الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.
جامعة وهران -السانيا-
كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية
قسم العلوم الإسلامية.

قاعدة دفع المفسدة والضرر

دراسة مقارنة

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون.

من إعداد الطالبة
بن بيهي فرحاية

أعضاء اللجنة المناقشة:

الدكتور: عبد القادر سليماني. رئيسا.
الدكتور داودي عبد القادر: مشرفا.
الدكتور: هواري يوسي. مناقشا.
أ. الدكتور: خضاري خضر. مناقشا.
الدكتورة: ربيعة حزاب. مناقشة.

السنة الجامعية

1430/1429 / هـ - 2008 / 2009م


بسم الله الرحمن الرحيم
إنه من سليمان وإنه

الإهداء

إلى بيت المقدس وإلى من هم بأكناف بيت المقدس إلى الذين كان لهما الفضل – بعد الله سبحانه وتعالى في أن أضع أولى خطواتي على درب الخير والهدى

إلى اللذين بذلا كلّ ما بوسعهما ليغرسا في حبّ العلم والمعرفة.إلى والدي الكريمين، أهدي هذا الجهد المتواضع

عرفانا واعترافا بالفضل والجميل

إلى الذي غادر في صمت ...يبوح بأوجع العبرات

وخلف من بعده ذرية تذكره بأخلص الدعوات

"مبارك عبد القادر – رحمه الله – وابنته مبارك حفيظة"

إلى التي ألقى الله محبتها في قلبي وألفتها نفسي وروحي رغم البعد:

خالدة (أم عبد الرحمن وأم يقين)

إلى:أختاي العزيزتان والحبيبةان، علواش فاطمة، حليمة مبروكي

إلى أختي فريدة وابنتها شيماء.

إلى الحكماء المخلصين: قاسمي عبد القادر، مبروكي أبو بكر

والحكيمة بختاوي إلهام.

أتقدم بخالص الشكر والعرفان والتقدير إلى من رباني على هذا الدرب، واغترب الدكتور: لشهب أبو بكر

كما أتقدم بالشكر إلى من علمني مراد العلي الجليل من هذا العبد الفقيرالذليل الدكتور لخضاري ثم اعترافا بالفضل لأهله أقدم خالص الشكر.

إلى أستاذي في التعليم الثانوي:صاحب الوسام التشريفي عشعاشي محمد وبن يمينة محمد نور الدين.

الـقـبـس

﴿قَالَ هِيَ عَصَايَ أَتَوَكَّأُ عَلَيْهَا
وَأَهُشُّ بِهَا عَلَى غَنَمِي وَلِيَ فِيهَا
مَآرِبُ أُخْرَى﴾.

سورة طه /آية :18

كلمة شكر وتقدير

إلهي أذهلني عن إقامة شكرك تتابع طولك،وأعجزني عن إحصاء ثنائك فيض فضلك.وهذا المقام ،مقام من اعترف بسبوغ النعماء وقابلها بالتقصير،فلك الحمد حمدا يوافق رضاك، وشكرا يمتري العظيم من برك.

إلى من لمست منه قوة الصبر ورحابة الصدر،سماحة الدكتور:داودي عبد القادر،فلكم تلملمت زمر الحروف واستعذب الحبر بأجزل الشكر وأجل التقديرلتواضعه وتفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة.



المقدمة

الحمد لله في السراء والضراء ونلوذ به في الشدة والرخاء،ثم الحمد لله، الحمد لله بجميع محامده كلها على جميع نعمه كلها، الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وكما يحب ويرضى والصلاة والسلام على أشرف خلقه ومبلغ رسالاته المبعوث رحمة للعالمين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فإن الشريعة المحمدية المباركة قد خصها الله وارتضاها عن سائر الشرائع الأخرى، وجعلها في وضعها كلية أبدية عامة غايتها ومقصدها الأسمى تحصيل المصالح وتقريبها من جهة ودرء المفاسد وتقليلها من جهة أخرى.

ولتحقيق البغية إلى هذا المقصد ألفيـــت الشريعة الإسلامية مبنية على ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المحددة، وهذا النظر الشرعي هو أوعى وأدعى لحفظها وضبطها، ومن هنا وضع الفقهاء على عاتقهم تأصيل القواعد التي تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب.

وتأسيسا على هذا النظر تتجلى أهمية دراسة القواعد الفقهية والتأصيل لها، من حيث إنها تكشف عن مدى التقارب بين الفقهاء لجعلها أصلا كليا يرجع إليه في تقرير الأحكام وابتنائها..

هذا وقد بذل الفقهاء جهودهم واستفرغوا وسعهم لتأصيل قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه ومن هذه القواعد،قاعدة دفع الضرر التي توسع العلماء في استقراء تفاريعها واستثمار مواردها، حتى صارت عندهم من قبيل الأصل الذي يقابل جلب المصالح، وكلا هذين الأصليين متفرع في المقصد العام الذي تمالأت عليه أحكام الشارع والشريعة "وهو جلب المصالح ودرء المفاسد".

وهذه القاعدة -«**دفـــع** الضرر» - تدلّ على أنه لا ضرر من ناحية الشرع على الأفراد، ولا ضرر من قبل الأفراد على بعضهم البعض. فالعين الشرعية تنظر إلى المصلحة الاجتماعية كما تنظر إلى المصلحة الشخصية. وهذا النظر يشمل المستويين الحقوقي والجزائي.

فعلى صعيد **القـــانون**الجزائي-وإن لم تكن مجال هذه الدراسة-، فان تشريع القصاص يؤدي إلى استئصال الضرر الذي سببه الانحراف. فقطع الغدة السرطانية بالطريقة الجراحية لا يستبطن ضرراً على المريض، بل إن تلك العملية تكون سبباً في الشفاء. فالنظرة الكلية للمجتمع تجبرنا على النظر إلى الانحرافات من زاوية مشابهة للنظر إلى الغدد السرطانية التي تنهش جسم الإنسان.

أما على صعيد **القـــانون المـــدني**-وهي موضوع هذه الدراسة-، فان الاضطراب في توزيع لحقوق وفرض الواجبات يؤدي إلى ضرر في معيشة الفرد ودخله وسكنه وصحته وثقافته وشخصيته الاجتماعية العامة. وبكلمة، فان الضرر الحقوقي لا ينحصر بالفرد بل يتعدى إلى عائلته وذريته ومتعلقيه.

ومن هنا يطرح **الإشكال التالي**: ما حقيقة قاعدة دفـــع المفسدة و الضرر؟ وما الوسائل والآليات التي ارتضاها الشارع لدفع الضرر؟ وما هي ضوابط اعتبار الوصف ضارا؟ ولعل في القانون الوضعي منحى خاص في هذه القاعدة تأصيلا وتحقيقا ... تنزيلا وتقريبا؟

وعرض هذه القاعدة الكلية في دفـــع الضرر ، يدعونا للتفتيش عن طبيعة حقوق الفرد في النظام الاجتماعي التي لا ينبغي انتهاكها أو إلحاق الضرر بها.

ومن هنا تطرح إشكالات فرعية أخرى منها:: هل أن هذه القاعدة كانت ناظرة إلى صيانة الحقوق العامة كحق الشفعة، وحق الأمان البيتي، وحرمة هتك السرائر، وحقوق الماء والكلأ، وحقوق الجوار ونحو ذلك؟

إن هذه التساؤلات أدت إلى البحث في هذا الموضوع فجاء موسوما:" قاعدة دفـــع المفسدة و الضرر دراسة مقارنة".

فالمفسدة هي وصف للفعل يحصل به الفساد والفساد هو الضرر الدائم أو الغالب.

ولقد خصصت هذه الدراسة ببيان مصطلح الضرر دون المفسدة وذلك لاعتبارين:

- **أولا**: قد تطلق المفسدة ويراد بها الضرر.
- **ثانيا** : لتسهيل المقابلة والمقارنة بين مفهوم الضرر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

كما أني اعتمدت على القانون المدني لاحتوائه على مسائل ومبادئ تساعدني على هذه الدراسة وإن لم يمنع هذا التخصيص من معالجة بعض الموضوعات في الفروع الأخرى من القانون.

أسباب ودوافع اختيار البحث:

وكان وراء اختيار هذا الموضوع – إضافة إلى ما سبق – **مجموعة دوافع وأسباب منها:**

1- أهمية هذه القاعدة في الحياة المعاصرة باعتبارها القاعدة التي تعين القضاة والمفتين والحكام عند البحث عن حلول للمسائل المفروضة والنوازل الطارئة.

2- إن بيان مفهوم الضرر وتحديد أهميته وضوابطه يعد نبراسا ومنهاجا يسترشد به الباحثون والمفكرون فيتبين لهم أي الضرر الممنوع شرعا.

3- إبراز حلقة الوصل بين هذه القاعدة المعروفة كعلم وفن في الشريعة الإسلامية ومدى ارتباطها بالأحكام والقواعد في القانون المدني.

4- ليس كل ضرر في الشرع هو منفي ،وإنما له أوصاف و ضوابط لا بد من بيانها.

5- محاولة إبراز شساعة التشريع الإسلامي كتشريع سماوي غايته ومقصده الاسمي رفع الضرر عن المكلفين وتحقيق مصالحهم ، ولا ريب أن الاتجاه إلى تحقيق المصالح ودرء المفاسد، اتجاه إلى مقاصدها العامة.

الدراسات السابقة في الموضوع:

في الحقيقة إن موضوع درء المفسدة و الضرر قد تناوله العلماء المتقدمون و والمعاصرون لما له من المقام في التشريع وإذا كان منهج المتقدمين نحى منحى التأصيل للقاعدة والتفريع لها دون تخصيصها بالبحث استقلالا ،فإن بعض المعاصرين –وعلى عكس من سبقهم-

حاولوا إفراد هذه القاعدة بالدراسة على اختلاف فيما بينهم منهجا وغاية، ومن هذه البحوث:

1. الضرر في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد موافي/دار ابن عفان للنشر والتوزيع-المملكة العربية السعودية/الطبعة الأولى/سنة الطبع:1418ه-1997م.
2. نظرية نفي الضرر للدكتور أحمد شرارة/رابطة الثقافات والعلاقات الإسلامية/الطبعة الأولى/سنة الطبع:1418ه-1997م.
3. الفعل الضار للدكتور مصطفى أحمد الزرقا/دار العلوم-بيروت-لبنان/الطبعة الأولى/سنة الطبع:1409ه-1988م.

درء المفسدة للدكتور **محمد الحســن**مصطفى البغا/دار العلوم الإنسانية-دمشق-سوريا/الطبعة الأولى/سنة الطبع:1417ه-1997م.

4. ضوابط المصلحة للدكتور البوطي/مؤسسة الرسالة-بيروت-لبنان.

منهج البحث:

إن طبيعة المادة هي التي تحدد منهج بحثها ، ومن هنا كان المنهج المتبع هو المنهج الاستدلالي القائم على التأصيل والتدليل لقاعدة دفع الضرر وذلك من خلال عرض الأدلة التي تشهد لهذه القاعدة بالاعتبار ثم استخلاص المبادئ والقواعد التي تحقق معنى الضرر ومقصد الشارع فيه.

واستفدت من هذا المنهج في الجانب القانوني من حيث استقراء كثير من المواد القانونية، كما اعتمدت إلى جانب ذلك على المنهج التحليلي الذي يقوم على دراسة الإشكالات العلمية المختلفة.

هذا بالنسبة للمنهج العام للبحث أما فيما يخص منهجي في البحث، فكان كما يلي:

كيفية الاستفادة من المصادر:

- الرجوع إلى المصادر الأصلية.
- عزو الأقوال إلى أصحابها من خلال ذكر المؤلف ثم الكتاب مع ذكر الطبعة إن وجدت ودار الطبع ومعلومات الطبع.
- الاعتماد على المصادر المختلفة للإحاطة بكافة جوانب البحث.
- بيان أصل الخلاف في بعض المسائل الجوهرية في البحث واقتصرت على المذاهب الأربعة.

كيفية الاستفادة من المراجع:تفادي ذكر المعلومات البيداغوجية عند ذكر المرجع نفسه.

بالإضافة إلى:

- إن المقصد من هذا البحث ليس المقارنة بين كل ما جاء من جزئيات في الشريعة والقانون، بل اكتفيت بالمقارنة في مفهوم الضرر خاصة، أما الفروع والموضوعات الأخرى فكانت تبعا لهذه المقارنة.

- عزو الآيات القرآنية من خلال ذكر السورة ورقمها.
- تخريج الأحاديث الشريفة.
- تفسير ما خفي معناه من المفردات والتراكيب والمصطلحات.
- ما تم نقله حرفيا وضعته بين: " " ،وما تم التصرف فيه أو نقاه فلا.
- ذيلت الرسالة بفهارس:
- فهرس الآيات.
- فهرس الأحاديث.
- فهرس القواعد الأصولية.
- فهرس القواعد الفقهية.
- فهرس القواعد القانونية.
- فهارس الأعلام.
- وهذا بالإضافة ببعض الملحقات، كما هو موضح في خطة البحث.
- اختصرت بعض المصطلحات كما هو مبين في الجدول الأتي:

الكلمة	رمزها
الطبعة	ط
دار الطبع	د ط
سنة الطبع	س ط

دون طبعة	د ط
تحقيق	ت
الجزء	ج
المجلد	م
الصفحة	ص
الآية	آ
السورة	س
القانون المدني	ق م

خطة البحث:

قد جاءت الدراسة في فصل تمهيدي وفصلين رئيسيين وخاتمة، وكانت مقسمة كالآتي:

المقدمة.

فصل تمهيدي : القواعد بين الفقه والقانون.

الفصل الأول: قاعدة درء المفسدة و الضرر بيانا وتأصيلا.

الفصل الثاني: وسائل دفع الضرر.

الخاتمة.

المبحث الأول : حقيقة قاعدة دفع الضرر.

المبحث الثاني : أنواع الضرر.

المبحث الثالث : الاستدلال على القاعدة.

الفصل الثاني: وسائل دفع الضرر.

المبحث الأول: ضوابط اعتبار الوصف ضار.

المبحث الثاني: وسائل دفع الضرر.

الخاتمة.

الفصل التمهيدي : القواعد بين الفقه والقانون.



التمهيد:

لما كان الفقه الإسلامي يقوم على إحدى أربع أو خمس قواعد,هده القواعد الأساسية التي منها تنبثق فروع شتى ومسائل كثيرة منها قاعدة الأمور بمقاصدها وقاعدة دفع الضرر أو الضرر يزال, كان لا بد من الوقوف أولا على بيان مفهوم القواعد ،هذا المعنى الجامع لشتات الضرر المبثوث في مسائل منثورة لا تحصى ولا تنحصر.

وتجميع هده المفاهيم و إدراجها تحت مسمى القاعدة يسهل على المجتهد والقاضي وكدا الباحث التكييف الفقهي لحالات الضرر وتطبيقاته.

أما فقهاء القانون فالظاهر من مؤلفاتهم كثرة معالجتهم للمبادئ والنظريات القانونية و القواعد القانونية وإن اختلف مفهومها بالنسبة للقواعد الفقهية إلا أنها تجتمع معها في كونها ذلك الحكم الكلي أو القانون العام المدرج تحته مجموعة من الفروع الفقهية أو المسائل القانونية.

وفي هذا الفصل سأحدد مفهوم القاعدة والأساس الذي تنبني عليه هذه القواعد ثم أتطرق إلى حجية هذه القواعد مع بيان أهميتها ,وهذا كله تمهيدا لما سيأتي من الفصول.

المبحث الأول: القواعد بين الفقه والقانون :

المطلب الأول: حقيقة القواعد الفقهية:

الفرع الأول: حقيقة القاعدة عند اللغويين:

القاعدة مشتقة من الفعل قعد، والقاف والعين والدال من هذا الفعل أصل مطرد منقاس لا يخلف وهو يضاهي الجلوس، فان كان يتكلم في مواضع لا يتكلم فيها بالجلوس يقال قعد الرجل يقعد قعودا[1]. ومن أمثال العرب:إذ قام بك الشر فاقعد، يفسر على وجهين:

أحدهما: أن الشر إذا غلبك فذل له ولا تضطرب فيه. والثاني أن معناه إذا انتصب لك الشر ولم تجد منه بدا فانتصب له وجاهده وهذا مما ذكره الفراء [2].

وتطلق القاعدة لغة ويراد بها عدة معان :

أصل الأساس:يتمثل هذا المعنى في قوله تعالى﴿ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ. ﴾[3].قال الزجاج: القواعد أساطين البناء الذي تعمده[4].

---

[1] - ابن فارس : معجم مقاييس اللغة، تحقيق محمد هارون دار الجيل بيروت لبنان د. ط. ، د.س.ط. م5 ص108.

[2] - ابن منظور: لسان العرب/ دار صادر- بيروت- لبنان/ ط1/ س ط: 1997/ م:5/ص:291.

[3] - سورة النحل/آية:26.

[4] - ابن منظور: لسان العرب/ م:5 /ص:291.

والقواعد من النساء: جمع **قاعدة:** وهي المرأة الكبيرة المسنة، وسميت قاعدا لأنها قعدت عن الحيض والولد[1] قال تعالى في محكم تنزيله:﴿ وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾.[2]

وعليه فان هذه التعريفات تكاد تتفق ومعنى أن القاعدة الأصل والأساس.

الفرع الثاني: حقيقة القاعدة.

- **في الاصطلاح العام:**

وردت للقاعدة تعريفات عدة:

1/ على أنها القواعد الكلية.[3]

2/ كونها قضية كلية تنطبق على جزئياتها عند تعرف أحكامها[4]

3/ هي أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته عند تعرف أحكامها منه[5]

وقد اشتركت هذه التعريفات في مفهوم الكلية وهو الاطراد أي الحكم على كل فرد من أفراد الحقيقة.

ويكمن محل الاختلاف بين هذه التعريفات في أن استعمال مصطلح "أمر" فيه من التعميم ما ليس في "القضية" وذلك لشموله المفردات الكلية التي ليست بقواعد كقضايا ومسائل الكون.

وعلى اعتبار أن الحكم أهم أجزاء القضية، فإن التعبير بالحكم وإن فسر بأن المراد به القضية تجوزا، إلا أن استعمال مصطلح القضية أتم واشمل، لتناولها جميع الأركان وعلى وجه الحقيقة مما يرشح أولوية استعمال القضية.[6]

---

[1] -ابن فارس: المصدر السابق /ص: 108، وينظر: ابن الأثير النهاية في غريب الحديث والأثر/ ت. طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الفنائي دار الكتاب بيروت لبنان/ د ط / د س ط/ م:4 /ص :86.

[2] - سورة النور. الآية: 60.

[3] -التفتزاني: شرح التلويح على التوضيح/ت:زكريا عميرات/دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان/ط:1/س ط :1416 ه-1996 م/ص:34.

[4] - محمد رواس قلعة جي : معجم مصطلحات أصول الفقه. دار الفكر – دمشق سوريا / ط:1 / س ط : 1422ه / 2002م / ص 327.

[5] - محمد الجليدي: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي / دار الكتب الوطنية / د دار ط / ط:2 / س ط: 1993/1402م ص 351.

[6] - عبد الوهاب الباحسين : القواعد الفقهية/ شركة الرياض – المملكة العربية السعودية / ط 1 / س ط : 1998/1418م/ ص 33.

أما القول بأنها تنطبق على جميع جزئياتها فهذا مما لا يتصور في جميع القواعد لا سيما الفقهية منها وهذا مما يجعل هذه التعريفات خاصة بمفهوم القاعدة كاصطلاح عام.

إن لكل علم قواعد، فهناك قواعد أصولية وقانونية ونحوية، فالقاعدة عند الجميع هي أمر كلي ينطبق على جميع جزئياتها مثل قول النحاة: الفاعل مرفوع وقول الأصوليين الأمر للوجوب، والنهي للتحريم[1]

غير أن هذه القواعد قد تعتريها استثناءات بحيث لا تنطبق على جميع الجزئيات، مثلا عند وجود قرينة تصرف الأمر من الوجوب إلى الإباحة.

وعليه هناك من رأى أن القواعد منها ما هو كلي ينطبق على جميع الجزئيات ومنها ما هو أغلبي ينطبق على معظم الجزئيات ومنها ما دون ذلك ينطبق على جزئيات كثيرة، دون أن يصل إلى الكلية أو الأغلبية وهذا يعود إلى طبيعة القاعدة ونوعيتها (عقلية، رياضية، نحوية، شرعية) وإلى تلك الجزئيات المستقرأة المتوصل إليها في صياغة القاعدة[2].

- **تعريف القاعدة الفقهية:**

أما تعريف القاعدة الفقهية فقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهومها والمهم أن القاعدة الفقهية أمر جامع يمكن إسقاطها على الفروع الفقهية وسأحاول اختيار التعريف المناسب الذي يساعدني على الدراسة المقارنة لاحقا.

القاعدة هي حكم شرعي بقضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها[3].

ذلك أن القواعد الفقهية تحتوي على زمرة من الأحكام الشرعية من أبواب مختلفة يربطها جانب فقهي مشترك ومن هنا فإن القيد المذكور في التعريف وهو "شرعي"، [4]يخرج القواعد غير الشرعية، والقيد الثاني "أغلبية" يفيد بأن هذه القواعد ليست كلية". وقد اعترض عليه أنه قد جمع بين "حكم"و "قضية " وكلاهما يفيد معنى الآخر، بل أن كلمة قضية في اللغة مأخوذة من القضاء والحكم فصار بهذا كأنه قال:" حكم شرعي في حكم أغلبي"[5].

---

[1] - مصطفى الزرقا : القواعد الفقهية/ دار القلم دمشق سوريا / ط1 / س ط 1421ه/2000م ص 29.

[2] - نور الدين مختار الخادمي: علم القواعد الشرعية./ مكتبة الرشد الرياض – المملكة العربية السعودية / ط:1 / س ط 1426ه/2005م ص 19.

[3] - الندوي القواعد الفقهية ص 43.

[4] -المرجع نفسه/ص:43.

[5] - الروكي: نظرية التقعيد الفقهي ص 42.

أما إذا عرفت القاعدة الفقهية بكونها: أصل فقهي يتضمن أحكاما تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه.[1] فيعترض عليه أن القاعدة تتضمن حكما تشريعيا لا أحكام تشريعية، فالكثرة والجمع إنما هما حاصلان في جزئيات القاعدة وفروعها لا في حكمها[2].

وتعرف القاعدة أيضا: أنها حكم كلي مستند على دليل شرعي مصوغ صياغة تجريدية محكمة منطبقة على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية، وقد تم انتقاده في القول: " أنه حكم كلي" يقتضي أن يكون منطبقا على جميع الجزئيات[3] بمعنى مطردا وهذا لا يمنع من دخول القواعد الأصولية كقاعدة الأمر للوجوب إذ أنها حكم كلي مستند على دليل شرعي وعليه فالتعريف غير مانع.

ونجد أن الإمام المقري رحمه الله عليه وجزاه الله خيرا الذي عرف القاعدة: " كلُ كُلي هو أخصُ من الأُصُول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعمُ من العقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصة"[(4)].وهذا التعريف حامت حوله تعريفات المعاصرين.

محترزات التعريف:

كل كلي: الكلية هي قضية حملية صادقة على كثيرين تكون موجبة إذا أريد إيقاع النسبة وسالبة إذا أريد نفيها[(5)].

الأصول:" وهي ما يثبت حكمه بنفسه ويبنى على غيره".[6]

فالأصول الشرعية هي القواعد الكلية التي تستفاد من جملة نصوص الشرع عن طريق الاستقراء والتتبع أو التعلم من الدين بالضرورة، كرفع الحرج في الدين ومراعاة مقاصد المكلفين[(7)].

وقد اعترض الدكتور عبد الوهاب الباحسين على الإمام المقري، ورأى أنه باستعمال مصطلح "أصول" في تعريفه فقد يصعب التمييز بين القواعد والأصول وأنه حينما اكتشف هذا،

---

[1] – الندوي القواعد الفقهية ص/ 45.

[2] – الروكي: نظرية التقعيد الفقهي / ص49.

[3] – عبد الوهاب الباحسين: القواعد الفقهية / ص 52-53

[4] محمد بن أحمد المقري: القواعد / ت: أحمد بن عبد الله بن حميد. جامعة أم القرى.المملكة العربية السعودية / ط ./ د ت ط، ج ، ص 212

[5] المقري: الكليات الفقهية: / ت: محمد بن الهادي أبو الأجفان. الدار العربية للكتاب.تونس. د ط./ د ت ط./ ص.51

[6] –الشريف الجرجاني: التعريفات/ت:مصطفى ابو يعقوب/مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر–دمشق–سوريا/ط:1/س ط :2006/ص:63.

[7] – الروكي : نظرية التقعيد الفقهي ص:70.

اعتبر ما كان من هذا القبيل من القواعد، قواعد كلية أو عامة أو أساسية أو غير ذلك من الأسماء وقال أن هذه العملية المتكلفة من الدكتور الروكي كان الغرض منها تفسير تعريف المقري[1].

والذي يبدو لي بعدما عدت إلى قول الإمام المقري قبل تعريفه للقاعدة. إذ قال رحمه الله: " قصدت إلى تمهيد ألف قاعدة ومائتي قاعدة، هي الأصول القريبة لأمهات مسائل الخلاف المبتذلة والغريبة، رجوت أن يقتصر عليها من سمت به المهمة إلى طلب المباني، وقصرت به أسباب الأصول إلى مكامن النصوص من النصوص والمعاني"[2]. إن القواعد هي الأصول ويقصد بالقواعد الكلية منها، ولما كانت دراسة الإمام المقري رحمه الله مقتصرة على أمهات مسائل الخلاف، والتي يحويها جل الفقه. كان لزاما أن تكون أخص من الكليات والأصول.

وتأكيدا لهذا المعنى فان الإمام المقري رحمه الله :" يمتاز بترعة على السمو بالمسائل الفقهية على مستوى التقعيد. ويتفنن في صوغ القواعد الفقهية الضابطة لفروع عديدة من باب أو من أبواب مختلفة"[3].

أخص من المعاني العقلية العامة: الأحكام العقلية وهي كل ما يتصوره الفكر ويكون واحدا من الأحكام التالية:

*فإما أن يكون ممكن الوجود والعدم.

*وإما أن يكون مستحيل الوجود.

*وإما أن يكون واجب الوجود.[4]

أعم من العقود: ذلك أن العقود أخص من الأصول وتتدرج تحتها جزئيات عدة.

جملة الضوابط الفقهية الخاصة: فالقاعدة الفقهية تتسع لتشمل كثيرا من الفروع والجزئيات التي هي من أبواب متعددة وجهات مختلفة أما الضابط فدائرته لا تتسع أكثر من الفروع التي تندرج في باب واحد.[5] وبصورة موازية فالقاعدة كما ترقى إلى الأصول فإنها تدنو لان تكون ضابطا. فهي بذلك تتوسط بين الأصل والضابط. ومن العوامل التي ترقى بها أو تدنو بها هي مدى حجية

---

[1] عبد الوهاب الباحسين: القواعد الفقهية : / ص.43

[2] المقري: القوعد /ص: 212.

[3] . المقري: الكليات الفقهية ص.57

[4] -عبد الرحمان حبنكة الميداني:ضوابط المعرفة/دار القلم-دمشق-سوريا/ط:1/س ط:1425ه-2004م/ص:317.

[5] -محمد الروكي : قواعد الفقه الإسلامي/دار القلم-دمشق-سوريا/ط:1/ س ط :1412ه-1998م/ص:112.

هذه القاعدة وعلى ما تجمعه من الفروع والجزئيات الفقهية ومدى أهميتها في ابتناء الأصول والمباني التشريعية. والله تعالى أعلم.

وتعريف الإمام المقري، مع مافيه من المزايا إلا أن فيه نوعا من التعميم والإبهام، يدل على ذلك اختلاف العلماء في تفسير وشرحه كما أن تفسيره للقواعد ما هو أصل لأمهات الخلاف يحصر القواعد في دائرة محدودة، هي دائرة ما اختلف فيه من الضوابط والقواعد[1].

التعريف المختار:

يمكن تعريف القاعدة الفقهية بأنها "قضية فقهية كلية تشتمل على أحكام جزئيات موضوعها"[2].

محترزات التعريف:

قضية: وهي ما حكم فيها بثبوت شيء لشيء أو نفيه عنه وهي تتألف من الموضوع والمحمول والنسبة[3].

فقهية كلية: يخرج ما ليس كذلك كالقضايا الأصولية والمنطقية.

جزئيات موضوعها: قيد لإخراج تلك الجزئيات ذات التجريد والعموم، وهذا التعريف هو أخص من تعريف القاعدة بمعناها العام.

والتعريف الاصطلاحي بمعناه العام هو أقرب مفهوما إلى التعريف اللغوي، إذ القاعدة في اللغة هي الأصل والأساس، فهي شاملة للقاعدة الفقهية والأصولية واللغوية ونحوها، فهي لا تنحصر بفن من الفنون.

والقاعدة الفقهية سواءً كانت كلية أو أغلبية يندرج تحتها ما لا يحصى من الفروع الفقهية.

ولا يقدح في كلية القاعدة أن ترد عليها مسائل أو صور مستثناة، ذلك أن هذه المسائل هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى، ومثلها كمثل القياس في أصول الفقه، فإنه كثيرا ما ينخرم ويعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية لمقتضيات خاصة بتلك المسائل تجعل الحكم

---

[1] الباحسين: القواعد الفقهية/ ص41-42.

[2] وهذا التعريف استقيته من تعريف عبد الوهاب الباحسين وعثمان بشير مع بعض الحذف والإضافة، ينظر في ذلك : عبد الوهاب الباحسين: القواعد الفقهية، ص45. و عثمان بشير القواعد الكلية والضوابط الفقهية، دار النفائس، الأردن، ط1، س ط: 1426هـ-2006م، ص18.

[3] الأخضري: مبادئ المنطق/ مكتبة الرشاد، الجزائر، د ط، س ط 1425هـ-2004م، ص59.

الاستحساني فيه أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة ورفع الحرج أو جلب المصالح ودرء المفاسد[1].

الفرع الثالث: الفرق بين القاعدة وغيرها والمصطلحات:

الفرق بين الأصل والقاعدة:

يطلق الأصل ويراد به معان منها:

1)- الدليل: نحو: إن الإجماع أصل في إثبات الأحكام،أي أنه دليلا في إثبات الأحكام كالنص[2].

2)- القاعدة: نحو: الأصل أن النص مقدم على الظاهر.

3)- الراجح: نحو: الأصل الحقيقة، إذا تعارضت مع المجاز.

4)- المستصحب: وهو إبقاء الأمر والحال والاستقبال على ما كان عليه في الماضي،[3]فالأصل بقاء ما كان على ما كان عليه.

5)- الغالب في الشرع: وهذا يتعرف عليه باستقراء موارد الشرع.

6)- الصورة المقيس عليها: وهي ما تقابل المقيس أو الفرع كقولهم: الخمر أصل النبيذ في الحرمة[4].

---

[1] أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام/ دار القلم، دمشق، سوريا، ط:1، س ط: 1418هـ1998م، ج2، ص966.
وينظر: الندوي: المرجع السابق، ص43.
وينظر: عزت عبيد الدعاس: القواعد الفقهية مع الشرح الموجز/ دار الترميذي، بيروت، لبنان، ط:4، س ط : 1414هـ-1991م، ص7.

[2] -علي بن محمد الشوكاني :إرشاد الفحول/ت:محمد سعيد البدري/مؤسسة الكتب الثقافية-بيروت-لبنان/ط:1/س ط:1417ه-1997م/ص:349.

[3] -أحمد بن جزي الكلبي:تقريب الوصول إلى علم الأصول/ت:محمد علي فركوس/دار التراث الإسلامي-الجزائر/ط:1/س ط:1410ه-1990م/ص:146.

[4] -الباحسين: القواعد الفقهية/ ص: 73.

هكذا يتضح أن الأصل أعم مطلقا من القاعدة . أما نقطة الاتفاق بينهما إن الأصل باعتباره قاعدة كلية يتفق في شطر واحد مع القاعدة الفقهية التي تستفاد من جملة النصوص التشريعية بعد استقرائها.

ثانيا: الفرق بين القاعدة والضابط:

الضابط : من ضبط الشيء وأتقنه.[1]

ويقال في تعريف الضابط: إنه ما انتظم صورا متشابهة في موضوع واحد،غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر[2]

والمعنى أن الضابط هو كل ما يحصر ويحبس سواء كان بالقضية الكلية، أو بالتعريف أو بذكر مقياس الشيء أو بيان أقسامه أو شروطه أو أسبابه وحصرها.[3]

إذن القاعدة الفقهية أعم من الضابط، وذلك لاشتمالها فروعا فقهية عديدة من أبواب شتى في حين أن الضابط يشملها فقط من باب واحد، وهذا الفرق باعتبار التسمية الاصطلاحية في حين أن كثيرا من العلماء لم يفرقوا بين الضابط والقاعدة كالإمام النووي وغيره.[4]

والدكتور محمد الزحيلي الذي عرف القاعدة بقوله: " القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط".[5]

وانطلاقا من اختلاف العلماء في تحديد الفرق بين القاعدة والضابط الفقهي تبين أن الاختلاف عندهم كان ناتجا عن اعتبار المعنى الاصطلاحي الخاص أو العام للضابط، والراجح أن الضابط يمثل مرتبة من مراتب القاعدة حيث أن القواعد الفقهية لها مراتب من حيث شمولها واستيعابها للجزئيات الفقهية فمنها القواعد الكلية الكبرى كقاعدة " لا ضرر ولا ضرار" التي يدخل فيها قواعد وجزئيات كثيرة كقاعدة الضرر يزال، إذن فالتفريق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية أمر تقريبي لا قطعي.[6]

---

[1] - مصطفى قطب سانو: المرجع السابق/ص:263.

[2] - عبد الوهاب الباحسين: القواعد الفقهية / ص 67.

[3] - عبد الوهاب الباحسين: المرجع نفسه /ص 66.

[4] - محمد الروكي: نظرية التقعيد الفقهي / ص 58، عبد الكريم زيدان: الوجيز في شرح القواعد الفقهية / مؤسسة الرسالة بيروت لبنان / ط1 س ط 1424ه / 2003م / ص 07، وينظر الندوي : القواعد الفقهية ص 50-51.

[5] - النظريات الفقهية / دار القلم دمشق سوريا / ط 1 / س ط 1414ه / 1993م. ص 199.

[6] - بحوث الملتقى الأول للقاضي عبد الوهاب: دار البحوث للدراسات الإسلامية / دبي ط 1/ س ط 1425/ 2004م / م: 5 / ص234.

المطلب الثاني : حقيقة القاعدة القانونية.

الفرع الأول:

مفهوم القانون لغة:

قال ابن منظور: القانون: الأصل، جمعه قوانين. و قانون كل شيء طريقه و مقياسه[1].

الفرع الثاني:التعريف بالقاعدة القانونية:

إن القاعدة القانونية ، هي الوحدة أو الخلية التي يتكون منها القانون بأكمله فتحديد معنى القاعدة أو خصائصها ما هو إلا تحديدا لمعنى القانون و خصائصه[2] .

وقد اختلفت الآراء حول أصل لفظ القانون على ثلاثة أقوال:

- **القول الأول:**

لفظ قانون مستخرج من كلمة (kanon) اللاتينية[3] ؛ التي تعني المسطرة أو القاعدة ؛ و من هذه الكلمة اقتبس الفرنسيون كلمة (canon) التي تطلق على قرارات المجامع الكنيسية و تابعهم في ذلك الإنجليز الذين أطلقوا كلمة (canon low) . أما استعمال العرب لهذه الكلمة فيعد من قبيل ما استعرب أثناء احتكاك الثقافتين الإسلامية و الغربية [4].قال ابن سيده اللغوي :و أراها دخيلة.يعني بها لفظ القانون[5] .

---

[1]- ابن منظور: لسان العرب /م:5/ ص: 332 .

[2]- محمد السيد عمران : الأسس العامة في القانون – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت، لبنان/ د-ط 2002 / ص10

[3]- سمير عاليا: المدخل لدراسة القانون والشريعة (نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط2، س ط 1421هـ-2002م /ص38.(الدي نقل عن:الأستاذ ألبرت فرحات :المدخل للعلوم القانونية/ دط/س ط:1987 /ص:19).

[4]- سمير عاليا: المرجع نفسه/ ص38:.

[5]- ابن منظور: لسان العرب/ ص :332..

-القول الثاني:

القول باستعراب اللفظ؛ و لكن يرجع أصله إلى الفارسية و هذا ما ورد في القاموس المحيط[1] أو إلى الفارسية[2] أو الرومانية.

- القول الثالث:

أن اللفظ عربي الأصل مادة وشكلا. وصيغته على وزن فعول وهي تدل على الكمال وبذل الجهد . والقول بوجود تشابه صوتي بين اللفظ العربي و الأجنبي لاينهض دليلا على استعراب اللفظ خاصة و أن تغيير لفظ الكاف بالقاف لم تكن ثمة حاجة إليه لأن حرف الكاف ليس من الأصوات المنفور منها في اللغة العربية[3] .

هذا وليس ثمة حاجة للترجيح بين هذه الأقوال لأنها من اختصاص أهل اللغة فضلا على أنه لا يخدم موضوع هذا البحث .

أما مفهوم القانون كمصطلح فله معنيان:

أ – المعنى العام: " هو مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع"[4] ويستنتج من هذا التعريف أن قواعد القانون عامة مجردة وملزمة ومنظمة لعلاقات الأفراد في مجتمع ما. و يشمل هذا التعريف كلا من التشريع و القواعد المعتبرة في المجتمع سواء كانت من العرف أو الفقه أو من أحكام القضاء مع العلم أن المقصود بالتشريع هو كل نص قانوني سواء كان صادرا عن السلطة التشريعية أو التنفيذية كالمراسيم و القرارات و اللوائح[5].

ب–المعنى الخاص: "يراد به قاعدة معينة أو مجموعة معينة من القواعد تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين[6].

---

[1] -الفيروزآبادي/ج:4/ص:263.

[2] -علي الندوي/القواعد الفقهية/ص:40.

[3] - ينظر: سمير العالية : :المرجع السابق/ص:38.

[4] - عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون–دار النهضة العربية–بيروت،لبنان/ دط/دت / ص12. وينظر: حسين صغير /النظرية العامة للقانون بيعديها الغربي و الشرعي/دار المحمدية العامة –الجزائر/د ط 142ه2001م/ ص:21 ، سمير العالية :علم القانون و الفقه الإسلامي/ ص:40، سليمان الناصري/المدخل لدراسة القانون دراسة مقارنة /دار وائل للنشر –عمان/ ط1/س ط:1999م ص13. محمد السيد عمران :الأسس العامة في القانون /دط2002/ص:9.

[5] - حسين صغير :النظرية العامة للقانون بيعديها الغربي و الشرعي / ص: 22.

[6] - حسين صغير :النظرية العامة للقانون بيعديها الغربي و الشرعي /ص: 22.

يستنتج من هذا التعريف أن القانون بمعناه الخاص يتمثل في القانون بمعناه العام منقوصا منه القواعد العرفية و أحكام القضاء و الآراء الراجحة في الفقه و الاعتبارات الدينية التي تقرها الدولة[1] .

و قد يراد بالقانون في معناه الخاص ما تضعه السلطة التشريعية لتنظيم مسألة محددة كقانون الجمارك أو قانون التأمين الإلزامي[2].

فيراد بالقانون حينها التشريع ؛ و تجدر الإشارة إلى أن التشريع ليس هو المصدر الوحيد للقانون بمعناه العام حتى تصدق التسوية بينهما في الاصطلاح و لعل أهمية التشريع يبرر إطلاق هذا المصطلح فيه [3] . و الذي يعبر عنه كذلك بالتقنين .

الفرع الثالث: التمييز بين القانون و غيره من المصطلحات :

" تتردد في لغة القانون مصطلحات عديدة يطلق بعضها على وجه من وجوه القانون أو مادة أو جزء أو فرع منه أو أصل ينتسب إليه مثل القانون الوضعي و المادة و القاعدة القانونية و النظام القانوني و فرع القانون و العائلة القانونية"[4].

أولا: القانون الوضعي.

يقصد بالوضعية (positivisme) في فلسفة القانون معنيان متميزان:

المعنى الأول :

دلالة القانون على أنه من وضع إرادة معينة هي إرادة السلطان الصريحة أو الضمنية و ذلك بالمقابلة للقانون الطبيعي[5] . أو بالمقابلة مع الشرع السماوي الذي هو الوحي[6].

---

(1)- ينظر: حسين صغير :النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي و الشرعي/ص:22 .

(2)- ينظر: سليمان الناصري: المدخل لدراسة القانون دراسة مقارنة /ص:14.

(3)- حسن كيرة :المدخل إلى القانون/منشأة المعارف بالإسكندرية/ مصر/ط5- دس ط/ ص:12.

(4)- سمير عالية :علم القانون و الفقه الإسلامي /ص:40-41.

(5)- سليمان مرقس : فلسفة القانون/ المنشورات الحقوقية /دار صادر (بيروت-لبنان)/ دط-1999/ص201.

(6)- سمير عالية:علم القانون و الفقه الإسلامي / ص:41.

تعبير القانون عن الإرادة العامة و يستبدل بها مفاهيم تقوم على أساس التجربة العلمية المبنية على ملاحظة الواقع العملي وبهذا المعنى توصف الوضعية بأنها علمية أو فلسفية positivisme philosophique [1] ؛ أي هو "مجموعة القواعد القانونية السائدة فعلا و المطبقة في دولة معينة في زمن معين مهما كانت طبيعتها تشريعية أم غير تشريعية "[2]

ثانيا : المادة القانونية:(article)

و يراد به النص القانوني وهو الحكم القانوني المدون كتابة. و المسبوق برقم متسلسل[3] .

مثلا: تنص المادة 144 مكرر 2 على ما يلي :" يعاقب بالحبس من (3) سنوات إلى (5) سنوات و بغرامة من 50000دج إلى 100000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أساء إلى الرسول – صلى اله عليه و سلم – أو بقية الأنبياء أو استهزأ بالمعلوم من الدين بالضرورة أو بأي شعيرة من شعائر الإسلام سواء عن طريق الكتابة أو الرسم أو التصريح أو أي وسيلة أخرى تباشر النيابة العامة إجراءات المتابعة الجزائية تلقائيا "[4].

ثالثا : القاعدة القانونية (règle juridique).

و يقصد بها الوحدة القانونية[5] أو الخلية القانونية[6] " و هي بالنسبة للقانون كالفرد بالنسبة للمجتمع ،فقيام الأسرة أو العائلة مثلا يتطلب قيام زواج بين شخصين ، فمتى يعتبر هذا الزواج تاما؟ و ما هي آثاره ؟ فكل رابطة من روابط الزواج هذا يرد حكمها في القاعدة القانونية ".

رابعا: النظام القانوني(institution juridique).

" و يراد به مجموعة القواعدالقانونية التي تحكم روابط قانونية من نوع واحد بحيث تساهم في تنظيم ناحية من نواحي الحياة في المجتمع كنظام الأسرة و نظام الملكية الفردية .

---

[1]- سليمان مرقس : فلسفة القانون/ص201.

[2]- سمير العالية :علم القانون و الفقه الاسلامي /ص41.

[3]- محمد السيد عمران :الأسس العامة في القانون / ص10.

[4]- قانون العقوبات الجزائري 2005.

[5]- سمير العالية : علم القانون و الفقه الاسلامي /ص42.

[6]- محمد السيد عمران :الأسس العامة في القانون / ص10.

خامسا: فرع القانون .

تنقسم القواعد باعتبار الاختلاف في طبيعة العلاقة موضوع القانون و باختلاف المراكز القانونية لأطراف العلاقة إلى قسم خاص وقسم عام . وهذا ما يعبر عنه بفروع القانون[1] .

سادسا : العائلات القانونية (famille juridique) .

" تتعدد القوانين في عالمنا الحالي بتعدد الدول ."[2]

و للتعرف على أحد هذه القوانين قام علماء القانون بتجميع القوانين الكبرى المتنوعة ضمن مجموعات أطلقوا عليها اسم عائلات و التي تتميز بخصائص عامة وعلى هذا الأساس جمعت المناهج القانونية الكبرى لمختلف القوانين في خمس عائلات و هي [3]:

-1- عائلة القوانين الرومانية الجرمانية .

-2- عائلة القانون المشترك الانكليزي .

-3- عائلة القوانين الاشتراكية .

-4- منهج الشرع الإسلامي .

-5- المناهج التقليدية.

1/ عائلة القوانين الرومانية الجرمانية .

و تضم هذه العائلة القوانين التي استمدت أصولها عن القانون الروماني و العادات الجرمانية و منها القانون المدني الألماني و تعد القاعدة القانونية في هذه العائلة قاعدة سلوك تهدف إلى تحقيق العدل و صيانة الأخلاق و تقوم مصادر القانون في هذه العائلة على التشريع المكتوب كأساس ثم يليه العرف و الاجتهاد القضائي و الفقه القانوني[4] .

و تضم أيضا قوانين الدول الأوربية و قوانين دول أمريكا اللاتينية و بعض دول افريقيا و قوانين بعض الدول العربية و تركيا و الشرق الأدنى كاليابان و أندونيسيا و تيلاندا وكوريا الجنوبية.[5]

2/ عائلة القانون المشترك الانكليزي.[6] COMMON LOW

---

[1] - سليمان الناصري:المدخل لدراسة القانون دراسة مقارنة /ص29.

[2] - سليمان الناصري: المرجع نفسه/نفس ص.

[3] - سمير العالية: المرجع السلبق/نفس ص.

[4] - سمير العالية :المرجع نفسه /ص:43.

[5] -- سمير العالية :المرجع السابق / نفس ص.

[6] - سمير العالية :المرجع نفسه / نفس ص.

يعتبر القانون من صنع البشر فالقاعدة القانونية فيه أقل تجريدا من القاعدة القانونية في القوانين الرومانية الجرمانية.

كما تعد القاعدة القانونية قاعدة إجراءات. و تقوم مصادر القانون الانكليزي على أحكام القضاء و التشريع كمصدرين أساسيين ثم يليها العرف ؛ فالقانون الانكليزي على خلاف الاعتقاد الشائع ليس قانونا عرفيا، و ما يقال أن القانون قد بنى على الأعراف القديمة لم يكن سوى حيلة أو افتراض لإبعاد الشك في أن القضاة يقضون بصورة تحكمية ، و قد أخفى عليه رجال القانون في أوربا هذا الوصف لأن القانون عندهم بين أمرين :

أما أن يكون مكتوبا و مجموعا في مدونة.

و أما أن يكون غير مكتوب فيكون عرفا.

3- العائلة الاشتراكية[1] .

" و تضم هذه العائلة قوانين الدول الاشتراكية.و هي ما يعبر عنه بالاتجاه الاجتماعي الذي لا يعتبر القانون ظاهرة اجتماعية تجب ملاحظتها كغيرها من الظواهر ، و لكن هدفه يقتضي أن يقرأ في الأحداث الاجتماعية لاستنباط القواعد التي يجب أن يعملها على أن يتولى تنظيمها عند الاقتضاء

أما مصادر القانون في هذا المنهج فتقوم على: التشريع ، أحكام القضاء ، العرف قواعد الحياة الاشتراكية و الفقه الوضعي.

4- منهج الشرع الإسلامي [2]" و قد تجلت أهمية الشرع الإسلامي في المؤتمرات الدولية و العربية للقانون المقارن على الرغم من تفرده بمنهج مستقل يختلف عن المناهج القانونية الأخرى من حيث مصادره و خصائصه فقد اعترف الباحثون و المقارنون بسمو مبادئه و مرونة مصادره وأنه ميدان خصب لإنماء الفكر القانوني و تنويره بكل ما يؤدي إلى جلاء الحق على أساس من العدل و الإنصاف ".

---

[1] - سمير العالية :المرجع السابق / نفس ص.

[2] -سمير العالية: المرجع نفسه/ ص:45.

5- المناهج التقليدية :

في بعض المناطق كالشرق الأقصى و خاصة الصين يرون أن القانون أداة للفوضى ووسيلة للتحكم و أنه مثار للخصومة و العداء[1] ،و عليه فالرجل الفاضل لا يسوغ له أن يلجأ إلى القضاء إبقاء للتعاون بين الأفراد و حفظا لسلامة المجتمع[2].

المطلب الثالث: المقابلة بين القواعد الفقهية و القانونية.

إن مسمى القاعدة في الفقه الإسلامي مختلف معناه في القانون الوضعي . و الفرق بين القواعد الفقهية و القانونية يقتضي هذين التساؤلين :

أولهما :القاعدة القانونية ماذا تقابل في الفقه الإسلامي ؟

و ثانيهما :القاعدة الفقهية ماذا تقابل في القانون الوضعي ؟

أما محل دراستنا فهو الجواب عن التساؤل الثاني. و لكن لا بد من المرور على الشطر الأول لأسباب سنوردها بعد المقارنة .

الفرع الأول : القاعدة القانونية و الحكم الشرعي :

يرى كل من الدكتور: محمد زكي عبد البر،والدكتور: فتحي الدريني، و الدكتور: عبد الوهاب الباحسين ، والدكتور: عبد العزيز محمد عزام ، أن القاعدة القانونية تقابل الحكم الشرعي. فقد ألف الدكتور: زكي عبد البر مؤلفا بعنوان : الحكم الشرعي و القاعدة القانونية.[3]

ذكر في مقدمته أحد الأسباب التي أدت إلى الخلط و الخطأ في الدراسات المقارنة بين الشريعة و القانون و المتمثلة في عدم التزام المصطلحات الشرعية في مجال الكلام عن الشريعة و كذلك المصطلحات القانونية في مجال الكلام عن القانون فيقع الانخداع بالتشابه اللفظي دون التنبه إلى المضمون لأن هذا الخلاف لا يدرك إلا بطول الدرس و النظر والممارسة.[4] .

---

[1] - سمير العالية: المرجع نفسه/ ص:45.

[2] -يرى الفقيه القانوني يونغ أن القانون هو موضوع صراع.(هنري باتيفول: ت: سموحي فوق العادة/منشورات عويدات/بيروت لبنان/ط 1/س ط 1972/ص:29_32).

[3] - محمد زكي عبد البر : الحكم الشرعي و القاعدة القانونية- دار القلم / الكويت / ط1- 1402ه-1982م. ص7.

[4] -زكي عبد البر: المرجع السابق /ص:07.

فنجد أن القاعدة القانونية و هي جزء من القانون و التي " تنظم نشاط الأفراد في المجتمع تنظيما يحقق الخير و يكمل التقدم للجماعة و التي تتولى تنفيذها قسرا و جبرا على الأفراد. سلطة عليا في تلك الجماعة " [1] لها ثلاثة خاصيات:

1- العموم و التجريد.

2- الجزاء على مخالفة القاعدة .

3- تنظيم العلاقات الاجتماعية .

فهل نجد هذه الخواص في الحكم الشرعي ؟

أما الحكم الشرعي وهو خطاب الله تعالى القديم المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير[2].

فالحكم الشرعي يستدعي حاكما و محكوما عليه و محكوما فيه فهل نجد هذه العناصر في القاعدة القانونية ؟

أبدأ بعناصر **القاعدة القانونية و الحكم الشرعي** .

أولا: العموم و التجريد و يقصد به أن القاعدة تصاغ و توجه إلى أفراد المجتمع بصفاتهم و إلى الوقائع القانونية بشروطها [3] .كما أنها توضع لا لتطبق على جميع الأفراد بل تسري فقط على من تتوافر فيه شروط انطباقها . كقواعد القانون التجاري لا تسري إلا على التجار[4].

فمثلا القاعدة المقررة في المادة 416 من قانون العقوبات الجزائري و التي تنص على : " كل من أوجد أو نشر عمدا أمراض معدية في الحيوانات المترلية أو الطيور في أقفاصها أو النحل أو دود القز أو حيوانات الصيد أو الأسماك في البحيرات و الأنهار ، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 30000دج و يعاقب على الشروع كالجريمة التامة . و كل

---

[1] - محمد السيد عمران : الأسس العامة في القانون /ص9.

[2] - شهاب الدين القرافي: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول / دار الفكر للطباعة و النشر /بيروت ،لبنان/ د ط -1424ه - 2004م/ ص:59. و سيف الدين الآمدي :الاحكام في أصول الأحكام / ت: ابراهيم العجوز / دار الكتب العلمية -بيروت،لبنان /دط /دس ط/ ج:1 / ص:84.

[3] - أحمد حسن قدادة : شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري/ديوان المطبوعات الجامعية / دط / س ط:1994م / ص:11.

[4] - محمد عبد الجواد محمد:أصول القانون مقارنة بأصول الفقه /ص27.

من نقل عمدا مرضا معديا إلى أي حيوان كان متسببا في ذلك عن عمد في نشر وباء حيواني أو أمراض معدية أو مساهما في نشرها في أي من الأنواع السابق بيانها يعاقب بغرامة من 500 إلى 15000دينار " .

فالحكم المطبق في هذه القاعدة يعد حكما عاما على كل من أوجد أو تسبب في إحداث هذا الضرر وهو نشر الأمراض المعدية، و يتضح من هذا أن بلوغ الحكم مرتبة القاعدة القانونية لا يتوقف على عدد الأشخاص ، حتى و إن انطبقت على شخص واحد بل على صفاتهم أو صفات أفعالهم [1] .

و هذا ما نجده في الحكم الشرعي إذ أنه خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين ؛ فلفظ المكلفين يفيد العموم . قال الإمام الشاطبي:" الشريعة بحسب المكلفين كلية عامة ، بمعنى أنه لا يختص بالخطاب بحكم من أحكامها الطلبية بعض دون بعض"[2].

ثانيا: الجزاء على مخالفة القاعدة.

يعتبر الجزاء نتيجة أو أثرا مترتبا على مخالفة القاعدة القانونية[3] فالإلزام في القاعدة القانونية يقتضي أن يكون لها جزاء و من ثم فالجزاء جزء من تركيب القاعدة القانونية رغم أن تركيبها لا يتضمن جزاء[4] فوجود القانون في مجتمع معين يعني بالضرورة نفاده فيه[5].

و الأصل أن الجزاء لا يعد جزء من قاعدة قانونية و إنما هي قاعدة قانونية قائمة بذاتها والدليل على ذلك أمران : أولهما أن القانون يخول للقاضي سلطة تقييم السلوك وتقرير ما يترتب عليه ؛ و ثانيهما : أن الجزاء يلحق الفرد لا القاعدة القانونية[6] و لدى كثيرا ما نجد أصحاب القانون يرددون عبارة " كلما ارتقى المجتمع كلما ازداد شعور أفراده باحترام القاعدة القانونية"[7].

---

[1] - ينظر: مصطفى الجمال و نبيل ابراهيم سعد : النظرية العامة للقانون/ منشورات الحلبي الحقوقية -بيروت،لبنان/ د ط/س ط:2002م /ص: 81.

[2] - الشاطبي: الموافقات/ دار الكتب العلمية /بيروت،لبنان /ت:عبد الله دراز/دط/دس ط /ج1:/ص 186.

[3] -محمد السيد عمران : الأسس العامة في القانون/ص 14.

[4] - مصطفى الجمال و نبيل ابراهيم سعد :النظرية العامة للقانون/ ص: 68 .

[5] - أحمد حسن قدادة:شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري /ص: 17.

[6] - مصطفى الجمال و نبيل ابراهيم سعد : النظرية العامة للقانون/ ص 69 .

[7] - محمد السيد عمران – الأسس العامة في القانون-ص 15.

أما عن **الفروق بين القاعدة القانونية و الحكم الشرعي من حيث الجزاء فيتمثل فيما يلي:**

1/ الجزاء في القاعدة القانونية ذو شق واحد و هو العقوبة. أما الجزاء المترتب على الحكم الشرعي فذو شقين أولهما الثواب أو المكافأة عند الانصياع لهذا الحكم و ثانيهما:العقوبة أو الضمان عند مخالفة الحكم الشرعي[1].

2/ " الجزاء لا يكفل احترام قواعد القانون"، في حين أن الحكم الشرعي و ما يترتب عليه من ثواب و عقاب و جزاء دنيوي و أخروي أكثر ضمان لاحترامه.

3/ المكلف في الشرع الإسلامي لا يحاسب على فعله فحسب و إنما يؤخذ و يعتد بمقصده كذلك في حين القانون لا يأخذ بالقصد إلا إذا ترتب الأثر و في بعض الحالات فقط.

ثالثا: تنظيم العلاقات الاجتماعية :

فالقاعدة القـــانونية خطاب موجه إلى الأفراد في المجتمع فهي قاعدة للسلوك الاجتماعي تقييما و تقويما، أما التقييم فهو التمييز بين السلوك المشروع و غير المشروع و أما التقويم فبوضع الجزاء المترتب على السلوك الغير مشروع. كما نجد السلوك المباح فبعض فقهاء القانون يعده داخل منطقة القاعدة القانونية و البعض الآخر لا يراه منها و هذا هو شأن المباح بالنسبة للأحكام التكليفية الشرعية .

وعليه نجد اتفاقا بين القاعدة القانونية و الحكم الشرعي أن كليهما خطاب يوجه إلى الأشخاص في المجتمع. أما الفرق فيتلخص أن القاعدة القانونية توجه خطابها إلى الشخص باعتباره عضوا في المجتمع و تراعي في ذلك سلوكه نحو غيره من الناس في حين أن الحكم الشرعي إظافة إلى ما سبق، يحدد سلوكه مع ربه عز و جل و مع نفسه.

الفرع الثاني: القاعدة الفقهية ماذا تقابل في القانون ؟

تعد القواعد الفقهية ثمرة للفروع المختلفة إذ تجمع أحكامها المتشابهة وفي الوقت نفسه تستقي حجيتها من الأدلة التشريعية، لذى يصعب إيجاد مسمى في القانون الوضعي يقابل القاعدة الفقهية. لكن سأحاول المقارنة ما أمكنت بينهما بإذن الله تعالى.

إن القانون باعتباره مجموعة الأحكام والقواعد الصادرة من السلطة التشريعية وهو ما يعبر عنه قولهم " التشريع" فلا يبعد أن يكون القانون بهذا المفهوم يقابل " الفقه" في الإسلام.

---

[1]- سمير العالية : علم القانون و الفقه الاسلامي /ص97.

فنقول أن القانون المدني مثلا هو التشريع الذي يضم القواعد المتعلقة بهذا الفرع.

إذن القواعد الفقهية تقابل علم القانون وبتعبير أدق: إنها تقابل تلكم المبادئ القانونية التي تحكم مجموعة الأحكام والقواعد القانونية.

هذا وقد نجد أن بعض المواد القانونية والتي يقصد بها " النص القانوني المكتوب الوارد في تشريع معين والمسبوق برقم متسلسل من أرقام المواد العديدة التي يتألف منها"

تتوافق ومفهوم القاعدة الفقهية[1]. فنجد مثلا المادة 55 من القانون المدني التي تنص على أنه يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادلا المتعاقدان الالتزام" وهذه القاعدة المقررة في القانون المدني تقابل قاعدة: إن العقد شريعة المتعاقدين.

كما تنص المادة 961 " على أنه لا يجب على المالك أن يتعسف في حقه إلى حد يضر بالجار" وهذا ما نفسه ما تنص عليه قاعدة منع التعسف في استعمال الحق".

المبحث الثاني: أساس الحكم الشرعي والقاعدة القانونية.

الطلب الأول: لمن الطاعة؟

لا بد في كل قانون بغض النظر عن كونه إلاهيا أم وضعيا، أن يضع مشرعوه كافة الضمانات لتطبيقه وإلا فلا فائدة ترجى من قانون لا توجد وسيلة لفرض أحكامه وتطبيقها.

فالتركيبة المعقدة للنفس البشرية لا تترك لمشرعي القوانين مجالا لأن يخلو بين الناس وبين تطبيقهم للقانون، حيث أن غريزة حب الذات تأبى على الإنسان التضحية طواعية بمصالحه لتحقيق مصالح الآخرين أو عدم إضرار الآخرين تحقيقا لمصالحه.

فكان لا بد من وضع قانون عاصم يحفظ للإنسان حقوقه وحرياته بوجه لا يصطدم ومصالح إخوانه الآخرين. كما يجب على هذا القانون تحقيق وسائل يضمن من خلالها طاعته والانقياد له فما هي الوسيلة التي تجعل الناس يخضعون للقوانين؟

إن الأمر يختلف في واقعه بين كل من القانون الوضعي والشرع السماوي وهذا الاختلاف ناشئ من الاختلاف في الهدف الذي شرع من أجله كل من القانون الوضعي والشرع الإلهي فالقانون

---

[1] - سمير العالية : المرجع السابق /ص:41.

الوضعي إنما شرع لتنظيم سلوك الفرد ووضع القواعد التي تحدد علاقته بالآخرين.[1] في حين تهدف الشرائع الإلهية لا سيما دين الإسلام إلى توضيح الطريق الذي يرى فيه سلامة البشرية فمجموع الأحكام التي أنزلها الله على عباده تشمل دوائر متعددة منها لدائرة العقائدية والدائرة المتعلقة بالأحكام العملية وهو الجانب الفقهي العام.

وتهدف شريعة الإسلام إلى تحقيق العبودية بمعنى الخضوع والذل لله تعالى، وحب الله وعبادته وطاعته.

"فقد وعد الله بنصر من ينصره ؛و نصره هو؛ نصر كتابه ورسوله —صلى الله عليه وسلم- لا نصر من يحكم بغير ما أنزل الله ويتكلم بما لا يعلم[2] يقول المولى عز و جل: ﴿ **وَلَيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ (40) الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ (41)** ﴾[3].

فالعبودية التي تتطلب أمرين في رأي ابن تيمية رحمه الله وهما الخضوع والمحبة هي الروح العبادة الواجبة فرضا وشرعا على المسلم والمسلمة. فلا تحقق العبادة إلا بالطاعة الكاملة لله تعالى وقد عرف ابن تيمية العبادة " العبودية" بأنها " اسم جامع لكل ما يحبه الله ويرضاه من الأقوال والأعمال الباطنة والظاهرة" والعبادة بهذا المفهوم هي الانقياد التام لأحكام الله تعالى وشرعه في كل شؤون الحياة أمرا ونهيا اعتقادا وقولا وعملا فلا يكون الإنسان عابدا لله إلا إذا كانت حياته قائمة على شريعة الله يحل ما أحل الله ويحرم ما حرم الله ويخضع لهدايته في سلوكه وسيرته وتعامله ويأتمر بأوامره وينتهي عن نواهيه ويتخلص من أطماعه وشهواته الجشعة وعوارض نفسه الأمارة بالسوء[4].

---

[1]- حيدر البصري/إنبعاث الطاعة بين الشريعة والقانون / مستقى من مجلة النبأ العدد 37 – جمادي الثانية – س 1420 ه/ من موقع annabaa.org/inhba37/enbeath.htm .

[2]- عبد القادر السقاف / المنتخب من كتب شيخ الإسلام ابن تيمية / دار الهجرة المملكة العربية السعودية / ط1 / س ط: 1419ه – 1998/ ص: 132.

[3]- سورة الحج /آية:40-41.

[4]- وهبة الزحيلي: تطبيق الشريعة واستمداد القوانين من معين الفقه، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت السنة الرابعة 1987م/ع 9-82

و ينظر:ابن تيمية:العبودية/ت:محمد ابن رياض الأحمد/ دط :عالم الكتب للطباعة والنشر/ط:1/س ط:1423ه-2002م/ص:107.

والمسلم يرض بأحكام الشريعة رضاء نفسيا وإن لم يدرك كل العلل والأسرار لأنها من العلي القدير.

وضمير الإنسان الذي ينشأ من الخشية من الله تعالى هو بمثابة السلطة التنفيذية للقانون ولكنها سلطة تنفيذية ذاتية[1].

أما القوانين الوضعية التي تستمد من الشريعة الإسلامية فهي قوانين شرعية مرجعيتها إسلامية، أما القوانين التي يمكن أن تتعارض مع الشريعة فهي تلكم القوانين التي تعتمد على العقل الإنساني لأنها قد تبيح ما لا تبيحه الشريعة.

المطلب الثاني: دور العقل بين الشرع والوضع.

الفرع الأول: حقيقة العقل.

أولا: العقل لغة.

العقل: الحجرو النهي ضد الحمق والجمع عقول ويقال: رجل عاقل: وهو الجامع لرأيه وأمره. وقيل العاقل الذي يحبس نفسه ويردها عن هواها، والمعقول: العقل. يقال: ما له معقول أي عقل. والعقل: التثبت في الأمور. والعقل:القلب. ويسمى العقل عقلا لأنه يعقل صاحبه عن التورط في المهالك أي يحبسه. وقيل العقل هو التميز.[2]

ثانيا: العقل في اصطلاح علماء الشريعة.

عرفه ابن حزم الظاهري بقوله:" هو استعمال الطاعات والفضائل" ثم أضاف:" وهو غير التمييز، فكل عاقل مميز وليس كل مميز عاقلا"[3].

ويقال في حد العقل باعتبار أحد مسمياته:" إنه بعض العلوم الضرورية بجواز الجائزات واستحالة المستحيلات"[4].ويعرف أيضا أنه:" غريزة وضعها الله سبحانه في بعض خلقه، لم يطلع عليها

---

[1]- مقال بالأنترنت: لمحمد البهي، على موقع :
WWW.Taghirb.org/arabic/nastrat/esdarat/kotob/arabic/books/resalatalislam/09/35/03/11/HTM.

[2]- ابن منظور : لسان العرب /ج:4/ص:394.

[3]- الإحكام في أصول الأحكام / دار الكتب العلمية –بيروت – لبنان / دط – دس ط /م:1/ ص: 50.

[4] – وهو تعريف القاضي الباقلاني(نقلا عن الغزالي: المستصفى من علم الأصول، ت: حمزة بن زهير حافظ، شركة المدينة المنورة للطباعة والنشر، د.ط، د.س.ط، م1، ص71.

العباد ولا اطلعوا عليها من أنفسهم برؤية ولا بحس ولا ذوق ولا طعم وإنما عرفهم الله إياها بعقولهم التي أعطاها لهم ليعرفوه، ويعبدوه، وليكون حجة عليهم من أنفسهم يدركون به ما ينفعهم ويضرهم والعقل عنده فهم الأشياء تبصرها ومعرفة الضار والنافع منها في الدنيا والآخرة".[1]

الفرع الثاني: وظيفة العقل.

العقل عند علماء المسلمين جميعا لا يكون مشرعا بعد ورود الشرع وإنما ينظر في نصوص الشارع وفي القواعد العامة والدلائل والأمارات التي أشارت إليها تلك النصوص، فيجتهد لاستنباط الأحكام الشرعية من خلالها وبواسطتها فوظيفة العقل هي إدراك الحكم لا إيجابه.[2]

وعليه فإن[3]:" قضايا العقل ضربان: ما علم بضرورة العقل وهو مما لا يجوز أن يكون على خلاف ما هو به كالتوحيد فيوجب العلم الضروري[4] وإن كان عن استدلال للوصول إليه بضرورة العقل، وما علم بدليل العقل؛ وهو ما يجوز أن يكون على خلاف ما هو به كآحاد الأنبياء،إذا ادعى النبوة فيوجب علم الاستدلال ولا يوجب علم الاضطرار لحدوثه عن دليل العقل لاعن ضرورته"[5].

فالعقل إذن طريق موصل إلى العلم القطعي والسبيل إلى معرفة حجية القرآن ودلائل الأخبار[6]. فهو قابل للإدراك، إلا أن إدراكه يتناول الكليات ولا يتعدى إلى الجزئيات والفروع التي تحتاج إلى نص خاص بها. وبهذا لا يمنع من أن يدرك العقل السليم خصائص كثيرة في تفسير النصوص بشرط أن لا يكون خاضعا لتأثيرات أخرى تصده عن الوصول إلى الحقائق. كما لو ناقش في الأولويات والبديهيات و لم يفرق بين قبح الظلم وحسن العدل. و لا يمنع من أن يستقل ببعض الأحكام، إذ لو عزل العقل عن الحكم لهدم أساس الشريعة، غير أنه لا يتعرض للتفاصيل والأشياء الخارجية ولا يتخذ

---

[1] - عبد الرحمن الغرياني: الحكم الشرعي بين النقل و العقل / دار الغرب الإسلامي – بيروت – لبنان /س ط:1989م /د ط/ ص:15-16.

[2] - مقبل بن أحمد الدوسي : مقال بعنوان: أساس الحكم الشرعي و القاعدة الوضعية / مجلة البحوث الفقهية المعاصرة / السنة الخامسة عشر / العدد السابع و الخمسون / 1423ه / ع 57 – فبراير 2003 /ص:88 .

[3] - الزركشي: دار الكتب العلمية / بيروت – لبنان /ط : 1 /س ط:1414ه-1994م /ج1 /ص59.

[4] - وهو ما يوافق تعريفي الغزالي في الإطلاق الأول والباقلاني الذي قال " إنه بعض العلوم الضرورية بجواز الجائزات و استحالة المستحيلات".

[5] - و هذا ما عبر عنه الغزالي بقوله "يطلق على العلوم المستفادةمن التجربة".

[6] - مقال من موقع : http : // shiaweb.org/books/taqia/ p9.html

ص90 من كتاب التذكرة في أصول الفقه الشيخ المفيد/ص28.

منها موضوعات لأحكامه، وإنما يحكم بأمور كلية عامة، فهو مثلا لا يحكم بوجوب الصوم والصلاة وإنما يأمر بطاعة الشارع وامتثال أوامره.[1]

فلولا الرسالة لم يهتد العقل إلى تفاصيل النافع والضار في المعاش والمعاد فمن أعظم نعم الله على عباده أن أرسل إليهم رسله وأنزل عليهم كتبه وبين لهم الصراط المستقيم، ولولا ذلك لكانوا بمنزلة الأنعام والبهائم، بل أشر حالا منها، فمن قبل رسالة الله واستقام عليها فهو من خير البرية، ومن ردها وخرج عنها فهو من شر البرية وأسوأ حالا من الكلب والخنزير والحيوان البهيم[2]. فالحكمة من بعثة الأنبياء والرسل أن العقل لا يدرك بإطلاق حسن الشيء وقبحه فيحتاج إلى الشرع، إذن ليس كل ما يقضي به العقل يكون حقا، لذلك تراهم يرتضون اليوم مذهبا ويرجعون عنه غدا ثم يصيرون بعد غد إلى رأي ثالث، ولو كان كل ما يقضي به حقا لكفى في إصلاح معاش الخلق ومعادهم، ولم يكن لبعثة الرسل عليهم السلام فائدة ولكان على هذا الأصل تعد الرسالة عبثا لا معنى لها.[3]

وعليه فوظيفة العقل تبعية لا أصلية قال صاحب الموافقات " لا يجعل العقل حاكما بإطلاق وهو الشرع بل الواجب أن يقدم ما حقه التقديم ــ وهو الشرع ــ ويؤخر ما حقه التأخير ــ وهو نظر العقل ــ لأنه لا يصح تقديم الناقص حاكما على الكامل لأنه خلاف المعقول والمنقول، بل ضد القضية فهو الموافق للأدلة فلا معدل عنه لذلك قيل اجعل الشرع في يمينك والعقل في يسارك، تنبيها على تقدم الشرع على العقل".[4]

أما بالنسبة للقانون الوضعي فقد زعم أهله أن الإسلام عرف كالمسيحية القانون الطبيعي وأن المعتزلة تقول العقل لا الوحي كاشف. ففي مؤلف:أصول القانون للمرحوم السنهوري والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت. فقد قسما المذاهب المختلفة في طبيعة القانون إلى قسمين:[5]

أولهما: المذاهب القانونية أو الشكلية: وهي تذهب إلى أن هناك مشرعا هو الذي يضع القانون، وهذا المشرع هو الله في الشريعتين، اليهودية والإسلامية.

---

[1] - مقال الأنترنت السابق:ص90 / و قد أورد أمثلة على ذلك كحكم العقل بالاحتياط و البراءة وبدفع الضرر.

[2] - مجموع الفتاوى /ج19 /ص 100.

[3] - كتاب الاعتصام: دار الفكر للطباعة والنشر / بيروت- لبنان / س ط.1424ه-2003م / د ط/ ج1 /ص100.

[4] - كتاب الإعتصام : ج2 / ص210.

[5] - عبد الجواد محمد : أصول القانون مقارنة بأصول الفقه / ص53.

والقسم الثاني: المذاهب الاجتماعية، وهي مذاهب تنفذ إلى طبيعة القانون فتحللها تحليلا فلسفيا اجتماعيا، ولا تكتفي بالنظرة القانونية العلمية.

"ويرى المؤلفان أن القسم الأول من هده المذاهب يتفق مع قول الأشعرية من المذاهب الإسلامية. وإن القسم الثاني يقترب من مذهب المعتزلة ويقولون في ذلك: " ومما هو جدير بالذكر أن الإسلام عرف- كالمسيحية_القانون الطبيعي. وزاد أحد المذاهب الإسلامية أن ميز بين القانون الطبيعي والدين وجعل العقل لا الوحي هو الكاشف لهذا القانون وهذا هو مذهب المعتزلية المعروف".[1]

فهذا الذي ذكراه ليس أبدا مذهب المعتزلة. فقد جاء في كتاب المعتمد: واعلم أن الناس اختلفوا في جواز أن يفوض الله تعالى إلى المكلف أن يحرم، ويوجب، ويبيح باختياره، فمنع أكثر الناس من ذلك على كل حال وأجازه آخرون للنبي صلى الله عليه وسلم خاصة[2]. وهو صلى الله علية وسلم النبي المعصوم الذي لا ينطق عن الهوى لا يفوض له الباري عز وجل أن يحلل ويحرم. فكيف بعد هذا الإيراد بنسبان للمعتزلة حاكمية العقل؟

ومن جهة أخرى يقر أبو الحسين البصري المعتزلي بحاكمية الشرع على العقل إذ قال: أما التوصل إلى الأحكام الشرعية فهو أن المجتهد إذ أراد معرفة حكم الحادثة، فيجب أن ينظر ما حكمها في العقل، ثم ينظر هل يجوز أن يتغير حكم العقل فيها ؟ وهل في أدلة الشرع ما يقتضي تقدم ذلك الحكم أم لا؟ فإن لم يجد ما ينقله قضي به. فإن وجد في الشرع ما يدل على نقله.قضى بانتقاله.لأن العقول إنما دلت على تلك الأحكام بشرط أن لا ينقلناعنه دليل شرعي.[3]

وعليه فقد اتفق المعتزلي مع السني أن العقل يدرك حسن الأشياء وقبحها قبل ورود الشرع و اختلف في أن المعتزلي يرى الثواب و العقاب ملازم لها فحكم بثبوت الثواب و العقاب قبل الشرع لثبوت الحسن والقبح قبله فإن جاء الشرع بعده كان مؤكدا لحكم العقل"[4]. فالمعتزلي يستدل بعقله أولا على حسن الأشياء و قبحها و هذا الاستدلال مقيد بما وردفي الشرع فإن كان موافقا أخذ به و إن كان مخالفا قدم الشرع.إظافة إلى أن إدراك العقل من قبل الواجبات لا من قبل الجائزات كما

---

[1] - المرجع السابق/نفس ص.

[2] - أبو الحسين البصري : المعتمد في أصول الفقه / تقديم خليل الميس / دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان / د ط / د س ط ج2 /ص 329.

[3] -أبو الحسين البصري: المرجع نفسه /ج2 / ص 343.

[4] - الزركشي البحر المحيط / ج1 / ص190.

نقول. وليس مرادهم أن الأوصاف مستقلة بالأحكام ولا أن العقل يوجب ويحرم وهذا هو الحق في تقرير مذهبهم و تلخيص النزاع".[1]

المبحث الثالث: حجية القاعدة.

المطلب الأول القاعدة الفقهية:

الفرع الأول: أهمية هذه القواعد:

لا يماري أحد في القيمة الكبيرة للقواعد الفقهية فهي ثروة عظيمة وزاد فكري خصب تكون معينا لا ينضب وضابطا عاما يساعد كثيرا في ضبط المسائل الفقهية التي لم يرد فيها نص وهي تمثل روح التشريع وتعبر عن مقاصده التي يرمي إلى تحقيقها,وتشمل على أسراره وحكمه,فبقدر فهمها والإحاطة بها يعظم قدر الفقه وتعلو مرتبته[2].

تعد القواعد الفقهية إحدى أكثر أقسام الفقه أهمية باعتبارها من أهم أدوات تدوين الحقوق وباقي الأنظمة الإسلامية، البحث عن القواعد الفقهية لا يقل أهمية عن البحث في القواعد الأصولية، فالفقيه يستعين بها في تحصيل مجموعة من الأحكام الفقهية وهي ليست بالقليلة وأهمية القواعد الفقهية تظهر في إفادتها لأحكام المسائل الفقهية عن طريق تخريج حكم المسألة على قاعدتها التي يظهر للفقيه اندراجها فيها،

وبعدُ فالعلمُ بحرٌ زاخرة **** لن يبلغَ الكادحُ فيه آخره
لكنَّ في أصوله تسهيلا **** لنيله فاحرص تجد سبيلا
اغتنم القواعدَ الأصولا **** فَمَنْ تَفُتْه يُحْرَم الوصولا

يقول الإمام القرافي رحمه الله.."وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع بقدر الإحاطة بها يعلو قدر الفقيه ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف وتتضح مناهج الفتوى,وتكشف فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء وبرز القارح[3] على الجذع[4] وحاز قصب السبق من فيها برع"[5].

---

[1] - المرجع نفسه /ج 1/ ص:190.

[2]- ينظر محيي هلال السرحان:تبسيط القواعد الفقهية \ دار الكتب العلمية_بيروت _لبنان\ط:1\سط:1426ه_2005م\ص:6,

[3]- القارح : من قرح الفرس يقرح قروحا إذا انتهن أسنانه وإنما تنتهي في خمس سنين لأنه في السنة الأولى يكون خولي ثم جذع ثم ثني ثم رباع ثم قارح وقيل هو في السنة الثانية فلو وفي الثالثة جذع.(ينظر:ابن منظور: لسان العرب/ج :5/ص:225).

[4]- الجذع: ما أو فى السنتين.(ينظر:ابن منظور: لسان العرب/ج :5/ص:225).

[5]- الإمام القرافي\الفروق\ت:عمر حسن الفيام\مؤسسة الرسالة_بيروت_لبنان\ط:1\س ط:1424ه_2003م\ج:1\ص:62.

كذلك فإن دراسة القواعد الفقهية تكون لدى الباحث ملكة فقهية قوية تنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسعة والمتعددة ومعرفة الأحكام الشرعية واستنباط الحلول للوقائع المتعددة والمسائل المتكررة[1].

كما أن دراسة هذه القواعد تعين القضاة والمفتين والحكام عند البحث عن حلول للمسائل المفروضة والنوازل الطارئة بأيسر سبيل وأقرب طريق وهي تربي عند الباحث ملكه المقارنة بين المذاهب المختلفة وتوضح له وجها من وجوه الاختلاف وأسبابه بين الفقهاء، كما تظهر مدى استيعاب الفقه الإسلامي للإحكام ومراعاته للحقوق والواجبات.

وتسهل على غير المختصين بالفقه وترد على دعوى وهمة أن الفقه الإسلامي إنما يشتمل على حلول جزئية وليس قواعد كلية[2].

الفرع الثاني: حجية القواعد الفقهية

القول الأول : القواعد ليست حجة في استنباط الأحكام.

لقد أوردت مجلة الأحكام العدلية تقريرا في المادة الأولى منه" أن الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة,وتلك القواعد معتبرة مسلمة في الكتب الفقهية تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتفهمها في بادئ الأمر فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقررها في الأذهان"[3].والمعنى أنه لا يصح الرجوع إلى هذه القواعد كأدلة للإثبات،بحيث" لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط لأنها ليست كلية بل أغلبية، نصوصها لم تثبت عن الإمام بل استخرجها المشايخ من كلامه"[4].

وعليه فلا يصح الرجوع إلى هذه القواعد كدليل للإثبات.

ويرجع عدم الاعتبار إلى سببين:

أ: إن هذه القواعد ثمرة للفروع المختلفة وجامع ورابط لها وليس من المعقول أن يجعل ما هو ثمرة وجامع دليلا لاستنباط أحكام الفروع[5].

---

[1]- محمد البورنو / الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلي/ ص 24-25.

[2]- محمد البورنو / الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية/ص 24-25

[3]- علي حيدر :درر الحكام شرح مجلة الأحكام / ترجمة : علي الحسيني/ دار الكتب العلمية –بيروت – لبنان د ط/ د ت ط/ الكتاب الأول / ص 15.

[4]- البونو: المرجع السابق/ ص:39.

[5]- البونو: المرجع نفسه/ ص:39.

ب: أن معظم هذه القواعد لا تخلو من مستثنيات فقد تكون المسألة المبحوث عن حكمها من المسائل والفروع المستثناة[1].

إذن هي شواهد مصاحبة للأدلة يستأنس بها في تخريج أحكام القضايا الجديدة على القضايا الفقهية المدونة[2].

القول الثاني: القواعد حجة في استنباط الأحكام:

لما كان جائزا الاستدلال بالدليل الجزئي كذلك يجوز الاستدلال بالدليل الشرعي الكلي الذي تعبر عنه القاعدة الفقهية ذلك أن الأدلة الشرعية عند العلماء نوعان: دليل شرعي تفصيلي جزئي والأخر كلي كالقياس والعرف والإجماع، فالدليل الشرعي الكلي يستند إلى عدة أدلة[3].

ومن حججهم أيضا أن الاستدلال بالقواعد أولى من الاستدلال بالقياس فالقياس إثبات مثل حكم معلوم لمعلوم أخر بأمر جامع"[4].

أما القاعدة الفقهية فالفرع الفقهي فيها يلحق بجميع الفروع المشابهة له وما يلحق بالجميع أولى من الذي يلحق بالواحد[5].

---

[1]-- البونو: المرجع السابق/ ص:39

[2]- أحمد الندوي: القواعد الفقهية / ص 330 / وينظر:: البورنو / المرجع نفسه، ص 40.

[3]- مختار القواعد الشرعية : مختار الخادمي ص 97

[4]- فخر الدين الرازي : المحصول في علم أصول الفقه /ت: جابر فياض العلواني مؤسسة الرسالة بيروت – لبنان/ ط:3- 1418ه – 1997م/ ج5 /ص9.

[5]- مختار الخادمي: المرجع السابق / ص 98

ثالثا: القول المختار: إن من القواعد ما يصلح لأن يرقى أن يكون دليلا شرعيا ومنها ما لا يرقى فإذا كانت القاعدة دليلا شرعيا فالنظر يؤول إلى حجية اعتبار هذا الدليل ومدى قوته، فإذا كانت القاعدة الفقهية تتوافق في مضمونها مع مضمون الدليل الشرعي[1]. فهي دليل " ذلك أن القواعد التي لها نصوص شرعية تعتبر حجة ودليلا يستنبط منه الأحكام الشرعية شأنها شأن النصوص نفسها، إذا كان للقواعد أصل من الكتاب والسنة فالاحتجاج بها تابع للاحتجاج بأصلها"[2].

والذي يبدو أن **القواعد الفقهية على قسمين:**

الأول: ما يكون مدلولها حكما فرعيا ثابتا لعنوان تنتج تحته الجزئيات الخارجية في نجاسة الخمر وحرمه شربه مثلا، فلا مورد لتوهم النقص فهو حجة في مقام التطبيق على المورد الجزئي.

الثاني: ما يكون مدلولها حكما شرعيا تندرج تحته العناوين الكلية كقاعدة ما يضمن وما لا يضمن فإن موضوعها العقد ويندرج تحته البيع والإجارة والقرض والمصالحة وغير ذلك من أنواع العقود[3] فتكون النتيجة في هذا القسم بعد تطبيقها على صغرياتها ثبوت الحكم الكلي، فتصلح أن تكون دليلا لاستنباط حكم شرعي كلي مثلا قاعدة رفع الحرج،[4] قاعدة لا ضرر، فهي حجة لإثبات الأحكام الشرعية والله أعلم.

المطلب الثاني: حجية القاعدة القانونية:

الفرع الأول: الصفة التكليفية لقواعد القانون:

يذهب بعض رجال القانون إلى أن قواعد القانون ليست أحكاما تكليفية وإنما هي مجرد أحكام " فرضية"، فمثلا: ما جاء في المادة السادسة من الأمر رقم 75/41 الصادر في 1975/06/17 "تحظر استخدام النساء في بيع المشروبات المستهلكة في عين المكان".

---

[1]- مختار الخادمي: المرجع السابق / ص 101

[2]- محمد عزام: القواعد الفقهية / ص 71.

[3] - علي الموسوي: الإستقراء الفقهي و دوره في عملية الإجتهاد./مقال بالأنترنت على عنوان:WWW.SHAHRODI.COM/MAGASINE/FEQH29A29004.HTM6/دص

[4]- قاعدة رفع الحرج دليل إجمالي لا تفصيلي، لأنه لم يلاحظ فيه جزئي معين، بل هو شامل لعدد كبير من الجزئيات، إذ كل جزئية حرجية تدخل في مجاله، ينظر: الباحسين: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط:4، س ط : 1422هـ-2001م، ص98.

وعليه: جاء في نشرة القضاء العدد 2 سنة 1983 ملف رقم 23562 قرار بتاريخ: 1982/10/26م الحكم بإدانة الطاعن عن جريمة استخدام النساء في محلات المشروبات الكحولية.

فطعن هذا الحكم بالنقض لأن العقوبة غير منصوص عليها إذ "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون" كما نصت المادة 1 من قانون العقوبات.

والاتجاه السائد في الدراسات القانونية -في غير قانون العقوبات- على أن المخاطبين بالقانون يكون مطلوبا منهم دائما وأبدا مطابقة سلوكهم للنمط السلوكي المقرر في القانون الذي تضعه قواعده، فيكون الجزاء بمثابة العقاب الذي يوقع على المخالف جزاء له وردعا لغيره، لا بمثابة أحد الخيارين المطروحين على المخاطبين بالقانون، ففي عقوبة إعدام الجاسوس مثلا يجعل من الحكم بالإعدام وسيلة لزجر المخالف وردع غيره، فيكلف جميع المخاطبين بالامتناع عنه[1].

الفرع الثاني: الإلزام في القاعدة القانونية:

أولا: مفهوم الإلزام في القاعدة القانونية:

المراد من الإلزام هو حتمية القاعدة وضرورة تنفيذها ووجوب الطاعة لها وأنه لا بد للإنسان من أن يكيف علاقاته الفردية والاجتماعية على أساسها، سواء حصلت قناعة وجدانية وبحكم العقل والفطرة أو عن طريق الخشية من العقاب المترتب على المخالفة أو عن أي طريق أخر، هي قوة ذاتية تكمن في القاعدة ذاتها ولا ترتبط بعناصر خارجة عنها[2].

ويرى بعض فلاسفة القانون الوضعي أن أصل القانون هو إرادة السلطة الحاكمة فهي التي تضع القوانين وهي التي تملك صلاحية إلزام الناس بأحكامه وما تأمر به من الحق والعدل، ومن يخالف هذه القاعدة يتعرض للجزاء[3].

ثانيا: أقسام القاعدة القانونية:

القواعد القانونية تنقسم إلى نوعين رئيسيين: قواعد آمرة وقواعد مفسرة أو مكملة.

---

[1]- علي عباس الموسوي / من مقال نشر في الانترنيت بعنوان: الاستقراء الفقهي ودوره في عملية الاجتهاد / عنوان www.shahrodi.com/magasines/feqh29a/maj29004.htm

[2]- علي عباس الموسوي : الاستقراء الفقهي ودوره في الاجتهاد / د.ص

[3]- علي محمد جعفر: نشأة القوانين وتطورها/ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ-2002م، ص58.

تعريف القواعد الآمرة: (**la règle impérative**) هي القواعد التي لا يجوز للأفراد مخالفتها[1] وذلك لاتصالها بأمور يحرص الشارع على عدم المساس بها للمحافظة على النظام وهي أمور تتصل اتصالا وثيقا بالمجتمع ومقوماته[2].

ومثال هذه القواعد، ما يشرعه القانون من منع القتل والسرقة والتجسس.

تعريف القاعدة المكملة: La règle supplétive

هي القواعد التي تضع تنظيما لعلاقات الأفراد في حالة إغفالهم تنظيم مسألة من المسائل التي تناولها اتفاقهم فتكون بذلك مكملة لهذه الاتفاقات[3].

معيار التمييز بين القواعد الآمرة والمكملة

1- المعيار اللفظي والشكلي:

وذلك من حيث الأسلوب المادي أي صياغة القاعدة، فنوع الأسلوب يحدد صفة القاعدة وهو نظر في النص الذي يحملها[4] .

2- المعيار الموضوعي (أو النظام العام):

فإذا كان متعلق القاعدة النظام العام فهي آمرة وإن لم يكن متعلقها النظام العام هو مجموع المصالح الأساسية التي يرتكز عليها المجتمع: سياسة كانت أو اجتماعية أو اقتصادية[5].

يلزم لجعل القاعدة القانوني ملزمة للأفراد وواجبة الاتباع من قبلهم أن تقترن بجزاء مادي تضعه السلطة العامة جبرا على من يخالفها، إذ لو تركت القاعدة القانونية دون جزاء فلا يوجد ما يجعل الأفراد يتبعونها في علاقتهم بالقدر الكافي لقيام النظام وتحقيق الاستقرار في المجتمع وهو ما تهدف إليه القاعدة القانونية.

---

[1]- وهذا ليس تعريفا بالماهية بل خاصية من خصائص القاعدة الآمرة

[2]- أحمد حسن قدادة : شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري / ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر / د.ط / س.ط" 1994م/ ص :65.

[3]- مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد : النظرية العامة للقانون / ص 138-139.

[4]- مصطفى الجمال ، المرجع السابق / ص 144

[5]- مصطفى الجمال، المرجع السابق / ص 144.

ولقد خضع الجزاء من حيث تنظيمه لتطور محسوس، ففي المجتمعات القديمة كان للفرد أن يقتص لنفسه من المعتدي أو تتولاه عائلته أو قبيلته.

أما في المجتمعات الحديثة وعند ظهور الدولة أصبح توقيع الجزاء من اختصاص السلطة العامة وحدها، توقعه باسم الجماعة على من ينتهك حرمة القانون، ومن أنواع الجزاء في القانون الجزاء المدني، الذي يكون بتنفيذ الالتزام جبرا على المدين الذي أخل به أو بمحو أثر المخالفة التي وقعت بحيث تعود الحال إلى ماكانت عليه، وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذ مباشر أو عينيا أو يكون تنفيذ بمقابل بطريق التعويض.

والأصل أن يكون التنفيذ عينا يحصل فيه الدائن على ذات ما التزم به المدين، فإن امتنع البائع مثلا عن نقل ملكية العقار المبيع وتسلميه إلى المشتري، جاز للمشتري أن يرفع على البائع دعوى صحة التعاقد و يسجل الحكم الصادر ،يرفع على البائع دعوى صحة التعاقد ويسجل الحكم الصادر لصالحه، فتنتقل الملكية جبرا على البائع.وإذا تعذر التنفيذ العيني أو كان فيه إرهاق للمدين، قام مقامه التنفيذ بطريق التعويض.[1]

خلاصة:

إن منشأ حدوث القانون الوضعي هو ضرورة حل الاختلافات التي تحصل نتيجة التعارض بين مصالح الناس، و هذا هو الأمر المهم في المقام فحسب، إذ لا علاقة أخرى تستحق التنظيم غير هذه العلاقة.

