

كتاب الوصايا

م: (كتاب الوصايا)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام الوصايا ذكرها في آخر الكتاب لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، والموت آخر أحوال الأدمي فناسب ذكرها في آخر الكتب وهو جمع وصية ، والوصية والوصايا يقصر اسمان بمعنى المصدر .

وسمي الموصى به وصية أيضاً ، قال الله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصون بها ﴾ (النساء : الآية ١٢) ، والوصاية بالكسر مصدر لأوصى والإيصاء طلب شيء من غيره ليعقل على عيب منه حال حياته وبعد وفاته . ومعناها في الشرع : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت سواء كان في المنافع أو في الأعيان وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع ، وشرطها : كون الموصي أهلاً للتمليك والموصى به من بعد مالا قابلاً للتمليك . وشرائطها : كثيرة تأتي في أثناء المسائل .

وركنها : قوله : أوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها . وحكمها : أن يملك موصى له الموصي به ملكاً جديداً كما يملك بالهبة ، وسببها : سبب التبرعات ، والله أعلم .

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

قال : الوصية غير واجبة ، وهي مستحبة .

م : (باب في صفة الوصية)

م : (ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه)

ش : لما كان الكتاب مشتملاً على الأبواب ، والأبواب مشتملة على الفصول ، ذكرها واحداً بعد واحد ، أي هذا باب في بيان صفة الوصية إلى آخره .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) ش : إنما قال : مستحبة بعد نفي الوجوب ردّاً لقول البعض : إنها واجبة لأنه لا يلزم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة وذلك لأن الوصية مشروعة لنا لا علينا ، لما روى الطحاوي بإسناده إلى أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - قال : قال النبي ﷺ : « إن الله قد جعل لكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم » ^(١) .

والمشروع لنا لا يكون فرضاً ولا واجباً ، بل يكون مندوباً . وقال ابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن الوصية غير واجبة إلا من عليه حقوق بغير بينة وأمانة بغير إشهاد إلا طائفة شاذة فأوجبها . روي عن الزهري أنه قال : جعل الوصية حقاً مما قل أو كثر .

وقيل لأبي مجلذ : على كل ميت وصية ؟ قال : نعم إن ترك خيراً . وقال أبو بكر عبد العزيز : هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون ، وهو قول أصحاب الظواهر . وحكي ذلك عن مسروق [. . .] وقتادة وابن جريج . وقول بعضهم : هي واجبة في حق الوالدين والأقربين لقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين ﴾ (البقرة : الآية ٨٠) .

قلنا : الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ﴾ (النساء : الآية ٧) ، قاله ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - . وقال ابن عمر : نسختها آية الموارث ، وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وأكثر أئمة التفسير .

(١) رواه ابن ماجه (٢٧٠٩) عن طلحة بن عمرو عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة . . . مرفوعاً ، وفيه طلحة بن عمرو وهو متروك .

والقياس يأبى جوازها ؛ لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته . ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل : ملكتك غداً كان باطلاً، فهذا أولى بالبطلان ، إلا أنا استحسانا لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله ، فإذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج إلى تلافى بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي ، وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ، ومثله في الإجارة بيناه ، وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين ،

وقال أكثر أصحابنا : نسخت بقوله ﷺ : «إن الله أعطى كل ذي حق حقه ألا وصية لوارث»، هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة -رضي الله تعالى عنهم - منهم أبو أمامة الباهلي -رضي الله تعالى عنه - أخرج حديثه أبو داود والترمذي وابن ماجة بإسناده إليه أن النبي ﷺ : خطب فقال: «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» .

وقال الترمذي : حديث حسن ، وهو حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول ، وقال الأترازي : ونسخ الكتاب بمثله جائز عندنا ، وهو حجة على الشافعي حيث يعتقد عدم جواز نسخ الكتاب بالسنة وقد انتسخ بها .

م : (والقياس يأبى جوازها) ش : أي جواز الوصية م : (لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته . ولو أضيف) ش : أي التمليك م : (إلى حال قيامها) ش : إلى قيام المالكية م : (بأن قيل : ملكتك غداً كان باطلاً ، فهذا أولى بالبطلان ، إلا أنا استحسانا) ش : أي الوصية م : (لحاجة الناس إليها ، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله ، فإذا عرض له المرض وخاف البيات) ش : أي الهلاك والموت ، والبيات اسم يعني البيت ، وهو أن يأتي العدو ليلاً م : (يحتاج إلى تلافى بعض ما فرط منه من التفريط) ش : أي إلى تدارك بعض ما سبق منه من التقصير م : (بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي ، وفي شرع الوصية ذلك) ش : أي تلافى قبض ما فرط منه م : (فشرعناه) ش : الشارع شرعها م : (ومثله في الإجارة بيناه) ش : يعني كما أن الوصية لا تجوز في القياس ، وتجوز في الاستحسان ، فكذا الإجارة لا تجوز في القياس ، لأنها تمليك منفعة معدومة ، ولكنها جوزت استحساناً دفعاً لحاجة الناس .

م : (وقد تبقى المالكية) ش : جواب عن وجه القياس ، أي قد تبقى بعض المالكية م : (بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز) ش : أي في تجهيز الميت ، فإن قدر تجهيزه على ملك الميت تقدير الحاجة إليه م : (والدين) ش : كذلك ، لأن قدر ما عليه من الدين لا يملكه الورثة م :

وقد نطق به الكتاب ، وهو قول الله تعالى : ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ (النساء: الآية ١١) . والسنة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام : «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم ، أو قال حيث أحببتكم» .

(وقد نطق به الكتاب) ش: أي وقد نطق بجواز الوصية القرآن م: (وهو قول الله تعالى ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ (النساء: الآية ١١) ش: وكذلك قوله : ﴿إن ترك خيراً الوصية﴾ (البقرة: الآية ١٨٠) .

م: (والسنة) ش: أي وقد نطقت به السنة أيضاً م: (وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام : «إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم تضعونها حيث شئتم ، أو قال : حيث أحببتكم») ش: قد ذكرنا عن قريب أن هذا الحديث رواه أبو هريرة وأخرجه الطحاوي وأخرجه ابن ماجة أيضاً ولفظه : «تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم» .

وروى الدارقطني بإسناده إلى أبي أمامة عن معاذ بن جبل -رضي الله تعالى عنه - عن النبي ﷺ : « قال إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم »^(١) .

وروى أحمد في «مسنده» عن أبي الدرداء -رضي الله تعالى عنه - عن رسول الله ﷺ قال : « إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم »^(٢) .

وروى ابن عدي والعقيلي في كتابيهما عن مكحول عن الصنابحي أنه سمع أبا بكر الصديق -رضي الله تعالى عنه - يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن الله عز وجل قد تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم »^(٣) ، وإسناده ضعيف .

وروى الطبراني في «معجمه» بإسناده إلى خالد بن عبيد السلمي -رضي الله تعالى عنه - أن رسول الله ﷺ قال : « إن الله عز وجل أعطاكم عند وفاتكم ثلاث أموالكم زيادة في

(١) أخرجه الدارقطني (٤٨٨/٢) عن إسماعيل بن عياش عن عتبة بن حميد عن القاسم عن أبي أمامة عن معاذ مرفوعاً . وفيه عتبة بن حميد وهو متكلم فيه .

(٢) رواه أحمد عن أبي بكر بن أبي مريم عن ضمرة بن حبيب عن أبي الدرداء . . مرفوعاً . وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف وقد اختلط بآخره .

(٣) رواه ابن عدي في «الكامل» (٣٨٦/٢) وفيه : حفص بن عمر بن ميمون ، وهو ضعيف .

وعليه إجماع الأمة . ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا ، وسنين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى . قال : ولا تجوز بما زاد على الثلث لقول النبي عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص -رضي الله عنه- : «الثلث، والثلث كثير» ، بعدما نفى وصيته بالكل والنصف ، ولأنه حق الورثة ، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم

أعمالكم»^(١) ، انتهى .

وانظر التفاوت بين الحديث الذي ذكره المصنف وبين هذه الأحاديث م : (وعليه إجماع الأمة) ش : أي على كونه مشروعاً أجمعت الأمة .

م : (ثم تصح) ش : أي الوصية في الثلث م : (للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا) ش : أشار إلى وجه الاستحسان من المنقول والمعقول م : (وسنين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى) ش : أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية ، أشار بذلك إلى ما قال بعد ورقة بقوله : ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ولا تجوز) ش : أي الوصية م : (بما زاد على الثلث) ش : وهذا عند وجود الورثة بإجماع أهل العلم عند عدم إجازة الورثة ، ويجوز عند إجازتهم م : (لقول النبي عليه الصلاة والسلام) ش : أي لقول النبي ﷺ م : (في حديث سعد بن أبي وقاص -رضي الله عنه- : «الثلث والثلث كثير») ش : هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سعد بن أبي وقاص قال : قلت : يا رسول الله : إن لي مالاً كثيراً ، وإنما ترثني ابنتي ، أفأوصي بمالي كله؟ قال : لا ، قال : فالثلثين؟ ، قال : لا ، قال : فبالنصف؟ قال : لا ، قال : فبالثلث؟ قال : الثلث والثلث كثير .

م : (بعدما نفى) ش : أي بعدما نفى النبي ﷺ م : (وصيته) ش : أي وصية سعد م : (بالكل) ش : أي بكل المال م : (والنصف) ش : أي ونصف المال . يدل هذا على عدم الجواز بأكثر من الثلث ، وإذا لم يكن له وارث تجوز الوصية بالكل ، وبه قال الحسن البصري وشريك القاضي وإسحاق بن راهويه ، وقال الشافعي ومالك وأحمد وابن شبرمة والأوزاعي والحسن بن حي وأبو سليمان وأصحاب الظاهر : ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث .

م : (ولأنه) ش : أي ولأن الزائد على الثلث م : (حق الورثة ، وهذا) ش : توضيح لما قبله م : (لأنه انعقد سبب الزوال إليهم) ش : أي انعقد سبب زوال الملك عنه إلى الورثة ، لأن المرض

(١) قال الهيثمي في «المجمع» (٢١٢/٤) : إسناده حسن ، قلت : فيه عقيل بن مدرك وهو مجهول . وقال فيه الحافظ : مقبول .

وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به ، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره في حق الورثة ، لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزاً عما يتفق من الإيثار على ما نبينه . وقد جاء في الحديث : « الحيف في الوصية من أكبر الكبائر »

سبب الموت م : (وهو استغناؤه عن المال) ش : يعني أن الميت لما استغنى عن المال تعلق حق الورثة به ليعود نفعه إلى أقرب الناس منه ، وهو معنى قوله م : (فأوجب تعلق حقهم به) ش : أي بالمال م : (إلا أن الشرع) ش : أي غير أن الشرع م : (لم يظهره) ش : أي لم يظهر الاستغناء م : (في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه) ش : أشار به إلى ما ذكره في وجه الاستحسان .

م : (وأظهره) ش : أي وأظهر الاستغناء م : (في حق الورثة ، لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم) ش : أي على الورثة م : (تحرزاً) ش : أي احترازاً م : (عما يتفق من الإيثار) ش : أي من إيثار الموصي بعض الورثة على البعض في الوصية لأنه حيثئذ يتأذى البعض الآخر فيفضي ذلك إلى قطع الرحم وهو حرام بالنص م : (على ما نبينه) ش : إشارة إلى قوله عند قوله : « بعد هذا » ولا يجوز لوارثه ، ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض م : (وقد جاء في الحديث : « الحيف في الوصية من أكبر الكبائر »)

ش : قال الأترابي : ولنا في صحة هذا الحديث نظر ومع هذا يروى الحيف بالحاء المهملة المفتوحة وبالياء الساكنة يعني الجور . ويروى بالجيم والنون المفتوحتين يعني الميل ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا ﴾ (البقرة : الآية ١٨٢) . وفي الحديث إنما يرد من جنف الظالم ما . . . انتهى .

قلت : ذكر الكاكي هذا الحديث وسكت عنه ، ولكن قال : روى الحيف بالجيم ، وكذلك الأكمل ذكره ، ولم أر أحداً منهم حرر هذا الموضع ، والحديث لم يثبت ، ولهذا قال المخرج : هذا غريب ، يعني لم يثبت ، ثم أخرج عن الدارقطني من حديث ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « الإضرار في الوصية من الكبائر » وأخرجه النسائي موقوفاً . وأخرجه عن ابن عدي بلفظ : « الحيف في الوصية من الكبائر »^(١) .

(٧٣) ضعيف مرفوع : رواه الدارقطني (٤٨٨/٢) في « الوصايا » ، عن عمر بن المغيرة عن داود بن أبي هند عن عكرمة عن ابن عباس . . . مرفوعاً . وقال العقيلي : لا يعرف أحد رفعه غير عمر بن المغيرة المصيصي . وأخرجه النسائي في « الوصايا » عن علي بن مسهر عن داود . . به موقوفاً . وكذلك رواه البيهقي (٢٧١/٦) في « الوصايا » وقال : هو الصحيح . ورفعه ضعيف .

قلت : وعمر بن المغيرة هذا تالف في الحديث . قال البخاري : منكر الحديث مجهول ، وكناه .

وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث . قال : إلا أن يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار ؛ لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه . ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته ، لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق ، يثبت عند الموت ، فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت ؛ لأنه بعد ثبوت الحق ، فليس لهم أن يرجعوا عنه ؛ لأن الساقط متلاش . غاية الأمر أنه يستند عند الإجازة ، لكن الاستناد يظهر في حق القائم ، وهذا

م : (وفسروه) ش : أي فسروا الحديث م : (بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث) ش : يعني كون الحيف من الكبائر في هذين الشئتين .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (إلا أن يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار ؛ لأن الامتناع) ش : استثناء من قوله : ولا يجوز بما زاد على الثلث ، أي إلا أن يجيز الوصية بأكثر من الثلث م : (لحقهم) ش : أي لحق الورثة م : (وهم أسقطوه) ش : أي الورثة أسقطوا حقهم عند الإجازة م : (ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته) ش : أي حياة الوصي م : (لأنها) ش : أي لأن الإجازة م : (قبل ثبوت الحق ، إذ الحق يثبت عند الموت ، فكان لهم أن يردوه بعد وفاته) ش : وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور والحسن بن صالح وشريح وطاوس والحكم وأصحاب الظاهر ، وروي ذلك عن ابن مسعود ، قال ابن أبي ليلى والزهرى وعطاء وحماد بن أبي سليمان وعبد الملك بن يعلى وربيعه : ليس لهم أن يرجعوا عن الإجازة سواء كان قبل الموت أو بعده .

م : (بخلاف ما بعد الموت) ش : أي بخلاف ما إذا كانت الإجازة بعد الموت حيث لا يكون لهم الرد م : (لأنه) ش : أي لأن الرجوع م : (بعد ثبوت الحق فليس لهم) ش : أي الرجوع والنسخة الصحيحة فليس لهم م : (أن يرجعوا عنه ؛ لأن الساقط متلاش) ش : قال الأترابي : قوله : لأن الساقط مثلاً متعلق بقوله فكان لهم أن يردوه . وقال الأكملى : هذا دليل قوله : فكان لهم أن يردوه بعد وفاته ، وتقديره لأن إجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها ، والساقط متلاش ، فإجازتهم مثلاً شبهة فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازته في حال حياة المورث .

م : (غاية الأمر أنه يستند) ش : هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير بأن يقال : كيف تكون إجازتهم في غير محله ، مع أن موت الورثة قد تعلق بماله من أول المرض على سبيل التوقف فلما مات ظهر م : (عند الإجازة) ش : صادفت محلها فكانت إجازتهم في حياته سبب الاستناد ، وكل إجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فأجاب بقوله غاية الأمر أنه يستند عند الاستغناء وفي نسخة شيخى العلاء - رحمه الله - عند الإجازة قول : يغني ويتلاشى .

م : (لكن الاستناد يظهر في حق القائم) ش : لا التساقط المتلاشي ، وهو معنى قوله م :

قد مضى وتلاشى ، ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق . فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله ، والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة ، وكذا إن كانت الوصية للوارث وأجازته البقية فحكمه ما ذكرناه ، وكلما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا . وعند الشافعي - رحمه الله - : من قبل الوارث ، والصحيح قولنا ؛ لأن السبب صدر من الموصي ،

(وهذا قد مضى وتلاشى) ش: فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث . م: (ولأن الحقيقة) ش: دليل آخر أن حقيقة الملك للوارث م: (تثبت عند الموت) ش: أي عند موت المورث م: (وقبله) ش: أي وقبل الموت م: (يثبت مجرد الحق) ش: أي مجرد حق الملك م: (فلو استند) ش: ملكه إلى أول المرض م: (من كل وجه ينقلب) ش: أي الحق م: (حقيقة قبله) ش: أي قبل الموت ، وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت . وإنما قيد بقوله : من كل وجه دفعاً لوهم من يقول : حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى يمنع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين بالمرض ببطلان الحق ، هذا جواب عما يقال : الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضاه ، فصار كسائر الإسقاطات ، وفيها لا رجوع ، فكذا هذا .

وتقرير الجواب أن يقال أن : م: (الرضا ببطلان الحق) ش: بعد أن عرف أن ثمة حقاً وحقيقة م: (لا يكون رضا ببطلان الحقيقة) ش: لأنه رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة ، والرضا ببطلانها يستلزم وجودها ، ولا وجود لها قبل التثبت وهو مرض الموت .

م: (وكذا إن كانت الوصية للوارث وأجازته البقية فحكمه ما ذكرناه) ش: وهو أن لا يجوز إجازة الوارث قبل موت الموصي وتجوز بعده م: (وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) ش: بكسر القاف وفتح الباء م: (عندنا . وعند الشافعي - رحمه الله - : من قبل الوارث) ش: ذكر هذا تفرعاً على مسألة القدوري ، إيضاحه : إذا أوصى بجميع ماله ، فأجازت الورثة كان تمليكاً من الميت ، كذلك الوصية للوارث وعند الشافعي يكون هبة من الوارث إن بقيت وإلا بطلت ، وبه قال أحمد في رواية ، واختاره المزني ، وبه قال بعض أصحابنا : مالك وأصحاب الظاهر ، ولكن الصحيح من مذهب الشافعي وأحمد ومالك كقولنا ، وهو قول جمهور العلماء .

وفي «مبسوط شيخ الإسلام» : ثمرة الخلاف تظهر في اشتراط القبول والقبض والتسليم من الوارث لملك المجاز له عندهم شرط كالهبة المبتدأة ، وعندنا ليس بشرط .

م: (والصحيح قولنا ؛ لأن السبب صدر من الموصي) ش: وهو أنه عقد على ملك نفسه مع

والإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض . فصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن . قال: ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً . لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا وصية للقاتل » .

تعلق حق الغير ما إذا أسقط الغير حقه بعد العقد من جهته كما لو أوصى وعليه دين فأبرأه الغريم م: (والإجازة رفع المانع) ش: هذا جواب عن جعل الإجازة خارجاً عن الملك ، يعني أن الإجازة ليست بسبب للخروج عن الملك ، وإنما هو رفع المنافع عن ثبوت الملك ، والحكم يضاف إلى السبب لا لإزالة المانع .

م: (وليس من شرطه) ش: أي من شرط إزالة المانع م: (القبض) ش: وهذا رد لكونها هبة كما قال الشافعي ، فكأنه يقول : لو كان هبة لكان القبض شرطاً وهو ممنوع م: (فصار) ش: ما نحن فيه م: (كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن) ش: في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله وإجازة المرتهن رفع المانع وكالمؤجر يبيع المستأجر فيجيره المستأجر .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (ولا تجوز) ش: الوصية م: (للقاتل) ش: وبه قال الشافعي في قول ، وأحمد في رواية ، وهو قول الثوري أيضاً . وقال الشافعي في الأظهر ومالك وأبو ثور وأحمد في المنصوص : فيصح .

