

ماهية عقد الاباحة في القانون المدني (دراسة مقارنة)

The concept of a permissible contract in civil law

(A comparative study)

أ.د. مثنى عبد الكاظم ماشاف

م.م ياسمين احمد شبلي

mothana abdukkadem mashaf

Yasmin Ahmed Shibli

mothanaabdukkademashaf@uomisan.edu.iq

Stlaw213@uomisan.edu.iq

كلية القانون / جامعة ميسان

تاريخ قبول البحث

تاريخ استلام البحث

٢٠٢٦/٥/٣١

٢٠٢٦/٤/٣١

## المستخلص:

ان عقد الاباحة يمنح المالك حق المنفعة على شيء لآخر دون مقابل قد تحدد لمدة معينة، ويجب على المباح له اعادته الى المبيح بعد انتهاء الاباحة، ونطبق على عقد الاباحة القواعد العامة فيما يخص توافق ارادتي العقد وخلو الرضا من كل عيب يشوبه، ويجب ان تتفق الارادتين في الاتجاه الى ابرام عقد الاباحة، وان يقع الرضا على كافة اركانه بما في ذلك محل عقد الاباحة وسبب الاباحة. فاذا منح طرف لآخر شيء ما على انه اباحة واعتقد الطرف الثاني انه هبة له لا تتعد الاباحة، لعدم وجود توافق بين ارادة الاطراف، ويختلف الغرض من الاباحة من شخص لآخر، والاصل ان تصدر الاباحة من المالك الا انه في حالات معينة قد تصدر من غير مالك الشيء.

**الكلمات المفتاحية:** الاباحة، المبيح، المباح له، الانتفاع، العقد .

## Abstract

A lease agreement grants the owner the right to use something belonging to another without charge for a specified period. The beneficiary must return the property to the lessor upon the expiration of the lease. General rules regarding the agreement of both parties and the absence of any defects in consent apply to lease agreements. Both parties must agree on the intention to enter into the lease agreement, and consent must be given to all its elements, including the subject matter and the reason for the lease. If one party grants something to another under the guise of a lease, and the second party believes it to be a gift, the lease is invalid due to the lack of agreement. The purpose of a lease varies from person to person. While it is generally granted by the owner, in certain cases it may be granted by someone other than the owner.

**Keywords:** permissibility, permitter, permissible party, benefit, contract .

## المقدمة:

### اولا: فكرة الدراسة واهميتها:

ان الاصل في التعاملات المدنية بين الافراد يرجع الى ارادتهم طبقا لما يتفقون عليه وهذا يتجسد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولا يمنع هذا من تدخل المشرع لتنظيم العقود بين الافراد، وتسمى هذه بالعقود مسماة، حيث خصها المشرع باحكام خاصة مثل عقد البيع، اما اذا لم يخصصها ولم ينظمها باحكام

خاصة، تسمى بالعقود غير المسماة، وبما ان القانون يبيح تصرفات الافراد المتفق عليها فيما بينهم استنادا الى القاعدة اعلاه، ان لم تكن مخالفة للنظام العام والاداب، وهو بمثابة اباحة بالتصرفات. كل اتفاق بين طرفين على انشاء حق او نقله او انهائه، يعتبر عقد، مما يعني ارادة الافراد حرة بإنشاء عقود متنوعة، وهذا ما يصعب حصر جميع العقود وتسميتها وتنظيمها من قبل المشرع، وتعتبر الاباحة من العقود التي لم ينظمها المشرع العراقي، بل ولم يتطرق اليها بالرغم من كثرة وقوعها في التعاملات اليومية بين الافراد، وعقد الاباحة، يخول بموجبه طرف امكانية الانتفاع بأمواله للطرف الثاني دون مقابل، وهذا يعني ان الاباحة ترد على منافع الاشياء وتحتاج الى اذن من مالکها بالانتفاع بها دون تملكها. ويسمى الطرف الذي يعطي الاباحة بالمبيح، اما المنتفع بالمباح له.

### ثالثا: مشكلة الدراسة:

ان المشرع العراقي لم ينظم الاباحة ولم يتطرق لهذا الحق بالرغم من عرضه على المحاكم العراقية وتم اصدار قرارات قضائية ليست بالقليلة بهذا الشأن، وبما ان حق الاباحة يكتفه الغموض حول وضع في القانون المدني مما يؤثر اطراف العقد، لذلك يتفرع من هذه المشكلة الرئيسية مشاكل فرعية عدة:

- ١- هل الاباحة ترد على المنقول او العقار او كليهما؟
- ٢- بما ان الاباحة اتفاق بين طرفين اي اختيارية، هل ممكن ان تكون اجبارية بحكم القانون؟
- ٣- اذا كان الشئ المباح مملوك على الشيوع، فما اثر الاباحة على حقوق الشركاء؟
- ٤- هل يستطيع احد الشركاء ان يبيح شئ مملوكا على الشيوع؟
- ٥- مدى انتقال الشئ المباح الى ورثة المباح له بعد موته؟
- ٦- ما اثر موت المبيح على حق المبيح له بالاباحة؟
- ٧- هل تكفي القواعد العامة في القانون المدني لتطبيقها على الاباحة او بحاجة الى تنظيم خاص؟

### رابعا: منهجية الدراسة:

نعتمد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي، من خلال جمع المعلومات المتعلقة بالإباحة وتفسيرها للوصول الى وصف قانوني متكامل لها، لنتمكن من اعطاء رؤية واضحة ودقيقة عن موضوع الدراسة، وهذا يسمى بالمنهج الوصفي، كما نعتمد على المنهج التحليلي، من خلال تحليل النصوص القانونية التي تتعلق بموضوع الدراسة، بالاضافة الى تحليل القرارات القضائية الصادرة بخصوص الاباحة، لان كل قرار هو بمثابة قياس استدلال، كذلك نعتمد على المنهج المقارن، حيث نقارن القانون المدني العراقي رقم

(٤٠) لسنة ١٩٥١ مع القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، والقوانين التي تتعلق بموضوع الدراسة، مع ايراد اراء الفقهاء واعطاء رأينا الخاص، ويكون بذلك قد اعتمدنا على مناهج عقلية واجرائية.  
**خامسا: خطة الدراسة:**

نقسم هذا البحث الى مبحثين رئيسيين، يكون المبحث الاول مفهوم عقد الاباحة، وينقسم الى مطلبين، الاول يتناول تعريف عقد الاباحة، اما المطلب الثاني خصائص عقد الاباحة، اما بالنسبة للمبحث الثاني: حالات الاباحة ومدى صدورها من غير المالك، وينقسم الى مطلبين الاول حالات الاباحة، اما المطلب الثاني صدور الاباحة من غير مالكيها.

## المبحث الاول

### مفهوم عقد الاباحة

ان حق التصرف يكون من حق الملكية ويشمل التصرفات المادية كالهدم، والتصرفات القانونية كالرهن والبيع وهذه هي الملكية التامة، يجوز ان تثبت منفردة عندما يتنازل المالك عن حق الاستعمال والاستغلال للغير ولمدة معينة لا تتجاوز حياة الغير، عندئذ يبقى له حق التصرف ويعتبر المالك في هذه الحالة مالك الرقبة، حيث اجاز القانون لمالك الشيء اباحته للغير، وينقسم هذا المبحث الى مطلبين، يكون المطلب الاول: تعريف عقد الاباحة، اما المطلب الثاني يكون خصائص عقد الاباحة.

