Justice is the core of the International Private Relations Act ((Philosophical Philosophical Study))

Prof. Dr. Ayad Motashar
Faculty of Law, Dhi Qar University
E:ayadmutshr@gmail.com

العدالة جوهر قانون العلاقات الخاصة الدولية ((دراسة فلسفية استدلالية))

أ.م.د أياد مطشر صيهود
كلية القانون- جامعة ذي قار

Abstract

The historical facts that appear visible in the range of laws and regulations show that man related to the idea of the absolute abstract ideals, but not to ignore the experiences of social life and the nature of things, And that the ideals are personalized and prepare to search for them to guide them and incorporated under them and quotes from the light and values, which facilitates the way, that is intended to diagnose and form the ideals. Also, the law should continue a long time to be renewed and flexible if it does not want to involve in the corners of ignoring within the limits of the texts; because the fear of instability leads to stalemate. Just as the water of the river remains cool and wonderful because it is always under the sun, the Swamp water trapped in Clay and mud loses its natural properties. It can be seen that there is a set of perceptions that are beginning to show optimism that the law is not a separate school with its own individual entity, but on the contrary, it can't be argued separately from the social factors that lead to its growth; because the law always carries communities with the economy and society And the political system, and its content is formed by the

organization of society. Thus, it should be literate as a whole without separating content from the framework, or without separating rules from social transformations. In general, the social school of law rejected the idea of separation of law or exclusion from the pension law, and considered it only one of the many means to establish discipline in society, and this school rejected that view of the law as a form of closed concepts around it, Adopting social means to improve the law and adapt it to changing social reality. The social law rejects the issuance of absolute judgments, preferring the relative provisions, and is always keen to cite the meaning of some ideal principles (e.g., social justice) and (social solidarity) and the means by which these principles can be implemented

ملخص البحث:

يعتمد البحث تقديم تصورات قد تبدو غير مألوفة للوهلة الاولى؛ ذلك لان الدراسات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص تميل الى اعطاء تصورات تفصيلية لكل مفردة محل المعالجة والدراسة، كالبحث في القانون واجب التطبيق او الاختصاص القضائي الدولي او التحكيم وهكذا، في حين ان دراستنا هذه تعتمد تقديم رؤية عامة تأسيسية لما ينبغي ان تكون عليه كل دراسة مرتبطة بهذا الفرع من فروع القانون.

عليه يمكن اعتبار العدالة قاعدة ومنطلق اساس لكل بحث في اي موضوع مرتبط بقانون العلاقات الخاصة الدولية، بما يفترض فهم اسسها

المنهجية والفلسفية والآثار التي تترتب عليها وتطبيقاتها المتناثرة وخصوصياتها المعرفية، وهو مدار هذا البحث ومحوره الاساس.

المقـــدمـــة

إن الحقائق التاريخية التي يكشف عنها الغطاء تاريخ الشرائع والنظم تدل على تعلق الإنسان بالمطلق المجرد من المثل، مع عدم تجاهله تجارب الحياة الاجتماعية وطبيعة الأشياء، وعلى أن المثل تتشخص وتعد السير بحثا عنها لتهتدي بهديها وتتكامل في ظلها وتقتبس من نورها وقيمها ما ييسرها لسواء السبيل، ذلك هو المقصود بتشخيص المثل العليا وتشكلها.

كما ان القانون ينبغي أن يعمر طويلا بأن يكون متجددا وله قابلية مرنة إذا لم يكن يريد أن ينطوي في زوايا الإهمال في حدود النصوص؛ وذلك لأن الخوف من عدم الاستقرار يؤدي إلى الجمود. وكما أن مياه النهر تظل باردة ورائقة لأنها تجري دوما تحت أشعة الشمس، فان مياه المستنقع المحبوسة في الطين والوحل تفقد خواصها الطبيعية[1].

هذا وتبدو علائم تصورات آخذة بالنهوض تبشر بأن القانون ليس مدرسة منفصلة لها كيانها الفردي الخاص، ولكنها على العكس من ذلك لا يمكن محاججتها منفصلا عن العوامل الاجتماعية التي تؤدي إلى نموها؛ لأن القانون يحمل دوما علائم القربى مع الاقتصاد والاجتماع والنظام السياسي، ويتكون مضمونه بواسطة تنظيم المجتمع الذي يكون محركا له[2]. وهكذا فانه ينبغي أن يدرس ككل دون فصل المضمون عن الإطار، أو دون فصل القواعد عن التحولات الاجتماعية. لقد قادت مجمل التطورات في كيان المجتمع برجال القانون أن يراجعوا انفسهم وأفكارهم. لذا فإن الغاية من هذا البحث هي الإسراع في إنجاز تطوير القانون تطويرا يعتبر أمرا حتميا.

لقد كانت المدرسة الاجتماعية للقانون بصفة عامة ترفض فكرة انفصال القانون أو انعزاله عن القانون المعاش، ولم ترتأ فيه إلا مجرد وسيلة من بين وسائل كثيرة لإرساء الانضباط في المجتمع، وقد رفضت هذه المدرسة تلك النظرة للقانون باعتباره يشكل نسقا من المفاهيم المغلقة

عما حولها، ومن ثم ينبغي أن يتم تبني الوسائل الاجتماعية من أجل تحسين القانون وتكييفه مع الواقع الاجتماعي المتغير[٣]. ويرفض القانون الاجتماعي إطلاق الأحكام المطلقة ومفضلا عليها الأحكام النسبية، كما يبدي حرصا في كل حين على الاستشهاد بمعنى بعض المبادئ المثالية ((كالعدالة الاجتماعية)) و((التضامن الاجتماعي)) والوسائل التي يتنسى من خلالها تنفيذ هذه المبادئ[٤].

مشكلة البحث

إن كل بحث علمي ينبغي أن يدور حول حل مشكلة لم يتم حلها من قبل فما هي المشكلة التي ترمي هذه الدراسة إلى حلها؟

المشكلة الاساس ان كل دراسات القانون الدولي الخاص تؤكد على ان العدالة هدف وفلسفة هذا القانون، دون ان نقف على حقيقة ومصدر ودليل ومنهج هذا الادعاء؟

أما المشاكل الفرعية الاخرى فتدور في مرحلة لاحقة حول الجهات الآتية:

حل المشكلة الكامنة في المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) التي جعلت قواعد العدالة مصدرا رسميا للقانون المذكور دون أن تحدد معالم هذا المصدر حتى يستطيع القاضي الرجوع إليه، هذا من جهة، ومن جهة ثانية اعتبرتها قواعدا بينما لا يستقيم وصف القواعد مع حقيقة العدالة، ومن جهة ثالثة إن هذه المادة جعلت العدالة في المرتبة الرابعة من حيث التدرج مما قد يعني تقديم تشريع ظالم وعرف فاسد على متطلبات العدالة وهذا يستحق أن يتوقف عنده ، إضافة إلى أن جعل العدالة بعد مبادئ الشريعة الإسلامية فيه نوع من الغموض من جانب وإجحاف من جانب آخر يستلزم تبيانه، زد على ذلك أن موقع العدالة بين مصادر القانون المدني يتأثر في ظل الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ تأثرا كليا، لما تنحو عليه العدالة من منحى مغايرا لما عليه في القانون المدني.

وبعد تحديد المشكلات يتوجب على الباحث أن يبحث عن حلها، والحل لا يمكن إيجاده إلا من خلال الأهداف التي حددها الباحث ليتوصل من خلال دراسته إلى تحقيقها، فما هي أهداف هذا الدراسة إذا؟

أهداف الدراسة:

إن هدف هذا البحث القانوني هو تحسين كفاءة تأمين أهداف القانون، مع التركيز بشكل خاص على المجتمع – أي النمط المعيشي في المجتمع وخلفياته والمؤثرات عليه ومصالح أفراده. وبالنسبة إلى باوند وغيره من القانونيين الاجتماعيين، يمثل الهدف المحوري من القانون في تحقيق العدالة.

الهدف الرئيس لهذا البحث ربط الصلة بين قواعد العدالة والقانون الدولي الخاص، ذلك الربط الذي كان ومازال يعيش مستوى الادعاء النظري، دون ما يؤيده من بحث علمي ومنطقي وقانوني.

أما الاهداف الاخرى، فتتمثل:

أولا: إجلاء ما أبهم عن العدالة من حيث مفهومها.

ثانيا: تلمس معناها من نواح مختلفة ومتعددة.

ثالثا: تبيان أثرها في القاعدة القانونية من حيث تكوينها وتطويرها وتطبيقها.

رابعا: إزاحة الغموض الذي يكتنف المادة الأولى من القانون المدني العراقي وذلك في ظل الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ .

خامسا: السعي لاستخراج أساس لتمثيلها النظري من خلال التبصر في مواد القانون المدني العراقي.

منهج البحث

بما إن هذه الدراسة متعددة الجوانب متشبعة الأبعاد ومترامية الأطراف، فإن المنهج الذي اتبع فيها منهج تحليلي يعتمد على الاستقراء والاستنباط والمقارنة للآراء والنصوص، والأسلوب المعتمد هو الأسلوب اللاتيني موزعا الدراسة على نقاط محددة فقط.

أما كون الدراسة موسومة بانها (فلسفية) فهو أمر يستحق التوضيح، ذلك لان فلسفة القانون تدرج مسارها بشكل أكثر في اطار الجدل القائم بين

المواطنين حول الشروط المتعلقة بالتوزيع العادل والمنصف لخيرات الحياة العامة واعبائها. فقد كانت وماتزال الاسئلة المتعلقة بالقانون والعدالة تثار بشكل قوي منذ بدء اصول الفلسفة الى الحد الذي لانبالغ فيه ان قلنا بان التساؤل عن العدالة جزء من المسار الفلسفي نفسه، وبما يستوجب اعادة النظر بتحديد العدالة وبشروط توزيع الخيرات داخل المجتمع وبمهمة القضاة وصيغ تطبيق القوانين.

صعوبات البحث:

منها: إن هذه الدراسة لم تكن بمنأى عن الصعوبات، لأن تناول موضوع العدالة من جانبها القانوني يستلزم التطرق إلى أبعادها الفلسفية والأخلاقية والمنطقية؛ وذلك يستوجب التعامل مع نصوص الفلسفة وعلم الأخلاق والمنطق في آن واحد، وهذا الأمر على الرغم ما فيه من الإرهاق للباحث فإنه يتطلب منه الاطلاع على عدد كبير من المصادر قد يفوق طاقة الباحث لجهة إمكان استحصالها وحتى استقصائها.

أولا: تأصيل العدالة

إن على المؤرخ عندما يعنى بالتدقيق والتمحيص أن يتحرى ما يتعلق بالمثل الحقوقي الأعلى وبمثال العدالة، وأن يتساءل عن كيفية تحقق هذا المثل في العصور الماضية، فأن فكرة العدالة إذا ما عدمت لم يعد ثمة حاجة لكتابة تاريخ القانون؛ لأن مثل هذا التاريخ لا يعدوا حينئذ رواية وقائع وأحداث وحكايات لا يتألف من مجموعها تاريخ قانون(٥).

من المعلوم أن أية فكرة قد وصلت إليها الإنسانية وفيها شيء من الكمال، لم تصلها بهذه الصورة بادئ ذي بدء، وإنما قد مرت بمجموعة من المنحدرات وشهدت مراحل من المد والجزر نحو تطورها وكمالها.

والعدالة من الأفكار التي لا يمكن استثناؤها من هذه القاعدة السنينة ، إذ نرى أن لهذه الفكرة تأريخا حافلا بالمساعي والمجهودات، بل وحتى الثورات إلى أن وصلت إلى ما هي عليه مما نحن نحسه ونشهده الآن(٦).

ولا يؤمل أن يستمر استقرارها على هذا النحو، بل وإنما تغير شكلها حتمي الحدوث، ولكن مع هذا يبقى لها جوهر واحد لا يتأثر بالزمان ولا بالأحوال؛ لأن العدالة بمعناها الخاص أي العدالة لذاتها، قيمة مطلقة ومبدأ

يدعي الصواب دائما، وهي في كل مكان وزمان مستقلة عنهما، فهي فكرة أزلية لا تتغير ولا يستطيع علم القانون الوضعي ولا أي علم آخر تحديد محتواها إلى ما لا نهاية[٧].

ولكن يمكن أن نتساءل: من الذي يطلعنا على التغيير الحتمي الحدوث الذي قلنا بشأن شكل العدالة؟

للإجابة نقول: إن التاريخ يبلغنا بهذه الحقيقة، فالتاريخ يسبق كل فكرة، ولفكرة العدالة تأريخ طويل.

يمكن أن نستهل الحديث هنا بالتساؤل الاتي: متى ظهرت العدالة القانونية؟

العدالة كجوهر أو العدالة بذاتها قيمة إنسانية ليس لها تاريخ معين، يمكن للإنسان إدراكه، لأن هذه القيمة ملتصقة بذات الإنسان وداخلة فيها، فالعدالة كفكرة، موجودة لدى كل فرد ضمن فطرته الإنسانية، ولكن هذه الفكرة يعتريها نوع من الإبهام، لا تظهر إلا مع النمو الروحي ولا تتضح إلا بالسمو العقلي[٨].

لذلك لا يمكن القول بأن العدالة بذاتها ولذاتها مرتبطة بتاريخ وجود العلاقة الإنسانية، بحيث متى ما وجد الإنسان وجدت العدالة، والعكس بالعكس.

ومن المعروف أن الشرائع لا تخلو من أحكام العدالة، سواء أكانت هذه الشرائع سماوية أم وضعية[٩]، والواضح أن للعدالة مكانا بارزا في القوانين الوضعية، إذ نجدها ساطعة منطوقا ومعنى، فمثلا نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ النافذ على أنه "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادى الشريعة الإسلامية.....".

كذلك من الملاحظ أن كلمة العدالة وردت في النصوص الفقهية الرومانية بمعان كثيرة، وأن معناها الأساس في العهد العلمي يقابل الحسنى، ولكنها على ما يقول الأستاذ بوكلاند في كتابه عن القانون الروماني قد استعملت كوسيلة مدركة في تحوير نصوص القانون لصالح الطرف الأضعف أثناء المخاصمات[١٠]. أما بشأن قوانين الشرق القديمة فإنها ليست أقل شأنا من قوانين الغرب القديمة فيما يتعلق بالعدالة، فبالنسبة

للقوانين العراقية نبدأ بالقانون الآشوري[١١]، فقد كانت للعدالة انعكاسات واضحة في هذا القانون، التي تتمثل في استقرار العلاقات التجارية، وزيادة الثقة في التعامل وتسهيل التبادل التجاري[١٢]، ومن مظاهر العدالة في المراسيم الملكية الآشورية، نجد مصطلح (مشارم) الذي ورد في هذه المراسيم، وهو اسم مشتق من فعل (وشار) الذي يعني باللغة الأكدية استقام، وقد استخدم مجازا للدلالة على الاستقامة والعدل بالمفهوم الأخلاقي والقانوني، ومنه جاء لقب الملوك بـ(شار ميشارم) أي ملك العدالة، كما يلاحظ أن هذا المصطلح قد أطلق على المراسيم التي كان يصدرها الملوك باعتبارها إحدى وسائل تحقيق العدالة[١٣].

ثانيا: تعريف العدالة

قبل البدء بتعريف العدالة من الناحية القانونية، نرى من المستحسن أن نلمس معانيها في المعاجم القانونية، حيث جاءت في معجم المصطلحات القانونية[١٤]، هذه المعاني تحت مادة العدالة:

أولا: ما كان مثاليا عادلا متوافقا مع متطلبات الإنصاف والعقل، والعدالة بهذا المعنى هي إحساس، وفضيلة، ومثل أعلى ، ومبرة (كالسلام)، وقيمة.

ثانيا: ما كان عادلا موضوعيا، وما يمكن لكل واحد أن يتوق إليه شرعا (استنادا إلى الشرع)، ترتكز العدالة بهذا المعنى على إعطاء كل ذي حق حقه، ومن يطلب العدالة يعني المطالبة بما يتوجب له أي حقه.

أما تحت الإنصاف (Equite)[١٥]، فقد وردت هذه المعاني:

أ- عدالة مبنية على المساواة، جهد لإعطاء كل واحد ماله.

ب- جهد لإقامة المساواة في المعالجة بشكل غير متساو، لأشياء غير متساوية.

ج- تخفيف للقانون بمراعاة الظروف الخاصة[١٦].

ويعرفها بعض الكتاب[١٧] بأنها شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير المستتر ويهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه . ويعرفها بعض آخر[١٨] : (بأنها التعبير

الصادق عن الشعور بالمساواة الحقيقية والسعي إلى تأكيدها في واقع الحياة، أو هي امتلاء النفس بالشعور بالمساواة الواقعية التي تكثرت بالظروف الخاصة والجزئيات الدقيقة وتقتضي التماثل في المعاملة للحالات المماثلة في ظروفها وتفصيلاتها).

ويرى آخرون[١٩] (إن العدالة هي إحساس أخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي وظيفته المواءمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة ابتغاء تنظيم هذه العلاقة، أو هي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي في أثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يأذن له القانون في ذلك بنص استثنائي صريح).

وكذلك عرفت بأنها (القاعدة المتحركة التي تنبع من شعور الإنسان التلقائي بقسوة القاعدة القانونية حين تطبيقها في حالة معينة أو في ظرف معين وتسعى إلى تلطيفها بدافع من الرحمة والعطف).[٢٠]

إن العدالة في معناها العام والشمولي، هي الانسجام والتوافق بين الإنسان والمجتمع، وبين الإنسان والإنسان وحتى بين الإنسان وذاته[٢١].

والعدالة كما يعرفها الفقيه الإنكليزي سنيل بكتابه (مبادئ العدالة)[٢٢] ((هي مجموعة القواعد أو المبادئ التي تعتبر ملحقا للمبادئ العامة للقانون أو هامشا له)). كما عرفها انتوني الوت بكتابة (القانون الأفريقي) بأنها ((العدل أو الضمير الصالح الذي يعطي للقاضي قاعدة لاتخاذ قراره، في تلك القضايا، التي لا يوجد فيها نص قانوني صريح يمكن تطبيقه في المسألة التي تثير خلافا. إن العدالة تفرض على القاضي بأن يقرر تطبيق ما يبدو له عادلا حسب ظروف القضية[٢٣].