وقال الأترابي : وعن الشافعي ثلاثة أقوال: في قول : لا يصح ، وفي قول : فرق بين الوصية للخارج وبين الخارج بعد الوصية له ، فإنه مستعجل لحقه كالإرث كذا في « وجيزهم » م: (عامداً كان أو خاطئاً) ش: يعني سواء كان قتل القاتل عمداً كان أو خطأ . وفي بعض النسخ : عامداً أو خاطئاً ، وكذا في نسخة شيخي العللاء م: (بعد أن كان مباشراً) ش: إنما قيد بالمباشرة ، لأنه إذا لم يكن مباشراً لا يتعلق به حرمان الميراث ويطلان الوصية كما في حافر البئر وواضع الجمر في غير ملكه م: (لقوله عليه الصلاة والسلام) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (ولا وصية للقاتل)

ش: قال الأترابي : ولنا ما قال محمد في الأصل : بلغنا عن علي - رضي الله تعالى عنه - أنه لم يجعل للقاتل ميراثاً ، وعن عمر مثله ، وعن علي في « الأسرار » وغيره أنه قال : لا وصية لقاتل ، ولا مخالف له فحل محل الإجماع . وروي عن عبيدة السلماني في كتب التفسير أنه قال : لم يورث قاتل بعد صاحب البقرة .

فإن قلت : المصنف ذكر الحديث مرفوعاً فما للأترابي ذكره عن علي - رضي الله تعالى عنه - موقوفاً .

ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث . وقال الشافعي - رحمه الله - : تجوز للقاتل ، وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا ، وعنده : لا تبطل . والحجة عليه في الفصلين ما بيناه .

قلت : روى الدارقطني في «سننه» عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنهم - قال : قال رسول الله ﷺ : « ليس للقاتل وصية »^(١) . ثم قال الدارقطني : مبشر متروك يضع الحديث . وقال صاحب «التنقيح» : قال أحمد : مبشر بن عبيد أحاديثه موضوعة كذاب . قلت : فكذلك اقتصر الأترازي على الموقوف .

م : (ولأنه) ش : أي ولأن القاتل م : (استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية) ش : فيحرم على صيغة المجهول ، والوصية منصوب ، لأنه مفعول ثابت بقي على حاله ، فالأول : قام مقام الفاعل . وكذلك الميراث منصوب في قوله : م : (كما يحرم الميراث) ش : أي كما يحرم القاتل عن ميراث الذي قتله .

م : (وقال الشافعي - رحمه الله - : تجوز) ش : أي الوصية م : (للقاتل) ش : وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - ذكرنا م : (وعلى هذا الخلاف) ش : المذكور بيننا وبين الشافعي م : (إذا أوصى لرجل ثم إنه) ش : أي إن الرجل الموصى له م : (قتل الموصي تبطل الوصية عندنا ، وعنده) ش : أي عند الشافعي م : (لا تبطل والحجة عليه) ش : أي على الشافعي م : (في الفصلين) ش : أي فيما كان القتل قبل الوصية أو بعدها .

م : (ما بيناه) ش : وفي بعض النسخ : ما قلناه ، وهكذا في نسخة شيخي العلاء - رحمه الله - أي من الحديث المذكور ، فإنه بإطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ، وما قاله عن المعقول الذي ذكره واعترفوا عليه بأنه صحيح إذا كان القتل بعد الوصية ، فأما إذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة .

وأجيب : يجعل الجراح مستعجلاً وإن تقدم جرحه على الوصية كما ذكر شيخ الإسلام أن المعتبر في كون الموصي له قاتلاً أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية ، فالنظر إلى وقت الموت كان الوقت مؤخراً عن الوصية . وقال الأكمل : واعترض نقض

(١) رواه الدارقطني (٢/ ٥٢٥) «الأقضية» عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي . . مرفوعاً وفيه مبشر بن عبيد وهو متروك منسوب إلى الوضع ، وكذبه أحمد ، وفيه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف .

ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا تجوز ؛ لأن جنات باقية والامتناع لأجلها . ولهما : أن الامتناع لحق الورثة ؛ لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ، ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم . قال : ولا تجوز لوارثه لقوله عليه الصلاة والسلام : «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ؛ ألا لا وصية لوارث » ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ، ففي تجويزه قطيعة الرحم . ولأنه

إجمالي بأن ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما أعتق المدبر إذا قتل مولاه أن التدبير وصية ، ولكن لا يصح للقاتل .

أجيب : بأن عتقه من حيث إن موته جعل شرطاً لعتقه ، وقد وجد ذلك . ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته ، لأن تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد ، فيرد من حيث المعنى بإيجاب السعاية .

م : (ولو أجازتها الورثة) ش : أي ولو أجاز الورثة الوصية للقاتل م : (جاز عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا تجوز ، لأن جنايته باقية ، والامتناع) ش : أي الامتناع من الجواز م : (لأجلها) ش : أي لأجل الجناية .

م : (ولهما) ش : أي ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : م : (أن الامتناع لحق الورثة ؛ لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ، ولأنهم لا يرضونها) ش : أي الوصية م : (للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم) ش : أي لأحد الورثة ، وهي الوصية لأحدهم إذا أجاز البقية نفذت . وكذا القاتل .

فإن قيل : ما الفرق بينهما وبين الميراث إذا جازت الوصية حيث صحت الوصية دون الميراث ؟

أجيب : بأن الإجازات تصرف من العبد فيعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فيعمل بخلاف الميراث ، فإنه من جهة الشرع لا منع للعبد فيه فلا يعمل فيه فلا تصرف للعبد .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ولا تجوز لوارثه) ش : أي لا تجوز الوصية من المورث لوارث م : (لقوله عليه الصلاة والسلام) ش : أي لقول النبي ﷺ : م : (إن الله أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث) ش : هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - منهم أبو أمامة الباهلي وقد ذكرناه في أوائل الكتاب .

م : (ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ، ففي تجويزه قطيعة الرحم ، ولأنه) ش : أي باختيار

حيث بالحديث الذي روينا ، ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ؛ لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، وحكمه يثبت بعد الموت . والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية ؛ لأنها وصية حكماً حتى تنفذ من الثلث ، وإقرار المريض للوارث على عكسه ؛ لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار .

البعض في الإيصاء له بشيء م : (حيف) ش : أي جور م : (بالحديث الذي روينا) ش : وهو قوله فيما مضى عن قريب قد جاء في الحديث « الحيف في الوصية من أكبر الكبائر » م : (ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ؛ لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، وحكمه يثبت بعد الموت) ش : وفائدته تظهر فيمن أوصى لأخيه ، ولا ابن له ، ثم ولد له ابن فمات الموصي تصح الوصية ، ومن أوصى لأخيه وله ابن ثم مات الابن فمات الموصي تبطل الوصية .

وفي «قاضي خان» : أوصى لثلاث إخوة متفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية لأنهم لا يرثون مع الابن ، وإن كان له بنت مكان الابن جازت الوصية لأخ لأب ولأخ لأم ، ولا تجوز لأخ لأب وأم لأنه يرث مع البنت ، وإن لم يكن له ابن ولا بنت الوصية كلها للأخ لأب ، لأنه لا يرثه وتبطل الوصية لأخ لأب وأم ، ولأخ لأم لأنهما يرثانه ، وكذا لو مات الابن والبنت .

م : (والهبة من المريض للوارث في هذا) ش : أي في هذا الحكم م : (نظير الوصية) ش : أي لأن الهبة والتذكير باعتبار الوصية م : (لأنها وصية حكماً) ش : أي من حيث الحكم م : (حتى تنفذ من الثلث) ش : يعني كما أن في الوصية للوارث يعتبر كونه وارثاً وقت الموت فكذلك في هبة المرتهن مرض الموت للورثة يعتبر كونه وارثاً بعد الموت ، لأن هبته جعلت وصية من حيث الحكم بدليل أنها تنفذ من الثلث إذا كانت للأجنبي فالوصية للأجنبي فنفذ من الثلث ، فكانت الهبة تمليكاً مضافاً إلى بعد الموت .

م : (وإقرار المريض للوارث على عكسه) ش : أي على عكس الحكم في الهبة ، يعني يعتبر كونه وارثاً عند الإقرار لا عند الموت م : (لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار) ش : لا وقت الموت ، ولهذا لو أقر في مرض الموت لأجنبي بدين يصح من جميع المال ، وذكر في «النهاية» أن اعتبار وقت الإقرار دون الموت ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان كونه وارثاً بسبب حادث ، وأما إذا كان كونه وارثاً بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثاً وقت الموت أيضاً ، ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فأعتق فمات الأب صح الإقرار ، لأن وراثته تثبت بسبب حادث وهو الإعتاق ، وقبله كان عبداً أو كسب العبد لمولاه ، فهذا إقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا تبطل بصيرورة الابن وارثاً بسبب حادث . ولو أقر لأخيه وله

قال : إلا أن يجيزها الورثة . ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه . ولأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم . ولو أجاز بعض ، ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد . قال : ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم ،

ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثاً بطل إقراره عندنا لأنه لما كان وارثاً بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه ، وذلك باطل ، انتهى .

وقال الأكمل - رحمه الله - : أرى أن إطلاق المصنف - رحمه الله - يغني عن ذلك التطويل وذلك لأنه قال : يعتبر إقرار المريض كونه وارثاً عند الإقرار ، والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروماً فلا يكون إقراراً للوارث وكلامه منافياً والأخ ليس بمحروم ، فيكون وارثاً عند الإقرار ، وإن كان محجوباً والإقرار للوارث باطل .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (إلا أن يجيزها الورثة) ش: هذا استثناء من قوله : ولا تجوز الوصية لوارث إلا أن يجيزها الإيضاء للورثة ، فحينئذ يصح .

وقال المصنف : م: (ويروى هذا الاستثناء) ش: أي الاستثناء الذي ذكره القدوري م: (فيما رويناه) ش: أي في الحديث الذي رويناه ، وهو قوله ﷺ : « إن الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث إلا أن يجيزها .. » رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ هكذا . قال الكاكي : ورواه عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ هكذا ، أي رواه الدارقطني أيضاً هكذا عن عبد الله بن عباس - رضي الله تعالى عنهما - . وقال الأترابي : وفيه نظر ، وسكت ، ولم يبين وجه النظر ، فكأنه رأى في موضع أن هذا ضعيف فاقتصر على ما قاله .

قلت : لفظ الدارقطني أن النبي ﷺ قال : في خطبة يوم النحر : « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة » ، وفي إسناده حبيب بن الشهيد ، قال ابن عدي بعده : أرجو أن حبيب بن الشهيد مستقيم الرواية .

م: (ولأن الامتناع لحقهم) ش: أي امتناع الوصية لحق الورثة م: (فتجوز بإجازتهم) ش: لعدم المانع م: (ولو أجاز بعض) ش: أي بعض الورثة م: (ورد بعض) ش: أي لم يجز م: (تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد) ش: لعدم رضاه .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم) ش: أراد بالكافر الذمي لا الحربي ، لأن الحربي لا يجوز له الوصية على ما يأتي .

فالأول لقوله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ﴾ (المنحنة: الآية ٨) .
والثاني : لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ، ولهذا جاز التبرع من الجانبين في
حالة الحياة ، فكذا بعد الممات . وفي « الجامع الصغير » : الوصية لأهل الحرب باطلة لقوله تعالى :
﴿ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ﴾ (المنحنة: الآية ٩) . قال : وقبول الوصية بعد
الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو

م : (فالأول :) ش : هو وصية المسلم للكافر م : (لقوله تعالى : ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم
يقاتلوكم في الدين ﴾ م : (المنحنة : الآية ٨) ش : لأنهم إذا لم يخرجوكم من دياركم ولم يؤذوكم
فهذا بر منهم ، فالعدل معهم أن تبروهم أنتم أيضاً بحسن المعاشرة والصلة بالمال ، كذا في
التفسير ، و الوصية لهم بالمال من العين ، فكانت جائزة .

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في كتاب « نكت الوصايا » : وروي عن صفية بنت
حبي زوجة رسول الله ﷺ أوصت بثلاث مالها لأخيها وهو يهودي ، وكان ذلك بحضور من
الصحابة فلم ينكروا عليها .

م : (والثاني :) ش : وهو وصية الكافر للمسلم م : (لأنهم) ش : أي أن أهل الذمة م : (بعقد
الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ، ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة ، فكذا بعد الممات)
ش : وهذا لا خلاف فيه لأهل العلم . وأما وصية المسلم لأهل الحرب فقد أشار إليه بقوله : م :
(وفي « الجامع الصغير » : الوصية لأهل الحرب باطلة) ش : وبه قال بعض أصحاب الشافعي -
رحمهم الله .

وقال مالك وأحمد وأكثر أصحاب الشافعي : يجوز م : (لقوله تعالى : ﴿ إنما ينهاكم الله عن
الذين قاتلوكم في الدين ﴾ (المنحنة : الآية ٩)) ش : ﴿ وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على
إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون ﴾ قالوا في « شرح الجامع الصغير » : ما يدل
على الجواز . وذكر محمد في « السير الكبير » ما يدل على جواز الوصية لهم .

وجه التوفيق بين الروایتين : أنه لا ينبغي أن يفعل ، وإن فعل ثبت الملك لهم لأنهم من
أهل الملك ، وأما وصية الحربي بعدما دخل دارنا بأمان فإنها جائزة ، لأن له ولاية تملك ماله في
حياته ، فكذا بعد وفاته على أنه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله ؛ لأن منع المسلم في
ذلك منهى عما زاد على الثلث لحق ورثة المسلمين ، لأنه معصوم عن الإبطال ، وورثة الحربي
ليس كذلك .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وقبول الوصية بعد الموت ، فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو

ردها فذلك باطل ؛ لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به ، فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد . قال : ويستحب أن يوصي الإنسان دون الثلث ، سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ؛ لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم ، بخلاف استكمال الثلث ؛ لأنه استيفاء تمام حقه ، فلا صلة ولا منة . ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها ؟ قالوا : إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى ، لما فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح » .

ردها فذلك باطل ؛ لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به ، فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد (ش : ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنت طالق غداً على ألف فالقول والرد منها يعتبر بعد مجيء الغد .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث ، سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء) ش : ولا يعلم فيه خلاف لقوله ﷺ : « لأن تدع ورثتك أغنياء ... » الحديث .

وعن أبي بكر وعن عمر - رضي الله تعالى عنهما - أنهما قالوا : لأن يوصى بالخمسة أحب إلي من أن يوصى بالربع ، ولأن يوصى بالربع أحب إلى من أن يوصى بالثلث م : (لأن في التنقيص) ش : أي من الثلث م : (صلة القريب بترك ماله عليهم ، بخلاف استكمال الثلث ؛ لأنه استيفاء تمام حقه ، فلا صلة ولا منة) ش : لأن الموصي إذا استوفى تمام حقه الذي هو الثلث لا يبقى له منه على ورثته ، ولا إيثار بالصلة .

م : (ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها ؟ قالوا :) ش : أي المشايخ م : (إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى ، لما فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه الصلاة والسلام) ش : أي قال النبي ﷺ : م : « أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح » (ش : هذا الحديث رواه الإمام أحمد في « مسنده » عن أبي أيوب الأنصاري عن النبي ﷺ ولفظه : « إن أفضل الصدقة » ^(١) .

(١) رواه أحمد في « المسند » (٥/٤١٦) عن الحجاج بن أرطاة عن الزهري عن حكيم بن بشير عن أبي أيوب . وإسناده ضعيف لضعف الحجاج . ورواه أيضاً عن سفيان بن حسين عن الزهري عن أيوب بن بشير عن حكيم بن حزام . . مرفوعاً ، وفيه سفيان بن حسين وهو ثقة فيما عدا الزهري . ورواه الحاكم (١/٤٠٦) « الزكاة » عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أمه أم كلثوم بنت عقبة . . مرفوعاً . ثم قال : حديث صحيح على شرط مسلم ، وقال الهيثمي في « المجمع » (٣/١١٦) : رواه الطبراني في « الكبير » ورجاله رجال الصحيح . وهو كما قال - رحمهما الله .

ولأن فيه رعاية حق الفقراء والقراة جميعاً ، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم ، فالوصية أولى ؛ لأنه يكون صدقة على الأجنبي ، والتركة هبة من القريب ، والأولى أولى لأنه يتنقى بها وجه الله تعالى . وقيل في هذا الوجه : يخير الموصي لاشتغال كل منهما على فضيلة ، وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين .

ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب « الأموال » عن أبي هريرة : أن النبي ﷺ سئل أي الصدقة أفضل ؟ فقال : « الصدقة على ذي الرحم الكاشح » ، انتهى .

والكاشح الذي يخفي عدوانه في كشمه ، والكشم ما بين الخاصرة إلى الضلع ، وإنما الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرها . وكذلك في ذي الرحم الصديق .

ثم اعلم أن الأفضل أن يجعل وصية لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء ، وعليه أهل العلم . وقال ابن عبد البر : لا خلاف فيه بين العلماء . وعن طاوس والضحاك : تنتزع من الغير وترد إلى قرابته . وعن الحسن وجابر بن زيد : يعطى الثلث للغير ويرد الباقي إلى قرابته .

م : (ولأن فيه) ش : أي في ترك الوصية إذا كانت الورثة فقراء م : (رعاية حق) ش : النفس م : (الفقراء والقراة جميعاً ، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم) ش : من الإرث م : (فالوصية أولى ، لأنه يكون صدقة) ش : أي لأن الإيصاء بالثلث حينئذ بمنزلة الصدقة م : (على الأجنبي ؛ والتركة) ش : أي ترك الوصية بالثلث يكون م : (هبة من القريب ، والأولى أولى) ش : أي الصدقة على الأجنبي أفضل م : (لأنه يتنقى بها وجه الله تعالى) ش : لأنها صدقة في حياته .

م : (وقيل في هذا الوجه :) ش : وهو ما إذا كانت الورثة أغنياء يستغنون بنصيبهم م : (يخير الموصي لاشتغال كل منهما) ش : أي من الوصية والتركة م : (على فضيلة وهو) ش : أي اشتغال الفضيلة م : (الصدقة) ش : في حق الأجنبي م : (والصلة) ش : في حق الورثة ، فإذا كان كذلك م : (فيخير بين الخيرين) ش : بكسر الخاء ، يعني بين الخيارين . وفي « شرح الطحاوي » الأفضل لمن كان له مال قليل أن لا يوصى بشيء إذا كانت له ورثة ، والأفضل لمن كان له مال كثير أن لا يجاوز الثلث فيما لا معصية فيه .

وفي « خلاصة الفتاوى » عن الإمام الفضلي : إذا كانت الورثة صغاراً فترك الوصية أفضل ، قال : هكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله - . وإن كانوا بالغين إن كانوا فقراء ويستغنون بثلثي التركة فالوصية أفضل .

وقدر الاستغناء عن أبي حنيفة - رحمه الله - : إذا ترك لكل واحد من الورثة أربعة

قال : والموصى به يملك بالقبول ، خلافاً لزفر - رحمه الله تعالى- ، وهو أحد قولي الشافعي - رحمه الله - . هو يقول : الوصية أخت الميراث ، إذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال . ثم الإرث يثبت من غير قبول ، فكذاك الوصية . ولنا : أن الوصية إثبات ملك جديد ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله . أما الورثة فخلافة حتى تثبت فيها هذه الأحكام ، فثبت جبراً من الشرع من غير قبول .

آلاف . وفي الموضع الذي أراد أن يوصي ينبغي أن يبدأ بالقرابة ، فإن كانوا أغنياء فالجيران . م : (قال) ش : أي القدوري : م : (الموصى به يملك بالقبول) ش : يملك على صيغة المجهول ، وبه قال جمهور العلماء : إذا كانوا بالغين يمكن القبول منه .

أما إذا كان لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصره كبني هاشم أو على مصلحة مسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول ، ولزمت بمجرد الموت ، لأن الوصية لهم كالوقف عليهم م : (خلافاً لزفر رحمه الله تعالى) ش : فإن عنده لا يتوقف على القبول م : (وهو) ش : أي قول زفر م : (أحد قولي الشافعي - رحمه الله -) ش : وهو قول غير مشهور عنه .

م : (هو) ش : أي زفر - رحمه الله - م : (يقول الوصية أخت الميراث ، إذ كل منهما خلافة) ش : أي لأن كل واحد من الوصية والميراث خلافة بعد الموت م : (لما أنه انتقال) ش : أي لما أن كل واحد من الإرث والوصية انتقال المال م : (ثم الإرث يثبت من غير قبول) ش : فلا يرتد بالرد م : (فكذاك الوصية) .

م : (ولنا : أن الوصية إثبات ملك جديد ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب) ش : يعني لو أوصى بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئاً من التركة ووجد المشتري به عيباً لا يرده على الموصى له . ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبتت ولاية الرد في الصورتين جميعاً ، كما في الوارث م : (ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله) ش : ورضاه .

