الطبيعة القانونية والفقهية لجبر الضررالمعنوي
دراسة في القوانين الوضعية وفي الفقه الإسلامي

أ/شهرزاد بوسطلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة بسكرة

الملخّــص:

إن الاختلاف في اعتماد القول بالتعويض عن الضرر المعنوي له مبرراته وتطبيقاته.

ونظرية العقوبة الخاصة كما نظرية الترضية عرفت في الفقه الإسلامي وأقامها فقهاء القانون كأساس لتعويض الضرر المعنوي ولكل منهما مسلكه وتطبيقاته.

وعليه تكون هذه الورقة إجابة على الاشكالية التالية: ما هو الأساس الذي يقوم عليه التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؟

Abstract:

The difference in the adoption of moral damage compensation is justified to say and applications. And the theory of special punishment as the theory of satisfaction .

In slamic jurisprudence, as established by the jurists as a basis for moral damage compensation, and each way and its applications.

Accordingly.the present paper the following answer for the problematic what is the basics of compensation for moral damage in Islamic jurisprudence and positive law?

المنارة للاستشارات

مقدمـــــة:

لقد قام الاختلاف حول تقرير قابلية الضرر المعنوي للتعويض وانتهى بترجيح كفة المؤيدين حيث اعتمد فريق المنتصرون للضرر المعنوي في استدلالهم أسسا تقوم على إبراز وظيفة التعويض واسقاطاتها على الضرر المعنوي.

على أن التعويض كنظام قانوني طرح اشكال في وظيفته كجزاء للضرر: هل هو الجزاء والزجر أم أنه الاصلاح والجبر؟ هذا التباين ظهر بوضوح في الضرر المعنوي ،فلإن كان تقديره في المادي يقوم على إحلال مال مكان مال واستبدال نقود بنقود كفيل برفع الضرر بصورة عادلة، فإنه بعيد عن التصور في الضرر المعنوي، إذ هو ايجاد بديل لقيم معنوية غيرقابلة للتقدير المادي بمعايير مادية بحتة،فكان على الرأي المؤيد أن يوجد تقارب بين رفع هذا النوع من الضرر والبديل الذي ليس من جنسه ،باعتماد إما نظرية العقوبة (الزجر والعقاب للمسئول) وإما نظرية الترضية(الاصلاح والجبر) .

وعليه تكون هذه الورقة إجابة على الاشكالية التالية: ما هو الأساس الذي يقوم عليه التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي؟ ويكون ذلك من خلال المحاور التالية:

المبحث الأول: طبيعة جبر الضررالمعنوي في القوانين الوضعية.

المبحث الثاني: طبيعة جبر الضررالمعنوي في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: طبيعة جبر الضررالمعنوي في القوانين الوضعية:

في القوانين الوضعية انقسم القائلون بجبر الضرر المعنوي ومشروعية التعويض عنه في تأسيسه إلى فريقين الأول كيَّف التعويض عن الضرر المعنوي عقوبة خاصة، والثاني رأى في التعويض ترضية للمضرور.

المطلب الأول: نظرية العقوبة الخاصة[1]:

العقوبة هي جزاء المسئولية،والمعروف أن المسئولية القانونية نوعان،النوع الأول: جنائية والتي يكون فيها مرتكب الفعل الضار مسؤولا قبل الدولة ويكون جزاؤه عقوبة توقع عليه باسم المجتمع زجرا وردعا،والنوع الثاني: مدنية والتي يكون المسئول فيها قد

المنارة للاستشارات

أخل بالتزام مقرر في ذمته، ويترتب على هذا الإخلال ضرر للغير فيصبح مسئولا قبل المضرور. والمسئولية المدنية لا يقصد بها الزجر بل تعويض الضرر[2] .

لقد كانت المجتمعات الأولى تعاقب على الفعل الضار بالمثل وكان يميزالعقوبة طابع الانتقام والثأر، ثم تدخلت الدولة لفرض الدية كجزاء لعقوبة القتل و توسع تدخل الدولة بعدها ليشمل كل جريمة تمس المجتمع، وترتب على ذلك أن أصبحت الجرائم نوعان، جرائم خاصة والتي لاتملك فيها الدولة حق العقاب بل تقتصر على فرض الدية المحددة على الجاني، وجرائم عامة تملك فيها الدولة حق توقيع العقوبة باسم المجتمع، وبعدها أصبح الحق في الجريمة الخاصة ينظر إليه من جهة الترضية والاصلاح وأصبح تعويضا للمضرور أكثر منه عقوبة[3] .

والجريمة العامة هي التي يكون جزاؤها عقوبة عامة والتي تميزت في كون الدولة هي صاحبة الحق في العقوبة، يقابلها العقوبة الخاصة ويكون حق المتابعة فيها للمضرور، وقد تحددت في القانون الروماني مثلا برد الضعف وثلاثة أضعاف وأربعة أضعاف الضرر الحاصل وتكون جزاءا للجرائم الخاصة التي تكون في أقسام القانون المدني كونها ترتب التزاما بتعويض الضرر .[4]

وخلاصة القول، أن العقوبة الخاصة مصطلح جاء نتيجة تطور المسئولية القانونية ومرحلة انتقالية بين الفصل التام بين الجنائية والمسئولة المدنية إذ تعتبر النواة المؤسسة لفكرة التعويض ــ تحلل عنها بعد ما ضبطت معايير الجزاء في المسئولية المدنية والمتمثلة في الغاية وهي الإصلاح والترضية وليست الانتقام، وأن مقدار المحكوم به يقدر بقدر الضرر ولا يجاوزه .

ولإن ميزة العقوبة الخاصة الانتقام، فقد هجر الفقه اعتبارها مبدأ لجزاء الأفعال غير المباحة؛ وهو أمر تيسر تحققه في التعويض عن الضرر المادي بخلاف ما هو عليه الأمر في الضرر المعنوي إذ عد التعويض عنه من قبيل العقوبة ومن مبرراته:

1. أن الحرية المطلقة التي تكون للقاضي في اعتبار معايير التعويض فيه، ظاهرها معارضة صريحة لمبدأ تقدير التعويض بقدر الضرر.

المنارة للاستشارات

2. الضرر المعنوي افتراضي ولا يقبل التقييم ولايقبل الاصلاح، ويمثل لها في حالة وفاة قريب: ابن أو أب أو زوج، فيفترض هنا أن الضرر عاطفي نتيجة الوفاة دون أن يكلف المضرور بإثباته، ثم إن القضاء يقر بالتعويض حتى مع قيام خلاف عائلي أو انفصال بين الزوجين وعليه فلم ينظر لنتيجة الاعتداء- وهو الضرر في جانبه العاطفي- بقدر ما روعي فيه فعل الاعتداء الذي لحق بالمضرور.

3. تنافي صفة التعويض مع الأخلاق، والقول بالترضية كأساس للتعويض فيه معنى بيع آلام الشخص والثمن هو التعويض .

4. ثم إن الحكم بالتعويض النقدي في الضررالمعنوي تطبيق لمبدأ العقوبة الخاصة، فهي لا تعوض الألام ولا الشرف المهان، والقول بغير ذلك يجعل الحكم بالتعويض النقدي إثراء بلا سبب[5] .

وقد وجهت لهذه النظرية انتقادات تمثلت في:

- أنها تقوم على فكرة الانتقام وفي ذلك معارضة لحقيقة التعويض التي يقوم على الإصلاح، والذي عنده تفترق المسئولية المدنية عن الجنائية من حيث الجزاء.

وعليه فمجال العقوبة قانون العقوبات وليس القانون المدني، والقول بها يرجعنا إلى الخلط بين القانون الجنائي والقانون المدني وفي ذلك مناقضة للتطور القانوني العام[6].

- القول بالزجر في التعويض مرتبط بسلوك محدث الضرر الذهنية والنفسية، فاستقرار التعويض في الذمة المالية لمحدث الضرر هو مظهر للزجر. والجبر ينظرفيه لما يمثله الضرر الحادث من تعدي على حق الغير، فيزال بغض النظر عن حالة محدثه الذهنية والنفسية[7]

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

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

المنارة للاستشارات

الفرع الثاني: نظرية الترضية[8]

المقصود بها وظيفة التعويض الاصلاحية، وقد اعتمد أنصار هذا هذه النظرية على الانتقاد الموجه لفكرة العقوبة الخاصة فالتعويض لا يكون وسيلة لمعاقبة المسئول كما يرى أنصار العقوبة الخاصة . ويؤيد ذلك ما يلي:

1. التعويض النقدي للضرر لا يعني محو الألم نهائيا،إنما يكون ترضية ومواساة له وتخفيفا لآلامه.

2. و حتى في مجال التعاقد فإن إجبار المدين على التعويض عن الضرر المعنوي بالغرامة التهديدية لا يعتبر عقوبة فليس فيه إثراء للدائن إذ يفضل التنفيذ العيني على التعويض النقدي ولا يسبب افتقار للمدين فالحكم بالتعويض النقدي أكثر فائدة له من تنفيذ وعده9 .

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

هذه النظرية لم تسلم من الانتقاد من قبل المؤيدين لفكرة العقوبة الخاصة،و هي نفسها مؤيدات نظرية العقوبة الخاصة كأساس للتعويض عن الضرر المعنوي، ضف إليها:

- دعوى التعويض عن الضرر المعنوي لا تقرر لكل من أصابه ضرر من وفاة بل يقتصر الأمر على أفراد محددين، ثم إن المضرور له الحق في الجمع بين التعويض ومبلغ التأمين دون أن يرد طلبه بحجة أن ضرر سبق جبره .[10]
- يذكر أن هذه النظرية تقوم أساسا على الوظيفة الإصلاحية للتعويض، فالتعويض في المسئولية المدنية هو جزاء الإخلال بمصلحة مشروعة ،والقول بأنه عقوبة خاصة من شأنه أن يؤدي إلى تقليص نطاقه، فلا يمكن أن يحكم به في نطاق المسئولية الموضوعية،خاصة في مجال المسئولية عن فعل الأشياء غير الحية، وكذلك عندما يكون الفاعل مصابا بالجنون [11] .

يمكن أن نجمل أساس تعويض الضرر المعنوي في القانون الوضعي في نظرية العقوبة من جهة ونظرية الترضية من جهة أخرى، فبينما اعتمدت الأولى على السمات المميزة للضرر المعنوي من حيث موضوعه وهو الذمة الأدبية ومسلك الحكم فيه بما يعيد

المنارة للاستشارات

التوازن لعناصر هذه الذمة، جعلت وسيلته العقوبة الخاصة والتي يتجه فيها الحكم إلى المسئول زجرا له وردعا لغيره وفي ذلك رد لاعتبار المضرور تخفيفا لألمه.

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

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

وليس في ذلك خلط بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية لأن الحكم بالتعويض يقدر بقدر الضرر حقيقة لكنه لا ينفي تأثر القاضي في بعض الأحيان في تقدير للتعويض بجسامة الخطأ [12] فالتقدير لا تحكمه معايير مادية، وعليه ففي حالة الخطأ اليسير نجد القضاة يحكمون بتعويض معتدل يغلب فيه صفة جبر الضرر وفي حالة الخطأ الجسيم فإن القضاة عادة ينطلقون في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي بعدة أضعاف.[13]

المنارة للاستشارات

ويمثل له بالغرامة التهديدية التي: هي وسيلة لإكراه المدين وحمله على تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه عينا متى طلبها الدائن، إذ يلزم القضاء المدين بتنفيذ التزام بعمل أو امتناع عن عمل أيا كان مصدره ويمهله لذلك مدة زمنية فإذا تأخر عن الوفاء ألزمه بدفع غرامة عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة أخرى من الزمن، متى كان التنفيذ العيني مازال ممكنا .[14]

المبحث الثاني: طبيعة جبر الضررالمعنوي في الفقه الإسلامي

في الشريعة الإسلامية جزاءات الأفعال فيها إما جوابر وإما زواجر؛ يقول ابن عبد السلام :" الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح، والزواجر مشروعة لدرء المفاسد"[15] .

هذا وإن كان لكل من الجوابر والزواجر تأصيله وتطبيقاته[16]إلا أن معظم المسائل التي يقع فيها الجبر لا تخلو من الزجر وأغلب المسائل التي يكون فيها الزجر لا تخلو من الجبر[17].

ويذكر، أنه حدث خلاف حول اعتبار تعويض الضرر المعنوي بالمال والذي يصطلح عليه في الفقه الإسلامي بالضمان، وأن جبره فيما عدا ذلك بكل الطرق والوسائل متفق عليه،فتكفي العقوبات التي قررها الشارع للقذف لرفع الضرر الواقع على الشرف، أما مادونه من الاعتداء وما يصيب النفس من ألم جراء الاعتداء بالجرح وغيرها، فالحكم به يكون وفقا للقول بجواز التعزير بأخذ المال والحكومة في التعدي على الذمة الأدبية للشخص، وعليه فيمكن اعتبار التعزير والحكومة أساسا للتعويض عن الضرر المعنوي، ويضاف إليها في غير حالات التعدي (مس السمعة والإيلام) فإنها لاتكون من التعزير بل حكم يقصد منه جبر الايحاش ورد الاعتبار والمواساة (حالة متعة المطلقة والترويع والتخويف).