ثالثا: فلسفة العدالة:ـ

وتتضمن مسائل معينة يمكن افرادها على ما يلي:

أـ التصور الفلسفي العام للعدالة:

فيه نقف على اهم التصورات الحاكمة على فلسفة العدالة في بُعدها المعاصر، وعلى النحو الآتي:

لم يكن موضوع الفلسفة القانونية دائما مسألة القانون فقط وإنما ايضا القانون العادل، لتطرح مسألة العدالة على الشكل التالي: كيف نجري بشكل معقول توزيع ما لا يمكن تجنبه من مكاسب وأعباء العيش داخل المجتمع؟

لابد للإنسان أن يعطي معنى لحياته، فقيمة الإنسان هي في هذا المعنى. وأهم معنى يعطيه الإنسان لحياته العدالة. فالعدالة هي الانسجام والتوافق في كل معطيات الحياة، وفي كل علاقة الإنسان بالإنسان. فالعدالة هي الحياة المنسجمة، إنها الحياة في جمالها وبهجتها لا في قبحها وبؤسها. لذا كانت العدالة وستكون رؤية جمالية(٢٤)

والقانون وضع ليطبق، على الإنسان وفي علاقات الإنسان. والإنسان يحترم القانون، لأنه يحترم ويحرص على حياته الذاتية والجماعية، فهو المطبق الأول للقانون. فلا مشكلة إذن، ما دام الإنسان يجد في القانون حريته وتفتحه وسعادته وانسجامه، وجمال حياته. وهذا هو حكم المنطق وحكم العدالة في ذاتها ، وهي أن يحكم الإنسان نفسه بنفسه من خلال قواعد أرادها أو آمن بها(٢٥).

هنا يدور الاطار الفلسفي العام العدالة بين فكرتي الاستحقاق والاصول، ولبيان ذلك نلاحظ الآتي:

بالنسبة لفكرة الاستحقاق يعتقد جانب من الفلاسفة عدم ارتكاز النظريات الميتافيزيقية الكبرى حول العدالة –النظرية على اية قاعدة موضوعية وحقيقية، وهذا ما تشهد عليه تعدديتها وعدم امكان الافكار على التوصل الى اتفاق حول هذه المسألة. أما العدالة المادية الملموسة فانها تتفاوت بشكل قطعي من محاكمة العقل. فالعمل هنا باتجاه تنقية النقاش فالهدف هو تجاوز الرأي باتجاه معرفة غير الملموس أي المعيار المعرفي وما هو مؤسس على الرأي غير العقلاني وبالتالي يواصل انصار هذا المبدأ تقليد القانون الطبيعي والعدالة الموضوعية، التي يمكن بلوغها بطريق العقل، وهذا المنهج يُحقق فكرة العدالة الممكنة البلوغ بالقوة من الجميع (على الاقل على مستوى الافق او المثال).(٢٦)

اما بالنسبة لفكرة الاصول، وهي المنهجية التي تبناها جون رولز فتقتضي الاعتراف بتعددية مفاهيم الخير، لضرورة حل التعارض القائم بين مفهوم العدل وبين مفاهيم الخير، ومن هنا ينبغي استبعاد المفاهيم الخاصة في البحث عن العدالة. فيفترض رولز مسبقا ما يسميه التعبير الاخلاقي للعدالة، اي القدرة على احترام التزاماتنا لسبب مبدئي وليس فقط لأنانية متنورة انما يجد الافراد مصدر العدالة بطريق مفاهيمهم عن الخير والتي بدورها تبرر مبادئ العدالة . وكمحصلة يمكن القول بان فكرة الاصول مبنية على اساس ان الافراد لا يصوغون مفهوم العدالة بتجرد وانما بالحوار الخالي من اي مقدمات وقناعات مسبقة ليلتزم الجميع فيما بعد بالمعنى المتفق عليه للعدالة لانهم اتفقوا سلفا على معناها الجماعي.(٢٧)

بـ التعريف الفلسفي للعدالة:ـ

لم يتفق الفلاسفة على تعريف واحد وموحد للعدالة؛ بسبب اختلاف وجهات نظرهم تجاهها، لذلك ليس من المستغرب أن نجد أكثر من تفسير ومعنى قد أعطي للعدالة من قبل الفلاسفة، فمثلا يقول أرسطو: ((العدل هو أن تعفو عن خطايا البشر وزلاتهم، وأن تتحرى قصد المشرع لا القانون، وروح الأحكام لا ألفاظها، والنية لا الفعل الظاهر، والكل لا الجزء وأن تتعقب سلوك الشخص المطرد لا سلوكه الآني، وهو أن تتذكر الإحسان لا السوء، والخير الذي أصبت لا الفضل الذي فعلت، وأن تتحمل الأذى، وترغب في فض الخلافات بالسلم لا بالعنف وهو في الأخير، تفضيل التحكيم على القضاء، ذلك لأن المحكم يتجه إلى ما هو عادل (Equitable) بينما يتقيد القاضي بما هو قانوني (Legal) وعلى هذا وجد المحكم في المجتمعات أولا لكي تزدهر به العدالة وتنمو))(٢٨).

وهذا المعنى قريب إلى معنى العدالة الأخلاقي أكثر من معناها الفلسفي، قال أفلاطون: ((العدل صحة وجمال وحسن حال ذاتية للنفس وأما الجور فإنه مرض وضعف وسوء حال ذاتية للنفس))، وينظر بعض علماء الأخلاق إلى العدالة بأنها فعل ما يجب، والتفضل والزيادة على ما يجب(٢٩)، ويذهب بعض الفلاسفة في تعريف العدالة إلى القول بأنها: (إن يرد للإنسان ما هو

له)، أو هي (اقتصار الإنسان على ما يخصه)، ومن تعريفات العدالة من المنظورين الأخلاقي والفلسفي كذلك أن العدالة هي التوافق بين الظاهر والباطن، والإحسان هو أن يكون باطن الإنسان أفضل من ظاهره[٣٠]، وكذلك قد قيل إن العدالة هي إعادة الخارج على القاعدة إلى أصله، وتعني أن ما يخرق القانون يقوّم حتى يستقيم، وأن ما يشذ عن التوافق يهذب إلى أن يتوافق إذا أساس العدالة يكمن في الإحساس الكوني والطبيعي والفطري بالتوافق، ويقصد بالتوافق هنا توافق الأمور مع الكون والفطرة السليمة[٣١].

وقد عرفت كذلك بأنها أن يملك الشخص ويفعل ما هو ملكه، وهذا التعريف ينسب إلى أفلاطون.[٣٢]

ومن معانيها كذلك التوازن، ويقصد به الموازنة بين الأجزاء المؤلفة لمجموعة، أو المساواة بين الأفراد الذين يتمتعون بالاستحقاقات والقابليات نفسها، وكذلك قد تعني رعاية حقوق الأفراد وإعطاء كل ذي حق حقه، وهي رعاية الاستحقاقات في العطاء والإفاضة، وكذلك قد قيل إن العدالة هي الحصول على ما هو مستحق ومعقول مما نريده وبقدر حاجاتنا[٣٣].

فالملاحظ ان هذا الاختلاف في تعاريف ومعاني العدالة منبته الاختلاف الموجود في جهات النظر إلى العدالة، وهذا لا يعني بالضرورة نسبية العدالة، وعليه إن الاختلاف في تعريفات العدالة ومعانيها لم ينشأ عن نسبية العدالة، بل إنه ناشئ عن النظر إلى جوانب مختلفة للعدالة، وعليه فإن جميع هذا الجوانب يمثل العدالة في إطارها العام الفلسفي، وما يلاحظ على هذه التعريفات هو ما يأتي:

أولا: الخلط بين العدل والعدالة وعدم التمييز بينهما، كما لاحظنا عند اللغويين، فالفلاسفة قد عرفوا العدل وقصدوا به العدالة معا، وكذلك عرفوا العدالة وقصدوا العدل كذلك.

ثانيا: أنهم قد نظروا إلى العدالة من منظورين:

أ- المنظور الأخلاقي: وينطبق على هذا المنظور تعريف العدالة بأنها نسبة الفعل إلى غرضه، أو هي أن يكون باطن الإنسان أحسن من ظاهره، أو تعريفها بأنها زيادة وتفضل.

ب- المنظور المصلحي أو المنفعي: ومنه ينظر إلى العدالة بأنها ما يملك الشخص ويفعل ما هو ملكه، أو أن يرد للإنسان ماله أو اقتصار الإنسان على ما يخصه وكذلك تعريفها بأنها مصلحة الأصحاب ومضرة الأعداء أو هي نفع قوي.

غير أنه يمكن أن تعرف الأشياء بأضدادها، وعليه إذا علم أن الظلم هو تجاوز الحد[٣٤] لمصلحة القوي على حساب الضعيف؛ فالعدالة هي تجاوز الحد كذلك ولكن لمصلحة الضعيف على حساب القوي تجاوزا[٣٥] يبرره العقل السليم.

فالعدالة في جوهرها الفلسفي، تدخل في نطاق الحقائق الموضوعية، فهي بذلك تصبح محل اتفاق الكل ومن ثم يستحيل إثبات عكسها، لذا ما يعد من قبيل الحقائق الطبيعية والعقلية والدينية تقره العدالة في ذات الوقت، غير أنه على الرغم من أن العدالة تجد مكانا لها بين كل الحقائق الطبيعية والعقلية والدينية، لكن لا تصبح إحدى هذه الحقائق وحدها ينبوعا للعدالة، وإنما في كل من هذه الحقائق هناك قدرا من الحقيقة يتفق مع العدالة وقدرا آخر مع العدل وثالث مع الأفكار الأخرى[٣٦].

هذا بالنسبة للعدالة في جوهرها الفلسفي، أما العدالة في شكلها الفلسفي فإنها تدور في فلك الحقائق الاعتبارية (الوصفية)، مثال ذلك مبدأ عدم الإضرار بالغير، مبدأ تقره العدالة في جوهرها وهي في ذلك تتفق مع الحقائق العقلية، أما كيف تتم صياغة هذا المبدأ فهذا الأمر يتفق مع العدالة في شكلها، لذلك يمكن أن يصاغ على أشكال مختلفة مثلا (لا ضرر ولا ضرار)، (الضرر يزال)، (لا يجوز الإضرار بالآخرين)، (أول الواجبات كف الأذى عن الناس)[٣٧] (لا يجوز الاعتداء على حق الآخرين) أو بأية صيغة كانت وكذلك مسؤولية الصغير عن الأضرار التي يحدثها للغير أمر تقره العدالة وهو من قبيل الحقائق العقلية[٣٨]، أما أساس هذه المسؤولية فتحكمه الحقائق الاعتبارية بما فيها العدالة في شكلها لذلك نجد تعدد في الآراء بشأن أساس هذه المسؤولية، هل أساسها فكرة الخطأ المفترض أم فكرة الضمان أم نظرية تحمل التبعة أم الفعل الضار؟[٣٩] وهكذا نجد أن العدالة في جوهرها تبقى ثابتة تبعا للثبات الدائمي والأبدي في الحقائق

الموضوعية، بينما شكلها يتأثر بالزمان والمكان والأحوال كما تتأثر الحقائق الاعتبارية بها، وهذا لا يعني أن العدالة عبارة عن اجتماع الحقائق الموضوعية الاعتبارية معا رغم اعتقادنا بأنها تتضمن قدرا ولو جد يسير من كل حقيقة من الحقائق الموضوعية والاعتبارية، ولكن في ذات الوقت فالحقائق العقلية هي ينبوع العدل والحقائق المثالية هي مصدر الأخلاق.

أما العدالة فهي بصورة أساس مزيج من الحقائق العقلية مع قدر من الحقائق المثالية، أي قدر مناسب من الحقيقة العقلية يندمج أو يتحد مع قدر مناسب من الحقيقة المثالية لتتكون منها العدالة؛ لأن العدالة هي الوسيط بين العدل النابع من الحقيقة العقلية وبين الأخلاق الناتجة عن الحقيقة المثالية، مع إقرارها للجانب الموافق لها من الحقائق الأخرى.

إذا كما أسلفنا أن الحقائق الموضوعية وحدها ليس بمقدورها أن تحدد مضمون القانون، وكذلك الحقائق الاعتبارية، وإنما باتحادهما يتكون القانون، والعدالة توجد بين كل هذه الحقائق، لكنها تظهر أساسا كمزيج من الحقيقة العقلية والحقيقة المثالية، زد على ذلك أنها من حيث هي تتكون من جوهر الحقيقة العقلية وهذا يؤيد الرأي القائل إن القانون الظالم ليس بقانون وإنما من قبيل عمل مادي غير مشروع وأساس هذا القول هو أن الغلبة ستكون للحقائق[٤٠].

ج- فلسفة العدالة امام القضاء:

لا يمكن للعدالة ان تكتمل الا اذا سمت بالقانون وتطبيقه الى مستوى العلم الدقيق، فيعاد بناء القانون الوضعي على غرار النموذج المثالي للقانون الطبيعي، أي نظاما منسجما ومكتملا من القواعد بحيث لايقبل لكل حالة من الحالات الا جوابا واحدا وصحيحا فقط، وعلى القاضي ان يكتشفه عبر تفكير منطقي واستنباطي (القياس القانوني)، إذ سيتطور الاجتهاد العلمي خلال الزمن جاعلا من القاضي عالم منطق أو مفسرا أمينا ومطيعا لإرادة المشرع، او كذلك عالم اجتماع خبير في احتساب وموازنة المصالح المتنازعة.

فليكون القاضي عادلا، عليه أن يدرك، أولا، أن لا عدالة بشرية بدون قانون وضعي، ولا عدالة بدون حسن تطبيق لهذا القانون، أي فهم وادراك العلاقة الاجتماعية المتعثرة وتشخيص الحالة المرضية المعروضة أمام القاضي، لكي يجد الحل والدواء في مذخر القانون.

إن في كل زمان، وفي كل مجتمع توجد لدى الأفراد فكرة عما هو عادل وعما هو غير عادل. وقد تتغير هذه الفكرة وتتنوع، إلا أن الشعور بالعدالة يبقى دائما في النفس البشرية فنجد هذا الشعور بالعدالة في كل الأزمنة وفي كل الحضارات مهما اختلفت، وعند كل الشعور بالعدالة " طبيعيا " عند الإنسان، عندها نسأل: ما هي " العدالة " في الحقيقة؟

إن العدالة، في معناها العام، الشمولي، هي الانسجام والتوافق بين الإنسان والمجتمع، وبين الإنسان والإنسان وحتى بين الإنسان وذاته.

والعدالة، بعد هذا، هاجس يعيشه الإنسان العادل ويؤرق يقظته ومنامه، أنه شغله الشاغل: صراع مع الذات وحوار مع الذات وتجاوز للذات، لتكوين الذات في حالة الخير والوفاق والانسجام.

فالعدالة انسجام وتوافق وهي ذات بعد اجتماعي وفردي تميله طبيعة الإنسان الفردية والاجتماعية في ذات الوقت. والإنسان ابن الطبيعة وابن المجتمع، أراد أن يعرف ما حوله وما فوقه. فإرادة المعرفة من إرادة الحياة. وإرادة الحياة من إرادة القوة. والإنسان ينظر ويتأمل في الحياة وفي الكون ويريد أن يفهم سر الكون و يحل سر الحياة بالعقل والإيمان.

وحين يحدث خصام في المجتمع، يختل المجتمع فيعرض هذا الخلل على القاضي ليشخص السبب ويعطي الدواء وهو الحكم، ليعيد التوازن والانسجام والتوافق إلى المجتمع. ويكون القاضي قد حقق التوازن والتعادل وبالتالي قد حقق العدالة. والعدالة من الحكمة والحكمة مؤدى الفلسفة، وعندها لا يمكن الفصل بين العدالة والفلسفة[٤١].

ومن مستلزمات النظرة الشمولية، وبالتالي من مستلزمات تحقيق العدالة، الثقافة. فعدالة الإنسان هي عدالة وضعية لأنها تنطلق من القانون. والقانون هو التعبير عن حاجات الإنسان في المجتمع، فلكي نفهم القانون، لنستند إليه محققين العدالة، علينا أن نفهم جوهر العلاقات الاجتماعية التي تعرض على القضاء لنقول " القانون العادل " في ضوء الواقع الاجتماعي وواقع

العلاقة الاجتماعية ونحقق وبالتالي العدالة من خلال القانون ومن خلال الفهم " العادل " للقاعدة القانونية فالحوار مع النص هو حوار المجتمع في عاداته وتقاليده وحاجاته وطموحاته وتناقضاته، وهو حوار من شأنه تحقيق الانسجام والتوافق بين مصالح ونزعات الأفراد المتناقضة التي أراد القانون أن يضع لها إطارا عاما، وفي الغالب، جامدا، يعجز في كثير من الأحيان عن ملاحقة المسيرة الدائمة والمتغيرة والمعقدة للعلاقات الاجتماعية، لذا كانت ثقافة القاضي مطلبا لتحقيق العدالة.(٤٢)

والعدالة أو تحقيق العدالة ليس قرار يصدر فحسب، بل هو حوار دائم بين صاحب العدالة وطالب العدالة. فالقضاء إقناع طالب العدالة بالعدالة. وإذا كان جوهر الإقناع يكمن في حكم القاضي فعليه أن يسمع صوت الحق من طالب الحق ويدله على طريق الحق، أن تقنع المواطن بحكم القضاء يعني انك تقنعه حكم القانون أي بحكم المجتمع الذي أراد القانون وأراد العدالة. فالإقناع إذا، من واجب القضاء وروح الإقناع هو الحوار، حوار العدالة هو أن يقول رجال القضاء حكم القانون العادل ويسمعوا في الوقت ذاته ممن طالب بالعدالة ما يريد من العدالة: حوار إنساني، لأنه حوار إقناع ،حوار عدل بين أصحاب العدالة وطلاب العدالة ،حوار بين "الإنسان العادل " وبين الإنسان الذي يريد أو يبتغي العدالة، ليكون صاحب العدالة أكثر عدالة ويكون طالب العدالة أكثر إيمانا بالعدالة وبالإنسان. وقدر الإنسان أن يكون إنسانا، ولا يكون الإنسان إنسانا ما لم يكن عادلا. فالعدالة من الإنسانية. وقدر الإنسانية هو العدالة، لنكن إذن عادلين لكي نحتفظ بإنسانيتنا ونحافظ عليها ونرتقي بها ونجنبها السقوط في خطيئة الانسانية.(٤٣)

ونظرا إلى أن القضاء مطالب أولا وأخيرا بتطبيق معيار العدالة وربطه بالواقع بين العدالة الفردية والعدالة الاجتماعية، قد نجد لزاما علينا أن نتساءل عن نوعية المشاكل التي تواجه المحاكم في تنفيذها للعدالة. وهذه المشاكل سوف يكون لها أهميتها المزدوجة ها هنا: حيث إنها تزيد من وضوح الخطوط الإرشادية العامة التي تطبقها المحاكم في سياق تطبيقها للعدالة، كما تسمح لنا بفهم أفضل للأسلوب الذي ارتأى من خلاله القانون ومؤلفوه العدالة في السياق الخاص بالمجتمع العراقي مثلا. وقد كان مؤلفو

القانون على وعي بعدم الانسجام بين الطبيعة القانونية المعقدة والمتطورة للقانون المدني وبين المجتمع العراقي المقرر تطبيقه عليه، وهو مجتمع يتصرف غالبيته وفقا لعاداته وتقاليده والتي كانت أحيانا أكثر رسوخا وقوة عن قواعد أي قانون مدون، لدرجة ان بعض أهل الاختصاص يقرر ما يلي:-

إلى جانب القانون المدون، على النحو الذي نجده في القوانين وفي التشريعات اللاحقة، كان هناك مصدر ثان للقانون في العراق، والذي وقف على قدم المساواة مع كلمات المشرع. هذا المصدر هو العرف، وهو عنصر يلعب دورا فائقا في تنظيم العلاقات بين الناس في البلدان الإسلامية.(٤٤)

ولهذا السبب، فقد كان ينظر إلى عنصر العدالة من قبل مؤلفي القانون باعتباره ذا أهمية خاصة، نظرا إلى أنه، وفي مجتمع مستقطب لا ولن يستطيع أغلب أفراده فهم تعقيدات القانون، يجب أن تكون هناك مساحة كافية للسلطة التقديرية للقاضي من أجل مواءمة القانون مع التطورات الاجتماعية المتغيرة، وكانت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري أكدت أن المشروع قد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة، والتي يستطيع بمقتضاها بحث الملابسات المختلفة المحيطة بقضية معينة، وضمان تحقيق أشكال التوازن الملائمة، وتكييف القواعد العامة لتلبية مقتضيات كل قضية على حدة – ((وهذا هو الأقرب لتحقيق العدالة))(٤٥).