## المطلب الاول

### تعريف عقد الاباحة

عند تعريف عقد الاباحة<sup>(١)</sup> للوقوف على المعنى الشامل، لا بد من تعريفه وفقا لما عرفته قوانين دول المقارنة، وبيان نظرة فقهاء القانون له من حيث مفهومه، لتكون النظرة لعقد الاباحة كاملة.

١ - **عقد الاباحة وفقا للاصطلاح التشريعي:** بعد قراءة نصوص القانون المدني المصري رقم (١٣١)

لسنة ١٩٤٨، والقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، لم نجد تعريف لعقد الاباحة، بل ولم يتم تناول الاباحة، لانه لم يتم تنظيم عقد الاباحة في كل من القانون المدني المصري والعراقي.

(١) تعريف عقد الاباحة لغة: المباح في اللغة ضد المحظور، واباح الشيء أحله وباح الشيء أظهره، ويقال ابحتك الشيء أحلته لك. انظر. ابي الفضل جمال الدين، ابن منظور، لسان العرب، ١، مج٤، دار أحياء التراث العربي، ١٤٠٥هـ، ص١٣١.

ان مجلة الاحكام العدلية، عرفت في المادة (٨٣٦) الاباحة، انها " اعطاء الرخصة والاذن لشخص ان يأكل او يتناول شيئاً بلا عوض".

ان المالك يتصرف حيثما يشاء، والمأذون له لا يتصرف الا بحدود الاذن ومقدار الرخصة.<sup>(١)</sup>

نلاحظ ان النص القانوني الوارد في مجلة الاحكام العدلية، عرف الاباحة بالرخصة والاذن وهي تصدر من المالك لشخص ما بالاكل وتناول الشيء بلا مقابل، والنص هنا تطرق الى الاباحة بتناول الاكل اي الامور التي تتعلق الاشياء التي تستهلك، لكن ممكن القياس على المعنى من الاباحة الوارد في هذا النص، حيث قصد بالاباحة بالرخصة والاذن والسماح الصادر من مالك الشيء لشخص ما بالانتفاع من الشيء بحدود الاذن.

٢- **عقد الاباحة وفقاً للاصطلاح الفقهي:** ان الاباحة في الفقه الاسلامي تعرف، انها " مجرد الاذن يدل عليه ان من اذن لغيره بأن يأكل طعامه او يسكن داره او يركب دابته فقد اباح له، فدل على ان الاباحة هي الاذن"<sup>(٢)</sup>

يتبين لنا من التعريف اعلاه ان الاباحة تعني الاذن من المالك للغير ان ينتفع من الشيء حسب الاذن الممنوح له وبحدوده سواء وقع هذا الاذن على شيء يستهلك مثل الاطعمة او لا تستهلك كأن يسمح شخص لآخر ان يسكن داره لمدة معينة دون اجر، فقد جاءت بصورة عامة ان الاباحة تعني الاذن.

اما بالنسبة للفقه القانوني، فقد عرف رأي الاباحة، انها " عقد يلتزم بموجبه المالك تمكين الغير من احراز والانتفاع او جني او استحواذ منافع او استهلاك للمنافع دون مقابل ودون تملك ومع جواز اشتراط مدة او غرض"<sup>(٣)</sup>

يتبين لنا من هذا التعريف الخاص بالاباحة، جاء بشكل تفصيلي اكثر من اللازم بشكل مسهب، حيث اورد في التعريف مصطلحات وهي طرق خاصة بالانتفاع، اذ ان مضمون التعريف هو اذن من المالك للغير بالانتفاع، وقد يشترط مدة للاباحة وبمفهوم المخالفة من الممكن عدم اشتراط مدة للاباحة، كذلك

(١) محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج٣، ط١، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية، ٢٠٠٤، ص٣٩.

(٢) ابو يعلى محمد بن الحسين بن الفراء، العدة في اصول الفقه، دون دار نشر، ١٩٩٣، ص١٨٧.

(٣) د. عمر لطفي الفراج، عقد الاباحة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٠، ص٥٧.

اجاز التعريف اشتراط غرض، ومن وجهة نظرنا كان التعريف غير موفق بهذا المصطلح، لان الاباحة تكون بلا مقابل.

وعرف الاباحة رأي اخر، انها " عقد به يخول طرف امكانية الانتفاع بامواله للطرف الثاني بدون مقابل"<sup>(١)</sup>

يتضح لنا ان التعريف، جاء يتكلم عن مضمون عقد الاباحة بشكل مختصر، حيث ذكر ان الاباحة عقد بموجبه يمنح المالك وهو الطرف الاول الانتفاع بامواله دون ان يحدد نوع المال لطرف ثاني دون اعطاء مقابل لهذا الانتفاع الممنوح له من المالك.

عندما تناولنا تعريف عقد الاباحة في الفقه الاسلامي والفقه القانوني، وجدنا انه المضمون والمعنى قريب الى حد ما، وان بعض الاراء سواء الفقه الاسلامي او الفقه القانوني اوردت الاباحة على اشياء غير قابلة للاستهلاك واشياء قابلة للاستهلاك، وهذا خارج نطاق دراستنا، حيث تقتصر دراستنا بالاباحة الواردة على الاشياء غير القابلة للاستهلاك.

بعد ان استعرضنا تعريف عقد الاباحة، ينبغي علينا ان نعرف عقد الاباحة، انه " عقد يمنح المالك به حق الانتفاع دون التمليك على ماله سواء كان منقول او عقار لشخص ما لمدة محددة او غير محددة دون مقابل وينتهي عند المطالبة"

## المطلب الثاني

### خصائص عقد الاباحة

إن لعقد الإباحة خصائص عديدة نستنتجها من التعريف الخاص بعقد الإباحة، وهي كما يأتي:

١- **عقد رضائي:** إن التصرف القانوني سواء كان إرادة منفردة أو عقداً يتكون من عنصرين، الاول عنصر معنوي تمثله الارادة، والثاني عنصر مادي يتجسد بالتعبير عنها، ولا يتم ادراك الارادة الا عبر التعبير والذي يعتد به القانون، فإذا كان الشخص مقيدا بموجب القانون على اتباع طريقة معينة للتعبير عن ارادته، بحيث لا يعتد القانون بهذه الارادة الا اذا اتبعت هذا الطريق عند خروجها للعالم المحسوس،

(١) د. صالح احمد محمد، عقد الاباحة، مجلة الرافيدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد ١٠، العدد ٣٨، ٢٠٠٨، ص ٣٧.

فيعتبر هذا التصرف شكليا اي ان العقد شكليا،<sup>(١)</sup> كعقد بيع العقار الذي يتطلب القانون تسجيله في دائرة التسجيل العقاري.

اما اذا كان الشخص حرا في اختيار طريقة للتعبير عن ارادته سواء كتابة او اشارة معتبرة او شفاها او اتخاذ اي موقف لا يدع معه مجالا للشك في انصراف ارادته الى الاثر المطلوب، فيعتبر هذا التصرف رضائيا اي ان العقد رضائيا كعقد الايجار،<sup>(٢)</sup> يتضح لنا ان الاباحة هنا لم يتطلب القانون اجراء معين للتعبير عن الارادة في ابرام عقد الاباحة، وهذا ما تم استنتاجه من خلال التعاريف التي استعرضناها.