المطلب الأول: جزاء الضرر المعنوي عقوبة.

المقصود بالعقوبة في الفقه الإسلامي : الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع،و الغرض من العقوبة في الإسلام إصلاح الفرد وحماية الجماعة [18]

المنارة للاستشارات

والعقوبات على اختلاف أنواعها (حدود وتعازير وقصاص) تأديب استصلاح وزجر[19] هذا التكييف للعقوبة هي الغاية التي سعى لها فقهاء القانون ولازال نداؤهم لاعتبار العقوبة إصلاح للجاني وليس انتقام منه،لذلك كان الجزاء المدني (التعويض) غير الجزاء الجنائي في محاولة لتأكيد انفصال المسئولية المدنية عن الجنائية، أما في الفقه الإسلامي فمهما اختلف نوع الجزاء، فإن الغاية الأولى منه التأديب مع الإصلاح، وعليه نلاحظ ذلك التكامل بين قواعد المسئوليتين إلى حد التداخل مادامت الغاية واحدة وهي الاصلاح .

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

فالعقوبة الخاصة هي:التعزير في حقوق العبد، القصاص(القتل العمد و الجناية على مادون النفس)، والتي تدور بين العقوبة والضمان: الدية والارش وحكومة العدل، وتكون في الجناية على مالا تمكن فيه المماثلة عمدا أو غير عمد ويترك تقدير الجزاء للقاضي[20]".

والحقوق في الشريعة الإسلامية إما حقوق لله تعالى خالصة أو حقوق للعبد خالصة، أو حقوق فيها الشبهين وتكون بعضها يغلب فيها حق الله تعالى والبعض الآخر يغلب فيها حق العبد، وإن كان الفقهاء[21] على أنه لا يخلو حق لله تعالى من حق للعبد فيه ،كما لا يستقل حق للعبد دون أن يكون هناك حق لله فيه.وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التى تمس مصالح الجماعة ونظامها، وأما حقوق الآدميين فتنشأ عن الجرائم التى تمس الأفراد وحقوقهم.

وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أن الحق لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة، وتعتبر العقوبة فى الشريعة حقاً لله تعالى كلما استوجبتها المصلحة العامة وهى دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم، فكل جريمة يرجع فسادها

المنارة للاستشارات

للعامة وتعود منفعة عقوبتها عليهم تعتبر العقوبة عليها حقًا لله تأكيدًا لتحصيل المنفعة ودفع المضرة والفساد، لأن اعتبار العقوبة حقًا لله يؤدى إلى عدم إسقاطها بإسقاط الجماعة والأفراد لها.[22]

وعليه فما قيل في جبر الضرر المعنوي يندرج في مسمى حق العبد ولا يمنع دخول الضمان فيه ولا غيرها من الجزاءات الجنائية كحد القذف وما دون حد القذف. ويضاف إليها القود في اللطمة وحكومة العدل التي جعلها الفقهاء جزاء الألم في الجراحات .

ومن ثمّ يمكن حصر العقوبة الخاصة هنا في حكومة العدل والتعزير بالمال تضاف إلى حد القذف والتعزير في مادونه، فكلها تمثل جوابر للتعدي على الذمة المعنوي للإنسان وتفصيلها كما يلي:

1. **حد القذف :**

هو جزاء التعدي على شرف وعرض الشخص عقوبته الجلد ورد الشهادة والطرد من رحمة الله واللعنة–و هي تشبه الحرمان من الحقوق المدنية في العصر الحالي– وفي توقيعه حفظ لأعراض الناس سنده قوله تعالى": واللذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون."سورة النور الآية4 وفي تقرير هذه العقوبة كما يقول سيد سابق[23]: "حماية لأعراض الناس والمحافظة على سمعتهم وصيانة لكرامتهم وهو بهذا يقطع ألسنة السوء" .

