

ضمان الضرر الأتدبى فى الفقه الإسلامى والقانون

دراسة مقارنة

د. عبد الله مبروك النجار

أستاذ بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

عضو مجمع البحوث الإسلامية

محام بالنقض

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيدنا ونبينا محمد بن عبد الله الرحمة المهداة، والنعمة المسداة، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه واتباعه ومن سار على منوال شريعته واتبع منهاج دينه الى يوم الدين، وبعد...

فقد كان ضمان الضرر الأدبي - ولا يزال - بحاجة الى مزيد من الدراسة التي تجلج وجوه بيانه، وتظهر ما يمس حياة الناس من أحكامه، وذلك لحداثة العهد به في القضاء، حيث لم يبدأ الحكم به والنظر اليه كسبب للتعويض الا في فترة متأخرة بدأت - تقريبا - مع منتصف القرن الماضي، وسرعان ما تغيرت النظرة اليه حتى غدا يشكل السبب الاساسي في معظم المنازعات التي تثور امام القضاء، ولهذه الحاجة العملية التي فرضتها ظروف الواقع، ونوازل الحياة غدا تناوله بالبحث امرأ مهما، وهذه الدراسة تجيء في إطار تلك الغاية العلمية السامية، حيث تلقى مزيدا من الضوء على أحكام الضمان الناشئ عنه، ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون وذلك من خلال الفصلين التاليين.

الفصل الأول

التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي ومشروعيتها

في ظل النظم الوضعية المعاصرة

وقيه مبحثان:

المبحث الأول: التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي.

المبحث الثاني: ضمان الضرر الأدبي في ظل النظم الوضعية المعاصرة.

المبحث الأول

التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي في النظم الوضعية

يبدو من خلال الوقوف على ما أثر عن فقه الشرائع القديمة الأولية، ان الفعل الضار - سواء كان ضرره ماديا أم أدبيا - كان يستتبع رد فعل مماثل له، فكان من حق المضرور أن يثار لنفسه، وأن يلحق الأذى بمن أضره، وفي البدء لم يكن لحق الثأر حدود حيث كان المضرور يتدفع في استعمال هذا الحق حسبما تقليه عليه غريزته الجامحة، وكان هذا الانتدفاع يستثير عشيرة الجاني، فيتبادل الفريقان إيقاع الأذى ببعضهما زما طويلا ربما شمل عدة أجيال، ولا يضع حدا لذلك سوى تدخل طرف ثالث، كأن تحاول إحدى العشائر الأخرى فرض تحكيمها على الطرفين المتخاصمين أو يتوسط شخص ذو نفوذ للصلح بينهما، وفي البدء كان السحرة هم الذين يملكون هذا النفوذ، ثم شاركهم فيه بعد ذلك الملوك، فرأت السلطة المركزية، منذ أن اشتد ساعدها ضرورة تحديد حق الثأر منعا من الاسراف فيه، وما يؤدي إليه هذا الاسراف من إثارة الحفائظ واستحكام العداة واضطراب الامن وفقدان الطمأنينة، فنظمت القصاص، وأجازت للمضرور أن يحدث بمن أضره مثل الأذى الذي أصابه، وألزمته في هذا الحد بعدم تجاوز الاحكام التي تستفاد

من تقرير القصاص^(١).

وقد رؤى في مرحلة تالية أن يستعاض عن القصاص بالدية، وبدأت الدية اختيارية بتفق الطرفان المتخاصمان على تحديدها، ثم صارت اجبارية ومحددة القيمة سلفا في كل حالة بحكم العرف أو القوانين^(٢)، غير أن بعض الجرائم الخاصة كجرائم الاعتداء على الشرف لم تخضع لاحكام الدية الاجبارية المسعرة، وظل فيها حق المجنى عليه كاملا في الأخذ بالثأر، وهذا ما يفسر استمرار الميازرة معمولا بها حتى في بعض المراحل الحديثة لتطور القانون^(٣).

ولما ظهر للمجتمع أن بعض الجرائم لا يقتصر ضررها على الافراد بل يجاوزهم اليه، رأت السلطة المركزية ان من واجبها ألا يقتصر على التدخل في المنازعات الخاصة لفرض الدية على الجاني لمصلحة المجنى عليه، وأن تعتبر نفسها صاحبة حق في مجازاة من يرتكب جرما يضر بالمجتمع، ومن هنا نشأ حق الدولة في توقيع عقوبة على الجاني في بعض الأحوال باسم المجتمع كله، واقتصر ذلك في أول الأمر على الأحوال التي كان يقع فيها اعتداء مباشر على كيان الدولة، ونظامها أو أمنها، ثم تبينت الدولة أن بعض الجرائم التي تقع على الافراد مباشرة تمس الدولة ذاتها بصفة غير مباشرة أي من طريق الإخلال بالامن فيها، فمدت حقها في العقاب إلى هذه الجرائم أيضا، واقتصرت في ذلك اول الامر على الجرائم الاكثر خطورة، كالقتل والسرقة ثم توسعت فيه تدريجيا^(٤).

وقد ترتب على ذلك أن صارت الجرائم أو الأفعال الضارة نوعين: أولهما: جرائم خاصة لا تملك الدولة فيها حق العقاب، بل تقتصر فيها وظيفتها على فرض الدية المحددة على الجاني حسما للمنازعات، وثانيهما: جرائم عامة تملك الدولة فيها فوق ذلك

(١) د. سليمان مرقس - الوافي - ٢ - المجلد الثاني - ص ٨٨ - طبعة ١٩٨٨، والوسيط - للسهنوري - ج ١ - ص ٧٦٢ - فقرة ٥١٦ وما بعدها.

(٢) المرجع نفسه ص ٨٩.

(٣) المرجع والمكان السابقان.

(٤) المرجع والمكان السابقان. والوسيط - للسهنوري - المكان السابق.

حق توقيع عقوبة باسم المجتمع، ثم أدى ثبوت حق المجتمع فى ايقاع العقوبة إلى تعديل فى النظر إلى حق المضرور فى الدية، فغلب النظر إلى هذا الحق الاخير باعتباره ترضية وتعويضاً للمضرور أكثر منه عقاباً للمتسبب فى الضرر، ومن ثم نشأ حق التعويض على انقراض حق الثأر، وهكذا نشأت المسئولية المدنية فى أحضان المسئولية الجنائية، فلا عجب إذا انطبعت بطابعها، وتأثرت بأحكامها.

ويمكن اجمال ما اتصفت به كلتا المسئوليتين فى تلك العصور فيما يلى:

أولاً: تأسيس المسئولية، مدنية أم جنائية على مجرد إحداث الضرر بالغير، دون التفات إلى نية الفاعل أو إلى مسئوليته الأدبية.

ثانياً: حصر أنواع الجرائم المدنية والجنائية وتعيين جزاء كل منها، بحيث لا يستوجب الفعل الضار مسئولية صاحبه، إلا إذا كوّن جريمة من الجرائم المنصوص عليها^(٥).

فى القانون الرومانى:

وقد مرت المسئولية فى القانون الرومانى بعدة مراحل انطبعت بطابع التمييز بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة، وقد نص قانون الألواح الاثنا عشر على عد بعض الجرائم التى تقع على الأفراد جرائم عامة، نظراً لما تحدثه بسبب خطورتها من اخلال بالامن كجريمة القتل، ومنذ ذلك الوقت أخذت دائرة الجرائم العامة تتسع تدريجياً، وترتب على ذلك اضطراد توسع فى حق الدولة فى العقاب الى جانب حق المجنى عليه فى الثأر أو الدية^(٦).

(١) المرجع نفسه - ص ٩٠ - ومحاضرات فى المسئولية المدنية - ص ١٧، د. عبد السلام الترماني - محاضرات فى القانون الرومانى - ص ٢٣٦ - مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ١٩٦٤م، والسنيهورى: الوسيط - ص ١٦٧ - ص ١٦٧.

(٢) د. عبد المنعم بدر، ود. عبد المنعم البدر - شرح القانون الرومانى - ص ٥٥٦ - طبعة ١٩٥٤.

وقد تضمن قانون الألواح الاثني عشر بيان بعض جرائم تعتبر الدية فيه اختيارية، وبعض آخر تعتبر الدية فيه اجبارية، فدل بذلك على أنه وضع فى فترة الانتقال من الدية الاختيارية إلى نظام الدية الاجبارية^(٧)، غير أن الدية فى كلتا الحالتين لم تتغير صفتها باعتبارها عقوبة خاصة حلت محل الحق فى الثأر، ولم تصل بعد إلى اعتبارها تعويضاً، أى حقاً مالياً، وكان من آثار ذلك أن الحق فيها كان ينقضى بموت الجانى، ولم يكن يجوز مطالبة ورثته بها^(٨).

ثم نص بعد ذلك قانون أكيليا Aquilia (الصادر سنة ٢٨٧ ق. م، وسنة ٤٦٧ من تأسيس روما) على بعض أنواع أخرى من الجرائم منها جريمة قتل الرقيق أو الماشية ومنها: جرائم جرح الرقيق أو الماشية، وبعض حالات إهلاك أو إتلاف الأشياء المادية الاخرى، وجعل جزاء هذه الجرائم، غرامة خاصة يتقاضاها المجنى عليه، وتقدر بأعلى قيمة بلغها الرقيق أو الماشية التى اهلكت فى خلال السنة الأخيرة أو بأعلى قيمة بلغها ما أتلف من أشياء أخرى فى خلال الثلاثين يوماً الأخيرة، على أن تضاعف هذه القيمة إذا أنكر الجانى جرمته، ثم ثبتت عليه^(٩)، وظهر أن هذه الغرامة كان لها صفة العقوبة الخاصة^(١٠)، إذ لم تكن تقدر بقدر الضرر الحقيقى بل بقدر أعلى قيمة بلغها المال التالف قبل ذلك خلال مدة معينة، وكانت تضاعف فى حالة الانكار، وكان المجنى عليه يملك للمطالبة بهذه الغرامة دعوى خاصة نص عليها القانون وهى: L'actio Leqis Aquilia، وكانت هذه الدعوى مقيدة بشروط كثيرة تضيق من نطاق تطبيق هذا القانون منها:

Girard (f): Manuel elementaire de Droit Roman. Septieme Edition. Paris 1924, P. 417. (٧)

(٨) د. عبد المنعم بدر، والبدر - المرجع السابق - ص ٦٥٧، د. شفيق شحاته - نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى - ص ١٥ - طبعة ١٩٦٣ - المطبعة العالمية بالقاهرة، د. محمود سلام زنتى - نظم القانون الرومانى - ص ٢٩٧ - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٦٦م.

(٩) د. عبد المنعم بدر والبدر - المرجع نفسه - ص ٥٧٨، د. عمر محمود مصطفى - القانون الرومانى - ص ٤٤٢ - الطبعة السادسة ١٩٦٧م - دار المعارف بمصر.

Giffard: Droit Roman et Ancien Droit francais les obligations, 3 emeed (١٠) par Robert Vilievs precis Dalloz, 1970, No, 320, P. 227, ets.

(١) أن يكون قد وقع مساس مادي على مال الغير بغير حق.

(٢) وأن يكون هذا المساس عن طريق عمل ايجابي وليس عن طريق مجرد امتناع.

(٣) وأن يحدث هذا المساس بفعل مادي من الجاني يقع مباشرة على مال الغير، أي أن يقع عن طريق اتصال جسم الجاني بالمال الذي اتلف مباشرة، فلا ينطبق ذلك مثلاً على من يحدث صوتاً مزعجاً بالقرب من ماشية الغير على حافة نهر، فيسبب انزعاجها واندفاعها إلى النهر وهلاكها فيه.

(٤) وأن يكون المجنى عليه مالكا الشيء الذي أتلف، وأن يكون رومانيا غير أجنبي، فلا ينطبق ذلك على صاحب حق الانتفاع بالشيء الذي أتلف ولا على مستأجره أو معيره (١١).

كما كان من المقرر مع ذلك أن هذا القانون لا يسرى على اتلاف العقارات، وقد خفف البريتور والفقهاء فيما بعد من هذه الشروط رغبة في تخويل المجنى عليه الحق في الغرامة الخاصة في حالات لم تكن تتوافر فيها تلك الشروط، ففي حالة جرح الرجل الحر، لم يكن هذا يملك دعوى قانون اكيليا، لان هذه الدعوى كانت مقررة لحالة جرح الرقيق فقط، فحول البريتور الرجل الحر، الذي يصاب بجرح، حق المطالبة بالغرامة عن طريق هذه الدعوى، وحول المجنى عليه مثل هذه الدعوى أيضا في حالة المساس غير المباشر بمال الغير أو بالرقيق المملوك للغير، أي أنه لم يشترط في هذه الدعوى توافر اتصال مادي مباشر بين الجاني والمال الذي أتلفه، بل اكتفى بمجرد التسبب في التلف

(١١) د. عبد المنعم بدر والبيدراوي - المرجع السابق - فقرة ٥٧٧، د. محمد ابراهيم الدسوقي - المستولية المدنية بين لاطلاق والتقييد - فقرة ١٧ - ص ١٦ وما بعدها - دار النهضة العربية، والوسيط للسنهوري - المكان السابق.

وراجع: Gomma (Nooman): Theorie des sources de lobigation these, Paris, 1960, L. G. D. J 1968 P. 131 No. 123 etc. الالتزام - ص ٤٥٩ - هامش ١. وراجع: د. جميل الشرقاوي - مصادر

دون اتصال مادي، كما استعمل الحيلة في افتراض غير المالك مالكا وغير الروماني رومانيا، وخولها الدعوى على أساس هذا الافتراض، وتوسع الفقهاء في تفسير النص الخاص بحالات الاتلاف سابقة الذكر، وطبقوه على كل حالات الاتلاف الاخرى، وبذلك أصبح المساس بمال الغير، أو التعدي الذي يخول حق المطالبة بتوقيع العقوبة الخاصة يشمل كل مساس بمال الغير أو بشخص الغير.

وفيما يتعلق بتقدير الغرامة لم يقف الفقهاء عند حد المساس او التلف المادي الذي أصاب الشيء، بل نظروا إلى الضرر الذي عاد على مالكة، فمثلا إذا قتل عبد كان قد عين وارثا لشخص غير مالكة، وحدث القتل قبل قبول العبد التركية، فالعبرة ليست بثمان العبد القتل فحسب، بل أيضا بقيمة ما ضاع على مالكة من ميراث بسبب هذا القتل، ولكنهم من جهة أخرى لم يكتفوا في تحقيق المسؤولية بمجرد حصول المساس المادي، بل اشترطوا أن ينشأ عن هذا المساس ضرر، وقالوا: إن من يقطع حاصلات غيره بعد نضحها، لا تتحقق مسؤوليته برغم مساسه المادي بمال غيره، لأن هذا المساس لا يترتب عليه ضرر للمالك، اذ ان فصل المحصولات الناضجة عن الارض لا ضرر منه (١٢).

غير أنهم وقفوا عند هذا الحد، ولم يصلوا إلى تعميم القول بأن كل فعل أحدث ضررا بالغير بوجب مسئولية فاعله، سواء أكان الفعل مباشرة أم تسببا وسواء اكانت نتيجته ضررا أو مساسا ماديا بحق الغير (١٣).

وقد حاول الفقهاء أن يسدوا هذا النقص من طرق أخرى، فاستعانوا في ذلك بدعوى الغش Actio doli، وهي دعوى احتياطية لالزام من ارتكب خطأ تدليسيا dolus في بعض الأحوال بقيمة ما سببه من ضرر للغير بخطئه، ولكنهم لم يجعلوا من ذلك مبدأ عاما كما في القانون الحديث غير أن النصوص تعددت عندهم حتى صارت

(١٢) المرجع السابق - فقرة ٥٨١، د. محمود سلام زناتي - السابق - ص ٣٠٥.

(١٣) د. سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ٩٣، والمراجع المشار اليها فيه.

تشمل ليس أغلب الاحوال التي يقع فيها ضرر مادي فحسب، بل - أيضا - الكثير من أحوال الضرر الأدبي (١٤).

ويستبين من ذلك أن القانون الروماني لم يقرر مبادئ عامة للمسئولية، وإنما عرف حلولاً جزئية لمسائل معينة زاد تعددها مع الزمن، ولكن لم تنتظمها قاعدة عامة قط، كما يستبين أيضا أن المسئولية كانت تقوم في الأصل على أساس التعدي المادي وما ينشأ عنه من ضرر، ولم يكن يشترط في قيامها ارتكاب الجاني أي خطأ، لأن دعوى المسئولية حلت محل الحق في الثأر، وهذا لم يكن ينظر فيه إلى مسلك الجاني واعتباره خطأ أو غير خطأ، وغاية الأمر أن الرومان سرعان ما أدركوا أنه لا محل للثأر في الصغير غير المميز ولا من المجنون لأن فعلهما لا يختلف عن فعل الحيوان فاشتروا في مسئولية الجاني أن يكون مميزا ولم يقصدوا بذلك مطلقا أول الأمر أن لا تقوم المسئولية إلا جزاء مسلك خاطئ، ولم تظهر فكرة الخطأ عندهم كشرط لقيام المسئولية إلا في أواخر عهد الجمهورية، وتحت تأثير الفلسفة اليونانية، ثم اشتروا في تطبيق قانون اكيليا، أن يكون في مسلك الجاني الذي وقع منه التعدي خطأ، واكتفوا في ذلك بأدنى خطأ منه *et Levissima Culpa venit in lege Aquilia* وانتهى الأمر أن صار لفظ *injuria* مرادفا لمعنى الخطأ *Culpa*، وهذا بخلاف دعوى الغش التي كان قوامها الخطأ والتدليس.