٢- **عقد ملزم للجانبين:**<sup>(٣)</sup> وهو العقد الذي يترتب التزامات لكلا الطرفين اي يعتبر كل متعاقد دائن ومدين في ان واحد.<sup>(٤)</sup> وينطبق ذلك على عقد الاباحة، بعد ابرام العقد يترتب التزامات للمبيح والمباح له، اذ يترتب التزامات على المبيح وهي: الالتزام بتسليم الشيء المباح، والالتزام بترك الشيء للمباح له فترة الاباحة، والالتزام برد المصروفات، وبالمقابل يترتب التزامات على المباح له، وهي: الالتزام استعمال الشيء المباح طبقا لما اعد له، والالتزام بالمحافظة على الشيء المباح، والالتزام برد الشيء المباح عند انتهاء الاباحة.

٣- **عقد تبرع:** عقد لا يأخذ المتعاقد فيه مقابلا لما يعطيه ولا يعطي المتعاقد الاخر مقابلا لما اخذه.<sup>(٥)</sup>

٤- **عقد يرد على منفعة:** والمنفعة هو استعمال واستغلال ملك الغير لمدة معينة.<sup>(٦)</sup> بمعنى ان عقد الاباحة يرد على منفعة الشيء وليس ملكيته.

وقد اكدت محكمة التمييز ذلك، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز، ان "اباحة التصرف اثر من اثار البيع فاذا لم يتضمن عقد البيع الخارجي النص عليها صراحة فليس من حق المشتري التمسك به"<sup>(١)</sup>

(١) بدأت العقود في القدم شكليا، وتطورت بعد ذلك بحيث اصبحت اغلبها رضائية. فراح ربيعة، تطور الشكلية في العقود، اطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ٨ ماي ١٩٤٨ قالمة، ٢٠٢٤، ص ٢٠ وما بعدها.

(٢) د. عزيز كاظم جبر، التكييف القانوني للشكل الاتفاقي، مجلة المعهد، معهد العلمين، العدد (٣)، ٢٠٢٠، ص ١٨.

(٣) يسمى بالعقد التبادلي، لانه ينشأ التزامات متقابلة بين طرفي العقد. هبة حازم خضر، الاطار القانوني لفسخ العقود الملزمة للجانبين، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠٢١، ص ٢٤.

(٤) اياد كاظم سعدون، اشكالية تكييف عقد الاستصناع في القانون المدني العراقي "دراسة مقارنة"، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد السابع، مجلد ١، ٢٠٢٢ ص ١٤٧. د. احمد سلمان شهيب و د. جواد كاظم جواد، مصادر الالتزام، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٣٥.

(٥) د. احمد سلمان شهيب و د. جواد كاظم جواد، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٦) شاعر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد (الحقوق العينية العقارية)، ج ٢، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٣، ص ٣.

يتضح لنا من قرار محكمة التمييز، ان عقد البيع الخارجي باطل، لكن يحق للمشتري الانتفاع بالشيء دون التصرف به، لان حق التصرف سلطة للمالك فقط،<sup>(٢)</sup> الا في حالة اذا ما ورد نص او شرط في عقد البيع الخارجي صراحة يذكر ان من حق المشتري التصرف بالشيء وبالعكس ذلك لا يحق للمشتري ان يتصرف، ونستنتج من ذلك ان عقد الاباحة يرد على منفعة دون الرقبة.

جاء في قرار لمحكمة النقض الفلسطينية، بواقعة "السماح لشخص باستغلال الدار وعند المطالبة بها رفض تسليمها الى مالكةها، اذ ان موضوع النزاع محصور في حق المنفعة على عقار بسبب اباحة من المالك الى المباح له باستغلال الدار، وبالتالي الاباحة محل النزاع ليس حق عيني على عقار انما حق منفعة وليس انتفاع بقصد التصرف او الملكية"<sup>(٣)</sup>

يتبين من هذا القرار ان عقد الاباحة يرد على حق منفعة وذكر ذلك بشكل صريح في القرار ويكون التصرف في ملكية العقار باي نوع من التصرفات سواء المادية او القانونية بيد المالك لا المباح له، لان هذه التصرفات هي من سلطة المالك فقط وان المبيح له ليس بمالك للعقار.

**٥- عقد الاباحة يمنح حق شخصي:** هناك بعض العقود تعطي حقا شخصيا، منها عقد الاباحة حقا شخصيا، وليس حقا عينيا، لانه رابطة قانونية بين المبيح والمباح له، واذا تم التنفيذ من قبل دائني المبيح على الشيء المباح، فلا يستطيع المباح له الاعتراض على ذلك.<sup>(٥)</sup> هذا ما اكده قرار محكمة النقض الفلسطينية، حيث جاء فيه، ان " استغلال الدار على سبيل الاباحة ليس حق عيني على عقار ...." وبمفهوم المخالفة لهذا القرار، فان عقد الاباحة يمنح حقا شخصيا.<sup>(٦)</sup>

(١) قرار محكمة التمييز، رقم (٣١٤٢)، حقوقية ٦١، في ١٥/٢/١٩٦٩، مجلة القضاء، العدد الثاني، لسنة ١٩٦٩، ص ٨٧.

(٢) حق التصرف يكون من حق الملكية ويشمل التصرفات المادية كالهدم والتصرفات القانونية كالرهن شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد (الحقوق العينية العقارية)، مرجع سابق، ص ١٥٧.

(٣) قرار محكمة النقض الفلسطينية، رقم (١٤٢) طعون حقوقية، ٢٠١٨ في ٢٤ مارس ٢٠٢١.

(٤) بنين ضرغام حسون د. ماجد مجباس حسن، اثر الاخلال بتنفيذ الالتزام العقدي الضمني في القانون العراقي والانجليزي، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد الرابع عشر، المجلد الاول، ٢٠٢٥، ص ١٥٩.

(٥) د. صالح احمد محمد، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٦) قرار محكمة النقض الفلسطينية، رقم (١٤٢) في ٢٤ مارس ٢٠٢١.

٦- عقد الإباحة يمنح حق مؤقت: تنتهي الإباحة بالمدة المحددة لها،<sup>(١)</sup> وعادة ما تكون الإباحة قصيرة الاجل، وجاء في قرار لمحكمة النقض الفلسطينية، حيث "اباح المالك باستخدام العقار لآخر بعد ان الت اليه ملكيته لمدة سنة واحدة على سبيل الإباحة وطالبه بتسليم العقار"<sup>(٢)</sup>

نجد في هذا القرار ان مالك العقار حدد مدة عقد الإباحة بسنة واحدة ومالك العقار طالب المباح له بتسليم العقار بعد انتهاء مدة الإباحة وهي سنة واحدة، فاصدرت المحكمة بتسليم العقار لمالكة لان الإباحة تنتهي بالاجل المحدد لها.

وفي قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية، " تنتهي الإباحة بالمطالبة القضائية".<sup>(٣)</sup> وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز اقليم كردستان العراق، " تنقطع الإباحة باقامة الدعوى"<sup>(٤)</sup>

يتضح لنا من هذين القرارين، ان الإباحة اذا لم تحدد مدتها يستطيع المبيع ان يرجع عنها باي وقت يشاء، حيث تنقطع الإباحة وتنتهي بالمطالبة فاذا طالب بها مباشرة وسلمها تنتفي الحاجة الى المطالبة القضائية، اما اذا لم يستجيب المباح له يلجأ المبيع الى القضاء.

