

المبسوط

انعدام القصد منه إلى القتل لأن الآلة التي استعملها آلة الضرب للتأديب دون القتل والعاقلة إنما يقصد كل فعل بآلته فاستعماله آلة التأديب دليل على أنه غير قاصد إلى القتل فكان في ذلك خطأ لشبه العمد صورة من حيث أنه كان قاصدا إلى الضرب وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه .

وكان مالك رحمه الله يقول لا أدري ما شبه العمد وإنما القتل نوعان عمد وخطأ . وهذا فاسد فإن شبه العمد ورد الشرع به على ما رواه النعمان بن بشير رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا إن قتل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل أربعون منها خلفه في بطونها أولادها .

والصحابا اتفقوا على شبه العمد حيث أوجبوا الدية فيه مغلطة مع اختلافهم في صفة التغليب على ما نبينه .

وقال علي رضي الله عنه شبه العمد الضربة بالعصا والعزقة بالحجر العظيم . فأما بيان أحكام شبه العمد فنقول إنه لا قصاص فيه لتمكن الشبهة والخطأ من حيث انعدام القصد إلى القتل والقصاص عقوبة تدرئ بالشبهات وهي تعد المساواة ولا مساواة بين قتل مقصود وقتل غير مقصود ثم هذا القتل لما اجتمع فيه معنيان أحدهما يوجب القصاص والآخر يمنع ترجح المانع على الموجب لأن السعي في إبقاء النفس واجب ما أمكن فإن الإبقاء حياة حقيقة وفي القصاص حياة حكما فلهذا لا يوجب القود في شبه العمد وإذا تعذر إيجاب القود وجبت الدية وهي مغلطة كما أشار إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله أربعون خلفه في بطونها أولادها وهو مروي عن ابن عمر وابن مسعود وأبي موسى الأشعري والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم أنهم أوجبوا الدية مغلطة في شبه العمد وهذا التغليب إنما يظهر في أسنان الإبل إذا وجبت الدية منها لا في شيء آخر وهذه الدية على عاقلة القاتل بمنزلة الدية في الخطأ وهو قول عامة العلماء .

وكان أبو بكر الأصم يقول لا تجب الدية على العاقلة بحال لظاهر قوله ! ! 15 ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبي رمة حين دخل عليه مع ابنه أما أنه لا يجني عليك ولا تجني عليه أي لا يؤخذ بجنايتك ولا تؤخذ بجنايته ولأن ضمان الاتلاف يجب على المتلف دون غيره بمنزلة غرامات الأموال وهذا أولى لأن جناية المتلف في إتلاف النفس أعظم من جنايته في إتلاف الأموال .

ولكننا نستدل بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عقل جناية كل بطن من الأنصار عليهم

وفي حديث حمدان بن مالك بن نابغة قال كنت بين جارتين لي فضربت إحداهما بطن صاحبتهما
بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاختمم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام