دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	العدالة في القانون المدني دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي
المصدر:	المؤتمر السنوي الدولي الخامس لكلية الحقوق: العدالة بين الواقع والمأمول
الناشر:	جامعة الاسكندرية - كلية الحقوق
المؤلف الرئيسي:	فايد، عابد فايد عبدالفتاح
المجلد/العدد:	مج 2
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2012
مكان انعقاد المؤتمر:	الإسكندرية
رقم المؤتمر:	5
الهيئة المسؤولة:	كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية
الشهر:	ديسمبر
الصفحات:	961 - 999
رقم MD:	419086
نوع المحتوى:	بحوث المؤتمرات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	القوانين والتشريعات، مصر، فرنسا، العدالة، القانون المقارن، القانون المدني، حقوق الإنسان
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/419086

© 2021 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

العدالة في القانون المدني

دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي

الدكتور/ عابد فايد عبد الفتاح فايد

دكتوراه في الحقوق من جامعة باريس أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق جامعة حلوان

تصدير

لا يشغل النظام القانوني، أي نظام قانوني، أكثر من موضوع العدالة. فهي هدف كل نظام وأمل يرنو إلى تحقيقه بكل ما أوتي من وسائل. فهو يحاول أن يجعل النصوص القانونية ناطقة بالعدالة، فإن لم يستطع ففي خارج النصوص يبحث عن العدالة.

وهذا ما يحاول أن يفعله المشرع في القانون المدني، وهو حال كل فرع قانوني آخر، بأن يجعل النصوص محققة للعدالة، فإن لم يجد القاضي في النصوص ما يفي بالغرض بحث عنها خارج النصوص. وفي هذا يقول أحد الفقهاء بأن العدالة في القانون الفرنسي ليس لها مكان وتوجد في كل مكان. فهي ليس لها مكان لأن سمو وأسبقية نصوص القانون تستبعد اللجوء للعدالة، وهذا ما قاد محكمة النقض إلى أن تنقض بصفة مستمرة الأحكام الصادرة من محاكم الموضوع ويسببها القضاة بفكرة العدالة. وهي في كل مكان، لأنه فيما يجاوز النصوص تسيطر فكرة العدالة على مجموع النظام القانوني(١).

ومن جانبنا نقرر بأن العدالة يجب أن تترادف مع القانون في نظامنا القانوني. فإن كان هدف القانون هو الموازنة بين الحقوق المتنازعة من الناحية النظرية، فإن العدالة هي أداة الموازنة بين هذه الحقوق من الناحية الواقعية.

(١) R. cabrillac , preface a l'ouvrage de ch. ALBIGES, De l'equite en droit prive, LGDJ, Paris, 2000

مقدمة

العدالة: الأمس واليوم والغد؟

١- لا يوجد نظام قانوني لم يهتم بفكرة العدالة. هذه الفكرة ذات البعد الأخلاقي تضرب بجذورها في عمق التاريخ. فقد أبرز أرسطو العلاقة بين القانون والعدالة، وبين أن العدالة توجه القانون عندما يخطئ(٢).

كما أن العلماء المسلمين قد استلهموا الدور المتفرد للعدالة وأوضحوا بأن العدالة هي قوام النظام الإسلامي(٣). كما استلهم العدالة أيضا توما الأكويني الذي أكد بأن العدالة لا توجب ما هو عدل في ذاته ولكن ما رآه القانون كذلك(٤).

وبهذا دخلت العدالة القانون من باب الفلسفة. وكما بدات العدالة فلسفية، فقد حازت على اهتمام الفلاسفة في القرنين التاسع عشر والعشرين.

٢- وبدخول العدالة المجال القانوني، برزت أولى مشكلاتها. فقد أثارت الدراسات القانونية التي تناولت العدالة بأن المشكلة الأولى في دراسة العدالة تكمن في تحديد تعريف لها يسمح بإبراز خصائصها المميزة(٥) ، أي التي تميزها عن غيرها من الأفكار القريبة منها أو المشابهة لها، مثل حسن النية والقانون الطبيعي. من ناحية، تشترك فكرتا العدالة وحسن النية في أنهما من المفاهيم الأخلاقية التي تخفف من التطبيق الأعمى للأدوات

---

(١)C. MICHON, "L'epieikeia aristotelicienne comme correctif de la loi", Annuaire de l'institut Michel Villey II, 2011, p.35

(٢) انظر: د. مصطفى سيد أحمد صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق وأثرها على فقهاء الرومان وفلاسفة الإسلام، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ، ١٩٨٩؛ د. عبد السلام التونجي، مؤسسة العدالة في الشريعة الإسلامية، كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس،١٩٩٣ ؛ (٢) جمال البنا، نظرية العدل في الفكر الأوربي والفكر الإسلامي، دار الفكر الإسلامي، ١٩٩٥.

(٣) انظر: القديس توما الأكويني، الخلاصة اللاهوتية، ترجمة الخوري بولس عواد، بيروت ١٩٠٨.

(٤)CH. ALBIGES, De l'equite en droit prive, Lgdj, paris, 2000, preface de R. CABRILLAC: Equite, Rep. civ, Dalloz, septembre 2009, no30 et s. voir aussi, =s. palle, ="La reception des correctifs d'equite par le droit: l'exemple de la rupture unilateral du contrat en

القانونية في بعض الأحيان، ولهذا قد تعتبران أحيانا متقاربتين[٦] . فالبعض من الفقه الفرنسي يرى أن الرجوع للعدالة، وفقا للمادة ١١٣٥ مدني، يعتبر امتداد لحسن النية المنصوص عليه في المادة ٣/١١٣٤. ولكن يخفف من ذلك اختلاف مجال تطبيق الفكرتين، كما سنرى فيما بعد.

ومن ناحية أخرى، يرى بعض المؤلفين بأن العلاقة بين العدالة والقانون الطبيعي لا يمكن إهمالها بل هي علاقة وثيقة تصل إلى حد التشابه بين الفكرتين[٧]. غير أن هذا التشابه ليس كاملا، فالعدالة على عكس القانون الطبيعي لا يمكن اختصارها في عدد من المبادئ الجوهرية والمطلقة التي تطبق بشكل موضوعي[٨].

٣- وقد لاحظ الرومان دور فكرة العدالة كطريق لفض المنازعات [٩]. فابتداء من سنة ١٤٠ قبل الميلاد منح قانون AEBUTIA بعض السلطات للبريتور فيما يتعلق بإجراء جديد هو إجراء الصيغة. هذا الإجراء يسمح للبريتور بأن يدخل نصوصا على أساس العدالة والتي كان مجال تطبيقها مقصورا على النطاق الإقليمي ولمدة سنة. ووفقا لعبارات papinien، والذي يردد فيها كلام Digeste، هذا القانون البريتوري يتطابق بشكل دقيق مع القانون الذي أدخله البريتور من أجل إكمال أو تصحيح القانون المدني على أساس المصلحة[١٠]. وقد أدى تطور السلطات الممنوحة للبريتور إلى تكوين مجموعة من القواعد المستمدة من العدالة بجوار قواعد القانون المدني[١١].

Droit civil et en droit du travail", D.2011, chr. 1230

(١) J. MESTRE, "bonne foi et equite, meme combat", RTD civ., 1990, p.649; ph. LE TOURNEAU ET M. POUMAREDE, bonne foi, Rep. Civ., Dalloz, septembre 2009, no 69.

(٢)A. SERIAUX, le droit naturel, PUF, paris, 1993, p.36, cite par CH. ALBIGES, Equite, no2.

(٣)A. DESSENS, Essai sur la notion d'equite, these Toulouse, 1934, no69; CH.ALBIGES, Equite, no2.

(٤) انظر على سبيل المثال: د. محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دار النهضة العربية، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

(١)J.-ph. LEVY et A. CASTALDO, hIStoire du droit civil,1re ed ., precis Dalloz, paris, 2002, no 33, p25.

(٢) E. AGOSTINI, "L`EQUITE", D. 1978, chr.7.

وانظر بالتفضيل هذا القانون البريتوري:

-Ph. LEVY et A. CASTALDO, Histoire du droit civil, no 30-et s., p22 et s.

٤- وفيما بعد، وفي ظل النظام الفرنسي القديم، أثار اللجوء إلى العدالة عدادا من الاختلافات(١٢). على إثر بعض الممارسات البرلمانية، صدرت مجموعة من النصوص التي تحمل عدم الثقة تجاه فكرة العدالة. من ذلك مرسوم Blois في مايو ١٥٧٩ والمرسوم المدني بشأن إعادة تكوين جهاز العدالة في إبريل ١٦٦٧، حيث حظرت هذه النصوص على القضاة الرجوع إلى العدالة في الأحكام الصادرة منهم. وإذا كانت هذه النصوص قد حظرت الفصل في النزاع وفقا لفكرة العدالة، فإن النشاط القضائي للبرلمانات قد احتفظ بهذه الإمكانية(١٣). وفي مثل ينسب إلى المستشار Chancelier ، يقال بأن الرب قد حفظ لنا عدالة البرلمانات(١٤).

وهذا الوجود المحدود للعدالة قد لاقى تأييد من البعض وذلك منعا لتحكم القضاة. وفي ذلك يقول البعض بان العدالة هي أخطر أداة لقوة القاضي، ويقول ريبير في تعريفه للعدالة بأنه يجب على القاضي أن يتبع القانون عندما يكون القانون واضحا ومؤكدا. وفي المقابل، يرى كثير من الفقهاء تأييد اللجوء إلى العدالة. فقد أشار البعض إلى خصائص فكرة العدالة عند أرسطو، وان تفعيلها يؤدي إلى مرونة في القانون المجرد وجعله أكثر توائما مع الحالات الخاصة، وأن اللجوء إلى العدالة يشكل مصدرا لترحيب الإنسانية. وقد أكد بودان في العصر نفسه بأن القانون بدون عدالة كالجسد بلا روح. وأخيرا تشهد كتابات دوما على التأثير القوى لقواعد العدالة الطبيعية التي يجب احترامها بكل صرامة، والذي يرى بأن معرفة العدالة والرؤية العامة لروح القوانين هي الأساس الأول لاستخدام وتفسير كل القواعد(١٥).

---

(٣)V. en detail, D. BERTHIAU, le principe d'egalite et le droit civil des contrats, LGDJ, Paris, 1999, preface J.-L. SOURIOUX, no536 et s.

G. BOYER, " La notion d'equite et son role dans la jurisprudence des parlements", Melanges

(٤)MAURY, T.2, Dalloz, paris, 1960, p.225.

(٥) H. ROLAND et L. BOYER, Adages du droit francais, 4e ed., Litec, paris, 1999, p.163.