ولا يتوقف اعتبار أعراض الناس عند القذف وعقوبته بل يشمل أيضا سب الإنسان وشتمه ففيه العقوبة دون الحاجة إلى بيّنة،و لأنه لا يمكن إثباته على كل الحال– لأن ما قاله ظاهره الكذب – فلا يطالب المعتدي بإثبات صحة ما قال؛ وكذلك من رمى شخصًا بما ليس معصية فلا يعفيه صحة القذف من العقاب، لأنه بالرغم من صحة قوله قد آذى المقذوف، والإيذاء محرم فى الشريعة[24]. وتعتبر العقوبات التي قررتها الشريعة في حفظ الأعراض وسيلة لجبر الضرر الذي يلحق الشخص في ذمته الأدبية فبالإضافة إلى ما يحمله الجزاء الذي ترتبه من ردع للغير من التطاول على أعراض الناس وشرفهم ،فيه

المنارة للاستشارات

قطع للألسنة من التعدي على الغير ورد لاعتبار المقذوف والمشتوم، فعلانية العقوبة كفيل بجبر ما لحق المضرور معنويا.

2. **حكومة عدل:** وسميت كذلك لان تقديرها والحكم فيها يعود إلى اجتهاد القاضي. وتعرف بانها :" ما لم يحدد له الشارع مقدارا معلوما وترك تقديره للقاضي،و حكومة العدل على الجاني فلا تتحملها العاقلة وتكون في ما لاقصاص فيه من جنايات على مادون النفس وليس فيه إرش مقدر، وفي تقديرها طريقتان الأولى: أن يقوم المجني عليه كما لو كان عبدا من غير شج أو جرح ثم يقومهما به فيجب بمقدار التفاوت بين القيمتين بنسبتهما من الدية للأحرار، وهذا طريق متعذر حاليا لانعدام الرق. والثاني أن تقرب الجناية إلى أقرب الجنايات التي لها إرش مقدر، وثالثة ان تقدر بقدرما يحتاج إليه المجني عليه من أجرة الطبيب وثمن الدواء حتى يبرأ[25] .

وعليه فحكومة العدل تكون فيما ليس فيه حد ولا دية ولاقصاص،لذلك يذكرها الفقهاء في التعدي على الإنسان كالجراحات وغيرها، ونذكر هنا ماكان في معنى الضرر المعنوي، وهي الأعضاء التي لا منفعة فيها كالعين التي لاتبصر واليد الشلاء والسن السوداء و...الخ، فالتعدي عليها فيه ألم وذهاب جمال وهو عين الضرر المعنوي وقد نقل عن أبي يوسف في مختلف الأمثلة أن فيها إرش الألم أو حكومة الألم.[26]

ونقل ابن رشد قوله :"واختلفوا في عين الأعور التي لا يبصر بها، وروي عن زيد بن ثابت أنه قال: فيها مائة دينار.

وعن عمر بن الخطاب أنه قال: فيها ثلث ديتها، وبه قال إسحاق.وقال مجاهد: فيها نصف ديتها.وقال مسروق والزهري ومالك والشافعي وأبو ثور والنعمان: فيها حكومة، ...والذي عليه الفقهاء، مالك والشافعي والكوفيون ومن تبعهم، في الشم إذا نقص أو فقد حكومة."[27]

وهذه أمثلة كلها تدل على أن جزاء الضرر معنوي كان مالا يقدر باجتهاد القاضي يحكم به للمضرور.

المنارة للاستشارات

3. القود في اللطمة وفي كل ما فيه ألم :

و في غير ما سبق، القود من اللطمة؛ قالت الحنفية والشافعية والمالكية ومتأخرو أصحاب أحمد[28] :" إنه لا قصاص في اللطمة والضربة، وإنما فيه التعزير، فاللطمة والضربة لا يمكن فيهما المماثلة، والقصاص لا يكون إلا مع المماثلة."