ألا ترى أنه لو أوصى بثلث تراب في داره ، فلو ملكه الموصى له من غير رضاه للحقه ضرر بفعل الموصي ، لأنه يلزمه نقله من بيته وهو لا يجوز ؛ وذلك لأن نفوذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر ، فإنه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقة بلا منفعة تعود إليه ، وأمثال هذا كثيرة .

م : (أما الورثة فخلافة حتى تثبت فيها هذه الأحكام) ش : أشار به إلى قوله : ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد بالعيب م : (فثبت) ش : أي الخلافة في الميراث م : (جبراً من الشرع من غير قبول) ش : الوارث ، أي من غير اختيار منه شيئاً أو أبى ، وفي الوصية للموصى له الخيار

قال : إلا في مسألة واحدة وهي : أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول ، فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحساناً ، والقياس : أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول . فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع . وجه الاستحسان : أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته ، وإنما توقفت لحق الموصى له ، فإذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة . قال : ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية ؛ لأن الدين مقدم على الوصية ؛ لأنه أهم الحاجتين ، فإنه فرض والوصية تبرع ، وأبداً يبدأ بالأهم فالأهم ، إلا أن تبرأه الغرماء ، لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها .

، ولهذا يرتد بالرد ، ولما ارتدت بالرد وافقت على القبول كالبيع والهبة . ثم القبول على ضربين قبول بالصریح وقبول بالدليل ، فالصریح أن يقول بعد موت الموصي : قبلت ، والدليل أن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي ، فيكون موته قبولاً لوصيته ، ويكون ذلك ميراثاً لورثته .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (إلا في مسألة واحدة) ش : هذا استثناء من قوله : « والموصى به يملك بالقبول » يعني في المسألة المستثناة يملك بدون القبول م : (وهي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول ، فيدخل الموصي به في ملك ورثته استحساناً ، والقياس : أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك) ش : أي ملك الموصي م : (موقوف على القبول) ش : وقد فات القبول بالموت فبطلت الوصية م : (فصار) ش : حكم هذا م : (كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع) .

م : (وجه الاستحسان : أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته ، وإنما توقفت لحق الموصى له ، فإذا مات دخل في ملكه) ش : لأن موته بلا رد دليل القبول ، نظيره م : (كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة) ش : فإن البيع يتم وتكون السلعة مورثة عن المشتري ، فكذا هنا يكون الوصية مورثة عن الموصى له .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية ؛ لأن الدين مقدم على الوصية ؛ لأنه أهم الحاجتين ، فإنه) ش : أي فإن الدين م : (فرض) ش : أي أداؤه م : (والوصية تبرع ، وأبداً يبدأ بالأهم فالأهم ، إلا أن تبرئه الغرماء) ش : أي أصحاب الديون م : (لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية) ش : حينئذ م : (على الحد المشروع) ش : وهو الوجه الذي ذكره ، وهو أن الورثة إما أن يكونوا فقراء أو أغنياء م : (لحاجته إليها) ش : أي لحاجة الموصي الميت إلى الوصية .

وقال الزمخشري : إنما قدم الوصية على الدين في قوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصى بها

قال : ولا تصح وصية الصبي . وقال الشافعي - رحمه الله - : تصح إذا كان في وجوه الخير ؛ لأن عمر - رضي الله عنه - أجاز وصية يفاع أو يافع ، وهو الذي راهق الحلم .

أو دين ﴿ (النساء : الآية ١١) ، مع أن الدين مقدم شرعاً ، لما أن الوصية مشابهة للميراث في كونها مأخوذة من غير عوض ، فكان إخراجها مما يشق على الورثة ولا يطيب أنفسهم بها ، فكان أداؤها مظنة للتفريط . بخلاف الدين وإن نفوسهم مطمئنة إلى أدائه ، فكذا قدم على الدين بعثاً على المسارعة إلى إخراجها ووجوبها مع الدين ، وكذلك جنى بكلمة أو لتسوية بينهما في الوجوب .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ولا تصح وصية الصبي) ش : سواء مات قبل الإدراك أو بعده وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قوله : وأصحاب الظواهر ، وهو قول ابن عباس والحسن ومجاهد - رحمهم الله .

م : (وقال الشافعي - رحمه الله - : تصح) ش : أي وصية الصبي م : (إذا كان في وجوه الخير) ش : وبه قال مالك وأحمد وهو قول الشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز وشريح وعطاء والزهري وإياس وعبد الله بن عيينة . وقال ابن الجلاب البصري المالكي في كتاب «التفريع» : وصية الصبي المميز جائزة ، وقال الغزالي في «وجيزه» : ولا تصح الوصية من المجنون والصبي الذي لا يميز ، وفي الصبي المميز قولان .

م : (لأن عمر - رضي الله عنه - أجاز وصية يفاع أو يافع ، وهو الذي راهق الحلم) ش : روى مالك في «الموطأ» عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أنه قيل لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : إن ها هنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال ، وليس له ها هنا إلا ابنة عم له فقال عمر - رضي الله عنه - : فليوص لها ، فأوصى لها بماء يقال له : بثر جشم ، قال عمر - رضي الله عنه - : فبيعت بثلاثين ألف درهم . وابنة عمه هي : أم عمرو بن سليم .

ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» أخبر سفيان الثوري عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم : أن عمرو بن سليم الغساني ، أوصى وهو ابن عشر أو ثنتي عشرة بيثر له قومت بثلاثين ألفاً فأجاز عمر - رضي الله عنه - وصيته . وقال البيهقي : عمرو بن سليم لم يدرك عمر - رضي الله عنه - ، إلا أنه منتسب لصاحب القصة .

قوله : «يفاع» بفتح الياء آخر الحروف وبالفاء المخففة وبعد الألف عين مهملة . وفي «الجمهرة» : غلام يفع ويافع ويفعه وقد أيفع يوقع إيفاعاً إذا تحرك وشب . والجمع أيفاع ، ويفاع

ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى . ولو لم تنفذ يبقى على غيره . ولنا : أنه تبرع ، والصبي ليس من أهله ، ولأن قوله غير ملزم ، وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله ، والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً ، أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ، وذلك جائز عندنا ، وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه .

قطعة من الجبل والعلة إيفاء فوق عما حولها . وقال الكاكي : غلام يفاع بمعنى يافع ، وجمعه يفعان ، ولا يقال : صبي ولا يوفع ، وهو من النوادر .

قلت : ذكر في كتاب « خلق الإنسان » عن أبي عبيد : قال بعضهم : الحرور واليافع والمترع واحد . وإذا لم يبلغ الصبي الحلم قيل : غلام يافع وجمعه أيفاع . وقال أبو عبيد : قال الكسائي : وهو على غير قياس ، والقياس أن يقال : يوفع ، ويقال : غلام يفعه .

م : (ولأنه) ش : أي ولأن إيذاء الصبي م : (نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى) ش : أي القرب إلى الله تعالى والدرجة العليا م : (ولو لم تنفذ) ش : إيضاؤه م : (يبقى) ش : ماله م : (على غيره) ش : أي على غير الصبي ، ولو نفذت يبقى ماله على نفسه حيث يكون له الثواب بالوصية بماله فكانت الوصية أولى .

م : (ولنا : أنه) ش : أي أن إيضاؤه م : (تبرع ، والصبي ليس من أهله) ش : أي من أهل التبرع ، ولهذا لا يملك التبرع بماله في حال الحياة بالإجماع بالهبة أو الصدقة ، فذلك لا يملكه بطريق الوصية أيضاً قياساً على الإعتاق .

م : (ولأن قوله غير ملزم . وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله) ش : لأن الوصية لازمة بعد الموت م : (والأثر) ش : أي الأثر الذي روى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - م : (محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً) ش : أي : من حيث المجاز ، يعني : كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير مثله يسمى بالغاً مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه م : (أو كانت وصيته) ش : جواب ثان عن الأثر المذكور ، أي : أو كانت وصية يفاع المذكور م : (في تجهيزه وأمر دفنه ، وذلك جائز عندنا ، وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته) ش : هذا جواب عن قوله : ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى م : (كما بيناه) ش : أي عن قريب من قوله : وإن كانت الورثة فقراء . . . إلى آخره .

وقال الأترابي : وفي الجواب عن حديث عمر - رضي الله عنه - تخبيط جواب المشايخ ، ويُن ذلك بالجوابين اللذين ذكرهما المصنف - رحمه الله - ، ثم قال : وفيهما نظر عندي ؛ لأنه صرح الراوي بأنه أوصى لابنة عم له بمال ، فكيف يسمى ذلك وصيته تجهيز نفسه . وكيف

والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصية . وإن كان يتفق نافعاً في بعض الأحوال .

يقال : يحتمل أنه كان أدرك ، لكن سمي غلاماً مجازاً لأنه صح في رواية الحديث : أنه كان غلاماً محتلم ، انتهى .

قلت: نسبة التخبيط في هذا إلى نفس الأمر إلى المصنف ، لأن الوجهين المذكورين هو الذي ذكرهما . وأجاب الأكمل عنه بقوله : بأن قوله : « كان غلاماً محتلم » ، يعني اليافع حقيقة ، فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه . وقوله : « أنه أوصى لابنة عم له بماله » لا ينافي أن يكون فيما يتعلق بتجهيزه ودفنه ، انتهى .

وقال الأترازي - رحمه الله - : الجواب الصحيح - وطول فيه - ، وملخصه : أن من أدرك عصر الصحابة من التابعين كسعيد بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي يعتد بخلافه في إجماع الصحابة حتى لا يتم إجماعهم مع خلافه ، ثم روى أصحابنا في كتبهم عن الشعبي والنخعي والحسن أنهم قالوا : لا تجوز وصية المراهق ، فبطل الاحتجاج بالإجماع ، لأنه لا إجماع للصحابة مع خلافهم ، فبقي تعليل الصحابي ، وهو ليس بواجب عند الخصم فكيف يحتج به على غيره ، انتهى . والجواب الصحيح ما قاله الطحاوي ، والاحتجاج بهذا الأثر لا يصح من الشافعي لأنه مرسل ، لأن رواية عمرو بن سليم وهو ممن لم يلق عمر - رضي الله عنه - ، وأبلغ من هذا ما قاله ابن حزم أن هذا الأثر لم يصح عن عمر - رضي الله عنه - وخالفه ابن عباس - رضي الله عنهما - ، وهو أيضاً مخالف لقوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى ﴾ الآية ، فإنها تدل على أن الصبي ممنوع من ماله . وفي « المبسوط » : والمرسل وإن كان مقبولاً عندنا لكنه خالف عموم قوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث ... » الحديث ، قال الأكمل : وفيه نظر ؛ لأن المراد بالقلم التكليف ، وما نحن فيه فليس منه ، فليتأمل .

م : (والمعتبر في النفع والضرر) ش : هذا تنزل في الجواب كأنه يقول : سلمنا أن الوصية يحصل الثواب دون تركها ، لكن المعتبر به في النفع والضرر م : (النظر إلى أوضاع التصرفات) ش : يعني يعتبر في التصرفات أصل الوضع لا الأحوال ، والوصية في أصل الوضع مزيل للملك وقد يقع النفع فيها في بعض الأحوال ، وقد لا يكون فيه نفع كأن أوصى لفاسق ينفق ذاك المال في الفسق ، وهذا إعانة على المعصية لا ينبغي في نيل الزلفى م : (لا إلى ما يتفق بحكم الحال) ش : يعني لا النظر إلى ما يتفق بحكم الحال من العوارض اللاحقة م : (اعتبره) ش : أي اعتبر ما ذكرنا م : (بالطلاق ؛ فإنه) ش : أي فإن الصبي م : (لا يملكه) ش : أي لا يملك طلاقه وإن طلق م : (ولا وصية . وإن كان يتفق نافعاً في بعض الأحوال) ش : أي : ولا يملك وصيته أيضاً وإن نصب مانعاً

وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة . وكذا إذا قال : إذا أدركت فثلث مالي لفلان ، وصية لقصور أهليته ، فلا يملكه تنجيذاً وتعليقاً كما في الطلاق والعتاق . بخلاف العبد والمكاتب ؛ لأن أهليتهما مستتمة ، والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه . قال : ولا تصح وصية الكاتب وإن ترك وفاء ؛ لأن ماله لا يقبل التبرع . وقيل : على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا تصح ، وعندهما : تصح ردّها لها إلى مكاتب يقول : كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر ثم عتق فملك ، والخلاف فيها معروف عرف في موضعه .

في بعض الأحوال بأن يطلق امرأة معسرة شرعاً ويتزوج بأختها الموسرة الحسنى ، أو يطلقها بأن كانت زانية سليطة ويتزوج بالصالحة ، لأن ذلك من العوارض والوصية في الأصل تبرع ، والصبي ليس من أهله .

م : (وكذا إذا أوصى) ش : أي الصبي بوصية م : (ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة) ش : أي وقت مباشرة الوصية م : (وكذا إذا قال : إذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية) ش : لا يجوز م : (لقصور أهليته ، فلا يملكه) ش : أي الإيصاء م : (تنجيذاً وتعليقاً) ش : أي : من حيث التنجيز كما في الوجه الأول ، ومن حيث التعليق كما في الوجه الثاني م : (كما في الطلاق والعتاق) ش : حيث لا يملكهما تنجيذاً ولا تعليقاً .

م : (بخلاف العبد والمكاتب) ش : يعني : إذا قال العبد أو المكاتب : إذا أعتقت فثلث مالي وصية يصح م : (لأن أهليتهما مستتمة) ش : أي تامة م : (والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه) ش : أي سقوط المانع .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ولا تصح وصية الكاتب وإن ترك وفاء ؛ لأن ماله لا يقبل التبرع) ش : ولهذا لا يصح عتقه وهبته م : (وقيل : على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا تصح ، وعندهما : تصح ردّها لها) ش : أي : قياساً لهذه المسألة م : (إلى مكاتب يقول : كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر ثم عتق فملك ، والخلاف فيها معروف عرف في موضعه) ش : أي : من باب الحنث في تملك المكاتب والمأذون في أيمان « الجامع الكبير » وما عرف ثمة هو أن المكاتب إذا قال : كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند أبي حنيفة ، وعتق عندهما .

لهما : أن ذكر الملك إلى ملك الظاهر للإعتاق ، وهو ما بعد الحرية ، ولأبي حنيفة أن للمكاتب وعين من الملك أحدهما إلى ظاهر ، وهو ما قبل العتاق ، والثاني : غير ظاهر وهو ما بعد العتاق فيضرب اليمين الظاهر دون غير الظاهر .

قال : وتجاوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية . أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه ؛ لأنه يجعله خليفة في بعض ماله ، والجنين صلح خليفة في الإرث ، فكذا في الوصية إذ هي أخته ، إلا أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التملك . بخلاف الهبة لأنها تملك محض ولا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئاً . وأما الثاني : فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية ، وبابها

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وتجاوز الوصية للحمل) ش : مثل أن يقول : أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة م : (وبالحمل) ش : كما إذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى م : (إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية) ش : أراد أنه إذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أو به ، ومعرفة ذلك بأن جاءت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الأسبجاني في « شرح الكافي » من وقت موت الموصي على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث - رحمة الله عليهم - ، واختاره « صاحب النهاية » .

م : (أما الأول) ش : وهو الوصية للحمل م : (فلأن الوصية استخلاف من وجه) ش : دون وجه م : (لأنه يجعله خليفة في بعض ماله) ش : بعد موته إلا أنه يملكه في الحال م : (والجنين صلح خليفة في الإرث ، فكذا في الوصية إذ هي أخته) ش : أي لأن الوصية أخت الإرث إلا أنه جواب عما يقال : لو كانا أختين لما جاز ردها كما لم يجز رده ، وتقرير الجواب هو قوله م : (إلا أنه) ش : أي أن فعل عقد الوصية أو الإيصاء م : (يرتد بالرد لما فيه من معنى التملك) ش : دون الميراث تقدم ذلك فيه .

م : (بخلاف الهبة) ش : متصل بقوله : وتجاوز الوصية بالحمل ، يعني : أن الهبة بالحمل لا تصح م : (لأنها) ش : أي لأن الهبة م : (تملك محض) ش : والجنين ليس بصالح لذلك م : (ولا ولاية لأحد عليه) ش : أي على الجنين م : (ليملكه شيئاً) ش : لأنه لا حاجة له قبل الانفصال .

م : (وأما الثاني) ش : وهو الوصية به م : (فلأنه) ش : أي الحمل م : (بعرض الوجود) ش : أي بعرضية الوجود م : (إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية) ش : فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت ، وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ، ولقائل أن يقول : في كلام المصنف تناقض ظاهر ، لأنه لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يصير موجوداً ، وإذا كان موجوداً ، لا يكون بعرض الوجود .

والجواب : أن معنى قوله « بعرض الوجود » : بعرض وجود يصلح الورود القبض عليه ، ومعنى قوله : إذا علم وجوده حقيقة ، وكونه في بطن الأم فاندفع التناقض م : (وبابها) ش : أي

أوسع لحاجة الميت وعجزه ، ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة ، فلأن تصح في الموجود أولى . قال : ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء ؛ لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً ، فإذا أفرد الأم بالوصية صح أفرادها . ولأنه يصح أفراد الحمل بالوصية فجاز استثناءه ، وهذا هو الأصل : أن ما يصح أفراده بالعقد يصح استثناءه منه ، إذ لا فرق بينهما ، وما لا يصح أفراده بالعقد لا يصح استثناءه منه وقد مر في البيوع .

باب الوصية م : (أوسع لحاجة الميت وعجزه ، ولهذا) ش : أي ولأجل ذلك م : (تصح) ش : أي الوصية م : (في غير الموجود كالثمرة ، فلأن تصح في الموجود أولى) ش : إيضاح ذلك فيما قاله الكرخي في «مختصره» في رجل أوصى له بثمرة بستان وهو يخرج من الثلث ثم مات ، فإن أبا حنيفة قال في ذلك : إن كان فيه ثمرة فليس له إلا تلك الثمرة ، وإن لم يكن فيه ثمرة [. . .] ثمرته أبداً من الثلث .

وإن أوصى بغلته فله غلته أبداً من الثلث ، لأن الغلة على الأبد والثمرة على القائمة بعينها ليس له غيرها . وإن كان البستان ليس له مال غيره وأوصى بغلته لرجل أبداً وفيه ثمرة أو ليس له فيه ثمرة فهو سواء ، له ثلث الثمرة التي فيه ، وثلث ما يستقبل من ثمره .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء) ش : يعني تكون الجارية للموصى له بها ، ويكون الحمل للورثة م : (لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً) ش : أي من حيث اللفظ ، ومن حيث اللغة ، لأنه لا يفهم منها فإذا كان كذلك صح إقرار الأم بالإيصاء باستثناء الحمل م : (ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً) ش : هذا جواب عما يقال : لا نسلم أن اسم الجارية لا يتناول الحمل ، فإنه لو لم يبين استحقه للموصي له . ولو لم يتناول لما استحقه كغيره من أمواله . وتقرير الجواب بأنه يستحق الحمل بالإطلاق ، يعني لم يتناول بالعموم ، بل يستحق إذا أطلق الموصي عن قيد الأفراد .

م : (فإذا أفرد الأم بالوصية صح أفرادها) ش : يعني إذا أفرد الأم لم يبق مطلقاً بل تقيدت الأم بالأفراد فصحت الوصية بها لا مفردة م : (ولأنه يصح أفراد الحمل بالوصية فجاز استثناءه ، وهذا هو الأصل : أن ما يصح أفراده بالعقد يصح استثناءه منه) ش : ولهذا لو قال : لفلان علي ألف درهم إلا قفير حنطة صح الاستثناء وإن كان صدر الكلام لا يتناولها م : (إذ لا فرق بينهما) ش : أي بين صحة أفراد العقد عليه ، وبين الاستثناء ، لأن كل واحد منهما يتعلق بكونه معلوماً : (وما لا يصح أفراده بالعقد لا يصح استثناءه منه) ش : كما في شراء جارية وإلا حملها م : (وقد مر في البيوع) ش : أي في باب البيع الفاسد .