(١) J. DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel, T.1, 1701.

وانظر بالتفصيل أقوال وآراء الفقهاء الفرنسيين حول العدالة في ظل القانون القديم وفي ظل قانون نابليون:

D. BERTHIAU, Le principe d'egalite et le droit civil des contrats, no536 et s., b.283 et s., et no555 et s., p. 294 et s.

٥- ويثير اللجوء إلى العدالة مخاوف وأخطارا معينة. مثل هذه الأخطار، كعوامل لعدم الأمان، قد أثيرت من أجل تقليل اللجوء إلى فكرة العدالة في القانون المدني الفرنسي منذ القانون القديم. ومع ذلك، فقد رحبت العديد من الدول بفكرة العدالة ترحيبا كبيرا.

٦- العدالة في القانون الانجليزي(١٦). في القانون الإنجليزي، يمثل الرجوع إلى العدالة EQUITY في الأساس وسيلة أو أداة لتصحيح النقص في الشريعة العامة common law. فقاء المستشار الذي أصبح قضاء حقيقيا في القرن الخامس عشر على نفس درجة محاكم الشريعة العامة، يحكم وفقا لاعتبارات العدالة.

وأحد خصائص هذا القضاء هي عدم التأكد أو عدم اليقين من الأحكام الصادرة: وفقا لعبارة تنسب لقانوني انجليزي هو selden، العدالة تعتمد على ضمير المستشار، وهذا الأخير قد يكون أكثر اتساعا أو أكثر ضيقا والعدالة تكون كذلك. وهذا مثل مقياس الطول الذي نسميه القدم، فإنه يعتمد على طول قدم المستشار(١٧).

وطبقا لتطورات حدثت في القانون الروماني، كونت العدالة EQUITY بطريقة متدرجة مجموعة حقيقية من القواعد التي توازي الشريعة العامة. وتم تكريس هذا التطور بمقتضى الإصلاح الذي اتخذ في سنة ١٨٧٥ كأصل للتعاون بين مختلف المحاكم المختصة. مثل هذا التعاون سمح بأن تدخل في النظام القانوني الحلول المتخذة على أساس العدالة والتي كانت مستمدة من البحث في العدالة القانونية، الأمر الذي أدى إلى تكوين نظام قانوني دقيق يضاهي أو يماثل نظام الشريعة العامة.

٧- العدالة في التشريعات الحديثة. كرست كثير من التشريعات حديثا اللجوء إلى العدالة كمصدر للقانون. وتتبع هذه التشريعات إحدى طريقتين للتعبير عن هذا الرجوع للعدالة.

الطريقة الأولى، إيراد نص عام يتبنى فكرة العدالة، مثل القانون المدني السويسري الذي نص في المادة ٤ منه على أنه يجوز للقاضي أن يطبق مبادئ القانون والعدالة عندما يمنحه القانون سلطة التقدير.

---

(١٦) انظر في العدالة في القانون الانجليزي:

R. DAVID et C.-J. JAUFFRET-SPINOSI, Les grands systemes de droits contemporains, 11e ed., dalloz, paris, 2002.

(١)J THIRION, L'avenement de l'equity comme source de droit, these paris, 1951, p.135, cite par CH. ALBIGES, Equite, no5.

الطريقة الثانية، قصرت تدخل العدالة على مجال معين، كمجال العقود. مثل القانون المدني الايطالي الذي ينص في المادة ١٤٦٧ على أنه يمكن تجنب فسخ العقد عندما تعديل عبارات العقد طبقا للعدالة. والقانون المدني الهولندي

٨- العدالة في القانون المصري. جمع القانون المدني المصري بين الاتجاهين: الاتجاه الأول الذي يورد نصا عاما يجيز للقاضي اللجوء إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة، والاتجاه الثاني الذي أورد تطبيقات للعدالة في مجالات معينة. تنص المادة الأولى من التقنين المدني في فقرتها الثانية على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". وفي إيراد تطبيقات للعدالة في مجالات معينة، نذكر على سبيل المثال المادة ٩٥ (تحديد المسائل غير الجوهرية في العقد)، والمادة ١٤٨ (تنفيذ ما هو من مستلزمات العقد)، والمادة ١٤٩ (سلطة القاضي إذاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان)، المادة ١٦٦ (التعويض عن الضرر الناتج عن تجاوز حق الدفاع الشرعي)، والمادة ٦٨٢ (تحديد الأجر في عقد العمل)، المادة ٦٨٨ (تحديد مقابل الاختراع الذي يتوصل إليه العامل أثناء العمل)، والمادة ٩٣١ (التصاق منقولين لمالكين مختلفين).

٩- وعلى هذا النحو، تدخل العدالة أو مقتضيات العدالة أو قواعد العدالة كمصدر عام للقانون أو مصدر خاص في بعض المواد، ويجب على القاضي عند خلو القانون من حكم للمسألة المعروضة، أن يحكم وفق ما تقضي به العدالة. وفي دراستنا الحالية، نحاول إبراز فكرة العدالة ووظائفها في القانون المدني. وفي حقيقة الأمر، أن التساؤل حول مضمون ونطاق العدالة في القانون المدني يسمح بملاحظة التأثير أو الدور الممنوح للقاضي في النظام القانوني. فقد لاحظ البعض أن مكانه العدالة في النظام القانوني يعتمد على الدور الذي نتمنى إعطاءه للقاضي، ليس فقط للتخفيف من صرامة القاعدة القانونية لصالح أحد الأطراف، ولكن حتى في قيامه بوظيفته التقليدية في تطبيق القانون. ففكرة العدالة تبدو والحال كذلك فضيلة لمن يصدر

الحكم[١٨]. وهذا المنظور، لا يهيمن على النظام القانوني في اللحظة الحالية، ولكن يظل صحيحا أيضا بالنسبة لمستقبل هذا النظام أي نظام.

١٠- خطة الدراسة: بعد هذه المقدمة عن العدالة بين الأمس واليوم والغد، والتي بينا فيها مشكلات البحث في العدالة في القانون المدني، سوف ننشغل في هذه الورقة ببيان المقصود بفكرة العدالة في القانون المدني المصري والمقارن، والوظائف التي يمكن أن تؤديها هذه الفكرة في مجال القانون المدني. وذلك من خلال خطة تنقسم إلى فصلين: في الفصل الأول نتناول فكرة العدالة، وفي الفصل الثاني نعالج وظائف فكرة العدالة.

الفصل الأول

فكرة العدالة في القانون المدني

١١- من أجل الإمساك بفكرة العدالة، نرى من المناسب، وفقا لمنهج البحث المتبع، أن نلاحظ أولا وجود هذه الفكرة في نصوص القانون وفي أحكام المحاكم (المبحث الأول)، قبل أن نحدد مفهوم العدالة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

وجود العدالة في القانون المدني

١٢- في دراستنا للعدالة في القانون المدني نلاحظ وجود اتجاه نحو تعظيم وجود هذه الفكرة في هذا المجال. ويمكن رصد هذا الاتجاه في نصوص القانون (المطلب الأول)، وفي أحكام القضاء وأحكام التحكيم (المطلب الثاني).

(١) Ch. ALBIGES, Equite, no8 et les references citees par cet auteur.

المطلب الأول

وجود العدالة في نصوص القانون

١٣- في النظام القانوني المكتوب أو المقنن، يفترض اللجوء إلى فكرة العدالة وجود إجازة أو ترخيص من المشرع للقاضي باستخدام هذه الفكرة، وهو الأمر الذي يكرس وجود إنابة أو تفويض من المشرع لصالح القاضي. وللوصول إلى النص على هذه الإجازة، اجتازت التقنيات المدنية الاعتراضات الموجهة إلى فكرة العدالة.

١٤- ففي القانون المصري، أجازت المادة الأولى في فقرتها الثانية للقاضي بأن يحكم طبقا لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في حالة عدم وجود نص تشريعي أو عرف أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية يمكن تطبيقه على النزاع. ونظرا للغموض الذي يكتنف فكرة القانون الطبيعي والعدالة فقد ذهب العض، عند وضع مشروع القانون المدني المصري، إلى ضرورة استبعاد فكرة القانون الطبيعي والعدالة، وأن تستبدل بها أفكار أخرى ايجابية وموضوعية: فعلى القاضي، في حالة عدم وجود نص، أن يجتهد من اجل حل النزاع المعروض أمامه وأن يستهدي في ذلك بالمبادئ التي يتضمنها القانون المصري، ومن أهمها الشريعة الإسلامية(١٩). وتحت تأثير هذا الكلام اقترحت اللجنة المكلفة بإعداد مشروع القانون المدني النص التالي: "وإذا لم يوجد نص في القانون يمكن تطبيقه حكم القاضي طبقا للمبادئ العامة التي يتضمنها القانون المصري بما في ذلك الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد القاضي في القانون المصري قاعدة تنطبق على النزاع طبق المبادئ العامة المشتركة بين الدول"(٢٠).

(١) وقد يبدو اللجوء إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة غير مجد في القانون المصري. فقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني بأنه يقصد بهذا المصدر هو أن يجتهد القاضي رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء. ولما كان من مبادئ الشريعة الإسلامية الاجتهاد فإن القاضي عندما لا يجد نصا أو عرفا يمكن تطبيقه فإنه سيجتهد، ويكون الاجتهاد في هذه الحالة مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية وليس مبدأ من مبادئ القانون الطبيعي وقاعدة من قواعد العدالة. وهنا يمكن النظر إلى الإبقاء على تعبير" مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" على أنه أثر للحالة التي كان عليها المشروع في صورته الأولى حيث لم يكن ينص على مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر عام للقانون، وعندما أضيفت لم يتم التنسيق بينها وبين مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولو تم مثل هذا التنسيق لأدى، من وجهة نظرنا، إلى حذف تعبير "مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة "اكتفاء بمبادئ الشريعة الإسلامية، ذات المعنى العام الذي يعطي للقاظي كل المكنات للاجتهاد وللحكم بما تقضي به العدالة.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الول، ص ١٨٢ وما بعدها.

فلما عرض هذا النص على لجنة المراجعة لم تقر النص بهذه الصيغة، وعندما عرض على مجلس الشيوخ تم إقرار النص على النحو الموجود به في التقنين المدني في صورته النهائية.

وتقول المذكرة الإيضاحية تعليقا على ذلك "إن المشروع لم يشأ أن يجاري التقنين المدني السويسري فيأذن للقاضي بان يطبق في هذه الحالة ما يكون يضع من القواعد لو عهد إليه أمر التشريع (فقرة ٢ من المادة الأولى)، بعد أن أخذ على هذه الصيغة من ناحية الشكل أنها تخول القضاء حق إنشاء الأحكام القانونية مع أن عمله ينحصر في تطبيق هذه الأحكام فحسب. ولم يشأ المشروع كذلك أن يحيل القاضي إلى المبادئ العامة في قانون الدولة (م٣ من التقنين المدني الإيطالي الجديد) أو إلى مبادئ القانون العامة فحسب (م١ من التقنين الصيني)، بل احتفظ بعبارتي القانون الطبيعي والعدالة. وإذا كانت عبارة التقنينات الحديثة تفضل هاتين العبارتين من بعض الوجوه بسبب ما يؤخذ عليهما عادة من الإبهام، إلا أن الواقع أن هذه العبارات جميعا لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني وإنما تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، وهي تقتضيه في اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية لا عن تفكير ذاتي خاص. فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها تارة إلى القانون الطبيعي وتارة إلى العدالة، وتارة إلى قانون الدولة، أو إلى القانون بوجه عام دون نعت أو تخصيص. وإزاء ذلك أثر المشروع أن يبقي على التعبير الذي استعمل في نصوص التشريع القائم ويسر للقضاء أسباب الاجتهاد في أرحب نطاق(٢١).

١٥- وعلى هذا النحو، ولد النص الذي يقرر ضرورة الرجوع إلى قواعد العدالة في القانون المصري كقاعدة عامة، ثم أورد التقنين المدني تطبيقات لفكرة العدالة في نصوصه المختلفة. ولم يرجع المشرع، منذ إصدار التقنين المدني، إلى النصوص التي قررت الرجوع إلى قواعد أو مقتضيات العدالة لا بالحذف ولا بالإضافة منذ ذلك التاريخ.

١٦- وإذا كانت النصوص التي قررت قواعد العدالة في التقنين المدني المصري قد ولدت مرة واحدة، فإن الحال لم تكن كذلك في القانون الفرنسي. فإذا كان مشروع التقنين المدني الفرنسي للعام التاسع قد تضمن نصا يجيز للقاضي اللجوء إلى فكرة العدالة عندما لا يوجد قانون معين يمكن تطبيقه، فإن الصيغة التي تبنتها المادة ٤ من التقنين المدني لم تكن بذات الوضوح الذي كان عليه النص في المشروع التمهيدي.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول، ص١٨٨.

فقد كان النص في المشروع التمهيدي يقرر بأنه في المواد المدنية، عندما لا يجد القاضي قانونا يطبقه فإنه يعتبر أي القاضي وزيرا للعدالة. هذا النص الذي اقترحه PORTALIS، كان يفضل اللجوء إلى العدالة لتكملة القانون عندما يوجد نقص فيه. وقد عبر عن هذا المفهوم في المناقشات البرلمانية حول مشروع التقنين المدني بصيغة أصبحت شهيرة: عندما لا يوجد قانون، يجب أن نستشير العرف أو العدالة، والعدالة هي اللجوء إلى القانون الطبيعي، في حالة سكوت القانون وعدم وضوحه(٢٢). ولكن في الصيغة النهائية لهذا النص (وهو نص المادة الرابعة) اقتصر على تحديد الالتزام على القاضي بأن يفصل في المنازعات، وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة(٢٣).

هذا النصيب المتدني للعدالة غداة الثورة الفرنسية يتطابق مع الفكر المسيطر لمؤلفي هذا العصر، كرد فعل ضد بعض تجاوزات النظام القديم، التي كانت تبرر إرادة تقرير سلطات للقاضي وتعزيز ازدهار التقنينات(٢٤).

١٧- وبهذا لم يترك واضعوا التقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ سوى دورا مخفضا لفكرة العدالة. فكلمة العدالة لم ينص عليها صراحة إلا في المادة ٥٦٥ في مسألة الالتصاق في المنقول، وفي المادة ١١٣٥ في مجال تنفيذ العقود، وفي المادة ١٨٥٤ في مجال الشركات (وقد ألغي هذا النص فيما بعد). ويفضل فقه الشرح على المتون هذه الهامشية للعدالة. فقد أكد مورلون Mourlon في عبارات واضحة لا تحتمل الشك أن القاضي الجيد ينحي منطقه أمام منطق القانون، حتى يمكنه أن يحكم طبقا له وليس طبقا لرأيه هو، فلا شئ يعلو على القانون(٢٥).

وبسبب تأثير مثل هذه التأكيدات، كان يجب على القانون الفرنسي أن ينتظر حتى منتصف القرن العشرين حتى يقر الرجوع إلى العدالة في داخل النصوص. ومثلما كتب هنري مازو في سنة ١٩٥٥ أن

(١)J.-E.-M.PORTALIS, Discours preliminaire du premier projet de code civil, 1801, Discours prononce le 21 janvier 1801 et le code civil promulgue le 21 mars 1804, ,Bordeaux: Editions Confluences, 2004, collection: voix de la cite, preface de Michel Massenet, p.22.

(٢) Art.4: "Le juge qui refusera de juger, sous pretext du silence, de l'obscurite ou de l'insuffisance de la loi, pourra etre poursuivi comme coupable de deni de justice".

(٣) Ch. ALBIGES, Equite, no11 et les references citees par l'auteur.

(٢)Cite par CH. ALBIGES, Equite, no12.

المشرع الفرنسي وضع منذ سنة ١٨٠٤ الحاجة إلى الأمان القانوني والتي يوفي بها تطبيق القانون في مكانة أعلى من الحاجة إلى العدل التي تتطلب رفض تطبيق القانون عندما تقتضي العدالة ذلك(٢٦).

١٨- وفي خلال النصف الثاني من القرن العشرين، أجريت عدة إصلاحات، تم فيها الرجوع إلى اعتبارات العدالة، بناء على مبادرة من المشرع أو الحكومة، على إثر ظهور العدالة مرة أخرى في المجال القانوني. ويظهر هذا الرجوع إلى العدالة في النصوص التشريعية التي أجازت للقاضي أن يحكم طبقا للعدالة، في عدة مجالات، منها مجال الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق والنفقة)، ومجال الشيوع.

١٩- وبالإضافة إلى النصوص التي تقرر صراحة الرجوع إلى العدالة، سواء في القانون المصري أو القانون الفرنسي، توجد نصوص لا تشير صراحة إلى العدالة ولكن تسيطر عليها هذه الفكرة. ويمكن التدليل على ذلك بالإطلاع على المناقشات البرلمانية المتعلقة بهذه النصوص. كذلك يدل على ذلك أن السلطات الممنوحة للقاضي تشبه تلك الممنوحة له للحكم طبقا للعدالة. مثال ذلك منح نظرة الميسرة، وفيها يأخذ القاضي في الاعتبار موقف المدين وحاجات الدائن وفي حدود مدة سنتين، حتى يمكن أن يؤجل أو يقسط دفع المبالغ المستحقة (المادة ١٢٤٤- ١ مدني فرنسي)، أو أن يمنح المدين أجلا مع مراعاة عدم إصابة الدائن بضرر جسيم (المادة ٢/٣٦٤ مدني مصري). وفي مجال الشرط الجزائي يعطي القانون للقاضي سلطة تخفيض أو زيادة الشرط الجزائي عن المبلغ المتفق عليه، إذا كان مبالغا فيه أو كان يقل عن الضرر الواقع (المادة ١١٥٢ مدني فرنسي، المادة ٢/٢٢٤ مدني مصري).

وبصفة عامة، القواعد التي تحمي المدينين المتعثرين تشكل مرونة للقوة الملزمة للتعهدات بسبب العدالة التي تؤخذ في الاعتبار ولو بطريقة ضمنية (٢٧).

(٢) H. MAZEAUD, "Les notions de "droit", de "justice" et d'equite", Melanges simonius, 1955, p.223, cite par Ch. ALBIGES, EQUITE, no12.

(١) انظر للمؤلف: الاستدالة، دراسة في أزمة ديون الأفراد ومعالجتها القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

المطلب الثاني

وجود العدالة في أحكام القضاء

٢٠- أن كل حكم من أحكام القضاء، ولو ذكرت فيه أسباب قانونية قوية، هو أولا وقبل كل شئ حكم للعدالة. مثل هذا التقرير يؤكد أهمية العدالة في أحكام القضاء، سواء تم التعبير عنها صراحة أو ضمنا. وفيما يلي نعرض وجود العدالة في أحكام القضاء بشكل صريح (الفرع الأول)، ثم الرجوع للعدالة بشكل ضمني في أحكام القضاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الوجود الصريح للعدالة في أحكام القضاء

٢١- قد يرجع القضاة إلى العدالة بشكل صريح كأساس لأحكامهم. وهذا ما يمكن أن يعكس الموقف الرسمي للقضاة من العدالة.

ويمكن التمييز فيما يخص الوجود الصريح للعدالة في الأحكام القضائية بين ثلاثة فروض: الوجود المقبول للعدالة، الوجود الانتقائي للعدالة، الوجود المتنازع فيه للعدالة.

الفرض الأول

الوجود المقبول للعدالة

٢٢- لا يثير هذا الفرض أية مشكلات، وهو يتناول الحالة التي ينص فيها المشرع على ضرورة الرجوع لقواعد أو اعتبارات العدالة للفصل في المنازعات المعروضة على القاضي. مثال ذلك ما أورده المشرع المصري في المادة الثانية من القانون المدني. وفي هذا الفرض يجد القاضي الأساس القانوني المؤكد والمقبول للحكم بالعدالة. وتكون مهمته مقتصرة على تطبيق نص القانون الذي اوجب تطبيق قواعد العدالة.

وإذا كان اللجوء إلى اعتبارات العدالة في هذا الفرض ليس فيه أي شك، فإن الشك يظل موجودا في الحل الذي سيتبناه القاضي. فما يعتبر حلا عادلا بالنسبة لفرض معين أو حالة معينة قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لحالة أخرى. فقد تختلف الحلول في الحالات المتماثلة، وذلك تبعا للشعور الشخصي للقاضي تجاه العدالة(٢٨).

٢٣- ومن أجل تلافي الحلول المختلفة للحالات المتماثلة، فإن المشرع يحرص على وضع معايير معينة لتطبيق قواعد العدالة(٢٩). من ذلك الالتزام بتسبيب الأحكام. فايا كان مضمون النصوص التي توجب الرجوع للعدالة والخلاف حولها، فإن على قاضي الموضوع أن يبرر وأن يفسر وأن يسبب الحل الذي تبناه في حكمه، وذلك تقليلا للنزاع حول هذا الحل وضمانا للفهم الحسن له.