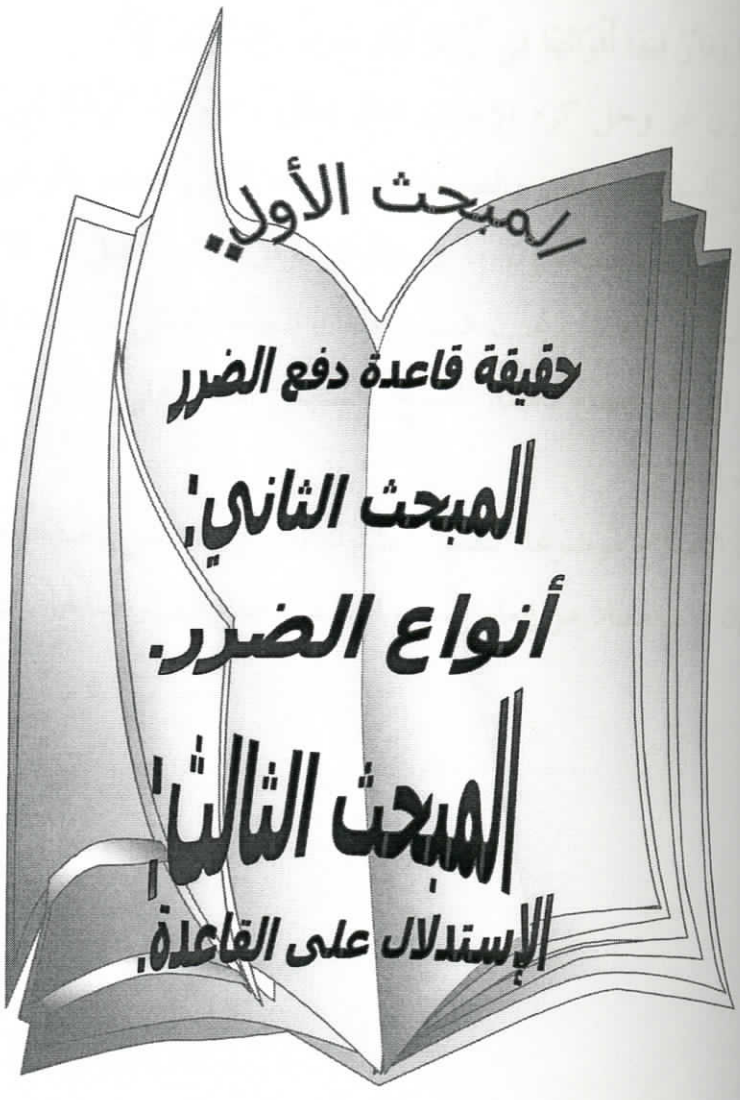
إذاً فمنشأ حدوثه هو احتياجات الإنسان لذلك، و هذا ما يتفق القانون الإلهي فيه مع القانون الوضعي ، و لا خلاف بينهما من هذه الناحية (فلا فرق بين الأديان السابقة، و دين الإسلام، و بين القوانين المستندة إلى مختلف الفلسفات في أنهم يريدون خير الإنسان – سواء كان الخير الواقعي أو المزعوم – و البحث و التنقيب هو الوسيلة الوحيدة لتمييز الصالح من غير الصالح).

فالعامل المادي من العلاقات الإنسانية فقط هو منشأ حدوث القانون الوضعي، أما القانون الإلهي فمنشأ حدوثه هو العامل المادي و الروحي (المعنوي) من العلاقات، و عليه فالنسبة بين كل منهما من هذا الجانب هي نسبة العموم و الخصوص المطلق.[2]

---

[1]- سمير العالية: المدخل لدراسة القانون والشريعة / ص56-75-58.

[2]- مقال بالأنترنت على موقع: http://www.annabaa.org/nba39-40/qanon.htm


المبحث الأول:
حقيقة قاعدة دفع الضرر
المبحث الثاني:
أنواع الضرر.
المبحث الثالث:
الإستدلال على القاعدة.

تمهيد:

إن دراسة القواعد والمسائل الفقهية المهمة دراسة مقارنة لها أهمية كبيرة في الكشف عن مدى التقارب بين الفقهاء لجعلها أصلا كليا يرجع إليه في تقرير الأحكام وابتنائها.

وعليه فالاهتمام بتناول قاعدة دفع المفسدة والضرر أضحى ضروريا في الحياة الدنيا بعدما تغير نظامها وتبدل قانونها الطبيعي، ذلك أن الأرض خلقت من أول أمرها على الصلاح،قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ﴾[1]. وبقوله عز وجل : ﴿وَجَعَلَ فِيهَا رَوَاسِيَ مِنْ فَوْقِهَا وَبَارَكَ فِيهَا وَقَدَّرَ فِيهَا أَقْوَاتَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ سَوَاءً لِلسَّائِلِينَ ﴾[2].

والباري عز وجل كرم الإنسان فقال تعالى : ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آَدَمَ ﴾[3]. وأعزه بنظام صالح وضعه على ألسنة المرسلين والصالحين من عباده الذين أيدهم بالوحي والإلهام والتوفيق والحكمة، فعلموا الناس كيف يستعملون ما في الأرض وفق نظام يحصل به الانتفاع بجلب النافع وإزالة ما في بعض النافع من الضرر وتجنب الضار، فذلك النظام الأصلي والقانون المعزز له [4].

هذا فإن غير النظام فأفسد الصالح واستعمل الضار على ضره أو استبقى مع إمكان إزالته كان إفسادا بعد إصلاح[5].

ولما كان الإصلاح موضوعا للقدر المشترك بين إيجاد الشيء صالحا وبين جعل الفاسد صالحا[6] . فإن درء الفساد هو إبعاد الشيء الفاسد وجعل الضار صالحا بالتهذيب والإزالة.

---

[1] -سورة الأعراف /الآية:56.

[2] -سورة فصلت/ الآية : 10.

[3] -سورة الإسراء/ الآية:70.

[4] -الطاهر بن عاشور : التحرير والتنوير / الدار التونسية للطبع/ دط/ س ط : 1984م/ ج :8 /القسم الثاني :ص184.

[5] - الطاهر بن عاشور / المصدر نفسه/ صفحة 175.

[6] - الطاهر بن عاشور : المصدر نفسه / ص : 175.

المبحث الأول : حقيقة قاعدة دفع الضرر.

*** المطلب الأول:**
مفهوم الضرر.
المطلب الثاني:
مفهوم المصلحة بين الشريعة والقانون.
المطلب الثالث:
الحق بين الشريعة والقانون.

المبحث الأول: حقيقة قاعدة دفع الضرر.

المطلب الأول: مفهوم الضرر.

الفرع الأول: الضرر لغة و اصطلاحا.

أولا : الضرر لغة.

الضرر مشتق من الفعل ضر، المركب من ثلاثة أصول[1]. الأول: خلاف النفع. الثاني: اجتماع الشيء. الثالث: القوة.

ويأتي الضرر إما بمعنى سوء الحال أو بمعنى الدنو.

أما سوء الحال فقد يكون فقرا[2] وقد يكون شدة في البدن كالهزال والمرض وهو ما يأتي بمعنى ضد الصحة[3].كما جاء في قوله تعالى:﴿ لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ﴾[4] والمعنى لا يستوي القاعدون من المؤمنين الأصحاء[5] وقد يراد بسوء الحال قلة الجاه[6]. أو النقص في الأنفس[7].

أما الدنو فإن كل شيء دنا منك حتى زاحمك فقد أضرك، يقال: أضررت بالشيء إذا دنوت منه[8].ويظهر من تعريفاتهم أن الضرر يطلق على النقصان وعلى الأذى مطلقا.

---

[1]– عبد السلام محمد هارون: معجم مقاييس اللغة/ م: 3/ ص:360.

[2]– وقد يعبر عنه بالنقص في الأموال: ينظر: الفيروز آباي : القاموس المحيط/ دار الجيل – بيروت – لبنان /دط /دس ط/ ج :02 / ص:77 .

وينظر:القاموس المحيط: ج1/ ص77. وينظر: عاطف الزين: تفسير مفردات القرآن ص:520

[3]– الفيروز آبادي: تاج العروس/ ص:348.

[4]- سورة النساء آية: 95.

[5]– عمر ابن ثابت الثمانيني: الفوائد والقواعد/ ت: عبد الوهاب محمود الكحلة/ مؤسسة الرسالة بيروت- لبنان/ ط1/ س ط: 2002م -1422هـ/ص:324.

[6]– عاطف الزين: تفسير مفردات القرآن/ ص :520.

[7]– الفيروز آبادي: القاموس المحيط/ ج2 / ص: 77 وينظر: عاطف الزين: تفسير مفردات القرآن/ص :520.

[8]– محمد بن الحسن الأسدي: جمهرة اللغة / ط:1/ س ط :1345 م/ مؤسسة الحلبي- القاهرة- مصر/ ج :3/ص :191 وينظر ج :1/ ص:83.

ثانيا: الضرر في الاصطلاح الشرعي.

يعرف الضرر بأنه:" إيلام الجسم وما يتبعه من الحواس."[1]

وهذا تعريف غير جامع لأن الضرر كما يعتري الأبدان فقد يعتري الأموال.وهو الضرر الحاصل بقتال الأعداء.و ورد في تفسير التحرير والتنوير أن: "الضرر هو الذي يحتاج في دفعه الى شديد مقاومة من قتال وحراسة وإنفاق"[2]. فالجهاد _مثلا _مع العدو مما يحتاج إلى شديد مقاومة وحراسة وإنفاق . إلا أن هذا التعريف غير جامع بدليل أن الأذى ضرر خفيف لا يحتاج إلى شديد مقاومة.

ونجد موضعا آخر عرف فيه الإمام الطاهر ابن عاشور الضرر بقوله:" وهو الحال الذي يؤلم الإنسان وهو من الشر وهو المنافر للإنسان".[3]

إشارة في هذا التعريف إلى أن الضرر أخص من الشر و الشر أعم وهو ما يقابل الخير.

ويعرف الضرر على أنه:" محاولة الإنسان إلحاق المفسدة بنفسه أو بغيره".[4]

يعترض على هدا التعريف أن الضرر ليس محاولة إلحاق المفسدة،وإنما إيقاعها فعلا.

وزاد الإمام الطوفي قيدا آخر,فقال هو إلحاق المفسدة بالغير مطلقا.[5]

وهدا التعريف ينقصه قيد؛وهو إلحاق المفسدة بالنفس الذي يعد ضررا كشرب الخمر أو تعاطي المخدرات وما أشبهها.ولعل الإمام الطوفي ذكر قيد الغير دون النفس لمقصد وهوإيجاب التعويض والضمان إذ تعلق الأمر بحق الغير وهو منتف في حق نفسه.-أي من ألحق ضررا بنفسه لا يلزمه الضمان-

---

[1] -البقاعي:نظم الدرر/ج:2/ص:136/ج:2/ص:208.

[سورة آل عمران/آية111]-ثم قال:والأذى إيلام النفس وما يتبعها من الأحوال،وأطلق الضر هنا على جزء معناه،وهو مطلق الإيلام).

[2] - الطاهر ابن عاشور: التحرير والتنوير/ ج7/ ص:163.وينظر:ج:4/ص:68.

[3] -المصدر نفسه/ج:7/ص:163.

[4] -البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية/مؤسسة الرسالة-بيروت-لبنان/ط:6/س ط:1422ه-2001م/ص:74.

[5] -التعيين في شرح الأربعين/ت:أحمد حاج محمد عثمان/ مؤسسة الريان المكتبة المكية-بيروت-لبنان/ط:1/س ط:1419ه-1998م/ص:236.

ويعرف الضرر بأنه:إيجاب الألم بفعله أو التسبب فيه.[1]

هذا التعريف يلائم الضرر المعنوي دون الضرر المادي.

التعريف المختار:

يقال أن لفظ الضرر له مفهوم واضح في العرف، بحيث كل تفسير وشرح له ليس أوضح منه ومثل هذه المفاهيم ليست قابلة للتعريف الحقيقي فقد يكون المعرف به أخفى من المعرف.[2]

وعليه فإن التعريف المختار أن "الضرر هو ما يخل بالمصلحة المشروعة للإنسان أو الغير".

وهذا التعريف اقتبسته من كتاب الضرر في الفقه الإسلامي مع حذف بعض القيود الأخرى.

محترزات التعريف:

ما : هو لفظ عام يشمل الأذى الذي يلحقه الشخص سواء كان بمجاوزة الإنسان حد من حدود الله فيكون بذلك معتديا أو استعماله لحق أو مباح على وجه الإخلال بمقصود الشارع ويكون بهذا متعسفا في استعمال حقه أو مهملا إزاء عناية واجبة كانت عليه اتجاه الآخرين فيكون بذلك مسؤولا عن الغير[3].

قيد المصلحة المشروعة:

ويحترز به عن المصلحة الملغاة أو الموهومة.

فالمصلحة الملغاة هي ما خالفت مقتضى دليل شرعي، نص أو إجماع[4].

أما الأوهام فهي التي يتخيل فيها صلاح وخير وهو عند التأمل ضر،إما لخفاء ضره,مثل تناول المخدرات من الأفيون والحشيشة,فإن الحاصل بها لمتناوليها ملائم لنفوسهم،وليس هو بصلاح لهم،وإما لكون الصلاح مغمورا بفساد[5]، كما أنبأنا عنه قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾.[6]

---

[1] -البقاعي :نظم الدرر/ج:4/ص:545.

[2] -أحمد موافي : الضرر في الفقه الإسلامي /ص:98.

[3] - موقع: . www.almoslim.com / ton- e/ my/ show-article main.cfm ?id 730 د. سلمان بن صالح الدخيل/ التعويض عن الأضرار المترتبة على المماطلة في الديون.

[4] -مصطفى شلبي : تعليل الأحكام/دار النهضة العربية-بيروت-لبنان/دط/د س ط/ص:281(وتمثل بفتوى يحي ابن يحي عن الذي جامع زوجته في رمضان).

[5] -الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية/المؤسسة الوطنية للكتاب/دط/د س ط/ص:87.

[6] -سورة البقرة/آية:219.

ثالثا: العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي.

بالعودة إلى التعريف اللغوي للضرر نجد أن معناه يطلق على النقصان والأذى مطلقا. وهذا النقصان قد يظهر في صورة الفقر أو الهزال أو المرض.

وإن الضرر عبارة عن النقص النازل بالنفس والبدن أو المال والجاه، وليس النقص بما هو نفس الضرر، بل الهيأة الحاصلة من هذا النقص هي الضرر[1].

فالنفع عبارة عن التزايد المطلوب والضر عبارة عن النقص غير المطلوب.

فهذا دليل على أن الضرر لغة أعم مطلقا من المعنى الاصطلاحي. فأصل الضرر هو خلاف النفع. فمثلا قطع يد السارق أو اليد المتآكلة يعد ضررا بالمعنى اللغوي ولا يعد ضررا بالمعنى الاصطلاحي حتى أن الضرر بهذا المعنى لا يخل بمصلحة مشروعة.

الفرع الثاني: التعريف بالضرر في القانون الوضعي.

يعد الضرر ركنا في المسؤولية المدنية[2]، عقدية كانت أو تقصيرية، يقول البعض " إن الضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه".[3] ويعرف بأنه " الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له"[4].

يلاحظ من خلال هذين التعريفين أن مفهوم الضرر ينحصر في الأذى، وهو ما يقارب المعنى اللغوي من ناحية ومن ناحية أخرى هو – أي أذى – أقل درجات الضرر[5].

---

[1] - جعفر السبحاني/ نيل الوطر من قاعدة لا ضرر من الموقع: www.immamsadeq.org / ص 59 – 60

[2] - المسؤولية: هي الجزاء الذي يترتب على المرء عند إخلاله بقاعدة من قواعد السلوك. (ينظر:علي فيلالي/ الالتزامات :العمل المستحق للتعويض/ موفم للنشر والتوزيع – الجزائر/س ط:2002 / ص: 2.

ويختلف هذا الجزاء بإختلاف نوع القاعدة المخل بها فقد يتعلق الأمر بقاعدة جزائية، فتكون المسؤولية جزائية، وقد يتعلق الأمر بقاعدة مدنية فتكون المسؤولية مدنية.

[3] - محمد أحمد عابدين: التعويض بين الضرر المادي والأدبي والمورث/ منشأة المعارف بالإسكندرية مصر/دط/س ط 1995م/ص: 54.

[4] - محمد المنجي: دعوى التعويض (مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض)/ توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية /ط1 / س ط :1990 م/ ص :133.

وينظر: عزيز كاظم جبر: الضرر المرتد/ مكتبة الثقافة للنشروالتوزيع- عمان -الأردن/ س ط : 1998 م / ط:1/ ص: 23.

وينظر : محمد زهدور: القانون البحري الجزائري / دار الحداثة – بن عكنون – الجزائر/ ط:1 /س ط: 1990م/ ص 46.

[5] -الأذى ألم خفيف لا يبلغ حد الضر.

ويعرف الضرر بأنه:" إخلال بحق أو بمصلحة:[1]

التعريف المختار :" هو الإخلال بحق أو بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير".

محترزات التعريف

قيد "الحق."

الحق هو : " استئثار بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص يحميه"[2].

قيد "المصلحة المشروعة."

والمقصود بمشروعية المصلحة ، أن المشرع يقرها ويأذن في تحصيلها،وفائدة هذه المشروعية هي إثبات الحماية لتلك المصلحة من أن يقع عليها أي إخلال.

الفرع الرابع: العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي.

إن النقصان والأذى أعم من الإخلال وبالتالي يكون المفهوم اللغوي أعم مطلقا من التعريف الاصطلاحي للضرر.

المطلب الثاني: مفهوم المصلحة بين الشريعة والقانون.

باعتبار أن الضرر هو إخلال بحق أو مصلحة كان لا بد من التطرق إلى دراسة الحق والمصلحة وذلك حتى تتضح ماهية الضرر وتسهل المقارنة.

الفرع الأول: تعريف المصلحة لغة واصطلاحا.

أولا: المصلحة لغة :

المصلحة من الصلاح، وهي واحدة المصالح، والصلاح ضد الفساد، وأصلح دابته: أحسن إليها فصلحت، والاستصلاح ضد الاستفساد[3].

والمصلحة من الصلاح بالخير والصواب، ويقال في الأمر مصلحة أي خير[4].

---

[1]- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني / دار أجياد التراث العربي- القاهرة- مصر - / د ط/ س ط: 1952 م/ ص: 856.

[2] - فتحي الدريني: المرجع السابق/ ص: 57.

[3] - ابن منظور: لسان العرب/ ج: 4/ ص: 60 ؛وبنظر : الفيروز أبادي: القاموس المحيط/ ج :1 / ص : 243 وينظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة/ ج :3 / ص: 303.

[4] - حسين محمد يوسف، عبد الفتاح الصعيدي: الإفصاح في فقه اللغة/ دار الفكر العربي/ بيروت- لبنان/ط :2/ د س ط / ج :2/ ص :1262.

والمصلحة كالمنفعة وزناً ومعنى[1]، والمنفعة من النفع ضد الضر وهو ما يستعان به في الوصول إلى الخير.[2]

ثانيا: المصلحة عند فقهاء الشريعة.

فالنظر إلى المصلحة باعتبار الشارع،عرفت على أنها المحافظة على مقصوده.والمعلوم أن مقصود الشارع من الخلق خمسة،وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم.[3]

أما باعتبار مقاصد الخلق فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة.[4] وهذه المصلحة غير معتبرة على إطلاقها إلا إذا كانت منضبطة بضابط شرعي وهو اعتبار الشارع لها. وإلا كانت تابعة لغرض فائت أوهوى جامح.

فقد يتوهم المكلف أن المعصية تجلب له نفعا أو تدفع عنه ضرا.

والمتفق عليه أن:"لذات المعاصي وأفراحها وأسبابها لا يصدق عليها اسم المصلحة"[5] و"لا يقال لتلك الشهوات مصلحة."[6]

أما بالنظر إلى سبب المصلحة أو إلى ما تؤول إليه هذه المصلحة،فيقال:"إن المصلحة:هي السبب المؤدي إلى مقصود الشرع عبادة أو عادة."[7]

فما يقصده الشارع لحقه فهو من باب العبادات،أما ما يقصده لنفع الخلق فيتمثل في العادات.

وتعرف المصلحة أيضا –بهذا النظر–" أنها عبارة عن لذة أو سببها ،أو فرحة أوسببها."[8]

ولا شك أن الشارع اعتبر المصالح بحسب العبيد فأمر باكتساب ما للمصلحة من أسباب .[9]

---

[1] -البوطي : المرجع السابق / ص : 27.

[2] - ابن منظور: لسان العرب/ ج :6/ ص :235.

[3] -أبو حامد الغزالي : المستصفى من علم الأصول/ت : حمزة إبن زهير حافظ/ الجامعة الإسلامية-المدينةالمنورة/ج2/ص:482.

[4] -أبو حامد الغزالي : المصدر السابق/ص:482.

[5] - إبراهيم البقوري : ترتيب الفروق واختصارها/ت: / دار ابن حزم- بيروت- لبنان/ ط1 / س ط:1425هـ - 2005م/ ص 23

[6] - القرافي:المصدر نفسه/ص :23.

[7] -عبد الكريم الطوفي : التعيين في شرح الأربعين/ت:حاج محمد عثمان/مؤسسة الريان-بيروت-لبنان/ط1/س ط:1419ه-1998م/ ص:239.

[8] - القرافي: المصدر السابق/ص :23.

[9] -القرافي: المصدر نفسه/ص:23.

قال الله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾.[1]

و الله إنما يرشدنا ويأمرنا لما فيه مصلحتنا.قال تعالى:﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴾.[2]

والشارع عز وجل اعتبر المصالح بحسب العبيد، فدأب العبد المكلف أن يتوسل إلى خالقه بالأعمال والأقوال أي الأسباب المحققة للمنافع ولا يمكن أن تكون هذه الأسباب إلا مقصود الشارع من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال فمثلا الحفاظ على العقل هو سبب للمنفعة وحفظ الأموال لذة وفرحة وهكذا...

وقد ذكر العز أن "المصلحة هي اللذة وسببها".[3]ولم يقتصر على اللذة فحسب لأن أسباب المصالح قد تكون مفاسد فيؤمر بها لا لكونها مفاسد بل لكونها مؤدية إلى المصالح كقطع الأيدي المتآكلة[4].

فإن قيل إن إضافة قيد "أسبابها" مخل بالتعريف فالجواب هو أن التعريف لن يكون جامعا بدون هذا القيد.

فلو قلنا الترفهات مثلا أنها مصالح وكانت هذه الترفهات بترك مشاق الواجبات والمندوبات فإنها تكون مفاسد لا مصالح. فإطلاق قيد أسباب مجاز وهو من باب تسمية السبب باسم المسبب[5].

والمريض يصبر على ألم مرارة الدواء وألم قلع الأضراس الموجعة وألم قطع الأعضاء المتآكلة لما يتوقع من لذات العافية وفرحاتها.وكذلك ترك الطعام الشهي والشراب الهنيء لما يتوقع من سوء عاقبة أكله وشربه".[6]

الفرع الثاني: مفهوم المصلحة في القانون.

" ليس هناك زعم جازم حول ماهية مكونات المصلحة العامة هكذا قال Howard R. Smith في كتابه "Democracy and public interest " [7] فمحاولة تعريف المصلحة

---

[1] -سورة الحشر/آية:7.

[2] -سورة الزلزلة/آية:7.

[3] -قواعد الأحكام في إصلاح الأنام/دار ابن حزم-بيروت-لبنان/ط1/س ط1424ه-2003م/ص:15.

[4] -العز:المصدر نفسه/ص : 15.

[5] -العز : المصدر نفسه/ص:17-18.

[6] -العز:المصدر نفسه/ص:18.

[7] - مجيد حميد العنبكي: أثر المصلحة في التشريعات / دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان – الأردن / ط: 1 / س ط: 2002م/ ص:18 (الذي نقل عن: عن gearing-1960 – U.S.A p 28) .

بوجه عام صعبة مع أن معناها مرن وشامل لصور عديدة[1]، إلا أن حقيقتها لا تعدو أن تكون حالة موافقة بين المنفعة والهدف فالمصلحة تتواجد عند موافقة المنفعة للهدف، والمصلحة بذلك تتركب من ثلاثة عناصر:

* المنفعة.

* لخاصية.

* الهدف.

أولا: عنصر المنفعة:

المنفعة لغة:

النون، الفاء والعين: كلمة تدل على خلاف الضر.[2]

والمنفعة من الفعل نفع وهو اسم ما انتفع به، يقال ما عندهم نفيعة أي منفعة[3].

المنفعة اصطلاحا:

وقع اختلاف كثير في فهم المنفعة وتقديرها حق التقدير، ولذلك تشعبت المقدمات وتباعدت نتائج، ولقد قل الطعن على أصل المنفعة فضلا عن أنه صار معتبرا كأنه الرابط الجامع بين الأخلاق السياسة إلا أن شبه الإجماع هذا ظاهري فقط[4]، يقول بنتام Bentham :" المنفعة تعني : خاصية ي أي شيء، بها يميل لإنتاج النفع ، الفائدة، اللذة، الخير أو السعادة أو يمنع حدوث أو وقوع الضرر، لألم، الشر أو عدم السعادة"[5].

أما تقدير المنفعة:

فكان محل خلاف فمنهم من قدرها بالعرف ومقياس العرف يجعل ما هو لذيذ عند جماعة عكسه عند الآخرين إذ لا معيار للمنافع والمضار إلا ما أوجدوه من عند أنفسهم ، ومشاعر النفوس متخالفة ومقومات الإنسانية الكاملة لدى الناس متفاوتة[6].

- مجيد حميد العنبكي: المرجع السابق/ ص: 18.
- ابن منظور : لسان العرب / م: 16/ ص: 235.
- محمد هارون : معجم مقاييس اللغة / م :5/ص:
- البوطي: ضوابط المصلحة / ص: 29.
- محمد حميد العنبكي: المرجع السابق/ ص: الذي نقل عن:

An introduction to the prinmaple of morals and le gislation.p.2. new york 2nd (printing 196

- البوطي: ضوابط المصلحة/ ص: 30-32.

ومنهم من قدرها بقيمة السعادة الشخصية أي بمعنى ما يستفيد صاحب الفعل بقطع النظر عمن تعلق به أثر الفعل. ومنهم من قدرها بما سموه " أكبر سعادة للنوع البشري" فعند الحكم على عمل بأنه خير أو شر يجب أن ننظر فيما يتجه إليه العمل من اللذائذ والآلام لجميع النوع البشري[1].

قيد "الخاصية."

الخاصية: هي القدرة على إشباع حاجة بشرية وهذه الحاجة تدور في دائرة القانون المستمد من الأخلاق والأمور المفيدة للمجتمع سواء كانت مادية أو معنوية شيئا أو فكرة[2].

ثانيا: عنصر الهدف.

الهدف هو العنصر الأخر الذي تتوافق معه المنفعة لتحقيق المصلحة وإذا كان كذلك فهل القانون يبحث عن خير الفرد كهدف قائم بذاته أو أنه مجرد وسيلة لتحقيق خير المجتمع؟ أو في ماذا يتجلى هدف القانون والأفراد؟

هدف القانون:

الإنسان لم يوجد لأجل القانون، بل القانون وجد لأجل الإنسان، هذه الحقيقة تجعل هدف القانون يدور حول الإنسان والتفكير بحفظ آدميته وتحقيق سعادته، والقانون يقصد بالإنسان ليس

---

[1] - البوطي: المرجع السابق /ص: 31.

*يقول:هالفيسيوس:" يجب أن نفتش عن رغبات الشعب وحاجاته وعلى ضوئها يجب أن تشرع القوانين لإشباع تلك الرغبات وتطمين تلك الحاجات ومن هنا كان تعريف اللذة بأنها الرغبة (ينظر.مجيد حميد العنبكي – المرجع السابق ص 15).

[2] - مجيد حميد العنبكي: المرجع السابق/ص:22-23.

إن الحاجة تنشأحينما يتطلب السيرالطبيعي لحياة الفردروحا وجسماوهذا السيرسيختل إذاما حصل الجوع ,إذايصبح البحثعن الطعام والقضاء على الجوع هدفا يسعى الإسان لتحقيقه أي المواد– تملك القدرة (الخاصية) على القضاء على الجوع، كذلك فإن السير الطبيعي للمجتمع يتطلب الأمن لأن ذلك السير سيختل إذاما حصل الإجرام وتحقيق الأمن هدف يسعى المجتمع لبغيته والإستناد على هذافإن فكرة العقوبة منفعة لأن فيها خاصيةلسد حاجة بشريةتحقيقا لهدف الأمن الاجتماعي (ينظر: مجيد حميد العنبكي المرجع السابق /ص: 23.).

الإنسان الفرد الذي يفكر لنفسه وسعادته فقط[1]، وإنما الإنسان الذي تتحققسعادته بتحقيق سعادة الإنسانية جمعاء[2].

وساير أرسطو هذا القول حين قرر " إن الحكومة خير حين ترمي إلى خير المجموع ككل واحد وهي شر إذا ما عنيت بأمر نفسها"[3]، وأكدت هذه الحقيقة جمهورية أفلاطون إذ جاء فيها على لسان سقراط : " على أننا لم نؤسس الدولة لمجرد إسعاد قسم من أهلها، بل لإسعاد الجميع معا على قدر الإمكان"[4].

ويمكن أن يحدد للقانون ثلاث غايات على الأقل للبناء القانوني: الأمن، المنفعة[5] والعدالة[6].

1: الأمن:

الأمن: يعني إقامة نظام على قواعد ثابتة، تؤمن سلامة أبناء المجتمع واحترام دمائهم وأموالهم وأعراضهم وحرياتهم، وفائدة القواعد الثابتة في النظام الأمني ليست فقط إحساس كل فرد بالسكينة، وإنما أيضا وضع حدود لتصرفات الفرد ونتائج هذه التصرفات[7] ليقرر بالتالي ما يترتب عليه أن يفعله أو أن لا يفعله، " كما يجب أن يعرف كل فرد ما يحق للآخرين أن يعملوه أو لا يعملوه لكي يتمكن من تنظيم موقفه تبعا لذلك"[8].

---

[1] - " وهذامافهمه حمورابي، ذلك المشرع القديم،يهدف القانون لديه إلى خيرالمجتمع لاالفرد، فقد جاء في مقدمة مجموعته، إن الآلهة كلفته بالسهر على تنفيذ القانون للقضاء على السوء والأشرار ومنع القوي من سحق الضعيف وليتألق هو، مثل الشمس فوق ذوي الرؤوس السوداء وتمتلئ الدنيا بالنور وتتحقق رفاهية الإنسانية" (مجيد حميد العنبكي أثر المصلحة في التشريعات /ص27[الذي نقل عن:فينكلر:قوانين حمورابي الذي نقل عن نقل- نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها ص 963]).

[2] - مجيد حميد العنبكي: المرجع السابق /ص:27.

[3] - مجيد حميد العنبكي: المرجع نفسه/ص 27.

[4] - مجيد حميد العنبكي/المرجع نفسه/ ص:27

[5] - ويعبر عن المنفعة بالخير العام .

[6] - هنري باتيفول: فلسفة القانون / منشورات عويدات -بيروت – لبنان/ترجمة سموهي فوق العادة/ط: 1/ س ط : م1972/ص79.و: كتاب التشريع الإسلامي مناهجه ومقاصده / آية الله السيد محمد تقي المدرسي انتشارات دار البصائر / مطبعة جلنكري : الجزء الثالث / الطبعة الأولى / س ط: 1415 (منقول من الإنترنيت تحت عنوان www.almodarresi.com/books/708/hkorsqni.htm دون صفحة).

[7] - الموقع السابق.

[8] - هنري باتيفول:فلسفة القانون / ص:94.

والأمن قد يكون أمنا وطنيا (يشمل كل أبناء المجتمع) وهو أعلى درجات الأمن فلا بد من قياسه بالكرامة الوطنية أو بالتقدم الحضاري لكل أمة، وقد يبحث عن الأمن في مستوى فريق من الناس ولا بد حينها من البحث عن قيمة العدالة في ذات المستوى، ومن الخطأ أن نبحث قيمة معينة في درجة أسمى مع قيمة في درجة أقل، فإذا طرح سؤال، هل تقدم حرية شخص على أمن الوطن ؟ فالإجابة تكون بلا تردد " أمن الوطن"[1].

يقول دابن البلجيكي :" غاية القانون تحقيق الأمن الاجتماعي حتى ولو خالفت قواعده العدالة لأن العدالة عند رجل القانون وسيلة لا هدف" ويقول روبيه:" الأمن أعظم غايات القانون لأنه مع فقده لا تبقى أية قيمة أخرى"[2].

والواقع أن نظرة المهتمين للأمن ليست واحدة فيما يتصل بأهميته، حيث أن البعض يرى الأمن فوق العدالة والبعض يراه سبيلا إلى العدالة وبعضهم يلجأ إلى الأمن باعتباره الغاية المعلومة يقينا من القانون والمتفق عليه بينما سائر الغايات غير المعلومة[3] ومضمون القواعد له أهميته في مرحلة معينة على الأقل ولكن لعدم ثبات التوجيهات التي يلجأ إليها لتحديد هذا المضمون في مجالي العدالة والمنفعة العامة ولورود هذا الشك يلجأ إلى اليقين.

والأمن يختلف حسب الظروف لأنه يعني توفير الاستقرار وتأمين نظام للعلاقات الاجتماعية، ومقاومة الأخطار والتجاوزات وكل هذه الغايات الأمنية مختلفة، فالاستقرار عند عشيرة تعيش في جزيرة معزولة ليس بمستوى الاستقرار في مجتمع متطورة ذات علاقات متشابكة ومتعددة[4].

وقد انتقدت فكرة إعطاء الأولوية للأمن، واعتبر ذلك إطارا بلا محتوى[5] " فالنظام غير العادل ليس نظاما وإنما مجرد فوضى إذ لا يمكن تنظيم العناصر عند القضاء عليها بحجة إدماجها في المجموعة".[6]

---

[1] - الموقع السابق/د ص.

[2] - الموقع نفسه/د ص.

[3] - هنري باتيفول :المرجع السابق / ص:95.

[4] - الموقع السابق/الأنترنت/د ص.

[5] - الموقع نفسه/الأنترنت/د ص.

[6] - هنري باتيفول / المرجع السابق / ص 95.

وهكذا استخدم الطغاة هذه الذريعة (الأمنية) في سبيل فرض الدكتاتورية على الناس حيث أن الذي يملك تبرير المحافظة على الأمن (من دون النظر إلى محتوى الأمن أي العدالة) يشرع قوانين أمنية تدعم سلطاته"[1] وفي ذلك يكمن خطر برنامج الأمن."[2]

وهكذا أنى كانت القيمة العليا للحياة، فإن الغاية الأسمى للقانون إقامة القسط الذي لا يقوم من دون إشاعة الأمن، وتحكيم النظام وإقامة علاقات ثابتة معروفة النتائج بين الناس.

فأول غايات القانون هو الأمن (النظام) والقانون الذي لا نظام فيه ليس قانونا بينما القانون الذي تنقصه العدالة يعتبر قانونا جائرا والقانون الجائر أفضل من اللاقانون والدليل أن إقامة القسط تستحيل مع الفوضى بينما تصعب مع القانون الجائر، وإن كان القانون جائرا ففيه نسبة من القسط، أو تبادل المنافع، فالأمن مطلوب كوسيلة إلى القسط (العدالة) لأن القانون بلا أمن ليس بقانون والقانون بلا عدالة فارغ من محتواه، من هنا جعل القرآن الكريم إقامة القسط غاية بعثة الرسل[3] قال الله تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾[4].

2: العدالة.

تقوم العدالة على إعطاء كل ذي حق حقه[5] وعلى توفير المصلحة للطرفين[6] ، والقانون يبدأ حين يتحرك نحو تحقيق العدالة وإن جوهر القانون تقسيم حقوق الناس[7].

والعدالة لا تعني مجرد احترام حقوق الناس الفعلية، بل وأيضا تكافؤ الفرص التي تمنح المجتمع حيوية بالغة، إذا ليس من العدالة وضع المزيد من القيود على حركة المواطن تمنعه من استقصاء جهوده وبلورة طاقاته ومواهبه وهنا نصل إلى نوع من التناقض بين العدالة المطلوبة، وبين ما تبين من قوانين يسنهافي بعض المجتمعات. فمثلا: إذا عرف العامل في المصنع بأنه لن يطرد ولن يجازى على كسله وتراجع إنتاجه وأنه لن يكافأ بما فيه الكفاية على إنجازاته فما الذي يدعوه إلى النشاط والحيوية؟[8]

---

[1] - الموقع السابق/الأنترنت/د ص.

[2] - هنري باتيفول / المرجع السابق / ص 95.

[3] - الموقع السابق/الأنترنت/د ص.

[4] - سورة الحديد/آية:25 ، وقد جاء في حديث مأثور عن أمير المؤمنين – " ظالم غشوم خير من فتنة تدوم".

[5] - هنري باتيفول: فلسفة القانون / ص 98

[6] - الموقع السابق/ الأنترنت/د ص.

[7] - هذا القول لـــ:" هوريو" ينظر: الموقع السابق/ الأنترنت/د ص.

[8] - الموقع السابق/ الأنترنت/د ص.

والاختلاف في العدالة ينشأ بسببين:

الأول: بسبب اختلاف الظروف، إذ أن العدالة ليست دائما واحدة في أي زمان ومكان ولذلك فإنها تصبح قيمة عامة، يستلهم منها المشرع أو القاضي، أفكارا إيجابية لإصدار الحكم أولتطبيقه.[1]

الثاني: الاختلاف في معنى العدالة اختلافا فلسفيا ويتصل بعقائد كل أمة وثقافتها وتاريخها، وهذا الاختلاف يضر باتخاذها – أي العدالة – هدفا للقانون.

3: الخير العام.

يرى أنصار هذه الفكرة أنها تستطيع وحدها أن تحدد الهدف النهائي للقانون في استقرار الحياة في المجتمع والاحترام الواجب نحو الفرد[2].

" والمصلحة العامة ليست حقيقة موضوعية مختلفة عن مجموع حقوق الأفراد"[3]، كما أنها تعتمد على التوازن بين كافة المصالح وتحكيم أقصى حد ممكن من العدالة بينها.

ولكن منافع الناس مختلفة، وكل فئة من الناس تدافع عن مصالحها الخاصة، ولا يمكن إلغاء مصلحة لحساب مصلحة أخرى، بل لا بد من التوفيق بينها ولكن كيف؟

يرى أحد الفلاسفة[4] أن ذلك يتم عبر مرحلتين:

أولا: معرفة هدف المجتمع، وذلك عبر دراسة فلسفة القانون للتعرف على قيم كل مجتمع وأهدافه[5].

ثانيا: القيام بجرد المصالح ذات الأهمية وأيها تتقدم على غيرها.[6]

---

[1] – الموقع السابق/د ص

[2] – هنري باتيفول: فلسفة القانون / ص 99

[3] – الموقع نفسه/ الأنترنت/د ص.

[4] – وهو الفيلسوف " باندو".

[5] – الموقع السابق/ الأنترنت/د ص.

[6] – الموقع السابق / د ص .

الفرع الثالث: خصائص ونظرات في المصلحة بين الشريعة والقانون.

الشريعة مصلحة والمصلحة شريعة:

أما كون الشريعة الإسلامية مصلحة، فهو مسلم به لدى عامة المسلمين وخاصتهم مقول به عند جماهير العلماء ومن كل مذهب سوى الظاهرية[1].

ومن أقوال العلماء المعبرة عن هذا المعنى:

* الشريعة نفع ودفع.

* حث الشريعة على جلب المصالح ودرء المفاسد.

* الضرر يزال.

* الأجر على قدر المصلحة والوزر على قدر المفسدة.

أما اهتمام الشرع بالمصلحة فدليله.

قول الله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ﴾[2] .

و قوله تعالى : ﴿ فَلْيَفْرَحُوا هُوَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُون﴾[3]. ودلالة هاتين الآيتين الكريمتين من وجوه:

أ- اهتم الباري عزوجل بوعظهم وإرشادهم وفيه أكبر مصالحهم في الوعظ وكفهم عن الردى.[4]

ب – وصف القرآن بأنه شفاء لما في الصدور من شك ونحوه وهو مصلحة عظيمة.

ت- وصفه بالهدى.

ث- وصفه بالرحمة، وفي الهدى والرحمة غاية المصلحة.

ج- قوله عز وجل :﴿ فَلْيَفْرَحُوا هُوَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ ﴾[5] والذي يجمعونه هو من مصالحهم فالقرآن ونفعه أصلح من مصالحهم والأصلح من المصلحة غاية المصلحة.

فالشرع راعى مصلحة المكلفين واهتم بها.

---

[1] - الريسوني و محمد جمال باروت: الاجتهاد (النص – المصلحة – الواقع) دار الفكر – دمشق – سوريا / الطبعة 1/س ط 2001 /ص :29.

[2] - سورة يونس الآية :57.

[3] - سورة يونس /الآية:58.

[4] - نجم الدين الطوفي: كتاب التعيين في شرح الأربعين النووية/ ص: 240.

[5] - سورة يونس/ آية :58.

" وبالجملة فما من آية من كتاب الله عز وجل إلا وهي تشتمل على مصلحة أو مصالح"[1] ونحوه في السنة كثير لأنها بيان الكتاب"[2].

وهكذا كان " تفسير الفقهاء للنصوص واستنباطهم منها، تستحضر فيه وتستصحب المعاني والحكم والمصالح التي يعمل الشرع على تحقيقها ورعايتها، وهو ما يكون له أثره .في فهم النص وتوجيهه والاستنباط منه"[3].

أما كون المصلحة شريعة فمرجعها إلى عدد كبير من الأصول والقواعد التشريعية أشهرها أصل " المصلحة المرسلة"[4] الذي يعتبر مصدرا تشريعيا عند عامة الفقهاء وإن لم يصرحوا به، قال القرافي:"وأما المصلحة فغيرنا يصرح بإنكارها ولكنهم عند التفريع تجدهم يعللون بمطلق المصلحة ولا يطالبون أنفسهم عند الفوارق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار، بل يعتمدون على مجرد المناسبة وهذا هو المصلحة"[5] .

ومن الأصول التشريعية أيضا الاستحسان:الذي هو جمع بين الأدلة المتعارضة[6].

وهناك أصل سد الذرائع الذي يرجع أصله إلى تحقيق المصلحة أو درء المفسدة.

ولذلك" حق القول: أن المصلحة شريعة وهو مقصود قولهم:" حيث كانت المصلحة فثم شرع الله"[7].

وهذا نبه إليه الإمام الغزالي إذ اعتبر المصلحة تارةً علَماً على الحكم وتارةً أخرى يجعل الحكم علَماً على المصلحة.[8]

---

[1] - نجم الدين الطوفي: المرجع السابق/ ص: 243-244.

[2] - المرجع نفسه/نفس الصفحة.

[3] - أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي / الدار العالمية للكتاب الإسلامي - الرياض / ط:4/ س ط: 1995م/ ص: 280-281.

[4] - المصلحة المرسلة:"هي الوصف الذي لم يرتب الشارع حكما على وفقه و لم يدل دليل من الشرع على اعتباره أو إلغائه".ينظر:(بدران أبو العينين بدران:أصول الفقه الإسلامي/مؤسسة شباب الجامعة-الإسكندرية-مصر/د ط/ دس ط/ ص:190.

[5] - شهاب الدين القرافي: الذخيرة ج:1/ص: 152.

[6] -ابن رشد: بداية المجتهد/ دار المعرفة, بيروت-لبنان/ط:6/س ط:1403- 1983م/2ج:/185.

[7] - الريسوني : الاجتهاد (النص – المصلحة – الواقع)/ ص: 32.

[8] - أبو حامد الغزالي :المنخول في تعليقات الأصول تحقيق:د. محمد حسن هيتوالناشر/ دار الفكر-دمشق1400هـ / ص:355

أي المصلحة نعني ؟

من السهل أن نبحث عن حجية المصلحة في التشريع وعن أولويتها في الاجتهاد، لكن المشكلة: هل المدافعون عن المصلحة والمنادون بها فيما بينهم وبين مخالفيهم. هل هم جميعا يتحدثون عن شيء واحد واضح وعن معنى مضبوط؟ أم كل يغني على ليلاه[1] ؟

خاصة حينما تتوافق وتتفق تعريفات المصلحة بين القانون والشريعة بأنها تعني اللذة، فهذا المعنى قدر مشترك بينهما.

فقد عرفها أحد الفلاسفة بقوله: " إن المنفعة هي اللذة"[2] وقد تابع هذا التعريف الدكتور البوطي[3] بقوله:" المنفعة هي اللذة وما كان وسيلة إليها ودفع الألم وما كان وسيلة إليه."[4]

فمتى نعد هذه اللذة مصلحة ومتى لا نعدها كذلك؟

ومتى نعد الشيء مصلحة حقيقية معتبرة ومتى نعده مفسدة وضررا ؟

فإن قصد باللذة كما يقول أحد الفلاسفة [5] "ما يقصد الرجل البسيط السوي حين يتحدث عن متعه الحسية." أو أنه ذاك " الشعور الذي يقترن بإشباع أو تحقيق ما نرغب به أو ما نهدف إليه".[6]

فهذا مما لا يقره شرعنا الحنيف ،إذ اعتبرت المنافع ضربين، أحدهما منفعة محرمة كمنافع الملاهي والفروج المحرمة والمس واللمس والتقبيل والضم المحرم... والضرب الثاني: أن تكون المنفعة مباحة متقومة[7].

---

[1] - الريسوني : المرجع السابق / ص :33.

[2] - مجيد حميد العنبكي : أثر المصلحة في التشريعات / ص: 23.

[3] -وهذا التعريف اسيتقاه من قول العز بن عبد السلام حينما عرفالمصلحة(ينظر :مختصر الفوائد في أحكام المقاصد/ت: عبد العزيز ابن ابراهيم آل منصور/ دار الفرقان- السعودية/ط:1/س ط:1997/ص:109.

[4] - البوطي: ضوابط المصلحة / ص: 27.

[5] - الفيلسوف : أبيقور.

[6] -مجيد حميد العنبكي: المرجع السابق/ص:24-25.

[7] - العز بن عبد السلام: القواعد الكبرى/ص:185.

خصائص المصلحة:

الخاصة الأولى: المعيار الزمني. إن المعيار الذي تقاس به المصالح والمفاسد معيار ضيق محدد بعمر الدنيا في القانون الوضعي وكذا طبيعة الجزاء القانوني فهو دنيوي توقعه السلطة المختصة في الدولة على الجرائم والمخالفات الوضعية التي يمكن إثباتها ولا شأن للقانون الوضعي بالمخالفات لقواعد الأخلاق التي يتعذر إثباتها[1].

وانحصار نظر الناس في هذه الحياة الفانية وحدها لهو جدير حقا بأن يجعل كل ما فيها نسبيا متلونا بلون أحاسيس الناس ومشاعرهم وميولاتهم المتنوعة، مادام أنه ليس ثمة مصداق خارجي تثبت به جوهرية صدق الخبر وكذبه عند الحديث عن المصلحة والمفسدة[2].

يقول الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه مباحث في فلسفة الأخلاق: " كل منّا له مثله الأعلى، هذا مثله رجل منغمس في لذائذ الحياة ويجد سبيل المعيشة الراضية أمامه موفورا، وذاك مثله الأعلى إنسان كمل عقله وأخذ بأوفر حظ من العلوم والفنون حتى صار نابغة، وأخر مثله الأعلى عمر رضي الله عنه في شجاعته وعدله وليس في وسع الأخلاقي أن يرسم لكل امرئ مثلا يناسبه فإن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والبيئة والتربية ونوع الحياة التي يحيونها"[3].

أما معيار الزمن في الشريعة الإسلامية فلا ينظر إليه من جهة قيام الحياة الدنيا فحسب بل يشمل الدنيا والآخرة. وحياة الإنسان تبدأ من حيث يكون جنينا في بطن أمه، وتمتد إلى ما بعد الموت لذا نجد أن المصالح المجتلبة شرعا والمفاسد المستدفعة إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى"[4] قال المولى عز وجل: ﴿وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ﴾[5] وقال جل جلاله: ﴿وَمَنْ أَرَادَ الْآخِرَةَ وَسَعَى لَهَا سَعْيَهَا وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَئِكَ كَانَ سَعْيُهُمْ مَشْكُورًا ﴾.[6] فالله عز وجل -:" وهو

---

[1] - سمير العاليا: علم القانون والفقه الإسلامي / ص :98.

[2] - رمضان البوطي : ضوابط المصلحة / ص: 36.

[3] - رمضان البوطي: المرجع السابق / ص: 36 (الذي نقل عن محمد يوسف موسى : فلسفة الأخلاق / ص: 147-148).

[4] - أبو إسحاق الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة / تحقيق: عبد الله دراز / دار الكتب العلمية – لبنان / م:1 / ج:2 د ط / د س ط / ص: 29.

[5] - سورة القصص/ آية : 77.

[6] - سورة الإسراء /آية : 19.

الجالب للمصالح الدارئ للمفاسد"[1]- بين لهم كيفية التسبب في بلوغ سعادة الآخرة بالتزامهم بشريعة كاملة يتبعونها، هي مجموع ما يلتئم مع فطرة الإنسان الصافية الأولى"[2] لأنها من العادات الصالحة المتأصلة في البشر، والناشئة عن مقاصد من الخير سالمة من الضرر"[3].

غير أنها[4] " في كثير من الحالات لا تلتئم مع ما قد ركب في الإنسان من شهوة جامحة وأنانية غير مهذبة يلبسان عليه الحق بالباطل.

ويغشيان أمامه سبيل الفطرة الأولى والفكر السليم"[5] لذى جاءت الشريعة المحمدية لتخرج المكلفين عن دواعي أهوائهم حتى يكونوا عباد الله.[6] وهذا المعنى إذا ثبت لا يجتمع مع فرض أن يكون وضع الشريعة على وفق أهواء النفوس، وطلب منافعها العاجلة كيفما كانت [7]، وقد قال ربنا سبحانه: ﴿وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ﴾[8].

ورد في تفسير هذه الآية الكريمة أن فساد الإنس يكون على وجهين:

أحدهما: بإتباع الهوى وذلك مهلك.

الثاني: بعبادة غير الله وذلك كفر.

---

[1] - العز ابن عبد السلام: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام / ص: 21.

[2] - رمضان البوطي: ضوابط المصلحة / ص :46.

[3] - الطاهر بن عاشور : المرجع السابق / ص: 59.

[4] - هذه الفطرة الإضافية " وهي الخلقة والهيأة التي في نفس الإنسان التي هي معدة ومهيأة لأن يميز بها الله تعالى ويستدل بها على ربه ويعرف شرائعه"

-والفطرة تعني: ما عليه المخلوقات من خصائص خلقية، ولإدراك غريزة التدين ـــ والتي هي من الفطرة ـــ ينظر إلى تلك الخصائص الخلقية الموجودة عند الإنسان؛ وذلك لأن الفطرة هي أصل الخلقة وما ركب في الخلق من خصائص خلقية ثابتة. فكأن إدراك وجود أي أمر فطري إنما يكمن في إدراك ما عليه المخلوق نفسه من خصائص وميزات خلقية، وأن من الأمور التي اختص بها الإنسان "غريزة التدين"، وهي: إحدى خصوصياته بوصفه إنساناً، لا بوصفه مؤمناً أو كافراً.(ينظر:مقال بالانترنت من :\المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية المطبوعات رسالة التقريب العدد 2.بعنوان:

http://www.montadaalquran.com/articles/readarticle.php?articleID=65)

[5] - رمضان البوطي: المرجع السابق / ص 46.

[6] - أي اختيارا كما أنهم عبيد له اضطرارا.

[7] - الشاطبي : المرجع السابق / م:1/ ج: 2/ ص: 29-30.

[8] - سورة المؤمنون / الآية 71.

وأما فساد ماعدا ذلك فيكون على وجه التبع لأنهم مدبرون بذوي العقول فعاد فساد المدبرين عليهم[1].

كما أن إناطة الشريعة بالجزاء الأخروي ما يبعد الإنسان المؤمن عن تلكم الأهواء ويشده إلى التمسك بما أمد به على ما يجده من بعض الشدة في مخالفة نفسه[2]. وإن في عدم إناطة القوانين الوضعية بالجزاء الأخروي ما يقرب الإنسان من الأهواء ذلك أن في الإنسان نزعتين:

" نزعة الذات ونزعة التجاوز للذات.

الأولى: تغذية شهوة البقاء.

الثانية: تحبب إليه العطاء فهي ميراث عقله.

بالأولى يحب الملك والخلود وبالثانية يمجد الإحسان والتضحية، وكلما زادت قوة النزعة الثانية عند أبناء المجتمع كانوا أكثر تطورا وأقرب إلى الحضارة والمدنية والمصلحة العامة سواء على صعيد مجتمع واحد، أو على صعيد الوطن والأمة والبشرية...[3].

فإن قلت: لماذا يبعد الإنسان عن الطريق إلى مصالحه من شهوات وأهواء؟

قلت: ذلك لأن الحياة الدنيا تقام للحياة الأخرى " لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحهم العادية، أو درء مفاسدها العادية"[4] ولا تتم حقيقة العبودية للبارئ عز وجل إذا لم يضع الإنسان في سبيل مرضاة ربه بهوى أو عرض تتوق نفسه إليه، فيتعرض لحياة من الابتلاء بمختلف وجوه الخير والشر.[5]

و قال الله تعالى: ﴿ وَنَبْلُوكُمْ بِالشَّرِّ وَالْخَيْرِ فِتْنَةً وَإِلَيْنَا تُرْجَعُونَ﴾. "[6]

والله تعالى ما أمر بشيء إلا وفيه مصلحة عاجلة أو آجلة أو كلاهما وما نهى عن شيء إلا وفيه مصلحة عاجلة أو آجلة أو كلاهما، وأكثر هذه المصالح ظاهر جلي وبعضها خفي، فيستدل عليها بالأدلة التي نصبها الشارع[7].

والمصالح والمفاسد لا يرجع منها شيء إلى الله جل وعلا لأنه، منزه عن النفع وعن الضر، فهو لا

1- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن / ج: 11 / ص: 3486.

2- رمضان البوطي: المرجع السابق / ص:46.

3- موقع بالأنترنت عنوانه: www.almodarresi.com/books/708/hkorsqni.htm

4- الشاطبي : المرجع السابق / م:1 / ج2 / ص : 29.

5- البوطي: ضوابط المصلحة / ص : 36.

6- سورة الأنبياء/ آية : 35.

7- القرافي: ترتيب الفروق واختصارها / ص : 29.

يحتاج إلى منفعة ولا تلحقه مضرة، لأنه الغني بالإطلاق وإنما يعود النفع والضر إلى الإنسان وإحسان المرء إلى نفسه أو إلى غيره، إما بجلب مصلحة دنيوية أو أخروية أو بهما أو بدفع مفسدة كذلك[1].

الخاصية الثانية: قيمة المصلحة.

في الحقيقة أن هذه الخاصية نتيجة من نتائج الخاصية الأولى إذ نستطيع أن نتوقع أو ننتظر ممن لا يعرف تجارب الخير والشر إلا في الحقل الدنيوي وحده أن يفهم للمنفعة معنى غير معناها المادي المحسوس[2]، وفي هذا يقول الفيلسوف أبيقور:" إن اللذة هي أول الحياة المباركة وآخره" .ويقول ديوجنيز ليرتيوس في كتاب له " غاية الحياة":" إنني لا أستطيع أن أتصور فكرة الخير إذا أنا استبعدت لذائذ حاسة الذوق، واستبعدت لذائذ حاسة الشم واستبعدت لذائذ الحب ولذائذ حاستي السمع والبصر" وأنه قال أيضا " إن بداية كل خير وجذوره هي لذة المعدة حتى الحكمة والثقافة لا بد أن تتصل بهذه اللذة بعض الاتصال"[3].

في الشريعة الإسلامية .' المنفعة المعنوية المجردة لا تنبع إلا من النظرة الدينية القائمة على أساس الإعتباروالحساب الجدي لليوم الآخر" . " والمرجع في معرفة الحق في هذا هو الفطرة الأصلية في الإنسان قبل أن تنحدر بها عوامل التربية والمجتمع، فالفطرة الإنسانية[4] الصافية نزاعة إلى تلمس القوى الكبرى في الكون لتدين لها بالعبادة والخضوع دون أن نتصور أنها تلتمس ذلك ابتغاء نيل لذة للجسم كما أنها ميالة إلى أن تتقيد تقيدا ما طاعة وتقربا لخالق الكون دون أن تتخذ ذلك وسيلة إلى قصد مادي معين أو غير معين"[5].

أما في القانون الوضعي فمنتهى ما تسامت إليه اللذات الروحية لم تكن تتعدى " لذات عقلية[6] تبدو في الصداقة والمحبة العائلية وغبطة الإنسان برفاهية وطنه"[7].

---

[1] - القرافي: المصدر السابق/نفس الصفحة.

[2] - البوطي : ضوابط المصلحة / ص: 40.

[3] - مجيد حميد العنبكي: أثر المصلحة في التشريعات الذي نقل عن (تاريخ الفلسفة الغربية – براتـــر ندرســـل: 387/1) ص: 32.

[4] - البوطي / ضوابط المصلحة / ص :40.

[5] - البوطي / المرجع نفسه / ص: 52.

[6] - قال الفيلسوف اليوناني أنقير:" إن الحكيم من ضحى بنفسه في سبيل أصدقائه وأفراد أسرته وهذا قبس من نور في دنيا من ظلام". (توفيق الطويل: مذهب المنفعة العامة في فلسفة الأخلاق / ص : 47).

[7] - مجيد حميد العنبكي: المرجع السابق / ص: 32.

المطلب الثالث: الحق بين الشريعة والقانون.

الفرع الأول: تعريف الحق لغة.

يعد الحق من المواضيع الجوهرية في القانون ولإدراك حقيقته أعرج أولا إلى تعريفه لغة.

الحاء والقاف: أصل واحد يدل على أحكام الشيء وصحته، يقال حق الشيء إذا وجب والحق نقيض الباطل.[1]

أما في القرآن الكريم فقد وردت كلمة حق وأريد بها الثبوت والوجوب، قال تعالى: ﴿وَيُحِقُّ اللَّهُ الْحَقَّ بِكَلِمَاتِهِ وَلَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ ﴾ [2]. قيل: حق الله الأمر حقا أي أثبته وأوجبه وأحق الله الحق: أظهره وأثبته. وقد يراد بالحق : النصيب.[3] قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ ﴾[4].

الفرع الثاني: مذاهب فقهاء القانون في تعريف الحق.

لقد تعددت تعريفات الحق لدى فقهاء القانون ضمن المذاهب الآتية:

أولا: المذهب الشخصي:

يعرف الحق "بأنه قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون للشخص."[5]

جوهر الحق في هذا المذهب هو مبدأ سلطان الإرادة فينظر إلى الحق من خلال صاحبه الذي يتمتع به أو يباشره، وهذا المذهب وثيق الصلة بالمذهب الفردي[6] ويعترض على هذا التعريف أنه يخلط

---

[1]- ابن فارس: معجم مقاييس اللغة/ ت : عبد السلام هارون/ دار الجبل – بيروت- لبنان/ د ط/ س ط: 1995/ج:2 /ص: 18.

[2]- سورة يونس /آية: 82.

[3]- الزمخشري: أساس البلاغة. / دار الهدي – عين ميلة / د ط / د س ط / ص: 136.

[4]-سورة المعارج/الآية:24.

[5]- عبد المنعم فرج ا لصدة: أصول القانون/ ص: 312.

[6]- أنصار الفردية يقيمون القانون على أساس نظرية الحقوق الطبيعية فيرون أن للفرد حقوقا طبيعية مستمدة من ذاته هو لكونه إنسانا، فليس القانون هو أساس الحق بل الحق هو أساس قانون الجماعة المسخرة لخدمة الفرد، فالفرد هو محور القانون وغايته...(ينظر: فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده / دار الفكر بيروت – لبنان / د ط / د س ط/ ص :44).

- "والقانون الطبيعي قانون ملزم لكل الرعايا ولكل الحكام وللدولة كافة فهو قانون العقل القويم الذي يمكن على ضوئه معرفة ما إذا كان أي عمل من الأعمال له أساس أخلاقي أو ليس له مثل هذا الأساس " مجلة العلوم الاجتماعية : جامعة الكويت. مقال عنوانه: الأساس الفلسفي للحقوق والحريات العامة بين نظرية القانون الطبيعي ونظرية العقد الاجتماعي / د عدنان حمودي الجليل / ص: 155.

بين الحق في ذاته وبين شرط مباشرته فإن كانت الإرادة هي شرط لمباشرة الحق فعديم الأهلية مثلا والصبي الغير مميز والمجنون لهم حقوق ولا إرادة لأي منهم.

أيضا يمكن ثبوت الحق قسرا عن صاحبه كثبوت حق الإرث للوارث[1].

ثانيا: المذهب الموضوعي.

يعرف الحق: أنه مصلحة لشخص يحميها القانون[2].

وهذا المذهب جعل المصلحة هي جوهر الحق بالنظر إلى موضوعه.

يعترض على هذا التعريف أنه عرف الحق بغايته ومقصوده وهدفه وهو المصلحة، "فكل حق يؤدي إلى مصلحة غالبا ولكن لا يلزم من وجود المصلحة وجود الحق"[3].فمثلا لو فرضت الدولة رسوما جمركية على البضائع الوطنية هذا يحقق للتجار مصلحة لكن لا نسميها حقا لهم[4].

ثالثا: المذهب المختلط.

جمع هذا الاتجاه بين المذهبين السابقين – الشخصي والموضوعي – وانقسم أنصاره إلى فريقين أحدهم غلب عنصر الإرادة فعرف الحق أنه " قدرة إرادية يحميها القانون وموضوعها مال أو مصلحة معينة"[5] والآخر غلب اعتبار المصلحة فعرفه بأنه" مصلحة محمية تسهر على تحقيقها والذود عنها قدرة إرادية"[6].

رابعا: المذهب الحديث – مذهب الاستئثار أو الاختصاص.

يعرف الحق بأنه " اختصاص بقدرة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون."[7]

أو أنه استئثار بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص يحميه"[8].

---

[1] - فتحي الدريني: المرجع السابق/ ص: 54-55.

[2] - سليمان الناصري : المدخل لدراسة القانون/ ص:127. وبنظر:عبد الكريم زيدان: نظرات في الشريعة الإسلامية/ بيروت-لبنان/ط:1/س ط:1424ه-2000م/ ص :293.

وينظر: فتحي الدريني: المرجع السابق/ ص: 55.

[3] - فتحي الدريني: المرجع نفسه/ ص :56.

[4] - فتحي الدريني: المرجع نفسه/ ص :56.

[5] - شمس الدين الوكيل: محاضرات في النظرية العامة للحق / مطبعة النهضة / د ط/د س ط/ ص: 11 .وينظر: فتحي الدريني: المرجع نفسه /ص :57.

[6] - فتحي الدريني: المرجع نفسه/ ص: 57.

[7] - أحمد الخولي: نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي/ دار السلام للطباعة والنشر – القاهرة – مصر / ط:1/س ط: 1423 ه - 2003م/ ص: 27.

[8] - فتحي الدريني: المرجع السابق/ ص: 57.

يعتبر الاستئثار أو الاختصاص هو العنصر الأساسي والجوهري للحق، واستبعد هذا المذهب فكرة الإرادة والمصلحة التي انتقد بسببهما الحق، ومن ثم انتقد بسببها المذهبان السابقان.

"يتمتع هذا الاستئثار بحماية القانون التي هي أمر لازم لقيام الحق"[1].

وهكذا نجدان فقهاء القانون قد تباينت تعريفاتهم في الحق:

ـ فمن نظر إلى صاحبه، عرفه بأنه قدرة أو سلطة إرادية.

ـ ومن نظر إلى موضوعه، قال أنه مصلحة يحميها القانون.

ـ ومن نظر إلى الاعتبارين، مزج بين التعريفين وقال:"هو قدرة إرادية يحميها القانون وموضوعها مال أو مصلحة."[2]

ومنهم من نظر إلى الحق نظرة موضوعية واقعية دون النظر إلى موضوعه ومحله.

فيستقيم بذلك تعريف الحق أنه" ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون"، فيكون له أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية."[3]

العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي.

بين التعريفين عموم وخصوص مطلق ذلك أن الحق في اللغة يرد بمعنى الثبات المطلق أما في القانون فمقيد باعتراف القانون لهذا الحق وحمايته له.

الفرع الثالث: تعريف الحق عند فقهاء الشريعة:

لقد استعمل فقهاء الإسلام[4] اسم الحق في مواضع مختلفة ومعان متعددة ومتمايزة ومع ذلك لم يعنوا بتعريف الحق تعريفا جامعا مانعا بل اكتفوا بوضوح معناه اللغوي[5]، وعلى هذا الأساس قالوا من حق فلان أن يتملك أو أن يفعل كذا، كما أطلقوه على ضرب من الاختصاص و أرادوا به العين فقالوا هذه الدار حق لفلان، وعلى المنفعة فقالوا: سكنى هذه الدار أو ركوب هذه الدابة حق لفلان[6] وهذه المعاني يجمعها مفهوم واحد وهو الثبوت.

---

[1] - يقصد بالاستئثار: اختصاص وانفراد الشخص بمال أو قيمة معينة قصد الحصول على مزايا ومنفعة: ينظر علي فيلالي: المرجع السابق / ص: 245.

[2] - شمس الدين الوكيل: المرجع السابق/ ص: 57.

[3] - عبد المنعم فرج الصدة: أصول القانون /ص: 315.

[4] - أعني الفقهاء القدامى.

[5] - علي الخفيف: الملكية في الشريعة الإسلامية مقارنتها بالقوانين الوضعية /دط/ س ط :1990م/دار النهضة العربية – بيروت – لبنان /ص 9/ و فتحي الدريني: المرجع السابق /ص 184.

[6] - علي الخفيف: المرجع نفسه /ص:9.

ومنهم من عرف الحق بأنه " ما يستحقه الإنسان"[1]

مما يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع لأن لفظ الإنسان لا يشمل الأشخاص الاعتبارية كما يعتري هذا التعريف الدور فالاستحقاق متوقف على معرفة الحق.

ويقال : " حق العبد مصالحه."[2] فقد عرف الحق بغايته ومآله.

أما الفقهاء المعاصرون فمنهم من تأثرت تعريفاتهم بفقهاء القانون فنظروا إلى طبيعته وقالوا:" إنه مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا يقررها الشارع الحكيم" [3].

يؤخذ على هذا التعريف أنه عرف الحق بغايته شأنه شأن المذهب الموضوعي في القانون الوضعي فالمصلحة إذن هي ما قرر الحق من أجلها فالحق وسيلة وسبب للمصلحة.

كما عرف بأنه ما ثبت للإنسان استيفاؤه.[4]

ويقصد " ما ثبت بمقتضى الشرع."[5] وهو مماثل لما ذهب إليه علي الخفيف في قوله " ما ثبت بإقرار الشرع وأضفى عليه ماهيته."[6]

تنتقد هذه التعريفات على أنها حوت منشأ الحق دون النظر إلى طبيعته وأنها غير مانعة فلفظ"ما" من ألفاظ العموم فيشمل جميع القيم والأشياء التي يتأثر بها صاحب الحق كما يشمل هذا التعريف الرخصة والإباحة إذ هي مما يثبت استيفاؤه شرعا[7].

أما **التعريف المختار** هو أن"الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من أخر تحقيقا لمصلحة معينة."[8]

محترزات التعريف:

الاختصاص: هو الانفراد والاستئثار وهو علاقة تقوم بين المختص والمختص به وقد يكون

---

[1] - فخر الدين الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق / دار السلام للطباعة والنشر – القاهرة – مصر/ط1 /س ط: 1423 ه- 2003 / ص 38.

[2] - القرافي: الفروق/دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان / ط1/ س ط: 1998م / ج:1 / ص: 257.

[3] - فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده/ ص 188. (الذي نقل عن يوسف موسى: الفقه الإسلامي /ص:211).

[4] - فتحي الدريني: المرجع نفسه / ص: 189.

[5] - فتحي الدريني: المرجع نفسه/ ص :189.

[6] - الملكية في الشريعة الإسلامية/ ص: 9.

[7] - فتحي الدريني: المرجع نفسه / ص: 190.

[8] - فتحي الدريني: المرجع نفسه / ص: 193.

المختص بموضوع الحق هو الله سبحانه وتعالى وهذه هي حقوق الله تعالى[1] وقد يكون شخصا حقيقيا وهو الإنسان أو معنويا كالدولة والوقف وبين المال وجماعة المسلمين وغيرها من الأشخاص الاعتبارية وهذا القيد يخرج منه الإباحات والحقوق العامة[2].

يقر به الشرع: فما اعتبره وشرعه الشارع كان حقا ومالا فلا .

سلطة على شيء: ويمثل محل الاختصاص الذي أقره الشرع فقد تكون منصبة على شيء وهو ما يسمى بالحق العيني كحق الملكية وحق الحبس في المرهون[3].

إقتضاء أداء من أخر: فالعلاقة هنا بين شخص الدائن وشخص المدين الملتزم وموضوع العلاقة أداء التزام معين وهو ما يسمى بالحق الشخصي[4].

يقر به الشرع تحقيقا لمصلحة معينة: هذا قيد فيه لوازم تقرير الشارع لهذا الاختصاص فكل حق في الشرع ممنوح لتحقيق غاية معينة وتظل حماية الشرع مبسوطة على هذا الاختصاص ما دام يتجه صاحبه إلى تحقيق تلك الغاية.[5]

إذن فهذا التعريف بين الحق على أنه علاقة شرعية اختصاصية.[6]

وهذا التعريف ،من مميزاته:[7]

أولا: يميز بين الحق وغايته، فالحق ليس هو المصلحة بل هو وسيلة إليها.

ثانيا: تعريف جامع يشمل حقوق الله تعالى، وحقوق الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، بنوعيها العينية والشخصية.

ثالثا: استبعد المصلحة من تعريف الحق كما استبعد الإرادة، لأن الأولى غاية الحق والثانية شرط لمباشرته واستعماله وبين جوهر الحق وأنه علاقة شرعية اختصاصية.

---

[1] - قد درج بعض الباحثين إلى تقسيم الأحكام إلى ما هو حق لله وحق للعباد وهذا لا بد من حمله على محمل التجوز- والتغليب فقط – إذ الأحكام كلها – من حيث ضرورة استسلام العباد لها وارتباطها لجزاء الأخروي قائمة على أساس حق الله في أن يلزم الناس موقف العبودية له بوصفه مالكهم وخالقهم ينظر:رمضان البوطي:ضوابط المصلحة/ص 49

[2] - الدريني : المرجع السابق / ص: 193 – 194.

[3] - الدريني: المرجع السابق/ ص: 194.

[4] - نفس المرجع السابق/ص:194.

[5] - مقال من الانترنيت عنوان .www.islamonlane.net/arabic/ma faheem/2001/7/article1

[6] - فتحي الدريني: المرجع السابق / ص :196.

[7] - فتحي الدريني: المرجع نفسه / ص: 195-196-197.

رابعا: لم يجعل الحماية الشرعية للحق عنصرا فيه، بل الحماية من مستلزمات وجود الحق وكذلك الدعوى ليست من مقومات الحق، بل وسيلة لتلك الحماية، فهي صفة بعدية تالية في وجودها على وجود الحق.

الفرع الرابع : نظرات في الحق بين الشريعة والقانون.

قد سبق تعريف الحق في القانون أنه :" ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون تحقيقا لمصلحة جديرة بالرعاية".

أما تعريفه في الشريعة فهو:" اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء أخر تحقيقا لمصلحة معينة".

اتفق معنى الحق في الشريعة والقانون على ما يلي:

أولا: يعد كل من القانون والشرع أساس لاعتبار الحق فما اعتبره . إذ أن ما هو حق للعبد إنما كونه حق بإثبات الشرع لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الأصل

ثانيا: حماية صاحب الحق من الآخرين، وبقاء هذه الحماية ما دام صاحب الحق يتجه إلى الغاية التي منح الحق لأجلها.

ثالثا: إن ثبوت القيمة والاختصاص الذي يقر به الشرع إنما يدل على أنه لا وجه لتعارض حقوق الشخص مع غيره من الأشخاص فيقف حق الشخص حينما تتعارض مع تحقيق غاية حق شخص أخر سواء كان طبيعيا أو اعتباريا.

رابعا: إن الحق في كل من الشريعة والقانون يعد وسيلة لتحقيق غاية معينة وهي المصلحة.

أما اختلاف معنى الحق في الشريعة والقانون فيتلخص فيما يلي:

إن تعريف الحق عند الفقهاء قد يشمل من لا تناله فائدة كحقوق البارئ عز وجل[1] بينما في القانون مرتبط بشخص المستفيد.

إن غاية الحق هي المصلحة في القانون المقاسة بمعايير ضيقة محدودة بعمر الدنيا وحدها ذلك لأن أصحاب النظم والقوانين الوضعية لا يبصرون من وراء حدودها امتدادا لمزيد من الحياة أو لحياة أخرى بحيث يرون لأنفسهم هناك آمالا يتخذون مما بينها وبينهم وسائل إليها."[1].

---

[1] -" الله تعالى لما خلق الإنسان لحمل أمانته أكرمه بالعقل والذمة حتى صار بها أهلا لوجوب الحقوق له وعليه فثبت له حق العصمة والحرية والمالكية (الملكية) بأن حمل حقوقه وثبت عليه حقوق الله تعالى التي سماها (أمانة) والآدمي لا يخلق إلا وله هذا العهد والذمة ولا يخلق إلا وهو أهل لوجوب حقوق الشرع عليه كما لا يخلق إلا وهو حر مالك لحقوقه" (التفتزاني: التلويح / ج:3 / ص: 153).

وتبقى أخيرا المصلحة الدنيوية وهي قدر مشترك في الاعتبار بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي فما حقيقة تقدير ما يكون به الصلاح والفساد.

[1] - البوطي: ضوابط المصلحة / ص :33-34.

المبحث الثاني :
أنواع الضرر.

* المطلب الأول:
الضرر المادي
والأدبي.
المطلب الثاني:
الضرر الواقع
والمتوقع.

المطلب الأول: الضرر الأدبي والمادي:

الفرع الأول: الضرر الأدبي:

الضرر الأدبي من المسائل التي لم يتوقف الجدل حولها حتى الآن فقد اختلفت الآراء وتشعبت الاتجاهات في كل ما يتعلق بإمكانية التعويض عنه رغم أن له جذورا تمتد إلى أزمان بعيدة وإن كانت المسميات تختلف في تلك الحقب عما هو معروف في عالم اليوم فبعض الأضرار التي تناولتها القوانين القديمة هي أضرار أدبية والتعويض عنها لا يعدو أن يكون عقابا للمسؤول أكثر من كونه تعويضا للمتضرر ولا غرابة في هذا لأن تفكيرهم آنذاك لم يصل بعد إلى حد الفصل بين العقوبة والتعويض[1].

ومن ذلك ما قررته المادة (22) من قانون أورنمو في العراق: من إعطاء حق للسيدة في دعك فم أمتها بالملح، إذا ما تطاولت هذه الأمة وأسمعتها كلمات لا تليق بمكانتها وقد اختير الملح بالذات للاعتقاد السائد آنذاك بأنه مؤلم من ناحية، ومعقم لفم الأمة التي تفوهت بالكلمات النابية من ناحية أخرى[2].

والضرر الأدبي هو:" الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية. فهو ما يصيب الشخص في كرامته أو في شعوره أو في شرفه أو في معتقداته الدينية أو في عاطفته وهو أيضا ما يصيب العواطف من آلام نتيجة لفقد شخص عزيز"[3].

وبوجه عام هو كل مساس أو اعتداء على حق كانتهاك حرمة ملك الغير سواء ترتب على هذا المساس أو الاعتداء في جميع هذه الأحوال خسارة مالية أو لم يترتب[4].

وهذا النوع من الضرر يلحق بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية والأدبية Social du patrimoine .ويكون في العادة مقترنا بأضرار مادية أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام التي

---

[1] - 2- عزيز كاظم جبر: الضرر المرتد / ص: 48.

[3] - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري / ديوان المطبوعات الجامعية -الجزائر / د ط/ س ط : 1995م / ج:2 / ص:148.

وينظر علي سليمان: النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري /ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر / دط/ د س ط / ص: 162.

[4] - محمد المنجي: مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقص / ص:138.

يحدثها في النفس والأحزان ومن ثم ينعت بالجانب العاطفي للذمة المعنوية, ليقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية بإلحاق أمور أخرى ذات طبيعة غير مالية كالعقيدة الدينية[1].

وقد عرف بعض الفقهاء الضرر الأدبي بأنه الضرر: " غير الاقتصادي." الذي يمس الحياة الشعورية والعاطفية للإنسان، كما يمس رفاهيته، وهو بهذه المثابة لا يمكن تقييمه بالنقود، وذلك على العكس من الضرر المادي، أو الضرر المالي الذي يمكن تقييمه بالنقود[2].

ويفضل بعض الفقهاء استعمال اصطلاح " الضرر غير المتعلق بالذمة المالية " بدلا من اصطلاح " الضرر الأدبي"، ، ثم يعرف الضرر غير المتعلق بالذمة المالية بأنه الضرر الذي لا يمكن تقييمه بالنقود[3].

يعترض عليه أنه تعريف غير دقيق ,ذلك أن هذا الضرر مآله إلى الحكم بتعويض مالي للمضرور.[4]

كما أن المساس بالكيان المادي للإنسان ينتج عنه ضرر مادي فقط تأسيسا على أن الضرر المادي هو ضرر مشاهد ومحسوس وأن الضرر الأدبي غير مشاهد أو منظور وهذا التصور غير صحيح، إذ أن الاعتداء على الكيان المادي للإنسان كحبسه بدون وجه حق، أو ضربه أو إصابته ينشأ عنه ضرر مادي وأدبي أيضا[5].

وهذا ما سأتناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب بالبحث عن معايير التمييز بين الضرر المادي والأدبي.

أما تعريف الضرر الأدبي عند الفقهاء المسلمين فلم أجد تعريفا له عندهم، ولكن بعض الباحثين استقوا تعريفا له من تعريفات القانونيين فعرفوه بأنه:" الأذى الذي 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 فيه أثرا، أو من تحقير في مخاطبته أو امتهان في معاملته"[6].

---

[1] - مقدم سعيد: التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية / دار الحداثة بيروت – لبنان / ط:1 / س ط: 1995 م/ ص: 53.

[2] - ياسين محمد يحي: الحق في التعويض عن الضرر الأدبي / دار النهضة العربية جامعة القاهرة / الخرطوم – مصر / د ط / س ط: 1991م / ص: 06.

[3] - ياسين محمد يحي: المرجع نفسه / ص 6-7.

[4] - وينتقد بعض الكتاب هذا التعريف ذلك أن النفي في التعريف غير كاف للتعريف ويرى أنه من الصعب وضع فاصل بين الضرر الأدبي ويضرب مثلا على ذلك: بأن الحزن الذي يصيب الشخص قد يؤدي إلى تقاعده عن العمل وهنا اجتمع الضررين المادي والأدبي جميعا وكان الثاني نتيجة للأول (ياسين محمد يحي / المرجع نفسه / ص7).

[5] - ياسين محمد يحي: المرجع نفسه / ص :7 (الذي نقل عن: هنري وليون مازو: المسؤولية المدنية – فقرة 293).

[6] - علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي/ ص : 44.

والضرر الأدبي كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق به سمعة سيئة، سواء أكان ذلك بالقول كالقذف والشتم أو الشهادة بدون حق إلى الحاكم، والرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم على المتهم[1].

وقد تعرض الفقهاء المسلمون إلى الضرر المعنوي في باب الجنايات والضمان وذلك لإطلاق النص النبوي في حرمة الإنسان في دمه وماله وعرضه، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" المسلم أخو المسلم لا يخونه ولا يكذبه ولا يخذله كل المسلم على المسلم حرام عرضه وماله ودمه"[2].

وهكذا نجد من تعريفات الفقهاء والقانونيين معنى الضرر الأدبي وأنواعه، ولكن ما هو مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؟ أو بمعنى أخر: هل يجوز التعويض عن الضرر الأدبي ؟

وإجابة على هذا السؤال سأذكر آراء الفريقين وأعرج قبلها إلى التعويض عن الضرر الأدبي في القانون الروماني والفرنسي و مبدأ التعويض عن الضرر في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

1- التعويض عن الضرر الأدبي في القانون الروماني والفرنسي:

أ- القانون الروماني:

أثيرت مسألة التعويض المالي عن الضرر الأدبي منذ أمد بعيد ففي ظل نظام الانتقام الفردي كان المساس بالشرف يستوجب التعويض شأنه في ذلك شأن الضرر المادي[3].

وفي القانون الروماني عرفت فكرة التعويض عن الضرر المعنوي في مرحلة متقدمة من الحضارة[4] باعتبار أنها فكرة يصعب هضمها لأن دفع مبلغ نقدي كمقابل للمساس بالشرف لا يكون وسيلة لترضية المضرور والتخفيف من آلامه.[5]

و" كانت مهمة القاضي ترمي إلى حماية المصالح النقدية والمنافع ذات الطابع الذهني في آن واحد وكان للمدعي الحق في الحصول على تعويض لا على الخسائر المالية فقط، ولكن كل ما من شأنه المساس بالجانب العاطفي والمعنوي للشخص."[6]

---

[1] - وهبة الزحيلي: نظرية الضمان في أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي / ص:24.

[2] - حديث متفق عليه.رواه البخاري/كتاب الإيمان/(47/1)باب تحريم الظلم/ رقم :105.
ورواه مسلم /كتاب الإيمان/(63/1)/باب المسلم أخو المسلم/رقم:218/واللفظ لمسلم.

[3] - ياسين محمد يحي: الحق في التعويض عن الضرر الأدبي / ص:1.

[4] - محمد المنجي: مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقص / ص:155.

[5] - مقدم سعيد: التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية / ص: 69.

[6] - مقدم سعيد: المرجع نفسه / ص 71 (الذي نقل عن Dermard Delmas: Thèse précitée : p 70.).

ومن الأسباب التي دفعت القانون الروماني لأخذ تعويض عن الأضرار المعنوية أن فكرة القيمة لا تنحصر في الأضرار المادية بل شملت أشياء معنوية يعطيها الإنسان قيمة ويريد أن تكون محمية من طرف القانون وهي القيم المعنوية للشخص.[1]

ومن الدعاوى التي تعلقت بتعويض الضرر المعنوي تلك المتعلقة بـــ:

أولاً: دعوى التعويض المتعلقة بإيلام العواطف أو الحنان الذي يلحق المدعي بسبب موت أحد أقاربه من حادث كإسقاط أو إلقاء شيء ما عليه، فكانت تلك الدعوى تمنح للأبناء أو النساء[2].

ثانياً: دعوى التعويض المتعلقة بالقذف ويعتبر كل تفكير أو مضايقة باختلاف أنواعها بدون وجه حق تفتح أيضا مجالا للتعويض[3].

والتعويض عن الضرر الأدبي في القانون الروماني كان يشمل المسؤولية العقدية والتقصيرية[4].

ب- القانون الفرنسي:

القانون الفرنسي استقى تقاليده من القانون الروماني واقتدى بحلوله خاصة في مجال المسؤولية التقصيرية[5].

غير أن القانون الفرنسي القديم* عرف مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية التقصيرية، ولكن لم يطبق هذا المبدأ على الضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية العقدية وذلك خلافا لماكان عليه الحال في العصر الأخير للقانون الروماني[6].

---

[1] - مقدم سعيد: المرجع السابق / ص:71.

[2] - مقدم سعيد: المرجع نفسه / ص:72.

[3] - مقدم سعيد: المرجع نفسه/ ص:72.

[4] -مقدم سعيد:المرجع نفسه/ص:72.

[5] - مقدم سعيد : المرجع نفسه / ص: 73.

* - رفضت المحاكم الفرنسية أول الأمر الحكم بتعويض مالي لجبر ضرر أدبي واستندت في ذلك إلى:

1- أن الضرر الأدبي بطبيعته ضرر لا يعتبر خسارة مالية فلا ينجبر بالتعويض المالي.

2- أنه مما ينافي المثل العليا الأخلاقية أن يترل الشخص شرفه واعتباره وعواطفه مترلة الأموال المادية فيسمح لنفسه أن يثرى من جراء اعتداء عليها.

3- أن تقدير الضرر الأدبي يختلف باختلاف الأشخاص والمحاكم، وأن تقويمه بالمال لا بد أن يكون تحكميا فلا يمكن أن يحقق العدالة (ينظر محمد المنجي: مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقص / ص: 155-156.)

[6] - ياسين محمد يحي: الحق في التعويض عن الضرر الأدبي / ص:2.

وقد صدر التقنين المدني الفرنسي فنصت المادة 1382 منه في نطاق المسؤولية التقصيرية على أن " كل فعل أيا كان يقع من الإنسان ويحدث ضررا بالغير، يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه أن يعوض هذا الضرر."[1]

ومن الملاحظ أن هذا النص لم يحدد نوع الضرر. فذهب بعض الفقهاء إلى أن كلمة ضرر تشمل الضرر المادي والضرر الأدبيٌّ جميعا في حين رأى الآخرون أن التعويض يشمل الضرر المادي فقط دون الضرر الأدبي.[2]

كذلك ثار نفس الخلاف في نطاق المسؤولية العقدية حيث أن المادة 1142 من التقنين المدني الفرنسي تنص على أن " كل إلزام بعمل أو امتناع عن العمل يتحول إلى إلزام بالتعويض في حالة عدم قيام المدين بتنفيذه[3]

ولم يبين النص هل التعويض يكون عن الضرر المادي فقط أم الضرر المادي والأدبي معا.[4]

ومسألة تقدير التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه القانوني الفرنسي مسألة حقيقية طالما أن الشيء الذي فقد بفعل غاصب لحق ما ليس له نفس القيمة لدى الغير بالمقارنة بدرجة مكانته بالنسبة للمفصول عليه مما يجب تقديره انطلاقا من هذا السبب في حالة تقدير التعويض.[5]

---

[1] - النص الفرنسي: (tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrive,à le réparer
ينظر:- dalloz :code civil/librairie dalloz-paris/édition :70/date de l'Édition :1972-1973/page573.

[2] - ياسين محمد يحي: المرجع السابق / ص: 3.

[3] - النص الفرنسي " tout obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommage et intérêts, en cas d'inexécution de la part de debiteur"
ينظر: dalloz :code civil/p :492

[4] - ياسين محمد يحي: المرجع نفسه / ص:3.

[5] - مقدم سعيد: المرجع السابق / ص:75.

ثالثا: التعويض عن الضرر الأدبي.

1 - القول بعدم الضمان – التعويض – في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

ذهب فريق من الفقهاء المسلمين[1] ومن الباحثين المعاصرين[2] وفريق من فقهاء[3] القانون إلى القول بعدم جواز ضمان الضرر.

ومن حججهم في ذلك ما يلي:

أولا: أن التعويض يقصد به الجبر والإزالة، فإعطاء المال في هذا النوع من الضرر لا يرفعه ولا يزيله، كما أن الضرر الأدبي بطبيعته ضرر لا يعتبر خسارة مالية فلا ينجبر بالتعويض المالي، ثم أن هذا النوع من الضرر يختلف باختلاف الأشخاص مما يجعل تقويمه بالمال صعبا أو تحكيما[4].

ثانيا: إن العقوبات والضمانات يشترط فيها المماثلة ولا مماثلة بين المساس بالشرف والعرض والكرامة، وبين التعويض بالمال وهما ليسا من جنس واحد[5]، وعلى هذا الأساس وجب التعويض بدءا بالمثل متى أمكن ذلك لأن التعويض به كامل من جميع الوجوه فإن لم يكن له مثل أعتبرت المساواة في المالية، وعلى هذا الأساس أيضا لم تجز الزيادة في التعويض، ولا النقص فيه عن قيمة المعوض عنه."[6].

ثالثا: لقد تظافرت النصوص الشرعية على تأكيد تحريم الشريعة للإضرار الأدبي وأن حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك, لكن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الإضرار الأدبي إنما هو التعزير الزاجر وليس التعويض المالي، بمال آخر إذا اعتدى عليه[7].

---

[1] - من الفقهاء المتقدمين: (أبو حنيفة وأحمد ابن حنبل في رواية عنه والشافعي وابن حزم الظاهري) ← ينظر : عبد الجبار شرارة: مقال بالإنترنيت بعنوان: مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي دراسة مقارنة / عنوان:
www.darislam.com/home/Alfekt/dala/Feker 7/14.htm /ص:03.

[2] - ومن الباحثين المعاصرين : علي الخفيف، مصطفى أحمد الزرقا، فوزي فيض الله، ينظر: علي الخفيف: الضمان في الفقه الاسلامي / ص: 45 .وينظر: مصطفى أحمد الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه/ دار العلم بيروت – لبنان / ط:1 / س ط: 1409ه- 1988م / ص:124.

[3] - ومن فقهاء القانون: مقدم سعيد ينظر: المرجع السابق / ص: 53.

[4] - عبد الله شرارة :مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي / مقال الأنترنيت / ص :5.

[5] - المقال السابق{الأنترنت} / ص: 5.

[6] - علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي / ص: 45.

[7] - مصطفى أحمد الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه / ص: 124.

رابعا: لو سلمنا بالتعزيز المالي لمن أضر بغيره أدبيا لوجب أن يذهب المال إلى خزانة الدولة لا إلى جيب المتضرر، وهذا لا يقولون به، وليس هو مراد القائلين بجواز التعزيز المالي شرعا.[1]

أما أدلة فقهاء القانون:

أولا: قد ورد تفسير لكلمة " ضرر" الواردة في المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي والتي نصها :" كل فعل أيا كان يقع من الإنسان ويحدث ضررا بالغير يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه أن يعوض هذا الضرر"، يشمل الضرر المادي فقط دون الضرر الأدبي وهذا قول بعض الفقهاء[2].

ثانيا: إن فكرة التعويض عن الضرر الأدبي فيها إنزال الشرف والكرامة مترلة الأموال وإخضاعها للمساوامات[3].

ثالثا: نفي الطابع الإقتصادي لهذا النوع من الضرر، فلا هو يتعلق بالذمة المالية ولا يمكن تقديره نقدا، وكل تقدير له هو بالضرورة تقدير تحكمي[4].

رابعا: أن التعويض عنه لا يحقق الهدف المرجو من التعويض المتمثل في إزالة الضرر ومحوه[5].

خامسا: أن قبول التعويض عن هذا النوع من الضرر يتنافى والمثل العليا الأخلاقية للقانون [6].

2_ القول بالتعويض المالي عن الضرر الأدبي:

ذهب فريق من فقهاء الشريعة[7] و جماعة من فقهاء القانون [8] وبعض الباحثين[9] إلى إقرار عقوبة التعزير بفرض غرامة مالية واعتبروه نوع ضمان, مخالفين أصحاب القول الأول.