غير أن فكرة الخطأ هذه لم تحدد ولم توضح معالمها، وقد لازمها هذا الإبهام في مختلف العصور حتى الآن (١٥).

(١٤) المرجع السابق - ص ٩٤، ومحاضرات في المسئولية المدنية - فقرة ٢ - ص ١١، وحسين عامر - المسئولية المدنية - فقرة ١٦٧ - ومحمد نصر رفاعي - الضرر كأساس للمسئولية المدنية - فقرة ٦ - ص ٢١ - والوسيط للسنهوري - المكان السابق - وجميل الشراوي - السابق.

(١٥) د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٩٥، والمراجع المشار إليها فيه، د. عبد العزيز فهمي باشا - قواعد وأثار فقهية رومانية - نقلها إلى العربية - فقرة ٤١ - مطبعة جامعة فؤاد الأول ١٩٤٧م، محمود سلام زنتاني - نظم القانون الروماني - ص ٣٠٩، د. عمر محمود مصطفى - القانون الروماني - ص ٤٤٩ وما بعدها، د. صوفي أبو طالب - تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ٤٤٠ - دار النهضة العربية ١٩٧٥م.

وقد وصل القانون الروماني في أواخر عهده إلى اعتبار الضرر الأدبي كافيا في جميع الأحوال لوجوب التعويض (١٦)، كما كان يقر أحوالا كثيرة يعوض فيها عن الضرر الأدبي في كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية (١٧).

ضمان الضرر الأدبي في القانون الفرنسي القديم:

بدأت المسئولية في القانون القديم، كما بدأت في القانون الروماني، أي باعتبارها بديلا عن حق الثأر، وبالتالي ذات صبغة جنائية تخول المجنى عليه مطالبة الجاني بغرامة محددة، سواء كان ذلك في الجرائم الخاصة أو في الجرائم العامة.

ومنذ أوائل القرن الثالث عشر بدأ القانون الفرنسي يميز بين الجرائم التي تقع على الاموال واعتبر حق المجنى عليه في هذا النوع الأخير من الجرائم حقا مدنيا يخوله التعويض عما أصابه من ضرر.

أما في جرائم الأشخاص فقد اعتبر حق المجنى عليه حقا ذا صبغة جنائية يقصد به توقيع عقوبة على الجاني أو إلزامه بالتكفير عن ذنبه تكفيرا مدنيا *reparation civite*.

وكانت قواعد التكفير المدني تدل على صبغته الجنائية حيث كان حق المطالبة به ينتقل بعد المجنى عليه لا إلى ورثته بل إلى أولياء الدم، وكان ذلك بدء تمييز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية، وقد ساعد ذلك فقهاء القانون الفرنسي القديم على الفصل بين الجرائم ذات الجزاء الجنائي والمدني معا، والأخرى التي لا تستتبع إلا جزاء مدنيا فقط هو تعويض الضرر، كما ساعد على الكشف عن أساس مشترك بين جرائم هذا النوع الأخير هو الإهمال أو عدم التبصر، فظهرت بذلك فكرة الخطأ باعتبارها أساسا للمسئولية في الأفعال الضارة بالأموال (١٨).

(١٦) د. سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ١٥٧.

(١٧) الوسيط - للسنهوري - ج ١ - ص ٨٦٥.

(١٨) المرجع السابق - ص ١٠٦.

نسبة خطأ الى فاعله، فان الفاعل لا يكون مسئولاً عنه (٢٢).

وهكذا كانت المسئولية المدنية في أواخر القرن الثامن عشر أي قبيل الثورة الصناعية وحركة التقنين الكبرى قد تقررت في شأنها قاعدة عامة، واعتبر الخطأ أساساً لها لا تقوم بدونه، كما تقرر إلى جانب ذلك جواز مساءلة المرء عن فعل غيره في أحوال معينة، ومساءلته عن الأضرار التي تقع بفعل حيواناته، أو تنشأ عن سقوط عماراته (٢٣)، ومع ذلك فلم يرد في التقنين الفرنسي القديم تنظيم واضح لمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، وإن كان التعويض عن هذا النوع من الضرر أمراً جائزاً (٢٤).

في التقنين الفرنسي:

حرص واضعوا التقنين على تحديد ضوابط المسئولية المدنية كما وردت في كتابات دوما وبوتيه، وقد صاغت المادة (١٣٨٢) مدني فرنسي، القاعدة العامة التي تنص على أن كل فعل أيا كان يقع من الإنسان، ويحدث ضرراً بالغير يلزم من وقع منه هذا الفعل الضار بخطئه أن يعرض هذا الضرر، وكان دوما قد نص على ذلك من قبل، ثم بدا لهم أن يحذوا حذو بوتيه في التفرقة بين الجنحة وشبه الجنحة، فنصوا على جرائم الإهمال أو أشباه الجنح في المادة (١٣٨٣) مدني فرنسي، حيث قرروا أن المرء لا يسأل عن الضرر الذي سببه بفعله فحسب، بل يسأل أيضاً عما سببه باهماله أو بعدم تبصره (٢٥)، وقد جاءت الأعمال التحضيرية زاخرة بما يدل على قصد واضعي هذين النصين تقرير قاعدة عامة تلزم كل من سبب بخطئه ضرراً للغير، وتحول دون مساءلة من لم يرتكب أي خطأ (٢٦)، وقد اشترطت المادتان المشار إليهما لتحقيق مساءلة الشخص

وقد برز استقلال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية وتأسيسها بوجه عام على خطأ المسئول في مؤلفات الفقيه الكبير دوما Domat عن القوانين المدنية Les lois civiles حيث تكلم عن الأضرار التي تنشأ من أفعال لا تكون جنائية أو جنحة، ويبدو من خلال ما كتبه أنه قد خصصه لدراسة المسئولية المدنية، وكان مما تحدث عنه الأضرار التي تحدث نتيجة خطأ أيا كان (١٩)، حيث يظهر أنه قد استولت عليه فكرة الخطأ التي كانت قد ظهرت من قبله باعتبارها أساساً للمسئولية في الأفعال الضارة بالأموال فعممها حتى أمكنه أن يصوغ منها مبدأ عاماً يجعل المرء ملزماً بتعويض ما يسببه بخطئه من أضرار لغيره حيث قال: إن ما يحدث من ضرر بفعل أي شخص سواء صلب منه نتيجة جهل أو طيش أو عدم تحوط، أو أي خطأ مهما كان يسيراً فإنه يلتزم بتعويضها من تسبب في حدوثها بعدم تبصره أو بأى خطأ آخر (٢٠).

وقد حذا الفقيه الفرنسي بوتيه حذو دوما، ففرق بين الجنح المدنية وأشباه الجنح باعتبارها مصادر للالتزامات، ثم عرض للمسئولية المدنية عن فعل الغير في كتاب الوكالة بمناسبة التزام المتبوعين والسادة والآباء (٢١).

وهكذا تم في أواخر عهد القانون الفرنسي القديم استقلال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية، وأصبح لها كيان مستقل، حيث تقرر في شأنها مبدأ عام يفنى عن النص على مختلف الحالات، وصار يكفي لتحققها ارتكاب أي خطأ يسبب ضرراً للغير، ولا مسئولية بدون خطأ ولذلك فإنه إذا نشأ أي ضرر غير متوقع عن فعل بريء، لا يمكن

Domat: les lois civiles dans leurs ordre naturel livrer 2. Titre 8, section (١٩) 4. Paris, 1777.

وراجع: د. جميل الشراوي - السابق - ص ٤٦٠.
Domat. Op. cit (٢٠)

وراجع:

colin (A) et capitant (H): cours elementaire de droit cicll francais. T. 2 No. 1286, paris.

(٢١) د. سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ١٠٧.

(٢٢) راجع في هذا المعنى: Mazead (H&L) et Chabas: Lecons de droit civil. T. 2, 1 er, volum, No. 37, 6 em edition, 1978.

(٢٣) د. سليمان مرقس - السابق - ص ١٠٨.

(٢٤) في هذا المعنى: د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٥٥، وقارن الوسيط - للسهنوري - ص ٨٦٥ حيث يقرر: ان التعويض عن الضرر الأدبي في ظل القانون الفرنسي القديم كان مقصوراً على المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية، توهمنا ان هذا هو حكم القانون الروماني.

(٢٥) د. سليمان مرقس - المرجع والمكان السابقان.

Mazead: Op. cit. No 35 et 36. (٢٦)

ازدياد عدد الحوادث الضارة، والأسباب التي تقتضى قيام المسؤولية (٢٨).

كما كان لظهور الأفكار الوضعية أكبر الأثر في قيام المسؤولية على أساس الضرر وان تقدر بقدره، دون حاجة إلى أن يكون المسئول قد ارتكب خطأ (٢٩)، وهكذا تطورت أحكام المسؤولية المدنية في الفقه الفرنسي، حتى وصلت إلى ما هي عليه الآن مما يشمل التعويض عن الضررين المادى والأدبى.

وفي القانون المدنى المصرى:

بعد أن تبلورت فكرة المسؤولية كمبدأ عام في نصوص القانون المدنى الفرنسى بصفة ثابتة ومستقرة انتقلت إلى التقنين المدنى المصرى المختلط عام ١٨٧٥ فى أربع مواد من ٢١٢ إلى ٢١٥، حيث وضع القاعدة العامة بقوله فى المادة (٢١٢): إن كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنة أو لسببه، آخر، وفى المادة (٢١٣): تكلم عن مسئولية الانسان عن من هم تحت رعايته، وفى المادة (٢١٤) تكلم عن مسئولية المخدم عن أفعال خدمه، وفى المادة (٢١٥) تكلم عن مسئولية مالك الحيوان (٣٠).

وقد نقل التقنين الاهلى عام ١٨٨٣ أحكام المسؤولية المدنية عن التقنين الفرنسى، ولم يخرج عما ذهب اليه التقنين المختلط سوى انه اختصر المواد الاربع

Viney (G): Traite de Droit civil, sous la direction de Jacques GHESTIN, les obligations. T. 4. No. 17, P. 18, 19 la responsabilite conditions 1982, et 1 V La responsabilites .effets 1988.

Viney: Op cit, P. 23, mazead: Op. cit. No 64, 66, Esmein: Cours de droit civil (٢٩) Approfondi deploment etudes supeneures droit prive, Paris 1949 - 1950, P. 15 et s.

وراجع: حسين عامر - المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية - فقرة ١٧٠ - ص ١٥١ - الطبعة الاولى ١٣٧٦هـ / ١٩٥٦م - مطبعة مصر.

(٣٠) مصطفى مرعى - المسؤولية المدنية فى القانون المصرى - الطبعة الأولى ١٩٣٦ - فقرة ٢١٧ - ص ٢٠٧ - مطبعة نوري بالقاهرة، والوسيط - السنهورى - ج٢ - فقرة ٥٢١ - ص ١٠٧٣ الطبعة الثالثة ١٩٨١ - دار النهضة العربية.

مدنيا أن تتوافر أركان ثلاثة حتى تثبت دعواه وبحكم له بالتعويض، وقد وجدت حالات اعفاء معينة للمضرور من عبء إثبات خطأ الفاعل، نص عليها القانون الفرنسى فى المواد ١٣٨٤ إلى ١٣٨٦ مدنى فرنسى، وهى حالات مسئولية الآباء والامهات والربيبين عن أفعال أولادهم أو تلامذتهم، ومسئولية المخدمين عن أفعال خدمهم وتابعيهم، ومسئولية مالك الحيوان أو من يستخدمه عن أفعال حيوانه، ومسئولية مالك البناء عن انهدام البناء متى كان ذلك راجعا الى وجود عيب فى تشييده أو نقص فى صيانته، ويتروتب على هذا الاعفاء قيام المسؤولية ابتداء فى الحالات المشار اليها دون حاجة بالمضرور إلى إقامة الدليل على وقوع خطأ من المسئول (٣٧).

تطور احكام المسؤولية المدنية:

وقد تطورت أحكام المسؤولية المدنية منذ وضع التقنين الفرنسى وبخاصة منذ الربع الاخير من القرن التاسع عشر، على نحو يستوعب ما جد فى الحياة من قضايا المسؤولية التى أخذت تتلاحق، ويتضاعف عددها أضعافا فى سرعة فائقة، تنتم كل يوم ميدانا جديدا، وتستحدث فى كل ميدان ألوانا من المشاكل لم تعرض من قبل، وزاد البحث والمجدل حول موضوعات المسؤولية المدنية، فأصبحت هذه الموضوعات قبل مرور أقل من نصف قرن فى طبيعة المسائل التى تشغل المحاكم، وتملأ مجموعات الأحكام ومنها - على سبيل التأكيد - الضرر الأدبى ومدى إمكانية التعويض عنه.

وترجع هذه الأهمية التى بلغتها موضوعات المسؤولية المدنية، إلى عدة أسباب منها النهضة الصناعية الكبرى، وظهور وسائل النقل الحديثة من قاطرات وسيارات وطائرات، وشيوع استعمال الآلات الميكانيكية والكهربائية فى جميع نواحي النشاط الانسانى، وإنتاج وتوزيع الأجهزة والمنتجات القابلة للانفجار، وما صاحب ذلك من

Mazead: Op. cit (٢٧) والوسيط للسنهورى - ج١ فقرة ٥١٩.

المتعلقة بالمسئولية المدنية وقتنها في ثلاث مواد من ١٥١ إلى ١٥٣ (٣١).

وقد ذهب الفقه إلى القول: بأن خلو القانون المدني القديم من اشتراط الخطأ لم يكن مثار خلاف، اذ رجع الفقه والقضاء في اعتبار الخطأ أساسا للمسئولية المدنية إلى النص الفرنسي الذي أخذت عنه تلك المادة (٣٢)، وقد ألغى هذا القانون، وحل محله القانون المدني المصري الجديد الذي بدأ العمل به في اكتوبر سنة ١٩٤٩ والذي توسع في تنظيم المسئولية المدنية، فلم يقنع بالاقتباس من القانون الفرنسي، بل لجأ إلى مقارنة الشرائع المختلفة سواء منها اللاتينية أو الجرمانى أو الفقه الاسلامى، وأخذ في كل منها بما يوائمه ويتفق مع البيئة المصرية، ويطابق أحكام القضاء المصرى في حدود الاحكام الشرعية (٣٣)، وقد حظيت المسئولية المدنية فيه بما تستحقه من عناية تتناسب وما بلغته من أهمية في الوقت الحاضر فأفرد لها الفصل الثالث من باب مصادر الالتزام وتناولها في ست عشرة مادة، من (١٦٣ - ١٧٨) بدلا من ثلاث مواد في التقنين القديم، ووزع هذه المواد بين ثلاث فروع، نص في أولها على القواعد العامة للمسئولية المدنية بمناسبة مسئولية المرء عن فعله الشخصى، المواد من (١٦٣ إلى ١٧٢)، وقد عالج في هذا الفرع أركان المسئولية بوجه عام ثم بين أحكامها، وفي الفرع الثانى نص على مسئولية المرء عمن يخضعون تحت رعايته في المادة (١٧٣)، وفي المادة (١٧٤) تحدث عن مسئولية المتبوع عن فعل تابعه، وفي المادة ١٧٥ تكلم عن حق المسئول عن غيره في الرجوع على ذلك الغير.

(٣١) د. سليمان مرقس - محاضرات في المسئولية المدنية - القسم الاول - فقرة ١٨ - طبعة ١٩٥٨ - معهد الدراسات العربية بالقاهرة، د. محمد حسين الشامي - ركن الخطأ في المسئولية المدنية - ص ٣٦ - دار النهضة العربية - ١٩٩٠.

(٣٢) د. محمد حسين الشامي - المرجع نفسه ص ٣٧، د. محمد لبيب شنب - المسئولية عن الاشياء - دراسة مقارنة في القانون المدني المصري مقارنة بالقانون الفرنسي - فقرة ٢١ - ص ٢٦ - ١٩٧٥ - مكتبة النهضة المصرية، د. عبد السلام ذهني - النظرية العامة للالتزامات - ص ٦٧٤ - مطبعة مصر ١٩٥٢ - د. محمد ابراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - ص ٧٩ - مؤسسة الثقافة الجامعية - اسكندرية.

(٣٣) د. سليمان مرقس - الوافي - ٢ - الفعل الضار - ص ١٣.

وفي الفرع الثالث تناول المشرع في المادة (١٧٦)، مسئولية حارس الحيوان وقرر في المادة (١٧٧) مسئولية حارس البناء، وفي المادة (١٧٨) مسئولية حارس الأشياء.

وتتميز هذه النصوص في مجملها بصياغة حديثة ودقبة، ومتكاملة على نحو يستوعب كل ما يتعلق بأحكام المسئولية عن الفعل الضار سواء أكان ماديا أم أدبيا، وقد نصت على ذلك المادة (١/٢٢٢) من التقنين المدني المصرى حيث جاء فيها: يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء، وقد جاء هذا النص القاضى بالتعويض عن الضرر الأدبى بعد أن أورد المشرع في المادة (١٦٣) ما يفيد تعويض الضرر أيا كان نوعه، بحيث يعتبر نص المادة (١/١٢٢) مفصلا لنوع الضرر الذى يجب تعويضه ومبيننا بصفة خاصة لحالة التعويض عن الضرر الادبى.

