

# إنقضاء الإباحة بالمطالبة القضائية

## The expiration of the legality of the judicial claim

م.م. أحمد فايز عبد

قسم الشؤون القانونية - جامعة الفلوجة

[ahmed.faiz@uofallujah.edu.iq](mailto:ahmed.faiz@uofallujah.edu.iq)

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٤/١/١٥

تاريخ قبول النشر ٢٠٢٤/٥/١٢

### المُلخَص

الإباحة عقد كسائر العقود يرد على منفعة العين، وهو عقد غير مسمى لم يتولّى المشرّع العراقي تنظيم أحكامه سواء من حيث التكوين أو الانقضاء بصورة خاصة، وقد انبرى مبدأ قضائي يبيّن كيفية انقضائه وتردّد كثيراً في القرارات القضائية خصوصاً لدى محكمة التمييز الاتحادية، مفاده أنّ عقد الإباحة عقد غير لازم ينقضي بإرادة المالك أو المبيح أو ورثته بعد وفاته، إلا أنّ هذه الإرادة ينبغي أن تكون بغطاء قانوني من خلال المطالبة القضائية بإقامة دعوى تدلّ على رجوع المبيح عن إذنه بشأن انتفاع المُباح له في منفعة العين، وهذا المبدأ رغم إطلاقه إلا أنّ القضاء لم يتطرق له في أحيانٍ أخرى لغرض تحقيق قدر من الحماية لمن ثبت له حقاً شخصياً في استعمال الشيء محل الإباحة في حدود الانتفاع الشخصي، إذ وازن القضاء بين مصلحة مالك العين الذي يستأثر بسلطات ثلاث وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف ومصلحة المُباح له الذي له سلطة الاستعمال فقط، ووجد أنّ مصلحة المُباح له أجدر بالحماية من غير تقييد في حق المالك، وما ذلك إلا تعبيراً عن قيود على سلطة المالك في الرجوع عن الإباحة أو عن المطالبة بأجر المثل عن مدة انتفاع المُباح له في العين، وهي قيود لا حصر لها لكن بحسب ما طرحه القضاء فإنّ أبرزها يتمثل في طلب المباح له استملاك العين أو تخصيصها له تبعاً لمصلحة معينة حيث يرد هذا القيد على الإباحة ذاتها ويمنع انقضائها مطلقاً، وكذلك حالة إباحة المورث أثناء حياته في انتفاع المباح له بالعين، إذ يرد ذلك على الأثر المترتب عليها فلا تمنع ورثة المبيح من الرجوع عن الإباحة لوفاة مورثهم ولكن تمنعهم من مطالبة المباح له بأجر المثل عن مدة اشغال العين لعدم تحقق واقعة الغصب كونه شغل العين بحسن نية، فضلاً عن مطالبة المباح له الذي شغل العين بناءً على عقد بيع خارجي بقيمة الأبنية والمنشآت من المبيح، وهو قيدٌ وقتي على انقضاء الإباحة يرد على الأثر المترتب عليها.

الكلمات المفتاحية: الإباحة، المطالبة القضائية، عقد غير لازم، أجر المثل، الاستملاك.

### Abstract

Permissibility is a contract like all other contracts that responds to the benefit of notables, and it is an unnamed contract that the Iraqi legislator did not undertake to regulate its provisions, whether in terms of formation or expiration in particular, and a judicial principle emerged that shows how it expires and was frequently repeated in



judicial decisions, especially at the Federal Court of Cassation, to the effect that the permissiveness contract An unnecessary contract that expires at the will of the owner or the permitted person or his heirs after his death. However, this will should be legally covered through a judicial claim to file a lawsuit indicating that the permitted person has withdrawn his permission regarding the use of the permissible for the benefit of the eye, and this principle, despite its release, the judiciary has not It is dealt with at other times for the purpose of achieving a degree of protection for those who have a personal right to use the thing subject to permissibility within the limits of personal use, as the judiciary balanced between the interest of the owner of the property who has three powers, which are use, exploitation and disposal, and the interest of the permissible for him who has the authority to use only, and found That the interest of the permissible for him is more worthy of protection than without neglecting the right of the owner, and this is nothing but an expression of restrictions on the owner's authority to withdraw from the permissibility or to demand a similar wage for the duration of the permissible use of the eye, and these are endless restrictions, but according to what the judiciary put forward The most prominent of which is represented in the request of the permitted person to expropriate the property or to allocate it to him according to a specific interest, as this restriction applies to the permission itself and prevents its expiration at all, as well as the case of the legator's legalization during his life in the use of the property permitted to him, as this is indicated on the effect resulting from it, so it does not prevent the heirs of the permitted object from reverting from it. Permissibility due to the death of their inheritor, but it prevents them from claiming the permissible for him a similar fee for the period of occupying the eye because the usurpation incident was not achieved because he occupied the eye in good faith, in addition to claiming the permissible for him who occupied the eye based on an external sale contract for the value of the buildings and facilities from the permissible, and he is a temporary limitation on the expiry of the permissibility Responds to its impact.

keywords :Permissibility, judicial claim, non-binding contract, similar wages, appropriation.

## المقدمة

### أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث

العائلية أو علاقات الأفراد فيما يجمعهم مع بعضهم من صداقة أو قرابة، ويمكن للمالك المبيح أو ورثته إنهاؤها عند انتهاء الأجل أو وفاة المبيح، وفي حالة حصول النزاع بشأنها عن طريق إقامة دعوى أمام القضاء، ولما كان مبدأ "الإباحة تنتفي - تنقضي - بالمطالبة القضائية" من المبادئ القضائية التي

إنَّ إباحة الانتفاع بالعين في مجال التصرفات القانونية من التصرفات الشائعة في المجتمع، والتي يتساهل الأفراد فيها كثيراً تبعاً لروابط اجتماعية أو اقتصادية أو لاعتبارات شخصية بحكم الروابط

حدود الانتقاع الشخصي، وأثر على حماية مصلحة المُباح له من غير إهدار لحق المالك وكان ذلك بناءً على أسباب يراها تتلاءم مع العدالة وجديرة بالاهتمام، وهذه الاعتبارات ربما لا تتسجم مع المنطق القانوني، وهو ما يعكس حجم الأهمية التي ينالها موضوع هذا البحث.

### ثالثاً: مشكلة البحث وتساؤلاته

تتعلق المُشكلة المطروحة على بساط البحث بغياب التنظيم القانوني للإباحة في مجال التصرفات القانونية وحالة انقضائها بالمطالبة القضائية والآثار المترتبة عليها، والقيود التي ترد على هذا المبدأ القضائي الذي يستدل به القضاء في الكثير من قراراته، ويتفرّع عن ذلك تساؤلات، تتمثل بالآتي :-

١. ما المقصود بالإباحة في ميدان التصرفات القانونية، وهل تعد عقداً غير لازم أم تصرفاً بإرادة منفردة، وهل هي من الحقوق الشخصية أم العينية؟
٢. هل تنقضي الإباحة بمجرد الإنذار أم بإقامة الدعوى القضائية، وما هي الدعاوى التي ينبغي اقامتها لإنهاء الإباحة، ومن الذي يحق له إقامة الدعوى؟
٣. هل ثمة قيود ترد على انقضاء الإباحة، وكيف تقيدها، وهل هي قيود دائمية أم وقتية؟

### رابعاً: هدف البحث

يسعى الباحث من خلال هذه الدراسة إلى ما يأتي:-

١. الوقوف على مدى فاعلية الدعوى المدنية في سبيل انقضاء الإباحة ونوعية الدعاوى التي ينبغي اقامتها والتعرّف على القيود التي من الممكن أن ترد على انقضاء الإباحة.

تتكرّر كثيراً في قرارات القضاء، إلا أنّ هذا المبدأ لا يصبح له وجود ولا يتطرق إليه القضاء - يسكت عنه - في حالات يرى فيها أنّ الإباحة رغم كونها عقداً لا يمكن الرجوع عنه بإنهائه أو وضع حد له متى شاء مَنْ صدر منه هذا التصرف أو من ورثته سواء عن طريق إقامة دعاوى تتعلق بتسليم العين محل الإباحة أو ما يترتب على ذلك من أجر مثل وغيرها، إذ يتقيّد بقيود واقعية ولم تتضمنها القوانين بهذه الصفة، ولا سيّما القانون المدني فيكون أعمالها أولى من إنهاء الإباحة بالمطالبة القضائية، لما يترتب على الإباحة من مصالح تتعلق بالمباح له، ومن ثم فإنّ انقضاء الإباحة يؤدي إلى تعطيل هذه المصالح والاضرار به، وفي الوقت ذاته فإنّ هذا الأمر فيه تهديد لسلطات المالك.

### ثانياً: أهمية البحث

ترتكز أهمية البحث على جانبين أولهما عملي والآخر علمي، وتكمن على وجه الخصوص بما يأتي:-

١. لما كان عقد الإباحة عقداً غير مسمى، ولم ينظمه المشرّع العراقي سواء من حيث الانشاء أو الانقضاء، وقد برز مبدأ قضائي من لدن محكمة التمييز الاتحادية في العراق، يفيد إنقضاء الإباحة بإرادة المالك المبيح أو ورثته بعد وفاته، إلا أنّ هذه الإرادة ليست حرّة ويجب التعبير عنها من خلال إقامة دعوى قضائية تدل على رجوع المبيح عن إذنه أو رخصته هذه، لكي يضمن المبيح أو ورثته حقوقهم القانونية.

٢. لم يأخذ القضاء العراقي بهذا المبدأ في كثيرٍ من الأحيان لغرض تحقيق الحماية لمن ثبت له حقاً شخصياً في استعمال الشيء محل الإباحة في



٢. محاولة إيجاد حماية للمُبيح وهو مالك العين أو الشيء محل الإباحة أو لورثته من بعده كونه يتمتع بسلطات أقوى من الممنوحة للمُباح له.

#### خامساً: نطاق البحث

في إطار السعي لوضع حدودٍ نظرية تُحدّد ركائز الموضوع واستخدام أدوات التحليل والمناقشة بما يخدم الموضوع محل البحث، لذا سيتمحور البحث حول بيان الإباحة وتكييفها القانوني، وسبر غور مبدأ انقضاء الإباحة بالمطالبة القضائية، وعرض بعض القيود التي ترد عليه ضمن التطبيقات القضائية.