ولكن الرجوع إلى قواعد العدالة قد يبدو متناقضا مع مثل هذا الالتزام بتسبيب الحكم القاضي. وذلك نظرا للظروف الخاصة المعروضة على القاضي، والتي قد تحتاج إلى استبعاد أي بناء قانوني محدد ومنطقي. ومن أجل هذا- ذهب البعض إلى القول بأن العدالة تنتمي إلى طائفة من الأفكار القانونية التي لا يمكن أن تستند إلى التسبيب.

ولكن هذا الرأي لم يرق للبعض الآخر الذي ذهب إلى أن الحكم المؤسس على قواعد العدالة، حتى ولو بناء على نص قانوني، لا يعفي القضاة من احترام الالتزام بالتسبيب. إذ يجب على القضاة أن يعرضوا الأسباب التي أدت إلى تبني حل معين للقضية وذلك من أجل تمكين محكمة النقض من الرقابة على هذه الأحكام.

٢٤- وحتى مع عدم وجود إجازة من المشرع للقاضي، فإن محكمة النقض الفرنسية قبلت الرجوع إلى قواعد العدالة لتأسيس الحكم. وكان ذلك في مجال الإثراء بلا سبب، في حكم شهير في قضية باتيرو Patureau صادر

(١) Ph. MALINVAUD, introduction a l'etude du droit, no25, p.19 et s.

(٢) Ch. ALBIGES, Equite, no45.

في ١٥ يونيه [٣٠]١٨٩٢. ولكن التطورات القضائية اللاحقة استبعدت بطريقة متدرجة هذا الاتجاه. فقد خففت محكمة النقض في أحكامها التالية من نطاق حكمها الصادر في سنة ١٨٩٢[٣١].

الفرض القانـي

الوجود الانتقائي للعدالة

٢٥- قد يتفق أو يختار الأطراف على أن يحكم القاضي طبقا لما يرونه محققا للعدالة. ولكن مثل هذه الاختبارات تستبعد نظرا لأن القاضي يجب أن يؤسس حكمه على قواعد القانون السارية[٣٢]. لكن عندما يكون الاختيار تحت غطاء قانوني رسمي، في إطار ما يعرف الحكم الودي amiable composition، فإن سلوك القاضي كمحكم ودي سيختلف بالتأكيد.

٢٦- فقد أجاز القانون للأطراف أن يطلبوا من القاضي (المادة ٤/١٢ مرافعات فرنسي) أو من المحكم (المادة ١٤٧٤ من ذات التقنين) أن يحكم بصفته محكما وديا في الحقوق التي يملكون التصرف فيها.

٢٧- وفي حالة عدم وجود نص في المسألة، يحدد القضاء الدور الذي يناط بالعدالة في مجال أحكام التحكيم[٣٣].

(١) Req. 15 juin 1892, Dp 1892.1.596, S.1893.1.281, note j.- E. LABBE, H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, Les grandes arrets de la jurisprudence civile, 11e ed. Dalloz, 2000, no239, p.553.

(٢) J. CARBONNIER, Les obligations, 20e ed., PUF, paris 1996, no312, p.505.

(٣) CH. ALBIGES ,Equite, no 23.

(١) للمزيد حول العدالة في مجال التحكيم والمقارنة بينهما وبين العدالة في أحكام القضاء، انظر:

J. C. LANDROVE, "Equite judiciaire et equite arbitrale: synonym ? ", Geneve, 2009,

الفرض الثالث

الوجود المشكوك فيه للعدالة

٢٨- قد يرى القاضي أن تطبيق القانون تطبيقا حرفيا يؤدي إلى تبني حل يخالف ما يراه محققا للعدالة. فهل يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يرجع إلى قواعد العدالة، باعتبارها أساس القضاء، للحكم بمقتضى ما يراه أدنى إلى تحقيق العدالة؟

مثل هذا الحل لا يجوز، لأن القانون يفرض على القاضي، مثله مثل غيره من المخاطبين به، ويجب عليه إذن أن ينصرف وفقا له، دون الخروج عليه والاقتصار على قواعد العدالة عند إصدار الأحكام في غير الأحوال المرخص له فيها قانونا

٢٩- مثل هذا الفعل، الذي يوجد في ضمير القاضي، لا إطلاع لأحد عليه ولا يمكن معرفته إلا ببذل جهد كبير في دراسة وتحليل الأحكام الصادرة عن القضاء أو عن طريق اعتراف القضاة أنفسهم. وبالفعل نجد بعض القضاة يعترفون بأن الشعور بواجب إشباع العدالة يفرض على القاضي القيام بهذه الخطوة في العديد من الحالات.

فقد اعترف الرئيس السابق لمحكمة استئناف باريس بأن القضاة في مداولاتهم ومشاوراتهم يبحثون اولا وقبل كل شئ عن العدالة. فبعد أن يستمعوا إلى المرافعات، يجتمعون في غرفة المداولة لاقتراح العادل للقضية، ثم يبحثون فيما بعد عن موافقة هذا الحل لقواعد القانون.

وفي نفس الاتجاه، يذهب رئيس محكمة النقض السابق إلى أن الحجج القوية للعدالة هي ما يمكن الاستناد إليها لتسبيب بعض الأحكام الصادرة من محكمة النقض[٣٤].

وهذا يعكس الحيوية، ولو كانت غير رسمية، التي تتمتع بها فكرة العدالة والعلاقة التي توجد بينهما وبين الحل النهائي الذي يتبناه القاضي.

(١)p. BELLET, "Le juge et l'equite" Melanges Rodiere, Dalloz, paris, 1981, p.9; CH. ALBIGES, Equite, no28.

وتصدق الملاحظة السابقة على القضاء، أيا كانت درجته، وسواء كان قضاء موضوع أو قضاء قانون، وهذا يعكس بشكل واضح ضعف وهشاشة الإدعاء بصرامة القياس القضائي التقليدي(٣٥).

الفرع الثاني

الوجود غير الصريح للعدالة

٣٠- من أجل تلافي الانتقادات الموجهة لتسبيب الأحكام على اعتبارات العدالة وحدها، يلجأ القضاة إلى بعض الوسائل في الاستدلال يبدو منها، ظاهريا، احترام سمو قاعدة القانون.

وهنا لا تظهر العدالة إلا بطريقة غير مباشرة في استدلال القاضي الذي يحاول أن يكون محكوما بسمو نصوص القانون. ومن المفروض أن يحترم هذا الاستدلال القياس المنطقي، الذي يتكون من المقدمة الكبرى، النص القانوني المطبق، والمقدمة الصغرى، الوقائع، وأخيرا النتيجة(٣٦).

٣١- غير أن القاضي، كما يلاحظ الفقه المعاصر، يعكس القياس المنطقي. فعندما يرى أن التطبيق الصارم للقاعدة القانونية يخالف ما يعتبره هو عادلا، هنا يبدأ القاضي بالحل الذي يراه عادلا، ثم يطوع القانون لهذا الحل، ولا يستخدم القياس المنطقي التقليدي إلا عند الصياغة الشكلية والنهائية لحكمه(٣٧).

والعدالة موجودة في الحكم حتى ولو كانت غير صريحة، لأن القاضي بعد أن يأخذ القرار طبقا لما يراه عادلا، يحاول أن يسند حكمه على أساس قانوني تجنبا لخطر نقض الحكم من محكمة النقض. فمن أجل

---

(٢) D. d'AMBRA, L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, Paris, 1994, p.104.

(٣) انظر حول القياس المنطقي:

H. MOTULSKY, Principes d'une realisation methodique du droit prive, paris, sirey, 1948, no49, p.48.

(١) J . CHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, introduction generale, 4e ed., LGDJ, paris, 1994, no55, p.42; ph .MALINVAUD, introduction a l'etude du droit, 9e ed., Litec, paris, 2002, no 27.

تجنب أي مساس لاحق بمحكمه، فإن الاستدلال يفرض إلباس العدالة الثوب القانوني الملائم. وبهذا يعطي القاضي الأولوية والصدارة لفكرة العدالة عن طريق التمويه، وذلك بأن يصدر حكمه على أساس اعتبارات العدالة دون أن ينطق باسمها صراحة(٣٨).

المبحث الثاني

تحديد مفهوم العدالة

٣٢- نظرا لغموض فكرة العدالة والبعد الأخلاقي فيها، فإن إعطاء تعريف موحد لها يبدو أمرا صعبا (المطلب الأول)، ويترتب على ذلك تعدد في معاني العدالة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

صعوبة تعريف العدالة

٣٣- ينتقد الفقه اللجوء إلى العدالة كمصدر للقانون نظرا لصعوبة أو حتى استحالة تحديد تعريف لهذه الفكرة. مثل هذه الصعوبة تؤدي إلى إثارة الشكوك وعدم اليقين فيما يتعلق بمستقبل تحقيق العدالة في نظام ما. فالخوف من "حكومة القضاء" على حد تعبير أحد الفقهاء الفرنسيين(٣٩)، هو الذي دعا إلى ضرورة تحجيم فكرة العدالة باعتبارها فكرة غير معرفة على وجه التحديد، بل يكتنفها الغموض، الأمر الذي يصعب على القضاء مهمة تجلية هذه الفكرة. ويدلل بعض الفقه على صعوبة هذه المهمة بذكر بعض الأحكام القضائية(٤٠).

---

(٢) B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, introduction au droit, 5e ed., Litec, paris, 2000, nº55, p.23; CH. ALBIGES, Equite, nº27

(٣) الفقيه إدوارد لامبير هو أول من استخدم مصطلح حكومة القضاء، ثم توالي استخدامه من قبل الفقه والقضاء. انظر على سبيل المثال:
=L. GRAULICH, "A propos du gouvernement des juges", RTD civ., 1932, p.84; J.-D. BREDIN, "Un gouvernement des juges?", pouvoirs nº68- Qui gouverne la france?- janvier 1994- p.77-85.

(١) ففي حكم صادر من محكمة استئناف باريس في ٩ يونيه ١٩٦٥، أكد بأن فكرة العدالة تبدو كفكرة صعبة التعريف بصفة عامة:

٣٤- ويعني ما تقدم عدم وجود تعريف موحد للعدالة، بل توجد تعريفات متعددة لهذه الفكرة. وتظل هذه التعريفات جميعا معيبة بالغموض وعدم التحديد. ويلاحظ على التعريفات المقترحة للعدالة بعض الملاحظات(٤١). من ناحية، أن معنى العدالة المستمد من جذورها اللغوية، اللفظ الاتينيaeques ، يسمح باعتبارها فكرة تضمن البحث عن حل متوازن ويعطي لكل طرف نصيبا مساويا للأخر وإذا كان مبدأ المساواة أو المشابهة بين العدالة والمساواة قد أثير أحيانا، إلا أنه من المناسب أن نميز بين الفكرتين، بسبب الصفة الشخصية البحتة للعدالة على عكس الصفة الموضوعية للمساواة ومن ناحية أخرى، تصر التعريفات المقترحة على الأخذ في الاعتبار للظروف الخاصة لكل حالة، الأمر الذي يبرر اللجوء إلى العدالة من أجل الحصول على حل ملائم لظروف هذه الحالة.

