى هذا الاتجاه [٥] واحمد بن حنبل امام الحنابلة [٦] في احد قوليهما [٧] .

---

(١) الشيخ محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، ج٢ ، ط٣ ، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ، طهران ، ١٩٦٧ ، ص ١٢٠ .

(٢) ومن ذلك ما ورد عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عبد الله بن هلال عن عقبة بن خالد عن ابي عبد الله (عليه السلام) في رجل اشترى متاعا من رجل واوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، قال آتيك غدا ان شاء الله فَسُرِقَ المتاع ، من مال من يكون ؟ قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فاذا اخرجه من بيته فالْمُبْتَاع ضامن لحقه حتى يَرُدَّ مَالَه إِليه .

انظر : الشيخ محمد بن يعقوب الكليني ، فروع الكافي ، ط١ ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ٦٨٠ ، ح ١٢ .

(٣) ورد عن علي بن النعمان عن معاوية بن وهب قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه فقال : ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن يوليه الذى قام عليه.

انظر : الشيخ محمد بن الحسن الطوسي ، تهذيب الاحكام ، ط١ ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ١٢٣٤ ، ح٣٤ .

(٤) العلامة الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج١٠ ، ط١ ، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ، قم ، ايران ، ١٩٩٤ ، ص ١٠٢

(٥) محيي الدين يحيى بن شرف النووي الشافعي ، المجموع في شرح المهذب ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٢٧٥ و ٢٨٣.

(٦) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، الكافي في فقه الإمام أحمد ، ج٢ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٤٩ ، ص١٨ .

(٧) ووفقا لهذا الاتجاه فقد ذهب البعض إلى تقسيم القبض إلى قسمين هما :

أ- القبض الحكمي وهو التخلية.

ب- القبض الحقيقي وهو تناول المبيع باليد، أو نقله وتحويله إلى حوزة القابض، أو كيل ما يكال، أو وزن ما يوزن، أو عد ما يعد، أو ذرع ما يذرع.

انظر : دُبيان بن محمد الدُبيان ، المعاملات المالية اصالة ومعاصرة ، ج٢ ، ط٢ ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، ٢٠١١ ، ص٤٥٠.

٢- التخلية مطلقا : ذهب هذا الاتجاه إلى ان القبض هو التخلية بلا فرق بين العقار والمنقول ، بخلاف الاتجاه السابق الذي جعل قبض العقار في التخلية فقط دون المنقول ، وذهب إلى هذه الاتجاه أبو حنيفة [١] ومالك على ما نقل عنه [٢] .

والتخلية تكون هنا بين الشيء محل الأمانة وبين الامين غير العقدي ، برفع الحائل بينهما [٣] [٤] .

[٤] .

واذا كان الفقه الإسلامي قد اشترط من خلال ما تقدم القبض - وهو المصدر المادي والتاريخي للقانون المدني العراقي - فنلاحظ ان القانون المدني العراقي وان لم ينص صراحة على ذكر القبض كشرط في الأمانة عموما ، الا انه جاء بلفظ الحيازة كشرط في حصول يد الأمانة العقدية وغير العقدية في المادة (١/٤٢٧) التي تنص على ما يلي : " ... تكون يد امانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك"

والعلاقة بين القبض والحيازة مختلفة حيث ان القبض تارة يطلق بشكل مرادف للحيازة ، وتارة يراد بالحيازة صورة خاصة من صور القبض وهي القبض الحقيقي ووضع اليد دون القبض الحكمي [٥] [٥] ووفقا لهذا القول الأخير فان الحيازة لا تكون في العقار لان قبضه بالتخلية لا وضع اليد .

والاقرب ان موقف المشرع العراقي يذهب إلى الترادف بين الحيازة والقبض على الرغم من انه ذكر بنص المادة أعلاه مصطلحين هما (اليد) و (الحيازة) مما قد يفهم بانه أراد بالحيازة فقط حالة القبض الحقيقي دون الحكمي ، ولكن من ملاحظة نصوص أخرى في القانون المدني العراقي نفهم انه لا يحصر الحيازة بالمنقول بل تشمل العقار والمنقول [٦] ، وما ورد بالنص أعلاه من ذكر المصطلحين اي

---

(١) علاء الدين أبو بكر الكاساني ، المصدر السابق ، ج٥ ، ص٢٤٤ .
(٢) العلامة الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، تذكرة الفقهاء ، مصدر سابق ، ج١٠ ، ص ١٠٢
(٣) علاء الدين أبو بكر الكاساني ، المصدر السابق ، ج٥ ، ص ٢٤٤.
(٤) ورد هذا المعنى للتخلية في القانون المدني العراقي في المادة (٥٣٨) التي تتكلم عن تسليم المبيع حيث نصت على ما يلي : "تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل " .

(٥) دُبيان بن محمد الدُبيان ، المصدر السابق ، ص٤٥٠.
(٦) تنص المادة (١/١١٥٠) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " لحائز العقار اذا انتزعت منه الحيازة، ان يطلب من محكمة البداءة خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردها اليه، فإذا كان انتزاع الحيازة خفية بدأ سريان المدة من وقت ان ينكشف ذلك، ويجوز ايضاً ان يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره." .
وكذلك المادة (١١٥٤) والمادة (١١٥٥).
وتنص المادة (١/١١٥٨و٢) منه ايضا على ما يلي : " ١ - من حاز منقولاً او عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باعتباره ملكاً او حاز حقاً عينياً على منقول او حقاً عينياً غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد ليس بذي عذر شرعي. ٢ - واذا وقعت الحيازة على عقار، او حق عيني عقاري، وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، واقترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فان المدة تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات، ولا يشترط توافر حسن النية، الا وقت تلقي الحق" .

اي وضع اليد والحيازة معا يمكن حمله على ان وضع اليد تارة يكون حقيقي وأخرى يكون حكمي ، فكذلك الحيازة والقبض أيضا ممكن ان يكونا حقيقين وممكن ان يكونا حكميين .

ومما تقدم يتضح ان القانون المدني العراقي قد تعرض لذكر هذا الشرط دون اختصاصه بالامانة غير العقدية فهو يشمل كل ما كان من قبض الأمانة ، بل يشمل قبض الضمان أيضا .

اما القانون المدني المصري فهو لم يتعرض لموضوع الأمانة ولكن من تطبيقات الأمانة غير العقدية يفهم ضمنا ضرورة وجود هذا الشرط ومن ذلك ما ورد في المادة (١/١٨١) - احدى تطبيقات الأمانة غير العقدية هو دفع غير المستحق - التي تنص : " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده " فلا بد من التسليم وانتقال الحيازة لتحقق مصداق الأمانة غير العقدية .

اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فهو اقرب لموقف المشرع العراقي حيث أورد ذكرا للحيازة ويد الأمانة وذلك في المادة (٣٠٩) التي تنص على ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال" وما قيل من العلاقة بين الحيازة والقبض واليد في القانون المدني العراقي يقال هنا بلا فرق .

اما طُرق قبض الأمانة غير العقدية فلم يتطرق لها القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي ، ولكن يمكن ان يقال هنا ان طرق قبض الأمانة غير العقدية تختلف بحسب طبيعة الشيء والظروف والاحوال ، فقبض العقار بالاستيلاء على المفتاح او السند وتخليته إلى غير ذلك اما المنقول فيكون عادة بالمناولة اليدوية وقد يكون بتسليم المفتاح او الأوراق التي تخص ملكيته [١] .

وينبغي التنبيه إلى ان اثر القبض في الأمانة غير العقدية يختلف عن اثر القبض في الأمانة العقدية ، فالقبض في العقد له اثرين هما : التسلط على التصرف في الشيء المملوك ، ونقل الضمان

وتنص المادة (٩٦٨) من القانون المدني المصري على ما يلي : " من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة " .

وتقابلها المادة (١٣١٧) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي التي تنص على ما يلي : " من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل باعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي" .

والمادة (١٤٦١) من القانون الاماراتي ايضا .

(١) وردت هذه التفاصيل في تسليم المبيع فذكر القانون المدني العراقي في المادة (١/٥٣٨) ما يلي : " تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل " وورد في القانون المدني في المادة (٤٣٥) ما يلي : " ... ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع " ، اما قانون المعاملات المدنية الامراتي فقد نصت المادة (٥١٥) منه على ما يلي : " إذا كانت طبيعة المبيع طبقاً للقانون أو العرف الجاري تتطلب تسليم وثائق ملكيته وجب على البائع تسليمها للمشتري فإن امتنع عن تسليمها أو ادعى ضياعها وظهرت أجبره القاضي على تسليمها فإن لم تظهر في حالة دعوى ضياعها خير المشتري بين رد البيع أو إمضائه." .

وتحمل تبعية الهلاك [١] ، اما في الأمانة غير العقدية فان الأمين لا يحق له التصرف في الشيء ، ولا تنتقل اليه تبعية الهلاك الا مع التعدي والتقصير [٢] .

ثانيا - انعدام قصد التملك :

القصد المدني هو توجيه العزم لتحقيق حالة بعلم وادراك وإرادة يرتب عليها القانون اثرا مدنيا ، ويعتبر قصد التملك من ابرز صور القصد المدني الذي يعني توجيه العزم نحو تملك الشيء بإرادة وادراك ، وعلم بالآثار التي يرتبها القانون سواء اكان الأثر إيجابيا كما في الاستيلاء الذي تنشأ عنه الملكية ، ام سلبيا كما في قصد التملك في يد الضمان حيث بسبب وجود هذا القصد تكون اليد ضامنة ويسأل صاحبها عن هلاك المال [٣] .

ومن شروط الأمانة عموما سواء اكانت عقدية ام غير عقدية انه يجب ان تنصرف نية الأمين عند اخذ الشيء إلى رده إلى صاحبة وعدم تملكه ، اما لو اخذه بقصد التملك او عدم الرد فهنا تكون يده يد ضمان وتخرج من نطاق الأمانة عقدية كانت او غير عقدية .

والعلة في هذا الشرط ترجع إلى ان تكوين الأمانة غير العقدية مبني لمصلحة صاحب الأمانة ، ودور الأمين فيها هو حفظ الشيء ورده ، فاذا ظهر للأمين قصد اخر ومن دون ان يستند إلى مبرر قانوني بهذا الظهور يكون قد تعدى حدود الأمانة ويحكم عليه بعدمها .

وقد ورد هذا الشرط بنصوص صريحة في مختلف أراء فقهاء المسلمين ، حيث جاء في الفقه الامامي ان من وضع يده على جوائز السلطان الجائر ، وعلم انها من السلطان الجائر قبل وضع اليد على الشيء فان كانت نيته حين الاخذ لم تنصرف لردها إلى مالكها وصاحبها الأصلي فهنا يجري عليه حكم الغصب ، اما اذا انصرفت نيته إلى ردها فهنا يكون من قبيل الأمانة الشرعية ، اما في صورة اخذ الشيء بنية التملك للجهل بالحال أي عدم العلم ان هذه الشيء يعود لغير صاحب اليد عليه ، ثم بعد ذلك حصل العلم ، فهل هو من قبيل الأمانة الشرعية او الغصب ؟ الجواب عن ذلك ان بعضا من الفقهاء ذهبوا الا انها امانة شرعية لموضوع الجهل بالواقع وانها تعود لغير المالك ، واحتمل البعض الاخر انها من قبيل الضمان لان النية حيث الاخذ لم تنصرف إلى عدم التملك ورد الشيء إلى صاحبه [٤] ولأن يد الآخذ فرع يد الغاصب التي هي يد ضمان ، والجهل لا يرفع حكم الغصب والضمان لأنه مفيد في رفع الإثم ، ولكن هذا اذا وصل الشيء من الغاصب اما اذا وصل من غير الغاصب كما لو اطارته الريح فلا

(١) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، المصدر السابق ، ص ٦٥٧-٦٥٨ .
(٢) وسياتي الكلام عن ذلك في الفصل الثاني في اثار الأمانة غير العقدية.
(٣) شه نك محمد جميل كريم ، أثر القصد المدني في تضمين اليد (دراسة تحليلية مقارنة) ، ط١ ، دار الكتب القانونية ، دار شتات ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص ٢٨ .
(٤) الشيخ مرتضى الانصاري ، المكاسب ، ج ٥ ، ط١ ، النور ، بيروت ، ١٩٩٩ ، ص ١٨١- ١٨٣ .

ضمان ، لأنه حينئذ بمنزلة الأمانة في يده لا يضمنه إلا بالتعدي أو التفريط ، بخلاف الأول الذي هو في الحقيقة يد الغاصب باعتبار الفرعية عليها ولو جهلا [١] .

وورد أيضا في الفقه المالكي بانه يجب اخذ اللقطة - التي هي من موارد الأمانة غير العقدية - بنية حفظها والرد إلى مالكها ، واذا اخذها كذلك فإنها امانة في يده ، اما اذا اخذها بقصد الاختزال والانكار فهي مغصوبة ومضمونة عليه [٢] .

وورد في الفقه الحنبلي الإشارة إلى مسالة مهمة وهي ان النية لو تبدلت بان اخذها بنية الأمانة وعدم التملك ، ثم بعد ذلك طرا قصد الخيانة فيما بعد ، وذهبوا فيها إلى احتمال الوجهين من الضمان وعدم الضمان ، ومن ذهب إلى الأول قاس الامر على الوديعة ، ومن ذهب إلى الثاني رد تطبيق حكم الوديعة على هذا المورد لان الوديعة بإذن من المالك [٣] والأمانة غير العقدية ليست كذلك .

والامر في هذه المسالة متشابه عند الشافعية حيث انهم اشترطوا الاخذ على قصد الأمانة لا التملك ، ولكنه اذا اخذ على قصد الأمانة ثم قصد الاختزال والخيانة فاصح الوجهين ان المال لا يكون مضموما مع تبدل القصد كالمودع ، والوجه الثاني هو الضمان لان سبب الأمانة هي النية والقصد ، ولان اخذ مال الغير يقتضي الضمان وهذا مما يصدق عليه ذلك بخلاف المودع لأنه مؤتمن من المالك ، وهنالك وجه في المودع انه يضمن أيضا بمجرد القصد كما في اللقطة [٤] والأمانة غير العقدية ليست ببعيدة عن هذه القاعدة فاللقطة من مصاديقها .

وكما ان الفقه الإسلامي قد اقر هذا الشرط فكذلك في القانون فان يد الأمانة لا تتحقق الا اذا كانت الحيازة لا بقصد التملك بل باعتبار الحائز نائبا عن المالك او بعد اخذ الاذن منه [٥] هذا وان وصف اليد بانها يد امانة او يد ضمان اذا كان تبعا للنية فانها تكون عرضة للتغيرات التي تطرأ عليها بين مدة وأخرى ، فتتحول يد الأمانة إلى ضمان وبالعكس تبعا لتغير النية في التملك وعدمها [٦] فالحائز سيء النية الذي يأخذ الشيء على سبيل التملك خرج من نطاق الأمانة إلى نطاق الغصب والسرقة وخيانة الأمانة ، اما الحائز حسن النية هو الذي يأخذ الشيء لا بقصد تملكه كما في اللقطة عندما يأخذها بقصد ردها إلى مالكها .

---

(١) الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، ج ٢٢ ، ط ٧ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨١ ، ص ١٧٨ .

(٢) جلال الدين عبد الله بن نجم السعدي المالكي ، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، ج٣ ، ط١ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص ٩٩٠ .

(٣) علاء الدين علي بن سليمان المرداوي ، المصدر السابق ، ج١٦ ، ص ٢٠٨ .

(٤) عبد الكريم بن محمد أبو القاسم الرافعي القزويني ، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، ج٦ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ص٣٦٠ .

(٥) د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج ٢ ، بلا طبعة ، وائل ، عمّان ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٤٤ .

(٦) شه نك محمد جميل كريم ، المصدر السابق ، ص ٢٨ .

وعند النظر إلى هذا الشرط على مستوى القانون العراقي والمقارن نجد ان القانون المدني العراقي ذكر صراحة هذا الشرط في المادة (١/٤٢٧) التي نصت على ما يلي : " تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد امانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك " .

اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فلا يوجد فيه نظير للمادة في القانون المدني العراقي ، ولكن يفهم ذلك ضمنا من المادة (٣٠٩) التي تنص على ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال" حيث ان لفظ الجحود يقتضي بالضرورة انكار الملكية وحق المالك ، وقد يلازم ذلك ظهور الحائز مظهر المالك .

ولم يشتمل القانون المدني المصري على أي نصوص تخص الأمانة ، ولكن قد يقال بان نظام الحيازة يقابل نظام وضع اليد في الفقه الإسلامي [١] فلابد في القانون المدني المصري من الرجوع إلى نصوص الحيازة لعدم اشتماله على أي نص يخص الأمانة صراحة ، وقد نص في المادة (١/٩٦٥) منه على ما يلي : "يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير ، إلا إذا كان هذا الحق ناشئا عن خطأ جسيم" ويفهم من النص ان من وضع يده على الشيء يكون سيء النية اذا كان يعلم ان هذا المال لا يعود له ومع ذلك ظهر بمظهر المالك عليه ، ولكن الملاحظ على هذا النص انه خاص بالتقادم القصير والعقارات ، اما التقادم الطويل فلا يشترط فيه ذلك [٢] ، وان كان الامر في المنقول يمكن الاعتماد فيه على السبب الصحيح وفقا للمادة (١/٩٧٦) التي تنص على : "من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته" ولكن يبقى التقادم الطويل خال من حسن النية ، وهذا يعني انه ممكن ان تحصل الحيازة من سيء النية الذي يظهر بمظهر المالك وهو ليس كذلك ، ومن ثم فان قواعد الحيازة في القانون المدني المصري لا يمكن ان تقوم مقام شرط عدم قصد التملك المنصوص عليه في القانون المدني العراقي لا نها تسمح بحيازة سيء النية للمنقول والعقار في التقادم الطويل (١٥) سنة .

ولكن التسليم بتطبيق نصوص الحيازة على الأمانة غير العقدية محل نظر ؛ لان احكام وضع اليد تختلف عن احكام الحيازة ، ويد الأمانة غير العقدية تختلف عن الحيازة - كما تقدم في تمييز الأمانة غير العقدية عن الحيازة - فلا يمكن تطبيق نصوص القانون المدني المصري في الحيازة على الأمانة غير العقدية .

---

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ط٩ ، الخنساء ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص١٩٨.

(٢) انظر المادة (٩٦٨) من القانون المدني المصري التي تنص على : "من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة " ، والمادة (٩٦٩/ ١) من ذات القانون التي تنص على ما يلي : "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات" .

ومما ينبغي التنبيه عليه انه لا يوجد تعارض بين ما تقدم في خصائص الأمانة غير العقدية من انها يجب ان تكون بلا قصد ، وبين هذا الشرط الذي هو قصد عدم التملك ، لان الكلام في الخصائص ناظر إلى سبب وصول المال تحت يد الأمين غير العقدي وانه لم يكن ناتجا عن الإرادة والاتفاق مع المالك ، اما هنا فالكلام في القصد والنية التي وَضَع الأمين غير العقدي يده على المال بعدما وصل اليه ، وهل كان لديه قصد التملك او لا؟

ثالثا - إذن القانون بحصول الأمانة غير العقدية :

يشترط في الأمانة غير العقدية ان يكون وضع اليد على الشيء محل الأمانة بإذن وترخيص من القانون ، والعلة في ذلك واضحة حيث ان الأمانة غير العقدية لم تكن ناتجة عن اتفاق او إرادة بين صاحب الأمانة والأمين ، فلا بد ان يكون هنالك ترخيص من القانون ، خصوصا وان محل الأمانة غير العقدية ليس شيئا مباحا وانما مملوكا ولم يتنازل مالكه عنه .

فاذا فقد هذا الشرط ولم ينص القانون بشكل مباشر على وضع اليد ، فنحن امام حالتين :

- اما ان نكون امام تصرف ارادي بالعقد والإرادة المنفردة فهنا يكون التصرف مشروع لأنه ضمن الغطاء القانوني ، حيث ان القانون اقر هذا النوع من الالتزامات .

- واما ان يكون بلا ارادة فيكون العمل غير مشروع كالغصب فهو محضور في القانون فضلا عن افتقاده للإرادة .

وفي نطاق الفقه الإسلامي فتم تعرض لهذا الشرط صراحة عند تناول هذا النوع من الامانات واشتراط اذن الشارع في ذلك ، والمقصود من اذن الشارع هنا وجود دليل ينتج عنه اباحة هذا العمل [١] بمقتضى ادلة الاحكام المعتبرة عند المذاهب وعلى راسها القران الكريم والسنة الشريفة ، ومن هذه الأدلة :

- قوله تعالى : {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إلى أَهْلِهَا} [٢] .

- قوله تعالى : {يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَخُونُوا اللَّهَ والرَّسُولَ وتَخُونُوا أَماناتِكُمْ} [٣] ، ومن معاني الأمانة في هذه الآية كما روي عن الامام الباقر والصادق (عليهما السلام) انها تشمل كل من اؤتمن من الأمانات ، سواء اكانت امانة عبادية أي الالتزام بالأوامر والنواهي الإلهية ام امانة بين الناس [٤] .

- قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): " لا إيمان لمن لا أمانة له " [٥].

---

(١) المراد بالإباحة هنا الاباحة بالمعنى الاعم أي تشمل ما هو غير المحرم سواء اكان واجبا ام ندبا ام مكروها ام مستحبا ام مباحا بالمعنى الاخص .

(٢) سورة النساء ، الآية (٥٨) .

(٣) سورة الأنفال ، الآية (٢٧) .

(٤) الشيخ الفضل بن الحسن الطبرسي ، مجمع البيان ، ج٣ ، ط١ ، دار المرتضى ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ١١٢.

(٥) العلامة محمد باقر بن محمد تقي المجلسي ، بحار الانوار ،ج ٧٢ ، ط ٣ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،١٩٨٣ ، ص ١٩٨ ، ح٢٦ .

- قال الإمام علي (عليه السلام) : " الأمانات نظام الأمة " [١] .

وورد في الفقه الامامي هذا الشرط حيث يجب ان يكون التسلط على المال في الأمانة الشرعية بإذن وبحكم الشارع ، كما في تسلط الولي على مال القاصر ، وتسلط الملتقط على أموال اللقطة وغير ذلك [٢].

والأمانة الشرعية هي ليست بإذن المالك وربما لا اطلاع للمالك عليها بل بإذن الشارع ، واذا كانت بإذن الشارع فان هذا لا يعني ان الاذن مطلقا ، بل يكون لضبطه وحفظه إلى أن يوصل إلى صاحبه ، فلا يجوز انتظاره إلى أن يطالبه، بل غالبا في اللقطة وأمثالها من الأمانات الشرعية لا اطلاع للمالك كي يطالبه [٣].

واذا كانت يد الأمانة غير العقدية تقوم على اذن الشارع فيد الضمان لدى الأحناف تعني الاستيلاء بنية التملك من غير اذن من المالك او الشارع وبنية تملكه ، وأشار أيضا بان يد الأمانة هي وضع اليد على مال الغير نيابة عن صاحبه [٤] فالشرع هو من مكّن الأمين من الاخذ [٥] ويفهم من هذا ان يد الأمانة اما ان تكون بالنيابة الصريحة عن المالك عن طريق اذنه ورضاه ، او بالنيابة الضمنية عن المالك عن طريق الاذن من الشارع في اخذ الشي لحفظه ورده ، فالأمين ينوب عن المالك ويقوم مقامه لغرض الحفظ والرد .

وورد أيضا لدى الفقه الشافعي ان المالك لم يأذن وان الشارع هو من اذن للحفظ ، فيجب ان يكون القصد صحيحا أي لا للخيانة والتملك لأنه ظلم وخلاف اذن الشارع [٦] .

اذن يشترط ان يكون هنالك مسوغ قانوني او شرعي لتحقق مسمى الأمانة [٧] وبخلاف هذا لا تتحقق الأمانة غير العقدية وجاء هذا المعنى في القانون أيضا ، فورد في القانون المدني العراقي في المادة (١/٩٥٠) ما يلي : " الامانة هي المال الذي وصل إلى يد احد بإذن من صاحبه حقيقة او حكماً، لا على وجه التمليك، وهي اما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار، او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد " ، ويفهم من هذا النص انه يشترط الاذن لتحقق الأمانة في القانون المدني العراقي ، وهذا الاذن على نوعين هما :

---

(١) الشيخ محمد جواد مغنية ، تفسير الكاشف ، ج٢ ، ط٣ ، دار الكتاب الإسلامي ، قم ، ايران ، ٢٠٠٥ ، ٣٥٥.

(٢) الشيخ محمد حسين الاصفهاني ، المصدر سابق ، ص ٣٠ .
(٣) السيد محمد حسن البجنوردي ، المصدر السابق ، ج ٦ ، ص ٩٢ .
(٤) كمال الدين محمد بن همام ، المصدر السابق ، ج ٦ ، ص ١٢٠ .
(٥) علاء الدين أبو بكر الكاساني ، المصدر السابق ، ج ٦ ، ص ٢٠١ .
(٦) عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي امام الحرمين ، المصدر السابق ، ج ٨ ، ص ٤٤٩.
(٧) د. محمد سليمان الأحمد ، د. نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ١ ، العدد ١٧ ، ٢٠٠٣ ، ص ٨٠ .

- الاذن الحقيقي : وهو يكون من المالك ، وبه تظهر الارادة بشكل واضح ويكون ذلك في مجال الأمانة العقدية ، وعبّر القانون عن ذلك بان الأمانة تكون بعقد استحفاظ كالوديعة او ضمن عقد كالماجور والمستعار لان الغاية الأساسية من الاجارة والاستعارة ليست الحفظ وانما يقع ضمنا .

- الاذن الحكمي : ويقصد به اذن الشارع نيابة عن المالك نيابة ضمنية [١] ، وعبّر عنه القانون بانها الأمانة التي تكون بلا عقد ولا قصد كما لو جاءت الريح بمال معين في دار احد الأشخاص .

لذلك فانه يشترط في الأمانة غير العقدية اذن القانون بعد ان تعذر الحصول على اذن المالك .

وموقف القانون المصري لا يشابه القانون العراقي لعدم التطرق لعموم الامانة او احكامها ، ولكن نجد هذا الامر من خلال تطبيقات الأمانة غير العقدية بالقانون المدني المصري ، ومن ذلك المادة (١١٨) حيث نصت على ما يلي : " التصرفات الصادرة من الأوصياء والقوام ، تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون " وهنا القانون هو الذي منح للوصي والقيم سلطة التصرف وجعل الأموال تحت يديهما امانة لا بسبب الإرادة لغياب إرادة المحجور وانما بسبب النص القانوني .

اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فلم يذكر تقسيم الأمانة إلى عقدية وغير عقدية ، ولكن من خلال التطبيقات اضفى صفة الأمانة غير العقدية بنص القانون ، ومن ذلك المادة (١٦٤) التي نصت : " الولي على مال الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم الجد الصحيح ثم القاضي أو الوصي الذي ينصبه" حيث ان الاموال تحت يد الولي امانة غير عقدية تستند إلى نص القانون .

ومما تقدم يتضح ان القانون المدني العراقي قد سلك مسلكا سليما عندما نص على هذا الشرط ، ولم يبقي الامر للتطبيقات الضمنية كما هو مسلك القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي .

رابعا - عدم جود اتفاق مسبق بين الاطراف :

لكي تتحقق الامانة غير العقدية يجب الا يكون هنالك دور لإرادة الامين وصاحب الامانة في وجودها ، أي خلو الطرفين من أي اتفاق او عقد يتضمن نقل حيازة الشيء والا كنا امام امانة عقدية .

واذا كانت الامانة غير العقدية خالية من الارادة فان هذا ينصرف إلى بيان حقيقة مهمة فيها ، وهي ان نشوء الامانة غير العقدية لا يتوقف على توافق ارادتين بل ان نشوئها يكون لعدة اسباب منها الغلط ونص القانون [٢] .

والاتفاق الباطل او عدم المتطابق بحكم عدم الاتفاق ، فلو انتقل الشيء إلى شخص اخر بمقتضى عقد بيع باطل فان هذا الشيء يكون امانة غير عقدية لعدم امكانية الاستناد إلى ذات العقد ، فالعقد الباطل بحكم المعدوم ، وكذلك الاتفاق غير المتطابق كما لو اتفق البائع والمشتري على بيع كيلو من الرز ،

---

(١) وردت النيابة الضمنية عند الاحناف كما تقدم .

(٢) سياتي تفصيل ذلك في بيان صور الامانة غير العقدية .

فسلم البائع المشتري عن طريق الخطأ كيلو ونصف من الرز بدلا من الكيلو ، فهنا يكون النصف الزائد امانة غير عقدية بيد المشتري ، والكيلو هو محل عقد البيع .

خامسا - الا يتحقق ما يوجب الضمان :

لا تجتمع الأمانة غير العقدية مع الضمان ، فيشترط لتحقق يد الأمانة غير العقدية على الشيء الا يكون هنالك موجب للضمان ، وموجب الضمان يتصور في امرين هما :

١- ان تكون اليد يد ضمان منذ بدئ الحيازة : ويد الضمان كما ورد في المادة (١/٤٢٧) من القانون المدني العراقي هي اليد التي تحوز الشيء بقصد تملكه ، حيث انها تنكر ملكية المالك الأصلي وتظهر بمظهر المالك بلا سبب قانوني يسوغ لها ذلك ، ومثالها يد الغاصب حيث ان الغصب هو اخذ مال متقوم محترم بلا اذن ممن له الاذن بذلك على وجه يزيل يده عليه [١] ، ولم يتعرض القانون المدني المصري لهذه الحالة ، وأشار قانون المعاملات المدنية الاماراتي إلى ان ادعاء الملكية تكون سببا للضمان عند تحقق موجبه وهو الاتلاف حيث نصت المادة (١/٣٠) على ما يلي : " إذا أتلف أحد مالاً لغيره على زعم أنه ماله ضمن ما أتلف " [٢] .

٢- انقلاب يد الأمانة إلى ضمان : وفي هذه الصورة تكون اليد يد امانة ثم تنقلب لسبب من الأسباب إلى يد ضان ، ومن أسباب الانقلاب ما جاء في المادة (٢/٤٢٧) من القانون المدني العراقي التي تنص على ما يلي : " وتنقلب يد الامانة إلى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه " ، وكذلك المادة (٣٠٩) من قانون المعاملات الاماراتي التي تنص على ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال" ، ولا يوجد نظير لذلك في القانون المدني المصري .

٣- ان تكون اليد يد امانة ويوجد ما يدل على ضمانها : ان إضفاء صفة الأمانة على اليد لا يعني خلوها من الضمان ، ففي بعض الحالات رغم وجود السبب المشروع لانتقال المال إلى يد الأمين ولكن مع ذلك يدل دليل او نص معين على الضمان عند التلف ، ومثال ذلك يد البائع على المبيع قبل تسلمه للمشتري ، حيث انه يهلك عليه الا ان يكون المشتري متعديا فيمضي البيع بسبب هذا التعدي من المشتري ، والمثال الاخر يد المستعير على العارية فهي تستند إلى سبب مشروع ومع ذلك تضمن على راي الشافعية والحنابلة [٣] .

وهذه الحالة الأخيرة هي من اقسام يد الضمان لا يد الأمانة ؛ لان يد الأمانة لا تضمن الا مع التعدي والتفريط فاذا ما ورد دليل على ضمانها فهي تخرج من نطاق يد الأمانة ، فاذا كانت الأمانة غير

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مصدر سابق ، ج١ ، ص ٥٤.
(٢) تقدم الكلام عن يد الضمان عند تمييز يد الأمانة غير العقدية عن يد الضمان .
(٣) الشيخ علي محمد الخفيف ، المصدر السابق ، ص ٧٨.

عقدية وورد دليل على ضمانها وان كانت من دون تعد او تفريط فهي تلحق بيد الضمان وتخرج من نطاق الأمانة غير العقدية.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة للأمانة غير العقدية

يقصد بالشروط الخاصة هي تلك الشروط التي ترجع إلى الشيء الذي حدثت فيه الأمانة غير العقدية فليس كل شيء يصلح ان يكون كذلك ، فقد لا يكون وضع اليد على بعض الأشياء على سبيل الأمانة غير العقدية بل قد يكون على سبيل التملك ، او على سبيل إعادة المال لصاحبه ، او قد يقرر القانون كيفية التعامل به ، فلذلك يشترط لتحقق الأمانة غير العقدية ان يكون الشيء محلها من الأموال ، وان يكون مملوكا لغير الأمين ، وان يكون مما يصح التعامل به ، وهذا ما سيتم تناوله في النقاط الاتية :

أولا - أن يكون مالا :

ينقسم المال بالنظر لتعلق الأمانة غير العقدية به إلى ما يلي :

١- ما يكون مالا بالذات تكوينا : أي ما يكون له منافع تكوينية يستثمرها الانسان كالأغذية والامتعة والابنية والمعادن .

٢- ما يكون مالا بالذات اعتبارا : وهذا النوع من الأموال وان كانت ماليته ذاتية ومستنده اليه الا انها ناشئة من المنافع التكوينية التي تتعلق بها كالحقوق القابلة للنقل والانتقال كالتحجير والسرقفلية (التأجير).

٣- ما يكون مالا بالاعتبار محضا وبالذات : حيث انه يتمحض في المالية كالنقود الورقية والمعدنية ، فان قوام ماليتها هو الاعتبار أي نص القانون ، ومنافعا كوسيط لتبادل الأموال .

٤- ما لا يكون مالا الا عند التعاوض عليه نظير منافع العامل فانه لا منافع له الا بالتعاوض عليه .

٥- ما يبذل بازائه المال ولكن لا يتصف بالمالية لا قبل العقد ولا بعده ، كإسقاط الحقوق فإنها ليست بمال بنفسها ، فاسقاط الحقوق وان بذل بإزائها المال كما في الجعالة والصلح لكنها لا تكون عوضا ولا معوضا في مثل البيع والاجارة [١] .

ومما تقد يتضح ان الأقسام الأربعة الأولى تصلح لان كون محلا للأمانة غير العقدية ، اما اسقاط الحق فوقوعه محلا للأمانة غير العقدية قد يبدو لأول وهلة محل نظر ؛ لأنه يبعد تتحقق حيازة الاسقاط من الأمين غير العقدي ، وفي توجيه شمول الأمانة غير العقدية حتى لهذه الحالة يمكن ان يقال ان الأمين غير العقدي قد يحدث التنازل له او اسقاط الحق عنه بالخطأ فيلتزم بعدم ترتيب أي اثر على هذا الاسقاط واعلام مالكه بذلك .

---

(١) الشيخ محمد السند البحراني ، سند العروة والوثقى (كتاب النكاح) ، ج٣ ، ط١ ، دار الاميرة ، بيروت ، ٢٠١٣ ، ص ١٥٧- ١٥٨ .

فعلى ذلك فان المال يشمل كل ما له ماليه ويبذل المال بإزائه وان قل عينا كان او دينا او منفعة كخياطة الثوب وتعليم القرآن الكريم [١] بل ويشمل الحقوق المالية أيضا القابلة للنقل والانتقال كحق التحجير [٢] فهو كل ما كان حقا ذا قيمة مالية [٣] .

فما لا يمكن حيازته لا يعتبر من الأموال كالعلم والشرف ، وكذلك اذا امكن حيازته ولكن كان عديم المنفعة كحفنة من التراب او قطرة من الماء ، اما منافع الاعيان كسكنى الدار فهي لا يمكن حيازتها بالفعل لذلك كانت محل خلاف بين الفقهاء فذهب الأحناف إلى عدم اعتبارها مالا لعدم امكان حيازتها ، وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبارها مالا لأنه يمكن حيازة محلها ومصدرها [٤].

وفي اطار التشريع نجد ان القانون المدني العراقي قد عرف المال في المادة (٦٥) حيث نصت على ما يلي : " المال هو كل حق له قيمة مادية " وقد افاد هذا التعريف ان المال يشمل الاعيان والمنافع والحقوق حتى حق المؤلف ، والاسم التجاري ، ويشمل الحقوق كلها شخصية وعينية ومعنوية ، ومن ثم فهو كل حق قابل للتقوم بالنقد [٥] ، ولم يعرف القانون المدني المصري المال ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد عرفة في المادة (٩٥) حيث نصت على ما يلي : " المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل" .

ومما تقدم يتضح ان نظر القانون لتعريف المال مقارب للفقه الإسلامي من حيث اصل النظرية لا التطبيقات حيث ان بعض الأشياء كالخمر تخرج من نطاق الأموال في الفقه الإسلامي بخلاف القانون .

وليس كل شيء يصلح ان يكون محلا للأمانة غير العقدية وانما ينبغي ان يكون من الأموال ؛ لأنه ليس كل الأشياء تعد من الاموال ، وعلى الرغم من ان بعض الفقه قد خلط بين الشيء والمال ومنذ الازل ، لكن التفرقة بينهما لها أسبابها المنطقية التي تتفق مع الصياغة القانونية ، حيث نصت المادة (٦١) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية. ٢ - والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها ، والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية " ، وجاء نص المادة (٨١) من القانون المدني المصري [٦] ،

---

(١) السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم ، منهاج الصالحين ، ج٣ ، ط١٢ ، مؤسسة الحكمة للثقافة الإسلامية ، النجف ، العراق ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٠ .

(٢) السيد علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، ج٣ ، ص ٩٠ .

(٣) د. رضا محمد إبراهيم الشاذلي ، المصدر السابق ، ص ٥٥ .

(٤) د. لاشين محمد الغاياتي ، د. رضا متولي وهدان ، الحقوق العينية الاصلية - حق الملكية (دراسة مقارنة) ، بلا طبعة ، مطبعة الاشوال ، طنطا ، مصر ، ١٩٩٦، ص ٢٤ .

(٥) د. جواد احمد البهادلي ، مدخل قانوني لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط٢ ، مجمع اهل البيت عليهم السلام ، النجف ، العراق ، ٢٠١٧ ، ص٢٨٣ .

(٦) نصت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على ما يلي :
" وضع المشرع بهذه المادة (٨١) أساس التفرقة بين الأشياء والأموال فبين ان الشيء غير المال وان الشيء لا يعدو ان يكون محلا للحقوق المالية بشرط ان لا يكون خارجا عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون " .

ونص المادتين (٩٧) و (٩٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي مطابقا للقانون العراقي في التفرقة بين الشيء والمال .

ولكي يكتسب الشيء صفة المال يجب ان يكون غير خارج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون ، وينقسم الخروج بسبب الطبيعة إلى خروج مطلق ويقصد به الانسان حيث انه لا يصلح للتعامل ولا للحقوق المالية ، وخروج نسبي وهي الأشياء التي لا يستطيع احد ان يستأثر بها كالهواء والماء في البحار واشعة الشمس ، غير ان ذلك لا يمنع من اكتساب تلك الأشياء اذا امكن حيازتها والتعامل بها كضغط الهواء ، اما خروج الأشياء بحكم القانون فهي بطبيعتها قابلة للتعامل بها ولكن حرم المشرع التعامل بها لإخلاله بالنظام العام كالمخدرات والأسلحة والأموال العامة ، وهذا لا يمنع اباحة التعامل بها لغاية معينة [١] .

فعلى هذا فان محل الأمانة غير العقدية يجب ان يكون مالا سواء اكان عينا ام دينا ام حقا ام منفعة فما لا قيمة له لا يدخل في نطاقها ، وكذلك فان ما له قيمة وكان خارجا عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون لا يصلح ان يكون محلا كذلك بل ان التعامل بمثل هذه الأمور الخارجة عن التعامل يؤدي إلى بطلان التعامل بها وتبقى على حالتها الأولية ، فلو انتقل سلاحا إلى يد احد الأشخاص خطأ فانه لا يخوله الا التعامل معها وفق القانون المنظم له .

والسؤال الذي يثار هنا هل ان محل الأمانة غير العقدية مالا مطلقا يشمل المنقول والعقار او يختص بالمنقول فقط ؟ وفي مقام الإجابة يمكن القول ان محل الأمانة غير العقدية هو المال مطلقا سواء اكان منقولا ام عقارا [٢] ، اما كون المنقول محلا للأمانة غير العقدية فواضح ، واما العقار فهو محلا لها لأنه من الأموال القابل للتعامل بها ، ويمكن وضع اليد عليها عبر حيازة سندها او مفتاحها ، وأيضا فانه كما يحدث غلط او قضاء وقدرا في المنقول يجري في العقار ، وكما تتحقق الأمانة غير العقدية في المنقول بنص القانون تتحقق في العقار كذلك .

انظر : د. رضا محمد إبراهيم الشاذلي ، المصدر السابق ، ص ٥٥ .

(١) المصدر نفسه ، ص ٥٧.

(٢) نصت المادة (٦٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "١- العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله او تحويله دون تلف فيشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية. ٢- والمنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الاشياء المنقولة " .

ونصت المادة (١/٨٢) من القانون المدني المصري على ما يلي : "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف ، فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول" .

اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فق نصت الماد (١٠١) منه على ما يلي : " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول " .

وكما ان المنقول بطبيعته هو محلا للأمانة غير العقدية فكذلك المنقول بحسب المآل [١] ، وكما ان العقار بطبيعته يصلح ان يكون محلا للأمانة غير العقدية فكذلك العقار بالتخصيص [٢] .

ثانيا - ان يكون مملوكا لغير الأمين :

من الشروط المهمة في الأمانة غير العقدية الّا يكون الشيء محل الأمانة غير العقدية من الأموال غير المملوكة ؛ لان هذه الاموال قابلة للتملك عند وضع اليد عليها ، وذات الشخص لا يكون امينا على شيء ومالكا له بذات الوقت لان الأمانة تمنع التصرف وتقتضي الحفظ والتسليم بخلاف الملكية ، والأموال غير المملوكة التي لا تكون محلا للأمانة غير العقدية هي ما يلي :

١- الأموال المباحة : وهذه الأموال لا تعود ملكيتها لاحد من الناس ، وتكتسب عن طريق الاستيلاء عليها ، والاستيلاء هو الاحراز الحقيقي [٣] او الحكمي [٤] المصحوب بنية التملك [٥] على المال المباح ، وله في الفقه الإسلامي عدة صور هي احياء الأرض الموات والاستيلاء على المعادن والكنوز والصيد [٦] .

وبهذا المعنى فان الاستيلاء يختلف عن الحيازة لكونه سببا لكسب الملكية ابتداء ويرد على شيء مباح ، اما الحيازة فهي قرينة على الملك وترد على مال مملوك لاحد ، ويمتاز الاستيلاء بانه لا حاجة

---

(١) المنقول ينقسم إلى المنقول بطبيعته وهو الأصل في المنقول الذي يمكن نقله من دون تلف ، والمنقول بحسب المال وهو من وضع الفقه حيث ان القانون اكتفى ببعض التطبيقات له ، ويلتزم لتحققه ان يكون التعامل على العقار قد جرى ليس على أساس طبيعة العقار الحالية بل ما سيؤول اليه ويشترط أيضا ان يصبح هذا العقار فيما بعد منقولا .
انظر : د. رضا محمد إبراهيم الشاذلي ، المصدر السابق ، ص ٨٠-٨٣.
من تطبيقات المنقول بحسب المآل في القانون المدني العراقي المادة (١/١٣٧٣) والمادة (١/١٣٧٤) ، ومن تطبيقاته في القانون المدني المصري المادة (١/١١٤٢) والمادة (١/١١٤٣) ، ومن تطبيقاته في قانون المعاملات المدنية الاماراتي المادة (١/١٥١٦) والمادة (١/١٥١٧).
(٢) نصت المادة (٦٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار او استغلاله " .
اما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٢/٨٢) منه على ما يلي : " ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله" .
ونصت المادة (١٠٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار له، رصدا على خدمته أو استغلاله ولو لم يكن متصلاً بالعقار اتصال قرار" .
(٣) يقصد بالإحراز الحقيقي وضع اليد على الشيء بشكل فعلي كحيازة الماء في المجموع في اناء او امساك الصيد او جني الثمار .
(٤) يقصد بالإحراز الحكمي تهيئة الاسباب للإحراز الحقيقي كتعلق الصيد في شبكة ، او تجمع الماء في الاناء .
(٥) د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، مصدر سابق ، ص١١٠ .
(٦) الشيخ إبراهيم محمد الشحات ، المدخل في الشريعة الإسلامية ، بلا طبعة ، مركز التعليم المفتوح بجامعة بنها ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص ١٥٣ .

لاستمرار وضع اليد على الشيء مدة من الزمن لحصول الملكية ، ولا يرد الا على المنقولات عموما بخلاف الحيازة [١] .

وورد في القانون المدني العراقي في المادة (١/١٠٩٨) النص على الأموال المباحة وكما يلي : " كل من احرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه " [٢] اما القانون الدني المصري فقد نصت المادة (٨٧٠) منه على ما يلي : "من وضع يده على منقولات لا مالك له ينبه تملكه ، ملكه" [٣] ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فتعرض لهذه الأموال في المادة (١٢٠٣) التي نصت على ما يلي: " من أحرز منقولاً مباحاً لا مالك له بنية تملكه ملكه " [٤] ويتضح من هذه النصوص ان شروط التملك بالاستيلاء ثلاثة هي ان يكون المال منقولا لا مالك له ، وان يتحقق وضع اليد على المنقول ، وان يكون بنية التملك ، والمستولي على هذه الأشياء يصبح مالكا لها ، لأنها أشياء غير مملوكة فلا تدخل في نطاق الأمانة غير العقدية .

٢- الأموال المتروكة : الاشياء المتروكة هي التي أصبحت سائبة بعد ان تخلى أصحابها عن ملكيتها ، كالأوراق المهملة والملابس البالية والاتربة الناتجة عن عمليات حفر المباني ، والترك الذي يؤدي إلى جعل المنقول سائبا له عنصران الأول هو التخلي عن الحيازة وهذا العنصر المادي والثاني هو النزول

---

(١) د. محمد شكري سرور ، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة) ، ط٢ ، جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٩٨، ص٢٣ .

(٢) الاستيلاء يكون على الاموال المنقولة اما العقارية فهي اما مملوكة للدولة او مملوكة ملكية خاصة ، وقد اجاز القانون في بعض الحالات وضع اليد على الارض المملوكة للدولة كالمادة (١١٠٥) من القانون المدني العراقي التي تنص على ما يلي : " ١ - اذا ردم عراقي جزءاً من البحر بإذن الحكومة ملك الجزء المردوم، لكن اذا حصل على الاذن ولم يتم الردم خلال ثلاث سنوات بطل الاذن ويجوز لغيره ان يردم بعد ان يحصل على اذن لنفسه. ٢- واذا كان الردم بغير اذن المحكمة صار الجزء المردوم ملكاً خاضعاً للدولة، ويباع الردم ببدل المثل، فان لم يقبل بيع لمن ترسو عليه المزايدة، واذا كان الرادم قد انشأ ابنية في الجزء المردوم، فانه لا يطالب الا ببدل مثل الارض دون الابنية واذا بيع العقار بالمزايدة اخذت الحكومة من ثمنه قيمة الارض واعطت الباقي للرادم" .

(٣) اما العقار فهو اما مملوك ملكية خاصة او عامة الا استثناء ، وقد نصت المادة (٨٧٤) من القانون المدني المصري على ما يلي : " ١- الأراضي غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة . ٢ - ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح . ٣- إلا أنه زرع مصرع أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات خلال الخمس العشرة السنة التالية للتمليك " .

(٤) والحكم مختص بالمنقول اما الأراضي الموات فهي ملكا للدولة فقد نصت المادة (١٢٠٩) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : "١- الأراضي الموات تكون ملكاً للدولة. ٢- ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها بغير إذن من الدولة وفقاً للقوانين" ، وقانون المعاملات المدنية الاماراتي وان لم يجز تملكها لكنه سمح باحيائها حيث نصت المادة (١٢١١) من ذات القانون على ما يلي : " ١- من أحيى أو عمر أرضاً من الأراضي الموات بإذن من السلطة المختصة كان مالكاً لها. ٢- وللسلطة المختصة أن تأذن بإحياء الأرض على أن ينتفع بها فقط دون تملكها " .

عن الملكية وهذا العنصر المعنوي [١] وتستخلص نية النزول من الوقائع والظروف ، وهذه الأموال يمكن كسب الملكية عليها عند الاستيلاء [٢] .

وترك الأشياء العقارية او التخلي عن العقار امر نادر وكانت تحصل عندما تتعلق بالأرض امولا فادحة لا تتناسب مع إيرادات الأرض ، اما المنقولات المهملة فامثلتها كثيرة وفي الغالب تكون هذه المنقولات أشياء تافهة كالملابس والادوات القديمة [٣] .

وتعرض القانون المدني العراقي لهذه الاموال في المادة (١١٠٤) حيث نصت على ما يلي : "يصبح المنقول مباحاً اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته " ، وورد في القانون المدني المصري في المادة (١/٨٧١) ما يلي : " يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته " ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فتعرض لهذه الأموال في المادة (١٢٠٤) التي نصت على ما يلي : " ١- يصبح المنقول بغير مالك إذا تخلى عنه مالكه بقصد التخلي عن ملكيته. ٢- وتعد الحيوانات غير الأليفة بغير مالك ما دامت طليقة وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى مكانه المخصص ثم فقد هذه العادة صار بغير مالك" .

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الشيء المتروك بانه : " هو الذي يستغني صاحبه عنه بإسقاط حيازته ، وبنية انهاء ما كان له من ملكية علية ، فيغدو بذلك لا مالك له ، والعبرة في ذلك بواقع الامر ، وليس بما يدور في خلد الجاني ، وهذا الواقع يدخل تحريه واستقصاء حقيقته في سلطة قاضي الموضوع الذي له ان يبحث في الظروف التي يستفاد منها ان الشيء متروك او مفقود ، ومن ثم لا يكفي لاعتبار الشيء مملوكا ان يسكت المالك عن مطالبة به ، او يقعد عن السعي لاسترداده بل لا بد ان يكون تخليه واضحا عمل إيجابي يقوم به مقرونا بقصد النزول عنه " [٤] ، وما ذكرته محكمة النقض بشان التمييز بين الأشياء المتروكة وغيرها مسالة هامة حيث انه ليس كل سكوت من المالك عن المطالبة بالشيء هو تخلي عن الملكية ، فلا بد اذا من تحقق مسمى الشيء المتروك ، وبناء على هذا الحكم فلو عثر المالك على ماله الضائع عند احد الأشخاص واخذه فهذا يعد ارجاعا لأمواله المفقودة ، ومن دون ان توصف يده بالأمانة او العدوان .

٣- الصيد : يعد الصيد عمل مباح ، ويقع على الحيوان كالطيور والاسماك غير المملوكة ، ومن صاد منها شيئا تكون ملكا له [٥] وباعتبار ان احراز الصيد يؤدي إلى ملكيته فان الصيد خارج من نطاق الأمانة غير العقدية لأنه من الأشياء الغير مملوكة .

---

(١) د. سعيد سعد عبد السلام ، الحقوق العينية الاصلية ، بلا طبعة ، حماده ، المنوفية ، مصر ، ١٩٩١ ، ص ٢٤١ .
(٢) د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، مصدر سابق ، ص ١١٨ .
(٣) د. محمد كامل مرسي بك ، الملكية والحقوق العينية ، بلا طبعة ، المطبعة الرحمانية ، القاهرة ، ١٩٢٣ ، ص ٢٩٤.
(٤) نقض ١٩٥٩/٤/٢٧ مجموعة احكام النقض س ١٠ رقم ١٠٨ ص ٤٩٥ .
انظر : د. رضا محمد إبراهيم الشاذلي ، المصدر سابق ، ص ١٢٤.
(٥) د. محمد كامل مرسي بك ، المصدر السابق ، ص ٢٩٦.

وقد تعرض القانون المدني العراقي لحكم الصيد في المادة (١١٠٢) حيث نصت على ما يلي : " ١- الصيد مباح براً وبحراً ويجوز اتخاذه حرفة. ٢- وشرط الصيد ان يمتنع الحيوان عن الانسان بقدرته على الفرار، ثم يحرزه الصائد بعمله قاصداً صيده " والمادة (١١٠٣) حيث نصت على ما يلي : " الحق في صيد البر والبحر واللقطة والاشياء الاثرية تنظمه القوانين الخاصة " ، ولا يوجد نص مشابه للمادة (١١٠٢) بالقانون المقارن ، الا ان القانون المقارن سلك موقف القانون المدني العراقي في المادة (١١٠٣) بشأن تنظيم حق الصيد وفق قانون خاص [١] .

ومما يتقدم يتضح ان تحقق مسمى الأموال غير المملوكة في الشيء سواء اكانت مباحة ام متروكة ام صيدا ينفي تحقق وصف الأمانة غير العقدية في هذا الشيء ؛ لعدم اجتماع الأمانة مع الملكية لذات الشخص وبنفس الوقت لاختلاق حقيقة واحكام كل منهما .

وليس كل مال مملوك يصلح ان يكون محلا للأمانة غير العقدية وانما ينبغي ان يكون مملوكا لغير الأمين ؛ فالمال المملوك للأمين لا يكون موردا للأمانة غير العقدية لاقتضاء المغايرة بين يد الأمانة ويد الملكية ، وبناء على ذلك لو عثر شخص معين على ماله الضائع بعد مدة من الزمن فانه لا يعد امانة في يده ؛ لان هذا المال هو ملك لذات الشخص الذي وضع يده عليه.

ثالثا - أن يصح التعامل به :

من شروط الأمانة غير العقدية ان يكون الشيء محل الأمانة مما يصح التعامل به ، والاشياء التي تخرج عن التعامل اما بحكم طبيعتها حيث ينتفع بها من قبل كافة الناس كالهواء والماء الجاري واشعة الشمس ، ولا يحول انتفاع بعظهم دون انتفاع الاخرين ، او تخرج عن التعامل بحكم القانون كالحشيش والافيون والسموم [٢] .

وبين القانون المدني العراقي هذه الاحكام في المادة (٦١) حيث نصت على ما يلي : " ١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية. ٢- والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية " .

اما القانون المدني المصري فقد تعرض لذلك في المادة (٨١) حيث نصت : " ١- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية. ٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية " .

---

(١) ورد في القانون المدني المصري في المادة (٨٧٣) ما يلي : " الحق فى صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة " ، وجاء في المادة (١٢٠٧) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي ما يلي : " تنظم القوانين الخاصة الأمور المتعلقة بالكنوز والمعادن وكذلك الحق في صيد البر والبحر واللقطة والأشياء الأثرية" .

(٢) د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، مصدر سابق ، ص ٥ .

وبينت المادة (٩٧) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي هذا الحكم أيضا حيث نصت على ما يلي : "كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية" اما المادة (٩٨) من ذات القانون فقد أوضحت مفهوم الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها او نص القانون حيث نصت على ما يلي : " الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية " .

والملاحظ على هذه النصوص أعلاه انها تتشابه في احكامها والفاظها إلى حد بعيد من حيث تقسيم الأشياء إلى خارجة عن التعامل بطبيعتها ونص القانون وإعطاء مفهوم كل منهما .

وورد في الفقه الإسلامي تقسيم المال من حيث الانتفاع به إلى متقوم وغير متقوم ، والمال المتقوم هو المال المحرز بشكل فعلي ويكون محلا للانتفاع المعتاد شرعا في وقت الاختيار والسعة ، وغير المتقوم هو المال الذي لا يمتلكه احد كالسمك بالماء او كان مملوكا لكن لا يمكن الانتفاع به شرعا الا وقت الاضطرار كأكل الميته وشرب المسكر [١] وثمرة هذا التقسيم هي ان المال المتقوم يصح التعامل به ومن اتلفه يكون ضامنا له [٢] .

ومما تقدم يتبين ما يلي :

١- يشترط في الفقه الإسلامي لتحقق الأمانة غير عقدية ان يكون المال متقوما ليصح التعامل فيه ، وكذا في القانون يشترط ان يصح التعامل في المال لتحقق الأمانة غير العقدية .

٢- المال الذي يخرج عن التعامل في الفقه الإسلامي هو اما ان يخرج بسبب عدم الاحراز كالهواء والسمك في الماء [٣] ، او تخرج عن التعامل بسبب عدم المشروعية كالمسكر [٤] ، وذات الامر في القانون فالأشياء تخرج عن التعامل اما بسبب الطبيعة كالهواء والماء ، او بسبب نص القانون كالمواد المخدرة.

٣- قد يسمح القانون بالتعامل مع بعض الأشياء التي يحرم التعامل بها ، كاستخدام المواد المخدرة في الأمور الطبية ، او استخدام الأسلحة في الشركات الأمنية ، فتكون محلا للأمانة غير العقدية عندئذ .

٤- ان الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها او بنص القانون لا يتحقق فيها شرط القبض ولا ينطبق عليها احكام الأمانة غير العقدية من وجوب الحفظ وردها إلى مالكها ، فالأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها لا يمكن حيازتها والاستئثار بها ووضع اليد عليها والأمانة غير العقدية تقتضي القبض

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، د. عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، بلا طبعة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص١٧٥ .

(٢) أنور رحيم مهدي صالح العبادي ، هدر المال العام في الشريعة الإسلامية ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية الفقه ، جامعة الكوفة ، العراق ، ٢٠١٧، ص ٢٦ .

(٣) السمك قبل الاصطياد يعتبر من المال غير المتقوم ، اما اذا تم اصطياده فهو متقوم.

(٤) انظر : المادة (١٢٧) من مجلة الاحكام العدلية الملغية .

والحيازة ، اما الأشياء الخارجة عن التعامل بنص القانون فهي لا توجب على من وضع يده عليها ردها إلى حائزها بل يتعامل معها وفق القانون كان يسلمها إلى الجهات المختصة اذا كانت من قبيل الأسلحة او المخدرات المحظور التعامل بها .

