Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 13- Issue 2- September 2023 المجلد ١٣- العدد ٢ –ايلول ٢٠٢٣

Utilitarianism in civil texts (As an idea to embody the moral philosophical utilitarian doctrine in the law)

[1] Tahsin Hamad Smael [2] Talib Braym Sleman [3] Kayfi Maghdid Qadr
[1] College of Law and Political Science/University of Soran
[2] College of Law and Political Science/University of Soran
[3] Polytechnic University - Erbil/Kurdistan Region - Iraq

Abstract:

Legislation was not limited to being a group of arts in drafting and provision-making, but rather it became a self-contained science, governed by theories that established its importance and usefulness, and even its acceptance by people, and this is what necessarily requires that the drafting of legislation be extremely clear and precise in expression, and that they are understandable to the addressee of the law, and easy to interpret and apply, but the opposite is followed when drafting provision, especially the provisions of the civil law. Therefore, this study, through the embodiment and employment of the utilitarian theory, tries to show the hidden side of the drafting of provisions, which is the benefit of those provisions to the individual, or group, or both.

The idea of this study stems from an ethical philosophical theory called (Utilitarianism), which was founded by the English philosopher (Jeremy Bentham), and he expressed it through his work (An Introduction to the Principles of Ethics and Legislation), but the greatest influence of the theory appeared at the hands of the philosopher (John Stuart Mill), through his work (utilitarianism), used the term utilitarianism to express well-being in general, which he sees as the benign results of behaviors. From this standpoint, social utilitarianism emerged to describe people who do good work for the benefit of society and the largest number of people, expressing that the best actions that an individual can perform are those that achieve the greatest amount of happiness, benefit, peace of mind, and benefit to society on the one hand, and to the individual on the other hand, and thus an action is moral if it leads to these results.

Therefore, our justification of utilitarianism on a rational basis here must necessarily sacrifice the individual's happiness for the sake of the whole of which the individual is considered a part, and this is not achieved or correct without the assumption of a basic moral intuition, which made us believe in a philosophical principle that (work according to a principle or a rule that you can make it a general law for all people), in the sense that what is right (good) for me should be right (good) for all people when the circumstances are similar, so are there civil provisions that achieve this? This is what the study tries to answer, because when the legislator wanted to establish his doctrine of the public benefit, he needed a primary axiom that what the individual does in terms of behavior and actions must mean the benefit of the group in addition to achieving his benefit, and this is consistent with the principle of the utilitarians, because their ethical theory is based on the principle of benefit, which states that the morally correct action is the action that produces more good and benefit, and the morally wrong action is the one that leads to the maximum amount of good and benefit, meaning that there is no action without benefit, except that it varies according to the validity of the action or not. This is what the study attempts to root the principle of utilitarianism intended by the proponents of the moral philosophical theory from the texts of the civil law, as well as its embodiment in it.

1: Email:
tahsin.smael@soran.edu.iq
2: Email
taleb.sleman@soran.edu.iq
3: Email
kayfi.qader@epu.edu.iq

DOI

Submitted: 7/7/2023
Accepted: 30/07/2023
Published: 06/10/2023

Keywords:
utilitarian doctrine
legal rooting
goodness and benefit
public interest
ethics
public benefit.

©Authors, 2022, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

النفعية في النصوص المدنية (كفكرة لتجسيد المذهب النفعي الفلسفي الأخلاقي في القانون)

[١] أ.م.د. تحسين حمد سمايل . [٢]أ.م.د. طالب برايم سليمان. [٣]م.د.كيفي مغديد قادر
[١] جامعة سوران - فاكلتي القانون
[٢] جامعة سوران - فاكلتي القانون
[٣] جامعة بوليتكنيك - أربيل

الملخص:

إن التشريع لم يعد يقتصر على كونه مجموعة من الفنون في الصياغة وصناعة النص، بل أضحى علماً قائماً بذاته، تحكمه نظريات رسخت من أهميته وجدوى وجوده، بل وقبوله من قبل الاشخاص، وهذا ما يستلزم بالضرورة أن تكون صياغة التشريعات في منتهى الوضوح والدقة في العبارة، وأن تكون مفهومة لدى المخاطب بالقانون، وسهلة في التفسير والتطبيق، ولكنَّ عكس ذلك متبع عند صياغة النص، خصوصاً في نصوص القانون المدني، لذلك فإن هذه الدراسة ومن خلال تجسيد النفعية وتوظيفها تحاول إظهار الجانب الخفي من صياغة النصوص، وهو منفعة تلك النصوص للفرد، أو للجماعة، أو لكليهما معاً.

تتجسد فكرة هذه الدراسة في نظرية فلسفية أخلاقية تسمى بـ(النظرية النفعية / Utilitarianism)، حيث تأسست على يد الفيلسوف الانجليزي (جيرمي بنثام)، وقد عبر عنها من خلال مؤلفه (مقدمة حول مبادئ الأخلاق والتشريع)، إلا أن التأثير الأكبر للنظرية ظهرعلى يد الفيلسوف (جون ستيوارت مل)، من خلال مؤلفه (النفعية)، وقد استخدم مصطلح النفع للتعبير عن الرفاهية عموماً والتي يراها النتائج الحميدة للسلوكيات، ومن هذا المنطلق ظهرت النفعية الاجتماعية لوصف الاشخاص الذين يقومون بأفعال جيدة لصالح المجتمع ولأكبر عدد من الناس، معبراً بأن أفضل الأعمال التي يمكن أن يؤديها الفرد هي تلك التي تحقق أكبر قدر من السعادة والمنفعة وراحة البال والفائدة للمجتمع من ناحية، وللفرد من ناحية أخرى، وبذلك فإن الفعل يكون أخلاقياً إذا قاد إلى تحقيق هذه النتائج.

لذا فإن تبريرنا للنفعية على أساس عقلي هنا ينبغي بالضرورة تضحية الفرد بسعادته من أجل الكل الذي يعتبر الفرد جزءاً منه، وهذا لا يتحقق ولا يستقيم بغير افتراض حدس خلقي أساسي، مما جعلنا نؤمن بمبدأ فلسفي أنه (اعمل وفقاً لمبدأ أو قاعدة تستطيع أن تجعلها قانوناً عاماً للناس جمعياً)، بمعنى أن ما يكون صواباً (خيراً) لي ينبغي أن يكون صواباً (خيراً) لجميع الناس متى تشابهت الظروف، فهل من نصوص مدنية تحقق ذلك ؟ فهذا ما حاولت الدراسة الإجابة عليه، لأن المشرع عندما أراد أن يقيم مذهبه في المنفعة العامة احتاج إلى بديهية أولية بأن ما يقوم به الفرد من التصرفات والأفعال عليه أن يقصد بذلك منفعة المجموع إلى جانب تحقيق منفعته، وهذا يتفق مع مبدأ النفعيين، لأن نظريتهم الأخلاقية تستند على مبدأ المنفعة الذي ينص على أن العمل الصحيح أخلاقياً هو العمل الذي ينتج خيراً ونفعاً أكثر، والعمل الخاطئ أخلاقياً هو الذي يؤدي إلى الحد الأقصى من الخير والنفع، بمعنى ليس هناك فعل بدون منفعة، إلا أنها تتفاوت حسب صحة الفعل من عدمه، فتحاول الدراسة تأصيل مبدأ النفعية التي يقصدها أصحاب النظرية الفلسفية الأخلاقية من نصوص القانون المدني وكذلك تجسيدها فيها.

الكلمات المفتاحية:

المذهب النفعي، التأصيل القانوني، الخير والنفع، الصالح العام، الاخلاق، المنفعة العامة.

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي

إن القانون ضرورة اجتماعية لا غنى عنه لحفظ كيان المجتمع، وإن قيام المجتمع الذي يعيش فيه الإنسان على أساس من النظام والاستقرار، يقضي بوضع قوانين يلتزم بها الاشخاص، إلا أن الخضوع لها لا يتأتى إلا من خلال الشعور بالاطمئنان والراحة النفسية والأمن والاستقرار في المعاملات وحفظ الأموال، وفي النهاية تنفيذ القوانين وتطبيقها والعمل بها، وهناك مبادئ تساعد على تحقيق ذلك، منها مبدأ النفعية في النصوص القانونية.

تأتي فكرة هذا المبدأ من نظرية فسلفية أخلاقية تسمى بـ(نظرية النفعية Utilitarianism)، حيث تأسست على يد الفيلسوف الانجليزي (جيرمي بنثام)، وكان يؤمن بأن أفضل سلوك يمكن أن يقوم به الإنسان هو ذلك الذي يحقق له أقصى منفعة ممكنة، وقد عبر بنثام عن ذلك من خلال مؤلفه (مقدمة حول مبادئ الاخلاق والتشريع)، إلا أن التأثير الأكبر للنظرية ظهر بواسطة الفيلسوف (جون ستيوارت مل)، من خلال مؤلفه (النفعية)، وقد استخدم مصطلح النفع للتعبير عن الرفاهية عموماً والتي يراها النواتج الحميدة للسلوكيات، ومنه ظهرت النفعية الاجتماعية لوصف اللاشخاص الذين يقومون بأفعال جيدة لصالح المجتمع ولأكبر عدد من الناس، معبراً بأن أفضل الأعمال التي يمكن أن يؤديها الفرد هي تلك التي تحقق أكبر قدر من السعادة والمنفعة وراحة البال والفائدة للمجتمع من ناحية، وللفرد من ناحية أخرى، وبذلك فإن هذا الفعل يكون اخلاقياً إذا قاد إلى تحقيق هذه النتائج.

والقاعدة الأخلاقية النفعية تتعلق بالقواعد الاخلاقية العامة التي يجب اتباعها عند اتخاذ القرارات، ومن المفترض أن تسهل هذه القواعد العمل الاخلاقي بغض النظر عن كيفية تطبيقها، فإذا كانت القاعدة العامة لا تقوم بالدور الاجتماعي المطلوب، توضع قواعد فرعية أو قواعد استثنائية عامة بحيث تعمل لصالح تعظيم السعادة النفعية.

لكن هل القانون فعلاً يسعى إلى سعادة الإنسان وأعطاءه اللذة في أفعاله وتأمين متطلباته ودوافعه؟

نقول: فإن بررنا النفعية على أساس عقلي فهنا ينبغي ضرورة تضحية الفرد بسعادته من أجل الكل الذي يعتبر الفرد جزءاً منه، وهذا لا يتحقق ولا يستقيم بغير افتراض حدس خلقي أساسي، مما جعلنا أن نؤمن بمبدأ فلسفي وهو (إعمل وفق مبدأ أو قاعدة تستطيع أن تريد جعلها قانوناً عاماً للناس جمعياً)، بمعنى أن ما يكون صواباً (خيراً) لي ينبغي أن يكون صواباً (خيراً) لجميع الناس متى تشابهت الظروف، فهل من نصوص مدنية تحقق ذلك ؟ الجواب نعم هناك نصوص مدنية يحقق ذلك، نذكر على سبيل المثال القواعد القانونية الخاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة، فإنه فيه خير للمجتمع ومجموعة من الناس من جهة، وكذلك خير ومنفعة للمنتزع منه الملكية من جهة أخرى، فقد يعوض أحياناً بأحسن مما انتزع منه عيناً أو نقداً، أو قد يؤدي إلى تحسين عقاره إذا كان نزعها يشمل الجزء، ويبقى الجزء الآخر ويتحسن قيمته

للمنتزع منه، فهنا القاعدة العليا التي توجه الانسان إلى تحقيق سعادة المجموع، يجب أن تقوم على حدس خلقي أساسي، وعندما أراد المشرع أن يقيم مذهبه في المنفعة العامة احتاج إلى بديهية أولية بأن ما يقوم به الفرد من التصرفات والأفعال عليه أن يقصد بذلك منفعة المجموع إلى جانب تحقيق منفعته، وهذا يتفق مع مبدأ النفعيين، لأن نظريتهم الأخلاقية تستند على مبدأ المنفعة الذي ينص على أن العمل الصحيح اخلاقياً هو العمل الذي ينتج خيراً ونفعاً أكثر، والعمل الخاطئ أخلاقياً هو الذي يؤدي إلى الحد الأقصى من الخير والنفع، بمعنى ليس هناك فعل بدون منفعة، إلا أنها تتفاوت حسب صحة الفعل من عدمه.

ثانياً: أهمية الدراسة:

تولد لدى الأفراد نظرة في الآونة الأخيرة بأن القانون أصبح عبئاً ثقيلاً على كاهلهم، أو وجد ضد مصلحتهم، لذا يحاول هذا البحث أن يدرس مدى صحة هذه النظرة للقانون من خلال تأصيل الجوانب النفعية للنصوص القانونية وخصوصاً النصوص المدنية، وبيان أن القانون هو ذلك الإطار الشامل الذي ينظم العلاقات بين الأفراد بعضهم ببعض من جهة وبينهم وبين مؤسسات الدولة من جهة أخرى، والذي ابتكره الإنسان بداية لتنظيم المجتمعات بعد أن أضحت الضرورة ملحة لذلك مع تطورها السريع والمطرد، فبدأ بسيطاً ثم تطور شيئا فشيئا لمواكبة هذا التطور، لا سيما أن تطور وتحضر المجتمعات يقاس بمدى تطبيق القوانين فيها واحترام الشعوب في هذه المجتمعات لتلك القوانين التي تؤطرها، حيث القانون هو الإطار التنظيمي الذي يحتكم له الجميع والذي لا أحد فوقه مهما بلغت مكانته في هذا المجتمع.

ثالثاً: مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة هذه الدراسة في:

١- إن التشريع مثلاً لم يقتصر فقط على كونه مجموعة من فنون في الصياغة وصناعة النص، بل أصبح علماً قائماً بذاته، تحكمه نظريات رسخت من أهميته وجدوى وجوده، بل وقبوله من قبل الاشخاص، وهذا يستلزم بالضرورة أن تكون صياغة التشريعات في منتهى الوضوح والدقة ومفهومة لدى المخاطب بالقانون، سهلة التفسير والتطبيق، ولكنَّ عكس ذلك متبع عند صياغة النص وخصوصاً في نصوص القانون المدني، لذلك فإن هذه الدراسة ومن خلال تجسيد وتوظيف نظرية المنفعة تحاول إظهار الجانب المخفي من صياغة النصوص، وهو منفعة تلك النصوص للفرد أو للجماعة أو للاثنين معاً.

٢- كما تكمن مشكلة هذه الدراسة في فلسفية موضوعها، ومحاولة لتجسيد نظرية المنفعة الفلسفية الأخلاقية في القانون المدني، وتأصيل مبدأ المنفعة من تلك النصوص، من خلال البحث والتحري وتحليل نصوص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ، هذا مما لا شك فيه من الأمور الدقيقة والصعبة وتحتاج إلى مكنة وثقافة قانونية.

٣- إن القانون من أكثر العلوم صلة بالإنسان، فهو يتناول كيانه القانوني وصفاته وخصائصه وعلاقته بتحديد حقوقه وواجباته تجاه الآخرين، لذا فهو علم انساني بإمتياز، وهدفه الأسمى هو الانسان، والانسان يهدف دائماً إلى العيش

بسعادة، ولهذا فالسعادة هي الباعث الدافع البعيد للقانون على الدوام، وجزء من تطبيقات كرامة الانسان في المفهوم الأخلاقي الذي تبنى عليه فكرة القانون بالأساس، لذا فإن هذه الدراسة تظهر وتبين هذه المشكلة من خلال اظهار الجانب المنفعي من تلك النصوص القانونية.

رابعاً: الهدف من الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى إظهار الجانب النفعي في نصوص القانون المدني العراقي، من خلال دراستها وتحليلها، لأن القانون هو علم يقوم على عدد من النظريات العلمية التي شيدت على أساس معطيات واقعية وعقلية وطبيعية ومثالية وأخلاقية وتاريخية، يعطي للقاعدة القانونية مداها ومعناها وتفسيرها بهدف كشف المراد منها، ومن ثم تطبيقها تطبيقاً سليماً على الوقائع المتطابقة مع فرض تلك القاعدة، فالقاعدة القانونية لا تضمن في الغالب تعريفات أو شروط للتطبيق، فهي قاعدة عامة مجردة لا تغوص في التفاصيل عادة، مما يعني وجوب الرجوع إلى النظريات ذات العلاقة لبيان الأحكام التفصيلية وفك الغموض الذي قد يكتنف تلك لقواعد، لذا فأن هذه الدراسة تهدف ومن خلال توظيف نظرية النفعية توضيح كل مما سبق بيانه، وتوليد الشعور بالسعادة والراحة النفسية لدى المخاطبين بها من خلال إثبات أنَّ تلك القواعد وجدت من أجل منفعتهم وسعادتهم، وبالنتيجة يسود الأمن والاستقرار القانوني والسكينة الاجتماعية، وهذا هو الغاية المنشودة من القانون.

خامساً- اسئلة الدراسة

هناك عدد من الأسئلة يطرحها هذه الدراسة نذكر أهمها:

١- ما المقصود بمبدأ المنفعة؟

٢- هل أن القانون فعلاً يحقق أكبر قدر من المنفعة وراحة البال للمجوع وللفرد في آن واحد؟

٣- هل فعلاً هناك دور اجتماعي للقانون.

٤- هل أن القانون من خلال نصوصه يحقق ما يطالب بها نظرية النفعية، بأن العمل الصحيح أخلاقياً، هو العمل الذي ينتج خيراً ونفعاً أكثر؟.

٥- هل هناك فعل بدون منفعة، أو أنه يتفاوت حسب صحة الفعل من عدمه؟

كل هذه الأسئلة واسئلة أخرى تجاوب عليه هذه الدراسة.

سادساً: الدراسات السابقة

بعد البحث والتمحيص توصلنا إلى نتيجة أنه ليس هناك دراسة سابقة مباشرة متعلقة بهذا الموضوع.

سابعاً: منهج الدراسة

تتبع هذه الدراسة:

١- **المنهج التحليلي:** وذلك لتحليل النصوص المدنية وتأصيل مبدأ المنفعة منها، وكذلك تحليل آراء الفقهاء بقدر تعلق الأمر بموضوع الدراسة.

٢- **المنهج الاستنباطي:** وذلك لاستنباط مبدأ النفعية، من خلال دراسة منطقية للنصوص

القانونية في القانون المدني العراقي، كما يتبع الباحث هذا المنهج ببيان عام أو فرضية معينة، ومن ثم دراسة إمكانية التوصل إلى نتيجة معينة، من خلال استخدام فكرة مراقبة الشواهد وذلك للتأكد من صحة نظرية النفعية وتطبيقها على تلك النصوص المدنية.

ثامناً: نطاق الدراسة

يتحدد نطاق الدراسة في تأصيل مبدأ المنفعة في نصوص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ، وقانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١، ولا يتعداهما إلى قوانين أخرى محلية أو قوانين مقارنة، فهذه الدراسة خاصة بالتحليل والاستنباط في نصوص القانون المدني العراقي وقانون الاستملاك.

تاسعاً: هيكلية الدراسة

قسمت خطة الدراسة على مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم النفعية وحقيقة صلته بالقانون

المطلب الأول: مفهوم النفعية وما بين نفعية الفعل ونفعية القاعدة

المطلب الثاني: الفيصل في العلاقة بين مذهب النفعية والقانون

المبحث الثاني: البعد العملي لمبدأ النفعية في النصوص المدنية

المطلب الأول: توظيف المبدأ في نزع الملكية للمنفعة العامة

المطلب الثاني: توظيف المبدأ في أحكام تصرف الفضولي

الخاتمة

I. المبحث الأول

مفهوم النفعية وحقيقة صلته بالقانون

يعد مذهب المنفعة من المذاهب الأخلاقية المعيارية، بل أحد أقوى مقارباته وأكثره إقناعاً في تاريخ الفلسفة، نابع من فلاسفة الانجليز كجيرمي بنثام وجون ستيوارت مل، ورغم وجود العديد من وجهات النظر المختلفة إلا أن مفاده عموماً أن كل إجراء يعد صحيحاً إذا نتج عنه أفضل الشيء وأخيَره، ولأجل الإلمام بهذا الموضوع نقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص الكلام في المطلب الأول لمفهوم النفعية ما بين نفعية الفعل ونفعية القاعدة، أما المطلب الثاني فنتناول فيه الفيصل في العلاقة بين مذهب النفعية والقانون.

I.أ. المطلب الأول

مفهوم النفعية وما بين نفعية الفعل ونفعية القاعدة

بما أن مذهب النفعية مر بمراحل عدة، لذا نحاول قدر الإمكان بيان مفهوم هذا المذهب وذلك في الفرع الأول من هذا المطلب، ثم نبين النوعين الرئيسين من هذا المذهب وهما نفعية الفعل ونفعية القاعدة في الفرع الثاني.

I.أ.١. الفرع الأول

مفهوم النفعية

إن المذهب النفعي يعد من أهم النظريات الأخلاقية في العصر الحديث، ويعود أصله إلى الفيلسوف الاسكتلندي (ديفيد هيوم) وكتاباته من منتصف القرن الثامن عشر، إلا أن بيانه وظهوره يرجع إلى الفيلسوفين الإنجليزيين جيرمي بينثام وجون ستيوارت مل اللذين تبنيا فكرة: أن الفعل يكون صحيحاً إذا كان يؤدي إلى تعزيز السعادة والمتعة ، ويكون الفعل خطأ إن كان يميل إلى الألم والتعاسة[١].

إن محتوى المذهب النفعي يتضمن أنه من الواجب مراعاة مصالح كل الأفراد مع الأخذ بنظر الاعتبار مراعاة المساواة عند اتخاذ القرار، بشكل يتضمن مراعاة جميع المصالح الأخرى، بمعنى أن هذا المذهب يرى أن الاختيار الأكثر أخلاقية هو الذي بالنتيجة يؤدي إلى افضل توازن بين الفائدة والضرر لأغلب أصحاب المصلحة، ويمكن تحديد النتائج من خلال الشعور بالرضا أو التعسف والمهانة من خلال المكاسب النقدية أو الضرر والخسارة، من خلال تقييم الفعل من حيث نتائجه وعواقبه؛ بمعنى أوضح أن يتم تقيم النتائج من خلال تقييم صافي الفوائد والتكاليف لأصحاب المصلحة ككل على المستوى الفردي، وهذا هو الغرض الذي يسعى المذهب النفعي إلى تحقيقه وهو يحقق فائدة لأكبر عدد مع الأفراد من خلال منع أو تقليل أكبر قدر من الألم والضرر[٢].

وجدير بالذكر أن مذهب النفعية يسعى إلى تحقيق مبادئ ثلاثة:

الأولى- مبدأ تحقيق أكبر قدر من السعادة لأكبر عدد من الناس: ومن هنا يطالب النفعويون بأخلاق التضحية، أي أن اخلاق النفعية تعترف بقدرة البشر على التضحية بأكبر قدر من منافعهم لما فيه من تحقيق الخير للآخرين، والتضحية التي لا تسعى إلى تنمية مقدار كبير من السعادة أو من أجل تحقيق بعض الوسائل المؤدية لنفع ولسعادة أكبر قدر من الناس، فإنها تضحية لا ترجى منها ولا طائل لها من ورائها، وأن السعادة التي تمثل المقياس النفعي لما هو خير فيما يتعلق بالسلوك ليست متمثلة في السعادة الخاصة للفاعل، بل متعلقة بسعادة الجميع[٣]، على سبيل المثال شخص يقوم بوقف إحدى عقاراته وجعله مأوى للأيتام، فهنا مالك العقار يضحي بمنفعته وسعادته الخاصة في سبيل منفعة وسعادة اكبر قدر من الناس وهذا هو الغرض من تنظيم أحكام الوقف من المشرعين، وبهذا فإن تضحية مالك العقار تضحية محترمة ومرحبة بها في المجتمع وبالتالي تحقق السعادة.

---

(1)Emrys Westcott, Three Basic Principles of Utilitarianism, Briefly Explained, (The axioms of the moral theory that seeks to maximize happiness), Article available on the website: www.thoughtco.com, Date of visit: 6/ 2/ 2023.

(٢) توفيق الطويل، *الفلسفة الخلقية نشأتها وتطورها*، ط ٢ موسعة ومعدلة، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٧م)، ص٢.

(٣) جون ستيوارت ميل، *النفعية*، ترجمة: سعاد شاهرلي حرار، (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١٢)، ص ٥١ – ٥٢.

الثاني- الأفعال الصحيحة تقدر بنتيجتها: إن هذا المبدأ يجعل من المذهب النفعي شكلاً من أشكال العواقبية، ويقصد بالعواقبية: إن أخلاق الفعل تحدده عواقب الفعل؛ أي كلما نتجت السعادة من الأفعال واستفاد منه أكثر الناس، كان الفعل افضل، ولكن يجب أن ننظر إلى القصد أو ما وراء الفعل، أي أن ما يقرر أخلاقية العمل يكون الدافع وراء فعله، فمن يقدم مبلغاً مالياً كبيراً للجمعيات الخيرية طمعا في أن ينال شهرة وراءه أو يظهر بمظهر الشخص الرحيم، فإن ما فعله لا يستحق الشكر والثناء، بعكسه من يقدم مبلغ مالي وإن كان بسيطاً لجمعيات خيرية بدافع الرحمة والواجب، فهذا من يستحق الاحترام والثناء، وبذلك فإن مذهب النفعية يحدد لنا المرجعية القيمية للأفعال والاشياء من خلال النفع، والتي تقاس من خلال مفهومي السعادة والألم(١).

الثالث- مبدأ أهمية المساواة في تحقيق سعادة الجميع: إن مذهب المنفعة التي يقودها جورج ستيوارت ميل وبنثام، يقوم على أن الفعل الصائب الاخلاقي هو الفعل الذي يحقق السعادة لأكبر عدد من الناس، وهذا يقودنا إلى مضمون المذهب، بأن النفعية تهتم بالمصلحة الجماعية ولا يكون الفردانية محوره بالضرورة، أي أن هذا المذهب مهتم بالأساس بالأخلاق على المستوى الجماعة؛ ولكن الأخير مدعو بالقيام بما يفعله مراعاةً للجماعة، بمعنى يجب أن ينظر إلى الفعل في سياقه الاجتماعي، وهذا ما يدعو إلى تقديم الفعل الذي يتسق مع قاعدة إن التزم بها كل الناس سيؤدي هذا الالتزام إلى سعادة أكبر قدر من الناس وبالتساوي(٢)، أي يستفيد منه جميع الناس أو اكبر قدر من الناس، وهذا ما يجعل من مذهب النفعية بعيداً كل البعد من الأنانية، ومن هذا المنطلق فإن جميعنا نتفق على الامتناع عن الفعل الذي يترتب أثره وضرره الجلي للمجتمع.

I.أ.٢. الفرع الثاني
مذهب المنفعة ما بين نفعية الفعل ونفعية القاعدة

من خلال التعمق من أغوار المذهب النفعي يتبين لنا أن هناك نوعين رئيسين من المنفعة يتسارعان، وهما نفعية الفعل (Act Utilitarianism) ونفعية القاعدة (Rule Utilitarianism)، فنفعية الفعل هي فلسفة أخلاقية تركز على تحكم أخلاقية الفعل من خلال الاستناد على عواقبه، ويؤمنون بالقيام بأي فعل ممكن يؤدي إلى تحقيق أكبر قدر من السعادة، حتى لو كان الفعل عبارة كذب أو خداع أو الإخلال بالوعود، بعبارة أخرى يعتقدون بمشروعية أي فعل إذا أدى بالنتيجة إلى جلب المنافع وإسعاد الناس؛ وبهذا الشكل، فأن نفعية الفعل تركز على تعبيد وتقديس وتعظيم قدر السعادة لكل فرد، وبذلك يضمن هذا الاتجاه المساواة بين الناس وعدم تأمين وأسبقية احتياجات شخص عن آخر في أن يتمتع كل الأفراد

(1)Nathanson, Stephen (2010): Terrorism and The Ethics of War, 1st, edition, Cambridge University Press, U.S.A., P.88.

(٢) هنري سدجويك، *المجمل في تاريخ علم الأخلا ق*، ترجمة توفيق الطويل وعبد الحميد حمدي، (الإسكندرية: طبعة دار نشر الثقافة، ١٩٤٩م)، ص ٢٩.

وبشكل متساوي بقدر من المساواة، وليس بالضرورة عند هذا الاتجاه من النفعيين إرجاع كل قواعد السلوك وأحكام الثواب والعقاب إلى مبدأ واحد أو مبادئ أو قاعدة ما سواء كانت هذه القاعدة أخلاقية أو قاعدة سلوكية[١].

أما نفعية القاعدة فهي فكرة تؤكد على أن اخلاق الفعل وصحته تتوقف على توافقه مع القواعد التي تؤدي بالنتيجة إلى مزيد من الخير والسعادة للانسان ودون استثناء[٢]، أو الاعتقاد بأن يكون فعل ما صحيحاً أو خاطئاً من الناحية الأخلاقية يتوقف على ما إذا كان هذا الفعل يخضع أو يمتثل لقاعدة خلقية ما أو يشكل خرقا لها، مما يدل على أن مذهب المنفعة أو النفعية يؤكد على مركزية القواعد في الاخلاقيات[٣]، كما تؤكد نفعية القاعدة على أن اتباع المبادئ الأخلاقية تعد وسيلة وطريقة أكثر فعالية لزيادة السعادة، وأن أي أجراء ما سواء كان إجراء قانونياً أو أي إجراء آخر وفقاً للقواعد، قد يكون صحيحاً من الناحية الأخلاقية، كما أن بموجب هذا النوع من المذهب النفعي فأن صحة أي إجراء تحدده صحة القواعد، وتبلغ المنفعة ذروتها وتصل إلى أقصاها من خلال وضع قوانين اخلاقية تحتوي على قواعد[٤]، ويقصد بالقواعد، القواعد التي يستند اليها الإجراء في قيامه وتطبيقه، وقد تكون تلك القواعد قواعد أخلاقية أو قانونية أو اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية، أي تحدد تلك القواعد والمبادئ حسب نوع الفعل، لأن نفعيي القاعدة يرون أن أغلبية تلك القواعد عبارة عن مبادئ أو قواعد اخلاقية في النهاية.

