

كتاب السرقة

هذا الكتاب يشتمل على ستة عشر فصلاً:

- ١ - في تفسير السرقة وحكمها .
- ٢ - في بيان الشرائط التي لا بد منها لوجوب القطع .
- ٣ - في الرجل يسرق شيئين أحدهما لا يجب القطع فيه أو يجب القطع فيهما .
- ٤ - في معرفة الحرز وكيفية صحة الأخذ منه .
- ٥ - في القوم يشتركون في السرقة .
- ٦ - في ظهور السرقة .
- ٧ - في التداخل في حد السرقة .
- ٨ - في السارق يقطع في سرقة فيسرقها ثانياً .
- ٩ - في السارق يرُدُّ السرقة على المالك .
- ١٠ - في السارق يحدث في السرقة قبل إخراجها وبعد إخراجها .
- ١١ - في هلاك المسروق واستهلاكه .
- ١٢ - في الرجل يسرق من غير المالك .
- ١٣ - في قطاع الطريق .
- ١٤ - في بيان متى يسع قتل المهاجم واللص وأمثالهما .
- ١٥ - في بيان من له إقامة الحدود .
- ١٦ - في المتفرقات .

obeikandi.com

الفصل الأول في تفسير السرقة وحكمها

فنقول: السرقة التي يتعلق بها القطع شرعاً: أخذ مال الغير على سبيل الخفية والاستسرار ابتداء وانتهاء بأن ينقب البيت على سبيل الخفية والإسرار ليلاً، ويأخذ المال ممن في يده على سبيل المكابرة جهاراً، بأن أستيظ صاحب اليد فأخذ المال مكابرة منه .
والحكم المتعلق بالسرقة: قطع اليد من الزند. أما قطع اليد بنص الكتاب، فأما من الزند فلما روي «أن رسول الله ﷺ أمر بقطع يد السارق من مفصل الزند»^(١). واليد التي هي محل القطع اليمنى، كان ابن مسعود رضي الله عنه يقرأ: «والسارق والسارقة فاقطعوا أيماهما» [المائدة: ٣٨]^(٢) وروى الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال في معنى قوله «فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا»: أيماهما، وشرط أصحابنا رحمهم الله لقطع يد اليمنى أن تكون اليد اليسرى والرجل اليمنى صحيحتان، حتى إنه إذا كانت يده اليسرى بحيث لا يتنفع بها لا تقطع يده اليمنى؛ لأن القطع شرع على وجه لا يؤدي إلى تلف النفس، ومتى قطعت يمينه واليسار بهذه الصفة فقد تلف النفس، لأنه فات جنس منفعة البطش، وصار النفس في حق هذه المنفعة كالهالك وأنه غير مشروع.

وكذلك إذا كانت اليد اليسرى صحيحة إلا أن الرجل اليمنى مقطوعة أو هي شلاء أو بها عرج يمنع المشي عليها لم تقطع اليمنى، لأنه يبطل جنس منفعة المشي فتصير النفس كالهالكة في حق هذه المنفعة، ولا قطع في اليد اليسرى عندنا بحال، ولا في الرجل اليمنى وإنما تقطع اليد اليمنى في الابتداء ثم الرجل اليسرى، ولا يقطع بعد ذلك يعذر ويحبس، وقال الشافعي رحمه الله: تقطع اليد اليسرى في المرة الثالثة وتقطع الرجل اليمنى في المرة الرابعة.

حكى عن أبي الحسن الكرخي رحمه الله أنه كان يحتج على المخالف، وكان يقول: أجمعنا على أن السارق لو كان مقطوع اليد اليمنى أنه تقطع رجله اليسرى ولا تقطع يده اليسرى، ولو كانت اليد اليسرى محلاً للقطع لما جاز العدول إلى الرجل اليسرى؛ لأن ترك المنصوص إلى غير المنصوص عليه لا يجوز.

ولو سرق وأصاب يده اليمنى مقطوعة قطع ما بقي في ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله لأن محل القطع من مفصل الزند، فما دام مفصل الزند من اليمنى باقية كان محل القطع قائماً ويقطع.

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٧٠/٨.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن على قول أبي يوسف لا تقطع قال: لأن محلية القطع عُرفت بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] ذكر الأيدي مطلقة ومطلق الاسم يتناول الكامل من المسمى، ولا يتناول الناقص إلا بالإزالة وإذا لم يدخل الناقص تحت مطلق الاسم لم يكن الناقص محلاً.

وجه ظاهر الرواية: أن المحلية باليد باسم اليمين لا باسم اليد، لما روينا من قراءة ابن مسعود رضي الله عنه، ومن حيث إنه يمين كامل؛ لأن اليمين ما يكون على يمينه ولا نقصان في هذا المعنى إنما النقصان في اليد والمحلية، عُبر باليد باسم اليد.

وكذلك إذا كانت اليمينى شلاء قطعت في ظاهر الرواية، ولو كانت اليد اليسرى مقطوعة الأصابع لا تقطع يده اليمينى؛ لأن قطع اليمينى في هذه الصورة يؤدي إلى إهلاك النفس معنى بتفويت جنس منفعة البطش، وكذلك إذا كان إبهام اليسرى أو أصبعان من اليسرى سوى الإبهام مقطوعتين؛ لأنه لا يقدر على البطش باليسرى بعدما قطع الإبهام أو أصبعان سوى الإبهام، فقطع اليمينى والحالة هذه يؤدي إلى تفويت جنس منفعة البطش، بخلاف ما إذا كان المقطوع من اليسرى أصبع واحد حيث تقطع اليمينى، لأن بعد قطع أصبع واحدة من اليسرى سوى الإبهام يتمكن من البطش باليسرى، فقطع اليمينى والحالة هذه لا يؤدي إلى تفويت جنس منفعة البطش.

ومما يحفظ في هذا المقام: إذا شهد الشهود على رجل بالسرقة ووصفوها وبينوها، فحبسه القاضي حتى يسأل عن الشهود، فإن قطع إنسان يده اليمينى عمداً اقتصر له منه، لأن بمجرد الشهادة لا يثبت إباحة القطع، ما لم يتصل بها قضاء القاضي فصار القطع قبل القضاء، والقطع قبل الشهادة سواء، فإن زكت الشهود فلا قطع عليه، لأنه لو قطع قطع رجله اليسرى ولا وجه إليه، لأن الرجل اليسرى لم تشرع محلاً للقطع في المرة الأولى فسقط القطع ضرورة.

وإن لم يقطع يده اليمينى ولكن قطع يده اليسرى لا تقطع يده اليمينى بسبب السرقة، كيلا يؤدي إلى تفويت جنس منفعة البطش.

ولو لم تقطع يده اليسرى ولكن قطع رجله اليمينى سقط عنه القطع بسبب السرقة لأنه لا وجه إلى قطع يد اليمينى، لأن فيه تفويت منفعة المشي ولا وجه إلى قطع اليد اليسرى، إما لأنه يؤدي إلى تفويت منفعة البطش بكما لها، أو لأن اليد اليسرى لم تشرع محلاً للقطع في المرة الأولى بالإجماع، فإن لم تقطع رجله اليمينى ولكن قطع رجله اليسرى قطع يده اليمينى؛ لأن قطع اليمينى في هذه الحالة لا يؤدي إلى تفويت منفعة المشي، ولا إلى تفويت منفعة البطش.

الفصل الثاني

في بيان الشرائط التي لا بد منها لوجوب القطع وإنها كثيرة

أحدها: أن يكون السارق عاقلاً بالغاً؛ لأن الحد لا يجب إلا بعد وجود التكليف، لأنه عقوبة والعقوبة تعتمد توجه التكليف، والتكليف لا يتوجه بدون العقل [١ب/٢] والبلوغ.

والشرط الثاني: أن يكون المسروق عشرة دراهم فصاعداً، أو ما يبلغ قيمته قيمة عشرة دراهم فصاعداً، روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه قال «لا قطع فيما دون العشرة»^(١)، وعن ابن مسعود رضي الله عنه: أنه لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم، وعن رسول الله ﷺ أنه قال «لا قطع إلا في ثمن المجن»^(٢)، روى ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال كان قيمة المجن الذي يقطع فيه على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم وتعتبر عشرة دراهم مضروبة أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة، هكذا روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف وابن سماعة عن محمد رحمهم الله، وهكذا ذكره القدوري في «شرحه» إلا أن القدوري لم ينسب هذا القول إلى أحد، حتى إن من سرق تبراً وزنه عشرة لا يقطع ما لم تكن قيمته عشرة مضروبة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قاس نصاب السرقة بنصاب الزكاة وهما قالاً: بأن التبر أنقص من المضروب من حيث القيمة فينصرف مطلق اسم الدراهم إلى المضروب حتى لا يجب القطع بالشك.

وقد قيل: يعتبر عشرة دراهم بوزن سبعة؛ لأن مطلق اسم الدراهم ينصرف إليه كما في باب الزكاة، فإذا وجب تقويم المسروق بعشرة دراهم يقوم بأعز النقود أو بنقد البلد الذي يروج بين الناس في الغالب؛ لأن مطلق اسم الدراهم ينصرف إليه، ألا ترى أن في باب البيع والشراء مطلق اسم الدراهم ينصرف إلى نقد البلد ولم ينصرف إلى أعز النقود.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه يقوم بعشرة دراهم أعز النقود حتى لا يجب القطع بالشك، ولا يقطع بتقويم الواحد إلا عند اختلاف المنقوش وقيل هو قول محمد رحمه الله في تقويم الواحد.

ولو سرق عشرة دراهم زيوفاً أو نبهجة قال محمد رحمه الله: لا أقطعه إلا فيما يروج بين الناس، وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله: إذا سرق عشرة دراهم رديئة وهي تروج بين الناس إنه يقطع، وروى ابن أبي مالك عنه: أنه لا يقطع، قال: وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنه في «المجرد» أنه قال: لا يقطع في السرقة في أقل من عشرة دراهم مما يروج بين الناس، وعن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه لا قطع في عشرة سود ولا علة حتى يكون وضحاً، وروى بشر عن أبي يوسف في الزيوف والنبهجة أنها إذا كانت لا تساوي عشرة دراهم لا يقطع.

وفي «واقعات الصدر الشهيد» رحمه الله: إذا سرق أحد عشر درهماً لا تروج بين الناس ولكنها تساوي عشرة جياذ أن لا يقطع كذا القطع، إنما يجب بسرقة دراهم تروج

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/٢٠٤، والهيتمي في مجمع الزوائد ٦/٢٧٣، والمتقي الهندي في كنز العمال ١٣٣٤٦.

(٢) أخرجه المتقي الهندي في كنز العمال ١٣٣٤٨.

بين الناس، قال الصدر الشهيد رحمه الله: وفيه نظر وينبغي أن يقطع كما في سائر العروض.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهم الله أنه لا قطع في إناء فضة حتى يكون وزنه عشرة دراهم وقيمته عشرة دراهم.

ويعتبر أن تكون قيمة السرقة يوم السرقة عشرة فكذلك يوم القطع، ولو كان قيمته يوم السرقة عشرة دراهم فانتقص بعد ذلك، إن كان نقصان القيمة لنقصان العين يقطع، وإن كان نقصان القيمة لنقصان السعر لا يقطع في ظاهر الرواية، إلا رواية عن محمد رحمه الله، وهذا لأن نقصان العين مضمون على السارق والضمان قائم مقام المضمون وكأن العين، قائم من كل وجه وهناك يقطع السارق فهنا كذلك. وأما نقصان السعر ليس بمضمون على السارق فلم يكن العين قائماً لا حقيقة ولا حكماً فلا يقطع.

وذكر الطحاوي في «مختصره»: أن المعتبر فيه المسروق بعد الإخراج عن الحرز.

وذكر ابن سماعة في «نواده» عن محمد رحمه الله: إذا سرق ثوباً قيمته عشرة دراهم فأخذه في بلد آخر وقيمته ثمانين، أدرأ عنه القطع، وعن أبي يوسف: إذا سرق ثوباً يساوي عشرة دراهم، فارتفعاً إلى القاضي وهو يساوي تسعة لا يقطع، وإنما يعتبر كمال النصاب في حق السارق لا في حق المسروق منه حتى أن من سرق ثوباً بين اثنين يساوي عشرة دراهم يقطع لكمال النصاب في حق السارق.

وكذلك إذا سرق عشرة دراهم من عشرة أنفس من كل نفس درهم من بيت واحد، لكمال النصاب في حق السارق.

ولو سرق رجلان ثوباً قيمته عشرة لا قطع على واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما سرق خمسة، لأن أخذ المال يحتمل التجزؤ فعند الإشتراك يجعل كل واحدٍ منهما آخذاً خمسة حتى لو كان قيمة الثوب عشرين يجب القطع على كل واحدٍ منهما؛ لأن كل واحدٍ منهما قد سرق عشرة.

وفي «البقالي»: إذا أخرج ما دون النصاب من البيت ثم دخل وأخرج النصف الباقي فلا قطع، وفي «الحاوي» سبع الدنانير في البيت ثم خرج فلا قطع^(١)، لأنه صار ديناً في ذمته فلا ينظر وصفه، وفي «نوادير بشر» قال سمعت محمداً يقول: إذا سرق نصف دينار مقطوع يساوي عشرة دراهم قطعت. وإذا سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة دراهم لم أقطعه لأن القطع في عشرة دراهم، والذي روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه قال «لا [٢/أ٢] قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم»^(٢) فالمراد منه الدينار المقوم بقيمة الشرع عشرة لا الدينار المقوم بقيمة الوقت؛ لأن القيمة باعتبار الوقت تختلف، قد تكون عشرة وقد تبلغ عشرين وقد تصير ثمانين، فيصير تقدير الحديث: لا

(١) كذا العبارة في الأصل، ولعلها: «إذا أخذ سبعة دنانير من البيت ثم خرج فلا قطع»، والله أعلم.

(٢) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٥٥، والهيتمي في مجمع الزوائد ٦/٢٧٤.

قطع إلا في عشرة أو عشرين أو ثمانين، وإثبات النصاب على هذا الوجه لا يستقيم فعلم أن المراد من الحديث الدينار المقوم بالشرع عشرة.

الشرط الثالث: أن يكون المسروق متقوماً في نفسه، وأن لا يوجد جنسه مباح الأصل في دار الإسلام، وأن لا يكون تافهاً أي حقيراً، ولا يتسارع إليه الفساد حتى لا يجب القطع بسرقة الخمر؛ لأنها ليست بمتقومة، ولا يجب بسرقة الجص والنورة؛ لأن هذه الأشياء توجد مباح الأصل في دار الإسلام.

وكذلك لا يجب القطع بسرقة ما يتسارع إليه الفساد نحو اللحم والرطب وأشياء ذلك، وهذا لأن مقادير أسباب الحدود إنما تعرف بالنص أو بدلالة النص أو بالإجماع، ولا نص ولا إجماع في هذه الأشياء وهذا ظاهر، وليس فيها دلالة النص لأن النص إنما ورد في الدراهم وفي ثمن المجنّ، والدراهم وثمر المجن مال متقوم لا يوجد جنسه مباح الأصل في دار الإسلام، ولا يتسارع إليها الفساد فكل ما كان في معنى الدراهم كان النص الوارد في الدراهم وارداً فيه دلالة وما لا فلا.

قلنا: وما يتسارع إليه الفساد ليس نظير الدراهم في المالية ولأنه لا يرغب فيما يتسارع إليه الفساد مثل ما يرغب في الدراهم وكذلك الجص والنورة ليس نظير الدراهم في المالية والنفاسة؛ لأنه يرغب في الدراهم جميع الناس ولا يرغب في الجص والنورة جميع الناس إنما يرغب فيهما أصل صناعته فالنص الوارد في الدراهم لا يكون وارداً في هذه الأشياء دلالة، وأما الذهب والفضة واللؤلؤ والفيروزج، فقد روى هشام عن محمد رحمه الله: أنه إذا سرقه على الصورة التي توجد مباحاً، وهو المختلط بالحجر والتراب لا يجب القطع. وفي «ظاهر الرواية»: يجب القطع على كل حال.

وكذلك لا يجب القطع بسرقة الفاكهة وفيها نص وهو قوله عليه السلام: «لا قطع في الثمر»^(١) ذكر مسألة الفاكهة مطلقة.

قال مشايخنا: المسألة على التفصيل، إن كانت السنة سنة قحط لا يجب القطع بسرقة الثمار سواء كان ثمرأً يتسارع إليه الفساد أو لا يتسارع وسواء كان على رأس الشجر أو مجزوزاً محرزاً أو لم يكن محرزاً. وإن كانت السنة سنة خصب إن كان ثمرأً يتسارع إليه الفساد لا يجب القطع سواء كان على رأس الشجر أو كان محرزاً، وإن كان ثمرأً لا يتسارع إليه الفساد فإن كان محرزاً يجب القطع لقوله عليه السلام «وما أواه الجرين ففيه القطع»^(٢).

ورأيت في موضع آخر أن في الثمار اليابسة يجب القطع.

والجواب في الثمار نظير الجواب في الطعام إن سرق طعاماً في سنة قحط لا يجب القطع سواء كان طعاماً يتسارع إليه الفساد أو لا يتسارع، وسواء كان محرزاً أو لم يكن،

(١) أخرجه الممتقي الهندي في كنز العمال ١٣٣٣٢، والعجلوني في كشف الخفاء ٥١١/٢.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الحدود باب ٢٨.

وإن كان السنة سنة خصب فإن كان طعاماً يتسارع إليه الفساد فكذلك لا يقطع، وإن كان طعاماً لا يتسارع إليه الفساد وكان محرزاً يجب القطع. وإذا كانت السنة سنة قحط وسرق ما سوى الطعام يقطع.

وفي «المنتقى» عن محمد رحمه الله: إذا سرق في عام سنة إن سرق عن ضرورة وجوع فلا قطع عليه ولم يفصل بين الطعام وغيره، وكذلك لا قطع في سرقة اللحم لأنه مما يتسارع إليه الفساد، ولا قطع في الأشجار وهو أحد التأويلين لقوله عليه السلام: «لا قطع في ثمر ولا كثر»^(١).

قال في «الجامع الصغير» ولا قطع في الخشب لأنه يوجد بصورته مباح الأصل في دار الإسلام، ويكون تافهاً أي حقيراً في أعين الناس، ألا ترى أنه ملقاً في السكك؟ ثم قال في «الكتاب»: غير الساج، فهذا دليل على أنه يقطع في الساج هو المذهب لأن الساج بصورته لا يوجد مباحاً في دار الإسلام ولا يكون تافهاً، ألا ترى أن من تمكن من أخذه أخذه عادة وتحرز على الكمال. ألا ترى أنه لا يلقي في السكك. وكذلك يقطع في الصندل والأبنوس والعنبر لما قلنا في الساج. وفي الأبنوس كلمات تأتي بعد إن شاء الله تعالى.

وإن جعل من الخشب الذي لا قطع فيه باباً أو كرسيّاً أو سريراً يجب القطع بسرقة لأنه لا يوجد بصورته مباحاً غير مرغوب فيه. وفرق بين الخشب والحصير والبردي فلم يوجب القطع في الخشب قبل العمل فيه وأوجب القطع فيه بعد العمل بأن اتخذ منه كرسيّاً أو باباً أو ما أشبه ذلك وفي الحشيش والقصب والبردي كما لم يوجب القطع قبل العمل لم يوجب بعد العمل حتى لو اتخذ منها حصيراً وسرق لا يقطع.

والفرق: أن الصنعة في الحشيش والقصب سوى البردي لا يغلب على الأصل، ألا ترى أنه لا تضاعف قيمته بسبب الصنعة ولا يخرج بالصنعة من أن يكون تافهاً فيما بين الناس حتى أن الحصير يبسط في غير الحرز كما أن القصب يلقي في غير الحرز بخلاف الخشب لأن الصنعة في الخشب تغلب على الأصل، ألا ترى أنه يزداد قيمته بسبب العمل، وألا ترى أنه يخرج من أن يكون تافهاً بخلاف الحصير حتى أن في الحصير في كل موضع غلبت الصفة على الأصل كما في الحصير البغدادي والحصير نقول بالقطع أيضاً، ويجب القطع في الزبرجد والياقوت والفيروزج لأنه لا يوجد بصورته مباح الأصل، وهو ليس بتافه بل هو في [٢ب/٢] غاية العزة فيما بين الناس.

وفي «البقالي» عن محمد رحمه الله: أنه لا قطع في اللؤلؤ والياقوت، وفي «الأصل» يقول: ولا قطع في الزجاج.

بعض مشايخنا قالوا: أراد به جوهر الزجاج والمكسور منه دون المعمول لأن غير

(١) أخرجه أبو داود حديث ٤٣٨٨، ٤٣٨٩، والترمذي حديث ١٤٤٩، وابن ماجه حديث ٢٥٩٣،

٢٥٩٤، وأحمد في المسند ٤٦٣/٣.

المعمول؛ والمكسور يوجد بصورته مباح الأصل في دار الإسلام، ألا ترى أنه يلقي في السكك، فأما في المعمول منه يجب القطع لأن المعمول لا يوجد بصورته مباح الأصل في دار الإسلام وإليه مال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله.

ومنهم من قال: لا قطع في المعمول أيضاً لأنه يتسارع إليه الكسر فهو بمنزلة الأمور التي يتسارع إليها الفساد، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

ولا قطع في الملح لأن فيه شبهة التفاهة، ولا قطع في السمك إن كان طريقاً لعلتين أحديهما: أنها مباح الأصل، والثانية: أنها مما يتسارع إليها الفساد، وإن كانت مألحة فللعلة الأولى ولا قطع [في] القديد من اللحم لأنه لحم.

الشرط الرابع: أن لا يكون للشارق في المسروق ملك ولا شبهة ملك، لأن الفعل واحد وهذا الفعل من حيث إنه يصادف ملك للأجنبي، ومع الشبهة لا يمكن إيجاب الحد.

الشرط الخامس: أن يكون المأخوذ منه حرزاً قال عليه السلام «لا قطع في الثمار وما آواه الجرين أو الجراب ففيه القطع»^(١) ثم المكان إنما يكون حرزاً بأحد أمرين: إما بأن يكون معداً لحفظ الأموال والأمكنة كالدور والدكاكين والخانات والخيام والفساطيط والأخبية، أو بالحفاظ حتى إن من سرق شيئاً من الصحراء وله حافظ بأن سرق شيئاً من تحت رأس رجل وهو نائم في الصحراء فإنه يقطع، وكذلك إذا كان نائماً في المسجد فسرقة من تحت رأسه شيء يقطع، والصحراء غير معد لحفظ الأموال والمسجد كذلك مع هذا وجب القطع إنما وجب لصيرورة المال محرزاً بالحفاظ.

وفي «الأصل» يقول: المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع، بعض مشايخنا قالوا: قوله ويبيت عليه إشارة إلى أن صاحب المتاع إنما يكون محرزاً لمتاعه في حال نومه إذا جعل المتاع تحت رأسه أو تحت جبهته أما إذا كان موضوعاً بين يديه فلا يكون محرزاً لمتاعه في حال نومه، وإن كان متاعه موضوعاً بين يديه، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عليه.