٥- الأموال العامة كالأثاث والسيارات تصلح لان تكون محلا للأمانة غير العقدية وان كانت خارجة عن التعامل بنص القانون ، وعلة ذلك لأنه يمكن حفظها وردها إلى صاحبها [١] ، فضلا عن ان الأمانة غير العقدية لا تقتضي التعامل والتصرف بالمال محل الأمانة حتى لا تصلح ان تكون محلا لها .

المطلب الثاني

صور الأمانة غير العقدية

تتسع ضابطة الأمانة غير العقدية - وهي كل الأموال التي يتم الاستيلاء عليها بإذن القانون او اذن الشرع في الفقه الإسلامي - إلى العديد من الصور التي ورد في جملة منها نصا قانونيا ، وترجع بعضها إلى حالات خاصة من الأمانة غير العقدية كالقهر والغلبة ، والغلط والغفلة ، والجهل بالمالك ، وبعضها إلى القاعدة العامة فيها وهي اذن القانون كالمقبوض بالعقد الباطل او الذي تم انهاءه ، والذي يجب حفظه لمالكه ، وصور متفرقة اخرى ، وسيتم تناول كلا الامرين في فرعين مستقلين وكما يلي :

الفرع الاول : القهر والغلط والجهل بالمالك .

الفرع الثاني : اذن القانون (رخصة القانون) .

الفرع الأول

القهر والغلط والجهل بالمالك

تمتاز الأمانة غير العقدية بتطبيقاتها المختلفة ، ومن اهم هذه التطبيقات تلك التي تحدث بسبب العمل الخارج عن إرادة الانسان واختياره كان تكون بسبب الحوادث الطبيعية كالريح او بسبب الأخطاء الالكترونية والبرمجية ، وقد تحدث الأمانة غير العقدية أيضا بسبب الغلط الذي يقع به الانسان بعد ان يرى الشيء على خلاف الواقع او يغفل عن الاطلاع على حقيقته ، ومن صور الأمانة غير العقدية الأخرى أيضا الأموال التي تقع بيد الأشخاص مع عدم معرفة مالكها ، وسيتم تناول هذه الصور في النقاط الآتية وكما يلي :

أولا - القهر والغَلبة :

من صور الأمانة غير العقدية تلك التي تحدث بفعل الطبيعة ، وتمتاز هذه الصورة عن غيرها بانه لا دخل لإرادة الانسان في حصولها ، بل تحدث بفعل عوامل خارجة عن ارادته كالرياح

(١) صاحب الأمانة غير العقدية في الأموال العامة هي الدولة .

والعواصف والسيول ، او لوجود خلل تقني في المنظومة الالكترونية يؤدي إلى تسليم شخص بعض الأموال او الأرصدة من دون استحقاق لها .

وتبدوا بشكل واضح في هذه الصورة انتفاء سوء النية او العدوان لان الامين غير العقدي لم يرتكب الخطأ بل لم يكن له أي دور إيجابي او سلبي في تحقق مصداق الأمانة غير العقدية ، ونفس الحكم يقال للمالك فهو هنا أيضا لم يقم باي فعل كان نتيجته حصول الأمانة ، بل لم يتدخل أي طرف سبب بفعله حصول الأمانة كصورة اخذ المال من غير استحقاقه .

وتم التعرض لهذه الصورة في الفقه الإسلامي بشكل واسع ، بل عُرِفت الأمانة غير العقدية في الكثير من مصنفات فقهاء المذاهب الإسلامية بعبارة (الثوب الذي اطارته الريح على دار غيره) وقاسوا بقية الاحكام على هذا المثال فقالوا ان حكم هذه الواقعة حكم الثوب الذي اطارته الريح .

حيث ورد في الفقه الإسلامي في المذاهب المختلفة كالحنفي والحنبلي والشافعي ان من صور الامانة التي يجب ردها واعلام صاحبها ما اذا اطارت الريح إلى داره [١] او حجره ثوبا [٢] ولو اطارت الريح الثوب الواقع في داره إلى مكان اخر قبل ان يعلم به فلا تتحقق الأمانة غير العقدية ، اما اذا كان ما وقع في الدار حيوان يقدر على الحركة وتغيير المكان كالطائر فلا يكون امانة غير عقدية ما لم يمسكه ويستحوذ عليه ، ولا يجب عليه امساكه اذا لم يرد ذلك [٣] ويفهم من تعدد الأمثلة والحالات ان الحكم لا يختص بالدار او الحِجر او الثوب وانما تذكر هذه الامثلة تأسيسا لقاعدة عامة مفادها ان من صور الأمانة غير العقدية ما وقع قهرا ؛ لأنها لم تكن عن إرادة واتفاق ، ووقعت قضاء وقدارا بلا تعمد من المالك.

ومن حالات القهر المذكورة في الفقه الامامي هي ما لو اطارت الريح المال او جاء به السيل فصار في يد الأمين [٤] وورد أيضا عندهم انه لو أطارت الريح ثوبا و نحوه إلى داره فهي امانة شرعية [٥] .

وفي بعض الأحيان يكون فعل الطبيعة ليس سببا لحصول الأمانة غير العقدية فقط وانما سببا لتقرير وضع جديد أيضا ، كما لو وقع الثوب الذي اطارته الريح في اجانة صباغ فتحصل الشركة بينهما

(١) عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي ، المصدر السابق ، ج١٦ ، ص ٦١ .
(٢) إبراهيم بن محمد ابن نجيم المصري الحنفي ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ج٧ ، ط٢ ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص ٢٧٤ .
(٣) يحيى بن ابي الخير العمراني الشافعي ، البيان في مذهب الامام الشافعي ، ج٧ ، ط١ ، دار المنهاج ، جدة ، السعودية ، ٢٠٠٠ ، ص ٨٧.
(٤) السيد علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، ج٢ ، ص ٢٠٢- ٢٠٣ .
(٥) الشيخ يوسف البحراني ، المصدر السابق ، ج٢١ ، ص ٤١٣.

لتحقق اختلاط المالين ، ويد الصباغ على الثوب يد امانة فلا يضمن النقص في قيمة الثوب لو حصلت بسبب الصبغ [١] .

وقد يكون فعل الطبيعة سببا لعدم ترتيب بعض الاثار التي كانت تترتب لو كان الفعل بإرادة الانسان ، فلو اطارت الريح البذر والقته في ارض معينة فنبت زرعا فان صاحب الأرض لا يستحق الأجرة لذلك الزرع النابت ، ولا ضمان على صاحب البذر وان حصل الانتفاع لأنه لم يكن بفعله ولا بعقد بينه وبين صاحب الأرض ، وهذا الحكم ثابت سواء اقلنا ان الزرع النابت مشتركا بينهما ام مختصا بأحدهما ، وهنالك من جعل من نفس استيفاء منفعة مال الغير ولو قهراً سببا كافياً للضمان ـ ويعبر عنه في الفقه الوضعي بالإثراء بلا سبب أو بلا تسبيب، وأنّه موجب للضمان ـ وبناء على هذا القول يكون لصاحب الأرض الحق في أخذ أُجرة منفعة أرضه ولو من الزرع، فلا يذهب عليه ماله هدراً [٢] .

ومن جهة أخرى فان ما تلقيه الطبيعة وغيرها قهرا في ملك الغير كالحبوب والثوب لا يخلو من حالتين هما :

١- اما ان يعلم المالك أو يجهله ، ومع الجهل اما ان يكون في منحصرا في جماعة معينة او لا ، فاذا علم المالك فانه يجري عليها حكم الأمانة غير العقدية ، واما مع الجهل والاشتباه بالمالك في جماعة منحصرة فهنالك من ذهب إلى التخلص من الاشتباه بإجراء الصلح او التمليك ، وهنالك من ذهب إلى قيام المالك بإزالة الشيء عن ملكه بعد مراجعة الحاكم الشرعي مع تسليمه إياه ، واما مع الجهل بالمالك في صورة عدم الانحصار فيجري عليه حكم الثوب الذي اطارته الريح .

٢- اما ان يعرض عنه المالك او لا : فاذا اعرض المالك عنه كان كغيره من الأموال المباحة التي يجوز لمن وقعت عنده تملكها كما يجوز طرحها من ملكه ، واذا لم يعرض كانت على حكم الأمانة غير العقدية[٣] .

وفي التشريع تعرض القانون المدني العراقي لهذه الصورة صراحة عبر ذكر مثال عليها وذلك في المادة (١/٩٥٠) حيث نصت على ما يلي : " الامانة هي المال الذي وصل إلى يد احد بإذن من صاحبه حقيقة او حكماً ، لا على وجه التمليك، وهي اما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار ، او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد " ، ولا يوجد نظير لهذا النص في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي .

---

(١) الشيخ علي بن الحسين الكركي ، جامع المقاصد في شرح القواعد ، ج٦ ، ط١ ، مؤسسة آل البيت لاحياء التراث ، قم ، ايران ، ١٩٩٠ ، ص ٢٩٦ .

(٢) الشيخ محمد الجواهري ، الواضح في شرح العروة الوثقى ، ج١٤ ، بلا طبعة ، المعارف للمطبوعات ، بيروت ، ٢٠١٢ ، ص ١٠٨ .

(٣) الشيخ محمد حسن النجفي ، المصدر السابق ، ج ٢٧ ، ص ١٩١- ١٩٣

ثانيا - الغلط :

يعد الغلط من الالفاظ ذات الأصل غير عربي ، ومعناه المعجمي العام عدم معرفة وجه الصواب ، وليس للفظ معنى عرفي أي ان الوسط القانوني يستعمله في هذا المعنى الذي هو عدم العلم بالحقيقة والواقع [١] ويعتبر الغلط من صور الأمانة غير العقدية المهمة ، والغلط الذي نبحث عنه هنا يتميز عن الغلط الوارد في عيوب الإرادة [٢] ، حيث ان بعض أنواع الغلط كعيب من عيوب الإرادة هو من موارد صورة الغلط في الأمانة غير العقدية [٣] ، فالغلط في الأمانة غير العقدية ناتج عن كل تسلّم او تسليم لشيء معين بخلاف الجنس او بزيادة لا علم للطرف الاخر بها بسبب الخطأ في الحساب او من دون اطلاع المالك ، وسنتناول موارد صورة الغلط في الأمانة غير العقدية وكما يلي :

١- الغلط كعيب من عيوب الإرادة : يقصد بالغلط هنا توهم مفاده تصور غير الواقع واقعا يدفع المتعاقد إلى ابرام العقد الذي ما كان ليبرمه لولا هذه التوهم كمن يتوهم بالشيء انه جيد ويتبين انه رديء ، او يتوهم انه يساوي قيمة اعلى فيتبين ان قيمته اقل ، او يتوهم ان السجادة نادرة فيتبين العكس [٤] والغلط اما ان يكون باطني او ظاهري ، والباطني هو ما كان قائما بالنفس وتصور المتعاقد وتوهمه ، كان يعتقد في محل العقد على غير حقيقته ، ولا يوجد ما يدل على اعتقاده هذا في صيغة العقد كمن يشتري خاتما من نحاس معتقدا انه ذهب دون ان يبين في العقد ما يدور في ذهنه ، اما الغلط الظاهري هو الغلط الذي يتوهم في النفس ويرد بصيغة العقد ما يدل عليه كان يقول المشتري اشتريت منك الخاتم الذهبي بكذا ويقول البائع قبلت ، او اشتريت منك الماس بكذا فيقول قبلت ويتبين انه زجاج ، وحكم الغلط الباطني انه لا يؤثر في صحة العقد ، اما الظاهري فان كان في الجنس ابطل العقد وان كان في الوصف كان العقد موقوفا قابلا للفسخ [٥] والأمانة غير العقدية لا يكون لها موردا مع الغلط في الإرادة الباطنة ؛ لان هذا النوع من الغلط لا يؤثر في صحة العقد ومن ثم تبقى الأمانة عقدية ، اما الغلط في الإرادة الظاهرة فهو يختلف باختلاف صوره التي بعضها تكون من مواردة الأمانة غير العقدية وبعضها لا تكون كذلك ، والغلط قد يكون في جنس المعقود عليه وقد يكون في وصفه [٦] والغلط في الوصف هو احد أنواع الخيارات ، وسنذكر هذين النوعين من حيث تأثيرهما على الأمانة غير العقدية وكما يلي :

---

(١) د. عبد المجيد الزروقي ، احكام الغلط (دراسة في المنهجية التشريعية) ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠١٠ ، ص ١٦-١٧.

(٢) الغلط في القانون له عدة انواع كالغلط الجماعي والفردي ، والغلط في القانون العام والخاص ، والغلط في الواقعة القانونية والعمل القانوني .

انظر : المصدر نفسه ، ص ٢٤.

(٣) بعض انواع الغلط الواقع في عيوب الارادة هو من موارد الامانة غير العقدية وهو الغلط الذي يؤدي إلى فسخ العقد وإبطاله ، اما اذا لم يتم فسخ العقد ولو بناء على رغبة احد الاطراف فهنا لا يعتبر من موارد الامانة غير العقدية والعلة في ذلك واضحة حيث ان العقد لا يزال موجودا فلا محل للأمانة غير العقدية لانها لا تجتمع مع العقد .

(٤) الشيخ مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العالم ، ج١ ، ط٢ ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠٤ ، ص٤٧٣ .

(٥) د. عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط١ ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٣٥ .

(٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ٧١- ٩٩.

أ - الغلط في الجنس : وهذا النوع من الغلط مبطل للعقد ؛ لان المحل الذي تم التعاقد عليه غير موجود ، وما وجد هو غير ما تم التعاقد عليه [١] ومثال ذلك كمن يشتري كيسا من القمح فيتبين انه من الأرز .

ب - الغلط في الخيارات : لم تُجمع نظرية الغلط في الفقه الإسلامي في موضع واحد ، بل توزعت في عدة أبواب ومواضيع ؛ لان هذا الفقه ذو نزعة موضوعية ، والغلط من اشد العيوب ذاتية [٢] وتعد بعض الخيارات الواردة في باب العقود من موارد الغلط في الفقه الإسلامي كخيار الوصف والعيب والرؤية [٣] ويقصد بخيار الوصف ما اذا باع مالا بوصف معين مرغوب فيه فظهر المبيع خاليا من هذا الوصف فللمشتري الخيار بين فسخ المبيع والامضاء بجميع الثمن ، كمن يبيع بقرة على انها حلوب ثم تظهر بعد ذلك انها غير حلوب [٤] اما خيار العيب كما اذا اشترى شيئا فوجد فيه عيبا فان للمشتري او البائع او كلاهما اذا وجدا المبيع معيبا الخيار بين فسخ العقد أو الامساك عليه مع المطالبة بالارش ، وخيار الرؤية كما اذا اشترى شيئا بعد ان رآه فوجده خلاف ما اشتراه ، او اشترى شيئا بعد ان وُصِف له فوجده خلاف الوصف ، فان للمشتري هنا الخيار بين الفسخ والامضاء [٥] والخيارات تتيح التسلط على العقد ورفع مضمونه أي فسخه .

والغلط في الجنس والخيارات من تطبيقات صورة الغلط في الأمانة غير العقدية ، وهي تكون كذلك عند انتقال الشيء محل العقد إلى الطرف الاخر ، فبعد ابطال العقد او فسخه يرتفع استناد وجود الشيء عند احد الأطراف المتعاقدة على العقد ويكون امانة غير عقدية ؛ لأن الشيء موجود عنده لا على نحو العدوان فتكون يده يد ضمان ، ولا على نحو العقد فتكون يده يد امانة عقدية .

٢- الغلط المادي : قد تتحقق الأمانة غير العقدية عندما يكون هنالك غلطاً في الحساب ، ويأخذ احد المتعاقدين اكثر من حقه ، كما لو تَسلَّم البائع أو المشتري زائداً على حقّهما من جهة الغلط في الحساب [٦] ، وكما إذا اشترى شيئا بدينار فاتفق الزيادة في الدينار ، فإن الزيادة تكون في يد البائع أمانة للمشتري للمشتري ؛ لأصالة البراءة من الضمان ، ولأنه لم يقبضها بسبب مضمون ولا غصب ولا بيع فاسد ، ويلاحظ ان الحكم يختلف في تسلم الزيادة بين العمد والخطأ ، فإنها على تقدير العمد تكون أمانة مالكية لا يجب ردها الا مع طلب المالك وان وجب حفظها ، كما في سائر الأمانات التي يؤمّنها مالكها، وعلى تقدير الغلط فيحتمل كونهما أمانة شرعية وان كانت مدفوعة من المالك ، الا أنه لعدم علمه بها وكون ذلك غلطا يكون حكمها كما لو باعه صندوقا فوجد فيه متاعا ، فإنه يكون أمانة شرعية مع استناد الدفع

(١) د. عبد الكريم زيدان ، المصدر السابق ، ص ٣٣٦.
(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ٧٥.
(٣) ليس كل الخيارات من موارد الغلط ، حيث توجد العديد من الخيارات لا علاقة لها بنظرية الغلط كخيار الحيوان وخيار الشرط وخيار تأخير التسليم .
(٤) سعدي حمدي سعيد أبو جيب ، القاموس الفقهي ، ط٢ ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٨ ، ص ١٢٦ .
(٥) السيد أبو القاسم علي اكبر هاشم الخوئي ، المصدر السابق ، ج٢ ، ص ٣٨- ٣٩ .
(٦) السيد علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، ج٢ ، ص ٢٠٢- ٢٠٣ .

إلى المالك نظرا إلى جهله بها " [١] فالزيادة التي تسلمها احد الطرفين لغلط الطرف الآخر في الحساب من موارد الأمانة غير العقدية بسبب الغلط .

٣- الغلط في الوفاء : من صور الأمانة الشرعية تسليم المالك للشيء من دون اطّلاع ، كما إذا اشترى صندوقاً فوجد فيه المشتري شيئاً من مال البائع بعد ان سلمه إياه من دون معرفة منه بوجود الصندوق في المبيع [٢] ومن مصاديق الغلط والغفلة كذلك لو استعار صندوقا ونحوه من الأمتعة فوجد فيه شيئا فإنه يكون أمانة شرعية [٣] ؛ والعلة في كون التسلّم من دون الاطلاع من مصاديق الأمانة غير العقدية لتحقق ضابطتها من عدم تعدي الآخذ وعدم اطلاع المالك على ما تم تسليمه.

هذا وللغلط كصورة من صور الأمانة غير العقدية عدة تطبيقات أخرى كالغلط في المقاصة كما لو ظفر المقاص بغير جنس حقه فهو أمانة شرعية حتى يباع [٤] وكالغلط في تحويل الرصيد المالي نتيجة للغلط في الأرقام او مقدار الأموال وغير ذلك من الموارد التي ترجع إلى الغلط كأحد صور الأمانة غير العقدية.

وعلى مستوى التشريع فقد ورد الغلط كصورة من صور الأمانة غير العقدية في العديد من النصوص القانونية نذكر منها المادة (١/١١٧) من القانون المدني العراقي التي تنص على ما يلي : " اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشاراً اليه فان اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه ... " ، اما المادة (١٩٤) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي فتنص على ما يلي : " إذا وقع الغلط ... في المحل بطل العقد " ، والملاحظ على موقف المشرع العراقي والاماراتي انهما متشابهان في مضمونهما ، وكلاهما بينا ان العقد يبطل اذا وقع الغلط في محل المعقود عليه ، ولكن زاد القانون المدني العراقي اكثر في التوضيح عندما ذكر عبارة (فان اختلف الجنس) وهذا مطابق لما ذكرناه عن الغلط في الجنس كمورد من موارد صورة الأمانة غير العقدية في الغلط ، اما موقف القانون المدني المصري فقد اخذ بتقسيم الغلط إلى جوهي وغير جوهري في المادة (١٢٠) وجعل العقد في الغلط الجوهري قابل للإبطال[٥] ، على انه يلاحظ انه اشترط في المادة (١/١٣٣) ان يكون محل الالتزام محددا بالذات او بالنوع والمقدار والا كان العقد باطلا [٦] ، واذا كان عدم تعيين المحل يؤدي إلى بطلان العقد فمن بان أولى عند مخالفة المحل لما تم تعيينه فان العقد يبطل كذلك .

---

(١) الشيخ يوسف البحراني ، المصدر السابق ، ج١٩ ، ص ٢٧١-٢٧٣.
(٢) السيد علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، ج٢ ، ص ٢٠٢- ٢٠٣ .
الشيخ محمد رضا نكونام ، المصدر السابق ، ج٣ ، ص ٧٩ .
(٣) الشيخ يوسف البحراني ، المصدر السابق ، ج٢١ ، ص ٣٦٥ .
(٤) السيد محمد جواد الحسيني العاملي ، المصدر السابق ، ج٦ ، ص ٣.
(٥) تنص المادة (١٢٠) من القانون المدني المصري على ما يلي : " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ، أن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه" .
(٦) تنص المادة (١/١٣٣) من القانون المدني المصري على ما يلي : "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا" .

ثالثا - الجهل بالمالك :

من صور الأمانة غير العقدية هي الأموال التي تكون في اليد مع عدم تشخيص مالكها ، وتتسع هذه الصورة لأي مال غير منهي عن اخذه يحوزه الشخص ويعود لغيره مع عدم معرفة المالك الا ما انفرد منها بحكم خاص .

والمال المجهول المالك هو من الامانات الشرعية (غير العقدية) وهو المال الموجود عند احد الاشخاص مع الجهل بالمالك او عدم التمكن من الوصول اليه ، سواء اكان الجهل من اول الامر ، ام كان المالك معلوما وحصل الجهل فيما بعد ، ومن موارد هذه الصورة ما يلي :

- المال الموصى بتفريقه أو بدفعه إلى من لا يعلم ، ولو كان الموصى له معينا وعلم به كان أمانة خاصة [١] .

- انتقال المال من احد النزلاء في الفندق او الخان او من احد المسافرين إلى متاع وحقائب شخص آخر غفلة ، ومن دون معرفة من انتقل اليه المال بالمالك [٢] .

- اذا كان المالك معلوما وتعذر الوصول اليه ، لكسب الاجازة منه بالتصرف فهي من صور المجهول المالك ، كمن أخذ قلماً أو مسبحة أو غير ذلك من الغير لقضاء حاجة وكان يعرف من اخذ منه ولكن لا يعرف خبره ، وهكذا الحال فيمن أودع بعض أثاث بيته فى دار شخص وسافر من دون أن يعرف خبره [٣].

- ما يقع فيه الاشتباه عبر تبدل الأشياء المتقاربة بالصفات كتبدل أجهزة النقال او الملابس او اواني الطعام او علب السكائر وغيرها ، فان من يأخذها اشتباها ولا يعلم مالكها فإنها من حكم المجهول المالك.

ومن احكام هذه الصورة من الأمانة غير العقدية من حيث جواز الاخذ وعدمه هو التفصيل بين ما كان في معرض التلف او لم يكن كذلك ، وكما يلي :

١- انه لا يجوز اخذ المال المجهول المالك ووضع اليد عليه اذا لم يكن في معرض التلف والفساد ، فإن أخذه كان غاصباً ؛ لصدق عنوان الغصب عليه غير المنحصر بكون المالك معلوما او مجهولا .

٢- يجوز اخذه إذا كان في معرض التلف، بقصد الحفظ ، و يكون حينئذٍ في يده أمانة شرعيّة ، وعلى كلّ من تقديري جواز الأخذ و عدمه ، لو أخذه يجب عليه الفحص عن مالكه إلى أن ييئس من الظفر به ،

---

(١) الامانة خاصة وعامة (فالخاصة) كل عين حصلت فى يد غير مالكها بإذنه أو بغير إذنه ثم أخبر و لم يطلبها أو أقرّه الشارع على إمساكها كالوديعة و العارية (والعامة) هى كل عين حصلت فى يد غير المالك مع عدم علمه بذلك على غير جهة التعدى كالثوب يطيره الريح إلى دار انسان .
انظر : السيد محمد جواد الحسيني العاملي ، المصدر السابق ، ج٦ ، ص ٢ .
(٢) المصدر نفسه ، ج٦ ، ص ٢ .
(٣) الشيخ محمد باقر الايرواني ، دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي ، ج٤ ، ط ٢ ، المركز العالمي للدراسات الإسلامية ، قم ، ايران ، ٢٠٠١ ، ص ٧٣ .

وبعد الياس يجب عليه أن يتصدّق به أو بثمنه عن المالك لأنه من طرق الايصال اليه ، ولو كان ممّا يعرض عليه الفساد و لا يبقى بنفسه يبيعه أو يقوّمه و يصرفه ، والأحوط لزوما أن يكون البيع بإذن الحاكم مع الإمكان لولاية الحاكم على الغائب ، ثمّ بعد اليأس عن الظفر بصاحبه يتصدّق بالثمن [١].

واحكام مجهول المالك وان كانت من مميزات الفقه الامامي ، الا انه وردت عند غيرهم جملة من الاحكام المشابه لحكم مجهول المالك ، فمن وجد بيده مال او في ذمته دين ولا يتمكن من الوصول إلى مالكه فليس له التصرف فيه من دون اذن الحاكم - الا ان يكون تافها فله ان يتصدق به - ومع اليأس من الوصول إلى المالك يتصدق به بعد اذن الحاكم او عدمه على اختلاف في ذلك لاختلاف الروايات ، هذا اذا كان المالك معلوما ولم يتمكن من الوصول اليه ، اما اذا كان مجهولا جاز التصدق به من دون اذن الحاكم على اصح الروايتين ، ومن صور مجهول المالك أيضا هي الرهون التي لا يعرف أهلها حيث نص احمد على جواز الصدقة بها ، والودائع التي جهل مالكها فيجوز التصرف فيها ، وكذلك الغصوب التي جهل مالكها فيتصدق بها ، وحكم الديون المستحقة حكم الاعيان يتصدق بها عن مستحقها[٢].

ومجهول المالك الذي نبحث عنه هنا هو العنوان العام له ، اما العناوين الخاصة لمجهول المالك كاللقطة [٣] ، وما يحفظ لمالكه كالذي يؤخذ من الحكام الظالم مما علم انه ليس ملكا للظالم ، فسيتم تناوله في الفرع الثاني ؛ لورود احكام خاصة بها اقتضت إفرادها [٤] .

ولم يرد في التشريع تفصيل لأحكام مجهول المالك او تكييفه تحت عنوان معين ، ولكن أشار القانون المدني العراقي إلى بعض الموارد التي يكون التصرف فيها بالشيء عن طريق الرجوع للمحكمة في حالة الجهل بالمالك ، ومن ذلك ما جاء في تنفيذ الالتزام عن طريق الوفاء حيث بإمكان المدين اذا كان يجهل شخص الدائن او يعلم بشخصه ولكن يجهل موطنه او كان الدائن محجورا عليه او ليس له نائب فانه يودع الدين لدى المحكمة ، ووردت هذه الاحكام في المادة (٣٨٨) من القانون المدني العراقي حيث نصت على ما يلي : " يكون الايداع او ما يقوم مقامه من اجراء جائزاً ايضاً اذ كان المدين يجهل شخصية الدائن او موطنه او كان الدائن محجوراً وليس له نائب يقبل عنه الوفاء او كان الدين متنازعاً عليه بين عدة اشخاص او كانت هناك اسباب جدية تبرر هذا الاجراء" .

---

(١) الشيخ محمد الفاضل اللنكراني ، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة (المكاسب المحرمة) ، مصدر سابق ، ص ٣٠٥-٣٠٦.

(٢) عبد الرحمن احمد بن رجب الحنبلي ، المصدر السابق، ص ٢٧٣.

(٣) اللقطة هي المال الضائع ، وهي من المال المجهول مالكه .

انظر : الشيخ محمد الجواهري ، المصدر السابق ، ج٦ ، ص ١١٥ .

(٤) لا بد من التنبيه إلى انه ليس كل الأموال التي تدخل تحت عنوان مجهول المالك هي من قبيل الأمانة غير العقدية ، ويجري عليها حكم البحث عن المالك وبعد اليأس يكون التصدق به ، حيث ان أموال الدولة على راي جانبا من الفقه الاسلامي تعد من قبيل مجهول المالك ومع ذلك فيحرم الاعتداء عليها وسرقتها وتملكها الا وفق القوانين المرعية ، وكذلك اللقطة فهي وان كانت تدخل تحت عنوان مجهول المالك الا انها تتميز ببعض الاحكام الخاصة.

الحكم الوارد في المادة (٣٨٨) من القانون المدني العراقي مشابه للمادة (٣٣٨) من القانون المصري[١] والمادة (٣٥١) من القانون المعاملات المدنية الاماراتي [٢] .

ويلاحظ عند المقارنة بين مجهول المالك في الفقه والقانون ما يلي :

١- ان الفقه يشترط - في جانبا منه - الحصول على اذن من الحاكم للتصرف بمجهول المالك ، وكذلك القانون فانه يشترط ان يكون الإيداع في صندوق المحكمة وذلك بعد استحصال الاذن منها .

٢- ان الفقه قد جعل من معلومية المالك وعدم التمكن من الوصول اليه من موارد مجهول المالك ، وكذلك القانون حيث ورد فيه ان من موارد الإيداع بإذن المحكمة العلم بالمالك مع الجهل بموطن المالك ، او كون المالك محجورا عليه وليس له نائب ، إضافة إلى صورة الجهل بالمالك .

الفرع الثاني

اذن القانون (رخصة القانون)

تناولنا في الفرع الأول صور مختلفة للأمانة غير العقدية ، وفي هذا الفرع سنكمل الصور الأخرى التي مصدرها ليس القهر ولا الغلط ولا مجهول المالك بالقاعدة العامة ، وانما بسب وقائع او حوادث معينة تنطبق عليها ضابطة الأمانة غير العقدية من عدم التعدي وعدم الاذن من المالك ، ويجمعها عنوان الأمانة غير العقدية بسبب ورود الرخصة من القانون - والشارع في الفقه الإسلامي - بالتعامل معها كما يتم التعامل مع الامانات العقدية ، مع ملاحظة وجود بعض الاحكام المخصوصة بهذه الصورة او تلك .

وصور الأمانة غير العقدية برخصة القانون اما ان تكون في المقبوض بالعقد الباطل او الذي تم انهاءه ، او مما يجب حفظه لمالكه ، او من قبيل الوقف الذي ليس له متولي والإحسان وغير ذلك من الموارد المتفرقة الاخرى ، وسيتم بيان ذلك في النقاط الآتية :

أولا - المقبوض بالعقد الباطل او الذي تم انهاءه :

من صور الأمانة غير العقدية الأساسية المقبوض بالعقد الباطل او الذي تم انهاءه ، وقبل البديء بهذه الصورة لا بد من بيان امرين هما :

---

(١) نصت المادة (٣٣٨) من القانون المدني المصري على ما يلي : "يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جائز أيضا ، إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ، أو كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء" .

(٢) نصت المادة (٣٥١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جائزاً أيضاً إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه أو كان الدائن محجوراً وليس له نائب يقبل عنه الوفاء أو كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص أو كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء " .

١ - الفرق بين بطلان العقد وانتهاءه : البطلان هو وصف يلحق التصرف القانوني لعيب فيه ويحرمه من آثاره [١] فالبطلان ناتج عن وجود خلل في اركان العقد او اوصافه اذا كان مجهولا جهالة فاحشة او غير مستوف للشكلية التي فرضها القانون [٢] اما الانهاء هو تصرف قانوني يثبت بالنص والاتفاق بخول لاحد المتعاقدين او كليهما او للغير انهاء العقد بالنسبة إلى المستقبل فقط [٣] فعلى ذلك ان البطلان يكون لخلل في العقد بخلاف الانهاء .

٢ - يستلزم بطلان او انتهاء العقود التي لا ينتج عنها نقل الملكية حصول الامانة غير العقدية ، وتتضمن هذه العقود التي لا ينتج عنها نقل للملكية نوعين من الأمانة العقدية هما :

أ - الأمانة العقدية بالمعنى الأخص : وهي التي يكون حقيقتها وغايتها الاستنابة في الحفظ ومثالها الأبرز هو عقد الوديعة .

ب - الأمانة العقدية بالمعنى الاعم : وهي تأمين بتسليط المالك لشخص آخر على ماله برضاه وارادته [٤].

وبهذا المعنى فان العقود التي لا تؤدي إلى التمليك هي من موارد هذا النوع من الأمانة العقدية كعقد الاجارة والرهن والعارية والمضاربة [٥] [٦] .

بعدما ما تقديم يمكن القول ان من القواعد الأساسية في الأمانة غير العقدية انها لا تجتمع مع الأمانة العقدية ، ولكن اذا ما حصل بطلان للعقد او انهاؤه فهل تحل الأمانة غير العقدية محله ام لا ؟

في الجواب عن ذلك فان الفقه انقسم إلى ثلاثة اتجاهات في هذا الامر هي :

---

(١) د. احمد شكري السباعي ، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن ، بلا طبعة ، عكاظ ، الرباط ، المغرب ، بلا سنة نشر ، ص ١٣ .

(٢) نصت المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "١ - العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية. ٢ - فيكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلال كان يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع. ٣ - ويكون باطلاً ايضاً اذا اختلت بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون ".

(٣) د. عماد خضير علاوي ، دور الإرادة المنفردة في انهاء العقد ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ٣ ، ٢٠٠٤ ، ص٢٠١ .

(٤) قد يكون التعبير عن رضا المالك بشكل غير مباشر عن طريق النيابة القانونية والاتفاقية .

(٥) الشيخ محمد حسين الاصفهاني ، المصدر سابق ، ص ٢٩ .

(٦) بين القانون المدني العراقي في المادة (١/٩٥٠) إلى ان الأمانة العقدية هي احد أنواع الامانات مقابل الأمانة غير العقدية ، حيث نصت على ما يلي : " الامانة هي المال الذي وصل إلى يد احد باذن من صاحبه حقيقة او حكماً، لا على وجه التمليك، وهي اما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار، او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد " .

الاتجاه الأول : اذا ارتفعت الأمانة المالكية [١] تكون الأمانة شرعية بشرط عدم التحول إلى يد عدوانية ومن ذلك ما ذكره الشيرازي ضمن القواعد الفقهية التي تضمّنتها الآيات أو الروايات أو كتب الأصول أو الفقه وجاءت تحت عنوان : " كل ما بطل من الأمانة المالكية فهو من الأمانة الشرعية " [٢] ، وقال العلامة ان من الأمانة الشرعية (غير العقدية) ما بطل من الأمانة المالكية بموت المالك أو جنونه أو موت المؤتمن أو جنونه [٣] وكذلك فان من صور الأمانة برخصة الشارع الوديعة التي يعرض لها البطلان، و كذا غيرها من الأمانات كالمضاربة، و الشركة، و العارية [٤] .

الاتجاه الثاني : اذا ارتفعت الأمانة المالكية لا تتحقق الأمانة شرعية ، فلو كانت العين أمانة مالكيّة بتبع عنوان آخر وقد ارتفع ذلك العنوان- كالعين المستأجرة بعد انقضاء مدّة الإجارة، والعين المرهونة بعد فكّ الرهن، والمال الذي بيد العامل بعد فسخ المضاربة - ففي كونها أمانة مالكيّة أو شرعيّة وجهان بل قولان، لا يخلو أوّلهما من رجحان [٥] .

الاتجاه الثالث : اذا ارتفعت الأمانة المالكية ففيها تفصيل بين الأمانة الشرعية وبقاء المالكية حيث ذكروا انه لو كانت العين أمانة مالكية سواء بعنوان الوديعة أم بعنوان آخر فارتفع ذلك العنوان مع بقاء العين في يده من دون تحقق عنوان العدوان عليها، فإن كان البقاء من لوازم ذلك العنوان أو كان برضا المالك فالأمانة مالكية وإن كان مستندا إلى عجزه من الرد إلى مالكه أو من بحكمه فالأمانة شرعية [٦] .

والاتجاه الأول هو الأقرب وسيتم العمل عليه في هذه الدراسة ، ومن الامثلة العملية على حلول الأمانة غير العقدية محل العقدية عند البطلان او الانتهاء عقد الوديعة ، والتي للفقهاء فيها تفصيل واختلاف سنبينه كما في الحالات الآتية :

١- اذا فُسخت الوديعة من المودع او المستودع : ان الوديعة تبطل بالفسخ ، وهل يجري بعد الفسخ عليها حكم الوديعة المالكية أو الأمانة الشرعية وجهان أقواهما الأول أي الوديعة المالكية [٧] .

٢- اذا وقع عقد الوديعة فاسدا : فان كان ذلك بسبب فساد في صيغته فالأظهر إجراء حكم الوديعة المالكية عليه تبعاً لبقاء الإذن المطلقة في القبض ، ولو كان الفساد لاشتراط شرط فاسد كاشتراط الضمان فلا يبعد أنها تعود أمانة شرعية [٨] وذهب بعضهم إلى التفصيل بين كون الوديعة عقد او اذن فان قلنا هي

---

(١) هي الأمانة التي تكون بإذن المالك كالوديعة والاجارة .
(٢) السيد محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي ، الفقه (القواعد الفقهية) ، ط ١ ، المركز الثقافي الحسيني ، بيروت ، ١٩٩٣ ، ص ١٩٩ .
(٣) السيد محمد جواد الحسيني العاملي ، المصدر السابق ، ج٦ ، ص ٣.
(٤) الشيخ يوسف البحراني ، المصدر السابق ، ج٢١ ، ص ٤١٣.
(٥) السيد روح الله مصطفى الموسوي الخميني ، تحرير الوسيلة ، ج١ ، بلا طبعة ، مؤسسة تنظيم ونشر آثار امام خمينى ، طهران ، ١٩٨٩ ، ص ٥٧٦ .
(٦) السيد علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، ج٢ ، ص ٢٠٣ .
(٧) الشيخ حسن جعفر كاشف الغطاء ، انوار الفقاهة ، ج٧ ، ط١ ، المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية ، طهران ، ٢٠١٥ ، ص٣٢ .
(٨) المصدر نفسه ، ج٧ ، ص٣١ .

هي عقد فلابد من عقد جديد، فان لم يعقد فهي أمانة شرعية، وان قلنا مجرد اذن لغى الشرط وبقيت وديعة " [١].

٣- اذا وقع على المودع او المستودع موت او جنون او سفه : انفسخ عقد الوديعة و بقيت أمانة شرعية يجب ردها فوراً وإن لم يطالب بها المالك [٢] ومع الموت على ورثته تمكين صاحبها من أخذها، و لو لم لم يعلم المالك بالموت ، وجب على الورثة إعلامه بها ، وليس لهم إمساكها، وكذا لو أطارت الريح إلى داره ثوبا، و علم به، فعليه إعلام المالك [٣] .

٤- اذا حصل الاكراه في الوديعة : لو أكره المودع على الإيداع لم تكن وديعة وكانت أمانة شرعية يجب إيصالها إلى أهلها فوراً لعموم وجوب رد الأمانة الظاهر في الفورية ، و لوأكره على قبض الوديعة ولم تكن وديعة و لا تجري عليها أحكامها أيضاً [٤] .

٥- لو عزل المودع او المستودع نفسه : لو عزل الودعي نفسه ، فعلى العقد تبطل وتبقى امانة شرعية، وعلى الاذن لا تبطل [٥] [٦] ، ولو عزل المستودع نفسه ارتفعت الوديعة وبقي المال أمانة مطلقة شرعية شرعية في يده كالثوب الطائر بالهواء إلى داره وكاللقطة في يد الملتقط بعد ما عرف المالك وهو أحد قولي الشافعية والثاني ان العزل لغو ، والأصل في هذا الخلاف مبني على أن الوديعة مجرد اذن أم عقد ان قلنا إنها مجرد اذن فالعزل لغو كما لو اذن له في تناول طعامه للضيفان فقال بعضهم عزلت نفسي يلغو قوله ويكون له الاكل بالاذن السابق فعلى هذا يبقى الوديعة بحالها ، وان قلنا إنه عقد ارتفعت الوديعة وبقي المال أمانة مجردة وعليه الرد عند التمكن وان لم يطالب المالك وهو أظهر وجهي الشافعية ولو لم يفعل ضمن [٧] .

ومن الأمثلة العملية الأخرى لهذه الصورة هي العين بعد مدة الإجارة هل هي من قبيل الامانات غير مضمونة كما في المدة أو مضمونة ؟ فيه وجهان : أحدهما الضمان كما عن الإسكافي والطوسي على ما في الجواهر ، وثانيهما عدم الضمان كما هو المشهور ، وبناء على عدم الضمان هل هي امانة مالكية او شرعية (غير عقدية) في المسالة اقوال هي : أحدها إنها أمانة مالكية في المدة وبعدها ،

(١) الشيخ مقداد بن عبد الله السيوري الحلي ، نضد القواعد الفقهية على مذهب الامامية ، بلا طبعة ، مطبعة الخيام ، قم ، ايران ، ١٩٨٣ ، ص ٣٨٤ .
(٢) الشيخ حسن جعفر كاشف الغطاء ، المصدر السابق ، ج٧ ، ص٣١ .
(٣) العلامة الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية ، ج٣ ، ط١ ، مؤسسة الامام الصادق عليه السلام ، قم ، ايران ، ٢٠٠٠ ، ص٢٠٣.
(٤) الشيخ حسن جعفر كاشف الغطاء ، المصدر السابق ، ج٧ ، ص٣٠.
(٥) الشيخ مقداد بن عبد الله السيوري الحلي ، المصدر السابق ، ص ٣٨٥ .
(٦) كل عبارة لا يتم مضمونها الا بايجاب وقبول فهي عقد، ومالا يحتاج إلى القبول من العبارات فهو ايقاع أو اذن مجرد. انظر : المصدر نفسه ، ص ٣٨٦ .
(٧) العلامة الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، تذكرة الفقهاء ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ١٩٧.

وثانيها: إنها أمانة شرعية في المدة وبعدها ، وثالثها : إنها أمانة مالكية في المدة وأمانة شرعية بعدها ، ورابعها : إنها أمانة شرعية في المدة ومالكية بعدها كما عن بعض الأجلة ممن قارب عصرنا [١] .

وفي التشريع فان القانون المدني العراقي وان تعرض لقسميّ الأمانة العقدية وغير العقدية [٢] الا انه لم يشر صراحة إلى ان الأمانة غير العقدية تحل محل الأمانة العقدية عند البطلان ، ولكن يمكن معرفة هذا الحكم ضمنا من المادة (١/٩٦١) من القانون المدني العراقي حيث نصت على ما يلي : " على الوديع متى انتهى عقد الوديعة ان يرد الوديعة " ويفهم من وجوب رد الوديعة حصول الأمانة غير العقدية بعد انتهاء عقد الوديعة ، لان من احكام الأمانة غير العقدية وجوب ردها بخلاف الأمانة العقدية فانها تتبع الاتفاق ، واشار القانون المدني المصري إلى ذات الحكم عند تعريف الوديعة وذلك في المادة (٧١٨) حيث نصت على ما يلي : " الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلمً شيئا من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عينا " ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد كان اقرب إلى القانون المدني المصري منه إلى القانون المدني العراقي حيث نصت المادة (١/٩٦٢) منه على ما يلي : " الإيداع عقد يخول به المودع شخصاً آخر حفظ ماله ويلتزم هذا الشخص بحفظ هذا المال ورده عيناً " ويظهر مما سبق ان الحكم لا يختلف بين القانون العراقي والمقارن وان اختلفت الصياغة .

ومن ملاحظة المادة (١/٩٧٠) من القانون المدني العراقي نجد انها لم تصرح بنوع الأمانة بعد موت الوديع وفسخ عقد الوديعة بسبب الموت واكتفت بعبارة (فهي أمانة في يد الوارث) [٣] ، وإزاء ذلك ذلك فان لفظ الأمانة يدور بين العقدية وغير العقدية الا ان نستشهد بالمادة (١/٩٦١) على انها امانة غير عقدية وبنفس التقريب الذي سبق ذكره ، وذات الامر يقال في موقف قانون المعاملات المدنية الاماراتي حيث ان نص المادة (١/٩٨٣) منه مشابه لنص القانون المدني العراقي [٤] ، اما القانون المدني المصري فيفهم من المادة (٧٣٣) ان المشرع عامل يد الورثة معاملة اليد الامينة لا الضامنة [٥] .

ثانيا - ما يجب حفظه لمالكه :

تتميز هذه الصورة بان الأمين يتلقى الشيء محل الأمانة عن إرادة ولكنها ليست إرادة المالك ولا إرادة من له حق التصرف بالشيء بالنيابة القانونية او الاتفاقية عن المالك والا كانت من قبيل الأمانة العقدية ، وانما ينتقل الشيء للأمين بإرادة أخرى ، ويد غير مشروعة في حيازتها للشيء كيد الغاصب ،

---

(١) الشيخ محمد حسين الاصفهاني ، المصدر سابق ، ص ٣٢.

(٢) انظر نص المادة (١/٩٥٠) من القانون المدني العراقي .

(٣) نصت المادة (١/٩٧٠) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "اذا مات الوديع ووجدت الوديعة عيناً في تركاته فهي امانة في يد الوارث".

(٤) نصت المادة (٩٨٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " إذا مات المودع عنده ووجدت الوديعة عيناً في تركته فهي أمانة في يد الوارث وعليه ردها إلى صاحبها " وهي قريبة من المادة (١/٩٧٠) من القانون المدني العراقي .

(٥) نصت المادة (٧٣٣) من القانون المدني المصري على ما يلي : " إذا باع وارث المودع عنده الشيء المودع وهو حسن النية ، فليس عليه لمالكه إلا رد ما قبضه من الثمن ، أو التنازل له عن حقوقه على المشترى . وأما إذا تصرف فيه تبرعاً فإنه يلتزم بقيمته وقت التبرع " .

وتنتقل للأمين عادة عن طريق العقد ، سواء اكان عقد تبرع كالهبة كما في جوائز السلطان ، ام عقد معاوضة كالبيع كما في شراء المغصوب .

والأمين في الحقيقة يقوم يلعب دور مهم في هذه الصورة فهو يوازن بين مصلحته في التمسك بحيازة الشيء الموهوب له او الذي اشتراه ، وبين ان يرجع الشيء إلى الغاصب لأنه هو الذي تسلمه منه ، وبين ان يرجع الشيء إلى مالكه وصاحبه الأصلي ، وانما وُصفت هذه الصورة بعنوان (ما يجب حفضه لمالكه) لإبراز هذا المعنى ، والا فان جميع صور الأمانة غير العقدية يجب حفظها لمالكها سواء اكانت سببها القهر ام الغلط ام مجهول المالك ام اللقطة ام الولاية ام المقبوض بالعقد الفاسد ام بطلان الأمانة العقدية ... الخ ، ولكن في هذه الصور لا يلعب الأمين دور الموازنة بين الحائز والمالك الحقيقي ولا يوجد طرف ثالث ، اما هنا فهو الحاكم على مصلحة المالك بشكل اقوى وآكد لذلك تم تسمية هذه الصورة بما يجب حفظه لمالكه .

والموارد الخاصة بهذه الصورة من الأمانة غير العقدية هي ما يلي :

١- المال المأخوذ من الغاصب والسارق : وغرضنا من هذه الصورة انه ليس جميع ما يأخذ من الغاصب والسارق يجب ارجاعه لمالكه ، وانما ما يأخذ من الغاصب والسارق وينطبق عليه عنوان المغصوب والمسروق ، فما ينتزع من يد السارق أو الغاصب من مال الغير حسبة للإيصال إلى صاحبه يعتبر من قبيل الأمانة الشرعية [١] والملاحظ ان لفظ ينتزع يشمل ما يأخذه الأمين من الغاصب او السارق بطريق القوة دون الأموال التي يستودعها الغاصب او السارق عند الأمين فإنها على المشهور لقطة وتنطبق عليها احكامها ، وعند البعض من الفقه هي من مجهول المالك [٢] [٣] .

فاليد التي تقبض المال لحفظه على المالك هي من انواع اليد التي لا تثبت لها الملك عند اخذ الأموال وينتفي عنها الضمان ، وقد نص جانبا من الفقه فيمن أخذ آبقا ليرده على سيده ، فهرب منه أنه لا ضمان عليه ؛ لكون أخذ الآبق فيه إذن شرعي ، وجاء وجه آخر بالضمان في المستنقذ من الغاصب للرد لعدم الولاية، وهو ضعيف، ولو كان القابض حاكما؛ فهو أولى بنفي الضمان لعموم ولايته ، وورد في التلخيص فيما إذا حمل الامين المغصوب ليدفعه إلى مالكه ؛ فهل يلزمه قبوله ام لا؟ الجواب على وجهين، وصَحَحَ اللزوم ، وهو تفريق بين الحاكم وغيره، وهنالك قول بانه ليس للحاكم انتزاع مال الغائب المغصوب إلا أن يكون له ولاية عليه بوجه ما ، مثل أن يجده في تركة ميت ووارثه غائب؛ فله الأخذ لأن له ولاية على تركة الميت بتنفيذ وصاياه وقضاء ديونه، أو يجدها في يد سارق فيقطعه وينتزع منه العين تبعًا لولاية القطع [٤] .

---

(١) الشيخ محمد جمال الدين مكي العاملي الشهيد الأول ، القواعد والفوائد ، ج١ ، بلا طبعة ، مكتبة المفيد ، قم ، ايران ، ١٩٧٩، ص ٣٤٢.

(٢) تم التعرض لهذه الصورة في الفرع الاول من هذا المطلب .

(٣) السيد محمد جواد الحسيني العاملي ، المصدر السابق ، ج٦ ، ص٣ .

(٤) عبد الرحمن احمد بن رجب الحنبلي ، المصدر السابق ، ص ٢٥٢ .

٢- المال المأخوذ مما كان في معرض الهلاك او التلف : في هذه الصورة يقوم الأمين بلعب دور انقاذ أموال المالك بفعله ، ولا يقال ان الآخذ للمال بسبب عدم الرخصة من المالك يعتبر متعديا وضامنا ، لأنه انقذ بفعله أموال المدين فتعد يده من قبيل الأمانة غير العقدية .

فما يؤخذ ممّا كان في معرض الهلاك والتلف من الأموال المحترمة، كحيوان معلوم المالك في مسبعة أو مسيل ، وكذلك ما يؤخذ من الصبيّ أو المجنون من مالهما عند خوف التلف في أيديهما حسبة للحفظ ، فإنّ العين في هذه الموارد تكون تحت يد المستولي عليها أمانة شرعيّة [١] .

٣- جوائز السلطان المأخوذة ظلما : قد يأخذ السلطان الظالم بحكم سطوته وقوته الأموال رغما عن مُلاكها او أصحابها ، وفي بعض الأحيان يقوم الظالم بإهداء أو بيع هذه الأموال المأخوذة ظلما وقهرا إلى الأشخاص ، فيعامل هذا المال عند هذا الشخص بعنوان الأمانة غير العقدية وتنطبق عليه احكامها ، ويعتبر الآخذ امينا ، لأنه لم ينتزعها ظلما من مالكها وانما اخذها ممن انتزعها وهو السلطان الظالم ، وهي امانة غير عقدية لان الذي اخذها منه لم يكان صاحب حقٍ في التصرف فيها .

وفي الفقه الامامي فان جانبا من الفقهاء ذهبوا إلى ان جوائز السلطان المأخوذة بحكم الغاصب ، ويده عليها يد غصب باعتبار الفرعية عليها ، ويجري نفس الحكم لو لم يعلم الاخذ انها من الأموال المغصوبة ، نعم الفرق في المآخذة والاثم فتجري في صورة العلم ، ولا تجري في صورة الاخذ مع الجهل ثم يتبين الحال بعد ذلك [٢] اما الجانب الاخر من الفقه فقد ذهب إلى ان يد الاخذ هي يد امانة اذا لم يعلم بالغصب فيستصحب عدم الضمان ، كما لو تلفت بغير تفريط فلا يضمن الا مع التعدي والتفريط [٣] .

وذهب بعض الفقه الى تفصيل مهم حول ما يؤخذ من الظالم وعماله بعنوان تبرعي كالجائزة او بعنوان معاوضي كالبيع والاجارة حيث قسمها إلى هذه الصور التي يجري في بعضها حكم الأمانة غير العقدية لا جميعها :

- الصورة الأولى هي عدم العلم بوجود مال مغصوب او محرم في أموال السلطان ، وهذه الصورة لا اشكال فيها بل خارج عن نطاق الأمانة مطلقا لجواز تملكها .

- الصورة الثانية علم الآخذ بوجود مال حرام في جملة أموال السلطان مع عدم العلم تفصيلا بان هذه الجائزة من ذاك المال الحرام ، وفي هذه الصورة حالتين :

أ - ان كانت الشبهة في اختلاط المال الحلال بالحرام غير محصورة فيجوز اخذها وتملكها ولا تعد من موارد الأمانة مطلقا .

---

(١) السيد علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، ج٢ ، ص ٢٠٢- ٢٠٣ .
(٢) الشيخ محمد حسن النجفي ، المصدر السابق ، ج ٢٢ ، ص ١٧٧ - ١٧٩ .
(٣) الشيخ زين الدين بن علي العاملي الشهيد الثاني ، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ، ج٣ ، ط٣ ، مؤسسة المعارف الإسلامية ، قم ، ايران ، ٢٠٠٤ ، ص ١٤١ .

ب - اذا كان الشبهة محصورة بين ما لا يبتلى به المكلف وبين ما شأنه الابتلاء به [١] وهذه أيضا لا يجب الاجتناب عنها ويجوز اخذها وتملكها ومن ثم لا تكون من صور الأمانة مطلقا .

- الصورة الثالثة : ان يعلم تفصيلا بحرمة ما يخذه ، ولهذه الصورة حالتين هما :

أ - ان يعلم بالحرمة والغصب التفصيلي قبل ان يأخذ الجائزة ، فهنا لا يجوز له اخذه الا بنية الرد إلى صاحبه ؛ لان اخذه بغير هذه النية تصرف من دون رضا صاحبه فيكون من الغصب ويخرج عن نطاق الأمانة مطلقا ، اما اذا اخذها بنية الرد إلى صاحبها فيكون محسنا ويدخل في نطاق الأمانة غير العقدية .

ب - لم يعلم بالحرمة والغصب الا بعد الاخذ فهنا يجري قسميّ الحالة السابقة من اعتباره غصبا ويده يد ضمان اذا اخذه من دون نية الرد ، ومن اعتباره محسنا ويده يد امانة اذا اخذها بنية الرد ، ولكن قوى الشيخ الانصاري الضمان في هذه الحالة ؛ لأنه اخذها بنية التملك لا بنية الحفظ والرد التي هي أساس الأمانة غير العقدية [٢] .

ومن مراجعة هذه الصور يتبين لنا ان جوائز السلطان قد تدخل في نطاق الأمانة المالكية وقد تدخل في نطاق الأمانة غير العقدية وقد تدخل في نطاق الغصب .

هذا في الفقه الإسلامي اما في التشريع فلا توجد عناوين صريحة في القانون العراقي والمقارن من اعتبار ما يجب حفظه لمالكه من موارد وصور الأمانة غير العقدية ، ولكن من ملاحظة القانون المدني العراقي في موضوع الغصب نجد ان المادة (٢٠٠) تتحدث عن تصرف الغاصب بالشيء المغصوب ، وتقرر بان للمغصوب منه الخيار بين تضمين الغاصب والمتصرف له ، ولكنه ان ضمن المتصرف له رجع الأخير على الغاصب [٣] ، ويفهم من جواز رجوع المغصوب منه بالضمان على من تصرف له ان حق المغصوب له باقٍ وان حصل التصرف ، فكأنما كان لزاما على المتصرف له الا يأخذ من الغاصب شيئا واذا اخذ يجب عليه ارجاعه إلى المغصوب منه والا فهو يتحمل تبعية رجوع المغصوب منه اليه .

---

(١) مثال ذلك اذا كان للسلطان جاريتان ، فرضا احدهما من نسائه وقد صارت ام ولد فهي خارجة عن محل الابتلاء وأطراف الشبهة المحصورة ، وثانيتهما اهداها لاحد رجال دولته وقد صارت له ثم ان المَهدى له يعلم اجمالا ان احدى الجاريتين غصبية ففي هذه الحالة لا يجب عليه الاجتناب عن الحرام المردد بين الجارية المهداة له وبين الجارية التي من نساء السلطان ؛ لعدم تنجز العلم الإجمالي والخطاب يجب ان يكون متنجزا ، فلا يجب الاجتناب عن الشبهة المحصورة الواقع بعض أطرافها خارج محل الابتلاء .
انظر : الشيخ مرتضى الانصاري ، المصدر السابق ، ج ٥ ، ص ١٢٦ -١٢٧ .

(٢) المصدر نفسه ، ج ٥ ، ص ١٣٣ - ١٩٠ .

(٣) تنص المادة (٢٠٠) من القانون المدني العراقي على ما يلي " اذا تصرف الغاصب في المال معاوضة او تبرعاً وتلف المغصوب كلاً او بعضاً كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فان ضمن الغاصب صح تصرفه وان ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لأحكام القانون " .

وبذات المضمون الوارد في القانون المدني العراقي وردت المادة (٣٠٦) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي [١] ، اما القانون المدني المصري فلم يتعرض لأحكام الغصب ، ولا ويوجد نظير للمادة (٢٠٠) من القانون المدني العراقي والمادة (٣٠٦) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

ثالثا - صور متفرقة :

توجد العديد من الصور للأمانة غير العقدية التي تنشأ عن أسباب وحوادث مختلفة ، وتقع تحت عناوين متفرقة في شتى الأبواب الفقهية ، وسنبين جملة من هذه الصور فيما يلي :

١- اللقطة :

تعد اللقطة من موارد الأمانة الشرعية (غير العقدية) العامة [٢] واذا كانت اللقطة من موارد الأمانة غير العقدية فان في ذلك تفصيل حيث توجد ثلاثة أحوال لها من حيث كونها امانة غير عقدية ام لا ، نبينها كما يلي :

أ - اللقطة إن لوحظت بالإضافة إلى مدّة التعريف الواجب ، أي السنة فهي أمانة شرعيّة في يد الملتقط ، ولا يضمنها من دون تعدّ و تفريط .

