البحث الرابع

جهة التحمل بالتعويض عن ضرر الفعل الناشئ لعديم التمييز

أ. د/ عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير

جهة التحمل بالتعويض عن ضرر الفعل الناشئ لعديم التمييز

أ. د/ عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير

يفصح تتبع النصوص الفقهية فى هذا العدد عن أن الفقه الاسلامى قد انقسم الي اتجاهين ازاء ذلك.. نعرض لهما فيا يأتى:

الاتجاه الأول:

يرى أنه وان كان يجب ضمان الأضرار الناشئة عن فعل عديم التيبز الا أن التعويض عنها لا يجب فى مال هذا الأخير، وإنما يجب فى مال وليه المسئول عنه أيا كان أو غيره مع عدم جواز رجوع الولى على عديم التمييز فيما أداء.

ويمثل ذلك الاتجاه الرأى الراجح فى الفقه الاباضي[1].

ولقد برر أ نصار هذا الاتجاه التزام الولى فى ماله دون مال عديم التمبيز بأن الولى يقع على عاتقه واجب الحفظ والرعاية لمن عدم تمييزه.

ما دام فى ولاية السئول عنه، وذلك نظرا لأن المشمول بتلك الولاية - فى رأيهم - أشبه ما يكون بالدابة ومن ثم فانه اذا لم يقم الولى بواجب الرعاية فان الولي بذلك يكون قد فرط فيما هو واجب عليه، مما يستأهل القول بالزامه بالضمان في ماله حتي ولو كان لعديم التمييز مال على الراجح من هذا المذهب، وذلك هو ما رجحه جانب من الفقه المعاصر[2] بدعوى أن القاعدة الشرعية وان كانت تقضي بأن (كل نفس بما كسبت رهينه)[3] وأنه (لا تزر وازرة وزر أخرى)[4].

---

(١) وان كان ثمة رأى مرجوح فى هذا المذهب يرى جواز رجوع الولي على عديم التمييز أن كان له مال والا فلا شئ له، انظر فى ذلك شرح النيل وشفاء العليل جـ ٧ ص ٧٧ ط السلفية بصر حيث جاء فيه (جناية طفل فى دم أو مال على أبيه أو وليه ولو كان له مال فى الراجح ولا يرجعان به فى مال الطفل لأن الطفل كدابة يجب حفظه فان لم يحفظاه فقد ضيعا فلزمها الغرم).

(٢) د. سيد أمين فى رسالته المسئولية التقصيرية عن فعل الغير، رسالة من حقوق القاهرة سنة ١٩٦٤ ص١٢٨.

(٣) الآية رقم ٣٨ من سورة المدثر.

(٤) جزء من الآية رقم ١٥ من سورة الإسراء ، وجزء من الآية رقم ١٨ من سورة فاطر.

الا أن عموم تلك القاعدة يمكن تخصيصه بالحديث النبوى الشريف (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته) وذلك فضلاعما اعتمد عليه الجانب من بعض الفروع الفقهية التى نص عليها البغدادى فى مجمع الضمانات ومنها ما لو أن أبا أو معلما أمر ولدا صغيرا بقتل آخر فان الأب يقتل به دون ولده الصغير.

ويبدو لنا أن ما ذهب اليه أنصار هذا الاتجاه انما هو محل نظر للأمور التالية:

أولا: أن دعوى تخصيص القاعدة الشرعية الدالة على المسئولية الشخصية بقول الرسول صلى الله عليه وسلم (كلم راع ..) انما هى دعوى غير مسلمة اذ ليس فى الحديث الشريف ما يدل على خروج بعض الأفراد من عموم تلك القاعدة.

ثانيا: أن الولى يستطيع دفع تلك المسئولية باثبات عدم تقصيره فى واجب الحفظ والرعاية للمشمول بها وهو عديم التمييز.. وآنذاك لا يلزم بتعويض الضرور عما حاق به من ضرر لا يد له فيه.

