

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

كلية الشريعة والاقتصاد
قسم الشريعة والقانون

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
قسنطينة

الرقم التسلسلي.....2014

رقم التسجيل.....

جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القانون
الوضعي

-دراسة تطبيقية في قوانين الأحوال الشخصية العربية-
بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية
تخصص شريعة وقانون.

إشراف الأستاذ الدكتور:
بلقاسم شتوان

إعداد الطالبة
شهرزاد بوسطلة

لجنة المناقشة

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة
1/أ،د، عبد القادر جدي	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
2/أ/د بلقاسم شتوان	أستاذ التعليم العالي	مشرفا و مقرا
3/د/ نور الدين ميساوي	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا
4/د/ عبد الرزاق بوضياف	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا
5/د/عبد المجيد بوكركب	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا
6/د/ عز الدين كيجل	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا

السنة الجامعية2013/.....2014..

المقدمة

جامعة الأمير
عبد القادر للعلوم الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده حمدا كثيرا على نعمه، وأصلي وأسلم على سيد المرسلين: محمد وعلى آله وصحبه تسليما كثيرا، وبعد:

فإن قواعد الضرر وما يتصل بها من أحكام من أكثر المواضيع التي أولاها الدارسون اهتمامهم ، واتجهت جهودهم إلى إرسائها وتبيان تطبيقاتها في مختلف الفروع الفقهية والنوازل في الفقه الإسلامي، كما بحثت الدراسات القانونية الضرر كأحد أركان المسؤولية في الفقه الوضعي، إذ أن المسؤولية كما هو معلوم لها أركان تقوم عليها: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ، وهو على نوعين، مادي: وهو الذي يصيب الشخص في ماله أو جسمه أو أي مصلحة تقدر بمال وضرر معنوي أو أدبي : وهو الذي يصيب الشخص في شعوره أو عاطفته أو شرفه واعتباره؛ والضرر في كل الأحوال حكمه وجوب إزالته .

لكن وإن اشترك كل من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في لفظ الضرر وانفقا على حكمه، فإن بينهما اختلاف إن من حيث الاصطلاح أو من حيث الحكم ، فبينما تقضي القواعد القانونية بالتعويض في حال ثبوت الضرر بنوعيه، نجد أحكام الضمان هي التي تواجه مسائل الضرر.

والضمان أحكام تناول الفقهاء فيه مبدأ جبر الضرر ضمن مسائل متفرقة تعود كلها أو جلها إلى مبدأ التعويض عن الضرر المادي، دون أن تكون هناك نظرية واضحة تأصيلا وتطبيقا فيما يتعلق بالضرر المعنوي، فضلا عن تبيان حكم التعويض عنه.

ومما لاشك فيه أن الضرر المعنوي، أو كما يسميه البعض الضرر الأدبي مسألة أ سرائل ولا زالت أقلام كثير من الباحثين القانونيين وفقهاء الشريعة في العصر الحال، من حيث مبدأ التعويض عنه أو جبره في ظل قواعد المسؤولية وقواعد الضمان، فنجد في العصور المتأخرة التسليم بقيام مبدأ التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي والإجماع على تقريره في الضرر المادي من خلال النصوص وأقوال الفقهاء، بينما تضاربت أقوالهم في الضرر المعنوي بين منكر لمشروعيته من خلال الأحكام التي جاءت في كتب الفقه، وبين مؤيد لتقرير مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية كون النصوص الواردة في الضمان تشمل النوعين؛ مع افتقار الساحة العلمية إلى أحكام واضحة ومؤصلة في الموضوع فضلا عن تطبيقاته.

هذا وقوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية مستمدة في جملتها من أحكام الشريعة الإسلامية، والمنازعات التي تدور حولها لا تخل من مسائل الضرر المعنوي خاصة مسائل الخطبة والطلاق، ومن ثم تبدو

الحاجة الملحة لدراسة الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي حتى يتسنى لنا معرفة حكمه في ميزان الشريعة الإسلامية بالمقارنة مع تلك القواعد التي قررها القانون الوضعي، وما يجري عليه القضاء.

أسباب اختيار الموضوع:

أولاً- التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي مسألة فيها خلاف من حيث المشروعية ومن حيث التطبيق، إذ أنكره بعض القانونيين (السنهوري ومرقس)، وبعض الفقهاء (علي خفيف والمحمصاني) مع قيام نصوص في مشروعية التعويض عموماً.

ثانياً- قلة الدراسات المؤصلة والمنظرة لأحكام الضرر والضرر المعنوي خاصة في الفقه الإسلامي.

ثالثاً- قاعدة الضرر وأهميتها التطبيقية والتشريعية مثال على ثراء قواعد الشريعة في مسائل الضمان، لكن يسجل غياب تطبيقاتها على الأمور المستجدة.

رابعاً- قيام تداخل بين الضرر المعنوي والضرر المادي من حيث الدراسة والتأصيل مع وجود فوارق بينهما.

خامساً- أحكام الأحوال الشخصية م طان تطبيقات الضرر المعنوي، ودراستها مثال تطبيقي لقانون مستمد في جملته من أحكام الشريعة الإسلامية.

أهمية الموضوع:

موضوع الضرر والضرر المعنوي خاصة، ارتبط بقاعدة مهمة في الفقه الإسلامي، هي من القواعد الكبرى هي قاعدة الضرر، ونوازله وتطبيقاته كثيرة كثيرة ما يواجهه الإنسان في حياته اليومية، وعلى قدر أهميته فإن في كيفية جبره تباينت الأقوال بين الباحثين والمهتمين بالدراسات الإسلامية، وهو موقف مشابه ورد في كتابات القانونيين، فلم يثبت القول بفكرة تعويض الضرر المعنوي بالمال خاصة إلا في عصور متأخرة، مقارنة بغيره من أنواع الضرر، وقد سار القضاء على الحكم في الضرر المعنوي بما يشابهه في الضرر المادي، سعياً منه لاستقرار الأحكام، ووضع حلول لمستجدات ارتبطت بالتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والتكنولوجية، وهي تغيرات ألفت بظلالها على حياة الإنسان في المجتمع وغيرت كثير من المفاهيم، حيث ابتعدت بالقيم المعنوية عن المثاليات ووضعت في سبيل حمايتها قواعد يعتبر جبر الضرر المعنوي أحد أقسامها.

وفي الفقه الإسلامي كما في القانون الوضعي، الغاية من أحكامه تنظيم الحياة للفرد، داخل الأسرة وضمن المجتمع؛ والإنسان في كل أحواله قد تتضارب مصالحه مع مصالح الآخرين، وفي سعيه لتحصيلها أو حمايتها أو رد الاعتداء عليها، ما يوجب إيجاب ناظم يحمي الحق دون ما تعدي على الغير، والضرر المعنوي صورة من صور التعدي على مصلحة الفرد داخل الجماعة، ويمس قيماً معنوية، هذه القيم قد وجد

في أحكام الشريعة الإسلامية ما يقررها ويحفظها ويرد الاعتداء عليها، وهي أحكام تعتبر سبيل الشريعة في جبر الضرر المعنوي، وهنا يتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي، لكنه الاتفاق توقف عند مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي بالمال، وهو صورة من صور جبره، فقد رفضها كثير من الفقهاء، واعتبروا ما قرره الشريعة من حدود وتعازير كافية لجبر هذا النوع من الضرر، وهو قول اصطدم بالواقع من جهة وأغفل كثير من الأحكام التي قررت جبر الضرر المعنوي بالمال، كما هو الحال في أحكام الدية والطلاق على سبيل المثال.

وعليه فربط أحكام الفقه الإسلامي بالواقع، وتكييف أحكامه بما هو مستجد من جهة، وإيجاد الحلول المناسبة من معين أحكام الشريعة التي لا ينضب من جهة أخرى، يجعل البحث في مسألة جبر الضرر المعنوي تأصيلاً وتطبيقاً له أهميته التشريعية والفقهية والقضائية.

الهدف من الدراسة:

- أولاً- الإستقلال بالدراسة في موضوع الضرر المعنوي في ظل قواعد الفقه الوضعي واسقاطاته في ميزان قواعد الشريعة ومقاصدها، وتبيان تمايز كل منهما عن الآخر من حيث الموضوع والآثار.
- ثانياً- تبيان التكييف الفقهي للضرر المعنوي وتطبيقاته في ظل أحكام الشريعة الإسلامية.
- ثالثاً- تقييم أحكام قوانين الأحوال الشخصية نظيراً وتطبيقاً من خلال نوازل الضرر المعنوي في مسألتها المختلفة.

الإشكالية الرئيسية للدراسة:

تحدد الإشكالية الرئيسية للموضوع في مشروعية جبر الضرر المعنوي في ظل أحكام الفقه الإسلامي وفي القوانين الوضعية بالإضافة إلى الأحكام المتعلقة به ضوابط وأنواعاً، وتطبيقاته في مسائل الأحوال الشخصية: الخطبة والطلاق التعسفي خاصة. وعليه يكون موضوع الأطروحة إجابة على السؤال التالي: كيف عالج كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مسائل جبر الضرر المعنوي؟ بالإضافة إلى الأسئلة الفرعية التالية:

- هل قواعد الضمان في الفقه الإسلامي تشمل المعنوي كما شملت المادي؟
- التعويض عن الضرر المعنوي هل هو من قبيل التغيريم أم من قبيل الجبر في اصطلاح الشريعة الإسلامية؟ أم هل هو من قبيل العقاب أم الترضية في اصطلاح أهل القانون؟
- الضرر المعنوي في قوانين الأحوال الشخصية هل يخضع في تقريره والحكم فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ويحقق مقاصدها ويحفظها، كما خضعت في تقنينها، أم أن الاتجاه التطبيقي على مستوى المحاكم على غير ذلك؟

■ إلى أي مدى تعتبر أحكام العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي وارتباط الضرر المعنوي بهما، نماذج لجبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي؟

الدراسات السابقة:

مع أهمية الضرر المعنوي وتميزه تشريعاً وتطبيقاً إلا أن الدراسات التي جاءت حوله لم تفه حقه في القوانين الوضعية خاصة، إذ أنه غالباً ما يندرج ضمن أحكام الضرر المادي، وإلى وقت غير بعيد لم يكن ليقوم كأساس للتعويض، كون المسائل المعنوية إذا لحقها أذى يستحيل جبرها فضلاً عن تعويضها نقداً؛ كذلك الأمر في الفقه الإسلامي، ومع ذلك نجد جهود الدارسين في العصر الحالي اتجهت إلى بحثه نظرياً وتطبيقاً، وهي على أهميتها ليست كافية، والأمر بالتأكيد يعود لطبيعة الموضوع وما يتصل به من مستجدات ونوازل تتغير تبعاً لتغير الزمان والمكان، ومن أمثلتها، "نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية"، للسعيد مقدم، وفيه تناول صاحبه الضرر المعنوي في القوانين الوضعية. أيضاً: "الضمان في الفقه الإسلامي" لعلي خفيف، "نظرية الضمان في الفقه الإسلامي" لوهبة الزحيلي، والفعل الضار لمصطفى الزرقاء، وفيه ورد الضرر المعنوي كركن في المسؤولية المدنية عموماً، وسعى المؤلفون فيها لتكييف الضرر المعنوي بما يتناسب والشريعة الإسلامية، وهي مؤلفات عامة تناولت الضرر عموماً وعرجت على الضرر المعنوي كأحد أقسامه، ومن خلالها استطعنا استخلاص موقف المعارضين لفكرة جبر الضرر المعنوي بالمال، خاصة وحججهم في المسألة.

لكن أهم مؤلف بحث في الضرر المعنوي كان "الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية" للدكتور عبدالله النجار، ومثله مؤلف أسامة سيد عبد السمیع "التعويض عن الضرر الأدبي"، وكثير من مراجع القانون، خاصة تلك المتعلقة بالمسؤولية المدنية، نذكر "الوسيط" للسهنوري على سبيل المثال.

ومن الرسائل الجامعية أذكر أبو زيد، وصفي عاشور، "نظرية الجبر في الفقه الإسلامي"، حيث تناول فيها مفهوم الجبر ومشروعيته وأركانه وأسبابه ونطاقه، ومثله مؤلف أحمد المواهي الموسوم "بالضرر في الفقه الإسلامي" والذي تناول فيه صاحبه الضرر في الفقه الإسلامي في ستة فصول، عرف في الفصل الأول الضرر وأنواعه وعلاقة الضرر بالمصطلحات الأصولية ثم علاقة الضرر ببعض المبادئ والقواعد الفقهية ثم ضوابط اعتبار الضرر، وفي الفصل السادس تناول جزاء الضرر، والمؤلفان على قدر أهميتهما جاءا محصوران في الفقه الإسلامي شاملان لجميع أنواع الجبر أو الضرر.

ومن ثم كانت هذه الدراسة موضوع الأطروحة التي اخترتها مساهمة مني في إبراز الضرر المعنوي وأهميته التشريعية والتطبيقية.

الصعوبات:

لأن البحث عبارة عن دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فقد واجهتني صعوبات تمثلت في حداثة المصطلح في الفقه الإسلامي تطلب مني البحث عن تطبيقاته في متون المؤلفات الفقهية القديمة وهي على كثرتها متوزعة في أبواب متفرقة كباب الجنائيات والحدود وباب النكاح والطلاق، في كتب المذهب الواحد فمما بالك بالمذاهب الفقهية المختلفة، وقد حاولت تجاوزها من خلال حصرها في المذاهب الأربعة المشهورة.

يضاف إليها تباين الاصطلاح بين ما هو دارج في القانون وما هو ثابت في كتب الفقه الإسلامي، وفي إجراء المقارنة ومحاولة إيجاد تقارب بين المصطلحات، حتى يتسنى لي استخلاص أوجه التقارب أو الاختلاف والتمايز.

منهج البحث :

البحث كما يبدو من خلال العنوان المختار دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، ومن ثم فالمنهج المتبع في الدراسة كمايلي:

1. - المنهج الاستقرائي بداية، ويكون باستقراء ما كتب في الموضوع عرضا وتحليلا بغية الوصول إلى حكم واضح .
2. المنهج المقارن بالمقارنة من حيث الاتفاق أو الاختلاف أو الاقتباس، مع ملاحظة أن الضرر المعنوي كمصطلح وكركن في المسؤولية الدارج تطبيقها على مستوى القضاء هو اصطلاح وضعي إلا أنني التزمت في ترتيب العناصر بالأولوية للفقه الإسلامي، ثم حاولت إيجاد ما يقابله من الفقه الوضعي، وبعدها الموازنة.

هذا قد اقتصر في المقارنة على المذاهب الأربعة المشهورة، لكفايتها بالغرض في البحث أولا وغناها بمسائل شتى في الموضوع، وتضييقا لمجال البحث للاختصار ثانيا.

أما في القانون فقد اخترت - خاصة في الباب التطبيقي - قانون الاسرة الجزائري، مع الاستعانة بقوانين أحوال الشخصية العربية - في معظمها - للمقارنة فيما بينها وبين ما جاء في المسألة في الفقه الإسلامي. و اقتصر فيه على مسألتين هما الخطبة، الطلاق التعسفي، بحيث تعبر كلا منهما مثلا واضحا في جبر الضرر المعنوي.

مفاتيح الرسالة

في المتن:

- (...) للنقل الحرفي لأقوال الفقهاء والباحثين .

- ﴿...﴾ لتحديد الآيات القرآنية.
- "... " للنصوص -غير الآيات- المنقولة حرفيا.
- ق أ ج قانون الأسرة الجزائري
- م ع غ أ ش: المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية
- ق م ج القانون المدني الجزائري
- (تر) ترجمة العلم و رقمها في الفهرس بترجمة الأعلام المثبت في الفهارس
- نوع الخط الذي كتبت به الرسالة: Traditional Arabic
- حجم الخط: المتن: 17 ، الهامش 13

في الهامش:

- ص :ويقصد بها الصفحة.
- ط : الطبعة .
- ع:العدد للمجلة
- ج: الجزء
- م :المجلد

في تهيمش المصادر والمراجع كالتالي:

- اسم المؤلف وعنوان المؤلف التحقيق إن وجد ، الترجمة إن وجدت .رقم الطبعة، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر. الجزء إن وجد، رقم الصفحة.
- في حال تكرار المرجع: اذكر اسم المؤلف، مرجع سابق مع ذكر الجزء و الصفحة ، في حال ذكر المؤلف في الصفحة نفسها اكتفي بعبارة "المرجع نفسه: و أعيد ذكر الجزء و الصفحة إن اختلف عن المرة السابقة.
- في المجالات الترتيب كالتالي : كاتب المقال أو البحث ، "عنوان المقال "إسم المجلة" جهة صدورها البلد رقم مجلد، رقم العدد تاريخ النشر الصفحة.

خطة البحث :

وللإجابة على الإشكالية المذكورة أعلاه قسمت البحث إلى مقدمة وفصل تمهيدي وبابين، جاء الفصل التمهيدي، لتحديد مصطلحات الأطروحة (الجبر والضرر والمركب: الضرر المعنوي) أما الباب الأول: فحمل عنوان أحكام جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القوانين الوضعية، و بدوره جاء في ثلاث فصول: الأول، بحث فيه مشروعية القول بجبر الضرر المعنوي، من حيث تأييده ومعارضته في الفقه

الإسلامي وفي القانون الوضعي، وفي أساس القول بجبر الضرر المعنوي عند القائلين به، حيث انقسم هؤلاء أيضا في تأسيس القول به إلى فريقين: أساس الترضية وأساس العقوبة الخاصة.. والفصل الثاني في ضوابط الضرر المعنوي وأنواعه.

وفي الفصل الثالث: تناولت آليات جبر الضرر المعنوي والمستحقون له وانتقاله.

أما الباب الثاني فعنوانه ب: التطبيقات التشريعية والقضائية لجبر الضرر المعنوي في مجال الأحوال الشخصية، وجاء في فصلين، الأول في الخطبة والضرر المعنوي، والثاني في الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي.

الفصل التمهيدي:

تحديد مصطلحات البحث.

وفيه:

- المبحث الأول: مفهوم الجبر في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.
- المبحث الثاني: تحديد مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.
- المبحث الثالث: تحديد مفهوم الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

المبحث الأول: مفهوم الجبر في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

كلمة الجبر لها مدلول مرتبط بالضرر وهو وسيلة العدالة في رفعه وإن اختلفت استعمالات الفقهاء و أهل القانون له وقبلهما أصلها اللغوي، ومن خلاله يمكن معرفة مسلك الشريعة والقانون في مواجهة الضرر عموماً والضرر المعنوي خصوصاً.

فيقتضي منا تقسيم المبحث إلى:

المطلب الأول: تعريف الجبر لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الجبر قانوناً.

المطلب الأول: تعريف الجبر لغة واصطلاحاً.

ويكون بتعريف كلمة الجبر في اللغة، ثم تعريفها في اصطلاح الفقهاء .

الفرع الأول : تعريف الجبر لغة.

الجبر كلمة تأخذ عدة معاني في المعاجم اللغوية¹ فتأتي بمعنى: الإكراه: أجبرت الرجل على كذا فهو مجبر، إذا أكرهته عليه. وأجبر القاضي الرجل على الحكم إذا أكرهه عليه فهو مجبر. والجبرية الذين يقولون: أجبر الله العباد على الذنوب أي أكرههم، والجبر خلاف القدر، والجبرية² بالتحريك خلاف القدرية³.

كما ترد بلفظ التكبير، ومن أسماء الله الحسنى الجبار. والجبار، الله عز اسمه القاهر خلقه على ما أراد من أمر؛ والجبر بمعنى التزميم: وهو خلاف الكسر، جبر العظم، أصلحه ووضع عليه جبيرة وهي عيدان يشد بها العظم المكسور .

1 - راجع، أبو الفضل جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب. دار صادر، بيروت 2003 م. ج3 ص68، والفيروز آبادي، القاموس المحيط. دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان 2008. ص325 .

2- الجبرية : وخلاصة قولهم أن العباد مجبورون على أعمالهم، لا قدرة لهم ولا إرادة ولا اختيار، والله وحده هو خالق أفعال العباد، وأعمالهم إنما تنسب إليهم مجازاً. أبو الفتح محمد الشهرستاني، الملل والنحل .مؤسسة الحلبي، بيروت، د.ت. ج1 ص87 - عبد القاهر بن عبد الله البغدادي، الفرق بين الفرق وبيان الفرقة الناجية. ط2، دار الآفاق الجديدة، بيروت، 1977. ص211 وما بعدها.

3- القدرية : خلاصة قولهم أن أفعال العباد ليست مخلوقة لله، وإنما العباد هم الخالقون لها. الشهرستاني، المرجع نفسه. البغدادي، المرجع نفسه.

وتستعمل للإحسان: يقال اجتره أحسن إليه وأغناه بعد فقر، وجبر الفقير واليتيم كفاه حاجته؛ وجاءت أيضا في معنى صلاح الحال: تجبر النبات والشجر: اخضر وأورق، ونبت في يابسه الرطب، الكلاء أكل ثم صلح قليلا، المريض صلح حاله، ومن جبر الله مصيبتة أي رد عليه ما ذهب منه أو عوضه عنه.

كما يأخذ الجبر معنى الهدر: الجبار بالضم، ومعناه أن تنفقت البهيمة العجماء فتصيب في انفلاتها إنسانا أو شيئا، فجرحها هدر، وكذلك البئر العادية يسقط فيها الإنسان فيهلك فدمه هدر، والمعدن إذا انهار على حافره فقتله فدمه هدر؛ قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: (العجماء عقلها جبار).¹ وبين الجبر بمعنى الإحسان والجبر بمعنى الإكراه، جاء في لسان العرب: " نقل الأزهري² أن النحويين على استعمال جبرت لجبر العظم بعد كسره وجبر الفقير بعد فاقتة، وأن يكون الإجبار مقصوراً على الإكراه، ولذلك جعل الفراء³ الجبار من أجبرت، لا من جبرت، وقال: وجائز أن يكون الجبار في صفة الله، من جبره الفقير بالغبني، وهو تبارك وتعالى جابر كل كسير وفقير، وهو جابر دينه الذي ارتضاه".⁴ وعليه فكلمة الجبر في اللغة تأخذ معان متعددة ومختلفة بحسب الاستعمال، فبفعل أجبر للإكراه، وبفعل تجبر للتكبر ويبقى فعل جبر لصلاح الحال والإحسان وما كان خلاف الكسر، وبضم الجيم فمعناه الهدر كما جاء به نص الحديث.

الفرع الثاني: تعريف الجبر اصطلاحاً.

تعريف الجبر يكون بتحديد مفهومه عند الفقهاء واستعمالهم له، مع العلم أن الجبر في اصطلاح الفقهاء ارتبط " بالضمنان"، وعليه فإن تعريفه اصطلاحاً يكون بمعرفة استعمالات الفقه للفظ الجبر ثم علاقته بمصطلح الضمان.

البند الأول: تحديد مفهوم الجبر و استعمالاته:

لا نجد تعريفاً محددًا لمصطلح الجبر، إنما جاء استعمالهم للفظ قريباً لما نقله أهل اللغة، واتسع ليشمل

1- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري ط1 تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر. دار طوق النجاة، بيروت، 1422هـ. كتاب الديات، باب العجماء جبار، ج 9 ص12.

2- الأزهري: 370-282هـ/895-980م. هو أبو منصور، محمد بن أحمد، أحد الأئمة في اللغة والأدب، مولده ووفاته في هراة بخراسان عني بالفقه فاشتهر به أولاً، ثم غلب عليه التبحر في العربية، ومن كتبه، "تهديب اللغة" و " غريب الألفاظ التي استعمالها الفقهاء انظر: خير الدين الزركلي، الأعلام. ط5. دار العلم الملايين، بيروت، 1980. ج 5 ص 311

3- الفراء 144 - 207 هـ = 761 - 822 م. يحيى بن زياد بن عبد الله المعروف بالفراء: إمام الكوفيين، وأعلمهم بالنحو واللغة وفنون الأدب. ولد بالكوفة، وانتقل إلى بغداد وتوفي في طريق مكة. من كتبه "المقصود والممدود" و " المعاني" ويسمى " معاني القرآن"، و" المذكر والمؤنث" وكتاب " اللغات" انظر: الزركلي، المرجع نفسه. ج8 ص145.

4- ابن منظور، المرجع السابق. ج3 ص68.

مسائل فقهية متنوعة: فنجده في باب النكاح والولاية فيه يأتي بمعنى المضاد للاختيار،¹ وفي مواضع أخرى يأخذ معنى استدراك المصالح الفائتة، وهو المعنى الذي أورده القرابي² في الفرق بين قاعدة الزواجر وبين قاعدة الجوايز وذكر أن الجوايز مشروعة لاستدراك المصالح الفائتة.³

وقد وردت مسائل فقهية كثيرة في سياق هذا المعنى، أحسن العز بن عبد السلام⁴ تصنيفها حيث جاء في كتابه قواعد الإحكام: "فالجوايز تقع في العبادات والأموال والنفوس والأعضاء ومنافع الأعضاء والجراح".⁵ ومثل للعبادات جبر الطهارة بالماء بالطهارة بالتراب، ومنها جبر ما فات بالسهو من ترتيب الصلاة والكف عن الأفعال المفسدة بالسجود، ومنها جبر تأخير قضاء صوم رمضان إلى رمضان آخر عن كل يوم بمد من طعام، ومنها جبر مناهي النسك بالدماء والطعام والصيام؛ أما الجوايز المتعلقة بالأموال فجبرها بردها بعينها كاملة الأوصاف ما أمكن، فإن ردها ناقصة الأوصاف جبر أوصافها بالقيمة؛ وأما النفوس فإنها خارجة عن قيام جبر الأموال والمنافع والأوصاف، إذ لا تجبر بأمثالها ولا تختلف جوايزها باختلاف الأوصاف في الحسن والقبح والفضائل والردائل، وإنما تختلف باختلاف الأديان والدُّكورة والأنوثة-ويقصد بها هنا الدية و أحكامها المختلفة-أما الجراح فضريان : أحدهما يجب فيه الإرش والثاني حكومة العدل".⁶ ويعرف وصفي عاشور أبو زيد الجبر بأنه: "إصلاح ما وقع من خلل، أو تكميل ما حصل من نقص، أو استدراك ما حدث من فوات حكم من الأحكام الشرعية العملية".⁷

ويلاحظ على ما فات ذكره أن الجبر وإن أخذ معنى استدراك المصالح إلا أنه يشمل مدلول الالتزام الذي لا تبرأ ذمة صاحبه إلا بأدائه، سواء تعلق الأمر بالعبادات أو المعاملات المالية أو الجنائيات.

-
- 1- أبو الحسن علي الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي. دار الكتب العلمية، القاهرة، 1419هـ / 1999م ج.11ص495.
 - 2- القرابي: ...-684هـ = -1285م. أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي البهنسي المالكي، المشهور بالقرابي الملقب بشهاب الدين، ولد بمصر ونشأ فيها وبيع في الفقه والأصول والتفسير وعلوم أخرى له: الذخيرة و شرح تنقيح الفصول، و أنوار البروق... انظر: برهان الدين ابن فرحون المالكي، الديباج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب. ط1، مطبعة السعادة 1329، مصر. ص62 - كحالة عمر رضا، معجم المؤلفين. مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت. ج1 ص185.
 - 3- أبو العباس أحمد بن إدريس القرابي، أنوار البروق في أنواع الفروق، الفرق التاسع والثلاثون الفروق. عالم الكتب، بيروت، د.ت. ج1 ص211.
 - 4- ابن عبد السلام: 577هـ - 1185م. ت660هـ 1262م. عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي، أصولي فقيه مفسر بلغ درجة الاجتهاد في الفقه الشافعي من مؤلفاته، قواعد الإحكام في مصالح الأنام، الغاية في اختصار النهاية. انظر: كحالة، المرجع السابق. ج5 ص249.
 - 5- عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام. ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1424هـ-2003م. ص181.
 - 6- المرجع نفسه.
 - 7- وصفي عاشور أبو زيد، نظرية الجبر في الفقه الإسلامي. ط1. دار السلام للنشر والتوزيع، القاهرة 1428هـ-2007م. ص24.

البند الثاني : تعريف الضمان.

كلمة الضمان استعملها الفقهاء المتقدمون منهم والمتأخرون عند تعرضهم لما يستدرك به ما فات من المصالح، فكان الجبر هو غاية الضمان؛ وعليه وجب تحديد مدلوله، لغة واصطلاحاً.

الفقرة الأولى: الضمان في اللغة.

الضمان في اللغة يأخذ عدة معاني: فيأتي بمعنى الكفالة والضمين الكفيل، ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به وضمّنه إياه كفلّه. كما يأخذ معنى الحفظ والرعاية والاشتمال: ضمن الشيء بمعنى تضمنه، ومنه قولهم مضمون الكتاب كذا وكذا، وما (تضمنه) كتابك أي (اشتمل عليه). والمضامين ما في بطون الحوامل من كل شيء، ومنه الحديث الذي رواه أبو هريرة¹، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - (نهى عن بيع المضامين والملاقيح²) أي ما في أصلاب الفحول.

وفي الحديث: (الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن³) والمراد بالضمان هنا، الحفظ والرعاية لا ضمان الغرامة، لأنه يحفظ على القوم صلاتهم، وقيل إن صلاة المقتدين به في عهده وصحتها مقرونة بصحة صلاته فهو كالمتكفل لهم صحة صلاتهم؛ وضمّن الشيء الشيء إذا أودعه إياه كما تودع الوعاء المتاع والميت القبر؛ والضمانة الداء في الجسد من بلاء أو كبر.⁴

كما استعمل الضمان في الالتزام والغرامة⁵، ضمّنته الشيء تضمينا فتضمنه عنى أي غرّمته فالترزم بأداء هذا الغرم، ويشهد لهذا المعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم: (الخراج بالضمان)¹.

1- أبو هريرة: 21ق هـ - 59 هـ = 602 - 679 م. عبد الرحمن بن صخر الدوسي، صحابي، أسلم سنة سبعة (7) للهجرة، ولزم صحبة النبي كان أكثر الصحابة حفظاً للحديث ورواية، ولي إمرة المدينة مدة. ولما صارت الخلافة إلى عمر استعمله على البحرين وكان أكثر مقامه في المدينة وتوفي فيها. انظر: أحمد بن عبد الله الأصفهاني، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء. مطبعة السعادة، مكتبة الخانجي، مصر. 1355 هـ - 1936 م. ج 1 ص 376- ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة. دار الكتاب العربي، بيروت. ج 4 ص 300.

2- الحديث كاملاً: "حديث عمران بن الحصين رضي الله تعالى عنه أخرجه ابن أبي عاصم في كتاب البيوع أن النبي نهي عن بيع ما في ضروع الماشية قبل أن تحلب وعن بيع الجنين في بطون الأنعام وعن بيع السمك في الماء وعن المضامين والملاقيح وحبل الحبلية وعن بيع الغرر."

أبو الفضل أحمد بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير. ط 1، مؤسسة قرطبة، المملكة العربية السعودية 1416 هـ - 1995 م. ج 3 ص 14.

3- نص الحديث كاملاً: "الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن، فأرشد الله الإمام وعقاً عن المؤذن" رواه البيهقي عن عائشة- أم المؤمنين. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424 هـ - 2003 م. ج 1 ص 632. خلاصة حكم المحدث: هذا أصح

4- الفيروز الآبادي، المرجع السابق. ص 1092

5- محمد عبد الستار الجبالي، "الضمان وما يتعلق به من أحكام" دراسة فقهية مقارنة (مجلة الشريعة والقانون تصدر عن كلية الشريعة والقانون، القاهرة، ع 28). ص 135

ويستعمل الفقهاء مصطلح "ضمان الدرك" وهو رد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع.

الفقرة الثانية : الضمان اصطلاحا.

الضمان في استعمال الفقهاء² جاء في أمرين:

1. الكفالة، حتى أننا نجد من يعرفها بالضمان، فالضمان: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، يثبت في ذمتهما جميعا ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وهو مشتق من التضمين، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق"³. وهو المقصود بالكفالة، كما جاء في مجلة الأحكام العدلية العثمانية هي "ضم ذمة إلى ذمة". وبه عرفه المالكية "شغل ذمة أخرى بالحق"⁴.
وبتعريف أكثر دقة جاء في نهاية المحتاج، الضمان بمعنى "التزام الدين والبدن والعين الآتي كل منها وعلى العقد المحصل لذلك، ويسمى ملتزم ذلك أيضا ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وكفيلا وصبيرا" [قال الماوردي⁵: "أما الضمان فهو اخذ الوثائق في الأموال لأن الوثائق ثلاثة: الشهادة والرهن والضمان"⁶، غير أن العرف خصص الأولين بالمال والحميل بالدية والزعيم بالمال العظيم والكفيل بالنفس والصبير يعم الكل، ومثله القبيل"⁷.

وعليه فمعنى الضمان هنا يشمل الكفالة، إذ الكفيل يكون ملتزما عن المكفول في مواجهة الغير؛ وإن كان العرف على استعمال الضمان في الأموال والكفالة في النفس، وفي هذا المعنى حديث النبي -صلى

1- رواه الخمسة عن عائشة وضعفه البخاري، وأبو داود وصححه الترمذي، وابن خزيمة، وابن الجارود، وابن حبان، والحاكم، وابن القطان. أنظر: أبو الفضل أحمد بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، المرجع نفسه. ص241. انظر أيضا في حكم الحديث: الحاكم النيسابوري، المستدرک، دار المعرفة، 1418هـ / 1998م. ج2 ص308.

2- هي تعاريف علق عليها وناقشها حمد بن محمد الجابر الهاجري في مؤلفه: القواعد و الضوابط في الضمان المالي. ط1، دار إشبيليا للنشر و التوزيع، المملكة السعودية، 1429هـ. 2008م. ص1 ص57.

3- موفق الدين ابن قدامة، المغني. ط1، دار إحياء التراث العربي، 1405هـ / 1985م. ج4 ص344.

4- محمد بن عبد الرحمن الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. دار الفكر، بيروت، 1412هـ/ 1992م. ج5 ص96.

5- الماوردي: 363- 450هـ، 974- 1058م. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، قاضي القضاة، من فقهاء الشافعية وإمام في الفقه والأصول والتفسير، وبصير بالعربية. ولد بالبصرة، وتوفي ببغداد من مؤلفاته: أدب الدنيا والدين؛ أعلام النبوة؛ الحاوي الكبير؛ الإقناع وهو مختصر لكتاب الحاوي الكبير. انظر: عبد الحي بن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة بيروت. ج3 ص285 - شمس الدين ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان المحقق: إحسان عباس دار صادر، بيروت. ج1 ص282.

6- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي. ج6 ص430

7- محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ/ 2003م. ج4 ص432.

الله عليه وسلم- في ما رواه عنه أبو سعيد الخدري¹ قوله: (كنامع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال صلى الله عليه وسلم: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم درهمان قال: صلوا على صاحبكم قال علي² رضي الله عنه يا رسول الله، هما علي، وأنا لهما ضامن، فقام يصلي (...).³

2. التبريم⁴: ومثله تعريف الشوكاني⁵ للضمان بأنه: "عبارة عن غرامة التالف".⁶

وبمعنى قريب عرفه الحموي⁷: "رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا".⁸

كما جاء في المادة 416 مجلة الأحكام العدلية العثمانية: "الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمه إن كان من القيميات أي في الغصب والإتلاف".

1 - أبو سعيد الخدري: 10 ق هـ - 74 هـ = 613 - 693 م. سعد بن مالك بن سنان الخدري الأنصاري الخزرجي، أبو سعيد: صحابي، كان من ملازمي النبي صلى الله عليه وسلم وروى عنه أحاديث كثيرة. غزا اثنتي عشرة غزوة، وله 1170 حديثا. توفي في المدينة. انظر: الزركلي، المرجع السابق. ج 3 ص 87.

2- علي بن أبي طالب: 23 ق هـ - 40 هـ = 600 - 661 م. ابن عبد المطلب الهاشمي القرشي، أبو الحسن: أمير المؤمنين، رابع الخلفاء الراشدين، وأحد العشرة المبشرين، وابن عم النبي وصهره، وأحد الشجعان الأبطال، ومن أكابر الخطباء والعلماء بالقضاء، وأول الناس إسلاما بعد خديجة. ولد بمكة ولي الخلافة بعد مقتل عثمان... انظر: الزركلي، المرجع السابق. ج 4 ص 295.

3- تنمة الحديث: "...ثم أقبل على علي فقال: جزاك الله عن الإسلام خيرا، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك. ما من مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة، فقال بعضهم: هذا لعلي خاصة أم للمسلمين عامة؟ فقال: بل للمسلمين عامة." رواه أبو سعيد الخدري، محمد بن علي الشوكاني، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، تحقيق وترتيب أبو مصعب حلاق، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، اليمن. ج 6 ص 3061. خلاصة حكم المحدث: في إسناده مقال.

4- في المقارنة بين كل هذه التعاريف وما يستخلص منها تفصيل أكثر للأستاذ محمد احمد سراج: محمد احمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 1414هـ-1993م. ص 45 وما بعدها

5- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني: 1173 - 1250 هـ = 1760 - 1834 م. فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، من أهل صنعاء. ولد بجمرة شوكان (من بلاد خولان، باليمن) ونشأ بصنعاء. وولي قضاءها سنة 1229 ومات حاكما بها. وكان يرى تحريم التقليد. له 114 مؤلفا، منها: نيل الأوطار والدرر البهية في المسائل - الفقهية. و فتح القدير في التفسير، و إرشاد الفحول في

أصول الفقه، و السيل الجرار في نقد كتاب الأزهار. انظر: الزركلي، المرجع السابق. ج 6 ص 298

6- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار. دار الحديث، القاهرة، 1413هـ-1993م. ج 5 ص 355.

7- أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي. - 1098 هـ = - 1687 م. مدرس، من علماء الحنفية. حموي الأصل، مصري. وتولى إفتاء الحنفية. وصنف كتبا كثيرة، منها غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم،

ونفحات القرب والاتصال و الدر النفيس في مناقب الشافعي. انظر: الزركلي، الأعلام. المرجع نفسه. ج 1 ص 39

8- شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر. ط 1، دار الكتب العلمية، القاهرة، 1405هـ - 1985م. ج 4

وتعريف الشيخ علي خفيف،¹ جاء ليجمع بين المعنيين الكفالة والتغريم: "الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل"².

ونرى في تعريف كل من الدكتور وهبة الزحيلي والأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء، محاولة لتقريب مصطلح الضمان من استعمالات فقهاء القانون في باب المسؤولية المدنية، فيعرفه الأول ب: "الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية".³ ويرى الثاني -الزرقاء- بأنه: "الالتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"؛⁴ ويقول في موضع آخر: "الضمان هو التعبير الشائع في لسان الفقهاء للدلالة على ما يلتزم به الإنسان في ذمته من المال المثلي أو النقود في معظم الحالات الموجبة لثبوت المال في الذمة كالإتلاف والغصب".⁵

أيد هذا المعنى صراحة الإمام محمود شلتوت: "الضمان في الفقه الإسلامي أقرب ما يؤدي المعنى المراد من كلمة المسؤولية المدنية في الفقه الحديث و تضمين الإنسان عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته".⁶

ومثله تعريف محمد أحمد سراج بأنه: "شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أدائه جبرا لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو لشرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرمة الشارع ذاتا أو مالا".⁷

وخلاصة القول أن الضمان التزام وإن شمل مصطلح الكفالة في استعمال الفقهاء (فيما عدا الحنفية)، فإنه أعم من الكفالة، فالضمان معنى عام يندرج تحته الكفالة بينما الكفالة معنى خاص قصد بها تقوية الالتزام الذي على الأصيل أو الكفيل بأداء الدين أو الوفاء بالحق أو إحضار ما هو مكفول به أو تسليم

1 - علي خفيف: ولد الشيخ علي محمد الخفيف في سنة 1309هـ-1891م في قرية الشهداء بالمنوفية وتوفي 1978م، ولى الشيخ علي الخفيف عدّة وظائف مرموقة في التدريس الجامعي، والقضاء الشرعي وإدارة المساجد. أحكام المعاملات الشرعية - أحكام الوصية - أسباب اختلاف الفقهاء - التأمين وحكمه التركة والحقوق المتعلقة بها - الحق والذمة - الشركات في الفقه الإسلامي - الضمان في الفقه الإسلامي... انظر: <http://www.alukah.net/Culture> تاريخ الإضافة: 2008 /3/ 2

2 - علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي. دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م. ص8

3 - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة. دار الفكر، دمشق، 1402هـ. 1982م. ص 15.

4 - مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام. دار القلم، دمشق، 1418هـ-1998م. ج2 ص 1035.

5 - مصطفى أحمد الزرقاء، الفعل الضار و الضمان فيه. ط 1، دار القلم، دمشق؛ دار العلوم، بيروت، 1409هـ-1988م. ص62

6 - معهود شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية. ط 14، دار الشروق، القاهرة، 1407هـ-1987م. ص392

7 - محمد أحمد سراج، المرجع السابق. ص47.

المال أو أداء العمل .¹ وقد شرع الضمان للجبر لا للعقوبة، لذا لم يفرق الفقهاء بين المميز وغيره والجاد والهازل والعامد والمخطئ لأن الخطأ لا ينفى عصمة المحل²، وعليه وإن تعددت معاني الضمان في لغة الفقهاء فإنها تتفق على أنه وسيلة لجبر الضرر واستدراك المصالح الفائتة، وإن اختلف الضرر ومحل الالتزام.

البند الثالث: علاقة الجبر بالضمان.

مما سبق يتبين أن الجبر أعم من الضمان فيشمل بذلك كل ما تقرر لإصلاح الضرر ابتداء برفعه كلية أو ما أمكن، وأكمله الضمان إذ يعمل على إعادة الحال إلى ما كان عليه قدر الإمكان، لذلك اقتصر فيه على الضرر المالي لأنه يمكن رده بمثله أو بقيمته، واختلف في الضرر المعنوي لأنه لا يخضع للمثلثات ولا يقوم بمال؛ وإصلاح الضرر في الشريعة هو ما يلتزم مرتكب الفعل الضار بأدائه للطرف المضرور لجبر المضرور وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية لكي يتخلص من المسؤولية³.

المطلب الثاني: تعريف الجبر قانونا.

فقهاء القانون يستعملون مصطلح الجبر عند حديثهم عن الضرر وخاصة عند تعريفهم التعويض، وعليه نكتفي بتعريف التعويض.

والتعويض لغة، من العوض وهو البديل والخلف⁴؛ والمعنى الاصطلاحي لا يتعد كثيرا عن المعنى اللغوي، وعادة يطلق على المال من النقود تقدره المحكمة بمعرفة أهل الخبرة إلا في حالات استثنائية تترك لتقدير القاضي⁵. وعند شرح القانون وفقهائه هو: "ما يلتزم به المسئول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه بضرر⁶" وهو المعنى الذي جاءت به النصوص القانونية في التشريعات العربية، فالمادة 124 من القانون المدني الجزائري تنص على أن: (كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض)؛ ومثلها المادة 163 مدني مصري: (كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه

1- محمد الشحات الجندي، ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنا بالقانون المدني. دار النهضة العربية، القاهرة، 1411هـ-1990م. ص 21.

2- محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني. دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002م. ص 27.

3- عبد الغني محمود " مفهوم إصلاح الضرر وطبيعته القانونية". مجلة الشريعة والقانون، عدد الرابع والعشرون، الجزء الثاني، مجلة نصف سنوية تصدرها كلية الشريعة والقانون، القاهرة. ص 82

4- ابن منظور، المرجع السابق. ج 10 ص 337. أبو الحسن علي بن سيده، المحكم والمحيط الأعظم. تحقيق: عبد الحميد هندواي، دار

الكتب العلمية، بيروت 1421 هـ - 2000 م. ج 2 ص 292

5- مصطفى أحمد الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه. ص 62

6- محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون المصري والعراقي. (رسالة مقدمة لنيل درجة

الدكتوراه في الحقوق. إشراف د/عبد الودود يحي. جامعة القاهرة، كلية الحقوق 1403 هـ. 1983م). ص 3

بالتعويض). وعليه فالتعويض بهذا المعنى هو جزاء المسؤولية.¹ وهو التزام غايته جبر الضرر الذي لحق بالمصاب، ويختلف عن العقوبة إذ يقصد بها مجازاة الجاني على فعلته وردع غيره.²

ويعرف الفقه الفرنسي التعويض بأنه: (وضع الضحية في المركز الذي كان عليه قبل حدوث الخطأ)، فهو إصلاح ضرر لحق بشخص سواء كان ذلك الضرر جسما أم ماديا أم أدبيا أم معنويا، ويكون بإزالة الضرر أو التخفيف من وطأته.³

والتعويض يثبت بتحقيق الضرر ويأخذ صورا متعددة، والأصل في إصلاح الضرر بالتعويض ويكون عينيا إذا كان الضرر إخلال بمصلحة مالية، لأنه السبيل إلى إعادة المضرور إلى مركزه الذي كان عليه قبل حدوثه، كما قد يكون تقديريا؛ ويكون التعويض قضائيا إذا كان تقديره يتم بمعرفة القاضي تبعا لأنواع الضرر المختلفة، كما قد يكون التعويض اتفاقيا، وهو الذي يتم باتفاق بين المضرور والمسئول عن الضرر من حيث توقيته ومقداره وكذا الإعفاء منه، وقد يكون التعويض قانونيا إذا تدخل المشرع ليحدد مقدار التعويض.⁴

فالهدف من التعويض هو جبر الضرر، أي إعادة المضرور قدر الإمكان إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوعه⁵، والجبر بذلك أوسع من التعويض إذ يعد التعويض أحد صوره وإن كان أشهرها وأكثر ما أثار الخلاف بين الفقهاء خاصة التعويض النقدي.

على كل، فحجر الضرر يتمثل في مجموع التدابير المتخذة لفائدة الضحية عما حصل له، هو نفسه أو لذوي حقوقه، من أضرار مادية ومعنوية، علما بأن الأشكال والتدابير التي يتخذها جبر الأضرار تشمل التعويض، وإعادة التأهيل والإدماج، والاسترداد، ورد الاعتبار، وحفظ الذاكرة، والضمانات بعدم لتكرار، وهي تدابير ينبغي أن تكون متناسبة مع جسامة تلك الانتهاكات.

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 1998م. المجلد 2، ج1 ص

1090

2- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية. ط5، دن، دت، المجلد 1، ص 507

3- عبد العزيز اللصاحبة، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار أساسها و شروطها. ط 1، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و

التوزيع، الأردن، 2002م. ص 184

4- definition.com.juridic - dictionnaire.www بتاريخ 2008/05/21

5- مصطفى الزرقاء، الفعل الضار. ص 119

المبحث الثاني : تحديد مفهوم الضرر :

يتحدد مفهوم الضرر بتعريفه لغة و ثم بيان استعماله في الفقه الإسلامي وفي القانون .

المطلب الأول : تعريف الضرر لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني : تعريف الضرر قانوناً

المطلب الأول : تعريف الضرر لغة واصطلاحاً .

ويكون بتعريف لفظ الضرر لغة أولاً ثم تعريفه اصطلاحاً.

الفرع الأول : تعريف الضرر لغة.

الضرر يطلق ويراد به ما هو ضد النفع إذا جاء بالفتح، قال الله تعالى : ﴿وَلَا يَمْلِكُونَ لِأَنفُسِهِمْ ضَرًّا

وَلَا نَفْعًا وَلَا يَمْلِكُونَ مَوْتًا وَلَا حَيَاةً وَلَا نُشُورًا﴾¹؛ وبضمها على سوء الحال والفقر والشدة في

البدن؛ ومثله قوله تعالى: ﴿وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ﴾² أي المرض،

والضَّرَاءُ: ضدُّ السَّرَاءِ. والضَّرَارُ: مصدر ضارّه والمضرة: خلاف المنفعة.³

كما يطلق على نقصان يدخل في الشيء⁴، يقال: دخل عليه ضرر في ماله، والضرر في الخيل: نقصانها

من جهة الهزال والضعف.⁵ والضرار: المضارة. ومكان ذو ضرار أي ضيق.⁶

والضرر العلة تقعد عن جهاد ونحوه، لقوله تعالى : ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي

الضَّرِّ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى

1- سورة الفرقان، الآية: 3

2- سورة الأنبياء، الآية: 83

3- زين الدين أبو عبد الله الرازي ، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد ط5، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت -

صيدا، 1420هـ / 1999. ص183. أبو عبد الرحمن الخليل الفراهيدي ، كتاب العين، تحقيق مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي. دار

ومكتبة الهلال، لبنان. ج 7 ص6

4- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. المكتبة العلمية، بيروت، دت. ج2 ص360

5- أبو القاسم محمود الزمخشري، الفائق في غريب الحديث والأثر، تحقيق علي محمد البحايي - محمد أبو الفضل إبراهيم. ط2، دار المعرفة

لبنان. ج 2 ص213

6 - ابن منظور، المرجع السابق. ج9 ص33

الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَّ اللَّهُ الْحُسْنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿١﴾ وأهل الضرر هم أهل الأعدار، أضرت بهم حتى منعتهم الجهاد².

كذلك جاء في الحديث ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: (لا ضَرَرٌ ولا ضِرَارٌ)³، ولكل واحدة من اللفظتين معنى غير الآخر؛ فمعنى قوله: " لا ضرار " أي لا يضر الرجل أخاه فينقص شيئاً من حقه أو مسلكه، وهو ضدّ النفع، وقوله: (لا ضرار) أي لا يضرّ الرجل جاره مجازةً فينقصه ويدخل عليه الضرر في شيء فيجازيه بمثله، فالضرار منهما معاً، والضرر فعل واحد، ومعنى قوله: " ولا ضرار "، أي لا يدخل الضرر، وهو النقصان على الذي ضره، ولكن يعفو الله عنه،⁴ لقول الله: ﴿ اذْفَعْ بِأَلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ ﴾⁵، يقول ابن عبد البر: " الضرر أن تضر بمن لا يضرّك، والضرار أن تضر بمن قد أضرك من غير جهة الاعتداء بالمثل والانتصار بالحق، وهو نحو قوله صلى الله عليه وسلم: (أد الأمانة إلى من ائتمك، ولا تخن من خانك)، وهذا معناه عند أهل العلم: لا تخن من خانك بعد أن انتصرت منه في خيانتك لك، والنهي إنما وقع على الابتداء، أو ما يكون في معنى الابتداء كأنه يقول: ليس لك أن تخونه وإن كان قد خانك، كما لم يكن له أن يخونك أولاً، وأما من عاقب بمثل ما عوقب به وأخذ حقه، فليس بخائن، وإنما الخائن من أخذ ما ليس له أو أكثر مما له " ⁶. وعليه فالضرر فيه معنى الابتداء بالفعل والضرار رد فعل الضرر بالضرر، وكلاهما يشملهما النهي.

الفرع الثاني: تعريف الضرر اصطلاحاً.

يطلق في اصطلاح الفقهاء⁷ على ما هو ضد النفع، وإلحاق المفسدة بالغير، وانتقاص حق الغير، يندرج معه الإتلاف والإفساد وعموما الأفعال الموجبة للضمان.

إلا أن المتتبع لما كتبه الفقهاء في الضرر يجد استعمالهم للضرر يأخذ صورتين: الأولى إطلاق العام للفظ الضرر: وهو ما كان ضد النفع، فإذا كان النفع تحصيل منفعة فإن الضرر إزالة تلك المنفعة، قال

1- سورة النساء: الآية 95 - 96

2- محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن. دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ- 1964 م. ج5 ص342

3- مالك بن أنس، موطأ مالك. دار إحياء العلوم العربية، 1414هـ / 1994 م. حديث رقم 1461 ص566.

4- انظر: الفيروز أبادي، المرجع السابق. ص386 وما بعدها.

5- سورة فصلت، الآية: 34.

6- أبو عمر يوسف بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد. مكتبة ابن تيمية، القاهرة، دت. ج20 ص157

7- نقله عبد الله مبروك النجار، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي و القانون، المرجع السابق. ص 19. و أسامة سيد عبد

السميع، التعويض عن الضرر الأدبي دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي. المرجع السابق. ص 66 وأفضل من فصل في

الموضوع أحمد الوائلي، الضرر في الفقه الإسلامي. ط1، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1418هـ- 1997م. ج1 ص78.

الرازي¹ (النفع عبارة عن تحصيل اللذة أو ما يكون وسيلة إليها والضرر عبارة عن تحصيل الألم أو ما يكون وسيلة إليه)².

والمعنى القريب تعبيراً إلحاق المفسدة، فكل الأفعال التي فيها مفسدة، ضرر وهي بذلك تشمل ما قرره الشارع من عقوبات لما فيها من ألم وذهاب المنفعة، لكنها ليس فيها ضمان باعتبار نظر الشارع لها وتقدير اعتبار المصلحة المرجوة منها؛ ويلحق بها القيود الواردة على الأفعال الموجبة للضمان "كقاعدة الجواز ينافي الضمان" فإنه وإن تحقق الضرر لم يثبت الضمان كجزاء له لأنه ارتفع بسبب من أسباب الإباحة، ومثله الإضرار بالنفس، ومثله استعمال لفظ الضرر بأنه (إلحاق مفسدة بالغير)، وهو المعنى³ الذي نقله أحمد الزرقاء⁴، واختيار وهبة الزحيلي⁵، "ولم يشير إلى إلحاق مفسدة بالنفس، إذا علمنا أن الفعل محرم، لكنه لا يوجب الضمان فالشخص لا يضمن نفسه .

أما الاستعمال الخاص للفظ الضرر، فإننا نجد الفقهاء قد أطلقوا لفظ الضرر على الأفعال الموجبة للضمان، فحديث النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر و لا ضرار)، فيه تقرير رفع الضرر ووجوب إزالته إذا وقع بحيث لا يرد بمثله ويستعاض عنه بالضمان⁶.

وإذا علمنا أن الأفعال الموجبة للضمان للإتلاف والتعدي والفساد، كان الضرر هو الفساد وهو الإتلاف وهو التعدي، وتبعاً له قسم أنواع الضرر بالنظر إلى المصلحة التي أعتدي عليها. وبين الإتلاف والفساد والتعدي والضرر علاقة في المدلول والاستعمال، فالإتلاف في معناه اللغوي الإفناء وهو في اصطلاح الفقهاء إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة، وعليه

1- الرازي 544-606 هـ = 1150 - 1210 م محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي البكري، أبو عبد الله، فخر الدين الرازي: الإمام المفسر، أصله من طبرستان، ومولده في الري وإليها نسبته، وتوفي في هراة. من تصانيفه: مفاتيح الغيب - في تفسير القرآن الكريم وأسرار التنزيل في التوحيد، و الحصول في علم الأصول، و نهاية العقول في دراية الأصول في أصول الدين.

أنظر: الوفيات، المرجع السابق. ج4 ص248- و شذرات الذهب، المرجع السابق. ج5 ص21 .

2- أبو عبد الله محمد، الفخر الرازي، الحصول، دراسة وتحقيق جابر فياض العلواني. ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1413هـ. 1998م. ج5 ص158.

3- أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية. ط2 دار القلم، دمشق، 1428هـ-2007م. ص165

4- أحمد الزرقاء: 1285هـ،...-1357هـ،... أحمد بن الشيخ بن عثمان الزرقاء، ولد بمدينة حلب أخذ العلم من والده محمد الزرقاء من فقهاء المذهب الحنفي، و عليه قرأ جملة كبيرة من كتب الفقه الحنفي تولى بعد والده التدريس، ودرس في المدرسة الخسروية وهي مدرسة شرعية نظامية يجلب درس القواعد الفقهية الكلية، كان متضلعا في الفقه و الأدب وهو والد الشيخ مصطفى الزرقاء، له من الآثار: شرح

القواعد الفقهية. انظر: مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية. مقدمة الكتاب، ص ص17-29

5- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أحكام المسؤولية المدنية. ط8، دار الفكر، دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1429هـ. 2008م. ص23.

6- راجع القرطبي، المرجع السابق. ج8 ص255.

فالإتلاف نوع من الضرر وبينهما عموم وخصوص¹ فالضرر يأخذ صورة الإفناء وغيره، ويأتي الاعتداء بمعنى الظلم وتجاوز الحد وهو بذلك نوع من أنواع الضرر أما الفساد فهو نقيض الصلاح².

وعليه سار متأخرو فقهاء الشريعة الإسلامية، بحيث استطاعوا أن يدرجوا التقسيم القانوني للضرر كما سيأتي بيانه، فنجد الشيخ علي خفيف يعرف الضرر بأنه: "كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أم عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر ويأخذ الصور التالية:

■ أذى يصيب الإنسان في جسمه، فالجراح وما يصاحبها من الألم وما تخلفه من تشويه في الجسم والأعضاء، يكون ضرا أديبا في صورة الألم، وماديا فيما يكلفه من نفقات علاج ونقص في القدرة على الكسب المادي ويعرف بالضرر الجسدي.

■ وأذى يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد مهانة له كما في القذف والسب وبما يصيبه من ألم في جسمه أو في عاطفته من ضرب لا يحدث أثرا أو من تحقير في مخاطبته أو امتهان في معاملته ويسمى الضرر الأدبي.

■ وتفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها، ومعنى غير مالية ليس فيها تفويت مال على صاحب العين كما هو الحال بالنسبة للامتناع عن تسليم الوديعة إلى صاحبها وغيرها ويسمى الضرر المعنوي.

■ تفويت مال على مالكة سواء بإتلاف كله أو بعضه أو إنقاص قيمته أو تفويت منفعه ويسمى الضرر المالي³؛ فالضرر-عنده- جسدي وأدبي ومعنوي ومالي.

واختاره وهبة الزحيلي، في قوله: "الضرر إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته"⁴.

المطلب الثاني : تعريف الضرر قانونا.

الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية المدنية ، فلا مسؤولية حيث لا ضرر. يطلق عليه باللغة الفرنسية في مقابل كلمتين: **dommage** و **préjudice**⁵؛ وإن كان هناك فرق بين المصطلحين فمصطلح

1- وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية. ط1، مطابع دار الصفة، مصر. ج.28 ص179-180

2- الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة. الشركة التونسية للنشر و التوزيع، د ت. ص. 65 2

3- علي خفيف، المرجع السابق . ص44

4- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أحكم المسؤولية المدنية. ص23

5- ومثله الأذى الذي يصيب الإنسان في سمعته هو ضرر معنوي **dommage moral** ولكنه قد يترتب ضرا ماديا **préjudice matériel** كما هو الحال في سمعة الطبيب مثلا.

dommage يستعمل في السبب والشرط في المسؤولية المدنية ومصطلح prejudice يأتي في معنى النتيجة.

ويأتي في معنى: الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه¹ بحيث يجعل مركزه أسوأ مما كان عليه قبل ذلك²؛ وسواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه أم عاطفته أو بماله أو حرته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك.³ فهو أذى مادي أو أدبي أو شعوري أو عاطفي يصيب الشخص⁴.

وهناك من يعرفه بأنه: إخلال يسببه الغير متعمداً كان أم غير متعمد لمصلحة أو حق يترتب عليه خسارة لقيمة أو تفويت فرصة أو هو إفساد أو إتلاف يسببه الغير إرادياً أو غير إرادياً، والذي قد يحدثه شخص أو حيوان أو شيء وكذا بفعل الطبيعة.⁵

وعليه فلا يشترط أن يكون الحق المعتدى عليه مالياً، بل يكفي أن يكون الحق يحميه القانون كالحق في الحياة والحق في سلامة الجسد، ثم إنه لا يشترط أن يكون مساساً بحق يحميه القانون، فيكفي الإخلال بمصلحة مشروعة أي غير مخالفة للقانون لقيام الحق في التعويض عن الضرر، كمصلحة من يعولهم الشخص دون إلزام قانوني في بقاء هذا الشخص على قيد الحياة⁶.

فالضرر موجب التعويض وهو ركن في المسؤولية المدنية، ومن ثم تحددت أنواعه بالنظر إلى الحق أو المصلحة التي تم الإخلال بها، وعليه فالضرر إما يكون مادياً أو أدبياً (معنوياً)⁷

والضرر المادي: هو الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله و يترتب عليه انتقاص حقوقه المالية أو تفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية، أو هو: "المساس بحقوق الشخص المالية و بحقه في سلامة جسده"⁸؛ ومثال المساس بالحقوق الشخصية، التعدي على الملك وكذلك المساس بحق الانتفاع، والارتفاع وحقوق المؤلف والمخترع، بانتقاص مزايا المالية التي تخولها هذه الحقوق لأصحابها ويعرف بالضرر

1- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، التصرف القانوني العقد و الإرادة

المنفردة. ط4، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2004م. ج1 ص 331

2- محمد كاظم كمال العطار، نحو قانون مدني عربي في ضوء الأيديولوجيات العربية الثورية. منشورات وزارة الثقافة و الفنون، الجمهورية العراقية، 1978. ص 634

3- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، الفعل الضار. ص 310

4- أحمد بدوي، معجم المصطلحات القانونية، فرنسي إنجليزي عربي، دار الكتاب المصري، القاهرة- دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1410هـ. 1989م. ص 86

5- www.dictionnaire.juridic.com. definiton بتاريخ 2008/5/28

6- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، الفعل الضار. ص 133

7- مقدم سعيد، المرجع السابق. ص 37 وما بعدها

8- إبراهيم سيد أحمد، المسؤولية المدنية. دار الكتب القانونية، المطبعة الكبرى، مصر. 2006. ص 49

الاقتصادي؛ ومثله المساس بصحة الإنسان وسلامة جسمه إن كان يترتب عليها خسارة مادية، كالإصابة التي تعجز الشخص عن الكسب كليا أو جزئيا وتتطلب علاجا يكلف مصاريف ونفقات ويعرف بالضرر الجسدي، وكلا النوعين يصيب الشخص في ذمته المالية (**erianucep eniomirtap**)؛ ويقابله ما يصيب الشخص في ذمته المعنوية (**patrimoine morale**) ويعرف بالضرر المعنوي وهو: الأذى الذي يصيب الشخص في مصلحته غير المالية، وتشمل القيم الأدبية للإنسان كالشرف والاعتبار الشخصي والسمعة والكرامة والعاطفة والشعور ويعرف أيضا بالضرر الأدبي.

المبحث الثالث : تحديد مفهوم الضرر المعنوي.

يتحدد مفهوم الضرر المعنوي من خلال تعريفه لغة أولاً، ثم تعريفه فقها قانوناً ثانياً.

المطلب الأول : تعريف الضرر المعنوي لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني : تعريف الضرر المعنوي قانوناً.

المطلب الثالث : الموازنة بين التعريفين الفقهي و القانون.

المطلب الأول : تعريف الضرر المعنوي لغة واصطلاحاً .

وفيه نحاول تحديد معنى كلمة الضرر المعنوي في اللغة ثم بيان معناها في الاصطلاح.

الفرع الأول: تعريف الضرر المعنوي لغة.

الضرر المعنوي مركب إضافي لكلمتين: ضرر، معنوي؛ أما الضرر فقد سبق بيان تعريفه اللغوي وأما المعنوي فيصعب إيجاد تعريف لغوي¹ له، وما وجدناه في كتب اللغة، هو بعيد عن المطلوب، حيث جاء في معاجم اللغة، المعني ما يقصد بشيء. وَعَيْنَيْتُ بالقول كذا، أي أردت وقصدت.. ومعنى الكلام ومعناه واحد، تقول عرفت ذلك في معنى كلامه وفي معناه كلامه وفي معني كلامه، معنى الشيء ومعناه واحد ومعناه وفحواه ومقتضاه ومضمونه كله هو ما يدل عليه اللفظ .

والمعنى القريب للمطلوب ما جاء في المعجم الفلسفي لمجمع اللغة العربية ، كلمة معنوي : "ما يتصل

بالذهن والتفكير كفكرة الحق والواجب فيقال شخصية معنوية ويقابل المادي"².

الفرع الثاني : تعريف الضرر المعنوي اصطلاحاً.

لا نجد في الفقه الإسلامي تعريفاً لمصطلح الضرر المعنوي، فهو عبارة مستحدثة فيه، ولم يعرفها الفقهاء القدامى، وإن كانت أصول فكرتها موجودة في كتابتهم، في باب الجنائيات وباب الغضب بصفة خاصة وفي باب العقود بصفة عامة.³ على أن هناك من يرى⁴ أن الفقهاء قد عرفوا الضرر المعنوي وإن اختلفت ألفاظه، ويظهر جلياً من خلال كتاباتهم المختلفة في أبواب الفقه المتعددة، ونقل عن ابن العربي⁵

1- أبو نصر إسماعيل الجوهري ، الصحاح تاج اللغة ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطا ر. ط4 دار العلم للملايين ، بيروت، 1407 هـ- 1987 م. ج6 ص2440- و زين الدين الرازي، المرجع السابق. ص220. الفيومي، المرجع السابق. ج2 ص434

2- المعجم الفلسفي لمجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، القاهرة 1403 هـ. 1983 م. ص 187 نقله عنه وصفي عاشور أبو زيد، المرجع السابق. ص211.

3- عبد الله مبروك النجار، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون. ص22.

4- أسامة عبد السميع سيد، المرجع السابق. ص68

5 - ابن العربي : 468 - 546 هـ = 1076 - 1148 م . أحمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي ، أبو بكر ابن العربي: قاض، من حفاظ الحديث، ولد في إشبيلية، وله كتب في الحديث والفقه والأصول والتفسير والأدب والتاريخ. ومات بقرب فاس،

تعريف للضرر" بالألم الذي لا نفع يوازيه أو يبري عليه و هو نقيض النفع " ¹ قال الرازي "النفع عبارة عن تحصيل اللذة أو ما يكون وسيلة إليها والضرر عبارة عن تحصيل الألم أو ما يكون وسيلة إليه" ² والضرر المعنوي يوجد به ألم سواء كان ألماً جسدياً أو ألماً في عاطفته وشعوره أو كرامته.

أما المتأخرون منهم فقد عملوا على وضع تعريف للضرر المعنوي، ومنهم من أطلق عليه مصطلح الضرر الأدبي، والذي يقصد به : الأذى الذي يلحق بالشخص في عرضه وعاطفته: كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق بسمعته سواء كان ذلك بالقول كالكذب والشتم و السعاية بدون حق إلى الحاكم والرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم على المتهم. ³

وللشيخ علي خفيف ⁴ تعريف وتقسيم للضرر غير المالي والذي يعتبر الضرر المعنوي قسم فيه، فالضرر الأدبي، هو ما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد مهانة له كما في القذف والسب وفيما يصيبه من ألم في جسمه أو في عاطفته من ضرب لا يحدث أثراً فيه أو تحقير في مخاطبته أو امتهان في معاملته، والضرر المعنوي، هو ما كان فيه تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها مثل التزام امتنع فيه الوديع عن التزامه، فيمتنع عن تسليم الوديعة، هذا التمييز بين الضرر الأدبي و المعنوي لا نجده عند من كتب في الضرر إلا عند الشيخ خفيف.

ويرى أحد الباحثين المعاصرين ⁵ أن التعبير بالضرر المعنوي أولى من التعبير بالضرر الأدبي؛ لأن محل الضرر - هنا- هو معان لا جسم لها ولا مادة، وكما يقال في الضرر الذي يقع على ما له مادة إنه ضرر مادي، فكذلك الضرر الذي يقع على ما لا مادة له - وهي المعاني - ضرر معنوي وهو المصطلح المختار على مصطلح الضرر الأدبي، لأن مدلول "المعنوي" أوسع من مصطلح "الأدبي"، وهو الاصطلاح الذي اختاره المشرع الجزائري.

أما غير الشيخ خفيف، فلا يفرق بين اللفظين ويطلق عموماً على ما يقابل الضرر المادي ويعرف بأنه إلحاق مفسدة في شخص الآخرين لا في أموالهم إنما يمس كرامتهم أو يؤذي شعورهم أو يחדش شرفهم أو

ودفن بها. من كتبه: العواصم من القواصم - عارضة الأحوذ في شرح الترمذي - أحكام القرآن، القبس في شرح موطأ ابن أنس -

الناسخ والمنسوخ... أنظر وفيات الأعيان، المرجع السابق. ج 3 ص 292- شذرات الذهب المرجع السابق. ج 1 ص 216.

1- أبو بكر بن العربي المالكي، أحكام القرآن. ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1424 هـ - 2003 م. ج 1 ص 81

2- فخر الدين الرازي، المحصول. ط 3، دراسة وتحقيق جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، 1413 هـ- 1998 م. م 5 ص 158

3- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أحكام المسؤولية المدنية. ص 23-24

4- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه.

5- خالد عبد الله الشعيب "قاعدة الضرر يزال وشمولها للتعويض عن الضرر المعنوي" مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الكويت

للمجلد، 23 العدد 75، ديسمبر 2008. ص 233

يتهمهم في دينهم أو يسيء إلى سمعتهم ونحو ذلك من الأضرار التي يطلق عليها اليوم الأضرار الأدبية،¹ أو هو ما يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه، أو هو الذي يصيب الجسم فيحدث تشويها فيه فيتألم الشخص لذلك أي أنه عبارة عن الألم والحزن الذي يصيب الإنسان.² وتبعاً لذلك فقد سائر أغلب من كتب في الضرر تقسيمات أهل القانون للضرر المعنوي ويكون باعتبار المصلحة التي تم الإخلال بها، فهو إما مساس بالشرف والسمعة كما هو الحال في القذف، وإما مساس بالشعور والأحاسيس، ومثله ما يصيب الجسم من ألم نتيجة الضرب والجرح من غير أن يترك أثراً أو تفويت منفعة.

والضرر المعنوي لا يكون دائماً محضاً بل كثير من صورته له أصل مادي ويأتي المعنوي تابعاً له، وهو ما يعرف بالضرر المعنوي ذو الأصل المادي كما هو الحال في الاعتداء على الجسم وعلى الحقوق الشخصية، والمساس بالحقوق المعنوية ينتج عنه أضرار تمس مصلحة مالية للمضروب، كما ينتج عنه أضرار معنوية كالألم والمساس بالشرف، كما هو الحال بالنسبة للتاجر والطبيب . ويكون التعويض عن الضرر المعنوي (الأدبي) " دفع ما وجب من بدل مالي أو نحوه بسبب إلحاق أذى بنفسية شخص أو شرفه أو اعتباره أو مشاعره، الناتج عن أي اعتداء أو إتلاف أو عمل غير مشروع." ³

المطلب الثاني : تعريف الضرر المعنوي قانوناً.

بداية نشير إلى أن فقهاء القانون لا يكادون يستعملون مصطلح الضرر المعنوي إلا نادراً، و يكثر من تداول مصطلح الضرر الأدبي فيما يقابل الضرر المادي كأحد نوعي الضرر في المسؤولية المدنية، وقد اختلفت تعريفاتهم للضرر الأدبي فمن يعرفه بأنه " هو ضرر غير مالي لأنه لا يصيب الدائن في حق مالي فلا يمس الجانب المالي لذمة المدين إنما يصيب الجانب المعنوي منها فيوصف بأنه ضرر معنوي " ⁴ ، ومثله: " كل مساس بالقيم الأدبية للإنسان، أو بعبارة أخرى بذمته الأدبية بالمقابلة للضرر المادي الذي يصيب الشخص في ذمته المالية وعلى ذلك فكل مساس بالقيم الأدبية للإنسان كالشرف والاعتبار والسمعة

1- محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص 92، نقل عنه عبدالله مبروك النجار. المرجع السابق. ص 23
2 - وهبة الزحيلي، التعويض عن الضرر. بحث منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي كلية الشريعة جامعة الملك عبد العزيز العدد الأول سنة 1399هـ ص 11، نقله عنه: عبدالله مبروك النجار، المرجع السابق. ص 23
3- (التعويض عن الضرر المعنوي بسبب الطلاق) البيان الختامي للدورة 14 للمجلس الأوروبي للإفتاء والمعقدة بمدينة دبلن / أيرلندا في الفترة 14-18 محرم 1426هـ الموافق 23-27 فبراير / شباط 2005 م قرار 14/10
4 - حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية دراسة مقارنة. دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999م ص.121

والكرامة والعاطفة والشعور يعتبر ضرراً أدبياً¹.

ومن يعرفه بأنه: "كل مساس بشرف الشخص و اعتباره كما في القذف و السب، وكل ألم يصيب الإنسان في جسمه أو عاطفته كما في الضرب و الإهانة و قتل عزيز، كما يعتبر كل مساس بحق من الحقوق الشخصية وفي مقدمتها الحق في الاسم و الحق في الصورة و الحق في احترام الحياة الخاصة، و بوجه عام كل اعتداء على حق كانتهاك حرمة ملك الغير سواء ترتب على هذا المساس أو الاعتداء في جميع هذه الأحوال خسارة مالية أم لم يرتب."²

أو هو ما يصيب الشخص في مصلحة غير مالية، وبتفصيل أكثر هو ما يصيب الشخص في حساسيته كالألم أو في شعوره كخدش الشرف أو في عاطفته كفقد عزيز عليه قد يختلط الضرر الأدبي مع الضرر المادي عدم القدرة على العمل بالإضافة إلى تشويه الجسم على إثر حادث.³

فالضرر المعنوي إذا هو الألم والحزن الذي يصيب الإنسان سواء كان ناتجاً عن أضرار جسدية أو عن المساس بالشعور والعاطفة و الحق في الحياة و الحق في الاسم والشرف والكرامة وكل ما يتعلق بالنواحي الأدبية كإيذاء السمعة والاعتداء على حقوق الأسرة أو المعتقدات الدينية،⁴ والضرر المعنوي يسبب ألماً للمضرور وعليه تتنوع مظاهره بتنوع مصادر هذا الألم⁵ ودرجة شدته، ومثلها الألم الذي ينتج عن الاعتداء على حق غير مالي مثل الحقوق اللصيقة بالشخصية كالاقتداء على الحق في الشرف والاعتبار والقبح والذم والشتم والسب وانتحال الاسم وإفشاء السر، أو يكون الألم نتيجة الاعتداء على سلامة الجسم والتشوهات التي يخلفها الحادث، وقد يكون مصدر الألم نتيجة مساس بالشعور والعاطفة والأفكار والمعتقدات.

هذا التنوع في المصادر جعل الفقهاء يجعلون الضرر المعنوي نوعان:

1. ضرر متصل بالضرر المادي، مثل التشوه نتيجة حادث.
 2. و ضرر أدبي محض، كالمساس بمشاعر الحنان والعاطفة والمشاعر الدينية .
- ومن خلال ما سبق هناك من الفقهاء من ربطه بالمصلحة المعتدى عليها، فالضرر أدبي ما كان المساس بالمصلحة أدبية، ومن الفقهاء من عرفه بالألم والحزن بغض النظر عن المصلحة المعتدى عليها؛

1- ياسين محمد يحيى، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي. دار النهضة العربية، القاهرة، 1991م. ص6 و ما بعدها

2- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، الفعل الضار. ص138

3- أنور سلطان، مصادر الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام -دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني- دار النهضة العربية بيروت. 1983م. ص247

4- عبد العزيز اللصاحمة، المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار أساسها وشروطها. دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن. ص90

5- فواز صالح، "التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم -دراسة مقارنة-" بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. المجلد 22 العدد الثاني 2006م ص274

لكن اعتبار الضرر معنوي أو أدبي، بالنظر إلى الآثار المترتبة على المساس بالحقوق بحيث إن كانت خسارة مالية كان ماديا و إن كان مساسا بالقيم المعنوية كان أدبيا، يعارض اجتماع الضرر المعنوي بالمادي فالاعتداء على الجسم فيه خسارة مالية كما تقترب به الآلام النفسية، وعليه فكما أن الضرر المعنوي ينتج عن الاعتداء على الحقوق المعنوية يكون ناتجا أيضا عن المساس بالحقوق المالية وإن كثر وقوعه في الحقوق غير المالية. ويذكر أن "مقدم سعيد" أورد تعريف للضرر المعنوي مفصلا ومتنوعا بحيث يكون هناك ضرر فيه المساس بالجانب الاجتماعي أو العاطفي للذمة المعنوية، "فالضرر المعنوي يلحق بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية ليكون في العادة مقتربا بأضرار مادية أو يلحق بالعاطفة و الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس والأحزان ومن ثم ينعت بالجانب العاطفي للذمة المعنوية ليقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية ويكون قد لحق أمورا أخرى غير ذات طبيعة مالية كالعقيدة الدينية و الأفكار الخلقية وهو لا يرتب خسارة مالية.¹

ويؤيد ذلك أن الضرر المعنوي يأخذ الحالات التالية :

- ضرر المعنوي يصيب الجسم، فالجروح والتلف الذي يصيب الجسم والألم الذي ينجم عن ذلك وما قد يعقب من تشويه في الوجه أو في الأعضاء أو في الجسم بوجه عام كل هذا يكون ضررا ماديا وأدبيا إذا نتج عنه إنفاق المال في العلاج أو نقص القدرة على الكسب المادي.
- ويكون ضررا معنويا، ذلك الذي يصيب الشرف والاعتبار والعرض، فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة ... والاعتداء على الكرامة ، كل هذه أعمال تحدث ضررا معنويا إذ هي تضر بسمعة المصاب و تؤذي شرفه و اعتباره بين الناس
- ضرر يصيب العاطفة والشعور والحنان فانتراع الطفل من حضن أمه وخطفه، والاعتداء على الأولاد أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة، كل هذه الأعمال تصيب المضرور في عاطفته وشعوره وتدخل على قلبه الغم والأسى والحزن، ويلحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي.
- ضرر يصيب الشخص مجرد الاعتداء على حق ثابت له فإذا دخل شخص أرضا مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك، جاز لهذا أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر الأدبي من جراء الاعتداء على حقه حتى لو لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء.²

وعليه فأنواعه يصعب حصرها فالضرر المعنوي يكون نتيجة الاعتداء على حقوق الإنسان وهذه الحقوق متنوعة و متجددة ومن الصعب حصرها، وخلاصة القول أن الضرر المعنوي هو ما يصيب ذمة الشخص

1- مقدم سعيد، المرجع السابق. ص 44-45

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط . ص 981-982

المعنوية وما يقترن به من ألم وحزن، سواء ارتبط بالضرر المادي، كما هو الحال في الضرر الجسدي أو نتج عن الاعتداء المصلحة الأدبية خسارة مالية كما هو الحال في الاعتداء على السمعة .

المطلب الثالث: الموازنة بين التعريفين الفقهي و القانوني.

لفظ الجبر استعمله فقهاء الشريعة الإسلامية كما استعمله فقهاء القانون استعمالاً لم يخرج عن معناه اللغوي من حيث كونه إصلاح الحال، وأنه غاية الضمان عند هؤلاء وثمره التعويض عند أولئك. فالجبر في الفقه الإسلامي يكون في استدراك المصالح الفاتئة في مختلف الأحكام (عبادات معاملات جنائيات)، بينما هو غاية التعويض في الاستعمال القانوني، ولا يكون إلا لإصلاح الضرر، مادياً كان أو أدبياً؛ ويختلفان من حيث موجبات كل منهما فبينما يجب التعويض بتحقيق أركان المسؤولية، الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، تتحدد أسباب الضمان في العقد والتعدي والإتلاف.

ويستعمل الفقه القانوني مصطلح الضمان *garantie* و يأتي بمعنى: "حماية شخص من ضرر يهدده أو تعويضه عن ضرر وقع عليه، والكفالة والضمان يردان الالتزام أو المسؤولية في بعض العقود و بهذا المعنى يكون المؤمن ضامناً و المتعهد بالنقل ضامناً"¹....

وإن اختلف التعويض في الفقه القانوني عن الضمان في الفقه الإسلامي،² من الاستعمال والدلالة إلا أن كليهما كما يقول مقدم السعيد: "شراً كوسيلة من وسائل حفظ الحقوق الأفراد وصيانتها"³. إذا كان التعويض يشمل في مدلوله إصلاح الضرر بإزالته إن كان عينياً أو بدله مالا إن كان التعويض نقدياً، فيمحو من خلاله ما أمكن الضرر، أو تعويض غير نقدي في حال كان الضرر معنوياً خاصة كالاعتذار و نشر تكذيب في الصحف، فإنه بذلك يكون أعم من مجرد الحكم بمقدار من المال رفعا للضرر وإن كان هو الغالب والسائد.

أما الجبر في الفقه الإسلامي فلا يتعين في الضمان فقط، بل يشمل كل ما كان وسيلة لرفع الضرر ومن ثم فالتعويض و الجبر يلتقيان في الغاية من كليهما في مواجهة الضرر إصلاحاً ومحاولاً رد مركز المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر.

والضرر لدى فقهاء الشريعة الإسلامية له إطلاق عام وهو: إنقاص الحقوق أو إلحاق مفسدة وما هو ضد نفع عموماً؛ وإطلاق خاص على الأفعال الموجبة للضمان: التعدي والإفساد والإتلاف، بينما اعتبر الضرر لدى القانونيين في ما كان سبباً للتعويض، وكل ما كان فيه مساس بحق أو مصلحة يشترط فيها

1- أحمد بدوي، المرجع السابق. ص 86.

2- يذكر أنه في الفقه الإسلامي استعمل العوض في معنى البذل و التعويض في معنى دفع البذل وجاء في الموسوعة الفقهية: يفهم من عبارات الفقهاء أن التعويض اصطلاحاً هو: دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير "الموسوعة الفقهية ج 13 ص 65 مصطلح التعويض

3-مقدم السعيد، المرجع السابق.ص18

المشروعية، وعليه فالمساس بالمصلحة غير المشروعة ولا يعتبر ضرراً، ومثله الأذى الذي لا يجعل مركز المضرور أسوأ مما كان عليه قبل المساس به .

أما من حيث أنواع الضرر، فقد كان تقسيمه عند كل فريق قائماً على النظر إلى نوع المصلحة المعتدى عليها، فالضرر مالي ما كانت المصلحة مالية، وهو أدبي أو معنوي ما كانت أدبية وإن لوحظ تقسيم متميز للشيخ خفيف بحيث فرق بين الضرر الأدبي والضرر المعنوي، وهي تفرقة تفرد بها عن من كتب في الموضوع سواء السابقين له أو الذين أتوا بعده، ولديه نلاحظ تقارب في تحديد مفهوم الضرر وأنواعه، بين ما جاء في الفقه الإسلامي وما نص عليه القانون، وإن اختلفا في المسميات، وكيفية جبره. وفي الموازنة بين التعريف الفقهي الإسلامي للضرر المعنوي والتعريف الفقهي القانوني، لا نجد اختلافاً كثيراً، فمصطلح الضرر معنوي مستحدث في الفقه الإسلامي وتداوله مرتبط بما يستعمله أهل القانون بحيث لا نجد فرقا في التعريف الذي اختاره كلا الفريقين وإن كان من كتب في الفقه الإسلامي يميل إلى استعمال مصطلح الضرر المعنوي، بينما يفضل مصطلح الضرر الأدبي في الفقه القانوني، على أنه كما لاحظنا ليس هناك فرق بين المصطلحين، فهما بمعنى واحد، ولم نجد من يفرق بينهما سوى الشيخ علي خفيف بحيث ربط المعنوي بالمصلحة غير المالية وجعل الأدبي في ما يمثل الذمة الأدبية .

لكنه في القانون يتسع ليشمل كل ما يسبب ألماً للغير حتى وإن كان مجرد اعتداء على حق ثابت كحق الملكية، وفي الفقه الإسلامي يتوقف عند الألم الذي ينتجه التعدي على سلامة الجسد والنفس (التعدي على الشعور و العاطفة) والقذف.

وخلاصة القول:

أن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وإن غاب اصطلاحاً -خاصة عند الفقهاء المتقدمين- إلا أنه كان حاضراً في معناه ومدلوله وتطبيقاته، وأن استعماله في القانون كان أوسع، وأن الفقهاء المحدثين استعاروا كلمة الضرر المعنوي أو الأدبي للدلالة على معنى قريب من دلالاته في القانون مع مراعاة خصوصية الشريعة من حيث مصادرها وتفرعاتها.

الباب الأول:

أحكام جبر الضرر المعنوي في الفقه
الإسلامي وفي القوانين الوضعية.

رأينا أن الضرر المعنوي هو الأذى الذي يصيب الشخص في ذمته المعنوية وما يقترن به من ألم وحزن؛ ومن المعلوم أن حكم الضرر في الشريعة الإسلامية وجوب الإزالة، للقاعدة الكلية وهي نص الحديث الشريف: "لا ضرر ولا ضرار" أو "الضرر يزال"، وزوال الضرر يكون بمحو أثره ما أمكن، ويتخذ صوراً عديدة تتنوع بتنوع المصلحة المعتدى عليها وهو بذلك يخضع في جبره لمبادئ الشريعة الإسلامية وبما يوافق مقاصدها؛ وفي تنوع الضرر تباين صور جبره، والأصل أن الضمان وسيلة جبر الضرر المادي بحيث تصدق على الجبر الضرر المادي شروطه وأسبابه وفق ما بحثه الفقهاء في كتاباتهم، بخلاف الضرر المعنوي فغياب مصطلحه عن كتابات الفقهاء وإن وجدت تطبيقاته فيها، أورث اختلافاً في مشروعية جبره بالمال خاصة، ثم إن انتشار الفكر القانوني الغربي وما حمله من اصطلاحات وأحكام مستحدثة مرتبطة بما شهدته ويشهده العالم من مستجدات ومتغيرات طرح فكرة الضرر المعنوي ومشروعية جبره في الفقه الإسلامي ووجوب بحثه وتأصيله بما يوجد الحلول وفق مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها، مع العلم أن فكرة جبر الضرر المعنوي لم تكن مقبولة في البداية في الفكر القانوني لأسباب نوردتها عند الحديث عن المشروعية، هذا وقبول فكرة جبر الضرر المعنوي صاحبها البحث عن الأساس الذي يعتمد في جبره، فبينما أقامها فريق على نظرية العقوبة الخاصة، كيفها فريق آخر وفق نظرية الترضية. كما ارتبطت بضرورة توفر شروط لاعتباره وهي شروط يجب تحققها في الضرر حتى يكون موجبا للتعويض في القانون يضاف إليها شروط خاصة بالفقه الإسلامي. والضرر المعنوي أنواع تمثلت في مختلف أبواب الفقه الإسلامي من خلال المعنى الذي يصدق عليه فنجد في باب الجنايات، كما نجد في غيره، وبأخذ في القانون صوراً متعددة جعلت فقهاء القانون يختلفون في تقسيمه تبعاً لأنواعه من حيث آثاره ومصدره ومحله، وقد اعتمد كل من فقهاء الشريعة ومفكريها و فقهاء القانون ومشريعه على آليات لجبر الضرر المعنوي، الجبر العيني والجبر بمقابل مع تحديد عناصر الجبر بمراعاة الظروف الملازمة وتغير الضرر؛ وعليه يكون هذا الباب في الفصول التالية:

الفصل الأول: مشروعية جبر الضرر المعنوي

الفصل الثاني: ضوابط جبر الضرر المعنوي

الفصل الثالث: آليات جبر الضرر المعنوي وكيفية انتقاله.

الفصل الأول:

مشروعية جبر الضرر المعنوي وطبيعته في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

في هذا الفصل سنتناول بالدراسة مشروعية جبر الضرر المعنوي بداية ثم ندرس الأساس الذي بني عليه القول بجبر الضرر المعنوي عند من يقول به.

والضرر المعنوي كما سبق بيانه، هو الأذى الذي يلحق الشخص فيصيبه في مشاعره وشرفه وعرضه، فهو عبارة ألم يرتبه التعدي على جسم الإنسان وعلى اعتباره وعلى عواطفه، هذا التعدي يوجب قيام الحق في رده وجبره، غير أن طبيعة الضرر أوجدت إشكالا في طريقة جبره ومن ثم وجدنا من يعارض جبر هذا النوع من الضرر سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون فكان البحث في مشروعيته للوقوف على علة رفضه أو قبوله.

وحتى الذين قالوا بمشروعيته اختلفوا في الأساس الذي أقاموا عليه انتصارهم له من حيث تحديد طبيعة جبر هذا النوع من الضرر: هل هي الترضية والإصلاح أم أنها العقوبة والزجر؟ ومن ثم كان هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: مشروعية جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.
المبحث الثاني: طبيعة جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

المبحث الأول:

مشروعية جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي

البحث في مشروعية جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي يختلف عنه في القوانين الوضعية للاختلاف الذي بينهما من حيث الأسس التي يقوم عليها كل منهما؛ ثم إن الضرر المعنوي سواء في الفقه الإسلامي أم في القوانين الوضعية لم يسلم القول بجبره -مالا- من المعارضة مما حدا بالمؤيدين له إلى البحث في مشروعيته وسوق الحجج للدلالة على إمكانية جبر الضرر المعنوي في مختلف صورته. ذلك أن الضرر المعنوي كمصطلح لم يشر إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في كتاباتهم المتقدمة خاصة، وإن حوت أبحاثهم معناه؛ بعكس المتأخرين الذين عاجلوا هذا المصطلح وبينوه؛ في المقابل فإن فقهاء القوانين الوضعية قد عرفوا المصطلح وبحثوا في مدلوله وتطبيقاته. وعليه فإن البحث في مشروعية جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يقتضي منا تقسيمه إلى مطالب كالاتي.

المطلب الأول : مشروعية جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: مشروعية جبر الضرر المعنوي في القانون الوضعي

المطلب الثالث: الموازنة بينهما

المطلب الأول : مشروعية جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي.

نتناول في هذا المطلب مشروعية جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي، وذلك باستقراء ما كتبه الفقهاء في مسألة معنى الضرر المعنوي وكيفية جبره وحكم جبره مالا، على اعتبار أن المصطلح مستحدث في التأليف الفقهي الإسلامي، ثم ما كتبه المتأخرون من الفقهاء ورأيهم فيه.

الفرع الأول: الضرر المعنوي في كتابات الفقهاء المتقدمين.

إذا كان الضرر المعنوي معناه ما يصيب ذمة الشخص المعنوية وما يقترن به من ألم وحزن، ويشمل المساس بالعاطفة والسمعة والشرف، وإذا علمنا أن الجبر يصدق على استدراك المصالح الفاتئة في مختلف الأحكام ويكون بالتعويض عن الضرر المعنوي في التشريعات الوضعية، وإذا كان الضمان هو المصطلح الفقهي الذي يوازي التعويض فأين جبر الضرر المعنوي من التعويض والضمان؟

إن الذين كتبوا في مشروعية الضرر المعنوي استقوا حكم التعويض عنه من النصوص أولاً، ومما كتبه الفقهاء ثانياً، وما كتبه الفقهاء عن الذمة الأدبية يؤكد اعتبارها، وتكاد تجمع كلمتهم على تحريم الاعتداء عليها، فكل مسلم على مسلم حرام دمه وماله وعرضه لحديث النبي -صلى الله عليه وسلم- الذي رواه عنه أبو هريرة: (لا تحاسدوا ولا تناجشوا ولا تباغضوا ولا تدابروا، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض، وكونوا عباد الله إخواناً، المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره، التقوى ههنا، ويشير إلى صدره ثلاث مرات، بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم، كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه...)¹.

فلاعتداء على الذمة الأدبية للإنسان محرم وهو ضرر و"الضرر يزال"² لكن إزالة الضرر لا يعني كون الوسيلة هي الضمان ولا تكون دائماً بدلا مالياً، فجبر الضرر المعنوي لا يعني الضمان فقط ولا التعويض المالي فقط بل هو الإصلاح عموماً واستدراك المصالح الفاتئة؛ ولأنه ضرر و الضرر يزال، ووفقاً للقاعدة الكبرى في الضرر: (لا ضرر و لا ضرار)³. فهم متفقون على اعتبار جبره بكل الوسائل، لكن الخلاف في الضرر المعنوي هل يصح جبره بالمال أم لا؟

وعليه فتقضي ما كتب في الموضوع يكون في مختلف أبواب الفقه التي جاءت فيها الإشارة إلى ما يصدق عليه الضرر المعنوي، والأبواب التي جاء فيها الحديث عن إلحاق مفسدة بشعور الإنسان وعاطفته وسمعته أو الألم الذي يسببه الغير للشخص نجدها في باب الجنائيات، كالقتل والجراح والقذف وشهادة الزور التي تلحق الضرر بالمشهود عليه في نفسه وسمعته بالدرجة الأولى؛ وفي باب الأحوال الشخصية في الخطبة حين العدول والطلاق وغيره.

البند الأول: في الجنائيات:

القصاص والدية والإرش وحكومة العدل جزاءات لمختلف صور العدوان على النفس أو جزء منها، وفي هذا معنى الضرر المادي وما كان فيها معنوياً فهو متصل بالضرر الأصلي المادي.

يقول القراني: "أما النفوس والأعضاء والجراح فما رتبته صاحب الشرع عليها من ديات أو كفارات أو حكومة فجوابر وما رتبته الشرع عليها من قصاص أو ضرب أو سجن أو تأديب فزواجر."⁴

1- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم. كتاب البر و الصلة. دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د ت . ج 4 ص 1986.

2- هي القاعدة التاسعة عشر من القواعد الفقهية التي أوردها الشيخ أحمد الزرقاء في مؤلفه شرح القواعد الفقهية. ط 7، دار القلم، دمشق. 1428هـ- 2007م. ص 179

3- رواه البيهقي، أبو بكر أحمد بن حسين البيهقي السنن الكبرى. تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ - 2003م. حديث مرسل. ج 6 ص 260

4- أحمد بن إدريس القراني، أنوار البروق، الفرق بين قاعدة الزواجر وبين قاعدة الجوابر. عالم الكتب، د. ط، د. ت. ج 1 ص 213

ويقول ابن قدامة¹: "المقصود بالدية جبر المفوت"²، فنعلم أن في الاعتداء بالجناية على أعضاء الإنسان، القصاص أو الدية فيما نص عليه، والإرث والحكومة³ في غيرها؛ وكلها فيها معنى الجبر لأنها كما شرعت زجراً للغير عن الإتيان بمثل الأفعال الموجبة لها، ففيها كذلك حق العبد؛ والقصاص جبر بما فيه معنى شفاء غليل أهل المجني عليه.

والدية جبر في القتل الخطأ، فما يدفعه الجاني من مال، فيه جزاء لإتلاف النفس مراعاة لحق الله تعالى وحرمة صاحب النفس، فكانت الغرامة جزاء لها جبراً لحرمة العبد⁴؛ كما أن وجوب الدية على العاقلة عند عجز الوفاء بها نوع من الجبر والمواساة للقاتل نفسه، ويضاف إليها تحرير الرقبة جبراً لما تسبب فيه الاعتداء على النفس، وفيها جبر نفس بنفس.

والدية جبر للضرر في القتل في غير حالات القصاص وفي الجراحات وعلى عكس القصاص البدل يكون مالياً، وعليه فقد اعتبرت من جواهر الضرر المعنوي والجبروت به بدل مالي فالدية بجل مالي مقدر يدفع لأهل المجني عليه ترضية لهم.

هذا وي طرح إشكال في تحديد طبيعة الدية هل هي عقوبة خاصة أم تعويضية؟ فلذا علمنا أن الجبر يشمل كل ما يصح به استدراك المصالح الفائتة فلا يمنع من إدراج الدية ضمن جواهر الضرر المعنوي بغض النظر عن طبيعتها، والخلاف حول طبيعة الدية بين رأيين⁵ أحدهما يرى: أن الدية عقوبة وليست تعويضية وإن عادت للمضروب وأهله لأن رجوع قيمتها للمجني عليه لا يرفع عنها صفة العقوبة بل هي كذلك لأن العقوبات المالية - على حسب رأيه - تعود كلها للمجني عليه إذ أنها ليست من مصادر بيت مال المسلمين.

1- ابن قدامة: 620 - 541 هـ = 1146 - 1223 م. عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد، موفق الدين: ولد بفلسطين وتوفي ببغداد، فقيه، من أكابر الحنابلة، له تصانيف، منها "المعني" - شرح به مختصر الخرقى، في الفقه، و "روضة الناظر" - في أصول الفقه، و "المقنع" - و "كتاب التوابين" و "الكافي" في الفقه... أنظر: وفيات الأعيان. المرجع السابق.

ج3ص292، شذرات الذهب. المرجع السابق. ج1ص216.

2 - موفق الدين بن قدامة، المعني. ج 8 ص292

3- الدية هي: أي شيء قدره الشارع. الارش هو: ما ليس له قدر معلوم من الدية فعندما يتعذر تنفيذ القصاص في الجراح لعدم إمكان تحقيق المماثلة وجب الأرش وهو اقل من الدية؛ و حكومة عدل وتكون في كل مالا قصاص فيه من الجنايات على ما دون النفس و ليس له إرش مقدر ويكون تقديرها بمقدار ما يحتاجه المجني عليه من أجرة الطبيب ونفقة الأدوية على أن يبرأ. راجع: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ط9، دار الفكر المعاصر، دمشق. ج7، ص5767

4- محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط. دار المعرفة، 1409هـ-1989م. ج 26 ص 61

5- وليد سعيد عبد الخالق، "الدية والتعويض بين الشريعة والقانون" www.egypt-man.com/vb/t5105.htm

منتدى الاكواد والصيغ وأحكام النقص والابحاث ، قسم الابحاث و الاوراق والمقالات القانونية بتاريخ 2010/02/80م ص8

والرأي أن التعويض في الدية مرجح على صفة العقوبة فما الذي يمنع اتصافها بالتعويض؟ وعلى أي أساس صُنفت كعقوبة؟ والقول بأن غايتها الردع وتلك السمة الأولى للعقوبة، يرد عليه بأن الدية غاية الجبر فيها مقدمة على غاية الردع.