ب - إن لوحظت اللقطة بالإضافة إلى بعد تماميّة الحول ، واختار الملتقط ابقائها وحفظها للمالك ، فهي أيضاً أمانة شرعيّة لا يضمنها إلّا في إحدى الصورتين (التعد والتفريط) .

ج - إن لوحظت اللقطة بالإضافة إلى بعد تماميّة الحول ، واختار الملتقط التملّك في مورد جواز اختياره، أو التصدّق فهي تصير في ضمانه ويجب عليه أداء المثل أو القيمة عند التلف [٣] [٤] .

---

(١) تنص المادة (٣٠٦) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة أو تبرعاً وتلف المغصوب كله أو بعضه في يد من تصرف له الغاصب كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء منهما فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب كان له الرجوع على الغاصب وفقاً لأحكام القانون" .

(٢) السيد محمد جواد الحسيني العاملي ، المصدر السابق ، ج٦ ، ص ٣.

(٣) الشيخ محمد الفاضل اللنكراني ، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة (الاجارة) ، مصدر السابق ، ص ٣٣٧.

(٤) حكم ذات اللقط في مذهب الحنفية والشافعية هو استحباب اللقط، وعند المالكية والحنابلة هو كراهة اللقط ، وقد يكون اللقط دائراً على الأحكام التكليفية الخمسة وهي :

- اللقط الواجب: إذا خيف على المال الضائع التلف، وتعين اللقط طريقاً لحفظها.

- اللقط المندوب: عند عدم خوف التلف عليها، ووثوق الملتقط بنفسه وقدرته على التعريف.

- اللقط المحرم: عندما يأخذ الملتقط المال الضائع لا لحفظه ورده إلى صاحبه بل لتملكه.

- اللقط المكروه: وذلك في حق من يشك في أمانة نفسه.

- اللقط المباح: إذا استوى الترك واللقط .

ومن المسائل التي تم التعرض لها في موضوع اللقطة هي التقاط الصبي والمجنون والسفيه ، فهل يعتبر التقاطهم من قبيل الأمانة غير العقدية او لا ؟ في الجواب عن ذلك فان في التقاط الصبي والمجنون تجري ذات الأحوال الثلاثة المتقدمة مع فارق وهو ان العبرة بالقصد مباشرة الاعمال المتعلقة باللقطة يكون على الولي لا الصبي ، فاذا كان مقدار اللقطة دون درهم ملكاه إن قصد وليّهما تملّكهما ولا تأثير لقصدهما ؛ لان عمدهما خطأ و قصدهما كلا قصد، وأنّ عمد الصبي و خطأه واحد ، وما كان مقدار درهم فما زاد يعرّف ، و كان التعريف على وليّهما، و بعد تمام الحول يختار ما هو الأصلح لهما من التملّك لهما، والتصدّق، والإبقاء أمانة ، هذا في الصبي والمجنون ، امّا السفيه فيترتّب على التقاطه ما يترتّب على التقاط الرشيد ؛ فليس الالتقاط تصرّفاً ماليّاً غير جائز له كما هو ظاهر [١] .

واللقطة تختلف عن المالك الضائع او المفقود فقد ورد في الفقه الشافعي ان اللقطة هي الشيء الضائع من مالكه بسقوط أو غفلة ونحوهما وليس بمحرز، فإن كان محرزًا كما إذا ألقت الريح ثوبًا في حجره، أو ألقى إليه هارب كيسًا ولم يعرف من هو، أو مات مورثه عن ودائع وهو لا يعرف ملاكها فهو ضائع يحفظ ولا يتملك [٢] فصورة الأمانة غير العقدية عن طريق القهر والغلبة كإلقاء الريح الثوب في حجره هي من المال الضائع لا اللقطة ، وكذلك الوديعة فإنها تبطل بموت المودع او المستودع وتتحول على امانة غير عقدية وقد مرت هذه الصورة في بطلان العقد او انتهائه كإحدى صور الأمانة غير العقدية.

ومن الأمثلة العملية على اللقطة ما يكون في المحلات العمومية المخصصة لإيواء الاشخاص زمنا قصيرا لا لإقامتهم كالمقاهي والبوفيات ومحال الحلوى والتمثيل والمطاعم حيث ان ما يكون مع الاشخاص من الملابس والاجهزة وما يماثلها لا يسلم إلى صاحب المحل بل يبقى تحت حراسة صاحبها[٣] فاذا سقطت غفلة فهي امانة غير عقدية تحت يد صاحب هذه الاماكن مالم يكن هنالك اتفاق بين المالك وصاحب المحل.

٢- الوقف الخالي من المتولي :

القاعدة تقتضي بان كل ما كان تحت يد شخص بإذن المالك فهي أمانة مالكية - كالعارية والوديعة والعين المستأجرة وغير ذلك من موارد اليد المأذونة من قبل المالك، وكل ما كان تحت يد شخص بإذن

انظر : رأفت الحامد العدني ، دراسات في الشريعة والعقيدة (احكام اللقطة) ، بحث منشور في مجلة البيان التي تصدر عن المنتدى الإسلامي ، العدد ١٥٨ ، ٢٠٠٠ ، ص ١٨ .

(١) الشيخ محمد الفاضل اللنكراني ، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة (الاجارة) ، مصدر السابق ، ص ٣٣٥-٣٣٦.

(٢) محمد بن موسى الدَّمِيري الشافعي ، النجم الوهاج في شرح المنهاج ، ج٦ ، ط١، دار المنهاج ، جدة ، السعودية ، ٢٠٠٤ ، ص ٨ .

(٣) د. محمد كامل مرسي باشا ، المصدر السابق ، ج١ ، ص ٦٣٩.

الشارع فهي أمانة شرعية ، ومن مصاديق الأمانة الشرعية الأوقاف التي لم يجعل لها متول أو مجهول توليتها، حيث تكون في يد الحاكم أو وكيله أو المنصوب من قبله أمانة بإذن الشارع [١] .

٣- الولاية والوصاية والقوامة :

تعد من قبيل الأمانة غير العقدية والتي لا ضمان فيها ايدي الاولياء على أموال اليتامى ، والحكّام على أموال الغائبين والمجانين [٢] وورد ايضا من جملة الامناء المصدقون على ما في ايديهم الوالد في مال ولده الصغير وابنته البكر ، والوصي في مال اليتيم والمحجور عليه ، وامناء الحكام والموضوع تحت ايديهم الاموال [٣] وما في يد القيم للصغار أو المجانين من أموالهم، وما في يد الحاكم الشرعي من أموال الغيب والقصر[٤] والملاحظ هنا ان الولي عندما يتصرف في اموال المولى عليه فهو ينشيء امانة عقدية - في التصرفات التي لا تنقل الملكية - بين الولي والصغير من جهة وبين المتصرف له من جهة اخرى ، اما الامانة غير العقدية التي نتكلم عنها هنا فهي ما تكون بين الولي والصغير ، من جهة ان يد الولي والوصي والقيم يد امانة غير عقدية لا تضمن الا مع التعدي والتفريط .

٤- الاحسان :

لو قام أحد الأشخاص بفعل من شأنه ان يكون من قبيل الاحسان إلى صاحبه كدفع التلف او الهلاك عن الأموال فتعد يده من الأمانة غير عقدية وان لم تكن بأذن وترخيص المالك لمكان الاحسان.

ومن هذا القبيل ما لو خلص الصيد من جرح ليداويه ، او من شبكة في الحرم ، اخذ الوديعة من صبي او مجنون خوف التلف [٥] .

---

(١) السيد محمد حسن البجنوردي ، المصدر السابق ، ج٣ ، ص ١١٩ .

(٢) شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي القرافي الشافعي ، أنوار البروق في أنواء الفروق ، ج٢ ، بلا طبعة ، عالم الكتب ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص ٢٠٨ .

(٣) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب المالكي ، المصدر السابق ، ج٥ ، ص٧١.

(٤) السيد محمد حسن البجنوردي ، المصدر السابق ، ج٣ ، ص ١١٩ .

(٥) الشيخ محمد جمال الدين مكي العاملي الشهيد الأول ، المصدر السابق ، ج١ ، ص ٣٤٢.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

أحكام الأمانة غير العقدية

تمهيد وتقسيم

ان التعرض للتنظيم القانوني للأمانة غير العقدية يقتضي إقامة دراسة متكاملة حولها سواء تلك المتعلقة بالمفاهيم - التي تم التعرض لها بالفصل الأول - ام تلك المتعلقة بالأحكام .

وتتفرع من الأمانة غير العقدية العديد من الاحكام المرتبطة بها ، وتنتج عنها العديد من التطبيقات القانونية المتعلقة تارة بالتصرف القانوني او في الوقائع القانونية ، فضلا عن تطبيقاتها المتفرقة المتعلقة بالولاية على مال الصغير واللقطة والكنز والمعادن .

وان تحقق الأمانة غير العقدية ينتج عنه العديد من الاثار المرتبطة بحقوق والتزامات أطرافها من حيث قيام الأمين بحفظ الأمانة غير العقدية وردها لصاحب الأمانة والاعلام والتعريف بها ، وتجنب استعمالها والتصرف بها وتملكها ، وقيام صاحب الأمانة بدفع النفقات والمصاريف والتعويض عن الاضرار ودفع الأجرة والاخطار والاخبار بها .

واذا ما تحققت الأمانة غير العقدية فإنها غير مضمونة ما لم يتوفر احد أسباب الضمان من التعدي والتقصير وعدم رد الأمانة دون حق والتجهيل والجحد والتهمة وغيرها ، واذا وجدت احد أسباب الضمان او لم يقم الأمين او صاحب الأمانة بما عليهما من التزامات فان ذلك يعد سببا لقيام المسؤولية التقصيرية واستحقاق التعويض عن ذلك .

والأمانة غير العقدية لا تقتضي التأبيد فهي تنتهي بعدة حالات منها رد الأمانة وانقضاء الاجل وتحول العنوان والرجوع عن الأمانة واستحالة الرد .

ومن اجل بيان هذه الاحكام سيتم تقسيم الفصل الى مبحثين نتعرض في المبحث الأول الى تطبيقات الأمانة غير العقدية القانونية في مطلبين نتناول في المطلب الأول تطبيقاتها في التصرفات والوقائع القانونية ، وفي الطلب الثاني تطبيقاتها في الولاية واللقطة والكنز والاثار وغيرها ، اما في المبحث الثاني فسيتم التعرض لآثار الأمانة غير العقدية في مطلبين ، وسيتم تناول التزامات الأمين وصاحب الأمانة في المطلب الأول ، اما في المطلب الثاني فسيتم تخصيصه الى الضمان في الأمانة غير العقدية وطرق انتهائها ، وكما يلي :

المبحث الاول : تطبيقات الأمانة غير العقدية في القانون .

المبحث الثاني : آثار الأمانة غير العقدية .

المبحث الاول

تطبيقات الأمانة غير العقدية في القانون

تتنوع تطبيقات الأمانة غير العقدية في القانون بتعدد مواضيعه ، فهي ليست مجموعة في مواد متتابعة تحت عنوان معين ، بل نجدها متفرقة في العديد من مواد القانون المدني وقوانين أخرى كقانون الأحوال الشخصية وقانون الاثار ، ومن جهة أخرى فان النصوص القانونية ليست بنفس الوتيرة من حيث إمكانية تطبيق الأمانة غير العقدية عليها ، فيعضها يمتاز بالوضوح اكثر من غيره ، وبعضها يكون تطبيقا لها في حالة معينة دون أخرى ، وأخرى يكون من مصادقيها اذا تحقق شرط واحد او اكثر ، لذلك فالأمانة غير العقدية متداخلة مع عدة مواضيع وأحوال واحكام قانونية فتارة نجد لها تطبيقات في التصرفات القانونية ، وأخرى نجد تطبيقاتها في الوقائع القانونية ، إضافة إلى وجود تطبيقات متفرقة لها تقع تحت عناوين مختلفة كالولاية واللقطة والكنز والمعادن والاثار .

وانما كانت هذه المواضيع من تطبيقات الأمانة غير العقدية لتحقق ضابطتها، حيث ان اليد اما تكون مؤتمنة عقدية او مؤتمنة غير عقدية او غير مؤتمنة ولا رابع لها، فاذا انتفت اليد المؤتمنة العقدية وانتفت اليد غير المؤتمنة بقت غير العقدية ما لم يصرح القانون او يتبين من الدليل او القرائن انها ليست غير عقدية رغم انطباق ضابطتها، وعلى ذلك فانه يمكن تقسيم تطبيقات الأمانة غير العقدية القانونية إلى ما يلي :

المطلب الأول : تطبيقات الأمانة غير العقدية في التصرفات والوقائع القانونية .

المطلب الثاني : تطبيقات الأمانة غير العقدية المتفرقة .

المطلب الأول

تطبيقات الأمانة غير العقدية في التصرفات والوقائع القانونية

تتنوع تطبيقات الأمانة غير العقدية بين مصادر الالتزام المختلفة ، وعند التتبع نجد ان جميع مصادر الالتزام من العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب بلا سبب والقانون قد احتوت على تطبيقات للأمانة غير العقدية ، وتمتاز هذه التطبيقات بانها تتناول مواضيع أساسية في القانون المدني ، وتفسر لنا احكام أوردها القانون من دون ان يضعها في تكييف معين ، لذلك فان تناول هذا النوع من التطبيقات للأمانة غير العقدية لا تنحصر فائدته في ذات الأمانة غير العقدية ، بل في تسليط الضوء على مجموعة من الاحكام - التي تعرض لها القانون - وإقامة دراسة قانونية حولها . وللتعرف على تطبيقات الأمانة غير العقدية في التصرف القانوني والواقعة القانونية ، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وكما يلي :

الفرع الأول : تطبيقات الأمانة غير العقدية في التصرفات القانونية .

الفرع الثاني : تطبيقات الأمانة غير العقدية في الوقائع القانونية .

الفرع الأول

تطبيقات الأمانة غير العقدية في التصرفات القانونية

التصرف القانوني هو ما يتخذه الافراد بقصد من اجل احداث اثر قانوني معين ، ويشمل العقد والارادة المنفردة [١] ، واكثر تطبيقات الأمانة غير العقدية في التصرف القانوني في العقد لا الارادة المنفردة ، واذا كان الامر كذلك فكيف يمكن وصف الأمانة موضوع الدراسة بغير العقدية ويكون لها تطبيقات في العقد ؟ وبعبارة أخرى الا يعد اجتماع الأمانة العقدية وغير العقدية في مورد واحد من التناقض واجتماع النفي والاثبات ، والقاعدة المنطقية تقضي بان النقيضان لا يجتمعان [٢] ؟ و الجواب عن ذلك اننا لا نعني من كون العقد من موارد الأمانة غير العقدية اجتماع العقد مع غير العقد ، بل ان وجود العقد ينفي وجود الأمانة غير العقدية وهذا واضح ، ولكن المقصود من هذه التطبيقات هي ان الأمانة غير العقدية تتحقق عند حدوث امرا ما في العقد كالفسخ او البطلان .

وتطبيقات الأمانة غير العقدية في العقد تارة تكون في النظرية العامة للعقد وأخرى تكون في العقود المسماة ، على ان ذلك لا ينفي تشابه التطبيقات من حيث صورها فنجد مثلا تحقق الأمانة غير

---

(١) لم يعرف المشرع العراقي في القانون المدني التصرف القانوني ، لكنه عرف العقد في المادة (٧٣) التي تنص على ما يلي : " العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه " اما الإرادة المنفردة فلم يتطرق لتعريفها وذكر في المادة (١/١٨٤) ما هذا نصه : " لا تلزم الارادة المنفردة صاحبه الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك" .

اما القانون المدني المصري فهو لم يعرف التصرف القانوني والعقد والإرادة المنفردة ، وذهب إلى ذات الاتجاه الذي ذهب اليه القانون العراقي في عد الارادة المنفردة مصدرا مستقلا للالتزام ولكن في الحلات التي ينص عليها القانون أي ليس مصدرا عاما للالتزام وانما خاصا .

انظر : فواز صالح ، المصدر السابق ، ٣ .

اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فلم يعرف التصرف القانوني ، وعرف العقد في المادة (١٢٥) التي نصت على ما يلي : " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر. " ، اما الارداة المنفردة فسماها بالتصرف الانفرادي ، ونصت المادة (٢٧٦) منه على ما يلي : " يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على قبول المتصرف إليه ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء طبقاً لما يقضي به القانون كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه ".

ونلاحظ ان موقف القانون المدني العراقي والمصري والاماراتي متشابه في عدم تعريف التصرف القانوني ، وذهبت بعض القوانين إلى تعريف التصرف القانوني كالقانون المدني اليمني ، حيث نصت المادة (١٢٧) منه على ما يلي : " التصرف الإرادي أو العمل القانوني هو ما يصدر عن الإنسان بقصد ترتيب آثاره القانونية الشرعية عليه ويتفرع عنه المصادر الآتية -: ١- العقد وهو تلاقي إرادتين بأي صفة كانت وتنشأ عنه المسؤولية العقدية . ٢- الارادة المنفردة وهي الإيجاب المجرد الذي تترتب عليه آثاره القانونية الشرعية دون توقف على قبول وتلحق بالمسؤولية العقدية " .

(٢) النقيضان او السلب والايجاب مثل الانسان ولا انسان ، سواد ولا سواد ، منير غير منير ، امران وجودي وعدمي ، أي عدم لذلك الوجود ، فلا يجتمعان في مورد واحد ولا يرتفعان ببديهية العقل ولا واسطة بينهما .

انظر : الشيخ محمد رضا المظفر ، المنطق ، ج ١ ، ط ٢ ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٨ .

العقدية عند الفسخ يجري في النظرية العامة للعقود ويجري في العقود أيضا ، وسيتم تناول تطبيقات الأمانة غير العقدية في التصرف القانوني من حيث العقد والإرادة المنفردة ، وكما يلي :

أولا - تطبيقات الأمانة غير العقدية في العقد :

وسنتناول هنا تطبيقات الأمانة غير العقدية في البطلان والفسخ والاقالة ، وكما يلي :

١ - البطلان :

بطلان العقد هو الجزاء القانوني المترتب على تحقق مجموعة من الأسباب كتخلف ركن في العقد ، او عدم توفر شرط من شروط صحة العقد ، ويؤدي البطلان إلى انعدام اثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين او الغير [١] ، وسنبين تطبيقات الأمانة غير العقدية في العقد الباطل من خلال ما يلي :

أ - حالات بطلان العقد المؤدية إلى حصول الأمانة غير العقدية : ويمكن تقسيمها إلى الحالات الآتية :

- البطلان : أي اذا كان القعد باطلا منذ البداية ، وسبب البطلان اما ان يعود لخلل في ذاته أي اركانه ، واما ان يعود لخلل في اوصافه الخارجية كما اذا كان المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة [٢] .

- الوقف : أي اذا كان العقد صحيح ولكنه موقوف (غير نافذ) مع نقضه من قبل صاحب الحق في الاجازة والنقض ، [٣] .

فعلى ذلك فان نطاق تطبيق الأمانة غير العقدية هنا يشمل العقد الباطل منذ البداية [٤] ، والعقد الصحيح الموقوف الذي تم نقضه [٥]، ولا يشمل العقد الصحيح النافذ .

ب - أسباب بطلان العقد الذي تحصل بسببه الأمانة غير العقدية :

---

(١) د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٤ ، ص٢٢٩ .

(٢) وفي ذلك نصت المادة (١/١٣٧) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية " ، ونصت المادة (١/٢١٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ان العقد الباطل هو : " العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة " ، ولا يوجد نظير لهذه المادتين في القانون المدني المصري رغم تناول الاخير لحالة البطلان في المواد من (١٣٨) إلى (١٤٤) .
(٣) يختلف العقد الموقوف عن الباطل من حيث ان العقد الموقوف لم يصبه خلل في تكوينه واركانه كل ما في الامر انه لا يفيد الحكم بالحال حيث ان للعاقد بعد زوال سبب الوقف اما ان يجيزه فيكون نافذا باثر رجعي او ينقضه فيكون باطلان من البداية.

انظر : د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام) ، ج١ ، بلا طبعة ، العاتك ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص ١١٥ .

(٤) على الا ينتج العقد الباطل أي اثر ولو استثنائي من قبيل انتقاص وتحول العقد .
(٥) العقد الموقوف اذا تم نقضه يكون باطلا لكن ليس منذ البداية بل بعد النقض .

وهي اما ان ترجع إلى حالة بطلان العقد منذ البداية ، او ترجع إلى حالة بطلان العقد الصحيح الموقوف بسبب نقضه ، ومن هذه الحالات :

- تخلف احد اركان العقد ، من الرضا كان لا يحصل تطابق بين الايجاب والقبول ، او المحل كان يكون غير مشروع ، او السبب كما اذا انعدم .

- تخلف بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة ، او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون [١] [٢] .

- اذا كان العقد موقوفا بسبب الحجر او الاكراه او الغلط او التغرير مع الغبن ونقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير والغبن [٣] ، اما اذا كان احد المتعاقدين وقع في الاستغلال فله طلب نقض العقد خلال سنة من وقت التعاقد بشرط ان يكون التصرف تبرعا [٤] ، ومن الموارد أيضا العقد الموقوف بسبب التصرف في ملك الغير من دون اذنه مع عدم إجازة المالك لتصرف الفضولي [٥] .

---

(١) نصت المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "١- اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك. ٢- يجب استيفاء هذا الشكل ايضاً فيما يدخل على العقد من تعديل " ، ونصت المادة (٢/١٠١) من القانون المدني المصري على ما يلي : " وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد " ، ونصت المادة (٢/١٤٦) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بابرام هذا العقد " .

(٢) نصت المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ١- العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية. ٢- فيكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلال كان يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع . ٣- ويكون باطلاً ايضاً اذا اختلت بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون" .

(٣) نصت المادة (١/١٣٤) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما انه له ان يجيزه، فإذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها." .

(٤) نصت المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة ان ينقضه " .

(٥) نصت المادة (١٣٥ /١، ٢، ٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي: " ١- من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك. ٢ - فإذا جاز المالك تعد الاجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الآخر. ٣ - واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان العاقد الآخر قد ادى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فان هلك في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد اداه عالماً انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه".

- اذا اقترن العقد بشرط ، وكان هذا الشرط ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للآداب العامة ، وكان هو الدافع إلى التعاقد [١] .

ويلاحظ في هذا الشأن وجود اختلاف بين موقف القانون المدني العراقي والاماراتي من جهة وبين المدني المصري من جهة اخرى ، حيث ان القانون المدني العراقي قسم العقد إلى صحيح وباطل ، وقانون المعاملات المدنية الاماراتي قسم العقد إلى صحيح وباطل وفاسد ، ولم يعرفا تقسيم العقد إلى باطل بطلانا مطلقا ونسبيا ؛ لان العقد الصحيح يقسم في القانون المدني العراقي والاماراتي إلى موقوف ونافذ ، اما القانون المدني المصري فهو يفرق بين البطلان المطلق والنسبي ، وفي ذلك تقول المذكرة الايضاحية للتقنين المدني المصري : اذا تخلف ركن من اركان العقد في حكم الواقع وحكم القانون يحول دون انعقاده او وجوده فان هذا هو البطلان المطلق ، اما البطلان النسبي فهو يفترض قيام العقد او وجوده ولكن يوجد ما يفسد الرضا بسبب احد العيوب او بسبب نقص أهلية احد المتعاقدين ، وفي البطلان المطلق فان العقد لا يوجد أصلا في نظر القانون ولا ينتج أي اثر لان احد اركان العقد متخلفة من التراضي والمحل والسبب وكذلك الشكلية ، اما البطلان النسبي فالعقد موجود ويحق لمن شرع لمصلحته ابطاله فاذا فعل ذلك زال كل الأثر [٢] .

ج - من له حق التمسك بالبطلان :

يختلف صاحب حق التمسك بالبطلان بين البطلان منذ البداية والبطلان في العقد الموقوف ، ففي البطلان من النوع الاول يتمسك به كل ذي مصلحة من الطرفين ودائنوهما والخلف العام والخاص وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها [٣] وكذلك الحكم بالنسبة إلى البطلان المطلق في القانون المدني المصري[٤] وموقف قانون المعاملات المدنية الاماراتي ليس ببعيد عن هذا الامر [٥] .

اما في العقد الموقوف فهو لاحد المتعاقدين الذي حصل له سبب التوقف او من شرع التوقف لمصلحته

---

(١) نصت المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ١- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة. ٢- كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للآداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد ايضاً" .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للمدني المصري ج٢ ص ٢٥٥-٢٥٦ ، نقلا عن د. محمد حسن عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص ٢٧٢-٢٧٥.

(٣) نصت المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "اذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالاجازة" .

(٤) نصت المادة (١/١٤١) من القانون المدني المصري على ما يلي : "إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

(٥) نصت المادة (٢/٢١٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه" .

كالمالك في عقد الفضولي ومن عيب رضاه في عيوب الارادة [١] وذات الامر يقال في العقد الباطل نسبيا او القابل للإبطال في القانون المدني المصري حيث ان حق التمسك بالبطلان النسبي يكون لمن شرع البطلان لمصلحته كناقص الاهلية ومن شاب رضاه احد عيوب الإرادة [٢] [٣] فاذا تمسك بالبطلان صاحب المصلحة بعد ان حصل تسليم لمحل العقد فان العنوان يتبدل إلى الأمانة غير العقدية فيجب ارجاعها إلى صاحبها .

ومن الجدير بالذكر ان الأمانة غير العقدية لا تتحقق اذا تعقب العقد الاجازة ، وهذه الاجازة ترد على العقد الموقوف [٤] او الباطل بطلانا نسبيا في القانون المصري وتكون باثر رجعي [٥] ، اما العقد الباطل من الابتداء او الباطل بطلانا مطلقا في القانون المصري فلا يلحقه الاجازة [٦] لذلك فان الأمانة غير العقدية تتحق في العقد الباطل من دون إجازة بخلاف العقد الموقوف [٧] .

د - اثار البطلان بين المتعاقدين والغير :

---

(١) نصت المادة (١/١٣٤) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما انه له ان يجيزه، فإذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها" ، وكذلك نصت المادة (١/١٣٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي: " من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك" ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد نصت المادة (٢١٤) منه على ما يلي : " تكون إجازة العقد للمالك أو لمن تعلق له حق في المعقود عليه أو للولي أو الوصي أو ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته أو المكره بعد زوال الإكراه أو لمن يخوله القانون ذلك" .

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ج١ (مصادر الالتزام) ، ص ٤٢٦.

(٣) نصت المادة (٢/١٤٠) من القانون المدني المصري على ما يلي : " ويبدأ سريان هذه المدة ، في حالة نقض الأهلية ، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط أو التدليس ، من اليوم الذي ينكشف فيه ، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الأبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد" وهذه المادة لم تشر إلى من يملك الاجازة صراحة كما في القانون المدني العراقي والاماراتي ولكنها تضمنت ذلك عندما أعطت الحق لصاحب المصلحة ان يستعمل الاجازة خلال مدة محددة .

(٤) نصت المادة (١/١٣٦) من القانون المدني العراقي على ما يلي " اجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ... " ، ونصت المادة (١/٢١٧) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " إذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره واعتبرت الإجازة اللاحقة له كالوكالة السابقة " .

(٥) نصت المادة (١٣٩) من القانون المدني المصري على : " ١- يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية. ٢- وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير " .

(٦) نصت المادة (١/١٣٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً " ، ونصت المادة (١/١٤١) من القانون المدني المصري على ما يلي : " ... ولا يزول البطلان بالإجازة " .

(٧) مع مراعاة شروط تطبيق الامانة غير العقدية في حالة بطلان العقد ، والاستثناءات التي تمنع من تطبيق الامانة غير العقدية رغم تحقق حالة بطلان العقد ، وسياتي التعرض لذلك .

اثر البطلان لا يختص بنوع معين فيشمل العقد الباطل بالابتداء والعقد الموقوف الباطل بسبب النقض ، ويشمل البطلان المطلق والنسبي الذي عرفه القانون المدني المصري أيضا ، لان العقد اذا تقرر ابطاله فستترتب مجموعة من الاثار ذات اثر رجعي سواء فيما بين المتعاقدين ام الغير [١] .

والذي يهمنا في هذه الاثار انها تكون باثر رجعي ، ويعتبر العقد كان لم يكن من الابتداء ، وهذا يشمل ما كان بين المتعاقدين و الغير ، واذا زال العقد باثر رجعي وكان احد المتعاقدين او كلاهما قد نفذا العقد كليا او جزئيا فانه يجب إعادة ما تسلمه كل طرف إلى المتعاقد الاخر كما كان الامر عليه قبل التعاقد .

ولكن ما هو تكييف يد الطرف الذي تسلم المال بناء على العقد الباطل ؟ ولماذا يجب ارجاع المال إلى الطرف الاخر عند ابطال العقد ؟ الذي يظهر في الجواب ان الأمانة غير العقدية تحل محل العقد الباطل ، فيجب ارجاع المال إلى صاحبه ، وتُضمن اذا تحقق احد أسباب الضمان [٢] ؛ لان ابطال العقد يؤدي إلى ارتفاع حكمه واثره [٣] فلا يمكن تكييف يد من تسلم الشيء على انها يد عقدية ؛ لبطلان العقد ، ، كما انه لا يمكن عدها من يد ضمان ؛ لعدم تحقق موارده ، فتكون المسألة من قبيل الأمانة غير العقدية.

وفي هذا المجال نلاحظ ان نقض العقد يؤدي إلى نقض التصرفات التي ابرمها من انتقلت اليه العين ، فيحق للمالك رد العين باي يد كانت ، وفي حالة الهلاك فان الضمان يتبع سببه [٤] .

هـ - موانع تطبيق الأمانة غير العقدية في حالة بطلان العقد :

رغم ان المبدأ يقتضي بإرجاع الحال إلى ما قبل التعاقد عند بطلان العقد ، لكن توجد عدة موانع تحول دون الارجاع وتطبيق الأمانة غير العقدية ، وهذه الموانع هي :

- اذا استحال ارجاع الحال إلى ما قبل التعاقد بسبب طبيعة الأشياء ، كما في العقود الزمنية حيث يكون الأثر فوري فلا نستطيع تطبيق الأمانة غير العقدية لان اثر العقد في الماضي لم ينتفي ، اما اذا استحال ارجاع الشيء بسبب الهلاك فلا يعتبر مانعا من تطبيق الأمانة غير العقدية لأننا في صدد تقرير

---

(١) د. محمد بقبق ، النظرية العامة للالتزام (التصرف القانوني) ، ط١ ، الأطرش ، تونس ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٥٤- ٢٦٢.

(٢) سيتم التعرض لأسباب الضمان في المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل.

(٣) وفي ذلك نصت المادة (٥٦) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : "اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه".

(٤) انظر المادة (١/١٣٤) من القانون المدني العراقي حيث نصت : " اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما انه له ان يجيزه، فإذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها " .

وضع اليد السابقة مع رفع العقد منذ البداية ، ولا يهمنا ما اذا كان الشيء موجودا او معدوما في تحقق مسمى الأمانة غير العقدية ، نعم ان ذلك مهم في الضمان والمسؤولية كما سنرى [١] .

- ناقص الاهلية : حيث ان ناقص الاهلية لا يلزم برد الا ما عاد اليه من منفعة بسبب هذا التصرف [٢] وبما ان القانون اعطى لناقص الاهلية هنا وضع خاص فلا تطبق الأمانة غير العقدية ؛ لان الأمين يلتزم برد جميع ما قبضه لصاحب الأمانة بخلاف هذه الحالة .

- عقود الإدارة والتصرف : عقود الإدارة كالإيجار تبقى قائمة ، رغم حالة البطلان اذا كان المستأجر حسن النية ، وفي عقود التصرف اذا كان الشيء منقولا وتسلمه الغير بحسن نية ، فانه يستطيع ان يحتج بقاعدة الحيازة في المنقول مع توفر شروطها ليكسب الملكية او الحق العيني رغم بطلان السند [٣].

- الاثار الاصلية التي يرتبها العقد الباطل انطلاقا من فكرة حماية الظاهر والثقة المشروعة في المعاملات كعقد الشركة او العقد الصوري باعتباره عقدا قائما في نظر الغير ، وكذلك الاثار العرضية كمعاملة العقد كواقعة مادية مثل عقد الزواج [٤] او انتقاص [٥] او تحول العقد [٦] .

---

(١) نصت المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل" ، وتنص المادة (١/١٤٢) من القانون المدني المصري على ما يلي : " في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل " .

(٢) نصت المادة (٣/١٣٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "ومع ذلك لا يلزم ناقص الاهلية اذا بطل العقد لنقص اهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد" ، ونصت المادة (٢/١٤٢) من القانون المدني المصري على ما يلي : " ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " .

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، مصدر سابق ، ص٢٤٩.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ج١ ، ص ١٢٤ .

(٥) تنص المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً " ، وتنص المادة (١٤٣) من القانون المدني المصري على ما يلي : " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للأبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع أو قابلا للأبطال فيبطل العقد كله " ، وتنص المادة (٢١١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي :

"١- إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي. ٢- إذا كان العقد في شق منه موقوفاً توقف في الموقوف على الإجازة فإن أجيز نفذ العقد كله وإن لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته" .

(٦) تنص المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " اذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى ابرام هذا العقد" ، وتنص المادة (١٤٤) من القانون المدني المصري على ما يلي : " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد أخر ، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت

هذه كلها موانع اذا تحققت تحول دون تطبيق الأمانة غير العقدية رغم بطلان العقد [1] اما الاجازة فهي ليست مانعا من الأمانة غير العقدية لان العقد ليس باطلا معها ، ولكن انتفائها يعتبر شرطا لتطبيق الأمانة غير العقدية في العقد الموقوف - الباطل نسبيا في القانون المصري - ، ولم يبين قانون المعاملات المدنية الاماراتي بعض هذه الحالات وانما اكتفى بالإشارة إلى بطلان التصرف [2] والملاحظ هنا ان تحقق حالة بطلان العقد يجعل وضع الشيء الذي تم التعاقد عليه تحت يد احد الطرفين بعد التسليم من قبيل الأمانة غير العقدية .

و - شروط تطبيق الأمانة غير العقدية في حالة بطلان العقد :

لكي تتحقق الأمانة غير العقدية في حالة بطلان العقد لا بد من توفر مجموعة شروط ، وهي :

- ان يحصل انتقال لمحل العقد من أحد الطرفين إلى الاخر .

- الا يكون عارض من عوارض تطبيق الأمانة غير العقدية كاختلال شرط ما من شروط الأمانة غير العقدية .

- الا يكون هنالك مانع من موانع تطبيق الأمانة غير العقدية في العقد الباطل .

واختلال أي شرط مما تقدم يكون سببا لعدم تحقق الأمانة غير العقدية ، فلو لم يحصل انتقال لمحل العقد أي لم يكن هنالك تسليم فلا موضوع للأمانة غير العقدية ، وكذلك لو حصل انتقال لكن شروط الأمانة غير العقدية العامة غير متوفرة بالكامل ، او توفرت جميع الشروط لكن حصل اتفاق على ان يكون هنالك تطبيق لتحول العقد الباطل ، ففي كل ذلك لا تتحقق الأمانة غير العقدية.

ز - جملة من موارد العقد الباطل كتطبيق للأمانة غير العقدية :

تنصرف إلى إبرام هذا العقد " ، ولم يأخذ قانون المعاملات المدنية الاماراتي بتحول العقد كما هو الحال في القانون المدني الأردني الذي يعتبر المصدر التاريخي له .

(١) من الجدير بالذكر انه اذا تم تنفيذ العقد الذي تم ابطاله من احد الطرفين ، فان الحائز حسن النية يحتفظ بالثمار ، حيث نصت المادة (٢/٢٣٣) من القانون المدني المصري على ما يلي : " واذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم او بعده فانه يلزم ايضاً برد كل ما استفاده او كان يستطيع ان يستفيده من الشيء وذلك من يوم ان تسلم غير المستحق او من اليوم الذي اصبح فيه سيء النية، وفي كل الاحوال يلزم برد ما استفاد او كان يستطيع ان يستفيده من يوم رفع الدعوى، ويلزمه الضمان من وقت ان صار سيء النية اذا هلك الشيء او ضاع ولو بغير تعد منه " ، وكذلك المادة (٣٢٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي نصت على ما يلي : " اذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي المدة المحددة لسماعها فلا يجب عليه رد ما قبض ولمن أوفى أن يرجع على المدين الحقيقي بالدين وبالتضمين ان كان له محل".

(٢) نصت المادة (١/٢١٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي عند الكلام على العقد الباطل على ما يلي : " ولا يترتب عليه اثر " ، ونصت المادة (٢/٢١٧) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي عند الكلام على العقد الموقوف على ما يلي : " واذا رفضت الاجازة بطل التصرف " .

ورد في القانون المدني العراقي والمقارن العديد من النصوص التي تخص الأمانة غير العقدية عند بطلان العقد ، ومن جملة هذه الموارد :

- بطلان العقد بسبب التعامل في تركة انسان على قيد الحياة برضاه :

من تطبيقات الامانة غير العقدية هي حالة بطلان العقد بسبب التعامل مع تركة انسان على قيد الحياة ، فاذا باع الشخص ما سيؤول اليه من التركة في حال حياة المورث فان العقد يعتبر باطلا ، وما تسلمه المشتري يعتبر من قبيل الامانة غير العقدية التي يجب ارجاعها إلى صاحبها وهو هنا المورث ، وإلى ذلك نصت المادة (٢/١٢٩) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل" ، والمادة (٢/١٣١) من القانون المدني المصري حيث نصت على ما يلي : "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ،إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون" ، وكذلك المادة (٢/٢٠٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي حيث نصت على ما يلي : " غير أنه لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون " .

- بطلان العقد بسبب الغلط :

سيتم تقسيم الغلط المؤثر في العقد [١] كتطبيق في الأمانة غير العقدية إلى عدة أنواع منها :

الغلط الذي يكون في ماهية العقد كان يستلم احدهم الشيء على اعتقاد انه هبة له والطرف الاخر يعتقد انه يريد ان يشتريه .

والغلط الذي يكون في ذاتية المحل كما اذا كان يملك سيارتين مختلفتين وباع احدهما وكان المشتري قد توهم انه يشتري الأخرى [٢] ، والملاحظ ان الغلط اذا كان من جنس المعقود عليه كان يستبدل ساعة الذهب بالنحاس فلا يوجد خلاف في ابطاله ، اما اذا لم يكن الغلط من جنس المعقود عليه - أي ان الجنس واحد لم يختلف - ولكن كان التفاوت فاحشا فقد ذهب جانب من الفقه إلى ابطاله [٣].

---

(١) على ان الغلط غير المؤثر كالغلط في الحساب لا يدخل في نطاق الدراسة لان العقد يبقى صحيحا معه .

(٢) نصت المادة (١١٧) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ١- اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشاراً اليه فان اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه، وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا انه يكون موقوفاً على اجازة العاقد. ٢- فإذا بيع هذا الفص على انه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلاً على انه ياقوت احمر فظهر اصفر او بيعت البقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفاً على اجازة المشتري " .

(٣) جاء في المادة (٢٠٧) من مرشد الحيوان الحنفي ما يلي : " اذا وقع الغلط في محل العقد وكان المعقود عليه مسمى ومشار اليه فان اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل النعدامه وان اتخد الجنس واختلف الوصف تعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ، ويخير العقاد لفوات الوصف ان شاء امضى العقد وان شاء نقضه ، فاذا بيع هذا الفص على انه ياقوت فتبين زجاج بطل العقد ، ولو بيع هذا الفص ليلا على انه ياقوت احمد فظهر اصفر صح البيع والمشتري بالخيار بين امضائه وفسخه" .

والغلط الذي يكون في سبب الالتزام - بمعناه التقليدي - كان يتعهد وارث بتسليم منزل إلى شخص معين تنفيذا لوصية ثم تبين ان الوصية باطلة او الموصي رجع عنها [١] .

وفي هذه الأنواع المتقدمة من الغلط فان العقد باطل لتخلف احد اركانه الثلاثة من الرضا او المحل او السبب [٢] ولذلك تم اعتباره من تطبيقات الأمانة غير العقدية في صورة البطلان .

والنوع الاخر من الغلط هو الذي يكون كعيب من عيوب الارادة ، وهذا يسمى بالغلط في الواقع وهو الذي يقع في صفة جوهرية في الشيء او في قيمة الشيء او في شخص المتعاقد او في الباعث الدافع إلى التعاقد [٣] وهذا النوع من الغلط يجعل العقد موقوفا ولا يكون باطلا الا اذا تم نقضه ، وعند ذلك تتحقق الأمانة غير العقدية بالشروط المتقدمة من التسليم وحسن النية وغيرها .

- بطلان العقد بسبب الاكراه :

تعرض احد المتعاقدين للإكراه يجعل العقد موقوفا [٤] او باطلا بطلانا نسبيا [٥] ، وان لم تعقبه الاجازة يكون باطلا (مطلقا) ، واذا انعقد العقد موقوفا بسبب الحجر او الاكراه او الغلط او التغرير وحصل نقض للعقد ، فلابد من تسليم الشيء محل العقد إلى صاحبه قبل التعاقد ، وبإمكان المالك

انظر : محمد قدري باشا ، مرشد الحيوان إلى معرفة أحوال الانسان ، ط٢ ، المطبعة الكبرى الاميرية ، القاهرة ، ١٨٩١ ، ص ٣٤ .

(١) تنص المادة (١/١٣٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " يكون العقد باطلاً الا التزم المتعاقدون دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام او للآداب" ، ونصت المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري على ما يلي: " إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا " .
ونصت المادة (١،٢/٢٠٧) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " ١ - السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد . ٢- ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا وغير مخالف للنظام العام أو الآداب " .

(٢) د. عبد الرحمن الشرقاوي ، القانون المدني (مصادر الالتزام) ، ج١ (التصرف القانوني) ، الطبعة ٤ ، دار السلام ، الرابط ، المغرب ، ٢٠١٧ ، ص ١٢٦ ،

(٣) د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة) ، ط١ ، ئاراس ، أربيل ، العراق ، ٢٠٠٦ ، ص ١٤٤-١٤٥.

(٤) نصت المادة (١١٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "من اكره اكراهاً بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده" ، وورد في المادة (١٨٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي ما يلي : " من أكره بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الاكراه صراحة أو دلالة يصبح العقد نافذا".

(٥) نصت المادة (١٢٧) من القانون المدني المصري ما يلي : " ١- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس. ٢- وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ٣- ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وآل ظرف أخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه".

استردادها في أي يد كانت وتضمين الحائز لها ان كان له مقتضى [١] وتبرز حالة الأمانة غير العقدية عند ارتفاع العقد بسبب نقضه اذا توفرت شروط الحلول المتقدمة ومنها تسلم الشيء بحسن نية .

هذا وتطبيقات البطلان عديدة في القانون المدني العراقي والمقارن ، ولكن بما ذكرنا يحصل المطلوب [٢].

٢- الفسخ :

الفسخ هو حل الرابطة التعاقدية باثر رجعي ، ويختلف الفسخ عن البطلان لان الأخير جزاء الخلل الذي يصيب العقد لحظة تكوينه ، اما الفسخ فهو جزاء عدم تنفيذ العقد الملزم للجانبين صحيحا [٣] [٤] ، وحتى يتحقق الفسخ لابد من استيفاء شروطه وهي ان يكون العقد المفسوخ من العقود الملزمة للجانبين ، وان لا يقوم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، وان يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه او مستعد للتنفيذ ، وان

---

(١) نصت المادة (١٣٤) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ١- اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما انه له ان يجيزه، فإذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها. ٢- وللعاقد المكره او المغرور الخيار ان شاء ضمن العاقد الآخر وان شاء ضمن المجير او الغار فان ضمن المجبر او الغار فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الآخر، ولا ضمان على العاقد المكره او المغرور ان قبض البدل مكرهاً او مغروراً في يده بلا تعد منه " .

(٢) من تطبيقان بطلان العقد في القانون المدني العراقي : والمادة (٨٩) ، والمادة (٩٠) ، والمادة (١٢١) ، والمادة (١٢٥) ، والمادة (١٢٧) ، والمادة (١٣١) ، والمادة (١٣٥) .

ومن تطبيقان بطلان العقد في القانون المدني المصري : المادة (٩٢) ، والمادة (٩٩) ، والمادة (١٠١) ، والمادة (١٢٥) ، والمادة (١٢٩) ، والمادة (١٣٢) .

ومن تطبيقان بطلان العقد في قانون المعاملات المدنية الاماراتي : المادة (١٤٤) ، و المادة (١٤٦) ، والمادة (٢٠١) ، والمادة (٢٠٥) ، والمادة (٢١٧) ، والمادة (٤٩٩) ، والمادة (٦٠٥) .

(٣) نصت المادة (١/١٧٧) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين إلى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته " ، ونصت المادة (١٥٧) من المدني المصري على انه : " ١- في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض. ٢- ويجوز للقاضي أن تمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، آما يجوز له أن رفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في حملته " ، ونصت المادة (٢٤٧) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي: " في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به " ونصت المادة (٢٧٤) من ذات القانون على ما يلي : " إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض" ..

(٤) د. نجيم اهتوت ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ (المصادر الارادية) ، ط١ ، القبس ، المغرب ، ٢٠١٩ ، ص ١٠١.

يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد لان للفسخ اثر رجعي [١] حيث يعتبر العقد كان لم يكن سواء بين المتعاقدين ام بالنسبة إلى الغير ، فبالنسبة إلى المتعاقدين اذا لم ينفذ تسقط جميع اثاره واذا تم تنفيذه وجب إعادة الحال إلى السابق ويرد كل منهما ما اخذه إلى الاخر فضلا عن الفوائد والثمار ، واذا استحال الرد حكم القاضي بالتعويض ، وحالة استحالة الرد تعني الهلاك فيكون التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية ، هذا في العقود الفورية ، اما في العقود المستمرة فيكون اثر الفسخ فوري فلا تطبق الامانة غير العقدية ؛ لان للعقد اعتبار في المدة السابقة ، اما اثر الفسخ بالنسبة إلى الغير فيزول كل تصرف رتبه الغير على العقد الا ما ورد عليها من استثناءات تتعلق بحماية الغير حسن النية الذي تلقى الحق [٢] [٣] .

وعند حدوث الفسخ للعقد فانه ينقضي مما يتطلب إعادة الحال إلى ما قبل التعاقد ، واذا حصل التسليم فتكون المدة بين تسليم الشيء إلى احد المتعاقدين وارجاعه من قبيل الأمانة غير العقدية - مع توفر جميع الشروط - واذا كان هنالك مقتضى للتعويض يكون وفق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية لا العقدية ، ومن الأمثلة على ذلك وجود خيار الشرط للبائع والمشتري فعند فسخ احدهما البيع او كلاهما ينبغي على كل منهما إعادة ما مسلمه إلى الاخر [٤] ، والمثال الاخر اذا بيعت جملة من المكيلات او الموزونات او المذروعات او العدديات وظهرت زيادة في البيع فان الزيادة وان كان المشتري قد تسلمها الا انه يجب ارجاعها للبائع على سبيل الأمانة غير العقدية باعتبارها من صورة الغلط [٥] وكذلك فان فسخ عقد البيع يقتضي ان يسترد البائع المبيع ويرد البائع إلى المشتري الثمن ، الا ان يكون المشتري قد تصرف بالمبيع إلى الغير وكان الغير حسن النية فانه يمتنع على البائع استرداد المبيع ، ولا يبقى امامه الا مطالبة المشتري بالتعويض [٦] .

ولا يؤثر نوع الفسخ في تحقق الأمانة غير العقدية فقد يكون اتفاقيا او قضائيا او بحكم القانون أي ما يحدث عند هلاك المعقود عليه،وقد تعرض القانون المدني العراقي والمقارن للفسخ عند استحالة التنفيذ[٧]

---

(١) د. يوسف محمد عبيدات ، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، ط٢ ، المسيرة ، عمّان ، ٢٠١١ ، ص ٢٥٣ - ٢٥٦.

(٢) وما ذلك الا تطبيق للأحكام الواردة في المدني المصري كالمادة (١٦٠) التي تنص على ما يلي : " اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض" .

(٣) د. محمود عبد الرحيم الديب ، الوجيز في مصادر الالتزام ، ج١ ، بلا طبعة ، دار الجامعة العربية ، الاسكندرية ، مصر ، ١٩٩٨ ، ص ٢٢٤-٢٢٦ .

(٤) نصت المادة (٥١٠) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " اذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً فأيهما فسخ في اثناء المدة انفسخ البيع، وايهما اجاز سقط خيار المجيز وبقي الخيار للآخر إلى انتهاء المدة".

(٥) نصت المادة (٥٤٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " اذا بيعت جملة من المكيلات او جملة من الموزونات او المذروعات التي ليس في تبعيضها ضرر او من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها وسمى ثمنها جملة او بسعر الوحدة ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً، كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، واذا ظهر المبيع زائداً فالزيادة للبائع" .

(٦) د. احمد عبد العال أبو قرين ، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٩٤ .

التنفيذ[١] ، ولكن عند حدوث الانفساخ ينتقل التزام الأمين إلى التعويض ان وجد سببا للضمان لان الشيء محل الأمانة قد هلك [٢] .

ويلاحظ وجود التشابه بين موقف القانون المدني العراقي والمقارن في التعامل مع الفسخ حيث يجب ان يرد كل منهما ما سلمه إلى الاخر لكون ذلك من الامانات غير العقدية اذا كان قد حصل التسليم ، اما اذا لم يكن قد حصل التسليم فلا شيء على الطرفين .

٣ - الإقالة :

من طرق انحلال العقد الإقالة ، ولا بد ان تكون برضا المتعاقدين [١] ، ويلزم فيها ان يكون المعقود

(١) ورد الانفساخ في القانون العراقي والمقارن ، فقد نصت المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "١ - اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه. ٢ - فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري" ونصت المادة (١٨٠) من ذات القانون على ما يلي : "اذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الاعيان المالية او انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب بالعقد، وان كان قد سلم يسترد فإذا استحال رده يحكم بالضمان".
اما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (١٥٩) منه على ما يلي : " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضي التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " ونصت المادة (١٦٠) من ذات القانون على ما يلي : " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " ، وفي ذلك يذكر القضاء المصري انه اذا ما ثبت بان التزام البائعين بنقل المبيع قد صار مستحيلا بسبب التامين ، فانه قد ثبت ان استحالة تنفيذ الالتزام ترجع إلى سبب اجنبي لا يد للبائع فيه وهذا لا يعفي البائع من رد الثمن الذي قبضه ، بل ان هذا الثمن يكون واجبا رده في جميع الاحوال التي ينفسخ فيها العقد بحكم القانون وذلك تطبيقا للمادة (١٦٠) من المدني المصري .
انظر : نقض مدني مصري في جلسة (١٩٦٩/١١/٢٦) ، مجموعة احكام النقض ، السنة (١٩) رقم (٢٣٩) ص (١٥٦٥) ، نقلا عن د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، المصدر السابق ، ص ٥٢٠.
وورد في قانون المعاملات المدنية الاماراتي في المادة (٢٧٣) منه ما يلي : "١- في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه. ٢- وإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين "
(٢) يذكر انه يوجد خلاف فقهي حول مفهوم استحالة تنفيذ الالتزام وانقسموا إلى ثلاث اتجاهات حيث ذهب أصحاب الاتجاه التقليدي إلى وجوب كون الاستحالة مطلقة موضوعية لا شخصية ونسبيه ، وهذا هو المذهب الغالب للفقه الفرنسي والمصري وبه اخذ القانون العراقي والمصري والاماراتي ، والمذهب الثاني هو الحديث ظهر في الفقه الألماني وذهب اليه بعض الفقه العراقي ، وقد اخذ القانون العراقي بالمذهب الحديث بالمادة (٨٧٨) بشان عقد المقاولة حيث اكتفى بالاستحالة النسبية ، وهذا المذهب لا يشترط في الاستحالة ان تكون مطلقة وانما اكتفى بالاستحالة النسبية او الشخصية ، والمذهب الثالث هو التوفيقي الذي يذهب اليه بعض الفقه الألماني ويرى ضرورة التفرقة بين الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة ، ففي الأول يكتفى بالاستحالة الشخصية بشرط الا يكون للمدين يد فيها وفي الثاني لابد من الاستحالة المطلقة .
انظر : د. عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، العراق ، ١٩٧٤ ، ص ١٨٠ .

عليه موجودا وقائما في يد العاقد عند الإقالة ، ولو تلف بعضه صحت في الباقي [٢] وفي الاقالة يجري رفع اثر العقد بين المتعاقدين وتكون نوع من أنواع الفسخ [٣] ومن ثم فان ما تسلمه كل طرف يكون بعد الإقالة لا على نحو العقد ؛ لارتفاع مضمونه ، ولا على نحو الغصب ؛ لأنه لم يتسلمه بطريق غير قانوني فيكون من قبيل الأمانة غير العقدية .

ثانيا - تطبيقات الأمانة غير العقدية في الإرادة المنفردة :

ذكرنا في الفصل الأول وتحديدا عند بيان مصدر الأمانة غير العقدية ، انه يوجد اختلاف واضح بين الأمانة غير العقدية والإرادة المنفردة ومن ذلك ان مفهوم الارادة المنفردة يختلف عن الأمانة غير العقدية ففي الإرادة المنفردة يكون ايجاب مجرد يلتزم به من أصدره ويرتب اثار قانونية معينة ، وفي الأمانة غير العقدية لم تذهب إرادة صاحب الأمانة إلى جعلها عند الأمين والا اعتبرت عقدية ، فلا توجد إرادة من جانب صاحب الأمانة ، فضلا عن ان القانون ذكر موارد الإرادة المنفردة على سبيل الحصر ، ولم يذكر الأمانة من مواردها .

وغم هذا الاختلاف فقد يقال بوجود تطبيقات للأمانة غير العقدية في الإرادة المنفردة ، وغاية ما يمكن ان يقال في توجيه هذا الكلام انه حتى لو وجدت مثل هذه التطبيقات فإنها تكون في صورة او جزئية من جزئيات الموارد التي ذكرها القانون للإرادة المنفردة ، ومثال ذلك في الوعد بجائزة اذا اعطى الجاعل للموعود له بعد ان قام بالعمل اكثر من الجائزة بالخطأ ، فان الزيادة تكون عند الموعود له من قبيل الأمانة غير العقدية يجب ارجاعها لمالكها [٤] .

---

(١) نصت المادة (١٨١) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " للعاقدين ان يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده" ، ونصت المادة (٢٦٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده" .

(٢) نصت المادة (١٨٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "١ - يلزم ان يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الاقالة. ٢- ففي البيع يلزم ان يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري، ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن اما هلاك الثمن فلا يكون مانعاً من صحة الإقالة ، ونصت المادة (٢٧٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " تتم الإقالة بالإيجاب والقبول في المجلس وبالتعاطي بشرط أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد المتعاقد وقت الإقالة ولو تلف بعضه صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من العوض".

(٣) نصت المادة (١٨٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " الاقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد" ، ونصت المادة (٢٦٩) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد" ، ولم يتعرض القانون المدني المصري إلى الإقالة في انحلال العقد .

(١) نصت المادة (١٨٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ١ - من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر إلى وعد. ٢ - واذا لم يحدد الواعد اجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده على الا يؤثر ذلك في حق من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد .٣- وتسقط دعوى المطالبة بالجعل اذا لم ترفع خلال ستة اشهر من تاريخ اعلان العدول . " ، ونصت المادة (١٦٢) من القانون المدني المصري على ما يلي : "١- من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزام بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو

الفرع الثاني

تطبيقات الأمانة غير العقدية في الوقائع القانونية

الواقعة القانونية تشمل العمل غير المشروع ، والكسب بلا سبب ، لذلك سيتم تناول الامرين معا وكما يلي:

أولا - تطبيقات الأمانة غير العقدية في العمل غير المشروع :

العمل غير المشروع او المسؤولية التقصيرية هي المسؤولية الناتجة عن الاخلال بواجب عام يفرضه القانون يسبب ضررا للغير [١] فهي تترتب على العمل غير المشروع الذي يسبب ضررا للغير ، مما يلقي المسؤولية على عاتق الشخص الذي صدر منه هذا العمل [٢] فالمسؤولية التقصيرية تتحقق مع القيام بعمل محظور قانونا يسبب ضرر للأخرين بشرط قيام علاقة السببية بين الضرر والخطأ.

ويتضمن العمل غير المشروع بعض الموارد التي تعد من تطبيقات الأمانة غير العقدية ، وعلى الرغم من ان مقتضى الأمانة غير العقدية لا يتناسب مع العمل غير المشروع ، ولكن يوجد ارتباط بين الأمانة غير العقدية والعمل غير المشروع من ناحيتين :

- ان الأمين يقوم بالمحافظة على الشيء ورده إلى صاحبه ، ولكن في بعض الأحيان يقوم الأمين ببعض الاعمال التي لا تتناسب مع الأمانة وتدخل في نطاق الاعمال غير المشروعة .

- ان قواعد المسؤولية التقصيرية هي التي تطبق على الأمانة غير العقدية ، فيتحمل الأمين او صاحب الأمانة المسؤولية التقصيرية عند تحقق أركانها ، ويطالب الطرف الاخر بالتعويض وفقا لقواعد ودعوى المسؤولية التقصيرية .

قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها. ٢- وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد ، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور" ، ونصت المادة (٢٨١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : "١- من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين وعين له أجلاً التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة. ٢- وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للكافة على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان عدول الواعد" .