ثالثا: أن جمهور الفقه الاسلامى لم يتخذ من وقوع الفعل الضار من عديم التمييز قرينة على تقصير وليه وبالتالي فانه لم يفترض مسئولية هذا الأخير افتراضا. وذلك بدليل ما نص عليه الفقهاء من أن ضمان متولى الرقابة(وهو الولي) انما ينحصر فى بعض الحالات التى يكون الولى قد أتى فيها من الأسباب ما يؤدى إلى وقوع الضرر بفعل عديم التمييز وذلك كأمره بفعل الضرر أو أغرائه به أو تسليطه عليه حيث يعتبر المتسبب هنا كأنه المباشر للضرر ومن ذلك ما نص عليه الفقه من أنه « لو أمر صبيا باتلاف مال لآخر فأتلفه الصبى ضمن الصبى ورجع على الآمر)(١)

---

(١) انظر فى ذلك ضمان التلفات فى الف الاسلامى فى المرجع السابق والموضع السابق.

رابعا: ما سبق أن أشرنا اليه من أن الضمان من قبيل خطاب الوضع ومن المسلم به أن عديم التمييز مخاطب به وذلك هو ما يستتبع الزامه بالضمان دون وليه.

خامسا: أن النظر الى عديم التمييز على أنه أشبه ما يكون بالدابة - كما يقول أنصار الاتجاه الأول- انما هو قول لا يستقيم مع ما هو مسلم به اجماعا من ثبوت أهلية الوجوب الكاملة له وهو ما يفضى الى القول بأهليته للتحمل بالالتزامات المالية عند تحقق أسبابها كما هو أهل لتلقى الحقوق.

سادسا: أنه لو كان واجب الحفظ والرعاية يستلزم تحمل لولى لتبعة ما ينشأ عن فعل عديم التمييز من أضرار تصيب الغير لكان ذلك مدعاة الى الأحجام عن القيام بتلك الولاية.

الاتجاه الثانى: ويرى أنه لا التزام مطلقا على متولى الرقابة بهذا الضمان بصفته قائما على شئون عديم التمييز اذ تتحدد جهة الالتزام بالتعويض على أساس ما إذا كانت الجناية واردة على نفس الغير أم أنها واردة على ماله . وذلك على النحو التالى :

(أ) - جهة التحمل بالتعويض الناشئ عن جناية عديم التمييز على نفس الغير :

على الرغم مما تقضى به المبادئ العامة من أن (كل نفس بما كسبت رهينة) وأنه ((لا تزر وازرة وزر أخرى) إلا أن المشرع رأى أن أعمال هذا الأصل فى حاجة جناية عديم التمييز على نفس الغير سيتتبع الأجحاف بالفاعل وإستئصال ماله لضخامة التعويض المتمثل فى الدية مما يجعله عرضة للفاقة والفقر وبخاصة مع ما يتصور من كثرة وقوع مثل ذلك من عديم التمييز وذلك فضلاً عن أنه إذا كان من المسلم به أن العاقلة تتحمل دية القتل الخطأ عن البالغ العاقل قصداً إلى التخفيف

عنه لأجل العذر وهو الخطأ فإن عديم التمييز يكون أولى بذلك لقوة عذره.

ومن ثم وازن المشرع بين مصلحة المضرور أو مصلحة أوليائه فى عدم ذهاب النفس هدراً وبين مصلحة عديم التمييز فأوجب الدية على العاقلة أن بلغت نسبة تفوق طاقة الفاعل وهو عديم التمييز . وذلك هو ما عبر عنه الأمام السرخسى بقوله :(..... فأوجب الشرع الدية صيانه لنفس المقتول من الهدر وفى إيجاب الكل على القاتل إجحاف به وإستئصال فيكون بمعنى العقوبة وقد سقطت عنه للعذر فضم الشارع إليه العاقلة لدفع معنى العقوبة) [1] .

ولكن قد لا يكون لعديم التمييز عاقلة أو وجدت ولكن لم تكف لسداد الدية .