## المبحث الثاني

### حالات الإباحة ومدى صدورها من غير المالك

ان للإباحة حالات عديدة تكون بحسب نية المبيع والمباح له اي الغرض الذي منح المبيع للمباح له الانتفاع بالشيء المباح، قد تتعلق بظروف خاصة بالمبيع او خاصة بالمباح له، بحسب حاجة كل منهم لهذه الإباحة، وقد تمنح الإباحة كونها واقع حال، وكذلك مدى امكانية صدور الإباحة من غير مالكةا، لذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين، يكون المطلب الاول: حالات الإباحة، ويكون المطلب الثاني: مدى جواز صدورها من غير مالكةا.

(١) نتناول بالتفصيل موضوع انتهاء الإباحة في الفصل الثاني من هذه الرسالة.

(٢) قرار محكمة النقض الفلسطينية، رقم (١٤٢) طعون حقوقية، ٢٠١٨ في ٢٤ مارس ٢٠٢١.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٩٢٨)، ٢٠٠٦، في ٣/٨/٢٠٠٦. قرار غير منشور.

(٤) قرار محكمة تمييز اقليم كردستان العراق، رقم (٥٤)، ٢٠٠٤.

## المطلب الاول

### حالات الاباحة

حالات الاباحة تم استنتاجها من قرار محكمة التمييز التي صدرت بشأن الاباحة، لذلك فهي كثيرة ومتعددة حسب واقعها العملي، ونتكلم عن الحالات الاكثر وقوعا في الواقع العملي، وفيما يأتي التفصيل:

**اولا: الاباحة من المورث:**

صدر عن محكمة التمييز الاتحادية، قرار يقضي، بان " مطالبة المدعي باجر المثل من تاريخ التجاوز الى يوم اقامة الدعوى للارض الزراعية المتعاقد عليها مورثه وفق القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٣ والمتجاوز عليها من قبل المدعى عليه، تكون المطالبة باجر المثل غير صحيحة، حيث تعتبر فترة حياة المورث اباحة منه، كذلك ما بعد تاريخ الوفاة غير صحيحة، لانه لا يمكن ان تكون التركة خصما حقيقيا فترد الدعوى من جهة الخصومة"<sup>(١)</sup>

يتضح من قرار محكمة التمييز الاتحادية اعلاه، ان الاباحة جاءت على فترة التجاوز على الارض لمورث المدعي، حيث ان المورث لم يطالب باجر المثل عن التجاوز الحاصل على ارضه الزراعية رغم علمه وذلك قيام المدعى عليه باستغلال الارض من خلال زراعتها بالمحاصيل والاستفادة منها خلافا للقانون، وان عدم مطالبة المورث باجر المثل تعتبر اباحة منه على التجاوز الحاصل على ارضه، اما الشق الثاني من القرار وهو المطالبة باجر المثل عن الفترة بعد وفاته، حيث لا يجوز المطالبة باجر المثل من جهة الخصومة.

قضت محكمة التمييز الاتحادية، ان " فتح نهر يمر بأرض مجاورة للغير يعتبر تجاوزا اذا لم يكن لها حق مجرى مسجل لدى دائرة التسجيل العقاري، لان فتح النهر في ارض الغير من الاعمال الضارة غير المعتادة، وان كان فتح النهر اباحة من المورث فتنتهي بالمطالبة القضائية".<sup>(٢)</sup>

يتضح من قرار محكمة التمييز اعلاه، ان فتح النهر الذي يمر بارض الغير يعد تجاوزا، ولا يعتبر هذا المرور حق مجرى،<sup>(٣)</sup> لان حق المجرى من حقوق الارتفاق وهو حق عيني مقيدا للملكية يجب

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٢٧٦٩) الهيئة الاستئنافية عقار، لسنة ٢٠١٩ في ١٧ / ٦ / ٢٠١٩.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (١٧) الهيئة العامة، لسنة ٢٠١٧ في ٢٨ / ٨ / ٢٠١٧.

(٣) حق المجرى، هو " حق صاحب الارض التي تكون بعيدة عن مورد المياه في اجراء المياه الذي يكفي لري وسقي ارضه في ارض اخرى مملوكة للغير وتكون متصلة بالموارد. د. محمد طه البشير و غني حسون طه، الحقوق العينية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص ٨٥. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني "الحقوق العينية الاصلية"، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤، ص ٢٩.

استيفاء شكلية معينة وهي ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري ومن ثم يتم الاعتراف بهذا الحق بعد ان يسجل ، ولعد تسجيله يعتبر تجاوزا، وان موافقة مورث المدعي على فتح النهر يعتبر اباحة اثناء حياته، وتنتهي الاباحة بالمطالبة القضائية وبما ان الوارث اقام الدعوى برفع التجاوز قد حصلت المطالبة القضائية وبالنتيجة تنتهي هذه الاباحة.

### ثانيا: الاباحة لدار مهياة للمطوعة:

صدر عن محكمة التمييز الاتحادية، ان " اباحة الدار المهياة للمطوعة من والدة المدعي، لا تخل هذه الاباحة بصلاحية الدار للمطوعة، وان اشتراط عائلية ملكية الدار للزوج او يكون مستأجرها لها للمطالبة بالمطوعة ليس له سند من القانون" (١)

يتضح لنا من قرار محكمة التمييز العراقية اعلاه، ان دار المطوعة لا يشترط فيها ان تكون ملك للزوج او مستأجرها، لذلك الاباحة لدار المطوعة تكون صحيحة ودار المطوعة صحيحة لانه لا يوجد ما يمنع ان تكون الدار المعدة للمطوعة اباحة يغض النظر عن المبيع.

بخلاف ذلك فان الاباحة للدار لا يصلح ان تكون سببا لحق السكنى، حيث يشترط ان يكون الدار ملك للزوج او مستأجرها. (٢)

### ثالثا: الاباحة للمحافظة على العقار والحراسة:

اصدرت محكمة التمييز الاتحادية، ان " اشغال المدعي عليه لجزء من العقار للمحافظة عليه ودون مقابل يدفعه للمدعين المميز عليهم فان هذا الاتفاق بينهما يعتبر اباحة" (٣)

قرار محكمة التمييز واضح، اشغال العقار جاء بإباحة من مالك العقار وهو المبيح الى المباح له لغرض المحافظة على العقار، ومصطلح المحافظة عام يشمل جميع الاجراءات التي يجب اتخاذها لغرض ان يبقى العقار بنفس الحالة التي استلمها المباح له من المبيح.

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٤١٢) الهيئة الموسعة المدنية/ لسنة ٢٠٢٣ في ٢٨/١١/٢٠٢٣.

(٢) قضت محكمة التمييز الاتحادية، ان " الاباحة للدار لا يصلح ان تكون سببا لحق السكنى استنادا لاحكام القانون رقم (٧٧) لسنة ١٩٨٣ المعدل...." قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم، (١٠٣٣٧) هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية لسنة ٢٠٢١ في ١٠/٨/٢٠٢١.

(٣) قرار محكمة التمييز، رقم (٢٢١) اباحة/ ٢٠٠٨ في ٢١/٢/٢٠٠٨ غير منشور.

