شروط الأمانة غير العقدية "دراسة مقارنة".

Non-contractual fiduciary terms "A comparative study"

بحث مشترك مقدم من قبل
أ.م.د عبد الله عبد الأمير طه
الباحث علي عادل هاشم
جامعة كربلاء / كلية القانون

الخلاصة.
تعتبر الأمانة غير العقدية كيان قائم بحد ذاته تتحقق مع توفر شروطها جميعا ، فاذا ما اختلت احدى هذه الشروط فان ذلك يؤثر على وجود اصل الأمانة او على وصفها بغير العقدية ، على انه يمكن تقسيم هذه الشروط من حيث اختصاصها بمحل الأمانة غير العقدية وعدم اختصاصها الى شروط عامة ترجع الى الأمانة غير العقدية ككل وهي : (قبض الأمانة غير العقدية ، انعدام قصد التملك ، إذن القانون بحصول الأمانة غير العقدية ، انعدام الاتفاق بين الأطراف) ، وشروط خاصة يجب ان تتوفر في ذات محل الأمانة غير العقدية وهي : (ان يكون محل الأمانة غير العقدية من الأموال ، وان يكون مما يصح التعامل به ، وان يكون مملوكا ، وان تعود ملكية محل الأمانة غير العقدية لغير الأمين) ، وقد تعرض الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والمقارن لهذه الشروط بشكل متفاوت حيث تم ذكر بعضها كشرط من شروط الأمانة غير العقدية كالحصول على اذن من القانون ، وبعضها كشرط عام للأمانة كانعدام نية التملك ، وبعضها تم تناوله في موضوع اخر ككون محلها من الأموال التي يصح التعامل بها .
الكلمات المفتاحية :الأمانة غير العقدية ، محل الأمانة ، قصد التملك ، اذن القانون ، قبض الأمانة ، صاحب الأمانة ، الأمين.

Abstract.
A non-contractual trust is considered to be a self-existing entity that is fulfilled with the fulfillment of all of its conditions. If one of these conditions is violated, this affects the existence of the original trust or its description as non-contractual, provided that these conditions can be divided in terms of their competence in the place of the non-contractual trust and its lack of competence to conditions In general, it refers to the non-contractual trust as a whole, which is: (the receipt of the non-contractual trust, the lack of intent to own, the law's permission to obtain the non-contractual trust, the lack of agreement between the parties), And special conditions must be met in the same place as the non-contractual trust, which are: (that the place of the non-contractual trust be from funds, that it be of what is valid to deal with, that it be owned, and that the ownership of the place of the non-contractual trust belongs to the non-trustworthy). The Iraqi civil and comparative studies of these conditions vary in varying degrees, as some of them were mentioned as a condition of non-contractual trust, such as obtaining permission from the law, and some as a general condition for trust, such as lack of intention to own, and some of them were dealt with in another topic, such as the fact that they are replaced by funds that are valid to deal with.
Key words : ، Amen ،custodian ، take the trust ، law license ، non - contractual trust Trust shop ،intent to own ،

المقدمة .

تعد الأمانة من الموضوعات الأساسية في علم القانون لما لها من آثار مهمة على أكثر من صعيد ، ولكن هذه الأمانة لا تتحقق إلا باستيفاء مجموعة من الشروط ، ولكي يتم بيان شروط الأمانة غير العقدية لابد من التعرض في المقدمة للنقاط الاتية :

أولًا / التعريف بموضوع البحث :

تنقسم الأمانة من حيث سبب تحققها إلى أمانة عقدية وهي ناتجة عن اتفاق يجمع بين أطرافها ، ويكون للإرادة دور في تكوين مثل هذا الاتفاق كعقد الاجارة والاعارة فكل من المال المؤجر والمستعار أمانة عند المستأجر والمستعير يجب عليه المحافظة عليه ورده طبقًا لما تم الاتفاق عليه ، وهنالك نوع آخر من الأمانات وهي الأمانة غير العقدية وتعني انها المال غير المضمون الذي وصل إلى يد الشخص من دون اذن المالك أو من يقوم مقامه ، ويجب حفظها وردها لصاحبها ، وكما هو واضح فإنها لا يكون للعقد والإرادة أي دور في انشائها - كما هو الحال في الأمانة العقدية - وإنما تنشأ نتيجة لأمور أخرى خارجة عن إرادة الطرفين كالغلط ونص القانون ، وهذا النوع من الأمانات وإن لمْ يكن ناتجا عن إرادة الطرفين إلا أنه يوصف بالمشروعية وعلة ذلك وجود الإذن والرخصة من القانون الذي اضفى عليه هذه الصفة ، وتم تسميتها بغير العقدية لغياب دور العقد والإرادة فيها. ولكي تتحقق الأمانة غير العقدية في الخارج لابد من توفر مجموعة شروط ، وقد تضمنت المادة (427) والمادة (955) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) النص على مجموعة من هذه الشروط وهذا يعني انه لا يمكن ان تكتمل الأمانة غير العقدية ما لمْ يحصل فيها الإذن من القانون وأن لا يأخذ الأمين هذه الأموال التي تشكل محلًا للأمانة غير العقدية إلا بقصد الحفظ والرد .

ثانيًا / أهمية البحث وأسباب اختياره :

لشروط الأمانة غير العقدية أهمية كبيرة من الناحية النظرية والعملية، فمن الناحية النظرية فإنه لا يمكن للأمانة غير العقدية أن يكتمل مفهومها بلا تحقق شروطها ، وبيان ما يعد فيها وما يؤثر في وجوده عليها. والأهمية العملية لهذه الشروط تتجسد بأن الكثير من الأوضاع القانونية التي تنتج في الحياة العملية لا يمكن تفسيرها بأنها من مصاديق الأمانة غير العقدية إلا باستيفائها لهذه الشروط ، ولا نستطيع سد الفراغ الناتج من تخلف تطبيق الأمانة غير العقدية على جملة من أحكام الالتزام والحقوق العينية إلا مع تحقق هذه الشروط مما يستعدي بيانها والتعرض لتفاصيلها على مستوى الشروط العامة والخاصة .لذا فإن سبب اختيار هذا الموضوع من أجل تسليط الضوء على شروط الأمانة غير العقدية التي لمْ تلق الاهتمام الذي تستحقه ، حيث لا توجد دراسة مستقلة تبحث فيها ، وكذلك فإن من أسباب اختيارها تأثيرها المهم في تحقق الأمانة غير العقدية ووجودها على الواقع .

ثالثًا / إشكالية البحث :

تكمن إشكالية البحث في أن المشرع المدني العراقي ذكر الأمانة غير العقدية بشكل صريح في المادة (426) التي نصت على ما يلي : " إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد ، وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه " ، وفي الفقرة الأولى من المادة (950) من القانون المدني أيضًا تعرض القانون المدني العراقي إلى ذكر الأمانة غير العقدية حيث نصت على ما يلي : " الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد بإذن من صاحبه حقيقة أو حكمًا، لا على وجه التمليك، وهي أما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، أو ضمن عقد كالمأجور والمستعار، أو بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال أحد " ، ورغم هذا التعرض الصريح للأمانة غير العقدية في القانون المدني العراقي إلا أنه لمْ ينظم شروطها بشكل وافي إلا ببعض ما تضمنته المادتان السابقتان والمادة (427) التي تنص على ما يلي : " 1- تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل بإعتباره نائباً عن المالك. 2- وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه" .

وبذلك فإن الاشكالية تتمثل في إن القانون المدني العراقي لمْ يبين شروط الأمانة غير العقدية بشكل واضح وببيان وافي وموضوع محدد ، بل تناول بعضها ضمنا وفي نصوص متفرقة ، لذلك سيتم في هذه الدراسة معالجة هذه الاشكالية .

رابعًا / منهجية البحث ونطاقه :

سيتم اعتماد المنهج التحليلي لمختلف الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية ، وكذلك تحليل النصوص القانونية المرتبطة بموضوع البحث ، عبر دراستها وبيان مواطن النقص والضعف والقوة فيها، واستنتاج الأحكام منها ، للوصول إلى دراسة متكاملة حول الأمانة غير العقدية . وستكون الدراسة كذلك مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ، من خلال التعرض للنصوص الإسلامية وآراء فقهاء المذاهب ومقارنتها بالقانون المدني العراقي وبقية القوانين المذكورة في المقارنة للوصول إلى معالجة سليمة لمواضيع البحث

ويكون البحث في نطاق الأمانة المالية وليس الأنواع الأخرى من الأمانات ، حيث إن للأمانة معنى واسع من كُل ما اؤتمن عليه الانسان من التكاليف والوطن والمقدسات والعهد والميثاق والأموال والودائع والعرض والزوجية والنفس والجوارح ، وإنما تشمل أمانة الأموال فقط ، وبخصوص أمانة الأموال فإن البحث فيها يكون بخصوص الأمانة غير العقدية وفي شروطها فقط ولا يشمل على بقية مواضيع الأمانة غير العقدية كصورها وتمييزها وآثارها . وللوصول إلى هذه الغاية سنعتمد في نطاق البحث على القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) ، وقانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (5) لسنة (1985) .

خامسًا / خطة البحث :

البحث في شروط الأمانة غير العقدية يقتضي تقسيم الموضوع إلى مبحثين ، يخصص المبحث الأول منه إلى الشروط العامة للأمانة غير العقدية ، وسيتم تقسيمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول قبض الأمانة غير العقدية وإنعدام قصد التملك في فرعين ، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه إذن القانون بحصول الأمانة غير العقدية وإنعدام الاتفاق بين الأطراف في فرعين أيضًا ، وسيتم تناول الشروط الخاصة للأمانة غير العقدية في المبحث الثاني عبر مطلبين ، ويكون المطلب الأول مخصصًا إلى شرط كون محل الأمانة غير العقدية من الأموال التي يصح التعامل بها وسيتم تناوله في فرعين ، والمطلب الثاني مخصصُا إلى شرط كون محل الأمانة غير العقدية مملوكًا لغير الأمين وسيتم تناوله عبر فرعين كذلك .

المبحث الأول / الشروط العامة للأمانة غير العقدية.

