

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

فصل : بيان ما تظهر به السرقة عند القاضي .

و أما بيان ما تظهر به السرقة عند القاضي فنقول و بإﻻ التوفيق : السرقة الموجبة للقطع عند القاضي تظهر بأحد أمرين .

أحدهما : البينة .

و الثاني : الإقرار إما البينة فظهر بها السرقة إذا استجمعت شرائطها لأنها خبر يرجح فيه جنبه الصدق على جنبه الكذب فيظهر المخبر به و شرائط قبول البينة في باب السرقة بعضها يعلم البينات كلها و قد ذكرنا ذلك في كتاب الشهادات و بعضها يخص أبواب الحدود و القصاص و هو الذكورة و العدالة و الأصالة فلا تقبل فيها شهادة النساء و لا شهادة الفساق و لا الشهادة على الشهادة لأن في شهادة هؤلاء زيادة شبهة لا ضرورة إلى تحملها فيما يحتال لدفعه و يحتاط لدرئه و كذا عدم تقادم العهد إلا في حد القذف و القصاص حتى لو شهدوا بالسرقة بعد حين لم تقبل و لا يقطع و يضمن المال .

و الأصل أن التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة و لا يبطلها على حد القذف و لا يبطل الإقرار أيضا و الفرق ذكرناه في كتاب الحدود و إنما ضمن المال لأن التقادم إنما يمنع من الشهادة على الحدود الخالصة للشبهة و الشبهة تمنع وجوب الحد و لا يمنع وجوب المال و بعضها يخص أرباب الأموال و الحقوق و هو الخصومة و الدعوى ممن لا يد صححة حتى لو شهدوا أنه سرق من فلان الغائب لم تقبل شهادتهم ما لم يحضر المسروق منه و يخاصم لما ذكرنا أن كون المسروق ملكا لغير السارق شرط لكون الفعل سرقة و لا يظهر ذلك إلا بالخصومة فإذا لم توجد الخصومة لم تقبل شهادتهم و لكن يحبس السارق لأن إخبارهم أورث تهمة و يجوز الحبس بالتهمة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه و سلم : [حبس رجلا بالتهمة] و هل يشترط حضور المولى لقبول البينة القائمة على سرقة عبده مال إنسان و العبد يجحد ؟ اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة : يشترط حتى لو كان موله غائبا لم تقبل البينة و هو إحدى الروايتين عن أبي يوسف .

و روي عن أبي يوسف رواية أخرى : أنه لا يشترط و يقضي عليه بالقطع و إن كان موله غائبا .

وجه هذه الرواية : أن القطع إنما يجب على العبد بالسرقة من حيث إنه آدمي مكلف لا من حيث إنه مملوك للمولى و من هذا الوجه المولى أجنبى عنه فلا معنى لاشتراط حضرته كما لا تشترط حضرة سائر الأجانب و لهذا لو أقر بالسرقة نفذ إقراره و لا يشترط حضور المولى كذا

هذا .

وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة : أن هذه البينة تتضمن إتلاف ملك المولى فلا يقضى بها مع غيبة المولى كالبينة القائمة على ملك شيء من رقبة العبد و لأن من الجائز أنه لو كان حضارا لادعى شبهة مانعة من قبول الشهادة و الحدود تدرأ ما أمكن بخلاف الإقرار لأنه بعدما وقع موجبا للحد لا يملك المولى رده بوجه فلم تتمكن فيه شبهة و لا تظهر السرقة بالنكول حتى لو ادعى على رجل سرقة فأنكر فاستخلف فنكل لا يقضى عليه بالقطع و يقضى بالمال لأن النكول إما أن يجري مجرى البدل و القطع مما لا يحتمل البدل و الإباحة و المال مما يحتمل البدل و الإباحة و إما أن يجري مجرى إقرار فيه شبهة العدم لكونه إقرارا من طريق السكوت لا صريحا و الشبهة تمنع وجوب الحد و لا تمنع وجوب المال .

