

الأشباه والنظائر

. - A122

فإن لم يعلم القادم حتى قدم حنث الحالف و إن علم به ثم نسي فعلى قولين .
ومنهم من قال : على قولين بكل حال و كذلك الغزالي في البسيط فقال : إذا علق بفعلها في غيبتها فلا أثر لنسيانها و إن كانت مكرهة بالظاهر الوقوع لأن هذا في حكم التعليق لا قصد المنع و منهم من طرد فيه الخلاف انتهى .
وخالف الجمهور فخرجوه على القولين : الشيخ أبو حامد و المحاملي وصاحبها المذهب و التهذيب و الجرجاني و الخوارزمي انتهى .
و قال ابن النقيب : القسم الثالث و هو : .
ما إذا بالى و لم يعلم ليس في الشرح و الروضة هنا و يقتضي المنهاج : الوقوع فيه قطعاً فليحرر .
فرع .
في المسائل المبنية على الخلاف في حنث الناسي و المكره .
قال : لأقتل فلانا و هو يطنه حيا فكان ميتا ففي الكفارة خلاف الناسي .
قال : لا أسكن هذه الدار فمرض و عجز عن الخروج ففي الحنث خلاف المكره .
قال : لأشربن ماء هذا الكوز فانصب أو شربه غيره أو مات الحالف قبل الإمكان ففيه خلاف المكره .
قال : لا أبيع أزيد مالا فوكل زيد و كيلا و أذن له في التوكيل فوكل الحالف فباع و هولا يعلم ففيه خلاف الناسي .
قال : لأقضي حقه غدا فمات الحالف قبله أو أبرأه أو عجز ففيه خلاف المكره .
قال : لأقضي عند رأس الهلال فاخره عن الليلة الأولى للشك فيه فبان كونها من الشهر ففيه خلاف الناسي .
قال : لا رأيت منكرا إلا رفعتة إلى القاضي فلم يتمكن من الرفع لمرض أو حبس أو جاء إلى باب القاضي فحجب أو مات القاضي قبل وصوله إليه ففيه خلاف المكره .
قال : لا أفارقك حتى استوفي حقي ففر منه الغريم ففيه خلاف المكره .
فإن قال : لا تفارقني ففر الغريم حنث مطلقا لأنها يمين على فعل غيره بخلاف الأولى و لا يحنث مطلقا إن فر الحالف فإن أفلس في الصورة الأولى فمنعه الحاكم من ملازمته ففيه خلاف المكره و إن استوفى فبان ناقصا ففيه خلاف الجاهل .

فرع .

خرج عن هذا القسم صور عذر فيها بالجهل في الضمان .

منها : إذا أخرج الوديعة من الحرز على ظن أنها ملكه فتلفت فلا ضمان عليه و لو كان عالما ضمن ذكره الرافعي .

قال الأسنوي : و مثله الاستعمال و الخلط و نحوهما .

و منها : إذا استعمل المستعير العارية بعد رجوع المعير جاهلا فلا أجرة عليه نقله الرافعي عن القفال و ارتضاه .

و منها : إذا أباح له ثمرة بستان ثم رجع فإن الأكل لا يغرم ما أكله بعد الرجوع و قبل العلم كما ذكره في الحاوي الصغير .

وحكى الرافعي : فيه وجهين من غير تصريح بترجيح .

و منها : إذا و هبت المرأة نوبتها من القسم لضررتها ثم رجعت فإنها لا تعود إلى الدور من الرجوع عل الصحيح بل من حين العلم به .

ومن فروع القسم الرابع .

الواطئ بشبهة فيه مهر المثل لإتلاف منفعة البضع دون الحد .

منها : من قتل جاهلا بتحريم القتل لا قصاص عليه .

و منها : قتل الخطأ فيه الدية و الكفارة دون القصاص .

و من ذلك مسألة الوكيل : إذا اقتص بعد عفو موكله جاهلا فلا قصاص عليه .

على المنصوص و عليه الدية في ماله و الكفارة و لا رجوع له على العافي لأنه محسن بالعفو وقيل لا دية و قيل هي على العاقلة و قيل يرجع على العافي ؟ لأنه غره بالعفو .