البحث الثاني

ضمان الضرر الأدبي في ظل النظم الوضعية المعاصرة

كان وجوب التعويض عن الضرر الأدبي محل جدل كبير في الفقه والقضاء في كل من فرنسا، حيث كان كثير من الشراح يرون أنه لا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي، وكانوا يؤسسون رأيهم على عدة اعتبارات منها:

أولاً: أن المقصود بالتعويض يتمثل في جبر النقص الذي حصل في ثروة مالية بدلا من ذلك الذي نقص منها، والضرر الأدبي ليس كذلك، حيث لم يحصل فيه مساس بثروة الشخص ولا بمصالحه المالية، ومن ثم يكون وجوب التعويض فيه أمرا لا معنى له، لأنه لا يمثل خسارة مالية فلا ينجبر بالتعويض المالي.

ثانياً: كما أن القول بجواز التعويض عن الضرر الأدبي لا يتواءم مع ما تنفي به مبادئ الاخلاق إذ كيف يستساغ أخذ مبلغ من النقود عن ضرر يصيب الشرف أو العاطفة أو الحياء، إنه لما يؤدي الحياء أن يطالب الشخص بمبلغ من المال تعويضا عن فقدته لولده أو أمه أو أخيه^(١)، وإنه لما ينافي المثل العليا الاخلاقية أن ينزل الشخص شرفه واعتباره وعواطفه منزلة الاموال المادية، فيسمح لنفسه أن يثرى من جراء اعتداء الغير عليها^(٢).

ثالثاً: ثم ان تقويم الضرر الادبي لا يمكن أن يكون الا تحكيميا اذ من المستحيل أن نقدره بالمال، وعندئذ يكون الخلاف كبيرا بين المحاكم في تقويمها لذلك الضرر^(٣)، كما أن تقدير الضرر الأدبي سوف يختلف باختلاف الاشخاص أيضا مع اختلاف المحاكم

(١) د. عبد الحى حجازي - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ص ٤٧٤، د. سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٥ وما بعدها، د. السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ٨٦٦.

(٢) د. سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٦.

(٣) د. عبد الحى حجازي - المرجع والمكان السابقان.

في تقديره، ومن ثم فان تقديره سيكون تحكيميا لا يمكن أن يحقق العدالة^(٤).

وقد كان جانب من الفقه يميز بين ضرر أدبي يجوز تعويضه، وضرر أدبي لا يجوز فيه التعويض، وأصحاب هذا الاتجاه اختلفوا في وضع حد لهذا التمييز، فمنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذي يجر إلى ضرر مادي، ولا يعوض الا هذا الضرر المادي وحده^(٥)، فهؤلاء - اذن - لا يجيزون تعويض الضرر الأدبي في ذاته، كما ان منهم من كان يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذي يترتب على جريمة جنائية^(٦).

وبالنظر في أساس هذا التمييز نجد أنه لا يقوم على سبب معقول أو معيار مستساغ، كما أن منهم من يجيز التعويض في الضرر الأدبي الذي يصيب الشرف والاعتبار لانه يجر في العادة إلى ضرر مالي، ولا يجيزه في الضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة والشعور، لانه يتمخض ضرا أدبيا خالصا لا يمتزج به ضرر مادي^(٧).

كما كانت أحكام القضاء تجرى على منوال ما يراه الفقه آنئذ من عدم صلاحية الضرر الأدبي للتعويض، ومن هذا القبيل ما قضت به بعض المحاكم المصرية من أن الضرر الأدبي لا يكفي لإجابة طلب المدعى بالتعويض مادام المدعى لم يصبه أى ضرر مادي، أو تأسيسا على أن الشرف لا يقوّم بالمال^(٨)، وكذلك الحزن والألم^(٩)، وأن التعويض لا يستحق الا عن ضرر اختل به نظام حياة المضرور وبسبب موت من ينفق عليه^(١٠)، ومن أنه لا محل للحكم بتعويض مالي عن الضرر الأدبي لعدم سهولة تقويم

(٤) د. سليمان مرقس - المرجع والمكان السابقان، والوسيط للسنهوري - المكان السابق - مصطفى مرعي - المسئولية المدنية - ص ١١٩، والاستاذ حسين عامر - المسئولية المدنية - فقرة ٣٣٩ - الطبعة الأولى - مطبعة مصر ١٩٥٦ م، د. محمد ابراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - ص ٤٦٥.

(٥) السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ٨٦٦.

(٦) Aubry et Reu: Droit civil Francais, Tome 6. No. 445, P. P. 345: 348 ed 1951 Paris.

(٧) السنهوري - الوسيط - المكان السابق.

(٨) راجع: حكم محكمة استئناف مصر في ١٩٢٨/١/٣ - مجلة المحاماة ٨ - ٧٦٤ - ٤٦٥، واستئناف مصر في ١٩٢٧/٢/٢٥، المحاماة ٧ - ٨٧٣ - ٤٩٨، ١٩٢٨/٢/٧، المحاماة ٨ - ٨٦٦ - ٥٢١.

(٩) استئناف مختلط في ١٩٢٦/١/٢٨ م، مجلة التشريع والقضاء المختلط - السنة - ٣٨ - ص ٢١٠.

(١٠) استئناف مختلط في ١٩٢٨/١/٣ - مجلة المحاماة ٨ - ٧٦٤ - ٤٦٥.

هذا الضرر، لانه لا يصح أن يكون أساسا للتجارة المالى^(١١).

اجماع الفقه على جواز التعويض عن الضرر الأدبي

غير أن رأى الفقه قد اعتراه تغيير يشبه الاجماع على خلاف ما ذهب اليه رأى الفقه السالف، وأصبح الأمر مستقرا على جواز التعويض عن الضرر الأدبي، وإذا كان الفقه سلفا قد بنى رأيه على اعتبارات وجد من خلالها أن جواز التعويض لا مبرر له، فانه اليوم قد وجد من المبررات ما يجعله يعدل عن رأيه السابق، حيث استبان أن القول بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض، وأن تقدير التعويض فيه مستعص، قد بنى على لبس في فهم معنى التعويض، إذ ليس المقصود بتعويض الضرر محوه وازالته من الوجود، والا فان آثار الضرر الأدبي لا تمحى ولا تزول بتعويض مادي^(١٢)، ولكن يقصد به أن يستحدث الضرر لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر الأدبي^(١٣)، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها، وعلى هذا الاساس يمكن تعويض الضرر الأدبي^(١٤)، فقد يكون صحيحا من الناحية النظرية أن يقال: إن الضرر الادبي لا يمكن إصلاحه بالنقود، ولكن يمكن كذلك أن يقال: إن النقود إذا لم تستطع اصلاح كل الضرر فإنها على الأقل تساعد على التخفيف منه^(١٥)، أو هو على الأقل يشكل بديلا

(١١) حكم محكمة استئناف مصر في ١١٩٣١/٢٦، المحاماة ١٢ - ٦٣١ - ٣١٥ - وقد قضت محكمة المنصورة الابتدائية الوطنية في ١٩٣٧/١١/٢٢ بأنه: إذا كان يجوز للحكومة المطالبة بتعويض الضرر المادي، فإن هيبتها أسمى من أن تطالب بالتعويض المدني وكرامتها فوق الاعتبارات المالية، لان شرف الدولة واعتبارها هو بعض المصلحة العامة التي تحميها الدعوي العمومية، وأن مواد قانون العقوبات التي وضعها الشارع لحماية الموظفين والهيئة النظامية كقيلة بابرار سطوة الحكومة وصيانة هيبتها، مشار سليمان مرقس - السابق ص ١٥٦ وما بعدها - هامش (٢)، وراجع: حكم محكمة اليها في: د. استئناف أسبوط في ١٩٣١/١٢/١٢، المحاماة ١٢٠ رقم ٣٨٢.

(١٢) د. السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٨٦٧، د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - ص ٥٩١، د. أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - الكتاب الأول - ص ٤٤٠ وما بعدها هامش (٢) - طبعة ١٩٥٤م، د. جميل الشرقاوي - مصادر الالتزام - ص ٤٨٥.

(١٣) د. أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع والمكان السابقان.

(١٤) المرجع والمكان السابقان، ود. عبد الحمي حجازي - السابق - ص ٤٧٤.

(١٥) د. عبد الحمي حجازي - المرجع والمكان السابقان.

لارضاء المجنى عليه أو المضرور، هذا فضلا عن أنه ينبغي أن يراعى أنه ليس من العدالة ألا يجازى المخطئ، فالتعويض في هذه الحالة يعتبر نوعا من العقوبة التي يحكم بها لصالح المضرور^(١٦).

وبناء على ذلك، فإن من أصيب في شرفه واعتباره يجوز أن يعرض عن ذلك بما يرد اعتباره بين الناس، وأن مجرد الحكم على المستول بتعويض ولو ضئيل، كفيل يرد اعتبار المضرور^(١٧)، وأن من أصيب في عاطفته وشعوره إذا حصل على تعويض مالى فتح له المال أبواب المواساة تكفكف من شجنه، والالم الذى يصيب الجسم، يسكن من أوجاعه مال يناله المضرور يرفه به عن نفسه^(١٨)، وأما تقدير مبلغ التعويض فانه ليس بأشد مشقة من تقدير التعويض في بعض أنواع الضرر المادي، وما على القاضى الا أن يقدر مبلغا يكفى عوضا عن الضرر الأدبي دون غلو في التقدير ولا اسراف^(١٩)، أما عن إمكان حصول تحكم من جانب المحاكم في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، فثمة أمور كثيرة، يكون مرجع الأمر فيها إلى مجرد تقدير القاضى، دون أن يمنع ذلك من الالتجاء إليه في مثل هذه الأمور^(٢٠).

وقد انقضى هذا الخلاف من زمن، وأصبح الاجماع منعقدا في الفقه وفي القضاء على ان الضرر الأدبي يستوجب التعويض كالضرر المادي^(٢١)، وقد قررت محكمة النقض المصرية: أن الضرر الأدبي يصح أن يعرض عنه تعويضا ماديا لأن التعويض المادي - مهما قيل عنه تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبي - يساعد ولو بقدر على

(١٦) د. توفيق فرج - مصادر الالتزام - ص ٢٥٣ - طبعة ١٩٧٨م.

(١٧) السنهوري - الوسيط - ج١ - ص ٨٦٧، والأحكام القضائية المشار اليها فيه، د. حشمت أو ستيت - نفس المكان السابق، د. عبد المنعم الصده - المرجع والمكان السابقان، د. جميل الشرقاوي - المرجع والمكان السابقان.

(١٨) الوسيط للسنهوري - نفس المكان السابق.

(١٩) الوسيط - نفس المكان - وراجع:

(٢٠) د. عبد الحمي حجازي - المرجع السابق - ص ٤٧٥.

(٢١) د. سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٧.

تخفيف ألم الضرر (٢٢٢)، وقد حكمت سائر المحاكم مرارا بالتعويض عن المساس بالشرف وبالتعويض عن الألم النفسي الناشئ عن فقد عزيز (٢٢٣)، غير أنها في هذا النوع الأخير من الضرر الأدبي، قصرت التعويض على الأشخاص الذين تربطهم بالفقيد صلة زوجية أو صلة نسب شرعية وثيقة كالزوج والاب والام والاولاد والاخوة ورفضت تعويض الصديق والحليلة، بل جعلت التعويض مقصورا في حالة تعدد الاقارب الشرعيين على أقربهم درجة إلى الفقيد كالأب والام والاولاد (٢٢٤).

ويستفاد من قضاء المحاكم في هذا الشأن أنها كانت تعتبر الأمر في صلة طالب التعويض بعزيمه الذي أفقده إياه الفعل الضار، وفي كفايتها أو عدم كفايتها لاقامة وزن الألم الذي أصابه من فقد عزيزه، أمرا متعلقا بالواقع، ومتروكا لتقديره للمحكمة بحسب ظروف كل حال، على أن المحاكم مع تسليمها بالتعويض عن الضرر الأدبي، جرت في الغالب على التقنين، في تقدير التعويض المالي عنه رغبة في قصر هذا التعويض في حدود معقولة حتى لا يكون الضرر الأدبي مصدر إثراء للضرر (٢٢٥).

الضرر الأدبي في التقنيات العربية الجديدة:

وقد جاءت نصوص التقنيات العربية الجديدة ترجمة لهذا الاتجاه الفقهي وتأكيدا له، فنصت على وجوب تعويض الضرر الأدبي، وكان أسبقها في هذا الصدد التقنين التونسي، ثم التقنين المغربي حيث جعلها في المادتين (٨٢، ٧٧/٨٦، ٧٨) الضرر الأدبي على قدم المساواة مع الضرر المادي في إيجاب التعويض، ثم تلاهما التقنين اللبناني، حيث نص في المادة (١٣٤) فقرة ثانية على أن الضرر الأدبي يعتد به كما

(٢٢) حكم محكمة النقض في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢م، مشار إليه في سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٧ هامش (٧٦).

(٢٣) نقض جنائي في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ - مجلة المحاماة ٣٢ - ١٣٥٤ - ٤٢٤.

(٢٤) د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٥٨.

(٢٥) الرجوع والمكان السابقان، والوسيط للسنيوري - ج١ - ص ٨٦٨ والأحكام المشار إليها فيه.

يعتد بالضرر المادي، ثم أضاف إلى ذلك في الفقرة الثالثة أن القاضى يمكنه أن ينظر بعين الاعتبار إلى شأن المحبة إذا كان هناك ما يبررها من صلة القرى الشرعية أو صلة الرحم (٢٢٦).

وقد رأى المشرع المصري عند تنقيح القانون المدني أن يقنن أحكام المحاكم المصرية في هذا الشأن بعد تحديد قضائها وإيضاحه، فنص في صدر الفترة الأولى من المادة (٢٢٢) على أن: «يشتمل التعويض الضرر الأدبي أيضا...»، فقرر بذلك المبدأ الذي استقرت عليه المحاكم من قبل، بل وضع الضرر الأدبي من حيث إيجاب التعويض على قدم المساواة مع الضرر المادي، وذلك سواء في المسؤولية التقصيرية، أم في المسؤولية العقدية، لان هذا النص ورد في باب آثار الالتزام بوجه عام (٢٢٧).

ولا يعارض هذا المعنى ما اتجه إليه التقنين العراقي حين أورد ما يقابل هذا النص في المادة (٢٠٥) الواردة في باب الأعمال غير المشروعة، ومن ثم ذهب الفقه إلى أن التعويض عن الضرر الأدبي يكون في المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية العقدية

(٢٦) د. سليمان مرقس - المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية القسم الأول - ص ١٤٧ - طبعة ١٩٧١م.

(٢٧) المرجع والمكان السابقان، وراجع: الوسيط للسنيوري - ج١ - ص ٦٨٢ حيث يقول: وقد ناقش الفقهاء في فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام وعن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية بوجه خاص، وإذا لم يكن الآن لجواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية خصوم يعتد بهم، فإن بعضا من الفقهاء لا يجيز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، حيث كانت تقاليد القانون الفرنسي القديم لا تجيز هذا التعويض وذلك بالمخالفة لرأي الكثرة من الفقهاء الفرنسيين الذين يرون جوازه، وفي القانون المدني المصري، فإن نص المادة ٢٢٢ مدني، صريح في جواز التعويض عن المسؤولية العقدية والتقصيرية.

ومن أحكام المحاكم في هذا الصدد ما يقضي بالتعويض عن الاخلال بتنفيذ العقد الخاص بصورة عائلية، حكم محكمة باريس في ١٢/٢/١٨٩٧: ١٨٩٧ - 2 - 465 - Dalloz, 1989 وعن ذكر صاحب المسرح اسم نمثلة كبيرة في الاعلانات بحرف صغيرة تقلل من مكانتها عند الجمهور، راجع: حلمي بهجت بدوي - اصول الالتزامات - ص ٤٠٧ - طبعة ١٩٤٣م، وعن اخلال العامل بعقد العمل علي نحو يؤثر في هيبته صاحب العمل لدي العمال، حكم محكمة تولوز في ١٢/٧/١٨٨٩م: Dalloz, 1891-3-29، وسان تيان في ١٩٠١/٤/٢٦، Siary, 1904-2-116.

المصاب (٣٠).

وقد نص على ذلك التقنين السوري في المادة (٢٢٣) منه، والتقنين الليبي في المادة (٢٢٥) منه وبذلك قيد المشرع المصري والسوري والليبي المحكمة في شأن الصلة الواجب توافرها بين طالب التعويض عن الضرر الأدبي المرتد عليه، وبين عزيزه الذي فقده، فلم يجز لها البحث في تحقق الضرر، ولا الحكم بالتعويض عن الألم الذي يصيب طالب التعويض من جراء موت عزيزه المذكور ما لم يكن طالب التعويض زوجا لذلك العزيز أو قريبا له من الدرجة الثانية، أي أن المشرع قصر سلسلة الأشخاص الذين يحق لهم التعويض عن الألم الذي يصيبهم من موت قريب لهم على الأولاد والاحفاد والآباء والأجداد، والأمهات والجدات والأخوة والأخوات والأزواج والزوجات دون غيرهم (٣١).