---

[1] - مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق / ص: 124.

[2] - ياسين محمد يحي: الحق في التعويض عن الضرر الأدبي / ص: 2-3.

[3] - المقال السابق{الأنترنت} / ص: 6.

[4] - مقدم سعيد: المرجع نفسه / ص: 84.

[5] - مقدم السعيد: المرجع نفسه / ص: 84.

[6] - مقدم السعيد: المرجع نفسه / ص:83-91.

[7] - ومن فقهاء القانون: كار بونييه، بلانيول، واسمان بولونجي وسافاتيه (ينظر مقدم / ص: 113).

[8] - من الباحثين الذين ذهبوا إلى مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي: الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور فوزي فيض الله (ينظر:مصطفى أحمد الزرقا: الفعل الضار / ص: 122).

[9] - من فقهاء الشريعة: أبو يوسف و محمد صاحبا أبو حنيفة- (ينظر وهبة الزحيلي: نظرية الضمان / ص: 24).

ومن حججهم (فقهاء الشريعة):

أولا: عن أَبِي هُرَيْرَةَ ــ رضى الله عنه ــ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم " مَنْ كَانَتْ لَهُ مَظْلَمَةٌ لأَحَدٍ مِنْ عِرْضِهِ أَوْ شَىْءٍ فَلْيَتَحَلَّلْهُ مِنْهُ الْيَوْمَ، قَبْلَ أَنْ لاَ يَكُونَ دِينَارٌ وَلاَ دِرْهَمٌ، إِنْ كَانَ لَهُ عَمَلٌ صَالِحٌ أُخِذَ مِنْهُ بِقَدْرِ مَظْلَمَتِهِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ حَسَنَاتٌ أُخِذَ مِنْ سَيِّئَاتِ صَاحِبِهِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ."[1]

ووجه الاستدلال أن التحلل من المظلمة يكون قبل أن لا يكون هناك دينار ولا درهم – أي قبل يوم القيامة – والإشارة هنا إلى الدينار والدرهم يمكن أن يفهم منها أن التحلل يمكن أن يكون بالدينار والدرهم وهو التعويض أو مشروعية أخذ العوض عن حق أو مال وهو في الخبر المساس بالعرض.

ثانيا: عَنِ الْمِقْدَامِ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم " مَنْ تَرَكَ كَلاًّ فَإِلَىَّ ." وَرُبَّمَا قَالَ " إِلَى اللَّهِ وَإِلَى رَسُولِهِ وَمَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ وَأَنَا وَارِثُ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ أَعْقِلُ لَهُ وَأَرِثُهُ وَالْخَالُ وَارِثُ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ يَعْقِلُ عَنْهُ وَيَرِثُهُ."[2]

وجاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم" مَنْ مَاتَ عَنْ حَقْ فَلوَرَثته."[3]

وهذا ليس على عمومه، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل، والضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقا بالمال، أو بدفع ضرر عن الوارث في عرضه أو بتخفيف ألمه ولا يرث كل ما يخرج عن حقوق الأموال إلا في صورتان وهما ليستا بمال[4]

أ-حد القذف.

ب-قصاص الأطراف والجراح والمنافع في الأعضاء.

وكان ذلك لأجل شفاء غليله – أي الوارث – بما دخل على عرضه من قذف مورثه أو الجناية عليه.[5]

---

[1] - رواه البخاري (521/2) برقم (2489) كتاب المظالم .باب: من كانت له مظلمة عند أحد. وأحمد في مسنده(365/2)

[2] - رواه البخاري (52/4) برقم (4447) كتاب الفرائض .باب: من ترك مالا فلأهله.. ومسلم(85/7) برقم(86) كتاب الفرائض باب:من ترك مالا فلورثته.

[3] - رواه البخاري /كتاب الفرائض/باب قول النبي صلى الله عليه وسلم:"من ترك مالا فلأهله"/رقم:6350/8-268ومسلم في صحيحه/كتاب الفرائض/باب من ترك مالا فلورثته.الحديث رقم:1619/ص:874/ وأبو داوود في السنن/كتاب الفرائض/باب في ميراث \وي الأرحام.حديث رقم:2899/3-129. والترميذي في السنن/كتا ب الفرائض/باب ما جاء في :"من ترك مالا فلورثته.الحديث رقم:2090/ص:347.

[4] - القرافي: ترتيب الفروق / تحقيق: عمرو بن عياد / دط / س ط: 1419ه – 1996م / ج:2 / ص:348.

[5] - القرافي: المصدر نفسه/ ج:2 / ص: 348 – 349.

وهذا النص واضح في الدلالة على مشروعية أخذ العوض عن المساس بالعرض.

ثالثا:ما جاء عن عَمْرُو بْنُ شُعَيْب، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، قَالَ قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم:" فِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ السَّادَّةِ[1] لِمَكَانِهَا بِثُلُثِ الدِّيَةِ."[2]

ومن الملاحظ هنا أن الموارد المذكورة " قطع اليد الشلاء" ونحوها لم يوجب الضمان فيها لنقص المنفعة مثلا، وإنما لحدوث شين في الجسم، والإخلال بهيئة الإنسان وصورته مما يسبب ألما نفسيا لا ينكر ومن هذا لزم الضمان وهو هنا عن ضرر معنوي بهذا اللحاظ[3].

نصوص استشهد الفقهاء[4] بها على التعويض المالي عن الضرر الأدبي:

أ- نقل السرخسي عن الإمام محمد بن الحسن رحمه الله تعالى في الجراحات التي تندمل دون أن يبقى لها أثرٌ أنه يجب فيها حكومة العدل[5] بقدر ما لحق المجروح من الألم

ب- نقل ابن قدامة في المغني:" أن قطع حلمتي الثديين عند مالك والثوري توجب ديتها إن ذهب اللبن وإلا وجبت حكومة بقدر شينه ,أي بقدر العيب الجسدي الذي يصيب المرأة.

ج- وفي الدر المختار :" أنه لو ضربه أسواطا و لم يكن لها أثر فلا شيء في ذلك" وقال أبو يوسف: عليه أرش الألم وهي حكومة عدل.

ويؤخذ على هذه الأمثلة الفقهية التي استشهدوا بها على التعويض عن الضرر الأدبي أنها ليست في محلها، فالألم والشين وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر كلها أضرار مادية لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها، ولا تصلح بحال للاحتجاج شرعا عن التعويض المالي عن الضرر الأدبي[6].

ويلاحظ أن بعض ما يوصف تساهلا بأنه ضررا أدبي هو في حقيقته ضرر مادي يمكن تعويضه وفق القواعد الشرعية في تعويض الأضرار المادية [7] ومن ذلك:

---

[1] - السادة لمكانها بتشديد الدال أي الثابتة في مكانها أي لم تخرج من الحدقة فبقيت في الظاهر على ما كانت و لم يذهب جمال الوجه ولكن ذهب إبصارها.

[2] - رواه أبو داود (4569) كتاب الديات. باب: ديات الأعضاء. و أحمد (365/2)

[3] - المقال السابق{الأنترنت} / ص: 10.

[4] - وهذه النصوص أوردها مصطفى الزرقا في المرجع السابق/ ص: 122.

[5] - حكومة العدل هي تقييم الخبراء.

[6] - مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق / ص: 123.

[7] - مصطفى الزرقا: المرجع نفسه / ص: 124.

- إيقاع الألم بعضو من الأعضاء.
- نقص جمال عضو من الأعضاء.
- إن الضرر الأدبي له انعكاسات مالية يقبل التعويض كأي ضرر مالي ومثاله: اتهام طبيب بالجهل بالطب، أو اتهام تاجر بأنه عديم الأمانة أو أنه على وشك الإفلاس ... مما يصرف الناس عن التعامل معه ويضر بمورده المالي.

النظريات المؤيدة للتعويض عن الضرر المعنوي في القانون:

أ-نظرية العقوبة الخاصة

والعقوبة الخاصة نوع من الغرامة المالية تمنح للمضرور طبقا للقانون الخاص وتحدد على ضوء الخطأ ويكون لها طابع عقابي ويسهل على القاضي في هذه الحالة تقدير التعويض على أساس جسامة الخطأ، فيتدارك بذلك نقض الرافضين للتعويض على أساس أنه تحكمي.[1]

وانتقدت هذه النظرية على أساس أن رجوع التعويض عن الضرر المعنوي عقوبة خاصة فيه رجوع إلى الخلط بين القانون المدني والقانون الجنائي، مما يناقض التطور القانوني العام الذي درج على فصل قانون العقوبات عن القانون المدني.

ثم إن الأخذ بهذه النظرية يحرم الورثة وذوي الحقوق من التعويض, لأن هذه النظرية تقصر التعويض عن المضرور وحده.[2]

ب- نظرية الترضية.

يرفض أنصار هذه النظرية فكرة العقوبة الخاصة لكونها تقوم على أساس الرغبة في الانتقام من المسؤول وفي ذلك رجوع إلى الأنظمة البدائية التي تخلط بين التعويض والعقوبة.[3]

ويرى أصحاب هذا المذهب أن الهدف العام من التعويض سواء كان عن ضرر مادي أو معنوي يكمن في منح المضرور ترضية تلائم الضرر الذي لحقه وليس الهدف هو العقاب.[4]

والضرر الأدبي وإن كان متعذر التقويم خلافا للضرر المادي إلا أن كليهما خاضع في التقدير لسلطان المحكمة فمتى رأت في حالات معينة أن الضرر الأدبي يمكن تعويضه و بقدر معين من المال

---

[1] -مقدم السعيد :المرجع السابق/ص:113.

[2] - مقدم السعيد: المرجع نفسه / ص : 126-127.

[3] - مقدم السعيد: المرجع نفسه / ص:129.

[4] - مقدم السعيد: المرجع نفسه/ ص: 133.

وجب الإذعان لرأي المحكمة.[1]

ولا شك في أن التعويض المادي مهما قيل في تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبي، إلا أن التعويض هنا يساعد ولو بقدر على تخفيف الألم على نفس المضرور ومواساته[2].

4 – القول الراجح

وهو القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي.

فإن قيل: إن عدم الأخذ بالضمان – التعويض المالي — في مثل الموارد التي يصدق عليها الضرر المعنوي يجعل محدث الضرر بمنأى عن المسئولية، وهذا مضافا إلى أن المضرور سيترك وهو يعاني من الغم والألم لضياع حقه ولا يجوز أن يذهب حق المسلم هدرا.

قيل: إن أخذه للمال يكون لا في مقابلة مال وهذا من أكل أموال الناس بالباطل و هو من المحضور لبيان الله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [3] ومن جهة أخرى فإن إعطاء المال لا يرفعه ولا يزيله.[4]

وإن توهم من وقع عليه الضرر أن المال يشفي غليله ويواسيه فهذه مصلحة وهمية يتكئ عليها من يأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي.

ودليل كونها مصلحة وهمية أن الشارع الحكيم رتب على الضرر الأدبي الذي يصيب الشرف والاعتبار والعرض كالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة عقوبات، فقد حرم الله تعالى أعراض المسلمين كما حرم دماءهم وأموالهم قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾.[5]

فجريمة القذف[6] مثلا هي أشد اتصالا بعرض الإنسان وشرفه، لذا كان لها:

---

[1] – عبد الجبار شرارة: المقال السابق / ص : 5-6.

[2] – عبد الجبار شرارة: المقال السابق / ص : 6.

[3] – سورة النساء/ آية : 29.

[4] – علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي/ ص : 45.

[5] – سورة الأحزاب/ آية : 58.

[6] – القذف (هو نسبة مكلف، غيره حرا, عفيفا، مسلما، بالغا، أو صغيرة، تطيق الوطء، لزنى أو قطع نسب مسلم) .ينظر: عبد الرحمان الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته / مؤسسة الريان – بيروت – لبنان / ط:1 / س ط: 1423ه – 2002م/ ج :4/ ص : 645.

عقوبة أصلية: وهي الجلد، لقول الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (4) إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.[1]

قال الإمام القرافي:" فأمر بجلدهم عند عدم البينة."[2]

وقال الإمام الشافعي رحمه الله :" إذا قذف البالغ حرا بالغا مسلما أم حرة مسلمة حد ثمانين."[3]

والثانية **تبعية** وهي عدم قبول شهادة القاذف.

وقد وضعت عقوبة القذف في الشريعة على أساس محاربة هذا الغرض، فالقاذف يرمي إلى إيلام المقذوف إيلاما نفسيا فكان جزاؤه الجلد ليؤلمه إيلاما بدنيا، لأن الإيلام البدني هو الذي يقابل الإيلام النفسي ولأنه أشد منه وقعا على النفس والحس معا، والقاذف يرمي من وراء قذفه إلى تحقير المقذوف وهذا التحقير فردي لأن مصدره فرد واحد هو القاذف فكان جزاؤه أن يحقر من الجماعة كلها وأن يكون هذا التحقير العام بعض العقوبة التي تصيبه فتسقط عدالته ولا تقبل له شهادة أبدا ويوصم وصمة أبدية بأنه من الفاسقين. [4] هذا و من " المعلوم أن عقوبة الجناة والمفسدين لا تتم إلا بما يؤلم يردعهم ويجعل الجاني نكالا وعظة لمن يريد أن يفعل مثل فعله".

أما شهادة القاذف فهي جائزة، حتى يقام عليه الحد لأنه قبل إقامة الحد عليه لم تثبت إدانته فإذا حد أدين وصار فاسقا غير مقبول لشهادة.[5]

هكذا يتبين أن جريمة القذف من أقوى الأدلة التي بها يتبين مراد الشارع في تقرير العقوبات على الضرر الأدبي فإذا كان الشارع لم يوجب تعويضا ماليا على جريمة القذف فالأصل عدم إيجاب التعويض في جريمة أو ضرر فيما دون القذف.

---

[1] - سورة النور/ الآية : 4.

[2] -ترتيب الفروق / ط : 1/ س ط:2005م / ص : 386.

[3] - الأم/ دار الفكر – بيروت – لبنان / ط: 1 / س ط: 1423ه – 2002م / م:5 / ص : 281.وينظر: ابن تيمية: القياس في الشرع الإسلامي / منشورات دار الآفاق الجديدة – بيروت – لبنان / ط:5 / س ط : 1402ه - 1982 م/ ص : 136.

[4] - عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي / مؤسسة الرسالة - بيروت – لبنان / ط: 14 / س ط: 1419ه – 1998م / ص : 646.

[5] - أحمد الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته / ج :4/ ص :651 .

وإن قيل: في زماننا قد يكون التعزير بأخذ المال كما يعبر عنه الفقهاء وبفرض الغرامة المالية كما يعبر عنه القانونيون — في الأضرار الأدبية... أمضى في العقاب وأحسن في تحقيق النتائج التأديبية.[1]

قلت: لا يوجد مبررٌ استصلاحي لمعالجة الإضرار الأدبي بالتعويض المالي، مادامت الشريعة قد فتحت مجالا واسعا لقمعه بالزواجر التعزيرية وإن قبول مبدأ التعويض لا ينضبط بضابط بينما يظهر في أحكام الشريعة الحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض [2].

وبهذا نخلص إلى أن الضرر الأدبي يقابله التعزير عند فقهاء الشريعة.في حين يلزمه تعويض مادي عند فقهاء القانون. وإن كان التعزير عند الفقهاء وفي بعض الحالات لا بأس أن يكون بالعقوبة المالية والتي يحددها القاضي.

موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر الأدبي:

لم يورد القانون الجزائري نصا مماثلا للنصوص العربية الأخرى الخاصة بالتعويض عن الضرر المعنوي.

فقد أخذت القوانين العربية بالتعويض عن الضرر المعنوي منذ عهد طويل سواء في المسؤولية التقصيرية أو العقدية فقد أخذ به القانون المدني المصري في المادة (222). وحذا حذوه القانون المدني السوري (م 223) والقانون المدني الليبي (م 225) والقانون المدني العراقي (م 205) والقانون المدني التونسي (م 82، 1/83)[3].

ومن الغريب أن القضاء الجزائري مستقر على الحكم بهذا التعويض دون أن يستند إلى نص صريح في القانون المدني عنه، ذلك لتأثره بالقانون المدني الفرنسي في ذلك، وقد كان واضعو هذا القانون متأثرين بفقه توما وبوتيه، اللذين لم يقولا بالتعويض عن الضرر المعنوي.[4]

وهل معنى سكوت المشرع الجزائري عن مثل هذا النص في القانون المدني أنه لا يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوية ؟

لقد رأى البعض هذا الرأي وحججهم في ذلك:

مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها من مصادر القانون طبقا لما نص عليه القانون المدني.

التأثر بالقانون الفرنسي القديم والفهم الخاطئ الذي قال به الفقيهان الفرنسيان بوتيه ودوما

---

[1] - وهذا قول الدكتور فيض الله. انظر مصطفى أحمد الزرقا الفعل الضار ص:123

[2] - مصطفى الزرقا: المرجع نفسه / ص : 124.

[3] - علي علي سليمان: النظرية العامة للإلزام / ص : 165.

[4] - علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري / ص : 26.

من أن القانون الروماني كان يقضي بعدم التعويض عن الضرر المعنوي في المسئولية العقدية.[1]

والحقيقة أن المشرع الجزائري لم يقصد رفض هذا التعويض بعدم النص عليه صراحة في القانون المدني وذلك للاعتبارات التالية:

أولا: لو كان المشرع الجزائري يريد رفض هذا التعويض لكان متناقضا مع نفسه حين أورد النص عليه بالمادة (4/3) من قانون الإجراءات الجزائرية التي أجازت للقاضي الجزائي أن يحكم به في الدعوى المدنية التي ترفع إليه تبعا للدعوى العمومية، وما من شك في أن المحكمة الجزائرية لا تختص أصلا بالدعوى المدنية إلا بشرط أن تكون مترتبة على الجريمة الجنائية، أي أن اختصاص المحكمة الجزائية بالنظر في الدعوى المدنية استثناء وأن الاختصاص في الأصل هو للمحكمة المدنية، فهل يعقل أن يمنح للمحكمة الاستثنائية الحق في الحكم بالتعويض عن هذا الضرر ولا تلزم المحكمة المدنية المختصة أصلا.[2]

ثانيا: ما نصت عليه المادة (6) من قانون العمل الصادر سنة 1991[3] على التعويض عن الضرار المادية والمعنوية التي تلحق بالعامل.[4]

وكذا ما جاء في قانون الأسرة – المادة الثامنة –على التعويض عن الضرر المعنوي المترتب على فسخ الخطبة. وكذلك الضرر المتعلق بالطلاق.

ثالثا: ما ورد في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري من عموم مفيد أن الضرر المقصود يشمل المادي والمعنوي.

رابعا: استقرار القضاء الجزائري على الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي وذلك قبل صدور القانون المدني في 1975/9/26 فقد صدر حكم من المجلس القضائي بالعاصمة بتاريخ 1975/05/29 (في القضية رقم 469- 1399) قضى بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي بمبلغ 20 ألف دج.

وبعد صدور القانون المدني لسنة 1975 قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1976/11/6 (ملف رقم 11 105) بمبلغ خمسة ألاف دج تعويضا عن الأحزان التي شعرت بها أم تفقد ابنتها البالغة من العمر 6 سنين في حادث وذكر المجلس قائلا :" أن الضرر المعنوي هو الشعور بالألم، وهو لا يقدر

---

1 - مقدم السعيد: المرجع السابق / ص : 117.

2 - علي سليمان : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري / ص : 167.

3 - ثم صدر قانون علاقات العمل سنة 1990 نصت المادة 1570 منه على تعويض العامل عن الضررين المادي والأدبي

4 - علي علي سليمان: المرجع السابق/ ص :168.

بمال، وإنما يعوض من قبل القضاء بما بدا لهم جبرا للخواطر" يؤيد أن القضاء الجزائري يترك تقدير التعويض عن الضرر المعنوي لقاضي الموضوع.

كما قضت محكمة وهران – قسم الجنح بتاريخ: 1984/10/4 ملف رقم (84/9023) بتعويض لوالدي الفقيد عن حادث وكذا لأخيه، عن الضررين المادي والمعنوي للمعيار المالي المنصوص عليه في المادة (182 م ج) وترك هذا التقدير لقضاة الموضوع دون أن يكونوا ملزمين بتسبيب تقديرهم في القرار الصادر بتاريخ: 1981/12/10 الذي ورد فيه:" أن قاضي الموضوع ليس ملزما بتعليل حكمه عن الضرر المعنوي وإذا كان ملزما بذكر مختلف العناصر التي استند إليها فعلا للحكم بالتعويض عن الضرر المادي فهو غير ملزم بذلك في حكمه عن الضرر المعنوي، لأنه يرتكز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج إلى تعليل" [1] *

وهكذا نجد أن القانون المدني الجزائري أخذ بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، ومن المقرر في تفسير النصوص القانونية بالنسبة للمادة 124 من القانون المدني التي تنص على كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه يسبب ضررا للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض" إن هذا النص العام لا يخصص إلا بنص لم يرد في التشريع الجزائري ما يخصص هذا العموم بل جاءت نصوص تقرر التعويض عن الضرر الأدبي.[2]

أما أن المشرع الجزائري ذهب إلى عدم التعويض عن الضرر الأدبي باعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية إحدى مصادره.

" فإن كان صحيحا أن المشرع الجزائري اعتبر أحكام الشريعة الإسلامية في عدم التعويض عن هذا النوع من الضرر لكان ذلك مطردا في جميع الأحكام القانونية وفي شتى الفروع، ولقد نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على أن القانون يسري على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفي فحواها، والواقع خلاف ذلك.[3]

---

[1] - علي سليمان المرجع السابق/ ص : 169.

* - ولعل هذا استثناء لما أوجبه المشرع من تسبيب الأحكام في المادة 38 من (ق إ م) بالنسبة لأحكام المحاكم فنص على أن تعليل الأحكام واجب وبالنسبة للمجالس القضائية نص في المادة 144 (ق إ م) الفقرة السابعة – المقطع الثاني على أنه يجب أن تكون الأحكام معللة ومحتوية على الدفوع المقدمة بالنسبة لأحكام المحكمة العليا ونص في المادة 264 من نفس القانون على أن تكون أحكام المحكمة العليا معللة.

[2] - علي سليمان : المرجع السابق/ ص : 133.

[3] - مذكرة ماجستير بعنوان: حقوق المؤلف – للطالبة مبارك حفيظة / ص : 152.

الفرع الثاني: الضرر المادي:

التعاريف الفقهية والقضائية اجتمعت على أن الضرر المادي هو " الخسارة المادية التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحته المشروعة"[1].

فالضرر المادي هو ما " ينعكس على ذمة المتضرر المالية فيصيب حقا من حقوقه أو مصلحة مالية من مصالحه"[2] أو هو " إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية"[3].

أما في الفقه الإسلامي فالضرر المادي قد يصيب المال فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها، أو عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك أي عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر[4].

وما يصيب الإنسان في جسمه من جراح يترتب عليها تشويه فيه أو عجز عن العمل أو ضعف في كسبه ونحو ذلك[5].

والضرر المادي لا يلزم فيه أن يكون مساسا بحق يحميه القانون بدعوى خاصة بل يكفي أن يكون مساسا بمصلحة مشروعة ولو لم يكفلها القانون بتلك الدعوى[6].

ويعتبر ضررا ماديا كل[7] مساس بحقوق الشخص المالية كحق الملكية[8] وحق الانتفاع[9] وحق الارتفاق وحقوق الدائنية وحقوق المؤلف والمخترع إلا إذا لم يترتب على هذا المساس انتقاص للمزايا

---

[1] - علي فيلالي: الالتزامات / العمل المستحق للتعويض / ص : 247.

[2] - عزيز كاظم جبر: الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية / ص : 44.

[3] - السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني / دار النشر للجامعات المصرية – القاهرة- مصر / ط : / س ط: 1952م/ ص : 855.

[4] - 2- علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي / ص : 855.

وينظر: وهبة الزحيلي: نظرية الضمان / دار الفكر– دمشق – سوريا / د ط / س ط : 1420ه – 1982م / ص : 22.

[6] - محمد المنجي: دعوى التعويض(مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض)/ توزيع منشأة المعارف الإسكندرية - مصر /ط :1 /س ط : 1990م / ص : 138.

[7] - محمد المنجي: المرجع السابق / ص :138 - 139.

[8] - الملك: " هو حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة، يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك" (القرافي: ترتيب الفروق واختصارها / ص : 313).

[9] -(يستعمل حق الانتفاع في الفقه الإسلامي في الدلالة على ما يثبت لكل من المالك والمباح له من الحق في الانتفاع بما يملك أثر ونتيجة لملكه أو بإذنه بالانتفاع بما لا يملك) (علي الخفيف: الملكية في الشريعة / ص 36) فالحنفية يطلقون حق الانتفاع عنوانا على ملك المنفعة أو على إباحتها (علي الخفيف: المرجع نفسه / ص : 37).

- أما المالكية والشافعية فيطلقون حق الانتفاع على إباحة المنفعة (علي الخفيف المرجع نفسه / ص : 37).

حق الارتفاق : هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر (علي الخفيف / المرجع نفسه / ص 139).

المالية التي تخولها هذه الحقوق لأصحابها إذ يكون الضرر في هذه الحالة أدبيا وكل مساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الإنسان كالحرية الشخصية وحرية العمل وحرية الرأي إذا كان يترتب عليها خسارة مالية كحبس الشخص دون حق.

معايير التمييز بين الضرر المادي والضرر الأدبي:

أولا : لتحديد الضرر الأدبي يجب النظر إلى **الطبيعة النهائية للضرر** لا إلى مجرد الحق المعتدى عليه[1].

ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى أن التمييز بين الضرر المادي والضرر الأدبي مطابق إلى تقسيم الحقوق مالية وحقوق غير مالية استنادا إلى أن الضرر المادي يصيب الحقوق المالية، في حين أن الضرر الأدبي يصيب الحقوق غير المالية[2] وهدا الرأي ليس صحيحا على إطلاقه ذلك أن المساس بالحقوق المالية ينشأ عنه في بعض الأحيان ضرر أدبي كما أن المساس بالحقوق غير المالية قد ينشأ عنه ضرر مادي في بعض الأحوال كحبس شخص بدون وجه حق كمنعه من السفر إذا ترتب على هذا خسارة مالية[3].

وعلى ذلك فإن المعيار السليم للتمييز بين الضرر المادي والضرر الأدبي هو النظر إلى الآثار المترتبة على الاعتداء على حق من الحقوق، فإذا كان هذا الاعتداء ينتج عنه خسارة مالية فإن الضرر يكون ماديا سواء أكان الحق المعتدى عليه من الحقوق المالية أم من الحقوق غير المالية[4].

أما إذا كان هذا الاعتداء لم ينتج عنه خسارة مالية ونتج عنه مساس بالقيم المعنوية للإنسان كالشرف والكرامة والاعتبار والسمعة والعواطف وما إلى ذلك فإن الضرر يكون أدبيا[5].

ثانيا : اجتماع الضرر المادي والضرر الأدبي معا:

في بعض الأحيان قد ينتج عن الفعل الضار أو العمل غير المشروع نوعان من الضرر، أحدهما ضرر مادي والأخر ضرر أدبي، من ذلك مثلا إصابة شخص إصابة ينتج عنها عاهة مستديمة، فهذه

---

[1] - ياسين محمد يحي: الحق في التعويض عن الضرر الأدبي / ص : 9 ,الذي نقل عن د: يموج: الالتزامات بوجه عام / ج : 4/ فقرة 43 حيث يقول:" pour savoir s'ilya dommage morale, il ne faut pas regarder le bien atteint, mais la nature du prejudice final"

[2] - ياسين محمد يحي : المرجع نفسه / ص : 9, (الذي نقل عن: د يموج: الالتزامات بوجه عام / فقرة 293).

[3] - ياسين محمد يحي: المرجع السابق / ص : 10 الذي نقل عن: سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية – فقرة 63.

[4] - ياسين محمد يحي: المرجع نفسه / ص : 10.

[5] - ياسين محمد يحي: المرجع نفسه / ص : 10-11.

ينفذ ما عنده ويصبح في حاجة إلى الحديد الذي تعاقد على استيراده، ولما كان الضرر في هذا المثال محقق الوقوع في المستقبل، ولا يستطاع التعويض عنه في الحال، فإن للمصنع أن يرجع فورا بالتعويض عن المورد[1].

موقف المشرع الجزائري من الضرر المحقق في القانون المدني:

تنص المادة 131 من القانون المدني على ما يلي:

" يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182[2] مع مراعاة الظروف الملابسة، 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"فمقتضى هذه المادة يسمح للمضرور أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في تقدير التعويض الذي يستحقه، وهذا إن لم يتيسر للقاضي[3]." وقت صدور الحكم من تحديد بصفة نهائية مقدار التعويض[4] وتحصل مثل هذه الحالة عندما يتعلق الأمر بضرر مستقبل[5].

فقد يصاب المضرور بجروح ستنال حتما من قدرته على العمل في المستقبل غير أنه يصعب تحديد مقدار هذا العجز وقت وقوع الإصابة[6].

---

[1] - السنهوري: المصدر السابق / ص 681

[2] - نص المادة 182: " إذا لم يكن التعويض مقدرا 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.

2Art: 131 f " le juge détermine conformément au dispositions de l'article 182, 2tout en tenant compte des circonstances l'étendue de la préparation du préjudice éprouvé par la victime, s'il n'est pas réparation d'une façon définitive, le juge peut réserver à la victime de droit de demander dans un délai de terminé une révolution du montant de la réparation couvre les pertes subies par le créancier et les gains dont in a été privé, à condition que ce soit la suite normal de l'exécution de l'obligation ou du retard dans l'exécution la suite normal comprend le préjudice qu'il n'était pas raisonnablement au pouvoir du créancier d'éviter"

[4] - وهذا إشارة إلى الضرر الحال.

[5] - علي فيلالي : الالتزامات (العمل المستحق للتعويض)/ ص : 254.

[6] -علي فيلالي: المرجع السابق/ص:257.

فالعجز المستقبل كما سبق بيانه هو ذاك الضرر الذي سيقع حتما وبصفة أكيدة في المستقبل مما يقتضي تعويضه ولو بصفة مؤقتة[1].

أما إذا كان الضرر قد تردد بين الزيادة والنقص من وقت وقوعه حتى الحكم، ثم استفحل الضرر كما لو بدت إصابة المضرور طفيفة فقدر القاضي التعويض على هذا الأساس ثم تفاقمت الإصابة فأدت إلى عاهة مستديمة أو إلى وفاة فإنه في هذه الحالة يجوز للمضرور أو لورثته أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عن الضرر الذي استفحل و لم يكن قد دخل في تقدير القاضي أول مرة[2].

وعدم الوفاء بالالتزام لا يوجب التعويض إلا إذا ترتب عليه ضرر فإذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وهذا ما تشير إليه المادة 182 من القانون المدني الجزائري، غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد[3].

وقد صدر قرار رقم 39694 مؤرخ في 1985/05/08 م ق 1989 عدد 03 ص 34.

نص على ما يلي " من المقرر قانونا أن الحكم الذي لم يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطلب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض لا يحق له الرجوع أمام القضاء من جديد لإعادة التقدير ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الطاعن بدفعهم للمطعون ضده تعويضا عن الضرر الذي لحقه دون أن يحتفظوا في قضائهم السابق الصادر في سنة 1979 بالحق في تقدير التعويض من جديد، يكونون بقضائهم هدا قد خالفوا القانون.ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"

---

[1]-علي فيلالي: المرجع السابق/ص:257.

- بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام / ديوان المطبوعات الجامعية -الجزائر / س ط : 1995م / ج: 2 / ص:159.

- بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري / ج2 / ص.160

ويشترط في الضرر أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول فيجب لقيام المسئولية العقدية أيضا أن يكون الضرر محقق الوقوع وأن لا يكون افتراضيا أو احتماليا (ينظر: بلحاج العربي: المرجع نفسه / ج2/ص 160).

وهذا القرار يشير إلى اعتبار الضرر المستقبل والحق الذي يخوله القانون للمضرور في الرجوع أمام القضاء لإعادة النظر من جديد في تقدير التعويض.

ثانيا: الضرر المتوقع:

وهو ما يعرف بالضرر المحتمل أو المفترض.

وهو ضرر لم يقع بعد ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع في المستقبل[1].

وتتفاوت درجة هذا الاحتمال قوة وضعفا وقد تبلغ من الضعف حدا يعتبر وهميا وهو على أي حال لا يكفي لقيام المسئولية المدنية ولا تقوم هذه المسئولية إلا بعد أن يتحقق فعلا[2].

والضرر المحتمل الذي تبلغ درجة ضعفه حد الوهم ليس معتبرا عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

والتصرف الذي يتوهم إخلاله بالمصلحة (يعني الضرر الموهوم) فإنه لا يعد في النظر الشرعي ضررا ومن ثم فلا يمنع منه إذ إن قاعدة الشريعة " لا عبرة للتوهم"[3] على شيء لأنه موهوم.[4]

"وأرى أن منع الجار من إحداث النافذة ومن ثم الضرر الذي يحكم بإزالته هو أن يقف واقف في الباب المحدث أو بإزاء الطابق ويرى منها ما في دار المحدث عليه فإن لم يظهر له الوجوه لم يكن ذلك الإحداث تضررا."[5]

ومن الضرر الموهوم: كثرة إنجاب النسل الذي قد يترتب عليه ضائقة اقتصادية لا يمنع منه الإنسان لأن الضرر هنا متوهم، لأن الله تعالى قد أودع في الأرض من الكنوز والموارد ما يكفي حاجة الإنسان إذا استخدمت العقول المفكرة والأيدي العاملة وتمت مراقبة الله وتقواه في هذه الموارد.[6] كما قال

---

[1] - السنهوري عبد الرزاق: الوسيط / ص : 981 وينظر: بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام /ج :2/ ص : 162.
وينظر: محمد المنجي: دعوى التعويض / ص : 140.

[2] - محمد المنجي: دعوى التعويض /ص: 140.

[3] - علي حيدر: شرح المجلة (ج:1 /ص: 73).

[4] - أحمد موافي: الضرر في الفقه الإسلامي / ج :2/ ص : 723.

[5] - أبي إسحاق بن عبد الرفيع: معين الحكام على اقضايا والأحكام / ت: محمد بن قاسم بن عياد / دار الغرب الإسلامي – بيروت – لبنان / د ط / س ط: 1989م / ج : 2 / ص :785.

[6] - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته / دار الفكر - دمشق – سوريا / ط:2 / س ط : 1405ه – 1985م / ج :4/ ص : 35.

الباري عز وجل : ﴿ وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَكَفَّرْنَا عَنْهُمْ سَيِّئَاتِهِمْ وَلَأَدْخَلْنَاهُمْ جَنَّاتِ النَّعِيمِ﴾[1] وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّهُمْ أَقَامُوا التَّوْرَاةَ وَالْإِنْجِيلَ وَمَا أُنْزِلَ إِلَيْهِمْ مِنْ رَبِّهِمْ لَأَكَلُوا مِنْ فَوْقِهِمْ وَمِنْ تَحْتِ أَرْجُلِهِمْ مِنْهُمْ أُمَّةٌ مُقْتَصِدَةٌ وَكَثِيرٌ مِنْهُمْ سَاءَ مَا يَعْمَلُونَ﴾ [2].

وعليه فإنه لا يجوز دعوة عموم الناس إلى المنع من كثرة الإنجاب استنادا إلى أن ذلك يضربالأمة، لأنه ضرر موهوم لا اعتبار له في النظر الشرعي، إلا إذا تحقق ضرر كثرة الإنجاب في مجتمع ما لظروف خاصة به فلا يكون في هذا المجتمع أو في هذه الحالة عبرة للتوهم" أي: لا اعتبار ولا اعتداد بالوهم[3].

والمراد بالوهم: الاحتمال المرجوح من الدليل ومنه قولهم: هذا دليل موهوم أي مرجوح لا يعتد بحجيته شرعا[4].

" والبناء على الأوهام مرفوض في الشريعة إلا عند الضرورة*" [5] فلا يترتب عليه حكم ولا يؤخر الحقوق ولا يمنع القضاء ويقصد من وجهة الشريعة هذه: أنه لا اعتبار للضرر الموهوم قاعدة اليقين لا يزول بالشك إذ أن الشك[6]: (الذي هو التردد بين النقيض بلا ترجيح لأحدهما على الآخر، عند الشاك)[7] لا عبرة فيه فيكون الوهم الذي هو رجحان جهة الخطأ) أولى بإلغاء وعدم الاعتبار لأنه – كما هو الظاهر – أدنى من الشك، فهو إدراك الطرف المرجوح من طرفي أمر متردد فيه غير مستند إلى دليل عقلي، أو حسي ومن ثم فإنهيكون باطلا ولا يبنى عليه حكم [8].

ومن أمثلة ذلك – الضرر الموهوم – :

لو أحدث رجل في داره نافذة أعلى من قامة الإنسان فليس لجاره منعه عن فتحها بحجة أنه يطل على مقر نسائه إذا استعلى على شيء,لأنه موهوم.[9]

---

[1] - سورة المائدة آية:65

[2] - سورة المائدة/ آية:66.

[3] - أحمد موافي: الضرر في الفقه الإسلامي / ج:2 / ص :722

[4] - قطب مصطفى سانو: معجم مصطلحات أصول الفقه / ص: 479.

[5] - الطاهر ابن عاشور: المرجع السابق/ ص:54

[6] - قاعدة اليقين لا يزول بالشك: تعني أن كل شيء ثابت ثبوتا صحيحا لا يمكن رفعه أو إسقاط اعتباره لمجرد أن شك ما قد طرأ عليه وحام حوله فإن ثبتت الحقوق لم تبطلها الشكوك والإدعاءات، والواجبات إن ثبتت في الذمة لم تسقطها التوهمات ينظر: أحمد الريسوني: نظرية التقريب والتغليب / دار الكلمة للنشر والتوزيع- مصر / ط:1 / س ط : 1418ه – 1998م / ص : 106.

[7] - قطب مصطفى سانو: معجم مصطلحات أصول الفقه / ص : 250.

[8] - أحمد موافي: المرجع السابق / ج :2 /ص:772.

[9] - أحمد موافي: الضرر في الفقه الإسلامي / ج :2 / ص : 223 -224.

ومن الأمثلة أيضا، ما رآه أحد المفكرين المسلمين[1] في مسألة قطع يد السارق أنها كانت في وقت وظرف يحقق المصلحة ويلائمها حيث لم يكن يومئذ سجن ولا جدران ولا سلطة تحرس المسجون وتطعمه قال :" وإذن فقطع يد السارق تدبير معقول تماما في مجتمع بدوي صحراوي يعيش أهله على الحل والترحال".[2] ومفهوم هذا القول وسياقه يعنيان أن قطع يد السارق لم يعد محققا للمصلحة و لم يبق له ما يسوغه اليوم[3]. والواقع بخلاف ذلك فإن جاءت عقوبة الإسلام شديدة دامغة إلا أنها سريعة، حاسمة وشخصية تحصر العقاب في الجاني نفسه ابتداءا، ولا تحجزه عن بيته وأهله، وتجرد السارق ذاته من الأداة الأساسية لمهنته المؤذية، وبذلك تكف السرقة عن المجتمع ولا تدعها تتكرر، ثم أنها لا تستدعي شغل هذا الجيش من حراس السجون والشرطة[4].

ومن ناحية أخرى نكون أمام مصالح عظمى سيجنيها الأفراد والمجتمع والدولة ومؤسساتها وميزانيتها مقابل أفراد قلائل سيتضررون جزئيا بما كسبوه ظلما وعدوانا.[5] قال المولى عز وجل : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [6].

ومما يدل على الأثر السلبي للسجن بصفة عامة في نفوس المجرمين الإحصائية رقم (46) من تقرير مصلحة السجون (المصرية) لسنة 1938م – 1939م فهي تشير إلى أن نصف من هم في الإصلاحية تقريبا لهم سوابق في الإجرام من خمس إلى عشر مرات وأن حوالي الثلث لهم من عشر إلى خمس عشرة سابقة وأن أكثر الباقين تتراوح سوابقهم بين خمس عشرة وأربعين سابقة، ولو أن السجن يردع حقيقة لما عاد المجرم للإجرام خمس مرات وعشر مرات وأربعين مرة[7].

---

[1] – وهو الدكتور محمد عابد الجابري.

[2] – أحمد الريسوني: الاجتهاد (النص المصلحة – الواقع) ص : 46 (نقلا عن: محمد عابد الجابري: الدين والدولة و تطبق الشريعة/ منشورات مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت/س ط : 1996م – ص : 171).

[3] – أحمد الريسوني: المرجع السابق / ص :46.

[4] – عبد الستار فتح الله سعيد: المنهاج القرآني في التشريع /ت: أحمد الكومي جامعة الأزهر – مصر / ط:1 / س ط :1413ه – 1992 /ص : 675.

[5] – أحمد الريسوني: المرجع السابق / ص : 48.

[6] – سورة المائدة/ آية : 38.

[7] – عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي / ص : 736.

والحاصل من كل ما تقدم: أن التصرف الذي تعتبره الشريعة ضررا فتمنع منه هو ما يكون أداؤه إلى الإخلال بالمصلحة محققا في الحال أو في المستقبل لا أنه ما يخل بالمصلحة توهما[1].

وقد قضت المحاكم المصرية بأن الضرر الاحتمالي لا يخول المطالبة بتعويض وبأن الضرر المادي الذي يدعي الوالد وقوعه له بسبب قتل ابنه الذي لم يتجاوز العاشرة لا يعتبر إلا ضررا احتماليا ما دام الأب لم يزعم أنه كانت له نفقة مقررة على ابنه القتيل، ولا أن موارده المالية قد نقصت بسبب موت ابنه، ولا أن حالته المالية قد ساءت بسبب هذا الموت عما كانت ستصير إليه لولاه[2].

ثالثا : عنصر الاحتمال وعنصر التحقق في تفويت فرصة على المتضرر

قد يصعب التمييز أحيانا بين ما يعتبر ضررا محققا وخاصة إذا كان مستقبلا وبين ما يعتبر احتمالا، ومن هذا القبيل حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب وهو ما يعرف عند فقهاء القانون بمسألة تفويت الفرصة la perte d'une chance .

كان القضاء الفرنسي لا يعرف هذا الاصطلاح قديما وكان يرفض التعويض عن تفويت الفرصة باعتبار أن الضرر فيها ليس محققا لأنه لا يمس حقا ثابتا وإنما هو مجرد أمل خاب تحققه[3].

غير أنه عاد فرأى أن الحرمان من فرصة لا تقتصر أثرها على المساس بمجرد الأمل في الفوز بل فيه أيضا مساسا بالحق في انتهاز هذه الفرصة وفي محاولة هذا الفوز مثلا وأن سلب هذا الحق في ذاته يعتبر ضررا محققا وإن كانت النتيجة احتمالية[4].

وتفويت الفرصة أو تفويت المصلحة يقابله في الفقه الإسلامي مسمى تفويت المنفعة.

---

[1] - أحمد موافي: المرجع السابق / ج :2 / ص : 724.

[2] - محمد المنجي: دعوى التعويض / ص : 141.

[3] - محمد المنجي: دعوى التعويض ص : 143، وينظر: علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري /ص : 185.

[4] - محمد المنجي: المرجع نفسه / ص :143-144.

التعويض عن تفويت منفعة في الفقه الإسلامي:

كثيرة هي الحالات التي يتسبب فيها الناس في تفويت مصالح الآخرين، هذه المصالح تؤكد وترجح وجودها، فهل يحكم بالمال على من تسبب في عدم إدراك إنسان مصلحة أو فائدة مشروعة له تعويضا له؟

وهذا ما يعرف بمالية المنافع أو ما يعبر عنه الفقهاء بضمان المنافع.

أقوال العلماء في المسألة:

رأي جمهور المالكية والشافعية والحنابلة:

يرى الجمهور أن المنافع من الأموال لأن المنافع أساس التقويم في الأموال.

إذ أن:" المالية قائمة بمنافع الأعيان لقيامها بالأعيان وليس من قيام العرض بالعرض فهي شيء "و "المنافع أحق باسم الأموال من الأعيان إذ الأعيان لا تسمى أموالا إلا لاشتمالها على المنافع ألا ترى أنها لا يصح بيعها بدونه"[1].

وجاء في قواعد الأحكام :" أن الشرع قد قومها – أي المنفعة – ونزلها منزلة الأموال فلا فرق بين جبرها في العقود وجبرها بالتفويت والإتلاف لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع *الأموال".[2]

ورد في المعيار المعرب أن من أخذ وثيقة لرجل فأحرقها أو خرقها، وفي الوثيقة دين أو منفعة فإنه يلزمه ما في الوثيقة من دين على حسب ما أهلك من ذلك[3].

فتحريق الوثيقة التي فيها دين أو منفعة يعد تفويتا لهذه المنفعة التي انعقد سبب وجودها و تقرر في هذه الصورة لزوم المعتدي عليها بالتعويض عنها.

و المنافع الغير محرمة تضمن بالعقود الصحيحة والفاسدة والفوات تحت الأيدي المبطلة[4].

---

[1]-السبكي: الأشباه والنظائر /ت: عادل أحمد عبد الموجود علي محمد عوض / دار الكتب العلمية –بيروت – /ط :1 / س ط: 1411ه – 1991م/ ص: 278.

* وكل تصرف كان من العقود كالبيع وغيره وهو لا يحصل مقصوده لا يشرع ويبطل إن وقع والمقصود من البيع ونحوه إنما هو انتفاع كل واحد من المتعاوضين بما يصير إليه فإن كان عديم المنفعة أو تعلق بمنفعة حق الغير لم يحصل مقصوده فيبطل عقده والمعارضة عليه (ينظر القرافي الفروق- الفرق 184 /ج 2 / ص 384 – 385.)

[2]-قواعد الأحكام/ص:185.

[3] الونشريسي : المعيار المعرب/دار الغرب الإسلامي د ط/ سط :1401ه-1981/ج :09/ ص:914.

[4]-البقوري:ترتيب الفروق/ص:213-214.

رأي الحنفية:

لم يعتبر الحنفية المنافع مالا لأنه لا يمكن حيازة المنفعة إذ هي شيء معنوي لا يتصور وضع اليد عليه استقلالا.

يقول الإمام الزيلعي:" ولنا أن المنافع غير متقومة بنفسها فلا تتقوم وإنما تقومت بالشرع للضرورة لشدة الحاجة إليها"[1].

وجاء في حاشية رد المختار :" والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة"[2].

تحرير محل النزاع:

" الأصل رد الحقوق المهضومة بأعيانها عند الإمكان"[3] أي " يؤتى بعين المال مع الإمكان"[4].

وإذا تعذر الأعيان فلها حالان:

إحداهما: أن تكون من ذوات الأمثال[5] فتجبر بما يماثلها في القيمة المالية.[6]

الحالة الثانية: أن تكون العين من ذوات القيم، فتجبر بما يماثلها في القيمة والمالية[7].

ومن هنا كان الأصل في تقدير التعويض: هو أن المثل يعوض عنه بالمثل والمنقوم يعوض عنه بالقيمة.

وإذا كان هذا الأصل، فإن هناك صورا تخرج بحسب أنواع الأشياء التي يتقرر الحكم بالتعويض عنها وهي المنافع.

فهل هذه المنافع تعد أموالا؟

---

[1] - الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق / دار الكتاب الإسلامي – القاهرة – مصر / ط : 1/ س ط : 1315ه / ج :5 / ص : 122 – وينظر: محمد أبو دقيقة: التعليقات على الاختيار لتعليل المختار لعبد الله ابن محمود بن مودود الموصلي الحنفي / دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان / د س ط/ م : 1 /ج :2 / ص:85.

[2] - ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الذر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ويليه تكملة ابن عابدين جمعها المؤلف نجل المؤلف وسماها حاشية قرة عيون الأخيار / دار الفكر –بيروت – لبنان / س ط: 1386ه / ط :2 / ج :4 / ص : 502.

[3] - العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام / ص:183.

[4] - القرافي: ترتيب الفروق / ص : 213.

[5] - تجبر الأموال المثلية بأمثالها، لأن المثل أقرب إلى رد العين الذي هو الأصل من القيمة (القرافي: نفس المرجع ص : 213).

[6] - العز بن عبد السلام: المرجع نفسه / ص : 183.

[7] - محمد مرتضى الزبيدي: تاج العروس / ج :8 / ص : 121.

يعود محل الخلاف بين الجمهور والأحنافي تعريف المال في اصطلاح الفقهاء.

تعريف المال لغة:

هو كل ما يقتنى ويحوزه الإنسان بالفعل سواء أكان عينا أو منفعة.

أما ما لا يحوزه الإنسان فلا يسمى مالا كالطير في الهواء والسمك في الماء.

المال ما يملك من الذهب والفضة[1]، قال القاضي عبد الوهاب: المال له تقدير في اللغة وفي الشريعة أما في اللغة فإنهم لا يعقلون من قولهم: فلان من أرباب المال: أنه يملك دائنا أو ردهما، وإنما يعقلون زيادة على ذلك ببينة[2] ثم أطلق المال على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم.

تعريف المال في اصطلاح الفقهاء:

الاتجاه الأول:

الحنفية: المال كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة إذا توافر عنصرين[3]:

إمكان الحيازة والإحراز، فلا يعد مالا يمكن حيازته كالأمور المعنوية كالعلم والصحة.

إمكان الانتفاع به عادة: فكل ما لا يمكن الانتفاع به أصلا كلحم الميت أو الطعام المسموم أو الفاسد أو ينتفع به انتفاعا لا يعتد به عادة عند الناس، كقطرة ماء، لا يعد مالا.

جاء في بدر المنتقى:" المال عين يجري فيها التنافس والابتدال، فيخرج ما ليس بمال كحبة من شعير وكف تراب وشربة ماء كما يخرج الميتة والدم، فحينئذ المال يثبت بالتمول، أي بإدخال كل الناس أو بعضهم، فإن أبيح الانتفاع به شرعا فمتقوم أماالخمر والخنزير فغير متقوم، لأن عدم التمول والانتفاع ليس بمال"[4].

وجاء في حاشية رد المحتار:" المال ما يميل إليه الطبع ويمكن إدخاره لوقت الحاجة"[5].

---

[1] - القاضي عبد الوهاب: الإشراف / ج :2 / ص : 612

[2] - محمد مرتضى الزبيدي: المصدر نفسه / ج :8 / ص: 121.

[3] - مقال: نظرية الأموال في الفقه الإسلامي من (جور بسيديا) – مقال بالأنترنت/.دص.
http. //ar.jurispedia.org/index.dex.php/D9% 86% B8% B1%09% 8A% D8% A9 (دون ص.)

[4] - عبد الله بن الشيخ بن سليمان داماد الأفندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر وبها مشه الشرح المستمر بدر المنتقى في شرح الملتقى لابن رجب أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن أحمد السلامي/ دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان/ ج :2/ص : 3.

[5] - ابن عابدين / ج :4 / ص : 105.

الاتجاه الثاني: الفقهاء

المال هو كل ماله قيمة مادية بين الناس وأجاز الشارع الانتفاع به في حالة السعة والاختيار، إذا توافر له عنصران:

أن يكون الشيء له قيمة بين الناس، وهذه القيمة تثبت بوجوب الضمان على من أتلفه سواء أكانت قليلة أم كثيرة.

أن يكون الشيء قد أباح الشارع الحكيم الانتفاع به في حالة السعة والاختيار كالحيوانات والعقارات أما إذا كان الشارع الحكيم قد حرم الانتفاع به كالخمر والخنزير والميتة فإنه لا يكون مالا[1]، وهذا يتمثل في " المنافع المحرمة كمنافع الملاهي والفرج المحرمة والمس واللمس والقبل والضم فلا جبر لهذه المنافع احتقارا لها، كما لا تجبر الأعيان النجسة لحقارتها"[2].

قال الشاطبي:" المال ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك"[3] ، ويعرف الحنابلة المال بقولهم:" ما يباح نفعه مطلقا".[4]

أدلة الجمهور على مالية المنافع:

من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ.فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾[5].

قد جعل صداق المرأة إجارة بناءا على القول أن شرع من قبلنا شرع لنا.[6]

قال الإمام الشافعي:" فذكر موسى عليه السلام وإجارته نفسه ثماني حجج ملك بها بضع امرأته [7] وقبل المستأجر على أن يرعى له غنما فدل بذلك على تجويز الإجارة ومضت بها السنة وعمل بها

---

[1] - نظرية الأموال في الفقه الإسلامي: من الأنترنت / المقال السابق/ د ص.

[2] - العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام / ص : 185.

[3] - الشاطبي: الموافقات /ج :2 /ص : 17.

[4] - ابن النجار تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي: منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التقيح وزيادات، مع حاشية المنتهى لعثمان بن أحمد بن سعيد النجدي الشهير بابن قائدات: عبد الله بن عبد المحسن التركي / مؤسسة الرسالة / د س ط / ج :2 / ص :249.

[5] - سورة القصص/ آية : 27.

[6] -داودي: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية/دار البصائر-الجزائر/ط:1/س ط:2007م/ص:151.

[7] - المهر عند التحقيق ليس عوضا عن منافع المرأة ولذلك سماه الله تعالى" نحلة" أي عطية بلا عوض، فأخذ المرأة المهر ليس عوضا عن منافع البضع حتى يقاس عليه ما أخذه الحكام وإنما هو هدية فرضها الله تعالى للزوجات على أزواجهن للتفرقة بين النكاح والسفاح والمخاذلة، والزواج يؤسس أصرة عظيمة بين الرجل والمرأة أغلى من أن يكون لها عوض مالي. ولو كان

بعض الصحابة والتابعين... فالإجارات صنف من البيوع لأنها تمليك لكل منهما من صاحبه ولذلك يملك المستأجر المنفعة التي في العبد والدار والدابة إلى مدة التي اشترطها حتى يكون أحق بها من مالكها ويملك بها صاحبها العوض فهي منفعة معقولة من عين معلومة"[1].

ووجه الاستدلال من هذه الآية أن منافع الإجارة ذات قيمة فلا مانع أن تجعل مهرا[2].

فإن قيل- على ما ورد آنفا-: شرع من قبلها ليس بشرع لنا.

قلت: بل هو شرع لنا إذا توافر فيه أمران:

أولا: إذا لم يقم دليل على نسخة عنا فهو لازم لنا[3].

ثانيا: إذا سيق شرع من قبلنا على سبيل المدح لا الذم أي وروده في مقام الامتنان فيعلم من امتنانيته أن المولى في مقام إثبات الحكم.

ومن أدلة[4]. الجمهور على مالية المنافع:

قول الله تعالى ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾.[5]

=ولو كان =عوضا لروعي فيه مقدار المنفعة المعوض عنها ولوجوب تحدد مقدار من المال كلمات تحقق أن المقدار المبذول قد استغرقته المنافع الحاصلة للرجل في مدة من مدد بقاء الزوجة في عصمته.

(ينظر: الطاهر بن عاشور: التحرير والتنوير /ج : 4/ ص : 230-231) ، مقاصد الشريعة الإسلامية / ص :159.

[1] - الشافعي: الأم / م:5 / ص : 137.

[2] - الطاهر بن عاشور: التحريد والتنوير / ج :20 /ص : 107.

- قال القاضي عبد لوهاب: " هي مدة تبقى المنافع إليها، ويمكن استيفاؤها منها كالسنة".ينظر:الإشراف/م:2/ص:663.

[3] - شرع من قبلنا:" هي الأحكام التي شرعها الله عز وجل للأمم السابقة بواسطة أنبيائهم عليهم السلام الذين أرسلوا إليهم"

- ينظر: قطب مصطفى سانو : معجم مصطلحات أصول الفقه / ص :248.

[4] - القاضي عبد الوهاب: المصدر نفسه م:2 / ص : 663.

ذهب جمهور الحنفية والمالكية وبعض أصحاب الشافعي وجمهور الحنابلة إلى أن شرع من قبلنا لازم لنا ما لم يقم دليل على نسخة ورفعه، وذهب بعض المالكية والشافعية وجمهور أصحابه والمعتزلة إلى أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا، (ينظر محمد بن المدني الشنتوف: القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب – دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث – الإمارات العربية المتحدة /ط:1/ س ط : 1424ه – 2003م / ص : 337).

[5] -سورة النساء/آية:92.

ووجه الدلالة من الآية: أن الله جعل موجب قتل المؤمن عن طريق الخطأ الدية، وهذه الدية تمثل تعويضا لولي المقتول، أما تحرير الرقبة فهي كفارة لهذا الفعل.

من السنة الشريفة:

عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ، السَّاعِدِيِّ قَالَ جَاءَتِ امْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ جِئْتُ أَهَبُ لَكَ نَفْسِي . فَنَظَرَ إِلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فَصَعَّدَ النَّظَرَ فِيهَا وَصَوَّبَهُ ثُمَّ طَأْطَأَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم رَأْسَهُ فَلَمَّا رَأَتِ الْمَرْأَةُ أَنَّهُ لَمْ يَقْضِ فِيهَا شَيْئًا جَلَسَتْ فَقَامَ رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِهِ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ فَزَوِّجْنِيهَا . فَقَالَ " فَهَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَىْءٍ " . فَقَالَ لاَ وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ . فَقَالَ " اذْهَبْ إِلَى أَهْلِكَ فَانْظُرْ هَلْ تَجِدُ شَيْئًا " . فَذَهَبَ ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ لاَ وَاللَّهِ مَا وَجَدْتُ شَيْئًا . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم " انْظُرْ وَلَوْ خَاتِمًا مِنْ حَدِيدٍ " . فَذَهَبَ ثُمَّ رَجَعَ . فَقَالَ لاَ وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَلاَ خَاتِمًا مِنْ حَدِيدٍ . وَلَكِنْ هَذَا إِزَارِي – قَالَ سَهْلٌ مَا لَهُ رِدَاءٌ – فَلَهَا نِصْفُهُ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم " مَا تَصْنَعُ بِإِزَارِكَ إِنْ لَبِسْتَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا مِنْهُ شَىْءٌ وَإِنْ لَبِسَتْهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ مِنْهُ شَىْءٌ " . فَجَلَسَ الرَّجُلُ حَتَّى إِذَا طَالَ مَجْلِسُهُ قَامَ فَرَآهُ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم مُوَلِّيًا فَأَمَرَ بِهِ فَدُعِيَ فَلَمَّا جَاءَ قَالَ " مَاذَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ " . قَالَ مَعِي سُورَةُ كَذَا وَسُورَةُ كَذَا – عَدَّدَهَا . فَقَالَ " تَقْرَؤُهُنَّ عَنْ ظَهْرِ قَلْبِكَ " . قَالَ نَعَمْ . قَالَ " اذْهَبْ فَقَدْ مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ."[1]

ووجه الاستدلال هو جواز كون الصداق هو تعليم القرآن الذي هو منفعة.

قال الدكتور البوطي: " لذلك أجازت الشريعة عقد النكاح بمثل تعليم القرآن وهو ليس إلا مقابلة منفعة التعليم بمنفعة البضع"[2] .

ونجد" في هذا الحديث دليلا لجواز كون الصداق تعليم القرآن وجواز الاستئجار لتعلم القرآن و كلاهما جائز عند الشافعي[3] و به قال عطاء و ما لك و إسحاق و غيرهم.

---

[1] - رواه البخاري (521/4) برقم (5143) كتاب النكاح .باب: تزويج المعسر. و مسلم (285/5) برقم(3553) كتاب النكاح باب:الصداق و جواز كونه قرآن.

[2] - ضوابط المصلحة : ص :78.

[3] - ينظر: الشافعي: الأم / م: 5 / ص : 193.

ومنعه جماعة منهم الزهري[1] وأبو حنيفة"[2].

فعلى مذهب أبي حنيفة إن تزوج حر امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد: لها قيمة خدمته[3].

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي: " يكره أن يكون المهر منافع يستأجر عليها كتعليم القرآن وبناء دار وما أشبه ذلك[4].

ومن الأدلة أيضا أن تفويت المنافع هو نوع من أنواع الإتلاف الذي هو سبب من أسباب الضمان وهذا التفويت يترتب عليه ضرر والقواعد العامة[5] تقضي أنه لا ضرر ولا ضرار.

أدلة الحنفية:

قول الله عز وجل: ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾.[6]

ووجه الاستدلال أن قوله تعالى" آتوا" معناه: أعطوا والإعطاء إنما يكون في الأعيان دون المنافع إذ المنافع لا تأتي فيها إلا العطاء على الحقيقة[7].

وقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾.[8]

---

[1] - ابن عابدين: المصدر السابق / ج :4 /ص : 105.

[2] - ابن عابدين: المصدر نفسه /ج :4 /ص :105. وينظر: علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي الحنفي: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ويليه لسان الحكام في معرفة الأحكام لابن الشحنة الحنفي / دار الفكر بيروت –لبنان /د س ط/ ص :320.

[3] - بن خليل الطرابلسي :المصدر نفسه / ص : 320.

[4] - القاضي عبد الوهاب: المصدر السابق/ م:2/ ص :718.

[5] - القواعد العامة هي كل ما عم من النصوص الشرعية معناها وانتشر في أبواب الشريعة أو تكرر في موطن بحسب الحاجة من غير تخصيص فيجب أن يعمل على عمومه كقاعدة رفع الحرج وسد الذرائع" ينظر هامش مناهج الفتيا والاستدلال بأخيار الآحاد / د لخضر لخضاري / مؤسسة علوم القرآن بيروت – لبنان / ط :1/ س ط:1425ه – 2004م (نقلا عن شرح مختصر الروضة: 238/2) ص: 9.

[6] - سورة النساء /الآية: 4.

[7] - أبو بكر أحمد علي الجصاص الرازي الحنفي: أحكام القرآن / دار الفكر – بيروت –لبنان- / د ط/ د س ط /ج :2 / ص : 143.

[8] -سورة النساء/آية:04.

وذلك لا يكون في المنافع وإنما هو في المأكول، أو فيما يمكن صرفه بعد الإعطاء إلى المأكول فدلت الآية على أن المنافع لا تكون مهرا[1].

وقول الله عز وجل: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾.[2]

فالنص فيه مراعاة المماثلة في الجزاء وليس للمنافع مثل تجربه عند فواتها لارتباطها بأزمان حدوثها وطرق استيفائها وهي أمور مختلفة فتختلف باختلافها[3].

ومن أدلة الحنفية: أن المال عندهم مقصور على الأشياء المادية، جاء في مرشد الحيران " المال ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة وهو نوعان عقار ومنقول"[4].

والمنافع ليست ذات وجود مادي وإنما هي أعراض متجددة تحدث شيئا فشيئا على ممر الزمن لذا فإنه لا يمكن أن يرد عليها الغصب ولا تضمن بالتلف ضمان اليد لكن تكون

مضمونة إذا عقد عليها عقد من العقود كالإجارة والزواج فيصبح تقويمها عندئذ للضرورة[5].

الرأي المختار:

وهو القول بتضمين المنافع سواء أكان ذلك عند إتلاف مصادرها من الأعيان أو عند انتقاصها. لأنه مال متقوم يتحقق فيه التعدي المستوجب للتضمين فإن فاتت على صاحبها من غير انتفاع بها أو استعملت ضمنت لنقومها كالأعيان [6].

ولأن الأموال لا يحرص عليها لمنافعها فكيف لا تكون المنافع متقومة[7].

أما اشتراط الحنفية للعينة لتحقق المالية، فالحيازة المادية التي بها يتحقق الاختصاص – وهو جوهر حق الملك – يرد عليه أن الحيازة في كل شيء بحسبه فقد تكون مباشرة كما في الأعيان المالية وقد

---

[1] - الجصاص: المصدر نفسه/ ج :2 / ص : 143.

[2] -سورة البقرة/آية:194.

[3] - علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي / ص :49.

[4] - محمد قدري باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة دار الآفاق العربية – القاهرة – مصر / د ط/ س ط : 1424ه – 2003م / ص : 03.

[5] -وهبة الزحيلي: نظرية الضمان / ص : 120.

[6] - علي الخفيف: المرجع السابق / ص : 49.

[7] - وهبة الزحيلي: المرجع السابق / ص : 121.

تكون غير مباشرة كما في المنافع وذلك بحيازة مصادرها وهذا كاف في تحقق مفهوم الاختصاص، على أن الاختصاص يقوم مقام الحيازة المادية كما في الديون[1].

ولأن كل ما تعرف تداوله من أعيان ومنافع وحقوق يعتبر محلا صالحا للتعاقد عليه، ككل مال متقوم[2].

1- فتحي الدريني: حق الابتكار في الفقه الإسلامي/ المقارن /مؤسسة الرسالة / ط :3/ س ط: 1404ه -1989م (نقلا علي الخفيف: أحكام المعاملات) ص :32.

2- مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام / ج :2 / ص : 762.

المبحث الثالث : الاستدلال على القاعدة.

* المطلب الأول:

تضافر آي القرآن على دفع الضرر.

المطلب الثاني:

الاستدلال على القاعدة من السنة والآثار.

المطلب الثالث:

كيف سيقت القواعد والمبادئ القانونية لدفع الضرر؟

المطلب الرابع:

القواعد الآيلة إلى دفع الضرر

المبحث الثالث: الاستدلال على القاعدة.

تمهيد:

إن الشريعة الغراء مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقا إلى المفسدة[1] والضرر و نجد أن النهي إنما يكون لدرء المفسدة الكائنة في المنهي عنه[2] فالنهي إذن يعتمد المفاسد والأضرار المفسدةو يكون على الدوام[3].

فالباري عز وجل يأمر عباده لما فيه صلاحهم وينهاهم عما يفسد عليهم دنياهم وأخرهم يقول المولى عز وجل : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾[4] ،يعلق الإمام العز على هذه الآية بقوله :" وهذا نهي عن المفاسد وأسبابها[5].و" أن الشارع يجلب لنا كل خير ويدفع عنا كل ضير"[6].

أما أن الشريعة جاءت لدرء المفسدة والضرر فيتضح بداية من خلال ما ورد في القرآن الكريم من آيات حاثة أو موجبة لدرء الفساد والضرر، إذ نجد الكثرة في استعمال كلمتي الضرر والمفسدة ومشتقاتها من الاسم في القرآن الكريم، فكلمة ضرار ذكرت أربعا وستين مرة أما كلمة مفسدة ومشتقاتها فذكرت ثمانية وثلاثين مرة.

ولما كان من الثابت أن قاعدة دفع الضرر من القواعد الفقهية الهامة التي يعتمد عليها الفقيه ويستنبط منها فروعا هامة، عمد غير واحد من الفقهاء لا سيما المتأخرين إلى إثبات حجيتها ودلالتها، فهي تستمد شرعيتها من الأدلة النقلية الصحيحة ومن الأدلة العقلية الصريحة.

- المرافق على الموافق /ت :محمد ابن مامين / م:1/ دار ابن القيم / ط :1 / س ط : 2004 / ص : 322.
-القرافي: شرح تفتيح الفصول / دار الفكر – بيروت- لبنان / د ط / س ط : 1424ه – 2004م/ ص : 138.
- القرافي : المصدر نفسه/ ص : 136.
- سورة النحل/آية:90.
- العز: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام / ص : 155.
- العز: المصدر نفسه/ ص : 160.

المطلب الأول: تضافر آي القرآن الكريم على دفع الضرر:

كلمة الضرر وردت في موضع واحد من القرآن الكريم وهو قول المولى عز وجل : ﴿ 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 الْحُسْنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾[1].

أي لا يستوي القاعدون والأصحاء[2] إلا أهل الضرر والنقص منهم لوجود المانع أو العائق عن الجهاد في سبيل الله من عوج أو مرض أو عمى ونحوه[3].

وهذه الصفة – أي أولى الضرر – لمصادرة الأدواء ونحوها وأشهر استعماله في العمى ولذلك يقال للأعمى ضرير ولا يقال ذك للأعرج والزمن، وأحسب أن المراد في هذه الآية خصوص العمى وأن غيره مقيس عليه[4].

أما اشتقاقات كلمة الضرر فقد وردت في أكثر من ستين موضعا، وهذا الجدول يبين وجوه استعمالات القرآن لهذه الاشتقاقات:

---

[1] - سورة النساء/ آية : 95.

[2] - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن / ج :5 / ص :236.

[3] - البقاعي: نظم الدرر / م:3 / ص : 300.

[4] - الطاهر بن عاشور: / ج:5 / ص : 171.

* - نزلت هذه الآية كما في كتب التفسير – في من تخلف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم – عن ابن عباس قال:" لا يستوي القاعدون عن بدر والخارجون إليها" وعن مقاتل:" إلى تبوك" وقد عذر الله سبحانه أولى الضرر منهم وهو عبد الله بن أم مكتوم، قال زيد بن ثابت ... قال ابن أم مكتوم، وكان أعمى: يا رسول الله وكيف بمن لا يستطيع الجهاد من المؤمنين والمجاهدين؟ قال: اقرأ يا زيد فقرأت – لا يستوي القاعدون من المؤمنين – فقال: غير أولي الضرر".

فائدة:" إن قلت معلوم أن القاعد بغير عذر والمجاهد لا يستويان فما فائدة نفي الاستواء؟ قلت: معناه الإذكار (التذكير بما بينهما من التفاوت والتعظيم والبون البعيد ليأنف القاعد ويتوقع بنفسه عن انحطاط منزلته فيهتز للجهاد ويرغب فيه" محمود الزمخشري: الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل مطبعة مصطفى الباجي البجيني وأولاده – مصر/ د ط/ س ط : 1392ه – 1972م / ج :1 / ص : 557.

معاني الضرر	الآية المفسرة	رقمها	المفسر	الكتاب
الارتداد عن الدين	وَمَا مُحَمَّدٌ إِلَّا رَسُولٌ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِ الرُّسُلُ أَفَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ انْقَلَبْتُمْ عَلَى أَعْقَابِكُمْ وَمَنْ يَنْقَلِبْ عَلَى عَقِبَيْهِ فَلَنْ يَضُرَّ اللَّهَ شَيْئًا وَسَيَجْزِي اللَّهُ الشَّاكِرِينَ	سورة آل عمران الآية 144.	الطاهر بن عاشور	التحرير والتنوي ج4-ص 113.
	قُلْ إِنِّي لَا أَمْلِكُ لَكُمْ ضَرًّا وَلَا رَشَدًا	سورة الجن الآية 21	البقاعي	نظم الضرر م8 -ص 196.
	قُلْ لَا أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعًا وَلَا ضَرًّا إِلَّا مَا شَاءَ اللَّهُ وَلَوْ كُنْتُ أَعْلَمُ الْغَيْبَ لَاسْتَكْثَرْتُ مِنَ الْخَيْرِ وَمَا مَسَّنِيَ السُّوءُ إِنْ أَنَا إِلَّا نَذِيرٌ وَبَشِيرٌ لِقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ	سورة الأعراف الآية 188	القرطبي وقد عبر عنه بالضلال	القرطبي ج7 - ص 240.
المصائب في الأنفس	أَمْ حَسِبْتُمْ أَنْ تَدْخُلُوا الْجَنَّةَ وَلَمَّا يَأْتِكُمْ مَثَلُ الَّذِينَ خَلَوْا مِنْ قَبْلِكُمْ مَسَّتْهُمُ الْبَأْسَاءُ وَالضَّرَّاءُ وَزُلْزِلُوا حَتَّى يَقُولَ الرَّسُولُ وَالَّذِينَ آمَنُوا مَعَهُ مَتَى نَصْرُ اللَّهِ أَلَا إِنَّ نَصْرَ اللَّهِ قَرِيبٌ	سورة البقرة الآية 214	البقاعي	نظم الضرر المجلد 1- ص 396

معاني الضرر	الآية المفسرة	رقمها	المفسر	الكتاب
المصائب في الأنفس	فَاسْتَجَبْنَا لَهُ فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِنْ ضُرٍّ وَآتَيْنَاهُ أَهْلَهُ وَمِثْلَهُمْ مَعَهُمْ رَحْمَةً مِنْ عِنْدِنَا وَذِكْرَى لِلْعَابِدِينَ	الأنبياء الآية 84	البقاعي	المصدر نفسه المجلد 5 ص 104
	وَلَئِنْ أَذَقْنَاهُ رَحْمَةً مِنَّا مِنْ بَعْدِ ضَرَّاءَ مَسَّتْهُ لَيَقُولَنَّ هَذَا لِي وَمَا أَظُنُّ السَّاعَةَ قَائِمَةً وَلَئِنْ رُجِعْتُ إِلَى رَبِّي إِنَّ لِي عِنْدَهُ لَلْحُسْنَى فَلَنُنَبِّئَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِمَا عَمِلُوا وَلَنُذِيقَنَّهُمْ مِنْ عَذَابٍ غَلِيظٍ	سورة فصلت الآية 50	البقاعي	المصدر السابق المجلد 8 ص 587
يؤلم الظاهر من الجسم	وَمَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ	سورة البقرة الآية 102	البقاعي	المصدر السابق المجلد 1 ص208
	وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ	سورة البقرة 177	البقاعي	المصدر السابق المجلد 2 ص 325
	لَنْ يَضُرُّوكُمْ إِلَّا أَذًى وَإِنْ يُقَاتِلُوكُمْ يُوَلُّوكُمُ الْأَدْبَارَ ثُمَّ لَا يُنْصَرُونَ	سورة آل عمران الآية 111	البقاعي	المصدر السابق المجلد 2 ص 136
	الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ	سورة آل عمران الآية 134	القرطبي	المصدر السابق ج4 ص 160.

معاني الضرر	الآية المفسرة	رقمها	المفسر	الكتاب
مصائب في الأنفس	وَقَالُوا قُلُوبُنَا فِي أَكِنَّةٍ مِمَّا تَدْعُونَا إِلَيْهِ وَفِي آذَانِنَا وَقْرٌ وَمِنْ بَيْنِنَا وَبَيْنِكَ حِجَابٌ فَاعْمَلْ إِنَّنَا عَامِلُونَ	سورة فصلت -50-	البقاعي	المصدر السابق المجلدة ص587.
ما يؤلم الظاهر من الجسم	لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ	سورة النساء 96	البقاعي	المصدر السابق المجلد 2 ص 300.
			الطاهر بن عاشور	المصدر السابق ج5 ص 171
			القرطبي	المصدر السابق ج5

معاني الضرر	الآية المفسرة	رقمها	المفسر	الكتاب
ما يؤلم الظاهر من الجسم	وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا إِلَى أُمَمٍ مِنْ قَبْلِكَ فَأَخَذْنَاهُمْ بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ لَعَلَّهُمْ يَتَضَرَّعُونَ	سورة الأنعام الآية -42-	البقاعي	نظم الحرر المجلد 2 ص 636
			الظاهر ابن عاشور	التحرير والتنوير ج7ص 227
			القرطبي	الجامع للأحكام القرآن

	وَلَئِنْ أَذَقْنَاهُ نَعْمَاءَ بَعْدَ ضَرَّاءَ مَسَّتْهُ لَيَقُولَنَّ ذَهَبَ السَّيِّئَاتُ عَنِّي إِنَّهُ لَفَرِحٌ فَخُورٌ	سورة هود الآية -10-	البقاعي	نظم الدرر المجلد 4 ص508.
			محمد علي الصلبوني	صفوة التقاسير – حار القرآن الكريم – بيروت لبنان –ط4– س ط 981 المجلد 2– ص8.
	قُلِ ادْعُوا الَّذِينَ زَعَمْتُمْ مِنْ دُونِهِ فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضُّرِّ عَنْكُمْ وَلَا تَحْوِيلًا	سورة الإسراء للآية -56-	محمد علي الصلبوني	لمصدر السابق المجلد 4 ص 396.
	فَاسْتَجَبْنَا لَهُ فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِنْ ضُرٍّ وَآتَيْنَاهُ أَهْلَهُ وَمِثْلَهُمْ مَعَهُمْ رَحْمَةً مِنْ عِنْدِنَا وَذِكْرَى لِلْعَابِدِينَ	سورة الأنبياء الآية 83	البقاعي	المصدر نفسه المجلد 5 .104

معاني الضرر	الآية المفسرة	رقمها	المفسر	الكتاب
الشدة في الأحوال	قُلْ أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ إِنْ أَرَادَنِيَ اللَّهُ بِضُرٍّ هَلْ هُنَّ كَاشِفَاتُ ضُرِّهِ	سورة الزمر الآية 38	القرطبي	المصدر السابق ج 5 ص4372
	وَلَئِنْ أَذَقْنَاهُ رَحْمَةً مِنَّا مِنْ بَعْدِ ضَرَّاءَ مَسَّتْهُ لَيَقُولَنَّ هَذَا لِي وَمَا أَظُنُّ السَّاعَةَ قَائِمَةً وَلَئِنْ رُجِعْتُ إِلَى رَبِّي إِنَّ لِي عِنْدَهُ لَلْحُسْنَى فَلَنُنَبِّئَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِمَا عَمِلُوا وَلَنُذِيقَنَّهُمْ مِنْ عَذَابٍ غَلِيظ	سورة فصلت لآية 50	البقاعي	المصدر السابق المج 8 ص 587
			القرطبي	المصدر السابق ج 5 ص 4454

	الآية المفسرة	رقمها	المفسر	الكتاب
إضاعة حق	وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ	سورة البقرة الآية 282	الطاهر ابن عاشور	المصدر السابق ص 117
	تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا	سورة النساء الآية 12	البقاعي	المصدر السابق الم 2 ص 223

	الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ		الطاهر ابن عاشور	المصدر السابق ج ص 260
	لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا	سورة الطلاق الآية 6	الطاهر بن عاشور	المصدر السابق ج ص 327
العاهات	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 الْحُسْنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا	سورة النساء الآية 95	القرطبي	المصدر السابق ج ص 236
			البقاعي	المصدر السابق الم 2 ص300
			الطاهر بن عاشور	المصدر السابق ج ص 435

	الآية المفسرة	رقمها	المفسر	الكتاب
البلاء	وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ ضُرٌّ دَعَا رَبَّهُ مُنِيبًا إِلَيْهِ ثُمَّ إِذَا خَوَّلَهُ نِعْمَةً مِنْهُ نَسِيَ مَا كَانَ يَدْعُو إِلَيْهِ مِنْ قَبْلُ وَجَعَلَ لِلَّهِ أَنْدَادًا لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِهِ قُلْ تَمَتَّعْ بِكُفْرِكَ قَلِيلًا إِنَّكَ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ	سورة الزمر الآية 8	القرطبي	المصدر السابق ج 15 ص 4372
			علي الصابوني	صفوة التفاسير المجلد ص 72
	وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ قُلْ أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ إِنْ أَرَادَنِيَ اللَّهُ بِضُرٍّ هَلْ هُنَّ كَاشِفَاتُ ضُرِّهِ أَوْ أَرَادَنِي بِرَحْمَةٍ هَلْ هُنَّ مُمْسِكَاتُ رَحْمَتِهِ قُلْ حَسْبِيَ اللَّهُ عَلَيْهِ يَتَوَكَّلُ الْمُتَوَكِّلُونَ	سورة الزمر الآية 38	القرطبي	المصدر السابق ج 15 ص 4372.

	الآية المفسرة	رقمها	المفسر	الكتاب
لتفريط	وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ	سورة البقرة الآية 233	البقاعي	المصدر السابق المجلد 1 ص 446
لحرج الخسارة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا	سورة البقرة الآية 282	القرطبي	المصدر السابق ج ص 307

	إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ			
	قُلْ أَنَدْعُو مِنْ دُونِ اللَّهِ مَا لَا يَنْفَعُنَا وَلَا يَضُرُّنَا وَنُرَدُّ عَلَى أَعْقَابِنَا بَعْدَ إِذْ هَدَانَا اللَّهُ كَالَّذِي اسْتَهْوَتْهُ الشَّيَاطِينُ فِي الْأَرْضِ حَيْرَانَ لَهُ أَصْحَابٌ يَدْعُونَهُ إِلَى الْهُدَى ائْتِنَا قُلْ إِنَّ هُدَى اللَّهِ هُوَ الْهُدَى وَأُمِرْنَا لِنُسْلِمَ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ	سورة الأنعام الآية 71	البقاعي	المصدر السابق المجلد 2 ص 255
	سَيَقُولُ لَكَ الْمُخَلَّفُونَ مِنَ الْأَعْرَابِ شَغَلَتْنَا أَمْوَالُنَا وَأَهْلُونَا فَاسْتَغْفِرْ لَنَا يَقُولُونَ بِأَلْسِنَتِهِمْ مَا لَيْسَ فِي قُلُوبِهِمْ قُلْ فَمَنْ يَمْلِكُ لَكُمْ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا إِنْ أَرَادَ بِكُمْ ضَرًّا أَوْ أَرَادَ بِكُمْ نَفْعًا بَلْ كَانَ اللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا	سورة الفتح الآية 11	البقاعي	المصدر السابق المجلد 7 ص 197

الآية	الآية المفسرة	رقمها	المفسر	الكتاب
الغم والحزن	الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ	سورة آل عمران الآية 134	الطاهر بن عاشور	المصدر نفس ج4 ص 91
	إِنَّمَا النَّجْوَى مِنَ الشَّيْطَانِ لِيَحْزُنَ الَّذِينَ آمَنُوا وَلَيْسَ بِضَارِّهِمْ شَيْئًا إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُؤْمِنُونَ	سورة المجادلة الآية 10	الطاهر بن عاشور	المصدر نفس ج28 ص 5
	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَيْكُمْ أَنْفُسَكُمْ لَا يَضُرُّكُمْ مَنْ ضَلَّ إِذَا اهْتَدَيْتُمْ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ	سورة المائدة الآية 105	الطاهر ابن عاشور	المصدر نفس ج7 ص 77

هكذا نجد أن الضرر في القرآن الكريم يأتي ويراد به:

- إتلاف الأبدان.
- الارتداد عن الدين.
- المصائب في الأنفس.
- ما يؤلم الظاهر من الجسم.
- الشدة في الأموال.
- الحال الذي يؤلم.
- الإصابة بالمكروه.
- التفريط.
- العسر والشدة....وغيرها.

إذن فمنع الضرر يشمل الضروريات أو الكليات الخمس التي تواطأت عليها سائر الملل وهي الأديان والأبدان والعقول والأنساب والأموال وغيرها من الاستعمالات التي من شأنها أن تضر الإنسان في نفسه أو في أسرته أو مجتمعه أو الإنسانية جمعاء.

الفرع الأول :الكفر والارتداد عن الدين مفسدة وأكبر ضرر.

الكفر أعظم الفساد لأن فساد القلب ينشأ عنه فساد الأعمال.[1]ومفاسد الشرك تفسد ما في الأفعال من الخير[2].

وكما أن الإصلاح قرين الإيمان لقول المولى عز وجل : ﴿وَمَا نُرْسِلُ الْمُرْسَلِينَ إِلَّا مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ فَمَنْ آمَنَ وَأَصْلَحَ فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ ﴾.[3] وفعل الصلاح هو الطاعة لله فيما أمر ونهى لأن الله تعالى ما أراد بشرعه إلا إصلاح الناس كما حكى عن شعيب: ﴿ إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾.[4]

---

[1] - وهذا ما ورد في تفسير قوله عز وجل:" وانظروا كيف كانت عاقبة المفسدين" سورة الأعراف – آية 86 (ينظر : البقاعي: نظم الدرر / م:3 / ص : 78).

[2] - الطاهر بن عاشور : المصدر السابق / ج:8/ ص : 24.

[3] - سورة الأنعام/ آية : 48.

[4] - سورة هود/ آية : 88.

ويكون الفساد قرين الكفر لقول البارئ عز وجل : ﴿ لَوْ كَانَ فِيهِمَا آَلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا فَسُبْحَانَ اللَّهِ رَبِّ الْعَرْشِ عَمَّا يَصِفُونَ [1]﴾. وذلك لقضاء العادة بالخلاف بين المتكافئين المؤدي إلى ذلك، ولقضاء العقل بإمكان الاختلاف اللازم منه إمكان التمانع اللازم منه إمكان عجز أحدهما اللازم منه أن لا يكون إله لحاجته، وإذا انتفى الجمع انتفى الإثنان من باب الأولى، لأن الجمع كلما زاد حارب بعضهم بعضا فقل الفساد كما نشاهد"[2].

فالأصل في الوجود من منطلق الوحي أن الكون خلق صالحا مهيأ للإنسان لمباشرة خلافته التي أنيطت به.

وقد شرط الله تعالى شروطا للاستخلاف توازن بين الحقوق والواجبات وتجعل هذا النظام آية للعالمين في إعجازه وتفوقه ونفوذه ومن ذلك مثلا:

وجوب اكتساب الحلال الطيب في كسب المال.

وجوب اجتناب كل حرام خبيث سواء في ذاته أو في وسيلته.

وجوب التزام وجوه الحلال في إنفاق المال[3].

فالأرض خلقت من بداية الأمر على صلاح وعلى نظام صالح أما الفساد فأمر عارض في الكون قال تعالى : ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا إِنَّ رَحْمَةَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِنَ الْمُحْسِنِينَ ﴾[4] .وهذه البعدية بعدية حقيقية[5]. فلا نفع في غير الرشاد ولا ضر في غير الضلال[6].

والمراد بالمفسدين الذين أفسدوا أنفسهم بعقيدة الشرك وبأعمال الضلال وأفسدوا الناس بإمدادهم بالضلال وصدهم عن الهدى[7].

الفرع الثاني: اقتران الضراء بالبأساء في القرآن الكريم:

يقول المولى عز وجل : ﴿ أَمْ حَسِبْتُمْ أَنْ تَدْخُلُوا الْجَنَّةَ وَلَمَّا يَأْتِكُمْ مَثَلُ الَّذِينَ خَلَوْا مِنْ قَبْلِكُمْ مَسَّتْهُمُ الْبَأْسَاءُ وَالضَّرَّاءُ ﴾[8].

---

[1] - سورة الأنبياء/ أية : 22.

[2] - البقاعي: المصدر السابق/ م: 5 / ص : 75.

[3] - عبد الستار فتح الله سعيد: المنهاج القرآني في التشريع / ص : 402 – 403 – 405.

[4] - سورة الأعراف/ آية : 58.

[5] - الطاهر بن عاشور: المصدر السابق / ج :8 / ق: 2 / ص : 175.

[6] - البقاعي: المصدر السابق / م: 8 / ص : 196.

[7] - الطاهر بن عاشور: المصدر نفسه / ج : 8/ ق: 2/ ص : 249.

[8] - سورة البقرة/ آية : 214.

وقال جل جلاله: ﴿ وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ..... ﴾[1].

وقال تعالى : ﴿ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ..... ﴾[2].

وقال جل شأنه:﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا إِلَى أُمَمٍ مِنْ قَبْلِكَ فَأَخَذْنَاهُمْ بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ لَعَلَّهُمْ يَتَضَرَّعُونَ..... ﴾.[3]

وورد في الذكر الحكيم: ﴿وما أَرْسَلْنَا فِي قَرْيَةٍ مِنْ نَبِيٍّ إِلَّا أَخَذْنَا أَهْلَهَا بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ لَعَلَّهُمْ..... ﴾.[4]

لقد اختلف أهل التفسير وأهل اللغة في تكييف الضراء والبأساء وتعلقها بالنفس والمال.

البأساء لغة: اسم الحرب المشقة والبائس بمعنى الفقير.[5]

وقال أبو عمرو:[6]

وبيضاء من أهل المدينة لم تذق بئيسا ولم تتبع حمولة مجحد.

هذا الجدول يبين هذين المعنيين:

معنى الضراء:

معاني الضراء	المفسر	الكتاب
المصائب في الأنفس	البقاعي	نظم الدور/ م1، ص 396
بالمرض والعاهة من عمى عرج أو زمانة	الطاهر بن عاشور	/ التحرير والتنوير/ ج5/ ص 171.
ما يعتري الأبدان	القرطبي	/ الجامع للأحكام القرآ ج6/ ص 264
النقص في الأموال	القرطبي	الجامع لأحكام القرآن/ م2/ ص 848.

[1] - سورة البقرة/ أية : 177.

[2] - سورة آل عمران/ أية : 134.

[3] - سورة الأنعام/ آية : 42.

[4] - سورة الأعراف/ آية : 94.

[5] - ابن منظور : لسان العرب / م:5 / ص : 155.

[6] - ابن منظور : المصدر السابق / م:5 / ص : 155.

معنى السراء:

معاني البأساء	المفسر	الكتاب
المصائب في الأموال	البقاعي	نظم الدرر/ م1/ ص 396
الفقر	الطاهر بن عاشور	/التحرير والتنوير/ سحنون/ تونس/م7 – ج17/ ص 247.
الجوع	الطاهر بن عاشور	المصدر نفسه/ ج7/ ص 163.
المصائب في الأنفس	البقاعي	نظم الدرر/ م1/ ص 396

قال صاحب النظم: "فكما لا يصح أن يمسكها زوجة إلا بمعروف لم يصح أن يسترضعها إلا بمعروف ولا يتم المعروف إلا بالبراءة من المضارة".[1]

وللإجابة على السؤال: هل الضراء تعتري الأموال والبأساء تعتري الأنفس؟

بحثت في مواضع أخرى لاستعمالات كلمة البأساء فوجدت موضعا قال فيه المولى عز وجل: ﴿وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾[2].والظاهر أن أحد المعنيين تواجد في هذه الآية الكريمة.

قال الطاهر بن عاشور "البائس الذي أصابه البؤس، وهو ضيق المال وهو الفقير. وهو قول جمع من المفسرين"[3].

وقد علل رحمه الله تتابع هذين الوصفين – أي البائس والفقير – لأنه كالبيان له".[4]

وصرح قائلا: "وذكر البائس مع أن الفقير مغن عنه"[5].

---

[1]-البقاعي: المصدر السابق/م:1/ص:440.

[2] - سورة الحج/آية 28.

[3] - الطاهر بن عاشور/التحرير والتنوير/ج17/ص 247

[4] -الطاهر بن عاشور/ المصدر نفسه/ م7/ج17/ص 247

[5] - وهذا توجيه منه رحمه الله أن البأساء هي المصائب في الأموال.

والعلة في ذلك في "ترفيق أفئدة الناس على الفقير بتذكيرهم أنه في بؤس لأن وصف فقير لشيوع تداوله على الألسن صار كاللقب غير مشعر بمعنى الحاجة. وقد حصل من ذكر الوصفين التأكيد وعن ابن عباس: "البائس، الذي ظهر بؤسه في ثيابه والفقير الذي تكون ثيابه نقيه ووجهه وجه غني". فعلى هذا يكون البائس هو المسكين ويكون ذكر الوصفين لقصد استيعاب أحوال المحتاجين"[1].

قال الإمام مالك: "سمعت أن البائس هو الفقير".[2]

المطلب الثاني: الاستدلال على القاعدة من السنة والآثار:

الفرع الأول: الأحاديث الدالة بلفظها على نفي الضرر:

أولا: عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :" لا ضرر ولا ضرار" [3].

طرق هذا الحديث موثوق برجالها فضلا عما اعتضد به معناه من كليات الشريعة وجزئياتها.

قال بن دقيق العيد:" حديث حسن...وله طرق يقوي بعضها بعضا". [4]

---

[1] - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك/ دار الكتب العلمية/ بيروت- لبنان/ د ط د س ط/ ج3/ ص 121.