قضت محكمة استئناف رام الله، ان " مطالبة المدعي بتسليم مفاتيح الشقة لتعيين حارس محل المدعى عليه بما العقد بين الطرفين اباحة لذا يتوجب على المدعى عليه تسليم مفاتيح الشقة"<sup>(١)</sup>

بناء على قرار محكمة استئناف رام الله يتضح لنا، ان منح المدعي شقة للمدعى عليه لغرض الحراسة والمحافظة عليها بموجب عقد بينهما وهو عقد اباحة الا ان المدعى عليه لم يسلم مفاتيح الشقة بالرغم انه غير متواجد فيها وبما ان المدعي طالب بالشقة تنتهي الاباحة بالمطالبة القضائية لتهيئة الشقة وتعيين حارس ثاني بدل الحارس الاول وهو المدعى عليه.

#### رابعاً: الاباحة للاستعمال اليومي:

قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها، ان " التقاليد السائدة في المجتمع ان كل من الزوجين يضع الاثاث العائدة له في الدار الزوجية وان كل واحد من الزوجين ينتفع ويستعمل الاثاث العائدة للزوج الاخر خلال قيام الحياة الزوجية ويعتبر بمثابة اباحة من احد الزوجين للزوج الاخر"<sup>(٢)</sup>.

يتبين من قرار محكمة التمييز اعلاه، ان الاباحة جاءت للاستعمال والانتفاع اليومي لاثاث الزوجين والموجود في الدار الزوجية، حيث ان كل زوج يستطيع ان يستعمل وينتفع باثاث الزوج الاخر بموافقته، وهذه الموافقة تعتبر اباحة مادام الحياة الزوجية قائمة.

#### خامساً: الاباحة للملك على الشيوع:

يثور هنا تساؤل وهو، هل يمكن لاحد الشركاء الانتفاء بالعقار المملوك على الشيوع؟

صدر عن محكمة التمييز الاتحادية قرار<sup>(٣)</sup> يقضي، ان " اشغال العقار من المدعى عليه (الثاني) والذي يملك سهام مشاعة مع وزوجته المدعى عليها (الاولى) بإباحة من المدعى وتنتهي الاباحة بالمطالبة طبقاً للمادة (١٠٦٦) مدني"<sup>(٤)</sup>

(١) قرار محكمة استئناف رام الله، رقم (١٢٦٦) استئناف حقوق/ لسنة ٢٠١٩ في ٢٤ ديسمبر ٢٠١٩.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٢٩٣٣)، ٢٠٠٨، في ١٥/٩/٢٠٠٨. قرار غير منشور.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية، الهيئة المدنية/ لسنة ٢٠٢٢ في ٢٢/٦/٢٠٢٢ غير منشور.

(٤) نصت المادة (١٠٦٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ان " لكل شريك في الشيوع الحق ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، حته لو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء"

يتضح لنا من قرار محكمة التمييز الاتحادية، ان العقار المملوك على الشيوع من ثلاثة اشخاص وقد سمح احد الشركاء على الشيوع للشركاء الاخرين الذين هم يملكون سهاما في هذا العقار المشاع بالانتفاع منه، وان اشغال العقار من قبل المدعى عليهما (الذين يملكان سهاما مشاعة في العقار موضوع النزاع) كان بإباحة من الشريك الثالث وهو الانتفاع بالعقار دون مقابل، وهذا الانتفاع يتطلب موافقة جميع الشركاء، وبما انه عارض فيما بعد هذا الانتفاع من خلال المطالبة القضائية باقامة دعوى على شاغلي العقار فتنتهي هذه الاباحة بهذه المطالبة.

يتبادر الى الذهن سؤال، هل يجوز ان ينتفع شخص غير شريك من عقار مملوك على الشيوع باباحة من احد الشركاء؟

جاء قرار محكمة التمييز، انه " ليس للمدعي غير الشريك في الارض الزراعية المشاعة ان يتمسك بإباحة احد الشركاء ببناء دار له عليها"<sup>(١)</sup>

يتضح من قرار محكمة التمييز، ان لا يجوز لاحد الشركاء في ملكية العقار الشائعة<sup>(٢)</sup> (ارض زراعية) بإباحة بناء دار على هذا العقار لشخص دون موافقة جميع الشركاء في العقار المشاع، بل وان الشريك على الشيوع لا يستطيع البناء<sup>(٣)</sup> على العقار المشاع لنفسه دون موافقة واذن جميع الشركاء، لذلك ليس للمدعي من باب اولى الذي لم يكن شريكا ان يتمسك بإباحة احد الشركاء له ببناء دار، وان فاقد الشيء لا يعطيه بمعنى انه ليس لديه الصلاحية القانونية لبيح الانتفاع بالعقار واقامة البناء عليه دون الرجوع الى جميع الشركاء واخذ موافقتهم جميعا.

صدر قرار عن محكمة النقض الفلسطينية، ان " سماح احد الشركاء لشخص باستغلال الجزء الخاص به في العقار المشاع بعد اجراء القسمة الرضائية عليه مع باقي الشركاء يعد اباحة وتنتهي بالمطالبة"<sup>(٤)</sup>

(١) قرار محكمة التمييز، رقم ٨٠٠/اباحة لسنة ١٩٨٨ في ١٩٨٨/٢/٢٠ غير منشور.

(٢) تعرف الملكية الشائعة، انها " تعدد الملاك لشيء واحد ولا يتحدد لكل منهم فيه نصيب معين، بل يملك كل منهم حصة شائعة فيه (يفترض متساوية مع حصص الاخرين اذا لم يقر الدليل على غير ذلك)". د. جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الاصلية "حق الملكية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ١١١

(٣) يعرف البناء، انه " المرصوص او المنظم باي شكل كان من صنع الانسان بمجموعة من المواد مهما كان نوعها وبإي وسيلة ليتصل بالارض". د. وسام عبد محمد ظاهر، البناء في فضاء الغير "دراسة مقارنة"، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد الثالث عشر، مجلد ١، ٢٠٢٥، ص ٧٢٦.

(٤) قرار محكمة النقض الفلسطينية، رقم (١٨٠٥) طعون حقوقية/ لسنة ٢٠١٨ في ٤ يناير ٢٠٢٢.

يتبين لنا من قرار محكمة النقض اعلاه، هناك عقار مشاع وتمت الموافقة بين الشركاء على القسمة الرضائية لهذا العقار المشاع ، ثم قام احد الشركاء باباحة الجزء المخصص له من العقار لشخص ليس من الشركاء، وقد رفض المدعى عليه تسليم الجزء المباح له من العقار عندما طلب منه المالك، هذا القرار يختلف عن القرار السابق بشأن العقار المشاع، بان الشريك الذي اباح استغلال لجزء من العقار هو ملك خاص بهذا الشريك بعد اجراء القسمة الرضائية مع الشركاء، ولذلك هذه الاباحة تعتبر صحيحة ولا تحتاج الى موافقة شريك على اعتبار ان التصرف بالاباحة جاء من المالك، في حين القرار السابق لم تكن هناك قسمة رضائية بين الشركاء لذلك يحتاج الى موافقة جميع الشركاء.

### سادسا: الاباحة لصلة القرابة

جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية، ان " سماح المدعي للمدعى عليهما وهم ابناؤه ببناء شقتين على نفقتهما في ارضه تعتبر اباحة وتنتهي بالرجوع عنها"<sup>(١)</sup>

يتضح من قرار محكمة النقض الفلسطينية اعلاه، انه نظرا لصلة الدم والقرابة بين الاب وابناؤه، فسمح لهم ببناء شقتين والسكن فيها لكل ابن منهم له شقة مستقلة عن الاخر وعلى ارض تابعة للاب، حيث اشترط الاب على ابناؤه ان تكون تكاليف بناء الشقتين على نفقة الابناء فتمت الموافقة وبعد استحصال التراخيص اللازمة واكتمال البناء، طالب الاب بالشقتين، واعتبرت المحكمة ذلك اباحة تم الرجوع عنها لذلك تنتهي هذا الاباحة بالمطالبة.