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى للمادة (٢٢٢) مدنى مصرى ما يأتى: استقر رأى فى العصر الحاضر على وجوب التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام بعد أن زال ما خامر الأذهان من عوامل التردد فى هذا الصدد، وقد عمدت بعض تقنينات قديمة كالتقنين الهولندى وغالبية ساحقة من التقنينات الحديثة إلى إقرار هذا الحكم فى نصوص التشريع، وقد بلغ من أمر هذه النزعة أن أورد المشروع الفرنسى الإيطالى فى المادة (٨٥) أمثلة تطبيقية فى هذا الشأن من ذلك ما نص عليه من أنه: يجوز للقاضى بوجه خاص أن يحكم بتعويض المضرور عما يصيبه من ضرر فى جسمه أو مساس بشرفه أو سمعته أو سمعة عائلته أو حرمة الشخصية أو انتهاك حرمة مسكنه أو حرمة سر يحرس عليه، وله كذلك أن يحكم للأقارب والأصهار والأزواج بالتعويض عما يصيبهم

تأسيسا على ورود النص فى باب الأعمال غير المشروعة، واتجاه الفقه - وقد بنى على أساس ورود النص ضمن باب الاعمال غير المشروعة - لا يمنع من وجوب التعويض عن الضرر الأدبى فى مجال المسئولية العقدية أيضا، إذ الإخلال بالالتزام الواجب أدائه فيها لا يمكن النظر إليه على أنه من قبيل الأعمال المشروعة (٢٨).

وقد رأى المشرع المصرى: أن إطلاق مبدأ التعويض عن الضرر الأدبى يجعله يشمل الضرر الأدبى الذى يرتد على أشخاص كثيرين من ضرر أصلى مادى أو أدبى يقع على شخص معين، كالحزن الذى يصيب أقارب القتيل وأصدقاءه ومريديه وجيرانه وغيرهم ممن يشعرون معه بصلة المودة والألفة، وأنه يخشى من ذلك أن يحفز عددا كبيرا من أولئك الأقارب والأصدقاء الى المطالبة بتعويض ما أصابهم من ألم بسبب الاعتداء على قريبهم أو صديقهم فتطول سلسلة المطالبين بالتعويض بسبب الفعل الواحد ويهبط ذلك ذمة المستول، وقد يسبب اعساره ومزاحمة طالبى التعويض بعضهم البعض فى اقتسام أمواله حتى ينقلب ذلك ضد مصلحة الأقارب الاقربين اذ لا يحصلون من التعويض المستحق لهم الا على النذر اليسير (٢٩).

لذلك أثر المشرع المصرى فى التقنين الحالى أن يحسم الامر بنص قانونى يفرض حق طلب التعويض المالى عن الضرر الأدبى المرتد على فئات معينة من أقارب المبنى عليه الأسمى، فنص فى الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) ذاتها: على أنه: لا يجوز الحكم بتعويض الا للزواج والأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت

(٢٨) فى هذا المعنى: حسن الذنون - النظرية العامة للالتزام - ج١ - ص٣١١ - فقرة ٢٦٧ - بغداد سنة ١٩٦٩م. وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى للمادة ٣٠٠ والتي أبدلت بالمادة ٢٢٨، ثم المادة ٢٢٢ مدنى مصرى، يعتد فى المسئولية التعاقدية بالضرر الأدبى وفقا للأحكام التي تقدمت الإشارة إليها فى المسئولية التقصيرية، وغنى عن البيان ان تصور الضرر الأدبى أيسر فى نطاق المسئولية التقصيرية منه فى نطاق المسئولية التعاقدية على أن ذلك لا ينفي إمكان قيام المسئولية عن الضرر الأدبى فى الالتزامات التعاقدية، فمن ذلك مثلا امتناع الوديع عن رد لوحة فنية لها عند المودع منزلة أدبية رفيعة مع أن قيمتها المادية ضئيلة، راجع: مجموعة الاعمال التحضيرية - ج٣ - ص٥٦١ - ٥٦٨.

(٢٩) د. سليمان مرقس - السابق - ص١٤٨، والفعل الضار - السابق ص١٦٠.

(٣٠) وقد صدرت أحكام محكمة النقض المصرى تطبيقا لهذا النص، وراجع نقض مدنى مصرى فى ١٩٦٦/٣/٢٢م. مجموعة أحكام النقض ١٧-٦٣٦-٨٨، ونقض مدنى فى ١٩٧٥/١١/٤م مجموعة أحكام النقض ٢٦-١٣٥٩-٢٥٩.

(٣١) السنهوري - الوسيط - ج١ - فقرة ٥٧٩، د. أحمد حشمت أبو ستيت - السابق - فقرة ٤٦٨، د. سليمان مرقس - المسئولية المدنية فى تقنينات الدول العربية - السابق - ١٤١٩، د. جمال زكى السابق - فقرة ٢١٥.

من ألم عند موت المضرور^(٣٢)، كما أن نصوص القانون الفرنسي الحديث في عمومها واطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبي بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادي^(٣٣)، وقد أقر القضاء الفرنسي هذا المبدأ منذ عهد طويل ووطده في أحكام كثيرة^(٣٤)، وعلى هذا المبدأ استقرت التقنينات الحديثة^(٣٥) حتى إنه ليندر أن نجد اليوم تشريعا يتخذ من مسألة التعويض عن الضرر الأدبي موقفا سلبيا، فباستثناء الاتحاد السوفيتي والصين، نجد باقي البلاد الاشتراكية تقر التعويض عن الضرر الأدبي، بل أن بعض هذه الدول وخاصة بولونيا ويوغوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا تعتبر التعويض عن الضرر الأدبي أمراً موافقا لمبادئ الاشتراكية^(٣٦).

وقد كان هناك رأى قديم في الفقه الفرنسي يرى أن الضرر الأدبي لا يصلح أن يكون محلا للتعويض بحجة أن قواعد المسؤولية المدنية تستلزم الموازنة بين التعويض والضرر وليس من المعقول أن يقوم الضرر الأدبي بالمال حتى تتيسر هذه الموازنة، ولكن ما إن قضت الدوائر الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بالتعويض عن الضرر الأدبي عام ١٨٦٣م، حتى استقر مبدأ التعويض عنه رغم خلو القانون الفرنسي من النص عليه^(٣٧).

(٣٢) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج٢ - ص ٣٩١.

(٣٣) السهوي - الوسيط - ج١ - ص ٨٦٦.

(٣٤) راجع: حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٨٣٣/٦/١٦٥م. Sirey, 1833. 1-458.

وحكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩٢١/١٠/٢٥م. Dalloz, 1922. 1-163 وفي ١٩٣٨/٦/٢٣

Gazette se palais, 1937-1-399 وحكم محكمة ديجون الاستئنافية في ١٩٤٦/٧/٢٥

Gazette se palais, 1946-2-206

(٣٥) مثل المادة ٤٧ من قانون الالتزامات السوسري، والمادة ١٣٢٧ من القانون النمساوي، والمادة ٨٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي، والمادة ١٣٤ من القانون اللبناني، والمادة مدني يمني، والمادة ١٦٦ من القانون البولوني، راجع: السهوي - السابق - ص ٨٦٩ هامش (١).

Viney Op, cit, P. 311 (٣٦)

وراجع: د. سليمان مرقس - الوافي - الفعل الضار - ص ١٥٧ - هامش ٧٥.

(٣٧) د. محمد مصطفى مرعي - المسؤولية المدنية فقرة ١٢٤، والأستاذ حسين عامر - المسؤولية المدنية - فقرة ٢٣٩، د. محمد حسين الشامي - ركن الخطأ في المسؤولية المدنية - فقرة ٢٥٢.

الفصل الثاني

ضمان الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي

مسمى الضرر الأدبي كما سبق القول لم يكن معروفا لدى الفقهاء القدامى، وإنما برز مسماه في ساحة الدراسات الفقهية المقارنة، بعد استحداثها في التشريعات الوضعية، منذ أن أقر مضمونه في التشريع والفقه والقضاء، وأصبح وجوده ضرورة أملت ظروف الحياة بعد تقدم المخترعات، وما استلزم ذلك من تغير أنماط الحياة، ونظام سلوكيات الناس فيها على نحو يجعل التعدي على الحقوق الأدبية التي يجب أن يتمتع بها الانسان في جسده وحياته وشرفه واعتباره، وعواطفه، أمرا واردا، بل ان شئت فقل انه كثير الوجود، وقد أدى ذلك بالضرورة وفي ظل البحث عن بدائل شرعية تحكم ما استجد في حياة الناس من سلوكيات تستوجب الضمان، وتستلزم التعويض، أن يعود المشتغلون بالدراسات الفقهية، والمعنيون بالبحث إلى مصادر التشريع الإسلامي، بغية الوقوف على أصل يمكن أن تقوم عليه المسؤولية عما يحدثه المسئول من ضرر أدبي، وإلى ما تركه الفقهاء في كتبهم من أقوال، وما أوردوه في مصنفاتهم الفقهية من أحكام متعددة لكثير من الحوادث الجزئية التي وقعت في مجتمعاتهم وهي كما يقول أحد المعاصرين من الفقهاء: تشبه حوادث العصر الحالي، لأن طبائع الناس متشابهة غالبا، وصنوف الأذى والاعتداءات الصادرة منهم متقاربة، والباعث عليها، والهدف منها معروف، والممتلكات المتداولة واحدة في الماضي والحاضر تقريبا، فهي اما عقارات وأراض وأبنية، وأشجار وثمار أو منقولات وسلع تجارية، وأمتعة شخصية ووسائل ركوب، وأدوات إنتاج زراعي أو صناعي وأوراق نقدية ووسائل ثقافية، وأدوات معرفة ونحو ذلك^(١).

ثم يقول: الا أن طريقة فقهاءنا في سرد الاحكام كانت كما أثر عنهم تتمثل في

(١) د. وهبه الزحيلي - التعويض عن الضرر - منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي - كلية الشريعة - جامعة الملك عبد العزيز - العدد الاول - سنة ١٣٩٩هـ - ص ٩.

سرد الاحكام على نحو يستبين فيها الحكم الفقهي لكل مسألة على حدة، لا على أساس نظريات عامة مصوغة، أو مبادئ كلية مقررة باستثناء القواعد الفقهية، إلا أن هذا المنهج لا يمنع من التوصل إلى صياغة نظريات فقهية مما يلاحظ القارئ الفقيه من التزام المجتهدين بأصول عامة ثابتة في أذهانهم، وقد يصرحون بها في أثناء تعليقاتهم للأحكام^(٢).

وعلى هذا النحو يمكن للفقهاء المعاصرين، بحث ما يستجد من قضايا ومنها موضوع الضرر الأدبي، ومدى إمكان التعويض عنه، في شكل مبادئ عامة، لتسهيل الأمر على طالب العلم، وعلى قاض يود اصدار الحكم القضائي في نزاع مالي أو جسدي أو أدبي، ولكي يعرف المرء سلفا حكم ما يقع منه من حوادث، فتعلو كلمة الحق والعدل، وتجر آثار الاعتداءات، ويحافظ على الأنفس والاعراض، والشرف، كما يحافظ على الكيانات المالية والمستحقات النقدية^(٣).

ومن هذا المنطلق، نظر بعض الفقهاء المعاصرين، في موضوع المسؤولية عن الضرر الأدبي، على ضوء مصادر التشريع الإسلامي، وآثار الصحابة، وفقه قدامى الفقهاء في القضايا، المشابهة للضرر الأدبي في وقتنا المعاصر، ومن خلال استقراء أقوال الفقهاء في مدى إمكان التعويض عن الضرر الأدبي، يمكن ارجاعها الى قولين:

٣٤٧ - أولهما: لجمهور الفقهاء، وصل قولهم: إن الضرر الأدبي كالضرر المالي يتضمن اعتداء على حق، ويمثل فوات مصلحة للمعتدى عليه ويجب لذلك تقرير الضمان له، ويقوم هذا الرأي على سند قوى من مصادر التشريع الإسلامي، وأقوال الفقهاء على نحو ما سنرى^(٤).

(٢) المرجع السابق - ص ١٠.

(٣) في هذا المعنى: المرجع السابق - نفس المكان.

(٤) من هذا الرأي: د. فوزي قبض الله - في رسالته السابقة - ص ١٤٤: حيث يقول بعد أن سرد الحجج التي تقوي ما ذهب إليه: بناه على ذلك وفي زماننا هذا يكون التعزيز بأخذ المال كما يعبر الفقهاء، ويفرض الغرامة كما يعبر القانونيين في الأضرار الأدبية التي تمس شرف الآخرين وعقائدهم، وكرامتهم أمضى في العقاب، بل يكون أمرا طرديا مع تسلط المادة وسيطرتها، ثم يقول: ولعل من الأحسن أن =

ثانيهما: لبعض الفقهاء، وحاصل قولهم: إن الضرر الأدبي لا يستأهل الضمان ولا يستوجب التعويض، وأن في الاحكام التي قررتها الشريعة الإسلامية، لما يقع من الفعل الضار سواء كان على النفس أو العرض أو الشرف، ما يكفي لجبر الضرر ورد الاعتداء، ومن هذا الرأي الدكتور مصطفى الرزقا حيث يقول: خلاصة القول أننا لا نرى مبررا استصلاحيا لمعالجة الإضرار الأدبي بالتعويض المالي ما امنت الشريعة قد فتحت مجالا واسعا لقمعه بالزواج التعزيرية، ولم نر في الاستدلال عليه من الشريعة حجة مقنعة على تبدل في أنماط الحياة المعاصرة يجعل الاستمرار في قمعه تعزيرا غير ذي جدوى، بل الأمر بالعكس، فإن قبول مبدأ التعويض المالي عن الأضرار الأدبية 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، وكثيرا ما نسمع فندESH في اخبار الدعاوى والاقضية الاجنبية أرقاما بالملايين لقاء مزاعم أضرار أدبية في منتهى التفاهة^(٥).

وقد يكون من أنصار هذا الرأي أيضا، الشيخ علي الخفيف، حيث يقول في كتابه الضمان في الفقه الإسلامي: وعلى أساس هذا النظر اعتبر ما يدفع من المال عند التلف يقال: ان في الاضرار الادبية يجتمع حقان: حق الله في نظافة المجتمع وطهارته، وحق العبد في الكف عن ابداء شعوره، فليكن حق الله بالعقاب، وليكن حق العبد بالتعويض، وليتخذ منهما الحاكم الابغ في الاثر، وراجع: د. وهبة الزحيلي: السابق ص ١٢، د. محمد حسين الشامي - السابق - ص ٥١٦، فقرة ٢٥٤.

(٥) الفعل الضار - ص ١٢٤، وله أقوال أخرى في الرد على أدلة المجوزين سنعرض لها في حينها، ومن هذا الرأي أيضا: محمد فاروق العكام - الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي - ص ٢٤١، ود. مقدم السيد - التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة - ص ٧٧ - الطبعة الاولى ١٩٨٥ - دار الحدائق ببيروت، د. محمد ابراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - ص ٧٠ - مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر، د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل - المسؤولية المدنية بين الاطلاق والتقييد - ص ١٤٧ - دار النهضة العربية حيث يقول: ويتقرر الضمان في الفقه الإسلامي عن الضرر أو المفسدة التي تلحق بالآخرين بشرط أن يكون هذا الضرر ماديا وليس ادبيا، د. سليمان محمد أحمد السابق - ص ٢٢٠، حيث يقول: ولا بد لوجوب الضمان أن يكون هناك ضرر، لأن التعويض لا يكون الا عن ضرر مالي واقع فعلا، وصيحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود - ص ١٦٩ وما بعدها - طبعة ١٩٤٨ م.

تعويضاً عن المال المفقود، ووجب أن يكون التعويض في الضرر المالى الذى يتمثل في فقد مال، لا في ضرر غير مالى، وعلى هذا لم يجب التعويض في الضرر الادبى ولا في فقد مال كان موجوداً، اذ لا يمكن تحقيق مبادلة مالية في هذه الحال بين مالين^(٦).

اتجاهات المهنيين للتعويض عن الضرر الأدبي:

ويفهم مما كتبه أصحاب القول الثانى، أنهم قد اتجهوا في بناء رأيهم الى غايات يمكن ردها من خلال ما نقل عنهم الى اتجاهين.