٣٥- ولهذا الأسباب، فإن صعوبة صياغة أو وضع تعريف دقيق لفكرة العدالة، بغرض تمييزها عن غيرها، يبرر بكل تأكيد الخوف بل عدم الثقة الذي يثور بمناسبة اللجوء إلى العدالة، وهو الأمر الذي يثير أخطارا تتعلق بعدم الأمان القانوني(٤٢).

٣٦- إذا كان هذا هو الوضع، فقد يكون من المناسب أو حتى من الضروري أن نفهم فكرة العدالة عن طريق معانيها المختلفة أفضل من البحث عن تعريف بهدف تحقيق وحدة مزعومة. وفي هذا كتب بعض الفقه، بان مشكلة العدالة في القانون مشكلة معقدة وعميقة في الوقت ذاته إلى الدرجة التي لا يمكن أن تتحقق بشانها الوحدة أبدا في كل النقاط التي تثيرها(٤٣).

Ca de paris, 29 juin 1965, JCP, 1965,II, 14296, Equite, n°30.

(٢) Ch. ALBIGES, Equite, n°31.

(٣) B. STARCk, H. ROLAND et L. BOYER, Introduction ou droit, n°57, p.24.

(١) L. GRAULICH, ‘‘A Propos du gouvernement des juges’’, p.84.

بالرغم من هذه الصعوبة الواضحة في وضع تعريف موحد لفكرة العدالة، فقد حاول البعض في سبيل تحقيق هذه الوحدة عن طريق إبراز الصفة الاستثنائية والصفة المنطقية لفكرة العدالة:

Ch. ALBIGES, De l’equite en droit prive , LGDJ, paris, 200, preface de r. CABRILLAC, n°136 et s., p.83 et s.

المطلب الثاني

المعاني المختلفة للعدالة

٣٧- إذا كانت فكرة العدالة تستعصي على التعريف، فإنه يمكن فهمها بالرغم من ذلك فهما نظريا يسمح بتحديد الخصائص المميزة لها. وترتيبها على ذلك، فقد سلط الفقه المعاصر الضوء على المفاهيم المختلفة للعدالة. ونميز هنا بين اتجاهين: اتجاه الوحدة واتجاه الازدواجية.

٣٨- وفقا لاتجاه اول، قد يكون من المناسب تبني مفهوم مزدوج للعدالة. وفي داخل هذا الاتجاه نميز بين تحليلين.

طبقا لتحليل أول، يؤدي المفهوم الموضوعي للعدالة، وهو ما يعرف أيضا بالعدالة العامة أو الحاكمة، إلى إنشاء نظام من قواعد القوانين (المؤسسة على العدالة) توازي قواعد القانون الوضعي السارية، في حين أن المفهوم الشخصي للعدالة، أو ما يعرف بالعدالة الخاصة أو القضائية، يفترض أن الفكرة لا تتدخل إلا بالنسبة لحالة واقعية وعلى أساس ظروف هذه الحالة(٤٤).

وفي تحليل ثان لهذا المفهوم المزدوج، يعرف المفهوم الموضوعي بأنه وسيلة للتقدير تستند على طبيعة الأشياء، يرتبط بمعايير مادية، في حين أن العدالة الشخصية عبارة عن شعور يرتبط بالطبيعة البشرية ويبحث عن التوازن بين الأشخاص(٤٥).

٣٩- وبالنسبة للاتجاه الآخر، أن اللجوء إلى العدالة كمفهوم وحيد يقدم سلطة أو إمكانية لحل النزاع على أساس الظروف الخاصة بكل قضية. وان مصطلح العدالة يشير إلى فكرة الحل الأكثر كمالا من الحل الذي يستقى

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Introduction au droit, n°40 et s.; N. DOIN, " Le juJe=
(٢)et le desir du juste", D. 1999, chr.198.

(١) حول هذا التحليل انظر:

P. MORVAN, Le principe de droit prive, editions pantheon- assas, 1999, n°162.

من القانون، لأنه يتوافق بشكل جيد مع الظروف، وهو حل شخصي لأنه يأخذ في الاعتبار وقائع القضية(٤٦).

فهدف الرجوع إلى العدالة هو الكفاح ضد عدم التوازن بين الخصوم، مانحا القاضي سلطة التقدير، في كل حالة على حدة، للصفة غير العادلة في موقف أحد الأطراف(٤٧).

وبالنظر إلى التمييز بين المفهوم الموضوعي والمفهوم الشخصي للعدالة، فإنه يلاحظ وجود ظاهرة اختفاء المفهوم الأول عن طريق دخوله في مجال الحياة القانونية، وبهذا يتوقف عن القيام بدور العدالة(٤٨). فدراسة تطور العدالة وتطور الإثراء بلا سبب، على سبيل المثال، أكدت اختفاء العدالة الموضوعية، وهي العدالة المتضمنة في نصوص القانون وتقوم ببعض الوضائف.

وبهذا تختفي العدالة الموضوعية وتمثل في نصوص القانون ولا يبقى سوى العدالة الشخصية التي تاخذ في الاعتبار للظروف الخاصة لكل حالة على حدة(٤٩).

الفصل الثاني

وظائف العدالة في القانون المدني

٤٠- إذا كان من الصعب فهم العدالة في مفهوم موحد، فإنه من المفضل أن تتحدد وظائف العدالة بشكل دقيق(٥٠). وذلك من أجل إبراز خصوصيات هذه الفكرة.

(٢) PH. JESTAZ, Le droit, 3e ed., Connaissance du droit, Dalloz, paris, 1996.

(٣) Ch. ALBIGES, De l'equite en droit prive, nº238, P.151 et s.

(٤) R.-A NEWMAN," La nature de l'equite en "droit civil", RID COMP., 1964, 289, specialment, p.291.

(١) ومع ذلك يرى البعض على العكس أن العدالة الموضوعية، ذات البعد غير الشخصي، هي وحدها التي يمكن أن تؤدي إلى إنشاء قواعد، وهي ما يمكن أن تسمى العدالة الحقيقية:

V. BOLLARD, L'equite dans la realisation methodique du droit Prive; principes pour un exercice rationnel et legitime du pouvoir de juger, these paris1, 2006, nº73 et s.

ويتبنى العض تعريفا للعدالة ينسب لها دورا ثلاثيا، وهي أنها تعاون وتكمل وتصحح القانون المدني تحقيقا للمصلحة العامة(٥١). ولكن الدراسات الحديثة التي أجريت على الفكرة ترى أن العدالة تقوم بدورين متميزين في القانون المدني، بل وفي القانون الخاص بصفة عامة(٥٢)، الدور التصحيحي (المبحث الأول)، والدور التكميلي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الوظيفة التصحيحية للعدالة

٤١- أول من أشار إلى الوظيفة التصحيحية للعدالة كان أرسطو الفيلسوف اليوناني المعروف، حيث ذهب إلى أن العدالة هي أداة لإعادة توجيه القانون عندما يخطئ. في نفس الاتجاه، أشار Domat فيما بعد إلى أنه يفضل العدالة على الشدة أو الصرامة التي تتطلبها حرفية النصوص القانونية.

إذا كانت الوظيفة التصحيحية للعدالة قد تم الاعتراف بها قديما، فإنها تظل ذات أهمية في الوقت الحاضر. ويمكن التدليل على الأهمية المعاصرة للوظيفة التصحيحية للعدالة بعرض المجالات التي تظهر فيها (المطلب الأول)، وطرق تفعيلها (المطلب الثاني).

---

(٢) M. ROTONDI, " Consideration sur la fonction de l'equite dans un systeme de droit positif", Melanges M. ANCEL, pedone, paris, 1975, p.44..

(٣) يتبنى البعض التعريف الذي قال به الفقيه Papinien بان العدالة تعاون وتكمل وتصحح القانون المدني من أجل المصلحة العامة. انظر في ذلك:
E. AGOSTINI, "L'equite", D. 1978, chr.7.
وفي الفقه العربي انظر: إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، القانون المدني نموذجا، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، ٢٠١١، ص ١٧٩ وما بعدها

(٤) Ch. ALBIGES, De l`equite en droit prive, n°249 et s., p.163 et s.; Equite, n°36 et s.

المطلب الأول

مجالات الوظيفة التصحيحية للعدالة

٤٢- ننشغل في هذا الصدد بذكر بعض المجالات التي تستخدم فيها الوظيفة التصحيحية للعدالة. وأيا كان المجال الذي ستستخدم فيه هذه الوظيفة، فإن الفقه قد لاحظ البعد الحديث لهذه الوظيفة. فإن كان القدماء قد أشاروا (كما ذكرنا سابقا)، فإن المعاصرين قد ركزوا كثيرا على هذه الوظيفة وأبرزوا المجالات التي تستخدم فيها.

ويكثر اللجوء إلى فكرة العدالة في القانون الفرنسي في مجال الأسرة وفي مجال الشيوع، لإجراء تصحيحات لازمة بين الأطراف، ولكن تجد العدالة التصحيحية مجالها الحقيقي في نطاق الروابط العقدية، في القانون الفرنسي والقانون المصري على حد سواء.

٤٣- تقوم الوظيفة التصحيحية للعدالة بدورها الأكبر في مجال العقد. وفي هذا المجال، يرى أحد الفقهاء الفرنسيين انه يجب أن توجد ضوابط لتدخل القاضي ولا يترك لشعوره الغامض بالعدالة[٥٣]. وقد قيل هذا الكلام في وقت لم يكن يوجد سوى نص وحيد يقرر صراحة الرجوع إلى فكرة العدالة، هو نص المادة ١١٣٥ مدني.

ولم يتوقف الأمر عند هذا الرجوع الصريح للعدالة، بل أجيز فيما بعد الرجوع الضمني إلى فكرة العدالة، سواء في ذلك القانون الفرنسي عن طريق إجراء إصلاحات في التقنين المدني[٥٤] أو القانون المصري وذلك بالنص عليها في صلب التقنين المدني الذي طبق ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩. ونذكر على سبيل المثال:

(١)H. CAPITANT, Obs., RTD civ., 1932, p.723.