ويلاحظ على نفعية القاعدة أنها فلسفة تعزز الإنصاف والحرية وحقوق الفرد والمسؤولية والتسامح، لأن نفعية القاعدة عبارة التفكير الصحيح تهدف من خلاله خلق السعادة ومن ثم توزيع تلك السعادة بشكل متساوٍ بقدر الإمكان على الجميع في المجتمع، ويتحقق ذلك من خلال موازنة ما هو صائب ونافع وجيد لشخص واحد مع ما هو مفيد وعادل وجيد للجميع، لأن سياسات نفعية القاعدة يتوقف على المطلقات الأخلاقية، من خلال تعضيد وحماية الحقوق الفردية للانسان، وأي فعل أو شيء لا يترتب عليه أذى للآخرين في المجتمع يكون مقبولاً، ورغم صعوبة تحقيق تلك التوازن في الحقوق في بعض الأحايين، إلا أنه يبقى إجراءً ضرورياً ومفيداً للصالح العام[٥].

---

(1)Gowans. Christopher W ,Moral dilemmas, Oxford press, New York,1987,p. 52

(٢) د. جميل أبو العباس زكيري بكري، "النفعية الجديدة وقواعد الحرب في فلسفة ريتشارد براندت"، *مجلة وادى النيل للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية والتربوية، مجلة كلية الآداب، جامعة القاهرة فرع الخرطوم*، المجلد ١٧، العدد ١٧٧، يناير، (٢٠١٨): ص١٥٧.

(3) Mackie, Ethics :Inventing Right and Wrong,ch6"Utilitarianism",The"Proof" of Utility, Penguin Books 1990,p140.

(4) On act- and rule-utilitarianism, see: Richard B. Brandt, Ethical Theory (Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall, 1 959), pp. 3 80- 3 8 5, 31)6-400. See: generally, David Lyons, Forms and limits of Utilitarianism (Oxford: Clarendon,1 1), (65).

(5) George Litch Roberts, The Domain of Utilitarian Ethics, International Journal of Ethics, Apr., 1903, Vol. 13, No. 3 (Apr., 1903), pp. 320- 323, Published by: The University of Chicago Press.

وإنطلاقاً مما سبق يتبين لنا أن هناك اختلافات جذرية بين نفعية الفعل ونفعية القاعدة، ومن خلالها يتوضح لنا أيهما ينسجم مع القانون والتشريع، نبين اهمها كما يلي:

أولاً: إن نفعية الفعل لا تهتم بما يحدث للفرد طالما يتحقق الصالح العام للمجتمع، أي لا تهتم بنوع الفعل سواء كان صحيحاً أو مخالفاً للقانون أو للشرع أو غير مخالف طالما يؤدي إلى تحقيق منفعة للكل والمجتمع، أما نفعية القاعدة بعكس نفعية الفعل، فإذا أدى الفعل إلى تحقيق منفعة للفرد أو للصالح العام وكان مخالف للقواعد ومبادئ الأخلاق، يكون غير مقبول ولا يترتب عليه أية نتيجة، وبذلك فأن منفعية القاعدة تركز على الفعل المشروع، وبذلك يكون أكثر انسجاماً مع قواعد القانون، على سبيل المثال من أكره شخص على إبرام عقد بيع شيء نادر وعزيز لدى البائع، فإن هذا الفعل إذا أدى إلى تحقيق منفعة للصالح العام فيكون فعلاً مقبولاً وصحيحاً بموجب مذهب منفعية الفعل، ولا يكون مقبولاً وصحيحاً بموجب مذهب منفعية القاعدة إلا إذا أجاز البائع ذلك[١]، لأن هذا الفعل ينطوي على تعارض بين حقوق الفرد ورغبات المجتمع.

ثانياً: إن نفعية الفعل تركز على فعل محدد ومعين داخل المجتمع ولا يهتم بحقوق الفرد واحتياجاته، إنما يهتم بتأثير هذا الإجراء على أي شخص آخر داخل المجتمع، بمعنى آخر فأن نفعية القاعدة تأخذ بعين الاعتبار ما يترتب من نتيجة إذا وضع المشرع قانون ما وتطبقه على الجميع في المجتمع.

ثالثاً: يلاحظ أن في نفعية الفعل لا يوجد توجيه في حال إذا واجه الفرد مشكلة قرار أخلاقي، بينما في منفعية القاعدة وعندما يواجه مشكلة قرار أخلاقي، فأن له ميزة مواجهة تلك المشكلة من خلال القواعد السابقة التي تعطي أكبر قدر من الخير والسعادة لأكبر عدد من الأفراد، وتتولد من هذا الجدل العديد من القضايا المهمة ككيفية صنع الخير الأخلاقي، وكيف يكون الإجراء صحيحاً من الناحية الأخلاقية؛ ويظهر الفرق جلياً بين الأثنين، لأن نفعية الفعل تعطي مزيدًا من التأكيد على عواقب الفعل وحساب المنفعة في كل مرة، في حين أن نفعية القاعدة تعطي تأكيدًا على النتيجة على قواعد السلوك الأخلاقية المريحة وقبول المنفعة العامة ورفض القاعدة المخالفة هذا من جهة، ومن جهة أخرى يحدد كلا المنظورين الصواب والخطأ في العمل بين ما نفعله من خلال الشفرة الأخلاقية، وما هو انطباع عن منظورنا الأخلاقي على المستوى الأعظم من الخير أو السعادة[٢].

عليه يتبين لنا، من خلال المقارنة أعلاه أن منفعية القاعدة هي التي تحقق قدراً من الانسجام مع القانون، لأنها تركز على اخلاقية المبدأ والقواعد الخلقية التي لا تخالف أحكام

---

(١) لاحظ المادة (١١٥)، من القانون المدني العراقي رقم (٤٠)، لسنة ١٩٥١، النافذ والتي تنص على أنه (من أكره اكراهاً بأحد نوعي الأكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده).

(2)Mill, John Stuart, *On Liberty* (London: Longman, Roberts, Green & Co., 1869), freely available at http://www.econlib.org/library/Mill/mlLbty1.html, Date of visit: 23/6/2023.

النظام العام والآداب أو الشرع، كما انها تؤكد على أن الأفعال يجب أن تكون مشروعة لكي تترتب عليها آثار ونتائج مقبولة، وهذا هو الغرض من سن القوانين.

I.ب. المطلب الثاني
الفيصل في العلاقة بين مذهب النفعية والقانون

إن المشرع يسعى جاهداً عند سن التشريع والقوانين إلى تحقيق استقرار المعاملات وتحقيق السكينة الاجتماعية، وتجسدت هاتان الغايتان في نصوص القوانين بوصفها من الغايات التي يسعى القانون إلى تحقيقها يتم من خلال التوفيق بين المصالح المتعارضة بتحقيق الأمن الفردي والأمن الاجتماعي من خلال الموازنة بين المصالح الخاصة والمصالح العامة، والسؤال الذي يطرح هو أليس غاية مذهب النفعية هي نفس غاية القانون؟ وما حقيقة الصلة بينهما؟ عليه وللإجابة، نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول حقيقة الصلة بين مذهب النفعية وغاية القانون واهدافه، أما الفرع الثاني فنخصص الكلام فيه للجزاء الخاص بمذهب النفعية ومقارنته بالجزاء القانوني.

I.ب.١. الفرع الأول
حقيقة الصلة بين مذهب النفعية وغاية القانون وأهدافه

بينا أن مذهب النفعية يؤكد على تحقيق الإنصاف والمساواة في توزيع المنفعة على كل فرد من ضمن تحقيق المصلحة الكبرى، مصلحة الجماعة والمجتمع، والقانون هو وليد حاجة اجتماعية، هذه الحاجة قادته إلى ظهوره لا محال له، بمعنى أنه ثمرة المجتمع ينشأ من خلال تعامل الأفراد بعضهم مع بعض بمقتضى احتياجاتهم، فحيث توجد الجماعة يوجد القانون، إذن هو ليس حاجة أو ضرورة فردية أكثر مما هو موجه إلى سلوك الأفراد في التعامل مع غيرهم لا مع أنفسهم[١].

وجدير بالذكر أن سياسة المشرع ثابتة وهي مواجهته للمشكلات ويتقيد بالفكر العالمي السائد في احترام الحريات الأساسية للإنسان وصون حقوقه الطبيعة، لأن كل عملية سن تشريع تبدأ بفكرة قانونية نظرية، ولا يمكن تصور تشخيص نظام قانوني معين ما لم يتصور وجود فكرة توجه القواعد القانونية وتحدد لها غايتها وأهدافها البعيدة، وأن الفكرة القانونية التي تقف وراء التشريع تؤدي بالأخير إلى تكوين مادته الأولية وتحديد غاياتها[٢]، وقال (بنثام)[٣]

(١) د. عبدالحي حجازي، *محاضرات في المدخل إلى العلوم القانونية*، ج١، القانون، (القاهرة: مكتبة عبدالله وهبة، دون ذكر سنة نشر)، ص٢٠. د. فايز محمد حسين، "الخير العام والمقاصد الشرعية وفلسفة التشريع"، *بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية المصرية*، العدد الأول، (٢٠١٥): ص٤٥٨. د. محمد سليمان الأحمد، *الهندسة التشريعية*، الناشر مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، اقليم كوردستان العراق، (بيروت: مكتبة زين الحقوقية، ٢٠٢٢)، ص٢٩.

(٢) د. محمد سليمان الأحمد، *الهندسة التشريعية*، المصدر السابق، ص٣٣.

(٣) جون ستيوارت ميل، *النفعية*، ترجمة: سعاد شاهرلي حرار، المصدر السابق، ص٩٠.

حول القانون، بأنه مجموعة من القواعد والأحكام تضعها سلطة الدولة وتسهر على تطبيقها بحيث تكفل لكل فرد أكبر قدر من السعادة المعبر عنها بإثبات الذات إثباتاً حراً، فكانت غاية القانون بنظره هي إتاحة أكبر قدر من التصرفات الحرة للفرد والتي تنسجم وتتوافق مع العمل الفردي العام، وتستطيع بموجبها الإرادة الحرة لكل فرد أن تتعايش مع الإرادة الحرة للجميع، وكانت رغبة الناس إلا يتدخل الآخرون في أعمالهم أكثر من رغبتهم في أن يقوم الآخرون بواجباتهم تجاههم بموجب علاقة اجتماعية ما، فأصبحت غاية القانون غاية نفعية محضة؛ وأن القانون هو الذي يقوم بتوفير الحماية للافراد في بألا تنتهك حقوقهم ويتحقق ذلك من خلال عدم انتهاك الشعور بالخضوع إلى القانون، استناداً إلى تلك الأهمية بالنسبة للمصلحة العامة الانسانية.

أما جون ستيوارت ميل يقول في بنثام، أنه لا يعترف بقدرة الانسان على البحث عن الكمال الروحي، والسبب يعود إلى أن غاية الانسان يقتصر على تمكين البشر ضمن حياة اجتماعية من التشريع المدني والسياسي، الذي يسمح له بتحقيق السعادة الخاصة داخل المجتمع، من جهة أخرى فأن الاخلاق عنده هو ما يقود ويسير العلاقات بين الناس، ولهذا السبب فأن مقاربة السعادة مقاربة كمية تخص توزيع السعادة على أكبر عدد ممكن، كما أن مقياس النمو الأخلاقي عنده مقياساً خارجياً يتمثل في جعل طبع الفرد مطابقاً لمبدأ النفعية[١].

لاريب فيه أن في المجتمع قد تتعارض المصالح، ومن يبرز دور المشرع عند سنه لقانون أو تشريع ما، عليه الأخذ بنظر الاعتبار عدم تفضيل ومراعاة طبقة في المجتمع على حساب طبقة أخرى، لأن ذلك يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات والسكينة الاجتماعية، وفقدان الأمن الجماعي، مثلاً على المشرع أن يوازن بين مصلحة المؤجر ومصلحة المستأجر، وألا يفضل مصلحة أحدهما على الآخر؛ وأن مسألة تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع مسألة في غاية الأهمية، ويكون ذلك بوضع قواعد قانونية تكون عامة مجردة، الغرض منها تنظيم حريات الأشخاص ورغباتهم والتوفيق بين مصالحهم لمنع حصول أي تضارب أو تعارض بين مصلحتهم، من خلال وضع معايير وضوابط تحدد بدقة ما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع ويتأتى ذلك من خلال احترامهم لتلك القواعد وتنفيذها والخضوع لها، ومن هنا يلتقي مذهب المنفعة مع القانون، لأن كلاهما يهتمان بتوجيه سلوك الأفراد نحو الأحسن والأقوم، وتحقيق منفعة وسعادة لكل فرد، كل ذلك في سبيل تنظيم مجتمع يتحقق فيه التوفيق والملائمة بين مصالح الأفراد وحرياتهم من جهة، وبين المصلحة العامة للجماعة من جهة أخرى[٢].

وجدير بالذكر أن تنظيم مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة في آن واحد يتحقق من خلال مراعاة المشرع لبعض الأولويات أهمها معيار المصلحة العامة، فكل مصلحة فردية تكون أقرب إلى المصلحة العامة هي التي تقدم على غيرها، رغم مرونة هذا المعيار

(١) جون ستيوارت ميل، *النفعية*، ترجمة: سعاد شاهرلي حرار، المصدر السابق، ص١٠.
(٢) هنري رياض دياس ، *فلسفة القانون – المذاهب الاقتصادية والواقعية والقانون الطبيعي* ، الطبعة الاولى ، (بيروت – لبنان: دار الجيل للنشر ، ١٩٨٦)، ص١٠٢ و ١١٠ – ١١١.

وغموضه، إلا أن على المشرع أن يتوافق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، فلا مشاحة في إمكانية التضحية بالمصالح الخاصة حماية للمصلحة العامة[١]، كنزع الملكية للمنفعة العامة[٢]، في المقابل لا يمكن ومهما كانت المبررات حرمان شخص الاشخاص من حقوقهم بزعم أنها تتعارض مع المصلحة العامة هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن أن تترك للأشخاص مطلق الحرية في تحقيق رغباته ونزواته وفقاً لمصلحته ومشيئته، بل يجب أن يكون مقيداً، يفرضها المجتمع والقانون[٣]، ففي المثال نزع الملكية للمنفعة العامة بالمقابل يستوجب تعويض المنزوع عنه الملكية للمنفعة العامة بتعويض عيني أو نقدي مناسبين[٤]، فهنا تتحقق المنفعة والسعادة والشعور بالارتياح من الطرفين، ويتحقق التوفيق بين المصالح بشكل متوازن أو متساوٍ ولو بشكل تقريبي.