إن المساواة بين السلطة التقديرية للقاضي وبين العدالة وهي منهج مشهور، وطبقا لهذا المنهج عندما يقوم القاضي بتطبيق سلطته التقديرية القضائية، فإنه ((يوازن)) جميع الملابسات والحقائق ذات الصلة بالقضية المطروحة، و يحددها ويقيمها ويصنفها و يحدد مراتبها بالحد الذي يسمح به ضميره. وفي ضوء هذه الاعتبارات، فإنه يحدد كيفية البت في القضية التي ينظر فيها، مسترشدا ومستأنسا في ذلك بحسه الداخلي بالعدالة. وسواء أكان ذلك عن وعي أم لا، فإن أي فعل ينشأ عن السلطة التقديرية للقاضي أنما يجسد محاولة لتحقيق العدالة(٤٦).

وعليه، قامت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري بتوظيف عبارة ((أغلال القانون))(٤٧) للتعبير عن نظرتها السلبية للقيود المفرطة التي تكبل السلطة التقديرية للقاضي. وكما تنوه هذه المذكرة: ((لا

يعتقدن أحد أبدا أن القاضي الذي يحكم طبقا لأسس جامدة، ويداه في ذلك مقيدة بأغلال النص المقيد، أن يكون قادرا على تكييف الأحكام القانونية لتطبيقها تطبيقا عادلا في الظروف المتغيرة. وعليه، فإنه (في أحكامه) إما أن يحقق العدالة و يحطم في الوقت ذاته أغلال القانون أو يظل ملتزما بقيود القانون ولكنه يحقق فقط العدالة الجزئية. لقد ثبت أن أي أساس قانوني جامد يكون مآله التحطيم تحت وطأة ضغوط الاحتياجات العملية. (وعليه)، يكون من المفضل لو تم إرساء معايير أكثر مرونة تتوقع الأحداث الممكنة والمسار الدائب للتطور))[٤٨].

وبتعبير آخر، كان ينظر إلى تقييد السلطة التقديرية القضائية التي تتمتع بها المحاكم باعتبارها تعطيل تحقيق العدالة. وهذا هو ما قد يفسر لنا السبب من وراء احتواء العديد من المواد في القانون المدني على ألفاظ ((العدل)) و((العدالة)) كمصطلحات شاملة تشير إلى سلطة تقديرية أكثر مرونة ورحابة للمحاكم[٤٩].

واستقلال القاضي ضمانة أكيدة لتحقيق العدالة. ولاستقلال القضاة شروطه الذاتية والموضوعية. فالابتعاد عن الهوى في قول الحق ، والابتعاد عن أي تأثير أو أمر خارجي، غير أمر القانون الذي يمر عبر الضمير والوجدان. تلك هي الشروط الذاتية والموضوعية لاستقلال القضاة.

وحري بالتنويه، أن وضع الحلول المنصفة ، وضعا تمليه مبادئ العدالة على القاضي أو غيره، لا يحقق العدالة بمجرد صدورها ، وإنما ينبغي الاهتمام بوقت نفاذها لكي يصل الحق إلى صاحبه في أوانه، فقد يصدر الحل المنصف ولكنه يعجز عن تحقيق العدالة لتراخي تنفيذه، إن عنصر الزمن في إيصال الحق إلى أصحابه في صورة حل يميله الشعور بالإنصاف ، يبدو بلا ريب شرطا لإدراك العدالة؛ وذلك لأن دور القاضي في كل مكان هو دور خالق لا يمكنه أن يكون محصورا في تطبيق القانون ، كما كان يأمل مونتسيكو[٥٠] ولكن إذ كان القاضي في إمكانه معاناة نشاط (إنتاجي) فإن هذا ينبغي أن يكون سابقا طريقة واضحة ومحدودة تحول دون ميله للانحدار نحو الشخصانية وحماية العدالة من أخطار العمل الاعتباطي[٥١].

رابعا: معنى العدالة[٥٢]

إن فكرة العدل تقوم على المساواة المجردة التي تمتد بالوضع الغالب دون أن تعبأ باختلاف الظروف وتباين التفاصيل في الحالات المتشابهة. وهي تعتد بالجوهر من الاعتبارات دون اكتراث بالمسائل التفصيلية والمسائل الجزئية. فإذا عوقب سارق، كان العقاب عادلا، لأن الوضع الغالب في المجتمع يؤكد أن السرقة تنطوي على عدوان.

أما العدالة فتعني التعبير الصادق عن الشعور بالمساواة الحقيقية والسعي إلى تأكيدها في واقع الحياة. أو هي امتلاء النفس بالشعور بالمساواة الواقعية التي تكترث بالظروف الخاصة والجزئيات الدقيقة وتقتضي التماثل في المعاملة للحالات المتماثلة في ظروفها وتفصيلاتها[٥٣].

ولما كانت العدالة تعني التعبير عن الشعور بالمساواة الحقيقية أو الواقعية القائمة على مراعاة الظروف والجزئيات في كل حالة وبالنسبة إلى كل شخص، فإن في وسعنا القول أنها تعني الشعور بالإنصاف. وهو شعور كامن يوحي به الضمير النقي ويكشف عنه العقل السليم، يوحي حلولا تسري على الأفراد والحالات، مراعية دقائق الظروف والجزئيات هادفة إلى إيفاء كل ذي حق حقه، وهذا الشعور بالإنصاف أو امتلاء النفس بالشعور بالمساواة الحقيقية يستلهم من مجموعة من القواعد، تعرف باسم قواعد العدالة، تصدر عن مثل أعلى يهدف إلى خير الإنسانية وحسن التنظيم الاجتماعي بما يوحي به من حلول منصفة تقوم على مراعاة دقائق ظروف الناس وحاجاتهم[٥٤].

كما يمكن أن نعني بالعدالة، تصورا مبني على عناصر، منها[٥٥]:-

العنصر الأول: وهو الجانب المادي الذي يتمثل في إشباع رغبات الإنسان المادية من مأكل وملبس ومشرب ومأوى وملكية وحيازة ولذة ... الخ.

العنصر الثاني: وهو الجانب المعنوي الذي يتمثل في حقه في الحياة وفي حريته السياسية والاجتماعية والفكرية والاقتصادية ...إلخ وفي معتقده وفي حقه في التعبير عن كل ذلك والدفاع عنه، وفي قوة مجتمعه التي فيها قوته ليعيش عزيزا كريما.

وإذا تحقق للإنسان هذا التوازن بين هذين العنصرين يكون قد حقق العدالة. ويكون الإنسان قد أحس بالسعادة (لابأعتباره فردا يعيش بصورة منفصلة عن المجتمع، بل باعتباره فردا اجتماعيا)، أي أن السعادة التي تحقق هنا هي تلك السعادة المتمثلة في تطمين احتياجات الإنسان المادية والمعنوية في أن واحد باعتباره فردا في اطار المجتمع لا منفصلا عنه، أي أن مصلحة المجتمع في بعض الأحيان تطغى إلى حد ما على تحقيق التوازن في بعض الحالات (كما هو الحال في عقد الإيجار للسكن).

وقد تقرأ العدالة على أنها توازن ملائم؛ وذلك لأن أي محاولة لتعريف مصطلح العدالة، يواجه مشاكل جمة نظرا إلى التعدد الهائل الذي يسم استخداماتها اللغوية والمفاهيمية، وكذلك انتمائها لعدد متنوع من التخصصات والعلوم مثل القانون والفلسفة والدين والأخلاق والاجتماع[٥٦]. وفي نظرية القانون، تتصدر المساواة قائمة قيم العدالة كمقياس أو هدف لتنفيذ العدالة، مثلما أن عدم المساواة هي السمة المميزة للظلم[٥٧]. وكان هذا المقياس الخاص بالمساواة هو الذي استرشد به إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩، والذي بمقتضاه نجد أن ((جميع الناس يولدون أحرارا ومتساوين في الحقوق)) و((وان جميع الناس متساوون أمام القانون و يحق لهم، وبدون أي تمييز، دفاع مماثل من القانون))، بالإضافة إلى القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤. ورغم ذلك، نجد أن الفقهاء القانونيين للقانون الروماني كانوا قد سبق أن حذروا من أن تطبيق المساواة بمعناها المطلق بين الناس غير المتساوين، وفي الظروف غير المتساوية، قد يؤدي في الواقع إلى ظلم مروع. وطبقا لأرسطو، ثمة نوعان من المساواة، نوع عددي ونوع تناسبي، وتتحقق المساواة في التوزيع عدديا عندما يتم التعامل مع جميع الأشخاص بشكل ينعدم فيه التمييز، وهو ما يعني معاملتهم بشكل متماثل أو يتم منحهم المقدار نفسه من أي سلعة لكل نسمة. وهذا ليس عدلا دائما، وفي المقابل فإن التوزيع يكون سببا أو متساويا نسبيا عندما تجري معاملة جميع الأشخاص ذوي الصلة وفقا لما يستحقونه. والمساواة العددية هي حالة خاصة من المساواة التناسبية. ولا تكون المساواة العددية عادلة إلا في حالات خاصة، أي عندما يكون الأشخاص متساوين في الجوانب ذات الصلة بحيث يترتب عليه أن تكون النسب ذات الصلة

حينها متساوية بطبيعة الحال. وتشكل المساواة التناسبية الشكل الرسمي من المساواة، فهي أكثر دقة وتفصيلا، ومن ثم فهي تشكل بالفعل الصيغة الأكثر شمولية للمساواة الرسمية. وكان أفلاطون يرى أن النظام الديمقراطي قد تعرض للتشويه جراء زعمه أنه يمنح المساواة لكل من غير المتساوين[٥٨].

وفي ظل القانون المدني (العراقي والمصري)، نلاحظ ان المشرع قد وضع قيودا على السلطة التقديرية للقاضي، وبما يوازن بين عنصر العدالة وبين عنصر الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي في مجال نظرية الحوادث الطارئة ـ مثلا ـ، فقد خشي مشرعو القانون أن يؤدي الإفراط في منح الصلاحيات الواسعة في السلطة التقديرية للقاضي إلى الأضرار بالاستقرار وبالتوقعات الاقتصادية، ويخلق المجال أمام القاضي لإصدار أحكام تعسفية. وعليه، تم تقييد نطاق السلطة التقديرية التي تتمتع بها هيئة المحكمة، على سبيل المثال، في تحديد مفهوم الحادثة الطارئة وفي الالتزامات المرهقة إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة، وقد التفت مشرعو القانون كذلك إلى ضرورة تحقيق التوازن إذا ما تطلبت العدالة ذلك.

أما في مجال القانون الدولي الخاص ومع بداية القرن الجديد هناك ثلاثة أنواع من المصالح: مصلحة الأفراد وأطراف المنازعة، ومصلحة النظام القانوني، ومصلحة التعامل، والأخيرة هي التي تستوجب استقرار المعاملات وبنائها على أسس ثابتة واضحة لها الغلبة. وتؤدي قاعدة الإسناد دورا أساسيا في الحفاظ، والتوفيق بين المصالح المختلفة، لا يتطلب التضحية بقواعد الإسناد، إذ يمكن تحقيق العدالة المطلوبة في ظلها. وقد قام بالفعل كثير من الفقهاء بإثبات أن القانون الدولي خاص يستطيع الوفاء بحاجات التعامل الدولي إذا ما رعيت الأهداف الآتية[٥٩]:

أولا: ضرورة التنسيق بين حلوله وذلك بالبحث عن قانون العلاقة الذي كان يتطلبه والذي يتلخص في القيام بتركيز العلاقة من أجل الوصول إلى تحديد أقوى النظم القانونية صلة بها.

ثانيا: تجاوز الانقسامات الحالية بين المدرستين ((الوطنية)) و((الدولية))، حيث لم يعد لهذا الانقسام مبررا بعد التخلي عن معيار مصدر القاعدة.

فالقانون الدولي الخاص بوصفة قانون علاقات دولية، لا بد أن يستهدف عالمية الحلول. والواقع أن هذا العالمية universalisme ليست أمرا مستحدثا، فقد سعى إليها الفقه التقليدي الدولي النزعة والوطني على السواء. ذلك أن أقطاب المدرسة الوطنية مثل Niboyet و Beale، تصوروا أن الإقليمية التي نادوا بها تصلح أساسا يحتذى في سائر البلاد، والشخصية التي أرسى مانشيني قواعدها للقيام بذات الدور. وكانت العالمية هدفا عزيزا لدى أنصار الدولية، وخاصة سافيني، ولكن تحقيق تلك الغاية كان متعذرا في ظل النظرة إلى القانون الدولي الخاص باعتباره قانونا موزعا للاختصاصات التشريعية بين الدول طالما لم يتم تدويل مصادره تدويلا كاملا، وهو أمر متعذر في ظل مجتمع دولي قائم على أساس تقسيم العالم إلى دول قومية ذات اختصاصات متداخلة في كثير من المجالات، بحيث يتصور أن يكون لأكثر من دولة سند دولي مشروع لحكم مسألة ما، أما في ظل النظرة إلى القانون الدولي الخاص بوصفه قانون علاقات فإن تصور عالمية الحلول يصبح هدفا أقرب منالا، سبيله الدراسة المقارنة للحلول المعمول بها في مختلف النظم القانونية واستخلاص ((المبادئ العامة)) للقانون الدولي لخاص، وهو ما يقوم به خلفاء Rabel في العالم الغربي، ويضطلع به فقهاء الدول الاشتراكية في كثير من كتاباتهم.

ثالثا: هجر سائر التقسيمات التي لا تقوم على غير أساس علمي سليم، وأهمها التفرقة بين قوانين خاصة تصلح مجالا للقانون الدولي الخاص وقوانين عامة أو سياسية لا يتصور لها أن تنطبق خارج حدود الدولة التي أصدرتها.

خامسا:- أنواع العدالة

إن العدالة في كونها آلية لعلاج النقص في القانون كانت في بادئ الأمر آلية تشريعية ألزم المشرع بها القاضي في الوصول إلى أحكام فيما لا نص فيه إلى أن أمست آلية قضائية بالقانون، وهو ما أفضى إلى خلق صورة مستحدثة من العدالة، منها:-

أ- العدالة التصحيحية (القضائية): ومن أهم تطبيقاتها في القانون المدني العراقي والمصري نظرية إعادة التوازن المالي في العلاقات العقدية، وفي إطار القانون الدولي الخاص.

إن اعتبار شروط وأحكام العقود النمطية كمقدمة لعقود الإذعان، قواعد قانونية، تجعل من رقابة المحاكم رقابة مشروعية، حيث يراقب القاضي مشروعية القواعد الموجودة بالعقد، وعدم مخالفتها للقواعد القانونية النظامية الأعلى أو الأسمى، وهى قواعد قانون الدولة. وهذا ما يتفق والمنطق القانوني، والواقع أن رقابة المحاكم لشروط العقد، في إطار حماية الطرف المدعي هي رقابة عدالة وحماية للطرف الضعيف اقتصاديا بل إن القاضي، إذا وجد شرطا مخالفا لقاعدة آمرة في قانون دولته، سيحكم برفض تطبيقه، كشرط تعاقدي، أو يبطله إن استدعى الأمر ذلك. إن السلطة المخولة للمحاكم في رفض الشرط، أو إبطاله، أو تقويمه سواء باسم المساواة أو العدالة، تتعارض تماما مع فكرة العقد – قانون الكفاية الذاتية للعقد- مع هجر القانون الرسمي أو النظامي.(٦٠)

ب- العدالة الشكلية: وفيها أكثر من تصور، الاول : يرى انها قائمة على المنطق الذي كان لا يزيد عن تفسير النصوص وتنفيذها تنفيذا حرفيا طالما كان الهدف هو حماية مصالح البرجوازية ضد أي اعتداء من جراء هذا التفسير. كان هذا هو مفهوم العدالة الشكلية غير آبهة بالنتائج المؤثرة في المجتمع وقاصدة جعل نفسها عمياء إزاء النتائج الصلدة من التفسير الحرفي للنصوص على أن تكون قد اعتمرت بلباس الشرعية مع انعدام العدالة في المجتمع غير متوازن(٦١). أما الثاني: فهو مفهوم فلسفي مبني "على اعطاء كل واحد حصته" انطلاقا من فلسفة شاييم بيرليمان الذي سماها بالعدالة الشكلية، اي المعيار الذي يُحدد المستحق ما يعني اقتضاء العدالة. وهذه العدالة المجردة تعني المبدأ الذي يجب العمل بمقتضاه مع كائنات نفس الشريحة الاساس بالشكل نفسه. وفي هذه العدالة فان السلطة هي من يُحدد المضمون ومايتم احترامه هو الشكل فقط. فالعدالة هي القدرة على فرض مبدأ احترام المواثيق في الحاضر وحتى المستقبل.(٦٢)

والمعايير المقترحة للعدالة هنا هي: ١ـ لكل واحد نفس الشيء. ٢ـ لكل تبعا لاستحقاقه. ٣ـ لكل حسب اعماله. ٤ـ لكل حسب حاجته. ٥ـ لكل حسب رتبته. ٦ـ لكل مقدار مايمنحه القانون.(٦٣)

ج ـ العدالة الشرعية:

يُقرر فلاسفة القانون ان العلاقة النقية بالله تعالى فقط هي مايقرر بشكل نهائي نموذج التوزيع ـ بين المخلصين والمدانين ـ والذي ستقوم عليه العدالة الالهية.(٦٤)

إن ألفاظ العدل والعدالة والقسط والإنصاف جاءت مترادفة من حيث المعنى في الشريعة، ولبيان الصلة بين منزلتي العدالة في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي، يمكن ذكر مايلي(٦٥):ـ

١ـ من حيث الغاية المباشرة:

تختلف قواعد العدالة عن قواعد القانون من حيث الغاية المباشرة وتشترك مع القواعد الشرعية الإسلامية فيها؛ ذلك لأن قواعد القانون تهدف إلى حسن التنظيم الاجتماعي عن طريق ضبط النظام واستقرار المعاملات وتقرير العدل. أما قواعد العدالة فتقوم على فكرة الحيز الاجتماعي، وهو الخير الذي يصدر من فرد على آخر أو من الفرد إلى الجماعة. وتستهدف خير الإنسانية وإسعادها وحسن التنظيم الاجتماعي عن طريق ما تمليه من حلول منصفة. وإذا كانت قواعد القانون قد تعجز في الغالب عن ادراك العدالة، فان القواعد الشرعية الإسلامية تدركها، وتقر المثل الأعلى للعدل في قواعدها مستهدفه بناء مجتمع مثالي يرتكز على القيم المادية والروحية وتشيع بين العدالة الاجتماعية ويتأكد فيه حيز الفرد وحيز الجماعة.