ان الأمانة غير العقدية نظام قائم بحد ذاته يجب أن تتوفر فيه مجموع من الشروط حتى تتحقق ، فإذا فُقدت إحدى هذه الشروط فإما ألا يحدث أثرًا أصلًا كما لو لمْ يقبض الأمين الشيء ، وأما ان يخرج من صفة الأمانة غير العقدية إلى صفة الأمانة العقدية كما لو كان هنالك اتفاق مسبق بين الأطراف ، وأما أن يخرج من يد الأمانة إلى يد الضمان كما لو تحققت الموجب للضمان ، لذلك فإن شروط الأمانة غير العقدية عموما هي : (قبض الأمانة غير العقدية ، وإنعدام قصد التملك ، وإذن القانون ، وعدم جود اتفاق مسبق بين الأطراف) ، وسيتم تناولها في مطلبين وكما يلي : المطلب الأول : قبض الأمانة غير العقدية وإنعدام قصد التملك ، المطلب الثاني : إذن القانون بحصول الأمانة غير العقدية وإنعدام الاتفاق بين الأطراف .

المطلب الأول / قبض الأمانة غير العقدية وإنعدام قصد التملك .

الأمانة غير العقدية ناتجة عن إنتقال الحيازة إلى يد الأمين بإحدى صور الإنتقال ، فلو لمْ تنتقل الحيازة إلى يد الأمين لمْ يكن هنالك محلًا للأمانة غير العقدية ، ولما ترتب عليها شيء ، لذلك فإنه من الشروط الأساسية للأمانة غير العقدية حصول القبض ، وكذلك يجب أن يكون الأمين غير سيء النية حين القبض ، أي لابد ان تنصرف نيته لغير التملك وألا يكون متعديًا وغاصبًا للأمانة ، لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين : الفرع الأول : قبض الأمانة غير العقدية . الفرع الثاني : انعدام قصد التملك .

الفرع الأول / قبض الأمانة غير العقدية.

القبض هو حيازة الشيء والتمكن منه سواء أكان مما يتناول باليد أم لا [1] وعُرف في الفقه الإسلامي بأنه التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفًا وعادة وحقيقة [2] ، وعُرف أيضًا هو التمكين من التصرف [3] ، وينقسم القبض إلى نوعين هما قبض الضمان كالغاصب وقبض الأمانة كالوديع ، والكلام هنا في النوع

الثاني وهو قبض الأمانة أي الذي لا يكون ضامنًا للمال إلا في حالة التعدي والتقصير . والأمانة غير العقدية قائمة أساسًا على فكرة وجود شيء في قبضة الأمين قد وصل إليه بلا عقد مع المالك ، ومن هذه الناحية تتشابه مع العقد العيني كالوديعة [4] والرهن الحيازي [5] في إن كلاهما لا يتكون إلا بعد حصول القبض . وإذا كان القبض هو شرطا لحصول الأمانة غير العقدية فإن الفقه الإسلامي انقسم إلى اتجاهين في ماهية القبض هما :

1- التفصيل بين العقار والمنقول : ذهب هذا الاتجاه إلى أن القبض يختلف بحسب طبيعة الشيء فهو في المنقول غير العقار ، فقبض المنقول إن كان مثل الدراهم والدنانير والجواهر وما يتم تناوله باليد فالقبض هو التناول ، و إن كان خاضع للكيل والوزن فيكون قبضه بالكيل والوزن ، و إن كان مثل الحيوان فيصدق القبض عند نقله من مكان إلى آخر ، هذا في قبض المنقول أما قبض ما لا ينقل فهو التخلية [6] .

وذهب إلى هذا الاتجاه عموم الفقه الجعفري وبه وردت احاديث عن الإمام الصادق (عليه السلام) تارة تجعل المدار القبض على النقل [7] وأخرى تجعل القبض على الكيل والوزن [8] فضلًا عن قضاء العرف بالتفصيل ، ومن عادة الشرع رد الناس إلى العرف فيما لمْ يضع فيه لفظًا [9] .

وذهب الشافعي إلى هذا الاتجاه [10] وأحمد بن حنبل إمام الحنابلة [11] في أحد قوليهما [12] .

2- التخلية مطلقًا : ذهب هذا الاتجاه إلى أن القبض هو التخلية بلا فرق بين العقار والمنقول ، بخلاف الاتجاه السابق الذي جعل قبض العقار في التخلية فقط دون المنقول ، وذهب إلى هذا الاتجاه أبو حنيفة [13] ومالك على ما نقل عنه [14] . والتخلية تكون هنا بين الشيء محل الأمانة وبين الأمين غير العقدي ، برفع الحائل بينهما [15] [16] . وإذا كان الفقه الإسلامي قد اشترط من خلال ما تقدم القبض - وهو المصدر المادي والتاريخي للقانون المدني العراقي - فنلاحظ إن القانون المدني وإن لمْ ينص صراحة على ذكر القبض كشرط في الأمانة عموما ، إلا أنه جاء بلفظ الحيازة كشرط في حصول يد الأمانة عقدية وغير عقدية في المادة (1/427) التي تنص على ما يلي : " ... تكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل بإعتباره نائباً عن المالك"

والعلاقة بين القبض والحيازة مختلفة حيث إن القبض تارة يطلق بشكل مرادف للحيازة ، وتارة يراد بالحيازة صورة خاصة من صور القبض وهي القبض الحقيقي ووضع اليد دون القبض الحكمي [17] ووفقًا لهذا القول الأخير فإن الحيازة لا تكون في العقار لأن قبضه بالتخلية لا وضع اليد .

والأقرب ان موقف المشرع العراقي يذهب إلى الترادف بين الحيازة والقبض بالرغم من انه ذكر بنص المادة أعلاه مصطلحين هما (اليد) و (الحيازة) مما قد يفهم بأنه 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 [18] ، وما ورد بالنص أعلاه من ذكر المصطلحين اي وضع اليد والحيازة معا يمكن حمله على ان وضع اليد تارة يكون حقيقي وأخرى يكون حكمي ، فكذلك الحيازة والقبض أيضًا ممكن أن يكونا حقيقين وممكن أن يكونا حكميين .

ومما تقدم يتضح إن القانون المدني العراقي قد تعرض لذكر هذا الشرط دون اختصاصه بالأمانة غير العقدية فهو يشمل كُل ما كان من قبض الأمانة ، بل يشمل قبض الضمان أيضًا .

أما القانون المدني المصري فهو لمْ يتعرض لموضوع الأمانة ولكن من تطبيقات الأمانة غير العقدية يفهم ضمنا ضرورة وجود هذا الشرط ومن ذلك ما ورد في المادة (1/181) - إحدى تطبيقات الأمانة غير العقدية هو دفع غير المستحق – التي تنص : " كُل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده " فلا بد من التسليم وإنتقال الحيازة لتحقق مصداق الأمانة غير العقدية .

أما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فهو اقرب لموقف المشرع العراقي حيث أورد ذكرا للحيازة ويد الأمانة وذلك في المادة (309) 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 ضامنًا لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال" وما قيل من العلاقة بين الحيازة والقبض واليد في القانون المدني العراقي يقال هنا بلا فرق .

أما 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 أو السند وتخليته إلى غير ذلك أما المنقول فيكون عادة بالمناولة اليدوية وقد يكون بتسليم المفتاح أو الأوراق التي تخص ملكيته [19] . وينبغي التنبيه إلى أن أثر القبض في الأمانة غير العقدية يختلف عن أثر القبض في الأمانة العقدية ، فالقبض في العقد له أثرين هما : التسلط على التصرف في الشيء المملوك ، ونقل الضمان وتحمل تبعية الهلاك [20] ، أما في الأمانة غير العقدية فإن الأمين لا يحق له التصرف في الشيء ولا تنتقل إليه تبعية الهلاك إلا مع التعدي والتقصير .

الفرع الثاني / انعدام قصد التملك .

القصد المدني هو توجيه العزم لتحقيق حالة بعلم وادراك وإرادة يرتب عليها القانون أثرًا مدنيًا ، ويعد قصد التملك من أبرز صور القصد المدني الذي يعني توجيه العزم نحو تملك الشيء بإرادة وادراك ، وعلم بالآثار التي يرتبها القانون سواء أكان الأثر إيجابيًا كما في الاستيلاء الذي تنشأ عنه الملكية ، أو سلبيًا كما في قصد التملك في يد الضمان حيث بسبب وجود هذا القصد تكون اليد ضامنة ويسأل صاحبها عن هلاك المال [21] . ومن الشروط الاساسية في الأمانة غير العقدية يجب أن تنصرف نية الأمين عند أخذ الشيء إلى رده إلى صاحبة وعدم تملكه ، أما لو أخذه بقصد التملك أو عدم الرد فهنا تكون يده يد ضمان وتخرج من نطاق الأمانة عقدية كانت أو غير عقدية . والعلة في هذا الشرط ترجع إلى أن تكوين الأمانة غير العقدية مبني لمصلحة صاحب الأمانة ، ودور الأمين فيها هو حفظ الشيء ورده ، فإذا ظهر للأمين قصد آخر ومن دون أن يستند إلى مبرر قانوني بهذا الظهور يكون قد تعدى حدود الأمانة ويحكم عليه بعدمها .

وقد ورد هذا الشرط بنصوص صريحة في مختلف آراء فقهاء المسلمين ، حيث جاء في الفقه الجعفري إن من وضع يده على جوائز السلطان الجائر ، وعلم انها من السلطان الجائر قبل وضع اليد على الشيء فإن كانت نيته حين الأخذ لمْ تنصرف لردها إلى مالكها وصاحبها الأصلي فهنا يجري عليه حكم الغصب ، أما إذا انصرفت نيته إلى ردها فهنا يكون من قبيل الأمانة الشرعية - يطلق جانبا من الفقه الإسلامي على الأمانة غير العقدية بالأمانة الشرعية - أما في صورة أخذ 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 أو الغصب ؟ الجواب على ذلك إن بعضا من الفقهاء ذهبوا إلى إنها أمانة شريعة لموضوع الجهل بالواقع وإنها تعود لغير المالك ، واحتمل البعض الآخر انها من قبيل الضمان لأن النية حيث الأخذ لمْ تنصرف إلى عدم التملك ورد الشيء إلى صاحبه [22] ولأن يد الآخذ فرع يد الغاصب التي هي يد ضمان ، والجهل لا يرفع حكم الغصب والضمان لأنه مفيد في رفع الإثم ، ولكن هذا إذا وصل الشيء من الغاصب أما إذا وصل من غير الغاصب كما لو اطارته الريح فلا 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 جهلًا [23] .