وهنا يجمع الفقة علي تحمل بيت المال لتلك الدية وأن كان ذلك لا يعنى براءة

---

(١) أنظر فى تقرير مبدأ تحمل العاقلة لدية جناية عديم التمييز علي نفس الغير .

(أ) فى الفقة الحنفى .

الزيلعى فى تبين الحقائق جـ ٦ ص ١٣٨ حيث يقول (عمد الصبى والمجنون خطأ وديته على عرقيلته) وفى نفس المعنى الهداية للميرغينانى جـ ٤ ص ١٨٨ والبحر الرائق جـ ٨ص ٣٨٨ .

(ب) وفى الفقة المالكى :

المدونه جـ ١٦ ص ٩٩ حيث جاء فيها (قلت أرايت الصبى والمجنون وما جنيا من عمد أو خطأ بسيط أو غير ذلك أو هو خطأ قال : قال مالك نعم وتحمله العاقلة أن بلغ الثلث فصاعدا).

وأنظر فى نفس المعنى الخرشى وحاشية العدوى عليه جـ ٨ ص ٣ وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٩ .

(جـ)وفى الفقة الحنبلى

الإقناع جـ ٤ ص ١٦٩ إذ جاء فيه ((وعمد الصبى والمجنون خطأ لا قصاص فيه والدية على العاقلة حيث وجبت والكفارة فى ماله) وفى نفس المعنى : المغنى جـ ٧ ص ٦٤٦.

(د) وفى الفقه الزيدى:

الروض النضير جـ ٤ ص ١٦٤ وان كان هناك جانب من الفقه الزيدى يري أنه لا تحميل للعالقة بأى جزء من الدية على الاطلاق وذلك لظاهر قول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) ولقوله عليه الصلاة والسلام لأبى رثه حين دخل عليه مع ابنه: (أما أنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه) أى لا يؤخذ بجنايتك ولا تؤخذ بجنايته ولأن ضمان الاتلاف يجب على المتلف فى ماله دون غيره، وهذه أولى، لأن جناية المتلف فى اتلاف النفس أعظم من جنايته فى اتلاف المال» انظر فى ذلك: سبل السلام للصنعانى جـ ٣ ص ٣١٩.

(هـ) وفى الفقه الامامى:

شرائع الاسلام المجلد الثانى ص ٧٥ حيث جاء فيه «ولا يقل المجنون سواء قتل مجنونا أو عاقلا وتثبت الدية على عاقلته وكذا الصبى لا يقتل بصبى ولا يبالغ. والوجه ان عمد الصبى خطأ محض يلزم ارشه عاقلته» وفى نفس المعنى: تحرير الوسيلة ص ٦٥١، وسئل الشيعة ص ٤٦٩/ ٤٧٠ فقه الامام جعفر الصادق جـ ٦ ص ٣٢٧/٣٢٨.

ساحة عديم التمييز فى تلك الحالة .

ومن ثم فإن التحمل بالدية في تلك الحالة قد يقع علي العاقلة وقد يقع علي بيت المال . وقد يقع أخيرا علي ذمة عديم التمييز . وذلك هو ما نشير إليه فيما يلى :

١- تحمل العاقلة للتعويض الناشئ عن جناية عديم التمييز على نفس الغير

على الرغم مما يجمع عليه الفقه الاسلامى من وجوب تحمل العاقلة للدية فى حالة القتل الخطأ الا أنه قد حدث خلاف فى الفقه حول مدى ما تتحمله العاقلة فى جناية عديم التمييز على نفس الغير.

فبينما يرى الفقه الحنفى أن وجوب تحمل العاقلة للدية فى تلك الحالة لا يتحقق الا حينما تكون الدية الواجبة مقدرة بنصف عشر الدية الكاملة فأكثر[1] نرى الفقه المالكى والحنبلى يذهب الى أن وجوب تحمل العاقلة لا يتحقق الا حينما يبلغ التعويض المقدر ثلث الدية الكاملة فأكثر[2] وذلك فضلا عما يراه الفقه الشافعى من وجوب تحمل العاقلة الدية الواجبة أيا كان مداها وأيا كانت نسبتها الى الدية الكاملة[3].