٢ـ من حيث النطاق:

تستقل قواعد العدالة بنطاق مستقل عن نطاق القانون ولكنها تمتزج مع قواعد الشريعة الإسلامية في النطاق ولا أدل على استقلال نطاقها عن

القانون، من عجز نصوص القانون في الغالب عن تحقيقها ومن إحالة المشرع القاضي إليها إذا افقد القاعدة في المصادر الرسمية لها.

د- العدالة التعاقدية: وتعني استخدام العدالة كبديل للقواعد القانونية المدونة بما يؤدي إلى تأرجح البندول القانوني تجاه مدخل أبوي وإيثاري في التعامل مع قانون العقود وهو ما يضع مصالح المجتمع والنفع العام في القلب منه ولو على حساب المصالح الفردية[٦٦].

هـ - عدالة المعاملة: وهي من الصور الحديثة للعدالة، وبمقتضاها يعتبر التمييزعدم العدالة تحكميا عندما لانستطيع تحديد باعث له يكون مبررا ومعقولا، ولكن السبب المعقول يجب ان يخضع لمعيار مهم الا وهو التباين والاختلاف بحسب المجتمعات والعصور. ولعل العامل الاهمبحسب هذا التوجه المؤثر على العدالة فكرة المصلحة، والتي تولد تنازعا مستمرا بينها وبين العدالة. كما ينبغي التأكيد هنا ايضا على ان الاهتمام بالعدالة بدء ينصب ليس فقط على صورة المساواة في المعاملة وانما في صورة اتجاه لتقليل مظاهر عدم المساواة، وليس بين الافراد فقط وانما أيضا بين الشعوب.[٦٧]

سادسا: مذاهب في العدالة:

لعل أحدث ما طرح في فهم العدالة، النظرية التي عرضها العالم الكبير ج، ساندل في كتابه عن العادلة، والذي نلخص منه، ما يلي[٦٨]:

هناك ثلاثة مذاهب في توزيع المنافع: الرفاه، والحرية، والفضيلة. وكل فكرة من هذه الأفكار تشير إلى طريقة مختلفة في التفكير بالعدالة.

هناك اختلاف في معنى تعظيم الرفاه، أو احترام الحرية، أو إشاعة الفضيلة. كما ان هناك تباينا في طريقة التصرف إذا تعارضت هذه المثل. ليس بمقدور الفلسفة السياسية أن تحسم هذه الاختلافات نهائيا، ولكن يمكنها أن تصقل حججنا، وتقدم وضوحا أخلاقيا للخيارات التي تواجهنا بصفتنا مواطنين ديمقراطيين.

ولنبدأ بفكرة تعظيم الرفاه، فهي تقدم نقطة بدء في المجتمعات السوقية، كمجتمعنا. وأغلب الجدالات المعاصرة في السياسة هي إزاء كيفية تعظيم الرخاء، أو تحسين مستوى معيشتنا، أو تحفيز النماء الاقتصادي. لكن لماذا نهتم بهذه الأشياء؟ الإجابة الأوضح هي: إن الرخاء

يجعلنا في وضع افضل، كأفراد وكمجتمع. وفي عبارة أخرى، الرخاء مهم لأنه يزيد من رفاهيتنا. لأجل فحص هذه الفكرة، نتيجة إلى النفعية، الفكرة الأكثر تأثيرا في كيفية، وسبب، تعظيم الرفاه، أو كما يقول النفعية_ السعي إلى سعادة أكبر لأكثر عدد ممكن.

بعده، ننظر في النظريات المختلفة التي تصل العدالة بالحرية، غالبية هذه النظريات تؤكد احترام الحقوق الفردية، وإن كانت تختلف بينها في تحديد أي الحقوق أكثر أهمية.

فكرة العدالة باعتبارها احتراما للحرية والحقوق الفردية فكرة شائعة في الفكر السياسي المعاصر كشيوع الفكرة النفعية في تعظيم الرفاه، على سبيل المثال، وثيقة الحقوق الأمريكية تحدد حريات معينة، تتضمن حرية التعبير والحرية الدينية، لا يمكن حتى للأغلبية أن تنتهكها. ويتزايد، في جميع أرجاء العالم، اعتناق فكرة أن الحرية تعني احترام حقوق إنسانية مطلقة (نظريا على الأقل، وليس عمليا).

مذهب أن العدالة تبتدئ بالحرية مدرسة رحبة.[٦٩] وفي الواقع، إن أشد الجدالات السياسية التي تجري في زمننا تجري داخل هذه المدرسة: بين معسكر ((الدعه يعمل))، ومعسكر الإنصاف. يتضمن معسكر ((الدعه يعمل)) ليبر تاريي السوق الحر الذين يعتقدون أن العدالة هي احترام القرارات الطوعية التي يتخذها البالغون المتراضون. وأما مخيم الإنصاف فيتضمن منظرين لهم منزع مساواتي، يقولون أن السوق الحر ليس عادلا ولا حرا . ففي نظرهم، تتطلب العدالة سياسة تعالج العوائق الاقتصادية والاجتماعية، وتمنح الجميع فرصة متساوية للنجاح.

وأخيرا، نتجه إلى النظريات التي ترى العدالة خليطا من الفضيلة والحياة الصالحة في السياسة المعاصرة، يتم غالبا ربط منظري الفضيلة بالمحافظة الثقافية والحقوق الدينية. وفكرة تقنين الأخلاق بالنسبة لمواطني المجتمعات الليبرالية فكرة بغيضة، بما أنها تحمل خطر أن تتحول إلى تعصب وإجبار. ولكن فكرة أن المجتمع العادل يؤكد فضائل معينة ومفاهيم للحياة الصالحة هي فكرة ألهمت حركات ونقاشات سياسية عبر الطيف الأيديولوجي؛ ليس طالبان فقط، ولكن حركة إلغاء العبودية

ومارتن لوثر كينج أيضا كلها استلهمت رؤاها للعدالة من مُثل دينية وأخلاقية.

قبل تقويم نظريات العدالة هذه، من القمين السؤال عن الكيفية التي تجري فيها هذه النقاشات الفلسفية، خصوصا في مجال محتد كالفلسفة السياسية والأخلاقية، في العادة تنطلق من وضع واقعي، كما رأينا في نقاشات التحايل في الأسعار والقلب الأرجواني والإنقاذ المالي؛ وفي الاختلاف تجد التأملات الأخلاقية والسياسية قاعدتها. غالبا ما يكون الاختلاف بين الأحزاب المتعادية في المجال العام. لكن أحيانا يكون الاختلاف بيننا نحن الأفراد، عندما نجد أنفسنا ممزقين إزاء سؤال أخلاقي معضل.

عليه، فالفهم المعاصر للعدالة يرتكز على نظريتين: ١ـ الليبرتارية (الحرية) ٢ـ النفعية. الحجة الليبرتارية في تأييد العقود هي أنها تعكس احتراما لحرية الاختيار؛ والالتزام بالعقد الذي يجربه بالغان مميزان هو احترام لحريتهم. الحجة النفعية في تأييد العقود هي أنها تشيع الرفاه العام؛ إذا أتفق الطرفان اتفاقا، فإنه يجب أن يعود عليهما بمنفعة أو سعادة ما جراء هذا الاتفاق.

هذا الفهم هو الذي يمكن ان نجد تأثيره البالغ في ميدان القانون الدولي الخاص المعاصر لجهة المناداة بالعقود الدولية الطليقة (الخاضعة لسلطان الارادة بشكل أساس)، أو لجهة ضرورة اعادة الاعتبارات الاخلاقية والانسانية لمنطلقات وتطبيقات التجارة الدولية ونظام المسؤولية الاجتماعية للشركات لتخفف من حدة توجهات الارادة.

سابعا: نطاق العدالة وخصائصها:

تمارس مبادئ العدالة تأثيرها في الحياة القانونية في أتجاهين: أولهما في نطاق التشريع. وثانيهما في دائرة القضاء.

أما في نطاق التشريع، فهي تلهم المشرع طائفة مما يسنه من قواعد؛ ذلك لأن على المشرع، وهو الأخذ بيد مجتمعه في طريق الصلاح والتقدم، والعامل على إشاعة روح الخير والعدل في الحياة الاجتماعية، أن يتمتع بروح الإنصاف في وضعه الأحكام وأن يهدف إلى سمو التنظيم الاجتماعي

فيها يشرعه. وستلهمه مبادئ العدالة، إذا التفت إليها وكشف بعقله عنها، ما ينبغي أن يفعل وستحثه على السير بقانونه قدما في طريق الكمال.

وأما في دائرة القضاء، فإن المشرع غالبا ما يحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أو إلى قواعد العدالة وحدها، أذا أفتقد القاعدة القانونية في المصادر الرسمية المعروفة للقانون، وهي التشريع ويليه العرف والشريعة الاسلامية، للبت في النزاع المعروض أمامه، كي يحول دون نكوله عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة يستنبط منها حكمه، كالنص على ذلك في الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي بتصريحها:((.... فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)).

والحق، أن مبادئ العدالة كانت دائما المورد الذي غرف منه الفقهاء كثيرا من المبادئ العادلة التي عملت على تطوير القانون، والمرجع الذي تلفت صوبه القضاء لوضع الحلول المنصفة، أو لإرساء المبادئ والأوضاع التي تأثر بها المشرعون فيها بعد فعملوا على صياغتها في ثنايا قوانينهم(٧٠).

أما عن خصائص العدالة، فهي تتميز بجملة من الصفات، منها:-

انها مبادئ اجتماعية، لأنها تعبير عن الشعور بالمساواة، والمساواة قاعدة من قواعد التنظيم الاجتماعي تهدف إلى رسم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع.

وهي تصدر عن مثل أعلى يهدف إلى خير الإنسانية وصلاح المجتمع بما يلي على المشرع في تشريعه وعلى القاضي في قراراته بلزوم توخي الإنصاف فيما يضع من حلول.

وهي مبادئ لا ترشد إلى حلول قاطعة ثابتة؛ لأن فكرة المساواة التي ترتكز عليها العدالة، هي وحدها الحقيقية الأبدية، أما مظاهر العدالة وما توحيه من حلول فلا يمكن وصفها بالثبات؛ لأن الشعور بالعدالة يكون رد فعل لأحداث اجتماعية، وما يرتبط بالحياة الاجتماعية يقبل التغير بطبيعته تبعا لتفاوت الزمان واختلاف المكان.

وهي مبادئ لا تقوم على فكرة الخير المطلق أو المجرد، وهو الخير في ذاته مجردا من أي اعتبار آخر، كما هو شأن قواعد الأخلاق التي تهدف إلى خير الإنسان في ذاته بالعمل على نقاء ضميره وطهارة فكره، وإنما تقوم على فكرة الخير الجماعي، أي بذل الخير للفرد وللجماعة.

وهي مبادئ ينقصها ظهور المعالم ووضوح المدلول، وحدود أكثرها تتغاير بتغاير الظروف؛ ولذلك يتعذر الإلمام سلفا بأحكامها، وإن كان معلوما أنها تعمل على التخفيف من صرامة أحكام القانون وعلى سد المنافذ أمام القاضي في طريق النكول على القضاء.(٧١)

ثامنا: علاقة العدالة بالقانون:

يمكن الوقوف على معالم هذه العلاقة من خلال النقاط الآتية:

أ- يعتبر القانون من العلوم التقويمية؛ ولذا فإنه لايعمل على اصدار احكام مؤسَسة على مبدأ السببية ولكن احكام مبنية على فكرة القانون، والعدل أحد القيم الرئيسة للقانون.(٧٢)

ب- العدالة قيمة اجتماعية وهدف أعلى للقانون، وعند الصراع والخلاف يكفل العدل الفصل فيما ينشأ بين الناس من منازعات ليتحقق النظام والاستقرار في الحياة الاجتماعية.

ت- القانون تعبير صادق عن المجتمع ويبعث في نفوسهم الطمأنينة والعمل من أجل التقدم، اما اذا كان القانون لايُعبر عن طبيعة المجتمع فهو قانون غير عادل يزعزع ثقة الافراد بالسلطة التشريعية.(٧٣)

تاسعا:- طبيعة العدالة:

الواقع أن مبادئ العدالة تدخل في زمرة المصادر المادية أو الحقيقية للقاعدة القانونية، فهي عامل من العوامل الاجتماعية، شأنها شأن القيم الدينية والأخلاقية، التي تتفاعل مع العوامل الطبيعية والاقتصادية والسياسية لتكوين المادة الأولية لقواعد القانون. ورجوع المشرع إليها لا يعدو أن يكون اعتدادا بالعوامل الاجتماعية التي تسهم في تكوين جوهر القاعدة. كما أن رجوع القاضي إليها لا يعدو أن يكون رجوعا إلى المثيل الأعلى للعدل الذي يتفاعل مع حقائق الحياة الواقعية ويبني على تفاعلها قراره العادل(٧٤).

فالعدالة كمصدر من مصادر القانون، تؤدي وظيفة قانونية وهي أنها تتخذ أساسا للمطالبة بحقوق جديدة، لم يكن لها سند في القانون قبل تطبيق مبادئ العدالة، كما أنها تعتبر علاجا قضائيا (remedy) استخدمه القضاء كقوة دافعة نحو تجديد القانون، وأساسا للتدخل في النزاع المعروض إليه، فمثلا، حيث يرى أن التعويض الذي ارتضاه الطرفان في العقد المبرم غير مناسب أو غير عادل أو انه غير كاف لإرضاء الطرف الذي كان ضحية التعسف أو الغبن من الطرف الآخر(٧٥).

وكانت القوانين الأوربية قد طورت مفهوم العدالة التوازن، والتي أصبحت قاعدة عريضة تطبق على جميع جوانب قانون العقود فالقانون المدني الألماني، على سبيل المثال، قد أجاز إبطال الظلم الاجتماعي. وكما تم التنويه في المذكرة الإيضاحية الخاصة بالقانون، ((إن المبادئ القانونية المحتواة في إطار النظام الاجتماعي هي مبادئ نرمي من ورائها إلى تأمين مصلحة عامة أو سياسية أو اجتماعية ... وهذا يتخطى المصلحة الفردية، وجميع الأفراد ملتزمون بتحقيق وتطبيق هذه المصلحة، وحتى لو كان لدى هؤلاء مصالح شخصية، فإن هذه المصالح لا يجوز أن تفوق المصلحة العامة))(٧٦).

ونظرا إلى التلاقح المستمر بين العدالة الفردية والعدالة العامة، والعكس، فإن منطق القانون المدني العراقي والمصري يرفض أن تكون العلاقة بين الاثنين ساكنة أو استاتيكية، نظرا إلى أن

((النظام العام نفسه هو كيان متغير، حيث يضيق ويتسع طبقا لما يتم اعتباره كمصلحة عامة في حضارة معينة))[٧٧].

ويمكن القول إنه، من أجل تحقيق عنصر الديناميكية هذا وإضفاء الشرعية عليه بشكل عملي، نصت المادة ٢ من القانون المدني على ((قواعد العدالة)) كمصدر لملء أي فجوة قانونية إذ لم تجد المحكمة أحكاما ملائمة للتطبيق في القانون نفسه أو في القانون العرفي أو في الشريعة الإسلامية. وهذا هو مصدر شرعية كل من العدالة الفردية والجماعية

ولكن السؤال الاكثر أهمية هو تنازع توصيف العدالة، بين فكرتي المبدأ أو القاعدة؛ على النحو الآتي[٧٨]:-

فالقاعدة القانونية، وحدة قانونية تضع حلا لعلاقة قانونية معينة أو لجانب من هذه العلاقة، أما المبدأ القانوني فهو فكرة عامة تصلح أن تكون أساسا لمجموعة من الحلول القانونية[٧٩]، فهل العدالة داخلة في دائرة القاعدة القانونية، أم المبدأ القانوني؟ والعدالة هي (ما يمليه العقل السليم استجابة للمصالح الأكثر احتراما)

من المؤكد أنه ليس بالإمكان الحصول على جواب نتفق عليه بشأن هذين السؤالين؛ لأن المشرع العراقي – وحتى المصري في كلا البلدين لم يتطرق إلى تعريف القاعدة والعدالة. وفي ذات الوقت لا نلمس اتفاق الفقهاء بشأن مفهومي القاعدة والعدالة، غير أن هذا لا ينبغي أن يجعلنا نقف عاجزين إزاء هذه المسألة الحساسة، فمن اللازم، أن يعطى وصف صحيح للعدالة.

لقد قيل إن العدالة هي جوهر القانون، وتعد بمثابة روح القوانين كلها، والقانون كما هو معلوم يتكون من مجموعة من القواعد، وكل قاعدة يجب أن تستند إلى العدالة ليضمن شرعيتها وبقاءها، وإلا فلا تحظى بالاحترام الاختياري العام إن فرضت بالقوة.