وقد عد من الحجج أن الدية لا تكون إلا في الضرر المادي وليس المعنوي وهو الضرر الجسماني، لكن قول يحتاج إلى مراجعة أيضا فالأذى الجسماني ليس ضرر مادي محض ولا معنوي محض بل هو ضرر مادي ومعنوي معا¹ والضرر المعنوي تشمله الدية: فهي ترضي لهم وفيها تعويض للآلام النفسية التي تصيب المجني عليه، يقول فتحي البهنسي: "إن الدية على العموم إنما ترجع إلى إطفاء الألم والغيط في نفس المجني عليه وذويه فهي ترضيه لهم بشكل محدود، وفيها تعويض للآلام النفسية التي تصيب المجني عليه، فهي إذن تعويض لنوع من الضرر المعنوي الذي يصيب الشخص"².

والحق أن بين الدية والتعويض تداخل³ والحكم بأحدها يغني عن الآخر.

هذه أمثلة على اعتبار البديل المالي لرفع ضرر معنوي، ويتأكد بصورة واضحة في الاعتداء على الأعضاء التي ليست فيها منفعة فهو يرتب ضررا معنويا أكثر منه مادي، و ذكر الفقهاء حكومة عدل في الجناية على أعضاء الإنسان التي ليست فيها منفعة كالعين التي لا تبصر واليد المشلولة وهو إتلاف جمال دون منفعة، والضرر الجمالي هو ضرر مادي و معنوي في آن واحد.

وفيما ذكره ابن رشد⁴ أن الخلاف بين الفقهاء في اعتبار الدية أو الحكومة في الأعضاء المدومة المنفعة التي اعتدي عليها، لكنهم متفقون على أن فيها حكم بوجوب الجبر والحكم هنا يكون بدلا

1 - لذلك نجد من يميل في العصر الحالي إلى التقسيم الثلاثي للضرر (مادي ومعنوي وجسماني) مثل القانون الكندي مقاطعة كيبيك راجع تفصيل أكثر المقال:

Nathalie VÉZINA ; RÉJUDICE MATÉRIEL, CORPOREL ET MORAL, DU PRÉJUDICE : VARIATIONS SUR LA CLASSIFICATION TRIPARTITE DANS LE NOUVEAU DROIT.
https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_24/24-1-vezina.pdf

2- أحمد فتحي بهنسي، الدية في الشريعة الإسلامية، ص 12 وما بعدها.

3- راجع في ذلك بحث محمد عبدالجواد النتشة: "التداخل بين الدية والتعويض"

www.csjd.gov.jo/download/mohammad-alnatsheh.doc -2007-

4 - ابن رشد الحفيد : 520 - 595 هـ = 1126 - 1198 م محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد: الفيلسوف. من أهل قرطبة قاضي الجماعة درس الفقه و علم الكلام له: "التحصيل" في اختلاف مذاهب العلماء، و "الضروري" في المنطق، و "منهاج الأدلة" في الأصول، و"تحافت التهافت" و "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" في الفقه، و "شرح أرجوزة ابن سينا" في الطب... انظر: البهاني، أبوالحسن، تاريخ قضاة الأندلس. المكتب التجاري، بيروت، دت. ص 111- والأعلام، المرجع السابق. ج 5 ص 318.

ماليا، يقول ابن رشد: "... قال مالك¹ والشافعي² وأبو حنيفة³: فيها حكومة، وقال زيد بن ثابت⁴: فيها عشر الدية مائة دينار، وحمل ذلك الشافعي على أنه كان من زيد تقويها لا تفويتا. وروي عن عمر بن الخطاب، وعبد الله بن عباس، أنهما قضيا في العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها ثلث الدية"⁵.

وتفصيل المذاهب الأربعة في المسألة كالتالي:

الفقرة الأولى: عند المالكية.

جاء في التاج والإكليل: "وكذلك جراح الجسد كلها غير الجائفة ليس فيها عند مالك وأصحابه عقد مسمى، وإنما فيها اجتهاد الحاكم على قدر الشين والألم"⁶.

الفقرة الثانية: عند الشافعية.

1- الإمام مالك: 93 - 179 هـ = 712 - 795 م. مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، أبو عبد الله: إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه تنسب المالكية، مولده ووفاته في المدينة. له الموطأ ورسالة في "الوعظ - وكتاب في" المسائل - ورسالة في "الرد على القدرية" وكتاب في "النجوم" و" تفسير غريب القرآن" انظر: شذرات الذهب، المرجع السابق. ج 1 ص 289. برهان الدين ابن فرحون المالكي، الديباج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب. ط 1، مطبعة السعادة، مصر، 1329 هـ. ص 17 - شمس الدين أبو عبد الله الذهبي، سير أعلام النبلاء. مؤسسة الرسالة، بيروت. ج 8 ص 43.

2- الشافعي: 204 - 150 هـ = 767 - 820 م. محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان ابن شافع الهاشمي القرشي المطلبي، أبو عبد الله: أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة. وإليه نسبة الشافعية كافة. ولد في غزة (بفلسطين) وحمل منها إلى مكة وهو ابن سنتين.. وقصد مصر سنة 199 فتوفي بها. له تصانيف كثيرة، أشهرها كتاب الأم في الفقه، ومن كتبه المسند في الحديث، وأحكام القرآن و الرسالة - في أصول الفقه... انظر الفهرست. المرجع السابق. ص 294 - الديباج. المرجع السابق. ص 227 - شذرات الذهب. المرجع السابق. ج 2 ص 9.

3 - أبو حنيفة: 80 - 150 هـ = 699 - 767 م. النعمان بن ثابت، التيمي بالولاء، الكوفي، أبو حنيفة: إمام الحنفية، الفقيه المجتهد المحقق، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة. ولد ونشأ بالكوفة. وأراده المنصور العباسي على القضاء ببغداد، فأبى، فحبسه إلى أن مات له "مسند" في الحديث، جمعه تلاميذه، و"المخارج - في الفقه، صغير، وتنسب إليه رسالة "الفقه الأكبر". توفي ببغداد. انظر: وفيات الأعيان. المرجع السابق. ج 5 ص 405 - شذرات الذهب، المرجع السابق. ج 1 ص 277.

4 - زيد بن ثابت: 11 ق هـ - 45 هـ = 611 - 665 م بن الضحاك الأنصاري الخزرجي، أبو خارجه: صحابي، كان كاتب الوحي. ولد في المدينة ونشأ بمكة، وقتل أبوه وهو ابن ست سنين. وهاجر مع النبي صلى الله عليه وسلم وهو ابن 11 سنة، وتعلم وتفقه في الدين، فكان رأسا بالمدينة في القضاء والفتوى والقراءة والفرائض وكان أحد الذين جمعوا القرآن في عهد النبي صلى الله عليه وسلم من الأنصار، وعرضه عليه. وهو الذي كتبه في المصحف لأبي بكر، ثم لعثمان حين جهز المصحف إلى الأمصار. انظر: الزركلي، الاعلام. المرجع السابق. ج 3 ص 57.

5 - أبو الوليد ابن رشد، بداية المجتهد. دار الجيل، مكتبة الكليات الازهرية، القاهرة، 1424 هـ - 2004 م. ج 2 ص 667

6 - محمد أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل. ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416 هـ - 1994 م. ج 8 ص 335

جاء في الأم: "وفي اليد الشلاء ولسان الأخرس حكومة."¹ (قال الشافعي) وإذا كسر عظم من العظام ثم جبر على غير عظم ففيه حكومة بقدر ألم أو جرح أو ضعف إن كان فيه.² "وفي سلخ الجلد قال: وإذا برأ الجلد معيبا زيد في الحكومة بقدر عيب الجلد مع ما ناله من الألم."³

الفقرة الثالثة: عند الحنابلة.

نقل ابن قدامة: "وفي اليد الشلاء ثلث ديتها، وكذلك العين القائمة، والسن السوداء. اليد الشلاء: التي ذهب منه المنفعة البطش. والعين القائمة: التي ذهب بصرها وصورتها باقية كصورة الصريحة. واختلفت الرواية عن أحمد⁴ فيهما، وفي السن السوداء، فعنه في كل واحدة ثلث ديتها... والرواية الثالثة عن أحمد، في كل واحدة حكومة."⁵

وجاء في فتح الوهاب في الجراح التي تبرأ ولا يلحقها نقص فيها ولا في منفعتها: "فإنه قيل يعزر فقط إلحاقا للجرح بالطم والضرر للضرورة، وقيل يفرض القاضي شيئا باجتهاده."⁶

الفقرة الرابعة: عند الحنفية.

نقل عن أبي يوسف⁷ أن في الألم حكومة وتكرر ذلك في مختلف التطبيقات الفقهية الواردة على الجراح في كتب الحنفية؛ جاء في المبسوط للسرخسي⁸: "وقد روي عن محمد في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها أثر تجب حكومة بقدر ما لحقه من الألم، وعن أبي يوسف رحمه الله يرجع على الجاني

1- محمد بن إدريس الشافعي، الأم. دار المعرفة، بيروت، 1410 هـ - 1990 م. ج 7 ص 334

2- المرجع نفسه، ج 6 ص 91

3- المرجع نفسه، ج 6 ص 88

4- أحمد بن حنبل: 164 - 241 هـ = 780 - 855 م، محمد أبو عبد الله، الشيباني الوائلي: إمام المذهب الحنبلي، وأحد الأئمة الأربعة. أصله من مرو، وكان أبوه والي سرخس. وولد ببغداد. وصنف المسند - ، يحتوي على ثلاثين ألف حديث. وله كتب في التاريخ و النسخ والمسنوخ والتفسير و فضائل الصحابة والمناسك... انظر: وفيات الأعيان. المرجع السابق. 1 ج ص 63- شذرات الذهب. المرجع السابق. ج 2 ص 96.

5- موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني. ج 8 ص 365

6- زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب. دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1414 هـ - 1994 م. ج 2 ص 173

7- أبو يوسف: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، أبو يوسف: صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه. كان فقيها علامة، من حفاظ الحديث. ولد بالكوفة. ولي القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد. ومات في خلافته، ببغداد، أول من دُعي "قاضي القضاة" من كتبه "الخراج - " و " الآثار - "، و " النوادر " و " اختلاف الأمصار " و " أدب القاضي " للزركلي. المرجع السابق. ج 8 ص 193.

8- السرخسي: ... - 483 هـ = ... - 1090 م، محمد بن أحمد بن سهل، أبو بكر، شمس الأئمة: قاض، من كبار الأحناف، مجتهد، من أهل سرخس (في خراسان). أشهر كتبه "المبسوط - ط" في الفقه والتشريع، وله "شرح الجامع الكبير للإمام محمد" شرح السير الكبير للإمام محمد " و " الأصول - " في أصول الفقه، و " شرح مختصر الطحاوي - " انظر: للزركلي، المرجع السابق. ج 5 ص 315

بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى اندملت ، وأبو حنيفة- رحمه الله- قال: لا يجب شيء؛ لأنه لا قيمة لمجرد الألم. ألا ترى أن من ضرب ضربة تألم بها ، ولم يؤثر فيه شيء لا يجب شيء أرايت لو شتمه شتيمة أكان عليه أرش باعتبار إبلام حل فيه.¹

جاء في رد المحتار: " عن أبي يوسف روايتين حيث قال : وقال أبو يوسف : عليه أرش الألم وقال محمد: عليه أجرة الطبيب وثمان الأذوية وهو رواية عن أبي يوسف زجرا للسفيه وجبرا للضرر، وإنما أوجب أبو يوسف أرش الألم وأراد به حكومة عدل ، وهو أن يقوم عبدا صحيحا ويقوم بهذا الألم...فسر حكومة العدل عند أبي يوسف بأجرة الطبيب "،² وهذا كلام يفهم منه أن الشارح أراد حصر جبر الألم بالمال وربطه بالضرر المادي وهو أجرة الطبيب.

يلاحظ أن النصوص الواردة في الجراحات في كتابات الفقهاء فيها ما يفيد جبر الألم الناتج عن التعدي على جسم الإنسان وسلامته، وهو جبر للضرر المعنوي متصل بالضرر المادي، بمعنى أن المجرور ليس ضررا معنويا محضا، ومع ذلك فما نقل في كتابات الفقهاء في المذاهب الأربعة خاصة، ما يفيد أن الضرر المعنوي المترتب على الجناية على النفس وما دونها يجبر والجبر فيها مال، فالدية والأرش وحكومة العدل من باب التعويض المالي عن الألم الذي يلحق المعتدى عليه من جراء الجناية وفيها ترضية لنفسه وذهاب لغيضه وهو عين جبر الضرر المعنوي.

ومنها ما ذكره ابن القيم³ في أعلام الموقعين فصل: " هل في اللطمة والضربة قصاص... قال: ... قال : تلاحي [أي: لعن و شتم] رجلان فقال أحدهما : ألم أختنقك حتى سلحت [قضى حاجته]؟ فقال : بلى، ولكن لم يكن لي عليك شهود، فاشهدوا على ما قال، ثم رفعه إلى عمر بن عبد العزيز⁴، فأرسل في ذلك إلى سعيد بن المسيب فقال: يخنقه كما خنقه حتى يحدث، أو يفتدي منه، فافتدى منه بأربعين بعيرا...)

[وروي]... (أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم بن حذيفة مصدقا، فلاحاه رجل في

صدقته، فضربه أبو جهم فشجه فأتوا النبي _ صلى الله عليه وسلم _ فقالوا : القود يا رسول

1 - محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط. دار المعرفة، بيروت، 1409 هـ-1989 م. ج26 ص81

2- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار. دار الكتب العلمية، بيروت، 1412 هـ-1992 م. ج5 ص585

3- ابن قيم الجوزية: 691: -751 هـ = 1292 - 1350 م محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزُّرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين أحد كبار العلماء. مولده ووفاته في دمشق. تتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية وألّف تصانيف كثيرة منها: إعلام الموقعين - و الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - و شفاء العليل في مسائل القضاء والقدر والحكمة والتعليل. و أحكام أهل الذمة ، ...أنظر: شذرات الذهب. المرجع السابق. ج6 ص168- حاجي خليفة، كشف الظنون، وكالة المعارف الجليلية 1360 هـ-1941 م. ج1 ص125.

4 - عمر بن عبد العزيز: 61 - 101 - هـ = 781 - 720 م. بن مروان بن الحكم الأموي القرشي، أبو حفص: الخليفة الصالح، قيل له خامس الخلفاء الراشدين تشبيها له بهم. وولي الخلافة بعهد من سليمان سنة 99 هـ فبويع في مسجد دمشق. مدة خلافته سنتان ونصف.... انظر : اللزركلي. المرجع السابق. ج5 ص49.

الله، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: لكم كذا وكذا فلم يرضوا، فقال النبي _ صلى الله عليه وسلم _ : لكم كذا وكذا فرضوا، فقال النبي _ صلى الله عليه وسلم _ : إني خاطب العشية على الناس ومخبرهم برضاكم فقالوا: نعم، فخطب رسول الله _ صلى الله عليه وسلم _ فقال: إن هؤلاء أتوني يريدون القصاص، فعرضت عليهم كذا وكذا، فقال النبي _ صلى الله عليه وسلم _ : فرضوا، أرضيتم؟ فقالوا: لا، فهم المهاجرون بهم، فأمرهم رسول الله _ صلى الله عليه وسلم _ أن يكفوا عنهم، فكفوا عنهم، ثم دعاهم فزادهم، فقال: أرضيتم؟ فقالوا: نعم، فقال: إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم فقالوا: نعم، فخطب النبي _ صلى الله عليه وسلم _ فقال: أرضيتم؟ قالوا: نعم.)

يقول ابن القيم: "وهذا صريح في القود في الشجة ولهذا صولحو من القود مرة بعد مرة حتى رضوا، ولو كان الواجب الأرش فقط لقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم حين طلبوا القود: إنه لا حق لكم فيه، وإنما حققكم في الأرش؛ فهذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهذا إجماع الصحابة، وهذا ظاهر القرآن، وهذا محض القياس، فعارض المانعون هذا كله بشيء واحد وقالوا: اللطمة والضربة لا يمكن فيهما المماثلة، والقصاص لا يكون إلا مع المماثلة"¹.

ووجه الدلالة هنا أنه قضي بالبدل المالي لتعذر المماثلة والترضية في مقابل الألم وهذا هو الضرر المعنوي؛ وأنه متى تعذرت المماثلة صرنا إلى التعويض وهو ما دلت عليه حادثة أبي جهم بن حذيفة فقد أسترضى الرسول صلى الله عليه وسلم أهل المجني عليه حتى رضوا وفي ذلك مراعاة لهم وجبرا لخاطرهم.

البند الثاني: في باب القذف.

والقذف معناه الرمي بالزنا، وفيه التعدي على أعراض الناس وسمعتهم وإهدار لكرامتهم وهو بذلك ضرر معنوي، ولأن حفظ الأعراض من المقاصد الكبرى، فقد حرم الله القذف فكانت عقوبته شديدة، حدا بثمانين جلدة عقوبة بدنية يضاف إليها عقوبة معنوية هي رد الشهادة مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾² فهذه عقوبات في جبر الضرر الذي لحق المقذوف من حيث كونها تشفي صدره مما لحقه من أذى القذف، وتعيد له اعتباره في المجتمع كونها عقوبات علنية.

وقد اقتزنت بحد قذف مسائل مبنية كلها على مراعاة مقصد حفظ العرض وهي سبيل الشريعة في المحافظة عليه، برد كل أذى يصيب الناس في أعراضهم، فالحد لا يتقرر إلا إذا توافرت شروطه ويبقى في حال تخلفها التعازير؛ وقد شرعت لجبر ما لحق المضروب من جراء الاعتداء على سمعته وشرفه، حتى وإن كان

1 - ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، تحقيق وتعليق عصام الدين الصبايطي. دار الحديث، القاهرة، 1427هـ. 2006م.

المجلد 1، الجزء 1، ص 245.

2 - سورة النور، الآية 4.

هناك اختلاف بين الفقهاء في اعتباره حقا لله أو حقا للعبد وما يرتبه هذا الخلاف فكلها تصب في جبر الضرر الذي ألحقه القاذف بالمقذوف.

ومسألة عفو المقذوف¹ مرتبطة بتكليف حد القذف: هل هو حق لله تعالى أم أنه حق للعبد؟ وتختلف الأحكام باختلاف كل منهما، فبينما يرى الحنفية² أن حد القذف فيه حقان حق للعبد وحق لله تعالى، وعليه فبعد أن يرفع إلى الحاكم لا يصح إسقاط الحد ولا الإبراء منه ولا العفو عنه ولا يجري به الإرث ومن باب أولى الصلح والاعتياض عنه. جاء في رد المختار: قوله: " (ولا اعتياض) مقتضاه أن القاذف إذا دفع شيئا للمقذوف ليستقط حقه رجع به."³

فثبت أن حد القذف حق لله - تعالى - خالصا أو المذهب فيه حقه تعالى فلا يصح العفو عنه؛ لأن العفو إنما يكون من صاحب الحق، فلا يصح الصلح والاعتياض؛ لأن الاعتياض عن حق الغير لا يصح، ولا يجري فيه الإرث لأن الإرث إنما يجري في المتروك من ملك أو حق للمورث على ما قال - عليه الصلاة والسلام - (من ترك مالا أو حقا فهو لورثته)⁴ ولم يوجد شيء من ذلك فلا يورث ولا يجري فيه التداخل.

ويرى غير الحنفية من الشافعية والحنابلة، أن حد القذف هو حق للآدمي خالص وعليه يصح للمقذوف ولو بعد رفع الأمر للحاكم إسقاط الحد والإبراء والعفو منه والصلح والاعتياض عنه ويورث حق المطالبة به، وتورث حق المطالبة فيه معنى المال⁵.

ونقل ابن رشد من المالكية أن قول مالك اختلف فيه، فمرة قال بقول الشافعي ومرة قال بجوازه إذا لم يبلغ الإمام، فإذا بلغ لم يجز إلا أن يريد بذلك المقذوف السترة على نفسه وهو المشهور عنه⁶. وأورد القرطبي⁷ آراء الفقهاء في المسألة: " واختلف العلماء في حد القذف هل هو من حقوق الله أو من حقوق الآدميين أو فيه شائبة منهما، الأول - قول أبي حنيفة، والثاني - قول مالك والشافعي.

1- راجع: ابن رشد، المرجع السابق. ج 2 ص 694

2- ابن عابدين، المرجع السابق. ج 4 ص 53

3- ابن عابدين، المرجع نفسه

4- جاء في البخاري كما يلي: "عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من ترك مالا فلورثته، ومن ترك لثلا فإلينا." محمد بن

إسماعيل البخاري، المرجع السابق. ج 8 ص 156

5- فخر الدين الرازي، التفسير الكبير، مفاتيح الغيب. ط 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1420 هـ. ج 23 ص 326-327

6- ابن رشد، المرجع السابق. م 2. ص 698

7- القرطبي:-671 هـ = - 1273 م محمد بن أحمد بن أبي بكر بن قُرَح الأنصاري الخزرجي الأندلسي، أبو عبد

الله، القرطبي: من كبار المفسرين. صالح متعبد. من أهل قرطبة. توفي بمصر فمن كتبه " الجامع لأحكام القرآن - يعرف بتفسير القرطبي، و

" قمع الحرص بالزهد والقناعة " و " التذكار في أفضل الأذكار " و " التذكرة بأحوال الموتى وأحوال الآخرة... أنظر: شذرات الذهب

. المرجع السابق. ج 5 ص 355-الأعلام. المرجع السابق. ج 5 ص 322.

والثالث - قاله بعض المتأخرين.

وفائدة الخلاف أنه إن كان حقا لله تعالى وبلغ الإمام أقامه، وإن لم يطلب ذلك المقذوف، ونفعت القاذف التوبة فيما بينه وبين الله تعالى، ويتشطر فيه الحد بالرق كالزنا، وإن كان حقا للآدمي فلا يقيمه الإمام إلا بمطالبة المقذوف، ويسقط بعفوه، ولم تنفع القاذف التوبة حتى يجلله المقذوف.¹ "كما يترتب عن هذا الخلاف حكم الصلح عنه والصلح يعني الاعتياض بالمال عنه، قال الخطاب المالكي²: "ومن صالح من قذف على مال... لم يجز وُرْدُ بلغ الإمام أولا... لأنه من باب الأخذ على العرض مالا"³، ويقول ابن قدامة الحنبلي: "وإن صالحه عن حد القذف، لم يصح الصلح؛ لأنه إن كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له، فأشبهه حد الزنا والسرقه، وإن كان حقا له لم يجز الاعتياض عنه، لكونه حقا ليس بمالي، ولهذا لا يسقط إلى بدل، بخلاف القصاص ولأنه شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال"⁴؛ وإليه ذهب القرافي: "وأما القذف فلا مدخل للمال فيه، ولا يجوز فيه الصلح مع الإقرار فكذلك مع الإنكار."⁵

هذا والصلح على القذف مقابل المال كما أشار إليه الفقهاء فيما كان مقابل إسقاط الحد عليه لم يجز لأنه بمثابة أخذ مال مقابل العرض، ومثله تخلف شروط الحد، لا يعفي المعتدي من المسؤولية، فتخلف شروط الحد وقيام الشبهة التي يستبعد فيها الحاكم تطبيقه امتثالا لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -
(ادروا الحدود بالشبهات)⁶؛ يتقرر حينها التعزير لردع الجاني وجبر ما أصاب المضرور بجناية القذف حتى لا يضيع حقه بسقوط الحد.

والحد جبر للضرر المعنوي يأخذ صفة العقوبة الخاصة، فلإن كان عقوبة للجاني فإنه حق للمجني عليه وفيه إيلام للجاني كما فيه جبر خاطر المجني عليه تحققة علانية العقوبة بما فيها رد اعتبار للمضرور.

-
- 1- القرطبي، المرجع السابق، ج12، ص177.
 - 2- الخطاب: 902 - 954 هـ = 1497 - 1547 م : محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعييني، أبو عبد الله، المعروف بلخطاب : فقيه مالكي، من علماء المتصوفين. أصله من المغرب. ولد واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب. من كتبه (قرة العين بشرح وركات إمام الحرمين) في الأصول، و (تحرير الكلام في مسائل الالتزام) و (هداية السالك المحتاج) في مناسك الحج، و (مواهب الجليل في شرح مختصر خليل - ط) في فقه المالكية، و (شرح نظم نظائر رسالة القيرواني)،.... انظر : الزركلي. المرجع السابق. ج7 ص58.
 - 3- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ط3، دارالفكر، بيروت، 1412هـ-1992م. ج6 ص305.
 - 4- ابن قدامة، المغني. ج4 ص321
 - 5- القرافي، الفروق. ج4 ص3
 - 6- الشوكاني، نيل الأوطار. ج7 ص125. أورده الشوكاني، بهذا اللفظ قال عنه : صالح للاحتجاج به ،نقله عن البيهقي، السنن الكبرى، وفي السنن الكبرى بعنوان : "ادروا الحدود بالشبهات"،أورد البيهقي عدة احاديث في الباب تفيد المعنى لكنها ليست باللفظ. انظر البيهقي، المرجع السابق. ج8 ص238 وما بعدها.

البند الثالث: في شهادة الزور .

أما بالنسبة لشهادة الزور فإن ما يترتب عليها من أذى يصيب الشخص في عاطفته وسمعته ،يحكم فيه على شاهد الزور بالعقوبة تعزيراً وبالتشهير به وبضمان آثار الحكم الذي شهد فيه بالزور.¹

جاء في فتح القدير " في شهود الزور يعودون عن شهادتهم عليهم ضمان ما أتلّفوه بشهادتهم " ²؛ وقال الشافعي: "الرجوع عن الشهادات ضربان فإذا شهد الشاهدان أو الشهود على رجل بشئ يتلف من بدنه مثل قطع أو جلد أو قصاص في قتل أو جرح وفعل ذلك به ثم رجعوا فقالوا عمدنا ... فهي كالجناية عليه ما كان فيه من ذلك قصاص، خير بين أن يقتص أو يأخذ العقل (معناه ديته على العاقلة)، وما لم يكن فيه من ذلك قصاص، أخذ فيه العقل وعزروا دون الحد، ولو قالوا عمدنا الباطل ولم نعلم أن هذا يجب عليه عزروا وأخذ منهم العقل (وكان هذا عمدا يشبه الخطأ فيما يقتص منه وما لا يقتص منه ولو قالوا أخطأنا أو شككنا لم يكن في شئ من هذا عقوبة ولا قصاص وكان عليهم فيه الأرش.... ولو شهدوا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً، ففرق بينهما الحاكم ثم رجعوا أغرمهم الحاكم صداق مثلها إن كان دخل بها وإن لم يكن دخل بها غرمهم نصف صداق مثلها لأنهم حرّموها عليه ولم يكن لها قيمة إلا مهر مثلها ولا ألتفت إلى ما أعطاهما قل أو أكثر إنما التفت إلى ما أتلّفوا عليه فأجعل له قيمته".³

وفي المدونة: "في شهادة الزور قلت: رأيت القاضي إذا أخذ شاهد زور كيف يصنع فيه وما يصنع به ؟ قال : قال مالك: يضرب ويطوف به في المجالس. قال ابن القاسم ⁴ : حسبت أنه يريد به في المجالس في المسجد الأعظم قلت: وكم يضربه ؟ قال : على قدر ما يرى الإمام؛ قال: وبلغني عن مالك أنه قال: ولا تقبل له شهادة أبداً وإن تاب وحسنت حاله، وأن عمر بن الخطاب كتب إلى عماله بالشام : إذا أخذتم شاهد زور فاجلدوه أربعين وسخّموا وجهه (سودوه)، وطوفوا به حتى يعرفه الناس، ويطال حبسه ويحلق

1 - راجع في ذلك: السرخسي، المرجع السابق. ج 16 ص 145

2 - الكمال بن الهمام، فتح القدير. دار الفكر، دط، دن، دت. ج 7 ص 481

3 - محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق. ج 7 ص 58

4- ابن القاسم: 132 - 191 هـ = 750 - 806 م عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقيّ المصري، أبو عبد الله، ويعرف بابن القاسم: فقيه، جمع بين الزهد والعلم. وتفقه بالإمام مالك ونظرائه. مولده ووفاته بمصر. له (المدونة) ستة عشر جزءاً، وهي من أجل كتب المالكية، رواها عن الإمام مالك. أنظر: القاضي عياض بن موسى، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، المملكة المغربية دت. ج 4331-وفيات، المرجع السابق. ج 2 ص 311-الشذرات، المرجع السابق. ص 329 .

رأسه وبعضهم يزيد الحرف، وقال ابن شهاب¹: أرى أن ينكل بعقوبة موجعة، وأن يسمع به حتى يجعلوا أحاديث، وينكل بهم ويهان شهود الزور مثل الذي وقع بهم².

وفي الإنصاف للحنابلة ذكر كلام الإمام أحمد في شاهد الزور، قال: فنص أنه ينادى عليه بذنبه، ويطاف به، ويضرب مع ذلك³؛ وفي المغني قال: "ومن شهد بشهادة زور أدب، وأقيم للناس في المواضع التي يشتهر أنه شاهد زور، إذا تحقق تعمده لذلك"⁴.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية: "إذا رجع الشهود عن شهاداتهم بعد الحكم في حضور الحاكم فلا ينقض حكم الحاكم ويضمن الشهود المحكوم به"⁵.

وفي كل ذلك ردع لهم من جهة، كما فيه جبراً للمجني عليه عما أصابه من ضرر نتج عن شهادتهم، ففي الحكم عليهم بالضمان والتشهير بهم رد اعتبار له ورد الاعتبار وسيلة من وسائل جبر الضرر المعنوي. **البند الرابع: في باب الطلاق .**

وقد ورد في كتابات الفقهاء في باب الطلاق ما يدل على اعتبار الضرر المعنوي وجبره بكل وسائل الجبر بما فيها المال.

فعند المالكية، المتعة: "وهي ما يعطيه الزوج لمطلقاته ليحبر بذلك الأُم الذي حصل لها بسبب الفراق"⁶ والمتعة كما هو معلوم مقدار من المال يحكم به القاضي على المفارق لزوجته ويراعى في تقديره حاله يسراً وعسراً لفائدة المرأة لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁷ ووجه الدلالة هنا أن المال جعل لجبر المشاعر و العواطف وذلك ما تهدف إليه مسائل الضرر المعنوي، ومثله جاء في فتح القدير، في المتعة: "هو جبر صدع الايجاش"⁸.

1 - ابن شهاب الزهري-58-124 هـ = 678 - 742م، محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري، أبو بكر: أول من دون الحديث، وأحد أكابر الحفاظ والفقهاء. تابعي، من أهل المدينة، نزل الشام واستقر بها. و مات بشعب، آخر حدّ الحجاز وأول حد فلسطين. انظر: الزركلي. المرجع السابق. ج 7 ص 97

2 - مالك بن أنس، المدونة. ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415 هـ-1995م. ص 4 ص 58.

3 - علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف. دار إحياء التراث العربي. د. ط. : د. ت. ج 10 ص 248

4 - موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق. ج 10 ص 234.

5 - أحمد الزرقاء، المرجع السابق. ص 405

6 - ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار إحياء الكتب العربية، دن، د. ت. ج 2 ص 226

7 - سورة البقرة، الآية: 236.

8 - الكمال بن الهمام، فتح القدير. دار الفكر. د. ت. ج 3 ص 336.

وفي استحقاق المرأة نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول معنى جبر لما يلحق بها من أذى جراء فراقها سواء كان جرح المشاعر أو السمعة، وفي هذا يقول ابن العربي: وقد أجاز ابن تيمية¹ للزوجة أن تأخذ عوضاً من حقها في المبيت وكذا الوطاء للآية: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾.²

وفي تفسير القرطبي في معنى الصلح: ويدخل في هذا المعنى جميع ما يقع عليه الصلح بين الرجل وامرأته في مال أو وطاء أو غير ذلك.³ وذكر صاحب التحرير والتنوير: "أن المقصود بالإذن في صلح يكون بعوض مالي تعطيه المرأة أو تنازل عن بعض حقوقها (خلع)"⁴؛ وفي هذا معنى أن المرأة لها أن تدفع مالا في مقابل رفع الضرر عنها و الضرر هنا معنوي تمثل في النشوز وفيه معنى الأذى الذي يلحقها في عاطفتها من جراء نشوز الزوج وتعالیه.

هذه نماذج من نصوص وردت في مختلف كتابات الفقهاء المتقدمين وهي منتقاة من المذاهب الأربعة يلاحظ فيها مراعاتهم للضرر المعنوي والحكم بجبره حفظاً لأعراض الناس وتقديراً لمشاعرهم وعواطفهم من أي تعد، ويلاحظ أيضاً أن وسائل جبره متعددة ومتفرقة تعدد وتفرق حالاته شملت حتى البذل المالي تخفيفاً للألم وأنسا للإيجاش وردا للاعتبار.

الفرع الثاني: الضرر المعنوي في كتابات الفقهاء المتأخرين.

جبر الضرر المعنوي بما يعني الإصلاح واستدراك المصالح الفائتة متفق عليه بين الفقهاء المتأخرين، غير أنه اختلفت كلمتهم حول كلفيته وسبل وإزالته، فبينما يرى فريق منهم تقرير الضمان للضرر المعنوي، يرى آخرون أن الجبر الضرر المعنوي قد قررت الشريعة السحاء ما يجبره دون الحاجة إلى الضمان والتعويض النقدي المالي؛ كما هو مقرر في الأنظمة القانونية الوضعية . وعليه فالضرر المعنوي وجبره بالضمان عند المتأخرين من الفقهاء، اختلفت فيه آراؤهم بين مؤيد ومعارض لمشروعيته وقد ساق كل منهم أدلة تؤيد رأيه.

1 - ابن تيمية : 661 - 728 هـ = 1263 - 1328 م. أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي، أبو العباس، تقي الدين ابن تيمية : الإمام، شيخ الإسلام. ولد في حران وتحول به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر . مات معتقلا بقلعة دمشق، له تا: (السياسة الشرعية) و (الفتاوى)، و (الإيمان) و (الجمع بين النقل والعقل) (منهاج السنة)...أنظر: الأعلام، المرجع السابق. ج1 ص144.

2- سورة النساء، الآية : 128

3- القرطبي، المرجع السابق. ج 5 ص406

4- محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير. دار سحنون، دط. دت. ج5 ص215

البند الأول: القائلون بمشروعية جبر الضرر المعنوي بالضمان.

يرى فقهاء ومهتمون بدراسات الشريعة الإسلامية¹ أن جبر الضرر مشروع في الشريعة الإسلامية وفق نصوصها ومبادئها. يقول الشيخ شلتوت: "التعويض هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال أو شرف والتقدير في تعويض الشرف من باب التعزير الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر ومنزلة المجني عليه والعرف الجاري في مثله".² وقد ساق هؤلاء ما يؤيد رأيهم من النصوص وآثار الصحابة والمعقول وتفصيل ذلك كما يلي:

الفقرة الأولى: من النصوص.

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾³. وقوله تعالى: ﴿وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾⁴. وقوله أيضاً: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾⁵. ووجه الدلالة⁶ أن العقاب يكون بمثل الفعل المعتدى به ولا يتعدى عليه، ومثله القصاص في الاعتداء على البدن، وإذا كان العدل رد الاعتداء بمقدار العدوان فإنه لا يكون في جميع الأحوال إذ يصرار إلى غيرها عند تعذر المماثلة، إذ تتحقق في القصاص وتتحقق في ضمان الأموال لكنها تمتنع إذا كانت الوسيلة التي استخدمها الجاني محرمة لذاتها كاللواط والإتلاف وغيرها...، وعليه فمقتضى نص الآية وما ذهب إليه المفسرون⁷ أنه لا مانع من الضمان لعدم قيام المماثلة وعليه كان ضمان الضرر المعنوي بالمال وإن لم يكن من جنس الضرر. واستدلوا من السنة بحديث النبي -صلى الله عليه وسلم- (لا ضرر ولا ضرار)، وتحريم الضرر يشمل كل صور الضرر وأنواعه بما فيه الضرر المعنوي والتحريم يوجب الضمان؛ ولأن نص حديث عام فإن

1 - نذكر: محمود شلتوت، المرجع السابق، ص 415، وبه قال محمد فوزي فيض الله، المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون (رسالة دكتوراة، جامعة الأزهر 1962) نقلها عنه، النجار في مؤلفه الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه... هامش ص 349، وكذلك، فتحي الدريبي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط 3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1401 هـ-1981 م، ص 290، حيث قال: "إذا أصاب المضرور ضرراً معنوي أو أدبي فإن قواعد الشرع لا تأتي تقرير التعويض عنه". وبه قال محمد أحمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1414 هـ-1993 م، ص 63

2 - محمود شلتوت، المرجع نفسه، ص 415

3 - سورة النحل، الآية: 126

4 - سورة الشورى، الآية: 40.

5 - سورة البقرة، الآية: 194

6 - راجع تفصيل أكثر أسامة سيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، ط 1، دار

الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006 م، ص 167 وما بعدها؛ وعبد الله مبروك النجار، "ضمان الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي و

القانون" (مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر)، عدد 28، ص 130

7 - القرطبي، المرجع السابق ج 16 ص 40.

تخصيصه بالضرر المادي دون المعنوي تخصيص من غير مخصص وهو لا يجوز. ومنه قاعدة "الضرر يزال" التي تؤيد بظاهرها أن مطلق الضرر يزال سواء كان ماديا أم معنويا، والضرر المعنوي ضرر فيجب أن يزال. منه أيضا حديث النبي -صلى الله عليه وسلم- : (كل مسلم على المسلم حرام دمه وماله و عرضه). فقد دل هذا الحديث على أن النبي -صلى الله عليه وسلم- ذكر تحريم التعدي على المال و عطف عليه تحريم التعدي على العرض ولأن المال يجبر بالمال فلا مانع من جبر التعدي على ما يشمله الضرر المعنوي بالمال أيضا.

وفي الحديث الذي روته عائشة رضي الله عنها ، (أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم بن حذيفة مصدقا ، فلاحاه رجل في صدقته ، فضربه أبو جهم فشجه ، فأتوا النبي -صلى الله عليه وسلم- فقالوا : القود يا رسول الله ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لكم كذا وكذا فلم يرضو ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لكم كذا وكذا فرضوا...¹

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قد قدر للفعل الضار الواقع من أبي جهم ضمانا ماليا ارتضاه الذين وقع بهم الضرر، وقد جاء هذا التقدير في شجة أحدثت ألما في نفس المشجوج وأهله ولو كان الواجب فيها الأرش فقط دون التعويض لما حكم لها النبي صلى الله عليه وسلم بل لألزمهم بالأرش.²

الفقرة الثانية: من آثار الصحابة.

ما رواه ابن حزم³ " أن حلاقا كان يقص شعر عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأفرعه عمر فضرط الرجل من الفزع، فقال عمر -رضي الله عنه- : أما إنا لم نرد هذا أي لم يقصد إفزاع الرجل ولكننا سنعقلها فأعطاه أربعين درهما. " ⁴ وقد دل هذا الأثر أن عمر بن الخطاب قد ضمن الخوف الذي تسبب في حصوله وما كان ليفعل لو لم يكن ضمان الخوف، وهو من الضرر المعنوي، مشروعاً⁵

1- أحمد بن شعيب بن علي النسائي، سنن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية، دب، 1414 هـ- 1994م. كتاب

القسامة، السلطان يصاب على يده. "ج.8ص35، جاء في نيل الأوطار: حديث عائشة سكت عنه أبو

داود والمنذري قال المنذري : ورواه يونس بن يزيد عن الزهري منقطعاً، الشوكاني، نيل الأوطار ، ج 8ص330

2- عبدالله مبروك النجار، الضرر الادبي و مدى ضمانه... مرجع سابق. ص365

3- ابن حزم: 384 - 456 هـ = 994 - 1064 م علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد: عالم الأندلس في عصره.

ولد بقرطبة. أشهر مصنفاته " الفصل في الملل والأهواء والنحل - " المحلى - " في فقه، و " جمهرة الأنساب - " و " الناسخ والمنسوخ "

و " حجة الوداع انظر : الزركلي، المرجع السابق. ج 4ص254.

4- أبو محمد علي بن حزم، المحلى بالآثار. دار الفكر، بيروت، دط، دت. ج 11ص95

5- عبد الله مبروك النجار : " ضمان الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي و القانون ". مرجع سابق. ص137

ومثله ما روي أن عمر بن الخطاب أَرهَب امرأة فأخمَصت بطنها فألقت جنينا ميتا فشاور عليا كرم الله وجهه فحمل دية جنينها.¹ وقد دل على أن الفزع والخوف قد أديا إلى إجهاض المرأة، فحكم بالدية لما ترتب عليه، على الرغم من أن تصرف عمر في حدود سلطته، إلا أنه ضمن ما سببه من إفزاع وتخويف. منها أيضا ما أخرجه البيهقي² في السنن الكبرى "أن عمر وعثمان³ رضي الله عنهما كانا يعاقبان على الهجاء ومثله: عن علي رضي الله عنه في الرجل يقول للرجل يا خبيث يا فاسق قال ليس عليه حد معلوم، يعزر الوالي بما رأى".⁴

وروي عبد الرزاق⁵ أن عمرو بن العاص⁶ وهو أمير مصر "قال لرجل يا منافق يا كاذب، فشكاه إلى عمر بن الخطاب فكتب عمر إلى عمرو إن أقام عليك البيّنة جلدتك سبعين جلدة، فشهد الناس و اعترف عمرو فأمكن عمرو الرجل من نفسه فعفا عنه في رواية قال لعمرو أكذب نفسك على المنبر ففعل".⁷

منها أيضا ما رواه ابن القيم أنه: "تلاحي رجلان فقال أحدهما: ألم أحنقك حتى سلحت؟ قال بلى، ولكن لم يكن لك علي شهود، فاشهدوا علي ما قال، ثم رفعه إلى عمر بن عبد العزيز فأرسل في ذلك إلى

-
- 1- معمد رواس قلنجي، موسوعة فقه عمر بن الخطاب. ط 1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1401هـ-1981م. ص198
 - 2 - البيهقي: - 384-458 هـ = 994 - 1066 م أحمد بن الحسين بن علي، أبو بكر: من أئمة الحديث. ولد بنيسابور ونشأ فيها ومات ورحل إلى بغداد ثم إلى الكوفة ومكة وغيرها، وطلب إلى نيسابور، له: السنن الكبرى و السنن الصغرى .. انظر: الزركلي، المرجع السابق. ج1ص116.
 - 3 - عثمان بن عفّان: 47 ق هـ - 35 هـ = 577 - 656 م. بن أبي العاص بن أمية، من قریش: أمير المؤمنين، ذو النورين، ثالث الخلفاء الراشدين،.. ولد بمكة، وأسلم بعد البعثة بقليل.. لُقّب بذي النورين لأنه تزوج بنتي النبي صلى الله عليه وسلم. صارت إليه الخلافة بعد وفاة عمر بن الخطاب سنة 23 هـ فافتتحت في أيامه أرمينية والقوقاز وخراسان وكرمان وسجستان وإفريقية وقبس، وأتم جمع القرآن.. انظر: حلية الأولياء، المرجع السابق. ج1ص55-الإصابة، المرجع السابق. ج2ص455.
 - 4- أبو بكر، البيهقي، المرجع السابق. كتاب الحدود، طلب ما جاء في الشتم دون القذف. ج8ص441
 - 5 - عبد الرزاق بن همام الصنعاني أبو بكر: 211 - 126 هـ = 744 - 827 م: من حفاظ الحديث الثقات، من أهل صنعاء. كان يحفظ نحوًا من سبعة عشر ألف حديث. له (الجامع الكبير) في الحديث، قال الذهبي: وهو خزانة علم، وكتاب في تفسير القرآن و المصنف في الحديث ... انظر: الزركلي، المرجع السابق. ج5ص353.
 - 6- عمرو بن العاص: 50 ق هـ - 43 هـ = 574 - 664 م عمرو بن العاص بن وائل السهمي القرشي، أبو عبد الله: فاتح مصر، أحد دهاة العرب وأولي الرأي والحزم والمكيدة فيهم . كان من أمراء الجيوش في الجهاد بالشام في زمن عمر ، وصالح أهل حلب ومينج وأنطاكية. وولاه عمر فلسطين، ثم مصر فافتتحها. توفي بالقاهرة. انظر: الزركلي، المرجع السابق. ج5ص79.
 - 7- علاء الدين ابن قاضي خان، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال. ط، 5تحقيق: بكرى حياني، صفوة السقا، مؤسسة الرسالة. دب، 1401هـ-1981م. ج5ص564

سعيد بن المسيب¹ فقال : يخنقه كما خنقه حتى يحدث أو يفتدى منه بأربعين بعيرا²، وفيه دلالة أن جزاء ضرر معنوي تمثل في الخنق الذي أدى إلى الإحداث كان بدلا ماليا افتدى به المعتدي عن القود.

استدلوا أيضا، ونسبوه إلى الإجماع ما نقله ابن قدامة، من ضرب إنسانا حتى أحدث، فإن عثمان رضي الله عنه قضى فيه بثلث الدية؛ وفي حكم عثمان ثلث الدية في أمر معنوي إجماع من لدن الصحابة على أن جزاء ضرر معنوي مال يحكم به الحاكم³.

كما استدلوا أيضا بما جاء في كتابات الفقهاء بما يفيد التعويض عن الضرر المعنوي جبرا له مثل وجوب حكومة العدل بقدر ما لحق الجروح من الألم نقلا عن أبي يوسف من الحنفية،⁴ ومثله ما نقله ابن قدامة في المغني: "أن قطع حلمتي الثديين عند مالك و الثوري⁵ توجب ديتهما إن ذهب اللبن وإلا وجبت حكومة بقدر شينه، بقدر العيب الجسدي الذي لحق المرأة"⁶.

ومثله ما نقل عن الشافعية: "أن الجرح باللطم و الضرب فيه تعزيز وقيل يفرض القاضي شيئا باجتهاده"⁷.

1 - سعيد بن المسيب: 13 - 94 هـ = 634 - 713 م. بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي، أبو محمد: سيد التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة. جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع، وكان يعيش من التجارة بالزيت، لا يأخذ عطاء. وكان أحفظ الناس

لأحكام عمر ابن الخطاب وأفضيته، حتى سمي راوية عمر. توفي بالمدينة. انظر الزركلي، المرجع السابق. ج3 ص102

2 - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق وتعليق عصام الدين الصباطي. دار الحديث، القاهرة. 1427هـ. 2006م. المجلد الأول ص 246.

3- ابن قدامة، المغني. ج8 ص339، جاء فيه: (وإن أفرغ إنسانا فأحدث بغائط فعليه ثلث ديته وعنه لا شيء عليه) وجملة ذلك إنه إذا ضرب إنسانا حتى أحدث فإن عثمان رضي الله عنه قضى فيه بثلث الدية قال أحمد لا أعرف شيئا يدفعه وبه قال إسحاق وعنه لا شيء عليه وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لان الدية إنما تجب لإتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال وليس هاهل شيء من ذلك وهذا هو القياس وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث لقضية عثمان لأنه في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافهما فيكون إجماعا ولان قضاء الصحابي فيما يخالف القياس يدل على أنه توقيف وسواء كان الحدث ببول أو غائط أو ريح قاله القاضي وكذلك الحكم فيما إذا أفرغه حتى أحدث والأولى إن شاء الله التفريق بين الريح وغيرها إن كان قضاء عثمان في الغائط والبول لان ذلك أفحش فلا يقاس عليه).

4- السرخسي، المرجع السابق. ج26 ص81

5 - الثوري 97 - 161 هـ = 716 - 778 م سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، أبو عبد الله: أمير المؤمنين في الحديث. كان سيد أهل زمانه في علوم الدين والتقوى. ولد ونشأ في الكوفة، وانتقل إلى البصرة ومات فيها له من الكتب الجامع الكبير و الجامع الصغير

كلاهما في الحديث، وكتاب في الفرائض. أنظر: الزركلي، المرجع السابق. ج3 ص105

6 - ابن قدامة، المغني. ج8 ص339

7 - زين الدين أبو يحيى زكريا السُّنَيْلِيُّ، المرجع السابق. ج2 ص173

هذه كلها نصوص تقر التعزير عن الضرر المعنوي وأن للحاكم أن يلجأ إلى أساليب التعزير بما يراه أقمع للفساد وأبلغ في الإصلاح.¹

الفقرة الثالثة: من المعقول.

استدلوا من المعقول بما يلي:

1. قواعد الشرع لا تأبى تقرير التعويض عن الضرر المعنوي، والقول أن تقوم يقوم على الإحراز والإحراز يعتمد البقاء ولا بقاء للأعراض والضرر المعنوي عرض، هو رأي من لم يقل بتقوم المنافع لكن الأرجح تقومها، ويقاس على المنافع المعنوية المضار المعنوية في التقوم، بجامع أن كل منهما عرض لا بقاء له، صيانة لأعراض الناس؛ يؤيد هذا أن شريعة حرمت الإضرار والإيذاء يشق صورته، وإن كانت الشريعة قد شرعت الحد لجرمة القذف وهو ضرر معنوي أدبي، فلا مانع من أن يعوض عن الأضرار المعنوية التي هي دون ذلك بالمال وإزالة الضرر قدر الإمكان.²

2. تقدير تعويض الشرف من باب التعزير الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر ومنزلة الجني عليه والعرف الجاري في مثله، قال به الشيخ محمود شلتوت³، وأسس التعويض المالي عن الشرف من المذهب الشافعي: الذي يرى أن القذف حق من حقوق العباد.⁴

3. الضرر المعنوي كالضرر المالي ينطوي على اعتداء على حق، ويمثل فوات مصلحة للمعتدي عليه ويجب لذلك تقرير الضمان له.⁵

4. التعويض عن الضرر المعنوي مع غيره من الزواجر كالحودود والكفارات والتعزيرات بصفة عامة يحفظ أعراض الناس والقول بغير ذلك يؤدي إلى استباحة الناس لأعراض بعضهم البعض وهذا ما نعت عنه الشريعة الإسلامية وهو أيضا مخالف لنصوص الشرع التي أمرتنا بحفظ الأعراض.⁶

1- فوزي فيض الله، المسؤولية التصيرية نقلها عنه: الزرقاء، الفعل الضار. ص 123

2- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الفقه الإسلامي. ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1401هـ. 1981م. ص 290.

3- شلتوت: 1310-1383هـ = 1893-1963م. محمود شلتوت: فقيه مصري. ولد في منية بني منصور (بالبحيرة) وتخرج بالأزهر (1918) وتنقل في التدريس إلى أن نقل للقسم العالي بالقاهرة (1927) وكان داعية إصلاح نير الفكرة، يقول بفتح باب الاجتهاد. وسعى إلى إصلاح الأزهر فعارضه بعض كبار الشيوخ وطرد هو ومناصروه، فعمل في الحمادة (1931-1935) وأعيد إلى الأزهر، فعين وكيلا لكلية الشريعة ثم كان من أعضاء كبار العلماء (1941) ومن أعضاء مجمع اللغة العربية (1946) ثم شيخا للأزهر (1958) إلى وفاته. وكان خطيبا موهوبا جهير الصوت. له 26 مؤلفا مطبوعا، منها التفسير أجزاء منه في مجلد، ولم يتم، وكتاب:

الإسلام عقيدة و شريعة... انظر: الزركلي، المرجع السابق. ج7 ص173.

4- محمود شلتوت، المرجع السابق. ص 415.

5- عبد الله مبروك النجار، الضرر الأدبي و مدى ضمانه... ص 349

6- أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق. ص 190

5. يقول د. فوزي فيض الله: "في زماننا هذا يكون التعزير بأخذ المال كما يعبر الفقهاء، وبفرض الغرامة كما يعبر القانونيين في الأضرار الأدبية التي تمس شرف الآخرين وعقائدهم وكرامتهم أمضى في العقاب بل يكون أمرا طرديا مع تسلط المادة وسيطرته"¹.

تعليق: يلاحظ أن ما ذكره المؤيدون من حجج لا تسلم من المناقشة، وإن كانت النصوص تفي بغرض الاستدلال على مشروعية جبر الضرر المعنوي، لكنها غير صريحة على جواز جبره بالتعويض مالا، فهي نصوص عامة ليس فيها النص صراحة على حجية ما ذهبوا إليه؛ مما جعل الأستاذ الزرقاء يرد القول بالتعويض عن هذا النوع من الضرر بما يلي²: "استدل هؤلاء بهذه النصوص لإقرار مشروعية التعويض المالي عن الضرر الأدبي والتعويض غير العقاب كما هو مقرر فإذا كان العقاب للردع فالتعويض للجبر وقد وجهت الأحاديث السابقة لذلك وليس فيها إشارة إلى ضمان الضرر الأدبي، بل فيها معنى أن الضرر الأدبي لا يعوض بالمال وأن الخلفاء عاقبوا بغيره في مواجهته، وأن فيها من جهة أخرى أن المسؤولية في الضرر الأدبي منوط بالتقدير الحاكم ويكون منها تكذيب النفس علنا لإزالة الضرر عينا." وهو رد عليه ملاحظات³ لكنه يحمل كثيرا من الحقائق التي أغفلها المؤيدون.

والتعويض جبرا غير التعزير بالغرامة المالية فبينما الأول يكون جبرا يدفع للمتضرر أدبيا يعاقب ولي الأمر بالغرامة من يحدث ضررا لخروجه عن نظام الدولة وبالتالي تذهب الغرامة لخزينة الدولة لا للمتضرر وولم يقصد المانعون للتعزير بالمال أخذ المتضرر التعويض إنما قصدوا أخذ الحاكم له تعزيرا.⁴

البند الثاني: المانعون لجبر الضرر المعنوي بالضمان.

في المقابل يرى فريق آخر⁵ أن الضرر المعنوي لا يجبر بالمال، وقد ساق هؤلاء الحجج لتأكيد هذا القول ردوا فيها على حجج القائلين بجبر الضرر المعنوي بالضمان وأيدوها بأدلة تؤكد ما ذهبوا إليه، وهي

- 1- فوزي فيض الله، المسؤولية التفسيرية بين الشريعة والقانون، نقله عنه عبد الله النجار، الضرر الأدبي و مدى ضمانه...، ص 349
- 2- مصطفى أحمد الزرقاء، الفعل الضار. ص 19
- 3- يأتي بيانها تاليا عندما نورد رأي الاستاذ الزرقاء بالتفصيل.
- 4- وصفي أبو زيد، المرجع السابق. ص 219
- 5- ومن هؤلاء: علي خفيف، المرجع السابق. ص 45، حيث ذكر ان الضرر بنوعيه المعنوي و الادبي لا تعويض فيهما باتفاق المذاهب و اقتضاء نصوص الشرع، مصطفى أحمد الزرقاء، الفعل الضار. ص 19، وبين أن النص على تحريم القذف يفيد أن موجب الضرر العقوبة لا التعويض. وجاء في قرار الجمع الفقهي الميثيق من منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة بشأن الشرط الجزائي جاء فيه الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر الفعلي... و لا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي (الدورة الثانية عشر قرار رقم 109 مجلة الجمع ع 12 ج 2 ص 91). ونقله كل من عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة - مقارنة، المرجع السابق. المجلد 2، الجزء 6 ص 168 و سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، الفعل الضار. ص 154. مقدم سعيد، المرجع السابق. ص 62. و ابراهيم الدسوقي ابو ليل، المرجع السابق. ص 147 وذكره محمد فتح الله النشار، المرجع السابق. ص 175، وبه قال أحمد ابراهيم

أدلة استوحاها أصحابها من المبادئ العامة للشريعة الإسلامية وقواعدها دون أن تحدد في نص معين. هذا ويعتبر كل من الشيخ علي خفيف والشيخ مصطفى الزرقاء أكثر من أفاض في بحث منع ضمان الضرر المعنوي و هذه حججهم:

الفقرة الأولى: رأي الأستاذ علي خفيف.

و قد استدل بما يلي في إقرار عدم مشروعية ضمان الضرر المعنوي:

1. أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض، وذلك بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ له لرد الحال إلى ما كانت عليه، وعليه وجب التعويض بالمثل واعتبرت المساواة في المالية ومن ثم لم تجز الزيادة في التعويض ولا النقص فيه عن قيمة المعوض عنه، ومتى ثبتت المعادلة والمكافأة لم يلتفت لإعراض صاحب المال عن قبول التعويض، من أجل ذلك لم يجز أن يعطى في الضرر المعنوي تعويضا لأنه أخذ مال في غير مقابل هو أكل مال الناس بالباطل و كله محذور بقول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾¹
2. أن إعطاء المال في هذا النوع من الضرر لا يزيله ولا يرفعه فحرج المشاعر ومس الشرف بالقذف لا يرجعه المال إلى ما كان عليه من السلامة، ومن ثم فإعطاء المال فيهما ليس فيه الجبر، والتعويض إنما يقصد به الجبر ومثل هذه الأفعال جرائم فيها مساس بمصلحة المجتمع فلا تجب فيها إنما الواجب فيها التعزير بما يراه الحاكم وقاية وزجرا².

هذا ما ساقه الشيخ علي خفيف في الاستدلال على عدم مشروعية جبر الضرر المعنوي بالتعويض، غير أننا نجد يشير إلى أن الضرر المعنوي وتعويضه بالمال عند فقهاء التشريع الوضعي لم يسلم من الخلاف فالفريق القائل بأن الضرر المعنوي ليس بمال ولا ينجبر بالمال وأن المثل العليا تأتي أن يساوم الشخص على شرفه وعرضه كما يساوم على أمواله وبأن تقويمه بمال لا يستند إلى أساس سليم - وهو الرأي الذي انتصر إليه الشيخ - رأي لم يتح له البقاء، فقد عدلت عنه المحاكم لأن في ضمان الضرر المعنوي نوعا من الترضية وسكون النفس وشفاء الغليل، وعليه رأى رحمه الله أنه يصح أن يكون مطلوبا إذا ما تعذر الوصول إلى ما هو أفضل، وهو ما نجده ركون إلى اعتبار الجبر بضمان في الضرر المعنوي، ويؤيده خاصة ما أورده في القسم الثاني³ من كتابه و الذي يحمل عنوان: "الكفالة والديات" عند حديثه عن الديات و الأروش

الدسوقي، المرجع السابق. ص 70 ومثله ابراهيم فاضل الدبو، المرجع السابق. ص 86 وكذا محمد نصر الدين محمد، المرجع السابق. ص

1- سورة النساء، الآية 29

2- علي خفيف، المرجع السابق. ص 45

3- المرجع نفسه. ص 309

وبالتحديد في الهدف من الدييات فيرى أن تعذر القصاص في حالات الاعتداء على جسم الإنسان وسلامته لا ينافي قوله تعالى ﴿... فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾¹ فلا ينافي العدالة فالمساواة بين الجريمة والفعل لا تتحقق مثلاً عند الخطأ ومع ذلك لم يعف الجاني من المسؤولية صوناً لدم الإنسان من الهدر وأن يضمن الفاعل ما به تخف ألام المجني عليه أو ضرره ويذهب بقدر الإمكان غيظ القلوب وحقد النفوس، وللمال في هذه السبيل أثره الطيب المعروف في تخفيف الآلام وشفاء ما في الصدور فيعوض المضرور طيب العيش و يعينه على الحياة و مطالبها؛ وفيه إشارة إلى أن الدية عقوبة خاصة و ليس فيها معنى التعويض، خاصة بالنظر للجهة التي تدفعه، و مع ذلك فإن صدق هذا القول على الدية فإنه بعيد عن ما يحكم به في الأروش و ما دونه، كل هذا الكلام يفيد جبر الضرر المعنوي بالتعويض وهو ما استدل به القائلون به، فنرى الشيخ وإن لم يصرح به ابتداء إلا أنه اختاره في النهاية، حتى أننا نجد المؤيدين للتعويض عن الضرر المعنوي يسوقون كلامه في الاستدلال على مشروعيته.²

الفقرة الثانية: رأي الأستاذ مصطفى الزرقاء.

لقد انبرى الأستاذ الزرقاء للرد على حجج المؤيدين³ و رأى أن:

1. آيات سورة النور والتي جاء فيها النص على عقوبة القذف فيها نص صريح على أن الضرر المعنوي في نظر الشريعة معتبر بالمقياس الشرعي والاجتماعي وأنه قد يكون بحسب نوعيته أشد وأعظم في الميزان الشرعي من الأضرار المادية الكبرى فإذا ارتكبه إنسان عدواناً وافتراء استحق القمع في الدنيا والعذاب في الآخرة حتى قد يصبح من الملعونين في الدارين ويفيد النص هنا بمنطوقه أن موجب الضرر المعنوي هنا هو العقوبة لا التعويض المالي .
2. أن النصوص الواردة في حرمة الأموال والدماء والأعراض تعتبر الأضرار المعنوية من المحرمات الكبيرة الإثم ويستفاد منها عد الشتم والقذف مثل التعدي على النفس والحقوق بسفك الدماء وأكل المال، وكل ذلك يفيد أن هذا النوع من الضرر يوجب تدابير زجرية لإزالته ومحو آثاره.
3. أما نص الأثر المروي عن عمر بن الخطاب مع الحلاق فإن ما يستفاد من هذه الحادثة أن إخافة الإنسان إذا ظهر لها أثر مادي فإنها توجب الضمان عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه ويؤكد النص السابق في قصة المرأة التي أرسل إليها عمر، وقد اختلف الفقهاء من بعده فيما إذا كانت الإخافة توجب

1- سورة البقرة. الآية: 194

2 - وهو ما ذهب إليه: أسامة عبد السميع السيد في التعويض عن الضرر الأدبي. ص180 و عبدالله مبروك النجار في الضرر الأدبي و مدى ضمانه... ص360

3- مصطفى الزرقاء، الفعل الضار. ص19 وما بعدها.

التعويض المالي أولاً توجهه، هذا ويرى الأستاذ الزرقاء أن إحقاق الإنسان ليست من قبيل الضرر المعنوي بل هي ضرر مادي .

وقد جاء بنصوص في القدرح و الهجاء منها أن عمر وعثمان رضي الله عنهما كان يعاقبان على الهجاء، ونقل أن علياً رضي الله عنه قال في رجل يقول للرجل يا خبيث، يا فاسق، قال ليس عليه حد معلوم يعزره الولي بما رأى... منها أيضاً قصة الخطيئة¹ مع عمر بن الخطاب الذي اشترى منه أعراض المسلمين بأربعة آلاف درهم مشروطاً عليه أن لا يهجو أحداً، واستنتج أن الخلفاء الراشدين عاقبوا على الأضرار المعنوية لكن بغير طريق التعويض المالي. وأن مدى المسؤولية عن الضرر المعنوي يعود إلى تقدير الحاكم ما لم تبلغ حد القذف الشرعي المقرر عقوبته بنص، كذا وأن تكذيب النفس علناً يعد في بعض الأحيان إزالة لعين الضرر المعنوي.

4. بالإضافة إلى ما سبق فإن الأستاذ الزرقاء² قد رد على الحجج التي ساقها المؤيدون لفكرة تعويض عن الضرر المعنوي، فرأى أن ما استشهد به هؤلاء ليس من الضرر المعنوي في شيء، فالألم والشين وفوات الزينة الطبيعية... كلها أضرار مادية لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها، ولا تصلح بحال للاحتجاج شرعاً على التعويض المالي للضرر المعنوي، وأنه لاحظ أن بعض ما يوصف تساهلاً بأنه ضرر معنوي هو في الحقيقة ضرر مادي يمكن تعويضه وفق القواعد الشرعية في تعويض الأضرار المادية، و عد الأستاذ منها، كل من إيقاع الألم بالضرب أو اللطم ولو لم يترك أثراً ونقص جمال عضو من الأعضاء. أما الضرر المعنوي الذي له انعكاسات مالية فيقبل التعويض كأى ضرر مالي مثله اتهام طبيب بالجهل بالطب أو اتهام تاجر بأنه عديم الأمانة أو أنه على وشك الإفلاس...، مما يصرف عن التعامل معه ويضر بمورده المالي.

5. تضافر النصوص الشرعية على التأكيد بشدة على تحريم الشريعة للأضرار المعنوية وأن حد القذف واضح، لكن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الأضرار المعنوية إنما هو التعزير الزاجر وليس التعويض المالي إذ لا تعد الشريعة شرف الإنسان وسمعته مالا متقوما يعوض بمال آخر إذا اعتدي عليه.

6. والقول بأن التعزير المالي لمن أضر بالغير معنويًا يوجب أن يذهب إلى خزنة الدولة لا إلى جيب المتضرر وهذا ما لا يقولون به وليس مراد المستدلين بجواز التعزير المالي.

وعليه فلا يرى مبرراً لإصلاحياً لمعالجة الضرر المعنوي بالتعويض المالي، مادامت الشريعة قد فتحت مجالاً واسعاً لقمعه بالزواجر التعزيرية، وأما ما استدلل به فليس فيه حجة مقنعة القول بأن تطور أنماط الحياة

1 - الخطيئة: ... - 45 هـ = ... - نحو 665 م. جرول بن أوس بن مالك العسبي، أبو ملكية: شاعر مخضرم، أدرك الجاهلية والإسلام.

كان هجاءً عنيفاً، لم يكذب يسلم من لسان أحد. وهجا أمه وأباه ونفسه. وأكثر من هجاء الزبير بن بدر، فشكاه إلى عمر بن الخطاب، فسجنه عمر بالمدينة، فاستعطفه بأبيات، فأخرجه ونهاه عن هجاء الناس، فقال: إذا تموت عيالي جوعاً! له ديوان شعر انظر: الزركلي، المرجع السابق. ج2 ص118.

2- مصطفى الزرقاء، الفعل الضار. ص122 و ما بعدها

المعاصرة يجعل الاستمرار في قمعه تعزيراً غير ذي جدوى، فإن الأمر بالعكس، فقبول مبدأ التعويض المالي عن الضرر المعنوي له محذور واضح هو أن مقدار التعويض اعتباطي محض لا ينضبط بضابط بينما يظهر في أحكام الشريعة الحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض وهذا متعذر هنا وكثير من الدعاوى وأقضية يحكم فيها بالملايين لقاء مزاعم أضرار معنوية تافهة.

تعليق ومناقشة: يلاحظ أن ما ذكره الشيخ الزرقاء لا يسلم من التعليق:

فالقول بجبر الألم الناتج عن المساس بالشرف بالحد، والحد كاف في إزالة الضرر المعنوي ومحوه، قول سليم لكنه لا ينفي تدابير أخرى تقوم عند تخلف شروطه، أو عند من قال بأنه حق للعبد وعندها يجري فيه العفو كما يجري فيه الصلح، وهو ما نقل عن مذاهب فقهية معتبرة، وعليه لا يمنع من أن يلجأ الحاكم بما خول في الجرائم التعزيرية إلى الحكم بالتعويض في حال تعذر قيام الحد وفي كل منها جبر للمقذوف وشفاء لغليله.

وأما القول بأن ما نقل عن بعض فقهاء الشريعة أن في الألم تعويض هو من باب الضرر المادي فإنه قول فيه تجاوز لحقيقة مصرح بها أن المراد بالحكومة: الألم وليس غيره من الجراحات، والحقيقة أن الألم متصل بالجراحات. وهو بذلك لا يخرج عن مسمى الضرر المعنوي، لأنه - كما سيأتي بيانه - فإن الضرر المعنوي نوعان، أحدهما: الضرر المعنوي ذو الأصل المادي وهو المقصود هنا، وهو أحد نوعي الضرر المعنوي في اصطلاح الفقهاء والقانونيين على حد سواء.

والقول بأن التعزير بالمال يعود لخزينة الدولة في حال الإضرار، هو على غير ما استدل به المؤيدون، فحكم عثمان رضي الله عنه وحكم عمر بن الخطاب وما قال به علي رضي الله عنه كلها أحكام عادت مقتضياتها إلى المتضررين وليس إلى خزينة الدولة. ومن ثم فليس المقصود به التعزير للردع بقدر ما روعي فيه جبر خاطر المتضرر.

وأخيراً، فالقول بأن مقدار التعويض لا ينضبط بضابط فإن الظاهر يوحي بذلك لكن حقيقة الأمر أنه مرتبط بالسلطة التقديرية للقاضي وهو يحكم بالمقدار الذي يرى في وسيلة لجر ما لحق المضرور من أذى، وهذا أمر يحدده المكان والزمان وشخص المضرور. فما تعانیه امرأة من تعريض يختلف في أثره اجتماعياً و نفسياً عن ما يعانیه الرجل من التعريض نفسه، وما يضر الطبيب والمسئول من التشهير لا يعانیه الإنسان البسيط .

وقد أضيف في الاعتراض على ضمان الضرر المعنوي أنه من باب أخذ المال على العرض وهذا لا يصح كما في القذف وهو من أعظم الأضرار المعنوية ومع ذلك فقد نص الفقهاء على عدم جواز المصالحة عنه بالمال، والمثل العليا تأبى أن يساوم الشخص على شرفه وعرضه. ويمكن رد ذلك بما يلي:

القول بالتعويض في جرائم القذف لا يعني أن المضرور يصلح الجاني على مال مقابل التنازل عن حقه في العقوبة، بل أن التعويض يقوم حتى مع تجريم الجاني بجناية القذف والسب ويأتي التعويض جبراً للخاطر المضرور، ولا يعني أيضاً أن يقدم على حد القذف بل أن الحكم به عند من قالوا بجوازه يكون عند تعذر الحد وسقوطه لشبهة عندها يكون من باب التعزير والحكم فيه يكون بكل ما يراه الحاكم رفعا للضرر سواء التعزير بالمال أو بغيره.

والتعويض عن ما يلحق المضرور من أذى في شرفه وعرضه لا يعتبر مساومة بل هو وسيلة للترضية وجبراً للخاطر، ثم إنه ليس الوسيلة الوحيدة في جبر هذا النوع من الضرر بل فيه الاعتذار ورد الاعتبار وتكذيب النفس... الخ

وعليه أمكن القول أن ضمان الضرر المعنوي ليس في الفقه الإسلامي ما ينافيه إذا روعي فيه قواعده المعتمدة في الضمان ولم يتقدم الجزاءات المقررة فيه في مختلف صورته فلا يتقدم حد القذف بأي حال ولا يسقطه، فلا يرفض مطلقاً ولا يتوسع فيه على الإطلاق.

المطلب الثاني: مشروعيته جبر الضرر في القوانين الوضعية.

اختلفت كلمة رجال القانون حول جبر الضرر المعنوي، وحول مشروعية التعويض من عدمها في القانون الوضعي، وذلك لاعتبارات متعددة ظلت محل رفض من لدن كثير من فقهاءه وعليه يكون هذا المطلب في التطور التشريعي للضرر المعنوي ثم الآراء المختلفة في القول بجبره.

الفرع الأول: التطور التشريعي للضرر المعنوي في القوانين الوضعية.

لقد كان اختيار هذه التشريعات انتقائياً وعلى سبيل الحصر، فالقانون الروماني هو المعين الأساسي الذي استقت منه معظم التشريعات مبادئها وإليه تعود كثير من النظريات القانونية والفقهية بما فيها قواعد المسؤولية، أما القانون الفرنسي فهو حلقة الوصل بين التشريعات الحديثة والقانون الروماني وهو أيضاً مصدر كثير من التشريعات العربية، بما فيها التشريع الجزائري، فهو أولى بالدراسة من غيره من التشريعات، كما أن التشريع المصري لا يقل أهمية من حيث كونه قد تأثر في كثير من مبادئه بالقانون الفرنسي وأثر بدوره في القانون الجزائري.

أما باقي التشريعات فبالإضافة إلى تعددها فهي متوسعة بحيث يتعذر جمعها في هذه المذكرة، مع العلم أنها لا تختلف عن ما جاء به القانون الروماني في القوانين القديمة وما جاء به القانون الفرنسي في القوانين الغربية وكذا بالنسبة للقانون المصري في القوانين العربية.

البند الأول: الضرر المعنوي في القانون الروماني.

لقد تميزت المسؤولية المدنية في القانون الروماني بمراحل تطورها¹ كما يلي:

1- ابراهيم دسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد و الاطلاق. دار النهضة العربية، القاهرة، دت. ص 19

لم يكن هناك مبدأ عام ينظم المسؤولية المدنية بل وجدت المسؤولية في حالات خاصة محددة؛ وفي تلك الحالات التي تقر فيها المسؤولية المدنية، لا يشترط الخطأ وإنما يكفي مجرد حدوث الضرر لإلزام المدعى عليه بتعويض المضرور. كما تميزت بوجود ارتباط بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية - خفت قوته تدريجياً - تمثل هذا الارتباط في الخلط بين التعويض المدني و العقوبة الجنائية. على أنه تجدر الإشارة إلى أن مبدأ: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يرتب حقاً في التعويض" كان مجهولاً في القانون الروماني. وقد عرف القانون الروماني الأضرار المعنوية حيث ألحق الاعتداء على الأشخاص بالسب والقذف وانتهاك الشرف بالجرائم الخاصة¹ وكانت تستوجب التعويض كالأضرار المادية، ثم توسع في اعتبار التعويض عن الأضرار المعنوية في العصور المتأخرة منه، ومنح دعوى التعويض لمن اعتدى على شرفه وشرف أبنائه أو شرف زوجته أو رقيقه، ومنح الدعوى للأب نتيجة إغواء أحد أبنائه، وللوصي له في حالة التشهير بالوصي والاعتداء على جثمانه، ولمن كان يعاني بسبب ما أصابه من جرح، حتى وإن لم يؤثر على قدرته على العمل ولمن أودى في معتقداته الدينية، ولمن حرم من الهدوء والطمأنينة التي كان يتمتع بها؛ وفي مجال العقود للدائن المتضرر من عدم تنفيذ العقد وإن لم يرتب ذلك إلا ضرراً معنوياً، وعليه فقد طبق القانون الروماني مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي معترفاً بوجود قيم غير مالية جديرة بالحماية للإنسان.² على أنه يلاحظ أن القانون الروماني لم يفصل فكرة العقاب عن التعويض فمختلف الدعاوى التي كانت معروفة في القانون الروماني بقيت إلى أواخر عهده تنسم بطابعين: ترضية المضرور و معاقبة المسئول في ذات الوقت. ولم يكن يفرق بين المسئوليتين في القول بالتعويض عن الضرر المعنوي، بل كان يشمل المسؤولية التقصيرية والعقدية معاً.³

1- معلوم أن القانون الروماني . قانون الألواح الاثني عشر . قد فرق بين نوعين من الجرائم : عامة و تتمثل بخيانة الدولة و الحريق المتعمد و القتل و الادلاء بشهادة كاذبة و الحرب من الجنديّة . يلحق بما الاعتداء على الآلهة أو على الديانة أو على أماكن العبادة و تقام الدعوى بشأن هذه الجرائم من قبل أي فرد من مواطني الدولة الرومانية، وتوقع العقوبات على الفرد المسئول عنها من قبل الدولة. أما الجرائم الخاصة فقد حددت بالسرقة، والاضرار بأموال الغير ، وعدم الوفاء بالدين و الضرب و الجرح . وترفع الدعوى بشأن هذه الجرائم الخاصة يتم من قبل من يرتكب ضده أي جريمة من الجرائم المذكورة. (علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها. ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 1422هـ. 2002م. ص 331

2- اهرنج، روح القانون الروماني الفقرة 53. I hering- Esprit du droit romain-no53. نقلها عنه: ياسين محمد يحيى، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي. دار النهضة العربية، القاهرة، 1991. ص2

3- مقدم سعيد، المرجع السابق. ص60

البند الثاني: الضرر المعنوي في القانون الفرنسي.

يعتبر القانون الروماني المصدر التاريخي للقانون الفرنسي، ولا شك أنه تأثر بمبادئه بما فيها موقفه من الضرر المعنوي و تطبيقاته، وفي القانون الفرنسي تميز مرحلتين: الأولى الضرر المعنوي في القانون الفرنسي القديم. و الثانية في القانون الفرنسي الحديث.

الفقرة الأولى: الضرر المعنوي في القانون الفرنسي القديم.

لقد كان للقانون الفرنسي وفقهائه الدور البارز في تطوير مبادئ المسؤولية المدنية وفيها نضجت فكرة الضرر المعنوي، والتي ساهمت فيها الآراء المختلفة، أحيانا والمتضاربة في أغلبها حول أساس تعويض هذا النوع من الضرر وتطبيقاته وقابليته للتعويض.

بداية أقر الفقهاء الفرنسيون بالتعويض عن الضرر المعنوي واقتصرُوا في جوازه على المسؤولية التقصيرية دون العقدية ظنا منهم أن هذا هو حكم القانون الروماني¹ حيث تزعم هذا الرأي الفقيهان دوما وبوتيه، ثم استثنا حالة واحدة يستطيع فيها الدائن المطالبة بالتعويض وهي حالة قيامه بإثبات أن ضررا ماليا لحقه من جراء ذلك،² وكان لرأيهما أثر على القانون الفرنسي الصادر عام 1804م، كما أن كثير من الفقهاء الفرنسيين قد حذو حذوهما في رفض التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية.

وجاء نص المادة 1382 من القانون المدني الصادر سنة 1804 م: "كل خطأ مهما كان، يأتيه الإنسان يسبب للغير ضررا يلزم من تسبب فيه التعويض". هذا النص جاء عاما وغامضا، وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون فإن المشرع قد سكت عن التعويض عن الضرر المعنوي مما جعل الفقهاء يختلفون في إقرار المبدأ التعويض عن الضرر المعنوي بين مؤيد ومعارض.³

ومع ذلك لم ينتف العمل بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، إذ أقر القضاء الفرنسي مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ووطده في أحكام كثيرة صدرت وفيها إقرار واضح بالتعويض عن الضرر المعنوي كما المادي، سواء كان الاعتداء على السمعة والاعتبار أو إيذاء للمشاعر الدينية أو اعتداء على حقوق الأسرة⁴، ومنها: الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في 15 يونيو 1833م التي جاء فيها

1- السنهوري، الوسيط. المجلد 2 الجزء الأول. ص982

2 -Mazeud ,H et L.et Tunc ,A .Traité théorique et pratique de la responsabilité Civile en droit Français.;ed1966et ed 1977supra . Tom 6 ,p 299

3- تأتي الإشارة إليه لاحقا في الاتجاهات الفقهية المختلفة حول مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي.

4- فصل في نقلها عن "جيو" المجموعة العالمية للقضاء ج4 ص193، ياسين محمد يحيى، مرجع سابق. ص27-31

النص صريحا في التعويض عن الضرر المعنوي، إذ أقرت محكمة النقض في قضية منافسة غير مشروعة لصيدلي مؤسسة رأبها على أن نص المادة 1382 مدني لا تحدد الضرر في الجانب المادي والمالي.¹

الفقرة الثانية: الضرر المعنوي في القانون الفرنسي الحديث.

على الرغم من أن النص قد جاء عاما في التعويض فقد أثار بداية كما سبق ذكره خلافا بين اعتباره أساسا للتعويض، وبين الاقتصار فيه على نوع من المسؤولية دون الأخرى، ولم يكن موقف القضاء الفرنسي واحدا منذ بدء تطبيق التقنين المدني في مطلع القرن التاسع عشر وحتى اليوم، فالأضرار المعنوية التي يعرض عنها في الوقت الحاضر لم تكن قابلة للتعويض فيما مضى، وكانت تعتبر من الأضرار المألوفة الملازمة للحياة .

على كل فقد استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالتعويض عن هذا النوع من الضرر وإن لم يكن هناك نص صريح عليه في القانون، خاصة بعد صدور حكم الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية عام 1863م، نقض جنائي في 20 فبراير 1863م... أما القاضي الإداري فقد أقر بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء على السمعة والمتعلق بالحق المعنوي للكاتب على مؤلفه؛² وانتصر الرأي القائل بالتعويض عن الضرر المعنوي من غير تفرقة بين وجوبه في المسؤولية التقصيرية دون العقدية، فضلا عن مشروعية مبدئه في الأساس؛ حتى أنه أعطي الحق في التعويض لصاحب حيوان تألم لفقدانه.³

البند الثالث : الضرر المعنوي في القانون المصري.

لقد كان لغياب النص عنه في القانون القديم (الصادر عام 1883م) أثره على الفقه والقضاء، حيث رفضت كثير من الأحكام القضائية الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي، جاء في الوسيط للسنهوري: " أن محكمة قنا الاستثنائية قضت بأن الشرف لا يقوم بمال... وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يستحق تعويضا أدبيا إلا من احتل نظام معيشته بسبب موت المضرور... لكنه ما لبث أن استقر على

1- PIERRE SARGOS Indemnisation des victimes de l'amiante(semaine sociale Lamy .20avril 2009.N°1396).P8

(على الخط) 2009/10/10 www.wk-rh.fr/actualites/upload/SSL1396_Forum.pdf

2- Christine Cormier,Le préjudice en droit administratif français-étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques.(pris de thèse de l'université de Paris II),p 158.

3- François Terre.Philipe Simler.Yves Lequette,Droit civil, Lesobligations . DALLOZ 8° ,edition 2002 .P691

جواز التعويض عن الضرر المعنوي ومن أمثلته: القضاء باستحقاق الزوجة تعويضا عن الضرر المعنوي لهجر زوجها وهذا غير النفقة (8 ديسمبر سنة 1904 م المجموعة الرسمية 10...¹).
ومنها أيضا الحكم الذي نص فيه على أنه: "يصح أن يكون الضرر المعنوي أساسا للحكم بالتعويض، ومثال ذلك الضرر الذي يلحق الأب بسبب موت ابنه". (محكمة الاستئناف مصر الأهلية في 1910/3/17 المجموعة الرسمية 11...²) كما حكمت نفس المحكمة بأن: "... الضرر المعنوي يصلح أن يكون أساسا للحكم بالتعويض كلما كان ناشئا عن فعل غير مشروع، وأن نشر الحكم في إحدى الجرائد على نفقة المحكوم عليه يعتبر كجزء من التعويض... وعليه فقد استقرت أحكام المحاكم الأهلية على جواز التعويض عن الضرر المعنوي مع الأخذ بعين الاعتبار ألا يكون هذا التعويض وسيلة للإثراء أو الاستغلال².

وقد استقر الفقه والقضاء على جواز التعويض عن الضرر المعنوي وأكدته التقنين المدني الجديد في المادة 222 منه، حيث نصت على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي أيضا... وبذلك وضع الضرر المعنوي من حيث إيجاب التعويض على قدم المساواة مع الضرر المادي وذلك سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية لأن النص ورد في باب الالتزام بوجه عام³.
البند الرابع: الضرر المعنوي في القانون الجزائري.

لم ينص القانون المدني الجزائري في بداية على الضرر المعنوي كما هو الحال في القانون المصري وكثير من التشريعات العربية⁴ حيث جاء في القانون المدني الجزائري (الصادر عام 1975) المادة 124 منه على: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".⁵ ويلاحظ أن نص هذه المادة باللغة الفرنسية (قبل التعديل) منقول حرفيا من المادة 1382 مدني فرنسي⁶؛ وسكوت المشرع نصا عن التعويض عن الضرر المعنوي، رأى فيه بعضهم⁷ نقضا

1- السنهوري، الوسيط. المجلد الثاني، الجزء الأول، هامش ص 985

2- ياسين يحيى، المرجع السابق. ص 124-125

3- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني. ص 161

4- القانون السوري نص عليه في المادة 1/223 مدني سوري، وفي الأردن نص عليه في القانون المدني الصادر عام 1976 في المادة 267، وكذا في القانون المدني العراقي في المادة 205 منه وكذا قال به قانون الموجبات اللبناني المادة 2/143 ومثله القانون المدني الكويتي حيث تضمنته المادة 1/217 منه/ وعليه سار المشرع التونسي (82-83/1 قانون مدني تونسي) و المشرع المغربي 1/77 من المدونة المغربية. انظر مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المرجع السابق ص 126 وما بعدها.

5- وقد عدلت المادة 124: "كل عمل أيا كان يرتكبه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"

6- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الالتزام - ط 2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2004م. ص 89.

7- مقدم سعيد، المرجع السابق. ص 130- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية، ديوان

المطبوعات الجامعية الجزائر 1999م ج 2. ص 151

في التشريع خاصة وقد أحال في المادة 131 مدني والمتعلقة بالتعويض إلى المادة 182 من القانون نفسه، فالخسارة اللاحقة و الكسب الفائت اللذان تكلم عنهما المشرع هما عنصرا الضرر المادي وعليه فقد قصر التعويض على الضرر المادي دون المعنوي، حيث لم يرد ذكر للضرر المعنوي لا في المسؤولية التقصيرية ولا العقدية¹، بل إن منطوقها يدل على أن المشرع لم يترك مجالاً للشك أنه قد استبعد الضرر المعنوي من مجال التعويض، ويؤكد التوجه الاشتراكي الذي كانت عليه الدولة وقت صدور القانون، حيث سارت في موقفها من الضرر المعنوي ما كانت عليه بعض التشريعات التي تتزعم هذا التوجه كالاتحاد السوفياتي سابقا والصين.

لكنه نقص ناقض فيه المشرع التقنيات الأخرى - غير القانون المدني - التي أصدرها كما سيأتي بيانه. مما حدا بالأستاذ علي علي سليمان إلى تأكيد تبني المشرع لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي وأن عدم النص عليه صراحة في القانون المدني لا يعني رفض فكرة المبدأ ولا يرى فيها تناقضا، بل هو من قبيل العموم الذي يشمل الضرر بنوعيه وعليه يستوجب التعويض متى تحققت شروطه دونما تخصيص لنوع من الضرر دون الآخر².

على كل لم يعد هناك داع للقول بأن الأمر فيه تناقض ونقص إذا علمنا أن المشرع قد نص عليه صراحة برقم المادة نفسها السابق ذكرها في القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005) حيث جاء في المادة 182 مكرر منه على: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

والحقيقة أن الضرر المعنوي كمبدأ قد أخذ به المشرع قبلا وأيده بنصوص تشريعية مختلفة، كما أيدته التطبيقات القضائية؛ فمن الناحية التشريعية، جاء في المادة 47 من القانون المدني: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون لحقه من ضرر." وجاء في المادة 48 منه: "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر، ومن انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"؛ والاعتداء على الحقوق الشخصية والاسم ترتب غالبا ضررا معنويا وقد كان النص فيها على إيجاب التعويض حال إثبات الاعتداء والضرر.

1 - المادة 182 مكرر مدني نصت على: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب."

2- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام. ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م. ص166

كما نصت المادة 3 الفقرة 4 من قانون الإجراءات الجزائية (صادر سنة 1966م المعدل و المتمم بالقانون رقم 04-14 المؤرخ في 10/11/2004).¹ على : "تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية... "وقد دلت بذلك على أن القاضي الجزائري يحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي، وهو اختصاص استثنائي على اعتبار أن القاضي الجزائري ينظر في الدعوى العمومية، وأن الأصل يعود إلى القاضي المدني في النظر في الدعوى المدنية، فهو المخول ابتداء والمختص أصلا في النظر في هذا النوع من الدعاوى، ولم يكن ليتصور أن المشرع يمنعه عن المختص فيه أصلا ويبيح له لمن أعطي له استثناء، وعليه أمكن القول أن المشرع يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي تطبيقا في المسائل المدنية.

ونص في قانون العمل (رقم 78-02 و الصادر بتاريخ 05/08/1978م)² على ما يلي: "يضمن القانون حماية العامل أثناء ممارسة عمله من كل أشكال الإهانة والقذف والتهديد... كما يضمن له عن التعويض عن الأضرار المادية والمعنوي التي تلحق به." ونص عليه في قانون الأسرة (الصادر سنة 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 بتاريخ 27 فيفري 2005 م)³، حيث نصت المادة 5 الفقرة 2 على أنه : "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي جاز الحكم بالتعويض".

كما أشار إلى أصحاب الحق في التعويض عن الضرر المعنوي ناتج عن ضرر الموت في قانون خاص والمتعلق بالزامية التعويض عن السيارات والتعويض عن الأضرار الذي صدر بقانون (رقم 88-31 المؤرخ في 19/7/1988 المعدل المتمم للأمر 74-15 الصادر في 30/01/1974).⁴

أما قضاء، فقد استقر القضاء على الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي منذ الاستقلال، وحتى قبل صدور القانون المدني بتاريخ 26/9/1975⁵، فقد عوض مجلس قضاء مستغانم زوجة طردت بعد ثلاثة أيام من زواجها بحجة أنها غير بكر⁶ وهذا ضرر معنوي تمثل في المساس بالشرف. ومثال الضرر المعنوي ما

1- الجريدة الرسمية رقم 71 لسنة 2004

2- الجريدة الرسمية رقم 32 لسنة 1978

3- الجريدة الرسمية ، عدد رقم 15 لسنة 2005.

4- صدر في الجريدة الرسمية عدد رقم 29. الصادرة بتاريخ 20-7-1988 في الملحق احدد لجدول التعويضات الممنوحة لضحايا

حوادث المرور الجسمانية أو لذوي حقوقهم البند "خامسا" ص 1074

5- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام. ص 168 وما بعدها

6- مجلس قضاء مستغانم بتاريخ 14/11/1968 نقلا عن بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام. ص 152

قضت به محكمة العليا، بدفع تعويض عن الشعور بالألم من جراء موت ابن في حادث مرور وكذا ما نتج عن ارتكاب جنحة القتل الخطأ وعدم وجود رخصة قيادة¹.

وفي اجتهادات مجلس الدولة، فقد أيد قرارا صدر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء أدرار ألزمت فيه قطاع الصحة بأدرار بدفع تعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق سيدة تعرضت لأخطاء طبية في الجراحة التي خضعت لها أدت إلى وفاة وليدتها وإصابتها بعاهة مستديمة تمثلت في حرمانها من الإنجاب.² فهذه أمثلة دلت على أن المشرع الجزائري قد أخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي وأيده الاجتهاد القضائي، حتى وإن أثارَت المادة 124 ق م غموضا في المسألة بداية، فقد تبدد بنص المادة 183 مكرر³ التي نص عليها التعديل 07-10⁴ حيث نصت عليه صراحة فضلا عن كثير من الاجتهادات القضائية التي أكدت هذا الاتجاه.

الفرع الثاني: مبدأ قابلية الضرر المعنوي للتعويض (المؤيدون والمعارضون).

لقد أثارَت مسألة التعويض عن الضرر المعنوي جدلا فقهيًا، في الفقه الفرنسي خاصة، تمثل الخلاف حول الأخذ بالتعويض المالي عن الضرر المعنوي عموما، حيث رفضه بعضهم وناصره البعض الآخر، كما تحدد الاختلاف حول الاقتصار في القول به في المسؤولية التقصيرية دون العقدية، وقد ساق كل فريق السند الذي يعضد به رأيه والحجج التي تؤسس مذهبه، وعليه يمكن أن نتناول المسألة من منظورين، اتجاه المعارضين لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي جملة أو تفصيلا، واتجاه المؤيدين له مطلقا كما يلي:

البند الأول: الرأي المعارض لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي.

ونميز فيه عدة اتجاهات: اتجاه يقول بالرفض المطلق لتعويض عن الضرر المعنوي، واتجاه آخر يرفض تعويض الضرر المعنوي في بعض الحالات دون الأخرى، فيعوض المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية، ولا يعوض إلا الضرر المعنوي المرتبط بالضرر المادي، ولا يعوض إلا الضرر المعنوي المترتب على جريمة جنائية، ولا يعوض الجانب العاطفي للضرر المعنوي بل يعوض فقط ذلك المتعلق بالجانب الاجتماعي للذمة الأدبية⁵.

1- بتاريخ 1979/5/29 تحت رقم 399 غير منشور، نقلا عن بلحاج العربي، المرجع نفسه. هامش ص152.

2- مجلس الدولة الغرفة الأولى (19/04/1999، فهرس 54) آث ملويا لحسين بن الشيخ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة. دار هومة، الجزائر. 2002. م. ج1 ص101.

3- نصها: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرة أو الشرف أو السمعة".

4- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005

5- يذكر أن هناك تقسيم للضرر المعنوي منها ما يتعلق بالجانب الاجتماعي للذمة الأدبية و يشمل الضرر الذي يصيب الشخص في شرفه أو سمعته أو اعتباره. وقسم آخر يتناول الجانب النفسي للذمة الأدبية ويشمل ما يصيب الشخص في عواطفه وأحاسيسه، يضاف إليها

الفقرة الأولى : الرفض المطلق لتعويض عن الضرر المعنوي.

يرى أنصار هذا الرأي أن الضرر المعنوي بطبيعته غير قابل للتعويض، إذ أن نص المادة 1382 مدني الفرنسي من القانون الصادر سنة 1804م لم يأت فيها ذكر التعويض عن الضرر المعنوي، ثم إن التعويض المالي يناقضه، حيث أنه لا يكون إلا مقابل شيء يمكن تقويمه بالنقود والضرر المعنوي ليس كذلك فالشرف والسمعة لا يمكن تقويمها بالنقود ويتزعم هذا الرأي الفقيه سافيني¹ وماسان. وعليه فهذا النوع من الضرر غير قابل للتقدير حتى وإن كان كذلك فإنه يستعصى على القاضي ويكون تحكما²؛ وإذا كان الهدف من التعويض محو الضرر وإزالته وبالتالي إعادة المضرور إلى المركز الذي كان عليه قبل وقوع الضرر، فإن ذلك غير متحقق في الضرر المعنوي فالألم لا يزيله التعويض المالي ولا يستطيع المضرور أن يتناع مثيل شرفه الذي انتهك ومشاعره التي خدشت؛³ ثم إن التعويض المالي للضرر المعنوي يناهز مبادئ الأخلاق، ذلك أن المضرور يضطر إلى مناقشة بعض أسرار حياته التي يحرص على عدم الإفصاح عنها علنا حين المحاكمة، أضف إلى ذلك فإنه مما لا يتفق مع مبادئ الأخلاق أخذ المضرور مبلغا من النقود مقابل ما أصابه من ضرر فيأخذه بذلك ثمنا للألم، وعناصر الذمة الأدبية (الشرف والسمعة والاعتبار العواطف والكرامة) ليست سلعا تقوم بالمال.⁴

وقد تعرض هذا الرأي للنقد وكان الرد عليه من قبل المؤيدين وهو رد قام سندا في تأييدهم للتعويض عن الضرر المعنوي، فيرى هؤلاء أن القول بأن الضرر غير قابل للتعويض المالي لأنه لا يوجد نص صريح فيه، قول مردود، فعدم تخصيص نص للضرر المعنوي لا ينفي قابليته للتعويض ومعارضة المشرع له، بل العكس، فكلمة الضرر جاءت عامة ومن ثم تشمل الضرر المادي والمعنوي، وإذا كان التعويض المعنوي غير منصوص عليه بصريح العبارة فإنه لم يرفض صراحة.⁵

أضرار أخرى لا تندرج تحت هاذين القسمين منها ما يصيب الشخص في معتقده... أنظر تفصيل أكثر: ياسين محمد يحيى، المرجع السابق ص12 وما بعدها

1 - سافيني: savigney فريدريك كارل فون: قانوني و فيلسوف ألماني، ولد بفرانكفوت 1779م و توفي سنة 1861م، إليه يعود دراسة في القانون الروماني 1849، تولى زعامة المدرسة التاريخية. أنظر:

Petit Larousse illustrée 1986 p1679

. الموسوعة العربية الإلكترونية: <http://www.arab-ency.com/index.php>

2 - Yves chartier. la reparation du prèjudice. Dalloz , 1996. p35.

3 - Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Les obligations , t2 .Le fait juridique. 9 edition ...Armand colain , 2001. p130.

4 - ياسين محمد يحيى. المرجع السابق. ص51.

5 - مقدم سعيد، المرجع السابق. ص80

والقول بأنه لا يمكن تقويمه مردود-أيضا - فالقصد من تعويض الضرر المعنوي ليس تقويمه مالا بل معناه ترضية المضرور والتخفيف من آلامه يقول الدكتور السنهوري¹ : "لا يقصد بالتعويض محو الضرر المعنوي وإزالته من الوجود لأن الضرر المعنوي لا يمحى ولا يزول بتعويض مادي ولكن يقصد به أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر المعنوي فالخسارة لا تزول ولكن يقوم بجانبها كسب يعوض عنها، وعلى هذا يمكن تعويض الضرر المعنوي، فمن أصيب في شرفه واعتباره جاز أن يعوض عن ذلك بما يرد اعتباره بين الناس وأن مجرد الحكم على المسئول بتعويض ضئيل ونشر هذا الحكم لكفيل برد اعتبار المضرور، ومن أصيب في عاطفته وشعوره إذا حصل على تعويض مالي فتح له أبواب الموازنة تكفكف من شجنه؛ والألم الذي يصيب الجسم يسكن من أوجاعه مال يناله المضرور يرفه به عن نفسه." ²

والقول بأن هناك صعوبة في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي وتقديره إن أمكن يكون تحكما، رد بأن: كثير من حالات الضرر المادي تواجه هذه الصعوبة فلا يصح عدم تعويضه بحجة صعوبة تقديره، ثم أن يكون هناك مقابل ولو غير ملائم خير من لا شيء.³

أما القول بأن عرض المضرور للضرر وإثباته قضاء فيه مساس بمبادئ الأخلاق فرده أن تعويض الضرر المعنوي ليس فيه مساس بالأخلاق وإنما يتعلق بضرر وقع، ويجب التعويض عنه وأنه مما يتنافى مع مبادئ الأخلاق ويؤذيها ويؤلم النفس أن يترك هذا الضرر بدون تعويض.⁴

الفقرة الثانية: رفض التعويض عن الضرر المعنوي في بعض الحالات دون الأخرى.

ورأي آخر لا يمنع التعويض عن الضرر المعنوي مطلقا، بل يقولون به في بعض أحوال فقط وبشروط معينة، فأجازها بعضهم في المسؤولية التقصيرية دون العقدية، وهو الرأي الذي كان منتشرا في بداية الأمر في الفقه الفرنسي، وقد تزعم هذا الرأي الفقيهان: دوما وبوتييه، حيث ذهبوا إلى أن عدم تنفيذ العقد أو مخالفة

1 - السنهوري: 1312 1391-1391 هـ = 1895 - 1971 م. عبد الرزاق بن احمد السنهوري، الدكتور: كبير علماء القانون المدني في عصره. مصري. ولد في الإسكندرية. وتخرج بالحقوق في القاهرة (1917) واختبر في بعثة إلى فرنسا (1921) فحصل على (الدكتوراه) في القانون والاقتصاد والسياسة (1926) وتولى وزارة المعارف بمصر عدة مرات، ومنح لقب (باشا) واختير عضوا بمجمع اللغة العربية (1946) وعين رئيسا لمجلس الدولة بمصر (1949 - 1954). ووضع قوانين مدينة كثيرة لمصر والعراق وسورية وليبيا والكويت. وحصل سنة 1970 على جائزة الدولة التقديرية في العلوم الاجتماعية. وتوفي بالقاهرة. من كتبه: أصول القانون. و نظرية العقد في الفقه الإسلامي. و الوسيط. و شرح القانون المدني في العقود ومصادر الحق في الفقه الإسلامي. انظر: الزركلي، المرجع السابق. ج 3 ص 350.