#### سادساً: منهجية البحث

إنّ المنهج العلمي المتبع في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي، وذلك من خلال مناقشة الموقف التشريعي وتحليل التطبيقات القضائية التي تتعلق بالإباحة وصور انقضائها والقيود التي ترد عليها.

#### سابعاً: خطة البحث

من أجل تحقيق الأهداف المتوخاة من الدراسة، والوصول إلى معالجةٍ دقيقة لموضوع البحث والإجابة عن التساؤلات التي أثارها مشكلة البحث، ارتأينا تقسيم البحث إلى مبحثين، وعلى النحو الآتي:-

**المبحث الأول:** مفهوم الإباحة في التصرفات القانونية.

**المطلب الأول:** التعريف بالإباحة في التصرفات القانونية.

**المطلب الثاني:** تمييز الإباحة من المفاهيم المتشابهة الأخرى

**المبحث الثاني:** انقضاء الإباحة بين المطالبة والتقييد.

**المطلب الأول:** انقضاء الإباحة بالطرق القانونية.  
**المطلب الثاني:** القيود الواردة على انقضاء الإباحة بالمطالبة القضائية.

#### المبحث الأول

##### مفهوم الإباحة في التصرفات القانونية

إنّ التشريعات المدنية جاءت لغرض ضبط تصرفات الأفراد ووضع القواعد الناظمة لها، مع اقرار الأصل فيها بكونها متروكة لإراداتهم واتفاقهم عليها فيما بينهم<sup>(١)</sup>. ولما كان القانون قد سكت عن بيان حكم الرجوع عن الإباحة في الانتفاع بالعين بوصفها عقداً بنصٍ صريح، فلا سبيل في الرجوع عنه إلا بموجب دعوى قضائية، إذ يكون من حق الأفراد بحسب الأصل إبرام العقود والرجوع عنها بالاتفاق أو بموجب نص قانوني تبعاً للجواز الوارد في المادة (١٤٦/١) من القانون المدني العراقي<sup>(٢)</sup>. وفي حالة غياب النص القانوني الصريح أو عدم تحقق الاتفاق فيكون الرجوع عن العقد من خلال اقامة المبيح أو ورثته دعوى أمام القضاء وكسب قرار قضائي يخوّله الحق في ذلك. ولبيان ذلك نبين التعريف بالإباحة في التصرفات القانونية في مطلبٍ أول، ونعرض لتمييز الإباحة من المفاهيم المتشابهة الأخرى في مطلبٍ ثانٍ.

#### المطلب الأول

##### التعريف بالإباحة في التصرفات القانونية

لم يرِد في نصوص القانون المدني ما يتعلق بمضمون الإباحة والمراد منها، ولكن لا تخلو صفحات كتب الفقه الاسلامي من غير ذكر لها، فقد عرّج عليها الفقهاء كثيراً وظفرت باهتمامهم، ولكن في جانب الأصول الفقهية، فمن الشرح من عرّفها في معرض بيانه لقاعدة أنّ الأصل في

ودخول المدارس والمشافي، والإذن الخاص باستعمال ملك شخص معين كركوب سيارته، أو السكن في داره". ويتبين من ذلك أنها إذن للانتفاع بشيء معين ولكن ليس للمباح له ان يُنيب غيره في الانتفاع بالشيء بأي وجه من الوجوه، ولا أن يُعيّر هذا الشيء أو يبيحه لشخص آخر غيره، وقد يكون من قبل مالك الشيء أو من الدولة من طرق ومراعٍ أو أنهار وغيرها، بيد أنه لا يخوله سلطة تملك الشيء ذاته<sup>(٥)</sup>.

وتُعرّف بأنها "عقد به يخول طرف امكانية الانتفاع بماله للطرف الثاني بدون مقابل ولا يشترط فيه القبض، وأن يتركه للمباح له طول مدة الإباحة"<sup>(٦)</sup>. وورد تعريف أعمال الإباحة في موضع بيان شروط الحياة وهي ضرورة عدم قيامها على عمل من أعمال الإباحة، ويقصد بها "الأعمال التي يباشرها الشخص في حدود حق مقرر له بحيث لا يتضمن تعدياً على ملك الغير"<sup>(٧)</sup>. وهي بهذا المعنى رخصة تتطوي على عمل من المباحات يقوم به الشخص بكامل حريته، بناءً على رخصة من الغير يُمكنه منها القانون وليس فيه اعتداء على حقوق الغير، وهي بمثابة الانتفاع الذي ينقطع بمجرد صدور ما يؤيد حرمانه منه من قبل المالك<sup>(٨)</sup>.

إنّ الإباحة تصدر بصورة صريحة أو ضمنية، والأولى تُذكر في العقد وإذا وردت في عقد بيع عقار قبل التسجيل تعد بمثابة عقد جديد له التزامات مستقلة عن العقد الأصلي رغم كونه داخلاً ضمنه، ويبقى الانتفاع بالعقار قائماً ما دام العقد الأصلي (رغم بطلانه) تضمن اتفاقاً من هذا القبيل صراحةً<sup>(٩)</sup>. والثانية تُستنتج دلالةً وبصورة ضمنية من تسليم الشيء محل الإباحة لغرض

الأشياء الإباحة بأنها - الإباحة أو الجواز - "طلب الشارع ممارسة العمل والامتناع منه على وجه التخيير وهي التسوية بين فعل الشيء وتركه وتخيير الانسان بينهما دون لوم أو مدح أو ثواب أو عقاب"، وعده حكماً تكليفاً لأنه لمصلحة الانسان<sup>(٣)</sup>.

أما في طروحات الفقه القانوني فلم نجد لها مورداً إلا في مواضع تتكلم عن الإباحة في نطاق القانون الجنائي، وهذا الجانب منقطع الصلة عن موضوع بحثنا الذي يركز على الإباحة في شأن التصرف القانوني.

إنّ الإباحة في نطاق القانون المدني أوسع منها في الفقه الإسلامي والتي تتمثل بالإذن المنصرف إلى الإتيان بمشيئة الفاعل بفعلٍ في حدود ذلك الإذن، والعقد شريعة طرفيه، ولا يحد من سلطات أطراف العقد إلا ما يعارض منها النظام العام والآداب، أما الفقه الإسلامي فلم يجيز الاتفاق على خلاف ما يتضمنه من أحكام، وإنّ مخالفة ما يقتضيه العقد من بنود وشروط يترتب عليه جعل العقد غير صحيح، إلى جانب الاختلاف فيما لم يرد بشأنه نص بين الإباحة والحظر في الفقه الإسلامي<sup>(٤)</sup>. ومن منطلق بيان الإباحة في مجال التصرفات القانونية سنقسم المطلب إلى فرعين نتطرق في الفرع الأول إلى تعريف الإباحة، وفي الفرع الثاني التكييف القانوني لها.

### الفرع الأول

#### تعريف الإباحة

الإباحة بمفهومها العام تُعرّف بأنها "الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله، كالإذن بتناول الطعام أو الثمار، والإذن العام بالانتفاع بالمنافع العامة كالمرور في الطرقات والجلوس في الحدائق



أن يكون الاتفاق موافقاً للأصول الشرعية والقانونية أو المصلحة العامة وإلا عُدَّ باطلاً<sup>(١٦)</sup>.

### الفرع الثاني

#### التكييف القانوني للإباحة

إنَّ تحديد الوصف القانوني للإباحة من المسائل التي لم يحصل الاتفاق بشأنها، إلى الحدِّ الذي لم يجعلها تتل استقرراً تبعاً للاجتهادات وتحديداً في القرارات القضائية التي تضعها في قوالب قانونية تختلف بعضها عن الأخرى، ولا بُدَّ من الوقوف عليها وبيانها بحسب الآتي:-

#### المقصد الأول

##### الإباحة بوصفها عقداً غير لازم

ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها صدر عام ٢٠٢١ " إنَّ الإباحة عقد غير ملزم تنتهي بالمطالبة القضائية تتحوَّل فيها يد الشاغل من يد أمانة إلى يد غاصبة... " (١٧). وقضت في قرار آخر لها عام ٢٠١٩ " إنَّ الإباحة عقد غير لازم تنتهي بالمطالبة القضائية وتحوَّل بعدها يد الأمانة إلى يد غاصبة فإذا كان استغلال المدعي عليه (المشتري) للمركبة بموجب عقد بيع خارجي فإنَّ هذا الاستغلال قد تم بإباحة من المدعي (البائع) وتكون مدة الاستغلال قبل صدور حكم قضائي بإعادة المركبة قد تمت بناءً على عقد الإباحة ولا يلزم بالتعويض ما دام لم يلحق المركبة أية أضرار مادية حتى لو لم يسلم المشتري للبائع بدل البيع" (١٨).

حيث أنَّ الإباحة بحسب هذا التوجه تعد عقداً غير لازم يجوز انقضاءه بالمطالبة القضائية، وتحوَّل بعدها يد المباح له من يد أمانة إلى يد غاصبة

استغلال منفعته دون عوض، فالمباح له لا يُلزم بأجر المثل حيثما كانت الإباحة قائمة (١٠). بحيث يُستخلص من نية الطرفين انصرافها إلى إبرام عقد جديد وهو الإباحة وتتحدَّد بهذه الصورة في نطاق استعمال الشيء وموارده ولا تمتد إلى إقامة الابنية والمنشآت، لأنَّ الأخيرة تتطلب إذناً صريحاً من قبل المالك (١١). بل إنَّ محكمة التمييز الاتحادية ذهبت إلى إنَّ رفض أحد الشركاء السكن في الدار التي على الشيوع مع شركائه أو استغلال الحصص الشائعة بإرادته، لا يعد مبرراً للمطالبة بأجر المثل لأنَّ ذلك يعد إباحة منه لشركائه في السكن فيها (١٢) وهي صورة من صور الإباحة الضمنية.