قال رحمه الله في «شرحه» عقيب هذه المسألة: ألا ترى أن المودع والمستعير لا يضمنان بمثل هذا وهما يضمنان بالتضييع، وفي «البقالي» يقول: وصاحبه نائم عليه أو حيث يراه ويحفظ قطع، وروى ابن أبي مالك عن محمد رحمه الله: رجل سرق من رجل ثوباً عليه رداؤه أو قلنسوة أو منقبة أو سرق من امرأة نائمة حلياً عليها لم يقطع، وكذلك إذا سرق من رجل نائم عليه ملاء هو لابسها لم يقطع، ثم قال: يقطع كالموضوع عنده.

وإذا سرق شاة أو بقرة أو فرساً من المرعى فلا قطع هكذا ذكره محمد رحمه الله في «الأصل»، قال شيخ الإسلام إلا أن يكون عليها راع لحفظها وهذا لأن بذلها في المرعى لأجل الرعي لا لأجل الحفظ فإذا لم يكن معها من يحفظها لم تصر محرزاً أصلاً، وإذا كان معها راعي لحفظها صار محرزاً بالراعي.

(١) تقدم الحديث مع تخريجه قبل قليل.

وفي «البقالي» لا قطع في المواشي في المرعى وإن كان معه الراعي لأن الراعي ينصب لأجل الحفظ فلا يصير محرراً بالراعي؛ فإن كان معها سوى الراعي من يحفظها يجب القطع الآن. وكثير من المشايخ أفتوا بهذا.

وإن كانت الغنم تأوي إلى بيت بالليل قد بني لها عليه باب مغلق فكسره ودخل وسرق منه شاة قطع لقوله عليه السلام: «وما أواه الجرين ففيه القطع» ولأنها إنما تجمع بالليل في الجرين لأجل الإحراز والحفظ قال في «البقالي» وقيل: لا يعتبر الغلق إذا كان الباب مردوداً إلا أن يكون بيتاً منفرداً في الصحراء، وفي «البقالي» بعد هذا بقليل المراح والجرين حرز وإن لم يكن عليه حافظ وقيل هذا إذا كان معه حافظ.

وفي «القدوري» يقول: وفي البيوت والدور ما كان حرزاً بنفسه سواء فيه إن يسرق منه وهو مفتوح الباب أو لا باب له إذا حجز بالبناء لأن البناء يقصد للإحراز فعلى هذا لو سرق من قصور يكون على رأس الأرضين، وفي بعض الكروم من غير باب أو من الحصن الذي يقال بالفارسية: جواره يجب فيه القطع، لأن كل ذلك أعد للحرز.

وفي «الحاوي»: إذا اتخذ من حجر أو شوك حظيرة وجمع فيها الأغنام وهو نائم عندها يقطع سارقها، وذكر ثمة أيضاً، قال محمد رحمه الله: وإذا جمع الأغنام في حظيرة أو في غير حظيرة وعليها حافظ أو ليس عليها حافظ بعد أن جمعها قطع سارقها، وعامة المشايخ على أنه إذا جمعها في مكان أعد لحفظها فسرق رجل منها فعليه القطع سواء كان معها حافظ أو لم يكن، قال عليه السلام «وما أواه الجرين ففيه القطع» من غير فصل، بينما إذا كان ثمة حافظ أو لم يكن وهذا هو الأصل في جنس مسائل السرقة إن المكان الذي كان يعد لحفظ الأموال فيه لا يشترط لوجوب القطع بالسرقة منه الحافظ، وإذا لم يكن المكان معد لحفظ الأموال يشترط لوجوب القطع بالسرقة منه الحافظ.

قال الطحاوي في «كتابه»: حرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى أنه إذا سرق دابة من إصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من أصطبل لا يقطع وذكر الكرخي في «كتابه»: إن كان حرز النوع فهو حرز في الأنواع كلها حتى لو سرق لؤلؤة من سريجة فقال: يقطع، وكذلك لو سرق ثياب الراعي من المراح يقطع. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هو المذهب عندنا.

وفي «المنتقى»: روى حسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه إذا سرق من بيت السوق ليلاً، فإن كان عندها من يحفظها يقطع، وإن لم يكن عندها [٢٣/٢] من يحفظها لا يقطع، وإذا دخل على السوق نهاراً في حانوته وسرق منه لم يقطع. وقال في العساس: وهو الذي نهى تعلق البيت ما يفتح به إذا عس نهاراً وليس في البيت ولا في الدار أحد وأخذ المتاع لا يقطع، وإن كان فيها أحد من أهلها وأخذ المتاع وهو لا يعلم قطع، وكذلك إذا عس باباً في السوق لم تقطع...^(١) لا يقطع، وهو الذي يعطي الدراهم لينظر إليها ويأخذ منها وصاحبه لا يعلم.

وفي «الحاوي»: إذا كان باب الدار مردوداً غير مغلق فدخلها السارق خفياً وأخذ المتاع خفياً قطع، ولو كان باب الدار مفتوحاً فدخل نهاراً وسرق لا يقطع، ولو دخل ليلاً من باب الدار فكان الباب مفتوحاً [أو] مردوداً بعدما صلى الناس العتمة وسرق خفياً أو مكابرة ومعه سلاح أو لا وصاحب الدار يعلم به أو لا قطع، ولو دخل اللص دار إنسان ما بين العشاء والعتمة والناس يذهبون ويجيئون فهو بمنزلة النهار، وإذا كان صاحب الدار يعلم بدخول اللص واللص لا يعلم أن فيها صاحب الدار، أو يعلم به اللص وصاحب الدار لا يعلم قطع، ولو علما لا يقطع ولو لم يعلم قطع، ولو كابر إنساناً ليلاً حتى سرق متاعه قطع، معنى قوله كابره: أنه دخل عليه بسلاح وقاتله حتى أخذ ماله، ولو كابر نهاراً سراً وأخذ متاعه مغالبة لا يقطع والقياس أن لا يقطع في الفصلين لانعدام ركن السرقة، فإن ركنها الأخذ على سبيل الخفية والاستسرار، والخفية إن وجدت قبل الدخول لم توجد وقت الأخذ فإن الأخذ حصل بطريق المغالبة، لكننا استحسننا في الفصل الأول وقلنا: بوجوب القطع لأننا لو اعتبرنا الخفية وقت الأخذ لامتنع وجوب القطع في السرقات لأن أكثر السرقات في الليالي تصير مغالبة في الإنتهاء لأنه وقت لا يلحقه الغوث بخلاف ما إذا كانت بالنهار، ولأن السرقة بالنهار لا تصير مغالبة غالباً لأنه وقت يلحقه الغوث من جهة السلطان، فإذا صارت مغالبة لا يتمكن السارق من الأخذ باعتبار الخفية لأنها بالنهار ولا يؤدي إلى امتناع القطع في أكثر السرقات ولا كذلك الليل.

الشرط السادس: أن لا يكون السارق مأذوناً بالدخول مع الإذن لأن بالإذن بالدخول لا ينفي المكان في حق المأذون، ولأجل هذا المعنى قلنا: أن الضيف إذا سرق شيئاً من بيت المضيف لا يقطع، ولو أذن له بالدخول في بيت من الدار فسرق من بيت آخر من تلك الدار اختلف المشايخ، واختلفت الروايات فيه:

ذكر في بعض روايات النوادر أنه يقطع لأن الإذن بالدخول في بيت من الدار لا يكون إذناً بالدخول في بيت آخر فصار وجود هذا الإذن في حق بيت آخر والعدم بمنزلة.

وذكر في بعضها أنه لا يقطع لأن الدار إذا كانت مشتملة على البيوت فكل بيت بمنزلة دار على حدة من حيث الحقيقة، أما في حق الأحكام فالكل بمنزلة واحدة؛ ألا ترى أن المودع إذا أمر بالحفظ في بيت من الدار له أن يخرج إلى صحن الدار ويدخل بيتاً آخر من تلك الدار، فباعتبار الحقيقة إن كان لا يثبت الإذن فباعتبار الحكم يثبت الإذن فتثبت شبهة الإذن والشبهة كافية لدفع الحد.

وفي «القدروي»: روي عن محمد رحمه الله فيمن سرق من حانوت في السوق ورب الحانوت قد قعد للبيع وأذن للناس بالدخول في الحانوت فسرق الرجل شيئاً مما في الحانوت، لا يقطع؛ لأنه لما أذن صاحب الحانوت بالدخول في الحانوت لا يبقى الحانوت حرزاً فلا يتحقق هتك الحرز فلهذا لا يجب القطع، وكذلك لو كان في الحانوت صندوق مقفل فسرق منه لا يقطع.

الشرط السابع: أن يكون للمسروق منه يد صحيحة على المال حتى أن السارق من

السارق لا يقطع، لأن السارق ليس له يد صحيحة، وهذا لأن إزالة اليد أن لا بد منها لإيجاب القطع وإزالة يد غير صحيحة في كونها جناية لا يكون نظير إزالة يد صحيحة والتفاوت في الجناية يمنع التساوي في العقوبة، وقد اعتبر إزالة صحيحة في إيجاب القطع حتى يقطع السارق من المالك ومودع المالك فلا يعتبر إزالة يد فاسدة في إيجاب القطع حتى لا يقع التساوي بين العقوبتين مع التفاوت بين الجنايتين.

وفي «البقالي»: لا يقطع السارق عن السارق إلا أن يدرأ عن الأول، وهل له أن يطالب برد العين المسروقة إليه قيل فيه روايتان قال القدوري: الأولى أن له ذلك؛ لأنه يحتاج إلى إعادة يده ليرده على المالك فيدفع القطع عن نفسه إن كانت السرقة منه قبل مرافعته إلى الإمام وإن كان بعد ذلك ليتخلص عن عهدة الضمان الواجب فيما بينه وبين الله تعالى.

وفي «الأصل»: لو سرق من السارق بعد ما قطعت يده لم يقطع، ولو غصبه رجل من السارق ضمن الغاضب وسقط القطع، وفي «نوادير هشام» عن محمد رحمهما الله: لا أقطع السارق من السارق إذا كنت قطعت الأول وإن درأت الأول لشبهة قطعت الثاني وإذا سرق من السارق الأول قبل أن تقطع يد الأول ففيه اختلاف المشايخ.

وفي «الحاوي»: إذا أخذ القاضي من السارق الثاني ما سرق فأمسكه حتى أتى صاحب المال فلا قطع على السارق الأول؛ لأنه رده إلى صاحبه قبل المرافعة، فإن ضاع عند القاضي برىء السارق عن ضمانه.

وفيه أيضاً: ضاع المال من يد القاضي وقد أخذ من قاطع الطريق ليحفظه فالضمان على من قطع الطريق وأخذ منه القاضي بمنزلة مال في يدي رجل مخوف أخذ منه القاضي ليحفظه عليه، وفي «نوادير ابن سماعة» [٣/ب/٢] عن محمد رحمهما الله في السارق من السارق إذا أخذ فالحاكم يأخذ المال منه ويدفعه إلى السارق الأول، وإن كان الأول أخذ المال من الثاني فالحاكم لا يأخذ ذلك من الأول لأنه هو الخصم وفيه القطع عليه، وقال محمد رحمه الله: بعد ذلك إذا علم الحاكم أن الأول سارق لا يدفع المال إليه ولو كان الأول قد أخذه من الثاني، والحاكم يأخذ منه ويحفظه على صاحبه الغائب فإن ضاع عند الحاكم وجاء رب المال ضمن السارق الأول، قال ثمة: وإنما أخذه الحاكم على أنه إن سلم فهو لصاحبه وإن ضاع كان السارق الأول ضامناً وإنه يخالف المذكور في «الحاوي».

الشرط الثامن: أن لا يكون بين السارق والمسروق منه زوجية ولا رحم كامل إذ لا يمكن إيجاب القطع بالسرقة من المحارم ومن أحد الزوجين.

أما إذا كان السارق أباً أو أمّاً فلأن لكل واحدٍ منهما شبهة الملك في مال المسروق منه والشبهة كافية للدرء الحد.

وأما إذا كان السارق ولدّاً، فلأن الولد يستحق النفقة في مال الوالدين إذا كان فقيراً فالاستحقاق إذا كان لا يثبت لمكان الغنى يثبت شبهة الاستحقاق لقيام شبهة، فالشبهة كافية للدرء الحد.

وأما إذا سرق من ذي رحم محرم سوى الوالدين والمولودين نحو الأخ والأخت والخال والخالة والعم والعمة لأن لقاربة هؤلاء سبب لاستحقاق النفقة عند العسرة فعند اليسار يثبت شبهة الاستحقاق، وأما السرقة من أحد الزوجين فلأن الزوج كالمالك لزوجته، والزوجة كالمملوكة لزوجها، وسرقة المالك من ماله لا توجب القطع.

ومما يتصل بهذه المسائل ما ذكر في «الأصل»: إذا سرق من امرأة ابنه أو من زوج ابنته أو من امرأة أبيه أو من ولد امرأته أو من أبيها أو من أمها فإنه لا يقطع في شيء من هذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله: يقطع إلا أن يكون المنزل للسارق أو لابنه أو لأبيه ولفت لشبهة أن الأصهار والأختان إذا سرق بعضهم بعضاً هل يقطع والختن: زوج كل ذي رحم محرم منه كزوج البنت والأخت وكل ذي رحم محرم من الختن، والصهر من حرم عليه مصاهرة كأم المرأة وأبيها وكامرأة الأب وكل ذي رحم محرم ممن حرم عليه بالمصاهرة وأولاد امرأته وكل ذي رحم محرم من أولادها.

وجه قولها: أن المتمكن في سرقة هؤلاء بعضهم من بعض شبهة الشبهة إذا لم يكن المنزل للسارق ولا لأبيه ولا لابنه ولا شبهة الحقيقة وشبهة الشبهة لا تمنع وجوب القطع وإنما قلنا: إن الثابت لهؤلاء شبهة لشبهة، أما في زوج ابنته وهو الختن فلأن الثابت للبنت في منزل الزوج إباحة الدخول وشبهة الملك في ماله بسبب النفقة ولو كان الثابت للبنت حقيقة الملك في المنزل كان الثابت لأبيها شبهة الملك وأنها دون حقيقة للأب ما دون ذلك كان الثابت الملك وهو شبهة الشبهة، وأما في كل ذي رحم محرم من الختن كأخ الختن وأمه وأبيه لأن الثابت لا يثبت السارق في منزل محارم الختن حل الدخول كما لزوجها، وهو ختن السارق لأنهما شريكان في السكنى بسبب النكاح وإذا كان الثابت للبنت مجرد حل الدخول كان الثابت للأب شبهة الشبهة إلى الأصهار.

أما امرأة الأب فلأن الثابت لأب السارق في منزل امرأته إباحة الدخول، وفي ما لها شبهة الملك بسبب النكاح فيكون الثابت للابن ما دون ذلك، وذلك شبهة الشبهة.

وإذا عرفت الكلام في امرأة الأب ظهر الكلام في كل ذي رحم محرم من امرأة الأب من طريق الأولى، لأن هؤلاء أبعد عن السارق من امرأة أبيه، بخلاف ما إذا كان المنزل للسارق ملكاً لأن له حقيقة الملك في الحرز، وبخلاف ما إذا كان المنزل لأب السارق أو لابنه لأن الدخول مباح له في منزل أبيه وفي منزل ابنه وإنما يمنع القطع بحقيقة الإباحة وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: المتمكن في سرقة هؤلاء شبهة الإباحة وحقيقة الإباحة مانعة من القطع فكذا شبهة الإباحة، وإنما قلنا ذلك إما إذا سرق من زوج ابنته وهو الختن؛ فلأن الثابت لابنته حقيقة إباحة الدخول في منزل الزوج فثبت له، لأنه شبهة إباحة الدخول، ألا ترى أنه لو كان لها في المنزل حقيقة الملك يثبت للأب في المنزل شبهة الملك فكذا إذا ثبت لها في المنزل حقيقة إباحة الدخول يثبت للأب شبهة الإباحة.

وأما إذا سرق من ذي رحم محرم من زوج البنت فلأن الثابت لبنت السارق في منزل

كل ذي رحم محرم من زوجها حقيقة إباحة الدخول بحكم الشركة في السكنى؛ لأن المرأة مع الزوج شريكاً في السكنى بسبب النكاح والدخول للزوج في منازل هؤلاء مباح من غير استئذان فتثبت الإباحة في حقها أيضاً فيكون لأبيها شبهة الإباحة أيضاً، وكذلك في جانب الأصهار بأن سرق من امرأة أبيه لأن الثابت للأب في منزل امرأته حقيقة الإباحة فيكون الثابت لابنه شبهة الإباحة، ألا ترى أنه لو كان للأب حقيقة الملك في المنزل يثبت للابن شبهة الملك فكذا إذا كان له حقيقة الإباحة يثبت للابن شبهة الإباحة.

وكذلك إذا سرق من كل ذي رحم محرم من امرأة الأب؛ لأن إباحة الدخول في منزل كل ذي رحم محرم منها ثابت للمرأة بحكم القرابة فيكون ثابتاً للأب بحكم الشركة في السكنى فيثبت لابنه شبهة الإباحة، وإذا سرق من أمه من الرضاع أو من امرأة حرمت عليه لتقبيله أمها أو ابنتها قطعت يده، لأن الثابت هاهنا ليس إلا حرمة المناكحة ولمجرد حرمة النكاح لا تثبت شبهة مانعة وجوب القطع [٢/١٤].

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا سرق من أمه من الرضاع لا قطع بخلاف أخته من الرضاع وغيرها، وعنه رواية أخرى أنه لا قطع في السرقة عنهما لأنه يدخل بينهما من غير استئذان عادة.

وإذا سرق من امرأته المبتوتة المعتدة عنه في منزل على حده لا يقطع، وكذلك إذا سرقت المبتوتة المعتدة من منزل زوجها لا تقطع؛ لأن الدخول لكل واحد منهما في منزل الآخر مباح حال قيام العدة.

أما للزوج على المرأة للإطلاع عليها صيانة لمائه فإنها مشغولة بمائه.

وأما للمرأة فلأنها مأمورة بالسكنى، حيث يسكن الزوج، قال الله تعالى: ﴿أَتَكُونُ مِنْ حَيْثُ سَكَنَ﴾ [الطلاق: ٦] وإذا بقي إباحة الدخول لكل واحد منهما ما بقيت العدة لا يجب القطع، هكذا ذكر في عامة روايات هذا الكتاب.

وذكر في بعض روايات هذا الكتاب وقال: يقطع إذا كان المنزل للمسروق منه دون السارق، ووجه هذه الرواية أن كل واحد منهما ممنوع عن الخلوة بصاحبه بعد الطلاق البائن لما ثبت من الحرمة فيما بينهما، وإذا حرمت الخلوة حرم الدخول، فيجب القطع كما بعد انقضاء العدة.

وإذا سرق الرجل من امرأته ثم طلقها وانقضت عدتها ثم رفع الأمر إلى القاضي فالقاضي لا يقطعه، لأن السرقة حال وجوبها وقعت غير موجبة القطع فلا يوجب القطع بعد ذلك، وهو نظير ما لو وهب من امرأته شيئاً ثم طلقها وانقضت عدتها، فأراد أن يرجع في الهبة، ليس له ذلك لأن الهبة حال وجودها لم تنعقد موجبة الرجوع، فلا يثبت حق الرجوع بعد ذلك.

وأما إذا سرق من أجنبية أو سرقت امرأة من أجنبي، ثم تزوجها قبل المرافعة إلى الإمام ثم ترافعا الأمر إلى الإمام وأقر السارق، فالقاضي لا يقطع، لأن الزوجية لو كانت معادية للسرقة منعت وجوب القطع لحقيقة الملك للسارق في المسروق وفي المسروق منه

إذا كان السارق زوجاً لشبهة الملك للسارق في المسروق بسبب النفقة، ولحقيقة الملك للمسروق منه في السارق إذا كان السارق زوجه لأن المرأة مملوكة للزوج ملك النكاح حقيقة فإذا وجدت الزوجية حال قيام السرقة من وجه دون وجه لبقائها من حيث الاعتداد وانقضائها من حيث الحقيقة، ثبتت في حق السارق والمسروق منه شبهة الملك، والشبهة ملحقة بالحقيقة في حق درء القطع.

فرق بين هذا وبين الهبة، فإن من وهب من امرأة شيئاً ثم تزوجها لا يبطل الرجوع، فلم يجعل اعتراض الزوجية مسقطاً حق الرجوع وجعل اعتراض الزوجية مسقطاً القطع، لأن الثابت باعتراض الزوجية، شبهة الملك، والشبهة توجب سقوط الحد ولا توجب سقوط الرجوع.

وفرق بين السرقة والوصية، فإن من أوصى لامرأته ثم أبانها في حال الصحة ثم مات صحت الوصية لها، ولو أوصى لأجنبية ثم تزوجها ثم مات وهي منكوحته لا تصح الوصية فقد اعتبر في الوصية حالة الموت، ولم يعتبر حالة الوصية، وفي السرقة اعتبر الحاليين.

والفرق أن المانع من صحة الوصية وقوع حكمها للوارث، وحكم الوصية إنما يثبت عند الموت، فيعتبر منها حالة الموت فإن كان الموصى له وارثاً للموصي يوم الموت لا تصح الوصية، وإن لم يكن وارثاً تصح الوصية.

أما المانع من وجوب القطع فيما بين الزوجين حقيقة الملك للسارق في المسروق أو شبهة الملك فإذا كانت الزوجية قائمة وقت السرقة، فالثابت حقيقة الملك للسارق في المسروق، وإذا كانت الزوجية طارئة فالثابت وقت طريان الزوجية شبهة الملك للسارق في المسروق، فلهذا افترقا.

هذا الذي ذكرنا في مسألة السرقة إذا تزوجها قبل المرافعة إلى الإمام، فإذا تزوجها بعد المرافعة إلى الإمام فلا رواية للإمام محمد رحمه الله في هذه الصورة.

وعن أبي يوسف رحمه الله إذا تزوجها قبل القضاء بالقطع لا يقطع، وإن تزوجها بعد القضاء بالقطع يقطع وإذا سرق من دار مستأجرة قال أبو حنيفة رضي الله عنه بأنه يقطع، وقال أبو يوسف: لا يقطع. وقول محمد رحمه الله مضطرب.

وجه ما ذهب إليه أبو يوسف لما مر أن السرقة حصلت من حرز له فيه شبهة الملك فلا يقطع كما لو سرق من دار اشتراها على أن البائع بالخيار وإنما قلنا ذلك، لأن ملكه قائم في رقعة الدار بعد الإجارة، وأنه سبب لملك المنفعة فحقيقة الملك إن لم يثبت سبب الإجارة ثبتت شبهة الملك كما في قوله: «أنت ومالك لأبيك»^(١).