نافلة القول، بما أن القانون ظاهرة اجتماعية فلابد أن يخضع لقانون الغاية، باعتباره مجرد وسيلة تتخذها الإرادة البشرية لغرض تحقيق غاية اجتماعية وهي حفظ وصيانة المجتمع وتحقيق أمنه، ولما كان القانون علماً اجتماعياً، فأن وضعه يتأثر بالعوامل الاجتماعية والقيم الاجتماعية، وتحقيقاً لذلك كان لابد لكل قاعدة قانونية من غاية وقيمة اجتماعية[٥] وفي بعضها قيم ومبادئ أخلاقية؛ ولهذا فان غاية ممارسة القانون لوظيفته تكون نفعية، وتتحصل ذلك بتحقيق العدل عن طريق اقرار النظام والأمن الفردي والجماعي والاستقرار في المجتمع، فالقانون مثلاً اجاز اكتساب الملكية بالتقادم كل من حاز عقاراً غير مملوك ولو كان غاصباً[٦]، كما أجاز ابرام العقود بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية دون المسائل الثانوية يتفقون عليه فيما بعد[٧]، كما لا يمنع وفي حالات خاصة وبشروط معينة من نفاذ العقد في حالة وجود غبن يسير[٨]، ولأجل استقرار المراكز الواقعية أجاز القانون التقادم المكسب[٩]، ومن جهة أخرى أجاز التقادم المسقط[١٠] حتى لا يبقى المطالبة بالحقوق قائمة ومستمرة إلى ما لانهاية، وكل

(١) د. . حمدي عبد الرحمن ، *فكرة القانون* ، (مصر – القاهرة: دار الفكر العربي ، ١٩٧٩)، ص ٩.
(٢) لاحظ المادة (٩)، من قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم (١٢)، لسنة ١٩٨١، المعدل.. سنأتي إلى تفصيل ذلك في المبحث الثاني من هذا البحث.
(٣) أحمد صالح المهداوي، "المصلحة وأثرها في القانون، دراسة مقارنة بين اصول الفقه الاسلامي والقانون الوضعي"، (اطروحة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٩٦)، ص٢٠٢.
(٤) د. رياض القيسي، *علم اصول القانون*، الطبعة الاولى، (بغداد – العراق: بيت الحكمة، ٢٠٠٢)، ص ٤٣.
(٥) د. عبد الرزاق السنهوري ود. أحمد حشمت ابو ستيت، *أصول القانون*، (القاهرة: مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٤١)، ص١٥ وما بعدها. د. سعيد عبد الكريم مبارك، *أصول القانون*، الطبعة الأولى، (جامعة الموصل – العراق: دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٢)، ص ٧٤. د. حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، المصدر السابق، ص ٢٥.
(٦) ينظر المادتان (٤٣ و٤٤)، من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.
(٧) المادة (٨٦)، من القانون المدني العراقي.
(٨) ينظر المادة (٥٨٨)، من القانون المدني العراقي
(٩) المادة (١١٥٨)، من القانون المدني العراقي.
(١٠) لاحظ المواد (٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١)، من القانون المدني العراقي.

ذلك الأمثلة يثبت لنا أن غاية القانون نفعية، يسعى إلى جلب المنافع والاستقرار والمساواة بين الحقوق ليحافظ على حقوق وحرية الأفراد، ولكن في إطار مصلحة الجماعة.

I.ب.٢. الفرع الثاني

الجزاء الخاص بمذهب النفعية ومقارنته بالجزاء القانوني

بينا سابقاً أن المذهب النفع نزعة عواقبية، وهي عبارة عن العقيدة العامة في الأخلاق بأن الأفعال يتم تقييمها وفقا لما تترتب عليه من نتائج، أي وفقاً لعواقب الفعل، وبذلك فأن مذهب النفعية يتعارض مع المذاهب الأنانية، كالأنانية الأخلاقية الذي يؤكد على أن الفرد يجب أن يركض وراء مصلحته الشخصية وإن كان ذلك يضر أشخاصاً آخرين أو على حساب مصلحة غيره، كما يختلف على المذاهب التي تتبنى فكرة أن صواب الفعل وخطئه يعتمد على باعثه ودوافعه، على النية، بالعكس أن بنثام ومن خلال اهتمامه بالتشريع لاي عجبه تعليق فلسفته على البواعث والنوايا وما يدخل في هذا الإطار، وأن المشرعين لا يطالبون القضاة بالتوغل والكشف عن نوايا النفوس وما تخفيه الصدور وما تكنه الضمائر، بل يركز على نتائج الفعل وآثاره وهي التي يدلنا على مشروعية الفعل من عدمه[1].

ولكن السؤال الذي يثار، ماذا يترتب عن الفعل غير المشروع في إطار مذهب النفعية؟ هل يترتب عليه جزاءات مادية أم معنوية؟

إن بنثام، اعتبر علم الأخلاق علماً وضعياً يهتم بسلوك الأفراد في المجتمعات المختلفة، بعدما حول منهج البحث الأخلاقي من الحدسي العقلي إلى استقرائي تجريبي، وجعل من المنفعة كمعيار للأحكام وغاية لسلوك الانسان، والقصد من المنفعة جلب اللذة والأريحية والتفريغ من الألم والحصرة، دون الاهتمام ببواعث الفعل معلقاً الأخلاقية على نتائج الفعل، كما اعتبر الجزاء عنصراً مشجعاً على فعل الخير؛ ويقول أن الجزاء الطيب يغري بالفعل الفاضل، أما الجزاء السيء يدفع عن إتيان وارتكاب الشر، وقد صنف الجزاءات إلى أربعة: جزاءات بدنية تصيب السيء والشرير في بدنه، وجزاءات سياسية أو قانونية حيث تنزل العقوبة لمن يخالفها، وجزاءات إجتماعية عرفية، متمثلة في استقباح الرأي العام للخارجين عن تقاليده، وجزاءات دينية تتجسد في عذاب جهنم للخارجين عن تعاليم وطاعة الله، وهذه الجزاءات الأربعة هي جزاءات خارجية، ولهذا السبب أضاف (مل) جزاءً خامساً وهو جزاء

(1) Bentham, J. 'Deontology', in Deontology: Together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism (CW), ed. A. Goldworth. Oxford: Clarendon Press, 1983b. Bentham, J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (CW), eds. J.H. Burns and H.L.A. Hart. London: Athlone Press, 1970.

ينظر كذلك: د. توفيق الطويل، *مذهب المنفعة العامة في فلسفة الأخلاق*، المصدر السابق، ص١١٢ – ١١٦.

داخلي معنوي باطني يتمثل في الاستشعار بالضيق وتأنيب الضمير عندما لا يستجيب الانسان إلى نداء الواجب، الشعور بالرضا والارتياح عندما يلبي نداء الواجب[١].

إذن الجزاءات إما خارجية مادية أو باطنية معنوية، فالأول معروف بينا ولا يحتاج إلى تبيانه، أما الجزاءات الداخلية فتتمثل بالواجب، ومهما يكن من أمر فمبدأ الواجب هو وحده وبذاته، وهو عبارة عن إحساس في داخل النفوس وألم حدته متوافتة يشعر به عند انتهاك الواجب ويطفو عند الذين يمتنعون عن مخالقة الواجب، وأن هذا الأحساس هو جوهر الضمير النقي والنزيه، ويأتي ذلك من خلال الشعور بالواجب كما في الظروف الاستثنائية، كما في الحفاظ على أموال الناس عند تعرضهم لقوة قاهرة كالفيضانات والحريق والحروب؛ لأن الواجب يحدد لنا الفعل الصائب والصحيح من الخاطئ، ويتأتى ذلك من خلال تقدير الذوات ومن خلال تقدير الآخرين لنا، وبالإمكان أن نسند ذلك إلى الإلزام الخلقي الذي يتمثل في قانون خفي ومفترض بداخل كل فرد، أو هو تلك النزعة الداخلية فينا التي تثيرها، كما أن قدرته الإلزامية تتجسد في كتلة من الاحساس، ومخالفة هذا المبدأ تحتاج إلى قوة وإرادة لتخطيه أو كسره كلياً أو إجمالياً ومن خلال حصول ذلك يكون الجزاء على شكل تأنيب الضمير، وبذلك فأن الجزاء الأقصى لكل أخلاق باستثناء الدوافع الخارجية هو احساس معنوي ذاتي مستقر في جوف الانسان[٢].

وجدير بالذكر أن الإشكالية في الجزاءات الداخلية تكمن في أن هذا الجزاء لا يمارس فيه أي ضغط على من لا يمتلك الأحاسيس، ولا ريب في أن هؤلاء لا يخضعون إلى أي مبدأ أو مبدأ النفعية، لأن تلك المبادئ أخلاقية ولا يكون لها أي تأثير منهم بدون الجزاء الخارجي، مثلاً عندما يتحول الالتزام المدني إلى التزام طبيعي فأنه يفقد قوته وإلزاميته، لأن عنصر المسؤولية يسقط بالتقادم، ولا خيار أمام الدائنين إلا اللجوء إلى ضمير المدين ووجدانه، فهنا يبرز دور مبدأ النفعية إذا كان المدين يؤمن أو في داخله هذا المبدأ وهو بالأخير مبدأ اخلاقي، ويقدر مصلحة الدائنين ومصلحته، فلا شك في أنه يؤدي التزامه ويوفي بالدين الذي عليه للدائن بناءً على الاعتقاد بأن عليه الالتزام بأداء بناءً على واجب بواعز اخلاقي رغم عدم وجود الزام عليه، ويبدو لنا أن الجزاءات الداخلية لا تغني عن الجزاءات الخارجية، مما يدل ذلك على ضرورة القانون ووجوده وضرورة القاعدة القانونية بعنصريه الحكم والفرضية.

(1) Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,1781, Available on the website: chrome /https://www.earlymoderntexts.com, Date of visit: 25/6/ 2023.

لاحظ كذلك: جون ستيوارت ميل، *النفعية*، ترجمة: سعاد شاهرلي حرار، المصدر السابق، ص٦٥ وما بعدها.

(2)David Brink, Mill's Moral and Political Philosophy, First published Tue Oct 9, 2007; substantive revision Mon Aug 22, 2022, research freely available at: https://plato.stanford.edu/entries/mill-moral-political, date of visit: 4/7/2023.

أما الجزاء في القانون أو في التشريع عموماً، فيكون خيراً إذا شمل الثواب[١] والعقاب، متمثلاً بالجزاء المادي، فمثلاً إذا كان التشريع أو القانون يحدد عقاباً على كل شخص لا يمد يد المساعدة لشخص تعرض لحادث دهس أو غرق، في نفس الوقت يجب أن يضعا ثواب للشخص الذي يمد المساعدة لهؤلاء، لأن الهدف من العقاب هو معاقبة الفاعل وردع غيره، أما وجود الثواب فبالنتيجة يؤدي إلى ابراز جانب الخير في الانسان والتشجيع على التعاون بينهم والامتثال للقانون طوعاً، والثواب قد يكون مادية أو معنوية كنشر صورته وتوجيه شكر وتقدير إليه في وسائل الإعلام، وينعكس ذلك على تصرفات الأشخاص ويجعل من الفرد عنصر ايجابي ومفيد ومؤثر في المجتمع، كما ينعكس ذلك على القانون ويجعله مقبولاً إجتماعياً ويرسخ العنصر الأخلاقي ويكون هدفه خيراً[٢]، وهنا يلتقي مذهب المنفعة بالقانون والتشريع.

فالجزاء المادي في نطاق القانون الخاص معروف وواضح يتمثل في التعويض[٣] بأنواعه عن كل فعل ضار يصدر من محدثه؛ أما صور الثواب فهي متنوعة ومختلفة، ويأتي على أشكال، فقد يكون على شكل مكنة أو رخصة يمنحها المشرع للقاضي أو لأطراف العلاقة القانونية على سبيل المثال (المقاصة وفي حوالتي الدين والحق والوفاء بمقابل والإعفاء من المسؤولية العقدية وتدخل القاضي في الظروف الطارئة ومنح نظرة الميسرة وهكذا)، ففي حالة تدخل القاضي في الظروف الطارئة حيث أثاب المشرع طرفي العلاقة بألا يتضررا في حالة وقوع ظرف طارئ، وأجاز له التدخل في حياة العقد ويرفع الإرهاق عن المدين إلى حد معقول وهذا نص عليه المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي بأنه (١- اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي ٢- على أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)؛ وفي الفسخ أيضا أثاب المشرع عن طريق إعطاء سلطة تقديرية للقاضي بأن لا يأخذ بطلب الدائن بفسخ العقد رغم توافر شروطه، إذا رأى القاضي أن النسبة المتبقية من تنفيذ التزام المدين قليلة مقارنة بما قام

(١) "يقصد بالثواب عموماً، نوع من التقويم الايجابي للسلوك الانساني، ونشر الشعور بالرضا والثقة بالذات، ويبعث الرغبة في نفس الانسان لتكرار تصرفاته الايجابية، ويقبل ويرفع من مكانته الاجتماعية، لأن اسلوب الثواب اقوى أثراً من العقاب، فحين يشعر الشخص بأنه موعود بثواب أو جائزة أو تكريم على عمل قام به سيجعله يجتهد ويكافح في عمله رغبة في الحصول على الثواب جراء التزامه الاخلاقي". نقلاً عن بحثنا المشترك: د. محمد سليمان الأحمد ود. تحسين حمد سمايل، "الالتزام بما هو لازم "كفكرة لتجسيد عنصر الاخلاق في القانون"، *بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون بجامعة بغداد*، العدد الثاني، المجلد ٣٧، (٢٠٢٢): ص٢٥.

(٢) بهار محمود فتاح، *قيمة الخير في الفلسفة التشريعية، القانون المدني الياباني أنموذجاً*، (لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ط١، ٢٠١٦)، ص ١٧٤-١٧٦.

(٣) لاحظ بخصوص احكام التعويض المواد: (٢٠٢ - ٢١٠)، من القانون المدني العراقي النافذ.

به من باقي التزامه، لذلك يجوز للقاضي منح النظرة الميسرة للمدين لحين إتمام التزامه وعدم فسخ العقد إذا لم يكن في ذلك ضرر للدائن، بما فيه من منفعة لكلا طرفي العلاقة العقدية، تطبيقاً لنص المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي من أنه (١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته)

II. المبحث الثاني

البعد العملي لمبدأ النفعية في النصوص المدنية

نحاول في هذا المبحث تجسيد مبدأ المنفعة في نصوص القانون المدني العراقي، وهناك ابعاد عملية كثيرة لتطبيق مبدأ المنفعة منها في إطار نظرية العقود والحقوق العينية وكذلك في إطار الأحكام المشتركة للأعمال غير المشروعة وفي نظرية الإعذار وفي إطار المادتين (٢١٣ و٢١٤) من القانون المدني وهكذا، ولأجل هذه الدراسة نحاول توظيف المبدأ في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة، وكذلك توظيفه في حالة تصرف الفضولي كما سيأتي.