[2] - الطاهر بن عاشور/ تفسير التحرير والتنوير/ م7/ج17/ص 248.

[3] - سنن ابن ماجة / كتاب الأحكام / باب من بنى في حقه ما يضر بجاره حديث رقم 2341 / ج :2 / ص : 784. ورواه مالك في الموطأ مرسلا عن عمرو بن يحي المازني عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم كتاب القضاء – باب القضاء في المرفق – قال الحافظ بن عبد البر: " لم يختلف عن مالك في إسناد هذا الحديث وإرساله هكذا" ثم ذكر طرقا موصولة وقال السيوطي في الجامع الصغير:" حديث حسن وقال الحاكم في مستدركة هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم و لم يخرجاه (حديث رقم 2345) ، قال الألباني رحمه الله :" صحيح روي من حديث عبادة بن الصامت وبن عباس وأبي سعيد الخذري وأبي هريرة وجابر بن عبد الله وعائشة وثعلبة بن مالك ا وأبي لبابة رضي الله عنهم.

ينظر:الحاكم النيسابوري: المستدرك على الصحيحين /ت: مصطفى عبد القادر عطا دار الكتب العلمية – بيروت –لبنان / ط :1/ :س ط 1411ه -1995/ ج : 2/ ص : 66.

السيوطي: الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير / دار الفكر – بيروت – لبنان / ط :1 / س ط : 1401ه – 1981م / ج :2 /ص : 749.

ابن عبد البر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد / المملكة المغربية – وزارة الأوقاف ت – سعيد أحمد أعراب / د ط / س ط : 1409ه – 1989م /ج :20 / ص :159.

الألباني: إرواء الغليل/ ج :3/ ص : 408.

[4] - شرح الأربعين النووية للإمام النووي / اعتناء : عبد الهادي قطش / دار الهدى – الجزائر د ط / د س ط / ص :131.

وإن كان جمهور المتقدمين من المحدثين والنقاد قد حسنوا الحديث وصححه بعضهم، فإن بعض المتأخرين قد قطع بصحته فقال " فإن كثيرا منها – أي طرق الحديث لم يشتد ضعفها فإن ضم بعضها إلى بعض تقوى الحديث بها وارتقى إلى درجة الصحيح إن شاء الله تعالى"[1].

إلا أن ابن حزم الظاهري جزم بنفي صحة حديث " لا ضرر ولا ضرار" فقال " هذا خبر لا يصح قط"[2]

أما الشيعة لم يختلفوا في صحة الحديث بل لقد نسب لأحدهم القول بتواتره بطرقهم الخاصة فقد حكي عن أحد شيوخهم القول بتواتر هذا الحديث وقد عبر عنه: " بتواتر نفي الضرر في باب الرهن" "ويمكن عد الحديث متواترا بلحاظ ذلك" أي بالنظر إلى مجموع أخبار الخاصة والعامة[3] "

سبب ورود الحديث:

في المراسيل لأبي داوود، خرج أبو داوود من رواية ابن إسحاق عن محمد بن يحي بن حبان عن عمه واسع بن حبان، قال:" كان لأبي لبابة عذق في حائط رجل، فكلمه فقال، إنك تطأ حائطي إلى عذقك، فأنا أعطيك مثله في حائطك، وأخرجه عني فأبى عليه، فكلمه النبي صلى الله عليه وسلم فيه، فقال:" يا أبا لبابة خذ عذقك فحزها إلى ملكك وأكفف عن صاحبك ما يكره" فقال :" ما أنا بفاعل فقال: اذهب فأخرج له مثل عذقه إلى حائطه ثم أضرب فوق ذلك بجدار فإنه لا ضرر في الإسلام ولا ضرار"[4].

وعَنْ أَبِي صِرْمَةَ صَاحِبِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم – عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ قَالَ " مَنْ ضَارَّ أَضَرَّ اللَّهُ بِهِ وَمَنْ شَاقَّ شَاقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ. "[5]

وروى أيضا فقال" حدثنا سليمان بن داوود العتكي ثنا حماد واصل مولى بن عيينة قال سمعت أبا جعفر محمد بن علي يحدث عن سمرة بن جندب أنه كانت له ضد من نخل في حائط رجل من الأنصار قال ومع الرجل أهله قال فكان سمرة يدخل إلى نخلة فيتأذى به ويشق عليه فطلب إليه أن يناقله فأبى فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى

---

[1] – عبد الله الهلالي: قاعدة لا ضرر ولا ضرار / دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي / ط :1 / س ط : 1426ه – 2005م / ص : 111 (الذي نقل عن الألباني – إرواء الغليل / ج :3 / ص : 413).

[2] – المحلى بالآثار لأبي محمد علي بن أحمد /ج:9/ص:28/ المسألة :1540.

[3] – العامة وهم أهل السنة والجماعة.

[4] – المراسيل لأبي داوود رقم ح 407 / (1/ 294) .

[5] – رواه أبو داود (2/3) برقم (3637) كتاب الأقضية. باب:في القضاء. و الترمذي (1 / 352) و ابن ماجه (2342)وقال الترمذي : " حديث حسن غريب " .

فطلب إليه أن يناقله فأبى فقال: فهبه له ولك كذا وكذا مرارا رغبة فيه فأبى فقال: أنت مضار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للأنصاري:" اذهب فاقلع نخله."[1]

فهذه الأحاديث التي من رواية أبي داوود نص على مناسبتها وسبب ورودها، فالأول يظهر من خلال إصرار وإلحاح أبي لبابة على الانتفاع والتمسك بملكه على وجه يضر فيه بصاحبه، ولذلك أجبره صلى الله عليه وسلم على المعاوضة لما علم منه أنه يضر صاحبه ولا يتضرر هو بالمعاوضة دفعا للضرر.

والحديثان الثاني والثالث، يظهر فيه سبب الورود من خلال إصرار سمرة بن جندب على الدخول على الأنصاري في حائطه من غير استئذان ومع الأنصاري أهله، فالتأذي والضرر الذي كان يلحق الأنصاري هو الذي دفع النبي صلى الله عليه وسلم للتدرج عنهما لذلك طلب منه النبي صلى الله عليه وسلم البيع فأبى، ثم طلب منه الهبة فأبى، ثم وصفه بالمضار بفعله وإصراره على إذاية أخيه ثم قال للآخر " اذهب فاقلع نخله"، كذلك دفعا للضرر[2].

ومقصود الشرع هنا – وقد تعارضت مفسدتان : مفسدة النظر إلى العورات أو الإطلاع عليها ومفسدة نزع النخل، فتدرء أعظم المفسدتين.

ثانيا: عن أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قَالَ " إِنَّ الرَّجُلَ لَيَعْمَلُ وَالْمَرْأَةَ بِطَاعَةِ اللَّهِ سِتِّينَ سَنَةً ثُمَّ يَحْضُرُهُمَا الْمَوْتُ فَيُضَارَّانِ فِي الْوَصِيَّةِ فَتَجِبُ لَهُمَا النَّارُ " . قَالَ وَقَرَأَ عَلَىَّ أَبُو هُرَيْرَةَ مِنْ هَا هُنَا{مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ} حَتَّى بَلَغَ {ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ }"[3]

والمضارة في الوصية أن لا تمضي أو ينقص بعضها أو يوصي لغير أهلها ونحو ذلك مما يخالف السنة[4]

قال تعالى : ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ.... ﴾.[5]

---

[1] - المراسيل لأبي داوود (122/2-123)

[2] - عبد الله الهلالي / قاعدة لا ضرر ولا ضرار / ج :1 / ص : 115.

[3] - أبو داود (115/2) برقم (2869) كتاب الوصايا. باب: ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية. و الترمذي (223/3) برقم (2263) كتاب الوصايا باب: ما جاء في الضرار في الوصية. وقال: حديث حسن صحيح غريب.

[4] - المصدر السابق / ج :3 / ص : 82.

[5] - سورة النساء/ آية : 12.

والإضرار راجع إلى الوصية والدين، قال الأصبهاني: والإضرار في الوصية من الكبائر، ثم أك
ذلك بقوله " وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ"[1]، أي الذي له الأمر كله، وقد نهى المولى عز وجل أن يقصد الموص
بوصيته الإضرار بالورثة والإضرار :ما حدده الشرع وهو أن يتجاوز الموصي بوصيته ثلث ماله[2].

ثالثا: عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ قَالَ " مَنْ ضَارَّ أَضَرَّ اللَّهُ بِهِ وَمَنْ شَاقَّ شَاقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ."[3]

ومعنى المضارة: إلحاق الفساد وإدخال الأذى على المؤمنين وذلك في دينهم أو أجسامهم
أو عقولهم أو أعراضهم أو أموالهم.

رابعا: عَنْ جُدَامَةَ بِنْتِ وَهْبٍ الْأَسَدِيَّةِ أَنَّهَا سَمِعَتْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ:" لَقَ
هَمَمْتُ أَنْ أَنْهَى عَنْ الْغِيلَةِ حَتَّى ذَكَرْتُ أَنَّ الرُّومَ وَفَارِسَ يَصْنَعُونَ ذَلِكَ فَلَا يَضُرُّ أَوْلَادَهُمْ."[4]

قال مالك: والغيلة أن يمس الرجل امرأته وهي ترضع[5]

والمعنى أن النبي صلى الله عليه وسلم هم أن ينهى عن مس الرجل امرأته وهي ترضع لحسب
أن ذلك يضر بالولد، حتى علم أن الروم وفارس يفعلون ذلك ولا يضر
أولادهم، فلما تبين له أنها لا تضر لم ينه عنها النبي صلى الله عليه وسلم"[6].

خامسا: عَنْ أَبِي قِلَابَةَ أَن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال:"لاَ تُضَارُّوا في الحفر."
زاد سعيد:" وَذَلِكَ أَنْ يَحْفِرَ الرَّجُلُ إِلى جَنْبِ الرَّجُلِ لِيَذْهَبَ بِمَائِهِ."[7]

سادسا: عطاء بْنُ السَّائِبِ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ صَلَّى بِنَا عَمَّارُ بْنُ يَاسِرٍ صَلاَةً فَأَوْجَزَ فِيهَا فَقَالَ لَهُ بَعْ
الْقَوْمِ لَقَدْ خَفَّفْتَ أَوْ أَوْجَزْتَ الصَّلاَةَ . فَقَالَ أَمَّا عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ دَعَوْتُ فِيهَا بِدَعَوَاتٍ سَمِعْتُ

---

[1] - سورة النساء/آية:12.

[2] - البقاعي : نظم الدرر / م: 2 / ص 223 / وينظر: الطاهر بن عاشور : التحرير والتنوير / ج : 4 / ص : 266 ، وينظر: القرطبي: الجامع مع لأحكام القرآن / ج :5 / ص : 56.

[3] - رواه أبو داود (2/3) برقم (3637) كتاب الأقضية. باب:في القضاء. و الترمذي (1 / 352) و ابن ماجه (2342 وقال الترمذي : " حديث حسن غريب " .

[4] - رواه مالك في الموطأ ص: 376 كتاب الرضاع. باب: ما جاء في الرضاع. و مسلم (4 /161) برقم (3637) كتاب النكاح .باب: جواز الغيلة. و أبو داود (55/2) برقم (3882) كتاب الطب. باب: في الغيل. و الترمذي (223/3) برقم (2221) كتاب الطب باب:ما جاء في الغيلة. و النسائي (55/4) كتاب الرضاع. باب: الغيلة و أحمد في مسنده (361/6)

[5] - المصدر السابق / ص : 430.

[6] - أحمد موافي : الضرر في الفقه الإسلامي / ج :1 / ص : 52.

[7] - رواه أبو داود في كتاب المراسيل (195/1) برقم (408)، و الهندي في كتر العمال (921/3) برقم (9172) كلاهما عن أبي قلابة مرفوعا، و ذلك لأن أبا قلابة لم يسمع من النبي صلى الله عليه و سلم

مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فَلَمَّا قَامَ تَبِعَهُ رَجُلٌ مِنَ الْقَوْمِ هُوَ أَبِي غَيْرَ أَنَّهُ كَنَى عَنْ نَفْسِهِ فَسَأَلَهُ عَنِ الدُّعَاءِ ثُمَّ جَاءَ فَأَخْبَرَ بِهِ الْقَوْمَ " اللَّهُمَّ بِعِلْمِكَ الْغَيْبَ وَقُدْرَتِكَ عَلَى الْخَلْقِ أَحْيِنِي مَا عَلِمْتَ الْحَيَاةَ خَيْرًا لِي وَتَوَفَّنِي إِذَا عَلِمْتَ الْوَفَاةَ خَيْرًا لِي اللَّهُمَّ وَأَسْأَلُكَ خَشْيَتَكَ فِي الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ وَأَسْأَلُكَ كَلِمَةَ الْحَقِّ فِي الرِّضَا وَالْغَضَبِ وَأَسْأَلُكَ الْقَصْدَ فِي الْفَقْرِ وَالْغِنَى وَأَسْأَلُكَ نَعِيمًا لاَ يَنْفَدُ وَأَسْأَلُكَ قُرَّةَ عَيْنٍ لاَ تَنْقَطِعُ وَأَسْأَلُكَ الرِّضَاءَ بَعْدَ الْقَضَاءِ وَأَسْأَلُكَ بَرْدَ الْعَيْشِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَأَسْأَلُكَ لَذَّةَ النَّظَرِ إِلَى وَجْهِكَ وَالشَّوْقَ إِلَى لِقَائِكَ فِي غَيْرِ ضَرَّاءَ مُضِرَّةٍ وَلاَ فِتْنَةٍ مُضِلَّةٍ اللَّهُمَّ زَيِّنَّا بِزِينَةِ الإِيمَانِ وَاجْعَلْنَا هُدَاةً مُهْتَدِينَ."[1]

الشاهد: وَالشَّوْقَ إِلَى لِقَائِكَ فِي غَيْرِ ضَرَّاءَ مُضِرَّةٍ .

وفي رواية: من ضراء مضرة.

وعلى الرواية الثانية، يتوجه أن يكون معنى الضراء النقص في الأموال والأنفس[2].

ويتوجه على الرواية الأولى أن يكون المعني المضارة بالاجتماع والازدحام عند النظر إليه جل جلاله.[3]

الفرع الثاني: الأحاديث الدالة بمعناها على دفع الضرر.

أولا: عَنْ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَيُّ الذَّنْبِ أَعْظَمُ عِنْدَ اللَّهِ.؟

قَالَ:" أَنْ تَجْعَلَ لِلَّهِ نِدًّا وَهُوَ خَلَقَكَ."

قَالَ قُلْتُ لَهُ:إِنَّ ذَلِكَ لَعَظِيمٌ .

قَالَ قُلْتُ: ثُمَّ أَيٌّ ؟

قَالَ: ثُمَّ أَنْ تَقْتُلَ وَلَدَكَ مَخَافَةَ أَنْ يَطْعَمَ مَعَكَ.

قَالَ: قُلْتُ ثُمَّ أَيٌّ

قَالَ: ثُمَّ أَنْ تُزَانِيَ حَلِيلَةَ جَارِكَ."[4]

---

[1] - رواه النسائي (55/4) برقم (1313)كتاب السهو . باب: نوع آخر من السهو . و أحمد في المسند (124/4)

[2] - أحمد موافي : الضرر في الفقه الإسلامي / ج :1 / ص : 62.

[3] - ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث / ج :3 / ص : 82.

[4] - صحيح البخاري (52/4) برقم (4447) كتاب التفسير .باب: كلام الرب مع أهل الجنة. ومسلم(85/1) برقم(86) كتاب الإيمان. باب: كون الشرك أقبح الذنوب. وأبو داود(122/2) برقم(2310) كتاب الطلاق. باب: تعظيم الزنا والترمذي (11/1) برقم(3182)، والنسائي (89/7) كتاب الرجم. الباب: تعظيم الزنا.وأحمد في المسند(380/1-431)

فهذا الحديث فيه ثلاثة شواهد:

الشاهد الأول: " أَنْ تَجْعَلَ لِلَّهِ نِدًّا وَهُوَ خَلَقَكَ."

فالكفر بالله والشرك به من أعظم الذنوب ومن أعظم المفاسد كما سبق بيانه، والمعنى أن الإسلام والإيمان من أعظم النعم ومن أجل المنافع على الإطلاق فقد ورد في الحديث عن عثمان رضي الله عنه قال أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ:" مَنْ مَاتَ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ دَخَلَ الجَنَّةَ."[1]

الشاهد الثاني: :" أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك" ووجه الاستدلال أن دم المسلم على المسلم حرام.

ثانيا: عَنْ أَبِي بَكْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَطَبَ النَّاسَ فَقَالَ:" أَلَا تَدْرُونَ أَيُّ يَوْمٍ هَذَا ؟"

قَالُوا: اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ .

قَالَ: حَتَّى ظَنَنَّا أَنَّهُ سَيُسَمِّيهِ بِغَيْرِ اسْمِهِ .

فَقَالَ:" أَلَيْسَ بِيَوْمِ النَّحْرِ ؟ "

قُلْنَا: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ .

قَالَ: " أَيُّ بَلَدٍ هَذَا ؟ أَلَيْسَتْ بِالْبَلْدَةِ الْحَرَامِ ؟ "

قُلْنَا: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ.

قَالَ:" فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ وَأَبْشَارَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ."

قُلْنَا: نَعَمْ .

قَالَ:" اللَّهُمَّ اشْهَدْ فَلْيُبَلِّغْ الشَّاهِدُ الْغَائِبَ فَإِنَّهُ رُبَّ مُبَلِّغٍ يُبَلِّغُهُ لِمَنْ هُوَ أَوْعَى لَهُ فَكَانَ كَذَلِكَ." قَالَ:" لَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كُفَّارًا يَضْرِبُ بَعْضُكُمْ رِقَابَ بَعْضٍ."

فَلَمَّا كَانَ يَوْمُ حُرِّقَ ابْنُ الْحَضْرَمِيِّ حِينَ حَرَّقَهُ جَارِيَةُ بْنُ قُدَامَةَ قَالَ أَشْرِفُوا عَلَى أَبِي بَكْرَةَ فَقَالُوا هَذَا أَبُو بَكْرَةَ يَرَاكَ قَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ فَحَدَّثَتْنِي أُمِّي عَنْ أَبِي بَكْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: لَوْ دَخَلُوا عَلَيَّ مَا بَهَشْتُ بِقَصَبَةٍ."[2]

---

[1] - رواه أحمد في مسنده (16/1)

[2] - رواه البخاري (48/3) كتاب الفتن باب: قول النبي صلى الله عليه و سلم لا ترجعوا بعدي كفارا. و مسلم (52/3) كتاب القسامة باب: تغليظ تحريم الدماء و الأموال و الأعراض . و ابن ماجة (85/1) برقم (233) كتاب العلم. باب: من بلغ علما. و أحمد في مسنده (411/5)

والشاهد:" إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ ..... عَلَيْكُمْ حَرَامٌ". فإن أول ما يحكم بين العباد يوم القيامة (في الدماء)، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ قَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم:" أَوَّلُ مَا يُقْضَى بَيْنَ النَّاسِ فِي الدِّمَاءِ."[1]

وهذا التعظيم لأمر الدنيا وتأثير خطرها بمن سولت له نفسه بإراقة الدماء فأول ما يحكم بين العباد يوم القيامة (في الدماء) وليس هذا الحديث مخالفا لقوله صلى الله عليه وسلم : " إِنَّ أَوَّلَ مَا يُحَاسَبُ بِهِ الْعَبْدُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ عَمَلِهِ صَلاَتُهُ."[2]

لأن ذلك في الله وهذا فيما بين العباد، والأظهر أن يقال لأن ذلك في المنهيات، وهذا في المأمورات، أو الأول في المحاسبة والثاني في الحكم.

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو، أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ:"لَزَوَالُ الدُّنْيَا أَهْوَنُ عَلَى اللَّهِ مِنْ قَتْلِ رَجُلٍ مُسْلِمٍ."[3]

فالدنيا عبارة عن الدار القربى التي هي معبر للدار الأخرى وهي مزرعة لها وما خلقت السماوات والأرض إلا لتكون مسارح أنظار المتبصرين ومتعبدات المطيعين وإليه الإشارة بقوله عز وجل: ﴿وَيَتَفَكَّرُونَ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ رَبَّنَا مَا خَلَقْتَ هَذَا بَاطِلًا سُبْحَانَكَ فَقِنَا عَذَابَ النَّارِ﴾[4] أي بغير حكمة بل خلقها وجعلها مساكن للمكلفين وأدلة لهم على معرفته، فمن حاول قتل من خلقت الدنيا لأجله فقد حاول زوال الدنيا[5]، قال تعالى: ﴿ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ ﴾.[6] فلا يحل دم امرئ أي إراقته إلا بإحدى ثلاث:

---

[1] - رواه البخاري (92/3) برقم (6948) كتاب الديات .باب: قول الله تعالى و من يقتل. ومسلم(95/8) برقم(4475) كتاب القسامة باب: المجازاة بالدماء في الآخرة.

[2] - الترمذي (223/3) برقم (415) كتاب الصلاة باب:أول ما يحاسب به العبد. و النسائي (55/4) كتاب الصلاة باب:أول ما يحاسب به العبد و أحمد في مسنده (361/6) وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

[3] - الترمذي (223/3) برقم (1455) كتاب الديات. باب:ماجاء في تشديد قتل المؤمن. و النسائي (55/4) برقم (4004)كتاب تحريم الدم. باب: تعظيم الدم. و ابن ماجه (33/2) برقم (2717) كتاب الديات باب: وقال الترمذي: موقوف على يعلى.

[4] - سورة آل عمران/آية: 191.

[5] - تحفة الأحودي بشرح جامع الترميذي / دار الكتب العلمية –بيروت–لبنان / دط / د س ط / ج4 / ص 543.

[6] - سورة المائدة/ آية : 32.

1/ قتل نفس بغير حق: أي يحل هتك النفس قصاصا بالنفس التي قتلها عدوانا وهو خاص بولي الدم لا يحل قتله لأحد سواه[1].

2/ وزنا المحصن.

3/ والتارك لدينه المفارق للجماعة: أي الذي إنفرد عن جماعة المسلمين بالردة.

ثالثا: ما يدل على رفع الضرر على الجار والشريك.

أو ورد البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال:" قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"[2].

جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا سعد ابتع مني بيتي في دارك، فقال سعد: والله ما أبتاعها فقال المسور: والله لتبتعنها.فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة، قال أبو رافع: لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ولولا أني سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول :" الجار أحق بسقبه ما أعطيتكها بأربعة آلاف وأنا أعطي بها خمسمائة دينار، فأعطاها إياه"[3] (والشفعة[4] هي انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي مثل العرض المسمى).

والشاهد " الجار أحق بسقبه".

استدل بها القائلون بثبوت الشفعة للجار رفعا للضرر وهناك من قال بأن المراد بالجار هو الشريك[5] لأن الشفعة تثبت بالخلطة لا بالجوار[6].

ثالثا: في البيوع المنهي عنها من أجل الضرر أو الغبن.

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهيه عليه الصلاة والسلام عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه ونهيه عن تلقي الركبان ونهيه على أن يبيع حاضر لباد، ونهيه عن النجش[7].

---

[1] - المصدر نفسه /ج :4 / ص :547.

[2] - صحيح البخاري / كتاب الشفعة / باب الشفعة فيما لم يقسم فإن وقعت الحدود فلا شفعة / رقم 2257 / ج :2 / ص :65.

[3] - المصدر نفسه / ج :2 / ص : 65-66.

[4] - الشفعة لغة وهي الزيادة وهو أن يشفعك فيما نطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده (ينظر ابن منظور لسان العرب / ج :3 / ص : 451).

[5] - تحفة الأحوذي / ج :4 / ص :507.

[6] - المصدر نفسه / ج :4 /ص : 507-510.

[7] -- ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد /ت: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود /دار الكتب العلمية – بيروت –لبنان / ط :1 /س ط : 1422ه – 2002م/ ص : 570.

عَنْ اَبِي هُرَيْرَةَ، اَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قَالَ " لاَ يُتَلَقَّى الرُّكْبَانُ لِبَيْعٍ وَلاَ يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ وَلاَ تَنَاجَشُوا وَلاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَلاَ تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالْغَنَمَ فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ اَنْ يَحْلُبَهَا فَإِنْ رَضِيَهَا اَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ."[1]

أما من بيع الرجل على بيع أخيه، فالنهي فيها في الحالة التي إذا ركن البائع فيها إلى السائم و لم يبق بينهما إلا شيء يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أو البراءة منها[2].

و معنى " لا يبيع بعضكم على بيع بعض"أي أن لا يطرأ رجل أخر على المتبايعين فيقول: عندي خير من هذه السلعة و لم يحد وقت ركون ولا غيره[3].

قال الإمام الشافعي: إنما جعل لهما النبي صلى الله عليه وسلم الخيار بعد التبايع ما لم يفترقا فلا تفرق بعدما صارا متبايعان إلا تفرق الأبدان فكل متبايعين في سلعة وعين وغيره، فلكل واحد منهما فسخ البيع حتى يتفرقا تفرق الأبدان[4].

وإنما نهى عن مثل هذا البيع حفاظا على آصرة الأخوة و" تلقي الركبان" من البيوع المنهي عنها لما يتعلق به من الضرر " وهو أن يستقبل أحاد التجار الباعة الوافدين على مشارف المدينة قبل دخولهم أسواقها وإطلاعهم على الأسعار، ليتمكنوا من شراء ما معهم بأقل من نسبة سعر السوق"[5] والكلام فيه من ثلاثة مواضع:

أحدهما: التحريم، فإن كان عالما بالنهي قاصدا للتلقي فهو حرام، وإن خرج لشغل آخر فرآهم مقبلين فاشترى ففي إثمه وجهان للشافعية أظهرها التأثيم[6].

---

[1] - رواه البخاري (221/3) برقم (2164) كتاب البيوع. باب: ما ذكر في الأسواق. و مسلم (285/5) برقم(3890) كتاب البيوع. باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه.

[2] - ابن رشد القرطبي:المصدر السابق / ص :570.

[3] -ابن رشد القرطبي: المصدر نفسه/ ص:570.

[4] - الشافعي: الأم / م:5 / ص : 84-85.

[5] - البوطي: ضوابط المصلحة / ص : 162.

[6] - ابن دقيق العيد: إحكام الأحكام/ ت: عبد القادر عرفان العشا حسونة / دار الفكر / بيروت –لبنان/ د ط / د س ط/ ص : 431-432.

ثانيهما: صحة البيع وفساده وهو عند الشافعي صحيح وإن كان أثما، وعند غيره من العلماء يبطل ومستندهم أن النهي للفساد، ومستند الشافعي أن النهي لا يرجع إلى نفس العقد ولا يخل هذا الفعل بشيء من أركانه وشرائطه وإنما هو لأجل الإضرار بالركبان وذلك لا يقدح في نفس البيع.

ثالثهما: إثبات الخيار فحيث لا غرر للركبان إذ يكونون عالمين بالسعر فلا خيار وإن لم يكونوا كذلك، فإن اشترى منهم بأرخص من السعر فلهم الخيار[1]، قال الشافعي:" البيع جائز غير أن لصاحبهما الخيار بعد قدوم السوق لأن شراءهما من البدوي قبل أن يصير إلى موضع المتساومين من الغرر بوجه النقص من الثمن فله الخيار"[2].

وإن اشترى منهم بمثل سعر البلد أو أكثر، ففي ثبوت الخيار لهم وجهان للشافعية، منهم من نظر إلى انتفاء المعنى وهو الغرر والضرر فلم يثبت الخيار ومنهم من نظر إلى لفظ حديث ورد بإثبات الخيار لهم فجرى على ظاهره و لم يلتفت إلى المعنى[3].

إذن علة النهي في هذا الشكل من الشراء هو التغرير بالبائع عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ:" لَا تَلَقَّوْا الجَلَبَ فَمَنْ تَلَقَّى مِنْهُ شَيْئًا فَاشْتَرَى فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ إِذَا أَتَى السُّوقَ."[4]

و في رواية ابن ماجه لفظ"لاَ تَلْقَوا الْأَجْلَابَ."

أما بيع الحاضر للبادي فهو من البيوع المنهي عنها لأجل الضرر أيضا، وصورته أن يحمل البدوي أو القروي متاعه إلى البلد ليبيعه بسعر يومه ويرجع، فيأتيه البلدي فيقول: صنعه عندي لأبيعه على التدرج بزيادة سعر، وذلك إضرار بأهل البلد[5]

قال الإمام الشافعي:" إن باع حاضر لباد فهو عاص إذا كان عالما بالحديث و لم يفسخ"[6].

---

[1] - ابن دقيق العيد: المصدر السابق / ص : 432.

[2] - الشافعي: الأم / ج :5 / ص : 99.

[3] - ابن دقيق العيد / المصدر نفسه / ص : 432.

[4] - رواه مسلم (81/3) كتاب البيوع باب: تحريم تلقي الجلب. و الترمذي ص: 318 كتاب البيوع باب: ما جاء في كراهية تلقي البيوع. و أبو داود (31/2) كتاب الإجارات. باب: في التلقي. و النسائي (257/7) كتاب البيوع. باب: التلقي.

[5] - ابن دقيق العيد: إحكام الأحكام / ص 432.

[6] - الشافعي: الأم / م:5 / ص : 99.

بيع النجش:

النجش لغة: أن تستام السلعة بأزيد من ثمنها ليراك الآخر فيها[1].

النجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها وليس في نفسك اشتراؤها فيقتدي بك غيرك.[2]

قال الإمام الشافعي :" والنجش خديعة وليس من أخلاق أهل الدين"[3] وقد اتفق العلماء على منع ذلك[4].

وقيد ابن عبد البر وابن العربي وابن حزم التحريم بأن تكون الزيادة المذكورة فوق الثمن تساويه البضاعة، فلو أن رجلا رأى سلعة تباع بدون قيمتها، فزاد فيها لتنتهي إلى قيمتها لم يكن ناجشا عاصيا يؤجر على ذلك بنيته، قال العلماء وفيه نظر لأن النصيحة تمكن بغير ارتكاب المنهى عنه، وذلك بأن يخبر البائع أن قيمة سلعته أكثر من ذلك على أن النصيحة في البيع لا تتعين حتى يسألها من يريدها[5]، عَنْ جَابِرٍ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم " لاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ" . غَيْرَ أَنَّ فِي رِوَايَةِ يَحْيَى " يُرْزَقُ."[6]

و قال النبي صلى الله عليه وسلم :" دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض، فإذا استنصح أحدكم أخاه فلينصحه"[7].

---

[1] - الزمخشري: أساس البلاغة/ت:إبراهيم قلاتي / دار الهدى – الجزائر / د ط/ د س ط/ ص : 657.

[2] - الإمام مالك: الموطأ / ص : 482.

[3] - الإمام الشافعي: الأم / م:5 / ص : 98.

[4] - ابن رشد: بداية المجتهد / ص :571.

[5] - عبد الرحمن الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته /ج :3 /ص : 443-444.

[6] - رواه البخاري (521/2) برقم (2181) كتاب البيوع .باب: لا يبيع على بيع أخيه.. ومسلم(285/5) برقم(3890) كتاب البيوع باب:تحريم بيع الرجل على بيع أخيه.

[7] -رواه مسلم في صحيحه/كتاب البيوع/باب تحريم بيع الحاضر للبادي/الحديث رقم:1522.
وأبو داوود في السنن/ كتاب في الإجارة/باب في النهي أن يبيع حاضر لبادي/ الحديث رقم:3442/(270/3).
والترميدي في السنن/كتاب البيوع/ باب ما جاء في:"لا يبيع حاضر لباد"/الحديث رقم:1222/ص:217.
والنسائي في السنن/كتاب البيوع/باب بيع الحاضر/(7-256).

ويستثنى من المنع استفتاح الثمن للدلال ليبني عليه في المناداة من شخص عارف كأمين السوق فإنه جائز وليس من النجش، لئلا يستفتح من يجهل القيمة فيضر بصاحبها[1].

أما إذا وقع بيع النجش بعلم البائع فللمشتري الخيار في أن يرد ويسترجع الثمن إن كان المبيع باقيا وله أن يمضي البيع بالثمن الذي دفعه ولا يرد شيئا.

ويستثنى من المنع استفتاح الثمن للدلال ليبني عليه في المناداة من شخص عارف كأمين السوق فإنه جائز وليس من النجش، لئلا يستفتح من يجهل القيمة فيضر بصاحبها[2].

أما إذا وقع بيع النجش بعلم البائع فللمشتري الخيار في أن يرد ويسترجع الثمن إن كان المبيع باقيا وله أن يمضي البيع بالثمن الذي دفعه ولا يرد شيئا.

الفرع الثالث: وجه الاستدلال بحديث " لا ضرر ولا ضرار" على قاعدة دفع الضرر.

قاعدة دفع الضرر مستندة أصالة إلى حديث " لا ضرر ولا ضرار" الذي يعد في ذاته قاعدة فقهية وتشريعية.

فكل أنواع الضرر ممنوعة شرعا إذا كانت بغير حق، وإلا بأن كانت بحق فيجوز ذلك بقدره، ووفق قواعد معينة بحسب ذلك الحق من تعد على حقوق الله تعالى أو حقوق عبادة[3] وهو ما خص بدليل كالحدود والعقوبات.

واحتمال "لا" الواردة في الحديث لأن تكون نافية لجنس الضرر، فيكون المنفي كل ضرر مستطاع، كأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا ضرر إلا في المتدارك المستطاع إزالته أما ما لا يستطاع إزالته فلا ضرر فيه وعلى هذا يقدر خبر "لا" بنحو: لا ضرر يجوز أو يباح في ديننا[4].

---

[1]- عبد الرحمن الغرياني: المرجع السابق/ج:3 /ص:444.

[2]- عبد الرحمن الغرياني: المرجع نفسه/ج:3/ص:444.

[3] - مصطفى البغا: درء المفسدة في الشريعة الإسلامية / دار العلوم الإنسانية – دمشق – سوريا / ط :1/ س ط: 1417ه-1997/ ص : 81.

[4] - عبد الله الهلالي: قاعدة لا ضرر /ج :1/ ص : 151.

أما الاحتمال الثاني: فهو على تقدير أن تكون "لا" نافية للجنس وهو الراجح عند كثير من العلماء فتكون الجملة خبرية لا إنشاء ومعناها يؤول إلى النهي عن الضرر والضرار، فهي تخبرنا أن الضرر والضرار لا يجوز ثم في الآن نفسه تنهانا عن الوقوع فيهما[1].

أو بمعنى أخر قوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار" فيه حذف، أصله لا لحوق أو إلحاق ضرر بأحد، ولا فعل ضرار مع أحد[2].

والجملة الخبرية التي يراد منها النهي أبلغ إفادة الطلب من التصريح به وبذلك يكون قوله صلى الله عليه وسلم" لا ضرر ولا ضرار" أبلغ من قوله " لا تضر أخاك ولا يضرك" لأن التعبير بالاسم أثبت وأبلغ في النهي عن التعبير بالفعل .

و لقد دل الحديث على تحريم الضرر لأنه إذا نفى ذاته دل على النهي عنه، لأن النهي طلب الكف عن الفعل، وهو يلزم منه عدم ذات الفعل فاستعمل اللازم في الملزوم[3].

والقاعدة كما بينت في الفصل التمهيدي عبارة عن تشكيل صغرى وكبرى وحد وسط فيكون المحمول في الصغرى نفس الموضوع في الكبرى مثل القول: الخمر مسكر، وكل مسكر حرام، فالخمر حرام.

وهو حكم لا يلزم أن يكون سائرا في كل مورد بل تكفي الأغلبية فالقواعد أغلبية لا كلية.

والمعنى: لا لحوق ضرر شرعا إلا بموجب خاص مخصص[4].

أما التقييد بالشرع فإن الضرر بحكم القدر الإلهي لا ينتفي، أما استثناء لحوق الضرر بموجب خاص فلأن الحدود والعقوبات ضرر لاحق بأهلها وهو مشروع بالإجماع وإنما كان لدليل خاص[5].

---

[1] - عبد الله الهلالي: المرجع السابق / ج :1/ ص : 151.

[2] - الطوفي: التعيين في شرح الأربعين / ص : 236.

[3] - عبد الله الهلالي: قاعدة لا ضرر ولا ضرار /ج :1 / ص : 152.

[4] - عبد الله الهلالي:المرجع نفسه/ص:152.

[5] - ابن القيم: إعلام الموقعين / دار الجيل –بيروت –لبنان.

فالشارع الحكيم لم يجعل في الإسلام حكما يوجب تحقق الضرر وأينما وجد حكما يستلزم الضرر فلا بد من أن يستدل بهذه يستدل بهذه القاعدة على نفيه.

وقاعدة " لا ضرر" أعظم من أن يعبر بها عن إلحاق الأضرار بين المكلفين[1]، وإنما حتى في إعمال الدليل العام إن أوقع المكلف في ضرر نقول للدليل لا ضرر، ومن أمثلة ذلك في الشرع ما وقع فيه من الرخص والتخفيفات.

و إن الخطاب بالعزيمة مرفوع من الأصل بالدليل الدال على رفع تكليف مالا يطاق، فانتقلت العزيمة إلى هيئة أخرى، وكيفية مخالفة للأولى، كالمصلي لا يطبق القيام فليس بمخاطب بالقيام، بل صار فرضه الجلوس أو على جنب أو ظهر وهو العزيمة عليه[2].

أما التخفيفات فسيقت لرفع الضرر على المكلفين ومنها،أو لقصد التيسير ورفع الحرج.[3]

تخفيف الإسقاط: كإسقاط الجمعات والحج والعمرة بأعذار معروفة.

ومنها **تخفيف التنقيص**: كقصر الصلوات، وتنقيص ما عجز عنه المريض من أفعال الصلوات كتنقيص الركوع والسجود وغيرهما من القدر الميسور لذلك.

ومنها **تخفيف الإبدال**: كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم وإبدال القيام في الصلاة بالقعود، وإبدال العتق بالصوم وإبدال الصيام بالإطعام في حق الشيخ الكبير الذي يشق عليه الصيام.

ومنها **تخفيف التقديم**: كتقديم العصر إلى الظهر، والعشاء إلى المغرب في السفر والمطر وكتقديم الزكاة على حولها والكفارة على حنثها.

ومنها **تخفيف التأخير**: كتأخير الظهر إلى العصر والمغرب إلى العشاء ورمضان إلى ما بعده.

ومنها تخفيف الترخيص: كصلاة المتيمم مع الحدث وكأكل النجاسات للمداواة والتلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه.

---

[1] – أي لا يحق لأحد في الإسلام أن يلحق الضرر بالآخرين ونهي وخطاب تكليفي.

[2] – الشاطبي: الموافقات. وقال أيضا: " عمومات العزائم وإن ظهر ببادئ الرأي أن الرخص تخصصها فليست مخصصة لها في الحقيقة بل العزائم باقية على عمومها، وإن أطلق عليها أن الرخص خصصتها فإطلاق مجازي لا حقيقي" (ينظر: الشاطبي: الموافقات (م: 2 /ج :3 / ص : 217).

[3] – العز: المصدر السابق/ص:259.

وعن القاعدة – لا ضرر ولا ضرار، قال ابن عبد البر:" معنى هذا الحديث فصحيح في الأصول"، ثم قال:" والذي يصح في النظر ويثبت في الأصول أنه ليس لأحد أن يضر بأحد"[1].

وقال الإمام الشاطبي عن حديث " لا ضرر ولا ضرار" فإنه داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى، فإن الضرر والضرار مبثوث منعه في الشريعة كلها، في وقائع جزئيات وقواعد كليات"[2].

قال الناظم:

والظن إن يرجع لأصل قطعي كخبر الأحاد فاعتبر وعي.

فكل دليل شرعي إما أن يكون قطعيا أو ظنيا، فإن كان قطعيا فلا إشكال في اعتباره وإن كان ظنيا فإما أن يرجع إلى أصل قطعي أولا، فإن رجع إلى أصل قطعي[3] فهو معتبر أيضا[4].

وهذه القاعدة تشهد لها نصوص كثيرة من الكتاب والسنة وهي أساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد وهي عدة الفقهاء وعمتهم وميزانهم في طريق تقرير الأحكام الشرعية للحوادث[5].

قال ابن عبد البر: وهذه أصول قد بانت عللها فقس عليها ما كان في معناها تصب إن شاء الله"[6].

ويشمل الضرر الضرر الخاص والضرر العام ودفعه قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره[7].

والمقصود بمنع الضرار نفي فكرة الثأر المحض الذي يزيد في الضرر ولا يفيد سوى توسيع دائرته[8].

---

[1] – ابن عبد البر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد / وزارة الأوقاف – المملكة المغربية / د ط/ س ط: 1409ه – 1989م / ج :20 / ص :160.

[2] – الشاطبي الموافقات / م:2 / ج :3/ ص :12.

[3] – مثاله هذا الحديث –" لا ضرر ولا ضرار".

[4] – فاضل بن مامين: المرافق على الموافق / ص : 356.

[5] – مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام / ج :2 / ص : 978.

[6] – التمهيد/ج:20 /ص:161.

[7] – مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق /ج:2/ ص : 978.

[8] – مصطفى أحمد الزرقا: المرجع نفسه /ج:2/ ص : 978.

ودرء الضرر بمعنى دفعه، يقال درأت الشيء دفعته، وطريق ذو درء أي كسور[1].والدرء الميل والعوج.[2]

أما الضرار فقد فرق بينه وبين الضرر بوجوه منها:[3]

*الضرر:فعل الواحد،والضرار:فعل الاثنين.

*الضرر:إبتداء الفعل ، والضرار : الجزاء عليه.

*الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع به أنت، والضرار: أن تضره من غير أن تنتفع أنت.

*هما بمعنى واحد،وتكرارهما للتأكيد،نسبة في النهاية إلى القيل.

*الضرر : إيقاع الضرر على الغير عمدا كان أو غير عمد،والضرار: القسم العمدي منه.

---

[1] -ابن فارس: معجم مقاييس اللغة/ج:2/ص:272-274،الزمخشري:أساس البلاغة/ص:192.،الفيروز آبادي: القاموس المحيط/ج:1/ص:15.

[2] -الفيروز آبادي :القاموس المحيط/ص:15.

[3] -ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث/ج:03/ص:82.(بتصرف)

المبحث الثالث: كيف سيقت القواعد والمبادئ القانونية لدفع الضرر

المطلب الأول: لمحة تاريخية عن النظام القانوني في الجزائر.

الفرع الأول: مرحلة ما قبل الاستقلال.

أولا: فترة ما قبل الاحتلال:

كان الفصل في المنازعات سواء المدنية منها أو الجنائية يتم وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية بواسطة مجلس الفتاوى الذي يتألف من فقيهين أحدهما حنفي والأخر مالكي، ومن قاضيين بالمجلس، وعدد من الفتاوى فيما يعرض عليهم، و لم تعرف الجزائر آنذاك تدوين النصوص القانونية والحكم كان يصدر من قاض فرد يعينه الداي لعلمه واستقامته وتقواه، ومما تجدر الملاحظة إليه كذلك هو أنه لم يكن هناك تدوين للمرافعات و لم يعرف الاختصاص لا النوعي والمكاني الأمر الذي كان يفقد الأحكام حجية الأمر المقضي به بحيث كان القاضي يستطيع أن يرجع في حكمه إذا أخطأ بدون أي مشكل[1] .

وأما وسائل الإثبات فكانت تتمثل أساسا في شهادة الشهود واليمين والكتابة إذا توفرت بين المتعاقدين[2].

ثانيا: الفترة الاستعمارية ما بين 1830-1944م.

كان اتفاق 1830 بين الداي حسين وبورمون قد نص على احترام الدين الإسلامي مما فهم منه احترام تطبيق الشريعة الإسلامية وجريان أحكامها على أيدي القضاة المسلمين ولكن ذلك لم يحصل إلا جزئيا وعلى مراحل.

ثم أخذ الفرنسيون يغيرون القوانين ويفرضون قوانينهم ويجردون القضاة المسلمين من صلاحياتهم إلى أن لم يبق لهم ما يحكمون فيه سوى الأحوال الشخصية[3].

ثم رأت السلطة الفرنسية أن أحكام القضاة المسلمين لا تتماشى مع قوة دفع الاحتلال سيما بعد تعيين المارشال بوجو سنة 1841 ومنحه سلطات واسعة لسحق المقاومة مهما كانت الوسائل

---

[1] - حسين صغير: النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي والشرعي / دار المحمدية –الجزائر / ط:2 / س ط:1421ه - 2001م / ص:95 (الذي نقل عن: أبو القاسم سعد الله تاريخ الجزائر الحديث).

[2] - حسين الصغير: المرجع نفسه / ص : 96.

[3] - أبو القاسم سعد الله: تاريخ الجزائر الثقافي / دار الغرب الإسلامي –بيروت- لبنان /ط :1 / س ط : 1998/ ص : 420-428.

وقد اتهموا القضاة المسلمين بالتواطؤ السياسي مع المقاومة وعدم إدخال الفرنسيين في الموضوع، لذلك صدرت ما بين 1841 و1854 مجموعة من الإجراءات والمراسيم أدت في النهاية إلى انتزاع سلطة القاضي المسلم وجعله مجرد أداة منفذة وتحت رقابة القضاة الفرنسيين، فالمرسوم الملكي الصادر في 28 فبراير 1841 انتزع من القضاة المسلمين حق الحكم في الجنايات والجنح كما فرض استئناف الأحكام في المحاكم الفرنسية، فكان ذلك بداية التعسف تطبيق القانون غير الإسلامي على المسلمين[1].

يقول لويس رين بهذا الصدد :" إن فرنسا قد أحلت منذ 1842 قانونها الجنائي محل القصاص وغيره في القرآن[2].

فالمجرم القاتل تتراوح عقوبته ما بين ستة أشهر إلى خمس سنوات وهي عقوبة سهلة لا تتناسب مع فداحة الجريمة التي ارتكبها وهي قتل النفس الإنسانية[3].

وقد تميزت هذه الفترة بالخصائص التالية:

- شروع الاستعمار على تطبيق القوانين الجنائية على مناطق دون أخرى.
- تطبيق قانون مدني مزدوج " قسم خاص بالوطنيين وقسم خاص بالأوربيين"
- تطبيق نظام جنائي مختلط أي منه قواعد تشبه ما هو مطبق في فرنسا.

ومنه قواعد خاصة بقمع الثوار الجزائريين عامة، وجيوش الأمير عبد القادر خاصة وذلك بواسطة الأمر الصادر سنة 1841م وألفي سنة 1854م وأذكر على سبيل المثال: الغرامات الجماعية التي كانت تفرض على قبيلة الجاني كلها وكانت للهيئات الإدارية سلطة إصدار العقوبات دون حاجة إلى محكمة واستمر هذا الوضع إلى غاية 1928م[4].

---

[1] - أبو القاسم سعد الله: تاريخ الجزائر الثقافي / دار الغرب الإسلامي –بيروت- لبنان /ط:1 / س ط : 1998-/ ص : 420-428.

[2] - أبو القاسم سعد الله: المرجع نفسه / ص : 432.

[3] - محمود شاكر: التاريخ الإسلامي / المكتب الإسلامي –بيروت –لبنان / الطبعة الثانية / س ط: 1417ه-1996م / ص:240.

[4] - حسين الصغير : المرجع السابق/ ص : 96-97.

ثالثا: الفترة الممتدة ما بين 1944 _ نهاية الاحتلال الألماني لفرنسا إلى قيام الثورة الجزائرية 1954م).

توحد النظام القضائي بعد استقلال فرنسا من قبضة الاحتلال النازي ووصلت مبادئ الثورة الفرنسية إلى المستعمرة الجزائرية، وطبقت في الأخير المساواة أمام القانون والاعتراف بحقوق الجزائريين كإنسان[1].

رابعا: مرحلة التحرير الجزائرية:

أنشأ المستعمر الفرنسي المحاكم الاستثنائية والمجالس العسكرية لقمع جنايات وجنح " الفلاقة" أي الثوار الجزائريين (محاكمات قمع عصابات الأشرار)[2].

ولكن مع إنشاء هذه المحاكم المستبدة إلا أن البعد الإسلامي كان هو الحصن الذي احتمى به الشعب الجزائري من المسخ والاندماج والتشويه، وكان المدرسة التي تعلم فيها الوطنية المحمدية الصادقة أيام الاحتلال الفرنسي، كان القوة المغذية والقائد الموجه والقاضي الفاصل في القضايا والنوازل خلال الثورة، وكانت مظاهر الجندي المجاهد ممتزجة بفطرته السليمة وإحساسه النقي وهذه المظاهر بعضها يعكس ألفاظ فهذه مصطلحات دينية لم يؤت بها ذكرها من غير قصد ودون باعث إسلامي عميق، وبعضها الأخر يصوره نظام القضاء والمحاكم في الجبال الثورية[3].

يقول أحد الأبطال الذين فجروا الثورة التحريرية، العقيد: محمد الطاهر عبيدي المعروف باسم " الحاج لخضر": " أؤكد بكل صدق أن شعبنا تحرك باسم الله وفي سبيل الله وكان الهدف الواضح عند كل فئات الشعب من الجهاد في أثناء الثورة المسلحة إنما هو إخراج الكفار من بلادنا... كان الشعب في أغلبيته الساحقة مؤمنا وطاهرا، ينشد العيش في كنف الإيمان والإسلام لا غير وباسم هذا الإيمان والإسلام كافح وجاهد العدو ولإخراجه من أرضنا...هذا هو الأصل وهذا هو الأساس"[4].

---

[1] - حسين الصغير: المرجع السابق / ص : 97.

[2] - حسين الصغير: المرجع نفسه / ص : 97.

[3] - إذا كانوا يحاكمون بمحاكمة إسلامية

[4] - محمد فارح: البعد الإسلامي في ثورة أول نوفمبر / منشورات المجلس الإسلامي الأعلى محاضرات الموسم الثقافي: 1999-2000م / العدد : 2 / ص : 93-94-95-97.

الفرع الثاني: التنظيم القضائي في الجزائر مرحلة ما بعد الاستقلال.

يقصد بالتنظيم القضائي تشكيل مختلف الجهات القضائية، واختصاصات كل منها في إطار هيكل منسجم ومتدرج ونعني بالجهات القضائية كل المحاكم والمجالس القضائية المخول لها الفصل في المنازعات المختلفة سواء بين الأفراد فيما بينهم، أو بينهم وبين المرافق العمومية، وسواء كان الأطراف بالغين أو أحداثا، مدنيين أو عسكريين، ومهما كانت طبيعة النزاع مدنية أو تجارية أو إدارية أو اجتماعية (أي خاصة بالعمال) أو جنائية[1] ، وفي هذا الصدد تجدر الملاحظة إلى أن بعض الدول تأخذ بنظام قضائي مزدوج يفصل بين هيكل الجهات القضائية الإدارية وبين هيكل جهات القضاء العادي مثل فرنسا ومصر والجزائر بعد التعديل الدستوري الذي أجرته عام 1996م وعمليا بعد صدور القانونين العضويين رقم 98-01 ورقم 98-02 الصادرين في 30-05-1998 المتضمنين على التوالي تنظيم واختصاصات مجلس الدولة والمحاكم الإدارية[2].

بينما نجد دولا أخرى أخذت بتنظيم قضائي موحد يجمع بين النظر في المنازعات العادية والإدارية داخل نفس الجهات القضائية وبمعرفة نفس القضاة والمستشارين وهذا ما كانت تأخذ به الجزائر منذ الاستقلال إلى حين صدور القانون رقم: 98-01 ورقم 98-02 بالإضافة إلى القانون رقم 98-03 المؤرخ في 03-07-1998 والمتعلق باختصاصات محكمة التنازع وكل النصوص التنظيمية الخاصة بتنصيب الجهات القضائية الجديدة وقضاتها وهكذا نجد في الدول التي أخذت بالتنظيم القضائي المزدوج نوعين من الهياكل القضائية[3].

- هيكل القضاء العادي.[4]
- هيكل القضاء الإداري[5].

---

[1] - حسين صغير: المرجع السابق / ص : 97.

[2] - حسين صغير: المرجع السابق / ص : 98-99

[3] - حسين صغير: نفس المرجع / ص:98-99

[4] - وتشمل محاكمة أول درجة، محكمة ثاني درجة أو الاستئناف ومحكمة عليا مختصة أساسا بالطعون بالنقض في الأحكام الصادرة من المحاكم المختلفة وكذا الطعون بالتماس وإعادة النظر.

[5] - يشمل محاكم إدارية ابتدائية أو جهوية ومجلس الدولة.

التدرج القضائي في الجزائر بعد صدور القانون العضوي 98-01: تحول التنظيم القضائي الجزائري منذ دخول القانون العضوي رقم 98-01 حيز التنفيذ من تنظيم موحد إلى تنظيم مزدوج، **وذلك على النحو الآتي بيانه:**

في أعلى الهرم نجد محكمة التنازع والتي تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة.

تم إنشاء المحكمة العليا سنة 1963 القانون رقم 63-218 المؤرخ في 18 جوان 1963م. وهي أعلى مؤسسة قضائية تمارس تقييم أعمال المجالس والمحاكم تضمن توحيد الاجتهاد القضائي للنظام القضائي على كامل التراب الوطني كما تسهر على احترام القانون.

وتتشكل المحكمة العليا التي تخضع حاليا لقانون سنة 1989م من ثمان غرف مدني، عقاري، اجتماعي، جنائي، الجنح، المخالفات، الأحوال الشخصية، الغرفة التجارية والبحرية وغرفة العرائض.

وتتمتع المحكمة العليا بالاستقلالية المالية واستقلالية التسيير وتختص في الطعون بالنقض المرفوعة ضد القرارات والأحكام النهائية الصادرة عن المجالس والمحاكم.

ومجلس الدولة مؤسسة حديثة النشأة (سنة 1998) وهو الجهاز المنظم لنشاط المحاكم الإدارية ويبدي رأيه حول مشاريع القوانين قبل تفحصها من قبل مجلس الوزراء كما يتمتع بالاستقلالية في ممارسة صلاحياته القضائية وينظر في الأحكام والقرارات الابتدائية والنهائية والطعون بالبطلان المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية.

أما المحاكم فهي جهات قضائية قاعدية متواجدة عبر غالبية الدوائر ولكل محكمة اختصاص إقليمي يغطي عدد من البلديات محصورة بموجب قانون التقسيم القضائي، وتحتوي المحاكم على سبعة أقسام:

القسم المدني، قسم الأحوال الشخصية، القسم الاجتماعي، القسم التجاري، القسم العقاري القسم الاستعجالي، القسم الجزائي وقسم الأحداث.

الفرع الثالث: النصوص القانونية المثبتة لقاعدة دفع الضرر في القانون المدني.

الأصل في القانون المدني أنه يشتمل على جميع القواعد التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم سواء أكانت هذه العلاقات خاصة بالأحوال الشخصية أم بالأموال ولكن العمل جرى في البلاد الإسلامية التي تطبق القوانين الوضعية المنقولة عن القوانين الأجنبية خالية من الأحوال الشخصية وهذا التقسيم لا بأس به وبخاصة أن الاتجاه السائد نحو تخصص القضاة يؤيده[1].

أولا: إيراد لبعض المواد:

يحتوي القانون المدني الجزائري- الصادر بأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبروالمعدل بقانون رقم:05-10 مؤرخ في : 16جمادى الأولى عام 1426 ه الموافق ل 23 يونيو سنة -2005 على أربعة كتب.

الكتاب الأول: في الأحكام العامة.

المادة الأولى: ونصها:

" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها،وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي".

يستنتج من هذه المادة أن الترتيب محل اعتبار وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي ويترك القواعد العرضية إن وجدت.

والنص التشريعي يعد مصدرا أصليا للقانون يقصد به :" مختلف القوانين المكتوبة التي تصدر عن السلطة التشريعية"[2].

أما حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فهو من قبيل المصادر الاحتياطية ولعل الذي لم يجعل المشرع الجزائري يضع مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر أصلي للقانون المدني هو تحقيق مبدأ المساواة بين الأديان هذا إذا استحضرنا القانون الفرنسي المطبق على الجزائر في فترة الاستعمار.

---

[1] - محمد عبد الجواد: أصول الفقه مقارنة بأصول الفقه / ص : 62.

[2] - حسين صغير: النظرية العامة للقانون/ص:99.

فإن قيل: من حق غير المسلم أن يعترض على بعض أحكام الشريعة إن كانت هي المصدر الأصلي أو إن قننت أحكام الشريعة.

قيل: علينا أن نثبت له ولغيره أن قواعد هذه الشريعة لا تقل أهمية عن القواعد القانونية الوضعية، إن لم تزد عليها في المحافظة على المجتمع وأمنه واستقراره[1].

والمقصود بمبادئ الشريعة ليس الرأي الراجح بل المبادئ العامة الكلية التي لا تختلف من مذهب إلى مذهب[2].

ومن تلكم المبادئ أن الشريعة جلب ودفع، جلب للمصالح والمنافع ودرء للمفاسد والأضرار.

ثانيا : الاستدلال على قاعدة دفع الضرر بمقتضى المادة 124 من القانون المدني الجزائري:

قد بينت في الفصل التمهيدي أن القواعد الفقهية تقابل تلكم المبادئ القانونية التي تحكم مجموعة الأحكام والقواعد القانونية[3] كما نجد في بعض الحالات أن القاعدة الفقهية تقابل المادة القانونية أي النص القانوني المكتوب.

وقاعدة دفع الضرر لا يستدل عليها من خلال المادة 124 من القانون المدني فحسب وإنما الأصل أن تساق كل التشريعات لجلب النفع ودفع الضرر.

تحليل النص القانوني للمادة 124 من القانون المدني:

المادة 124 " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.

المادة 124 مكرر: يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

---

[1] - محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه / ص : 153.

[2] - محمد السيد عمران: الأسس العامة في القانون / ص:78.

[3] - مما يشير أن القاعدة هي المبدأ في القانون ما ورد في المعجم العملي للمصطلحات القانونية (ينظر: يوسف شلالة: المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية) فرنسي – عربي / منشأة المعارف بالإسكندرية /ص:985).

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

المرحلة الأولى:بنية النص.

تركيز النص

الأصل: القانون المدني الجزائري قانون رقم 05-10 مؤرخ في 16 جمادي الأولى عام 1426ه الموافق 23 يونيو سنة 2005م، يعدل ويتم هذا القانون الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـــ 26 سبتمبر سنة 1975.

الإطار: المادة 124 من القانون المدني هي المادة الأولى من القسم الأول المعنون بـــ: المسؤولية عن الأعمال الشخصية من الفصل الثالث الذي عنوانه: العمل المستحق للتعويض من الكتاب الثاني: الإلتزامات والعقود.

المعلومات والدراسات العلمية: القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والاجتهاد القضائي.

المرحلة الثانية: المفاهيم الأساسية

الخطأ، التعسف، وسيأتي بيانها بعد ذكر المراحل.

الضرر: وقد سبق تعريفه.

المرحلة الثالثة: البحث في بينة النص.

البنية اللغوية: المادة 124 مقسمة إلى فقرتين غير متساويتين.

علامات آمرة: استعمال مصطلح " يلزم" يفيد أن هذه المادة آمرة.

ولفظ كل له دلالة الشمول والاستغراق.

المضمون القانوني: *لقد ورد في الفقرة الأولى من هذه المادة نصا قاطعا في ضرورة توافر ركن* الضرر في المسؤولية التقصيرية [1] قضى بأن:" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

الضرر في القانون هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية عقدية أم تقصيرية فإن انتفى الضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية لأنه لا دعوى بغير مصلحة وعلى من يدعي الضرر أن يثبته بكافة طرق الإثبات[2].

- علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام / ص : 162.
- بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري / ص : 141.

مقتضى هذه الفقرة أن فعل الشخص لا يسبب ضررا للغير هذا هو الأصل أما إذا سبب فعله ضررا للغير بخطئه يلزم بدفع هذا الضرر وذلك بتعويضه.

وهذه الفقرة قبل تعديل القانون المدني لم تكن موافقة للنص الفرنسي إذا كان نصها كالآتي:

" كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

والتقنين المدني الفرنسي نصت المادة 1382 منه على أن " كل فعل أيا كان يقع من الإنسان يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه أن يعوض هذا الضرر"[1].

ونص المادة 124 قبل تعديلها كاد أن يوحي بأن المشرع الجزائري قد أخذ في المسؤولية التقصيرية بنظرية تحمل التبعة وهي النظرية الموضوعية التي تصرف النظر عن فكرة الخطأ في المسؤولية لولا أن اشترط في المادة 136 ق م ج أن يكون عمل التابع عند المشروع إذ أن هذه النظرية يستوي عندها أن يكون الفعل الضار مشروعا أو غير مشروع[2].

والضرر لازم لتحقق المسؤولية فحيث لا يقع ضرر لا تتحقق مسؤولية والمبدأ العام أن المسؤولية تكون بخطأ.

إلا أن لهذا المبدأ استثناءان:

أولا: نظرية المخاطر.

ثانيا: المسؤولية بدون خطأ كما هو الشأن في قانون المرور.

---

[1]- عزيز كاظم جبر: الضرر المرتد / ص : 12 وينظر: ياسين محمد يحي: الحق في التعويض عن الضرر الأدبي / ص : 2-3.

- المسؤولية التقصيرية هي التي تترتب على ما يحدثه الشخص من ضرر للغير بخطئه (ينظربلحاج العربي:المرجع نفسه ص 14).

أما المسؤولية العقدية فتنشأ عن الإخلال بما التزم به المتعاقد.(ينظر بلحاج العربي: المرجع نفسه / ص:14).

[2]- علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري / ص:92-93.

مفهوم الخطأ

" الخطأ سلوك معيب لا يأتيه رجل بصير وجد في ذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول مما يعتبر عملا غير مشروع موجبا للمسؤولية"[1]، أو هو إخلال بالتزام قانوني، هو بذل العناية اللازمة باليقظة في السلوك والتبصر تجنبا للأضرار بالغير[2].

ويعد الخطأ الركن الأول من أركان المسؤولية التقصيرية.

و الركن الثالث هو العلاقة السببية أي أن يكون الضرر ترتب كنتيجة مباشرة للفعل الضار[3] وبالتالي فهي الرابطة التي تجعل من الضرر نتيجة للخطأ[4].

وتتطلب الرابطة السببية البحث في فكرتي تعدد الأخطاء وتعدد الأضرار.

فمن جهة: إذا تعددت الأخطاء فإن خطأ الفاعل قد يجتمع مع خطأ المضرور وفي هذه الحالة يكون المضرور هو المتسبب فتنتفي المسؤولية[5].

وإذا أصيب المتضرر من جراء قيامه بدفع الأذى عن الغير، يجوز له أن يطالب بالتعويض، إذا استغرق خطأ الفاعل خطأ المضرور فإن مسؤولية الفاعل تكون مسؤولية كاملة، وبالعكس إذا استغرق خطأ المصاب خطأ الفاعل فإن المسؤولية تنتفي، في حين أنه إذا تساوى الخطأين فإن للقاضي أن يوزع المسؤولية بنسبة الخطأين دون رقابة عليه من المحكمة العليا[6].

---

[1] - محمود جلال حمزة: العمل غير مشروع باعتباره مصدر للالتزام / تقديم: هشام القاسم / ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر / د ط /د س ط/ ص : 68.

[2] - عبد الحكم فودة: الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية / دار الفكر الجامعي / الإسكندرية / د ط /س ط: 1996م / ص : 9.

[3] - علي علي سليمان: المرجع السابق / ص:191.

[4] - محمد زهدور: القانون البحري الجزائري / دار الحداثة للتوزيع والنشر –بيروت – لبنان ط1 / س ط: 1990م / ص:94

[5] - محمد زهدور: المرجع السابق / ص:49.

[6] - محمد زهدور: المرجع السابق / ص : 49-50.

أما إذا تعددت الأخطاء فاجتمع خطأ للفاعل مع خطأ الغير،فإذا كان الضرر قد نجم عن فعل الغير وحده فلا مسؤولية على الفاعل وكذلك إذا كان خطأ الغير يستغرق خطأ الفاعل فإن الغير يتحمل المسؤولية كاملة وإذا أحدث الخطأ الضرر دون أن يستغرق أحدهما الأخر فإنهما يكونان مسؤولين معا ويلزمان بالتعويض على سبيل التضامن[1].

ومن جهة أخرى إذا تعددت الأضرار أو تسلسلت النتائج فإن السببية في هذه الحالة تكون غير مباشرة، وفي هذه الحالة يكون التعويض شاملا للضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام.[2]

أما المادة 124 مكرر من القانون المدني فهي الفقرة الثانية من المادة 124 من القانون المدني.

أصل هذه الفقرة المادة 41 من القانون المدني الجزائري مع تغيير بسيط فقد جاء نص المادة 41 من القانون المدني الجزائري: " يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:

إذ وقع بقصد الإضرار بالغير.

إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"

من خلال المادة 41 من القانون المدني الجزائري نجد أن القانون المدني الجزائري اهتم بنظرية التعسف في استعمال الحق[3] وجعلها نظرية عامة مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية[4].

وبجانب النص على المبدأ العام في التعسف في استعمال الحق في المادة فإن المشرع الجزائري أورد في القانون المدني نصوصا أخرى بصدد بعض التطبيقات الخاصة لهذه النظرية[5] سأذكرها بعدما أناقش التعديل الجديد.

---

[1] - محمد زهدور: المرجع السابق /ص : 49-50.

[2] - محمد زهدور: المرجع نفسه (الذي نقل عن: الأسيوطي: المنهج / محاضرات مطبوعة / ص:421) ص : 50.

[3] - التعسف لغة: قال ابن فارس: العين والسين والفاء كلمات ليست تدل على خير إنما هي كالحيرة وقلة البصرية، وعسف فلان فلاحا: طلمه (ينظر: معجم مقاييس اللغة/ج2 / ص : 311 – وينظر: ابن منظور لسان العرب / ج4 / ص : 355).

أما اصطلاحا: " يكون الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير، و لم تكن له مصلحة في استعماله" (ينظر: محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزامات / دار الكتاب الحديث – القاهرة –مصر / د ط / س ط : 1424ه – 2003م / ص : 52.

*نجد أن المعنى اللغوي أعظم مطلقا من المعنى الاصطلاحي.

[4] - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام /ج:2/ ص:118.

[5] - بلحاج العربي: نفس المرجع نفس الصفحة.

والملاحظ أن الفقه والقضاء الجزائريين أخذا بنظرية التعسف في استعمال الحق وتوسعا في تطبيقاتها حيث سارا في ذلك على نهج الشريعة الإسلامية.

وقد ازدهرت هذه النظرية على أيدي فقهاء الشريعة الغراء، وانتهوا إلى وجوب تقييد الحق وضرورة استعماله طبقا للغرض الاجتماعي واتضح من خلالها مدى مراعاة الشريعة الإسلامية للمصلحتين الفردية والعامة، وابتنائها على أساس المزج بينهما، بما يحفظ حق الجماعة ولا يهدم حق الفرد تحت قانون التعارض والترجيح بين مصالح الناس ومضارهم[1].

كما تجدر الإشارة ها هنا أن المشرع الجزائري خالف المشرع المصري من حيث موضع النص ومكانه حيث وضع القانون المدني الجزائري النص الخاص بالتعسف في استعمال الحق في الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بالأشخاص الطبيعية، في حين وضع المشرع المصري هذه النظرية في الباب التمهيدي من القانون المدني المصري (المادة 5)[2].

" وقالت الأعمال التحضيرية لهذا القانون عنها... أن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع"[3].

النص المعدل:

فعلى غرار النص السابق جعل المشرع الجزائري الاستعمال التعسفي للحق مندرجا ضمن المسؤولية التقصيرية.

والملاحظ في المادة 24 من القانون المدني والمادة 24 مكرر من ق م، أن المشرع الجزائري أضاف مصطلح " خطئه" للمادة 24 السابقة ومصطلح " خطأ" للمادة 41.

فتأسيس هذا المصطلح وتأكيده في نفس المادة لبيان أن المسؤولية التقصيرية تستند إلى عمل مشروع وهو استعمال الحق فكذلك تستند إلى عمل غير مشروع وهو الخطأ.

أما أنه قرن المادة 41 وتعديلها مع المادة 124 من ق م، إن دل على شيء إنما يدل على ذكاء المشرع الجزائري وحسن صنيعه في هذا التعديل، ذلك لسببين:

أولا: المشرع حشر المادة 41 بين أحكام الأهلية وهي لا صلة لها بها بتاتا[4].

---

[1] - نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي مبناها ومعناها – رسالة جامعية من رسالة ما جستير – من إعداد الطالب بدر الدين عماري / السنة 2005م-2006 كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية / ص : 85.

[2] - بلحاج العربيك المرجع السابق ج 2: / ص : 124.

[3] - علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام / ص : 210.

[4] - علي علي سليمان: المرجع السابق / ص : 210.

ثانيا: أن المشرع بصدد وضع قاعدة بللفعل المستحق للتعويض، وقد صاغ هذه القاعدة على شكل مبدأ عام يسري بالنسبة لجميع الحقوق .

كما راعى تحديد المعيار العام في الخطأ الذي يهيئ للقاضي ما يمكن الاسترشاد به لاستعمال الحق غير المشروع[1] والفعل غير المشروع.

حالات التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري:

أولا: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

يتعلق هذا الشرط بالقصد أو النية، أو بعبارة أخرى: أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله[2].

ويمكن إدراج هذا الشرط في المعيار الموضوعي العام للخطأ فإنه لا يكفي صاحب الحق الإضرار بالغير بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافا عن السلوك المألوف للشخص العادي، فقد يقصد الشخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره ولكن لتحقيق مصلحة مشروعه لنفسه ترجح رجحانا كبيرا على الضرر الذي يلحقه بالغير فقصدوا الإضراب بالغير في هذه الحالة لا يعتبر تعسفا إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي[3].

ومسألة الباعث مسألة نفسية يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليها، ولذلك يستخلصها القاضي من انعدام الفائدة الكلية لصاحب الحق من استعماله له[4].

وإذا وجد السبب فإن ذلك يقتضي وجوب البحث عن مشروعيته عن طريق إعمال فكرة الباعث الدافع[5].

جاء نص المادة 98 من القانون المدني الجزائري مسندا السبب إلى الالتزام وذلك في الفقرة الأولى منه التي ورد فيها ما يلي:

" كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك".

---

[1] - بلحاج العربي: المرجع السابق /ج:2 /ص : 130.

[2] - بلحاج العربي: المرجع نفسه / ج:2 / ص 126.

[3] - السنهوري: الوسيط / ج1/ من فقرة 560 / ص:844.

[4] - بلحاج العربي: المرجع السابق/ ج:2/ ص : 126.

[5] - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري / دار هومة للطباعة والنشر- الجزائر / 2007م – ص وإن الأصل أن النظرية الحديثة في السبب لا تحل محل النظرية التقليدية ولكن تكملها لأن البحث عن مشروعية السبب يقتضي إعمال فكرة الباعث الدافع.

والشرط الذي وضعه المشرع الجزائري في السبب نصت عليه المادة 97 من القانون المدني:" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا".

وقد اعتنق المشرع الجزائري النظرية الحديثة للسبب واعتبره الباعث الدافع[1] ولأعمال هذا المعيار قد تساعد المظاهر الخارجية وملابسات كل حالة بذاتها على التعرف على نية الإضرار كأن يبني شخصا حائطا عاليا في ملكه كي يحجب النور والهواء على جاره ومادام أن الغرض الأساسي هو الإضرار بالغير، فلا يغير من وجه المسألة أن تتحقق بعد ذلك منفعة عرضية لم تكن مقصودة[2].

وإن انعدام المصلحة انعداما تاما قرينة على قصد إحداث الضرر كما يدل الخطأ الجسيم على سوء النية، ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس[3].

ثانيا: ترجيح الضرر على المصلحة:

يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية. بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها وهذا المعيار يقوم على الموازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير فتهمل المصلحة حينئذ[4].

ويعد فعل الشخص ليس من السلوك المألوف ومن يفعله فهو إما "عابث مستهتر لا يبالي بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه، وإما منطو على نية خفية يضمر الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها[5].

فيجب أن يكون هناك توازن بين المصلحة التي يبتغيها الشخص من استعماله حقه والضرر الذي يسبب للغير من جراء هذا الاستعمال ذلك أن حقوق الغير هي واجبات تترتب في ذمة الشخص والشخص العادي يضحي باستعمال حقه وهذا الاستعمال يجب أن يتناسب أثره مع الأثر الذي يلحق بالغير[6].

وبالموازاة مع هذه المادة نجد المادة 90 من ق م تنص على ما يلي "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات

---

[1] - علي علي سليمان: النظرية العامة للإلتزام / ص : 76.

[2] - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام / ج:2 / ص : 126.

[3] - السنهوري: الوسيط / الفقرة 560/ ص : 845.

[4] - بلحاج العربي: المرجع السابق / ج:2/ ص : 127.

[5] - السنهوري: الوسيط: / فقرة 561/ ص : 845.

[6] - عبد الحكم فودة: الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرة / ص : 122.

المتعاقد الآخر. وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

فهذه المادة تنص على عدم تعادل الالتزامات التي يمكن حصولها بين المتعاقدين فيقع الضرر على أحدهما ويجني الآخر مصلحة تربو هذا الضرر.

وهذا ما يسمى بالاستغلال أو الغبن[1] وهو عيب من عيوب الرضا والاستغلال معناه أن تكون إرادة المغبون قد عيبت بالطيش أو الهوى فاستغل المتعاقد معه هذا الضعف وحصل منه على التزامات لا تتعادل مطلقا مع ما التزم هو به[2].

والظاهر أن المشروع الجزائري كان عادلا حينما قرر في المادة 130 من ق م على ما يلي: "من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا".

فإذا كان لا بد للشخص من أن يسبب ضررا ضئيلا ي مقابل دفع ضرر شديد على نفسه فالقاضي يقدر هذا الضرر وليعوضه عنه بما يراه مناسبا.

وعلى كل فقاضي الموضوع عند تحديد قيام الخطأ التقصيري من انتفائه يلجأ إلى الشخص العادي إذا وجد في نفس الظروف الخارجية لصاحب الحق، هل كان سيستعمل حقه أم يحجم على ذلك[3].

مثل ذلك من يقيم حائطا عاليا ليحمي مسكنه من نظرات سكان عمارة سكنية عالية فيحجب عنهم الهواء والشمس رغم وجود البديل الذي يحقق نفس الغرض[4].

---

[1] - الغبن عيب في العقد والاستغلال عيب في الشخص يقوم الاستغلال على عنصرين:

عنصر مادي: وهو عدم تعادل الالتزامات الطرفين مطلقا ولا يكفي أن يكون عدم التعادل ضئيلا ويخضع تقديم هذا العنصر المادي للقضاء.

وعنصر شخصي: وهو استغلال طيش بين أو هوى جامع أي متسلط على الإرادة كتعاطي الخمر أو لعب القمار ويشترط أن يكون هذ الطيش وهذا الهوى هو الذي دفع الطرف المغبون إلى التعاقد وهي أيضا مسألة واقع تخضع لتقدير القضاء ويقع عبء إثبات الطيش أو الهوى على عاتق الطرف المغبون ينظر: علي علي سليمان: النظرية العامة للإلتزام/ ص : 68 – 67.

[2] - علي علي سليمان: المرجع نفسه / ص : 67.

[3] - عبد الحكم فودة: المرجع السابق / ص : 123.

[4] - عبد الحكم فودة: المرجع نفسه ص:123.

ثالثا: عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها

يعتبر الشخص متعسفا استعمال الحق إذا كان يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة وهي التي تخالف حكما من أحكام القانون وتتعارض مع النظام العام والآداب العامة. ذلك أن المشرع لا يمكن أن يوفر الحماية القانونية لمصالح غير مشروعة لأنها تتعارض مع مصالح الجماعة والنظام القانوني برمته. فصاحي العمل الذي يفصل عاملا لديه لأنه التحق بنقابه من نقابات العمال وبهدف إعاقة النشاط النقابي أو الحد منه بعتبر متعسفا في استعمال حقه[1].

والحقوق عندما تقررت نشر يعيا كان الهدف كان الهدف من ذلك أن يرمي صاحبها إلى الاستفادة منها على نحو مشروع أما إذا كان الهدف في ذاته غير مشروع فإن الممارسة تكون من قبيل التعسف في استعمال الحق[2].

والمعيار في هذه الحالة هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى ماهية المصلحة وإن كان يستدل عليه بناحية شخصية هي القصد أو النية من استعمال الحق لأن الشخص المعتاد لا يستعمل حقه بقصد عرض غير مشروع[3]

وخلاصة القول في المادة 124 مكرر أنه يلزم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية من يضر الغير بتجاوزه في أثناء استعمال حقه – مصالح الغير أو مصالح الجماعة أو الأهداف السامية للنظام القانوني بأكمله[4].

ويعتبر صاحب الحق متعسفا في القانون الجزائري إذا انحرف في استعماله سلوك الرجل عادي في الظروف الخارجية التي أحاطت بمحدث الضرر أو عدم اليقظة في استعماله لحقه ولم يتوافر سوء النية أو الغش[5].

---

[1] - بلحاج العربي: المرجع السابق / ج:2 / ص : 128.

[2] - عبد الحكم فودة: المرجع السابق / ص : 123.

[3] - بلحاج العربي: المرجع السابق / ج:2 / ص : 129 وينظر: عبد الحكم فودة: المرجع نفسه / ص 124.

[4] - بلحاج العربي : المرجع السابق /ج:2/ ص : 129.

[5] - بلحاج العربي: المرجع نفسه / ص 129-130

ومما يؤيد هذا الرأي اتجاه المشرع الجزائري في إقراره للقيود التي تلحق حق الملكية الذي يجب أن يستعمل في حدود الغرض الاجتماعي أو الاقتصادي في نطاق القانون، ووفقا لأهداف المصلحة العامة[1].

ودليله ما ورد في المواد: 674، 677 ،690، 691 من القانون المدني فقد نصت المادة 690 على ما يلي: " يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة، ونصت المادة 691 على ما يلي: " يجب على المالك أن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره".

وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له".

ونصت المادة 674 على ما يلي: " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".

وما جاء في نص المادة 677 " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل.

وإذا وقع خلاف في هذا المبلغ وجب أن يحدد هذا المبلغ بحكم قضائي إلا أن تحديد مبلغ التعويض يجب أن لا يشكل بأي حال مانعا لحيازة الأملاك المنتزعة".

وبملاحظة هذه النصوص القانونية نجد أن المشرع الجزائري جمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي في الاعتراف بالحقوق وتقرير مصلحة الفرد والجماعة.

وقيد المشرع الملكية الخاصة بالفرد أو الجماعة بما يدرأ الضرر عن الغير سواء كان مجتمعا أو فردا وقدم المصلحة العامة وأقر التعويض للفرد، فحق الملكية مقيد بحسن الاستعمال وعدم التعسف.

كان هذا كله بيانا ومعالجة لنص المادة 124 من القانون المدني وكيف جاءت لدفع الضرر.

وتتكامل هذه المادة مع ما ورد في نصوص القانون المدني والاجتهادات القضائية وباقي القوانين لصناعة القاعدة القانونية والمبدأ القانوني لدفع الضرر.

---

[1] - بلحاج العربي: المرجع السابق/ نفس الصفحة.

ومن تلكم المواد ما يمنع الضرر قبل وقوعه وهو ما يستقى من نص المادة 343 " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيهه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك".

وما نصت عليه المادة 705 فيما يخص حقوق الجوار عند المشرع في هذه المادة بالضرر البليغ.

وبالنسبة للالتزامات الدائن تنص المادة 955 على ما يلي " إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذل له الشخص المعتاد وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه".

والتلف المنصوص عليه يكون بخطأ الدائن ويكون مسؤولا أما الأسباب التي لا يد له فيها تنعدم فيها المسؤولية وقد تكون هذه الأسباب حالة من حالات الانحراف لكن لا ترتب المسؤولية.

ومن هذه الحالات:

* حالة الدفاع الشرعي.
* حالة تنفيذ أمر صادر عن الرئيس.
* حالة الضرورة.
* حالة رضا المصاب في النطاق الجنائي.
* حالة رضا المصاب في النطاق المدني.
* الحكم في حالة الرضا.
* الإغواء.
* رضا المريض بالعلاج.

ومن اجتهادات المحكمة العليا:

المبدأ الذي ينص على أن " لا يعد خطأ مهني يستوجب التسريح الخطأ الجزائي الذي يرتكبه العامل خلال أوقات العمل أو بمناسبة العمل، دفاعا عن مصالح المؤسسة"[1].

المبدأ الذي ينص على ما يلي " ينقطع التقادم المسقط للحق في التعويض برفع دعوى قضائية وليس بتقديم شكوى إلى النيابة العامة"[2].

وهذا المبدأ يتضمن تثبيت الحقوق وحفظها.

---

[1] - الغرفة المدنية : العدد 01 سنة 2005 ملف رقم 289603 قرار بتاريخ: 2002/03/16 ص : 117.

[2] - مجلة المحكمة العليا: العدد الثاني سنة 2005 ملف رقم 306742 قرار بتاريخ 2005/09/21 ص : 191.

ما ورد من حكم جزائي حول إبرام صفقات مضرة بمؤسسة عمومية، تبرير أموال عمومية[1].

المبدأ الذي ينص على أن " إغفال الحارس (التابع) غلق ممر سكة حديدية يجعل شركة السكك الحديدية (المتبوعة) مسؤولة عن الحادث"[2] كما ينص المبدأ القانوني على أن" خلو قرار التسريح من الخطأ المنسوب إلى العامل يجعل التسريح تعسفيا"[3].

المطلب الربع: القواعد الآيلة إلى دفع الضرر:

إن تحقيق الأهداف السامية للمجتمع من إقامة العدل وحفظ التوازن بين الحقوق والالتزامات لا يكون إلا عن طريق ضبط مصالح المجتمع والأفراد وقد تسن قواعد فقهية وقانونية، أو مبادئ ثابتة مبنية على أساس الشمول والمناسبة لجميع البيئات والظروف أو بعض الأحكام والتدابير مربوطة بالأعراف والظروف الخاصة تتبدل علما تغير الظرف مع المحافظة على الفكرة الأساسية فيها وهي العدل والحق والإنصاف.

فمن المبادئ والأحكام الآيلة إلى دفع الضرر في الشريعة والقانون الوضعي، نظرية التدابير الاحترازية، ومبادئ القانون الطبيعي والعدالة، ونظرية الضرورة، ومبدأ حياد القاضي وضرورة تسبب الأحكام القضائية وغيرها من الأسس التي تشكل نظاما قانونيا وتشريعيا عادلا ومرنا.

وقبل كل هذا يمكن استقصاء مفهوم هذه القاعدة من النظام القضائي فتخصيص القضاة من حيث موضوع الدعوى المدنية أو الجزائية وتقسيم المحاكم إلى غرف وأقسام والمجالس إلى غرف وجعل الأحكام القضائية على درجات من التقاضي فهذا الترتيب والتنظيم القضائي لولا وجوده لتعرض القضاة لتشويش أدهانهم من كثرة ما يعرض على القضاة من دعاوى، فهذا التنظيم مبني على التخفيف والتسيير ودفع الضرر.

الفرع الأول: التدابير الاحترازية:

أولا: التدابير الاحترازية في القوانين الوضعية:

استقرت التشريعات الجزائية الحديثة، لا سيما الجزائرية بعد التطور الذي عرفته مع المدارس العقابية، على صورتين للجزاء الجنائي هما: العقوبة، والتدابير الاحترازية.

---

[1] - نشرة القضاة العدد 60- ملف رقم 930 تاريخ: 15-03-2005 – ص:452.

www.droit.justice.dz

[2] - مجلة المحكمة العليا: العدد 02 سنة 2004. ملف رقم 282438 قرار بتاريخ: 28-04-2004 ص : 133.

[3] - مجلة المحكمة العليا: العدد 02/ سنة 2004 ملف رقم 160 282160 قرار بتاريخ 13-07-2004 ص : 183.

1 / مفهوم التدابير الاحترازية:

تعرف التدابير الاحترازية بأنها: " مجموعة الإجراءات التي يقررها القانون ويوقعها القاضي على من تثبت خطورته الإجرامية بقصد مواجهة هذه الخطوة "[1]، وقد اعتمدت التدابير الإجرائية في أغلب القوانين العقابية الوضعية لأنها أصبحت جزء لا يتجزأ من مخطط السياسة الجنائية في مواجهة حالات الخطورة الإجرامية بوصفها أسلوبا دفاعيا اجتماعيا يتوخى فوائد ثلاث:[2]

أولا: حماية المجرم من نفسه عن طريق تغليبه على دوافع الإجرام لديه.

ثانيا: حماية المجرم من المجتمع الذي يعيش فيه والذي قد يوفر له من المعطيات والأسباب ما يدفعه إلى اقتراف الجرائم والأفعال المجرمة ويشجعه على ذلك:

ثالثا: حماية المجتمع من الجرائم عن طريق تحييد هذا الأخير وعزله أو تجميده.

وتتنوع التدابير الاحترازية وتتعدد ويمكن تقسيمها إلى تدابير شخصية سالبة للحرية: كوضع المجرم المجنون في ملجأ الحدث الجانح في إصلاحه أو اعتقال المجرم المعتاد[3].

تدابير مقيدة للحرية: كالوضع تحت نظام الحرية المراقبة أو منع الارتداد على بعض الأماكن أو المنع من ممارسة مهنة أو وظيفة.

التدابير العينية: وهي التدابير التي تنصب على الأشياء لتجرد المتهم منها إذا اعتبرت تلك الأشياء كعامل مساعد يمكن أن يستغلها لارتكاب الجرائم ومن هذه التدابير غلق المؤسسة وحل الشخص المعنوي والمصادرة الخاصة للأشياء[4].

وتتنوع التدابير الاحترازية بحسب الهدف المرجو منها، فهي تدابير علاجية إذا كان المراد منها مواجهة المرض الذي يشكو منه المحكوم والذي يعتبر سببا لخطورته الإجرائية، وتدابير تهذيبية تسعى لإعادة تأهيل المحكوم عليه من خلال تدريبه على العمل أو تعليمه أو تهذيبه دينيا وأخلاقيا، وقد

---

[1] - محمد دكير: التدابير الوقائية من الجريمة (مقال من الإنترنيت عنوان: www.islamicfeqh.com/al.menhaj/Alimem31/men 31005 htm) /دص.

[2] - محمد دكير: المقال السابق / د ص.

[3] - عبد الله سليمان: النظرية العامة للتدابير الاحترازية المؤسسة الوطنية للكتاب – الجزائر / د ص/ س ط/ 1990م/ ص 514.

[4] - عبد الله سليمان: المرجع السابق / ص : 514.

توسعت النظرية الإصلاحية فشملت حتى التدابير الاستئصالية في بعض القوانين التي عرفت بهذا الشأن تطورا كبيرا[1].

2 / الملامح الأساسية للسياسة الجنائية في معاملة الأحداث بالجزائر:

يعتبر تطبيق التدابير الاحترازية في مؤسسات الأحداث أحد أهم تطبيقات النظرية في الواقع العملي، فلقد بسطت النظرية سيطرتها على تشريعات الأحداث منذ وقت مبكر نسبيا، ولم بتقابل نفس الاعتراضات التي واجهتها في تطبيقها على البالغين وتطورت التجزبة في جو من التفهم التام بضرورة التمييز بين معاملة الأحداث ومعاملة البالغين واكتسبت مع التطبيق أبعادا خاصة كان من نتائجها[2].

استقلال قضاة الأحداث :فالقاضي المتخصص قادر على فهم شخصية الحدث والتعامل معه، وقد فصل المشرع الجزائري بينهما، إذ نصت المادة 447 من قانون الإجراءات الجنائية على ما يلي: " يوجد في كل محكمة قسم للأحداث" ونصت المادة 450 من قانون الإجراءات الجنائية " يشكل قسم الأحداث من قاضي الأحداث رئيسا ومن قاضيين محلفين"

وقد حددت المواد (451 و455) اختصاص هذه المحاكم وشروط الإجراءات والمتابعة.

ومن الضمانات التي وردت في قانون الإجراءات الجزائية ما يلي:[3]

أ / في فترة المحاكمة:

لا يجوز متابعة الحدث في جريمة جنائية إلا بعد إجراء تحقيق سابق على المتابعة ويجب على قاضي الأحداث أن يقوم بإجراء التحقيق لمجرد ما تحال إليه الدعوى (م- 452).

يخطر قاضي الأحداث والد الحدث أو وصيه أو من يتولى حضانته، ويشترط وجود محام إلى جانبه (454م).

القاعدة أنه لا يجوز وضع الحدث في مؤسسة عقابية ولو بصفة مؤقتة، واستثناءا يجوز وضع الحدث لمدة مؤقتة بشرط أن يكون التدبير ضروريا وقد استحال أي إجراء آخر وقد كان الحدث ممن تجاوز الثالثة عشر مع ضمانات محددة عينتها المادة (م 456).

---

[1] - عبد الله سليمان: المرجع السابق / ص : 518.

[2] - عبد الله سليمان: المرجع نفسه / ص : 483-484.

[3] - عبد اله سليمان: المرجع نفسه /ص :487 – 486 – 487.

تحصل المرافعات في سرية (م 461) ويصدر القرار في جلسة سرية (م 463) ولا يجوز نشر ما يدور في الجلسات في الكتب أو الصحافة أو الإذاعة أو السينما، (م 477).

يجوز إعفاء الحدث من حضور الجلسة (467).

ب / في فترة التنفيذ:

جعل من قاضي الأحداث السيد الحقيقي لتنفيذ هذه التدابير ومراجعتها (م 482) وله سلطة تغيير المؤسسة م 487.

ج / التدابير التي تتخذ بحق الحدث:

حصرت المادة 444 من قانون الإجراءات الجزائية التدابير الواجب أنزالها بالحدث على النحو الآتي:

-التسليم إلى الوالدين أو الوصي أو متولي الحضانة أو أي شخص جدير بالثقة.

-الوضع تحت المراقبة.

-وضعه تحت مؤسسة للتهذيب أو التكوين المهني.

-وضعه في مؤسسة طبية أو طبية تربوية مؤهلة لذلك.

-وضعه تحت إشراف بعض المؤسسات العامة المختصة بالمساعدة.

-وضعه في مدرسة داخلية صالحة لإيواء الأحداث المجرمين في سن الدراسة.

وهكذا يكون المشرع الجزائري قد استجاب بأحدث النظريات العلمية التي تقول بوجوب إبعاد الحدث عن السجن لأنه جعل الأصل في معاملة الأحداث النطق بالتدابير واستثناء النطق بالعقوبة المخففة[1]

يتضح من خلال ما ورد أن سن التدابير الاحترازية يعود سببه إلى احتمال وقوع الضرر أو جسامة الضرر المحتمل ذاته وهو ما يؤول إلى الاعتداء على المصالح الفردية أو الاجتماعية التي يحميها القانون[2].

***التدابير الاحترازية في الشريعة الإسلامية:**

هل في الشريعة الإسلامية تدابير احترازية أو ما يماثلها في الشكل والمضمون أو الأهداف كتلكم التدابير المستقرة في القوانين الوضعية ؟

---

[1] - عبد الله سليمان: المرجعالسابق / ص : 487-488.