وورد أيضًا في الفقه المالكي بأنه يجب أخذ اللقطة - التي هي من موارد الأمانة غير العقدية - بنية حفظها والرد إلى مالكها ، وإذا أخذها كذلك فإنها أمانة في يده ، أما إذا أخذها بقصد الاختزال والانكار فهي مغصوبة ومضمونة عليه [24] . وورد في الفقه الحنبلي الإشارة إلى مسالة مهمة وهي ان النية لو تبدلت بأن أخذها بنية الأمانة وعدم التملك ، ثم بعد ذلك طرأ قصد الخيانة فيما بعد ، وذهبوا فيها إلى احتمال الوجهين من الضمان وعدم الضمان ، ومن ذهب إلى الأول قاس الأمر على الوديعة ، ومن ذهب إلى الثاني رد تطبيق حكم الوديعة على هذا المورد لأن الوديعة بإذن من المالك [25] والأمانة غير العقدية ليست كذلك . و الأمر في هذه المسألة متشابه عند الشافعية حيث إنهم اشترطوا الأخذ على قصد الأمانة لا التملك ، ولكنه إذا أخذ على قصد الأمانة ثم قصد الاختزال والخيانة فاصح الوجهين ان المال لا يكون مضمونا مع تبدل القصد كالمودع ، والوجه الثاني هو الضمان لأن سبب الأمانة هي النية والقصد ، و لأن أخذ مال الغير يقتضي الضمان وهذا مما يصدق عليه ذلك بخلاف المودع لأنه مؤتمن من المالك ، وهنالك وجه في المودع أنه يضمن أيضًا بمجرد القصد كما في اللقطة [26] والأمانة غير العقدية ليست ببعيدة عن هذه القاعدة فاللقطة من مصاديقها .

وكما ان الفقه الإسلامي قد أقر هذا الشرط فكذلك في القانون فإن يد الأمانة لا تتحقق إلا إذا كانت الحيازة لا بقصد التملك بل باعتبار الحائز نائبًا عن المالك أو بعد أخذ الإذن منه [27] هذا وان وصف اليد بأنها يد أمانة أو يد ضمان إذا كان تبعًا للنية فإنها تكون عرضة للتغيرات التي تطرأ عليها بين فترة وأخرى ، فتتحول يد الأمانة إلى ضمان وبالعكس تبعًا لتغير النية في التملك وعدمها [28] فالحائز سيء النية الذي يأخذ الشيء على سبيل التملك خرج من نطاق الأمانة إلى نطاق الغصب والسرقة وخيانة الأمانة ، أما الحائز حسن النية هو الذي يأخذ الشيء لا بقصد تملكه كما في اللقطة عندما يأخذها بقصد ردها إلى مالكها.

وعند النظر إلى هذا الشرط على مستوى القانون العراقي والمقارن نجد إن القانون المدني العراقي ذكر صراحة هذا الشرط في المادة (1/427) التي نصت على ما يلي : " تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل بإعتباره نائبًا عن المالك " .

أما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فلا توجد فيه نظير للمادة في القانون المدني العراقي ، ولكن يفهم ضمنا ذلك من المادة (309) 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 ضامنًا لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال" حيث إن لفظ الجحود يقتضي بالضرورة انكار الملكية وحق المالك ، وقد يلازم ذلك ظهور الحائز مظهر المالك .

ولمْ يشتمل القانون المدني المصري على أي نصوص تخص الأمانة ، ولكن قد يقال بأن نظام الحيازة يقابل نظام وضع اليد في الفقه الإسلامي [29] فلابد في القانون المدني المصري من الرجوع إلى نصوص الحيازة لعدم اشتماله على أي نص يخص الأمانة صراحة ، وقد نص المادة (1/965) منه على ما يلي : "يعد حسن النية من يجوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير ، إلا إذا كان هذا الحق ناشئًا عن خطأ جسيم" ويفهم من النص إن من وضع يده على الشيء يكون سيء النية إذا كان يعلم إن هذا المال لا يعود له ومع ذلك ظهر بمظهر المالك عليه ، ولكن الملاحظ على هذا النص انه خاص بالتقادم القصير والعقارات ، أما التقادم الطويل فلا يشترط فيه ذلك [30] ، وإن كان الأمر في المنقول يمكن الاعتماد فيه على السبب الصحيح وفقًا للمادة (1/976) التي تنص على : "من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيًا على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكًا له إذا كان حسن النية وقت حيازته" ولكن يبقى التقادم الطويل خالٍ من حسن النية ، وهذا يعني إنه ممكن أن تحصل الحيازة من سيء النية الذي يظهر بمظهر المالك وهو ليس كذلك ، وبالتالي فإن قواعد الحيازة في القانون المدني المصري لا يمكن ان تقوم مقام شرط عدم قصد التملك المنصوص عليه في القانون المدني العراقي لأنها تسمح بحيازة سيء النية للمنقول والعقار في التقادم الطويل (15) سنة .

ولكن التسليم بتطبيق نصوص الحيازة على الأمانة غير العقدية محل نظر ؛ لأن أحكام وضع اليد تختلف عن أحكام 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 .

المطلب الثاني / إذن القانون بحصول الأمانة غير العقدية وإنعدام الاتفاق بين الأطراف .

تتميز الأمانة غير العقدية بانعدام دور الارادة في انشائها ، حيث إنها لمْ تنتج عن اتفاق بين الأطراف كما هو الحال في الأمانة العقدية ، فلابد من وجود غطاء قانوني يضفي عليها الشرعية وينقل يد الحائز لها من يد الضمان إلى يد الأمانة ، لذلك فإن من أهم ما يعد في قيام هذا النوع من الأمانات وجود الإذن القانوني بحصولها وإنعدام الاتفاق بين الاطراف وهذا ما سيتم تناوله في الفرعين التاليين : الفرع الأول: إذن القانون بحصول الأمانة غير العقدية . الفرع الثاني : انعدام الاتفاق بين الأطراف .

الفرع الأول / إذن القانون بحصول الأمانة غير العقدية .

يشترط في الأمانة غير العقدية أن يكون وضع اليد على الشيء محل الأمانة بإذن وترخيص من القانون ، والعلة في ذلك واضحة حيث إن الأمانة غير العقدية لمْ تكن ناتجة عن اتفاق أو إرادة بين صاحب الأمانة والأمين ، فلا بد أن يكون هنالك ترخيص من القانون ، خصوصا وان محل الأمانة غير العقدية ليس شيئًا

مباحا وإنما مملوكًا ولمْ يتنازل مالكه عنه . فإذا فقد هذا الشرط ولمْ ينص القانون بشكل مباشر على وضع اليد ، فنحن أمام حالتين :

- أما أن نكون أمام تصرف ارادي مصدره العقد أو الإرادة المنفردة فهنا يكون التصرف مشروع لأنه ضمن الغطاء القانوني ، حيث إن القانون أقر هذا النوع من الالتزامات .
- و أما أن يكون التصرف بلا ارادة فيكون العمل غير مشروع كالغصب ، فهو محضور في القانون فضلًا عن افتقاده للإرادة .

وفي نطاق الفقه الإسلامي فقد تم تعرض لهذا الشرط صراحة عند تناول هذا النوع من الأمانات واشتراط اذن الشارع في ذلك ، والمقصود من اذن الشارع هنا وجود دليل ينتج عنه اباحة هذا العمل [31] بمقتضى أدلة الأحكام المعتبرة عند المذاهب وعلى رأسها القران الكريم والسنة الشريفة ، ومن هذه الأدلة :

- قوله تعالى : {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلى أَهْلِهَا} [32] ، وقوله تعالى : {يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَخُونُوا اللَّهَ والرَّسُولَ وتَخُونُوا أَماناتِكُمْ} [33] ، ومن معاني الأمانة في هذه الآية كما روي عن الإمام الباقر والصادق (عليهما السلام) انها تشمل كُل من اؤتمن من الأمانات ، سواء أكانت أمانة عبادية أي الالتزام بالأوامر والنواهي الإلهية أو أمانة بين الناس [34] .
- ومن الأحاديث الشريفة قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): " لا إيمان لمن لا أمانة له " [35] ، وقال الإمام علي (عليه السلام) : " الأمانات نظام الأمة " [36] .

وورد في الفقه الجعفري هذا الشرط حيث يجب أن يكون التسلط على المال في الأمانة الشرعية بإذن وبحكم الشارع ، كما في تسلط الولي على مال القاصر ، وتسلط الملتقط على أموال اللقطة وغير ذلك [37].

والأمانة الشرعية هي ليست بإذن المالك وربما لا اطلاع للمالك عليها بل بإذن الشارع ، وإذا كانت بإذن الشارع فإن هذا لا يعني ان الإذن مطلقًا ، 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 [38].

ويد الضمان لدى الأحناف تعني الاستيلاء بنية التملك من غير اذن من المالك أو الشارع وبنية تملكه ، وأشار أيضًا بأن يد الأمانة هي وضع اليد على مال الغير نيابة عن صاحبه [39] فالشرع هو من مكّن الأمين من الأخذ [40] ويفهم من هذا ان يد الأمانة أما أن تكون بالنيابة الصريحة عن المالك عن طريق إذنه ورضاه ، أو بالنيابة الضمنية عن المالك عن طريق الإذن من الشارع في أخذ الشي لحفظه ورده ، فالأمين ينوب عن المالك ويقوم مقامه لغرض الحفظ والرد .

وورد أيضًا لدى الفقه الشافعي ان المالك لمْ يأذن وان الشارع هو من اذن للحفظ ، فيجب أن يكون القصد صحيحا أي لا للخيانة والتملك لأنه ظلم وخلاف اذن الشارع [41] .

اذن يشترط أن يكون هنالك مسوغ قانوني أو شرعي لتحقق مسمى الأمانة [42] وبخلاف هذا لا تتحقق الأمانة غير العقدية وجاء هذا المعنى في القانون أيضًا ، فورد في القانون المدني العراقي في المادة (1/950) ما يلي : " الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد بإذن من صاحبه حقيقة أو حكمًا، لا على وجه التمليك، وهي أما أن تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، أو ضمن عقد كالمأجور والمستعار، أو بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال أحد " ، ويفهم من هذا النص انه يشترط الإذن لتحقق الأمانة في القانون المدني العراقي ، وهذا الإذن على نوعين هما :

- الإذن الحقيقي : وهو يكون من المالك ، وبه تظهر الارادة بشكل واضح ويكون ذلك في مجال الأمانة العقدية ، وعبّر القانون عن ذلك بأن الأمانة تكون بعقد استحفاظ كالوديعة أو ضمن عقد كالمأجور والمستعار لأن الغاية الأساسية من الاجارة والاستعارة ليست الحفظ وإنما يقع ضمنا .
- الإذن الحكمي : ويقصد به اذن الشارع نيابة عن المالك نيابة ضمنية ، وعبّر عنه القانون بأنها الأمانة التي تكون بلا عقد ولا قصد كما لو جاءت الريح بمال معين في دار أحد الأشخاص .