إنَّ الإباحة تعطي الحق للمباح له في الانتفاع بالشيء بنفسه بمقتضى إذن من مالكة، بيد أنَّ المباح له لا يملك الشيء (١٣). ومؤدى ذلك أنَّ الإباحة المقصودة في بحثنا هي إباحة الاستعمال الشخصي للشيء فيما أُعدَّ له الشيء ولا تتعدى إلى الاستغلال والتصرف، وتتحصر في الأعيان ولا تعيد تملكياً، وأنَّما الإذن في الانتفاع بمنفعة الشيء لا بعينه فلا يترتب على اثرها الحقوق المترتبة للمالك من حق تصرف وامتيازات (١٤). وإذا كانت الإباحة مقيدة بشخص فلا تنسحب لغيره، فهي قاصر عليه وحده، ويجب أن يملك المنفعة بنفسه لكونه يفيد حق الاستعمال الشخصي، فالإباحة حق شخصي وصفة ترتبط بالمباح له ذاته ولا تتعدى لغيره (١٥) فلا يجوز للمباح له أن يأذن لغيره في الانتفاع بالمال وإلا عُدَّ ذلك تعدياً لإرادة المبيع (صاحب الأذن) أي مالك الرقبة. لذا يشترط في عقد الإباحة شرطين، الأول هو أن يقيّد الإذن أو الترخيص بحدود الانتفاع بالعين وليس تملك الرقبة أو العين، والثاني

ويلتزم الشخص في حدود القانون، ويمكن التحلّل منه بإرادة أحد أطرافه أو كليهما معاً، ويستمد أحدهما أو كليهما الحق بالانفراد بالتحلّل منه من خلال طبيعته<sup>(٢٢)</sup>.

وقد انتقد هذا الاتجاه من منطلق حصرية التصرفات بالإرادة المنفردة، إذ إنّ عد الإباحة من قبيل التصرف الانفرادي يتعارض مع ما نصت عليه المادة (١/١٨٤) من القانون المدني العراقي التي تضمّنت نشوء الالتزام بالإرادة المنفردة و وروده بالقانون على سبيل الحصر<sup>(٢٣)</sup> وحدّد القانون المدني هذه الحالات في مواضع معينة منه<sup>(٢٤)</sup>. وهذا ما يؤيده الباحث، فالإباحة بحسب الطرح المتقدم هي عقد غير لازم وهذا ما أكدته الكثير من قرارات القضاء.

### المطلب الثاني

#### تمييز الإباحة من المفاهيم المتشابهة الأخرى

قد تختلط الإباحة في نطاق التصرفات القانونية ببعض المفاهيم القانونية، وقد يبدو لأول وهلة أنّ الإباحة تأخذ بمظهر من مظاهرها أو تتدرج تحت لوائها بسبب ارتباطها بعنصر أو أكثر معها أو تأخذ بعض من خصائصها أو أحكامها، الأمر الذي يدعو إلى تمييزها وتحديد مواطن الشبه وأوجه الاختلاف لتمييزها عنها واعطائها الوصف القانوني الذي تستقل به، وهو ما نقصره على ثلاثة مفاهيم ونبينه في ثلاثة فروع وبحسب ما يأتي :-

#### الفرع الأول

##### الإباحة وأعمال التسامح

أعمال التسامح هي أعمال يقوم بمباشرتها شخص على ملك الغير دون أن يتقرّر له حق في ذلك بمسوّغ قانوني، ولا يعترض هذا الغير

ومعلوم أنّ العقد المُلزِم لجانب واحد يُنشئ الالتزامات في ذمة أحد طرفي العقد دون الآخر، فهو لا يتم إلا بعد ارتباط ارادتين أو أكثر ولكن آثاره تتصرف إلى أحد أطرافه، وهو يختلف عن التصرف الانفرادي من جانب أحد طرفي العقد، فالأخير ينشأ بإرادة منفردة كالوصية والوعد بجائزة<sup>(١٩)</sup>. والعقد المقصود به في هذه الحالة هو العقد غير اللازم الذي لا يلزم طرفي العقد ويمكن لكل منهما أو لأحدهما ان يستقل بإنهائه وان يضع له حداً ويتحلل منه من خلال إزالة آثار الرابطة العقدية بالنسبة للمستقبل<sup>(٢٠)</sup>. وقد خلطت محكمة التمييز الاتحادية في القرار الأول بين العقد غير اللازم والعقد غير الملزم، ويبدو أنّ الذي تقصده هو العقد غير اللازم والذي قيّدت انهائه بإقامة دعوى قضائية بمعنى أنّ الإرادة ليست مطلقة في هذا الجانب، وهو تعبير عن المضمون الموضوعي للعقد.

### المقصد الثاني

#### الإباحة بوصفها تصرفاً بإرادة منفردة

كان هناك توجّه من قبل محكمة التمييز في العراق مغاير لما سبق بيانه، يذهب إلى عدّ الإباحة تصرف بإرادة منفردة وقضت بهذا الشأن في قرار لها عام ١٩٧٣ أنّ "الإباحة تصرف بإرادة منفردة من المبيع..."<sup>(٢١)</sup>. والتصرف بالإرادة المنفردة كما هو معلوم تصرف إرادي يمثّل تعبيراً عن إرادة شخص واحد تتصرف إلى ترتيب آثار قانونية متعدّدة، وهي تختلف عن ارتباط ارادتين نابعتين من شخصين يختلف أحدهما عن الآخر والذي يعبر عن العقد وجوهره. والإرادة المنفردة تستند إلى القانون كمصدر من مصادر الالتزام



## الفرع الثاني

### الإباحة وحق المنفعة

تختلف الإباحة في أنها تخويل انتفاع شخص بشيء معين من غير تسليطه على الرقبة، وهذا الأثر يفيد المباح له شخصياً على عكس حق المنفعة الذي يكون أعم من ذلك بمعنى تمكين المنتفع بهذا الحق وتمكين غيره له، سواء كان بعوض أو دون ذلك، فالإباحة هو انتفاع شخصي بالشيء دون مقابل، أما حق المنفعة فهو حق عيني أشمل من ذلك<sup>(٣٠)</sup>. ومن حيث الأثر يمكن تملك حق المنفعة بالإباحة وينصرف ذلك إلى حق التصرف بأي وجه في حدود الحق الذي يجيزه القانون، أما الإباحة فهو يتقيد بحدود الاستعمال الشخصي. والإباحة بهذا المعنى قد تكون أولية لترتيب حق عيني أو مستقلة لغرض الانتفاع الشخصي<sup>(٣١)</sup>.

إن حق المنفعة هو حق عيني مجرد المنتفع بمقتضاه المالك من سلطتي الاستعمال والاستغلال<sup>(٣٢)</sup> في حين تُمَثَّل الإباحة حقاً شخصياً وقد تكون بمقابل أو من غيره طبقاً لنص المادة (١٢٤٩) من القانون المدني العراقي، ويتشابهان كثيراً إذا ما كان الأخير دون مقابل<sup>(٣٣)</sup>. فضلاً عن انقضاء حق المنفعة بموت المنتفع وبانتهاء الأجل المتفق عليه وإذا لم يعين لهذا الحق أجلاً فينقضي بموت المنتفع، وهذا ما عليه الحال في الإباحة<sup>(٣٤)</sup>.

وهناك من يرى فروقاً من حيث السبب فسبب الانتفاع في الإباحة هو الإباحة ذاتها مثل إباحة المالك باستعمال شيء معين، وكذلك من حيث القوة والضعف، فالانتفاع يكون قاصراً على

على الرغم مما تنطوي عليها من تعدد الأعمال التي تتطلبها حسن الجوار، وهي لا تؤمِّد حقاً في حيازة قانونية نظراً لعدم تحقق الركن المعنوي في الحيازة<sup>(٣٥)</sup>. وتقدير كون العمل داخلاً ضمن أعمال التسامح يخضع لتقدير قاضي الموضوع<sup>(٣٦)</sup>. وهي تخلف عن الإباحة التي تعد عقداً يتكوّن بإيجاب وقبول، سواء بصورة صريحة أو ضمنية لشخص أو اشخاص معينين، ولا تنطوي على اعتداء على حق المبيع الذي تثبت للمباح له دون سواه، أما أعمال التسامح فتكون من خلال سيطرة مادية نسبية على منفعة الشيء من المُتسامح معه (شخص واحد أو أكثر) وبإرادة ضمنية من المُتسامح في الانتفاع بالشيء في نطاق ضيق دون أن يتعدى إلى إقامة الابنية والمنشآت أو الأعمال المادية التي تتطلب إذناً من المالك.

ويمكن لصاحب هذا الحق أن يوقف أعمال التسامح في الوقت الذي يشاء، كالأرض التي يشغلها الجار بسيارات ومواد وأدوات ورشة ملاصقة له فهي من قبيل الأعمال التي تكون على التسامح الذي يتعارف عليه الملاك المتجاورين، ولا يمكن أن يُكسب الانتفاع بهذه الصورة حقاً مهما طال وقت انتفاعه<sup>(٣٧)</sup>. لأنها أعمال تقوم على المجاملة وهي في الحقيقة كما يراها البعض لا تلحق الضرر بالمالك ولا تعد من قبيل الاعتداء على ملكيته كسماح شخص لآخر من أقاربه المرور في أرض غيره ليختصر الطريق المؤدي إلى مسكنه<sup>(٣٨)</sup>. ودرجة القرابة يمكن أن تكون قرينة قانونية لثبوت أعمال التسامح المانعة من اكتساب الملكية عن طريق وضع اليد<sup>(٣٩)</sup>.

المباح له دون سواه فليس له إنابة الغير في الانتفاع بالإعارة أو بإباحة غيره، أما حق المنفعة فقد يملك صاحبها الانتفاع بنفسه أو عن طريق غيره سواء بعبوض أو دونه<sup>(٣٥)</sup>.

### الفرع الثالث

#### الإباحة والإعارة

تعد الإعارة عقداً يتم عن طريقه تسليم شيء من شخص لآخر ويكون غير قابل للاستهلاك ليستعمله من غير عوض على أن يقوم الأخير برده عقب استعماله، ولا يمكن أن يتم دون قبض الشيء<sup>(٣٦)</sup>. وهو ما قد يُثير الخلط بينها وبين الإباحة نتيجة الشبه بينهما لكون كليهما من دون مقابل، حيث إنَّ الإباحة تعد عقداً أيضاً وتقرّر حقاً للمباح له لغرض الانتفاع بالشيء محل الإباحة بدون بدل أو مقابل نقدي أو غيره، بيد أن ذلك لا ينال من حقيقة الفوارق بينهما حيث أنَّ عقد العارية من العقود المسماة التي تولى القانون المدني العراقي تنظيم أحكامها بخلاف الإباحة<sup>(٣٧)</sup>. والعارية من العقود العينية التي لا يمكن ان تنفذ دون قبض والتسليم يكون ركناً فيها، أما الإباحة عقد رضائي وليس عينياً حيث إنَّ التسليم يعد من التزامات المبيح إذ ما كان صريحاً<sup>(٣٨)</sup>.