2 - السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني الجزء الاول ص 984.

3 - Marcel Planiol, Georges Ripert. Traité pratique de droit civil français ; tome VII obligations deuxième partie (librairie de droit et de jurisprudence R. Pichon et Durand-Auzias. Paris 1954) p188

4- ياسين يحيى، مرجع سابق ص 57

شروطه وما ينشأ عنه من ضرر معنوي لا يعطي المضرور حق في التعويض عن هذا النوع من الضرر، فالالتزام بالقيام بعمل أو الالتزام بامتناع عن عمل فيه مصلحة مالية والإخلال بهذا الالتزام لا يكون إلا محل تعويض مالي.¹

على أن هناك من يرى أن هذا الرأي أسس على رأي قاصر كان يرى أن القانون الروماني - وهو المصدر التاريخي للقانون الفرنسي - لا يقول بالضرر المعنوي في المسؤولية العقدية، لكن هذا الرأي عارض بشدة ورأى في التفرقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في التعويض عن الضرر المعنوي قصور في إدراك الهدف من التعويض في المسؤولية، فحتى في المسؤولية العقدية فإن الضرر المعنوي قد يترتب على الإخلال بالالتزام، وهذا الضرر المعنوي له انعكاس على الذمة المالية، فالشيء الذي يجب تسليمه بمقتضى العقد له قيمة مالية يضاف إليها القيمة المعنوية (لوحة فنية، صورة للعائلة) وعدم تنفيذ العقد يمس بشرف الدائن وينعكس بطريق غير مباشر على مصلحته المالية، ومنها عدم تنفيذ الالتزام في عقد النقل مما يترتب مساسا بالذمة الأدبية للمسافر ويلحق الأذى في مشاعره كما إذا كان قد تأخر عن الوصول المحدد لسير جنازة كان عليه أن يضطلع فيه على بعض الأعباء.²

ثم إن القول بأنه المبدأ في القانون الروماني، فذلك قول من لم تصل إلى أيديهم نصوص العصر الأخير من عصور القانون الروماني التي كانت تسمح بالتعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن المسؤولية العقدية كما سبقت الإشارة إليه.³

ورأى غيرهم أنه يكون في الضرر المعنوي المرتبط بالضرر المادي، فلا يميزونه في الضرر المحض إذ الضرر المعنوي وحده لا يقوم أساسا للتعويض بل يجب أن يترتب عنه خسارة مالية، واقتصر غيرهم التعويض عن الضرر المعنوي المترتب على جريمة جنائية فإذا ترتب على الاعتداء عن سلامة الشخص وأمنه وعاطفته جاز الحكم بالتعويض أما غير ذلك فلا يحكم به، وعليه فالفعل الضار لا يوجب الحكم بالتعويض، فقط الجريمة الجنائية تكون سببا في التعويض عن الضرر المعنوي الذي ترتبه. فيما يذهب قول الثالث إلى أنه لا يعوض الجانب العاطفي للضرر المعنوي بل يعوض فقط ذلك المتعلق بالجانب الاجتماعي للذمة الأدبية، فوحده الاعتداء على الشرف والسمعة يعطي للمضرور فيهما الحق في التعويض، أما الآلام والأحزان فليست محلا للتعويض، فالأولى تقتزن غالبا بالضرر المادي، فالمساس بالشرف والسمعة يؤثر في مستقبل المضرور المهني ومستقبل أولاده، أما شعور الشخص وآلامه فأمر داخلي ولا يقوم بمال وإثبات

1- M. Planiol et G. Ripert .op cit .p187

2- عز الدين الديناصوري، المرجع السابق.ص445

3- أنظر مسألة التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الروماني.

وجوده من عدمه يعود إلى شخص المضرور وأن قبول هذا الإثبات يخالف قاعدة من قواعد الإثبات وهي أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه.¹

يلاحظ أن كل هذه الآراء تدور حول مبدأ واحد وهو رفض التعويض عن الضرر المعنوي المحض فالضرر المعنوي الذي لا يرتب ضرراً مادياً لا يكون محل التعويض، وقد ردت هذه الآراء لأنها ميزت بين الضرر المعنوي الذي يرتب إخلالاً بالذمة الأدبية وغيره من الأضرار المعنوية، وهو تمييز لا يقوم على أساس معقول، ولا يوجد أساس قانوني يعتمد عليه في هذا التمييز، أضف إلى ذلك فالشخص له الحق في الحماية وهو حق لا يثبت فقط لذمته المالية بل أيضاً ذمته المعنوية إذ يجب أن تكون محل حماية، وإخراج بعض أنواعها أو كلها من دائرة التعويض إنقاص من قيمتها فتكون بذلك محلاً للاعتداء.

البند الثاني: الرأي المؤيد لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي .

لقد قامت فكرة تأييد التعويض عن الضرر المعنوي واستقرت فقهاً وتشريعياً، حيث عمل المؤيدون على رد حجج المعارضين مع إبراز أهمية القول به، حيث بنى هؤلاء رأيهم على مسألتين: الدور الإصلاحي للتعويض عن مثل هذا النوع من الضرر، وجانب الجزاء الذي يقوم به فمن حيث الدور الإصلاحي، فالتعويض لا يكون بمحو الضرر وإزالته،² فذلك متعذر حتى في الضرر المادي فإتلاف مال لا مثيل له في السوق، وإتلاف عضو في جسد الإنسان أو قتل عزيز لا يعيده المال، لكن التعويض معناه الإصلاح والإصلاح هنا أن يوجد للمضرور ما يحصل به جبر خاطره ويخفف عنه آلامه في موازاة الضرر الذي لحق به، فالنقود تعطي ترضية تخفف من الألم وتساعد على تخطي كثير من الآلام خاصة تلك التي تحدثها الأضرار الجسدية والجمالية. ومن أصيب في عاطفته و شعوره -يقول السنهوري- إذا حصل على تعويض مالي فتح له أبواب تكفكف من شجنه.³

أما من حيث الجزاء، فالتعويض عن الضرر المعنوي هو سبيل لعدم ترك الأخطاء التي لا تترتب عنها أضرار مادية من غير جزاء، فوفاة شخص ميسور الحال بسبب حادث لا يرتب ضرراً مادياً لأرملته وأبنائه، وكذا في حال موت الشيخ العجوز أو الطفل الصغير فهل يعني ذلك ترك الفاعل من غير جزاء، ففي هذه الحال لا يقصد منه تعويض الضحية إنما معاقبة الفاعل.⁴

وترتب عن ذلك أنه لا مجال للفرقة بين الضرر المادي والمعنوي في وجوب التعويض ومن باب أولى التفريق بين حالات الضرر المعنوي، ثم إنه مجرد الحكم على المسئول عن الضرر بالتعويض ولو كان رمزياً

1 - راجع تفصيل أكثر : مقدم سعيد، المرجع السابق ص72- ياسين يحي، المرجع السابق 66.

2- J. flour et Aubert, opcit. p 130

3- السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني الجزء الأول ص983.

4- فواز صالحى، "التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم-دراسة مقارنة" مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية -المجلد22- العدد الثاني- 2006 ص281.

كفيل برد الاعتبار للمضروب، وإذا كان القاضي يواجه صعوبة في تقدير مبلغ التعويض عن هذا النوع من الضرر فليس الأمر بأقل مشقة مما قد يواجهه في حال الضرر المادي، ويمكن للقاضي أن يوجد شيء من الملاءمة التي يستوحىها من كل حالة، ثم إن الضرر المعنوي في العصر الحديث يختلط في غالب الأمر بضرر مادي يتمثل في نقص القدرة على الكسب لسبب تأثر الأحوال العصبية والنفسية للإنسان فالضرر المعنوي هو في ذاته ضرر مادي لأن الإنسان روح ومادة لا يتجزأ¹.
على كل فقد ساد القول المؤيد للتعويض عن الضرر المعنوي في كل الأحوال، وأخذت به جل التشريعات وعليه سار الفقه والقضاء.

المطلب الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في القول بالتعويض عن الضرر المعنوي.

رأينا أن كلا الاتجاهين كان له موقف من التعويض عن الضرر المعنوي، ما بين معارض ومؤيد، وقد أسس كل منهما ما ذهب إليه بحجج وبراهين، رد عليه الفريق الآخر بحجج وأدلة تؤيد رأيه وتدعم ما ذهب إليه، والمقارنة بينهما تقتضي بيان وجه الشبه والاتفاق ووجه الاختلاف والتمييز .

الفرع الأول: محل الاتفاق في القول بالتعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي و

القانون الوضعي.

يلاحظ أن كلاهما متفق على اعتبار الذمة الأدبية ورد أي اعتداء عليها، وأن جزاء هذا الاعتداء هو إزالته وجبره برد الحال إلى ما كانت عليه قبل الضرر متى أمكن ذلك، وعند تعذرهما يسار إلى ما يحقق جبر الضرر وترضية المضرور، وأن الخلاف وقع في الضرر المعنوي سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي حول التعويض عن الضرر المعنوي بالمال، أما غيره من طرق التعويض فلم تكن محل خلاف.

ولقد استند كلا الفريقين إلى أدلة نصية وعقلية في تأييد ما ذهب إليه رفضاً وقبولاً، فبينما أقام المؤيدون في الفقه الإسلامي رأيهم على نصوص من المصادر المعتمدة في الفقه الإسلامي وهي الكتاب والسنة والإجماع ثم عضدوا كل ذلك بأدلة عقلية، وجاء رد المعارضين على ذات النسق، وجدنا مثله في القانون الوضعي فقد استند كل فريق إلى أدلة في مقدمتها النصوص القانونية ومعها الاجتهادات القضائية بالإضافة إلى استدلالات عقلية تؤيد أو تعارض فكرة التعويض عن الضرر المعنوي.

هذا والنصوص التي اعتمد عليها كلا الفريقين لم تكن صريحة في تأييد المبدأ أو معارضته بل جاءت

عامة، ومن ثم رأينا أن المعارضين والمؤيدين حاولوا استعمال هذه النصوص لتأييد آرائهم، وعليه كان المؤيدون والمعارضون على قدم المساواة في هذا الاستدلال، مما حدا بكليهما أن يبحث على ما يؤيد رأيه في التطبيق العملي للنص .

1- الديناصورى، المرجع السابق .ص992

أضف إلى ذلك فقد اتفقت كلمة المعارضين في كلا الاتجاهين على جملة المحاذير تكاد تكون نفسها، كما اتفقت كلمتهم على النتائج التي يربتها القول بالتعويض عن الضرر المعنوي.

فأما المحاذير، فقولهم أن التعويض عن الضرر المعنوي فيه مقابلة حق معنوي غير قابل للتقدير بحق مالي، مما يخالف أسس الضمان عند هؤلاء والتعويض عند أولئك، ومنها أيضا أن التقدير في الحكم بالتعويض لا يكون منضبطا بل تحكما، وعليه ففيه انحراف عن العدالة وفتح باب للإثراء على حساب الغير بالتعبير القانوني وأكل مال الناس بالباطل بالتعبير الفقهي الإسلامي، كما اتفقت كلمتهم أيضا على أن أخذ تعويض عن الضرر المعنوي مناف للأخلاق والمثل العليا.

أما نتائج القول بالتعويض عن الضرر المعنوي فهي كما يلي: فالقول بالتعويض عن الضرر المعنوي عند كلا الفريقين يؤدي إلى حفظ الذمة الأدبية للأشخاص ومراعاة حقوقهم الشخصية وهذه هي المبادئ التي قامت عليها أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها وهي غاية القوانين الوضعية وعليها نصت في تقنيناتها ومواثيقها.

وقد ناقش المؤيدون ما سبق وساق كل من الفريقين ما يدعم رأيه ويدحض حجة الطرف الآخر مؤسسا رأيه على القواعد العامة التي يقوم عليها كل اتجاه، وهذه نقطة افتراق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الفرع الثاني: محل الاختلاف في القول بالتعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

من حيث المصطلح فإن الفقه الإسلامي لم يعرف الضرر المعنوي كمصطلح إذ لا نجده في النصوص الشرعية ولا في كتابات الفقهاء خاصة؛ حقيقة أن الضرر كلفظ عام متداول فيها بل إن قاعدة الضرر هي من القواعد الأساسية الكبرى في الفقه الإسلامي وأن معناه ثابت فيها وتطبيقاته جاءت بها كتب الفقهاء كما سبق بيانه، لكنه كمصطلح لم يعرفه الفقهاء المتقدمون بل جاء على لسان المتأخرين منهم بعد أن استقدمت القوانين الغربية إلى الدول الإسلامية؛ بينما عرفت القوانين الوضعية مصطلح الضرر المعنوي وتداولته في المؤلفات الفقهية مع ظهور المبادئ التي تقوم عليها المسؤولية المدنية خاصة، وقد كان معروفا في كتابات الفقهاء ومتداولوا في الأحكام القضائية حتى قبل صدور التقنينات به ونقصد هنا القانون الفرنسي، وعليه أمكن القول أن مصطلح الضرر حديث في الفقه الإسلامي و إن عرفته مبادئه و كتابات الفقهاء فيه.

يلاحظ أيضا أن الاختلاف من حيث الأدلة والأسس، وهذا أمر فرضته طبيعة كل منهما والأسس التي يقوم عليها فبينما يستند الفقه الإسلامي - معارضة أو تأييدا - للنصوص الشرعية و المبادئ العامة

للشريعة الإسلامية ويضع آراءه في إطارها و يزنهما بميزاتها ، فإن القانون الوضعي يستند أصحابه إلى نصوص القانون بالدرجة الأولى و إلى الأحكام القضائية ثم إلى آراء الفقهاء فيه.

أما من حيث طبيعة الضرر فكون المصطلح حديث في الفقه الإسلامي فقد عمل فقهاء الشريعة الإسلامية على استنباط ما يصدق على مصطلح الضرر المعنوي وتكييفه ضمن قواعدها تأييدا أو رفضا وبناء عليه فهو ضرر فيصدق عليه القواعد العامة للضرر، وهو متعلق بالجانب المعنوي لذمة الشخص وهذه لها أحكامها الخاصة فيه، أما في القانون الوضعي فالضرر المعنوي أحد نوعي الضرر وهو من أركان المسؤولية المدنية. أما كيفية رد الاعتداء على الذمة الأدبية، فالجزء في الفقه الإسلامي إما زجرا من خلال العقوبات المقررة في رد الاعتداء على الشرف خاصة وإما جبرا ترضية للمضروب وذهابا لغيظه، وعليه رأينا من يرفض القول بالتعويض عن الضرر معنوي لأن ما جاءت به الشريعة من عقوبات كافية لرد الاعتبار للذمة الأدبية؛ وفي القانون الوضعي التعويض عن الضرر المعنوي تجاذبته نظريتين كما سيأتي تفصيله نظرية الترضية ونظرية العقوبة الخاصة. وكلاهما لم يخرج التعويض عن دائرة الجزاء المدني.

وقد استقر الأمر في القانون الوضعي على القول بالتعويض عن الضرر المعنوي قانونا وفقها وقضاء، غير أنه لم يزل فريق من مهتمين بالدراسات في الشريعة الإسلامية يرفض فكرة التعويض عن الضرر المعنوي، وإن سارت كثير من التقنيات على النص عليه في قوانينها حتى تلك التي تستمد قانونها المدني بالأساس من الفقه الإسلامي كما هو الحال في القانون الأردني.¹

1 - رقم 43 لسنة 1976 حيث نصت عليه في المادة 267 مدني أردني ،فواز صالح، المرجع السابق ص 283.

المبحث الثاني: أساس جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القوانين الوضعية.

سبق وأن تكلمنا عن الاختلاف حول تقرير قابلية الضرر المعنوي للتعويض ورجح فيه قول المؤيدين، وذلك للأدلة والأسس التي اعتمدها فريق المنتصرين للضرر المعنوي والتي تقوم على إبراز وظيفة التعويض وإسقاطها على الضرر المعنوي، على أن التعويض كنظام قانوني بصورة عامة طرح إشكال في وظيفته كجزاء للضرر: هل هو الجزاء والزجر أم أنه الإصلاح والجبر؟ وهذا التباين ظهر بوضوح في الضرر المعنوي، فلإن كان تقديره في المادي يقوم على إحلال مال مكان مال، واستبدال نقود بنقود كفيل برفع الضرر بصورة عادلة، فإنه بعيد عن التصور في الضرر المعنوي، إذ هو إيجاد بديل لقيم معنوية غير قابلة للتقدير المادي بمعايير مادية بحتة، فكان على الرأي المؤيد أن يوجد تقارب بين رفع هذا النوع من الضرر والبديل الذي ليس من جنسه - إن صح التعبير - باعتماد إما نظرية العقوبة (الزجر والعقاب للمعتدي) وإما نظرية الترضية (الإصلاح و الجبر)، وهذا الاختلاف في اعتماد القول بالتعويض له مبرراته و تطبيقاته. ونظرية العقوبة الخاصة كما نظرية الترضية عرفت في الفقه الإسلامي كما أقامها فقهاء القانون كأسس لتعويض الضرر المعنوي ولكل منهما مسلكه وتطبيقاته. وعليه يقتضي منا تقسيم هذا المبحث إلى مطالب كالآتي:

المطلب الأول: أساس جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أساس جبر الضرر المعنوي في القوانين الوضعية.

المطلب الثالث : الموازنة بينهما.

المطلب الأول: أساس جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي.

ورد في الشريعة الإسلامية جزاءات الأفعال فيها إما جواير وإما زواجر؛ يقول ابن عبد السلام: "الجواير مشروعة لجلب ما فات من المصالح، والزواجر مشروعة لدرء المفسد."¹

هذا وإن كان لكل من الجواير والزواجر تأصيله وتطبيقاته² إلا أن معظم المسائل التي يقع فيها الجبر لا تخلو من الزجر وأغلب المسائل التي يكون فيها الزجر لا تخلو من الجبر¹. وإذا اتضح ذلك أمكن تكييف

1 - ابن عبد السلام، المرجع سابق. ص 181

2- وصفي عاشور أبو زيد، المرجع السابق. ص 40

أساس جبر الضرر المعنوي بين الإصلاح والعقوبة على اعتبار أنه جزاء فلا يخلو من أحدهما؛ وقد سبق القول، أنه حدث خلاف حول اعتبار تعويض الضرر المعنوي بالمال والذي يصطلح عليه في الفقه بالضمان، وأن جبره فيما عدا ذلك بكل الطرق والوسائل متفق عليه، فتكفي العقوبات التي قررها الشارع للذدف لرفع الضرر الواقع على الشرف، أما ما دونه من الاعتداء وما يصيب النفس من ألم جراء الاعتداء بالجرح و غيرها، وما يصيب العواطف جراء الفراق عن طلاق مثلاً . فالحكم به يكون وفقاً للقول بجواز التعزير بأخذ المال والحكومة في التعدي على الذمة الأدبية للشخص، وعليه يمكن اعتبار التعزير والحكومة أساساً للتعويض عن الضرر المعنوي، ويضاف إليها في غير حالات التعدي (مس السمعة والإيلام) فإنها لا تكون من التعزير بل حكم يقصد منه جبر الإيماش ورد الاعتبار والمواساة (حالة متعة المطلقة والترويع والتخويف).

الفرع الأول: جزاء الضرر المعنوي عقوبة.

المقصود بالعقوبة في الفقه الإسلامي : هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع، والغرض من العقوبة في الإسلام إصلاح الفرد وحماية الجماعة،² والعقوبات على اختلاف أنواعها (حدود وتعازير وقصاص) تأديب استصلاح وزجر،³ هذا التكييف للعقوبة هي الغاية التي سعى لها فقهاء القانون ولازال نداؤهم لاعتبار العقوبة إصلاح للجاني و ليس انتقام منه، لذلك كان الجزاء المدني (التعويض) غير الجزاء الجنائي في محاولة لتأكيد انفصال المسؤولية المدنية عن الجنائية، أما في الفقه الإسلامي فمهما اختلف نوع العقوبة فإن الغاية الأولى منها التأديب مع الإصلاح، وعليه نلاحظ ذلك التكامل بين قواعد المسئوليتين إلى حد التداخل مادامت الغاية واحدة وهي الإصلاح .

هذا ونجد من حاول تقسيم الجزاءات في الفقه الإسلامي بما يتكيف مع التقسيم القانوني المعاصر على سبيل المثال ما ذكره السنهوري في "مصادر الحق" حيث صنف العقوبات إلى جنائية: وتكون جزاء حق الله وهي عقوبة عامة تحددت في الحد والتعزير وعقوبات تكون جزاء حق العبد وهي إما عقوبة خاصة أو ضمان أو جزاء يدور بين العقوبة والضمان.

1- القرافي، الفرق. الفرق بين قاعدة الجوابر و الزواجر. ج 1 ص 213

2- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي. ط 6، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1405هـ-1985م. ج 1 ص 610-

3- أبو الحسن الماوردي، الأحكام السلطانية. تحقيق عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية، مصر. ص 401

فالعقوبة الخاصة، هي التعزير في حقوق العبد، والقصاص (في القتل العمد والجناية على مادون النفس)، والتي تدور بين العقوبة والضمان: الدية والأرش وحكومة العدل، وتكون في الجناية على مالا يمكن فيه المماثلة عمداً أو غير عمد ويترك تقدير الجزاء للقاضي.¹

والحقوق في الشريعة الإسلامية إما حقوق لله تعالى خالصة أو حقوق للعبد خالصة، أو حقوق فيها الشبهين، ويكون بعضها يغلب فيه حق الله تعالى والبعض الآخر يغلب فيه حق العبد، وإن كان الفقهاء على أنه لا يخلو حق لله تعالى من حق للعبد فيه، كما لا يستقل حق للعبد دون أن يكون هناك حق لله فيه. وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التي تمس مصالح الجماعة ونظامها، وأما حقوق الآدميين فتنشأ عن الجرائم التي تمس الأفراد وحقوقهم.

وحين ينسب الفقهاء الحق لله، يعنون بذلك أن الحق لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة، وتعتبر العقوبة في الشريعة حقاً لله تعالى كلما استوجبتها المصلحة العامة، وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم، فكل جريمة يرجع فسادها للعامة وتعود منفعة عقوبتها عليهم تعتبر العقوبة عليها حقاً لله تأكيداً لتحصيل المنفعة ودفع المضرة والفساد، لأن اعتبار العقوبة حقاً لله يؤدي إلى عدم إسقاطها بإسقاط الجماعة والأفراد لها،² وعليه فما قيل في جبر الضرر المعنوي يندرج في مسمى حق العبد ولا يمنع دخول الضمان فيه ولا غيرها من الجزاءات الجنائية كحد القذف وما دون حد القذف، ويضاف إليها القود في اللطمة وحكومة العدل التي جعلها الفقهاء جزءاً الألم في الجراحات. ومن ثم يمكن حصر العقوبة الخاصة هنا في حكومة العدل والتعزير بالمال تضاف إلى حد القذف والتعزير في ما دونه، فكلها تمثل جواهر للتعدي على الذمة المعنوية للإنسان وتفصيلها كما يلي:

الفقرة الأولى: حد القذف .

هو جزاء التعدي على شرف وعرض الشخص عقوبته الجلد ورد الشهادة والطرده من رحمة الله واللعنة—وهي تشبه الحرمان من الحقوق المدنية في العصر الحالي— وفي توقيعه حفظ لأعراض الناس، سنده قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾.³

وفي تقرير هذه العقوبة كما يقول سيد سابق: " حماية لأعراض الناس والمحافظة على سمعتهم وصيانة لكرامتهم وهو بهذا يقطع السنة السوء."⁴ ولا يتوقف اعتبار أعراض الناس عند القذف وعقوبته بل يشمل

1- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي. المجلد الأول، الجزء الأول. ص 48 و ما بعدها.

2- عبد القادر عودة، المرجع السابق. ج 2 ص 484

3- سورة النور : الآية 4

4- سيد سابق، المرجع السابق. ج 2 ص 294

أيضا سب الإنسان وشتمه، ففيه العقوبة دون الحاجة إلى بيّنة، ولأنه لا يمكن إثباته على كل الحال - لأن ما قاله ظاهره الكذب - فلا يطالب المعتدي بإثبات صحة ما قال؛ وكذلك من رمى شخصاً بما ليس معصية فلا يعفيه صحة القذف من العقاب، لأنه بالرغم من صحة قوله قد آذى المقدوف، والإيذاء محرم في الشريعة.¹

وتعتبر العقوبات التي قررتها الشريعة في حفظ الأعراض وسيلة لجبر الضرر الذي يلحق الشخص في ذمته الأدبية فبالإضافة إلى ما يحمله الجزاء الذي ترتبه من ردع للغير من التناول على أعراض الناس وشرفهم، فيه قطع للألسنة من التعدي على الغير ورد لاعتبار المقدوف والمشتوم، فعلاية العقوبة كفيل بجبر ما لحق المضرور معنوياً، وانتقال الحق في المطالبة بها إلى ورثة المقدوف سواء قذف حيا أو ميتا كفيل بجبر ما لحق المضرور معنوياً فيه اعتباراً للذمة الأدبية للشخص حيا كان أو ميتا.

الفقرة الثانية: حكومة عدل.

وسميت كذلك لأن تقديرها والحكم فيها يعود إلى اجتهاد القاضي، وتعرف بأنها: " ما لم يحدد له الشارع مقدارا معلوما وترك تقديره للقاضي، وحكومة العدل على الجاني فلا تتحملها العاقلة وتكون في ما لا قصاص فيه من جنایات على مادون النفس وليس فيه أرش مقدر، وفي تقديرها طريقتان الأولى: أن يقوم المجني عليه كما لو كان عبدا من غير شج أو جرح ثم يقومهما به فيجب بمقدار التفاوت بين القيمتين بنسبتهما من الدية للأحرار، وهذا طريق متعذر حاليا لانعدام الرق. والثاني أن تقرب الجناية إلى أقرب الجنایات التي لها أرش مقدر، وثالثة أن تقدر بقدر ما يحتاج إليه المجني عليه من أجرة الطبيب و ثمن الدواء حتى يبرأ² .

وعليه فحكومة العدل تكون فيما ليس فيه حد ولا دية ولا قصاص، لذلك يذكرها الفقهاء في التعدي على الإنسان كالجراحات وغيرها، ونذكر هنا ما كان في معنى الضرر المعنوي، وهي الاعضاء التي لا منفعة فيها كالعين التي لا تبصر واليد الشلاء والسن السوداء... الخ، فالتعدي عليها فيه ألم وذهاب جمال، وهو عين الضرر المعنوي، وقد نقل عن أبي يوسف في مختلف الأمثلة أن فيها إرش الألم أو حكومة الألم.³ ونقل ابن رشد قوله: "واختلفوا في عين الأعور التي لا يبصر بها، فروي عن زيد بن ثابت أنه قال: فيها مائة دينار. وعن عمر بن الخطاب أنه قال: فيها ثلث ديتها، وبه قال إسحاق⁴. وقال مجاهد¹: فيها نصف

1- عبد القادر عودة، المرجع السابق. ج 2 ص 455

2- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج 7 ص 5767 و ما بعدها

3- أبو بكر السرخسي، المرجع السابق. ج 26 ص 81. علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط 2، دار الكتاب

العربي، بيروت، 1402 هـ - 1982 م . ج 7 ص 324

4- إسحاق بن راهويه: 161-238 هـ = 778 - 853 م. إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي التميمي المروزي، أبو يعقوب ابن راهويه: عالم خراسان في عصره. من سكان مرو (قاعدة خراسان) وهو أحد كبار الحفاظ. طاف البلاد لجمع الحديث وأخذ عنه الإمام

ديتها. وقال مسروق² والزهرري ومالك والشافعي والنعمان أبو ثور³: فيها حكومة،... والذي عليه الفقهاء، مالك والشافعي والكوفيون ومن تبعهم، في الشم إذا نقص أو فقد حكومة.⁴ وهذه الأمثلة كلها، تدل على أن جزاء الضرر معنوي كان مالا يقدر باجتهاد القاضي يحكم به للمضروب.

الفقرة الثالثة: القود في اللطمة و في كل ما فيه ألم .

كما ذكر الفقهاء في غير الحكومة القود من اللطمة، قالت الحنفية والشافعية والمالكية ومتأخرو أصحاب أحمد⁵: إنه لا قصاص في اللطمة والضربة، وإنما فيه التعزير، فاللطمة والضربة لا يمكن فيهما المماثلة، والقصاص لا يكون إلا مع المماثلة؛ يقول ابن القيم: "ونظر الصحابة أكمل وأصح وأتبع للقياس، كما هو أتبع للكتاب والسنة، فإن المماثلة من كل وجه متعذرة، فلم يبق إلا أحد أمرين: قصاص قريب إلى المماثلة، أو تعزير بعيد منها، والأول أولى، لأن التعزير لا يعتبر فيه جنس الجناية ولا قدرها. ووجه الدلالة هنا أن الاعتداء بالطم في ألم وقد تعذر الاقتصار فيه لتعذر المماثلة (فيصير الحاكم إلى التعزير وعقوبته غير محددة إنما يراعى فيها ما يحقق رد اعتبار المعتدى عليه ونقل عن سعيد بن المسيب أنه حكم برد الفعل أو الافتداء على الذي اعتدى على أخيه بالخنق و أشهد عليه، وكان أن قبل المضروب الفدية المقدرة بلوبعين بغيراً⁶، فدل ذلك على أن ما لحق المضروب من أذى كان من قبيل الضرر المعنوي حيث خنقه حتى أحدث وفيه حرج وجرح شعور وجبر هذا الضرر برد مثل ما فعل به أو الصلح على ذلك مالا.

أحمد ابن حنبل والبخاري ومسلم والترمذي والنسائي وغيرهم.. وله تصانيف، منها المسند استوطن نيسابور وتوفي بها. انظر: الزركلي، المرجع السابق. ج1 ص292

- 1 - مجاهد: 21-104 هـ = 642 - 722 م. مجاهد بن جبر، أبو الحجاج المكي، مولى بني مخزوم: تابعي، مفسر من أهل مكة. أخذ التفسير عن ابن عباس، وتنقل في الأسفار، واستقر في الكوفة. انظر: حلية الأولياء، المرجع السابق. ج 3 ص 279-الطبقات، المرجع السابق. ج 6 ص 19-شذرات الذهب، المرجع السابق. ج 1 ص 125.
- 2- مسروق بن الأجدع:.... - 63 هـ = - 683 م. مسروق بن الأجدع بن مالك الهمداني الوادعي، أبو عائشة: تابعي ثقة، من أهل اليمن. قدم المدينة في أيام أبي بكر. وسكن الكوفة. وشهد حروب علي. انظر الأعلام، المرجع السابق. ج 7 ص 215
- 3- أبو الثور: ... - 246 هـ = 860 م إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي: فقيه من بغداد وصاحب الإمام الشافعي، وناقل الأقوال القديمة عنه، وبعد أحد أهم فقهاء الدين المأخوذ برأيهم ببغداد. انظر: وفيات الأعيان، المرجع السابق. ج 1 ص 26. طبقات السبكي، المرجع السابق. ج 1 ص 227.
- 4- ابن رشد القرطبي، المرجع السابق. ج 2 ص 667
- 5- ابن قيم الجوزية، المرجع السابق. المجلد 1، الجزء 1، ص 245
- 6- ابن قيم الجوزية، المرجع السابق. المجلد 1، الجزء 1، ص 245

الفقرة الرابعة: التعزير بالمال.

كما أننا نجد من يجعل جبر الضرر المعنوي من قبيل التعزير بالمال، الذي هو من صلاحيات الحاكم مستدلين بما فعله الصحابة؛ هذا والتعزير بالمال فيه خلاف بين الفقهاء لكن يبدو أن المؤيدين لجبر الضرر المعنوي بالمال يميلون إلى القول المؤيد لجواز التعزير بالمال؛ على كل المسألة تحتاج إلى ضبط بين التعزير بأخذ المال تعزيراً أو جبراً؛ والأول هو محل الخلاف، ولا يصدق على الضرر المعنوي، فالتعزير بالمال يعرف فقها بأنه: إمساك شيء من مال الجاني عنه... يعود المال المغرم لبيت مال المسلمين بينما في القول بجبر الضرر المعنوي يعود المبلغ المحكوم به للمضروب وذلك ما فعله عمر بن الخطاب للمرأة التي أجهضت من الخوف وللشاعر الذي آذى الناس بهجائه....

وبذلك فهو بعيد عما قصده المستدلون بمشروعية جبر الضرر المعنوي بالمال وما استند عليه هؤلاء من وقائع و آثار عن الصحابة فيه معنى الترضية و ليس العقوبة؛ إلا أن يقصد أن ما ليس فيه عقوبة مقدرة أو كان دون القذف فيه تعزير وأن التعزير من صلاحيات الحاكم تقديراً وتكييفاً وحكماً، بما فيها اخذ بالمال جبراً وإذا أردنا جبر الضرر المعنوي فيكون بكل ما تستدرك به المصالح الفائتة فإنه سواء بالمال أو التعزير بغير المال ففيه استدراك للمصالح الفائتة بما يحفظ الذمة الشخص الأدبية من كل تعد وما فيه إصلاح لحال الجاني ورد اعتبار الجاني عليه، سواء كان ذلك تغليظاً بالقول أو اعتذاراً أو حتى مجرد اعتراف بالحق الذي للمضروب؛ وقد كان النبي -صلى الله عليه وسلم- يحكم على نفسه بالاعتصام ممن يكون قد لحقه منه أذى، وفي حديث أبي سعيد الخدري قال: (بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم قسماً أقبل رجل فأكب عليه فطعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرجون كان معه، فجرح وجهه، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: تعال فاستقد، فقال: بل عفوت يا رسول الله

(1).

ومثله فعل الصحابة رضوان الله عليهم .

وإذا علمنا ذلك، تبين لنا أن ما كان فيه مساس بالذمة الأدبية للشخص بسبب جنائية فالحكم فيها الحكومة أو التعزير وهي عقوبات خاصة لأن فيها تعد على حقوق خالصة للعباد وكانت كذلك لأنها تسقط بالإبراء والعفو.

وعليه أمكن القول بأن التعزير مطلقاً هو سبيل الشريعة في جبر الضرر المعنوي بما فيها أخذ المال جبراً، أما أخذه تعزيراً فلا يمكن إسقاطه على الضرر المعنوي لأنه أقرب للغرامة منه إلى التعويض وكل له أسسه وتطبيقاته.

1- أبو داود، المرجع السابق. كتاب الديات، باب القود من الضربة وقص الأمير من نفسه . رواه مرفوعاً . ج 4 ص 182

الفرع الثاني: جبر الضرر المعنوي ترضية للمضرور.

وفي غير ما سبق ذكره فإن ما يحكم به جبرا للضرر المعنوي، يعتبر إصلاح للمضرور ومواساة له أو كما قال الفقهاء: "جبر للإيجاش" و يتضح خاصة في متعة المطلقة وبدل الخلع، فما قرر حقا للمطلقة وما يحكم به على المفارق لزوجته بطلاق بعيد عن صفة العقوبة إنما هو بدل يواسي ما قد يصيبها من جراء مفارقة زوجها لها، فالمتعة التي يحكم بها للمطلقة عبارة عن مقدار من المال يراعى في تقديره حالة المطلق يسرا وعسرا وقد شرعت لرفع ما قد يلحق المرأة من جراء المفارقة من ألم وحسرة فكان العوض المالي بديلا يقوم مقام الألم، لا يزيله لكن يخفف من وطأته وهذا ما استدل به القائلون بجبر الضرر المعنوي، جاء في: شرح مختصر خليل للخرشي¹: "المتعة على قدر حاله والمشهور من المذهب أن المتعة وهي ما يعطيه الزوج لمطلقاته ليحجب بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق"²، كما ذكر ابن الكثير³ في تفسير آية المتعة: "وإن كان في هذا انكسار لقلبها؛ ولهذا أمر تعالى بإمتاعها، وهو تعويضها عما فاتها بشيء تعطاه من زوجها بحسب حاله، على الموسع قدره وعلى المقتر قدره."⁴

كما عرفت المتعة في الفقه بمتعة للإيجاش بالفراق، يقول خليل⁵: "والمتعة على قدر حاله بعد العدة الرجعية أو ورثتها ككل مطلقة في نكاح لازم، وهي في اللغة كل ما ينتفع به، وشرعا ما يعطيه الزوج لزوجته عند الفراق تسليية لها لما يحصل لها من ألم الفراق"⁶. وجاء في حاشية الدسوقي¹ على الشرح الكبير: "بأنها ما يعطيه الزوج ولو عبدا لزوجته المطلقة زيادة على الصداق لجبر خاطرها"².

1- الخرشبي: 1010هـ-1101هـ=1601م-1690م محمد بن عبد الله الخراشي المالكي أبو عبد الله: أول من تولى مشيخة الأزهر. نسبته إلى قرية يقال لها أبوخراس (من البحيرة، بمصر) كان فقيها فاضلا ورعا. أقام وتوفي بالقاهرة. من كتبه (الشرح الكبير على متن خليل -) في فقه المالكية، و (منتهى الرغبة في حل ألفاظ النخبة) لابن حجر، في المصطلح، و (الشرح الصغير -)، على متن خليل أيضا، و (الفرائد السننية شرح المقدمة السنوسية في التوحيد. انظر: الزركلي، المرجع السابق. ج 6 ص 240- القاموس الإسلامي، المرجع السابق. ج 2 ص 227.

2- معد بن عبد الله الخراشي المالكي، شرح مختصر خليل. دار الفكر للطباعة، بيروت، د ط، دت. ج 4 ص 87.

3- ابن الكثير: 701 - 774 هـ = 1302 - 1373 م. إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضو بن درع القرشي البصري ثم الدمشقي، أبو الفداء، عماد الدين: حافظ مؤرخ فقيه. ولد في قرية بصرى الشام، وتوفي بدمشق. من كتبه البداية والنهاية في التاريخ و طبقات الفقهاء الشافعيين و تفسير القرآن الكريم و الاجتهاد في طلب الجهاد. أنظر: الزركلي، المرجع السابق. ج 1 ص 320

4- إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير ابن كثير، دار طيبة، 1422هـ / 2002م ج 4 ص 641

5- الشَّيْخُ خليل: - 776 هـ = - 1374 م خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي: فقيه مالكي، من أهل مصر. كان يلبس زيَّ الجند. تعلم في القاهرة، وولي الإفتاء على مذهب مالك. له (المختصر في الفقه، يعرف مختصر خليل، وقد شرحه كثيرون، وترجم إلى الفرنسية، و (التوضيح - شرح به مختصر ابن الحاجب، و المناسك - و مناقب المنوني. أنظر: القاموس الإسلامي، المرجع السابق. ج 2 ص 283. الزركلي، المرجع السابق. ج 2 ص 315.

6- أحمد شهاب الدين النفاوي، فواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. دار الفكر، 1415 هـ - 1995 م. ج 2 ص 36

وورد في الفواكه الدواني على شرح رسالة أبي زيد القيرواني³ أنها : شرعا ما يعطيه الزوج لزوجته عند الفراق تسلية لها لما يحصل لها من ألم الفراق.⁴

وفي حاشية الصاوي⁵ على الشرح الصغير: "المتعة: وهي ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق."⁶ وقال ابن الهمام⁷: "أنها جبر صدع الإيجاش".⁸ وفي تحفة المحتاج للشافعية أن: "سبب وجوب المتعة إيجاش الزوج لها."⁹

فوجد الفقهاء قد استعملوا الألفاظ التالية: (بدل يواسي، ليجبر بذلك الألم، انكسار لقلبها، عند الفراق تسلية لها، لجبر خاطرها، لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق، إيجاش الزوج لها)، كلمات دلت كلها على اعتبار صريح من الشريعة الإسلامية للضرر المعنوي وجبره بالمال؛ ومثله في الخلع إلا أن الصورة هنا عكسية بحيث تدفع المرأة بدل الخلع للزوج الذي طالبت بالفراق من غير رضاه، فيكون العوض (وهو مبلغ من المال يكون عادة المهر الذي قدمه لها) يكون بديلا عما قد يصيب مشاعره وحتى كرامته لترك زوجته له. وفي كلا الحالتين الجبر يأخذ معنى الترضية وهو بعيد عن العقوبة فليس في المتعة وبدل الخلع عقوبة، حيث لم ينظر لجهة المحكوم عليه بأنه جاني إذ أن ذلك حقه المشروع، فالطلاق مشروع والخلع

-
- 1 - الدسوقي: 1230 هـ = - 1815 م شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: من علماء العربية. من أهل دسوق (بمصر) تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة. وكان من المدرسين في الأزهر. له كتب، منها: حاشية على مغني اللبيب، و حاشية على السعد التنفازي و حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل - فقه، و حاشية على شرح السنوسي لمقدمته أم البراهين. أنظر الزركلي، المرجع السابق. ج6ص17
 - 2- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق. ج2ص426
 - 3 - القيرواني: 310 - 386 هـ = 922 - 996 م عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (أبو محمد) فقيه، مفسر، مشارك في بعض العلوم. ولد بالقيروان، وتوفي في شعبان. من تصانيفه: كتاب النوادر والزيادات في نحو المائة جزاء، مختصر المدونة، كتاب الرسالة، اعجاز القرآن، والتفسير. أنظر: كحالة، المرجع السابق. ج3ص76
 - 4 - النفراوي، المرجع السابق. ج2ص36
 - 5 - الصاوي: 1175 - 1241 هـ = 1761 - 1825 م. أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي: فقيه مالكي، نسبته إلى (صاء الحجر) في إقليم الغربية، بمصر. توفي بالمدينة المنورة. من كتبه حاشية على تفسير الجلالين - وحواش على بعض كتب الشيخ أحمد الدردير في فقه المالكية و الفرائد السنية شرح همزية البوصيري. أنظر: الأعلام، المرجع السابق. ج1ص246.
 - 6- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للمالكي. دار المعارف، د ط، دت. ج2ص616.
 - 7- ابن الهمام: 790 - 861 هـ = 1388 - 1457 م. محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود، كمال الدين، المعروف بابن الهمام؛ إمام، من علماء الحنفية. عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه.... أصله من سيواس. ولد بالإسكندرية، ونبع في القاهرة. وأقام بحلب مدة توفي بالقاهرة. من كتبه: فتح القدير في شرح الهداية في فقه الحنفية، والتحرير في أصول الفقه والمسامرة في العقائد المنجية في الآخرة. و زاد الفقير مختصر في فروع الحنفية. أنظر: الأعلام، المرجع السابق. ج6ص246
 - 8- ابن الهمام، المرجع السابق. ج3ص337
 - 9- ابن حجر الهيتمي، المرجع السابق. ج7ص416

كذلك، لكنه حق ترتب عنه ضرر للغير، وعليه تحترم الحقوق وتعتبر ما كان فيها احترام لمشاعر الغير ورعايتها.

ويمكن أن نلحق بالمتعة، ما حدث في عهد الصحابة، فحلاق عمر قضى له بما يجبر خاطره بسبب ترويعه له، ومثله المرأة الحامل التي أجهضت خوفاً منه حيث قضى لها بما يرى ذمته أمامها والحكم هنا كما هناك مبلغ من المال والحق المعتدى عليه حق معنوي .
وخلاصة القول أن الأساس الذي يقوم عليه جبر الضرر المعنوي يختلف باختلاف الضرر، فهو يأخذ تكييف العقوبة الخاصة إذا كان أصله فعل جنائي كما هو الحال في القذف والجراحات، ويأخذ صفة الترضية في غيرها كما هو الحال في متعة المطلقة والخلع.

المطلب الثاني: أساس جبر الضرر المعنوي في القوانين الوضعية .

في القوانين الوضعية انقسم القائلون بجبر الضرر المعنوي ومشروعية التعويض عنه، والأساس الذي يقوم عليه القول بالتعويض، إلى فريقين: الأول كيّف التعويض عن الضرر المعنوي في العقوبة الخاصة و الثاني رأى في التعويض ترضية للمضروب.

الفرع الأول: نظرية العقوبة الخاصة.

العقوبة هي جزاء المسؤولية، والمعروف أن المسؤولية القانونية نوعان: جنائية والتي يكون فيها مرتكب الفعل الضار مسؤولاً قبل الدولة ويكون جزاؤه عقوبة توقع عليه باسم المجتمع زجراً وردعاً، والنوع الثاني، مدنية والتي يكون المسؤول فيها قد أخل بالتزام مقرر في ذمته، ويترتب على هذا الإخلال ضرر للغير فيصبح مسؤولاً قبل المضروب والمسئولية المدنية لا يقصد بها الزجر بل تعويض الضرر¹ .

هذا التقسيم للمسئولية قد مر بمراحل عبر تاريخ قبل أن يأخذ صورته النهائية، حيث أن المجتمعات الأولى كانت تعاقب على الفعل الضار بالمثل، وكان يميزها طابع الانتقام والثأر، ثم تدخلت الدولة لفرض الدية كحل لعقوبة القتل، ثم توسعت ليشمل تدخل الدولة في كل جريمة تمس المجتمع، وترتب على ذلك أن أصبحت الجرائم نوعان، جرائم خاصة والتي لا تملك فيها الدولة حق العقاب بل تقتصر على فرض الدية المحددة على الجاني، و جرائم عامة تملك فيها الدولة حق توقيع العقوبة باسم المجتمع، وبعدها أصبح الحق في الجريمة الخاصة ينظر إليه من جهة الترضية والإصلاح وأصبح تعويضاً للمضروب أكثر منه عقوبة.²

والجريمة العامة هي التي يكون جزاؤها عقوبة عامة، والتي تميزت في كون الدولة هي صاحبة الحق في العقوبة، في مقابل العقوبة الخاصة و التي يكون حق المتابعة فيها للمضروب و قد تحددت في القانون الروماني

1 - سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، الفعل الضار. ص88

2- المرجع نفسه ص90

مثلا برد الضعف وثلاثة أضعاف و أربعة أضعاف الضرر الحاصل وتكون جزاء للجرائم الخاصة التي تكون في أقسام القانون المدني كونها ترتب التزاما بتعويض الضرر.¹

ويذكر أن القانون الروماني حتى مع إقراره لحق الجني عليه بالمطالبة بالعقوبة -على اعتباره أنه صاحب الدعوى- فإن الحكم بالغرامة لصالحه كان لا يقدر بقدر الضرر فحسب بل يجاوزه، وفي ذلك معنى العقوبة لا معنى مجرد جبر الضرر، وهذا هو المقصود بالعقوبة الخاصة فهي نوع من الغرامة المالية تمنح للمضور طبقا للقانون الخاص وتحدد على ضوء خطأ المذنب ويكون لها طابع عقابي.²

وخلاصة القول، أن العقوبة الخاصة مصطلح جاء نتيجة تطور المسؤولية القانونية، ومرحلة انتقالية بين الفصل التام بين الجنائية والمسئولة المدنية إذ تعتبر النواة المؤسسة لفكرة التعويض، تحلل عنها بعد أن ضبقت معايير الجزاء في المسؤولية المدنية والمتمثلة في الغاية وهي الإصلاح والترضية وليست الانتقام، وأن مقدار المحكوم به يقدر بقدر الضرر ولا يجاوزه. ولأن ميزة العقوبة الخاصة الانتقام، فقد هجر الفقه اعتبارها مبدأ لجزاء الأفعال غير المباحة؛ وهو أمر تيسر تحققه في التعويض عن الضرر المادي بخلاف ما هو عليه في الضرر المعنوي إذ عد التعويض عنه من قبيل العقوبة وهذه مبرراته:

- في القول بأن الجزاء عقوبة خاصة تخفيف من الآلام التي يحدثها الضرر المعنوي للمضور.³
- الحكم بالتعويض النقدي في الضرر المعنوي تطبيق لمبدأ العقوبة الخاصة، فهي لا تعوض الآلام و لا الشرف المهان إنما فيها عقوبة للمسئول عن الضرر لصالح المضور والقول بغير ذلك يجعل الحكم بالتعويض النقدي إثراء بلا سبب.⁴
- التعويض يقوم على مبدأ تقدير التعويض بقدر الضرر، والحرية المطلقة التي تكون للقاضي في اعتبار معايير التعويض فيه، ظاهرها معارضة صريحة له.
- اعتبار الضرر فيه افتراضي ولا يقبل التقييم و لا يقبل الإصلاح، و يمثل لها في حالة وفاة قريب: ابن أو أب أو زوج فيفترض هنا الضرر عاطفي نتيجة الوفاة دون أن يكلف المضور بإثباته، ثم إن القضاء يقر بالتعويض حتى مع قيام خلاف عائلي أو انفصال بين الزوجين وعليه فلم ينظر لنتيجة الاعتداء -و هو الضرر في جانبه العاطفي- بقدر ما روعي فيه فعل الاعتداء الذي لحق بالمضور، ومثله إذا كانت الضحية غير واعية بالألم فتستحق التعويض حتى مع فقدان الإحساس بالألم.

1- DR.F .Mackeldey,MANUEL DE DROIT ROMAIN-contenant la théorie des institues - , traduit de l'Allmand sur la Dixieme Edition par JULES BEVING , P 285 .

2- مقدم سعيد، المرجع السابق. ص 89

3- ياسين محمد يحي، المرجع السابق ص 329

4- مقدم سعيد، المرجع السابق. ص 92

-تعذر الموازنة بين التعويض والضرر لأن المعتدى عليه في هذه الحالة، عناصر الذمة الأدبية، وهي غير قابلة للتقييم المالي وعليه فالمبلغ المحكوم به لا يكون تعويضا بمعنى الكلمة، والنقود لا تمسح الحزن عن الفقيد ولا ترد الكرامة المهدورة.

- تنافي صفة التعويض مع الأخلاق بمعنى لا يتصور أن يرد آلام الشخص و اعتباره و سمعته بقبض ثمن لها والحكم بالتعويض في هذه الحالة وظيفته زجر المسئول والقول بالترضية كأساس للتعويض فيه معنى بيع آلام الشخص والتمن هو التعويض .

-القول بصفة الترضية في التعويض عن جزاء الضرر المعنوي يفلت المسئول بخطئه، خاصة في حالة انتفاء المعاناة عن المضرور كما هو الحال بالنسبة للمعتوه .

-جبر الضرر إذا كان جزاء من جنس العمل (التعويض العيني: نشر الحكم الاعتذار ...) هو في الضرر المعنوي من قبل العقوبة الخاصة، فالاعتماد على السمعة والكرامة ضرر لا يزيله الحكم على المسئول وليس فيه مواساة للمضرور بقدر ما فيه عقوبة له وردعا لغيره. وقد وجهت لهذه النظرية انتقادات تمثلت في:

-أنها تقوم على فكرة الانتقام وفي ذلك معارضة لحقيقة التعويض التي تقوم على الإصلاح، والذي عنده تفرق المسؤولية المدنية عن الجنائية من حيث الجزاء. وعليه فمجال العقوبة قانون العقوبات وليس القانون المدني. والقول بما يرجعنا إلى الخلط بين القانون الجنائي والقانون المدني وفي ذلك مناقضة للتطور القانوني العام¹.

-نظرية العقوبة الخاصة تقوم على أساس الخطأ من جانب المسئول لا على أساس الضرر الذي لحق بالمضرور، ومن ثم فالجزاء هنا يكون الحكم فيه متفاوتا وإن تماثلت الأضرار، ومتماثلا سواء كان الضرر كبيرا أو صغيرا، فالخطأ اليسير قد يرتب أضرارا كبيرة وبمقتضى القول بالعقوبة الخاصة تجعل جزاؤه بقدره حتى وإن ألحق بالمضرور أذى كبيرا.

-القول بالزجر في التعويض مرتبط بسلوك محدث الضرر الذهنية والنفسية، وأن استقرار التعويض في الذمة المالية لمحدث الضرر مظهر للزجر، يرد عليه بأن القول بالزجر ينظر فيه لما يمثله الضرر الحادث من تعدي على حق الغير، و الضرر يزال بغض النظر عن حالة محدثه الذهنية والنفسية.²

1-مقدم سعيد، المرجع السابق، ص101

2- حسن عبد الرحمن قدوس، الحق في التعويض مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية. دار النهضة العربية، مصر،

د.ص.6

-فكرة العقوبة الخاصة لا حاجة إليها، فإذا ارتكب محدث الضرر جريمة فإن السلطة المختصة ستقيم ضده الدعوى الجنائية فسيوقع عليه جزاء جنائي يضاف إليه التعويض الذي سيطلب به المضرور عن طريق الدعوى المدنية.¹

-القول بأن فيه منافاة للأخلاق يعد مجرد كلام، فالقائلون بالعقوبة الخاصة كأساس للتعويض كما الذين يجعلون الترضية أساسا له، والحكم فيه عند هؤلاء وأولئك هو دائما مبلغا نقديا.

-أن الفقه والقضاء قد استقرا على نبد فكرة العقوبة الخاصة كأساس للتعويض في الضرر المعنوي.

الفرع الثاني: نظرية الترضية.

المقصود بها وظيفة التعويض الإصلاحية، وقد اعتمد أنصار هذا هذه النظرية على الانتقاد الموجه لفكرة العقوبة الخاصة، بحيث أقاموا فكرة الترضية على رد الحجج التي ساقها أولئك وتكليف التعويض عن الضرر المعنوي على أنه وسيلة لمنح المضرور ترضية تعادل الضرر الذي لحقه، وعليه فالتعويض لا يكون وسيلة لمعاقبة المسئول كما يرى أنصار العقوبة الخاصة. ويؤيد ذلك ما يلي:

-التعويض النقدي للضرر لا يعني محو الألم نهائيا، إنما يكون ترضية ومواساة له وتخفيفا لآلامه، فالتعويض لا يزيل الضرر نهائيا حتى في حال الضرر المادي، ويكفي الحكم فيه أن يكون ملائما.

-القاضي وفق هذه النظرية لا يتقيد بطلبات المدعين وإنما يحكم بما يراه ملائما لظروف الدعوى ووقائعها، وفي ذلك طمأنة للمسئول والمضرور معا.

-ما الفائدة التي يجنيها المضرور من ترضية تترتب عن عقوبة المسئول؟ وما الغاية من توقيع العقوبة إن لم يكن هناك إخلال من النظام العام؟

- حتى في مجال التعاقد فإن إجبار المدين على التعويض عن الضرر المعنوي بالغرامة التهديدية لا يعتبر عقوبة فليس فيه إثراء للدائن إذ يفضل التنفيذ العيني على التعويض النقدي ولا يسبب افتقار للمدين فالحكم بالتعويض النقدي أكثر فائدة له من تنفيذ وعده.²

-الأخذ بنظرية الترضية فيه تطابق بين التعويض والضرر فالشعور بالرضا الذي يحدثه الحكم بالتعويض أثر معنوي يحل محل الألم الذي أنتجه الضرر المعنوي.

غير أنه، لم تسلم هذه النظرية من الانتقاد من قبل المؤيدين لفكرة العقوبة الخاصة، وهي نفسها المؤيدات التي وظفوها في الاستدلال على اتجاه نظرية العقوبة الخاصة كأساس للتعويض عن الضرر المعنوي:

1- ياسين محمد يحيى، المرجع السابق. ص339

2- مقدم سعيد، المرجع السابق. ص108

-دعوى التعويض عن الضرر المعنوي لا تقرر لكل من أصابه ضرر من وفاة بل يقتصر الأمر على أفراد محددين، ثم إن الضرر له الحق في الجمع بين التعويض ومبلغ التأمين دون أن يرد طلبه بحجة أن ضرر سبق جبره .¹

-يذكر أن هذه النظرية تقوم أساسا على الوظيفة الإصلاحية للتعويض، فالتعويض في المسؤولية المدنية هو جزاء الإخلال بمصلحة مشروعة، والقول بأنه عقوبة خاصة من شأنه أن يؤدي إلى تقليص نطاقه، فلا يمكن أن يحكم به في نطاق المسؤولية الموضوعية، خاصة في مجال المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية، وكذلك عندما يكون الفاعل مصابا بالجنون.²

وخلاصة القول، يمكن أن نحمل أساس تعويض الضرر المعنوي في القانون الوضعي في نظرية العقوبة من جهة ونظرية الترضية من جهة أخرى، فبينما اعتمدت الأولى على السمات المميزة للضرر المعنوي من حيث موضوعه وهو الذمة الأدبية ومسلك الحكم فيه بما يعيد التوازن لعناصر هذه الذمة، جعلت وسيلته العقوبة الخاصة والتي يتجه فيها الحكم إلى المسئول زجرا له و ردعا لغيره وفي ذلك رد لاعتبار الضرر تخفيفا لألمه.

وقد ركزت نظرية الترضية على اعتبار أن القول بما نتيجة حتمية لفصل المسؤولية الجنائية عن المسؤولية المدنية ثمرة تطور القانون في العصر الحديث، والقول بالعقوبة الخاصة يعتبر تراجعاً عن هذا المكسب يضاف إليه صعوبات عملية في تكييف التعويض عن الضرر المعنوي، خاصة من حيث تقديره وانتقاله والقول بالترضية يحقق الاستقرار في الأحكام القضائية، ويجعل القاضي ينظر للضرر ويستبعد الخطأ في تقديره للتعويض .

على أنه يلاحظ أن محاولة الفصل التام بين الوظيفتين في التعويض عن الضرر المعنوي هو الذي أثار هذه الإشكالات، على الرغم من أن جمعها من الناحية النظرية والعملية يرفع هذا اللبس والتضارب، فالضرر المعنوي يمس قيم غير قابلة للتقدير ولا المساومة والحكم فيها بالتعويض يأخذ صفة الترضية من جهة ما يجلبه للضرر من تسلية وتخفيف ألم، وزجر للمسئول من جهة أخرى، فما يحكم به من قيمة التعويض ينقص من الذمة المالية له، ثم إن إفراغ التعويض عن الضرر المعنوي من صفته العقابية يفتح بابا أمام التساهل بنفي التعدي على الذمة الأدبية، فالحكم بالتعويض لغني اعتدي على سمعته لن يستحدث له المبلغ الذي حصل عليه بالتعويض الرضا، بقدر ما سيردع غيره على التطاول عليه مرة أخرى وهذا الذي يرضيه أكثر من مبلغ المال ، والغير سيحجم عن التعدي معنويا بمجرد العلم أن هناك حكما

1 - PHILIPPE Le TOURNEAU .LOIK CADIET.

DROIT DE LA RESPONSABILITE ET DES CONTRATS ;DALLOZ ACTION,
2002/2003.P408

2- فواز صالحى، المرجع السابق، ص282

سينقص من ذمته المالية بغض النظر عن غناه وإن كان عند الفقير أوكد، مثله يرد على من يرى أن الذمة المالية للمضروب لن تتأثر في حال كان مؤمنا فتحل شركة التأمين محله في دفع مبلغ التعويض.

وليس في ذلك خلط بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية لأن الحكم بالتعويض يقدر بقدر الضرر حقيقة لكنه لا ينفى تأثر القاضي في بعض الأحيان في تقدير التعويض بجسامة الخطأ فالتقدير لا تحكمه معايير مادية، وعليه ففي حالة الخطأ اليسير نجد القضاة يحكمون بتعويض معتدل يغلب فيه صفة جبر الضرر وفي حالة الخطأ الجسيم فإن القضاة عادة ينطلقون في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي بعدة أضعاف¹، ويمثل له بالغرامة التهديدية التي : هي وسيلة لإكراه المدين وحمله على تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه عينا متى طلبها الدائن، إذ يلزم القضاء المدين بتنفيذ التزام بعمل أو امتناع عن عمل أيا كان مصدره ويمهله لذلك مدة زمنية فإذا تأخر عن الوفاء ألزمه بدفع غرامة عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة أخرى من الزمن، متى كان التنفيذ العيني مازال ممكنا.²

هذا وقد نص عليها القانون المدني الجزائري في الباب الثاني من الفصل الأول، تحت عنوان التنفيذ العيني في المادتين: 174 و 175، حيث نصت المادة 174 منه على أنه: "إذ كان تنفيذ الالتزام العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إذ امتنع عن ذلك" فالغرامة إذا مجرد تعويض عن تماطل المدين.

وتنص المادة 175 منه على: "إذا تم التنفيذ العيني وأصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين". وبلا حظ أن المشرع ربط سلطة القاضي في تقدير الغرامة -و التي سماها تعويضا- بالضرر من جهة والعنت الذي يبديه المدين من جهة أخرى؛ لذلك يقال أن مقدارها هو تحكمي يحكم به القاضي. وفيه معنى للعقوبة الخاصة.

وإن كان هذا القول قد رده الأستاذ السنهوري ورأى أن الخلط بين التعويض والغرامة التهديدية قول تجاوزه الفقه الفرنسي الذي كان يذهب إليه وفرق بين الغرامة التهديدية والعقوبة الخاصة حتى وإن كانت تشبهها، والفرق بينهما يتمثل في أن العقوبة نهائية في تنفيذها كما نطق بها؛ أما الغرامة فهي شيء وقتي ولا تنفذ إلا عندما تتحول إلى تعويض نهائي، وفي هذا التحول فد تنقص أو تلغى فالذي ينفذ ليس الغرامة المؤقتة بل هو في حقيقة الأمر التعويض النهائي.

ومع تقديرنا لما ذهب إليه الأستاذ السنهوري إلا أن ذلك لا ينفى عن الغرامة صفة التعويض، حيث أنها تأخذ حكمه في نهاية الأمر وأن القاضي بنص القانون يراعي فيها ما صدر عن المدين كما يراعي الضرر، ومقداره

1 - محمد ابراهيم الدسوقي، المرجع السابق. ص 477

2 - السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني ص 807

يكيف وفق هذين المعيارين، ويلاحظ أن فيما ذهب إليه الأستاذ محاولة لتكليف الغرامة بصورة تبتعد بنا عن القول بصفة العقوبة الخاصة فيها، من خلال تكليف شروط الحكم بما وفق معيار التعويض وليس العقوبة حتى و إن كان النص يوحي بغير ذلك كما يؤيده التطبيق.¹

المطلب الثالث: الموازنة بين أساس جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وأساسه القوانين الوضعية.

عند الموازنة بين الاتجاهين نجد أن كلا منهما له أسسه التي انطلق منها في تكليف جبر الضرر المعنوي وأن هناك تقاطع بينهما في كثير من المسائل مع تمييز كل اتجاه بميزات مرتبطة به، فكل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ينطلق في تكليف طبيعة جبر الضرر المعنوي من مبدأ اعتبار الذمة الأدبية و يأتي الجبر هنا وسيلة لحمايتها، وكل منهما طبع الجبر بميزتين العقوبة أو الترضية، لكن الملاحظ أن تكليف الجبر بين العقوبة والترضية مسألة عاجلها فقهاء القانون الوضعي نظرياً وتطبيقاً ولم يشر إليها فقهاء الشريعة، وذلك كما هو معلوم لحدائثة المصطلح عند الفقهاء المسلمين يضاف إليها أن المؤلفات الفقهية التي رجعنا إليها في البحث عن أساس الجبر هنا، موضوعها الفروع الفقهية فغياب المصطلح لم ينف تطبيقاته وعليه ساعدت التطبيقات الفقهية في استنتاج أساس لجبر الضرر المعنوي يضاف إليها المراجع التي تهتم بالقواعد كما هو حال مع العز بن عبد السلام والقرافي.

أما فقهاء القانون الوضعي فقد حوت مؤلفاتهم سجلاً حول تأسيس فكرة جبر الضرر المعنوي بين من رأى فيها عقوبة ومن كیفها على أنها ترضية، وهنا يفترق القانون الوضعي عن الفقه الإسلامي؛ فموقف الفقهاء من الضرر المعنوي كان مبنيًا في الفقه الإسلامي بين قبوله جملة أو رده جملة و باستقراء تطبيقات الضرر المعنوي وكيفية جبره، رأينا أن الأساس دار بين العقوبة في حالات والترضية في حالات أخرى، بينما في القانون الوضعي قام خلاف بين القائلين به حول تكيفه عقوبة أو تكيفه ترضية، وعليه فقد تنازع جبره النظريتان: نظرية العقوبة أو نظرية الترضية.

وتشير المسائل المختلفة في الفقه الإسلامي في باب الضرر المعنوي أن جبره يكون عقوبة في حال مس التعدي سمعة الفرد أو بدنه، فالقذف وما دون القذف من السب أو الشتم الذي لا يستوجب الحد، والجراحات في شقها المعنوي (البراء بشين والتعدي على الأعضاء التي ليست فيها منفعة، واللطم) كلها أضرار معنوية جبرها في الفقه عقوبة، ولا يضر القول بأنها عقوبة غياب جانب الإصلاح فيها ولا حق الفرد، فكلها عقوبات ثابت حق العبد فيها، بل الغالب في كثير منها، وفيها ما ينتقل بالميراث وما يسقط بالعفو والإبراء. كما يكون جبر الضرر المعنوي في الفقه ترضية كما هو الحال في متعة المطلقة وترضية الخائف والمروء، وهذه ليس فيها الزجر بقدر ما فيها تطيب خاطر المضرور.

1- السنهوري، المرجع السابق. ص 807 ص 815

أما في القانون الوضعي فجبر الضرر المعنوي تجاذبته نظريتان كل واحدة منفصلة عن الأخرى دون النظر إلى حالاتها وتصنيف بعضها ضمن العقوبة والبعض الآخر ضمن الترضية كما حدث في الفقه الإسلامي، وتأسس الجبر على أنه عقوبة خاصة لاعتبارات تاريخية وموضوعية ناقشها أصحاب القول الثاني برد ونقد تلك الاعتبارات، أهمها على ما يبدو الحفاظ على الانفصال التام بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية، وهو مكسب أنتجه تطور القانون، هذا المسعى في تقرير الفصل ومحاوله الحفاظ عليه صعب من الناحية العملية، كما أن تطور القانون أفرز استحالة الفصل التام بين النظريتين في وظيفة التعويض عن الضرر المعنوي خاصة، يؤيده السعي إلى التخلي عن فكرة العقوبة الزاجرة والرداعة إلى العقوبة المصلحة، فحتى العقوبة الجنائية أصبح ينظر إليها على أنها وسيلة لإصلاح الفرد وليست زجراً له، والقول بهذا المبدأ يسقط الحاجز الذي ينفي عن جبر الضرر المعنوي صفة العقوبة. يضاف إليه أنه لا يوجد فصل تام بين الميزتين من الناحية العملية فحتى القائلين بالترضية كأساس للتعويض لا يمنعون القول بأن جسامه الخطأ تؤثر في الحكم بالتعويض في الضرر المعنوي.

إذا فكل من الاتجاهين بنى نظريته لمبدأ جبر الضرر المعنوي على مبادئ تتكيف مع طبيعة كل منهما؛ وكنتيجه لما سبق فإن جبر الضرر المعنوي متفق عليه بين الاتجاهين وأنه سواء كان يقوم على العقوبة أو الترضية فإن الغاية هي اعتبار الذمة الأدبية وحفظها من كل التعدي. وأن ليس هناك انفصال التام بين الجزاءات فكلها وحدة متكاملة قد يفترقان في وسيلة وفي الأسس لكنها تلتقي عند الغاية لذلك نجد فقهاء الشريعة ينقلون مبدأ أنه لا يخلو حق للعبد من حق لله تعالى كما لا يخلو حق لله من حق للعبد وأن العقوبة الأصل فيها الزجر لكن لا ينف عنها وظيفة الجبر كما أنه لا تخل الجوارير من زواجر، وقد سعى فقهاء القانون لفصل المسؤولية الجنائية عن المسؤولية المدنية، لكن ارتباط كل منهما من حيث الوظيفة والغاية جعل القول بالفصل التام يحتاج إلى المراجعة في الضرر المعنوي على وجه التحديد، و لا أدل على ذلك من أن القول بأن المسؤولية الجنائية تقوم على الخطأ ولا ينظر فيها للضرر وأن الغاية هي الردع يقابلها في المسؤولية المدنية قيامها على الضرر والغاية منها الإصلاح أظهر حديثاً وجوب النظر للعقوبة كإصلاح كما أظهر التطبيق اعتبار جسامه الخطأ¹ في التعويض عن الضرر المعنوي .

1 -Fronçois Terre.PhilipeSimler.Yves Lequette,Droit civil, Les obligations (DALLOZ 8° edition 2002). P691

الفصل الثاني: ضوابط الضرر المعنوي وأنواعه في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

في هذا الفصل نتناول ضوابط الضرر المعنوي في المبحث الأول ويكون المبحث الثاني في أنواعه في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، فالضرر المعنوي له خصائص تميزه عن الضرر المادي وإن اشترك معه في جملة منها، يضاف إليها شروط يجب أن تتحقق فيه حتى يكون قابلاً للجبر، في الفقه الإسلامي كما في فقه القوانين الوضعية؛ والضرر المعنوي له أنواع مختلفة تتعدد بتعدد صور محل الاعتداء ونقصد به الذمة الأدبية للإنسان وعليه يكون هذا الفصل في مبحثين:

- المبحث الأول: ضوابط الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي و في القانون الوضعي .
- المبحث الثاني: أنواع الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي و في القانون الوضعي.

المبحث الأول: ضوابط الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

قابلية الضرر المعنوي للتعويض وإمكانية جبره أوقفها القائلون به على شروط يجب تحققها حتى يكون محل جبر بالتعويض، وهذه الشروط منها ما هو عام يرتبط مع الضرر المادي ومنها ما هو خاص بالضرر المعنوي، وفي الفقه الإسلامي كما في فقه القانون الوضعي ضوابط الضرر المعنوي تتمثل في خصائصه و شروط قابليته للجبر.

المطلب الأول: ضوابط الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي المطلب الثاني: ضوابط الضرر المعنوي في القانون الوضعي المطلب الثالث: الموازنة بينهما

المطلب الأول: ضوابط الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي.

نعني بضوابط الضرر المعنوي، خصائصه وما يميزه عن الضرر المادي بالإضافة إلى شروط تكلم عنها الفقهاء حتى يكون الضرر موجبا للجبر.

الفرع الأول: خصائص الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي .

الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي-من خلال تعريفاتها المختلفة- هو ضرر ينصب على حقوق غير مالية، تتعلق بحقوق العبد أو الغالب فيها حق العبد، يضاف إليها في الفقه الإسلامي ارتباطه بالأخلاق.
البند الأول: أنه يمس حقوقا غير مالية.

والحق في الفقه الإسلامي معناه، " اختصاص يقر به الشرع سلطة و تكليفا ¹، والحقوق نوعان من حيث محلها: حقوق مالية وحقوق غير مالية، فالمالية: ² هي التي تتعلق بالأموال ومنافعها، كحق تملك الأعيان والديون والمنافع، وهو المشار إليه في قوله صلى الله عليه وسلم : (من ترك حقا فلورثته) ³ والمقصود هنا الحقوق التي تنتقل مع تركه، وتشمل الحقوق العينية المقومة بالمال أو المتصلة بعين من أعيان التركة كحق

¹ - مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي. ط1، دار القلم، دمشق، 1420هـ - 1999م. ص19

² - محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي - نظرية الحق - دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2005م. ص45

³ - في الصحيحين (من ترك مالا فلورثته) و زيادة (حقاً) غير محفوظة فيهما، الالباني، المرجع السابق، كتاب الحجر، ج5 ص258
قال حديث صحيح

الارتفاق وبعض الخيارات المالية كخيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه.¹ أما الحقوق غير المالية فهي التي لا تتعلق بالمال ولا ترتبط به، كالحق في القصاص وحقه في العفو عنه.

والضرر المعنوي هو ضرر يمس الحقوق غير المالية للشخص، كحقه في سلامة جسده وحقه في شرفه واعتباره وحقوقه اللصيقة بشخصيته كحقه في الاسم وغيره من حقوق الشخصية، والاعتداء عليها قد يكون مجرد عن الحقوق المالية، فنكون بصدد ضرر معنوي محض، و قد يصاحبها ضرر مادي وتعرف بالضرر المعنوي الممتزج بالضرر المادي. وعليه فالضرر المعنوي هو ما يصيب الشخص في ذمته الأدبية وليس المالية، وحقكم الاعتداء عليه في الشريعة الإسلامية واحد، وهو التحريم فالضرر عموما هو المقصود بالقواعد المشهورة فيها قاعدة "لا ضرر و لا ضرار" وما يتفرع عنها؛ والضرر هنا لا يختص بجانب في الإنسان دون آخر إذ يشمل كل أنواع الضرر: العام والخاص، المالي وغير المالي. وقد جاء في المجلة العثمانية ثلاث قواعد بشأن الضرر هي أصول بالنسبة لغيرها الأولى: "لا ضرر و لا ضرار" للنهي عن إيقاعه، والثانية: "الضرر يزال" لوجوب إزالته إذا وقع، والثالثة: "الضرر يدفع بقدر الإمكان" لبيان أن إزالته إذا لم تمكن تماما فبقدر ما يمكن.²

وحرمة الضرر في الضرر المعنوي مستمدة من حرمة الاعتداء على جسد الإنسان وعرضه.

البند الثاني: أنه يتعلق بحق العبد.

فالحقوق تقسم من حيث صاحب الحق إلى 3: حق الله وحق العبد، و حق الله هو ما قصد به التقرب إلى الله تعالى وتعظيمه وإقامة شعائر دينه أو تحقيق النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد من الناس و ينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه ويقصد من حق العبد حماية مصلحة شخصية . وهناك حق مشترك هو الحق الذي يجتمع فيه الحقان حق الله وحق العبد غير أنه قد يغلب أحدهما على الآخر. يقول الإمام القرافي في الفرق الثاني والعشرين من فروقه، وهو الفرق بين "قاعدة حقوق الله وقاعدة حقوق الآدميين": (حق الله تعالى أمره ونهيه، وحق العبد مصالحه)⁴، أي أن كل الأوامر التي أمرنا الله بها، والنواهي التي نهانا عنها هي حقوق لله تعالى، وأن حقوق الناس هي الأمور التي تتحقق بها مصالحهم ومثال حق الله تعالى: العبادات وتطبيق العقوبات في الجرائم، ومثال حق العبد: حقه على أمواله وحق الأم في الحضانه وحق الزوجة في النفقة، ومثال الحق المشترك عدة المطلقة ويتمثل حق الله تعالى فيها في حفظ النسب وصيانتها نفعا عاما للمجتمع، ويتمثل حق العبد فيها على نسب أولادها منه، ومنه أيضا حد القذف فهو حق للمقذوف يدفع به عنه أذى مس السمعة وإثبات شرفه كما فيها حق لله من حيث صيانة أعراض

1- راجع تفصيل أكثر: محمد محدة، التركات والموارث. ط2، مطابع عمار قرني، باتنة، الجزائر 1994م. ص 15 و ما بعدها

2- الشيخ أحمد الزرقاء، المرجع السابق. ص 166

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته. ج 4 ص 2844

4- القرافي، الفروق. ج 1 ص 141

الناس والمجتمع من الفساد، وفي حد القذف حق الله هو الغالب على خلاف بين الفقهاء¹. ومنه حق القصاص وفي هذه الحالة يكون حق العبد غالب².

وينبغي على هذا التقسيم أن ما كان حق للعبد جرى فيه العفو والصلح والإسقاط وينتقل إلى ورثته من بعده إن كان مالا أو حقا متعلقا بمال، والاعتداء على حق من حقوق الله يدخل في مسمى الجريمة العامة يكون جزاؤها عقوبة عامة لا يجوز فيها العفو ولا الإبراء ولا تنتقل بالميراث ولا تتكرر إذا تكررت الجريمة وتنتصف بالرق ويفوض استيفاؤها للإمام.

ومن خلال التطبيقات المختلفة للضرر المعنوي نجد أنه يشمل ما تعلق بحقوق العبد أو تلك التي يشترك فيها حق العبد مع حق الله تعالى، بحيث يغلب فيها حق العبد كما هو الحال في القصاص، وفي حد القذف على خلاف بين الفقهاء.

البند الثالث: البعد الأخلاقي لجبر الضرر المعنوي.

الضرر المعنوي يصيب جوانب غير ملموسة في الإنسان، وأحكام الشريعة الإسلامية جاءت لتنظم حياة الإنسان كلها وتحفظ له حقوقه بما يسهل عليه أداء مهمته في هذه الحياة وهي خلافة الله في الأرض؛ والقواعد العامة والضوابط التي تحكم حياة الناس في معاملاتهم وعلاقاتهم الهدف منها السعي إلى صلاح الدنيا من أجل صلاح الآخرة لذلك جاءت في عبارات دينية كالحلال والحرام وما يجوز وما لا يجوز وفي ذلك دلالة على مزج المعنى الأخلاقي بالأمر الديني.

هذا الارتباط بين أحكام الفقه الإسلامي والأخلاق هو الميزة التي تميزت بها شريعة الإسلام عن غيرها من النظم القانونية، وهي الميزة التي كانت لها ظلالها على أحكامها المختلفة بما فيها الضرر المعنوي، فلا يمكن أن نكيّف هذا النوع من الضرر ولا أن نستخلص سبيل الشريعة الإسلامية في جبره بعيدا عن الجانب الأخلاقي، خاصة وأنه يمس القسم الذاتي الشخصي في الإنسان، فتكون قواعد الأخلاق الإطارية الأمثل لحفظ الذمة المعنوية وجبر ما يلحقها من الأذى. ولما كان موضع الضرر المعنوي الاعتداء على شرف والعرض والجسم والشعور والأحاسيس، فقد جاءت أحكام الشرع بما يحمي هذا الجانب للإنسان قبل لحوق الضرر به وفيها ما يجبره بعد وقوعه، حيث أمر الله بمحاسن الأخلاق، فقال تعالى: ﴿ادْفَعْ بِاللَّيْلِ هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ﴾³. فالأصل في المعاملة بين الناس مواجهة الأذى بالحسنى وفي ذلك ما

1- سبقت الإشارة إليه في الفصل الأول عند الحديث عن المشروعية.

2- ابن قدامة، المغني، ج4 ص321

3- سورة فصلت: الآية 34

يرتب صفاء النفوس وذهاب غيظها، والمسلم يكون بمقتضى إسلامه عفيف اللسان طيب الكلام فلا يلفظ بما يؤذي غيره، يقول النبي صلى الله عليه وسلم: (ليس المؤمن بالطعان ولا اللعان ولا الفاحش ولا البذي).¹ والرقابة التي يجب على المسلم استشعارها ومراعاة الله في السر والعلن تجعل الناس يحجمون على التجرؤ على الاعتداء على الغير يقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾.²

وطبيعة العلاقة التي سعى النبي -صلى الله عليه وسلم- لربطها بين المسلمين تحد من أن يلحق أحدهم ضررا بالغير، فالمسلمون كالجسد الواحد يشد بعضه بعضا يقول: - صلى الله عليه وسلم - (مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى).³ وعن أبي هريرة⁴ رضي الله عنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم-: (المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره التقوى هاهنا ويشير إلى صدره ثلاث مرات، بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه)⁵، ومن علامة الإيمان: أن يجب المسلم لأخيه ما يحبه لنفسه.. عن أنس بن مالك رضي الله عنه خادم رسول الله - صلى الله عليه وسلم- قال: (لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه)⁶.

والحث على الاستغفار من الذنب والتحلل من المظالم وسيلة الشرع لجبر هذا نوع من الضرر يقول النبي محمد -صلى الله عليه وسلم-: (اللتحب من الذنب كمن لا ذنب له،⁷..). ويقول أيضا: (من كانت له مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء، فليتحلله منه اليوم، قبل أن لا يكون دينار ولا درهم)،⁸ كما حث

1- الترمذي، المرجع السابق، كتاب البر و الصلة. ج 4 ص 308 . حديث حسن غريب .

2-سورة النساء: الآية 1.

3 - الإمام مسلم ، المرجع السابق. كتاب البر والصلة والآداب، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم. ج 4 ص 1999.

4 - أبو هريرة: 21ق هـ - 59 هـ = 602 - 679 م. عبد الرحمن بن صخر الدوسي، الملقب بأبي هريرة: صحابي، أسلم سنة 7 هـ ولزم صحبة النبي كان أكثر الصحابة حفظا للحديث ورواية ولي إمرة المدينة مدة. ولما صارت الخلافة إلى عمر استعمله على البحرين وكان أكثر مقامه في المدينة وتوفي فيها. انظر: حلية الأولياء ج 1 ص 376-الإصابة ج 4 ص 300-شذرات الذهب ج 1 ص 63.

5- الإمام مسلم، المرجع السابق. كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله ج 4 ص 1986 .

6- البخاري، المرجع السابق، كتاب الإيمان، باب من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه. ج 1 ص 12.

7- البيهقي، المرجع السابق. كتاب الشهادات. باب شهادة القاذف . ج 10 ص 260 . روي من أوجه ضعيفة

8 - البخاري المرجع السابق. كتاب المظالم. باب من كانت له مظلمة عند الرجل فحلها له هل يبين مظلمته . ج 3 ص 130.

النبي - صلى الله عليه وسلم - على التحلي بمكارم الأخلاق، فقال: (اتق الله حيثما كنت، وأتبع السيئة الحسنة تمحها، وخالق الناس بخلق حسن).¹

وعليه فما يلحق الإنسان من ألم جراء الاعتداء على جسمه أو شرفه أو عواطفه لا يكون اعتباره إلا ما كان فيه اعتبار لأحكام الشرع و يجبر بصورة كاملة ومثلى كلما ارتبطت تصرفات الإنسان بمقاصد الشريعة وتخلت بأخلاقها .

فحسن خلق المسلم يمنعه عن التعدي على الغير مهما اختلفت صور التعدي و حسن الخلق هو الذي يجعل جبر هذا النوع من الضرر خاصة يحقق وظيفته الإصلاحية فيكون بالتحلل من الذنب والاستغفار من جانب المعتدي وبالغفو والمسامحة من المضرور... ﴿فَاعْفُوا وَاصْفَحُوا حَتَّى يَأْتِيَ اللَّهُ بِأَمْرِهِ إِنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾.²

الفرع الثاني: شروط الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي.

لأن التعويض عن الضرر المعنوي مستحدث في الفقه الإسلامي، فإننا نجد الباحثين في العصر الحديث هم من انبرى لاستخلاص شروط للضرر المعنوي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها وتمثل هذه الشروط في:

البند الأول: أن يكون الضرر محققا.

وتحقق الضرر يعني أن لا يكون محتملا، والضرر المحتمل هو الذي لا يجزم بوقوعه من عدم وقوعه في المستقبل. كما يكون تحقق الضرر بوقوعه فعلا، ذلك أن الضرر سبب للضمان، ولا يتقدم السبب على مسببه ولا المعلول على علته³، فلا يضمن إلا ما وقع فعلا، وعليه فالضرر الذي لم يقع ينفي وجوب ضمانه، كما هو الحال في ضرر المستقبل والذي يعرف بأنه ما تحقق سببه وتراخت نتائجه، هذا النوع من الضرر لم يكن محل اتفاق في الفقه الإسلامي حتى في الضرر المادي.

ويرى فريق⁴ أن الضرر الذي يوجب الضمان هو الضرر المستقبل المحقق الوقوع وليس الضرر الاحتمالي واستدلوا بما جاء في كتاب الهداية للمرغيناني¹ والذي نص فيه على أنه: "إذا مال حائط إلى طريق المسلمين

1- الترمذي، المرجع السابق، كتاب البر والصلة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . باب ما جاء في معاشرته الناس . ج4 ص 313.

حديث حسن صحيح

2- سورة البقرة، الآية: 109

3- محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني. دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2002م. ص

197

4- المرجع نفسه، ص 198.

فطوب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف من مال أو نفس".²

ونقل عن ابن قدامة في المغني³ قوله: "وما يفضي إلى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه ابتداءً؛ وفي ذلك دلالة على أنه متى تحقق سبب الضرر وجب الضمان حتى وإن لم يرتب نتائجه.

ورد كل ذلك بأن الضرر لا يوجب الضمان ولا يثبت إلا في حال تحقق نتيجته وليس سببه،⁴ فاعتبار تحقق سببه لا يكشف مقداره حالاً، مما يلزم عنه الحياد عن العدل وهو ما اعتمده القائلون بأن الضرر المستقبل لا يستوجب التعويض.

وبين الرأيين، الرأي الراجح، هو الذي لا يعتبر الضرر المستقبل موجبا للضمان حتى وإن تحققت أسبابه لقوة استدلال الرأي القائل به ولأن ما استدلل به غيرهم يشير إلى منع الضرر في حال تحقق أسبابه ولا يدل على إيجاب الضمان.

ومثلها الجراح فقد تقع في الحال ويؤخر التعويض عنها إلى المستقبل حتى يمكن الوقوف على مدى الجراح وعمقها⁵، لما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه: (نهى أن يستفاد من الجراح حتى يبرأ المجرع)⁶ وهنا الضرر وقع فعلاً لكن الحكم بمقدار الضمان أرجأ إلى حين براء الجرح حتى يمكن تقييمه.

أما بالنسبة لضرر تفويت الفرصة والذي يقصد به: التسبب في عدم إدراك إنسان مصلحة أو فائدة مشروعة له، تأكد حصولها فقد اختلف الفقهاء المعاصرون في اعتبار تفويت المنفعة ضرراً⁷ بين من يرى أن في أحكام الشريعة وأقوال الفقهاء ما ينص على مشروعيتها ومن يرى أن الفقه الإسلامي لا يعرف تفويت الفرصة أو المنفعة.

وتحقق ضرر تفويت الفرصة أظهر في الضرر المعنوي منه في الضرر المادي، و التعويض لا ينصب على الفرصة ذاتها لأنها أمر احتمالي، وإنما يكون عن تفويت الفرصة باعتباره ضرراً فطول مدة الخطبة وعدول

-
- 1- المرغيناني: 530-593 هـ = 1135 - 1197 م علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين: من أكابر فقهاء الحنفية. كان حافظاً مفسراً محققاً أديباً، من المجتهدين. من تصانيفه "بداية المبتدي - فقه، وشرحه "الهداية في شرح البداية" و "منتقى الفروع" و "الفرائض" و "مناسك الحج" و "مختارات النوازل. أنظر: الزركلي، المرجع السابق، ج 4 ص 266
 - 2- علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي. تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت. ج 4 ص 477.
 - 3- ابن قدامة، المغني. ج 4 ص 322
 - 4- أحمد الموازي، المرجع السابق. ج 2 ص 721
 - 5- سامح بسطاوي، "التعويض عن فوات منفعة" موقع أحلى بحث / www.ahlabaht.com / 28/09/2009
 - 6- الشوكاني، نيل الأوطار. ج 7 ص 36
 - 7- راجع في ذلك محمد فتح الله النشار، المرجع السابق ص 199 والقاضي عبد اللطيف القرني "التعويض عن تفويت الفرصة «الكسب الفائت» شبكة القضاة الالكترونية 16 = <http://www.alqodhat.com/articles.php?action=show&id=16> تاريخ الاطلاع: 2010 /05/12

الخاطب يرتب ضررا للمعدول عنها، يتمثل في تفويت فرص أحسن للزواج إذ أن عمر المخطوبة بعد ما طال بها الارتباط بالخطيب يعتبر ضرر لحق بها؛ فحتى وإن كان زواجها بغيره أمر محتمل إلا أن كبر سنها وتضاءل فرص الزواج تبعاً لذلك أمر مؤكد.

وشرط تحقق الضرر يخرج الضرر المتوهم من الاعتبار، فلا يعد الضرر الموهوم ضرراً طبقاً لقاعدة "لا عبرة للتوهم"، هذه القاعدة من القواعد المدرجة تحت القاعدة الكبرى: (اليقين لا يزول بالشك) ومعناها: لا اكتراث به ولا ينبني عليه حكم شرعي بل يعمل بالثابت القطعي أو ظاهراً دونة؛ فلو كان للدار المبيعة شفيهان، غائب وحاضر، وطلب الحاضر الشفعة، فإنه يقضى له بها عند تحقيقها، ولا يتأخر حقه لما عساه يحدث من طلب الشفيح الآخر عند حضوره لأنه موهوم، ولو كان لزيد جدار ملاصق لدار جاره فأراد أن يفتح فيه كوة فوق قامة الرجل فله ذلك، وليس لجاره منعه عن فتحها بحجة أنه يطل على مقر نسائه إذا استعلى على شيء، لأنه موهوم¹؛ ومن فروع هذه القاعدة: أنه إذا جرح شخص آخر ثم شفي من جرحه تماماً وعاش مدة ثم توفي فادعى ورثته بأنه من الجائز أن يكون والدهم مات بتأثير الجرح فإنه لا تسمع دعواهم. و تحقق الضرر يعني أيضاً تحققه بشكل دائم فإذا وقع الضرر ولم يستمر بحيث أعيد إلى الحال التي كان عليها قبل الضرر فلا ضمان² لأن الضمان مرتبط بالتعدي "ولا ضمان إلا بالعدوان"³

وينبني على ما سبق أن مجرد النية السيئة في الاعتداء على أعراض الناس وحديث النفس في جرح الغير و تمني إيلاهم، ليست أضراراً ومن ثم لا توجب جزاء، يقول -صلى الله عليه وسلم- عن أبي هريرة رضي الله عنه: (إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها، ما لم تعمل أو تتكلم).⁴ يضاف إلى تحقق الضرر تسلسل آثاره، فالضرر ينظر فيه إلى نتائجه في حال تالت آثاره، ويبدو خاصة في الجراحات التي لا يحكم فيها بالضمان إلا بعد استقرار حال المجني عليه ولأنه قد ينجر على جراحات وفاة كما يتبع ذهاب عضو، عضو ملازم له وألم ذهاب الواحد ليس كتعدد الأعضاء المضرومة.⁵

البند الثاني: أن يكون مشروعاً.

ومشروعية الحق أو المصلحة مستمد من مشروعية المضمون، فقد نص الفقهاء على أن المال الذي يوجب الضمان يشترط فيه أن يكون مشروعاً، فلا ضمان في إتلاف الخمر والخنزير لمسلم، لأنه لا قيمة له شرعاً، و

1- أحمد بن محمد الزرقاء، المرجع السابق. 363

2- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان. ص 60

3- أبو الحسن الماوردي، الحاوي. ج 7 ص 425.

4- أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين. دار المعرفة، بيروت، 1418 هـ - 1998 م. كتاب الطلاق ثلاث جدھن جد وهزلھن جد النكاح والطلاق والرجعة. ج 2 ص 560. قال الحاكم: الحديث صحيح على شرط الشيخين لم يخرجاه.

5- عبد الله مبروك النجار، الضرر الأدبي و مدى ضمانه في الفقه الإسلامي. ص 71

عليه فالضرر المعنوي إذا لم يكن قد لحق بمصلحة معنوية مشروعة فلا ضمان ولا جبر والعبرة في ذلك أن المصلحة والحق المعتدى عليه هنا يقرهما الشرع وبمجميها، و المصلحة المعتبرة في الشرع هي المصلحة المتقومة أو المحترمة أو المباحة، ومن ثم فالإخلال بمصلحة محرمة أو ممنوع منها لا يعد ضرراً يوجب الضمان.¹

وقد ذكر ابن عبد السلام أن: "المنافع المحرمة لا تجبر احتقاراً لها، كما لا تجبر الأعيان النجسة لحقارتها" فإن استوفى شيء منها بغير حق ولا مطاوعة من ذي منفعة فلا تجبر شيء منها." ومثل للمنافع المحرمة بمنافع الملاهي ومنافع الفروج المحرمة واستثنى مهر المزني بها كرهاً أو بشبهة.²

ومثلها دعوى ضرر من خلية جراء إصابة خليلها حيث أن العلاقة غير مشروعة، والمصلحة هنا لا تحميها قواعد الشرع ويكون الضرر غير معتبر بالجبر ولا بالضمان؛ وفي المقابل فإن الضرر إذا كان بسبب المشروع فلا ضمان، وفق قاعدة "الجواز ينفي الضمان" كالألم الذي يرتبه تأديب الزوجة والأولاد في غير تعسف وكذلك ألم المصاحب لتطبيق عقوبة جنائية يطبقه الحاكم على الجاني، ويلحق به أيضاً التشهير بالفساق والمنحرفين حتى يعلمهم الناس فيتقون شرهم.

ومثله في المماطلة في أداء الدين وعدم الوفاء بالحقوق الواجبة³ مع قدرة المماطل على الوفاء، فلو أن صاحب الحق نال من عرضه وشرفه بما يظهره أمام الناس أنه مماطل لا يؤدي ما عليه من حقوق فلا يكون مخظئاً، ودليل ذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: (لي الواجد يحل عقوبته وعرضه).⁴ و"الواجد" هو الغني القادر على وفاء دينه الذي في ذمته، ومعنى "لي" تأخيرها للوفاء، فيحل بفعله لصاحب الدين الكلام في عرضه والتظلم من فعله، ولا يعد ذلك من الغيبة المحرمة.

ومثله ألا يكون المضرور معروفاً به، لأنه يكون قد ألحق الشين بنفسه قبل أن ينسب إليه المعتدي ما نسب من سب، ومن ثم فلا يجب عليه بما قاله شيء،⁵ فإن قال شخص لآخر: يا يهودي أو يا نصراني أو يا مجوسي، أو يا ابن اليهودي، أو يا كافر، أو يا زنديق، أو يا ابن الكافر، أو يا ابن النصراني، والمعتدى عليه في جميع هذه الحالات مسلم، فإنه يكون بذلك قد آذاه، وألحق الشين بسبه.⁶ هذا ورمي المسلم بنسبته لغير الإسلام محرم، والشارع لم يحدد له جزاء، وعليه فإنه يدخل تحت طائلة التعزير.

1- أحمد مواني، المرجع السابق. ج 2 ص 931

2- العز بن عبد السلام، المرجع السابق. ص 185

3- عبدالله النجار، الضرر الأدبي و مدى ضمانه... ص 62

4- الشوكاني، نيل الأوطار. ج 5 ص 287. رواه الخمسة إلا الترمذي أخرجه أيضاً البيهقي والحاكم وابن حبان، وصححه البخاري.

5- ابن الهمام، المرجع السابق. ج 5 ص 316.

6- الزيلعي، المرجع السابق. ج 3 ص 208.

البند الثالث: أن يكون مباشرا.

ويقصد بالمباشر أن الضرر الحادث نتيجة مباشرة لفعل الجاني ، بمعنى أن يكون فعل الجاني علة للضرر الحادث، فالضرر قد يكون مباشرا كما يكون بالتسبب، والمتسبب في حادثة هو الذي يفعل ما يؤدي إليها ولا يباشرها، ويجب الضمان على المتسبب في حال كونه متعديا إذا انفرد بفعل التسبب، أما إذا لم يكن متعديا فلا ضمان عليه،¹ فالاعتداء بالجرح يسبب آلاما مباشرة بعده؛ كما أنه قد تتوالى الأفعال المؤدية إلى الجرح كما إذا حفر أحدهم بئرا ودفع غيره الضحية فوقع فيه. فالضمان على المباشر وفقا للقاعدة الفقهية المشهورة في الضمان "أن المباشر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا"² فلا ضمان على الفاعل الأول ما لم يكن متعديا؛³ و قد جاء في المجلة المادة 924 أنه: "يشترط التعدي ليكون السبب موجب للضمان" ويعني أن ضمان المتسبب للضرر مشروط بعمله بغير حق فعلا مفضيا إلى ذلك الضرر. وفي حال كونه متعديا يضمن، كأن يكون حفره للبئر في طريق يعتاده الناس دون أن يبينه بعلامة وسقط فيه المضرور من تلقاء نفسه. ومثل التعدي بالتسبب شهادة الزور التي تؤدي إلى الحكم على المضرور بالحكم بطلاقه أو بجبسه أو بعقوبة بدنية أيا كانت يعود ضمانه على الشاهد الزور لأن شهادته تسببت في إلحاق الضرر به فكان ضمانه عليه بالتسبب وليس مباشرا.

وبمقتضى هذه القاعدة فإنه إذا تخلل بين التعدي والضرر فاصل لا تتحقق المباشرة، وعليه لا يوجب الضمان، كما هو حال القوة القاهرة فتحققها من الأمور التي لا يمكن الاحتراز عنها و "مالا يمكن الاحتراز منه لا ضمان فيه"⁴ ويمثل له وقوع حادث مروع بسبب الأحوال الجوية السيئة بحيث ينتج عنه ذهاب عقل من يرى نتائجه، فالفرع الذي أدى إلى الجنون لم يكن للسائق يد فيه حتى وإن كان الحادث وقع بفعله.

البند الرابع: أن يكون شخصا.

بأن يمس الضرر بشخص المعتدى عليه، و من ثم فلا يحق الضمان إلا لمن أصيب شخصا بالضرر، فقذف الشخص بعبارات صريحة أو بالتعريض يستوجب جبر الضرر الذي لحق بالمقذوف والجبر هنا يكون حدا⁵ في الصريح، لكنه اختلف في وجوب الحد فيه عند التعريض، والقول باعتباره قذفا ووجوب الجبر يوافق ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية من حفظ للأعراض والحرص على عدم النيل من شرف الإنسان وكرامته⁶.

¹ -مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام. ج 2ص1046

² - أبو محمد غانم البغدادي، مجمع الضمانات ، دار الكتاب الإسلامي، د ب.د.ت.ص.146.

³ -علي خفيف، المرجع السابق. ص59

⁴ -السرخسي، المرجع السابق. ج.15 ص103

⁵ -سبقت الإشارة إلى أن جبر الضرر المعنوي يأخذ صفة العقوبة الخاصة، ويشمل بذلك الحد فلاإن كان عقوبة للجاني فإنه حق للمجني عليه، وفيه إيلام للجاني كما فيه جبر خاطر المجني عليه، تحققة علانية العقوبة إذ فيها رد اعتبار للمضرور.