[2] - موسوعة الفكر القانوني العدد السادس / س ط 2004 / مقال لـــ: يحي صديق المحامي بعنوان: الخطورة الإجرامية كشرط لتنزيل التدبير الاحترازي ص : 54-55.

إن الرسالة الإسلامية ككل اهتمت بتربية الإنسان المسلم وتهذيبه وتطهيره بغية إيصاله إلى كماله الروحي والجسدي فقد أباحت له الطيبات من الرزق وحرمت عليه الخبائث قال تعالى : ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ ﴾.[1] وأحل لهم طلب الرزق بالمسالك المشروعة التي ليس فيها ضرر للنفس أو الغير[2]، قال تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾[3].

وبشكل عام أمرته بتنزيه فعله وقوله عن كل قبيح وإثم باطن أو ظاهر قال تعالى

﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ ﴾[4].

ويمكن الحديث عن نظام التدابير والاحترازية أو الوقاية أو الإصلاحية من خلال الكشف عن أهم مسالك الشريعة في هذه التدابير:

أولا: الإيمان وقوة الضمير الديني:

وهو جانب الاعتقاد، والإيمان بالله طمأنينة يقينية تحل بالقلب ومنطق روحي يوجه العقل، ومن شأن هذه الطمأنينة أن يكون الله في حياة صاحبها هو كل شيء[5].

الإيمان قول القلب الصالح وهو المصداق العملي والواقعي للإيمان، وهذا الجمع بين الإيمان والعمل الصالح[6].

هو الذي يصنع إنسانا تقيا ورعا، ذا ضمير حي وروح تخشى السقوط في المعاصي والمحرمات والآثام والمظالم وتسارع في الخيرات وتبتعد عن كل ما فيه مضرة للنفس أو الغير[7].

---

[1] - سورة الأعراف/ آية رقم: 157

[2] - التدابير الوقائية من الجريمة: المقال السابق

[3] - سورة البقرة/ آية: 257

[4] - سورة الأنعام آية: 151.

[5] - عبد الستار فتح الله سعيد / المنهج القرآني في التشريع / ص : 322 / وينظر: حسن البنا: المرأة المسلمة وواجباتها / دار الخلدونية – الجزائر / د ط / س ط 2001 / ص : 29.

[6] - عبد القادر السقاف: المنتخب من كتب شيخ الإسلام ابن تيمية / ص : 39.

[7] - محمد دكير: التدابير الوقائية من الجريمة / د ص.

والعبودية كما سبق بيانها في الفصل التمهيدي تعني الخضوع والذل لله وحب الله وعبادته وطاعته، ولا تتحقق العبادة إلا بالطاعة الكاملة لله تعالى في كل شؤون الحياة أمرا ونهيا وبالخضوع لهداية الله في السلوك والسيرة والتعامل وترك الأهواء والشهوات والأطماع[1].

وهكذا فاتصال الحكم الدنيوي بالضمير الديني المؤمن يحس الفرد أنه في رقابة مستمرة وأنه خفي عن أعين الناس لا يخفى عن عين الله،فهو سبحانه وتعالى﴿ يَعْلَمُ خَائِنَةَ الْأَعْيُنِ وَمَا تُخْفِي الصُّدُورُ﴾[2]فيعمل جاهدا على تزكية روحه ونفسه وتهذيبها فيعطي المسلم بذلك المناعة الكافية والقدرة الذاتية الداخلية الهائلة على مقاومة نوازع الشر في داخله والرغبات الشيطانية التي تدفعه باتجاه تجاوز حدود الله والاعتداء على حقوق الآخرين واقترف الجرائم المتعددة، لذلك قيل: إن التقوى عاصمة، فهذا هو هو منهج الإسلام الذي ينطلق من هداية الروح وتربية القلب[3].

ثانيا: بناء مجتمع الفضيلة وحفظ نظام الأمة:

مما لا شك فيه أن تطبيق النظم الإسلامية في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتربوية والجزائية، جميعها يؤدي إلى تحقيق العدالة والمساواة على جميع الأصعدة وبالتالي يتم القضاء على أهم أسباب الجريمة والمتمثلة في شيوع الظلم والإجحاف[4].

و" إذا استقرئت موارد الشريعة الإسلامية الدالة على مقاصدها من التشريع استبان لنا من كليات دلائلها ومن جزئياتها المستقرة أن المقصد العام من التشريع فيها هو حفظ نظام الأمة واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه وهو نوع الإنسان، ويشمل صلاحه صلاح عقله وصلاح عمله وصلاح ما بين يديه من موجودات العالم الذي يعيش فيه"[5].

وقد شرعت مسالك تساعد على تطبيق هذه النظم لحفظ نظام الأمة، وتهييء فضاء اجتماعي صالح، ومن أهم هذه المسالك:

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

وهو سمة وخصوصية في أوساط المسلمين لا ينبغي أن ينفكوا عنها بل قد جعله الله تعالى غاية من غايات تمكينه للمؤمنين في الأرض، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا

---

[1] - وهبة الزحيلي: تطبيق الشريعة واستمداد القوانين / (مقال في مجلة الشريعة) ص :81-82.

[2] - سورة غافر/ آية: 19.

[3] - محمد دكير: المقال السابق / د ص.

[4] - محمد دكير: المقال نفسه / د ص

[5] - الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية / ص 63

الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [1].وقال تعالى: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾[2].

وإن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والتواصي بالبر والتقوى امتثالا لله تعالى الذي يقول: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾[3]، ذلك كله يصنع فضاء اجتماعيا[4] نظيفا يصعب فيه انتشار الفواحش والجرائم أو شيوعها، كما يصنع رأيا عاما لا يقبل بانتشار الرذائل والمنكرات بجميع أنواعها بل يرفضها رفضا كاملا ويحاربها بشكل شامل كما جاء في الحديث باليد واللسان والقلب، وفي ذلك قمع لأهل الفساد وذوي النفوس المنحطة من ترويج الرذيلة ونشرها[5].

ب- تحريم إشاعة الفواحش أو الترويج لها:

إن إشاعة الفواحش والجرائم بالوسائل السمعية البصرية كما هي الحال في عصرنا الحاضر – سبب رئيسي في انتشارها وقد أنجزت دراسات علمية كثيرة في أوربا والولايات المتحدة الأمريكية أكدت العلاقة بين أفلام العنف التي تنتجها الشركات السينمائية وبين ارتفاع معدلات الجرائم الفظيعة التي يرتكبها بعض المراهقين[6].

---

[1] - سورة الحج/ آية: 41.

[2] - سورة آل عمران/ آية: 110.

[3] - سورة المائدة/ آية: 02.

[4] - الأمر بالمعروف حق من حقوق المسلم وكل فرد من المسلمين له الحق في الإسلام وغير المسلمين لهم حق الدعوة إلى هذا الدين (ينظر: فالح بن محمد الصغير: المرأة المسلمة ومسؤولياتها في الواقع المعاصر / المملكة العربية السعودية / دط/ ص 75.

[5] - محمد دكير: التدابير الوقائية من الجريمة / د ص.

[6] - محمد دكير: المقال السابق / د ص.

التدابير الاحترازية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي:

بشكل عام فالإجراءات التي تفرضها القوانين الوضعية باعتبارها تدابير احترازية لحماية المجتمع من الجرائم مثل حجز المجانين والمدمنين في المستشفيات أو عزل بعض معتادي الإجرام في مؤسسات لإعادة تأهيلهم وإصلاحهم وكذلك الحرمان من بعض الحقوق، كل ذلك نجد له مثيلا في الشريعة[1].

أما ما استحدث من تدابير بسبب التطور العلمي والحضاري العام للإنسانية فإن الشريعة الإسلامية لا تعترض على أي وسيلة مشروعة يمكنها أن تخدم أهداف السياسة الشرعية من العقاب[2].

لكن مسالك الشريعة أكثر شمولا وكمالا وفاعلية من حيث بعدها الروحي والمادي.

فالوظائف التي كلف الله بها الإنسان ذات هدف معروف وذكر في كتاب الله ألا وهو التربية وتزكية النفس ودور هذا الهدف يتمثل في تقييد الأنشطة والأعمال الدنيوية من تجارة وصناعة وزراعة ووظائف أو أعمال أيا كانت بقيود الأخلاق التي تبعدها عن سبل الغش والخداع والمكر والضرر بالآخرين[3].

والتزكية[4] هنا تعني الإيمان والإصلاح وضبط الغرائز ومقاومة الشر ومنع أسباب الجريمة[5].

ومن هنا يأمن كل من التاجر والصانع والزارع والعامل والموظف والعسكري من الخيانة والخداع والدجل في المعاملة، وهذا الاشتباك المتمازج بين الدين والدنيا هو الذي ييسر للدين أن يحقق مهنته في حياة الفرد والمجتمع وهو الذي يبرز للدنيا وجهها الحضاري والإنساني المسعد الصحيح[6].

وأخيرا فإن نظرية التدابير الاحترازية تعتمد على المستوى العلمي المادي والحضاري فليست مسألة الأخذ بها هي مجرد إضافة نصوص جديدة لقانون العقوبات، بل هي مسألة تربية الفرد وتزكية نفسه وتحريره من أطماعه وشهواته وشره، كما قال مونتيسكيو:" كلما تقدمت الحرية خفت شدة العقوبات"[7].

---

[1] - محمد دكير: المقال السابق / دص.

[2] - محمد دكير: المقال السابق / دص.

[3] - سعيد رمضان البوطي: الحكم العطائية شرح وتحليل – دار الفكر – دمشق – سوريا / ط: 1/ س ط: 1422 – 2001 م/ ص : 270.

[4] - التزكية من الزكاة أي الطيبة، وهي للقلب كالذكاء إلى العقل، ينظر (محمد الغزالي الدعوة الإسلامية ستقبل قرنها الخامس عشر / مكتبة وهبة – القاهرة – مصر ط: 3/ س ط: 1410- 1990م/ ص 179.

[5] - محمد الغزالي: المرجع نفسه / ص179.

[6] - سعيد رمضان البوطي: المرجع السابق / ص:270-271.

[7] - عبد الله سليمان : النظرية العامة للتدابير الاحترازية / ص:520.

وكلما تقدمت الحضارة خفت لغة العقاب واشتدت لغة الإصلاح وليس المقصد من التدبير الحط من كرامة الإنسان وإنما المقصد هو إعادة تأهيله وحفظ مصالح المجتمع[1].

الفرع الثاني: قاعدة العرف:

إن الشرع الحكيم إنما أنزله الله تعالى لمصالح الناس، ولذلك لم يأت الشرع لنزع الناس عن عاداتهم وأعرافهم، لقيام مصالح الناس في ذلك ولكن الشرع الإسلامي لا يقر ما فيه مفاسد الناس وإن ظنوا أن فيه مصالحهم، فلم يقر الإسلام عادة الثأر ولكنه أقر القصاص بدلا عنه و لم يقر الطواف بالبيت عريا ولكنه أقر الطواف بثياب نظيفة أنيقة وهكذا...[2].

ونجد إقرار مبدأ العرف جليا في القانون المدني الجزائري إذ تنص المادة الأولى منه على ما يلي:"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها،وإذا لم يوجد نص تشريعي،حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية،فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف."

والمجتهدون قد اعتبروا العرف في مصادرهم الاجتهادية، وأعطوا لهذا المصدر حقه لما فيه من جلب المنافع ودرء الأضرار والمفاسد[3].

وللعادات والأعراف سلطان على النفوس، وتحكم في العقول، فمتى رسخت العادة اعتبرت من ضروريات الحياة، لأن العمل كما يقول علماء النفس: بكثرة تكراره تألفه الأعصاب والأعضاء، ولا سيما إذا اقتضته الحاجة، ومن ثم يقولون:" إن العادة طبيعة ثانية" ويقول فقهاؤنا:" إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجا عظيما"[4].

أولا : مفهوم العرف:

1 / العرف لغة كل ما تعرفه النفس وتطمئن إليه والعرف كل عال مرتفع وهو أيضا ما يستحسن من الأفعال[5].

---

[1] - عبد الله سليمان: المرجع السابق / ص:520.

[2] - محمد الحسن مصطفى البغا: درء المفسدة / ص 256.

[3] - محمد الحسن مصطفى البغا: المرجع نفسه / ص 256.

[4] - مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام / ج2 / ص 268.

[5] - ابن منظور: لسان العرب / ص 310 -311

2 / العرف اصطلاحا (عند فقهاء الشريعة) :

المقصود بالعرف ما تعارف بغير قانون مكتوب في الطروس،أي الصفحات إذ كل قانون وضعي يحكم به زمنا يصبح عرفا فمراد الناظم نفي ذلك وتحديد العرف بأنه ما دفعت إليه الطباع السليمة بغير مؤثر خارجي.

" هو ما تعارف عليه الناس، وساروا عليه، من قول أو فعل أو ترك"[1] كتعارف الناس على إطلاق لفظ اللحم على غير السمك وعلى إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى[2].

"العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول ".[3]

المقصود بالعرف ما تعارف بغير قانون مكتوب في الطروس،أي الصفحات إذ كل قانون وضعي يحكم به زمنا يصبح عرفا فمراد الناظم نفي ذلك وتحديد العرف بأنه ما دفعت إليه الطباع السليمة بغير مؤثر خارجي.[4]

محترزات التعريف:

استقر فى النفوس من جهة العقول: هو معنى مستمر في الأقوال والأفعال والعقول قيد خرج به ما استقر في النفوس من جهة الأهواء.

وتلقتة الطباع السليمة بالقبول: أي يصبح جزء من طبيعتهم وسلوكهم أما العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي: هو أن التعريف اللغوي أعم مطلقا من التعريف الاصطلاحي ذلك أن المعرفة أعم مما يستقر في النفوس.

3 /حقيقة العرف في القانون الوضعي:

ينشأ العرف عادة نشأة طبيعية، نابعة من حاجيات المجتمع ذلك أنه يعبر عن إرادة أفراد هذا المجتمع.

ونظرا لأهمية العرف فإن بعض الدول لا تزال تحتفظ بالمحاكم العرفية.

---

[1] - قطب مصطفى سانو: معجم مصطلحات أصول الفقه / ص 284.

[2] - قطب مصطفى سانو: المرجع السابق / ص284.

[3] -محمد الحبش :شرح المعتمد في أصول الفقه(نظم وشرح)/طبعة دار المصطفى/ط:1/د ت ط/ ص:75.

[4] -المرجع نفسه/ص:75.

أ/ تعريف العرف:

ويقصد بالعرف: " إتباع الناس سلوكا معينا في موضوع معين بصفة مضطرة ولمدة طويلة بجعل الناس يشعرون بقوته الإلزامية كالقانون المكتوب"[1].

من هذا التعريف يمكن استخراج الشروط الرئيسية للقاعدة العرفية[2] .

أ- التعامل المتكرر والمعتاد والمستقر بالقاعدة أو بالحكم.

ب- استمرارية هذا التعامل دون انقطاع.

ج- أن يرقى هذا الاعتماد إلى درجة شعور الجماعة باحترام هذا التعامل، بل وبإلزاميته ومجازاة مخالفته، وهذا ما يعرف عند الفقهاء بالجانب المعنوي للقاعدة العرفية.

وكمثال على القاعدة العرفية تذكر قاعدة اعتبار عقد بيع المواشي منعقدا بمجرد حفنة من تراب على رأس الماشية وعدم إزالته من طرف أحدهم أو القاعدة العرفية القاضية بإطعام العامل الحر الذي يقوم بعمل أو خدمة في مترل شخص كدهان المنازل، أو الرصاص أو ما إلى ذلك[3].

والعرف بصفته المصدر الاحتياطي الثاني في القانون المدني الجزائري لا يلجأ إليه القاضي إلا إذا تعذر وجود الحكم في الشريعة الإسلامية[4].

وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني:" ... حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف".

وهذا المصدر الاحتياطي في القانون المدني لا يرجع إليه القاضي إلا لتكملة نصوص التشريع أو لتفسيرها.

ومهما تبلغ درجة شمول التشريع فلا بد من أن تعرض في العمل مسائل لم يضع لها المشرع قاعدة إما لأنه فضل أن يتركها للعرف وإما لأن هذه المسائل لم تكن في وعي المشرع وقت وضع التشريع[5].

---

[1] - فوزي أوصديق: الوسيط من النظم السياسية والقانون الدستوري / دار الكتاب الحديث / الجزائر / س ط: 1421ه – 2001م / ص: 19.

[2] - حسين صغير: النظرية العامة للقانون / ص 212.

[3] - حسين صغير: المرجع نفسه / ص 212.

[4] - مع أننا نجد أن في مبادئ الشريعة قد يراعى في تشريع الأحكام وبيان وتحديد أنواع من العقود والتصرفات العرف حيث لا يوجد دليل

[5] - محمد السيد عمران: الأسس العامة في القانون / ص 74

ب / دور العرف في القانون المدني الجزائري:

***العرف المكمل للتشريع:**

وهو الذي يلجأ إليه القاضي لتنظيم حالة لم يرد بشأنها نص تشريعي فتكون وظيفة هذا العرف سد ما يكون محل نقص في التشريع[1].والعرف يقوم بهذا الدور بالنسبة لقواعد القانون سواء العام منها أو الخاص[2].وهذه الوظيفة نجدها في كافة القوانين، فيما عدا القانون الجنائي[3]وذلك تطبيقا لمبدأ دستوري ،مفاده: " تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية والشخصية"[4].

وما نص عليه أيضا قانون العقوبات في المادة الأولى منه :" لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".

ومن أمثلة العرف المعمول للتشريع في القانون المدني ما جاء في الأحكام العامة لعقد التأمين وما نصت عليه المادة 620 من القانون المدني:" تنظم القوانين الخاصة عقد التأمين بالإضافة إلى الأحكام التي يتضمنها هذا القانون"

وما جاء في المادة: 623 من نفس القانون:" لا يلزم المؤمن في تعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط أن لا يتجاوز ذلك قيمة التأمين"

فتقدير قيمة التأمين يعود إلى ما هو متعارف عليه بين شركات التأمين.

***العرف المعاون للتشريع:**

وهو الذي يستعين به المشرع لتحقيق أغراض مختلفة يكون العرف بالنسبة لها أكثر ملائمة من التشريع.[5]إذ يلجأ المشرع للعرف لبيان كيفية إعمال بعض المعايير المرنة التي يستخدمها في القاعدة، مثال ذلك: الأحكام العامة لعقد البيع نصت المادة 354 من القانون المدني " يتعين على المشتري في البيع بشرط المذاق أن يقبل المبيع كيفما شاء غير أنه يجب عليه أن يعلن بقبوله في الأجل المحدد بعقد الاتفاق أو العرف ولا ينعقد هذا البيع إلا من يوم هذا الإعلان"

فهذا النوع من البيع يصعب تحديد الأشياء التي يصدق عليها ولهذا يحيل ويستعين المشرع بالعرف لبيانها.

---

[1] - ماجد محمد مجدم: مصادر القانون (مقال بالانترنت على عنوان www.Alwatan News 2007) د ص

[2] - محمد السيد عمران: المرجع السابق (ص 74

[3] - محمد السيد عمران نفس المرجع نفس الصفحة

[4] - المادة 143 من الدستور الجزائري.

[5] - محمد السيد عمران: المرجع السابق ص 75.

وما جاء في المادة 356 من الفقرة الثانية " وإذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية".

وهنا أيضا يصعب على المشرع تحديد مكان السوق الذي يرجع إليه لتحديد السعر فوكله إلى العرف.

ونجد مثالا شبيها فيما يتعلق بالتزامات البائع وفيما قضت به المادة 364 من القانون المدني " إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف..."

فهذا الضرر الذي وقع في البيع يحدد عرفا.

وقد يستعين المشرع بالعرف للتعرف على نية المتعاقدين، مثلا أن يرجئ المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها المتعلقة بالمسائل التفصيلية للعقد إلى العرف وهذا ما بينته المادة 65 من القانون المدني.

ثانيا :أدلة اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية:

الأدلة من القرآن الكريم

قوله تعالى : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾.[1]

وقوله تعالى: ﴿ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾[2].

وقوله تعالى: ﴿ الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[3].

وقوله تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[4].

وقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.[5]

وقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[6]

وقد ورد لفظ المعروف في القرآن الكريم في سبعة وثلاثين موضعا.

---

[1] - سورة الأعراف آية 199

[2] - سورة البقرة آية 178

[3] - سورة البقرة آية 180

[4] - سورة البقرة آية 228

[5] - سورة البقرة آية 233

[6] - سورة البقرة آية 241

وللعادة في نظر الشارع حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقضي به العادة أوالعرف إذا لم يكن هناك نص شرعي مخالف لتلك القاعدة"[1].

ثالثا : ضوابط العمل بالعرف:

-أن يكون العرف مطردا أو غالبا[2]

- أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها[3]

-أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه

-أن لا يعارض نصا شرعيا بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلا له.[4]

رابعا : العرف أمام النصوص الشرعية القانونية:

أ / في الشريعة الإسلامية:

الوجه الأول: أن يخالف العرف الدليل الشرعي من كل وجه، وهو ما يعبر عنه بمصادمة النص، ويلزم من اعتبار العرف ترك النص ..... لا شك في رده وعدم اعتباره، وذلك لسببين[5].

أ- لأنه ليس للعباد حق تغيير النصوص.

ب- ولأن النص أقوى من العرف.

ومن أمثلة مخالفة العرف للنصوص تعارف كثير من الناس على المعاملات الربوية وفوائد البنوك والتختم بالذهب للرجال[6].

الوجه الثاني: أن تكون مخالفة العرف للدليل الشرعي لا من كل وجه وذلك بأن يرد الدليل عاما والعرف خالفه في بعض أفراده، أو كان الدليل قياسا فإن العرف – إذا كان عرفا عاما معتبر[7].

---

[1] - محمد البورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه / ص 276 قد فرق بعض العلماء المحدثين بين العرف والعادة فأطلقوا العادة على ما يشمل عادة الفرد والجماعة وخصصوا العرف بعادة الجماعة حيث عرفوه بأنه " عادة جمهور قوم في قول أو عمل" (ينظر: محمد البورنو: المرجع نفسه / ص 276).

[2] - أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام / ج2 / ص 897.

[3] - أحمد الزرقا: نفس المرجع .

[4] - محمد البورنو: المرجع السابق / ص 282-283.

[5] - محمد البورنو: المرجع السابق / نفس الصفحة.

[6] - محمد البورنو نفس المرجع.

[7] - محمد البورنو: المرجع نفسه / ص: 283.

الوجه الثالث: أن يكون النص الذي جاء بمخالفته مبنيا على العرف والعادة السائدين في زمان نزوله، فإنه يصار إلى العرف والعادة إذا تبدلت بتبدل الزمان[1].

الوجه الرابع: أن يخالف العرف مسائل فقهية لم تثبت بصريح النص بل بالاجتهاد والرأي وكثير منها بناه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في الزمان الذي حدث فيه العرف الجديد لقال بخلاف ما قال أولا. فهذا يعتبر فيه عرف الحادثة ولو خالف حكما سابقا مبنيا على عرف مخالف وهذا مبني على قاعدة:" لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"[2]

الوجهين الثالث والرابع المستند في هذه الأعراف هو المصلحة المرسلة المعتبرة المعقولة في ذاتها، يقر ذوا الخبرة والرأي والاجتهاد بصلاحيتها وجدواها الحاجة الحقيقية الماسة إليها[3].

ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد: إنه لا بد من معرفة عادات الناس.

وكذلك في الإفتاء، قال ابن القيم:" لا يجوز له أن يفتي في الإقرار والأيمان والوصايا وغيرها مما يتعلق باللفظ بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف عرف أهلها والمتكلمين بها فيحملها على ما اعتادوه وإن كان مخالفا لحقائقها الأصلية فمتى لم يفعل ذلك ضل وأضل"[4].

وكثير من الأحكام يختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد[5].

2 / في القانون الوضعي:

أما في القانون الوضعي فالنص التشريعي لا يلغي إلا بنص تشريعي في نفس قوته، وبناء على ذلك إذا وجد نص تشريعي، ولكن اعتاد الناس عدم تطبيقه فليس معنى ذلك أنه قد ألغي بل يظل قائما وملزما ويمكن تطبيقه في أي وقت وهذا هو الرأي الراجح في الفقه، وإن كان هناك اتجاه قوي يقول بسقوط التشريع بعدم الاستعمال على أساس تكوين عرف سلبي مخالف مقتضاه: اضطراد إهمال هذا التشريع في العمل[6].

---

[1] - محمد البورنو: المرجع السابق / ص 283-284 -285

[2] - محمد البرنو نفس المرجع/ نفس الصفحة.

[3] - فتحي الدريني: المناهج الأصولية / ص: 455

[4] - أعلام الموقعين عن رب العالمين: ت: محمد عبد السلام ابراهيم / دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان / ط2 / س ط: 1414ه – 1993م / ج:4 / ص :175.

[5] - محمد البورنو: المرجع السابق / ص :285.

[6] - محمد السيد عمران: الأسس العامة في القانون / ص:76.

بيد أن التشريع نفسه يجيز في بعض الأحوال تطبيق القواعد العرفية المخالفة له وذلك إذا كانت القاعدة التشريعية قاعدة مكملة أما حيث يوجد نص تشريعي أمر فلا يجوز أن ينشأ عرف يقضي بما يخالف هذه القاعدة الآمرة.

فالقاعدة الآمرة كما بينت في الفصل التمهيدي متعلقها النظام العام أما حيث ينتمي العرف إلى فرع من فروع القانون وينتمي النص التشريعي إلى فرع أخر فلا يتقدم هذا النص التشريعي على العرف إذ يكون لكل منهما مجال مختلف في التطبيق ولذلك فإن العرف ينطبق في مجاله والنص التشريعي ينطبق في مجاله ولو كانا متعارضين[1].

ومثلا: كأن يكون العرف في مجال القانون التجاري بينما ينتمي النص التشريعي إلى القانون المدني، فلا يعتبر هذا من قبيل تغليب العرف على التشريع ولكن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجاري والمهني، والسبب في إعمال العرف في هذه الحال أن قواعد التشريع المدني هي قواعد مكملة لقواعد القانون التجاري فيما يتعلق بتنظيم العلاقات التجارية[2].

العرف مصدر مستقل وغير مستقل:

وبيانه أن العرف يعتبره القانون أحد مصادر التشريع، بل إن كثيرا من نصوص القانون وأحكامه الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام إنما هي مترجمة عن العرف الشائع في البلاد.

أما في الإسلام فهو عند التحقيق ليس دليلا شرعيا مستقلا، لأنه مبني في الغالب على مراعاة الضرورة أو الحاجة والمصلحة أو دفع الحرج والمشقة والتيسير في مطالب الشرع[3].

خامسا : علاقة قاعدة العرف بقاعدة دفع الضرر:

يقول الإمام الشاطبي رحمه الله:" العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا، كانت شرعية في أصلها أوغير شرعية، أي سواء كانت مقررة بالدليل شرعا أمرا ونهيا أم لا، أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر، وأما غيرها فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك فالعادة جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة[4] كقوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾.[5]

---

[1] - محمد السيد عمران: المرجع السابق / ص: 77.

[2] - محمد السيد عمران: المرجع نفسه / ص:77.

[3] - د- وهبة الزحيلي: العرف بين الشرع والقانون (مقال بالأنترنيت على عنوان www.balagh.com/mosoa/Fegh/d11e190a.htm)

[4] - الشاطبي: الموافقات /ج: 2 / ص: 218.

[5] - سورة البقرة/ آية :179.

والعوائد لو لم تعتبر لأدى ذلك إلى تكليف مالا يطاق وهو غير جائز أو غير واقع[1].

فالشارع لما جاء باعتبار المصالح قطعا لزم القطع بأنه لا بد من اعتبار العوائد لأنه" لو كان التشريع على وزان واحد دل على جريان المصالح على ذلك لأن أصل التشريع سبب المصالح والتشريع ."[2]

وللعرف دور رئيسي في درء المفاسد والأضرار، ذلك أن كثيرا من الأضرار والمفاسد تتسرب إلى المجتمع، ويظن أنها أمور ليست خطيرة على المجتمع والأمة. كما أن للعرف دورا في إقرار ما فيه مصلحة المجتمع مما ينتشر فيه ويستقر ولا يعارض الشرع بل يؤيده وبالتالي فإن ترك هذه الأعراف يعتبر مفسدة واجب درؤها[3].

والضرورة أو ما في حكمها كالحاجة قد تكون باعثا على تكوين العرف فكثير من الأعراف مبني على أساس من المشقة تستوجب التيسير وعندئذ يكون العرف سببا من أسباب إباحة الفعل أو تغير الحكم لأن في عدم اعتبار العرف حرجا عظيما على الناس وإضرارا بهم.[4]

---

[1] - وهبة الزحيلي: المقال السابق (د ص)

[2] - الشاطبي: الموافقات/ ج2 / ص 219

[3] - مصطفى البقا: المرجع السابق / ص :260.

[4] - وهبة الزحيلي: المقال السابق / د ص.

الفصل الثاني :إزالة الضرر



المبحث الأول:

ضوابط اعتبار الوصف ضار.

المبحث الثاني:

وسائل دفع الضرر.

تمهيد:

قد سبق بيان أن قاعدة دفع الضرر من القواعد المحكمة في شريعة الإسلام وكذا في القانون الوضعي.

ومن مقتضياتها أنها شاملة لكل الموارد التي فيها ضرر في الأبواب المختلفة من فقه المعاملات ولأدلة الأحكام التي تتقيد كلها بلا ضرر.

ومن مقتضياتها أيضا وجوب رفع الضرر وترميم آثاره بعد الوقوع لأن الضرر ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه، وإقرار الظالم ظلمه، حرام وممنوع فيجب إزالته.

وإزالة الضرر هذه إما أن تكون عينا – أي عين الضرر وإما بالضمان إن تعذر إزالة عين الضرر وإما بالعقوبة الحدية أو التعزيرية.

وقبل المضي في تفصيل القول بخصوص هذه الوسائل لا بد من ضبط ما يعتبر ضررا، أو ما يؤدي إلى الإخلال بالمصالح المشروعة.

والمصالح في الشريعة الإسلامية منضبطة ومحدودة من جميع أطرافها مما لا يدع مجالا للاضطراب أو الغموض في فهمها، ومرتبة أنواعها ترتيبا لا يترك أي سبيل للتناقض أو التداخل فيما بينها، ومتفرعة من أصل راسخ متين مستقر ثابت في قلب كل مؤمن صادق، ألا وهو العبودية لله عز وجل أصل يتأسس على مبدأ[1] من قوله:﴿ قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾[2]

---

[1] - سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة / ص :19.

[2] - سورة الأنعام /آية : 167.

المبحث الأول:

ضوابط اعتبار الوصف ضار.

المبحث الأول: ضوابط اعتبار الوصف ضررا.

المطلب الأول: أن يكون الضرر محققا.

الفرع الأول : اعتبار هذا الضابط في الشريعة.

فالشريعة لا تعتبر إلا الضرر المحقق وهو ما يكون قد وقع بالفعل أو أنه سيقع حتما وهو ما يسمى بالضرر المستقبل[1]، وهذا ما سبق بيانه في الفصل الأول.

ولا "يقصد بالضرر المحقق: الضرر الحال فحسب، بل يقصد به الضرر الذي قام سببه وإن تراخت آثاره."[2].

وهذا ما يقودنا حتما إلى مسألة اعتبار المآل في الوصف الذي به تضبط التصرفات.

والمآل هو ميزان ومعيار يتحدد به الضرر ويتعين ولبيان هذا الميزان لا بد من معرفة حقيقته وأدلة اعتباره.

حقيقة اعتبار المآل.

المآل لغة: المآل من آل الشيء يؤول : أي: رجع.[3]

المآل اصطلاحا: هو النظر فيما تؤول إليه الأفعال والتصرفات والتكاليف موضوع الاجتهاد والإفتاء والتوجيه.[4]

وبعبارة أخرى"هو نظر المجتهد في مقدمات الأعمال ونتائجها وفي الأسباب المؤدية إليها."[5]

أي أن المجتهد حين يجتهد ويحكم ويفتي عليه أن يقدر مآلات الأفعال التي هي محل إفتائه وحكمه وأن يقدر عواقب هذا الحكم وهذا الإفتاء وأن لا يعتبر أن مهمته تنحصر في إعطاء الحكم الشرعي بل مهمته أن يحكم في الفعل وهو يستحضر مآله أو مآلاته، وأن يصدر الحكم وهو ناظر إلى آثاره...فإذا لم يفعل فهو إما قاصر عن درجة الاجتهاد أو مقصر فيها."[6] والشارع الحكيم إنما يطلب الفعل ليترتب عليه ثمرته ومصلحته وينهى عن الفعل ليترتب على ذلك دفع مفسدة حتى إذا كان الفعل المطلوب

---

[1] - أحمد موافي : الضرر في الفقه الإسلامي / ج :2 / ص : 721.

[2] - أحمد موافي: نفس المرجع /ج :2/ ص : 721.

[3] - ابن منظور: لسان العرب / ج :1 / ص : 135.

[4] - الريسوني ومحمد جمال باروت: الاجتهاد الواقع – النص – المصلحة/ص:67.

[5] - عبد الله الهلالي: قاعدة لا ضرر / ج :1 / ص : 433.

[6] - أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي / الدار العالمية للكتاب الإسلامي / الرياض /ط: الرابعة / س ط :1995م / ص : 381.

أو المنهي عنه يترتب عليه بعض الأحيان مفسدة تناقض المصلحة المطلوبة منه، ينقلب أمره ويكون المطلوب منهيا والمنهي عنه مطلوبا.[1]

كماأنه لا بد للمكلف من النظر في مآل الفعل لئلا يفضي العمل به إلى مفسدة أو ضرر راجح و" ليس هذا إلا لأن النظر في مآلات الأفعال مقصود معتبر شرعا."[2]

ومن أدلة اعتبار المآل: الاستقراء ودليل العقل.

أولا: الاستقراء.

وذلك يستفاد من النصوص التي دلت على اعتبار أصل المآل:

أ- القرآن الكريم:

قوله عز وجل:﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ.﴾[3]

وقوله تعالى:﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ.﴾[4]

وقوله جل وعلا:﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ.﴾[5]

وقوله:﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ.﴾[6]

ووجه الدلالة : أن البارئ عز وجل رتب حكم ومصالح على أعمال المكلفين ومآلات ما أمرهم به وما نهاهم عنه.

فشرع القصاص لبقاء المهج وصونها لأنه إذا علم القاتل أنه يقتل إن كف عن صنيعه فإن في ذلك حياة للنفوس، وفي الكتب المتقدمة: القتل أنفى للقتل فجاءت هذه العبارة في القرآن الكريم أفصح وأبلغ وأوجز[7] ﴿" وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ.﴾[8].

---

[1] - حسين حامد حسان: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي / مكتبة المتبني – القاهرة – مصر / د ط / س ط : 1981م / ص :196.

[2] - الشاطبي: الموافقات: ج :4 / ص :140.

[3] - سورة البقرة/ آية : 21.

[4] - سورة البقرة/ آية : 183.

[5] - سورة الأنعام/ آية : 108.

[6] - سورة البقرة/ آية :179.

[7] - إسماعيل بن كثير: تفسير القرآن العظيم – تقديم عبد القادر الأرناؤوط / دار السلام – الرباط / ط الأولى / س ط : 1994م/ م: 1 / ص : 286.

[8] - سورة البقرة/ آية : 179.

ب- من السنة:

امتناع الرسول صلى الله عليه وسلم عن قتل المنافقين حيث قال صلى الله عليه وسلم : جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: كُنَّا فِي غَزَاةٍ قَالَ سُفْيَانُ مَرَّةً: فِي جَيْشٍ، فَكَسَعَ رَجُلٌ مِنْ الْمُهَاجِرِينَ رَجُلًا مِنْ الْأَنْصَارِ. فَقَالَ الْأَنْصَارِيُّ: يَا لَلْأَنْصَارِ وَقَالَ الْمُهَاجِرِيُّ: يَا لَلْمُهَاجِرِينَ. فَسَمِعَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ:" مَا بَالُ دَعْوَى الْجَاهِلِيَّةِ ؟" قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ كَسَعَ رَجُلٌ مِنْ الْمُهَاجِرِينَ رَجُلًا مِنْ الْأَنْصَارِ فَقَالَ:" دَعُوهَا فَإِنَّهَا مُنْتِنَةٌ." فَسَمِعَ بِذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أُبَيٍّ فَقَالَ: فَعَلُوهَا أَمَا وَاللَّهِ لَئِنْ رَجَعْنَا إِلَى الْمَدِينَةِ لَيُخْرِجَنَّ الْأَعَزُّ مِنْهَا الْأَذَلَّ . فَبَلَغَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَامَ عُمَرُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ دَعْنِي أَضْرِبْ عُنُقَ هَذَا الْمُنَافِقِ. فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:" دَعْهُ لَا يَتَحَدَّثُ النَّاسُ أَنَّ مُحَمَّدًا يَقْتُلُ أَصْحَابَهُ."[1]

وجه الدلالة: أن المنافقين يبطنون الكفر ويسعون ضد الإسلام إضرارا وفتنة فقتلهم درءا لمفسدتهم، و لكن في ذلك مفسدة أشد هي ابتعاد مريدي الإسلام عنه، وهي أشد على الإسلام من درء مفسدة المنافقين.[2]

تخلي النبي صلى الله عليه وسلم عن إعادة بناء البيت الحرام حتى لا يثير بلبلة بين العرب وكثير منهم حديثوا عهد بالإسلام، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَهَا:" يَا عَائِشَةُ لَوْلَا أَنَّ قَوْمَكِ حَدِيثُ عَهْدٍ بِجَاهِلِيَّةٍ لَأَمَرْتُ بِالْبَيْتِ فَهُدِمَ فَأَدْخَلْتُ فِيهِ مَا أُخْرِجَ مِنْهُ وَأَلْزَقْتُهُ بِالْأَرْضِ وَجَعَلْتُ لَهُ بَابَيْنِ بَابًا شَرْقِيًّا وَبَابًا غَرْبِيًّا فَبَلَغْتُ بِهِ أَسَاسَ إِبْرَاهِيمَ."[3]

ولما كان يفضي فعله صلى الله عليه وسلم إلى اعتقاد العرب أن النبي صلى الله عليه وسلم يهدم المقدسات ويغير معالمها امتنع عن إعادة بناء الكعبة.[4]

---

[1] - رواه البخاري (205/3) برقم (4954) كتاب التفسير. باب: سواء عليهم ... و مسلم (19/18) برقم (7646) كتاب البر و صلة الرحم باب: نصر الأخ ظالما أو مظلوما. و الترمذي ص: 524 برقم (3312) كتاب التفسير. باب: سورة المنافقون. وقال : هذا حديث حسن صحيح . و أحمد في مسنده (3/338-385) كلهم عن عمرو بن دينار عن جابر مرفوعا.

[2] - مصطفى البغا: درء المفسدة / ص : 263.

[3] - رواه مالك في الموطأ ص: 238 كتاب الحج. باب: ما جاء في بناء الكعبة. والبخاري (180/2) برقم (1611) كتاب الحج. باب: فضل مكة و بنيانها. و مسلم (97/4) برقم (3307) كتاب الحج. باب: نقض الكعبة و بنائها و ابن خزيمة في صحيحه برقم (2742) و النسائي (215/5) برقم (2915) كتاب المناسك. باب: بناء الكعبة. كلهم عن مالك عن ابن شهاب عن سالم عن عبد الله بن محمد عن عن عبد الله ابن عمر عن عائشة مرفوعا

[4] - الريسوني: المرجع السابق / ص :382.

قول النبي صلى الله عليه وسلم في حادثة الأعرابي الذي بال في المسجد عن أبي هريرة قال رسول الله عليه وسلم "دعوه لا تزرموه."[1]

فإن نهي الصحابة للأعرابي عن الاستمرار في البول فيه تقليل النجاسة وهو مصلحة، وفيه أيضا ضرر يصيب بسبب قطع البول وهو مفسدة عظيمة، فلذا نهاهم الرسول صلى الله عليه وسلم أن يقطعوا بوله فالأصل النهي لكن نظرا لمآل الفعل وهو المفسدة الراجحة أجيز[2].

ثالثا: دليل العقل

أن التكاليف كلها مبنية على الأسباب المعتادة من غير أن تكون الأسباب جالبة للمصالح بأنفسها ولا دارئة للمفاسد بأنفسها بل الأسباب في الحقيقة مواقيت للأحكام ولمصالح الأحكام[3] فلا بد من النظر إلى النتائج المترتبة على هذه التكاليف من حيث أداؤها إلى المصالح أو المفاسد لأن للشارع قصدا في الأسباب والمسببات فلا بد من اعتبار ذلك[4].

إن الشريعة قد وضعت التصرفات للمصالح المتوقعة منها وللمفاسد المدفوعة بها، فإذا كان للعمل مآل ممنوع شرعا، خلاف ما قصده الشارع لم يكن هذا الفعل محققا لمقصد الشارع في درء المفسدة وجلب المصلحة وإذا لم يعتبر ذلك أدى إلى إقرار التصرف وإن كان له مآل ممنوع ومناف للمقصود منه فهو مما تبطله الشريعة[5].

إن فعل المكلف قد يكون مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة فيه تدرأ ولكن بالنظر إلى مآله نجده على خلاف ما قصد فيه فالحكم بالمشروعية على فعل من الأفعال مقترن بتحقيق هذا الفعل للمصلحة التي قصد بها تحقيقها.[6]

---

[1] - أخرجه البخاري / كتاب الوضوء – باب ترك النبي والناس الأعرابي حتى فرغ من بوله في المسجد رقم الحديث 219.

[2] - محمد النور زين العابدين: رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية / دار البحوث للدراسات الإسلامية – دبي – الإمارات / ط:1/ س ط: 1425ه -2004م/ ج :2 /ص : 208.

[3] - العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام / ص :21.

[4] - مصطفى البغا: درء المفسدة / ص : 262.

[5] - مصطفى البغا: المرجع نفسه / ص : 262-263.

[6] - الجيلاني المريني : القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي من خلال كتابه الموافقات / دار ابن عفان – القاهرة- مصر / ط :1 /س ط :1423ه-2002م / ص :276.

النظر في المآل يقيد التصرفات:

من تتبع ضوابط المشروعات في الشريعة الإسلامية وجد أن الحكم بالإذن في الأفعال يدور مع غلبة المصلحة وما تشتمل عليه من مفسدة[1].

وأصل النظر في مآل الفعل: أن يعمل المكلف فيما هو سبيله من استعمال حق أو إباحة على تحقيق المواءمة بين ما يقتضيه الواقع وما تقتضيه مقاصد التشريع بحيث لا تقع المناقضة بينهما فالأفعال محكومة بنتائجها لأن النظر في مآلاتها مقصود معتبر شرعا ولايمكن أن يكون للتصرفات مآلات مضادة لمقصود الشارع فيها[2].

فالفاعل إذا قصد بفعل ما مقصدا مخالفا لمقصد الشارع عُلِمَ من ذلك أن هذا الفعل سيؤول إلى مآل فاسد، ذلك أن ما كان القصد فيه مخالفة الشارع فإن مآله الوقوع في المفاسد[3] لأن القصد الغير شرعي هادم للقصد الشرعي[4] " ومن ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل"[5].

استدل الإمام الشاطبي على بطلان العمل المتناقض بعدة وجوه:

الوجه الأول: المكلف إذا قصد عين ما قصده الشارع بالإذن فقد قصد وجه المصلحة على أتم صورها فهو جدير بأن تحصل له وإن قصد غير ما قصده الشارع وذلك إنما يكون في الغالب لتوهم أن المصلحة فيما قصد، لأن العاقل لا يقصد وجه المفسدة – فقد جعل ما قصد الشارع مهمل الاعتبار، وما أهمل الشارع مقصودا معتبرا وذلك مضادة للشريعة ظاهرة.[6]

الوجه الثاني: إن اعتبار ما يراه الشارع حسنا فهو عند هذا القاصد ليس بحسن، وما لم يره الشارع حسنا فهو عنده حسن وهذه مضادة أيضا[7].

---

[1] – فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تفسيره / ص : 125.

[2] – فتحي الدريني: نظرية التعسف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي / مؤسسة الرسالة – بيروت – لبنان / ط :2 / س ط: 1988م/ ص : 13.

[3] – عبد المجيد النجار: فقه التطبيق لأحكام الشريعة عند الشاطبي: مجلة الموافقات المعهد العالي لأصول الدين – الخروبة – الجزائر / ع: 1 /ت: 1412ه-1992م / ص :289.

[4] – الشاطبي: الموافقات / ج :2 / ص : 292.

[5] – الشاطبي: المرجع نفسه /ج :2/ ص :252.

[6] – الشاطبي: المرجع نفسه / ج :2/ ص : 253.

[7] – الشاطبي: المرجع نفسه /ج :2/ ص : 253.

الوجه الثالث: أن الله تعالى يقول:﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا.﴾[1] وقال عمر بن عبد العزيز: " سن رسول الله صلى الله عليه وسلم وولاة الأمر من بعده سننا الأخذ بها تصديق لكتاب الله، واستكمال لطاعة الله وقوة على دين الله، من عمل بها مهتد ومن استنصر بها منصور، ومن خالفها اتبع غير سبيل المؤمنين "﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾[2]

فالأخذ بخلاف مأخذ الشارع من حيث القصد إلى تحصيل المصلحة أو دفع الضرر مشاقة ظاهرة[3].

وإن وجد لفعل المكلف مآلان متعارضان **فما حكم هذا الفعل؟**

على اعتبار أن:

المآل الأول: هو المصلحة التي شرع من أجلها الفعل فكان مأمورا به أو مأذونا فيه لذلك.

المآل الثاني:هو المفسدة التي تلزم عن ذلك الفعل في العادة وهي مساوية لتلك المصلحة أو راجحة عليها، فهل يبقى الفعل على أصل المشروعية بقطع النظر عن هذا المآل أو يصبح غير مشروع بالنظر إلى هذه المفسدة اللازمة عنه عادة؟

" ذهب الأصوليون بالإجماع إلى أن هذا الفعل يصبح غير مشروع بالنظر إلى هذا المآل"[4].

يقول الإمام الشاطبي :" توخيه – أي المكلف – الفعل على ذلك الوجه، لا بد فيه من أحد أمرين:

- إما تقصير في النظر المأمور به وذلك ممنوع.
- وإما قصد إلى نفس الإضرار وهو ممنوع أيضا".

فيلزم أن يكون ممنوعا من ذلك الفعل، لكن إذا فعله فيعد متعديا بفعله، ويضمن ضمان المتعدي على الجملة وينظر من الضمان بحسب النفوس والأموال على ما يليق بكل نازلة"[5].

---

[1] - سورة النساء/ آية :115.

[2] - سورة النساء/ آية :115.

[3] - الشاطبي: المرجع نفسه / ج :2/ ص : 253.

[4] - الذريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده / ص : 122.

[5] - الموافقات / ج2/ ص 271.

ودليل عدم اعتبار أن المفسدة والمصلحة اللازمتين للفعل لهما وجهان:"

الوجه الأول: إذا كانت المفسدة راجحة، فإن المقرر شرعا وعقلا أنه لا عبرة للمرجوح مع وجود الراجح وعلى هذا فلا يشرع الحكم عند وجود المفسدة الراجحة[1] لأن " حقيقة الخير ما زاد نفعه على ضره، وحقيقة الشر ما زاد ضره على نفعه" وهذا ما بينه ابن العربي رحمه الله تعالى في تفسير قوله عز وجل﴿ وَتَحْسَبُونَهُ هَيِّنًا وَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ.﴾[2].

ودليل اعتبار هذا الوجه:

قوله تعالى:﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾[3].

فحرمهما الله سبحانه حين غلبت المفسدة على ما فيهما من المنافع إذ لا نسبة لما فيهما من المنفعة إلى ما يلزمهما من المفاسد الظاهرة[4].

قال العز – رحمه الله تعالى: " أما منفعة الخمر فبالتجارة ونحوها، وأما منفعة الميسر فيما يأخذه القامر من المقمور، وأما مفسدة الخمر فبإزالتها العقول، وما تحدثه من العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وأما مفسدة القمار فبإيقاع العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وهذه مفاسد عظيمة لا نسبة للمنافع المذكورة إليها"[5].

فالخبير بسر التشريع يدرك ذلك بغلبة الإثم على النفع[6] وهذا الإثم متعلق بحفظ العقول والنفع متعلق بحفظ الأموال ولا قيمة لحفظ الأموال إن عارض ما يكون به حفظ العقول، لذا أهدر ما هو في ظاهره نفع ترجيحا للإثم الكبير المستتبع له[7].

الوجه الثاني: إذا كانت المفسدة مساوية لتلك المصلحة.

---

[1] - الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده / ص : 124.

[2] - سورة النور/ آية : 15.

[3] - سورة البقرة / آية :219.

[4] - قندوز محمد الماحي: قواعد المصلحة والمفسدة عند شهاب الدين القرافي دار ابن حزم – بيروت – لبنان /ط :1 / س ط: 1427ه -2006م/ (نقلا عن خليل بن كليلدي: المجموع المذهب في قواعد المذهب/ ت.محمد الشريف / وزارة الأوقاف الكويتية /ط :1 / س ط: 1414ه – 1994م / ج :2 /ص : 388) ص : 218.

[5] - قواعد الأحكام / ص : 98.

[6] - فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده/ ص : 125.

[7] - رمضان البوطي: ضوابط المصلحة / ص : 227.

فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة تعمل قاعدة: درء المفاسد أولى من جلب المصالح، فدفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة[1].

من أدلة هذه القاعدة:

- قوله تعالى:﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾[2]، ففي سب آلهة الكفار مصلحة، وهي تحقير دينهم وإهانتهم لشركهم بالله سبحانه، ولكن اقتضى ذلك مفسدة وهي مقابلتهم السب بسب الله عز وجل فنهى الله سبحانه وتعالى عن سبهم درءا لهذه المفسدة[3]وسدا لهذه الذريعة[4] ،وسب الأصنام مضبوط بمن يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى – حينئذ[5]

وقوله صلى الله عليه وسلم: دَعُونِي مَا تَرَكْتُكُمْ إِنَّمَا هَلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ بِسُؤَالِهِمْ وَاخْتِلَافِهِمْ عَلَى أَنْبِيَائِهِمْ فَإِذَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَاجْتَنِبُوهُ وَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ. "[6]

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن الشارع الحكيم قد أولى عناية فائقة بدرء المفاسد والاحتراز عنها قبل وقوعها ونجد في هذا الحديث اعتناؤه باجتناب المنهيات بوجه القطع والحسم دون المأمورات فقد ربطها بالاستطاعة، ولهذا جاء ترك الواجبات لأدنى مشقة بينما لم يتسامح في فعل الكبائر أو الإقدام عليها مطلقا[7]

ومثل هذه القاعدة قاعدة:إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع.

---

[1] - إلا أن الإمام الطوفي يرى أنه إذا تعارضت مصلحة ومفسدة واستويا في ذلك أن يلجأ إلى الاختيار أو القرعة). ينظر: الإمام الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة/ ت: أحمد عبد الرحيم السايح / الدار المصرية اللبنانية – مصر / ط :1 / س ط :1413 -1993م / ص : 46.

[2] - سورة الأنعام/ آية:108.

[3] - البورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية / ص : 265.

[4] - سد الذريعة معناه:" حسم مادة وسائل الفساد دفعا له، فمتى كان الفعل السالم من المفسدة وسيلة إلى المفسدة، منعنا من ذلك الفعل وهو مذهب مالك رحمه الله" ينظر: القرافي: تنقيح الفصول في علم الأصول ت: توفيق عقون / دار البلاغ – الجزائر/ ط : 1/ س ط: 1424ه – 2003م- / ص : 113 .

[5] - حوالف عكاشة – الأخضري: مختصر تنقيح الفصول لشهاب الدين القرافي / مكتبة الرشاد للطباعة والنشر – الجزائر/ ط:1/ س ط: 1426ه-2005م / ص : 36.

[6] - رواه البخاري (203/4) كتاب الاعتصام. باب: الاقتداء بسنن الرسول صلى الله عليه و سلم. ومسلم (50/4) كتاب الفضائل. باب: توقيره صلى الله عليه و سلم. و ابن حبان في صحيحه (2 /63) كتاب: باب: و أحمد في مسنده (313/2) كلهم عن عبد الرزاق عن همام بن منبه عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعا. و اللفظ للبخاري

[7] - مصطفى البغا: درء المفسدة / ص : 292.

والمراد بالمانع هنا: المفسدة.

والمقتضى: الأمر الطالب للفعل لتضمنه المصلحة، فوجود المانع يمنع من الفعل[1].

وهذا من باب تغليب جانب الحرمة على جانب الحل بناء على القاعدة القائلة :" إذا اجتمع الحلال والحرام أو المباح والمحرم غلب المحرم" لأن في تغليب جانب الحرمة درء مفسدة وتقديم المانع ومن ثم إذا تعارض دليل يقتضي التحريم وأخر يقتضي الإباحة قدم دليل التحريم في الأصح تغليبا للتحريم و درءا للمفسدة[2].

وللمفاسد سريانا وتوسعا كالوباء والحريق، فمن الحكمة والحزم القضاء على مهدها، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها، ومن ثم كان حرص الشارع على منع المنهيات أقوى من حرصه على تحقيق المأمورات.

قال صاحب اليواقيت الثمينة:

درء المفاسد مقدم على**** جلب المصالح لذاك قوّلا
في غسله ثالثة وصوم**** عرفة مع شكه في اليوم
أهو عيد أم تلك رابعة **** كره ورجّح على النّدب اسمه
في مثل إعطاء زكاة مالك**** إلى قريب ليس في عيالك
وليس الإنفاق عليه لازما **** لك وكره مالك قد علما
قراءة السجدة في الفرض لما**** يحذر من تشويشه قد انتمى
للشافعي خلافه وقد ظهر**** لما روى من خبر فيه اشتهر
والإنفراد بالتراويح إذا **** أدى إلى التعطيل أو شبه كذا
نهي عن إفراد صوم يوم الجمعة**** حذر ما ينشأ من شين معه
كالسبت مع جوازه لمالك**** إذ لم يصله خبر بذلك
لكن به كره ترك العمل **** وأمر بستة شوال جلي[3].

التحقيق في معنى إهمال المصلحة المرجوحة:

---

[1] - البورنو: المرجع السلبق / ص : 266.

[2] - البورنو: المرجع نفسه / ص : 266.

[3] -محمد ابن أبي القاسم السجلماسي: شرح اليواقيت الثمينة/ فيما انتهى لعالم المدينة ت :عبد الباقي بدوي / مكتبة الرشد- الرياض- المملكة العربية/ ط:1/ س ط:1425ه-2004م/ج :1 /ص : 196.

المصلحة المرجوحة لا تخلو من إحدى **ثلاثة أقسام:**

القسم الأول:

إما أن تكون من قبيل المشروعات العامة التي لا تخضع لصفة الصحة والبطلان كعموم المباحات والاستمتاع بالطيبات[1]، فهي مصلحة مأذون فيها[2].

ومعنى إهمال هذه المصلحة، سلب المشروعية لأن مشروعية مثل هذه المصالح متوقفة على كونها كذلك، فإذا عورضت بمصلحة أهم منها كان في الأخذ بها فوات الأهم وذلك نوع من المفسدة فقد المستند الذي لأجله كانت مشروعة وهو الصلاح فيصبح حكمها في هذه الحالة حكم المفاسد[3].

مثاله: التنزه في مكان جميل تشيع فيه المنكرات لا يستطاع إنكارها، فهذه المصلحة المشروعة في الأصل تنقلب مفسدة لا تستلزمها تفويت ما هو أهم وهو السكوت عن المنكر مع رؤيته، فالإهمال هنا هو سلب المشروعية[4].

القسم الثاني:

ما يتعرض له التشريع بالتأكيد[5]، فتكون مشروعيته بدليل خاص تخضع بموجبه لصفة الصحة والبطلان، وكانت المفسدة اللازمة لها داخلة مع المصلحة في كون واحد بحيث لا تقبل الانفكاك عنها في ذلك المناط، فإن معنى الإهمال فيه هو البطلان، لأن الفساد حينئذ متلبس بنفس ماهية ما ظُنَ كونه مصلحة، ولا شك أنها ليست هي التي تعلق بها طلب الشارع[6].

مثالها، مصلحة البيع إن تلبست بماهية مفسدة الربا كبيع الذهب بمثله متفاضلين وهي من المصالح التي اعتبرها الشارع بوجه خاص تخضع بموجبه لحكم الصحة والبطلان، فمرجوحية البيع ههنا معناها البطلان لأن ما استلزمه من مفسدة الربا ليس مكونا من غير حقيقة هذا البيع[7].

---

[1] - البوطي: المرجع السابق / ص : 232.

[2] - الشاطبي: الموافقات في أصول الفقه / شرح عبد الله دراز – فهارس: عبد الشافي محمد / دار الكتب العلمية – بيروت- لبنان- / ط :1 /س ط :1425ه-2004م /ص : 233.

[3] - البوطي: المرجع نفسه / ص : 232.

[4] - البوطي: المرجع نفسه / ص:232-233.

[5] - الطاهر بن عاشور: المرجع السابق / ص : 73.

[6] - البوطي: المرجع نفسه / ص : 232-233.

[7] - البوطي: المرجع نفسه /ص : 233.

القسم الثالث:

ما يتعرض له التشريع بالتأكيد[1] وتكون مشروعيته بدليل خاص تخضع بموجبه لصفة الصحة والبطلان وكانت المفسدة اللازمة مع المصلحة غيرداخلة معها في كون واحد.

وإنما اجتمعت معها في هذا المناط بفعل المكلف مع إمكان الانفكاك بينهما، فمعنى المرجوحية حينئذ هو مجرد الحرمة مع نفاذ الصحة ولا تعارض في ذلك لأن الحرمة بسببها المفسدة المستقلة بذاتها، والصحة سببها وجود ماهية المصلحة المشروعة كما هي مطلوبة وإنما اجتمعا في مناط واحد بسبب محض عمل المكلف في الجمع بينهما[2].

والحاصل أن التصرف الذي تعتبره الشريعة ضررا فتمنع منه هو ما يكون أداؤه إلى الإخلال بالمصلحة محققا في الحال , أو في المستقبل لا أنه ما يخل بالمصلحة على وجه التوهم أو أن تكون هذه المصلحة مرجوحة بالنسبة إلى الضرر المحقق الراجح.

الفرع الثاني: مدى اعتبار ضابط أن يكون الضرر محققا في القانون.

قد سبق بيان مفهوم الضرر المحقق في القانون، إذيجب لقيام المسئولية أن يكون حالا (Réalisé ou actuel) قد وقع فعلا والمقصود بهذا أن لا يكون افتراضيا وأن لا يكون احتماليا (Eventuel) كأن يكون المضرور قد مات. ويمكن أن يكون وقوع الضرر في المستقبل (Dommage Futur) أي لم يقع في الحال ولكنه محقق الوقوع في المستقبل كإصابة العامل بما يؤكد عجزه في المستقبل عن العمل[3].

وعنصر التحقق في الضرر لا يعد شرطا لقيام المسئولية فحسب بل يعد شرطا أساسيا من شروط رفع الدعوى أمام المحاكم والمجالس القضائية وهو ما يعبر عنه بشرط المصلحة في قبول الدعوى.

شروط المصلحة في قبول الدعوى:

مفهوم الدعوى:

الدعوى لغة[4]:

من الدعاء وهو الطلب.

---

[1] - الطاهر بن عاشور: المرجع السابق /ص : 73.

[2] - البوطي: المرجع نفسه / ص: 234.

[3] - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام /ج:2 / ص: 158.

[4] - مصطفى سانو: معجم مصطلحات أصول الفقه / ص :201.* تعرف الدعوى في إصطلاح فقهاء الشريعة أنها: " طلب إنسان حق على غيره لدى الحاكم" (ينظر : علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام / ج12 المادة 1613).

الدعوى اصطلاحا:

انقسم فقهاء القانون في تعريف الدعوى بين عدة نظريات هي:

- النظرية الذاتية.
- النظرية الموضوعية.
- النظرية التوفيقية.

1- النظرية الذاتية:

الدعوى حسب النظرية الذاتية ليست سوى الحق في حالة حركية فهذه النظرية تخلط بين الحق والدعوى وهو ما أدى إلى رواج فكرة لا دعوى دون حق[1].

2 – النظرية الموضوعية:

وهذه النظرية تنفي وجود أي علاقة بين الحق والدعوى وتعتبر أن الدعوى وسيلة قانونية لضمان احترام القانون[2].

3 – النظرية التوفيقية:

ذهبت النظرية التوفيقية نحو إعطاء مفهوم حديث للدعوى وتعريفها بأنها القدرة الممنوحة للخواص للتوجه إلى القضاء للحصول على احترام حقوقهم المشروعة[3].

العلاقة بين المفهوم اللغوي والاصطلاحي:

يظهر أن المعنى أعم مطلقا من المفهوم الاصطلاحي.

والدعوى كسلطة قانونية والتي تخول للأفراد الالتجاء إلى القضاء تبقى مجرد حق افتراضي دون أية فعالية محسوسة طالما أن صاحبها لم يستعملها عن طريق التقدم بمطالبة قضائية وإذا ما أراد صاحب الدعوى استعمالها فإن قبولها يتوقف على توفر بعض الشروط[4].

---

[1] - محمود داوود يعقوب: ملكية الخصوم للدعوى في قانون المرافعات التونسي / مقال بالانترنيت على عنوان: (www.alnazaha.net/ar/node/2647)/ دص.

[2] - محمود داوود يعقوب: المقال نفسه / دص.

[3] - محمود داوود يعقوب: المقال نفسه / د ص.

[4] - حلمي محمد النجار: القانون القضائي الخاص / ط:3/ س ط: 1416ه -1996م/ ج:1/ ص:50.

من بين هذه الشروط شرط المصلحة [1]في الدعوى القضائية وهذه المصلحة هي الأخرى لا بد في قبولها من توافر عدد من الشروط وهي:

- أن تكون المصلحة قانونية.
- أن تكون المصلحة قائمة.

والذي يهمنا في هذا المبحث أن تكون المصلحة قائمة محققة فيشترط لقبول الدعوى أن تكون فيها المصلحة قائمة بمعنى أن يكون الحق الذي يطالب المدعي بحمايته قد اعتدى عليه بالفعل أو أن يكون الضرر الذي يسعى رافع الدعوى إلى دفعه أو إصلاحه قد وقع بالفعل ويسهل على المدعي أن يثبته أمام القاضي[2].

وذلك كأن يمتنع مدين عن الوفاء بدينه الذي حل أجله فتقبل دعوى المطالبة بهذا الدين أما قبل حلول الأجل فلا يمكن قبول دعوى الدائن لأن المصلحة فيها ليست قائمة ولو كان الدائن يتوقع امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه عند حلول أجله.

والقول بالقاعدة العامة وهي اشتراط المصلحة القائمة يؤدي إلى عدم قبول الدعوى إذا كانت المصلحة فيها محتملة ومع ذلك فإن المشرع نص على قبول بعض الدعاوى التي تكون فيها المصلحة محتملة أي أن الاعتداء على حق رافع الدعوى أو على مركزه القانوني لم يقع بعد ولكنه محتمل الوقوع أو متوقع حصوله وهذا استثناء يرد على هذه القاعدة العامة[3].

---

[1] - يقصد بالمصلحة هنا , الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى إذا حكم له بطلباته . وإن لم تكن فائدة من رفع الدعوى على رافعها فلا تقبل دعواه ولذلك قيل إن المصلحة شرط لقبول الدعوى فحيث لا مصلحة فلا دعوى . لأن المصلحة مناط الدعوى .وأساس هذه القاعدة هو تنزيه ساحات القضاء عن الإشتغال بدعاوى لا فائدة عملية منها . اذأن مثل هذه الدعاوى غير منتجة أو كيدية و لم تنشأ المحاكم لمثل هذه الدعاوى.(ينظر: مجلة الحقوق/ مجدلس النشر العلمي-جامعة الكويت/ ع :4 /س :25-1422ه-2001م/ عنوان العدد : شرط المصلحة في دعاوى القانون العام / للدكتور عادل الطبطبائي / ص :15).

[2] - عادل الطبطبائي: المقال نفسه /ص: 16 وينظر: قرار المحكمة العليا رقم 116228 بتاريخ 22-11 -1994م / منشور بالمجلة القضائية/ ع : 3/ س : 1994م).

[3] - عادل الطبطبائي: المقال نفسه /ص:17. وينظر: الغوثي بن ملحة: القانون القضائي الجزائري / الديوان الوطني للأشغال /ط:2 / س ط: 2000م/ص: 234 وينظر: محمد أحمد عابدين: الدعوى المدنية في مرحلتيها الابتدائية والانتهائية منشأة الإسكندرية/ د ط/ د س ط/ ص: 271.

بمعنى أن هناك دعاوى لا يشترط في رفعها وجود مصلحة قائمة وحالة مثل الدعاوى الوقائية والتي تخص بإجراءات التحقيق الوقائية ويقصد بها تفادي ضرر أو أضرار قد تهدد مراكز قانونية حتى ولو لم تتحقق وإنما هي محتملة الوقوع[1].

ومن الحالات التي نص عليها المشرع الجزائري ما ورد في نص المادتين 172-173 من القانون الإجراءات المدنية وذلك في التدابيرالإستعجالية مثال دفع وقف الأعمال الجديدة فهي دعوى وقائية ترمي إلى دفع ضرر مستقبل فيدفع كل من شرع في عمل لو تم لأصبح تعرضا لحيازة الغير فالمصلحة في هذه الدعوى محتملة[2].

وهناك دعاوى مستقبلية نص عليها المشرع الجزائري في المادة 377 من قانون الإجراءات المدنية وهي الدعاوى التي ترفع لقصد إجراء تحقيق لإثبات حالة معينة ليحتج بها في نزاع مستقبلي[3].

ومثاله:" دعوى يرفعها الدائن على المدين لإثبات توقيعه حتى يدفع بذلك كل نزاع في المستقبل.

ومن الدعاوى تلك المتعلقة بالحجز التحفظي (la saisie conservatoire) وهي دعوى خاصة بإجراء وقائي يلجأ إليه الدائن عند الضرورة فيستصدر من القاضي أمرا بتوقيعه على منقول مادي مملوك لمدينه حفاظا على حقه في الضمان العام أي الضمان الذي لكل دائن على أموال مدينه وهو لا يستهدف ابتداءا بيع المنقول المحجوز عليه واقتضاء حقه من ثمنه وإنما وضعه تحت يد القضاء لمنع المدين من التصرف فيه وتهريبه إضرارا بالدائن[4].

وتنص المادة 345 من قانون الإجراءات المدنية على أن الحجز التحفظي لا يصدر إلا في حالة الضرورة ويستصدر الأمر به في ذيل عريضة والأثر الوحيد للحجز التحفظي هومنع هذا المدين من التصرف فيه إضرارا بدائنه[5].

فهو إجراء تحفظي وإن كان يمهد لبيع المنقولات المحجوز عليها.والاحتمال هنا يتعلق بالضرر لا بالمصلحة حيث إنه عند التهديد بالاعتداء على الحق أو المركز القانوني تكون المصلحة قائمة وحالة في إزالة الخشبة أو الخوف من هذا التهديد بالاعتداء إذا كان الغرض من الطلب هو دفع ضرر محدق.

---

[1] - الغوثي بن ملحة: المرجعالسابق / ص: 234.

[2] - الغوثي بن ملحة: المرجع نفسه /ص: 234.

[3] - الغوثي بن ملحة: المرجع نفسه / ص: 234.

[4] - محمد حسنين: طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري / ديوان المطبوعات الجامعية / الجزائر / د ط / س ط: 1982م/ ص :146.

[5] - محمد حسنين: المرجع نفسه / ص :147.

المطلب الثاني: أن يكون الضرر فاحشا.

الضابط الثاني لاعتبار الوصف ضار هو أن يكون إخلاله بالمصلحة بينا أي فاحشا لا يسرا.

الفرع الأول : مدى اعتبار هذا الضابط في الشريعة :

الفحش لغة: كلمة تدل على قبح في شيء وشناعة وكل شيء جاوز قدره فهو فاحش [1]. وقد يكون الفحش بمعنى الزيادة والكثرة [2] ولا يكون الفحش إلا فيما يتكرّه ويقولون الفاحش البخيل[3].

قال الناظم[4]

أرى الموتَ يعتَامُ الكرامَ ويصطفي *** عقيلة مالِ الفاحش المتشدد.

ومعناه في الفقه الإسلامي :

هو مقدار معتبر يحدث به الإخلال بالمصلحة.

فإن كان هذا المقدار من " الكبر والفحش بحيث يصير الإخلال بينا ظاهرا مثله لا يشكل على أهل الخبرة فإنه يكون ذلك ضررا معتبرا يقضي بمنعه وضمان ما تولد عنه. أما إذا كان مقدار الإخلال بالمصلحة يسيرا أي قليلا يشق الاحتراز عنه ومثله يحتمل عادة فإنه لا ينظر إليه على أنه ضرر معتبر ومن ثم فلا يمنع منه"[5].

وهذا الضابط يعد معيارا قرره الفقه الإسلامي لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لا سيما في العلاقات الجوارية ولا شك أن في تنظيمها وتنسيقها رعاية للصالح العام، فحق المالك مقيد في التصرف بملكه قضاءا بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره وهي المضار غير المألوفة[6].

أما الضرر المألوف فلا بد من تحمله والتسامح فيه، إذ لو قيل بمنعه لأدى ذلك إلى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة وذلك يخالف النصوص الواردة في ولاية التصرف في الملك كما أنه مخالف للإجماع والمعقول لعدم استقامة إمكانية استعمال حق الملكية بالإطلاق[7].

---

[1] - محمد هارون: معجم مقاييس اللغة / ج:4 / ص :478.

[2] - ابن منظور: لسان العرب / ج5: / ص: 96.

[3] - محمد هارون: المرجع السابق / ج:4 / ص: 478.

[4] - محمد هارون: المرجع نفسه / ج:4 / ص: 478 وينظر: ابن منظور: لسان العرب / ج:5 / ص: 96.

[5] - أحمد موافي: الضرر في الفقه الإسلامي / ج:2 / ص: 741.

[6] - فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده / ص: 495.

[7] - فتحي الدريني: المرجع السابق / ص :495 .

وإذا كان في استعمال المالك ضررا بغيره وجب أن يوازن بين مصلحته المشروعة التي أرادها والمضرة التي تترتب على استعماله فإن رجحت مصلحة المالك سلم له حقه، وإن رجحت مضرة غيره قيد حقه بما يدفع المضرة[1].

فلو دار الأمر بين تحمل شخص الضرر بعدم التصرف في ملكه وبين الإضرار بآخر بأن يتصرف في ملك نفسه، كحفر بئر في دار يتضرر به الجار فهذه المسألة مقسمة إلى أربعة أقسام.

- الأول: قصد الإضرار فوقع الضرر على الغير.
- الثاني: قصد العبث فوقع الضرر.
- الثالث: قصد المنفعة لنفسه فوقع الضرر على الغير.
- الرابع: قصد دفع الضرر عن نفسه فتضرر غيره.

أما **القسم الأول** فمثاله: استعمال الزوج حقه في المراجعة وقصده الإضرار لا الإمساك بمعروف ومثل قصد الموصي الإضرار بالورثة في وصيته وقصد المريض مرض الموت الإضرار بزوجته في طلاقها.

وحينئذ يحرم هذا الاستعمال ويجب منعه بل إنه يقع باطلا إذا كان قابلا للإبطال في وصية الضرار فإنها لا تمضي قطعا للضرر ودرءا للمفسدة[2].

والقسم الثاني: أقل رتبة من القسم الأول لكنه يلحق به حكما، فيمنع المالك من التصرف في ملكه عبثا فيسبب ضررا للغير، وذلك لشمول قاعدة دفع الضرر.

أما **القسم الثالث:** أي أن يستعمل الإنسان حقه بباعث مشروع على أن يكون مآل هذا الاستعمال حصول ضرر لغيره، وله حالات:

إذا كان مقدار الضرر الحاصل للغير أعظم من المصلحة المحققة لصاحب الملك، فهنا يمنع المالك من التصرف في ملكه.

إذا كان الضرر الحاصل للغير أقل مقدارا من مصلحة صاحب الحق، فلا يمنع من هذا التصرف، قال العز " إن كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصلنا المصلحة مع التزام المفسدة[3].

إذا كان الضرر مقداره مساويا للمصلحة.

---

[1] - علي الخفيف: الملكية الشريعة الإسلامية / ص :119.

[2] - أحمد موافي: الضرر في الفقه الإسلامي / ج2: / ص: 660.

[3] - قواعد الأحكام / ص :98.

فإعمال قاعدة دفع الضرر في هذه الحال يضفي عليها حكما مجملا بالنسبة لصاحب الملك وغيره، فلا يصح التمسك بهذه القاعدة جوازا أو منعا فيصار إلى البراءة الأصلية فالأصل براءة الذمة والله أعلم[1].

والقسم الرابع: يمنع فيه صاحب الحق من التصرف فيه لأن فيه تجويز إضرار الغير لدفع الضرر عن النفس وهو حكم ضروري فهو مرفوع.

وقد يترتب على استعمال المالك لحقه ضررا كثيرا أو قليلا، فيتحمل هنا الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد.

والمتفق عليه عند الفقهاء أن الضرر إذا كان قليلا أو تافها لم يترتب على ذلك تقييد حق المالك في استعمال حقه فالناس مسلطون على أموالهم.

أما إذا كان الضرر فاحشا ترتب على إثر تصرف المالك في حقه على نحو يخل بالمصلحة العامة لحساب الصالح الفردي فهذا انحراف بالحق عن غايته إذ لم يشرع الحق لذلك.

والضرر الفاحش أعم من أن يكون ماديا كالدخان الكثيف والأصوات المقلقة للراحة تلويث مياه البئر بالنجاسات والقاذورات، ومنع الشمس والهواء والنور وغير ذلك من الأضرار المادية التي تعطل الانتفاع بالمنافع، أو معنويا كالإشراف على مقر النساء في الدار المجاورة[2].

عرض لمدى أخذ المذاهب الفقهية لهذا الضابط.

المذهب الحنفي:

جاء في معين الحكام:

" عن صبية سقطت من السطح فانفتح رأسها فقال كثير من الجراحين: إن شققتم رأسها تموت وقال واحد منهم: إن لم تشقوه اليوم أنا أشقه وأبرئها فشقه ثم ماتت بعد يوم أو يومين، هل يضمن؟

---

[1] - إذا كان الضرر المتوقع كثيرا ولا يغلب على الظن وقوعه وليس بالأمر النادر، نظر أبو حنيفة والشافعي إلى اصل الحق والإذن فذهبا إلى تقديم مصلحة المستعمل وحقه ذلك أن العلم بوقوع الضرر أو الظن الغالب به غير ثابت، وحق المستعمل ثابت بيقين فلا يقوى على رفعة إلا بيقين ورجح مالك وأحمد جانب الضرر بالغير لكثرته لأنه إذا كان كثيرا غير نادر الوقوع وجب الاحتياط لدفعه يقول الشاطبي: الشريعة مبنية والأخذ بالحزم عما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة (ينظر: علي الخفيف: المرجع السابق ص :121).

[2] - فتحي الدريني: المرجع السابق / ص: 497.

قال نجم الأئمة الحليمي: لا إذا كان الشق بإذن وكان معتادا و لم يكن فاحشا خارج الرسم"[1].

ووجه الاستدلال أن الشق الذي أحدثه هذا الجراح كان معتادا لا شقا فاحشا، فلم يلزم الضمان.

وما جاء في فتح القدير بجواز تصرف كل من الجارين في حقه وهذا الجواز مضبوط بأن لا يسبب ضررا لجاره. " فالحكم معلول بعلة الضرر"[2].

فلو كان علو لرجل وسفل لأخر، وحفر صاحب السفل في ساحته بئرا وما أشبه ذلك جاز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الأخر[3].

ووضع مسمار صغير يجوز اتفاقا, أما ما فيه " فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي أن يمنع اتفاقا".[4]

كما ورد في لسان الحكام في معرفة الأحكام :" رجل أراد أن يتخذ داره بستانا ليس لجاره أن يمنعه من ذلك، إذا كانت الأرض صلبة لا يتعدى ضرر الماء إلى جداره وإذا كانت رخوة يتعدى إلى جداره له أن يمنعه، وعلى هذا إذا جعل دكانه طاحونة،... وعلى هذا لو أراد أن يبني حماما أو اصطبلا".[5]

من هذا المثال يتضح أن الضرر الفاحش المعتبر ما أضر بجدار الجار ضررا كبيرا.

ومما يدل على أن دفع الضرر الفاحش يقدر كما لا يدفع الضرر بارتكاب ضرر أخر، ما ورد في لسان الحكام:" رجل له دار قد تدلت أغصان شجرة لرجل وأخذت هواء داره فقطع صاحب الدار الأغصان، إن أمكن صاحب الشجرة أن يفرغ هواء داره من غير أن يقطع بأن يجمع الأغصان ويشدها بحبل ضمن وإن كانت غلاظا لا يمكن، وقطعها من الموضع الذي يقطعها الحاكم منه لو رفع إليه يضمن، وأن قطع أكثر مما يقطعه الحاكم يضمن"[6].

---

[1] - بن خليل الطرابلسي الحنفي / دار الفكر – بيروت – لبنان / د ط / د س ط/ يليه لسان الحكام لابن شحنة / ص: 204.

[2] - كمال الدين محمد بن عبد الوهاب: شرح فتح القدير وبها مشه شرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البابرتي / دار إحياء التراث العربي د ط/ د س ط/ ج:6/ ص :411.

[3] - كمال الدين محمد بن عبد الوهاب: المرجع نفسه / ص: 411.

[4] - كمال الدين محمد بن عبد الوهاب : المرجع نفسه / ص :411.

[5] - ابن الشحنة: المرجع السابق / ص: 410.

[6] - ابن شحنة: المرجع نفسه / ص: 411.

جاء في مرشد الحيران:" أن الضرر الفاحش ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش"[1].

فالحنفية يفرقون بين ما يمنع الحوائج الزائدة وبين ما يمنع الحوائج الأصلية فالضرر الفاحش هو ما كان من الحوائج الأصلية.

والحنفية لا يعتبرون كل ضرر فيمتنعون منه وإنما مذهبهم اعتبار خصوص من الضرر وهو ما كان بينا (أي فاحشا) لا يسير ومن ثم فالضرر المعتاد لا يكون معتبرا فيحكم بمنعه[2].

وحد هذا البين (أي الفحش) أحد ثلاثة أمور[3]:

1- أن يكون سببا للهدم بمعنى أن يكون من الضرر المعتبر الفقه الحنفي كل تصرف للإنسان في ملكه من شأنه أن يهدم بناء الغير، وبناءا عليه فإن الحنفية يمنعون منه.

2- وأن يكون موهنا للبناء، بمعنى أن يكون من الضرر المعتبر عند الحنفية كل تصرف للإنسان في ملكه من شأنه أن يوجب وهن بناء الغير، إذ إن كل ما يوجب وهن البناء يكون سببا للهدم ومن ثم فإنه يمنع منه.

أو أن يخرج عن الانتفاع بالكلية، بمعنى أن كل تصرف للإنسان في ملكه من شأنه أن يمنع الحوائج الأصلية من مال الغير فيكون ضررا فاحشا ممنوعا منه.

وقد ذهب متقدموا الحنفية إلى أن للمالك أن يتصرف في حقه وإن تضر بذلك الغير وهو القياس.ومن ذلك ما جاء في لسان الحكام:" إذا كان لرجل نخلة في ملكه فخرج سعفها إلى ملك غيره فأراد الأخر قطعها له ذلك"[4].

فالقاطع لهذا السعف له أن يقطع لأنه يتصرف في خالص ملكه.

لكن المتأخرين منهم، وأصحاب الفتاوى تركوا القياس وقيدوا حق المالك بما يمنع إضراره بغيره ضررا فاحشا استحسانا وذكر الزيلعي أن الاستحسان سنده المصلحة[5]، وهو استثناء من قاعدة حرية

---

[1] - محمد قدري باشا: مرشد الحيران / مادة 59/ ص: 15.

[2] - أحمد موافي: الضرر في الفقه الإسلامي /ج:2 / ص :743.

[3] - فتحي الدريني: المرجع السابق / ص :502.

[4] - ابن شحنة /المصدر السابق / ص: 411.

[5] - فتحي الدريني: المرجع السابق/ ص: 502.

التصرف في حق الملكية[1].

ولا يراد بالمصلحة هنا[2]إلا درء المفسدة الناجمة عن التصرف في الحق أو التعسف فيه[3].

نصت المادة 57 من مرشد الحيران:" للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه فيعلي حائطه ويبني ما يريده ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا".

والواقع أن المتأخرين نظروا إلى مآل هذا التصرف وثمرته، فوجدوه يتنافى ومقصد الشارع، إذ ليس من مقتضى العدالة، ولا مما يتفق مع أصل الشريعة، أن تتخذ الحقوق وسائل لفرض أضرار فاحشة على الغير، فالاستعمال الذي يفضي إلى هذه النتيجة الظالمة تعسفي لأنه يناقض مقصد الشارع من حيث الثمرة والمآل فيمنع[4]

المذهب المالكي:

" تفيد مطالعة كتب المالكية أن المذهب لا يعتبر كل تصرف أخل بمصلحة مشروعة ضررا بل ينظر إلى مقدار هذا الإخلال فإن كان خفيفا يسيرا لا يستديم لا يعد ضررا ولا يمنع منه في الحكم وإن كان بينا، أي كبيرا مستديما يتمادى، اعتبر ممنوعا منه وحكم بقطعه"[5].

جاء في التمهيد في بيان أوجه الضرر الممنوع منه:" من هذا الباب وجه آخر من الضرر منع منه العلماء: كدخان الفرن والحمام وغبار الإندر والأنتان والدود المتولدة من الزبل المبسوط في الرحاب، وما كان مثل ذلك كله، فإنه يقطع منه ما بان ضرره وبقي أثره وخشي تماديه."[6]

وأما ما كان ساعة خفيفة: مثل نقض التراب والحصر عند الأبواب فإن هذا مما لا غنى للناس عنه وليس مما يستحق به شيء يبقى، والضرر في منع مثل هذا أكبر وأعظم من الصبر على ذلك ساعة خفيفة، وللجار على جاره أن يصبر من أذاه على من يقدر، كما عليه أن لا يؤذيه[7].

---

[1] - فتحي الدريني: المناهج الأصولية / ص: 492.

[2] - وهذه المصلحة هي سند الاستحسان.

[3] - فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده / ص :503.

[4] - فتحي الدريني: المرجع السابق / ص: 502.

[5] - أحمد موافي: الضرر في الفقه الإسلامي / ج2 / ص 751.

[6] - ابن عبد البر: ت: سعيد أحمد أعراب / وزارة الأوقاف – المملكة المغربية د ط / س ط : 1409ه-1989م / ج:20 / ص :161.

[7] - ابن عبد البر : المرجع السابق / ج:20 / ص :161.

وورد في المنتقى:" أن ضرر الفرن والحمام بالجيران بالدخان الذي يدخل في دورهم ويضربهم وهو من الضرر الكثير المستدام وما كان بهذه الصفة منع إحداثه على من يستضر[1]. وأما الرحا فإن الذي ينال منها الجيران أمران: * أحدهما: إفساد الجدران .

* والثاني: صوتهما.

فأما إفساد الجدران فإن ثبت أن هذا يضر بالجدران يهدمهما لأنه من الضرر الذي يمنع . وأما صوتهما فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في الغسال والضراب يؤذي جاره وقع صوتهما أنه لا يمنعهما من ذلك وتحتمل رواية ابن القاسم الخلاف في ذلك لأنه لم يبين وجه الضرر الذي يمنع منه ووجه القول الأول أن ذلك في الصوت الصغير الذي ليس له كبير مضرة أو يكون في بعض الأوقات ولا يستدام وأما ما كان صوتا شديدا أو يستدم كالرحا التي لها الصوت الشديد فإنه ضرر يمنع منه."[2]

ومن الفقه المالكي الرجل يحتفر في حقه البئر والعين فذلك له إلا أن يضر ذلك بجاره ضررا بينا فإن عمد إلى بئر جاره أو عينه فيحتقر إليها في حده ليستفرغ ماءها ويصيره إلى بئره؛ فإذا كان ذلك ضررا بينا يمنع منه[3].

أما الحريم في الفلوات فليس له أمد معلوم[4]، وليس لبئر ماشية أو بئر زرع حريم محدودة ولا للعيون إلا ما يضر بها[5].

---

[1] - الباجي: المنتقى شرح موطأ الإمام مالك / دار الكتاب العربي – بيروت – لبنان / ط:4 / س ط: 1404ه-1984م / ج:6 / ص: 40-41.

[2] - الباجي: المنتقى / ج:6 / ص: 41. عبد الرحمن الحطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل/ دار الفكر – بيروت – لبنان / ط:2/ س ط: 1398ه – 1978 / ج:5 / ص: 165.

* ذهب بعض المتأخرين إلى منع ضرر الصوت واحتج بقول ابن المسيب – رحمه الله –" أطرد هذا القارئ عني فقد آذاني" ينظر: الحطاب: مواهب الجليل / ج:5/ ص :165.

[3] - أبي الوليد بن رشد القرطبي: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة/ ت: محمد العرايشي – أحمد الحبابي / دار الغرب الإسلامي/ ط:2 / س ط: 1408ه – 1988م / ج:10 / ص :251.

[4] - ابن رشد القرطبي: البيان والتحصيل/ ج:10 / ص: 251.

[5] - أبي سعيد البراذعي: التهذيب في اختصار المدونة / ت: محمد الأمين بن الشيخ الإمارات العربية المتحدة – دبي /ط :1 1423ه – 2002م / ج:4 / ص: 389.

وحريم البئر وما حوله فهو مختلف بقدر كبر البئر وصغرها وشدة الأرض ورخاوتها فله أن يحتفر وذلك يختلف، أما الأرض الخشخاش الصخور الشديدة فإن الحفر في ذلك لا يكاد يضر صاحبه، وإن تقاربت الآبار في ذلك[1].

"أما الأرض البطاح اللينة فإنها إذا تقاربت انتشف بعضها مياه بعض، فأرى أن يبعد عنه بقدر ما لا يضر بملك صاحبه، وليس لذلك حد معلوم من الأذرع، إنما ينظر في ذلك إلى الإضرار بأهل تلك الآبار قال ابن نافع: وقد بلغني في حريم البئر العادية خمسين ذراعا، والبئر البادية خمسة وعشرون ذراعا أخبرنا به ابن أبي ذؤيب عن ابن شهاب"[2].

جاء في حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، أن صاحب العلو إن أراد أن يزيد في البناء على علوه الذي دخل عليه فإنه يمنع من ذلك ويقضى عليه بعدم فعله لأنه يضر ببناء الأسفل اللهم إلا أن يزيد زيادة خفيفة لا يحصل منها ضرر ويرجع في ذلك لأهل المعرفة[3].

وفي مواهب الجليل قال أصبغ رحمه الله في الرجل يبني دارا له فيأخذ من طريق المسلمين شيئا يريده فيها – كان ذلك مضرا بطريق المسلمين أو لا يضر – فإن كان اقتطعه اقتطاعا يضر بالطريق والمسلمين وأدخله في بنيانه وكان إدخاله فيما يرى بمعرفة لا بجهالة فلم يبال فلا يرى أصبغ جواز شهادته ويهدم بنيانه إذا أضر جدا[4].

وقال أصبغ: رحمه الله " إن كانت الطريق واسعة جدا كبيرة وكان الذي أخذ الشيء اليسير جدا لا يضر ولا يكون فسادا في صغير ما أخذ وسعة وكثرته فلا أرى أن يهدم بنيانه"[5].

فجملة القول بخصوص تصور الفقه المالكي لهذا الضابط الأخذ به بالاعتبارات الآتية:

أن يكون الإخلال بينا أي ظاهرا ومستديما.

التعويل على العرف والعادة في بيان حد الكبر وعدمه[6].

---

[1] – ابن جزي: القوانين الفقهية / دار الكتب – الجزائر / د ط / س ط: 1408ه – 1987م / ص: 265.

[2] – القرطبي: البيان والتحصيل / ج:10 / ص: 251.

[3] – عبد الله ابن علي الخرشي المالكي / دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان /ط:1 / س ط: 1418 / ج:6 / ص: 370.

[4] – الحطاب: مواهب الجليل /ج:5 / ص: 154.

[5] – الحطاب: المصدر نفسه /ص :154.

[6] – سئل الإمام مالك رحمه الله تعالى في الذي يغرز خشبة في حائط جاره فقال رحمه الله " ما أرى محملة إلا على وجه الأمر فيه من النبي صلى الله عليه وسلم – قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره" – على وجه المعروف وأما أن يقضي به فلا أرى بذلك بأسا" ينظر: ابن رشد القرطبي: البيان والتحصيل / ج:17 / ص: 628.

أن يكون هذا التصرف مانعا من الحوائج الأصلية فيكون الإخلال بالمنفعة كبير يخرج به ملك الغير عن أن يكون منتفعا به بالكلية[1].

المذهب الشافعي:

يفرق الشافعية بين تصرف الإنسان في خالص ملكه، وتصرفه في المنافع والأعيان المشتركة.

أولا: تصرف الإنسان في خالص ملكه.

فالشافعية يهدفون إلى تضييق دائرة اعتبار الضرر الممنوع منه ذلك أن التوسع في اعتبار كل ضرر يؤدي إلى حرج عظيم وينجر إلى بطلان فائدة الملك, فيعتبرون التصرف المخل بالمصلحة إذا كان هذا الإخلال واقعا على الملك دون المالك، ويحدد بأن يكون على خلاف العرف وللعادة وعلى أن يكون على وجه التعدي الفاحش أي الكبير البين[2].

جاء في المجموع:" لا خيار للمشتري إن لم يكن في قلع الغرس ضرر أو كان فيه ضرر يسير يمكن تداركه"[3].

ثانيا: تصرف الإنسان في المنافع والأعيان المشتركة.

فكل تصرف يؤدي إلى تفويت المنفعة الأصلية المقصودة من شيء, تفويت كلها أو بعضها مما يتسبب في وقوع حرج ومشقة لا يمكن الصبر عليها عادة[4].

وخلاصة القول في المذهب الشافعي أن الضرر الفاحش يحد بحدود ثلاثة:[5]

- **أولا:** أن يقضي العرف وتحكم العادة بأن مثله كبير لا يحتمل، ولا يمكن الاحتراز منه.
- **ثانيا:** أن يؤدي إلى الإخلال بالمصلحة.
- **ثالثا:** أن يخرج عن الانتفاع بالكلية، أي يمنع الحوائج الأصلية بالكلية : كسد الضوء بالكلية.

وهذا بخلاف ما لو كان التصرف الضار من باب: التصرف في المنافع والأعيان المشتركة، إذ إن حد الضرر الممنوع منه – هنا هو: أن يكون مفوتا للمنفعة الأصلية المقصودة من الشيء: مفوتا لبعضها أو لكلها، وذلك بحيث يقع الغير في حرج ومشقة، قال النووي:" وأما الشوارع فمنفعتها

---

[1] - أحمد موافي: المرجع السابق / ج:2 / ص :757.

