

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

شرائط السرقة ما يرجع إلى السارق .

فصل : و أما الشرائط فأنواع بعضها يرجع إلى السارق و بعضها يرجع إلى المسروق و بعضها يرجع إلى المسروق منه و بعضها يرجع إلى المسروق فيه و هو المكان أما ما يرجع إلى السارق : فأهليه وجوب القطع و هي العقل و البلوغ فلا يقطع الصبي و المجنون لما روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : [رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم حتى يستيقظ] أخبر عليه الصلاة و السلام أن القلم مرفوع عنهما و في إيجاب القطع إجراء القلم عليهما و هذا خلاف النص و لأن القطع فيستدعي جناية و فعلهما لا يوصف بالجنايات و لهذا لم يجب عليهما سائر الحدود كذا هذا و يضمنان السرقة لأن الجناية ليست بشرط لوجوب ضمان المال .

و إن كان السارق يجن مدة و يفيق أخرى فإن سرق في حال جنونه لم يقطع و إن سرق في حال الإفاقة يقطع .

و لو سرق جماعة فيهم صبي أو مجنون يدرأ عنهم القطع في قول أبي حنيفة و زفر رحمهما .

و قال أبو يوسف C : إن كان الصبي و المجنون هو الذي تولى إخراج المتاع درء عنهم جميعا و إن كان وليه غيرهما قطعوا جميعا إلا الصبي و المجنون وجه قوله : أن الإخراج من الحرز هو الأصل في السرقة و الإعانة كالتابع فإذا وليه الصبي أو المجنون فقد أتى بالأصل فإذا لم يجب القطع بالأصل كيف يجب بالتابع فإذا وليه بالغ عاقل فقد حصل الأصل منه فسقوطه عن التبع لا يوجب سقوطه عن الأصل .

وجه قول أبي حنيفة و زفر رحمهم الله : أن السرقة واحدة و قد حصلت ممن يجب عليه القطع و ممن لا يجب عليه القطع فلا يجب القطع على أحد كالعامد مع الخاطئ إذا اشتركا في القطع أو في القتل .

و قوله : الإخراج أصل في السرقة مسلم لكنه حصل من الكل معتنى لاتحاد الكل في معنى التعاون على ما بينا فيما تقدم فكان إخراج غير الصبي و المجنون كإخراج الصبي و المجنون ضرورة الاتحاد .

و على هذا الخلاف إذا كان فيهم ذو رحم محرم من المسروق منه أنه لا قطع على أحد عند أبي حنيفة و عند أبو يوسف يدرأ عن ذي الرحم المحرم و يجب على الأجنبي و لا خلاف في أنه إذا كان فيهم شريك المسروق منه أنه لا قطع على أحد فأما الذكورة فليست بشرط لثبوت الأهلية

فتقطع الأنثى لقوله تعالى عز شأنه : { والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما } و كذلك الحرية فيقطع العبد والأمة و المدبر و المكاتب و أم الولد لعموم الآية الشريفة و يستوي الآبق و غيره لما قلنا .

و ذكر في الموطأ أن عبدا لعبد ا □ بن سيدنا عمر Bهما : [سرق و هو آبق فبعث به عبد ا □ إلى سعيد بن العاص Bه ليقطع يده فأبى سعيد أن يقطع يده و قال : لا تقطع يد الآبق إذا سرق فقال عبد ا □ في أيما كتاب ا □ تعالى عز شأنه وجدت هذا ؟ إن العبد الآبق إذا سرق لا تقطع يده ؟ فأمر به عبد ا □ Bه فقطعت يده] و لأن الذكورة و الحرية ليست من شرائط سائر الحدود فكذا هذا الحد و كذا الإسلام ليس بشرط فيقطع المسلم و الكافر لعموم آية السرقة