لذلك فإنه يشترط في الأمانة غير العقدية اذن القانون بعد أن تعذر الحصول على اذن المالك .

وموقف القانون المصري لا يشابه القانون العراقي لعدم التطرق لعموم الأمانة أو أحكامها ، ولكن نجد هذا الأمر من خلال تطبيقات الأمانة غير العقدية بالقانون المدني المصري ، ومن ذلك المادة (118) 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 أمانة لا بسبب الإرادة لغياب إرادة المحجور وإنما بسبب النص القانوني .
أما 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 (164) التي نصت : " الولي على مال الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم الجد الصحيح ثم القاضي أو الوصي الذي ينصبه" حيث أن الأموال تحت يد الولي أمانة غير عقدية تستند إلى نص القانون .
ومما تقدم يتضح إن القانون المدني العراقي قد سلك مسلكًا سليمًا عندما نص على هذا الشرط ، ولمْ يبقي الأمر للتطبيقات الضمنية كما هو مسلك القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الاماراتي .
وإن حصول الإذن من القانون بتحقق الأمانة غير العقدية لابد أن يقترن بانعدام ما يوجب الضمان ، لأن الأمانة لا تجتمع مع الضمان ، فيشترط لتحقق يد الأمانة غير العقدية على الشيء إلا يكون هنالك موجب للضمان ، وموجب الضمان يتصور في صورتين هما :
1- أن تكون اليد يد ضمان منذ بدئ الحيازة : ويد الضمان كما ورد في المادة (1/427) من القانون المدني العراقي هي اليد التي تحوز الشيء بقصد تملكه ، حيث أنها تنكر ملكية المالك الأصلي وتظهر بمظهر المالك بلا سبب قانوني يسوغ لها ذلك ، ومثالها يد الغاصب حيث أن الغصب هو أخذ مال متقوم محترم بلا اذن ممن له الإذن بذلك على وجه يزيل يده عليه [43] ، ولمْ يتعرض القانون المدني المصري لهذه الحالة ، وأشار قانون المعاملات المدنية الاماراتي إلى أن ادعاء الملكية تكون سببًا للضمان عند تحقق موجبه وهو الاتلاف حيث نصت المادة (1/30) على ما يلي : " إذا أتلف أحد مالاً لغيره على زعم أنه ماله ضمن ما أتلف " .
2- انقلاب يد الأمانة إلى ضمان : وفي هذه الصورة تكون اليد يد أمانة ثم تنقلب لسبب من الأسباب إلى يد ضمان ، وقد جاءت أسباب الانقلاب في المادة (2/427) من القانون المدني العراقي التي تنص على ما يلي : " وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه " ، وكذلك المادة (309) 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 ضامنًا لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال" ، ولا يوجد نظير لذلك في القانون المدني المصري .
3- أن تكون اليد يد أمانة ويوجد ما يدل على ضمانها : ان إضفاء صفة الأمانة على اليد لا يعني خلوها من الضمان ، ففي بعض الحالات رغم وجود السبب المشروع لإنتقال المال إلى يد الأمين ولكن مع ذلك يدل دليل أو نص معين على الضمان عند التلف ، ومثال ذلك يد البائع على المبيع قبل تسلمه للمشتري ، حيث إنه يهلك عليه إلا أن يكون المشتري متعديًا فيمضي البيع بسبب هذا التعدي من المشتري ، والمثال الآخر يد المستعير على العارية فهي تستند إلى سبب مشروع ومع ذلك تضمن على رأي الشافعية والحنابلة [44] .
وهذه الحالة الأخيرة هي من أقسام يد الضمان لا يد الأمانة لأن يد الأمانة لا تضمن إلا مع التعدي والتفريط فإذا ما ورد دليل على ضمانها فهي تخرج من نطاق يد الأمانة ، فإذا كانت الأمانة غير عقدية وورد دليل على ضمانها وإن كانت بدون تعد أو تفريط فهي تلحق بيد الضمان وتخرج من نطاق الأمانة غير العقدية.

الفرع الثاني / إنعدام الاتفاق بين الأطراف.

لكي تتحقق الأمانة غير العقدية يجب ألا يكون هنالك دور لإرادة الأمين وصاحب الأمانة في وجودها ، أي خلو الطرفين من أي اتفاق أو عقد يتضمن نقل حيازة الشيء وإلا كنا أمام أمانة عقدية . وإذا كانت الأمانة غير العقدية خالية من الارادة فإن هذا ينصرف إلى بيان حقيقة مهمة فيها ، وهي أن نشوء الأمانة غير العقدية لا يتوقف على توافق ارادتين بل أن نشوئها يكون لعدة أسباب منها الغلط ونص القانون . والاتفاق الباطل أو عدم التطابق بحكم عدم الاتفاق ، فلو انتقل الشيء إلى شخص آخر بمقتضى عقد بيع باطل فإن هذا الشيء يكون أمانة 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 ، فسلم البائع المشتري

عن طريق الخطأ كيلو ونصف من الرز بدلًا من الكيلو ، فهنا يكون النصف الزائد أمانة غير عقدية بيد المشتري ، والكيلو هو محل عقد البيع .
وأطراف الأمانة غير العقدية اللذان يشترط عدم وجود اتفاق بينهما الأمين وصاحب الأمانة ، وسيتم التعرض لهما كما يلي :
1- الأمين : وهو الشخص الذي يضع يده على الشيء محل الأمانة غير العقدية لسبب من الأسباب المشروعة ، من دون أن يوجد ما يدل على الضمان [45] .
ونلاحظ أن الأمانة غير العقدية إذا كانت بنص القانون فإن القانون هو الذي يحدد الشخص الأمين وشروطه ، وهل تعتبر فيه الأهلية الكاملة أم تكفي أهلية الادارة ومن أمثلة ذلك الولي والقيم ، أما إذا كانت الأمانة غير العقدية بسبب الظرف الطبيعي فإنها قد تقع بيد شخص يتمتع بالأهلية الكاملة ، وقد تقع بيد ناقص أو عديم الأهلية فهنا يقوم الولي مقامه في تحمل الأمانة .
2- صاحب الأمانة : هو مالك الشيء أو من له حق عليه ، وبسبب الأمانة غير العقدية فقد حقه أو حدث فيه نقص أو خلل . ولا تعتبر الأهلية فيه ؛ لأن الأمانة قد تكون تابعة لقاصر أو مجنون أو غائب أو مفقود.
ولا يشترط معرفة وتشخيص صاحب الأمانة لكي تتحقق الأمانة غير العقدية ، حيث تطبق الأمانة غير العقدية ولو كان الطرف الآخر مجهولًا لمن أخذ الشيء أمانة ، بل أن الحالة الغالبة هي أن يجهل الأمين صاحب الأمانة .
وقد يحدث أن يكون صاحب الأمانة غير العقدية شخص ومن تسبب بضياع الأمانة أو فقدها شخص آخر ، وهذه تكون في حالتين :
1- إذا كان من تسبب بضياع الشيء أو فقده نائبا عن المالك بمقتضى نيابة قانونية أو اتفاقية [46] ، فالوكيل الذي يتصرف في أموال الموكل قد يعطي أكثر من المحدد في العقد أو يعطي شيئًا آخر غير ما تم الاتفاق عليه للطرف الآخر ، أو يتسبب في ضياع أموال الموكل ، فالأمانة غير العقدية في هذه الأمثلة حدثت بسبب تصرف الوكيل ومن دون أن يكون للموكل أو صاحب الأمانة يد في ذلك .
2- إذا كان مأذونا له من المالك باستعمال الشيء بمقتضى عقد معين كالإعارة [47] ، فلو قام المستعير بفعل أدى إلى ضياع الشيء أو فقده ، فهنا تكون قد تحققت الأمانة غير العقدية لمن عثر على الشيء أو وقع في يده بسبب تصرف المستعير وليس المالك .
ونلاحظ في هاتين الحالتين إن صاحب الأمانة غير المتسبب بحدوث الأمانة غير العقدية ، ويبقى المتسبب مسؤول أمام صاحب الأمانة إذا وجد لذلك سبب .

المبحث الثاني / الشروط الخاصة للأمانة غير العقدية.

يقصد بالشروط الخاصة هي تلك الشروط التي ترجع إلى محل الأمانة غير العقدية فليس كُل شيء يصلح أن يكون محلًا لها ، فقد لا يكون وضع اليد على بعض الأشياء على سبيل الأمانة غير العقدية بل قد يكون على سبيل التملك ، أو على سبيل إعادة المال لصاحبه ، أو قد يقرر القانون كيفية التعامل به ، لذلك يشترط لتحقق الأمانة غير العقدية أن يكون محلها من الأموال ، وأن يكون مما يصح التعامل به ، وأن يكون مملوكًا ، وأن يكون من الأموال المملوكة لغير الأمين ، وهذا ما سيتم تناوله في مطلبين وكما يلي :
المطلب الأول : أن يكون محل الأمانة غير العقدية من الأموال التي يصح التعامل بها . المطلب الثاني : أن يكون محل الأمانة غير العقدية مملوكًا لغير الأمين .

المطلب الأول / أن يكون محل الأمانة غير العقدية من الأموال التي يصح التعامل بها .

يجب أن ترد الأمانة غير العقدية على المال ، فالأمانة التي لا يكون محلها أموالا بل مفاهيم أخلاقية أو صفات معينة لا تكون موردًا للأمانة غير العقدية ، وكذلك يجب أن تكون هذا الأموال مما يصح التعامل بها فالأموال المحضورة تجري عليها القوانين الخاصة ، لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين: الفرع الأول : أن يكون محل الأمانة غير العقدية من الأموال . الفرع الثاني : أن يكون محل الأمانة غير العقدية مما يصح التعامل به .

الفرع الأول / أن يكون محل الأمانة غير العقدية من الأموال .