قال : ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية ، لأنه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة ، وقد حققناه في كتاب الهبة . ولأن القبول يتوقف على الموت ، والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع . قال : وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية ؛ لأنه) ش: أي لأن الوصية على تأويل الإيصاء . وفي بعض النسخ : لأنها ، فلا يحتاج إلى التأويل م: (تبرع لم يتم) ش: لأنه مضاف إلى ما بعد الموت ، والتبرع النافذ وهو الهبة يحتمل الرجوع ، فالمضاف أولى واجتمع أهل العلم على جواز الرجوع للموصي في جميع ما أوصى كله أو بضعه م: (فجاز الرجوع عنه كالهبة ، وقد حققناه في كتاب الهبة) ش: أي قد حققنا هذا في كتاب الهبة ، إلا أن الكلام في الإعتاق إذا أوصى به فالأكثر على جواز الرجوع في الوصية ، وهو قول الأئمة الأربعة وعطاء وجابر بن زيد والزهري وقتادة وإسحاق وأبي ثور . وروي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال : يعين الرجل ما شاء من وصيته ، ولم يعلم له مخالف حل الإجماع . وعن الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي : يعين منها ما شاء إلا العتق .

م: (ولأن القبول) ش: في الوصية م: (يتوقف على الموت) ش: أي موت الموصي م: (والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع) ش: فإنه يجوز فيه رجوع البائع قبل قبول المشتري .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإذا صرح بالرجوع) ش: بأن قال : رجعت من وصيتي لفلان م: (أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً)

ش: وفي «الذخيرة»: الرجوع ثلاثة أنواع : أحدهما استهلاك الموصي به حقيقة أو حكماً كما أوصى بثوب فقطعه وخاطه قميصاً أو بقطن فغزله ونسجه ، أو بحديدة فصنعها سيفاً فهذه التصرفات ، استهلاك حكماً ، ألا ترى أن حق المغصوب منه ينقطع بهذه التصرفات ونوع من ذلك أن يخلطه بغيره خلطاً ، أي لا يمكن التمييز أصلاً كالسويق إذا لته بسمن ونوع من ذلك أن يحدث نقصاناً فيه حتى خرج عن هيئة الادخار والبقاء إلى يوم الموت بأن كان شاة فذبحها .

وأما الرجوع ضرورة بأن يتغير الموصى به ويتميز اسمه ، لأنه لا يبقى بهذا موصى به بذلك إلى يوم الموت ، كما لو أوصى بحنطة فهبت الريح في طاحونة فصارت دقيقاً قبل موت الموصي بطلب الوصية أو أوصى بالكفوى في نخلة فصارت رطباً ، أو أوصى بعنب فصار زبيباً ، أو أوصى ببيض فحضنت دجاجة عليها فأخرجت فرايج بطلت الوصية .

ولو كان التغير في هذه المسألة بعد موت الموصي قبل قبول الوصية أو بعده لا تبطل الوصية ، لأن التغير حصل بعد تمام الوصية فلا يوجب بطلانها .

أما الصريح فظاهر ، وكذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح ، فقام مقام قوله قد أبطلت ، وصار كالبيع بشرط الخيار ، فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة . ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك ، فإذا فعله الموصي كان رجوعاً وقد عدنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب ، وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله ، مثل السوق يلقه بالسمن ، والدار يبني فيه الموصي ، والقطن يحشوه به ، والبطانة يطن بها ، والظاهرة يظهر بها ؛ لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكنه نقضها ؛ لأنه حصل في ملك الموصي من جهته ، بخلاف تجصيب الدار الموصى بها وهدم بنائها ؛

م : (أما الصريح فظاهر ، وكذا الدلالة) ش : أي وكذا الرجوع بالدلالة م : (لأنها تعمل عمل الصريح ، فقام مقام قوله : قد أبطلت ، وصار كالبيع بشرط الخيار) ش : للمشتري ، فانه إذا فعل فعلاً مما يدل على إبطال خياره تبطل .

م : (فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة) ش : كما يبطل بالصريح م : (ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك) ش : نحو قطع الثوب وخياطته بعد قصه ، فإنه يضمن قيمته وينقطع حق المالك عنه م : (فإذا فعله الموصي) ش : أي فإن فعل هذا الفعل الذي ينقطع به حق المالك م : (كان) ش : فعله هذا م : (رجوعاً) ش : عن الوصية .

م : (وقد عدنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب) ش : الأفاعيل جمع فعل على غير القياس . وكأنه جمع أفعولة كأنه كالأباطيل جمع باطل . وفي الحقيقة كأنه جمع أبطولة .

م : (وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به) ش : بحيث لا يمكن تمييزها م : (ولا يمكن تسليم العين إلا بها) ش : أي إلا بتلك الزيادة م : (فهو رجوع) ش : عن الوصية م : (إذا فعله) ش : أي إذا فعل ذلك الفعل ثم ذكر لها صور بقوله م : (مثل السوق يلقه بالسمن) ش : أي يخلطه .

م : (والدار) ش : أي ومثل الدار الموصى به م : (يبني فيه الموصي ، والقطن يحشوه به) ش : أي مثل قطن الموصى به يحشوه به جبة ونحوها م : (والبطانة) ش : أي ومثل البطانة الموصى بها م : (يطن بها ، والظاهرة) ش : أي ومثل الظاهرة الموصى بها م : (يظهر بها) ش : أي يجعلها تحت الظاهرة م : (لأنه لا يمكنه) ش : أي لا يمكن م : (تسليمه) ش : أي تسليم شيء من هذه الأشياء .

م : (بدون الزيادة) ش : وهو ظاهر م : (ولا يمكنه نقضها) ش : أي ولا يمكن نقضي هذه الأشياء م : (لأنه حصل في ملك الموصي) ش : وتصرف في ملكه م : (من جهته) ش : لا من جهة غيره .

م : (بخلاف تجصيب الدار الموصى بها) ش : أي تبييضها بالجص م : (وهدم بنائها) ش : حيث

لأنه تصرف في التابع ، وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع . كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه ؛ لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه ، فإذا أزاله كان رجوعاً ، وذبح الشاة الموصى بها رجوعاً ؛ لأنه للتصرف إلى حاجته عادة ، فصار هذا المعنى أصلاً أيضاً . وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً ؛ لأن من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة ، فكان تقريراً . قال : وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً . كذا ذكره محمد - رحمه الله - . وقال : أبو يوسف - رحمه الله - : يكون رجوعاً ؛ لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال ، فأولى أن يكون رجوعاً . ولمحمد - رحمه الله - أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك . وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً ،

لا يكون رجوعاً عندنا ، وعند الأئمة الثلاثة يكون رجوعاً ، لأنه تصرف أوجب بغير الموصى به ، ودليلنا هو قوله : م : (لأنه تصرف في التابع) ش : وهو البناء والتصرف في التابع لا يدل على إسقاط الحق على الأصل في التخصيص ، لأنه بناء ، والبناء تبع .

وكذا لو غسل الثوب الموصى به م : (وكل التصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع) ش : عن الوصية . م : (كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه) ش : أي فيما وهبه ، لأن البيع والهبة أوجبا زوال ملكه ، فمحال أن تبقى الوصية معه م : (لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه ، فإذا أزاله كان رجوعاً ، وذبح الشاة الموصى بها رجوعاً ؛ لأنه) ش : أي لأن ذبحه م : (للتصرف إلى حاجته عادة ، فصار هذا المعنى أصلاً أيضاً) ش : أراد بهذا المعنى هو التصرف لحاجته .

م : (وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً ؛ لأن من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة ، فكان تقريراً) ش : أي فكان تقريراً ، أي فكان غسل الثوب الموصى به تقريراً للوصية . وفي وجه للشافعية يكون رجوعاً ، وهذا هو الأقرب ، لأن التعليل المذكور ضعيف ، لأن من أراد أن يوصي ثوباً جديداً ويعطي الآخر ثوباً جديداً لا يغسله عادة على ما لا يخفى .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً ، كذا ذكره محمد - رحمه الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يكون رجوعاً ؛ لأن الرجوع نفي في الحال) ش : أي نفي للوصية في الحال .

م : (والجحود نفي في الماضي والحال ، فأولى أن يكون رجوعاً . ولمحمد - رحمه الله - : أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك) ش : يعني أن الجحود لما كان نفيّاً في الماضي والانتفاء في الحال ضروري ، فيكون النفي في الماضي تضمناً للانتفاء في الحال ضرورة م : (وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً) ش : لكونه كاذباً جحوده أن الفرض أنه أوصى ثم جحد وكان النفي في الماضي باطلاً ، فيبطل ما هو من ضرورة وهو الانتفاء في الحال . فكان الجحود لغواً .

أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال ، والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة . ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام ورباً لا يكون رجوعاً . لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل . بخلاف ما إذا قال : فهي باطلة . لأنه الذاهب المتلاشي ولو قال: أخرتها لا يكون رجوعاً ؛ لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين .

واعلم أن القدوري لم يذكر الخلاف في «مختصره» في هذا المسألة ولم يذكر خلاف محمد أيضاً في كتبه ، ولكن جعل الجحود رجوعاً في كتاب الوصايا ولم يجعله رجوعاً في «الجامع الكبير» ، فمن هذا اختلف المشايخ فيه ، فمنهم من قال : في المسألة روايتان ، ومنهم من قال : ما ذكره في «الجامع» جواب القياس .

وما ذكره في كتاب الوصايا جواب الاستحسان ، كذا ذكر الشيخ أبو المعين النسفي في «شرح الجامع الكبير» .

م: (أو لأن الرجوع) ش: دليل آخر ، أي ولأن الرجوع عن الوصية م: (إثبات في الماضي) ش: أي إثبات الوصية في الماضي م: (ونفي في الحال) ش: أي نفي للوصية في الحال م: (والجحود نفي في الماضي والحال جميعاً فلا يكون رجوعاً حقيقة) ش: للمنافاة بين الإثبات والنفي م: (ولهذا) ش: أي ولأجل كون الجحود نفيًا في الماضي والحال .

م: (لا يكون جحود النكاح فرقة) ش: أي طلاقاً ، لأن الطلاق يعني في الحال دون الماضي . وقال الأكمل : لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعاراً للطلاق ، لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي ، والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر .

م: (ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام ورباً لا يكون رجوعاً) ش: هذه المسألة مع ما بعدها إلى الباب من مسائل «الجامع الكبير» لا مسألة تأخير الوصية م: (لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل) ش: يعني وصف الوصية بأنها حرام اقتضى ربا يقتضي كون أصل الوصية باقياً ، لأنه لا وجود للصفة بدون قيامها بالموصوف ، فلما اقتضى الوصف بقاء الأصل لم يكن الوصف بالحرمة أو الربا دليل الرجوع .

م: (بخلاف ما إذا قال: فهي باطلة) ش: بأن قال : كل وصية أوصيت بها لفلان فهي باطلة دليل الرجوع م: (لأنه الذاهب المتلاشي . ولو قال : أخرتها لا يكون رجوعاً) ش: أي ولو قال : كل وصية أوصيت بها أخرتها لا يكون رجوعاً عن الوصية م: (لأن التأخير ليس للسقوط) ش: يعني لا يدل على السقوط م: (كتأخير الدين) ش: فإنه لا يسقط به .

بخلاف ما إذا قال : تركت ؛ لأنه إسقاط . ولو قال : العبد الذي أوصيت به لفلان ، فهو لفلان كان رجوعاً ؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة . بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر ؛ لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها . وكذا إذا قال : فهو لفلان وارثي يكون رجوعاً عن الأول لما بينا . ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه . ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصية الأولى على حالها ؛ لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ، ولم تتحقق فبقي للأول . ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع ، والثانية بالموت ، والله أعلم بالصواب .

م : (بخلاف ما إذا قال : تركت) ش : بأن قال : كل وصية أوصيت بها تركت م : (لأنه) ش : أي لأن الترك م : (إسقاط) ش : ألا ترى أنك لو قلت لرجل لك عليه دين : تركت عليك ديني كان تركاً م : (ولو قال : العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان ، كانت رجوعاً ؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة) ش : قيل لأنه لم يذكر بينها حرف الاشتراك ، وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره

م : (بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ، ثم أوصى به لآخر) ش : بأن قال : أوصيت بهذا العبد لهذا الرجل . ثم قال : أوصيت به لهذا الرجل ولرجل آخر لا يكون رجوعاً م : (لأن المحل يحتمل الشركة ، واللفظ صالح لها) ش : لأنه يجوز أن يجتمع حقان في عبد واحد .

م : (وكذا إذا قال : فهو لفلان وارثي) ش : بأن قال : كل وصية أوصيت بها لفلان فهي لفلان وارثي م : (يكون رجوعاً عن الأول لما بينا) ش : أشار به إلى التعلل المذكور بقوله لأن اللفظ يدل على قطع الشركة إلى آخره م : (ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه) ش : وهو أن يكون للوارث إذا أجازها الورثة ، وإن لم تجز الورثة يكون ميراثاً .

م : (ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصية الأولى على حالها) ش : يعني لو قال كل وصية أوصيت بها لفلان الآخر حين أوصى له ميتاً لم يصح الرجوع ، لأنه لم يصح النقل عن الوصية الأولى لأن الوصية للميت باطلة ، فصار كأنه لم يوص لأحد بعد الوصية الأولى م : (لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ، ولم تتحقق فبقي للأول . ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة) ش : . أي لورثة الموصي م : (لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع) ش : أي برجوع الوصي عنها م : (والثانية بالموت) ش : أي بموت الموصي له الثاني قبل موت الموصي م : (والله أعلم بالصواب) .

باب الوصية بثلث المال

قال : ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما ؛ لأنه يضيق الثلث عن حقهما ، إذ لا يزداد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم ، وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق ، والمحل يقبل الشركة ، فيكون بينهما . وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً ؛ لأن كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهماً والأكثر سهمين ، فصار ثلاثة أسهم ، سهم لصاحب الأقل ، وسهمان لصاحب الأكثر . وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما .

م : (باب الوصية بثلث المال)

ش : أي هذا باب في بيان حكم الوصية بثلث المال .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما ؛ لأنه يضيق الثلث عن حقهما ، إذ لا يزداد عليه) ش : أي على الثلث م : (عند عدم الإجازة على ما تقدم) ش : من عدم الجواز بأكثر من الثلث م : (وقد تساويا في سبب الاستحقاق) ش : وهو الإيصاء فالثلث بينهما م : (فيستويان في الاستحقاق ، والمحل يقبل الشركة ، فيكون بينهما) ش : أي بين الموصى لهما بالثلث .

م : (وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً ؛ لأن كل واحد منهما يدلي) ش : من أدليت الدلو في البئر إذا أرخيته فيها م : (بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهماً والأكثر سهمين ، فصار ثلاثة أسهم ، سهم لصاحب الأقل) ش : أي لصاحب القليل .

م : (وسهمان لصاحب الأكثر ، وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما) ش : اعتباراً لعدم حالة الإجازة بحالة الإجازة ، وفيها تصح المسألة من أربعة ، لأنهما يقولان بطريق القول .

وفي المسألة الثلث ولكل واحد يخرج له ثلث صحيح ثلاثه ، وكذا عما يدعي عليه . وهو واحد والموصى له بالكل يدعي جميع الثلاثة فتؤول إلى أربعة . وكذا إذا لم يجيزوا يجعل الثلث لجميع المال في حق القسمة ، وإذا صار الثلث إلى أربعة فجميع المال اثنا عشر .

وقال أبو حنيفة: الثلث بينهما نصفان ، ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحابة والسعاية والدراهم المرسلة . لهما في الخلافية : أن الموصي قصد شيئين ، الاستحقاق والتفضيل ، وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ، ولا مانع من التفضيل ، فيثبت كما في المحابة وأختيها .

م: (وقال أبو حنيفة -رحمه الله - : الثلث بينهما نصفان ، ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث) ش: الحاصل أن عند أبي حنيفة : لا يضرب الموصى له عند عدم الإجازة بأكثر من الثلث ، وبه قال ثور وابن المنذر ، وعندهما : يضربون بعدد سهامهما في الثلث عند عدم الإجازة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة والحسن الثوري والنخعي وابن أبي ليلى وإسحاق .

م: (إلا في المحابة) ش: صورتها عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة ، وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة ، والآخر لفلان بمائة ، فإن حصلت المحابة لأحدهما بألف وللآخر بخمسمائة والكل وصية ، لأنه في حال المرض ، فإن لم يكن غيرهما ولم يجز الورثة جازت المحابة بقدر الثلث ، فتكون بينهما أثلاثاً يضرب الموصى له بألف بحسب وصيته وهي الألف ، والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي بخمسمائة ، فلو كان هذا كسائر الوصايا -على قول أبي حنيفة- : وجب أن لا يضرب الموصى له بألف في أكثر من خمسمائة .

م: (والسعاية) ش: صورتها أن يوصى بعق عبدین قيمة أحدهما ألف ، وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرها إذا أجازت الورثة عتقا جميعاً ، وإن لم يجيزوا من الثلث وثلث ماله ألف فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي ، والثلث للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي .

م: (والدراهم المرسلة) ش: أي المطلقة هي أن يوصى لرجل بألفين وآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم يجز الورثة ، فإنه يكون بينهما أثلاثاً كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته ، لأن الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ، ولا كذلك فيما إذا أوصى لرجل بثلث ماله وآخر بنصف ماله ، أو بجميع ماله لأن اللفظ في مخرجه لم يصح ، لأن ماله أكثر وخرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا مخرج من الثلث .

م: (لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - : م: (في الخلافية) ش: أي في المسألة الخلافية م: (أن الوصي قصد شيئين الاستحقاق) ش: فيما زاد على الثلث على الورثة م: (والتفضيل) ش: أي تفضيل بعض أهل الوصايا على بعض م: (وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ، ولا مانع من التفضيل ، فيثبت كما في المحابة وأختيها) ش: وهما السعاية والدراهم المرسلة .

وله : أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة ، إذ لا نفاذ لها بحال ، فتبطل أصلاً ، والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق ، فيبطل بطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع . بخلاف مواضع الإجماع ؛ لأن لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة ، فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف ما نحن فيه . وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمتة تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث ، وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث ؛ لأن هناك الحق تعلق بعين التركة ، بدليل أنه لو هلك واستفاد مالاً آخر تبطل الوصية ، وفي الألف المرسلة لو هلك التركة

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م : (أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة ، إذ لا نفاذ لها بحال) ش : لأن الوصية فيما زاد على الثلث ، لأنه لا يملك ذلك عند عدم إجازة الورثة .

م : (فتبطل) ش : أي الوصية م : (أصلاً ، والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق ، فيبطل بطلانه) ش : أي يبطل الفضل بطلان الاستحقاق ، لأنه إذا بطل الاستحقاق بطل فيما ضمنه م : (كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع) ش : إذا صح البيع صحت المحاباة وإذا بطلت بطلت م : (بخلاف مواضع الإجماع) ش : يعني المحاباة وصية .

م : (لأن لها) ش : أي الوصية م : (نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة) ش : فيجوز خروج الألف من الثلث يكون المال كثيراً بالاكْتِسَاب قبل الموت ، فيخرج هذه الوصايا من الثلث ، وهو معنى قوله ، م : (فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف ما نحن فيه) ش : وهو ما إذا أوصى بجميع المال لواحد والآخر بالثلث حيث لا يصح ، لأن ماله وإن كثر لا يخرج ذلك من الثلث ، فعلم أن الوصية لم تصح في مخرجه .

م : (وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته) ش : هذا صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها ، وهو أنه إذا أوصى بعين من التركة مثل عبد أو فرس له أو ثوب مثلاً م : (وقيمتة تزيد على الثلث فإنه) ش : أي فإن الموصى له م : (يضرب بالثلث) ش : ولا يضرب بأكثر منه .

م : (وإن احتمل أن يزيد المال) ش : باكتساب هذا العبد مالاً فتصير رقبته مساوية لثلث المال ، أو يظهر له مال بحيث يصير العبد لثلث المال م : (فيخرج من الثلث ؛ لأن هناك الحق) ش : أي حق الموصى له م : (تعلق بعين التركة ؛ بدليل أنه) ش : أي عين التركة م : (لو هلك واستفاد مالاً آخر تبطل الوصية ، وفي الألف المرسلة لو هلك التركة) ش : وحق الورثة أيضاً يتعلق بعين التركة فيما زاد

تنفذ فيما يستفاد ، فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة . قال : وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة . ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز ؛ لأن الأول وصيته بمال الغير ؛ لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت ، والثاني وصية بمثل نصيب الابن ، ومثل الشيء غيره ، وإن كان يتقدر به فيجوز . وقال زفر - رحمه الله - : يجوز في الأول أيضاً ، فنظر إلى الحال ، والكل ماله فيه . وجوابه ما قلنا . قال : ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : له

على الثلث ، فتبطل التركة م : (تنفذ فيما يستفاد ، فلم يكن متعلقاً بعين مات تعلق به حق الورثة) ش : فلا يلزم بطلانه ، لأن الوصية في مخرجها صحيحة ، ولهذا ضرب الموصى له في الثلث بما زاد على الثلثين .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وإذا أوصى بنصيب ابنه) ش : أي وإن أوصى م : (فالوصية باطلة) ش : وبه قال أصحاب الشافعي وأحمد ، وهذا إذا كان الابن موجود ، وإن لم يكن له ابن صحت م : (ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) ش : وفي بعض النسخ وإن أوصى م : (لأن الأول) ش : وهو الذي أوصى بنصيب ابنه م : (وصيته بمال الغير ؛ لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) ش : أي بعد موت الموصي .