الاتجاه الأول: يرى أن الشريعة الاسلامية لم تترك فعلاً من الأفعال التى تستوجب الضمان الا وقررت له العقوبة الملائمة له والتى تليق بدرء آثاره وتلاقي أخطاره، ومسح آلامه من نفس المضرور، يستوى في ذلك أن يكون الضمان حداً أو قصاصاً أو تعزيراً، وإذا تأملنا الأفعال الموجبة الضمان لوجدنا أنها لا تخرج عما قررتة الشريعة الاسلامية من أحكام تتعلق بضمانها، ومنها هذا النوع من الضرر، الذى يسمى بالضرر الأدبي، وفي هذا المعنى يقول الاستاذ الزرقا: لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد شدة تحريم الشريعة للاضرار الادبى وان حد القذف فى الشريعة مثال واضح على ذلك، لكن الأسلوب الذى اتبعته الشريعة فى معالجة الاضرار الأدبى، إنما هو التعزير الزاجر، وليس بالتعويض المالى، اذ لا تعد الشريعة شرف الانسان وسمعته مالا

(٦) الضمان في الفقه الاسلامى - للشيخ على الخفيف - ص٢١٣، وقارن: د. وهبه الزحيلي - في كتابه نظرية الضمان - ص٩٦، حيث يقول: وأما ضياع المصالح والحسارة المنتظرة غير المؤكدة (أي المستقبلية) أو الاضرار الادبية أو المعنوية، فلا يعرض عنها في اصل الحكم الفقهي، لأن محل التعويض هو المال المحقق فعلاً والمتقوم شرعاً، والضرر الادبى غير متقوم شرعاً، لكن يمكن أن نجد مستنداً لتعويض تلك الاضرار في السلطة التقديرية المنوطة للقاضي فيما لا نص فيه عملاً بمبدأ السياسة الشرعية لاحقاق الحق وقرار العدل، ودفع الحرج والمشقة، وراجع: مصادر الحق في الفقه الاسلامى - للدكتور عبد الرزاق السنهوري - ج٦ - ص١٦٨ - دار إحياء التراث العربى لبنان، وهو لا يرى التعويض عن الضرر الادبى في الفقه الاسلامى، حيث ذكر أنه يشترط في الضمان أن يكون مالا متقوماً في ذاته وان توجد المائلة بينه وبين المال الذى يعطى بدلاً عنه، د. سليمان مرقس - المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية - القسم الاول - ص١٤٣ - طبعة ١٩٧١م - معهد البحوث والدراسات العربية.

متقوماً يعرض بمال آخر إذا اعتدى عليه^(٧)، ثم يقول: نحن لا نرى مبرراً لمعالجة الاضرار الأدبى بالتعويض المالى ما دامت الشريعة قد فتحت مجالاً لقمعه بالزواج التعزيرية، فالاضرار الادبية التى تصيب الشخص في شعوره وعاطفته، لا تكون موجبة للضمان، اكتفاء بالعقوبة الجنائية المقررة لكل اعتداء على -نفسه-، مثل حد القذف، أو التعزير في الاعتداءات التى لا حد لها^(٨).

تقييم هذا الاتجاه:

وهذا الاتجاه وان كان مبعثه الثقة في أحكام التشريع الاسلامى وقدرة ما حوته كتبه على حكم كل تصرف، وضمان كل فعل، بما لا يحتاج الى القول بتقرير ضمان جديد عن الأضرار الأدبية، وهذا باعث طيب وشعور حميد، إلا أنه لم يقدم لنا تأصيلاً شرعياً لكثير من الأحكام الفقهية، التى تقررت بصدده أمور لا يمكن تخريبها الا على أساس أنها بمثابة التعويض عن ضرر أدبى، إذ أن سببها فعل «نار بغير المالى، والتعويض فيها مقابل لهذا الضرر الأدبى غير المالى، ومن أمثلة ذلك ما ذكره السرخسى في المبسوط: عن الامام محمد بن الحسن رحمه الله تعالى في الجراحات التى تندمل دون أن يبقى لها أثر، تجب فيها حكومة العدل بقدر ما لحق المجرور من الألم، وحكومة العدل هي تقدير الخبراء^(٩).

وما ذكره ابن قدامة في المغنى: ان قطع حلمتى الشديين عند مالك والثورى توجب ديتهما ان ذهب اللبن، والا وجبت حكومة بقدر شينه^(١٠)، أى بقدر العيب الجسدى الذى أصاب المرأة.

(٧) د. مصطفى الزرقا - الفعل الضار - ص١٢٤.

(٨) المرجع والمكان السابقان، وله في نفس المعنى: المدخل الفقهي - رقم ٥٨٦، د. صبحي محمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة - ص١٦٩ وما بعدها - طبع ١٩٤٨م.

(٩) السرخسى - المبسوط - ج٦ - ص٨١، وبدائع الصنائع للكاساني - ج٧ - ص٣١٦ وما بعدها.

(١٠) المغنى لابن قدامة - ج٩ - ص٦٢٣، وما بعدها، والقواعد لابن رجب - ص٣١٣، وفيها ان الجارية اذا هزلت عند الغاصب يضمن نقصها.

وما ذكره المحصفي في الدر المختار: أنه لو ضربه أسواطاً، ولم يكن لهذا أثر لا شيء في ذلك، أي ليس فيها أضرار مادية، أما العقوبة فواجبة حتماً^(١١١)، وقال أبو يوسف: عليه أضرار الألف^(١١٢)، وهو حكومة عدل.

ويقول الشيخ زكريا الاتصاري من فقهاء الشافعية: لوجرحه ويرى، ولم ينقص أصلاً أنه يعزر فقط، الحاقاً للجرح باللطم والضرب للضرورة، وقيل يفرض القاضي شيئاً باجتهاده ورجحه البلقيني^(١١٣)، وقد ذكر الشيخ الشرقاوي في حاشيته إن القول بجواز التعزير بالمال هو قول الحنفية.

وقد جاء في رسائل ابن نجيم: وفي الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير يأخذ المال إن رأى القاضي ذلك أو الوالي جائز، ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة، بجوز تعزيره بأخذ المال^(١١٤).

كما جاء في المنتزح المختار: والحكومة على ما رآه الحاكم ولطمة العبد من سيده تعتقه^(١١٥).

(١١١) ويرى بعض الفقهاء منهم ابن تيمية وابن القيم: أن في اللطمة والسوط والضرب باليد القصاص، وهو المأثور عن الخلفاء وغيرهم من الصحابة والتابعين، وهو نص أحمد وغيره من الفقهاء، وبذلك جاءت سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - وقالت طائفة لا قصاص في ذلك، وإنما فيه التعزير، والقول بالقصاص هو الصواب، راجع: حاشية ابن قاسم علي الروض المربع - ج ٧ - ص ٢٢١ وما بعدها، والدر المختار - ج ٥ - ص ٥٧٦ وما بعدها.

(١١٢) الشيخ زكريا الاتصاري - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمي عليه - ج ٤ - ص ١٦١ المطبعة الأميرية ببولاق - ونهاية المحتاج للرمل، وقد جاء فيه لو تألم بضربه (أي المضروب) ثم زال الألف أوجب القاضي فيه شيئاً باجتهاده.

(١١٣) حاشية الشرقاوي علي التحرير - ج ٢ - ص ٤٤٨.

(١١٤) مجموعة رسائل ابن نجيم: ملحقه بحاشية الحموي علي الأشباه - الرسالة ١٣ في إقامة القاضي التعزير علي المفسد من غير توقف علي مدى - ص ٤٧.

(١١٥) العلامة ابن مفتاح - المنتزح المختار من الفيث المندرج - ج ٢ - ص ٤٤٩ مطبعة المعارف بمصر سنة ١٣٤٠هـ - وراجع: البحر الزخار - ج ٥ - ص ٢٨٠ حيث يقول: وفي الألف حكومة وفي الألف، ويقول: في ص ٢٨٢: ولا شيء في قطع طرف الشعر إذ لا يؤثر في الجمال، فإن أثره بأن أخذ النصف فما فوق، فحكومة لما فيه من الزينة، والأحكام السلطانية - للماوردي - ص ٢٦٨ - المكتبة التوفيقية حيث يقول: لا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم أو المضروب، وعليه أن يأخذ له حقه من تفرغ الشاتم أو الضارب، وقال صاحب معين الحكام - الطرابلسي - ص ١٩٥: والتعزير لا يختص بفعل معين، ويجوز التعزير بأخذ المال.

أقول: هذه الأقوال وغيرها كثير يدل علي أن تعويض الضرر الأدبي أمر واقع أدركه الفقهاء وعبروا عن معناه، وإن كانوا لم يصيبوا المسمى، ولعل الذين يعارضون في قيام التعويض عن الضرر الأدبي قد عبروا عن ذلك دون أن يدركوا أنهم يقررون هذا المعنى، يقول الاستاذ الزرقا: والأمثلة الفقهية جميعاً التي استشهد بها القائلون بجواز التعويض عن الضرر الأدبي، ليست من الضرر الأدبي في شيء، فالألف والشين وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر، كلها أضرار مادية لا نزاع في جواز التعويض المادي عنها^(١١٦)، فهو يسلم بجواز التعويض عنها ولكنه يسميها أضراراً مادية، فكأن رأيه قد بنى علي خلاف في لفظ لم يغير من الحكم عنده شيئاً، ثم إن أصحاب هذه الوجهة أيضاً لم يقدموا رداً علي ما استدلل به أصحاب القول الأول الذين يرون جواز التعويض عن الضرر الأدبي، وهي أدلة من سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - وآثار صحابته، وترجع لمن ينظر فيها، إن يرى جواز ذلك علي نحو ما سنرى.

الاتجاه الثاني: وهو ينطوي علي سوء فهم واضح للتشريع الإسلامي، وقصور بين في فهم أحكامه، يدرك ذلك من يطالع ما كتبه أصحاب هذا الاتجاه تعليلاً لما انتهوا إليه من اقتناع بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي في التشريع الإسلامي، حيث ذهب أحدهم الي القول بأن فكرة الضرر الواجب تعويضه في الشريعة الإسلامية فكرة ضيقة، فلم تعرف الشريعة الإسلامية فكرة التعويض عن الضرر الأدبي^(١١٧)، وقال آخر: لقد قصر جمهور الفقهاء الضمان علي الأضرار المادية والمالية والجسمانية أما ما عداها من صور الأذى التي لا يفوت بها مال، ولا يكون لها أثر ياد في الجسم فلا ضمان فيها^(١١٨).

(١١٦) مصطفى الزرقا: الفعل الضار - ص ١٢٣.

(١١٧) د. مقدم السيد - التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية - ص ٧٧.

(١١٨) د. محمد فاروق الحكام - الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي - ص ٢٤١، وربما يكون قد نقل هذا التعبير عن الدكتور السنهوري من مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج ٦ - ص ١٦٨. وراجع: د. محمد إبراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - نفس المكان السابق.

تقييم هذا الاتجاه:

ويبدو من خلال النظر فيما عبر به أصحاب هذا الاتجاه عن رأيهم، أنه ينطوي على سوء فهم واضح لطبيعة التشريع الإسلامي، وقصور في فهم أحكامه، حيث أن أصحابه قد بنوا رأيهم على ما ذكره ابن قدامة في المعنى حيث يقول: وإن لطمه على وجهه، فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة^(١٩)، وما ذكره بعض فقهاء الحنفية من أنه: لو ضرب رجل إنسانا ضربا موجعا لا يضمن شيئا^(٢٠).

والواقع أن هذه النقول وردت في مواقعها من تلك المصادر في سياق الكلام عن الجنايات التي فيها أَرش مقدر، أما الجنايات التي ليس لها أَرش مقدر، فالقاعدة التي تحكمها: أن كل ما ليس له أَرش مقدر ففيه حكومة، يقول ابن قدامة: وما لم يكن من إنجراح توقيت، ولم يكن له نظير فيه أَرش مقدر ففيه حكومة^(٢١)، وقد جاء في الكافي: وإن لم يحصل بالجناية نقص في جمال، ولا نفع، مثل قطع إصبع زائدة أو قلع سن زائدة أو لحية امرأة فاندمل الموضع من غير نقص أو زاده جمالا وقيمة ففيه وجهان: أحدهما: لا يجب شيئا، لأنه لم يحصل بفعله نقص، فلم يجب شيء كما لو لكمة فلم يؤثر فيه، والثاني: يجب ضمانه، لأنه جزء من مضمون، فوجب ضمانه كغيره، فعلى هذا يقوم في أقرب أحواله إلى الإندمال، لأنه لما سقط اعتباره بعد اندماله قوم في أقرب أحواله إليه كولد المغرور يقوم في أول حال يمكن فيه التقويم بعد العلق، وهي عند الوضع، فإن لم ينقص في تلك الحالة قوم حين جريان الدم، وإن قلع سنا زائدة قوم وليس خلفها سن أصلية، وإن قلع لحية امرأة قومت كرجل لا لحية له، ثم يقوم وله لحية

(١٩) المعنى لابن قدامة - ج١ - ص ٦١٥.

(٢٠) بدائع الصنائع - للكاساني - ج٧ - ص ٣١٦ وما بعدها، وقد جاء فيه: أن ذلك هو قول أبي حنيفة، أما أبو يوسف فقال: يجب حكومة عن الألم، وقال محمد يجب إبرة الطبيب، وهذا يعني أن الضرر الذي ليس فيه أَرش مقدر يجب ضمانه بالتعويض عنه.

(٢١) المعنى لابن قدامة - ج١ - ص ٦٥٩.

ويجب ما بينهم^(٢٢)، فهل يفهم من قول ابن قدامة هذا أنه لا يقول بعدم ضمان ما ليس فيه أَرش مقدر، وهو الذي يفصل القول في كيفية ضمانه وتقديره إلى هذا الحد؟ إن هذا إلا تقول على الرجل ينم عن سوء فهم لما قال وقصور في ادراك ما ذكره الفقهاء.

وقد ذكر الكاساني في البدائع: الأصل أن ما لا قصاص فيه من الجنايات وليس له أَرش مقدر، ففيه الحكومة، لأن الأصل في الجناية الواردة على محل معصوم اعتبارها بإيجاب الجابر أو الزاجر ما أمكن، ومعنى حكومة العدل تقدير القاضي^(٢٣).

وبهذا يظهر أن أصحاب هذا الاتجاه قد كشفوا بتعليقهم لما ذهبوا إليه عن سوء فهمهم للتشريع الإسلامي وقصور نظرتهم لأحكامه، وتعجلهم في رمي أحكامه بالضيق والقصور عن ضمان الضرر الأدبي^(٢٤)، والقول بعدم جوازه، وهو قول مرجوح كما سنرى، بقى أن نبين أدلة المجوزين والممانعين لضمان الضرر الأدبي مع المناقشة وبيان الرأي الراجح، وذلك في مبحثين على النحو التالي.

(٢٢) الكافي - لابن قدامة - ج٤ - ص ٩٥.

(٢٣) الكاساني - بدائع الصنائع - ج٧ - ص ٣٢٣، وفي مثل هذا المعنى: نهاية المحتاج للرملي - ج٧ -

ص ٣٤٦، والقواعد لابن رجب - ص ٣١٣، ومغني المحتاج - ج٤ - ص ٧٧ والشرح الكبير - للدردير -

ج٤ - ص ٣٧١، والقوانين الفقهية - لابن جزي - ص ٣٥٤، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج٥ -

ص ٤١٢.

(٢٤) راجع: في هذا المعنى: د. محمد حسين الشامي - ركن الخطأ في المسئولية المدنية - ص ٥١٦.

المبحث الأول

أدلة القائلين بمشروعية ضمان الضرر الأدبي

استدل القائلون بجواز التعويض عن الضرر الأدبي، بالسنة النبوية وأثار الصحابة، والاجماع، والمعقول، كما يمكن أن يستدل لهم من القرآن الكريم أيضاً وذلك على النحو التالي:

أولاً: أدلتهم من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: (وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) (١)، وقال تعالى: (وجزاء سيئة سيئة مثلها) (٢)، وقال تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (٣).

ووجه الدلالة في هذه الآيات الكريمة:

أن الله - تبارك وتعالى - قد أوجب المائلة في العقاب، والمائلة في العقاب تعنى أن يفعل بالجاني مثل ما فعل من غير حيف أو زيادة، ذلك ما يقتضيه عدل الله وتحتمه أحكام شرعه عقاباً للمجرمين، وردعا للمعتدين، وتحقق المائلة في كل صور العقاب أمر غير وارد شرعاً، ذلك أن المائلة إنما تشترط فيما يمكن فيه المائلة من التعويضات المالية والقصاص والجروح، ونحو ذلك مما يمكن مراعاة المثلية فيه، أما حين تتعذر المائلة (٤)، فإن بدلها هو الأرش وحكومة العدل، والا فإن جانب الردع سيختل، وسيفلت عدد كبير من المجرمين دون عقاب، وهذا أمر غير مقصود شرعاً، إذ مقصود

(١) سورة النحل - آية ١٢٦.

(٢) سورة الشورى - آية ٤٠.

(٣) سورة البقرة - آية ١٩٤.

(٤) تعذر المائلة قد يكون لمانع شرعي، كما لو قتل بما لا يحل لعينه، مثل أن لاط به فقتله أو جرعه خمرًا أو سحره، لم يقتل بمثله اتفاقاً ويعود الي القتل بالسيف، وقد يكون لمانع عادي، كما لو جرعه دون الموضحة أو ضربة جائفة مما لا يمكن أن تتحقق فيه المائلة، راجع: المغني لابن قدامة - ج٧ - ص ٦٧٧.