وكما لو زوج أمته من إنسان ثم وطئها، فإنه لا يحد لأن ملك الرقبة يأتي بعد التزويج، وإنه سبب لثبوت ملك منفعة البضع فإن لم تثبت حقيقة الملك في منافع بضعها

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

لمانع، وهو النكاح أورث شبهة الملك.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: هذه سرقة حلت عن الشبهة لأن الشبهة إنما تتمكن في السرقة إما في المال أو في الحرز ولم يتمكن في المال شبهة لأنه ليس للآخر في مال المستأجر لا ملك ولا شبهة ملك ولا في الحرز لأن الحرز عبارة عن التحصين، وأنه من منافع الدار، ومنافع الدار بعد الإجارة صار ملكاً للمستأجر بعقد الإجارة، فلا يبقى له حقيقة الملك في منافع الدار [حتى] لو بقي بقي شبهة الملك بسبب ملك في الرقبة، ولا يجوز أن يبقى له شبهة ملك في المنافع، لقيام ملكه في الرقبة، لأن الشبهة إنما تثبت في محل تثبت فيه الحقيقة، وحقيقة الملك في منفعة الدار مع قيام الإجارة لا تثبت للآخر بسبب من أسباب الملك، لا بالإجارة ولا بالإعارة فلا يثبت له من شبهة الملك مع قيام الإجارة بسبب ملك الرقبة بخلاف المال في حق الابن والابنة، لأن [٤ب/٢] المال محل التملك بسائر أسباب الملك، فيكون محلاً للتملك بهذه الإضافة فإن لم يعمل في إيجاب الملك لمانع شبهة الملك.

وبخلاف النكاح وذلك لأن المولى في منافع بضع الأمة ملكان ملك منفعة كما يكون بالنكاح، وملك يمين كما في سائر المنافع، لأن ملكها بجميع المنافع ملك يمين. حتى لو اشترى أمة هي أخته من الرضاعة ملك منافع بضعها ملك يمين وإن لم يملك ملك متعة فملك المتعة إن صار للزوج بالنكاح بقيت المنافع مملوكة له ملك يمين. ولهذا قلنا إنه لو وجب البذل كان له والملك...^(١)، فإن لم يعمل لمعارضة ملك آخر أو لحرمة أورث شبهة الملك فأما ههنا كان الثابت في منافع الدار قبل الإجارة ملك واحد، وهو ملك اليمين وزال ذلك كله إلى المستأجر، فلم يبق له فيها حقيقة الملك. ولا يجوز أن تبقى شبهة الملك لقيام ملكه في رقبة الدار لما ذكرنا، هذا إذا سرق لآخر من الدار التي أجرها، فأما إذا سرق المستأجر من الأجر لا شك أن على قول أبي حنيفة يقطع، وعلى قولهما ذكر في بعض روايات هذا الكتاب أنه لا يقطع قالوا: وإنه غلط، والصحيح أنه يقطع؛ لأنه ليس للمستأجر في حرز الآخر لا ملك ولا شبهة ملك. وإن سرق من مديونه فهو على وجهين.

إما أن يكون سرق من جنس حقه قدر حقه بأن سرق دراهم أو زيادة عليه. أو من خلاف جنس حقه بأن سرق عروضاً، وإما أن يكون الدين حالاً أو يكون مؤجلاً.

فإن سرق من جنس حقه والدين حال لا شك أنه لا يقطع سواء سرق قدر حقه، أو زيادة على حقه، أما إذا سرق قدر حقه فلأن كون المأخوذ من جنس حقه يبيح له الأخذ بقدر حقه، فأما إذا سرق زيادة على حقه فلأنه يصير في معنى الشريك في المسروق. وأما إذا كان الدين مؤجلاً والمسروق من جنس حقه فعنه قياس واستحسان،

القياس: أن يقطع، لأنه سرق ما لا يباح له الأخذ فيقطع كما لو سرق من خلاف جنس حقه.

وجه الاستحسان: أن يكون المأخوذ جنس حقه يبيع له الأخذ فلأن لم يثبت حقيقة الإباحة هنا لمكان الأخذ ثبتت الشبهة والشبهة كافية لدرء الحد.

وإذا سرق من خلاف جنس حقه بأن سرق عروضاً يقطع، لأنه سرق ما لا يباح أخذه لا من طريق الحقيقة ولا من طريق الشبهة.

قال شيخ الإسلام رحمه الله في «شرح سرقة الأصل» عقيب هذا: إلا أن يقول السارق أخذته رهناً بحقي، فحينئذ لا يقطع، لأنه لما ادعى الأخذ رهناً لحقه فقد ادعى الأخذ بإذنه، لأن الرهن لا يكون رهناً إلا بالرضا، فصار مدعياً الإذن بالأخذ اقتضاء. ولو ادعى الإذن بالأخذ صريحاً أليس أنه لا يقطع كذا ههنا.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح هذا الكتاب: إذا سرق عروض مديونه استحسنت أبو يوسف رحمه الله من أنه لا يقطع للاختلاف المعروف بين العلماء أن رب الدين إذا ظفر بخلاف جنس حقه هل له أن يأخذ ذلك رهناً بحقه واختلاف العلماء يورث شبهته، فاستحسن فقال: لا يجب القطع لهذا.

ولم يذكر في «الكتاب» أنه إذا كان الدين دراهم فسرق دنانير المديون، والصحيح أنه لا يقطع لأن النقود في حكم جنس واحد ولهذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه: للإمام أن يأخذ أحد النقيدين بالآخر من غير رضا المديون لقضاء حقه.

ومما يتصل بهذا الفصل: بيان ما يجب القطع لسرقته وما لا يجب

قال محمد رحمه الله: ولا قطع في سرقة الصيد لأنه تمكن فيه شبهة الإباحة، لأن بعد الإحراز صيد وإباحة أخذ الصيد قبل الأخذ لعدم الإحراز ولكونه صيداً على ما قال عليه السلام: «الصيد لمن أخذ»^(١) فعدم الإحراز إن زال بالأخذ، فمعنى الصيد به لم يزل، فيبقى شبهة الإباحة ومع شبهة لا يجب الحد.

وكذلك لا قطع في سرقة الفهد لأنه صيد، وكذلك لا قطع في سرقة الكلب لأنه مال تافه وليس بنفيس ألا ترى أنه لا يرغب من كل آخذ، وكذلك لا قطع في الطير قال عليه السلام: «لا قطع في الطير»^(٢) ولأنه تمكن فيه شبهة الإباحة، لأنه صيد بعد الإحراز وفي الصيد شبهة الإباحة.

ولم يذكر في «الكتاب» ما إذا سرق دجاجة، قالوا: وينبغي أن يجب القطع لأنه ليس فيها شبهة الإباحة لأنها ليست بصيد وشبهة الإباحة في مثل هذه الصورة لمكان الصيد به.

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

(٢) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٦٠.

وفي «المنتقى»: لا قطع في الدجاج والبط، ولا قطع في شراب، لأنه إن كان حلواً فهو مما يتسارع إليه الفساد وإن كان مرّاً فإن كان خمرّاً فلأنها ليست بمتقومة، وفيما عداه (الخمر). من الأشرية للعلماء في تقومها اختلاف، فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص لأن ما ورد فيه النص متقوم بلا خلاف.

حكى عن فخر الإسلام علي البزدوي أنه قال: إن كان شيء من ذلك يبقّى، فهو مال متقوم بالإجماع، يقطع فيه لأنه في معنى ما ورد فيه النص.

ولا قطع في الطبل والبريط، أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فلأنه لا تقوم لهما ولهذا لا يجب الضمان على متلفهما.

فأما عند أبي حنيفة رضي الله عنه، فلأن الأخذ للكسر مباح فهو بمنزلة ماله أخذ الطعام وهو محتاج إليه، ولأن للأخذ تأويل في أخذه لأنه قصد به النهي عن المنكر، وهو استعماله للتلهي فيصير ذلك شبهة، هذا إذا كان طبل لهو وأما طبل الغزاة فقد اختلف المشايخ في وجوب القطع لسرقته، إذا كان يساوي عشرة واختيار الصدر الشهيد رحمه الله [٢/١٥] أنه لا يجب القطع، لأنه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتمكن الشبهة.

ولا قطع في سرقة الشطرنج وإن كان من ذهب والترد يكون كذلك.

ولو سرق مصحفاً فلا قطع عليه، سواء كان مفضضاً أو لم يكن إن لم يكن مفضضاً فلأن أخذ المصحف يتطلب ما فيه حادة الحاجة إلى إقامة الشيء من دينه مباح، إلا أن الحاجة أمر باطن لا يوقف عليها فأقيم كونه مخاطب وهو سبب الحاجة إلى معرفة الأحكام مقام الحاجة، فكان الأخذ عن حاجة، والأخذ عن حاجة مباح بخلاف ما قبل الكتابة، لأنه لا حاجة إلى أخذ الأوراق، فكان الأخذ هناك لا لحاجة، ولأن المقصود ما في المصحف، ويقدر إيجاب القطع باعتباره، لأنه ليس بمال، وإن كان مفضضاً فكذلك، لأن ما عليه من الفضة يمنع فإذا لم يجب القطع باعتبار الأصل كيف يجب باعتبار التبع ولو سرق كتاباً من كتب الفضة لا قطع عليه لما قلنا في المصحف.

ولو سرق كتاباً من كتب الأدب ففيه اختلاف المشايخ.

منهم من قال: يقطع، لأنه لا حاجة له إلى أخذه لأن الحاجة إلى معرفة أحكام الشرع وليس في كتب الأدب أحكام الشرع.

ومنهم من قال: لا يقطع، لأنه يحتاج إلى معرفة ما فيه ليتوصل بواسطته إلى أحكام الشرع.

ويقطع في سرقة دفاتر الحساب لأنه لا يحتاج إلى أخذه، إذ ليس فيه أحكام الشرع، ولا ما يتوصل إلى أحكام الشرع.

وفي «المنتقى»: قال أبو حنيفة رضي الله عنه في الرجل سرق الصنم من خشب: إنه لا يقطع، وقال أبو يوسف رحمه الله في سارق الصليب من ذهب أو فضة: أنه لا يقطع لأنه يعبد، وليس هذا كالدرهم التي فيها تماثيل، لأنها لا تعبد.

وفي «نوادر هشام» قال سمعت محمداً يقول: لا قطع في جلود السباع إذا سرقها

إنسان، وكذلك إن سرقها بعدما دبغت، قال: وأقطع في جلود السباع إذا كانت قد دبغت فجعلت مصلى أو بساطاً.

ولا قطع في قصب النشاب، ولو اتخذته نشاباً ثم سرقه قطع، ولا قطع في الرخام، ولا في القدر من الحجارة.

وقال أبو يوسف: ويقطع في العاج والأبنوس.

وروى هشام عن محمد رحمه الله أنه قال: لا قطع في العاج ما لم يعمل، وهكذا روى «البقالي» عن محمد رحمه الله في الأبنوس، فإذا عمل شيئاً قطعته.

قال «البقالي» وقيل: يجب أن لا يقطع في المعمول منهما.

ويقطع في الخل والعسل، رواه إبراهيم عن محمد رحمه الله، ويقطع في العود، والمسك، والأدنان والتمر، والزبيب، والورس، والزعفران، والوسمة اليابسة، والعنبر. وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه لا قطع في عفص ولا إهليلج ولا أشنان ولا ملح وقد مرت مسألة الملح من قبل.

وعن أبي يوسف أنه قال: أقطع في الملح والعنب ولا أقطع في التين والماء والنبذ والثمار، والطين، والجص، والنور، ولا يقطع الذمي في الخمر عند أبي يوسف ولا في الصليب إذا كان في مصلى لهم، وإن كان في بيت قطع.

ولو سرق مملوكاً صغيراً إن كان يعبر عن نفسه لا يقطع، وإن كان لا يعبر عن نفسه، فعلى قول أبي حنيفة، ومحمد رحمهما الله يقطع قياساً، وعلى قول أبي يوسف لا يقطع إستحساناً، فوجه قول أبي يوسف: إنه سرق شيئاً يمكن فيه شبهة عدم المالية، فلا يقطع كما لو كان يعبر عن نفسه.

بيان هذا: أن المسروق قبل الرق لم يكن مالاً لكونه آدمياً، وبعد الرق بقي آدمياً تتمكن فيه شبهة عدم المالية من هذا الوجه، ووجه قولهما وهو الفرق بينما يعبر عن نفسه وبينما لا يعبر عن نفسه أن الذي يعبر عن نفسه في يد نفسه.

ولهذا لو قال: أنا حر، قبل قوله، وإذا كان في يد نفسه لا يتصور سرقة، لأنه يأخذه جهاراً، وأما الذي لا يعبر عن نفسه لا يد له، وفي يد مالكة كالدابة والثوب، متحقق سرقة.

وفي «المتنقى»: إذا سرق عبداً صغيراً قيمته خمسمائة درهم وفي أذنه لؤلؤة تساوي خمسة دراهم قطعته.

الفصل الثالث

في الرجل يسرق شيئين أحدهما لا يجب القطع فيه
أو يجب القطع فيهما

الأصل أن ما هو المقصود بالسرقة إذا كان مما يجب فيه القطع وبلغ نصاباً يقطع بالإجماع، وإن كان ما هو المقصود بالسرقة مما لا قطع فيه لا يقطع، وإن كان معه غيره

مما يقطع وبلغ نصاباً وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع، بيانه في إناء ذهب أو فضة ثريد أو نبيد أو ماء فسرقه إنسان فوجه قول أبي يوسف أن الذي فيه وإذا لم يجز به القطع يلحق بالعدم، فيبقى الإناء مفرداً فيمنع من القطع مفرداً.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الإناء تبع للمظروف، وهو المقصود بالأخذ، فإذا لم يجب القطع فيما هو الأصل، كيف يجب فيما هو التبع.

وعلى هذا: إذا سرق صبيّاً حراً وعليه حلي قيمته مائة مثقال، فلا قطع، سواء علم بالحلي أو لم يعلم، لأن الحلي تابع للصغير حقيقة، لأن الصبي إنما يتحلى ليتزين به ماله من يقطع لصاحبها، ولا قطع في المتبوع، فكذا في التبع.

ذكر شيخ الإسلام رحمه الله مسألة الصبي في «شرح» من غير ذكر خلاف، وذكر القدوري في «شرح» أن على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: [٥ب/٢] لا يقطع، وعلى قول أبي يوسف: يقطع، قال القدوري: وقالوا جميعاً: إذا كان الصبي الحر يميز ويتكلم، فلا قطع بالإجماع، وإن كان عليه حلي لأن له يداً على نفسه، وعلى ما هو تابع له فكان أخذه حداً عاملاً يتعلق القطع به، وعلى هذا إذا سرق مصحفاً فيه كواكب من ذهب وفضة يبلغ عشرة دراهم فلا قطع علم بالكواكب أو لم يعلم إلا رواية عن أبي يوسف، لأن الكواكب صارت تبعاً للمصحف، ولا قطع في المتبوع ولا قطع في التبع أيضاً.

وفي «المنتقى»: إذا سرق كلباً في عنقه طوق من مائة درهم لم أقطعه لأن الكلب لا قطع فيه، وإن سرق حماراً قيمته تسعة وعليه إكاف قيمته درهم قطع. وإن سرق كوزاً فيه عسل قيمة الكوز تسعة دراهم وقيمة العسل درهم قطع، لأن العسل يقطع فيه.

وإن سرق إناء فضة فيه ثريد أو نبيد فلا قطع فيه، رواه هشام عن محمد رحمهما الله قال لأنني أنظر إلى ما في جوفه، فإن كان لا قطع فيه فلم أقطعه، ولا قطع في الثريد، والنبيد.

وفي «الأصل» إذا سرق خابية من خمر والظرف يساوي عشراً فلا قطع. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «شرح» إذا شرب الخمر في الحرز ثم أخرج الظرف، والظرف مما يقطع من جنسه قطع.

وفي «فتاوى أهل سمرقند» إذا سرق قمقمة وفيها ماء وهي تساوي عشرة لا يقطع، لأن هذه السرقة غير موجبة للقطع من وجه من حيث إنه سارق للماء.

وبه فارق الكوز الذي فيه عسل، لأن هناك السرقة موجبة للقطع من كل وجه، ألا ترى أنه لو انفرد كل واحد منهما وقيمته عشرة يقطع، فإن شرب الماء في الحرز وأخرج القمقمة يقطع.

قال في «القدوري»: إذا سرق منديلاً فيه صرة دراهم فعليه القطع، يريد به المنديل

الذي يشد فيه الدراهم عادة، لأن المقصود بالأخذ ما هو فيه .
ولو سرق ثوباً وفي طرفه دراهم مصرورة فإن أبا حنيفة رضي الله عنه قال: لا قطع فيه إلا أن يكون قيمة الثوب عشرة دراهم .
ولذلك كل شيء لا يكون وعاءً له في العادة، فلا قطع فيه حتى يكون ذلك الشيء يساوي ما يقطع فيه .

وأراد بالوعاء الثوب الذي يوضع فيه الدراهم عادة كالمنديل، وما أشبه ذلك .
وقال أبو يوسف: إن علم بما فيه يقطع، وإن لم يعلم لا يقطع وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه .
وقال أبو يوسف رواية أخرى عليه القطع علم أو لم يعلم . ولو سرق جوالقاً فيه مال أو جراباً أو كيساً فيه مال قطع به علم أو لم يعلم .
والفرق بين الثوب والجوالق على قول أبي حنيفة رضي الله عنه على ظاهر الرواية: أن في الجوالق لم يعلم بما فيه المظروف علم بأصله، فإن علم بكون الجوالق مملوءة فيكون سارقاً للمظروف قصداً لا تبعاً للظرف، وفي الثوب لم يعلم بما شد فيه أصلاً .
حتى لو علم بأصل المشدود في الثوب لم يعلم بما يليه يقول يقطع أيضاً .
وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته» مسألة سرقة الثوب إذا كان فيه دراهم مصرورة أو كانت فيه دنانير قد شدت والثوب لا تساوي عشرة أنه لا يقطع، قال رحمه الله: وتأويله إذا لم يكن الثوب وعاءً للدراهم والدنانير وتفسير الوعاء ما قلنا فأما إذا كان وعاء يقطع، لأن القصد منه يقطع على الدراهم والدنانير الأيدي .
لو سرق كيساً فيه دراهم كثيرة يقطع، وإن كانت قيمة الكيس دون الدرهم .

الفصل الرابع في معرفة الحرز وكيفية الأخذ منه

قد ذكرنا أن المكان إنما يصير حرزاً بأحد أمرين:
إما أن يكون معداً لحفظ الأموال فيه .

أو بالحافظ غير أن الحرز بالحافظ يدل على الحفظ كالبناء وما يقوم مقامه، لأن الحرز في الحقيقة ما يمتنع وصول اليد إلى المال به ويصير المال محيطاً به فلا اختفاء أثر في منع وصول اليد إلى المال كما للبناء وما أشبهه، ولمجرد الحافظ إن صار المال ممنوعاً ممن يريد أخذه فإن الحافظ يمنعه عن الأخذ لا يصير المال مختفياً به بل يبقى على ظاهر الأرض فكان ناقصاً في معنى الحرز فكان كالبديل عنه فلا يكون له غيره مع وجود البناء .

وعن هذا قال أصحابنا رحمهم الله: إن من سرق من الحمام في الوقت الذي يؤذن للناس بالدخول فيه لا يقطع، سواء كان للثياب حافظ ثمة أو لم يكن، لأنه لا عبرة

لالحافظ ههنا لأنه وحده لا يقع به الحرز حقيقة واعتباراً، أما حقيقة فظاهر، وأما اعتباراً، فلأنه يبنى للحرز كما يبنى لمنافع آخر.

ولهذا لو سرق في وقت لا يؤذن للناس بالدخول فيه يقطع، وإذا لم يكن للحافظ عبرة صار وجود الحافظ وعدمه بمنزلة، ولو عدم الحافظ لا يجب القطع، لأنه بيت للناس فالدخول فيه والسرقة من مثل هذا الموضع لا يوجب القطع.

وذكر شيخ الإسلام في «شرحه» في مسألة السرقة من الحمام أن لا قطع على السارق، وإن كان ثمة حافظ، وقال هذا قول علمائنا رحمهم الله.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هذه المسألة في «شرحه» أيضاً، وذكر أنه لا قطع على السارق، ولم يذكر فيها خلافاً ولم يذكر أن هذا قول من.

وذكر في «العيون»: أن على قول أبي حنيفة رضي الله عنه يقطع إذا كان ثمة حافظ وصورة ما ذكر في «العيون»: رجل سرق من حمام، فإن كان صاحبه جالساً عليه فسل [الثوب] من تحته قطع عند أبي حنيفة، وقال محمد رحمه الله: لا يقطع.

قال الصدر الشهيد: الفقيه أبو الليث [٢/١٦] رحمه الله اختار قول محمد في الحمام، فنحن نختار قوله أيضاً إننا عالة.

وإن سرق من مسجد قطع إن كان صاحب المتاع ثمة وما لا فلا كان المسجد ليس بحرز بنفسه لأنه لا يبنى للحفظ وإنما يصير حرزاً بالحافظ فإن كان ثمة حافظ يصير محرزاً وما لا فلا.

وفي «نواذر ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله: قوم نزلوا جميعاً بيتاً أو خاناً، فسرق بعضهم من بعض متاعاً، وصاحب المتاع من متاعه حيث يحفظه أو كان المتاع تحت رأسه فلا قطع.

ولو كانوا في مسجد جماعة، وباقي المسألة بحالها يجب القطع، لأن البيت والخان كل واحد حرز بنفسه فما لم يخرج المسروق من الحرز لا يجب القطع، فأما المسجد فليس بحرز بنفسه وإنما يصير محرزاً فيه بالمالك، فإذا أخذه ونحاه عن المالك فقد وجد الإخراج عن الحرز فيجب القطع.

والدليل عليه: أنه إذا سرق من مسجد، ونحاه عن موضعه، فأخذ السارق قبل أن يخرج المتاع من المسجد يقطع.

وإذا سرق من بيت، وأخذ السارق قبل أن يخرج المتاع من البيت لا يقطع.

وعن أبي يوسف رحمه الله في رجل نزل بأرض فلاة ومعه جوالق ونام عنده لحفظه، فسرق رجل شيئاً منه، أو سرق الجوالق قطع، لأن الجوالق محرز بالحافظ مع ما فيه، ويستوي فيه إن أخذ جميعه أو بعضه تحت القطع، لأن المعنى لا يختلف.

وكذلك إذا سرق فسطاطاً ملفوفاً قد وضعه ونام عنده لحفظه لأن الفسطاط محفوظ

محرز.

وإن كان الفسطاط مضروباً فأخذه لم يقطع، لأنه سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس في حرز.

ولو سرق باب المسجد فلا قطع، إما لأنه ليس بمملوك للعباد، وإما لأنه ليس بمحرز، بل هو ظاهر.

وإذا سرق باب دار رجل فلا قطع، لأنه ليس بمحرز بل هو ظاهر. وإذا سرق ثوباً بسط على حائط في السكة لا يقطع، وكذلك إذا سرق ثوباً بسط على جص إلى السكة وإن بسط على الحائط إلى الدار أو على الجص إلى السطح قطع السارق.

إذا ثقب بيتاً، وأدخل يده فيه، وأخرج المتاع لا يقطع، ذكر المسألة في «الأصل» وفي «الجامع الصغير» من غير ذكر خلاف، وقال أبو يوسف في «الإملاء»: يقطع، دخل أم لا إذ المقصود هو الإخراج لا نفس الدخول، وقد حصل الإخراج. واعلم بأن الحرز نوعان:

نوع يمكن الدخول فيه.

ونوع لا يمكن الدخول فيه.

فما يمكن الدخول فيه ما لم يدخل فيه، وأخرج المتاع عنه لا يقطع إلا على قول أبي يوسف.

وما لم يمكن الدخول فيه ما لم يدخل يده فيه، وأخرج المتاع لا يقطع.