إنَّ حالات إنهاء عقد الإعارة من جانب المعير في غير الحالات الطبيعية الرئيسة (انقضاء الأجل، موت المستعير) وردت على سبيل الحصر بحسب ما تضمنته المادة (٨٦٢) من القانون المدني العراقي والتي تتمثل بالحاجة العاجلة غير المتوقعة للشيء، أو في حالة استعمال الشيء بشكل سيء من قبل المستعير أو

### المبحث الثاني

#### انقضاء الإباحة بين المطالبة والتقييد

لمّا كانت الإباحة من التبرعات لذا يكون من حق المالك أن يرجع عنها في الوقت الذي يشاء، وهو ما أكدته محكمة التمييز في العراق في قرار لها صدر عام ١٩٧٠ " إن للمبيح حق الرجوع على إباحتها لأن الإباحة تبرع والتبرعات غير لازمة.."<sup>(٤١)</sup>. وأرسدت محكمة التمييز الاتحادية في الكثير من قراراتها مبدأ مفاده "إنَّ الإباحة تنتهي بالمطالبة القضائية" خصوصاً إذا ما أثبت المبيح ملكيته على وجه الاستقلال للشيء المباح بسند رسمي كصورة من قيد العقار<sup>(٤٢)</sup>. والتي تجعل يد المباح له - سلفاً - يد غاصبة<sup>(٤٣)</sup>. والمطالبة القضائية هي إحدى الطرق البارزة لإنقضاء الإباحة إلا أنَّ هذا المبدأ ليس مطلقاً، فقد يرد ما يمنع انقضاء الإباحة بصورة مطلقة أو مؤقتة أو يمنع ترتيب حق في ذمة المباح له عن مدة انتقاعه بالعين لاعتبارات معينة تتعلق بحسن النية وعدم تحقق واقعة الغصب، ونبين طرق انقضاء الإباحة في مطلب أول وقبوده في مطلب ثانٍ.



## المطلب الأول

### إنقضاء الإباحة بالطرق القانونية

هناك طرق خاصة تنقضي بها الإباحة في غير حالة الاتفاق بين المبيع والمباح له، ودلالة هذه الطرق مستنبطة من أقوال الشراح والأحكام القضائية، وهي مسألة تثير جوانب نظرية وعملية تخص انتهاء حياة الإباحة التي تحدث بإرادة صريحة أو ضمنية، لذا لا بد من بيانها والوقوف عليها. وهو ما نبهته في فرعين مستقلين.

### الفرع الأول

#### إنقضاء الإباحة بالإنذار

الإنذار هو ورقة رسمية تشتمل على إعلان موجّه من الدائن إلى المدين بتكليفه بالقيام بتنفيذ التزام معين وتوضيح ما مطلوب منه، ولا يصح بخطاب عادي أو مسجل أو بإخطار شفوي ما لم يرد الاتفاق على جوازه، ويجوز الاتفاق على اعتبار المدين معذوراً من تاريخ حلول أجل معين من غير اجراء آخر<sup>(٤٤)</sup>. فهو دعوة توجه من الدائن الى المدين لتنفيذ التزام معين يقع على عاتقه، مما يترتب عليه آثار معينة على الوجه الذي يتوافق واحكام القانون، نتيجة ما يترتب على ذلك من اضرار تلحق بالدائن أو نشوء أوضاع قانونية معينة<sup>(٤٥)</sup>. والإنذار المقصود في هذه الحالة هو الإنذار بصيغته الرسمية الذي يتم تسييره من خلال الكاتب العدل.

يذهب بعض الشراح إلى أنّ الإباحة تنقطع بمجرد توجيه الإنذار للمباح له بعدم الانتفاع بالشيء محل الإباحة<sup>(٤٦)</sup>. وهذه الصورة من صور قطع الإباحة ينبغي أن تجري بصورة صريحة، وتتم بإصدار المبيع للمباح له وتبليغ الأخير بموجبه على

أن يرد فيه رجوعه عن الإباحة أو يطالب فيه باسترداد الشيء، وجاء في قرار محكمة التمييز الصادر في عام ١٩٧٤ "يعتبر انذار البائع وطلب استرداده الدار المبيعة خارج دائرة التسجيل العقاري رجوعاً عن الإباحة"<sup>(٤٧)</sup>.

### الفرع الثاني

#### إنقضاء الإباحة بإقامة الدعوى

الدعوى بحسب نص المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ المعدل هي "طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء" ويشترط لإقامتها تمتع كل من طرفي الدعوى بالأهلية ووجود الخصومة وأن يكون في الدعوى مصلحة<sup>(٤٨)</sup>. ويمكن للمبيع أن يقطع الإباحة بالمطالبة القضائية عن طريق إقامة دعوى ويعد بذلك تاريخ دفع الرسم الذي يعد تاريخ اقامة الدعوى بحسب الأصل هو وقت انتهاء الإباحة<sup>(٤٩)</sup>. على اعتبار أنّ تاريخ دفع الرسم هو تاريخ اقامة الدعوى أو تاريخ الاعفاء منه أو تأجيله إذ تعد في هذه الحالة قائمة من تاريخ قيدها في السجل المختص بعد ان يتم ختمها بختم المحكمة<sup>(٥٠)</sup>.

فتمكين الانتفاع ينتهي بانتهاء المدة المحددة له إن كان معيناً بمدة معينة، والرجوع عن الإذن جائز بحسب الأصل، فيجوز لصاحب الإذن العدول عن ما أذن به، ولا بُد من إعلام المأذون له بالرجوع، إلى جانب ذلك إنّ الإباحة قد تنقضي من قبل شخص آخر غير المبيع نفسه، فمثلاً الإباحة الناشئة عن اتفاق المالك السابق والمدعى عليه تسقط بالمطالبة القضائية من قبل المالك الجديد<sup>(٥١)</sup>.

## الفرع الأول

### استملاك الأرض أو تخصيصها للمصلحة العامة

إذا ما سلّمنا أنّ استعمال الشيء يمثّل سبباً للإباحة فإنّ هذا الحق الشخصي يجب ان يتقيّد بالمصلحة التي يحميها القانون لذاتها عندما تبلغ مرتبة الحق فيعترف القانون بحمايتها ويوفر لها الوسائل اللازمة لذلك بصفة أصلية فهي تعبير عن قيمة معنوية أو مادية تسند الى مال من قبل شخص تتخذ كوسيلة لإشباع حاجة<sup>(٥٨)</sup>. كون الحق "مصلحة يعترف بها القانون ويحميها". فالحق هو مصلحة في جوهره، ولكن القانون اعترف بها وأضفى لها حمايته، فالمصلحة مركز واقعي يمنح لمن يبلغه وضعا له طابع متميز من سواه، وإذا اسبغت الحماية القانونية عليه تحوّل إلى مركز قانوني تجتمع فيها عناصر الحق، وإذا ما تعارضت المصالح فإنّ القانون والقضاء هو من يُرَجِّح من بينها إذا ما كان من الصعوبة بمكان الإبقاء عليها جميعاً<sup>(٥٩)</sup>.

وفي قرارٍ حديثٍ لمحكمة التمييز الاتحادية صدر في عام ٢٠٢١ ذهبت فيه إلى مراعاة مصلحة دائرة رسمية شغلت إحدى الأراضي بإباحة من المالك وطلبت الأولى من المالك استملاكها، إذ قضت " .. دائرة المدعى عليه (المميز عليه) تشغل القطع موضوع الدعوى استناداً إلى موافقات أصولية من دائرة المدعي والجهات المختصة وبناءً على هذه الموافقات تم تشييد بنايات عليها لكليات تابعة لدائرة المدعى عليه ولا زالت مشغلة لهذا الغرض وان هناك مخاطبات مستمرة مع دائرة المدعي / اضافة لوظيفته لاستملاك القطع المذكورة

والسؤال الذي قد يُثار هنا، ما هي نوع الدعوى التي بمجرد إقامتها تنتهي الإباحة؟.

إنّ الجواب على ذلك نجده في قرارات محكمة التمييز الاتحادية، حيث تجعل من دعوى تسليم الشيء محل الاباحة كالعقار المستغل من قبل المباح له<sup>(٥٢)</sup>. وكذلك دعاوى أجر المثل<sup>(٥٣)</sup>. أو دعوى المطالبة بقيمة المشيدات<sup>(٥٤)</sup> أو دعوى استرداد العقار المبيع خارج دائرة التسجيل العقاري<sup>(٥٥)</sup>. أو دعوى منع المعارضة<sup>(٥٦)</sup>.

إذ تنتهي الاباحة من تاريخ اقامة الدعوى، ومن باب أولى بعد صدور قرار قضائي بات يؤيد انقضاءها، وبعد انتهاء الاباحة يعد المباح له واضعاً يده على العين دون مسوغ قانوني ويصبح من حق صاحبها الرجوع عليه بأجر المثل وذلك اعتباراً من تاريخ قطع الاباحة ولغاية التخلية الفعلية للعين محل الاباحة<sup>(٥٧)</sup>.

## المطلب الثاني

### القيود الواردة على انقضاء

### الاباحة بالمطالبة القضائية

إنّ انقضاء الاباحة في نطاق التصرفات القانونية ليس مطلقاً، إذ لا يكون للمبيح أن يرجع عنها حيثما شاء وفي أي وقت يختار، إنّما يتقيّد انقضاؤها بعدد من القيود التي لا يمكن حصرها، وهذه القيود تختلف بحسب طبيعة التصرف أو الواقعة التي نشأ عنها هذا التصرف، ويعود تقديرها للقضاء، ويستلزم بيان ذلك التركيز على أهم القيود التي طرحها القضاء والتي ترد على مبدأ انقضاء الاباحة بالمطالبة القضائية، ونبيّنها في ثلاثة فروع وبحسب ما يلي :-



وبالتالي فإن استغلال دائرة المدعى عليه لهذه القطع بمسوغ قانوني استناداً إلى الموافقات الأصولية المذكورة وان عدم حسم موضوع الاستملاك لا يجعل من دائرة المدعى عليه غاصبة للعقار وحيث ان أجر المثل يدور وجوداً وعمداً مع حالة الغصب والتي انتفت في دعوى المدعي/ اضافة لوظيفته فان دعواه فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد لهذا السبب..<sup>(٦٠)</sup>. في حين كان لمحكمة التمييز الاتحادية توجه سابق مفاده أن الإباحة لا تبرر طلب الاستملاك، وذهبت في قرار لها في عام ٢٠١٢ الى " ان البيع والاباحة بتشديد المنشآت لا تبرر طلب التملك..."<sup>(٦١)</sup>.