⁶ - عبد الله النجار ، الضرر الأدبي و مدى ضمانه... ص103

وعليه يثار تساؤل حول انتقال الحق فيه للغير، وتطبيقات الضرر المعنوي سواء في الجراحات أو القذف أو الأحوال الشخصية تحكمها طبيعة الحق فالحق الشخصي لا ينتقل للغير، وضمنان العدوان ليس للغير المطالبة به حتى وإن كان من الورثة المقربين، للمبدأ القائم في الحقوق، فالحقوق الأدبية لا تنتقل إلى الخلف مادامت حقوقا شخصية، فإذا اكتست صفة الحق المالي انتقلت مع ذمة المالية للمتوفى المضروب، وتنفرد أحكام القذف في من له حق المطالب بتوقيع العقوبة، ورفع الضرر فإنه يكون للمضروب كما يكون لورثته من بعده وهنا ليس فيه منافاة لمبدأ شخصية الضرر، إذ الضرر هنا مس المضروب في كرامته وسمعته كما مس أهله وأقاربه. ومن خلال ما سبق عرضه حول الشروط التي يتحقق بها الضرر المعنوي يلاحظ أنها تقوم على أسس شرعية وتستند إلى قواعد الشريعة ومقاصدها وأن كثيرا منها وضع في الأصل للضرر المادي الذي لم ينف تطبيقه على الضرر المعنوي.

المطلب الثاني : ضوابط الضرر المعنوي في القانون الوضعي.

في القانون الوضعي أيضا تميز الضرر المعنوي بجملة خصائص، كما وضع فقهاؤه لجبره شروطا.

الفرع الأول: خصائص الضرر المعنوي في القانون الوضعي :

الضرر المعنوي متميز عن الضرر المادي، فالأصل فيه أنه لا يقوم بالمال ومن ثم لا يكون محل تصرف

وبيان ذلك كما يلي:

البند الأول: أنه ضرر غير مادي.

في محاولة التفرقة بين الضرر المادي والمعنوي هناك من يرى أن الضرر المعنوي يمس الحقوق غير المالية بالمقابل يمس المادي الحقوق المالية. نعلم أن الحقوق في القانون¹ من حيث محلها تنقسم إلى حقوق مالية و حقوق غير مالية، وينبني على هذا التقسيم دخول الحقوق المالية وحدها الذمة المالية مكونة جانبها الايجابي، و من ثم قابليتها -على خلاف الحقوق غير المالية- للتصرف والحجز والتقادم والإرث، ولا ينف مع هذا التقسيم قيام تداخل بين النوعين من الحقوق، فمن الحقوق غير المالية ما يستتبع آثارا مالية، كحق البنوة يستتبع الإرث، وحق الطلاق يستتبع النفقة، كما أن الاعتداء على الحقوق غير المالية يترتب حقوقا مالية بالتعويض، وهناك حقوقا لها طبيعة مزدوجة (مالية وغير مالية في آن واحد) كما هو الحال في حقوق التأليف والابتكار. وعليه نجد من يذهب إلى تبني تقسيم الحقوق على أساس المحل إلى: حقوق الشخصية وحقوق عينية وحقوق ذهنية.

الفقرة الأولى: حقوق الشخصية.

وهي التي تنصب على مقومات وعناصر الشخصية، كالحق في الحياة والحق في السلامة الجسمية، هذه

حقوق ترد على المقومات المادية للشخصية، بجانبها حقوق ترد على المقومات المعنوية للشخصية كالشرف والاعتبار والكرامة والسمعة والمعتقدات والمشاعر والحق في الاسم وهذه يشملها الضرر المعنوي.

¹ - حسن كيرة، المدخل إلى القانون. منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت. ص 447 وما بعدها.

الفقرة الثانية: حقوق عينية .

وهي الحقوق التي تحول لصاحبها سلطات قانونية مباشرة على شيء مادي كحق الملكية وما يتفرع عنها من حقوق كحق الانتفاع، وحق الارتفاق أو الحقوق الشخصية - الدائنية- والذي يقوم على رابطة بين شخصين، بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء معين، ويغلب عليها الضرر المادي.

الفقرة الثالثة: حقوق ذهنية.

وهي حقوق ترد على أشياء غير معنوية غير محسوسة من نتاج الذهن.

وفي سعي فقهاء القانون إلى تمييز الضرر المعنوي عن الضرر المادي نجد قولين¹ : الأول: ينظر إلى طبيعة الحق أو المصلحة المعتدى عليها فيكون الضرر ماديا إذا كانت المصلحة و الحق المعتدى عليه مالي و يكون الضرر معنويا إذا كانت الحق أو المصلحة غير مالي.

الثاني: ينظر إلى طبيعة الآثار و النتائج التي يربتها الاعتداء على الحق أو المصلحة فإذا كانت الخسارة مالية فالضرر مادي وإذا لم تكن الخسارة مالية فالضرر معنوي. على أنه تجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي يفرق بين الضرر و نتيجته - كما سبقت الإشارة إليه - فالضرر هو **DOMMAGE** والنتيجة **PRÉJUDICE** .

هذا والضرر المعنوي باصطلاحه لا يرتبط بمالية الحق من غيره فلا يستبعد قيام الضرر المعنوي في الحق مالي، كالاعتداء على حق ثابت للإنسان، فمجرد دخول شخص أرضا مملوكة للآخر على الرغم من معارضته²، يعتبر ضربا من ضروب الضرر المعنوي، ويعطي للمالك حق المطالبة بالتعويض، مع العلم أن حق الملكية هو حق مالي، كما أن الحقوق غير المالية والمعنوية قد يمتزج الضرر فيها بالضرر المعنوي كالحق في السمعة والشرف والاعتبار، فسمعة الطيب والحرفي والتاجر لا تخل من الآثار المالية، وتأسيسا على ما سبق هناك من يرى³ أن الضرر المعنوي قد يكون له مظهرها خارجيا ملموسا كما إذا أصاب مذيع أو ممثل شين في وجهه، و قد لا يكون للضرر المعنوي مظهرها ملموسا كما في حال القذف والسب .

وعليه أمكن القول أن الضرر المعنوي هو المساس بقيم معنوية، فيمس كل الحقوق ولا يتعلق بالجانب الأدبي فيها فقط و هو ليس بعيدا عن الحقوق المالية.

البند الثاني: الأصل أنه لا يقوم بالمال.

في فقه القانون اتجاه يرى أن الأصل في الضرر المعنوي، وما يربته من أذى لا يقوم بالمال لأنه يمس

¹ - ياسين محمد يحي، المرجع السابق. ص 9

² - السنهوري، الوسيط. م 2 ج 1 ص 982

³ - الذنون، المرجع السابق. ص 279

قيما أدبية للإنسان، ذلك أن قياس درجة الألم للإنسان أمر غير ممكن فالناس يتفاوتون في المشاعر والأحاسيس مما يصعب وضع معيار يجري وقفه التقويم بالمال. وعليه فلا ينتقل إلى الورثة.¹ وفي ذلك يفترق الضرر المادي عن المعنوي، فإتلاف مال أو الإصابة بالعجز عن العمل تثبت للمضرور الحق في تعويض وينتقل هذا الحق إلى خلفه، ويستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذي كان مورثه يطالب به لو بقي حيا، وينتقل التعويض إلى الورثة بقدر نصيبه في الميراث، أما التعويض عن الضرر المعنوي فلا ينتقل إلى الورثة إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ما بين المضرور والمسئول أو طالب به أمام القضاء.²

وقد رأينا أن الاعتراض على تعويض المادي للضرر المعنوي يستند إلى هذا المبدأ، وهو رأي تجاوزه الفقه، مقررًا أن صعوبة تقديره لا يمنع معها قيام التعويض، فحتى الضرر المادي وإن كان له مظهرًا قابلاً للتقييم، لكنه لا يقوم بالجبر الكامل، فيكفي في التعويض أن يصلح من حال المضرور بما يواسيه ويخفف من آلامه؛ وأنه يكون من غير المنطقي أن تعجز المسؤولية المدنية عن حماية القيم المعنوية غير المالية وهي الغالب والأكثر أهمية والأكثر حاجة للحماية لدى الإنسان³؛ ومن ثم لم يعد هناك ما يدعو إلى القول أن الضرر المعنوي غير قابل للتعويض لأن محله غير مالي، ثم إن كثيرا من صور الضرر المعنوي تمتزج بالضرر المادي، وعليه يمكن تقييمها بالمال كما هو حال في السمعة وكذا حقوق المؤلف وليس بعيدا عنها الضرر الجسدي.

الفرع الثاني : شروط الضرر المعنوي في القانون الوضعي.

الشروط التي تكلم عنها فقهاء القانون الوضعي لا تختلف في مسماتها عن تلك التي أوردتها فقهاء الشريعة الإسلامية وهي كالتالي:

البند الأول: أن يكون محققا .

ويكون الضرر محققا إذا وقع فعلا أو محقق الوقوع في المستقبل، فلا يعوض الضرر المحتمل وإلا كان الحكم به إثراء بلا سبب، و شرط تحقق الضرر⁴ يرتبط أساسا بدليل إثبات وقوعه، و الذي يقع عبؤه على عاتق المضرور. ويقع الضرر فعلا إذا تحددت عناصره كالاعتداء بالقذف والسب والإهانة، والإساءة للسمعة⁵ فحدوث الألم جراء الاعتداء على جسم المضرور، والإشاعة على فتاة أنها مريضة أو بما يمس

¹ - تفصيل أكثر بالنسبة لانتقال الحق فيه في الفصل التالي.

² - مقدم سعيد، المرجع السابق. ص 175. هذا القول ورد على إطلاقه على الرغم من أن مسألة انتقال هذا النوع من الحق للورثة تحتاج إلى ضبط. راجع الفصل المبحث التالي في الحديث عن أصحاب الحق وانتقاله في الضرر المعنوي.

³ - يرجع إلى الفصل الأول من هذا البحث عند الحديث عن المشروعية

⁴ - Yves chartier, la réparation du préjudice .op cit.p10.

⁵ - ياسين محمد يحيى، المرجع السابق.ص184

أخلاقها فينفر منها الراغبين في الزواج، ومثله اختطاف الطفل من حضن أمه¹ يجعل الضرر محققاً. وقد أجمع² الفقه والقضاء على تراخي الضرر للمستقبل إذا كان وقوعه أكيدا وإن لم يتحقق في الحال وهو ما يعبر عنه بالضرر المستقبل، وبخلاف الضرر الاحتمالي، فإن الضرر المستقبل تحققت أسبابه وتراخت آثاره كلها أو بعضها في المستقبل، كإصابة عمل تقعد العامل عن عمله، فالإصابة هنا محققة إلا أن آثارها تظهر في الخسارة التي تلحق بالشخص من جراء عجزه عن الكسب مستقبلاً، ومثله إصابة الشخص بجروح في وجهه يؤدي إلى تشوّهه يمنعه ذلك من الاستمرار في عمله الذي يتطلب حسن المظهر، ويعتبر ضرراً أدبياً مستقبلاً تعرض الابن للحرمان العاطفي والشعور الأليم لفقدته أحد الوالدين، حتى وإن لم يكن قد بلغ السن التي تجعله واعياً لهول الفاجعة، أو كان مجرد حمل مستكين فإن مثل هذا الشعور المؤلم الذي سيتعرض له في المستقبل يعتبر ضرراً مستقبلاً محققاً،³ وهما نقول أن الضرر محقق وعليه يمكن للقاضي تقدير الضرر المستقبل حالاً، ومقدار تعويضه إن كان ذلك ممكناً، وفي حال عدم تمكنه من تحديد الضرر في الحال يحكم بالتعويض عن الضرر الحالي، ويعطي للمضرور الحق في مراجعته مدة معينة؛ وقد نصت المادة 131 مديني الجزائري⁴ على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين⁵ 182 و 182 مكرر، مع مراعاة الظروف والملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

وعليه فإن الضرر الاحتمالي -أي غير المؤكد- لا يحكم فيه بالتعويض، لأنه ضرر لم يقع فعلاً ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع، إذ أنه قد يقع وقد لا يقع، ومن ثم فلا يعوض عنه إلا إذا وقع فعلاً، ومثاله أن يحدث شخص بخطفه خلافاً في منزل جاره، فالضرر المحقق هنا ما وقع من هذا الخلل، يلتزم المسئول بإصلاحه؛ لكنه غير ملزم بإعادة بناء المنزل كله إذا لم يكن محققاً تدمير المنزل بسبب الخلل، ولا يحق لصاحب المنزل أن يطالب

¹ - عبد العزيز اللصامصة، المسؤولية المدنية التقصيرية -الفعل الضار- ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002 م، ص129

² - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص39

³ - احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، المجلد الأول المسؤولية المدنية الشخصية. منشأة المعارف الإسكندرية، 2007 م، ص186

⁴ - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

⁵ - نصت المادة 182: إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء = به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

أما المادة 182 مكرر فقد نصت على: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب."

بالتعويض عن تهمد المنزل للخلل الذي ألحقه المسئول إلا بعد تهمد المنزل فعلا¹. وليس لمالك الأرض أن يطالب بالتعويض عن خوفه من وقوع حريق في زراعته، بسبب كونه مجاورا لسكة القطار لأن هذا الضرر احتمالي فلا يرقى إلى استحقاقه للتعويض،² أما تفويت الفرصة، فهي أمر محقق وإن بدت أنها أمر محتمل، فتفويت فرصة كسب قضية من قبل المحامي بسبب التأخر عن رفع الدعوى في موعدها، وكذلك تفويت فرصة النجاح في الامتحان لتأخير المترشح عن حضوره بسبب حادث سير، في هذه الحال لا يعتبر خسران الدعوى ولا التسبب في الرسوب ضررا فذلك أمر محتمل وغير محقق³، إنما تفويت الفرصة يعد في حد ذاته ضرر حال حيث تحقق الضرر بعدم رفع الدعوى، وحرمان المترشح من الامتحان؛ والحكم بالتعويض عن فقد ابن لا يعتبر تعويض عن ضرر مستقبل فالحكم به يكون لما لحق الأبوين من ألم وحسرة وليس لما فاتهما من رؤية ابنيهما رجلا له قيمة في المجتمع.

البند الثاني: أن يكون مشروعاً.

لا يكفي أن يكون الضرر محققا حتى يكون قابلا للتعويض، بل يشترط فيه أن يكون مشروعاً، فقواعد المسؤولية لا تقر بالتعويض في حال مخالفة للقانون. وحتى يكون الضرر قابلا للتعويض يجب أن يمس مصلحة أو حقا يحميه القانون، بل يكفي أن يكون الحق أو المصلحة غير مخالف للقانون، وعليه سارت المحاكم الفرنسية، حيث قضت بتعويض الخليفة عن قتل خليلها، بعد أن كانت تقضي بخلافه فتراجعت عن تأكيد مشروعية المصلحة أو الحق، واكتفت بعدم مخالفتها لقواعد القانون، وإن قيدتها بجملة شروط، منها الاستقرار في العلاقة وأن لا تكون مجرمة (ألا تكون العلاقة جريمة زنا في نظر المشرع)، ثم تراجعت عن الشرط الثاني واكتفت بالاستقرار كموجب للحكم بالتعويض للخليفة، ومن ثم لم يعد شرط عدم اقتران المعاشرة بالزنا عائقا أمام قبول دعوى الخليفة فيكفي إثبات الضرر للحصول على التعويض.⁴

أما في النظم العربية بما فيها الجزائرية فليس للخليفة أن تطلب التعويض في حال وقوع حادث لخليلها، لأن الضرر المعنوي والمتمثل في الأذى الذي يصيبها في مشاعرها لا يمثل ضررا بمصلحة مشروعية يحميها القانون، فالعلاقة خارج عقد الزواج تعتبر مخالفة للنظام والآداب العامة، ومن ثم لا تعويض.

والقول بمشروعية المصلحة يجرنا للحديث عن أثر خطأ المضرور في الحكم بالتعويض أو خطأ الغير فلا يحكم عليه بالتعويض (المادة 127 مدني جزائري).

¹ -السنهوري، الوسيط، م2 الجزء1 ص978

² - توفيق فرج، المرجع السابق. ص350

³ -Fronçois Terre.PhilipeSimler.Yves Lequette,Droit civil, Les obligations.

DALLOZ, 8° edition,2002 .P679

⁴ -Philippe le Touneau et Loic Cadiet ,Droit la responsabilité et des contrats. Dalloz, 2002 -2003. P367

والحديث عن المشروعية يقابله انتقاء الضرر في حال كان محدث الضرر في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله، ففي هذه الحال تنتفي المسؤولية ما لم يجاوز في دفاعه القدر الضروري (المادة 128 مديني جزائري).
البند الثالث: أن لا يكون قد سبق التعويض عنه.

فالضرر متى سبق التعويض عنه يكون قد زال أثره، ولا يثير أي الإشكال إذا كان المسئول عن الضرر قد تكفل بدفع التعويض، فحينها لا يستطيع أن يعود عليه مرة أخرى بطلب التعويض عملاً بقاعدة: "لا يجوز للإنسان أن يقتضي حقه مرتين"،¹ فإذا قام محدث الضرر بما يجب عليه من تعويض اختياراً يكون قد وفى بالتزامه ولا مجال لمطالبته بالتعويض،² وقد يجمع شخص المضرور بين التعويضين، كما هو الحال في كون المضرور مؤمن ضد الضرر.

ولا يجوز للمضرور الذي حصل على تعويض أن يعود على المسئول - إذا كان هو المؤمن له - بتعويض آخر، إلا أن يكون مبلغ التعويض الذي حصل عليه غير كامل أما إذا كان المؤمن له هو المضرور فالتأمين يكون على الأشخاص أو على الأشياء، وفي الحالة الأولى يكون له ولورثته الجمع بين مبلغ التأمين ومبلغ التعويض، لأن مبلغ التأمين ليس له صفة التعويض بل هو مقابل لأقساط تأمين التي دفعها المضرور لشركة التأمين، و كذلك إذا كان مؤمناً على منزله من الحريق فله أن يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على من كان مسؤولاً عن إحراق المنزل.³

البند الرابع: أن يكون مباشراً.

هذا الشرط يعتبر مظهراً من مظاهر الرابطة السببية⁴ بين الفعل الضار والضرر؛ فلا يكفي وقوع الضرر لقيام المسؤولية بل لا بد أن يكون نتيجة مباشرة لفعل الضار ويقع عبء الإثبات على عاتق المضرور وذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، بمعنى أن لا يكون هناك سبب أجنبي، فإذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي أو قوة قاهرة لا يد له فيها أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بالتعويض.⁵ وقد يكون الضرر المعنوي نتيجة مباشرة للضرر المادي فقد يؤدي إلحاق الأذى بالشخص في سمعته وشرفه واسمه إلى ضرر مادي ينتج عنه خسارة الطبيب لمرضاه والمحامي لزيائنه، فالأضرار هنا متعددة ومتسلسلة، والنتيجة مباشرة لما قام به المسئول عن الضرر من اعتداء، فالاعتداء: معنوي والنتيجة: ضرر مادي وضرر معنوي.

¹ -حسن علي الذنون، المرجع السابق. ص 223.

² -عبد الله النجار، الضرر الأدبي و مدى ضمانه... ص 71.

³ -أنور سلطان، مصادر الالتزام -الموجز في النظرية العامة للالتزام. دار النهضة العربية مصر. ص 360، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط. م

2 ج 1 ص 115

⁴ -Yves chartier . la réparation du préjudice op cit p6 .

⁵ -M.Planiol.G.Ripert. Traitè pratique de droit civil français . op cit.p191

البند الخامس: أن يكون شخصيا

ومعنى ذلك أن يكون الضرر قد أصاب شخص المدعي فينشأ حق التعويض في ذمته بسبب الفعل الضار،¹ كالاعتداء على أحد الأشخاص بالقذف والسب والإهانة فيصيبه الأذى في شخصه، وقد يصيب الضرر شخصا آخر غير من وقع عليه الفعل الضار، كالاعتداء بالقتل على أحد الأشخاص، فأذى القتل يصيب الميت لكنه يلحق الضرر بغيره ممن تربطهم علاقة، يرتب فقدانه الألم في نفوسهم وهو ما يعرف بالضرر المرتد.

كما يلحق الفرد، فقد يصيب الجماعة وهو ما يعرف بالاعتداء على الأشخاص المعنوية، ويلاحظ أن التعويض عن الضرر المادي الذي يلحق الأشخاص المعنوية كان محل اتفاق بين الفقهاء بخلاف الأضرار المعنوية، فقد رأى بعضهم أن من حق هذه الأشخاص المعنوية المطالبة بتعويض عن هذا النوع من الأضرار مثل الأشخاص الطبيعية، وعليه حُكم للمجلس البلدي بالحق في مطالبة المدرس الذي أدين باستغلال منصبه بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق الكلية أو المعهد الذي يعمل فيه هذا المدرس.²

ويذكر أنه في حال الاعتداء على جماعة يفرق ما إذا كان لهذه الجماعة شخصية معنوية أم لا، فإذا لم تكن لها شخصية معنوية فلا يكون لها الحق في المطالبة بالتعويض، ويكون لكل فرد فيها الحق في المطالبة به لشخصه وليس باسم الجماعة، فالاعتداء على المصلحة العامة يمس كل الأفراد وليس فردا في حد ذاته، وعليه ليس لأحدهم أن يطالب بالتعويض عما لحقه من جراء الاعتداء على الصالح العام إنما يحق له فقط ما كان فيه مساس بشخصه بصورة مباشرة، أما إذا كانت للجماعة شخصية معنوية كالنقابات مثلا أو الجمعيات أو الشركات إذا وقع الضرر على الجماعة: النقابة أو الجمعية أو الشركة يقوم الحق في المطالبة بالتعويض لصالح الشخص المعنوي جملة أو لصالح أحد أعضائها وتقام الدعوى باسم الجماعة؛ وفي هذه الحالة يجب التمييز بين المصلحة الفردية لأي فرد من أفراد الجماعة، والمصلحة الجماعية للشخص المعنوي ذاته، و المصلحة الجماعية العامة التي يقوم عليها هذا الشخص المعنوي باعتباره منتميا إلى حرفة معينة، فالنقابة مثلا هي شخص معنوي يعهد إليه القانون بالدفاع عن المصالح العامة لمهنة معينة ولها بمقتضى ذلك أن ترجع على شخص اعتدى على هذه المصالح العامة، ولو لم تكن مصلحة شخصية؛ مثالها نقابة العمال تعود على رب العمل الذي لا يراعي قوانين العمل في مصنعه فحتى إن كان متضررون ليسوا أعضاء في النقابة، فالحق يقوم لها باعتبارها صاحبة المصلحة في الرجوع على رب العمل.³

¹ - سليمان مرقص، المرجع السابق. م 1 ص 149

² - حسن علي الذنون، المرجع سابق. ص 271

³ - السنهوري الوسيط، المرجع السابق. م 2 ج 1 ص 1043-1044

و قد يحدث أنه لأسباب اقتصادية أو لأكثر فعالية يتجمع المضرورون في جمعية بدل التصرف على انفراد وقد تقوم الجمعية بتمثيل أفرادها، والتعويض الذي يحكم به تعمل لاحقا على توزيعه عليهم.

والمشرع الفرنسي قد أجاز تعدد الجمعيات الذين تجمعهم مصلحة مشتركة وأعطى لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المشترك، مثالها رابطة مكافحة الإدمان و الجمعيات العائلية و الجمعيات ذات المنفعة العمومية والمعتمدة للدفاع عن الآداب العامة والجمعيات المناهضة للعنصرية والجرائم ضد الإنسانية وجمعيات المحافظة على الطبيعة والبيئة، كل هذه الجمعيات - وفق القواعد العامة - لها حق الادعاء كطرف مدني¹.

المطلب الثالث: الموازنة بين ضوابط الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

تقتضي الموازنة بين ضوابط الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المقارنة بينها من حيث الخصائص والشروط فيما، اتفقا عليه وما كان محل اختلاف.

الفرع الأول: من حيث الخصائص.

البند الأول: محل الاتفاق.

كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي اتفقا على أن محل الضرر المعنوي مصلحة أو حق غير مالي، يمس الاعتداء الجانب المعنوي للذمة الأدبية، وعليه فالأصل فيها أنها لا تقوم بالمال وفي ذلك يفترق الضرر المعنوي عن الضرر المادي.

البند الثاني: محل الاختلاف .

واختلفا من حيث تأسيس محل الضرر فبينما يرتبط في الفقه الإسلامي بتقسيم الحقوق فيمس ما كان منها متعلقا بحقوق العباد أو جانب منه فيه، يرتبط في القانون الوضعي بالمظهر المادي للضرر فإذا لم يكن ملموسا ظاهرا كان ضرر معنويا.

ويختلف في الفقه الإسلامي من حيث ارتباطه بالجانب الأخلاقي فالصبغة الأخلاقية التي تطبع أحكام الفقه الإسلامي كانت لها آثارها على جبر الضرر المعنوي سواء قبل وقوعه حفظا للذمة الأدبية أو بعده حماية لها، أما في القانون فلا تطرح فكرة الأخلاق لأن فقهاء القانون يفصلون الأخلاق عن القانون ويرون فيه مبادئ فلسفية بعيدة عن الموضوعية التي يجب أن تتميز بها القواعد القانونية.

الفرع الثاني: من حيث الشروط.

البند الأول: محل الاتفاق .

الضوابط والشروط التي يكون الضرر بها قابلا للتعويض، تمثلت في التحقق والمباشرة والمشروعية والشخصية وهي شروط عامة يشترك فيها الضرر المعنوي مع المادي، وهي شروط كما سبقت الإشارة إليها من صياغة أهل القانون، وأن المهتمين بدراسة الفقه الإسلامي حاولوا إسقاط هذه الشروط على أحكام

¹ - Yves chartier .la réparation du préjudice. p7.

الفقه الإسلامي من خلال نصوصه وقواعده وأحكامه، وقد وفقوا في إيجاد ما يشبهها فيه، هذا إن دل على شيء فإنما يدل على ثراء وغنى أحكام الشريعة بالحلول المتنوعة لمختلف الأحكام والمستجدات، وعليه فقد عد كلا منهما شروط تحقق الضرر واتفقا على أن تحقق الشرط معناه أن يكون أكيدا غير محتمل بالتعبير القانوني، وغير متوهم بالتعبير الفقهي الإسلامي. واتفقا على تعويض الفرصة على اعتبار أن الضرر لا يتمثل في ما يرتبه ضياع الفرصة بقدر ما يقصد به ضرر تفويت الفرصة في حد ذاته.

أما في شرط أن كون الضرر شخصيا، فقد اتفقت الكلمة بينهما على أنه يجب أن يمس الضرر شخص المضرور أما غيره فلا يحق لهم المطالبة بالتعويض إلا إذا مس هذا الضرر ذمته شخصيا، وينتقل للغير في حالات أخرى بمقتضى القانون، وهو ما يعرف بالضرر المرتد ونحيله إلى موضعه في المباحث القادمة. وشرط كون الضرر مباشر فيه تقارب بين الاتجاهين فارتباط الضرر كنتيجة مباشرة هو تطبيق لركن السببية في قيام المسؤولية.

البند الثاني: محل الاختلاف.

وفي اعتبار الضرر المستقبل شرطا محققا، اختلاف بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي فبينما اعتبره الفريق الأول كذلك، خالفهم الفريق الثاني، فتحقق السبب وتراخي النتيجة يكفي لاعتبار الضرر محققا، بينما في الفقه الإسلامي يعتبر الضرر أثر نهائي للتعدي ولا يكون غير ذلك قبله؛ ففي الجراح مثلا لا يحكم فيها في الفقه الإسلامي إلا بعد صيرورته نهائيا بحيث يراعى تفاقم الجرح ونقصه، بينما في القانون يقدر القاضي تعويضا للضرر الذي تحقق بالجرح ويعطي فرصة إعادة تقديره في المستقبل، وهو ما يعرف بالضرر المتغير فيحق للمضرور على إثرها أن يطالب بإعادة النظر في التعويض بناء على تغير الضرر بالزيادة، لكنه يمنع هذا الحق على المسئول في حال العكس لحصول الحكم على حجية الأمر المقضي به وهو ما يؤدي إلى أكل أموال الناس بغير حق .

والشرط التالي هو شرط المشروعية لتحقيق الضرر لكنه اختلف فيه من حيث تطبيقاته وإسقاطاته وهو اختلاف مبني على الاختلاف في المبادئ والقواعد التي يقوم عليها كل منهما، ف حتى يكون الضرر قابلا للتعويض يجب أن يمس مصلحة أو حقا يحميه القانون بل يكفي أن يكون الحق أو المصلحة غير مخالف للقانون وقضت بذلك المحاكم الفرنسية بتعويض الخليفة عن قتل خليلها، بينما في الفقه الإسلامي المشروعية مرتبطة بموافقة الأحكام لنصوص الشريعة ومقاصدها حتى وإن لم ينص عليها، وعليه فالعلاقة غير المشروعة - كعلاقة الخليفة - لا تعطي لصاحبها الحق في التعويض.

وعلى العموم فقد اتفقا في مجمل الشروط واختلفا في الأسس التي اعتمدها كلا الاتجاهين حيث أسس فقهاء الشريعة لهذه الشروط من النصوص العامة والقواعد الفقهية بينما أقامها فقهاء القانون على النصوص العامة في المسؤولية و التطبيقات القض

المبحث الثاني : أنواع الضرر المعنوي.

لأن الضرر المعنوي هو ما يصيب الشخص في سمعته وشرفه وعاطفته فقد تعددت أنواعه بتعدد محله وآثاره سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي. وعليه يتناول هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأول : أنواع الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : أنواع الضرر المعنوي في القانون الوضعي

المطلب الثالث : الموازنة بين أنواع الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

وفي القانون الوضعي

المطلب الأول : أنواع الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

الضرر المعنوي مصطلح مستحدث في الفقه الإسلامي وأنواعه كذلك غير أنه يمكننا استخلاصها في مختلف أبواب الفقه وبكل ما يصدق عليه معنى الضرر المعنوي، وهو الأذى الذي يصيب الإنسان في شعوره وسمعته ورامته، ويتمثل فيها الضرر المعنوي في الجنايات وفي غير باب الجنايات: ففي الجنايات القذف والجرح، وفي غير الجنايات في الطلاق والخلع

الفرع الأول: ضرر المعنوي ناتج عن فعل جنائي.

ويكون إما متعلقا بسلامة الجسد أو الشرف والاعتبار.

البند الأول: الضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء على سلامة الجسد.

وهو إما أن يكون جناية على النفس يشمل القتل بجميع أنواعه، كما يشمل أيضا ما كان جناية على ما هو نفس من وجه دون وجه، كما في حال الجنين؛ ونوع آخر هو الجناية على ما دون النفس أو ما يعرف في الفقه بالجراحات.

الفقرة الأولى: جناية القتل.

والقتل معناه إزهاق روح آدمي بفعل آدمي آخر.¹ وهو على ثلاثة أنواع²: قتل عمد: بأن يقصد المكلف قتل معصوم الدم، وقتل شبه العمد : وهو أن يقصد المكلف قتل إنسان معصوم الدم بما لا يقتل عادة، كأن

1 - عبد القادر عودة، المرجع السابق. ص6

2- سيد سابق، فقه السنة. ط1. دار المؤيد الرياض، 1422هـ-2001م. ج2 ص348

يضره بعضا خفيفة أو حجر صغير فيموت من ذلك، وسمي كذلك لتردده بين العمد والخطأ، وقتل خطأ: وهو أن يفعل المكلف ما يباح فعله كأن يرمي صيدا فيصيب إنسانا معصوم الدم. و الاعتداء على النفس بالقتل جزاؤه القصاص إذا كان عمدا عدوانا، قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾¹.

وروى الترمذي عن عبد الله بن عمرو: " - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم)². وكذلك ما رواه عن أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتروا في دم مؤمن لأكبهم الله في النار).³ هذه النصوص تدل على حرمة القتل وأن جزاء القتل هو القصاص من الجاني حق يعطى لأهل المجني عليه إما أن يقتصوا منه أو يعفوا يتصالحوا على دية، والدية كما تكون عقب الصلح في قصاص تكون أيضا في القتل الخطأ؛ هذا وحرمة النفس واحدة وإن تعددت أسباب الموت فسواء تعمد فاعله أو كان مخطئا، ولا يختلف الأمر إذا كان بسبب مادي كالقتل بألة حادة أو الغرق أو الحرق وغيرها، أم بوسيلة معنوية كالإفزع والترويع كمن يلقي حية على إنسان يموت على إثرها فرعا⁴ ومثلها ترويع الحامل؛ يلحق بها الجناية على الجنين والتي عرفها الفقهاء بأنها جناية على ما هو نفس من وجه دون وجهه، فمن جهة هو نفس لأنه آدمي ومن جهة أخرى لا يعتبر كذلك لأنه لم ينفصل عن أمه حيا، والغرة التي يربتها الاعتداء على الجنين والتي يقدرها الفقهاء بربع عشر الدية فيها معنى التعويض عما يلحق الأم أو الوالدين معا من جراء هذه الجناية .
الفقرة الثانية: الجراحات.

ويقصد به، كل ما يكون فيه أذى على جسم الإنسان دون أن يؤدي إلى قتله ويشمل بذلك الجرح والضرب وما يرتبه من ذهاب الأعضاء أو نقصان منافعها أو ذهاب منافعها مع بقائها. وحكمه التحريم وجزاؤه يختلف بحسب قصد الجاني فالقصاص للعمد وتحقق المماثلة، والدية والأرش وحكومة العدل في غير القصد وتعذر المماثلة.

يقول الله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾⁵

1 - سورة الإسراء الآية: 33 .

2- الترمذي، مرجع سابق، كتاب الديات عن رسول الله باب ما جاء في التشديد على قتل المسلم ج 4 ص 10. الحديث روي موقوفا وهو أصح.

3- الترمذي، المرجع نفسه. ج 4 ص 545 الحديث غريب .

4- الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق. ج 7 ص 326.

5- سورة المائدة، الآية: 45

وقد جاءت كثير من الأحاديث¹ لتؤكد حكم الجراح وهو القصاص، بما ورد في كتاب الله منها ما جاء في موطأ الإمام مالك قال: "... في الكتاب الذي كتبه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لعمر بن حزم في العقول: (أن في النفس مائة من الإبل وفي الأنف إذا أوعى جدعا مائة من الإبل وفي المأمومة ثلث الدية وفي الجائفة مثلها وفي العين خمسون وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل وفي السن خمس وفي الموضحة خمس)².

فدلت هذه النصوص³ على أن القصاص في الجراحات كما في النفس تقوم على المماثلة متى أمكن ذلك وتحققت شروطها: كما تبين أن النص القرآني جاء عاما بينت السنة تفاصيله.

الفقرة الثالثة: الضرر المعنوي في الاعتداء على الجسد و نوعه فيه .

ولإن كان جزاء ضرر القتل سواء كان قصاصا أو دية فيه معنى جبر الضرر المادي، فإن الأمر لا يخلو من اشتغال كل من القصاص والدية معنى جبر الضرر المعنوي، فإزهاق روح فيه ذهاب معيل وخسارة في مصدر رزق مادي، لكنه أيضا يورث ألما وحسرة على فراق المقتول وهذا الضرر أوضح فيه من كونه ضررا مادي؛ ومن ثم فالقصاص بما فيه ترضية لأهل المجني عليه وبما تحمله من شفاء ألم والدية وما فيها من ترضية لهم وجبرا لحاظرهم هي أصدق على جبر الضرر المعنوي منه على المادي.

فلاعتداء أنتج ضررا ماديا وضررا معنويا معا، فهو مادي: لأن فيه إتلاف للنفس، وهو معنوي لما يخلفه من ألم جراء الاعتداء على سلامة الجسم سواء كان نفس المضرور أو غيره، مثل أقرباء الميت وذويه؛ وعليه كان القصاص جبرا لهذا الأذى، وقد ذكر الله تعالى أن القصاص حياة، يقول عز وجل:

﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾⁴. لأن فيه ذهاب غيض أولياء الدم وحقنا للدماء، وعليه فالقتل ضرر معنوي له أصل مادي، إذ أن إزهاق روح إنسان ضرر مادي لكنه رتب ألما وحزنا، وهذه مكانتها الذمة المعنوية للإنسان.

والدية جبر ضرر القتل في غير حالات القصاص وفي الجراحات، والدية على خلاف القصاص البدل يكون ماليا، وعليه فقد اعتبرت من جوارب الضرر المعنوي، المجبور به بدل مالي، فالدية بدل مالي مقدر يدفع لأهل المجني عليه ترضية لهم.

¹ - انظر: البخاري، المرجع السابق، كتاب الديات، باب قول الله تعالى: " أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن." ج 9 ص 5

2 - مالك بن أنس، المرجع السابق، كتاب العقول . ص 650

3 - راجع: القرطبي، المرجع السابق. ج 6 ص 138

4 - سورة البقرة، الآية: 179

ومثله في غير موجبات الدية، ويقصد بها الأرش وحكومة العدل، هذه الأخيرة رأينا من الفقهاء من جعلها جزاء الألم والشين بعد براء الجرح وذهاب الجمال في التعدي على الأعضاء التي ليست فيها منفعة (لسان الأخرص و عين الأعمى و اليد الشلاء...) والضرر الجمالي ضرر معنوي أكثر منه مادي. على أنه يلاحظ أن فيما سبق بيانه، يكون الضرر المعنوي غير منفصل عن الضرر المادي، فالاعتداء على سلامة الجسد فيه ضرر مادي، تمثل في ذهاب نفس أو إتلاف عضو وخسارة من يعيلهم فقد يكون المتوفى مصدر رزق للمضروب و ذهابه يلحق به الأذى يعرضه للحاج؛ وعليه قدرت الدية لتعويض المضروب ما لحقه من خسارة هذا المصدر؛ وهو ضرر مادي في ما دون النفس فيشمل مصاريف التطبيب والدواء، لذلك نجد أبا الحسن صاحب أبي حنيفة يفسر ضرر الألم بأجرة الطبيب. على كل فالضرر هنا مادي ارتبط به الضرر المعنوي تمثل في ألم الفراق والحسرة على فقدان عزيز في الجناية على النفس وعلى ألم الجرح والمعاناة التي يرتبها الاعتداء على مادون النفس، وفي ذلك مراعاة للضرر المعنوي والجبر كان وسيلة إزالته، فهو ضرر والضرر يزال؛ وبقي أن نقول أن رفع هذا الضرر نوع من العقوبة الخاصة كما سبق بيانه، ولا ينفي عنه صفة التعويض لأنه تبين أن الدية وما دونها جزاءات شملت الشبهين العقوبة والتعويض.

البند الثاني: الضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء الشرف والاعتبار.

وجبره في الفقه الإسلامي مقرر بحد القذف والتعزير فيما دونه، والضرر المعنوي في هذه الحال منه ما هو ضرر معنوي محض، مثل الرمي بالزنا ونفي النسب، ومنه ما يكون مرتبط بالضرر المادي كما هو الحال في الاعتداء على السمعة .

الفقرة الأولى: القذف .

والقذف في اصطلاح الفقهاء¹ معناه الرمي بالزنا وقطع النسب، وهو محرم و سواء كان صريحا برمييه بالزنا أم بنفي النسب، وفي التعريض بالقذف - كأن يقول له ما أنت بزنا أو ما أنا بزنا ولا أمي زانية- أقوال في

¹ - فعند المالكية، المعنى الأعم هو: نسبة آدمي غيره بالزنا أو قطع نسب مسلم، والأخص إيجاب الحد نسبة آدمي مكلف غيره حرا عفيفا مسلما بالغا أو صغيرة تطيق الوطاء لزنا أو قطع نسب مسلم . محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب، المرجع السابق. ج6 ص298، وعند الشافعية: القذف الرمي بالزنا في معرض التعيير. ابن حجر الهيثمي، المرجع السابق. ج9 ص120. أما فقهاء الحنفية فعرفوه بأنه رمي مخصوص بالزنا صريحا و يكون القذف بصريح الزنا الخالي من الشبهة، بحيث لو اقر به الزاني أو جاء القاذف بأربعة شهود لزمه حد الزنا؛ أو ما يجري مجرى الصريح كنفي النسب من أبيه بقوله لست ابن فلان أو ليس أهلك فيكون قاذفا لأمه بالزنا. أما لو قال له لست لامك فلا يعتبر ذلك قذفا لأنه لا يتصور نفي النسب عن الأم، ومثله لو قال له أنت ابن فلان لعمه أو لخاله لا يعتبر قذفا لأن الخال والعم يسمى كل منهما أبا و مثله زوج الأم إلا أن يقول ذلك على سبيل الشتم فيكون قذفا، كما يكون الحد لكل لفظ يستعمل في عرف الناس في معنى الزنا وإن لم يكن صريحا فيه، الكاساني، المرجع السابق. ج7 ص41

المذاهب المختلفة: فيرى الحنفية¹ أن التعريض لا يوجب حد القذف وإن نواه، لأن أذى التعريض يكون عادة خفيفاً وعدم التصريح يحتمل أوجه في المعنى من اللفظ، ومن ثم كان شبهة يستبعد بها الحد لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : (ادروا الحدود بالشبهات) ويذكر أن الحنفية ومن وافقهم رأيهم لم يوجب الحد في التعريض لكنه أوجب التعزير.

ومثله نقله الشافعية،² إلا أنهم أوجبوا الحد في التعريض إن نوى به القذف، وإن لم ينو به لم يجب به الحد، سواء كان مع الخصومة أم من غيرها، لأنه يحتمل القذف كما يحتمل غيره، والحدود تدرأ بالشبهات. وخالفهم المالكية، فذهبوا إلى أن التعريض بالقذف يوجب الحد إذا فهم منه القذف بالزنا ودلت عليه القرائن كالخصام مثلاً، ولأن الكناية تقوم مقام التصريح ويمثل لها بما وقع في عهد عمر بن الخطاب³ وقد حكم فيها بالحد بعد أن شاور الصحابة.⁴

أما الحنابلة، فقد اختلفت الرواية عن الإمام أحمد في التعريض بالقذف، ففي رواية لا حد فيه وفي رواية أخرى عليه الحد للأثر الذي روي عن عمر⁵.

هذا وحكم القذف ثابت بالكتاب والسنة :

فمن الكتاب، قال تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾.⁶

ومن السنة، روى أبو داود في سننه وأحمد في مسنده بإسناد صحيح عن سعيد بن زبيح عن الربيع - صلى الله عليه وسلم - قال : (إن من أربى الربا الاستطالة في عرض المسلم بغير حق).⁷ وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : (اجتنبوا السبع الموبقات) قالوا : يا رسول الله،

1- السرخسي، المرجع السابق. ج9 ص20

2- محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق. ج8 ص369

3- لأن عمر. رضي الله عنه. استشار بعض الصحابة في رجل قال لآخر: ما أنا بزان ولا أمني بزانية، فقالوا: إنه قد مدح أباه وأمه، فقال

عمر: قد عرض لصاحبه، فجلده الحد.). راجع : محمد رواه قلعي، المرجع السابق. ص552

4- ابن رشد، المرجع السابق. م2 ص696 ابن جزري، المرجع السابق. ص386

5- موفق الدين بن قدامه، المرجع السابق. ج9 ص84.

6- سورة النور، الآية : 4.

7- أبو داود، المرجع السابق. كتاب الأدب، باب الغيبة. ج3 ص183 - أحمد بن محمد بن حنبل، مسند أحمد. دار إحياء التراث

العربي، بيروت. 1414هـ - 1993م. ج4 ص190.

وما هن؟ قال: (الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات).¹
الفقرة الثانية: السب.

والسب والشتيم معناه، نسبة المرء إلى فعل اختيار محرم شرعا ويعد عارا عرفا،² كما يعرف أيضا بأنه: "التكلم في أعراض الناس بما لا يعني"³

وتحريم السب جاءت به كثير من نصوص الشرع، منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾.⁴ فقد دلت هذه الآية على تحريم السب حتى وإن كان لغير المسلمين، وإن كان ذلك سدا لذريعة سب الله،⁵ فقد دلت على أنه محرم للمسلمين من باب أولى ويؤيده قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾.⁶

وأيد تحريم السب ما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قوله: (إن من أكبر الكبائر يلعن الرجل والديه قيل: يا رسول الله وكيف يلعن الرجل والديه، قال: يسب الرجل أبا الرجل فيسب أباه و يسب أمه).⁷

وعن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: (أتدرون ما المفلس؟ قالوا: المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع، فقال: إن المفلس من أمتي يأتي يوم القيامة بصلاة وصيام وزكاة، ويأتي وقد شتم هذا، وقذف هذا، وأكل مال هذا، وسفك دم هذا، وضرب هذا، فيعطى هذا من حسناته، وهذا من حسناته، فإن فويت حسناته قبل أن يقضي ما عليه أخذ من خطاياهم فطرحت عليه، ثم طُرح في النار).⁸

الفقرة الثالثة: الضرر المعنوي في القذف و السب و نوعه فيه.

¹ - البخاري، المرجع السابق. كتاب الوصايا، باب قول الله تعالى: "إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا". ج4 ص10.

² - ابن عابدين، المرجع السابق. ج4 ص73.

³ - محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث. د ط. د ت. ج2 ص636

⁴ - سورة الأنعام، الآية 108

⁵ - ابن العربي، المرجع السابق، ج2 ص265

⁶ - سورة الأحزاب، الآية: 58

⁷ البخاري، المرجع السابق. كتاب الأدب، باب لا يسب الرجل والديه. ج8 ص3.

⁸ - مسلم، المرجع السابق. كتاب البر و الصلة باب تحريم الظلم. ج4 ص1997.

لقد سبى الله القذف أذى وبهتان وذنوب عظيم ما كان ذلك بغير حق ، وجبره في الفقه الإسلامي مقرر بحد القذف والتعزير فيما دونه، وقلنا هنا جبر لأن الحد وإن كان عقوبة إلا أنها مقررة في حال الاعتداء على الغير بالقذف سواء كان برميته بالزنا أو نفي النسب وهو ضرر معنوي محض، بمعنى لا يرتب ولا يترتب عنه ضرر مادي، فالشرف الذي يدنس القذف يمس مكانة المضرور واعتباره في المجتمع، فلا يخفى أن جريمة الزنا من الكبائر التي حرمها الإسلام وشدد في عقوبتها، ودلت نصوص الوحي على فظاعة الفعل وجرمه، بحيث أضحى فعلا مرفوضا اجتماعيا ينبذ المجتمع المسلم وأصبحت صفة الزاني تحط من قيمة صاحبها، وعليه فرمي الغير به يمس المقذوف في شرفه وسمعته فيزلزل بذلك مكانته الاجتماعية ويلحق به أذى وألما في نفسه وذهاب هيبة بين أفراد المجتمع، ورمي الغير بالزنا من غير بينة يعرض صاحبه لأشد العقاب، والعقاب مادي (الجلد) ومعنوي (الفسق ورد الشهادة)، وفي ذلك محافظة على أعراض الناس من أن تدنس وحفظا لكرامتهم قبل تطبيق العقوبة، وفي تطبيقها رد اعتبار للمضرور واسترجاعا لمكانته الاجتماعية التي كانت ستهوي لولا عقوبة القذف وعليه فالجلد هنا عقوبة نعم لكنه عقوبة خاصة وهي وسيلة فعالة لجبر الضرر المعنوي والمتمثل في مس الشرف.

على أنه يثار تساؤل في طبيعة الحق في عقوبة القاذف هل هو من قبيل حق الله فيمتنع التصالح فيه أو هو من حق العبد فيجري فيه العفو والصلح ؟

هذا وقد اختلف الفقهاء في طبيعة حد القذف، فيرى الحنفية¹ أن فيه حق الله تعالى لأنه شرع للزجر، وفيه حق للعبد لأن فيه حفظ لسمعته غير أنه يغلب حق الله؛ ويترتب على ما سبق فيه ما يلي: القول بأن فيه الحقان وحق الله غالب يترتب عليه إنه إذا وصل للإمام، لا يجري فيه العفو ولا الصلح ولا الاعتيان ض عنه ولا يجري فيه الإبراء ولا إبراء .

والحنابلة على أن القذف فيه قولان فعلى القول بأنه حق لله لم يسقط، جاء في الإنصاف: "والصحيح من المذهب: أنه حق للآدمي. فيسقط الحد هنا، على الصحيح".²

ومن قال بأنه حق للآدمي - وهو ما ذهب إليه الشافعية³ - فالحد يسقط إذا تصدق به. ولو بعد رفع الأمر للحاكم وعليه يصح الإبراء منه والصلح والاعتياض عنه ويورث حق المطالبة بالحد فيه، ودليلهم حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - : (أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم كان يقول تصدقت بعرضي)⁴ و التصدق لا يكون إلا بالعفو.

1 ابن الهمام، المرجع السابق. ج5 ص322.

2- علي بن سليمان المرادوي ، الإنصاف. دار إحياء التراث العرب د ط. د ت ج 5 ص248

3- محمد بن حجر الهيثمي، المرجع السابق. ج 9 ص121

4 -الالباني، المرجع السابق، ج8 ص32. قال عنه ضعيف

أما المالكية فقد نقل عن الأمام مالك روايتين، والأشهر هو القول بأن فيه الحقان وهو ما نقله ابن رشد فيجري فيه العفو قبل بلوغ الإمام وبعده إذا أراد المقذوف الستر على نفسه أما إذا لم يرد ذلك لم يجز العفو¹ وعليه ففائدة التفرقة بين القول بأنه حق لله أو حق للعبد تظهر من حيث جريان العفو فيه وسقوط الحد، والظاهر أن القول أن فيه الحقان هو الأولى، فهو حق للعبد ما لم يصل إلى الحاكم وبه يتحقق حق التصديق بالعرض والعفو، أما إذا وصل للحاكم، هنا يصبح حقا للجماعة وليس للمضروب أن يسقط حق الجماعة بل يكون من صلاحية الحاكم تطبيق العقوبة، ردعا للجاني وحفظا للأداب داخل الجماعة لصيانة الأعراض والأنساب.

والرمي بنفي النسب محرم، وتحريمه نوع من الجبر يسبق الضرر وجزاؤه عقوبة، ذلك أن النسب حياة ورمي الغير بنفي النسب يعتبر قتلا له، هو قتل معنوي وليس مادي، فالمقصود هنا أن الطعن في نسب الشخص يقتله اجتماعيا وينقص من مكانته بين الناس ويعرضه للمهانة والإذلال، وفي ذلك ضرر معنوي فكان الجزاء بما يرد اعتبار المقذوف ويسكت لسان المعتدي ويحفظ للمجتمع استقراره وأمنه. والعقوبة في السب والشتيم ليست حدا، لكنها تعزير أسند تقديره للحاكم بما يرد اعتبار المضروب ويحفظ له كرامته، وعليه فالجبر هنا تعزير سواء كان عقوبة بدنية أم مالية أم معنوية كالتغليظ بالقول والاعتذار وكلها جواهر لهذا النوع من الضرر.

والضرر المعنوي في هذه الحال منه ما هو ضرر معنوي محض، مثل الرمي بالزنا ونفي النسب، ومنه ما يكون مرتبط بالضرر المادي كما هو الحال في الاعتداء على السمعة إذا كان المقذوف صاحب مهنة وتجارة، بحيث يؤدي رميته بالفاحشة إلى إعراض الناس عنه وكساد تجارته وذهاب زبائنه، ومثله اتهام الطبيب بالجهل بالطب أو اتهام تاجر بأنه عديم الأمانة أو أنه وشك على الإفلاس... مما يصرف الناس عن التعامل معه ويضر بمورده المالي.²

الفرع الثاني: ضرر المعنوي في غير الجنائيات

إن الضرر المعنوي الذي يلحق الإنسان في غير باب الجنائيات أمثلته كثيرة ومتنوعة، لم نحصرها لسببين: الأول أن ذكر بعضها يغني عن غيرها، والثاني لكثرتها فلا يكاد يخلو باب في المعاملات الآداب والأخلاق منها، اكتفينا فيها بنماذج تبين أنواع الضرر المعنوي، ويمكن تصنيفها إلى الضرر معنوي اجتماعي وضرر معنوي نفسي.

البند الأول: الضرر المعنوي الاجتماعي.

تعتبر كل من الغيبة النميمة من الأضرار الاجتماعية التي تؤثر في الإنسان، لأنها تمس مركزه الاجتماعي.

1- أبو الوليد بن رشد، المرجع السابق، المجلد الثاني ص 698

2- مصطفى الزرقاء، الفعل الضار. ص 124

الفقرة الأولى: الغيبة.

الغيبة- بكسر الغين- في اللغة من الاغتيال واغتاب الرجل صاحبه اغتيابا إذا وقع فيه وهو أن يتكلم خلف إنسان مستور بسوء أو بما يغمه،¹ وجاء في "التعريفات": "أن تذكر أخاك بما يكرهه. .. أو هي ذكر مساوئ الإنسان بما يكرهه".²

واصطلاحاً نقل ابن الحجر³ تعريفات مختلفة للغيبة وهي كالتالي:

"ذكر المرء بما يكرهه بظهر الغيب"، وهي أن يذكر الإنسان عيب غيره من غير محوج إلى ذكر ذلك. أو هي: "أن تذكر أخاك بما يكرهه لو بلغه" ومثله "الغيبة أن تذكر الإنسان في غيبته بسوء وإن كان فيه. أو هي: ذكر المرء بما يكرهه، سواء كان ذلك في بدن الشخص أو دينه أو دنياه أو نفسه أو خلقه أو خلقه أو ماله أو والده أو ولده أو زوجه أو خادمه أو ثوبه أو حركته أو طلاقته أو عبوسه أو غير ذلك مما يتعلق به، سواء ذكرته باللفظ أو بالإشارة والرمز. الغيبة أن تتكلم خلف الإنسان بما يكرهه لو سمعه وكان صدقاً".⁴

مما سبق يتبين أن الغيبة: هي التكلم في الغير في غيابه بما يمس بدنه أو دينه أو ماله أو أهله بحيث لو سمعه كرهه وتأذى منه ويكون القول حقيقة فيه لأنه إن كان كذباً فإنه يصبح بهتاناً وليس غيبة فقط. وفي تفسير القرطبي أن الغيبة ثلاثة أوجه كلها في كتاب الله تعالى: الغيبة و الإفك و البهتان. فأما الغيبة فهي أن تقول في أخيك ما هو فيه. وأما الإفك فأن تقول فيه ما بلغك عنه. وأما البهتان فأن تقول فيه ما ليس فيه.⁵

والغيبة محرمة لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا؛ فَكَرِهْتُمُوهُ ! وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَحِيمٌ﴾.⁶ وعن أبي موسى رضي الله عنه قال: (قالوا يا رسول الله أي الإسلام أفضل؟ قال: من سلم المسلمون من لسانه ويده). وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أتدرون ما الغيبة؟ قالوا: الله ورسوله أعلم. قال: ذكرك أخاك بما

¹ - ابن منظور، المرجع السابق. ج11ص105

² - الجرجاني، المرجع السابق. ص163

3 - ابن حجر: 773-852 هـ. = 1372 - 1449 م. أحمد بن علي بن محمد الكناي العسقلاني، أبو الفضل، شهاب الدين، من أئمة العلم والتاريخ. أصله من عسقلان (فلسطين) ومولده ووفاته بالقاهرة. أما تصانيفه فكثيرة: الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة - لسان الميزان تراجم، و الإحكام لبيان ما في القرآن من الأحكام تقرب التهذيب. في أسماء رجال الحديث، و تهذيب التهذيب، في رجال الحديث، فتح الباري في شرح صحيح البخاري. وبلوغ المرام من أدلة الأحكام. مع شرحه سبل السلام في شرح بلوغ المرام. انظر: شذرات الذهب.

ج1ص125-الزركلي، المرجع السابق. ج1ص179

4- أبو الفضل أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري. دار المعرفة، بيروت، 1379 هـ. ج4ص469 وما بعدها.

5- القرطبي، المرجع السابق. ج16ص335

6- الحجرات، الآية:12.

يكره قيل: أفرايت إن كان في أخي ما أقول؟ قال: إن كان فيه ما تقول، فقد اغتبتته، وإن لم يكن فيه ما تقول فقد بهتته).¹ وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (كل المسلم على المسلم حرام: دمه وعرضه وماله).²

وكما نص على تحريم القول بالغيبة نص أيضا على تحريم سماعها، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ﴾.³ وقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ﴾⁴، وقال تعالى: ﴿إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾.⁵ وعن أبي الدرداء رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من رد عن عرض أخيه، رد الله عن وجهه النار يوم القيامة).⁶

يقول ابن كثير: "الغيبة محرمة بالإجماع، ولا يستثنى من ذلك إلا ما رجحت مصلحته، كما في الجرح والتعديل والنصيحة... [وهي] على التحريم الشديد، وقد ورد فيها الزجر الأكيد، ولهذا شبهها تعالى بأكل اللحم من الإنسان الميت، كما قال تعالى: ﴿أَيُّحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا؛ فَكَرِهْتُمُوهُ﴾؟ أي: كما تكرهون هذا طبعاً، فأكرهوا ذلك شرعاً فإن عقوبته أشد من هذا وهذا من التنفير عنها والتحذير منها".⁷

الفقرة الثانية: النميمة.

وهي نقل الكلام بين الناس على جهة الإفساد. يقول الغزالي⁸: "تطلق النميمة في الأكثر على من ينم قول الغير إلى المقول فيه، كما تقول: فلان كان يتكلم فيك بكذا وكذا"⁹؛ وتعرف النميمة أيضا بكشف ما يكره سواء كرهه المنقول عنه أو المنقول إليه أو كرهه طرف ثالث وسواء كان الكشف بالقول أو الكتابة أو الرمز والإيماء، فالنميمة إفشاء السر وكشف الستر عما يكره كشفه.

1- مسلم، مرجع سابق، كتاب البر و الصلة . ج4 ص2001.

2- رواه مسلم، سبق تخريجه.

3 - سورة القصص، الآية: 55

4 - سورة المؤمنون، الآية: 3

5 - سورة الإسراء، الآية: 36

6 - الترمذي، المرجع السابق. أبواب البر والصلة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب ما جاء في الذب عن المسلم. ح: 1996 قال عنه: حديث حسن

7 - ابن كثير، المرجع السابق. ج7 ص379

8- الغزالي: 450-505هـ = 1058 - 1111 م. محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، أبو حامد، حجة الإسلام: له نحو مئتي مصنف. مولده ووفاته بخراسان. رحل إلى نيسابور ثم إلى بغداد فالحجاز فبلاد الشام فمصر، وعاد إلى بلده. من كتبه: إحياء علوم الدين ، و تحافت الفلاسفة والاقتصاد في الاعتقاد ومقاصد الفلاسفة والمنقذ من الضلال والتبر المسبوك في نصيحة الملوك. وشفاء العليل في أصول الفقه، والمستصطفى من علم الأصول، و المنحول من علم الأصول. انظر: وفيات الأعيان . ج 4 ص216-شذرات الذهب. ج4 ص10.

9- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة بيروت. د ت . ج3 ص 156

والنميمة من الكبائر جاء في تحريمها آيات وأحاديث كثيرة، قال الله تعالى: ﴿ هَمَّازٍ مَشَاءٍ بِنَمِيمٍ ﴾¹، وقال تعالى: ﴿ مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ ﴾²، وقال أيضا: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾³. وعن حذيفة -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (لا يدخل الجنة نمام)⁴، وعن ابن عباس رضي الله عنهما (قال: مر النبي صلى الله عليه وسلم بحائط من حيطان المدينة، أو مكة، فسمع صوت إنسانين يعذبان في قبورهما، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "يعذبان، وما يعذبان في كبير" ثم قال: "بلى، كان أحدهما لا يستتر من بوله، وكان الآخر يمشي بالنميمة."⁵).

وعن ابن مسعود -رضي الله عنه- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: (ألا أنبئكم ما العضه؟ هي النميمة، القالة بين الناس).⁶

الفقرة الثالثة: الضرر المعنوي ونوعه فيه.

الغيبة والنميمة ضرر معنوي اجتماعي يصاحبه الألم النفسي وكلاهما محرم بالإجماع، إذ هي ضرر يترتب عليه مساس بمكانة الإنسان في المجتمع، فالسعي بالغيبة والنميمة فيه تقليل من شأن الفرد في المجتمع، وخط من قيمته بينهم لذلك كان الألم الذي يلحقه هذا الفعل يؤدي الشخص في مشاعره وأحاسيسه، ومجرد ذكر الغير بما يؤديه إذا علمه -حتى و إن كان فيه حقا- مشمول بالتحريم؛ وفي تغليظ حكمها وتشبيهه بأكل لحم الإنسان دلالة على مراعاة أحكام الشرع للذمة المعنوية للآدمي، يتبن ذلك من تعريف النبي -صلى الله عليه وسلم- لها فما يقوله المعتاب صدقا لكنه أذى يلحق المضروب ألما في نفسه إذا اطلع عليه. فجاء النهي مراعاة لشعوره وحفظ له من الأذى، ولا يستثنى من ذلك إلا ما رجحت مصلحته، كما في الجرح والتعديل والنصيحة.

ولا تقل النميمة أقل أذى عن الغيبة بل هي أشد، إذ تؤدي إلى لتفرقة بين الناس وزرع الفتنة إلى حد الحمل على التجسس لمعرفة أخبار الناس وهو أمر منهي عنه قال تعالى: ﴿ وَلَا تَجسسُوا ﴾، وعلى القتل، وعلى قطع أرزاق الناس، وقد جاء في الحديث: (لا يبلغني أحد منكم عن أصحابي شيئا، فأنا أحب أن أخرج إليهم وأنا سليم الصدر)⁷.

1 - سورة القلم، الآية: 11

2 - سورة ق، الآية: 18

3- سورة الحجرات، الآية: 6

4- مسلم، المرجع السابق، كتاب الإيمان، باب بيان غلط تحريم النميمة. ج 1 ص 100.

5- البخاري، المرجع السابق، كتاب الوضوء، باب من الكبائر أن لا يستتر من بوله. ج 1 ص 53.

6- مسلم، المرجع السابق، كتاب البر و الصلة باب تحريم النميمة ج 4 ص 2012

7- الترمذي، المرجع السابق. ج 7 ص 265، قال عنه الترمذي: غريب من هذا الوجه.

و حرمة الاستماع لها كحرمة الوقوع فيها؛ ونجد من الفقهاء من تكلم في حكمها بما جاءت به النصوص وأردفه بالحديث عن كيفية جبرها فاتفقوا على شرط الندم، واختلفوا في التحلل من المغتاب، حيث استبعده مراعاة لمشاعر المغتاب فإنه إذا أعلمه بذلك ربما تأذى أشد مما إذا لم يعلم بما كان منه، وأنها خطيئة بينه وبين ربه، وفي ذلك يقول القرطبي " أنه لم يأخذ من ماله ولا أصاب من بدنه ما ينقصه، فليس ذلك بمظلمة يستحلها منه، وإنما المظلمة ما يكون منه البدل والعوض في المال والبدن." ¹

وغيرهم ذهب إلى أنها مظلمة توجب على صاحبها تبرئ بالاستحلال منها، حيث دلت الآثار عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنها مظلمة يجب على المغتاب استحلالها، واستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: (من كانت له مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء، فليتحلله منه اليوم، قبل أن لا يكون دينار ولا درهم، إن كان له عمل صالح أخذ منه بقدر مظلمته، وإن لم تكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه) ² ومن رآها مظلمة، وكفارتها الاستغفار لصاحبها الذي اغتابه، وفي ذلك يقول ابن كثير: "الجمهور من العلماء: طريق المغتاب للناس في توبته أن يقلع عن ذلك، ويعزم على ألا يعود. وهل يشترط الندم على ما فات؟ فيه نزاع، وأن يتحلل من الذي اغتابه. وقال آخرون: لا يشترط أن يتحلله فإنه إذا أعلمه بذلك ربما تأذى أشد مما إذا لم يعلم بما كان منه، فطريقه إذا أن يثني عليه بما فيه في المجالس التي كان يذمه فيها، وأن يرد عنه الغيبة بحسبه وطاقته، فتكون تلك بتلك." ³

البند الثاني: الضرر المعنوي النفسي.

والضرر المعنوي الذي يمس مشاعر الإنسان، فيورث ألماً وهمماً، يتمثل في فراق الزواج (كالطلاق والخلع والوفاة والإيلاء)، ويلحق بها الاعتداء على حقوق الشخصية كالتحال الاسم.

الفقرة الأولى: ضرر الفرقة بعد الزواج.

وتشمل الطلاق والخلع والإيلاء وقبلها فسخ الخطبة، ويكفي تناول الفراق بسبب الإيلاء و الخلع

كمثاليين: ⁴

أولاً- الإيلاء :

الإيلاء معناه: الامتناع، واصطلاحاً هو الامتناع عن وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر أو الحلف على الامتناع، أو يحلف ألا يطأ زوجته مدة أكثر من أربعة أشهر، لقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ

¹ - القرطبي، المرجع السابق. ج 16 ص 337.

² - البخاري، المرجع السابق. كتاب المظالم، باب من كانت له مظلمة عند الرجل فحلها له هل يبين مظلمته ج 3 ص 129-130.

³ - ابن كثير، المرجع السابق ج 7 ص 385.

⁴ - العناصر الأخرى أكثر تفصيل في الباب الثاني.

أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿١﴾، ¹ يعني: إما أن يفيء، وإما أن يطلق. والإيلاء لا يجوز لأنه نوع مضارة وهو عادة جاهلية كانت شائعة بين العرب، واستمر العم ل به عند المسلمين بعده وقبل نزول حكم الطلاق .
 فللرجل في الجاهلية كان حين يغضب على زوجته يقسم على عدم وطئها، قصد التشديد عليها فلا يطلق سراحها بالطلاق لتتزوج من رجل آخر، ولا يعود إليها بعد هذا القسم ليصالحها ويعايشها. فجاء الحكم في الإسلام ² ليرفع الضرر الذي يلحق المرأة من هذا الفعل خاصة، فتعدد الزوجات جعل الزوج بعيدا عن أذى الهجر. والزوج المولى بأحد الأمرين إما الرجوع بعد كفارة اليمين، لأن إيلاءه يمين، والله تعالى يقول: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ وَاللَّهُ مَوْلَاكُمْ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾ ³ أي تحليلها وذلك بالكفارة، أو يؤمر بالطلاق .

ثانيا- الخلع:

الخلع يطلق على الفرقة مقابل مال تعطيه الزوجة لزوجها، وقد سمي هذا النوع من الفراق خلعا لأن الله ⁴ سبحانه وتعالى قد جعل كل واحد من الزوجين لباسا للآخر، قال تعالى ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾ ⁵. والخلع مشروع عند وجود الشقاق بين الزوجين، ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ ⁶ .

وجاء في حديث عن ابن عباس، (أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال ل رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله ص لى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة) ⁷ وقد شرع الخلع وشرع معه أخذ الزوج بدل الفراق والأصل تحريم ذلك

1- سورة البقرة، الآية: 226

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 9 ص 7069

3- سورة التحريم، الآية: 2

4- سيد سابق، مرجع سابق، ج 2 ص 201

5- سورة البقرة، الآية: 187

6- سورة البقرة، الآية: 229.

7 - البخاري، المرجع السابق. كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه ج 7 ص 47

على الزوج، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾¹.

الفقرة الثانية: الضرر المعنوي فيه.

إن العلاقة التي تربط الرجل بالمرأة في ظل الزواج هي علاقة مودة ورحمة، كما ذكر الله عز وجل في كتابه: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾². وافتقار العلاقة الزوجية للمودة والرحمة يترتب عليه ضرر يصيب أحد طرفيها أو كلاهما، وهو ضرر معنوي لما يخلفه من ألم وحسرة للمتضرر منهما، وشريعة الإسلام قد بنيت أحكامها على تحريم الضرر ورفع وإزالته، ومن ثم فقد حرم الإيلاء الذي هو هجر الزوجة إذا زاد عن حد التأديب، قرره الشرع بأربعة أشهر، ذلك أن ما زاد على هذه المدة لا يؤدي الغاية من التأديب بقدر ما يكون في مضارة بالزوجة، والضرر هنا ليس ماديا بل هو معنوي تمثل في ما تستشعره الزوجة بسبب إعراض الزوج عنها، ومن ثم فإذا كانت غاية الزوج التأديب فالمدة التي قررها الشرع تفي بالغرض، وإلا كان تعسفا من قبله وقصدا منه إلحاق الأذى بها كما كان يفعل العرب في الجاهلية وهو أمر ترفضه الشريعة السمحاء.

ومثله الخلع فكما أن الطلاق من حق الزوج يوقعه بإرادته، ويكون المهر كاملا من حق الزوجة بالدخول ولها نصفه قبل الدخول، ولها المتعة في حال الطلاق ترضية لها وجبرا لخاظرها، أعطي للزوج الحق في العوض على طلاق لم يكن من جهته ولا بسببه، بل أن كره الزوجة له من غير ضرر هو الذي سبب الخلع، فكان البديل جبرا للضرر الذي قد يرتبه ترك زوجته له وهو راغب مقيم لحدود الله فيها. ومراعاة لألم الفراق ومواساة للزوج، أباح الشرع له أخذ البديل عند الطلاق بعدما كان محرما عليه.

الفقرة الثالثة: الاعتداء على حقوق الشخصية.³

يعتبر الاعتداء على حقوق الشخصية ضربا من ضروب الضرر المعنوي النفسي، وعليه سنبيّن مظاهر الاعتداء على الحقوق الشخصية بداية ثم نستخلص الضرر المعنوي الذي يرتبه الاعتداء عليها.

أولا- مظاهر الاعتداء على الحقوق الشخصية:

1 - سورة النساء، الآية: 20

2- سورة الروم، الآية: 21

3- هناك فرق في اصطلاح القانونين بين الحقوق الشخصية وحقوق الشخصية فالأولى، ما كانت في مقابل الحقوق العينية و تكون في علاقة الدائنين الحقوق التي تقوم على أساس وجود رابطة اقتضاء بين شخصين يلتزم أحدهما قبل الآخر بأداء شيء معين، أو القيام بعمل من الأعمال، أو الامتناع عن عمل). و الثانية، ما كان في مقابل الحقوق العامة و الأولى مجالها القانون الخاص القانون المدني و الثانية مجالها حقوق الإنسان كالحقوق التي تنصب على مقومات وعناصر الشخصية في مظاهرها المختلفة، بحيث تعبر عما للشخص من سلطات مختلفة واردة على هذه المقومات، وتلك العناصر بقصد تنمية هذه الشخصية و حمايتها اساساً من اعتداء الأفراد أو الأشخاص الآخرين .

ويشمل الاعتداء على الحقوق الشخصية: الاعتداء على الحق في الاسم والاعتداء على الحق في الخصوصية .

1. الاعتداء على الحق في الاسم :

ونتناول فيه الحق في الاسم الحسن والحق في النسب والحق في الاسم التجاري والحقوق الفكرية:
أ- الحق في الاسم الكريم : ثمة أحاديث كثيرة عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم - يوصي فيها باختيار أحسن الأسماء منها ، حديث أبي الدرداء - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسماءكم)¹. ومن خلال سعيه -صلى الله عليه وسلم- إلى تغيير الأسماء غير الجميلة أو تلك التي تحوي معاني تضر بصاحبها، وتذكر كتب السيرة النبوية الشريفة أنّ الرسول -صلى الله عليه وسلم- قد أبدل الكثير من الأسماء القبيحة للأشخاص والبلدان وسماها بأسماء حسنة، كتغييره اسم عاصية إلى جميلة، وحرب إلى سلام، وحزن إلى سهل، وأبدل اسم أبي بكر -رضي الله عنه- من عبد الكعبة إلى عبد الله، وابن عوف من عبد الحارث إلى عبد الرحمن، وبرة بنت أم سلمة إلى زينب، وبني غيّان إلى بني الرشدان، وبني معاوية إلى بني مرشدة، وبني الريبة إلى بني الرشدة، ومدينة يثرب إلى طيبة، وشعب الضلالة إلى شعب الهدى..²

ب- حق في النسب:

لقد اعتمدت الشريعة الإسلامية بالنسب فكان تشريع الزواج وإحاطته بجملة أركان وشروط، إذ التناسل وانتساب كل ولد لأبيه وما يترتب عليه من قيام مسؤوليات في التربية والنفقة والعناية، يحقق بالتأكيد الترابط بين أفراد المجتمع الواحد ويؤسس علاقات متينة بينهم؛ فلا الشك أن رابطة الدم هي أقوى الروابط وأمتنها، ومن ثم نجد الشارع قد حث على الزواج واهتم بالنسب وأقر أحقية كل فرد في الاسم والانتساب إلى أبوين وعائلة، اسما ودما وصله؛ فأثبتته بالزوجية القائمة حقيقة وحكما وشبهة. وفي مقابل ذلك شدد في جريمة الزنا ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾³. فأهدر الماء الذي يخلق منه الولد حتى وإن كان الأب البيولوجي، يقول النبي -صلى الله عليه وسلم-: (الولد للفراش وللعاهر الحجر)⁴. ومع ذلك أقر لولد الزنا بنسب الأم، وأقر لجهول النسب باسم يعرف فيه بين أفراد المجتمع، يقول اله عز وجل : ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾⁵ وشدد الشارع على الآباء

1- البيهقي، المرجع السابق، كتاب الضحايا، جماع أبواب العقيقة، باب ما يستحب أن يسمى به .ج9ص.306 حديث: مرسل

2- انظر مسلم، المرجع السابق، كتاب الآداب، باب استحباب تغيير الاسم القبيح إلى الحسن. ج3ص1686

3- سورة الإسراء ، الآية: 32

4- البخاري، المرجع السابق، كتاب الفرائض باب الولد للفراش حرة كانت أم أمة .ج8ص154.

5- سورة الأحزاب، الآية:5

الذين ينكرون نسب أولادهم، يقول -عليه الصلاة والسلام- حين نزلت آية المتلاعنين: (أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده، وهو ينظر إليه، احتجب الله منه، وفضحه على رءوس الخلائق، من الأولين والآخرين)،¹ ويقول أيضا: (ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر ومن ادعى قوما ليس له فيهم فليتبوا مقعده من النار)².

كما حرم دعوة الإنسان باسم قبيح لما في ذلك من أذى قد يلحقه به، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَىٰ أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ عَسَىٰ أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الْأَسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ وَمَنْ لَمْ يَتُبْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾.³ و منه قوله صلى الله عليه وسلم: (بحسب امرئ من الشر، أن يحقر أخاه المسلم).⁴

يقول القرطبي في تفسير آية الحجرات: "ينبغي ألا يجترئ أحد على الاستهزاء بمن يقتحمه بعينه إذا رآه رث الحال أو ذا عاهة في بدنه أو غير لبيق في محادثته، فلعله أخلص ضميرا وأنقى قلبا ممن هو على ضد صفته، فيظلم نفسه بتحقيق من وقره الله، والاستهزاء بمن عظمه الله... وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن الله لا ينظر إلى صوركم وأموالكم ولكن ينظر إلى قلوبكم وأعمالكم).⁵ وهذا حديث عظيم يترتب عليه ألا يقطع بعيب أحد لما يرى عليه من صور أعمال الطاعة أو المخالفة، وعدم الاحتقار لمسلم رأينا عليه أفعالا سيئة، بل تحتقر وتذم تلك الحالة السيئة، لا تلك الذات السيئة."⁶ ورأى أن من نبز أخاه فإنه فاسق، واستدل بما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- في الصحيح: (أيما امرئ قال لأخيه: يا كافر فقد باء بها أحدهما إن كان كما قال وإلا رجعت عليه)،⁷ واستثنى ما كان لغير الشين والعيب. جاء في البخاري "قال: وقال النبي صلى الله عليه وسلم: (ما يقول ذو اليمين)⁸ نقل القرطبي تعليقا على الحديث: "قال أبو عبد الله بن خويز مناداد: تضمنت الآية المنع من تلقيب الإنسان

1 - الحاكم النيسابوري، المرجع السابق، كتاب الطلاق، ج2 ص567. قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه.

2- البخاري، المرجع السابق، كتاب المناقب، ج4 ص180.

3 سورة الحجرات، الآية: 11

4 - سبق تخريجه

5- مسلم، المرجع السابق، كتاب البر و الصلة، ج1 ص1987.

6 - القرطبي، المرجع السابق، ج16 ص325-326

7-الإمام مسلم، المرجع السابق، كتاب الإيمان، ج1 ص79.

8- البخاري، المرجع السابق، كتاب الأدب، باب ما يجوز من ذكر الناس نحو قولهم الطويل والقصير لا يراد به شين الرجل، ج4 ص484.

بما يكره، ويجوز تلقيبه بما يجب، ألا ترى أن النبي -صلى الله عليه وسلم - لقب عمر بالفاروق، وأبا بكر بالصديق، وعثمان بذي النورين، وخزيمة بذي الشهادتين، وأبا هريرة بذي الشمالين وبذي اليمين. "1

يتبين مما سبق أن تسمية الغير بالألقاب القبيحة محرم، بالكتاب والسنة لأن فيها إساءة وتحقير للغير.

ج-الحق في الاسم التجاري و الحقوق الفكرية.

وحرمه الاسم واعتبارها في شريعة الإسلام لا تقف عند الجانب المعنوي فيها فقط، بل ألحق بها الفقهاء المعاصرون الاسم التجاري، حق التأليف والابتكار أو ما يعرف بالحقوق الفكرية، وما يعرف في اصطلاح القانونيين بالحقوق المعنوية، ومعناها: قدرة يقرها القانون لشخص على إنتاجه الفكري أو الذهني أو الأدبي أو الفني أيا كان نوعه²، كحق المؤلف في مؤلفاته العلمية وحق الفنان في مبتكراته الفنية وحق المخترع في مخترعاته وحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية. والحق المعنوي يأخذ صورة الحق المالي لما يعود به على صاحبه من أموال، وهو حق أدبي لاستثثاره به كحق نسبته إليه وحق تقرير نشر مصنفه ومنتجه وابتكار وله عليه سلطة التصحيح لما فيه من أخطاء عند إرادة الناشر إعادة نشره. ومنه أيضا: سلامة التصنيف وحصانته، فليس لأحد انتحاله، وله ولورثته حق دفع الاعتداء الواقع عليه وأن يأذن في طبعه ونشره.³

وقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة م وتمره الخامس أن: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها. هذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها. وأن حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصنونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها.⁴

2.الاعتداء على الحق في الخصوصية :

ويتمثل في التجسس وفي فتح النافذة تطل على الغير. والتجسس في اللغة: معناه تتبع الأخبار، يقال: جس الأخبار وتجسسها: إذا تتبعها، ومنه الجاسوس؛ لأنه يتتبع الأخبار ويفحص عن بواطن الأمور⁵. وعرف ابن حجر التجسس بأنه: " البحث عن عيوب الناس."¹

1 - القرطبي، المرجع السابق. ج16 ص 329

2 -إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية. ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 م ص.297

3- راجع تفصيل: أكثر حسن كبيرة، المرجع السابق.ص 489 وما بعدها.

4 - قرار رقم: 43 (5/5) بشأن الحقوق المعنوية ، في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1-6 جمادى الأولى 1409 الموافق 10 -

15 كانون الأول (ديسمبر) 1988م، مجلة المجمع، العدد الخامس، ج3 ص 2267 للموقع الرسمي لمجمع الفقه الإسلامي الدولي

<http://www.fiqhacademy.org.sa>

5- الفيروز آبادي، مرجع سابق.ص482

وحكمه التحريم وهو منهي عنه؛ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا﴾² كما وقد وردت أحاديث كثيرة تدل في عمومها على تحريم التجسس على أسرار الناس، منها:

1. عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- قال: (إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث، ولا تحسوا ولا تجسسوا، ولا تناجسوا، ولا تحاسدوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا، وكونوا عباد الله إخوانا).³

2. قال رسول الله-صلى الله عليه وسلم-: (يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه، لا تغتابوا المسلمين، ولا تتبعوا عوراتهم، إنه من اتبع عوراتهم يتبع الله عورته، ومن يتبع الله عورته يفضحه في بيته).⁴

وقد دل الحديث على صون الأعراس وعن كف اللسان والعين عن تتبع عورات المسلمين وإشاعة الفاحشة فيهم، وتوعد من فعل ذلك بتتبع عورته وفضحه على فعله. وفي ذلك دلالة على حفظ أحكام الشريعة للحقوق الشخصية للإنسان، إذ الاعتداء عليها بغير حق، واستثني ما كان على اللصوص وقطاع الطريق بتتبع أخبارهم، ومثله في حال الحرب؛ كما اعتبر فتح نافذة تطل على الجار من باب الاعتداء على حقوق الشخصية فحرمت، ولما يرتبه من ضرر الاطلاع على حرمت البيوت، وقد أدرجت في باب التعسف في استعمال الحق، فحق الشخص على بيته أن يتصرف فيه بإرادته وبما يريد، بما فيه فتح المنافذ وعلو المطل، هذا الحق يثبت لصاحبه مع شرط أن لا يكون سببا في إلحاق الضرر بالجار، وقد ذهب الحنفية⁵ والشافعية⁶ والحنابلة⁷، إلى أنه ليس لصاحب علو تحته سفلى لآخر أن ينقب كوة في علوه، وكذلك العكس، إلا برضا الآخر؛ وذهب الصحابان إلى أن لكل منهما فعل ما لا يضر بالآخر، فإن أضر به منع منه، كأن يشرف من الكوة على جاره وعياله فيضر بهم، والمختار أنه إذا أشكل أنه يضر أم لا؟ لا يملك فتحها، وإذا علم أنه لا يضر يملك فتحها. وذهب المالكية: إلى أنه يقضى على من أحدث فتحها بسدها إذا لم تكن عالية، ويشرف منها على جاره. وأما القديمة فلا يقضى بسدها، يقول الدسوقي من المالكية: "إن الكوة التي أحدث فتحها يقضى بسدها، وإن أريد سد خلفها فقط بعد الأمر بسدها فإنه يقضى بسدها جميعها، ويزال كل ما يدل

1 - ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق. كتاب الأدب، باب ما ينهى عن التحاسد والتدابير. ج 10 ص 498.

2 - سورة الحجرات، الآية: 12

3- البخاري، المرجع السابق. كتاب الفرائض، باب ما تعليم الفرائض. ج 8 ص 148.

4- أبو داود، المرجع السابق. كتاب الأدب، باب في الغيبة. ج 2 ص 270.

5 - السرخسي، المرجع السابق. ج 2 ص 91.

6 - الشافعي، المرجع السابق. ج 2 ص 230

7- ابن قدامة، المغني. ج 4 ص 332

عليها. وهذا إذا كانت غير عالية لا يحتاج في كشف الجار منها إلى صعود على سلم ونحوه، وإلا فلا يقضى بسدها. وإذا سكت من حدث عليه فتح الكوة ونحوها عشر سنين - ولم ينكر - جبر عليه، ولا مقال له، حيث لم يكن له عذر في ترك القيام (الادعاء) وهذا قول ابن القاسم، وبه القضاء.¹

فاحترام الخصوصية في الفقه الإسلامي تتعدى النهي عن التحسس بتتبع أخبار الناس وأسرارهم، لتشمل علاقة الفرد مع جيرانه من حيث مراعاة خصوصيتهم، تصل إلى حد منعه من التصرف في ملكه إذا كان فيه إلحاق الضرر بهم.

ثانيا-الضرر المعنوي في الاعتداء على الحقوق الشخصية:

فالأذى الذي يلحق الحقوق الشخصية هو ضرر معنوي لما يرتبه من ألم في نفس المضرور ورعاية الشرع الحكيم لهذا الجانب من حياة الإنسان تجلت من خلال تقدير الاسم مراعاة أثره في صاحبه. فالاسم من العلامات الخاصة بالإنسان وهو حقه الطبيعي بحيث يعكس حسنه أو قبحه صورته في المجتمع، وكم من اسم قبيح ألحق سخرية وحطا من القيمة لصاحبه مما أورث لديه ألما في القلب وحسرة في النفس، لذلك نجد الإسلام قد عني بحفظ كرامة الإنسان من خلال تقدير اسمه ومراعاته وبداية بالحث على اختيار الأسماء الحسنة.

وحق الإنسان في الاسم حق معنوي، والاعتداء عليه ضرر معنوي لما يخلفه من ألم وحسرة في نفسه لبشاعة الاسم وسخرية الناس منه، فكان منهج الشرع في جبر هذا الضرر الحث على الأسماء ذات المعاني الجميلة، والتي فيها الفأل الحسن فعن سعيد بن المسيب عن أبيه، أن أباه جاء إلى النبي -صلى الله عليه وسلم - فقال: (ما اسمك؟" قال: حزن، فقال: "أنت سهل" قال: لا أغير اسما سمانيه أبي، قال ابن المسيب: فما زالت الحزونة فينا بعد.)²

وينبني على ما سبق أن ما يؤدي الإنسان من أسماء وألقاب حتى وإن كانت صفة فيه خلقية أو خلقية محظور لما يلحقه من أذى ويصيبه من ألم، أما ما كان فيهِ، بحيث لا يؤديه أو كان لقباً يرفع من قيمته فلا يعد أذى ولا عدوان. ومثله رعايته من خلال حفظ نسبه واعتباره حقا لكل فرد ولعظيم أهميته للشخص فقد أثبتته بكل الوسائل وبأدنى شبهة فيثبت بالزواج الصحيح وبالوطء بشبهة وبالزواج الفاسد وحتى بالزواج الباطل، وحصر دائرة نفيه فلا ينتفي إلا بأقواها وهو اللعان؛ حتى ولد الزنا الذي لا يلحق بأبيه أثبت له النسب لأمه كل ذلك لأن ما يمس اسم الشخص ولقبه يؤثر في النفس ويورث الهم والحزن .

وفي العصر الحديث طبيعة الاسم والضرر الذي يلحقه، لم تعد معنوية فقط بل أصبح لها جانب مادي، كما هو الحال في الاسم التجاري وحق المؤلف على نتاجه الفكري والفنان على أعماله الفنية وغيرهم، فكلها

1 - ابن عرفة الدسوقي، المرجع السابق. ج3 ص370.

2- البخاري، المرجع السابق. كتاب الأدب، باب اسم الحزن. ج8 ص43.

أسماء لها قيمة معنوية باعتبارها حق يستأثر صاحبه بنسبته إليه، كما أن عائداته المالية ترجع إليه على سبيل الحصر وعليه فإن الأذى الذي يلحق بالاسم هنا يكون له آثار مالية وله أيضا آثار معنوية، فقد يؤدي انتحال الاسم إلى خسائر مادية تلحق بالشخص المعتدى عليه، كما ترتب ألما وحسرة جراء ذلك الأذى، فهو إذا ضرر معنوي يرتب أضرارا مالية. ومراعاة حقوق الشخصية تمثلت أيضا في منع الغير في التصرف في حقه بمقتضى الملكية إذا كان فيه ضرر بالغير بحيث يؤديه من خلال الاطلاع على حرمان منزله .

المطلب الثاني: أنواع الضرر المعنوي في القانون الوضعي:

يأخذ الضرر المعنوي في القانون صورا متعددة، كما أن فقهاء القانون الوضعي قد اختلفوا في أنواعه، وتفصيل ذلك كما يلي:

الفرع الأول. التقسيمات المختلفة للضرر المعنوي:

الضرر المعنوي هو الألم الذي يشعر به المضرور، وهو أنواع والتنوع يوجد في المصدر كما في شدة الألم. مبدئيا يقر أهل القانون أن أنواع الضرر المعنوي متعددة و أنه من الصعوبة بمكان حصرها،¹ لذلك نجدهم قد وضعوا عدة تقسيمات للضرر المعنوي.

البند الأول: أقسام الضرر المعنوي باعتبار أثره .

قسمه فقهاء القانون الوضعي باعتبار أثره إلى: ضرر معنوي محض - أي مجرد- وضرر معنوي ذو أصل مادي أو متصل بضرر مادي.

الفقرة الأولى: الضرر المعنوي المحض.

وهو الضرر الذي لا يمتزج بالضرر المادي ويكون فيما يصيب العاطفة والشعور²، هذا النوع من الضرر قد أعترض في البداية على قابليته للتعويض حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي أن: "الألم النفسي لا يمكن تقديره بمال فانه لا يعتبر يستحق التعويض عنه."³

الفقرة الثانية: الضرر المعنوي المتصل بالضرر المادي .

ويتمثل في ذلك الأذى المعنوي الذي يجر إلى ضرر مادي، كما أن الضرر المادي قد ينجر عنه ضرر معنوي، لذلك يفضل استعمال كلمة ممزوج به، لأنه قد يكون الضرر ماديًا يرتب ضررا معنويا كما هو الحال بالنسبة للضرر الجسدي فالجرح والتلف يرتب ألما وتشوها وهو عين الضرر المعنوي. وهو أيضا مادي لما يتطلبه من تكاليف العلاج ونقص القدرة على الكسب.

¹ - ياسين محمد يحيى، المرجع السابق. ص12

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط. المجلد 2 الجزء 1 ص982

³ - حسن الذنون، المرجع السابق. ص302

ومثله الاعتداء على السمعة والشرف خاصة إذا كان الشخص المضرور صاحب مهنة تقوم على سمعته بين زبائنه، فالتشهير بالتاجر أو الطبيب أو المحامي قد يعرض عمله لخسارة مالية فالضرر هنا معنوي لكنه رتب ضررا ماديا.

على أنه يلاحظ أن الفقه الفرنسي¹ ليس فيه هذه الازدواجية في اصطلاح الضرر المعنوي لأنه يفرق بين الضرر (dommage) وما يرتبه الضرر préjudice فيكون الثاني هو نتيجة للأول ومن ثم فالضرر المعنوي (dommage moral) هو الأذى الذي يصيب الإنسان في شعوره وعاطفته وسمعته وكرامته وشرفه، ويرتب إما ضرر مادي ويعرف ب préjudice matériel كما هو الحال في الاعتداء على سمعة الطبيب والتاجر، كما قد يرتب ضررا معنويا و يعرف ب préjudice moral كما هو الحال عند فقد عزيز أو الاعتداء على المعتقد الديني .

البند الثاني: أقسام الضرر المعنوي باعتبار مصدره.

ويقسم إلى ضرر معنوي، يمس الجانب الاجتماعي للذمة الأدبية، وضرر معنوي يمس الجانب النفسي للذمة الأدبية.

الفقرة الأولى: ضرر معنوي يمس الجانب الاجتماعي للذمة الأدبية.

ويعنى به: ذلك الضرر الذي يصيب الشخص فيؤثر في وضعه ومكانته داخل المجتمع ومثله الذي يمس السمعة والشرف والاعتبار، وعادة ما يصاحب هذا النوع ضرر مالي.

الفقرة الثانية: ضرر معنوي يمس الجانب النفسي للذمة الأدبية:

ويعنى به ذلك الضرر الذي يمس عواطف الشخص وأحاسيسه ويورث ألما في نفسه، كما هو حال في موت عزيز، يضاف إليها أضرار أخرى، كالضرر الذي يصيب الشخص في معتقداته أو الناتج عن جروح.²

البند الثالث: أقسام الضرر المعنوي باعتبار محله.

من يرى أن الضرر المعنوي أنواع:³ ضرر معنوي يصيب الجانب الاجتماعي للذمة الأدبية ، ويقصد بها تلك التي تتعلق بالحرية والاعتبار والسمعة والشرف. وضرر معنوي يصيب الأفكار الذهنية ويقصد به الحق الأدبي للمؤلف أو المخترع أو المبدع على عمله؛ وضرر تعكير صفو حياة الإنسان. وضرر جسدي ويكون بأي سبب من أسباب الاعتداء على جسم الإنسان، يتمثل في الآلام التي تكون جراء الجرح والإصابة؛ وضرر مشاعر

¹ -Christine Cormier, Le préjudice en droit administratif français-étude sur la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques-(pris de thèse de l'université de Paris II). P67

² - ياسين محمد يحيى، المرجع السابق. ص12

³ -Christine Cormier, Le préjudice en droit administratif français. op cit P 67

الحنان كما في حال الوالدين الذين يفجعا في وليدهما بسبب الخطف أو الجرح أو القتل، ومنها أيضا ترك أحد الخطيئين من طرف الآخر. ويلاحظ أن كل تلك التقسيمات عبارة عن تطبيقات قضائية مختلفة.

وهناك تقسيم موجز بحيث جعل الضرر المعنوي على المنوال التالي،¹ قسم ناتج عن الاعتداء الجسدي، وقسم آخر ناتج عن المساس بالحقوق الشخصية.

الفرع الثاني: صور مختلفة للضرر المعنوي:

بالإضافة لما سبق هناك أنواع مختلفة للضرر المعنوي يمكن تصنيفها كما يلي:

البند الأول: الضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء الجسدي:

والضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء الجسدي بدوره أنواع: الألم الجسدي والنفسي أولا، والضرر الجمالي ثانيا، المساس بالشرف والاعتبار ثالثا.

الفقرة الأولى: الألم الجسدي والنفسي .

سواء كان الاعتداء على جسم الإنسان أم صحته والتعويض عنه يعرف بثمن الألم ²: pretium doloris فالاعتداء على الجسم يلحق أذى ماديا بالشخص كذهاب منفعة العضو أو نفقة العلاج، كما يرتب أيضا ألما جسديا، ومجاله مختلف الحوادث سواء كانت حوادث عمل وحوادث السيارات، ويقوم الحق في التعويض وإن لم يؤد إلى نقص أجرته؛ فلا يرتبط التعويض بنقص أجره العامل بل يكون في مقابل ما عناه من ألم جراء الحادث،³ أم كان الاعتداء على الغير بسبب الحادث مثلا، كالذي يؤدي إلى فقدان عزيز أو إصابته بإعاقة أو جروح، وهو ما يعرف بالضرر النفسي؛ وقد قضى المجلس الأعلى بالجزائر بتاريخ 1976/11/6 (ملف رقم: 10511) بمبلغ خمسة آلاف د ج كتعويض عن الأضرار التي شعرت بها أم لفقد ابنتها البالغة من العمر ست سنوات في حادث،⁴ هذا النوع من الضرر هو ضرر معنوي محض إذ أنه لا يرتبط بالضرر المادي، وقد وجدنا أن الفقه الفرنسي قد تردد بداية الأمر في القول بالتعويض فيه واستند هذا الاتجاه في رفضه لهذا النوع من الضرر إلى صعوبة تقديره بالنقود، غير أنه قد تم قبول تعويض الآلام النفسية مستقلة بصورة نهائية والتي يربتها الضرر الجسدي في قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 24 أبريل سنة 1942)⁵.

هذا، ووفاة المضرور طرح إشكال في اعتبار الموت ضرر يوجب التعويض، إذا علمنا أن الحكم بالتعويض في حال الضرر الجسدي هو الحكم بثمن الألم والموت يعتبر نهاية لكل ألم، ومن ثم فإن طبيعة الضرر هنا ومن

¹ -Phillipe Le Tourneau .Loik Cadiet,Droit de la responsabilité et des contrat .Daloz action,(2002/2003) .P414

² - عبد العزيز اللصاصمة، المرجع السابق. ص113

³ - ياسين محمد يحي، المرجع السابق. ص114

⁴ -علي علي سليمان، النظرية العام للالتزام، المرجع السابق. ص168

⁵ -Christine Cormier. Le préjudice en droit administratif français.op cit p161 -164.

يستحق التعويض قد كانت محل دراسة وبمحت من لدن أهل القانون،¹ فبينما رأى فريق منهم أن الموت لا يعد ضرراً مستقلاً ولا يستحق المضرورة التعويض لأنه بوفاته تنتهي شخصيته القانونية وبما صلاحته لاكتساب حقوق، و عليه فورثته لا يستحقون التعويض بصفتهم ورثة بل بصفتهم الشخصية، رأى فريق آخر أن الموت ضرر مستقل فالحق في التعويض ينشأ قبل الوفاة، رأيهم أن الموت قدر محتوم على كل شخص لكن الاعتداء عجله وحرّم صاحبه من الحياة وهو الرأي الراجح.

الفقرة الثانية: الضرر الجمالي.

ويكون نتيجة المساس بالتناسق الجسدي للضحية فيصيب الجسد تبشوهات، أو يترك ندبات أو يكون بفقد عضو نتيجة الإصابة. والتعويض الذي يحكم به في هذا النوع من الضرر يعرف ب: *pretium pulchritudinis* أي ثمن الجمال. و الأصل أنه ضرر معنوي محض أي لا يرتبط بالضرر المالي، إلا أنه قد يكون له أثر مالي بالنسبة للضحية التي تمارس الفن أو تعتمد في وظيفتها على المظهر الخارجي كمضيفه الطيران ومقدمة البرامج التلفزيونية.

الفقرة الثالثة: ضرر الحرمان من بهجة الحياة.

ويكون جزاؤه تعويض لجبر ما قد يصيب الإنسان من حرمان من التمتع بمباهج الحياة وفي بيانه نظر فقهاء القانون له على مستويين:

1. **النظرة ضيقة:** وتكون من خلال الحرمان من نشاط محدد: كحرمان الضحية من ممارسة بعض النشاطات المعينة رياضية أو ثقافية.

2. **النظرة الواسعة:** وتتمثل في الحرمان من متع الحياة العادية، وتعني بذلك خسارة الابتهاج المشروع الذي يمكن انتظاره من الحياة، فتشمل النشاطات الترفيهية كالسفر والنزهة، أو النشاطات الرياضية كالسباحة والتزلج.

وقد وجه انتقاد² للتنوع في تقسيم الضرر الجسدي بأن في هذا التنوع معنى تقطيع الشخص إلى أجزاء متفرقة، و من حيث المبدأ هذه الأقسام في الحقيقة هي نقصان رفاهية الشخص وراحته وعدم الرضا عن سوء الحال، وتعويضها متفرقة فيه تعويض لضرر واحد عدة مرات، ومن جهة أخرى تعدد صور الضرر ينتج عنه اختلاف في الحكم في التعويض عن أضرار تعود كلها إلى ضرر واحد هو الضرر الجسدي.