بيان الأول: إذا ثقب البيت، وأدخل يده فيه وأخرج المتاع.

بيان الثاني: إذا شق الجوالق أن أدخل يده وأخرج المتاع يقطع، وإن لم يدخل يده فيه، ولكن كما شق الجوالق أخرج المتاع فأخذه لا يقطع، وهذا لأن هتك الحرز مع إخراج المال شرط لوجوب القطع، لأن تمام السرقة بها، وما لم تتم السرقة لا يجب القطع، وإذا ثبت أن هتك الحرز شرط يشترط الكامل منه ما أمكن، وإنما يكمل هتك الحرز بالدخول فيه في البيت وأجناسه مما يمكن الدخول فيه اعتبار معنى الكمال ممكن، وفي الجوالق وغيره مما لا يمكن الدخول فيه اعتبار معنى الكمال غير ممكن، فاكتمت بالنقص، وهو إدخال اليد فتمت أدخل يده فيه وأخرج المتاع يجب القطع وما لا فلا.

وعن هذا قلنا إن الرجل إذا كان في كفه دراهم مصرورة مشدودة جاء طراراً وسرقها إن كانت الدراهم داخل الكم بأن وضع الدراهم خارج الكم وربطه داخل الكم إن قطع الرباط وأخذ الدراهم لذلك مربوطة قطع، لأنه أدخل يده في الكم وأخرج الدراهم من الكم يتم هتك الحرز وإخراج المال فيقطع، وإن حل الرباط لا يقطع، لأنه وإن أدخل اليد في الكم لحل الرباط إلا أنه إذا حل الرباط تبقى الدراهم خارج الكم فما أخرج الدراهم من الكم، فهو بمنزلة ما لو دخل البيت، ثم خرج وأدخل يده وأخذ شيئاً، وهناك لا يجب القطع فهنا كذلك.

(١) الطَّر: الشَّق، والقطع، والخَلْس، واللطم، والسقوط.

فإن كان الرباط خارج الكم: إن قطع الرباط وأخذ الدراهم كذلك مربوطة لا يقطع، لأنه أخذ الدراهم من خارج الكم، فإن حل الرباط يقطع، لأن بعد حل الرباط تقع الدراهم في الكم فإنما أخذ الدراهم من الحرز فيقطع.

وفي «نوادير بشر» عن أبي يوسف قال أبو حنيفة رحمهم الله: رجل كانت في كفه صرة فطرها رجل إن كان من خارج الكم لم يقطع، وإن كان أدخل يده في الكم طرها قطع، وقال أبو يوسف وهذا كله سواء ويقطع.

نوع آخر من هذا الفصل

إذا أخذ السارق قبل أن يخرج السرقة لا يقطع، وهذه المسألة في الحاصل على وجوه:

إما إن سرق من بيت مفرد وأخذ قبل الإخراج منه وفي هذا الوجه لا قطع لأن تمام السرقة بالأخذ والإخراج من الحرز ولم يوجد الإخراج أصلاً ولم يوجد الأخذ معنى، لأن البيت في يد المالك فما في البيت يكون في بيته أيضاً.

وأما إن سرق من بيت من دار فيها بيوت وأخرج إلى صحن الدار ولم يخرج من الدار حتى أخذ وفي هذا الوجه لا قطع أيضاً، لأنه لم يوجد الأخذ معنى ولم يوجد الإخراج من الحرز أيضاً لأن الدار كلها حرز واحد.

وأما إن سرق من صحن دار يشتمل على بيوت ولم يخرجها من الدار وفي هذا الوجه لا قطع أيضاً.

وإن كانت الدار كبيرة فيها مقاصر ومنازل، وفي كل مقصورة سكان على حدة كدار نوح، كدار غياث...^(١) فسرق رجل من مقصورة سجاداً وأخرجها إلى صحن الدار قطع، لأن الأخذ قد وجد من كل وجه.

وكذلك الإخراج من [٦ب/٢] الحرز لأن كل مقصورة حرز على حدة، ومال كل إنسان يكون مقصور به لا بالدار، فكانت هذه المقصورة بمنزلة دور في محال مختلفة. وعلى هذا لو أغار إنسان من أهل هذه المقاصير على مقصورة وسرق منها شيئاً قطع.

وفي الدار المشتملة على البيوت إذا كان في كل بيت ساكناً فسرق إنسان من أهل البيوت من بيت شيئاً لا يقطع، وما افرقاً إلا بما قلنا.

ولو سرق من الدار سرقة ورمى بها إلى خارج الدار ثم خرج وأخذ السرقة قطع عند علمائنا رحمهم الله إستحساناً.

ولو أخذ في الدار حتى لم يمكنه الخروج والأخذ لا يقطع، والوجه في ذلك أن أخذ السارق إنما يتم إذا زال يد المالك صورة ومعنى، فأخذ السارق قائم لأن التمام صفة

الأخذ والصفة إنما تثبت حال قيام الأصل فلا بد من قيام أصل الأخذ حتى يستند لتمامه له، إذا ثبت هذا.

فنقول حال زوال يد المالك حال ما بعد الرمي إلى السكة، وفي هذه الحالة أخذ السارق ليس بقائم حقيقة، وإنما يعتبر قائماً تقديراً، واعتباراً إذا ظهر أن الرمي لإتمام الأخذ، وهذا لأن الرمي متردد بين أن يكون للتضييع - فإن من عادات السارق تضييع بعض المال على المسروق منه وأخذ البعض -، وبين أن يكون حيلة لإتمام الأخذ بأن يرمي فتفرغ يده، ليتمكن دفع رب المال متى علم به وصدده، على هذا أكثر السرقات. فإذا خرج وأخذ المتاع ظهر أن الرمي لإمكان إتمام الأخذ لا للتضييع، فيعتبر أخذه قائماً تقديراً واعتباراً وزال يد المالك صورة ومعنى وأخذ السارق قائم فيتم أخذه، فيتحقق شرط وجوب القطع.

فأما إذا أخذ في الدار حتى لم يتمكن الخروج وأخذ السرقة، ظهر أن الرمي ما كان لإتمام الأخذ فلا يصير أخذه قائماً وقت زوال يد المالك صورة ومعنى، فلا يمكن إتمامه فيبقى ناقصاً، وأنه لا يكفي لإيجاب القطع.

وعن هذا قلنا: إن السارق إذا رمى بالسرقة خارج الدار ثم خرج فلم يجدها بأن كان غيره أخذها وذهب، لا قطع على واحد منهما، ولذلك لو أن الداخل ناول صاحباً له خارج الدار ثم خرج وذهب لم يقطع واحد منهما. وعن أبي يوسف: أن الخارج إذا أدخل يده في الدار وناوله الداخل لا قطع على واحد منهما.

أما الداخل فلأنه لم يوجد منه الإخراج من الحرز وأما الخارج فلأنه وإن أخرج المال من الحرز إلا أنه لم يدخل في الحرز.

فأما إذا كان الداخل إذا أخرج يده من الدار مع السرقة وناولها صاحبه يجب القطع على الداخل، لأنه وجد منه الدخول في الحرز والإخراج عن الحرز فتمت السرقة في حقه ولا قطع على الخارج لأنه لم يوجد منه لا الدخول ولا الإخراج.

وكثير من مشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف، وقال: ما ذكر محمد رحمه الله في «الكتاب» محمول على ما إذا لم يخرج الداخل يده مع السرقة من الدار فأما إذا أخرج يجب القطع على الداخل كما هو قول أبي يوسف.

وفي «القدوري»: عن محمد رحمه الله أيضاً أن الداخل إذا أخرج يده من البيت مع السرقة، وناولها صاحبه أن عليه القطع.

وعن أبي يوسف رواية أخرى: أن الخارج إذا أدخل يده، وأخرج المتاع كان عليه القطع، لأن الدخول ليس بمقصود بعينه بل المقصود هو الإخراج، وقد وجد.

قال: لو أدخل يده في جوالق وأخذ المتاع أو أدخل يده في صندوق الصيرفي يجب القطع، وإن لم يوجد الدخول لما وجد الإخراج.

ولو وضع الداخل المتاع عند الثقب ثم خرج وأخذه هل يقطع؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في شيء من الكتب.

وقد اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: يقطع، لأن المال إنما صار مخرجاً بفعله، وبعضهم قالوا: لا يقطع، لأن المال وإن صار مخرجاً من الحرز بفعله إلا أن وقت وجود الفعل منه هو خارج من الدار، فلا يجب القطع كما لو أخرجه آخر.

بخلاف ما لو رمى به إلى السكة ثم خرج وأخذه، لأن هناك المال صار مخرجاً من الحرز بفعله وقال ما وجد منه الفعل هو في الحرز حقيقة.

وقد صح عن علي رضي الله عنه أنه قال: إذا كان السارق ظريفاً فلا قطع عليه، وقيل: فكيف يكون السارق ظريفاً؟ قال: يدخل يده في الدار ويمكنها دخولها سارق البيت وجمع المتاع وطرح فيما في نهر كان في البيت ثم خرج وأخذه بأن كان للماء من القوم ما أخرج المتاع بنفسه، فلا قطع على السارق، وإن لم يكن للماء تلك القوة وإنما أخرجه بتحريكه، فعليه القطع، هكذا ذكر في «النوازل»، وذكر في موضع آخر: أن فيه اختلاف المشايخ؛ بعضهم قالوا: يقطع من غير تفصيل، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وإذا سرق من القطار بغيراً فلا قطع، لأنه ظاهر وليس بمحرز ويستوي أن يكون معه سائق وقائد للسوق أو لم يكن، فلم يجعل القطار محرزاً بالسائق والقائد وإن كان السائق والقائد يحفظانه، لأن... محرزاً يكون قصده بفعله الحفظ وأما إذا كان قصده بفعله شيء آخر، والحفظ يحصل بطريق التبعية فلا، وهذا لأن الحفظ إذا كان تبعاً كان فيه شبهة العدم ومع شبهة العدم لا يمكن إيجاب القطع. إذا ثبت هذا فنقول السائق والقائد... الحفظ وإنما يقصدان قطع المسافة والسوق، فلا يصيران محرزان، فلا يجب القطع بسرقة حتى لو كان مع القطار من يمنعه للحفظ وكان المالك قائماً عليه يقطع بسرقة.

وإذا سرق جوالقاً عن ظهر دابة فلا قطع إلا إذا كان صاحبه قائماً عليه يحفظه فإن كان صاحب معه يستوي في وجوب القطع أن يعلم السارق بما في الجوالق أو لا يعلم.

الفصل الخامس في القوم يشتركون في السرقة

وقد ذكرنا فيما تقدم [٢/١٧] في القوم يشتركون في السرقة قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: في الرجال يدخلون في دار رجل فعلى رجل منهم أخذ متاعه وحمله: فإنهم يقطعون استحساناً، وذكر هذه المسألة في «الأصل» بعبارة أخرى فقال:

جماعة دخلوا داراً فجمعوا المتاع وحملوه على ظهر رجل منهم وكان هو الذي خرج به، وقد خرجوا معه في عون قطعوا استحساناً، لأن هذه سرقة معهودة فيما بين السراق أن يتولى بعضهم أخذ المتاع وحمله والبعض يكونوا رصداً يدفعون صاحب الدار إذا انتبه فلو لم نوجب القطع عليهم أدى إلى سد باب القطع.

قالوا: هذا إذا كان الآخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد، فأما إذا كان

الحامل والآخذ ممن لا يجب القطع عند الانفراد بأن كان صبيّاً أو مجنوناً لا يقطع واحد منهم، لأن غير الحامل في هذا الفعل تبع للحامل والآخذ، فإذا لم يجب القطع على من هو أصل كيف يجب على من هو تبع، وإن كان الذي ولي الحمل وأخذ من الكنز فكذلك الجواب على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا قطع على واحد منهم.

وقال أبو يوسف: يجب القطع إلا على الصبي والمجنون، ذكر «القدوري» قول محمد وحده.

وذكر في «العيون» قول محمد مع أبي يوسف فوجه قولهما أن الحامل هو الأصل. فإذا كان الحامل صبيّاً أو مجنوناً، فقد بطل حكم الأصل، فيبطل حكم التبع ضرورة. وإذا كان الحامل عاقلاً بالغاً فلا خلل في الأصل، وإنما الخلل فيما هو تبع وسقوط الحد عن التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: الفعل من الكل واحد، وقد تمكنت الشبهة في فعل واحد منهم، فسقط عن الباقي كالخاطيء والعامل إذا اشتراكا في القطع. وإذا حملوا المتاع على ظهر دابة وساقوها حتى أخرجت المتاع عن الحرز قطعوا، لأن فعل الدابة يضاف إلى السائق، فكأنهم أخرجوه بأنفسهم بخلاف الحمل على جواب القياس.

ولو أن السارق لم يسق الدابة بنفسه، ولكن خرجت الدابة بنفسها أو ذهبت إلى بيت السارق قبل خروج السارق من البيت أو بعده، فلا قطع على السارق ذكر هذا الفصل في «فتاوى أهل سمرقند»، وفي «القدوري»: وقال أبو حنيفة رضي الله عنه في صبي أو ذي رحم محرم من المسروق [ق] منه: إذا شارك مع غيره في السرقة فلا قطع على واحد منهما. وقال أبو يوسف: يدرأ عن الصبي والمحرم، ولا يدرأ عن الأجنبي.

وإن كان أحدهما شريكاً للمسروق منه في المتاع فإنه لا يجب القطع على واحد منهما بالإجماع، فقد فرق أبو يوسف رحمه الله بين المحرم والصبي، وبين الشريك والفرق: أن فعل الشريك ليس بسرقة أصلاً، فإنه مأذون في الأخذ فلم يكن فعل الآخر أيضاً سبباً موجباً بخلاف الصبي والمحرم، لأن فعل كل واحد منهما سرقة وقد امتنع وجوب القطع على أحدهما بمعنى اختص به فيجب على الآخر.

الفصل السادس في ظهور السرقة

يجب أن يعلم بأن السرقة إنما تظهر بأحد أمرين:

إما بالبيئة.

وإما بالإقرار.

وإن كان ظهورها بالإقرار: فالقاضي يسأله عن مالية السرقة فإن بين ذلك فالقاضي

يسأله عن المسروق، فإن المسروق إذا لم يكن مالا لا يجب القطع بسرقة، فإن قال: سرقت مالا، فالقاضي يسأله عن جنس المال، لأن من الأموال ما لا يجب القطع بسرقة، فإن بين جنس المال يسأله عن مقدار المال، وهذا إذا كان المسروق غائبا عن مجلس القضاء، وإن كان حاضرا في مجلس القضاء ويدعيه عنه المسروق منه فأقر السارق، فالقاضي لا يحتاج إلى السؤال عن المسروق وعن مقداره، ولكن ينظر إلى المسروق فإن أمكن إيجاب القطع بسرقة أوجه، وما لا فلا.

ثم يسأله كيف سرق لجواز أنه ثقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع، وفي هذا الوجه: لا قطع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ثم يسأله عن المكان لجواز أنه سرق من غير الحرز، ولا يسأله عن الوقت، وإن احتمل تقادم العهد لأن تقادم العهد لا يمنع القطع بالإقرار ثم يسأله عن المسروق منه لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم أو أحد الزوجين، فإن بين ذلك جملة الآن يقضي القاضي عليه بالقطع.

ويكتفي بالإقرار مرة واحدة عند أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف رحمهم الله: لا بد من الإقرار مرتين، لأثر علي رضي الله عنه: كان القطع حق الله تعالى على الخلوص يجب أن يكون الإقرار فيه معتبرا بالشهادة، كالحد والرجم في باب الزنا.

ولهما: ما روي أن رسول الله ﷺ قطع سارقا بالإقرار مرة، والمعنى فيه أن الإقرار في المرة الثانية لا يفيد، إلا ما أفاده الإقرار في المرة الأولى، فلا معنى لاشتراطه كان القياس في باب الزنا كذا، لكن عرفنا ذلك بالنص، والنص الوارد في باب الزنا لا يكون وارداً في باب السرقة، لأن في باب السرقة نص بخلافه، وهو ما رويناه من حديث رسول الله ﷺ.

وإذا أقر بالسرقة ثم رجع صح رجوعه، ولا يقطع، لأنه حد وجب لله تعالى خالصاً بالإقرار، فيصح الرجوع كما في حد الزنا يوصى أن الرجوع عن الإقرار يثبت شبهة الكذب في الإقرار، لكون الإقرار محتملاً للصدق والكذب، والحد لا يستوفى مع الشبهة، وإذا أقر بالسرقة ثم هرب، فإنه يتبع من فوره ويقطع مع أن هربه يورث تهمة الكذب في شهادته، لأن هذا النوع من التهمة ليست بما يعد قبل الشهادة، إذ لو كانت ما يعد ما [٧ب/٢] قبلت شهادته أبداً بخلاف الإقرار.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجلان أقرّا بالسرقة مائة درهم ثم قال أحدهما: هو مالي، لا يقطع واحد منهما: أما الذي قال هو مالي، فلأنه رجع عن إقراره والرجوع في هذا الباب صحيح يسقط له الحد على ما ذكرنا.

وأما الآخر، فلأن القطع قد سقط عن الراجع بعد ثبوت الشركة بينهما في فعل السرقة، لأنهما أقرّا بسرقة واحدة مشتركة بينهما فيصير ذلك شبهة في حق غير الراجع، فيسقط عنه القطع أيضاً.

ويستوي إن قال أحدهما هذه المقالة قبل القضاء بالقطع أو بعد القضاء قبل

الاستيفاء، نص عليه محمد رحمه الله، وهذا لأن الاستيفاء في باب الحدود يثبتها بالإمضاء فصار وجود هذه المقالة قبل الاستيفاء كوجودها قبل القضاء، ولو أقر أحدها، فقال سرقت أنا وفلان من فلان هذا الثوب الذي في أيدينا، ذكر محمد رحمه الله في «الأصل» هذه المسألة وجعلها على وجهين:

أما إن صدقه الآخر وفي هذا الوجه يقطعان بالإجماع، لأن الآخر لما صدقه صار آخر من ما لصدقه، ولو أنهما أقرا بالسرقة ابتداءً وصدقهما المسروق أليس أنهما يقطعان كذا ههنا، وإن كذبه الآخر فهو على وجهين.

الأول: أن يقول لم أسرق أنا والثوب ثوبنا وفي هذا الوجه لا قطع على واحد منهما بالإجماع، وأما الذي قال: الثوب ثوبنا، فلأنه لم يقر بالسرقة.

وأما الآخر: فلأن المنكر للسرقة لما قال الثوب ثوبنا فقد أقر للمقر بالشركة في هذا الثوب وصح إقراره بالشركة، لأن الثوب في أيديهما لو صدقه الآخر ثبتت حقيقة الشركة، فإذا أكذبه الآخر ثبتت له شبهة الشركة في المسروق، وأنه كافٍ لدرء الحد.

وكان كمن أقر أنه سرق هذا الثوب من فلان فأقر المسروق منه بنصف الثوب للشارق فقال نصف الثوب لك وأنكر السارق، لم يقطع لأن المسروق منه أقر للشارق بالشركة في الثوب، ولو صدقه السارق ثبتت الشركة حقيقة، فإذا لم يصدقه ثبتت شبهة الشركة، وكذا ههنا.

وأما أن يقول: لم أسرق: لا أعرف الثوب.

وفي هذا الوجه اختلفوا: قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: يقطع المقر، وقال أبو يوسف: أحب إلي أن لا يقطع المقر، والمنكر لا يقطع إجماعاً، وذكر في كتاب الحدود مسألة من هذا الجنس.

فقال: الرجل إذا أقر فقال زنيته بفلانة وفلانة حاضرة فأنكرت فقال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا يجب الحد على المقر.

وقال أبو يوسف، ومحمد: يجب، وأبو حنيفة رضي الله عنه فرق بين السرقة والزنا، ومحمد رحمه الله سوى بينهما، وأبو يوسف رحمه الله فرق ولكن على عكس ما فرق أبو حنيفة.

وإذا أقر بالسرقة عند القاضي فيقول سرقت من فلان ووصف السرقة وفلان غائب قطع استحساناً، ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه المقر.

وفي «القدوري»: أن على قول أبي حنيفة، ومحمد رحمهما الله لا يقطع حتى يحضر المسروق منه، ولو أقر أنه سرق وفلان من فلان ألف درهم قطع المقر عند أبي حنيفة رضي الله عنه لآخر، وهو قول أبي يوسف، ومحمد رحمهما الله، ولا ينتظر حضور شريكه.

قال محمد رحمه الله عبد لرجل في يديه عشرة دراهم أقر أنه سرقها من هذا الرجل وجعلها على وجهين:

أما أن أقر بسرقة مستهلكة أو بسرقة قائمة، وفي هذين الوجهين يصح إقراره في حق القطع، والمال فتقطع يد العبد، ويرد المسروق على المسروق منه إذا كان المسروق قائماً.

الوجه الثاني: أن يكون العبد محجوراً عليه، فإن أقر بسرقة مستهلكة صح إقراره في حق القطع لأن الإقرار بسرقة مستهلكة إقرار بالقطع وليس بإقرار بالمال، فإن الضمان لا يجب إذا كانت السرقة مستهلكة، وإقرار المحجور على نفسه بالحد المفرد صحيح.

وإن أقر بسرقة مال قائم بعينه في يده، فإن صدقه المولى يقطع ويرد المال على المسروق منه، لأن السرقة في حق القطع ثبتت بإقرار المولى وفي حق المال ثبتت بتصديق المولى فتصير إنما لو ثبتت بالبينة وهناك الجواب كما قلنا، وإن كذبه المولى في المال وقال: المال مالي فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه يصح إقراره في حق القطع والمال جميعاً فيقطع العبد ويرد المال على المسروق منه، وقال أبو يوسف يصح إقراره في حق القطع ولا يصح في حق المال فيقطع العبد ولا يرد المال على المسروق منه.

وقال محمد رحمه الله: لا يصح إقراره لا في حق المال ولا في حق القطع.

ذكر هذه المسألة في «المنتقى»: وقال: كان أبو حنيفة رضي الله عنه أولاً يقول: أصدق العبد على المتاع وأرده ولا أصدقه على القطع فلا أقطعه ثم قال: أصدقه على القطع فأقطعه ولا أصدقه على المتاع فلا أردّه ثم قال: أصدقه على المتاع والقطع فأقطعه وأرد المتاع ولا يصح إقرار الصبي والصبية في السرقة، لأن الإقرار بالسرقة إقرار بما يضره والصبي لم يؤهل للتصرفات الضارة في حقه والتصرف الصادر من غير الأهل لا يعتبر.

وإن احتلم أو أحبل أو كانت امرأة فحبلت أو حاضت ثم أقرت صح الإقرار، لأن البلوغ شرعاً ثبت بهذه الأسباب وإن لم يوجد شيء من هذه الأشياء فإنما يحكم ببلوغها بالسن وقد اختلفوا في مقدار ذلك، وحق لمسألة الطلاق، فإذا أقر بالسرقة [٢/٨] مكرهاً فإقراره باطل. ومن المتأخرين أفتى بصحته.

وسئل الحسن بن زياد رحمه الله: أيحل ضرب السارق حتى يقر، قال ما لم يقطع اللحم لا يظهر العظم.