بمعنى أن المحكمة لاعتبارات معينة لم تُجيز الاستملاك في القرار الأخير على أساس سبق وجود إباحة بتشديد منشآت معينة. وعَدَلَت المحكمة عن التوجه فقيدت انقضاء الإباحة بعدم وجود الاستملاك، وذهبت إلى أبعد من ذلك فاعتبرت أن مجرد تقديم طلب الاستملاك ووجود المخاطبات قيداً على مبدأ انقضاء الإباحة بالمطالبة القضائية واعتبرت شاغل العين حسن النية، وقررت رد الدعوى التي أقامها المدعي للمطالبة بأجر المثل، وهذا الاتجاه ربما يثير مشكلة عملية، فطلب التملك قد يرفض أو يُقبل وهو مرهون بإجراءات إدارية ولا يمكن الجزم بحصوله<sup>(٦٢)</sup> هذا من جانب، ومن جانب آخر لا يمكن تغليب مصلحة المباح له التي تقوم على مجرد الاستعمال على سلطات المالك الثالث التي له فيها حق دائم وجامع ومانع بحسب الأصل لما له من سلطة استعمال واستغلال وتصرف على المال المملوك له.

ومن جانب آخر إن تخصيص المال لجهة رسمية أو غيرها يمثّل صورة من صور الإباحة وفي الوقت ذاته يعد قيداً يرد على مبدأ انتفاء الإباحة بالمطالبة القضائية فلا يمكن المطالبة بأجر المثل في حالة وجود هذا التخصيص، وذهب القضاء في هذا المآل في عددٍ من قراراته ومنها قرار محكمة استئناف المثنى الاتحادية "ان تخصيص العقار موضوع الدعوى كمركز تشغيل وجباية ماء السوير كان بطلب من دائرة المستأنف بموجب كتابها المرقم ٤٠٠ في ٢٠٠٤/٨/٣٠ الموجه الى مديرية التسجيل العقاري في المثنى وحيث ان هذا التخصيص يمثل اباحة بالانتفاع فيكون دعوى المستأنف بالمطالبة بأجر المثل عن الأشغال المذكورة لا سند لها من القانون وتكون واجبة الرد..."<sup>(٦٣)</sup>.

وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق أيضاً في عام ٢٠١٥ إلى "ان تخصيص العقار يتضمن تخويل الجهة المخصص لها حق استغلاله على الوجه الذي تم تخصيصه بموجبه وحيث ان العقار مستغل مركزاً لتأهيل المعوقين (التابعة لوزارة الصحة) لذا فإن واقعة الغصب غير متحققة"<sup>(٦٤)</sup>. وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية في عام ٢٠١٢ ذهبت فيه إلى "ان العقار متخذ مركز ناحية السوير وان الاستغلال كان بإباحة من المستأنف عليه حيث أشر في صورة قيد العقار بأنه تخصص لمركز مديرية الناحية وحيث ان التخصيص هو اباحة بالانتفاع بالعقار وسيكون المستأنف غير غاصب له وبالتالي لا يحق للمستأنف عليه مطالبته بأجر المثل..."<sup>(٦٥)</sup>.

## الفرع الثاني

### إباحة المورث حال حياته

هذا الحق أي المطالبة هو المعول عليه بوجوده وقيامه ابتداءً من عدمه وعلى هذا الأساس فإن اختيار المالك عدم المطالبة أو عدم اقامته اجر مثل عقاره المغضوب اثناء حياته يترتب على ذلك عدم دخول التعويض الاحتمالي غير المحدد (وهو اجر مثل العين المغضوبة) في تركة المالك بعد وفاته لاحقاً والذي احجم عن المطالبة بأجر المثل اثناء حياته وذلك لعدم جواز توريث الحق الاحتمالي غير المحدد للورثة لأنه يرتبط ارتباطاً مصيرياً بشخص المالك وخياره بعدم المطالبة والخيار الشخصي لا يورث للورثة لأن سكوت المالك (المورث) عن المطالبة اثناء حياته باجر المثل يُعد بمثابة اباحة او تبرع وقبولاً صادراً منه عن رضا بواقع الحال ... " (٦٩).

إنّ الاباحة بحسب القرار المتقدم تعد من قبيل الاباحة الضمنية التي حدثت حال حياة المورث للمباح له في الانتفاع بالعين، وهي لا تُقيد الورثة في مطالبتهم بالعين ولا تمنعهم عن ذلك، وإنما يرد القيد على الأثر المالي في المطالبة بأجر المثل، فلا يمكن والحال هذا ان يطالب الورثة المبيح بأجر المثل عن مدة اشغالهم السابقة للعين التي جرت دون معارضة من المورث.

### الفرع الثالث

#### مطالبة المباح له بقيمة الأبنية من المبيح

إنّ اباحة الانتفاع بالعقار من الممكن أن تثبت بعقد بيع خارجي رغم كونه باطلاً من الناحية القانونية، وقضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرارها الصادر عام ٢٠١٣ " استغلال المميز عليه/ المدعى عليه جزء من مساحة القطعة المرقمة ١٠٢ مقاطعة ٣٠ الصويحية المشاعة بين مورث المميزين / المدعين وشركاء آخرين يستند (الاستغلال) على وجود

من المعلوم أنّ الاباحة تنتهي بموت المبيح لأنّ الإباحة والاستحقاق مرتبطان ببقاءه على قيد الحياة، إذ إنّ موته يحول دون بقاء الإباحة كون الملكية تنتقل للورثة، وكذلك تنتهي في حالة موت المأذون له (المباح له) والسبب يعود إلى أنّ الإباحة رخصة شخصية ترتبط بشخص المباح له ولا يمكن أن تنتقل لورثته بعد وفاته<sup>(٦٦)</sup>. لكن في نطاق تحديد وجودها وما يترتب عنها من آثار هناك من يذهب إلى عدم امكانية اعتبار عدم مطالبة المورث لشاغل العقار أو غير ذلك بأجر المثل أثناء حياته بمثابة اباحة، لأنّها لا يمكن ان تُستنتج بعدم اقامة الدعوى من المورث ما لم يتم اثبات الاباحة بدليل قانوني له اعتباره في الاثبات<sup>(٦٧)</sup>. وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في العراق بقرارها الصادر عام ٢٠١٢ إلى " ان المدعين يستحقون أجر المثل عن الفترة السابقة لوفاة مورثهم اضافة للتركة أما المدة اللاحقة فتكون الملكية قد انتقلت اليهم فتقام الدعوى لاحقاً بصفتهم الشخصية"<sup>(٦٨)</sup>.

بيد أنّ المحكمة عدّلت عن مسارها وقضت في قرار لها عام ٢٠١٩ "وترى اكثرية هذه الهيئة بأن دعوى المدعين اضافة الى تركة مورثتهم بالمطالبة بأجر المثل لا تتركز على اساس قانوني سليم. لأنّ أجر المثل هو في فحواه وحقيقته تعويض احتمالي غير محدد ناتج عن فوات منفعة الاعيان ومن اهم اسبابه فعل الغصب ومن صورته التجاوز على عقار الغير ولأنّ حق المطالبة قضاءً باجر المثل وان كان حقاً مالياً. إلا ان الجانب الشخصي بممارسة هذا الحق من قبل شخص مالك العقار او عدم ممارسة



حالة ثبوت التعهد المشار إليه وصدوره عن مورث المميز عليهم وتعلقه بالقطعة موضوع الدعوى فيعد إنفاً من المورث ملزماً لورثته ولا يجوز لهم إقامة دعوى رفع التجاوز ما لم يدفعوا للباني قيمة المحدثات قائمة عملاً بأحكام المادة ١١٢١ من القانون المدني...<sup>(٧٦)</sup>. فالمطالبة بقيمة البناء والمنشآت على النحو المتقدّم، هو قيد وقتي يرد على انقضاء الإباحة بطلب المبيع وليس أثراً قانونياً لها، فلا يمكن الرجوع عن الإباحة إلا بعد دفع قيمة البناء من قبل المالك أو المبيع إلى المباح له، يمكن للقاضي المعروض أمامه النزاع أن يقرر استئثار دعوى المبيع إلى حين حسم دعوى المباح له بشأن المطالبة بقيمة البناء والمشيدات ضماناً لاستيفاء الأخير حقوقه، وذلك طبقاً لنص المادة (١/٨٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

### الخاتمة

بعد الانتهاء من موضوع البحث لا بد أن نبين أهم الاستنتاجات التي خلصنا إليها ونضع بعض المقترحات التي تمثل مخرجات لما تم طرحه، وعلى النحو الآتي:-

#### أولاً: الاستنتاجات:-

١. إن الإباحة المقصودة إذن أو رخصة شخصية من المبيع إلى المباح له للانتفاع بالعين في حدود الاستعمال الشخصي دون مقابل، تنصرف إلى سلطة استعمال العين فيما أعدت له من قبل المبيع دون غيره كون شخصيته محل اعتبار، ولا تتعدى إلى سلطتي التصرف والاستغلال، لأنها من السلطات التي تثبت للمالك فقط، حيث تنحصر في منفعة الأعيان دون تملكها ومن غير مقابل، سواء بصورة صريحة أو ضمنية.

إباحة الانتفاع لشرائه مساحة تقدر (٢٣٢٥ م<sup>٢</sup>) من القطعة آنفة الذكر من مورث المدعين بموجب عقدين خارجيين وثبت صحتها من التحقيقات التي اجرتها محكمة بداءة الرميثة... لذا فإن دعوى المدعين بالمطالبة بأجر المثل فاقدة لسندها لأنه بموجب العقدين المشار اليهما أعلاه يكون استغلال المدعى عليه لجزء من القطعة بإباحة من مورث المدعين وان هذه الإباحة تنقضي بالمطالبة القضائية<sup>(٧٠)</sup>.