و أما الإقرار فتظهر به السرقة الموجبة للقطع أيضا لأن الإنسان غير منهم في الإقرار على نفسه بالإضرار بنفسه فتظهر به السرقة كما تظهر بالبينة بل أولى لأن المرء قد يتهم في حق غيره ما لا يتهم في حق نفسه و سواء كان الذي أقر بالسرقة عبدا مأذونا أو محجورا بعد أن كان من أهل وجوب القطع عليه و عند زفر C : لا يقطع بإقرار العبد من غير تصديق المولى . و جملة الكلام : أن العبد إذا أقر بسرقة عشرة دراهم لا يخلو إما إن كان مأذونا أو محجورا و المال قائم أو هالك فإذا كان مأذونا يقطع ثم إن كان المال هالكا أو مستهلكا لا ضمان عليه سواء صدقه مولاه في إقراره أو كذبه لأن القطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا و إن كان المال قائما فهو المسروق منه و هذا قول أصحابنا الثلاثة و قال زفر C : لا يقطع من غير تصديق المولى و المال للمسروق منه .

وجه قوله : أن إقرار العبد يتضمن إتلاف مال المولى لأن ما في يد العبد مال مولاه فلا يقبل من غير تصديق المولى .

و لنا : أن العبد غير متهم في هذا الإقرار لأن المولى إن كان يتضرر به فضرر العبد أعظم فلم يكن متهما في إقراره فيقبل و لأنه لا ملك للمولى في يد العبد في حق القطع كما لا ملك له في نفسه في حق القتل فكان العبد فيه مبقى على أصل الحرية فيقبل إقراره كالحرة و به تبين أن إقراره لم يتضمن إبطال حق المولى في حق القطع لعدم الحق له في حقه و إن كان محجورا تقطع يده ثم إن كان المال هالكا أو مستهلكا لا ضمان عليه كذبه مولاه أو صدقه و إن كان قائما فإن صدقه مولاه تقطع يده و المال للمسروق منه و إن كذلك بأن قال : هذا مالي : اختلف فيه أصحابنا الثلاثة .

قال أبو حنيفة : تقطع يده و المال للمسروق منه .

و قال أبو يوسف : تقطع يده و المال للمولى و لا ضمان على العبد في الحال و لا يعد العتق .

و قال محمد : لا تقطع يده و المال للمولى و يضمن مثله للمقر له بعد العتق .
وجه قوله ظاهر لأن إقرار المحجور بالمال لا يصح لأن ما في يد ملك مولاه ظاهرا و غالبا و
إذا لم ينفذ إقراره بالمال بقي المال على حكم ملك المولى و لا قطع في مال المولى بخلاف
المأذون لأن إقراره بالمال جائز و إذا جاز إقراره بالمال لغيره تثبت السرقة منه فيقطع .
وجه قول أبي يوسف : أن إقراره بالحد جائز : و إن كان لا يجوز بالمال إذ ليس من ضرورة
جواز إقراره في حق الحد جوازه في المال : ألا ترى أنه لو قال : سرقت هذا المال الذي في
يد زيد من عمر و يقبل إقراره في القطع و لا يقبل في المال كذا هذا .

وجه قول أبي حنيفة C : أن إقرار العبد بالحد جائز لما ذكرنا في العبد المأذون فلزمه
القطع فبعد ذلك لا يخلو إما أن يقطع في المال المقر به بعينه و يرد المسروق إلى المولى
و إما أن يقطع في مال بغير عينه لا سبيل إلى الأول لأن قطع اليد في مال محكوم به لمولاه لا
يجوز و لا يجوز أن يقطع في مال بغير عينه لأن الإقرار صادق مالا معينا فتعين أن يقطع في
المال المقر به بعينه و يرد المال إلى المسروق منه .