وإذا أقر بالسرقة طائعا ثم قال: المتاع متاعي أو استودعته أو قال أخذته رهناً بدين لي عليه درأ القطع عنه، كما لو ثبت السرقة عليه بالبينة وإذا قضى قاض على السارق بالقطع ببينة أو إقرار ثم قال المسروق منه: هذا متاعه لم يسرقه مني إنما كنت استودعته أو قال شهد شهودي بزور أو قال أقر هو بالباطل أو ما أشبه ذلك سقط عنه القطع، لأن بهذا الإقرار انتهت خصومته والخصومة شرط.

رجل قال: سرقت من فلان مئة درهم لا بل عشرة دنانير، يقطع في العشرة الدنانير ويضمن المئة الدرهم، يريد به إذا ادعى المقر له بالمالين، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه، لأنه رجع عن الإقرار بسرقة المئتين يصح الرجوع في حق القطع دون الضمان وصح

الإقرار الثاني بالسرقة في حق القطع ومتى وجب القطع بالسرقة الثانية انتفى الضمان.

ولو أقر بسرقة مئة لا بل مئتين قطع ولم يضمن شيئاً، لأنه أقر بسرقة مئتين، ووجب القطع، وإذا وجب القطع، لا يجب الضمان، والمئة الأولى لا يدعيها المقر له بخلاف المسألة الأولى.

ولو قال سرقت مئتين لا بل مئة، لم يقطع وضمن المئتين، يريد به إذا ادعى المسروق منه المئتين، لأنه أقر بسرقة مئتين ورجع عنها، ولم يصح الرجوع في حق الضمان، فوجب الضمان، ولا يجب القطع، ولم يصح الإقرار بسرقة مئة، لأن المقر له لا يدعيها.

ولو قال: أنا سارق هذا الثوب، رفع القاف ولم ينونه وكسر الثوب قطع.

ولو قال: أنا سارق هذا الثوب رفع القاف ونونه ونصب الثوب لم يقطع، لأن في المسألة الأولى كلامه على السرقة الماضية كأنه قال سرقت هذا الثوب، وفي المسألة الثانية كلامه على السرقة في المستقبل، كأنه قال: أسرقه.

فكان إذا قال أنا قاتل زيد معناه: قتلت زيدا، وإذا قال أنا قاتل زيدا معناه: أقتله، وبعض هذه المسألة تأتي في فصل المتفرقات.

وأما إذا كان ظهور السرقة بالشهادة، فإنه يشترط شهادة رجلين عدلين، فلا يكتفى بشهادة النساء بانفادهن لا في حق القطع، ولا في حق المال.

وأما شهادة النساء مع الرجال فهي مقبولة في حق القطع، لأن القطع حد ولا مدخل لشهادة النساء في الحدود، ولذا الشهادة على الشهادة في السرقة تقبل على المال، ولا تقبل على القطع، لأنه تمكن فيها شبهة يمكن الاحتراز عنها وهي شبهة تمكن تهمة الكذب في موضعين، والحدود لا تثبت مع الشبهات.

وإذا شهد رجلان عدلان بذلك فالقاضي يقبل الشهادة على المال والقطع جميعاً.

ويسأل القاضي الشاهدين عن ماهية السرقة، ثم يسألهما عن المسروق منه، وعن جنسه، وعن مقداره، إذا لم يكن المسروق حاضراً في المجلس، فأما إذا كان حاضراً في المجلس لا يسألهما عن المسروق جنساً وقدرًا ولكن ينظر إلى المسروق على نحو ما قلنا في فصل الإقرار، ثم يسألهما كيف سرق ويسألهما عن المكان أيضاً، ويسألهما عن الوقت أيضاً، لجواز أنه تقدم العهد فتقدم العهد في السرقة يمنع القطع بالبينة، ويسألهما عن المسروق منه أيضاً لما قلنا في فصل الإقرار، فإذا ثبت ذلك جملة وعرف القاضي الشهود بالعدالة قضى عليه بالقطع، وإن لم يعرف القاضي الشهود بالعدالة لا يقضي بالقطع ما لم يتعرف عن حال الشهود بالسؤال عن الذكي، ويحبس السارق إلى أن تظهر عدالة الشهود.

فرق أبو حنيفة رضي الله عنه بين هذا وبين المال فإن في المال القاضي يقضي بظاهر العدالة ما لم يطعن الخصم في الشهود عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وههنا قال: لا يقضي بظاهر العدالة، والفرق يأتي في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى.

وفرقوا جميعاً بين هذا وبين المال في حق الحبس .

فإن في باب المال القاضي لا يحبس المشهود عليه ما دام في مسألة الشهود، وههنا قال : يجبسه .

والفرق أن في باب السرقة حقيقة السرقة إن لم تثبت بالشهادة قبل التزكية ثبت تهمة السرقة وبحقيقة السرقة يجب القطع، فتهمة السرقة توجب ما دونها وهو الحبس .

وفي باب المال لو ثبت المال حقيقة وامتنع عن الأداء يجب الحبس، فإذا ثبت تهمة وجوب المال قبل ظهور العدالة الشهود يجب ما دون ذلك وهو أخذ الكفيل .

فإن عدلت الشهود بعد ما حبس المشهود عليه إن كان المسروق منه حاضراً قضى القاضي بالقطع، لأنه شرائط القضاء بالقطع، وإن كان المسروق منه غائباً، فالقاضي لا يقضي بالقطع، لأن القاضي في القضاء بالقطع يحتاج إلى أن يقضي بالسرقة قضاء للمسروق منه بالملك، وقضاء عليه بسقوط قيمة المسروق على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى، والقضاء على الغائب لا يجوز فلا بد من حضرته لصحة القضاء .

وإن كان المسروق منه حاضراً وقضى القاضي عليه بالقطع ثم مات المسروق منه قبل استيفاء القطع، لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في «الكتاب» .

وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا : يجب أن يكون لأبي حنيفة رضي الله عنه فيه قول أول وآخر على قوله الأول : لا يستوفي القطع وعلى قوله الآخر : يستوفي، وهذا القائل يقيس هذا بما إذا غاب الشهود قبل الاستيفاء، وهناك لأبي حنيفة رضي الله عنه قول أول وآخر، كذلك ههنا .

ووجه المقايسة أن حالة غيبة الشهود إنما امتنع الاستيفاء على قوله الأول باعتبار شبهة موهومة، فإنهما لو كانا حاضرين عسى يرجعان أو يبدو لهما سكوت [٨ب/٢] ويتمكن فيهما سبب من أسباب الجرح كالعَمى والفسق، فمنع القطع على قوله الأول لشبهة موهومة، فلم يعتبر هذه التهمة على الآخر لأن المانع من القطع شبهة متحققة لا شبهة موهومة .

من قال غيبة المسروق منه تمنع الاستيفاء على قوله الأول والآخر جميعاً، ووجه ذلك أن المسروق منه وقت القطع مقضي عليه بسقوط القيمة وقضي له بالملك، لأن الاستيفاء الحد بها بالقضاء لأنه يستوفى بولاية القضاء ولهذا قلنا : إن الجرح المتمكن في الشاهد بعد القضاء قبل الاستيفاء يمنع الاستيفاء كما يمنع القضاء، فدل أن الاستيفاء في باب الحدود له شبه بالقضاء، والمسروق منه مقضي عليه ومقضي وقت، وكذلك وقت الاستيفاء فكان عين المسروق منه ما معه، ولأنه الاستيفاء لكون المسروق منه مقضياً عليه ومقضياً له لا لشبهة موهومة .

وإذا شهد شاهدان على سرقة ثم غابا بعدما ظهرت عدالتهما أو غابا فاعلم بأن هذه المسألة على وجهين :

أحدهما : أنهما إذا غابا أولاً قبل القضاء .

والثاني: إذ غابا بعد القضاء قبل الإمضاء وفي الوجهين جميعاً القاضي لا يقضي ولا يمضي في قول أبي حنيفة الأول رضي الله عنه، وفي قوله الآخر يقضي ويمضي.

فأبو حنيفة رضي الله عنه على قوله الأول يعتبر الشبهة الموهومة، وعلى قول الآخر لا يعتبر، أما إذا فسقا أو عميا أو ارتدا أو ذهب عقلها، فإن كان ذلك قبل القضاء منع القضاء، لأن الشهادة لم تبق حجة بحدوث هذه العوارض، لأن هذه العوارض حرج في الشاهد ولا بد من قيام الحجة وقت القضاء، لجواز القضاء، فإن حدثت هذه العوارض بعد القضاء قبل الإمضاء، فإنه يمنع الإمضاء، لأن الإمضاء في باب الحدود شبيهاً بالقضاء من حيث إنه يملك، ولأن الإمضاء كأصل القضاء فما منع أصل القضاء منع الإمضاء.

وإذا شهد شاهدان على رجلين أنهما سرقا من فلان وبيننا السرقة وأحد المشهود عليهما غائب لم يوجد منهما، ولم يقدر عليه فعلى قول أبي حنيفة الآخر رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف، ومحمد رحمهما الله: يقطع الحاضر.

وفرق بين هذا وبينما إذا كان أحد الشريكين أب المسروق منه أو كان صبياً فإنه لا لها يقطع واحد منهما، لا أب المسروق منه ولا شريكه، وههنا قال: يقطع الحاضر وإن كان لا يقطع شريكه.

والفرق أن السرقة من الغائب وقعت موجبة للقطع بدليل أنه إذا حضر وشهد عليه الشهود، فإنه يستوفى منه القطع، فإذا وقعت موجبة للقطع فقيام الشركة فيما بينهما في فعل السرقة لا يورث شبهة في حق الحاضر.

وأما السرقة من الأب والصبي وقعت غير موجبة للقطع وأورث ذلك شبهة عدم الإيجاب في حق الآخر بسبب الشركة، لأن الشركة تقتضي المساواة، فإذا لم تثبت المساواة حقيقة لمانع ثبتت شبهة المساواة بسبب الشركة.

ونظير هذا في القتل إذا شهد شاهدان على رجلين أنهما قتلوا عمداً وأحدهما غائب، فإنه يقتل الحاضر.

وبمثله لو كان أحدهما عامداً والآخر مخطئاً لا يقتل العامد، وما افترقا إلا من حيث أن فعل الغائب انعقد موجب القتل فقيام الشركة بينه وبين الحاضر في القتل لا يورث شبهة في حق الحاضر، فأما فعل المخطئ لم ينعقد موجباً للقتل في حقه فأورث ذلك شبهة عدم الإيجاب في حق العامد بسبب الشركة.

وفرق بين هذا وبينما إذا شهد كافران على كافر ومسلم سرقة مال، فإنه لا يقطع الكافر، كما لا يقطع المسلم وإن كانت هذه الشهادة حجة في حق الكافر، لأنها ليست بحجة في حق المسلم، وههنا قال: يقتل الحاضر مع أن هذه الشهادة لا تقبل في حق الغائب والفرق أن شهادة الكافر ليست بحجة في حق المسلم أصلاً، فتتمكن شبهة عدم كونها حجة في حق الكافر للشركة، لأن الشهادة قامت على سرقة مشتركة، والشركة تقتضي المساواة، وأما ههنا هذه الشهادة في حق الغائب حجة.

ألا ترى لو حضر الغائب وشهدا عليه بالسرقة وثبتت السرقة في حقه أنه يقطع إلا أنه لم يجب العمل بها في حق الغائب لفوات شرطه وهو الإبكار، ولو لم يكن حجة أصلاً في حق أحدهما تتمكن شبهة البطلان في حق الآخر بسبب الشركة لا حقيقة البطلان فإذا كان حجة في حق الآخر ولكنها لا تقبل لفوات الشرط، فتمكن من الشبهة في حق الحاضر دون ذلك فتكون شبهة الشبهة، وشبهة الشبهة لا تمنع الاستيفاء.

فإن جاء الغائب فقدمه رب المال إلى القاضي فالقاضي يأمره بإعادة البينة، لأن لما قامت من الشهادة على الغائب لم تقبل، لأنه ليس عنه خصم حاضر فصار وجودها والعدم بمنزلة.

ولو عدت أليس أنه لا تثبت السرقة على الغائب فكذا إذا صار وجودها والعدم بمنزلة، وإذا شهد شاهدان على رجل أنه سرق بقرة، واختلفا في لونها فقال أحدهما: بيضاء، والآخر: سوداء، قبلت الشهادة عند أبي حنيفة خلافاً لهما، ولو كان هذا الاختلاف في القصب منع قبول الشهادة إجماعاً قال الكرخي: الاختلاف في لونين متشابهين كالحمرة والصفرة، فأما فيما لا يتشابهان كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة إجماعاً.

والصحيح أن الكل على الخلاف، ولو شهد أحدهما أنه سرق ثوراً وشهد الآخر أنه سرق بقرة لا تقبل الشهادة إجماعاً.

ولو شهدا أنه سرق ثوباً، وقال [٢/١٩] أحدهما: هروي، وقال الآخر: إنه حروري، ذكر في نسخ أبي سليمان: أنه على الخلاف، وذكر في نسخ أبي حفص رحمه الله: إنه لا تقبل الشهادة إجماعاً.

وإذا قال المشهود عليه بالسرقة: هذا متاعي كنت استودعته فجحدني، أو اشتريته منه أو أقر لي بهذا، درى الحد عنه في جميع ذلك.

الفصل السابع في التداخل في حد السرقة

قال محمد - رحمه الله - في رجل سرق غير مرة فحد حداً واحداً فهو لذلك كله، يجب أن يعلم أن الحدود الخالصة لله تعالى متى اجتمعت تداخلت إذا كان الجنس واحداً.

ومعناه أنه يكفي بحد واحد، وهذا لأن المقصود من إقامة الحد وفائدتها الزجر عن مباشرة سببه في المستقبل، واحتمال حصول الأثر جار بإقامة الواحد ثابت فلو أقمنا الثاني لأقمنا مع احتمال عدم الفائدة، وأنه لا يجوز.

بخلاف ما لو أقيم الحد عليه مرة ثم سرق ثانياً، لأن هناك ثبوت أن الزجر لم يحصل بالأول حين سرق مرة أخرى، فلو أقمنا الثاني أقمنا مع الثيقن بالفائدة.

جئنا إلى ضمان السرقات، فنقول: أجمعوا على أنه لو حضر أرباب السرقات وخاصمو وأثبتوا عليه السرقات: أنه لا يضمن لهم شيئاً من السرقات إذا هلك في أيديهم أو استهلكوها، لأن الكل قد ثبتت عند القاضي بخصومة أربابها، ولا يثبت إلا قطع واحد فصار القطع الواحد مقابلاً بالسرقات كلها ومن ضرورته سقوط ضمان السرقات، لأن القطع مع الضمان في سرقة واحدة.

وأما إذا حضر واحد منهم أو اثنان وخاصم والباقون غيب فقطع القاضي السارق بخصومة الذي حضر ثم حضر الباقون، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يضمن لهم شيئاً إذا هلك الأموال عنده أو استهلكها.

وقال أبو يوسف، ومحمد رحمهما الله يضمن لهم قيمة سرقات الغائبين، فلا يضمن لمن كان حاضراً وقت الخصومة قيمة سرقة إجماعاً، فوجه قولهما أن المسقط للضمان القطع، والقطع استوفى سرقة الحاضر ولم يستوف إذا سرقة الغائبين، لأن القطع لا يستوفى إلا بعد ثبوت السرقة عند القاضي، ولم يثبت عند القاضي سرقة الباقي بخصومة من كان حاضراً بدليل أن الغائبين لو حضروا وادعوا السرقة، فالقاضي لا يقضي برد المال عليهم، وإن كان المال قائماً في يد السارق ما لم يقيموا البينة والتقريب ما ذكرنا.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن القطع وقع عن السرقات كلها فلا يضمن شيئاً من السرقات كما لو حضروا جملة وخاصمو وبيان أن القطع وقع عن السرقات كلها أن السرقات بالله على الحقيقة في علم الله تعالى، والقطع سيستوفى حقاً الله تعالى فلا يجب بالسرقات كلها إلا قطع واحد، فيقع القطع عن الكل في علم الله تعالى.

إلا أن القاضي لما لم يعلم بسائر السرقات يحسب أن القطع بإزاء سرقة هذا الحاضر، فإذا ثبت الباقي من السرقات بالبينة ظهر للقاضي أن القطع بإزاء الكل حين وقع.

وكذلك إذ قذف غير مرة وضرب الحد كان الحد على الكل، وكذلك في الزنا وشرب الخمر، والمعنى ما ذكرنا.

قال: فإن كانت السرقات قائمة ردها الإمام على أربابها، فالقطع لا يمنع رد السرقة لما بين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

الفصل الثامن

في السارق يقطع في سرقة فيسرقها ثانياً

قال محمد فيمن سرق ثوباً وقطع يده فيه ورد الثوب على المالك ثم عاد وسرقه مرة أخرى: فالقياس أن يقطع ثانياً، وبه أخذ الشافعي رحمه الله، وهذه المسألة بيننا وبين الشافعي بناءً على مسألة أخرى أن القطع هل يسقط قيمة المسروق في حق السارق قبل الرد عندما يسقط حتى لو هلك في يده أو استهلكه لا ضمان عليه، فالرد وإن أعاد التقوم

إلا أن السبب المستدعي لسقوط القيمة قائم وهو الرد فقيام أثر ذلك وهو القطع يورث شبهة والحد يندرى بالشبهات .

وعند الشافعي رحمه الله : القطع لا يسقط قيمة المسروق في حق السارق قبل الرد فقيام أثر القطع بعد الرد لا يورث شبهة ، وسيأتي الكلام في تلك المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالى .

ولو سرق غزلاً وقطع يده فيه وورده على المالك فنسجه المالك فجعله ثوباً ثم سرق سرقة ثانياً قطع ، وكذلك كلما غير قطع فيه ورد على المالك ، فأحدث المالك فيه صنعاً لو أحدثه الغاصب في المغصوب ينقطع حق المالك فعاد السارق فسرقة قطع ثانياً لأن العين قد تبدل ألا ترى أنه انقطع حق المنصوب منه عنه وقيام القطع إنما يورث شبهة في ذلك العين الذي قطع فيه لا في عين آخر .

قال في «القدوري» : ولو سرق ثوب خز فقطع فيه ثم نقضه فسرقة النقض لم يقطع ، لأن هذا الصنيع لا يقطع حق المالك لو وجد من الغاصب ، وأنه أمانة قيام العين ، ولو غزله غزلاً قطع ، لأن حق المغصوب منه ينقطع بمثله ، وأنه أمانة تبدل العين ، وفيه أيضاً ؛ لو غصب بقرة ، وقطع فيها ثم ردها على المالك فولدت في يد المالك ولدأ ثم سرق الولد قطع ، لأن الولد عين آخر سوى الذي قطع فيه .

ولو قطع في عين ورد ذلك العين على المالك وباعه [٩ب/٢] المالك من إنسان ثم اشتراه فعاد السارق وسرقه ثانياً ، لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في الكتب .

واختلف المشايخ فيه : فمشايخ العراق يقولون : لا يقطع لأن العين إن تبدل حكماً بتبدل السبب فهو قائم من حيث الحقيقة والاسم ، فتمكن شبهة سقوط القيمة لقيام القطع كما قبل البيع .

ومشايخ ما وراء النهر يقولون : لا يقطع ، لأن العين حين لم يكن متبدلاً حكماً وحقيقة كان الثابت بسبب قيام القطع شبهة ، وسقوط القيمة لا حقيقة سقوط القيمة ، فإذا كان قائماً حقيقة وتبدل حكماً ثبتت من الشبهة دون ما لو كان قائماً من كل وجه ، وليس لك إلا شبهة الشبهة ، وشبهة الشبهة لا تمنع استيفاء الحد .

الفصل التاسع في السارق يرد السرقة على المالك

هذا الفصل على أوجه :

الأول : أن يرد السارق السرقة على المالك قبل المرافعة إلى الإمام ، وفي هذا الوجه لا قطع على السارق شهد الشهود عليه بالسرقة أو لم يشهدوا .

أما إذا لم يشهدوا فظاهر ، وأما إذا شهدوا فلا أن الشهادة على السرقة لا تقبل بدون الدعوى ، لأن الشهادة بالمسروق شهادة بالمال للمسروق منه ، والشهادة بالمال لا تسمع

بدون الدعوى، ودعوى السرقه من المالك بعد ما وصل إليه المال لا يصح، لأنه لا يدعي لنفسه مالاً بهذا الدعوى، وإنما يدعي القطع والمسروق منه أجنبي عن القطع فصار دعواه سرقة في حق القطع ودعوى أجنبي آخر سواء ثم لا يقطع بدعوى أجنبي آخر فكذا بدعوى المالك.

وروي عن أبي يوسف في «النوادر»: أنه يجب القطع على السارق في هذه الصورة وما قاله أبو يوسف قياس، ما ذكرناه استحسان. وستأتي المسألة في فصل المتفرقات.

الوجه الثاني: أن يرد السرقه بعدما رفع المسروق منه الأمر إلى الإمام وشهد الشهود بالسرقه، إلا أن القاضي لم يقض بشهادتهم، وهذا الوجه لم يذكره محمد رحمه الله في شيء من الكتب، إنما ذكره الكرخي في كتابه، وذكر أن القاضي لا يقضي بالقطع قياساً. إلا أنني أستحسن وأقضي عليه بالقطع وإنما استحسن ذلك، لأن السرقه قد ظهرت عند القاضي بما هو حجة بناءً على خصومة معتبرة، وهي خصومة المالك فلو امتنع القضاء إنما يمتنع بسبب رد السرقه من حيث أن بالرد تمتنع الخصومة، ولا وجه إليه لوجهين.

أحدهما: أن يرد العين على المالك، في هذه الصورة لا تنعدم الخصومة، لأن الرد في هذه الصورة منه للخصومة، لأن المقصود من خصومة المالك الاسترداد وحصول المقصود بالشيء ينهيه. والمنتهي يكون منفرداً في نفسه، فلا تنعدم الخصومة التي هي شرط القضاء بالقطع وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

الوجه الثاني: إن قلنا إن الخصومة تنعدم لكن انعدام الخصومة وقت القضاء لا يمنع القضاء.

بيانه: وهو أن القياس يأبى اشتراط الدعوى والخصومة في حق القطع، لأن القطع حق الله تعالى، وفي حقوق الله لا يشترط الدعوى كما في حد الربا وحد شرب الخمر، لكن شرطنا الدعوى في الابتداء، إلا أن سبب وجوب القطع أخذ مال الغير على سبيل السرقه، والشهادة على أخذ مال الغير لا يسمع بدون دعوى المأخوذ منه، كما في الغصب فشرطت الخصومة عند سماع البينة ليظهر سبب وجوب القطع وبعدها سمعت البينة وظهرت السرقه لو شرطت الخصومة شرطت لأجل القطع.

الوجه الثالث: إذا رد السرقه بعد سماع البينة وبعد القضاء بالقطع قبل القطع، وفي هذا الوجه لا يمتنع القطع استحساناً، لأنه لما لم يمتنع القضاء استحساناً بالرد قبل القضاء فكذا لا يمتنع الاستيفاء بالرد بعد القضاء قبل الاستيفاء.

هذا إذا رد المسروق على المسروق منه، وأما إذا رده على ولده أو على زوجته أو على والده فهذا الفصل مع فصول آخر يأتي في فصل المتفرقات إن شاء الله تعالى.