(٢) مجمع اللغة العربية ، معجم القانون ، بلا ط ، الهيئة العمة لشؤون المطابع الأميرية ، القاهرة ، ١٩٩٩، ص ١٤٠.

(٣) عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ و الضر ، بلا ط ، عويدات ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص ١٥- ١٦ .

ومما سبق يمكن القول ان العمل غير المشروع يرتبط مع الأمانة غير العقدية في موضوع الضمان والمسؤولية ، ولكن سنتناول هنا بعض المواد القانونية التي وردت في العمل غير المشروع وترتبط مع الامانة غير العقدية ، وكما يلي :

١- الاتلاف :

الاتلاف يعني اخراج المنفعة المطلوبة بالعادة من الشيء الذي وقع عليه الاتلاف ، وهذا الإخراج قد يكون كليا او جزئيا [١] والاتلاف اما مباشر او عن تسبيب ، والأول اذا انتفى الفاصل بين الفعل والنتيجة كما لو خرق القارب او احرق الزرع ، والتسبيب يكون اذا تحقق الفاصل بين الفعل والاتلاف كما لو قطع الحبل فانكسر القنديل [٢] ، وان الأمين غير العقدي مؤتمن على الشيء الذي تحت يده ، فاذا حدث الاتلاف او نقص القيمة مباشرة او تسبيبا وكان هنالك احد اساب الضمان ومنها التعمد والتعدي فان الأمين يكون ضامنا ، ويضمن الأمين سواء اكان هو المباشر ام المتسبب .

وما ذلك الا تطبيق للمادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي التي تنص على : "١ - اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسبباً يكون ضامناً، اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى. ٢- واذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدي منهما فلو ضمناً معاً كانا متكافلين في الضمان".

وقريبا من موقف القانون المدني العراقي كان موقف قانون المعاملات المدنية الاماراتي في المادة (٣٠٠) التي تنص على ما يلي : " من أتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين " ، والمادة (٣٠١) التي تنص على ما يلي : " إذا كان الإتلاف جزئياً ضمن المتلف نقص القيمة فإذا كان النقص فاحشاً فصاحب المال بالخيار إن شاء أخذ قيمة ما نقص وإن شاء ترك المال المتلف وأخذ قيمته مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين " ، والمادة (٢٨٣) التي تنص على ما يلي : " ١- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب. ٢ - فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر".

اما القانون المدني المصري فلم يتعرض للإتلاف بشكل مباشر كما هو الامر في القانون المدني العراقي والاماراتي وانما ذكر قاعدة عامة مفادها الزام الغير بالتعويض عن كل ضرر يسببه ، حيث نصت المادة (١/١٦٣) على ما يلي : " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ".

---

(١) د. حسن حنتوش ، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، ٢٠٠٥ ، ص٣٩ .

(٢) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية ، ج ١ ، بلا طبعة ، السعدون ، بغداد ، بلا سنة نشر ، ص٥٢.

٢- المسؤولية عن الأشياء :

تدخل في نطاق هذه الفقرة عدة أنواع منها مسؤولية صاحب الحيوان ، والمسؤولية الناشئة عن تهدم البناء ، والمسؤولية الناشئة عن الحريق ، والمسؤولية الناشئة عن المنتج ، والمسؤولية الناشئة عن الآلات ، ومع ان الأمانة غير العقدية يمكن ان تدخل في العديد من تطبيقات المسؤولية عن الأشياء - باعتبار ان المسؤولية التقصيرية يمكن ان تتحقق لدى احد اطراف الأمانة غير العقدية او كلاهما - لكن سنكتفي هنا بالتطرق ل تطبيقين للمسؤولية عن الأشياء هما مسؤولية صاحب الحيوان والمسؤولية الناشئة عن الآلات الميكانيكية والاشياء الأخرى [١] ، وكما يلي :

أ - مسؤولية صاحب الحيوان :

صاحب الحيوان من له السيطرة الفعلية عليه ، ويكون زمامه بيده ويقوم بتوجيهه ورقابته ، سواء اكانت هذه السيطرة الفعلية بحق ام بغير حق كما لو كانت بيد الغاصب ، وليس هو بالضرورة ان يكون المالك او المنتفع بالحيوان [٢] ، وليس بمهم نوع الحيوان الذي سبب الضرر فقد يكون من الحيوانات الوحشية وقد يكون من الاليفة وقد يكون من البريات او المائيات وقد يكون من الطيور او غيرها [٣] [٤]، والسيطرة الفعلية ممكن ان تكون بيد الأمين غير العقدي الذي ينتقل اليه الحيوان بإحدى صور الأمانة غير العقدية كان يكون عن طريق القهر والغلبة او الغلط ، فاذا تسبب الحيوان محل الأمانة بضرر للغير ، وكان الأمين غير العقدي قد اهمل في القيام بواجب الحيطة والحذر الكافيين لمنع وقوع الضرر فانه يضمن .

وفي ذلك تنص المادة (٢٢١) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " جناية العجماء جبار فالضرر الذي يحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه الا اذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر " ، وتنص المادة (١٧٦) من القانون المدني المصري على ما يلي : " حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه " ، وورد في قانون المعاملات المدنية الاماراتي في المادة (٣١٤) ما يلي : " جناية العجماء جبار ولكن فعلها الضار مضمون على ذي اليد عليها مالكاً كان أو غير مالك إذا قصر أو تعدى" .

والملاحظ على هذه المواد ما يلي :

---

(١) اخترنا هذين النوعين لان الأمانة غير العقدية تتحقق بهما اكثر من غيرهما .

(٢) بن صافية صامورة ، بوسكين وردة ، المسؤولية المدنية الناشئة عن الأشياء الحية والاشياء الجامدة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، الجزائر ، ٢٠١٨ ، ص ٢٨-٣٠.

(٣) د. جلال علي العدوي ، مصادر الإلتزام (دراسة مقارنة) ، بلا طبعة ، جامعة الإسكندرية ، مصر ، ١٩٩٤، ص٣٧٣.

(٤) مع ملاحظة ان الحيوان غير الحي حكمه حكم الأشياء الجامدة الآتي شرحها في الفقرة الثانية .

- ان تعبير القانون المدني العراقي على من كان الحيوان تحت يده بصاحب الحيوان ، اما المصري فحارس الحيوان ، اما الاماراتي فعبر بذي اليد ، ورغم اختلاف التعابير لكن المؤدى واحد في شمولها للأمين غير العقدي .

- تميز القانون المدني المصري والاماراتي بالإشارة صراحة إلى انه لا يشترط في حارس الحيوان ان يكون مالكا ، اما العراقي فقد تضمن ذلك .

- يعد القانون المدني العراقي اكثر تفصيلا وتوسعا في موضوع مسؤولية صاحب الحيوان اكثر من القانون المدني المصري والاماراتي .

ومن صور الغفلة والإهمال التي تسبب مسؤولية الأمين غير العقدي باعتباره صاحبا للحيوان ما يلي :

- ان رأى الأمين غير العقدي ان الحيوان متوجه لكي يضر مصلحة او مال تابع لشخص اخر ولم يمنعه [١] .

- اذا كان قد نُبِه سابقا إلى ضرورة اخذ الحيطة والحذر ولم يأبه بذلك ، وذات الامر اذا كان يعلم او من السهل عليه ان يعلم بوقوع الضرر [٢] .

- اذا كان الضرر يمكن التحرز منه ولم يتخذ الأمين غير العقدي الحيطة الكافية كما لو ضرب الدابة من دون تهيئة الوسائل اللازمة لتجنب حدوث الضرر المحتمل [٣] .

ب - المسؤولية الناشئة عن الآلات الميكانيكية والاشياء الأخرى :

تقسم الأشياء محل المسؤولية هنا إلى الآلات الميكانيكية والاشياء التي تتطلب عناية خاصة ، فالأشياء غير المادية وكذلك الحيوان والبناء تخرج من هذه النقطة خصوصا وان المشرع حدد للحيوان والبناء احكام خاصة ، لذلك سيتم تناول المسؤولية الناشئة عن الآلات الميكانيكية والاشياء التي تتطلب عناية خاصة في نقطتين ، وكما يلي :

---

(١) وفي ذلك تنص المادة (١/٢٢٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " اذا ضر حيوان بمال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامناً " .

(٢) وفي ذلك تنص المادة (٢/٢٢٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما احدثاه من الضرر اذا تقدم اليه من اهل محلته او قريته بالمحافظة على الحيوان ولم يحافظ عليه او كان يعلم او ينبغي ان يعلم بعيب الحيوان" .

(٣) وفي ذلك تنص المادة (٢٢٤) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ١- لا يضمن المار بحيوانه انه في الطريق العام راكباً او قائداً او سائقاً الضرر الذي لا يمكن التحرز منه فلو انتشر من رجل الدابة غبار او طين ولوث ثياب الغير فلا ضمان. ٢- اما الضرر الذي يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة او لطمة يدها او رأسها فيضمنه الا اذا ثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه " ، وكذلك المادة (٢٢٥) حيث تنص على ما يلي " ١- لو اوقف شخص دابة بلا ضرورة او ربطها في الطريق العام في غير المحال المعدة لوقوف الدواب ضمن ضررها في كل الاحوال. ٢- ويضمن الضرر كذلك من سيب الدابة في الطريق العام او تركها تتسرب اذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنه تسربها ".

- المسؤولية الناشئة عن الآلات الميكانيكية : الالة الميكانيكية هي المزودة بمحرك او قوة دافعة [١] سواء اكانت بخارية ام بترولية ام عن طريق المياه ام أي مصدر آخر للطاقة ، فتشمل السيارات والدراجات والطائرات والسفن ، ومع ظهور التطور التكنولوجي نجد ان الأجهزة الميكانيكية قد اتسع نطاقها وأصبحت تشمل نطاقا واسعا من الآلات المتعددة الاستخدامات [٢] .

- الأشياء التي تتطلب عناية خاصة : ويقد بالعناية الخاصة ما يتطلبه الشيء من خبرة يستطيع من خلالها صاحبه وضع حد للمخاطر التي يمكن ان تحدث ، كالقدرة على معرفة المخاطر والوقاية منها ، والتشغيل والاطفاء ، وتغيير الأجزاء وتبديلها او صيانتها وهكذا [٣] ، ولم يستقر الفقه على معيار محدد لتوضيح الأشياء ذات العناية الخاصة فهنالك من ذهب إلى معيار موضوعي أي النظر إلى ذات الأشياء دون الظروف المحيط بها ، وهنالك من اختار المعيار الشخصي أي انه لا يقتصر النظر على طبيعة الشيء وانما تشمل الظروف المحيطة بها [٤] .

والأمانة غير العقدية قد يكون محلها البعض من هذه الأشياء كالسيارة والجهاز طبي و الآلات التي تستخدم في البناء ، فينبغي على الأمين بذل العناية اللازمة للوقاية من ضررها ، وإلا يكون مسؤولا عما يحدث من ضرر ما لم يثبت اتخاذ الأمين غير العقدي للحيطة والحذر اللازمين ، وبذلك نصت المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية او اشياء اخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة " ، وذات الامر يقال في القانون المدني المصري حث نصت المادة (١٧٨) منه على ما يلي : "كل من تولي حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة" ، وموقف قانون المعاملات المدنية الاماراتي في هذا الشأن مطابق للنص العراقي والمصري ، حيث تنص المادة (٣١٦) من قانون المعاملات المدني الاماراتي على ما يلي : " كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء أو الآلات من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه ، وذلك مع عدم الإخلال بما يرد في هذا الشأن من أحكام خاصة" .

٣ - دخول الدابة في ملك الغير من تلقاء نفسها :

ومن موارد الأمانة غير العقدية - التي وردت ضمن نصوص العمل غير المشروع - الدابة التي تدخل من تلقاء نفسها في ملك احد الأشخاص كان يكون داره او بستانه ، فصاحب الدار او البستان يكون

(١) ولا تشمل الآلات الميكانيكية ما كان يتحرك بقوة يد الانسان .
(٢) احمد نصر قاسم ، المسؤولية المدنية لحارس الأشياء (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، ٢٠١٨ ، ص ١٢-١٣ .
(٣) المصدر نفسه ، ص ١٦ .
(٤) د. محمد سعيد احمد ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الأشياء غير الحية (دراسة مقارنة) ، ط١ ، الدولية للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠٠١ ، ص ٣٨-٤٣ .

امينا غير عقديا على الدابة ؛ لان يده ليست بيد ضمان ، ولان الدابة دخلت لوحدها ومن دون اتفاق مع المالك ، حيث ان هذا من صورة القهر والغلبة في الأمانة غير العقدية ، واذا سببت هذه الدابة ضررا في ملك الأمين غير العقدي فان صاحبها لا يتحمل الضرر اذا ثبت انه اتخذ الحيطة والحذر اللازمين لمنع دخول الدابة في ملك الغير واحداث الضرر لهم ، وقد نصت المادة (٢/٢٢٣) من القانون المدني العراقي على هذا الحكم حيث جاء فيها ما يلي " اما لو انتقلت بنفسها ودخلت في ملك الغير واحدثت ضرراً فصاحبها لا يضمن الا اذا اثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسرب الدابة" [١] ، ولا يوجد نظير لهذه المادة في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي [٢] .

والملاحظ على تطبيقات الأمانة غير العقدية في العمل غير المشروع انها عموما تطبيقات غير مباشرة وغير مختصة بذات الأمانة غير العقدية ، ومع ذلك فهي تشملها لذلك تم التعرض لها ، وللعمل غير المشروع ربط اخر في الأمانة غير العقدية وذلك في موضوع الضمان والمسؤولية الناجمة عن الامانة غير العقدية وسيتم التعرض له في المبحث الثاني من هذا الفصل .

ثانيا - تطبيقات الأمانة غير العقدية في الكسب بلا سبب :

تناولنا فيما سبق الكسب بلا سبب من حيث كونه مصدرا للأمانة غير العقدية ، ومن حيث تمييز الأمانة غير العقدية عنه ، وعرفنا ان علاقة الأمانة غير العقدية مع الكسب بلا سبب ليست هي التساوي التام بحيث ان كل مصاديق الكسب بلا سبب هو امانة غير عقدية ، وليست هي التباين التام بحيث انه لا يوجد اشتراك بين الكسب بلا سبب والأمانة غير العقدية ، بل ان العلاقة هي العموم والخصوص من وجه حيث ان بعض مصاديق الكسب بلا سبب هو امانة غير عقدية ، وبعضه ليس كذلك ، وفي هذا الموضوع سنتطرق إلى تطبيقات الأمانة غير العقدية في الكسب بلا سبب ، ولا زم ذلك انه يوجد في الكسب بلا سبب موضوع واحد او اكثر يدخل من جهة في الفعل النافع ، ويدخل من جهة أخرى في الأمانة غير العقدية تبعا للزاوية التي يُنظر له منها ، فوصف الشيء بانه من تطبيقات الكسب بلا سبب

---

(١) بين القانون المدني العراقي حالتين أخريين من مسؤولية صاحب الدابة عن الضرر الذي تحدثه وهي حالة ادخال شخص الدابة في ملك الغير من دون اذنه ، حيث نصت المادة (١/٢٢٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي " اذا ادخل شخص دابة في ملك يراه بدون اذنه ضمن ضرر تلك الدابة سواء كان راكباً او سائقاً او قائداً موجوداً عندها او غير موجود " ، وحالة اذا ادخلها في ملك الغير مع اذنه حيث نصت المادة (٣/٢٢٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي " وكذلك لو ادخل الدابة في ملك غيره بإذنه لا يضمن ضررها الا اذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر" .

(٢) ومن موارد تطبيقات الأمانة غير العقدية في العمل غير المشروع هي حالات ضمان الأمانة غير العقدية حيث بين قانون المعاملات المدنية الإمارتي حالات ضمان الأمانة عموما بشقيها العقدية وغير العقدية عند تناوله العمل غير المشروع وذلك في المادة (٣٠٩) حيث نصت على ما يلي : "من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال" ، ولم يتعرض القانون المدني العراقي لحالات ضمان الأمانة في موضوع العمل غير المشروع وانما تناولها ضمن حالات انتهاء الالتزام ، اما القانون المدني المصري فلم يخص الأمانة بمثل هذه الحالات وانما ترجع إلى القاعدة العامة في الضمان ، وحسنا فعل المشرعين العراقي والاماراتي عندما نص على هذه الحالات لخصوصية الأمانة في هذه الأسباب ، وسيتم التعرض لأسباب ضمان الأمين في موضوع مستقل .

كالمدفوع دون وجه حق ، لا يعني انه لا يكون مصداقا لحالة أخرى من جهة معينة ، حيث ان المدفوع دون وجه حق يمكن ان يكون في بعض حالاته من تطبيقات الأمانة غير العقدية [١] ، فتجتمع فيه صفتين فهو من جهة كسب بلا سبب ، ومن جهة ثانية امانة غير عقدية ، ومما يؤيد إمكانية الاجتماع ما يلي :

- ان المشرع سمح لمن وقع عليه الاثراء بلا سبب ان يرفع دوى على أساس العمل غير المشروع والمسؤولية التقصيرية ، مع ما له من حق اخر في رفع دعوى على أساس الاثراء بلا سبب ، مما يعني ان واقعة الاثراء ممكن النظر اليها من جهة المسؤولية التقصيرية والعمل غير المشروع ومن جهة الكسب بلا سبب [٢] .

- عندما المقارنة بين العقد والكسب بلا سبب ممكن ان يقال بعدم اجتماعهما ؛ لان كلا منهما مصدرا مستقلا للالتزام ، اما بين الكسب بلا سبب والأمانة غير العقدية فلا محل لهذا الكلام ؛ لان الأمانة ليست من مصادر الالتزام .

ويوجد للأمانة غير العقدية في الكسب بلا سبب عدة تطبيقات منها ما يخص المدفوع دون حق ، ومنها ما يخص الاتصال بملك الغير قضاء وقدرا ، لذلك سيتم تناول الامرين معا وكما يلي :

١- تطبيقات الأمانة غير العقدية في المدفوع دون حق :

سنتناول موضوع المدفوع دون حق من حيث ارتباطه بالأمانة غير العقدية في النقاط الاتية :

أ - مفهوم المدفوع دون حق :

المدفوع دون وجه حق يعني ان من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده ، ولا وجه للرد اذا كان من قام بالوفاء يعلم انه غير ملزم بدفعه الا في حالة الاكراه على الدفع ، او عندما يكون ناقص الاهلية [٣] ، ويعتر المدفوع دون حق من تطبيقات الكسب بلا سبب لحصول حالة الاثراء

---

(١) وهي حالة ما اذا كان المدفوع له حسن النية دون سيئها كما سياتي .

(٢) وفي ذلك نصت المادة (٢٤٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص اخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيها " ، ونصت المادة (٢٤٤) من ذات القانون على ما يلي : " لا تسمع دعوى الكسب دون سبب في جميع الاحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع، ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع" .

(١) وفي ذلك نصت المادة (٢٣٤) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ١- اذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الاهلية فلا يكون الا برد ما كسب حتى ولو كان سيء النية. ٢- وكذلك اذا ابطل عقد ناقص الاهلية فلا يرد الا ما كسبه بسبب تنفيذ العقد " ، ونصت المادة (٢/١٨١) من القانون المدني المصري على ما يلي : "على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، إلا أن يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء " ، ونصت المادة (١٨٦) من القانون المدني المصري ايضا على ما يلي : " إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذي أثري به" ، ولا يوجد نظير لهذه المواد في قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

لمن يأخذ المال دون وجه حق [١] ويترتب على ذلك التزام في ذمة الموفى له برد ما اخذه من دون حق إلى الموفي [٢] .

وفي ذلك نصت المادة (١/٢٣٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "من دفع شيئاً ظاناً انه وجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق" ، ونصت المادة (١/١٨١) من القانون المدني المصري على ما يلي : " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده " ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد تناوله في المادة (٣٢٠) حيث نصت على ما يلي : " من أدى شيئاً ظاناً أنه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن لم يكن قائماً "

وتتحقق الأمانة غير العقدية في الطرف القابض ؛ حيث انه تسلم المال من غير استحقاق أولا ، وبلا اتفاق مع الدافع ثانيا ، ولم يأخذ المال بأحد أوجه العدوان كالغصب والسرقة لذلك فان يده عليه تكون من قبيل الامانة غير العقدية .

ب - شروط المدفوع دون حق :

حتى تتحقق الامانة غير العقدية في المدفوع دون وجه حق لابد من استيفاءه الشروط الآتية :

- يجب ان يكون المدفوع غير واجب في الذمة :

لكي يتحقق المدفوع دون وجه حق لا بد ان يكون الوفاء بدين غير واجب الدفع او لا يوجد الزام قانوني بالدفع [٣] ، ويكون الدين غير واجب في الحالات الاتية :

ان يكون الدين غير واجب أصلا : وهو يكون كذلك اذا اعتقد الموفي ان الدين موجود ثم اتضح بعد ذلك عدم وجوده كأداء الوارث لدين من التركة تبين عدم وجوده ، او اذا كان الدين مصدره عقدا باطلا او وصية باطلة [٤] .

---

(٢) حدة معزيز ، الاثراء بلا سبب احكامه وتطبيقاته في ظل القانون المدني الجزائري ، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي - ام البواقي - ، الجزائر ، ٢٠١٦ ، ص ٥١ .

(٣) وقد ورد ذكر هذه الحالة في القانون المدني العراقي كتطبيق للكسب بلا سبب تحت عنوان (المدفوع دون حق) ، اما القانون المدني المصري فقد اطلق عليه (دفع غير المستحق) ، وقانون المعاملات المدنية الاماراتي اطلق عليه (قبض غير المستحق) .

(٤) وفي ذلك نصت المادة (١/٢٣٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "من دفع شيئاً ظاناً انه وجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق" ، ونصت المادة (١/١٨١) من القانون المدني المصري على ما يلي: " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده " ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد تناوله في المادة (٣٢٠) حيث نصت على ما يلي : " من أدى شيئاً ظاناً أنه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن لم يكن قائماً " وعبارة ظانا انه واجب الواردة صريحة في هذا الشرط .

(١) وفي ذلك نصت المادة (١/٢٣٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " من دفع شيئاً ظاناً انه وجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق "، ونصت المادة (١٨٢) من القانون المدني المصري على ما يلي :

وان يكون الدين موجود ولكنه غير مستحق : كما لو دفع دينا لم يحن اجله بعد ، او دفع دينا معلقا على شرط واقف قبل تحقق الشرط [١] .

واذا كان الدين مستحق الوفاء ثم زال بعد ذلك : ففي حالة الفسخ يعاد المتعاقدين إلى وقت التعاقد [٢] ولكل منهما استرداد ما دفعه للاخر ، وذات الحكم اذا كان الدين معلق على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط [٣] .

وهذه الحالة الأخيرة تم التطرق لها في الفرع السابق وتحديدا عند تناول الفسخ كتطبيق من تطبيقات الأمانة غير العقدية حيث ان إعادة المتعاقدين إلى وقت التعاقد يقتضي زوال اثر العقد ومن ثم اعتبار ما تسلمه كل طرف على سبيل الأمانة، إضافة إلى العنوان الحالي وهو على سبيل دفع غير المستحق ، حيث لا مانع من اجماع الامرين معا مادامت قد تحققت شروط كل منهما وانتفى التعارض بينهما .

- ان يتم الدفع نتيجة لغلط وقع فيه الدافع :

فلابد ان ينعدم السبب عند القيام بعملية الدفع نفسها [٤] وان كان الدافع يعتقد بالظاهر وجود هذا السبب ، وهذه الحالة تتطابق تماما مع صورة الغلط كإحدى صور الأمانة غير العقدية ، حيث ان الموفي يعتقد بوجود التزام عليه في الدفع ، ويظن انه واجب عليه ان يدفع [٥] ، اما اذا كان يظن عدم وجوب

" يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا الالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق " ، ونصت المادة (٣٢١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لدين لم يتحقق سببه أو لدين زال سببه بعد أن تحقق " .

(٢) نصت المادة (٢٣٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ١- اذا وفى المدين التزاماً لم يحل اجله ظاناً انه قد حل فله استرداد ما دفع. ٢-على انه يجوز للدائن ان يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر فإذا كان الالتزام الذي لم يحل اجله نقوداً الزم الدائن ان يرد للمدين فائدتهما بالسعر القانوني او الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الاجل " ، وتنص المادة (١٨٣) من القانون المدني المصري على ما يلي : " ١- يصح كذلك استرداد غير المستحق ، إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا الالتزام لم يحل اجله وكان الموفي جاهلا قيام الأجل. ٢- على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفادة بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل اجله نقودا ، التزام الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل " ، وتنص المادة (٣٢٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " يصح استرداد ما دفع وفاء لدين لم يحل أجله وكان الموفي جاهلاً قيام الأجل " .

(٣) في العقود الفورية التنفيذ لا المستمرة ، لان للفسخ يكون فيها اثر فوري لا رجعي .

(٤) د. يوسف محمد عبيدات ، المصدر السابق ، ص ٣٩٢-٣٩٣.

(١) د. محمد بقبق ، المصدر السابق ، ص ٣٤٣.

(٢) وفي ذلك نصت المادة (١/٢٣٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "من دفع شيئاً ظاناً انه وجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق" ، ونصت المادة (١/١٨١) من القانون المدني المصري على ما يلي : " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده " ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد

الوفاء ومع ذلك قام بالدفع فلا يكون تطبيقا للأمانة غير العقدية ولا من موارد الدفع دون وجه حق ، لأنه قد يكون متبرعا ، او ادى دينا عن اخر ولم يقع في الغلط .

ج - المدفوع له حسن النية أو سيء النية :

ان للمدفوع له من حيث كونه حسنة النية او سيئها ثلاث حالات : فهو اما ان يكون حسن النية أي يعتقد ان ما تسلمه هو مستحق له [١] ، واما ان يكون سيء النية أي انه يعلم بتسلم شيئا لا يستحقه ، واما ان يكون حسن النية منذ البداية ثم يعلم بعد ذلك بانه غير مستحق له فيكون سيء النية ، وقد رتب القانون اختلاف كبير في الاحكام بين المدفوع له حسن النية وسيء النية من حيث رد الشيء او قيمته عند الهلاك ورد الثمرات والفوائد [٢] [٣] .

واذا كان المدفوع له في الدفع من غير وجه حق يشمل حسن النية وسيئها ، فان الأمين غير العقدي لا يمكن ان يكون الا حسن النية ، أي لا يعلم ان ما تسلمه بلا وجه حق وغير مستحق له لذلك فان المدفوع دون وجه حق وان كان يعتبر من تطبيقات الأمانة غير العقدية القانونية لكنها لا تتحقق اذا كان المدفوع له سيء النية لفقدان شروطها .

٢- الاتصال بملك الغير قضاء وقدرا :

من تطبيقات الأمانة غير العقدية حالة ما اذا وقع مالا يعود لشخص معين في ملك الغير قضاء وقدرا ، بلا قصد او اختيار من المالك ، كان يكون بسبب هبوب الرياح او بسبب حيوان ما او بسبب خطأ تقني في الشيء او خلل في نظام البرمجة .

تناوله في المادة (٣٢٠) حيث نصت على ما يلي : " من أدى شيئاً ظاناً أنه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن لم يكن قائماً " وعبارة فتبين عدم وجوبه صريحة في بيان هذا الشرط .

(٣) وهذا هو الأصل وعلى من يدعي سوء النية اثبات العكس .

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام) ، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٤٩٤-٤٩٧.

(٥) وفي ذلك نصت المادة (٢/٢٣٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " واذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم او بعده فانه يلزم ايضاً برد كل ما استفاده او كان يستطيع ان يستفيده من الشيء وذلك من يوم ان تسلم غير المستحق او من اليوم الذي اصبح فيه سيء النية، وفي كل الاحوال يلزم برد ما استفاد او كان يستطيع ان يستفيده من يوم رفع الدعوى، ويلزمه الضمان من وقت ان صار سيء النية اذا هلك الشيء او ضاع ولو بغير تعد منه " ، اما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (١٨٤) منه على ما يلي : "لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد من سند الدين ، أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء" ، وكذلك المادة (١٨٥) التي نصت على ما يلي : "١- إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد غلا ما تسلم. ٢ - أما إذا كان سيئ النية فانه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية. ٣- وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى " ، ولا يوجد نظير لهذا التفصيل في قانون المعاملات المدنية الاماراتي حيث نصت المادة (٣٢٤) منه على ما يلي : " من قبض شيئاً بغير حق وجب عليه رده على صاحبه مع ما جناه من مكاسب أو منافع وللقاضي أن يعوض صاحب الحق لقاء ما قصر القابض في جنيه " .

وقد ورد في الكسب بلا سبب تطبيق اخر للأمانة غير العقدية أساسه القهر والغلبة او القضاء والقدر ويكون في حالة خروج المال من ملك الشخص بلا اختيار منه ، واتصاله قضاء وقدرا في ملك الغير ، حيث يعتبر الغير بمثابة الأمين غير العقدي على المال المتصل به ، وسنتناول هذا التطبيق من حيث الشروط والحكم ، وكما يلي :

أ - شروط تطبيق هذه المسالة هي ما يلي :

- ان يخرج الشيء المملوك من حيازة المالك ويده .

- ان يكون الخروج بلا اردة او قصد من المالك .

- ان يتصل بملك يعود لشخص اخر قضاء وقدرا ، فاذا ما اتصل بملكه ولو قضاء وقدرا فلا تطبق هذه المسالة ، وكذلك لو اتصل بالاتفاق مع المالك الاخر فلا تطبق .

- ان يكون الاتصال بحيث يتعذر معه فصل المالين بلا ضرر على احد الملكين او الاثنين معا .

ب - حكم هذه المسالة ، وهو كما يلي :

ان القاعدة العامة في الأمانة غير العقدية تقتضي انه يجب على الأمين غير العقدي ارجاع المال إلى صاحبه [1] ، ولكن نلاحظ ان القانون قد اعطى لهذه المسالة حكم خاص ناشيء من خصوصية الحالة والالتصاق الذي لا يقبل الفصل والحكم هو تملك صاحب المال الأكثر قيمة للمال الأقل قيمة بعد دفع قيمته للمالك تعويضا او بدلا عما تملكه ، ومثال ذلك لو سقطت لؤلؤة بلا إرادة من المالك والتقطتها دجاجة ، فان الحكم في هذه المسالة هو تملك صاحب اللؤلؤة الدجاجة مع إعطاء قيمة الدجاجة لمالكها .

ولقد وردت هذه الاحكام المتقدمة في المادة (٢٤٢) من القانون المدني العراقي حيث نصت على ما يلي : " ١- لو خرج ملك شخص من يده بلا قصد واتصل قضاء وقدراً بملك غيره اتصالاً لا يقبل الفصل دور ضرر على احد الملكين تبع الاقل في القيمة الاكثر بعد دفع قيمته. ٢- فلو سقط من شخص لؤلؤة التقطتها دجاج فصاحب اللؤلؤة يأخذ الدجاجة ويعطي قيمتها " .

وورد هذا الحكم ايضا في المادة (٢/٣١٩) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي حيث نصت على ما يلي : " وإذا خرج ملك شخص من يده بلا قصد واتصل قضاءً وقدراً بملك غيره اتصالاً لا يقبل الفصل دون ضرر على أحد المالكين تبع الأقل في القيمة الأكثر بعد دفع قيمته فإذا تساويا في القيمة يباعا عليهما ويقتسمان الثمن إلا إذا كان هناك اتفاق أو نص في القانون يقضي بغير ذلك " .

ونلاحظ ان القانون المدني الاماراتي قد اضاف للأحكام حالة التساوي بين القيمتين حيث اعطى لها حكم البيع عليهما واقتسام الثمن ما لم يتفقا او ينص القانون على خلاف ذلك ، وهي حالة لم يتعرض لها القانون المدني العراقي .

---

(١) كما سيتم بيان ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل .

وبالرجوع إلى القانون المدني المصري نجد انه لم ينص على هذه الحالة وانما اكتفى بالقاعدة العامة وهي التزام كل من اثرى على حساب غيره بالتعويض ، حيث نصت المادة (١٧٩) منه على ما يلي : "كل شخص ، ولو غير مميز ، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص أخر يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقي هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد".

المطلب الثاني

تطبيقات الأمانة غير العقدية المتفرقة

لا تنحصر تطبيقات الأمانة غير العقدية في موضوع معين من مواضيع القانون المدني بل يدخل تحت نطاقها اكثر من موضوع وحكم ، وسوف نتناول في هذا المطلب موارد أساسية من هذه التطبيقات ترتبط مع الولاية من حيث بيان علاقة الولي مع المولى عيه المالية وحدودها واساس احكامها ، وكذلك نتعرض إلى ذكر النصوص التي اشارت بشكل واضح إلى الأمانة غير العقدية من حيث التسمية والمصداق ، فضلا عن تناول مجموعة من الأحوال القانونية التي تعد ميدانا رحبا لضابطة الأمانة غير العقدية كاللقطة والكنز والاثار .

ومن اجل بيان هذه المواضيع سيتم تقسم المطلب إلى الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تطبيقات الأمانة غير العقدية في الولاية .

الفرع الثاني : تطبيقات الأمانة غير العقدية المسماة وغيرها (اللقطة والكنز والمعادن والاثار).

الفرع الأول

تطبيقات الأمانة غير العقدية في الولاية

ترتبط الأمانة غير العقدية مع الولاية على أموال الصغير او المحجور بشكل كبير ؛ لان هذه الأموال تكون تحت يد الولي او ما يعادله امانة غير عقدية ، وبيان هذا الامر يقتضي توضيح معنى الولاية واقسام ما يدخل منها في نطاق الأمانة غير العقدية ، وكذلك تناول موضوع الاهلية والولاية والأمانة غير العقدية ، فضلا عن التعرض لبعض الاستثناءات التي لا تدخل في نطاق الأمانة غير

العقدية ، وكذلك بيان عوارض الاهلية وموانعها وارتباطها في الأمانة غير العقدية ، ونختم الكلام في هذا الفرع ببيان بعض الملاحظات الأساسية في هذا التطبيق ، وسيتم تناول تطبيقات الأمانة غير العقدية في الولاية في النقاط الآتية :

أولا - معنى الولاية واقسامها وتحديد ما يدخل منها في نطاق الأمانة غير العقدية :

تطلق الولاية في الاصطلاح القانوني على عدة معاني منها ما يلي :

١- الولاية على النفس : وتطلق على الولاية التي تكون معها تصرفات الأشخاص واقوالهم نافذة في حق انفسهم ، فيكون للولي القدرة والمكنة في التصرف بأمواله ، اي الولاية القاصرة على ذات نفس الانسان [١] ، والولاية على النفس بهذا المعنى امر خارج عن نطاق الدراسة لان ما نقصده هنا الولاية التي تكون لشخص على شخص اخر في أمواله ، اما الولاية القاصرة على النفس وحدها فهي خارجة عنها .

٢- الولاية على الغير : وهي " سلطة قانونية مقررة شرعاً لشخص على آخر يكون بمقتضاها على الأول واجب رعاية الثاني، وحقه في إمضاء التصرفات النافعة له جبراً عنه " [٢] وعرفت أيضا بانها " صفة تقوم بشخص تجعل له سلطاناً على غيره في نفسه أو ماله أو فيهما جميعاً جبرا عنه " [٣] ، وكما هو واضح فان الولاية على الغير تنقسم إلى ما يلي :

أ- ولاية تتعلق برعاية المولّى عليه في نفسه والاهتمام بشؤونه غير المالية كالزواج ، وهذه الولاية خارجة عن نطاق الدراسة ولا تدخل في مجال الأمانة غير العقدية التي موضوعها الأموال .

ب- ولاية تتعلق بإدارة أموال المولّى عليه والمحافظة عليها والقيام بالتصرفات القانونية نيابة عنه كالبيع والاجارة والرهن في حق الغير ، وتدخل هذه الولاية في نطاق الدراسة لان الأموال فيها تكون تحت يد الولي يقوم بالمحافظة عليها وادارتها وفقا لمصلحة المولّى عليه ، وهذه الولاية تنقسم من حيث مصدرها إلى ما يلي :

- ولاية ارادية (اتفاقية): وهذه مصدرها إرادة الشخص والاتفاق المبرم بينه وبين الطرف الاخر كالوكالة.

---

(١) د. ردينة محمد رضا مجيد كربول ، الولاية على المال (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، ٢٠٠٧ ، ص ٩ .

(٢) د. ساهرة حسين كاظم ، إلتزامات الأولياء وحقوقهم في الولاية على النفس (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، ٢٠٠٤ ، ص ١٣ .

(٣) صالح جمعة حسن ، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون (بحث مقارن) ، ط١ ، مؤسسة الرسالة ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص٣١.

- ولاية لا اردية (قانونية): وهي مصدرها القانون ، وهو الذي يبين اسبابها ويعين شخص الولي وحدود تصرفاته [١] .

والولاية الاتفاقية على المال خارجة عن نطاق الأمانة غير العقدية ، فينحصر الكلام في القانونية التي هي القدرة على التصرف في أموال الغير وترتيب الاثار الناتجة عنها من قبل الولي بالاستناد إلى نص القانون ، وهي ولاية قسرية تنشأ من القانون والقضاء فلا تحتاج إلى قبول من المولّى عليه .

ثانيا - الاهلية والولاية :

الاهلية هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له او عليه [٢] والفرق بين الاهلية والولاية ان اصطلاح الاهلية يقصد به صلاحية ذات الشخص لمباشرة التصرفات وترتيب آثارها القانونية على نفسه ، اما الولاية فهي تكون عندما يصبح لأعمال الولي اثر في حق الغير او في حق نفسه [٣] .

والاهلية تنقسم إلى أهلية الوجوب التي تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، وتثبت للإنسان بالولادة - وقد تثبت قبل ذلك كما في الجنين - وتنتهي بالوفاة لذلك يطلق عليها بالشخصية القانونية [٤] [٥] ، اما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال الارادية المختلفة وترتيب الاثار القانونية عليها [٦] واهلية الأداء تمر بعدة أدوار تبعا لاختلاف التمييز حيث ان انعدام التمييز يؤدي إلى انعدام أهلية الأداء ، واذا كان التمييز ناقصا كان أهلية الأداء ناقصة ، اما اذا كان التمييز كاملا كانت اهلية الأداء كاملة [٧] بخلاف أهلية الوجوب فهي لا تتأثر بصغر سن الانسان ولا بما يرد على الاهلية من عوارض او موانع فذلك كله مختص بأهلية الأداء [٨] .

ثالثا - الولاية والأمانة غير العقدية :

---

(١) د. منصور حاتم حسن ، الاهلية والولاية في نطاق الرهن التأميني (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل ، العلوم الإنسانية ، المجلد ٢٥ ، العدد ٢ ، ٢٠١٧ ، ص ٤٩٦ .

(٢) د علي محي الدين علي ، مبدأ الرضا في العقود (دراسة مقارنة) ، ج١ ، ط٢ ، البشائر الإسلامية ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٦٤ .

(٣) د. ردينة محمد رضا مجيد كربول ، المصدر السابق ، ص ٩ .

(٤) وفي هذا المجال نصت المادة (١/٣٤) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته " ، ونصت المادة (١/٢٩) من القانون المدني المصري على ما يلي : " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهي بموته" ، ونصت المادة (١/٧١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته " .

(٥) د امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، بلا طبعة ، دار الثقافة ، عمّان ، ٢٠٠٣ ، ص ٩٧ .

(٦) د أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، بلا طبعة ، المطبوعات الجامعية ، مصر ، ١٩٩٨ ، ص ٤٣ .

(١) د. منصور حاتم حسن ، المصدر السابق ، ص ٤٩٣ .

(٢) د عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج٢ ، بلا طبعة ، جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٧٠ ، ص ٤٠٢.

تقدم ان من صورة الأمانة غير العقدية هي نص القانون ، حيث ان القانون يقرر حالة معينة يكون فيها المال تحت يد شخص معين او مجموعة من الأشخاص من قبيل الأمانة غير العقدية ، فيكون مصدر الاستئمان وسبب وجود المال تحت يد الأمين هو نص القانون ، وعندما يمارس الأمين تصرفاته على الشيء فانه يمارسها بإذن القانون وبتخويل منه وبالحدود التي يرسمها.

وذات الامر يقال بالنسبة إلى الولي فهو مسلط على أموال القاصر بنص القانون وليس عن طريق الاذن والتخويل من القاصر ، حيث ان هذا الاذن حتى وان صدر لا يعتد به ما لم يبلغ سن الرشد ، اما اذا بلغ ذلك فأما ان يصدر الاذن فيكون من قبيل الوكالة والاتفاق واما ان لا يصدر الاذن من البالغ سن الرشد فلا يحق التصرف في المال ؛ لعدم حصول الاذن المسوغ لذلك قانونا او اتفاقا ، لذا فان الأمانة غير العقدية تنحصر هنا بغير صاحب الاهلية الكاملة .

وتعتبر أموال الصغير الذي لم يتم الثامنة عشر من العمر أي لم يبلغ سن الرشد من تطبيقات الأمانة غير العقدية ، ويوجد تفصيل بشأن الاعتداد بالتصرفات التي يقوم بها الانسان تبعا لنضجه وادراكه وتدرجه في سنين العمر وارتباطه بالأمانة غير العقدية ، حيث انه يمر بثلاث مراحل هي :

١- الصبي غير المميز : طبقا لنص القانون فان سن التمييز يبدأ من اتمام سبع سنوات كاملة [١] وعلى ذلك فان الصبي غير المميز هو من لم يكمل السابعة من العمر ، وهذا الصبي غير المميز منعدم الاهلية فتصرفاته باطلة حتى مع صدور الاذن من الولي [٢] .

٢- الصبي المميز : الصبي المميز هو من اتم السابعة من العمر ولم يبلغ سن الرشد ، وهو ناقص الاهلية ، وحكم تصرفاته فيها تفصيل بين التصرفات النافعة نفعا محضا كالوديعة بلا اجر بالنسبة إلى المودع ، والهبة بالنسبة إلى الموهوب له ، والضارة ضررا محضا كالهبة بالنسبة إلى الواهب ، والدائرة بين النفع والضرر كعقود المعاوضة المختلفة كعقد البيع والايجار والرهن ، والصبي المميز له مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا ، وليس له مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا ، اما التصرفات

---

(٣) نصت المادة (٢/٩٧) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " وسن التمييز سبع سنوات كاملة" .
اما المادة (٢/٤٥) من القانون المدني المصري فقد نصت على ما يلي : "وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتميز" ، ونصت المادة (٢/٨٦) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : "وكل من لم يتم السابعة يعتبر فاقدا للتمييز".
(٤) نصت المادة (٩٦) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " تصرفات الصغير غير المميز باطلة وان اذن له وليه" ، اما المادة (١١٠) من القانون المدني المصري فقد نصت على ما يلي : " ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة " ونصت المادة (١/٤٥) من ذات القانون على ما يلي : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التميز لصغر في السن ... " ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد نصت المادة (١٥٨) منه على ما يلي : " ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة " .
ونصت المادة (١/٨٦) من ذات القانون على ما يلي : "لا يكون أهلا لمباشرة الحقوق المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن ..."

الدائرة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إجازة الولي في القانون المدني العراقي والاماراتي ، وقابلة للإبطال في القانون المدني المصري [١].

وولي الصغير في القانون العراقي هو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة او الوصي الذي تنصبه وفقا لنص المادة (١٠٢) من القانون المدني ، اما ولي الصغير وفقا للمادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين [٢] هو ابوه ثم المحكمة ، والعمل يكون على المادة (٢٧) لأنها تعد نص خاص بالنسبة إلى المادة (١٠٢) الواردة في القانون المدني العراقي [٣] [٤] .

اما ولي الصغير في القانون المصري فقد ورد فير المادة الاولى من قانون الولاية على المال [٥] بان الولي هو الاب ثم الجد الصحيح .

اما ولي الصغير في القانون الاماراتي فقد نصت المادة (١٦٤) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " الولي على مال الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم الجد الصحيح ثم القاضي أو الوصي الذي ينصبه " ، وورد قانون الأحوال الشخصية الاماراتي [٦] في المادة (١٨٨) ما يلي " الولاية على المال للأب وحده ثم لوصيه إن وجد ثم للجد الصحيح ثم لوصيه ان وجد ثم للقاضي، ولا

---

(١) نصت المادة (١/٩٧) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفعاً محضاً وان لم يأذن به الوالي ولم يجزه، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان اذن بذلك وليه او اجازه اما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء." .

اما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (١١١) منه على ما يلي : " ١- إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً. ٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للأبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالأبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من ولية أو من المحكمة يحسب الأحوال وفقا للقانون " .

اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد نصت المادة (٢،١/١٥٩) منه على ما يلي : " ١- التصرفات المالية للصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا . ٢- أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداء أو اجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد " .

(٢) رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) .

(٣) د. ردينة محمد رضا مجيد كربول ، المصدر السابق ، ص ٣١ .

(٤) ومن الجدير بالذكر ان قانون رعاية الاحداث رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٣) قد اعتبر في المادة (٣) منه الصغير هو من لم يتم التاسعة من العمر في الفقرة (أولا) ، واعتبرت في الفقرة (ثانيا) الحدث هو من اتم التاسعة ولم يتم الثامنة عشرة من العمر ، وبينت الفقرة (ثالثا) ان الصبي هو من اتم التاسعة ولم يتم الخامسة عشرة من عمره ، اما الفقرة (رابعا) فقد اعتبرت الفتى هو من اتم الخامسة عشرة من العمر ولم يتم الثامنة عشرة ، اما الولي فقد بينته الفقرة (خامسا) حيث اعتبرت الولي هو الاب والام او أي شخص اخر ضم اليه صغير او حدث او عهد اليه بتربية احدهما بعد صدور قرار من المحكمة .

والملاحظ على هذه المادة ان فصلت الولي الذي يخص الاحداث من التربية والرعاية او ما يعبر عنها بولاية النفس وهذا لا يخص موضوعنا وهو الأمانة غير العقدية التي هي من الأموال .

(٥) رقم (١١٩) لسنة (١٩٥٢) .

(١) رقم (٢٨) لسنة (٢٠٠٥) .

يجوز لأحد منهم التخلي عن ولايته الا بإذن المحكمة" [١] ونصت المادة (١٧٤) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون " [٢] .

ومما تقدم يتضح ان الصغير عديم التمييز والصغير المميز كلاهما يدخلان في نطاق الأمانة غير العقدية ؛ لانهما يخضعان لنظام الولاية ومن ثم فان اموالهما تحت يد الولي امانة بنص القانون وبغير عقد .

رابعا - ما لا يدخل في نطاق الأمانة غير العقدية :

١- الصغير المميز الذي اكمل الخامسة عشرة من العمر والمرخص له في التجارة ، حيث ان الولاية تنتفي عليه بخصوص المال المأذون له بالتجارة فلا تعد هذه الأموال من قبيل الأمانة غير العقدية ، وفي ذلك نصت المادة (٩٩) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد " [٣] .

اما في القانون المدني المصري والاماراتي فقد ورد الاستثناء للصغير مع بلوغه الثامنة عشرة من العمر ولغرض إدارة امواله ، حيث نصت المادة (١١٢) من القانون المدني المصري على ما يلي : " إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون " ، ونصت المادة (١٦٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " ١- للولي أن يأذن للقاصر الذي أتم الثامنة عشرة سنة هجرية في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . ٢- ويجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي أتم الثامنة عشرة سنة هجرية في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . ٣- ويحدد

---

(٢) قسم قانون الأحوال الشخصية الاماراتي الولاية إلى قسمين وذكرها في المادة (١٧٨) حيث نصت على ما يلي : " ١- الولاية ولاية على النفس، وولاية على المال.
أ- الولاية على النفس : هي العناية بكل ما له علاقة بشخص القاصر والاشراف عليه وحفظه وتربيته وتعليمه وتوجيه حياته واعداده اعداداً صالحاً، ويدخل في ذلك الموافقة على تزويجه.
ب- الولاية على المال: ١- هي العناية بكل ما له علاقة بمال القاصر وحفظه وادارته واستثماره. ٢- يدخل في الولاية الوصاية والقوامة والوكالة القضائية " وكما هو واضح فان الأمانة غير العقدية من شؤون الولاية على المال .

(٣) ويقوم مقام الولي على الصغير الوصي وهو من يختاره الاب لرعاية شؤون ولده الصغير ثم من تختاره المحكمة على ان تقدم الام على غيرها وفقا لمصلحة الصغير ، وتكون الوصاية لمديرية رعاية القاصرين اذا لم يوجد احد حتى تنصب المحكمة وصيا . انظر : المادة (٣٤) من قانون رعاية القاصرين .

(٤) ينبغي الالتفات إلى ان هذا الاذن قابل للإبطال سواء من الولي ام المحكمة حيث نصت المادة (١/٩٨) على ما يلي : " واذا توفي الولي الذي اذن للصغير او انعزل من ولايته لا يبطل اذنه " ، ونصت المادة (١٠٠) من ذات القانون على ما يلي : " للولي ان يحجر الصغير المأذون ويبطل الاذن، ولكن يجب ان يحجره على الوجه الذي اذنه به " ، وكذلك نصت المادة (٢/١٠١) على ما يلي : "وللمحكمة بعد الاذن ان تعيد الحجر على الصغير" وعلى ذلك فان رُفع الاذن يؤدي إلى رجوع الولاية والأمانة غير العقدية .

القانون الأحكام الخاصة بذلك " ونصت المادة (١٦١) من ذات القانون على ما يلي : " الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن كالبالغ سن الرشد " .

ويلاحظ ان موقف التشريع المصري متشابه مع الاماراتي في جعل الاذن بعد إتمام الثامنة عشرة من العمر [١] ويكون تسليم الأموال له لإدارتها ، اما موقف التشريع العراقي فيكون التسليم لمجموعة من الأموال لأجل التجارة بها وطبقا للاذن الوارد .

٢- البالغ سن الرشد : سن الرشد وهو سن الاهلية الكاملة ويكون عند إتمام الثامنة عشرة من العمر في القانون المدني العراقي [٢] وعند إتمام الحادي والعشرين من العمر في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي [٣] .

والبالغ هذا السن ما لم يكن مصابا بأحد عوارض الاهلية او موانعها فله القيام بكامل التصرفات القانونية وترتيب آثارها عليها ، حيث نصت المادة (١/٤٦) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير محجوز عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية "، وتنص المادة (٣١) من قانون رعاية القاصرين : " تنتهي الولاية ببلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذه السن استمرار الولاية عليه " ، ونصت المادة (١/٤٤) من القانون المدني المصري على ما يلي : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية " ، وتنص المادة (١/٨٥) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون والقوانين المتفرعة عنه " ، فعلى ذلك فان البالغ سن الرشد كاملا يخرج من نطاق الأمانة غير العقدية لارتفاع الولاية عليه .

ومن جهة أخرى فان اكمال الثامنة عشر من العمر - في القانون المدني العراقي - او الحادي والعشرين منه - في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي - قد لا يكفي لاعتبار الشخص كامل الاهلية ، حيث انه يشترط لاعتباره كذلك خلوه من عوارض الاهلية وموانعها ، وهذا ما سيتم التعرض لهما في النقطتين التاليتين :

---

(١) مع اختلاف في ان التشريع الاماراتي يكون حساب السنين بالتاريخ القمري .

(٢) نصت المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة" .

(٣) نصت المادة (٢/٤٤) من القانون المدني المصري على ما يلي : " وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة" ، مع ملاحظة ما نصت عليه المادة (١١٢) من ذات القانون حيث ذكرت ما يلي : " إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون " .

ونصت المادة (٨٥) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " ويبلغ الشخص سن الرشد اذا أتم احدى وعشرين سنة قمرية " ، مع ملاحظة ما نصت عليه المادة (١٦٠) من ذات القانون حيث بينت ما يلي : " ١- للولي أن يأذن للقاصر الذي أتم الثامنة عشرة سنة هجرية في تسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها . ٢- ويجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي أتم الثامنة عشرة سنة هجرية في تسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها . ٣- ويحدد القانون الأحكام الخاصة بذلك ".

خامسا - عوارض الاهلية :

اذا أصيب الشخص بأحد عوارض الاهلية من الجنون والعته والسفه والغفلة فان ذلك يكون من ضمن مواضيع الأمانة غير العقدية لأنها تدخل في نطاق الولاية ، لذلك سيتم التعرض لهذه العوارض مع بيان وجه ارتباطها بالأمانة غير العقدية ، وكما يلي :

١- المجنون :

وهو الفاقد للعقل والتمييز ، وحكمه كالصغير غير المميز عديم الاهلية والتمييز ومحجور عليه لذاته [١] وقد ميز القانون المدني العراقي بين المجنون المطبق فجعله كالصغير غير المميز والمجنون غير مطبق وهو من يأتيه الجنون ادواريا وبفترات زمنية مختلفة وحكمه حال افاقته انه كامل الاهلية [٢] وبذلك فان المجنون المطبق محل للولاية والأمانة غير العقدية ، اما غير المطبق فهو حال الجنون محلا لها ، وعند العقل لا يكون كذلك لأنه كامل الاهلية حينئذ .

٢- المعتوه : وهو من ضعفت قواه العقليه واصبح قليل الفهم والتدبير ، وهو محجور عليه لذاته ، ويعتبر في حكم الصغير المميز في القانون المدني العراقي [٣] اما في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي فهو بحكم عديم التمييز [٤] .

---

(١) وفي ذلك نصت المادة (٩٤) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم" .
ونصت المادة (٤٥) من القانون المدني المصري على ما يلي : لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التميز لصغر في السن أو عته أو جنون" .
اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد نصت نصت المادة (١/٨٦) منه على ما يلي : " لا يكون أهلا لمباشرة الحقوق المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون " ، ونصت كذلك المادة (١/١٦٨) من ذات القانون على ما يلي : " الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذواتهم " ، والمادة (١٦٩) على ما يلي : " يلحق المجنون والمعتوه الكبيران المحجور عليهما بالقاصر عديم الأهلية " .
(٢) نصت المادة (١٠٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز اما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة افاقته كتصرفات العاقل" .
(٣) وفي ذلك نصت المادة (٩٤) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم" ، ونصت المادة (١٠٧) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " المعتوه هو في حكم الصغير المميز".
(٤) حيث نصت المادة (٤٥) من القانون المدني المصري على ما يلي : "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التميز لصغر في السن أو عته أو جنون" .
ونصت المادة (١/٨٦) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " لا يكون أهلا لمباشرة الحقوق المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون " ، ونصت المادة (١/١٦٨) من ذات القانون على ما يلي : " الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذواتهم " ، وكذلك نصت المادة (١٦٩) منه على ما يلي : " يلحق المجنون والمعتوه الكبيران المحجور عليهما بالقاصر عديم الأهلية " .
من الجدير بالذكر انه يوجد تفصيل بخصوص تصرف المجنون والمعتوه في القانون المدني المصري بين حالتين هما :
- اذا كان التصرف قبل تسجيل قرار الحجر في المحكمة فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون او العته شائعة عند التعاقد او كان الطرف الاخر على علم بهذا الامر ، حيث نصت المادة (٢/١١٤) من القانون المدني المصري على ما يلي

والملاحظ ان هنالك اختلاف بين موقف التشريع العراقي من جهة والمصري والاماراتي من جهة أخرى في التعامل مع المعتوه ، حيث ان القانون المدني العراقي جعل المعتوه بحكم الصغير المميز وهذا يعني انه يوجد تفصيل بالنسبة إلى تصرفاته بين النافع نفعا محضا والضارة ضررا محضا والدائرة بين النفع والضرر وقد تقدم الكلام في ذلك ، اما القانون المدني المصري والاماراتي فقد عامله معاملة عديم التمييز وهذا يعني ان كل تصرفاته باطلة ، ولكن مع ذلك ان هذا لا يؤثر في تحقق الأمانة غير العقدية في المعتوه مادام لا يعامل معاملة البالغ الرشيد المستقل في افعاله واقواله وإدارة أمواله .

٣- السفيه : وهو الذي يبذر أمواله في غير مقتضى العقل والشرع ، والسفيه عندما تحجر عليه المحكمة يكون تحت نظام الولاية ومن ثم تكون أمواله تحت يد الولي بحكم الأمانة غير العقدية[١] .

٤- ذو الغفلة : وهو من لا يصل في تصرفاته إلى الصواب لسذاجته وسلامة نيته ، ويعامل ذو الغفلة معاملة السفيه [٢] [٣] حيث انه أيضا بعد الحجر تكون أمواله تحت يد الولي الذي كون بمثابة الأمين غير العقدي فيتصرف بها وفقا لمصلحة ذو الغفلة ، واذا اصبح ذو الغفلة رشيدا فسيرتفع الحجر عليه [٤].

: " أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها" .

- اذا كان التصرف بعد تسجيل قرار الحجر في المحكمة فانه يقع باطلا ، حيث نصت المادة (١/١١٤) من القانون المدني المصري على ما يلي : " يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر" .

(١) وفي ذلك نصت المادة (١٠٩) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ١- السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز، ولكن ولي السفيه المحكمة او وصيها فقط وليس لأبيه وجد ووصيهما حق الولاية عليه، اما تصرفات السفيه التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور الا اذا كان التصرف وقع غشاً بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفيه توقعاً للحجر. ٢- تصح وصايا السفيه بثلث ماله. ٣- واذا اكتسب السفيه المحجور رشداً فكت المحكمة حجره " ، ونصت المادة (٩٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " تحجر المحكمة على السفيه وذوي الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة " .

اما في القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٤٦) على ما يلي : " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

ونصت المادة (٨٧) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون " ، وكذلك نصت المادة (٢/١٦٨) من ذات القانون على ما يلي : " أما السفيه وذو الغفلة فيحجر عليهما القاضي ويرفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والاجراءات المقررة في القانون" .

(٢) حيث نصت المادة (١١٠) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ذو الغفلة حكمه حكم السفيه " .

(٣) وفي ذلك انظر المادة (٩٥) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٤٦) من القانون المدني المصري .
والمادتان (٨٧) و (٢/١٦٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

(١) ومن الجدير بالذكر ان حكم تصرف السفيه وذو الغفلة في القانون المدني المصري والاماراتي ينقسم إلى حالتين هما:

وتعد عوارض الاهلية من تطبيقات الأمانة غير العقدية ، سواء اكان حكم المجنون ام المعتوه ام السفيه ام ذو الغفلة كحكم ناقص الاهلية او كحكم فاقدها ، وسواء اكان محجورا عليه لذاته ام من المحكمة ، وسواء اكان خاضعا لنظام الولاية ام الوصاية ام القوامة ، وسواء اكان الولي هو ذات ولي الصغير ام غيره [1] لان المهم في تطبيق الأمانة غير العقدية ان تكون أموال الغير تحت يد الأمين بغير اتفاق وبشكل مشروع ، ويد الولي على أموال المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة هي يد امانة غير عقدية مصدرها نص القانون .

ونلاحظ ان موقف القانون العراقي والمقارن متقارب من جهة خضوع الصغير غير المميز والصغير المميز ومن به احد عوارض الاهلية لأحكام الولاية والوصاية والقوامة إلى حين البلوغ والرشد .

سادسا - موانع الاهلية :

- اذا كان التصرف قبل تسجيل قرار الحجر في المحكمة (القيد) فلا يتعرض للبطلان او القابلية للبطلان الا اذا كان عن استغلال وتواطؤ، حيث نصت المادة (٢/١١٥) من القانون المدني المصري على ما يلي : " اما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ" ، وكذلك نصت المادة (٢/١٧٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي: " أما التصرف الصادر قبل القيد فلا يكون باطلا أو قابلا للابطال الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ ".

- اذا كان التصرف بعد تسجيل قرار الحجر في المحكمة فحكم التصرف كحكم تصرفات الصبي المميز أي ناقص الاهلية حيث نصت المادة (١/١١٥) من القانون المدني المصري على ما يلي : " إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر ، سري على هذا التصرف ما يسري على تصرفاته الصبي المميز من أحكام" ، وكذلك نصت المادة (١/١٧٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " التصرفات الصادرة من السفيه أو ذي الغفلة بعد قيد أي من طلب الحجر أو حكم الحجر أو طلب استعادة الولاية أو الحكم الصادر باعادتها يسري عليه ما يسري على تصرفات ناقص الأهلية من أحكام " ، وحكم تصرفات ناقص الاهلية هو التفصيل بين الفعل النافع نفعا محضا والضار ضررا محضا والدائر بين النفع والضرر كما تقدم ذلك عند الكلام عن الصبي المميز ، مع ملاحظة الاستثناء الوارد بالنسبة لتصرف السفيه التي تكون من اعمال الإدارة فهي صحيحة وفي ذلك نصت المادة (٢/١١٦) من القانون المدني المصري على ما يلي : " وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله ، صحيحة في الحدود التي رسمها القانون " .

(٢) وفي ذلك نصت المادة (٢/٤٦) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ويخضع فاقدو الاهلية وناقصوها لأحكام الولاية والوصاية والقوامة طبقاً للشروط ووفقاً للقواعد المقررة بالقانون" ، ونصت نصت المادة (٤٧) من القانون المدني المصري على ما يلي : " يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون " وكذلك نصت المادة (١١٣) من ذات القانون على ما يلي : " المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد وللإجراءات المقررة في القانون." ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد نصت المادة (٨٨) منه على ما يلي : " يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال في أحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة للشروط وفقا للقواعد المقررة في القانون" .

موانع الاهلية هي الظروف التي تحول دون مباشرة الاعمال القانونية رغم كون الشخص كامل الاهلية ، فهي تقف حائلا بين الشخص المتعرض للمانع وبين التعبير عن ارادته فيجعل القانون من يعينه ويباشر التصرفات بدلا عنه [١] ، وهذه الموانع تنقسم إلى مانع مادي وهو الغيبة ومانع قانوني وهو الحكم بعقوبة جنائية ومانع طبيعي وهو وجود عاهة مزدوجة [٢] ، لذلك سيتم تناول هذه الموانع الثلاثة مع بيان وجه ارتباطها بالأمانة غير العقدية ، وكما يلي : ١- المانع المادي (المفقود والغائب) : الغائب هو الشخص الذي غادر العراق او لم يعرف له مقام في داخله ، خلال مدة لا تزيد على سنة ، ولم تنقطع اخباره ، ويترتب على ذلك تعطل المصالح التي تخصه او تخص غيره [٣] [٤] او هو الشخص الذي لا يُعرف موطنه ولا محل اقامته [٥] والمفقود هو الغائب الذي انقطعت اخباره بحيث لا تُعرف حياته او مماته [٦] واموال الغائب والمفقود قد تدار من قبل الوكيل الذي عينه الغائب او المفقود قبل حصول المانع ، واذا لم يوجد فإنها تدار من قبل القيم او الوكيل القضائي الذي تعينه المحكمة [٧] وعند عدم وجود القيم فتدار الأموال من قبل مديرية رعاية القاصرين[٨] وتكون ادارة أموال الغائب والمفقود على غرار أموال الصغير [٩] .

ونلاحظ انه في مدة الغيبة او الفقد تكون الأموال امانة غير عقدية تحت يد القيم او مديرية رعاية القاصرين الا اذا وجد وكيلا عن الغائب او المفقود فيدخل الامر في نطاق العقد ، على ان استمرار الأمانة غير العقدية رهين بزوال سبب الغيبة او بموت المفقود او بحكم من المحكمة [١٠] .

---

(١) وفي ذلك نصت المادة (١٠٤) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " اذا كان الشخص اصم ابكم او اعمر اصم او اعمي ابكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة ان تنصب عليه وصياً وتحدد تصرفات هذا الوصي" حيث ان المانع يحول دون الشخص والتعبير عن ارادته رغم وجود الاهلية لديه .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ج١ ، ص ٧٣ .

(٣) انظر المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين في العراق .

(٤) نصت المادة (٧٤) من قانون الولاية على المال المصري على ما يلي : " تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الاهلية في الاحوال الاتية : متى كان قد انقضت مدة سنه او اكثر علي غيابه وترتب علي ذلك تعطيل مصالحة.

اولا - اذا كان مفقودا لا تعرف حياته او مماته .

ثانيا - اذا لم يكن له محل اقامه ولا موطن معلوم او كان له محل اقامة او موطن معلوم خارج المملكة المصرية . واستحال علية ان يتولى شئونه بنفسه او ان يشرف علي من ينيبة في ادارتها " .

(٥) انظر المادة (١/٢٣٣) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي .

(٦) انظر المادة (٨٦) من قانون رعاية القاصرين في العراق ، والمادة (٧٤/اولا) من قانون الولاية على المال المصري ، والمادة (٢/٢٣٣) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي.

(٧) انظر المادة (٨٨) من قانون رعاية القاصرين في العراق ، والمادة (٧٥) من قانون الولاية على المال المصري ، والمادة (٢٣٤) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي .

(٨) انظر المادة (٩٠/ ثالثا) من قانون رعاية القاصرين في العراق .

(٩) انظر المادة (٩٠/ اولا) من قانون رعاية القاصرين في العراق ، والمادة (٢٣٥) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي .

(١٠) انظر المادة (٩٢) من قانون رعاية القاصرين في العراق ، والمادة (٧٦) من قانون الولاية على المال المصري ، والمادة (٢٣٦) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي .

٢- المانع القانوني (الحكم بعقوبة جنائية) : العقوبة الجنائية يستتبعها عقوبات تبعية ، وهذه العقوبات التبعية تلحق بالمحكوم عليه بنص القانون دون الحاجة إلى النص عليها في الحكم [١] وسنتعرض للعقوبات الاصلية والتبعية التي ترتبط بالأمانة غير العقدية وكما يلي :

أ- الحكم بالسجن المؤبد والمؤقت : اذا تحققت هذه العقوبة فانه يستتبعها بحكم القانون - من يوم صدورها إلى تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة او انقضائها لأي سبب كان - عقوبات تبعية بموجبها يحرم من مجموعة من الاعمال منها ما لا يخص الأمانة غير العقدية كالوظائف والخدمات التي كان يتولاها او كونه ناخبا في المجالس التمثيلية [٢] ومنها ما يخص الأمانة غير العقدية وهي حرمانه من إدارة أمواله والتصرف بها بغير الايصاء والوقف الا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية بحسب الأحوال ، وتعين المحكمة المذكورة قيما لإدارة أموال المحكوم ، وبعد انتهاء مدة تنفيذ العقوبة او انقضائها ترد للمحكوم عليه أمواله ، ويقدم القيم حسابا عن المدة التي دار بها أموال المحكوم [٣] .

ب- الإعدام : ان الحكم الصادر بعقوبة الإعدام يستتبعه الحرمان من مزايا متعددة منها ادارة أمواله والتصرف بها من يوم صدور الحكم إلى وقت تنفيذ العقوبة ، وتعين محكمة الأحوال الشخصية او المواد الشخصية بحسب الأحوال قيما على المحكوم عليه [٤] .

ويتضح من خلال ما تقدم ان أموال المحكوم عليه توضع تحت يد القيم على سبيل الأمانة غير العقدية وبنص القانون ، ومن دون ان تراعى إرادة المحكوم عليه .

٣- المانع الطبيعي (العاهة المزدوجة) : ويقصد بهذا المانع اجتماع عاهتين في الجسم من ثلاث عاهات وهي (الصم ، البكم ، العمى) ، مع تعذر التعبير عن إرادة الشخص بسبب وجود العاهة ، وتقوم المحكمة بتنصب وصيا على هذه الشخص لإدارة أمواله ، وزيادة في الحرص على أموال المصاب فان المحكمة تقوم بتحديد تصرفات الوصي [٥] وهذا الوصي الذي تعينه المحكمة هو في الحقيقة بمثابة الأمين غير

---

(١) انظر المادة (٩٥) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) ، والمادة (٢٤) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة (١٩٣٧) المعدل بالقانون رقم (٩٥) لسنة (٢٠٠٣) ، والمادة (٧٣) من قانون العقوبات الاماراتي رقم (٣) لسنة (١٩٨٧) .

(٢) انظر المادة (٩٦) من قانون العقوبات العراقي ، والمادة (٢٥/ اولا ، ثانيا ، ثالثا ، خامسا ، سادسا) من قانون العقوبات المصري ، والمادة (٧٥) من قانون العقوبات الاماراتي .

(٣) انظر المادة (٩٧) من قانون العقوبات العراقي ، والمادة (٢٥) من قانون العقوبات المصري ، والمادة (٧٦) من قانون الجرائم والعقوبات الاماراتي .

(٤) انظر المادة (٩٨) من قانون العقوبات العراقي ، والمادة (٧٤) من قانون العقوبات الاماراتي ، اما المادة (٢٥) من قانون قانون العقوبات المصري فلم تنص صراحة على الاعدام ولكن جاءت بلفظ كل من حكم بعقوبة جنائية فيدخل تحتها الاعدام .

(٥) انظر المادة (١٠٤) من القانون المدني العراقي ، والمادة (١١٧) من القانون المدني المصري ، والمواد من (٧٠) إلى (٧٣) من قانون الولاية على المال المصري ، والمادة (١٧٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

العقدي على أموال المصاب ، حيث تم تعيينه بالقانون ولم تأخذ إرادة المصاب في ذلك كما في الوكالة[١].

والملاحظ ان هذه الموانع لا تدخل في حالة الأمانة غير العقدية اذا كان النائب معين من قيل صاحب الشأن بمقتضى عقد معين ، اما اذا كان معين من قبل القانون والمحكمة أيا كانت التسمية التي تطلق عليه فانه يكون امينا غير عقديا على أموال من تعرض إلى أحد هذه الموانع .

وفي نهاية الكلام عن الولاية - كتطبيق من تطبيقات الأمانة غير العقدية - لابد من بيان ما يلي :

١- ان الصبي غير المميز والصبي المميز والمجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة والغائب والمفقود ومن حكم عليه بعقوبة جنائية ومن به عاهة مزدوجة وغيرهم من المحجور عليهم يعتبر كل واحدا منهم بمثابة (صاحب الأمانة) لان على أموالهم طُبق نظام الولاية والوصاية والقوامة وغيرها من التسميات التي تؤدي هذا المعنى من اجل الحفاظ على أموال المحجور او القاصر .

٢- ان الاب او الجد او وصيهما او المحكمة او من تنصبه وصيا او قيما على الأموال او مديرية رعاية القاصرين او غيرهم يعتبر كل واحدا منهم بمثابة الأمين غير العقدي ، والمال الذي تحت رعايتهم يكون محلا للأمانة غير العقدية .

٣- سبب الأمانة غير العقدية في الولاية هو نص القانون .

٤- قد تكون لهذا النوع من الأمانة غير العقدية احكاما خاصة به ، تحددها النصوص القانونية التي تتحدث عن الولاية والاهلية وعوارضها وموانعها.

٥- عندما يتصرف الولي في اموال المولى عليه فهو يُنشيء امانة عقدية - في التصرفات التي لا تنقل الملكية - بين الولي والصغير من جهة ، وبينهما والمتصرف له من جهة اخرى ، اما الامانة غير العقدية فهي ما تكون بين الولي والمولّى عليه ، من جهة ان يد الولي تعد من يد الامانة غير العقدية بنص القانون .

٦- تحتوي الولاية والاهلية على العديد من التطبيقات الجزئية والاحكام التفصيلية التي تختص بموضوع الامانة غير العقدية لم يتم التطرق لها بشكل صريح لان بما ذكر يتضح المطلوب .

٧- مما ورد في الفقه الإسلامي يخص موضوع الولاية وجعلها من قبيل الأمانة غير العقدية ايدي الاولياء على أموال اليتامى ، والحكّام على أموال الغائبين والمجانين [٢] وورد ايضا من جملة الامناء المصدقون على ما في ايديهم الوالد في مال ولده الصغير وابنته البكر ، والوصي في مال اليتيم

---

(١) مع ملاحظة ان القانون المدني العراقي عبر عن الذي تنصبه المحكمة على المصاب بـ (الوصي) ، اما القانون المدني المصري وقانون المعاملات الدني الاماراتي عبر عنه بـ (المساعد القضائي) ، وايا كانت التسمية المعتمدة فان الاحكام تتقارب فيما بينها في كل من القوانين المذكورة .

(٢) شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي القرافي الشافعي ، أنوار البروق في أنواء الفروق ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ٢٠٨ .

والمحجور عليه ، وامناء الحكام والموضوع تحت ايديهم الاموال [١] وما في يد القيم للصغار أو المجانين من أموالهم، وما في يد الحاكم الشرعي من أموال الغيب والقصر [٢] .

الفرع الثاني

تطبيقات الأمانة غير العقدية المسماة وغيرها (اللقطة والكنز والمعادن والآثار)

يمتاز هذا الفرع باحتوائه على العديد من التطبيقات المباشرة والمهمة في القانون المدني العراقي والمقارن التي تخص الأمانة غير العقدية ، وهذه التطبيقات اما ان تكون مسماة بمعنى التطبيقات التي تمت تسمية الأمانة غير العقدية فيها ، واما ان تكون من قبيل اللقطة او الكنز او المعادن او الآثار ، لذلك سيتم تقسيم هذا الفرع إلى ما يلي :

اولا - تطبيقات الأمانة غير العقدية المسماة :

نقصد بالتطبيقات المسماة للأمانة غير العقدية هي الحالات التي تعرض فيها المشرع للأمانة غير العقدية مع تسميتها بـ (غير العقدية) او تسمية اخرى قريبة من هذا المعنى ، وهذه التطبيقات محدودة حيث ان الاعم الاغلب من تطبيقات الأمانة غير العقدية القانونية - كما راينا وسنرى - هي تطبيقات غير مباشرة ودخلت في نطاق الأمانة غير العقدية لانطباق ضابطها عليها ، ولو لاحظنا موارد الأمانة غير العقدية في القانون المدني سنجد انها وردت في المواضيع الآتية :

- انقضاء الالتزام دون الوفاء وتحديدا (استحالة التنفيذ) .

- في بداية عقد الوديعة .

- بشكل متفرق عبر العديد من التطبيقات في اكثر من موضوع سواء في مصادر الالتزام ام الحقوق العينية ام احكام متفرقة .

وموضوعنا هنا هو الموضوعين الأول والثاني ، دون الثالث الذي تناولنا جزء منه في المطلب الأول ، وسنتناول بقية المواضيع في هذا المطلب ، لذلك سيتم تقسيم التطبيقات المسماة للأمانة غير العقدية إلى ما يلي :

١- تطبيقات الأمانة غير العقدية المسماة في موضوع استحالة التنفيذ :

تعد استحالة التنفيذ من طرق انقضاء الالتزام دون الوفاء ، وتعني ان الالتزام ينقضي اذا ثبت استحالة الوفاء ، مع رجوع هذه الاستحالة لغير المدين بل لسبب اجنبي خارج عن ارادته [٣] ، ويشترط

(١) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب المالكي ، المصدر السابق ، ج٥ ، ص٧١.
(٢) السيد محمد حسن البجنوردي ، المصدر السابق ، ج٣ ، ص ١١٩ .
(٣) وفي ذلك نصت المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً لسبب اجنبي لا يد له فيه" ، ونصت المادة (٣٧٣) من القانون المدني المصري على ما يلي : "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه" ، ونصت المادة (٤٧٢) من قانون

لتحققها ان يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا على المدين بعد نشوئه ، فاذا كان مرهقا يبقى الالتزام قائما ويقوم القاضي برد الالتزام إلى الحد المعقول تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة ، واستحالة التنفيذ قد تكون قانونية كتحريم التعامل مع الشيء او الطرف الاخر ، وقد تكون مادية كهلاك المحل ، هذا اذا كانت الاستحالة بعد نشوء الالتزام اما اذا كانت منذ بداية الالتزام فانه لا ينعقد ، ويشترط لتحقق استحالة التنفيذ ان ترجع إلى سبب اجنبي كالقوة القاهرة اما اذا كانت بسبب المدين فننتقل لتنفيذ الالتزام بمقابل بطريقة التعويض [١] .

وبمناسبة التعرض لانقضاء الالتزام بسبب استحالة التنفيذ بين القانون المدني العراقي حالة انتقال محل الالتزام إلى الغير وحصول الهلاك في يد من انتقلت اليه ، وبين المشرع طريقين لانتقال الشيء محل الالتزام ، وفصل بين حالتين لتحمل تبعية الهلاك ، اما الطريقين هما :

- الانتقال عن طريق العقد : وطريقة ذلك ابرام المدين عقدا مع طرف اخر لنقل محل الالتزام كعقد الوديعة.

الانتقال عن طريق غير العقد : باي صورة كانت كالغلط او القهر والغلبة وغير ذلك .

ونلاحظ على ما تقدم ان الانتقال عن طريق العقد لا تكون اليد عليه الا يد امانة لحصول الاتفاق مع المالك ، اما الانتقال عن طريق غير العقد فقد تكون اليد يد امانة وقد تكون يد ضمان ؛ لان عبارة (غير العقد) تشمل يد الأمانة والضمان ، فاذا كانت اليد يد امانة فهي امانة غير عقدية ، والا كانت اليد يد ضمان كالغصب والسرقة .

ونلاحظ ان المشرع من ناحية تبعية الهلاك فصل بين حالتين هما يد الضمان ويد الأمانة [٢] ، فجعل تبعية الهلاك كقاعدة عامة على صاحب اليد في يد الضمان ، وعلى صاحب الشيء في يد الأمانة ما لم تتوفر احدى أسباب الضمان [٣] .

المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : "ينقضي الحق اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه" ، ونلاحظ ان هذه النصوص متشابه في احكامها وعباراتها .

(١) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام في الفقه وقضاء النقض) ، بلا ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص٣٠١ - ٣٠٢ .

(٢) تم التعرض في الفصل الأول إلى متى تكون اليد يد ضمان ومتى تكون اليد يد امانة ، وكذلك شروط الأمانة غير العقدية ، ومن ضمن هذه الشروط ما تعرضت له المادة (٤٢٧) من القانون المدني العراقي التي تنص : " ١- تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد امانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك. ٢- وتنقلب يد الامانة إلى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه" .

وبين قانون المعاملات المدنية الاماراتي ان يد الأمانة تتحول إلى يد ضمان عبر مجموعة من الأسباب وذلك في المادة (٣٠٩) التي تنص على ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال" .

(٣) التي سيتم التعرض لها في المبحث الثاني من هذا الفصل .

وهذه الاحكام المتقدمة ما هي إلا تطبيق للمادة (٤٢٦) من القانون المدني العراقي التي تنص على ما يلي : "اذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه" .

ونستنتج من هذه المادة الأمور التالي :

- ان يد الأمانة قد تكون عقدية وغير عقدية ، اما يد الضمان فهي لا تكون الا غير عقدية ؛ لعدم اجتماع الضمان مع العقد الذي يقتضي الاذن بحيازة الشيء او وضع اليد عليه .

- انها ذكرت الأمانة غير العقدية صراحة عندما بينت ان الانتقال قد يكون بغير العقد ثم قسمت اليد التي حصل اليها الانتقال إلى امانة وضمان .

- ميزت بين مصطلحين مهمين في الأمانة غير العقدية هما (صاحب اليد) و (صاحب الشيء) وهذان هما طرفا الأمانة غير العقدية .

وهذه الاحكام وردت في القانون المدني العراقي ، ولم يتعرض لها كل من القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي .

٢- تطبيقات الأمانة غير العقدية المسماة في عقد الوديعة :

من الموارد الأساسية للأمانة غير العقدية في القانون المدني العراقي ما جاء في بداية فصل الإيداع حيث تعرض المشرع العراقي إلى مقدمة ذكر فيها تعريف الأمانة وانواعها وقسمها إلى عقدية وغير عقدية او غير قصدية حيث نصت المادة (٩٥٠) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ١ - الامانة هي المال الذي وصل إلى يد احد بإذن من صاحبه حقيقة او حكماً، لا على وجه التمليك، وهي اما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار، او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد. ٢ - والامانة غير مضمونة على الامين بالهلاك، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه ام لا، وانما يضمنها اذا هلكت بصنعه او بتعد او تقصير منه" .

ومن ملاحظة هذه المادة يتبين لنا ما يلي :

- ان من اساسيات الأمانة هي انتقال المال إلى يد الأمين بإذن من صاحب الأمانة او صاحب المال على نحو الانتقال الحقيقي او الحكمي ، وأيضا لابد ان يكون الانتقال لا على نحو التمليك ؛ لان مقتضى الأمانة ارجاع المال إلى صاحبه وهذا لا يستقيم مع الملكية .

- ان الأمانة تنقسم إلى عقدية وغير العقدية ، والعقدية اما ان تكون عنوان ممحض في الأمانة أي ان الغاية الأساسية من العقد هي الاستحفاظ والأمانة كما في عقد الوديعة [١] او قد تكون الأمانة العقدية

(١) ورد تعريف عقد الوديعة في المادة (٩٥١) من القانون المدني العراقي حيث نصت على ما يلي : " الايداع عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم الا بالقبض " ، اما القانون المدني المصري فقد عرف عقد الوديعة في المادة (٧١٨) التي تنص على ما يلي : " الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلمً شيئا من آخر على أن يتولى

عنوان غير ممحض في الأمانة أي ان الغاية الأساسية ليست هي الأمانة ، بل قد تكون الانتفاع بالشيء كما في عقد الاجارة والاستعارة ، ولكن توجد الأمانة ضمنا في هذه العقود لأنه يجب على كل من المستأجر والمستعير الحفاظ على الشيء محل العقد ورده إلى صاحبه سليما .

- تعرضت هذه المادة إلى ذكر الأمانة غير العقدية حيث نصت على ما يلي عطفا على الأمانة : " ... او بدون عقد ولا قصد ... " وقد بينا فيما سبق ان من خصائص الأمانة غير العقدية انها غير قصدية ، حيث ان المشرع ذكر لفظ (غير قصدية) لبيان هذه الخصوصية المهمة .

- بينت هذه المادة القاعدة العامة في ضمان الأمانة بشقيها العقدية وغير العقدية وهي ان الأمين لا يضمن مع الهلاك الا مع التعدي والتفريط .

ولم يتعرض القانون المدني المصري ولا قانون المعاملات المدنية الاماراتي لذلك ، حيث انه لا يوجد للمادة (٩٥٠) الواردة في القانون المدني العراقي نظير لها في القانون المدني المصري والاماراتي ، حيث ان المشرع العراقي اقتبسها من مجلة الاحكام العدلية الملغية حيث وردت في المادة (٧٦٢) منها .

ثانيا - تطبيقات الأمانة غير العقدية في اللقطة :

تعد اللقطة من تطبيقات الأمانة غير العقدية القانونية ، وسيتم تناولها من خلال ما يلي :

١- تعريف اللقطة واركانها :

اللقطة هي اخذ مال محترم او ما يجري مجراه ، ضاع او تعرض للضياع ، من غير حرز ، ولم يكن حيوانا ناطقا غير ممتنع بنفسه ، ولم يُعرف مالكه [١] وتعرف اللقطة كذلك بانها المنقول الضائع من حائزه والتقطه اخر بنية اعادته لمالكه او بنية تملكه [٢] . ومما يؤخذ على هذا التعريف هو جعل نية التملك من باب اللقطة وهي ليست كذلك ؛ لان يد الملتقط تكون مع نية التملك يد ضمان لا امانة واللقطة من يد الأمانة.

حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عينا " ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد عرف عقد الوديعة في المادة (٩٦٢) حيث نصت على ما يلي : "١- الايداع عقد يخول به المودع شخصا آخر حفظ ماله ويلتزم هذا الشخص بحفظ هذا المال ورده عينا . ٢- والوديعة هي المال المودع عند أمين لحفظه " .

(١) ومعنى المال المحترم أي ما كان معصوما لا يجوز اخذه كمال الحربي في موارد جوزا اخذ المال منه ، ويجب الا يكون حيوانا ناطقا والا كان لقيط ، وان يكون غير ممتنع بنفسه كالسباع ، ويجب الا يعرف الواجد للمال مالكه .
انظر : د. فهد بن صقر بن زايد الروقي ، اللقطة وبابي الجعالة واللقيط من الحاوي الكبير لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي (دراسة وتحقيق) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة ام القرى ، السعودية ، ١٩٩٦، ص ١٠٦ .

(٢) د ضحى محمد سعيد النعمان ، انعام جبار علوان ، احكام اللقطة (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ٨ ، السنة ٢ ، ص ١٣٩.

وفي القانون عرفت اللقطة بانها : " الشيء الضائع من الغير يلتقط لحفظه لمالكه لا لتملكه " [١] ، وعرفت كذلك بانها : " الاموال والاشياء المنقولة مما يجوز حيازتها قانونا ، وتكون لها قيمة في ذاتها او عند مالكها ، التي يفقدها مالكها دون أن ينصرف قصده إلى التخلي عنها ، ولا تشمل الحيوانات السائبة" [٢] .

وللقطة ثلاثة اركان هي (الملتقط) وهو من يقوم بالتقاط المال الضائع الذي فقده المالك او الحائز ، ويقوم هذا الشخص بالاحتفاظ بالمال لأجل ايصاله إلى صاحبه ، والركن الثاني هو (الالتقاط) وهو اخذ المال الضائع ليتم تعريفه ، والركن الثالث هو (المال الملتقط) وهو المال الذي يقع محلا للقطة ، ويعتبر فيه الضياع عن مالكه ، واخذه من غير حرز ، فليس منه المال الذي تخلى صاحبه عن ملكه ولا المال المسروق والمغصوب [٣] .

والملاحظ على هذه الاركان ان الملتقط للمال هو بمثابة الامين غير العقدي حيث لا يضمن الا مع التعدي والتفريط ، والمال الملتَقط هو محل الامانة غير العقدية ، وصاحب اللقطة هو الطرف الثاني في الامانة غير العقدية وهو قد يكون مالكا للقطة وقد يكون حائزا لها .

٢ - علاقة اللقطة بالأمانة غير العقدية :

تعد اللقطة من تطبيقات الأمانة غير العقدية بنص القانون ، حيث ان الملتقط يضع يده على مال يعود لغيره ، ومن دون الاتفاق مع صاحب المال ، ومع ذلك يعامل معامل الأمين لا المتعدي ، والسر في ذلك يعود لذات واقعة الالتقاط حيث ان المال قد ضاع عن مالكه ووجده الملتقط في مكان ليس بمحرز ، لذلك فان شبهة التعدي تبتعد عن اخذ مثل هذه المال فيكون امانة غير عقدية بيد الاخذ .

٣ - اللقطة في القانون المدني العراقي والمقارن :

أ- اللقطة في القانون المدني العراقي : ان القانون المدني العراقي تطرق إلى اللقطة في مادة واحدة لم تتضمن تعريف اللقطة او بيان أركانها او احكامها وانما بينت ان الحق في اللقطة تنظمه القوانين الخاصة ، حيث نصت المادة (١١٠٣) منه ما يلي : " الحق في صيد البر والبحر واللقطة والاشياء الاثرية تنظمه القوانين الخاصة " ، وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقي بما يلي : " ليس هناك قانون خاص بأحكام اللقطة لذلك فانه ينبغي الرجوع في هذه الاحكام إلى القواعد العامة المستمدة من الشريعة والقانون" [٤] .

---

(١) المادة (١٢٣١) من القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة (٢٠٠٢) .
(٢) قانون التصرفات باللقطة والاموال المتروكة في إمارة دبي رقم (٥) لسنة (٢٠١٥).
(٣) د. منى عبد العالي موسى المرشدي ، الحماية الجنائية للأموال الضائعة (دراسة مقارنة) ، اطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، العراق ، ٢٠١٥ ، ص ٦١ - ٦٤ .
(٤) قرار رقم (ل ١٠/٥٣) في (١٩٦٢/٤/٨) .
نقلا عن : انعام جبار علوان العكيدي ، النظام القانوني للقطة (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل ، العراق ، ٢٠٠٩ ، ص ٩ .

وتناول القانون المدني العراقي في المادة (٩٧٤) اللقطة بشكل غير مباشر حيث نصت على ما يلي :

" ١- اذا وجد شخص شيئاً ضائعاً فأخذه على سبيل التملك، كان غاصباً ووجب عليه الضمان اذا هلك ولو بدون تعد. ٢- اما اذا اخذه على ان يراه لمالكه كان امانة في يده ووجب تسليمه للمالك وفقاً للإجراءات التي يقررها القانون" ويتضح من هذا النص ما يلي :

- ان اللقطة من الأموال الضائعة التي يجب ردها إلى مالكها [١] .

- ان اللقطة امانة بيد من التقطها فيجب عليه الا يتملكها والا كان غاصبا وضامنا لها .

- انها امانة غير عقدية ؛ لأنها لم تكن بالاتفاق مع صاحب اللقطة ، حيث ان الملتقط لم ير المالك أصلا ولم يعرفه فكيف يبرم عقدا معه ؟

ب - اللقطة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي : تناول هذا القانون إلى اللقطة في ثلاث مواد هي :

المادة (١٢٠٧) حيث نصت : " تنظم القوانين الخاصة الأمور المتعلقة بالكنوز والمعادن وكذلك الحق في صيد البر والبحر واللقطة والأشياء الأثرية " وهذه المادة شبيه بالنص الوارد في القانون المدني العراقي حيث أوكلت تنظيم اللقطة إلى القوانين الخاصة .

والمادة (١٢٠٨) حيث نصت : "ما يطرحه البحر من مال لم يتقدم عليه ملك لأحد فهو لواجده الذي وضع يده عليه أولاً فإن تقدم عليه ملك لغير مسلم أو ذمي فخمسه لبيت المال والباقي لواجده وإن تقدم عليه ملك لمسلم أو ذمي فهو لربه إن علم فإن لم يعلم سرى عليه حكم اللقطة " وهذه المادة انفرد بها قانون المعاملات الاماراتي وتضمنت عدة أمور منها :

- وجوب الخمس فيما يطرحه البحر من مال يعود ملكه لغير المسلم او ذمي (أي حربي) ، حيث يعطى خمسه لبيت المال والباقي لواجده .

- اما اذا كان ما يطرحه البحر يعود ملكه للمسلم او للذمي ، فيجب ارجاعه لمالكه ان كان معلوما ، والا جرى عليه حكم اللقطة .

والملاحظ على هذه المادة انها ذكرت تطبيق الامانة غير العقدية في احدى صور اللقطة وهو المال الذي يطرحه البحر ويعود للمسلم او الذمي ولم يعلم مالكه .

---

(١) يقصد بالأموال الضائعة او المفقودة بانها تلك الأموال التي ضاعت من صاحبها وتم فقد حيازتها المادية ، ولكنه لم يتخل عن ملكيتها وبقي مالكا لها ، ولا يعد الاستيلاء عليها سببا لكسب ملكيتها .
وتختلف الأموال المفقودة عن المباحة في ان المباحة اما ان لا يكون لها مالك من الأصل او كان وتخلى عنها ، اما الضائعة فهي لها مالك ولم يتخلى عنها وتضل على ملك مالكها رغم فقد الحيازة المادية ، ومن الأموال الضائعة الودائع المجهولة واللقطة .
انظر : د. سعيد سعد عبد السلام ، مصادر الالتزام المدني ، مصدر سابق ، ص ٢٣٩-٢٤١.

والمادة (٧٣) حيث نصت على ما يلي : "أحكام اللقيط ينظمها قانون خاص" ، وهذه المادة لا تتكلم عما نحن بصده وهي لقطة المال وانما لقطة الانسان المسمى اصطلاحا بـ (اللقيط) لذلك فهي خارجة عن موضوع الدراسة .

ج - اللقطة في القانون المدني المصري : يعد هذا القانون ابعد من القانون العراقي وقانون المعاملات المدنية الاماراتي في التعامل مع اللقطة حيث لم يفرد لها أي نص قانوني خاص بتعريفها او أركانها او احكامها ، سوى ما ورد في المادة (٨٧٣) منه حيث نصت على ما يلي : " الحق فى صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة " .

وكما بين القانون المدني المصري فان الحق في اللقطة موكل إلى اللوائح الخاصة بذلك ، والامر العالي الصادر عام (١٨٩٨) يعتبر التشريع الأساسي في هذا الموضوع ، ووفقا لهذا التشريع فان من عثر على شيء او حيوان ضائع يلتزم أولا برده إلى صاحبه ، وان لم يعثر عليه يقوم وخلال ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ العثور على الشيء بإبلاغ اقرب مركز للشرطة في المدن ، اما اذا كان ساكنا في القرية فيخبر العمدة خلال مدة ثمانية أيام تبدأ أيضا من تاريخ العثور على الشيء ، وبعد تسليم ما عثر عليه له مكآفأة من السلطة العامة تساوي عشر القيمة ، وتقوم السلطة العامة بالاحتفاظ بالشيء الضائع لمدة سنة في غير الحيوان ، وفيه مدة (١٠) أيام ، ثم بعد ذلك ان لم يأت صاحبه يباع بالمزاد العلني وبعد خصم المصاريف والمكافأة يحتفظ بالمبلغ لمدة ثلاث سنوات لحساب المالك ، وبعدها يكون ملكا للدولة ، واذا احتفظ من عثر على الشيء الضائع به او تملكه فانه يعتبر سارقا ويعامل كذلك [١] [٢] .

ثالثا - تطبيقات الامانة غير العقدية في الكنز :

يعتبر الكنز من تطبيقات الامانة غير العقدية ، وبيان ذلك يستلزم التعرض لما يلي :

١- تعريف الكنز :

الكنز هو كل ما كان منقولا ومدفونا او مخبوئا ولا يعرف مالكه [٣] والكنز هو من الاموال التي وجدت في الارض بسبب الانسان او غيره كالحوادث الطبيعية التي تتسبب في غرق بعض المناطق

(١) د. محمد حسن قاسم ، موجز الحقوق العينية الاصلية ، ج١ ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٠٩ .

(٢) من القوانين التي تعرضت لموضوع اللقطة بشيء من التفصيل القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة (٢٠٠٢) حيث تناولها في أسباب كسب الملكية وتحديدا في موضوع الاستيلاء على المنقول الذي لا مالك له ، وافرد لها الفرع الثالث من المادة (١٢٣١) إلى المادة (١٢٤١) ، ومن ذلك المادة (١٢٣٤) التي نصت على ما يلي : " اللقطة أمانة في يد ملتقطها إلى أن يعلم أن صاحبها لا يطلبها ، أوانها تفسد أن بقيت فيكون له التصرف فيها بحسب ما يأتي في المواد التالية " وهذه المادة بينت صراحة ان اللقطة من أنواع الامانات ، ولكنها لم تحدد نوعها من حيث كونها عقدية ام غير عقدية ، ولكن بما ان الملتقط لم يلتق بالمالك ولم يعرفه فهي من أنواع الامانات غير العقدية .

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية (احكامها - مصادرها) ، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٤٩.

واختفاء جملة من منقولات الاشخاص ، وبذلك فان الكنز هو خارج عن اصل الخلقة ، وتوارى لمدة من الزمن بعدها تم العثور عليه .

٢- شروط الكنز :

يعتبر في الكنز مجموعة شروط هي :

أ- يجب ان يكون منقولا فكل ما لم يكن كذلك لا يعتبر كنزا ، فالعقار الموجود في الارض كالقبور والاعمدة لا يصدق عليه الكنز وانما هو جزء من العقار التابع له ، كذلك فان الاثار لا تعد كنوزا وانما تخضع لتنظيم خاص بها [١] .

ب- يجب ان يكون الكنز مدفونا او مخبوئا ، وهذا يعني انه يكون منفصلا ومتميزا عن العقار الموجود فيه ، والغالب في الكنز ان يوجد في العقار كان يكون في داخل الارض اوفي الحائط او السقف ، ولكن لا يمنع من يكون مخبئا داخل منقول معين كأثاث المنزل او كالكنز الورقي الموجود داخل صفحات كتاب معين ، واذا لم يكن مدفونا او مخبوئا بان كان ظاهرا لا يعتبر كنزا بل امرا اخر كان يكون من الاموال الضائعة [٢] .

ج- عدم مقدرة احد ان يثبت ملكيته لهذا الكنز[٣] فاذا استطاع احد ان يثبت هذه الملكية فانه يكون مملوكا له ولا يرد في حكم الامانة غير العقدية .

٣- الكنز والامانة غير العقدية :

مالك الارض لا يعتبر مالكا لما فوقها فقط بل مالكا لما تحتها أيضا إلى الحد المفيد [٤] وتطبيقا لذلك فان الكنز اذا توفرت شروطه من كونه منقولا ومدفونا او مخبوئا في داخل الارض ولا يوجد له مالك ، فان القاعدة العامة فيه ان ملكيته تتبع ملكية العقار ، بشرط ان لا يكون من الاثار حيث ان الكنز الاثري يخضع لإحكام قانون الاثار ولا تنطبق عليه ما جاء في القانون المدني من احكام الكنز [٥] .

---

(١) د. محمد حسن قاسم ، المصدر السابق ، ج١ ، ص ٢١٠.

(٢) المصدر نفسه ، ج١ ، ص ٢١١.

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية (احكامها - مصادرها) ، مصدر سابق ، ص ٢٥٠ .

د. سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الاصلية) ، ط١ ، دار الحرية ، بغداد ، ١٩٧٣، ص ١٢٨.

(٤) وفي ذلك نصت المادة (٢/١٠٤٩) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " وملكية الارض، تشمل ما فوقها علواً وما تحتها سفلاً إلى الحد المفيد في التمتع بها " .

ونصت المادة (٢/٨٠٣) من القانون المدني المصري على ما يلي : " وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها ، علوا أو عمقا " .

ونصت المادة (٢/١١٣٤) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ماي لي : " وكل من ملك ارضا ملك ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا الا اذا نص القانون أو قضى الاتفاق بغير ذلك " .

(٥) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ج١ ، بلا ط ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦١ ، ص ١٢-١٣.

وعلى ذلك فان ملكية الكنز لا تكون لكل من عثر عليه كما هي القاعدة العامة في الاستيلاء على الاموال المباحة وهي ان كل من وضع يده واحرز منقولا مباحا لا مالك له ملكه [1] ، وانما تتبع ملكية العقار الموجود فيه ، ولكن في ذلك تفصيل بين انواع الأراضي واختلاف في احكامها بين القانون العراقي والمقارن ، وكما يلي :

- اذا كانت الارض مملوكة ملكية خاصة فان الكنز يكون لمالك العقار ولو كان من عثر عليه غير المالك ، ولا يدفع المالك شيئا للدولة في القانون المدني العراقي والمصري ، اما في قانون المعاملات المدنية الإمارتي فان مالك العقار يتملكه على ان يدفع خمسه للدولة .

- اذا كانت الارض مملوكة للدولة (اميرية) فالكنز يعود للدولة مطلقا في كل من القانون المدني العراقي والمقارن .

- اذا كانت الارض موقوفة فان الكنز يعود لجهة الوقف في كل من القانون المدني العراقي وقانون المعاملات المدنية الإمارتي ، اما في القانون المدني المصري فانه يعود للواقف او ورثته .

ويتضح مما تقدم ان الواجد للكنز لا يخلوا من ثلاثة اشخاص وهم :

- اما ان يكون المالك الاصلي للكنز .

- واما ان يكون المالك للعقار .

- واما ان يكون شخصا اخر غير المالك الاصلي للكنز ومالك العقار .

والامانة غير العقدية لا تطبق الا في الحالة الاخيرة وهي اذا كان الواجد شخصا اخر فانه يجب عليه حفظه وايصاله إلى مالك العقار بنص القانون ، ونلاحظ ان صاحب الامانة هنا قد يكون شخصا غير الدولة وذلك في حالة كون الارض مملوكة ملكية خاصة ، وقد يكون الدولة ، وقد يكون جهة الوقف او الموقوف عليهم وذراريهم اذا كانت الارض موقوفة .

ونلاحظ ايضا ان المشرع خرج عن القاعدة العامة واعطى للكنز حكما خاصا في اعطاء ملكيته لغير المالك الاصلي او ورثته ، وانما لصاحب العقار الموجود فيه ولعل ذلك يعود للقاعدة المتقدمة من ملكية صاحب الارض لما تحتها إلى الحد المفيد .

---

(١) وفي ذلك نصت المادة (١/١٠٩٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " كل من احرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه " .
ونصت المادة (٨٧٠) من القانون المدني المصري على ما يلي : " من وضع يده على منقولات لا مالك له ينبه تملكه ، ملكه " .
ونصت المادة (١٢٠٣) من قانون المعاملات المدنية الامارتي على ما لي : " من أحرز منقولا مباحا لا مالك له بنية تملكه ملكه " .

وهذه الأحكام المتقدمة ماهي الا تطبيق للمادة (١١٠١) من القانون المدني العراقي التي نصت على ما يلي: " الكنز المدفوع او المخبوء الذي لا يستطيع احد ان يثبت ملكيته يكون لمالك العقار ان كانت الارض مملوكة وللدولة ان كانت اميرية ولجهة الوقف ان كانت الارض موقوفة وقفاً صحيحاً " .

والمادة (٨٧٢) من القانون المدني المصري التي نصت على ما يلي : "١- الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته. ٢- والكنز الذى يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته " .

والمادة (١٢٠٥) من قانون المعاملات المدنية الإمارتي التي نصت على ما لي : "١- الكنوز التي يعثر عليها في أرض مملوكة لشخص معين تكون مملوكة له وعليه الخمس للدولة . ٢- والكنوز التي تكتشف في أرض مملوكة للدولة تكون مملوكة لها كلها . ٣- أما اذا كانت الأرض موقوفة وقفا صحيحا فإن ما يكتشف يكون لجهة الوقف " .

رابعا - تطبيقات الامانة غير العقدية في المعادن :

المعادن هي الاموال الموجودة في باطن الارض وتعد جزء منها [١] وهي موجودة بأصل الخلقة كالذهب والزئبق فلا تكون مدفونه او مخبئة بفعل الانسان .

والملاحظ ان القانون المدني العراقي والمصري لم يتطرقا إلى الاشارة او النص على المعان بمادة او جزء من مادة ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد تعرض لها بالمادة (١٢٠٧) التي تتناول القوانين المتعلقة بالكنوز والمعادن والصيد واللقطة والتي تنص على ما يلي : " تنظم القوانين الخاصة الأمور المتعلقة بالكنوز والمعادن وكذلك الحق في صيد البر والبحر واللقطة والأشياء الأثرية " [٢] ، ولكن هذه المادة لا يمكن توظيفها بما يتعلق بالأمانة غير العقدية بخلاف المادة (١٢٠٦) من ذات القانون التي تنص على ما يلي : " المعدن الذي يوجد في باطن الأرض يكون ملكاً للدولة ولو وجد في أرض مملوكة " ويتضح من هذه المادة ما يلي :

- المعدن يكون ملكا للدولة أيا كان نوع الارض الموجود فيه سواء اكانت مملوكة ملكية خاصة ام لجهة الوقف ام للدولة [٣] .

- من عثر على معدن يجب اعطائه للدولة ولا يجوز تملكه .

وبذلك فان هذه المعادن وفقا لهذه المادة لا يتملكها من وضع يده عليها ، فاذا عثر عليها احد الاشخاص تعد يده عليها يد امانة غير عقدية ، ويجب ارجاعها للدولة .

---

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، المصدر السابق ، ص ١٢٧.

(٢) الملاحظ ان القانون المدني العراقي والمصري يوجد فيه نظير لهذه المادة لكن بلا لفظ المعادن .
حيث نصت المادة (١١٠٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " الحق في صيد البر والبحر واللقطة والاشياء الاثرية تنظمه القوانين الخاصة" ، ونصت المادة (٨٧٣) من القانون المدني المصري على ما يلي : " الحق فى صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة " .

(٣) فلا يجري عليها التفصيل المتقدم في الكنز .

ويذهب البعض إلى اعطاء المعادن حكم الكنز من حيث ملكيته لصاحب العقار ، فان عثر عليها في ارض مملوكة لشخص معين فانه يتملك المعادن مع اعطاء خمسها للدولة ، اما ان عثر عليها في ارض مملوكة اصلا للدولة فهي لها ، وان عثر عليها في ارض موقوفة فإنها تكون لجهة الوقف [١] .

خامسا - تطبيقات الأمانة غير العقدية في الاثار :

الاثار هي الأشياء التي ترتبط بتاريخ الامة وتراثها القومي لما تتسم به من قيمة حضارية كبيرة ، والاثار قد تكون من العقارات او المنقولات [٢] ، وتعد الاثار من تطبيقات الأمانة غير العقدية ووجه ذلك يتضح من خلال التعرض لبعض احكامها حيث ان القاعدة العامة في الاثار انها ليست داخلة في عموم قاعدة الاستيلاء فهي ليست من الأموال المباحة كي يمتلكها من يضع اليد عليها ، وانما يجب تسليمها إلى السلطة العامة [٣] ، فعلى ذلك فان من وجد شيئا اثريا في عقاره او في مكان اخر فليس هو حقا له ، كما انه ليس حقا لصاحب العقار كما في الكنز يتبع ملكية الأرض بل يجب تسليمه إلى الدولة لأنه من املاكها العامة ، ولو تصرف به مكتشف الأثر يعتبر تصرفا باطلا ، ويحصل من يسلم الأثر على مكافئة لقاء امانته وحرصه على ارجاع الأثر للدولة [٤] .

ولكن في بعض الأحيان يسمح القانون بالملكية الخاصة للأثار ، حيث ان قانون الاثار والتراث العراقي [٥] وان كانت القاعدة العامة فيه انها من الاموال العامة وعلى من يكتشف اثرا غير منقول ابلاغ الجهات الرسمة [٦] ولم يجوز القانون الحق لمالك الارض لتملك الاثار او التصرف بها او تخريب معالمها [٧] ويحضر على الاشخاص الطبيعية والمعنوية حيازة الاثار المنقولة [٨] ويتم مسك سجلات تسجل فيها الاثار المسلمة من المواطنين [٩] ولكنه في بعض الاحيان يسمح بالملكية الخاصة ، ومن موارد الاستثناء من الملكية العامة للأثار الجوامع والمساجد والعتبات المقدسة ودور العبادة والمشاهد والمقابر والتكايا والصوامع والبيع والكنائس والاديرة والخانات المملوكة أو الموقوفة لتصرف الاشخاص الطبيعية أو المعنوية التي تملكها أو تتولى ادارتها على ان تستخدم للأغراض التي انشأت من

---

(١) د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية) ، ط ١٠ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠١٣ ، ص ١٠١ .

انظر : المادة (١٠٧٨) من القانون المدني الاردني التي تنص على ما يلي :

" ١- الكنوز والمعادن وغيرها التي يعثر عليها في ارض مملوكة لشخص معين تكون مملوكة له وعليه الخمس للدولة.

٢- الكنوز والمعادن التي تكتشف في ارض مملوكة للدولة تكون مملوكة لها كلها . ٣- اما ان كانت الارض موقوفة وقفا صحيحا فان ما يكتشف يكون لجهة الوقف . ٤- تنظم القوانين الخاصة الامور المتعلقة بما ذكر " .

(٢) د. محمد حسن قاسم ، المصدر السابق ، ج١ ، ص ٢١٣-٢١٤.

(٣) د. غني حسون طه ، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة) ، ج١ ، بلا ط ، مطبوعات جامعة الكويت ، مطبعة مقهوى ، الكويت ، ١٩٧٧ ، ص ١٦٣ - ١٦٤ .

(٤) د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ج١ ، ص ٢٤٢-٢٤٣.

(٥) رقم (٥٥) لسنة (٢٠٠١) النافذ .

(٦) المادة (١٢) من قانون الاثار والتراث العراقي .

(٧) المادة (٣) من قانون الاثار والتراث العراقي .

(٨) المادة (١٧/اولا) من قانون الاثار والتراث العراقي .

(٩) المادة (١٦) من قانون الاثار والتراث العراقي .

اجلها مع عدم الاضرار بها أو تشويهها، مع النظر مع توسيعها وتطويرها وفق متطلبات العصر وخاصة العتبات المقدسة [١] وكذلك المخطوطات والمسكوكات الاثرية المسجلة لدى السلطة الاثارية المرخص بحيازتها ، على ان يتم تسجيلها والمحافظة عليها واخطار السلطات المختصة عند تعرضها للضياع او التلف [٢] .

اما في قانون حماية الاثار المصري [٣] فان القاعدة العامة ان جميع الاثار تعد من املاك الدولة العامة [٤] سواء اكانت عقارية ام منقولة ولا يجوز تملكها أو حيازتها أو التصرف فيها [٥] ويجب على

من يعثر عليها تسليمه للجهات المخولة [٦] وتخرج عن نطاق الملكية العامة للآثار ما كان وقفًا أو ملكًا خاصًا فيجوز تملكه وحيازته والتصرف به في الأحوال والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية [٧] وقد فرض القانون مجموعة قيود على هذه الاثار عندما تكون محلا للملكية الخاصة الخاصة منها عدم جواز الاتجار بها [٨] [٩] .

اما في قانون الاثار الاماراتي [١٠] فان الآثار والمواقع الأثرية الموجودة في كل إمارة تعد من الأملاك العامة لها، ما لم تكن مملوكة لجهة أخرى وفقاً للضوابط التي يصدر بها قرار من وزير الثقافة وتنمية المعرفة [١١] وعلى كل من يكتشف أثراً أو يعثر عليه عن غير قصد، أو يعلم بوجوده، الامتناع عن المساس به وإخطار السلطة المختصة التي لها أن تمنح المكتشف أو من علم بوجود الأثر وأخطر عنه مكافأة مناسبة تحددها السلطة المختصة [١٢] ولا تمنح ملكية الأرض صاحبها حق ملكية الآثار الموجودة في باطنها ، ولا تخوله حق التنقيب عن الآثار فيها أو تغيير معالم الآثار بها بأية صورة كانت أو التصرف فيها [١٣] ، وعندما يسمح القانون بالملكية الخاصة للأثر فانه لا بد من عرضه على السلطة

---

(١) المادة (١٠) من قانون الاثار والتراث العراقي .
(٢) المادة (١٧) من قانون الاثار والتراث العراقي .
(٣) رقم (١١٧) لسنة (١٩٨٣) المعدل بالقانون رقم (٣) لسنة (٢٠١٠) .
(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الاصلية (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري) ، بلا ط ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص ٣٠٠ .
(٥) المادة (٦) من قانون حماية الاثار المصري .
(٦) المادة (٢٤) من قانون حماية الاثار المصري .
(٧) المادة (٦) من قانون حماية الاثار المصري .
(٨) د. عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، ص ٣٠١.
(٩) المادة (٧) من قانون حماية الاثار المصري .
(١٠) رقم (١١) لسنة (٢٠١٧) .
(١١) المادة (٥) من قانون الاثار الإمارتي.
(١٢) المادة (١٢) من قانون الاثار الإمارتي.
(١٣) المادة (١٨) من قانون الاثار الاماراتي.

المختصة وتسجيله بالسجل المحلي [١] وقيد القانون الملكية الخاص عن القيام بمجوعة اعمال منها التصرف والاتجار في الاثار ونقلها الا مع الترخيص [٢] .

ومن ذلك يتضح ان الأمانة غير العقدية تكون في الاثار في الموارد التي تكون فيها ملكا للدولة ، اما اذا خول القانون إعطائها للأشخاص فهي ليست امانة غير عقدية.

وفي اطار القانون المدني العراقي فهو لم يتعرض لحكم الاثار الا حينما بين ان الأشياء الاثرية تخضع لقانون خاص حيث نصت المادة (١١٠٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " الحق في صيد البر والبحر واللقطة والاشياء الاثرية تنظمه القوانين الخاصة" .

ولم يكن موقف القانون المدني المصري ببعيد عن توجه المشرع العراقي فقد ونصت المادة (٨٧٣) من القانون المدني المصري على ما يلي : " الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة " ، وذات الامر يقال في قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد نصت المادة (١٢٠٧) منه على ما يلي : " تنظم القوانين الخاصة الأمور المتعلقة بالكنوز والمعادن وكذلك الحق في صيد البر والبحر واللقطة والأشياء الأثرية" .

ومما تقدم يمكن التوصل إلى ما يلي :

- ان موقف القانون المدني العراقي والمقارن متطابق في التعامل مع الاثار من ناحية عدم تناولها في القانون المدني والاكتفاء بالإشارة إلى وجود قانون او لوائح خاصة لتنظيمها .

- التطابق بين موقف قانون الاثار والتراث العراقي وقانون حماية الاثار المصري وقانون الاثار الاماراتي من ناحية جعل القاعدة العامة في الاثار انها ملكا عاما للدولة ، مع إعطاء بعض الخصوصيات للملكية الخاصة او الحيازة [٣] في حالات محددة .

- ليست جميع الاثار تدخل ضمن نطاق الأمانة غير العقدية ؛ لأنها تشمل فقط تلك الاثار التي تكون ملكا عاما للدولة ، فيجب على من وضع يده عليها تسليمها للجهات المختصة ، اما الاثار التي تسمح القوانين بالملكية الخاصة لها او حيازتها فهي خارجة عن نطاق الأمانة غير العقدية .

ومن الجدير بالذكر ان في خروج المشرع عن القاعدة العامة التي تخص حصول الملكية بالاستيلاء في اللقطة والكنز والمعادن والاثار جعل من هذه المواضيع من تطبيقات الامانة غير العقدية التي تدور مع عدم التملك لصاحب اليد وجودا وعدما ، فتنتفي هذه الأمانة مع ملكية صاحب اليد للشيء ، وقد تظهر مع انتفاء ملكية صاحب اليد على الشيء .

---

(١) المادة (١١) من قانون الاثار الإمارتي.

(٢) المادة (١٤) و (١٥) من قانون الاثار الإمارتي.

(٣) في بعض الاحيان يسمح المشرع بالحيازة دون الملكية للأثار كما جاء في المادة (١٧/ثالثا/ب) من قانون الاثار والتراث العراقي التي تنص على ما يلي : " المخطوطات والمسكوكات الاثرية المسجلة لدى السلطة الاثارية المرخص بحيازته" .

المبحث الثاني

آثار الأمانة غير العقدية

يترتب على الأمانة غير العقدية مجموعة مهمة من الاثار تتمثل في التزامات الأمين وصاحب الأمانة ، والأسباب التي تؤدي إلى الضمان ، وطرق انتهاء الأمانة غير العقدية ، وهذا ما سيتم تنالوه في المطلبيين التاليين وكما يلي :

المطلب الاول : التزامات الأمين وصاحب الأمانة .

المطلب الثاني : الضمان في الأمانة غير العقدية وطرق انتهائها .

المطلب الاول

التزامات الأمين وصاحب الأمانة

ترتب الأمانة غير العقدية آثارا مهمة على عاتق الأمين وصاحب الأمانة ، وتنطلق هذه الاثار من حيازة الأمين لأموال لا تعود له فيجب عليه المحافظة عليها ، وادائها لصاحبها ، وهذان هما الالتزامان الرئيسيان للأمين ولكن الأمانة قد تنتج التزامات أخرى فرعية كالإعلام والتعريف، ويقابل التزامات الأمين التزامات أخرى تقع على عاتق صاحب الأمانة ، فيجب عليه رد المصاريف والنفقات التي تحتاج اليها الأمانة غير العقدية وقام الأمين بها ، وكذلك يجب ودفع الأجرة على تفصيل سياتي ، واذا ما تعرض الأمين لضرر يجب على صاحب الأمانة التعويض عن ذلك ، وفي بعض الحالات تتطلب اخطار الأمين واخباره فيجب على صاحب الأمانة القيام بهذه المهمة .