هذا إذا كان العبد بالغاً عاقلاً وقت الإقرار فأما إذا كان صبياً عاقلاً فلا قطع عليه لأنه ليس
من أهل الخطاب بالشرائع ثم ينظر إن كان مأذوناً يصح إقراره بالمال فإن كان قائماً يرد
عليه و إن كان هالكا يضمن و إن كان محجوراً لا يصح إقراره إلا بتصديق المولى فإن كذبه
فالمال للمولى إن كان قائماً و إن هالكا لا ضمان عليه لا في الحال لو لا بعد العتاق .
و لو أقر العبد بسرقة ما دون العشرة لا يقطع لأن النصاب الشرط ثم ينظر إن كان مأذوناً
يصح إقراره و يرد المال إلى المسروق منه و إن كان هالكا يضمن سواء كان العبد مخاطباً أو
لم يكن و إن كان محجوراً فإن صدقه ماله فكذلك و إن كذبه فالمال للمولى و يضمن العبد بعد
العتق إن كان مخاطباً وقت الإقرار و إن كان صغيراً لا ضمان عليه .

و الأصل في جنس هذه المسائل : أن كل ما لا يصح إقرار المولى على عبده يصح إقرار العبد
فيه ثم المولى إذا أقر على عبده بالقصاص أو حد الزنا أو حد القذف أو السرقة أو القطع
في السرقة لا يصح فإذا أقر العبد بهذه الأشياء يصح و أما إذا أقر المولى على عبده
بالجناية فيما دون النفس فيما يجب فيه الدفع أو الفداء فإنه ينظر إن لم يكن عليه دين
صح لأن الجناية فيما دون النفس يسلك فيها مسلك الأموال فكان المولى أقر عليه بالدين و لو
أقر عليه بالدين يصح كذا هذا و إن كان عليه دين لا يصح لأنه لو أقر عليه بالدين و عليه
دين لا يصح كذا إذا أقر عليه بالجناية و لا سبحانه و تعالى أعلم .

و عدم التقادم في الإقرار ليس بشرط لجوازه فيجوز سواء تقادم عهد السرقة أو لا بخلاف
البينة و الفرق ذكرناه في كتاب الحدود و اختلف في العدد في هذا الإقرار أنه هل هو شرط ؟
قال أبو حنيفة و محمد رحمهما الله : ليس بشرط و يظهر بالإقرار مرة واحدة .

و قال أبو يوسف C : شرط فلا يقطع ما لم يقر مرتين في مكانين و الدلائل ذكرناها في كتاب الحدود و كذا اختلف في دعوى المسروق منه أنها هل هي شرط كون الإقرار مظهرا للسرقة كما هي شرط كون البينة مظهرة لها قال أبو حنيفة و محمد رحمهما ﷺ : شرط حتى لو أقر السارق أنه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر المسروق منه و يخاصم عندهما و قال أبو يوسف : الدعوى في الإقرار ليست بشرط و يقطع حال غيبة المسروق منه .

وجه قوله : أن إقراره بالسرقة إقرار على نفسه و الإنسان يصدق في الإقرار على نفسه لعدم التهمة و لهذا لو أقر بالزنا بإمرأة و هي غائبة قبل إقراره و حد كذا هذا .
و لهما : ما [روي أن سمرة B قال للنبي عليه الصلاة و السلام : إني سرت لآل فلان فأنفذ إليهم صلى الله عليه و سلم فسألهم فقالوا إنا فقدنا بعيرا لنا في ليلة كذا فقطعه] فلولا أن المطالبة شرط ظهور السرقة بالإقرار لم يكن ليسألهم بل كان يقطع السارق و لأن كل من في يده شيء فالظاهر أنه ملكه .

فأما إذا أقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى يصدقه المقر له و الغائب يجوز أن يصدقه فيه و يجوز أن يكذبه فبقي على حكم ملك السارق فلا يقطع و لأن في ظهور السرقة بهذا الإقرار شبهة العدم لاحتمال التكذيب من المسروق منه فإنه يحتمل أن يحضر فيكذبه في إقراره بخلاف الإقرار بالزنا بإمرأة غائبة أن يحد المقر .