وفي «الأصل» يقول: إذا رفع الأمر إلى القاضي وأقر السارق بالسرقه، والسرقه في يده ردها القاضي على صاحبها وقطعت يد السارق، لأن السرقه قد ظهرت عند القاضي

بما هو. حجة وهو الإقرار بناءً على خصومة معتبرة لو امتنع القطع بما يمتنع بسبب الرد على المالك، ولا وجه إليه لما ذكرنا.

ومما يتصل بهذا الفصل: إذا وهب المسروق منه السرقة من السارق بعد القضاء بالقطع قال محمد رحمه الله: وإذا قضى القاضي على السارق بالقطع ثم إن المسروق منه وهب السرقة من السارق قبل استيفاء القطع درى عنه القطع، قال القدوري في «شرحه»: وقال أبو يوسف: إذا كان بعد الترافع لا يسقط القطع، وهو قول الشافعي.

والحجة لأبي حنيفة، ومحمد رحمهما الله: أن السرقة على اعتبار الهبة يتمكن فيها أو بعض أفعالها شبهة الإباحة، فيمتنع استيفاء القطع بالحديث المشهور، وهو قوله: «ادروا الحدود بالشبهات»^(١) بيان الوصف أن السرقة على اعتبار الهبة تقع وسيلة إلى الصلاح أو شرطاً للصلاح، لأنها وقعت وسيلة إلى الملك وشرطاً لثبوت الملك، لأن القبض شرط ثبوت الملك بالهبة، والملك مصلحة حقيقة وشرعاً، والأصل في [٢/١١٠] شروط الصلاح ووسائلها الإطلاق، والحل يحصل للصلاح وتمكيناً للمكلف من استيفاء المصالح فلان لم تثبت حقيقة الحل، والإطلاق وهنا لا أقل من أن تثبت شبهة الحل والتقريب ما ذكرنا.

الفصل العاشر

في السارق يحدث في السرقة قبل إخراجها وبعد إخراجها

قال في «الجامع الصغير» محمد رحمه الله: رجل سرق ثوباً قيمته عشرة فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه فهذا على وجهين.

الأول: أن يكون قيمته بعد الشق أقل من عشرة دراهم، وفي هذا الوجه لا قطع على السارق، لأن السرقة تمت على ما دون النصاب.

الثاني: أن يكون قيمته بعد الشق عشرة دراهم، وأنه على وجهين.

الأول: أن يكون الشق فاحشاً، وفي هذا الوجه إن اختار لمالك ترك الثوب على السارق، وضمنه قيمة الثوب صحيحاً، لا يقطع، لأن السرقة تمت على ملك السارق، لأنه بالضمان ملك المسروق من وقت الأخذ، وإن اختار أخذ الثوب وضمنه النقصان، قال أبو حنيفة، ومحمد رحمهما الله: يقطع، وقال أبو يوسف: لا يقطع.

فوجه قول أبي يوسف: إن السرقة قد تمت وقد انعقد له سبب الملك، فلا يوجب القطع، وإن لم يتم ملكه فيه كما لو سرق ثوباً اشتراه بشرط الخيار للبائع ثم فسخ البائع البيع.

(١) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٣٣، والخطيب البغدادي في تاريخ بغداد ٩/٣٠٣، والعجلوني في كشف الخفاء ١/٧٣، والمتقي الهندي في كنز العمال ١٢٩٥٧، ١٢٩٧٢.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: أن السرقة قد تمت، وليس للسارق في المسروق ملك، ولا سبب ملك. بيانه: أن الشق ليس بسبب للملك، وضعاً بل هو سبب لوجوب القيمة، إلا أنه إذا وجبت القيمة وثبت الملك للمالك في القيمة يزول المشقوق عن ملك المالك إلى ملك السارق ضرورة أمر آخر فلا يوجب ذلك خللاً في الجنائية، فلا يمنع القطع، وإن كان الشق يسيراً يقطع، ويضمن السارق قيمة النقصان للمالك بالإجماع، فأبو يوسف يحتاج إلى الفرق بين الخرق اليسير وبين الخرق الفاحش.

والفرق أن الخرق إذا كان فاحشاً إنما امتنع وجوب القطع، لأن السرقة قد تمت وللسارق فيه سبب الملك، فإن الخرق الفاحش سبب الملك هذا المعنى ههنا معدوم، لأن الخرق اليسير ليس سبباً للملك أصلاً، ألا ترى أن في الخرق اليسير أن المالك لو أراد أن يترك الثوب عليه ويضمنه القيمة ليس له ذلك؟ ولا كذلك في الخرق الفاحش، وفي هذه المسألة نوع إشكال، فإنه أوجب ضمان النقصان مع القطع. والقطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا.

والجواب عن هذا أن يقال: بأن القطع مع الضمان إنما لا يجتمعان عندنا كيلا يؤدي إلى الجمع بين جزاء الفعل، وبدل المحل في جنائية واحدة، وههنا لا يؤدي إلى ذلك، لأن القطع يجب بالسرقة وضمن النقصان يجب بالخرق والخرق ليست من السرقة في شيء.

وفي «القدوري»: إذ خرق الثوب تخريقاً يصير به مستهلكاً وقيمته بعد تخريقه عشرة فلا قطع عليه في قول أبي حنيفة، ومحمد رحمهما الله، لأن الخرق إذ كان استهلاكاً للثوب فتعين الضمان، ويصير الثوب مملوكاً للسارق والسرقة تمت على ملك السارق فمنع القطع، ولو سرق شاة وذبحها في البيت ثم أخرجها بعد الذبح لا يجب القطع، وإن كانت قيمتها مذبوحة تبلغ عشرة دراهم عندهم جميعاً، وأما إذا اختار يضمن جميع القيمة فظاهر.

وأما إذا اختار يضمن النقصان فكذلك الجواب عندهم، عند أبي يوسف لعلتين:

إحداهما: أن السرقة قد تمت، وللسارق سبب الملك في المسروق.

الثاني: أن السرقة تمت على اللحم، وسرقة اللحم لا تنعقد موجه للقطع. وذكر شيخ الإسلام في «شرحه» مسألة الشاة على هذا الوجه.

وذكر ابن سماعة في «نواذره» عن أبي يوسف في مسألة الشاة أن اللحم إذا كان يساوي عشرة دراهم فإنني أقطعه وأضمنه النقصان.

قال محمد رحمه الله وإذا سرق ثوباً فصبغه أحمر أو أصفر ثم قطع يده، قال أبو حنيفة، وأبو يوسف رحمهما الله: ينقطع حق المسروق منه عن العين حتى لا يؤخذ الثوب من يد السارق.

وقال محمد رحمه الله: لا ينقطع حق المسروق منه عن العين، فيأخذ المسروق منه الثوب، ويعطى السارق قيمة ما زاد الصبغ فيه.

فوجه قول محمد رحمه الله: أن حق المسروق منه في الثوب قائم من كل وجه بعد الصبغ، لأنه لم يثبت شيء من تركيب الثوب بالصبغ، وحق السارق في الصبغ قائم من كل وجه، فاستويا في القيام فطلبنا الترجيح من وجه آخر.

فقلنا: إن صاحب الثوب صاحب أصل، وصاحب الصبغ صاحب تبع وأبدأ الترجيح للأصل، بهذا الطريق صاحب الثوب يرجح في باب الغصب.

ولأبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله: أن حق السارق في الصبغ قائم من كل وجه، وحق المسروق منه في الثوب قائم من وجه، هالك من وجه من حيث إنه لم يثبت شيء من تركيب العين وحقه في العين كان حقه قائماً من كل وجه ومن حيث إن قيمة العين سقطت تقطع يد السارق.

وما لا قيمة له كالهالك كان حقه كالهالك وكان حقه قائماً من وجه دون وجه، فأما حق السارق في الصبغ قائم من كل وجه [١٠ب/٢] عيناً وقيمة، فرجحنا القائم من كل وجه على القائم من وجه.

وفي «نوادير ابن سماعة»: إذا صبغ الثوب المسروق، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: أقطعه، ولا سبيل لصاحب الثوب على الثوب، وهو السارق.

وقال أبو يوسف: القياس وأنا أستقبحه ولا أستطيع أن قول غيره لأنني إن جعلته شريكاً في الثوب لأجل الصبغ درأت عنه القطع، وكذلك إذا ضمنته الثوب.

وفي «نوادير ابن سماعة» أيضاً: عن محمد رحمه الله: إذا قطع السارق وقد صبغ الثوب حتى لم يكن لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب أو خاطه قميصاً حتى لم يكن لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب، أفتي للسارق أن يبيع الثوب ويأخذ من ثمنه ما زاد الصبغ فيه ويتصدق بالفضل. وكذلك يبيع القميص ويأخذ منه قيمة خيوطه ويتصدق بالفضل، ولذلك الحيلة يأخذ منها مقدار نفقته عليها، ويتصدق بالفضل. ولو صبغه أسود فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه السواد نقصان، فلا يوجب انقطاع حق المسروق منه، وعندهما السواد زيادة كالحمرة فصار الجواب عندهما في السواد نظير الجواب في الحمرة والصفرة.

ولو سرق من آخر ثوباً فقطعه قباء، وقميصاً ثم قطع يده فهذا على وجهين.

الأول: يقطعه ويخيطه، وفي هذا الوجه ليس للمسروق منه أن يأخذه، لأن الخياطة زيادة، والزيادة توجب انقطاع حق المالك عن العين ألا ترى أن حق المغصوب منه نقطع عن العين بالقطع والخياطة، ولا يضمن قيمة الثوب للمسروق منه؟

بخلاف الغاصب، لأن قطع يد السارق يسقط قيمة المسروق حقه، وفي حق المالك وبدون القيمة لا يمكن إيجاب الضمان، ولا كذلك المغصوب.

وإن قطعه ولم يخيطه كان لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب ولا يضمنه أما بأخذ الثوب، لأن مجرد القطع نقصان، والنقصان: لا يقطع حق المالك عن العين كما في الغصب، ولا يضمن النقصان الحاصل بالقطع، لأن النقصان فوات بعض المحل.

ولو أتلف السارق كل الثوب بعد قطع اليد أليس أنه لا يضمن في «ظاهر الرواية»، فكذا إذا أتلف بعض الثوب.

ولو سرق ذهباً أو فضة يجب فيها القطع، يصنع الفضة والذهب دنائير قطع يده ورد الدراهم والدنانير على المسروق منه عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقالوا: لا سبيل للمسروق منه على الدراهم والدنانير، وهذه المسألة فرع مسألة كتاب الغصب أن من غصب آخر ذهباً أو فضة وضربها دراهم أو دنائير على قول أبي حنيفة لا ينقطع حق المغصوب منه عن العين، وعلى قولهما ينقطع، فكذا في حق السارق.

ثم إن محمداً رحمه الله قال في هذه المسألة: تقطع يد السارق. وهذا لا يشكل على قول أبي حنيفة، لأن المسروق بهذه الصفة لم يصير ملكاً للسارق.

فأما على قولهما فقد اختلف المشايخ بعضهم قالوا: لا تقطع يده، لأنه ملك المسروق، وأنه مانع من القطع، وبعضهم قالوا: تقطع، لأنه ما ملك عين المسروق إنما ملك غيره.

الفصل الحادي عشر في هلاك المسروق واستهلاكه

قال محمد رحمه الله: السارق إذا قطعت يمينه والمسروق قائم في يده كان للمالك أن يأخذه من يد السارق، لأن بعد القطع المسروق باق على ملك المالك وإنما يأخذ ملك نفسه، فكان له ذلك. وأما إذا هلك بيده أو استهلكه بنفسه، وكان ذلك بعدما قطعت يمينه ففي الهلاك لا ضمان على السارق، وفي الاستهلاك روايتان. وإن كان الهلاك أو الاستهلاك قبل قطع يده إن قال المالك أنا أضمنه لا يقطع عندنا، وإن قال أنا أختار القطع يقطع ولا ضمان عندنا، خلافاً للشافعي.

المسألة أن القطع مع الضمان لا يجتمعان في سرقة واحدة عندنا، والوجه في ذلك أن إيجاب الضمان بالسرقة يعتمد كون المسروق مغصوباً حقاً للمالك وقت السرقة والمسروق غير معصوم حقاً للمالك وقت السرقة. بيانه: وهو أن المال معصوم بعصمة واحدة وهذه الواحدة حق العبد، وهذا لما عرف أن الله تعالى خلق الأموال مباحاً في الأصل، وإنما تثبت العصمة بالإحراز لحق العبد وهذه العصمة تنقلب إلى الله تعالى قبيل السرقة.

بدليل أن القطع الواجب بالسرقة وجب حقاً لله تعالى خالصاً وإنما يجب القطع حقاً لله تعالى خالصاً إذا كانت الجناية واردة على حق الله تعالى خالصاً وأن يكون الفعل جنائية لا على اعتبار عصمة المحل، علم أن المحل قبيل السرقة معصوماً حقاً لله تعالى.

وإنما يكون كذلك إذا انتقل مال العبد من العصمة إلى الله تعالى قبيل السرقة، فهو

معنى.

وقلنا: إن المسروق قبيل السرقة ليس بمعصوم حقاً للعبد، والتقريب ما ذكرنا. ثم في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: لا فرق بينهما إذا هلك المسروق في يد السارق، وبينما إذا استهلكه السارق؛ لأن المال لم يبق معصوماً حقاً للعبد والاستهلاك صادم محلاً هو ليس بمعصوم حقاً للعبد وبمثله لا يجب الضمان، بخلاف ما إذا استهلكه إنسان آخر، لأن سقوط عصمة المحل إنما تظهر في حق السارق لا في حق غيره.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه يجب الضمان على السارق بالاستهلاك، لأن انتقال العصمة إلى الله تعالى إنما كان لضرورة إمكان إيجاب القطع بالسرقة، فيظهر الانتقال في حق وجوب القطع، وفي حق السرقة الضمان حكم آخر والإتلاف حكم آخر، فلا يظهر انتقال العصمة في [١١١/٢] حق وجوب الضمان بالإتلاف، فكان الإتلاف مصادفاً محلاً معصوماً حقاً للعبد، فجاز أن يجب به الضمان.

وفي «المنتقى»: رجل سرق من آخر ثوباً فغصبه آخر منه يقطع السارق، ويضمن المسروق منه الغاصب قيمة ثوبه إن كان مستهلكاً.

ابن سماعه عن محمد رحمه الله: إذا قطع السارق في السرقة وقد استهلكها أمر أنه فيما بينه وبين ربه أن يرد قيمتها، وإن كان لا يقضى عليه بذلك لأنه لم يستهلك ما ليس له.

وفي «المنتقى»: قطع السارق والعين قائم في يده قد غيبه ثم استهلكه رجل آخر فلا ضمان على المستهلك لا للمسروق منه للقطع الذي مضى فيه ولا للسارق، لأنه لا يملكه. وإذا ملك السارق المسروق من رجل ببيع أو هبة أو ما أشبه ذلك وكان ذلك قبل القطع أو بعده فتمليكه باطل، لأن المسروق باقٍ على ملك المسروق منه، ويرد المسروق على المسروق منه، لأنه ملكه ويرجع المشتري على السارق بالثمن الذي دفعه إليه.

فإن كان هلك في يد المشتري أو في يد الموهوب له فلا ضمان على المشتري ولا على السارق، هكذا روي عن أبي يوسف.

وإن كان المشتري أو الموهوب له استهلكه فللمالك أن يضمه ثم رجع المشتري على السارق بالثمن الذي دفعه إليه، ولا يرجع عليه بالقيمة.

وفي «القدوري»: لو غصب إنسان المسروق من السارق فهلك بعد القطع فلا ضمان على الغاصب، ولا على المالك وقد ذكرنا قبل هذا أن للمالك أن يضمه.

الفصل الثاني عشر في الرجل يسرق من غير المالك

وإذا سرق الرجل من المستودع أو المستودع أو المستصنع قطع بخصومة هؤلاء عند علمائنا الثلاثة.

وروي ابن سماعه في «نواذره»: أنه لا يقطع بخصومة هؤلاء حتى يحضر المالك، وكذلك السارق من الغاصب والمرتهن، يقطع بخصومتها.

وذكر في «الكتاب»: من جملة من يقطع بخصومته عندنا: صاحب الربا يحتمل أنه أراد به رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهماً فقبض العشرين، فجاء سارق وسرق العشرين منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة، لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب، والمشتري شراءً فاسداً في يد المشتري بمنزلة المغصوب، فكان الجواب فيه كالجواب في المغصوب.

حجة علمائنا الثلاثة في هذه المسألة، أن السرقة من هؤلاء انعقدت موجبة للقطع وبهذا يقطع بخصومة المالك وقد ظهرت عند القاضي بما هو حجة مطلقة، وهو شهادة الرجال بناءً على خصومة معتبرة، خرج على هذا: إذا سرق من السارق بعد ما قطعت يد الأول لم تنعقد موجبة للقطع، وبهذا لم تقطع يد الثاني بخصومة، والفقه في ذلك من وجهين.

أحدهما: أن الركن في باب السرقة إزالة يد معتبرة، ويد السارق بعد ما قطعت يده ليست بيد معتبرة، لأن يد الإنسان على مال الغير إنما تعتبر إذا كانت يد أمانة، ليتمكن من الحفظ الملتزم، أو يد ضمان ليتمكن من إسقاط الضمان عن نفسه بالرد.

ويد السارق بعد القطع ليست بيد أمانة، ولا بيد ضمان، فإن المسروق في هذه الحالة غير مضمون عليه، وهو معنى قولنا يد السارق بعد القطع ليست بيد معتبرة، والتقريب: ما ذكرنا.

الثاني: أن السرقة إنما تنعقد موجبة للقطع إذا صادفت مالاً معصوماً لما مر، وههنا المال لم يبق معصوماً في حق المالك وفي حق السارق الأول على ما مر، ألا ترى لو أبلغه السارق بعدما قطعت يده لا يضمن فهو معنى قولنا: هذا المال لم يبق معصوماً في حق المالك، والسارق الأول. والتقريب: ما ذكرنا.

ولم يذكر ما إذا سرق من السارق الأول قبل أن تقطع يده وفيه اختلاف المشايخ، فمن مال إلى الطريق الأول في الفصل المتقدم قال ههنا بالقطع، لأن يد السارق قبل القطع يد معتبرة، لأن السارق بالرد يسقط القطع عن نفسه فتتحقق إزالة يد معتبرة عن هذا القائل إنما يقول بوجوب القطع على السارق الثاني إذا سرق قبل رفع المالك الأول إلى الإمام لا بعده، لأن رد الأول إنما يمنع القطع عن الأول، إذا حصل الرد من الأول قبل المرافعة إلى الإمام لا بعده، ومن اختار الطريق الثاني في الفصل المتقدم لا يقول بوجوب القطع، لأن الطريق الثاني لا يوجب الفصل بينهما بعد القطع وبينهما قبله.

وإذا سرق المتاع من المودع فلم يقطعه المودع حتى حضر المالك وأقر المودع أن المتاع متاعه ثم غاب المودع فليس للمالك أن يقطع السارق. هكذا ذكر في «المنتقى» في باب صفة القطع، ومن له مطالبته برواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله وقال الحاكم الشهيد رحمه الله: قال في موضع آخر من هذا الكتاب: أيهما حضر فله أن يقطعه.

قالوا وقد ذكر في «الجامع الصغير»: إن للمالك أن يقطعه بغيبة المودع.

وفي «المنتقى»: رجل سرق من رجلين ألف درهم لهما في كيس من ميراث ثم غاب أحدهما وحضر الآخر، قال: لا أقطعه.

وفيه أيضاً: إذا سرق الرهن من المرتهن، فللمرتهن أن يقطعه، قال: وليس للراهن أن يقطعه، لأنه لا سبيل له على أخذه مستهلكاً، فإن للمرتهن أن يقطع السارق ولا سبيل للراهن عليه، لأنه قد بطل عنه الدين.

وفي «نوادير هشام» قال سألت محمداً [١١ب/٢] رحمه الله عن رجل سرق من رجل ألف درهم ثم إن رجلاً آخر له على هذا المسروق منه ألف درهم غصب الألف المسروقة من السارق، قال: أدراً القطع عن السارق الأول.

الفصل الثالث عشر في قطاع الطريق

اعلم بأن قطع الطريق يسمى سرقة الكبرى، أما تسميتها سرقة، لأن القاطع يأخذ المال خفية وسراً ممن إليه حفظ الطريق، وهو الإمام الأعظم.

كما أن السارق يأخذ المال خفية وسراً ممن إليه حفظ المكان المأخوذ منه، وهو المالك أو من يقوم مقام المالك.

وأما تسميتها بالكبرى، لأن ضرر قطع الطريق أعم، لأن ضرر قطع الطريق على أصحاب الأموال، وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق، وضرر السرقة الصغرى يخص (الملاك) بأخذ مالهم وهتك حرزهم، ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق، بيانه في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المائدة: ٣٣] والمحاربون المذكورون في الآية عند علمائنا رحمهم الله: القوم مجتمعون، ولهم قوة وشوكة بأنفسهم، يدفعون عن أنفسهم ويمتنعون عن أرادهم، ويتناصرون على ما قصدوا.

ولهذا وضع محمد رحمه الله المسألة في «الأصل» في القوم حيث قال: قوم من المسلمين، أو من أهل الذمة قطعوا على قوم من المسلمين أو من أهل الذمة الطريق، فقد شرط محمد رحمه الله في هذا الباب لإيجاب الحد المذكور في الآية أن يكونوا قوماً، لأن سبب وجوب الحد المذكور في الآية قطع الطريق، وإنما ينقطع الطريق عادة بقوم لهم منعة، وشرط أن يكونوا من المسلمين أو من أهل الذمة، لأن القطع لو كانوا من المستأمنين كان في وجوب الحد عليهم اختلافاً.

وشرط أن يكون القطع على المسلمين، لأن القطع لو كان (القطع) على المستأمنين في دار الإسلام لا يوجب الحد.

ثم الحال لا يخلو إما إن قطعوا الطريق وأخذوا المال وقتلوا أصحاب الأموال: ففي هذا الوجه عند أبي حنيفة رضي الله عنه: الخيار إلى الإمام، إن شاء قطع أيديهم اليمنى، وأرجلهم اليسرى، ثم قتلهم أو صلبهم أو يتركهم كذلك حتى يسيل عنهم الدم فيموتوا، وإن شاء قتلهم أو صلبهم من غير قطع، وعندهما للإمام صلبهم لا غير.

وفي «المنتقى» عن أبي حنيفة رضي الله عنه: الإمام لا يدع قطع أيديهم وأرجلهم

من خلاف وله الخيار في أنفسهم: إن شاء قتلهم ودفعهم إلى أهاليهم يدفنونهم، وإن شاء قتلهم ثم صلبهم وإن رأى أن يصلبهم ثم يقتلهم فعل ذلك.

قال أبو يوسف: ليس على الإمام أن يقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، وله الخيار في أنفسهم إن شاء قتلهم ودفعهم إلى أهاليهم يدفنونه، وإن شاء قتلهم ثم صلبهم، وإن شاء صلبهم ثم قتلهم.

وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال: أما الصلب فلا يترك عنهم وتفسير الصلب: ذكر الكرخي في كتابه: أنه يصلب ثم يطعن تحت ثنوته الأيسر، ويترك حتى يموت.