(١) وقد رصد الأستاذ الدكتور نبيل إبراهيم سعد بمناسبة مرور مائتي سنة على التقنين المدني الفرنسي مظاهر التطور التي حدثت في هذا التقنين نتيجة الإصلاحات التي أجريت عليه. انظر في ذلك مؤلفة بعنوان التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

١- إجازة مراجعة الشرط الجزائي (المادة ١١٥٢ مدني فرنسي، المادة ٢/٢٢٤ مدني مصري). عندما تكون قيمة الشرط الجزائي مبالغا فيها وتؤثر على التوازن في العلاقة العقدية، فقد منح القانون للقاضي سلطة تعديل الشرط في حالة التعسف الواضح.

٢- منح نظرة الميسرة (المادة ١٢٤٤- ١ مدني فرنسي، المادة ٢/٣٤٦ مدني مصري). فقد أجاز القانون المدني المصري للقاضي في أحوال معينة أن يمنح المدين أجلا للوفاء بالالتزام مع مراعاة ألا يحدث ضرر جسيم للدائن من جراء هذا التأجيل. وفي الاتجاه نفسه، أجاز القانون الفرنسي الصادر في ٩يوليو ١٩٩١(الذي أضاف المادة ١٢٤٤-١ للتقنين المدني)للقاضي أن يمنح المدين نظرة ميسرة آخذا في الاعتبار ظروف المدين وحاجات الدائن، تتمثل في تأجيل أو تقسيط دفع المبالغ المستحق عليه دفعها في خلال سنتين كأجل منهي(٥٥).

٤٤- ولا يعني إجازة تدخل القاضي في مجال العقد باسم العدالة، أن القاضي لم يعد ملتزما بقانون العقد أو ما يعرف بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. فالقاضي يظل ملتزما بهذا المبدأ (المادة ١١٣٤ مدني فرنسي، المادة ١٤٧ مدني مصري). وتظل القاعدة هي أن مبدأ سلطان الإرداة هو الذي يحكم مجال العقد. وقد أكد القضاء الفرنسي هذا الأمر منذ حكم محكمة انقض في قضية canal de craponne الصادر في ٦ مارس ١٨٧٦، وفيه رفضت المحكمة إعادة تقدير عائد إيجار هذه المجرى المحدد في سنة ١٥٦٠ (٥٦). وهذا الحل قد أعلن التأكيد عليه بما يمثل قضاء مستقرا لقضاء النقض الفرنسي. وهذا ما أكدته أيضا محكمة النقض المصرية في قضائها المستقر(٥٧).

والالتزام بمبدأ سلطان الإرداة، باسم أمان العلاقات التعاقدية، هو أمر مفضل بالنظر إلى ما يجب أن يتوافر من ثبات في هذه الروابط، وما يمكن ان ينتج عنه في حالة التصحيح القضائي للعقد، الذي يتم بناء

(٢) Cass. Civ.2, 7 janvier 1998, RTD civ., 1998, p.369, obs. J. MESTRE.

(١)Cass. Civ., 6 mars 1876, dp 1876.1.1

195, note GIBOULOT; S.1876.1.161; H. CAPITANT, F .TERRE et Y. LEQUETTE, les grandes arrets de la jurisprudence civile, 11e ed., Dalloz, 2000, nº163, p.123.

(٢) انظر على سبيل المثال: نقض مدني، ٩ فبراير ١٩٨٩، مجموعة أحكام النقض، س ٤٠، ص ٤٤٠؛ نقض مدني، ٢٨ يونيه ١٩٩٠، مجموعة أحكام النقض، س٤١، ص٤٠١.

على اعتبارات العدالة. فاحترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يظل هو خط الدفاع ضد التعديلات المحتملة للعقد من قبل القاضي.

وتطبيقا لهذا النظر، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن قضاة الموضوع لا يمكنهم، باسم العدالة، تحديد سعر فائدة أقل من السعر المحدد بالاتفاق(٥٨). وقضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يجوز للقاضي أن يستقل بنقض العقد أو تعديله إلا في الأحوال المنصوص في القانون(٥٩).

٤٥- ولا شك أن هذا المفهوم الصارم سيقلل ويضيق من الوظيفة التصحيحية للعدالة. وبهذه المناسبة قد يكون من المفيد أن نذكر المحاولات التي بذلت في هذا الصدد من أجل الخروج على مبدأ سلطان الإرادة.

فمن ناحية، يلاحظ وجود مبادرات تشريعية وقضائية تهدف إلى إجازة تدخل القضاء في العلاقة العقدية، بعرض التعديل في البنود المنصوص عليها في العقد، مثل الثمن المتفق عليه على سبيل المثال(٦٠).

ومن ناحية ثانية، يوجد على المستوى الفقهي اتجاه متناهي ينادي بوضع حدود على مبدأ سلطان الإرادة على أساس الأخلاقيات التي يجب أن تسود الروابط العقدية(٦١) أو على أساس التضامن او الأخوة العقدية(٦٢).

وأخيرا، يلاحظ أن غالبية القوانين الأوربية قد اجازت مراجعة العقد على أساس الظروف الطارئة(٦٣). بل أن النصوص الأوربية الحديثة في مجال مبادئ القانون الأوربي للعقد تسمح للقاضي، على على سبيل الاستثناء، أن يعدل العقد في أحوال معينة (المادة ٢- ١١٧).

---

(٣) Cass. Soc., 12 mai 1965, D.1965, p.652.

(٤) نقض مدني، ٩ فبراير ١٩٨٩، سالف الإشارة إليه.

(١)Ch. ALBIGES, "Le developpement discret de la refaction du contrat", Melanges M. CABRILLAC, Litec, Dalloz, paris, 1999, p.3.

(٢) S. DARMAISIN, Le contral moral, LGDJ, Paris, 2000, preface de B. TEYSSIE.

(٣)D. MAZEAUD, "Loyaute, solidarite, fraternite: la nouvelle devise contractuelle", Melanges F. TERRE, 1999, P.603; Ch. JAMIN," Plaidoyer pour le solidarisme contractuel", Melanges J. GHESTIN, 2001, P.441.

٤٦- هذه التطورات الحديثة في المجال العقدي، تساهم في ازدهار اعتبارات العدالة في نطاق المنازعات العقدية المحكومة باعتبارات الثبات والتوقع(٦٤). وإذا كان الخوف من التدخل الكبير للقاضي في مجال العقد قد أثير من أجل تحجيم الرجوع إلى اعتبارات العدالة، فإن البعض ينازع في أن تكون هذه المخاوف مخاوف حقيقية(٦٥).

المطلب الثاني

طرق تحقيق العدالة التصحيحية

٤٧- قد يلجأ القاضي من أجل التخفيف من صرامة النص القانوني إلى اعتبارات العدالة. فقد يعرض على القاضي وقائع معينة تبدو معها قاعدة القانون كأنها "ضد العدالة" ، فهل يمكن له أن يقوم بتصحيح قاعدة القانون باسم العدالة؟

وفي الإجابة على هذا السؤال، نقول بأن التصحيح القضائي لقاعدة القانون باسم العدالة لا يمكن قبوله بدون قبول من المشرع. وفي هذا الصدد تنقض محكمة النقض الفرنسية الأحكام التي تصحح قواعد القانون وتؤسس على اعتبارات العدالة بدون إجازة من المشرع لهذه السلطة(٦٦). وهكذا تبدو محكمة النقض محافظة في مواجهة مثل هذه المحاولات.

على العكس مما تقدم، تقبل محكمة النقض هذا التصحيح القضائي لقاعدة القانون عندما يكون مقبولا من المشرع أولا. ويتم ذلك في الأحوال الاستثنائية التي يجيز فيها المشرع اللجوء للعدالة تطبيقا للسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي. ويضع المشرع في هذه الحوال الشروط والضوابط اللازمة لإعمال اللجوء للعدالة التصحيحية. ويهدف المشرع من ذلك وضع إطار للسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي من أجل

---

(٤) V. Imprevision, Rep. CIV. Dalloz

(٥) V. Bonne foi, , Rep. CiV. Dalloz.

(٦) L. CADIET, " Une justice contractuelle, l'autre", MelangesJ. GHESTIN, 2001, P.194.

(١) Cass. Soc., 18 Janvier 1989, n°89-17-197, Bull. Civ., V., n°46.

تخفيض الخطر المرتبط باللجوء إلى فكرة العدالة، مع اعترافه بأن العدالة يمكن أن تشكل الأساس الذي يؤخذ في الاعتبار للتجاوز الذي يوجد في حالة معينة(٦٧).

٤٨- يتضح مما تقدر تشابه الوظيفة التصحيحية للعدالة مع السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي من المشرع(٦٨). هذه السلطة التقديرية تقدم للقاضي كسلطة استثنائية ممنوحة له من القانون، في حالات خاصة، وتتيح له الخروج على قاعدة القانون التي يراها متجاوزة، كل ذلك على أساس اعتبارات العدالة. في نفس الاتجاه، يرى بعض الفقه بأنه في داخل الوظيفة التصحيحية للعدالة يمكن أن نتحدث عن السلطة التقديرية في كل مرة يكون التصحيح المفروض يجري في صورة التخفيف من صرامة القاعدة القانونية. وان المشرع استخدم لفظ manifestement ليجيز تصحيح القاعدة القانونية صراحة (المادة ١٥٧٩ مدني) او ضمنا (المادة ١١٥٢ مدني) (٦٩). وفي هذا الصدد، يقترح البعض بأن يكون ممكنا للقاضي، بناء على طلب الأطراف، بأن يخرج على قاعدة القانون، عندما يؤدي تطبيقها إلى نتائج متجاوزة للغاية (٧٠) excessives manifestement.

٤٩- وعلى هذا النحو يصرح المشرع للقاضي بان يصحح تجاوز القاعدة القانونية في حالات معينة باسم العدالة ويقصد المشرع من هذه الإجازة تحقيق مرونة في إصدار الأحكام القضائية، وصولا لعدالة حقيقية ولكن يظل القاضي، بالرغم من التصريح التشريعي، حذرا في التطبيق، إذ يجب عليه أن يحترم الشروط والظروف التي نصت عليها قاعدة القانون، وأن يدرك بان هذه السلطة محددة في حالات معينة وليست سلطة عامة لفرض العدالة(٧١).

---

(٢) D. BAKOUCHE, L`exces en droit civil, LGDJ, 2005, n+337, p.302.

(٣) V. J. FISHER, Le pouvoir moderateur du juge en droit civil, PUAM, 2004, Preface de ph. LE TOURNEAU: F. LAFAY, Le pouvoir moderateur du juge en droit prive, these Lyon 3, 2004.