وبما ان التزامات احد الأطراف هي حقوق للطرف الاخر ، لذلك سيتم التعرض للالتزامات فقط، ومنهجية التعامل مع احكام الأمانة غير العقدية في الالتزامات هي الرجوع إلى ما نظمه الفقه الإسلامي والقانون من احكام خاصة بها ، ولكن الملاحظ ان الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والمقارن لم ينظما اكثر احكام الأمانة غير العقدية والتزامات الأطراف لذلك سيتم الاعتماد بالدرجة الأساس على عقود الأمانة خصوصا الوديعة كونها الأقرب مع الأمانة غير العقدية حيث انهما معا من الامانات وغايتهما الأساسية هي الحفظ ، على ان يتم استبعاد الاحكام التي لا تتلائم مع الأمانة غير العقدية وضابطتها ، وسيتم تناول هذا المطلب في الفرعين التاليين :

الفرع الاول : التزامات الأمين .

الفرع الثاني : التزامات صاحب الامانة .

الفرع الأول

التزامات الأمين

يلتزم الأمين بعدة أمور ، تنطلق أساسا من الحالة الواقعية المتمثلة في وجود الشيء محل الأمانة في حيازته وتحت يده ، حيث يلتزم بالمحافظة على الشيء ثم رده إلى صاحبه ان كان موجودا ، فاذا هلك يلتزم ببدله من المثل او القيمة مع تحقق احد أسباب الضمان ، لذلك فان التزامات الأمين هي :

أولا - المحافظة على الشيء :

يعد هذا الالتزام امرا ضروريا لبقاء أموال صاحب الأمانة ورعايتها ، وورد هذا الالتزام في الشريعة الإسلامية والقانون على من وقعت في يده اموالا تعود لغيره [١] حيث ان حفظ الشيء من الالتزامات الجوهرية في الامانات العقدية [٢] وغير العقدية على حد سواء .

فيجب في الأمانة الشرعية (غير العقدية) حفظ الشيء محل الأمانة [٣] ، ويعتبر الحفظ في الأمانة غير العقدية التزاما أساسيا لا تبعيا ، حيث تشترك الأمانة غير العقدية في هذه الصفة مع عقد الوديعة حيث انها مقصودة في الأمانة بخلاف الاجارة مثلا فإنها مقصودة في الانتفاع وتقع الأمانة تبعا .

وينطلق واجب حفظ الأمانة في الفقه الإسلامي من عدة نصوص شرعية ، منها ما ورد في القرآن الكريم وأخرى وردت في السنة الشريفة ، ومن النصوص القرآنية التي امرت بحفظ الأمانة قوله تعالى : {وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ } [٤] حيث ان الوارد في الآية لكل ما ائتمن عليه الانسان من مال ونحوه ، وجمعت لفظ الامانة للدلالة على اقسام الامانات ين الناس [٥] فيدخل تحت عمومها الأمانة غير العقدية فيجب رعايتها وحفظها .

وورد من السنة الشريفة أيضا تأكيد على حفظ الأمانة حيث ورد عن ابي عبد الله الصادق (عليه السلام) انه قال : " قال رسول الله (صلى الله عليه واله) : ليس منا من اخلف الأمانة ، وقال : قال رسول الله (صلى الله عليه واله) : الأمانة تجلب الرزق والخيانة تجلب الفقر" [٦] ، وورد عن انس بن مالك قال : " ما خطبنا نبي الله صلى الله عليه [واله] وسلم الا قال : لا ايمان لمن لا امانة له ، ولا دين

---

(١) محمد قاسم عبد الحميد ، الضمان الطولي في نطاق المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة في القوانين المدنية والفقه الاسلامية) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، العراق ، ٢٠١٥ ، ص١٣٠ .
(٢) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، المصدر السابق ، ص ٣٥ .
(٣) السيد محمد رضا الگلپايگاني ، المصدر السابق ، ص٢٣ .
(٤) سورة المؤمنون ، الآية (٨) .
(٥) العلامة محمد حسين الطباطبائي ، الميزان في تفسير القران ، ج١٥ ، ط١ ، مطبوعات دار الاندلس ودار الاميرة ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ١٠ .
(٦) الشيخ محمد بن يعقوب الكليني ، المصدر السابق ، ص ٦٦١ ، ح ٧.

لمن لا عهد له" [1] ، واحاديث رعاية الأمانة والمحافظة عليها وردت بكثرة في مصادر المسلمين جميعا ، وهذا ان دل على شيء فانه يدل على قيمة الأمانة ومكانتها السامية في الإسلام .

اما في القانون فيمكن تقسيم موقف القانون المدني العراقي والمصري والاماراتي من حيث درجة بيان هذا الالتزام على ما يلي :

أ - بيان وجوب هذا الالتزام على الأمين غير العقدي : لم يتعرض القانون المدني العراقي والمصري والاماراتي للحفظ كإحدى التزامات الأمين غير العقدي ، وعدم التعرض نتيجة طبيعة لخلو هذه القوانين من احكام خاصة تنظم التزامات الأمين غير العقدي .

ب - بيان وجوب هذا الالتزام على الأمين عموما : تعرض قانون المعاملات المدنية الاماراتي لذلك بشكل صريح حيث نصت المادة (٣٠٩) منه على ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال " .

اما القانون المدني العراقي على الرغم من كونه اكثر القوانين تعرضا لذكر الأمانة غير العقدية لكنه لم ينص بشكل صريح على هذا الالتزام ، نعم يمكن التوصل اليه من خلال الدلالة الالتزامية لما ورد في المادة (١/٤٢٧) من القانون المدني العراقي التي تنص على ما يلي : " تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد امانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك " حيث ان لازم عدم تملك الشيء وهو تحت يد الشخص الذي وصفته المادة بكونه نائبا عن المالك ان يلتزم بالمحافظة على الشيء والا اعتبر ضامنا ، ولم يبين القانون المدني المصري وجوب الحفظ على الأمين.

ج - القوانين التي بينت هذا الالتزام من خلال التعرض لتطبيقات الأمانة : تناول القانون المدني العراقي والمقارن وجوب الحفظ على عاتق الأمين من خلال ذكر موارد عدة للأمانة - عقدية كانت ام غير عقدية - اوجبت فيها الحفظ على الأمين ، ومن ذلك ما جاء في الوديعة التي تعد من موارد الامانة التي يلتزم فيها الوديع بحفظ العين ، حيث نصت المادة (٩٥١) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " الايداع عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم الا بالقبض " ، وكذلك نصت المادة (٧١٨) من القانون المدني المصري على ما يلي : " الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلمً شيئا من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يردهً عينا " ، ونصت المادة (٩٦٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : "١- الايداع عقد يخول به المودع شخصا آخر حفظ ماله ويلتزم هذا الشخص بحفظ هذا المال ورده عينا . ٢- والوديعة هي المال المودع عند أمين لحفظه " ، ومن ذلك يتبين ان القانون المدني العراقي والمصري والاماراتي اوردا هذا الالتزام على الامين وان كان ذلك بمستويات متفاوتة .

---

(١) احمد بن محمد بن حنبل ، مسند أحمد بن حنبل ، ج١٩ ، ط١ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص٣٧٥ - ٣٧٦ ، ح ١٢٣٨٣ .

وتوجد العديد من النقاط المرتبطة بالالتزام بحفظ الشيء محل الأمانة غير العقدية سيتم تناولها ووفقا للضابطة المذكورة - في مقدمة هذا المطلب - من اعتماد الاحكام الأساسية الموجودة في عقد الوديعة مع خلو النص القانوني من التعرض لهذه المسائل ، وكما يلي :

١- تحقق قصد الحفظ :

ان القصد هو العزم على القيام بالتزام ما [١] ، والقصد كيفية نفسانية تتحقق مع العزم على التوجه نحو عمل معين [٢] ، وللقصد تأثير فيما يخص تحقق الأمانة عقدية وغير عقدية ، وقد نصت المادة (١/٤٢٧) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد امانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك " .

والقصد المعتبر هنا هو قصد الأمين الذي يحفظ المال للمالك ومن دون ان تكون لديه نية التملك والاستئثار بالشيء لا مستقلا ولا مجتمعا مع قصد الحفظ ؛ لان قصد التملك والحفظ متناقضان ولا يجتمعان في وقت واحد ، حيث ان صاحب قصد التملك هو ضامن اما صاحب قصد الحفظ هو امين [٣] ، ولم يتعرض القانون المدني المصري وقانون المعاملات الإمارتي لقصد الحفظ ، ولكن هذا لا يعني انهما لا يشترطانه ؛ حيث ان قصد التملك لا يتناسب مع يد الأمانة فلا بد من انتفائه حتى وان لم يتم النص عليه صراحة .

وقد تقدم الكلام عن انتفاء قصد التملك وتحقق قصد الحفظ عند الكلام عن شروط الأمانة غير العقدية ، وبينا هناك موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والمقارن من هذا القصد بالتفصيل .

٢- كيفية الحفظ :

لا خلاف في الفقه الإسلامي حول ضرورة المحافظة على العين ، أيا كان نوع اليد سواء اكانت يد ضمان ام يد امانة [٤] ولكن كيف يكون هذا الحفظ ؟ في الجواب عن ذلك فان الحفظ يتبع طبيعة الشيء محل الأمانة ، ويكون كما يحفظ مال نفسه [٥] ، حيث يتخير الامين الطريق الأنسب في الحفظ مما يبعدها عن الضرر والتلف .

ولم ينظم القانون المدني العراقي والمقارن كيفية حفظ الأمانة غير العقدية ، مما يقتضي اعمال الضابطة المتقدمة وهي الرجوع إلى عقد الوديعة ، والقاعدة في كيفية حفظ الوديعة تقضي انه يجب على

---

(١) د علي محي الدين علي ، المصدر السابق ، ج١ ، ص ٢.

(٢) د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، بلا طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص٣٧ .

(٣) ساكار صباح ياسين كريم ، الخيانة في بيوع الأمانة (دراسة تحليلية في القانون المدني) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، العراق ، ٢٠١٠ ، ص ١٤ .

(٤) محمد قاسم عبد الحميد ، المصدر السابق ، ص١٣١ .

(٥) انظر : محمد بن علي بن محمد الحِصْني الحنفي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ٥٥١ .

الوديع ان يضع الوديعة في حرز مثله [١] وهذا الاتجاه هو ذاته الذي ذهب اليه الفقه الإسلامي ومجلة الاحكام العدلية الملغية [٢] الذي لم يحدد طريقة معينة للحفظ وانما يتبع طبيعة الشيء الذي يوضع في حرز المثل ونتيجة لذلك فهو لا يضمن الا مع حصول سبب الضمان [٣] فقد يكون حفظ الشيء عبر المحافظة على اسراره وعدم افشائها ، فيكون الالتزام بحفظ الأمانة غير العقدية هو التزام بالسرية ، كما اذا كانت الأمانة داخل ظرف فيه رموز ومعلومات سرية فان الأمين يلتزم الا يخرجه للعلن .

وضابط حرز المثل - الوارد في الفقه الإسلامي والقانوني - عرفي بحسب عادة الناس وما هو المناسب لحفظ الأموال بحسب ثمنها وكثرتها والبلاد التي فيها والازمنة والامكنة وكثرة السرقة ونحو ذلك [٤].

ومما تقدم يتبين لنا ان الأمين غير العقدي يتخير انسب الطرق وما جرى عليه العرف في حفظ مثل الشيء الذي عنده ، فاذا كان موضوع الأمانة شيء حي وكان يتطلب ظروف واجواء بيئية او صحية معينة يجب عليه توفيرها ، واذا كانت الأمانة من الأشياء غير الحية فيتبع طبيعة الشيء من توفير أجواء الحرارة او البرودة او درجة الرطوبة وغير ذلك ، وقد تكون الأمانة من قبيل الذهب والنقود فتوضع في المصرف او قاصة او ما يماثلها ، وقد يكون جهازا كهربائيا فيوضع بالمخزن ، وهكذا تكون كيفية الحفظ تبعا لخصوصيات الشيء وما تعارف في حفظ مثله .

---

(١) نصت المادة (١/٩٥٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " يجب على الوديع ان يعتني بحفظ الوديعة كاعتنائه بحفظ ماله وان يضعها في حرز مثلها " .
ونصت المادة (١/٩٦٧) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " يجب على المودع عنده أن يعنى بحفظ الوديعة عناية الشخص العادي بحفظ ماله وعليه أن يضعها في حرز مثلها " .
ونصت المادة (١/٩٥٢) من القانون المدني المصري على ما يلي : " يجب على الوديع ان يعتني بحفظ الوديعة كاعتنائه بحفظ ماله وان يضعها في حرز مثلها " .
(٢) نصت المادة (٧٨٢) من مجلة الاحكام العدلية الملغية على ما يلي : " يلزم حفظ الوديعة في حرز مثلها . بناء عليه : ووضع مثل النقود والمجوهرات في اصطبل الدواب او التبن تقصير في الحفظ ، وبهذه الحال اذا ضاعت الوديعة او هلكت يلزمه الضمان" .
(٣) انظر : موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، ج١٢ ، ط٣ ، عالم الكتب ، الرياض ، ١٩٩٧ ، ص ٥٥٠ .
عبد الرحمن احمد بن رجب الحنبلي ، المصدر السابق ، ص ٧٢ .
أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي ، مجمع الضمانات في مذهب الامام ابي حنيفة النعمان ، المجلد ١ ، ط١ ، دار السلام ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ١٩٨ .
سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدمشقي ، اللباب في علوم الكتاب ، ج٧ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص ٣٣١ .
محيي الدين يحيى بن شرف النووي الشافعي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ج٤ ، ط٣ ، المكتب الإسلامي، بيروت ، دمشق ، عمّان ، ١٩٩١ ، ص٣٢٥ .
السيد عبد الله فضل الله فحص الحسيني ، المصدر السابق ، ج١٧ ، ص ٨٤ و ١٠٦ .
(٤) د. نزيه حماد ، عقد الوديعة في الشريعة الإسلامية (عرض منهجي مقارن) ، ط١ ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٣ ، ص ٦٥ .

٣- طبيعة الالتزام بالحفظ :

السؤال الذي يثار هنا هل ان الالتزام بحفظ الأمانة غير العقدية يعد التزاما ببذل عناية ام تحقيق نتيجة ؟ وفي مقام الإجابة يمكن القول ابتداء ان بعض الفقه يذهب إلى ان تمييز الالتزام بتحقيق نتيجة عن الالتزام ببذل عناية من خلال الغاية من الأداء فالالتزام بتحقيق نتيجة يكون اذا كان الأداء بنفسه هو الغاية وهنا لا يعتبر المدين قد وفى بالتزامه إلا إذا تحققت الغاية ما لم يثبت السبب الأجنبي كان خلف عدم التنفيذ او التأخير فيه ، اما الالتزام ببذل عناية فيتحقق فيما اذا كان الأداء بنفسه ليس هو الهدف المقصود ولا يعتبر المدين مخلا بالتزامه الا اذا لم يبذل العناية المطلوبة [١] .

وعند مراجعة النصوص القانونية التي تخص الأمانة غير العقدية نجد ان المشرع لم ينظم هذه الحالة ، وإزاء ذلك بالإمكان سلوك احد هذين الطريقين :

أ - الطريق غير المباشر :

لم يتطرق القانون المدني العراقي والمقارن بشكل مباشر إلى كون التزام الأمين بحفظ الأمانة التزاما ببذل عناية او تحقيق نتيجة ، ولكن بما ان القاعدة العامة في يد الأمانة انها لا تضمن الا مع التعدي والتقصير فان هذا يعني انه وبشكل غير مباشر ان المشرع لم يجعل الالتزام بتحقيق نتيجة ؛ لان الآخذ اذا لم يثبت عليه التعدي او التقصير لا يضمن وان تلف الشيء او هلك في يده ، أي لم يحقق النتيجة .

وإلى ذلك اشارت المادة (٢/٩٥٠) من القانون المدني العراقي حيث نصت : "الامانة غير مضمونة على الامين بالهلاك، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه ام لا، وانما يضمنها اذا هلكت بصنعه او بتعد او تقصير منه" .

وذهب المشرع المدني الاماراتي إلى ذات مسلك المشرع العراقي حيث نص بشكل غير مباشر إلى مقدار التزام الأمين وهو بذل عناية لا تحقيق نتيجة ، ونصت المادة (٣٠٩) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال" ، ولا يوجد نص مماثل في القانون المدني المصري لما ورد في القانون المدني العراقي في المادة (٢/٩٥٠) وقانون المعاملات الاماراتي في المادة (٣٠٩) فلابد فيه من اللجوء للطريق الثاني .

ب - الطريق المباشر :

بالرجوع إلى القواعد العامة للالتزام فان القانون اكتفى ببذل العناية اذا كان هنالك التزاما بعمل معين ، والأمانة غير العقدية هي من قبيل الالتزام بالعمل فيكفي بذل العناية فيها لا تحقيق النتيجة .

---

(١) د. احمد السعيد الزقرد ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج١ ، بلا طبعة ، المكتبة العصرية ، المنصورة ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص ١٣-١٣.

وفي ذلك نصت المادة (١/٢٥١) من القانون المدني العراقي على ما يلي: " في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بإدارته او كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود " .

ونصت المادة (٢١١) من القانون المدني المصري على ما يلي : " ١- في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفي بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. ٢- وفي كل حال يبقي المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم " .

ونصت المادة (٣٨٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي: "١- اذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك . ٢- وفي جميع الأحوال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم " .

ومما تقدم يتبين بان مؤدى الطريقان واحد هو ان التزام الأمين غير العقدي وجوب بذل العناية دون تحقيق نتيجة .

٤- مقدار العناية المطلوبة في الحفظ :

السؤال الذي يتم طرحه هنا هل العناية المطلوبة من الأمين غير العقدي في حفظ الأمانة عناية الشخص المعتاد او غيرها ؟ وفي مقام الجواب عن ذلك فان القانون المدني العراقي والمقارن لم يتطرق إلى مقدار العناية التي يلزم بذلها من قبل الأمين ، والطريق للوصول اليها هو اعمال الضابطة المتقدمة عن طريق اللجوء إلى احكام الوديعة ، والواجب فيها على الأمين ان يبذل العناية اللازمة في شؤونه الشخصية ، وفي ذلك نصت المادة (١/٩٥٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " يجب على الوديع ان يعتني بحفظ الوديعة كاعتنائه بحفظ ماله وان يضعها في حرز مثلها " [1] ، والمادة (٧٢٠) من القانون المدني المصري على ما يلي : "١- إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله ، دون ان يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد. ٢- أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد " ، وأكدت حكم الفقرة الأولى من المادة (٧٢٠) ما جاء في المادة (١/٩٥٢) من ذات القانون نصت على ما يلي : " يجب على الوديع ان يعتني بحفظ الوديعة كاعتنائه بحفظ ماله وان يضعها في حرز مثلها " ، اما قانون

(١) وهذا الحكم ينسجم مع ما جاء في المادة (١/٢٥١) من القانون المدني العراقي التي تنص على ما يلي : " في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بإدارته او كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود " .

المعاملات المدنية الاماراتي فقد نصت المادة (١/٩٦٧) منه على ما يلي : " يجب على المودع عنده أن يعنى بحفظ الوديعة عناية الشخص العادي بحفظ ماله وعليه أن يضعها في حرز مثلها ".

ومما تقدم يمكن ملاحظة ما يلي :

أ - ان موقف القانون العراقي والمقارن واحد من حيث جعل المقدار الواجب بذله على الأمين من العناية هو ما يبذله في شؤونه الشخصية .

ب - ان موقف الفقه الإسلامي هو جعل مقياس حفظ الشيء هو الشخص المعتاد والمتوسط في جميع الصفات ، والمحاط بالظروف الخارجية للفاعل ولكن هذا في يد الأمين المأجور ، اما يد الأمين غير المأجور كالوديعة والوكالة غير المأجورة فمعيار الحفظ فيها هو ما يبذله عناية الشخص في أمواله ، واذا كان حريصا بشكل يفوق الشخص المعتاد فلا يطالب الا ببذل عناية الشخص المعتاد [١] وهذا ينسجم مع موقف القوانين المتقدمة .

وتفصيل ذلك ان الأمانة غير العقدية هي لمصلحة صاحب الأمانة كما في الوديعة ، وليس لمصلحة الأمين كما في العارية ، فاذا كان الامر كذلك فلا يطلب الفقه الإسلامي وكذلك القانون اكثر ما يبذله في حفظ ماله تخفيفا وتيسيرا له ، وتترتب على ذلك نتيجتين مهمتين هما :

- اذا كان ما يبذله الأمين في حفظ ماله هو اقل من الرجل المعتاد فليس عليه الوصول إلى الرجل المعتاد، ويكفي ما يبذله في شؤونه الخاصة .

- اذا كان ما يبذله الأمين في حفظ ماله هو اكثر من الرجل المعتاد فلا يكلف الا بمقدار الرجل المعتاد .

(١) د. ليلى عبد الله سعيد ، يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص٣٦٠.

ومن ذلك يتبين ان الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والمقارن قد جمع بين المعيار الشخصي والموضوعي بالتعامل مع حفظ الأمانة غير العقدية [١] وهذا التوجه هو سليم ينطبق مع كون الأمين يقوم بعمل يعود بالنفع بالدرجة الأساس على صاحب الأمانة ، فلابد ان يخفف عنه ، ولكن مع ذلك فان المشرع لم يضيع حق صاحب الأمانة بان جعل مسؤولية الأمين متحققة مع التفريط او التعدي في الحفظ.

ج- ان الوصول إلى مقدار العناية اللازمة على المدين له دور مهم في تحديد متى يكون المدين مخطأ وتتحقق مسؤوليته [٢] .

٥- الاستنابة في الحفظ :

في بعض الأحيان قد يقوم الأمين غير العقدي باللجوء إلى شخص اخر لحفظ الأمانة ، فما هو الحكم في ذلك ؟ في الجواب عن ذلك فانه في الفقه الإسلامي ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الاستنابة في الحفظ اذا تم ايداعها عند امين كالزوجة والخادم ، أي يلتزم بحفظ مال غيره كما يحفظ ماله وخالفهم الشافعية فلم يُجيزوا الاستنابة في الحفظ الا بعد الحصول على اذن من المالك او في حال الاضطرار لان المستودع رضي بأمانته لا امانة غيره [٣] .

ولم ينظم القانون المدني حكم الاستنابة في حفظ الأمانة غير العقدية ، مما يقتضي اللجوء إلى احكام الوديعة التي تباينت فيها موقف القوانين ، وسيتم التعرض لها كما يلي :

أ - موقف القانون المدني العراقي هو جواز استنابة المودع لشخص اخر بالحفظ ، ولكن شرط لذلك امرين هما :

- ان يكون المناب شخص مؤتمن حيث لا يجوز حفظ الوديعة عند غير من يأتمنه المودع عنده الا بعذر [٤] .

- ان لا يكون هنالك شرط يمنع المودع عنده من الاستنابة في الحفظ [٥] .

---

(١) د. ليلى عبد الله سعيد ، النظرية العامة لضمان اليد (دراسة في الفقه الإسلامي والقانون) ، ط٢ ، الجيل العربي ، الموصل ، العراق ، ٢٠١٠ ، ص ١٤٣-١٤٦.

(٢) ساكار صباح ياسين كريم ، المصدر السابق ، ص ١٨ .

(٣) د. نزيه حماد ، عقد الوديعة في الشريعة الإسلامية (عرض منهجي مقارن) ، مصدر سابق ، ص ٦٧-٦٩ .
محمود بن أحمد بن موسى الغيتابى الحنفى ، البناية شرح الهداية ، ج١٠ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ١٠٩ .

(٤) حيث نصت المادة (٢/٩٥٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي :" وله ان يحفظها بنفسه او بمن يأتمنه على حفظ ماله عادة، وله ان يحفظها عند غير امينه بعذر " .

(٥) نصت المادة (٩٥٩) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " اذا اشترط في عقد الوديعة شرط على الوديع وكان الشرط مفيداً ومراعاته ممكنة وجب اعتباره والعمل به، وان كان غير مفيداً او كان مفيداً ولكن مراعاته غير ممكنة فهو لغو لا يعمل به " .

ب - موقف القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي منع الاستنابة بالحفظ ، وجوزه في حالتين هما :

- عند الاضطرار بسبب وجود ضرورة ملجئة عاجلة .

- عند الحصول على الاذن الصريح من المودع [١] .

والملاحظ ان القانون المدني العراقي لم ينص على وجوب الحصول على الاذن من المودع للاستنابة في الحفظ كما هو موقف القانون المدني المصري والاماراتي ، نعم ان للحصول على الاذن له ثمرته في الضمان ، حيث ان من اودعها عند احد بإذن من صاحبها لا يضمن لخروج الشيء من عهدته ، اما اذا اودعها عند من لا يأتمنه فانه يكون معرضا للضمان [٢] .

والملاحظ أيضا ان موقف القانون المدني العراقي يتفق مع جمهور فقهاء المسلمين ، اما القانون المدني المصري والاماراتي فقد ذهبوا إلى ما ذهب اليه الفقه الشافعي .

ومما تقدم يتبين ان الاستنابة في حفظ الأمانة غير العقدية يمكن ان تتحقق في الحالات الآتية :

- اذا كان شخص المنوب امينا ولا يقل حرصا عن الشخص المعتاد .

- اذا اضطر الأمين إلى جعل الأمانة غير العقدية عند شخص اخر .

ومن غير المتصور حصول الاتفاق بين صاحب الأمانة والأمين على الاستنابة في الحفظ ؛ لان ذلك يتحقق في الأمانة العقدية دون غير العقدية التي تحصل من غير إرادة الطرفين .

٦- زوائد الشيء :

وفي موضوع التعرض لالتزام الأمين بحفظ الأمانة غير العقدية لابد من بيان حكم زوائد الشيء وهل هي داخلة في ضمن التزام الأمين بالحفظ ام بإمكان الأمين اخذها والتصرف بها ؟ في الجواب عن ذلك يمكن القول ان القاعدة في زوائد الشيء انها تتبع الأصل ، فان كانت اليد يد امينة فان تلك الزوائد امانة أيضا وان كانت ضمان فهي مضمونة ، فالفرع يتبع الأصل ، وهذا القول لجمهور الفقهاء المسلمين الا الأحناف ، حيث ذهبوا إلى كون اليد على الزوائد يد امانة حتى لو كان الأصل مضمونا ؛ لان الفعل

---

(١) نصت المادة (٧٢١) من القانون المدني المصري على ما يلي : "ليس المودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة " .
ونصت المادة (١/٩٦٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة عند غيره بدون اذن من المودع الا اذا كان مضطرا وعليه استعادتها بعد زوال السبب " .
(٢) نصت المادة (٩٥٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " ١- اذا اودع الوديع الوديعة عند احد بإذن صاحبها خرج من العهدة وصار الثاني وديعاً. ٢- وان اودعها بلا اذنه عند من لا يأتمنه عادة وهلكت بتعدي الوديع الثاني، فلصاحبها الخيار ان شاء ضمن الوديع الاول او الثاني فان ضمن الاول فله الرجوع على الثاني وان ضمن الثاني فلا رجوع له على احد، وان هلكت عند الثاني بدون تعديه وقبل مفارقة الاول فلا يضمن احد منهما، وان هلكت بعد مفارقته فلصاحبها ان يضمن الوديع الاول دون الثاني " .

غير مشروع كالغصب لم يقع على الزوائد لأنها متأخرة عنه ، وكذلك فان الأصل عندهم في اليد الأمانة الا مع وجود الدليل على الضمان [١] ولم يذهب القانون المدني العراقي إلى ما ذهب اليه الأحناف بل اخذ بموقف الجمهور من اعتبار زائد المال المضمون مضمون أيضا [٢] .

ولم ينظم القانون المدني العراقي والمقارن مسألة زوائد الشيء في الأمانة غير العقدية ، وبالرجوع إلى احكام الوديعة نجد ان القانون المدني العراقي قد بين ان للمودع ان يطلب رد الوديعة مع زوائدها من الوديع، مما يعني وجوب المحافظة على الوديعة مع زوائدها لأنها أمنة في يد الوديع ، وهذا ما جاء في المادة (١/٩٦٩) التي نصت على ما يلي : " للمودع في كل وقت ان يطلب رد الوديعة مع زوائدها ، كما ان للوديع ان يطلب ردها متى شاء" .

ولم يختلف موقف قانون المعاملات المدنية الاماراتي من اعتبار الزوائد والثمار من ضمن موارد الامانة في الوديعة فيجب ردها إلى صاحبها ، وفي ذلك نصت المادة (٩٥٨) منه على ما يلي : " على المودع عنده رد منافع الوديعة وثمارها إلى المودع " .

ولم يتطرق القانون المدني المصري لحكم زوائد الوديعة مما يقتضي اللجوء إلى القواعد العامة التي تقضي برجوع الثمار والمنتجات وغيرها من الزوائد إلى المالك حيث نصت المادة (٨٠٤) منه على ما يلي : " لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك " ووفقا لهذا النص فان الزوائد تكون محلا للأمانة كما هو اصل الشيء ، فيجب ارجاعها إلى صاحبها .

ومما تقدم يتضح لنا الأمور الآتية :

- ان زوائد الشيء تعد من موارد الأمانة غير العقدية كما هو الأصل .

- يجب على الأمين رد الزوائد والثمار إلى صاحب الشيء ، كما يجب رد ذات الشيء أيضا .

- تتبع زوائد الشيء من حيث الضمان وعدمه ، صفة يد الأصل فان كانت يد امانة فالزوائد لا تضمن بلا تعدي وتفريط ، وان كان صفة يد الأصل بد ضمان فإنها تكون مضمونة .

ثانيا - رد الشيء :

يجب على الأمين ان يبادر برد الأمانة إلى صاحبها ، وأداء الأمانة هي غاية الأمانة غير العقدية ، حيث ان وقوع الأمانة تحت يد الأمين ليس لغرض التسلية وانما للحفظ والرد ، والالتزام بالحفظ لا يكون له معنى ان لم يكن معه قصد رد الأمانة إلى صاحبها .

---

(١) د. ليلى عبد الله سعيد ، يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص ٣٦٠ -٣٦١ .

(٢) نصت المادة (١٩٦) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " زوائد المغصوب مغصوبة مثله فإذا هلكت ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان " .

وينطلق وجوب رد الأمانة إلى صاحبها من حكم العقل بقبح الخيانة والاستيلاء على الأموال التي تعود للغير بغير رضا منهم ، ويقضي بضرورة المسارعة في أداء ما وقع تحت يده .

واكد هذا الحكم الموافق لفطرة الانسان والعقل القرآن الكريم في عدة آيات منها قوله تعالى : {إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلى أَهْلِهَا} [١] ، وقوله تعالى : {فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللّهَ رَبَّهُ} [٢] .

وورد أيضا في ضرورة أداء الأمانة واهميته في السنة الشريفة للمعصوم عدد كبير من الروايات التي تحث على أداء الأمانة وما تجلبه من منافع دنيوية وأخروية ، وتحذر في نفس الوقت من الاثار السيئة على مستوى الفرد والمجتمع عند التهاون في أداءها ، ومن ذلك ما ورد عن الامام امير المؤمنين (عليه السلام) حيث قال : " أُقسم لسمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) يقول لي قبل وفاته بساعة مراراً ثلاثاً : يا أبا الحسن، أدِّ الأمانة إلى البرّ والفاجر في ما قلّ وجلَّ حتّى في الخيط والمخيطِ"[٣] ، وكذلك ورد عن رسول الله (صلى الله عليه واله) انه قال : "لا تزال أمّتي بخير ما تحابّوا، وتهادوا، وأدّوا الأمانة، واجتنبوا الحرام، ووقّروا الضَّيف، وأقاموا الصَّلاة وآتوا الزَّكاة، فإذا لم يفعلوا ذلك ابتلوا بالقحط والسِّنين" [٤] .

واكد هذا الامر أيضا القانون المدني العراقي في المادة (٢/٤٢٧) منه التي نصت على ما يلي : "وتنقلب يد الامانة إلى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه " حيث بينت وبشكل صريح ان الامتناع عن ارجاع الأمانة إلى صاحبها وحبسها - من دون وجه حق او من دون الحصول على الاذن من صاحبها - سبب من أسباب الضمان ، وبينت هذه المادة كذلك ان الالتزام برد الأمانة التزام غير مرتبط بقصد التملك حيث انه يجب على الأمين الرد سواء قصد التملك ام لم يقصد ذلك ، وكذلك نصت المادة (٩٧٤) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "١- اذا وجد شخص شيئاً ضائعاً فأخذه على سبيل التملك، كان غاصباً ووجب عليه الضمان اذا هلك ولو بدون تعد. ٢- اما اذا اخذه على ان يراه لمالكه كان امانة في يده ووجب تسليمه للمالك وفقاً للإجراءات التي يقررها القانون " ونلاحظ ان هذه المادة تختص بحالة الضياع وهي احدى صور الأمانة غير العقدية.

وورد كذلك في قانون المعاملات المدنية الاماراتي ضرورة أداء الأمانة لصاحبها والا تتحول يد الأمين إلى يد ضمان حيث نصت المادة (٣٠٩) منه على ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال " .

---

(١) سورة النساء ، الآية (٥٨) .
(٢) سورة البقرة ، الآية (٢٨٣) .
(٣) العلامة محمد باقر بن محمد تقي المجلسي ، المصدر السابق ، ج٧٤ ، ص ٢٧٣.
(٤) الشيخ محمد بن علي بن بابويه القمي الصدوق ، عيون أخبار الرضا ، ج٢ ، ط١ ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص ٢٩ .

ولم يتعرض القانون المدني المصري لحكم خاص بالأمانات ، ويبقى وجوب الرد داخلا اما تحت حكم المادة (٢٠٣) منه التي تحتم على المدين أداء الشيء عينا او دفع التعويض عنه اذا لم يكن فيه ضرر جسيم على الدائن وكان الدفع العيني مرهقا للمدين [١] ، او تحت حكم الوديعة في المادة (٧٢٢) منه التي تحكم بوجوب تسليم الودية إلى صاحبها [٢] ، مع التنبيه على ان الاتفاق مع الطرف الاخر او الطلب منه وكذلك الضمان المطلق بغير سبب امر لا ينسجم مع احكام الأمانة غير العقدية ، حيث تجب الفورية في الرد وان لم يكن هنالك اتفاق او طلب كما سنرى ، وكذلك لا يكلف المدين الأمين بالتعويض اذا تلفت الأمانة او هلكت الا بحصول سبب للضمان كالتعدي والتفريط .

ويجب على الأمين رد الأمانة وزوائدها التي وجب عليه حفظها بالالتزام السابق [٣] ، وتوجد عدة مسائل مرتبطة برد الأمانة غير العقدية سيتم تناولها كما يلي :

١- المبادرة إلى رد الأمانة غير العقدية :

من خصائص الأمانة غير عقدية ان الأمين يلتزم برد المال إلى صاحبه من دون ان يتوقف ذلك على مطالبة صاحب الامانة ، فوقت رد الأمانة هو فوري وتجب المبادرة فيه إلى الرد ، ويعود السبب في ذلك لأمور هي :

- ان صاحب الأمانة لم تنصرف ارادته إلى إبقاء الأمانة بيد الأمين حتى يكون للأمين إبقاء الأمانة عنده إلى ان يطلبها المالك .

- ان حيازة الأمين لم تكن بعلم المالك [٤] او حتى اذنه ، فكان لزاما ان يكون الرد فوريا ومن دون الحاجة إلى مضي مدة معينة [٥] .

- ان قاعدة اليد (على اليد ما اخذت حتى تؤدي) تقتضي ضمان صاحب اليد مطلقا ، ولكن قاعدة الأمانة (الأمين لا يضمن الا مع التعدي والتفريط) واردة وحاكمة على قاعدة اليد ، ومقتضى ذلك هو (ان يد الأمين لا تضمن الا مع التعدي والتفريط) ، ومن ثم فان رفع الضمان عن الأمين على خلاف

---

(١) نصت المادة (٢٠٣) من القانون المدني المصري على ما يلي : " ١- يجبر المدين بعد أعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متي كان ذلك ممكنا. ٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ،إذ كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما " .

(٢) نصت المادة (٧٢٢) من القانون المدني المصري على ما يلي : " يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء فى أي وقت ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع ".

(٣) واذا كان الشيء من قبيل السهم والسند فانه يجب رد الأوراق التي تمثل السند او السهم والتي يكون لها ذاتيتها الخاصة ورقم خاص يميزها .

(٤) د. عادل شمران ، المصدر السابق ، ص ١٢٨ .

(٥) د. ليلى عبد الله سعيد ، يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص٣٣١.

قاعدة اليد ، فنقتصر على القدر المتيقن من الرفع وهو وجوب الرد والمبادرة اليه من دون تأخير وان لم يطب صاحب الأمانة ذلك [١].

لذا فان القاعدة في رد الأمانة غير العقدية - الشرعية كما يطلق عليها في الفقه الامامي - تختلف عن الأمانة العقدية - المالكية - ، حيث ان الأمين في حالة الأمانة المالكية لا يلتزم برد المال إلى صاحبه الا بعد مطالبته بإرجاع المال اليه او في المدة المتفق عليها ، اما في الأمانة الشرعية فان الأمين يرجع المال إلى مالكه ولو من دون مطالبته بالإرجاع [٢] .

وورد في الفقه الإسلامي ان من حكم الأمانة الشرعية (غير العقدية) وجوب المبادرة إلى ردها حتى وان لم يحصل الطلب من المالك [٣] لعموم وجوب رد الأمانة الظاهر في الفورية [٤] فيجب على الأمين في الأمانة الشرعية اعلام المالك بوجود الشيء عنده ، كما إذا علم أن هذه اللقطة التي وجدها والتقطها لزيد مثلا، فإما ان يعلم زيد بصورة خاصة كما اذا قال له أن مالك الفلاني عندي ، أو بصورة عامة كما إذا التقط شيئا ولا يعرف صاحبه فيعرف بصورة عامة ويقول : من ضاع عنه الشيء الفلاني يأتي ويأخذه مني ، والسر في المبادرة إلى رد الأمانة الشرعية إلى صاحبها دون المالكية ؛ هو أن الأمانة المالكية بإذن المالك ، فإن رجع المالك عن إذنه لا بد وأن يعلمه، والمطالبة يدل على عدم إذنه في البقاء عنده ورجوعه عن إذنه حين المطالبة ، وأما الأمانة الشرعية فليست في يده بإذن المالك، بل ربما لا اطلاع للمالك أنه عنده والشارع أذن له أن يكون عنده إلى أن يوصل إلى صاحبه ، ومعلوم أن كون مال الغير تحت يده لا بد وأن يكون بإذن مالكه، وإذن الشارع وإن كان كافيا لأن الله ورسوله أولى بالمؤمنين من أنفسهم، إلا أن إذن الشارع ليس مطلقا، بل يكون لضبطه وحفظه إلى أن يوصل إلى صاحبه في أول أزمنة إمكانه، فلا يجوز انتظاره إلى أن يطالبه، بل غالبا في اللقطة وأمثالها من الأمانات الشرعية لا اطلاع للمالك كي يطالبه [٥] .

ولم ينظم القانون المدني العراقي والمقارن هذه المسالة ، ولكن نستطيع الذهاب في القانون مع ما ذهب اليه الفقه الإسلامي في ضرورة المبادرة ، فعند الرجوع إلى المادة (٢/٩٥٠) من القانون المدني العراقي نجد انها قد تناولت ضمان الأمين ونصت على ما يلي : "... وانما يضمنها اذا هلكت بصنعه او بتعد او تقصير منه " ومن خلال النص يتبين ان الأمين يضمن اذا لم يبادر إلى الرد ؛ لان من صور التقصير هو التأخير في الرد ، وذات الأسباب الثلاثة المتقدمة تذكر هنا أيضا .

اما القانون المدني المصري فلا يوجد فيه نص مماثل لما ورد في المادة (٢/٩٥٠) من القانون المدني العراقي ، ومن ثم لابد من الرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية ، حيث نصت المادة (١/١٦٣) على ما يلي : " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " ومن هذا النص

---

(١) الشيخ آغا بن عابد دربندى ، خزائن الاحكام ، ج١ ، بلا طبعة ، الحائري ، قم ، ايران ، بلا سنة نشر ، ص ٢٠٠ .
(٢) د. عادل شمران ، المصدر السابق ، ص ١٢٨ .
(٣) السيد عبد الله فضل الله فحص الحسيني ، المصدر السابق ، ج١١ ، ص ٣٢٨.
(٤) الشيخ حسن جعفر كاشف الغطاء ، المصدر السابق ، ج٧ ، ص٣ .
(٥) السيد محمد حسن البجنوردي ، المصدر السابق ، ج٦ ، ص ٩٢-٩٣.

نستطيع القول إلى ان التأخير في الرد هو من أنواع الخطأ ؛ والسبب في ذلك يعود لما تقدم في الأسباب الثلاثة .

اما القانون الاماراتي فقد نصت المادة (٣٠٩) منه على ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الاحوال" ونلاحظ من هذا النص ان المنع من الرد لا ينصرف فقط إلى عدم الرد ، وانما يعتبر التأخير في الرد وعدم المبادرة اليه نوعا من أنواع المنع أيضا وقد تتحول اليد معه الى الضمان ، فالأمين غير العقدي لا يجب عليه رد الشيء فقط ، وانما يجب عليه ان يبادر إلى رده .

٢- الشخص الذي يلتزم الأمين غير العقدي بأداء الأمانة له :

يكون رد الأمانة غير العقدية إلى المالك او من يقوم مقامه من الولي [١] او إلى من قام مقامه من الفقراء او الحاكم [٢] ، وكذلك يمكن تطبيق احكام الوديعة او العارية هنا ، حيث يجب الرد إلى المالك ان كان معروفاً او إلى وليه او وصيه او الحاكم ، فان لم يعرف المالك ولم يوجد من يقوم مقامه تصرف على الفقراء [٣] وهذا ما اعتمده الفقه الإسلامي .

ولم ينظم هذا الحكم القانون المدني العرافي والمقارن في موضوع الأمانة غير العقدية ، وبالرجوع إلى احكام الوديعة وفقا للضابطة المتقدمة نجد ان القانون المدني العراقي قد بين في احكام الوديعة ان الرد يكون على المودع او من يخلفه حيث نصت المادة (١/٩٦١) منه على ما يلي : " إلى الوديع متى انتهى عقد الوديعة ان يرد الوديعة وما يكون قد قبضه من اثمارها إلى المودع او من يخلفه... " ، اما القانون المدني المصري فقد بين ان الرد يكون إلى المودع فقد نصت المادة (٧٢٢) منه على ما يلي : " يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع ..." ، وبالرجوع إلى قانون معاملات المدنية الاماراتي فهو كذلك اوجب الرد إلى المودع فقد نصت المادة (١/٩٧٢) على ما يلي : "على المودع عنده رد الوديعة وتسليمها إلى المودع ... " .

ومما تقدم يتضح ان الأمين غير العقدي يلتزم بالأداء إلى صاحب الأمانة او من يخلفه ويقوم مقامه ، هذا اذا كان معلوما لديه ، اما في حال الجهل بصاحب الأمانة فتجري عليه احكام اللقطة او مجهول المالك [٤] .

---

(١) الشيخ يوسف البحراني ، المصدر السابق ، ج٢١ ، ص ٤١٣.

(٢) السيد محمد جواد الحسيني العاملي ، المصدر السابق ، ج٦ ، ص ٣.

(٣) زين الدين بن إبراهيم بن النجيم المصري ، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٩ ، ص ٢٣٦ .

احمد بن محمد أبو الحسين القدوري ، المصدر السابق ، ج٧ ، ص ٢٩٧ .

(٤) صدر في (١٨) مايو (١٩٨٨) امر عال خاص برد الأشياء والحيوانات الضائعة بعد عرضه على الجمعية العمومية بمحكمة الاستئناف المختلطة ، وهو سار على الأجانب .

ويجب على الأمين ان يقوم بإيصال الشيء إلى صاحبه طبقا لمبدا حسن النية ، وهو من المباديء الأساسية والمهمة بتنفيذ هذا الالتزام ويسود مختلف المعاملات بين الناس ، ومادام هو حسن النية يجب عليه ان يبذل ما بوسعه واستطاعته [١] فعليه ان يجتهد من اجل إيصال الأمانة إلى أصحابها .

ثالثا - التزامات متفرقة :

ومن الالتزامات الأخرى التي تقع على عاتق الأمين غير العقدي هي الاعلام والتعريف والامتناع عن التبديد والاستعمال والتصرف والتملك ، وسيتم تناولها كما يلي :

١- الاعلام والتعريف :

يجب في الامانة غير العقدية المبادرة إلى اعلام المالك [٢] وهذا الاعلام من لوازم رد الشيء ، فان رد الأموال إلى صاحبها يقتضي اعلامه وتسليمها إياه ، وسبب هذا الواجب ان صاحب الأمانة في العادة يجهل ان أمواله تحت يد الأمين ، او يجهل مكان الأمين فلابد للأمين هنا المبادرة إلى اعلامه بوجود الأمانة تحت يده .

والاعلام بالأمانة يكون على نحوين :

أ - بيان بعض اوصاف الشيء وخصوصياته : وذلك في الأحوال التي يشك الأمين بان هذا الشيء يعود لشخص معين ، فعلى الأمين ان لا يفشي كل خصوصيات الأمانة للتحقق من عائديته لهذا الشخص من عدمها .

ومقتضى هذا الامر انه يجب على كل من يعثر على شيء او حيوان ضائع رده إلى صاحبه ، فان لم يتيسر الرد في الحال إلى صاحبه ، يجب عليه ان يسلمه او يبلغ عنه اقرب نقطة بوليس في المدن او العمد في القرى ، وفي المدن يكون التسليم في ظرف ٣ أيام و٨ أيام في القرى .

فان لم يفعل يحرم من المكافاة ويعاقب بدفع غرامة يجوز ابلاغها إلى ١٠٠ قرش (مادة ١) .

واذا لم يطالب المالك الشيء الضائع بحدود سنة او الحيوان المفقود بحدود ١٠ أيام يباع الشيء والحيوان بمعرفة الإدارة في المزاد العمومي ، واذا كان الشيء يتلف قبل السنة فيجوز بيعه في ميعاد اقصر يحدده المحافظ او المدير بحسب الأحوال (مادة٢) .

ولمن يسلم الشيء الضائع او الحيوان حق في مكافأة قدرها عشر القيمة ، واذا استرده المالك فانه يلزم بدفعها بحسب تقدير الإدارة (مادة ٣) .

وثمن الشيء او الحيوان المباع محفوظ على ذمة المالك ٣ سنوات وفي حالة الطلب يلزم بتسليمه اليه بعد خصم مصاريف الحفظ والبيع وقيمة المكافاة المدفوعة لمن عثر على الشيء او الحيوان (مادة ٤) ، وبعد مضي ٣ سنوات من تاريخ البيع يضاف باقي الثمن للحكومة (مادة ٥) .

انظر : د. محمد كامل مرسي بك ، المصدر السابق ، ص ٢٩٥-٢٩٦.

(١) د. محمد حسن عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص ٢٧- ٢٨.

(٢) هناء محمد حسين احمد التميمي ، احكام الأمانة في الفقه الإسلامي ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية العلوم الإسلامية ، جامعة بغداد ، العراق ، ٢٠٠٥ ، ص ٩١ .

ب - بيان الصفات والخصوصيات الكاملة للشيء : وذلك عندما يعلم الأمين بان هذا الشيء يعود لشخص معين ، وقد يحدث ان صاحب الأمانة هو الذي بين الصفات الكاملة للأمين فهنا يجب على الأمين اعلامه بوجود الأمانة لديه ويقوم بردها اليه .

ولم يتطرق القانون المدني العراقي والمقارن لهذا الواجب ولكن خصوصية الرد بالعادة تقتضيه ، فالغالب عند عامة الأشخاص ان يكون الاعلام قبل الرد .

وورد في الفقه الإسلامي إلى ان الواجب على الأمين في الأمانة الشرعية هو الاعلام والتخلية بين صاحب الأمانة والمال بحيث كلما أراد ان يأخذها اخذها ، ومع الجهل بالمالك حيث يتعذر رد الأمانة او اعلامه بها فيجب التعريف والفحص عن المالك كما في اللقطة ومجهول المالك ، وكذلك فان من واجبات المستولي على الامانة هو البحث عن صاحبها المجهول كما في اللقطة والضالّة وغيرهما من مجهول المالك فيجب فيها التعريف والفحص عن المالك على [١] .

٢ - الامتناع عن استعمال الامانة :

ان استعمال الشيء في الأمانة ينطوي على تضييع المال ، ومن صور الاستعمال تأجير السيارة ، او تصور نسخة من أوراق الاختراع التي حصل عليها [٢] ويلاحظ ان الاستعمال محضور على الأمين غير العقدي سواء اكان استعمالا عاديا يقتصر على الانتفاع بالشيء ام استعمالا لا يصدر الا من المالك ، فكليهما لا يمكن للأمين ان يقوم به في الأمانة غير العقدية ؛ لان ذلك خلاف التزامه بالحفظ ، نعم ان الضرورة تبيح استعمال الأمين للشيء ، والضرورات تقدر بقدرها .

٣ - الامتناع عن التصرف بالأمانة :

يمتنع الأمين غير العقدي عموما عن القيام باي نحو من انحاء التصرفات كالبيع او الاجارة والا فعليه الضمان ، فاذا اتجر بالأمانة مثلا فانه يكون مسؤولا عن ذلك ويحتفظ بما ربحه ، ولكن ان الحكم بمنع التصرف لا يشمل جميع صور الأمانة غير العقدية بل يشمل صورة معينة منها كالقهر والغلبة والغلط واللقطة ، اما في صور أخرى فيحق للأمين التصرف كما في الولاية ، فانه يحق للولي التصرف في المال ، وتسري على هذا التصرف القواعد العامة بالعقد من ضرورة توافر الرضا وان يكون خاليا من عيوب الإرادة وكذلك وجود محل وسبب مستوفيا للشروط وكذلك القواعد العامة لبطلان العقد وفسخه تجري ، وكذلك ما يتعلق بآثار العقد وتنفيذه .

وممكن ان يتضمن الالتزام بالمحافظة على الأمانة غير العقدية التزاما يتعلق بعدم استعمال الشيء او التصرف به ، وتم التعرض له هنا صراحة زيادة في البيان .

---

(١) السيد علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، ج٢ ، ص ٢٠٣ .
(٢) د. رضا محمد إبراهيم الشاذلي ، المصدر السابق ، ص ٣٩١.

٥ - تملك الامانة :

كقاعدة عامة ان الأمانة غير العقدية لا تؤدي إلى تملك الشيء ، ولكن توجد بعض التطبيقات الجزئية في الفقه الإسلامي تؤدي في النهاية إلى تملك الأمين غير العقدي للشيء محل الأمانة ، وصورة ذلك اذا لم يكن للمال المُلتَقط علامة يستطيع من خلالها الأمين تعريفه والوصول إلى صاحبه كالمسكوكات المفردة ، فانه يجوز للأمين الملتقط ان يتملك الأمانة ولا فرق في ذلك بين ان تكون قيمة هذه الأموال اقل من الدرهم ام اكثر [١] ولا يوجد نظير لهذا الحكم في القانون العراقي والمقارن .

الفرع الثاني

التزامات صاحب الأمانة

تقع الالتزامات الناشئة عن الأمانة غير العقدية بالدرجة الأساس على عاتق الأمين ؛ لان الغرض والغاية الأساسية منها هي الحفظ والرد وهما من التزامات الأمين غير العقدي ، ومع ذلك فان صاحب الأمانة تقع عليه التزامات أخرى مكملة لالتزامات الأمين ، ومحققة للغرض من الأمانة في الحفظ والرد.

ومن ابرز هذه الالتزامات هي رد المصاريف والنفقات ، ودفع الأجرة ، والتعويض عن الضرر ، والاخطار والاخبار، وسيتم تناولها كما يلي :

أولا - رد المصاريف والنفقات [٢] :

جريا على القاعدة المتقدمة في تطبيق احكام الوديعة على الأمانة غير العقدية الا ما تعارض معها مع خصوصية الأمانة غير العقدية يمكن القول ان من التزامات صاحب الوديعة في الفقه الإسلامي والقانون هي رد المصاريف والنفقات .

فاذا تبين للمودع عنده ان الوديعة بحاجة إلى الانفاق يجب عليه ذلك كمقدمة لحفظها ، ولكن قيد صاحب الجواهر [٣] ذلك الانفاق بالرجوع إلى المالك واستئذانه هو او وكيله فان تعذر رفع الامر إلى الحاكم فان تعذر انفق المودع عنده هو بعد الاشهاد فان تعذر انفق واقتصر على نية الرجوع [٤] وذهب فقهاء المذاهب الإسلامية إلى ما ذهب اليه الفقه الامامي من ان نفقة الوديعة ومصاريفها تلزم المودع لأنه هو صاحب الأموال والمودع عنده متبرع وليس له فيها فائدة [٥] ، ونلاحظ ان هذا التفصيل في

(١) جواد علي التبريزي ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، ط١ ، مدين ، قم ، ايران ، ٢٠٠٦ ، ١٧٠-١٧١ .
(٢) بعض القوانين - كالقانون المدني العراقي والمصري - لم تفرق بين المصاريف والنفقات في الحكم ، والبعض الاخر - كقانون المعاملات المدنية الإمارتي - ميز بينهما كما سيتم بيان ذلك ، وتم عنونة هذا الالتزام بالمصاريف والنفقات للإشارة إلى هذا الامر .
(٣) وهو الشيخ محمد حسن النجفي صاحب كتاب جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ويعد الجواهر من المصادر المهمة لفقهاء الشيعة .
(٤) الشيخ محمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق عليه السلام (عرض واستدلال) ، ج٤ ، ط ٨ ، انصاريان للطباعة والنشر ، قم ، ايران ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٠٢ .
(٥) د. نزيه حماد ، عقد الوديعة في الشريعة الإسلامية (عرض منهجي مقارن) ، مصدر سابق ، ص ٥٧-٥٨.

الانفاق كالرجوع للحاكم او الاشهاد لم يتعرض له القانون المدني العراقي والمقارن ، وكذلك فان الرجوع إلى المالك غير متحقق في الأمانة غير العقدية فيبقى للأمين غير العقدي الرجوع إلى الحاكم وبقية الطرق.

ومما تقدم يتضح ان من التزامات المودع تعويض المودع عنده عما انفقه لان المودع عنده متبرعا فلا يتحمل هذه النفقات [١] فاذا ما انفق شيئا في سبيل الحفظ او الصيانة او المؤونة كطعام الحيوان واجرة الحارس وقسط التأمين وغير ذلك فان المودع يلتزم بردها [٢] ، وجاء في المادة (٨١٩) من مرشد الحيوان ما يلي : "الوديعة التي تحتاج إلى نفقة ومؤنة تكون مصاريف مؤنتها على صاحبها"، وجاء في المادة (٨٧٦) من مجلة الاحكام العدلية الملغية ما يلي : "الوديعة التي تحتاج إلى النفقة كالخيل والبقر نفقتها على صاحبها ... " .

ويعتبر موقف القانون المدني العراقي والمقارن غير بعيد عن موقف الفقه الإسلامي حيث جعل هذه المصاريف على المودع ، وفي ذلك نصت المادة (٩٦٦) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " الوديعة التي تحتاج إلى نفقة ومؤونة تكون مصاريفها على صاحبها ... " ، ونصت المادة (٧٢٥) من القانون المدني المصري على ما يلي : " على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه فى حفظ الشيء ... " .

اما موقف قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد ذهب إلى التفصيل بين النفقات والمصاريف وكما يلي:

أ - النفقات التي ينفقها المودع عنده على الوديعة حال وجود الوديعة عنده : وفيها تفصيل بين ما اذا كانت النفقات بإذن المودع او بإذن من المحكمة او في الحالات الضرورية والمستعجلة فهي على المودع والا اعتبر المودع عنده متبرعا ، في ذلك نصت المادة (١/٩٨٧) منه على ما يلي : " على المودع أن يؤدي إلى المودع عنده ما أنفقه في حفظ الوديعة بإذن المودع " ، ونصت المادة (٩٨٨) منه على ما يلي : "١ - اذا أنفق المودع عنده على الوديعة بغير اذن المودع أو القاضي كان متبرعا. ٢ - الا أنه يجوز للمودع عنده في الحالات الضرورية أو المستعجلة أن ينفق على الوديعة بالقدر المتعارف ويرجع بما أنفقه من ماله على المودع " [٣] .

الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، ج٤١ ، ط١ ، طبعة الوزارة ، الكويت ، ٢٠٠٢، ص ٩٨ .

(١) د. فايز محمد حسين محمد ، الوديعة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية ، ط١ ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠١٢ ، ص١١١ .

(٢) د عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة (الإعارة ، الإيداع ، الحراسة ، المقامرة والرهان ، المرتب مدى الحياة) ، ط١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، بيروت ، ٢٠١٩ ، ص ١٢٦- ١٢٨.

(٣) وفي هذا المجال نلاحظ ان نص المادتين (٩٨٧) و (٩٨٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي متطابقة مع نص المادتين (٨٨٤) و (٨٨٥) من القانون المدني الأردني .

ب - مصاريف رد الوديعة : وتكون على المودع ، حيث نصت المادة (١/٩٨٩) منه على ما يلي : " على المودع مصاريف رد الوديعة ونفقات تسليمها " .

ونلاحظ ان موقف قانون المعاملات المدنية الاماراتي مختلف مع القانون المدني العراقي والمصري بخصوص النفقات حيث ذهب إلى التفصيل بين الاذن من المودع والمحكمة والحالات المستعجلة وبين عدمها ، اما المصاريف فهو متوافق مع القانون المدني العراقي والمصري .