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

- ما يكون مالاً بالذات تكوينًا : أي ما يكون له منافع تكوينية يستثمرها الانسان كالأغذية والأمتعة والأبنية والمعادن .
- ما يكون مالاً بالذات اعتبارًا : وهذا النوع من الأموال و إن كانت ماليته ذاتية ومستنده إليه إلا انها ناشئة من المنافع التكوينية التي تتعلق بها كالحقوق القابلة للنقل والانتقال كالتحجير والسرقفلية (التأجير).
- ما يكون مالاً بالاعتبار محضا وبالذات : حيث إنه يتمحض في المالية كالنقود الورقية والمعدنية ، فإن قوام ماليتها هو الاعتبار أي نص القانون ، ومنافعا كوسيط لتبادل الأموال .
- ما لا يكون مالاً إلا عند التعاوض عليه نظير منافع العامل فإنه لا منافع له إلا بالتعاوض عليه .
- ما يبذل بإزائه المال ولكن لا يتصف بالمالية لا قبل العقد ولا بعده ، كإسقاط الحقوق فإنها ليست بمال بنفسها ، فإسقاط الحقوق وأن بذل بإزائها المال كما في الجعالة والصلح لكنها لا تكون عوضًا ولا معوضا في مثل البيع والاجارة [48] .

ومما تقد يتضح ان الأقسام الأربعة الأولى تصلح لأن كون محلًا للأمانة غير العقدية ، أما إسقاط الحق فوقوعه محلًا للأمانة غير العقدية قد يبدو لأول وهلة محل نظر لأنه كيف تتحقق حيازة الإسقاط من الأمين غير العقدي ، ولكن يمكن ان يقال في توجيه شمول الأمانة غير العقدية حتى لهذه الحالة ان الأمين غير العقدي قد يحدث التنازل له أو إسقاط الحق عنه بالخطأ فيلتزم بعدم ترتيب أي أثر على هذا الإسقاط واعلام مالكه بذلك . فعلى ذلك فإن المال يشمل كُل ما له ماليه ويبذل المال بإزائه وإن قل ، عينا كان أو دينًا أو منفعة كخياطة الثوب وتعليم القرآن الكريم [49] ، بل ويشمل الحقوق المالية أيضًا القابلة للنقل والإنتقال كحق التحجير [50] فهو كُل ما كان حقا ذا قيمة مالية [51] . فما لا يمكن حيازته لا يعد من الأموال كالعلم والشرف ، وكذلك إذا أمكن حيازته ولكن كان عديم المنفعه كحفنة من التراب أو قطرة من الماء ، أما منافع الأعيان كسكنى الدار فهي لا يمكن حيازتها بالفعل لذلك كانت محل خلاف بين الفقهاء فذهب الأحناف إلى عدم اعتبارها مالاً لعدم امكان حيازتها ، وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبارها مالاً لأنه يمكن حيازتها محلها ومصدرها [52] . وفي اطار التشريع نجد إن القانون المدني العراقي قد عرف المال في المادة (65) حيث نصت على ما يلي : " المال هو كُل حق له قيمة مادية " وقد أفاد هذا التعريف ان المال يشمل الأعيان والمنافع والحقوق حتى حق المؤلف ، والاسم التجاري ، ويشمل الحقوق كلها شخصية وعينية ومعنوية ، وبالتالي فهو كُل حق قابل للتقوم بالنقد [53] ، ولمْ يعرف القانون المدني المصري المال ، أما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد عرفة في المادة (95) حيث نصت على ما يلي : " المال هو كُل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل" . ومما تقدم يتضح ان نظر القانون لتعريف المال مقارب للفقه الإسلامي .

وليس كُل شيء يصلح أن يكون محلًا للأمانة غير العقدية وإنما ينبغي أن يكون من الأموال ؛ لأنه ليس كُل الأشياء تعد من الأموال ، وبالرغم من ان بعض الفقه قد خلط بين الشيء والمال ومنذ الأزل ، لكن التفرقة بينهما لها أسبابها المنطقية التي تتفق مع الصياغة القانونية ، حيث نصت المادة (61) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " 1- كُل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلًا للحقوق المالية. 2 - والاشياء 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 محلًا للحقوق المالية " ، وجاء نص المادة (81) من القانون المدني المصري [54] ، ونص المادتين (97) و (98) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي مطابقًا للقانون العراقي في التفرقة بين الشيء والمال . فعلى هذا فإن محل الأمانة غير العقدية يجب أن يكون مالاً سواء أكان عينًا أم دينًا أم حقًا أم منفعة فما لا قيمة له لا يدخل في نطاقها . والسؤال الذي يثار هنا هل أن محل الأمانة غير العقدية مالاً مطلقًا يشمل المنقول والعقار أم يختص بالمنقول فقط ؟ وفي مقام الإجابة يمكن القول إن محل الأمانة غير العقدية هو المال مطلقًا سواء أكان منقولًا أو عقارًا [55] ، أما كون المنقول محلًا للأمانة غير العقدية فواضح ، و أما العقار فهو محلًا لها لأنه من الأموال القابل للتعامل بها ، ويمكن وضع اليد عليها عبر حيازة سندها أو مفتاحها ، و أيضًا فإنه كما يجري الغلط أو القضاء والقدر في المنقول فإنه يجري في العقار أيضًا ، وكما تتحقق الأمانة غير العقدية في المنقول بنص القانون تتحقق في العقار كذلك. وكما ان المنقول بطبيعته هو محلًا للأمانة غير

العقدية فكذلك المنقول بحسب المآل [56] ، وكما ان العقار بطبيعته يصلح أن يكون محلًا للأمانة غير العقدية فكذلك العقار بالتخصيص [57] .

الفرع الثاني / أن يكون محل الأمانة غير العقدية مما يصح التعامل به .

من شروط الأمانة غير العقدية أيضًا أن يكون الشيء محل الأمانة مما يصح التعامل به ، والأشياء التي تخرج عن التعامل أما بحكم طبيعتها حيث ينتفع بها من قبل كافة الناس كالهواء والماء الجاري وأشعة الشمس ، ولا يحول انتفاع بعظهم دون انتفاع الآخرين ، أو تخرج عن التعامل بحكم القانون كالحشيش والافيون والسموم [58] . وبين القانون المدني العراقي هذه الأحكام في المادة (61) حيث نصت على ما يلي : " 1- كُل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلًا للحقوق المالية. 2- والأشياء 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 ان تكون محلًا للحقوق المالية " ، والملاحظ أنه لكي يكتسب الشيء صفة المال يجب أن يكون غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون ، وينقسم الخروج بسبب الطبيعة إلى خروج مطلق ويقصد به الانسان حيث أنه لا يصلح للتعامل ولا للحقوق المالية ، وخروج نسبي وهي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بها كالهواء والماء في البحار وأشعة الشمس ، غير أن ذلك لا يمنع من اكتساب تلك الأشياء إذا أمكن حيازتها والتعامل بها كضغط الهواء ، أما خروج الأشياء بحكم القانون فهي بطبيعتها قابلة للتعامل بها ولكن حرم المشرع التعامل بها لإخلاله بالنظام العام مثلًا كالمخدرات والأسلحة والأموال العامة ، وهذا لا يمنع اباحة التعامل بها لغاية معينة [59] .

أما القانون المدني المصري فقد تعرض لذلك في المادة (81) حيث نصت : " 1- كُل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلًا للحقوق المالية. 2 - 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 محلًا للحقوق المالية " .

وبينت المادة (97) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي هذا الحكم أيضًا حيث نصت على ما يلي : "كل شيء يمكن حيازته ماديًا أو معنويًا والانتفاع به انتفاعًا مشروعًا ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلًا للحقوق المالية" أما المادة (98) من ذات القانون فقد أوضحت مفهوم الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها أو 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 محلًا للحقوق المالية " .

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

وورد في الفقه الإسلامي تقسيم المال من حيث الانتفاع به إلى متقوم وغير متقوم ، والمال المتقوم هو المال المحرز بشكل فعلي ويكون محلًا للانتفاع المعتاد شرعًا في وقت الاختيار والسعة ، وغير المتقوم هو المال الذي لا يمتلكه أحد كالسمك بالماء أو كان مملوكًا لكن لا يمكن الانتفاع به شرعًا إلا وقت الاضطرار كأكل الميته وشرب المسكر [60] وثمرة هذا التقسيم هي أن المال المتقوم يصح التعامل به ومن أتلفه يكون ضامنًا له [61] .

ومما تقدم يتبين ما يلي :

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

2- المال الذي يخرج عن التعامل في الفقه الإسلامي هو أما أن يخرج بسبب عدم الاحراز كالهواء والسمك في الماء [62] ، أو تخرج عن التعامل بسبب عدم المشروعية كالمسكر [63] ، وذات الأمر في القانون فالأشياء تخرج عن التعامل أما بسبب الطبيعة كالهواء والماء ، أو بسبب نص القانون كالمواد المخدرة.

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

4- ان الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها أو بنص القانون لا يتحقق فيها شرط القبض ولا ينطبق عليها أحكام 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 والحيازة ، أما الأشياء الخارجة عن التعامل بنص القانون فهي لا توجب على من وضع يده عليها ردها إلى حائزها بل يتعامل معها وفق القانون كأن يسلمها إلى الجهات المختصة إذا كانت من قبيل الأسلحة أو المخدرات المحظور التعامل بها .

5- الأموال العامة تصلح لأن تكون محلًا للأمانة غير العقدية و إن كانت خارجة عن التعامل بنص القانون ، وعلة ذلك لأنه يمكن حفظها وردها إلى صاحبها [64] ، فضلًا عن ان الأمانة غير العقدية لا تقتضي التعامل والتصرف بالمال محل الأمانة حتى لا تصلح أن تكون محلًا لها .

المطلب الثاني / أن يكون محل الأمانة غير العقدية مملوكًا لغير الأمين.

لا ترد الأمانة غير العقدية إلا على الأموال المملوكة لأن مقتضى كونها أمانة لا يتناسب مع الأموال المباحة والمتروكة والصيد حيث إن الاستيلاء على هذه الأموال يعد سببا لملكيتها ؛ لذلك لابد أن يكون مورد الأمانة من الأموال المملوكة ، وكذلك لابد من كونها مملوكة لغير الأمين لأنها لو كانت كذلك لانتفى مورد الأمانة أيضًا ولأصبحت من أملاكه التي عادت إليه ، لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وكما يلي : الفرع الأول : أن يكون محل الأمانة غير العقدية مملوكًا . الفرع الثاني : أن تعود ملكية محل الأمانة غير العقدية لغير الأمين .

الفرع الأول / أن يكون محل الأمانة غير العقدية مملوكًا .