ونظير هذه المسألة : ما لو أذن الإمام للولي في قتل الجانية ثم علم حملها ؟ فرجع و لو يعلم الولي رجوعه فقتل ؟ فالضمان على الولي .

و من ذلك : بعض أقسام مسألة الدهشة و لنلخصها فنقول : .

إذا قال مستحق اليمين للجاني : أخرجها فاخرج يساره فقطعت فله أحوال أحدها : أن يقصد إباحتها فهي مهدرة لا قصاص و لا دية سواء علم القاطع أنها اليسار و أنها لا تجزئ أولا لأن صاحبها مجانا و لأن فعل الإخراج اقترن بقصد الإباحة فقام مقام النطق كتقديم الطعام إلى الضيف و لأن الفعل بعد السؤال و الطلب كالإذن كما لو قال ناولني يدك لأقطعها فأخرجها أو ناولني متاعك لألقيه في البحر فناوله فلا ضمان نعم يعزر القاطع إذا علم و يبقى قصاص اليمين كما كان .

فإن قال : طننت أنها تجزئ أو علمت أنها لا تجزئ و لكن جعلتها عوضا عنها سقط و عدل إلى دية اليمين لرضاه بسقوط قصاصها اكتفاء باليسار .

الحال الثاني : أن يقصد المخرج إجرائها عن اليمين فيسأل المقتص .

فإن قال : طنت أنه أباحها بالإخراج أو أنها اليمين أو علمت أنها اليسار وأنها لا تجزئ و لا تجعل بدلا فلا قصاص فيها في الصور الثلاث في الأصح في الأصح لتسليط المخرج له عليها و لكن تجب ديته و يبقى قصاص اليمين .

و إن قال : علمت أنها اليسار و طنت أنها تجزئ سقط قصاص اليمين و تجب لكل الدية على الآخر .

الحال الثالث : أن يقول : دهشت فأخرجت اليسار و طني أني أخرج اليمين فيسأل المقتص فإن قال طنت أنه أباحها .

قال الرافعي : فقياس المذكور في الحال الثاني أن لا يجب القصاص في اليسار .

قال الأذري : و صرح به الكافي لوجود صورة البدل قال البلقيني هو السديد .

قال البغوي : تجب كمن قتل رجلا و قال طنته أذن لي في القتل لأن الطنون البعيدة لا تدرأ القصاص .

و إن قال : طنتها اليمين أو علمت أنها اليسار و طنتها تجزئ فلا قصاص في الأصح أما في الأولى فلأن الاشتباه فيهما قريب .

وأما في الثانية فلعذره بالظن .

و إن قال : علمت أنها اليسار و أنها لا تجزئ وجب القصاص في الأصح لأنه لم يوجد من المخرج بذل و تسليط .

وفي الصور كلها : يبقى قصاص اليمين إلا في قوله : طنت أن اليسار تجزئ .

و إن قال : دهشت أيضا لم يقبل منه و يجب القصاص لأن الدهشة لا تليق بحاله .

و إن قال : قطعتها عدوانا و جب أيضا .

و إن قال المخرج لم أسمع : أخرج يمينك و إنما و قع في سمعي يسارك .

أو قال : قصدت فعل شيء يختص بي أو كان مجنونا فهو كالمدهوش .

هذا تحرير أحكام هذه المسألة .

و في نظيرها : من الحد يجزئ و يسقط قطع اليمين بكل حال .

والفرق : أن المقصود في الحد التنكيل و قد حصل و القصاص مبني على التماثل و أن الحدود مبنية على التخفيف و أن اليسار تقطع في السرقة في بعض الأحوال و لا تقطع في القصاص عن اليمين بحال .

فرع .

خرج عن هذا القسم صور لم يعذر فيها بالجهل .

منها : ما إذا بادر أحد الأولياء فقتل الجاني بعد عفو بعض الأولياء جاهلا به فإن أظهر

وجوب القصاص عليه لأنه متعدد بالانفراد .