يقول ابن القيم: (ونظر الصحابة أكمل وأصح وأتبع للقياس، كما هو أتبع للكتاب والسنة، فإن المماثلة من كل وجه متعذرة، فلم يبق إلا أحد أمرين: قصاص قريب إلى المماثلة، أو تعزير بعيد منها، والأول أولى؛ لأن التعزير لا يعتبر فيه جنس الجناية ولا قدرها). ووجه الدلالة هنا أن الاعتداء باللطم فيه ألم وقد تعذر الاقتصاص فيه لتعذر المماثلة فيصير الحاكم إلى التعزير وعقوبته غيرمحددة إنما يراعى فيها ما يحقق رد اعتبار المعتدى عليه؛ ونقل عن سعيد بن المسيب أنه حكم برد الفعل أو الافتداء على الذي اعتدى على أخيه بالخنق وأشهد عليه، وكان أن قبل المضرورالفدية المقدرة بأربعين بعيرا[29].فدل ذلك على أن ما لحق المضرور من أذى كان من قبيل الضرر المعنوي حيث خنقه حتى أحدث وفيه حرج وجرح شعور وجبر هذا الضرر برد مثل ما فعل به أو الصلح على ذلك مالا.

4. التعزير بالمال:

كما أننا نجد من يجعل جبر الضرر المعنوي من قبيل التعزير بالمال الذي هو من صلاحيات الحاكم مستدلين بما فعله الصحابة، هذا والتعزير بالمال فيه خلاف بين الفقهاء لكن يبدو أن المؤيدين لجبر الضرر المعنوي بالمال يميلون إلى القول المؤيد لجواز التعزير بالمال، على كل فالمسالة تحتاج إلى ضبط بين التعزير بأخذ المال تغريما أو جبرا، والأولى هي محل الخلاف فالتعزير بالمال يعرف فقها بأنه: إمساك شيء من مال الجاني عنه ... يعود المال المغرم لبيت مال المسلمين؛ بينما في القول بجبر الضرر المعنوي يعود المبلغ المحكوم به للمضرور وذلك مافعله عمر بن الخطاب للمرأة التي اجهضت من الخوف ولحلاقه،[30] فخرج بذلك عن مسمى التعزير بالمال.

وبذلك فهو بعيد عما قصده المستدلون بمشروعية جبر الضرر المعنوي بالمال وما استند عليه هؤلاء من وقائع وآثار عن الصحابة فيها معنى الترضية وليس العقوبة .

المنارة للاستشارات

إلا أن يقصد أن ماليس فيه عقوبة مقدرة أو كان دون القذف فيه تعزير وأن التعزير من صلاحيات الحاكم تقديرا وتكييفا وحكما –بما فيها التعزير بالمال جبرا– وإذا أردنا بالجبر: كل ما تستدرك به المصالح الفائتة [31] فإنه سواء كان التعزير بالمال أو كان بغير المال ففيه استدراك للمصالح الفائتة بما يحفظ الذمة الأدبية لشخص من كل تعد، وبما فيه إصلاح لحال للجاني ورد اعتبار المجني عليه سواء كان ذلك تغليظا بالقول أو اعتذارا أو حتى مجرد اعتراف بالحق الذي للمضرور؛ وقد كان النبي –صلى الله عليه وسلم – يحكم على نفسه بالاقتصاص ممن يكون قد لحقه منه أذى،ففي السنن لأبي داود والنسائي من حديث أبي سعيد الخدري قال : { بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم قسما أقبل رجل فأكب عليه فطعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرجون كان معه، فجرح وجهه، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : تعال فاستقد، فقال : بل عفوت يا رسول الله}[32]. ومثله فعل الصحابة رضوان الله عليهم .

وعليه أمكن القول بأن التعزير مطلقا سبيل الشريعة في جبر الضرر المعنوي.

المطلب الثاني: جبر الضرر المعنوي ترضية للمضرور.

وفي غير ما سبق ذكره فإن ما يحكم به جبرا للضرر المعنوي يعتبر إصلاح للمضرور ومواساة له أو كما قال الفقهاء جبر للإيحاش .

فالمتعة التي يحكم بها للمطلقة عبارة عن مقدار من المال يراعى في تقديره حالة المطلق يسرا وعسرا وقد شرعت لرفع ما قد يلحق المرأة من جراء المفارقة من ألم وحسرة فكان العوض المالي بديلا يقوم مقام الألم، لا يزيله لكن يخفف من وطأته وهذا ما استدل به القائلون بجبر الضرر المعنوي، جاء في: شرح مختصر خليل للخرشي:" 33. وَالمتعة على قدر حاله والمشهور من المذهب أن المتعة هي ما يعطيه الزوج لمطلقته ليجبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق.

كما ذكر ابن الكثير في تفسير آية المتعة 34: "كان في هذا انكسار لقلبها؛ ولهذا أمر تعالى بإمتاعها، وهو تعويضها عما فاتها بشيء تعطاه من زوجها بحسب حاله، على الموسع قدره وعلى المقتر قدره.