¹ - راجع في ذلك: طه عبد المولى ابراهيم، مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء. ط1، دار الفكر والقانون، مصر، 2000م. ص96 وما بعدها.

² - Phillipe Le Tourneau -Loik Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrat.op cit P416

البند الثاني: الضرر الناتج عن المساس بحقوق الشخصية .

ويتنوع هذا النوع من الضرر بتنوع بالحقوق الشخصية، فيشمل: الاسم وملحقاته من جهة والحق في الخصوصية من جهة أخرى.

الفقرة الأولى: الاسم وملحقاته.

الاسم أحد مميزات شخصية كل إنسان التي تمنع اختلاطه واشتباهاه بغيره،¹ والحماية المقررة له تكون بالمطالبة بوقف الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحق صاحب الاسم من ضرر، وقد نصت المادة 48 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه من دون ميرر ومن انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر. " وعليه فحماية الاسم لا يشترط فيها حصول الضرر، فانتحال الاسم واستعماله هو اعتداء يقوم معه حق المطالبة بوقفه حتى وإن لم يترتب عليه ضرر لصاحب الاسم.²

وتأخذ حماية الاسم وملحقاته الصور التالية :

أولاً- انتحال الاسم: هو حق يمنع الغير من استعمال الاسم حتى في غياب الضرر، وهي حماية دائمة، وفي غياب صاحب الاسم بموته ينتقل الحق إلى أفراد العائلة.

ثانياً- استعمال الاسم: و تكون حماية الاسم من الاستعمال كما يلي:

باستعمال الاسم المستعار الخاص بالشخص، فالاسم المستعار، هو الاسم الذي يتخذه الشخص سترًا لاسمه الحقيقي،³ ولصاحب الاسم أن يعترض على استعمال اسمه كاسم مستعار من قبل الغير، بحيث يمارس به نشاطا فيوحي لرأي العام بالخلط بين الشخصين.

ثالثاً- استعماله في عمل إبداعي: حماية الاسم مقررة ضد استعماله في عمل روائي، حينما يلجأ المؤلف إلى إدراجه في الرواية أو مسرحية أو عمل سينمائي حتى يجعلها أكثر حيوية.⁴ وتضمن الحماية عدم استعماله في غرض تجاري.

الفقرة الثانية: الحق في الخصوصية.

وتأخذ عدة صور منها، الإساءة للغير بالحديث المهين أو المسيء لسيرتهم، أو عرض صور فوتوغرافية لهم أو التحسس عليهم بالتصنت أو المشاهدة أو التقاط صور لهم في مكان خاص دون علمهم، واستثنى القضاء

¹ - حسن كبيرة، المرجع السابق. ص 546

² - عبد الله النجار ، الضرر الادبي و مدى ضمانه.... ص 266

³ - المرجع نفسه، ص 263

⁴ -Phillipe Le Tourneau -Loik Cadiet.Droit de la responsabilité et des contrat .op cit.

الفرنسي إذا كانت تلك الأفعال مشروعة كما هو حال المُخبر، فهو مرخص قانونا بتتبع الحياة الخاصة للفرد قيد المتابعة مادام يستعمل وسائل مشروعة ولأهداف مشروعة.¹

وتحدد عناصر الخصوصية في: الحياة العائلية العاطفية والصحية والصورة الفوتوغرافية من حيث استعمالها تجاريا أو توزيعها، سواء كان الشخص مشهورا أم غير مشهور. ومثلها انتهاك حقوق الناشئة عن علاقات أسرية، فتجاهل السلطة الأبوية يعطي للأب الحق في المطالبة بالتعويض. ومثله ما يكون من اضطرابات بسبب عدم الإخلاص للحياة العائلية.

ومنها أيضا الاعتداء على ذكرى الموتى، جاء في قانون العقوبات الجزائري النص على التعويض على الأضرار المتعلقة بالمدافن و بجرمة المقابر (المادة 150 إلى 154 من قانون العقوبات الجزائري) ويشمل التعدي على الحرمة الموتى هدم وتخريب وتدنيس القبور بأي طريقة كانت (المادة 150) أو المساس بجرمة الموتى... وكل ما كان له علاقة بحق محدد كالضرر الذي ينتج مباشرة على الاعتداء على مشاعر المضرور أو أفكاره أو معتقده أو حرته أو تواضعه يلحق خاصة مشاعر الحنان يعتبر من الخصوصية.²

الفقرة الثالثة: المساس بالشرف والاعتبار.

يعد الشرف والاعتبار من عناصر الذمة المعنوية، وعليه فالاعتداء عليها يرتب ضررا معنويا يثبت لصاحبه الحق في التعويض، سواء كان عن طريق السب والافتراءات الكاذبة أم عن طريق الكتابة أو الصحافة أو وسائل تعبير أخرى.³

وقد عرفت المادة 296(القانون العقوبات الجزائري) القذف بأنه " : يعد قذفا كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعى عليها به إسنادها إليهم أو إلى تلك الهيئة ، ويعاقب على نشر هذا الإدعاء أو ذلك الإسناد مباشرة أو بطريق إعادة النشر ، حتى ولو تم ذلك على وجه التشكيك ، أو إذا قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الاسم ولكن كان من الممكن تحديدها من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات واللافتات أو الإعلانات موضوع الجريمة "؛ وعرفت المادة 297 السب ب: " يعد سبا كل تعبير مشين أو عبارة تتضمن تحقيرا أو قدحا لا ينطوي على إسناد واقعة." هذه جرائم يعاقب عليها جنائيا، ولا تمنع العقوبة الجنائية¹ من رفع الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض حتى في حال حفظ الدعوى لعدم كفاية الأدلة.

¹ - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص154

²- J.Flour-J.Aubert, Les obligations/2-le fait juridique. 9 édition .Armand Colin 2001.p129

³ - مقدم سعيد، المرجع السابق. ص148

جاء في قانون الإجراءات الجزائية.²: "تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمية أو أدبية مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية".

وهناك أحكام عوّض من خلالها القضاء الجزائري عن الضرر المعنوي الناتج عن جريمة، والذي تمت المطالبة به أمام المحكمة المدنية في شكل دعوى مدنية مستقلة عن الدعوى العمومية، جاء في حيثيات حكم صادر عن محكمة البلدية بتاريخ 99/11/13 تحت رقم 99/207 بخصوص تعويض ذوي الحقوق عن وفاة مورثهم نتيجة جنائية قتل عمدي، ما يلي: "حيث أن وفاة الضحية نتج عنه ضرر مادي ومعنوي ألحق بذوي حقوقها حيث أن طلب المدعية أم الضحية بمبلغ 300.000 دج تعويضا عن الضرر المادي ومبلغ 200.000 دج كتعويض عن الضرر المعنوي مؤسس قانونا يتعين على المحكمة الاستجابة له".

ويلحق بجريمتي القذف و السب، قذف كاتب بأنه ليس صاحب مؤلفه الشهير، ومثله المساس بقرينة البراءة فيعتبر انتهاك لحق المتهم في البراءة بإظهاره قبل المحاكمة على أنه مذنب؛³ ومثل قذف الكاتب، المساس بالحق المعنوي للمؤلف أو الفنان، ويشمل هذا الحق كل المصنفات الأدبية أو الفنية وفي الجزائر صدر قانون⁴ يهدف الى التعريف بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وكذا المصنفات الأدبية أو الفنية المحمية ، والعقوبات الناجمة عن المساس بتلك الحقوق ، وقد نصت المادة 21 منه على أنه: "يتمتع المؤلف بحقوق معنوية ومادية على المصنف الذي أبدعه، تكون الحقوق المعنوية غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا يمكن التخلي عنها".

1 - (الأمر رقم 69-73 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969). المادة 2: يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جنائية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصا ضرر مباشر تسبب عن الجريمة.

ولا يترتب على التنازل عن الدعوى المدنية إيقاف أو إرجاء مباشرة الدعوى العمومية، وذلك مع مراعاة الحالات المشار إليها في الفقرة 3 من المادة 6. المادة 3: يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها. وتكون مقبولة أيا كان الشخص المدني أو المعنوي المعتبر مسؤولا مدنيا عن الضرر. وكذلك الحال بالنسبة للدولة والولاية والبلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في حالة ما إذا كانت غاية دعوى المسؤولية ترمي إلى التعويض عن الضرر سببته مركبة.

تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية. المادة 4: يجوز أيضا مباشرة الدعوى المدنية منفصلة عن الدعوى العمومية. غير أنه يتعين أن ترجع المحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوى المرفوعة أمامها لحين الفصل نهائيا في الدعوى العمومية إذا كانت قد حركت. المادة 5: لا يسوغ للخصم الذي يباشر دعواه أمام المحكمة المدنية المختصة أن يرفعها أمام المحكمة الجزائية. إلا أنه يجوز ذلك، إذا كانت النيابة العامة قد رفعت الدعوى العمومية قبل أن يصدر من المحكمة المدنية حكم في الموضوع.

2 - الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

3 -Phillipe Le Tourneau .Loik Cadiet. Droit de la responsabilité et des contrat .op cit p430

4 - قانون بأمر رقم 97-10 مؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة 1997، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة

وتتمثل الحقوق المادية في حقه في استغلال مؤلفه واستعماله والتصرف فيه بالتنازل أو بغيره من سبيل التصرف على سبيل الاستئثار، وتمثل الحقوق المعنوية في حقه في نسبة المؤلف إليه وحماية المصنف من التغيير أو التحريف وحقه وحده في نشره وكيفيته، والحق في سحبه من التداول وتعديله وهذه الحقوق هي حقوق دائمة لصاحبها؛ يظل يتمتع بها حتى ولو تنازل أو حوّلت حقوقه المالية للغير. وقد أعطت المادة 144 لمالك الحقوق المتضرر، الحق في أن يطلب من الجهة القضائية المختصة، اتخاذ تدابير تحفظية تحول دون احتمال المساس بحقوقه أو تضع حدا لهذا المساس المعين ، مقابل تعويض عن ذلك الضرر.

هذا والأحكام¹ المتعلقة بالضرر المعنوي مختلفة ومتنوعة في القضاء الجزائري، حيث قضى بالتعويض عن الوفاة لأب الضحية وأبنائه؛² كما قضى بالحكم بالتعويض عن الوشاية الكاذبة في حق امرأة (زوجة و أم وربة بيت) تضررت وتزعزع مركزها الاجتماعي إثر متابعتها بجرمة الزنا.³ كما أن المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2001/01/14 ملف رقم 214574، أقرت التعويض عن الضرر المعنوي الذي طالب به عامل أمام القسم الاجتماعي عن التسريح التعسفي، وجاء في حثياته: "حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر، أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين كما هو الشأن في دعوى الحال الطابع التعسفي للتسريح ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العامل وأن الحكم المطعون فيه يبين أن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي، وهذا كاف لإعطائه الأساس القانوني"⁴.

المطلب الثالث: الموازنة بين أنواع الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

في القانون الوضعي..

في الموازنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي هناك مواضع اتفاق حول صور و أنواع الضرر

المعنوي و مواضع اختلاف.

الفرع الأول: محل الاتفاق.

من خلال ما سبق تبين لنا أن صور الضرر المعنوي عديدة، ولا يمكن حصرها شملت كل ماله علاقة بالذمة المعنوية للإنسان، وهو أمر كان محل الاتفاق بين فقهاء القانون، وما ورد من تطبيقات للضرر المعنوي في الفقه

¹ - راجع تفاصيل بالقضايا المختلفة : بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام. ص 140

² - قرار مؤرخ في 1986/07/08 ملف رقم 42308 المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الأول ص 254

³ - قرار مؤرخ في 1993/11/23 ملف رقم 96004 المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الثالث ص 69

⁴ - قرار منشور بالمجلة القضائية عدد 1 لسنة 2002. ص 195.

الإسلامي، فالضرر المعنوي منه ما يمس جسد الإنسان ويأخذ صورة التعدي بالقتل والجرح وما يرتبه من ألم، ومنه ما يأخذ صورة التعدي على شرف الإنسان واعتباره، من قذف وسب؛ ومنها ما يكون نتيجة انتهاك حقوق الشخصية للإنسان، من تعد على الاسم أو الخصوصية؛ هذه الأمثلة في صور الضرر المعنوي اتفق كل من الفقه الإسلامي والقانون، على أنها أذى وضرر يوجب منعه وإزالته أو جبره ما أمكن، اعتباراً للجانب المعنوي في الإنسان.

وتنوع الضرر المعنوي من حيث مصدره وأثره في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فيه معنى مراعاة المشرع للجانب المعنوي للإنسان، سواء كان ذلك الجانب المعنوي، اجتماعياً أم نفسياً وسواء ارتبط بخسارة مالية أم رتب مجرد الألم؛ ومهما تنوعت صورته فموقف كلا من منهما هو السعي لجبر المضرور بكل الوسائل الجبر ورفع الضرر عنه.

الفرع الثاني: محل الاختلاف.

يلاحظ أن تقسيمه في الفقه الإسلامي، جاء عقب تتبع كل ما يصدق عليه الضرر المعنوي في أبواب الفقه المختلفة وأمكن إرجاع أنواعه إلى أمرين ضرر معنوي ناتج عن الفعل جنائي، تمثل في الاعتداء على جسم الإنسان أو الاعتداء على عرضه، وضرر ليس ناتجاً عن فعل جنائي كما هو الحال في ضرر الفرقة الزواج مثلاً. بينما في القانون الوضعي اختلف فقهاؤه في حصر الضرر المعنوي وأنواعه فاختلقت بذلك أرواهم حول أقسامه والأساس الذي يقوم عليه التقسيم .

ويلاحظ أن استخلاص أنواعه في الفقه الإسلامي يكون بالرجوع إلى تطبيقاته المختلفة في أبواب الفقه، بينما في القانون الوضعي نجد قراءة أنواعه تكون من خلال التطبيقات القضائية المتنوعة. على أنه يسجل اتساع دائرة الضرر المعنوي وما يصدق عليه في القانون الوضعي منه في الفقه الإسلامي. وموقف كلا منهما مختلف مختلف مسلكهما في جبر الضرر المعنوي ففي الاعتداء على الجسد أو الشرف أو الاعتبار جبره في الفقه الإسلامي عقوبة مقدرة أو غير مقدرة بما فيها الدية وحكومة العدل، بينما في القانون جبر الضرر المعنوي يقوم مع العقوبة ولا يحل محلها فالاعتداء له عقوبته الجنائية المقررة كما يقوم معها حق التعويض المدني للمضرور.

الفصل الثالث: آليات جبر الضرر المعنوي والمستحقون له وانتقاله

لجبر الضرر المعنوي آليات بيّنها يكون بالاطلاع على طرق الجبر وعناصره، فطرق جبر الضرر المعنوي تقوم على قاعدة الضرر وما يتفرع عنها في الفقه الإسلامي، وتتعدد تلك الطرق بتعدد أنواع الضرر المعنوي، الغاية منها رد الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر قدر الإمكان وعند تعذره يصار إلى غيره، ومثله في القانون الوضعي وإن اختلفا في الأسس والتطبيقات.

وتتمثل عناصره في مراعاة الظروف الملازمة، وتكون بكشفها الظروف التي يتحدد بموجبها مقدار وكيفية الجبر الضرر المعنوي. كما تكون بمراعاة تغير الضرر عند الحكم بالجبر.

هذا والضرر المعنوي على خلاف الضرر المادي، قد تباينت الآراء في قابليته للانتقال بالميراث خاصة، وعليه تكون دراسته ببيان أصحاب الحق في الجبر، ثم كيفية انتقال هذا الحق إلى الغير بدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. وفق بالمباحث التالية:

المبحث الأول: آليات جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي .

المبحث الثاني: أصحاب الحق في الجبر وانتقال هذا الحق إلى الغير في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي

المبحث الأول: آليات جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

وفي القانون الوضعي

لجبر الضرر المعنوي آليات تحدث عنها فقهاء القانون الوضعي معتمدين بالدرجة الأولى على التطبيق القضائي في مجال التعويض عن الضرر المعنوي، وهي آليات حاولنا اسقاطها على أحكام الفقه الإسلامي

المطلب الأول: آليات جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: آليات جبر الضرر المعنوي في القانون الوضعي

المطلب الثالث: الموازنة بين آليات جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي

القانون الوضعي.

المطلب الأول: آليات جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي.

آليات جبر الضرر المعنوي يقصد بها طرق الجبر، بحيث تأخذ صورة الجبر العيني ويكون بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، كما قد تأخذ صورة الجبر بمقابل عند تعذر الجبر العيني، وتشمل الآليات بالآضافة إلى طرق الجبر عناصره أيضا والتي تتمثل في مراعاة الظروف الملازمة لجبر الضرر المعنوي كما تشمل مراعاة تغير الضرر من وقت وقوعه إلى الحكم بالجبر.

الفرع الأول: طرق جبر الضرر المعنوي:

في جبر الضرر عموما يرجع بيان طرقه إلى قاعدة الضرر وما يتفرع منها خاصة قاعدتي: "الضرر يزال" و"الضرر يدفع قدر الامكان"، يكون جبر الضرر من جنس الجبور حقيقة أو حكما، حقيقة برد الشيء - وهو لأصل - أو مثله، وحكما في رد قيمته عند تعذر رد العين أو المثل؛ وفي الحالتين يكون الجبور به من جنس الجبور وهو المال؛¹ وحكم جبر الضرر المعنوي يندرج تحت القاعدتين السابقتين، ولا ينفي كونه ضرر غير مالي أن يخضع لأحكامهما.

فقد رأينا أن الضرر المعنوي يصيب الجسم والشرف والمشاعر، وعليه يُنظر إلى سبيل الفقهاء في جبره على مختلف أنواعه وبه يستخلص طرقه فيه، فيكون عينيا كما هو الحال في مختلف صور الضرر الذي يقع على الشرف والاعتبار، ويكون بمقابل يتفرع إلى نقدي وغير نقدي .

1-وصفي عاشور، المرجع السابق. ص102

البند الأول: الجبر العيني.

ويكون في الاعتداء على جانب الاجتماعي للذمة المعنوية للشخص، كما هو الحال في الاعتداء على الخصوصية ومس السمة. وإذا علمنا أن الجبر العيني معناه إعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر ومنع وقوعه مستقبلاً، فإن ما قرره الشرع في مواجهة القذف والسب وتحريم الغيبة والقود وحسن اختيار الاسم كفيل بجبر الضرر بمحوه ومنعه مستقبلاً، وفي حق الخصوصية كما هو الحال في ضرر الجوار بحيث عد فتح كوة (نافذة) يطلع بها على حرمت الجار ضرر معنوي يجبر بغلقها.¹

وحد القذف فيه رد اعتبار المقذوف مما نسب إليه ورفع الضرر الواقع عليه من مساس بمكانته الاجتماعية وجبر الألم الذي لحق به ترضية له، وبه يمنع وقوع ضرر مثله في المستقبل. ومثله الشتم والسب، فالمعلوم أن جبره تعزيراً يعود تقدير كلفه ومقداره للحاكم ويعتبر الاعتذار من صور جبر الضرر المعنوي فيه، إذ أن فيه اعتراف بحق المضرور وترضية له ورد اعتبار في المجتمع.

والقود سبيل الشرع في رفع الضرر المعنوي عينا ويشهد له حديث أبي سعيد الخدري قوله: (بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم قسماً أقبل رجل فأكب عليه فطعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرجون كان معه، فجرح وجهه، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: تعال فاستقد، فقال: بل عفوت يا رسول الله)². وقد دل هذا الحديث على أن أكمل وسيلة لرفع الضرر هي إعطاء المضرور حق رد ما وقع عليه بمثله، والنبي -صلى الله عليه وسلم- جعل من نفسه -عليه الصلاة والسلام - قدوة في كيفية استيفاء الحقوق، ومثله فعل الصحابة رضوان الله عليهم.

ومن صور الجبر العيني تكذيب النفس على الملاء، ماروي عن عمرو بن العاص، وهو أمير مصر أنه قال لرجل يقال له قنبرة: يا منافق، فأتى عمر بن الخطاب فكتب عمر إلى عمرو بن العاص: إن أقام البيعة عليك جلدتك تسعين فنشد الناس فاعترف عمرو حين شهد عليه زعموا أن عمر قال لعمرو أكذب نفسك على المنبر، ففعل؛³ ووجه الدلالة هنا أن الاعتداء وقع على الجانب الأدبي للإنسان ورفعته كان تعزيراً أخذ في أحد صورته تكذيب النفس على الملاء وفيه جبر الضرر (السب والشتم) بما يحويه وهو التكذيب على الملاء.

ومثله الضرر الواقع على حقوق الشخصية بما فيها حق الاسم والنسب، فمن خلال سعيه -صلى الله عليه وسلم- إلى تغيير الأسماء غير الجميلة أو تلك التي تحوي معاني تضر بصاحبها، حيث جاء في كتب السيرة النبوية الشريفة أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- قد أبدل الكثير من الأسماء القبيحة للأشخاص

1- ابن جزى المالكي، المرجع السابق. ص 370

2- سبق تخريجه في الفصل السابق.

3- علاء الدين علي بن قاضي خان، المرجع السابق. ج 5 ص 564

والبلدان وسمّاها بأسماء حسنة، كتغييره (اسم عاصية إلى جميلة، وحرب إلى سلام، وحزن إلى سهل، وأبدل اسم أبي بكر "رضي الله عنه" من عبد الكعبة إلى عبد الله، وابن عوف من عبد الحارث إلى عبد الرحمن، وبرّة بنت أم سلمة إلى زينب، وبني غيّان إلى بني الرشدان، وبني معاوية إلى بني مرشدة، وبني الريبة إلى بني الرشدة، ومدينة يثرب إلى طيبة، وشعب الضلالة إلى شعب الهدى..)

وجبر الضرر الواقع عليه هو من قبيل الجبر العيني فثبوت النسب وتغيير الاسم القبيح وحق الشخص على اسمه فيما يقع عليه من ضرر، جبره يكون بإعادة الحال التي كان عليها قبل وقوع الضرر.

البند الثاني: الجبر بمقابل .

ويأخذ صورتين، جبر نقدي وجبر غير نقدي.

الفقرة الأولى: الجبر النقدي.

كما هو الحال في مايرتبه العدول عن الخطبة ومتعة المطلقة وبدل الخلع وحكومة العدل في الجراح. ففي العدول عن الخطبة،¹ ما يقدم فيها يأخذ حكم الهبات وقد اختلفت كلمة الفقهاء حول ردها، رأى فريق منهم أنها من حق المعدول عنه جبراً لألم نفسه وتطبيبا لخاطره؛ ومثله جبر ما يورثه الطلاق بمفارقة الزوج لزوجته يكون مقداراً من المال وهو ما عرف بالمتعة يقدر بحسب حال الزوج عسراً ويسراً . وبدل الخلع أيضاً هو مقدار من المال يكون في قيمة المهر أو يقل أو يزيد تدفعه المخالعة لزوجها ترضية له لما قد يلحقه من كرهها له من غير سبب من ألم وحسرة. وفي الديات والأروش وحكومة العدل ما يدفع للمضروب يكون مقدراً كما في الديات أو غير مقدر كما في حكومة العدل وتقديره يكون للحاكم لكن ذلك لم يمنع تحديد مجاله من قبل الفقهاء وفي تقديره لهم فيها أقوال: منها أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية عليه ثم يقوم وهي به قد برأت فما نقصته الجناية فله مثله من الدية.²

ومنها تقدير الجرح بنسبته من أقل جرح له هو ارش مقدر ويكون في الموضحة (التي توضح العظم وتظهره) مقدارها شرعاً نصف عشر دية الكاملة،³ ومثلها أجرة الطبيب،⁴ كما نقل عن أبي الحسن.⁵ ويلاحظ أن الطريق الثاني والطريق الثالث هو الاقرب للقبول في العصر الحالي لتعذر وجود الرق فيه.

1- تفصيل أكثر في الباب الثاني من الاطروحة.

2- ذكره الخرقى: نقله ابن قدامة، المغني، ج7 ص377.

3 - عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، ط1 دار الكتب العلمية1403هـ/1983م ص487

4 - ابن عابدين، المرجع السابق ج6 ص551.

5- الشيباني: 131 - 189 هـ = 748 - 804 م. محمد بن الحسن بن فرقد، من موالي بني شيبان، أبو عبد الله: إمام بالفقه والأصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة. ولاة الرشيد القضاء ببغداد ثم عزله. له كتب كثيرة في الفقه والأصول، منها المبسوط - في فروع

ولأنه فُرق بين دية العمد و دية الخطأ فغلط بعضها وخفف بعض الآخر؛ ولا يتحقق هذا إلا في الإبل؛ ولأنه بدل متلف حقاً لآدمي فكان متعيناً كعوض الأموال، وبتقدير الدية هي جزاء الضرر المادي كما تشمل الضرر المعنوي تنعدم فيها سلطة القاضي التقديرية، والقاضي يكون ملزماً فقط بالعمل على تحقق شروطها،¹ أما غير الدية مما لا يكون مقدراً فيرجع فيه لتقدير الحاكم ويعرف بحكومة العدل. وقد جبر عمر بن الخطاب فرع الحلاق بالمال وبه حكم، فيما رواه ابن حزم: " أن حلاقاً كان يقص شعر عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأفرعه عمر فضرط الرجل من الفزع، فقال عمر - رضي الله عنه - : أما إنا لم نرد هذا أي لم يقصد إفزاع الرجل ولكننا سنعقلها فأعطاه أربعين درهماً"²

دل هذا الأثر أن عمر بن الخطاب قد ضمن الخوف الذي تسبب في حصوله، وعوض فرع الحلاق مقداراً من النقود؛ منها أيضاً مارواه ابن القيم: "أنه تلاهى رجلان فقال أحدهما: ألم أخنقك حتى سلحت؟ قال: بلى، ولكن لم يكن لك علي شهود، فاشهدوا علي ما قال، ثم رفعه إلى عمر بن عبد العزيز فأرسل في ذلك إلى سعيد بن المسيب فقال: يخنقه كما خنقه حتى يحدث أو يفتدى منه فافتدى بأربعين بعيراً"³. وفيه دلالة أن الضرر المعنوي -تمثل في الخنق الذي أدى إلى الإحداث - كان جزاؤه بدلا ماليا إفتدى به المعتدي عن القود. ومثله ما نقله ابن قدامة "ومن ضرب إنسانا حتى أحدث، فإن عثمان رضي الله عنه قضى فيه بثلث الدية"⁴.

الفقرة الثانية: الجبر غير النقدي .

ويكون جزاء لضرر لا يرد بمثله، فموقف الشريعة من الضرر تبينه قواعدها، منها قاعدة: "الضرر لا يزال بمثله"، فليس للمضرور ان يقابل الضرر بضرر مثله على وجه الانتقام؛ وفي قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ

الفقه، و الزبادات والجامع الكبير و الجامع الصغير و الآثار و السير . انظر: الفهرست، ص 287 -وفيات الأعيان، ج 4 ص 184- شذرات الذهب، ج 1 ص 321.

1 - راجع تفصيل أكثر طه عبد المولى ابراهيم، مشكلات تعويض الاضرار الجسدية في القانون المدني. ط 1، دار الفكر و القانون، مصر، 2000م. ص 272 و ما بعدها .

2 - ابن حزم، المرجع السابق. ج 11 ص 95

3 - ابن قيم الجوزية، المرجع السابق. ص 246

4 - ابن قدامة، المغني. ج 8 ص 339. جاء فيه: (وإن أفزع إنسانا فأحدث بغائط فعليه ثلث دية وعنه لا شئ عليه) وجملة ذلك إنه إذا ضرب إنسانا حتى أحدث فإن عثمان - رضي الله عنه - قضى فيه بثلث الدية قال أحمد: لا أعرف شيئا يدفعه، وبه قال إسحاق وعنه: لا شئ عليه، وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي، لأن الدية إنما تجب لاتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال وليس ههنا شئ من ذلك، وهذا هو القياس وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث لقضية عثمان لأنه في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافهما فيكون إجماعاً ولأن قضاء الصحابي فيما يخالف القياس يدل على أنه توقيف وسواء كان الحديث ببول أو غائط أو ريح قاله القاضي وكذلك الحكم فيما إذا أفزعه حتى أحدث (.).

سَيِّئَةٌ مِثْلَهَا¹ ﴿ هذا الانتصار مشروط بالاقْتِصَار على ما جعله الله له وهو القصاص وعدم مجاوزته.

جاء في فتح القدير في تفسير هذه الآية: "فيين - سبحانه - أن العدل في الانتصار و الاقتصار على المساواة... وقال مقاتل والشافعي وأبو حنيفة وسفيان: إن هذا خاص بالمجروح ينتقم من الجراح بالقصاص دون غيره .

وقال مجاهد والسدي² : هو جواب القبيح إذا قال أخزأك الله يقول أخزأك الله من غير أن يعتدي، وتسمية الجزاء سيئة إما لكونها تسوء من وقعت عليه أو على طريق المشاكلة لتشابههما في الصورة ثم لما بيّن - سبحانه - أن جزاء السيئة بمثلها حق جائز، بيّن فضيلة العفو فقال: " فمن عفا وأصلح فأجره على الله " أي : من عفا عن ظلمه وأصلح بالعفو بينه وبين ظالمه، أي: أن الله - سبحانه - يأجره على ذلك، وأبهم الأجر تعظيماً لشأنه وتنبهها على جلالته قال مقاتل : فكان العفو من الأعمال الصالحة.³ ويظهر أن رد الاعتداء بمثله متحقق في القصاص، مشروط بأن لا يجاوز قدر الضرر وأن العفو أولى عند الله تعالى.

وكفارة الغيبة من قبيل الجبر بمقابل غير نقدي، فجزرها يكون بأن يستغفر المغتاب للذي اغتابه

للحديث الشريف: (كفارة من اغتابه أن تستغفر له) ومثلها النسيئة.

ولعل أكمل صور الجبر أن يفعل بالمعتدي مثل ما فعل،⁴ لقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾.⁵ كما هو الحال في القصاص، فالاعتداء على النفس وما دونها يجبر بالمثل يقول جل وعلا: ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾،⁶ وفي قوله: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾⁷ دلالة واضحة على أن جبر اتلاف النفس بمثلها هو الصورة المثلى في الجبر بما يذهب ألم النفس

1 - سورة الشورى، الآية : 40

2 - السدي: ...=127-....=745م إسماعيل بن عبد الرحمن بن أبي كريمة السدي أبو محمد ، تابعي حجازي الاصل سكن الكوفة ،

مفسر مشهور كان إماما عارفا بالوقائع و الأيام و مفسر و محدث مؤلف في المغازي و السير ، روى عن أنس بن مالك و ابن عباس و

غيرهما روى له مسلم و أبو داود و غيرهما كبير. أنظر: شذرات الذهب، ج 1ص174-طبقات ابن سعد: ج 6 ص 318

3-محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين في الرواية والدراية. دار المعرفة، بيروت، 1423هـ - 2004م. ج 1 ص 1330.

4 - عبد الله النجار، الضرر الأدبي و مدى ضمانه ... ص 401

5- سورة البقرة، الآية: 194

6- سورة المائدة، الآية: 45

7 - سورة البقرة، الآية: 179

ويسكن روعها ولا أدل على ذلك من جعله "حياة"؛ جاء في تفسير المنار: (الآية الحكيمة قررت أن الحياة هي المطلوبة بالذات، وأن القصاص وسيلة من وسائلها لأن من علم أنه إذا قتل نفسا يقتل بها يرتدع عن القتل فيحفظ الحياة على من أراد قتله وعلى نفسه).¹ فالقصاص حقيقة لا يعيد النفس المعتدى عليها ولا العضو المتلف لأن ذلك مستحيل لكنه يحقق جبر الضرر فيمحو الألم ويرضي النفس. هذا النوع من الجبر لا يكون من قبيل الجبر العيني بل هو جبر بمقابل غير نقدي، وهو من قبيل الجبر بغير مقابل، لأنه يرضي لكنه لا يعيد المضرور إلى الحال التي كان عليه قبل وقوع الضرر، فذهاب النفس لا تعيدها نفس أخرى واتلاف عضو لا يعيده اتلاف عضو المعتدي، إذ يبقى الألم والشين، فالقصاص يرضي المضرور لكنه لا يمحو الضرر.

الفرع الثاني: عناصر جبر الضرر المعنوي .

وتتحدد عناصر جبر الضرر المعنوي في مراعاة الظروف الملازمة وتغيير الضرر.

البند الأول: مراعاة الظروف الملازمة.

هي الظروف التي تكشف الضرر ويتحدد بموجبها مقدار وكيفية الجبر الضرر المعنوي، وفي الفقه الإسلامي - و بناء على ما سبق بيانه في أنواع الضرر وطرق جبره - نجد أن الظروف التي تواجه الجبر تختلف باختلاف نوع الضرر المعنوي، لأن الضرر المعنوي مسألة ذاتية² شخصية لا يمكن الكشف عنها، هذه الظروف يمكن إرجاعها إلى الحالات التالية:

- فمنها ما يكون مقدرًا سلفًا، ك: (الديات وغيرها سواء بالنص أو رأي خبير) وقد تتأثر في التعليل والشدة تبعًا للملازمات.

- ومنها ما ينظر فيها للضرر في حد ذاته فيقرر وسيلة الجبر بما يحويه و يمنعه (القذف السب و الغيبة).

- ومنها ما ينظر فيها لحال المسئول المالية كما هو الحال في متعة المطلقة .

- ومنها ما يرجع فيه إلى اتفاق الطرفين، فإذا تعذر ذلك يحكم بالحد الذي يرفع الخلاف كما هو الحال في بدل الخلع.

والدية والإرش وحكومة العدل في جبر الضرر الواقع على النفس وما دونها والضرر هنا مادي و

معنوي معا، والدية هي: المال الذي يقوم الجاني بدفعه للمجني عليه أو لأوليائه كعوض عن الجناية التي ارتكبتها، سواء كانت الجناية على النفس أو على ما دون النفس؛ يقول الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يُقْتَلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى

1- محمد رشيد رضا، تفسير المنار. الهيئة المصرية للكتاب، دت، دن. ج 2 ص 107.

2- مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق. ص 235

أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا...¹، وفي الحديث الشريف عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: (من خطبة النبي -صلى الله عليه وسلم- في فتح مكة:) من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يُودَى وإما أن يقاد².

من هذه الأدلة نخلص إلى أن الدية حكم مقرر في الشريعة الإسلامية، وتكون عقوبة أصلية في الجرائم غير العمدية وكعقوبة بدلية عندما يسقط القصاص أو يمتنع تطبيقه . ومقدار الدية قد يختلف تبعاً لظروف معينة وهو ما اصطلاح عليه في الفقه بتغليظ الدية، فالدية تكون مغلظة ومخففة، فتكون مخففة في القتل الخطأ وتغلظ في شبه العمد كما تغلظ في العمد بعد عفو ولي الدم عند الشافعية والحنابلة، وتغلظ عندهما أيضاً في الشهر الحرام والبلد الحرام خلافاً لأبي حنيفة، كما ويكون التغليظ بزيادة ثلث الدية على مقدارها.³

وتغلظ عند مالك على الأبوين والجد لا غير في قتلٍ تقارنه شبهة الأدب، كمن حذف ابنه بالسيف أدباً فقتله، والأصل في ذلك ما قضى به عمر بن الخطاب على قتادة المدلجي إذ حذف ابنه بالسيف أدباً⁴، وكذلك تغلظ على الأب والجد عند مالك في الجراح⁵.

وقد اصطلاح الفقهاء على إطلاق (الدية) على العوض الذي يدفعه الجاني بدلاً عن الجناية على النفس، و(الأرش) على العوض الذي يدفعه الجاني بدلاً عن الجروح، فالأرش هو: هو المال المؤدى إلى مجني عليه أو وليه أو وارثه بسبب جناية على ما دون النفس من الأعضاء مما ليس فيه دية كاملة؛ وحكومة العدل: هو ما لم يحدد الشارع له مقداراً معيناً، فلم يرد فيه نص وترك أمر تقديره للقاضي بمعرفة ذوي الخبرة العدل. ويسمى هذا النوع من الأرش حكومة العدل هي الأرش غير المقدر من الشارع في الجنایات الواقعة على ما دون النفس مما لا قصاص فيها لسبب من الأسباب وليس لها أرش مقدر، ويشترط فيها ألا تبلغ أرش جرح مقدر، وأن تقدر بمعرفة ذوي عدل من الخبراء يأخذ القاضي بقولهما، أن يكون التقدير بعد البرء لا قبله.⁶

وتقدير الدية سلفاً كجزاء الاعتداء على سلامة الجسد هي ميزة الفقه الإسلامي في جبر هذا النوع من الضرر، ودور القاضي ينحصر في تطبيقها متى تحققت شروطها، ولعل هذا التقدير المسبق يرفع كثيراً

1- سورة النساء، الآية: 92

2- البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الديات، باب: من قتل له قتيل فهو بخير النظرين. ج 9 ص 5 .

3- سيد سابق، المرجع السابق. ج 2 ص 372

4- البيهقي، المرجع السابق. كتاب الديات، ج 8 ص 72

5- ابن رشد، المرجع السابق، ج 2 ص 648

6- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ج 7 ص 5768.

من اللبس والاشكال التي يواجهها قضاة القانون الوضعي في تحديد معايير تضبط قيمة التعويض بما يجبر الضرر و تحدد عناصره .

وفي غير موجبات الدية كما هو الحال في حكومة العدل يرجع تقديرها للخبراء، وذلك لا ينافي كونها غير مقدرة مسبقا، ففي كلا الحالتين تكون مهمة القاضي منحصرة في تحقق شروطها والحكم بها. وفي غير حالات الاعتداء على الجسد يتحدد الجبر في تحقيق الصورة المثلى لرفع هذا النوع من الضرر، ففي الاعتداء على الشرف والسمعة ومس الحقوق الشخصية بالأذى ، يجبر الضرر فيها بوسيلة غير نقدية مما يسهل معها تحقيق رفع الضرر فجبر الضرر بوسيلة تكون من جنس الفعل الضار، يزيله عمليا بصورة كاملة وهو الطريق الامثل في جبر الضرر المعنوي، فحد القذف والتعزير في ما دونه، والاعتذار وتكذيب النفس كلها وسائل يسهل معها تحديد عناصر الضرر الذي يطالب بجبره المضرور.

وفي حالة أخرى هي حالة متعة المطلقة، ويقصد بها: ما يبذله المطلق من مال لمطلقاته جبراً لحاظرها، ودليل مشروعيتها قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾¹ يرجع في تقديرها إلى أحوال الزوج المالية مع مراعاة العرف، أما حال الزوج فلنقله سبحانه: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ﴾²، وأما اعتبار العرف فلأن الله سبحانه يقول: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾، والحكم في جبر الضرر الواقع على المطلقة يكون مقدارا من المال يراعى فيه حال الزوج المالية والعرف، وهنا يخضع تقدير التعويض لسلطة القاضي على أن يكون مقداره وفق حالة الزوج المالية وبما عليه عرف البلاد.

ومثله الخلع، والخلع كما هو معلوم اتفاق الزوجين على حل الرابطة الزوجية مقابل بدل تدفعه الزوجة لزوجها، يكون عادة في مقدار المهر الذي تزوجها عليه وقد يزيد أو ينقص على حسب الاتفاق فإن اختلفا فإن القاضي يحكم بمهر المثل، وفي هذه الحال يكون التعويض مقدر سلفا ودور القاضي فيه تأكيد الاتفاق بين الزوجين في المقدار أو الحكم بمهر المثل.

البند الثاني: تغيير الضرر.

نجد أن فقهاء المسلمين قد تحدثوا عن وقت تقدير الضمان في الضرر المالي، واختلف الحكم بين الغصب والاتلاف عند أبي حنيفة فتجب في الغصب عند الخصومة وتجب في التالف عند الاتلاف، ويرى المالكية أن الضمان يجب في الغصب يوم الغصب، وفي التالف يوم الاستهلاك أو الاتلاف، وعند الشافعية يفرق بين الاتلاف بلا غصب فتجب فيه القيمة يوم التالف وفي حال الغصب، فإن كان مثليا فيعتبر أقصى قيمة له وقت الغصب في بلد الغصب وإن كان قيميا فيضمن بأقصى قيمة له يوم الغصب إلى يوم

1 - سورة البقرة، الآية: 241.

2 - سورة البقرة، الآية: 236.

التلف، ويرى الحنابلة أنه تجب قيمة المتلف في بلد التلف يوم التلف وفي الغصب تكون بتقدير أكثر قيمة للتالف من حين الغصب إلى وقت وجوب رد القيمة.¹

ومسألة تغير الضرر تجدد تطبيقاتها في الفقه الإسلامي في موضوع الضرر المعنوي في الأضرار التي تلحق جسم الانسان، على اعتبار أنها مقدرة سلفاً وقيمة الضمان مرتبطة بنوع الضرر أما غيرها فتدخل ضمن اجتهاد القاضي وتقدير الضرر فيها يكون وقت صدور الحكم. وعليه كان التقدير في الجراح مرتبطاً ببرأ الجرح، قال: مالك لا يعقل في جرح الخطأ حتى يبرأ المجرم ويصح.²

ومثله السراية في الجنايات إذ تغير في الحكم نتيجة تغير مقدار الضرر ويعني بالسراية: أثر الجرح في النفس أو عضو آخر، وعليه فهي نوعان: سراية النفس وما يسمى بإفشاء الموت وسراية الجرح، ويقصد بها سراية جرح عضو إلى عضو آخر، كما لو قطع أصبعاً فتأكلت الكف كلها؛ والسراية إما أن تكون لفعل مباح أو مأذون فيه، كما في حال تنفيذ حكم القصاص أو من فعل محرم، ويختلف حكمها بين فقهاء الحنفية والجمهور باختلاف نتائجها وأسبابها.³

ودليل ذلك حديث (أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في ركبته، فجاء المطعون وطلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يقتص منه، ولكنه نهاه، فألح عليه، فاقترض منه، ثم جاء الرجل المجني عليه بعد مدة فقال: يا رسول الله، عرجت. أي: إن الجناية سرت. فقال له النبي -صلى الله عليه وسلم-: "قد نهيتك فعصيتني، فأبعدك الله، وبطل عرجك"، ثم نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه).⁴

ووجه الدلالة هنا أنه لا يحكم في جبر الضرر إلا بعد البرء فإذا استعجل صاحب الحق لايعاد النظر فيما قضي به وأن الحكم مرتبط بالصورة النهائية التي يصل إليها الضرر، لذلك رأينا أنه لا يعوض على الضرر المستقبل لأن القول به يؤدي إلى عدم العدالة، فلإن تحقق سببه فإن مقداره لا ينكشف في الحال مما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة في حالة ما إذا زاد الضرر عن التعويض المقدر أو نقص عنه، تتمثل في قبول إعادة النظر في حال نقص الضرر عن التعويض ورفضه في حال العكس، أي أنه لا يعطى للمسئول الحق في المطالبة بما زاد عن قيمة الضرر و هذا من قبيل أكل أموال الناس بالباطل و هو منهي عنه.⁵

1- راجع تفصيل أكثر وهبة الزحيلي، نظرية الضمان. ص 98

2- سيد سابق، المرجع السابق. ص 381

3- عبد القادر عودة، المرجع السابق. ج 2 ص 253 وما بعدها

4- البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي. المرجع السابق، كتاب الحدود و الديات وغيره ج 3 ص 12. الحديث روي من وجوه ولم يصح منها شيء.

5- محمد فتح الله النشار، المرجع السابق. ص 199

المطلب الثاني: آليات جبر الضرر المعنوي في القانون الوضعي.

بتحقق أركان المسؤولية المدنية: الخطأ و الضرر و العلاقة السببية يجب على المسئول تعويض الضرر. والتعويض وسيلة القانون في جبر الضرر وهو: " ما يلتزم به المسئول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه بضرر".¹ وسيخصص هذا المطلب في بيان طرق التعويض وعناصره .

الفرع الأول: طرق جبر الضرر المعنوي:

يورد فقهاء القانون في طرق التعويض _على وجه العموم ودون تخصيص نوع الضرر سبيلين_ :

الأول: التعويض العيني **والثاني:** التعويض بمقابل ويتفرع هذا الأخير إلى تعويض نقدي، وتعويض غير نقدي، وهي طرق اعتمدها القضاء في جبر الضرر المعنوي، وإن تميزت فيه عن الضرر المادي باختلاف كل منهما عن الآخر. ففي القانون الوضعي التعويض عن الضرر المعنوي لا يقوم بدور واحد بالنسبة لكافة أنواع الضرر إنما يختلف باختلاف أنواعه.

البند الأول: الجبر العيني .

يقصد بالجبر العيني **rèparation en nature**: إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر،² بمحوه حالاً أو منع استمراره في المستقبل ويهدف إلى إزالة سبب الضرر ومصدره وله صورتان:

الأولى: إعادة الشيء المأخوذ بعينه كما في حال الغصب وإعادة المغصوب مادام قائماً هو الأصل تنفيذ الالتزام عينا و **الثانية:** إزالة الضرر بعينه ،³ وتكمن أهمية التعويض العيني في أنه يمثل جبر الضرر أكثر كمالاً والأكثر ترضية، ويجد مكانه في المسؤولية العقدية أكثر منه في المسؤولية التقصيرية وفي الضرر المادي أكثر منه في الضرر المعنوي و قد يأخذ صورة التعويض النقدي إذا كانت النقود محل الضرر .⁴ ومثله في المسؤولية العقدية امتناع المدين عن الوفاء بالتزام محله نقل حق عيني أو القيام بعمل، هذا الضرر تعويضه يكون يجبر المدين على الوفاء بالتزامه (نقل العين و أو أداء العمل) هو من قبيل التنفيذ العيني كما يكون في المسؤولية التقصيرية بالحكم على الشخص -الذي بنى حائطاً يحجب الشمس و الهواء على جاره- بهدم ما بناه و إزالته على حسابه.⁵

1- محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية و القانون المصري والعراقي . (رسالة مقدمة لنيل درجة

الدكتوراه في الحقوق . اشراف د عبد الودود يحي .جامعة القاهرة كلية الحقوق 1403هـ .1983م.) ص 3

2 -J.Flour.J.Aubert.Les obligations/2-le fait juridique (9edition.Armand Colin 2001)
371 p

3 - محمد فتح الله النشار، مرجع سابق. ص243

4- Yves chartier ,La réparation du préjudice. dalloz 1996. p102

5 - السنهوري ، الوسيط.م 2 ج 1 ص1093

وفي التشريع الجزائري بينت كل من المادة 131 و المادة 132 طرق التعويض، حيث نصت المادة 132 من القانون المدني الجزائري على التعويض العيني بقولها ¹: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ... على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير مشروع" ومقتضى هذه المادة أن التعويض العيني للمضرور فيه الحق في المطالبة بإزالة الضرر والقاضي حر في اختيار التعويض الأنسب و الملائم للضرر الحاصل، على أنه ينبغي الإشارة إلى أنه لا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني.²

وعليه فالتعويض العيني هو الأصل في جبر الضرر، و يقال أن التعويض العيني نادر في الضرر المعنوي، وما ورد فيه من أمثلة يعتبر تعويضا عينيا ناقصا، ³ فنشر الحكم الهدف منه علم الناس بكذب القاذف، ومثله حق الرد وهو حق يعطى لمن تضرر من إدراج اسمه والاشارة إليه في مقال مثلا، بما يمسه في شخصه كتابة أو رسما فيكون عنده حق الرد وسيلة لجبر الضرر ⁴ والقضاء هنا سواء بنشر الحكم أو بحق الرد لا يحقق علم الجميع في كثير من الأحيان فالحكم بالتعويض العيني يقضي على مصدر الضرر لكنه لا يمحي آثاره التي رتبها قبله.

هذا وتظهر صور التعويض العيني عن الضرر المعنوي ⁵ في: إعدام نسخ مؤلف طبع إعتداء على حق صاحبه، أو القضاء بنشر حكم أو إذاعته على أمواج الأثير وفي دعاوى القذف أو المنافسة غير المشروعة أو منع استعمال كلمة في الاسم التجاري أو حضر استعمال اللقب العائلي.

ومثله الإساءة إلى شخص بمس سمعته أو كرامته بسبب تعليق أو نشر إعلانات على الجدران، يجوز في هذه الحالة للقضاء أن يأمر بتمزيق هذه الاعلانات، كما يجوز للقضاء الأمر بنزع لافتة أو لقب تجاري منافس قد يترتب عنهما أضرارا لتاجر آخر.⁶

1 - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005

2 - علي علي سليمان دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري. ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. ص 205

3 - قد أثير خلاف في طبيعة التعويض عن طريق القضاء بنشر حكم بين من اعتبره تعويضا نقديا (تكلفة النشر ومصاريف الدعوى) ومن رأى أنه تعويض عيني كامل رأي ثالث ذهب إلى اعتباره تعويضا عينيا ناقصا راجع بتفصيل مستفيض : نصير صابر لفته: التعويض العيني (دراسة مقارنة). (رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير بكلية الحقوق جامعة صدام نوقشت سنة 2001م). منشور على موقع

المنشأوي للدراسات البحوث www.minshawi.com

والمختار -لدى الباحثة- اعتباره من قبيل التعويض العيني الناقص، فالمعلوم أن نشر الحكم لا يغطي كل من بلغه القذف .

4 - Yves chartier La réparation du préjudice. opcit. p10- 8

5 - محمود جمال زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978 م . ج 1 ص 50

6 - مقدم سعيد، المرجع السابق. ص 82

وحق الرد يعتبر وسيلة لجبر الضرر المعنوي عينا، وقد نصت المادة 45 من قانون الإعلام¹ على أنه: "يمكن لكل شخص نشر عنه خبر يتضمن وقائع غير صحيحة أو مزاعم مسيئة من شأنها أن تلحق به ضررا معنويا أو ماديا:

- أن يستعمل حق الرد أو يرفع دعوى ضد مدير الجهاز و الصحافي المشتركين في المسؤولية، و يجب على مدير النشرة أو جهاز الاعلام السمعي البصري المعني، أن ينشر أو يبت الرد مجانا حسب الاشكال نفسها المحددة في المادة 44..."، والتي نصت على أنه يجب أن ينشر التصحيح فيما يخص النشرة اليومية، في المكان نفسه وبالحروف نفسها التي طبع بها المقال المعترض عليه دون إضافة أو حذف أو تصرف أو تعقيب في ظرف يومين ابتداء من تاريخ الشكوى.

لها يجب أن ينشر التصحيح، فيما يخص أية دورية أخرى في العدد الموالي لتاريخ تسلم الشكوى. أما الإذاعة و التلفزة، فيجب أن تبث التصحيح في الحصة الموالية اذا كان الأمر متعلقا بحصة متلفزة وخلال اليومين المواليين لتسليم الشكوى فيما عدا ذلك.

فحق الرد وسيلة لجبر الضرر المعنوي الذي يرتبه الأذى الذي يلحق الشخص من خلال الوسائل الإعلامية، فالنشر و التصحيح المجاني كفيل برفع الضرر الذي يلحقه .

البند الثاني: الجبر بمقابل (نقدي و غير نقدي) (la réparation par équivalent) :

ويقوم على منح المضرور عوضا عن الضرر الذي أصابه. فلا يعيد الحال إلى الحال التي كانت عليها بل يعمل على إصلاح الضرر²

ويصار إلى الجبر بمقابل عند تعذر الجبر العيني، ومثل الجبر العيني قد تكون له دور كامل في جبر الضرر إذا كان الضرر ماليا بحتا كما إذا كان الضرر بسبب التأخير عن الدفع، ويكون غير كامل إذا تعلق الأمر بخسارة مالية كما هو الحال في الضرر المعنوي. والتعويض بمقابل يأخذ صورتين: نقدي وغير نقدي.

الفقرة الأولى: التعويض النقدي la réparation pécuniaire

والتعويض النقدي نوع من التعويض بمقابل وهو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، ويقصد به: مبلغ معين يعطى دفعة واحدة للمضرور أو مقسطا أو إيرادا مرتبا مدى الحياة وفقا لتقدير القاضي، مثله إصابة المضرور بما يعجزه عن العمل مدة معينة تجيز للقاضي أن يحكم له بتعويض مقسط خلال هذه المدة، وإن كان العجز عن العمل كليا أو جزئيا بصفة دائمة جاز الحكم له بإيراد مرتب مدى الحياة .

1 - قانون رقم 90-07 مؤرخ في 8 رمضان عام 1410 الموافق 3 ابريل سنة 1990 المتعلق بالاعلام و الذي يحدد هذا القانون قواعد ومبادئ ممارسة حق الاعلام.

2- François Terre.Philipe Simler.Yves Lequette,Droit civil, Les obligations (Daloz 8° edition2002)P860

لضمان الوفاء بالايراد المحكوم به؛ و قد تقضي المحكمة بالزام المسئول بتقديم تأمين يقدره القاضي أو بإيداع مبلغ كاف، وعليه نصت المادة 132 (ق. م. ج) حيث جاء في الفقرة الأولى منها: يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأميना.

يكون التعويض النقدي في حالات له أثر مماثل للضرر كما في حالة الحبس التعسفي في حالات أخرى لا يكون للتعويض النقدي أثر مماثل للضرر التعدي على الشرف و السمعة وافشاء الأسرار، ويبدو الحكم بالتعويض النقدي في الضرر المعنوي في حالة يستحيل معها التعويض العيني فيصار إلى التعويض النقدي،¹ إذا كان محل الالتزام عينا بالذات هلاكها يصار فيها إلى التعويض بمقابل لاستحالة تنفيذه كما هو الحال التأخر عن التنفيذ يستحيل بوقوعه إعادة الزمن إلى الوراء.

إذا استحال التعويض العيني لامتناع المدين القيام بتنفيذ التزامه (كالرسام يمتنع عن رسم لوحة محل العقد أو طبيب جراح يمتنع عن إجراء عملية تعهد بإجرائها إذا كان في التنفيذ العيني إحلال مبدأ الفصل بين السلطات كأن تصدر السلطة التنفيذية قرارا بترخيص بانشاء مصنع يكون مصدر ازعاج للجيران فعندها لا تملك السلطة القضائية الحكم بإغلاقه كتعويض عيني لأن الحكم به فيه تعدي على اختصاص السلطة التنفيذية وانتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات وكل ما تستطيع فعله هو الحكم بتعويض نقدي للمتضررين . في حالة الضرر الواقع على الجسم أو الشرف لا يجبره التعويض العيني فالروح التي أزهقت لن تعود واليد التي قطعت لن توصل و العين التي فقئت لن يعود لها نورها والشرف الذي دنس والعرض الذي انتهك لا يمكن إزالة ماخلف من ضرر لذلك يصار إلى التعويض بالمقابل، إذ يتعذر التعويض العيني لذلك.

هذا وتقدير التعويض عن الضرر المعنوي يترك إلى اجتهاد القاضي مع الاستعانة بالخبراء، والجدير بالذكر أن تحديد قيمة الضرر ليس بالأمر السهل ذلك أنه مرتبط بقيمة معنوية، وشعور ذاتي يختلف فيه الناس باختلاف طبائعهم وقدراتهم، والاتجاه الحديث² إلى تقدير ضرر المعنوي الذي يرتبه الاعتداء على سلامة الجسد بحيث ييسر المهمة على القضاة، ويكون بوضع سلم من سبع درجات يكون أولها: 7/1 وهو أدنى مستوى ويقابله قيمة معينة من النقود وأعمالها 7/7، ويمثل الألم الشديد بصورة استثنائية يقابله قيمة نقدية بما يتناسب معه .

1-راجع كل من : الذنون، المرجع السابق. ص370. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري . ص 207.

2-Indemnisation des préjudices personnels et préjudice moral - Conseils Pratiques .http://www.fnvr-handicap-indemnisation.org : .Fédération nationale des victimes dela route.

الفقرة الثانية: التعويض غير النقدي la réparation non -pécuniaire

التعويض غير نقدي وهو الذي يتضمن الزام المسؤول عن الضرر بالقيام بالعمل لصالح المتضرر من غير دفع مبلغ النقود، فقد يتعذر الحكم بالتعويض النقدي مثل طلب فسخ عقد تحقق لدى الدائن أنه لا أمل في أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه ويكون الفسخ جزءاً لإحلال المدين بالتزامه التعاقدية (التأخر في التنفيذ أو الامتناع عنه) والفسخ هنا وسيلة للتعويض غير النقدي مصدر الالتزام هنا ليس عقد بل هو تقصير الدائن.¹

ويأخذ التعويض بمقابل غير نقدي صورة تحميل المدعي عليه مصروفات الدعوى أو نشر الحكم الصادر بإدانة المسؤول في الصحف لدعاوى السب والقذف.

كما يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعي عليه في الصحفية ضاف إليه الحكم بمبلغ رمزي.

والحكم بمبلغ رمزي ليس فيه معنى مقابل الضرر وإنما إقرار من القضاء بحقه، ويعني ذلك استنكار

القضاء لما صدر من المدين من إحلال بالالتزام، وإقرار في نفس الوقت بحق المضرور الذي يستطيع بواسطته تلافي ما قد يتعرض له من أذى في سمعته خاصة، وإذا كان المتضرر ذا سمعة تجارية ولا يسعى إلى الربح عند المطالبة بالتعويض.²

وصورة أخرى للتعويض غير النقدي هي: صورة نشر الحكم في الصحف المحلية - فالشركة التي لها نشاط اقتصادي يقوم على سمعتها مع المتعاملين يؤدي إحلال التزام المتعاقد معها في تنفيذ التزامه ضرر معنوي جبره يكون بنشر الحكم ولا يكون حصول على مبالغ من النقود هو الدافع لرفع الدعوى.

الفرع الثاني: عناصر جبر الضرر المعنوي:

ويقصد بالعناصر،³ ظروف تساعد على تحديد مدى الضرر ومقداره بالزيادة أو النقص والفوات من حالة إلى أخرى. والحكم بمقدار التعويض هو من صلاحية القاضي فتعويض الضرر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تحديد المسؤولية وجسامة الضرر،⁴ ويكون ملزماً بتبيان عناصر الضرر الذي قضى من أجله بهذا الحكم وإلا كان حكمه قاصراً يستوجب نقضه، هذا وقد جاء نص قرار من المحكمة العليا على

1 - حسن الذنون، المرجع السابق. ص 376

2 - الحسنوي حنتوش، المرجع السابق. ص 153-154

3 - مهند عزمي أبو مغلي، " التعويض عن الضرر الأدبي -دراسة مقارنة- " مجلة الشريعة و القانون كلية القانون إ م ع المتحدة العدد: 39 رجب 1430 هـ- 2009 م ص ص 211-251 ص 218

4 - قرار مؤرخ في 1989/02/08 ملف رقم 58012 المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 2 ص 14

أن: التعويضات المدنية يجب ان تكون مناسبة للضرر الحاصل وعلى القضاة أن يبنون في أحكامهم الوسائل المعتمدة لتقدير التعويضات.¹

وبالتالي فالإكتفاء بذكر عناصر الضرر فقط دون تبيانها ينقض القرار ولا يعطي الحق للمضرور في التعويض وهو نص القرار التالي:

إن التصريح بوجود عناصر كافية لتقدير التعويض دون ذكر هذه العناصر لا يسمح للمجلس بممارسة الرقابة المعهودة له في هذا المجال و يعد بمثابة انعدام الأسباب و لذا يقضي المجلس الأعلى بنقض القرار فيما قضى به مدنيا.² هذه العناصر تتمثل في مراعاة الظروف الملازمة من جهة و تغير الضرر من جهة أخرى.

البند الأول:مراعاة الظروف الملازمة.

يقصد بها : الظروف الشخصية التي تتصل بحالة المضرور الصحية و المالية و العائلية و التي تدخل في تحديد قدر الضرر الذي اصابه، والتعويض يقدر بقدر الضرر فلا يزيد عليه ويكون عن الضرر المباشر و في اعتبار حالة المسئول في تقدير التعويض رأيان: فيرى السنهوري أن المقصود بالظروف تلك التي تلابس المضرور لا الظروف التي تلابس المسئول فيدخل في تقدير التعويض مراعاة الظروف الجسمية والصحية للمضرور (فمن كان عصيبا فإن الانزعاج الذي يتولاه من حادث يكون أكبر بكثير مما يصيب شخصا سليم الأعصاب..)، كما تؤثر الظروف العائلية في مقدار التعويض، فما يلحق الأعزب لا يعول إلا نفسه غير ذلك الذي يعول زوجة وأولاد؛ أما المسئول فلا تؤثر حالته المادية ولا الذهنية في مقدار التعويض لأن التعويض يقدر بمقدار جسامة الضرر لا جسامة الخطأ، ويرى الاستاذ السنهوري أن اعتبار جسامة الخطأ لا يخلو منه عمل القضاة في تقدير الضرر من الناحية العملية فيميل القاضي للزيادة إن كان الخطأ جسيما و يركن إلى التخفيف إن كان الخطأ يسيرا.³

ورأي ثاني يرى أن مراعاة ظروف المسئول تدخل في تقدير التعويض منهم الاستاذ سليمان مرقص حيث يجيز عند تقدير التعويض أن يقام وزن للجسامة الخطأ كمراعاة السن والعلم والتخصص والبيئة التي يعيش فيها الإنسان بمعنى مراعاة ظروف الزمان والمكان.⁴

على أن مراعاة جسامة الخطأ في تقدير التعويض يجد مكانه في تقدير تعويض عن الضرر المعنوي فلا ينفي تأثر القاضي في بعض الأحيان في تقدير التعويض بجسامة الخطأ فالتقدير لا تحكمه معايير مادية،

1 - قرار مؤرخ في 1994/05/24 ملف رقم 109568 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد 1 ص123

2 - قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 تحت رقم 231419 مجلة قضائية عدد خاص لسنة 2003 ص627.

3 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م2 ج1 ص1098 و ما بعدها

4 - سليمان مرقص، شرح القانون المدني. ج2 ص374

وعليه ففي حالة الخطأ اليسير نجد القضاة يحكمون بتعويض معتدل يغلب فيه صفة جبر الضرر وفي حالة الخطأ الجسيم فإن القضاة عادة ينطلقون في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي بعدة¹، وأمرأة الظروف الشخصية للمسئول ولا سيما ظروفه المالية فيقدر الضرر تقديرا ذاتيا أو شخصيا بالنظر إلى المضرور بالذات لا على أساس مجرد غير أنه يجب ألا يتجاوز التعويض مقدار الضرر بمعنى يجب أن يكون تناسب بين التعويض والضرر وأن لا يثري المضرور على حساب المسئول².

وفي المنافسة غير المشروعة مراعاة الظروف الملازمة في تقدير التعويض لا يراعي فقط الخسارة المالية التي ربحها المعتدي بل أيضا ما اكتسبه المنافس في المنافسة غير المشروعة، وهو ما يعرف باسم (التعويض الرادع (dommage et intérêt punitif

هذا ويعتمد القاضي على تقرير الخبرة وقد قررت المحكمة العليا الاستعانة بخبير لحساب التعويض وهو أمر جوازي غير أن تحديد التعويض يجب ألا يعارض الخبرة حالة وجودها³. وفي تعويض الضرر المعنوي لا تكون الظروف محددة وتخضع لقدرة الخبراء و القضاة في استقصائها والتعرف عليها. وإن كان تقدير التعويض في المادي يقوم على عنصرين الكسب الفائق، والخسارة اللاحقة - بمعنى ما لحق الدائن من خسارة مالية وما فاتته من كسب مالي (المادة 182 قانون مدني جزائري) وتندرج معها منافع الاعيان المقومة بالمال، كحرق دار مؤجرة وما ضاع عليه من أجر بعد إصابته وعوده عن العمل في النطاق المسؤولية التقصيرية⁴ - فإن هذين العنصرين غير واردين في الضرر المعنوي ذلك أن هذا النوع من الضرر لا يعتبر خسارة مالية، ولا فوات ربح مالي ومن ثم عد عنصرا متميزا⁵ والحكم بتعويضه يكون وفق ما يحقق ترضية كاملة للمضرور، فالتعويض لا يزيله لكنه يخفف من وقعه ومراعاة الظروف الملازمة فيه تقوم على مراعاة الظروف، وقد نص المشرع الجزائري المادة: 131 مدني جزائري على: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لحكام المادتين 182، و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملازمة..."، ونص في المادة 132 على أنه: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف...". وقد رأينا أن من الانتقادات التي وجهت للتعويض عن الضرر المعنوي صعوبة تقديره، وعدم تحديد معايير فيه. وعليه فهذا النوع من الضرر غير قابل للتقدير حتى وإن كان كذلك فإنه يستعصي على

1 - محمد ابراهيم الدسوقي، المرجع السابق. ص 477

2 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام. ج 2 ص 269-270

3 - المرجع نفسه، ص 271-272

4- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - مصادر الالتزام-وزارة التعليم العالي و

البحث العلمي العراقي، 1980 م. ج 1 ص 246

5 - سليمان مرقص، شرح القانون المدني. ج 2 ص 374

القاضي ويكون تحكيميا،¹ وأن مراعاة جسامة الخطأ في تقدير التعويض وهي الحالة التي لا يستطيعها القاضي التحلل منها في الضرر المعنوي يعيد بالمبادئ المسئولية إلى الزمن الذي كانت تختلط في المدنية مع الجنائية .

ورد ذلك بأن هناك صعوبة في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، وتقديره إن أمكن يكون تحكيميا، بأن : كثير من حالات الضرر المادي تواجه هذه الصعوبة فلا يصح عدم تعويضه بحجة صعوبة تقديره، ثم أن يكون هناك مقابل ولو غير ملائم خير من لا شيء.²

وعليه فمراعاة الظروف الملايسة في الضرر المعنوي متميزة عنها في الضرر المادي من حيث عدم خضوعها لعنصري التقدير، وتأثر القاضي بجسامة الخطأ ومن ثم ففي التعويض عن الضرر المعنوي لا يسعى القاضي في حكمه إلى الجبر الكامل بما يمحي الضرر بل أن تعويضه هو من قبيل الجبر العادل. ويذكر الدكتور أنور سلطان: " أنه في حالة اختلاط الضرر الأدبي بالضرر المادي، كما هو الشأن فيما يصيب ممثلة في مظهرها بسبب قص شعرها إلى حد لم تطلبه، أو ما يترتب على حادث تصادم من تشويه في جسم المسافر، ونقص في قدرته على العمل، في هذه الحالة يراعى جنس المصاب وسنه، وموضع التشويه في جسم..."³

البند الثاني: تغير الضرر.

بصدور الحكم لا يحتفظ للمضرور فيه بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض لا يكون له الحق في الرجوع عنه أمام القضاة من جديد لإعادة التقدير⁴... وتقدير التعويض يجب أن يكون مساويا لقيمة الضرر المباشر فلا ينقص عنه ولا يزيد، لكن الضرر قد يتغير زيادة أو نقصان من يوم وقوعه إلى وقت الحكم به . و عليه فهل يقدر التعويض يوم وقوع الضرر أم يوم صدور الحكم؟ فحتى يتحقق التناسب بين التعويض و الضرر و و لتحقيق التعادل بين مقدار التعويض و جسامة الضرر فإن له يتعين تقدير التعويض بيوم صدور الحكم أشد الضرر أو خف.⁵

1 -Yves chartier.la reparation du prèjudice. opcit. p35

2 -Marcel Planiol,Georges Ripert.Traitè pratique de droit civil français ;tomeVII obligations deuxieme partie(librairie de droit rt de jurisprudence R .Pichon et Durand-Auzias.paris 1954) p188

3 - انور سلطان،المرجع السابق. ص 247.

4 - قرار رقم 50190 تاريخ 1987/06/17 المجلة القضائية عدد 4

5 - السنهوري ، الوسيط.م 2 ج 1 ، ص 1103

ويراعى في تغير الضرر بالزيادة إذا ما كانت راجعة لخطأ المسئول أو بغيره فلا تدخل في حساب التعويض¹ كما إذا تسبب المسئول في ذهاب عين واحدة للمضرور ثم فقد الأخرى في حادث آخر قبل الفصل في الدعوى فالمسئول هنا لا يتحمل إلا نتيجة الضرر الذي وقع بفعله.

وينبغي التفرقة هنا بين الضرر المتغير وهو الذي يكون متغيراً من يوم وقوع الضرر على النطق بالحكم، وبين الضرر الذي لا يمكن تعيين مداه² نهائياً وقت النطق بالحكم حيث يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة إعادة التقدير و قد يكون الضرر يشمل الحالتين يكون متغيراً و يقبل إعادة التقدير. ومما يندرج في عنصر تغير الضرر بحيث يوجه سلطة القاضي في تقدير التعويض بما يناسبه و يحقق الجبر العادل تغير قيمة النقد، فتبعاً للتحويلات الاقتصادية قد تحصل تغير قيمة النقد في الفترة بين وقوع الضرر و صدور الحكم الابتدائي أو بين صدور الحكم و صيرورته نهائياً و قد تستمر حتى بعد صدور الحكم النهائي وعليه ظهر ما يعرف بتطويع التعويض.³

ويقصد به أن يدخل القاضي في حسابه عند تقديره للتعويض ما يحدث من تغير في قيمة الضرر من يوم وقوع الفعل الضار إلى يوم إصدار الحكم حتى يحقق تحقيق التناسب أو التعادل بين التعويض والضرر. و عليه فالحكم بالتعويض يراعى في تقديره قيمة الضرر يوم إصدار الحكم و مدى تغير قيمة النقد وقوته الشرائية حتى يكون التعويض جابراً للضرر بصفة حقيقية.⁴

هذا ومراعاة سعر النقد عند التعويض تتلاءم مع التعويض النقدي ومن ثم فهي لا تنطبق على الطرق التعويض الأخرى (التعويض العيني، و التعويض الغير النقدي). وإن كان تقدير التعويض يراعى فيه وقت صدور الحكم فإن الحق في التعويض يطرح إشكالا في تحديد وقت نشوء الحق في التعويض عن هذا الضرر، بمعنى هل أن الحق في تعويض الضرر ينشأ للمضرور أيضاً من تاريخ الحكم الذي يقضي به أم من وقت وقوع الضرر.

فالقول بنشوئه وقت الضرر يعني أن تاريخ وقوع الضرر هو تاريخ نشوء الحق في التعويض فالمسئولية تترتب عن وقوع فعل الضرر ولا يتصور نشوء الحق قبل وقوع وجبهه، ومن ثم فالحكم بالتعويض ليس منشأ للحق بل مقرر له. أما اعتبار وقت صدور الحكم هو وقت نشوء الحق في التعويض فيعني أن الحكم

1 - مقدم سعيد، المرجع السابق. ص 202

2 - السنهوري، الوسيط. م 2 ج 1 هامش ص 1102

3- طارق كاظم عجبل، تطويع التعويض في ظل التحويلات الاقتصادية [دراسة في المسؤولية التصيرية] جمهورية العراق وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة ذي قار كلية القانون 2006م بحث منشور على الموقع العراقية

<http://www.iraqja.org/judicalsheets/research/tatweadtareq.htm>

4- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام. ص 274

بالتعويض هم المنشئ للحق وليس كاشفا له فمقدار فتحديد مقدار التعويض وتحديد عناصره يكون عند إصدار الحكم و قد يتوقف تغيير مقدار التعويض على صدور الحكم.

وبين الرأيين رأي ثالث يرى أنه ينبغي التفرقة بين الالتزام بتعويض الضرر والالتزام بدفع التعويض، فالأول ينشأ في وقت حدوث الضرر وحق يخلف الورثة فيه مورثهم بعد موته، ويتحول إلى التزام بدفع تعويض وقت الحكم ومن ثم يعتد به في تقدير مبلغ التعويض مع مراعاة التطورات التي تكون قد حدثت منذ وقت الضرر.¹

المطلب الثالث: الموازنة بين آليات جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.
الفرع الأول: من حيث طريقه:

ويكون ببيان أوجه الاتفاق في آليات جبر الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

البند الأول: أوجه الاتفاق.

الأصل في جبر الضرر هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر ففي الفقه الإسلامي يكون جبر الضرر من جنس المجبور حقيقة أو حكما، حقيقة برد الشيء- وهو الاصل- أو مثله، وحكما في رد قيمته عند تعذر رد العين أو المثل.

و يقابل جبر الضرر حقيقة ما يعرف بالجبر العيني و هو اكمل صور الجبر لانه يمحو الضرر و يمنع وقوعه في المستقبل تطبيقاته تجلت في الضرر الواقع على الجانب الاجتماعي للذمة الأدبية ففي الفقه الإسلامي تجلت صورته في ما قرره الشرع في مواجهة القذف و السب و تحريم الغيبة و القود

وحسن اختيار الاسم بحيث يجبر الضرر بمحوه و منعه مستقبلا. وفي حق الخصوصية كما هو الحال في ضرر الجوار بحيث عد فتح كوة (نافذة) يطلع بها على حرمت الجار ضرر معنوي يجبر بغلقها والقود وتكذيب النفس على الملاء: وثبوت النسب وتغيير الاسم القبيح وحق الشخص على اسمه فيما يقع عليه من ضرر جبره يكون بإعادة الحال التي كان عليها قبل وقوع الضرر.

وفي القانون إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر بوجه حالاً أو منع استمراره في المستقبل ويهدف إلى إزالة سبب الضرر ومصدره وبأخذ صور التالية نشر الحكم وإن رآه المختصون غير كاف حتى اطلقوا عليه التعويض الناقص يضاف إليه حق الرد إعدام نسخ مؤلف طبع، إعتداء على حق صاحبه أو القضاء بنشر حكم أو إذاعته على أمواج الأثير، وفي دعاوى القذف أو المنافسة غير المشروعة أو منع استعمال كلمة في الاسم التجاري أو حضر استعمال اللقب العائلي.

1- تفصيل أكثر حول الرأيين و الرأي الوسط و أصحاب كل رأي و دليله أورده مقدم سعيد، المرجع السابق. ص210

ومثله الاساءة إلى شخص بمس سمعته أو كرامته بسبب تعليق أو نشر إعلانات على الجدران، يجوز في هذه الحالة للقضاء أن يأمر بتمزيق هذه الاعلانات، كما يجوز للقضاء الأمر بنزع لافتة أو لقب تجاري منافس قد يترتب عنهما أضراراً لتاجر آخر؛ وأنه إذا تعذر الجبر العيني وهو الغالب في هذا النوع من الضرر، يصر إلى الجبر بمقابل على أنه قد يأخذ صورة الجبر نقدي والجبر غير النقدي.

البند الثاني: أوجه الاختلاف.

توسع في اعتبار الجبر النقدي وسيلة لإصلاح الضرر في القانون الوضعي، وتحدده في صور معينة في الفقه الإسلامي في الاعتداء على سلامة الجسد الديات وحكومة العدل في الجراح. والعلاقات الأسرية كما هو الحال في مايرته العدول عن الخطبة ومتعة المطلقة وبدل الخلع، ويستعاض عنها فيه بالجبر غير النقدي كما هو الحال في القصاص والتحلل من الغيبة والنميمة.

أما في القانون الوضعي فيكاد يطغى الجبر النقدي في الحالات التي يتعذر فيها الجبر العيني، ففي حالات الاعتداء على سلامة الجسد يجبر الضرر في الشريعة الإسلامية بطريق الجبر غير النقدي، وهو القصاص بينما في القانون يصر على النقدي مباشرة لامتناع الاخذ بالقصاص فيه وإن كان من الناحية العملية والمنطقية فإن جبر ما يقع على الجسد من الاعتداء يتحقق بصورة مثلى في القصاص من حيث الترضية وجبر الألم، منه بالجبر بالنقود فالمال يواسي لكنه لا يزيل الألم ولا يصر إلى الجبر النقدي في الشريعة إلا بعد تعذر القصاص.

وفي الفقه الإسلامي طرق جبر الضرر المعنوي مقرر مسبقاً، ويأتي دور القاضي في تكييف الوقائع وتحقيق الشروط كما هو الحال في الديات وجبر الضرر المعنوي الذي يمس العلاقات الأسرية وكيفية جبر مالق الشخص في عرضه وخصوصيته. أما في القانون فالقاضي حر في اختيار التعويض الانسب والملائم للضرر الحاصل، ولا يكون مقدراً قيمة التعويض بل وفق اجتهاده تقديره وإن كان جعل التقدير من سلطة القاضي يتسم بالمرونة في ملاءمة التعويض بقدر الضرر، إلا أنه يطرح إشكالا في حال الجنائية على الجسد والاطراف إذ تتغير قيمة الضرر وما يستحقه من تعويض بتغير الأحكام التي يصدرها القضاة على الرغم من أن الحرمة الجسد واحدة وتشترك فيها كل البشرية.

أما من حيث الظروف الملازمة فنلاحظ أن تقديره يقوم في الفقه الإسلامي على معايير موضوعية، ويقوم في القانون الوضعي على معايير شخصية ذاتية تجلت من خلال مراعاة حالة المضرور العائلية والاجتماعية وليس حالة المسئول وإن لم ينف تأثر القضاة بهذا الشرط عند تقديرهم للتعويض متأثرين بجسامة الخطأ، بينما في الفقه الإسلامي فيقدر الجبر بقدر الضرر ولا أدل على ذلك من تحديد مقدار معين للجبر المالي في الجراح وعلى تقديره في مايرته الطلاق والخلع بقدر ما يحقق الجبر والترضية.

وقد رأينا في عنصر تغير الضرر أنه تحكّم قواعد القانون عند تحقق الضرر في جبره و يقدر من يوم الحكم، على أنه لا ينف طلب إعادة النظر في مقداره في حال كان متغيراً أما في الفقه الإسلامي فلا يحكم بالجبر للضرر المتغير إلا بعد أن يصبح باتاً.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثاني: أصحاب الحق في الجبر وانتقال هذا الحق إلى الغير في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

صاحب الحق في الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي مثله في القانون هو من أصابه أذى في نفسه عرضه و بكل حق لصيق بشخصيته هذا والمقصود بانتقال الحقوق في الفقه الإسلامي ماكان عن طريق الميراث. و عليه يكون هذا المبحث فيما يلي:

المطلب الأول: أصحاب الحق في الجبر وانتقال هذا الحق إلى الغير في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الجبر وانتقال هذا الحق إلى الغير في القانون.

المطلب الثالث: الموازنة بين أصحاب الحق في الجبر وانتقال هذا الحق إلى الغير في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

المطلب الأول: أصحاب الحق في الجبر وانتقال هذا الحق إلى الغير في الفقه

الإسلامي

في غير حالات الضرر الجسدي وضرر القذف الحق في الجبر يكون للمضروب شخصيا مثلما هو الحال في متعة المطلقة وبدل الخلع هذا الحق لا يثبت إلا بقيام سببه وهو الطلاق أو الخلع ولا يكون إلا للمطلقة أو الزوج المخالع .

لم يمنع كون هذا النوع من الضرر شخصيا انتقاله بالميراث، وانتقال الحقوق تدرج في نص حديث النبي -صلى الله عليه وسلم-: (من ترك مالا أو حقا فلورثته)؛ ولأن التعويض قد ثبت حقا للمحني عليه أو لأهله فإنه يأخذ حكم سائر الحقوق المالية من قبول التنازل والعفو. ¹ هذا و في الضرر الجسدي كما في ضرر القذف خلاف بين الفقهاء حول من يثبت له الحق بعد المضروب في حال وفاته .

الفرع الأول: أصحاب الحق في الجبر عن الضرر الجسدي و انتقاله للغير.

وجزأؤه القصاص أو الدية في غير موجبات القصاص، ويكون في الموت كما يكون في الجراح. ويتحدد الحق فيه لشخص الميت أو لأقاربه ومثله في الجراح بحيث تدفع الدية مقدرة للذي لحق به أذى في عضو من أعضائه أو منفعة من منافعها، هذا الحق هو حق شخصي إذ أن للمضروب المصلحة عليه وإسقاطه. وفي حال القصاص كما في الدية خلاف بين الفقهاء فيما إذا كان هذا الحق يكون للورثة ابتداء أو أنه انتقل

1 - محمود شلتوت، المرجع السابق. ص 418

لهم بعد ان ثبت لمورثهم عند وفاته¹، فيرى الحنفية² والمالكية³ ورواية عن الحنابلة⁴ أن القصاص لا يورث وأن الورثة هم أصحاب الحق فيه ابتداءً، فالقصاص لا ينشأ إلا بعد الموت ولأن الموت يسقط أهلية اكتساب الحقوق ولأن المقصود بالقصاص التشفي ولأن الميت لا يتشفى كان هذا الحق لورثته ابتداءً. والقول الثاني هو للشافعية⁵ والحنابلة⁶ والصاحبين⁷ بحيث يثبت الحق في الأصل للمقتول، لكن يقوم الورثة مقامه لاستحالة قيامه به، ويؤكد ذلك أنه لو عفا عن الجناية قبل موته صح بحيث يعتبر اسقاطاً لحقه فيه لذلك كان القصاص من الحقوق التي تكون التركة .

أما الدية فهي من الحقوق المالية التي تنتقل مع التركة للورثة سواء كانت تلك المقدرة بدلا للنفس أو العضو كما هو الحال في الأرش أو حتى حكومة العدل، والدية تقرر في النفس بعد الوفاة في القتل الخطأ أو بدل القصاص، وفي انتقالها للورثة خلاف⁸ بين الفقهاء: هل تعتبر من أموال الميت المملوكة أم أنها حق للورثة ابتداءً؟ والقول الأول هو لجمهور الفقهاء⁹ والثاني هو لابن حزم الظاهري وقول عند الشافعية ورواية عن أحمد¹⁰، وثمرة هذا الخلاف ما يلي: فعلى القول بأنها مملوكة للميت معناه أنها من مكونات التركة فتسد منها ديونه ويجهز بها وتنفذ منها وصاياه، وعلى القول الثاني لا تدخل في مكونات التركة ولا تسد منه ديونه ولا تنفذ وصاياه.

ولا تشترط الأهلية في استحقاق التعويض، حيث أن قواعد الشرع تثبت هذا الحق حتى للجنين، ففي حال ضرر الموت فإن للجنين دية كاملة في حال الاعتداء على أمه ينفصل عنها حيا ثم يموت واختلف في من يملك الغرة¹¹ في حال انفصاله عنها ميتا وكان مكتملا الخلقة، بين من يرى أن في ذلك الغرة وهي حق للجنين وبالتالي جعلوها لورثته وهو قول مالك والشافعية¹² و اصحابهما لأنها دية؛ وقال أبو حنيفة

1- عبد الله النجار، الضرر الأدبي و مدى ضمانه... ص133 و ما بعدها

2- الكساني، المرجع السابق. ج7 ص243

3- الصاوي، المرجع السابق. ج4 ص367

4- البهوتي، المرجع السابق. ج5 ص534

5- الشافعي، المرجع السابق. ج6 ص14

6- البهوتي، المرجع السابق. ج5 ص534

7- ابن قدامة، المغني. ج8 ص280

8- في عرض آراء كل فريق و مناقشتها و القول الراجح أنظر: عبد الله النجار، المرجع السابق. ص165

9- ابن قدامة، المغني. ج6 ص263

10- ابن حزم الظاهري، المرجع السابق. ج11 ص117

11- ابن رشد، المرجع السابق. ج2 ص655.

12- الشافعي، المرجع السابق. ج6 ص14

وأصحابه: الغرة للأُم وحدها، لأنها جنانية جنى عليها بقطع عضو من أعضائها وليست بدية، ومن الدليل على ذلك أنه لم يعتبر فيه الذكر والانثى كما يلزم في الديات، فدل على أن ذلك كالعضو.

وجاء في بداية المجتهد¹ أن الغرة تجب لورثة الجنين وحكمها حكم الدية وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وقال الربيعه والليث هي للأُم خاصة، وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها والملاحظ أنه اختلف القول عن الحنفية، والذي نقل في مؤلفاتهم أن دية الجنين وهي الغرة تكون لورثته فيما عدا الضارب.²

والغرة: "وهي دية الجنين وتكون سواء كان الاعتداء عمداً أو خطأ وسواء كان ذكراً أو أنثى وتمثل في عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل أي نصف عشر الدية أو ما يعادله."³

وعليه فإن أقوال الفقهاء حول من يستحق دية الجنين يمكن تلخيصها في ثلاث أقوال: أنها لجنين ومن ثم ورثوها لغيره، والثاني أنها للوالدين، والثالث أنها للأُم على اعتبار أن الاعتداء المؤذي للإسقاط أشبه الاعتداء على أحد أعضائها. وعليه فميراث غرة الجنين على قول الجمهور أنها ملك للجنين لورثته و على الذين قالوا أنها حق للوالدين أو للأُم لم يجعلوا لورثة الجنين فيها حظاً.

كما يثبت الحق في جبر الضرر الجسدي للصغار حيث يؤخر القصاص إلى أن يكبروا،⁴ أما العفو عنه والصلح عليه ففيه أقوال عند الفقهاء، هذا ومن يملك حق القصاص يملك حق العفو أو الصلح. وتجدر الإشارة إلى أن العفو يكون بإسقاط العقوبة (القصاص) مجاناً،⁵ أما الصلح فيكون بإسقاط القصاص في مقابل الدية، وعليه فحق العفو يكون للبالغ العاقل عند جمهور الفقهاء، واختلف حول أحقية وليه به، فيرى الشافعي⁶ وأحمد⁷ أنه يكون لوليه كما يكون له، أما مالك⁸ وأبو حنيفة⁹ فلا يملكون الولي ولا الوصي حق العفو إنما يعطونهم حق الصلح فقط لأنه تصرف فيه ضرر محض للقاصر، أما الصلح فيكون للمجنون عليه كما يكون لوليه ويجري في حال كان بمقدار الدية أو يزيد عنها أما إذا قل فللقاصر عند بلوغه الرجوع على الولي أو الوصي فيما نقص.

1 - ابن رشد، المرجع السابق. م 2 ص 657

2 - زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط 2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، دت. ج 8 ص 390.

3 - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدليته. م 7 ص 5771

4 - ابن رشد، المرجع نفسه. م 2 ص 636

5 - راجع الفرق بينهما في عبد القادر عودة، المرجع السابق. ج 2 ص 168

6 - الشافعي، المرجع السابق. ج 5 ص 14

7 - البهوتي، المرجع السابق. ج 5 ص 534

8 - مالك بن أنس، المرجع السابق. ج 3 ص 384.

9 - ابن الهمام، المرجع السابق. ج 10 ص 240

وموت المضرور كان له آثاره على تبيان من له الحق في الجبر، فالمضرور هو صاحب الحق في الجبر أثناء حياته فالأمر لا يخلو من حالتين: إما أن يكون قد باشر الدعوى بشخصه أو أناب عنه غيره أو لم يفعل بحيث سكت عن حقه وتوفي قبلها، فالأصل كونه صاحب الحق فمباشرة الدعوى تكون له ولا تكون لغيره و له أن يعفو لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَحِبِّهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ 1.

وفي حال وفاته قبل مباشرة الدعوى ففيها أقوال: أن سكوته عن المطالبة بالحق تنازلاً منه عنه ² أو باشر الدعوى ولم يفصل فيها هنا يكون الحق لورثته، ³ أما إذا كان الموت هو الضرر فقد اختلف أيضاً كما سبق بيانه في كون الموت تنعدم به ذمة المتوفى أو أنه حق يثبت للمتوفى قبل وفاته وبعد إصابته. ⁴ هذا والقول بأن حق القصاص أو الدية يثبت للمضرور ابتداءً ثم ينتقل إلى الورثة بموته هو المختار لأن الموت لا يعدم ذمة المتوفى بل يفترض بقاؤها حتى سداد ديونه ⁵ ومثله يكون في اكتساب الحقوق بما فيها حق القصاص والدية. وإذا كانت الدية معتبرة من تركة المجني عليه فلا يرث منها الجاني إذا كان وارثاً للمجني عليه لأن القتل من موانع الإرث ولو كان خطأ على مذهب إليه الحنفية، خلافاً لمن لم يجعل الخطأ مانعاً من الإرث كالشافعية. ⁶

الفرع الثاني: أصحاب الحق في الجبر عن ضرر القذف و انتقاله للغير

وفي جبر ضرر القذف يكون حق المطالبة فيه للمقذوف، ونظراً لاختلاف الفقهاء حول طبيعة هذا الحق هل هو حق لله أم حق للعبد فقد ترتب عليه الاختلاف في التصرف في هذا الحق تنازلاً وتصالحاً. يقول القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿ مَن ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ 7. ﴾ (" يقرض الله قرضاً حسناً... القرض يكون من المال... ويكون من العرض، وفي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم: (أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم كان إذا خرج من بيته قال اللهم إنني قد تصدقت بعرضي على عبادك).

1 - سورة البقرة، الآية: 178

2- عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، القواعد. دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت. ص316

3- القرافي، الدخيرة . ج12ص346.

4- سبقت الإشارة إليه أعلاه

5- عبد الله لنجار، الضرر الادبي و مدى ضمانه ص136

6- علي خفيف، المرجع السابق. ص 325

7- سورة البقرة، الآية: 245

وروى عن ابن عمر: أقرض من عرضك ليوم فقرك، يعنى من سبك فلا تأخذ منه حقا ولا تقم عليه حدا حتى تأتي يوم القيامة موفر الأجر. وقال أبو حنيفة: لا يجوز التصدق بالعرض لانه حق الله تعالى، وروى عن مالك¹.

وعليه فعلى القول بأن حد القذف حق لله تعالى وهو الغالب فيه حتى وإن كان فيه حق العبد، منع التصالح والعفو عنه وهو اختيار الحنفية، ومن رأى أنه غلب فيه حق العبد فقد جرى فيه التصالح والعفو وهو رأي الجمهور².

ويذكر أن المقصود بحق الله، حق الجماعة أو حق المجتمع والقول به معناه: حتى وإن كان المضرور هو من أصيب في عرضه وسمعته، إلا أن هذا التعدي مس كل أفراد المجتمع لما في القول في أعراض المسلمين من انتشار للفاحشة وفساد. وعلى القول بأن حق العبد فيه غالب أعطى للمضرور أحقية التصالح عنه والعفو. ذلك أن القذف وإن كان فيه حقا لله تعالى إلا أنه يمس المقذوف بصورة مباشرة. وعليه فإن إقامة دعوى القذف لا تصح إلا من المقذوف ولا تجوز لغيره وكذلك لو تقدم الشهود بشهادتهم حسبة لله لم تقبل منهم الشهادة لأن الشهادة لا تقبل قبل قيام الدعوى والدعوى لا تقوم إلا بشكوى المقذوف، ويستثنى حال كون القذف مباشرا للغير كأن يقذف شخص بأنه زنى بامرأة معينة، فهنا القذف شمل المقذوف كما مس المرأة المعينة وعليه يكون لكل منهما حق الخصومة وليس لغيرهما تحريك الدعوى زوجا كان أو ابنا أو أبا،³ فإذا حرك الدعوى وتوفي قبل الفصل فيها سقطت بموته عند الحنفية⁴ لأنه حق لم يتعلق بمال فلا يورث.

أما إذا كان المقذوف ميتا فيثبت حق المخاصمة لأقاربه على خلاف بين الفقهاء فيمن هم؟
فبينما يرى مالك أنها تكون لأصول المقذوف وفروعه من الذكور⁵، تكون عند أبي حنيفة لفروع المقذوف ذكورا كانوا أم أناثا وتكون لأولاده وإن علا .

وعند الشافعي حق الخصومة يكون لكل وارث إلا من كان ميراثه لزوجية؛ وقد اتفقوا على أن من يملك حق المخاصمة له ذلك دون توقف على الغير، حتى وإن كان أبعد درجة في القرابة منه، ويرجع اختلافهم حول من يملك حق الخصومة لاختلافهم في تقدم من يلحقهم عار القذف، وفي الانابة على الحق في الخصومة ورد عن الحنفية جواز التوكيل وهو قول أبي حنيفة ومحمد⁶.

1 - القرطبي، المرجع السابق. ج3 ص242.

2- راجع : ابن رشد ، المرجع السابق. م2 ص698

3 -عبد القادر عودة، المرجع السابق. ج2 ص480

4- ابن المهام، المرجع السابق. ج5 ص322

5- ابن رشد، المرجع السابق. م2 ص636

6- عبد القادر عودة، مرجع سابق. ج1 ص483

ومثله الاعتداء على الأموات جريمة " لاتعتبر قد وقعت على الميت باعتباره إنسانا والميت ليس هو المخني عليه إنما يحرم الاعتداء على رفات الأموات باعتبارها شيئا محترما لدى الجماعة وله حرمة في نفوسهم و عليه فالخني عليه هو الجماعة."¹

وفي حال كون المضرور جماعة ففي حد القذف إذا قذف الواحد جماعة خلاف بين الفقهاء فكل من مالك و أبي حنيفة والثوري وأحمد يجعله حدا وحدا في حق الجميع، ويرى الشافعي والليث لكل واحد عليه حد، وقال غيرهم من جمعهم في كلمة واحدة فحد واحد فإن فرقهم فلكل واحد حد.² وفي مشاركة المضرور في الخطأ يشترط أن لا يكون المضرور معروفاً به، لأنه يكون قد ألحق الشين بنفسه قبل أن ينسب إليه المعتدي ما نسب من سب، ومن ثم فلا يجب عليه بما قاله شيء في انتقال حق القذف للغير.³

وفي توريث حق الخصومة يرى الحنفية⁴ انها في القذف لا تورث لأنه ليس بمال ولا بمنزلته، بينما يرى مالك والشافعي وأحمد أن حق الخصومة يورث⁵ فيحل الورثة محل المقذوف في الدعوى، فإذا مات المقذوف لم يكن له وارث أو مات قبل تقديم الشكوى سقطت الدعوى لأن سكوته يعني عفو عن القاذف إلا أن يكون سكوته لعدم علمه بالقذف.

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الجبر وانتقال هذا الحق إلى الغير في القانون.

رأينا أنه يشترط في الضرر أن يكون شخصياً، بمعنى أن يصيب المضرور في شعوره واعتباره وجسمه، وعليه فلا يحق للغير أن يطالب بجبره، ويعتبر من قبيل شخصية الضرر الذي يصيب شخصاً نتيجة ضرر أصاب شخصاً آخر، وهو ما يعرف بالضرر المرتد *dommage par ricochet*، وإن كان كل من الضرر الأصلي أو المرتد ضرر شخصي إلا أنه يختلف أحدهما عن الآخر من حيث أصحابه وكيفية انتقاله للغير.

والجددير بالذكر أن الضرر الأصلي غير الضرر المرتد، وإن اشتركا في كون كل منهما ضرر شخصي للمضرور ويتمثل هنا في من لحق به أذى أو لحق بغيره بالتبعية؛ ولا يطرح إشكال في انتقال هذا الحق في الضرر المادي ولا حول من يحق له المطالبة به، بخلاف الضرر المعنوي فمن يستحق التعويض وهم خلف المضرور، ينتقل إليهم حق المطالبة بالتعويض عن المضرور بسبب الإرث وبارتداد الضرر.⁶

1 - عبد القادر عودة، المرجع نفسه. ج 1 ص 400

2 - ابن رشد، المرجع السابق. ج 2 ص 697

3- عبد القادر عودة، المرجع السابق. ج 2 ص 481 ج 2

4 - ابن الهمام، المرجع السابق. ج 5 ص 322

5 - ابن رشد، المرجع السابق. ج 2 ص 698

وقد وجدنا كل من كتب في انتقال الحق في التعويض عن الضرر المعنوي يجعلونه والضرر المرتد شيء واحد والواقع أن بينهما تداخل لكنهما يفتقران في أن الضرر المرتد يثبت بوفاة المضرور أو إصابته بينما انتقال الحق يطرح في حال الموت فقط.

الفرع الأول: الضرر المعنوي الأصلي .

الضرر المعنوي يصيب المصاب نفسه، وتمثل - في حالة الاصابة الجسدية مثلاً - في قيام الحق له في المطالبة بالتعويض عما لحق به من ضرر يتمثل في نفقات العلاج وغيرها ويمكن له أن يطالب بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي يترتب الاعتداء ويتمثل في الآلام النفسية التي عاناها والتشوهات الناجمة عنه.¹

البند الأول: أصحاب الحق في التعويض عن الأضرار المعنوية أصالة .

صاحب الحق في التعويض عن الضرر المعنوي هو من لحقه أذى في شرفه واعتباره كما في القذف والسب، ورتب ألماً في جسمه أو عاطفته بسبب الضرب و الإهانة وقتل عزيز، أو بكل ما كان فيه مساس بحق من حقوقه بوجه عام، ويشترط فيه حتى يكون معتبراً وقابلاً للتعويض ما سبق ذكره من الشروط من كونه محققاً ومباشراً وبمس مصلحة مشروعة، وسواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، فللمضرور أن يطالب بجبر ما لحقه من أذى بصفته الشخصية كما يثبت هذا الحق لنائبه أو خلفه. وقد يعتمد المضرور خاصة في هذه الحال - التعويض عن الأضرار المعنوية - أن يتنازل الشخص عما يحكم له به لجهة خيرية لكنه لا يصح أن يطلب ذلك من المحكمة القضاء مباشرة بالتعويض لهذه الجهة ولا تستطيع المحكمة إجابته لهذا الطلب²، وينوب عن الشخص المضرور الولي أو الوصي في المطالبة بالتعويض في حال كان قاصراً أو محجوراً عليه، وعليه فالأهلية ليست شرطاً في استحقاق التعويض عن الضرر المعنوي، حتى الولد الذي لا يعي مقدار الألم والجنين الذي لم يكتسب شخصية قانونية بعد له الحق في التعويض عن فقد أحد الوالدين ويكون من قبل الضرر المستقبل المحقق الوقوع³.