(١) Ch. ALIGES, Equite, °44 et les references cites par cet auteur.

(٢) J. FISHER, Le pouvoir moderateur du juge en droit civil, n°425, p.402.

(٣) Ch. ALIGES, DE l'equite en droit prive, n°353, p.238.

المبحث الثاني

الوظيفة التكميلية للعدالة

٥٠- على نفس النسق الذي تناولنا به الوظيفة التصحيحية، سنعالج الوظيفة التكميلية للعدالة، بأن نعرض اولا مجالات العدالة التكميلية (المطلب الأول)، ثم طرق تحقيقها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مجالات الوظيفة التكميلية للعدالة

٥١- تنصب العدالة التكميلية على تكملة القاعدة القانونية بواسطة القاضي. وهذه السلطة المتاحة للقاضي لا ترتبط بالتطبيق الصارم للقاعدة القانونية بطريقة تجافي العدالة. وتستخدم الوظيفة التكميلية للعدالة في عدة مجالات؛ المرافعات المدنية والتصاق المنقول بالمنقول[٧٢] والعقد. وسنقتصر على هذا المجال الأخير.

٥٢- ففي مجال العقد، نجد أن العدالة تتدخل في تحديد مضمون العقد. وهنا يمكن للقاضي أن يكمل مضمون العقد بحكم يصدره باسم العدالة. وفي هذا الفرض، يكون الهدف مواجهة الشرط العقدي ليس عن طريق تصحيحه، كما في العدالة التصحيحية، ولكن عن طريق تكملة النقص الموجود فيه.

---

(١) نظم المشرع المصري هذه المسألة في نص واحد هو المادة ٩٣١ مدني التي تنص على أنه "إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما". وبهذا أجاز المشرع للقاضي الاسترشاد بقواعد العدالة في مجال التصاق المنقول بالمنقول. انظر حول هذا الأمر: د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، رقم ١٢٣ وما بعده، ص ٣١٥ وما بعدها؛ د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، شركة سعيد رأفت للطباعة، ١٩٨٥، رقم ٢٢١، ص ٣٣٠ وما بعدها د. السيد محمد عمران، الملكية في القانون المصري، ١٩٩٣، ص ٢٧٨. أما القانون الفرنسي فيميز بين عدد من صور التصاق المنقول بالمنقول مثل الضم adjonction، والخلط أو المزج mélange ou confusion، والتحويل specification،= =وينظمه في ثلاث عشرة مادة هي المواد من ٥٦٥ إلى ٥٧٧ من التقنين المدني. حول هذا الموضوع واستخدام العدالة لفض النزاع بشأنه، انظر:

F. TERRE et ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, 7 e ed., précis Dalloz, paris, 2006, n°246 et s., p.209 et s.

وينص القانون على ان مضمون العقد لا يشمل فقط ما اشترطه المتعاقدان، ولكن أيضا بما هو من مستلزماته وفقا للعرف والعدالة وطبيعة الالتزام (المادة ١١٣٥ مدني فرنسي، المادة ٢/١٤٨ مدني مصري).

وبهذا يلتزم الأطراف بتنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبما يتفق مع حسن النية، وأيضا بتنفيذ ما هو من مستلزمات العقد وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

وهنا تجتمع العدالة وحسن النية في صعيد واحد هو تنفيذ العقد، مما أدى إلى الاختلاف في تفسير هاتين الفكرتين. وفي حقيقة الأمر تبدو هذه المشكلة في القانون الفرنسي الذي استخدم فكرة حسن النية في المادة ٣/١١٣٤ المتعلقة بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وفي المادة ١١٣٥ المتعلقة بتحديد مضمون العقد. وبسبب هذا النص الخير والذي تعود عباراته إلى دوما(٧٣)، اختلفت الآراء ونعرض فيما يلي التفسيرات المقترحة(٧٤).

٥٣- التفسير الأول يذهب إلى المشابهة بين العدالة وحسن النية. ويلاحظ بعض الفقهاء أن هذا التشابه ليس جديدا وإنما يعود للقانون الروماني، والمادة ١١٣٥ مدني يجب أن تعتبر امتدادا للمادة ١١٣٤ فقرة ٣. وبالرغم من أن الفكرتين غير محددتين، إلا أن البعض يرى أن مجال تطبيقهما مختلف لأن حسن النية يفترض رقابة قضائية على ما تم الاتفاق عليه بواسطة الأطراف، في حين أن اللجوء إلى العدالة يسمح للقاضي بأن يبحث في خارج الاشتراطات العقدية من أجل تكملة مضمون العقد.

٥٤- التفسير الثاني يتعلق بتحديد دور المادة ١١٣٥ مدني، هل هي تضع قاعدة لتفسير العقد أم تتعلق بقاعدة لتنفيذ العقد؟ وهنا يمكن أن نرصد اتجاهين في الفقه الفرنسي. الاتجاه الأول يؤكد على ان هذا النص

(١) J.-L. CHAZAL," De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinea 1er du code civil", RTD civ., 2001, p.281, nº21.

(٢) P. JACQUES, Regards sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, paris, 2005, Preface de F. CHABAS; Ch. ALIGES, Equite, nº51 et s.

يتضمن قاعدة احتياطية لتفسير العقود، تضاف إلى المواد ١١٥٦ وما بعدها من التقنين المدني(٧٥). اما الاتجاه الثاني فيذهب على العكس إلى أن المادة ١١٣٥ مدني يجب أن تعتبر كقاعدة لتنفيذ العقد(٧٦).

٥٥- وأيا كانت التبريرات التي قيلت في إجازة الرجوع إلى العدالة، فإن هذا الرجوع يشكل أساسا لإضافة التزامات إلى العقد لم ينص عليها صراحة ولكن يفرضها القاضي. فالقاضي في هذا الفرض يبدو وكأنه يستنبت أو ينشئ العقد forcage du contrat(٧٧)، على أساس المادة ١١٣٥ مدني. وهذا الأساس كان أصل الالتزامات التي فرضتها الأحكام القضائية، مثل الالتزام بالسلامة(٧٨)، والالتزام بالأعلام والالتزام بالنصيحة والالتزام بالمراقبة والمتابعة وغيرها من الالتزامات التي يطلق عليها "الالتزامات الجديدة".

٥٦- أكثر من ذلك قد لا يقتصر عمل القاضي على إضافة التزام غير منصوص عليه في العقد، بل قد يقوم باستخلاص وجود الرابطة العقدية على أساس المادة ١١٣٥ من التقنين المدني(٧٩). ومثال هذه الحالة ما يسمى باتفاق المساعدة التبرعية أو المجانية .Convention d'assistance benevole. وفي هذه الحالة يفترض القاضي رضاء الأطراف بالمساعدة ويفرض باسم العدالة الالتزامات المستخلصة من هذا الرضاء. ويعتبر اتفاق المساعدة أحد المستلزات التي تفرضها العدالة، وترتيبا على ذلك يثير الالتزام بتعويض المضرور من الضرر الذي سببه له الشخص الذي استدعاه لمساعدته. وهذا الإنشاء القضائي، الذي لا

(١) J. FLOUR. J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Les obligations, t.1, L'acte juridique, arman colin, 2006, n°397.

(٢) J. CARBONNIER, Les obligations,, n°113, p. 207; Y. PICOD, le devoir de loyaute dans l'execution du contrat, LGDJ, paris, 1989, preface de G. COUTURIE, n°79, p.93.

(٣) L. josserand, "Le contrat dirige" , DH. 1933, P.89; L. LEVENEUR, "Le forcage du contrat", Dr. et patri, mars 1998, n°58, p.69; R. BLOUGH, Le forcage, du contrat a la theorie generale, PUAM, 2011, preface de D. FENOULLET.

(٤) انظر للمؤلف: الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة، مؤتمر أكاديمية الشرطة دبي ٢٠٠٦، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

(٥)A. LAUDE, La reconnaissance par le juge de l'existence du contrat , PUAM, 1992, preface de J.MESTRE.

وانظر في الفقه العربي: د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

يقتصر على الالتزام ولكن ينصب على العلاقة العقدية بأكملها، يؤسس على اعتبارات العدالة، حيث أن القاضي ملتزم باحترام طبيعة الأشياء بالرجوع إلى عبارات المادة ١١٣٥ من التقنين المدني(٨٠).

ويجب أن يلاحظ بان هذا التدخل القضائي في المجال العقدي ليس محلا لترحيب كل الفقه. بل أن البعض يرى فيه امتداد متتابع لفكرة العقد، حيث يسمح القاضي لنفسه بأن يغرض على الطراف تبادل للإرادات لم يرغبا فيه ولا يتوافق مع الحقيقة. كما أن محكمة النقض الفرنسية وإن كانت قد صاغت مبدأ التعويض عن المساعدة التبرعية في سنة ١٩٦٢، الا أنها رأت عدم مناسبته في بعض الأحوال(٨١). وعلى هذا النحو، تدخلت محكمة النقض للتخفيف من التدخل القضائي في المجال العقدي على أساس العدالة التكميلية. هذه العدالة التي يمكن أن تكون باهظة الثمن إذا تم الزج بفكرة العقد من أجل تحقيق مصالح قليلة الأهمية باسم العدالة.

المطلب الثاني

طرق تفعيل العدالة التكميلية

٥٧- إذا كانت ميادين العدالة التكميلية تختلف عن مجالات العدالة التصحيحية، فإنهما يتفقان في طرق التفعيل، وهو أن يجيز المشرع للقاضي القيام بالوظيفة المعنية للعدالة.

وتفعيل الوظيفة التكميلية للعدالة يسمح للقاضي بان يعالج القصور في القاعدة القانونية أو في شروط العقد، والذي يمكن أن يكون مصدرا لعدم التوازن بين المصالح المتنازعة.

---

(١)A.SERIAUX," L'OEUVRE pretorienne in vivo: l'exemple de la convention d'assistance", Melanges M. CABRILLAC, 1999, P.299, specialement p.307 et s.

(٢) Css. Civ.1, 7 avril 1998, JCP, 1998,II,10203, Note o. GOUT; Defrenois, 1998, p.1050, obs.ph. DELEBECQUE.

وانظر بصفة خاصة

G. VINEY, "Chronique de responsabilite civile", JCP, 1998,1.144

ولا يمكن للقاضي أن يقوم من تلقاء نفسه بتكملة هذا النقص، بل يجب أن يستند عمله على أساس قاعدة قانونية. وترتيبا على ذلك، لا يمكن للقاضي القيام بهذه المهمة مستندا على فكرة العدالة وحدها وإلا كان حكمه عرضة للنقض. وبالفعل، فقد نقضت محكمة النقض الفرنسية، على أساس المادة ١/١١٣٤ من التقنين المدني، حكم محكمة الاستئناف الذي منح، باسم العدالة، تعويضا لعامل يخضع لالتزام بعدم المنافسة بدون مقابل. وهذا الحكم المعبر عن الموقف المحافظ لمحكمة النقض، هو حكم جدير بالتأييد، وذلك لعدم وجود نص يسمح للقاضي بأن يؤسس حكمه على فكرة العدالة.