كما عرفت المتعة في الفقه بمتعة الإيحاش بالفراق .

المنارة للاستشارات

يقول خليل :" والمتعة على قدر حاله بعد العدة الرجعية أو ورثتها ككل ،مطلقة في نكاح لازم. وهي في اللغة كل ما ينتفع به، وشرعا ما يعطيه الزوج لزوجته عند الفراق تسلية لها لما يحصل لها من ألم الفراق" .35

فنجد الفقهاء قد استعملوا الألفاظ التالية :(يواسي، ليجبر بذلك الألم، انكسار لقلبها، عند الفراق تسلية لها، لجبر خاطرها، لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق، إيحاش الزوج لها) وكلها فيها دلالة على اعتبار صريح من الشريعة الاسلامية للضرر المعنوي وجبره بالمال ،ومثله في الخلع إلا أن الصورة هنا عكسية بحيث تدفع المرأة بدل الخلع للزوج الذي طالبت بالفراق من غير رضاه، فيكون العوض (وهو مبلغ من المال يكون عادة المهر الذي قدمه لها) يكون بديلا عما قد يصيب مشاعره وحتى كرامته لترك زوجته له.

وفي كلا الحالتين الجبر يأخذ معنى الترضية وهو بعيد عن العقوبة الخاصة فليس في المتعة وبدل الخلع عقوبة، حيث لم ينظر لجهة المحكوم عليه بأنه جاني إذ أن ذلك حقه المشروع، فالطلاق مشروع والخلع كذلك، لكنه حق ترتب عنه ضرر للغير، وعليه تحترم الحقوق وتعتبر متى كان فيها احترام لمشاعر الغير ورعايتها .

ويمكن أن نلحق بها ما حدث في عهد الصحابة، فحلاق عمر قضى له بما يجبر خاطره بسبب ترويعه له، ومثله المرأة الحامل التي أجهضت خوفا من حيث قضى لها بما يبرئ ذمته أمامها والحكم هنا كما هناك مبلغ من المال والحق المعتدى عليه حق معنوي.

الخـــــاتمـــة :

عند الموازنة بين الاتجاهين نجد أن كل منهما له أسسه التي انطلق منها في تكييف جبر الضرر المعنوي وأن هناك تقاطع بينهما في كثير من المسائل مع تمييز كل اتجاه بمميزات مرتبطة به، فكل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ينطلق في تكييف طبيعة جبر الضرر المعنوي من مبدأ اعتبار الذمة الأدبية ويأتي الجبر هنا وسيلة لحمايتها،و كلا منهما طبع الجبر بميزتين العقوبة أو الترضية، لكن الملاحظ أن تكييف الجبر بين العقوبة والترضية مسألة عالجها فقهاء القانون الوضعي تنظيرا وتطبيقا ولم يشر إليها فقهاء الشريعة من قريب ولا بعيد، وذلك كما هو معلوم لحداثة المصطلح عند الفقهاء المسلمين. يضاف إليها أن المؤلفات الفقهية التي رجعنا إليها في البحث عن أساس الجبر موضوعها

المنارة للاستشارات

الفروع الفقهية فغياب المصطلح فيها لم ينف تطبيقاته وعليه ساعدت التطبيقات الفقهية في استنتاج أساس لجبر الضرر المعنوي يضاف إليها المراجع التي تهتم بالقواعد كما هو حال مع العز بن عبد السلام والقرافي.

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

المنارة للاستشارات

الهوامش:

1 تزعم هذه النظرية كل من هيجني وستارك راجع مقدم سعيد نظرية التعويض عن الضرر المعنوي .المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1992م هامش ص 87

[2] سليمان مرقس سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسئولية المدنية المجلد 1 ط5. ص88.

[3] سليمان مرقس المرجع السابق ص90.

[4] (DR.F .Mackeldey ,MANUEL DE DROIT ROMAIN-contenent la thèorie des institues - ,traduit de lAllmand sur la Dixieme Edition par JULES BEVING P 285.

[5] مقدم سعيد المرجع السابق ص 92.

[6] المرجع نفسه ص101.

[7] حسن عبد الرحمن قدوس، الحق في التعويض مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصرفي النظم الوضعية. دار النهضة العربية مصر. ص6.