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد. الى أن وجوب تحمل العاقلة للدية فى الحدود

(١) انظر فى ذلك : الهداية جـ ٤ صص ٢٩٩ حيث يقول عن العاقلة «أنها لا تعقل أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا» كما يعلل السرخسى لذلك فى المبسوط جـ ٢٧ ص ١٢٨ بقوله «لأن الايجاب على العاقلة كان لمعنى دفع الاجحاف على الجانى وذلك فى الكثير دون القليل».

(٢) انظر فى ذلك المدونة جـ ١٦ ص ١٩٩ حيث جاء بها « . . . وتحمله العاقلة أن بلغ الثلث فصعدا وان كان أقل من الثلث ففى أموالهم وان لم يكن لهم مال كان ذلك دينا عليهم يتبعون به».
انظر فى نفس المعنى: المغنى جـ ٧ ص ٧٧٧ حيث يعلل لذلك بقوله لأن «مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجانى لأنه موجب جنايته وبدل متلفه فكان عليه كسائر المتلفات والجناية وانما خولف فى الثلث فصاعدا تخفيفا عن الجانى لكونه كثيرا يجحفه لقوله صلى الله عليه وسلم «الثلث كثير» ففيما دونه يبقى على قضية الأصل ويقتضى الدليل».

٣- انظر فى ذلك مختصر المزنى جـ ٥ ص ١٤١ حيث يعلل لذلك بقوله «لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما حملها (أى العاقلة) الأكثر حملها الأقل».
كما يعلل صاحب المغنى فى المرجع والموضع السابق لوجهة الشافعية بقوله «ولأن من حمل الكثير حمل القليل».

التى نص عليها الفقه انما هو أمر وجوبى اذ يلزم الحكم بذلك قضاء ومن ثم فان العاقلة لا تستطيع درء تحملها لذلك التعويض بحسب أن تشريعها قائم على أساس النصرة والتعاون الذى يستتبع زيادة القدرة على الوفاء بالتعويض أو بالدية جبرا لما لحق بالمضرور أو بأوليائه من ضرر.

٢- مدى تحمل بيت المال فى دية جناية عديم التمييز على نفس الغير.

يذهب جمهور الفقهاء الى القول بوجوب الدية على بيت المال حالة انعدام العاقلة أو وجودها مع عدم كفايتها للوفاء بتلك الدية.

ولقد علل جمهور الفقهاء لذلك بأنه اذا كان وجوب الدية على العاقلة ابتداء فى حالة القتل الخطأ ينهض على ما يجب أن يكون من تناصر ومعاونة بين الجانى وعاقلته، فان انعدام هذه العاقلة يستتبع اعتبار عامة المسلمين عاقلة له فكانت الدية لذلك واجبة فى بيت مال المسلمين.

وذلك هو ما ذهب اليه جمهور الفقه الحنفى[1] واجماع كل من الفقه المالكى[2]. والفقه الشافعى[3] والفقه الحنبلى[4] والفقه الامامى[5]. وكان أبرز ما اعتمد عليه الجمهور من أدلة فى هذا الصدد يتمثل فيما يلى:

(١) انظر فى ذلك البدائع جـ ٧ ص ٢٦٥، الزيلعى جـ ٦ ص ١٦٨، وابن عابدين جـ ٥ ص ٤٢٦، وذلك خلافا لما نسب الى الامام أبى حنيفة من أن انعدام العاقلة أو عدم كفايتها يوجب الدية أو ما بقى منها فى ذمة الجانى ولا يعقلعنه بيت المال.
انظر فى نسبة تلك الرواية الى أبى حنيفة، الهداية جـ ٤ ص ٢٣٠، البحر الرائق جـ ٨ ص ٤٥٨، والفتاوى الهندية جـ ٦ ص ٨٧.

(٢) انظر فى ذلك : بلغة السالك الى أقرب المسالك جـ ٢ ص ٣٦٩ حيث يقول «اذا لم يوجد من يفى من الاعلين فبيت المال أن كان الجانى مسلما . . . ».

(٣) البيجرمى فى المرجع والموضع السابق ص ١٨٤، ١٨٥ حيث يقول « . . . فان عدم من ذكر أو لم يف بما عليه فبيت المال يعقل عن مسلم الكل أو الباقى لأنه يرثه . . . ».

(٤) انظر الاقناع فى المرجع السابق ص ٢٣٤ حيث يقول «أما اذا لم تكن العاقلة أو لم يكن عندها ما يكفى فكون الدية فى بيت المال».

(٥) انظر: فقه الامام جعفر الصادق فى المرجع السابق ص ٣٥٦.

(أ) ما هو مسلم من أيلولة مال من لا وارث له الى بيت مال المسلمين، اذ يستتبع ذلك أن يكون هؤلاء المسلمون هم عاقلته عند انعدام من يعقل عنه.

(ب) ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ممن أن رجلا قتل على زمنه رضى الله عنه ولم يعرف قاتله فقال على يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرئ مسلم فأدى ديته من بيت المال[1].

٣- مدى تحمل عديم التمييز فى هذه الحالة.

أشرنا من قبل الى أن الفقه الاسلامى يشترط لتحمل العاقلة بالدية فى حالة القتل الخطأ بلوغ قيمتها لثلث الدية كاملة عند جمهور الفقهاء أو نصف لعشر فصاعدا عند جانب آخر من الفقه.

ومن ثم فانه اذا نقصت قيمة الدية الواجبة عن تلك النسبة فان عديم التمييز يكون ملتزما بدفع قيمتها من ماله.

بيد أن الفقه قد اختلف حول مدى وجوب الدية كاملة على عديم التمييز فى حالة ما اذا عدمت العاقلة أو لم يكن فى بيت مال المسلمين ما يتكفل بسداد قيمتها.

فذهب جانب من الفقه الى القول بسقوط الحق فى المطالبة بتلك الدية أو ما بقى منها نظرا لوجوبها ابتداء على العاقلة لا على عديم التمييز وذلك هو ما ذهب اليه جانب من الفقه الشافعى[2] وجانب من الفقه الحنبلى[3] فضلا عن أنه يمثل

(١) انظر فى ذلك البيجرمى فى المرجع والموضع السابق، نيل الأوطار ط ١٣٧١ هـ ج ص ٨٣.
(٢) انظر في ذلك: المهذب للشيرازى ط عيسى الحلبى جـ ٢ ص ٢١٣، والأشباه والنظائر للسيوطى الشافعى ص ٤٣٤.
(٣) وذلك هو ما عبر عنه ابن قدامة فى المغنى شارحا هذه الوجهة من النظر بقوله «الدية لزمت للعاقلة ابتداء بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ورضاهم بها ولا تجب على غير من وجبت عليه كما لو عدم القاتل بتسهم وسقط الباقى فلا يجب على أحد» وانظر فى نفس المعنى الاقناع - المرجع السابق ص ٤٠٩.

اجماع الفقه الامامى[1].

بينما ذهب جمهور الفقه متمثلا فى الحنفية[2]. والمالكية[3] والأظهر عند الشافعية[4]. وعند الحنابلة[5] الى القول بوجوبها فى مال عديم التمييز فى تلك الحالة.

ومبنى ما ذهب اليه الجمهور يتمثل فيما يلى:

(أ) أن الدية فى تلك الحالة تجب ابتداء فى ذمة عديم التمييز لا فى ذمة العاقلة وما وجوبها على العاقلة عندما تجب عليهم الا من قبيل النصرة والمساعدة ومن ثم فان تعذر تلك المساعدة يفضى الى القول بوجوبها على الأصيل.

(ب) أنه لو صح القول جدلا بوجوب الدية ابتداء على العاقلة فان ذلك يجب أن يتقيد بحالة وجود تلك العاقلة أما مع عدمها فانه لا يمكن القول بذلك عقلا.