وفي اطار الأمانة غير العقدية فقد يقتضي حفظ الأمانة غير العقدية او أدائها او اعلام صاحبها بها بعض المصاريف المتعلقة بالاتصال والبحث ووسائل النقل وغير ذلك ، لذلك يمكن القول ان هذه المصاريف تكون على صاحب الأمانة لما يلي :

- ان الأمانة غير العقدية كالوديعة تقوم أساسا على مراعاة مصلحة وحفظ أموال صاحب الأمانة ، ويقوم الأمين فيها بدور المحافظ والمؤدي لهذه الأمانة .

- ان هذه المصاريف انفقها الأمين لغاية الحفاظ على أموال صاحب الأمانة ، فليس من الصحيح تحميله مصاريف أموال لا تعود اليه .

- ان الأمين لم يكن سببا في حصول الأمانة غير العقدية تحت يده فلا يتحمل ما يصرفه عليها .

- ان النصوص القانونية المنظمة لعقد الوديعة - الذي تعد احكامه أساسا في الامانات - جعلت هذه المصاريف على صاحبها .

وبذلك فان صاحب الأمانة غير العقدية يلتزم بأداء جميع المصاريف المتعلقة بحفظ الأمانة وصيانتها وتسليمها وغير ذلك من متطلبات الوفاء بها .

ونلاحظ ان في جعل النفقات المتعلقة بالوفاء على صاحب الأمانة خروج على القواعد العامة التي تقضي بجعل نفقات الوفاء على المدين [١] وهو هنا الأمين ، ولكن لخصوصية الأمانة غير العقدية من حيث كونها لمصلحة صاحب الأمانة وليس على الأمين المدين بالوفاء فقد كان الحكم بالنفقات فيها على صاحب الأمانة.

ثانيا - دفع الأجرة :

هل يستحق الأمين غير العقدي الأجرة على ما قام به من حفظ الأمانة وادائها او لا ؟ في مقام الجواب عن ذلك لا بد من القول ان الأصل في الأمانة غير العقدية انها بدون مقابل ، ومع ذلك فانه توجد بعض الحالات التي يمكن ان تخالف هذا الأصل ، وبيانها يقتضي التعرض لحالات أداء الأجرة

---

(١) وفي ذلك نصت المادة (٣٩٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " نفقات الوفاء على المدين، الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص يقضي بغير ذلك" ، وكذلك نصت المادة (٣٤٨) من القانون المدني المصري على ما يلي : " تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " ، وكذلك المادة (٣٦٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " تكون نفقات الوفاء على المدين الا اذا اتفق أو نص القانون على غير ذلك " .

في عقد الوديعة - وفقا للضابطة المتقدمة ، ولان القانون العراقي والمقارن لم يتعرض لذلك - حيث انها في الفقه الاسلامي عقد من عقود التبرعات ليس فيها اجرة في الأصل ، ولكن تكون الوديعة باجر مع حصول الشرط ، وهو قول عموم فقهاء المذاهب الإسلامية [١] .

وفي القانون فان الأجرة تدفع إلى الأمين المودع عنده في حالتين هما :

- عند الاتفاق مع صاحب الأمانة ، وهذا ما جاء في المادة (٩٦٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على ما يلي : " ليس للوديع ان يأخذ اجرة على حفظ الوديعة، ما لم يشترط ذلك في العقد" ، والمادة (٧٢٤) من القانون المدني المصري التي نصت على ما يلي : " الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر ، فإذا أتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه إنهاء الوديعة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك " ، والمادة (٩٦٥) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي التي نصت على ما يلي : " ليس للمودع عنده أن يطلب أجره على حفظ الوديعـة أو أجرة للمحل الذي وضعت فيه الا اذا اشترط ذلك عند الايداع أو جرى عرف خاص به " .

- اذا كان العرف يقرر الأجرة ، وورد ذلك في قانون المعاملات المدنية الاماراتي حيث نصت المادة (٩٦٥) منه على ما يلي : " ليس للمودع عنده أن يطلب أجره على حفظ الوديعـة أو أجرة للمحل الذي وضعت فيه الا اذا اشترط ذلك عند الايداع أو جرى عرف خاص به " .

ولم يتطرق لهذه المسالة كلا من القانون المدني العراقي والمصري ، ولكن وفقا للقواعد العامة في القانون المدني العراقي والمصري بالإمكان احتساب الأجرة بالرجوع إلى العرف ، وفي ذلك نصت المادة (٢/١) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ... " وكذلك المادة (١٦٣) منه نصت على ما يلي : " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ... " ، اما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٢/١) منه على ما يلي : " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ... " [٢] .

وفي الأمانة غير العقدية لا يمكن تصور الاتفاق المسبق بين الأمين وصاحب الأمانة على الأجرة لان الأمانة غير العقدية لم تنشأ عن اتفاق وإرادة الطرفين ، لذلك فان الأمين غير العقدي يستحق الأجرة في هذه الحالات :

---

(١) يَعلى قحطان عبد الرحمن ، الوديعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية الشريعة ، جامعة آل البيت ، الأردن ، ٢٠١٢ ، ص ٢٨.

(٢) مع ملاحظة ان العرف في القانون المدني العراقي والمصري يأتي بالمرتبة الثانية بعد التشريع ، اما في قانون المعاملات المدنية الاماراتي فيأتي بالمرتبة الثالثة بعد التشريع والشريعة الإسلامية حيث نصت المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها . ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة . فإذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الاسلامية على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الامام مالك والامام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الامام الشافعي والامام ابي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة . فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضا مع النظام العام أو الآداب واذا كان العرف خاصا بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الامارة " .

- اذا كان هنالك عرف خاص يقتضي بإعطاء الأمين غير العقدي الأجرة .

- اذا تبرع بها صاحب الأمانة بعد ان رد عليه الأمين أمواله .

- اذا كانت على نحو الإرادة المنفردة كما لو اعلن صاحب الامانة بان من رد عليّ اموالي الضائعة فله اجرة على ذلك .

- اذا نص القانون بذلك ، ففي بعض الأحيان يقرر القانون احتساب اتعاب او أموال للأمين لتشجيعه على رد الأمانة او لقاء ما تكبده من عناء [١] .

ثالثا - التعويض عن الضرر :

قد يسبب حفظ الأمانة غير العقدية الحاق الضرر بالأمين مما يقتضي قيام صاحب الأمانة بتعويض الأمين عن كل ما لحقه من ضرر بسبب الأمانة غير العقدية استنادا الى احكام المسؤولية التقصيرية ، ما لم تكن ناشئة عن تعدي الأمين وتفريطه .

وورد في الفقه الإسلامي ان الضرر هو الحاق مفسدة بالغير او كل إيذاء يلحق الشخص في ماله أو جسمه أو عرضه أو سمعته ، وهو اما ضرر مادي كالضرر المالي والجسمي او ضرر معنوي كالضرر في السمعة او الشتم او الإهانة [٢] وورد في حديث الرسول صلى الله عليه واله : "لا ضرر ولا ضرار" [٣] ومن هذا الحديث وردت لدى الفقهاء المسلمين قاعدة (الضرر يزال) الذي ينبني عليها العديد من الاحكام الفقهية في مختلف أبواب الفقه الإسلامي كالرد بالعيب والخيارات والحجر والشفعة[٤] ومن احكامها أيضا انه يجب على المودع إزالة الضرر الذي تعرض لها المودع عنده بسبب الوديعة ، حيث ان من واجبات المودع عنده في الحفظ هو دفع الضرر عن الوديعة ولكن اذا أدى الدفع إلى ضرر كثير عليه كالجرح وتلف المال فانه لا يتحملها حتى اذا كان بإمكان المودع عنده دفع الضرر [٥] ومن موارد الضرر وجود عيب خفي في الوديعة ينتقل إلى أموال المودع عنده او شخصه ويسبب له ضررا[٦] .

لذلك فان من حق الوديع مطالبة المودع بتعويضه عن الخسارة والضرر ، ويلتزم المودع بالتعويض [٧] وقد تناول القانون المدني العراقي والمقارن هذه الاحكام ، حيث نصت المادة (٢/٩٦٧)

---

(١) وقد مر علينا ذلك في اللقطة عندما تقرر منح الأمين فيها جزء من الأموال في حالات معينة .

(٢) د. حمد بن محمد الجابر الهاجري ، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي ، ط١ ، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع ، السعودية ، ٢٠٠٨ ، ص ٨٣ - ٨٤ .

(٣) ورد هذا الحديث من طرق المسلمين عموما ، وممن روى هذا الحديث :
الشيخ محمد بن يعقوب الكليني ، المصدر السابق ، ص ٧٤٥ ، ح ٢ .
احمد بن محمد بن حنبل ، المصدر السابق ، ج٥ ، ص ٥٥ ، ح ٢٨٦٥ .

(٤) زين الدين بن إبراهيم بن النجيم المصري ، المصدر السابق ، ص ٧٢-٧٣ .

(٥) السيد عبد الله فضل الله فحص الحسيني ، المصدر السابق ، ج١١ ، ص ٣٢٠-٣٢١.

(٦) د. فايز محمد حسين محمد ، المصدر السابق ، ص ١٠٦-١٠٧ .

(٧) د عصمت عبد المجيد بكر ، المصدر السابق ، ص ١٣٢ .

من القانون المدني العراقي على ما يلي : " وعلى المودع بوجه عام ان يعوض الوديع عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة، اذا كانت هذه الخسارة ناجمة عن فعل المودع " ، ونصت المادة (٧٢٥) من القانون المدني المصري على ما يلي : " ... وعليه [المودع] أن يعوضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة " ، والمادة (٢/٩٨٩) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " وعليه ضمان كل ما لحق المودع عنده من ضرر بسبب الوديعة ما لم يكن ناشئا عن تعديه أو تقصيره " ، وكذلك نصت المادة (٩٩٠) منه على ما يلي : " اذا استحقت الوديعة وضمنها المودع عنده حق له الرجوع بما ضمنه على المودع " ، ويتضح من هذه النصوص التطابق بين هذه القوانين في التزام المودع بالتعويض عن الضرر والخسائر.

وان مصدر التزام التعويض في الوديعة هو العقد ذاته حيث ان المودع يجب عليه اخبار المودع عنده بالعيب الخفي كالمرض مثلا كي لا يسبب له ضررا ويتخذ الاحتياطات اللازمة [١] ولكن هذا الأساس خاص بعقد الوديعة ولا ينسجم مع احكام الأمانة غير العقدية لعدم وجود العقد بين الأمين وصاحب الأمانة حتى يكون أساسا ومصدرا للتعويض ، ويبدوا ان أساس التعويض هنا في الأمانة غير العقدية ينطلق مما يلي :

- ان الأمانة غير العقدية ممحضة لمصلحة صاحب الأمانة ولا تعود بالنفع على الأمين .

- ان الأمين لا يسأل الا مع التعدي او التقصير او تحقق احد أسباب الضمان الأخرى ، وفرضنا هنا ان الأمين لم يحصل منه تعد او تقصير .

- ان صاحب الأمانة لو كان موجودا لدفع هو الضرر والخسارة عن ماله ، ولو كان هنالك عقد لاتفق مع الأمين لكي يقوم بدفع الضرر ويتحمل هو ما يصيب الأمين من الخسارة والضرر .

رابعا - الاخطار والاخبار :

ورد في بعض تطبيقات الأمانة غير العقدية في القانون المدني العراقي والمقارن انه يجب على صاحب الأمانة القيام بالإخطار والاخبار عن امانته وصفاتها كي يتسنى له العثور عليها .

وتطبيقا لذلك نجد ان المادة (١/٩٧٣) من القانون المدني العراقي قد نصت على ما يلي : " على النزيل ان يخطر صاحب الفندق بسرقة الشيء او ضياعه او تلفه متى علم بذلك فان ابطأ في الاخطار دون مسوغ سقطت حقوقه " وحالة الضياع هي احدى تطبيقات الأمانة غير العقدية في هذا النص حيث يلتزم صاحب الأمانة بإخطار صاحب الفندق لكي يتسنى له العثور عليها وتسليمها له ، وهذا الاخطار شرط لقيام المسؤولية التي ذكرتها المادة (١/٩٧٢) من ذات القانون حيث نصت على ما يلي : " اصحاب الفنادق والخانات والمئاوي (البنسيونات) فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الاشياء التي يأتي بها النزلاء مسؤولون عن فعل كل رائح او غاد في الفندق او الخان او المئوي ... " ، ونلاحظ هنا ما يلي :

١ - ان التزام صاحب الفندق قد قُرر بنص القانون لا بالاتفاق والعقد مع صاحب الأمانة .

---

(١) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، المصدر السابق ، ص ٨٧ .

٢ - ان على صاحب الأمانة ان يخطر صاحب الفندق ، وكان الاجدر بالمشرع ان يجعل الاخطار غير مختص بصاحب الفندق بل عاما له ولغيره ليتسنى للأمين ان يعثر على صاحب المال بشكل اكبر .

اما في القانون المدني المصري فقد نصت المادة (١/٧٢٨) منه على ما يلي : "على المسافر أن يخطر صاحب الفندق أو الخان بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك فإن أبطأ في الأخطار دون مسوغ سقطت حقوقه" وكذلك المادة (١/٧٢٧) منه على ما يلي : " يكون أصحاب الفنادق والخانات وماثلها فيما يجب عليهم من عناية يحفظ الأشياء التي يأتي بها المسافرون والنزلاء مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان " .

وفي قانون المعاملات المدنية الاماراتي نصت المادة (١/٩٩٤) منه على ما يلي : "على نزلاء الفنادق أو ما يماثلها أن يخطروا أصحابها بما ضاع منهم أو سرق قبل مغادرتها" ، وكذلك المادة (١/٩٩٣) حيث جاء فيها ما يلي : "يعتبر إيداع الأشياء الخاصة بالنزلاء في الفنادق أو ما يماثلها مقروناً بشرط الضمان وعلى أصحاب هذه الأماكن ضمان كل ضياع أو نقص يحل بها" [١] .

ويلاحظ على هذه المواد الآتي :

- ان المشرع في النصوص المتقدمة لم يشمل أصحاب الفنادق فقط وانما أضاف اليها الخانات او ما يماثلها وعلى ذلك يدخل فيها الغرف المفروشة وعربات النوم في السكك الحديد والكرفانات وكبائن السفن والمستشفيات والمصحات و ... [٢] ولكن هذا على ما ذهب اليه القانون المدني المصري والاماراتي اما العراقي فلم ينص الا على صاحب الفندق ، وكان الأولى به ان ينص على صاحب الفندق وغيره ممن يماثله .

- وجود تطابق بين موقف القانون المدني العراقي والمصري والاماراتي - باستثناء ما تم ذكره في الفقرة السابقة - .

ومن الجدير بالذكر انه كما يجب على صاحب الأمانة الاخطار والاخبار عن الأموال ، كذلك يجب عليه مساعدة الأمين باي نحو من الانحاء التي يمكن من خلالها للأمين ان يصل إلى صاحب الأمانة ، ويجب كذلك على صاحب الأمانة ان يتسلم الشيء محل الأمانة ، ويكون التسلم بالشكل الذي يتفق مع طبيعة الشيء فقد يكون حقيقيا فعليا او رمزيا او حكميا ، فالمهم ان يكون هنالك تسلم بقطع النظر عن شكله .

---

(١) ويلاحظ ان دعوى النزيل لا تسمع الا بعد مدة (٣) أشهر في القانونين العراقي والاماراتي .
اما المصري فقد جعلها (٦) اشهر .
انظر المادة : (٢/٩٧٢) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٢/٧٢٨) من القانون المدني المصري ، والمادة (٢/٩٩٤) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .
(٢) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، المصدر السابق ، ص ١١٤-١١٦ .

ويتحقق التسلم الحقيقي عندما يتخلى الحائز للشيء عنه فعليا إلى صاحبه ، وهذا هو التسلم الحقيقي الذي يتطلب اخراج الشيء من عهدة شخص إلى شخص اخر [١]، اما التسلم الرمزي فيكون بتسلم ما يمكن الاستيلاء عليه كتسلم مفاتيح الدار او صندوق الأموال [٢] ويتحقق التسلم الحكمي بتبدل النية كان يؤجره المالك للأمين او يطلب الأمين استعارة هذا الشيء فهنا يكون الشيء محل الأمانة حكما قد انتقل من يد المالك إلى الأمين لا حقيقة .

المطلب الثاني

الضمان في الأمانة غير العقدية وطرق انتهائها

ان الأمين ملزم بالمحافظة على الأمانة وردها إلى صاحبها ، ولا يتحمل ما يصيبها من ضرر او تلف عند القيام بهذه المهمة ، ولكن في بعض الحالات يتعرض الأمين للضمان لعدة أسباب منها صدور التعدي او التقصير منه او التجهيل او الجحد مما يعرضه للضمان .

والأمانة غير العقدية لا تقتضي التأبيد فهي حالة مؤقته سرعان ما تزول بعد ان قام الأمين بأداء التزاماته واخذ حقوقه ، وحالات انتهاء الأمانة غير العقدية متعددة منها الرد وتملك الأمين لها وهلاك المحل ، ولكي يتم الإحاطة بهذه المواضيع سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين هما :

الفرع الأول : الضمان في الأمانة غير العقدية .

الفرع الثاني : انتهاء الأمانة غير العقدية .

الفرع الأول

الضمان في الأمانة غير العقدية

ان الأمانة غير العقدية تكون تحت يد الأمين لذلك فانه يسأل عنها اذا ما تعرضت للهلاك او التلف ، والقاعدة العامة في الأمانة عموما والأمانة غير العقدية بالخصوص هي (ان الأمين لا يضمن الا مع التعدي والتفريط) [٣] [٤] بمعنى انه ما لم يتحقق احد أسباب او موارد الضمان فان الأمين لا يكون

---

(١) د. عماد محمود عبيد ، عقد الأمانة بين الدعوى الجزائية والدعوى المدنية ، بحث منشور في مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، الجامعة الأردنية ، عمّان ، المجلد ٤٣ ، العدد ٢ ، ٢٠١٦، ص ٦٧٧ .

(٢) د. مثنى محمد عبد ، هلاك المبيع قبل التسليم (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، ٢٠٠٧ ، ص ٦٠ .

(٣) الأمين مطلقا لا يضمن سواء اكان امينا مالكيا ام شرعيا .

انظر : السيد محمد بحر العلوم ، بلغة الفقيه ، ج٣ ، بلا طبعة ، الصادق ، طهران ، ١٩٨٣ ، ص ٣٨٦.

(٤) لو وصل إليه من غير يد الغاصب وفروعها ، كما لو أطارته الريح منه إليه ، اتجه عدم ضمانه ، لأنه حينئذ بمنزلة الأمانة في يده لا يضمنه إلا بالتعدي أو التفريط .

انظر : الشيخ محمد حسن النجفي ، المصدر السابق ، ج ٢٢ ، ص ١٧٩.

ضامنا لما يصيب الأمانة غير العقدية من ضرر ، وهذا بخلاف الأخذ الموجب للضمان فاليد فيه تضمن بكل الأحوال [١]، وسيتم بيان اسباب ضمان الامين كما يلي :

١- التعدي والتفريط (التقصير) :

ان يد الأمانة غير العقدية لا تضمن ولا تخوّن الا مع التعدي والتفريط ، فليس كل تلف او هلاك يضمنه الامين فمثلا اذا كان قصد الأمين دفع الضرر فانه لا يضمن [٢] والكلام هنا يقتضي بيان معنى التعدي والتفريط ، ثم بيان القاعدة في الفقه الإسلامي والقانون ، وكما يلي :

التعدي هو ان يتصرف الأمين بنحو لا يأذن به المالك ، ولا يتوقف حفظ الأمانة على هذا التصرف كان يلبس الثوب او يركب الدابة ، ومن التعدي أيضا اذا صدر منه ما ينافي الأمانة كجحدها بلا عذر من نسيان ونحوه [٣] وعرف أيضا بانه مجاوزة ما ينبغي الاقتصار عليه ، او القيام به في الشرع او العرف او عادة الناس وتقاليدهم [٤] .

والتفريط او التقصير هو الإهمال في المحافظة على العين ، وترك حفظها بما يعد عند العرف تضييعا للأمانة وتسامحا فيها كطرحها بمكان بلا حرز او مع النداوة الموجبة للضرر، او كان يسافر بها مع توقف الحفظ على عدم السفر ، ويمكن ان يجتمع التعدي والتفريط كما اذا فك الخيط من دون ارجاعه ، فهنا تحقق التعدي من جهة فك الحرز والتفريط من جهة عدم الارجاع لحالته [٥] والتفريط منشأه الإهمال الذي هو سلوك سلبي ناتج من عدم الالتزام بواجبات الحيطة و الحذر التي تحددها القوانين او الخبرة الإنسانية العامة [٦] .

---

(١) السيد علي الموسوي القزويني ، ينابيع الأحكام في معرفة الحلال والحرام ، ج٥ ، ط١ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ايران ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٣٤ .

(٢) ومن ذلك قيام الأمين بذبح الغنم بعد ان خاف عليه من الموت ، فهو هنا وان قام بفعل التلف لكن لم يكن عن تعد وتفريط بل بداعي حفظ المال:
انظر : مالك بن أنس بن مالك الأصبحي المدني ، المدونة ، ج٣ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ ، ص ٤٥٠.

(٣) السيد علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، ج٢ ، ص ١٩٩.

(٤) د. حمدى احمد سعد احمد ، مدى مسؤولية الأمين في عقود التوثيقات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني) ، بلا طبعة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص ١٧٤ .

(٥) السيد علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، ج٢ ، ص ١٩٨-١٩٩.

(٦) يتخذ الاهمال في جميع الاحوال صوره الموقف الارادي السلبي الذي يتمثل بالترك او الامتناع عن اتخاذ العناية اللازمة لتجنب حدوث النتيجة الضارة ، و مثال ذلك صاحب السيارة الذي يسير بسيارته في شارع مزدحم بالمارة و بسرعة كبيرة فيصدم احد الاشخاص على الرغم من رؤيته له على مسافة يمكنه الوقوف بها لو كان يسير بالسرعة المقررة والعادية (قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٨٢٠/جنايات/١٩٨٥في١٩٨٥/٥/٩ - قرار غير منشور)، واهمال قائد السيارة الاجرة (الباص) الذي يبدا بالسير دون ان يتأكد من دخول الركاب إلى داخل السيارة مما يؤدي إلى سقوط احدهم ووفاته (نقض جنائي مصري في ٢٣/مارس/١٩٧٠- مجموعة احكام محكمة النقض - س١٢- الرقم١٠٧- ص٤٤٣) ، وكذلك مشغل الالة الميكانيكية (الشفل) الذي لم يؤمن عدم تحركها مما يؤدي إلى وفاة احد الاشخاص دعسا بها جراء تحركها (قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٠٨/موسعة ثانية /١٩٨٥-١٩٨٦في ١٩٨٦/٢/١٥- قرار منشور

وورد في الفقه الإسلامي في الأمانة الشرعية (غير العقدية) كاللقطة ، وما في يد القيم للصغار أو المجانين من أموالهم، وما في يد الحاكم الشرعي من أموال الغيب والقصر ان اليد ليست يد ضمان ، فلا تضمن الا مع التعدي والتفريط [١] وكل امين ليس عليه ضمان مع حصول التلف او العيب بلا تفريط او تعدّي [٢] اما مع التعدي والتفريط فقد قام الدليل على الضمان بالأدلة الأربعة لاستنباط الحكم الشرعي من الكتاب والسنة والعقل والاجماع [٣] واتفقت كلمة الفقهاء على ان تعدي الأمين موجب للضمان ، وكذلك اتفقت كلمتهم على ان يد الأمانة تتحول بسبب التفريط إلى يد ضمان لإخلالها بواجب الحفظ [٤] ، وفي ذلك نصت المادة (٧٦٨) من مجلـة الأحكام العدلية الملغية على ما يلي : " الأمانة غير مضمونة، فإذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان " .

اما في القانون المدني العراقي والمقارن ، فقد بين القانون المدني العراقي بشكل صريح على عدم ضمان الأمين في الأمانة غير العقدية بلا تعد او تفريط وذلك في المادة (٤٢٦) التي نصت على ما يلي: " اذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه" .

اما موقف القانون المدني الاماراتي فقد بين هذه القاعدة أيضا وذلك في المادة (٣٠٩) التي نصت على ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلا لها كان ضامنا لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال " .

ولا يوجد نص مماثل في القانون المدني المصري لما ورد في القانون المدني العراقي والاماراتي بهذا الخصوص ، مما يقتضي الرجوع للقواعد العامة ، وفي هذا المجال نصت المادة (١/١٦٣) من القانون المدني المصري على ما يلي : "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" ،

في مجلة القضاء –لسنة ٤١-العدد ٢-السنة ١٩٨٦-ص١٥٥)، واهمال استعمال الاسلحة النارية مما يؤدي إلى وفاة احد الأشخاص او اصابته (قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٣٦٥/جنايات/١٩٩٦في ١٩٩٦/٢/٢٢) (قرار غير منشور) ، وبنفس المعنى قرار محكمة التمييز المرقم ١٥/جزاء ثانية /جنايات/١٩٩٦في ١٩٩٦/١/١٧(قرار غير منشور) ، والقرار المرقم ١٨٩٢/هيئة جزائية/١٩٨٩في ١٩٨٩/١٢/٢٠- قرار غير منشور) ، وكذلك احاطة المتهم داره باسلاك مكهربة حفاظا عليه من السرقة مما يترتب عليه وفاة احد المارة بالتيار الكهربائي (قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٧٨/هيئة عامة /١٩٨٥في ١٩٨٦/٥/١٣- القرار منشور في مجموعة الاحكام العدلية - العددان الاول والثاني - السنة ١٩٨٦- ص١٦٥) ، وكذلك اهمال الشخص الذي يقوم بحفريات في الشارع العام دون ان يضع عليها مصباحاً ليلاً او اشارةً نهاراً مما يتسبب في سقوط احد المارة و جرحه او قتله (نقض جنائي مصري في ١٩٥٨/٦/١٠- مجموعة احكام محكمة النقض - س٩- ص٦٥٥) فجميع الوقائع السابقة الذكر وغيرها مما لا يمكن عدة تمثل تطبيقات حية للإهمال تتكرر يوميا وتتسبب في حدوث ما لا يعد ولا يحصى من الاصابات والوفيات .

انظر في جميع ذلك : د. عادل يوسف عبد النبي الشكري ، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإهمال (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، العراق ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٧-٣٩ .

(١) السيد محمد حسن البجنوردي ، المصدر السابق ، ج٣ ، ص ١١٩.

(٢) السيد علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، ج٢ ، ص ١٩٨.

(٣) السيد عبد الأعلى السبزواري ، المصدر السابق ، ج ١٨ ، ص ٣٠٥.

(٤) د. ليلى عبد الله سعيد ، النظرية العامة لضمان اليد (دراسة في الفقه الإسلامي والقانون) ، مصدر سابق ، ص ١٧٥-١٧٦ .

ونصت المادة (٢١١) منه على ما يلي : "١- في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفي بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.٢- وفي كل حال يبقي المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم " وعلى ذلك فان القانون المدني المصري جعل المدار على الضرر الناتج عن الغش او الخطأ الجسيم .

ويبدوا ان القواعد العامة لا تتناسب مع الأمين والأمانة غير العقدية التي تكون لمصلحة صاحب الأمانة ، فكان الاجدر بالمشرع المصري النص على الاحكام الخاصة بالأمانة كما فعل المشرعين العراقي والاماراتي .

٢- الأسباب الأخرى :

أ- التجهيل : التجهيل يعني عدم بيان الأمين لحال الأمانة عند عروض الموت عليه مع عدم علم الورثة بان هذا المال امانة في يده ، ويعد التجهيل سببا من أسباب ضمان الأمين لان ترك البيان عند الموت مساوق لترك الرد عند الطلب فيكون بمنزلة المنع للأمانة بلا وجه حق ، وورد هذا السبب في الفقه الإسلامي عند الأحناف والحنابلة والشافعية والمالكية [١] وورد كذلك في الفقه الامامي حيث ان امانات الناس من الوديعة والعارية ونحوها يجب فيها على الأمين ايصالها إلى صاحبها ان امكن على الاحوط وان لم يمكن لابد من الاستيثاق من وصول المال إلى صاحبه بعد وفاته بالوصية او الاستشهاد على ذلك ، ويلزم على الأمين أيضا اعلام الوصي او الشاهد باسم صاحب المال وخصوصياته [٢] وفي ذلك نصت المادة (٨٠١) من مجلة الاحكام العدلية الملغية على ما يلي : " اذا مات المستودع بدون ان يبين حال الوديعة يكون مجهلا ، فتؤخذ قيمة الوديعة من تركته ، كسائر ديونه" .

وقد تعرض قانون المعاملات المدنية الاماراتي للتجهيل في المادة (٣٠٩) التي تنص على ما يلي: " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال" .

اما القانون المدني العراقي والمصري فيمكن القول انهما اعتمدا هذا السبب للضمان وان لم يذكراه صراحة ؛ لان بيان الأمانة عند الموت نوع من أنواع المحافظة على الأمانة وردها إلى صاحبها لأنه من دون هذا البيان سيضيع حق صاحب الأمانة ، وسبق ان بينا هذه الواجبات التي تقع على الأمين وموقف الفقه الإسلامي والقانون منها في التزامات الأمين .

---

(١) د. نزيه حماد ، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ، ط٢ ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، السعودية ، ٢٠٠٠ ، ص٢٣-٢٥.
د. ليلى عبد الله سعيد ، النظرية العامة لضمان اليد (دراسة في الفقه الإسلامي والقانون) ، مصدر سابق ، ص ١٧٧.
(٢) السيد علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ٣٥٨-٣٥٩ .

ب- عدم رد الأمانة دون حق : من واجبات الأمين غير العقدي تسليم الامنة إلى صاحبها ، فاذا امتنع الأمين عن ذلك من دون سبب صحيح فانه يعد ضامنا للأمانة ، والسبب في ذلك هو ان يد الامين غير العقدي لم تكن عن اذن من المالك ، والقانون قد اذن بها في سبيل ارجاعها لصاحبها ، فاذا امتنع الأمين عن الارجاع فانه يكون قد اخل بواجبه ، وتنقلب يده إلى يد ضمان وان لم يكن هنالك تعد او تفريط .

ولكن اذا حبسها عن صاحبها لسبب صحيح كقبض ما على صاحب الأمانة من أموال تعود له كالنفقات فلا يعد ذلك سببا للضمان ؛ لأنه امتناع بحق فاذا هلكت الامانة فلا يضمنها مالم تتوفر احدى اسباب الضمان الاخرى كالتعد او التفريط ، ويعتبر الحبس من الوسائل التي اقرتها الشريعة الإسلامية والقانون للحصول على الحق [١] .

وقد سبق ان تم التعرض لذلك في الالتزام الثاني من التزامات الأمين وهو رد الشيء إلى صاحبه ،وكذلك بيان موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والمقارن [٢] .

ج- الجحد : يعتبر جحد الأمانة سببا من أسباب ضمان الأمين غير العقدي ، حيث ان من شروط الأمانة عدم ظهور الأمين عليها بمظهر المالك ، فاذا قام الأمين بإنكار الأمانة وحصل لديه قصد التملك فانه يضمنها .

وقد تم التعرض لهذا الموضوع مفصلا مع بيان موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والمقارن في الفصل الأول ضمن الشروط العامة للأمانة غير العقدية وتحديدا شرط (انعدام قصد التملك) .

د- التهمة : تعد التهمة من أسباب انقلاب يد الأمانة إلى يد الضمان في الفقه المالكي ، حيث ان الأمين ان كان متهما فانه يضمن وان لم يكن هنالك تعد او تفريط ، ومعنى كون التهمة من أسباب الضمان ان يد التهمة تضمن مطلقا وان لم يحدث هنالك تعد او تفريط ، ولكن الذي يظهر من نصوص فقهاء المالكية ليس كذلك بل انها قرينة على كذب الأمين وتجعله في مركز المدعي ملزما بإثبات عدم التعدي والتفريط ، وهذا خلاف الأصل الذي يجعل من صاحب المال هو المدعي وهو الذي يطالب بإثبات التعدي والتقصير [٣] ومن نصوص الفقه المالكي التي بينت ذلك عدم قبول قول المستعير - الأمين - في ذهاب ما يمكن إخفاء هلاكه كالحلي والثياب والآنية الا ان يقوم بالبنية على ان الهلاك لم يكن

---

(١) د. فايز محمد حسين محمد ، المصدر السابق ، ص ١١٣ ،

(٢) وقد اكد هذا الامر القانون المدني العراقي في المادة (٢/٤٢٧) منه التي نصت على ما يلي : "وتنقلب يد الامانة إلى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه " ، ويبين قانون المعاملات المدنية الاماراتي ذلك ايضا في المادة (٣٠٩) التي تنص على ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال" فمنع الأمانة عن صاحبها بلا وجه حق يكون سببا للضمان ، اما موقف القانون المدني المصري فلم يتعرض لحكم خاص بالأمانات ، ويبقى وجوب الرد داخلا اما تحت حكم المادة (٢٠٣) منه ، او تحت حكم الوديعة في المادة (٧٢٢) من ذات القانون .

(٣) د. خالد ملاوي ، المصدر السابق ، ص ١٤٥- ١٤٨ .

بسبب التعدي والتفريط [١] فعلى ذلك فان يد الأمين ان كانت على ما يغاب عليه - أي ما يمكن اخفائه كالثياب والحلي - فهو ضامن عند التلف الا ان يقيم الدليل على ان التلف او الضياع لم يكن بصنعه ، وهذا الحكم يجري في عدة موارد منها ما في ايدي الصناع ، وما في يد الورثة اذا طرأ عليه دين او ظهر له وارث ، ويد المشتري من الغصب مع الجهل بالغصب [٢] ، ولم يتعرض القانون المدني العراقي والمقارن لهذا السبب.

هـ - العرف : ذهب بعض الفقهاء عند الأحناف والمالكية إلى جعل العرف سببا لضمان الأمين اذا قضى به [٣] ولكن التسليم بهذا السبب يعتمد على امرين هما :

- وجود عرف معين بالزام الأمين غير العقدي وان لم يحصل منه تعد او تفريط .

- ان تكون القواعد القانونية التي نصت على عدم ضمان الأمين بلا تعد وتفريط ليست من النظام العام ويجوز مخالفتها .

ويتضح مما تقدم ان الأصل في الفقه الإسلامي والقانون هو عدم ضمان الأمين - الا مع تحقق موجبه من التعدي او التفريط او عدم الايصال او غير ذلك - ويعود الاعتماد على هذه الأصل لعدة أسباب منها:

- الأمانة نوع من أنواع الاستئمان ، ولا ينسجم تضمين الأمين مطلقا مع الاستئمان ؛ للمنافاة بينه وبين الضمان ، بلا فرق في ذلك بين الامانة المالكية او الشرعية ، نعم يخرج من ذلك ما قام الدليل على ضمانه.

- عموم ما دل على نفي السبيل من المحسن ، حيث قال تعالى : {مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ} [٤]، وهذه الآية تفيد العموم لكل محسن حتى الأمين غير العقدي لورود كلمة (سبيل) فيها بصيغة النكرة في سياق النفي ، فالأمين غير العقدي منتفي عنه الضمان بلا تعد او تفريط لأنه محسن [٥] .

- الأمانة غير العقدية لمصلحة صاحب الأمانة لا الأمين ، فليس من العدل تضمين الأمين مطلقا ومن دون سبب .

وبعد بيان أسباب الضمان لابد من القول بان المسؤولية المدنية للأمين وصاحب الأمانة تترتب عند عدم القيام بما عليهما التزامات وعند توفر احد أسباب الضمان المتقدمة ، ونوع المسؤولية المدنية المترتبة هي المسؤولية التقصيرية ، وتتحقق المسؤولية التقصيرية عند الاخلال بالالتزامات المفروضة قانونا في الأمانة غير العقدية ، وهذه الالتزامات ذكرها المشرع المدني العراقي صراحة في عدة مواد

(١) يوسف بن عبد الله بن عبد البر المالكي ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٢، ص ٤٠٧.
(٢) الشيخ علي محمد الخفيف ، المصدر السابق ، ص ٨٢.
(٣) د. نزيه حماد ، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ، مصدر سابق ، ص٢٥ .
(٤) سورة التوبة ، الآية (٩١) .
(٥) السيد علي عبد الحكيم الصافي، المصدر السابق ، ص ١٩١ .

منها المادة (٤٢٦) التي تنص على ما يلي : " اذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه " ، والمادة (٤٢٧) التي تنص على ما يلي : " ١- تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد امانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك. ٢- وتنقلب يد الامانة إلى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه " ، وكذلك نص عليها المشرع الاماراتي بالخصوص ، حيث جاء في المادة (٣٠٩) ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلا لها كان ضامنا لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال " ، واذا كان القانون المدني العراقي والاماراتي قد ذكر الالتزام الناشئ عن المسؤولية المدنية للأمانة غير العقدية بشكل صريح ، فان القانون المدني المصري لم يتعرض صراحة إلى الاخلال بالالتزام عن الأمانة ، لذلك فان تنطبق القواعد العامة للمسؤولية فيه ، ومنها المادة (١/١٦٣) التي تنص على ما يلي:" كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" .

ولكي تقام المسؤولية لابد من توفر اركانها من الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ، وينتج الخطأ في اطار الأمانة غير العقدية عند اخلال الأمين بما عليه من التزامات مع تحقق احد أسباب الضمان ، والخطأ في بعض الاحيان قد يكون إيجابيا أي بسبب القيام بعمل معين ، وقد يكون سلبيا عند الامتناع عن عمل [١] ومن امثلة الخطأ الإيجابي في الأمانة غير العقدية استعمالها او التصرف بها ، ومن امثلة الخطأ السلبي الامتناع عن القيام بواجب الحفظ والرد ، والضرر هو ما يلحق الشخص في حق من حقوقه او مصلحه له بسبب الفعل او التصرف الضار الصادر [٢] وفي اطار الأمانة غير العقدية فإنها قد تنتج ضررا بجسد الأمين او صاحب الأمانة بسبب اخلال احدهما بالتزاماته ، وقد تسبب ضررا ماليا أيضا كما لو اتلف الأمين الامانة او احرقها بلا سبب او تأخر صاحب الأمانة في دفع الخسائر الناتجة عنها مما سبب ضرر للأمين ، وقد يكون الضرر معنوي كما لو افشى الأمين اسرار الأمانة مما سببا ضررا في شعور وعواطف صاحبها ، لابد لتحقق المسؤولية التقصيرية ان يكون الضرر المتحقق نتيجة للخطأ الذي يعتبر سببا منتجا وفعّالا في احداث الضرر [٣] فاذا تحقق تلف الأمانة غير العقدية بسبب شخص اخر غير الأمين ولم يكن هنالك تقصير او تعد من الأمين فان الأمين لا يسأل لعدم الربط بين الضرر المتحقق لصاحب الأمانة في تلفها وبين الخطأ .

واذا توفرت اركان المسؤولية فان من حق المضرور المطالبة بالتعويض ، واذا لم يحصل عليه بالاتفاق ينتقل إلى القضاء بدعوى التعويض على اساس المسؤولية التقصيرية ، والطرف الأول في

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي ، ص ٢٧٥ .
نقلا عن : د. فاروق الاباصيري ، احكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الاماراتي ، ط١ ، مكتبة الجامعة ، الشارقة ، الامارات ، ٢٠١٠ ، ص١٨ .
(٢) المصدر نفسه ، ص ٣٣ .
(٣) خلف محمد ، دعوى التعويض عن المسؤولية التقصيرية ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٧١ .

الدعوى هو المدعي او المضرور، والطرف الثاني هو المدعى عليه وهو من يلتزم بالتعويض ، وقد ينفصل المسؤول او الملتزم بالتعويض عن مرتكب الخطأ كما في مسؤولية المتبوع والتابع ، والنيابة القانونية كالولي والوصي [١] واذا تعدد الأشخاص المسؤولين فانهم يدخلون بشكل متضامن ، اما الاختصاص القضائي فهو محكمة المدعى عليه كأصل عام [٢] .

وللمدعي أيضا في الأمانة غير العقدية ان يرفع دعوى يطالب فيها بالتعويض استنادا إلى الكسب بلا سبب [٣] ، وعندئذ يتخير المدعي بين دعوى التعويض استنادا إلى المسؤولية التقصيرية او دعوى التعويض استنادا إلى الكسب بلا سبب التي هي دعوى اصلية وليت احتياطية ؛ لان الكسب بلا سبب مصدر مستقل للالتزام [٤] .

اما عن التعويض فانه قد يكون نقديا وهو مبلغ من المال يعطى دفعة او اقساطا وهو الصورة الغالبة في التعويض ويجبر الضرر المادي والمعنوي ، وقد يكون غير نقديا كإعادة الحال إلى ما كانت عليه ، ولا يمكن كقاعدة عامة في المسؤولية التقصيرية الاعفاء من المسؤولية [٥] ، وان التعويض يشمل الضرر المباشر كله سواء اكان متوقعا ام غير متوقع ، وكذلك يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت ، ووقت نشوء الحق في التعويض من توفر الأركان الثلاثة للمسؤولية ، وليس من وقت الخطأ لإمكان تأخر الخطأ عن الضرر ، ويترتب على ذلك عدة نتائج تتعلق بسريان التقادم من وقت الضرر او العلم بالضرر ، وكذلك يطبق القانون الذي كان نافذا وقت الضرر لا وقت صدور الحكم ، ومن النتائج

---

(١) د. محمد حسن عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص ٤١٧-٤١٩.

(٢) المستشار عز الدين الدناصوري ، د. عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، ط٦ ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٤ ، ص ١٩-٢٠ .

(٣) وفي ذلك نصت المادة (٢٤٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص اخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيها " والمادة (٢٤٤) من ذات القانون التي تنص على ما يلي : " لا تسمع دعوى الكسب دون سبب في جميع الاحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع، ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع ".
ونصت المادة (١٧٩) من القانون المدني المصري على ما يلي : " كل شخص ، ولو غير مميز ، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص أخر يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقي هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد" ، والمادة (١٨٠) من ذات القانون التي تنص على ما يلي : " تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض ، وتسقط الدعوى ، كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق " .
ونصت المادة (٣١٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " لا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي فإن أخذه فعليه رده " والمادة (٣٣٦) من ذات القانون التي تنص على ما يلي : " لا تسمع الدعوى الناشئة عن الفعل النافع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع وفي جميع الأحوال لا تسمع الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع " .

(٤) مر ان الكسب بلا سبب يحتوي على عدة تطبيقات للأمانة غير العقدية كالمدفوع دون حق في بعض حالاته وهو ما اذا كان حسن النية .

(٥) المستشار عز الدين الدناصوري ، د. عبد الحميد الشواربي ، المصدر السابق ، ص ١٩ .

المترتبة أيضا رجوع المضرور على شركة التامين اذا كان المسؤول مؤمنا دون ان تتمسك شركة التامين بأسباب سقوط الحق في التامين في المدة بين وقوع الضرر وسقوط الحق [1].

الفرع الثاني

طرق انتهاء الأمانة غير العقدية

ان الأمانة غير العقدية بما تتضمنه من احكام وتنتجه من آثار ممكن ان تصل إلى مرحلة النهاية وتحلل الأمين وصاحب الأمانة من التزاماتهما ، والطريق الاعتيادي لانقضاء الأمانة هو الأداء ، ولكن قد يحدث الانقضاء بسبب حالات أخرى كانتهاء الاجل المحدد ، وتملك الامانة غير العقدية من قبل الأمين ، والرجوع عن الأمانة ، وهلاك المحل ، واستحالة الرد ، كما ان هنالك حالات قد تعطي انطباعا بانها من أسباب انقضاء الأمانة كفقد الاهية والوفاة والتقادم ، لذلك سيتم التعرض لهذه الأسباب وكما يلي:

١- رد الأمانة :

الحالة الاعتيادية لانتهاء الأمانة غير العقدية هو قيام الأمين غير العقدي بواجبه في أداء الأمانة الذي عند تحققه تكون الامانة قد انقضت سواء اكان الأداء يقتضي الاعلام ام التسليم ، وقد تم التعرض للأداء في التزامات الأمين وبينا موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والمقارن منه .

٢- انقضاء الاجل :

لا يحدد بالعادة لهذا النوع من الامانات اجل معين ، لأنه لم ينتج عن اتفاق بين الطرفين حتى يتم وضع اجل لانتهاء الأمانة ، لذلك فالأجل الاتفاقي غير متحقق في الأمانة غير العقدية ، ولكن قد تقتضي طبيعة الشيء اقترانه باجل او قد يحدد القانون اجلا معينا للأمانة غير العقدية ، وهذا ما سيتم تناوله فيما يلي :

أ - بعض الأنواع من الامانات تكون محددة بمدة في طبيعتها بحيث ان انقضاء هذه المدة يؤدي بها إلى التلف او الهلاك ، فيجب على الأمين مراعاة هذا الوقت في الرد لان الرد بعده يعرض الامانة للفساد ، كما اذا كان موضوع الأمانة دواء وينتهي الصلاحية في وقت معين فيوجد التزام على الأمين ان يرده في هذا الوقت لان بانتهائه ستتعرض الأمانة للتلف - ويمكن ارجاع هذه النقطة حالة إلى انتهاء الأمانة بالهلاك والتلف - .

ب - اذا حدد القانون مدة معينة تنقضي بانقضائها الأمانة غير العقدية كما هو الحال في اللقطة والولاية ، حيث ورد في الفقه الإسلامي تعيين مدة محددة للقطة للتعريف بها فاذا انتهت ولم يتم العثور على صاحبها ، يكون بعدها الملتقط بين عدة خيارات وهي اما ان يحفظها لمالكها ، او يتصدق بها عن

(١) د. محمد حسن عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص ٤٢٦ -٤٣٠ .

صاحبها او يتملكها على ان يكون ضامنا اذا جاء صاحبها [١] ونلاحظ هنا ان انتهاء اللقطة يكون عند التملك او التصدق بها ، ولم يتعرض القانون لأحكام اللقطة وانما أشار اليها اجمالا - كما مر ذلك في تطبيقات الأمانة غير العقدية وفي صورها - .

ومما حدد له القانون مدة معينة هي الولاية حيث تنتهي بانتهاء سببها ، أي عندما تتوفر كمال الاهلية في المولى عليه ، وهو في الفقه الإسلامي عدة علامات ابرزها السن وهو يدور بين إتمام الثامنة عشر من العمر للذكر إلى الخامسة عشر من العمر ، والانثى بين إتمام الثامنة عشر من العمر إلى التاسعة من العمر [٢] ، وفي القانون فان كمال الاهلية يكون إتمام الثامنة عشر من العمر في القانون المدني العراقي او إتمام الحادي والعشرين من العمر في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي ما لم يحدث احد عوارض الاهلية او موانعها [٣] .

٣- تملك الأمين للأمانة غير العقدية (تحول العنوان) :

ان تحقق احد أسباب التملك يؤدي إلى تحول وضع اليد من يد غير مالكة (يد ضمان او امانة) إلى يد مالكة ، وينقضي التزام اليد تبعا لذلك [٤] لذلك فان الأمانة غير العقدية قد تنقضي من دون ان يقوم الأمين برد الأمانة لصاحبها وذلك عندما تتحقق احدى أسباب التملك ؛ لان عنوان يد الأمانة لا يمكن ان يجتمع مع عنوان يد الملكية .

والملكية في الفقه الإسلامية هي اما ملكية تكوينية تعود للخالق جل وعلا ، او ملكية غير حقيقية ، وسميت أيضا بالاعتبارية لأنها تكون باعتبار من قبل الشارع لها ، وأسباب كسب الملكية الاعتبارية

---

(١) د. آمال يس عبد المعطي ، التشريع الإسلامي في رعاية اللقيط وحفظ اللقطة (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية الدراسات الإسلامية والعربية ، جامعة الازهر ، مصر ، ١٩٨٨ ، ص٤٩٤ .

(٢) ذهب الأحناف إلى ان البلوغ يعرف بالاحتلام وانزال المني ، وفي الانثى بالإحبال والحيض ، واذا لم يعرف شيء من ذلك فالمدار على السن ، وهو على ما قال به أبو حنيفة في الذكر إتمام ثمانية عشر سنة وفي الانثى إتمام سبعة عشر سنة.

اما المالكية فذهبوا إلى ان البلوغ يعرف عند الذكر بإنزال المني في اليقظة والحلم ، وعند الانثى بالحيض والاحبال ، وجعلوا علامة السن في البلوغ إتمام ثمانية عشر سنة .

اما الشافعية فيحصل البلوغ عندهم في الذكر بالأمناء بعد تسع سنوات ، والحيض في الانثى ، والا إتمام خمسة عشر سنة.

والحنابلة ذهبوا إلى تحقق البلوغ في الذكر والانثى بإتمام خمسة عشر سنة ، ونبات الشعر الخشن ، ويكون أيضا في الذكر بإنزال المني ، وفي الانثى بالحيض والحمل .

انظر : الشيخ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج٢ ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٣٥.

وفي الفقه الجعفر يكون البلوغ في الانثى اكمال تسع سنين هلالية ، وفي الذكر احد أمور ثلاثة وهي نبات الشعر الخشن ، او خروج المني ، او اكمال خمسة عشر سنة هلالية .

انظر : الشيخ محمد تقي بهجت ، توضيح المسائل ، ط٢ ، شفق ، قم ، ايران ، بلا سنة نشر ، ص ٤٢٥ .

(٣) سبق التعرض لذلك تفصيلا في تطبيقات الأمانة غير العقدية وتحديدا في موضوع الولاية .

(٤) شه نك محمد جميل كريم ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ .

مختلفة كالحيازة والعقود والارث والوصية واختلاط المالين قهرا والضمان والإحياء ، وقد وردت هذه الأسباب بالاختلاف تبعا لآراء الفقهاء في ذلك [١] .

وأسباب كسب الملكية اما ان تكون أسباب مُنشئة لحق الملكية في الابتداء وهي الاستيلاء واحياء الأرض الموات ، واما ان تكون أسباب ناقل لحق الملكية بعد نشوئه وهي الميراث والالتصاق والوصية والعقد والشفعة والحيازة [٢] وقد تناول القانون المدني العراقي اسباب كسب الملكية في المواد من (١٠٩٨) إلى (١١٦٩) وهي : (الاستيلاء ، والميراث ، والوصية ، والالتصاق ، والعقد ، والشفعة ، والحيازة) ، اما القانون المدني المصري فقد تناول أسباب كسب الملكية في المواد من (٨٧٠) إلى (٩٨٤) وهي ذاتها الواردة في القانون العراقي ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد تناول أسباب كسب الملكية في المواد من (١٢٠٣) إلى (١٣٣٣) وهي : (احراز المباحات - الاستيلاء - ، الضمان [٣] ، الميراث وتصفية التركة ، الوصية ، الاتصال - الالتصاق - ، العقد ، الشفعة ، الحيازة) ، ويلاحظ التطابق بين موقف القانون المدني العراقي والمصري من حيث أسباب كسب الملكية ، وذات الامر يقال في قانون المعاملات المدنية الاماراتي الا ما يتعلق بالنص صراحة على الضمان كأحد أسباب كسب الملكية .

ومن الممكن ان يقال بان الأمانة غير العقدية قد يتم كسبها ابتداء عندما يترك صاحبها ملكيتها ثم يقوم الأمين بالاستيلاء عليها ، ولكن عند التدقيق في هذا الكلام نجد ان التزام الأمين قد انتهى بمجرد ترك ملكية الأمانة وان لم يكسبها الأمين بالاستيلاء بعد .

اما العقد فهو يعد من أسباب كسب ملكية الأمانة غير العقدية وانتهائها كما اذا قام الأمين بشراءها من صاحبها بعد معرفته ، او قام صاحبها بهبته إياها ، وكذلك تنتهي الأمانة غير العقدية بالإرث كما اذا اورث الأمين الأمانة من المورث والمثال الأبرز لذلك الاب الذي يرث أموال ولده الصغير ، وكذلك ممكن ان تنتهي بالوصية اذا قام صاحبها بالايصاء إلى الأمين بها ، واذا كانت الأمانة غير العقدية عقارا فانه من الممكن ان يستولي عليها الأمين بواسطة الشفعة اذا تحققت شروطه ، وقد يكسب الأمين ملكية الأمانة غير العقدية بالالتصاق بملكه ، وقد يكسبها بالحيازة كذلك .

---

(١) د. خالد الغفوري ، الملكية واسبابها في الفقه الإسلامي (عرض وتحليل) ، بحث منشور في مجلة الاجتهاد ، بيروت ، العدد ٥٦ ، ٢٠٢٠ ، ص ١١ - ٢٠ .

(٢) د. محمد حسن منصور ، الحقوق العينية الاصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها - أسباب كسب الملكية) ، ط١ ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٤٥ .

(٣) نصت المادة (١٢١٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " المضمونات تملك بالضمان ملكا مستندا إلى وقت سببه ويشترط ان يكون المحل قابلا لثبوت الملك فيه ابتداء " .
وتذهب بعض الاجتهادات الفقهية إلى اعتبار الضمان سببا لكسب الملكية في القانون المدني العراقي ؛ حيث تم ذكره ضمنا في عدة نصوص قانونية كالمواد (١٣٥،١٩٤،٢٠٠) من القانون المدني العراقي ، وذات الامر يقال في القانون المدني المصري .
انظر : شه نك محمد جميل كريم ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ .

ولربما قيل اذا كان شرط الأمانة غير العقدية هو انتفاء نية التملك فكيف تجتمع مع تملكها هنا؟ و الجواب عن ذلك ان التملك هنا هو الذي يحصل بإذن من المالك او بترخيص من القانون ، وهذا بخلاف نية التملك الذي يعد انتفائها شرط لحصول الأمانة غير العقدية فهي لا تستند إلى سبب مشروع .

وقد يقال أيضا كيف يحصل الاذن بالتملك من المالك والأمانة غير العقدية قائمة على عدم الاتفاق مع المالك ؟ و الجواب عن ذلك ان الاذن ممكن ان يحصل بعد العثور على المالك وقبل تسليم الأمانة اليه ، وقد يكون الاذن بشكل خاص للأمين او بشكل عام كان يقول المالك من عثر على مالي فهو ملك له .

٤- الرجوع عن الأمانة :

ان الشخص اذا ما اخذ الأمانة او وقعت تحت يده ستترتب عليه احكامها كوجوب الحفظ والرد إلى صاحبها ، ولكن هل يحق للأمين التراجع عن الأمانة بعد ان تلبس بها او لا ؟ في الجواب عن ذلك يمكن القول ان بعض أنواع الأمانة يمكن الرجوع عنها بعد اخذها ، والبعض الاخر لا يمكن ذلك ، وهذا يعتمد على نوع الأمانة وظروف اخذها .

ومن الأمثلة على جواز الرجوع عن الأمانة ما ورد من إمكانية ارجاع اللقطة بعد ان تم اخذها ، بشرط ان يكون الارجاع إلى مكانه ، وورد في الفقه الإسلامي ان الملتقط يستطيع ارجاع اللقطة إلى مكانها بعد اخذها ، ولكن اختلفوا في الضمان ، فذهب مالك وأبو حنيفة إلى عدم الضمان لأنه محسن ومتبرع ، فاذا ارجعها إلى مكانها فقد فسخ التبرع ، ويرى احمد والشافعي بان عليه الضمان لان الارجاع لذات المكان نوع من أنواع التفريط في الحفظ فيجب حفظ الامانات [١] وورد في الفقه الامامي إلى انه من التفريط ارجاع اللقطة إلى موضع التقاطها [٢] .

ولم يرد في القانون المدني العراقي والمقارن تنظيم لهذه المسألة ، لكن ورد في حالات انتهاء الوديعة - وهو من أنواع الامانات التي تتشابه بشكل كبير مع الأمانة غير العقدية من حيث ان غاية كلا منهما الحفظ - ان الأمين يستطيع رد الوديعة في أي وقت ، حيث نصت المادة (١/٩٦٩) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " للمودع في كل وقت ان يطلب رد الوديعة مع زوائدها، كما ان للوديع ان يطلب ردها متى شاء " ، وقيدت المادة (٧٢٢) من القانون المدني المصري جواز الرجوع بالوديعة بالمصلحة حيث نصت على ما يلي : " يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء في أي وقت ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع" ، اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد قيد الرجوع بطلب المودع او بوجود الشرط ، حيث نصت المادة (١/٩٧٢) منه على ما يلي : " على المودع عنده رد الوديعة وتسليمها إلى المودع في مكان ايداعها عند طلبها الا اذا تضمن العقد شرطا فيه مصلحة للمتعاقدين أو لأحدهما فإنه يجب مراعاة الشرط " .

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ، مصدر سابق ، ج٣٥ ، ص ٣٠١ -٣٠٢.

(٢) السيد علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، المصدر السابق ، ج٢ ، ص ٢٢١ .

ومما تقدم يتضح ان الرجوع عن الأمانة غير العقدية يعد سببا من أسباب انتهاء الأمانة متى ما أجاز القانون ذلك ، حيث ان الأمانة غير العقدية اكتسبت صفتها هذه من القانون وهو الذي شرع جواز وضع اليد فيها وان كان على خلاف إرادة صاحب الامانة او من دون علمه ، ولابد من ملاحظة ان اجازة القانون للرجوع عن الأمانة غير القعدية لابد ان تراعي ظروف الرد واحوال الأمين والأمانة وصاحبها فمتى لم تتضرر الأمانة او صاحبها من الارجاع فهذا جائز .