[2] - أحمد موافي: المرجع نفسه / ج2: / ص :758.

[3] - النووي: المجموع شرح المهذب / ت : محمود مطرحي / دار الفكر – بيروت –لبنان / د ط / س ط 1421:ه – 2000م / ج:11/ ص: 184.

[4] - أحمد موافي: المرجع السابق /ج:2 / ص: 758.

[5] - أحمد موافي: المرجع نفسه / ج:2 / ص: 764.

الأصلية: الطروق ويجوز الوقوف لغرض الاستراحة والمعاملة ونحوها، بشرط أن لا يضيق على المارة ...، وله أن يظل موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة"[1].

المذهب الحنبلي:

يقيد المذهب الحنبلي المالك في التصرف بملكه بما يمنع الضرر الفاحش عن جاره[2].

ومن أصول الحنابلة أن المجاورة توجب لكل منهما من الحق ما لا يجب للأجنبي ويحرم عليه ما لا يحرم للأجنبي فيباح الانتفاع بملك الجار الخالي عن ضرر الجار ويحرم الانتفاع بملك المنتفع إذا كان فيه إضرار[3].

والتصرف في الملك نوعان:

النوع الأول: أن يتصرف المالك في ملكه بما فيه مصلحة له، فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره، وهذا النوع إن كان على غير الوجه المعتاد، فإن هذا تعد يوجب الضمان وإن كان على الوجه المعتاد، ففيه للعلماء قولان مشهوران:[4]

أحدهما: لا يمنع من ذلك، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وغيرهما.

والثاني: المنع، وهو قول أحمد، ووافقه مالك في بعض الصور.

ومن الأمثلة على هذا النوع:

أن يؤجج في أرضه نارا في يوم عاصف فيحرق ما يليه[5] والنهي عن منع النار، حمله طائفة من الفقهاء على النهي على الاقتباس منها دون أعيان الجمر، ومنهم من حمله على منع الحجارة المورية للنار، وهو بعيد، ولو حمل على منع الاستضاءة بالنار وبذل ما فضل عن حاجة صاحبها لمن سيتدفأ بها، أو ينضج عليها طعاما ونحوه لم يبعد[6].

---

[1] - أحمد موافي: المرجع السابق / ج:2 / ص: 764.

[2] - فتحي الدريني: المرجع نفسه / ص: 500.

[3] - ابن تيمية: مجموع الفتاوى / ت: محمد عبد القادر عطا / دار الكتب العلمية بيروت – لبنان – /د ط / س ط: 1421ه – 2000م / ج:30 / م:17 /ص: 9.

[4] - شهاب الدين البغدادي (المشهور بابن رجب): جامع العلوم / ت : شعيب الأرنؤوط – إبراهيم باجس /مؤسسة الرسالة – بيروت – لبنان/ ط: 7 / س ط: 1422ه- 2001م/ ج:2 / ص: 217.

[5] - ابن رجب الحنبلي: المرجع السابق /ج:2 / ص: 217.

[6] - ابن رجب الحنبلي: المرجع نفسه / ج:2 / ص: 222.

أو أن يفتح كوة في بنائه العالي مشرفة على جاره، أو يبني بناء عاليا يشرف على جاره ولا يستره، فإنه يلزم بستره، نص عليه أحمد رحمه الله ووافقه طائفة من أصحاب الشافعي[1].

ومنها أن يحفر بئرا بالقرب من بئر جاره، فيذهب ماؤها، فإنها تطم في ظاهر مذهب مالك وأحمد[2] وخرج أبو داوود في المراسيل من حديث أَبِي قِلابَةَ أَن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال:"لاَ تُضَارُّوا في الحفر." زاد سعيد:" وذلك أن يحفر الرجل الى جنب الرجل ليذهب بمائه."[3]

ومنها أن يكون له ملك في أرض غيره، ويتصرف صاحب الأرض بدخوله إلى أرضه فإنه يجبر على إزالته ليندفع به ضرر الدخول كما هو الحال لما وقع لسمرة ابن جندب.

النوع الثاني: وهو منع الجار من الانتفاع بملكه- والارتفاق به فإن كان ذلك يضر بمن انتفع بملكه فله كمن له جدار واه لا يحتمل أن يطرح عليه خشب وأما إن لم يضر به، فهل يجب عليه التمكين ويحرم عليه الامتناع أم لا؟

فمن قال في القسم الأول[4]: لا يمنع المالك من التصرف في ملكه، وإن أضر بجاره، قال هنا: للجار المنع من التصرف في ملكه بغير إذنه.

ومن قال هناك بالمنع، اختلفوا ها هنا على قولين[5]:

أحدهما: المنع ها هنا وهو قول مالك.

والثاني: أنه لا يجوز المنع وهو مذهب أحمد في طرح الخشب على جدار جاره.

وفي الصحيحين عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ:" لَا يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ. قال أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم."[6]

---

[1] - ابن رجب الحنبلي: المرجع نفسه / ج:2 / ص :217.

[2] - ابن رجب الحنبلي: المرجع نفسه / ج:2/ ص: 218.

[3] - رواه أبو داود في كتاب المراسيل (195/1) برقم (408)، و الهندي في كتز العمال (921/3) بـــرقم (9172) كلاهما عن أبي قلابة مرفوعا، و ذلك لأن أبا قلابة لم يسمع من النبي صلى الله عليه و سلم

[4] - ابن رجب الحنبلي: المرجع نفسه /ج2: / ص: 220.

[5] - ابن رجب الحنبلي: المرجع نفسه /ج:2 / ص: 220.

[6] - رواه مالك في الموطأ ص: 311 كتاب الأقضية باب: القضاء في المرفق. و البخاري (145/7) كتاب المظالم. باب: لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره. و مسلم (11/3) كتاب المساقاة. باب: غرز الخشب في جدار الجار. و اللفظ لمالك.

وقضى عمر ابن الخطاب على محمد بن مسلمة أن يجري ماء جاره في أرضه، وقال: لتمرن به ولو على بطنك[1].

ومما ينهى عن منعه للضرر منع الماء والكلأ وفي الصحيحين عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ:" لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ."[2]

و انفرد حرملة من رواة البخاري بلفظ:"لا تمنعوا فضل الماء لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ."

وفي سنن أبي داوود أن رجلا قال:" يا نبي الله، ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال :" الماء" قال:" يا نبي الله، ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال " الملح" قال:" ما الشيء الذي لا يحل منعه قال: " أن تفعل الخير خير لك"[3].

وفيه أيضا عن أَبِي خداش عن رجل من المهاجرين عن النبي صلى الله عليه و سلم : " الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاث: الماء و الكلأ و النار."[4]

جاء في مجموع الفتاوى:" أنه لو كان لرجل نهر يجري في أرض مباحة فأراد جار النهر أن يعرضه إلى أرضه أو بعضه ولا ضرر فيه إلا انتفاعه بالماء كما لو كان ينتفع به في مجراه ولكن يسهل عليه الانتفاع به فقد أفتى الشيخ بجواز ذلك وأنه لا يحل منعه فإن المرور في الأرض كما أنه ينتفع به صاحب الماء فيكون حقا له، فإنه ينتفع به صاحب الأرض أيضا."[5]

ونظيرها كما لو كان لرب الجدار مصلحة في وضع الجدوع عليه من غير ضر الجدوع وعكس مسألة إمرارا الماء: لو أراد أن يجري في أرضه من بقعة إلى بقعة ويخرجه إلى أرض مباحة أو إلى أرض

---

[1] -أخرجه رواه أبو داود (120/4) برقم (3478) كتاب الإجارات.باب: في منع الماء.

[2] - رواه مالك في الموطأ ص: 464 كتاب الأقضية. باب: القضاء في المياه. والبخاري (22/3) كتاب المساقاة. باب: من قال إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروي. و مسلم (15/3) كتاب المساقاة. باب: تحريم فضل بيع الماء. و أحمد في مسنده (273/2)

[3] - سنن أبي داوود:كتاب الإجارة/باب في منع الماء/رقم:3476.

[4] - رواه أبو داود (120/4) برقم (3477) كتاب الإجارات.باب: في منع الماء. و ابن ماجه (69/2) كتاب الرهون. باب: النهي عن منع فضل الماء. و أحمد في مسنده (314/5)، وقد اختلف العلماء في تصحيح هذا الحديث و تضعيفه انظر التلخيص الحبير(15/4)، و أما الحافظ ابن حجر فقد حسن أحد أسانيده و صحح الشيخ الألباني هذا الحديث في إرواء الغليل (6/6-7) و في العديد من كتبه بلفظ " المسلمون..." و اعتبر رواية " الناس" رواية شاذة.

[5] - الشيخ ابن عبد السلام ابن تيمية / ج:30 / م: 17 / ص :9.

جار راض من غير أن يكون على رب الماء ضرر، لكن ينبغي أن يملك ذلك لأنه يستحق شغل المكان الفارغ فكذلك تفريغ المشغول[1].

والضابط أن الجار إما أن يريد إحداث الانتفاع بمكان جاره أو إزالة انتفاع الجار الذي ينفعه زواله ولا يضر الأخر.

خاتمة هذا المطلب:

الذي يستنتج من خلال هذا العرض بخصوص هذا الضابط: أن يكون الإخلال بالمصلحة كبيرا أي فاحشا فالفقه الإسلامي يعول في كثير من الأحيان في بيان حد الكبر مراعيا الاعتبارات التالية:

- **أولا**: أن يؤدي هذا الضرر إلى الإخلال بالمصلحة المرجوة.
- **ثانيا**: التفصيل بين المعتد به وغيره.
- **ثالثا**: التفصيل بين تعارف الضرر بين الجيران وعدمه.

أي أن تحكم العادة ويقضي العرف أن مثله كبير لا يحتمل.

فالعرف هو مستند هذا الضابط إذ إنه يتحدد بالعرف أن إخلال التصرف بالمصلحة في هذا الموضع – مثلا – مقداره كبير، ومن ثم فإنه يكون من الضرر الممنوع منه في الحكم، أو أن هذا الإخلال مقداره يسيرا وعليه فإنه لا يكون من الضرر الممنوع منه[2].

وهو الميزان في تضرر المجتمع بتصرف شخص فيما يملك.

الضرر الفاحش في ميدان العلاقات التعاقدية.

" يخطئ من يظن أن معيار الضرر الفاحش يطبق فقط على التصرف الفعلي في حق الملكية العقارية بل يشمل تطبيقه العلاقات التعاقدية"[3] ويظهر الأمر بصورة جلية:

أولا: بما جاء في مبدأ فسخ العقد للعذر، فحيث يطرأ العذر الذي عجز معه العاقد عن المضي في موجب العقد بضرر فاحش فإنه يكون مبررا لعدم الالتزام بالعقد فيفسخ كما لو أوجب العذر خللا في المعقود عليه، أو عيبا تنقص به المنفعة أو يتعذر استيفاؤها معه تعذرا شرعيا[4].

---

[1] – ابن تيمية: المرجع السابق / ج:30 / م:17 / ص: 9.

[2] – أحمد موافي: المرجع السابق / ج:2 / ص: 771-772.

[3] – فتحي الدريني: المرجع السابق / ص :506.

[4] – أحمد موافي: المرجع السابق /ج:2/ ص: 772.

وثانيا: مبدأ وضع الجوائح.

تعريف الجائحة: الجائحة مأخوذة من الجوح وهو الهلاك، والمراد بها ما أتلف من الثمار والنبات بعد بيعه بسبب قاهر معجوز عن دفعه، كالريح والبرد والمطر والجراد والفأر والعاهة والذباب والدود والجيش والحريق[1].

ومعنى وضع الجائحة عن المشتري أن من اشترى ثمارا على رؤوس الأشجار، فأصابتها عاهة تبلغ ثلث المحصول فأكثر فإن ما أصابته العاهة يتحمله البائع، ولا يتحمله المشتري، ولا ينفع البائع شرط البراءة من الجائحة، فإن كان ما أصابه الثلث، رجع المشتري على البائع بثلث الثمن، وإن كان النصف رجع بالنصف، وهكذا[2].

ففي الصحيح عن جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:"لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا بِمَا تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ." وفي رواية :" أرأيت إذا منع الله الثمر، يأخذ أحدكم مال أخيه" وفي الصحيح عن جابر " أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح".[3]

وإذا كانت الجائحة أقل من الثلث تحملها المشتري، لأن ما دون الثلث قليل، إذ لا تخلو ثمرة من أن يلحقها في اليسير منها فسادا أو عدم طيب ولم يقل أحد إن اليسير يتحمله البائع. وما كان في حكم الثلث فهو في حكم اليسير من الجوائح، واليسير اتفق العلماء على أنه لا جائحة فيه[4].

وهكذا فإنه يظهر اعتبار الفقه الإسلامي للضرر الفاحش في العلاقات التعاقدية فيمنع منه وهذا بخلاف الضرر اليسير، كما في الضرر اليسير الذي تحتمله العقود فإنه يعفى عنه.

والحاصل أن الضرر المادي سواء ما تعلق منه بالأموال أو الأبدان يكون مجالا لهذا الضابط.

كما أن الضرر المعنوي الفاحش هو مجال لهذا الضابط أيضا من مثل الإشراف على مقر النساء، ورد في لسان الحكام :" جدار بين دارين إنهدم ولأحدهما بنات ونسوة فأراد صاحب العيال أن يبنيه وأبى الأخر" قال الفقيه أبو الليث:" في زماننا يجبر لأنه لا بد أن يكون بينهما سترة".[5]

---

[1] - عبد الرحمن الغرياني: مدونة الفقه الملكي / ج:3/ ص: 298.

[2] - عبد الرحمن الغرياني: المرجع السابق /ج:3 / ص: 298.

[3] - رواه مسلم (29/5) كتاب المساقاة باب: وضع الجوائح. و أبو داود (22/2) كتاب الإجارة باب: في وضع الجائحة و ابن ماجه (412/2) كتاب التجارات باب: النهي عن بيع ثمار. و أحمد في مسنده (394/3)

4 - عبد الرحمن الغرياني : المرجع نفسه / ج:3 / ص: 299-300.

5 - ابن الشحنة/ ص: 409.

غير أن هذا الضابط لا يسري على ما تقرر في الشريعة من كلية حفظ الدين وكلية حفظ النفس وكلية حفظ العقل وكلية حفظ العرض وكلية المال. ذلك أن أي تصرف يخل بحفظ الدين إخلالا يسيرا يعتبر من الضرر الممنوع منه في الحكم[1].

فحفظ هذه الضروريات الخمس آكد في الشريعة بأكملها وهي أصل لما سواها، فشرب القليل من المسكر وإن كان قليلا إلا أنه يمس أصلا ضروريا في الشريعة.

قال الإمام الشاطبي رحمه الله تعالى:"كمال الضروريات من حيث هي ضروريات إنما يحسن موقعه حيث يكون فيها على الملكف سعة وبسطة، من غير تضييق ولا حرج، وحيث يبقى معها خصال معاني العادات ومكارم الأخلاق موفرة الفصول مكملة الأطراف حتى يستحسن ذلك أهل العقول، فإن أخل بذلك لبس قسم الضروريات لبسة الحرج والعنت، واتصف بضد ما يستحسن في العادات فصار الواجب الضروري متكلف العمل، وغير صاف في النظر الذي وضعته عليه الشريعة وذلك ضد ما وضعت عليه."[2]

وفي الحديث ، عَنْ مَالِكٍ، أَنَّهُ قَدْ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قَالَ " بُعِثْتُ لأُتَمِّمَ حُسْنَ الأَخْلاَقِ."[3]

والقواعد المتعلقة بالضرر الفاحش من النظام العام[4] فتجب إزالته قديما كان أو حادثا،كما نصت المادة: 60 من مرشد الحيران :" يزال الضرر الفاحش قديما كان أو حادثا".

الفرع الثاني: مدى اعتبار القانون الجزائري لهذا الضابط:

يلتمس مقدار الضرر واعتباره في القانون المدني خاصة في مدى سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه. وذلك أن القاضي يأخذ بالمعيار الذاتي أو المعيار الكمي لتقدير جسامة عدم التنفيذ.

نصت المادة 119 من القانون المدني في فقرتها الثانية على " يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات". يستفاد من هذا النص أن القاضي ليس مجبرا على الحكم بالفسخ بل له سلطة

---

1 - أحمد موافي: المرجع السابق /ج:2 / ص: 774.

2 - الموافقات:/م :1 / ج:2 / ص: 18.

3 - رواه مالك (243/2) برقم (1643) كتاب حسن الخلق. باب: ما جاء في حسن الخلق.

4 - فتحي الدريني: المرجع السابق / ص:505.

مزدوجة في مواجهة الدائن طالب الفسخ إذ يجوز له أن يعطي المدين أجلا للقيام بالتنفيذ الذي لم يقم به قبل أن يحكم بفسخ العقد ويجوز له أيضا أن يرفض طلب الفسخ نهائيا إذا تبين له أنه لا مبرر للحكم به[1].

ولذا سأدرس مدى سلطة القاضي التقديرية في مجال الفسخ القضائي من عدمه ومدى سلطة القاضي بالنسبة لفسخ العقد فسخا جزئيا.

أولا: مدى سلطة القاضي في منح المدين أجلا للتنفيذ قبل الحكم بفسخ العقد

تنص المادة 181 من القانون المدني في فقرتها الثانية على ما يلي:

"يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ".

فالأجل الذي يمنحه القاضي أساسه هو قواعد العدالة والتخفيف من شدة القاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين الواردة في نص المادة 106[2].

وهذه السلطة التقديرية التي يستمدها القاضي من القانون بالنسبة لمنح المدين أجلا لا تقتصر على معين أو حالة محددة بل يجوز له استعمال هذه السلطة في جميع العقود التي تقبل الفسخ[3].

ثانيا: مدى سلطة القاضي التقديرية في رفض طلب الفسخ:

الفسخ (La résolution) هو جزاء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه بعد أن يكون العقد قد انعقد صحيحا مستوفيا لكل شروطه، فيكون للعاقد الأخر إذا كان العقد ملزما للجانبين أن يتمسك بالفسخ لكي يتحلل مما عليه من التزام ولذا لا يكون الفسخ إلا في العقود المتبادلة[4].

إن للقاضي دورا هاما في تقدير جسامة عدم التنفيذ الذي أدى بالدائن إلى المطالبة بفسخ العقد متى كان الضرر أو الإخلال بالمصلحة فاحشا حكم القاضي بفسخ العقد.لذا نجد في بعض الحالات أن عدم التنفيذ قد يكون جزئيا حيث تظهر سلطة القاضي التقديرية في تقدير جسامة عدم التنفيذ[5].

---

[1] - بلعيور عبد الكريم: نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري / المؤسسة الوطنية للكتاب – الجزائر / د ط/ س ط: 1986م / ص :179.

[2] - بلعيور عبد الكريم: المرجع السابق / ص: 180.

[3] - بلعيور عبد الكريم: المرجع السابق / ص:183.

[4] - بلحاج العربي: أبحاث مذكرات في القانون والفقه الإسلامي / ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر /د ط/ س ط: 1996/ ص: 41.

[5] - بلعيور الكريم: المرجع السابق / ص: 185.

ولمعرفة درجة الجسامة التي تبرر الحكم بالفسخ فإن القاضي يستعين بالمعيارين التاليين حسب الظروف والأحوال.

أ- المعيار الذاتي:

المعيار الذاتي ينظر إليه من جهة الدائن فقط أي النظر إلى نية المتعاقد الدائن بالالتزام[1].

وقد ورد في عقد البيع تطبيقات لهذا المعيار الذاتي:إذ تنص المادة 365 من القانون المدني على أنه :"...لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع".

كما تنص المادة 370 من نفس القانون " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ العقد إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ العقد لما أتم البيع وإما يبقى البيع مع إنقاص الثمن".فالقاضي إذن يعول على إرادة الدائن بالإستلام والمراد بالدائن هنا كل دائن على حدة ذلك أن ما يعتبره أحد الدائنين مهما ومفيدا قد لا يراه متعاقد أخر على هذا الوجه أي أن المعيار شخصي لكل دائن وهذا المعيار يحقق العدالة التي تنشدها قاعدة: العقد شريعة المتعاقدين[2].

ب- المعيار الموضوعي:

في بعض الحالات يصعب على القاضي إدراك نية المتعاقدين لذا يلجأ في مجال بحثه إلى الاستعانة بالقواعد الموضوعية.والمقصود من القواعد الموضوعية التي يستند إليها القاضي خلال بحثه تقدير جسامة عدم التنفيذ، هو أن لا يكون دائما قائما على أساس نظرة الدائن إلى مصلحته المعتدي عليها من طرف المتعاقد الأخر بل لا بد من الأخذ بعين الاعتبار بما يرتبه عدم التنفيذ من الاختلال في التوازن بالنسبة إلى الالتزامات المتقابلة في مجموعها ولو لم يكن الدائن لم ينفذ يتوقع ذلك[3].

والقاضي في هذا المعيار، يقارن بين ما لم ينفذ من الالتزامات بالنسبة إلى كامل الالتزامات التي رتبها العقد فإن وجد أن الالتزامات التي لم تنفذ قليلة الأهمية كما هو وارد في نص المادة 477 " إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذي أجرت في أجله أو طرأ على هذا الانتفاع نقص كبير جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال".

---

[1] - بلعيور عبد الكريم: المرجع السابق / ص: 185-186.

[2] - بلعيور عبد الكريم: المرجع نفسه / ص: 187.

[3] - بلعيور عبد الكريم: المرجع نفسه / ص: 188.

كما نصت المادة 481 في فقرتها الثانية على أنه:" إذا كان هلاك العين جزئيا، أو أصبحت العين في حالة لا تصلح للانتفاع الذي أعدت من أجله أو نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا و لم يكن ذلك من فعل المستأجر فيجوز لهذا الأخير إذا لم يقم المؤجر في الوقت المناسب برد العين إلى الحالة التي كانت عليها أن يطلب حسب الظروف إما انتقاص ثمن الإيجار أو فسخ الإيجار نفسه".

وتنص المادة 482 في فقرتها الأولى من القانون المدني على ما يلي:" لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التي تحفظ العين المؤجرة، على أنه إذا ترتب على هذه الترميمات إخلال كلي، أو جزئي بالانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستأجر أن يطلب حسب الظروف إما فسخ العقد أو انقاص ثمنه".

فيستفاد من هذه النصوص القانونية أن المشرع قد أعطى للدائن بالالتزام في هذه الحالات الحق في طلب الفسخ عندما يكون النقص في الانتفاع نقصا كبيرا.

ولذلك يجب على القاضي المعروض عليه طلب الفسخ لكي يقدر مدى جسامة عدم التنفيذ أن يعتد بكمية الالتزامات التي نقصت من جملة الالتزامات الناشئة عن العقد المراد فسخه[1]

كما يتبين من هذه النصوص أن مقدار الإخلال بالمصلحة إذا كان كبيرا يفسخ من أجله العقد.

ويلتمس اعتبار المشرع لهذا الضابط في العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء وذلك في الباب الثامن من القانون المدني.

تنص المادة 495 منه على ما يلي:" يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل العادي وهو مسئول عما يلحق العين أثناء انتفاعه بها من فساد أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالا عاديا".

وتنص المادة 691 من نفس القانون على ما يلي:" يجب على المالك أن لا يتعسف في استعماله حقه إلى حد يضر بملك الجار. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للأخر والغرض الذي خصصت له".

فهذان النصان بينا أن الضرر اللاحق بالعين المؤجرة أو مضار الجوار يراعى فيها العرف وتصرفات الرجل العادي.

---

[1] - بلعيور عبد الكريم: المرجع السابق / ص: 189.

مع أن القانون يعتبر أن حق التصرف في الملكية هو حق دستوري.

وأن مفهوم الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفقا لطبيعتها أو غرضها[1].

إلا أن هذا التمتع وهذا التصرف مقيد بعدم الإضرار بالجار نستنتج من كل ما تقدم أن هذا الضابط معتبر في القانون المدني وشروطه هي:

أن يكون النقص في الانتفاع نقصا كبيرا وهو بمعنى أن يكون الإخلال بالمصلحة كبيرا.

ب- مراعاة العرف لاعتبار الضرر.

ج- مراعاة إرادة المتعاقدين.

د- اعتبار التصرفات بمقياس الرجل العادي.

المطلب الثالث: أن يكون الإخلال بالمصلحة بغير وجه حق:

مفاد هذا الضابط هو أن هذا الإخلال إذا كان وجها من وجوه الحق لا يسمى ضررا معتبرا.

قال ابن عبد البر:" الذي يصح في النظر ويثبت في الأصول أنه ليس لأحد أن يضر بأحد سواء أضر به قبل أم لا إلا أن له أن ينتصر ويعاقب إن قدر بما أبيح له من السلطان والاعتداء بالحق الذي له هو مثل ما اعتدي به عليه والانتصار ليس باعتداء ولا ظلم ولا ضرر إن كان على الوجه الذي أباحته السنة، وكذلك ليس لأحد أن يضر بأحد من غير الوجه الذي هو الانتصاف من حقه"[2].

وهذا القول ينطلق أساسا من حديث النبي صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار "[3]. ومفاده نفي مشروعية الضرر في الأحكام التكليفية والوضعية.

"والذي يصح في النظر أنه ليس لأحد أن يضر بأخيه سواء ضره أم لا إلا أن له أن ينتصر ويعاقب إن قدر بما أبيح له بالحق وليس ذلك ظلما ولا ضرا"[4].

ومعنى الإخلال بالمصلحة بغير وجه حق أي أن يكون هذا الإخلال على وجه التعدي أو التعسف أو الإهمال.

---

[1] - حمدي باشا عمر: حماية الملكية العقارية الخاصة / دار هومه - الجزائر/ د ط / س ط: 2002م / ص: 75.

[2] - التمهيد / ج:20 / ص: 160.

[3] - سبق تخريجه.

[4] - ابن عبد البر شرح الأربعين النووية / ص: 133.

أولا التعدي:

حقيقة التعدي لغة:

التعدي لغة: تجاوز الحد ومنه العدوان وهو الظلم[1].

حقيقة التعدي في القانون:

هو مجاوزة المألوف من سلوك الناس.

قال السنهوري رحمه الله تعالى:" إذا جاوز الانحراف المألوف من سلوك الناس صار تعديا"[2].

حقيقته عند فقهاء الشريعة:

يحمل مصطلح التعدي ثلاثة معان:

المعنى الأول: " المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم"[3].

والتعدي بهذا المعنى هو المقصود لاعتبار مباشرة الإخلال بالمصلحة ضررا موجبا للضمان.

المعنى الثاني: العمل المحظور في ذاته شرعا[4]، أو بتعبير آخر: هو العمل دون وجه حق ولا جواز شرعي، وذلك بقطع النظر عن كونه متجاوزا إلى حق الغير أو لا[5].

المعنى الثالث: الإهمال والتقصير في الاحتياط والتعيين وسوء القصد عند استعمال الحق[6]

النسبة بين هذه المعاني والحقيقة اللغوية:

التعدي لغة أعم أي أن التجاوز سواء كان يختص بالحق أو ما سواه أما في الإصلاح فهو مجاوزة الحدود المرسومة للحق وعليه التعدي لغة أعم مطلقا من مفهوم التعدي اصطلاحا.

ضابط التعدي:

في الفقه القانوني يتصور أن يرد الضابط في التعدي إلى الانحراف والنظر في هذا الانحراف يكون من وجهتين[7]:

أ- وجهة ذاتية (Subjectif).

---

[1] - الرازي: مختار الصحاح /ص: 186.

[2] - الوسيط في شرح القانون المدني / ص:781.

[3] - مصطفى أحمد الزرقا: الفعل الضار / ص:78 وينظر أحمد موافي: المرجع السابق/ج:2/ ص: 803.

[4] - مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق / ص: 79.

[5] - أحمد موافي: المرجع نفسه /ج:2 / ص:803.

[6] - أحمد موافي: المرجع نفسه /ج:2/ ص: 804.

[7] - السنهوري: الوسيط / ص :779.

ب- وجهة موضوعية (Objectif).

فيقاس التعدي الذي يقع من الشخص مقياسا شخصيا، إذا اخترنا الوجهة الذاتية، أو مقياسا مجردا إذا آثرنا الوجهة الموضوعية[1].

المقياس الشخصي يستلزم النظر إلى شخص المتعدي نفسه، لا إلى التعدي في ذاته، فيبحث فيما وقع منه هل يعتبر بالنسبة إليه انحرافا في السلوك، أي في سلوكه هو، فقد يكون على درجة كبيرة من اليقظة وحسن التدبير، فأقل انحراف في سلوكه يكون تعديا، وقد يكون دون المستوى العادي في الفطنة والذكاء، فلا يعتبر متعديا إلا إذا كان الانحراف في سلوكه انحرافا كبيرا بارزا، وقد يكون في المستوى العادي المألوف، فالتعدي بالنسبة إليه لا يكون انحرافا في السلوك بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضآلة، ولكنه انحراف إذا وقع يعتبره جمهور الناس انحرافا عن السلوك المألوف[2].

والمقياس الشخصي لا شك في عدالته فهو يقيس مسؤولية الشخص بمعيار من فطنته ويقظته وهو في الوقت ذاته يربط ما بين الخطأ القانوني والخطأ الأدبي,فالشخص لا يكون قد ارتكب خطأ قانونيا إلا إذا أحس أنه ارتكب خطأ أدبيا فضميره دليله ووازعه يشعره بما يهم أن يرتكب من الخطأ[3].

نقد:

المقياس الشخصي فيه عيب جوهري لا يصلح معه أن يكون مقياسا منضبطا وافيا بالغرض، فهو يقتضي أن ننسب السلوك في الانحراف إلى صاحبه فينظر إلى الشخص ويكشف كما فيه من يقظة وما خلص من فطنة وما درج عليه من عادات وهذا كله أمر خفي بل لعله أن يكون من الخفاء بحيث يستعصي على الباحث المدقق كشفه ثم هو بعد ذلك يختلف من شخص إلى آخر فالانحراف عن السلوك المألوف تراه الناس في العادة انحرافا محققا يكون تعديا بالنسبة إلى شخص ذي فطنة أو شخص عادي، ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون ذلك في الفطنة[4].

أما المقياس المجرد : فقياس الانحراف فيه بسلوك شخصي نجرده من ظروفه الشخصية[5]، هذا الشخص المجرد هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع

---

[1] - السنهوري: الوسيط /ص: 779.

[2] - السنهوري: المصدر نفسه / ص: 779-780.

[3] - السنهوري: المصدر نفسه /ص :780.

[4] - السنهوري: المصدر نفسه / ص :780.

[5] - من الظروف الشخصية ظرف السن وظرف الجنس وظرف الحالة الاجتماعية (ينظر السنهوري: الوسيط /ص: 784).

إلى الذروة ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فيترل إلى الحضيض وهو شخص عرفه القانون الروماني برب الأسرة العاقل (Bon père de famille) فينظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص العادي ويقاس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي فإذا جاوز الانحراف المألوف صار متعديا تترتب المسؤولية في ذمته، وهكذا يستوي في ذلك أن يصدر السلوك من فطن ذكي أو وسط عادي أو خامل غبي ويصبح التعدي شيئا اجتماعيا لا ظاهرة نفسية[1].

معيار الانحراف في السلوك في القانون المدني الجزائري:

إن الخطأ الموجب للمسؤولية طبقا للمادة 124 من القانون المدني هو الإخلال بالتزام قانوني يفرض على الفرد أن يلتزم في سلوكه بما يلتزم به الشخص المعتاد المتبصر حتى لا يضر الغير فإذا انحرف عن هذا السلوك الذي يتوقعه الآخرين ويقيمون تصرفاتهم على أساس من مراعاته فقد أخطأ[2].

ومرجع ذلك أن الغير يتوقع دائما من الإنسان أن يسلك سلوك الشخص العادي فإن تعمد الإضرار بالغير هو في حد ذاته الانحراف والذي يمثل الركن المادي للخطأ وهو ما يسمى بالتعدي[3].

وفي كثير من الأحيان يأخذ المشرع الجزائري بالمعيار الموضوعي[4] فيقاس بهذا المعيار الخطأ العقدي في الالتزام ببذل العناية إذ تنص المادة 172 من القانون المدني على ما يلي " في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك، وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطئه الجسيم".

ويفرضه-المعيار الموضوعي- المشرع على المستأجر كما تنص المادة 495 من القانون المدني: " يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل العادي. وهو مسؤول عما يلحق العين أثناء انتفاعه بها من فساد أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالا عاديا".

---

[1] - السنهوري: المصدر نفسه / ص: 781.

[2] - بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام / ص 67:-68.

[3] - بلحاج العربي: المرجع نفسه / ص: 68.

[4] - بلحاج العربي: المرجع نفسه / ص: 67.

ويوجبه المشرع في التزامات المودع لديه :" إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله. وإذا كانت الوديعة بأجر فيجب دوما أن يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد".[1]

ويقره المشرع أيضا في التزامات المستعير:" على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ما له بشرط أن لا يكون اهتمامه به أدنى من عناية الرجل المعتاد.

وفي كل حال يكون ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو كان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينفذ شيئا مملوكا له أو الشيء المعار فاختار أن ينفذ ما يملكه"[2].

ويعمله المشرع أيضا في التزامات الدائن المرتهن:" إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه".[3]

الحالات التي لا يعتبر فيها التعدي خطأ يوجب المسؤولية:

الحالات التي لا يعتبر فيها التعدي خطأ يوجب المسئولية هي:

- أولا: حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال أو عن نفس الغير أو عن ماله.
- ثانيا: حالة الضرورة لتفادي ضرر أكبر.
- ثالثا: حالة تنفيذ أوامر صادرة من رئيس.
- **أولا: حالة الدفاع الشرعي:**

كرس المشرع حق الدفاع الشرعي في المادة 128 من القانون المدني :" من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو عن ماله أو عن نفس الغير، أو عن ماله كان غير مسؤول على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي".

يعتبر الدفاع المشروع سببا من أسباب التبرير العام وحقا موضوعيا مطلقا مقررا لجميع الأفراد، يبيح لهم ارتكاب الجريمة استثناء على الأصل العام الذي يمنعها وذلك لدرء الأخطار التي تهددهم عند

---

[1] - المادة 295 من القانون المدني .

[2] - المادة 544 من القانون المدني.

[3] - المادة 955 من القانون المدني.

استحالة اللجوء إلى الأجهزة المختصة لاستيفاء الحق أو لمنع وقوع الضرر وذلك تغليبا لمصلحة المعتدى عليه على مصلحة المعتدي الذي أهدر حماية القانون وانتهك قواعده[1].

الشروط القانونية لحق الدفاع المشروع:

يشترط القانون توافر عدد من الشروط لممارسة حق الدفاع المشروع وهي:[2]

أن يوجد خطر حال أو محتمل يهدد نفس الشخص أو ماله أو نفس الغير أو ماله.

ب- أن يكون الخطر الذي يتهدد النفس أو المال غير مشروع.

ج- أن لا توجد وسيلة لدفع الخطر الحال دون القوة.

ثانيا: حالة الضرورة:

حالة الضرورة تظهر جليا في نص المادة 130 من القانون المدني ومحتواها:" من سبب ضررا للغير لتفادي ضررا أكبر محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا".

وهذه الحالة طبقا للنص السابق تكون حين يجد الإنسان نفسه في موقف يضطر فيه أن يحدث بغيره ضررا أقل من الضرر الذي يوشك أن يقع به باعتبار أن ما أحدثه للغير هو الوسيلة الوحيدة بتفادي الضرر الذي كان سيلحق به.

فقد يضطر سائق سيارة إلى قتل حيوان للغير أو إتلاف مزروعاته لتفادي قتل إنسان أو إصابته بجروح أو قد يضطر إلى إتلاف أشياء للغير في سبيل إنقاذ شخص يوشك على الغرق أو الاحتراق، ففي هذه الأمثلة نجد أن مرتكب فعل الضرورة يسبب ضررا للغير ولكنه لم يرتكب ذلك إلا لتفادي خطرا أكبر محدقا به أو بماله أو بغيره أو بمال الغير لذلك فإن مسؤوليته تكون مخففة، ولا يلزم إلا بتعويض مناسب يترك أمر تقديره للقاضي[3].

ولحالة الضرورة شروط هي:[4]

أ- أن يكون الشخص الذي سبب الضرر مهددا هو أو غيره بنفسه أو بماله بخطر حال[5].

ب- أن يكون الخطر أجنبيا عن إرادة مسبب الضرر أو المضرور.

---

[1] - مقال بالانترنيت بعنوان حق الدفاع المشروع عن النفس والمال: لنادر شافي: عنوان www.libarmy.gov./b/article.asp?/n=arBid:10185.

[2] - محمود جلال حمزة: المرجع السابق / ص:74. وينظر: نادر شافي: المقال السابق.

[3] - محمود جلال حمزة: المرجع السابق/ ص:79.

[4] - محمود جلال حمزة: المرجع نفسه / ص:79.

[5] - أي أن لا يكون خطرا محتملا وقوعه في المستقبل.

ج- أن يكون الضرر الذي أريد تفاديه أكبر من الخطر الذي وقع.

ثالثا: حالة أمر صادر من رئيس:

تنص المادة 129 من القانون المدني على ما يلي:" لا يكون الموظفون، والعمال العاملون مسؤولون شخصيا عن أعمالهم التي أضرت بالغير، إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم".

لقد أدرك المشرع أن الواجبات القانونية التي تلقى على عاتق الموظفين العاملين كثيرة وهامة و في بعض الأحيان تثقل كاهلهم لذلك فهم بحاجة إلى شيء من الحماية حتى لا يحملهم الخوف من تنفيذ هذه الواجبات إلى التفريط بها. لا سيما أنهم يؤدون واجباتهم وينفذون الأوامر في سبيل المصلحة العامة[1].

ولا بد من توافر بعض الشروط لإعفاء الموظف العام من المسئولية[2].

أن يكون الضرر قد سببه موظف عام.

ب- أن يكون الأمر قد صدر من رئيس تكون طاعته واجبة، وأن يكون الأمر مشروعا.

ج- أن يكون الموظف العام قد اتخذ الاحتياطات اللازمة في تنفيذ العمل المكلف.

كانت هذه إذن الحالات التي لا يعتبر فيها التعدي خطأ يوجب المسؤولية أما الانحراف عن السلوك المعتاد كما تقرر يعد خطأ يوجب المسؤولية.

ويهدف المشرع الجزائري من وراء تقريره للواجب العام بعدم الانحراف عن السلوك المألوف في الحياة الاجتماعية في نص المادة 124 من القانون المدني تحقيق الأمن الفردي والأمن الاجتماعي.

وهكذا تنضبط الروابط القانونية وتستقر الأوضاع على أساس معيار واحد وثابت بالنسبة إلى الجميع ويتحقق لكل فرد من أفراد الجماعة الحق في التعويض عما أصابه من ضرر نتيجة انحراف أحد منها عن السلوك المألوف للناس[3].

ضابط التعدي في الشريعة:

لا يختلف عن ضابطة في القانون الوضعي فهو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد أو أنه العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي، فينظر إلى الاعتداء على أنه واقعة مادية محضة يترتب عليها

---

[1] - محمود جلال حمزة: المرجع السابق / ص:83..

[2] - محمود جلال حمزة: المرجع نفسه / ص:83.

[3] - بلحاج العربي: المرجع السابق / ص:68.

المسئولية أي ضرورة تعويض المتضرر كلما حدثت، بقطع النظر عن نوع الأهلية في شخص المعتدي وقصده[1] وهذا الشخص ضامن لما أتلفه أو تسبب في إتلافه سواءا فعل ذلك عمدا أو خطأ[2].

إلا أن الإمامين أبو حنيفة وأبو يوسف قالا في مسألة الطائر: " إذا فتح باب قفص أو اصطبل حتى طار الطائر أو خرج الحمار أو حل قيد عبد فهرب فإنه لا يضمن وقفوا أو لم يقفوا"[3].

قال الإمام مالك:" يضمنه هاجه على الطيران أو لا".[4]

وقال الإمام الشافعي :" لو حل دابة أوفتح قفصا على طائر فوقفا ثم ذهبا لم يضمن لأنهما أحدثا الذهاب".[5]

بمعنى أنه يضمن إن هاجه ولا يضمن إذا لم يهجه أي إن طار عقب الفتح ضمن.

احتج الإمام مالك[6] بأن فتح القفص سبب الإتلاف عادة فيوجب الضمان كسائر صور التسبب، كما إذا فتح مراحه فخرجت ماشيته فأفسدت الزرع فإنه يضمنه لقوله تعالى:﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ.﴾.[7]

واحتجوا بأنه إذا اجتمع التسبب والمباشرة اعتبرت المباشرة دونه والطير مباشر باختياره لحركة نفسه كمن حفر بئرا عدوانا في محل فأردى فيها غيره إنسانا فإن المردي يضمن دون الحافر والحيوان قصده معتبر.[8]

الرد على هذا الاحتجاج:

لا يسلم أن الطائر كان مختارا للطير، ولعله كان مختارا للإقامة لانتظار العلف، أو خوف الجوارح الكواسر، وإنما طار خوفا من الفاتح وإذا احتمل واحتمل والسبب معلوم فيضاف الضمان إليه

---

[1] - وهبة الزحيلي: المرجع السابق / ص:18.

[2] - ابن جزي: القوانين الفقهية / ص: 260.

[3] - ابن الشحنة: لسان الحكام / ص: 278. وينظر: إبن جزي: المرجع نفسه/ ص: 260 / وينظر: أحمد بن أبي سهل السرخسي: أصول السرخسي / دار الكتب العلمية –بيروت – لبنان - /ت: أبو الوفاء الأفغاني / ط: 1/ س ط: 1414ه – 1993م / ج:2 / ص :326.

[4] - القرافي: الفروق / م :2 / ص: 336.

[5] - الشافعي: الأم / م :5 / ص:129.

[6] - القرافي: الفروق / م :2 / ص: 336-337.

[7] - سورة البقرة/ آية: 193.

[8] - القرافي: المرجع السابق / ص 337.

كحافر البئر يقع فيها حيوان مع إمكان اختياره لتروها لفزع خلقه أو غير ذالك[1].

ثم أنه لا يسلم أن الفتح سبب مجرد بل هو في معنى المباشرة لما في طبع الطائر من النفور من الآدمي[2].

ولم يعتبر قصد الطائر لأن قصد الطائر ونحوه ضعيف هُرَيْرَةَ، يُحَدِّثُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قَالَ " الْعَجْمَاءُ جَرْحُهَا جُبَارٌ وَالْمَعْدِنُ جُبَارٌ وَالْبِئْرُ جُبَارٌ وَفِي الرِّكَازِ الْخُمُسُ."[3]

مدى اعتبار الفقهاء للتعدي المخل بالمصلحة:

الحنفية:

نصت المادة 66 من مرشد الحيران على ما يلي:" إذا هدم صاحب السفل سفله تعديا يجب عليه تجديد بنائه ويجبر على ذلك"[4].

وهذا ما يفيده المعنى الأول للتعدي[5] وهو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم.

وتنص المادة 162 من مرشد الحيران :"لا يترع ملك أحد من يده بغير حق شرعي"[6]

والتعدي بهذا المفهوم مرادف للمعنى الثاني وهو العمل بدون حق ولا جواز شرعي.

جاءت في معين الحكام أن " الغبار الثائر من حوافر الدواب والحصى الصغار المرتفعة من سنابكها[7]إذا أتلفت لا يضمن لأنه لا يمكن الاحتراز عنه بخلاف الحصى الكبار لأن الاحتراز عنها يمكن لأنه ينشأ من تعنيف صاحب الدابة"[8].

وهذا ما يتوافق والمعنى الثالث للتعدي وهو الإهمال والتقصير في الاحتياط.

---

[1] - القرافي: المرجع السابق / ص 337.

[2] - القرافي: المرجع نفسه / ص337.

[3] - رواه البخاري (321/4) برقم (6998) كتاب الديات. باب: المعدن جبار. والترمذى (99/6) برقم (1433) كتاب الأحكام. باب: ما جاء في العجماء جرحها جبار. وقال : صحيح حسن صحيح.

[4] - محمد قدري باشا / ص 17.

[5] - قد سبق بيان أن التعدي له ثلاثة مفاهيم في الفقه الإسلامي وهي :

* **المعنى الأول**: " المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم.

* **المعنى الثاني**: العمل المحظور في ذاته شرعا.

* **المعنى الثالث**: الإهمال والتقصير في الاحتياط والتعيين وسوء القصد عند استعمال الحق.

[6] - محمد قدري باشا / ص: 38

[7] - سنابكها : طرف الحافر وجانبا من قدم.(ينظر:ابن منظور:لسان العرب/ج:10/ص:444).

[8] - ابن خليل الطرابلسي / ص:208.

ومن الفروع الفقهية أيضا:

- لو أشلى إنسان كلبه على إنسان وأغراه عليه فعقره يضمن[1].
- ولو ألقى قشور الرمان أو البطيخ على قارعة الطريق فزلقت بها دابة إنسان فتلفت يضمن لأنه غير مأذون في هذا الفعل، ومن فعل هو غير مأذون فيه فما تولد منه يكون مضمونا عليه[2].

ومن ألطف ما ورد في هذه الفتاوى: أنه لو أوقد إنسان النار في أرض نفسه فأحرقت شيئا لا يضمن ولو سال الماء من أرضه إلى أرض غيره وأتلف شيئا ضمن,لأن من طبع النار الخمود، والتعدي إنما يكون بفعل الريح ونحوه فلم يوضف إلى فعل الموقد فلم يضمن ومن طبع الماء السيلان فالإتلاف يضاف إلى فعله[3].

فمجموع هذه النصوص يفيد أن تصرف الإنسان في ملكه إذا تجاوز حدود هذا الملك إلى حق الغير أو ملكه كان تعديا يمنع منه.

-المالكية :

قال ابن عبد البر القرطبي:" من أراد أن يفتح على جاره كوة يشرف منها عليه ويرى ما في داره منعه الحاكم لأن فيها ضررا على الحرم ومنعا من الراحة والاستتار في الدار وغيرها"[4].

ولا يمنع أن يحدث ما شاء من الكواء العالية للضوء التي يطلع منها على ماش في قاعة الدار والبيوت ولا واقف فيها ومقدار ذلك ما يقف رجل على سرير ولا يشرف على أحد وهذا كله استحسان واجتهاد في قطع الضرر[5].

فالإشراف والنظر إلى ما في دار ملك الغير هو عينة المجاوزة الفعلية إلى حق الغير وهو التعدي بمعناه الأول.

جاء في معين الحكام:" من حرث على غير أصل مائه فلجاره منعه أن يسقي بفضل ماء بئره التي في أرضه إلا بثمن لمن شاء"[6].

---

[1] - ابن الشحنة: لسان الحكام / ص 279.

[2] - ابن الشحنة: المرجع نفسه / ص: 280.

[3] - ابن الشحنة: المرجع نفسه / ص :281.

[4] - القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي / دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان / د ط / د س ط / ص: 489.

[5] - ابن عبد البر: المرجع نفسه / ص: 489.

[6] - إبراهيم ابن الحسن بن عبد الرفيع / ج:2 / ص: 790.

والتعدي هنا يعد عملا محظورا فينتفي الجواز الشرعي بذلك ومن هذا المعنى أن الراعي يضمن ما مات من الشياه إذا فرط أو خالف ما شرط عليه، كأن يقال له:

لا ترع في المحل الفلاني ورعى فيه وماتت الشياه، هنا يضمن من القيمة وتحسب القيمة يوم التعدي[1].

وما سبق من هذا المعنى أيضا ما ورد من مخالفة الإمام مالك لفعل عمر ابن الخطاب رضي الله عنه وقضائه.

عن عمر بن يحي المازني عن أبيه: " أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك:" لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولا وأخرا ولا يضرك؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد:" لا فقال عمر:" لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي به أولا وآخرا وهو لا يضرك؟ فقال محمد:" لا والله فقال عمر:" والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك"[2]

قال الإمام مالك:" فلو كان معتدلا في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر رأيت أن يقضي له بإجراء مائه في أرضك لأنك تشرب أولا وآخرا ولا يضرك ولكن فسد الناس واستحقوا التهم فأخاف أن يطول الزمان وينسى ما كان عليه جري هذا الماء وقد يدعي جارك عليه به دعوى في أرضك[3].

ومخالفة أهل زمن مالك لأهل زمن عمر رضي الله عنه في هذا الحكم إنما كان لاختلاف أحوال الناس وأن أهل زمنه قويت فيهم التهمة باستحلال ما لم يكن يستحله أهل زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأن حكم ابن الخطاب تمثل في الأزمنة التي يعم أهلها ويغلب عليهم الصلاح والدين والتحرج عما لا يحل وأن الزمن الذي يعم أهله أو يغلب عليهم استحلال أموال الناس[4] بغير الحق وجب أن يحكم فيهم بالمنع[5].

---

[1] - عبد الرحمن الغرباني: مدونة الفقه المالكي / ج:3 / ص: 521.

[2] - يوسف بن أحمد بن علوان الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ت: طه عبد الرؤوف سعد / مكتبة الثقافية الدينية – القاهرة – مص/ر ط: 1/ س ط: 1424ه – 2003م / ج:4 / ص :70.

[3] - الباجي: المنتقى/ م :5 / ص: 46.

[4] - من ذلك أنه قد يطول الأمر فيدعى صاحب الماء الممر في أرض من قضى له بإمراره في أرضه فيدعي ملك رقبة المرور ويدعي فيها حقوقا ينظر: الباجي: المنتقى / ج:6 / ص: 46.

[5] - الباجي: المرجع نفسه / ج:6 / ص: 46.

3-الشافعية:

من المعنى الثالث للتعدي وهو " الإهمال والتقصير في الاحتياط" جاء في الروضة أنه" لو اتخذ داره المخفوفة بالمساكن حماما، أو إسطبلا، أو طاحونة أو حانوته في صف العطارين حانوت حداد، أو قصار على خلاف العادة، أحدهما يمنع للإضرار، قال النووي:" واختار الروياني في كل هذا: أن يجتهد الحاكم فيها ويمنع إن ظهر له التعنت وقصد الفساد"[1].

جاء في الأم أنه إذا شق رجل ثوبا شقا صغيرا أو كبيرا أو كسر له شيئا كسرا صغيرا أو كبيرا أو جنى له على مملوك فأعماه يعطى للمالك القيمة.[2] فهذه مجاوزة فعلية لحق الغير.

4-الحنابلة:

من صور التعدي أن يتصرف الإنسان في ملكه بما فيه مصلحة له فيعتدى ذلك إلى ضرر غيره أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه توفيرا له فيتضرر الممنوع بذلك[3].

كأن يؤجج في أرضه نارا في يوم عاصف فيحرق ما يليه فإنه متعد بذلك وعليه الضمان[4].

ومن صور التعدي أن العامل في المزارعة إذا ترك العمل فقد استولى على الأرض وفوت نفعها فلأصوب ولأقيس أن يضمن لمثل ما يثبت أي بأجرة المثل بمعنى ما جرت به العادة في مثل تلك الأرض[5].قال ابن رجب الحنبلي رحمه الله :"النبي صلى الله عليه وسلم نفى الضرر والضرار بغير حق"[6].

ومن الفروع أيضا:" أن من بنى حائطا مائلا عن الطريق أو على ملك غيره فسقط على شيء أتلفه ضمنه لأنه تلف بسبب تعد فيه وإن بناه مستويا فمال إلى الطريق أو إلى ملك غيره فأمره المالك

---

[1] - أحمد موافي: المرجع السابق / ص: 819 (الذي نقل عن: الروضة ج:5 / ص: 285).

[2] - الشافعي / م 5 / ص :128.

[3] - ابن رجب الحنبلي: جامع العلوم والحكم / ج:2 /ص: 217.

[4] - ابن رجب الحنبلي: المرجع نفسه /ج:2/ ص :217.

[5] - محمد حامد الفقي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، دار المعرفة – بيروت – لبنان / د ط / د س ط / ص :150.

[6] - محمد حامد الفقي: المرجع نفسه /ج:2 / ص: 212.

بنقضه أو أمره مسلم أو ذمي بنقض المائل إلى الطريق وأمكنه ذلك و لم يفعل ضمن ما تلف به في أحد الوجهين لأن ذلك يضر المالك والمارة فكان لهم المطالبة[1].

ومما يفيد معنى الإهمال والتقصير والاحتياط هذا الفرع:

- لا ضمان على الراعي إذا لم يتعد، ذلك أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد كالمودع، ولأنها عين قبضها بحكم الإجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة فأما ما تلف بتقصيره فيضمنه بلا خلاف مثل أن ينام عن السائمة أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد عنه أو تغيب عن نظره[2].

خلاصة القول في التعدي:

يفهم من كلمة التعدي أنه عمل غير مباح وغير مأذون به شرعا أو من صاحب الحق.

فمن جهة الشرع كون الفعل غير مشروع لا يستند إلى الحق أصلا, أما من جهة صاحب الحق فكونه فيه مجاوزة إلى حق الغير وملكه المعصوم.

والتعدي إما أن يكون مباشرا أو عن طريق التسبب فإن كان الضرر قد نشأ عن طريق التسبب فلا ضمان على من أحدث الفعل المتسبب وهو أول فعل الذي لم يترتب عليه الضرر مباشرة إذا لم يكن متعديا فيه وأما إذا كان محدث الفعل متعديا فيه بأن لم يكن له حق فعله، فإنه يضمن إذا لم يكن الفاصل بينه وبين الضرر مانعا من نسبة ذلك الضرر إليه ولا يضمن إذا لم ينتسب إليه[3].

وجملة القول أن المباشر ضامن وإن لم يتعد بفعله والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا بفعله وذلك محل اتفاق بين المذاهب ومبنى هذه التفرقة أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر دون نظر إلى فاعله وقصده فوجب بما يرفع هذا الضرر لانتسابه إليه وإحداثه إياه[4].

---

[1] - رواس قلعة جي: نظرية التعسف في استعمال الحق / ص :183 (الذي نقل عن ابن قدامة المقدسي/ الكافي / ص:63).

[2] - ابن قدامة المقدسي: المغني والشرح الكبيرات شرف خطاب – السيد محمد السيد / دار الحديث – القاهرة – مصر / دط /س ط: 1425ه – 2004م / ج7: / ص: 416.

[3] - علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي / ص: 59.

[4] - علي الخفيف: المرجع نفسه / ص :65.

أما عند التسبب فلا يكون لسببية الفعل هذا الظهور لوجود فعل أخر مفض إلى الضرر فاصل بينه وبين الضرر مع تراخ للضرر عن الفعل المسبب فإن انتفت نسبته إليه خفيت سببيته وضعفت وعند ذلك لا يصلح أساسا لإلزام صاحبه بالضمان[1].

وإذا نسب الضرر إليه عادة وكان غير محظور شرعا لم يصلح سببا موجبا للضمان مع ثبوت حقه في فعله فوجب لذلك أن يكون محظورا حتى يكون التضمين من موجبات حظره وتبعاته دفعا للإضرار به[2].

وهكذا يثبت التعدي الذي يكون به التصرف المخل بالمصلحة ضررا معتبرا يمنع منه في الحكم فإن وقع وجب ضمان ما تولد عنه.

على أنه يلاحظ أيضا:

أن التعدي قد يكون بالفعل كالعمل المحضور في ذاته شرعا أو بعبارة أخرى العمل بدون حق ولا جواز شرعي كالحضر في ملك الغير ونحو ذلك[3].

وقد يكون بعدم الفعل تقصيرا في بذل العناية الواجبة كمن يؤجج نارا في ملكه أو يسقي أرضه، وينام تاركا النار مؤججة والماء مفتوح فيحصل التلف بذلك وهو نائم فإنه يضمن لعدم بذله العناية الواجبة عليه من التيقظ والانتباه حتى لا تتعدى النار والماء إلى حق الغير وملكه المعصوم فيحصل التلف[4].

ثانيا: التعسف

حقيقة التعسف لغة:

قال ابن فارس: العين والسين والفاء كلمات تتقارب ليست تدل على خير إنما هي كالحيرة وقلة البصيرة[5]، وتعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم و لم ينصفه[6].

---

[1] - علي الخفيف: المرجع السابق / ص: 65.
[2] - علي الخفيف: المرجع نفسه / ص: 65.
[3] - أحمد موافي: المرجع السابق / ج:2 / ص: 827.
[4] - أحمد موافي: المرجع نفسه / ج:2 / ص: 828.
[5] - معجم مقاييس اللغة / ج4: / ص :311.
[6] - ابن منظور: لسان العرب / ج:4 / ص: 335.

التعسف اصطلاحا:

" هو تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا"[1].

والظاهر في هذا التعريف أن التصرف غير المعتاد جعل مناطا للتعسف.

وبهذا التعريف لا يكون التعسف مرتبطا بغير المعتاد من التصرفات وإنما يرتبط أساسا بغاية الحق و نتيجة استعماله ومما يدل على هذا أن التصرف قد يكون معتادا ولكن مع ذلك تكون نتيجته غير مشروعة، فيكون حينئذ تعسفا بالنظر إلى هذه النتيجة فالقيد الأول وهو تصرف الإنسان في حقه مسلم به أما القيد الثاني وهو التصرف غير المعتاد فهو ما لا يسلم به لأنه يضيق من نطاق نظرية التعسف بدليل أن التصرف المعتاد قد يكون ممنوعا بالنظر إلى مآله في بعض الحالات لا لذاته[2].

ويعرف التعسف: " هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل"[3].

ولعل هذا التعريف أحسنهما وبيان وجه الحسن فيه من وجوده[4].

أنه بين جوهر التعسف وهو" مناقضة قصد الشارع ومعنى المناقضة أي المضادة لقصد الشارع" سواء أكانت هذه المضادة مقصودة باستعمال الحق لمجرد قصد الإضرار – أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله، أو إسقاط ما أوجبه الله عليه تحايلا على أحكام الشريعة وقواعدها.

أنه حدد نطاق التعسف فجعله محصورا في التصرفات التي أذن فيها شرعا وهذه التصرفات تشمل التصرفات القولية كالعقود والفعلية كاستعمال حق الملكية في العقارات وكذا استعمال الرخص والإباحات كتلقي السلع وإحياء الموات – على أن هذه التصرفات مأذون فيها شرعا وإلا كان إتيانها اعتداءا لا تعسفا وهذا القيد هو الذي يحد مجال تطبيق نظرية التعسف، إما بالقصد إلى ذلك ابتداء بحيث يكون الباعث على استعمال الحق هو الإضرار.

وإما باستعمال الحق استعمالا يؤول إلى وقوع الضرر.

وبناء عليه يندرج التعسف تحت التعدي بمعناه الواسع[5].

ذلك أن أول العناصر المكونة للتعدي هو مجاوزة الحق أو القيام بعمل لا يستند إلى جواز شرعي أي بدون حق فالمتعدي إنما يعمل في دائرة عدم المشروعية أما التعسف فإنه مجال العمل المشروع في

---

[1] - الدريني: نظرية التعسف / ص: 84.

[2] - الدريني: نظرية التعسف / ص:84.

[3] - الدريني: المرجع نفسه / ص: 86.

[4] - رسالة ماجستير بعنوان: نظرية التعسف في استعمال الحق (للطالب بدر الدين عماري)/ ص:77.

[5] - أحمد موافي: المرجع السابق / ج:2 / ص: 828.

ذاته، والتعيب فيه أتاه إما بالقصد المناقض لقصد الشارع أو النتيجة المترتبة عن ضرر المترتبة على استعمال الحق، بدليل أن المتعسف لو عاود الفعل ذاته غير مشوب بقصد الإضرار أو لم يلزم عنه نتيجة هي مفسدة راجحة لزال عنه وصف التعسف وغدا فعله سليما مشروعا لا غبار عليه فالتعسف فرع وجود الحق أما التعدي فالفعل غير مشروع في ذاته لعدم استناده إلى حق[1].

وحدود التعسف كما يراها الباحثون المعاصرون يمكن إجمالها في حدين رئيسيين:

أحدهما: ذاتي أو شخصي لأنه يرجع إلى النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق إلى التصرف بحقه من قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.

والثاني: موضوعي يعتمد على أمور مادية ترجع إلى مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع وما يلزم من ذلك من مفسدة ووسيلة معرفة ذلك الموازنة فإن كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل وهذا الضابط بحكم الحقوق الفردية بعضها قبل بعض والحق الفردي مع المصلحة العامة من باب أولى.

وسأتناول هذين الحدين بشيء من التفصيل:

أ- الحد الأول: تمحض قصد الإضرار:

قال الإمام الشاطبي :" كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل، أما العمل المناقض باطل فظاهر، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة"[2].

وأما من ابتغى في الشريعة ما لم توضع له فهو مناقض لها والدليل عليه أوجه:[3]

أحدهما: أن الأفعال والتروك من حيث هي أفعال أو تروك متماثلة عقلا بالنسبة إلى ما يقصد بها، إذ لا تحسين للعقل ولا تقبيح، فإذا جاء الشارع بتعيين أحد المتماثلين للمصلحة وتعيين الأخر للمفسدة فقد بين الوجه الذي منه تحصل المصلحة فأمر بها أو أذن فيه، وبين الوجه الذي به تحصل

---

[1] - الدريني: نظرية التعسف استعمال الحق / ص: 70.

[2] - الموافقات / م : 1/ ج:2 / ص: 252-253.

[3] - الشاطبي: الموافقات / م :1/ ج:2 / ص: 235-236.

المفسدة فنهى عنه رحمة بالعباد فإذا قصد المكلف عين ما قصده الشارع بالإذن فقد قصد وجه المصلحة على أتم وجوهه فهو جدير بأن تحصل له وإن قصد غير ما قصده الشارع وذلك إنما يكون في الغالب لتوهم أن المصلحة فيما قصد لأن العاقل لا يقصد وجه المفسدة كفاحا – فقد جعل ما قصد الشارع مهمل الاعتبار، وما أهمل الشارع مقصودا معتبرا وذلك مضادة للشريعة ظاهرة.

والثاني: أن حاصل هذا القصد يرجع إلى أن ما رآه الشارع حسنا فهو عند القاصد ليس بحسن وما لم يره الشارع حسنا فهو عنده حسن وهذه مضادة أيضا.

والثالث: أن الله تبارك وتعالى يقول:﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ.﴾[1]. قال عمر ابن عبد العزيز:" سن رسول الله وولاة الأمر من بعده سننا، الأخذ بها تصديق لكتاب الله واستكمال لطاعة الله وقوة على دين الله، من عمل بها مهتد ومن استنصر بها منصور، ومن خالفها اتبع غير سبيل المؤمنين، وولاه الله ما تولى وأصلاه جهنم، وساءت مصيرا" والأخذ في خلاف مأخذ الشارع من حيث القصد إلى تحصيل المصلحة أو درء المفسدة مشاقة ظاهرة.

والرابع: أن الأخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد أخذ في غير مشروع حقيقة، لأن الشارع إنما شرعه لأمر معلوم بالغرض، فإذا أخذ بالقصد إلى غير ذلك الأمر المعلوم فلم يأت بذلك المشروع أصلا، وإن لم يأت به ناقض الشارع في ذلك الأخذ، من حيث صار كالفاعل لغير ما أمر به والتارك لما أمر به.

وقد نص بعض العلماء على هذا الحد صراحة، إذ قال ابن رجب الحنبلي في شرحه لحديث: "لا ضرر ولا ضرار" المراد بالضرر المحرم – إلحاق الضرر بغير حق وهذا على نوعين:

أحدهما: أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير وهذا لا ريب في قبحه وتحريمه"[2].

فالنص مصرح فيه بأنه إذا لم يكن في استعمال الحق غرض سوى الضرر بالغير (أي: تمخض قصد الإضرار) فإن ذلك مقطوع بقبحه وحرمته وأنه يكون تصرف كهذا ضررا معتبرا يمنع منه في الحكم من غير التفات إلى أنه تصرف مأذون فيه يقتضي حق لأنه –حينئذ – تسلب عنه صفة المشروعية لمنافاته لما شرع له الحق من غاية[3].

---

[1] - سورة النساء/ آية: 115.

[2] - جامع العلوم والحكم / ج:2 / ص: 212.

[3] - أحمد موافي: المرجع السابق /ج:2 / ص :830.

كيف يعرف قصد الإضرار:

نظرا للصعوبة التي تكتنف قصد الشخص بالإضرار – لأن القصد يرتبط بالقلب والقلب محل نظر الله وحده – فلا بد من الاستعانة بالقرائن المعينة على فهم المقصودة، كأن يتبين أن المرء لا منفعة له في استعماله لحقه الذي يترتب عنه ضرر بالغير ويصر على استعماله[1] كما في قضية محمد بن مسلمة -التي سبق إيرادها – قال الإمام مالك :" عن عمرو بن يحي المازني عن أبيه، أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريص فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد فقال له الضحاك : لم تمنعي وهو لك منفعة تشرب به أولا وأخرا ولا يضرك؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن سلمة فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: " لا، فقال عمر" لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي به أولا وأخرا، وهو لا يضرك؟ فقال محمد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك"[2].

إن هذه القصة تمثل نموذجا من المضارة المقصودة المنهي عنها – وإن كان محمد بن مسلمة يتمسك بعدم السماح لأخيه الضحاك بإمرار الخليج في أرضه لاعتقاده أن ذلك حقه – تتمثل أساسا في إصرار صاحب الأرض على منع الأخر من الارتفاق بها فيما ينتفعان به جميعا ولا ضرر على صاحب الأرض[3].

ويظهر أن ما فعله عمر رضي الله عنه هو قياس الأولى[4] لأن نهي النبي صلى الله عليه وسلم الجار أن يمنع جاره غرز خشبة في جداره، هذه العملية وإن كانت لا تضر الجار فإنها في ذات الوقت لا تنفع هذا الجار في حين أن مرور الماء اجتمع فيه الأمران معا نفع الجار وعدم إلحاق الضرر به، فهو قياس أولي[5].

ورضي الله عن سيدنا عمر إذ أنه رضي الله عنه لاين محمد بن مسلمة، وهو يخاطبه مذكرا إياه بأخوة الإسلام محاولا إقناعه بالرجوع إلى جادة الصواب، ولما قوبل هذا اللين بالرفض البات المشفوع

---

[1] – عبد الله الهلالي: قاعدة لا ضرر ولا ضرار / ج:1 / ص: 328-329.

[2] – الإمام مالك: الموطأ /ت : صدقي جميل العطار/ رقم الحديث: 1463/ ص: 522- 523.

[3] – عبد الله الهلالي: المرجع السابق/ج:2/ ص: 329.

[4] – علماء الأصول لم يسموها قياسا وإنما سموها الاستدلال بالأولى على سبيل المواضعة بينهم ينضر: أبو الوليد الياجي، إحكام الفصول في أحكام الأصول/ دار الغرب الإسلامي- بيروت- لبنان/ س ط: 1407هـ - 1986م/ط: 1/ ص: 672.

[5] – علي محمد محمد الصلابي: عمر الخطاب شخصية وعصره دار التوزيع والنشر الإسلامية- القاهرة- مصر، س ط: 1423هـ - 2002 م/ط:1/ ص: 331.

بالقسم، وهو موقف أبان عن تحد لأمر الخليفة وامتناع عن الانصياع لحكمة فجاء رد فعل عمر عنيفا وفي مستوى مسؤوليته[1] صونا لهيبة الخلافة التي لم يكن يستعملها إلا لتحقيق الصالح العام لجماعة المسلمين وصيانة الحقوق[2].

ومما يفهم منه المضارة بالقرائن والأحوال طلب المطلقة إرضاع ابنها بأجرة زائدة على أجرة المثل زيادة كثيرة، فإن وجد الأب من ترضعه بأجرة المثل لم يلزمه إجابتها إلى ما طلبت لأنها تقصد المضارة[3].

وتتبين المضارة كذلك بمنع الزوج أم مولوده من إرضاعه ليحزنها – قال عطاء وقتادة والزهري وسفيان والسدي وغيرهم:

إذا رضيت ما يرضى به غيرها فهي أحق به وهذا هو المنصوص عن أحمد ولو كانت الأم في حبال الزوج. وقيل: إن كانت في حبال الزوج فله منعها من إرضاع، إلا أن لا يمكن إرضاعه من غيرها وهو قول الشافعي، ولكن إنما يجوز إذا كان قصد الزوج به توفير الزوجة للاستمتاع لا مجرد إدخال الضرر عليها[4].

ومن القرائن الدالة على قصد المضارة التصرف في الملك على غير الوجه المعتاد تصرفا يتضرر به الجيران كمن يؤجج في أرضه نارا في يوم عاصف فيحرق ملك غيره.

ومن القرائن الدالة على ذلك " التهمة المؤثرة في الإدخال والإخراج" التي اعتبرت ضابطا قويا للزوج والطلاق والإرث بقصد المضارة ومن صورها أن يتزوج رجل امرأة مريضة ثرية، فإن ماتت بعد زواجه بها لا يرث لاتهامها بإدخال الوارث للضرر[5].

ومنها المتزوج في المرض المخوف يفسخ نكاحه ولا ترثه زوجته لاتهامه بإدخال وارث على ورثته إضرارا لهم[6].

ولمثل هذه الصور وغيرها وضع الفقهاء قاعدة فرعية اصطلح عليها بـــ:" الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد" المتفرعة عن القاعدة الكلية الأمور بمقاصدها وكان قصدهم رحمهم الله تعالى

---

1 - رد سيد نا عمر كما هو ظاهر في حديثه: " والله ليمرن به ولم على بطنك".
2 - محمد الصلابي: المرجعالسابق / ص: 332.
3 - ابن رجب الحنبلي: جامع العلوم والحكم /ج:2/ ص: 215.
4 - ابن رجب الحنبلي: المرجع نفسه / ج:2 / ص :215.
5 - عبد اله الهلالي: المرجع السابق /ج:1/ ص: 330-331.
6 - عبد اله الهلالي: المرجع نفسه /ج:1/ ص: 331.

من وضعها، هو سد الذريعة على المتلاعبين بمنافع الغير وحقوقهم قصد الحصول على منابع ومصالح لذواتهم ولو بالإضرار بغيرهم فعوملوا بنقيض القصد[1].

وقد لا يكون قصد محدث الضرر الإضرار، بل يراوده الظن أنه مضرور، كما يفهم من قصة سمرة بن جندب، الذي طلب منه الأنصاري المناقلة فأبى، فشكاه للنبي صلى الله عليه وسلم فطلب منه البيع فأبى وطلب منه المناقلة فأبى وطلب منه الهبة فأبى فهذا الإصرار من سمرة على التمسك بعضده لا يمكن أن يفسر إلا بغلبة الظن أن ذلك حقه، وأنه يتضرر هو كذلك بالبيع أو المناقلة أو الهبة، ولا أدل على ذلك من كونه هو الذي حدث بالحديث ولم يزد على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت مضار" كلمة واحدة لتيقنه بعد ذلك بخطئه وخيبة فهمه وظنه"[2].

وهذه القرائن تتفاوت في القوة والضعف مع مدلولاتها تفاوتا كبيرا إذ تصل من القوة إلى درجة الدلالة القطعية وقد تضعف حتى تنزل دلالتها إلى مجرد الاحتمال، والمرجع في ضبطها وإدراكها إلى قوة الذهن والفطنة واليقظة، والموهبة الفطرية وتلك صفات مطلوبة في القاضي الذي يتصدر للحكم بين الناس والمفتي الذي يتولى الإفتاء في النوازل على أن قوتها وضعفها هو أمر نسبي تختلف فيه الأنظار. والفقه الإسلامي قد اعتبر القرائن من الأدلة المثبتة التي يعتمد عليها في القضاء[3].

والإمام مالك رحمه الله تعالى كثيرا ما كان يرجع إلى القرائن ويعتمدها في الأحكام حتى قيل أنها عدت من قواعده يقول الجيشتيمي في منظومته:[4]

قرائن الحال لدى الإمـــام **** مذهبنا من عمدة الأحكام

قرائن الأحوال في المسالك****يبنى عليها الحكم عند مالك

فالحكم بها ولا تخف ملاما****واقطع بها النزاع والخصاما

وذا له أصل قوي عنـــدنا **** حكـــم القرائن التي تبينا

---

[1] - عبد اله الهلالي: المرجع السايق /ج:1/ ص:331.

[2] - عبد اله الهلالي: المرجع نفسه /ج:1 / ص: 331.

[3] - عبد الفتاح تقية: تفسير النصوص والقواعد الفقهية – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي / د ط / د س ط / د. دار ط/ ص: 241.

[4] - عبد الفتاح تقية: المرجع نفسه / ص: 243.

وذلك من قواعد الإمـــام **** مـــــــالك المقلد الهمام

ومسايرة لمبدأ السلطة التقديرية للقاضي فالقرائن ضرورية الاعتبار في القضاء لإفادتها في إثبات الكثير من حقائق المنازعات والخصومات وهي من السياسة العادلة التي تخرج الحق من الظالم وإنصاف المظلوم.

ب- الحد الثاني: للتعسف – الاختلال البين في توازن المصالح:

لم تقتصر الشريعة في تحديدها للتعسف على الحد الذاتي الذي تقدم ذكره بل أقرت إلى جانب ذلك حدا أخر موضوعيا قوامه النظر إلى مدى التوازن أو التناسب بين المصالح المتعارضة وذلك تحقيقا لمبدأ العدل الذي يهدف الفقه الإسلامي إلى إرساء قواعده وتثبيت دعائمه.

فاستعمال الحق على وجه يخل بهذا التوازن: بأن يجعل التفاوت شاسعا بين المصلحة التي يبتغيها صاحب الحق، والمفسدة التي تترتب على ذلك يصبح غير مشروع سواء أكانت المفسدة اللازمة من ذلك لاحقة بالفرد أم بالجماعة.

ويفيد النظر أن هذا الحد الثاني للتعسف ينطوي على مسائل:

المسألة الأول: تعارض ضررين لشخص واحد:

وفروعها ثلاثة[1]:

أحدهما:الدوران بين ضررين مباحين على النفس بناء على أصالة الجواز إلا ما خرج بالدليل. كما لو دار أمره بين شرب المحرورات فيتألم كبده أو المبردات فتتألم معدته ولا إشكال في التخير بين المباحين إذا تساوى في الأهمية.

ثانيهما:لو دار بين ضرر يحرم تحمله وضرر يجوز كتلف النفس والمال في مريض لايعالج فيموت ويعالج فيتلف ماله ولا إشكال في تقديم الضرر المباح.

ثالثها: ما لو دار بين ضررين محرمين وهو باب التزاحم فإن كان أحدهما أهم كتلف الأم الحامل أو الحمل قدم الأهم وإن احتمل أهمية أحدهما دون الأخر كذهاب البصر أو ذهاب الإنجاب، حيث يحتمل أهمية البصر مثلا فمحتمل الأهمية لازم التقديم.

وإن تساوي في الأهمية كقطع اليد أو الرجل فهنا يعمل بالتخيير قال الإمام الطوفي رحمه الله تعالى:" ... إن تعذر درئ منها الممكن – أي المفسدة – فإن تعذر درأ ما زاد على مفسدة واحدة،

---

[1] - صادق الحسيني الشيرازي: بيان الأصول قاعدة لا ضرر ولا ضرار (كتاب منشور بالانترنيت على موقع:
www.daralalom.com/book-list/taref-book/

فإن تفاوتت في عظم المفسدة دفع أعظمها وإن تساوت في ذلك فبالاختبار أو بالقرعة إن تحققت التهمة."[1].

المسألة الثانية: تعارض ضررين لشخصين:

الصورة الأولى: إذا دار الأمر بين انتفاع الشخص وضرر الجار:

كما إذا أراد أن يبتذل داره المحفوفة بالمساكن، بالفندق لينتفع به أكثر أو بناء المدبغة في الأحياء السكنية، أو في سوق العطارين مما يدور الأمر بين انتفاعه وضرر الأخر فالظاهر المنع لعدم المقتضى ووجود المانع.

أما الأول: فمن المعلوم أن لكل حرفة مكانا خاصا يعد التجاوز عنه تجاوزا على الحقوق فبناء الحانوت والفندق بين الأماكن السكنية والجيران يعد تجاوزا على حقوق الجيران إلا إذا ساعده العرف والعقلاء[2].

وأما الثاني: أي المانع فإن عمله هذا يستلزم الضرر أو الحرج وكلاهما منفيان ولا يلزم منه تضرر المالك، غاية الأمر يلزم حرمانه من النفع الكثير لا الحرمان المطلق[3].

ويلاحظ أن الحرج المنفي عبارة عن الحرج الوارد على الإنسان إذا منع عن حقوقه الشرعية، أما الحرج الوارد على الإنسان لأجل عدم الانتفاع بما لم يشرع له فليس بمنفي.

الصورة الثانية: إذا دار الأمر بين الضررين فلو تصرف في ملكه يتضرر الجار ولو ترك يتضرر هو بنفسه:

لهذه الصورة حالتان:

الحالة الأولى:

أن يعد تصرفه في ملكه تصرفا في ملك الغير، كما إذا كان حفر الأرض سببا لحدوث صدع في بناء الغير، أو كان الاغتسال في الحمام موجبا لسراية الرطوبة والنداوة إليه، أو إيقاد النار علة لتسويد داره إلى غير ذلك من الأمثلة فلا شك أنه حرام موجب للضرر لأن الضرر بالنسبة للشخصين على السواء، فلو جاز للمالك أن يتصرف في ملكه بالحضر للأخر منع التصرف في ملكه، ولو كان منع

---

[1] – التعيين في شرح الأربعين / ص 278.

[2] – المقال السابق/ ص: 125.

[3] – المقال نفسه/ ص: 125.

المالك أيضا والجمع بين الحقين يتحقق يتجويز التصرف مع ضمان ما يطرأ على الدار وغيرها من الضرر[1].

الحالة الثانية:

لا يعد تصرفه في ملكه تصرفا في ملك الغير، ولكن لو تصرف لتضرر جاره ولو ترك لتضرر هو بنفسه كما إذا:

نصب مدفأة قريبا من جدار جاره، ولم يكن له مكان سوى ذلك وكان تركه سبب لضرره لحاجته إلى الحرارة في الشتاء وفعله سببا للإضرار بالغير.

اشترى أرضا بثمن غال وأراد طبقات يعد ترك البناء إضرارا للمالك وفعله إضرارا للجيران.

فتفرق هذه الصورة عن سابقتها لوجود المقتضى لإهمال قاعدة الناس مسلطون على أموالهم فللمالك أن يتصرف في ملكه بنصب المدفأة وبناء الطبقات فالمقتضى للتصرف موجود لكنه مقرون بالمانع أي قاعدة " دفع الضرر" من جانب الجار، فيجوز في هذه الحال ما لم يخرج عما هو المتعارف عند العقلاء وأهل العرف.

القواعد الفقهية في الترجيح بين المصالح والمفاسد:

إن المصالح والمفاسد قد تتعارض فتحتاج إلى ضوابط يدفع محذور تعارضها ومن الضوابط:

إن تفاوتت المصالح في الاهتمام بها حصل الأهم منها[2]، أي قد ترجح المصلحة على المصلحة فيسقط اعتبارها تقديما لأقوى المصلحتين عند تعذر الجمع بينهما[3].

درء المفاسد أولى من جلب المصالح[4].

---

[1] - المقال السابق/ ص :126.

[2] - الطوفي: التعيين في شرح الأربعين / ص: 278.

[3] - مصطفى البغا: درء المفسدة / ص:213.

[4] - إبراهيم بن نجيم: الأشباه والنظائر / مكتبة نزار مصطفى الباز – الرياض – مكة المكرمة / ط:1 / س ط : 1417ه – 1996م / ج:1/ ص: 91.

لأن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات لذا جاء عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ:" دَعُونِي مَا تَرَكْتُكُمْ إِنَّمَا هَلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ بِسُؤَالِهِمْ وَاخْتِلَافِهِمْ عَلَى أَنْبِيَائِهِمْ فَإِذَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَاجْتَنِبُوهُ وَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ."[1]

ومن ثم ترك الواجب دفعا لمشقة و لم يسامح في الإقدام على المنهيات خصوصا الكبائر[2].

- تقدم المصلحة الغالبة على المفسدة النادرة ولا تترك لها[3].
- إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام.[4]
- يتحمل أخف المفسدتين دفعا لأعظمها[5] فما عظمت مفسدته وجب درؤه في كل شريعة وذلك كالكفر والقتل والزنا والغصب وإفساد العقول[6].

يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام. وهذا مقيد لقولهم:

الضرر لا يزال بمثله[7].

ومن فروعه:

وجوب نقض حائط مملوك مال إلى طريق العامة على مالكها دفعا للضرر العام.

وقد وضع الإمام العز جملة من القوانين التي تضبط هذا الباب أيضا جمعها الدكتور محمد بن عبد الكريم سأوردها كما ذكرها في عنوان مبحثه:

تزاحم المصالح والمفاسد والترجيح بينها.[8]

---

[1]- رواه البخاري (203/4) كتاب الاعتصام. باب: الاقتداء بسنن الرسول صلى الله عليه و سلم. ومسلم (50/4) كتاب الفضائل. باب: توقيره صلى الله عليه و سلم. و ابن حبان في صحيحه (2 /63) كتاب: باب: و أحمد في مسنده (313/2) كلهم عن عبد الرزاق عن همام بن منبه عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعا. و اللفظ للبخاري

[2] – ابن نجيم: المرجع السابق /ج:1 / ص :92.

[3] – مصطفى البغا: المرجع السابق / ص 213.

[4] – ابن نجيم: المرجع السابق /ج1/ ص 109

[5] – مصطفى البغا: المرجع السابق / ص 214.

[6] – العز: القواعد الكبرى / ص 47.

[7] – ابن نجيم: المرجع السابق / ص 88.

[8] – عبد السلام بن محمد بن عبد الكريم: التجديد والمجددون في أصول الفقه / المكتبة الإسلامية – القاهرة – مصر / ط: 2/س ط: 1425ه – 2004م / ص 198-199-200 (الذي نقل عن العز من قواعده الكبرى والصغرى)

1- قال الله تعالى:﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ.﴾"[1].
وهذا ظاهر في الخير الخالص والشر المحض وإنما الإشكال إذا لم يعرف خير الخيرين وشر الشرين أو لم يعرف ترجيح المصلحة على المفسدة أو ترجيح المفسدة على المصلحة .

2- من المصالح والمفاسد ما يشترك في معرفته الخاصة والعامة ومنها ما ينفرد بمعرفته الخاصة، ومنها ما ينفرد بمعرفته خاصة الخاصة ولا يقف على الخفي من ذلك كله إلا من وفقه الله بنور يقذفه في قلبه، وهذا جار في مصالح الدارين ومفاسدهما، والوقوف على التساوي أعز من الوقوف على التفاوت ولا يمكن ضبط المصالح والمفاسد إلا بالتقريب.

3- إذا اجتمعت مصالح ومفاسد: فإن أمكن درء المفاسد وتحصيل المصالح حصلناها ولا نبالي بارتكاب المفاسد عن المفسدة وإن رجحت المفاسد دفعناها ولا نبالي بفوات المصالح.

4- قد تنشأ المصلحة عن المفسدة والمفسدة عن المصلحة، وقد تنشأ المفسدة عن المفسدة والمصلحة عن المصلحة وقد تقترن المصلحة بالمفسدة ولا تنشأ أحداهما عن الأخرى.

5- إذا اقترن بالمفاسد المحرمة مصلحة ندب أو إباحة أو إيجاب زال تحريمها إلى الندب أو الإباحة أو الإيجاب ولا تخرج بذلك عن كونها مفاسد وكذا يقال في المصالح ولكن بالمقابل.

6- الضابط أنه مهما ظهرت المصلحة الخلية عن المفاسد يسعى في تحصيلها، ومهما ظهرت المفاسد الخلية عن المصالح يسعى في درئها وإن التبس الحال احتطنا للمصالح بتقدير وجودها وفعلناها، وللمفاسد بتقدير وجودها وتركناها.

7- إذا تعارضت مصلحتان وتعذر جمعهما، فإن علم رجحان إحداهما قدمت وإن لم يعلم رجحان: فإن غلب التساوي فقط يظهر لبعض العلماء رجحان إحداهما فيقدمها، ويظن أخر رجحان مقابلها فيقدمه وكذلك إذا تعارضت المفسدة والمصلحة.

8- إذا اجتمعت المصالح الأخروية الخالصة، فإن أمكن تحصيلها حصلناها، وإن تعذر تحصيلها حصلنا الأصلح فالأصلح والأفضل فالأفضل فإن استوت مع تعذر الجمع تخيرنا، وقد يقرع، وقد يختلف في التساوي والتفاوت، ولا فرق في ذلك بين المصالح الواجبات والمندوبات.

9- إذا اجتمعت المفاسد فالأفسد والأرذل فالأرذل، فإن تساوت فقد يتوقف وقد يتخير وقد يختلف في التساوي والتفاوت ولا فرق في ذلك بين مفاسد المحرمات والمكروهات.

---

[1] - سورة الزلزلة /الآية 08.

10-إذا لم نجد عدلا يقوم بالولايات العامة والخاصة قدم الفاجر على الأفجر والخائن على الأخون لأن حفظ البعض أولى من تضييع الكل وفي مثله في الشهادات نظر.

والمفهوم مما قرره الباحث أن العز بن عبد السلام لم يقف بالمصالح والمفاسد عند حد إثباتها وإنما امتد بها إلى بابين:

- **أحدهما:** شمولية التعليل بالمصالح والمفاسد حتى للقسم التعبدي.
- **والثاني:** استثمار هذا التعليل في الاستدلال على الأحكام الشرعية[1].
- **الصورة الثالثة:** استعمال الحق بالنظر إلى درجة الإفضاء إلى المفسدة:

فهذا النظر يجعل تكييف الفعل المأذون فيه في الأصل رهنا بمآل التعرف على المصلحة أو المفسدة أي أن المعيار الموضوعي يتخذ من ثمرة الفعل أساسا للحكم على الفعل ببقاء المشروعية وعدمها[2] وينقسم إلى أربعة حالات:

الحالة الأولى: ما كان أداؤه إلى المفسدة قطعا :

له نظران:

نظر من حيث كونه قاصدا لما يجوز أن يقصد شرعا من غير قصد إضرار بأحد، فهذا من هذه الجهة جائز لا محظور فيه.

ونظر من حيث كونه عالما بلزوم مضرة الغير لهذا العمل المقصود، مع عدم استضراره بتركه، فإنه من هذا الوجه مظنة لقصد الإضرار، لأنه في فعله إما فاعل لمباح صرف لا يتعلق بفعله مقصد ضروري ولا حاجي ولا تكميلي، فلا قصد للشارع في إيقاعه من حيث يوقع، وإما فاعل لمأجور به يقع فيه مضرة مع إمكان فعله على وجه لا يلحق فيه مضرة وليس للشارع قصد في وقوعه على الوجه الذي يلحق به الضرر دون الأخر، وعلى كلا التقديرين، فتوخيه للفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرة لا بد فيه من أحد الأمرين:

إما تقصير في النظر المأمور به، وذلك ممنوع، وإما قصد إلى نفس الإضرار وهو ممنوع أيضا فيلزم أن يكون ممنوعا من ذلك الفعل[3].

---

[1] - محمد بن عبد الكريم: المرجع السابق / ص: 205.

2 - مذكرة نظرية التعسف في استعمال الحق (الطالب عماري بدر الدين) / ص: 228).

[3] - الموافقات / م: 1/ ج:2 / ص: 271.

فالإقدام على استعمال الحق من هذا الوجه يعتبر إما مظنة لقصد الإضرار وقصد الإضرار ممنوع شرعا، وإما تقصيرا منه في الاحتياط لتجنب الإضرار وذلك ممنوع أيضا وعلى ذلك يكون فعله ممنوع لأن الشارع منع الضرر والضرار، سواء أكان بفرد أو بجماعة أو بغيره، وقد مثل الشاطبي رحمه الله لهذه الحالة بحفر بئر في الظلام خلف باب الدار ليقع فيه من يدخله[1].

الحالة الثانية: ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادرا:

ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادرا فهو على أصله من الإذن، لأن المصلحة إن كانت غالبة فلا اعتبار بالندور في انخرامها إذ لا توجد في العادة مصلحة عرية عن المفسدة جملة[2]. وهذا ما أقره العزحين قال رحمه الله :" المصالح المحضة قليلة، وكذلك المفاسد المحضة، والأكثر منها اشتمل على المصالح والمفاسد"[3].

إلا أن الشارع الحكيم إنما اعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة و لم يعتبر ندور المفسدة، إجراء للشرعيات مجرى العادات في الوجود[4]، وحتى الإنسان بطبعه يؤثر ما رجحت مصلحته على مفسدته وينفر مما رجحت مفسدته على مصلحته[5]

وبناء عليه، لا يعد المستعمل لحقه في هذه الحالة مع معرفته بندور المضرة في ذلك الاستعمال مقصرا في النظر، ولا قاصدا إلى وقوع الضرر فالفعل إذا باق على أصل المشروعية.

والدليل على ذلك أن ضوابط المشروعات هكذا وجدت – أي رجحان المصلحة يعتبر ضابطا للمشروعات – كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج، مع إمكان الكذب والوهم والغلط، وإباحة القصر في المسافة المحدودة مع إمكان عدم المشقة كالملك المترف، ومنعه في الحضر بالنسبة إلى ذوي الصنائع الشاقة، وكذلك إعمال خبر الواحد والأقيسة الجزئية مع إمكان أخلافها والخطأ فيها من وجوه. ولكن ذلك نادر فلم يعتبر واعتبرت المصلحة الغالبة[6].

---

[1] – محمد هشام البرماني: سد الذرائع في الشريعة الإسلامية / مطلعة الريحاني – بيروت – لبنان / ط:2 / س ط: 1406ه – 1985م / ص: 2132.

[2] – الشاطبي: الموافقات / م :1 / ج:2 / ص: 272.

[3] – العز: القواعد الكبرى / ص 18.

[4] – الشاطبي: الموافقات / م : / ج2 / ص 272.

[5] – العز: القواعد الكبرى / ص 18.

[6] – الشاطبي: الموافقات / م:1 / ج2 / ص 172.

الحالة الثالثة: ما يكون أداؤه إلى المفسدة ظنيا:

ما يكون أداؤه إلى المفسدة ظنيا يحتمل الخلاف. أما أن الأصل الإباحة والإذن فظاهر، وأما أن الضرر والمفسدة تلحق ظنا فهل يجري الظن مجرى العلم فيمنع من الوجهين المذكورين أم لا؟ لجواز تخلفهما وإن كان التخلف نادرا، ولكن اعتبار الظن هو الأرجح لأمور:[1].

أحدهما: أن الظن في أبواب المعاملات جار مجرى العلم، فالظاهر جريانه هنا.

الثاني: أن المنصوص عليه من سد الذرائع داخل في هذا القسم، كقوله تعالى:﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ.﴾"[2]وفي الصحيح :" إن من أكبر الكبائر شتم الرجل والديه" قالوا:" يا رسول الله وهل يشتم الرجل والديه؟ قال:" نعم، يسب أبا الرجل فيسب أباه، ويسب أمه فيسب أمه"[3].