٥٨- ويعتبر بعض الفقهاء ان المادة ٤ من التقنين المدني الفرنسي تبرر إمكانية ان يحكم القاضي طبقا للعدالة بسبب عدم كفاية النص القانوني. فهذه المادة تشكل الأساس للسلطة الحاكمة normatif الممنوحة استثناء للقاضي. وبالنسبة للبعض الآخر، ان العدالة التكميلية مثلها مثل العدالة التصحيحية تحتاج إلى ترخيص خاص من المشرع ولا تكفي فيها الإجازة العامة الواردة في المادة ٤ من التقنين المدني(٨٢).

وهذا يعني ان اللجوء إلى فكرة العدالة، سواء من أجل التصحيح أو من أجل التكملة، يحتاج إلى وجود تصريح تشريعي سابق يجيز للقاضي التدخل في حالة واقعية معينة. وهذا المفهوم المتقدم يحدد المدى المستقبلي لفكرة العدالة، وهي الفكرة ذات الطبيعة الأخلاقية، في المجال القانوني.

(١) F. ZENATI," Le juge et l'equite", ann. Fac. Lyon, 1985, p.89, specialement n°8, p.93, cite par Ch. ALBIGES, Equite, n°55.

خاتمة

العدالة: نظرة إلى المستقبل

٥٩- لن نستطيع بالتأكيد في هذه الإطلالة الإلمام بكل دقائق فكرة العدالة في القانون المدني. ولكننا حاولنا، بقدر الإمكان، الإمساك بهذه الفكرة ووظائفها في هذا المجال. ويبقى لفكرة العدالة بعد كل ذلك سحر خاص وغامض لا يمكن الإمساك به أو تحديده بدقة. وفي هذا السحر وهذا الغموض تكمن قوة العدالة. فقد كانت قديما محركة لأذهان الفلاسفة ثم عادت في القرن العشرين مرة اخرى إلى الواجهة عن طريق ايمانويل كانت. وفي مجال القانون نمثل العدالة قصة الأمس واليوم والغد. فقد كانت الهدف الذي يرنو إليه القانون قديما، وهى أخيرا الأمل الذي يسيطر على كل إصلاح في القانون مستقبلا.

٦٠- نحن نحتاج في هذا الوقت للعدالة أكثر من أي وقت مضى. فعندما يشعر المرء بان القانون يكرس ظلمه وأن القضاء يمثل له خطرا أكثر من كونه سبيلا للانتصاف، فلا مناص إلا باللجوء الله داعيا أن يوفق هذا البلد في مرحلته الجديدة بان يجعل مبادئ الحق والعدالة ليست مجرد قواعد نظرية وإنما مناهج حياة نعيش بها ونسعد.

٦١- وفي النهاية نامل أن يتجه المشرع المصري صوب الشريعة الإسلامية كمصدر للعدالة المنشودة في شتى ميادين القانون، وأن يصيغ منها، ومسترشدا بما يوجد في القانون المقارن، نظاما قانونيا يحقق العدالة للجميع. فكم يقول ابن قيم الجوزية: "فإن الله أرسل رسله، وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به السموات والأرض. فإذا ظهرت أمارات الحق وقامت أدلة العقل، وأسفر صبحه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه ورضاه. والله تعالى لم يحصر طرق العدل وأدلته واماراته في نوع واحد وأبطل غيره من الطرق التي هي أقوى منه، وأدل وأظهر. بل بين بما شرعه من الطرق ان مقصوده إقامة الحق والعدل، وقيام الناس بالقسط. فأي طريق استخرج بها الحق ومرفة العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاها". والله من وراء القصد وهو الهادي إلى سواء السبيل.

قائمة المراجع

أولا: المراجع بالغة العربية:

- إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، القانون المدني نموذجا، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، ٢٠١١.

- د. السيد محمد عمران، الملكية في القانون المصري، ١٩٩٣.

- القديس توما الأكويني، الخلاصة اللاهوتية، ترجمة الخوري بولس عواد، بيروت ١٩٠٨.

- جمال البنا، نظرية العدل في الفكر الأوربي والفكر الإسلامي، دار الفكر الإسلامي،١٩٩٥.

- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة، مؤتمر أكاديمية شرطة دبي ٢٠٠٦، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

- .....، الاستدانة، دراسة في أزمة ديون الأفراد ومعالجتها القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي.

- د. عبد السلام التونجي، مؤسسة العدالة في الشريعة الإسلامية، كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ١٩٩٣.

- د. محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دار النهضة العربية، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

- د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، شركة سعيد رأفت للطباعة، ١٩٨٥.

- د. مصطفى سيد أحمد صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق وأثرها على فقهاء الرومان وفلاسفة الإسلام، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٩.

- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول.

- مجموعة أحكام النقض المدني.

- د. نبيل إبراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، (بمناسبة مرور مائتي سنة على التقنين المدني الفرنسي)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

- د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

- AGOSTINI(E-), H L'équité", D. 1978, chr.7.
- ALBIGES (Ch.), *De l'équité en droit privé*, LGDJ, Paris, 2000, préface de R. CABRILLAC.
- ……., *Equité*, Rép. Civ., Dalloz, septembre 2009.
- ……., " Le développement discret de la réfaction du contrat", *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec, Dalloz, Paris, 1999, p.3.
- BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, LGDJ, Paris,2005, préface de M. GOBERT
- BREDIN (J._ D.), " Un gouvernement des juges?", Pouvoirs n°68 . Qui gouverne la France ? . janvier 1994 _ p.77.85.
- BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, Paris, 1999, préface J._ L. SOURIOUX.
- BLOUGH (R.), *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, PUAM, 2011, préface de D. FENOUILLET.
- CABRILLAC (R.), Préface à l'ouvrage de Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, Paris, 2000.

- CADIET(L.), "Une justice contractuelle, l'autre", *Mélanges J. GHESTIN*, 2001, p. 194.
- CAPITANT(H.), TERRE(F.) et LEQUETTE(Y.), Les grandes arrêts de la jurisprudence civile, 111 éd., Dalloz, 2000.
- CARBONNIER(J.), Les obligations, 20l éd., PDF, Paris 1996.
- CHAZAL (J- L.)," De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er du code civil", RTD civ., 2(101, p.281.
- d'AMBRA (D).), L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, Paris, 1994.
- DARMAISIN (S.), Le contrat moral, LGDJ, Paris, 2000, préface de B. TEYSSIE
- DAVID (R.) et JAUFFRET- SPINOS1 (C._ J.), Les grands systèmes de droits contemporains, 11° éd., Dalloz, Paris, 2002.
- DION (N.), " Le juge et le désir du juste", D. 1999, chr.198.
- FISHER (J.), Le pouvoir modérateur du juge en droit civil, PUAM, 2004, préface de Ph. LETOURNEAU.

- FLOUR (J.), AUBERT (J._ L.) et SA VAUX (E.), Les obligations, t.l, L 'acte juridique, Arman Colin, 2006. GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE. MAGNAN (M.), Introduction générale, 4e éd., LGDJ, Paris, 1994.
- GRAULICH (L.)," A propos du gouvernement des juges", RTD civ., 1932, p.84
- JACQUES (P.), Regards sur r article 1135 du code civil, Dalloz, Paris, 2005, préface de F. CHABAS.
- JAMIN (Ch.)," Plaidoyer pour le solidarisme contractuel'', Mélanges 7. GHESTIN, 2001, p.441.
- JESTAZ (Ph.), Le droit, 3e éd., Connaissance du droit, Dalloz, Paris, 1996.
- JOSSERAND (L.), " Le contrat dirigé", ÜH. 1933, p.89. LAFAY (F.), Le pouvoir modérateur du juge en droit privé, thèse Lyon 3, 2004.
- LANDROVE (J. C.), '' Equité judiciaire et équité arbitrale: synonymes?", Genève, 2009.
- LAUDE (A.), La reconnaissance par le juge de 'l'existence du contrat, PUAM, 1992, préface de J. MESTRE.
- LE TOURNEAU (Ph.) et POUMARÈDE (M.), Bonne foi, Rép. Civ., Dalloz, septembre 2009.

- LEVENEUR (L.), ” Le forçage du contrat”, Dr. et Patri, mars 1998, n°58, p.69.
- LEVY (J._ Ph.) et CASTALDO (A.), Histoire du droit civil, Précis Dalloz, Paris, 2002.
- MALINVAUD (Ph.), Introduction à l’étude du droit, 9e éd., Litec, Paris, 2002.
- MAZEAUD (D.),M Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle”, Mélanges F. TERRE, 1999, p.603.
- MESTRE (J.), ” Bonne foi et équité, même combat!”, RTD civ., 1990
- MICHON (C.), ” L'epieikeia aristotélicienne comme correctif de la loi ", Annuaire de Vlnstitut Michel Villey II, 2011, p.35.
- MORVAN (P.), Le principe de droit privé, éditions Panthéon. Assas, 1999.
- MOTULSKY (H.), Principes d'une réalisation méthodique du droit privé,Sirey, Paris, 1948.
- NEWMAN (R._ A)," La nature de l'équité en "droit civil”, RID Comp., 1964,289, spécialement, p.291.

- PALLE (S.), " La réception des correctifs d'équité par le droit: l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail", D.2011, chr.1230.
- PICOD (Y.), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, paris, 1989, préface de G. COUTURIER.
- PORTALIS (J._ E._ M.), Discours préliminaire du premier projet de code av/7,1801, Discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804, ,Bordeaux : Editions Confluences, 2004, Collection : Voix de la Cité, Préface de Michel Massenet.
- ROTONDI (M.), M Considération sur la fonction de l'équité dans un système de droit positif, Mélanges M. ANCEL, Pedone, Paris, 1975, p.44..
- SERIAUX (A.)," L'oeuvre prétorienne in vivo : l'exemple de la convention d'assistance", Mélanges M. CABRILLAC, 1999, p.299.
- STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), Introduction au droit, 5e éd., Litec, Paris, 2000.
- TERRE (F.) et SIMLER (Ph., Droit civil, Les biens, 7e éd., Précis Dalloz, Paris, 2006.

تم بحمد الله وتوفيقه