### سابعا: الاباحة لعدم اتباع الشكلية المطلوبة للتسجيل في العقود

قضت محكمة التمييز، ان "تسليم البائع للعقار المبيع خارج دائرة التسجيل العقاري يعتبر اباحة بالتصرف لقاء الثمن الذي تسلمه البائع ويمنع المطالبة باجر المثل عنه"<sup>(٢)</sup>

نجد في قرار محكمة التمييز اعلاه، ان البيع للعقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطل، لان القانون يتطلب ان يسجل العقار لدى دائرة التسجيل العقاري وهذه الشكلية مطلوبة في هذا البيع الا ان ذلك لا يعني انه لا ينتج اثار، بل يعتبر اباحة من مالك العقار للمشتري بالتصرف في العقار، وهنا جاءت

(١) قرار محكمة النقض الفلسطينية، رقم (١٠١) طعون حقوقية/ لسنة ٢٠٢٥ في ١٠ ابريل ٢٠٢٥.

(٢) قرار محكمة التمييز، رقم (٣٨٠)/ مدنية رابعة/ اباحة / لسنة ١٩٧٦ في ١٩٧٦/٢/٢٩ ، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، ١٩٧٦، ص ٥٧.

الاباحة من المالك لعدم استيفاء الشكلية المطلوبة في العقد، لان بيع العقار من العقود الشكلية الذي يتطل تسجيله لدى دائرة التسجيل العقاري.

جاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية، ان " بيع سيارة بعقد خارجي فان العقد باطل، لكن يعتبر اباحة من المالك الى المشتري... (١).

نجد ان قرار محكمة التمييز الاتحادية، اعتبرت ان العقد الخارجي لبيع السيارة باطل، لعدم استيفائه الشكلية المطلوبة، اذ ان عقد بيع السيارة من العقود الشكلية ولا يعتد بها الا اذا تم تسجيل السيارة في دائرة المرور وهذه هي الشكلية المطلوبة في هذا العقد، واذا كان هذا العقد باطلا لا يعني عدم ترتيبه اي اثر، بل يعتبر اباحة من المالك الى المشتري بالتصرف.

## المطلب الثاني

### مدى جواز صدور الاباحة من غير المالك

اوضحنا سابقا ان من شروط الاباحة يجب ان تصدر من المالك، لان المالك حر في ملكه في فيتصرف به كيف يشاء، والقرارات القضائية التي صدرت بشأن الاباحة وذكرنا واستشهدنا بها تؤكد ذلك، لكن يثار تساؤل هل تصح الاباحة لو صدرت من مالكةا؟

قضت محكمة التمييز الاتحادية، ان " شاغل الشقة المخصصة له من امانة مجلس الوزراء والتي تقوم بادارتها، عند اباحته لشخص اخر لاشغالها للظروف الامنية يحق له الرجوع عن هذه الاباحة مادام امر تخصيص الشقة له لم يتم الغائه". (٢)

يتبين من قرار محكمة التمييز الاتحادية اعلاه، ان الشقة محل النزاع هي تابعة لعقارات الدولة ومخصصة لسكن المميز عليه، لانه موظف لدى الجهة المذكورة (امانة مجلس الوزراء) وقد شغلها المميز باباحة من المميز عليه لظروف امنية، وهنا الاذن او الاباحة من المميز عليه الى المميز باشغال الشقة كونها تابعة لعقارات الدولة يمنع من تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل والذي ينص، ان " أ- ..... تكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات اذا كانت الدار او الشقة تعود للدولة ب - يلزم

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم(٥٧٠٤)، الهيئة المدنية، ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٩/١٩.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٢٤٦٧) اباحة/لسنة ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١٠/٢١. قرار غير منشور.

مرتكب الجريمة المذكورة في فقرة أ من هذا القرار اضافة الى العقوبة المقررة بضعف اجر المثل وبضعف قيمة الاضرار الناجمة عن سكن الدار او الشقة<sup>(١)</sup> اي في حالة اشغال الشقة بدون اذن او اباحة ممن خصصت له هذه الشقة يطبق عليه قرار مجلس قيادة الثورة المنحل اعلاه الذي شدد في العقوبة واجر المثل بالضعف وكذلك قيمة الاضرار اذا ما حصلت في الشقة جراء السكن. لكن المدة التي شغل المميز بها الشقة بموافقة المميز عليه فالمحكمة اعتبرت اباحة من المميز عليه لذلك لا يجوز مطالبة المميز عن مقابل (اجر مثل)، وبما ان المميز عليه قد طالب بالشقة فيعتبر رجوع عن الاباحة في اشغال الشقة، فيجب تسليم الشقة الى المميز عليه، لان علاقة المميز عليه لم تنقطع بوظيفته كما ان امر تخصيص الشقة لم يلغى اي مازالت الشقة مخصصة له، لذلك يعتبر المميز غاصبا للشقة ويجب تسليمها للمميز عليه.

وهنا الاباحة صادرة من غير مالك الشقة، بل من منتفع بالشقة عن طريق استأجارها من الدولة كونه موظفا، وقام باباحة هذه الشقة لشخص اخر، فهي صحيحة وان صدرت من غير مالكيها وفق القرار اعلاه.

صدر عن محكمة التمييز الاردنية، ان "..... ٣- دفع مشغل العقار بطريق الاباحة من المستأجر جزء من الاجرة لاصحاب الملك بتفويض من المستأجر لا يجعله مستأجرا فرعيا اذ ان تأدية ذلك الجزء كانت بطريق الوكالة عن المستأجر".<sup>(٢)</sup>

يتبين لنا من قرار محكمة التمييز الاردنية، ان مستأجر العقار اذن لشخص الانتفاع من العقار دون مقابل عن طريق الاباحة، وقد فوض المستأجر المباح له بدفع جزء من الاجرة لاصحاب العقار، يستنتج من تسليم جزء من الاجرة من قبل المباح له لمالك العقار، ان مالك العقار غير معترض او غير رافض لهذه الاباحة اي بمعنى انه موافق على اباحة المستأجر للعقار، بما ان المحكمة اعتبرت اباحة فلا يمكن ان يكون المباح له مستأجرا فرعيا اي مستأجرا من الباطن،<sup>(٣)</sup> لان تفويض المستأجر للمنتفع (المباح له) بدفع جزء من الاجرة لمالك العقار فهو وكيل عن المستأجر بدفع جزء من الاجرة اي لا يتغير مركزه القانوني من مباح له الى مستأجرا من الباطن.

(١) قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٣٦) لسنة ١٩٩٤.

(٢) قرار محكمة التمييز الاردنية، رقم (٩٣) لسنة ١٩٥٦.

(٣) يجوز للمستأجر حسب القانون المدني باعتباره صاحب حق شخصي، ان يتصرف بحقه كافة انواع التصرفات (بيع وهبة) وغيرها من التصرفات د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، ط٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٢٧٣ وما بعدها.

هنا الاباحة صحيحة على الرغم من صدورها من غير المالك، بل قام المستأجر بإباحة الدار لشخص اخر، بمعنى الاباحة صادرة من المستأجر.