(جـ) أن القول بسقوط الدية فى تلك الحالة يستتبع اهدار دم المقتول ظلما وذلك أمر مرفوض شرعا وعقلا لعموم قوله تعالى «ودية مسلمة الى أهله»[6].

والحق أن ما ذهب اليه جمهور الفقهاء هو الأولى بالقبول والترجيح لما يلى:

أولا: لأن الأصل فى وجوب الدية هو أنها شرعت جبرا للمحل الذى فوته الجانى ولئن سقط عن القاتل وجوب دفع الدية لقيام العاقلة مقامه فى جبر المحل فان عدم وجود العاقلة يفضى الى القول بوجوبها فى ذمة عديم التمييز نظرا لأن تأسيس الالتزام بها ينهض على نسبة الفعل المادى اليه وهو مبني الوجوب فى تلك

(١) انظر فى ذلك: فقه الامام جعفر الصادق - المرجع السابق ص ٣٥٦.
(٢) انظر فى ذلك الهداية جـ ٤ ص ١٢٩، وابن عابدين فى رد المحتار جـ ٥ ص ١٢٦.
(٣) المدونة جـ ١٦ ص ١٩٩.
(٤) البيجرمى فى المرجع السابق ص ١٨٤، ١٨٥ حيث يقول « . . . فان عدم ذلك أو لم يف بما ذكرناه فالكل أو الباقى على الجانى بناء على الأصح من أن الواجب ابتداء عليه ثم تتحمل العاقلة».
(٥) المغنى جـ ٧ ص ٩٧٢، ٩٧٣.
(٦) انظر هذه الحجج فى المغنى فى المرجع والموضع السابق.

الحالة،

ثانيا: أن لو صح أن انعدام العاقلة يستتبع سقوط الدية فى تل الحالة لوجوبها ابتداء عليها لما وجبت فى بيت المال وذلك هو ما يدل على أن جوبها فى ذمة العاقلة انما هو على سبيل النصرة والمساعدة لا على سبيل الوجوب الأصلى.

(ب) - جهة التحمل بالتعويض الناشئ عن جناية عديم التمييز على مال الغير:

أشرنا من قبل الى أن جمهور الفقه الاسلامى قد اتجه الى تكييف جناية عديم التمييز على نفس الغير بأنها كالقتل الخطأ أوهى من قبيله وذلك نظرا لعدم تصور وجود القصد لدى الفاعل فى تلك الحالة.

ومن ثم كان التعويض عنها يتمثل فى الدية المخففة فضلا عن عدم وجوبها فى ذمة عديم التمييز اللهم الا اذا عدمت العاقلة أو لم يوجد فى بيت المال ما يكفى للوفاء بتلك الدية. أما فى حالة جناية عديم التمييز على مال الغير فلقد اتجه جمهور الفقهاء الى القول بوجوب الضمان عليه كاملا فى ذمته. ومن ثم فانه يستوى فى تلك الحالة مع البالغ العاقل وذلك هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء متمثلين فى الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]

(١) انظر فى ذلك البدائع جـ ٧ ص ١٧١ حيث جاء فيه « . . . . لو أتلف الصبى أو المجنون مالا فضمانه في مالهما » وفى نفس العنى: مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٥٦ - البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٩٩، ص ٤٠٣ - رد المحتار على الدر المختار جـ ٥ ص ٤٢٦ - الهداية جـ ٤ ص ١٩٣.

٢) أنظر فى ذلك حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٩٦ حيث يقول «وضمن الصبى ولو غير مميز ما افسد أي ما اتلفه فى ماله ان كان له مال والا اتبع بالقيمة فى ذمته» وفى نفس المعنى انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٢٤٩ مواهب الجليل للحطاب جـ ٥ ص ٧٨ - القوانين الفقهية ص ٣٦١.