وذكر الطحاوي: أنه يقتل ثم يصلب. ثم في «ظاهر الرواية» يترك على خشبة ثلاثة أيام ثم يخلى بينه وبين أهله حتى يدفنونه وعن أبي يوسف: أنه يترك حتى يقطع ويسقط.

وإن كان فيهم عبد أو امرأة فالحكم فيها كالحكم في الرجال الأحرار وذكر في «المنتقى»: عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه إذا كانت فيهم امرأة هي التي تولت القتل درأت الحد عنهم قال ثمة: وهو قول محمد رحمه الله، لأن المرأة لا تكون محاربة وصار كما لو كان معهم صبي أو مجنون.

وفي «القدوري»: أجمع أصحابنا أنه لا يقام الحد على المرأة. وذكر الطحاوي أن الرجال والنساء في قطع الطريق على السواء، وأما الرجال فلا حد عليهم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف: عليهم الحد سواء باشروا معها أو لم يباشروا.

وذكر هشام في «نواده» عن أبي يوسف: إذا قطع قوم من الرجال وفيهم امرأة باشرت المرأة القتل وأخذ المال دون الرجال أقيم الحد على الرجال دون المرأة.

وقال محمد رحمه الله: يقام عليها ولا يقام عليهم، وقال هشام: سألت محمداً رحمه الله عن نسوة قطعن الطريق وقتلن وأخذن المال، قال: يكن محاربات إلا أني أقتلن وأضمنهن المال.

وفي «المنتقى»: إذا كان في قطاع الطريق صبي أو معتوه أو أخرس درى الحد عنهم جميعاً، وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه. وقال أبو يوسف: يقام الحد على الأخرس. وكان الفقيه أبو بكر الرازي يقول: قول أبي حنيفة رضي الله عنه في هذه المسألة محمول على ما إذا كان لذي الرحم المحرم شركة في جميع المأخوذ، وأما إذا كان له شركة في بعض المأخوذ وبعض المأخوذ خاص للأجانب يلزمهم القطع باعتبار ذلك البعض كما لو سرق من ذي الرحم المحرم من حرزه مالا ومن أجنبي من حرزه مالا.

قال شمس الأئمة السرخسي: والصحيح: أن الجواب في الكل واحد، لأن مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد، لأنهم قصدوا أخذ ذلك كله بفعل واحد، فتمكن الشبهة في بعض ذلك المال في حقهم بمنزلة تمكن الشبهة في جميع ذلك المال.

وفي «القدوري»: قال أبو يوسف رحمه الله: إن باشر الصبي الأخذ والقتل فلا حد على الباقي، وإن باشر العقلاء حد الباقون.

وفيه أيضاً: إذا كان فيهم ذو رحم محرم لبعض من قطع عليهم الطريق فإنه يدرأ عنهم الحد في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال أبو يوسف رحمه الله يؤخذ به، لأنه سارق من الذي لا نسب بينه وبينهم. وفيه أيضاً: وقال أبو يوسف في المرأة تكون مع من قطع الطريق ممن استحق قطع اليد والرجل [١١٢/٢] أقطع يدها ورجلها من خلاف، ولا أصلبها. قال: أصلب النساء على حال الردء والمباشر في هذا الحد على السواء حتى يقام هذا الحد على الردء والمعين كما يقام على المباشر.

ونظير هذا الردء والمعين في باب الغنيمة: فإنهما يستحقان الغنيمة كالمباشر، وهذا بخلاف الردء في باب القاتل والمعين، فإنهما لا يقتلان.

وأما إن قطعوا الطريق وأخذوا المال ولم يقتلوا، وفي هذا الوجه: يقتلون ولا تقطع أيديهم وأرجلهم، وأما إن أخافوا المسلمين ولم يأخذوا مالاً ولم يقتلوا وفي هذا الوجه الإمام يعزهم، ويحبسون حتى يتوبوا، وهو المراد من النفي المذكور في قوله تعالى: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣].

وإن قتلوا وأخذوا المال ثم تابوا وردوا المال على أهاليه ثم أتى بهم إلى الإمام لم يقطعهم الإمام ولم يقتلهم، ولكن يدفعهم الإمام إلى أولياء القتل فيقتلونهم قصاصاً، أو يصالحونهم.

وأما إذا تابوا ولم يردوا المال لم يذكره في «الكتاب» نصاً، واختلف فيه المتأخرون:

منهم من قال: لا يسقط الحد وقاسه على سائر الحدود فإن سائر الحدود لا تسقط بنفس التوبة.

ومنهم من قال: يسقط، وإليه أشار في «الأصل» وهذا القائل يقول: إن نفس التوبة مسقط للحد في السرقة الكبرى، لأن الله تعالى استثنى التائب في السرقة الكبرى بقوله: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤] والمفهوم من اسم التائب التوبة فيما (١) بسقوط القطع عليها بخلاف الحد في السرقة الصغرى، لأن هناك التائب ليس بمستثنى أما ههنا بخلافه ومتى سقط الحد بالتوبة ظهر حكم القتل في دفعهم الإمام إلى أولياء القتل ليقتلونهم أو يصالحونهم، ثم إنما يقام هنا الحد عليهم إذا كان المأخوذ بحيث يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم.

وأما إذا كان نصيب كل واحد أقل من عشرة فلا يقام هذا الحد عليهم، نص عليه القدوري في «شرحه»، لأنهم لما أخذوا المال تبين أن المقصود هو المال، ولا تكمل الجنائية في أخذ المال إلا إذا كان المأخوذ نصيباً.

وروى إبراهيم عن محمد رحمهما الله في قوم قطعوا الطريق وقتلوا ثم ولوا أو ذهبوا هل يتبعوهم .

قال: إن كان فيهم ولي القتل فاتبعهم فلهم أن يتبعوه، وما لا فلا، وإن أخذوا متاعاً لرجل فلهم أن يتبعوهم وإن لم يتبعهم صاحب المتاع وإن كان المتاع مستهلكاً ليس لهم أن يتبعوه، لأنه صار ديناً عليهم .

ورأيت في موضع آخر: لصوص وقعوا على قوم وأخذوا متاعهم فاستغاثوا بقوم حتى خرجوا في طلبهم، وإن كان أرباب المتاع معهم أو غابوا لكنهم عرفوا مكانهم ويقدرّون على رد المتاع عليهم لا يقاتلونهم .

ذكر في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيمن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً بالبصرة، أو بين الكوفة والحيرة، فليس بقاطع الطريق، ولا يقام عليه حد قطاع الطريق، وهذا استحسان. والقياس أن يقام عليه حد قطاع الطريق، وهو رواية عن أبي يوسف .

وجه القياس: إن سبب وجوب هذا الحد قد تحقق وهو أخذ المال والقتل على وجه المحاربة والمجاهرة، فوجب القول بوجوبه كما في المفازة .

وجه الاستحسان: إن سبب وجوب هذا الحد المحاربة لله ورسوله وذلك إنما يتم في المفازة دون القرى والأمصار، لأن المسافر في المفاز لا يلحقه الغوث من جهة العباد عادة، فإنما يعتمد في ذهابه على حفظ الله تعالى فمن يتعرض له يكون محارباً لله ورسوله .

فأما في القرى والأمصار يلحقه الغوث عادة من جهة العباد، وهو يعتمد على ذلك بالتطرق في هذه المواضع، فباعتباره يتمكن نوع نقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله ورسوله، فيتمكن النقصان في سبب الحد من هذا الوجه، فلا يقام .

وبعض المتأخرين قالوا: إن أبا حنيفة رضي الله عنه أجاب بذلك بناءً على عادة أهل زمانه، فإن الناس من زمنه في المصر وفي القرى كانوا يحملون السلاح مع أنفسهم، فيندر مع ذلك تمكن القاصد من قطع الطريق وأخذ المال، والحكم لا يبنى على النادر، أما في زماننا: ترك الناس هذه العادة، وهي حمل السلاح في الأمصار فيتحقق قطع الطريق في الأمصار والقرى .

وعن أبي يوسف أنه إن قصده في جوف المصر أو بين القرى بالسلاح يقام عليه حد قطاع الطريق، وإن قصده بالحجر أو بالخشب، فإن كان في الليل يقام عليه حد قطاع الطريق، وإن كان في النهار فلا .

وفي «نوادير ابن سماعه»: عن أبي يوسف في المكابرين بالليل إذا لم يقدر أهل الدار على الامتناع منهم: فهم محاربون، فأما بالنهار فهم محاربون فهم مختلس حتى يكون جمعاً لا يقدر غير السلطان على منعهم .

قال: والمكابرون إذا لم يقدر أهل القرية على الامتناع منهم فهم محاربون، قال:

وسمعت أبا يوسف يقول في قوم قطعوا الطريق بين الحيرة وبين الكوفة قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إن قطعوا على قافلة جاءت من الشام تريد مكة أقمت عليهم حد المحاربين.

وإن قطعوا على ناس من أهل الكوفة لم أقم عليه حد المحاربين، قال أبو يوسف: أقيم عليهم حد المحاربين، قطعوا على أهل الكوفة أو على غيرهم، فإذا قتل قاطع الطريق أو قطع فليس عليهم ضمان المال للمعنى الذي ذكرنا في السرقة الصغرى.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: إذا شهد [١٢/ب/٢] الشهود على رجل أنه قطع الطريق وأخذ المال وقتل ولم يحضر معهم أحد لم أقم عليه الحد وعزرتة، لأنه من أهل أمكنتهم قال: وقطاع الطريق وأهل البغي وإذا صاروا أهل العدل وتركوا المحاربة فإني أمرهم بضمن ما استهلكوا وغرم دية من قتلوا لوليه.

وإن كتب لا أحكم به عليهم يعني إذا تابوا فقد بطل عنهم الحد.

وفي «القدوري»: إذا تاب المحاربون قبل القدرة عليهم فعليهم القصاص فيما قتلوا، وضمن المال فيما أخذوا، وكذلك يجب القصاص فيما يستطاع القصاص.

وعن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنه: لو أن رجلين أو ثلاثة عرضوا لرجل في سفره وأخافوه وشهروا عليه السلاح وقتلوه وأخذوا ماله ثم أخذوا، فعليهم حد قطاع الطريق. وقال في المرأة: إذا خرجت محاربة مع القوم صنع بها ما يصنع بالرجل من القطع والقتل.

الفصل الرابع عشر

في بيان متى يسع قتل المهاجم واللص وأمثالهما

وذكر في «فتاوى أهل سمرقند» سارق حفر بدار رجل ولم تنفذ الحفرة حتى علم صاحب البيت، فألقى عليه حجراً فقتله فعلى عاقلته الدية وعليه الكفارة.

وقال محمد رحمه الله في «المنتقى»: إذا قتله غرم الدية في ماله.

وفي «نوادير ابن رستم» عن محمد: قال أبو حنيفة رضي الله عنه اللص الذي دخل بنفسه يسعك قتله.

وفي «نوادير بشر» عن أبي يوسف قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا نقب عليك اللص فأدركته وهو ينقب فاقتله ولا تحذره.

وقال أبو يوسف: حذره، فإن ذهب وإلا فارمه، وإن دخل عليك بيتاً فخفت أن يبدأك بضرب أو خفت أن يكون معه شيء فيرميك فارمه، وإلا فحذره.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: رجل اطلع على حائط ملاءة رجل وعلى الحائط فجاء من صاحب الحائط أنه إن صاح به يأخذ الملاءة ويذهب هل يحل له أن يرميه، قال: يسعه ذلك إذا كانت الملاءة تساوي عشرة دراهم فصاعداً.

قال الفقيه أبو الليث: أصحابنا لم يقدروا هذا التقدير، بل أطلقوا أن له أن يرميه، لقوله عليه السلام: «قاتل دون مالك»^(١) وفي جنيات «الجامع الصغير»: رجل دخل على رجل ليلاً فسرقة ثم أخرج السرقة من الدار فاتبعه الرجل فقتله، فلا شيء عليه.

قالوا: أراد بهذا إذا كان لا يقدر على استرداد السرقة إلا بالقتل، إذا كانت الحالة هذه يباح القتل، ولا ضمان على القاتل وذكر العلاء في «نواده» عن أبي يوسف إذا عرض الرجل رجلاً في الصحراء يريد ماله، فإن كان ماله أقل من عشرة دراهم فليقاتله عنه، ولا يقتله وإن كان عشرة دراهم أو أكثر فليقتله.

وفي «المنتقى»: إذا كان مع رجل رقيق فأراد رجلان أخذه منه وسعه أن يقاتله بالسيف إذا كان يخاف على نفسه الجوع، وكذلك الماء لشربه، وذكر في كتاب الصلاة السرقة التي تبيح قطع الصلاة قدر نصابها بدرهم.

وفي «العيون»: إذا أخرج السارق المتاع فلصاحبه أن يقتله ما دام المتاع معه، فإن رمى به السارق فليس لصاحبه أن يقتله، لأن الحديث لا يتناوله.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله في الرجل يدخل على رجل في بيته يريد أخذ متاعه: فله أن يقتله إذا كان يخاف أن لا يقوى عليه إن أراد أخذه بيده، كذلك إن كان يقوى عليه إلا أنه قد أخذ متاعه وخاف أن يرميه فيقتله أو يذهب متاعه، فله أن يرميه بالنشاب ويقتله.

ولذلك إذا رآه يستكره جارية أو امرأة له فله أن يقتله، وكذلك إذا كانت مطاوعة وخاف أنه إن تركه حتى يأخذه يواقعها.

وفي «المنتقى»: رجل دخل منزله فوجد رجلاً يفجر مع أهله فخاف إن هو أخذه أن يقهره الفاجر: إنه في سعة من قتله.

وذكر أيضاً: ولذلك لو رآه مع جارية ولو رآه مع امرأته أو مع محرم له، وهي مطاوعة على ذلك فقتله جميعاً قتل الرجل والمرأة جميعاً.

وفيه أيضاً قال محمد رحمه الله: ولو أن لصاً دخل دار رجل ولا سلاح معه وصاحب الدار يعلم أنه يقوى على أخذه إن مكث يخاف أن يأخذ بعض متاعه ويذهب ولا يقدر عليه وسعه ضربه وقتله.

وفيه أيضاً الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنه: قتيل وجد في دار فقال صاحب الدار دخل على سرقتي فقتلته، قال: إن كان معروفاً بالسرقة فلا شيء عليه.

قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله: هذا خلاف رواية أبي يوسف، وفي «فتاوى أبي الليث»: لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حوائجه ليس بمشغول بالسرقة، ليس له أن يقتله، وله أن يأخذه، ويأتي به إلى الإمام ليحبسه حتى يتوب، لأن الحبس للزجر إلى أن يتوب مشروع. قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: إذا شهر الرجل على

(١) أخرجه النسائي في التحريم حديث ٤٠٨١، والمتقي الهندي في كنز العمال ١١١٧٤.

رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً فقتله المشهور عليه، فلا شيء عليه شهر في المصر أو خارج المصر، لأنه دافع عن نفسه، لأن السلاح لا يلبث، وهذا الدفع مباح أو واجب فلا يصلح نفساً للضمان، فإن ضربه المشهور عليه ضربة فسقط من حيث يعلم أن الشاهر لا يقدر على قتل المشهور عليه لا يحل له أن يضربه بعد ذلك، ولذلك لو أراد أن يضربه ففر منه لا يحل له أن يتبعه، ولذلك هذا في السارق إذا صاح له رب المال فهرب لا يحل لصاحب المال أن يتبعه ويضربه إلا إذا ذهب بماله، فحينئذ [٢/١٣] يحل له أن يتبعه ويضربه بالسلاح حتى يلقي ماله، وكذلك لو ضربه الشاهر ضربة ثم امتنع من الضرب لا يحل للمشهور عليه أن يضربه، فإن ضربه مع ذلك ومات الشاهر وفر المشهور عليه، فإنه يقتل المشهور عليه بالشاهر. هذا إذا شهر عليه عصاً أو خشباً، فإن كان العصا صغيراً وقد شهر ليلاً فحكمه حكم السلاح شهر عليه في المصر أو خارج المصر، لأنه لا يلحقه الغوث من جهة العباد لغفلتهم، وإن شهر نهاراً إن كان خارج المصر فكذلك، لأنه لا يلحقه الغوث من جهة الناس لبعدهم، وكذلك إذا شهر في المصر في مكان لا يلحقه الغوث، وإن شهر في مكان يلحقه الغوث: لو صاح لا يحل له قتله، ولو قتله إن قتله بحديدة قتل به وإن قتله بغير سلاح يجب فيه الدية على العاقلة، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقالا رحمهما الله: يهدر دمه.

فوجه قولهما أن العصا وإن كان صغيراً فهو من آلات الحرب، فإذا شد عليه بالعصا فقد صار حرباً عليه، فيهدر دمه بخلاف ما إذا شد عليه باليد، لأن اليد ليس بألة الحرب ولا يحارب بها من غير شيء عادة فلا يصير حرباً عليه.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: العصا الصغير مما يلبث فيلحقه الغوث من جهة غيره قبل أن يأتي عليه إذا كان في المصر بالنهار في موضع يلحقه الغوث، فصار بمنزلة ما لو شد عليه باليد. وهذا إذا كان العصا صغيراً يلبث، وأما إذا كان كبيراً لا يلبث، فإن كان في المصر ليلاً أو في المفازة ليلاً أو نهاراً فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه.

وإن كان في المصر نهاراً فقد قال بعض مشايخنا: إنه على الخلاف.

على قول أبي حنيفة رضي الله عنه: يلزمه الضمان.

وعلى قولهما: لا يلزمه الضمان، لأن العصا الكبير بمنزلة السلاح عندهما في حق حكم القصاص فكذا في حق إباحة الدفع.

وعند أبي حنيفة رضي الله عنه بمنزلة العصا الصغير في حق حكم القصاص، فكذا في حق حكم إباحة الدفع فلا يباح للمشهور عليه أن يقتله عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وإذا قتله إن قتله بالسلاح يجب القصاص وإن قتله بما ليس بسلاح تجب الدية في ماله وإلى هذا مال الحاكم الشهيد رحمه الله، وبعضهم قالوا: الضمان ههنا لا يجب بلا خلاف، لأن إباحة القتل ههنا بخوف القتل على نفسه، وفي حق هذا المعنى: لا فرق بين السلاح وبين العصا الكبير، فهذا التعليل يشير إلى أنه لا يجب القصاص، ولا تجب الدية

وإن قتله بالسلاح، وذكر في بعض المواضع في هذه الصورة أن على قول بعض المشايخ إن قتله المشهور عليه بالسلاح لا يجب القصاص، وتجب الدية في ماله وإن قتله بما ليس بسلاح تجب الدية على العاقلة، وأشار إلى المعنى فقال: العصا الكبير بمنزلة السلاح من حيث إنه لا يلبث وبمنزلة العصا الصغير من حيث أنه لا يجرح.

لو شد عليه بالسلاح فقتله المشدود لم يكن عليه شيء لا القصاص ولا الدية ولو شد عليه بعصاً معزراً إن مثله المشدود عليه بالسلاح يلزمه القصاص وإن قتله بما ليس سلاح يلزمه الدية في ماله، فإذا كان بينهما أوجبنا الدية ولم نوجب القصاص.

ولهذا لم نوجب القصاص على الشاذ إذا قتل المشدود عليه، لأنه قتله بالسيف من وجه وبالعصا من وجه وإن شد عليه بغير شيء بيده في المصر فإن قتله المشدود عليه بسلاح قتل به، وإن قتله بغير سلاح تجب الدية على عاقلة المشدود عليه، وإن شد عليه بغير شيء في المفازة أو في المصر ليلاً. والجواب كالجواب في العصا الصغير وسيأتي بعض هذه المسائل في الجنايات.

الفصل الخامس عشر في بيان من له إقامة الحدود

قال محمد رحمه الله: وليس للذي استعمل على رستاق على معونة أو خراج استيفاء الحدود، إنما ذلك إلى أمراء الأمصار والمدن، لأن الحد حق الله تعالى وإنما يستوفيه من يعين نائباً عن الله في استيفاء حقوقه، وذلك هو الإمام، وللإمام أن يستخلف غيره فإذا ولاه ولاية عامة في بلد عظيم فقد فوض إليه القيام بأمر المسلمين، فيملك إقامة الحدود، لأنه لم يفوض إليه ذلك.

ولو استعمل الإمام أميراً على الجيش الكبير ليدخل أرض العدو بأن كان أمير مصر أو مدينة قفر الجند، فأقام فيهم الحدود وقضى في معسكره كما يقضي في مصره. وإن لم يكن أمير مصر إنما بعثه الإمام غازياً، أو كان مبعوثاً من جهة أمير مصر غازياً لم يقيم الحدود، لأنه لم يجعل إليه التصرف عاماً إنما ولاه النظر فيما يرجع إلى مصالح الحرب وللإمام العدل أن يقيم الحدود وينفذ القضاء من معسكره أو من أهل ولايته ويستعمل على القضاء.

قال: وإن جاء رجل من أهل البغي تائباً وقد سرق في معسكر أهل البغي، لم يقطعه، لأنه لم يكن للإمام عليه يد فلا يجب عليه القطع أصلاً، لأن الوجوب للاستيفاء، والاستيفاء لا بد له من المستوفي.

وكذلك التاجر في معسكر أهل البغي والأسير في أيديهم إذا سرق في معسكرهم ثم ظهر عليه أمام أهل العدل لم يقطعه، وكذلك لو كان هؤلاء في دار الحرب لأن الولاية منقطعة، وكذلك المسلم إذا زنى في دار الحرب بمسلمة أو كافرة أو شرب الخمر ثم ظفر بهم الإمام لم يقيم عليه حداً لما مر.

وكذلك لو أن رجلاً من أهل العدل أغار في عسكر أهل البغي وسرق فخاصمه المسروق منه إلى إمام أهل العدل [١٣ب/] لا يقطع، لأن لأهل العدل أن يأخذوا مال أهل البغي على وجه السرقة ويمسكوه إلى أن يتوبوا فيرد عليهم أو يموتوا فيرد على ورثتهم، فهذا سرقة مال مباح الأخذ.

وإن أغار رجل من أهل البغي في عسكر أهل العدل ليلاً وسرق مالاً وذهب إلى معسكره، ثم أخذ بعد ذلك وأتى به إمام أهل العدل لا يقطع، لأنه محارب يستحل هذا وإن كان بتأويل فاسد إلا أن التأويل الفاسد مع منعه ملحق بالصحيح في حق أحكام الدنيا.

ولو أن رجلاً من أهل العدل سرق مالاً من إنسان وهو يشهد عليه بالكفر ويستحل دمه قطع به، لأنه ليس له منعه، وإنما يعتبر موجب اعتقاده إذا انضم إليه المتعة ومتى أسقطنا القطع بهذا لم يبق حد في سرقة، لأن كل سارق يستحل مال المسروق منه.

الفصل السادس عشر في المتفرقات

ابن سماعة عن أبي يوسف إذا قال: سرقت هذا الطيلسان الذي في يدي هذا الرجل من فلان ودفعته إلى هذا، وقال: وهبته من هذا، أو قال: غصبت مكان قوله سرقت قال: أصدقه على نفسه وأقطعه، ولا أصدقه على الذي الطيلسان في يديه.