اذا إن كل قاعدة قانونية مدينة في وجودها للعدالة، فاقتصار العدالة بقاعدة أو بقواعد معناها النيل من شأنها.

وعليه فان نعت العدالة في القانون المدني العراقي بانها قواعد، أمر ملفت للنظر، فهذا الوصف لا يتناسب مع مكانة العدالة.

وقد يقال إن المشرع العراقي لم يقصد بها القواعد القانونية، فإن كان كذلك فماذا أراد بهذا الوصف؟ في حين أن لفظ القاعدة في القانون وعند القانونيين لا يؤدي سوى معنى القاعدة القانونية.

وإذا اقتنعنا بان لفظ القاعدة لا يتوافق مع العدالة، فنقول أي وصف يناسبها؟ هل من الصحة أن نصفها كمبدأ أو كمبادئ؟

للإجابة نقول إذا كان المبدأ فكرة عامة تصلح أن تكون أساسا لمجموعة من الحلول القانونية، فالعدالة أكبر منه بكثير، فهي أساس المبادئ التي تكون أساسا للحلول القانونية، لا شك أن العدالة أكبر من مجرد أن تكون مبدأ، لأن المبدأ قد يكون إقليميا، يكون تطبيقه محصورا ببقعة معينة من العالم، أما العدالة فهي قضية إنسانية عالمية المحمل والنطاق، غير محددة بزمن أو مكان ما.

لكن كي لا نكون مثاليين، لابد من أن نطلق من جانبنا وصفا على العدالة، صحيح أن العدالة هي الفكرة التي تصلح أساسا لمجموع المبادئ القانونية، فمثلا مبدأ حسن النية يستند إلى العدالة، ومبدأ عدم جواز الإثراء بغير سبب مشروع أساسه العدالة أيضا، وكذلك العقد شريعة المتعاقدين، من حيث هو مبدأ أو قاعدة أساسه يكمن في العدالة وما إلى ذلك من المبادئ.

بيد أنه لم يدرج مصطلح آخر في القاموس القانوني ، يكون أكبر من المبدأ، وطالما أن العدالة أقرب إلى المبدأ من القاعدة، فالافضل استعمال مصطلح مبادئ العدالة، محتذين حذو غالبية المؤلفين، رغم عدم اتفاقهم وعدم استقرارهم على إطلاق وصف ثابت للعدالة، وهذا قد يكون مرده قناعتهم بأن العدالة تكون أكبر من القاعدة والمبدأ، ونحن بدورنا نتبنى هذا الاعتقاد، فلذلك نراهم مذبذبين بين القاعدة والمبدأ بشأن العدالة.

وقد يتم توصيف العدالة على أساس مصدرها أو أثرها، وذلك بالقول:-

إن عدالة الإنسان هي عدالة وضعية لأنها تنطلق من القانون الذي يضعه الإنسان أو يتبناه. فالقانون هو " طريق أساس لتطبيق العدالة ".

فالعدالة إذا، هي التوافق والانسجام بين الإنسان والمجتمع وبين الإنسان والإنسان. ولم تخرج فكرة العدالة التي أقامها أرسطو وعلماء اللاهوت عن

هذا التصور، فهم يقولون إن العدالة، أولا تقضي بأن كل فرد يجب أن يحتل موقعا في المجتمع يتناسب مع الدور الذي يقوم به ومع الخدمات التي يقدمها.(٨٠)

كما تتضمن العدالة، ثانيا المساواة قدر الإمكان بين القيم والخدمات المتبادلة بين الأفراد. ففي "العدالة التوزيعية " هناك ضرورة لتحقيق الانسجام بين الفرد والمجتمع بحيث يتناسب ما يعود عليه مع ما يقدمه إلى المجتمع، وفي "العدالة التبادلية " فإن التساوي في تبادل القيم والخدمات بين الأفراد، معناه تحقيق التوافق والانسجام بين الإنسان والإنسان طرفي العلاقة. فالعدالة انسجام وتوافق وهي ذات بعد اجتماعي وفردي تمليه طبيعة الإنسان الفردية والاجتماعية في ذات الوقت. أو قد تفهم العدالة من خلال مقارنة توصيفها من خلال موقعها في العلوم الإنسانية والاجتماعية، لذلك تحل في الغالب دائرة وسطى بين قيم الأخلاق وقواعد القانون. فقواعد الأخلاق تعني مجموعة من المبادئ التي يعتبرها الناس في زمن ما قواعد سلوك تتبع بدافع من الشعور الذاتي والرأي السائد وألا تعرض مخالفها لازدراء أقرانه وسخط المجتمع، والتي تحدد على أساس ما يستقر في الأذهان من أفكار عن الخير والشر ابتغاء السمو بالنفس البشرية نحو المثل العليا للخير المطلق عن طريق الحث على التمسك بالفضيلة وتجنب الرذيلة.() وغالبا ما تتحول القيم الأخلاقية إلى دائرة قواعد العدالة بتأمين من نضج الوعي الاجتماعي وارتقاء إحساس الجماعة بجدوى بعض القيم لما تفضي إليه من خير اجتماعي.()

عاشرا: تطبيقات العدالة:-

وهي مسائل تفترض تقديم نقاط معينة ضرورية منهجيا لفهم المبتغى وعلى النحو الآتي:-

١- إن دور الفقه القانوني أو المشرع أو القاضي أو الباحث الاجتماعي – على غرار دور المهندس بالضبط – يتمثل في إنشاء هيكل وظيفي يلبي أكبر قدر من الاحتياجات الاجتماعية والفردية بقدر

الإمكان، على أن يكون مظهره الخارجي كذلك معبرا عن وحدة متكاملة ومنسجمة. وشأنه شأن المهندس، ينبغي على الفقه القانوني أن يضع مخططا للهيكل القانوني من الناحية الاجتماعية قبل أن يباشر إجراءات الصياغة القانونية، وذلك حتى يضمن أن الهيكل الذي أقامه لن يكون مصيره الانهيار، وسيظل متينا وقابلا للتطبيق لأطول فترة ممكنة. ويتطلب هذا تحقيق الانسجام القانوني بين المبادئ الإجمالية التي تحكم مباحث القانون المختلفة من عقود وتعويضات وأملاك وهلم جرا والمواد الأخرى في القانون.

٢- إن القاضي في سياق تفسيره لنص تشريعي معين لم يعد عبدا للماضي، ولم يعد ملزما بالاسترشاد بالمعايير التي كانت تحكم المجتمعات القديمة ولكن بالمعايير التي تحكم المجتمع الذي يعيش فيه الآن. وطبقا لذلك لم يعد متاحا لأي فرد من الأفراد حرية تقديم مصالحه خاصة على حساب الآخرين، ومن هنا فكما أن القانون حر في تحقيق العدالة، فكذلك القانون غير مفيد بالتفسير الحرفي للنصوص، وإنما كذلك بمحتواها وأهدافها.

٣- لا تؤدي الأحكام القضائية إلى إنشاء القواعد قانونية، وإنما يفترض بها أن تقوم فقط بتطبيق القواعد القائمة على قضية معينة.

٤- على القاضي في طريق عمله أن يراعي ما يلي:-

أ- ألا يتناقض مع التفسير الحرفي المنطقي: وبتعبير آخر يجوز للنص القانوني قبول أي تفسير تدفع به الحاجة لتحسين الصالح العام وتعزيز العدالة، وذلك شريطة أن يسمح بهذا المعنى الحرفي للنص، أضف إلى ذلك ضرورة ألا ينشأ عن ذلك التفسير أي مساس بالوحدة الجوهرية لمبادئ القانون.

ب- للقاضي محاولة اختيار القصد الأصلي للتشريع أو ذلك الأفضل لتحقيق النفع العام والعدالة.

٥- استراتيجية العدالة: وتقوم تلك الاستراتيجية على فكرة مثالية، وهي العدالة في كل شيء، ولما كانت فكرة العدالة فكرة نفسية تدور حول ما يعتقد أنه الحق، فإن مفهومها من الصعب تحديده. وإزاء ذلك، لن تخرج فكرة العدالة عن التزام كل طرف الموضوعية في عرض وجهة نظره، وفي تقييم عناصر موقف الطرف الآخر، فلا يتفاوض أو يتعاقد من مواقف مسبقة لا يمكن المساس بها ولكن البحث الموضوعي عما يريده هو، وما يرتضيه الطرف الآخر. فكأن تلك الاستراتيجية تقصد الوصول إلى حلول تحقق المنفعة المشتركة بحيث لا يكون فيها ما يكسبه طرف هو ما يخسره الآخر، وتنتفى معادلة الكاسب/ الخاسر. ويجب أن يتذكر كل طرف أن التعاقد يفترض، بل يستلزم، نتيجة متوازنة، وإلا كيف نتصور وجود تراضي في النهاية. وكما قيل، بحق، يجب أن ينظر كل طرف في العلاقة إلى كل الظروف والمعطيات والنقاط المطروحة للمناقشة والحوار بعيون الطرف الآخر فذلك كفيل بالوصول إلى اتفاق ليس فقط متوازنا، بل كذلك عادل[٨١].

٦- نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على الآتي:- (أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه). فالمشرع هنا أراد أمرين؛ الأول تغليب القانون العراقي على غيره من القوانين، والتالي ملاحقة العراقي أينما حل، فإرادة المشرع هنا تسهر على حفظ النظام وهي اظهر في مواد قانون الجنسية. فالإرادة التشريعية موجودة في جل قواعد القانون المدني العراقي وهذه الإرادة عبارة عن حكمة التشريع إن صح القول وهذه الأخيرة، وهي أحد العوامل التي تؤثر في عناصر العدالة الرئيسة عند التعرض لتفسير النصوص التي تحتاج إلى التفسير[٨٢]، وكذلك هي العامل العقلي الذي يسعى التفسير المنطقي الوصول من خلاله إلى المعنى المراد من النص تمهيدا لتطبيقه[٨٣].

٧- أن التفسير وسيلة هامة لتحقيق العدالة وذلك لربط النص بالواقع والتوصل إلى حكم يتناسب مع مقتضيات العقل، وقد يفترق التفسير عن العدالة حينما يبحث المفسر عن إرادة المشرع في حين لم يفلح المشرع في إيجاد الحكم المطلوب الموافق للعدالة إذا، هدف التفسير هو الوصول إلى ما هو حقيقة، والعدالة هي حقيقة بذاتها، فتتدخل الأخلاق هنا لكي تربط نفسها بالتفسير، حتى يتبع تفسير أخلاقي للوصول إلى ما هو عادل(٨٤) فالمفسر يبحث عن الحقيقة أو ينبغي أن يبحث عن الحقيقة، أما إذا بحث عن ما هو غير حقيقة أي ما هو مخالف للحقيقة، فهذا لا يجوز ويدخل ضمن الغش نحو القانون.

ولنشرع الآن في عرض بعض النماذج التطبيقية لنظرية العدالة، في القانون الدولي الخاص، وعلى وفق الآتي:-

١- فلسفة العقد وتطبيقاته:-

عندما يبرم شخصان- أو أكثر- عقدا، فان شروط هذا العقد لابد منصفة. بعبارة أخرى، نفترض أن العقود تسوغ الشروط التي تنتج منها؛ وليس هذا هو الحال، على الأقل ليس العقود منصفة بذاتها. والعقود الحقيقية ليست أدوات أخلاقية قائمة بذاتها، فمحض اني أبرمت عقدا معك، ليس كافيا لجعل العقد منصفا. ففي كل عقد حقيقي، يمكننا دائما التساؤل: ((هل ما اتفقوا عليه متصف بالإنصاف؟)) ، والإجابة على هذا ليس ببساطة الإشارة إلى العقد نفسه بل نحن محتاجون إلى مقياس مستقل للإنصاف.

من أين يأتي هذا المقياس؟ قد تفكر، أنه ربما يأتي من عقد أكبر وأسبق، من دستور على سبيل المثال. لكن الدساتير تشوبها شائبة عدم وجود عقد اجتماع حقيقي أو مؤتمر دستوري، مهما كان ممثلا ، يضمن إنتاج أحكام عادلة للشركة الاجتماعية.

قد يبدو هذا الكلام ، لمن يعتقد أن الأخلاق قوامها التراضي، زعما مثيرا للانزعاج والكدر. لكنه ليس ذاك الزعم المثير للجدل. فنحن غالبا نتساءل

عن مدى الإنصاف في العقود التي يبرمها الناس، ونحن نعرف الأحوال والعوارض التي تؤدي لإبرام عقد سيئ: فقد يكون أحد الطرفين مفاوضا جيدا، أو له سلطة تفاوضية أقوى، أو أعلم بالقيمة الحقيقية للشيء الذي يتم تبادله.

ان معرفتنا بالعقود لا تضفي الإنصاف على الشروط التي تنتجها، لا يعني أن علينا انتهاكها متى ما شئنا، فقد نكون ملزمين بإتمامها حتى ولو قامت على اتفاق جائز على ألاقل الى حد ما. فللرضى والموافقة أهمية، ولو لم توجد العدالة. لكن هذا أقل أهمية مما نعتقد، فنحن غالبا نخلط بين العامل الأخلاقي للعقد، وبين المصادر الأخرى للإلزام.

لقد تجادل مفكر التشريع في هذه السؤال زمنا طويلا وأمدا بعيدا: هل الموافقة تنتج الزاما بحد ذاتها، أم أن عنصرا من عناصر الانتفاع والاعتماد مطلوب أيضا؟

إن هذا السجال يخبرنا عن أمر في أخلاق التعاقد لطالما أغفلناه: إن العقود الحقيقية لها وزن أخلاقي طالما حققت مبدأين، هما: الاستقلالية، والتبادلية. فكما هو الحال في الأفعال الطوعية، تفصح العقود عن استقلالنا، فالإلزاميات والموجبات التي تنشئها لها وزن لأنها مفروضة ذاتيا، فنحن أخذناها طوعا على عاتقنا وباعتبارها أدوات لتحقيق النفع المتبادل، تستوحي العقود مثال التبادلية، فواجب تحقيقها ينشأ عن واجب تعويض الآخرين عن المنافع التي قدموها لنا، وفي الواقع العملي لا يتم تحقيق هذه المثل الاستقلالية والتبادلية بصورة مثلى فبعض الاتفاقات، مع أنها طوعية، ليست تبادلية المنفعة. أحيانا نكون ملزمين بسداد على أساس تبادلي، حتى بغياب عقد. وهذا يومئ إلى المحدودية الأخلاقية للرضى: ففي بعض الحالات، لا يكون الرضى كافيا لخلق واجب أخلاقي ملزم وفي حالات أخرى لا يكون الرضا مطلوبا[٨٥].

نجد مثالا على نظرة القانون المدني للعدالة في مسألة تحديد نطاق العقد، حيث نص القانون على أن العقد لا يلزم فقط الأطراف المتفقة على محتواه، وأما يتضمن كذلك أي شيء تطلبه طبيعة هذا الالتزام، وذلك طبقا لقواعد القانون والعرف والعدالة[٨٦]. وقد نصت المذكرة الإيضاحية أن على القاضي أن ((يطلب الاسترشاد)) من قواعد العدالة في استكماله

لشروط العقد وتحديد نطاقه. وعليه، فإن البائع على سبيل المثال لا يكون ملتزما فقط بما هو مطلوب منه من أجل نقل حقه في الأصل المبيع إلى المشتري، وانما يكون ملتزما كذلك بالامتناع عن القيام بأي شيء يمكن، بسبب طبيعته، أن يجعل من عملية نقل الحق عملية مستحيلة أو صعبة، وتتطلب العدالة هذا الالتزام حتى ولو لم يأت ذكره في العقد[٨٧].

ونجد مثالا آخرا من التزام الشخص الذي يبيع محل تجارة بالإمساك عن تحريض العمال على العمل لصالحه بعد إتمام البيع، ((وهذا الالتزام أيضا ينبع من العدالة، حتى ولو لم يرد ذكره في العقد))[٨٨]. ومثال آخر هو العامل الفني الذي علم الأسرار الصناعية للمصنع الذي يعمل فيه: فلا يجوز له بيع هذه الأسرار إلى احد المصانع المنافسة، حتى ولو لم يدرج مثل هذا الالتزام في عقد العمل الخاص به[٨٩]. كذلك فإن الشخص المستحق لتأمين على الحياة لا يجوز أن يخفي أي معلومات عن مرضه عن شركة التأمين، وهكذا. وتنص المادة(٩٥) من القانون المدني العراقي على انه اذا أنشأ نزاع يتعلق بالتفاصيل التي لم يتم الاتفاق عليها في العقد، فإن للمحكمة أن تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة.

وتنص المادة ٢/٢٠٣ على أن للمحكمة أن تحكم بتعويض عيني، إذا كان في التعويض المادي إرهاقا للمدين؛ كذلك يجوز للمحكمة أن تخفض من مستوى قيمة التعويض المتفق عليه والمنصوص عليه كشرط جزائي في العقد اذا ثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه بدرجة كبيرة، وذلك طبقا للمادة ٢/٢٢٤ من القانون العراقي؛ وتمنح المادة ١٤٩ من القانون المحكمة سلطة قضائية واسعة ((وفقا لما تقضي به العدالة)) في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في العقود.

وعليه، فإن الهدف الاجتماعي للقانون قد افترض أن منح القاضي لسلطة تقديرية على النحو الذي يضمن تحقيق العدالة في المحاكم يزيل أي فجوات بين المجتمع والقانون، ومن ثم يشكل مصدرا للشرعية للقانون وللنظام القانوني ككل. وهذه السلطة التقديرية وإجراء تحقيق العدالة ليسا مهمين للمواطن الذي يدخل المحكمة بحثا عن الإنصاف والعدالة فقط، وإنما كذلك للقانون المدني والقانون ككل أيضا.

وفي سياق هذا الفصل، يمكن النظر إلى هذه المسألة في سياق نظرية الحوادث الطارئة. فقد خشى مشرعو القانون من أن يؤدي الإفراط في منح الصلاحيات الواسعة في السلطة التقديرية للقاضي إلى الإضرار بالاستقلال وبالتوقعات الاقتصادية، ويخلق المجال أمام القاضي لإصدار أحكام تعسفية. وعليه، تم تقييد نطاق السلطة التقديرية التي تتمتع بها هيئة المحكمة، على سبيل المثال، في تحديد مفهوم الحالة الطارئة وفي تخفيض الالتزامات إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة، وقد التفت مشرعو القانون كذلك إلى ضرورة تحقيق ذلك إذا ما تطلبت العدالة ذلك.

..... وضع تصورات وافية للعقد في القانون الدولي الخاص

٢- التعسف في استعمال الحق:.