(٣) المهذب جـ ٢ ص ١٩٦ حيث جاء فيه «واذا أتلف الصبى أو المجنون مال غيره فان عليه ضمانه فى ماله» وانظر في نفس المعنى. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب جـ ١ ص ٢٠٥ - نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٥٠ حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٢٦.

(٤) وفى ذلك يقول ابن قدامة فى المغنى جـ ٤ ص ٤٧١ «والحكم في الصبى والمجنون كالحكم فى السفيه فى وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير اذنه أو غصباه فتلف فى أيديهما» وانظر نفس المعنى منتهى الارادات جـ ص ٤٣٥.

والظاهرية[1] الامامية[2].

ويرجع الحكم بتحمل عديم التمييز للتعويض أو الضمان فى تلك الحالة الى مايلى:

أولا: أن الضمان فى حالة الجناية على المال غالبا ما يكون يسيرا بالنسبة للدية الواجبة فى حالة الجناية على النفس. ومن ثم أوجب المشرع على العاقلة تحملها فى الحالة الأخيرة من منطلق النصرة والمساعدة حتى لا تذهب جميع أموال القاتل فيكون عرضه للفقر والفاقة.

ثانيا: أن تحمل العاقلة أو بيت الال للدية فى حالة الجناية على النفس يمثل استثناء من القاعدة القرآنية التى تقضى بأن «كل نفس بما كسبت رهينة» لوجود ما يبرر هذا الاستثناء وهو يخلص فى أن الجناية على النفس غالبا ا تستتبع فقد العيل أو تعوده العمل ا يستلزم ضرورة التكافل لسرعة وصول التعويض اليه أو فى أوليائه فضلا عن التحسب لاعسار عديم التمييز وعدم قدرته على الوفاء.

ولا شك أن هذا المبرر لا وجود له فى حالة الجناية على المال اذ هى لا تؤدى الى تعود المضرور أو فقده.

ثالثا: أن الجناية على النفس غالبا ما تكون نادرة الوقوع، ومن ثم فان شرعية التكافل فى التعويض عن أضرارها لا يستتبع مشقة تحيق بعاقلة الجانى وذلك بخلاف الجناية على المال التى غالبا ما تكون كثيرة الوقوع من عديم التمييز ولا شك أن القول بوجوب تحمل العاقلة لكل ضر ينشأ عنها يستتبع الحرج والضيق وهو

(١) وفى ذلك يقول ابن حزم فى المحلى جـ ٨ ص ١٥٦ مسسالة ١٢٥٨ «فأخذ من مال أو صار اليه بغير ما ذكرناه فان كان عامدا بالغا مميزا فهو عاص لله عز وجل وان كان غير عامد أو غير مخاطب فلا اثم عليه الا أنهما سواء فى وجوب رد ذلك الى صاحبه وفى وجوب ضان مثله .....».

(٢) وفى ذلك يقول صاحب فقه الامام جعفر الصادق جـ ٥ ص ٨ «وكذا المجنون والطفل اذا أتلفا مال انسان فعلى الولى أن يدفع له البدل أن كان لهما مال والا انتظر المالك الميسرة والفرق بين البالغ والعاقل والقاصد وغيره أن الأول اذا أتلف باثم ويغرم والثانى يغرم ولا يأثم».

ما قد يؤدى الى عكس المراد من تشريعها.

هذا: وتجدر الاشارة فى هذا الصدد الى أن أداء التعويض فى حالة جناية عديم التمييز على مال الغير انما يكون من الولى بالنيابة عن الأول حيث إن صحة الأداء مرتبطة بتوافر الأهلية له. وما دامت تلك الأهلية غير متوافرة لدى عديم التمييز فبديهى أنها تثبت لوليه[1].

(١) انظر فى ذلك:
- التلويح على التوضيح ط دار العهد الجديد جـ ٢ ص ٧٣٨.
- الشيخ على الخفيف فى الضمان فى الفقه الاسلامى المرجع السابق ص . . . . ؟؟
- الفعل الموجب للضمان - المرجع السابق ص ٩٤.
- ضمان التلفات - المرجع السابق ص ١٧١.