وفي توجه قضائي فرنسي، ذهبت بعض محاكم الدرجة الأولى، وأيدته في ذلك بعض محاكم الإستئناف، إلى عدم استحقاق أصحاب الإعاقات الشديدة ممن يدخلون فيما يسمى طبيياً بالحالة النباتية، والتي تتميز بفقد المصاب للإدراك والإحساس بما حوله، بالتعويض عن الضرر الم عنوي المتمثل في الألم الجسدي والمعاناة النفسية والتشويه وفوات الجمال، بحجة عدم تأكد شعورهم بالمعاناة من جهة، ولأنهم لن يستفيدوا من مبالغ التعويض في محو ضررهم الم عنوي لغياب إدراكهم، وبالتالي سيستفيد منه غيرهم ممن يتولى

1- فواز صالح: "التعويض عن الضرر الادبي الناجم عن جرم دراسة مقارنة". مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية مجلد 22

العدد الثاني 2006 ص ص 273-293 ص 284

2- السنهوري، الوسيط، م 2 ج 1 ص 1039

3- أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق. ص 186

شؤونهم. واقترح قصر تعويضهم على توفير مستلزمات الحياة لهم بالوضع الذي هم عليه، من مأكل وملبس وإقامة في دار للشفاء، أو توفير منزل أو سيارة خاصين يتلاءمان مع طبيعة إعاقاتهم. لكن محكمة النقض الفرنسية، رفضت في النهاية هذا التوجه بحكم لهيئتها العامة، أشارت فيه إلى عدم استطاعتها كأعلى هيئة للقضاء العدلي، أن تقرر حرمان هؤلاء المصابين من حقهم في التعويض عن الضرر المعنوي، لأن ذلك سيخل بمبدأ المساواة ويخلق صنفين من البشر، أحدهم من درجة أولى يستحق التعويض عن كامل الضرر الذي أصابه، والثاني من درجة أدنى لا يستحق إلا تعويضاً ناقصاً.¹

والضرر المعنوي قد يصيب الشخص كما يلحق الجماعة - كما سبق بيانه² - كما هو الحال في الضرر الذي يصيب أصحاب حرفة معينة نتيجة المنافسة غير المشروعة والاعتداء على حق الملكية الفنية أو الأدبية لأعضاء مهنة معينة، في هذه الحال يثبت للجماعات والنقابات الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها ليس لحساب مصلحتها الخاصة فقط بل حتى للمصلحة العامة للمهنة أو الحرفة، ويشترط في ثبوت هذا الحق للجماعة أن يكون الضرر متصلاً بالمهنة، وأن يكون ضرراً جماعياً بمعنى أن يصيب المصلحة العامة المشتركة لمجموع أعضاء الجماعة، وعليه فلا يحق للنقابة أن تطالب بالتعويض عن ضرر أصاب أحد أعضائها لأن ذلك من حق العضو، ولا يكون لها أيضاً أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحق بمجموع أعضائها فيها إذا لم يكن لذلك الضرر انعكاس على المهنة أو الحرفة ذاتها، ويكون لها في المقابل أن تطالب بالحق ليس فقط لأعضائها بل يكفي أن يلحق الضرر بالمصلحة الجماعية المشتركة حتى وإن لم يكن من أعضائها، ويمثل له بالحق الذي يكون للنقابة العمال بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقهم من قبل رب العمل، حتى وإن لم يكن هؤلاء العمال أعضاء في النقابة.³

البند الثاني: كيفية انتقاله.

وفي انتقال الحق عن التعويض عن الضرر المعنوي عموماً لاحظنا أنه تم التركيز على نوع من الضرر المعنوي ألا وهو الضرر الجسدي وعلى أحد صوره وهو الضرر المرتد. أما الأصلي فقد كان من النادر الإشارة إليه وبجته لقلّة التطبيقات القضائية فيه.

وفي حال الضرر المادي فإن الحق في المطالبة به ينتقل إلى الورثة باعتبارهم خلفاء له فيحلون محله عند الإدعاء، وفي توزيع المسؤولية بسبب الخطأ المشترك الذي ساهم فيه خلفهم، وسواء طالب الخلف بهذا الحق أم لم يفعل، ومن باب أولى سواء فصل فيه القضاء قبل وفاته أم لا؟ لأنه حق تعلق بالتركة،

1 - محاضرات أ.د. عدنان سرحان منشورة على الموقع : جامعة الشارقة - كلية الدراسات العليا - كلية القانون هامش. ص1

2 - عند الحديث عن شروط الضرر، شرط : أن يكون شخصياً

3- الذنون، المرجع السابق. ص 268

والمعروف في قواعد الميراث أن الحقوق المتعلقة بالتركة تنتقل معها إلى الورثة كما هو الحال في حق الدائنية¹، ولا يستحقون من التعويض إلا بقدر ما كان لمورثهم فالدعوى في الأصل هي من حق المورث وهم يرفعونها نيابة عنه.²

أما بالنسبة للضرر اللمعنوي فقد اختلف في اعتباره من الحقوق المكوّنة للتركة، ويذهب رأي³ إلى أن الضرر المعنوي هو ضرر شخصي، والحق الشخصي لا ينتقل بالميراث وعليه لا يكون من مكونات التركة إلا إذا تحول إلى حق مالي، و يكون كذلك إذا طالب به المضرور قبل وفاته، فإذا سكت عنه فإنه ينقضي بوفاته ويعتبر سكوته تنازل منه عليه، وقد استدلوا بالنصوص التي وردت في القانون المدني، والتي تحدد الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب المضرور المتوفى وشروطه فلا يحق إلا لأشخاص حددهم القانون ولا ينتقل إلى الورثة كلهم إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو بمقتضى حكم قضائي، وعليه فلا يحق للوارث أن يطالب بالتعويض عما أصاب مورثه من ضرر بسبب الاعتداء عليه بالقتل أو بالنيل من شرفه وسمعته بعد موته وفي ذلك يقول السنهوري أنه: "لا يمكن أن يقال أن الميت قد أصابه ضرر لأن الأموات لا يتضررون ويترتب على ذلك أنه لا يتصور في هذه الحالة انتقال حق في التعويض من الميت إلى ورثته لا لأن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل إلى الوارث فحسب بل أيضا لأن الضرر منتف بموته وقد يتأذى الوارث شخصا من جراء النيل من سمعة مورثه فيجوز له عندئذ أن يطالب بوصفه أصيلا عن الضرر الذي أصابه"⁴.

ورأي ثان⁵ يذهب إلى القول بقابلية الضرر المعنوي للانتقال للورثة، وأنه مثل الضرر المادي في انتقال الحق في التعويض عنه للورثة وحتى مع سكوت المضرور عن المطالبة به فإن ذلك لا يفيد معنى التنازل عنه، وعليه فلا يسقط هذا الحق إلا إذا تنازل المضرور صراحة عنه.

على أنه يلاحظ أنه حدث تداخل بين الضرر الأصلي و الضرر المرتد (الذي يأتي تفصيله في الفرع الثاني من هذا المطلب) ذلك ان انتقال الحق في التعويض عن طريق الإرث غير استحقاق الغير للتعويض عن الضرر المعنوي، فالأول يأخذ المدعي صفة الخلف في المطالبة بالتعويض عن حق ثبت لمورثه، بينما

1- السنهوري، الوسيط.م.2 ج 1 ص 1040

2- ياسين محمد يحيى، المرجع السابق ص 263

3- من هؤلاء السنهوري، المرجع السابق. ص 1041- عابدين في مؤلفه التعويض بين الضرر المادي و الأدبي و الموروث ص 181.

الذنون، المرجع السابق. ص 289، احمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق. المجلد الاول ص 187

4- السنهوري، الوسيط.ص 1041

5- و هو اختيار سليمان مرقص، شرح القانون المدني- 2 في الالتزامات- المطبعة العالمية، القاهرة، 1964م. ص 317 و علي علي

سليمان في: النظرية العامة للالتزام. ص 169

الثاني يكون المدعي صاحب حق شخصي، غاية ما في الأمر أن الضرر عاد عليه من جراء تضرر شخص آخر.

وقد رأينا عند الحديث عن انتقال الحق في التعويض عن الضرر المعنوي يستدل بما ورد في بعض التقنينات العربية،¹ حيث حددت من له الحق في التعويض وكيفية انتقاله، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه المسألة في القانون المدني، واكتفى فيه بالنص على مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي (المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري)؛ وإن كان قد أشار إلى أصحاب الحق في التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن ضرر الموت في قانون خاص و المتعلق بالزامية التعويض عن السيارات والتعويض عن الأضرار.²

والمختار أن القول بأن الحق في التعويض عن الضرر المعنوي يعتبر حقا شخصيا لا ينتقل بالميراث يناقض مبدأ قابلية الضرر المعنوي للتعويض، فقد أصبح من المسلم به قانونا وفقها وقضاء قابلية هذا النوع من الضرر للجبر بالمال، ومادام قد أخذ صفة المالية فلا يكون مقبولا رفض فكرة انتقاله مع التركة للورثة؛ ومادام المورث المضرور لم يتنازل عنه صراحة فإن الحق يبقى ثابتا لصاحبه فمن اعتدي عليه بالجرح والقذف أو بكل ما فيه مساس بحقوقه الشخصية من حق الخصوصية وحق الاسم و حق الأدبي على المؤلفه أو ابتكاره أو إبداعه لا يسقط هذا الحق بمجرد وفاته بل يثبت لورثته من بعده.

الفرع الثاني: الضرر المعنوي المرتد: **un préjudice par ricochet.**

هو أذى يلحق شخصا نتيجة لضرر أصاب شخصا آخر تربطه به علاقة .

وأكثر ما يكون بوفاة المضرور الأصلي أو إصابته، وهو على نوعين:

● ضرر مادي مرتد، يتمثل في علاقة ذات طابع مالي بين المضرور الأصلي والمضرور بالارتداد،

ونتيجة للحادث فإن العلاقة يصيبها خلل يؤدي لفقدان المضرور بالارتداد لحق أو مصلحة مالية

بصورة جزئية أو كلية، فتلف المال وإصابة الجسم التي تعجز عن العمل، ترتب خسارة مالية يثبت

1- القانون المدني المصري في المادة 222 القانون المدني العراقي المادة 205 القانون المدني الأردني 267 القانون المدني الكويتي المادة 231

2- . فقد صدر بقانون رقم 88-31 المؤرخ في 19/7/1988 المعدل المتمم للأمر 74-15 الصادر في 30/01/1974م، الجريمة الرسمية عدد رقم 29. الصادرة بتاريخ 20-7-1988 في الملحق المحدد لجدول التعويضات الممنوحة لضحايا حوادث المرور الجسمانية او لدوي حقوقهم البند "خامسا" ص 1074

بها الحق للمصاب كما لورثته أو خلفه بصورة عامة في المطالبة بالتعويض.¹ و يثبت هذا النوع من الضرر لمن له حق النفقة عليه ومن كان يعوله فعلا.²

● وضرر معنوي مرتد، يتمثل في ما يستشعره الشخص من حزن وألم وأسى وما يفتقده من عاطفة الحب والحنان نتيجة إصابة أو موت الضحية المباشرة. ومثله الضرر الذي يعود على منتج فيلم من تشويه البطل، والضرر الذي يعود على العمال من تدمير مكان العمل . و مثله " قذف الزوج لزوجته يوم الدخول بها بأنها ليست بكرًا ويثبت العكس فإن لوالدها الحق في التعويض باعتبار أن القذف قد تعدى الزوجة إلى أبيها"³ وعليه فالألم يكون لمعاناة المضرور بسبب الإصابة، كما يكون بالتألم لألمه نتيجة المساس بشرفه مثلاً.⁴

هذا، وقد حدث خلاف في انتقال هذا النوع من الضرر للغير من حيث تحديد الأشخاص الذين ينتقل إليهم، بتقييد انتقاله إلى فئة محددة دون غيرها ممن لهم علاقة بالمصاب أو من حيث الاقتصار فيه على ضرر الموت دون الإصابة .

فتشريعات عربية كثيرة تذهب إلى انتقال الحق في هذه الحال بشروط وهي: أن يكون قد تحدد بقتضى اتفاق، أو طالب به الدائن أمام القضاء، وينحصر في غيره في الزوج والأولاد والوالدين والإخوة والأخوات، ولا يكون الحق لهم جميعاً إنما للذين أصابهم ألم حقيقي بموت المصاب.⁵

ويلاحظ أن تحديد الأشخاص الذين يثبت لهم الحق بالارتداد راجع لطبيعة الضرر المعنوي والذي يشمل كل من يعاني لتألم المضرور، وهؤلاء عددهم أكبر من أولئك الذين لهم علاقة أساسها مالي، ثم إن الصديق بمواصفات معينة قد يعاني أكثر من أب أو ابن، ودائرة المتأثرين بالضرر تكون واسعة فقد تشمل كل المعجبين لشخصية مشهورة - وهم غير محصورين - مما يجعل من الضرورة تحديد الأشخاص الذين يثبت لهم هذا الحق.⁶

وتجدر الإشارة إلى أن الضرر المرتد هو ضرر ، وأن حق التعويض عنه ليس ميراثاً يتلقاه المتضرر بالارتداد، بل هو حق شخصي فلا يعطى بنسبة النصيب بالميراث بل بمقدار الضرر الذي وقع عليه⁷ وهنا

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط.م.2 ج 1 ص1040 .محمد محي الدين ابراهيم سليم، نطاق الضرر المرتد. دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، مصر، 2007.ص.26

2 - المرجع نفسه ص987

3 - محمد أحمد عابدين، المرجع السابق.ص.74

4 - Jacques Flour,Jean-LucAubert,Les obligations :2.Lefait juridique.op cit. p136

5- الذنون، المرجع السابق.ص.289

6-Jacques Flour,Jean-LucAubert,Les obligations.op cit. p136

7 - عمار شهيد ،قاضي محكمة التحقيق في محكمة النجف الاشرف: الضرر الأدبي، الموقع الالكتروني سبلة عمان

<http://www.elm7abh.com/vip/m7abh57324.html>،

يفترق الضرر الذي يتلقاه الورثة باعتبارهم خلف للمضور أصالة، وبين الضرر المرتد الذي يعتبر فيه غير مضورين بصفة شخصية لضرر أصاب المضور الأصلي.

البند الأول: الضرر المعنوي المرتد في حال حياة المضور الأصلي.

ويكون الضرر بسبب الإصابة أو بغير سبب الإصابة (قذف مثلاً). في انتقال الحق للتعويض عن الضرر المعنوي للغير في حال إصابته في غير وفاة تضارب في الأقوال وفي التطبيقات القضائية؛¹ وعلى نقيض الضرر المادي فإن الضرر المعنوي يثبت الحق في التعويض عنه للغير حتى مع كون المضور الأصلي على قيد الحياة، أما الضرر المادي فلا يستطيع الغير المطالبة بالتعويض مادام صاحب الحق الأصلي لم يطالب به. ويمثل له بالفتاة التي اتهمها زوجها في عذريتها، أعطي فيه الحق للأب أن يطالب بالتعويض عما لحقه من مساسا بشرفه لقذف ابنته، ومثله الفنان الذي تآثر العرض المسرحي لضرره، أعطي فيه الحق لصاحب المسرح في المطالبة بالتعويض، هؤلاء لم يكونوا أصحاب الضرر الأصلي لكنهم عاد عليهم بضرر أصاب غيرهم . والنصوص القانونية² التي أشارت إلى انتقال الحق في التعويض عن مثل هذا النوع من الضرر اقتصرته فيه على أشخاص محددین وفي حالات معينة، وربطتها بوفاة المضور الأصلي، فالضرر المعنوي لا يرتد على الغير إلا في حال وفاة المضور الأصلي وشملت الضرر الجسدي ولم تتناول غيره من أنواع الضرر المعنوي .

جاء في نص المادة 222 من القانون المدني المصري: "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء، ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب."³

ونص المشرع العراقي في المادة 205 من القانون المدني على أنه: "يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد عن الغير في حرته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسئولاً عن التعويض، ويجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج ولالأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب، ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي."⁴

1 - التطبيقات القضائية الفرنسية المصرية المختلفة أوردها بلههاب :ياسين يحيى، المرجع السابق ص 231 وما بعدها.

2 - القوانين السالفة الذكر المصرية والأردنية والعراقية والسورية، على سبيل المثال راجع الصفحة السابقة

3 - السنهوري، الوسيط.م 2 ج 1 . ص 985

4 - الذنون، المرجع السابق. ص 289

ومثله في القانون المدني الأردني نص في المادة 267¹

وعلى خلاف المشرع المصري الذي حصر القرابة في الدرجة الثانية، يلاحظ أن كلا من المشرع العراقي والأردني قد ذهبا إلى أن الحق في التعويض يشمل الأقرب من الأسرة دون تحديد لدرجة القرابة، وفي ذلك معنى أن الحق في التعويض يثبت لكل من له صلة قرابة للمضروب الميت.² ويبقى تقدير هذه الصلة متروكا للمحكمة.

ويؤيد ذلك أن القول باستحقاق التعويض عن الضرر المرتد المعنوي معناه: تعويض ضرر واحد مرتان فالضرر المرتد ماهو إلا امتداد واستمرار للضرر الأصلي والحكم بأحدهما يستبعد معه الحكم للآخر. ورد بأن الألم الذي ترتبه التشوهات التي تلحق بالمضروب الأصلي تكون أكبر وأعمق من تلك الناتجة عن الوفاة لأن الوفاة تخفف حدة الألم الذي ترتبه مع مرور الوقت، بينما التشوهات تبقى قائمة مما يزيد في الألم، ومثله إصابة شخص في حادث نتج عنه عاهة مستديمة أو عجز كلي أو جزئي ترتب بصورة أكيدة آلاما نفسية لأبويه ولأولاده.³

هذا الاتجاه مرتبط بشخصية الضرر، مع العلم أن الضرر المرتد يعتبر شخصي بالنسبة لمن ارتد عليهم يبقى فقط أن نشير إلى أنه لا يتحقق لكل من يدعى تضرره. وفي هذه الحال ينحصر الأشخاص

المستحقون للتعويض عن الضرر المرتد في أولئك الذين تضرروا عاطفيا بصورة غير عادية بإصابة المضروب.⁴ وفي التشريع الجزائري نص القرار القضائي التالي على أن: "تعويض ذوي الحقوق لا يعتبر إرثا، لأن الإرث هو ما خلفه المورث من أموال كان قد جمعها طول حياته _ أما التعويض عن الأضرار فهو يعطي لكل من تضرر من الحادث ولو كان غير وارث... وتقرير التعويض يكون حسب الضرر الذي أصاب كلا من ذوي الحقوق لا حسب قواعد الميراث."⁵ وفيه تفرقة بين استحقاق التعويض وانتقاله، وبين الميراث من حيث سببه وهو أن استحقاق التعويض يرتبط بثبوت الضرر بحيث لا يتوقف على توفر أسباب الميراث.

البند الثاني: الضرر المعنوي المرتد في حال موت المضرور: (الضرر بالموت وضرر بغيره)

أما في حال موت المضرور، فإن الأمر لا يخلو من احتمالين: إما أن يكون المضرور الأصلي قد لحق به الضرر قبل وفاته، أو أن ضرر الموت في حد ذاته هو الذي رتب آلاما للمضرور.

1 - مصطفى الزرقاء، الفعل الضار، المرجع السابق. ص 121

2- عبد الله النجار، الضرر الأدبي و مدى ضمانه... ص 495

3 - ياسين يحيى، المرجع السابق. ص 263

4 -Fronçois Terre.PhilipeSimler.Yves Lequette,Droit civil, Les obligations .op cit .p691

المصدر منتدى نعب الجزائر). في 14 أبريل 1982 (الغرفة المدنية القسم الثاني 24770 -قرار رقم 5

<http://www.2algeria.com/vb3/showthread.php?p=180436>

ففي الحالة الأولى سواء كان المضرور قد طالب بالتعويض عن الضرر أو سكت عنه فإن ذلك لا يمنع قيام هذا الحق للمضرور بالارتداد، لأن من ارتد عليهم الضرر في هذه الحال يعتبر ضرراً شخصياً بالنسبة لهم؛ وهنا يمكن أن نشير إلى أن من يثبت له هذا الحق، فيكون لكل من أصابه ألم معتبر بسبب ألم المضرور.

أما في حال موت المصاب، وهو ضرر الموت وبالتحديد ضرر الألم *præsum doloris* فقد¹ اختلف في حق الغير فيه، فمن يرى أن بموت المضرور ينتفي حق المطالبة بالتعويض لأن الموت سبب الحق في نشوء التعويض، وصاحب الحق انتهت ذمته بوفاته ومن ثمّ "نشأ الحق دون أن تكون هناك ذمة مالية تتلقاه" وعليه لا ينتقل هذا الحق للورثة، هذا الرأي كان محل نقد لأن القول به يعني أن من أحدث ضرر الإصابة يكون مسؤولاً عن ما ترتبه، ومن أدى فعله إلى موت المصاب لا يسأل، وعليه سار العمل على اعتبار أن الحق في التعويض عن ضرر الموت ينشأ في اللحظة ولو كانت قصيرة التي تكون بين الحادث والموت فتدخل في ذمة المضرور فينتقل هذا الحق للورثة.

أما التشريعات العربية فقد حددت الأشخاص الذي يحق لهم المطالبة بالتعويض عن ضرر الموت كما سبقت الإشارة إليه .

وخلاصة ما تقدم أن مبدأ تعويض الضرر المعنوي لم يخل القول بانتقاله من تردد وهو أمر أشبه ما كان عليه حال بحث مشروعيته، فحتى مع التسليم بكون هذا النوع من الضرر قابل للتعويض بالمال على الرغم من طبيعته غير المالية إلا أننا وجدنا الفقه والقضاء بقي متردداً في تقرير انتقاله، وكل ذلك لأن الضرر المعنوي هو ضرر شخصي وانتقاله إلى الغير مرتبط بوقت اضمحاء الصفة المالية عليه، لذلك رأينا من يعلق انتقاله للغير باتفاق مع الدائن أو مطالبة به قضاء، ثم إنه ينشأ فيرتب الأما نفسية وهذه أصحابها غير محصورين، كما هو الحال في العلاقات التي يكون محلها مصلحة مالية، فكل من تربطه علاقة بالمضرور يكون مظنة التألم لألمه وهذا يفتح باباً للمضرورين (بالارتداد خاصة) ليشمل حتى المعجبين بشخصية مشهورة مثلاً، ويمكن أن نتصور عددهم إن كانت شخصية عالمية. ومن ثم وجدنا الفقه والقضاء يميل إلى حصر المضرورين بالارتداد في الضرر المعنوي على الأزواج والأقارب وبالتحديد أكثر في درجة ثانية، وقد يضاف إليهم كل من يثبت للمحكمة أنه قد تضرر وتألم بصورة فعلية ومباشرة لتألم المضرور الأصلي.

المطلب الثالث: الموازنة بين أصحاب الحق في الجبر وانتقال هذا الحق إلى

الغير في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

في أصحاب الحق في الجبر وكيفية انتقاله أوجه اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي كما غلبت عليه تباين في كثير من مسائله.

البند الأول: من حيث أصحاب الحق في الجبر.

في الفقه الإسلامي كما في القانون الوضعي صاحب الحق في الجبر هو من أصابه الضرر في جسمه، عرضه، سمعته أو شعوره، وكل منهما متفق على أنه لا ينتقل بالميراث إلا المال أو الحق المالي وعليه فالضرر المعنوي الأصل فيه أنه لا ينتقل بالميراث إلا إذا كان حقا ماليا.

ويختلف كل منهما عن الآخر من حيث تصنيف أصحاب الحق في الضرر المعنوي فتتسع دائرتهم أو تضيق بحسب نوع الضرر وتختلف باختلاف الفعل الموجب للجبر في الفقه الإسلامي، و عليه كان الجبر في هذا النوع من الضرر أقرب للعقوبة ولم يأخذ صفة المالية إلا في حالة الاعتداء الجسدي وانحصر انتقاله في الورثة، سواء على قول من رأى أنها ملكهم ابتداء أم انتقلت عندهم عن طريق الميراث.

بينما في القانون الوضعي الضرر يصنف إما أصلي وإما مرتد، واصطلاح الضرر المرتد موجود في القانون وتطبيقاته واسعة، لكنه لا ينفي وجوده في الفقه الإسلامي كما هو الحال في خلف المضرور في القذف أو الاعتداء الجسدي لكن صورته أضيق فيه.

البند الثاني: من حيث انتقال الحق في الجبر:

في الفقه الإسلامي تنتقل الحقوق بالميراث، وعليه فحق القصاص والدية وحق حد القذف على خلاف بين الفقهاء، كلها حقوق تنتقل بالميراث يراعى في تحديد أصحاب هذا الحق من مسهم الضرر بصورة مباشرة وهم ورثة الميت، هؤلاء يستحقونه سواء كانوا صغارا أم كبارا، وأما الحق في حد القذف فعلى قول من ذهب إلى توريثه فهو لأقارب الميت وإن اختلفوا في توسيع دائرة أصحاب هذا الحق لتشمل كل الأقارب ذكورهم و إناثهم و من اقتصر على الذكور فقط.

أما في القانون الوضعي فمبدأ انتقال الحق في التعويض لم يخل من خلاف، بحيث حدث تداخل بين انتقال الضرر الأصلي والضرر المرتد، كما رأينا أن الضرر الأصلي، الأولى فيه القول بالانتقال عن طريق الميراث مادام قد أصبح حقا ماليا - لقبوله الحكم بالتعويض- وعليه لا يسقط هذا الحق إلا في حال أسقطه المضرور.

أما الضرر المرتد في انتقاله فرق فيه بين حال موت المضرور وحال بقاءه حيا بعد الضرر فالنصوص القانونية¹ التي أشارت إلى انتقال الحق في التعويض عن مثل هذا النوع من الضرر قد اقتصر على أشخاص محددين وفي حالات معينة وربطتها بوفاة المضرور الأصلي، فالضرر المعنوي لا يرتد على الغير إلا في حال وفاة المضرور الأصلي وشملت الضرر الجسدي لم تتناول غيره من أنواع الضرر المعنوي. ولأن الضرر المعنوي هو ضرر شخصي و انتقاله إلى الغير مرتبط بوقت اضماء الصفة المالية عليه، وعليه علقت كثير من النصوص القانونية انتقاله للغير باتفاق مع الدائن أو مطالبة به قضاء، يضاف إليها تعذر حصر أصحاب الألام النفسية الذين ارتد عليه الضرر خاصة، فكل من تربطه علاقة بالمضرور يكون مظنة التألم لألمه وهذا يفتح بابا للمضرورين بالارتداد، ويمكن أن نتصور عددهم إن كانت شخصية عالمية مشهورة. ومن ثم وجدنا الفقه والقضاء يميل إلى حصر المضرورين بالارتداد في الضرر المعنوي على الأزواج والأقارب وبتحديد أكثر في درجة ثانية وقد يضاف إليهم كل من يثبت للمحكمة أنه قد تضرر وتألم بصورة فعلية ومباشرة لتألم المضرور الأصلي.

القادر للعلوم الإسلامية

1 - القوانين السالفة الذكر المصرية والأردنية والعراقية و السورية على سبيل المثال راجع الصفحة السابقة

جامعة الأمير
علاج القمار اليوم الإسلامية

**الباب الثاني :التطبيقات التشريعية
والقضائية لجبر الضرر المعنوي في
مجال الأحوال الشخصية.**

تمهيد :

يلاحظ أن معظم التشريعات قد استقرت على العمل بجبر الضرر المعنوي، على الرغم من أن فكرة جبر الضرر المعنوي بالمال خاصة قد شهدت جدلا واسعا، انتهى بالقول به في القوانين الوضعية واستطاع المهتمون بالدراسات الإسلامية أن يوجدوا تقاربا في اعتماده، تأسيسا على قواعد الشريعة ونصوصها وتطبيقا من خلال مختلف فروع الفقه الإسلامي، مع ملاحظة أن أحكام الأحوال الشخصية قد جعلت من الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لموادها، وأن صور الضرر المعنوي تجد تطبيقاتها في هذا القسم من التنظيمات، أي أحوال الشخصية، وبالتحديد مسائل الخطبة والطلاق التعسفي، حيث راعت أحكام الشريعة الإسلامية العلاقة التي ينشؤها عقد الزواج وما يترتب من التزام مادي ومعنوي قبل وبنشوء العقد وبعد انحلاله، ويظهر الضرر المعنوي مثلا واضحا في مراعاة الشريعة للجانب الإنساني في العلاقة التي ينشؤها عقد الزواج، ولأن جزاء الإخلال به وما قد يترتب من آثار تأخذ صورة البديل المالي، كما هو الحال في هدايا الخطبة ومصيرها عند العدول، أو في تقرير المتعة حقا للمطلقة بعد الطلاق، وهي صور واضحة لجبر الضرر المعنوي بالمال في الفقه الإسلامي، والقوانين العربية لم تشد كثيرا عن ما جاء به الفقه الإسلامي في المسألتين، إلا أن بين التوسعة والتضييق في الأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي تباينت مواقفها، فمنها من اكتفى بأحكام الشريعة السامحة في المسألة، ومنها من حاول تقريب المبادئ القانونية وتطبيقاتها، بإسقاطها على مثيلاتها في الفقه الإسلامي، مع إضافة ما يتناسب والحدثة والتغيير الذي يشهده المجتمع، وعليه كان هذا الباب في مسألتين: الأولى، الخطبة وعلاقتها بالضرر المعنوي والثانية، الطلاق التعسفي وجبر الضرر المعنوي فيه.

الفصل الأول : الخطبة والضرر المعنوي.

الفصل الثاني : الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي

الفصل الأول: الخطبة والضرر المعنوي.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تعتبر الخطبة خطوة مهمة تسبق عقد الزواج، فهي تمهيد يعطي لطرفي العقد فرصة التعرف على الطرف الآخر، مما يجعل انشاء العقد مبنيًا على حرية الاختيار، حيث جعلت لكل طرف حق التراجع عن اتمام العقد من غير التزام يترتب عليه ذلك التراجع، فيكون الاستمرار في العقد أو عدمه عن قناعة من الطرفين، والخطبة مع ذلك تنشأ معها تصرفات لا تغير من طبيعة الخطبة الاختيارية إلا أنها لا تمنع تحمل الطرف المسؤول عن تلك التصرفات نتيجة أفعاله، خاصة إذا كانت أضرارًا تلحق بالمعدول عنه، يأخذ الضرر المعنوي أحد صورها، وفي القول بمشروعية جبر الضرر المعنوي المصاحب للخطبة سواء في الفقه الإسلامي أو في قوانين الأحوال الشخصية العربية أراء متباينة، البحث فيها يكون ببيان مفهوم الخطبة وأحكامها في الفقه وفي القانون في المبحث الأول، على أن يكون المبحث الثاني في: الضرر المعنوي المصاحب للمعدول عن الخطبة. وعليه يكون هذا الفصل في المباحث التالية

المبحث الأول: مفهوم الخطبة وأحكامها في الفقه و القانون.

المبحث الثاني: المبحث الثاني: الضرر المعنوي المصاحب للمعدول عن الخطبة.

المبحث الأول : مفهوم الخطبة وأحكامها في الفقه و القانون.

لا يختلف كثيرا مفهوم الخطبة وأحكامها في قوانين الأحوال الشخصية العربية عنه في الفقه الإسلامي، فكما هو معلوم تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي لتلك التشريعات. والخطبة خطوة أساسية تمهد لعقد الزواج، لا تأخذ صفة الالتزام تماشياً مع طبيعتها ومكانتها من العقد، لكن أهميتها لا تقل عن أهمية العقد، وعليه فقد شرعت لها أحكاماً تنظمها، وتبين علاقتها بعقد الزواج، وما ينتج عن الارتباط بالخطبة وما يخلفه التراجع عنها. وعليه تتحدد عناصر هذا المبحث في:

المطلب الأول : مفهوم الخطبة في الفقه الإسلامي وفي القانون.

المطلب الثاني : أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي وفي القانون.

المطلب الثالث: الموازنة بينهما.

المطلب الأول : مفهوم الخطبة في الفقه و القانون.

مفهوم الخطبة يكون بتعريفها، وبيان حكمها، وما يتعلق به من مسائل ترتبط بها، ونعني بها تحريم الخلوة بالمخطوبة وحكم الخطبة على الخطبة.

الفرع الأول : مفهوم الخطبة في الفقه الاسلامي

في مفهوم الخطبة نتناول تعريفها وحكمها أولاً، وشروطها وما يتعلق بها من أحكام ثانياً.

البند الأول : تعريفها وحكمها .

ويكون بتعريف الخطبة لغة و اصطلاحاً ، ثم بيان حكمها والحكمة من مشروعيتها.

الفقرة الأولى: تعريفها.

تعريف الخطبة يكون لغة ثم اصطلاحاً .

أولاً-الخطبة لغة:

الخطب في اللغة سبب الأمر، والخطبة بضم الخاء، خطبت على المنبر خطبة بالضم "وهي الكلام المنثور المسجع،¹ جاء في لسان العرب: "الخطبة مصدر الخطيب وخطب الخاطب على المنبر واختطب يخطب خطابة واسم الكلام الخطبة ... [وهي] اسم للكلام الذي يتكلم به الخطيب ... ورجل خطيب حسن الخطبة، وجمع الخطيب خطباء، وخطب بالضم خطابة بالفتح صار خطيباً." أما بالكسر فيقال خطبت المرأة خطبة واختطب القوم فلاناً، إذا دعوه إلى تزويج صاحبته.

1 - الفيروز آبادي، المرجع السابق. 76

وكان الرجل في الجاهلية إذا أراد الخطبة قام في النادي فقال: خطب، ومن أراده قال: نكح. وجمع الخاطب خطاب؛¹ ومثله قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾² ومنه حديث النبي -صلى الله عليه وسلم- الذي رواه ابن عمر: (نهى النبي -صلى الله عليه وسلم- أن يبيع بعضهم عل بيع بعض ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك قبله أو يأذن له الخاطب)³. وعليه فلفظ الخطبة يستعمل بضم الخاء في الكلام المنثور المسجوع وبكسرها في معنى طلب المرأة للزواج.

ثانياً- الخطبة اصطلاحاً:

وفي اصطلاح الفقهاء لا تخرج الخطبة عن مدلولها اللغوي.

ففقهاء المالكية لهم تعاريف متقاربة للخطبة، وهي: التماس الزواج، وفيها عاجلوا الفرق بينها وبين الخطبة بالضم، جاء في تفسير القرطبي: قوله تعالى: (من خطبة النساء) الخطبة (بكسر الخاء): "فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول".⁴ وفي المنتقى شرح الموطأ: "الخطبة بكسر الخاء ما يورد من الخطب في استدعاء النكاح والإجابة إليه وهو في ذلك غير الخطبة بضم الخاء، فتحمل -أي الخطبة بكسر الخاء- معنى المراجعة والمحاولة للنكاح ويكون بكلام له أول وآخر، وإن لم يكن مؤلفاً على نظم الخطب ويستعمل في كل ما استدعى به النكاح من القول، فيقال فلان يخطب فلانة إذا استدعى نكاحها، وإن لم يوجد منه لفظ يسمى خطبة ويدل عليه قوله -صلى الله عليه وسلم- (لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه) ولم يعن بالخطبة الكلام المؤلف الذي يؤتى به عند انعقاد النكاح وإنما أراد ما يتراجع به القول عند محاولة ذلك ومراوضته".⁵

وجاء في الشرح الكبير للدردير⁶: "الخطبة بكسر الخاء التماس النكاح، وهي غير خطبة النكاح (بالضم) و التي تكون عند العقد فالأولى يكون البادئ عند الخطبة هو الزوج أو وكيله، وعند العقد البادئ هو الولي أو وكيله"⁷.

1- ابن منظور، المرجع السابق. ج 56 ص 99

2- سورة البقرة، الآية: 235

3- البخاري، المرجع السابق. كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع. ج 7 ص 19

4- محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المرجع السابق. ج 3 ص 189

5- ابو الوليد الباجي، كتاب المنتقى شرح الموطأ. ط 2، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة. ج 4 ص 264

6- الدردير: 1127 - 1201 هـ = 1715 - 1786 م أحمد بن محمد بن أحمد العَدَوِي، أبو البركات الشهير بالدردير: فاضل، من فقهاء المالكية. ولد في بني عدي (بمصر) وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة. من كتبه (أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك و شرح مختصر خليل، فقه، و تحفة الإخوان في علم البيان. أنظر: الزركلي، المرجع السابق. ج 1 ص 244

7- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق. ج 2 ص 216

وعند غير المالكية، عرفها الرازي¹ بأنها: "خطب فلان فلانة، أي سألها أمراً وشأناً في نفسها، يقال: خطب المرأة خطبة لأنه خاطب في عقد النكاح ... [و المعنى الثاني].. أصل الخطبة من الخطاب الذي هو الكلام." ويلاحظ على تعريف الرازي ربط الخطبة بالكسر بخطبة النكاح .

وتجدر الإشارة إلى أن خطبة العقد عبارة عن كلام يقال عند العقد، وهي "مستحبة و صفتها أن يحمد الله و يثني عليه و يصلي على نبيه - عليه الصلاة والسلام - ثم يقول ما رواه الترمذي: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾ في سورة آل عمران 102. وأول آية في سورة النساء: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾ والآية التي في سورة الأحزاب: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَفُؤُلُوا قَوْلًا سَدِيدًا (70) يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا (71) ﴾ . ثم يقول أما بعد فإن فلانا رغب فيكم و انضوى إليكم و فرض لكم الصداق كذا و كذا فانكحوه."²

وعليه فالخطبة بالكسر التماس الزواج وطلبه من المرأة أو وليها، فتكون بمراجعة القول للموافقة على إبرام عقد النكاح بكل كلام يفيد معناها ويؤدي الغرض منه، هذا الطلب يكون بكلام لا يشترط فيه النظم والسجع الذي يكون في الخطبة بالضم، وهذه مندوبة عند العقد.

أما فقهاء العصر الحديث، فيعرفون الخطبة بأنها طلب المرأة للزواج، بحيث يكون بالتقدم لها أو لوليها، فتجد سيد سابق يعرفها ب: "يقال: خطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة، أي طلبها للزواج بالوسيلة المعروفة بين الناس، ورجل خطاب: كثير التصرف في الخطبة، والخطيب، والخطاب، والخطب، الذي يخطب المرأة، وهي خطبه وخطبته. وخطب يخطب، قال كلاما يعظ به، أو يمدح غيره ونحو ذلك. والخطبة من مقدمات الزواج. وقد شرعها الله قبل الارتباط بعقد الزوجية ليعرف كل من الزوجين صاحبه، ويكون الاقدام على الزواج على هدى وبصيرة"³.

ويعرفها أبو زهرة ب: " طلب الرجل يد امرأة معينة للزوج منها والتقدم إليها أو ذويها ببيان حاله..."⁴ . وجاء في تفسير المراغي⁵: الخطبة بكسر الحاء طلب الرجل المرأة للزواج بالوسائل المعروفة بين الناس". أما عبد الوهاب خلاف فقد عرفها ب: "ان يطلب الرجل المرأة للزواج به."¹

1- الفخر الرازي، المرجع السابق. ج. 6 . ص 139

2- بلقاسم شتوان، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي -دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري- دار الفجر، الجزائر. دت . ص 9-10

3- سيد سابق، المرجع السابق. ج. 2 ص 17

4- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره. دار الفكر العربي . دب. دت. ص 50

5- أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي. ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1985م. ج1 ص 190

كما عرفها وهبة الزحيلي: " هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة و إعلام وليها بذلك وقد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب أو بواسطة أهله"².

فالخطبة إذا هي التماس الزواج بطلب من الخاطب للمرأة أو من وليها، هذا الالتماس يكون بكلام فيه معناه، حتى وإن لم يرد به كلمة خطبة وهو كلام غير منظم فيه معنى المراجعة ليخرج بذلك الخطبة بضم الخاء المنذوبة عند العقد. وهي بهذا المعنى تشمل أيضا التقدم والطلب من جانب الولي أو المرأة.³

الفقرة الثانية: حكمها والحكمة منها .

الخطبة من مقدمات الزواج، وهي جائزة عند جمهور العلماء⁴ لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾⁵، مستحبة عند الشافعية⁶ لفعله " صلى الله عليه وسلم " حيث خطب عائشة بنت أبي بكر -رضي الله عنهما- وخطب حفصة بنت عمر -رضي الله عنه م أ- والخطبة كالنكاح تأخذ حكمه. فتعزيتها الأحكام الخمسة : فتستحب الخطبة: إن كان الخاطب ممن يُستحب له النكاح كمن يملك مؤونة النكاح لكن لا يخشى على نفسه العنت. وتكره الخطبة: إن كان ممن يكره له النكاح لأن حكم الوسيلة يأخذ حكم المقصد. وتحرم الخطبة: كخطبة المنكوحه إجماعاً، كما تحرم خطبة المطلقة رجعيّاً قبل انقضاء عدتها لأنها في حكم المنكوحه، كما تُحرم الخطبة من شخص له أربع زوجات، وكذا من يحرم الجمع بينها وبين زوجته، ومخطوبة الغير وغير ذلك كما سيأتي. وتجب الخطبة: - لمن يخشى على نفسه العنت إن لم يخطب ويتزوج. وتجاوز وتحل الخطبة: في حالة المرأة الخلية من نكاح وليس هناك ما يمنع من خطبتها.

وقد شرعت الخطبة ليتعرف كل من الزوجين لصاحبه ويعرف ما عليه الآخر خلقتا وخلقا ودينا وطبعاً، مما يجعل عقد الزواج قائماً على أساس قوي يصح ويستمر.⁷ لذلك أباح الشارع للرجل أن يرى من يريد خطبتها، قال الإمام الترمذي: حدثنا أحمد بن منيع حدثنا بن أبي زائدة قال حدثني عاصم بن سليمان هو الأحول عن بكر بن عبد الله المزني عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة ، فقال النبي -صلى الله عليه

1- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. ط2، دار القلم، الكويت، 1410هـ - 1990 م. ص18

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته. ج9 ص6492.

3 - محمد محدة، الخطبة والزواج -سلسلة فقه الاسرة- ط2 ، الجزائر، 1994. ص7

4 -ابن جزوي، المرجع السابق. ص 217 ،موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني. ج7ص110. يوسف بن محمد الحاج أحمد:

الفوائد العلية على الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا. ط1، مكتبة عرفة، دمشق. المادة: 1ص11

5- سورة البقرة، الآية: 235

6 -شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج . ط1، دار الكتب العلمية، بيروت

1415هـ - 1994. ج4. ص219

7 -أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره. ص50

وسلم-: "انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما" فدل هذا الحديث على إباحة النظر للمخطوبة بل فيه دعوة صريحة للنظر ومن خلال قوله (أن يؤدم بينكما) يعني يكون بينكما الألفة والمحبة، لأن تزوجها إذا كان بعد معرفة فلا يكون بعدها غالباً ندامة.¹

وعليه فلكل من الخاطبين النظر حتى يرى كل منهما ما يعجبه من الآخر ويدعوه إلى الزواج ، و عند جمهور العلماء جواز النظر إلى الوجه والكفين ، ووقت النظر يكون قبل الخطبة و عند نية النكاح². هذا وإباحة النظر للمخطوبة لا يجيز الخلوة بها بل هو أمر محرم لقول النبي -صلى الله عليه وسلم- : " لا يخلون أحدكم بامرأة : فإن ثالثهما الشيطان ."³

يقول ابن قدامة في الكافي: " ليس له الخلوة بها لأن الخبر إنما ورد بالنظر فبقيت الخلوة على أصل التحريم"⁴. وقال في المغني: " ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور فلن النبي - صلى الله عليه وسلم- قال في الحديث الذي أخرجه الإمام أحمد من حديث ابن عمر: " لا يخلون رجل بامرأة إلا كان ثالثها الشيطان "⁵.

يقول الشيخ سيد سابق (رحمه الله):" درج كثير الناس على التهاون في هذا الشأن ، فأباح لابنته أو قريبته أن تخالط خطيبها، وتخلو معه دون رقابة، وتذهب معه حيث يريد من غير إشراف، وقد نتج عن ذلك أن تعرضت المرأة لضياح شرفها، وفساد عفافها وإهدار كرامتها، ولا يتم الزواج، فتكون قد أضافت إلى ذلك فوات الزواج منها، وعلى النقيض من ذلك طائفة جامدة لا تسمح للخطاب أن يرى بناتها عند الخطبة، وتأبى إلا أن يرضى بها ويعقد عليها دون أن يراها أو تراه إلا ليلة الزفاف، وقد تكون الرؤية مفاجئة لهما غير متوقعة، فيحدث ما لم يكن مقدراً من الشقاق والفراق. وبعض الناس يكتفي بعرض الصورة الشمسية وهي في الواقع لا تدل على شيء يمكن أن يُطمئن، ولا تصور الحقيقة تصويراً دقيقاً وخير الأمور هو ما جاء به الإسلام، فإن فيه الرعاية بحق كلا الزوجين في رؤية كل منهما الآخر مع تجنب الخلوة حماية للشرف وصيانة للعرض"⁶.

1- أبو العلاء محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي. دار الكتب العلمية ، بيروت، دت. ج. 4 ص 175

2- أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره. ص 50

3- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، نيل الأوطار تحقيق: عصام الدين الصباطي ط 1 دار الحديث، مصر، 1413 هـ - 1993 ج 6 ص 133

4- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد . ط 1. دار الكتب العلمية 1414 هـ - 1994 م ج 3 ص 5

5 - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني. ج 7 ص 74.

6 - سيد سابق، المرجع السابق. ج 2 ص 349 - 350

فالخطبة مجرد تمهيد لعقد الزواج، وعليه تعتبر المخطوبة أجنبية على مخاطبتها وفي تحريم الحلوة أمان وضمنان عن التعرض لتبعات الرجوع عن الخطبة بالفسخ مما قد يكون فيه مساس بسمعة المرأة خاصة. لأن الخطبة تمهيد للزواج الذي جعل سبباً للمودة والرحمة والنسب والتصاهر بما يجمع أفراد المجتمع في ألفة وتعاضد، فإن ما يفسدها يعود على مخطوبين وأسرهما بالضرر مثلما يثمر جمعهما الخير، ومن ثم نجد النبي - صلى الله عليه وسلم - يرشدنا لما يجعل هذا الخطبة وسيلة للتواصل وينهى عن كل ما يسبب البغضاء والحقد، ويبدو ذلك من خلال النهي عن الخطبة على الخطبة، فمن خطب على خطبة أخيه لا بد وأن يوجد تنافر الشديد بينهما، يقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الذي رواه البخاري عن ابن عمر: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك قبله أو يأذن له)، المقصود هنا بالنهي ما تحقق فيه الركون وتحريمه دفعا للبغضاء والشحناء بين المسلمين، (فالمسلم أخو المسلم، لا يظلمه، ولا يخذله ولا يكذبه ولا يحقره)¹.

وقد اختلف في حال تم الزواج لخطبة على الخطبة المشمولة بالنهي، فنقل عن داوود الظاهري أن العقد يفسخ، وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يفسخ، وعن مالك القولان جميعاً، والثالث وهو أن يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده.² وفي ذلك إذا حدث ركون وكان كلا منهما رجلاً صالحاً، فإذا كان قبل الركون وكان الأول منهما فاسقاً جاز وصح العقد.

البند الثاني: شروطها والتعريض و التصريح في الخطبة.

الفقرة الأولى: شروط الخطبة.

يشترط في صحة الخطبة ما يشترط في صحة عقد الزواج، ويقصد به خلو المرأة من الموانع الشرعية، وتكون كذلك إذا لم تكن من المحرمات والمحرمات على أنواع: محرمات بالنسب ومحرمات بالمصاهرة ومحرمات بالرضاع، وهن اللواتي ورد ذكرهن في آية النساء: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾.³

يضاف إليهن المرأة المشغولة الذمة ويقصد بها تلك التي تكون زوجة للغير، والمعتدة من طلاق أو وفاة.

1- مسلم، المرجع السابق. كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله... ج 4 ص 1986.

2- ابن رشد، المرجع السابق. ج 2 ص 8

3 - سورة النساء، الآية: 23

الفقرة الثانية: التعريض و التصريح بالخطبة.

الخطبة تأتي بألفاظ صريحة تدل على الخطبة مباشرة وذلك هو الأصل في كل خطبة مشروعة، كما تكون بالتعريض، والذي يعني كما يقول القرطبي: " ضد التصريح، وهو إفهام المعنى بالشئ المحتمل له ولغيره وهو من عرض الشئ وهو جانبه، كأنه يحوم به على الشئ ولا يظهره. فالمعرض بالكلام يوصل إلى صاحبه كلاما يفهم معناه... وللتعريض ألفاظ كثيرة جماعها يرجع إلى قسمين:

الأول - أن يذكرها لوليها يقول له لا تسبقني بها. والثاني - أن يشير بذلك إليها دون واسطة، فيقول لها: إني أريد التزويج، أو إنك لجميلة، إنك لصالحة، إن الله لسائق إليك خيرا، إني فيك لراغب، ومن يرغب عنك! إنك لنافقة، وإن حاجتي في النساء، وإن يقدر الله أمرا يكن.¹

والتصريح بالخطبة يكون في حق المرأة الخالية من الموانع الشرعية، أما التعريض فيكون للمعتدة من وفاة، وأصله قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَظِيمٌ حَلِيمٌ﴾².

أما المعتدة من طلاق رجعي، فيحرم خطبتها تصريحاً وتعريضاً، لأنها لا تزال في ذمة زوجها كونه يستطيع أن يراجعها من غير عقد ولا مهر جديدين، واختلف³ في خطبة المعتدة من طلاق بائن، والرأي أن المطلقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى يحرم ويمنع التلميح لها بالخطبة أثناء العدة حتى تتحقق الغاية منها - أي العدة - وهي مراجعة النفس لكلا الزوجين، في إعطاء الحق فيها للغير يقطع هذا السبيل؛ أما المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فهي محرمة على طليقها ويمنع التصريح لها بالخطبة مراعاة لحزمة العدة، وتلحق بالمتوفى عنها زوجها في التعريض لأن كل منهما رجوعها لمفارقها مقطوع باستحالاته.

هذا ومعنى الخطبة وما يتعلق منها من أحكام، يلاحظ فيها مراعاة الشريعة لجوانب معنوية كثيرة في حياة الفرد وعلاقته بالجماعة، فهي وسيلة لربط أواصر المحبة بينهم وفي تجاوز أحكامها ومخالفة أوامر الشرع وتوجيهاته فيها ما يرتب أذى و ضرراً كان يمكن تلافيه لو أن الناس ساروا وفق توجيهات القرآن وهدى السنة النبوية.

الفرع الثاني: مفهوم الخطبة في القانون.

ويكون بتعريفها في اصطلاح القانون و بيان علاقتها بالفاتحة.

1- القرطبي، المرجع السابق. ج 3 ص 188

2 - البقرة، الآية : 235

3- راجع مختلف الاقوال والترجيح بينها: محدة، الخطبة والزواج. ص 32 وما بعدها

البند الأول : تعريفها في الاصطلاح القانوني.

مختلف التشريعات العربية في الأحوال الشخصية التي عرفت الخطبة ركزت على طبيعتها . حيث عرفها المشرع الجزائري في المادة 5 من قانون الأسرة ب: " الخطبة وعد بالزواج ..."¹ وعرفها المشرع المغربي بأنها : "تواعد رجل وامرأة على الزواج. تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا. "²

وجاء في قانون الأحوال الشخصية للإمارات العربية المتحدة المادة رقم 17 : "الخطبة طلب التزوج والوعد به ولا يعد ذلك نكاحا."³

أما المشرع العماني فقد نص في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية على أن: " الخطبة طلب التزوج والوعد به."⁴

ومثله فعل المشرع القطري: "الخطبة طلب التزويج والوعد به صراحة أو بما جرى به العرف ولا يرتب أي أثر للزواج"⁵ .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الموريتاني م3: " الخطبة طلب الزواج و الوعد به."⁶

وفي قانون الأحوال الشخصية اليمني المادة 2: " الخطبة هي التقدم من الراغب أو من يقوم عنه إلى ولي المرأة لطلب التزوج بها وتحرم خطبة المسلم على أخيه المسلم إلا أن يأذن له أو يترك كما تحرم في حال العدة إلا عدة البائن."⁷

واصطلح عليها المشرع التونسي ب"المراكنة" فنص عليها في مجلة الأحوال الشخصية، الكتاب الأول الفصل الأول بقوله: "كل من الوعد بالزواج و المواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به."⁸ أما المشرع الليبي، فقد نص في المادة الأولى فقرة أولى أن: " الخطبة طلب التزوج والوعد."⁹

1- قانون 84-11 المعدل و المتمم بقانون 05-02 .

2 - المادة 5 قانون رقم 70.03

3- قانون رقم (28 / 2005) - الكتاب الأول- الزواج(17 - 197) 2.1 - الباب الأول- الخطبة (17- 18)

4- الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (32) لسنة 1997م منشور بتاريخ 15 / 06 / 1997.

5- م 5 قانون الأسرة 2006/22

6 - قانون رقم 2001-052

7 - قرار جمهوري بالقانون رقم (20) لسنة 1992م بشأن الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم (27) لسنة 1998م المعدل بالقانون رقم (24) لسنة 1999م

8 - مجلة الأحوال الشخصية التونسية 1956 أمر على مؤرخ في 6 محرم 1376 - 13 أوت 1956.

9- الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية / الاحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها / المادة رقم 1 من قانون رقم 10 لسنة 1984 الباب الأول الزواج الفصل الأول الخطبة.

ويلاحظ أن مختلف هذه التشريعات عرفت الخطبة بطبيعتها، وإن كان فيها من أشار إلى معناها، ولعل ذلك يعود إلى أن تلك التشريعات جيء بها للنظر في المنازعات وأن ما يهم قضاء في موضوع الخطبة ليس معرفة معناها فذلك أمر معروف لدى الجميع، إنما يهم فيها معرفة قوة إلزامها وأثر ذلك على العلاقة بين الطرفين سواء استمر بها إلى عقد الزواج أو عدلاً عنه.

البند الثاني: علاقة الخطبة بالفاتحة.

في مختلف هذه التشريعات نجد إدراج ما يعرف بالفاتحة ضمن أحكام الخطبة، واصطلاح الفاتحة في عقد الزواج تختلف صورته باختلاف الأعراف، فالذي عليه في عرف بعض مناطق الجزائر¹ أن الفاتحة إذا أطلقت انصرفت إلى عقد زواج غير الموثق، فمجلس الفاتحة عادة يضم الولي والزوج أو وليه وشاهدين ويتم تبادل الصيغة المنشئة لعقد الزواج بحضور جمع من الناس، وهي بهذا المعنى تعتبر عقداً؛ وقد نص عليها في المادة 6 منه حيث جاء نصها: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجاً غير أن اقتران الفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجاً متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها...". يلاحظ أن نص هذه المادة معدل لما ورد في القانون 84-11 حيث كان ينص في المادة السادسة منه على أنه: "يمكن أن تقترن الخطبة أو تسبقها بمدة غير محددة تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه وعليه فقد كان يعطيها نفس حكم الخطبة (وعد يمكن التراجع عنه)، وهو أمر تراجع عنه في التعديل لمناقضته الأعراف السائدة في كثير من مناطق الجزائر.

فالخطبة تختلف عن الفاتحة في مفهوم عامة الناس، حيث تقتصر الخطبة على مجرد إعلان رغبة الجانين في الزواج، تأخذ الفاتحة معنى العقد الشفهي وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية إذ فيه رضی المتعاقدين ويمتلها ولي الزوجة والزوج أو وليه أو وكيله وشهود وصدّاق وتجتمع فيه العلانية والإشهار². أما في دول المشرق خاصة، فهي من قبيل التواعد على الزواج، يؤيده أحكام قانون الأسرة لتلك الدول في المسألة، فهي مرحلة من مراحل الخطبة، وتمثل وعداً بالزواج، يتأكد بقراءة سورة الفاتحة، لذلك سميت باسمها. فقد جاء في نص المادة 2 من القانون السوري: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجاً". وكذا نص المشرع العراقي المادة 3 فقرة 3: "الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً"³.

1 - أشار إليه، الدكتور محمّد رحمه الله الخطبة والزواج، هامش ص 51

2 - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. ط 2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1989م. ص 84

3 - قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959، قانون التعديل السادس رقمه 189 صادر بتاريخ 1980، الموقع الإلكتروني

قاعدة التشريعات العراقية

<http://www.iraq-ild.org/LoadLawBook.aspx?SC=120120016421644>

ومثله قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين المادة 7: "الخطبة هي وعد بالزواج في المستقبل ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا وما جرى به عرف معتبر شرعا."¹

وعليه فالملاحظ أن التشريعات العربية في بيان حكم الفاتحة قد سلكت منهج اعطائها حكم الخطبة فترتب الآثار التي ترتبها الخطبة، ومن ثمّ فليس فيها ما يلزم الطرفين بالعقد ومن باب الأولى لا تنشئ عقد الزواج ولا تلزم الطرفين بآثاره. وشدّ المشرع الجزائري عندما أعطى للفاتحة حكم الخطبة - حتى وإن حاول استدراكه بالتعديل الأخير، إلا أن الأمر في البداية لا يستدعي ربط الفاتحة بالخطبة ولا تخصيصها بمجلس، فحكم الفاتحة عرفاً وقضاءً لا يخرج من حيث نشأتها وآثارها عن عقد الزواج؛ لكنه عقد يفتقر إلى التسجيل. والأحرى بالمشرع الجزائري لو سكت عن النص عن حكم الفاتحة وتركه للاجتهاد القضائي، يحدد إذا كان التصرف محل النزاع - ويقصد به الفاتحة - تام الأركان والشروط فيرتب آثاره، أو أن به خلافاً فتأخر آثاره عنه بالنظر إلى الخلل الذي لحقه.

المطلب الثاني: أحكامها في الفقه الإسلامي وفي القانون

وبحث أحكام الخطبة نقصد به ما تعلق بطبيعتها ومدى إلزاميتها وأثر العدول عنها سواء في الفقه الإسلامي أو القانون.

الفرع الأول: أحكامها في الفقه الإسلامي.

ويكون في مسألتين: طبيعة الخطبة وأثر العدول عنها.

البند الأول: طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي.

ويقصد بطبيعة الخطبة هل هي وعد أم عقد؟

الخطبة مرحلة في عقد الزواج الغاية منها التمهيد له بما يكفل للطرفين التفكير والتروي في إمضاء عقد الزواج من عدمه، وذلك يتطلب الحرية للطرفين: أحدهما أو كلاهما، من غير أن يكون مجبراً على اتمام العقد. هذا وينسب إلى بعض الفقهاء المالكية قول إن الخطبة وعد بالزواج، وهو وعد ملزم لأنه يكره خلف الوعد، فينبغي أن يكون الحكم في العدول عن الخطبة مكروه، جاء في شرح مختصر الخرشبي: "ويكره للرجل ترك من ركنت إليه بعد خطبته؛ لأنه من إخلاف الموعد قال بعض ولا يحرم على المرأة أو وليها بعد الركون أن يرجعا عن ذلك إلى غير الخاطب."²

فالخطبة وعد ملزم قياساً على قولهم بإلزامية الوعود في مختلف التصرفات جاء في تفسير القرطبي في تفسير آية: "... قوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ

1 - قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991.

2 - محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة. بيروت، دت. ج 3 ص 168

عَلَيْكُمْ كَفِيلاً إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴿١﴾ "وفي قوله (وأوفوا بعهد الله) لفظ عام لجميع ما يعقد باللسان ويلتزمه الانسان من بيع أو صلة أو موثقة في أمر موافق للديانة².

وفي هذا المعنى يقول الفخر الرازي في تفسير آية: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ يحمل العهد على ما يلتزمه الإنسان باختياره ويدخل فيه المبايعة على الإيمان بالله وبرسوله، ويدخل فيه عهد الجهاد، وعهد الوفاء بالملتزمات من المنذورات، والأشياء التي أكدها بالحلف واليمين³.
وذهب الحنفية⁴ والحنابلة إلى جواز العدول، غير أن الحنابلة⁵ قالوا بالكراهة إن كان العدول لغير غرض، فإن كان العدول لغرض مشروع فالجميع على عدم الكراهة.

والعهود منها ما كان مقترباً باليمين⁶ - وهذه لا تشمل الخطبة - فيجب الوفاء بها، ومنها ما لا يكون مقترباً باليمين ونعني به ما يلتزمه الإنسان باختياره؛ والوعد في الخطبة فيه معنى التزام في التفكير في عقد الزواج وليس التزاماً بإبرامه والفرق بين الحالة الأولى والثانية: أن الوعد بقبول التفكير في عقد الزواج ليس قطعياً في إنشائه بل هو وعد في التزام الطلب أما الثاني فوعد بالعقد.

والخطبة وإن كانت وعداً فهي ليست عهداً لأن العهد له معانٍ متعددة في اللغة، ففنه الوعد الموثق بالإيمان أو غيرها، وقد يكون بمعنى الأمر والإلزام للغير كما قال تعالى: ﴿أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ﴾⁷. وقد ورد في أقوال الفقهاء ما يدل على جواز العدول عن الخطبة إذا رأى الولي مصلحة لها في ذلك، كما إذا ساوم في بيع دار لها ثم تبين له تركها، ولها حق العدول أيضاً مراعاة لحقها واحتياطاً لنفسها إذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه، أما إذا كان لغير سبب فإن حكمه الكراهة لما فيه إخلاف للوعد وهو غير محرم لأنه كما يقوا ابن قدامة: "الحق لم يلزمهما، كمن ساوم بسلعته، ثم بدا له أن لا يبيعه"⁸.

وعليه فلا فرق بين من يرى إلزامية الوعد ومن يرى جواز العدول عن الخطبة، فالفرق الأول كلامه عام في الوعد وهو لا يشمل الخطبة، والقائلون بجوازه يمنعون به غير مسوغ للكراهة خلاف الوعد.

1- سورة النحل، الآية: 91

2- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق. ج10 ص169

3- فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب التفسير الكبير. ط3. دار إحياء التراث العربي، بيروت 1420 هـ. ج20 ص263-264

4- محمد أمين ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار. ط2، دار الفكر، بيروت، 1412 هـ - 1992 م. ج3 ص534

5- موفق الدين ابن قدامة، المغني، ج7 ص111.

6- فخر الدين الرازي، المرجع السابق. ج20 ص263

7- سورة يس، الآية : 60.

8- ابن قدامة، المغني. ج7 ص114

وعليه كان القول بأن الخطبة وعد هو اختيار التشريعات العربية في الأحوال الشخصية، وهو الأصدق لمفهوم الخطبة وغايتها، فهي مجرد مقدمة للزواج فلا تبيح ما يبيحه الزواج ولا ترتب آثاره من باب أولى وعليه لا ترتب أي الالتزام للطرفين.

البند الثاني: حكم العدول عنها و آثاره.

هذا ويترتب على القول بأن الخطبة وعد إباحة العدول عنها لكلا الطرفين أو لأحدهما، دون أن يراجع الطرف الآخر فكونها غير ملزمة لا يرتب الرجوع عنها أي التزام في ذمة العادل، وذلك يتوافق وحرية الاختيار التي تعطى للطرفين في هذه المرحلة قبل الارتباط بمقتضى العقد. ومن ثمّ وجب على المخطوبة رد المهر كاملاً للخاطب فيستحقه بعينه إن كان قائماً أو مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً بغض النظر عن جهة العدول¹ فالمهر من مقتضيات العقد والخطبة ليست ركناً فيه ولا شرطاً؛ أما الهدايا التي يكون قد تبادلها زمن الخطبة فحكمها كمايلي:

ورد في نيل الأوطار حديث للنبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: (أيما امرأة نكحت على صداق أو حباء أو عدة قبل عصمة النكاح فهو لها، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه، وأحق ما يكرم عليه الرجل ابنته وأخته) (رواه الخمسة إلا الترمذي). قال الشوكاني: "وفيه دليل على أن المرأة تستحق جميع ما يذكر قبل العقد من صداق أو حباء وهو العطاء أو عدة بوعد ولو كان ذلك الشيء مذكوراً غيرها، وما يذكر بعد عقد النكاح فهو لمن جعل له، سواء كان ولياً أو غير ولي أو المرأة نفسها".²

هذا في حال اتمام الخطبة بالعقد أما في حال العدول عنها والتراجع عن العقد ففيه تفصيل في المذاهب الأربعة، فللمالكية في حكم الهدايا بعد العدول رأيان، الأول: أنه لا يسترد شيئاً من ما أهداه في حال عدولها عنه. إلا لشرط أو عرف. والثاني: وهو المفتى به في المذهب يفرق في الحكم بالنظر لجهة العدول فإن كان العدول منه لا يرجع عليها بشيء مما أهداه لها وإن كان منها رجع بما أعطاه لأن الذي أعطي لأجله لم يتم.³

أما الشافعية: فقد عدوا الهدايا التي تقدم في الخطبة من قبيل هبة الثواب، وما أهداه الخاطب إنما كان لأجل اتمام الزواج، وعليه كان له حق ردها إذا لم يتم الزواج الذي جعلت في مقابله جاء في تحفة المحتاج: "أن من دفع لمخطوبته أو وكيلها أو وليها طعاماً أو غيره ليتزوجها، فرد قبل العقد رجع على من أقبضه،

1- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري والقانون - الزواج والطلاق -

دار النهضة العربية، بيروت، دت. ص33

2 - محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار. ط1، دار الحديث، القاهرة 1413هـ-1993م. ج 6 ص208

3 - ابن عرفة الدسوقي، المرجع السابق. ج2 ص220

وعلله ابن حجر بأن قرينة سبق الخطبة تغلب على الظن أنه إنما بعث أو دفع إليها لتتم الخطبة، ولم تتم إذ يفهم منه جواز قبولها، وعدم رجوعه بعد العقد.¹

أما عند الحنابلة فالأصل في الهبات عدم صحة الرجوع فيها، ويستثنى في حال عدم تعلق حق به، والزواج من هذا القبيل؛ جاء في الفروع لابن مفلح²: "ولا يصح رجوع واهب في هبته، نص عليه كالقيمة... ولو أبا... يرجع إن لم يتعلق به حق أو رغبة، كتزويج وفلس أو ما يمنع تصرف المتهب مؤبداً أو مؤقتاً، فإن زال المانع رجع إلا أن يرجع مجدداً."³

وعند الحنفية للخاطب أن يرجع في الهبة في حال لم يتم العقد إلا أن تملك أو تستهلك. جاء في البحر الرائق: "لو خطب ابنة رجل، فقال أبوها إن نقدت إلي المهر كذا أزوجه منك ثم بعد ذلك بعث بهدايا إلى بيت الأب ولم يقدر على أن ينقد المهر ولم يزوجه فأراد أن يرجع قالوا ما بعث للمهر وهو قائم أو هالك يسترده وكذا كل ما بعث هدية وهو قائم، فأما الهالك والمستهلك فلا شيء."⁴

ويلاحظ أن أقوال الفقهاء في المسألة تصب كلها في اعتبار الهدايا في الخطبة من باب الهبات، وعليه تأخذ حكمها في حال العدول عنها بحيث يسترد المعدول عنه ما أهدها لأنها هبة اعطيت لغرض الزواج، وكون الزواج لم يتم استحق الخاطب استرجاع ما أهدها، وزاد المالكية قيد أن لا يكون العدول من جهة العادل، وإلا فقد حقه فيما وهبه؛ وقيدته الحنفية بخلوه من مانع الهلاك أو الاستهلاك وهو مانع للرجوع في الهبة. هذا ولوفاة أحد الخطيبين أثره في مصير الهدايا، ويكون أثر الوفاة في الهدايا كحكم الهبات، وعليه فتكون من حق الموهوب له أو ورثته بعد الوفاة بشرط القبض عند الحنفية⁵ أما المالكية فلا يشترطون القبض⁶ وعليه فالهدايا يكون من حق الموهوب له بمجرد انعقاد العقد.

الفرع الثاني: أحكامها في القانون.

في القانون أحكام الخطبة تتمثل في التعرف على طبيعتها، وحكم العدول عنها.

1 - أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج. دار احياء التراث العربي، بيروت. د.ت. ج 6 ص 317.

2 - شمس الدين ابن مفلح (708 - 763 هـ = 1308 - 1362 م)

محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي: أعلم أهل عصره بمذهب الإمام أحمد بن حنبل. ولد ونشأ في بيت المقدس، وتوفي بصالحية دمشق. من تصانيفه (كتاب الفروع - ط) ثلاثة مجلدات، فقه، و (النكت والفوائد السنينة على مشكل المحرر لابن تيمية - خ) فقه، و (أصول الفقه) و (الآداب الشرعية الكبرى - ط) ثلاثة مجلدات، وله على (المقنع) نحو ثلاثين جزءاً. أنظر: الزركلي، المرجع السابق، ج 7 ص 107

3- محمد بن مفلح بن محمد المقدسي، الفروع. ط 4، عالم الكتب، بيروت، 1405هـ-1985م ج 4 ص 647

4- زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ط 2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ت. ج 3 ص 198

5- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1409هـ-1989م. ج 12 ص 56

6- مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة. ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ-1995م. ج 4 ص 414

البند الأول: طبيعة الخطبة في القانون.

في قوانين أحوال الشخصية العربية كما في الفقه الإسلامي الخطبة وعد بالزواج،¹ وعليه نصت موادها المنظمة للخطبة، حيث جاء في قانون الأسرة الجزائري المادة 5 منه: "الخطبة وعد بالزواج لكل من الطرفين العدول عنها".

وفي تبيان أثر العدول عنها دلالة على أن طبيعة الخطبة في القانون لا تعد أن تكون مجرد وعد وذلك يتناسب مع الحرية التي يجب أن تكون لهما في التفكير في إبرام عقد الزواج من عدمه، وهي كذلك لتناسب الغرض منها، أما في الدول العربية التي فيها طوائف كمصر وسوريا ولبنان فقد نصت في قوانينها المنظمة للأحوال الشخصية لتلك الطوائف على أن الخطبة عقد، حيث نصت المادة 160 من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكسيين بمصر على أن: "الخطبة عقد يتفق به رجل وامرأة على الزواج ببعضهما في أجل محدد".

ومثلها المادة الأولى من قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثوذكس بسورية جاء فيها: "الخطبة عقد كنائسي يرتبط به ذكر و انثى متوافقين على زواج مستقبل...".

كذلك نصت المادة 27 من قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية بلبنان على أن: "الخطبة عقد بين رجل و امرأة يتضمن وعدا بالزواج الآجل".²

وباعتبار الخطبة عقد فقد أضفت هذه التشريعات صفة الإلزام عليها، لكنها مع ذلك أعطت لكل طرف الحق في الرجوع عنها، وهو حق أثبتته أيضا لأحد الطرفين جاء في اللائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكسيين بمصر في مادة 12: "يجوز الرجوع في الخطبة باتفاق الطرفين أو بإرادة أحدهما فقط، ويصير إثبات ذلك في محضر يحرره الكاهن ويضم إلى عقد الخطبة، وأعطت للمعدول عنه الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب العدول".³

1- و إن كان هناك من يعارض استعمال لفظ "وعد" لأن في خلط مع اصطلاح الوعد بالتعاقد في القانون المدني حيث أن الوعد في الخطبة ليس المقصود منه الوعد بالتعاقد الوارد في القانون المدني فالأول يأخذ صفة التمهيد للعقد والثاني يلزم صاحبه بوعده إلى حين انتهاء الأجل الذي اتفق على إبرام العقد فيه (راجع: بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. دار الخلدونية، الجزائر، 11429هـ-2008م ص30)

2- الفصل الثالث في الحالة الزوجية الباب الأول الخطبة، قانون نشر في النشرة القضائية لوزارة العدل (1-4جزء) لسنة 1963 موسوعة التشريعات العربية لبنان.

3- المادة 13 من اللائحة نفسها جاء فيها إذا عدل الخاطب عن الخطبة بغير مقتض فلا حق له في استرداد ما يكون قد قدمه من مهر أو هدايا، وإذا عدلت المخطوبة عن الخطبة بغير مقتض فللخاطب أن يسترد ما قدمه لها من المهر أو الهدايا غير المستهلكة. = هذا فضلا عما لكل من الخاطبين من الحق في مطالبة الآخر أمام المجلس الملي بتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء عدوله عن الخطبة.

وفي التشريع السوري (قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثوذكس) أوقف صحة الخطبة على رضا الطرفين وأهليتهما حصر الحالات التي يكون فيها للخطيبين أو أحدهما حل الخطبة (المادة 13)، وهي قيام مانع لإتمام عقد الزواج أو لاستحالة إتمامه، ويلاحظ إلزام الخاطب بتقديم عربون في الخطبة (المادة 7) وهو عبارة عن خاتم مصحوب بأشياء أخرى، هذا العربون في حال انحلال الخطبة بغير الأسباب المذكورة يلزم، ومتى انحلت لسبب نشأ عن أحدهما أن يقدم المسبب ضعف العربون الذي أخذه أو يخسر العربون الذي قدمه. أما إذا انحلت الخطبة بلا سبب من أحد الخطيبين أو بسبب إثارة أحدهما المعيشة الرهبانية يعاد العربون على بسيط الحال لمن قدمه أو لورثته. (المادة 14)

هذا والإلزام بالخطبة بإضفاء صفة العقد عليها يجد أساسه في تقسيم القانون الكنسي لعقد الزواج لمرحلتين الأولى يقع تبادل الرضا بشأن الزواج وما فيه من شروط، وفي الثانية تزف فيه المرأة إلى زوجها فتعتبر بذلك تنفيذا للأولى.¹

البند الثاني: حكم العدول عنها و آثاره في القانون.

لقد رتب القانون الجزائري عن العدول عن الخطبة جملة أحكام تتوافق مع القول بأنها وعد، هذه الآثار نص عليها صراحة بالنسبة للهدايا التي يكون الطرفان قد تبادلها في فترة الخطبة أما الصداق فلم تشر المادة 5 إليه ضمن آثار العدول عن الخطبة، غير أننا يمكن استخلاصه من خلال القواعد المنظمة للصداق فيه المادة 16، حيث جاء فيها: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول. فنصت المادة على أن الحق في الصداق يكون للزوجة فقط وهي من تربطها بالزوج علاقة أساسها عقد الزواج، وبالمفهوم المخالف فإن المرأة التي ليست لها صفة الزوجة لا تستحق الصداق، وعليه وجب عليها رده في حال العدول عن الخطبة بغض النظر عن من صدر منه العدول، ترده بعينه أو بقيمته إن كان قيميا أو بمثله في حال تصرف فيه. أما الهدايا في التشريع الجزائري فجاء النص عليها في الفقرة 3 من المادة الخامسة: "لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه و عليه أن يرد ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته هو إن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته."

و يلاحظ على هذا النص ما يلي:

— أنه أخذ بما ذهب إليه المالكية فيما يخص مصير الهدايا فالعادل يفقد حقه فيما أهداه، إلا أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري نظر إلى جهة العدول ولم يراع سببه، وقد يكون العدول من طرف والسبب من الطرف الآخر، وهو ما قد يرتب إجحافا في حق المعدول عنه، إذ أن مراعاة الطرف المتضرر في هذه المسألة هو

الذي يحكم في من يستحق الهدايا، ولا شك في أن المتضرر هو من لم يتم عقد الزواج له بسبب الطرف الثاني وعليه كان له الحق في الهدايا إما أن يحتفظ بها أو يستردها بحسب جهته. هذا والمالكية¹ فيما ذهبو إليه أشاروا إلى المتسبب في العدول ولم يكتفوا بمن صدر عنه.

- أنه نظر إلى طرفي العدول وما يرتبه تصرف أحدهما في حق الآخر، سواء كان من الخاطب أو من المخطوبة، وفي الفقه الإسلامي نجد إشارة إلى أن الخاطب هو من يهدي مخطوبته، وبناء عليه يسترجع هداياه أو يفقدها تأسيساً على من تسبب في العدول، أما التشريع الجزائري فقد راع الطرفين في استحقاق ما أهده أو فقده، وفي ذلك إشارة إلى أن الإهداء لا يتوقف على الخاطب فقط بل أن المخطوبة أيضاً قد تهدي خطيبها وعليه يشمل الحكم كل منهما .

وقريباً من هذه الأحكام نصت مختلف التشريعات العربية² على آثار العدول عن الخطبة فيما عدا القانون اللبناني والسوري الذي أعطى الهدايا حكم الهبة.

1- الدسوقي، المرجع السابق ج2 ص220
2- القانون المغربي، المادة 8: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله" ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال."

- القانون التونسي، الفصل 2: "كل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص."

- والاماراتي، م5- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شرط أو عرف، فإن كان بغير مقتضى فلا حق له في استرداد شيء مما أهده للآخر، وللآخر استرداد ما أهده. 6 - إن كان العدول بمقتضى فله أن يسترد ما أهده إن كان قائماً أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا وليس للآخر أن يسترد. 7- إذا انتهت الخطبة بعدول من الطرفين استرد كل منهما ما أهده للآخر إن كان قائماً."

- نص القانون القطري، المادة 9: "أ- يرد من عدل عن الخطبة دون مقتضى الهدايا بعينها إذا كانت قائمة وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض ما لم يقض العرف بغير ذلك أو كانت مما تستهلك بطبيعتها . ب- إذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد أحد الطرفين فيه أو بعرض حال دون الزواج فلا يسترد شيء من الهدايا."

- وجاء في القانون السوداني ، مادة 10: "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتضى فلا يسترد أي شيء مما أهده إلى الآخر إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة بمقتضى فيسترد ما أهده، إن كان قائماً أو قيمته يوم القبض إن استهلك."

- وفي القانون العماني نصت المادة 3 على: " أن لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة . ب. يرد من عدل عن الخطبة دون مقتضى الهدايا بعينها ، إن كانت قائمة وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض ما لم يقض العرف بغير ذلك أو كانت مما تستهلك بطبيعتها .

ومثله القانون الكويتي، المادة رقم 5: "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة، وليس ثمة شروط أو عرف: أ- فإن كان عدوله بغير مقتضى ، لم يسترد شيئاً مما أهده إلى الآخر. ب- وإن كان العدول بمقتضى، استرد ما أهده إن كان قائماً أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكاً."

- أما القانون اليمني فقد نصت المادة 4 على: " إذا كان العدول من جانب المخطوبة وجب عليها رد الهدايا بعينها إذا كانت قائمة وإلا فمثلها يوم القبض، وإذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يجب إعادة الهدايا إليه."

- وقانون أحكام الأسرة لدولة البحرين (قانون رقم (19) لسنة 2009) جاء فيه: " مادة 1 (الخطبة طلب الزواج والوعد به .مادة (3) - يرد من عدل عن الخطبة دون مقتضى الهدايا التي حصل عليها بعينها إن كانت قائمة، وإلا فمثلها أو قيمتها يوم قبضها، ما لم يقض العرف بغير ذلك أو كانت مما تستهلك بطبيعتها. ب- إن كان العدول باتفاق الطرفين رد كل منهما ما قبض من هدايا الطرف الآخر على

ويلاحظ أن جل التشريعات على خلاف المشرع الجزائري قد فصلت في آثار العدول عن الخطبة تفصيلاً تشمل مصير المهر و تحديد أسباب العدول .

هذا ولم يبين المشرع الجزائري أثر الوفاة على الهدايا، فمن يستحقها ورثة المتوفى منهما؟ أم الطرف الباقي على قيد الحياة: أحد الخطبين؟ مع العلم أن وفاة أحد الخطبين لا تعتبر عدولاً منه لأنه أمر لا دخل لإرادته فيه، وهو أيضاً ليس عدولاً من الحي منهما، يقول محدة¹: "أي الخطبين عدل لا أحقية له فيما أهدي له من صاحبه إلا إذا كان ذلك الشيء قد فات باستهلاكه أو كان العدول لسبب مشروع ومبرر ومعقول كأن يتوفى أحد الخطبين أو يطرأ مانع من موانع الزواج".

وهو ما ذهب إليه القانون البحريني: المادة 3: "ج- إذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض قهري حال دون الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا." فموت الواهب أو الموهوب له مانع للرجوع في الهبة، و يمتنع على ورثته الرجوع فيها لأن حق الرجوع هو حق شخصي للواهب متعلق بمحض إرادته كخيار الرؤية و .. فلا يورث عن الواهب بعد وفاته، ويرجع حق الموهوب له في هذه الحالة. وإذا مات الموهوب له انتقل ملك الشيء الموهوب إلى ورثته ولا يجوز للواهب عند ذلك الرجوع في الهبة وانتزاع الشيء الموهوب من ورثة الموهوب له لأنهم لم يتلقوا شيئاً من الواهب حتى يرجع عليهم وأصبح الشيء الموهوب كأنه عين أخرى لتبديل الملك².

النحو المشار إليه في الفقرة السابقة. ج- إذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض قهري حال دون الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا."

-و نص قانون الاحوال الشخصية السوري في المادة 4-على:

"1 - إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز -2- إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته.

-جاء في المادة (65) من قانون الأحوال الشخصية الأردني وقد: "إذا امتنعت المخطوبة أو نكص الخاطب أو توفي أحدهما قبل عقد النكاح؛ فإن كان ما دفع على حساب المهر موجوداً استرده عيناً، وإن كان فقد بالتصرف فيه أو تلف، استرد قيمته إن كان عرضاً، و مثله إن كان نقداً". أما إن اعتبرنا أن هذه الشبكة من توابع المهر، فهي تأخذ حكم المهر؛ لأن التابع تابع. وقد أعطى قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (47) توابع المهر حكم المهر.

- أما القانون الليبي ف جاء فيه : (ب) يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة . (ج) فإذا كان العدول لمقتضى فله أن يسترد ما أهداه للآخر عيناً أو قيمة يوم القبض ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضى بغير ذلك .

-وفي مشروع قانون الاحوال الشخصية، المادة 4... إذا عدل الخاطب عن خطيبته لا يسترد شيئاً مما أهداه لمخطوبته و إذا عدلت

المخطوبة جاز للخاطب أن يسترد ما أهداه إن كان قائماً أو قيمته وقت الشراء إن كان هالكا او مستهلكا. مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري و السوري في عهد الوحدة بينهما. ط. 1 دار القلم، دمشق 1416هـ-1996م.(تم وضعه على يد

لجنة خاصة ترأسها مصطفى أحمد الزرقاء مع مذكرته الإيضاحية ما بين 1959 و 1961م.)

- كما جاء في قانون السوري المادة 4 تجري على الهدايا احكام الهبة ومثله اللبناني المادة:2

1- محمد محدة، الخطبة والزواج.ص63

2-حسن حسنين، المرجع السابق.ص72

المطلب الثالث : الموازنة بين مفهوم الخطبة وأحكامها في الفقه الإسلامي وفي القانون.
الفرع الأول: من حيث المفهوم.

الخطبة في الفقه الاسلامي قريبة في معناها من التعريف اللغوي، وتصديق على مادرج الناس على اطلاقه، حيث تعتبر من مقدمات الزواج تتمثل في طلب أو التماس عقد الزواج من المرأة أو وليها وتحمل هذه الخطوة معنى المراجعة والتفكير، وهي بالمعنى الاصطلاحي قريبة من مدلولها اللغوي. لكننا لاحظنا أن مختلف التشريعات قد عرفت الخطبة بطبيعتها، وليس بمفهومها المتداول والمعروف بين الناس، فبيّنت مدى الزاميتها لطرفيها في اتمام عقد الزواج من عدمه، ذلك أن القوانين كما هي وضعت للفصل في المنازعات فوجب تبيان أثر الخطبة في عقد الزواج، الذي تعتبر من مقدماته من حيث الاستمرار فيها إلى أبرام العقد أو التراجع عنه، وأثرها على هذا التراجع لذلك وجدنا كثيرا من التشريعات تعرفها بالوعد يأتي مباشرة بعد التعريف نص على: لكلا الطرفين العدول عنها.

وفي الفقه الإسلامي، نلاحظ مراعاة الشرع لطبيعة الخطبة والغاية منها في تشريع أحكام الخطبة من حيث جوازها وما يعترئها من أحكام فالحث على التعرف على الطرف الآخر في الخطبة، وتأييده بأحكام خاصة بضبط النظر وحدوده وتحريم الخلوة وتحريم الخطبة على الخطبة، كلها أحكام سعى من خلالها الشارع الحكيم إلى جعل الارتباط بالميثاق الغليظ ارتباطا مبني على الحرية والألفة وبما يعود على الطرفين بالخير والصلاح ولى المجتمع بالاستقرار والأمان.

أما التشريعات العربية فأحكام الخطبة في مجملها استمدتها من الشريعة الإسلامية، من ثم فهي تلتزم بما جاء فيها صحة و راهة ونهيا، كما هو الحال في الخطبة على الخطبة وآثاره، مع العلم أن بعضها نص على تلك الأحكام صراحة ضمن القانون، مثلما هو الحال في قانون البحريني مادة: 2 الفقرة ب - " :إذا لم يحصل عدول عن الخطبة، وتزوجت المخطوبة بآخر، فلا يفسخ الزواج." وجاء في القانون الإماراتي المادة رقم 17 فقرة: 2- " :تتمتع خطبة المرأة المحرمة ولو كان التحريم مؤقتا، ويجوز التعريض بخطبة معتدة الوفاة."

بينما أحال القانون في كثير منها فيما لم يرد فيه نص لأحكام الشريعة الإسلامية كما فعل المشرع الجزائري م222 قانون الأسرة.

الفرع الثاني: من حيث الأحكام.

بين أحكام الفقه وما جاءت به قوانين الأحوال الشخصية العربية اتفاق على طبيعة الخطبة، وإن خالفت تلك التي تخص الطائفة المسيحية حيث اعتبرت الخطبة عقدا؛ والتي تنظم علاقات المسلمين اتفقت - كما هو ثابت في الفقه - على أن الخطبة وعد بالزواج، وهو وعد غير ملزم أما مانسب لبعض المالكية قوله بإلزام الخطبة لإلزام وفاء بالوعد، فهو قول ليس متعلقا بالخطبة فقط بل يشمل مختلف

المعاملات، وعليه رتبوا الكراهة على من يعدل عن إتمام الخطبة من غير مبرر، هو القول نفسه لمن رأى أن الخطبة وعد غير ملزم فقد قالوا بكراهته لأنه من الأمور المنهي عنها. أما من حيث آثار العدول فقد استمدت تلك التشريعات أحكامها من الشريعة الإسلامية، وفي آثار العدول عن الخطبة سواء بالنسبة للمهر أم الهدايا .

ويلاحظ أن تلك التشريعات قد تبنت آراء المذهب السائد في تلك الدول حيث أعطتها حكم الهبة في دول المشرق أين ينتشر المذهب الحنفي الشافعي، بينما عمدت دول المغرب إلى تبني التفرقة في مصير الهدايا بالنظر إلى جهة العدول، تماشياً مع قول المالكية، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخذ بقول المالكية في النظر إلى جهة العدول، وزاد قيد الاستهلاك كمانع من موانع استرجاعها وهو هو اختيار الحنفية. وتبقى الإشارة إلى أن الوفاة وأثرها على العدول ومصير الهدايا لاحظنا فيها سكوت المشرع الجزائري عنها، حاول شراح القانون إيجاد حكم له من خلال المبادئ العامة للشريعة الإسلامية في الهبة.

المبحث الثاني: الضرر المعنوي المصاحب للعدول عن

الخطبة.

نعلم أن العدول عن الخطبة يترتب ضررا للمعدول عنه، ونعلم أيضا أن العدول حق لكل من الخاطب و المخطوبة على حد سواء؛ والذي عليه القول في الضرر الذي يترتب العدول عن الخطبة: أن التعويض لا يكون عن فعل العدول لأن ذلك حق، إنما يكون نتيجة الأفعال المصاحبة له مما يحدث أضرارا مادية ومعنوية، هذه الأفعال قد تكون أجنبية عن الخطبة، ككذف الطرف الآخر أو سبه أو الإساءة إلى سمعته وإفشاء أسراره، وقد تكون ناتجة عنها وتندرج ضمن آثارها وتشمل التحضيرات لعقد الزواج وتعريض الطرف الآخر بتقديم تنازلات في مقابل اتمام العقد¹. وهي إما أضرار مادية أو أضرار معنوية، يمثل للمادية ب: ترك المخطوبة العمل بناءً على طلب من الخاطب، أو أن يجهز الأهل ابنتهم بجهازٍ قد طلبه الخاطب ، ومثله ما يطلبه أهل المخطوبة من الخاطب وغيرها...

ومثال الضرر المعنوي: ما يلحق بسمعة الفتاة من كلام وافتراءات حيث تكون قد أمضت مدة طويلة مع خاطبها، وربما خرجا معا ودخلا، وكانا محط نظر الناس وكلامهم. وأيضاً قد تكون خطبتها الأولى فوتت عليها خطابا أفضل من هذا الأول الذي عدل. وفي جبر الضرر المعنوي المتعلق بالخطبة في القانون كما في الفقه تباينت آراء الفقهاء في القول به بين مؤيد ومعارض، والذين قالوا به اختلفت آراؤهم في الأساس الذي يعتمدونه في القول بالجبر وعليه يكون هذا المبحث وفق المطالب التالية:

المطلب الأول: الاتجاهات المختلفة في جبر الضرر المعنوي في الخطبة في الفقه

الإسلامي.

المطلب الثاني: الاتجاهات المختلفة في جبر الضرر المعنوي للعدول عن الخطبة في

القانون.

المطلب الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الأول: الاتجاهات المختلفة في تعويض الضرر المعنوي في الخطبة في الفقه الإسلامي :

في الفقه الإسلامي مسألة جبر الضرر المعنوي في الخطبة كما في سائر المسائل الفقهية، مسألة مستحدثة، فلم يكن مصطلح الضرر المعنوي معروفاً فيها، بالإضافة إلى أن ظروف الخطبة تختلف في زمان الفقهاء في الزمن القديم، عما هي عليه الآن ومن ثم تختلف آثار العدول عنها، ونقصد طول مدتها أو السلوكات التي أصبحت من ميزات العصور الحديثة، بما فيها تلك المخالفة لأحكام الشرع، والتي تكون في معظمها - إن لم تكن كلها- أسباباً لإلحاق الأذى بالطرف المعدول عنه، كالحلوة بالمخطوبة والخطبة على الخطبة.

وعليه فقد تبينت آراء فقهاء العصر الحديث حول جبر هذا النوع من الضرر في الخطبة، بين معارض ومؤيد كما كانت لهؤلاء أسسهم التي أقاموها للقول بجبر هذا النوع من الضرر. وفي التعويض عن الضرر الناجم عن العدول الخطبة آراء مختلفة في الفقه الإسلامي، ففريق يمنع التعويض مطلقاً مادياً كان أو معنوياً ورأي ثاني يرى التعويض مطلقاً، أما الرأي الثالث فيقتصر في التعويض عن الأضرار المتعلقة بالخطبة على الأضرار المادية دون المعنوية، والذي يهمننا هو مدى جواز جبر الأضرار المعنوية الخاصة بالعدول عن الخطبة، وعليه يمكن حصر الآراء فيها في الرأي الثاني، كمؤيد للقول بجبر الضرر المعنوي بجانب الضرر المادي والثالث الذي يرفض القول به، يضاف إليهم أصحاب الرأي الأول في رفض فكرة جبر الضرر مطلقاً بما فيه الضرر المعنوي.

على أن هناك¹ من يكتفي في جبر الأضرار المصاحبة للخطبة على إعطاء الحق للمعدول عنه في الاحتفاظ بالهدايا التي يكون الطرف الآخر وهو المتسبب في العدول قد أهداها له.

الفرع الأول: الرافضون للتعويض عن ضرر الخطبة وحججهم.

الرافضون لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي: وهم المعارضون للقول بجبر الأضرار مطلقاً، بالإضافة إلى المقتصرين في الرفض على الضرر المعنوي فقط دون المادي، ويمثل الفريق الأول²: الشيخ محمد بن حنيت المطيعي (مفتي الديار المصرية سابقاً) وأ. د. عمر سليمان الأشقر. وهؤلاء يرفضون القول بالتعويض مطلقاً

1- وصفي عاشور أبو زيد، المرجع السابق. ص 189

2- محمد علي الصابوني، المرجع السابق. ج 1 ص 47، عمر سليمان الأشقر: أحكام الزواج، في ضوء الكتاب و السنة. ط 1، دار النفائس، الأردن. 1418 هـ- 1997 م ص 77.

ماديا كان أو معنويا، ومعهم الشيخ أبو زهرة ، الذي يقول بجوازه في المادي دون المعنوي¹ و الاستاذ محمد محدة رحمه الله².

ويستند هؤلاء فيما ذهبوا إليه إلى:

- القول بالتعويض يعمق المشكلة يؤصلها ولا يجلها، فالتصرفات التي درج الناس عليها أثناء الخطبة سواء ما كان بين الخطيبين من خلوة واتصال لم يكن ضمن عادات الأجداد ولا تقاليدهم ومثلها تكاليف الخطبة ومصروفاتها وما تشتريه المخطوبة وما يكلفه تأثيث المنزل، مثله الخروج من الوظيفة كلها من الاستعجال في أمر كان للناس فيه سعة، والواجب أن تتجه القوانين كما يقول الأشقر: " إلى الحد من الخطأ والتقليل منه؛ والإقرار بالتعويض للضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة فيه دعوة للتمادي في الخطأ بل قد يمكر أحد الخطيبين في الطرف الآخر بما يدفعه الطرف يترتب عليها ضررا يستفيد منها تعويضا"³.

- أن هذا النوع من الأضرار، والذي يمس السمعة خاصة، سببها الاستهواء والاستغواء، وكله لا محل له في الفقه الإسلامي، وهو نتيجة مخالفة توجيهات الشرع في الخطبة، فقد أباح الشارع الحكيم النظر لكنه حرم الخلوة، لما ينجم عنها من مخالفات تعود بكثير من الأضرار المعنوية خاصة على أصحابها، ومن ثم فإنه لا يتصور أن تكون مخالفة أحكامه أمرا ونهيا، سببا في أن يشرع لهم ما يحمي هذه المخالفة وإنما على المفرطين في أنفسهم تحمل تبعات مخالفتهم لأحكام الشرع. وحتى مع القول بضمان الضرر المادي عن العدول عن الخطبة فيجب التفرقة بين ضرر ينزل نتيجة الاغترار و ضرر ينزل نتيجة التغيرير الطرف الآخر فيضمن الثاني و لا الضمان للأول⁴

- الخطبة وعد غير ملزم ومن ثم فالعدول عنها أمر جائز شرعاً، و القاعدة في الفقه الإسلامي " الجواز الشرعي ينافي الضمان" بمعنى: أن الفعل إذا كان جائزاً شرعاً لا يترتب على من قام به ضمان بسبب ما ينشأ عن هذا الفعل، فإجازة الشارع للفعل يقتضي رفع المسؤولية عنه⁵.

- إن الخطبة ليست عقدا بل هي وعد بالعقد، ولا إلزام في هذا الوعد، فمن عدل عن خطبته إنما يمارس حقا من حقوقه، ولا يجوز أن ترتب على ممارسة الحقوق أي تعويض ، والقول بالضمان فيه معنى إلزام الخاطب على الزواج عند عدم قدرته على دفع التعويض، وفي ذلك معارضة صريحة لمقاصد الزواج، ألا وهي: التعاون في إطار المحبة والمودة والإلزام إكراه والإكراه يبطل الزواج⁶.

1- أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره.ص61.

2- المرجع نفسه. ص83

3- سليمان الأشقر، المرجع السابق. ص77

4- المرجع نفسه ص66

5- أحمد الزرقاء، المرجع السابق. ص449

6- أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره. ص61

- القول بالتعويض يدفع الكثير إلى الزواج بالمخطوبة عن غير رغبة وإنما خوفا من دفع التعويض عن الضرر فقط مما قد يكون سببا في الطلاق فيما بعد، والضرر هنا لا يصيب الفتاة فقط بل كل المجتمع، وبدلا من العدول في أمر جائز ومباح يرتكب أبغض الحلال إلى الله وهو الطلاق.¹

- القول بالتعويض مخالف لإجماع الأمة، وفيه حكم على أنها ضلت الطريق عبر تاريخها الطويل في هذه المسألة.²

الفرع الثاني: القائلون بالتعويض عن الضرر المعنوي للخطبة و حججهم .

وهؤلاء منهم من قال بالتعويض مطلقا ماديا كان أو معنويا³ ومنهم من قال به مع شروط⁴.
واستدلوا بما يلي:

- عملا بقواعد الشريعة العامة، كقاعدة تحريم التغيرير، وإيجابه الضمان، وقاعدة " لا ضرر و لا ضرار"، وما يترتب عليها من تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق التي أخذ بها المالكية والحنابلة ورعاها أبو حنيفة في حقوق العلو الجوار.
- يمكن تأصيل التعويض عن ضرر العدول بمبدأ الالتزام في مشهور الأقوال في الفقه المالكي: وهو أنه في الوعد بشيء يقضي بتنفيذ الوعد ووجوب الوفاء به .
- أن العدول في حد ذاته لا يوجب التعويض لأنه حق مرتبط بطبيعة الخطبة التي هي عبارة عن وعد إنما يكون لما يصاحب هذا العدول من أفعال ألحقت ضررا بالطرف الآخر .
- أن الضرر الموجب للتعويض هو الذي يكون للعادل دخل فيه كأن يطلب من الخاطب إعداد جهاز خاص أو يطلب من المخطوبة ترك وظيفتها فيعوض عنه للتغيرير من طرف العادل.
- أن لا يكون للعادل مبرر ينزع عن سلوكه صفة السلوك الخاطيء كوفاة احد الخطيبين أو قيام مانع من موانع الزواج .
- إذا خلا العدول مما يوجب الضمان أي إذا اقتصر على مجرد العدول دون مجاوزة له ولا إساءة في استعماله فإنه لا يتقرر الضمان.
- والفقهاء القدامى لم يتعرضوا للتعويض عن فسخ الخطبة لأمرين⁵:

1- محدة، الخطبة والزواج. ص83

2- الأشقر، المرجع السابق. 78.

3- محمود شلتوت، المرجع السابق. 393.

4- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته. م9 ص6511. عبد الرحمن الصابوني، نظام الاسرة وحل مشكلاتها في ضوء الاسلام، ط1 دار الفكر المعاصر لبنان دار الفكر دمشق 1422هـ-2001م ص61. النجار، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه.... ص213

5- محمد رافت عثمان، فقه النساء في الخطبة و الزواج. دار الاعتصام القاهرة. ص:53-وما بعدها

1. انتشار روح التسامح في المجتمع آنذاك ودعوة الشريعة في احكامها إلى العفو (مثلا حال الطلاق قبل الدخول) .