[8] من أنصار هذه النظرية أهرنج ودورفيل ودوماجوج وغيرهما راجع تفصيل أكثر مقدم سعيد المرجع السابق هامش ص 104

8 مقدم سعيد المرجع السابق ص108

[9] مقدم سعيد المرجع السابق ص108.

[10] PHILIPPE LR TOURNEAU .LOIK CADIET.DROIT DE LA RESPONSABILIT7 ET DES CONTRATS; DALLOZ ACTION 2002/2003)P408.

[11] فواز صالحى، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم–دراسة مقارنة مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية –المجلد22– العدد الثاني– 2006 –ص282.

[12] Fronçois Terre.PhilipeSimler. Yves Lequette, Droit civil, Les obligations(DALLOZ 8° edition2002.P691.

[13] محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بينا لخطأ والضرر دار الثقافة مصر دط ص477.

[14] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الجزء الثاني منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 1998 ص807.

[15] عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ط1 دار ابن حزم بيروت لبنان 1424هـ ـ2003 م ص181.

[16] راجع الفرق بين قاعدة الجوابر والزواجر للقرافي كتابه أنوار البروق في أنواع الفروق الفرق التاسع والثلاثون عالم الكتب بيروت د ت ج1.

[17] وصفي عاشور أبو زيد، نظرية الجبر في الفقه الاسلامي، دارالسلام للنشر والتوزيع القاهرة ص24 ط1 1428هـ–2007م ص40.

المنارة للاستشارات

[18] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالةسوريا ط6ــ 1405 هــ1985م.ج1 ص610.

[19] الماوردي، الأحكام السلطانية تحقيق عماد زكي البارودي المكتبة التوفيقية مصر ص401.

[20] عبد الزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي المجلد الأول الجزء الأول دار الفكر للطباعة والنشر دط د ت ص48 وما بعدها.

[21] ابراهيم الشاطبي،الموافقات في أصول الشريعة ج2 دار الكتب العلمية مصر د ت ص 243

[22] عبد القادر عودة ج2 ص484.

[23] سيد سابق ،فقه السنة ط1 دار لمؤيد الرياض 1422هــ 2001م الجزء 2 ص294.

[24] عبد القادر عودة ج2 ص 455.

[25] وهبة الزحيلي الفقه الاسلامي وأدلته دار الفكر المعاصر دمشق 1427هــ 2006م ط 9 ج7 ص5767 وما بعدها.

[26]أبو بكر السرخسي المبسوط(دار المعرفة 1414هــ1993 م ج 26 ص.81. علاء الدين الكساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (دار الكتاب العربي بيروت ط2 1402 هــ 1982م) ج 7 ص324.

[27] ان رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 دار الجيل بيرت مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة2004م 1424هــ ص 667.

28 ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين تحقيق عصام الدين الصبابطي دار الحديث القاهرة 1427هــ2006م المجلد 1، الجزء 1، .ص245.

29 ابن قيم الجوزية المرجع السابق ص 245.

30 ما روي أن عمر بن الخطاب أرهب امرأة فأخمصت بطنها فألقت جنينا ميتا فشاور عليا كرم الله وجهه فحمل دية جنينها. وما روي أن حلاقا كان يقص شعرعمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأفزعه عمر فضرط الرجل من الفزع ،فقال عمر –رضي الله عنه– :أما إنا لم نرد هذا أي لم يقصد افزاع الرجل ولكنا سنعقلها فأعطاه أربعين درهما. راجع ابن قدامة المغني مطبعة المنار بمصر ودار الكتاب العربي بيروت ج7 ص835 .

[31]وهو ما ذهب إليه القرافي في تفريقه بين قاعدة الجوابر والزواجر وأن الجوابر شرعت لاستدراك المصالحج الفائتة القرافي في كتابه أنوار البروق في أنواع الفروق الفرق التاسع والثلاثون الفروقعالم الكتب بيروت د ت ج1 ص 211.

32 السنن لأبي داود باب القود من الضربة وقص الامير من نفسه حديث رقم 3932 والنسائي باب القود في الطعنة حديث رقم 4691.

33 مختصر خليل للخرشي فصل في الرجعة.

34 تفسير آية المتعة لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (236) }

[35] الفواكه الدواني على رسالة ابي زيد القيرواني باب ما تستحقه المرأة بالطلاق.

المنارة للاستشارات