يجب أن تكون هناك مساحة كافية للسلطة التقديرية للقاضي من أجل مواءمة القانون مع التطورات الاجتماعية المتغيرة. وكانت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المصري المدني قد أكدت أن المشروع قد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة، والتي يستطيع بمقتضاها بحث الملابسات المختلفة المحيطة بقضية معينة، وضمان تحقيق أشكال التوازن الملائمة، وتكييف القواعد العامة لتلبية مقتضيات كل قضية على حدة ((وهذا هو الأقرب لتحقيق العدالة))[٩٠].

وطبقا لهذا المنهج عندما يقوم القاضي بتطبيق سلطته التقديرية القضائية، فإنه ((يوازن)) جميع الملابسات والحقائق ذات الصلة بالقضية المطروحة، و يحددها ويقيمها ويصنفها و يحدد مراتبها بالحد الذي يسمح به ضميره .وفي ضوء هذه الاعتبارات، فإنه يحدد كيفية البت في القضية التي ينضر فيها، مسترشدا ومستأنسا في ذلك بحسه الداخلي بالعدالة. وسواء أكان ذلك عن وعي أم لا، فإن أي فعل ينشا عن السلطة التقديرية للقاضي إنما يجسد محاولة لتحقيق العدالة.

مثال ذلك أن التعسف في استعمال الحق[٩١] هو فعل يجيزه القانون، ولكنه يصبح ممتنعا إذا ما ارتكب على أساس دوافع غير لائقة. ومن أجل

التعرف على ما إذا كان الفرد يتعسف في استعمال حقه من عدمه و ينبغي أن نسال عما اذا كان هذا الفرد يمارس حقه بغية الإقدام على التصرف لايتسم بالعدالة ام لا. يتضمن هذا التعريف أي تصرف يقصد به الأضرار بشخص آخر، أو أي تصرف يتجاهل شخصا آخر أو مصالح المجتمع وعليه، يمكن القول إن مبدأ التعسف في استعمال الحق قد طرح بعدا جديدا للتقييم العادل في عمليات التقاضي. فلمعرفة ما اذا كان الشخص قد تعسف في استعمال حقه، يجب التعرف أولا على ما اذا كان قد ارتكب أي شيء يستحق اللوم، رغم ما للمفهوم من تبعات وعواقب قانونية، إلا أنه يعتبر مبدأ أخلاقيا في جوهره، كالمعاملات التي تتم في العراق مثلا بين أحد العراقيين وأحد الأجانب، ويتبين أن الأجنبي غير مؤهل قانونيا (طبقا لقانون بلاده)، أو أن أهليته القانونية ناقصة، دون أن يكون من السهل معرفة هذه الحقيقة في مصر. فإذ سعى الأجنبي غير المؤهل قانونيا لأبطال العقد على أساس هذه الحقيقة، فإنه سيكون بذلك متعسفا في استعمال حقه، علاوة على ذلك، فقد ألزم القانون القاضي بعدم جواز تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان على نحو يضر بمصلحة الطرف المذعن[٩٢]. وقد أشارت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون إلى أن الطرف الأقوى من الطرفين (سواء أكان المدين أو الدائن) ملزم بوضع شروط واضحة للطرف الأضعف؛ واذا اخفق في ذلك، عليه يكون مسؤولا عن هذا الغموض، وسوف يكون تفسير عقد الإذعان في غير صالحه[٩٣].

٣- النظام العام والآداب:-

قام القانون المدني بتحويل النظرة إلى ((العدالة التعاقدية))، وذلك باحاطها بحزام متين من قواعد العدالة والمساواة، وهو ما يتحقق من خلال منظومة تتألف من ثلاثة عناصر مرنة تتمتع بأهميتها المعيارية، وهي: (الآداب والنظام العام) كقاعدة تقع خارج القانون، و(العدالة) كقاعدة قانونية، والمحكمة باعتبارها الجهة المنوطة بتعريف هذه المنظومة وإدارتها وكانت العلاقة الديناميكية بين هذه العناصر الثالثة تجري على النسق التالي :تعمل الآداب والنظام العام على إرساء العدالة في القانون المدني الوضعي،

بينما يقع على المحكمة، باعتبارها الجهة الاجتماعية والقانونية المنوطة بالإشراف على ذلك ،واجب المحافظة على هذه العلاقة الديناميكية وضبطها وتعديلها متى دعت الحاجة[٩٤].

إن القانون المدني لم يرتأ في القانون والنظام العام هدفين في حد ذاتهما، بل كأدوات في خدمة النظرة للحياة الاجتماعية والعدالة. ويحرص هذا النظام القانوني (أو على الأقل يزعم انه يحرص) على أن لا يؤدي التمسك المفرط بالشكليات إلى التضحية بالغايات من اجل تحقيق الوسائل. وعليه، فأن (النظام العام والآداب) بتعبير آخر فأن تفسير القانون قد اخذ في اعتباره بُعد الديناميكية في بوابة الآداب والنظام العام، وقد تراوح عرض هذه البوابة طبقا لروح العصر السائدة. وكما رأينا، فإن عنصر العدالة يتسم كذلك بالديناميكية، نظرا إلى أن العدالة، وعلى نحو ما هو معروف في تفسير القانون، هي تحقيق التوازن الملائم بين الأطراف. وعليه، فقد انشأ القانون منظومة ديناميكية ونامية من الاعتماد المتبادل: حيث تعتمد فيه الآداب والنظام العام، والثلاثة يعتمدون معا على المجتمع الذي يوجدون فيه ،والذي بدوره يعتمد عليهم. وتمر هذه المنظومة بالكامل عبر القانون المدني والمحكمة حيث تعتمد عليها كما تعتمد تلك الأخيرة عليها.[٩٥]

وعليه، تنشأ أمامنا منظومة من الهندسة الاجتماعية النسبية وهي نسبية على المستوى الأفقي، حيث العدالة نسبية، وبوابة الآداب والنظام الاجتماعي نسبية، والقانون الوضعي نسبي تبعا لفترته، والسلطة التقديرية للمحكمة في تطبيق القانون المدني نسبية، ومن ثم فالمجتمع، وهو كيان نسبي ومتغير بشكل مؤكد، يمكن أن يتغير طبقا للأهداف السوسيلوجية للقانون. وهذه عملية من التحول القائم على القيم ضمن مجالات التغير.

وإذا افترضنا أن القاضي قادر على مباشرة تطبيقه لقواعد العدالة المحتواة داخل القانون، فكيف يتسنى له تحليل المفهوم الصحيح ((الآداب والنظام العام)) لهدفنا-وهي مكونات تقع خارج نطاق القانون ولا توجد أي مبادئ واضحة تتعلق بها يمكن للمحكمة الاستهداء والاسترشاد بها؟ هنا أيضا نرى المذكرة الإيضاحية للتقنين وقد حاولت تزويد القاضي بمجموعة

معينة من الوسائل، قائلة بأن ثمة توترا وشدا مستمرا بين الطبيعة الموضوعية والمحافظة للآداب وبعدها المرن والمتغير. ففي رأي هذه المذكرات، أن القاعدة الأخلاقية ليست بالمعيار الذاتي الخاضع لتقييم الفرد، ولكنها معيار موضوعي على نحو ما يطبقه العامة حسبما جرى العرف في هذا المجتمع؛ وهذه الأعراف بطبيعتها محافظة. وفي الوقت نفسه، فإنها معيار غير مستقر يتراوح طبقا لتطور الفكر الأخلاقي في حضارة معينة، وهذا معيار ديناميكي. وثمة بعض المسائل و وكما أشار السنهوري التي كانت تعد في السابق مخالفة للآداب والنظام العام، مثل التأمين على الحياة أو التدخل في الشؤون الشخصية للزوجين، ولكنها الآن ((بات النظر إليها بشكل مختلف)). وفي المقابل، ثمة مسائل ينظر إليها الان باعتبارها تخالف الآداب والنظام العام، مثل الاسترقاق أو تهريب البضائع، بينما لم يكن ينظر إليها في الماضي باعتبارها لا أخلاقية[٩٦] وفي صناعة قراره هذا، ينبغي على القاضي أن يبحث بصفة مستمرة عما اذا كانت تغيرات معينة قد طرأت على النظام العام والاداب. ومن أبرز الأمثلة التي سعى واضع القانون لإدراجها ضمن الفئة الأخيرة هو ((الجموح الأناني)) للمجتمع، والذي رأى أنه لم يعد من الممكن أن يمر من اختبار الآداب والنظام العام ومبررا بذلك الانتقال من التوجه الرأسمالي والفردي إلى التوجه الغيري. إن القاضي الآن يلج ((هذه الساحة المرنة))[٩٧]، ويفترض به أن يقوم بتحديد شرعية أو لا شرعية العقود، وهو أثناء ذلك، يعتمد على القضايا المعيارية الخاصة بالآداب والمجتمع.

إن ولوج القاضي إلى هذه الساحة لهو شاهد على درجة الثقة الكبيرة التي وضعها القانون الجديد في المحكمة : فالقانون يثق بأن المحكمة سوف تكون قادرة على ترجمة المبادئ الأساسية للتقنين ، شاملا النموذج غير المعروف للآداب والنظام الاجتماعي، إلى حلول قضائية ملائمة، وقد أضافت المذكرة الإيضاحية أن أحكام القانون الجديد قد أصبحت أدوات يستعين بها القضاة في تطوير التقنين بصفة مستمرة ، مستخدمين إياها لمواجهة الظروف والأوضاع المتغيرة[٩٨].

وعليه، ينبغي على القاضي المدني القيام بالعديد من المهام المتشابكة حيث ينبغي عليه أن يكون واعيا بالتوجهات الاجتماعية القانونية

المتغيرة، وأن يعرف، طبقا للتغيرات المستمرة، مدى اتساع بوابة الآداب والنظام العام، بحيث يسمح فقط بما يجده ملائما وضروريا بالدخول، وأخيرا، يستوعب مبادئ العدالة التي تدخل عبر بوابة الآداب، ومفسرا وموضحا ومطبقا هذه المبادئ. وهذه المساحة معقدة ومرنة من الآداب والعدالة، وهي شديدة المرونة والتبدل ((إلى حد يصبح معه القاضي نفسه أحد المشرعين)) وبما يخلق ظاهرة عرضة لأن تثير الانزعاج من منظور الأنظمة القانونية للعلمية التشريعية مثل النظام المصري أو النظام العراقي.

ولنا التساؤل هل أن استخدام الصمامات القانونية على شاكلة((العدل)) و((النظام الاجتماعي)) و(المصالح العامة)) أو((التعسف في استعمال الحق))، ((العدالة))، ((النظام العام والآداب)) يقودنا إلى الاعتقاد ضمنا أن القانون قد صار يفتقد للتحديد والدقة؟ يمكن إجابة هذا التساؤل من خلال بحث استجابة القانون نفسه في سياق مواجهته للمشكلة نفسها. ذلك أن المشرع لا يتبنى هذه النظرة ، ولا يخشى حدوث مثل هذا الموقف ،كما لا يعتقد أنها ستؤدي لعدم استقرار الأنظمة القانونية.

إن نظرته الى القواعد القانونية تسمح له بدرجة من المرونة في التعبير عن القاعدة القانونية وتطبيقها. كما يتيح له حدسه ومراجعته للقرارات القضائية بالتعرف على المواضع التي يمكنه فيها إقناع القاضي بأن يأخذ في اعتباره جوانب العدالة أو النظام الاجتماعي أو الآداب.

..... ((تضاف هنا تطبيقات النظام العام الدولي كمانع لتطبيق القانون الاجنبي))

٤ـ القانون الواجب التطبيق على التكييف:

وهو موضوع طرحت فيه نظريات متعددة، إلا أنه يعاب عليها أنها تجعل أساس الموضوع هو التنازع بين السيادات التشريعية بينما تهدف قواعد الإسناد إلى تقرير العدالة والتي تتم بإعطاء الاختصاص إلى القانون المناسب لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي[٩٩] .

٥ـ القانون واجب التطبيق على مسائل المسؤولية التقصيرية:

نصت المادة ٢٧ من القانون المدني العراقي على انه:"١ـ الالتزامات غير التعاقدية يسري قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام.٢ـعلى انه لاتسري احكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

وهنا لم يقيدنا المشرع العراقي برأي دون آخر، فقد اكتفى بإعطاء الاختصاص إلى البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام وابقى المسألة خاضعة في هذا الشأن للاجتهاد. ولكن المهم أن يكون التعويض عادلا، والتعويض القانوني العادل له مفهوم محدد، أي أن القانون لا ينظر إلى العدالة بمعناها المطلق ولا بالرأي المنفلت الذي لا تحدده الضوابط، وبهذا يتناسب القانون العراقي شأن قوانين العالم المتقدم بالنظر إلى التعويض ومفعوليته بأنه يتناسب دائما مع المثل العليا للنظام الاجتماعي والاقتصادي العادل للمجتمع[١٠٠].

٨ـ قواعد الاختصاص القضائي الدولي العراقي:ـ

تحدد قواعد الاختصاص التشريعي القانون الواجب التطبيق وقد يكون هذا القانون وطنيا أو أجنبيا ولهذا فهي قواعد مزدوجة بينما تقتصر قواعد الاختصاص القضائي على تحديد اختصاص المحاكم الوطنية ولا تتكفل بتحديد اختصاص المحاكم الأجنبية ولهذا فهي مفردة الجانب.

والاختصاص القضائي الدولي مستقل عن الاختصاص التشريعي فقد تختص محكمة دولة من الدول بالنظر في القضية ذات العنصر الأجنبي إلا أنها تطبق عليها قانونا أجنبيا. وأساس هذا الاستقلال هو الاختلاف في الاعتبارات التي تقوم عليها قواعد كل نوع من أنواع الاختصاص.

فالمحكمة لاعتبارات تتعلق بالسيادة أو بالأمن والسلامة في الأقاليم تصبح مختصة في النزاع، ومع ذلك فان قواعد العدالة تقضي بان تحكم العلاقة بقانون أجنبي لأنه أكثر ملاءمة لطبيعة النزاع[١٠١].

ومن التطبيقات المهمة في هذا المجال ايضا:[١٠٢]

أ- قرار محكمة تمييز العراق بتاريخ ١٩٥٥/١٢/٢٥، مع بداية نفاذ القانون المدني العراقي سنة ١٩٥٣، لتقرر مايلي: " .... ولما لم يُشرع نظام الالقاب فمن واجب المحكمة اذا عرضت عليها دعوى لقب ان تحكم بمقتضى قواعد العدالة استنادا للمادة الاولى من القانون المدني؛ لان من الواضح انه لم يسبق للعرف أن أدخل تحت نطاقه مسألة تنظيم التعرف باللقب وكذلك الشريعة الاسلامية...".

ب- قرار محكمة تمييز العراق بتاريخ ١٩٥٨/٥/٢٨، ومما ورد فيه: " ..... لان الواقعة يحكمها مبدآن قانونيان عامان لاتختلف فيهما قوانين الدول المتحضرة وهما مبدأ العقد شريعة المتعاقدين اذا لم يكن مخلا بالنظام العام والاداب العامة ومبدأ سيادة العدالة اذا فقد النص القانوني، واذا جاز للقانون الانكليزي ان يُرجح مقتضيات العدالة على القانون العادي ولو كان مدونا فلا يوجد هناك قانون عادي لا في بريطانية ولا في العراق يحمل نصا ينافي مبدأ العدالة في هذه الواقعة.(١٠٣)

٩- أساس تطبيق قواعد الإسناد :-

يظهر التطور التاريخي لقواعد الإسناد الفكرة السائدة قديما عن أساس تطبيق هذه القواعد وهي المجاملة الدولية التي قالت بها المدرسة الهولندية، إلا إن التطور في هذا المجال أفرز فكرة أخرى مفادها أن تطبيق هذه القواعد يقوم على أساس ملزم يجد إبعاده في القانون الداخلي والقانون الدولي وهذا يعني أن القاضي الوطني عندما يطبق قواعد الإسناد ومن ثم القانون الذي تشير إليه يكون مدفوعا بدوافع موضوعية شخصية يقررها المشرع كما افرز التطور فكرة أخرى تبين أن أساس هذه القواعد يتمثل بالعدالة والملاءمة أي أن القاضي يطبق قواعد الإسناد بهدف تطبيق أكثر القوانين ملاءمة وعدالة للعلاقة.(١٠٤)

١٠- تطبيقات العدالة في ميدان عقود نقل التكنولوجيا:

ان سرعة التطور التكنولوجي وزيادة المخاطر السياسية والتي يمكن ان تعرض المستثمر الاجنبي لمخاطر كبيرة واجراءات تشريعية من قبل الدولة المضيفة ذاتها، وما قد يحدث من ظروف طارئة تجعل

تنفيذ الالتزام الناشيء عن العقد مُرهقا للمدين به، وقد استطاع قضاء التحكيم من خلال شرط (الهارد شيب كلوز) ان يُعيد تقييم العقد، ويُدخل التعديلات المناسبة على العقد استنادا لفكرة العدالة.(١٠٥)

١١ـ تطبيقات العدالة في مجال الاحوال الشخصية:(١٠٦)

للاحوال الشخصية اهمية في ميدان القانون الدولي الخاص، لجهتين:

الاولى/ إقرار قانون الاحوال الشخصية العراقي بان قواعد تنازع الاحوال الشخصية الواردة في القانون المدني العراقي جزء منه ولا تتنافى مع الشريعة الاسلامية، إذ ورد في ديباجة قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ مايلي:" ج. رأت اللجنة ان القواعد العامة الواردة في القانون المدني في احكام تنازع القوانين من حيث المكان (المواد من ١٩ـ ٢٤) قواعد لاتتنافى ومبادىء الشريعة وهي قواعد تنظيمية يجب الاخذ بها في احكام الاحوال الشخصية فنص المشروع في مادته الثانية على وجوب تطبيقها).