II.أ. المطلب الأول

توظيف المبدأ في نزع الملكية للمنفعة العامة

لاريب فيه أن مجرد الرغبة الشخصية لا تكفي لانتزاع ملكية العقارات الخاصة، بل يشترط أن يكون هذا النزع لتحقيق مصلحة عامة ومن أجل النفع العام، بعكسه يعتبر اعتداء على حق الملكية، كما يعتبر إجراءات نزع الملكية حالة استثنائية من كون حق الملكية حق مقرر يحميه الدستور[1]، عليه ولأجل هذه الدراسة نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول نزع الملكية كنتيجة مترتبة للصالح العام، أما الفرع الثاني فنخصص الكلام فيه لتحسن العقار كنتيجة مترتبة للنفع الخاص كما سيأتي.

(١) تنص المادة (٢٣)، من الدستور العراقي الاتحادي لسنة ٢٠٠٥، على أنه (اولاً : الملكية الخاصةُ مصونة ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون. ثانياً: لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون. ثالثاً: أ- للعراقي الحق في التملك في أي مكانٍ في العراق، ولا يجوز لغيره تملك غير المنقول الا ما استثني بقانون. ب- يحظر التملك لأغراض التغيير السكاني.). كما نصت المادة (١٠٥٠)، من القانون المدني العراقي على أنه (لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه، إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً.)

II.أ.١. الفرع الأول

نزع الملكية كنتيجة مترتبة للصالح العام

يقصد بنزع الملكية للمنفعة العامة بأنها (امتياز من امتيازيات السلطة العامة تجبر بواسطتها الدولة، أياً كان على التنازل لها عن ملكية عقارية، بهدف تحقيق منفعة عامة مقابل تعويض عادل)[١]، كما يعرف بأنه (عملية ادارية تجبر بواسطتها الدولة شخص معين على أن يتنازل لها عن ملكية عقارية بهدف تحقيق المصلحة العامة مقابل تعويض عادل ومسبق) [٢]، كما عرفه جانب من الفقه بأنه (حرمان مالك العقار من ملكه جبراً للمنفعة العامة نظير تعويضه عما لحقه من ضرر) [٣]، يلاحظ أن كل التعريفات يؤكد على أن هناك مصلحة عامة تقتضي نزع ملكية عقارية من مالك تحقيقاً للمنفعة العامة.

ورغم أن المكلية الفردية أو الخاصة تتسم بطابع ووظيفة اجتماعية غايتها اغناء وتنمية الثروة الوطنية، إلا أن الأهمية العملية في نزع الملكية الخاصة تقتضي أن الملكية حق تقتضيها الفطرة الانسانية السليمة وتسعى دائماً على الابقاء عليها، إلا أن هذا الحق يمكن المساس به وليس مطلقاً، بل أن التحول الاجتماعي يسلتزم تقييد حق الملكية بحثاً عما يحققه مصلحة الجماعة لو كان على حساب مصالح خاصة بالأفراد، ومن هنا اقتضت ضرورة وجود قانون ينظم ذلك، ورسم هدفه من وراء استملاك أو نزع الملكية من خلال المادة (١) من قانون الاستملاك العراقي المرقم (١٢) لسنة ١٩٨١ بقولها (يهدف هذا القانون الى : أولاً – تنظيم استملاك العقار والحقوق العينية الأصلية المتعلقة به من قبل دوائر الدولة والقطاعين الاشتراكي والمختلط، تحقيقا لأغراضها وتنفيذاً لخططها ومشاريعه. ثانياً – وضع قواعد واسس موحدة للتعويض العادل عن العقارات المستملكة، تضمن حقوق اصحابها دون الاخلال بالمصلحة العامة. ثالثاً – تبسيط اجراءات الاستملاك، بما يؤمن سلامة وسرعة انجازه)، يلاحظ أن هذه المادة يبين لنا الغرض من وراء استملاك العقارات، وهي لأجل المنفعة العامة وتقديم خدمات إلى عامة الناس ولا يتأتى ذلك إلا بتعاون ومشاركة اصحاب الأملاك الخاصة العقارية، وقد تكون نزع الملكية أو الاستملاك رضائياً[٤]، وقد تكون قضائياً[٥] في حالة عدم الاتفاق على مبلغ التعويض أو عدم موافقة مالك العقار على استملاك عقاره.

عليه فأن الغاية من نزع الملكية الخاصة العقارية هي ليست إلا تحقيق المنفعة العامة، والاساس القانوني لهذا الإجراء يرجع إلى تنفيذ مشاريع في اطار مفهوم المنفعة العامة، رغم

---

(1) André de L'Aubiadaire ,Traite de droit administratif ,L.G.D.J ,7 Edition ,France,1980, p235..

(2)Philipe Godfrin, Droit administratif des biens, Masson, 3Editio, France, 1987, p235.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، *مبادئ القانون الاداري*، (القاهرة: دار الفكر العربي، ٢٠٠٧)، ص٩١٢.

(٤) حول أحكام استملاك العقارات راضائياً لاحظ المواد (٤ - ٨)، من قانون الاستملاك العراقي النافذ.

(٥) حول أحكام استملاك العقارات قضائياً لاحظ المواد (٩ - ٢١)، من قانون الاستملاك العراقي النافذ. وهناك نوع آخر من الاستملاك تسمى بالاستملاك الاداري والتي يتم بين دوائر الدولة والوزارت، لاحظ المواد (٢٢ – ٢٥)، من قانون الاستملاك العراقي النافذ.

عدم تحديد مفهوم المنفعة العامة بدقة إلا أن لها تفسيراتها المختلفة حسب توجهات الجهة النازعة للملكية المتمثلة بالدولة وهي الراعية للمصلحة العامة، ومن أهم وظائفها هي ادارة المرافق العامة وانتظام سيرها، ولها الحق في اتخاذ الاجراءات أزاء أموال الأفراد الخاصة بما يكفل تحقيق المنفعة العامة، وهذا ما أكد عليه المادة (١٠٥٠) من القانون المدني العراقي بنصه على أنه (لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً)، ويلاحظ على هذه المادة أنه لم يبين الغرض من حرمان أحد من ملكه، كما أن ورود كلمة التعويض يبدو لنا لا يناسب موضوع نزع الملكية، لأن التعويض يوجد عندما يكون هناك ضرر ناجم عن فعل في الأغلب يكون غير مشروع، لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل هذه المادة وجعلها كالآتي: (لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها تحقيقاً للمنفعة العامة، ويكون ذلك بدفع مقابل عادل يدفع إليه مقدماً)؛ كما نقترح على المشرع العراقي إلى تبديل كلمة التعويض في مواد قانون الاستملاك النافذ بعبارة مقابل نقدي أو عيني، لأن في الأغلب لا يكون هناك ضرر يلحق بمالك العقار المنتزع منه الملكية.

وبطبيعة الحال فأن الغاية من نزع الملكية ينسجم ويتوافق مع غاية مذهب النفعية، طالما بالنتيجة يؤدي إلى تحقيق المنفعة العامة، وهذا ما يبغيه مذهب المنفعة إذ يفيد أنَّ كل فعل بالنتيجة يؤدي إلى تحقيق الخير والمنفعة لأكبر عدد من الناس يكون فعلاً صالحاً ومرغوباً، ولو كان على حساب المصلحة الخاصة.

II.أ.٢. الفرع الثاني
تحسن العقار كنتيجة مترتبة للنفع الخاص

تنص المادة (٣٧) من قانون الاستملاك العراقي بأنه (يستملك بدون بدل ما لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار إذا ثبت لهيئة التقدير تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الاستملاك، ويقتصر التعويض في هذه الحالة على ما تشمل عليه المساحة المستملكة من منشآت ومغروسات)، يتبين لنا من هذه المادة أن تحسن العقار يعد أثراً من آثار استملاك العقارات الخاصة للمنفعة العامة، ويقصد بذلك أنه عندما يقوم الجهة المخولة بالاستملاك وهي الدولة والقطاع الاشتراكي والتي جاءت على سبيل الحصر[١] جزء من

(١) نصت المادة (٤)، من قانون الاستملاك العراقي النافذ على أنه (لدوائر الدولة والقطاع الاشتراكي التي يحق لها تملك العقار قانوناً أن تتفق مع مالك العقار أو الحق العيني المتعلق به على استملاكه رضاءً عيناً أو نقداً بالبدل الذي تقدره هيئة التقدير المشكلة بموجب هذا القانون، وإذا كان العقار شائعاً فيلزم موافقة جميع الشركاء فيه على ذلك)، ويلاحظ أن تفسير دوائر الدولة واضح حيث يقصد به الدوائر الدولة المرتبطة بالوزارات وغير المرتبطة بها، والتي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الاداري والمادي، أما مصطلح القطاع العام فيقصد به حسب تفسير مجلس شورى الدولة العراقي هو (الشركات والهيئات العامة التي تمتلكها الدولة والتي تمارس نشاطاً اقتصادياً وتتعامل على أسس اقتصادية كالدوائر والمؤسسات والمنشآت والشركات العامة الزراعية والصناعية والتجارية والمؤسسات والمنشآت العامة التي تقدم خدمات النقل والاسكان والمواصلات وكذلك يضم القطاع الاشتراكي جميع النشاطات التي تتولى الدولة تمويلها وتدراتها والقطاع التعاوني). قرار مجلس شورى الدولة رقم (١٠)، لسنة ١٩٨١، في ١١/٣١/ ١٩٨١، منشور في فتوى مجلس شورى الدولة (١٩٨٠ – ١٩٨٤)، منشورات مركز البحوث القانونية (١٤)، بغداد ١٩٨٧، مطبعة وزارة العدل، ص١٣٧ – ١٣٨.

العقارات الخاصة، قد يؤدي في بعض الأحايين إلى تحسن موقع المساحة المتبقية منه، كظهوره مباشرة على الشوارع أو الساحات أو المنتزهات أو الجسور أو الطرق[١] وهكذا، ففي هذه الحالة يحق للجهة المخولة استملاك ربع العقار مجاناً، ويشترط في هذه الحالة أن يثبت لهيئة التقدير تحسن موقع العقار أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة من قيمته بسبب هذا الاستملاك استناداً إلى المادة (٣٧) من قانون الاستملاك العراقي النافذ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه، إلا يشكل استملاك الربع القانوني مجاناً من قبل الجهة المستملكة إثراءً على حساب المستملك منه؟

هنا يبرز مسألة المنفعة، فأن الجهة المستملكة ينفذ مشروعاً من أجل تحقيق أكبر منفعة لأكبر عدد من الأفراد، ومن جراء ذلك يستفاد أحد الأفراد منفعة خاصة بسبب تنفيذ مشروع يحقق مصلحة عامة، وبذلك فأن الدولة قدم خدمة للمستملك منه وهو تحسن عقاره ومنفعته وارتفاع من قيمة وسعر العقار، وتعد هذه الخدمة بمثابة المقابل أو التعويض العادل للمستملك منه، وما يؤيد كلامنا قرار لمحكمة الاتحادية العليا العراقية في معرض طلب محكمة الكرادة بكتابها المرقم (٢٩٨٨٢) في ١١/٢٨/ ٢٠٠٧ حول شرعية حكم المادتين (٣٧) و(٣٨) من قانون الاستملاك العراقي، وبأنها يتعارض مع حكم الفقرة (ثانياً) من المادة (٢٣) من الدستور العراقي التي نصت على عدم جواز نزع الملكية إلا للأغراض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل، وأن نص هذه المادة جاءت بصورة مطلقة، وقد جاء في القرار: (بأن حكم المادتين (٣٧ و٣٨) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ لا يتعارض مع حكم المادة (٢٣/ ثانياً) من

(١) تنص المادة (٤١)، من قانون الاستملاك العراقي أنه (إذا طرأت على العقار الواقع ضمن حدود أمانة العاصمة أو البلديات زيادة في قيمته أو بسبب تحسن موقعه كظهوره مباشرة على الشوارع أو الساحات أو المنتزهات أو الجسور أو الطرق، أو عند توسع جبهته أو توسع الشارع أو الساحة أو المنتزه الذي يقع عليه العقار دون أن يستملك جزء منه، فيلزم مالكه بدفع رسم إلى أمانة العاصمة أو البلدية المختصة يعادل ربع الفرق بين قيمة المساحة العمومية للأرض دون الأبنية والمغروسات قبل البدء بالمشروع وقيمتها بعد تنفيذه).

ونحن نتفق مع جانب من الباحثين، مع بعض إجراء التعديلات من قبلنا، بأن هذه المادة اعتمدت لفرض رسوم التحسين على زيادة في القيمة فقط، دون أن تأخذ بعين الاعتبار للمنفعتين المادية والمعنوية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن مصطلح الرسم الوارد في هذه المادة يكون عادة مقابل خدمة، وأن ما يقوم به الإدارة من مشاريع يحصل من جراءها الغير على منفعة اقتصادية، وليس على خدمة، لذا من الأحسن أن تستبدل ببدل المنفعة، واضافة مصطلح (المنفعة) إلى المادة ، كما أن هذه المادة حصر العقارات فقط بالعقارات الداخلة في حدود البلدية، فمن الأجدر أن تشمل جميع العقارات الداخلة والخارجة في حدود البلدية، عليه تناغماً مع ما اقترحه السيد الباحث أدناه فأن المادة (٤١)، بحاجة إلى تعديل ونقترح أن يكون التعديل كالآتي (إذا طرأت على العقارات بصورة عامة زيادة في قيمته أومنفعته، بسبب تحسن موقعها دون الاستملاك الجزئي، كظهوره مباشرة على الشوارع أو الساحات أو المنتزهات أو الجسور أو الطرق، أو عند توسع جبهته أو توسع الشارع أو الساحة أو المنتزه الذي يقع عليه العقار، يلزم المستملك منه المستفيد بدفع بدل المنفعة إلى الجهة المستملكة يعادل ربع الفرق بين المساحة العمومية للأرض دون الأبنية والمغروسات قبل البدء بالمشروع وقيمتها بعد تنفيذه، عدا العقارات الزراعية). لاحظ: د. صفاء شكور عباس، بدل تحسن العقار، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة، تصدر عن مركز دراسات البصرة والخليج العربي، جامعة البصرة، العدد (٣٨)، كانون الأول، السنة الخامسة عشرة، ٢٠٢٠، ص٣٥٩.