فالإباحة بذلك تمليك من البائع لمنافع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري بدون عوض للمدة من تسليم العقار ولغاية قطع الإباحة برجوع البائع عنها<sup>(٧١)</sup>. ولا يمكن للبائع الرجوع إلى المشتري بأجر المثل عن المدة التي انتفع فيها بالمبيع إذا كان البيع خارجي ولم يتم تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري، لأن ذلك يعد بمثابة الإباحة<sup>(٧٢)</sup> حيث أباح له الانتفاع في المبيع وان كان البيع باطلاً طبقاً لنظرية تحوّل العقد<sup>(٧٣)</sup>. ولاسيما إذا ما تم تسليم المبيع إلى المشتري واستلم البائع ثمنه وبقي في حوزته مدة من الزمن، فتسليم المبيع يعد إباحة للمشتري ولا يبرر للأخير المطالبة بأجر المثل<sup>(٧٤)</sup>.

وقضت محكمة التمييز في العراق في عام ١٩٧٦ بأن رجوع صاحب الإباحة عنها يعطي الحق للمباح له أن يطالب الأول بقيمة البناء<sup>(٧٥)</sup>. وذهبت في قرار آخر لها إلى أن "عقد البيع باطل لعدم تسجيله في السجل العقاري، إلا أن إبرامه وتخليه البائع الجزء المباع وتسليمه إلى المشتري يعتبر إباحة بالتصرف وتنتهي هذه الإباحة بالمطالبة القضائية أو ما يفيد إنهاء الإباحة بطريق قانوني آخر، إلا أن إنهاء هذه الإباحة في حالة قيام المشتري أو ورثته بإقامة أبنية يترتب عليه آثار قانونية مؤثرة بدعوى رفع التجاوز ففي

دفع قيمتها من قبل المبيع إلى المباح له، فهو قيد وقتي على مبدأ انقضاء الإباحة بالمطالبة القضائية وليس أثراً قانونياً له.

ثانياً: المقترحات:-

نوصي بتنظيم قواعد خاصة لعقد الإباحة وطرق انقضائها بالمطالبة القضائية في القانون المدني العراقي، ولاسيما من خلال النص على ما يلي:-

١. نقترح النص صراحةً على ما يلي: " تنقضي الإباحة بوجه خاص في الحالات الآتية: ١- المطالبة القضائية من قبل المبيع أو ورثته، واعتباراً من تاريخ اقامة الدعوى وبعد صدور حكم قضائي واكتسابه الدرجة القطعية. ٢- وفاة المالك (المبيع) أو المباح له بالانتفاع بالعين. ٣- رجوع المبيع عن الإباحة للحاجة العاجلة غير المتوقعة. ٤- تصرف المباح له بالعين تصرفاً مضراً بها وخارج نطاق استعمال الشيء فيما أعد له. ٥- الحاجة العاجلة للعين من قبل المبيع أو ورثته".

٢. نقترح النص صراحةً على ما يلي: " لا يجوز الرجوع عن الإباحة إذا تحقق ما يلي: ١- وجود أبنية ومنشآت لجهة حكومية ترتبت على الإباحة بناءً على الموافقة الصريحة للمبيع. أو السير بالإجراءات الخاصة باستملاك العين من المباح له بصورة مؤكدة أو تخصيصها للمصلحة العامة. ٢- إشغال ذمة المبيع بقيمة الأبنية والمنشآت التي أقامها المباح لها بعلم المباح وموافقته أو بعلمه ودون اعتراض منه".

٣. نقترح النص صراحةً على ما يلي: " إذا تعارضت مصلحة المالك مع مصلحة المباح له في العين محل الإباحة، تُرَجِّح المحكمة مصلحة المالك مع مراعاة ما ورد في أعلاه من أحكام.

٢. الإباحة عقد غير لازم ذو طبيعة خاصة، إذ يكون للمبيع أو ورثته وضع حد له بإرادته عن طريق المطالبة بموجب دعوى قضائية، فيمكن أن تنتهي الإباحة بإقامة دعوى أجر مثل أو دعوى تسليم العقار المستغل من قبل المباح له أو دعوى المطالبة بقيمة المشيدات أو استرداد العقار المبيع خارج دائرة التسجيل العقاري.

٣. تنقضي الإباحة من تاريخ اقامة الدعوى بعد صدور قرار قضائي بات في الدعوى المقامة والذي يعد كاشفاً لهذا الانقضاء، ويترتب على ذلك عد المباح له ووضعاً يده على العين دون مسوغ قانوني ويصبح من حق صاحبها الرجوع عليه بأجر المثل وذلك اعتباراً من تاريخ قطع الإباحة ولغاية التسليم الفعلي للعين.

٤. إن إشغال العين بحسن نية من قبل المباح له بناءً على موافقة المبيع وترتيب مصالح للمباح له ببناء ومشيدات ووجود مخاطبات مستمرة لاستملاك العين أو تخصيصها لمصلحة معينة، لا يبرر انقضاء الإباحة بالمطالبة القضائية عن طريق اقامة دعوى بتسليم العين أو المطالبة بأجر المثل، خصوصاً إذا ما كان المباح له جهة حكومية.

٥. إن إباحة المورث في حال حياته للمباح له في الانتفاع بالعين، لا يمنع الورثة من المطالبة بها، وإنما يتقيد الورثة في مطالبتهم بأجر المثل عن مدة انتفاعه بالعين، طالما جرى الاشغال بموافقة صريحة من المبيع أو ضمنية كسكوت المورث عن المطالبة بها أو عدم معارضته رغم علمه.

٦. إن المطالبة بقيمة البناء والمنشآت التي أقامها المباح له يتقدم على انقضاء الإباحة، فلا يجوز الرجوع عن الإباحة من صاحب الإباحة إلا بعد



- (<sup>١</sup>) يُنظر ميمونة حامد؛ مريم خليفة؛ نبيل مسلم؛ عبدالمجيد بن جلون، الاباحة والاجارة والجعالة، جامعة الحسن الأول سطات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المغرب، ٢٠٠٦، مقال منشور في الموقع الإلكتروني: <https://zidni3ilma.arabepro.com/t219-topic>. تاريخ الزيارة ١٠/٥/٢٠٢٣، الساعة ١٠:٠٠م بتوقيت بغداد.
- (<sup>٢</sup>) نصت المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي).
- (<sup>٣</sup>) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، مكتبة السنهوري، بغداد، دون سنة نشر، ص ٢٢٠.
- (<sup>٤</sup>) يُنظر ميمونة حامد وآخرون، مصدر سابق، مقال بدون صفحات.
- (<sup>٥</sup>) يُنظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، تنمة العقود - الملكية وتوابعها، ج ٥، ط ٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥، ص ٤٩٤.
- (<sup>٦</sup>) د. صالح أحمد محمد الهيبي، عقد الاباحة - دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون، مكتبة الجيل العربي، العراق، ص ٢٤.
- (<sup>٧</sup>) د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ٢٠١٠، ص ٢١.
- (<sup>٨</sup>) يُنظر م.م. حسن محمد كاظم، الحيابة في القانون المدني، مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد ١٨، المجلد ٢٠١٠، السنة ٢٠١٠، ١٧-١٨.
- (<sup>٩</sup>) يُنظر نوري احمد منصور، بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري، بحث منشور في مجلة العدالة، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، العراق، العدد الرابع، السنة الخامسة، ص ١٠٤١.
- (<sup>١٠</sup>) المادة (١١٢١) من القانون المدني العراقي . ويُنظر نوري احمد منصور، المصدر نفسه، ص ١٠٤٢-١٠٤٤.
- (<sup>١١</sup>) يُنظر د. عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد الأول، السنة الثالثة، ١٩٧٧، ص ٢٢. وجاء في قرار محكمة التمييز " للمحكمة ان تعتبر مضي مدة طويلة على اقامة البناء في ارض الغير قرينة على رضا صاحب الارض بالبناء". قرار محكمة التمييز، رقم (١٤٩٤/م/١/١٩٧٦ في ٢٣/٦/١٩٧٧)، مجموعة الاحكام العدلية، السنة الثامنة، العدد الثالث والرابع، ص ٩. نقلاً عن هادي عزيز علي، كتاب البناء والغراس على ارض الغير مع تطبيقات وافية للأحكام التمييزية، بغداد، ٢٠١٥، ص ١٣٠.
- (<sup>١٢</sup>) قضت محكمة التمييز الاتحادية " إذا رفض أحد الشركاء سكن الدار مع شريكه المدعى عليه أو استغلال حصصهم الشائعة بإرادته فلا يحق له مطالبته بأجر المثل والذي يحمل معنى الاباحة من جانب المدعي لشركائه في السكن في الدار المشاعة، خصوصاً ان سكن المدعى عليه لا يفيد ان يشغل جميع الدار بما فيها حصة المدعي ما لم تثبت معارضته له في السكن بحصته الشائعة". قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٩٠٨/هيئة مدنية/٢٠١٥) في ٢٦/٢/٢٠١٥. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى: <https://www.hjc.iq>
- (<sup>١٣</sup>) يُنظر د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج ٤، ط ١٢، دار الفكر، دمشق، بدون سنة نشر، ص ٢٨٩٨.
- (<sup>١٤</sup>) يُنظر محمد سعيد رمضان البوطي، الاباحة، الموسوعة العربية، المجلد الأول، متوفر في الموقع الإلكتروني: <http://arab-ency.com.sy/ency/details/1>. تاريخ الزيارة: ٢١/١٠/٢٠٢٣، الوقت ١٠:٠٠م بتوقيت بغداد.