وكان عليه الصلاة والسلام يكف عن قتل المنافقين لأنه ذريعة إلى قول الكفار:" إن محمدا يقتل أصحابه".

والثالث: أنه داخل في التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه، والحاصل من هذا القسم أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد إليه فالأصل الجواز من الجلب أو الدفع وقطع النظر عن اللوازم الخارجية إلا أنه لما كانت المصلحة سبب المفسدة من باب الحيل أو من باب التعاون، منع من هذه الجهة لا من جهة الأصل، فإن المتسبب لم يقصد إلا مصلحة نفسه[4].

الحالة الرابعة: ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا لا غالبا ولا نادرا.

فالمستعمل لحقه في هذه الحالة لم يقصد المضرة بأحد لكن آل استعمال حقه هنا إلى مفسدة يكثر وقوعها، ولكن لا يبلغ درجة الأمر الغالب أي لا يقطع ترتب الضرر على استعمال حقه ولا يغلب على الظن في ذلك، فدرجة احتمال وقوع المصلحة واحتمال وقوع المفسدة واحد.

و" ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا لا غالبا ولا نادرا فهو موضع نظر والتباس، والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن ... ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منفيان، إذ ليس هنا

---

[1] - الشاطبي: الموافقات / م :1 / ج:2 / ص: 173.

[2] - سورة الأنعام آية 108.

[3] - رواه البخاري: كتاب الأدب، باب: لا يسب الرجل ةوالديه رقم 5973 / ج7 / ص 92 ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر واكبرها رقم 146/ ج1/ ص 89.

[4] - الشاطبي: الموافقات / م :1/ ج:2/ ص 273.

إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الأخر واحتمال القصد إلى المفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد ويقتضيه"[1].

و هذا الكلام يدل على أن صاحب الحق لا يمنع من استعمال حقه حملا على الأصل وهو الإذن ووجه ذلك:

أن صاحب الحق لا يعلم ترتب الضرر في فعله ولا يغلب على ظنه ذلك فلا يتحمل تبعة الضرر والواقع لا يبطل تصرفه لضرر متوقع لأنه يمكن اعتبار الجالب والدافع هنا مقتصرا في الاحتياط كما في الظن ولا قاصدا الضرر كما هو في العلم وليس من مظنة لهذا القصد تقيم حكم الرفع أو الدفع أساسها إذ ليس حمله على القصد إليها أولى من حملة عدم القصد لواحد منها وإذا كان كذلك فالسبب يكون فيه قوي جدا وعلى ذلك يرجح جانب الإذن[2].

إلا أن الإمام مالك اعتبره في سد الذرائع بناءا على كثرة القصد وقوعا، وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه لأنه في الأمور الباطنية، لكن له مجال هنا وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك. فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد وعلى هذا فإن من استعمل حقه فيما يكثر أداؤه غالبا إلى المفسدة أي الضرر خاصة إذا كان عاما أحيط في الدرء ولا حرج فيه، وقد يمثل له بعدم تسجيل عقود الزواج وعقد بيع العقارات وسائر الأموال غير المنقولة وكلاهما مباح تركه لأنه ليس من شروط العقد وأركانه، ولكن من بين ما يحدث في عصر فيه الفساد وقل فيه الحياء والدين....

وأن يلجأ أصحاب العمارات إلى بيع الشقة الواحدة قبل تمامها أولا ولأكثر من واحد ثانيا ليستفيدوا من الثمن الذي يأخذونه في هذه الحالة مضاعفا مرات ومرات في إتمام مشاريعهم، هذا وغيرها من الأمثلة التي عمت بها البلوى[3] في زمننا والتي يجب منع أصحابها من استعمال حقوقهم احتياطا في رد المفسدة ورفعا للضرر العام المتوقع.وأصل هذا كله :" أن الشريعة مبنية

---

[1] - الشاطبي: الموافقات / م: 1/ ج:2/ ص: 274.

[2] - رسالة جامعية (نظرية التعسف في استعمال الحق عند الشاطبي / ص 233.)

[3] -وعموم البلوى بهذا النظر يظهر في موضعين:

الأول: ما تمس الحاجة في عموم الأحوال، بحيث يعسر الاستغناء عنه إلا بمشقة زائدة.

الثاني: شيوع الوقوع والتلبس بحيث يعسر على المكلف الاحتراز عنه أو الانفكاك منه إلا بمشقة زائدة.

ففي الموضع الأول ابتلاء بمسيس الحاجة، وفي الثاني ابتلاء بمشقة الدفع.

على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقا إلى المفسدة[1].

وهكذا تكون قد اتضحت معالم تلكم الصور الثلاثة التي يتكون منها الضابط الثاني للتعسف، ذلك الحد الموضوعي الذي قوامه النظر إلى مدى التوازن أو التناسب بين المصالح المتعارضة، مضافا إليه الحد الذاتي وهو تمحض قصد الإضرار.

فهل يا ترى نجد هذه المعاني والضوابط في قانوننا المدني الجزائري؟ والجواب أني وجدت هذه الضوابط بصفة الإجمال لا التفصيل الوارد في الفقه الإسلامي.

أما الإجمال: فيتجلى في العناصر الثلاثة المكونة للفقرة الثانية من المادة 124 من القانون المدني والتي سبق إيرادها بشيء من التفصيل وهذه العناصر هي:

1/ إذ وقع – أي استعمال الحق – بقصد الإضرار بالغير.

2/ إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

3/ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

فالعنصران الأول والثالث يجسدان الحد الذاتي وهو تمحص قصد الإضرار في حين أن العنصر الثاني يمثل الحد الموضوعي الذي مناطه الموازنة بين المنافع والأضرار.

وأما التفصيل فيظهر في التطبيقات القضائية لنظرية التعسف في استعمال الحق إذ أن هذه الأخيرة ازدهرت في استعمال الحقوق في القضاء.

فاعتبرت المحاكم تعسفا في جانب المالك الذي أقام على سقف منزله مدخنة كاذبة[2].

أو على حدود ملكه فواصل خشبية[3] أو شجيرات كثيفة[4]، أو حائط من الإسمنت المسلح لمجرد حجب الضوء أو الهواء أو الرؤية على نوافذ جاره[5]، وكما إذا حفر المالك أرضه للبناء فيها بطريقة

---

[1] – الموافقات / م:2 / ص 276.0.

[2] – بلحاج العربي: أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي (الذي نقل عن: استئناف Calmar 2 ماي 1856، 2-9) ص 29.

[3] –بلحاج العربي: المرجع السابق (الذي نقل عن: محكمة Sedam، 17 ديسمبر 1901م دالوز 1906، 5-38 ص 29.

[4] – بلحاج العربي: المرجع نفسه (نقض مدني، فرنسي، 20 جانفي 1964 دالوز 1964 قضاء 518) ص 29.

[5] – بلحاج العربي: المرجع نفسه (محكمة marseille 7 فبراير 1968 مختصر ص 121) ص 29.

تجلب الضرر لبناء الجار دون نفع ظاهر[1] وكذلك المالك الذي يضع أمام نوافذ جاره تمثالا لرجل مشنوق كريه منظره[2].

ثم امتدت التطبيقات فشملت حق التقاضي في رفع الدعاوى أو في الدفاع عنها أو في التنفيذ الجبري أو في الطعن في الأحكام ومن هنا ذهب القضاء إلى أنه إذا كانت الدعوى غير جدية[3]أو إذا استعمل حق التقاضي استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير أو الخصم[4] أو إذا كانت الدعوى منطوية على روح الانتقام[5] أو لمجرد إرهاق الغير والتمادي في الخصومة[6] أو بقصد عرقلة تنفيذ الحكم[7] أو لمجرد الطيش وعدم التبصر في استعمال حق التقاضي[8] ويكتفي القضاء بسوء النية أو التهور أو الخفة في رفع الدعوى التي يبدو ومن أول وهلة أنه لا حق فيها، أو سبق أن رفع دعوى وخسرها ثم كررها مرة ثانية فإنه في هذه الحالة يكون متعسفا في استعمال حق الإدعاء ومخطئا خطأ تقصيريا موجبا للتعويض[9].

ويلاحظ أن الفقه والقضاء الجزائريين أخذا بنظرية التعسف في استعمال الحق وتوسعا في تطبيقاتها حيث سارا في ذلك على نهج الفقه والقضاء الفرنسيين[10].

وتحيط نظرية التعسف بالحقوق العقدية، ويعتبر المتعاقد متعسفا إذا فسخ العقد دون مبرر مشروع[11] أو طلب الفسخ إذا لم تكن له مصلحة[12] أو قام بالتمسك بالشرط الذي يضر المتعاقد الأخر[13].

---

[1] - بلحاج العربي: المرجع السابق (نقض فرنسي 16 جوان دالوز المعجم / ص 3 رقم 33) ص 29.
[2] - بلحاج العربي: المرجع نفسه: (استئناف chambery 21 جويلية 1914 دالوز – المعجم ص 3 رقم 33. ص 29.
[3] - بلحاج العربي: المرجع نفسه (نقض مدني مصري 7 ديسمبر 1935م المحاماة 16، 206) ص 29.
[4] -بلحاج العربي: المرجع نفسه (نقض مدني مصري: 15 أكتوبر 1959 – 10-3/ 87) ص 29.
[5] - بلحاج العربي: المرجع السابق ص 30 (الذي نقل عن: نقض مدني فرنسي 9 ماي 1960، 6p ، 1960، 256)
[6] - بلحاج العربي: المرجع نفسه (الذي نقل عن نقض تجاري فرنسي، 15 جوان 1967، ت 1967، 3، 238) ص 30.
[7] - بلحاج العربي: المرجع نفسه (الذي نقل عن: نقض مدني فرنسي، 28 نوفمبر 1957، 1956، 2، 479) ص 30.
[8] - بلحاج العربي: المرجع نفسه (الذي نقل عن: نقض مدني فرنسي، 18 ماي ، 1967، 2،،1967، 38) ص 30.
[9] - بلحاج العربي: المرجع نفسه (الذي نقل عن: نقض مدني فرنسي، 18، 1967، 1967، 2-38) ص 30.
[10] - بلحاج العربي: المرجع نفسه / ص 24.
[11] - بلحاج العربي: المرجع نفسه (الذي نقل عن محكمة الإسكندرية، 16 سبتمبر 1943، 108، 62) ص 30
[12] - بلحاج العربي: المرجع نفسه (الذي نقل عن: استئناف مصر، 21 ديسمبر 1943 المجموعة 39، 53، 21) ص 30.
[13] - بلحاج العربي: المرجع نفسه (ا عن: استئناف مصر 24 نوفمبر 1921، المجموعة: 23، 168، 110) ص 30.

أو فصل رب العمل للعامل بصفة تعسفه مع عدم مراعاة ميعاد الإخطار[1] كما أن فصل العامل بسبب انتمائه إلى نقابة[2] أو مشاركته في إضراب[3] أو بسبب المرض الذي أصابه[4] كلها مواقف يكون فيها رب العمل متعسفا في استعمال حقه في إنهاء العقد وتتحقق مسؤوليته[5].

الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق:

إن التعسف في استعمال الحق ما هو إلا صورة من صور الخطأ التقصيري ومن ثم فإن أساس نظرية التعسف هو المسؤولية التقصيرية، وأن المعيار الذي يقاس به التعسف هو المعيار العام للخطأ وهو الشخص المعتاد الذي لا يستعمل حقه بنية الإضرار بالغير، والذي لا يستعمل حقه تحقيقا لمصالح تافهة أقرب إلى المصلحة الوهمية التي لا وجود لها، كما أن الشخص العادي لا يستعمل حقه بقصد تحقيق غرض غير مشروع، فإذا انحرف الشخص في استعماله لحقه عن هذا السلوك كان متعسفا في هذا الاستعمال، إذ لا يسمح القانون لشخص بأن يستعمل حقه للإضرار بغيره انطلاقا من اعتبارات المصلحة الاجتماعية، والأغراض التي من أجلها منح هذا الحق وهذا على أساس مبدأ نسبية الحقوق الذي يهدف إلى تحقيق الحاجات الفردية التي يترتب على إشباعها الوصول إلى الغاية الاجتماعية التي استهدفتها إرادة الجماعة وأحكام النظام القانوني[6].

خلاصة القول في التعسف.

اهتمت الشريعة الإسلامية قبل القوانين الوضعية بنظرية التعسف في استعمال الحق انطلاقا من القاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار" وقيدت الحقوق الخاصة للإنسان عند استعماله إياها

---

[1] - بلحاج العربي: المرجع السابق (الذي نقل عن: استئناف مصر، 8 مارس المحاماة 20، 311، 119) ص 30.

[2] - بلحاج العربي: المرجع نفسه (الذي نقل عن: نقض مدني فرنسي 9 مارس 1915) ص 30.

[3] - بلحاج العربي: المرجع نفسه (الذي نقل عن: نقض مدني فرنسي 15 جوان 1937، 1، 23، تعليق رواست) ص 30.

[4] - بلحاج العربي: المرجع نفسه (الذي نقل عن: استئناف مصر 7 ماي 1927 المجموعة 39 ص 441) ص 30.

[5] - بلحاج العربي: المرجع نفسه (الذي نقل عن: محجود جمال الدين زكي، عقد العمل، فقرات 154 وما بعدها) ص 30.

[6] - بلحاج العربي: المرجع نفسه / ص 31.

حتى لا يضار الغير سواء توفرت نية الإضرار أو تجاوز الحدود المألوفة أو عدم انسجامه مع المصلحة العامة للمجتمع ويعتبر التعسف في استعمال الحق خروجا عن حدود الحق نفسه.

والحق كما عرفه بعض الفقهاء: هو كل ما يستطيع الفرد القيام به في إطار ما يسمى بالشرعية القانونية التي يمنحها له القانون، أي أنه مكنة أو سلطة يسندها القانون إلى شخص معين يستطيع بمقتضاها أن يتسلط على شيء أو أن يقتضي أداء معينا من شخص أخر[1].

فالمسلم له استعمال حقه الخاص بشرط أن لا يلحق هذا الاستعمال أضرارا بمصلحة الغير.

واستعمال الحق المشروع ليس مطلقا بل مقيد بضوابط الغرض منها أن لا يلحق هذا الاستعمال ضررا بالآخرين ومن هذه الضوابط: أن لا يقصد الإضرار بالغير وهو الحا الذاتي للتعسف.

ومنها عدم التناسب بين المصلحة من استعمال الحق والضرر والواقع على الغير وهو الحد الموضوعي.

ومنها أيضا استعمال الإنسان حقه على وجه غير معتاد ينتج عنه ضرر بالغير، كمن استأجر شقة فجعلها مستورد فتضرر غيره[2].

ويلاحظ أن فقهاء الإسلام أخذوا بنظرية التعسف كمبدأ عام يسري على جميع الحقوق وهذا عكس ما يقول به الدكتور شفيق شحاتة من أن فقهاء الشريعة اقتصروا في تطبيق هذه النظرية على حق الملكية خاصة وأنهم أخذوا فيها بالمعيار الموضوعي وحده دون المعيار الشخصي[3].

الفرع الثالث : الإهمال

ذكرت في بداية المطلب الثالث أن الإخلال بالمصلحة بغير وجه حق يكون على وجه التعدي أو التعسف أو الإهمال.

وبعد دراسة عنصري التعدي والتعسف، بقي الإهمال.

---

[1] - مقال بالأنترنيت بعنوان: التعسف في استعمال الحق – العنوان:
(http://form.almhbash.com/index.php?dhowtopic)

[2] - التعسف في استعمال الحق: مقال بالأنترنيت على عنوان:
(www.alriyadh.com/200S/06/24/articl 74651.html)

[3] - بلحاج العربي: المرجع السابق / ص 32.

ومعناه التقصير في النظر المأمور به وعدم بذل العناية والاحتياط الواجبين على الإنسان عند استعماله السلطة المخولة إليه بمقتضى الحق[1].

وحاصل هذا أن ما يبنى على استعمال الحق على وجه الإهمال بالمعنى المذكور من إخلال بمصلحة الغير يكون ضررا معتبرا يحكم بمنعه.

فإذا لم يحتفظ الإنسان و لم يحترس و لم يتثبت وأضر بالغير كان مسؤولا ولا مسؤولية تقصيرية.

سواء أكان خطأ في القصد، كما إذا رأى الصياد شبحا من بعيد فظنه صيدا فأطلق عليه النار، فإذا هو إنسان[2].

أو كان خطأ في الفعل كما إذا سدد الصائد الرمية على صيد فانحرفت وأصابت إنسانا أو تجاوزت الصيد إلى إنسان فقتلته.

والضرر الناشئ عن الخطأ في استعمال الحق، سواء أكان هذا الحق ثابتا بإذن الشارع، أم بالعقد، أم بغيرهما من مصادر الحق لأن استعمال الحقوق مقيد بشرط السلامة كما يقرره الفقهاء، ولأن أموال الناس ودمائهم معصومة لا تهدر بحال، فيجب ضمانها وتعويض الضرر الواقع عليها[3].

ويستثني من هذا الضابط حالتين:[4]

الأولى: إذا كان استعمال الحق لا يمكن فيه الاحتراز أو التثبيت عادة كالطبيب الذي يجري عملية جراحية على النحو المعتاد، فأفضى ذلك إلى تلف عضو أو نفس لا يكون ضامنا.

والثانية: إذا اتخذ الشخص الاحتياطات ومع ذلك وقع الضرر، فلا يضمنه كما إذا قام إنسان بالتدرب على إطلاق النار في ملكه ووضع لافتات على أرضه بعدم الدخول فلا ضمان عليه إذا أصاب أحدا دخل أرضه، كما لا ضمان على من سلك طريقا مخوفا أو فيه سباع فوجد مقتولا لا تجب ديته.

إذا فاستعمال الحق مع الإهمال يكون تكييفه في الفقه الإسلامي: إما بأنه من التعدي (أي بالمعنى الواسع للتعدي)[5]

و إما بأنه من التعسف في حين أن التعسف يجري داخل دائرة الحق من حيث العمل المشروع

---

[1] - أحمد موافي: المرجع السابق /ج2 / ص 848-849.

[2] - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته / دار افكر – بيروت – لبنان / ط2: س ط 1405ه – 1985م / ج4/ ص 37.

[3] - وهبة الزحيلي: المرجع نفسه / ص37.

[4] - وهبة الزحيلي: المرجع نفسه / ص37-38.

[5] - وهذا المعنى هو الإهمال والتقصير في الاحتياط والتعنت وسوء القصد عند استعمال الحق.

لكن هذا العمل يكون مشوبا بعيب – في باعثه أو نتيجته – يسلب عنه صفة المشروعية[1].

إذ أن محصلة اعتبار الإهمال في استعمال الحق تعديا، أو تعسفا هي عدم مشروعية هذا الاستعمال فيكون استعمالا غير مشروع، ومن ثم يكون ما ترتب عليه من الإخلال بالمصلحة إخلالا بغير حق[2].

ومن الفروع الفقهية – من مذاهب الفقه التي تبين أن الإخلال بالمصلحة نتيجة استعمال الحق على وجه الإهمال، يكون ضررا معتبرا يجب فيه الضمان: باب ما أفسدته المواشي.

آراء الفقهاء في المسألة:

أولا : الفقه الحنفي.

لا يجب الضمان على صاحب الماشية إذا أتلفت شيئا ليلا أو نهارا "[3] إذا لم يكن لها سائق أو قائد، ولو أوقف الدابة في سوق الدواب لا ضمان على صاحبها إذا أتلفت شيئا وإذا أوقفها على باب السلطان أو على باب المسجد يضمن[4].

ومناط عدم الضمان أنه لم يوجد فيه – أي صاحب الماشية علة ولا سبب ولا شرط يصير به الإتلاف مضافا إليه[5].

جاء في مجمع الضمانات بخصوص ما يضمنه الراعي والبقار وما لا يضمنه: أنه:" إذا نام الراعي حتى ضاع بعضها – أي: بعض الغنم – أو القر – إن مضجعا كان ضامنا وإن نام مضجعا كان ضامنا وإن نام جالسا وغاب البقر عن بصره كان ضامنا"[6].

إذ إن هاتين الهيئات في النوم تدلان – في الفقه الحنفي على تقصير الراعي والبقار في حفظ ما تحت أيدهما من الغنم والبقر ومثل هذا الإهمال يسلب صفة المشروعية عن فعل النوم بهذه الهيئة

---

[1] - أحمد موافي: المرجع السابق /ج2 / ص 850..

[2] - أحمد موافي: المرجع نفسه / ص 850.

[3] - ابن الشنة: لسان الحكام في معرفة الأحكام / ص279 وينظر: أحمد بن أبي سهل الرخسي: أهول المرخسي / دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان – / ت: أبو الوفاء الأفغاني / ط: 1/ س ط: 1414ه- 1993 / ج2 / ص 326.

[4] - ابن الشحنة: لسان الحكام / ص 279

[5] - السرخسي : أصول السرخسي / ج2/ ص 326.

[6] - أحمد موافي: المرجع السابق (الذي نقل عن مجمع الضمانات (ص 32) ص 851.

أو تلك وقت الرعي – وبذلك يكون ما حدث بسبب ذلك من ضياع لبعض القطيع ضررا معتبرا يجب فيه الضمان.[1]

ثانيا: الفقه المالكي:

يضمن صاحب الماشية إن أهملها بين الزرع، ويضمن الراعي المفرط إلا أن يشرد منها شيء دون تفريط[2].

جاء في الموطأ عن يحي عن مالك عن بن شهاب عن حرام بن سعد بن محيصة: أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم: أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي باليل ضامن على أهلها.[3]

وهذا القضاء محمول على أن أهل المواشي لا تهملها نهارا ويجعلون معها حافظا، وإلا فإن أهملوا ضمنوا ما أتلفته ليلا[4].

وسواء أرسلها أربابها بالنهار للرعي أو انفلتت فأفسدت زرعا أو غيره لا ضمان على صاحبها في شيء من ذلك إلا أن يكون معها فإن كان معها وهو يقدر على منعها فلم يفعل فهو ضامن لإهماله.

وأما الليل فسواء انفلتت وأرسلت مع القدرة على منعها فإن على صاحبها في ذلك ضمان ما أفسدت وأتلفت، وسواء كان الزرع محظرا عليه أو مكشوفا عنه يضمن أرباب المواشي قيمة كل ما أفسدت، فإن انفلتت الدابة بالليل فوطئت رجل لم يضمن ربها شيئا وإنما هذا في الزرع والحرث لا غير ذلك أن كل ما أفسدت البهائم بالليل قضمانه على أربابها من الأموال دون الدماء[5].

جاء في تبصرة الحكام:" لم يزل من شأن الرعاة النوم نهارا في أيام النوم أن يأتي من ذلك بما ستذكر مما يجر إلى الضيعة البينة فيضمن"[6].

---

[1] - أحمد موافي: المرجع السابق/ ص 851-852.

[2] - بن حسن بن عبد الرفيع: معين الحكام / ج2 / ص 792.

[3] - الزرقاوي: شرح الزرقاوي على الموطأ / ج4 / ص 74.

[4] - شهاب الدين القرافي: الذخيرة – دار الغرب الإسلامي – بيروت – لبنان / ت: محمد بوخبزة / ط:1 / س ط: 1994م / ج12 / ص 263-264.

[5] - ابن عبد البر: الكافي / ص434-435.

[6] - أحمد الموافي: المرجع السابق / ص852. (الذي نقل عن: تبصرة الحكام / ج2 / ص 235).

ثالثا: الفقه الشافعي:

قال الشافعي رحمه الله:" الضمان على البهائم وجهان:[1]

أحدهما ما أفسدت من الزرع بالليل ضمنه أهلها وما أفسدت بالنهار لم يضمنوه.

والوجه الثاني: إن كان الرجل راكبا فما أصابت بيدها أو رجلها أو فيها أو ذنبها من نفس أو جرح فهو ضامن له لأن عليه منعها في تلك الحال من كا ما أتلفت به أحدا وكذلك إن كان سائقا أو قائدا وكذلك الإبل المقطورة بالبعير الذي هو عليه لأنه قائد لها وكذلك الإبل يسوقها ولا يحوز الاضمان ما أصابت الدابة تحت الرجل ولا يضمن إلا ما حملها عليه فوطئت

ولو أنه أوقفها في موضع ليس له أن يقفها فيه ضمن ولو وقفها في ملكه لم يضمن ولو جعل في داره كلبا عقورا فدخل إنسان فقتله لم يكن عليه شيء[2].

خاتمة القول في الإهمال:

يعد الإهمال المخل بالمصلحة ضررا موجبا للتعويض.

وهذا القدر من النظر محل اتفاق بين الفقهاء، وإنما الخلاف في بيان حد الإهمالفالحنفية يعتبرون مضجعا أو جالسا إهمالا منه.

في حين أن المالكية يرون أنه من شأن الراعي النوم نهارا أما الشافعية فينظرون إلى موقف وقوف الماشية.

ومعنى هذا أنه يرجع في بيان حد الإهمال إلى العرف والعادة وهذا أمر واقعي وليس شرعي، يعود تقديره للخبراء – مثلا – أهل الخبرة بالرعي أن نوما كهذا ليس ينامه الرعاة لأنه يكون مظنة الضياع لبعض القطيع أو أن الموضع مخوف يستدعي التيقظ وعدم النوم، فالعبرة لقولهم[3].

وبتمام الكلام عن الإهمال يكون هذا المطلب قد أنهى من تفصيل القول بخصوص هذا الضابط أي التصرف المخل بالمصلحة وحاصله أن هذه التصرفات بغير حق على وجه التعدي أو التعسف أو الإهمال.

---

[1] - الأم /م: 5 / ص 287.

[2] - الشافعي: المصدر نفسه / مجلد 5 / ص 288.

[3] - أحمد موافي: المرجع السابق / ج2 / ص 857.

المطلب الرابع: مشروعية المصلحة التي وقع بها الإخلال.

كانت الضوابط الثلاثة (السالفة الذكر محورها يدور حول الإخلال بالمصلحة وهذا بخلاف هذا ضابط الذي موضوعه المصلحة في حد ذاتها التي وقع عليها الإخلال).

والمقصود بمشروعية المصلحة: أن الشرع يقرها ويأذن في تحصيلها، وفائدة هذه المشروعية إثبات الحماية لتلك المصلحة من أن يقع عليها أي إخلال وذلك بحيث لو أخل بها فإنه يعتبر هذا الإخلال ضررا موجبا للمسؤولية في النظر الشرعي.[1]

فصدق الضرر موكول إلى الشرع أو اعتبار العرف.

هذا " فمصالح الآخرة وأسبابها ومفاسدها وأسبابها لا تعرف إلا بالشرع فإن خفي منها شيء طلب من أدلة الشرع، وهي الكتاب والسنة، والإجماع والقياس المعتبر والاستدلال الصحيح"[2] " وأما مصالح الدنيا وأسبابها، ومفاسدها وأسبابها، فمعروفة بالضروريات والتجارب والعادات والظنون المعتبرات فإن خفي شيء من ذلك طلب من أدلته"[3].

ومن هذه المصالح " ما لا تستقل العقول بإدراكها فهو المعبر عنه بالتعبد، وهو قليل بالنسبة إلى ما عرفت مصالحه ومفاسده فإذا ورد به الشرع حثت العقول على الإجابة إليه والإكباب عليه لما فيه من شرف الطاعة وما أعده الله من الثواب عليه"[4].

ولاعتبار المصلحة في التشريع، لا بد من تقييدها بضوابط تحدد معناها الكلي من ناحية وتربطها بالأدلة التفصيلية للأحكام من ناحية أخرى، إذا محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها "[5].

ومن هذه الضوابط:

الضابط الأول:

اندراجها في مقاصد الشارع:

فالمصلحة الشرعية لم توضع إلا من أجل الحفاظ على مقاصد الشارع.

---

[1] - أحمد موافي: المرجع السابق / ج2: ص 859.

[2] - العز: قواعد الأحكام / ص 13.

[3] - العز: قواعد الأحكام/ص 13.

[4] - العز: المصدر نفسه / ص 118

[5] - الشاطبي: الموافقات / ج3: ص 5.

والحفاظ على مقاصد الشرع يكون بالنسبة لآحاد الأمة ومجموعها[1] ورعاية الضروريات من أهم مقاصد الشرع التي إذا اختل جانب من جوانبها اختل نظام الحياة، وفسدت معايش الناس وكثر الفساد على الأرض وحل الدمار بالبلاد.

وهذه الضروريات ممثلة في حفظ الكليات الخمس وهي:الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

أولا: أكبر مقصد من هذه الضروريات هو حفظ الدين الذي من أجله خلق الإنسان وأقيمت السموات والأرض قال المولى عز وجل " وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ "[2].

ومن أجل هذا الدين بعث النبيون مبشرون ومنذرون قال المولى عز وجل :﴿ كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ إِلَّا الَّذِينَ أُوتُوهُ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَاتُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ فَهَدَى اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا لِمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ مِنَ الْحَقِّ بِإِذْنِهِ وَاللَّهُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ﴾. [3]

وقال تعالى:﴿ وَمَا نُرْسِلُ بِالْآيَاتِ إِلَّا تَخْوِيفًا.﴾[4]ومن أجل الدين شرع الجهاد ومقارعة الأعداء.

قال البارئ عز وجل:﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ.﴾"[5].

وقد توعد رسول الله صلى الله عليه وسلم على قتل من بدل دينه قال صلى الله عليه وسلم : " من بدل دينه فاقتلوه[6]"، ومن أجل الأعمال وأرقاها واسماها أن يبذل المسلم نفسه وما له من أجل هذا الدين قال الإمام الشافعي رحمه الله:" المنافع الحاصلة للمكلف مشوبة بالمضار عادة كما أن المضار محفوظة بعض المنافع، كما نقول إن النفوس محترمة محفوظة ومطلوبة الإحياء، بحيث إذا دار الأمرين بين إحيائها وإتلاف المال عليها،أو إتلافها وإحياء المال، كان إحياؤها أولى، فإن عارض إحياؤها إماتة الدين كان إحياء الدين أولى وإن أدى إلى إماتتها كما جاء في جهاد الكفار وقتل المرتد، وغير ذلك، كما إذا عارض إحياء نفس واحدة إماتة نفوس كثيرة في المحارب مثلا كان إحياء النفوس الكثيرة أولى"[7].

---

[1] - الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة ص 80

[2] - سورة الذاريات/ أية:56.

[3] - سورة البقرة الآية /آية212.

[4] - سورة الإسراء/آية:59.

[5] - سورة الأنفال/آية:39.

[6] - صحيح البخاري/كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم/باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم/رقم:6922.

[7] - الشاطبي: الموافقات/ج2/ ص 30.

وفي هذا المعنى يقول المولى عز وجل: ﴿ إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ وَعْدًا عَلَيْهِ حَقًّا فِي التَّوْرَاةِ وَالْإِنْجِيلِ وَالْقُرْآنِ وَمَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ مِنَ اللَّهِ فَاسْتَبْشِرُوا بِبَيْعِكُمُ الَّذِي بَايَعْتُمْ بِهِ وَذَلِكَ هُوَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴾.[1]

وانطلاقا من معرفة هذا المقصد العظيم وأهميته في حياة المسلمين ندرك أهميته في حياة الناس ويتبين لنا من ذلك خطورة تزييف الحقائق عند الكثيرين من الذين جعلوا من المصلحة الوطنية، أو من مصلحة الثوابت الاجتماعية أو تحصيل المكاسب المادية أو إرضاء المجتمع الغربي أو الدولي، مصالح أساسية وقواعد مهمة في حياة شعوبهم ودولهم يقدمونها على مصلحة الدين[2].

ورحم الله القائل: " وإن كانت الأبدان للمدة أنشئت *** فقتل أمرئ في الله أجمل.

ثانيا: أما المقصد الثاني فهو حفظ النفوس:

ومعناه حفظ الأرواح من التلف أفرادا وعموما، لأن العالم مركب من أفراد الإنسان، وفي كل نفس خصائصها التي بها بعض قوام العالم[3].

وقد شرع لحفظ النفس، من حيث الوجود إباحة أصل الطعام والشراب ،مما يتوقف عليه بقاء الحياة وشرع لحفظها من حيث المنع، عقوبة الدية والقصاص[4].

وهذا التشريع يجسد مكانة النفس العالية في المبدأ الشرعي،قال تعالى: ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا ﴾[5]

وحفظ النفس لا يتحقق فقط بمنع الاعتداء المادي عليها بالضرب والقتل، وإنما يتحقق أيضا بمنع الاعتداء المعنوي عليها كذلك، وهذا يتم بإعطائها الكرامة الإنسانية الحقيقية التي من مظاهرها أن يعيش الإنسان في مجتمعه موفور الحرمة مصون المنزلة.

ولهذه الكرامة مظهران (إيجابي وسلبي)[6]

أما المظهر الإيجابي ففي مشاركة الإنسان في أفراحه وأقراحه ومعونته في مشاكله الخاصة واحترامه في جواره وصداقته وحفظه في حضوره وغيبته ومن ذلك السلام عليه عند اللقاء ومواساته

---

[1] - سورة التوبة/ آية :111 .

[2] - من الانترنيت على موقع www.bancody.maktoobbbay.com

[3] - الطاهر بن عاشور: المرجع السابق/ ص: 80.

[4] - البوطي: ضوابط المصلحة / ص: 110.

[5] - سورة المائدة/آية: 32.

[6] - حميد العنبكي: أثر المصلحة في التشريعات / ص74.

في حزنه على فقد قريب أو صديق وإبرار قسمه إذا أقسم وإجابته إذا دعا. ونصحه إذا زل وأخطأ والإشارة عليه بالخير إذا استشار ونصرته إذا ظلم أو اعتدى عليه.

أما المظهر السلبي: ففي البعد عن إيذائه بالقول والخطاب واليد والمعاملة وفي اجتناب التحدث عنه بما يكره في غيابه والسعي بينه وبين الناس بالنميمة والكذب وعدم الازدراء به واحتقاره وانتقاصه حقه من التقدير والاحترام.ويتحقق حفظ النفس أيضا برفع الضيق والحرج عنها.

ثالثا: حفظ العقل:

ويعني حفظ عقول الناس من أن يدخل عليها خلل لأن دخول الخلل على العقل مؤدي إلى فساد عظيم من عدم انضباط التصرف، ودخول الخلل على العقل مفض إلى فساد جزئي العقل،ويؤدي إلى فساد عظيم من عدم انضباط ودخوله على عقول الجماعات، وعموم الأمة أعظم فلذلك يجب منع الشخص من السكر ومنع الأمة من تفشي السكر بين أفراد الأمة[1] .

وشرع لحفظ العقل من حيث الوجود ما شرعه لحفظ النفس من تناول الغذاء التي يتوقف عليه بقاء الحياة والعقل كما شرع لحفظه.من حيث المنع، حرمة المسكرات والعقوبة عليها[2] .

رابعا: حفظ النسل:

كثيرا ما يعبر عن هذا المقصد بالنسب وأحيانا العرض، والحق أن حفظ هذين يؤول في الأخير إلى حفظ النسل، إذ أن حفظ العرض مكمل لحفظ النسب وحفظ النسب مكمل لحفظ النسل ومكمل المكمل مكمل فيكون حفظ النسل عاما.

خامسا: حفظ المال.

هو حفظ أموال الأمة من الإتلاف ومن الخروج إلى أيدي غير الأمة بدون عوض وحفظ أجزاء المال المعتبرة عن التلف بدون عوض[3].

وشرع لحفظ المال من حيث الوجود أصل المعاملات المختلفة بين الناس كما شرع لحفظه من حيث المنع، تحريم السرقة والعقوبة عليها.[4]

---

[1] - الطاهر بن عاشور: المرجع السابق / ص 80.

[2] - البوطي: المرجع السابق/ ص:111/110

[3] - الطاهر بن عاشور: المرجع نفسه/ ص 80.

[4] - البوطي: المرجع السابق / ص 111.

وهذه الضروريات الخمس ليست مراعاة في الإسلام فحسب بل في كل ملة من الملل[1].

كما أن هذه الضروريات ما هي إلا وسائل إلى تحقيق غاية كلية واحدة هي أن يكون المكلفون عبيدا لله في التصرف والاختيار كما هم عبيد له بالخلق إضرارا[2] .

ومن أجل هذه الكليات المحكمة في قيم الأعمال الإنسانية المختلفة، كانت مظاهر الحضارة الإنسانية عنصر فساد وشرفي أيدي الأمم التي استولت على قلوبها الأهواء واستبدلت بعبادة الله عبادة المادة والشهوات حتى انقلب نور هذه المدنية والحضارة إلى نار تهدد العالم بالدمار مع أن هذه الحضارة والمدنية نفسها من شأنها أن تظلهم والعالم كله بظلال السعادة الوافرة والطمأنينة والاستقرار إذا ما التزموا بحدود الإسلام.[3]

الضابط الثاني: عدم معارضتها للكتاب.

أولا: التعريف بالكتاب

لغة: الصحف المجموعة[4].

اصطلاحا:

" كلام الله المعجز المترل على رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعبد بتلاوته، والمنقول إلينا بطريق التواتر والموجود بين دفتي المصحف والمبدوء بسورة الفاتحة والمختوم بسورة الناس"[5] وهو كتاب الله المعجز المتعبد بتلاوته المترل على الرسول صلى الله عليه وسلم المحفوظ بحفظ الله"[6].

ثانيا: وجه مخالفة المصلحة للكتاب:

إن الطريق إلى عبودية الله تعالى وحده والقيام بخلافة الله تعالى في أرضه إنما هو كتاب الله وهديه فمترلته كمترلة مترله، وتعظيمه من تعظيم قائله والأدب معه، أدب مع الله جل وعلى.

---

[1] – الشاطبي: الموافقات /ج:2 / ص :8.

[2] – البوطي: المرجع السابق / ص:112

[3] – البوطي: المرجع نفسه /ص: 116.

[4] – قطب مصطفى سانو: معجم مصطلحات أصول اللغة / ص 360

[5] – قطب مصطفى سانو: المرجع نفسه / ص 332.

[6] – عبد الرحمن حبنكة الميداني: العقيدة الإسلامية وأسسها دار القلم – دمشق – سوريا/ط:8 س ط 1418ه / 1997م/ ص: 470.

ولما كانت كليات الشريعة ومقاصدها من المحافظة على الكليات الخمس، إنما هي مبثوثة في القرآن الكريم لذلك فإن مخالفته بوجه من الوجوه يعتبر مفسدة يجب مكافحتها ودرؤها منعا وعلاجا قبل الوقوع –الضرر–وبعده.

والمخالفة إما أن تكون بمخالفة فعل المكلف للشريعة، أو بمخالفة أدلة الشريعة:

أ– مخالفة المكلف لأحكام القرآن:

ومن صورها:

1– "كل قول فيه اعتراف بعقيدة مكفرة أو فيه جحود لعقيدة من عقائد الإسلام المعلومة من الدين بالضرورة، أو فيه استهزاء بالدين في عقائده أو أحكامه ومن ذلك: السباب للخالق سبحانه أو السباب للرسل، أو لأي واحد منهم أو للكتب السماوية"[1] ،فهذا من قبيل المكفرات القولية.

2– أن يقصد المكلف مخالفة أحكام القرآن في قصده دون فعله، ويستوي في ذلك علمه في عدم موافقة فعله أولا والأول، كمن يصلي نفاقا أو رياء، فهو عالم بعدم موافقة فعله، والثاني كمن يشرب الماء على أنه خمر[2].

3–أن يكون فعل المكلف مخالفا للشريعة دون قصد وهو الابتداع[3] في الدين وقد لا يخرج هذا والذي قبله عن كونه جهلا أو هوى نفسيا.

ب– مخالفة أدلة الشريعة:

إن مخالفة الشريعة في أدلتها: هي في مخالفة مقتضى الأدلة عند العمل بها من حيث فهم دلالتها وتأويلها ومن حيث التعارض والترجيح وتقديم بعضها على الآخر وتكون المخالفة كما يلي[4]

1–أن يخطئ في معرفة دلالة الآية أو لفظ من ألفاظها فيخبط خبط عشواء في فهم النصوص ودلالتها وتقديم بعضها على الآخر دون نظر إلى أصل اللغة أو لغة الاستعمال.. ومن هذا ما يحدث ممن لا يعرفون الشريعة أو ليسوا بمتخصصين فيها سواء كان ذلك عن حسن نية أو سوئها.

وثمة وسائل يلجأ إليها الاجتهاد الفقهي والقضائي لفهم النصوص فهما صحيحا ومن ذلك[5]:

---

[1] – حسن حبنكة الميداني: العقيدة الإسلامية وأسسها /ص 619

[2] – مصطفى البغا: درء المفسدة في الشريعة الإسلامية / ص 164.

[3] – مصطفى البغا: المرجع السابق / ص 165 (الذي نقل عن ابن نجيم: البحر الرائق/ ج5 / ص 129).

[4] – مصطفى البغا: المرجع نفسه / ص 165.

[5] – فتحي الدريني: المناهج الأصولية/ ص: 107.

- أن يرجع إلى القرآن الكريم نفسه، إذ الآيات يفسر بعضها بعضا وإلى عرفه في الاستعمال أيضا، وهو تحكيم للمنطق التشريعي لأن وحدة المصدر تقتضي وحدة المنطق التشريعي الذي ينظم نصوص التشريع كله معنى وروحا ومقصدا.
- يرجع إلى أسباب النزول وتاريخه أي إلى الظروف التاريخية التي احتفت بالنصوص كلها.

وما يقال في الشريعة الإسلامية فيما يخص هذه النقطة يقال أيضا في القانون فقد يرجع إلى نصوص أخرى من القانون تتعلق بالموضوع أو إلى المذكرة التفسيرية ويتم التنسيق بين أحكام هذه النصوص ومقاصدها وإلى عرفه الخاص في الاستعمال.

- يجب المصير إلى حكمة التشريع أو إلى المبادئ العامة فيه أو إلى ما هو الأقرب إلى روح الحق والعدل والمصلحة العامة.

2- أن يتوهم معارضة أدلة الشريعة لقوانين العقل السليم مما يحمله على القول جزافا بتخصيصها أو تعطيلها مع أنه من المقرر أن لا تعارض بين العقل والنقل إذ لولا العقل لما عرف النقل ولولا النقل لما عرف الثواب والعقاب.[1]

3. أن يتوهم القطع في دليل ظني ويرجح العمل به على غيره من الأدلة مع أن غيره أقوى منه شبوثا ودلالة [2].

4. أن يقدم الدليل الظني على سواه مما هو أقوى منه غفلة أوخطأ، أو جهلا، أو هوى نفسيا مع عدم إمكان حمله على معنى يوافق الدليل القطعي هذا مع التأكد من أن الدليل المعارض الأقوى من الدليل الظني يوجه مما يقرب من اليقين[3].

أما إذا كان التقدم لدليل ظني على آخر فهو محل الاجتهاد.[4]

الضابط الثالث : عدم معارضتها للسنة

أولا : التعريف بالسنة

لغة : الطريقة المتبعة والعادة الخارجية[5].

---

[1] مصطفى البغا: المرجع السابق/ص:165

[2].- مصطفى البغا ،المرجع السابق، ص 165.

[3]- المرجع نفسه، ص 166.

[4]- المرجع نفسه، ص 166.

[5]- مصطفى سانو : معجم مصطلحات ، أصول الفقه، ص 235.

اصطلاحا : "ما ثبت سنده متصلا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير"[1].

ويراد بالقول : القول المعروف، وأما الفعل :فالمراد به تصرفات الرسول صلى الله عليه وسلم ، وأما التقرير : فهو سكوت الرسول صلى الله عليه وسلم وعدم إنكاره لقول أو فعل جرى بين يديه أو في عصره وبعلمه[2].

ثانيا : أوجه المخالفة :

إن السنة النبوية المشرفة وحي الله تعالى إلى رسوله الكريم محمد صلى الله عليه وسلم مصداقا لقول الله تعالى:﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَى . إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى ﴾.[3]

تبين هذه الآية الكريمة صدق دعوى الرسول صلى الله عليه وسلم في أنه رسول الله، ويبلغ عن ربه رسالته، لأنه لو لم يكن صادقا لما أجرى الله على يده المعجزة الخارقة[4].

ومخالفة السنة يعد خروجا عن مقصد التشريع في جلب المصالح ودرء المفاسد وترك لما أمر الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم باتباعه.

ويعتبر ضابط السنة لجلب المصالح ودرء المفاسد ضابطا مهما في اعتبار التصرف المخالف مفسدة وضرر يجب درؤه ومنعه ومكافحته قبل الوقوع ومعالجته ورفع آثاره بعد الوقوع .

وعليه فإن أي مخالفة لهذا الضابط تجعل التصرف واجب الدرء والمنع وللمخالفة ضرر ووجوه إنْ في فعل المكلف وقصده أو في الترجيح بين الأدلة ودلالتها ومنها :

أ-الأدلة :

وذلك بتقديم ما حقه التأخير من دليل ظني على القطعي أو دلالة أضعف على دلالة أقوى أو تأويل دليل بما لا يترجح بعه على المعنى الظاهر منه أو يهمل العمل بأحد دليلين توهما للتعارض بينهما، مع أن اللازم العمل بهما جميعا أو تقديم الدليل العقلي على النقلي، أو خلافه، واللازم

---

[1]- البوطي: ضوابط المصلحة/ ص 144.

[2]- مصطفى البغا : درء المفسدة/ ص 167.

[3]-سورة النجم/آية:03-04.

[4]- عبد الرحمن حسن حبنكة الميداني : براهين وأدلة غيمانية ، دار القلم-دمشق-سوريا، ط1، س ط، 1408 ه-1987 م، ص 275.

عكسهما، سواء كان ذلك كله عن خطأ وتقصير أم عن سوء نية وطوية، أم عن جهل وهوى نفسي[1].

ومن الجدير بالذكر أن معرفة القطعي من الظني في الشريعة الإسلامية أمر محسوم ميسور بفصل المولى عز وجل الذي حفظ شريعته من الضياع والإهمال والاختلال.

والذي بين ما هو مقطوع به وما هو مظنون فيه.رحمة بعباده، فبيان المقطوع لدرء الاختلاف والاضطراب، أما المظنون فالمقصود منه التيسير والتخفيف والتنويع والثراء، ومواكبة الاختلاف في الزمان والبيئات والظروف والأحوال.

كما أن معرفة القطعي من الظني حسمه العلماء المخلصون والمجتهدون الراسخون الذين قيضهم الله تعالى لخدمة شرعه، والذين كانت لهم حظوظ وافرة من فهم الخطاب الشرعي واستيعاب مراميه ومقاصده وكيفياته ومختلف معانيه ومتعلقاته، والذين كان لرعيلهم الأول من الصحابة والتابعين وتابعيهم فضل القرب الزماني والمكاني، لتصرفات المصطفى صلى الله عليه وسلم، هذا فضلا عن براعتهم في حدق اللغة العربية التي نزل بها الوحي على وفق أساليبها وصيغتها ومعهوداتها ومدلولاتها[2].

ب- في فعل المكلف وقصده :

إن تصرف المكلف المخالف في صورته أو في قصده يعتبر مفسدة يلزم درؤها ومنعها سواءا كانت المخالفة في الفعل أم في القصد أم في كليهما معا إلا ما كان من قبيل الخطأ والنسيان وعدم اعتبار التصرف مطلقا أحيانا كما في حالات الإكراه الملجيء وإن لزم رفع المفسدة ومعالجتها.[3]

الضابط الثالث : عدم معارضة المصلحة للإجماع .

أولا : التعريف بالإجماع.

لغة : الاتفاق والعزم على أمر.[4]

اصطلاحا : هو اتفاق المجتهدين من وأمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي[5].

---

[1]- البغا : المرجع السابق/ ص 181.

[2]- مووقع بالأنترنيت : الشبطة الاسلامية عنوان

www.islemweb.net/von2/library/ummah chapter58 boukld =266 :catald =20 1

[3]- البغا : المرجع السابف، ص 182.

[4]- مصطفى قطب سائر : المرججع السابق/ ص

[5]- مصطفى ديب البغا : أثرر الأدلة المختلفة فيها ، دار القلم، دمشف، سوريا، ط1، سط، 1420 هـ-1999 هـ.

ثانيا أوجه المخالفة :

إن الإجماع هو الدليل والمصدر الشرعي الثالث بعد القرآن الكريم والسنة المطهرة من حيث الإجمال، وذلك تفضلا من الله تعالى ، والإجماع وثيق الصلة بالمصدرين الأولين لأنه لا بد للإجماع من مستند ولو ظني والمصلحة المعتبرة شرعا هي كذلك تعد مستند شرعي، لاعتبار جنس المصالح شرعا بالمحافظة على الكليات الخمس ولذا كان الإجماع دليلا شرعيا[1].

والإجماع دليل تثبت بمقتضاه الأحكام وعللها ومقاصدها ابتدائيا أو انتقالا من الظن إلى القطع أي أن الإجماع قد يثبت ما لم يثبته النص مباشرة، أو أنه يثبت بصورة قطعية ما أثبته النص على سبيل الظن والاحتمال فيكون دور الإجماع عندئذ متمثلا في تقوية الحكم الظني والقطع به وإخراجه من دائرة الاحتمالات والتأويل [2].

وأوضح شاهد على ذلك جمع القرآن الكريم وكتابته لمقصد حفظه من الضياع وصياته من التحريف.

ومخالفة الإجماع مفسدة لازمة الدرء منعا قبل الوقوع، ورفعا وعلاجا لآثارها بعد الوقوع لئلا يخرج عن مقصد الشارع في إقامة المصالح ورعايتها.

أما ما كان من الإجماع مستندا إلى المصلحة فلا حرج في مخالفته عند تغيير وجه المصلحة وذلك فيما يراه العلماء في ذلك راجحا[3].

ذلك أن التعارض بين الإجماع الظني المبني على المصلحة الظرفية وبين المصلحة الحادثة هو في حقيقته تعارض بين مصلحتين : مصلحة الإجماع المرجوحة والمصلحة الحادثة الراجحة. وإذا كان كذلك فإنه يعمل فيه بترجيح الراجح عن المرجوح.[4]

فالاجماع متى تأكدت قطعيته فهو في حكم النص القطعي في منع العدول عنه لمجرد توهم مقصد ما أو ظن بمصلحة ما وذلك لأن المصلحة الشرعية الحقيقية قد أجراها الشارع الحكيم على وفق قطعية الإجماع التي لا تتبدل على مر الزمن بل التي تتسم بالثبات والدوام في كل الأحوال والعصور[5].

---

[1]- البغا : درء المفسدة / ص : 197.

[2]- مقال بالأنترنيت (الموقع السابق)،د ص .

[3]- البغا : المرجع السابق/ ص 197.

[4]- البغا : المرجع نفسه، ص 198.

[5]- الموقع نفسه /ص .

الضابط الثالث : عدم معارضة المصلحة للقياس :

أولا : التعريف بالقياس.

لغة :التقدير والمساواة والاعتبار.[1]

اصطلاحا : هو إثبات مثل حكم معلوم لمعلوم آخرلأجل اشتباههما في علة الحكم عند المثبت .[2]

"فالإثبات المراد به المشترك بين العلم والظن والاعتقاد ونعني بالمعلوم : المشترك بين المعلوم والمظنون وقولنا عند المثبت ليدخل فيه القياس الفاسد."[3]

ثانيا : وجه مخالفة المصلحة للقياس :

القياس هو المصدر التشريعي بعد النص والإجماع وإذا كان مناط التشريع كله المحاقظة على المقاصد منعا وعلاجا فإن مصادر الشريعة هي التي رعت ذلك وضبطته ولذلك كان القياس واحدا من هذه الضوابط وهو معقول النصوص ومعاني الأحكام باعتبار امتداده واستناده إلى ما قبله من مصادر الشريعة لذا فإن مخالفته تعد مخالفة لازمة الدرء [4] ومخالفة القياس تكون في الأدلة (في نفسه) هو بأن يختل أحد أركان القياس أو شروطه. كأن يعتبر معنى من المعاني لا يصلح مبنى القياس بحيث لا تنفع العلة ولا تهذب مما يوقع في الخطأ.[5]

ولا ريب أن مخالفة التصرف واعتباره مفسدة لا لمخالفته القياس فحسب بل لمخالفته أصل القياس وهو النص.[6]

الفرع الثاني : مدى اعتبار هذا الضابط في القانون المدني:

إن الضرر الناشيء عن الإخلال بمصلحة المضرور يجب أن يكون واقعا على مصلحة مشروعة فالمصلحة إذا شرط للحصول على التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور ولابد أن تكون هذه المصلحة مشروعة.

---

[1]- مصطفى قطب سانو :المرجع السابق/ ص: 244.

[2]- القرافي : شرح تنقيح الفصول / ص: 298.

[3]-القرافي/المصدر نفسه/صك298.

[4]- البغا : المرجع السابق/ ص: 203..

[5]- البغا : المرجع نفسه/ ص: 203.

[6]- البغا : المرجع نفسه/ ص: 203.

أما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها لأن القانون لا يحميها وبالتالي فلا تعويض عن الإخلال بها وهذا القول ينطبق على ما يعرف بظاهرة المعاشرة الحرة أو المخادنة طبقا للقوانين العربية الإسلامية وحتى الكنيسة فإنها ترى أن هذه العلاقة غير مشروعة وبالتالي فلا ينبغي حمايتها[1].

كما أن جانبا من الفقه والقضاء يقول بعدم الاكتفاء بالإخلال بالمصلحة بل لابد أن يكون الإخلال بحق.

لأن الإخلال بمصلحة أمر غير محقق ومن تم وجب على من يدعي الإخلال أن يثبت أثر ذلك على حق ثابت له[2].

وترسيخا لمبدأ المشروعية فإن الأعمال التي هي محل للحقوق لا يعتد بها القانون إلا إذا كانت ممشروعة أي بشترط في محل الالتزام إن كان عملا أو امتناعا أو تقديم شيء معين أن يكون مشروعا ويقصد بالمشروعية عدم مخالفة المحل للنظام العام أو الآداب، بأن يكون قابلا لحكم العقد من جهة وغير مخالفة للقانون من جهة ثانية وألا يكون مخالف للنظام العام ثالثا. ومثال عن عدم مخالفة المحل لحكم العقد: بيع الشمس أو الهواء إذا يقع باطلاعهم لعدم صلاحية المحل للتعامل[3].

وأن يكون غير مخالف لحكم القانون عندما يكون المحل المتاجرة بالمخدرات [4] أو بيوت الدعارة (تنص المادة 348 على ما يلي : "يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دج ما لم يكن الفعل جريمة أشد كل من سمح لأشخاص يحترفون الدعارة بالاعتياد على ممارسة الفسق سرا في محلات أو أماكن غير مستعملة من الجمهور ويحوزها بأي صفة كانت يعاقب على الشروع في هذه الجنحة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة").

أو التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة (جاء في نص المادة 397 من القانون المدني ما يلي :"إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري").

---

[1]- مقدم السعيد : التعويض عن الضرر المعنوي / ص 44.

[2]- مقدم السعيد : المرجع نفسه/ ص 45..

[3]- سليمان الناصري : المدخل لدراسة القانون/ ص 154.

[4]- سليمان الناصري : المرجع نفسه/ ص 154.

وفي كل هذه الحالات المذكورة يعد العقد باطلا لمخالفة المحل لحكم القانون وقد يكون البطلان بسبب مخالفة المحل للنظام العام أو الآداب العامة وبذلك قضت المادة 96 من القانون المدني "(إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا).

وكذلك ما نصت عليه المادة 97 من القانون المدني (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا).

غير أن الملاحظ في أحكام الالتزامات أن الأصل فيها أن تكون أسبابها مشروعة وهذا ما قررته المادة 98 من القانون المدني:

(كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك).

المبحث الثاني: وسائل دفع الضرر

المطلب الأول : الضرر يدفع قدر الإمكان.

المطلب الثاني: دفع الضرر في العبادات.

المطلب الثالث : دفع الضرر في المعاملات

المطلب الرابع: عرض بعض القضايا

المبحث الثاني: وسائل دفع الضرر.

تمهيد

أساس الضمانات بين الفقه والقانون:

بالرجوع إلى تعريف الحق[1] وتعريف الضرر[2] نجد أن الفكرة الأساسية واضحة أن الحق في القانون مبني على المصلحة وهذه المصلحة أو الاستئمار أو التسلط لا بد له من وجود سلطة تحميه وليس هناك وازع ديني أو أخلاقي يحمي هذا الحق في القانون و الضمانات الأساسية العامة للحقوق والحريات في القانون تكاد تنحصر في الضمانات القضائية والضمانة الدستورية كالصحافة وغيرها[3].

فلا وجود للإيمان أو العقيدة أو الأخلاق هناك لذا أصبح انتهاك هذه الحقوق والحريات أمرا عاديا في الدول الغربية.

ولما كانت الحقوق لها مميزات في الشريعة الإسلامية منها أنها ربانية المصدر وأنها شاملة وكاملة وأنها أخلاقية تتأقلم مع فطرة الإنسان التي فطره البارئ عز وجل عليها فهذه المميزات تحول دون التعسف في استعمال الحق من جانب صاحب الحق أو التعدي عليها من طرف آخر. عَنْ أَبِي ذَرٍّ، قَالَ قَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم " اتَّقِ اللَّهَ حَيْثُمَا كُنْتَ وَأَتْبِعِ السَّيِّئَةَ الْحَسَنَةَ تَمْحُهَا وَخَالِقِ النَّاسَ بِخُلُقٍ حَسَنٍ."[4]

وفي حديث أخر وتعزيزا " للضمانة المعنوية عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ:" اضْمَنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَضْمَنْ لَكُمْ الْجَنَّةَ اصْدُقُوا إِذَا حَدَّثْتُمْ وَأَوْفُوا إِذَا وَعَدْتُمْ وَأَدُّوا إِذَا اؤْتُمِنْتُمْ وَاحْفَظُوا فُرُوجَكُمْ وَغُضُّوا أَبْصَارَكُمْ وَكُفُّوا أَيْدِيَكُمْ."[5]

فالحقوق والحريات في الإسلام جاءت متوافقة مع الفطرة الإنسانية وملبية لمقتضياتها.

---

[1] - الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانونو لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية.

[2] - الضرر هو الإخلال بالحق أو المصلحة للنفس أو الغير.

[3] - أحمد موسى: الضمانات الأساسية للحقوق والحريات بين الفقه والقانون مقال بالانترنيت على عنوان : http //j ;usli ./detaile .aspp

[4] - الترمذي (91/2) برقم(2115)،كتاب البر و الصلة .باب:ما جاء في معاشرة الناس.و أحمد في المسند(228/5) قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

[5] - رواه أحمد في مسنده (125/3)قال ابن حجر الهيثمي :"رجال أحمد ثقات إلا أن المطلب لم يسمع من عبادة."

كما جاءت متوافقة مع الفطرة الإنسانية وملبية لمقتضياتها ودليل ذلك أن فرعون سأل موسى عليه السلام سؤالا عن الله جل وعلى قَالَ: ﴿ فَمَنْ رَبُّكُمَا يَا مُوسَى ﴾ قَالَ " فقال عليه السلام: ﴿ رَبُّنَا الَّذِي أَعْطَى كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ ثُمَّ هَدَى ﴾[1].

وجه الاستدلال من هذه الآية الكريمة، أن جميع الموجودات وكل الأشياء وبما فيها الإنسان تعيش في ظل هداية تكوينية فطرية، فهي هداية تقودها إلى الله تعالى.

ولما كانت (الفطرة) هي الحالة والهيأة الدينية خلق عليها الناس ابتداء[2] لقول الله تعالى:﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴾.[3]

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم"مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلاَّ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ وَيُنَصِّرَانِهِ وَيُمَجِّسَانِهِ كَمَا تُنْتَجُ الْبَهِيمَةُ بَهِيمَةً جَمْعَاءَ هَلْ تُحِسُّونَ فِيهَا مِنْ جَدْعَاءَ." ثُمَّ يَقُولُ أَبُوهُرَيْرَةَ: وَاقْرَءُوا إِنْ شِئْتُمْ﴿فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لاَ تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾.[4]

كان مناسبا معنى وصف الإسلام بأنه " فطرة الله" أي أن الأصول التي جاء بها الإسلام هي من الفطرة ثم تتبعها أصول وفروع هي من الفضائل الذائعة المقبولة، التي جاء بها الإسلام وحرص عليها لأنها العادات الصالحة المتأصلة في البشر والناشئة عن مقاصد من الخير سالمة من الضرر[5] .

" ومن حكمة السماحة في الشريعة أن الله جعل هذه الشريعة دين الفطرة وأمور الفطرة راجعة إلى الجبلة فهي كائنة في النفوس سهل عليها قبولها"[6].

ومن الفطرة غريزة التدين وهي تقع في الدائرة الإدارية التي منحها الله للإنسان.

---

[1] - سورة : طه / آية :49-50.

[2] - مقال بعنوان : (مع مصطلح الفطرة) الموقع:
www.taghris.org/arabic/nahat/elmia/nashatat/elmina/matboot/resalateteghrib

[3] - سورة الروم/ آية:30.

[4] - رواه مالك في الموطأ ص: برقم (575) كتاب الجنائز. باب: جامع الجنائز. والبخاري (66/2) بـــرقم (1358) كتاب الجنائز. باب: إذا أسلم الصبي فمات . ومسلم (22/5) برقم (6926) كتاب القدر. باب: معنى كل مولود يولد

[5] - الطاهر بن عاور: مقاصد الشريعة /ص 58-59.

[6] - المرجع نفسه / ص: 61.

ولهذا فإنه مسؤول ومحاسب على طريقة إشباعه لغرائزه وحاجاته العضوية إذا أشبعها الإشباع غير الصحيح أو المحرم، لقول المولى جل وعلا " فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا. "[1]

مما يستنتج من هذه المقدمة:

- أن الأصل انتفاء التشريعات المشتملة على ضرر.
- النهي عن الإضرار من مسلمات كل الشرائع.
- نفي الحكم الناشئ منه ضرر.
- ونفي الحكم الضرري فلا يجب تحمله ولا إيصاله إلى الغير.
- ضرورة دفع الضرر قدر الإمكان.

يراد بدفع الضرر، عدم تشريع ما فيه ضرر أو تشريع ما يمنع وقوع الضرر ويحول دونه، ويتمثل ذلك بالمنع من التصرفات أو الأفعال التي تؤدي بالضرورة -إن لم تمنع- إلى إحداث الضرر الخاص أو العام وما سيقت الوسائل التي سأذكرها إنشاء الله إلا لدفع هذا الضرر ودرء المفسدة.

المطلب الأول: دفع الضرر قدر الإمكان

الدفع للأضرار هو عمدة قاعدة [دفع الضرر] موضوع هذه المذكرة، وبما أن الدفع هو العمدة فما هي إطلاقاته.

الدفع لغة: يطلق الدفع ويراد به.

أ- الإزالة: الدال وإلغاء العين أصل واحد مشهور يدل على نتيجة الشيء[2].

قال صاحب اللسان: " الدفع الإزالة بقوة" يقال: ادفع الشر ولو إصبعا"[3]

ب- التدافع: يقال تدافعوا في الحرب أي دفع بعضهم بعضا[4].

ج- الفقر (وهو المعنى المجازي): من المجاز: فلان مدقن مدفع وهو الفقير[5] لأن هذا يدافعه عند سؤاله ومنه قول الناظم:

---

[1] - سورة الروم /آية :30.

[2] - عبد السلام محمد هارون: معجم مقاييس اللغة / ج2 / ص 288.

[3] - ابن منظور: لسان العرب / ج2/ ص 395.

[4] - الفيروز آبادي: القاموس المحيط / ج3 / ص 24

[5] - محمود بن عمر الزمخشري: أساس البلاغة / ص198.

والناس أعداء لكل مدفع****صفر اليدين وأخوة للمكثر[1]

اما الدرء : فيقال درأت الشيء إذا دفعته، وطريق ذو درء،أي كسور[2] والدرء الميل والعوج[3].

الدفع اصطلاحا:

هو ذب عن مصلحة الدافع[4] " وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ."[5]

بمعنى أنه لولا وقوع دفع بعض الناس بعضا بتكوين الله وإيداعه قوة الدفع وبواعثه في الدافع، لفسدت الأرض: أي من على الأرض واختل نظام ما عليها[6].

فلسفة الدفاع:

في هذه الآية الكريمة: خلق الله أسباب الدفاع بمنزلة دفع من الله يدفع مريد الضر بوسائل يستعملها المراد إضراره، ولولا هذه الوسائل التي خولها الله تعالى أفراد الأنواع لا شتد طمع القوي في إهلاك الضعيف ولاشتدت جراءة من يجلب النفع إلى نفسه على منافع يجدها في غيره، فابتزها منه، ولأفرطت أفراد كل نوع في جلب النافع الملائم إلى نفسها بسلب النافع الملائم لغيرها، مما هو له، ولتناسي صاحب الحاجة، حين الاحتياج ما في بقاء غيره من المنفعة له أيضا وهكذا يتسلط كل ذي شهوة على غيره وكل قوي على ضعيفه، فيهلك القوي الضعيف ويهلك الأقوى بالقوي وتذهب الأفراد تباعا والأنواع كذلك حتى لا يبقى إلا أقوى الأفراد من أقوى الأنواع[7].

وبهذا الدفاع حصلت سلامة القوى، وهو ظاهر وسلامة الضعيف أيضا لأن القوي إذا وجد التعب والمكدرات في جلب النافع، سئم ذلك واقتصر على ما تدعو إليه الضرورة[8].

---

[1] - ابن فارس: معجم مقاييسس اللغة / ج2 / ص 288.

[2] -ابن فارس: المصدر نفسه /ج:2/ص:272-274. وينظر:الزمخشري:اساس البلاغة/ص:192. وينظر: الفيروزلآبادي :القاموس المحيط/ج:1/ص:15.

[3] -الفيروزآبادي : القاموس المحيط/ج:1/ ص:15.

[4] - الطاهر بن عاشور: التحرير والتنوير / ج1: / ص 500.

[5] - سورة البقرة / آية 251.

[6] - الطاهر بن عاشور: المرجع نفسه / ج1 / ص 500-5001.

[7] - الطاهر بن عاشور: المرجع السابق /ج:1 / ص 502.

[8] - الطاهر بن عاشور: المرجع نفسه / ج1/ ص 502.

الشق الأول: قاعدة يدفع الضرر قدر الإمكان:

يقصد بهذه القاعدة منع الضرر قبل وقوعه، أي بالحيلولة دونه، وذلك بوضع التشريعات اللازمة التي من شأنها أن تمنع وقوع الضرر.

وهكذا لا يصل الأمر إلى الرفع[1] إلا عند التجاوز وعدم الالتزام.

وبعبارة أخرى تشمل هذه القاعدة دفع الضرر قبل الوقوع بطرق الوقاية أو الحصانة الوقائية من الأضرار عملا بقاعدة " الوقاية خير من العلاج".

" فلو دخل عليك سارق مثلا فادفعه عنك بقدر إمكانك فإذا كان ممن يندفع بالعصا فلا تدفعه بالسيف"[2] أما رفع الضرر فيكون بعد وقوعه ومن ذلك شرعت العقوبات والتدابير التي اتخذها الشريعة لرفع الضرر الواقع.

الشق الثاني:

أما الشق الثاني من القاعدة يدعو إلى دفع المقدور والمستطاع منه وهذا التركيب الدقيق في القاعدة يلزم دفع الأضرار المطاقة ببذل أقصى الجهود ويدخله فيه من باب أولى المدفوعة بأقل الجهد وعند العجز عن دفع الضرر كله فإن التكليف لا يسقط عن جله أو بعضه ما في الوسع دفعه[3] لأن الميسور لا يسقط بالمعسور فالمطلوب على جهة التمام دفعه كلا وعلى جهة القدرة والاستطاعة التخفيف منه قدر الإمكان[4].

المستند المقاصدي للقاعدة:

إن عدم تشريع ما يمنع الضرر يعد تفريطا بلزوم حفظ الضرورات الخمس وهو ما يتره عنه المشرع إذ ينافي مقاصده فثبت لزوم دفع الضرر لأنه مقدمة لحفظ الضروريات.

فإن قيل: إن مجرد تشريع منع الضرر والنهي عنه لا يعد نفيا للضرر. فلو أن حكومة شرعت منع الضوضاء ونهت عن إحداثها فلا يعد نفيا للضرر وإمحاءا له، وإنما يعد ذلك لو اختلفت الضوضاء

---

[1] - الرفع لغة: ضد الوضع يقال: رفعوا الزرع أي حملوه بعد الحصاد (ينظر ابن منظور/ اللسان / ج3/ ص 98 وابن عمر الزمخشري: أساس البلاغة / ص 253).

[2] - علي حيدر: در الحكام شرح مجلة الأحكام / م 1/ المادة رقم 31- ص 37-38.

[3] - ما لا يدرك كله لا يترك جله – إعمالا لهذه القاعدة .

[4] - عبد الله الهلالي: قاعدة لا ضرر ولا ضرار / ص 240.

فعلا أو لم تعد ضوضاء عرفا وهكذا بالنسبة لصور الضرر لا يصح أن يقال إنها منفية لمجرد النهي عنها[1].

قيل: إن الإخبار في لسان الشارع عن عدم شيء كالإخبار عن وجوده فكما يصح الإخبار عن وجوده في مقام الأمر كما لو قال الفقيه:" يعيد الصلاة مثلا، أي بمعنى المؤمن يفعل كذا، كذلك يصح الإخبار عن عدم وجود شيء في مقام النهي كما لو قيل :" المؤمن لا يفعل كذا".

وهكذا فالمشرع في نهيه عن البيع التي تلحق ضررا بالغير أو عن الإيذاء مطلقا قد نفى الضرر.

ويمكن أن يجاب عن هذا الإشكال أيضا بأن العرف يعد التدارك الذي قرره الشارع في مثل هذه الحالات بمثابة إمحاء للضرر فمن علم أنه لو غبن يتدارك ضرره أو أنه لو أضر لجبر ضرره يرى انعدام الضرر بهذا اللحاظ[2].

مما يبنى على هذه القاعدة:

قاعدة الدفع أسهل من الرفع:

إن اللازم تجنب وقوع الضرر وعدم التسبب إليه وذلك أن التحرز عن الوقوع في الضرر أكثر سهولة وأقل ضررا من الوقوع في الضرر نفسه، فإذا وقع الضرر ولزم إزالته وكان من ذلك مفاسد أشد من الضرر الواقع نفسه، اكتفى بالتحقيق من الضرر ومعالجته.[3]

المطلب الثاني: دفع الضرر في العبادات

يراد بالعبادات مايتقرب به العبد إلى ربه وهي في الشرع الإسلامي إما واجب أو تطوع فالواجب كالصلاة والصوم والحج والزكاة والتطوع كصلاة النافلة.

والمدار في الضرر في باب العبادات هو الضرر الفردي أي الشخصي.

ففي جميع صور الضرر اتجه الجمهور من فقهاء المسلمين على عدم وجوب الفعل العبادي المستلزم للضرر وقالوا بالتحويل على صورة عدم التضرر فتؤدي الصلاة بكيفية ينعدم فيها الضرر، ويلجأ الصوم إلى حين زوال الضرر أو ما يسببه وهكذ بالنسبة للوضوء والغسل فيصار إلى التيمم تمسكا بنفي الضرر.[4]

---

[1] - أحمد شرارة: نظرية نفي الضرر في الفقه الإسلامي المقارن / رابطة الثقافات والعلاقات الإسلامية / طهران / ط:1/ س ط: 1997م (1418ه / ص 167)

[2] - أحمد شرارة: المرجع السابق / ص168.

[3] - مصطفى البغا: درء المفسدة / ص290.

[4] - أحمد شرارة ، نظرية نفي الضرر، ص 169.

ويمكن التأكد من ذلك بالاستدلال عليه بما ورد من نصوص وتطبيقات :

التيمم :

التيمم بدل جعله الشرع عن الطهارة[1].

أما الحكمة من تشريعه فقدد اهتم الشيخ الطاهر ابن عاشور زمنا طويلا إلى أن فتح الله عليه فقال :"أحسب أن حكمة تشريعه تقرير لزوم الطهارة في نفوس المؤمنين، وتقرير حرمة الصلاة وتوضيح شأنها في نقوسهم فلم تترك لهم حالة يعدون فيها أنفسهم مصلين بدون طهارة تعظيما لمناجاة الله تعالى فلذلك شرع له عملا يشبه الإيماء إلى الطهارة ليشعروا أنفسهم متطهرين وجعل ذلك بمباشرة اليدين صعيد الأرض هي منبع الماء، ولإن التراب مستعمل في تطهير الآنية ونحوها ينظفون به ماعلق لهم من الأقذار في ثيابهم وأبدانهم وماعونهم ، وما الاستجمار إلا ضرب من ذلك، مع ما في ذلك من تجديد طلب الماء لفاقده وتذكيره بأنه مطالب به عند زوال مانعه، وإذا قد كان التيمم طهارة رمزية اقتنعت الشريعة فيه بالوجه والكفين في الطهارتين الصغرى والكبرى[2]".

قال القاضي عبد الوهاب: "إذا خاف زيادة المرض باستعمال الماء وتأخر البرء جاز له التيمم لقول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُوًّا غَفُورًا ﴾[3].

وللأعذار المبيحة للتيمم رتب متفاوتة في المشقة منها[4] :

الرتبة الأولى: مشقة عظيمة فادحة، كالخوف ععلى النفوس ومنافع الأعضاء فيباح بها التيمم.

الرتبة الثانية: مشقة دون هذه المشقة ففي لرتتبة كالخوف من حدوث المرض المخوف فهذا ملحق بالرتبة العليا على الأصح.

الرتبة الثالثة : خوف إبطاء البرء وشدة الضنى .

الرتبة الرابعة : خوق الشين ، إن كان باطنا لم يكن عذرا وإن كان ظاهرا ففيه خلاف، والمختار الإباحة بهذه الأعذار.

---

[1]- القاضي عبد الوهاب : الإشراف، ج1، ص 168، وينظر: الطاهر بن عاشور: التحرير والتنوير /م:2/ ج5، ص: 68.

[2]- الطاهر بن عاشور :/ التحليل والتنوير/ م:5 /ص: 69.

[3].سورة النساء/آية :43..

[4]- العز : قواعد الأحكام / ص: 262.

إباحة الفطر للمريض والمسافر

قال الله تعالى﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُوًّا غَفُورًا ﴾"[1].

والمريض من قام به المرض وهو انحراف المزاج عن حد الاعتدال الطبيعي بحيث تثور في الجسد حمى أو وجع أو فشل[2].

قد اختلف الفقهاء في تحديد المرض الموجب للفطر فأما المرض الغالب الذي لا يستطيع المريض معه الصوم بحال بحيث يخشى الهلاك أو مقاربته فلا خلاف بينهم في أنه مبيح للفطر بل يوجب الفطر، وأما المرض الذي دون ذلك فقد اختلفوا في مقداره، فذهب محققوا الفقهاء إلى أنه المرض الذي يحصل به الصيام مشقة زائدة على مشقة الصوم الصحيح من الجوع والعطش المعتادين بحيث يسبب له أوجاع أو ضعفا منهكا أو تعاوده به أمراض ساكنة أو يزيد في انحرافه إلى حد المرض أو يخاف تمادي المرض بسببه وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة على تفاوت بينهم في التعبير لأن الله أطلق المرض و لم يقيده[3].

ويكشف ضابط ذلك الإمام القرافي في فروقه ويرى أن ضابط المشقة المؤثرة من غيرها،أن ينظر فإن ورد شي ء من الشرع اعتبر وإن لم يرد شيء من ذلك يتعين تحديده بتقريب من حيث قواعد الشرع، وذلك بأن يبحث عن أدنى مشاق تلك العبادة المعينة فإن وجدها بنص أو إجماع أو استدلال حمل عليها مثلهاأو أعلى وإن كان أدنى جعله مسقطا وهذا كالتأذي بالقمل في الحج فهو مبيح للحلق.[4]

قال تعالى : ﴿وعلى الذين يطيقونه ﴾[5].

والطاقة أقرب درجات القدرة إلى مرتبة العجز وقد سمو من هؤلاء : الشيخ الهرم والمرأة المرضع والحامل .

---

[1] .سورة النساء/آية :43..

[2] - الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير/ ج: 2/ ص: 162.

[3] - الطاهر بن عاشور التحرير والتنوير/ ج2، ص: 162.

[4] -اليقوري:ترتيب الفروق/ص:175.

[5] - صورة البقرة / الآية 184.

وبلحق بهم كل من كل من يجد مشقة أو توقع ضرر مثلهم وذلك يختلف باختلاف الأمزجة واختلاف أزمان الصوم من اعتدال أو شدة برد أو حر وباختلاف أعمال الصائم.[1]

وبالجملة فكل فعل عبادي يستلزم الضرر على الفرد فهو منفي، موجب لدفع وقوعه بما جاء به الشرع من طرائق.

والمراد بدفع الضرر في العبادات أي الحيلولة دون وقوعه تشريعا بمعنى وضع التشريعات اللازمة التي تحول دون وقوع الضرر.

المطلب الثالث: دفع الضرر في المعاملات

إذا ثبت أن إخلال التصرف بالمصلحة ضرر معتبر، وذلك وفق ما أشير إليه من الضوابط، فإنه يكون جزاء هذا الضرر هو: وجوب أن يزال، لأن قاعدة الشريعة المستقرة في مواجهة الإضرار هي : " الضرر يزال هذه القاعدة من أهم القواعد في الفقه الإسلامي وأجلها شأنا ولها تطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية، بل فيها من الفقه الإسلامي ما لا حصر له ولعلها تتضمن نصفه، فإن الأحكام إما لجلب المنافع أو لدفع المضار".[2]

وهذه القاعدة بني عليها كثير من أبواب الفقه من ذلك: الرد بالعيب وجميع أنواع الخيار من اختلاف الوصف المشروط والتعزيز وإفلاس المشتري، والحجر بأنواعه والشفعة لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة والقصاص والحدود والكفارات وضمان المتلف والقسمة ونصب الأئمة والقضاة ودفع الصائل وقتال المشركين والبغاة وفسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار[3].

إلا أن " الضرر يزال" لا يعمل على إطلاقه بل مقيد هو بقاعدتين:

القاعدة الأولى: الضرر لا يزال بالضرر.

القاعدة الثانية: يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام قال ابن السبكي:" وهو كعائد يعود على قولهم" الضرر يزال ولكن لا بضرر"،فشأنها شأن الأخص مع الأعم، بل هما سواء لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق " الضرر يزال"[4].

---

[1] -الطاهر بن عاشور: المصدر السابق/ ج:2/ ص:166.

[2] - الندوي: القواعد الفقهية / ص287

[3] - السيوطي: الأشباه والنظائر/ ص 112.

[4] - السيوطي: المصدر نفسه / ص115.

بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ."[1]

يحكى أن سليمان بن مهران الأعمش رحمه الله تعالى كان مريضا فعاده أبو حنيفة رضي الله عنه فوجده يوصي لابنه، فقال أبو حنيفة رضي الله عنه:" إن هذا لا يجوز، فقال: ولما لا يا أبا حنيفة؟ فقال:" لأنك رويت لنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" لا وصية لوارث" ،فقد نفى الشارع عليه السلام أن يكون لوارث وصية نصا[2] وهذا لئلا يأخذ الوارث مال الميت من وجهين مختلفين.

- **المنع من البناء المؤذي للجيران:**

من أراد أن يبني في داره تنور للخبز الدائم أورحى للطحن أو مدقة للقاصرين يمنع عنه لتضرر جيرانه ضررا فاحشا وعن أبي يوسف: لو اتخذ داره حماما ويتأذى الجيران من دخانها فلهم منعه إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخان الجيران[3].

ب- الفقه المالكي

يمنع من تقسيم الحمام والفرن والرحا والبئر والعين والساقية والدكان والجدار والطريق والشجرة، إذا أذهبت هذه القسمة معظم منافعها[4].

- **منع الوصية إذا زادت عن الثلث:**

لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث: لحديث سعد بن أبي وقاس: " جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي، قال رسول الله ثلى الله عليه وسلم: لا ،فقلت: فالشطر، قال: لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الثلث والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس[5].

---

[1] - رواه الترمذي (65/2) برقم (1330) كتاب البيوع. باب: ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين. وابن ماجه (52/2) برقم (2335) كتاب التجارات. باب: النهي عن التفريق بين السبي. فال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.

[2] - الكساني الحنفي (علاء الدين أبي بكر بن مسعود): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع / دار الفكر – بيروت –لبنان / ط: 1/ س ط: 1417ه – 1996 / ج7/ ص 497

[3] - علاء الدين الطرابلسي: معين الحكام / ص 162.

[4] - الباجي:المنتقى / ج6/ ص 56.

[5] - أخرجه مالك في الموطأ: حديث رقم 1450 / باب الوصية في الثلث / ص 112

ج- الفقه الشافعي.

- **الظفر بالحق:**

قال الإمام النووي: الذي يصح في النظر أنه ليس لأحد أن يضر بأخيه سواء ضره أم لا إلا أن له أن ينتصر ويعاقب إن قدر بما أبيح له بالحق وليس ذلك ظلما ولا ضرا إذا كان على الوجه الذي أباحته السنة، فليس للمجحود أن يضفر ماله من الجاحد الذي ائتمنه عليه[1].

- **المنع من تلقي الركبان:**

وقد سبق بيان هذا المنع، فهو من البيوع المنهي عنها لما يتعلق به من ضرر[2].

د- الفقه الحنبلي.

- **حفر البئر:**

من حفر بئرا بالقرب من جاره، فيذهب بمائها فإنها تطم في ظاهر مذهب أحمد رحمه الله[3].

- **إحداث ما يضر بالجار:**

من يحدث في ملكه ما يضر بملك جاره من هز أو دق أو نحوهما فإنه يمنع منه في ظاهر مذهب أحمد رحمه الله تعالى[4].

- **منع التفريق بين الوالدة وولدها:**

- عَنْ اَبِي اَيُّوبَ، قَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم يَقُولُ " مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ."[5]

ومسائل الضرر في الأحكام كثيرة جدا، وإنما ذكرت هذا على سبيل المثال.

---

[1] - ابن دقيق العيد : شرح الأربعين النووية / 132-133.

[2] - ابن دقيق العيد: إحكام الأحكام / ص 431.

[3] - ابن رجب الحنبلي: جامع العلوم والحكم / ص 216.

[4] - ابن رجب الحنبلي:المصدر نفسه / ص 216.

[5] - رواه الترمذي (65/2) برقم (1330) كتاب البيوع. باب: ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين. وابن ماجه (52/2) برقم (2335) كتاب التجارات. باب: النهي عن التفريق بين السبي. فال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.

2- إزالة عين الضرر عن طريق الإجبار على الفعل:

ومن أمثلتها:

أن يكون لمالك ملك في أرض غيره، ويتضرر صاحب الأرض بدخوله إلى أرضه فإنه يجبر على إزالته ليندفع ضرر الدخول.[1]

وفي القانون المدني وردة المادة 821 منه تنص على ما يلي : "يجوز لمن حاز عقارا واستمر حائزا له مدة سنة وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال...".

هذه المادة تبين أن للقاضي أن يمنع من استمرار هذه الأعمال الضارة.

ثانيا: التصرفات القولية :

ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية إلى أن الإكراه على عقد يمنع انعقاد ذلك العقد، فيجعله باطلا أصلا. وكذلك سائر التصرفات القولية ويعللون لذلك بأن الإكراه يفسد القصد والاختيار، ولأن نسبة الحكم إلى الفاعل بلا رضاه إلحاق للضرر به[2].

ومن أمثلة منع التصرفات القولية التي تسبب ضررا إبطال العقود التي تسبب أضرار لأحد المتعاقدين.

وفي القانون المدني نصت المادة 90 على ما يلي: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر، قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

- ابن رجب الحنبلي: المرجع السابق / ص: 218.

- أحمد موافي: المرجع السابق/ ج2/ ص962:.

الفرع الثاني: الجزاء التعويضي للضرر (الضمان)

1- مفهوم الضمان

- الضمان لغة: الكفالة[1]

اصطلاحا :

ذكر الشيخ علي الخفيف أنه في لسان الفقهاء ضمان المال بعقد أو بغير عقد كالاعتداء، والضمان بهذا المعنى هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقيق شرط أدائه، ونقل أنه قديرا به، واجب رد الشيء أو بدله عند تلفه[2].

ويسمى الملتزم لذلك ضامنا، وضمنيا وجميلا وزعيما وكافلا وكفيلا وصبيرا، قال الماوردي، غير أن الفرق جار بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات والزعيم في الأموال العظام والكفيل في النفوس والصبير في الجميع[3].

2- أسباب الضمان عند الفقهاء :

ذهب غير واحد من فقهاء المسلمين إلى أن أسباب الضمان هي: اليد والمباشرة والتسبب والشرط[4].

وذهب القرافي من المالكية إلى أن أسباب الضمان ثلاثة[5] :

أحدهما : العدوان كالقتل والإحراق وهدم الدور وأكل الأطعمة وغير ذلك من إتلاف المتمولات فمن تعدى في شيء من ذلك وجب عليه الضمان إما المثل إن كان مثليا أو القيمة إن كان مقوما، أو غير ذلك من الجوابر.

ثانيها: التسبب للإتلاف كحفر الآبار في طرق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافز وكوقيد النار في أرض الزرع وكرمي ما يزلق الناس في الطرقات وكالكلمة الباطلة عند ظالم إغراء على مال إنسان وكمن إذا مر بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجددها، وجب عليه أخذها وإن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها.

---

[1]- مصطفى قطب سانو: المرجع السابق/ ص268.

[2]- الضمان في الفقه الإسلامي/ ص08.

[3]- السبكي :'التكملة الأولى': المجموع شرح المهذب، بيروت، لبنان، س.ط 1432-2000م، ج14، ص252.

[4]- العز: قواعد الأحكام/ ص432.

[5]- الفروق/ ج2/ ص:335.

ثالثا : وضع اليد غير المؤتمنة

أما اليد فيراد بها اليد المعتمدة فتشمل الغاصبة وغيرها، وأما الإتلاف فيراد به إخراج الشيء عن أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة[1].

أما الشرط فهو ما ذكره العز بن عبد السلام ما ليس بمباشرة ولا تسببا ومثل له بالممسك مع القاتل فهو لم يصدر منه شيء من أجزاء القتل، وإنما هو ممسك فيلزمه الضمان[2].

وقد أشار الشيخ علي الخفيف إلى أن أسباب الضمان التي ذكرها الفقهاء عديدة ومنتشرة في مواضع متعددة من أبواب الفقه، ولكن بينها تداخل وفيها تكرار ومنها :

إلزام الشارع كما في الضمان في باب الجنايات.

في الالتزام وهو الضمان في العقود.

الفعل الضار: وهو كل تجاوز من أحد على أخر يلحق به ضررا في نفسه أو ماله أو كرامته ونشاطاته التي له حق في ممارستها بمحض اختيازه[3].

3- سببية الضرر للضمان :

إن الأسباب السالفة الذكر من يد أو عقد أو إتلاف أو غير ذلك مما ذكروه إنما هي لحصول الضرر وقد كان مقتض نفي الضرر رفعة وإزالته بأي صورة ممكنة.

ودفع الضرر يفضي بعدم تشريع ما يلزم منه ضرر على العباد على معنى أن كل حكم تكليفي أو وضعي يلزم منه ضرر فهو منفي وعليه فكما أن تشريع حكم يحدث معه ضرر منفي فكذلك تشريع ما يبقى معه الضرر الحادث منفي ومقتضاه حينئذ الضمان[4].

---

[1]- أحمد شرارة: المرجع السابق/ ص262.

[2]- قواعد الأحكام/ ص 434.

[3]- مصطفى أحمد الزرقا: الفعل الضار/ ص5.

[4]- أحمد شرارة: المرجع السابق/ ص266.

الفرع الثالث : الجزاء العقابي

وينقسم إلى القصاص والحدود والتعازير.

الحد في الشرع: عقوبة مقدرة واجبة حقا لله تعالى فلا يسمى التعزيز حدا لأنه ليس بمقدر ولا سمى القصاص حدا لأنه وإن كان مقدر لكنه حق العباد، والأموال والعقول والأنفس عن التعرض حد عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حقا الله تعالى عز شأنه[1].

الحكمة من تشريع الحدود:

إن الحكمة من هذه الحدود أو العقوبات هو زجر الناس وردعهم عن اقتراف تلك الجرائم صيانة المجتمع عن الفساد والتطهر من الذنوب[2]

قال ابن تيمية:"من رحمة الله سبحانه وتعالى أن شرع العقوبات."[3]

سفة العقوبة في الإسلام والمقاصد الشرعية لها[4] :

غني عن الذكر أن أهم المبادئ التي تغياها الفقه الإسلامي بصدد العقوبة هو "استظهار علة تجريم" فالشريعة الإسلامية لم تحظر على الناس أنواعاً وأنماطاً من السلوك للتضييق أو التسلط عليهم أو الاستبداد بهم وإنما حظرت بعض الأفعال ابتغاء حماية مصالح اجتماعية تتأذى بهذه الأفعال، أو في عبارة أخرى استهدفت صيانة حقوق المجتمع والأفراد تهدرها هذه الأفعال.

وقد أصّل الفقه المصالح التي تحميها قواعد التجريم فردوها إلى مصالح خمس هي حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ العقل وحفظ النسل وحفظ المال، وإن كانت هناك رؤى فقهية جديدة من فقهاء معاصرين ترى ضرورة التوسع في هذه المصالح وذلك لتنوع العلاقات والأفكار والغايات في واقعنا المعاصر حتى باتت هناك أنماط من التصرفات تهدر مصالح لم يسبق أن بحثها الفقهاء وهي في الحقيقة جديرة بالحماية العقابية.

أما العقوبات الشرعية التي قررتها الشريعة الإسلامية فإنها وإن بدا من ظاهر الأمر في بعضها شدة وصرامة إلا أنها في حقيقة الأمر بعيدة كل البعد عن أن تكون تعذيباً للمجرم أو تنكيلاً به بل أن

---

[1]- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لابن مسعود الكساني الحنفي، دار الافكر بيروت – لبنان / ط1 – 14/7 - 1996

[2]- وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته / ج:6 /ص 14.

[3]- القياس عند ابن شمية ص 85.

[4]- مقال من الأنترنت

الشريعة الإسلامية تميزت في جميع قواعدها بطابع الرحمة بالناس كما أنها قاعدة عامة مجردة كما أن الشريعة الإسلامية فضلاً عن أنها تستهدف بالعقوبات ضبط الأمن في المجتمع وتنتهج في سبيل ذلك منهج الردع العام والردع الخاص ويضاف إليهما ترضية المجني عليه وأسرته، ولئن كانت تأصيلات فقهاء القانون الجنائي الوضعي على مختلف المدارس القانونية تحصر فلسفة العقوبة في الردع العام والردع الخاص فقط إلا أن الشريعة الإسلامية أضافت لهذين العنصرين ترضية المجني عليه وأسرته.

المطلب الرابع: عرض لبعض القضايا.

مقدمة:

يمثل القضاء أحد ركائز الدولة الحديثة، وهو المكلف بتطبيق القانون ودعم المؤسسات وحماية المجتمع، فالإضافة إلى وظيفته الأساسية المتمثلة في تطبيق القانون يقوم القضاء بدور اجتماعي حقيقي باعتبار أنه ضمانة رئيسية لبناء مجتمع سليم تحكمه مبادئ الوفاق الذي لا يتحقق إلا بإشاعة العدل بين الناس.