دستور جمهورية العراق، وتشكلان تطبيقاً سليماً له؛ ذلك أن التعويض العادل الذي قصده النص الدستوري قد تحقق في تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي من العقار وزيادة لقيمته بسبب الاستملاك، وكذلك الحال عند دفع المستملك منه ما يكمل قيمة ربع المساحة العمومية للعقار؛ لأن ذلك يمثل الزيادة التي حصلت في قيمة أو منفعة الجزء غير المستملك وهذه الزيادة في القيمة أو في المنفعة هي التعويض العادل للمستملك منه الذي قصده النص الدستوري المشار إليه، وإلا نكون أمام حالة إثراء غير مشروع بجانب المستملك على حساب الجهة المستملكة)[١].

وجدير بالذكر هناك جملة من الشروط لاستحقاق بدل تحسن العقار، منها ومن البديهي أن يكون الاستملاك جزئياً[٢]، ويؤدي إلى زيادة قيمة العقار المستملك مادياً وبخلافه لا يستحق المستملك التعويض، أو إذا تسبب الاستملاك الجزئي إلى الحاق ضرر بالجزء المتبقي من العقار المستملك[٣]، كما يستوجب إلا يتجاوز الاستملاك بدون البدل نسبة الربع من المساحة الكلية للعقار المستملك دون المغروسات والمنشآت المبنية[٤]، وأخيراً يجب أن يدفع المستملك منه قيمة ما يكمل الربع المستملك إذا تم استملاك مساحة أقل من ربع المساحة الكلية للعقار المستملك[٥].

أما بصدد الأساس القانوني لأخذ الربع القانوني بدون بدل فاختلف فيه الفقهاء، فهناك من أرجح الكسبب دون سبب كأساس لفرض الرسوم من قبل الحكومة على العقارات التي تحسن موقعها وارتفع سعرها في الحالات التي تضمنتها المادة (٤١) من قانون الاستملاك العراقي النافذ، باعتبار ناجم عن فعل نافع قام به الدولة ومؤسساتها نجم عنه حصول زيادة في قيمة العقارات المستملكة مما أدى إلى اغتناء ذمة أصحاب العقارات المستملكة، وبذلك يكون هناك إثراء دون سبب، ويكون المستملك منه المستفيد الأكبر[٦].

يبدو لنا أن هذا الأساس لا ينسجم مع ما يذهب إليه مذهب المنفعة، لأن هذا المذهب كما بينا سابقاً يعطي الشرعية لأي فعل يؤدي إلى تحقيق النفع العام، وبذلك وبموجب هذا الأساس

---

(١) قرار رقم ٢٥، اتحادية / ٢٠٠٧ الصادر بتاريخ ١/٨/ ٢٠٠٨، متوفر على الموقع الإلكتروني الخاص بالمحكمة الاتحادية العليا العراقي: https://www.iraqidevelopers.com/iraqfsc/ar/node/135، تاريخ الزيارة: ١٠/٧/ ٢٠٢٣.

(٢) المادة (٣٧)، من قانون الاستملاك العراقي النافذ.

(٣) قرار محكمة التمييز العراقية برقم ٦٦٩، مدنية ثانية عقار/ ١٩٧٢ الصادر بتاريخ ٢٢/ ٦/ ١٩٧٢، منشور في النشرة القضائية، العدد ٢، السنة الثالثة، نيسان ١٩٧٤، ص ٢٥٦.

(٤) المادة (٣٧)، من قانون الاستملاك العراقي النافذ.
ولمزيد من التفاصيل حول شروط تحسن العقار يراجع: مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك رقم (١٢)، لسنة ١٩٨١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨١، ص١٥٢.

(٥) المادة (٣٨)، من قانون الاستملاك العراقي التي تنص على أنه (إذا كانت المساحة المستملكة بدون بدل تقل عن ربع المساحة العمومية للعقار، وثبت لهيئة التقدير أن الاستملاك يؤدي إلى تحسن موقع أم منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته، فيلزم المستملك منه بدفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية للأرض قبل الاستملاك).

(٦) د. عبدالمجيد الحكيم، *الموجز في شرح القانون المدني العراقي – مصادر الالتزام*، (بغداد: المكتبة القانونية، الطبعة الأولى، ١٩٧٧)، ص٦٢٤.

أن المستملك منه هو المستفيد من استملاك عقاره وتحسنه هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى فأن لنظرية الكسب دون سبب أركان يستوجب توافرها جميعاً، وهي إثراء من جانب المدين وافتقار من جانب الدائن والعلاقة بين الاثراء والافتقار، ويبدو لنا أن ركن الافتقار لاوجود له، لأن الحكومة وهي الدائنة لم يفتقر ذمتها وبالتالي لا ينشأ أي ارتباط بين الإثراء والافتقار، وبذلك لا يعد الإثراء دون سبب اساساً سليماً.

وهناك من الفقه[١] يرى بأن القرار الإداري قد يكون مصدر من مصادر الالتزام، خصوصاً في المجتمعات التي تسيطر الدولة على معظم المرافق وتقوم بدور منشئ للحقوق الشخصية والعينية على السواء، وبذلك على حد قول هذا الفقيه قد يكون القرار الإداري مصدراً لتحسن العقار وأخذ الربع القانوني مجاناً.

يبدو لنا أن هذا الرأي فيه ايجابية من ناحية أن الإدارة تسعى دائماً إلى تحقيق المصلحة العامة، ويتفق مع مبدأ مذهب النفعية، إلا أن ما يعاب على هذا الرأي كما ذهب اليه جانب من الفقه[٢]، ونحن نؤيده، بأنه لا يمكن أن يتخذ أية قرارات أو إجراءات غير تلك التي حددها وأذن بها القانون؛ ولهذا فأن الأساس والمصدر الأنسب لبدل تحسن العقار هو القانون، فهو المصدر المباشر لأخذ الربع القانوني أو الزام المستملك منه بدفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية إذا كانت المساحة المستملكة بدون بدل تقل عن ربع المساحة العمومية للعقار وثبت تحسن موقعه بسبب الاستملاك[٣]، لأن القرار الإداري لا يكون صحيحاً إلا إذا صدر عن الجهة المختصة بإصداره وفقاً للقانون وبالشكل الذي صوره القانون، واستهدف المصلحة العامة، والمقصود بالمصلحة العامة هنا، هو تحقيق الخير العام للجماعة، ولا يتحقق ذلك إلا بالقانون، لأن تحقيق الخير العامة ومصلحة الجماعة من هدف كل نظام قانوني، ومن هنا يلتقي مذهب النفعية بالقانون، وبذلك فأن القانون هو الاساس والمصدر الأنسب لبدل لتحسن العقار، لا سيما أن معظم القوانين المدنية الحديثة نصت على مصدرية القانون للالتزام، منها القانون المدني العراقي النافذ من خلال نص المادة (٢٤٥) منه بأن (الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها)، وما يقصده هنا القانون بمعناه الخاص وهو مجموعة من القواعد الملزمة تختص بوضعها السلطة التشريعية، تنظم العلاقة بين الأشخاص في المجتمع لتنظيم أمر ما[٤]، وبذلك نتفق مع جانب من الباحثين[٥]، بأن القانون هو

---

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، *مصادر الالتزام،العقد، الارادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب القانون – مصدران جديدان للإلتزام، الحكم – القرار الإداري*، (الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩)، ص٥٢٤.

(2) Carré de Malberg, Contribution à la théorie de l' Etat, 1920, t. 1, 706.

نقلاً عن: د.سمير عبدالسيد تناغو، *مصادر الالتزام*، المصدر السابق، ص٥٣١.

(٣) المادة (٣٨)، من قانون الاستملاك العراقي النافذ.

(٤) عبدالباقي البكري وزهير البشير، *المدخل لدراسة القانون*، (بغداد: المكتبة القانونية، ١٩٨٩)، ص٢١. يحيى قاسم علي، *المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق*، (القاهرة: كوميت للتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٧)، ص١٠.

(٥) د. صفاء شكور عباس، المصدر السابق، ص٣٦٤.

هو المصدر -التشريع- هو الأساس والمصدر الصحيح والأنسب للاستقطاع الربع المجاني وفرض الرسوم.

II.ب. المطلب الثاني

توظيف المبدأ في أحكام تصرف الفضولي

الفضالة هي تولي الفضولي القيام بأعمال وتصرفات عن غيره عن عمد دون أن يطلب منه أو ملزماً بذلك، وقد يكون هذا التصرف لصالح نفسه أو لصالح غيره، وهو تصرف صحيح غير نافذ، وقد يكون للمشرع من صحة تصرف الفضولي غايات، قد تكون غايته لنفع الصالح الخاص، أو قد تكون غايته لنفع الصالح العام، وهذا ما سنبينه من خلال الفرعيين الآتين.

II.ب.١. الفرع الأول

غاية المشرع تحقيق الصالح الخاص في تصرف الفضولي

تناول المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي تصرفات الفضولي بأنه: (١- من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك. ٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً، ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر. ٣- وإذا لم يجيز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف، وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فإن هلك في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه علماً أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه. ٤- وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتهما أيهما شاء، فإذا أختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر).

رسم المشرع في هذه المادة بفقراتها الأربعة وقائع أو أفعالاً مادية متصلة ومتتابعة، يظهر ذلك من خلال تصور وجودها فعلاً، فكل فقرة من المادة تحمل في طياتها تصوراً محتملاً قد يؤتيه الفضولي أولاً، وهو ينتظر رد فعل من المالك وسلوكه حيال تصرفه، فالفضولي هو محور النص في فقراتها، ولكن ليس لوحده، فهناك شخص مهم ومحوري آخر إلى جانب الفضولي وهو المالك له تأثير على سريان النص وتطبيقه، بل هو يمثل دور الرئيسي في إطار النص، من جانب آخر لا يمكن إنكار وجود شخص ثالث، ذكره المشرع بالمتعاقد الآخر، هو يرتبط مباشرة بالأصيل، ويكون دائناً ومديناً بكل ما ينشأ له من هذا التصرف من حقوق وما يترتب عليه من التزامات، فبهذه الصورة شكل لنا المشرع ورسم زواية النص من حيث الأشخاص، إذ أن مداكاتهم في التصرف أو الإجازة أو النقض أو هلاك البدل وتضمينه خلقت صراع مجادلة ومجاذبة بين الأطراف الثلاثة، بغية الوصول للبعد الغرضي من النص الذي أجمع في طياته قواعد وأحكام تصرف الفضولي[١].

(١) فوزي كاظم المياحي، *القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءً*، الجزء الثالث، نظرية العقد، القسم الثاني، (بغداد: مطبعة السيماء، الطبعة الأولى، ٢٠١٩)، ص٣١. موفق حميد البياتي، *شرح على المتون، الموجز المبسط في شرح القانون المدني، القسم الأول، مصادر الالتزام المواد (١٧٣ – ٢٤٥)*، (بيروت: منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٧)، ص١٤٨.

ويلاحظ على النص المذكور أعلاه أنه لم يميز فيما إذا كان المتصرف الفضولي يعمل لصالح نفسه أو لصالح غيره، كما فعل المشرع المدني المصري[١]، وبذلك نكون أمام فرضيتين، الأولى، أن يكون متداخلاً في تصرفه لمصلحة نفسه فحسب، فهنا لا يعد فضولياً ولو نتج عن تصرفه نفع لغيره، كالمستأجر الذي يقوم بالترميمات والاصلاحات في المأجور، مستهدفاً بذلك تحقيق نفع ومصلحة لنفسه، وبالنتيجة تحقيق مصلحة ومنفعة للمؤجر بالتبعية، وفي النهاية تتمخض النفع للمؤجر، ولا يكون أمام المستأجر المتصرف إلا الرجوع على المؤجر بدعوى شخصية وهي دعوى الكسب دون سبب[٢]؛ أما الفرضية الثانية، فقد تتمخض تدخله أو تصرفه لمنفعة ومصلحة نفسه وغيره في آن واحد، لوجود ارتباط وعلاقة بين الشأنين، بشكل لا يمكن القيام بأحدهما دون الآخر، وبذلك يكون فضولياً من يقوم بذلك، كما في إدارة المال الشائع من قبل الشريك المشتاع، فهو فضولي لما قام به لمصلحة باقي الشركاء، كما كان يقصد من وراء هذا التدخل مصلحة نفسه أيضاً[٣]، وبذلك فأن ما قام به الفضولي يحقق مصلحة وخير لنفسه، ولصالح مجموعة من أشخاص (شركاء) آخرين، فيتحقق بذلك منفعة جماعية إلى جانب مصلحة شخصية، وبذلك يتحقق غاية المذهب النفعي من أن كل فعل أدى إلى تحقيق مصلحة أو منفعة لمجموعة من الأشخاص فأنه يعد فعلاً جيداً ومرغوباً وصحيحاً، ولهذا السبب عد المشرع تصرف الفضولي تصرفاً صحيحاً.

لذلك نرى ضرورة وجود نص في القانون المدني العراقي كما هو موجود في القانون المدني المصري يميز بين التصرف الذي يقوم به الفضولي لمصلحة نفسه أو لمصلحة غيره، منعاً للالتباس والخلط، ونقترح أن يكون النص كالآتي: (يكون التصرف فضولياً، إذا حقق الفضولي في أثناء القيام بأمر لنفسه مصلحة لغيره، شريطة وجود ارتباط لا يمكن تحقق احدهما منفصلاً عن الآخر).

أما بخصوص المالك فإن مصلحته تتحقق من تنظيم احكام تصرفات الفضولي من قبل المشرع عندما ترك له الخيار في إجازته أو نقضه حسبما جاءت في المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي بأنه :(١- إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة. ٢- ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر

---

(١) تنص المادة (١٨٩)، من القانون المدني المصري النافذ رقم (١٣١)، لسنة ١٩٤٨، بأنه (تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي. في اثناء توليه شأناً لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر).

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، البند ٨٦٨)، ص١٠٤١ – ١٠٤٣. نقض مدني في ١٦، نوفمبر من عام ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ٢٩٢، ص ١٠٧٣.

(٣) نقض مدني في ١٨، إبريل من عام ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ١٦٦، ص٩٧. د. عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، البند ٨٦٩، ص ١٠٤٢.

العقد نافذاً ٣- ويبدأ سريان المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد، وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التغرير، وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد)، ويبدو لنا أن الحكمة في ذلك أنه في بعض الأحوال قد يكون تصرف الفضولي لمصلحة المالك، وبذلك فأن القاعدة القانونية أعلاه هي قاعدة نفعية، فعلى سبيل المثال، نفترض أن شخصاً فضولياً باع عقاراً يرجع ملكيته إلى شخص آخر، وبعد علم مالك العار بهذا التصرف رأى أن الفضولي قد باع العقار بسعر جيد تصب في مصلحته، فهنا قد يجيز المالك هذا التصرف، وبالتالي يتحول العقد من عقد صحيح موقوف غير نافذ، إلى عقد صحيح نافذ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرار لها بأن (وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون، ذلك لأن المدعى عليه ليس مالكاً للعقار، وأن تصرفه بالبيع للمدعي كان تصرفاً من فضولي أجازه المالك الأصلي، فتكون إقامة الدعوى للمطالبة بالتعويض عن قيمة المساحة التي لم تسجل بإسم المشتري مقامة على شخص غير ذي صفة وواجبة للرد..) [١].