- (١٥) يُنظر د. سعيد مبارك ؛ د. طه الملا حويش ؛ د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع ، الايجار، المقاوله) ، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، بدون سنة نشر، ص ٩١-٩٢.
- (١٦) يُنظر د. عبد السلام التونجي، مؤسسة الإباحة في الشريعة الاسلامية، كلية الدعوة الاسلامية، ليبيا، بدون سنة نشر، ص ٦٦-٨٠.
- (١٧) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٣ / الهيئة المدنية / ٢٠٢١) في ٥/١/٢٠٢١. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
- (١٨) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٥٧٠٤ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٩) في ١٩/٩/٢٠١٩. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
- (١٩) يُنظر د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٥، ص ٤٨.
- (٢٠) يُنظر د. عبد المجيد الحكيم ؛ عبد الباقي البكري؛ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي-مصادر الالتزام ، ج ١، بدون دار نشر، ١٩٨٠، ص ١٩ او ١٧٣.
- (٢١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٣٢١ / مدينة رابعة / ١٩٧٣) بتاريخ ١٧/٤/١٩٧٣، النشرة القضائية العدد (٢) لسنة ١٩٧٣، ص ١١.
- (٢٢) يُنظر د. سمير عبد السيد تتاغو، مصادر الالتزام، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ص ٢٠٣-٢٠٥.
- (٢٣) يُنظر د. صالح أحمد محمد الهيبي، مصدر سابق، ص ٢١-٢٢.
- (٢٤) المواد (١٨٤) و(١٨٥) و(٨٤) و(١/٥٢) و(٣/١٣٠٨) من القانون المدني العراقي.
- (٢٥) يُنظر د. محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص ٢١.
- (٢٦) يُنظر د. سعيد سعد محمد عبدالسلام، حق الملكية فقهاً وقضاءً، مطبعة حمادة الحديثة، مصر، ٢٠٠٠، ص ٤٢٢-٤٢٣.
- (٢٧) يُنظر د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، ج ١، الحقوق العينية الأصلية، بدون دار وسنة نشر، ص ٤٠٨-٤٠٩.
- (٢٨) يُنظر بوشامة يوسف ؛ معمش حفيظ، آليات اثبات الحياة العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية، الجزائر، ٢٠١٦، ص ٧-٨.
- (٢٩) يُنظر د. أحمد محمد أحمد الزين، كسب الملكية عن طريق الحياة - دراسة مقارنة، مجلة الدراسات الاسلامية والبحوث الاكاديمية، كلية العلوم الاسلامية، جامعة القاهرة، العدد (٧٨)، ٢٠١٧، ص ٦٣٣.
- (٣٠) يفزق فقهاء الشريعة الاسلامية بين حق الانتفاع وملك المنفعة من حيث العموم والخصوص في المنشأ ومن ناحية الضعف والقوة في الحق، فملك المنفعة فقهاً ينشأ عن عقد ومن ملك المنفعة يحق له تملكها، اما حق الانتفاع فهو أعم اذ يشمل هذا وكذلك مجرد الانتفاع الناشئ عن اذن أو اباحة فقط من المالك، أما في الاصطلاح القانوني فهناك من يراه شيء واحد. يُنظر د. مصطفى الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج ٢، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي، ط ٤، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ص ٤٠. الشيخ علي الخفيف ، الحق والذمة، بدون دار وسنة نشر، ص ٧٥. وهناك من يذهب إلى انه أخص من ملك المنفعة، فلمنتفع ان يباشر استيفاء وتحصيل المنافع بنفسه دون غيره، فهو اذن مجرد انتفاع شخصي، ويثبت اما بإباحة المالك للانتفاع أو يكون الشيء مباحاً للجميع الانتفاع به. يُنظر د. عبد السلام محمد العكاشي، الانتفاع من الأعيان وأثره في حكم بيعها - دراسة تأصيلية فقهية، مجلة البحوث القانونية، كلية القانون، جامعة مصراتة، العدد (١) ، السنة (٣)، ٢٠١٥ ، ص ١٢٢.



- (٣١) يُنظر د. عبد السلام التونسي، مصدر سابق، ص ٨٠.
- (٣٢) المواد (١٢٤٩-١٢٦٠) من القانون المدني العراقي.
- (٣٣) يُنظر د. محمد طه البشير ؛ د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الأول، بدون دار وسنة نشر، ص ٢٩٩-٣٠٠.
- (٣٤) المادة (١٢٥٧) من القانون المدني العراقي.
- (٣٥) يُنظر د. عبد السلام التونسي، مصدر سابق، ص ١٢٣-١٢٤
- (٣٦) المادة (٨٤٧) من القانون المدني العراقي .
- (٣٧) المواد (٨٤٧-٨٦٣) من القانون المدني العراقي .
- (٣٨) يُنظر د. صالح احمد محمد، مصدر سابق، ص ٤٨.
- (٣٩) المادة (٨٦٢) من القانون المدني العراقي .
- (٤٠) قضت به محكمة التمييز الاتحادية "وان الاباحة التي منحها للمدعى عليه على فرض صحة الدفع تكون قد انقضت بوفاته..". قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (١٥٩٣/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٤) في ١/١٠/٢٠١٤. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
- (٤١) رقم القرار ٤٨٧/ح/١٩٧٠ في ٩/٧/١٩٧٠، منشور في مجلة القضاء ، السنة ٢٦، العدد الأول، ص ٧٧. نقلاً عن نوري احمد منصور، مصدر سابق، ص ١٠٤٦.
- (٤٢) قضت محكمة التمييز الاتحادية " ... وإن الإباحة تنتهي بالمطالبة القضائية وإن المدعية تستند في دعواها إلى صورة السجل العقاري للدار موضوع الدعوى والتي تعود لها على وجه الاستغلال ولا يجوز الطعن بسجلات التسجيل العقاري إلا بالتسجيل العقاري (م ٢٢ إثبات) ... ". قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٩٢٨) الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٣ منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
- (٤٣) قضت محكمة التمييز الاتحادية " ... وقد تأيد من التحقيقات الجارية بأن المدعى عليهما تشغلان العقار بدون مسوغ قانوني بعد ان اقر المدعين بان ذلك الاشغال كان بإباحة منهم للمدعى عليهما وحيث ان الاباحة تنتهي بالمطالبة القضائية وبعدها تصبح يد المدعى عليهما يد غاصبة وحيث ان المغصوب ان كان عقاراً وجب رده مع اجر المثل عنه (م ١٩٧) من القانون المدني...". قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ( ٢٩١٦ ) الصادر بتاريخ ٢٠١١/٩/٤. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
- وقضت ايضاً " وان المدعى عليه كان يشغل إحدى الشقق بإباحة من المدعي (المميز عليه) وحيث ان الاباحة تنتهي بالمطالبة القضائية ويكون المدعى عليه غاصباً وحيث ان المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجر مثله المادة (١٩٧ مدني)". قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم ١٣٨٢ / الهيئة المدنية / ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٣/٣١. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
- (٤٤) يُنظر: د. عبد المنعم فرج الصده، احكام الالتزام (الاثار، الاوصاف، الانتقال، الانقضاء)، بدون دار وسنة نشر، ص ١٥-١٦.
- (٤٥) يُنظر د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني - اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص ٢٠٤.
- (٤٦) يُنظر د. سعيد مبارك وآخرون، مصدر سابق، ص ٩٢.
- (٤٧) رقم القرار ١٥٨ /١٠٨٨/١٩٧٤ في ٤/١١/١٩٧٤، منشور في النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الخامسة، ١٩٧٥. نقلاً عن نوري احمد منصور، مصدر سابق، ص ١٠٤٦.
- (٤٨) المواد (٦-٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(<sup>٤٩</sup>) قضت محكمة التمييز الاتحادية "...لأن المميز عليه، المدعى عليه كان حائزاً للسيارة المطالب بأجر مثلها بموجب عقد بيع خارجي (وان كان العقد المذكور باطلاً) وبالتالي فإن يده لم تكن غاصبة وانما اباحة والتي انقطعت بالمطالبة القضائية بموجب الدعوى المرقمة ٣٤٦/ب/٢٠٠٧ المقامة بتاريخ ٢٧/١١/٢٠٠٧ وبذلك فان المميز/ المدعي يستحق أجر المثل اعتباراً من التاريخ المذكور لحين التسليم الفعلي بتاريخ في ٢٧/٧/٢٠٠٨...". قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٥٤٩) الصادر بتاريخ ١٢/٨/٢٠١٠. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.

(<sup>٥٠</sup>) المادة (٢/٤٨) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل. والمادة (٩) من قانون الرسوم العدلية رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١ المعدل.

(<sup>٥١</sup>) قضت محكمة التمييز الاتحادية " إن اتفاق المدعى عليه على اشغال العقار بموافقة المالكة السابقة لا يسري على المالك الجديد وان الاباحة تنتهي بالمطالبة القضائية ..". قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم ٣٠٩٠/ الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٣ في ٢٨/٥/٢٠١٣. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى. وقضت أيضاً بقرار مشابه لذلك " واشغال المدعى عليهم له لدعوى انهم مؤتمنين عليه من المالك السابق فان مثل هذا الدفع غير منتج في هذه الدعوى كونه وعلى فرض وجود الاباحة من المالك السابق فإنها لا تنقل الى المالك الحالي وانها تنتهي بالمطالبة القضائية". قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (١٧٢٠/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٦) في ٣٠/٣/٢٠١٦. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.

(<sup>٥٢</sup>) قضت محكمة التمييز الاتحادية "... لإقرار المدعى عليه بإشغال الغرفة الموصوفة بتقرير الخبير القضائي و المرتمس المؤرخ ٦/١٢/٢٠٠٧ بناء على طلب المدعي (ع) للمحافظة على العقار حسب قوله ودون مقابل يدفعه للمدعي المذكور فعلى فرض صحة وجود مثل هذا الاتفاق بينهما فانه يعتبر إباحة وتسامح في الأشغال وان الإباحة تنتهي بالمطالبة باسترداد العين موضوع الإباحة...". قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم (٢٢١) الصادر بتاريخ ٢١/٢/٢٠٠٨، منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.

(<sup>٥٣</sup>) قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم (٥٤٩) الصادر بتاريخ ١٢/٨/٢٠١٠، منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.

(<sup>٥٤</sup>) قضت محكمة التمييز الاتحادية "...حيث ان اداء تلك اليمين له تأثير في حالة مطالبة المدعى عليه بقيمة المشيدات والتي شيدت بناء على هذا البيع، ذلك ان الاستقلال وان كان بناء على الاباحة فان الاباحة تنقضي في جميع الاحوال بالمطالبة القضائية وتكون دعوى المدعيتين لها سند من القانون وواجبة الاجابة...". قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (١٢٩/ الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١) الصادر بتاريخ ٢٤/٣/٢٠٢١، منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.

(<sup>٥٥</sup>) قضت محكمة التمييز " ان البيع الخارجي قد اقر بتسليم الدار بعد أن استلم البائع الثمن فهذا التسليم أي لأشغال المأجور وقد رجع البائع عن هذه الاباحة بإقامة الدعوى البدائية بإعادة استرداد المبيع ". قرار محكمة التمييز ، رقم (٨٤٠/ مدنية رابعة/١٩٧٢) الصادر بتاريخ ٢٨/٢/١٩٧٢، منشور في جريدة العراق المؤرخة في ٢٧/٧/١٩٧٦. نقلاً عن نوري أحمد منصور، مصدر سابق، ص ١٠٤٧.