الثانية/ قد يؤدي التنازع الى تطبيق قواعد الاحوال الشخصية في القانون العراقي على اساس الفقرة الخامسة من المادة ١٩ من القانون المدني العراقي،(١٠٧) وهو مايفترض التساؤل الاساس حول مدى التزام قواعد قانون الاحوال الشخصية بمبدأ العدالة، وهو ما يتجلى بالتطبيقات الآتية للمحكمة الاتحادية العراقية العليا:ـ

أـ ان تقديم الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا هو خيار تشريعي جاء منسجما مع العدالة السمحاء ولاتخالف الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥. وهو المبدأ الذي أكدته المحكمة الاتحادية العراقية العليا.(١٠٨)

بـ لايصح المدعى عليها خصما في دعوى الطعن بنص قانوني كما ان نص المادة ٣/٣٩ من قانون الاحوال الشخصية النافذ –المتعلقة بالتعويض عن الطلاق التعسفي- لايتعارض مع ثوابت الاسلام؛ لان فيه جبر للضرر وتحقيق للعدالة.(١٠٩)

تـ لاتعارض بين قرار مجلس قيادة الثورة المنحل القاضي باستحقاق المرأة مهرها المؤجل مقوما بالذهب وبين الدستور وثوابت الشريعة الاسلامية؛ لانه يؤدي الى انصاف المطلقات من ناحية التوازن الاقتصادي بين قيمة العملة حين نشوء الدين وبين استحقاقه ويحقق العدالة التي سعت اليها ثوابت الشريعة الاسلامية الغراء واحكام الدستور.(١١٠)

١٢ـ اثر العدالة في مجال التحكيم التجاري الدولي:

يبدء آثر العدالة في مجال التحكيم من تعريف المفهوم، ذلك ان كل التعاريف المعروضة للتحكيم تبتغي تحقيق غاية أسمى تتمثل بالعدالة وإن كانت العدالة المبتغاة خارج اسوار المحكمة –احياناـ، وكل ذلك متأتٍ من اطمئنان وقناعتهم بان الفصل في النزاع سيكون عادلا؛ لانهم هم الذين اختاروا المحكِم.(١١١)

ومن جانب اكثر تخصصا يرى الغالب من الفقه العراقي ان عملية التحكيم على وفق القوانين العراقية تخضع للفلسفات الاخلاقية ومبادىء العدالة السائدة محليا، وهي مسائل واردة على سبيل المثال وليس الحصر.(١١٢)

الـــهوامش

١ـ جليل قسطو، القواعد العامة للعدالة في النظام القانوني الإنكليزي، مجلة القضاء، نقابة الحامين، جمهورية العراق، العدد١ـ٢، ك٢، السنة٣٣، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٧، ص١٣٢.

٢ـ ثروت أنيس الأسيوطي، التيارات الفلسفية المعاصرة في فلسفة القانون في مصر، ترجمة: محمد ظاهر معروف، مجلة القضاء، العدد ٣، نقابة المحامين، جمهورية العراق، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٠، ص١١٤ وما بعدها.

٣ـ توماس ماير وأودو فور هولت، المجتمع المدني والعدالة، سلسلة العلوم الاجتماعية، ترجمة راندا النشار واخرون، مراجعة: علا عادل عبد الجواد، ط١، مكتبة الاسرة، ٢٠١٠، ص ١١٣ ومابعدها.

4- Ven lord lioyd of hampstead and M . D.A freeman, lioyd's introduction to jurisprudence (London : stevens),1985. P548-549.سلطان

٥- جليل قسطو، مصدر سابق، ص ٣٠٢-٣٠٣.

٦- إسماعيل نامق حسن، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية (القانون المدني نموذجا) دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، ط١، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠٠٧م، ص٦-٧.

٧- هانز كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة د . اكرم الوتري، دون سنة النشر ولا مكان النشر، ص ٤٨.

٨- محمد سعيد العشماوي ، روح العدالة ، دون سنة النشر ولا مكان النشر ، ص ١٦ .

٩- جمال مولود ذيبان ، تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة، ط١، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ٢٠٠١ ، ص ١٢.

١٠- عبد الرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، ط١، مطبعة المعاني، بغداد، ١٣٦٨ هـ – ١٩٦٧ م، ص١٣٢-١٣٣.

١١- عبارة عن مجموعة محدودة من الرقم الطينية التي تعود بعضها إلى العهد الآشوري القديم وأخرى إلى العهد الوسيط وبعض المراسيم الملكية التي تعود بتاريخها إلى العصر الآشوري الوسيط أيضا، وعليه يعتقد أن الأشوريين لم يكم لهم قانون موحد . للمزيد من التفاصيل ينظر إلى : أحمد أبو الوفا، تاريخ النظم القانونية وتطورها، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣، ص٣٦.

١٢- محمد فرحان، تاريخ النظم القانونية، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٩، ص١٧٤.

١٣- للتفصيل ينظر لطفا: توماس ماير وأودو فور هولت، مصدر سابق، ص١١٤.

أما عن مفهومي العدل والعدالة في الفكر الغربي، فقد كانا مترادفين في ظل مذهب القانون الطبيعي التقليدي ويمثلان قيمة مطلقة ثابتة خالدة، وانقلبا في ظل المذهب القانوني الطبيعي ذي الحدود المتميزة إلى مثل أعلى قد يثبت بعضه على مر الزمن وقد يتأثر بعضه بمدارك المشرعين وظروفهم، ولكنهما ظلا

متماسكين في البنى ثم بدأ التمييز بينهما منذ مطلع العصر الحديث ليقصد به العدل المجرد، وليراد بالعدالة الشعور بالإنصاف شعورا يملي حلولا تعتد بالملابسات الخاصة ودقائق الظروف وبسبب هذا التمييز اختلفت القوانين في تسمية المصدر الرسمي للقانون الذي ينبغي على القاضي اللجوء إليه إذا افتقد النص التشريعي أو العرف، فمنها ما ذكر القانون الطبيعي فقط، ومنها ما ذكر القانون الطبيعي وقواعد العدالة معا، ومنها ما اكتفى بذكر قواعد العدالة فقط. وقد أريد بمبادئ القانون الطبيعي مبادئ العدل المجرد، وقصد بقواعد العدالة ما تمليه مبادئ العدل من شعور بوجوب وضع الحلول المنصفة. يلاحظ لطفا: عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل إدراكها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسية، جامعة بغداد، طبعة الدار العربية، بغداد، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الماسي للكلية، مايس ١٩٨٤، ص٦٣.

١٤ـ جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، مؤسسة (المجد) الجامعية للدرسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م ، (ص – ى)، ص (١٠٧٨ – ١٠٧٩) .

١٥ـ جيرار كورنو، المصدر السابق، ص ٣٠٨ – ٣٠٩.

١٦ـ مثلا: (يقال كثيرا من الأحيان مراعاة للعدالة والحسنى صيغة لاتينية معناها ما هو منصف وحميد) تستخدم في العبارات (حكم بمراعاة العدالة الحسنى) (وقرر على هذا النحو)، (ونظر في القضية بهذا المنظار) للدلالة على العملية المرتكزة بالنسبة إلى القاضي أو الحكم (الوطني والدولي)، عندما توكل هذه المهمة إليه على البت بالنزاع بإنصاف، أما في حال عدم وجود قاعدة قانونية تطبق على الحالة المعروضة أو باستبعاد قاعدة قانونية تطبق اعتياديا وذلك أن نتائج تطبيقها عليها ستكون غير منصفة إلى حد كبير، أو بتخفيف صلابتها، للدافع عينه (بدلا من الحكم على أساس القانون الصلب) . ينظر: جيرار كورنو، معجم مصطلحات القانونية، المصدر السابق، ص١٤٥١ – ١٤٥٢.

١٧ـ د. صوفي أبو طالب مبادئ تأريخ القانون، القاهرة، ١٩٦٥، ص٣٢٢.

١٨ـ ينظر: د. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٥٨. وكذلك: المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، ج١، مطبعة الأدب، النجف الأشرف، ١٣٩٢ هـ ـ ١٩٧٢م ، ص١٨٤.

١٩ـ ينظر: عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي، طبعة كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٧٠، ص ٢١٧ـ٢١٨.

٢٠ـ ينظر: عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تاريخ القانون، ط١، منشورات جامعة حلب، سوريا، ١٩٩٦، ص ٦٤٤.

٢١ـ منذر الشاوي، العدالة والحضارة، مجلة العدالة، وزارة العدل، جمهورية العراق، العدد ٤، ت١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ٢٠٠١، ص٥.

22- Sneels principles of equity 27 Edi , by sir Robert megarry (justice) and p . I. Baker (law professor) , sweet & max well , London 1973. P.P8-9.

23- Antony ALott . ESSAYS IN AFRICAN LAW BUTTERWOTHS, LONDON 1960. Essays in frican law Butterwoths,London1960,p.10.

٢٤ـ أما عن مبادئ العدالة في القانون الإنكليزي، فيمكن تلخيصها بالآتي:ـ

أـ العدالة لا تسمح بأن يعاني المضرور من الخطأ دون تعويض.
بـ العدالة تلي القانون.
تـ عندما توجد العدالة وتقوم على المساواة يسود القانون.
ثـ عندما يتعدد الناس أمام العدالة، ويتساوون في الوضع، فيرجح الأول.
جـ من يطلب العدالة يجب أن يمارس العدالة.
حـ من يطبق العدالة يجب أن تكون يداه نظيفتان.
خـ الإبطاء يخذل العدالة.
دـ المساواة هي العدالة.
ذـ العدالة تنظر إلى المضمون أو القصد وليس الشكل.
رـ العدالة تنظر إلى ما تم عمله، وإلى ما يجب عمله.
زـ العدالة تنظر إلى القصد في تنفيذ الالتزام.
سـ العدالة سلوك شخصي (فهي لذلك تظهر في الدعاوي والحقوق الشخصية).

ويبدو من تدقيق هذه المبادئ بالنسبة لمن يحوز على ثقافة قانونية أنها من الوضوح بحيث لا تدعو الحاجة إلى شرحها أو توضيحها. لمزيد من التفصيل يلاحظ لطفا: جليل قسطو، مصدر سابق، ص١٥٣ـ١٣٦.

٢٥ـ لكن للعدالة متطلباتها ولتحقيقها شروط. فالعدالة ليست رؤية فحسب وإنما هي واقع يجب أن تعاش، فالإنسان يحقق العدالة الدنيوية ضمن شروط ومستلزمات لابد منها. فلا يكفي أن ننادي بالعدالة، ونطلب من الإنسان أن يكون عادلا فيما يقول أو يعمل، بل علينا أن نحقق العدالة فعلا وحقيقة بين البشر. وهذا يتطلب أن

نضع أسسا لتحقيق هذه العدالة بين الناس، أي أن نضع قواعد تحكمهم وترشدهم إلى العدالة، بمعنى الانسجام والتوافق في حياتهم الدنيوية. وهذه الأسس وهذا البناء الجمالي للحياة لا يمكن أن نجدها، في هذه الدنيا، إلا في القواعد التي يضعها الإنسان لتنظيم حياته وعلاقاته في إطار من العدالة نقول من المحبة والوئام، وتلك هي مهمة القانون الكبرى.

٢٦ـ منذر الشاوي، فلسفة العدالة، مجلة العدالة، العدد الرابع، مصدر سابق، ٢٠٠٢، ص ٥ـ ٧.

٢٧ـ فلسفة القانون، ايديولوجيا الانسان، اشراف: فرنسوا شاتلييه، ترجمة: خليل احمد خليل، تقديم: سهيل القش، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، ٢٠٠٢، ص٢٥ ومابعدها.

٢٨ـ بجارن ملكفيك، نصوص في فلسفة القانون، ترجمة: جورج سعد، ط١، دار النجوى، بيروت، ٢٠٠٥، ص٣٥ ومابعدها.

٢٩ـ نقلا عن : د.عبد الرحمن البزاز، أبحاث واحاديث في الفقه والقانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٨، ص ١١٧.

٣٠ـ صلاح الدين الناهي، العدالة في تراث الرافدين وفي الفكرين اليوناني والعربي الإسلامي، ط١، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ١٩٨٤، ص ٦٤.

٣١ـ الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، الامثل في تفسير كتاب الله المنزل، مج٨، سورة النحل المباركة، مؤسسة البعثة، بيروت، ط١، ١٤٣١هـ١٩٩٢م ، المجلد الثامن، سورة النحل، ص ٢٩٦.

٣٢ـ محمد سعيد العشماوي ، روح العدالة ، المصدر السابق ، ص ١٧.

٣٣ـ حسن علي ذنون، فلسفة القانون ، مطبعة العاني، بغداد ، ط١، ١٩٧٥، ص ١٦٣.

٣٤ـ احمد ابراهيم حسن، مصدر سابق، ص١٣٤.

٣٥ـ د. صلاح الدين عبد الفتاح الخالدي ، سيرة ادم (عيه الصلاة والسلام) ، ط١، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان – الاردن ، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م ، ص١٠٨.

٣٦ـ يمكن استعمال (الدائن) و(المدين) في مجال القانون بدلا من (القوي) و (الضعيف).

٣٧ـ ثروت انيس الاسيوطي، مصدر سابق، ص ٥٤.

٣٨ـ ينظر: مدونة جستنيان ، المرجع السابق الملحق الثاني، ص ٣٧٠.

٣٩ـ نصت المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠لسنة ١٩٥١ على (أولا : اذا اتلف صبي مميز او غير مميز او من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله . ثانيا : واذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز او مجنون جاز للمحكمة ان تلزم الولي او القيم او الوصي بمبلغ التعويض ، على ان يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر . ثالثا : عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة لن تراعي في ذلك مركز الخصوم) .

٤٠ـ ينظر: جمال مهدي محمود الأكشي، مسؤولية الاباء المدنية عن الابناء القصر في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص(٣٧٨ـ ٤٠٢) .

٤١ـ صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص٢١٠.

٤٢ـ منذر الشاوي، العدالة والحضارة، مجلة العدالة، مصدر سابق، العدد ٤، ت ١، ٢٠٠١، ص ٥ وما بعدها.

٤٣ـ سمير السيد تناغو، المادة الثانية من الدستور، محاضرة منشورة في العدد الثاني من مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، طبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٨، ص ٣٦٥.

٤٤ـ أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٣٤.

٤٥ـ عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط١١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص٤٥ وما بعدها.

٤٦ـ مجموعة الاعمال التحضيرية، الحكومة المصرية ، وزارة العدل ، مج١، مصدر سابق، ص٢٣.

٤٧ـ مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ط١، مديرية دار الكتب للطباعة، بغداد، ١٩٧٢، ص٢٧.

٤٨ـ مجموعة الاعمال التحضيرية، مصدر سابق، ص٢٤.

٤٩ـ المصدر نفسه ، ص٢٣ـ ٢٤.

٥٠ـ فالعقود-مثلا- من أهم وسائل تحقيق العدل في المجتمع ،لأن كل متعاقد يسعى لتحقيق مصلحته ولا يرضى الظلم لنفسه، ومن قال عقدا فقد قال عدلا. ولكنه عدل بشري، وقد ينتج عن العقد نتيجة لعدم المساواة في القدرة الاقتصادية مثلا، عقد ظالم لا يحقق العدل الحقيقي. وهنا يمكن أن يتدخل القاضي بإذن من المشرع، فيقوم بتعديل العقد الظالم، ويرده إلى شيء من العدل، مستوحيا في ذلك العدل المطلق الذي يرشده إليه عقله المجرد عن العواطف والأهواء، ويضع بذلك حلا عادلا للنزاع.

٥١ـ ابراهيم شحاته، البحث والقاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثالث، تموز ١٩٦٢، ص ٤١٥ وما بعدها .

٥٢ـ عبد الحي حجازي، مقدمة لدراسة العلوم القانونية، ج ١، بلا، القاهرة، ١٩٦٦، بند ٤ ص ١٧.

٥٣ـ يقصد بمعنى العدالة، الدائرة الأوسع من التعريف لفهم تصورات أشمل لفكرة العدالة.

٥٤ـ عبد الباقي البكري، العدالة، مصدر سابق، ص٥٨.

٥٥ـ يتضح مما تقدم أن لفظي العدالة والمساواة مترادفان، كما أن لفظي العدالة والإنصاف متماثلان، وان ثمة فارقا هاما بين العدل والعدالة يصلح أن يكون معيارا للتميز بينهما ، وان قامت فكرتهما على أساس المساواة. هو أن فكرة العدل تقوم على المساواة المجردة التي تعتد بالوضع الغالب وان فكرة العدالة تقوم على المساواة الحقيقية التي تعبأ بالظروف الخاصة والجزئيات الواقعية، واذا استعمل لفظ العدالة على الشعور بالمساواة التي يفيدها لفظ العدل في مختلف استعماله، كالعدالة الاقتصادية والعدالة الاجتماعية والعدالة القانونية، فإن المصطلحات تختلف في مفاهيمها؛ ذلك لان العدل الاقتصادي أو الاجتماعي يعني بالوضع الغالب، أما العدالة الاجتماعية أو الاقتصادية فتعتد بالمساواة الحقيقية. لمزيد من التفصيل يلاحظ لطفا: ابو بكر علي محمد أمين، العدالة (مفهومها ومنطلقاتها) دراسة في ضوء الفكر القانوني والسياسي الغربي والاسلامي، ط١، دار الزمان للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ٢٠١٠، ص٥٤ وما بعدها.

٥٦ـ مجيد العنبكي، الإنسان غاية القانون، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة (قسم الدراسات القانونية)، العدد ١، السنة ٢، ك٢، بغداد، ٢٠٠٠، ص٦٧.

57- J.M.Kelly, A short history of western legal theory (oxford : Clarendon Prees ,New York : Oxford University Prees ,1999) .pp. 26_27 ,30_31 and 284.

٥٨- مسلمات العدالة: إن ((العدالة هي المساواة)) وحيث يكون الطرفان متساويين في الحق، ويتم تقسيم الأملاك بينهما بالتساوي.

٥٩- منذر الشاوي، فلسفة العدالة، مجلة العدالة، العدد٤، مطبعة العدالة، بغداد، ٢٠٠٢، ص٥.

٦٠- د. احمد صادق القشيري، طبيعة القانون الدولي الخاص ، مجلة العلوم القانونية الاقتصادية ، العدد الأول ، السنة العاشرة ، ١٩٦٨ ، جمهورية مصر العربية ،ص١٦٧ – ١٦٩. وكذلك: بيار مابير، فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص٧٠ وما بعدها.

٦١- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي(مفاوضات العقود الدولية ـ قانون الإدارة وأزمته)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٤٨.

٦٢- السيد ياسين علي فهمي، القانون والقضاء بين الحياد والالتزام، مجلة مصر المعاصرة، عدد٢٣٤، التقرير ١٩٦٨، القاهرة، ص١٠٠٧ـ١٠٠٨.

٦٣- بينوا فريدمان وغي هارشر، فلسفة القانون، ترجمة: محمد وطفه، ط١، مؤسسة (مجد) المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢، ص٢١ـ٢٣.

٦٤- المصدر نفسه، ص٢٤.

65- walzer. Spheres of justice.New York, Basic Book,1983.p 32. سلطان

٦٦- وائل حسن عبد الشافي، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية (دراسة مقارنة)، مطبعة بلادي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٣٦٩وما بعدها.