ولكن لماذا لا نعتبر المالك الذي يعد من الغير بالنسبة للعقد الذي أبرمه الفضولي طرفاً في العقد حسب المفهوم الحديث للطرف في العقد؟

يقصد بمفهوم الجديد للطرف في العقد، بأن كل شخص يتمتع بمركز قانوني مماثل لأطراف العقد أو الذين يحلون محلهم، بشرط أن يكون له ذات الصلاحيات التي يتمتع بها[٢]، ويلاحظ أن المالك له نفس صلاحية المتصرف الفضولي، بإمكانه أن يكون طرفاً ويبرم العقد، خصوصاً أن مسألة تحديد من هو طرف في العقد لايزال موضوعاً جدلياً وموضع خلاف بين الفقهاء، كما أن التعريف المعول عليه للطرف من الفقه العراقي[٣]، هو أنه كل من ينصرف إليه أثر العقد[٤]، وبذلك فأن الشخص قد ينال نصيبه من أثر العقد دون أن يكون طرفاً في العقد كالمالك الأصلي في التصرفات الفضولية هذا من ناحية، من ناحية أخرى أنه ما دام أثر العقد يؤثر على مصلحة المالك وهو يعد من الغير حسب المفهوم التقليدي للطرف[٥]، فلا مشاحة من اعتبار المالك طرفاً في العقد الذي يبرمه الفضولي؛ خصوصاً أن الإجازة تعد توكيلاً للفضولي من وقت مباشرة العقد وبأثر رجعي، فما قبضه الفضولي هو مال الموكل وعلى الفضولي

(١) قرار رقم ١٦٨٣، مدنية عقار / ٢٠١٤، في ٢٢/ ٤/ ٢٠١٤، مشار إليه لدى فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص٥٥.

(٢) د. جليل حسن الساعدي ومحمد عبدالوهاب، "المفهوم الحديث للطرف في العقد"، *بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، عدد خاص بالتدريسين وطلبة الدراسات العليا*، مجلد (٣٢)، عدد (٥)، (٢٠١٧): ص٢.

(3)Martin de la moutte (J): L'acte juridique unilatérale: thèse Toulouse, 1951, p. 43.
نقلاً عن: د. صبري حمد خاطر، *الغير عن العقد، دارسة في النظرية العامة للالتزام*، الطبعة الأولى، (عمان الأردن: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١)، ص٢٩.

(٤) د. صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص٢٩.

(٥) لمعرفة مفهوم التقليدي للطرف يراجع: د. جليل حسن الساعدي ومحمد عبدالوهاب، المصدر السابق، ص٤ وما بعدها.

تسليمه، وللمالك المطالبة به[١]، لذا نقترح على المشرع العراقي بإضافة عبارة إلى المادة الفقرة (٢) من المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي لتصبح الفقرة كالآتي (٢- فإذا إجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر، ويعد المالك طرفاً في العقد الذي أبرمه الفضولي يحكم له وعليه).

II.ب.٢. الفرع الثاني

غاية المشرع تحقيق الصالح العام في تصرف الفضولي

بينا سابقاً أن غاية القانون واقعية نفعية، وأن سن أي تشريع أو قانون ينظم حياة الإنسان وسلوكه في إطار الجماعة يكون مبنياً على غاية يبغي المشرع من وضعه تحقيق تلك الغاية في المجتمع بهذا القانون الوضعي، وهذه الغاية تهدف إلى تحقيق العدل والأمن الاجتماعي والخير العام عن طريق إقرار النظام[٢]، وتتجسد غاية القانون خصوصاً استقرار المعاملات في أحكام نصوص القانون، والوسيلة القانونية لتحقيق ذلك تكمن في التوفيق بين المصالح المتعارضة كما في تصرف الفضولي، وذلك بتحقيق الأمن الفردي والأمن الاجتماعي وعلى المشرع في هذه الحالة تحقيق التوازن بين المصالح الخاصة والمصالح العامة[٣].

فالمصلحة الخاصة في تصرف الفضولي هي حماية مصلحة المالك كي لا تؤخذ ملكيته دون وجه حق، وبتحقيق هذه المصلحة الخاصة تتحقق المصلحة العامة للجماعة وهو تحقيق استقرار المعاملات والسكينة الاجتماعية[٤]، فدون ذلك تعوم الفوضى في المجتمع؛ لأن القانون وبحد ذاته ليس جزء من السلوك الإنساني وغاية الفرد، بل وجد لتحقيق غايات واغراض المجتمع من خلال تحقيق مصالح الأشخاص والمصلحة العامة، بمعنى أن غاية القانون الواقعية هي حماية مصالح الأشخاص الفردية وتأييدها في إطار المصلحة العامة[٥].

ويبدو لنا أن المشرع عندما ترك مصير العقد الفضولي بيد المالك إنما راعى بعض الأولويات، وهو بصدد تنظيم المصالح المتعارضة، فمنع الاعتداء على الملكية الخاصة سواء بالتصرفات القانونية أو بالتصرفات المادية، فهنا المشرع عندما اعتبر العقد الذي يبرمه الفضولي صحيحاً إنما راع أولوية المصلحة العامة في استقرار المعاملات المالية والسكينة الإجتماعية والأمن الجماعي، وعندما جعل هذا العقد الصحيح موقوفاً غير نافذاً، أنما راع مصلحة المالك الفردية في إلا يتعدى أي شخص أو يتجاوز على ملكه، وقام بحماية المصلحة

---

(١) الفقرة (٢)، من المادة (١٣٥)، من القانون المدني العراقي.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ود. أحمد حشمت ابو ستيت، اصول القانون، المصدر السابق ، ص ١٥ وما بعدها.

(٣) علي حميد كاظم الشكري، *غاية القانون كأساس فلسفي لإستقرار المعاملات المالية*، كتاب متوفر على الموقع الإلكتروني: https://almerja.com/reading.php?idm=151208، تاريخ الزيارة ٧/١٦/ ٢٠٢٣، ص ١٠١.

(4)Flour (J), Aubert (J.L), Savaux (E), les obligations, l'acte juridique, T (1), 10e Edi, Delta, 2002, n°120, P82..

(٥) هنري رياض دياس ، *فلسفة القانون – المذاهب الاقتصادية والواقعية والقانون الطبيعي*، (بيروت: دار الجيل للنشر، الطبعة الاولى، ١٩٨٦)، ص٧٩ - ٨٠.

الخاصة والأمن الفردي، ومن هنا تتبين لنا حقيقة أن كل مصلحة فردية تكون أقرب إلى المصلحة العامة جديرة بالحماية من قبل المشرع، في سبيل الحفاظ على علاقات أفراد المجتمع فيما بينهم.

أما بخصوص مسألة المنفعة العقدية، فهناك فكرة سلوكية تناولتها الفقه في إطار العلاقات في المعاملات المالية تقضي بأن كل تصرف جاد صادر من انسان سوي لايخلو من منفعة، لأن المنفعة غاية فطرية في الانسان يسعى إلى تحصيلها من وراء تصرفاته، سواء أكانت مادية أم معنوية، عامة أو خاصة[١]، ولايمكن الإنكار، أن فكرة المنفعة بصورة عامة ترجع إلى جذورها إلى فلسفة المذهب النفعي كما بينها سابقاً.

وجدير بالذكر أن الفيلسوف (بينثام Bentham)، قدم لنا المعنى الاقتصادي للمنفعة، من خلال الأثر من توجيه وتجسيد الغايات الإجتماعية لإيجاد وتحصيل ما هو أحسن وأكثر منفعة للأفراد[٢]، كالعقد، فأنه يملك قالباً نافعاً للعلاقات الاجتماعية والاقتصادية يلجأ إليه الاشخاص في إطار المشروعية، ولكن يجب أن نحط في ذهننا بأن القانون لا يكتفي بأن تكون التصرفات نافعة فقط، بل يستوجب أن تكون ذات صفة مشروعة، فهناك من التصرفات والتعاملات تجلب منفعة اقتصادية كبيرة ولكن لايحظى بحماية قانونية بل حرم القانون التعامل بها كالقمار والمخدرات، وبذلك فأن القانون لايجيز المنافع المخالفة وغير المشروعة[٣]، لذلك يقتضي الأمر أن تكون المنفعة العقدية متوافقة اقتصادياً، قانونياً، وربطها بالوسيلة والنتيجة، على سبيل المثال: إذا أبرم فضولي عقد ايجار مع مستاجر، فأن هذا العقد الذي أبرمه تعد وسيلة مشروعة، والنتيجة كذلك مشروعة وهي تحقيق منفعة للمستأجر في سكن الدار، وفي المقابل حصول المستأجر على منفعة بدل الايجار إذا أجاز المؤجر المالك الأصلي التصرف، وحتى في حالة نقض التصرف فبإمكان المؤجر المالك تضمين الفضولي أو الفضولي والمستأجر إذا كان سيء النية[٤]، وهذه هي الحكمة من وراء جعل تصرف الفضولي صحيحاً رغم ممارسة ولاية غيره، لأنه قد يتحقق المنفعة العقدية من وراء التصرف وبذلك يتحقق الملائمة بين هدف الشخص الساعي اليها.

---

(١) محمد بن عمر بن الحسين الرازي، *المحصول في علم أصول الفقه*، ج ٠٢ ، ق ٠٢ ، ط ٠٢ ، (المملكة العربية السعودية: مطبوعات محمد بن سعود .الإسلامية، ١٩٧٩)، ص ٢١٨. نقلاً عن: زمام جمعة، "العدالة العقدية في القانون الجزائري"، (أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الجزائر ١، الجزائر، ٢٠١٣ – ٢٠١٤)، ص٧٨.

(٢) د. مجيد حميد العنبكي، *أثر المصلحة في التشريعات، الكتاب الأول: في التشريع الاسلامي*، (عمان – الأردن: الدار العلمية الدولية، ٢٠٠٢)، ص ٢٢.

(٣) محمد سعيد رمضان البوطي، *ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية*، (بيروت: مؤسسة الرسالة، دون تاريخ).

23 . نقلاً عن: زمام جمعة، *العدالة العقدية في القانون الجزائري*، المصدر السابق، ص٨٠.

(٤) لاحظ المادتين (١٣٥) و(١٣٦)، من القانون المدني العراقي النافذ.

الخاتمة

أولاً: الاستنتاجات

١- يتضمن محتوى المذهب النفعي أنه من الواجب مراعاة مصالح كل الأفراد مع الأخذ بنظر الاعتبار مراعاة المساواة عند اتخاذ القرار، بشكل يتضمن مراعاة جميع المصالح الأخرى، بمعنى أن هذا المذهب يرى أن الاختيار الأكثر أخلاقية هو الذي بالنتيجة يؤدي إلى افضل توازن بين الفائدة والضرر لأغلب أصحاب المصلحة.

٢- إن المذهب النفعي شكل من أشكال العواقبية، ويقصد بالعواقبية أن أخلاق الفعل تحددها عواقب الفعل أي نتيجته، كما أنه يحدد لنا المرجعية القيمية للأفعال والأشياء من خلال النفع، والتي تقاس من خلال مفهومي السعادة والألم، وأن السعادة التي تمثل المقياس النفعي لما هو خير فيما يتعلق بالسلوك ليست متمثلة في السعادة الخاصة للفاعل، بل متعلقة بسعادة الجميع.

٣- تؤكد نفعية القاعدة على أن اتباع المبادئ الاخلاقية يعد وسيلة وطريقة أكثر فعالية لزيادة السعادة، وأن أي أجراء ما سواء كان إجراء قانونياً أو أي إجراء آخر وفقاً للقواعد التي يستند اليه الإجراء في قيامه وتطبيقه، وقد تكون قواعد أخلاقية أو قانونية أو اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية، أي تحدد تلك القواعد والمبادئ حسب نوع الفعل، لأن نفعيي القاعدة يرون أن أغلبية تلك القواعد عبارة عن مبادئ أو قواعد أخلاقية في النهاية.

٤- يتأكد لنا من خلال المقارنة أن منفعية القاعدة هي التي تحقق قدر من الانسجام مع القانون من منفعية الفعل، لأنها تركز على أخلاقية المبدأ والقواعد الخلقية التي لا تخالف أحكام النظام العام والآداب أو الشرع، كما أنها تؤكد على أن الأفعال يجب أن يكون مشروعاً لكي يترتب عليه آثار ونتائج مقبولة، وهذا هو الغرض من سن القوانين.

٥- يلتقي مذهب المنفعة مع القانون، لأن كليهما يهتمان بتوجيه سلوك الأفراد نحو الأحسن والأقوم، وتحقيق منفعة وسعادة لكل فرد، كل ذلك في سبيل تنظيم مجتمع يتحقق فيه التوفيق والملائمة بين مصالح الأفراد وحرياتهم من جهة، وبين المصلحة العامة للجماعة من جهة أخرى.

٦- إن تنظيم مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة في آن واحد يتحقق من خلال مراعاة المشرع لبعض الأولويات أهمها معيار المصلحة العامة، فالمصلحة الفردية التي تكون أقرب إلى المصلحة العامة هي التي تقدم على غيرها، وعلى الرغم من مرونة هذا المعيار وغموضه، إلا أن على المشرع أن يتوافق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، فلا مشاحة في امكانية التضحية بالمصالح الخاصة حماية للمصلحة العامة كنزع الملكية للمنفعة العامة.

٧- إن الغاية من نزع الملكية ينسجم ويتوافق مع غاية مذهب النفعية، طالما بالنتيجة يؤدي إلى تحقيق المنفعة العامة، وهذا ما يبغيه مذهب المنفعة الذي يؤكد على أن كل فعل بالنتيجة يؤدي إلى تحقيق الخير والمنفعة لأكبر عدد من الناس يكون فعلاً صالحاً ومرغوباً، ولو كان على حساب المصلحة الخاصة.

٨- إن ما يقوم به الفضولي قد يحقق مصلحة وخير لنفسه، ولصالح مجموعة من أشخاص آخرين (المالك الأصلي والمشتري)، فيتحقق بذلك

منفعة جماعية إلى جانب مصلحة شخصية، وبذلك يتحقق غاية المذهب النفعي من أن كل فعل أدى إلى تحقيق مصلحة أو منفعة لمجموعة من الأشخاص فإنه يعد فعلاً جيداً ومرغوباً وصحيحاً، ولهذا السبب عد المشرع تصرف الفضولي تصرفاً صحيحاً، وبذلك فأن المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي هي قاعدة نفعية.