و منها : إذا قتل من علمه مرتد أو ظن أنه لم يسلم فالمذهب : وجوب القصاص لأن ظن الردة لا يفيد إباحة القتل فإن قتل المرتد إلى الإمام لا إلى الآحاد .

و منها : ما إذا قتل من عهده ذميا أو عبدا و جهل إسلامه و حرите فالمذهب وجوب القصاص لأن جهل الإسلام و الحرية لا يبيح القتل .

و منها : ما إذا قتل من ظنه قاتل أبيه فبان خلافه فالأظهر وجوب القصاص لأنه كان من حقه التثبيت .

و منها : ما إذا ضرب مريضا جهل مرضه ضربا يقتل المريض دون الصحيح فمات فالأصح : وجوب القصاص لأن جهل المرض لا يبيح الضرب .

وعلم من ذلك : أن الكلام فيمن لا يجوز له الضرب .

أما من يجوز له للتأديب فلا يجب عليه القصاص قطعاً و صرح به في الوسيط .

و خرج عنه صور عذر فيها بالجهل حتى في الضمان .

منها : ما إذا قتل مسلماً بدار الحرب طائفاً بكفره فلا قصاص قطعاً و لا دية في الأظهر .

و منها : إذا رمى إلى مسلم تترس به المشركون فان علم إسلامه و جبت الدية وإلا فلا .

و منها : إذا أمر السلطان رجلاً بقتل رجل ظلماً و المأمور لا يعلم فلا قصاص عليه و لا دية و لا كفارة .

و منها : إذا قتل الحامل في القصاص فان فصل الجنين : ميتا ففيه غرة و كفارة .

أو حيا فمات فدية .

ثم إذا استقل الولي بالاستيفاء فالضمان عليه و إن أذن له الإمام فإن علماً أو جهلاً أو علم

الإمام دون الولي اختص الضمان بالإمام على الصحيح ؟ لأن البحث عليه و هو الأمر به .

و في وجه : على الولي ؟ لأنه المباشر .

و في آخر : عليهما .

و إن علم الولي دون الإمام اختص بالولي على الصحيح لاجتماع العلم و المباشر و في وجه :

بالإمام لتقصيره .

و لو باشر القتل جلاد الإمام ؟ فإن جهل فلا ضمان عليه بحال ؟ لأنه آلة الإمام و ليس عليه

البحث عما يأمره به و إن كان عالماً فكالولي إن علم الإمام فلا شيء عليه و إلا اختص به .

و لو علم الولي مع الجلاد ففي أصل الروضة : الأصح أنه يؤثر حتى إذا كانوا عالمين ضمنوا

أثلاثاً .

قال في المهمات : و هذا غير مستقيم ؟ لأن الأصح فيما إذا علماً أو جهلاً أن الضمان على

الإمام خاصة فكيف يستقيم ذلك هنا ؟ قال : فالصواب تفريع المسألة على القول بالوجوب

عليهما إذا علما .

ثم من المشكل : أنهما صححا هنا اختصاص الضمان بالإمام إذا علم هو والولي و صححا فيما إذا رجع الشهود و اقتصر الولي بعد حكم الحاكم بأن القصاص واجب على الكل بل لم يقل أحد بأن الضمان في هذه الصورة يختص بالحاكم .

وصححا فيما إذا أمر السلطان بقتل رجل ظلما و كان هو و المأمور عالمين اختصاصه بالمأمور إذا لم يكن إكراه .
فهذه ثلاث نظائر مختلفة .

قال في ميدان الفرسان : و كأن الفرق : أن الإحاطة بسبب المنع من الإقدام على القتل في غير مسألة الحامل لا يتوقف على إخبار الحاكم به بخلاف فيها ؟ فإن مناط المنع فيها الطن الناشئ من شهادة النسوة بالحمل و منصب سماع الشهادة يختص بالحاكم فإذا أمكن من القتل بعد أدائها آذن ذلك بضعف السبب عنده فأثر في ظن الولي فذلك أحيل الضمان على تفريط الحاكم و لم يقل به عند رجوع الولي و القاضي لعدم ذلك فيه انتهى