الشرع أن ينال الجاني عقابه، ولهذا أوجب الشارع الدية وجعلها جبراً عن النفس مع أنها ليست من جنسها، ولا من جنس أعضائها (٥)، تحقيقاً لهذا المعنى ومن ثم كان إيجاب المائلة في عقاب المجرمين الوارد في الآيات الكريمة غير مانع من إيجاب تقدير الأرش وحكومة العدل في حالة عدم إمكان المائلة، لانه سيصير بدلاً عنها، والبدل عن الواجب يكون له حكمه لثلاً يفلت الفعل عن ضمان، ولهذا نظير في ضمان المال، إذ حين لا تفيد المائلة فيه يعدل عنها، ومن أمثلة ذلك صور الاتلافات المالية نفسها، إذ ليس من الحكمة اتلاف مال المتلف نظير ما أتلفه من مال المتلف عليه، والا لتفاقم الضرر، بل الحكمة تكون بأخذ مال المتلف واعطائه للمتلف عليه، ومن غير المقبول أبداً أن تمس كرامة المسئى بمثل ما مست به كرامة غيره، والا كان في ذلك اشاعة الفاحشة بين الناس وتثبिता لمعناها في نفوسهم، وإنما المفيد عقاب المسئى بما يردعه ويذجر غيره (٦).

وفي هذا المعنى يقول الشيخ على الخفيف: لقد عرفنا أن ضمان المال الذي يدفع لمن أصابه ضرر في ماله، إنما يقوم في الشريعة على فكرة التعويض، وإزالة ذلك الضرر، برد الأمر إلى ما كان عليه قبل حدوثه، وذلك لا يتحقق الا في الضرر المالى الذي يتمثل في فقد المال ليحل محله ما يعوضه من مال يرد الأمر إلى ما كان عليه قبل الفقد، ولذا لم ير فقهاء الاسلام محلاً للضمان المالى، أو التعويض بالمال عن ضرر لا يرتفع بدفع المال، وهذا في كل حال لا يترتب على الاعتداء فيها فقد مال قاتم، ومن ثم لم يروا التعويض في الأضرار الأدبية، ولا في الضرر بفقد الأمل في مال متوقع حدوثه، إذ ليس في دفع المال فيها إعادة الأمر إلى ما كان عليه، وعلى ذلك فماذا يكون وضع الديات والأروش، بالنظر إلى هذا الأساس، هي ليست الا أموالاً تدفع فيما لا يعد مالا، أو فيما لا يقوم بالمال، وذلك لعدم تقوم نفوس الأحرار وإبدانهم، وعدم اعتبارها من الأموال (٧)، وبناء على ذلك يقوم التساؤل عن الأساس الذي بنى عليه الشارع الإسلامى

(٥) العزبن عبد السلام - قواعد الأحكام - ج١ - ص ١٧٤.

(٦) د. محمد فوزي فيض الله - المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - ص ١٤٢.

(٧) الضمان في الفقه الإسلامى - ج٢ - الكفالة والديات - ص ١٥٩، وما بعدها - معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧٣م.

شريعة الديات والاروش، وفي تقديره الديات والاروش بخاصة إذا روعى ما يدل عليه قوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (٨)، وقوله تعالى: (وجزاء سيئة سيئة مثلها، فمن عفى وأصلح فأجره على الله) (٩)، وقوله تعالى: (والذين كسبوا السيئات جزاء سيئة بمثلها) (١٠)، وما توجيه هذه الآيات من التساوي بين السيئة وجزائها هو الاصل الذي بنيت عليه شريعة القصاص التي أوجبها قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى، الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى) (١١)، وقوله تعالى: (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين، والانف بالانف، والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص) (١٢)، وليس بين المال والنفس أو بين المال وقطع الطرف أو بين المال والجرح تماثل وتساو (١٣).

ثم يقول: الذي يبدو أن الشارع الحكيم قد لاحظ أن عقوبة القصاص مع قيامها على مبدأ المساواة بين الجريمة والجزاء، لا تصلح في جميع الاحوال، لانها ان صلحت في بعض احوال العمد، لا تصلح في بعض حالات أخرى من حالاته لا تتحقق فيها المساواة بين الجريمة والجزاء لعدم امكانها، كما لا تصلح للسبب نفسه في احوال الخطأ، اذ لم يقصد الفاعل فيها إحداث ما وقع من الضرر، وكان اعتباره ضرراً سماوياً أقرب من اعتباره ضرراً مستولاً عنه من أحدثه، ومن الظلم في هذه الأحوال أن يفعل به ما لم يرد أن يصيب به غيره، أو مثل ما صدر منه على غير إرادته واختياره (١٤).

(٨) سورة البقرة - آية ١٩٤.

(٩) سورة الشورى - آية ٤٠.

(١٠) سورة يونس - آية ٢٧.

(١١) سورة البقرة - آية ١٧٨.

(١٢) سورة المائدة - آية ٤٥.

(١٣) الشيخ علي الخفيف - المرجع - المرجع نفسه - ص ١٦٠.

(١٤) المرجع السابق - ص ١٦٠ وما بعدها.

ومن أجل ذلك عدل في هذه الاحوال عن مبدأ المساواة والتماثل بين الجريمة والجزاء ولم يشرع فيها القصاص، غير أنه لم يكن من العدل مع ذلك اعفاء الجاني فيها من المسؤولية وكان من الواجب أن يصاب دم الانسان من الهدر، وان يضمن الفاعل ما به تخف الام المجنى عليه أو ضرره، ويذهب عنه بقدر الامكان غيظ القلوب وحقد النفوس، وللمال في هذه السبيل أثره الطيب المعروف في تخفيف الآلام وشفاء ما في الصدور، لما يؤدي اليه من أذى لدافعه ينقص ماله، ومنفعة لمن دفعه اليه يطيب بها عيشه، ويجد فيها معونة على الحياة ومطالبها، فكان ذلك أساس شرع الديات والاروش فضلاً عما قد يترتب عليه من الزجر والردع لمن تحدثه نفسه بأذى غيره (١٥).

ثانياً: دللتهم من السنة النبوية:

(١) ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا ضرر ولا ضرار (١٦).

ووجه الدلالة من هذا الحديث:

أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد نفى الضرر والضرار، والضرر ضد النفع، قال ضره يضره ضراً وضرار، وأضر به يضر إضراراً، ومعناه: لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه (١٧)، وقد قال بعض المحققين في بيان معنى الضرر والضرار: ان الضرر

(١٥) المرجع نفسه - ص ١٦١.

(١٦) رواه أحمد وابن ماجه، وله من حديث أبي سعيد مثله، وهو في الموطأ مرسل، راجع موطأ الامام مالك

- ص ٦٣٨، وأخرجه ابن ماجه أيضاً والبيهقي من حديث عبادة بن الصامت وأخرجه مالك بن عمر بن يحيى المازني عن أبيه مرسلًا بزيادة من ضار ضاره الله، ومن شاق شاق الله عليه، وأخرجه بها الدار

قطني والحاكم والبيهقي عن أبي سعيد مرفوعاً، وأخرجه عبد الرزاق وأحمد عن ابن عباس أيضاً، راجع:

سبل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ١١٨، مطبعة جامعة الامام محمد بن سعود اسلامية، ونيل الاوطار

- للشوكاني - ج ٥ - ص ٢٦٠.

(١٧) سبل السلام للصنعاني - المكان السابق.

ووجه الدلالة في هذا الحديث:

أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد حرم على المسلم عرض أخيه المسلم، والعرض هو موطن الشرف في الإنسان أو ما به قوام شرفه واعتباره، مما يتعلق بكيانه الأدبي، يدل على ذلك ما ذكره علماء اللغة من أن العرض هو جانب الرجل الذي يصونه من نفسه وحسبه أن ينتقص أو يثلب، وسواء كان في نفسه أو سلفه، أو من يلزمه أمره، أو موضع المدح والذم منه، أو ما يفتخر به من حسب وشرف، وقد يراد به الآباء والأجداد والخليفة المحمودة (٢٥).

وقد جاء تحريم العرض في الحديث الشريف معطوفاً على أمرين لا يخالف فقيه على تقرير مبدأ الضمان فيهما إجمالاً، فدل ذلك على أن المعطوف وهو العرض له حكم ما عطف عليه، في الضمان، وإذا كان معنى العرض يغلب في جانب الحق الأدبي، يكون الحديث دالاً على جواز الضمان في حالة التعدي عليه (٢٦).

(٣) وما رواه أبو بكر نقيع بن الحارث رضى الله عنه، أن النبي - صلى الله عليه وسلم، قد خطب من الناس يوم النحر في حجة الوداع وقال: إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا (٢٧).

(٢٥) القاموس المحيط - ج٢ - ص٣٤٧. ومنه فلان نقي العرض، أي برئ من أن يشتم أو يعاب، وقيل عرض الرجل: حسبه، راجع: مختار الصحاح - ص٤٢٦.

(٢٦) راجع في هذا المعنى: مصطفى الزرقا - الفعل الضار - حيث يقول: وفي هذا الحديث كذلك تقرير لاعتبار الأضرار الأدبي من المحرمات الكبيرة الأثم، ويستفاد هذا من عدم الشتم والقذف مثل التعدي على النفس والحقوق كسفك الدم وأكل المال وهذا يؤكد أن الضرر الأدبي يوجب تدبيراً زجرياً يزيله ويحو أثره ص٢١ وما بعدها من المرجع المشار إليه.

(٢٧) متفق عليه، راجع: رياض الصالحين - للنووي - ص١١٧، وما بعدها.

فعال من الضر، أي لا يجازيه باضراره، بإدخال الضر عليه، فالضر ابتداء الفعل، والضرر هو الجزاء عليه، ويبدو أن هذا القول مردود بقول الله تعالى: (ولمن انتصر من بعد ظلمه) (١٨)، وقوله عز من قائل: (وجزاء سيئة سيئة مثلها) (١٩)، ولذلك قيل: إن الضر هو ما تضر به صاحبك، وتتفع أنت به، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع وقيل: هما بمعنى واحد والتكرار فيهما للتأكيد (٢٠).

وقد دل الحديث على تحريم الضرر لأنه إذا نفى ذاته، دل على النهي عنه، لأن النهي لطلب الكف عن الفعل، وهو يلزم منه عدم ذات الفعل، فاستعمل اللازم في الملزوم (٢١).

وتحريم الضرر معلوم عقلاً وشرعاً إلا ما دل الشرع على إباحته رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة. وذلك مثل إقامة الحدود وغيرها، وذلك معلوم في تفاصيل الشريعة، وقد جاء النفي الذي يفيد النهي والتحريم في الحديث عاماً، ليشمل تحريم كل صور الضر وأنواعه (٢٢)، ولا كان الضرر الأدبي أحد أنواع الضرر المنهى عنه، فإنه يدخل في نطاق التحريم الذي دل عليه هذا الحديث، وإذا كان محرماً كان واجب الضمان كغيره من الأضرار المحرمة التي تعاضدت أدلة الشرع في جواز التعويض عنها، ويكون الحديث دالاً، ضمن ما يدل عليه على جواز التعويض عن الضرر الأدبي لذلك (٢٣).

(٢) وما أخرجه الإمام مسلم من حديث أبي هريرة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه (٢٤).

(١٨) سورة الشوري - الآية ٤١.

(٢٠) سبل السلام - المكان السابق نفسه.

(٢٢) في هذا المعنى: المرجع السابق - ص١١٩.

(١٩) سورة الشوري - الآية ٤٠.

(٢١) سبل السلام - المكان نفسه.

(٢٣) وقد احتجت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني - ص٣٠٠، للتعويض المالي عن الضرر الأدبي بأن السند في هذا الباب حديث: لا ضرر ولا ضرار، وهو نص عام، فقصره على الضرر الأدبي دون الضرر الأدبي تخصيص بغير مخصص وهو لا يجوز - مشار إليه بالفعل الضار - للاستاذ مصطفى الزرقا - ص١٢٥.

(٢٤) الحافظ المنذري - مختصر صحيح مسلم - ج٢ - ص٢٣٣ رقم ١٧٧٥ - تحقيق الشيخ الألباني، كما أخرجه أبو داود في سننه - ج٢ - ص٥٦٨ - الطبعة الأولى ١٣٧١هـ - مصطفى البابي الحلبي.

ووجه الدلالة في هذا الحديث:

انه قد دل على نفس المعنى الذي دل عليه الحديث السابق، حيث جاء تحريم العرض معطوفا على تحريم النفس والمال، فدل ذلك على أن للعرض حكمهما وهو وجوب الضمان، ولما كان التعدي على العرض يغلب عليه جانب الضرر الأدبي، يكون الحديث دالا على ضمانه.

(٤) وما روى عن عائشة رضی الله عنها: ان النبي - صلى الله عليه وسلم - بعث أباجهم جامعا للصدقات فلاحاه رجل في صدقته، فضربه أبوجهم فشجه، فأتوا النبي - صلى الله عليه وسلم، فقالوا: القصاص يا رسول الله، فقال - صلى الله عليه وسلم -: لكم كذا وكذا فرضوا (٢٨).

ووجه الدلالة في هذا الحديث:

ان النبي - صلى الله عليه وسلم - قد قدر للفعل الضار الواقع من أبي جهم ضمان ماليا ارتضاه الذين وقع الضرر عليهم، وقد جاء هذا التقدير في شجة أحدثت الما في نفس المشجوج وأهله، ولو كان الواجب فيها الأرش فقط دون التعويض لما حكم لها النبي صلى الله عليه وسلم به، بل ولألزمهم بالأرش (٢٩)، وتقدير النبي - صلى الله عليه وسلم - يشمل ما حدث عن الفعل الضار بشقيه، وهما: التخريب الظاهري للوجه، والألم الناجم عن هذا التخريب في نفس المضرور، مضافا الى ذلك ألم أهله عليه مما يكون معنى الضرر الأدبي فدل ذلك على جواز ضمانه.

(٢٨) الحديث أخرجه أبو داود بسنده عن عروة عن عائشة رضي الله عنها، راجع: سنن أبي داود - ج٤ - ص ١٨١، حديث رقم ٤٥٣٤.

(٢٩) راجع في هذا المعنى: ابن القيم في اعلام الموقعين - ج١ - ص ٣٢٠ وما بعدها، مراجعة طه عبد الرؤوف سعد - دار الجليل - بيروت ١٩٧٣ م.

ثالثا: أدلتهم من آثار الصحابة:

وأما أدلة القائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي، فكثيرة ومتعددة ويمكن أن نكتفي منها بما يدل على المطلوب، وذلك على النحو التالي:

(١) روى ابن حزم: ان حلاقا كان يقص لعمر بن الخطاب بعض شعره فأفزع عمر فضرط الرجل من الفزع، فقال عمر - رضی الله عنه -: أما إنا لم نرد هذا، (أى لم يقصد افزع الرجل) ولكننا سنعقلها، فأعطاه أربعين درهما (٣٠).

ووجه الدلالة في هذا الأثر: ان عمر بن الخطاب - رضی الله عنه -، قد قام بضمان الخوف الذي تسبب في حصوله للرجل حتى أفزعته وظهرت علامات ذلك الفزع عليه، وما كان لمثل عمر رضی الله عنه أن يضمن الخوف والفزع، وهما من مكونات الضرر الأدبي، لولا أن لهذا الضمان أساسا شرعيا يقوم عليه، ويستمد جوازه منه، فدل هذا الاثر على جواز التعويض عن الضرر الأدبي.

وقد روى هذا الأثر في كنز العمال برواية أخرى عن عكرمة: أن حجأما كان يقص لعمر بن الخطاب وكان رجلا مهيبا فتنحج عمر، فأحدث الحجام فأمر له بأربعين درهما (٣١).

(٢) وما روى أن عمر بعث إلى امرأة مغيبية (٣٢)، كان رجل يدخل عليها، فقالت: يا ويلها، ما لها ولعمر، فبينما هي في الطريق اذ فزعت فضربها الطلق، فألقت ولدا فصاح الصبي صيحتين، ثم مات، فاستشار عمر، أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم -

(٣٠) ابن حزم - المحلي - ج١٠ - ص ٤٥٩ حيث رواه بسنده عن عبد الرزاق - وراجع: د. ربيع الرحيلي - فقه عمر بن الخطاب موازنا بفقهاء أشهر المجتهدين - ج٣ - ص ٢٣٢ مركز البحث العلمي في جامعة أم القرى بمكة المكرمة - طبع دار القرب الإسلامي - بيروت سنة ١٤٠٣ هـ.

(٣١) علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين - كنز العمال في سنن الاقوال والافعال - ج٤ - ص ٢١١ رقم ٤٢٥ (في فضائل الفاروق).

(٣٢) كان زوجها غائبا في سفر ونحوه، يقابل المغيبة: الشهيد: وهي التي زوجها شاهد حاضر.

وسلم - ، فأشار بعضهم ان ليس عليك شيء، انما انت وال مؤذوب، وصمت على فأقبل عليه عمر فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟، فقال: ان كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وان كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، ان ديتك عليك لانك أفزعتها فألقته، فقال عمر: أقسمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك (٣٣)، يقول الشيرازي: فأمر عمر عليا ان يقسم عقله على قريش، أي أن يقسم دية الجنين على عاقلة عمر وهي قريش (٣٤).

وجه الدلالة في هذا الأثر:

ان عمر رضی الله عنه قد استشار أصحابه في ضمان افزاع المرأة على نحو أدى إلى اجهاضها فرأى بعضهم عدم الضمان لفعل عمر، تأسيسا على انه يتوافر بالنسبة له سبب الاباحة، حيث إن له ولاية التقويم والتأديب على رعيتته، لكن عليا رأى الضمان لانه هو المتسبب في الخوف والافزاع وما تسلسل عنهما من اجهاض المرأة، وقد لقي رأى أبي الحسن استحسانا من عمر - رضی الله عنهما - فأقره، وعمل به، وقرر ضمان الجنين الذي سقط بسبب من قبله وهو الافزاع والخوف الذي يعد من قبيل الضرر الادبي غير المالى، وضمانه في هذا الاثر يدل على الجواز (٣٥).

(٣٣) ارواء الغليل للأبياني - ج٧ - ص ٣٠١، حيث يقول: لم أره، ولا يلزم من عدم رؤيته للأثر أن يكون ضعيفا في ذاته، راجع: مسند عمر بن الخطاب لابن كثير - ص ٢١٥.

(٣٤) الشيرازي - المهذب - ج٢ - ص ١٩٢، وقد أخرجه البيهقي عن الحسن وهو منقطع بينه وبين عمر، ورواه عبد الرزاق عن معمر، ورواه الشافعي بلاغا عن عمر مختصرا، راجع: سنن البيهقي - ج٨ - ص ٣٢٢، ومسند عمر بن الخطاب لابن كثير - ص ٢١٥، حيث قال ابن كثير: انه مشهور متداول، وتكملة المجموع للمطيعي - ج١٧ - ص ٣٧٤.

وراجع في كتب الفقه: مغني المحتاج ج٤ - ص ٣، والمغني لابن قدامة - ج٧ - ص ٧٨١ - طبعة مكتبة الرياض الحديثة: وتبيين الحقائق للزيلعي - ج٦ - ص ٩٧ وما بعدها، والاحكام السلطانية للماوردي - ص ٢٢٢، وحاشية ابن قاسم علي الروض المربع - ج٧ - ص ٢٣٦.

(٣٥) د. محمد حسين الشامي - المرجع السابق - ص ٥٢، حيث يقول: يستدل من هذا ان الضرر الادبي هو السبب في التعويض لامرين: أولهما: انه لم يحدث أي أذى مادي حتى يقال ان هناك مباشرة، والثاني: ان التسبب ليس هو السبب المباشر في ايجاب التعويض لان من حق عمر المحافظة علي النظام والاستجواب للمتهم، وانما الذي حصل هو الفزع النفسي الذي يسببه القتل جنيها فكان الضمان بسبب الإفزاع وهو ضرر ادبي.

(٣) أخرج البيهقي في السنن الكبرى ان عمر وعثمان - رضی الله عنهما - كانا يعاقبان على الهجاء (٣٦).

والعقاب على الهجاء يقتضى أن يكون السب والقذف وغيرهما من الاضرار التي تنال من شرف الانسان واعتباره محل ضمان، ولو لم تكن كذلك ما قام صحابييان جليلان مثل عمر وعثمان رضی الله عنهما بضمانها.

(٤) وأخرج البيهقي ان عليا - رضی الله عنه -، قال في الرجل يقول للرجل: يا خبيث، يا فاسق، قال ليس عليه حد معلوم، يعزره الوالى بما رأى (٣٧).

(٥) وروى عبد الرزاق أن عمرو بن العاص وهو أمير مصر قال لرجل: يا منافق، فشكاه إلى عمر بن الخطاب، فكتب عمر إلى عمرو: ان أقام عليك البينة جلدتك سبعين جلدة، فشهد الناس واعترف عمر، فأمكن عمرو الرجل من نفسه فعفا عنه (٣٨)، وفي رواية ان عمر قال لعمر: أكذب نفسك على المنبر ففعل (٣٩).

وقد دلت هذه الآثار على أن الفعل الضار ضررا أدبيا مضمون على فاعله، يدل على ذلك قول علي فيما أخرجه البيهقي لمن قال لرجل يا خبيث يا فاسق: يعزره الوالى بما يرى، كما يدل على ذلك أيضا فعل عمر مع عمرو بن العاص - رضی الله عنهما -، حيث حكم بضمان الفعل الذي أدخل بحق الرجل الأدبي من خلال وصفه بالنفاق، صحيح ان الضمان قد اتخذ شكل التعويض العيني، أي تكذيب ما نسبته اليه، كما تواترت بذلك بعض الروايات، أو أن عمر قد قرر عقابا مقداره سبعون جلده، وهذا لا يمنع من القول بتقرير الضمان عن الضرر الادبي.

(٣٦) السنن الكبرى للبيهقي - ج٧ - ص ٢٥١.

(٣٧) المرجع والمكان السابقان.

(٣٨) كنز العمال - ج٣ - ص ١٢٠، وراجع: د. رويحي الرحيلي - فقه عمر - السابق - ج١ - ص ٣٤٥.

(٣٩) كنز العمال - المكان السابق.

وفى هذا المعنى يقول الاستاذ الزرقا تعليقا على الاثرين الواردين عن عمر وعلى رضى الله عنهما: وأول ما نستنتج من النصوص الواردة ان الخلفاء الراشدين عقبوا على الاضرار الادبي، لكن بغير طريق التعويض المالى^(٤٠)، والنتيجة الثانية: ان مدى المسئولية عن الضرر الادبي، تعود إلى تقدير الحاكم ما لم تبلغ حد القذف الشرعى الذى عينت فيه الشريعة عقوبة محددة، كما يمكن أن يقال إن تكذيب النفس علنا يمكن ان يعد فى بعض الاحوال إزالة عينية للضرر^(٤١).

٦- وقد حدث محمد بن كثير عن الازاعى، عن ابن حرملة، قال: تلاهى رجلان فقال أحدهما ألم اخنقك حتى أحدثت؟ فقال: بلى، ولكن لم يكن إلى عليك شهود، ثم أشار إلى عمر بن عبد العزيز فأرسل فى ذلك إلى سعيد بن المسيب، فقال: يخنقه كما خنقه حتى يحدث، أو يفتدى منه فافتدى منه بأربعين بعيرا^(٤٢).

وهذا الأثر يفيد جواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال، والا فلو كان تعويض الضرر الادبي بالمال غير جائز لما وجب الفداء فى الحكم بالمال، حيث إن الضرر لم يترك أى أثر مادى فى الجسم، وقد روى عن محمد بن الحسن أنه قال: يجب فى الجراحات التى تندمل على وجه لا يبقى أثرا حكومة بقدر ما لحق المصاب من الالم^(٤٣)، وقد جاء فى الأحكام السلطانية: ولو تعلق بالتعزير حق لأدمى، كالتعزير فى الشتم أو الضرب ففيه حق للمشتوم أو المضروب، وحق السلطنة للتقويم والتهديب، فلا يجوز لولى الأمر أن يسقط بعفو حق المشتوم أو المضروب، وعليه أن يأخذ له حقه من تغريم الشاتم أو الضارب^(٤٤).

(٤٠) د. مصطفى الزرقا - الفعل الضار - ص ٥٣.

(٤١) المرجع نفسه - ص ٥٤.

(٤٢) اعلام الموقعين - لابن القيم - ج ١ - ص ٢١٩.

(٤٣) المبسوط - للرخسي - ج ٢١ - ص ٨١.

(٤٤) الاحكام السلطانية - للموردي - ص ٢٦٨ - المكتبة الترفيقية.

رابعاً: دليلهم من الاجماع:

وللقائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال دليل من الاجماع حكاه ابن قدامة فى المغنى: فى حكم قضى به عثمان - رضى الله عنه -، وذلك فى قضية رجل ضرب آخر حتى احدث، فقضى عثمان عليه بثلث الدية، خلافاً للقياس الذى يقضى بأن الدية لا تجب الا لاتلاف منفعة أو عضو أو ازالة جمال، وليس فى القضية المحكوم فيها شئ من ذلك، وانما ذهب من ذهب إلى ايجاب الثلث لقضية عثمان - رضى الله عنه -، لانها فى مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فيكون اجماعاً^(٤٥). ولان قضاء الصحابي بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف، وسواء كان الحديث ربحاً أو غائطاً أو بولاً وكذلك الحكم فيما إذا أفزعه حتى أحدث^(٤٦).

وروجه الشاهد فيما ذكره ابن قدامة: أن حكم عثمان بالتعويض قد ورد فى تلك القضية بسبب ضرر لا يخرج توصيفه عن كونه ضرراً أدبياً، وهذا الحكم كان فى مظنة الشهرة، ولم يرد ما يخالفه، فيكون اجماعاً عليه، إذ أن هذا الحكم من عثمان - رضى الله عنه - يدل على انه توقيف، ثم قاس ابن قدامة على الحكم كل إفزاع، الامر الذى يمكن معه القول إن التعويض عن الضرر الأدبي فى الفقه الاسلامى أمر جائز.

خامساً: دليلهم من المعقول:

كما أن للقائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي دليلاً من المعقول، ذلك ان الضرر الأدبي لا يقل أثراً فى النفس من ناحية تحقيق الأثم الذى يبعثه عن الضرر المالى، بل إن الضرر المالى قد يكون أهون من الضرر الأدبي، وإذا كان التعويض عن الضرر مطلقاً مبعثه تخفيف حدة الأثم فى نفس المضرور بازالة آثار الضرر عنه، ومحو بقاياها من نفسه، فانه لا يستساع - وامر التعويض كذلك - أن يكون قصراً على الضرر المادى دون الأدبي، الأمر الذى يجعل التعويض عن الضرر الأدبي، أمراً يحتمه النظر

(٤٥) المغنى لابن قدامة - ج ٧ - ص ٨٣٥.

(٤٦) المرجع والمكان السابقان.

السليم والقياس الراجح والعقل الرشيد، خاصة إذا كان هذا النظر معضدا بما سبق من أدلة على جوازه من الكتاب والسنة والاجماع وآثار الصحابة كما رأينا، كما أن القول بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي سوف يفتح الباب للتعدي على أعراض الناس، وسوف يشجع المعتدين على ولوج هذا الباب، ومن ثم يكون تقرير التعويض عنه بالمال زاجرا للمعتدين ورادعا لهم، كما سيكون ذلك ذريعة لحفظ أعراض الناس ومنع التطاول عليهم (٤٧).

المبحث الثاني

أدلة القائلين بعدم مشروعية ضمان الضرر الأدبي

وللقائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي بالمال أدلة يمكن ردها إلى عدة أمور:

أولها: أن في تقرير التعويض عن الضرر الأدبي بالمال، تعزيراً بالمال والتعزير بأخذ المال لا يجوز في الراجح عند الأئمة (١)، لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه بغير حق، وقد نسخ التعزير بأخذ المال (٢).

ثانيها: أن في تقرير التعويض عن الضرر الأدبي مخالفة شرعية صارخة حيث ينطوي هذا التقرير على اضافة تعويض آخر زائد عما حدده الله ورسوله فوق الدية المقدرة شرعا، تحت مسمى الضرر الأدبي، بينما الشريعة قد حسمت هذا الامر، وحددت مقدار الواجب في الجناية على النفس بما لا يدع مجالا لاضافة أو تغيير، ان النص على تقدير تعويض عن الضرر الأدبي، سوف يفتح الباب أمام القاضى على مصراعيه للاعتباط والتحكم في تقدير تعويض أدنى مزعوم زيادة على الدية، يؤدي إلى الأقارب لتعويضهم عما يستشعرون من ألم بسبب موت المضرور، ولهذه العلة يجوز للقاضى ان يحكم بالتعويض لا للأقارب فحسب، بل وكذلك للأزواج مراعيًا ظروف العائلة، في تعيين احظ افرادها من الحزن والفجيعه ممن لا يقتصر أمرهم على رغبة الافادة ماليا مما

(١) راجع: بدائع الصنائع - الكاساني - ج ٧ - ص ٦٣، حاشية ابن عابدين علي الدر المختار - ج ٣ - ص ١٩٥ وما بعدها، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٢٥٤، وحاشية الشرقاوي علي التحرير - ج ٢ - ص ٤٤٨، حيث يقول: ولا يجوز التعزير بالمال خلافا للحنفية، والمغني لابن قدامة - ج ٨ - ص ٣٢٦ حيث يقول: والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ، ولا يجوز قطع شيء منه، ولا جرحه، ولا أخذ ماله لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدي به، ولأن الواجب أدب والتأديب لا يكون بالاتلاف.

(٢) حاشية ابن عابدين علي الدر المختار - ج ٤ - ص ٦١، راجع في عدم جواز التعزير بأخذ المال مطلقا، د. محمد سعيد رمضان البوطي - محاضرات في الفقه المقارن - ص ١٠٠ وما بعدها - دار الفكر ببيروت.

(٤٧) راجع: المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني - ص ٣٠٠، حيث ذكرت من ضمن الحجج التي يستند اليها جواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي: أن القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب علي مصراعيه للمعتدين علي أعراض الناس ومسمعتهم، مشار اليها - في الفعل الضار - للاستاذ مصطفى الزرقا - ص ١٢٥.

المناقشة والترجيح

هذه هي أدلة الفقهاء في مدى مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي بالمال آثرت ان أذكرها كما وردت عنهم، مع الاستدلال لكل قول بما يمكن أن يستدل له من أدلة الشريعة، ولكن يبقى مع ذلك ان نورد المناقشات الواردة على أدلة كل قول، أو التي يمكن ايرادها عليه، وذلك قصدا لاستجلاء الرأي الراجح في المسألة.

مناقشة أدلة القول الأول:

وقد وردت على أدلة القول الاول مناقشات عديدة يمكن اجمالها فيما يلي:

أولاً: الامثلة الفقهية التي استشهد بها القائلون بجواز التعويض عن الضرر الأدبي، ليست من الضرر الأدبي في شيء، فالألم والشين، وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر كلها اضرار مادية، لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها، ولا تصلح للاحتجاج شرعا على التعويض المالي عن الضرر الأدبي^(٥) على انه يلاحظ أن بعض ما يوصف تساهلا بأنه ضرر أدبي هو في حقيقته ضرر مادي يمكن تعويضه، وفق القواعد الشرعية في تعويض الأضرار المادية، ومن ذلك ايقاع الألم بالضرب أو اللطم ولو لم يترك أثرا، وكذلك نقص جمال عضو من الاعضاء^(٦).

رد هذه المناقشة:

ويرد على هذه المناقشة أمران:

الأول: إذا كان الألم والشين وفوات الزينة وغيرها تستأهل التعويض، كما ورد في المناقشة، يكون في هذا تسليم بأنها يجوز أن يرد عليها التعويض بالمال، وذلك هو المقصود، أما وصفها بأنها اضرار مالية، وليست أضرارا أدبية، فذلك لن يغير من الحكم شيئا، وهي عند الفقهاء تعتبر من قبيل الأضرار الأدبية.

(٥) د. مصطفى الزرقا - المرجع نفسه - ص ١٢٣.

(٦) المرجع والمكان نفسه.

كانوا يكتفون للمتوفي من عواطف الحب والولاء، وفي هذا مع المخالفة السابقة، مخالفة لاحقة، حيث سيؤدي ذلك إلي مخالفة أحكام الارث الشرعية، حين يترك الامر للقاضي ليوزع التعويض على احظ أفراد الأسرة من الحزن والفجيعه^(٣)، وذلك علي نحو ما ورد في المادتين ٢٧٣، ٢٧٤ من التقنين المدني الأردني، حيث تنص المادة (٢٧٣) مدني أردني علي ما يأتي: ما يجب من مال في الجناية علي النفس وما دونها ولو كان الجاني غير مميز هو علي العاقلة أو الجاني، للمجني عليه أو ورثته الشرعيين وفقا للقانون، وتنص المادة (٢٧٤) مدني أردني علي أنه: رغما عما ورد في المادة السابقة كل من أتي فعلا ضارا بالنفس من قتل أو جرح أو ايذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجني عليه أو ورثته الشرعيين، أو لمن يعولهم وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار.

وعلي ضوء ما تقضي به المادة (٢٧٤) مدني أردني يكون هناك أمر زائد علي ما قرره أحكام الشريعة دون سند شرعي، واستناد إلي تبرير متكلف، غريب عن مناهج الشريعة ومباني أحكامها^(٤).

ثالثها: أن الضرر الأدبي الخالي من الآثار المالية، هو من الامور الاعتبارية اعتبارا محضا، وذلك كالشرف والسمعة، ومن ثم كان غير صالح للتعويض عنه بالمال والاولى به أن يخضع لقواعد التعزير الشرعي.

(٣) راجع في سرد هذه الادلة: الاستاذ مصطفى الزرقا - السابق - ص ١٢٦ وما بعدها.

(٤) مصطفى الزرقا - المرجع نفسه - ص ١٢٧.

الثاني: القول بأن كل ما ورد بصدد الاستدلال على جواز التعويض عن الضرر الأدبي، بأنه ليس من الضرر الأدبي، لا يستقيم مع الأمثلة التي ضربها القائلون بالجواز مدعومة بالأدلة من كتاب الله - تعالى - وسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - وآثار صحابته، كما ورد عن عمر وعثمان وعلى وعمر بن عبد العزيز، وقد وردت تلك الأمثلة بخصوص أضرار لا يمكن اعتبارها من قبيل المال الذي يجوز الاعتياض عنه، ومع ذلك فقد قرر الفقهاء جواز التعويض عنها بالمال^(٧)، رغم أن الوصف الغالب عليها أنها أضرار أدبية بالمعنى الذي يراه الفقهاء.