٦٧- غاي بيخور، مدونة السنهوري القانونية (نشوء القانون المدني العربي المعاصر، ترجمة: رشال جمال، مراجعة: عبد الحسين شعبان، ط١، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ٢٠٠٥، ص١٩٥.

مع الإشارة إلى أن هذه المعادلة ستكون المرتكز في منهج عدالة القانون الدولي الخاص المبتغاة والتي ستتضح في الأسطر القادمة.

٦٨ـ عبد المجيد محمد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية (مع دراسات في فلسفة القانون)، ط١، بلا، ص ٥٢٤ـ٥٢٥.

٦٩ـ ـ ج ساندل، ما الجدير ان يُعمل به، ترجمة: مروان الرشيد، ط١، جداول للنشر والترجمة والتوزيع، بيروت، ٢٠١٥، ص١٥٩ وما بعدها.

٧٠ـ لمزيد من التفصيل حول طبيعة العلاقة بين الحرية والعدالة، يلاحظ لطفا: رحيل محمد غرايبة، الحقوق والحريات السياسية في الشريعة الاسلامية، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، سلسلة الرسائل الجامعية، دار المنار للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠١، ص٤١٣ ومابعدها.

٧١ـ أن مبادئ العدالة كانت ولاتزال المصدر الذي يلهم المشرعين أحكام تشريعات العمل والضمان الاجتماعي والرعاية الاجتماعية وكل تشريع يهدف إلى التقليل ما امكن من الفوارق الاقتصادية بين الناس ويستهدف محاربة الاستغلال في جميع صوره ويبرز صورة المسؤولية المادية القائمة على عنصر الضرر في دائرة المسؤولية المدنية . كما كانت هذه المبادئ الحافز الذي دفع القضاء عن طريق الاجتهاد إلى تلافي قصور التشريع وانتقاد النص فيه ، بتقرير عدد من النظريات والمبادئ العادلة ، كنظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة ونظرية تحمل التبعة وأحكام المسؤولية التقصيرية المبنية على أساس خطأ مفروض قابل لأثبات العكس أو غير قابل لأثباته، وأحكام الملكية الأدبية والفنية والصناعية، وذلك قبل أن يتولى المشرعون أغلب هذه النظريات والأحكام بالإقرار والصياغة في نصوص تشريعية.

٧٢ـ إن هذا التميّز بين مفهومي العدل والعدالة لم يستقر إلا حديثا ومنذ مطلع القرن العشرين، أما قبلئذ، فقد كانت مفاهيم العدل والعدالة ومبادئ القانون الطبيعي تختلط ببعضها دون تمييز.

٧٣ـ حسن علي ذنون، فلسفة القانون، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص٩٧.

٧٤ـ عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل الى علم القانون، د.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٧، ص١٦٠.

٧٥ـ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٦٧.

٧٦ـ ويلاحظ أن لمبادئ العدالة أهمية خاصة في النظام القانوني الإنكليزي لأن للقضاء الدور الفعال في تطويرها، حيث لعب دورا تنشيطا في تطوير القانون الإنكليزي وأكثر من المشرع الإنكليزي (البرلمان)، إذ من المعروف أن دور القضاء في تطبيق مبادئ العدالة يضعف حين يستجيب المشرع لمقتضيات العدالة ويسن التشريعات وفق متطلبات الحياة الاجتماعية والظروف الاقتصادية والسياسية المتطورة. وعند مقارنة مبادئ العدالة في القانون الأمريكي، الذي تأثر لحد بعيد بالقانون الإنكليزي، وخاصة النظام القضائي الأمريكي وإجراءات التقاضي، حيث إن القضاء الأمريكي هو ذاته قد استعان بمبادئ العدالة كسند لاقضية حين انعدام النص، ولكن يلاحظ أن المشروع الأمريكي كان أكثر استجابة لمبادئ العدالة من المشرع الإنكليزي ويلاحظ ذلك في كثرة التشريعات الأمريكية الحديثة. ينظر:- جليل قسطو، مصدر سابق، ص ١٣٤ـ ١٣٥.

٧٧ـ السنهوري ، الوسيط، المصدر نفسه، مج ١ ، ص ٤٣٤.

٧٨ـ المصدر نفسه، ص ٤٣٥.

٧٩ـ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، سامي منصور وأخرون

٨٠ـ لسابق الإشارة إليه، ص ٤٤.

٨١ـ منذر الشاوي، طبيعة العدالة، مجلة العدالة، عدد ٤، وزارة العدل، جمهورية العراق، مديرية دار الكتب للطباعة، بغداد، ٢٠٠١، ص ٦.

٨٢ـ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد، مصدر سابق، ص ٧٤.

٨٣ـ محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص، المصدر السابق، ص(١٩٦ـ٢٠٠).

٨٤ـ ينظر: عبد الحي حجازي، المدخل، مصدر السابق، ص٥٢١.

٨٥ـ أزفلد كولبه، المدخل الى الفلسفة، ترجمة ابو العلا عفيفي، ط١، عالم الادب للترجمة والنشر، بيروت، ٢٠١٦، ص٣٠١ ومابعدها.

٨٦ـ .ج. ساندل، العدالة ما الجدير أن يُعمل، مصدر سابق، ص٦٧ وما بعدها.

٨٧ـ القانون المدني المصري، المادة ١٤٨، البند(٢).....العراقي

٨٨ـ في هذه الحالة تضمن القانون المادة ٤٢٨.....العراقي

٨٩ـ انظر أيضا: القانون المدني المصري، المادة٦٨٦.....العراقي

٩٠ـ الحكومة المصرية، وزارة العدل، القانون المدني، مجموعات العمل التحضيرية، مج٢، ص٢٨٠ـ ٢٨٢.

٩١ـ الاعمال التحضيرية، مصدر سابق، ص ٢٤.

٩٢ـ على شاكلة غيرها من المبادئ، كانت جميع عمليات التقنين المدنية العربية قد تبنت نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث تظهر في المواد ٦_٧ من القانون المدني العراقي، والمواد ٤_٥ من القانون المدني المصري، والمواد ٥٤ من القانون المدني الليبي، والمادة ٣٠ من القانون المدني الكويتي ، والمواد ٦٦و ٢٩٢ من القانون المدني الأردني .

٩٣ـ القانون العراقي المادة ١٦٧، القانون المدني المصري المادة ١٥١. أثرت هذه المادة في القوانين المدنية العربية الأخرى: القانون السوري، المادة١٥٢؛ القانون الليبي ، المواد ١٥٠ـ ١٥٣؛، البند(٣)؛ القانون الكويتي ، المادة ٨٢؛ القانون الأردني ، المادة ٢٤٠.

٩٤ـ مذكرة الاعمال التحضيرية المصرية ن مصدر سابق ، ص٥٤

٩٥ـ سميرة السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص٤٦٧.

٩٦ـ غاي بيخور مصدر سابق ، ص١٠٢

٩٧ـ المصدر نفسه ، ص٤٣٦.

٩٨ـ المصدر نفسه، ص٤٣٧.

٩٩ـ الاعمال التحضيرية، مصدر سابق، ص١٠٤ و ص٢٣.

١٠٠ـ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص٦٤.

١٠١ـ مجلة القضاء، نقابة المحامين، جمهورية العراق، العدد (٣ـ٤)، السنة ٣٧، ك١، ١٩٧٩، في القضية المرقمة ١١٤/ هيئة عامة، ١٩٧٩ في ٥ـ٩ـ١٩٩٧، ص٣٤وما بعدها.

١٠٢ـ حسن الهداوي وغالب الداودي، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط١، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ، العراق، ١٩٨٨، ص٢٣١.

١٠٣ـ الدعوى المرقمة ٩٥٥/٢٥٧٦ في ١٢/٢٥/ ١٩٥٥، والمنشور عند: عبد العزيز السهيل المحامي، احكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، ج١، بلا، ١٩٦٢، ص ١٠ ومابعدها.

١٠٤ـ المصدر نفسه، ص٣٥. وقد ورد ذكر مبدأ العدالة في هذا المبدأ اكثر من اربع مرات بخصوص الواقعة اعلاه، والتي يدور النزاع فيها بين القانونين العراقي والانكليزي على حكم الدعوى.

١٠٥ـ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص٢٣٥.

١٠٦ـ السيد مصطفى احمد ابو الخير، عقود نقل التكنولوجيا (دراسة قانونية)، ط١، ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢٤٣.

١٠٧ـ على ضوء مقاصد الشريعة استنبط الفقهاء مبادئ عامة مطبوعة بطابع العدالة، وهي قامت وتقوم على منع الضرر؛ لأن الضرر ظلم لابد أن يدفع، ومن هذا الأصل تفرعت قواعد أساسية في الشريعة الإسلامية، كانت وتكون مصدرا لكثير من الأحكام كقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) و(الضرر يزال) و(المشقة تجلب التيسير) و(الضروريات تبيح المحظورات).

ولتطبيق هذه القواعد، قام الفقهاء بوضع قواعد عامة ذات صفة أساسية كقاعدة (الضرر لايزال بمثله) و(الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) و(الضرر يدفع بقدر الإمكان) و(ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)، وتستند هذه القاعدة إلى مبدأ أساس، وهو أن الشريعة لا يجوز أن ينشأ من تطبيقها ضرر عام أو خاص. وأكثر ما أورد الفقهاء من تطبيقات مبدأ العدالة في مجال القانون الخاص، كان في طريقة استعمال الحق، وفي مجال تنفيذ العقد، ففي طريقة استعمال الحق أقر الفقهاء عدم جواز التعسف في استعمال الحق، وفي مجال تنفيذ العقد قرروا إنظار المدين المعسر إلى الوقت المعقول الذي يتمكن فيه من وفاء الدين. لمزيد من التفصيل ينظر: عبدالسلام الترمانيني، الوسيط في تاريخ القانون، مصدر سابق، ص٦٦٣ـ٦٦٤.

١٠٨ـ نصت الفقرة اعلاه على انه:" في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة اذا كان احد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده".

١٠٩ـ قرارها بالعدد ١٢١/ اتحادية/ ٢٠١٣. والمنشور على الموقع الرسمي للمحكمة:.....

١١٠ـ قرارها بالعدد٩٥/ اتحادية/ اعلام/ ٢٠١٤. المصدر نفسه. وكذا قرارها بالعدد ١١٣/ اتحادية/ اعلام/٢٠١٤. وقرارها بالعدد ٩/ اتحادية/ اعلام/ ٢٠١٥.

١١١ـ قرارها بالعدد ٣٢/ اتحادية/ اعلام/ ٢٠١٤.

١١٢- عقيل سرحان محمد، تنفيذ قرارات التحكيم في التشريع العراقي، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، السنة الرابعة ، العدد الاول، ٢٠١٢، ص٨٩ وما بعدها.

١١٣- نظام جبار طالب وسنان عبد الحمزة، تنفيذ قرارات التحكيم الدولي: هل هواجس العراق لها ما يبررها؟، مجلة كلية المأمون الجامعة، العراق، العدد ٢٨، ٢٠١٦، ص١٥٨.

Refernces

١. ابو بكر علي محمد أمين، العدالة (مفهومها ومنطلقاتها) دراسة في ضوء الفكر القانوني والسياسي الغربي والاسلامي، ط١، دار الزمان للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ٢٠١٠.

٢. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١،.

٣. أحمد أبو الوفا، تاريخ النظم القانونية وتطورها، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣.

٤. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي(مفاوضات العقود الدولية ـ قانون الإدارة وأزمته)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٥. إسماعيل نامق حسن، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية (القانون المدني نموذجا) دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، ط١، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠٠٧م.

٦. جمال مهدي محمود الأكشي، مسؤولية الاباء المدنية عن الابناء القصر في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦.

٧. جمال مولود ذيبان ، تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة، ط١، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد ، ٢٠٠١.

٨. حسن الهداوي وغالب الداودي، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط١، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ، العراق، ١٩٨٨.

٩. حسن علي ذنون، فلسفة القانون ، مطبعة العاني، بغداد ، ط١، ١٩٧٥.

١٠. رحيل محمد غرايبة، الحقوق والحريات السياسية في الشريعة الاسلامية، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، سلسلة الرسائل الجامعية، دار المنار للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠١.

١١. السيد مصطفى احمد ابو الخير، عقود نقل التكنولوجيا (دراسة قانونية)، ط١، ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧.

١٢. صلاح الدين الناهي، العدالة في تراث الرافدين وفي الفكرين اليوناني والعربي الإسلامي، ط١، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ١٩٨٤.
١٣. صلاح الدين عبد الفتاح الخالدي ، سيرة ادم (عيه الصلاة والسلام)، ط١، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان – الاردن ، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م .
١٤. صوفي أبو طالب، مبادئ تأريخ القانون، القاهرة، ١٩٦٥.
١٥. عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل الى علم القانون، د.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٧.
١٦. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط١١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١١.
١٧. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، ج١، مطبعة الأدب، النجف الأشرف، ١٣٩٢ هـ ـ ١٩٧٢م .
١٨. عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي، طبعة كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٧٠.
١٩. عبد الحي حجازي، مقدمة لدراسة العلوم القانونية، ج ١، بلا، القاهرة، ١٩٦٦.
٢٠. عبد الرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، ط١، مطبعة المعاني، بغداد، ١٣٦٨ هـ – ١٩٦٧ م.
٢١. عبد الرحمن البزاز، أبحاث واحاديث في الفقه والقانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٨.
٢٢. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.
٢٣. عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تاريخ القانون، ط١، منشورات جامعة حلب، سوريا، ١٩٩٦.
٢٤. عبد العزيز السهيل المحامي، احكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، ج١، بلا، ١٩٦٢.
٢٥. عبد المجيد محمد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية (مع دراسات في فلسفة القانون)، ط١، بلا.
٢٦. فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
٢٧. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ط١، مديرية دار الكتب للطباعة، بغداد، ١٩٧٢.
٢٨. محمد سعيد العشماوي ، روح العدالة ، دون سنة النشر ولا مكان النشر.

٢٩. محمد فرحان، تاريخ النظم القانونية، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٩.

٣٠. ناصر مكارم الشيرازي، الامثل في تفسير كتاب اللّه المنزل، مج٨، سورة النحل المباركة، مؤسسة البعثة، بيروت، ط١، ١٤٣١هـ١٩٩٢م.

٣١. وائل حسن عبد الشافي، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية (دراسة مقارنة)، مطبعة بلادي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

ثانيا// الكتب المترجمة:

٣٢. أزفلد كولبه، المدخل الى الفلسفة، ترجمة ابو العلا عفيفي، ط١، عالم الادب للترجمة والنشر، بيروت، ٢٠١٦.

٣٣. بجارن ملكفيك، نصوص في فلسفة القانون، ترجمة: جورج سعد، ط١، دار النجوى، بيروت، ٢٠٠٥.

٣٤. بيار مابير، فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨.

٣٥. بينوا فريدمان وغي هارشر، فلسفة القانون، ترجمة: محمد وطفه، ط١، مؤسسة (مجد) المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢.

٣٦. توماس ماير وأودو فور هولت، المجتمع المدني والعدالة، سلسلة العلوم الاجتماعية، ترجمة راندا النشار واخرون، مراجعة: علا عادل عبد الجواد، ط١، مكتبة الاسرة، ٢٠١٠.

٣٧. ثروت أنيس الأسيوطي، التيارات الفلسفية المعاصرة في فلسفة القانون في مصر، ترجمة: محمد ظاهر معروف، مجلة القضاء، العدد ٣، نقابة المحامين، جمهورية العراق، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٠.

٣٨. ج ساندل، ما الجدير ان يعمل به، ترجمة: مروان الرشيد، ط١، جداول للنشر والترجمة والتوزيع، بيروت، ٢٠١٥.

٣٩. جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، مؤسسة (المجد) الجامعية للدرسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م .

٤٠. غاي بيخور، مدونة السنهوري القانونية (نشوء القانون المدني العربي المعاصر، ترجمة: رشال جمال، مراجعة: عبد الحسين شعبان، ط١، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ٢٠٠٥.

٤١. فرنسوا شاتلييه، فلسفة القانون (ايديولوجيا الانسان)، ترجمة: خليل احمد خليل، تقديم: سهيل القش، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، ٢٠٠٢.

٤٢. هانز كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة د . اكرم الوتري، دون سنة النشر ولا مكان النشر.

ثالثا: المقالات والابحاث:

٤٣. ابراهيم شحاته، البحث والقاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثالث، تموز ١٩٦٢.

٤٤. جليل قسطو، القواعد العامة للعدالة في النظام القانوني الإنكليزي، مجلة القضاء، نقابة الحامين، جمهورية العراق، العدد١-٢، ك٢، السنة٣٣، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٧، ص١٣٢.

٤٥. احمد صادق القشيري، طبيعة القانون الدولي الخاص ، مجلة العلوم القانونية الاقتصادية ، العدد الأول ، السنة العاشرة ، جمهورية مصر العربية، ١٩٦٨.

٤٦. سمير السيد تناغو، المادة الثانية من الدستور، محاضرة منشورة في العدد الثاني من مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، طبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٨.

٤٧. السيد ياسين علي فهمي، القانون والقضاء بين الحياد والالتزام، مجلة مصر المعاصرة، عدد٢٣٤، التقرير ١٩٦٨، القاهرة.

٤٨. عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل إدراكها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسية، جامعة بغداد، طبعة الدار العربية، بغداد، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الماسي للكلية، مايس ١٩٨٤.

٤٩. عقيل سرحان محمد، تنفيذ قرارات التحكيم في التشريع العراقي، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، السنة الرابعة ، العدد الاول، ٢٠١٢.

٥٠. مجلة القضاء، نقابة المحامين، جمهورية العراق، العدد (٣-٤)، السنة ٣٧، ك١، ١٩٧٩، في القضية المرقمة ١١٤/ هيئة عامة، ١٩٧٩ في ٥-٩-١٩٩٧.

٥١. مجيد العنبكي، الإنسان غاية القانون، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة (قسم الدراسات القانونية)، العدد١، السنة٢، ك٢، بغداد، ٢٠٠٠.

٥٢. منذر الشاوي، العدالة والحضارة، مجلة العدالة، وزارة العدل، جمهورية العراق، العدد ٤، ت١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ٢٠٠١.

٥٣. نظام جبار طالب وسنان عبد الحمزة، تنفيذ قرارات التحكيم الدولي: هل هواجس العراق لها ما يبررها؟، مجلة كلية المأمون الجامعة، العراق، العدد ٢٨، ٢٠١٦.