وفي «نوادير بشر» عن أبي يوسف: إذا قال: سرقت من هذا عشرة لا بل من هذا عشرة، قال أبو حنيفة: أضمنه للأول عشرة وأقطعه بالثاني.

وفي «المنتقى»: سرقت من هذا عشرة دراهم لا بل سرقتها من هذا، قال: أضمنه لكل واحد منهما عشرة.

وفي «نوادير بشر» عن أبي يوسف أيضاً إذا قال: سرقت تسعة دراهم لا بل عشرة لا قطع عليه في قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه، قال هشام: سألت أبا يوسف عن رجل قال: سرقت من هذا عشرين درهماً، لا بل عشرة دراهم، قال: يقطع في قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه، ويضمن عشرة دراهم.

وفي شرح سرقة «الأصل» إذا وجب على إنسان حدود فيما دون النفس، وهي من خالص حق الله تعالى كحد الزنا وحد شرب الخمر والقطع في السرقة ووجب عليه القتل يبدأ بالقتل ويلغي ما سواه سواء وجب القتل حقاً لله تعالى كالرجم وكالقتل في قطاع الطريق، أو وجب حقاً للعبد كالقصاص.

أما ما فيه حق العبد نحو حد للقفد والقصاص في الطرق لا بد وأن يستوفى مقدماً على القتل، فإذا أمر الحاكم الحداد بقطع يمين السارق فقطع يساره لا ضمان على الحداد في قول أبي حنيفة رضي الله عنه قطع خطأ أو عمدًا، وقال أبو يوسف، ومحمد

رحمهما الله: إن قطع خطأ فلا ضمان عليه، وإن قطع عمداً فعليه الضمان. هكذا ذكر المسألة في «الجامع الصغير» وذكر المسألة في «الأصل» وجعلها على وجهين:

أما إن قال له الحداد أخرج يمينك فأخرج السارق يساره وقال: هذا يميني فاقطعه فقطعه الحداد أو لم يأمر الحداد السارق بإخراج يده ولكنه عمد فقطع يساره، فإن أمره بإخراج يمينه فأخرج السارق يساره فقال: هذا يميني فإنه لا ضمان عليه عندهم قياساً واستحساناً، ذلك لأن قطع اليسار حصل بإذن السارق، ولو حصل بإذنه ولم يكن عليه قطع اليمين بسبب السرقة كان لا يضمن، فإذا حصل قطع السارق بإذنه وعليه قطع اليمين بسبب السرقة أولى فإذا لم يقل أخرج يمينك، ولكنه عمد إلى يساره فقطعه، فهذا على وجهين:

أما إن أخطأ بأن جهل أن هذا يساره.

أو كان عالماً بأنه يساره ومع هذا قطع، فإن أخطأ بأن جهل بأنه يساره فقطع فإنه لا ضمان عليه عندهم جميعاً.

أما عند أبي حنيفة رضي الله عنه: لا إشكال، لأنه لو تعمد بأن علم أنه يساره فقال له السارق لا تقطعه فإنه يسار ومع هذا قطع لا ضمان عليه، لأنه إنما أتلف عليه اليسار بخلف، فإن اليمين مسلم له والإتلاف بخلف لا يوجب الضمان، كمن أكره إنساناً على أن يعتق عبده بمثل قيمته، أو يبيعه من غيره بمثل قيمته فأعتق أو باع فإن المكره لا يضمن، لأنه أتلف عليه بخلف يعد له كذا ههنا.

وأما على قولهما ففيه نوع إشكال.

لأنه لو تعمد يضمن عندهما لما نبين: فلو سقط الضمان ههنا إنما يسقط لمكان الخطأ ولا وجه إليه، لأن الخطأ لا يسقط الضمان ولكن إنما لا يجب الضمان عندهما لوجهين.

أحدهما: أنه لما عمد إلى قطع اليسار وسكت السارق ولم يخبره أنه يسار، صار باطلاً له اليسار ليقطعه، والبدل مما يسقط ضمان الأطراف بخلاف ما إذا قال له السارق: لا تقطعه فإنه يسار، لأن هناك لم يوجب منه البدل نصاً ولا دلالة فالمسقط للضمان لم يوجد والمحل مضمون فيصير الحداد ضامناً، ولأن هذا الإتلاف يخلف من وجه دون وجه، فإن اليمين قد سلم له بسبب إتلاف اليسار واليمين تصلح خلفاً عن اليسار من وجه من حيث إنه كان على شرف الزوال، وقد زال هذا بقطع اليسار، فكان كالتسليم له بقطع اليسار، ولكن من حيث إنه كان حاصلاً له قبل قطع اليسار حقيقة لم يصلح خلفاً عنه، فاعتبرناه خلفاً حالة الخطأ، لأنه حال عذر فلم يعتبره خلفاً حالة العمد توفيراً على الشبهين حظهما، فكان قطع اليسرى حالة العذر إتلافاً بخلف، فلا يوجب [٢/١٤] الضمان، فأما إذا تعمد بأن علم بأنه يسار ومع هذا قطع، القياس أن يضمن، وبالقياس وبه أخذ.

وفي الاستحسان: لا يضمن وبه أخذ أبو حنيفة رضي الله عنه. ذكر القياس

والاستحسان في كتاب السرقة ولم يذكر الخلاف ثمة، وذكر الخلاف في «الجامع الصغير»، ولم يذكر القياس والاستحسان.

وجه القياس على ما ذكر في كتاب السرقة: أنه قطع ما ليس بمحل القطع فيجب أن يضمن قياساً على ما لو جدد أنفه أو أذنه وكان يجب أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبه، لأن الثابت بنص الكتاب يد مطلق، فاليمينى بقراءة عبد الله رضي الله عنه وبنوع من القياس، لأنه أقوى يبقى شبهته احتمال اليسار داخلاً تحت مطلق اسم اليد والشبهة تكفي لدراء القصاص ولا تكفى لدراء ضمان المال.

فأما أبو حنيفة رضي الله عنه ذهب إلى أن هذا إتلافٌ وحصل بخلف يعدله ويزيد عليه، فلا يوجب الضمان قياساً على مسألة الإكراه، وكما في نقصان الولادة الحاصلة بالولد، وإنما قلنا حصل بخلف، لأنه إن أتلف عليه اليسار فقد سلم له اليمينى واليمين مثل اليسار وخير منه، إن قيل اليمينى لم يحصل له سبب القطع بل كان حاصلاً من قبل والإتلاف بخلف إنما لا يوجب الضمان إذا حصل الخلف بالسبب الذي حصل به الإتلاف كما في مسألة الإكراه ومسألة النقصان الولادة، أما إذا حصل الخلف بسبب آخر يجب الضمان، ألا ترى أنه لو كان للمغصوبة ولد آخر في يد الغاصب سوى هذا الولد الذي حصل به النقصان يجب ضمان النقصان، فطريقه ما قلنا اليد اليمينى من حيث الاعتبار إنما حصل له بقطع اليسار، وذلك لأن اليمينى صار على شرف الزوال، وما كان على شرف الزوال فهو كالغائب من حيث الاعتبار.

ولو كان فانياً حقيقة وتصور العود بقطع اليسار صلح خلفاً عنه فكذلك إذا صار فانياً من حيث الاعتبار زوال هذا الفوات بقطع اليسار، فإن قتل هذا يشكل بما لو قطع رجله اليمينى فإنه يضمن، وقد أتلف الرجل وأخلف عوضاً مثله وهو اليد اليمينى، فإن يده اليمينى لا تقطع وقيمة الرجل وقيمة اليد سواء شرعاً، قلنا: إلا رواية لهذا فلا يسلم ومقوماً به لا يضمن، لأنه إتلاف حصل بخلف يعدله فلا يكون عليه ضمان، وليس كما لو جدد أنفه أو قطع رجله اليسرى فإنه إتلاف حصل بغير عوض وخلف، لأن اليمينى لا تسلم بقطع الأنف ولا بقطع رجله اليسرى بل بقطع يمينه بالسرقة فكان إتلافاً بغير عوض، فيوجب الضمان كما لو أكرهه على إعتاق عبده بغير عوض.

وفي «المنتقى»: إذا أمر القاضي الحداد بقطع يد السارق ولم يقل يمينه أو يساره فقطع الحداد يساره صارت بالسرقة، ولا شيء على الحداد، وإن قال: اقطع يمينه فقطع يساره، وقد تعمد الحداد في ذلك وكابره قطعت يسار الحداد وضمنت السارق السرقة. وإن قطع الحداد رجله اليمينى ضمنت الحداد بها وضمنت السارق السرقة. وإن قطع رجله اليسرى ضمنت الحداد بها وقطعت عن السارق يده اليمينى. وإن قطعت يديه جميعاً صارت اليمينى بالسرقة وضمن الحداد للسارق يده اليسرى.

قال في «الجامع الصغير»: وإذا شهد الشهود على رجل بالسرقة ووصفوها وبينوها فحبسه القاضي حتى سأل عن الشهود فقطع إنسان يده اليمينى يقتص له منه، لأن اليد لا

يصير مباحاً القطع بمجرد الشهادة. وإنما يصير مباح القطع إذا قضى القاضي بالقطع، لأن مجرد الشهادة ليس بحجة. وإذا لم تثبت الإباحة بمجرد الشهادة صار الحال قبل الشهادة والحال بعدها سواء، وهناك يجب القصاص بالقطع كذا ههنا.

ولو قضى القاضي عليه بالقطع ثم قطع إنسان يده فلا شيء على القاطع، لأن القطع حصل بإذن الإمام، لأن الإمام لما قضى بالقطع صار مستعيناً لكل واحد من آحاد المسلمين على القطع والقطع بإذن الإمام لا يوجب الضمان، وصار هذا نظير ما إذا قضى على إنسان بالرجم فقتله رجل من عرض الناس فإنه لا يضمن القاتل، وطريقه ما قلنا. فرق بين هذا وبينما إذا قضى القاضي بالقصاص في النفس على إنسان فقتله رجل من عرض الناس أو قضى القصاص في الطرف على إنسان فجاء إنسان من عرض الناس وقطع طرفه فإن هناك يضمن.

والفرق أن في باب القصاص الاستيفاء غير متعين بل للولي الخيار إن شاء استوفى القصاص، وإن شاء عفا أو صالح. وإذا لم يكن الاستيفاء متعيناً لم تثبت الاستعانة على الاستيفاء دلالة، فالقطع حصل بغير إذن من له الحق.

أما في قطع الطريق الاستيفاء متعين، فإن الإمام لا يملك العفو ولا الاعتياض. وإذا كان الاستيفاء متعيناً تثبت الاستعانة بكل واحد من آحاد المسلمين دلالة.

وبخلاف ما إذا قضى القاضي على إنسان بالجلد فجلده واحد من عرض الناس، فإن الجلاذ يضمن وإن كان الاستيفاء متعيناً ومع هذا لم تثبت الاستعانة، لأن كل أحد لا يهتدي إلى إقامة الجلد كما ينبغي، لأن من حقه أن يفرق على الأعضاء ويبالغ في الضرب في بعض الحدود، ولا يبالغ في البعض وهذا مما لا يهتدي إليه كل واحد، فلا تثبت الاستعانة فكان الجلد حاصلاً بغير إذن الإمام، فأما القطع في السرقة بشيء معين وكذلك القتل في باب الرجم شيء معين يهتدي إليه كل أحد فتثبت الاستعانة.

قد ذكرنا قبل [١٤ب/٢] هذا في فصل على حدة أن السارق إذا رد المسروق على المسروق منه قبل المرافعة إلى الإمام ثم وقعت المرافعة إلى الإمام، أنه لا يقطع السارق، فلم نذكر القياس والاستحسان. وفي المسألة قياس واستحسان.

القياس: أن يقطع.

وفي الاستحسان؛ لا يقطع وهذه المسألة بناءً على أن الخصومة من العبد هل هي شرط للقطع القياس أنها ليست بشرط؟ وفي الاستحسان: هل هي شرط ذكر القياس والاستحسان في آخر «الجامع الكبير».

وجه القياس: القطع حق الله تعالى على الخلوص فيستوفى من غير دعوى العبد كحده حد الشرب.

وجه الاستحسان: أن القطع وإن كان حق الله تعالى على الخلوص إلا أنه بثبوت في ضمن حق العبد في المسروق. ولهذا شهد شاهدان على رجل بالسرقة من شخص بعينه والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع اليسار.

ولهذا أن القطع في ضمن حق العبد في المسروق.

ولهذا إذا شهد شاهدان على رجل بالسرقة من شخص بعينه والمشهود عليه ينكر السرقة لا يقطع السارق. ولهذا إن القطع في ضمن حق العبد في المسروق ولم يثبت لما أنكر السرقة فلا يثبت القطع الذي في ضمنه، قلنا وحق المسروق منه في المسروق ههنا لم يثبت لأن ثبوته بالبينة بناءً على خصومة صحيحة، وخصومة المسروق منه بعد وصول المسروق إليه لم تصح، فلم يثبت كون المسروق ملكاً للمسروق منه بهذه البينة، فلا يثبت ما في ضمنه.

ولو كان السارق رد المسروق على أب المسروق منه أو على أخيه أو أخته أو عمته أو خالته قبل المرافعة إلى الإمام ثم وقعت المرافعة وأقام المسروق منه بينة على السارق. فإن لم يكن المردود عليه في عيال المسروق قطعت يد السارق لأن يد من ليس في عيال المسروق منه ليست كيده فلم يتحقق الرد على المسروق منه، وإن كان المردود عليه في عيال المسروق منه لا تقطع يد السارق استحساناً، لأن يد من في عيال المسروق منه جعل كيد المسروق منه من وجه.

ألا ترى أن المودع إذا رفع الوديعة إلى من في عياله لا يضمن وجعل يد من في عياله كيده، فثبت شبهة الاتحاد وشبهة الرد على المسروق منه والحدود لا تثبت مع الشبهات.

وإن كان المردود عليه امرأة المسروق منه أو أجييره الخاص ويعني به الأجير الذي يسكن معه أو امرأته أو عبده، فلا قطع على السارق استحساناً، لأن يد هؤلاء كيد المسروق منه من وجه، لأن هؤلاء في عياله، فإن كان المردود عليه والد المسروق منه أو والدته أو جده أو جدته فإن كان هؤلاء في عيال المسروق، فلا قطع على السارق قياساً واستحساناً، وإن لم يكونوا في عياله فلا قطع عليه استحساناً. وفي القياس؛ يجب القطع.

وجه القياس: أن يد من ليس في عيال المسروق منه ليست كيد المسروق منه، فلا يتحقق الرد على المسروق منه، وجه الاستحسان: أن هؤلاء شبهة الملك في المسروق، قال عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»^(١) ولو كان هؤلاء ملكاً حقيقة صح الرد عليهم، فإذا كان لهم شبهة تثبت شبهة الرد أيضاً، والشبهة ملحقة بالحقيقة في درء الحد بخلاف من تقدم ذكره، لأنه ليس لمن تقدم ذكرهم شبهة الملك في المسروق ليصح الرد عليه بطريق الأصالة، فينظر إلى اليد إن كانت يده كيد المسروق منه من وجه بأن كان في عياله يتحقق الرد عليه من وجه، فلا يجب القطع وإن لم يكن بهذه الصفة يجب القطع، وإن ردها على بعض من في عيال والد المسروق منه قطع، لأنه ليس للمردود عليه شبهة الملك في المسروق، ليصح الرد عليه بطريق الأصالة وليس يد هؤلاء كيد المسروق منه فلم يتحقق الرد على المسروق منه.

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

وإن ردها على مكاتب المسروق منه لم يقطع وهذا استحسان لأن المكاتب بمنزلة من في عياله، لأنه عبد ما بقي عليه درهم، وكذا إذا كان المسروق منه هو المكاتب قد رد السارق المسروق على مولى المكاتب لا يقطع، لأن للمولى حق الملك في المسروق.

ولو كان للمردود عليه شبهة الملك في المسروق لا يقطع السارق، فإذا كان له حق الملك في المسروق أولى فإن رد المسروق على من يعول المسروق منه فلا قطع، لأن يد الذي يعوله بمنزلة يده من وجه في الأمانات حتى إن المودع إذا رفع الوديعة إلى من يعوله لا يضمن قيل هذا الاستحسان. والقياس: أن يقطع.

والأشبه أن هذا قياس واستحسان، لأن صاحب العيال هو الذي يقبض لهم وهنا كلمة لم يتضح معناها عليهم، فصار يد الذي يعوله فوق أيديهم في حال صاحب العيال، فامتنع القطع قياساً واستحساناً.

رجل سرق من جوز خابيان فرفع إلى قاضي بلخ فله أن يقطعه، لأن جوز خابيان وبلخ في الأصل من عمل رجل واحد، فإن كل واحد منهما من عمل والي خراسان، فالسرقة وجدت في موضع كانت الولاية فيه لوالي خراسان، فإن علت رجال على جوزجانان من أهل البغي من غير تقليد من جهة والي خراسان لم يكن لقاضي بلخ أن يقيم، لأن السرقة وجدت في موضع ليس في ولاية والي خراسان، وهو نظير ما لو سرق في خوارزم فرفع إلى قاضي بلخ.

رجل سرق مائة وقطع فيها وردت المائة على صاحبها، فسرقتها ثانياً مع مائة أخرى مخلوطة أو غير مخلوطة قطع، لأجل المائة الأخرى التي لم يسرقها في الكرة الأولى.

المدعى عليه [١٥/٢] السرقة إذا أنكر السرقة حكي عن الفقيه أبي بكر الأعمش رحمه الله: أن القاضي يعمل فيه بأكثر رأيه، فإن كان في أكثر رأيه أنه سارق وأن المال عنده عذبه ويجوز له ذلك.

ألا ترى أن إراقة الدم بأكثر الرأي تجوز، حتى إن من دخل في بيت رجل شاهراً سلاحه ووقع في قلبه أنه أتى ليقتله كان له أن يقتله وعامة المشايخ على أن القاضي يعززه، لأنه وجد في موضع التهمة، والإنسان يعزر، لأجل التهمة، ألا ترى لو رآه يمشي مع السراق يعززه، وكذا لو رآه جالساً مع الفساق في مجلس الشرب يعززه، وإن كان هو لا يشرب فكذا ههنا يعززه الإمام. وفي جملة ما يعززه يأمره بإخراج المال.

وفي «العيون»: رجل ادعى على آخر سرقة وقدمه إلى السلطان وطلب من السلطان أن يضربه حتى يقر بالسرقة فضربه مرة أو مرتين ثم أعيد إلى السجن من غير تعذيب، فخاف المحبوس من التعذيب والضرب فصعد السطح ليقر، فسقط من السطح فمات، وقد كان لحقه غرامة في هذه الحادثة، وظهرت السرقة على يدي غيره كان للورثة أن يأخذوا صاحب السرقة بدية أبيهم، وبالغرامة التي أدى إلى السلطان، لأن الكل حصل بتسببه وهو متعدي في هذا التسبب.

قيل: هذا الجواب مستقيم في الغرامة التي أصله مسألة السعاية غير مستقيم في الدية، لأنه صعد السطح باختياره.

وقيل: هو مستقيم في الكل لأنه مكره على صعود السطح للفرار معنى، لأنه إنما قصد الفرار خوفاً على نفسه من الضرب فكان مكرهاً. وهذا الخوف نتيجة تسبب المدعي وصيرورته مكرهاً نتيجة الخوف، فكان مضافاً إلى تسببه من هذا الوجه.

وفي «الفتاوى»: رجل خرج قاطعاً الطريق على أن يسلب أمتعة الناس ويقتلهم، إن استقبلوه فاستقله الناس فاقتلوا فقتلوه لا شيء عليهم، لأنهم قتلوه لأجل مالهم.

فإن فر من هؤلاء، فإن بلغوه موضعاً لو تركوه لم يقدر على قطع الطريق عليهم ثم قتلوه كان عليهم الدية، لأنهم ما قتلوه لأجل مالهم.

وفي «المنتقى»: رجل سرق جلود السباع المدبوغة قيمتها مائة: لا يقطع، فلو جعلت مصلاً أو بساطاً يقطع، لأنه بهذه الصنعة يخرج من أن يكون جلود السباع، لأنها أخذت اسماً آخر.

اختلف المشايخ في القبر إذا كان في بيت مقفل فنبش إنسان الكفن أو سرق مالاً آخر من ذلك البيت، وكذلك اختلفوا فيما إذا أخذ الكفن من تابوت في القافلة، ولم يأخذ شيئاً آخر قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: الأصح عندي أنه لا قطع في الفصول كلها.

وإذا ثبتت السرقة في الحر الشديد أو في البرد الشديد الذي يتخوف عليه الموت إن قطع حبس حتى ينكسر الحر والبرد، وإن كان لا يخاف عليه الموت يقطع في الحال، وإن حبس فمات في الحبس كانت السرقة ديناً في تركته.

أخذ قاطع الطريق ويده اليسرى شلاء لم يقطع منه شيء عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقتل أو صلب وإن كان يده اليمنى مقطوعة أو شلاء قطع رجله اليسرى عنده، ثم قتل أو صلب.

وإن قطعوا الطريق على تجار المسلمين في دار الحرب، أو في دار الإسلام في موضع غلب عليه أهل البغي لا يقام عليهم الحد.

وإذا قضي عليه بالقتل والقطع وحبس لذلك فجاء إنسان وقتله أو قطع يده فلا شيء عليه، ويتمم الإمام الحد فيما إذا قطع يده.

وإذا قطعوا الطريق في دار الإسلام على قوم مستأمنين من أهل الحرب لا يقام عليهم الحد، ولكن يضمنون المال ودية القتل.

وإذا قطعوا الطريق على قافلة عظيمة فيها مسلمون ومستأمنون إن وقع القتل وأخذ المال بأهل الحرب خاصة لا يقام عليهم حد قطاع الطريق، وإن وقع القتل وأخذ المال بالمسلمين والمستأمنين يقام عليهم الحد، بخلاف ما إذا كان في القافلة ذو رحم محرم من أحد القطاع، فإن هناك لا يقام عليهم القطع على كل حال.

وإذا حبس الإمام رجلاً منهم قطع الطريق فقتله رجل قبل أن يثبت عليه شيء ثم قامت البينة على فعله، وجب القصاص على القاتل، قال: إلا إذا كان القاتل ولي المقتول الذي قتله، هذا في قطع الطريق فحينئذ لا يلزمه القود.

وفي «القدوري»: إذا أقر فقال سرقت هذه الدراهم فلا أدري لمن هي، أو قال لا أعرف صاحبها لم يقطع، لأنه أقر للمجهول. والإقرار للمجهول. باطل، فلا يتعلق به حكم.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: فيمن ادعى على آخر سرقة، وأنكر المدعى عليه يستحلف، فإن نكل يقضى عليه بالمال، ولا يقضى عليه بالقطع، والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

تم كتاب السرقة بحمد الله وحسن توفيقه وصلى الله على سيدنا محمد وآله أجمعين وأشياعه أكتعين^(١) وحسبنا الله ونعم الوكيل.

(١) أكتع وأكتعون كأجمع وأجمعون، وهي من ألفاظ التوكيد، يقال: جاؤوا كلهم أجمعون أكتعون أبصعون أبتعون. إنباعات لأجمعين لا يجئن إلا على أثرها.