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

1- الأموال المباحة : وهذه الأموال لا تعود ملكيتها لأحد من الناس ، وتكتسب عن طريق الاستيلاء عليها ، والاستيلاء هو الاحراز الحقيقي [65] أو الحكمي [66] المصحوب بنية التملك [67] على المال المباح ، وله في الفقه الإسلامي عدة صور هي احياء الأرض الموات والاستيلاء على المعادن والكنوز والصيد [68] .

وبهذا المعنى فإن الاستيلاء يختلف عن الحيازة لكونه سببًا لكسب الملكية ابتداءًا ويرد على شيء مباح ، أما الحيازة فهي قرينة على الملك وترد على مال مملوك لأحد ، ويمتاز الاستيلاء بأنه لا حاجة لاستمرار وضع اليد على الشيء مدة من الزمن لحصول الملكية ، ولا يرد إلا على المنقولات عمومًا بخلاف الحيازة [69] .

وورد في القانون المدني العراقي في المادة (1/1098) النص على الأموال المباحة وكما يلي : " كُل من أحرز بقصد التملك منقولًا مباحًا لا مالك له ملكه " [70] أما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (870) منه على ما يلي : "من وضع يده على منقولات لا مالك له بنية تملكه ، ملكه" [71] ، أما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فتعرض لهذه الأموال في المادة (1203) التي نصت على ما يلي: " من أحرز منقولًا مباحًا لا مالك له بنية تملكه ملكه " [72] ويتضح من هذه النصوص ان شروط التملك بالاستيلاء ثلاثة هي أن يكون المال منقولًا لا مالك له ، وأن يتحقق وضع اليد على المنقول ، وأن يكون بنية التملك ، والمستولي على هذه الأشياء يصبح مالكًا لها ، لأنها أشياء غير مملوكة فلا تدخل في نطاق الأمانة غير العقدية .

2- الأموال المتروكة : الاشياء المتروكة هي التي أصبحت سائبة بعد أن تخلى أصحابها عن ملكيتها ، كالأوراق المهملة والملابس البالية والأتربة الناتجة عن عمليات حفر المباني ، والترك الذي يؤدي إلى جعل المنقول سائبًا له عنصران الأول هو التخلي عن الحيازة وهذا العنصر المادي والثاني هو النزول عن الملكية وهذا العنصر المعنوي [73] وتستخلص نية النزول من الوقائع والظروف ، وهذه الأموال يمكن كسب الملكية عليها عند الاستيلاء [74] .

وترك الأشياء العقارية أو التخلي عن العقار امر نادر وكانت تحصل عندما تتعلق بالأرض أمولًا فادحة لا تتناسب مع إيرادات الأرض ، أما المنقولات المهملة فامثلتها كثيرة وفي الغالب تكون هذه المنقولات أشياء تافهة كالملابس والأدوات القديمة [75] .

وتعرض القانون المدني العراقي لهذه الأموال في المادة (1104) حيث نصت على ما يلي : " يصبح المنقول مباحًا إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته " ، وورد في القانون المدني المصري في المادة (1/871) ما يلي : " يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته " ، أما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فتعرض لهذه الأموال في المادة (1204) التي نصت على ما يلي : " 1- يصبح المنقول بغير مالك إذا تخلى عنه مالكه بقصد التخلي عن ملكيته. 2- وتعتبر الحيوانات غير الأليفة بغير مالك ما دامت طليقة وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى مكانه المخصص ثم فقد هذه العادة صار بغير مالك" .

3- الصيد : يعد الصيد عمل مباح ، ويقع على الحيوان كالطيور والأسماك غير المملوكة ، ومن صاد منها شيئًا تكون ملكًا له [76] وباعتبار ان احراز الصيد يؤدي إلى ملكيته فإن الصيد خارج من نطاق الأمانة غير العقدية لأنه من الأشياء الغير مملوكة .

وقد تعرض القانون المدني العراقي لحكم الصيد في المادة (1102) حيث نصت على ما يلي : " 1- الصيد مباح برًا وبحرًا ويجوز اتخاذه حرفة. 2- وشرط الصيد أن يمتنع الحيوان عن الانسان بقدرته على الفرار، ثم يحرزه الصائد بعمله قاصدًا صيده " والمادة (1103) حيث نصت على ما يلي : " الحق في صيد البر والبحر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه القوانين الخاصة " ، ولا يوجد نص مشابه للمادة (1102) بالقانون المقارن ، إلا أن القانون المقارن سلك موقف القانون المدني العراقي في المادة (1103) بشأن تنظيم حق الصيد وفق قانون خاص [77] .

ومما يتقدم يتضح أن تحقق مسمى الأموال غير المملوكة في الشيء سواء أكانت مباحة أم متروكة أم صيدا ينفي تحقق وصف الأمانة غير العقدية في هذا الشيء ؛ لعدم اجتماع الأمانة مع الملكية لذات الشخص وبنفس الوقت لاختلاق حقيقة وأحكام كُل منهما .

الفرع الثاني / أن تعود ملكية محل الأمانة غير العقدية لغير الأمين .

ليس كُل مال مملوك يصلح أن يكون محلًا للأمانة غير العقدية وإنما ينبغي أن يكون مملوكًا لغير الأمين ؛ فالمال المملوك للأمين لا يكون موردًا للأمانة غير العقدية لاقتضاء المغايرة بين يد الأمانة ويد الملكية ، وبناءا على ذلك لو عثر شخص معين على ماله الضائع بعد فترة من الزمن فإن هذا المال لا يعد يعد من الأمانات لديه ، والسبب في ذلك يعود لأن المال هو ملك لذات الشخص الذي وضع يده عليه .

ولمْ ينظم القانون المدني العراقي والمقارن هذا الشرط ولكنه من الشروط التي يمكن التوصل اليها عند دراسة الأمانة عموما للتنافي بين كون الشيء ملكًا لصاحبه و أمانة بيده بذات الوقت .

الخاتمة .

سيتم التعرض في هذه الخاتمة إلى اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال البحث ، وكما يلي:

أولًا / النتائج :

1- يؤثر فقد شروط الأمانة غير العقدية فيها بشكل متفاوت ، فبعضها يؤدي فقده إلى عدم وجود الأمانة أصلًا كشرط القبض والمالية ، وبعضها يؤدي فقده إلى تحقق صفة الأمانة العقدية بدل الغير عقدية كما لو كان هنالك اتفاق مسبق بين الأطراف ، وبعضها الآخر يؤدي فقده إلى تحقق موجب الضمان كما لو لمْ يحصل الإذن من القانون .

2- الأمانة غير العقدية ناتجة عن انتقال الحيازة إلى يد الأمين بإحدى صور الإنتقال ، فلو لمْ تنتقل الحيازة إلى يد الأمين لمْ يكن هنالك محلًا للأمانة غير العقدية ، ولما ترتب عليها شيء .

3- يجب أن تنصرف نية الأمين عند أخذ الشيء إلى رده إلى صاحبه وعدم تملكه ، أما لو أخذه بقصد التملك أو عدم الرد فهنا تكون يده يد ضمان وتخرج من نطاق الأمانة عقدية كانت أو غير عقدية .

4- يشترط في الأمانة غير العقدية أن يكون وضع اليد على الشيء محل الأمانة بإذن وترخيص من القانون ، لأن الأمانة غير العقدية لمْ تكن ناتجة عن اتفاق أو إرادة بين صاحب الأمانة والأمين ، فلا بد أن يكون هنالك ترخيص من القانون يضفي عليها الشرعية ، خصوصًا وإن محل الأمانة غير العقدية ليس شيئًا مباحًا وإنما مملوكًا ولمْ يتنازل مالكه عنه .

5- لكي تتحقق الأمانة غير العقدية يجب ألا يكون هنالك دور لإرادة الامين وصاحب الأمانة في وجودها ، أي خلو الطرفين من أي اتفاق أو عقد يتضمن نقل حيازة الشيء والا كنا أمام أمانة عقدية .

6- يجب أن يكون محل الأمانة غير العقدية مالاً سواء أكان عينًا أم دينًا أم حقًا أم منفعة فما لا قيمة له لا يدخل في نطاقها ، وكذلك يجب أن يكون محلها مما يصح التعامل به وألا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بنص القانون .

7- لا ترد الأمانة غير العقدية إلا على الأموال المملوكة لأن مقتضى كونها أمانة لا يتناسب مع الأموال المباحة والمتروكة والصيد ، حيث إن الاستيلاء على هذه الأموال يعد سببا لملكيتها ، ويشترط في الأمانة كذلك أن تكون مملوكة لغير الأمين لأنها لو كانت كذلك لانتفى مورد الأمانة أيضًا ولاصبحت من املاكه التي عادت إليه.

8- تفاوت المشرع العراقي والمقارن في النص على شروط الأمانة غير العقدية بين النص عليها عمومًا كشرط للأمانة من دون تخصيصها بالأمانة غير العقدية أو العقدية كشرط القبض وإنعدام قصد التملك ، وبين النص عليها كشرط خاص بالأمانة غير العقدية كشرط اذن القانون ، وبين عدم النص عليها أصلًا ضمن شروط الأمانة مطلقًا وإنما تناوله في موضع آخر ككون محلها من الأموال التي يصح التعامل بها ، وبين عدم النص عليه مطلقًا لا في شرط الأمانة ولا في موضع آخر ككون الشيء مملوكًا لغير الأمين.

ثانيًا / التوصيات :

نقترح إضافة باب خاص بالأمانة غير العقدية في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) ، 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) ، ويتضمن هذا الباب شروط الأمانة وهي كما يلي :

1 - " لا تتحقق الأمانة غير العقدية بلا اذن وترخيص من القانون " .

2 - " يشترط لتحقق الأمانة غير العقدية انعدام الاتفاق بين الأطراف " .

3 - " يشترط لتحقق الأمانة غير العقدية انعدام ما يوجب الضمان لدى الأمين " .

4 - " محل الأمانة غير العقدية يجب أن يكون مالاً يصح التعامل به و مملوكًا لغير الأمين " .

الهوامش.

1- عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، الاستحالة و أثرها على الالتزام العقدي (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، ط1 ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1994، ص 656 .

2- علاء الدين أبو بكر الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج5 ، ط2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1986 ، ص 148 .

3- محمد بن الحسن الطوسي ، الخلاف ، ج2 ، بلا طبعة ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ،1986 ، ص8.

4- نصت المادة (951) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "الايداع عقد به يحيل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم إلا بالقبض" .