م : (والثاني) ش : وهو الوصية بمثل نصيب ابنه م : (وصيته بمثل نصيب الابن ، ومثل الشيء غيره ، وإن كان يتقدر به فيجوز) ش : سواء كان له ابن أو لم يكن .

م : (وقال زفر - رحمه الله - : تجوز في الأول أيضاً) ش : رواه الحسن بن زياد عنه م : (فنظر إلى الحال) ش : أي بالنظر إلى حال الوصية . وفي بعض النسخ : ينظر إلى الحال ، أي حال الوصية ، فإن المال سهم في ذلك الحال لكونه حياً بعد ، وهو معنى قوله م : (والكل ماله فيه) ش : أي مال الموصي ، فينصرف فيه كيف شاء م : (وجوابه) ش : أي جواب زفر - رحمه الله - م : (ما قلنا) ش : وهو قوله : لأن الأول وصيته بمال الغير .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة) ش : المراد بأخس الأنصباء أقلها م : (إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه) ش : أي على السدس م : (وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش : وبه قال أحمد في رواية ، ومالك في قول . وقال بعض أصحاب مالك : يعطى له الثمن . وقال أحمد في رواية : يعطى لهم سهم مما يصح منه الفريضة ، وهذا قول شريح .

م : (وقالوا) ش : أي قال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - م : (له) ش : أي للموصى له

مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث إلا أن يجيز الورثة لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً ، لا سيما في الوصية ، والأقل متيقن به فيصرف إليه ، إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه ؛ لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة .

بالسهم من ماله م : (مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث إلا أن يجيز الورثة) ش : وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ما شاء ، ولأن ذلك يقع عليه السهم ، كما لو أوصى بخبز أو حنطة م : (لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية) ش : لأن الوصية أخت الميراث م : (والأقل متيقن به فيصرف إليه ، إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه ؛ لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة) .

ش : قال الكاكي : اعلم أن نسخ شروح «الجامع الصغير» و«المبسوط» لم يذكر قوله : إلا أن ينقص عن الثلث فيتم له ، بل قال فيها : فله أحسن سهام الورثة ، ولا يزداد على السدس إلا أن يجيزه الورثة ، فكذا في غيره .

وعلى رواية «شروح الجامع» : ينقص عن السدس ولا يزداد على السهم ، فعلم أن هذا سهو وقع من المكاتب وجعل حكم الأفضل حكم الجامع ، وعن هذا الحق لهذا الوضع الإمام جلال الدين المصنف - رحمه الله - وقد طوّل الأترازي هنا بالنقل عن الكتب ، فقال محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة قال : إذا أوصى لرجل بسهم من ماله ثم يموت فله مثل نصيب أحد الورثة ، إلا أن يكون ذلك أكثر من السدس فيكون له السدس .

وقال أبو يوسف ومحمد : له مثل نصيب أحد الورثة ، إلا أن يكون أكثر من الثلث ولا يجوز له إلا الثلث إلا أن يسلم الورثة ، هذا لفظ محمد في أصل «الجامع الصغير» . وقال القدوري في كتاب «التقريب» : قال أبو حنيفة : إذا أوصى بسهم من ماله فإنه يزداد على سهام الورثة أحسن انصباثهم ، فيعطى الموصى له ما لم يجاوز السدس ، فإن جاوزه لم يزد عليه ، قال هذا رواية الأصل . وفي «الجامع الصغير» : لم ينقص عن السدس إلى هنا لفظ : «التقريب» .

وقال الطحاوي في «مختصره» : ومن أوصى لرجل بسهم من ماله فإن أبا حنيفة كان يقول : إن كانت الفريضة أقل من ستة أسهم كان له السدس ، وإن كانت الفريضة أكثر من ستة أسهم كان له أحسن سهام الورثة .

وقال أبو يوسف ومحمد : له مثل أحسن سهام الورثة في هذه الوجوه كلها ما لم يجاوز ذلك الثلث ، فإن جاوز الثلث جاز له منه الثلث ، ولم يجز له سواه ، انتهى . وقال الإمام الأسبجاني في «شرح الطحاوي» : ولو أوصى بسهم من ماله فعند أبي حنيفة ينظر إلى سدس جميع المال ، وإلى آخر سهام الورثة أيهما كان أقل فله ذلك .

وله : أن السهم هو السدس، هو المروي عن ابن مسعود -رضي الله عنه- وقد رفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروي .

بيان هذا إذا كانت الفريضة من أربعة أو من ثلاثة فالسدس أقل من أخس سهام الورثة فيعطى إياه . ولو كانت الفريضة أكثر من ستة فلا يعطى له السدس ، وإنما يعطى له أخس سهام الورثة .

وعند أبي يوسف ومحمد : يعطى أخس سهام الورثة في الأحوال كلها إلا إذا جاوز أخس سهام الثلث ، فحينئذ يعطى له الثلث ولا يعطى الأخس . وكذلك هذا الاختلاف فيمن أقر بسهم من داره لفلان عند أبي حنيفة يقع ذلك على سدس داره . وعندهما السير إلى المقر ، وكذلك لو أعتق سهماً من عبده عند أبي حنيفة يعتق سدسه .

وعندهما : يعتق كله ، لأن العتق عندهما لا يتجزأ ، كذا في «شرح الطحاوي» . وقال فخر الإسلام في شرح «الجامع الصغير» : وحامله أن السهم اسم السدس عند السدس عند أبي حنيفة وعندهما اسم للجزاء من حصة الورثة من غير تقدير بالسدس ، انتهى .

وقال الأكمل : واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضوع اختلفت اختلافاً كثيراً لا نكاد نعلم منه شيئاً . وسبب ذلك اختلاف رواية «المبسوط» و«الجامع الصغير» . وفي «الكافي» : فعلى رواية «الجامع الصغير» جوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم تجز الزيادة على السدس ولم يجز النقصان عن السدس .

ورواية المصنف مخالف كل واحد منها ، لأن قوله إلا أن ينقص من السدس فيتم له السدس ليس في رواية «المبسوط» . وقوله : ولا يزداد عليه ليس في رواية «الجامع الصغير» ، فإما أنه اطلع على رواية غيرهما ، وإما أنه جمع بينهما ، انتهى .

قلت : وبهذا يجاب عن قوله الكاكي : إن هذا سهو وقع من الكاتب كما ذكرناه الآن . م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة م : (أن السهم هو السدس، هو المروي عن ابن مسعود -رضي الله عنه -) ش : رواه محمد في الأصل عن عبد الله بن مسعود : أنه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال : له السدس .

م : (وقد رفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروي) ش : أي وقد رفع هذا الحديث عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه - ، وفيما يروي وهو على بناء الفاعل ، والضمير فيه يرجع إلى ابن مسعود ، وقد رفع المرفوع البزار في «مسنده» والطبراني في «معجمه الأوسط» عن محمد بن عبد الله العرزمي عن أبي قيس عن هزيل بن شرحبيل عن ابن مسعود أن رجلاً

ولأنه يذكر ويراد به السدس ، فإن إياساً قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس ، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة ، فيعطى ما ذكرنا . قالوا : هذا كان في عرفهم ، وفي عرفنا السهم كالجزة : قال: ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة : أعطوه ما شئتم ؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية ، والورثة قائمون مقام الموصي ، فإليهم البيان . قال : ومن قال : سدس مالي لفلان ، ثم قال في ذلك المجلس ، أو في مجلس آخر : له ثلث مالي ، وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه .

أوصى لرجل بسهم من ماله فجعل له النبي ﷺ السدس . وقال : أبو قيس ليس بالقوي ، وقد روى عنه شعبة والثوري والأعمش وغيرهم ، واسم أبي قيس عبد الرحمن بن ثروان ، وذكره عبد الحق في «أحكامه» من جهة البزار ، وقال : العرزمي متروك^(١) .

م: (ولأنه) ش: أي ولأن السهم م: (يذكر ويراد به السدس ، فإن إياساً قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس) ش: وإياس هو ابن معاوية بن قرة القاضي بالبصرة ولاءه عمر بن العزيز - رضي الله عنه - ومات سنة اثنين وعشرين ومائة ، وهو من كبار التابعين ، وهكذا قال الحسن والثوري . م: (ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة ، فيعطى ما ذكرنا) ش: وهو السدس .

م: (قالوا) ش: أي المشايخ في شروح «الجامع الصغير» م: (هذا كان في عرفهم ، وفي عرفنا السهم كالجزة) ش: لأنه لا يراد به نصيب أحد الورثة ولا السدس . م: (قال) ش: أي القدوري م: (ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة : أعطوه ما شئتم ؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير أن الجهالة) ش: أي جهالة الموصى به م: (لا تمنع صحة الوصية ، والورثة قائمون مقام الموصي ، فإليهم) ش: أي فإلى الورثة م: (البيان) ش: وقال الفقيه أبو الليث في كتاب «نكت الوصايا» : وإذا أوصى بجزء من ماله أو بنقص من ماله فللورثة أن يعطوا ما شاءوا . وكذا إذا أوصى بحظ من ماله .

م: (قال: ومن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر: له ثلث مالي ، وأجازت الورثة، فله ثلث المال ويدخل السدس فيه) ش: أي في الثلث ، لأن الكلام الثاني يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث ، ويحتمل أنه أراد إيجاب ثلث على السدس ، فيجعل كلامه في السدس تكراراً حملاً لكلامه على المتيقن وعلى ما يملك الإيصاء به

(١) قال الهيثمي في «المجمع» : رواه البزار وفيه محمد بن عبيد الله العرزمي اهـ .

قلت : وهو متروك . وأورد من حديث عمران بن حصين أن رجلاً من الأعراب أعتق ستة مملوكية له ، وليس له مال غيرهم ، فبلغ ذلك النبي ﷺ فغضب ، وقال : «لقد هممت أن لا أصلي عليه» قال : رواه الطبراني ، ورجاله رجال الصحيح . وهذا مفسر لمعنى الخيف في الوصية .

ومن قال : سدس مالي لفلان ، ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره : سدس مالي لفلان ، فله سدس واحد ؛ لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال ، والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثاني عين الأول، هو المعهود في اللغة . قال : ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه فهلك ثلثاً ذلك وبقي ثلثه ، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي . وقال زفر - رحمه الله تعالى - : له ثلث ما بقي ؛ لأن كل واحد منهما مشترك بينهم ، والمال المشترك يتوى ما توي منه على الشركة ، ويبقى ما بقي عليها . وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة . ولنا : أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم في الواحد ، ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة ، وفيه جمع

وهو الثلث .

وقيل : إنما قال : وجازت الورثة لدفع وهم ، وهو أن يقال : ينبغي للموصى له نصف المال ، لأن الثلث مع السدس ، نصف المال ، وفيه نوع تأمل .

م : (ومن قال : سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره: سدس مالي لفلان ، فله سدس واحد ؛ لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال، والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثاني عين الأول، هو المعهود في اللغة) ش: أي كون المال غير الأول معلوم في استعمال أهل اللغة ، يقال جاءني زيد ، ثم يقال : أكرمت زيداً ، أي ذلك بعينه ، وهذا البحث قرر كما ينبغي في موضعه .

م : (قال) ش: أي القدوري : م : (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه فهلك ثلثاً ذلك وبقي ثلثه، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي) ش: ومعني قوله : وهو يخرج من ثلث ماله ، أي ثلث الباقي بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصي .

م : (وقال زفر - رحمه الله - : له ثلث ما بقي ؛ لأن كل واحد منهما) ش: أي من الهالك والباقي م : (مشترك بينهم) ش: أي بين الورثة وبين الموصى له م : (والمال المشترك يتوى ما توي منه) ش: أي ما هلك من مال مشترك م : (على الشركة ، ويبقى ما بقي عليها) ش: أي على الشركة .

م : (وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة) ش: فهلك بعضها فالذي يبقى على الشركة ، وهو القياس ، وبه قال أبو ثور وابن شريح من أصحاب الشافعي - رحمهم الله - وهو قياس قول مالك ، لأنه يعتبر قدر المال حال الوصية لا الموت ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - وقال الأترابي : وبقول زفر نأخذ .

م : (ولنا : أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم في الواحد) ش: أي يمكن جمع حق شائع لكل واحد في فرد م : (ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة ، وفيه جمع) ش: أي والحال أن فيه

والوصية مقدمة ، فجمعناها في الواحد الباقي ، وصارت الدراهم كالدراهم ، بخلاف الأجناس المختلفة ؛ لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً . فكذا تقديماً . قال : ولو أوصى بثلاث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثاها ، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب . قالوا : هذا المذكور إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم . وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها ؛ لأنه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة . ولو أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي . وكذا الدور المختلفة .

الجمع ، أي في القسمة على تأويل الأقسام م : (والوصية مقدمة) ش : أي على الميراث م : (فجمعناها في الواحد الباقي ، وصارت الدراهم كالدراهم) ش : يعني إذا أوصى بالدراهم الواحد ، وله ثلاث دراهم فهلك اثنان فله الدراهم الباقي بالاتفاق .

م : (بخلاف الأجناس المختلفة) ش : جواب عن قول زفر - رحمه الله - كما إذا كانت الشركة أجناساً مختلفة ، ووجهه ما قاله م : (لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً) ش : يعني من حيث الجبر ، فإنه إذا تركها يطلب بعض الورثة القسمة ، وأبى الباقيون ، فإن القاضي لا يجبرهم على القسمة .

م : (فكذا تقديماً) ش : أي فكذا لا يمكن من حيث تقديم الوصية على الميراث ، لأنه إذا قدر الجمع قدر التقديم ، لأن فيه الجمع فيبقى الكل مشتركاً بين الورثة والموصى أثلاثاً ، فما هلك هلك على الشركة ، وما بقي بقي عليها أثلاثاً .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ولو أوصى بثلاث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثاها ، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب ، قالوا) ش : أي المشايخ م : (هذا المذكور إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم) ش : يعني يستحق جميع الثوب الباقي إذا كان يخرج من الثلث كالدراهم الباقي م : (وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها) ش : أي بمنزلة الدراهم ، فيكون له جمع الباقي م : (لأنه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة) ش : أي من حيث إن القاضي يجبر فيه بالقسمة .

م : (ولو أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي) ش : لكثرة التفاوت ، ولهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بغير عينه إذا لم يبين الثمن م : (وكذا الدور المختلفة) ش : لأنها كالأجناس المختلفة لكثرة التفاوت بين الدارين في المنفعة في الضيق وفي السعة قريب الماء وبعيده والأمن وجنس الجيران ونحو ذلك ، فكانت ملحقة بالأجناس المختلفة ، فكان للموصي له ثلث الباقي ، هكذا أجاب محمد في «الجامع الصغير» في الدور والرقيق بلا خلاف .

وقيل : هذا على قول أبي حنيفة - رحمه الله - وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها . وقيل : هو قول الكل ؛ لأن عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع ، وبدون ذلك يتعذر الجمع ، والأول أشبه للفقهاء المذكور . قال : ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين ، فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له ؛ لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس ، فيصار إليه . وإن لم يخرج دفع إليه ثلث الدين وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف ؛ لأن الموصى له شريك الوارث ، وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة ؛ لأن للعين فضلاً عن الدين ؛ ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال ، وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء ، وإنما يعتدل النظر بما ذكرناه .

م : (وقيل : هذا على قول أبي حنيفة - رحمه الله - وحده) ش : أي هذا الجواب في الرقيق والدور المختلفة إذا بقي واحد وهو أن يقال : لا يكون له ثلث الباقي ، وهو قول أبي حنيفة خاصة . وعندهما : له جميع الباقي م : (لأنه) ش : أي لأن أبا حنيفة - رحمه الله - م : (لا يرى الجبر على القسمة فيها) ش : أي في الدور والرقيق .

م : (وقيل : هو قول الكل) ش : أي قول أبي حنيفة - رحمه الله - وصاحبيه م : (لأن عندهما) ش : أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م : (للقاضي أن يجتهد ويجمع ، وبدون ذلك) ش : أي بدون اجتهاد القاضي وجمعه م : (يتعذر الجمع) ش : أي جمع نصيب أحدهم في العبد الواحد والدار الواحدة ، وإذا هلك لم يكن لذلك فعل من القاضي ، فكان المال على الشركة يأتي وما هلك م : (والأول) ش : وهو أن يكون في المسألة اختلاف م : (أشبه للفقهاء المذكور) ش : وهو أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة ، لأنه يجعلها أجناساً مختلفة ، وهما بزمان ذلك ، لأنهما يجعلانها جنساً واحداً .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين ، فإن خرج الألف من ثلث العين ودفع إلى الموصى له ؛ لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس) ش : أي نقصان م : (فيصار إليه) ش : لأن الأصل في الشركاء أن يوفى حق كل واحد من غير إيقاع بخس في حق الآخر م : (وإن لم يخرج) ش : أي الألف من ثلث العين م : (دفع إليه ثلث الدين وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف ، لأن الموصى له شريك الوارث ، وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة ؛ لأن العين فضلاً عن الدين ، ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال) ش : ولهذا لو حلف لا مال له وله ديون على الناس لا يحث ، لأن الدين م : (إنما يصير مالاً عند الاستيفاء) ش : لأنه وصف ثابت في الذمة م : (وإنما يعتدل النظر بما ذكرناه) ش : أي النظر في حق الموصى له والورثة بإيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس في حق الآخر ، وهو أن لا

قال : ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد ؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها ، كما إذا أوصى لزيد جدار . وعن أبي يوسف - رحمه الله- : أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث ، لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرخص للحي إلا نصف الثلث ، بخلاف ما إذا علم بموته ؛ لأن الوصية للميت لغو ، فكان راضياً بكل الثلث للحي . وإن قال : ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث ؛ لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث ، بخلاف ما تقدم ، ألا ترى أن من قال: ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث . ولو قال : ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث ، قال : ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالاً استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت ؛ لأن الوصية عقد

يختص الموصى له بالعين إذا لم يخرج الثلث من العين .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) ش: سواء علم بموت عمرو أو لم يعلم ، . وبه قال الشافعي في قول ، وأحمد وإسحاق والبصريون - رحمهم الله - م: (لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها) ش: أي من أهل الوصية م: (كما إذا أوصى لزيد جدار) ش: أو حمار يكون الوصية لزيد ، والإضافة إلى الحمار أو الجدار لغو .

م: (وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه إذا لم يعلم) ش: أي الموصي م: (بموته) ش: أي بموت عمرو م: (فله) ش: أي لزيد الذي هو حي م: (نصف الثلث) ش: وبه قال الشافعي في قول ، وأحمد - رحمه الله - في رواية ، ومالك ، لأن بين الاشتراك فلا يصرف إلى الحي إلا نصف الثلث .

م: (لأن الوصية عنده) ش: أي عند الموصي م: (صحيحة لعمرو فلم يرخص للحي إلا نصف الثلث ، بخلاف ما إذا علم بموته ؛ لأن الوصية للميت لغو فكان راضياً بكل الثلث للحي ، وإن قال : ثلث مالي بين زيد وعمرو ، وزيد ميت ، كان لعمرو نصف الثلث ؛ لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل منهما نصف الثلث ، بخلاف ما تقدم) ش: حيث يستحق الموصى له جميع الثلث لعدم المزاحمة م: (ألا ترى أن من قال: ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ، ولو قال: ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث) .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له) ش: أي والحال أن لا مال له وقت الوصية م: (واكتسب مالاً استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت ؛ لأن الوصية عقد

استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ، ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله ، وكذلك إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالاً لما بينا ، ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قيل موته أو لم يكن له غنم في الأصل ، فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت ، فيعتبر قيامه حينئذ . وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت ، وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح ؛ لأنها لو كانت بلفظ المال تصح ، فكذا إذا كانت باسم نوعه ، وهذا لأن وجوده قبل الموت فضل ، والمعتبر قيامه عند الموت . ولو قال : له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة ؛ لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة ، إذ ماليها توجد في مطلق المال . ولو أوصى بشاة ولم يضيفه إلى ماله ولا غنم له ، قيل : لا يصح ؛ لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها ، وقيل : تصح لأنه لما

استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعد) ش: أي بعد الموت م: (فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله ، وكذلك الحكم إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالاً لما بينا) ش: إشارة إلى قوله : لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت .

م: (ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل ، فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه) ش: أي أن الوصية على تأويل الإيصاء م: (إيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ) ش: أي قيام ما أوصى به عند الموت م: (وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت ، وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح) ش: احترازه عن قول بعض المشايخ : وإن الوصية باطلة .

وقال الفقيه أبو الليث : هذا القول ليس بصحيح عندنا ، لأن أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين ، فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال م: (لأنها) ش: أي لأن الوصية م: (لو كانت بلفظ المال تصح ، فكذا إذا كانت باسم نوعه) ش: أي نوع المال .

م: (وهذا) ش: توضيح لما قبله م: (لأن وجوده) ش: أي وجود المال م: (قبل الموت فضل ، والمعتبر قيامه عند الموت) ش: لما مر غير مرة م: (ولو قال : له) ش: أي لفلان م: (شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة ؛ لأنه) ش: أي لأن الموصي م: (لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة ؛ إذ ماليها توجد في مطلق المال) .

م: (ولو أوصى بشاة ولم يضيفه إلى ماله) ش: بأن لم يقل : من مالي م: (ولا غنم له ، قيل : لا يصح ؛ لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها) ش: أي بدون الإضافة إلى المال م: (تعتبر صورة الشاة ومعناها) ش: لأن الشاة اسم للصورة والمعنى ، ولم يوجد فلا يصح م: (وقيل : تصح لأنه لما

ذكر الشاة وليس ملكه شاة علم أن مراده المالية . ولو قال : شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة ؛ لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة ، حيث جعلها جزءاً من الغنم ؛ بخلاف ما إذا أضافه إلى المال ، وعلى هذا يخرج كثير من المسائل . قال : ومن أوصى بثلاث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاث ، وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم ، قال - رضي الله عنه - : وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ، وعن محمد - رحمه الله - : أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان ، وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة ، والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكاة ، لمحمد - رحمه الله - أن المذكور لفظ الجمع ، وأدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن ، فكان من كل فريق اثنان ، وأمهات الأولاد ثلاث ، فلهذا يقسم على

ذكر الشاة وليس ملكه شاة علم أن مراده المالية) ش: أي مطلق المالية ، فيعطى له شاة أو قيمة شاة .

م: (ولو قال: شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة ؛ لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة ، حيث جعلها جزءاً من الغنم ، بخلاف ما إذا أضافه إلى المال) ش: بأن قال : له شاة من مالي ولا غنم له حيث يعطي شاة لما مر م: (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) ش: منها ما ذكره في «المبسوط» بقوله : لو قال له قفيز حنطة من مالي أو ثوب من مالي فإنه يصح الإيجاب ، وإن لم يكن ذلك في ماله ، بخلاف ما إذا قال : من حنطتي أو من ثيابي ، فإنه إذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء للموصى له ، وعلى هذا كله عرض من ماله .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (ومن أوصى بثلاث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاث ، وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم ، قال - رضي الله عنه - : وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ، وعن محمد - رحمه الله - : أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق) ش: يعني من الفقراء والمساكين م: (سهمان ، وأصله) ش: أي أصل هذا الخلاف م: (أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة ، والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكاة) ش: أي في كتاب الزكاة .

ثم أوضح الأصل المذكور بإيراد تعليل محمد وتعليل صاحبيه فقال : م: (لمحمد - رحمه الله - : أن المذكور لفظ الجمع ، وأدناه في الميراث اثنان) ش: أي أدنى الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين فصاعداً م: (نجد ذلك) ش: أي عدد أدنى الجمع اثنان منهم م: (في القرآن) ش: ألا ترى إلى قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ أُخُوَةٌ فَلَأُمُّهُ السُّدُسُ ﴾ (النساء : الآية ١١) ، ويحجب الاثنين منهم فصاعداً الإمام من الثلث إلى السدس فعلم أن الاثنين لهما حكم الجمع م: (فكان من كل فريق اثنان) ش: أي من الفقراء والمساكين اثنان م: (وأمهات الأولاد ثلاث ، فلهذا يقسم على

سبعة . ولهما أن الجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس ، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل ، فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة ، والثلاثة للثلاث . قال : ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما ، وعند محمد - رحمه الله - : ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما ، وعنده : لا يصرف إلا إلى مسكينين بناءً على ما بيناه . قال : ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ، ثم قال لآخر : قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة ؛ لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد أمكن إثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال ؛ لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة ، بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين ، ثم كان الإشارك ؛ لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين ، فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملاً

سبعة).

م : (ولهما) ش : أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف - رحمه الله - : م : (أن الجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس ، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل ، فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة ، والثلاث للثلاث) ش : أي أمهات الأولاد .

م : (قال : ولو أوصى بثلثه لفلان) ش : أي بثلث ماله لفلان م : (وللمساكين فنصفه ، لفلان ونصفه للمساكين عندهما) ش : أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمه الله - وعلى هذا الأصل لو أوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين يكون نصفه لفلان وثلثاه للمساكين ، يصير الثلث أثلاثاً .

م : (وعند محمد - رحمه الله - : ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما ، وعنده) ش : أي وعند محمد - رحمه الله - م : (لا يصرف إلا إلى مسكينين بناءً على ما بيناه) ش : يعني في المسألة المتقدمة ، وهو أن الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين إلى آخره . م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» م : (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر : قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة ؛ لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد أمكن إثباته بين الكل بما قلناه) ش : من اقتضاء الشركة والمساواة م : (لاتحاد المال ؛ لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة ، بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين ، ثم كان) ش : أي الاشترك ، أي ثم قال : للثالث م : (الإشارك) ش : معهما فيما أوصيت بهما كان له النصف من كل واحد منهما جميعاً م : (لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين) ش : ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشترك بقدر الإمكان م : (فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملاً

باللفظ بقدر الإمكان . قال : ومن قال : لفلان علي دين فصدقوه ، معناه : قال ذلك لورثته فإنه يصدق إلى الثلث وهذا استحسان ، وفي القياس لا يصدق ؛ لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً ، لكنه لا يحكم به إلا بالبيان . وقوله : « فصدقوه » صدر مخالفاً للشرع ؛ لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقراراً مطلقاً ، فلا يعتبر ، وجه الاستحسان : أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية ، وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعياً منه في تفرغ ذمته ، فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له ، كأنه قال : إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء ، وهذه معتبرة من الثلث ، فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة . قال : وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة ؛ لأن ميراثهم معلوم ، وكذا الوصايا معلومة

باللفظ (ش : أي بقوله : أشركتكم م : (بقدر الإمكان) .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » م : (ومن قال : لفلان علي دين فصدقوه) ش : أي قال لورثته ، وبينه المصنف بقوله م : (معناه قال ذلك لورثته ، فإنه يصدق إلى الثلث) ش : أي إذا ادعى الدين بأكثر من الثلث ، وكذب الورثة ، قال المصنف - رحمه الله - م : (وهذا استحسان . وفي القياس : لا يصدق ؛ لأن الإقرار بالمجهول ، وإن كان صحيحاً لكنه لا يحكم به إلا بالبيان ، وقوله : فصدقوه صدر مخالفاً للشرع ؛ لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة) ش : وهو قد أمرهم بتصديقه بلا حجة ، فإذا كان كذلك م : (فتعذر إثباته إقراراً مطلقاً) ش : يعني من كل وجه م : (فلا يعتبر وجه الاستحسان : أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة) ش : وهو مالك للكل في الثلث م : (وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية) ش : فيتقيد ، وقد يحتاج جواب عما يقال : لو كان قصده الوصية لصرح بها ، وتقرير الجواب بأن يقال : م : (وقد يحتاج إليه) ش : إلى مثل هذا الكلام م : (من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره) ش : يعني يعلم أصل الحق ولا يعلم مقداره م : (سعياً منه) ش : أي لأصل السعي منه ، م : (في تفرغ ذمته فيجعلها) ش : أي فيجعل هذه الوصية م : (وصية جعل التقدير فيها) ش : أي في هذه الوصية م : (إلى الموصى له كأنه قال : إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء ، وهذه) ش : أي هذه الوصية م : (معتبرة من الثلث ، فلهذا) ش : أي فلكونها معتبرة من الثلث م : (يصدق على الثلث دون الزيادة) ش : على الثلث ، لأن جواز الوصية من الثلث .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (وإن أوصى بوصايا غير ذلك) ش : أي غير الدين المجهول م : (يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة ؛ لأن ميراثهم معلوم) ش : وهو الثلثان م : (وكذا الوصايا معلومة) ش : وهي الثلث .

وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم ، فيقدم عزل المعلوم ، وفي الإفراز فائدة أخرى ، وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به ، والآخر ألد خصاماً وعساهم يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم ، وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة . وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا : صدقوه فيما شئتم ، ويقال للورثة : صدقوه فيما شئتم ؛ لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ ، فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين ، فيؤخذ أصحاب الثلث بثلاث ما أقروا والورثة بثلاثي ما أقروا تنفيذاً لإقرار كل فريق في قدر حقه ، وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك ؛ لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره . قال : ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث ؛ لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك ، فصح في الأول وبطل في الثاني . بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت ؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحماً ، فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ، ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا ،

م : (وهذا) ش : أي دين فلان م : (مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم ، وفي الإفراز فائدة أخرى ، وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به) ش : أي هذا الحق م : (والآخر) ش : أي الفريق الآخر م : (ألد خصاماً) ش : أي شديد بين في الخصومة م : (وعساهم) ش : أي لعلمهم ، أي الفريق الورثة وأصحاب الوصايا م : (يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم ، وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة) .

م : (وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا : صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة : صدقوه فيما شئتم ؛ لأن هذا دين في حق المستحق) ش : أي المقر له م : (وصية في حق التنفيذ ، فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين ، فيؤخذ أصحاب الثلث بثلاث ما أقروا ، والورثة بثلاثي ما أقروا تنفيذاً لإقرار كل فريق في قدر حقه ، وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك ؛ لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره) ش : أي بين المقر له وبين غيره ، وهو الميت .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث ؛ لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك ، فصح في الأول) ش : أي فيما يملك م : (وبطل في الثاني) ش : أي فيما لا يملك ، وبه قالت الأئمة الثلاثة وأبو ثور - رحمهم الله .

م : (بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت ؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحماً ، فيكون الكل للحي والوارث من أهلها) ش : أي من أهل الوصية م : (ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا) ش :

وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي . وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضاً ؛ لأن الوصية إنشاء تصرف والشركة تثبت حكماً له ، فتصح في حق من يستحقه منهما . وأما الإقرار فإخبار عن كائن ، وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ، ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف ، لأنه خلاف ما أخبر به ولا إلى إثبات الوصف ؛ لأنه يصير الوارث فيه شريكاً ، ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه ، فيبطل في ذلك القدر ، ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً ، وفي الإنشاء حصّة أحدهما ممتازة عن حصّة الآخر بقاء وبطلاناً . قال : ومن كان له ثلاثة أثواب

أي حكما الصورتين م : (وعلى هذا) ش : أي على الحكم المذكور م : (إذا أوصى للقاتل وللأجنبي) ش : حيث تبطل وصيته للقاتل ، لأنها فيمن لا يستحقها ، ولا تبطل في حق الأجنبي ، لأنها في حقه جائزة .

م : (وهذا) ش : أي هذا الإيضاء م : (بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضاً ؛ لأن الوصية إنشاء تصرف) ش : أي ابتداء تمليك م : (والشركة تثبت حكماً له) ش : أي للإنشاء م : (فتصح في حق من يستحقه منهما) ش : أي من الوارث والأجنبي .

م : (وأما الإقرار فإخبار عن كائن ، وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي) ش : فيستدعي مخبراً ، والمخبر به للوالدين المشترك م : (ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف) ش : وهو الاشتراك م : (لأنه خلاف ما أخبر به) ش : المقرون لا إلى إثبات الوصف ، أي لا وجه أيضاً م : (ولا إلى إثبات الوصف ؛ لأنه يصير الوارث فيه شريكاً) ش : فيؤدي إلى إضرار بعض الورثة ، فيرد أصلاً كيلا يحتال الناس في إضرار الورثة بهذا الطريق .

م : (ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه ، فيبطل) ش : أي يبطل الإقرار م : (في ذلك القدر) ش : المقبوض حمل في نصيبهما معاً ، لأنه لما كان للوارث أن يشاركه فيه ، فإذا شارك كان لبقية الورثة أن يأخذوا ذلك القدر منه .

ثم يرجع هو على الأجنبي ، لأن ما قبض لم يسلم له ثم ، وثم إلى أن ينتهي فيبطل أصلاً ، وهو قوله م : (ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل) ش : فإذا بطل الكل م : (فلا يكون مفيداً ، وفي الإنشاء حصّة أحدهما ممتازة عن حصّة الآخر بقاء) ش : أي في حق الأجنبي م : (وبطلاناً) ش : أي في حق الوارث .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م : (ومن كان له ثلاثة أثواب

جيد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو ، والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ، ومعنى جحودهم : أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه : الثوب الذي هو حقك قد هلك ، فكان المستحق مجهولاً ، وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود ، فبطل . قال : إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين ، فإن سلموا زال المانع ، وهو الجحود ، فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون ، فثبت الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون ؛ لأن صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين ؛ لأنه إما أن يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيهما ، وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين ؛ لأنه إما أن يكون جيداً أو وسطاً ولا حق له فيهما . ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي ،

جيد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد) ش : من هذه الثياب م : (لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو ، والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة) ش : صورة المسألة في «الجامع» عن محمد ويعقوب عن أبي حنيفة -رحمه الله- في رجل أوصى لثلاثة نفر فقال : لفلان هذا الثوب الجيد ولفلان رجل آخر هذا الثوب الوسط ولفلان رجل آخر هذا الثوب الرديء ثم مات الموصي ثم هلك واحد من الثلاثة أثواب لا يدري أيها هلك ، والورثة تجحد فالوصية باطلة .

قال المصنف : م : (ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك ، فكان المستحق مجهولاً ، وجهالته تمنع صحة القضاء) ش : كما إذا أوصى لأحد هذين الرجلين ، فإن الوصية باطلة ، لأن المستحق مجهول .

م : (وتحصيل المقصود) ش : بالنصب ، أي ويمنع أيضاً تحصيل المقصود ، أي مقصود الوصي ، وهو إتمام غرضه ، فإذا كان كذلك م : (فبطل) ش : أي الإيصاء .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين) ش : وهذا استثناء من قوله : «فالوصية باطلة» م : (فإن سلموا) ش : أي الورثة إن قالوا : سلمنا لكم هذين الثوبين فاقسموا فيما بينكما م : (زال المانع ، وهو الجحود ، فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون ، فثبت الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون ؛ لأن صاحب الجيد ، لا حق له في الرديء بيقين ؛ لأنه) ش : أي لأن الرديء م : (إما أن يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيهما) ش : أي لا حق لصاحب الجيد في الوسط والرديء م : (وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين ؛ لأنه إما أن يكون جيداً أو وسطاً ، ولا حق له فيهما . ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي) ش : إذ الهالك إذا كان رديئاً فالثاني يكون جيداً ، فيكون هو الرديء الأصلي .

فيعطى من محل الاحتمال . وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون فلم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء ، فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة . قال : وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما بيت بعينه لرجل فإنها تقسم ، فإن وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ، وعند محمد نصفه للموصى له ، وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- . وقال محمد -رحمه الله- : مثل ذرع نصف البيت . له : أنه أوصى بملكه وبملك غيره ؛ لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول ويوقف الثاني ، وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة ، كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ، ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصى تنفيذاً للوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت ، وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في بدل الموصى به عند فواته ، كالجارية

م : (فيعطى من محل الاحتمال) ش : لأنه يحتمل أن يكون هذا وسطاً ويحتمل أن يكون في الرديء الحالي بأن يكون الضائع الرديء ، فيكون هذا وسطاً ، فيكون هذا تنفيذ وصية في محل يحتمل أن يكون حقه ، كذا في «شرح الجامع» لصاحب «الهداية» م : (وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون فلم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء فتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة) .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما بيت بعينه لرجل فإنها تقسم) ش : أي فإن الدار تقسم م : (فإن وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- . وعند محمد : نصفه للموصى له ، وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- . قال محمد -رحمه الله- : مثل ذرع نصف البيت . له) ش : أي لمحمد -رحمه الله- م : (أنه) ش : أي أن الموصى م : (أوصى بملكه وبملك غيره ؛ لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول) ش : وهو الوصية فيما يملكه وهو نصيبه م : (ويوقف الثاني ، وهو) ش : وهو نصيب صاحبه فيتوقف على إجازة شريكه م : (أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة) ش : لأنه أخذ البيت بدلاً عن نصيبه بما في يد صاحبه م : (لا تنفذ الوصية السالفة) ش : بالملك الحادث بعد الوصية في الموصى به .

م : (كما إذ أوصى بملك الغير ثم اشتراه) ش : حيث لا تصح الوصية ، فكذا هذا م : (ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصى تنفيذاً للوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت ، وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في بدل الموصى به عند فواته ، كالجارية

الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها . بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه ؛ لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما بيناه ، ولا تبطل بالقسمة . ولهما : أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة ؛ لأن الظاهر أنه يقصد الإيصاء بملك منتفع به من كل وجه ، وذلك يكون بالقسمة ؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر ، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه . ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع ، وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ، ولهذا يجبر على القسمة فيه ، وعلى اعتبار الإفراز بصير كأن البيت ملكه من الابتداء ، وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه ، إما لأنه عوضه كما ذكرناه ، أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده ما أمكن ، إلا أنه يتعين البيت

الموصي بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها . بخلاف ما إذا بيع العبد (ش : أي عند فوات الأصل بالحالة م :) الموصى به ، حيث لا تتعلق الوصية بثمنه ؛ لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما بيناه (ش : أشار به إلى ما ذكر قبل باب الوصية بثلث المال عند قوله وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً م : (ولا تبطل) ش : أي الوصية م :) بالقسمة (ش : لأن القسمة لتكميل المنفعة ، بخلاف البيع .

م : (ولهما) ش : أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - : م : (أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة ؛ لأن الظاهر أنه) ش : أي أن الموصي م : (يقصد الإيصاء بملك منتفع به من كل وجه ، وذلك) ش : أي الملك المنتفع به عن كل وجه م : (يكون بالقسمة) ش : لأن ملكه على اعتبار القسمة هو الملك التام المنتفع به م : (لأن الانتفاع بالمشاع قاصر ، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه . ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع) ش : وإن كان معنى المبادلة في قسمة العروض والحيوانات أصل ، والدارين عروض ، ذكره المصنف في كتاب القسمة .

م : (وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ، ولهذا يجبر على القسمة فيه) ش : هذا إيضاح لقوله ، وإنما المقصود الإقرار ، لأن في الدار الواحدة المختلفة البيوت تقسم قسمة واحدة ، لأن في تفريقها إضراراً ، بخلاف الدور حيث تقسم كل واحدة على حدة ، لا قسمة واحدة عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما ، وقد مر في القسمة . م : (وعلى اعتبار الإفراز بصير كأن البيت ملكه من الابتداء ، وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه ، إما لأنه عوضه كما ذكرناه) ش : أي في الجارية الموصي بها م : (أو لأن مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده ما أمكن ، إلا أنه يتعين البيت) .

إذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتملك . وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير ، أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته ، فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد ، وفي العتق ولد حي . ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي ، والدار مائة ذراع ، والبيت عشرة أذرع : يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم ، تسعة منها للورثة ، وسهم للموصى له ، وهذا عند محمد - رحمه الله - ، فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون ، فيجعل كل خمسة سهماً ، فيصير عشرة . وعندهما يقسم على أحد عشر سهماً ؛ لأن الموصى له يضرب

ش: قال تاج الشريعة : «إلا أنه يتعين» هذا جواب [عن] إشكال ، وهو أن يقال : ذكر البيت لما كان التقدير به ينبغي أن لا يجب وقع البيت نفسه إذا وقع في نصيب الموصي م : (إذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين) ش: إحداهما م : (التقدير) ش: وهي فيما إذا وقع البيت في نصيب شريكه ، والأخرى هي قوله م : (والتمليك) ش: يعني البيت .

م : (وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير ، أو لأنه) ش: أي أو لأن الموصي م : (أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) ش: يعني في وقوعه في نصيب الشريك م : (والتمليك) ش: أي وأراد التملك م : (بعينه على اعتبار الوجه الآخر) ش: يعني في وقوعه في نصيب الموصي ، ونظر لذلك بقوله : م : (كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته) ش: بأن قال : إذا ولدت أمتي فهو حر وأنت طالق م : (فالمراد في جزاء الطلاق) ش: أي في جزاء الطلاق م : (مطلق الولد) ش: حتى تطلق المرأة بولادة الولد كيف كان حياً أو ميتاً .

م : (وفي العتق) ش: أي المراد في العتق م : (ولد حي) ش: لأن الميت ليس بمحل للطلاق ، حتى إذا ولدت ميتاً ثم ولدت حياً يعتق الحي عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - خلافاً لهما .

م : (ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع ، يقسم نصيبه) ش: أي نصيب الموصي ، وهو خمسون ذراعاً م : (بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم ، تسعة منها) ش: أي من العشرة م : (للورثة) ش: أي لورثة البيت م : (وسهم للموصى له ، وهذا عند محمد - رحمه الله - ، فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت ، وهم) ش: أي الورثة يضربون م : (بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون ، فيجعل كل خمسة سهماً فيصير عشرة) .

م : (وعندهما) ش: أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - : م : (يقسم) ش: أي نصيب الموصي بين الموصى له والورثة م : (على أحد عشر سهماً ، لأن الموصى له يضرب

بالعشرة وهم بخمسة وأربعين ، فتصير السهام أحد عشر ، للموصى لها سهمان ، ولهم تسعة . ولو كان مكان الوصية إقرار ، قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد - رحمه الله - ، والفرق له : أن الإقرار بملك الغير صحيح ، حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له ، والوصية بملك الغير لا تصح ، حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ . قال : ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ، فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع ؛ لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته . وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً فله أن يمتنع من التسليم . بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة ؛ لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادقتها ملك نفسه والامتناع

بالعشرة وهم) ش: أي الورثة م: (بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان، ولهم تسعة) ش: كذا قال فخر الإسلام البزدوي وغيره وفي «شرح الجامع الصغير» .

م: (ولو كان مكان الوصية إقرار) ش: يعني لو كان الدار بين شريكين فأقر أحدهما ببيت بعينه لواحد فيقسم الدار أولاً ، فإن وقع البيت في نصيب المقر يسلم إلى المقر له . وإن وقع في نصيب الشريك يضرب المقر له فيما وقع في يد المقر مثل ذرع البيت . وكذلك لو أقر بطريق أو حائط . كذا في «الشامل» . وعند محمد - رحمه الله - : يضرب المقر له بنصف ذرع البيت . م: (قيل : هو على الخلاف) ش: أي حكم الإقرار على الخلاف المذكور بين محمد وصاحبيه .

م: (وقيل : لا خلاف فيه لمحمد - رحمه الله -) ش: أي في حكم الإقرار ، بل قول محمد فيه كقولهما . وجعل فخر الإسلام في «شرح الجامع الصغير» عدم الخلاف ، وهو الأصح م: (والفرق له) ش: أي الفرق بين الوصية والإقرار لمحمد م: (أن الإقرار بملك الغير صحيح ، حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له ، والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه) ش: مثل الشراء والهبة والتملك م: (ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ) .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ، فإن دفعه إليه فهو جائز وله أن يمنع ؛ لأن هذا تبرع بمال الغير ، فيتوقف على إجازته . وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً فله أن يمتنع من التسليم) ش: أي : ولصاحب المال أن يمتنع مما أجازة الموصي ولا يسلم ، لأن هذا هبة من صاحب المال والهبة لا تتم بدون التسليم ، فإن وقع تمت الهبة وإلا فلا .

م: (بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة) ش: ثم أرادوا أن يمتنعوا من التسليم لا يكون لهم ذلك م: (لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادقتها ملك نفسه ، والامتناع

لحق الورثة ، فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي . قال : وإذا اقتسم الابنان تركه الأب ألفاً ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان ، والقياس أن يعطيه نصف ما في يده ، وهو قول زفر - رحمه الله - ، لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف . وجه الاستحسان : أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرراً بثلث ما في يده . بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره ؛ لأن الدين مقدم على الميراث ، فيكون مقرراً بتقدمه فيقدم عليه . أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاً ، ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فرمما يقر الابن الآخر به أيضاً ، فيأخذ نصف ما في يده ، فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث . قال : ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً ، وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له ؛ لأن الأم دخلت في الوصية

لحق الورثة ، فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي) .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م : (وإذا اقتسم الابنان تركه الأب ألفاً ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده) ش : وهو سدس المال م : (وهذا استحسان) ش : وبه قال الشافعي وأحمد ومالك - رحمهم الله - . وقال الشافعي - رحمه الله - في وجهه : يلزمه جميع ما في يده وخرجه صاحب «الحاوي» من القولين في الدين ليس شيء ، كذا في «الحلية» .

م : (والقياس أن يعطيه نصف ما في يده ، وهو قول زفر - رحمه الله - ؛ لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف . وجه الاستحسان : أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما) ش : أي في أيدي الابنين م : (فيكون مقرراً بثلث ما في يده . بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره) ش : حيث يعطي جميع ما في يده م : (لأن الدين مقدم على الميراث ، فيكون مقرراً بتقدمه فيقدم عليه) ش : وبه قال الشافعي في وجهه . وقال الشافعي في الأصح : يلزمه في نصيبه ما يخصه وهو قول مالك وأحمد - رحمهما الله - لأن إقراره بهذه الجهة .

م : (أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاً ، ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فرمما يقر الابن الآخر به أيضاً فيأخذ نصف ما في يده ، فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث) ش : فيكون شريك الورثة بالنصف لا بالثلث .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً وكلاهما) ش : أي الأم والولد م : (يخرجان من الثلث فهما للموصى له ؛ لأن الأم دخلت في الوصية

أصالة ، والولد تبعاً حين كان متصلاً بالأم ، فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل في الوصية ، فيكونان للموصى له . وإن لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعاً في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يأخذ ذلك من الأم ، فإن فضل شيء أخذه من الولد . وفي « الجامع الصغير » عين صورة ، وقال : رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدًا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة ، فللموصى له الأم وثلث الولد عنده ، وعندهما : له ثلثا كل واحد منهما . لهما : ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً لحالة الاتصال فلا يخرج منها بالانفصال كما في البيع والعتق ، فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم ،

أصالة ، والولد) ش: دخل فيها م: (تبعاً حين كان متصلاً بالأم، فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل) ش: أي الولد م: (في الوصية ، فيكونان للموصى له) ش: يعني تكون الأم والولد للموصى له إذا ولد له قبل قسمة التركة .

وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : إن كانت حاملاً به حين الوصية ، ويعلم ذلك بأن قلده لأقل من ستة أشهر منذ أوصى يدخل الولد في الوصية ، ويكون للموصى له مع الأم . وقالوا في وجه : لا حكم للحل في الوصية بكل حال فلا يدخل فيها على كل حال .

م: (وإن لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعاً في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يأخذ ذلك من الأم ، فإن فضل شيء أخذه من الولد . وفي « الجامع الصغير » عين صورة) ش: أي عين محمد صورة بهذه المسألة .

م: (وقال : رجل له ستمائة درهم وأمة) ش: أي الموصي فولدت ولدًا أي وله أمة م: (تساوي ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات) ش: أي الموصي م: (فولدت ولدًا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة) ش: أي قبل قسمة التركة م: (فللموصى له الأم وثلث الولد عنده) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: (وعندهما : له ثلثا كل واحد منهما) ش: أي من الأم والولد .

م: (لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً لحالة الاتصال فلا يخرج منها) ش: أي عن الوصية م: (بالانفصال كما في البيع) ش: بأن باع الأمة الحامل م: (والعتق) ش: بأن أعتقها يدخل الحمل ويدخل الولد في البيع والعتق ، ولا يخرج عنها بالانفصال ، فإذا كان كذلك م: (فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم) ش: في الأصالة وفي الولد تبعاً لاتصاله بالأم .

وله : أن الأم أصل والولد تبع فيه ، والتبع لا يزاحم الأصل ، فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض الوصية في بعض الأصل ، وذلك لا يجوز ، بخلاف البيع ؛ لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل ، بل يبقى تاماً صحيحاً فيه ، إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض ، ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً ، هذا إذا ولدت قبل القسمة ، فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له ؛ لأنه غناه خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة - رحمه الله تعالى - : م : (أن الأم أصل والولد تبع فيه) ش : أي في الوصية على تأويل الإيصاء م : (والتبع لا يزاحم الأصل) ش : لأن الإيجاب تناول الأم قصداً ، ثم سرى حكم الإيجاب إلى الولد فلا يزاحم التبع الأصل ، لعدم المساواة بينهما م : (فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض الوصية في بعض الأصل ، وذلك لا يجوز ، بخلاف البيع) ش : لأن فيه إبطال الأصل بالتبع ، بل يبقى تاماً صحيحاً فيه ، إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ، هذا جواب عما يقال : لا نسلم م : (لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل ، بل يبقى تاماً صحيحاً فيه ، إلا أنه) ش : لا يقابله وفي ذلك نقص له بحصته ، ووجهه إنما م : (لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض) ش : فإن العوض الواحد لا يقابل بعوضين ، لكن لا يوجب ذلك النقص في البيع أصلاً .

م : (ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً ، هذا) ش : أي دخول الولد في الوصية تبعاً م : (إذا ولدت قبل القسمة) ش : قبل قبول الموصى له م : (فإن ولدت بعد القسمة) ش : وبعد القبول م : (فهو للموصى له ؛ لأنه غناه خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة) ش : وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة وبعد القبول فهو للموصى له ، لأنه غناه خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة .

وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة ، ذكر القدوري : أنه لا يصير موصى له ، ولا يعتبر خروجه في الثلث كما لو ولدت بعد القسمة . ومشايخنا قالوا : يصير موصى به ويعتبر خروجه من الثلث ، كما لو ولدت قبل القبول ، ولو ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية وبقي على حكم ملك الميت ، لأنه لم يدخل تحت الوصية قصداً ولا سراية ، والكسب والولد في جميع ما ذكرنا . كذا في «الكافي» . وعند الشافعي وأحمد : لو انفصل قبل موت الموصي ومن حين الوصية إلى الانفصال أقل من ستة أشهر يدخل في الوصية من وجه .

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال : وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة ؛ لأن الإقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره . ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل الدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض ، إلا أن الثاني يؤخر عنه . بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث ، والهبة وإن كانت منجزة صورة

م : (فصل في اعتبار حالة الوصية)

ش: أي : هذا فصل في بيان اعتبار حالة الوصية ، ولما ذكر الحكم الكلي في الوصية شرع في بيان أحكام ما يتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف ، أن الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلاث المال بمنزلة الأصول ، والأصلي مقدم على العارض .

م : (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م : (وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة ، لأن الإقرار ملزم بنفسه) ش: فلا يتوقف على شرط زائد كتوقف الوصية إلى الموت ، فصح إقراره بالدين ، لأن إقراره حصل لأجنبية وهو معنى قوله م : (وهي أجنبية عند صدوره) ش: أي صدور الإقرار م : (ولهذا) ش: أي ولكون الإقرار ملزم بنفسه من غير توقف على شرط م : (يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين) ش: بخلاف الوصية فإنها تمليك مضاف إلى الموت والمرأة عند الموت وارثة ولا وصية للوارث ، فالحديث على ما يأتي م : (إذا كان) ش: أي الإقرار م : (في حالة الصحة أو في حالة المرض) ش: يعني الإقرار لا يبطل بسبب الدين سواء كان في الصحة أو في المرض .

م : (إلا أن الثاني) ش: وهو الإقرار الواقع في المرض م : (يؤخر عنه) ش: أي عن الإقرار الواقع في الصحة ، حتى أن المال يصرف إلى ما أقرب به في حالة الصحة ، فإن فضل منه شيء يصرف إلى ما أقرب به في حالة المرض وإلا فلا . وعند ابن أبي ليلى والشافعي : الإقراران يستويان وقد مر في إقرار المريض .

م : (بخلاف الوصية) ش: بيان لقوله : وبطلت الوصية م : (لأنها) ش: أي لأن الوصية . وفي بعض النسخ : «لأنه» ، أي لأن الإيصاء م : (إيجاب عند الموت وهي) ش: أي المرأة م : (وارثة عند ذلك) ش: أي عند موت الموصي م : (ولا وصية للوارث) ش: بالحديث المذكور ، وفيما مضى م : (والهبة) ش: بالجبر عطف على قوله : بخلاف الوصية ، أي بخلاف الهبة الواقعة من المريض المذكور يعني لأنها لا تبطل م : (وإن كانت منجزة) ش: واصلة بما قبلها م : (صورة) ش: أي من

فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها يتقرر عند الموت . ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق للتركة ، وعند عدم الدين تعتبر من الثلث . قال : وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله ، أما الهبة والوصية فلما قلنا : إنه وارث عند الموت . وهما إيجابان عنده أو بعده ، والإقرار وإن كان ملزماً بنفسه كما مر ، ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار ، فيعتبر في إيراد تهمة الإيثار . بخلاف ما تقدم ؛ لأن سبب الإرث الزوجية وهي طارئة ، حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره . قال : وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا ،

حيث الصورة ، يعني لا تتوقف على شيء بحسب الصورة م : (فهي) ش : أي الهبة م : (كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً) ش : أي من حيث الحكم م : (لأن حكمها يتقرر عند الموت) ش : وأوضح ذلك بقوله : م : (ألا ترى أنها) ش : أي أن الهبة م : (تبطل بالدين المستغرق للتركة ، وعند عدم الدين تعتبر من الثلث) ش : لأنها تبرع بتقرر حكمه عند الموت ألا ترى أن من وهب عبداً في مرض موته لأجنبي وما له غيره وسلم صحت الهبة وصارت للموهوب له ، فإذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ من الثلثين للورثة . وفي الكل حقاً للغرماء أو صارت كالمعلق بالموت .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م : (وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) ش : أي الإقرار م : (أما الهبة والوصية فلما قلنا) ش : يعني في المسألة الأولى م : (إنه) ش : أي أن الابن م : (وارث عند الموت ، وهما) ش : أي الهبة والوصية م : (إيجابان عنده) ش : أي عند الموت م : (أو بعده) ش : أي بعد الموت م : (والإقرار وإن كان ملزماً بنفسه كما مر . ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار ، فتعتبر في إيراد تهمة الإيثار) ش : يعني صار باعتبار التهمة ملحقاً بالوصايا .

م : (بخلاف ما تقدم) ش : من الإقرار والهبة والوصية لامرأة م : (لأن سبب الإرث الزوجية كانت الزوجية وهي طارئة) ش : لأن الزوجية حصلت بعد الإقرار لها بدين فلا يبطل الإقرار م : (حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب) ش : وهو الزوجية وقت الإقرار م : (حال صدوره) ش : أي صدور الإقرار ونظيرها من أقر لأخي وله ابن ثم هلك لابن ثم هلك المقر له وإرثه يبطل الإقرار للأخ لقيام سبب الإرث وهو الأخوة وقت الإقرار .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (وكذا) ش : يبطل الإقرار م : (لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق) ش : قبل الموت م : (لما ذكرنا) ش : وهو قيام المسبب للإرث وقت الإقرار

وذكر في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح ؛ لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي ، وإن كان عليه دين لا يصح ؛ لأنه إقرار له وهو ابنه ، والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت . وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق . وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح . قال : والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال ؛ لأنه إذا تقادم العهد صار طبعاً من طباعه . ولهذا لا يشتغل

م : (وذكر) ش : أي محمد - رحمه الله - م : (في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه) ش : أي على العبد م : (دين يصح) ش : أي الإقرار م : (لأنه أقر لمولاه) ش : يعني يكون الإقرار لمولاه م : (وهو أجنبي) ش : أي والحال أنه أجنبي .

م : (وإن كان عليه) ش : أي على العبد م : (دين لا يصح) ش : أي الإقرار م : (لأنه إقرار له) ش : أي العبد م : (وهو ابنه) ش : أي والحال أنه ابنه م : (والوصية باطلة لما ذكرنا) ش : والذي ذكره فيما مضى ذكره هنا بقوله م : (أن المعتبر فيها) ش : أي في الوصية م : (وقت الموت) ش : لأنها تمليك مضاف إلى بعد الموت والعبد حينئذ وارث ولا وصية للوراث .

م : (وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق) ش : فتكون الهبة للمولى فتصح م : (وفي عامة الروايات هي) ش : أي الهبة م : (في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح) ش : والتفصيل المذكور في العبد لا يتأتى في المكاتب ، لأن المولى لا يملك كسبه في الحاليين .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (والمقعد والمفلوج) ش : من فلجت الشيء فلجيت أي شققته نصفين ، كذا في «المغرب» ، ومنه المفلوج لأنه ذهاب النصف . والفالج ذهاب الحس والحركة من أحد شقي البدن وسلامة الشق الآخر م : (والأشل) ش : من الشلل بالشين المعجمة وهو فساد في اليد يقال : شلت يده فشل ، ورجل أشل م : (والمسلول) ش : بالسين المهملة .

قال الجوهري : السلال بالضم السل ، يقال : أسله الله فهو مسلول من السول . وقال المطرزي : المسلول الذي سل انثياه ، أي نزعت خصيتاه ، وهذا لا يناسب هنا ، لأن الكلام فيما إذا تطاول المرض ولم يحل منه موت ، والذي نزعت خصيتاه بعد تطاول الزمان لا يسمى مريضاً ، وقال الأكميل : المسلول الذي به مرض السل ، وهو عبارة عن اجتماع المرة في الصدر ويعثها ، وقال الكاكي : قيل السل نوع من الدق م : (إذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال ؛ لأنه إذا تقادم العهد صار طبعاً من طباعه ، ولهذا) ش : أي وأجل ذلك م : (لا يشتغل

بالتداوي . ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث . وإن وهبه عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش ؛ لأنه يخاف منه الموت ، ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت . والله أعلم بالصواب .

بالتداوي (ش : ولأنه صار طبيعة فلا يحتاج إلى الدواء فكان حكمه حكم الأصحاء ، فيعتبر تصرفه في جميع المال ، ويصح إقراره للوارث .

م : (ولو صار صاحب فراش بعد ذلك المال فهو كمرض حادث) ش : إذا مات في أيامه يكون حكمه حكم المريض يعتبر تصرفه في ثلث المال ولا يصح إقراره للوارث م : (وإن وهبه) ش : أي الذي صار صاحب فراش بعد المال م : (عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش ، لأنه يخاف منه الموت ، ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت) ش : يكون حكمه حكم المريض الذي مات فيه . والحامل إذا ضربها المخاض وهو الطلق يكون تبرعها من الثلث ، وبه قال الشافعي والنخعي والأوزاعي والثوري ويحيى الأنصاري ومكحول وابن المنذر . وقال مالك وأحمد : إذا صار لها ستة أشهر عطيتها من الثلث ، وبه قال ابن المسيب وعطاء وقتادة . قال الحسن والزهرري : عطيتها كعطية الصحيح ، وبه قال الشافعي في قول .

ولو اختلطت الطائفتان للقتال وكل منهما غير كافية للأخرى أو مقهورة في حكم مرض الموت ، وبه قال مالك وأحمد والأوزاعي والثوري ، ونحوه عن مكحول إذا لم يختلطوا سواء كان بينهما رمي بالسهم أو لا . وعن الشافعي قولان : أحدهما : كقول الجماعة ، والثاني : ليس مخوف ، لأنه ليس بمرض .