٩- إن المشرع عندما ترك مصير العقد الفضولي بيد المالك إنما راعى بعض الأولويات، وهو بصدد تنظيم المصالح المتعارضة، فمنع الاعتداء على المكلية الخاصة سواء بالتصرفات القانونية أو بالتصرفات المادية، فهنا المشرع عندما اعتبر العقد الذي يبرمه الفضولي صحيحاً إنما راع أولوية المصلحة العامة في استقرار المعاملات المالية والسكينة الاجتماعية والأمن الجماعي، وعندما جعل هذا العقد صحيحاً موقوفاً غير نافذ، إنما راعى مصلحة المالك الفردية وهي ألا يتعدى أي شخص أو يتجاوز على ملكه، وقام بحماية المصلحة الخاصة والأمن الفردي، ومن هنا يتبين لنا حقيقة: أن كل مصلحة فردية تكون أقرب إلى المصلحة العامة جديرة بالحماية من قبل المشرع، في سبيل الحفاظ على علاقات أفراد المجتمع فيما بينهم.

١٠- فيما يخص مسألة المنفعة العقدية، فهناك فكرة سلوكية تناولتها الفقه في إطار العلاقات في المعاملات المالية تقضي بأن كل تصرف جاد صادر من انسان سوي لايخلو من منفعة، لأن المنفعة غاية فطرية في الإنسان يسعى إلى تحصيلها من وراء تصرفاته، سواء أكانت مادية أم معنوية، عامة أو خاصة، ولايمكن الإنكار، أن فكرة المنفعة بصورة عامة ترجع جذورها إلى فلسفة المذهب النفعي.

١١- إن القانون لا يجيز المنافع المخالفة وغير المشروعة، لذلك يقتضي الأمر أن تكون المنفعة العقدية متوافقة اقتصادياً، وقانونياً، وربطها بالوسيلة والنتيجة، وهذا يتوافق مع ذهب اليه الفيلسوف (بينثام Bentham)، حيث قدم لنا المعنى الاقتصادي للمنفعة من خلال الأثر من توجيه الغايات الاجتماعية وتجسيدها لإيجاد ما هو أحسن وأكثر منفعة للأفراد وتحصيله، كالعقد، فإنه يملك قالباً نافعاً للعلاقات الاجتماعية والاقتصادية يلجأ إليه الاشخاص في إطار المشروعية، ولكن يجب أن نحط في ذهننا بأن القانون لا يكتفي بأن تكون التصرفات نافعة فقط، بل يستوجب أن تكون ذات صفة مشروعة، فهناك من التصرفات والتعاملات تجلب منفعة اقتصادية كبيرة ولكن لايحظى بحماية قانونية بل حرمها القانون التعامل بها، وبذلك فإن القانون لايجيز المنافع.

ثانياً: المقترحات

١- إن المادة (١٠٥٠) من القانون المدني العراقي لم يبين الغرض من حرمان أحد من ملكه، كما أن ورود كلمة التعويض لا يناسب موضوع نزع الملكية، لأن التعويض يوجد عندما يكون هناك ضرر ناجم عن فعل في الأغلب يكون غير مشروع، لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل هذه المادة وجعلها كالآتي: (لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها تحقيقاً للمنفعة العامة، ويكون ذلك بدفع مقابل عادل يدفع إليه مقدماً).

٢- نقترح على المشرع العراقي بتبديل كلمة (التعويض) في مواد قانون الاستملاك النافذ بعبارة مقابل نقدي أو عيني، لأن في الأغلب لا يكون هناك ضرر يلحق بمالك العقار المنتزع منه الملكية طالما يصب نزع الملكية في النهاية للمصلحة العامة ومن ضمنها مصلحة المستملك منه.

٣- إن المادة (٤١) بحاجة إلى تعديل ونقترح أن يكون التعديل كالآتي (إذا طرأت على العقارات بصورة عامة زيادة في قيمته أومنفعته، بسبب تحسن موقعها دون الاستملاك الجزئي، كظهوره مباشرة على الشوارع أو الساحات أو المنتزهات أو الجسور أو الطرق، أو عند توسع جبهته أو توسع الشارع أو الساحة أو المنتزه الذي يقع عليه العقار، يلزم المستملك منه المستفيد بدفع بدل المنفعة إلى الجهة المستملكة يعادل ربع الفرق بين المساحة العمومية للأرض دون الأبنية والمغروسات قبل البدء بالمشروع وقيمتها بعد تنفيذه، عدا العقارات الزراعية).

٤- نرى ضرورة وجود نص في القانون المدني العراقي كما هو موجود في القانون المدني المصري يميز بين التصرف الذي يقوم به الفضولي لمصلحة نفسه أو لمصلحة غيره، منعاً للالتباس والخلط، ونقترح أن يكون النص كالآتي: (يكون التصرف فضولياً، إذا حقق الفضولي في أثناء القيام بأمر لنفسه مصلحة لغيره، شريطة وجود ارتباط لايمكن تحقق أحدهما منفصلاً عن الآخر).

٥- نقترح على المشرع العراقي بإضافة عبارة إلى الفقرة (٢) من المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي لتصبح كالآتي (٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر، ويعد المالك طرفاً في العقد الذي أبرمه الفضولي يحكم له وعليه).

المراجع

أولاً: الكتب

١. بهار محمود فتاح، *قيمة الخير في الفلسفة التشريعية، القانون المدني الياباني أنموذجاً*، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ط١، ٢٠١٦.
٢. توفيق الطويل، *الفلسفة الخلقية نشأتها وتطورها*، ط ٢ موسعة ومعدلة، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٧م.
٣. جون ستيوارت ميل، *النفعية*، ترجمة: سعاد شاهرلي حرار، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١٢.
٤. حمدي عبد الرحمن ، *فكرة القانون* ، مصر – القاهرة : دار الفكر العربي ، ١٩٧٩.
٥. رياض القيسي ، علم اصول القانون ، بغداد – العراق: الطبعة الاولى ، بيت الحكمة ، ٢٠٠٢.

٦. سعيد عبد الكريم مبارك، *اصول القانون*، الطبعة الاولى، جامعة الموصل – العراق: دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٢.
٧. سليمان محمد الطماوي، *مبادئ القانون الاداري*، القاهرة: دار الفكر العربي، ٢٠٠٧.
٨. سمير عبد السيد تناغو، *مصادر الالتزام،العقد، الارادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب القانون – مصدران جديدان للإلتزام، الحكم – القرار الإداري*، الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
٩. صبري حمد خاطر، *الغير عن العقد، دارسة في النظرية العامة للالتزام*، الطبعة الأولى، عمان الأردن: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١.
١٠. عبد الرزاق السنهوري ود. احمد حشمت ابو ستيت، *اصول القانون*، القاهرة: مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٤١.
١١. عبدالباقي البكري وزهير البشير، *المدخل لدراسة القانون*، بغداد: المكتبة القانونية، ١٩٨٩.
١٢. عبدالحي حجازي، *محاضرات في المدخل إلى العلوم القانونية*، ج١، القانون، القاهرة: مكتبة عبدالله وهبة، دون ذكر سنة نشر.
١٣. عبدالرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، المجلد الثاني، *مصادر الالتزام، العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون*، القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة.
١٤. عبدالمجيد الحكيم، *الموجز في شرح القانون المدني العراقي – مصادر الالتزام*، بغداد: المكتبة القانونية، الطبعة الأولى، ١٩٧٧، ص٦٢٤.
١٥. علي حميد كاظم الشكري، *غاية القانون كأساس فلسفي لإستقرار المعاملات المالية*، كتاب متوفر على الموقع الإلكتروني: https://almerja.com/reading.php?idm=151208.
١٦. فوزي كاظم المياحي، *القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءً*، الجزء الثالث، *نظرية العقد، القسم الثاني*، بغداد: مطبعة السيماء، الطبعة الأولى، ٢٠١٩، ص٣١.
١٧. مجيد حميد العنبكي، *أثر المصلحة في التشريعات، الكتاب الأول: في التشريع الاسلامي*، عمان – الأردن: الدار العلمية الدولية، ٢٠٠٢.
١٨. محمد بن عمر بن الحسين الرازي، *المحصول في علم أصول الفقه*، ج ٠٢ ، ق ٠٢ ، ط ٠٢ ، المملكة العربية السعودية: مطبوعات محمد بن سعود .الإسلامية، ١٩٧٩.
١٩. محمد سعيد رمضان البوطي، *ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية*، بيروت: مؤسسة الرسالة، دون سنة نشر.
٢٠. محمد سليمان الأحمد، *الهندسة التشريعية*، بيروت: الناشر مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، اقليم كوردستان العراق، مكتبة زين الحقوقية، ٢٠٢٢.
٢١. مصطفى مجيد، *شرح قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١*، بغداد: دار الحرية للطباعة، ١٩٨١.

٢٢. موفق حميد البياتي، *شرح على المتون، الموجز المبسط في شرح القانون المدني، القسم الأول، مصادر الالتزام المواد (٧٣ – ٢٤٥)*، منشورات زين الحقوقية، بيروت: الطبعة الأولى، ٢٠١٧.
٢٣. هنري رياض دياس، *فلسفة القانون – المذاهب الاقتصادية والواقعية والقانون الطبيعي*، الطبعة الاولى ، بيروت – لبنان: دار الجيل للنشر ، ١٩٨٦.
٢٤. هنري رياض دياس، *فلسفة القانون – المذاهب الاقتصادية والواقعية والقانون الطبيعي*، بيروت: دار الجيل للنشر، الطبعة الاولى، ١٩٨٦ .
٢٥. هنري سدجويك، *المجمل في تاريخ علم الأخلاق*، ترجمة توفيق الطويل وعبد الحميد حمدي، الإسكندرية: دار نشر الثقافة، ١٩٤٩ م.
٢٦. يحيى قاسم علي، *المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق*، القاهرة: كوميت للتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.

ثانياً: الرسائل والأطاريح الجامعية

١. احمد صالح المهداوي، "المصلحة واثرها في القانون ، دراسة مقارنة بين اصول الفقه الاسلامي والقانون الوضعي"، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة الى كلية القانون -جامعة بغداد ، ١٩٩٦.
٢. زمام جمعة، "العدالة العقدية في القانون الجزائري"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الجزائر ١، الجزائر، ٢٠١٣ – ٢٠١٤.

ثالثاً: البحوث

١. جليل حسن الساعدي ومحمد عبدالوهاب، "المفهوم الحديث للطرف في العقد"، بحث منشور في *مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، عدد خاص بالتدريسين وطلبة الدراسات العليا*، مجلد (٣٢)، عدد (٥)، (٢٠١٧).
٢. جميل أبو العباس زكيري بكري، "النفعية الجديدة وقواعد الحرب في فلسفة ريتشارد براندت"، *مجلة وادى النيل للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية والتربوية، مجلة كلية الآداب، جامعة القاهرة فرع الخرطوم*، المجلد ١٧، العدد ١٧٧، يناير (٢٠١٨).
٣. صفاء شكور عباس، "بدل تحسن العقار"، بحث منشور في *مجلة دراسات البصرة، تصدر عن مركز دراسات البصرة والخليج العربي، جامعة البصرة*، العدد (٣٨)، كانون الأول، السنة الخامسة عشرة، (٢٠٢٠).
٤. فايز محمد حسين، "الخير العام والمقاصد الشرعية وفلسفة التشريع"، بحث منشور في *مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية المصرية*، العدد الأول، (٢٠١٥).

٥. محمد سليمان الأحمد وتحسين حمد سمايل، "الالتزام بما هو لازم "كفكرة لتجسيد عنصر الاخلاق في القانون"، بحث *منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون بجامعة بغداد*، العدد الثاني، المجلد ٣٧، (٢٠٢٢).

رابعاً: القرارات القضائية

١. قرار رقم ١٦٨٣، مدنية عقار / ٢٠١٤، في ٢٢/ ٤/ ٢٠١٤.
٢. قرار رقم ٢٥، اتحادية / ٢٠٠٧ الصادر بتاريخ ١/٨/ ٢٠٠٨، متوفر على الموقع الإلكتروني الخاص بالمحكمة الاتحادية العليا العراقي: https://www.iraqidevelopers.com/iraqfsc/ar/node/135
٣. قرار محكمة التمييز العراقية برقم ٦٦٩/ مدنية ثانية عقار/ ١٩٧٢ الصادر بتاريخ ٢٢/ ٦/ ١٩٧٢، منشور في النشرة القضائية، العدد ٢، السنة الثالثة، نيسان ١٩٧٤.
٤. نقض مدني في ١٦ نوفمبر من عام ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ٢٩٢.
٥. نقض مدني في ١٨ إبريل من عام ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ١٦٦.

خامساً: القوانين

القانون المدني العراقي رقم (٤١)، لستة ١٩٥٠.
قانون الاستملاك العراقي رقم (١٢)، لسنة ١٩٨١.

سادساً: المصادر الأجنبية

1. André de L'Aubiadaire, Traite de droit administratif, L.G.D.J, 7 Edition, France,1980.
2. Bentham, J. 'Deontology', in Deontology: Together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism (CW), ed. A. Goldworth. Oxford: Clarendon Press, 1983b.
3. Bentham, J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (CW), eds. J.H. Burns and H.L.A. Hart. London: Athlone Press, 1970.
4. Carré de Malberg, Contribution à la théorie de l'Etat, t. 1, 1920.
5. David Brink, Mill's Moral and Political Philosophy, First published Tue Oct 9, 2007; substantive revision Mon Aug 22, 2022, research freely available at: https://plato.stanford.edu/entries/mill-moral-political.
6. David Lyons, Forms and limits of Utilitarianism (Oxford: Clarendon,1 1), (65).

7. Emrys Westcott, Three Basic Principles of Utilitarianism, Briefly Explained, (The axioms of the moral theory that seeks to maximize happiness), Article available on the website: www.thoughtco.com, Date of visit: 6/ 2/ 2023.
8. Flour (J), Aubert (J.L), Savaux (E), les obligations, l'acte juridique, T (1), 10e Edi, Delta, 2002.
9. George Litch Roberts, The Domain of Utilitarian Ethics, International Journal of Ethics, Apr., 1903, Vol. 13, No. 3 (Apr., 1903), Published by: The University of Chicago Press.
10. Gowans. Christopher W ,Moral dilemmas, Oxford press, New York,1987.
11. Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,1781, Available on the website: chrome /https://www.earlymoderntexts.com.
12. Mackie, Ethics: Inventing Right and Wrong, ch6" Utilitarianism", The "Proof" of Utility, Penguin Books 1990.
13. Martin de la moutte (J) : L'acte juridique unilatérale : thèse Toulouse, 1951.
14. Mill, John Stuart, On Liberty (London: Longman, Roberts, Green & Co., 1869), freely available at : http://www.econlib.org/library/Mill/mlLbty1.htm.
15. Nathanson, Stephen (2010): Terrorism and The Ethics of War, 1st, edition, Cambridge University Press, U.S.A.
16. Philipe Godfrin, Droit administratif des biens, Masson, 3Editio, France, 1987.
17. Richard B. Brandt, Ethical Theory (Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall, 1 959).