ثانياً: لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد شدة تحريم الشريعة للأضرار الأدبي وإن حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك، لكن الأسلوب الذي ابتعته الشريعة في معالجة الأضرار الأدبي، إنما هو التعزير الزاجر وليس التعويض المالي، إذ لا تعد الشريعة شرف الإنسان وسمعته مالا متقوما يعوض بمال آخر إذا اعتدى عليه^(٨). وهذه المناقشة أيضاً يرد عليها أمران:

الأول: أن القائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال، لا ينازعون في الحكم المقرر من قبل الشارع بخصوص بعض الأضرار ذات الصبغة الأدبية مثل حد القذف وغيره من العقوبات التي يغلب عليها جانب حق العبد والتي قررها الشارع حفظاً لشرفه واعتباره، فهذه العقوبات واجبة التطبيق وهي محل اتفاق، أما جواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال، فإنه وارد في المواطن التي لم يرد فيها عن الشارع حكم مقدر أو عقاب واجب، وأقوال الفقهاء القائلين بمشروعية التعويض عن الضرر الأدبي بالمال وحسبما وردت، بعيدة عن هذا النطاق، لأنها تدخل في إطار السلطة التقديرية الممنوحة للحاكم كاجراء لحفظ الحقوق ومنع التعدي عليها بما يراه، وهذا لا يكون إلا في المواطن التي لم يرد فيها عن الشارع نص يفيد حكماً واجب الاتباع.

(٧) راجع أدلة القول الأول.

(٨) د. مصطفى الزرقا - المرجع نفسه - ص ١٢٤.

الثاني: أما قول المانعين: أن شرف الإنسان وسمعته ليس مالا متقوما يعوض بمال آخر إذا اعتدى عليه، فإنه محل نظر، ذلك أن شرف الإنسان وسمعته يمثلان حقاً من اسمى حقوق الإنسان وأعظمها خطراً في حياته، والألم الذي يصيب الإنسان بسبب التعدي على شرفه وسمعته واعتباره - حتى في الحالات التي لا ينطوي فيها هذا التعدي على مساس بالحقوق المالية له - قد يكون أقوى من الألم الذي يصيبه بسبب ضرر مالي، ومن ثم كان استئثار الأخير بالتعويض المالي، وإخراج الضرر الأدبي من دائرته، أمراً غير ذي معنى.

ثم إن الغرض من التعويض ليس أحداث تقابل بين قيم مالية مفقودة من جراء الضرر، وإحلال مال آخر محلها، وإنما الغرض من التعويض محو آثار الضرر من نفس المضرور، وتخفيف ألمه من نفسه، وهذا المعنى موجود في الضرر الأدبي بقدر ما هو موجود في الضرر المادي.

الثالث: كما أن القول بأن ما يقع من ضرر أدبي يمكن أن يجابه بالتعزير، قد يكون حجة على المانعين لا لهم، إلا إذا كانوا يرون رأياً من لا يجيز أخذ المال وهو رأى مرجوح كما سنرى، لكننا إذا سلمنا بأن التعزير هو طريق مجابهة الضرر الأدبي، فإن من التعزير تغريم المال كما ذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء، ويكون ضمان الضرر الأدبي بالمال داخلاً ضمن ما يقررونه وما يتمسكون به.

ثالثاً: قال المانعون لمشروعية تعويض الضرر الأدبي بالمال: إننا لو سلمنا بأن التعويض عن الضرر الأدبي جائز بالمال، لوجب أن يذهب المال إلى خزنة الدولة لا إلى جيب المضرور، وهذا لا يقولون به، وليس هو مرادهم^(٩).

(٩) د. مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ١٢٥.

رد هذه المناقشة:

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن الهدف من التعويض هو تحقيق المائلة بين التعويض والضرر ولما كان ذلك غير ممكن في إطار التعويض عن الضرر الأدبي، فإن الهدف يصبح هو مواساة المضرور، اقتداء بما رسمه الشارع في الدية والأرش، ومن ثم يكون ذهاب المالمية أولى دفعا للنزاع وقطعا لدابر الشر من النفوس، ثم إن المهم في موضوعنا هو جواز تغريم المستول عن ضرر أدبي، فإذا سلمنا بذلك يكون توجيه المالم المدفوع مسألة أخرى، تخضع لنظر الحاكم وما يمليه العرف السائد، أما نفيهم لمراد القائلين بالمشروعية فهم لا يملكونه، لأن القصد لا يعلمه الا الله، ومن ثم كان نفيهم له نفيًا لا امر لا يعلمونه فيكون باطلا لا اعتبار له.

مناقشة أدلة المانعين لجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمالم:

كما أن أدلة القائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي بالمالم لا تسلم هي الأخرى من المناقشات، حيث يمكن أن ترد عليها المناقشات التالية:

أولاً: أن اعتبار التعويض عن الضرر الأدبي بالمالم، تعزير بالمالم غير جائز عند الأئمة، يرد عليه: أن الذين قالوا بتحريمه استدلوا بقول الله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم)^(١٠)، وقوله صلى الله عليه وسلم: لا يحل لأحد من مال أخيه الا ما طابت به نفسه^(١١)، وقالوا: إن التعزير بأخذ المالم مطلقا أكل لأموال الناس بالباطل، منهى عنه بنص الآية الكريمة، وأخذ للمال من المستول عن غير طيب نفس منه، وهو غير جائز كما أرشد حديث النبي - صلى الله عليه وسلم -، وهذا الاستدلال مردود بما قرره كثير من

(١٠) سورة النساء - آية ٢٩.

(١١) رواه البيهقي بطرق متعددة، راجع السنن الكبرى - ج٦ - ص ٩٧.

الفقهاء من ان التعزير بأخذ المالم جائز^(١٢)، وقد أثبت ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ان التعزير بالعقوبات المالمية مشروع في مواضع مخصوصة في مذهب مالك في المشهور عنه، ومذهب أحمد وأحدي قول الشافعي، كما دلت عليه سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، ومنه أخذه شطر مال مانع الزكاة، كما جاء في حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده - رضى الله عنهم -، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: في كل سائمة إبل في أربعين بنت لبون لا تفرق إبل عن حسابها، من أعطاها مؤتجرا بها

(١٢) يري أبو يوسف ان التعزير بأخذ المالم جائز ان كان في أخذه مصلحة، راجع: حاشية ابن عابدين - ج٢ - ص ١٨٤، وتبيين الحقائق للزبيدي - ج٣ - ص ٢٠٨، وذكر ابن الجواز في فتاياه: ان التعزير بأخذ المالم جائز دون نسبة ذلك الي قول أبي يوسف، الفتاوى البيزانية - لابن الجواز الكندي - ج٢ - ص ٤٥٧، طبعة ١٣٠٨ بأوروبا، وعند الشافعي في قول يجوز التعزير بأخذ المالم، الحسبية في الاسلام - ص ٤٠، وحاشية الشبراملسي علي شرح المنهاج - ج٧ - ص ١٧٤، وفيها: ولا يجوز علي الجديد بأخذ المالم، كما أنه جائز في قول مشهور في مذهب الامام مالك، راجع: الحسبية في الاسلام - المكان نفسه، تبصرة الحكام لابن قرحون - علي هامش فتح العلي المالك في الفتوي علي مذهب الامام مالك - ج٢ - ص ٣٦٧ وما بعدها، حيث ذكر أمثلة عديدة للعقوبات المالمية، وقد جاء فيه: والتعزير بالمالم قال به المالكية، كما أنه في مذهب أحمد مشروع باتفاق في مواضع وباختلاف في مواضع أخرى، الحسبية - نفس المكان، وراجع في مشروعية التعزير بالمالم، حاشية الشلبي علي تبيين الحقائق للزبيدي - ج٢ - ص ٢٠٨، والفصول الخمسة عشر فيما يوجب التعزير وما لا يوجب للامام مجد الدين أبي الفتح الحنفي المعروف بالاستروشن المتوفي سنة ٦٣٢هـ مخطوط رقم ٩٥٠ مجاميع بمكتبة بخيت بالازهر رقم ٤٦١٠٣ ص ٧ وما بعدها، ومحمد بن عابدين الانصاري الحزرجي السندي ثم اليميني المتوفي سنة ١٢٥٧هـ، شرح علي الدر المختار - مخطوط رقم ٩٨٧ بمكتبة الرافعي بالازهر - ج٦ ورقة ٦٠٤ وما بعدها، والشيخ احمد فهمي ابو سنه، العرف والعادة عند الفقهاء - ص ١٩١ - مطبعة الازهر، والدكتور عبد العزيز عامر - التعزير في الشريعة الاسلامية، الطبعة الخامسة ١٩٧٦، فقرة ٣٤١ وما بعدها - دار الفكر العربي، ونيل الاوطار للشوكاني - ج٤ - ص ١٣٨، وما بعدها، وقد جاء في معين الحكام - للامام علاء الدين ابن أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣م، ص ١٩٥: مسألة: يجوز التعزير بأخذ المالم، وهو مذهب أبي يوسف وبه قال مالك، ومن قال أن العقوبة المالمية منسوخة فقد غلط نقلًا واستدلالًا، وليس يسهل دعوي نسخها، وقد جاء في الطرق الحكمية.. لابن قيم الجوزية - تحقيق د. محمد جميل غازي - ص ٣٨٦: وأما التعزير بالعقوبات المالمية فمشروع أيضا في مواضع مخصوصة في مذهب مالك وأحمد وأحد قول الشافعي، وقد جاءت السنة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه بذلك.

فله أجرها، ومن منعها فانا آخذوها، وشطر ماله، عزمة من عزمات ربنا لا يحل لآل محمد منها شيء^(١٣)، حيث دل هذا الحديث على جواز العقوبة بالمال^(١٤)، ومنه تحريق عمر وعلى - رضى الله عنهما - المكان الذي يباع فيه الخمر ونحو هذا كثير يدل على أن التعزير بأخذ المال أمر جائز^(١٥).

وقد قرر ذلك الفقهاء الذين احتج المانعون بأقوالهم، يقول ابن قاسم في حاشيته على الروض المربع تعليقا على قول المصنف^(١٦): وتحريم تعزير بحلق الحية، وقطع طرف أو جرح أو أخذ مال أو اتلافه: قالوا: لان الشرع لم يرد بشئ من ذلك عمن يقتدى به، وقال الشيخ وابن القيم وغيرهما: يجوز بأخذ مال واتلافه، فالتعزير بالعقوبات المالية مشروع في مواضع منصوصه: كسلب الذي يصطاد في حرم المدينة لمن وجده، وكسر دنان الخمر وشق ظروفه، وهدم مسجد الضرار، وتضعيف الغرم على من سرق من غير حرز وحرمان القاتل سلبه لما اعتدى على الأمير، وتحريق المكان الذي يباع به الخمر وتحريق قصر ابن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية، وارقة اللبن المغشوش ونظائرها^(١٧).

وأما دعوى نسخ العقوبات المالية، فلم يرد عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، وان أخذ الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة بذلك بعد موته لدليل على ان ذلك لم ينسخ، ومدعى النسخ ليس معه حجة شرعية من كتاب ولا سنة، والتعزير بالمال جائز

(١٣) رواه أحمد وأبو داود والنسائي، وصححه الحاكم، وعلق الشافعي - رضى الله عنه - القول به على ثبوته، راجع: سبل السلام للصنعاني - ج٢ - ص٢٣٤ - طبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية.

(١٤) سبل السلام للصنعاني - ج٢ - ص٢٤٥، وقارن ما ذهب اليه د. محمد سعيد البوطي - السابق - ص١٥٦ وما بعدها.

(١٥) الحسبة في الاسلام - لابن تيمية - ص٤٩، واعلام الموقعين له - ج٢ - ص٩٨، والطرق الحكيمة - لابن القيم - ص٢٢٦ وما بعدها، وراجع: د. عبد العزيز عامر - في رسالته: التعزير في الشريعة الاسلامية - ص٢٢ وما بعدها.

(١٦) الشيخ منصور البهوتي - في الروض المربع - مطبوع مع حاشية ابن قاسم - ج٧ - ص٣٥.

(١٧) حاشية ابن قاسم علي الروض المربع - ج٧ - ص٣٥.

على أصل أحمد لأنه لم يختلف أصحابه ان العقوبات في المال غير منسوخة كلها، وأما قول أبي محمد المقدسي: ولا يجوز أخذ ماله: اي المعزر، فاشارة منه إلى ما كان يفعله الولاة الظلمة^(١٨)، وقد قال صاحب معين الحكم والتعزير لا يختص بفعل معين ويجوز التعزير بأخذ المال^(١٩).

ويقول ابن قدامة في المغنى: والتعزير فيما شرع فيه التعزير واجب إذا رآه الامام، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وما كان من التعزير منصوصا عليه يجب الامتثال للأمر فيه، وما لم يكن منصوصا عليه إذا رأى الامام المصلحة فيه أو علم أنه لا ينزجر الا به وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحل^(٢٠).

وأما ما قيل من أن المنقول عن المذهب الحنفي رواية ضعيفة قال بها أبو يوسف ولا تجوز الفتوى بها^(٢١)، فمردود بأن ضعف الرواية قد تقوى بما نقل من عمل الصحابة، وتأييد بفتوى المتأخرين من الحنفية وغيرهم، وأخذ ابن القيم به، وقد نص الفقهاء على أن العمل بالقول الضعيف في المذهب يجوز إذا نص الحاكم على ذلك، وقراره يرفع النزاع^(٢٢)، كما يجوز العمل بالضعيف في مواطن الضرورة، هذا إلى أن القول الضعيف عندما يختار للعمل به لمصلحة من مصالح الامة لا يبقى ضعيفا، بل يصير راجحا^(٢٣).

(١٨) المرجع والمكان السابقان، وراجع: الطرق الحكيمة - لابن القيم - ص٢٦٦ - دار الكتب العلمية، والأحكام السلطانية للماوردي - ص٢٦٨ - المكتبة التوفيقية.

(١٩) الطرابلسي - معين الحكام - ص١٩٥، والحسبة لابن تيمية - المكان السابق، وحاشية ابن عابدين علي الدر المختار - ج٣ - ص٢٧٥.

(٢٠) المغني لابن قدامة - ج٨ - ص٣١٦.

(٢١) ابن عابدين - المرجع نفسه.

(٢٢) راجع هذا المعنى: د. محمد فوزي فيض الله - المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - السابق - ص١٤١.

(٢٣) الشيخ محمد مصطفى المراغي - بحوث في التشريع الاسلامي - مطبوعة سنة ١٩٢٧م - ١٣٤٦هـ - ص٢٩.

خلاصة هذه الدراسة

ان التعزير بأخذ المال جائز، وإذا كان الذين قالوا بعدم جواز التعويض عن الضرر الادبي بالمال قد بنوا رأيهم هذا على عدم جواز التعزير بالمال يكون مردودا بما سبق، ويكون بناء على ذلك أمرا جائزا.

ثانياً: وأما ما استدلووا به ثانيا من أن في تقرير التعويض عن الضرر الادبي مخالفة شرعية صارخة حيث ينطوي هذا التقرير على اضافة أمر زائد على ما قره الله ورسوله فوق الدية المعتبرة شرعا تحت مسمى الضرر الادبي، بما سيؤدى اليه ذلك من اعتبار في تقدير التعويض من القضاة وتوزيعه على غير مقتضى أحكام الميراث وبناء على ما نال المضرور من حزن، يمكن أن يقال لهم أن ما تقولونه أمر صواب، ونحن نوافقكم عليه، الا أنه يمكن تلافيه من خلال تنظيم التعويض عن الضرر الادبي بحيث لا تتجاوز قواعده الحدود الشرعية التي ورد فيها تقدير عن الشارع، ويقتصر أمره على غير ما ورد فيه نص عن الشارع أو تنظيم له، أما ما ورد عن الشارع فيه نص أو تقدير فانه يكون هو الواجب الاتباع.

ثالثاً: وأما ما استدلووا به ثالثاً من أن الضرر الادبي من الأمور الاعتبارية التي لا يمكن مقابلتها بالمال، فمردود بأن مقصود الشارع من التعويض هو الموازنة للمضرور، ورفع ما أحدثه الضرر من حزن في نفسه، وهذا المعنى موجود في الضرر الادبي، والضرر المالى على حد سواء.

الرأى الراجح في نظرنا

وبالنظر في أدلة كل قول نجد أن أدلة القائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضرر الادبي قد ورد عليها من المناقشات ما يقلل من الطمأنينة اليها، كما ان ما ورد على أدلة القائلين بالمشروعية من مناقشات لم يرق للنيل بما استدلت به أصحاب هذا القول من أدلة الشريعة، مما يجعل القول بجواز التعويض عن الضرر الادبي بالمال أمرا جائز في نظرنا بشرط ألا يكون في أمر قد ورد عن الشارع فيه تقدير محدد، ووفق الضوابط التي قررها الفقهاء وإذا تقرر ذلك يكون نطاق الحماية المقررة للحقوق في التشريع الاسلامي متسعا ليشمل كافة الأضرار التي يمكن ان تسبب أذى للناس سواء كانت اضرارا مادية أ أدبية، وهذا دليل على صلاحية الشريعة لكفالة ما يحفظ مصالح الناس في كل زمان ومكان، والى ان يرث الله الارض ومن عليها، فالحمد لله الذى اكرمنا بالاسلام، وهدانا اليه، وجعلنا من خدامه، والحمد لله رب العالمين.

د. عبد الله مبروك النجار