2. العدول عن الخطبة لم يكن يحدث إلا قليلا، ومايرتبه العدول من أضرار يكون عادة لطول مدتها ولم يكن هذا الأمر معروفا آنذاك.

الفرع الثالث : الترجيح بين الرأيين و القول المختار في التعويض عن الضرر المعنوي في الخطبة.

في صور الضرر المعنوي في الخطبة وضوابطه يجب التفريق بين التغيرير والغرر، مع ملاحظة أن الأضرار التي تصاحب العدول يغلب عليها الطابع المادي ك: تجهيز المخطوبة نفسها، ترك العمل، قيام الخاطب بإعداد مسكن الزوجية ، ويتمثل الضرر المعنوي في جرح الشعور والإحساس وتعريض الطرف الآخر للأقارب والشائعات¹ يضاف إليها تلك التي تكون نتيجة قيام الخاطب بتصرفات يجعل الغير ينظر إليهما نظرة مريبة، وأكثر من يتضرر من هذه الأفعال المرأة.² ومنها أيضا ما ينجم عن طول مدة الخطبة من آثار تمس المخطوبة خاصة، فتلك المدة تزيد في عمرها وينقص معها فرص أحسن للزواج، فبنت العشرين ليست كبنت الثلاثين وقد ينصرف عنها الخاطبون نهائيا مما يرتب ألما وحسرة قد يصل بها الضرر النفسي إلى علاج والتطبيب .

ومن حيث الاستدلال عند كلا الفريقين : فباستثناء الشيخ شلتوت الذي جاء كلامه عاما دون

تخصيص ولا تفصيل فإنه يلاحظ أن كلا الفريقين اتفقا في الغاية و إن اختلفت سبلهم وآراؤهم :

- فالعدول حق والحق لا يرتب إلزاما وعليه فالضرر المعنوي يكون التعويض عنه ليس للعدول بل لما صاحبه من أفعال و ما اشتمل عليه من تغيرير .

- والأفعال الخارجة عن العدول وهي أفعال تكون به كما تكون بغيره، توجب الجبر ويمكن أن يكون بالمال كما تكون بغير المال (في حال القذف بالحد إساءة السمعة بالتعزير، بتكذيب النفس برد الاعتبار والاعتذار) وليس شرطا المال.

- موقف الفقهاء فيما ترتب عن العدول، وبالتحديد مصير الهدايا يغني عن جبر ما لحق المخطوبين من أذى جراء العدول.

والرأي أن ما قررتة الشريعة في الهدايا كفيل يجبر كل ضرر بما فيه المعنوي للمعدول عنه أما ما كان خارجا عن العدول بأفعال قد تكون ضمن الخطبة أو أجنبية عنها، فجبرها يكون وفق سبيل الشريعة في

1- النجار ، الضرر الأدبي، المرجع السابق ص212

2- محدة، الخطبة والزواج. ص 79

جبر هذا النوع من الضرر، وتكون الهدايا بقيمتها وسيلة فعالة لجبر الضرر الذي لحق بالمعدول عنه سواء كان هذا الضرر نفسيا أو اجتماعيا أو ماديا.¹

وعليه فمصير الهدايا هو وسيلة الشريعة في جبر الضرر في حال العدول عن الخطبة ويكون للأضرار التي يربتها العدول وهو كاف في جبرها، وذلك لا يمنع القول بالتعويض عن الضرر المعنوي المصاحب للعدول ويكون نتيجة أفعال خارجة عنه تتمثل في إخلاف الوعد وإحاق الأذى بالطرف الآخر بالتغيير به وجبر الضرر هنا يكون لولي الأمر ما تخوله سلطته في إمضاء العقوبات التعزيرية وفي ذلك يقول فهمي أبو سنة:"

وعليه فللقاضي أن يعاقب الفاسخ لا على مبدأ تعويض الضرر، بل على مبدأ التعزير على الإتيان بهذا المنكر وهو إخلاف الوعد المستتبع للمفاسد، والتلاعب بمصالح الناس وأعراضهم لأن التعزير ثابت على كل فعل أو قول فيه إيذاء للمسلم بغير حق، زجرًا للناس عن ارتكاب المفاسد والمضار واستصلاحًا لهم لقوله - صلى الله عليه وسلم -: (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده) ، وهو خطاب لأولياء الأمر، وهذا المبدأ إذا عمل به حمل الذين يريدون الخطبة على الإمعان في التروي قبل الإقدام عليها، وعلى أن يفرقوا بين العدول عن شراء سلعة تم الوعد بشرائها، وفسخ خطبة فتاة كريمة على نفسها وعلى قومها.²

مع ملاحظة أن الحكم يجبر الأضرار المعنوية التي تصاحب العدول عن الخطبة، لا يكون مطلقاً في كل عدول بل ينبغي مراعاة سبب العدول وما صاحبه من أفعال أضرت بالطرف المعدول عنه، وهي أضرار أصلها على العموم مخالفة صريحة لأحكام الشريعة (تحريم الخلوّة تحريم الخطبة على الخطبة...) وما جرى عليه العرف في المجتمع، ومن ثم فالقول بالتعويض عن مثل هذه الأضرار تشجيع لانتشار تلك الأفعال بحيث يصبح الحاق الضرر بالغير وسيلة للاكتساب في عصر خربت في ذمم.

و خلاصة القول أن جبر ضرر المعنوي المصاحب للعدول عن الخطبة يكون ب:

التزام أحكام الشرع في مسائل الخطبة والعلاقة التي نشؤها وحدودها بين الخطيبين بحيث لا يتمادى كلاهما في علاقته مع الطرف الآخر فيؤدي قراره التراجع عن اتمام عقد الزواج إلى الإضرار بالطرف الآخر بصورة كان يمكن التقليل منها لو كان حريصاً أكثر، وحتى مع التزام الطرفين حدودهما فالعدول عن الخطبة يرتب أضراراً للمعدول عنه خاصة، والعاقل ليس بمنأى عن تلك الأضرار، وجبر الضرر هنا قد جاء في اجتهاد الفقهاء في مصير الهدايا التي تكون بينهما وسيلة لجبر تلك الأضرار. أما ما كان من الأضرار خارجاً عن

1 - وصفي أبو زيد، نظرية الجبر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق. ص 189

2 - أحمد فهمي أبو سنة، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الموقع الإلكتروني: الألوكة،

العدول، فإن جبرها يكون وفق قواعد جبر الضرر في هذه المسائل وهي كفيلاً بذلك مع العلم أنه يقضى بها سواء كانت بالخطبة أو بالعدول عنها أو حتى بدونهما.

المطلب الثاني: الاتجاهات المختلفة لجبر الضرر المعنوي للعدول عن الخطبة في القانون.

كان للقضاء المصري ولفقهه السابق في إثارة إشكالية التعويض عن الضرر المعنوي بين مؤيد ومعارض، حيث حاول كل فريق سوق الحجج لاعتبار الأضرار المعنوية خاصة المصاحبة للعدول موجبة للتعويض من عدمه وقد حدث كثير من التشريعات العربية حدوده في المسألة.

الفرع الأول: التعويض عن الضرر المعنوي في الفكر القانوني المصري.

لم يطرح التعويض عن الأضرار المصاحبة للخطبة إشكالاً بالنسبة للأضرار المادية فيكفي توفر شروطه حتى يحكم بالتعويض، فالخطبة ليست عقد والرجوع عنها لا يمثل خطأ عقدياً، كما يقول السنهوري بل هو خطأ تقصيري يوجب التعويض، ومعيار الخطأ هو: "انحراف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، فكان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسألة التقصيرية"¹.

والتعويض يكون عن الأضرار المادية فقط. أما الأضرار المعنوية فلا تعويض عنها إلا إذا سبق فسخ الخطبة استغواء فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبي غير أن: "استسلام الخطيبان للضعف الجنسي فلا تعويض لا لضرر مادي ولا أدبي حتى لو كان هناك مشروع للزواج"².

وقد استقر القضاء في التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة على أن: - الخطبة ليست بعقد ملزم، وأن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض، وأنه إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.³

فالأصل في حال العدول عن الخطبة أنه لا يترتب أي التزام في ذمة المتسبب فيه، فلكل من الخطيبين مطلق الحرية في العدول عن الخطبة... وهذه الحرية لا تقوم إذا هددتها شبح التعويض.⁴

ويتعين الحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شروط المسؤولية التقصيرية، بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة عنه استقلالاً تاماً.⁵

ويذكر أن القضاء المصري كانت له آراء مختلفة في القول بالتعويض في الخطبة، فإلبي على عدم وجوب التعويض تأسيساً على أن:

1- السنهوري، الوسيط . المجلد 2 ج1 ص937.

2- المرجع نفسه، المجلد 2، ج 938.1

3- المرجع نفسه، المجلد 2، ج1 ص940.

4- حسن حسنين، أحكام الأسرة فقها وقضاء. ط1، دار الافاق العربية، مصر، 1422هـ-2001م. ص69

5- المرجع نفسه. ص70

-العدول أمر مباح و عليه لا يوجب التعويض

-حالة فسخ الخطبة غير حالة التطليق

-العدول كما اتمام الخطبة حق ومن ثم لم يكن للطرف الآخر الركون لمجرد الوعد.

والرأي القائل بالتعويض تباينت اتجاهاته في تأسيسه:تمثلت في:

-أنه عقد والتعويض يحكم به بموجب المسؤولية العقدية.

- الخطبة وعد والتعويض يحكم به بموجب إساءة استعمال الحق فالعدول حق لأن الخطبة وعد لكنه لا يخول صاحبه الحق في التعدي على حق الطرف الآخر.¹

والقول بأنها عقد هو ما ورد في حكم قضت به محكمة سوهاج الكلية: حيث جاء فيه: "الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدتها من أي تقدير قانوني ، ففيها يصدر الايجاب يقترب بقبول على الوعد بالزواج فهو ارتباط قانوني وعقد قائم وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء هذا التعاقد النهائي لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقا شخصيا، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقا إذ لكل من الطرفين أصلا أن يعدل عن وعده ولكن إذا أجرى ذلك في تهور أو عنف أو خاليا مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع أو لمجرد هوى فإن ذلك يوجب التعويض، والتعويض الأدبي لا يقصد به الاثراء و لكن لرد كرامة ومحو الأثر السيء الذي تخلف عن فعل المخطئ، وتستحق الخطبية تعويضا ماديا عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من معدات الزواج في مجموعها ما دامت لاتضمن الانتفاع به على الوجه الصحيح."²

ويلاحظ أن هذا الحكم يبين التردد الذي كان فيه القضاء المصري ، بحيث ينص في البداية على أن الايجاب والقبول في الخطبة ينشئ التزاما عقديا للطرفين لكنه يعطي في بعدها للطرفين الحق في العدول للأسباب التي تجعل استعمال هذا الحق محل مساءلة (التهور والعنف وخلوه من المبرر المشروع) ، وعليه فالأصل أن مجرد اضافة صفة العقدية على الخطبة يجعل العادل عنها محل مساءلة سواء انحرف بسلوكه أم لم يفعل، أما اعتبار الانحراف في السلوك سببا للمساءلة فهذا يعني أننا بصدد المسئولية التقصيرية وليس العقدية على اعتبار أن العدول أمر مشروع والأفعال التي قد تصاحبه (التهور والعنف و...) هي التي تجعل العادل مسئولاً عن تعويض مالق الطرف الآخر من ضرر بسبب سلوكه وليس عدوله.³

هذا التردد قد تجاوزه القضاء المصري و اعتمد الخطبة وعدا و العدول عنها حق ما لم يقترب بأفعال

1-نقلها محمد رأفت عثمان، المرجع السابق. ص53 و ما بعدها.

2-ما قضت به محكمة سوهاج في حكمها الصادر: (سوهاج الكلية 30مايو1948 المحاماة 28 رقم434 ص1056) نقلا عن

السنهوري، الوسيط. هامش ص939

3-السنهوري، المرجع نفسه، هامش. ص939

أخرى تلحق الضرر بأحد الخطيبين، عندها يجوز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية عن العمل غير المشروع.

الفرع الثاني: جبر الضرر المعنوي في التشريع الجزائري و غيره من الدول العربية.

أما المشرع الجزائري فقد اختار القول بالتعويض عن ضرر الخطبة بنص المادة 5 الفقرة 2، جاء فيها: "إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض." وفيه دلالة على أن المشرع يأخذ بجبر الضرر المادي والمعنوي معا، وقد أيده القضاء¹.

ويلاحظ على النص، ربط تعويض بالعدول ورتبه عليه، مما يفهم منه اعتبار العدول في حد ذاته خطأ يستوجب التعويض، والأصل أن المشرع قد اعتبر الخطبة وعد و أعطى لكلا الطرفين حق العدول بنص المادة: 5 الفقرة الأولى، ومن المعلوم أن مطلق العدول يترتب أضرارا للطرفين، لكن هل كل الأضرار التي يترتبها العدول تستوجب الحكم بالتعويض؟ ثم إن العدول قد يكون من طرف والسبب من الطرف الآخر، وبمفهوم هذا النص يكون العادل هو المسئول في كل الأحوال، حتى وإن كان السبب من المعدول عنه، فمن يعدل لمانع يمنع استمرار عقد الزواج سواء كان هذا المانع ماديا أم أدبيا، يكون بفعله - وإن كان مؤسسا- قد ألحق ضررا بالطرف الآخر سواء كان قد تكلف للزواج بنفقات أو ارتبط عاطفيا بالطرف الآخر، أو مجرد طول مدة الخطبة وما تخلفه من آثار على الطرفين.

وعليه كان على المشرع أن يحدد شروط الحكم بالتعويض وأن يجعل الأفعال المصاحبة للعدول هي مناط التعويض وليس العدول في حد ذاته؛ حتى وإن قيل إن المشرع قد أوكل الحكم بالتعويض للقاضي على سبيل الجواز بمعنى أن الأمر يعود للسلطة التقديرية للقاضي، وهو يحكم بالتعويض ضمن قواعد المسؤولية المدنية وشروطها وبما تمليه عليه قناعته، وعليه فسيقدر أسباب العدول ويحيط بظروفه ويعين المسئول ويحكم بما يجبر المضروب في حال العدول، إلا أن ذلك لا ينفي الدعوة لمراجعة نص هذه المادة حتى لا يحدث تضارب في الأحكام فالسلطة التقديرية للقاضي تجعل زيدا مسؤولا عما بدر منه عند عدوله بينما يتحمل

1- "من المقرر قانونا أن القرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقر ومن المقرر أيضا انه إذا ترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد حرقا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون ومتى ذلك استوجب نقض القرار المطعون. ملف 556907 قرار 12/25/1989، نقله نبيل صقر، قانون الأسرة نصوصها وتطبيقا. دار الهدى الجزائر. ص 15

عمرو من المسؤولية لقضية تشبه الأولى في حيثياتها. وقد أعجبنى¹ في ذلك نص المشرع الإماراتي جاء فيه: " لكل من الطرفين العدول عن الخطبة، وإذا ترتب ضرر من عدول أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتض كان للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل"².

الفرع الثالث : الترجيح و القول المختار.

القول بالتعويض عن الأضرار المعنوية المصاحبة للخطبة رأينا فيه تحفظاً من لدن القائلين بالتعويض عن أضرار الخطبة، ولعل ذلك يرجع إلى طبيعة الخطبة من جهة، وإلى العلاقات التي تنشئها هاته الرابطة من جهة أخرى، فعلى الرغم من أنها مجرد وعد بحيث تجعل كل طرف يحمل في ذهنه وهو مقبل عليها أن احتمال الاستمرار فيها كاحتمال العدول عنها، إلا أن الذي نشاهده أن الطرفين يتورطان في علاقة الأصل فيها أنها لا تنشئ الحقوق ولا ترتب التزامات ، ويصبح كل طرف لأس بلب اجتماعية أو نفسية يطالب الطرف الآخر بما لا تلزمه به الخطبة شرعاً، لذلك رأينا من يستيخ الخلوة، ومن يكلف الطرف الآخر بما لا يوجبه إلا عقد الزواج، ثم في حال العدول تكون نتائجه أكثر ألماً و أوسع خسارة .

وعليه فالقول بالتعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن العدول - كما عبر عنه المشرع الجزائري - يكون وسيلة للإثراء بغير سبب. وحتى لا تكون الجرائم أسباباً للنعم، فما يصدر عن الخطيئين أثناء الخطبة بما فيه مخالفة أحكام الشرع في الخطبة وطبيعة الخطبة في حد ذاتها هو الذي ينشئ الأضرار ويلحق الأذى بالطرفين. ومن ثم فالأولى بالمشرع تضيق أسباب التعويض حتى لا يكون وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل. أما الأفعال التي تصاحب العدول فهي تستوجب التعويض متى تحققت فيها أركان وشروط المسؤولية المدنية، تلك الأفعال تستوجب التعويض سواء كانت مع الخطبة أم لم تكن.

هذا والأساس الذي يقوم عليه الحكم بالتعويض عن الأضرار المصاحبة للعدول عن الخطبة ليست المسؤولية العقدية، فالخطبة ليست عقداً إنما هي المسؤولية التقصيرية، لأن المسؤولية تكون تقصيرية مرتكزة على ثلاثة أركان: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ثم على المضور إثبات الخطأ الصادر عن الطرف الآخر وأن هذا الخطأ قد سبب له ضرر أي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

1 - ومثله جاء في المدونة المغربية المادة 7: " مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض. غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرر للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض. ومثله التشريع الليبي: المادة 1 فقرة د: "إذا سبب العدول عن الخطبة ضرراً تحمل المتسبب فيه التعويض عنه. "

2 - قانون أحوال الشخصية الاماراتي: المادة رقم 18

يقول الدكتور السنهوري " فإذا انخرط الخطيب و هو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية."

إذن لكي يحصل تعويض لا بد من توافر شرطين وهما¹:

- ألا يكون لمن عدل مبرر ينزع عن أفعاله صفة السلوك الخاطئ المعبر أساسا للتعويض. وذلك كأن يتوفى أحد الخطيبين فيصير تنفيذ الزواج مستحيلا، ولا دخل لإرادة الطرف الباقي على قيد الحياة في عدم تنفيذه، وأيضا إكتشاف مانع من موانع الزواج كان مجهولا قبل الخطبة ...
- أن تكون للعدل يد في إحداث الضرر الحاصل للمعدول عنه: كالأمر بإجراء تصرف على وجهة معينة وفجأة تنقلب الموازين رأسا على عقب، فأحدث ذلك ضررا ماليا للمتصرف وفق ذلك الرأي، كأن يخبر الخاطب خطيبته بتاريخ الدخول وعليها التحلي عن عملها وبعد إستقلالها بيوم يلغي الموعد ويفسخ الخطبة، فالخاطب هو سبب الضرر بتصرفه، أما إن تخلت هي عن عملها برغبة منها فليس لها التعويض لعدم تسببه هو في هذا الضرر.

المطلب الثالث: الموازنة بين الاتجاهات المختلفة لجبر الضرر المعنوي للعدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي وفي القانون.

في مسائل جبر الضرر المعنوي للعدول عن الخطبة نجد أن في كل من الفقه الإسلامي والقانون أوجه اتفاق ومواضع اختلاف كما يلي:

الفرع الأول: أوجه الاتفاق.

- الخطبة وعد غير ملزم وعليه لا يرتب العدول عنها التزام إلا ما كان عند الطوائف المسيحية.
- التعويض في القانون ليس عن مجرد العدول فذلك حق لطبيعة الخطبة إنما لأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضررا يستوجب التعويض في القانون.
- الأفعال التي ألحقت ضررا، وأثر العدول عن الخطبة سببه غياب الوازع الديني ومخالفة أحكام الشرع.
- يلتقيان عند التعويض عن الأضرار المادية، يضيق في القانون بالنسبة للأضرار المعنوية.
- جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي تضيق حالاته وموجباته بل يكاد ينعدم في الفقه الإسلامي.
- العدول في حد ذاته لا يرتب مسؤولية بل الأفعال المصاحبة له (العمل غير مشروع).
- القول بالتعويض عن العدول المصاحب عن الخطبة هو أقرب للعقوبة الخاصة منه للجبر في القانون...
- وهو القول المختار في الفقه فالذين قالوا بالتعويض عن الضرر المعنوي كيفوا الحكم فيه بمبادئ التعزير في الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي.

- جبر الضرر بهذا المعنى إقرار بأن الأفعال التي رتب أضراراً مع العدول عن الخطبة تعود في جملتها إلى خطأ مرده التهور و الاستغواء .

- التعزير يكون لمخالفة مبادئ الشريعة من خلال التعدي المحرم والذي يستوجب العقاب.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.

- جبر الضرر المعنوي يكون بالتعويض مقدار من المال يحكم به القاضي بناء على ملابسات القضية وبتوفر شروطه.

- جبر الضرر المعنوي -عند من قال به- في موضوع الخطبة على ضيق حالته. الحكم فيه يكون تعزيراً للمتعمد .

- الضرر المعنوي رأى فيه أهل القانون خطأ يرتكبه المسئول يظهر خاصة في حالات التهور وعدم التبصر لعواقب الأمور.

- أما في الفقه الإسلامي فالضرر المعنوي ينتج غالباً عن مخالفة هدي الشريعة في الخطبة -تحريم الخلوة ومنع الخطبة على الخطبة ، ومن ثم فالضرر المعنوي في غالب حالاته مخالفة لإحكام الشرع في الخطبة والقول بجبره مالا لا يكون إلا إذا حمل صفة التعزير.

الفصل الثاني: الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي.

تقديم:

لقد شرع الله سبحانه وتعالى الزواج ليؤلف بين الناس وجعل المودة والرحمة هي أساس العلاقة التي تجمع الرجل والمرأة في ظل هذا العقد، فإذا غابت تلك السكينة وساد الفتور والبغضاء بين الزوجين وأصبح الكره والمشاحنة يسود البيت هدد كل ذلك الأسرة في كيانها، أعطى حينها لكل الطرفين أو لواحد منهما الحق في رفع قيد الزوجية ومعها التوتر والاستقرار وقطع بالطلاق دابر كل كره وضعينة، وسد الطريق أمام انتشار الآفات الاجتماعية التي تنشئها كثرة الخلافات والصراعات بين الزوجين .

وتشريع الطلاق جاء ليرفع الخلاف ويدفع الضرر، والأصل في إيقاعه أن يكون بيد الرجل لما يتحملة من أعباء قبل وأثناء الزواج وما يلزمه من تبعات بعد الفراق. وإيقاع طلاق قد يلحق الزوجة ضررا خاصة إذا لم يكن بطلب ولا بسبب منها. وعليه فقد شرع ما يرفع هذا الضرر ويجبره بحيث لا ينتفي معه حق الزوج في إيقاع الطلاق، ويدفع عن الزوجة قدر الإمكان الأذى الذي يلحقه بها، ويلاحظ أن كلا من الفقه الإسلامي وما ورد فيه من مبادئ واجتهاد الفقهاء في المسألة وأحكام القانون الوضعي بنصوصه وما علق عليه فقهاؤه، تدور كلها حول تحديد صور الطلاق التعسفي وكيفية جبره.

ولأن التشريعات العربية تعود في أصلها إلى الفقه الإسلامي، خاصة ما تعلق منها بالأحوال الشخصية، فإننا لاحظنا تداخلا في كثير من المواضع بين ما هو منصوص عليه في الفقه وما سعت إليه تلك التشريعات من خلال تنظيم مسألة الطلاق التعسفي وكيفية جبره، ولم ينف مع ذلك افتراق كل منها في الشروط والتطبيقات وحتى المسميات. والفقه الإسلامي قد نص على المتعة وسيلة لجبر خاطر المرأة لما يلحقها من وحشة جراء فراقها، وهو ما قرره كثير من التشريعات العربية، لكننا نلاحظ ورود التعويض عن الطلاق التعسفي كوسيلة لجبره في القوانين بالإضافة إلى المتعة، فهل لها الأحكام نفسها في الشريعة والقانون أم أن كلا منها مختلف عن الآخر؟ وهل يعني الحكم بأحدهما في جبر الضرر؟ الإجابة عن ذلك تكون بتحديد معنى الطلاق التعسفي أولا ثم بيان ما يجبر به ثانيا. وفق التقسيم التالي:

المبحث الأول: مفهوم الطلاق التعسفي وأحكامه في الفقه و القانون.

المبحث الثاني: جبر الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي

المبحث الأول: مفهوم الطلاق التعسفي وأحكامه في الفقه الإسلامي وفي القانون.

شرح الطلاق لرفع قيد الزوجية، بعد استحالة العشرة بين الزوجين، فيكون بذلك وسيلة لرفع الضرر عن أحد الزوجين أو كليهما وكذا الأولاد الذين هم ثمرة هذا الزواج، ولأن عقد الزواج تنشأ به حقوق والالتزامات فقد أحيطت بجملة من الأحكام التي تضمن قيامه على أسس متينة، فإذا اختار الزوجان حل هذه الرابطة، تعين تحديد الحقوق والواجبات التي تكون لأحد الطرفين على الآخر بالعقد وبإحلاله، والطلاق في الشريعة الإسلامية أو في القانون أنواع تتعدد صورته بالنظر لاعتبارات كثيرة يأخذ الطلاق التعسفي أحد هذه الصور. وعليه يكون هذا المبحث وفق التقسيم التالي:

المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي وأحكامه في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي وأحكامه في القانون.

المطلب الثالث: الموازنة

المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي وأحكامه في الفقه.

ويكون بتعريف الطلاق عموماً وبيان أحكامه، ثم تحديد مصطلح الطلاق التعسفي وصوره وشروطه.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي.

ويكون بتعريف الطلاق لغة وفي اصطلاح الفقهاء أولاً، ثم تعريف الكلمة التعسف والمركب

الإضافي "الطلاق التعسفي" ثانياً.

البند الأول: تعريف الطلاق وأنواعه:

الفقرة الأولى: تعريف الطلاق.

في اللغة معناه: إزالة القيد والتخلية، وفي الشرع: إزالة ملك النكاح¹.

وفي اصطلاح الفقهاء، جاء في تفسير القرطبي: "الطلاق هو حل العصمة المنعقدة بين الأزواج بألفاظ

1-المرجاني، المرجع السابق. ص141

مخصوصة.¹ "وَعَرَفَ أَيْضًا بِأَنَّهُ: " حل الرابطة الزوجية أو هو حل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه في الحال أو المآل.² ويقصد برفع قيد النكاح رفع أحكامه وعدم استمراره لأنه مادام عقد الزواج قد وقع فلا يمكن رفعه³. وينحل الزواج في الحال بالطلاق البائن، فبمجرد صدوره يرفع النكاح في الحال فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بمهر وعقد جديدين سواء كانت في العدة أو انتهت منها؛ وينحل في المآل بالطلاق الرجعي لأن قيد الزوجية لا يرتفع إلا بعد انقضاء العدة، وللزوج مراجعة زوجته من غير مهر ولا عقد جديدين.⁴

وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾⁵، وقوله أيضا ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁶ وما روي عن - النبي صلى الله عليه وسلم - : (عن نافع عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فسأل عمر بن الخطاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء).⁷ وقوله: (إنما الطلاق لمن اخذ بالساق)،⁸ وقوله - صلى الله عليه وسلم - : (أبغض الحلال إلى الله الطلاق).⁹ وهو مشروع بالإجماع.¹⁰

ويتبن منهج الشريعة في تشريع الطلاق من خلال الحث على المعاشرة بالمعروف حتى مع الكره، ولا يكون الطلاق إلا بعد استنفاد طرق حل النزاع الذي يكون بين الزوجين، مثل الوعظ والتأديب والحكمين، ولا يلجأ للطلاق إلا بعد تروي واستعمال كل الوسائل للصلح، فإذا وقع الطلاق أعطي للزوجين فرصة المراجعة وإعادة تقدير الحال بالنظر إلى نتائج الطلاق من خلال مشروعية العدة وعدد الطلاقات، وحسن النية والجدية في معالجة الأمور تظهر في مرات الطلاق، فالمراجعة محدودة بما يؤكد العزم الحقيقي لاستمرار العلاقة وليس العيب.

1- القرطبي، المرجع السابق. ج 3 ص 126

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 6873

3- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء - الزواج - ط 1، دار الفكر العربي القاهرة، دت. ص 265

4- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1377 هـ - 1957 م. ص 279

5- سورة البقرة، الآية: 229

6- سورة الطلاق، الآية: 1

7- البخاري، المرجع السابق. كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: يا أيها النبي إذا طلقتم النساء... ج 7 ص 41.

8- الشوكاني، نيل الأوطار. كتاب الطلاق باب ما جاء في طلاق العبد حديث رقم: 2865 ج 6 ص 284. وهو حديث رواه ابن ماجه والدارقطني وذكر الشوكاني في تعليقه على الحديث ضعفه راجع الحاشية في الصفحة نفسها.

9- أبو داود، سنن أبي داود، المرجع السابق، كتاب الطلاق. ج 2 ص 181. خلاصة حكم المحدث: جاء في الهامش قال المنذري: أخرجه ابن ماجه والمشهور فيه مرسل وهو غريب.

10- ابن قدامة، المغني، ج 7 ص 278

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الطلاق قد شرع لرفع الضرر عن الزوجين معا أو عن أحدهما، فعقد الزواج الذي ارتبطا به الأصل فيه أن يجمع بينهما في مودة ورحمة، بحيث يؤسس لأسرة ينشأ أفرادها في ظل الطمأنينة والسكينة ويجمعهم تحت السقف التفاهم والتقارب فإذا غابت تلك الأسس واستحال العيش بينهما، بحيث يؤثر عليهما بل يتعداه إلى بقية أفراد الأسرة، كان الطلاق العلاج النهائي لما عجز الزوجين والمصلحين عن شفائه ورفع أذاه.

يقول ابن قدامة: "والعبرة دالة على جوازه، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضرا مجردا يلزم الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة، فافتضي ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه".¹

الفقرة ثانية: أنواع الطلاق.

والطلاق أنواع فمن حيث الآثار يقسم إلى: طلاق رجعي وطلاق بائن، فللطلاق الرجعي: هو الطلاق الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته مادامت في العدة، وهو الأصل في الطلاق لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾² وقوله أيضا: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَبُعُولَتِهِنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾³؛ أما الطلاق البائن قسمان: الطلاق البائن بينونة صغرى: هو الطلاق الذي يملك الزوج فيه أن يرجع زوجته إليه بعد طلاقها ولكن بعقد ومهر جديدين سواء في العدة أو بعد انتهائها. والطلاق البائن بينونة كبرى: هو الطلاق الذي لا يملك الزوج أن يرجع فيه إلى زوجته إلا بعد أن تتزوج زوجا غيره ثم يفارقها بسبب من أسباب الفرقة أو يموت عنها. وبعقد ومهر جديدين.

ومن حيث وقوعه ومشروعيته يقسم إلى السنة والبدعة، فللطلاق السني: هو الطلاق الواقع على الوجه الذي ندب إليه الشرع؛ وهو أن يطلق الزوج زوجته طليقة واحدة في طهر لم يمسه فيها وهو الطلاق المشروع، ويكون بأن يطلق مرة ويراجعها، ثم مرة ثانية ويراجعها بعدها إما أن يمسهها بمعروف أو يفارقها بإحسان، لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾.

فإن طلقها الثالثة فلا يحل له أن يراجعها إلا بعد أن تتزوج زوجا غيره زواجًا صحيحًا. والطلاق البدعي: هو الطلاق المخالف للشرع كأن يطلقها ثلاثًا بكلمة واحدة، أو متفرقات بمجلس واحد، كأن يقول: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، أو يطلقها اثنتين بكلمة واحدة، أو يطلقها في حيض أو نفاس أو في طهر جامعها فيه، وقد أجمع العلماء على أن الطلاق البدعي حرام وأن فاعله آثم، واختلفوا حول وقوعه من عدمه فذهب بعضهم إلى وقوعه. والبعض الآخر إلى عدم وقوعه.

1 - ابن قدامة، المغني. ج 7 ص 278

2- سورة البقرة الآية: 229،

3 - سورة البقرة، الآية: 227

و يقسم من حيث الصيغة إلى صريح وكناية، فلطلاق الصريح: ويكون باللفظ الذي يفهم منه المطلوب ويحتمل عرفاً في الطلاق مثل (أنت طالق) و(مطلقة) و(طلقتك) وغير ذلك مما هو مشتق من لفظ الطلاق، وألفاظ الطلاق الصريحة كما جاءت في القرآن ثلاثة: الطلاق والفراق والسراح.

ويقع الطلاق بهذه الألفاظ دون حاجة إلى نية تبين المراد منه لظهور دلالاته ووضوح معناه. و طلاق الكناية: هو كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ولم يتعارف عليه الناس في الطلاق مثل قول الرجل لزوجته: ألحقى بأهلك أو اذهبي أو اخرجي أو أنت بائن أو أنت عليّ حرام إلى غير ذلك. ولا يقع الطلاق بهذه الألفاظ إلا بالنية.

وينقسم من حيث جهة وقوعه: طلاق من زوج وطلاق من القاضي، والطلاق كما يقع بلفظ الزوج أو وكيله يقع من جهة المرأة عن طريق القضاء، حيث تلجأ المرأة إلى القضاء لتمكينها من إنهاء العلاقة الزوجية التي لا تستطيع إنهاءها بنفسها، فيجزم لها بالتفريق بينها وبين زوجها إن هي أثبتت الضرر الذي يلحقها من جهة زوجها. ولا يكون بيد القاضي إلا في حال طلبته المرأة في حال تضررت من زوجها ، فلم يرد في كتاب الله ولا سنة رسوله ما يقيد حق الزوج في طلاق زوجته بلزوم حصوله على إذن من القاضي، ولا نقل عن الصحابة ولا التابعين القول به، ثم إن جعل الطلاق بيد القاضي لا يحقق المصلحة المرجوة منه فإن هو امتنع عن إعطاء الإذن في الطلاق فإنه يلزم الزوجين بالاستمرار في الزواج لكنه لا يمنع الضرر الذي يترتب عليه سوء المعاشرة بين الزوجين ولا يزيل الأسباب التي دفعت الزوج إلى الطلاق.¹

والطلاق شرع لرفع قيد النكاح وحل العقد الذي يربط بين المرأة والرجل، ويكون باتفاقهما كما كان إنشاؤه به، بحيث يتفقدان على بدل تدفعه المرأة للرجل لحل الرابطة الزوجية؛ وهو أيضاً والغالب فيه حق للرجل بوقوعه لولادته دون الرجوع فيه للمرأة بالإذن والرضى وقد أباح الشرع له ذلك لكن بشرائط خاصة ونظام واضح² ولا يملك استعمال هذا الحق إلا إذا اتبع أمر ربه.

وجعل الطلاق عن طريق المحكمة - كما هو عند الغربيين - له أضراره فما يقتضيه من فضح أسرار الزوجية أمام المحكمة. يقول الشيخ أبو زهرة: "قد يقول قائل أن القاضي ناظر غير متحيز ولأن العقد ثنائي فلا تبطله إرادة منفردة، ولكن هذا القول لا يستقيم إلا إذا كان أمر النفوس وخفايا القلوب يمكن أن تثبت بالدليل الظاهر، ثم إن القضاء إنما ينظر فيما هو حق أو ظلم ليقر الحق ويمنع الظلم، والمسألة في الحياة الزوجية ليست مسألة ظالم ومظلوم وإنما هي صلاحيتها للبقاء بإمكان استمرار المودة وإذا كان سبب الطلاق أمراً غير الحب والبغض فهل من المصلحة الاجتماعية أن تنشر فضائح ودخائل الأسر في دور القضاء وتسجيل في سجلاته".³

1- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق. ج 7 ص 358 .

2- أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام. ط1. مكتبة السنة، القاهرة، 1354هـ. ص 46

3- أبو زهرة، الأحوال الشخصية. ص 282

البند الثاني: تعريف التعسف و المركب "الطلاق التعسفي".

والتعسف لغة هو: من عسف و عسف عن الطريق يعسف مال و عدل كاعتسف وتعسف أو خبطه على غير هداية و تعسف السلطان ظلم.¹

واصطلاحاً: هو "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل."²

أو هو ممارسة الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له بعوض أو بغير عوض أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية.³

ويعني بالتعسف أيضاً: "بوجه عام استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعاً أو للإضرار بالغير مما يفوت مقصود الشارع من شرع الحق."⁴

هذا ولم يرد مصطلح التعسف في عبارات الفقهاء والأصوليين.⁵

وعليه يكون الطلاق التعسفي معناه: إيقاع الطلاق على وجه يخالف قصد الشارع من تشريعه، بحيث يلحق ضرراً بالآخر.

ليس في كتب الفقه استعمال لهذا اللفظ -الطلاق التعسفي- لكنهم أشاروا إلى صور تجعل فعل المطلق يندرج ضمن هذا المصطلح ونعني استعمال حق مشروع قصد الإضرار بالغير.

ففي شريعة الإسلام شروطاً وقيوداً تجعل إيقاع الطلاق موافقاً لأحكام الشرع ولا إثم فيه ، فإذا خالفها الزوج اعتبر طلاقه من قبيل الطلاق التعسفي تمثلت في⁶:

1. أن يكون الطلاق لحاجة مقبولة .

2. أن يكون في طهر لم يجامعها فيه.

3. أن يكون مفرقاً وليس بأكثر من واحدة.

فالطلاق بغير حاجة فيه إنباء للزوجة وأهلها ، والطلاق في الحيض أو النفاس أو الطهر يكون قد مسها فيه حرام، لأن في إحقاق الضرر بالمرأة إذ به تطول مدة العدة، أما إيقاع الطلاق بألفاظ متفرقة فصنعها أن لا يوقع

1- الفيروز آبادي، المرجع السابق.ص754

2- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1401هـ-1981م. ص54

3- المرجع نفسه. ص46

4 - محمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1414هـ -1993م. ص296

5 - محمد سراج، المرجع السابق.ص299

6- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ج9 ص6920

الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد، لأن في ذلك تجاوز لقصد الشارع من العدد في مرات الطلاق، وفي فعله يحرم الزوج على نفسه وعلى زوجته فرصة مراجعة النفس وتدارك ما فاتته.

هذا وقد شرع الطلاق دواء لما قد يلحق الحياة الزوجية من مشاحنة وبغضاء بسبب تنافر الطرفين لاختلاف الطبائع، وعليه فغياب الحكمة التي من أجلها شرع الزواج، واستفحال الشقاق بين الزوجين يجعل حل عقدة النكاح وفق شرع الله هو العلاج الأمثل: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيمًا﴾¹. والأصل أنه حق للرجل وحده، فتقديراً للنتائج التي يرتبها حل الرابطة الزوجية، جعل الشارع الطلاق بيد الرجل، إذ أن تكاليف الزواج من مهر ونفقة يجعل الزوج أكثر حرصاً وترواً في نقض هذا العقد، لأنه سيعود عليه بالخسارة ويلحق به الضرر بفقدان ما قد تكلفه لعقد الزواج وبتحميله تكاليف بعد الطلاق. يقول وهبة الزحيلي: "إن المرأة قد قبلت الزواج وهي تعلم أن الطلاق بيد الرجل فتستطيع أن تشتترطه لنفسها كما لها لأن تطالب بالتطليق في حال لحقها ضرر أو ببطل المال للزوج حتى يفارقها."²

ثم إن المرأة أكثر اندفاعاً من الناحية العاطفية من الرجل إذ قد يدفعها سرعة تأثرها واستعجالها في فض الأمور إلى إيقاع الطلاق لأسباب لا ترقى لأن تكون دافع الحل الميثاق الغليظ، وهو تصرف تندم على القيام به بالسرعة ذاتها التي أصدرته فيها.

الفرع الثاني: أحكامه في الفقه وحكمه.

الطلاق على العموم له أحكامه التي تنظم كيفية وقوعه وما يرتبها من آثار، فالطلاق تعزيره الأحكام الخمسة، فهو واجب: إذا كان بأحد الزوجين ما يمنع تحقيق المقاصد الزواج كمرض يمنع الإحصان، ومنه أيضاً الطلاق الذي يكون بعد مدة الإيلاء وهي أربعة أشهر، وهو مندوب: وهو مندوب عند التباغض أو إذا كانت الزوجة غير عفيفة أو فاسدة الأخلاق. و يكون أيضاً في حال تضرر الزوجة لبغض أو غيره وهو محرم: و حرام في حالة إيقاع الطلاق على غير الوجه الذي شرع له كما هو الحال في الطلاق في الحيض، وسؤال المرأة الطلاق في غير سبب، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (أيما امرأة سألت زوجها طلاقاً من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة).³ أو إذا ترتب عليه الوقوع في الزنا أو أكل أموال الناس بالباطل.⁴ وم كروه: ويكون مكروهاً إذا لم يوجد ما يبرره كما إذا وقع بدون سبب مع استقامة الحال.

واختلف في الإباحة: وهو المعروف عند الفقهاء في بيان الأصل في الطلاق: هل هو الإباحة أم الحظر؟

1- سورة النساء، الآية: 130

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته.. ج9 ص6877

3- الترمذي، المرجع السابق. كتاب الطلاق، ج3 ص492. حديث حسن.

4- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969م. ج4 ص297

ففرق من العلماء مثل القرطبي¹ والشافعي² ونقله الماوردي³ والسرخسي⁴ والخطاب من المالكية⁵ واختاره ابن قدامة⁶ في المغني، إلى أن الأصل في الطلاق الإباحة، واستدلوا بما يلي:

من النصوص ب: قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁷. وقوله: ﴿لَا جُنَاحَ...﴾ فيه نفي الإثم و ذلك يقتضي إباحة الطلاق.

وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾⁸.

أن النبي - صلى الله عليه وسلم - طلق زوجته حفصة بنت عمر ثم أرجعها، وفعله يدل على انه أمر مباح فلم يكن ليفعل لو أنه محظور ، وفعل الصحابة مثله حيث طلق عمر ... وأما ما روي " لعن الله كل ذواق مطلق" فمحملة: الطلاق لغير حاجة.⁹ وبقوله - عليه الصلاة و السلام - في حديث ابن عمر: (فَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ)، وقد طلق رسول الله صلى الله عليه وسلم حفصة ثم راجعها¹⁰.

ونقلوا الإجماع في ذلك، يقول القرطبي، في تفسير آية الطلاق مرتان الثانية: " وأجمع العلماء على أن من طلق امرأته طاهرا في طهر لم يمسه فيها أنه مطلق للسنة، وللعدة التي أمر الله تعالى بها، وأن له الرجعة إذا كانت مدخولا بها قبل أن تنقضي عدتها، فإذا انقضت فهو خاطب من الخطاب ... قال ابن المنذر: وليس في المنع منه خير يثبت. " ¹¹ وهو المفهوم من كلام السرخسي: " وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الأصل عند عامة العلماء ومن الناس " ¹². وبه صرح للشافعي كتاب الأم" فالطلاق مباح لكل زوج لزمه الفرض ومن كانت

1 - القرطبي، المرجع السابق. ج 3 ص 126.

2 - الشافعي، المرجع السابق. ج 5 ص 193

3 - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي. دار الكتب العلمية، 1419هـ - 1999م. ج 10 ص 111

4 - السرخسي، المرجع السابق. ج 6 ص 3

5- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ط 3 دار الفكر ، 1412هـ/1992م ج 4 ص 14 و إليه أشار الجزيري الفقه على المذهب الأربعة المرجع السابق. ج 4 هامش ص 296

6- ابن قدامة، المغني. ج 7 ص 228

7- سورة البقرة، الآية : 236

8- سورة الطلاق، الآية: 1

9- علي بن سلطان محمد القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، دمشق، 1422هـ - 2002م. ج 5 ص 2138

10- أبو داود ، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في المراجعة. المكتبة العصرية، دب، دت. ج 2 ص 285 .

11- القرطبي، المرجع السابق. ج 3 ص 126

12- السرخسي، المرجع السابق ج 3 ص 98

زوجته لا تحرم من محسنة ولا مسيئة في حال إلا أنه ينهى عنه لغير العدة وإمساك كل زوج محسنة أو مسيئة بكل حال مباح إذا أمسكها بمعروف وجماع المعروف إعفاؤه¹، بتأدية الحق".¹

ونقل عن المالكية أن: الأصل في الطلاق أن يكون على خلاف الأولى فليس بمكروه لكنه قريب من المكروه، جاء في مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، صرف الخطابي الكراهة في حديث: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق" لسوء العشرة لا للطلاق لإباحة الله تعالى وفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم.²

وفريق آخر على أن الأصل في الطلاق الحظر وبه قال: الكساني³ في البدائع⁴ وابن الهمام في فتح القدير⁵ وابن عابدين⁶ في رد المختار⁷ من الحنفية واختاره⁸ ابن تيمية.⁹

ومن فقهاء العصر الحديث الإمام محمد أبو زهرة¹⁰ وعبد الوهاب خلاف¹¹ وسيد سابق¹² ووهبة الزحيلي¹³ ومصطفى المراغي¹⁴ وعبد الكريم زيدان ونسبه لأكثر الفقهاء.¹⁵

-
- 1- الشافعي، المرجع السابق. ج5 ص180
 - 2- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ط3 دار الفكر، دمشق، 1412هـ-1992م. ج4 ص19.
 - 3- الكساني - 587 هـ = - 1191 م. أبو بكر بن مسعود بن أحمد. علاء الدين: فقيه حنفي، من أهل حلب له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - و السلطان المبين في أصول الدين. توفي في حلب. أنظر: الزركلي، المرجع السابق. ج2 ص70.
 - 4- أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط2، دار الكتب العلمية، 1406هـ-1986م. ج3 ص98
 - 5- ابن الهمام، المرجع السابق. ج3 ص472
 - 6- ابن عابدين: 1198 - 1252 هـ = 1784 - 1836 محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي: فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. مولده ووفاته في دمشق. له رد المختار على الدر المختار في الفقه، يعرف بحاشية ابن عابدين، و رفع الأنظار عما أورده الحلبي على الدر المختار. والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الجامدية، ونسمات الأسحار على شرح المنار في الأصول، وحاشية على المطول في البلاغة، والرقيق المختوم في الفرائض... أنظر: الزركلي، المرجع السابق. ج6 ص42.
 - 7- محمد أمين بن عمر ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار. دار الكتب العلمية. 1412هـ-1992م. ج3 ص228
 - 8- تقي الدين ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية. مجمع الملك فهد. 1416هـ/1995م. ج33 ص21
 - 9- ابن تيمية: 661 - 728 هـ = 1263 - 1328 م. أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي، أبو العباس، تقي الدين ابن تيمية: الإمام، شيخ الإسلام. ولد في حران وتحول به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر. مات معتقلا بقلعة دمشق، له تا: (السياسة الشرعية) و (الفتاوى)، و (الإيمان) و (الجمع بين النقل والعقل) (منهاج السنة)... أنظر: الزركلي، المرجع السابق. ج1 ص144.
 - 10- أبو زهرة، الأحوال الشخصية. ص284
 - 11- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. ط2، دار القلم، الكويت، 1410 هـ - 1990م. ص142 انظر تعليق المؤلف أيضا في الهامش للصفحة نفسها.
 - 12- سيد سابق، المرجع السابق. ج2 ص162
 - 13- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ج9 ص6878
 - 14- مصطفى المراغي، تفسير المراغي. ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1985م. المجلد 10، ج28، ص137
 - 15- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم. ط1، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1413هـ-1993م. ج7 ص358

واستدلوا بما يلي:

من النصوص، قوله تعالى ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ بَغْيًا فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾¹.

والطلاق من غير حاجة إليه بغى واتخاذ سبيل للفراق ظلم وحمق.

وقوله أيضا: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾².

وفيه توجيه من الشارع الحكيم إلى تجاوز المسلم ما قد يشعر به من نفور لزوجته مما يدفعه لمفارقتها ، والصبر والعشرة بالمعروف أحسن من الطلاق وفي ذلك دلالة على أن الشرع ينفر من الطلاق ويحرص على بقاء الرابطة الزوجية.³

وقوله أيضا: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُخْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾⁴.
وفي الإرشاد إلى الصلح بالتنازل عن بعض الحقوق دلالة على أن الحل الرابطة الزوجية الأولى فيها الاستمرار من القطع.⁵

وفي هذا المعنى حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - : (لا تطلقوا النساء إلا من رغبة فإن الله عز وجل لا يحب الذواقين ولا الذواقات)، وقوله صلى الله عليه وسلم : (لعن الله كل ذواق مطلق⁶)، وقوله صلى الله عليه وسلم : (أيما امرأة سالت زوجها الطلاق من بأس به حرم الله عليها رائحة الجنة)
واستدلوا من المعقولب : الزواج نعمة والطلاق قطع له، وقطع النعمة لا يجوز إلا إذا زالت صفتها والزواج عقد أبدي فلا يجوز أن ينهيه أحد الطرفين إلا لحاجة فإن لم تكن هناك حاجة بقي المنع. والزواج سرقة بل هو واجب كما يقول الكاساني، والطلاق قطع للسرقة وتفويت للواجب.⁷
ورد ما استدل به القائلون بالإباحة بما يلي:

أما قوله تعالى : ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁸، فلتراد بنفي الجناح هنا

1- سورة النساء، الآية : 34

2- سورة النساء، الآية : 19

3- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق. ج 7 ص 355

4 - سورة النساء، الآية: 128

5- إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير ابن كثير. دار طيبة. الرياض، 1422هـ - 2002م ج 2 ص 431

6- سيد سابق، المرجع السابق. ج 2 ص 162 استدلال به السرخسي في المبسوط ، المرجع السابق. ج 3 ص 98

7- الكسائي، المرجع السابق. ج 3 ص 98

8- أبوزهرة، الأحوال الشخصية. ص 284

الطلاق قبل الدخول وقبل التسمية والنفي هنا جاء مقيد والقيد هو الملاحظ "ولأن نفي المقيد بقيد يكون القيد ملاحظا في النص" وما فعله صحابة لم يكن لغير حاجة إنما كان لحاجة نفسية وهو مما لا يقع تحت سلطان القضاء، كما في قوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن...﴾ فيه بيان لوقت وقوع الطلاق وليس بيان لحكم الأصل في الطلاق¹.

نقله ابن عابدين: "وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر، بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه، وهو معنى قولهم: الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص، فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص، بل يكون حمقا وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها، ولهذا قالوا: إن سببه الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى، فليست الحاجة مختصة بالكبر والريبة... ويحمل لفظ المباح على ما أبيض في بعض الأوقات: أعني أوقات تحقق الحاجة المبيحة، وإذا وجدت الحاجة المذكورة أبيض، وعليها يحمل ما وقع منه (صلى الله عليه وسلم) ومن أصحابه وغيرهم من الأئمة صونا لهم عن العبث والإيذاء بلا سبب"².

ويقول ابن قدامة الحنبلي في معرض حديثه عن الطلاق الذي لم تدع حاجة إليه: "فيه روايتان: إحداهما أنه محرم لأنه ضرر بنفسه وزوجته وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه، فكان حراما كإتلاف المال لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - (لا ضرر ولا ضرار)، والثانية أنه مباح، لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: (ابغض الحلال إلى الله الطلاق)، وإنما يكون مبغوضا من غير حاجة إليه وقد سماه النبي - صلى الله عليه وسلم - حلالا، ولأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها فيكون مكروها"³. ومثله قول شيخ الإسلام ابن تيمية: "ولولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه كما دلت عليه الآثار والأصول ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحيانا"⁴.

والذي يبدو من خلال رأي الفقهاء في الأصل في حكم الطلاق: - أن كل من الفريقين لم يرفض أدلة الفريق الآخر ولم يرددها، لكنه وجهها بما يدل على الحكم المختار، فيلاحظ مثلا أن ما نقل عن مشروعية الطلاق استنادا لفعل النبي - صلى الله عليه وسلم - وصحابته بعده، كان دليل إباحة للفريق القائل به، قيده الفريق القائل بالحظر في حالة كونه وقع لسبب خفي لم يكن ليطلع عليه الغير، وفي المقابل استدلت القائلون بالحظر بوصف النبي - صلى الله عليه وسلم - للطلاق بالحلال البغيض حصره القائلون بالإباحة فيما إذا كان لغير علة.

1- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق. ص355

2- ابن عابدين، المرجع السابق. ج3 ص229

3- ابن قدامة، المغني. ج7 ص278

4- ابن تيمية، المرجع السابق. ج32 ص89.

- أن الطلاق مشروع بالكتاب والسنة بخلاف ما هو عليه الأمر في الديانة المسيحية مثلاً.
- أن القول بمشروعيته لم ينف تعلق حكم الكراهة وحتى التحريم به . والاختلاف في الأصل يتمثل في إباحة الفعل من غير ما حاجة ومبرر له أو عد إباحتها وكراهته لهذا السبب . أما الأحكام الأخرى من الوجوب إلى التحريم فإنهم متفقون على سريانها على الطلاق بحسب الأحوال.

- أن لاختلاف فيه يتوجب عليه ما يلي:

✓ الحظر أو الإباحة في أصل الطلاق أمر ديانى وليس قضائى بمعنى أن الطلاق من غير مبرر يحظر ديانة ، بحيث يثم صاحبه لكنه لا يلزم الزوج ولا يرتب عقوبة إذا فعل.

✓ أن اعتبار الطلاق مشروع وسريان الأحكام الخمسة عليه بحسب اختلاف الأسباب وظروف الطلاق ونتائجه يخرجها من دائرة الخلاف.

✓ أن القول بالإباحة يفتح باباً للتساهل في حل الميثاق الغليظ ويناقض بذلك الحكمة من جعل الزواج ينعقد بنية الديمومة ليحقق الاستقرار الذي من أجله شرع ووجد.

✓ والقول بالحظر يرغم من هو كاره للزواج على العيش مع زوجته وهو لا يطيقها فلأن لم يكن له سبب ظاهر في الحاضر سيكشف العيش مع البغض أسباباً ؛ وقد يلحق -وغالباً ما يفعل - الأذى المادي والنفسي بالزوجة لذلك نرى الشارع الحكيم قد وجه الأخذ بالطلاق بما يرفع الأذى ويزيله ويقطع الظلم عن الزوجة خاصة، فالزواج سكينه ومودة إذا استطاع الزوج أن يواصل حياته مع زوجته وإن كرهها ممتثلاً لأمر الله ﴿عسى أن تكرهوا شيئاً...﴾ يكون البقاء مع أمل تحصيل الخير ، حتى وإن خالف نفسه وهواه، وإن لم يكن كذلك فالأولى التسريح بالإحسان وإن يترقاً يغني الله كل من فضله.

- وتظهر فائدة الفرق بين القولين :

✓ انبنى على الخلاف في أصل الطلاق خلاف حول تعويض المطلقة، فبالقول أن الأصل في الطلاق الحظر و لا يباح إلا عند الحاجة، حكم بالتعويض لأن من يطلق من غير حاجة أساء استعمال الحق، وما دام الرجل لم يبين سبب الطلاق فهو لم يستعمل حقاً أو على الأقل أساء استعمال حقه.¹

✓ قد يكون الطلاق حاجة تكون تقديرية أو نفسية خفية لا تخضع للإثبات الظاهر في القضاء وقد تكون مما يجب ستره حفظاً لسمعة المرأة ومنعاً من التشهير بها، لهذا يرى بعض الفقهاء المعاصرين،² أن الأصح أن لا يحكم بتعويض مادي للمطلقة، ويكتفي بما قرره الشرع بدفع مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة التي هي تعويض عن ضرر الناجم عن الطلاق.

1- محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية.ص385

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامى و أدلته. ج 9ص6922

المطلب الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي وأحكامه في القانون.

تعريف الطلاق ومصطلح الطلاق التعسفي، يكون بالرجوع بالدرجة الأولى للمدونات القانونية.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي تعريفه أنواع الطلاق .

وفيه نتناول تعريف مصطلح الطلاق التعسفي في القانون، وبيان أحكامه فيه، مع العلم أنها لم تكن بعيدة عما جاء في الفقه الإسلامي .

البند الأول: تعريف الطلاق التعسفي.

ويكون بتعريف الطلاق ومصطلح الطلاق التعسفي.

الفقرة الأولى: تعريف الطلاق.

أغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية¹ أوردت في مدوناتها تعريفاً للطلاق بأنه: "حل عقد الزواج" .
أضفت بعضها قيد "بالصيغة الموضوعية له شرعاً"².

ويلاحظ أنها جعلت الطلاق وسيلة لرفع قيد الزواج؛ والمقصود بالزواج عقد الزواج الصحيح.

واختلفت في نسبة وقوعه، فبينما نسبه كل من الموريتاني ومشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، لإرادة الزوج، جعل كل من المشرع العراقي والمغربي حق وقوعه للزوج والزوجة، واكتفت بقية التشريعات بالنص على معنى إنهاء رابطة الزواج دون تحديد لصاحب الحق، وترك تفصيله عند بيان أنواع الطلاق من حيث وقوعه، كما هو الحال عند المشرع الجزائري حيث نص في المادة 49 ق ج: "على أن طلاق يكون بالتراضي ويقع طلاق بالإرادة المنفردة للزوج، كما يكون طلاق بطلب من الزوجة" .

1- الجزائري: الطلاق المادة 48: "الطلاق هو حل عقد الزواج" .

التونسي: الفصل: "29 الطلاق هو حل عقدة الزواج" .

السوداني: تعريف الطلاق -128 م الطلاق هو حل عقدة الزواج بالصيغة الموضوعية له شرعاً.

الإماراتي: المادة رقم 99 -1 الطلاق حل عقد الزواج الصحيح بالصيغة الموضوعية له شرعاً

العُماني: باب الأول - الطلاق المادة 81 -1 - :الطلاق حل عقد الزواج بالصيغة الموضوعية له شرعاً .

القطري م106 - الطلاق حل عقد الزواج الصحيح بالصيغة الموضوعية له شرعاً

العراقي م 34 أولاً - الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي . ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعاً.

الليبي: المادة الثامنة والعشرون الطلاق حل عقدة الزواج

الموريتاني: المادة .- 83 الطلاق هو حل العصمة بواسطة الإرادة المنفردة للزوج.

المغربي: المادة 78: الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقاً لأحكام هذه المدونة.

اليمني: مادة 84 -الطلاق حل عقد الزواج بالصيغة الموضوعية له شرعاً أو عرفاً.

مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد :م68 الطلاق هو حل رابطة الزوجية الصحيحة بإرادة الزوج أو من يقوم مقامه

2- محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية.ص 385

الفقرة الثانية: تعريف مصطلح الطلاق التعسفي.

يقصد بالتعسف في استعمال الحق: "انحراف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي"¹ غير أن الانحراف هنا لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور التالية: قصد الإضرار بالغير. ورجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا. وتحقيق مصلحة غير مشروعة .

و هو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 41 من ق م ج في موضوع التعسف في استعمال الحق، وذكر بأن مستعمل الحق يكون متعسفا في استعماله في حالات ثلاث هي: عندما يكون نية مستعمل الحق الإضرار بالغير أو كان يرمي إلى الحصول على فائدة زهيدة مقارنة بالضرر الناشئ للغير أو أن الفائدة هي غير مشروعة وعليه يكون المقصود بالطلاق التعسفي الطلاق الذي يقع ويقصد منه الإضرار بالغير، أو الذي يكون الضرر أكبر من الفائدة التي سيحنيها صاحبه أو ما كانت نتيجته و ثمرته غير مشروعة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن أغلب القوانين العربية لم يرد فيها تعريف للطلاق التعسفي إنما أوردت معايير وأسس يقوم عليها، ونصت في موادها على شروط تحققه وكيفية تقدير التعويض عنه في حال ثبوت التعسف.² فالمشرع الجزائري ربط بين إلحاق الضرر بالزوجة و الطلاق التعسفي حيث جاء في نص المادة 52ق أ ج: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."

ووسع الاجتهاد القضائي في حالات التعسف لتشمل إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من دون سبب³، فالطلاق بالإرادة المنفردة يميز الحكم بالتعويض عنه للزوجة إذا لم يقدم الزوج الأسباب التي دفعته لإيقاع الطلاق⁴، وأضاف إليها حالة نشوز الزوج⁵ ومثله الطلاق قبل الدخول.⁶

ولأن التعسف في استعمال الطلاق⁷ هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت إباحته، فقد اعتبر من قبيل

1 - السنهوري، الوسيط. ج 1 م 2 ص 956

2- نعيم إسماعيل الدليمي، التعويض عن الطلاق التعسفي بين الشريعة و القانون العراقي (بمبحث مقدم كجزء من متطلبات الترقية في القضاء 1998) ص ص 1- 48... منشور

www.iraqia.org/reseaches/html/taaoedh/°20talaq.htm بتاريخ 10-02-2009 ص 17

3- راجع بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا... ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007. ص 244

4 - (ملف رقم 223019 المحكمة العليا في 15/06/1999) حسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية. دار هومة، الجزائر، 2005. م. ج 1 ص 212.

5- ملف رقم 210451 المحكمة العليا غ الأحوال الشخصية 17/11/1998، بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05. ص 255

6- ملف رقم 216865 المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 16/03/1999 المرجع نفسه .

7- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول- الزواج و الطلاق- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 م. ص 237

التعسف، الطلاق في مرض الموت لإبطال حق الزوجة في الميراث، وطلب الطلاق من غير سبب معقول رغم تنازل الزوجة عن موقفها وتشبثها بالعودة إلى الحياة الزوجية، أما إذا كان الطلاق من جهتها فإنه يسقط حقها في التعويض وفي غيره¹.

وفي التشريع الأردني يعد الطلاق تعسفياً، إذا وقع لغير سبب مشروع حيث نصت في المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا تزيد على نفقة ثلاث سنوات ويراعى في فرضها حال الزوج عسراً ويسراً ويدفع جملة إذا كان الزوج موسراً وأقساطاً إذا كان معسراً ولا يؤثر ذلك على حقوقها الزوجية الأخرى".

وعدّ المشرع البحريني الطلاق تعسفياً إذا كان بسبب الزوج بغير سبب من الزوجة ، وهو مفهوم المادة 52 حيث جاء في البند "د" : " إذا كان سبب الطلاق من قبل الزوج فلها متعة تقدر بنفقة سنة ، كذلك البند "ب" من المادة 94 حيث نص على: " تستحق المطلقة بعد الدخول متعة الطلاق إذا كان بغير سبب منها وتقدر بحسب يسر المطلق ومدة الزواج وظروف الطلاق، وذلك مع مراعاة أحكام البند (د) من المادة (52)". وعليه سار المشرع القطري، حيث نصت المادة 115 منه على ما يلي: " تستحق كل مطلقة المتعة إذا كان الطلاق بسبب من جهة الزوج".

بينما ربط المشرع العراقي التعسف بمفهومه العام بالضرر الذي يصيب الزوجة ، فجاء نص المادة 39 فقرة 3 كما يلي: "إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وأن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه، يقدر جملة، على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى".

ووسع المشرع السوري من حالات التعسف في الطلاق لتشمل طلاق مريض مرض الموت والطلاق الذي يلحق بالزوجة الفقر والفاقة إضافة إلى وقوعه من دون سبب معقول من قبل الزوج ، جاء في نص المادة 16: "من باشر سبباً من أسباب البيونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعا بلا رضا زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت." ونصت المادة 117: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال".

1- م ع غ اش 29.12.1986 ملف رقم 43680 م ق 1993. عدد 2 ص 41 .

وعليه فالطلاق التعسفي في التشريعات العربية مرتبط بالضرر الذي يلحق الزوجة ، وفي بعض التشريعات كون وقوعه من جانب الزوج بالإرادة المنفردة، كما هو الحال عند المشرع الجزائري؛ وقيدت التشريعات الأخرى اعتباره تعسفا إذا كان بسبب من الزوج، وأضاف المشرع الأردني أن يكون السبب غير مشروع، ونظر المشرع البحريني لجهة الزوجة بأن يكون بغير سبب منها، بينما راعى المشرع السوري حالتها المادية يسرا و عسرا فيكون تعسفيا إذا كانت من غير معيل ويعرضها الطلاق للفقر، وأضاف إليه طلاق مريض مرض الموت، وقد أشار إليه بعض شراح قانون الأسرة الجزائري كصورة للطلاق التعسفي.¹

البند الثاني: أنواع الطلاق في القانون.

في التشريع الجزائري الطلاق ثلاث أنواع، وهي الطرق الثلاث التي يقع بها: فيتم بإرادة الزوج أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة م48 ق ا ج . وتفصيل ذلك كما يلي:

الفقرة الأولى: الطلاق بإرادة الزوج.

وهو الطلاق المقرر شرعا، حيث أباح للزوج بعد استنفاد جميع الوسائل التي تسبق الطلاق عادة، وهي الموعدة الحسنة والمهر في المضجع والضرب بغرض التأديب ومحاولة الصلح فإذا تعذر عليه ولم يفلح الزوج فيها جميعا أمكن له استعمال حقه في الطلاق،² وعليه فللزوج الحق في إيقاع الطلاق مادام مراعي لما قرره الشرع و إلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه، وإذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" م52 معدلة ق أسرة."

الفقرة الثانية: الطلاق بتراضي الزوجين.

وهو إنهاء الرابطة الزوجية باتفاقهما وبناء على رغبتهما معا، حيث أعطى القانون للزوجين حق إنهاء الرابطة الزوجية باتفاق بينهما، فيكون بناء على رغبتهما المشتركة، أو بناء على طلب أحدهما وموافقة الآخر من غير خصومة وعليه فالطلاق بالتراضي يسمح للزوجين إيقاع الطلاق في مدة معقولة ويتم بتقديم الزوج أو الزوجة عريضة مكتوبة إلى كتابة الضبط بالمحكمة، وبها المعلومات الكاملة عنهما والعبارات الواضحة التي تفيد اتفاقهما على الطلاق بالتراضي، وفي حال فشل المحكمة في محاولة الصلح بينهما، تحكم بالطلاق بناء على الإرادة المشتركة لهما ووفقا لما عليه الزوجان ما لم يخالف اتفاقهما النظام العام أو يمس بحقوق الآخرين.³

الفقرة الثالثة: الطلاق بطلب من الزوجة.

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري. ج1 ص240

2- ابن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية الجزائر 1429هـ 2008م ص175 - 176

3 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ج1. ص259
225

والزوجة أيضا لها حق طلب حل الرابطة الزوجية بطلاق في التشريع الجزائري إلا أنه حق معلق على سبب من الأسباب الواردة في م 153 ق.أ.ج، كما أنه يجوز لها طلب حل الرابطة الزوجية بالخلع المادة 54 يضاف إليها حالة نشوز الزوج م 55 ق.أ.ج

ونص القانون التونسي في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية على ثلاثة أنواع للطلاق هي:

1. الطلاق بالتراضي بين الزوجين ويتم بالاتفاق بينهما. ولا يثبت هذا الاتفاق إلا متى تم تأكيده أمام القاضي. ويمكن أن يتعلق الاتفاق بمبدأ الفراق وبآثار الطلاق.
 2. الطلاق للضرر الحاصل لأحد الزوجين من الآخر. ومفهوم الضرر هنا كأوسع ما يكون وتقديره المحكمة حسب اجتهادها وفي ضوء ملابسات كل قضية.
 3. الطلاق لإنشاء من الزوج أو برغبة خاصة من الزوجة.
- وبالتالي فعلى طالب الطلاق أن يُبين في عريضة الدعوى أي نوع من الطلاق يطلب.
- وفي كل الحالات، وحسب الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية، فإن القاضي لا يصدر الحكم بالطلاق مهما كان السبب القانوني إلا بعد القيام بمحاولات صلحية وجوبية بين الزوجين.
- أما المشرع المغربي: فقد نص على أن الطلاق يكون من الزوج و الزوجة على حد سواء المادة 78: "الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة." وسماه تطليقا، تمثل في تقدم الزوج أو الزوجة للمحكمة - المادة 94- تحكم به هذه الأخيرة بناء على طلب احدهما بسبب الشقاق، كما تحكم به بناء على طلب الزوجة لأسباب أخرى-المادة98-
- تمثلت في :

1- إخلال الزوج بشروط عقد الزواج.

1 - مادة 53 من قانون الأسرة الجزائري: (الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005) يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون،
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،
- 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،
- 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،
- 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه،
- 7- ارتكاب فاحشة مبينة.
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين،
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،
- 10- كل ضرر معتبر شرعا.

2- الضرر.

3 - عدم الإنفاق.

4 - الغيبة.

5 - العيب.

6 - الإيلاء والمهجر.

وعدّ من أنواع الطلاق¹ الطلاق بالاتفاق بين الزوجين -المادة114- و الطلاق بالخلع - المادة 115-

وكلها طرق يقع بها الطلاق وعند عدّها لأنواع تبنت الأنواع الواردة في الفقه الإسلامي:

الطلاق الرجعي والطلاق البائن، المادة 122: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالي التطبيق للإيلاء وعدم الإنفاق. المادة 123: "كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك."

أما بقية التشريعات العربية فقد تبنت التقسيم الفقهي في الشريعة الإسلامية للطلاق والتي سبق بيانها أعلاه.

الفرع الثاني: أحكامه و حكمه .

وفيه تناول موقف التقنينات منه إباحة وحظرا وإطلاقا وتقييدا، وهو ما يعرف بجعل الطلاق بيد القضاء، وفي تنظيمها لأحكام الطلاق اختلفت التشريعات العربية، بين مطلق لحق الزوج في إيقاع الطلاق ومقيد له، وهو ما عرف بجعل الطلاق بيد القضاء واختلفت الآثار بعدها بالنظر إلى كون حكم القضاء في الطلاق هل يكون منشئا للطلاق أم كاشفا له ، هذا وتجدر الإشارة إلى أن الطلاق بأنواعه لا يختلف حكمه في هذه المسألة عما جاءت به الشريعة الإسلامية إلا فيما يخص حق الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة ، فالتشريعات المقيدة تنزع هذا الحق من الزوج والمطلقة تثبته بحيث أثبتته تشريعاتها. وتفصيل ذلك كما يلي:

حيث يمثل الفريق الأول المشرع التونسي: حيث نص في الفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية على

أنه: "لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة".

وعليه فليس للزوج أن يطلق الزوجة إلا إذا كان أمام القاضي، ووفقا للقانون نفسه فهو أمر يتساوى فيه

الرجل مع المرأة في حق إيقاع الطلاق فقد جاء في الفصل 31: (يحكم بالطلاق 1:-بتواضي الزوجين.

2-بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر 3.-بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو

مطالبة الزوجة به.)

1- المادة 114: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدإ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا

تضر بمصالح الأطفال. عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطبيق للمحكمة مرفقا به للإذن بتوثيقه. تحاول المحكمة

الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح، أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه. "المادة 115: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق

بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه".

فالمرأة كما الرجل لها الحق في طلب الطلاق ويكون بتقديم طلب للمحكمة، يحكم به بعد جلسات الصلح، أما خارج المحكمة فليس هناك أي اعتبار لما يصدر من الزوج لحل الرابطة الزوجية وإن صدر فيعتبر كأن لم يكن. هذا ويلاحظ أن في جعل الطلاق لا يقع إلا بحكم، سعي من المشرع التونسي للحد من ظاهرة الطلاق ولما يرتبه من آفات اجتماعية ونفسية وتلك كانت حجته¹. أما غير المشرع التونسي² فإن كثير من التشريعات العربية اتجهت إلى إقرار حق الزوج في الطلاق بإرادة المنفردة، وأبقت للقضاء تثبيته كما فعل المشرع الجزائري،

1- جاء في الموقع السوري للدراسات القانونية خبر معنون ب: تونس هي الأولى في الدول العربية والرابعة على العالم في نسبة الطلاق

"لأن الطلاق في تونس قضائي، أي لا يقع إلا أمام المحكمة خلافا لما هو معمول به في عدة دول عربية أخرى، ولأن القانون يجيز للمرأة التونسية تطليق الرجل حسب ما نص عليه الفصل 30 من قانون الأحوال الشخصية، نجد أن النساء في تونس هن الأكثر طلبا للطلاق من الرجال؛ إذ إن ما يتجاوز 50% من قضايا الطلاق التي نظرتها المحاكم التونسية العام الماضي رفعتها تونسيات قررن الخروج من القفص الذهبي لأسباب مختلفة، بعد أن كانت النسبة لا تتجاوز 6% فقط في عام 1960؛ بما يعتبر مؤشرا على أن النسبة لن تتراجع أو تستقر عند هذا الحد".

2- الجزائري : م49: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر"

البحريني: مادة 91: أ- "يقع الطلاق بتصريح من الزوج أمام القاضي. ب- على القاضي قبل تلقيه التصريح بالطلاق أن يحاول إصلاح ذات البين. ج- يثبت الطلاق الواقع خارج المحكمة بالإقرار أو البيعة".

الأردني: المادة 101: "يجب على الزوج أن يسجل طلاقه أمام القاضي وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يسجله فعليه أن يراجع المحكمة الشرعية لتسجيل الطلاق خلال خمسة عشر يوماً وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني وعلى المحكمة أن تقوم بتبليغ الطلاق الغيبي للزوجة خلال أسبوع من تسجيله".

السوري المادة 85: "يكون الرجل متمتعاً بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره". المادة 88: "1- إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق أو معاملة مخالعة أجلها القاضي شهراً أملاً بالصلح 2- إذا أصر الزوج بعد انقضاء المهلة على الطلاق أو أصر الطرفان على المخالعة دعا القاضي الطرفين واستمع إلى خلافتهما وسعى إلى إزالته ودوام الحياة الزوجية واستعان على ذلك بمن يراهم من أهل الزوجين وغيرهم ممن يقدرون على إزالة الخلاف 3- وإذا لم تفلح هذه المساعي سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة واعتبر الطلاق نافذاً من تاريخ إيقاعه

السوداني -132: "يقع الطلاق من الزوج، أو من وكيله أو من الزوجة إن ملكها الزوج أمر نفسها". -133: "يسند الطلاق إلى وقت وقوعه فإن تعذر إثبات ذلك فإلى وقت ثبوت الافتراق وإلا فمن تاريخ الإقرار به أمام المحكمة".

الإماراتي المادة رقم 100: "يقع الطلاق من الزوج، أو من وكيله بوكالة خاصة، أو من الزوجة أن ملكها الزوج أمر نفسها".

المصري قانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920 (بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية)، مادة 5: "كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم 25 لسنة 1920". مادة 5 مكرراً: على المطلق أن يوثق بإشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق.

ويذكر أن المادة 49 قد أثار جدلا حول وقوع الطلاق، وعليه فالطلاق يقع خارج المحكمة، وما على القاضي سوى تقرير إرادة الزوج في حل الرابطة الزوجية بعد محاولات الصلح، وحكم القضاء يعتبر كاشفا وليس منشئا، بمعنى أن ما يرتبه الطلاق من آثار لا تستوفي إلا بعد صدور الحكم وثبوتها يكون من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، وليس في ذلك تعد على حق المرأة في الحياة الزوجية استمرارا أو حلا، فالزوج وإن كان له الحق في إيقاعه بالإرادة المنفردة إلا أنه محدد بعدد معين، والمرأة لها الحق في حل الرابطة الزوجية سواء بالتطليق في حال الضرر أو بالخلع في غير حالة الضرر. ملف رقم 223019 قرار بتاريخ 15/06/1999 م: "أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنباً للحرج أو تخطياً لقواعد الثبات خلاف للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم." ¹ والمبدأ هو: أن الطلاق يخضع لرقابة القضاء. أما التطليق فيخضع لسلطة القضاء.

المطلب الثالث : الموازنة .

وتكون من حيث المفهوم والأنواع، ومن حيث الأحكام: الحظر والإباحة وجعله بيد القاضي أو بيد الزوج.

الفرع الأول: من حيث المفهوم.

يلاحظ أنه ليس هناك اختلاف بين مدلول الطلاق في الفقه الإسلامي و مدلوله في القوانين العربية، فأحكام الأحوال الشخصية مستمدة في مجملها في هذه الدول من الشريعة الإسلامية وهي مرجعيتها، لذلك رأينا تعريف الطلاق لا يخرج في دلالاته ومنطوقه عما ورد في الفقه الإسلامي. وأن مصطلح التعسف مستحدث في الفقه الإسلامي ومنه أيضا استحدث لفظ الطلاق التعسفي، وهو مصطلح قانوني بدرجة أولى.

الفرع الثاني: من حيث الأنواع.

أنواع الطلاق لم تختلف هي أيضا بين ما ورد في الفقه الإسلامي والقوانين العربية فكلها تعود إلى ثلاثة أنواع، وإن اختلفت من حيث التوسعة فيها والتضييق أو من حيث الإطلاق والتقييد وهذه الأنواع هي: طلاق بإرادة الزوج و طلاق بطلب من الزوجة وطلاق بتراض بينهما الاثنين. ويختلف التفصيل في بيان أنواع الطلاق بين القوانين في ما بينها، فمن يكتفي بذكر التقسيم السابق ومن يتسع في إيراد التقسيمات المختلفة للطلاق كما ورد في الفقه الإسلامي. فبعض التقنينات فصلت فيها وأخرى اكتفت بتقسيم واحد كما هو حال المشرع الجزائري، ولم ينف ذلك اعتباره لتلك التقسيمات فإن التطبيقات القضائية وما سجله شراح القانون في بحثهم لمسألة الطلاق يبين أن تلك التقسيمات لها حضور أيضا في دراسة الطلاق والبحث فيه.

1- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا 2001 طبع الديوان الوطني للأشغال

الفرع الثالث: من حيث الأحكام، الحظر والإباحة جعله بيد القاضي أو الزوج.

وهنا نلاحظ أن في بيان الأصل في الطلاق قولان في الفقه الإسلامي: الحظر أو الإباحة.

والقول بالحظر أو الإباحة، له سنده كما أنه يرتب آثاره تبعاً للقول المختار؛ وبالنسبة لسند كل فريق رأينا أن القول بالحظر أو الإباحة مرتبط بتحقيق قصد الشارع من تشريع الطلاق كوسيلة لحل الرابطة الزوجية، فهو في الأصل مشروع ويبقى الحظر مرتبط بالمفسدة التي يرتبها سوء استعمال هذا الحق، مثلوا له ب: فالقول بالإباحة على الإطلاق ينتج عنه التساهل في حل الميثاق الغليظ وعليه فيحظر إيقاع الطلاق من غير حاجة ولا سبب يوجب بل إن منهج الشرع فيه توجيه وإرشاداً أن يمك الرجل زوجته وإن كرهها فقد يأتي معها خير لا يظهر له: "وعسى أن تكرهوا شيئاً.."

والقول بالإباحة فيه رفع للضرر الذي يلحق أحد الزوجين أو كلاهما إن استمر في علاقة زوجية سمتها البغضاء ومظهرها التشاحن والنفور، إذا فالقول بالحظر أو الإباحة لا يتعلق بمشروعية الطلاق إنما بما يرتبه الأخذ به تبعاً لما يحققه من مصلحة أو يدفعه من مفسدة، يقابلها في القوانين جعل الطلاق بيد القاضي في جميع صورته بحيث لا يقع خارج المحكمة، أو تركه يقع وفق أحكام الشرع في صورته المختلفة ويكون دور القضاء لاحق بحيث يثبت ما صدر من الزوجين أو أحدهما، فمن التشريعات ومعظمها فعل، التزم في تقرير حق إيقاع الطلاق و كلفيته بما جاء في الفقه الإسلامي، ويأتي دور القضاء خاصة في ما يتعلق بإيقاع الطلاق بإرادة الزوج كاشفاً له فالقاضي يثبت إرادة الزوج في المسألة، أما غير هذه الصورة فدور القاضي فيه متفق مع ما وردت به أحكام الفقه في المسألة

وشذ المشرع التونسي برأيه في المسألة و منع حق إيقاع الطلاق عن الزوج بالإرادة المنفردة وجعل دور القضاء في الطلاق منشئاً له بحيث لا يقع إلا أمام القضاء.

المبحث الثاني: جبر الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي

علمنا أن الضرر المعنوي معناه ما يلحق الشخص من أذى معنوي، كالألم والحسرة، وأنواعه متعددة بعدد ما يشملها الجانب المعنوي للإنسان، فقد يكون مرتبطاً بضرر مادي وقد يكون مجرداً عنه، كما أن المساس بالشرف والسمعة يعد من قبيل الضرر المعنوي، ومثله المساس بالمشاعر والعواطف، وهو في شقه هذا يشمل

الضرر الذي ينتجه الطلاق التعسفي، ثم إن هذا الأخير قد يمس مصلحة مالية عند المرأة فيصيبها من جرائه فاقه ويكون ذلك من قبيل الضرر المادي، والذي يهمننا هنا الضرر الذي يصيب المطلقة فيخلف لديها ألماً وحسرة ووحشة. وهو ما يعرف بالضرر المعنوي.

والضرر الناتج عن الطلاق يجبر بالتعويض، يشمل الضرر المادي كما المعنوي، وفي الفقه كما في القانون فإن وقوع الطلاق، وخاصة ما اصطلح عليه بالطلاق التعسفي يرتب ألماً لا محالة فيكون بذلك من قبيل الضرر المعنوي وعليه لم تخل كتب الفقه الإسلامي ولا القانون من بيان هذا النوع من الضرر حكماً وتطبيقاً وفي كيفية جبره، مع ملاحظة أن لكل منهما مسلكه كما يلي:

المطلب الأول: جبر الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي في الفقه.

المطلب الثاني: جبر الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي في القانون.

المطلب الثالث: الموازنة.

المطلب الأول: جبر الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي في الفقه.

مصطلح الطلاق التعسفي مستحدث في الفقه الإسلامي، والطلاق في الفقه الإسلامي يرتب حقوقاً مالية للمطلقة، مثل استحقاقها لكامل المهر ونفقة العدة والمتعة.

هذه الحقوق تأخذ صورة جبر الضرر المعنوي بالمال. كما هو الحال في المتعة والمهر وميراث المطلقة في مرض الموت، كما يجبر بغير المال ويظهر سابقاً لوقوع الطلاق وليس بوقوعه ويتمثل في شروط وقوعه وتحريم الطلاق البدعي. ولأن استحقاق المرأة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول والمتعة بالطلاق يأخذ صورة جبر الضرر المعنوي من حيث سبب مشروعيته والهدف منه، يكون هذا المطلب من فرعين:

الفرع الأول: المتعة

الفرع الثاني: استحقاق المطلقة المهر (قبل الدخول وبعده).

الفرع الأول: المتعة:

وردت المتعة في كتب الفقه وأبحاث الفقهاء كحق للمطلقة مشروع بما جاء في كتاب الله وسنة رسوله، لكنه حق لم يقرر لكل مطلقة ولم يأخذ الحكم نفسه عند كل الفقهاء، وهي في مفهومها وأحكامها وتطبيقاتها صورة من صور جبر الضرر المعنوي، ومن ثم تكون دراستنا في هذا الفرع بتناول مفهوم المتعة ومشروعيتها من جهة، وأحكامها من جهة أخرى.

البند الأول: مفهوم المتعة و مشروعيتها

المتعة حق مالي للمطلقة مشروعة بالكتاب والسنة ، و يتبين من مفهوم المتعة وأحكامها أنها شرعت لجبر الضرر الذي يلحق المطلقة ويتمثل في الآلام النفسية أو جبرا لخاطرها وهي بذلك قريبة لمفهوم الضرر المعنوي.

الفقرة الأولى: مفهوم المتعة.

ويكون بتعريفها لغة واصطلاحا.

أولا- تعريفها لغة:

تأخذ المتعة عدة معاني في اللغة ، المتعة والمتاع والمتعة اسمان يقومان مقام المصدر الحقيقي وهو التمتع: المنفعة والسلعة وكل شيء ينتفع به ويتبلغ به ويتزود منه والفناء يأتي عليه، والمتاع البالغ الجودة ورجل ممتع طويل ومتع الله فلانا وأمتعته إذا أبقاه وأنسأه إلى أن ينتهي شبابه ، وقوله تعالى : ﴿أَفَرَأَيْتَ إِنْ مَتَّعْنَاهُمْ سِنِينَ. ثُمَّ جَاءَهُمْ مَا كَانُوا يُوعَدُونَ. مَا أَغْنَى عَنْهُمْ مَا كَانُوا يُمْتَعُونَ .﴾¹ ... معناه أطلنا أعمارهم ثم جاءهم الموت ، وأمتعته بالشيء ومتعه ملاًه إياه وأمتعته بالشيء أي تمتعت به وكذلك تمتعت بأهلي ومالي ... ويقال أمتعته عن فلان أي استغنيت عنه ... والمتعة أيضا البلغة ويقول الرجل لصاحبه ابغني متعة أعيش بها أي ابغ لي شيئاً آكله أو زادا أتزوده أو قوتا أقتاته... والمتع جمع متعة .. والمتاع كل ما ينتفع به من عروض الدنيا قليلها وكثيرها ومتع بالشيء ذهب به يمتع متعا ... والمتاع المال والأثاث والجمع أمتعة وأمتع جمع الجمع². فالمتعة في اللغة تدور معانيها حول: كل ما ينتفع به من مال وغيره.

ثانياً_ في اصطلاح الفقهاء:

اختلف تعريف المتعة عند الفقهاء المذاهب على النحو التالي:

1. عند الحنفية: عرف الحنفية المتعة بمشم ولاتها جاء في بدائع الصنائع: " والمتاع اسم للعروض في العرف

؛ ولأن لإيجاب الأثواب نظيراً في أصول الشرع ، وهو الكسوة التي تجب لها حال قيام النكاح والعدة ، وأدنى ما تكتسب به المرأة ، وتستتر به عند الخروج ثلاثة أثواب.³"

2. و عند المالكية:

المتعة وهي: " ما يعطيه الزوج ولو عبداً لزوجته المطلقة زيادة على الصداق لجبر خاطرها"⁴

3. وعند الشافعية:

"المتاع في اللغة كل ما ينتفع به كالطعام والثياب وأثاث البيت، وأصل المتاع ما يتبلغ به من الزاد، وهو اسم من متعته بالثقل إذا أعطيته، والجمع أمتعة، ومتعة الطلاق من ذلك، ومتعت المطلقة بكذا إذا أعطيتها إياه

1 - سورة الشعراء، الآية: 205-207

2 - ابن منظور، المرجع السابق. ج14 ص13 وما بعدها

3 - الكاساني، المرجع السابق. ج2 ص204

4 - ابن عرفة الدسوقي، المرجع السابق. ج2 ص426

لأنها تنتفع به وتمتتع به. ¹ وجاء في روضة الطالبين المتعة " اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها إياها". ²

يقول ابن الكثير: في تفسير قوله تعالى: ﴿مَتَّعُوهُنَّ﴾ ولهذا أمر تعالى بإمتاعها، وهو تعويضها عما فاتها بشيء تعطاه من زوجها بحسب حاله، على الموسع قدره وعلى المقتر قدره. ³
ولم نجد للمتعة تعريف عند الحنابلة .

تعليق على التعاريف:

يلاحظ أن الحنفية عرفوا المتعة بمكوناتها (الكسوة)، والشافعية بكل ما ينتفع به وبالتحديد: المال، والمالكية بالغاية منها: مال يجبر به خاطرها لأم الفراق.

فلمتعة عبارة عن مقدار من المال تستحقه المرأة بالطلاق، وعليه فلا تكون إلا بما ينتفع به المال تحديداً، ولا تثبت لغير المطلقة، وفي مقدارها وشروطها أقوال عند الفقهاء يأتي بيانه في حينه.

الفقرة الثانية: مشروعيتها والحكمة منه.

أولاً - مشروعيتها:

المتعة بمعنى ما يدفع للمرأة بعد طلاقها مما ينتفع به مشروعاً بالكتاب والسنة:

فمن القرآن، قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾. ⁴
وقوله أيضاً: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزَيَّنَّتْهَا فَعَالَيْنَ أُمَتَّعْنَ وَأَسْرَخْنَ سَرَاحًا جَمِيلًا . وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالذَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾. ⁵

وقوله أيضاً: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾. ⁶
وقوله أيضاً: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾. ⁷

1 - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، مع تكملة السبكي و المطيعي. دار الفكر، دمشق، دت. ج 16 ص 388

2 - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين. المكتب الإسلامي، بيروت. 1412 هـ / 1991 م ج 7 ص 322

3 - ابن كثير، المرجع السابق. ج 1 ص 642

4 - سورة البقرة، الآية: 236

5 - سورة الأحزاب، الآية: 28

6 - سورة الأحزاب، الآية: 49

7 - سورة البقرة، الآية: 241

حيث دلت هذه الآيات على أن المطلقة لها على مطلقها المتعة.

وجاءت الأحاديث النبوية لتؤكد ذلك ، فقد أخرج البخاري في صحيحه : (تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أميمة بنت شراحيل ، فلما أدخلت عليه بسط يده إليها ، فكأنها كرهت ذلك ، فأمر أبا أسيد أن يجهزها ويكسوها بثمين رازقين.)¹

ومن الآثار ، جاء في موطأ مالك : " ... أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأة له فمتعها بوليدة... وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لكل مطلقة متعة إلا التي تطلق وقد فرض لها صداق ولم تمسس فحسبها نصف ما فرض لها"².

وجاء في سنن البيهقي: "أن الحسن بن علي رضي الله عنهما متع امرأة عشرين ألفاً وزقين من غسل فقالت المرأة متاع قليل من حبيب مفارق."³

فصوص القرآن الكريم وما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وما نقل عن الصحابة تدل في جملتها على مشروعية المتعة.

ثانياً- الحكمة منه المشروعية:

قد شرع الله سبحانه المتعة للمطلقة تطيباً لقلب الزوجة وما يلحقه من ألم وانكسار عند مفارقتها لبيت زوجها، وتخفيفاً لها لما قد يصيبها من وحشة، وهو أي: الرجل بدفعه المتعة لها يسكت السنة السوء من أن تطالها بكلام جارح ويبين بذلك أن طلاقه لها ليس لعيب فيها ولا لسبب منها. جاء في شرح النووي : "ولأن المتعة إنما جعلت لما لحقها من الابتدال بالعقد والطلاق"⁴.

البند الثاني: حكمها وشروطها

الفقرة الأولى: حكمها.

مشروعية المتعة دلت عليه نصوص الكتاب والسنة و أفعال الصحابة، والفقهاء واتفقت كلمتهم على أن المطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها مهرها المتعة لصريح نص الآية: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁵ غير أنهم اختلفوا في حكمها بين الوجوب والندب بالنظر لحال المطلقة ونوع الطلاق، فمنهم القائل بوجوبها و من رأى أنها مستحبة فقط.

1- البخاري، المرجع السابق. كتاب الطلاق ، باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق. ج7ص41

2- مالك بن أنس بن مالك، الموطأ. دار إحياء العلوم العربية. 1414هـ - 1994م . ص 430

3- البيهقي، المرجع السابق، كتاب الصداق ،باب المتعة. ج7ص244.

4- النووي، المجموع شرح المذهب. ج16ص388

5- سورة البقرة، الآية: 236

والقول الأول، هو الحنفية والشافعية والحنابلة، أما المالكية فهم أصحاب القول الثاني. ويرى الفريق القائل بالوجوب¹ حمل الأمر في قوله تعالى: ﴿... ومتعوهن...﴾² على الوجوب ويؤيده قوله ﴿... حقا على المحسنين...﴾ في فقوله ﴿... حقا...﴾ إذ فيها دلالة الوجوب³ "لأن الحقية تقتضي الثبوت، وعلى كلمة إلزام، وإثبات، فالجمع بينهما يقتضي التأكيد." "ولا ينافي الوجوب قوله: * ﴿... حقا على المحسنين...﴾ لأن فاعل الوجوب محسن أيضا."⁴

يقول القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿... حقا على المحسنين...﴾: "أي يحق ذلك عليهم حقا، يقال: حققت عليه القضاء وأحققت، أي أوجبت، وفي هذا دليل على وجوب المتعة مع الأمر بها، فقوله: (حقا) تأكيد للوجوب. ومعنى على المحسنين وعلى المتقين أي على المؤمنين، إذ ليس لأحد أن يقول: لست بمحسن ولا متق، والناس مأمورون بأن يكونوا جميعا محسنين متقين، فيحسنون بأداء فرائض الله ويجتنبون معاصيه حتى لا يدخلوا النار، فواجب على الخلق أجمعين أن يكونوا محسنين متقين. و(حقا) صفة لقوله متاعا أو نصب على المصدر، وذلك أدخل في التأكيد للأمر، والله أعلم."⁵

ومنه أيضا إضافة كلمة المتاع للمطلقات في قوله للمطلقات متاع وأكده بقوله: ﴿... على المتقين...﴾: "والمراد بالمتقين والمحسنين المؤمنون والمؤمن هو الذي ينقاد لحكم الشرع."⁶ ثم إن المتعة بدل حق المطلقة قبل الدخول في المهر فحقها نصفه قبل الدخول وعند تعذر تعيينه لعدم تسميته كان المتعة بدلا عن الفرض فأخذت حكمه، جاء في فتح القدير لابن الهمام: "ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لأنه سقط مهر المثل ووجبت."⁷ وحكم الوجوب اقتصر الحنفية فيه على المطلقة قبل الدخول فقط والتي لم يسم لها مهرا، ووافقهم الحنابلة ونقل عن الإمام أحمد قوله: لكل مطلقة متاع إلا التي لم يدخل بها وقد فرض لها."⁸

1- الحنفية والشافعية والحنابلة، راجع: الكساني، المرجع السابق. ج2ص204، والسرخسي، المرجع السابق. ج5ص65 وما بعدها،

و الشافعي، المرجع السابق ج7 ص32. وابن مفلح، المرجع السابق. ج5 ص288، و به قال الظاهرية، ابن حزم، المحلى ج10ص4

2- سورة البقرة، الآية: 236

3- الكاساني، المرجع السابق. ج2ص204

4- محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، دمشق. 1404هـ-1984م. ج6ص364

5- القرطبي، المرجع السابق. ج3ص203

6- راجع: السرخسي، المرجع السابق. ج5ص65

7- ابن الهمام، المرجع السابق. ج3 ص337

8- ابن مفلح، المرجع السابق. ج5 ص288

وجاء في المغني قول أحمد " : أنا أوجبها على من لم يسم لها صداقا، فإن كان سمي صداقا، فلا أوجبها عليه، وأستحب أن يتمتع وإن سمي لها صداقا. " ¹

أما التي سمي لها صداق قبل الدخول فتستحب فيه عند الحنفية، جاء في البدائع: "فصل بيان ما يسقط به نصف المهر (وأما) الذي تستحب فيه المتعة، فهو الطلاق بعد الدخول، والطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية، وهذا عندنا " ².

بينما شمل عند الشافعية ³ كل مطلقة إلا تلك التي سمي لها المهر قبل الدخول ودليلهم الآيتين السابقتين في قوله تعالى : ⁴ ﴿مَتَّعُوهُنَّ﴾ و قوله أيضا: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ ⁵ فالأمر هنا بالتمتع جاء للوجوب وشمل كل مطلقة دخل بها أم لا، أما التي سمي لها قبل الدخول فيكتفى بنصف المهر لغير ما لحقها من إيحاء، لأن الله تعالى علق وجوب المتعة بشرطين : وهو أن يكون الطلاق قبل الفرض والمسيس، وها هنا أحد الشرطين غير موجود، فصعلت لها المتعة حتى لا يعرى العقد من بدل.

والقول الثاني : هو لملك فإنه حمل الأمر بالمتعة على النذب لقوله تعالى في آخر الآية ﴿... حقا على المحسنين...﴾ أي على المتفضلين المتجملين، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب. ⁶
جاء في حاشية الدسوقي: "وقيل : إنها واجبة إن قلت : إن ﴿... حقا...﴾

و﴿...على...﴾ في الآية يقتضيان الوجوب، قلت: المراد بالحق الثابت المقابل للباطل والمندوب والأمر المستفاد من على للنذب بقرينة التقييد بالمحسنين والمتقين؛ لأن الواجبات لا يتقيد بهم. " ⁷
وعليه يكون الجمهور قولاً واحداً هو وجوبها بالطلاق قبل الدخول من غير تسمية للمهر اختلفوا في حال تسميته قبله فحكمها الاستحباب عند الحنفية... وتسقط عند الشافعية؛ وفي حال الطلاق بعده - سمي المهر أم لم يسم - يبقى على القول بالوجوب الشافعية واكتفى الحنفية والحنابلة بالقول بالاستحباب أما المالكية فالمتعة مستحبة في كل حال.

ويترتب على هذا الخلاف ما يلي:

- 1- ابن قدامة ، المغني. ج 7 ص 185
- 2 - الكساني، المرجع السابق. ج 2 ص 204
- 3- النووي، المجموع. ج 16 ص 388
- 4- و هو قول الشافعي في الجديد حيث نقل عنه في القديم لا متعة لها لاستحقاقها المهر وفيه غنية عن المتعة راجع : الرملي، المرجع السابق. ج 6 ص 364
- 5- سورة البقرة، الآية: 241
- 6- راجع ، الامام مالك، المدونة. ج 2 ص 239
- 7- الدسوقي، المرجع السابق. ج 2 ص 426

أن القول بالندب: لا يقضى بها ولا يتحاصص بها الغرماء ولو مات عنها: "وأما لو مات الزوج قبل أن يتمتعها، أو ردها لعصمته قبل دفعها لها سقطت عنه بائنة كانت أو رجعية... وأما إن ماتت قبل تمام العدة فلا شيء لورثتها؛ لأنها لا تستحقها إلا بعد الخروج من العدة."¹

من خلال تبيان حكم المتعة عند فقهاء المذاهب الأربعة تبين لنا أن شروط المتعة² ما يلي:

- ✓ أنها تكون للمفوضة وهي التي لم يسمى لها مهر قبل الدخول أو سمي لها تسمية غير صحيحة.
- ✓ أن المتعة تثبت بالطلاق، وعليه فحال قيام الزوجية لا مكان للحديث عن المتعة.
- ✓ أن يتكون الفرقة من جانب الزوج و ليس بطلب من الزوجة و لا بسبب منها.
- ✓ أن المتوفى عنها زوجها لا متعة لها إذا كانت الفرقة بسبب أجنبي كالرضاع فحكمه حكم الطلاق لأنه بمنزلته أي الطلاق في تنصيف المهر.