و إن كان يحتمل أن تحضر المرأة فتدعي شبهة لأن هناك لو كانت حاضرة و ادعت الشبهة يسقط الحد لأجل الشبهة فلو سقط عند غيبتها لسقط لشبهة الشبهة و أنها غير معتبرة في درء الحد و وهنا بخلافه لأن المسروق منه لو كان حاضرا و كذب السارق في إقراره بالسرقة منه لم يقطع لا لمكان الشبهة بل لانعدام فعل السرقة فلم يكن السقوط حال الغيبة اعتبار شبهة الشبهة و ﷺ أعلم .

قال محمد : لو قال : سرت هذه الدراهم و لا أدري لمن هي أو قال : سرتها و لا أخبرك من صاحبها لا يقطع لأن جهالة المسروق منه فوق غيبته ثم الغيبة لما منعت القطع على أصالة فالجهالة أولى و لأن الخصومة لما كانت شرطا فإذا المسروق منه مجهلا لا تتحقق الخصومة فلا يقطع .

و إذا عرف أن الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع بالبينة على الاتفاق و بالإقرار على الاختلاف فلا بد من بيان من يملك الخصومة و من لا يملكها فنقول و بإﷻ التوفيق : الأصل أن كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة و من لا فلا فللمالك أن يخاصم السارق إذا سرق منه لا شك فيه لأن يد المالك يد صحيحة .

و أما المودع و المستعير و المضارب و المبضع و الغاصب و القابض على سوم الشراء و المرتهن فلا خلاف بين أصحابنا B في أن لهم أن يخاصموا السارق و تعتبر خصومتهم في حق

ثبوت ولاية الاسترداد و الإعادة إلى أيديهم و أما في حقوق القطع فكذلك عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله و يقطع السارق بخصومهم و عند زفر C لا تعتبر خصومتهم في حق القطع و لا يقطع السارق بخصومة هؤلاء و عند الشافعي C : لا يعتبر بخصومة غير المالك أصلا لا في حق القطع و لا في حق ولاية الاسترداد .

و وجه قول زفر C : أن يد هؤلاء ليست بيد صحيحة في الأصل أما يد المرتهن فظاهر لأنها يد حفظ لا أنه يثبت له ولاية الخصومة لضرورة الإعادة إلى يد الحفظ ليتمكن من التسليم من المالك و كذلك يد الغاصب و القابض على سوم الشراء و المرتهن يدهم يد ضمان لا يد خصومة و إما ثبت لهم ولاية الخصومة لإمكان الرد إلى المالك فكان ثبوت ولاية الخصومة لهم بطريق الضرورة و الثابت بضرورة يكون عدما فيما وراء محل الضرورة لانعدام علة الثبوت و هي الضرورة فكانت الخصومة منعدمة في حق القطع و لا قطع بدون الخصومة و لهذا لا يقطع بخصومة السارق كذا هذا .

و لنا : أن الخصومة شرط صيرورة للبيئة حجة مظهرة للسرقة لما بينا أن الفعل لا يتحقق سرقة ما لم يعلم أن المسروق ملك غير السارق و إنما يعلم ذلك بالخصومة فكانت الخصومة شرط كون البيئة مظهرة للسرقة و كونها مظهرة للسرقة ثبت بخصومة هؤلاء و إذا ظهرت السرقة يقطع لقوله تعالى : { و السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما } بخلاف السارق أنه لا يقطع بخصومته لأن يده ليست بصحيحة لما نذكر على أن عدم القطع هناك لخلل في ملك المسروق لما بينا فيما تقدم و ههنا لا خلل في العصمة .