صدر عن محكمة التمييز الاردنية قرار يقضي، ان " .... السند المنشيء لحق المستفيد من وحدة المخيم يتمثل بإباحة صاحب حق الانتفاع (الدولة) له بالانتفاع بها واستعمالها بأقامة مأوى له ولاسرتة فحسب، فأن تنازل بعض المستفيدين عن حق الاستعمال والسكنى في وحدة المخيم للبعض الاخر امر جائز، وليس جائزا للغير"<sup>(١)</sup>

نرى في قرار محكمة التمييز الاردنية اعلاه، ان الدولة الاردنية جهزت مخيم وقامت بتوزيع وحدات داخل المخيم على فئة معينة، لكي يتم الانتفاع بهذه الوحدات للسكن فقط دون مقابل. ان اباحة الدولة الاردنية الوحدات السكنية في المخيم كانت لظروف خاصة بهذه الفئة هي دوافع انساني واجتماعية وهنا يكون الدافع مشروع خوفا عليهم من التشرذم والضياع، لكن بشرط ان تكون الوحدة في المخيم للسكن له ولاسرتة، لكن لم يكن القرار موقفا باستعمال مصطلح (حق الاستعمال والسكنى) اذ ان هذا المصطلح له دلالاته الخاصة به ووضحنا سابقا، كما اجاز القرار التنازل عن الوحدة في المخيم لبعضهم البعض، بمعنى يجوز ان يتنازل الاب لابنه عن الوحدة او لاي شخص من المستفيدين داخل المخيم وعلة ذلك ان هؤلاء ظروفهم متشابهة وعلى اساس ذلك تم توزيع هذه الوحدات داخل المخيم، ودليلنا على صحة كلامنا هو عدم اجازة التنازل عن الوحدة في هذا المخيم لغير المستفيدين اي الاشخاص غير المشمولين ولا تتوافر فيهم الشروط التي توافرت في المستفيدين.

وهنا الاباحة لم تصدر من مالك الشيء المباح (المبيح)، بل من شخص منتفع من وحدة في مخيم لشخص اخر مع ذلك فهي صحيحة، اي ان الاباحة صحيحة هنا اذا ما توافرت الشروط المطلوبة لصحتها وكذلك ان يكون المباح له من المستفيدين من الوحدات في المخيم.

جاء في قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية، ان " سكن المتهم ..... في الشقة العائدة لجامعة الموصل كان بأذن مسبق وبصورة مشروعة كونه موظف لدى جامعة الموصل وتم تخصيص الشقة لوالده باعتباره موظف لدى جامعة الموصل، وان عدم اخلاء الشقة بعد وفاة والده لا علاقة للمحاكم

(١) قرار محكمة التمييز الاردنية، رقم (٢٩٦) هيئة خماسية/ لسنة ١٩٩٩ في ١٠/٦/١٩٩٩.

الجزائية بذلك، وانما من اختصاص دائرة التنفيذ تطبيقا لاحكام مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٧ والذي رسم الية اخلاء الدور الحكومية....<sup>(١)</sup>

ان القرار اعلاه استعمل مصطلح المتهم وهذا يعني اعتبر فعل السكن هو جريمة ولذلك احالت محكمة تحقيق الموصل الدعوى محكمة الجنايات في نينوى، وتمثلت هذه الجريمة بالسكن تجاوزا على عقارات الدولة، لكن مع وجود الاذن والذي يكون متمثلا بالاباحة من المستأجر وهو والد المتهم وهو موظف في جامعة الموصل وبناء على هذا الاساس تم تخصيص هذه الشقة بعد توافر فيه الشروط المطلوبة تنفي ان تكون واقعة السكن بالجريمة مما يمنع من تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٣٦) لسنة ١٩٩٤، والذي ينص، ان " أ - ..... تكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات اذا كانت الدار او الشقة تعود للدولة ب - يلزم مرتكب الجريمة المذكورة في فقرة أ من هذا القرار اضافة الى العقوبة المقررة بضعف اجر المثل ويضعف قيمة الاضرار الناجمة عن سكن الدار او الشقة"<sup>(٢)</sup> وبما ان المتهم موظف في جامعة الموصل فلم يرقم باخلاء الشقة حتى بعد وفاة والده، فإشار القرار اعلاه انه لا علاقة للمحاكم الجزائية بذلك، وانما هي من اختصاص دائرة التنفيذ تطبيقا لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٧، والذي رسم الية اخلاء الدور الحكومية. كما نود ان نشير الى اشغال الشقة تنتهي بانقطاع الرابطة الوظيفية او بوفاة المستأجر وفقا لضوابط السكن الجامعي.<sup>(٣)</sup>

نستنتج من كل ما تقدم، ان الاباحة في السكن في الشقة لم تصدر من مالكة او من الجهات القائمة على ادارتها كون الشقة تابعة لعقارات الدولة، وانما صدرت من المنتفع بها وهو المستأجر فاعتبرت هذه الفترة التي سكن فيها الشخص (المتهم) اباحة.

## الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث الموسوم (ماهية عقد الاباحة في القانون المدني)، فقد توصلنا الى العديد من الاستنتاجات، وارتأينا ان نعطي بعض المقترحات، لكي تكون دراسة متكاملة .

(١) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية، رقم (١٠٦٤) لسنة ٢٠١٨ في ٣٠/١٠/٢٠١٨. غير منشور

(٢) قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٣٦) لسنة ١٩٩٤.

(٣) نصت المادة (٥، ف٦) من ضوابط السكن الجامعي رقم (ق/٣/٥/١٢٩٣) ٢٠١٧، ان " عدم جواز تحويل تخصيص السكن من السلف الى الخلف او بالعكس كون الدار لا يورث"

## اولا: الاستنتاجات

١- ان الاباحة عقد وهذا العقد يكون ذو طبيعة خاصة، فهو عقد من العقود الرضائية، حيث يكفي لانعقاده رضاء الطرفين دون ان يكون هناك شكلية مطلوبة لانعقاده، ويعتبر من عقود التبرعات وتحديدا عقود التفضل.

٢- ان عقد الاباحة يتبرع المبيح بالمنفعة وليس بالملكية اي ان المبيح يبقى مالك للشيء المباح، ويعتبر عقد غير لازم، اذ ان بإمكان كل طرف في العقد فسخه دون موافقة الطرف الاخر.

٣- ان الاباحة تكون على عدة انواع منها اباحة اتفاقية و اباحة قانونية و اباحة عرفية، والاصل ان تأتي الاباحة اتفاقية سواء ورد ذلك بشكل صريح او ضمني وسواء كانت هذه الاباحة بالاستعمال او اباحة بالاستغلال.

٤- تصدر الاباحة لحالات كثيرة حسب الغرض المراد من الاباحة، فقد تصدر لاسباب متعلقة بالمبيح او قد تكون الاسباب متعلقة بالمباح له او لاسباب متعلقة بكلا الطرفين، لذلك تمنح الاباحة احيانا للمحافظ على الشيء المباح، وتمنح الاباحة لعدم اتباع الشكلية المطلوبة للتسجيل في العقود التي تتطلب التسجيل لدى الجهة المختصة، كما تمنح الاباحة للحاجة الضرورية للاستعمال اليومي للشيء، وتمنح الاباحة في حالة اذا كان الشيء المباح هو ملك شائع كأن يبيح الشركاء لاحدهم بالانتفاع من الشيء المباح، كما تمنح الاباحة لصلة القرابة بين المبيح والمباح له.