فالعدل ليس كمثله مبدأ في توطيد السكينة والطمأنينة والشعور بالأمن ، فهو المفتاح الوحيد الذي يقوم بدور في إقفال السرائر مهما كان الشطط في المواقف واللجاجة في الخصام.

وهكذا أصبحت المحاكم المحدثة بصفة قانونية لاسيما الجزائرية والمجالس منها تختص دون سواها بالنظر في جميع النزاعات التي تنشأ داخل المجتمع.

ولما كان موضوع البحث دراسة قاعدة دفع الضرر التي تم إثباتها وبيان ضوابطها كان لزاما عليّ تحليل بعض القضايا قانونيا وتثمينها بما ورد في طيات الموضوع، إثراء للموضوع وزيادة للتوضيح.

عرض قضية موضوعها: طلاق بسبب الضرر.

موضوع القرار: تعويض – طلاق – ضرر

المبدأ: إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية، لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق.

عرض الوقائع:

المراحل التي مرت بها الدعوى:

أ- المحكمة الابتدائية: حيث أصدرت محكمة الضلعة بتاريخ 1998/11/04 حكما بالطلاق بين الطرفين وابتدائيا بتحميل المدعى عليه مسئولية الطلاق وإلزامه بدفع مبلغ 40000دج إلى مطلقته مقابل الطلاق التعسفي، و6000دج نفقة العدة و 800دج نفقة الإهمال شهريا تسري بداية من تاريخ رفع الدعوى حتى النطق بالطلاق.

ب- المجلس: حيث أصدر مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 1999/03/20 قرارا بالمصادقة على الحكم المستأنف الصادر عن محكمة حمام الضلعة.

ج- المحكمة العليا: حيث رفضت نقض الطاعنة موضوعا، مع إلزامها بالمصاريف القضائية.

إدعاءات الفريقين:

الطاعنة بالنقض:

تمثل طلبها في مراجعة مبلغ التعويض عن الضرر المعنوي عن الطلاق الذي صدر من غير محاولة الصلح، حيث سبب لها خدمة الزوج لفترة طويلة ضررا ماديا تمثل في فقد رجليها وأحد ذراعيها.

الطاعن ضده:

تمثلت ادعاءاته في مناسبة التعويض عن الطلاق التعسفي لمراعاته للظروف المادية والمعيشية للطرفين، وأن التعويض والنفقة إنما انصبا على ما نتج من تحمل الزوج مسئولية الطلاق، لا يدخل معه أضرارا أخرى غير ناتجة عن هذا التعسف.

النقطة القانونية التي يطرحها القرار:

أن التعويض عن الطلاق التعسفي لا يندرج تحته التعويض عن الأضرار الناشئة عن المسئولية التقصيرية طبقا للمادة 124 إ م.

الحل القانوني:

رفع دعوى مستقلة تثبت فيها المتضررة الضرر الذي لحقها، وتطالب فيها بالتعويض عنه أمام القضاء المدني.

قيمة الحل بالنسبة للنصوص والمبادئ القانونية والآراء الفقهية والمواقف القضائية.

جاء القرار موافقا للنصوص والمبادئ القانونية حيث راعى الاختصاصي القضائي والقانوني وهو قرار مبدئي ويمكن تعميمه على حالات مشابهة.

موقف الشرع:

قبل الحديث عن الموقف الشرعي من حالة الطلاق المتقدمة، لا بأس من الإشارة إلى أن اعتبار الجانب الأخلاقي ومراعاة الفضل بين الزوجين يستحيل معه وقوع الطلاق في أصعب ظروف تمر بها الزوجة، وهي قد كانت مخلصة له طيلة الحياة الزوجية، أما أن الطلاق قد وقع فإنه من المعلوم أن الطلاق يقع شرعا بإرادة الزوج المنفردة فلا يحتاج في ذلك إلى رضى الطرف الأخر، ونظرا لأن هذا الأخير قد يتضرر من الانفصال الذي قد يكون لأسباب غير جدية فإن للزوجة بموجب الشرع نفقة المتعة[1]. بدليل قوله تعالى: ﴿ وللمطلقات.... ﴾ (البقرة 241).

[1] - المتعة: ما يعطيه الزوج لمطلقته يخبر بذي الألم الذي حصل لها بسبب الطلاق الخرشي علي خليل 4 / 87 أنظر: محمد

لكن هل من مجال للحديث عن التعسف في الطلاق شرعا؟ يبق وأن قلنا أن الطلاق يقع بإرادة الزوج المنفردة فهو من الحقوق المخولة له شرعا، والحقوق شرعا كقاعدة عامة إنما هي وسائل لتحقيق مصالح وهي مقيدة بعدم الإضرار، وهذا أصل نظرية التعسف في استعمال الحق، ولأن الحياة الزوجية معقدة وليست عبارة عن ظاهرة حق أو باطل أو عدل أو جور حتى يبادر القاضي إلى الفصل فيها بالبيانات والأدلة والقرائن[1] يصعب إخضاع الطلاق لهذه النظرية ومن ثم التعويض على أساسها، ويبقى الحل الشرعي نفقة المتعة.

بقي الحديث عن الأضرار المادية التي لحقت بالزوجة المطلقة، والتي طلبت التعويض عنها إلحاقا بالتعويض عن الطلاق.

علم من القضية أن الطاعنة بالنقض أصيبت بأضرار مادية، وتقدم أنه لا يمكن التعويض عن هذه الأضرار إلحاقا بالتعويض عن الطلاق، قانونا وإنما لها أن ترفع دعوى مستقلة تطالب فيها بالتعويض عن تلك الأضرار مع إثبات نسبتها للمتسبب فيها.

وتلك الأضرار وإن كانت مادية فهي تتخذ ضرر معنوي إذ من حالاته:

ما يصيب الجسم كالجروح والتلف الذي يصيب الجسم والألم الناجم عن ذلك[2] ولقد أثار التعويض في المسؤولية العقدية والتقصيرية جدلا واسعا عند الفقهاء المعاصرين[3] وبخصوص المسئولية التقصيرية يمكن القول بأن الشارع الحكيم رتب على الاعتداء على الأنفس والأعضاء عقوبات زاجرة سواء كان ذلك الاعتداء بالمباشرة أو التسبب، ومن شأن تلك العقوبات أن تدرأ مفاسد الاعتداءات، وإن تضمنت معنى الجبر فبالقصد الثاني لا بالقصد الأول[4] ومن تلكم العقوبات " ما تكفل الشارع ببيان مقداره، ولم يختلف هذا المقدار بالنظر إلى الجناية واختلاف الأشخاص الذين مستهم مكانة ومركزا وذلك ما أبعده عن التعويض.

ومنه ما ترك الشارع تقديره لذوي الخبرة والعدالة وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بحكومة العدل"[5].

---

[1] - محمد الزحيلي: المرجع نفسه 44.

[2] - علي الخفيف: المسئولية المدنية في الميزان الفقهي الإسلامي (مقال)

[3] - أنظر: عبد الرزاق الشهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة 138/6، محمد محمد شتا: بحوث

[4] - مبارك حفيظة، حقوق المؤلف، رسالة ماجستير ص 264.

التعسف في استعمال الحق:[1]

حيث إن المحكمة العليا ترى أن الوجه المستمد من مخالفة أحكام المادة 41 من قانون المدني غير مؤسس، فقضاة الموضوع يرمون إلى عدم وجود التزام بين الطرفين حول إجراءات قطع ثمار شجرة التين عندما أشاروا في الحكم إلى المادة 323 من ق م. وقد أشاروا إلى عدم قيام الدليل لدى المدعي وهذا هو المهم في الدعوى، لأن القرار المطعون فيه أيد الحكم على هذا الأساس. ثم أن قضاة الموضوع لم يخالفوا المادة 41 من ق م، لأن لهم سلطة تقدير الوقائع المطروحة أمامهم وعلى ضوء مرافعة الطرفين حكموا بأن القرار القضائي الذي زعمه الطاعن فلا وجود له، فالمطعون ضده كما أنكر مزاعم الطاعن أراد تبيان قيمة الدعوى بهدف المطالبة بالتعويض استنادا إلى أحكام المادة 41 المشار إليها – رفض.

قرار رقم 953 91 مؤرخ في 1992/11/25،

من المقرر قانونا أنه يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:

1-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

2-إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

3-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة[*].

ومتى تبين –في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضوا بالتعويض عن الاستئناف التعسفي، دون ذكر الحالة التي تنطبق على قضية الحال، فإنهم يكونون قد قصروا في تسبيب قراراهم، مما يستوجب معه النقض.

قرار رقم 334 180 مؤرخ في 1999/12/07، م ق 2000، عدد 02، ص 100.

---

[1] - حمدي باشا عمر: القاضاء المدني/ ص:27. و ما بعدها.

[*] تجدر الإشارة إلى نص المادة 48 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري والتي جاء فيها: (يشكل عدم استغلال الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق، نظرا إلى الأهمية الاقتصادية والوظيفة الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي). فهذه المادة جاءت بمفهوم جديد ومغاير لنظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها بأحكام نص المادة 41 من القانون المدني، إذ أنها اعتبرت أن عدم استغلال الأرض يعد تعسفا في استعمال الحق. رغم أن النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق أساسها نية الإضرار بالغير أو الحصول على فائدة غير مشروعة أو الحصول على فائدة قليلة بالنظر للضرر الذي يسببه للغير. وهذا الموقف الجديد للمشرع أملته الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للأراضي الفلاحية، وبالنتيجة أصبح المالك غير حر في تقرير كيفية الانتفاع بملكيته.(

العمل المستحق للتعويض

المسؤولية عن الأعمال الشخصية[1]:

إن التعويض عن الأضرار ليس إرثا.

ويمكن أن يحكم به لكل من طلبه، على شرط أن يثبت هذا الضرر لدى قضاة الموضوع الذين لهم الحق في قبوله أو رفضه، معللين قضائهم على هذا الأساس.

قرار رقم 160 21 مؤرخ في 1980/07/13، م ق 1980، ق 87.

تعويض ذوي الحقوق لا يعتبر إرثا، لأن الإرث هو ما خلفه المورث من أموال كان قد جمعها حال حياته، أما التعويض عن الأضرار فهو يعطي لكل من تضرر من الحادث ولو كان غير وارث.

تقرير التعويض يكون حسب الضرر الذي أصاب كلا من ذوي الحقوق لا حسب قواعد الميراث.

قرار رقم 770 24 مؤرخ في 1982/04/14، م ق 1982، عدد خاص، ص 153.

قرار رقم 262 22 مؤرخ في 1982/10/13، م ق 1983، عدد 02، ص 47.

من المبادئ المستقر عليها قانونا أن –العمل الشخصي- المسبب ضررا للغير يرتب المسؤولية ويلزم صاحبه بالتعويض. ومن هذا المفهوم كان تقديم الشكوى إلى النيابة غير مشكل في حدّ ذاته خطأ موجبا للمسؤولية، مادامت السلطة المبلغ لها، **تملك حرية المتابعة كما تستطيع اتخاذ قرار الحفظ.**

غير أن التبليغ الذي انتهى بصدور قرار بألاّ وجه للمتابعة إن كان يفتح للمشتكي منه الحق في المطالبة بالتعويض عن البلاغ الكاذب، فإنه لا يكون أساسا للمطالبة بالتعويض إلا إذا ثبت عدم صحة الأفعال محل التبليغ بقرار انتفاء وجه الدعوى غير مبني على الشك ، و الجهة القضائية التي منحت التعويض متجاهلة هذ الشرط، وعرضت قراراها للنقض.

حيث إن إشعار السلطات القضائية بوقائع يمكن أن تقع تحت طائلة قانون العقوبات لا يعد عملا غير مشروعا إذ كانت صحيحة وعلى كل فإن هذ أساسا للمطالبة بالتعويض إلا ما إذا ثبت عدم صحة الأفعال محل التبليغ بقرار انتقاء وجه الدعوى **غير مبني على الشك**، والجهة القضائية

[1] – ينظر حمدي باشا المراجع السابق صك53 و ما بعدها

التي منحت التعويض متجاهلة هذا الشرط، تكون قد أخطأت في تطبيق القانون وعرضت قرارها للنقض.

حيث أن إشعار السلطات القضائية بوقائع يمكن أن تقع تحت طائلة قانون العقوبات لا يعد عملا غير مشروعا **إذا كانت الوقائع صحيحة**، وعلى كل فإن هذا الإشعار لا يعد خطـــأ، وأن العارض لا يكون قد ارتكب خطأ عندما أشعر السلطات بوفاة أمه المشبوه فيها في منزل المـــدعى عليه **لأن الواقعة كانت حصلت فعلا**.

قرار رقم 009 29 مؤرخ في 1985/01/05، م ق 1989، عدد 1 ص 32.

إن اختيار الضحية القضاء الجزائي للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عـــن حـــادث مرور، واستجابة المحكمة لذلك بمنحها تعويضا مؤقتا وانتداب خبير لتحديد العجز الذي أصابها مع صيرورة ذلك الحكم نهائيا **يوجب عليها تقديم الخبرة إلى نفس القاضي الجزائي المختص وليس لها أن تباشر دعواها من جديد أمام المحكمة المدنية**.

ولما كان المجلس القضائي قد ألغى حكم الدرجة الأولى القاضي بعدم الاختصاص، وقضى من جديد بالتعويض مؤسسا قضائه على المادة 247 من قانون الإجراءات الجزائية، فإنه يكون قد اعتبر وخطأ الطرف المدني تاركا إدعاءه أمام المحكمة الجزائية وأفقد بذلك قراره الأساس القانوني، مما يستوجب نقده دون إحالة مادام القاضي الأول قد حكم بعدم الاختصاص.

قرار رقم 823 36 مؤرخ في 1984/11/21، م ق 1989 العدد 01 ص 58.

من المقرر قانونا أنَّ كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرر للغير يلزم من كان ســـببا في حدوثه بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بتعويض المتضرر عن فعل إتلاف المحصولات الزراعية أو الأضرار المادية التي لحقت به من جراء هذا التعدي يجد أساسه القانوني في تطبيق هذا المبدأ.

ولما كان المجلس القضائي قرر إلغاء الحكم المستأنف لدى القاضي برفض الـــدعوى ومـــن جديد إلزام –المستأنف عليهم– بتعويض المستأنفين عن الأضرار المادية فإنه بهذا القضاء وتطبيقـــه هذه القاعدة القانونية والفقهية في نفس الوقت يكون قد أحسن التطبيق لها وعلل قـــراره تعلـــيلا كافيا وقانونيا، ولذلك فإن النعي عن قراره بالوجه المثار من الطـــاعنين بالتنـــاقض والقصـــور في التسبيب في غير محله ويستوجب الرفض.

حيث أن دفع المدعى عليه بانعدام الصفة في المدعي لعدم تقديم عقد الملكية يعد غير سديد، كون أنّ النزاع القائم بين طرفي الخصام بتناول أساسا إصلاح ضرر، ولا يتعلق أصلا بإثبات ملكية أرض.

باعتبار أن –المدعي– لم يطالب بإثبات الملكية، وإنما يجبر الضرر الحاصل لو من جراء إتلاف محصولاته الزراعية، الشيء الذي لم ينكره المدعي عليه الذي اقتصر على القول بأن الأرض....

وأن الدعوى المدعي تجد أساسها القانوني في المادة 124 من ق م التي تنص على أن كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض، ذلك أن إتلاف المحصولات الزراعية يعتبر بحق ضررا يترتب عليه التعويض.

قرار رقم 034 34 مؤرخ في 1985/03/06، م ق 1989، عدد 4، ص 36.

من المقرر قانونا أن كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرر يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.

ومن المقرر أيضا أنه لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن الضرب والتعدي يشكل في **نفس الوقت جريمة جنائية وفعلا ضارا بمفهوم المادة 124 من** قضاة الموضوع باعتماده على الحكم الجزائي لرفض دعوى المدنية أخطأوا في تطبيق القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

قرار رقم 959 56 مؤرخ في 1988/10/19، م ق 1991، ص 32.

من المقرر قانونا أنّ تحديد المسؤولية المدنية عن ضرر ما، وتقدير جسامة ذلك الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

ولما كان الثابت –في قضية الحال– أنّ قضاة الموضوع اعتمدوا في قضائهم على المادتين 124 و127 من القانون المدني بما لهم من سلطة تقديرية في تحديد المسؤولية المدنية وتقدير التعويض يعدون قد طبقوا صحيح القانون.

قرار رقم 334 115 مؤرخ في 1994/11/30.

حيث يجب التذكير أنّ النظام القانوني الذي تنص عيه المادة 124 من القانون المدني هو النظام التقليدي للمسؤولية عن الأعمال الشخصية والذي يشترط على المتضرر للحصول على تعويض توافر ثلاثة شروط أساسية هي على التوالي:

الخطأ – الضرر – والعلاقة السببية بينهما. في حين أنّ النظام القانوني الذي استحدثه الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 1974/01/20، لاسيما في مادته الثامنة هو نظام مبني على قاعدة جديدة وهي –**قاعدة عدم الخطأ**- ويشترط هذا النظام الجديد عندئذ من أجل إصلاح ضرر ناتج عن حادث مرور، وباستثناء بعض الحالات المحددة قانونا، سوى شرطين اثنين هما:

1-وجود ضرر من جهة المضرور.

2-وجود عقد تأمين من المسؤولية من جهة المسؤول.

وحتى في حالة عدم وجود عقد تأمين، تتدخل هيئة خاصة وهي –الصندوق الخاص بالتعويضات لتتحمل عبئ التعويض لصالح المتضررين.

حيث تتجلى حينئذ أنه لا يمكن لقاضي الموضوع أن يبني حكمه في ذات الوقت على نظامين قانونين متباينين ومتعاكسين.

قرار رقم 299 130 مؤرخ في 1996/01/17.

من المقرر قانونا أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لابد له فيه كقوة قاهرة كان غي ملزم بتعويض الضرر.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالإساءة في تطبيق القانون غير وجيه.

ولما كان الثابت –في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بإسنادهم جزء من مسؤولية الفيضان إلى الشركة الطاعنة بنسبة الثلثين لكونها قامت بفتح ثغرة و لم تسدها بعد انتهاء الأشغال هذا من جهة، ومن جهة ثانية بأخذ قضاة الموضوع **ظرف القوة القاهرة** ومشاركتها في وقوع الضرر بنسبة الثلث الباقي بعين الاعتبار يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون التطبيق السليم.

قرار رقم 010 53 مؤرخ في 1988/05/25، م ق 1992، عدد 02، ص 11.

من المقرر قانونا أن تحديد المسؤولية المدنية عن ضرر ما وتقدير جسامة ذلك الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع، ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه مخالفة القانون غير سديد.

ولما كان الثابت –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع اعتمدوا في قضائهم على المادتين 124 و127 من القانون المدني بما لهم من سلطة تقديرية في تحديد المسؤولية المدنية وتقدير التعويض يعدون قد طبقوا صحيح القانون.

قرار رقم 012 58 مؤرخ في 1989/02/26، م ق 1992، عدد 02، ص 14.

تحديد التعويض عن الأضرار المادية في **حالة اصطدام بين شاحنتين** مبدأ عام التعويض يقدره القاضي **حسب الخسارة الحقيقية الحالّة بكل مضرور** وليس على أساس نسبة المسؤولية – منح تعويض متساوي مع الأضرار المتفاوتة، خروج عن القاعدة المذكورة.

قرار رقم 499 25، مؤرخ في 1982/06/23، م ق، 1982، عدد خاص، ص 165.

إذا كان مؤدي نص المواد 130-131-182 من القانون المدني، إنّ التعويض يخضع في تقديره لسلطة القاضي، فإن عدم الإشارة من طرف قضاة الموضوع إلى مراعاتهم الظروف الملابسة للضحية وقيامهم بتحديد الخسارة، يجعل قرارهم غير سليم ويعرض للنقض.

قرار رقم 694 39 مؤرخ في 1985/05/08، م ق 1989، عدد 03، ص 34.

لقد أجاز القانون للطرف الذي وقع له ضرر من جنحة، **الخيار بين رفع دعواه أمام المحكمة الجزائية أو المدنية.**

غير أنّ ذلك السلوك لا يقبل الجمع من حيث التعويض الذي يمنحه القاضي الجزائي دون الاحتفاظ للضحية بحقها في إعادة النظر فيه ومن ثمة المطالبة بتعويض إضافي.

والجهة القضائية التي منحت بعد ذلك تعويضا ثانيا تكون قد خرقت مقتضيات المادة 131 ق م التي تقضي بغير ذلك، واصطدام قرارها مع مبدأ حجية الشيء المقضي فيه الذي حازه الحكم الجزائي عند منحه تعويضا إجماليا دون أي **تحفظ** وصيرورة نهائيا، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه.

قرار رقم 694 39 مؤرخ في 1985/05/08، م ق 1989، عدد 03، ص 34.

من المقرر قانونا أن الحكم الذي لم يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطلب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض لا يحق له الرجوع أمام القضاء من جديد لإعادة التقدير، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الطاعن بدفعهم للمطعون ضده تعويضا عن الضرر الذي لحقه دون أن يحتفظوا في قضائهم السابق الصادر في سنة 1979 بالحق في تقدير التعويض من جديد، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون.[1]

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

قرار رقم 190 50 مؤرخ في 1987/06/17، م ق 1990، عدد 04، ص 11.

من المبادئ العامة في القانون أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضر الحاصل، وعلى القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المعتمدة لتقدير تلك التعويضات، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون.

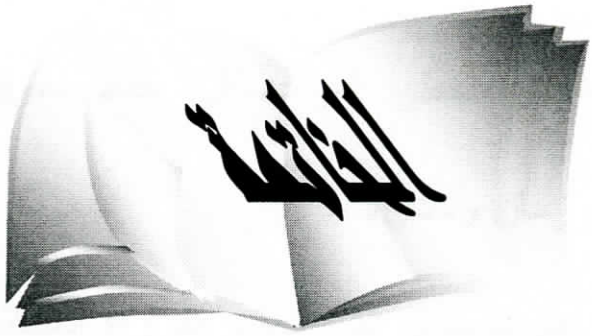
ولما ثبت –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع منحوا تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي اعتمدوا عليها في تقديرهم للتعويض يكونوا بذلك قد خرقوا القواعد المقررة قانونا.

ومتى كان كذلك، استوجب النقض.

قرار رقم 568 109 مؤرخ في 1994/05/24، م ق 1997، عدد 01، ص 123.

[1] – قد يصاب الضرور بجروح ستنال حتما من قدرته في المستقبل غير أنه يصعب تحديد مقدار هذا العجز وقت الإصابة به انظر ص: 83.


الخاتمة



لا يمكن لأي بحث مهما بلغ من الشأن والمقام أن يحيط بكل شاردة وواردة لانتقاء الكمال عن سائر البشر ...

إنّ سن القوانين أو الإفتاء ببعض الأحكام الشرعية، وإنشاء العقود ، ونقل الملكية، وأحكام الإرث، والإيقاعات، كلها أشكال مختلفة من الإجراءات التي تقع تحت مظلة تلك الأحكام الشرعية أو القانونية. وتلك الإجراءات تهدف الى تغيير الوضع القانوني أو الاجتماعي للافراد

و الحدود الفكرية بين القانون والقواعد الفقهية أو القانونية ليست واضحة بالشكل الذييتصور للوهلة الاولى. فالأحكام والقوانين تختلف بالمحتوى والطرق التي أُنشئت فيها، وتتباين في المقاصد والأهداف التي صُمّمت من أجلها. ومع إنها تمتلك تركيبة متناسقة في الإطار الفني، إلاّ انها تتداخل بشكل معقد في بعض المراحل النظرية.

وحسب هذه الخاتمة أن أحاول جمع شتات الموضوع من خلال التذكر بأهم النتائج التي أمكن استخلاصها من خلال ما تم ذكره، ومن هذه النتائج:

أولا: القاعدة الفقهية تقابل المبدأ العام في القانون.

ثانيا: تعد هذه القاعدة من أخطر القواعد في حفظ حقوق الأفراد وفرض الواجبات عليهم في أي زمان ومكان.

ثالثا: هذه القواعد من أهم الوسائل التي تجمع الفروع المتناثرة التي تساعد في الضبط الكلي وبالتالي تسهل فهم أسرار ومقاصد الشريعة.

رابعا: إن هذه القاعدة حفظا وعلما تساعد في تربية العقلية القانونية عند طالب القانون.

خامسا: إن للحديث " لا ضرر ولا ضرار" أهمية خاصة في دفع الضرر.

سادسا: ليس هناك قاعدة في القانون تقابل قاعدة دفع الضرر في الفقه الإسلامي بمعناها الشامل، إذ الضرر في القانون ما كان يمس الغير فقط وتناوله التقنيات المدنية ضمن إطار المسؤولية المدنية، لكن هذه القاعدة في الفقه أوسع مجالا وأبعد أثرا إذ يشتمل الضرر الذي يحدثه الإنسان في نفسه في باب المعتقدات والعبادات.

سابعا: يمكن أن تجعل قاعدة دفع الضرر بالضوابط المذكورة في هذا البحث مدركا ودليلا حيث الدليل الخاص والجزئي، ويمكن للقضاة الاستعانة بهذه الضوابط.

ثامنا : المعيار الذي تحدد به المصالح والمفاسد ،معيار ضيق في القوانين الوضعية إذ أن عدم إناطة أحكامها بالجزاء الأخروي ما يقرب الإنسان من الهوى.

في هذا توصيات واقتراحات:

تكملة للمشروع المقارن بين القواعد الفقهية الكلية والقانون الوضعي تناول هذه الموضوعات:

- دور القواعد الفقهية في صياغة التشريعات القانونية
- شرح القواعد الكلية الواردة في التقنين المدني.
- كيفية تطوير الملكة الفقهية عن الفقيه والقاضي بالقواعد الكلية.
- كيفية الاستعانة بالقواعد الكلية في صياغات قانونية

وبعد فهذا جهد القاصر والقصور من لوازم البشر والله حسبي ونعم الوكيل.

الملحقات

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعـــوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ **5** أوت **1999** وعلى مذكرة الجواب التي قدمه المحامي المطعون ضده.

بعد الإستماع إلى السيد/ عبد القادر بلقاسم المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد/ خروبي عبد الرحيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن خ.خ طعنت بالنقـــض بواسطة وكيلها الأستاذ "موسى جغلول" المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا في القـــرار الصادر عن مجلس قضاء المسيلة بتاريخ **1999/03/20** القاضي بالمصادقة على الحكم المستأنف الصادر عن محكمة حمام الضلعة بتاريخ **1998/11/04** القاضي نهائيا بالطلاق بين الطرفين وإبتدائيـــا بتحميل المدعى عليه مسؤولية الطلاق وإلـــزامه بدفع إلى مطلقته بمبلغ "**40000** دج" مقابـــل الطلاق التعسفي، و"**6000** دج" نفقـــة العدة و"**800** دج" نفقـــة الإهمال شهريا تسري بداية من تاريخ رفع الدعوى حتى النطق بالطلاق.

حيث أن الطاعنة إستندت لتدعيم طعنها على ثلاثة أوجه.

حيث أن الطاعن ضده رد بواسطة المذكرة الجوابية المودعة بواسطة وكيله الأستاذ محمد عطوي بتاريخ **1999/10/10** وإلتمست رفض الطعـــن.

حيث أن النيابة العامة تبلغت بالملف مصحوبا بتقريـــر المستشار المقـــرر طبقا للمادة 248 من قانون الإجراءات المدنية وأودعـــت مذكرة طلبت فيها رفض الطعـــن.

حيث أن الطعـــن جاء مستوفيـــا أوضاعـــه الشكلية المنصوص عليها قانونـــا.

وعليـــه

فإن المحكمة العليـــا

حيث أن موضوع الطعن منصب على الطلاق وعلى مبالغ التعويض و النفقـــة المحكوم بها لعدم تناسبهما مع الضرر الذي لحق الطاعنة وقد إستندت الطاعنة بنقض القـــرار المطعون فيه إلى ثلاثة أوجه.

عن الوجه الأول: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون

بدعوى أن قاضي الدرجة الأولى حكم بالطلاق دون القيام بمحاولة الصلح وهذا يخالف نص المادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على أن الطلاق لا يثبت إلا بعد محاولة الصلح وأن القـــرار المطعون فيه صادق على الحكم المستأنف مما يجعله مخالفا للقانون وهذا يعرضه إلى النقض والإبطال.

لكن وحيث أن الطعن منصب على القـــرار المطعون فيه الذي فصل في الإستئناف المنصب على الجوانب المادية فقط وليس لقضاة الإستئناف مناقشة موضوع الطلاق الذي فصل فيه قاضي الدرجة الأولى بصفة نهائية و بالتالي فإن مناقشة محاولة الصلح في هذا الوجه و التي هي تابعه لموضوع الطلاق الذي لم يناقش من طرف قضاة الإستئناف يكون لا أساس له مما يجعل الوجه غير مؤسس.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من إنعـــدام الأسبـــاب.

بدعوى أن قضاة الإستئناف لم يردوا على دفـــوع الطاعنة وأن ما استقـــر عليه الإجتهاد القضائي هو أن عدم الرد على الدفوع وعدم مناقشتها يعتبر إنعداما للأسباب وهو ما يعرض القرار المطعون فيه إلى النقض و الإبطال.

لكن وحيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الإستئناف قد صادقوا على الحكم المستأنف وبذلك يكونوا قد تبنوا حيثيات الحكم المستأنف وأقروا بأن قاضي الدرجة الأولى أحسن تقديـــر التعويضات وراعى في ذلك الظروف المادية والمعيشية للطرفين و بالتالي لا يمكن مطالبـــة قضاة الإستئناف الآتيان بأسباب جديدة هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن

الطاعنة لم تبيـــن في الوجـــه الدفوع التي لم يرد عليها قضاة الإستئناف مما يجعل الوجه غير مؤسس.

عن الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة المادتين 41 و124 من القانون المدني و الشريعة الإسلامية.

بدعوى أن الطاعنة كانت في خدمة الزوج فترة طويلة وبسببه فقـــدت رجليها وأحد ذراعيها بعد أن حملها الأجر ثم تركها بعد ذلك وتزوج بامرأة ثانية وأن مبلغ التعويض المحكوم به و النفقة لا يتناسب مع مقـــدار الضرر الذي لحقها. وبذلـــك يكون قضاة الموضوع قد خالفوا نص المادتين 41 و 124 من القانون المدني و الشريعة الإسلامية لما قدروا التعويض مما يعرض قرارهم إلى النقض و الإبطال.

لكن وحيث أن التعويض و النفقـــة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقديـــر نفقـــة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار 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 و 124 من القانون المدني و بالتالي فلما كان مبلغ التعويض و النفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتان المادتان فإن قضاة الإستئناف لم يخالفـــوا القانون وأن قرارهم يكون سليما غير أنه تجدر الإشارة إلى أن

الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة **41** أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة **124** من القانون المدني فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابـــل ذلـــك. وعليه فإن الأوجه المذكورة تكون غير مؤسسة الأمـــر الذي يتعين معه رفض الطعـــن.

حيث أن المصاريف القضائية تقع على عاتق من خسر الطعن طبقا للمادة **270** من قانون الإجراءات المدنية.

لهـــــذه الأسبـــــاب

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث

بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا مع إلزام الطاعنة بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القـــرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثاني و العشرين من شهر فيفري من سنة ألفين ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المتكونة من السادة:

لعوامري علاوة رئيس القسم

عبدالقادربلقاسم المستشار المقرر

محمد بن سالم المستشار

وبحضور السيد:

خروبي عبد الرحيم المحامي العام

وبمساعدة السيد:

نويوات ماجد أمين ضبـــط رئيسي

رئيس القسم المستشارالمقرر أمين الضبط الرئيسي.

القضية الثالثة:

الموضوع : المسؤولية – وقوع ضرر – قوة قاهرة – بسبب الشركة – الطاعنة

المرجع : م 127 من ق.م

من المقرر قانونا أنه أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يدله فيه كقوة قاهرة، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالإساءة في تطبيق القانون غير وجيه.

لما كان الثابت – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع بإسنادهم جزء من مسؤولية الفيضان إلى الشركة الطاعنة بنسبة الثلثين لكونها قامت بفتح ثغرة و لم تسدها بعد انتهاء الأشغال هذا من جهة ومن جهة ثانية بأخذ قضاة الموضوع ظرف القوة القاهرة ومشاركتها في وقوع الضرر بنسبة الثلث الباقي بعين الاعتبار يكونون بقضائهم كما فعلوا قد طبقوا القانون التطبيق السليم.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن

إن المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة بنهج عبان رمضان الجزائر

بعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه

بناء على المواد: 231، 233، 239، 244، 257، وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ: 23 جويلية 1986.

بعد الاستماع إلى السيد طالب أحمد المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيد كلو عز الدين المحامي العام في طلباته المكتوبة.

حيث طعنت شركة مقاولة عمومية بطريق النقض في قرار أصدره مجلس قضاء باتنة بتاريخ 02 أفريل 1986 والذي أيد الحكم الصادر عن محكمة نفس المدينة في 15 ماي 1985 الذي كان قد قضى على الشركة المذكورة بأدائها إلى المسمى س الـــ35.828 دينار تعويضا عن الضرر اللاحق به.

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية فهو مقبولا شكلا.

حيث أن الطاعنة استندت في طلبها النقض إلى وجه واحد وهو مأخوذ من مخالفة القانون وسوء تطبيق أحكام المادة 127 مدني مع القصور في التعليل وانعدام الأساس القانوني وهنا كون أن قضاة الموضوع قد أسندوا الأضرار التي تضرر منها س إلى ثغرة كانت على حافة الوادي قامت بإنشائها المقاولة الولائية وأن تلك الثغرة هي من جملة الأشغال التي كان لا بد من إنشائها لتنظيف وتطهير الوادي من كل ما من شأنه أن يعرقل مجرى السيل بالوادي وأن الفيضان لم يكن نتيجة هذه الثغرة بل كان نتيجة طبيعية لتهاطل الأمطار التي سقطت بغزارة عادية يوم 1983/09/13 على مدينة باتنة.

لكن حيث أن قضاة الموضوع في تقديرهم لوقائع الدعوى أسندوا جزء من مسؤولية الفيضان على ش الطاعنة بنسبة الثلثين (213) لكونها قامت بتحويل مجر مياه الوادي المجاور لمدينة باتنة بفتح ثغرة قطرها يزيد عن 10 أمتار بحافة الوادي وأنها لم تسدها بعد إنهاء الأشغال مما أدى بمياه الأمطار التي سقطت يوم 1983/9/13 تنصرف من تلك الثغرة وتغمر مساكن الحي المجاور لذلك الوادي، هذا من جهة أول، ومن جهة ثانية أخذ قضاة الموضوع بعين الاعتبار بوجود ظرف القوة القاهرة ومشاركتها في وقوع الضرر بنسبة الثالث الباقي.

فيستنتج من هذا أن قضاة الموضوع طبقوا أحكام المادة : 127 قانون المدني تطبيقا سليما وأنهم ركزوا قرارهم على أساس قانوني كما أنهم لم يقصروا في التسبيب مما يتضح أن الوجه غير مؤسس ويتعين حينئذ رفض الطعن.

فلـــهذه الأسبـــاب

قرر المجلس الأعلى: قبول الطعن شكلا وبرفضه موضوعا وإبقاء المصاريف على الطاعنة.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس والعشرين من شهر ماي سنة ثمان وثمانين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المجلس الأعلى الغرفة المدنية القسم الثاني المتركبة من السادة :

سيدي موسى عبد الكريم الرئيس

طالـــــــب أحمـــــــد المستشار المقرر

بوالقصيبات محمـــــد المستشار

بمساعدة السيد حمد عبد الحميد كاتب الضبط وبحضور السيد كلو عز الدين المحامي العام.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

السـورة	رقمها	الصفحة
البقرة		
أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ	21	166
مَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ	102	100
الصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ	177	109
وَصِيَّةً لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ	180	157
أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ	183	166
مَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ	194	204 - 95
أَمْ حَسِبْتُمْ أَنْ تَدْخُلُوا الْجَنَّةَ وَلَمَّا يَأْتِكُمْ مَثَلُ الَّذِينَ خَلَوْا مِنْ قَبْلِكُمْ مَسَّتْهُمُ الْبَأْسَاءُ وَالضَّرَّاءُ	214	108
يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ	219	171 - 38
وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ	228	157
وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ	233	157
وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ	241	157
وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ فَإِنْ	282	103
آل عمران		
وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ	111	100
الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ	134	109
وَمَا مُحَمَّدٌ إِلَّا رَسُولٌ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِ الرُّسُلُ	144	99
النساء		
وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً	04	94
وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ	12	113
لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ	29	74
لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ	95	98 / 36
وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ	115	213 / 170

المائدة

اوُنوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ	02	151
أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ	32	236 / 117
سَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ	38	86
أَنَّهُمْ أَقَامُوا التَّوْرَاةَ وَالْإِنْجِيلَ وَمَا أُنْزِلَ إِلَيْهِمْ مِنْ رَبِّهِمْ لَأَكَلُوا مِنْ فَوْقِهِمْ وَمِنْ تَحْتِ ظِلِهِمْ مِنْهُمْ أُمَّةٌ مُقْتَصِدَةٌ	66	85
أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَيْكُمْ أَنْفُسَكُمْ لَا يَضُرُّكُمْ مَنْ ضَلَّ إِذَا اهْتَدَيْتُمْ	105	106

الأنعام

دْ أَرْسَلْنَا إِلَى أُمَمٍ مِنْ قَبْلِكَ فَأَخَذْنَاهُمْ بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ لَعَلَّهُمْ يَتَضَرَّعُونَ	42	109
نُرْسِلُ الْمُرْسَلِينَ إِلَّا مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ	48	107
أَنَدْعُو مِنْ دُونِ اللَّهِ مَا لَا يَنْفَعُنَا وَلَا يَضُرُّنَا	71	106
تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمْ	108	244/166
إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ	162	163

الأعراف

تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا	56	108/34
أَرْسَلْنَا فِي قَرْيَةٍ مِنْ نَبِيٍّ إِلَّا أَخَذْنَا أَهْلَهَا بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ	94	109
لَوْ كُنْتُ أَعْلَمُ الْغَيْبَ لَاسْتَكْثَرْتُ مِنَ الْخَيْرِ وَمَا مَسَّنِيَ السُّوءُ إِنْ أَنَا إِلَّا ذِيرٌ	188	99
ذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ	199	157

يونس

أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ	57	49
يُحِقُّ اللَّهُ الْحَقَّ	82	56

هود

ئِنْ أَذَقْنَاهُ نَعْمَاءَ بَعْدَ ضَرَّاءَ مَسَّتْهُ لَيَقُولَنَّ ذَهَبَ السَّيِّئَاتُ عَنِّي إِنَّهُ لَفَرِحٌ خُورٌ	10	102
أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ	88	107

النحل

اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ	90	97

الإسراء

نْ أَرَادَ الْآخِرَةَ وَسَعَى لَهَا	19	52
ادْعُوا الَّذِينَ زَعَمْتُمْ مِنْ دُونِهِ فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضُّرِّ	56	102

الأنبياء

ستَجَبْنَا لَهُ فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِنْ ضُرٍّ وَآتَيْنَاهُ أَهْلَهُ وَمِثْلَهُمْ مَعَهُمْ رَحْمَةً	84	100

الحج

صُرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ	40	20
نَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ	41	20

المؤمنون

اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ	71	53

النور

سْبُونَهُ هَيِّنًا	15	171

2	60	ِاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا
	القصص	
91	27	إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ
52	77	ْغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ
	الزمر	
103	38	أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ إِنْ
	فصلت	
34	10	َعَلَ فِيهَا رَوَاسِيَ مِنْ فَوْقِهَا وَبَارَكَ فِيهَا
	50	نْ أَذَقْنَاهُ رَحْمَةً مِنَّا مِنْ بَعْدِ ضَرَّاءَ مَسَّتْهُ لَيَقُولَنَّ هَذَا لِي
	الطلاق	
104	06	يُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَيْكُمْ أَنْفُسَكُمْ لَا يَضُرُّكُمْ مَنْ ضَلَّ إِذَا اهْتَدَيْتُمْ

الجن		
قُلْ إِنِّي لَا أَمْلِكُ لَكُمْ ضَرًّا وَلَا رَشَدًا	21	99

المجادلة		
إِنَّمَا النَّجْوَى مِنَ الشَّيْطَانِ لِيَحْزُنَ الَّذِينَ آمَنُوا وَلَيْسَ بِضَارِّهِمْ	10	106

فهارس الأحاديث النبوية

الحرف. الصفحة

-الألف-

اتَّقِ اللَّهَ حَيْثُمَا كُنْتَ 247

اذْهَبْ إِلَى أَهْلِكَ فَانْظُرْ هَلْ تَجِدُ شَيْئًا 93

اضْمَنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ 247

-الهمزة-

أَلَا تَدْرُونَ أَيُّ يَوْمٍ هَذَا 116

إِنَّ الرَّجُلَ لَيَعْمَلُ وَالْمَرْأَةَ بِطَاعَةِ اللَّهِ 113

إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي .....

إِنَّ أَوَّلَ مَا يُحَاسَبُ بِهِ الْعَبْدُ..... 117

أَنْ تَجْعَلَ لِلَّهِ نِدًّا وَهُوَ خَلَقَك..... 115

أَوَّلُ مَا يُقْضَى بَيْنَ النَّاسِ 117

-الباء-

بُعِثْتُ لأُتَمِّمَ حُسْنَ الأَخْلاَقِ. 193

-الدال-

دَعْهُ لَا يَتَحَدَّثُ النَّاسُ أَنَّ مُحَمَّدًا يَقْتُلُ أَصْحَابَهُ .....

دعو الناس يرزق بعضهم من بعض 121

دَعُونِي مَا تَرَكْتُكُمْ 172

دعوه لا تزرموه..... 168

-القاف-

قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم بِالشُّفْعَةِ..... 118

-اللام-

لاَ تُضَارُّوا في

الحفر..... 114/189

لاَضَرَرَ وَلاَ ضرَارْ..... 111

لَا تَلَقَّوْا الجَلَبَ فَمَنْ تَلَقَّى مِنْهُ..... 120

لا تمنعوا فضل الماء لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ 190

لاَ يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ..... 119

لاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ دَعُوا النَّاسَ..... 119

لاَ يُتَلَقَّى الرُّكْبَانُ لِبَيْعٍ وَلاَ يَبِعْ 119

لاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ .....

لَا يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ 189

لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ 190
لَزَوَالُ الدُّنْيَا أَهْوَنُ عَلَى اللَّهِ مِنْ..... 117
لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَنْهَى عَنْ الْغِيلَة..... 114
اللَّهُمَّ بِعِلْمِكَ الْغَيْبَ وَقُدْرَتِكَ 115
لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ 192
لولا أن قومك حديث 167

-الميم-

مَا بَالُ دَعْوَى الْجَاهِلِيَّةِ..... 167
مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلاَّ يُولَدُ عَلَى 248
مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ. 235
مَنْ تَرَكَ كَلاًّ فَإِلَيَّ 71
مَنْ ضَارَّ أَضَرَّ اللَّهُ بِهِ وَمَنْ 112
مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا 257
مَنْ كَانَتْ لَهُ مَظْلَمَةٌ لأَحَدٍ مِنْ عِرْضِهِ 71
مَنْ مَاتَ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لاَ إِلَهَ إِلاَّ 116
مِنْ الْكَبَائِرِ أَنْ يَشْتُمَ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ 224
من مات عن حق فلورثته 71

-النون-

نَهَى عَنْ بَيْعِ ثَمَرِ النَّخْلِ .....

-الياء-

يَا سَعْدُ ابْتَعْ مِنِّي بَيْتَيَّ فِي دَارِكَ 118
يَا عَائِشَةُ لَوْلَا أَنَّ قَوْمَكِ حَدِيثُ عَهْدٍ بِجَاهِلِيَّةٍ 167

-المحلى بالألف و اللام-

الْعَجْمَاءُ جَرْحُهَا جُبَارٌ 204
فِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ السَّادَّةِ لِمَكَانِهَا بِثُلُثِ الدِّيَةِ. 72
المسلمُ أَخُو المُسْلم..... 66
المُسْلِمُونَ شُرَكَاءٌ فِي ثَلاَث: الماء و الكلأ و النار..... 190
اللَّهُمَّ بِعِلْمِكَ الْغَيْبَ وَقُدْرَتِكَ عَلَى الْخَلْق..... 115

فهرس القواعد الفقهية

الضرر يزال.....255
ما يضمن وما لايضمن..... 34
لا عبرة للتوهم.....84-104
إذا اجتمع الحلال والحرام أو المباح والمحرم غلب المحرم..220
درء المفاسد أولى من جلب المصالح.....173
إذا تفاوتت المصالح في الاهتمام بها حصل الأهم منه.....176
تقدم المصلحة الغالبة.....220
يتحمل الضرر الخاص من أجل دفع الضرر العام.....220
ما أبيح لضرورة يقدر بقدرها.....256
الضرورات تبيح المحظورات.....256
الأصل المعاملة بنقيض المقصود.....215
الضرر لا يزال بمثله.....220
يتحمل أخف المفسدتين.....220
إذا تعارضت المصالح روعي أعظمها ضررا.....256
الحكم في الإذن في الأفعال يدور مع غلبة المصلحة.....169
حقيقة الخير ما زاد نفعه على ضره.....171

فهرس القواعد القانونية

إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.....190
إذا تعذر التنفيذ العيني وكان فيه إرهاق للمدين قام مقامه التنفيذ بطريق
التعويض.....38
العقد شريعة المتعاقدين.....22.
لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير نص.....29.
الضرر الأدبي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية.....64
كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل يتحول إلى إلتزام بالتعويض في حالة عدم قيام المدين بالتنفيذ.....68
لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته.....57
قواعد القانون التجاري لا تجري إلا على التجار.....19
لا يجب على المالك أن يتعسف في حقه.....22
لا يلزم من وجود مصلحة وجود حق.....57
لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته.....143
يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه.....142
ضرورة تسبيب الأحكام القضائية.....145

فهرس القواعد الأصولية

الأمر للوجوب.....3
النهي للتحريم.....3
الإجماع أصل في إثبات الأحكام.....7
الاستدلال بالقواعد أولى من الاستدلال بالقياس.....27
الأصل رد الحقوق المهضومة بأعيانها عند الإمكان.....
قياس الأولى.....
النص مقدم على الظاهر.....7
أصل سد الذرائع.....50
أصل الإستحسان.....50
أصل المصلحة المرسلة.....50

فهرس الأعلام

أبو هريرة:71-113-119-120-189-190-220-248.
الشاطبي:17-91-125-169-160-170-212.
الشافعي:75-91-119-120-121-204-215-233-3-235.
القرافي:26-37-50-75-254-260.
العز ابن عبد السلام:42-180-171-261.
الطاهر ابن عاشور:37-109-110-253.
أبو داوود:112-113-189-190.
ابن حزم الظاهري:21-112.
السنهوري:23-198.
الزيلعي:89-183.
البوطي:51-93.البقاعي :109-110.
القرطبي :109.
ابن دقيق العيد:111.
ابن تيمية:20.
الوكي:5
ابن عباس:111.
الطوفي :217.
الفراء:1.
الزجاج:01.
المقري:04مالك:72-111-114-204-207-214-216.
الثوري:72.
عبد البر:121-125-197-206.

قائمة المراجع و المصادر

* القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

كتب التفسير.

-أ-

1- أحكام القرآن أبو بكر أحمد علي الحنفي الجصاص: دار الفكر بيروت ط1/ س ط ج2.

-ت-

2- تفسير القرآن العظيم لابن كثير إسماعيل: تقديم عبد القادر الأرنأوط دار السلام الرباط ط:1 1984م.

3- التحرير والتنوير الدار الطاهر بن عاشور: الدار التونسية للطبع د ط/ س ط 1984 ج8.

-ج-

4- الجامع لأحكام القرآن للإمام محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي/ت : خليل محي الدين الميس/دار الفكر-سوريا/ط:01/س ط:1424ه-2003م.

-ك-

5- الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل لمحمود الزمخشري مطبعة مصطفى الباجي البجيني وأولاده – مصر/ د ط / س ط : 1392ه – 1972م / ج :1

-م-

6- المنهاج القرآني في التشريع لعبد الستار فتح الله سعيد جامعة الأزهر مصر ط1/ س ط 1992.

كتب الحديث و شروحه:

-أ-

7- الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان : للأمير ابن بلبان الفارسي ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ، 1988م – بيروت -لبنان.

8- التعيين في شرح الأربعين/ت:أحمد حاج محمد عثمان/ مؤسسة الريان المكتبة المكية-بيروت-لبنان|ط:1|س ط:1419ه-1998م.

9- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر) وزارة الأوقاف – المملكة المغربية)

دطاع ط: [illegible]

10- تحفة الأحودي بشرح جامع الترميذي للمباركفوري / دار الكتب العلمية –بيروت-لبنان / دط / د س ط.

-ج-

11- الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير للإمام السيوطي / دار الفكر – بيروت – لبنـــان / ط :1 / س ط : 1401ه – 1981م / ج :2 /

12- الجامع المختصر من السنن : للإمام أبي عيسى الترمذي(ت279هـــ). دار ابن حزم، الطبعة الأولى (1419هـــ)،-بيروت- لبنان.

-س-

13- السنن : لأبي داود السجستاني (ت 275هـــ)، مراجعة : محمد محي الدين عبد الحميـــد ، دار إحياء التراث العربي(د.ت)، -بيروت – لبنان.

14- السنن(المجتبى): للنسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي، دار الحَديث(1407هـــ – 1987م)،-القاهرة-مصر.

15- السنن : لابن ماجه القزويني (ت 275 هـــ)، تحقيق: الشيخ محي الدين عبد الحميد.

16- السنن : للدارمي (ت 255هـــ)، تحقيق: عبد الله هاشم اليماني،دار المحاسن(1966م)،- القاهرة-مصر.

-ش-

17- شرح الزرقاني على الموطأ الإمام مالك لعبد العظيم الزرقاني /ت: طه عبد الرؤوف سعد/ المكتبة الثقافية الدينية- القاهرة- مصر/ ط1 /س.ط:1424ه-2003م/ ج4

18- شرح الأربعين النووية للإمام النووي / اعتناء : عبد الهادي قطش / دار الهدى – الجزائر د ط / د س ط

-ص-

19- صحيح ابن خزيمة (ت 311هـــ)، تحقيق : محمد مصطفى الأعظمي ، شـــركة الطباعـــة العربية ، الطبعة الثانية ، 1981م)،-الرياض -السعودية.

-ف-

20- فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر العسقلاني (852هـــ(، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر (1379هـــ)،-بيروت – لبنان.

-م-

21- المستدرك عَلَى الصحيحين : للحاكم (ت 405هـ وبذيله تلخيص المستدرك للذهبي (ت 748هـ)، دار المعرفة (د.ت)- بيروت- لبنان.

22- المسند: شرحه وصنع فهارسه الشيخ أحمد محمد شاكر (ت1377هـ)، دار الحديث، الطبعة الأولى(1416هـ-1995م)،-القاهرة- مصر.

23- المسند الصحيح للإمام مسلم بن الحجاج (261هـ)، دار ابن حزم، الطبعة الأولى 1419)هـ)،-بيروت- لبنان.

24- شرح المعتمد في أصول الفقه لمحمد الحبش : (نظم وشرح)/طبعة دار المصطفى/ط:1/د ت ط

25- موطأ مالك للإمام مالك ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر1379) هـ)،-بيروت – لبنان.

26- النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ت: ظاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي / دار إحياء الكتب العربية / ج :3

مصادر الفقه وأصوله .

-أ-

27- أبحاث مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي. لبلحاج العربي

28- أثر المصلحة في التشريعات لمجيد حميد العنكبي / دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- الأردن/ ط1/ س.ط: 2002م.

29- الاجتهاد/ النص- المصلحة- الواقع محمد جمال باروت الريسوني/ دار الفكر- دمشق- سوريا/ ط1/ س.ط: 2001

30-الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لداودي عبد القادر/دار البصائر-الجزائر/ط:1/س ط:.2007

31- إحكام الفصل في أحكام الأصول لأبي الوليد الباجي / دار الغرب الإسلامي- بيروت- لبنان/ س.ط: 1407ه-1986م.

32- أحكام الأحكام لابن دقيق العيد / ت: عبد القادر عرفان العشا حسونة/ دار الفكر/ بيروت/ د.ط/ س.ط.

33- الاحكام في أصول الأحكام لسيف الدين الآمدي / ت: ابراهيم العجوز / دار الكتب العلمية –بيروت،لبنان /دط /دس ط/

34- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية لمحمد حامد الفقي ، دار المعرفة – بيروت – لبنان / د ط / د س ط /

35- إرشاد الفحول لعلي بن محمد الشوكاني /ت:محمد سعيد البدري/مؤسسة الكتب الثقافية-بيروت-لبنان/ط:1/س ط:1417ه-1997م/

36- الأشباه والنظائر لتاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي :/ ت: عادل أحمد عبد الموجود علي محمد عوض/ دار الكتب العلمية- بيروت/ ط1/ س.ط: 1411ه-1991م.

37- أصول القانون مقارنة بأصول الفقه محمد عبد الجواد.

38- أصول الفقه الإسلامي لبدران أبو العينين بدران /مؤسسة شباب الجامعة-الإسكندرية-مصر/د ط/ دس ط.

39- إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية ت. محمد عبد السلام إبراهيم/ دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان / ط2 /س.ط: 1414هـ-1993م/ ج4

40- الأم لمحمد بن إدريس الشافعي المجلد 5/ دار الفكر- بيروت- لبنان/ ط1: 2002م.

-ب-

41- بحوث الملتقى الأول للقاضي عبد الوهاب: دار البحوث للدراسات الإسلامية / دبي ط 1/ س ط 1425/ 2004م / مجلد 5 /

42- بدائع الصنائع في ترنيب الشرائع لابن مسعود الكساني الحنفي، دار الافكر بيروت – لبنان / ط1 – 14/7 - 1996

43- بداية المجتهد ونهاية المقتصد/ ابن رشد القرطبي الحفيد ت: علي محمد معوض – عادل أحمد عبد الموجود/ دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان/ ط:1/ س.ط:1422ه-2002م.

44- بداية المجتهد: ابن رشد/ دار المعرفة, بيروت-لبنان/ط:6/س ط:1403- 1983م

45- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة- لأبي الوليد بن رشد القرطبي / ت: محمد العرايشي – أحمد الحبابي / دار الغرب الإسلامي/ ط:2 / س ط: 1408ه – 1988م / ج:10 /

-ت-

46- تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق لفخر الدين الزيلعي: / دار السلام للطباعة والنشر – القاهرة – مصر/ط1 /س ط: 1423 ه- 2003 /

47- تبسيط القواعد الفقهية لمحي هلال سرحان / دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان/ ط1/ س.ط1426 :ه-2005م:.

48- ترتيب الفروق لشهاب الدين القرافي / تحقيق عمر بن عياد/ د.ط/ س.ط: 1419ه- 1996م/ ج2.

49- ترتيب الفروق واختصارها للبقوري إبراهيم: / ت: / دار ابن حزن- بيروت- لبنان/ ط1/ س.ط: 1425ه-2005م.

50- التجديد والمجددون في أصول الفقه لعبد السلام بن محمد بن عبد الكريم / المكتبة الإسلامية- القاهرة- مصر/ ط2/ س.ط: 1425ه-2004م .

51- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالفقه الوضعي. لعبد القادر عودة:

52- تطبيق الشرعية واستمداد القوانين من معين الفقه وهبة الزحيلي / مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية- الكويت- السنة الرابعة /1987 /ج9.

53-التعريفات للشريف الجرجاني/ت: مصطفى أبو يعقوب/مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر بيروت لبنان/ط:01/س ط :.2006

54- تعليل الأحكام لمصطفى شلبي:/ دار النهضة العربية -بيروت- لبنان/ د.ط/ د.س ط.

55- التعليقات على الاختيار لتعليل المختار لعبد الله ابن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ت:لمحمد أبو دقيقة / دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان / د س ط/ م : 1 /ج :2 /

56- تفسير النّصوص والقواعد الفقهية لعبد الفتاح تقية / دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي/ د.ط/ د.س.ط/ د.دارط.

57- تقريب الوصول إلى علم الأصول / أحمد بن جزي الكلبي ت:محمد علي فركوس/دار الثراث الإسلامي-الجزائر/ط:1/س ط:1410ه-1990م/

58- التهذيب في اختصار المدونة لابن سعيد البرادعي/ ت: محمد الأمين بن الشيخ/ الإمارات العربية المتحدة- دبي/ ط:14231 :ه-2002م/ ج:4.

-ح-

59- حاشية رد المحتار على الدر المختار بشرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ويليه تكملة لابن العابدين جمعها المؤلف نجل المؤلف وسماها حاشية قرة عيون الأخيار/ دار الفكر- بيروت- لبنان/ س.ط: 1836ه/ ط:2 /ج:4 .

60- حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن لفتحي الدريني / مؤسسة الرسالة/ ط3/ س.ط: 1404ه-1989م.

61- الحكم الشرعي بين النقل والعقل / دار الغرب الإسلامي- بيروت- لبنان /س.ط: 1989م/ د.ط.

62- الحكم الشرعي والقانونية لمحمد زكي عبد البر /دار القلم/ كويت/ ط1: 1402ه-1982:.

-د-

63- درء المفسدة في الشريعة الإسلامية د. مصطفى البغا / دار العلوم الإنسانية- دمشق- سوريا/ ط1/ س.ط1417 :ه-1997م.

-ذ-

64- الذخيرة لشهاب الدين القرافي/ دار الغرب الإسلامي- بيروت- لبنان/ ط1/ س.ط: 1994م.

-ر-

65- رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية لمحمد النور زين العابدين / دار البحوث للدراسات الإسلامية- دبي- الإمارات /ط1/ س.ط: 1425ه-2004م/ ج2.

66- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، للدكتور الباحسين مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط:4، س ط : 1422هـ-2001م

-س-

67- سد الذرائع في الشريعة الإسلامية لمحمد هشام البرماني / مطلعة الريحاني- بيروت- لبنان/ ط2/ س.ط: 1406ه-1985م./

-ش-

68- شرح التلويح على التوضيح للإمام سعد الدين التفتازاني ت: زكريا عميرات /دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان/ ط1: 1416-1993.

69- شرح تنقيح الفصول للإمام القرافي / دار الفكر – بيروت- لبنان / د ط / س ط : 1424ه – 2004م/ ص : 138.

70- شرح التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتزاني /ت:زكريا عميرات/دار الكتب العلمية- بيروت-لبنان/ط:1/س ط :1416 ه-1996 م

-ض-

71- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي / مؤسسة الرسالة- بيروت- لبنان/ ط:6/ س.ط1422 :ه-2001م.

-ع-

72- العبودية لابن تيمية /ت:مخمد ابن رياض الأحمد/عالم الكتب للطباعة والنشر/ط:1/س ط:1423ه-2002م/

73- علم القانون والفقه الإسلامي لسمير العالية

74- علم القواعد الشرعية- لنور الدين مختار الخادمي/مكتبة الرشد- الرياض- المملكة العربية السعودية/ ط1/ س.ط: 1426ه-2005م

-ف-

75- الفعل الضار والضمان فيه لمصطفى أحمد الزرقا / دار العلم بيروت – لبنان / ط:1 / س ط: 1409ه- 1988م /

76- الفقه الإسلامي وأدلته وهبة الزحيلي / دار الفكر - دمشق – سوريا / ط:2 / س ط : 1405ه – 1985م / ج :4/

77- الفوائد والقواعد لعمر ابن ثابت الثمانيني ت: عبد الوهاب محمود الكحلة/ مؤسسة الرسالة بيروت- لبنان/ ط1/ س ط: 0220م -1422هـ/ص:324.

-ق-

78- قاعدة لا ضرر ولا ضرار لعبد الله الهلالي / دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث/ دبي/ ط1/ س.ط1426 :ه-2005م/ ص: 111 .

79- قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام / دار بن حزم- بيروت- لبنان/ ط1/ س.ط1424 :ه-2003م.

80-قواعد الفقه الإسلامي : محمد الروكي/دار القلم-دمشق-سوريا/ط:01/ س ط :1412ه-1998م.

81- القواعد الكلية والضوابط الفقهية، لعثمان بشير دار النفائس، الأردن، ط1، س ط: 1426هـ-2006م.

82- قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي للكيلاني / دار الفكر- دمشق- سوريا/ ط1: 1420ه-2000م

83- القوانين الفقهية لابن جوزئ الكلبي المالكي /دار الكتب- الجزائر /د.ط/ س.ط/ 1408ه-1987م.

84- القواعد/ ت: أحمد بن عبد الله بن حميد المقري / جامعة أم القرى/ المملكة العربية السعودية/ ط / د.ط.

85- القواعد الفقهية للباحسين عبد الوهاب / شركة الرياض المملكة العربية السعودية/ ط1/ س.ط1418 :ه-1998م.

86- القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي من خلال كتابة الموافقات الجلالي المزينة / دار ابن عفان -القاهرة- مصر/ ط:1/ س.ط: 1423ه-2002م.

87- القواعد الفقهية لعلي الندوي:/ ت: مصطفى الزرقا/ دار القلم- دمشق- سوريا/ ط1/ س.ط: 1420ه-2000م.

88- القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب محمد بن المدني الشنتوف / دار البحوث الإسلامية وإحياء التراث/ الإمارات العربية المتحدة/ ط1/ س.ط: 1424ه-2003م.

89- القواعد الفقهية مع الشرح الموجز لعزت عبيد الدعاس دار الترميذي، بيروت، لبنان، ط:4، س ط : 1414هـ-1991م

90- القياس في الشرع الإسلامي لابن تيمية / منشورات دار الآفاق الجديدة – بيروت – لبنان / ط:5 / س ط : 1402ه - 1982 م/

-ك-

91- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر النمري القرطبي دار الكتب- العلمية- بيروت- لبنان/ د.ط/ د.س.ط:.

92- الكليات الفقهية/ لأبي عبد الله المقري/ت :أحمد ابن حميد / ت: محمد بن عبد الهادي أبو الأجفان/ الدار العربية للكتاب/ تونس/ د.ط.

-م-

93- مجموع الفتاوى/ لشيخ الإسلام ابن ابن تيمية الحراني:ت: محمد عبد القادر عطا/ دار الكتاب العلمية- بيروت- لبنان/ د.ط/ س.ط: 1421ه-2000م/ ج:30 /م:17.

94- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر وبها مشه الشرح المستمر بدر المنتقى في شرح الملتقى لابن رجب أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن أحمد السلامي لعبد الله بن الشيخ بن سليمان داماد الأفندي / دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان/ ج :2/

95- المحصول في علم أصول الفقه لابن الحسيني الرازي / ت: جابر فياض العلواني/ مؤسسة الرسالة- بيروت- لبنان/ ط14183 :ه-1997م/ ج5 .

96- المحلى بالآثار لأبي محمد علي بن أحمد-دار الطباعة المنيرية -سنة1349هـ-القاهرة –مصر

97- مختصر تنقيح الفصول لشهاب الدين القرافي للدكتوران: حوالف عكاشة و الأخضري:/ مكتبة الرشاد للطباعة والنشر/ الجزائر/ ط1/ 2005.

98- مختصر الفوائد في أحكام المقاصد للغز ابن عبد السلام/ ت: عبد العزيز ابن إبراهيم آل منصور/دار ابن حزم-لبنان/ط :1/س ط :2003م.

99- مدونة الفقه المالكي وأدلته لعبد الرحمان الغرياني / مؤسسة الريان- بيروت- لبنان /ط1/ س.ط: 1423ه-2002م/ ج4.

100- المستصفى من علم الأصول لأبي حامد الغزالي/ ت: حمزة بن زهير حافظ/ شركة المدينة المنورة للطابعة والنشر/ د.ط/ د.س.ط/ ج1.

101- المعتمد في أصول الفقه أبي الحسن البصري / تقديم خليل الميس/ دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان/ د.ط /د.س.ط/ ج: 2.

102- معجم مصطلحات أصول الفقه لمحمد رواس قلعة جي / دار الفكر/ دمشق- سوريا/ ط1/ س.ط1422 :ه-2002م.

103- معين الحكام على اقضايا والأحكام لأبي إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع / ت: محمد بن قاسم بن عياد / دار الغرب الإسلامي – بيروت – لبنان / د ط / س ط: 1989م

104- المغني والشرح الكبيرات شرف خطاب/ السيد محمد السيد/ دار الحديث- القاهرة- مصر /د.ط/ س.ط: 1425ه-2004م/ ج7.

105- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة محمد قدري باشا دار الآفاق العربية – القاهرة – مصر / د ط/ س ط : 1424ه – 2003م /

106- مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر ابن عاشور / المؤسسة الوطنية للكتاب/ د.ط/ د.س.ط.

107-المعيار المعرب عن فتاوى إفريقيا والأندلس والمغربلأحمد ابن يحي الونشريسي/دار الغرب الإسلامي/د ط/ س ط :1401ه-1981م.

108- الملكية في الشريعة الإسلامية مقارنتها بالقوانين الوضعية لعلي الخفيف / د.ط/ س.ط: 1990/ دار النهضة العربية- بيروت -لبنان.

109- منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، مع حاشية المنتهى لعثمان بن أحمد بن سعيد النجدي الشهير بابن قائدات: لابن النجار تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي عبد الله بن عبد المحسن التركي / مؤسسة الرسالة / د س ط / ج :2 /

110- المرافق على الموافق تحقيق محمد ابن مامين / م:1/ دار ابن القيم / ط :1 / س ط.

111- مناهج الفتيا والاستدلال بأخيار الآحاد / د لخضر لخضاري / مؤسسة علوم القرآن بيروت – لبنان / ط :1/ س ط:1425ه – 2004م

112- المنتخب من كتب شيخ الإسلام ابن تيمية لعبد القادر السقاف / دار الهجرة /المملكة العربية السعودية/ ط1/ س.ط: 1419ه-1998م.

113- الموافقات لأبي إسحاق الشاطبي:/ دار الكتب العلمية- بيروت -لبنان/ ت: عبد الله دراز/ د.ط/ س.ط./

114- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي لمحمد الجليدي / دار الكتب الوطنية / د دار ط / ط:2 / س ط: 1993/1402م.

115- المدخل الفقهي العام أحمد الزرقا دار القلم، دمشق، سوريا، ط:1، س ط:

116- مبادئ المنطق، مكتبة الرشاد، الجزائر للأخضري: د ط، س ط 1425هـ-2004م،

117-المنخول في تعليقات الأصول: أبو حامد الغزالي تحقيق:د. محمد حسن هيتوالناشر/ دار الفكر.

-ن-

118- نظرية التعقيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء لمحمد الروكي / فاروق حماد/ دار ابن حزم- بيروت- لبنان: ط1: 1421ه-2000م .

119- نظرية التعسف في الفقه والقانون الوضعي د.فتحي الدريني: / مؤسسة الرسالة- بيروت- لبنان/ ط2- س.ط: 1988.

120- نظرية التقريب والتغليب لأحمد الريسوني / دار الكلمة للنشر والتوزيع- مصر / ط:1 / س ط : 1418ه – 1998م / ص : 106.

121- نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لأحمد الخولي:/ دار السلام للطباعة والنشر- القاهرة- مصر/ ط1/ س.ط: 1423ه-2003م.

122- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي لأحمد الريسوني/ الدار العالمية للكتاب الإسلامي - الرياض/ ط4/ س.ط: 1995م/ ص: 280-281م.

123- النظرية العامة للقانون بمعديها الغربي والشرعي لحسن صغير:/ دار المحمدية للجزائر/ ط2/ س.ط1421 :ه-/2001م.

-و-

124- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لمحمد البورنو.

125- الوجيز في شرح القواعد الفقهية لعبد الكريم زيدان / مؤسسة الرسالة بيروت لبنان / ط1 س ط 1424ه / 2003م

مصادر القانون:

-أ-

126-أبحاث مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي. لبلحاج العربي/ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر/ د ط/ س ط/1996م/

127 - الأسس العامة في القانون لمحمد السيد عمران / منشورات الحلبي الحقوقية/ بيروت- لبنان/ د.ط/ 2002.

128- الأساس الفلسفي للحقوق والحريات العامة بين نظرية القانون الطبيعي ونظرية العقد الاجتماعي / د عدنان حمودي الجليل

129- أصول القانون لعبد المنعم فرج الصدة :دار النهضة العربية- بيروت- لبنان/ د.ط.ذ.ت.

130- الالتزامات لعلي فيلالي / العمل المستحق للتعويض.

-ت-

131- التعويض عن الضرر المادي والأدبي والمورث لمحمد أحمد عابدين / منشأة المعارف بالإسكندرية- مصر/ د.ط/ س.ط: 1995.

132- التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية لمقدم سعد / دار الحداثة/ بيروت -لبنان/ ط1/ س.ط: 1995.

-ح-

133- حماية الملكية العقارية الخاصة لحمدي باشا عمر / دار هومة- الجزائر/ د.ط/ س.ط: 2002:.

134- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده لفتحي الذريني / دار الفكر- بيروت- لبنان/ د.ط/ د.س.ط:.

135- الحق في التعويض عن الضرر الأدبي لياسين محمد يحي / دار النهضة العربية/ جامعة القاهرة/ الخرطوم- مصر /د.ط/ س.ط: 1991.

-خ-

136- الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية لعبد الحكيم فودة / دار الفكر الجامعي / الإسكندرية / د ط /س ط: 1996م .

-د-

137- دعوى التعويض (مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض) لمحمد المنجي / توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية/ ط1/ س.ط: 1990.

-ش-

138- شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري لأحمد حسن قتادة / ديون المطبوعات الجامعية- الجزائر/ د.ط:.1994 /

139- الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري بودالي محمد / دار هومة للطباعة والنشر- الجزائر/ 2007.

-ض-

140- الضرر المرتد لعزيز كاظم جبر لعلي علي سليمان / مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- الأردن/ س.ط: 1998/ ط1.

-ط-

142- طرف التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري لمحمد حسنين / ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر/ د.ط/ س.ط.1982

-ع-

143- العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام لمحمود جلال حمزة:/ تقديم هشام القاسم/ ديوان المطبوعات الجامعية/ الجزائر/ د.ط /د.س.ط.

-ف-

144- فلسفة القانون لسليمان مرقش:/ المنشورات الحقوقية- دار صادر- بيروت -لبنان- د.ط/ 1999:.

145- الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية لعبد الحكيم قودة / دار الفكر الجامعي- الإسكندرية/ د.ط/ س.ط: 1996.

146- الفعل الضار والضمان فيه لمصطفى أحمد الزرقا / دار العلم- بيروت -لبنان/ ط1/ س.ط: 1409ه-1988.

147- فلسفة القانون لهنري باتيفول / ت: سموحي فوق العادة/ منشورات عويدات/ بيروت- لبنان/ ط1/ 1972.

-ق-

148- القانون القضائي الجزائري للفوتي بن ملحة / الديون الوطني للأشغال /ط2/ س.ط: 2000.

149- القانون القضائي الخاص لحلمي محمد المحار / ط3/ س.ط: 1416ه-1996م/ ج1.

142- القانون البحري الجزائري لمحمد زهدور / دار الحداثة للتوزيع والنشر/ ط1/ س.ط: 1990/ بن عكنون- الجزائر.

-ن-

150- نظرات في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان: / بيروت-لبنان/ط:1/س ط:1424ه-2000م/ ص :293.

151- نظرية الضمان في أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي- وهبة الزحيلي. دار الفكر- دمشق - سوريا / د ط / س

152- نظرية نفي الضرر في الفقه الإسلامي المقارن أحمد شرارة / رابطة الثقافات والعلاقات الإسلامية / طهران / ط:1/ س ط: 1997م (1418ه / ص 167

153- نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري لبلعيور عبد الكريم:/ المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر/ د.ط/ س.ط.1986 :

154- النظرية العامة للتدابير الاحترازية لعبد الله سليمان / المؤسسة الوطنية للكتاب/ د.ط/ س.ط: 1990م.

155- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري/ ديوان المطبوعات الجامعية/ الجزائر/ د.ط/ د.س.ط.

156- النظرية العامة للالتزامات لمحمد صبري السعدي / دار الكتاب للحديث/ القاهرة- مصر/ د.ط/ س.ط1424 :ه-2003.

137- دعوى التعويض (مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض) لمحمد المنجي / توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية/ ط1/ س.ط: 1990.

-ش-

138- شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري لأحمد حسن قتادة / ديون المطبوعات الجامعية- الجزائر/ د.ط:.1994 /

139- الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري بودالي محمد / دار هومة للطباعة والنشر- الجزائر/ 2007.

-ض-

140- الضرر المرتد لعزيز كاظم جبر لعلي علي سليمان / مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- الأردن/ س.ط: 1998/ ط1.

-ط-

142- طرف التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري لمحمد حسنين / ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر/ د.ط/ س.ط.1982

-ع-

143- العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام لمحمود جلال حمزة:/ تقديم هشام القاسم/ ديوان المطبوعات الجامعية/ الجزائر/ د.ط /د.س.ط.

-ف-

144- فلسفة القانون لسليمان مرقس:/ المنشورات الحقوقية- دار صادر- بيروت -لبنان- د.ط/ 1999:.

145- الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية لعبد الحكيم فودة / دار الفكر الجامعي- الإسكندرية/ د.ط/ س.ط: 1996.

146- الفعل الضار والضمان فيه لمصطفى أحمد الزرقا / دار العلم- بيروت -لبنان/ ط1/ س.ط: 1409ه-1988.

147- فلسفة القانون لهنري باتيفول / ت: سموحي فوق العادة/ منشورات عويدات/ بيروت- لبنان/ ط1/ 1972.

-ق-

148- القانون القضائي الجزائري للغوتي بن ملحة / الديون الوطني للأشغال /ط2/ س.ط: 2000.

149- القانون القضائي الخاص لحلمي محمد المحار / ط3/ س.ط: 1416ه-1996م/ ج1.

142- القانون البحري الجزائري لمحمد زهدور / دار الحداثة للتوزيع والنشر/ ط1/ س.ط: 1990/ بن عكنون- الجزائر.

-ن-

150- نظرات في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان: / بيروت-لبنان/ط:1/س ط:1424ه-2000م/ ص :293.

151- نظرية الضمان في أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي- وهبة الزحيلي. دار الفكر– دمشق – سوريا / د ط / س

152- نظرية نفي الضرر في الفقه الإسلامي المقارن أحمد شرارة / رابطة الثقافات والعلاقات الإسلامية / طهران / ط:1/ س ط: 1997م (1418ه / ص 167

153- نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري لبلعيور عبد الكريم:/ المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر/ د.ط/ س.ط.1986 :

154- النظرية العامة للتدابير الاحترازية لعبد الله سليمان / المؤسسة الوطنية للكتاب/ د.ط/ س.ط: 1990م.

155- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري لحسن كيرة / ديوان المطبوعات الجامعية/ الجزائر/ د.ط/ د.س.ط.

156- النظرية العامة للالتزامات لمحمد صبري السعدي / دار الكتاب للحديث/ القاهرة- مصر/ د.ط/ س.ط1424 :ه-2003.

180- التاريخ الإسلامي لمحمود شاكر / المكتب الإسلامي/ بيروت/ ط2/ 1996 .
173- الدعوة الإسلامية ستقبل قرنها الخامس عشر لمحمد الغزالي مكتبة وهبة /القاهرة- مصر/ ط3/ 1990م:.
181- الحكم العطائية شرح وتحليل لمحمد سعيد رمضان البوطي / دار الفكر/ دمشق- سوريا/ ط1/.
182-ضوابط المعرفة لعبد الرحمان حسن حبنكة الميداني/دار القلم-دمشق-سوريا/ط:07/س ط:1425ه-2004م.
183- المرأة المسلمة وواجباتها لحسن البنا / دار الخلودنية/ الجزائر.2001 /
184- المرأة المسلمة ومسؤولياتها في الواقع المعاصر لفالح بن محمد الصغير / المملكة العربية السعودية .

مقالات و مجلات:

185- أساس الحكم الشرعي والقاعدة الوضعية لمقبل بن أحمد الدوسي / مجلة البحوث الفقهية المعاصرة/ سنة الخامسة عشر/ العد 57: 1423ه/ ع5 / فبراير2003/ ص.88 :
186- الخطورة الإجرامية كشرط لتزيل التدبير الاحتزازي مقالة لـــ يحي صديق المحامي / العدد 6/ س.ط: المجلة القضائية العدد 1/ سنة 2001/ ص: 102-105/ ملف رقم 9676/ قرار بتاريخ 19-01-2001:.20004م.
187- مجلة الحقوق مقال عادل الطبطبائي / جامعة الكويت/ عدد 4/ شرط المصلحة في دعوى قانون العام 2001م.
188- فقه التطبيق لأحكام الشريعة عند الشاطبي لعبد المجيد النجار: مجلة الموافقات المعهد العالي لأصول الدين – الخروبة – الجزائر / ع: 1 /ت: 1412ه-1992م /
189- المجلة القضائية العدد الأول سنة 2001 /ص : 105 – 102 ملف رقم 9676 قرار بتاريخ 19-01-.2000
190- الغرفة المدنية : العدد 01 سنة 2005 ملف رقم 289603 قرار بتاريخ: 2002/03/16 ص : .117
191- مجلة المحكمة العليا: العدد الثاني سنة 2005 ملف رقم 306742 قرار بتاريخ 2005/09/21 ص : 191.

192- مجلة المحكمة العليا: العدد 02 سنة 2004. ملف رقم 282438 قرار بتاريخ: 28-04-2004 ص : 133.

193- مجلة المحكمة العليا: العدد 02/ سنة 2004 ملف رقم 160 282160 قرار بتاريخ 13-07-2004م

بحوث من مواقع للأنترنت:

www.almodarresi.com/books/708/hkorsqni.htm
194

www.almoslim.com
http://www.montadaalquran.com/articl...p?articleID=65
www.almodarresi.com/books/708/hkorsqni.htm
www.islamonlane.net/arabic/ma
www.darislam.com/home/Alfekt/dala/Feker
www.islamicfeqh.com/al.menhaj/Alimem31/men
www.droit.justice.d
www.shahrodi.com/magasines/feqh29a/maj29004.htmhttp://www.annabaa.org/nba39-40/qanon.htm
www.balagh.com/mosoa/Fegh/d11e190a.htm
http://WWW.Taghirb.org/arabic/nastra...9/35/03/11/HTM.
www.libarmy.gov./b/article.asp?/n=arBid:10185
www.daralalom.com/book-list/taref-book/
http://www.taghris.org/arabic/nahat/...esalateteghrib
www.islemweb.net/von2/library/ummah
www.alnazaha.net/ar/node/2647)/
www.olamaashareah.net/nawah.php



القبس.
الإهداء.
الشكر.
المقدمة.

فصل تمهيدي : القواعد بين الفقه والقانون.

تمهيد.....1
المبحث الأول: التعريف بالقواعد.....1
المطلب الأول: حقيقة القواعد الفقهية.....1
الفرع الأول: حقيقة القاعدة عند اللغويين.....1
الفرع الثاني: حقيقة القاعدة في الإصلاح العام.....2
الفرع الثالث: حقيقة القاعدة عند الفقهاء.....3
الفرع الرابع:الفرق بين القاعدة وغايرها من المصطلحات.....7
أولا: الفرق بين الأصل والقاعدة.....7
ثانيا: الفرق بين الضابط والقاعدة.....8
المطلب الثاني: حقيقة القاعدة القانونية.....9
الفرع الأول: حقيقة القانون لغة.....9
الفرع الثاني: التعريف بالقاعدة القانونية.....11
الفرع الثالث: التمييز بين القاعدة وغيرها من المصطلحات.....11
أولا: القانون الوضعي.....11
ثانيا: المادة القانونية.....12
ثالثا: القاعدة القانونية.....12
رابعا: النظام القانوني. 13
خامسا: فرع القانون.....13

سادسا: العائلات القانونية.....13
المطلب الثالث: المقابلة بين القواعد الفقهية والقانونية.....15
الفرع الأول: القاعدة القانونية والحكم الشرعي.....16
الفرع الثاني: القاعدة الفقهية ماذا تقابل في القانون.....18
المبحث الثاني: أساس الحكم الشرعي والقاعدة القانونية.....19
المطلب الأول: لمن الطاعة ؟.....19
المطلب الثاني: دور العقل بين الشرع والوضع.....21
الفرع الأول: حقيقة العقل.....21
أولا: العقل لغة.....21
ثانيا: العقل في اصطلاح علماء الشرعية.....21
الفرع الثاني: وظيفة العقل.....22
المبحث الثالث: حجية القاعدة.....25
المطلب الأول: القاعدة الفقهية.....25
الفرع الأول: أهمية هذه القواعد.....25
الفرع الثاني: حجية القواعد.....26
أولا: القواعد ليست حجة في استنباط الأحكام.....26
ثانيا: إنما القواعد حجة في استنباط الأحكام.....27
المطلب الثاني: حجية القاعدة القانونية.....28
الفرع الأول: الصفة التكليفية لقواعد القانون.....28
الفرع الثاني: الإلزام في القواعد القانونية.....29
أولا:القواعد الآمرة والمكملة.....30
ثانيا:معايير التمييز بين القواعد الآمروالمكملة.....30
خلاصة.....31

الفصل الأول: قاعدة دفع الضرر بيانا وتأصيلا.

تمهيد.....34
المبحث الأول : حقيقة قاعدة دفع الضرر.....36

المطلب الأول: مفهوم الضرر.....36
الفرع الأول : الضرر لغة واصطلاحا.....36.
أولا : الضرر لغة.....36
ثانيا : الضرر في الاصطلاح الشرعي.....37
الفرع الثاني : العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي..... 39
الفرع الثالث : التعريف بالضرر في القانون.....39
الفرع الرابع : العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي للضرر.....39

المطلب الثاني : مفهوم المصلحة بين الشريعة والقانون.....40
الفرع الأول : تعريف المصلحة لغة واصطلاحا.....40
الفرع الثاني : مفهوم المصلحة في القانون..... **42**
- المنفعة.....43
- الخاصية.....44
- الهدف.....44

الفرع الثلث : خصائص ونظرات في المصلحة بين الشريعة والقانون.....49
أولا : أي المصلحة نعني؟.....51
ثانيا : خصائص المصلحة.....52
1_الخاصية الأولى : المعيار الزمني.....52
2_الخاصية الثانية : قيمة المصلحة.....55

المطلب الثالث : الحق بين الشريعة والقانون.....56
الفرع الأول : تعريف الحق لغة.....56
الفرع الثاني : مذاهب فقهاء القانون في تعريف الحق.....56
الفرع الثالث : تعريف الحق عند فقهاء الشريعة.....58
الفرع الرابع : نظرات في الحق بين الشريعة والقانون.....61

المبحث الثاني : أنواع الضرر.....64

المطلب الأول : الضرر المادي والأدبي.....64
الفرع الأول : الضرر الأدبي.....64
أولا : التعريف بالضرر الأدبي.....64
ثانيا : التعويض عن الضرر الأدبي في القانون الروماني والفرنسي.....66
1_ القانون الروماني.....66
2_ القانون الفرنسي.....67
ثالثا : التعويض عن الضرر الأدبي.....69
1_ القول بعدم الضمان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.....69
ا/ حجج فقهاء الشريعة.....69
ب/ أدلة فقهاء القانون.....70
2- القول بالتعويض عن الضرر الأدبي.....70
أ / حجج فقهاء الشريعة.....71
ب/ نصوص استشهدوا بها.....72
ج / النظريات المؤيدة للتعويض عن الضرر المعنوي في القانون.....73
د / القول المختار.....74
و / موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي.....76
الفرع الثاني : الضرر المادي.....79
الفرع الثالث : معايير التمييز بين الضرر المادي والأدبي.....80
أولا : الطبيعة النهائية للضرر.....80
ثانيا : اجتماع الضرر المادي والأدبي.....80

المطلب الثاني : الضرر الواقع والمتوقع.....81
الفرع الأول : الضرر الواقع.....81
أولا : الضرر الحال.....81
ثانيا : الضرر المستقبل.....81
ثالثا : موقف المشرع الجزائري من الضرر المحقق في القانون المدني...82
الفرع الثاني : الضرر المتوقع.....84
الفرع الثالث:عنصر الاحتمال وعنصرالتحقق في تفويت فرصة على المتضرر87
أولا : التعويض عن تفويت منفعة في الفقه الإسلامي.....88
1_ رأي الجمهور.....88
2_ رأي الحنفية.....89

3_ تحرير محل النزاع.....89
ثانيا : هل المنفعة مال؟.....89
1-التعريف بالمال.....90
أ / لغة.....90
ب / تعريف المال في اصطلاح الفقهاء.....90
*الاتجاه الأول : الحنفية.....90
*الاتجاه الثاني : الفقهاء.....91
2_ أدلة الجمهور على مالية المنافع.....91
- من القرآن الكريم.....91
- من السنة الشريفة.....93
3_ أدلة الحنفية.....94
4_ الرأي المختار.....95.

المبحث الثالث : الاستدلال على القاعدة.....97

تمهيد. 97
المطلب الأول: تضافر آي القرآن الكريم على دفع الضرر.....98
الفرع الأول :الكفر والارتداد عن الدين أكبر مفسدة.
الفرع الثاني: اقتران البأساء بالضراء في القرآن الكريم.....108

المطلب الثاني : الاستدلال على القاعدة من السنة و الآثار.....111
الفرع الأول : الأحاديث الدالة بلفظها على دفع الضرر.....111
الفرع الثاني : الأحاديث الدالة بمعناها على دفع الضرر.....115
أولا : الكفر بالله من أعظم المفاسد والأضرار.....116
ثانيا : حديث :"إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام..."....116
ثالثا : ما يدل على رفع الضرر على الجار والشريك.....118
رابعا : في البيوع المنهي عنها من أجل الضرر والغبن.....118
الفرع الثالث : وجه الاستدلال على القاعدة بحديث :"لا ضرر ولا ضرار"122

المطلب الثالث : كيف سيقت القواعد والمبادئ القانونية لدفع الضرر؟.....127
الفرع الأول : لمحة تاريخية عن النظام القانوني في الجزائر.....127
أولا : فترة ما قبل الاحتلال.....127

ثانيا : الفترة الاستعمارية.....127
ثالثا : من سنة 1944 إلى نهاية الاحتلال.....129
رابعا : مرحلة التحرير الجزائرية. 129
الفرع الثاني :التنظيم القضائي في الجزائر، مرحلة ما بعد الاستقلال.....130.
الفرع الثالث : النصوص القانونية المثبتة لقاعدة دفع الضرر في القانون.....132
أولا : إيراد بعض المواد القانونية.....132
ثانيا : الاستدلال على القاعد بمقتضى المادة 124 من ق م ج.....133
1_ تحليل النص القانوني للمادة 124 من ق م ج 133
أ / المرحلة الأولى : تركيز النص.....134
*الأصل.....134
*الإطار.....134
*المعلومات والدراسات السابقة.....134.
ب / المرحلة الثانية : بنية النص.....134
*البنية اللغوية.....134
*علامات آمرة.....134
*المضمون القانوني.....134
2_ حالات التعسف في استعمال الحق(الواردة في المادة).....139
ثالثا : من اجتهادات المحكمة العليا.....144

المطلب الرابع : القواعد الآيلة إلى دفع الضرر.....145
الفرع الأول : التدابير الاحترازية.....146
أولا : في القانون الوضعي.....145
1- مفهوم التدابير الاحترازية.....146
2 –الملامح الأساسية للسياسة الجنائية في معاملة الأحداث في القانون الجزائري.147
ا / في فترة المحاكمة.....147
ب / في فترة التنفيد.....148
ثانيا : التدابير الاحترازية في الشريعة الإسلامية.....149
1_ مسالك الشريعة في هده التدابير.....149
- الإيمان وقوة الضمير.....149
- بناء مجتمع الفضيلة وحفظ نظام الأمة.....150
- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.
- تحريم إشاعة الفواحش.....152

ثالثا : التدابير الاحترازية بين الشريعة والقانون.....153
الفرع الثاني : قاعدة العرف.....153
أولا : مفهوم العرف.....153
1_ لغة.....153
2_ في اصطلاح فقهاء الشريعة.....153
3_ حقيقة العرف في القانون.....154
أ / تعريفه.....154
ب / دور العرف في القانون المدني الجزائري.....155
* العرف المكمل للتشريع.....155
* العرف المعاون للتشريع.....157.
ثانيا : أدلة اعتبار العرف في الشريعة.....157
ثالثا : ضوابط العمل بالعرف.....158
رابعا : العرف أمام النصوص الشرعية والقانونية.....158
1_ في الشريعة الإسلامية.....158
أ / أن يخالف العرف الدليل الشرعي من كل وجه.....58
ب / أن يخالف العرف الدليل الشرعي لا من كل وجه.....158
ج / أن يكون النص مبنيا على العرف والعادة.....158
د / أن يخالف العرف قاعدة فقهية لم تثبت بصريح النص.....159
2_ في القانون الوضعي.....160
خامسا : علاقة قاعدة دفع الضرر بقاعدة العرف.....161

ا لفصل الثاني: وسائل دفع الضرر.

تمهيد.....163
المبحث الأول: ضوابط اعتبار الوصف ضار.....165

المطلب الأول: أن يكون الإخلال بالمصلحة محققا.....165
الفرع الأول : اعتبار هذا الضابط في الشريعة.....165
الفرع الثاني : مدى اعتبار هذا الضابط في القانون 175
المطلب الثاني: أن يكون الإخلال بالمصلحة فاحشا.....179
الفرع الأول : في الشريعة الإسلامية.....179

- مذهب الحنفية.....181
- مذهب المالكية.....184
- مذهب الشافعية.....187
- مذهب الحنابلة.....188

الفرع الثاني : مدى اعتبار هذا الضابط في القانون.....193

المطلب الثالث: أن يكون الإخلال بالمصلحة على غير وجه حق أي بطريق التعدي أو التعسف أو الإهمال.....197

الفرع الأول : التعدي.....198

الفرع الثاني : التعسف.....210

الفرع الثالث : الإهمال.....229

المطلب الرابع: أن تكون المصلحة التي وقع عليها الإخلال مشروعة.234

المبحث الثاني: وسائل دفع الضرر.....247

تمهيد.....247

المطلب الأول: الضرر يدفع قدر الإمكان.....249

المطلب الثاني: دفع الضرر في العبادات.....252

المطلب الثالث: دفع الضرر في المعاملات.....255

المطلب الرابع : عرض لبعض القضايا.....264

الخاتمة.....276

الملحقات.....279

فهرس الآيات القرآنية.....291

فهرس الأحاديث.....296

فهرس القواعد الفقهية.....298

فهرس القواعد القانونية.....299

فهرس القواعد الأصولية.....300

فهرس الأعلام.....301

قائمة المصادر والمراجع.....302

فهرس الموضوعات.....320