(<sup>٥٦</sup>) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٣/ الهيئة المدنية/ ٢٠٢١) في ٥/١/٢٠٢١. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.



- (٥٧) يُنظر: نوري أحمد منصور، مصدر سابق، ص ١٠٤٧-١٠٤٨.
- (٥٨) يُنظر د. ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العقد والعيب الخفي - دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩، ص ٥٦-٥٧.
- (٥٩) يُنظر د. محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية (النظرية العامة للإباحة، استعمال الحق) ، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٦٢، ص ٥٩-٦٠.
- (٦٠) قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم ١٧٩٧/ الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢١ في ٣١/٥/٢٠٢١ (غير منشور).
- (٦١) قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم (٩٣١/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٢ في ١٥/٤/٢٠١٢). نقلاً عن هادي عزيز علي، مصدر سابق، ص ١٥١-١٥٢.
- (٦٢) نصت المادة (٢٢) من قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المعدّل (إذا كان العقار او الحق العيني المطلوب استملاكه يعود إلى دوائر الدولة او القطاع الاشتراكي عدا الاوقاف فيجري استملاكه ادارياً ويتحدد التعويض باتفاق الطرفين).
- (٦٣) قرار محكمة استئناف المثنى، رقم ( ٦٧/س/٢٠١٢ ) في ٢٩/٢/٢٠١٢. والمصادق عليه من قبل محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم (٢٤٦٣) في ٢٠/٦/٢٠١٢. مشار اليه لدى القاضي رعد سعد الامامي، الاجراءات العملية لدعوى اجر مثل العقار، ط١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٢٠، ص ١٥٢-١٥٣.
- (٦٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم ( ٢٤٤٤/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٥ ) في ٢٠/٥/٢٠١٥. منشور في موقع مجلس القضاء الاعلى.
- (٦٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم (٣٦١٨/ الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٢) في ١٥/٧/٢٠١٢. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
- (٦٦) يُنظر د. عبد السلام التونسي، مصدر سابق، ص ٧٦.
- (٦٧) يُنظر القاضي رعد سعد الامامي، المصدر نفسه، ص ٧.
- (٦٨) قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم (٤٧٤٢/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٢) في ٣٠/٩/٢٠١٢. منشور لدى القاضي لفته هامل، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ج ٤، القسم المدني والاصلاح الزراعي، ص ٢٢.
- (٦٩) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٣٢٤/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩) في ٢٣/١٢/٢٠١٩. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى. وقضت أيضاً في قرار لها "إنّ الدار موضوع الدعوى قد تم تشييده من قبل مورث الطرفين حال حياتهما ومنذ فترة تقارب الخمسين سنة وبذلك لا يحق للمميزين طلب رفع التجاوز طالما ان البناء تم بموافقة مورثيهما". قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٣٠٥٤/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٠) في ٣٠/١١/٢٠١٠. نقلاً عن هادي عزيز علي، مصدر سابق، ص ١٨٠.
- (٧٠) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٢٩٥٣/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٣) في ٢٢/٥/٢٠١٣. مشار إليه لدى القاضي رعد سعد الامامي، مصدر سابق ، ص ١٧٢.
- (٧١) يُنظر نوري احمد منصور، مصدر سابق، ص ١٠٤١.
- (٧٢) يُنظر القاضي رعد سعد الامامي، المصدر نفسه، ص ٧.
- (٧٣) المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي.
- (٧٤) يُنظر د. سعيد مبارك وآخرون، مصدر سابق، ص ٩١-٩٢.

(٧٥) قرار محكمة التمييز، رقم (١٨٠٩/م/٤/١٩٧٥ في ١١/٩/١٩٧٦) مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع، السنة السابعة، ص ٢١. وقرار رقم (١٦٥٥/صلحية/١٩٦٣) في ١٢/١/١٩٦٣. نقلاً عن هادي عزيز علي، مصدر سابق، ص ٢٩ و٢٠٣.

(٧٦) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٢٢١٩/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٠ في ٩/٢٧/٢٠١٠). نقلاً عن هادي عزيز علي، مصدر سابق، ١٦٣.

### المصادر

#### أولاً: الكتب:-

١. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني - أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد ، ١٩٧٠.
٢. د. سعيد سعد محمد عبدالسلام، حق الملكية فقهاً وقضاءً، مطبعة حمادة الحديثة، مصر، ٢٠٠٠.
٣. د. سعيد مبارك ؛ د. طه الملا حويش ؛ د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع، الايجار، المقاوله)، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، بدون سنة نشر.
٤. د. سمير عبد السيد تتاغو، مصادر الالتزام، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية.
٥. د. صالح أحمد محمد الهيبي، عقد الاباحة - دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون، مكتبة الجيل العربي، العراق.
٦. د. ضمير حسين ناصر المعموري ، منفعة العقد والعيب الخفي - دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩.
٧. د. عبد السلام التونجي، مؤسسة الإباحة في الشريعة الاسلامية، كلية الدعوة الاسلامية، ليبيا، بدون سنة نشر.
٨. د. عبد المجيد الحكيم؛ عبد الباقي البكري؛ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - مصادر الالتزام، ج ١، بدون دار نشر، ١٩٨٠.
٩. د. عبد المنعم فرج الصده، احكام الالتزام (الاثار ، الاوصاف، الانتقال، الانقضاء) ، بدون دار وسنة نشر.
١٠. الشيخ علي الخفيف، الحق والذمة، بدون دار وسنة نشر.
١١. د. محمد حسين منصور:
- الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، ج ١، الحقوق العينية الأصلية، بدون دار وسنة نشر.
- النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٥.
١٢. د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ١ ، ٢٠٠١.
١٣. د. محمد طه البشير ؛ د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الأول، بدون دار وسنة نشر.
١٤. د. محمود نجيب حسني، أسباب الاباحة في التشريعات العربية (النظرية العامة للإباحة، استعمال



- الحق) ، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٦٢.
١٥. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسجه الجديد، مكتبة السنهوري، بغداد، دون سنة نشر.
١٦. د. مصطفى الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج٢، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي، ط٤، مطبعة جامعة دمشق، سوريا.
١٧. د. وهبة الزحيلي:
- الفقه الإسلامي وأدلته، تنمة العقود - الملكية وتوابعها، ج٥، ط٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥.
  - الفقه الاسلامي وأدلته، ج٤، ط١٢، دار الفكر، دمشق، بدون سنة نشر.
١٨. القاضي رعد سعد الامامي، الاجراءات العملية لدعوى اجر مثل العقار، ط١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٢٠.
١٩. القاضي لفتة هامل، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ج٤، القسم المدني والاصلاح الزراعي.
٢٠. محمد سعيد رمضان البوطي، الإباحة، الموسوعة العربية، المجلد الأول، متوفر في الموقع الإلكتروني : <http://arab-ency.com.sy/ency/details/1>.
٢١. هادي عزيز علي، كتاب البناء والغراس على ارض الغير مع تطبيقات وافية للأحكام التمييزية، بغداد، ٢٠١٥.

#### ثانياً: الرسائل والبحوث العلمية والمقالات:-

١. د. أحمد محمد أحمد الزين، كسب الملكية عن طريق الحيازة - دراسة مقارنة، مجلة الدراسات الاسلامية والبحوث الاكاديمية، كلية العلوم الاسلامية، جامعة القاهرة، العدد (٧٨)، ٢٠١٧.
٢. بوشامة يوسف ؛ معمش حفيظ، آليات اثبات الحيازة العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية، الجزائر، ٢٠١٦.
٣. م.م. حسن محمد كاظم، الحيازة في القانون المدني، مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد ١٨، المجلد ٢٠١٠، السنة ٢٠١٠.
٤. د. عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد الأول، السنة الثالثة، ١٩٧٧.
٥. د. عبد السلام محمد العكاشي، الانتفاع من الأعيان وأثره في حكم بيعها - دراسة تأصيلية فقهية، مجلة البحوث القانونية، كلية القانون، جامعة مصراتة، العدد (١) ، السنة (٣)، ٢٠١٥.
٦. ميمونة حامد ؛ مريم خليفة ؛ نبيل مسلم ؛ عبدالمجيد بن جلون، الاباحة والاجارة والجمالة، جامعة الحسن الأول سطات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المغرب، ٢٠٠٦، مقال منشور في الموقع الإلكتروني : <https://zidni3ilma.arabepro.com/t219-topic>.
٧. نوري احمد منصور، بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري، بحث منشور في مجلة العدالة، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، العراق، العدد الرابع، السنة الخامسة.

## ثالثاً: القرارات القضائية:-

١. قرار محكمة التمييز، رقم (٣٢١/مدنية رابعة/١٩٧٣) بتاريخ ١٧/٤/١٩٧٣، النشرة القضائية العدد (٢) لسنة ١٩٧٣.
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٩٢٨) الصادر بتاريخ ٣/٨/٢٠٠٦. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٢٢١) في ٢١/٢/٢٠٠٨، منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٥٤٩) في ١٢/٨/٢٠١٠. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٢٩١٦) الصادر بتاريخ ٤/٩/٢٠١١. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٣٦١٨/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٢) في ١٥/٧/٢٠١٢. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٣٠٩٠/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٣) في ٢٨/٥/٢٠١٣. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (١٥٩٣/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٤) في ١/١٠/٢٠١٤. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٩٠٨/هيئة مدنية/٢٠١٥) في ٢٦/٢/٢٠١٥. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
١٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٢٤٤٤/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٥) في ٢٠/٥/٢٠١٥. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
١١. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (١٧٢٠/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٦) في ٣٠/٣/٢٠١٦. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
١٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم ١٣٨٢/الهيئة المدنية/٢٠١٦ في ٣١/٣/٢٠١٦. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
١٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٥٧٠٤/الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٩) في ١٩/٩/٢٠١٩. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
١٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٣٢٤/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩) في ٢٣/١٢/٢٠١٩. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.
١٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٣/الهيئة المدنية / ٢٠٢١) في ٥/١/٢٠٢١. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.



١٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم ١٧٩٧/ الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٥/٣١ (غير منشور).

١٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم (١٢٩/ الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٣/٢٤ ، منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى.

رابعاً: القوانين والقرارات التشريعية:-

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٣. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

٤. قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١.

٥. قانون الرسوم العدلية العراقي رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١.