ألا ترى أن هناك لا يقطع بخصومة المال و ههنا يقطع و لو حضر المالك و غاب المرتهن هل له أن يخاصم السارق و يقطعه ذكر في الجامع الصغير أن له ذلك و روى ابن سماعة عن محمد C أنه ليس له ذلك .

وجه رواية ابن سماعة : أن ولاية الخصومة للمسروق منه و المالك ليس بمسروق منه لأن السارق لم يسرق منه و إنما سرق من غيره فلم يكن له ولاية الخصومة .

وجه رواية الجامع : أن الخصومة في باب السرقة إنما شرطت ليعلم أن المسروق ملك غير السارق و هذا يحصل بخصومة المال فتصح خصومته كما تصح خصومة المرتهن بل أولى لأن يد المرتهن يد نيابة فلما صحت الفرضية بيد النيابة فيد الأصالة أولى و لو حضر المغصوب منه و غاب الغاصب ذكر في الجامع الصغير أن له أن يخاصم و يطالب بالقطع و لم يذكر ابن سماعة في الغصب خلافا و ذكر القدوري عليه الرحمة أنه ينبغي أن يكون الخلاف فيهما واحدا و ليس للراهن أن يخاصم السارق فيقطعه لأنه ليس له حق القبض قبل قضاء الدين فلا يملك المطالبة حتى لو قضى الدين له أن يخاصم لأن ثبت ولاية القبض بالفكاك .

قال القدوري C : و على قياس رواية ابن سماعة لا يثبت للراهن ولاية المطالبة مع غيبة

المرتتهن كما في المودع بل أولى لأن يد المرتتهن أقوى من يد المودع لأن يد المرتتهن لنفسه و يد المودع لغيره .

و لو هلك الرهن في يد السارق كان للمرتتهن أن يقطعه و لا سبيل للراهن عليه أن المرتتهن كان له ولاية القطع قبل الهلاك و هلاك المحل لا يسقط القطع فيثبت الولاية فأما الراهن فلم يبق له حق في المرهون ألا ترى أنه سقط عنه الدين بهلاكه فلا تثبت له ولاية المطالبة . و أما السارق فلا يملك الخصومة لأن يده ليست بمضمونة لأنها ليست بيد ملك و لا يد ضمان لا يد أمانة فصار الأخذ من يده كالأخذ من الطريق فلم يكن له أن يخاصم الثاني بالقطع و لا للمالك أيضا ولاية المخاصمة لأن أخذ المال من اليد الصحيحة شرط وجوب القطع و لم يوجد فلا يجب القطع فلا تثبت له ولاية المطالبة و هل للسارق الأول أن يطالب الثاني برد المسروق إلى يده قالوا : فيه روايتان : في رواية له ذلك و في رواية ليس له ذلك .

وجه الرواية الأولى : على نحو ما بينا أن المسروق منه لم تكن له يد صحيحة فصار الأخذ منه كالأخذ من الطريق سواء .

وجه الرواية الثانية : أن من الجائز أن يختار المالك الضمان و يترك القطع فيحتاج إلى أن يسترده من يد فيدفع إليه فيتخلص عن الضمان كما في الغضب و نحوه على ما مر و ذكر القدوري عليه الرحمة أن يجوز أن يقال : ما لم يقطع فله ذلك .

و أما بعد القطع فليس له ذلك لأن قبل القطع يحتمل اختيار الضمان و بعده لا قال : و يجوز أن يقال ذلك بعد القطع أيضا لأن الضمان إن لم يجب عليه في القضاء فهو واجب عليه فيما بينه و بين اﷻ تعالى فيحتاج إلى الاسترداد ليتخلص عن الضمان الواجب عليه فيما بينه و بين اﷻ سبحانه و تعالى و لا تظهر السرقة الموجبة للقطع بعلم القاضي سواء استفاده قبل زمان القضاء أو في زمان القضاء لما ذكرنا في كتاب أدب القاضي و اﷻ سبحانه و تعالى أعلم