✓ تكون بعد انقضاء العدة و عليه فليس للمطلقة رجعيًا إن راجعها زوجها الرجعة أتم من المتعة في الجبر.

الفقرة الثانية: مقدارها .

تفاوتت آراء الفقهاء في كيفية تقدير المتعة، هل يعتبر في تقديرها حال الزوج، أو حال الزوجة، أو حالهما معاً³: والمرجع في تقدير المتعة قوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾. فالقائلون باعتبار حال الزوج، نظروا إلى صريح الآية في قوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ﴾ فتقديرها على حسب حاله لأنه هو من سيكلف هذه الكسوة ولا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها فإن كان معسراً وكانت موسرة وكلف بكسوتها بما يليق بها كان تكليفها بما لا يستطيع. والقول بتقديرها بحسب حالها لقوله تعالى متاعاً بالمعروف، وليس من المعروف أن تعطى الغنية ذات الثراء كسوة لا تليق بها ولأن المتعة بدل مهر المثل ومهر المثل يقدر بمهر مثيلاتها من أسرتها فتكون المتعة مثله تقدر بحالها، وقول ثالث اعتبار حالهما معاً لأن الله اعتبر حال الزوج في قوله على الموسع قدره واعتبر حال الزوج في قوله متاعاً بالمعروف. وهذا القول هو الأولى بالاعتبار ولأن المتعة في وجوبها مقررة للمطلقة التي لم يفرض لها فإنها تقوم مقام المهر و في تقديرها يرجع إلى ما يصح به المهر فلا ينقص عليه و لا تزيد على نصفه.⁴

1- المرجع نفسه.

2- السرخسي، المرجع السابق. ج6 ص62، الرملي، المرجع السابق، ج6 ص365، شهاب الدين القراني، -الدخيرة (دار الغرب الإسلامي) 1994 ج4 ص450 و أبو إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله الحنبلي، المبدع في شرح المقنع. المكتب

الإسلامي، بروت، 1421هـ - 2000م. ج7 ص167

3- أبوزهرة، الاحوال الشخصية. ص202

4- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ج9 ص6834

وخلاصة القول: أن المتعة شرعت - وذلك محل اتفاق بين الفقهاء - لجبر الفراق عن المطلقة، ففي بيان حكمها وشروطها ومقدارها وإن اختلف الفقهاء فيه، إلا أنهم على أن المتعة بدل مالي لجبر الضرر و رفع الحرج عن الزوجة.

الفرع الثاني: استحقاق المطلقة المهر قبل الدخول:

الصداق هو حق للمرأة بموجب عقد الزواج ويثبت لها بالعقد الصحيح دخل بما أم لا، كما يثبت بالدخول لغير العقد الصحيح، ولأنه حق ثبت بالعقد فإنه لا يسقط مع انحلاله، بل أن المطلقة لها المهر مادامت الفرقة من جانب الرجل إلا أنه تختلف أحكامه قبل الدخول أو بعده. وفي استحقاق المطلقة للمهر قبل الدخول جبر للألم الذي يحدثه ذلك الفراق الذي لم يكن لها يد فيه ومواساة لمشاغرها عن الألم والحسرة، وهو بذلك جبر للضرر المعنوي الذي لحقها. جاء طلاقها قبل الدخول من غير سبب منها. وعليه يكون هذا البند في تحديد مفهوم الصداق وأحكامه من جهة وبيان كيفية جبر الضرر معنوي به من جهة أخرى.

البند الأول : مفهوم الصداق وأحكامه:

الصداق من آثار عقد الزواج ينشأ بموجب العقد، من مسمياته: المهر والفريضة والنحلة¹ يطلق على: مقدار المال الذي تستحقه الزوجة بموجب عقد الزوجة.

الفقرة الأولى: مفهوم الصداق.

ويكون بتعريفه لغة واصطلاحاً

لغة: الصداق في لغة المهر² والمهر والنحلة والفريضة والصدقة، والأجر، والعلائق، والعقر، والحباء³ كلها أسماء لما يعطى المرأة للعقد عليها.

اصطلاحاً: هو اسم للمال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقيا.⁴

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد مدلول المهر إلى:

عرفه المالكية ب: " المال الملتمزم للمخطوبة لملك عصمتها"⁵

وعرفه الشافعية بأنه: " العوض المستحق في عقد النكاح "¹ أو هو: " هو اسم المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطاء "².

1- وهبة الزحيلي الفقه الاسلامي و أدلته ج9 ص6758

2- ابن منظور، المرجع السابق. ج8 ص215

3- ابن قدامة، المغني. ج7 ص160

4- بدران أبو العين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون - الزواج والطلاق -

دار النهضة العربية ، بيروت، دت. ص181

5 - محمد بن عليش، منح الجليل، دار الفكر، دمشق، 1409هـ-1989م . ج3 ص115.

أما الحنفية فعرفوه³ ب: "اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع إما بالتسمية أو بالعقد، واعتراض بعدم شموله للواجب بالوطء بشبهة ومن ثم عرفه بعضهم بأنه اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء. وعند الحنابلة: وهو العوض في النكاح و نحوه"⁴.

وعليه فالصداق يجب بعقد النكاح وبغيره، وهو حق للمرأة، لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾⁵. والصداق بذلك يعني أنه يجب بالعقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول أو الوفاة، يقول تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾⁶ وعليه فالمطلقة قبل الدخول يجب لها نصف المهر ويلحق بها كل من كانت الفرقة فيه من جهة الزوج، كالردة وغيرها، كما يجب بالدخول الحقيقي للوطء بشبهة أو في زواج فاسد.

والذي يعيننا هنا هو استحقاق المطلقة للمهر قبل الدخول لأن بعد الدخول لا وجه للحديث عن ضرر معنوي يجبره ما يدفعه الزوج، إنما هو من قبيل الضرر المادي أما قبل الدخول ففيه معنى جبر الضرر المعنوي وليس هناك ما يلحق المرأة من ضرر مادي في هذه الحال. وعليه يكون البحث خالص في المشروعية والشروط والحكمة من المشروعية في الطلاق قبل الدخول.

الفقرة الثانية: مشروعية الصداق للطلاق قبل الدخول.

مشروع بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾. اتفق الفقهاء على وجوب نصف المهر للزوجة بالطلاق قبل الدخول واختلفوا في الفرقة بغير الطلاق، فتشمل الفسخ كما الطلاق عند الحنابلة⁷ والشافعية⁸ وعليه فإذا كان المهر مسمى عند العقد وكانت التسمية صحيحة والفرقة جاءت من قبل الزوج ك: لايلاء واللعان أو ردة الزوج، تستحق حينها المرأة نصف صداق

1- الماوردي، الحاوي. ج 9 ص 393

2- ابو زكريا النووي. روضة الطالبين و عمدة المفتين. المكتب الإسلامي، بيروت، 1412هـ- 1991م. ج 7 ص 249

3- ابن عابدين، المرجع السابق. ج 3 ص 101

4- منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع. دار الفكر، دمشق، 1402هـ- 1982م. ج 5 ص 129

5- سورة النساء، الآية: 4

6- سورة البقرة، الآية 237

7- البهوتي، المرجع السابق. ج 5 ص 395

8- الشافعي، المرجع السابق. ج 7 ص 236

المسمى، ولا تشمل الخلو؛ ويرى المالكية¹ أن فسخ النكاح، وردّ الزوجة لعيب قبل الدخول لا يوجب شيئاً لها. أما الحنفية² فالفرقة قبل الدخول والخلوة تسقط المهر.

وعليه فشرط استحقاق نصف المهر يكون كالتالي:

أن يكون الفرقة قبل من جهة الزوج (العان، والايلاء و اباء الزوج الإسلام بعد إسلام زوجته) وبسبب منه وأن يكون المهر مسمى عند العقد، فإن كان بطلب من المرأة أو بسبب لم تستحق شيء منه كما في التطليق والردة والفرقة لعيب فيها .

هذا والتسمية عند العقد ليست شرطاً للتصنيف عند الجمهور³ فلو فرض المهر بعد العقد وقبل الدخول كان للمرأة نصفه بالطلاق بخلاف الحنفية⁴ الذين أوجبوا المتعة في هذه الحال .

البند الثاني: جبر الضرر المعنوي للمطلقة باستحقاق الصداق:

إن وجوب نصف المهر قبل الدخول فيه معنى تعويضها عما لحقها في مشاعرها وعواطفها وهي في بدء حياتها الزوجية دون أن يصدر منها ما يبرر فراقها فكان في هذا الوجوب نوع من التعويض والمواساة وقد ألح كثير من الفقهاء لهذا المعنى: يقول الشيخ محمد أبو زهرة: " استحقاق نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فيه معنى التسريح بإحسان الذي أمر الله به لقوله تعالى: ﴿ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾⁵ لأن الفرقة قبل الدخول تجرح نفس المرأة فأوجب الله سبحانه نصف المهر ثم حث الرجل على إعطاء النصف الآخر استحباباً إذا لم يكن الطلاق بطلبها لذا قال تعالى: ﴿ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴾⁶.

ويؤيد ما اشترطه الفقهاء من وجوب أن تكون الفرقة بسبب من قبل الزوج فإن كانت من قبلها لا تستحق شيئاً لان تصرفها هذا ينطوي على معنى إسقاط ما هو واجب لها و نصف المهر ما إلا مال يبذل في غير معاوض فلم يبق له معنى إلا تعويض الأ لم النفسي الذي يصيب المرأة جراء فراق زوجها.⁷

وخلاصة القول أن ما تستحقه المرأة هو جبر للضرر المعنوي بالمتعة وبنصف الصداق بالفراق الذي يلحقها من غير سبب منها ولا من جهتها فسواء كان طلاقاً بعد العقد والدخول فيكون بالمتعة أو كان قبله، وإن كان الضرر الحاصل بالفراق بعد الدخول يتميز عنه بعد الدخول من حيث طبيعته وجسامته فالعشرة الزوجية كما

1 - محمد عليش، المرجع السابق. ج 3 ص 432

2- كمال الدين بن الهمام، المرجع السابق. ج 3 ص 324

3 - ابن قدامة، المغني. ج 7 ص 184

4- ابن عابدين، المرجع السابق. ج 3 ص 110

5- سورة الاحزاب، الآية: 49

6 - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره. ص 224

7 - النجار، "ضمان الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي و القانون" . ص 224

يقول - عبد الله النجار¹ - و اعتياد الزوجة عليها يزيد من وحشة الفراق ويضاعف ألم البعاد عما ألفتته واعتادت عليه لذلك قرر الشارع للمرأة نصف مهر المسمى في الحالة الأولى والمتعة في الحالة الثانية. هذا وإن اختلف الفقهاء حول شروطه فقد اتفقت كلمتهم على أن للمرأة نصف المهر أو المتعة كل في حالته بشرط أن تكون الفرقة ليست من جهتها ولا بسبب منها، وأن فيه معنى التسلية عما قد يصيبها من ألم، وفيه اعتراف من الزوج أن الفراق لم يكن لأمر فيها قد يفتح بابا للألسنة فيطالها ما يمس كرامتها وسمعتها. **المطلب الثاني: جبر الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي في القانون.**

ف ي القانون حدد جبر الضرر المعنوي عن الطلاق التعسفي كما في غيره من الأضرار بالتعويض لكننا لاحظنا استعمال لفظ المتعة في كثير منها .

الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي في مختلف القوانين العربية.

البند الأول: في التشريع الجزائري.

نص المشرع الجزائري على التعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 52 من ق أ ج

"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ."

من خلال نص المادة وما جاء في الاجتهاد القضائي، يتبين لنا جملة ملاحظات:

- أن الطلاق التعسفي يعتبر ضررا يوجب التعويض.

- أن الضرر هنا عام يشمل المعنوي كما يشمل المادي.

- أن الحكم فيه يكون بناء على السلطة التقديرية للقاضي.

- الحالات التي يعتبر فيها الزوج متعسفا عند طلاقه بينها الاجتهاد القضائي².

- أن التعويض يكون للمرأة بطلاقها بالإضافة إلى الحقوق الأخرى ، كالصداق والأموال الخاصة بها نفقة العدة

- أن مقدار التعويض يعود لاجتهاد القاضي .

- التعويض يكون قبل الطلاق كما يكون بعده

- صرح القضاء الجزائري بان التعويض يكون على أساس التعسف في استعمال الحق،

- فرّق بينه وبين المتعة، وليست كل القرارات كذلك بمعنى انه في بعضها يكفي بالنص على التعويض دون

المتعة.

- جاء في القرار³: "أنه إذا كانت أحكام الشريعة تقرر للزوجة المطلقة متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها

لها و هي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة

1 - النجار، الضرر الادبي و مدى ضمانه في الفقه الاسلامي والقانون. ص 218

2- راجع الطلاق التعسفي في التشريع الجزائري في المبحث السابق

الإسلامية . و لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض.¹

- أن استحقاق المطلقة للتعويض يكون وفق شروط المتعة منها: أنه ليست لمن كان طلاقها بطلب منها: "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها، وليست لمن طلقت نفسها بحكم ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة..²

المقانون لم يحدد مقدارا معيناً للتعويض بل يخضع للسلطة التقديرية للقاضي : "إن تقدير التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع، وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا ، إلا إذا كان مجحفاً بأحد الزوجين إجحافاً مألوفاً بالنسبة لحالتيهما."³

- المشرع الجزائري في المادة 52 لم يضع معياراً للطلاق التعسفي كما أنه لم يضع حداً أقصى ولا حداً أدنى للتعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة.

- في تقرير مقدار التعويض يراعى حالتهما من فقر وغنى والطبقة الاجتماعية لكل منهما ويراعى في تقدير المتعة خاصة إمكانيات الزوج المادية: "من المقرر شرعاً أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلاً من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة..."⁴

وعليه يراعى في تقدير التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصاب المطلقة سبب وقوع الطلاق ومبرراته وجهته من جهة، ومراعاة ظروف وأحوال كلا الطرفين، ونسبة التعسف ودرجته من جهة أخرى .

لا يستحق التعويض عن الطلاق التعسفي⁵ إلا عند البتونة و انتهاء العدة وعليه لا يستحق إذا كان الطلاق رجعيًا والعدة قائمة ولقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1982/11/22م بأنه للمطلقة حق النفقة و التعويض و سائر توابع العصمة إذا كان الطلاق غير مبرر من الزوج و لو كان الزواج غير مسجل بالحالة المدنية: "من المقرر قانوناً أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفاً زوجته و نتج عن ذلك ضرر لمطلقتها فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به ،فالحكم لها به فالحكم لها بالتعويض غير شرعي ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئاً. ولما كان في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي و تعديلاً له برفع مبلغ التعويض و نفقة

1- بلحاج العربي، قانون الاسرة مع تعديلات الامر 02/05. ص246

2- المرجع نفسه. ص. 248

3- المرجع نفسه. ص 246

4 - محكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية 1984/03/02، ملف رقم 32779، مق، 1989 العدد 2 ص 61 نقلا عن بلحاج العربي

المرجع نفسه. ص245

5 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري. ج 1 ص 244

العدة و نفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من ق أ ج فهما خاطئا و متى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض و السكن و نفقة الإهمال"¹.

- التعويض يكون للطلاق التعسفي يحكم به للزوجة كما يحكم بصورة مستقلة به إذا لحقها ضرر من الأضرار المدرجة ضمن المادة 41 و 124 من القانون المدني نص القرار: "حيث أن التعويض والنفقة المحكوم بها ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الإضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41- 124 ق م ج ."²

البند الثاني: في التشريعات العربية.

في التشريع المغربي، استعمل المشرع المغربي في المدونة³ مصطلح المتعة،.. حيث أن التقدير الابتدائي لمقابل تمتيع الزوجة لا يتماشى مع فترة الزواج والوضعية المالية للزوج... وعملا بالمادة 84 من المدونة⁴ وإعمالا لقاعدة لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال، ارتأت المحكمة رفع قيمة المتعة إلى... ونصت على أنه يراعى⁵ في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه..

أما التشريع الليبي، فقد ذكر التعويض والمتعة، ويكون التعويض في للمتضرر من الطلاق الرجل أو المرأة وتكون المتعة للمرأة في حال الطلاق التعسفي، حيث ربطت التعويض بالضرر الناتج عن الطلاق سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة⁶ وأعطت للزوجة الحق في المتعة حكمت المحكمة بها إذا كان الطلاق من الزوجة مراعية في تقديره حالة المطلق المادية.¹

1 - م ع غ اش 1989/03/27 ملف رقم 53017 م ق 1991 إلى عدد 1 ص 56

2- المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية 1998/12/15 ملف رقم 214920، الاجتهاد القضائي عدد خاص ص 194

3 - المادة 84 و المادة 97 و المادة 101 مدونة الأسرة المغربية قانون رقم 70.03 .

4-المادة 84: تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، و نفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

5- المادة 97: في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد

83 و 84 و 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسئول لفائدة الزوج

الآخر. يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب.

المادة 101: في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر

6- المادة 39 التاسعة والثلاثون: "التطليق بحكم القضاء إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين تولت المحكمة الفصل في

النزاع. وفي هذه الحالة تعقد المحكمة جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر عليها ذلك وثبت الضرر حكمت بالتطليق فإذا كان

المتسبب في الضرر هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط مؤخر الصداق ومتجمد النفقة مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر . أما إذا

والمشروع التونسي²، لم تذكر المتعة بلفظها واستعمل كلمة الجراية وجعل التعويض للمتضرر من الزوجين سواء كان الضرر ماديا أم معنويا، وأعطى للمرأة جراية تدفع لها بعد العدة تقدر بمثل ما كانت تحياه في ظل الزوجية بما فيها المسكن ودون حد بزمن.

وألزم المشروع العراقي³ الزوج بدفع تعويض عما يلحق الزوجة من ضرر إذا طلقها تعسفا سواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده بحيث يتناسب في مقداره وحالة الزوج المادية ودرجة تعسفه على أن لا يتجاوز في مقداره نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى.

وقد جاء في الأسباب الموجبة لتشريع⁴ (أنه حماية للزوجة المطلقة من تعسف زوجها من إيقاع الطلاق لما يلحق بها من ضرر ينجم عن هذا الطلاق دون سبب من الزوجة، إذ يعد الزوج في هذه الأحوال متعسفا في استعمال حق الطلاق، وهذا التعسف أو الإساءة في استعمال الحق يجيز للقضاء التدخل من أجل حماية الزوجة التي أصابها الضرر، وتعويضها عن ذلك باعتبار أن حق الطلاق يخضع لإشراف القضاء).

وعليه فالمشروع العراقي قد وضع معايير لتحديد حالة التعسف يحكم بالتعويض بناء على السلطة التقديرية للقاضي واشترط إصابة الزوجة بالضرر بسبب الطلاق، وأن يحكم لها بالتعويض بناء على طلبها.

ونص القانون السوري⁵ على التعويض عن الضرر المادي خاصة، يتبين ذلك من خلال المادة 117 حيث جاء فيها الشروط التي توجب التعويض¹ ونص على المتعة في المادة 61² وبينها في المادة 62 وأوجب المشروع الأردني المتعة وبين حالاتها مقدارها بنص المادة 55³ حيث أعطى للمطلقة قبل الدخول و التي لم

كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض ومؤخر الصداق وذلك كله مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق.

1 - المادة 51: تحدد المحكمة المختصة في حالة وقوع الطلاق نفقة الزوجة المطلقة أثناء عدتها، فإن كان الطلاق بسبب من الزوج حكمت المحكمة بمتعة حسب يسر المطلق أو عسرته دون إخلال بحكم المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون. كما تحكم المحكمة بتحديد نفقة الأولاد بعد مراعاة حكم المادة الحادية والسبعين من هذا القانون

2- الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية : ...لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي و المعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين:(الأول بناء على طلب احد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر، والثاني بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به) و بالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وباللحلول على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن ...

3 -قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم 188 لسنة 1959 المعدل بالقانون رقم 51 لسنة 1985.

4- المادة 39 من القانون المذكور أعلاه(اذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة ان الزوج متعسف في طلاقها، وان الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه بقدر جملة على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى).

5- الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7

يسم لها مهرا المتعة ويكون تعيينها بحسب العرف والعادة وحال الزوج وأن لا تزيد على نصف مهر المثل، و أخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي المادة (134) لا يقل عن نفقة سنة على نفقة ثلاثة سنوات ويراعى في فرضها حال الزوج عسرا ويسرا ويدفع جملة إذا كان الزوج موسرا وأقساطا إن كان معسرا. وقد أخذ به مشروع القانون العربي الموحد الذي أعده مجلس وزراء العدل العرب في المادة (97) الفقرة (ب): " للمطلقة طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق، ويقدره القاضي بما لا يزيد على نفقة ثلاث سنين".

أما كل من المشرع القطري⁴ والسوداني⁵ واليمني⁶ فقد نص على أن المتعة فقط وجعلها حقا للمطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها مهرا بشرط أن لا تكون الفرقة بسبب منها. ونص المشرع الكويتي⁷ على المتعة في مقابل المهر غير المسمى للمطلقة قبل الدخول (المادة 64) كما نص على - التعويض بسبب الفرقة (165 - 165) وسماه متعة تقدر بما لا يتجاوز نفقة سنة بحسب حال الزوج تؤدي

1 - المادة 117 - إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيبصيها بذلك بؤس وفاقا جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال

2 - المادة 61 ف2 إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة ،المادة 62-: المتعة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها ويعتبر فيها حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل

3 - المادة 55 : إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل

المادة 134 : إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا تزيد على نفقة ثلاث سنوات ويراعى في فرضها حال الزوج عسرا ويسرا ويدفع جملة إذا كان الزوج موسرا وأقساطا إذا كان معسرا ، ولا يؤثر ذلك على حقوقها الزوجية الأخرى القانون المؤقت المعدل رقم 82 لسنة 2001.

4- المادة (42ج) - تستحق المطلقة قبل الدخول نصف المهر إن كان مسمي فإن لم يكن مسمي أو كانت التسمية فاسدة حكم لها القاضي بمتعة لا تزيد عن نصف مهر مثلها. المادة (44) يسقط المهر كله أو المتعة إذا وقعت الفرقة بسبب من الزوجة قبل الدخول أو الخلوة (الصحيحة).

5- قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة 1991 م 29 ف(3) تستحق المطلقة، قبل الدخول، نصف المهر، إن كان مسمي، وإلا فتستحق متعة، لا تزيد على نصف مهر مثلها.

6- مادة (37): إذا لم يسم المهر أو سمي تسمية غير صحيحة فالمرأة المطلقة قبل الدخول متعة مثلها من مثله بما لا يزيد على نصف مهر المثل. لقانون رقم (20) لسنة 1992 م بشأن الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم (27) لسنة 1998 م [1] المعدل بالقانون رقم (24) لسنة 1999 م

7- قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية (رقم: 51 / 1984) المادة رقم 64 : "تجب للمرأة متعة يقدرها القاضي بما لا يزيد على نصف مهر المثل ، اذا وقعت الفرقة قبل الدخول او الخلوة الصحيحة في الحالات المبينة في الفقرة ب من المادة 55. المادة

بأقساط شهرية اثر انتهاء العدة بشرط أن لا تكون الفرقة بسبب من الزوجة. ومثله فعل المشرع العماني 1، هذا ونلاحظ أن كثيرا التشريعات العربية سارت في جبرها للضرر الناتج عن الطلاق التعسفي على اعتبار المتعة وسيلة لذلك وقررت ما جاء في الفقه الإسلامي: بأنها تكون للمطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهرا، وأعطت للمطلقة بعد الدخول الحق في المتعة و اكتفى بما كوسيلة لجبر الضرر مع ملاحظة أن بعضها نص على التعويض للطلاق التعسفي في حالاته الموجبة له وبتحقق شروطه، فيكون بذلك للزوجة كما يكون لزوج الحق فيه وهو ما فعله المشرع الليبي واستعمل المشرع الجزائري كلا اللفظين المتعة مرة والتعويض مرة، واقتصرت تشريعات كثيرة على المتعة كوسيلة لجبر ضرر الطلاق التعسفي.

الفرع الثاني: التعويض أم المتعة؟

تكاد تتفق التشريعات العربية في جملتها على أن التعويض عن الطلاق التعسفي يكون بناء على المسؤولية التقصيرية، فالزوج بإيقاعه الطلاق من غير سبب من الزوجة ولا بطلب منها يكون قد ألحق بها ضررا ماديا و هو أقل درجة، وضررا معنويا في مقابل الفائدة التي سيحنيها من الطلاق. وعليه كان الحكم يجبر هذا الضرر بناء على مسؤولية الزوج، ونلاحظ أن التشريع الجزائري قد فصل بين التعويض عن الطلاق التعسفي والتعويض عن الضرر بناء على المسؤولية²، و هو بذلك أعطى للمطلقة حق التعويض بناء على التعسف والضرر الذي يلحقها، وجعل المتعة بدل التعويض في كثير من القرارات القضائية .

رقم 165: اذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة - سوى نفقة عدتها - متعة تقدر بما لا يجاوز نفقة سنة ، حسب حال الزوج ، تؤدي إليها على اقساط شهرية ، اثر انتهاء عدتها ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء.

- يستثنى من حكم الفقرة السابقة :

- التطبيق لعدم الانفاق بسبب إعسار الزوج.

- التفريق للضرر اذا كان بسبب من الزوجة.

- الطلاق برضا الزوجة.

- فسخ الزواج بطلب من الزوجة.

- وفاة أحد الزوجين.

1- المادة 24:ب- يجب الصداق بالعقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول، أو الخلوة الصحيحة، أو الوفاة، ويستحق المؤجل منه بالوفاة أو البيونة ما لم ينص في العقد على خلاف ذلك وتستحق المطلقة قبل الدخول نصف الصداق إن كان مسمى وإلا حكم لها القاضي بمتعة. المادة 91: تستحق المطلقة المدخول بما المتعة حسب يسر المطلق.

2- بنص القرار حيث أن التعويض والنفقة المحكوم بها ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق و تقدير نفقة الإهمال و هذه المبالغ لا

تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية

التقصيرية هي الأضرار المنصوص عليها في المادتين - 41 - 124 ق م ج . " المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية 1998/12/15

ملف رقم 214920، الاجتهاد القضائي عدد خاص ص. 194.

وعليه سار المشرع المغربي¹ حيث أقر حال الطلاق الذي يترتب ضررا تعويضا وحدد أساسه في المسؤولية التقصيرية وليست العقدية بالنص عليه.

والتشريعات العربية في تقريرها لجبر الضرر عموما اختلفت فيما بينها بين الاكتفاء بالمتعة، أو تقرير التعويض أو جعلهما بمسمى واحد، أو التفرقة بين الحالات التي يكون فيها الجبر بالمتعة والجبر بالتعويض. فالمشرع الجزائري مثلا جعل المتعة والتعويض وسيلة واحدة لجبر الضرر عن هذا النوع من الطلاق، فالتعويض عن الطلاق التعسفي يكون بالمتعة؛ فهو في جبره لضرر الطلاق التعسفي يستعمل لفظ المتعة ويطبق مبادئ التعويض. مع ملاحظة أن المتعة وإن شابهت التعويض إلا أن بينهما فروق. و اكتفت كثير من تشريعات بلاد المشرق على النص على المتعة دون الإشارة للتعويض. هذا وقد وجدنا من يعترض² على جبر الضرر بالتعويض ويدعو إلى الاكتفاء بالمتعة التي قررتها الشريعة لأنها أشمل وأنجع.

والحقيقة أن المتعة قد تغني عن التعويض في مسألة الضرر الذي ينتجه الطلاق التعسفي، لكنها لا تغطي كل الضرر فهي محددة في الضرر المعنوي خاصة، من خلال تعريف الفقهاء لها، وعليه إذا لحق ضرر بالزوجة في غير حالات الوحشة، كإساءة السمعة مثلا وهذا من قبيل الضرر المعنوي، أو أصاب المرأة بالفاقة والفقر بسبب الطلاق يكون هنا التعويض وليست المتعة. فيكتفي بالمتعة في ما شرعت له ويمتد التعويض ليشمل كل الأنواع الضرر.

المطلب الثالث : الموازنة:

في الموازنة في جبر الضرر المعنوي للطلاق التعسفي لاحظنا: أن وسيلة الفقه الإسلامي في جبر الضرر المعنوي واضحة ومحددة من حيث الكيفية والمقدار، أما القوانين العربية فهي مشتتة بين التعويض والمتعة. وفي ربط التعويض في الطلاق التعسفي بالأصل في الطلاق الإباحة والحظر، خلط حول الغاية من التعويض هل هي العقوبة أم هي الجبر؟ والذين عارضوا التعويض عن الطلاق التعسفي نظروا إلى التعويض على أنه عقوبة.

الفرع الأول: محل الاتفاق

1- قرار محكمة الاستئناف بالجديدة رقم 06-655 الصادر بتاريخ 06/12/12 في الملف عدد 2006/101/34 و 2006/635/34: "الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض عن الضرر ضد الطرف المسئول عن الشقاق يتمثل في الخطأ التقصيري الناتج عن الاخلال بالالتزامات مفروضة قانونا على الزوجين معا من أجل ضمان ... وعليه فالأساس القانوني للمطالبة بالتعويض هو المسؤولية التقصيرية وليست العقدية بدليل أن الحقوق والواجبات التي بين الزوجين والمنصوص عليها في المادة 51 من المدونة لا يجوز قانونا الاتفاق على مخالفتها لورودها ضمن نص أمر من جهة ولتعلقها بالرباط المقدس يندرج ضمن قواعد النظام العام المغربي".

2- راجع: محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق. ط1، دار المكتبي، دمشق، سوريا 1418هـ -1998م. ص8 وما بعدها. و أيضا كتاب عبد الفتاح عمرو، المرجع السابق. ص178 وما بعدها.

نلاحظ أن القوانين العربية في مجملها تتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية في جبر الضرر المعنوي في ما يلي:
فالطلاق التعسفي يرتب أضراراً مادية كما إذا لم يكن للزوجة معيلاً، وهو أمر يشترك فيه مع باقي طرق حل عقد الزواج، لكن الضرر المعنوي سمة الطلاق التعسفي الأولى وأوضحها آثراً، وجبر الطلاق التعسفي يكون بالمال، وهو وسيلة لجبر الإيحاء واعتراف من الزوج بأن الطلاق لم يكن لتقصير من الزوجة ولا بسببها، وأن الحق في الجبر يثبت إذا كان بسبب من الزوج ولم يكن للزوجة يد فيه. والقول بالجبر يتناسب والحكم القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر. ويتحقق إن كان بإشراف من القضاء في القانون.

هذا والغاية من جبر الضرر الذي يترتب عليه الطلاق التعسفي واحدة في كل من الفقه والقانون، وهي بالدرجة الأولى جبر إيحاء الزوجة بتعبير الفقه، ومواساتها عن الألم الذي يترتب عليه فراق لم يكن لها يد فيه ولا بسبب منها، كما أن تقدير ما يجبر به يعود إلى سلطة القاضي ويكون بمراعاة ظروف كل من الزوج والزوجة.

الفرع الثاني: مواضع الاختلاف.

القول بجبر الضرر الذي ينتج عنه الطلاق التعسفي اختلف مسلك الفقه الإسلامي فيه عن القانون الوضعي: فبينما نص الفقه الإسلامي على نصف المهر قبل الدخول والمتعة قبله وبعده، سارت كثير من التشريعات العربية على اعتبار التعويض وسيلة لجبر الضرر، وقد لاحظنا أن كثيراً منها استعمل لفظ المتعة للدلالة عليه، وهنالك فرق بين المتعة والتعويض وإن اتحدا في الغاية والمقصد.

في تقدير المتعة وتقدير التعويض، اتفقا على أنه يكون للقاضي وإن خالف القانون الفقه، ففي الفقه الإسلامي تقدر المتعة بمراعاة حالة الزوج والزوجة بما لا يرهق الأول ولا يبتذل الثانية، حيث سعى الفقهاء من خلال اجتهادهم إلى تحديد حدا أدنى لها؛ بل هناك من ضبطها بالكسوة وتعداها ليشمل كل ما ينتفع به، ومن سار على أنها مال.

وفي القانون يقدر التعويض بناء على الظروف والملابسة دون تحديد لأدنى ولا أعلى قيمة للتعويض بل يترك لاجتهاد القاضي يحكم به مراعيًا لحال الزوج المالية وحالة الزوجة الاجتماعية قد يدفعه جملة أو على أقساط بحسب مقتضيات الحال، والتعويض يكون على سبيل الوجوب يحكم به في طلاق تعسفي، أما المتعة فيختلف حكمها -وجوباً وندباً- بالنظر إلى نوع الطلاق قبل الدخول وبعده وتسمية المهر من عدمه، وهو اختلاف أيضاً بين الفقهاء فيما بينهم .

الفرع الثالث: أيهما أنجع في جبر الضرر المتعة أو التعويض؟

التشريعات العربية في تنظيمها لأحوال الشخصية وقضايا الطلاق خاصة صرحت أن استمداها كان من الفقه الإسلامي، لكنها في سعيها لمواجهة ظاهرة الطلاق التعسفي استعانت بمبادئ القانون في التعويض واحتفظت بالمسمى، ولا عيب في ذلك فالحكمة ضالة المؤمن، لكنه يعاب عليها في استمداها لمبادئ القانون ومحولة إسقاطه على مبادئ الشريعة ضيعت كثير من نجاعة تلك المبادئ وابتعدت في كثير من الأحوال عن المقاصد

التي شرعت لأجلها في الفقه الإسلامي، وسبب ذلك على ما يبدو ذلك الخلط حين المزج بين أمرين نقصد هنا- المتعة والتعويض - يتفقان نعم في الغاية والسبب لكنهما يختلفان في الأسس التي يقوم عليها كل منهما، والأولى جعل المتعة للمطلقة تعسفاً تطبق وفق أحكام الشرع وهي الأحكام نفسها المنظمة للطلاق، ويحكم بالتعويض وفق مبادئ القانون في الطلاق وفي غيره بتحقيق شروطه الضرر خاصة، فنحفظ بذلك للفقه مبادئه وعليه نحقق مقاصده، ونرعى الحقوق وندفع الضرر بما لا يخالف أحكام الشريعة الغراء.

الختامة

جامعة الأمير
عبد القادر للعلوم الإسلامية

لاحظنا من خلال هذا العمل أن جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي، يلتقيان في جملة نقاط ويفترقان في كثير منها. وقد كان لكل منهما مسلكه ونتائجه في تكييفه وتطبيقاته. هذا وتمثل النتائج المتوصل إليها في:

من حيث المفهوم فإن لفظ الجبر استعمله فقهاء الشريعة الإسلامية كما استعمله فقهاء القانون استعمالاً لم يخرج عن معناه اللغوي من حيث كونه إصلاح الحال، وأنه غاية الضمان عند هؤلاء وثمرة التعويض عند أولئك. واختلفا من حيث موجبات كل منهما، فبينما يجب التعويض بتحقيق أركان المسؤولية، الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما، تتحدد أسباب الضمان في العقد والتعدي والإتلاف. وعلى الرغم من الاختلاف فإن كليهما: "شرعا كوسيلة من وسائل حفظ الحقوق الأفراد وصيانتها".

لاحظنا تقارب في تحديد مفهوم الضرر وأنواعه، بين ما جاء في الفقه الإسلامي وما نص عليه القانون، وإن اختلفا في المسميات، وكيفية جبره، وأن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وإن غاب اصطلاحاً خاصة عند الفقهاء المتقدمين إلا أنه كان حاضراً في معناه ومدلوله وتطبيقاته، وأن استعماله في القانون كان أوسع .

ورأينا أن كلا الاتجاهين كان له موقف من التعويض عن الضرر المعنوي، ما بين معارض ومؤيد وقد أسس كلا منهما ما ذهب إليه بحجج وبراهين، رد عليه الفريق الآخر بحجج أيضاً وأدلة تؤيد رأيه وتدعم ما ذهب إليه؛ وقد استقر القول في القانون الوضعي على القول بالتعويض عن الضرر المعنوي قانوناً وفقهاً وقضاءً، غير أنه لم يزل فريق من مهتمين بالدراسات في الشريعة الإسلامية يرفض فكرة التعويض عن الضرر المعنوي.

وفي تكييف جبر الضرر المعنوي نجد أن كلا منهما له أسسه التي انطلق منها وأن هناك تقاطع بينهما في كثير من المسائل مع تمييز كل اتجاه بمميزات مرتبطة به، وكل منهما طبع الجبر بميزتين العقوبة أو الترضية، لكن الملاحظ أن تكييف الجبر بين العقوبة والترضية مسألة عاجلها فقهاء القانون الوضعي تنظيراً وتطبيقاً ولم يشر إليها فقهاء الشريعة من قريب ولا بعيد.

وصور الضرر المعنوي عديدة ولا يمكن حصرها شملت كل ماله علاقة بالذمة المعنوية للإنسان وهو أمر كان محل الاتفاق بين فقهاء القانون، وما ورد من تطبيقات للضرر المعنوي في الفقه الإسلامي، بينما في القانون الوضعي اختلف فقهاؤه في حصر الضرر المعنوي وأنواعه فاختلفت بذلك آراؤهم حول أقسامه والأساس الذي يقوم عليه التقسيم، لأن الضرر المعنوي هو ضرر شخصي وانتقاله إلى الغير مرتبط بوقت اضمفاء الصفة المالية عليه، وعليه علقت كثير من النصوص القانونية انتقاله للغير باتفاق مع الدائن أو مطالبة به قضاءً، يضاف إليها تعذر حصر أصحاب الآلام النفسية الذين ارتد عليه الضرر خاصة، فوجدنا الفقه والقضاء يميل إلى حصر الضررين بالارتداد في الضرر المعنوي على الأزواج والأقارب

وبتحديد أكثر في درجة ثانية وقد يضاف إليهم كل من يثبت للمحكمة أنه قد تضرر وتألم بصورة فعلية ومباشرة لتألم المضرور الأصلي. أما من حيث الجانب التطبيقي فقد اخترنا الخطبة والطلاق التعسفي كمثالين للضرر المعنوي حيث يظهر الضرر المعنوي مثالا واضحا في مراعاة الشريعة للجانب الإنساني في العلاقة التي ينشؤها عقد الزواج .

ففي الخطبة، الرأي أن ما قرره الشريعة في الهدايا كفيل يجبر كل ضرر بما فيه المعنوي للمعدول عنه أما ما كان خارجا عن العدول بأفعال قد تكون ضمن الخطبة أو أجنبية فجزءا يكون وفق سبيل الشريعة في جبر هذا النوع من الضرر وتكون الهدايا بقيمتها وسيلة فعالة لجبر الضرر الذي لحق بالمعدول عنه سواء كان هذا الضرر نفسيا أو اجتماعيا أو ماديا.

والتشريعات العربية في تنظيمها لأحوال الشخصية وقضايا الطلاق خاصة صرحت أن استمداها كان من الفقه الإسلامي، لكنها في سعيها لمواجهة ظاهرة الطلاق التعسفي استعانت بمبادئ القانون في التعويض واحتفظت بالمسمى، وقد أوردت ذلك خلط حين المزج بين المتعة والتعويض فهما يتفقان نعم في الغاية و السبب لكنهما يختلفان في الأسس التي يقوم عليها كل منهما، والأولى جعل المتعة للمطلقة تعسفا تطبق وفق أحكام الشرع وهي الأحكام نفسها المنظمة للطلاق، ويحكم بالتعويض وفق مبادئ القانون في الطلاق وفي غيره بتحقيق شروطه الضرر خاصة، فنحفظ بذلك للفقه مبادئه عليه نحقق مقاصده، ونرعى الحقوق وندفع الضرر بما لا يخالف أحكام الشريعة الغراء.

وخلاصة القول :

إن جبر الضرر المعنوي، سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي ، الغاية من تنظيمه حفظ الذمة الأدبية للإنسان، ويكون بكل وسيلة تحقق الجبر، بما فيها الجبر المالي، وليس في ذلك امتهان للقيم الإنسانية، بل إن المال يعتبر وسيلة للترضية وهي غاية الجبر ووسيلة ردعية أيضا، على أنه ينبغي ملاحظة ذلك الاختلاف الذي يقوم بين الفقه الإسلامي والقانون، من حيث الأسس التي يقوم عليها والمبادئ التي تنظم أحكامه . والفقه الإسلامي غني بالحلول المنظمة لحياة الإنسان بما في مسائل الضرر المعنوي، وفي القانون الوضعي آليات محكمة من حيث التنظير والتنظيم، وعليه يمكن إيجاد سبل جبر الضرر المعنوي من خلال قواعد القانون، وتطويعها وفق مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

الفهارس

جامعة الأمير
عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الآيات القرآنية.

الصفحة	رقمها	الآية
49	109	﴿فَاعْفُوا وَاصْفَحُوا حَتَّىٰ يَأْتِيَ اللَّهُ بِأَمْرِهِ إِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾
161	178	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾
141-110	179	﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾
120	187	﴿هُنَّ لِبَاسٍ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٍ لَّهُنَّ﴾
55-141	194	﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾
120	226	﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾
233	227	﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَبُعُولَتِهِنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾
120	229	﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾
179	235	﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾
-184		
144-46	236	﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾
239	237	﴿وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا

		فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٢٣٦﴾
236-144	241	﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ ﴿٢٤١﴾
161	245	﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ﴾ ﴿٢٤٥﴾

سورة النساء

93	1	﴿إِنَّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ ﴿٩٣﴾
239	4	﴿وَأْتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ ﴿٢٣٩﴾
219	19	﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ ﴿٢١٩﴾
121	20	﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾ ﴿١٢١﴾
183	23	﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ ﴿١٨٣﴾
54	29	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ ﴿٥٤﴾
219	34	﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ ﴿٢١٩﴾

143	92	﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَفْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا...﴾
19	95	﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَىٰ وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا﴾
47-219	128	﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾
216	130	﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾

سورة المائدة

141-109	45	﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾
---------	----	---

سورة الأنعام

113	108	﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِّكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾
-----	-----	---

سورة النحل

48	126	﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾
----	-----	--

188	91	﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾
-----	----	--

سورة الإسراء

122	32	﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّنى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾
109	33	﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾
117	36	﴿إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ: كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾

سورة الأنبياء

19	83	﴿وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ﴾
----	----	--

سورة المؤمنون

117	3	﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ﴾
-----	---	---

سورة النور

42-112-75	4	﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾
-----------	---	---

سورة الفرقان

19	3	﴿وَلَا يَمْلِكُونَ لِأَنفُسِهِمْ ضَرًّا وَلَا نَفْعًا وَلَا يَمْلِكُونَ مَوْتًا وَلَا حَيَاةً وَلَا نُشُورًا﴾
----	---	---

سورة الشعراء

232	-205 207	﴿أَفَرَأَيْتَ إِنْ مَتَّعْنَاهُمْ سِنِينَ . ثُمَّ جَاءَهُمْ مَا كَانُوا يُوعَدُونَ . مَا أَغْنَى عَنْهُمْ مَا كَانُوا يُمْتَعُونَ﴾
-----	-------------	--

سورة القصص

117	55	﴿وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ﴾
-----	----	--

سورة الروم

121	21	﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ﴾
-----	----	---

مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٩٢﴾

سورة فصلت

﴿ اذْفَع بِاللَّيْلِ هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ ﴾ 34 92

سورة الأحزاب

113-122	5	﴿ اذْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾
234	28	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعَنَّ وَأَسْرَحَنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا . وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالذَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾
240 - 234	49	﴿ طَلِّبُهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾
113	58	﴿ وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينٌ ﴾

سورة يس

﴿ أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ ﴾ 60 188

سورة الشورى

﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾ 40 141- 47

سورة الحجرات

118	06	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا... ﴾
123	11	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَى أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ عَسَى أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الْأَسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ وَمَنْ لَمْ يَتُبْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾
115-125	12	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا ﴾
125	12	﴿ وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا؛ ﴾

فَكَرِهْتُمُوهُ ! وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَحِيمٌ ﴿١١٨﴾

سورة ق

118

18

﴿ مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ ﴾ ﴿١١٨﴾

سورة الطلاق

-232
252

1

﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ ﴿١٢٠﴾

سورة التحريم

120

2

﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ وَاللَّهُ مَوْلَاكُمْ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴾ ﴿١٢٠﴾

سورة القلم

118

11

﴿ هَمَّازٍ مَشَاءٍ بِنَمِيمٍ ﴾ ﴿١١٨﴾

فهرس الأحاديث

الصفحة	الحديث
212	أبغض الحلال إلى الله الطلاق...
120	أتردين عليه حديقته؟...
94	اتق الله حيثما كنت، وأتبع...
113	أتدرون ما المفلس؟....
116	أتدرون ما الغيبة؟....
112	اجتنبوا السبع الموبقات.....
44	ادرؤوا الحدود بالشبهات.....
118	ألا أنبئكم ما العضة؟....
49-41	أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم....
13	الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن.....
96	إن الله تجاوز عن أمي ما حدثت به نفسها...
123	إن الله لا ينظر إلى صوركم وأموالكم....
122	إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء....
112	إن من أربي الربا الاسطالة في عرض المسلم بغير حق....
113	إن من أكبر الكبائر شتم الرجل والديه ...
212	إنما الطلاق لمن اخذ بالساق".....
118	إنهما يعذبان، وما يعذبان في كبير !
125	إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث....
114	أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم كان....
189	أيما امرأة نكحت على صداق أو حباء أو عدة قبل عصمة النكاح فهو لها...
123	أيما ثم أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم...
216	أيما امرأة سألت زوجها طلاقاً من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة....

123	أبما امرئ قال لأخيه: يا كافر
123	بحسب امرئ من الشر، أن يحقر أخاه المسلم...
138-78	بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم قسما....
93	الطَّيِّبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ...
234	تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أميمة بنت شراحيل،....
13	الخراج بالضمان....
217	طلق رسول الله صلى الله عليه وسلم حفصة ثم راجعها
11	" العجماء عقلها جُبَار "....
110	في العقول أن في النفس مائة من الإبل...
36	كل المسلم على المسلم حرام....
36	لا تحاسدوا . ولا تناجشوا ،....
219	لا تطلقوا النساء إلا من ربية ...
36	لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ....
93	لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه...
118	لا يبلغني أحد منكم عن أصحابي شيئاً....
118	لا يدخل الجنة نمام....
109	لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم
219	لعن الله كل ذواق مطلق
109	لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتروا في دم مؤمن...."
97	لي الواحد يحل عقوبته و عرضه...
93	ليس المؤمن بالطعان ولا اللعان....
123	ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلمه....
126	ما اسمك؟" قال: حَزْن، فقال: "أنت سهل"...
123	ما يقول ذو اليمين؟
93	مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم..
212-217	مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر....

93-183	المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره...
43	من ترك مالا أو حقا فهو لورثته....
117	من رد عن عرض أخيه، رد الله عن وجهه النار يوم القيامة....
143	من قتل له قتيل فهو بخير النظرين....
119-93	من كانت عنده لأخيه مظلمة...
116	من سلم المسلمون من لسانه ويده....
95	نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يستقاد من ...
179	نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع
13	نهي عن بيع الملاقيح والمضامين"....
15	هل على صاحبكم من دين؟
122	الولد للفراش وللعاهر الحجر...
126	يا معشر من آمن بلسانهم ولم يدخل الإيمان قلبه....

فهرس الأعلام

الصفحة التي وردت بها ترجمته

11

الأزهرى، أبو منصور أحمد

39

ابن انس، مالك

76

ابن راهويه، اسحاق

50

البیهقي، أحمد بن الحسين

47

ابن تيمية، تقي الدين

51

الثوري، سفيان بن سعيد

39

بن ثابت، زيد

77

أبو الثور، إبراهيم بن خالد

116

ابن حجر، أحمد بن علي

49

ابن حزم، علي بن محمد

44

الخطاب، محمد بن محمد

56

الخطبة، جرجول بن أوس

40

ابن حنبل، أحمد

39

أبو حنيفة، النعمان

15

الخدري، أبو سعيد

79

الخرشي، محمد بن عبد الله

16

خفيف، علي

79

خليل، بن أسحاق

179

الدردير، أحمد بن محمد

80

الدسوقي، محمد بن احمد

21

الرازي، محمد بن عمر

38

ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد

21

الزرقاء، أحمد

46

الزهري، ابن شهاب

66	سافيني، فريدريك
141	السدّي، إسماعيل بن عبد الرحمن
40	السرخسي، محمد بن أحمد
67	السنهوري، عبد الرزاق
39	الشافعي، محمد بن إدريس
52	شلتوت، محمود
15	الشوكاني، محمد بن علي
139	الشيبياني، محمد بن الحسن
80	الصاوي، أحمد بن محمد
15	بن أبي طالب، علي
218	ابن عابدين، أمين بن عمر
50	عبد الرزاق، بن همام الصنعاني
50	بن العاص، عمرو
12	ابن عبد السلام، عبد العزيز
41	بن عبد العزيز، عمر
50	ابن عفان، عثمان
25	ابن العربي، أحمد بن عبد الله
117	الغزالي، محمد بن محمد
11	الفراء، يحيى بن زياد
45	ابن القاسم، عبد الرحمن
37	ابن قدامه، عبد الله بن محمد
12	القرافي، أبو العباس
43	القرطبي، محمد بن أحمد
80	القيرواني، عبد الله بن أبي زيد
41	ابن قيم الجوزية
79	ابن الكثير، إسماعيل بن عمر
218	الكساني، أبو بكر بن مسعود
14	الماوردي أبو الحسن علي

77	مجاهد بن جبر
95	المرغيناني ،علي بن أبي بكر
77	مسروق بن الأجدع
51	سعيد بن المسيّب
190	ابن مفلح ،ابراهيم بن محمد
80	ابن الهمام ، محمد بن عبد الواحد
13	أبو هريرة ،عبد الرحمن بن صخر
40	أبو يوسف

عبد القادر للعطوم الإسلامية

فهرس المصادر والمراجع

I. تفاسير القرآن الكريم.

- الرازي، أبو عبد الله محمد فخر الدين،
1 - مفاتيح الغيب التفسير الكبير. ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1420 هـ .
- ابن عاشور، محمد الطاهر،
2 - التحرير والتنوير. دار سحنون، دط، دت .
- ابن العربي أبو بكر المالكي،
3 - أحكام القرآن. ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424 هـ - 2003 م .
- القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري،
4 - الجامع لأحكام القرآن، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384 هـ - 1964 م.
- ابن كثير، إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي،
5 - تفسير ابن كثير، دار طيبة، الرياض. 1422 هـ - 2002 م .
- محمد رشيد رضا،
6 - تفسير المنار، الهيئة المصرية للكتاب، دت، دن
- المراغي، مصطفى،
7 - تفسير المراغي. ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1985 م.

II. الحديث وشروحه.

- بن أنس، مالك،
8 - موطأ مالك. دار إحياء العلوم العربية، بيروت، 1414 هـ - 1994 م .
- الباجي، ابو الوليد،
9 - كتاب المنتقى شرح الموطأ. ط2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة. دت
البخاري، محمد بن إسماعيل،
10 - صحيح البخاري. ط1، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر. دار طوق النجاة. بيروت

. 1422 هـ .

- البيهقي، أبو بكر أحمد بن حسين،
11 - السنن الكبرى . تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1424 هـ -
2003 م .
- الحاكم النيسابوري، أبو عبد الله الحاكم،
12 - المستدرک .، دار المعرفة، بيروت، 1418 هـ - 1998 م .
- ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد،
13 - بلوغ المرام من أدلة الأحكام . تحقيق وتخریج وتعليق : سمير بن أمين الزهري، ط7، دار الفلق،
الرياض، 1424 هـ
- 14 - تلخيص الحبير في تخریج أحاديث الرافعي الكبير . ط1، مؤسسة قرطبة، المملكة العربية
السعودية، 1416 هـ - 1995 م .
- فتح الباري شرح صحيح البخاري . دار المعرفة، بيروت، 1379 هـ .
- ابن حنبل، أحمد بن محمد،
15 - مسند أحمد . دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1414 هـ - 1993 م .
- أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق .
16 - سنن أبي داود . المكتبة العصرية، بيروت، دت .
- الزمخشري، أبو القاسم محمود،
17 للفائق في غريب الحديث والأثر . تحقيق علي محمد البجاوي - محمد أبو الفضل إبراهيم، ط2،
دار المعرفة، لبنان .
- الشوكاني، محمد بن علي،
18 - نيل الأوطار . دار الحديث، القاهرة، 1413 هـ / 1993 م .
- الصنعاني، محمد بن إسماعيل ،
19 - سبل السلام، دار الحديث، القاهرة، دت .
- القاري، علي بن سلطان محمد ،
20 - مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح . دار الفكر، دمشق 1422 هـ - 2002 م

- ابن قاضي خان، علاء الدين
- 21 - كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال. تحقيق: بكري حيان - صفوة السقا، ط5، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1401هـ-1981م.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني،
- 22 - سنن ابن ماجه. المكتبة العلمية.
- المباركفوري، أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم ،
- 23 - تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي ، دار الكتب العلمية، بيروت، دت.
- مسلم، بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري،
- 24 - صحيح مسلم، دار إحياء الكتب العربية، بيروت. د ت.
- النسائي، أحمد بن شعيب بن علي ،
- 25 - سنن النسائي. مكتب المطبوعات الإسلامية، 1414هـ - 1994م.

III. العقيدة.

- البغدادي، عبد القاهر بن عبد الله،
- 26 - الفرق بين الفرق وبيان الفرقة الناجية. ط2 دار الآفاق الجديدة، بيروت، 1977م.
- الشهرستاني، أبو الفتح محمد.
- 27 - الملل والنحل. مؤسسة الحلبي. بيروت، دت.
- الغزالي، أبو حامد،
- 28 - إحياء علوم الدين. دار المعرفة، بيروت. د ت .

IV. الفقه الإسلامي.

أ. الفقه الحنفي:

- البغدادي، أبو محمد غانم ،
- 29 - مجمع الضمانات. دار الكتاب الإسلامي د ب. دت.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل ،
- 30 - المبسوط. دار المعرفة، بيروت، 1409هـ-1989م
- ابن عابدين محمد أمين ،
- 31 - رد المختار على الدر المختار. ط2، دار الفكر، بيروت 1412هـ - 1992م .

- الكاساني، أبو بكر مسعود بن أحمد،
32 - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406هـ-1986م .
- المرغيناني، علي بن أبي بكر ،
33 - الهداية في شرح بداية المبتدئ. تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت.
- ابن الهمام. كمال الدين بن عبد الواحد
34 - فتح القدير. دار الفكر، بيروت، د.ت .
- ب. الفقه المالكي:**
- ابن أنس بن مالك، مالك الأصبحي ،
35 - المدونة. ط1 ، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ-1995م .
- الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن،
36 - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ط3 دار الفكر، دمشق، 1412هـ-1992م
- الخرشي، محمد بن عبد الله المالكي ،
37 - شرح مختصر خليل. دار الفكر للطباعة، بيروت، د.ت.
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة ،
38 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار إحياء الكتب العربية، د.ب، د.ت .
- ابن رشد، أبو الوليد ،
39 - بداية المجتهد. ج2، دار الجيل مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة 1424هـ- 2004م .
- الصاوي أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي،
40 - بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير المالكي. دار المعارف، د.ب، د.ت .
- عليش، محمد بن أحمد بن محمد ،
41 - منح الجليل شرح مختصر خليل. دار الفكر، دمشق، 1409هـ-1989م .
- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي
42 - أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب، بيروت، د.ت .
- 43 - الذخيرة. ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1994م .
- المواق المالكي، محمد أبو عبد الله
44 - التاج والإكليل لمختصر خليل. ط1، دار الكتب العلميّة، بيروت 1416 هـ -1994م .

- النفراوي، أحمد شهاب الدين .
- 45 - فواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. دار الفكر، دمشق، 1415 هـ - 1995م
- ت. **الفقه الشافعي:**
- ابن حجر، أحمد بن محمد بن علي الهيثمي،
- 46 - تحفة المحتاج في شرح المنهاج. دار احياء التراث العربي، بيروت، د ت .
- الخطيب الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي:
- 47 - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415 هـ - 1994م.
- الرازي، محمد أبو عبد الله ، الفخر
- 48 - الحصول. دراسة وتحقيق جابر فياض العلواني، ط3، مؤسسة الرسالة، د ن 1413 هـ. 1998م.
- الرملي، محمد بن شهاب الدين
- 49 - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ط3 دار الكتب العلمية، بيروت، 1424 هـ/2003م.
- السنيني، زين الدين أبو يحيى،
- 50 - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب. دار الفكر للطباعة والنشر، 1414 هـ-1994 م
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر ،
- 51 - الأشباه والنظائر، ط1 دار الكتب العلمية، بيروت، 1403 هـ/1983م
- الشافعي، محمد بن إدريس ،
- 52 - الأم. دار المعرفة. بيروت، 1410 هـ-1990م .
- ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز
- 53 - قواعد الأحكام في إصلاح الأنام . ط، 1 دار ابن حزم ، بيروت ، 1424 هـ-2003م
- الماوردي، أبو الحسن علي،
- 54 - الأحكام السلطانية. تحقيق عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية، مصر، دت.
- 55 - الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي. دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ-1999م
- ابن نجيم، زين الدين ،
- 56 - البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ط2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، دت .
- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف ،
- 57 - روضة الطالبين وعمدة المفتين. المكتب الإسلامي، بيروت. 1412 هـ - 1991م .

58 - - المجموع شرح المهذب ، مع تكملة السبكي و المطيعي . دار الفكر، دمشق، دت.

ث. الفقه الحنبلي:

- البهوتي، منصور بن يونس ،

59 - كشف القناع عن متن الإقناع. دار الفكر، دمشق، 11402هـ-1982م .

- ابن تيمية، تقي الدين ،

60 - مجموع فتاوى ابن تيمية. مجمع الملك فهد. 1416هـ -1995م .

ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي،

61 - القواعد. دار الكتب العلمية، بيروت . د.ت

- ابن عبد الله الحنبلي، أبو إسحاق برهان الدين بن محمد ،

62 - المبدع في شرح المقنع. المكتب الإسلامي، بيروت. 1421هـ - 2000م .

ابن قدامة، موفق الدين

63 - الكافي في فقه الإمام أحمد . ط 1. دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ - 1994م .

64 - المغني، ط 1، دار إحياء التراث العربي، دب، 1405هـ - 1985م .

ابن قيم الجوزية ،

65 - إعلام الموقعين عن رب العالمين. تحقيق و تعليق عصام الدين الصباطي، دار الحديث،

القاهرة، 1427هـ-2006م

- المرداوي، علي بن سليمان بن أحمد ،

66 - الإنصاف. دار إحياء التراث العربي. دب، د.ت .

- ابن مفلح، محمد بن محمد المقدسي،

67 - الفروع. ط 4، عالم الكتب، بيروت، 1405هـ-1985م .

ج. فقه مذاهب إسلامية أخرى:

- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد ،

68 - فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية. دار المعرفة، بيروت، 1423هـ - 2004م .

- ابن حزم،

69 - - المحلى، دار الفكر، دمشق. د ت

V . الفقه العام و الأحوال الشخصية

- الأشقر، عمر سليمان:
- 70 - أحكام الزواج، في ضوء الكتاب والسنة . ط، 1 دار النفائس، الأردن، 1418 هـ - 1997 م.
- آث ملويا، حسين بن الشيخ ،
- 71 - المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية. دار هومة ، الجزائر، 2005 م.
- بدران، أبو العين بدران،
- 72 - الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون - الزواج و الطلاق-، دار النهضة العربية، بيروت، دت.
- الجزيري، عبد الرحمن ،
- 73 - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969 م.
- الجندي، محمد الشحات،
- 74 - ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنا بالقانون المدني. دار النهضة العربية، القاهرة، 1411 هـ - 1990 م.
- الحاج أحمد، يوسف بن محمد:
- 75 - الفوائد العلية على الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدرى باشا. ط 1، مكتبة عرفة، دمشق، دت.
- حسنين، حسن ،
- 76 - أحكام الأسرة فقها وقضاء. ط 1، دار الأفاق العربية، مصر، 1422 هـ - 2001 م
- خفيف، علي،
- 77 - الضمان في الفقه الإسلامي. دار الفكر العربي، القاهرة، 2000 م.
- خلاف، عبد الوهاب ،
- 78 - أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية . ط 2، دار القلم، الكويت، 1410 هـ - 1990 م.
- الدبو، إبراهيم فاضل،

- 79 - ضمان المنافع - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني - ط1، دار عمار، بيروت، 1417هـ-1997م.
- الدريبي، فتحي،
- 80 - نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي . ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1401هـ-1981م .
- الرشيد، بن شويخ،
- 81 - شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. دار الخلدونية، الجزائر . 1429هـ -2008م
- الزحيلي، محمد،
- 82 - التعويض المالي عن الطلاق. ط1، دار المكتبي، دمشق، 1418هـ -1998م.
- الزحيلي، وهبة،
- 83 - الفقه الإسلامي وأدلته. ط9، دار الفكر المعاصر، دمشق 1427هـ-2006م .
- 84 - نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-. دار الفكر، دمشق، 1402هـ . 1982م.
- الزرقاء، أحمد،
- 85 - شرح القواعد الفقهية :دار القلم دمشق ط7 . 1428هـ-2007م
- الزرقاء، مصطفى أحمد ،
- 86 - المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي. ط1، دار القلم، دمشق، 1420هـ - 1999م.
- 87 - المدخل الفقهي العام. دار القلم، دمشق، 1418هـ - 1998م.
- 88 - الفعل الضار والضمان فيه. ط1، دار القلم، دمشق. دار العلوم، بيروت. 1409هـ. 1988م.
- أبو زيد، وصفي عاشور ،
- 89 - نظرية الجبر في الفقه الإسلامي. ط1 ، دار السلام للنشر و التوزيع، القاهرة، 1428هـ- 2007م-
- أبو زهرة، محمد ،

- 90 - محاضرات في عقد الزواج وآثاره . دار الفكر العربي . القاهرة، دت
- 91 - الأحوال الشخصية. ط3، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1377 هـ-1957م
- زيدان، عبد الكريم،
- 92 - المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم. ط1، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1413 هـ - 1993 م . ج7
- سعد، عبد العزيز،
- 93 - الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري. ط2 ، دار البعث، قسنطينة، 1989.
- سراج، محمد أحمد:
- 94 - ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1414 هـ-1993م
- شلتوت، محمود،
- 95 - الإسلام عقيدة وشرعية . ط14، دار الشروق، دب، 1407 هـ -1987م.
- شاكر، أحمد محمد ،
- 96 - نظام الطلاق في الإسلام ط1. مكتبة السنة، القاهرة، 1354 هـ
- شتوان، بلقاسم ،
- 97 - الخطبة والزواج في الفقه المالكي. دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، الجزائر.
- الصابوني، عبد الرحمن،
- 98 - نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الاسلام. ط1، دار الفكر المعاصر، لبنان- دار الفكر، دمشق. 1422 هـ-2001م
- الصابوني، محمد علي،
- 99 - شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، منشورات جامعة دمشق، 2000-2001م
- صقر، نبيل،
- 100 قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا. دار الهدى، الجزائر
- عامر، عبد العزيز،

- 101 الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء - الزواج - ط1، دار الفكر العربي، القاهرة. دت
- عثمان، محمد رأفت ،
- 102 فقه النساء في الخطبة و الزواج. دار الاعتصام، القاهرة، دت.
- عودة، عبد القادر،
- 103 للتشريع الجنائي الإسلامي -مقارنا بالقانون الوضعي - ط، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1405 هـ-1985م.
- القلعجي، محمد رواس،
- 104 57-موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، مكتبة الفلاح الكويت ط1 1401 هـ-1981م.
- لجنة خاصة برئاسة: مصطفى الزرقاء،
- 105 مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما. ط1 ، دار القلم، دمشق، 1416 هـ-1996م
- مذكور، محمد سلام،
- 106 المدخل للفقه الإسلامي - نظرية الحق - دار الكتاب الحديث، 1425 هـ-2005م
- محدة، محمد،
- 107 الخطبة والزواج سلسلة فقه الأسرة. ط2 ، الجزائر، 1994 .
- 108 -التركات والمواثيث. ط2 ، مطابع عمار قرني، باتنة، الجزائر. 1994م.
- محمد، محمد نصر الدين،
- 109 أساس التعويض دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون المصري والعراقي . رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق. إشراف د. عبد الودود يحي. جامعة القاهرة كلية الحقوق 1403 هـ 1983م.
- النشار، محمد فتح الله ،
- 110 حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني. دار الجامعة الجديدة للنشر مصر، 2002م.
- الهاجري، أحمد بن محمد الجابر ،

111 القواعد والضوابط في الضمان المالي. ط1، دار إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة السعودية .
1429 هـ. 2008 م.

-الوافي، أحمد،

112 للضرر في الفقه الإسلامي. ط1، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية. 1418 هـ-
1997 م.

VI. القانون

- ابراهيم، طه عبد المولى ،

113 مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني. ط1، دار الفكر والقانون. مصر
2000 م.

-أحمد، إبراهيم سيد،

114 للمسئولية المدنية. دار الكتب القانونية، مصر المطبعة الكبرى، 2006 م.

العربي، بلحاج،

115 قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين
سنة 1966-2006 .

116 النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية. ديوان المطبوعات الجامعية،
الجزائر، 1999 م.

117 الموجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري . ج1- الزواج و الطلاق. ديوان المطبوعات الجامعية
الجزائر 1999 م.

- الحسن اوي، حسن حنتوش ،

118 للتعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية دراسة مقارنة. دار الثقافة للنشر والتوزيع
الأردن. 1999 م .

-الحكيم، عبد المجيد و البكري، عبد الباقي،

119 -الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - ج1 مصادر الالتزام -وزارة التعليم العالي
والبحت العلمي العراقي، العراق.

- الذنون، حسن علي ،

120 المبسوط في شرح القانون المدني -الضرر- . ط1، دار وائل للنشر، الأردن، 2006 م.

- زكي، محمود جمال ،
 121 -مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978م.
 -سابق، سيد ،
 122 -فقه السنة .ط1. دار المؤيد، الرياض، 1422هـ-2001م.
 - السعدي، محمد صبري ،
 123 -شرح القانون المدني الجزائري، ط 2، مصادر الالتزام الجزء الثاني. دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004م.
 -السعيد، مقدم ،
 124 -نظرية التعويض عن الضرر المعنو . المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992م.
 -سلطان، أنور،
 125 -مصادر الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1983م .
 -سليمان، علي علي ،
 126 -دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري. ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دت.
 127 -النظرية العامة للالتزام. ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م
 -السنهوري، عبد الرزاق،
 128 -مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة. دار الفكر، دب، دت.
 129 -للموسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998م .
 -سيد عبد السميع، أسامة
 130 -للتعويض عن الضرر الأدبي دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون. ط1، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2006م.
 -عبد الرحمن، أحمد شوقي محمد ،
 131 -الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية. - المجلد الأول المسؤولية المدنية الشخصية- منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر. 2007.
 -العطار، محمد كاظم كمال ،

- 132 - نحو قانون مدني عربي في ضوء الأيديولوجيات العربية الثورية. منشورات وزارة الثقافة و الفنون. الجمهورية العراقية. 1978م.
- علي، محمد،
- 133 -نشأة القوانين وتطورها. ط1. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1422هـ-2002م.
- قدوس، حسن عبد الرحمن،
- 134 -الحق في التعويض، مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية. دار النهضة العربية، مصر، دت.
- كيرة، حسن ،
- 135 -المدخل إلى القانون . منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دت.
- للصامصة، عبد العزيز ،
- 136 -المسئولية المدنية التقصيرية -الفعل الضار- . ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002م.
- أبو الليل، إبراهيم دسوقي،
- 137 -المسئولية المدنية بين التقييد والإطلاق. دار النهضة العربية، القاهرة. دت
- محمد، محمد نصر الدين ،
- 138 -أساس التعويض دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية و القانون المصري و العراقي . رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق. إشراف د/عبد الودود يحي. جامعة القاهرة كلية الحقوق 1403هـ. 1983م.
- محمد يحي، ياسين ،
- 139 -الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991م .
- مرقص، سليمان،
- 140 -الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسئولية المدنية. ط5، دن، دت.
- 141 -شرح القانون المدني. - 2 في الالتزامات-، المطبعة العالمية، القاهرة، 1964م.
- منصور، إسحاق إبراهيم ،

142 - نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية. ط8 ، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005م.

- النشار، محمد فتح الله،

143 - حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني. دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002م.

VII. معاجم و قواميس

- بدوي، أحمد ،

144 - معجم المصطلحات القانونية - فرنسي-انجليزي-عربي - دار الكتاب المصري، القاهرة دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1410هـ-1989م

-الجوهري، أبو نصر إسماعيل،

145 - الصحاح تاج اللغة. تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار. ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1407 هـ - 1987 م.

-الرازي، زين الدين أبو عبد الله،

146 مختار الصحاح. تحقيق يوسف الشيخ محمد. ط5، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت - صيدا 1420هـ - 1999م.

-ابن سيده، أبو الحسن علي،

147 - المحكم والمحيط الأعظم. ط1، تحقيق: عبد الحميد هندأوي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421 هـ - 2000 م .

-الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل ،

148 - كتاب العين. تحقيق مهدي المخزومي - إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال. دب، دت.

- الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب.

149 - القاموس المحيط. دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان، 2008 م.

- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي،

- 150 - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. المكتبة العلمية، بيروت، دت.
- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد.
- 151 - لسان العرب. دار صادر، بيروت. 2003 م .

VIII. مراجع في ترجمة الأعلام

- الأصفهاني، أحمد بن عبد الله أبو نعيم
- 152 - حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، مطبعة السعادة، مكتبة الخانجي، مصر، 1355 هـ - 1936 م
- حاجي، خليفة،
- 153 - كشف الظنون، وكالة المعارف الجليلية، دب، 1360 هـ - 1941 م
- ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين،
- 154 - وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان. المحقق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، دت.
- الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله،
- 155 - سحير أعلام النبلاء. مؤسسة الرسالة، بيروت، دت.
- الزركلي، خير الدين،
- 156 - للأعلام. ط5، دار العلم للملايين، بيروت، 1980 م.
- ابن سعد، محمد بن منيع الزهري،
- 157 - للطبقات الكبرى. ط5، تحقيق محمد عبد القادر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1410 هـ - 1990 م.
- العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر،
- 158 - لإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتاب العربي، بيروت، دت.
- عطية الله، أحمد،
- 159 - القاموس الإسلامي. ط1، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1390 هـ - 1970 م .
- ابن العماد، عبد الحي أبو الفلاح،
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب. تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، دت.

- عياض، أبو الفضل القاضي بن موسى،
160 ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المملكة المغربية، دت.
- ابن فرحون المالكي، برهان الدين،
161 للديباج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب. ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1329هـ.
- كحالة، عمر رضا،
162 معجم المؤلفين. مكتبة المثنى - دار إحياء التراث العربي، بيروت، دت.
- النبھاني، أبو الحسن،
163 تاريخ قضاة الأندلس. المكتب التجاري، بيروت، دت.
- ابن النديم، أبو الفرج محمد بن إسحاق،
164 المفهرست. المكتبة الرحمانية، مصر، دت.

IX. مراجع فرنسية.

-Christine Cormier.

165-Le préjudice en droit administratif français-étude sur la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques (pris de thèse de l'université de Paris II

-François Terre.PhilipeSimler.Yves Lequette,

166-Droit civil, Les obligations (Daloz 8° edition2002) P860.

-J.Flour.J.Aubert.

167- Les obligations/2-le fait juridique (9edition. Armand Colin 2001).

-Marcel Planiol,Geo rgesRipert.

168-Traité pratique de droit civil français ;tome VII obligations deuxième partie(librairie de droit et de jurisprudence R .Pichon et Durand-Auzias.paris 1954)

-Phillipe Le Tourneau .Loik Cadiet.

169-Droit de la responsabilité et des contrat .DALLOZ
ACTION 2002/2003)

-DR.F .Mackeldey,

170-MANUEL DE DROIT ROMAIN-contenant la théorie des
institues - ,traduit de l Allmand sur la Dixième Edition par
JULES BEVING.

-Mazeaud ,H et L.et Tunc ,André

171-Traité théorique et pratique de la responsabilité Civile en
droit Français. Tom 6;ed1966et ed 1977.

-Yves chartier,

172- La réparation du préjudice. Dalloz .1996.

X . قوانين وأوامر .

أ. قانون الأسرة ،الأحوال الشخصية.

- 173 قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 ... المعدل و المتمم بأمر 02/05
- 174 قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 188 لسنة 1959، قانون رقم 10 لسنة 1984 وقانون
التعديل السادس رقمه 189 صادر بتاريخ 1980
- 175 المدونة المغربية 1 قانون رقم (28 / 2005)
- 176 قانون الأسرة القطري 2006/22
- 177 قانون الأحوال الشخصية الموريتاني قانون رقم 2001-052
- 178 قانون الأحوال الشخصية اليمني،القرار جمهوري بالقانون رقم (20) لسنة 1992م المعدل
بالقانون رقم (27) لسنة 1998م، المعدل بالقانون رقم (24) لسنة 1999م.
- 179 قانون أحكام الأسرة لدولة البحرين، قانون رقم (19) لسنة 2009
- 180 قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم 188 لسنة 1959 المعدل بالقانون رقم 51 لسنة
1985.
- 181 قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/17
- 182 قانون الأحوال الشخصية الأردني القانون المؤقت المعدل رقم 82 لسنة 2001

- 183 قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991
- 184 الكويتي قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية (رقم: 51 / 1984)
- 185 مجلة الأحوال الشخصية التونسية 1956 أمر على مؤرخ في 6 محرم 1376 (13 أوت 1956).

ب. -قوانين أخرى.

- 186 قانون رقم 90-07 مؤرخ في 8 رمضان عام 1410 الموافق 3 ابريل سنة 1990 المتعلق بالأعلام.
- 187 قانون رقم 01-09 مؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1422 الموافق 26 يونيو سنة 2001، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.
- 188 قانون رقم 01-08 مؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1422 الموافق 26 يونيو سنة 2001، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 م، والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
- 189 قانون بأمر رقم 97-10 مؤرخ في 27 شوال عام 1417 هـ. الموافق 6 مارس سنة 1997 م، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.
- 190 القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني
- 191 -الملحق محدد لجدول التعويضات الممنوحة لضحايا حوادث المرور الجسمانية صدر في الجريدة الرسمية عدد رقم 29. الصادرة بتاريخ 20-7-1988م

XI. دوريات ومجلات.

- 192 الجبالي، محمد عبد الستار، "الضمان وما يتعلق به من أحكام" دراسة فقهية مقارنة" مجلة الشريعة والقانون تصدر عن كلية الشريعة والقانون، القاهرة، ع 28.
- 193 خالد عبد الله الشعيب "قاعدة الضرر يزال وشمولها للتعويض عن الضرر المعنوي" مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الكويت. مجلد 23، العدد 75، ديسمبر 2008. ص 233.
- 194 صالح، فواز، "التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم -دراسة مقارنة-" بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية. المجلد 22 العدد الثاني 2006 م.

195 محمود، عبد الغني " مفهوم إصلاح الضرر وطبيعته القانونية".مجلة الشريعة والقانون، عدد الرابع والعشرون، الجزء الثاني، مجلة نصف سنوية تصدرها كلية الشريعة والقانون، القاهرة.

196 أبو مغلي، مهند عزمي " التعويض عن الضرر الأدبي -دراسة مقارنة-" مجلة الشريعة و القانون كلية القانون إ م ع المتحدة العدد:39 رجب 1430هـ-2009م .

197 -النجار، عبد الله مبروك، "ضمان الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي و القانون". مجلة الشريعة و القانون ، كلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر. عدد28.

XII . مواقع الكترونية

1-بالعربية

198 جسطاوي، سامح ، "التعويض عن فوات منفعة "

موقع أحلى بحث /www.ahlabaht.com/ 28 2009/09/

199 للدليمي، نعيم إسماعيل ، "التعويض عن الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون العراقي" (بحث مقدم كجزء من متطلبات الترقية في القضاء 1998)

www .iraqia.org/reseaches/html/taoedh°/°20talaq.htm

200 -سرحان، عدنان: "الضرر"

محاضرات أ.د منشورة على الموقع : جامعة الشارقة - كلية الدراسات العليا - كلية القانون
lawjo.net/vb/attachment.php

201 -أبو سنة، أحمد فهمي، "نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي"

الموقع الإلكتروني: الألوكة،/2551/0/Sharia/http://www.alukah.net

202 شهيد، عمار، قاضي محكمة التحقيق في محكمة النجف الاشرف، "الضرر الأدبي"

، الموقع الإلكتروني: سبله عمان

http://www.elm7abh.com/vip/m7abh57324.html،

203 - عبد الخالق، وليد سعيد، "الدية والتعويض بين الشريعة والقانون".

منتدى الاكواد والصيغ وأحكام النقض والابحاث ، قسم الابحاث و الاوراق والمقالات القانونية "
www.egypt- man.com/vb/t5105.htm بتاريخ:2010/02/80م).

204 عجيل، طارق كاظم ، تطويع التعويض في ظل التحولات الاقتصادية[دراسة في المسؤولية

التقصيرية]

جمهورية العراق وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة ذي قار كلية القانون 1427هـ 2006م

بحث منشور على الموقع العراقية

<http://www.iraqja.org/judicialsheet4/research/tatweaadtareq.htm>

205 القرني، القاضي عبد اللطيف "التعويض عن تفويت الفرصة «الكسب الفائت»

شبكة القضاة الالكترونية

تاريخ <http://www.alqodhat.com/articles.php?action=show&id=16>

الاطلاع: 2010 /05/12

206 المنتشة، محمد عبد الجواد، "التداخل بين الدية والتعويض. "

www.csjd.gov.jo/download/mohammad-alnatsheh.doc -2007

207 لفته، نصير صابر: التعويض العيني (دراسة مقارنة). (رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير بكلية

الحقوق جامعة صدام نوقشت سنة 2001م). منشور على موقع المنشاوي للدراسات والبحوث

www.minshawi.com

2- بالفرنسية:

210-PIERRE SARGOS, Indemnisation des victimes de l'amianté (semaine sociale Lamy .20avril 2009.N°1396).P8

www.wk-rh.fr/actualités /upload/SSL1396_Forum.pdf (على الخط)

10/10

211- Nathalie VÉZINA , Préjudice matériel , corporel et moral variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit.

https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_24/24-1-vezina.pdf

فهرس المواضيع

رقم الصفحة	الموضوع
1	مقدمة
9	الفصل التمهيدي: تحديد مصطلحات الأطروحة
10	المبحث الأول : مفهوم الجبر في الفقه الإسلامي و في القانون الوضعي
10	المطلب الأول: تعريف الجبر لغة و اصطلاحا
10	الفرع الأول : تعريف الجبر لغة
11	الفرع الثاني : تعريف الجبر اصطلاحا
11	البند الأول : تحديد مفهوم الجبر و استعمالاته
13	البند الثاني:تعريف الضمان
17	البند الثالث:علاقة الجبر بالضمان
17	المطلب الثاني : تعريف الجبر قانونا
19	المبحث الثاني : تحديد مفهوم الضرر
19	المطلب الأول : تعريف الضرر لغة و اصطلاحا
19	الفرع الأول : تعريف الضرر لغة
20	الفرع الثاني : تعريف الضرر اصطلاحا
22	المطلب الثاني : تعريف الضرر قانونا
25	المبحث الثالث : تحديد مفهوم الضرر المعنوي
25	المطلب الأول : تعريف الضرر المعنوي لغة واصطلاحا
25	الفرع الأول: تعريف الضرر المعنوي لغة
25	الفرع الثاني : تعريف الضرر المعنوي اصطلاحا
27	المطلب الثاني : تعريف الضرر المعنوي قانونا
30	المطلب الثالث: الموازنة بين التعريفين الفقهي و القانوني

32.....	الباب الأول: أحكام جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي و في القوانين الوضعية.
34.....	الفصل الأول: مشروعية جبر الضرر المعنوي
35.....	المبحث الأول: مشروعية جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
35	المطلب الأول: مشروعية جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي
35.....	الفرع الأول: الضرر المعنوي في كتابات الفقهاء المتقدمين
36	البند الأول: في الجنائيات
42.....	البند الثاني: في باب القذف
45	البند الثالث: في شهادة الزور
46	البند الرابع: في باب الطلاق
47.....	الفرع الثاني: الضرر المعنوي في كتابات الفقهاء المتأخرين
47.....	البند الأول: القائلون بمشروعية جبر الضرر المعنوي بالضمان
48.....	البند الثاني: المانعون لجبر الضرر المعنوي بالضمان
58.....	المطلب الثاني: مشروعيته جبر الضرر في القوانين الوضعية
58.....	الفرع الأول: التطور التشريعي للضرر المعنوي في القوانين الوضعية
58.....	البند الأول: الضرر المعنوي في القانون الروماني
60.....	البند الثاني: الضرر المعنوي في القانون الفرنسي
61	البند الثالث: الضرر المعنوي في القانون المصري
62.....	البند الرابع: الضرر المعنوي في القانون الجزائري
65.....	الفرع الثاني: مبدأ قابلية الضرر المعنوي للتعويض (المؤيدون والمعارضون)
65	البند الأول: الرأي المعارض لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي
69.....	البند الثاني: الرأي المؤيد لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي
70	المطلب الثالث: الموازنة
70	الفرع الأول: محل الاتفاق
71.....	الفرع الثاني: محل الاختلاف
73.....	المبحث الثاني: أساس جبر الضرر المعنوي

73.....	المطلب الأول :أساس جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي
74	الفرع الأول: جزاء الضرر المعنوي عقوبة
79.....	الفرع الثاني: جبر الضرر المعنوي ترضية للمضرور
81	المطلب الثاني: أساس جبر الضرر المعنوي في القوانين الوضعية
81.....	الفرع الأول: نظرية العقوبة الخاصة
84.....	الفرع الثاني:نظرية الترضية
87.	المطلب الثالث : الموازنة
89.....	الفصل الثاني: ضوابط الضرر المعنوي و أنواعه
90	المبحث الأول: ضوابط الضرر المعنوي
90.	المطلب الأول: ضوابط الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي
90.....	الفرع الأول: خصائص الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي
90.....	البند الأول: أنه يمس حقوقا غير مالية
91	البند الثاني:أنه يتعلق بحق العبد
92.....	البند الثالث:البعد الأخلاقي لجبر الضرر المعنوي
94.....	الفرع الثاني : شروط ا الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي
94.....	البند الأول:أن يكون الضرر محققا
96	البند الثاني:أن يكون مشروعاً
98	البند الثالث:أن يكون مباشراً
98	البند الرابع:أن يكون شخصياً
99	المطلب الثاني : ضوابط الضرر المعنوي في القانون الوضعي
99	الفرع الأول: خصائص الضرر المعنوي في القانون الوضعي
99	البند الأول:أنه ضرر غير مادي
100.....	البند الثاني:الأصل أنه لا يقوم بالمال
101.....	الفرع الثاني : شروط الضرر المعنوي في القانون الوضعي
101.	البند الأول:أن يكون محققاً

103 البند الثاني: أن يكون مشروعاً
104 البند الثالث: أن لا يكون قد سبق التعويض عنه
104 البند الرابع: أن يكون مباشراً
105 البند الخامس: أن يكون شخصياً
106 المطلب الثالث: الموازنة
106 الفرع الأول: من حيث الخصائص
106 البند الأول: محل الاتفاق
106 البند الثاني: محل الاختلاف
106 الفرع الثاني: من حيث الشروط
106 البند الأول: محل الاتفاق
107 البند الثاني: محل الاختلاف
108 المبحث الثاني : أنواع الضرر المعنوي
108 المطلب الأول : أنواع الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي
108 الفرع الأول: ضرر المعنوي ناتج عن فعل جنائي
108 البند الأول: الضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء على سلامة الجسد
111 البند الثاني: الضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء الشرف و الاعتبار
115 الفرع الثاني: ضرر المعنوي في غير الجنايات
115 البند الأول: لضرر المعنوي الاجتماعي
119 البند الثاني: الضرر المعنوي النفسي
127 المطلب الثاني: أنواع الضرر المعنوي في القانون الوضعي
127 الفرع الأول: التقسيمات المختلفة للضرر المعنوي :
127 البند الأول: أقسام الضرر المعنوي باعتبار أثره
128 البند الثاني : أقسام الضرر المعنوي باعتبار مصدره
128 البند الثالث: أقسام الضرر المعنوي باعتبار محله
129 الفرع الثاني : صور مختلفة للضرر المعنوي

129.....	البند الأول:الضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء الجسدي
131.....	البند الثاني:الضرر الناتج عن المساس بحقوق الشخصية
134.....	المطلب الثالث : الموازنة بينهما
134.....	الفرع الأول:محل الاتفاق
135.....	الفرع الثاني:محل الاختلاف
136.....	الفصل الثالث: آليات جبر الضرر المعنوي والمستحقون له وانتقاله
137.....	المبحث الأول: آليات جبر الضرر المعنوي
137.....	المطلب الأول : آليات جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي
137.....	الفرع الأول: طرق جبر الضرر المعنوي
138.....	البند الأول:الجبر العيني
139.....	البند الثاني:الجبر بمقابل
142.....	الفرع الثاني: عناصر جبر الضرر المعنوي
142.....	البند الأول:مراعاة الظروف الملازمة
142.....	البند الثاني:تغير الضرر
144.....	المطلب الثاني: آليات جبر الضرر المعنوي في القانون الوضعي
146.....	الفرع الأول: طرق جبر الضرر المعنوي
146.....	البند الأول:الجبر العيني
148.....	البند الثاني:الجبر بمقابل
150.....	الفرع الثاني: عناصر جبر الضرر المعنوي
151.....	البند الأول: مراعاة الظروف الملازمة
153.....	البند الثاني: تغير الضرر
155.....	المطلب الثالث: الموازنة
155.....	الفرع الأول:من حيث طرقه
155.....	البند الأول:أوجه الاتفاق

156 البند الثاني :أوجه الاختلاف
158 المبحث الثاني: أصحاب الحق في الجبر وانتقال هذا الحق إلى الغير
158 المطلب الأول: في الفقه الإسلامي
158 الفرع الأول: أصحاب الحق في الجبر عن الضرر الجسدي و انتقاله للغير
161 الفرع الثاني : : أصحاب الحق في الجبر عن ضرر القذف و انتقاله للغير
163 المطلب الثاني:في القانون
164 الفرع الأول: الضرر المعنوي الأصلي
164 البند الأول :أصحاب الحق في التعويض عن الأضرار المعنوية أصالة
165 البند الثاني : كيفية انتقاله
167 الفرع الثاني: الضرر المعنوي المرتد :
169 البند الأول :الضرر المعنوي المرتد في حال حياة المضرور الأصلي
170 البند الثاني :الضرر المعنوي المرتد في حال موت المضرور
172 المطلب الثالث: الموازنة
172 البند الأول :من حيث أصحاب الحق في الجبر
172 البند الثاني :من حيث انتقال الحق في الجبر
174 الباب الثاني :التطبيقات التشريعية والقضائية
176 الفصل الأول : الخطبة والضرر المعنوي
178 المبحث الأول : مفهوم الخطبة وأحكامها في الفقه و القانون
178 المطلب الأول : مفهوم الخطبة في الفقه والقانون
178 الفرع الأول : مفهوم الخطبة في الفقه الإسلامي
178 البند الأول : تعريفها وحكمها
183 البند الثاني: شروطها والتعريض و التصريح في الخطبة
184 الفرع الثاني:مفهوم الخطبة في القانون
185 البند الأول : تعريفها في الاصطلاح القانوني
186 البند الثاني: علاقة الخطبة بالفاتحة

187	المطلب الثاني : أحكامها في الفقه الإسلامي وفي القانون
187	الفرع الأول: أحكامها في الفقه الإسلامي
187	البند الأول: طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي
189	البند الثاني: حكم العدول عنها و أثاره
190	الفرع الثاني: أحكامها في القانون
191	البند الأول: طبيعة الخطبة في القانون
192	البند الثاني: حكم العدول عنها و أثاره في القانون
195	المطلب الثالث : الموازنة بينهما
195	الفرع الأول: من حيث المفهوم
195	الفرع الثاني: من حيث الأحكام
197	المبحث الثاني: الضرر المعنوي المصاحب للعدول عن الخطبة المطلب الأول: الاتجاهات المختلفة
198	في تعويض الضرر المعنوي في الخطبة في الفقه الإسلامي
198	الفرع الأول: الرافضون للتعويض عن ضرر الخطبة وحججهم
200	الفرع الثاني: القائلون بالتعويض
201	الفرع الثالث: الترجيح المطلب الثاني: الاتجاهات المختلفة
203	لجبر الضرر المعنوي للعدول عن الخطبة في القانون
203	الفرع الأول: التعويض عن الضرر المعنوي في الفكر القانوني المصري الفرع الثاني: جبر الضرر المعنوي في التشريع الجزائري
205	و غيره من الدول العربية
206	الفرع الثالث: الترجيح و القول المختار
207	المطلب الثالث : الموازنة
209	الفصل الثاني : الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي المبحث الأول: مفهوم الطلاق التعسفي وأحكامه

211	في الفقه و القانون
211	المطلب الأول : مفهوم الطلاق التعسفي وأحكامه في فقه
211	الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي
211	البند الأول: تعريف الطلاق
215	البند الثاني: تعريف التعسف و المركب "الطلاق التعسفي"
216	الفرع الثاني: أحكامه في الفقه وحكمه
222	المطلب الثاني : مفهوم الطلاق التعسفي وأحكامه في القانون
222	الفرع الأول : مفهوم الطلاق التعسفي تعريفه أنواع الطلاق
222	البند الأول: تعريف الطلاق التعسفي
225	البند الثاني: أنواع الطلاق في القانون
227	الفرع الثاني: وأحكامه حكمه
229	المطلب الثالث : الموازنة
229	الفرع الأول: من حيث المفهوم
229	الفرع الثاني: من حيث الأنواع
230	الفرع الثالث: من حيث الأحكام
231	المبحث الثاني: جبر الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي
231	المطلب الأول: جبر الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي في الفقه
232	الفرع الأول: المتعة
232	البند الأول: مفهوم المتعة و مشروعيتها
235	البند الثاني : حكمها شروطها
238	الفرع الثاني: استحقاق المطلقة المهر قبل الدخول
238	البند الأول : مفهوم الصداق وأحكامه
240	البند الثاني: جبر الضرر المعنوي للمطلقة باستحقاق الصداق
241	المطلب الثاني: جبر الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي في القانون

241	الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي في مختلف القوانين العربية.....
241	البند الأول: في التشريع الجزائري
243	البند الثاني: في التشريعات العربية
246	الفرع الثاني: التعويض أم المتعة ؟
248	المطلب الثالث : الموازنة
250	الخاتمة
253	الفهارس
254	فهرس الآيات القرآنية
260	فهرس الأحاديث
263	فهرس الأعلام
266	فهرس المصادر و المراجع
286	فهرس المواضيع
295	ملخص باللغة العربية
296	ملخص باللغة الفرنسية
297	ملخص باللغة الانجليزية

ملخص باللغة العربية

قواعد الضرر و ما يتصل بها من أحكام لها أهميتها الموضوعية والتطبيقية ،حيث تنظم مسائل تمس جوانب عديدة من حياة الفرد سواء المادي منها و المعنوي،وهي بذلك وسيلة لحفظ حقوقه وصيانتها ؛و في الفقه الإسلامي تعتبر قاعدة الضرر من القواعد الكبرى التي تدرج تحتها كثير من القواعد و الضوابط المنظمة لكيفية منع الضرر قبل وقوعه و جبره بعده .و في القانون الوضعي عاجلت قواعد المسؤولية المدنية مسائل الضرر ،فالضرر ركن في قيام المسؤولية المدنية و استحقاق التعويض كوسيلة لجبره .

والضرر على نوعين، مادي :وهو الذي يصيب الشخص في ماله أو جسمه أو أي مصلحة تقدر بمال ، وضرر معنوي أو أدبي: وهو الذي يصيب الشخص في شعوره أو عاطفته أو شرفه واعتباره . و الضرر على كل الأحوال حكمه وجوب إزالته .

لكن وإن اشترك كل من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في لفظ الضرر فإن بينهما اختلاف ، إن من حيث الاصطلاح أو من حيث الحكم ،فبينما تقضي القواعد القانونية بالتعويض في حال ثبوت الضرر بنوعيه، نجد أحكام الضمان هي التي تواجه مسائل الضرر .

وللضمان أحكام تناول الفقهاء فيه مبدأ جبر الضرر ضمن مسائل متفرقة تعود كلها أو جلها إلى مبدأ التعويض عن الضرر المادي، دون أن تكون هناك نظرية واضحة تأصيلاً وتطبيقاً فيما يتعلق بالضرر المعنوي ، فضلاً عن تبيان حكم التعويض عنه .

ومما لاشك فيه أن الضرر المعنوي، أو كما يسميه البعض الضرر الأدبي مسألة أسالت ولازالت أقلام كثير من الباحثين القانونيين وفقهاء الشريعة في العصر الحال، من حيث مبدأ التعويض عنه أو جبره في ظل قواعد المسؤولية وقواعد الضمان .

هذا وقوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية مستمدة في جملتها من أحكام الشريعة الإسلامية والمنازعات التي تدور حولها لا تخل من مسائل الضرر المعنوي خاصة مسائل الخطبة والطلاق . ومن ثم تبدو الحاجة الملحة لدراسة الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي حتى يتسنى لنا معرفة حكمه في ميزان الشريعة الإسلامية بالمقارنة مع تلك القواعد التي قررها القانون الوضعي، و ما يجري عليه القضاء .

وعليه تتحدد الإشكالية الرئيسية للموضوع في مشروعية جبر الضرر المعنوي في ظل أحكام الفقه الإسلامي و في القوانين الوضعية بالإضافة إلى الأحكام المتعلقة به ضوابطاً وأنواعاً، وتطبيقاته في مسائل الأحوال الشخصية: الخطبة و الطلاق التعسفي خاصة .و من ثم يكون موضوع الأطروحة إجابة على السؤال التالي:

كيف عالج كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مسائل جبر الضرر المعنوي ؟

Résumé en Français

Les règles du dommage et les dispositions relatives sont importantes en point de vue du fond et leurs applications, d'où elles réglementent les situations qui touchent de nombreux aspects de la vie d'une personne, à la fois physiques et morales, ainsi est un moyen de sauver ses droits et de les sauvegarder.

La jurisprudence islamique considère la « règle du dommage » une des plus grandes règles regroupant différentes règles afin d'éviter ces dommages et leur résolution dans le cas pire.

D'autre part pour la responsabilité civile les dommages sont considérés comme élément primordiale pour l'acquisition de l'indemnisation.

Les dommages sont en deux types : Matériel: qui affecte une personne dans sa richesse ou de son corps, Morale: celui qui affecte une personne dans ses sentiments et l'honneur, et en tout cas ces deux types de dommage devraient être réparés.

La jurisprudence islamiques ainsi le droit civil se partagent l'utilisation du même terme « Dommage » mais se trouvent différents sur les dispositions du règlement.

Les anciennes études islamiques au sujet du dommage se sont basées sur le principe de l'indemnisation du dommage matériel sans la prise en charge de l'indemnisation du dommage moral, alors plusieurs études juridiques et islamiques modernes, leurs recherches ont concentré spécialement sur la légitimité du principe de l'indemnisation du dommage morale.

Les lois du statut personnel dans les pays arabes sont issues des dispositions de la charia islamique et dont beaucoup de conflits enregistrés au sujet de ces lois tournent autour des dommages moraux liés au divorce et fiançailles.

En résultat de ce qui précède, la problématique principale de cette recherche tourne au tour de la légitimité de l'indemnisation du dommage morale en vertu des dispositions de la jurisprudence islamique et dans les lois civiles et ses principales applications en matière de statut personnel en se posant la question suivante :

Quelles sont les dispositions de l'indemnisation du dommage morale dans la jurisprudence islamique et la jurisprudence du droit civil, et quelles sont ses applications dans les dispositions des lois relatives au statut personnel?

Abstract in english

The rules of the damage are important in terms of background and applications, where they regulate situations that affect many aspects of a person's life, both physical and morals and is a means of saving his rights and safeguard.

Islamic jurisprudence considers the "rule" of damage one of the biggest rules involving different rules to prevent such damage and their resolution in the worst case.

In addition to civil liability damages are considered crucial element for the acquisition of compensation.

Damage is of two types: Material: affects a person in his wealth or his body, Morality: one that affects a person's feelings and honor, and in any case these two types of damage should be repaired.

Islamic jurisprudence and civil law share the use of the same term "Damage" but are different on the provisions of the Regulation.

The former Islamic studies about the damage that is based on the principle of compensation for damage without support of compensation for non-pecuniary damage, while many modern legal and Islamic studies, their research has focused specifically on the legitimacy the principle of compensation for moral damage.

The personal status laws in Arab countries are derived from the provisions of Islamic Sharia and many conflicts recorded about these laws revolve around moral damages related to divorce and engagement.

As a result of the above, the main problem of this research turns around the legitimacy of compensation for moral damages under the provisions of Islamic jurisprudence and the civil laws and its main applications in matters of personal status by the following question:

What provision of compensation for moral damage in Islamic jurisprudence and case law of civil law, and what are its applications in the provisions of the laws relating to personal status?