5 - نصت المادة (1/1322) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "يشترط لتمام الرهن الحيازي و لزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون" .

6 - محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، ج2 ، ط3 ، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ، طهران ، 1967 ، ص 120 .

7 - 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 متاعًا من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولمْ يقبضه ، قال آتيك غدًا إن شاء الله فَسُرِقَ المتاع ، من مال من يكون ؟ قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فإذا أخرجه من بيته فالْمُبْتَاع ضامن لحقه حتى يَرُدَّ مَالَه إليه . انظر : محمد بن يعقوب الكليني ، فروع الكافي ، ط1 ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت ، 2005 ، ص 680 ، ح 12 .

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

انظر : محمد بن الحسن الطوسي ، تهذيب الأحكام ، ط1 ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت ، 2005 ، ص 1234 ، ح34 .

9- الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج10 ، ط1 ، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ، قم ، 1994 ، ص 102

10 - محيي الدين يحيى بن شرف النووي الشافعي ، المجموع في شرح المهذب ، مصدر سابق ، ج 9 ، ص 275 و 283.

1- موفق الدين عبد الله بن أحمد الجماعيلي المقدسي ، الكافي في فقه الإمام أحمد ، ج2 ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1449 ، ص18 .

12 - ووفقًا لهذا الاتجاه فقد ذهب البعض إلى تقسيم القبض إلى قسمين : الأول: القبض الحكمي : وهو التخلية. الثاني: 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 ، ج2 ، ط2 ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، 2011 ، ص450.

13- علاء الدين أبو بكر الكاساني ، المصدر السابق ، ج5 ، ص244 .

14 - الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، المصدر سابق ، ص 102

15 - علاء الدين أبو بكر الكاساني ، المصدر السابق ، ج5 ، ص 244.

16- ورد هذا المعنى للتخلية في القانون المدني العراقي في المادة (538) 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 " .

17 - دُبيان بن محمد الدُبيان ، المصدر السابق ، ص450.

18 - تنص المادة (1/1150) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " لحائز العقار إذا 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 أيضًا ان يسترد الحيازة من كان حائزًا بالنيابة عن غيره" وكذلك المادة (1154) والمادة (1155) . وتنص المادة (1/1158و2) منه أيضًا على ما يلي: "1- من حاز منقولًا أو عقارًا غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري بإعتباره ملكًا أو حاز حقًا عينيًا على منقول أو حقًا عينيًا غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي. 2 - وإذا وقعت الحيازة على عقار، أو حق عيني عقاري، وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، واقترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات، ولا يشترط توافر حسن النية، إلا وقت تلقي الحق" . وتنص المادة (968) من القانون المدني المصري على ما يلي : " من حاز منقولًا أو عقارًا دون أن يكون مالكًا له ، أو حاز حقًا عينيًا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصًا به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة " . وتقابلها المادة (1317) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي التي تنص على ما يلي : " من حاز منقولًا أو عقارًا غير مسجل بإعتباره ملكًا له أو حاز حقًا عينيًا على منقول أو

حقاً عينيًا 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 (1461) من القانون الاماراتي أيضًا .

19- وردت هذه التفاصيل في تسليم المبيع فذكر القانون المدني العراقي في المادة (1/538) ما يلي : " تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل " وورد في القانون المدني في المادة (435) ما يلي : " ... ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع " ، أما قانون المعاملات المدنية الإماراتي فقد نصت المادة (515) 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 لمْ تظهر في حالة دعوى ضياعها خير المشتري بين رد البيع أو إمضائه." .

20 - عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، المصدر السابق ، ص 657-658 .

21 - شه نك محمد جميل كريم ، أثر القصد المدني في تضمين اليد (دراسة تحليلية مقارنة) ، ط1 ، دار الكتب القانونية ، دار شتات ، القاهرة ، 2011 ، ص 28 .

22 - مرتضى الأنصاري ، المكاسب ، ج 5 ، ط1 ، النور ، بيروت ، 1999 ، ص 181- 183 .

23 - محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، ج 22 ، ط 7 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1981 ، ص 178 .

24 - جلال الدين عبد الله بن نجم السعدي المالكي ، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، ج3 ، ط1 ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، 2003 ، ص 990 .

25 - علاء الدين علي بن سليمان المرداوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج16 ، ط 1 ، هجر ، القاهرة ، 1995 ، ص 208 .

26 - عبد الكريم بن محمد أبو القاسم الرافعي القزويني ، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، ج6 ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1997 ، ص360 .

27 - حسن علي ذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج 2 ، بلا طبعة ، وائل ، عمان ، 2006 ، ص 244 .

28 - شه نك محمد جميل كريم ، المصدر السابق ، ص 28 .

29 - مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ط9 ، الخنساء ، بغداد ، 2002 ، ص198.

30 - انظر المادة (968) من القانون المدني المصري التي تنص على : "من حاز منقولًا أو عقارًا دون أن يكون مالكًا له ، أو حاز حقًا عينيًا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصًا به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة " ، والمادة (969/ 1) 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" .

31 - المراد بالإباحة هنا الاباحة بالمعنى الاعم أي تشمل ما هو غير المحرم سواء أكان واجبًا أو ندبًا أو مكروهًا أو مستحبًا أو مباحًا بالمعنى الأخص .

32 - سورة النساء : 58 .

33 - سورة الأنفال : 27 .

34 - الفضل بن الحسن الطبرسي،مجمع البيان ، ج3 ، ط1 ،دار المرتضى ، بيروت ، 2006 ، ص 112.

35 - محمد باقر بن محمد تقي المجلسي ، بحار الانوار ،ج 72 ، ط 3 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،1983 ، ص 198 ، ح26 .

36 - محمد جواد مغنية ، تفسير الكاشف ، ج2 ، ط3 ، دار الكتاب الإسلامي ، قم ، 2005 ، 355.

37 - محمد حسين الاصفهاني ، الاجارة ، ط2 ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، 1988 ، ص 30 .

38 - محمد حسن البجنوردي ، القواعد الفقهية ، ج2 ، ط1 ، الهادي ، قم ، 1999، ص 92 .

39 - ابن همام كمال الدين محمد ، فتح القدير ، ج 6 ، بلا طبعة ، دار الفكر ، بيروت ، 2012 ، ص 120 .

40 - علاء الدين أبو بكر الكاساني ، المصدر السابق ، ج 6 ، ص 201 .

41 - عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي إمام الحرمين ، نهاية المطلب في دراية المذهب ، ج 8 ، ط1 ، دار المنهاج ، جدة ، 2007 ، ص 449.

42 - محمد سليمان الأحمد ، نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 1 ، العدد 17 ، 2003 ، ص 80 .

43 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج1 ، ط1 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1997 ، ص 54.

44 - علي محمد الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، بلا طبعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2000 ، ص 78.

45 - علي محمد الخفيف ، المصدر السابق ، ص 79.

46 - النيابة هي حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل في ابرام عقد تنصرف آثاره 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 (102) من القانون المدني العراقي ، أو المادة (27) من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة (1980) 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 والاردة ، وعرف القانون المدني العراقي الوكالة في المادة (927) بأنها : "عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"
انظر : أحمد 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 8 ، العدد 4 ، 2016، ص 701 .
47 - عرف القانون المدني العراقي في المادة (847) الاعارة بأنها : " الاعارة عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على ان يرده بعد الاستعمال ولا تتم الاعارة إلا بالقبض ".
48 - محمد السند البحراني ، سند العروة والوثقى (كتاب النكاح) ، ج3 ، ط1 ، دار الأميرة ، بيروت ، 2013 ، ص 157-158 .
49 - محمد سعيد الطباطبائي الحكيم ، منهاج الصالحين ، ج3 ، ط12 ، مؤسسة الحكمة للثقافة الإسلامية ، النجف الاشرف ، 2007 ، ص 40 .
50 - علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج3 ، ط 17 ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، 2018، ص 90 .
51 - رضا محمد إبراهيم الشاذلي ، مدى تأثير قواعد القانون المدني في تفسير النصوص الخاصة بجرائم الأموال ، ط1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2005 ، ص 55 .
52 - لاشين محمد الغاياتي ، رضا متولي وهدان ، الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية (دراسة مقارنة) ، بلا طبعة ، الاشوال ، طنطا ، 1996، ص 24 .
53 - جواد أحمد البهادلي ، مدخل قانوني لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط2 ، مجمع اهل البيت عليهم السلام ، النجف الاشرف ، 2017 ، ص283
54 - نصت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على ما يلي : "وضع المشرع بهذه المادة (81) أساس التفرقة بين الأشياء والأموال فبين إن الشيء غير المال وإن الشيء لا يعدو أن يكون محلًا للحقوق المالية بشرط أن لا يكون خارجًا عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون "
انظر : رضا محمد إبراهيم الشاذلي ، المصدر السابق ، ص 55 .
55 - المصدر السابق ، ص 57.
56 - نصت المادة (62) من القانون المدني العراقي على ما يلي : "1- العقار كُل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية. 2- والمنقول كُل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة " . ونصت المادة (1/82) 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" . أما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فق نصت الماد (101) منه على ما يلي : " كُل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول " .
57 - المنقول ينقسم إلى المنقول بطبيعته وهو الأصل في المنقول الذي يمكن نقله بدون تلف ، والمنقول بحسب المال وهو من وضع الفقه حيث إن القانون اكتفى ببعض التطبيقات له ، ويلتزم لتحققه أن يكون التعامل على العقار قد جرى ليس على أساس طبيعة العقار الحالية بل ما سيؤول إليه ويشترط أيضًا ان يصبح هذا العقار فيما بعد منقولًا . انظر : رضا محمد إبراهيم الشاذلي ، المصدر السابق ، ص 80-83.
ومن تطبيقات المنقول بحسب المآل في القانون المدني العراقي المادة (1/1373) والمادة (1/1374) ، ومن تطبيقاته في القانون المدني المصري المادة (1/1142) والمادة (1/1143) ، ومن تطبيقاته في قانون المعاملات المدنية الاماراتي المادة (1/1516) والمادة (1/1517).
58 - نصت المادة (63) من القانون المدني العراقي على ما يلي : " يعتبر عقارًا بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصدًا على خدمة هذا العقار أو استغلاله " . أما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (2/82) منه على ما يلي : " ومع ذلك يعتبر عقارًا بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رصدًا على خدمة هذا العقار أو استغلاله" . ونصت المادة (102) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : " يعتبر عقارًا بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار له، رصدًا على خدمته أو استغلاله ولو لمْ يكن متصلًا بالعقار اتصال قرار" .
59 - حسن علي ذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، بلا طبعة ، شركة الرابط ، بغداد ، 1954 ، ص 5 .