٥- فقد الاهلية والوفاة :

ان فقد اهلية الأمين غير العقدي يجعله غير مؤهل للقيام بواجباته في حفظ الأمانة وردها ، فيجب والحال هذه ان يتصدى الولي او المحكمة لهذه الأمانة ، وفي ذلك وورد في الفقه الإسلامي ان الصبي والمحجور ليس اهلا للأمانة كاللقطة ، فيقع الضمان على الولي اذا حاز الصغير او المحجور الأمانة وعلم بها الولي وتركها في ايديهما [١] وورد أيضا انه اذا التقط الصبي او المجنون شيئا فينتقل التعريف للولي [٢].

ولم يرد في القانون حكم مماثل لذلك ، ولكن من مراجعة النصوص القانونية الخاصة بالأمانة غير العقدية كالمادة (٤٢٦) و (٩٥٠) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٣٠٩) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي ، والمواد من (١/٤٤) و(١/٤٥) و (٤٦) و(٤٧) و (٤٨) من القانون المدني المصري [٣] المتعلقة بعدم الاعتداد بتصرفات فاقد الاهلية وناقصها ، يتضح لنا ان فاقد الاهلية او ناقصها ليس اهلا للأمانة غير العقدية .

ويبدو مما تقدم ان فقد الاهلية في القانون ليس سببا لانتهاء الأمانة غير العقدية وانما سببا لانتقالها من يد فاقد الاهلية او ناقصها إلى الولي او من يقوم مقامه .

وذات الحكم يقال في الوفاة حيث ان موت الأمين غير العقدي يؤدي إلى انتقال الأموال إلى الخلف العام محملة بحقوق الاخرين ومنها الأمانة غير العقدية ، فيجب على الورثة المحافظة عليها وادائها إلى صاحبها كما كان يفعل مورثهم ولا يحق لهم تملكها او جعلها ضمن التركة ، لأنها من الامانات ويجب ارجاع الأمانة إلى صاحبها [٤] .

---

(١) الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي ، المصدر السابق ، ص ٥٥٩.
(٢) الشيخ محمد إسحاق الفياض ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، ط١ ، أمير للطباعة ، قم ، ايران ، بلا سنة نشر ، ص ٣١٤.
(٣) نصت المادة (١/٤٤) من القانون المدني المصري على ما يلي : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية " ، ونصت المادة (١/٤٥) منه على ما يلي : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التميز لصغر في السن أو عته أو جنون " ، ونصت المادة (٤٦) منه على ما يلي : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون " ، وكذلك نصت المادة (٤٧) منه على ما يلي : " يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون " .
(٤) قال تعالى : {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا} [النساء: ٥٨] .

وعلى ذلك فان فقد الاهلية والوفاة يؤثران في تحول الأمانة غير العقدية من شخص إلى آخر ، أي من فقد الاهلية إلى الولي او من يقوم مقامه ، ومن المورث إلى الورثة ، ولا يحدث انهاء للأمانة غير العقدية بهذين الامرين ، وقد تم التعرض لفقد الاهلية والوفاة في ضمن حالات انتهاء الأمانة غير العقدية للتنبيه على ذلك .

٦- هلاك موضوع الأمانة غير العقدية :

ان المال اذا كان تحت يد مالكه وتحقق الهلاك فان المالك هو من يتحمل تبعيته ، اما اذا هلك في يد غير المالك فان كانت اليد يد ضمان فان صاحب اليد هو من يتحمل الضمان مالم يكن الاعتداء من شخص اجنبي او المالك فيقع الضمان على من قام بالاعتداء ، اما اذا كانت اليد يد امانة فان الأمين لا يضمن بلا تحقق احد أسباب الضمان المتقدمة ، لذلك يمكن القول ان هلاك الأمانة بيد الأمين دون تحقق احد أسباب الضمان يؤدي إلى تخلص الأمين من أي مسؤولية وينقضي التزامه برد الأمانة [١] .

وقد بين القانون المدني العراقي في المادة (٤٢٦) هذه الحقيقة حيث نصت على ما يلي : " اذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه " فعبارة هلك الشيء على صاحبه تؤدي معنى انقضاء الالتزام لدى الأمين برد الأمانة ، وذات الامر جاء في المادة (٢/٩٥٠) منه حيث نصت على ما يلي : " والامانة غير مضمونة على الامين بالهلاك، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه ام لا، وانما يضمنها اذا هلكت بصنعه او بتعد او تقصير منه" .

وبين قانون المعاملات المدنية هذا السبب من أسباب انقضاء الأمانة في المادة (٣٠٩) حيث نصت على ما يلي : " من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلا لها كان ضامنا لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال " حيث ان عدم تحقق احدى حالات الضمان في المادة يؤدي إلى انقضاء التزام الأمين بلا ضمان .

اما القانون المدني المصري فلم يتعرض لحكم الامانات بشكل مباشر كما تقدم ، ولكن بالاعتماد على المادة (١/١٦٣) منه التي تنص على ما يلي : " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه

وقد اجمع الفقهاء المسلمين على ان الحقوق المتعلقة بالتركة هي : (التجهيز ، وقضاء الديون ، وتنفيذ الوصايا ، وحق الورثة) ، وهذه الحقوق ليست بمرتبة واحدة وفي ذلك خلاف ، حيث ذهب الشافعية والمالكية والحنفية إلى تقديم الديون العينية على التجهيز وتقديم التجهيز على الديون المطلقة والوصية ، بينما يذهب الحنابلة وبعض الأحناف إلى تأخير الدين بنوعية عن التجهيز ، وبهذا الرأي أخذ القانون العراقي في المادة (٨٧) من قانون الأحوال الشخصية رقم (٨٨) لسنة (١٩٥٩) حيث نصت على ما يلي :

" الحقوق التي تتعلق بالتركة بعد وفاة المورث أربعة مقدم بعضها على بعض هي : ١- تجهيز المتوفى على الوجه الشرعي . ٢- قضاء ديونه وتخرج من جميع ماله . ٣- تنفيذ وصاياه وتخرج من ثلث ما بقي من ماله. ٤- اعطاء الباقي إلى المستحقين" .

انظر : د. جمعة محمد براج ، أحكام الميراث في الشريعة الاسلامية ، ط١، دار الفكر ، عمّان ، ١٩٨١ ، ص ٩٢-٩٦.

(١) شه نك محمد جميل كريم ، المصدر السابق ، ص ١٧٥.

بالتعويض " يمكن القول ان الأمين اذا هلكت عنده الأمانة دون ان يصدر منه أي خطأ لا تقام عليه المسؤولية ، ومن ثم ينقضي الالتزام بالأمانة تبعا لانقضاء موضوعها .

مما تقدم يتضح ان الأمين غير العقدي يتحلل من التزامه برد الأمانة بلا ضمان ان هلكت الأمانة غير العقدية بلا تعد او تقصير او تحقق احد أسباب الضمان الأخرى المتقدمة ، اما اذا هلكت مع وجود احد أسباب الضمان فانه يؤدي إلى تحمل الأمين غير العقدي للمسؤولية والتعويض العيني او النقدي تبعا للأحوال فلا ينقضي التزامه من الأصل كما في حالة عدم التعدي وانما ينتقل الالتزام إلى التعويض وفقا لقواعد المسؤولية [١] .

٧- استحالة الرد :

ينقضي الالتزام بالأمانة غير العقدية عند تحقق احدى أسباب استحالة الرد ، وهذه الأسباب اما ان تكون مادية وتتحقق مع وجود مانع مادي ملموس ناتج عن فعل الطبيعة كالزلازل والبراكين والفيضانات او ناتجا عن فعل الانسان كالحرب ، او قانونية كصدور قانون او قرار او امر اداري او قواعد تنظم او تحدد او تحظر ممارسة عمل او مهنة معينة ، ويترتب عليها جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا [٢] .

هذا وان القانون العراقي والمصري والاماراتي لم يعط امثلة لهذه الاستحالة وانما اكتفي بالقاعدة العامة وهو مسلك سليم ؛ لان هذا من عمل الفقه ، فيحين ذهبت بعض التشريعات إلى ذكر امثلة تطبيقية للاستحالة المادية كالقانون المدني التونسي حيث ذكر امثلة فيضان الماء وقلة الامطار وزوابع الحريق وهجوم جيش وغير ذلك [٣] .

ويمكن القول ان الاستحالة أيا كان نوعها مادية او قانونية تعد سببا لانقضاء الالتزام بالأمانة غير العقدية ، مع ملاحظة ما يلي :

- لا تقتصر الاستحالة القانونية على داخل البلد وانما يمكن ان تكون من خارجه كما اذا نُقلت الأمانة غير العقدية إلى خارج البلد ثم أراد الأمين ايصالها إلى صاحبها وكان قانون البلد الذي يقيم فيه صاحب الأمانة يحظر ادخال مثل هذا الشيء .

---

(١) تقدم بيان موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والمقارن فيما يتعلق بالتزامات الأمين وصاحب الامانة وأسباب الضمان وقواعد المسؤولية في الأمانة غير العقدية .

(٢) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، المصدر السابق ، ص١٢١-١٢٦.

(٣) انظر مجلة الالتزامات والعقود (القانون المدني التونسي) ، امر مؤرخ في (١٥) ديسمبر (١٩٠٦) ، منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد (١٠٠) بتاريخ (١٥) ديسمبر (١٩٠٦) ، حيث نص الفصل (٢٨٣) منه على ما يلي : " القوة القاهرة التي لا يتيسر معها الوفاء بالعقود هي كل شيء لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلة أمطار وزوابع وحريق وجراد أو كهجوم جيش العدو أو فعل الأمير " .

- ان الاستحالة قد تتداخل مع السبب السابق أي الهلاك فالحريق مثلا يؤدي إلى استحالة الرد والهلاك معا ، وقد لا تتداخل كما في الحرب وقطع الطرق فلا يوجد فيه هلاك ولكن توجد استحالة في الرد .

- لكي تُنتج الاستحالة اثرها في انقضاء الأمانة غير العقدية ينبغي ان تكون دائمية كما اذا صدر قانون يحرم التعامل بموضوع الأمانة غير العقدية ويعتبر حيازته جُرما ، اما ذا كانت مؤقتة فلا تؤدي إلى زوال الأمانة غير العقدية كالفيضان المانع من التنقل .

- اذا تحقق استحالة التنفيذ فان الأمين غير العقدي لا يضمن الا اذا ثبت التعدي او التقصير منه او احد أسباب الضمان الأخرى .

٨- سقوط الحق بالتقادم :

يعتبر التقادم او مرور الزمن مانعا من سماع الدعوى ومن ثم انقضاء الالتزام برد الأمانة غير العقدية مدنيا ، مع بقائه طبيعيا .

وعن المدة المحددة لمنع سماع الدعوى فانه لا توجد قواعد خاصة بالأمانة في هذا الصدد ، وبالرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون العراقي والمقارن يتضح لنا ما يلي :

- المدة العامة لعدم سماع الدعوى بالالتزام هي خمس عشرة سنة في كل من القانون المدني العراقي والمصري والاماراتي [١] .

- المدة الخاصة لعدم سماع دعوى التعويض عن العمل غير المشروع هي بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ علم المتضرر بحدوث الضرر والشخص الذي احدثه ، وبعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل بكل الأحوال [٢] .

---

(١) نصت المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " الدعوى بالالتزام اياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة" ، والمادة (٣٧٤) من القانون المدني المصري على ما يلي : " يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون ... " ، والمادة (٤٧٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " مدة سماع الدعوى لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة " .

(٢) نصت المادة (٢٣٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " لا تسمح دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي احدثه ولا تسمع الدعوى في جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع " ، والمادة (١/١٧٢) من القانون المدني المصري على ما يلي : " تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة ع العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وتسقط هذه الدعوى في كل حال ، بانقضاء خمس عشرة سنه من يوم وقع العمل غير المشروع " ، والمادة (٢٩٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " ١- لا تسمع دعوى الضمان الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسئول عنه . ٢- على أنه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية

- المدة الخاصة بدعوى الكسب بلا سبب لا تسمع في جميع الاحوال بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع ، ولا تسمع بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع [1] .

ومن ذلك يتضح ان انقضاء المدة مانع من سماع دعوى التعويض الناشئة عن الأمانة غير العقدية، ومن ثم فان الأمين لا يتعرض لدعوى صاحب الأمانة بعد هذه المدة وان كان هنالك ضمان في حقه ، وكذلك صاحب الأمانة فان الأمين لا يستطيع مطالبته بالتزاماته الناشئة عن الأمانة بعد هذه المدة، ومن ثم فان مرور الزمن في الأمانة غير العقدية يؤدي إلى انقضائها في اطار عدم إمكانية رفع الدعوى للمطالبة بها ، لا زوالها من الأصل حيث انها تبقى في ذمة الأمين لحين أدائها وان قرب منه الموت فعليه الايصاء بها .

ما تزال مسموعة بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة فإن دعوى الضمان لا يمتنع سماعها . ٣- ولا تسمع دعوى الضمان في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار ".

(١) نصت المادة (٢٤٤) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " لا تسمع دعوى الكسب دون سبب في جميع الاحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع، ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع" .

وذهب القانون المدني المصري في ذلك إلى التفصيل حيث نصت المادة (١٨٠) منه على ما يلي : " تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض ، وتسقط الدعوى ، كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق" .

ونصت المادة (١٨٧) منه على ما يلي : " تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد ، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم ينشأ فيه هذا الحق" ، وكذلك نصت المادة (١٩٧) منه على ما يلي : " تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق" .

اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد نصت المادة (٣٣٦) منه على ما يلي : " لا تسمع الدعوى الناشئة عن الفعل النافع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع وفي جميع الأحوال لا تسمع الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع " .

الخاتمة

من خلال ما تقدم من البحث في موضوع الرسالة لا بد من بيان اهم النتائج التي تم التوصل اليها ، والتوصيات التي لابد من العمل بها ، وكما يلي :

أولا - النتائج

١- تناول الفقه الإسلامي الأمانة غير العقدية وتعرض لاحكامها تارة بشكل مباشر وأخرى ضمن مواضيع أخرى كعقد الوديعة والاجارة والعارية وأسباب الضمان ، وقد تميز الفقه الامامي بكونه اكثر المذاهب الاسلامية تعرضا لها حيث نظم احكامها بشكل مفصل في العديد من المواضيع وافرد لها بعض الفقهاء خصوصا المتأخرين منهم مواضيع خاصة بها .

٢- عند البحث في اراء فقهاء القانون نجد انهم وبالأعم الاغلب لم يتطرقوا بشكل واضح إلى الامانة غير العقدية وانما ذكروها ضمنا وبتطبيقات متعددة .

٣- الأمانة غير العقدية هي المال غير المضمون الذي وصل إلى يد الشخص من دون اذن المالك او من يقوم مقامه ، ويجب حفظها وردها لصاحبها ، فضابطتها المال المأخوذ بلا اذن من المالك مع حصول الرخصة به من القانون لذلك هو غير مضمون .

٤- لا توجد للأمانة غير العقدية تسمية موحدة على مستوى الفقه الإسلامي والقانون ، وورد فيها عدة تسميات منها : الأمانة الشرعية ، الأمانة المأذونة من الشارع ، الأمانة من دون رضا صاحبها ، الأمانة غير القصدية ، والأمانة غير العقدية - وهي التسمية التي اعتمدناها - ، ورغم تعدد هذه التسميات الا ان كل واحدة منها تشير إلى معنى وخصيصة معينة لهذا النوع من الامانات.

٥- لم تجمع النصوص المرتبطة بالأمانة غير العقدية بمجموعة واحد او تحت عنوان معين في القانون المدني العراقي والمقارن ، وانما تناثرت ضمن مواضيع مختلفة سواء تلك المتعلقة منها بأحكام الالتزام ام الحقوق العينية ام مواضيع متفرقة أخرى .

٦- يعد القانون المدني العراقي اكثر القوانين نضجا وتطورا من بين القوانين المقارنة في موضوع الأمانة غير العقدية ، فقد تعرض لها في اكثر من نص قانوني كالمادة (٩٥٠) والمادة (٤٢٦) والمادة (٤٢٧) ، وقد اصطلح عليها القانون المدني العراقي صراحة بغير العقدية او بغير القصدية ، ويأتي قانون المعاملات المدنية الاماراتي بالمرتبة التالية حيث تعرض لها ضمنا في عدة مواد أهمها المادة (٣٠٩) ، ويأتي بالمستوى الأدنى القانون المدني المصري الذي لم ينص على الأمانة غير العقدية ؛ لأنه لم يتناول من الأصل موضوع يد الأمانة ويد الضمان .

٧- على الرغم من ان الأمانة غير العقدية لم تنتج عن اي اتفاق وقصد بين أطرافها ، الا انها تعد مشروعة ؛ واساس مشروعيتها يستمد في الفقه الإسلامي من الحكم الشرعي ، وفي القانون من التشريع الذي يرتب عليها اثآرا والتزامات معينة .

٨- ان ارتفاع حكم الأمانة العقدية يؤدي إلى تحقق الأمانة غير العقدية مع استيفائها لكامل شروطها .

٩- ان الأمانة غير العقدية التزام اما ان يكون على سبيل الكسب بلا سبب في بعض مواردها او على سبيل القانون كمصدر مباشر للالتزام في موارد أخرى.

١٠- رغم وجود العديد من نقاط التشابه بين الأمانة غير العقدية والوديعة والكسب بلا سبب والحيازة وبعض المفاهيم القانونية الأخرى الا انها تختلف بعدة أمور تجعل منها كيانا مستقلا ومتميزا في القانون.

١١- لا تكتمل الأمانة غير العقدية ما لم تستوف جميع شروطها ، وهذه الشروط اما عامة ترجع إلى الأمانة غير العقدية ككل وهي قبض الأمانة غير العقدية ، وانعدام قصد التملك ، وإذن القانون ، وعدم جود اتفاق مسبق بين الأطراف ، والّا يتحقق ما يوجب الضمان ، واما شروط خاصة ترجع إلى الشيء الذي وقعت عليه الأمانة غير العقدية وهي ان يكون من الأموال ، وان يكون مملوكا لغير الأمين ، وان يكون مما يصح التعامل به .

١٢- تتحقق الأمانة غير العقدية عبر العديد من الصور التي يرجع بعضها إلى حالات خاصة منها كالقهر والغلبة ، والغلط ، والجهل بالمالك ، ويرجع البعض الاخر إلى اذن ورخصة القانون كالمقبوض بالعقد الباطل او الذي تم انهاءه ، وما يجب حفظه لمالكه كالمال المأخوذ من الغاصب والسارق والمال المأخوذ مما كان في معرض الهلاك او التلف ، وصور متفرقة اخرى كالوقف الخالي من المتولي والإحسان .

١٣- تتميز للأمانة غير العقدية بسعة وتنوع تطبيقاتها في القانون المدني العراقي والمقارن ، فلها العديد من التطبيقات في التصرف القانوني وفي الوقائع القانونية من العمل غير المشروع والكسب بلا سبب ، فضلا عن التطبيقات المتفرقة الأخرى كالولاية واللقطة والكنز والمعادن والآثار .

١٤- تنتج الأمانة غير العقدية آثارا والتزامات مهمة على عاتق الأمين وصاحب الامانة ، ومن اهم التزامات الأمين هي حفظ الأمانة وردها إلى صاحبها ، اما اهم التزامات صاحب الأمانة فهي رد المصاريف والنفقات ، ودفع الأجرة ، والتعويض عن الضرر ، والاخطار والاخبار .

١٥- اذا ما أصاب الأمانة غير العقدية هلاك او ضرر فان الأمين لا يضمن وهذا هو الأصل ، ولكن استثناء يتحقق ضمان الأمين بعدة اساب اهمها التعدي والتفريط والتجهيل وعدم رد الأمانة دون حق والجحد.

١٦- تتحقق المسؤولية التقصيرية في الأمانة غير العقدية عند اخلال الأمين او اصاحب الأمانة بالتزاماتهما ، وكذلك عند تحقق أسباب الضمان المختلفة للأمين كالتعدي والتفريط .

١٧- كثيرا من احكام القانون المدني نجد أساسها في الأمانة غير العقدية كتلك النصوص المتعلقة بانتهاء العقود ، او الولاية على مال الصغير ، او الغلط في التعاملات ، او القهر والغلبة .

١٨- تنتهي الأمانة غير العقدية مع تحقق احد اسباب الانتهاء وهي رد الأمانة وانقضاء الاجل وتملك الأمين للأمانة غير العقدية ، والرجوع عن الأمانة وهلاك المحل ، واستحالة الرد .

ثانيا - التوصيات

١- نقترح إضافة باب خاص بالأمانة غير العقدية في القانون المدني العراقي ، ويكون موضعه ضمن القسم الأول (الحقوق الشخصية) ، الكتاب الأول (الالتزام بوجه عام) ، وبعد الباب السادس الذي يحمل عنون (اثبات الالتزام) ، وعنوانه هو (الباب السابع : الالتزام بالأمانة غير العقدية) .

٢- نقترح نقل المادة (٩٥٠) من القانون المدني العراقي إلى الباب الخاص بالأمانة غير العقدية ؛ كونها اقرب إلى الأمانة غير العقدية من إلى عقد الوديعة ، ونقترح نقل المادة (٤٢٦) والمادة (٤٢٧) من القانون المدني العراقي إلى هذا الباب كونهما اقرب إلى احكام الأمانة من موضوع انقضاء الالتزام .

٣- نقترح ان يتضمن الباب الخاص بالأمانة غير العقدية اضافة إلى المواد السابقة ما يلي :

أ- شروط الأمانة غير العقدية :

- لا تتحقق الأمانة غير العقدية بلا اذن وترخيص من القانون .

- يشترط لتحقق الأمانة غير العقدية انعدام الاتفاق بين الأطراف ، وانعدام ما يوجب الضمان لدى الأمين.

- يجب ان يكون محل الأمانة غير العقدية مالا يصح التعامل به ومملوكا لغير الأمين .

ب - صور الأمانة غير العقدية :

تتحق الأمانة العقدية بعدة أسباب خارجة عن إلارادة والاختيار كالحوادث الطبيعية ، والغلط في بعض موارده ، والجهل بالمالك ، والمال الذي يجب حفظه لمالكه ، وما نص القانون عليه كاللقطة والولاية.

ج - التزامات الأمين غير العقدي :

- يلتزم الأمين بالمحافظة على الشيء ورده إلى صاحبه .

- يجب على الأمين المبادرة إلى رد الشيء إلى صاحبه او من يقوم مقامه اذا كان يعلمه والا فتجري عليه احكام اللقطة .

- يلتزم الأمين بالأعلام عن وجود الشيء محل الأمانة في يده والتعريف به والبحث عن مالكه .

- يلتزم الأمين بالامتناع عن استعمال الشيء محل الأمانة غير العقدية او التصرف به .

- يلتزم الأمين بعدم تملك الأمانة غير العقدية الا اذا لم يكن للمال المُلتَقط علامة يستطيع من خلالها الأمين تعريفه والوصول إلى صاحبه فانه يجوز للأمين الملتقط ان يتملك الأمانة.

د - التزامات صاحب الأمانة :

- يلتزم صاحب الأمانة غير العقدية بأداء جميع المصاريف المتعلقة بحفظ الأمانة وصيانتها وتسليمها وغير ذلك من متطلبات الوفاء بها .

- يلتزم صاحب الأمانة غير العقدية برد الأجرة للأمين غير العقدي مع وجود عرف خاص يقضي بذلك ، او مع تعهده السابق بإعطاء الأجرة لمن رد عليه أمواله ، او مع نص القانون بذلك .

- يلتزم صاحب الأمانة غير العقدية بالتعويض عن الضرر الذي لحق الأمين غير العقدي بسبب الأمانة غير العقدية ، ما لم يكن منشأ الضرر يعود على الأمين .

- يلتزم صاحب الأمانة غير العقدية بالإخطار والاخبار عن أمواله وصفاتها لمساعدة الأمين على العثور عليه .

هـ - ضمان ومسؤولية الأمين غير العقدي :

- الأصل ان الأمين غير العقدي لا يضمن ما لم ينص القانون على ذلك .

- يضمن الأمين غير العقدي الأمانة لو هلكت مع حصول التعدي او التقصير .

- اذا مات الأمين غير العقدي دون ان يبين حال الأمانة غير العقدية مع عدم علم الورثة بها يكون مجهلا لها فيجب اخراج قيمة الأمانة من تركته كسائر ديونه.

- اذا امتنع الأمين غير العقدي عن رد الأمانة دون وجه حق فانه يعد ضامنا لها ، اما اذا كان الامتناع لسبب صحيح كالانتظار لحين اداء صاحب الأمانة ما عليه من النفقات فلا يعتبر ضامنا .

- اذا ظهر الأمين غير العقدي بمظهر المالك على الأمانة وتصرف بها او انكرها على صاحبها مع قصد التملك فانه يضمنها .

- تقام مسؤولية الأمين او صاحب الأمانة وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية متى ما حدث خلل في التزاماتهما ، او مع تحقق احد أسباب الضمان .

و - انتهاء الأمانة غير العقدية :

- تنتهي الأمانة غير العقدية برد الأمانة إلى صاحبها ، وانقضاء الاجل في الأمانة غير العقدية المقترنة باجل بمقتضى طبيعة الشيء او بنص القانون .

- تنتهي الأمانة غير العقدية بتملك الأمين لمحل الأمانة غير العقدية .

- تنتهي الأمانة غير العقدية بإرجاع الأمين الشيء محل الأمانة إلى موضعه بعد ان تم اخذه .

- تنتهي الأمانة غير العقدية بهلاك الشيء محل الأمانة غير العقدية ، او مع استحالة رد الشيء إلى صاحبه ماديا او قانونيا ، ويشترط في الاستحالة ان تكون دائمة .

- يعتبر التقادم مانعا من سماع الدعوى ، ويكون الرجوع إلى القواعد العامة بشان المدد القانونية .

قائمة المصادر والمراجع

بعد القرآن الكريم

أولا - كتب تفسير القرآن الكريم :

١- الفضل بن الحسن الطبرسي ، مجمع البيان ، ط١ ، دار المرتضى ، بيروت ، ٢٠٠٦ .

٢- محمد جواد مغنية ، تفسير الكاشف ، ط٣ ، دار الكتاب الإسلامي ، قم ، ايران ، ٢٠٠٥.

٣- محمد حسين الطباطبائي ، الميزان في تفسير القران ، ط١ ، مطبوعات دار الاندلس ودار الاميرة ، بيروت ، ٢٠١٠ .

ثانيا - كتب الحديث الشريف :

١- احمد بن محمد بن حنبل ، مسند أحمد بن حنبل ، ط١ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ٢٠٠١ .

٢- محمد باقر بن محمد تقي المجلسي ، بحار الانوار ، ط ٣ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٣ .

٣- محمد بن علي بن بابويه القمي الصدوق ، عيون أخبار الرضا ، ط١ ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٨٤ .

٤- محمد بن يعقوب الكليني ، فروع الكافي ، ط١ ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، ٢٠٠٥.

ثالثا - كتب الفقه الإسلامي :

أ - كتب الفقه الامامي :

١- آغا بن عابد دربندى ، خزائن الاحكام ، بلا طبعة ، الحائري ، قم ، ايران ، بلا سنة نشر.

٢- الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية ، ط١ ، مؤسسة الامام الصادق عليه السلام ، قم ، ايران ، ٢٠٠٠.

٣- = = = = ، تذكرة الفقهاء ، ط١ ، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ، قم ، ايران ، ١٩٩٤ .

٤- = = = = ، قواعد الاحكام ، ط١ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ايران ، ١٩٩٧ .

٥- حسن جعفر كاشف الغطاء ، انوار الفقاهة ، ط١ ، المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية ، طهران ، ٢٠١٥ .

٦- زين الدين بن علي العاملي الشهيد الثاني ، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ، ط٣ ، مؤسسة المعارف الإسلامية ، قم ، ايران ، ٢٠٠٤.

٧- علي بن الحسين الكركي ، جامع المقاصد في شرح القواعد ، ط١ ، مؤسسة آل البيت لاحياء التراث ، قم ، ايران ، ١٩٩٠ .

٨- علي الموسوي القزويني ، ينابيع الأحكام في معرفة الحلال والحرام ، ط١ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ايران ، ٢٠٠٣ .

٩- محمد بن الحسن الطوسي ، الخلاف ، بلا طبعة ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ايران ، ١٩٨٦ .

١٠- = = = = ، المبسوط في فقه الامامية ، ط٣ ، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ، طهران ، ١٩٦٧ .

١١- = = = = ، تهذيب الاحكام ، ط١ ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ١٢٣٤ .

١٢- محمد بحر العلوم ، بلغة الفقيه ، بلا طبعة ، الصادق ، طهران ، ١٩٨٣ .

١٣- محمد جمال الدين مكي العاملي الشهيد الأول ، القواعد والفوائد ، بلا طبعة ، مكتبة المفيد ، قم ، ايران ، ١٩٧٩ .

١٤- محمد جواد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، بلا طبعة ، دار احياء التراث ، بيروت ، بلا سنة نشر .

١٥- محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، ط ٧ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨١ .

١٦- مقداد بن عبد الله السيوري الحلي ، نضد القواعد الفقهية على مذهب الامامية ، بلا طبعة ، مطبعة الخيام ، قم ، ايران ، ١٩٨٣ .

١٧- يوسف البحراني ، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة ، بلا طبعة ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، ايران ، ١٩٨٧.

ب - كتب الفقه الحنفي :

١- إبراهيم بن محمد ابن نجيم المصري الحنفي ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ط٢ ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، بلا سنة نشر .

٢- أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي ، مجمع الضمانات في مذهب الامام ابي حنيفة النعمان ، ط١ ، دار السلام ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

٣- احمد بن محمد أبو الحسين القدوري ، التجريد ، ط ٢ ، دار السلام ، القاهرة ، ٢٠٠٦.

٤- زين الدين بن إبراهيم بن النجيم المصري ، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٩ .

٥- عبد الرحمن بن محمد داماد افندي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، بلا طبعة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٨ .

٦- علاء الدين أبو بكر الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٦ .

٧- علاء الدين محمد بن عابدين الدمشقي الحنفي ، قرة عين الاخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار ، بلا طبعة ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٥ .

٨- محمد بن علي بن محمد الحِصْني الحنفي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢ .

٩- محمد قدري باشا ، مرشد الحيوان إلى معرفة أحوال الانسان ، ط٢ ، المطبعة الكبرى الاميرية ، القاهرة ، ١٨٩١ .

١٠- كمال الدين محمد بن همام ، فتح القدير ، بلا طبعة ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠١٢ .

١١- محمود بن أحمد بن موسى الغيتابى الحنفى ، البناية شرح الهداية ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ .

ج - كتب الفقه المالكي :

١- جلال الدين عبد الله بن نجم السعدي المالكي ، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، ط١ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ٢٠٠٣ .

٢- شهاب الدين احمد بن ادريس المالكي القرافي الشافعي ، الذخيرة ، ط١ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٤ .

٣- عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، ط١ ، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٩٩٩ .

٤- مالك بن أنس بن مالك الأصبحي المدني ، المدونة ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤.

٥- محمد بن احمد بن رشيد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، بلا طبعة ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .

٦- محمد بن علي التميمي المازري ، شرح التلقين ، ط١ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ٢٠٠٨ .

٧- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب المالكي ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، ط٣ ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٩٢ .

٨- يوسف بن عبد الله بن عبد البر المالكي ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٢.

د - كتب الفقه الحنبلي :

١- ابو النجا موسى بن احمد الحجاوي المقدسي ، الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل ، بلا طبعة ، دار المعرفة ، بيروت ، بلا سنة نشر .

٢- سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدمشقي ، اللباب في علوم الكتاب ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨ .

٣- عبد الرحمن احمد بن رجب الحنبلي ، القواعد الفقهية ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٨.

٤- عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي ، الشرح الكبير على المقنع ، ط١ ، هجر للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٩٥ .

٥- علاء الدين علي بن سليمان المرداوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ط ١ ، هجر ، القاهرة ، ١٩٩٥ .

٦- منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٩ .

٧- موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، الكافي في فقه الإمام أحمد ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٤٩ .

٨- = = = = ، المغني ، ط٣ ، عالم الكتب ، الرياض ، ١٩٩٧.

هـ - كتب الفقه الشافعي :

١- ابو حامد محمد بن محمد الغزالي الشافعي الطوسي ، الوسيط في المذهب ، ط١ ، دار السلام ، القاهرة ، ٢٠١٢ .

٢- الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي ، التهذيب في فقه الامام الشافعي ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ .

٣- شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي القرافي الشافعي ، أنوار البروق في أنواء الفروق ، بلا طبعة ، عالم الكتب ، القاهرة ، بلا سنة نشر .

٤- صالح بن سراج الدين البلقيني ، التدريب في الفقه الشافعي (تدريب المبتدي وتهذيب المنتهي) ، ط١ ، دار القبلتين ، الرياض ، ٢٠١٢ .

٥- عبد الكريم بن محمد أبو القاسم الرافعي القزويني ، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ .

٦- عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي امام الحرمين ، نهاية المطلب في دراية المذهب ، ط١ ، دار المنهاج ، جدة ، السعودية ، ٢٠٠٧ .

٧- عثمان بن محمد شطا البكري ، إعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين ، ط١ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٧ .

٨- محمد بن موسى الدَّمِيري الشافعي ، النجم الوهاج في شرح المنهاج ، ط١، دار المنهاج ، جدة ، السعودية ، ٢٠٠٤ .

٩- محيي الدين يحيى بن شرف النووي الشافعي ، المجموع في شرح المهذب ، بلا طبعة ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٦ .

١٠- = = = ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ط٣ ، المكتب الإسلامي، بيروت ، دمشق ، عمّان ، ١٩٩١ .

١١- يحيى بن ابي الخير العمراني الشافعي ، البيان في مذهب الامام الشافعي ، ط١ ، دار المنهاج ، جدة ، السعودية ، ٢٠٠٠ .

رابعا - كتب الفقه الإسلامي المعاصر :

١- إبراهيم محمد الشحات ، المدخل في الشريعة الإسلامية ، بلا طبعة ، مركز التعليم المفتوح بجامعة بنها ، مصر ، ٢٠٠٧ .

٢- أبو القاسم علي اكبر هاشم الخوئي ، منهاج الصالحين ، ط ٢٩ ، مؤسسة احياء تراث الامام الخوئي ، قم ، ايران ، ٢٠٠٠ .

٣- احمد إبراهيم بك ، واصل علاء الدين احمد ، الالتزامات في الشرع الإسلامي ، ط١ ، المكتبة الازهرية للتراث ، الجزيرة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٣ .

٤- الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، ط١ ، طبعة الوزارة ، الكويت ، ٢٠٠٢.

٥- د. جمعة محمد براج ، أحكام الميراث في الشريعة الاسلامية ، ط١، دار الفكر ، عمّان ، ١٩٨١ .

٦- جواد علي التبريزي ، منهاج الصالحين ، ط١ ، مدين ، قم ، ايران ، ٢٠٠٦ .

٧- د. حمد بن محمد الجابر الهاجري ، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي ، ط١ ، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع ، السعودية ، ٢٠٠٨ .

٨- دُبيان بن محمد الدُبيان ، المعاملات المالية اصالة ومعاصرة ، ط٢ ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، ٢٠١١ .

٩- روح الله مصطفى الموسوي الخميني ، تحرير الوسيلة ، بلا طبعة ، مؤسسة تنظيم ونشر آثار امام خمينى ، طهران ، ١٩٨٩ .

١٠- سعدي حمدي سعيد أبو جيب ، القاموس الفقهي ، ط٢ ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٨ .

١١- عبد الأعلى السبزواري ، مدارك الاحكام في مسائل الحلال والحرام ، ط١ ، دار التفسير ، قم ، ايران ، ٢٠٠٩ .

١٢- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ .

١٣- د.عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط١ ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، بيروت ، ٢٠٠٥ .

١٤- عبد الله فضل الله فحص الحسيني ، الجواهر الفقهية في شرح الروضة البهية ، ط١ ، دار الأضواء ، بيروت ، ٢٠١٢ .

١٥- علي عبد الحكيم الصافي، الضمان في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة لأسبابه ومجالاته في العقود)، ط١ ، نشر المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، مطبعة نكار ، طهران ، ٢٠١٠.

١٦- علي محمد الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، بلا طبعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .

١٧- علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ط ١٧ ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، ٢٠١٨ .

١٨- محسن مهدي الحكيم ، مستمسك العروة الوثقى ، ط٣، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٧٢.

١٩- محمد إسحاق الفياض ، منهاج الصالحين ، ط١ ، أمير للطباعة ، قم ، ايران ، بلا سنة نشر.

٢٠- محمد الجواهري ، الواضح في شرح العروة الوثقى ، بلا طبعة ، المعارف للمطبوعات ، بيروت ، ٢٠١٢ .

٢١- محمد السند البحراني ، سند العروة والوثقى (كتاب النكاح) ، ط١ ، دار الاميرة ، بيروت ، ٢٠١٣.

٢٢- محمد الفاضل اللنكراني ، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة (المكاسب المحرمة) ، (الاجارة) ، ط١ ، مركز فقه الائمه الاطهار عليهم السلام ، قم ، ايران ، ٢٠٠٦ .

٢٣- محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي ، الفقه (القواعد الفقهية) ، ط ١ ، المركز الثقافي الحسيني ، بيروت ، ١٩٩٣ .

٢٤- محمد باقر الايرواني ، دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي ، ط ٢ ، المركز العالمي للدراسات الإسلامية ، قم ، ايران ، ٢٠٠١ .

٢٥- محمد تقي بهجت ، توضيح المسائل ، ط٢ ، شفق ، قم ، ايران ، بلا سنة نشر .

٢٦- محمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق عليه السلام (عرض واستدلال) ، ط ٨ ، انصاريان للطباعة والنشر ، قم ، ايران ، ٢٠٠٩ .

٢٧- محمد حسن البجنوردي ، القواعد الفقهية ، ط١ ، الهادي ، قم ، ايران ، ١٩٩٩.

٢٨- محمد حسين الاصفهاني ، الاجارة ، ط٢ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ايران ، ١٩٨٨ .

٢٩- محمد رضا الگلپايگاني ، هداية العباد ، ط١ ، دار القران الكريم ، قم ، ايران ، ١٩٩٢.

٣٠- محمد رضا نكونام ، تحرير التحرير ، ط١ ، ظهور شفق ، قم ، ايران ، ٢٠٠٧ .

٣١- محمد سعيد الطباطبائي الحكيم ، منهاج الصالحين ، ط١٢ ، مؤسسة الحكمة للثقافة الإسلامية ، النجف ، العراق ، ٢٠٠٧ .

٣٢- مرتضى الانصاري ، المكاسب ، ط١ ، النور ، بيروت ، ١٩٩٩.

٣٣- د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ط٩ ، الخنساء ، بغداد ، ٢٠٠٢ .

٣٤- = = = = ، د. عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، بلا طبعة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ .

٣٥- مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العالم ، ط٢ ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠٤.

٣٦- مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي ، موسوعة الفقه الاسلامي طبقا لمذهب اهل البيت ، ط١ ، دائرة معارف الفقه الاسلامي ، قم ، ايران ، ٢٠١٠ .

٣٧- د. نزيه حماد ، عقد الوديعة في الشريعة الإسلامية (عرض منهجي مقارن) ، ط١ ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٣ .

٣٨- = = = ، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ، ط٢ ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، السعودية ، ٢٠٠٠ .

خامسا - الكتب القانونية :

١- د. احمد السعيد الزقرد ، الوجيز في نظرية الالتزام ، بلا طبعة ، المكتبة العصرية ، المنصورة ، مصر ، ٢٠٠٥ .

٢- د. احمد شكري السباعي ، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن ، بلا طبعة ، عكاظ ، الرباط ، المغرب ، بلا سنة نشر .

٣- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الحقوق العينية الاصلية (حق الملكية) ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٤ .

٤- = = = ، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام في الفقه وقضاء النقض) ، بلا ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٨ .

٥- د. احمد عبد العال أبو قرين ، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

٦- د. ادريس العلوي العبدلاوي ، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام) ، بلا طبعة ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، المغرب ، ١٩٩٦.

٧- د امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، بلا طبعة ، دار الثقافة ، عمّان ، ٢٠٠٣ .

٨- د أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، بلا طبعة ، المطبوعات الجامعية ، مصر ، ١٩٩٨.

٩- د. جلال علي العدوي ، مصادر الإلتزام (دراسة مقارنة) ، بلا طبعة ، جامعة الإسكندرية ، مصر ، ١٩٩٤.

١٠- د. جواد احمد البهادلي ، مدخل قانوني لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط٢ ، مجمع اهل البيت عليهم السلام ، النجف ، العراق ، ٢٠١٧ .

١١- د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، بلا طبعة ، الرابط ، بغداد ، ١٩٥٤ .

١٢- = = = ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، بلا طبعة ، وائل ، عمّان ، ٢٠٠٦.

١٣- د. حمدى احمد سعد احمد ، مدى مسؤولية الأمين في عقود التوثيقات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني) ، بلا طبعة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٧ .

١٤- خلف محمد ، دعوى التعويض عن المسؤولية التقصيرية ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

١٥- د. رضا محمد إبراهيم الشاذلي ، مدى تأثير قواعد القانون المدني في تفسير النصوص الخاصة بجرائم الأموال ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٥.

١٦- د. سعيد سعد عبد السلام ، الحقوق العينية الاصلية ، بلا طبعة ، حماده ، المنوفية ، مصر ، ١٩٩١.

١٧- = = = ، مصادر الالتزام المدني ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣.

١٨- د. سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الاصلية) ، ط١ ، دار الحرية ، بغداد ، ١٩٧٣.

١٩- شه نك محمد جميل كريم ، أثر القصد المدني في تضمين اليد (دراسة تحليلية مقارنة) ، ط١ ، دار الكتب القانونية ، دار شتات ، القاهرة ، ٢٠١١ .

٢٠- صالح جمعة حسن ، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون (بحث مقارن) ، ط١ ، مؤسسة الرسالة ، بغداد ، ١٩٧٦ .

٢١- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، بلا ط ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦١ .

٢٢- عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ و الضر ، بلا ط ، عويدات ، بيروت ، ١٩٨٤ .

٢٣- د عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، بلا طبعة ، جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٧٠ .

٢٤- د. عبد الرحمن الشرقاوي ، القانون المدني (مصادر الالتزام) ، ط٤ ، دار السلام ، الرابط ، المغرب ، ٢٠١٧ .

٢٥- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام) ، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ .

٢٦- = = = ، الوسيط في شرح القانون المدني ، بلا طبعة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٦٤ .

٢٧- = = = ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ط١ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٧ .

٢٨- د. عبد الله مبروك النجار ، المدخل المعاصر لفقه القانون ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

٢٩- د = = = ، مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

٣٠- د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام) ، بلا طبعة ، العاتك ، القاهرة ، بلا سنة نشر .

٣١- د. عبد المجيد الزروقي ، احكام الغلط (دراسة في المنهجية التشريعية) ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠١٠ .

٣٢- د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الاصلية (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري) ، بلا ط ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٢ .

٣٣- د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، ط١ ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٩٤.

٣٤- المستشار عز الدين الدناصوري ، د. عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، ط٦ ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٤.

٣٥- د عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة (الإعارة ، الإيداع ، الحراسة ، المقامرة والرهان ، المرتب مدى الحياة) ، ط١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، بيروت ، ٢٠١٩ .

٣٦- د علي محي الدين علي ، مبدأ الرضا في العقود (دراسة مقارنة) ، ط٢ ، البشائر الإسلامية ، بيروت ، ٢٠٠٢ .

٣٧- د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية) ، ط١٠ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠١٣ .

٣٨- د. غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، ط٧ ، وائل ، عمّان ، ٢٠٠٤.

٣٩- د. غني حسون طه ، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة) ، بلا طبعة ، مطبوعات جامعة الكويت ، مطبعة مقهوى ، الكويت ، ١٩٧٧ .

٤٠- د. فاروق الاباصيري ، احكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الاماراتي ، ط١ ، مكتبة الجامعة ، الشارقة ، الامارات ، ٢٠١٠ .

٤١- د. فايز محمد حسين محمد ، الوديعة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية ، ط١ ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠١٢ .

٤٢- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، احكام عقد الوديعة في التشريع المصري والمقارن ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٢ .

٤٣- د. لاشين محمد الغاياتي ، د. رضا متولي وهدان ، الحقوق العينية الاصلية حق الملكية (دراسة مقارنة) ، بلا طبعة ، مطبعة الاشوال ، طنطا ، مصر ، ١٩٩٦.

٤٤- د. ليلى عبد الله سعيد ، النظرية العامة لضمان اليد (دراسة في الفقه الإسلامي والقانون) ، ط٢ ، الجيل العربي ، الموصل ، العراق ، ٢٠١٠ .

٤٥- د. محمد بقبق ، النظرية العامة للالتزام (التصرف القانوني) ، ط١ ، الأطرش ، تونس ، ٢٠٠٩.

٤٦- د. محمد حسن عبد الرحمن ، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة) ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .

٤٧- د. محمد حسن قاسم ، موجز الحقوق العينية الاصلية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ .

٤٨- د. محمد حسن منصور ، الحقوق العينية الاصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها - أسباب كسب الملكية) ، ط١ ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٦ .

٤٩- = = = ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥ .

٥٠- د. محمد سعيد احمد ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الأشياء غير الحية (دراسة مقارنة) ، ط١ ، الدولية للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠٠١ .

٥١- د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، بلا طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ .

٥٢- د. محمد شكري سرور ، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة) ، ط٢ ، جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٩٨.

٥٣- د. محمد عبد الظاهر حسين ، مصادر الالتزام (المصادر الارادية وغير الارادية) ، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

٥٤- د. محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني (العقود المسماة) ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥ .

٥٥- د. محمد كامل مرسي بك ، الملكية والحقوق العينية ، بلا طبعة ، المطبعة الرحمانية ، القاهرة ، ١٩٢٣.

٥٦- د. محمود عبد الرحيم الديب ، الوجيز في مصادر الالتزام ، بلا طبعة ، دار الجامعة العربية ، الاسكندرية ، مصر ، ١٩٩٨ .

٥٧- د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية ، بلا طبعة ، السعدون ، بغداد ، بلا سنة نشر.

٥٨- د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة) ، ط١ ، ئاراس ، أربيل ، العراق ، ٢٠٠٦ .

٥٩- د. نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية (احكامها - مصادرها) ، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥ .

٦٠- = = = ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٤ .

٦١- د. نجيم اهتوت ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ (المصادر الارادية) ، ط١ ، القبس ، المغرب ، ٢٠١٩.

٦٢- د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان (دراسة مقارنة) ، ط٩ ، دار الفكر ، دمشق ، ٢٠١٢ .

٦٣- د. يحيى قاسم علي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظرية القانون - نظرية الحق(دراسة مقارنة) ، ط١ ، كوميت ، القاهرة ، ١٩٩٧ .

٦٤- د. يوسف محمد عبيدات ، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، ط٢ ، المسيرة ، عمّان ، ٢٠١١ .

سادسا - كتب اللغة العربية والمعاجم :

١- احمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي ، معجم مقاييس اللغة ، بلا طبعة ، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٧٩ .

٢- الحسين بن محمد الراغب الاصفهاني ، المفردات في غريب القرآن ، بلا طبعة ، دار المعروف ، بيروت ، ٢٠٠٣ .

٣- بهاء الدين عبد الله ابن عقيل الهمداني ، شرح ابن عقيل على الفية ابن مالك ، بلا طبعة ، الاصدقاء ، القاهرة ، بلا سنة نشر .

٤- علي بن محمد الشريف الجرجاني ، التعريفات ، ط١، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠١٠.

٥- مجمع اللغة العربية ، معجم القانون ، بلا طبعة ، الهيئة العمة لشؤون المطابع الأميرية ، القاهرة ، ١٩٩٩.

٦- محمد رضا المظفر ، المنطق ، ط ٢ ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، ٢٠٠٦.

٧- محمد بن مكرم بن علي بن منظور ، لسان العرب ، ط٣ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٩ .

سابعا - الأطاريح والرسائل الجامعية :

١- د. احمد حافظ موسى ، الضمان في عقود المعاملات وتطبيقاته المعاصرة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية الدراسات العليا ، الجامعة الاردنية ، الاردن ، ٢٠٠٥ .

٢- احمد نصر قاسم ، المسؤولية المدنية لحارس الأشياء (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، ٢٠١٨ .

٣- د. آمال يس عبد المعطي ، التشريع الإسلامي في رعاية اللقيط وحفظ اللقطة (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية الدراسات الإسلامية والعربية ، جامعة الازهر ، مصر ، ١٩٨٨ .

٤- انعام جبار علوان العكيدي ، النظام القانوني للقطة (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل ، العراق ، ٢٠٠٩ .

٥- انور رحيم مهدي صالح العبادي ، هدر المال العام في الشريعة الإسلامية ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية الفقه ، جامعة الكوفة ، العراق ، ٢٠١٧.

٦- بن صافية صامورة ، بوسكين وردة ، المسؤولية المدنية الناشئة عن الأشياء الحية والاشياء الجامدة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، الجزائر ، ٢٠١٨ .

٧- بوترعة زينب ، الحيازة في القانون المدني ، مذكرة لنيل شهادة الماستر مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة اكلي محند اولحاج ، الجزائر ، ٢٠١٩ .

٨- حدة معزيز ، الاثراء بلا سبب احكامه وتطبيقاته في ظل القانون المدني الجزائري ، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي - ام البواقي - ، الجزائر ، ٢٠١٦ .

٩- د. حسن حنتوش ، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، ٢٠٠٥ .

١٠- د. ردينة محمد رضا مجيد كربول ، الولاية على المال (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، ٢٠٠٧ .

١١- ساكار صباح ياسين كريم ، الخيانة في بيوع الأمانة (دراسة تحليلية في القانون المدني) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، العراق ، ٢٠١٠ .

١٢- د. ساهرة حسين كاظم ، إلتزامات الأولياء وحقوقهم في الولاية على النفس (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، ٢٠٠٤ .

١٣- د. عادل يوسف عبد النبي الشكري ، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإهمال (دراسة تحليلة تطبيقية مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، العراق ، ٢٠٠٥.

١٤- د. عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، العراق ، ١٩٧٤ .

١٥- د. فهد بن صقر بن زايد الروقي ، اللقطة وبابي الجعالة واللقيط من الحاوي الكبير لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي (دراسة وتحقيق) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة ام القرى ، السعودية ، ١٩٩٦.

١٦- د. مثنى محمد عبد ، هلاك المبيع قبل التسليم (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، ٢٠٠٧ .

١٧- محمد قاسم عبد الحميد ، الضمان الطولي في نطاق المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة في القوانين المدنية والفقه الاسلامية) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، العراق ، ٢٠١٥ .

١٨- د. منى عبد العالي موسى المرشدي ، الحماية الجنائية للأموال الضائعة (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، العراق ، ٢٠١٥ .

١٩- هناء محمد حسين احمد التميمي ، احكام الأمانة في الفقه الإسلامي ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية العلوم الإسلامية ، جامعة بغداد ، العراق ، ٢٠٠٥ .

٢٠- يَعلى قحطان عبد الرحمن ، الوديعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية الشريعة ، جامعة آل البيت ، الأردن ، ٢٠١٢ .

ثامنا - البحوث العلمية :

١- د. احمد عبد الحسين كاظم الياسري ، التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد (دراسة مقارنة بين القانون العراقي القانون المدني المصري) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية ، جامعة بابل ، المجلد ٨ ، العدد ٤ ، ٢٠١٦ .

٢- د. حارث محمد سلامة العيسى ، د. أحمد غالب محمد علي الخطيب ، يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية ، المجلد ١٨، العدد ٢ ، ٢٠١٠ .

٣- د. خالد الغفوري ، الملكية واسبابها في الفقه الإسلامي (عرض وتحليل) ، بحث منشور في مجلة الاجتهاد ، بيروت ، العدد ٥٦ ، ٢٠٢٠ .

٤- د. خالد ملاوي ، اثر التهمة في تضمين يد الأمانة في الفقه المالكي ، بحث منشور في مجلة الحقيقة ، جامعة ادرار ، عدد ٤٣ ، ٢٠١٨ .

٥- رأفت الحامد العدني ، دراسات في الشريعة والعقيدة (احكام اللقطة) ، بحث منشور في مجلة البيان التي تصدر عن المنتدى الإسلامي ، العدد ١٥٨ ، ٢٠٠٠.

٦- د ضحى محمد سعيد النعمان ، انعام جبار علوان ، احكام اللقطة (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ٨ ، السنة ٢ .

٧- د. عادل شمران ، قاعدة عدم ضمان الأمين في الفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة الثانية ، العدد ٣ ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٠ .

٨- د. عماد خضير علاوي ، دور الإرادة المنفردة في انهاء العقد ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ٣ ، ٢٠٠٤ .

٩- د. عماد محمود عبيد ، عقد الأمانة بين الدعوى الجزائية والدعوى المدنية ، بحث منشور في مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، الجامعة الأردنية ، عمّان ، المجلد ٤٣ ، العدد ٢ ، ٢٠١٦ .

١٠- فواز صالح ، الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٨ ، العدد ١ ، ٢٠١٢ .

١١- د. ليلى عبد الله سعيد ، يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، بحث منشور في حولية كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية ، جامعة قطر ، العدد ١٥ ، ١٩٩٧.

١٢- محمد باحمد دودو ، د. انس مصطفى أبو عطا ، معيار صفة اليد في الضمان ، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، المجلد ٦ ، العدد (ا/ب) ، ٢٠١١ .

١٣- د. محمد سليمان الأحمد ، د. نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ١ ، العدد ١٧ ، ٢٠٠٣ .

١٤- د. منصور حاتم حسن ، الاهلية والولاية في نطاق الرهن التأميني (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل ، العلوم الإنسانية ، المجلد ٢٥ ، العدد ٢ ، ٢٠١٧ .

تاسعا - القوانين :

أ- القوانين العراقية :

١- القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) .

٢- قانون الأحوال الشخصية رقم (٨٨) لسنة (١٩٥٩) .

٣- قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) .

٤- قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) .

٥- قانون الاثار والتراث رقم (٥٥) لسنة (٢٠٠١) .

ب - القوانين العربية :

١- مجلة الاحكام العدلية لسنة (١٨٧٦) الملغية .

٢- مجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة (١٩٠٦) .

٣- قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة (١٩٣٧) .

٤- قانون الولاية على المال المصري رقم (١١٩) لسنة (١٩٥٢)

٥- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) .

٦- قانون حماية الاثار المصري رقم (١١٧) لسنة (١٩٨٣) .
٧- قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة (١٩٨٥) .

٨- قانون العقوبات الاماراتي رقم (٣) لسنة (١٩٨٧) .

٩- القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة (٢٠٠٢) النافذ .

١٠- قانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم (٢٨) لسنة (٢٠٠٥)

١١- قانون التصرفات باللقطة والاموال المتروكة في إمارة دبي رقم (٥) لسنة (٢٠١٥).

١٢- قانون الاثار الإمارتي رقم (١١) لسنة (٢٠١٧) .

Summary

The non-contractual trust is the unsecured money that has reached to the person’s hand without the permission of the owner or someone acting on his behalf, and it must be preserved and returned to its owner. It is characterized by several characteristics, the most important of which is that it is based on the law to legitimize it, because taking possession of it was not the result of the permission and license of the owner of the trust, and without any agreement between them.

And the non-contractual trust can be adapted in some of its resources by earning without reason, and by law in other resources, and it is not correct to adapt it to contract, unilateral will, harmful act, and right in possession. Despite the similarity of the non-contractual trust with some other concepts such as the deposit, borrowing and the possession, but it differs in many things, making it an independent entity from others.

A non-contractual trust is not realized unless it fulfills all its conditions, whether those related to the non-contractual trust as a whole, such as possession and the absence of the intent to own, the agreement and the license of the law, or those conditions related to the kind of the non-contractual trust, such as being from the funds owned by the non-trustworthy and which is valid to deal with, and the non-contractual trust is produced through a group Of the images, some of them refer to special cases, such as oppression, mistakes and ignorance of the owner, and some of them refer to the permission and license of the law, such as money that must be preserved for its owner and the endowment devoid of the guardian.

The non-contractual trust has many applications in the Iraqi and comparative civil law, and some of these applications are due to the legal act, and some to the legal facts, as well as other sporadic applications such as the mandate, the founded, treasure, minerals and antiquities.

If the non-contractual trust is fulfilled, it places several obligations on the trustee and the owner of the trust, and one of the most important obligations of the trustee is to preserve the trust and return it to its owner. As for the most important obligations of the owner of the trust,

they are reimbursement of expenses, payment of rent, compensation for damage, notifications and news..

The principle is that the trustee does not guarantee the damage to the trust except with the realization of one of the reasons for the guarantee. The most important of these reasons are infringement, negligence, ignorance, failure to return the trust without right, denial and accusation. If one of these reasons is applied, or the trustee or the owner of the trust fails to implement their obligations, this leads to the tort responsibility of the offending party.

A non-contractual trust does not remain forever, as it ends with one of these reasons, which is the return of the trust, the expiry of the term, the trustee’s ownership of the non-contractual trust, the retraction of the trust, the destruction of the place, and the impossibility of restitution.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

Karbala of University / college of Law

Private Law Department

Legal regulation of non-contractual trust

(A comparative study of Islamic jurisprudence)

to the Council of the College of Law / University of Karbala

It is part of the requirements for obtaining a master's

degree in private law

Master's thesis submitted by the student

Ali Adel Hashem Khaled

Supervised by

Dr. Abdullah Abdul-Amir Taha Al amari

Assistant Professor of Civil Law

1444 A.H. **2022 A.D.**