## ثانيا: المقترحات

١- نأمل من المشرع العراقي عند تعديل القانون المدني، ان يدرج تعريفا لعقد الاباحة، لان من خلال التعريف يحدد خصائص هذا العقد ويعطي ذاتية له، لذلك نقترح النص القانوني الاتي:

" عقد يمنح المالك به حق الانتفاع دون التملك على ماله سواء كان منقول او عقار لشخص ما لمدة محددة او غير محددة دون مقابل وينتهي عند المطالبة".

٢- نرجو من المشرع العراقي عند تنظيم عقد الاباحة ان يتناول مأل الابنية المستحدثة من قبل المباح له، لذا نقترح النص الاتي: " اذا احدث المباح له مباني باذن المبيح تكون مآلهما حسب اتفاقهما، فان لم يكن بينهما اتفاق يكون للمباح له الخيار بين قلع المباني او استحقاق قيمتها قائمة".

٣-نتمنى من المشرع العراقي عند تعديل القانون ان يتضمن نص يشير الى من له الحق في منح الاباحة، وبما ان مالك الشيء يتصرف بملكه كيف يشاء ومن ضمن هذه التصرفات هو ان يبيحه، ويجوز ان تصدر الاباحة من غير المالك بحالات معينة، لذلك نقترح النص الاتي:

" تصدر الاباحة من مالك الشيء، واستثناء من ذلك تصدر من غير المالك في حالات معينة بشرط ان تصدر الاباحة ممن لديه صفة قانونية يبيح هذا التصرف طبقا للقوانين النافذة"

## Sources

### First: Dictionaries

Abu al-Fadl Jamal al-Din, Ibn Manzur, Lisan al-Arab, 1st ed., vol. 4, Dar Ihya - .al-Turath al-Arabi, 1405 AH

### Second: Books

Dr. Ahmad Salman Shaheeb and Dr. Jawad Kadhim Jawad, Sources of 'Obligation, 1st ed., Zain Legal Publications, Beirut, 2015

Abu Ya'la Muhammad ibn al-Husayn ibn al-Farra', Al-'Uddah fi Usul al-Fiqh, no publisher, 1993

Dr. Jamil Al-Sharqawi, Original Real Rights "The Right of Ownership", Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1974

Dr. Jaafar Al-Fadhli, A Concise Guide to Civil Contracts, 2nd ed., Al-Atik for .Book Production, Cairo, n.d

Dr. Hassan Ali Al-Dhanoun, Explanation of Civil Law "Original Real Rights", .Al-Rabita Printing and Publishing Company Limited, Baghdad, 1954, p. 29

Shaker Nasser Haider, Explanation of the New Civil Law (Real Estate Real .Rights), Vol. 2, 1st ed., Al-Maaref Press, Baghdad, 1953

Dr. Omar Lotfi Al-Faraj, The Contract of Permissibility, Dar Al-Thaqafa for .Publishing and Distribution, Amman, 2020

Dr. Muhammad Taha Al-Bashir and Ghani Hassoun Taha, Real Rights, Al-Sanhour Library, Baghdad, 2016

Muhammad Hussein Kashif Al-Ghita, Journal Editorial, Vol. 3, 1st ed., World .Assembly for the Rapprochement of Islamic Schools of Thought, 2004

### **Third: Theses and Dissertations**

Farah Rabia, The Evolution of Formalism in Contracts, PhD dissertation submitted to the Council of the Faculty of Law and Political Science, University of 8 May 1948, Guelma, 2024

Heba Hazem Khader, The Legal Framework for Terminating Bilateral Contracts, Master's thesis submitted to the Council of the Faculty of Law, Middle East University, 2021

### **Fourth: Research**

Dr. Aziz Kadhim Jabr, The Legal Classification of the Contractual Form, Al-Alamein Institute Journal, Issue (3), 2020

Banin Dhargham Hassoun, Dr. Majid Majbas Hassan, The effect of breach of implied contractual obligation in Iraqi and English law, Maysan Journal of Comparative Legal Studies, Issue Fourteen, Volume One, 2025

Dr. Saleh Ahmed Mohammed, The Permissibility Contract, Al-Rafidain Journal of Law, College of Law, University of Mosul, Volume 10, Issue 38, 2008

Iyad Kadhim Saadoun, The Problem of Adapting the Istisna' Contract in Iraqi Civil Law "A Comparative Study", Maysan Franchise License Journal, Issue Seven, Volume 1

Dr. Wissam Abdul Muhammad Thahir, Building in Other People's Space: A Comparative Study, Maysan Journal of Comparative Legal Studies, Issue Thirteen, Volume 1, 2025

### **Fifth: Judicial Decisions**

.Jordanian Court of Cassation Decision No. (93) of 1956

.Court of Cassation Decision No. (3142), Civil 61, dated 15/2/1969

Court of Cassation Decision No. (380)/Fourth Civil/Permissibility/ of 1976, dated 29/2/1976

Court of Cassation Decision No. 800/Permissibility of 1988, dated 20/2/1988 unpublished

Jordanian Court of Cassation Decision No. (296) Five-Judge Panel/ of 1999, dated 6/10/1999

- .Court of Cassation of the Kurdistan Region of Iraq Decision No. (54), 2004  
Federal Court of Cassation Decision No. (928), 2006, dated 3/8/2006  
unpublished
- Jordanian Court of Cassation Decision No. (928), 2006, dated 3/8/2006  
unpublished. Court of Cassation Decision No. (221) of 2008, dated February 21,  
.2008. Unpublished
- Federal Court of Cassation Decision No. (2933) of 2008, dated September 15,  
.2008. Unpublished
- Federal Court of Cassation Decision No. (2467) of 2008, dated October 21,  
.2008. Unpublished
- Federal Court of Cassation Decision No. (17), General Assembly, of 2017,  
.dated August 28, 2017
- Nineveh Court of Appeals Decision No. (1064) of 2018, issued in its capacity as  
.a court of cassation, dated October 30, 2018. Unpublished
- Federal Court of Cassation Decision No. (2769), Appellate Real Estate Division,  
.of 2019, dated June 17, 2019
- Ramallah Court of Appeals Decision No. (1266), Civil Appeals, of 2019, dated  
.December 24, 2019
- Federal Court of Cassation Decision No. (5704), Civil Division, of 2019, dated  
.September 19, 2019
- Federal Court of Cassation Decision No. (10337), Personal Status and Personal  
Matters Division, of 2021, dated August 10, 2021. Palestinian Court of  
.Cassation Decision No. (142) Civil Appeals, 2018, dated March 24, 2021
- Federal Court of Cassation, Civil Division, Decision No. 1805 of 2018, Civil  
. (Appeals, dated June 22, 2022 unpublished
- Palestinian Court of Cassation, Civil Appeals, Decision No. 412 of 2023,  
.Extended Civil Division, dated November 28, 2023
- Palestinian Court of Cassation, Civil Appeals, Decision No. 101 of 2025, April  
.10, 2025

**Sixth: Journals**

Journal of the Judiciary, Issue 2, 1969.

Journal of the Collection of Judicial Rulings, Issue 2, 1976.

**Seventh: Laws**

Egyptian Civil Code, No. (131) of 1948.

Iraqi Civil Code, No. (40) of 1951.