60 - مصطفى الزلمي ، عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، بلا طبعة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2008 ، ص175 .
61 - أنور رحيم مهدي صالح العبادي ، هدر المال العام في الشريعة الإسلامية ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى مجلس كلية الفقه ، جامعة الكوفة ، العراق ، 2017، ص 26 .
62 - السمك قبل الاصطياد يعد من المال غير المتقوم ، أما إذا تم اصطياده فهو متقوم.
63 - انظر : المادة (127) من مجلة الأحكام العدلية .
64 - صاحب الأمانة غير العقدية في الأموال العامة هي الدولة .
65 - يقصد بالاحراز الحقيقي وضع اليد على الشيء بشكل فعلي كحيازة الماء في المجموع في إناء أو إمساك الصيد أو جني الثمار .
66 - يقصد بالإحراز الحكمي تهيئة الأسباب للإحراز الحقيقي كتعلق الصيد في شبكة ، أو تجمع الماء في الاناء .
67 - حسن علي ذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص110.
68 - الشحات إبراهيم محمد أنور ، المدخل في الشريعة الإسلامية ، بلا طبعة ، مركز التعليم المفتوح بجامعة بنها ، مصر ، 2007 ، ص 153 .
69 - محمد شكري سرور ، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة) ، ط2 ، جامعة الكويت ، الكويت ، 1998، ص23 .
70 - الاستيلاء يكون على الأموال المنقولة أما العقارية فهي أما مملوكة للدولة أو مملوكة ملكية خاصة ، وقد اجاز القانون في بعض الحالات وضع اليد على الارض المملوكة للدولة كالمادة (1105) من القانون المدني العراقي التي تنص على ما يلي : " 1 - إذا ردم عراقي جزءاً من البحر بإذن الحكومة ملك الجزء المردوم، لكن إذا حصل على الإذن ولمْ يتم الردم خلال ثلاث سنوات بطل الإذن ويجوز لغيره أن يردم بعد ان يحصل على اذن لنفسه. 2- وإذا كان الردم بغير اذن المحكمة صار الجزء المردوم ملكًا خاضعًا للدولة، ويباع الردم ببدل المثل، فإن لمْ يقبل بيع لمن ترسو عليه المزايدة، وإذا كان الرادم قد انشأ ابنية في الجزء المردوم، فإنه لا يطالب إلا ببدل مثل الارض دون الابنية وإذا بيع العقار بالمزايدة اخذت الحكومة من ثمنه قيمة الارض وأعطت الباقي للرادم" .
71 - أما العقار فهو أما مملوك ملكية خاصة أو عامة إلا استثناءًا ، وقد نصت المادة (874) من القانون المدني المصري على ما يلي : " 1- الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكًا للدولة . 2 - ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقًا للوائح . 3- إلا أنه زرع مصرع أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في 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 " .
72 - والحكم مختص بالمنقول أما الأراضي الموات فهي ملكًا للدولة فقد نصت المادة (1209) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على ما يلي : "1- الأراضي الموات تكون ملكاً للدولة. 2- ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها بغير إذن من الدولة وفقًا للقوانين" ، وقانون المعاملات المدنية الاماراتي وإن لمْ يجز تملكها لكنه سمح بإحيائها حيث نصت المادة (1211) من ذات القانون على ما يلي : " 1- من أحيى أو عمر أرضًا من الأراضي الموات بإذن من السلطة المختصة كان مالكًا لها. 2- وللسلطة المختصة أن تأذن بإحياء الأرض على أن ينتفع بها فقط دون تملكها " .
73 - سعيد سعد عبد السلام ، الحقوق العينية الأصلية ، بلا طبعة ، حماده ، مصر ، 1991 ، ص 241.
74 - حسن علي ذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص 118 .
75 - محمد كامل مرسي بك ، الملكية والحقوق العينية ، بلا طبعة ، المطبعة الرحمانية ، القاهرة ، 1923 ، ص 294.
76 - محمد كامل مرسي بك ، المصدر السابق ، ص 296.
77 - ورد في القانون المدني المصري في المادة (873) ما يلي : " الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة " ، وجاء في المادة (1207) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي ما يلي : " تنظم القوانين الخاصة الأمور المتعلقة بالكنوز والمعادن وكذلك الحق في صيد البر والبحر واللقطة والأشياء الأثرية" .

المصادر.
القرآن الكريم .
أولًا / كتب تفسير القرآن الكريم :
1- الفضل بن الحسن الطبرسي ، مجمع البيان ، ج3 ، ط1 ، دار المرتضى ، بيروت ، 2006 .
2- محمد جواد مغنية ، تفسير الكاشف ، ج2 ، ط3 ، دار الكتاب الإسلامي ، قم ، 2005 .
ثانيًا / كتب الحديث الشريف :
1- محمد باقر بن محمد تقي المجلسي ، بحار الانوار ،ج 72 ، ط 3 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،1983 .
2- محمد بن يعقوب الكليني ، فروع الكافي ، ط1 ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت ، 2005 .
ثالثًا / كتب الفقه الإسلامي الأوائل :
1- ابن همام كمال الدين محمد ، فتح القدير ، ج 6 ، بلا طبعة ، دار الفكر ، بيروت ، 2012 .
2- الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج10 ، ط1 ، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ، قم ، 1994 .
3- جلال الدين عبد الله بن نجم السعدي المالكي ، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، ج3 ، ط1 ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، 2003 .
4- عبد الكريم بن محمد أبو القاسم الرافعي القزويني ، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، ج6 ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1997 .
5- عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي إمام الحرمين ، نهاية المطلب في دراية المذهب ، ج 8 ، ط1 ، دار المنهاج ، جدة ، 2007 .
6- علاء الدين أبو بكر الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج5 ، ج 6 ، ط2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1986 .
7- علاء الدين علي بن سليمان المرداوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج16 ، ط 1 ، هجر ، القاهرة ، 1995 .
8- محمد بن الحسن الطوسي ، الخلاف ، ج 2 ، بلا طبعة ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، 1986.
9- محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، ج2 ، ط3 ، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ، طهران ، 1967 .
10- محمد بن الحسن الطوسي ، تهذيب الأحكام ، ط1 ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت ، 2005.
11- محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، ج 22 ، ط 7 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1981 .
12- محيي الدين يحيى بن شرف النووي الشافعي ، المجموع في شرح المهذب ، ج 9 ، بلا طبعة ، دار الفكر ، بيروت ، 1996 .
13- موفق الدين عبد الله بن أحمد الجماعيلي المقدسي ، الكافي في فقه الإمام أحمد ، ج2 ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1449 .
رابعًا / كتب الفقه الإسلامي المعاصر :
1- إبراهيم محمد الشحات ، المدخل في الشريعة الإسلامية ، بلا طبعة ، مركز التعليم المفتوح بجامعة بنها ، مصر ، 2007
2- دُبيان بن محمد الدُبيان ، المعاملات المالية اصالة ومعاصرة ، ج2 ، ط2 ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، 2011
3- علي محمد الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، بلا طبعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2000.
4- علي محمد باقر علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج3 ، ط 17 ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، 2018 .
5- محمد السند البحراني ، سند العروة والوثقى (كتاب النكاح) ، ج3 ، ط1 ، دار الاميرة ، بيروت ، 2013.
6- محمد حسن البجنوردي ، القواعد الفقهية ، ج2 ، ط1 ، الهادي ، قم ، 1999 .
7- محمد حسين الاصفهاني ، الاجارة ، ط2 ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، 1988 .- محمد سعيد الطباطبائي الحكيم ، منهاج الصالحين ، ج3 ، ط12 ، مؤسسة الحكمة للثقافة الإسلامية ، النجف الاشرف ، 2007 .
9- مرتضى الأنصاري ، المكاسب ، ج 5 ، ط1 ، النور ، بيروت ، 1999 .
10- مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ط9 ، الخنساء ، بغداد ، 2002 .
11- مصطفى ابراهيم الزلمي ، عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، بلا طبعة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2008 .
خامسًا / الكتب القانونية :
1- جواد أحمد البهادلي ، مدخل قانوني لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط2 ، مجمع اهل البيت عليهم السلام ، النجف الاشرف ، 2017 .
2- حسن علي ذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، بلا طبعة ، شركة الرابط ، بغداد ، 1954 .

3- حسن علي ذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج 2 ، بلا طبعة ، وائل ، عمان ، 2006 .
4- رضا محمد إبراهيم الشاذلي ، مدى تأثير قواعد القانون المدني في تفسير النصوص الخاصة بجرائم الأموال ، ط1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2005 .
5- سعيد سعد عبد السلام ، الحقوق العينية الأصلية ، بلا طبعة ، حماده ، مصر ، 1991 .
6- شه نك محمد جميل كريم ، أثر القصد المدني في تضمين اليد (دراسة تحليلية مقارنة) ، ط1 ، دار الكتب القانونية ، دار شتات ، القاهرة ، 2011 .
7- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج1 ، ط1 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1997 .
8- عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، الاستحالة و أثرها على الالتزام العقدي (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، ط1 ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1994 .
9- لاشين محمد الغاياتي ، رضا متولي وهدان ، الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية (دراسة مقارنة) ، بلا طبعة ، الاشوال ، طنطا ، 1996.
10- محمد شكري سرور ، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة) ، ط2 ، جامعة الكويت ، الكويت ، 1998.
11- محمد كامل مرسي بك ، الملكية والحقوق العينية ، بلا طبعة ، المطبعة الرحمانية ، القاهرة ، 1923.

سادسًا / الرسائل الجامعية :

- أنور رحيم مهدي صالح العبادي ، هدر المال العام في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير ، كلية الفقه ، جامعة الكوفة ، العراق ، 2017 .

سابعًا/ البحوث العلمية المنشورة :

- أحمد 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 8 ، العدد 4 ، 2016 .
[2] - محمد سليمان الأحمد ، نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 1 ، العدد 17 ، 2003 .

ثامنًا / القوانين :

1- مجلة الأحكام العدلية لسنة (1869) الملغية .
2- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) المعدل .
3- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) المعدل .
4- قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (5) لسنة (1985) المعدل .