وراكب البحر فإن كان ساكناً فليس مخوف ، وإن هبت الريح أو اضطرب البحر فهو مخوف . والأسير والمحبوس إذا كان من عادته القتل فهو خائف وإلا فلا ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول .

والمجدوم وصاحب حمى الربيع ، وحمى العنب إذا صار صاحب فراش يكون في حكم المريض مرض الموت ، وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور والأوزاعي والثوري . وقال الشافعي : الأمراض الممتدة عطية من كل المال ، لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه ، وإن كان لا يبرأ كالمهرم : (والله أعلم بالصواب) .

باب العتق في مرض الموت

قال : ومن أعتق في مرضه عبداً أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز ، وهو معتبر من الثلث ، ويضرب به مع أصحاب الوصايا . وفي بعض النسخ : «فهو وصية» مكان قوله : «جائز» ، والمراد : الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب

م : (باب العتق في مرض الموت)

ش : أي هذا باب في بيان أحكام العتق في المرض وفي بيان حكم الوصية بالعتق . ولما كان الإعتاق في المرض من أنواع الوصية ، لكن لما كان له أحكام مخصوصة ، أفرد بيانه على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن أعتق في مرضه أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز ، وهو معتبر من الثلث ، ويضرب به مع أصحاب الوصايا) ش : أو يضرب بالثلث كل واحد من هؤلاء الثلاثة وهو العبد المعتق في مرض الموت والمشتري من المريض الذي باع بالمحاباة والموهوب له مع ما يرى أصحاب الوصايا .

و المراد بضربهم بالثلث مع أصحاب الوصايا استحقاقهم في الثلث كما في سائر الوصايا ، فإنهم يستحقون الثلث لا غير . وليس المراد أنهم يساوون أصحاب الوصايا في الثلث ويحاصونهم ، لأن المعتق المتقدم في المرض مقدم على الوصية بالمال في الثلث .

ألا ترى إلى ما ذكر الطحاوي في «مختصره» : ومن أوصى بوصايا في مرضه فأعتق عبداً له يدلي بالعتاق ، وأخرج من الثلث ، فإن فضل شيء كان لأهل الوصايا . وإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم ، ثم العتق أن يكون مقدماً على سائر الوصايا إذا كان منفذاً في المرض أو معلقاً بالموت ، مثل أن يقول : إن حدث في حادث من هذا المرض فهو حر . فأما إذا أوصى بعتق عبده بعد موته بوقت فلا يبدأ بالعتق بل يكون هو وسائر الوصايا سواء .

وقال الفقيه أبو الليث : إذا أوصى بعتق عبده بعد موته وأوصى بآخر بألف فالثلث بينهما بالخصص ولا يبدأ بالعتق لأن الوصية بالعتق يحتمل النقص والرد ، فصار حكمه حكم سائر الوصايا . ألا ترى أنه لو ظهر على الميت دين فإن العبد تبطل وصيته م : (وفي بعض النسخ) ش : أي في بعض نسخ القدوري م : («فهو وصية» مكان قوله : «جائز») ش : وقال الأترازي - رحمه الله - ورأيت في نسخة نفية مكتوبة في سنة خمس وعشرين وخمسمائة : ، فذلك كله وصية معتبرة من الثلث ، وقال الكاكي : وقال صاحب «المجتبى» : والأول أصح ، لأن هذا أول باعتباره من الثلث م : (والمراد) ش : من قوله : وهو وصية م : (الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا

الوصايا لا حقيقة الوصية . لأنها إيجاب بعد الموت ، وهذا منجز غير مضاف ، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة . وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية ؛ لأنه يتهم فيه كما في الهبة . وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه ، في حالة صحته اعتباراً بحالة الإضافة دون حالة العقد ، وما نفذ من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد، فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال ، وإن كان مريضاً فمن الثلث ، وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة ، لأن بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله ، قال: وإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحابة أولى عند أبي حنيفة - رحمه الله .

حقيقة الوصية (لأنها) ش: أي الوصية م: (إيجاب بعد الموت ، وهذا منجز غير مضاف ، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة . وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه ، كالضمان والكفالة في حكم الوصية) ش: إنما غاير بين الضمان والكفالة بحرف العطف ، لأن الضمان أعم من الكفالة فإن من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال للأجنبي خالعهـا على ألف على أني ضامن . أو قال : بع هذا العبد من فلان بألف على أني ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الألف كان بدل بالخلع على الأجنبي دون المرأة ، والخمسمائة على الضامن دون المشتري ، كذا في «شرح الأقطع» م: (لأنه) ش: أي لأن المريض متهم م: (يتهم فيه) ش: أي في إيجابه على نفسه م: (كما في الهبة) ش: أي كما يتهم .

م: (وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه) ش: وإن كان الإيجاب في حالة الصحة ، أي وإن كان واقعاً م: (في حال صحته اعتباراً) ش: أي لأجل الاعتبار م: (بحال الإضافة) ش: يعني الاعتبار فيه حال الإضافة م: (دون حال العقد) ش: لأنه علقه بحال تعلق حق الورثة فيه بالمال ، فكان المعتبر فيه حال الإضافة لا حال الإيجاب م: (وما نفذ) ش: وما أنجزه في الحال م: (من التصرف) ش: ولم يصفه إلي ما بعد الموت م: (فالمعتبر فيه حالة العقد) ش: كالإعتاق والهبة .

م: (فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال ، وإن كان مريضاً) ش: أي فهو يكون م: (فمن الثلث ، وكل مرض صح منه) ش: أي من مرضه م: (فهو كحال الصحة ، لأن بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله) ش: لأن حق الغريم والوارث إنما يتعلق بمرض الموت ، وبالبرء ظهر أنه ليس بمرض الموت . م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإن حابى ثم أعتق) ش: صورته رجل باع في مرضه عبداً وحابى بأن باعه بألف وهو يساوي ألفين م: (وضاق الثلث عنهما) ش: أي عن المحابة والعق م: (فالمحابة أولى عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: حتى يسع العبد في جميع قيمته ، وبه قال

وإن أعتق ثم حابى فهما سواء وقالوا : العتق أولى في المسألتين . والأصل فيه : أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع في المرض ، والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح ، والمحابة في البيع إذا وقعت في المرض ؛ لأن الوصايا قد تساوت ، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق . وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً ؛

مالك . ثم العتق يعتبر من الثلث عند الجمهور إلا ما حكى عن مسروق : أنه يعتبر من رأس المال وهو قول شاذ مخالف للأثر .

م : (وإن أعتق ثم حابى فهما) ش : أي قوله أي هذه . . . إلخ ، ولفظ الشارح على « الكنز » فإن حابى محرر ، أي المحابة أحق من التحرير بعكسه أي وبالعكس الحكم المذكور وهو أن يعتق أولاً ثم يحابى استويا ، أي العتق والمحابة ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - هذه والتي قبلها م : (سواء) ش : عند أبي حنيفة .

م : (وقالوا : العتق أولى في المسألتين) ش : وبه قال الشافعي وأحمد ، وهو قول الزهري والنخعي والثوري وقتادة وإسحاق ، وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية : يستوي بين كل الوصايا م : (والأصل فيه) ش : أي في هذا الباب م : (أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث) ش : مثل أن يوصي بالربع والسدس م : (فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض) ش : بلا خلاف بين العلماء .

وفي « المبسوط » : أوصى بثلث ماله لرجل وآخر بسدسه وآخر بربعه فأجازت الورثة يأخذ كل حقه كاملاً ، لأن في المال وفاء ، ولو لم يجز وضرب كل واحد منهم في الثلث بوصيته فتكون القسمة بينهم على طريق العول بالاتفاق ، لأن الوصايا كلها وقعت في الثلث واستوت في القوة ، فيضرب كل بجميع حقه .

م : (إلا العتق الموقع في المرض) ش : هذا استثناء من قول لا يقدم ، أي المعجز لا العوض إلى إعتاق الورثة ، مثل أن يقول : اعتقه م : (والعتق المعلق بموت الموصي) ش : مثل أن يوصي بعتقه بعد موته م : (كالتدبير الصحيح) ش : مثل أن يقول الرجل للمملوك : أنت حر بعد موتي أو أنت حر إذا مت أو إن مت ، واحترز بالصحيح عن التدبير الفاسد ، كما إذا قال أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر ، فإنه لا يكون مقدماً على سائر الوصايا ، بل هو وسائر الوصايا سواء م : (والمحابة) ش : بالرفع عطف على قوله : إلا العتق الموقع في المرض م : (في البيع إذا وقعت في المرض ، لأن الوصايا قد تساوت) ش : تعليل لقوله لا يقدم البعض على البعض م : (والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق ، وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً) ش : وهو

لأنه أقوى ، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه ، وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي . وإذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا ، ولا يقدم البعض على البعض . لهما في الخلافية : أن العتق أقوى ؛ لأنه لا يلحقه الفسخ ، والمحابة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر ؛ لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت . وله : أن المحابة أقوى ؛ لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة ، فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته ، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى .

العتق الموقع في المرض م : (لأنه أقوى ، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره) ش : أي غير العتق المنفذ م : (يلحقه) ش : أي الفسخ من جهة الموصي ، لأنه يصح الرجوع عنه . ولا يصح الرجوع في العتق .

م : (وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي) ش : لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة ومن قضية المعاوضة اللزوم ، فلزمة الوصية التي في ضمنها بمنزلة العتق م : (وإذا قدم ذلك) ش : أي العتق م : (فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما) ش : أي من سوى العتق المذكور ، والذي له م : (من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض) ش : بل يكون بينهم على قدر وصاياهم .

م : (لهما) ش : أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م : (في الخلافية) ش : وهي التي قدم فيها المحابة على العتق م : (أن العتق أقوى ، لأنه لا يلحقه الفسخ والمحابة يلحقها) ش : أي الفسخ م : (ولا معتبر بالتقديم في الذكر ، لأنه) ش : أي لأن التقديم في الذكر م : (لا يوجب التقديم في الثبوت) ش : كما إذا أوصى لفلان ولفلان بالثلث لا يكون المقدم بالذكر مقدماً على غيره ، بل يكون الثلث بينهم أثلاثاً ، كذا فيما نحن فيه لا يكون المحابة أولى بالتقديم في الذكر .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه - م : (أن المحابة أقوى لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة) ش : لأنها حصلت في البيع والبيع عقد ضمان ، لأن المبيع مضمون عليه يطالب بتسليم المبيع ، فصارت المحابة بمنزلة الدين .

م : (فكان) ش : أي البيع بالمحابة م : (تبرعاً بمعناه) ش : يعني من حيث المعنى م : (لا بصيغته) ش : أي لا من حيث صيغته ، فإن البيع بالمحابة عقد تجارة ، حتي يجب للشفيع الشفعة ، فالشفعة تخصيص بالمعاوضات ، ولهذا إن البيع بالمحابة يصح من العبد المأذون والصبي المأذون والمرض لا يلحقه الحجر عن التجارة م : (والإعتاق تبرع صيغة ومعنى) ش : لا تجارة فيه .

فإذا وجدت المحاباة أولاً دفع الأضعف ، وإذا وجد العتق أولاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاخمة ، وعلى هذا قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق ؛ لأن العتق مقدم عليها فستويان . ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين . وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال . قال : ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه

م : (فإذا وجدت المحاباة أولاً دفع الأضعف وإذا وجد العتق أولاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاخمة) ش : يعني لما وجد العتق أولاً ثم وجدت المحاباة لم ترفع المحاباة لقوة العتق الذي نفذ في الثلث ، لأنه لا يحتمل الرفع . ولما ثبت كل واحد من الحقين ثبتت المزاخمة ضرورة ، فيكونان سواء م : (وعلى هذا) ش : أي : وعلى هذا الأصل م : (قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما) ش : في وقوعهما في ضمن عقد المعاوضة .

م : (ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة) ش : من نصف الثلث م : (قسم بينها وبين العتق ؛ لأن العتق مقدم عليها فستويان ، ولو أعتق) ش : أولاً م : (ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين ، وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني) ش : لتخاسرهما م : (وعندهما العتق أولى بكل حال) .

ش : فإن قلت ينبغي أن تقدم المحاباة الأولى على الثانية ، لأن الأولى تقدم على العتق عنده والأخيرة من المحاباتين يساوي العتق عنده ، وما قدم على أحد المتساويين يتقدم على المتساوي الآخر .

قلت : دل الدليل على تساوي المتحابين ، لأنهما من جنس واحد والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق . ولهذا لو وجدنا متفاضلين متساويين ودل الدليل على تقدم الأول ما ذكرنا ، فعملنا بهما ، وقلنا بالتساوي بين المتحابين عملاً بالدليل الأول ، ثم ما أصاب الأخيرة يقسم بينهما وبين العتق بالدليل الثاني ، فيكون عملاً بالدليلين بقدر الإمكان .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه

بما بقي من حيث يبلغ ، وإن لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة . وقالوا : يعتق عنه بما بقي ؛ لأنه وصية بنوع قرية ، فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج ؛ وله : أنه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة ، وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له ، وذلك لا يجوز . بخلاف الوصية بالحج ، لأنها قرية محضة ، وهي حق لله تعالى ، والمستحق لم يتبدل ، ففصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه . وقيل : هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه ، وهو أن العتق حق لله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق . وعنده حق العبد حتى لا تقبل البيعة عليه من غير دعوى ، فاختلف المستحق ، وهذا أشبه . قال : ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبداً قيمته مائة درهم ، وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء ؛ لأن العتق في مرض الموت . وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه .

بما بقي من حيث يبلغ ، وإن لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة ، وقالوا : يعتق عنه بما بقي ، لأنه وصية بنوع قرية فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج (ش : وهو قياس قول الأئمة الثلاثة ، ولو فضل شيء من الحج يصرف أي الحج ولا يرد إلى الورثة عند الثلاثة .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة م : (أنه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذاً لغير الموصى له ، وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج ؛ لأنها قرية محضة وهي حق لله تعالى ، والمستحق لم يتبدل ، فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه ، وقيل : هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه ، وهو أن العتق حق لله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى ، فلم يتبدل المستحق وعنده) ش : أي وعند أبي حنيفة - رحمه الله - م : (حق العبد حتى لا تقبل البيعة عليه من غير دعوى ، فاختلف المستحق ، وهذا أشبه) ش : أي كون هذا الخلاف في عتق القسمة بناء على أن العتق حق لله عز وجل ، أو حق المملوك أشبه بالصواب ، لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده .

فيحلف المستحق إذا هلك منه شيء وتبطل الوصية يرد المائة إلى ورثته ، كذا قاله الأكملة .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبداً قيمته مائة درهم وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء ؛ لأن العتق في مرض الموت . وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة ؛ لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه) ش : فصار كما إذا أوصى لرجل بنصف ماله فأجازته الورثة سلم ذلك للموصى له ، فكذا هذا .

قال : ومن أوصى بعق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية ؛ لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي ، فكذلك على حق الموصى له ، لأنه يتلقى الملك من جهته ، إلا أن ملكه فيه باق ، وإنما يزول بالدفع ، فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية ، كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد موته ، فإن فداء الورثة كان الفداء في مالهم ؛ لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية ؛ لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء ، كأنه لم يجن فتنفذ الوصية . وقال : ومن أوصى بثلاث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد ، فقال الموصى له : أعتقه في الصحة . وقال الوارث : أعتقه في المرض ، فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له ، إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة ؛ لأن الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق ؛ لأن

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » م : (ومن أوصى بعق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية ، لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي ، فكذلك على حق الموصى له ؛ لأنه يتلقى الملك من جهته) ش : أي لأن الموصى له يتلقى الملك من جهته م : (إلا أن ملكه فيه باق) ش : منه استثناء من قوله لما أن حق ولي الجناية مقدم في العبد ، مع أن حق المولى مقدم معناه : أن الملك للموصى في العبد باق مع أن حق المولى مقدم .

م : (وإنما يزول بالدفع) ش : فما لم يدفع يبقي حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الوارث لا يعتق عليه ، كما إذا كان العبد أخاً لامرأة الموصي مثلاً ، وإنما يبقى ملكه فيه إلى أن يستغني عن حاجة فيه ، لأن ملك الورثة بسبيل الخلافة فما لم يستغن الأصل عن حاجة لا تثبت الخلافة .

م : (فإذا خرج) ش : أي الدفع م : (به عن ملكه بطلب الوصية كما إذا باعه الموصي أو وارثه) ش : أي أو باع وارثه م : (بعد موته) ش : بأن يظهر على الميت دين وقد أوصى بعق العبد يقع العبد بدينه م : (فإن فداء الورثة كان الفداء في مالهم) ش : أي كانوا متبرعين فيما فدوه به م : (لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية ، لأن العبد طهر) ش : بالطاء المهملة من الطهارة م : (عن الجناية بالفداء ، كأنه لم يجن فتنفذ الوصية) .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (ومن أوصى بثلاث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له : أعتقه في الصحة ، وقال الوارث : أعتقه في المرض ، فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له ، إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له) ش : أي للموصى له م : (البينة أن العتق في الصحة ، لأن الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق ؛ لأن

العتق في الصحة ليس بوصية ، ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر؛ لأن مدعاه العتق في المرض وهو وصية ، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال ، فكان منكراً والقول قول المنكر مع اليمين . ولأن العتق حادث ، والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها ، فكان الظاهر شاهداً للوارث فيكون القول قوله مع اليمين ، إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد ؛ لأنه لا مزاحم له فيه أو تقدم له البينة أن العتق في الصحة ؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة ، وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه . قال : ومن ترك عبداً فقال للوارث : أعتقني أبوك في الصحة ، وقال رجل : لي على أهلك ألف درهم فقال : صدقتما فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : يعتق ولا يسعى في شيء ؛ لأن الدين والعتق في الصحة ظهراً معاً بتصديق الوارث في كلام واحد ، فصاراً كأنهما كانا معاً ، والعتق في الصحة لا يوجب السعابة وإن كان على المعتق دين .

العتق في الصحة ليس بوصية ، ولهذا ينفذ من جميع المال ، والوارث ينكره ، لأن مدعاه العتق في المرض وهو وصية ، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال ، فكان (ش : أي الوارث م :) منكراً ، والقول قول المنكر مع اليمين) .

م : (ولأن العتق حادث ، والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها) ش : أي بأقرب الأوقات ، وأقرب الأوقات وقت المرض م : (فكان الظاهر شاهداً للوارث ، فيكون القول قوله مع اليمين) ش : .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - : م : (إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لأنه لا مزاحم له فيه ، أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة ؛ لأن الثابت كالثابت معاينة ، وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه) ش : قال الكاكي : هذا جواب عن إشكال وهو أن الدعوى في العتق شرط لإقامة البينة عدة ، فكيف تصح إقامة البينة من غير خصم ؟ فقال : هو خصم في إقامة البينة في إثبات حقه . وقال فخر الإسلام : يجب أن يستخلف الوارث إن لم يقيم بينة الموصى له بالثلث .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (ومن ترك عبداً فقال للوارث : أعتقني أبوك في الصحة ، وقال رجل : لي علي أهلك ألف درهم فقال : صدقتما فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : يعتق ولا يسعى في شيء ؛ لأن الدين والعتق في الصحة ظهراً معاً بتصديق الوارث في كلام واحد ، فصار كأنهما كانا معاً . والعتق في الصحة لا يوجب السعابة وإن كان على المعتق دين) .

وله : أن الإقرار بالدين أقوى لأنه يعتبر من جميع المال ، والإقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والأقوى يدفع الأدنى فقضيته أن يبطل العتق أصلاً ، إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية ، ولأن الدين أسبق ؛ لأنه لا مانع له من الإسناد ، فيسند إلى حالة الصحة ، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة ؛ لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً ، فتجب السعاية . وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل : لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر : كان لي عنده ألف درهم وديعة ، فعنده الوديعة أقوى ، وعندهما سواء .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة م : (أن الإقرار بالدين أقوى ؛ لأنه يعتبر من جميع المال والإقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث ، والأقوى يدفع الأدنى فقضيته) ش : أي قضية هذا المذكور بالوجه المذكور م : (أن يبطل العتق أصلاً) ش : لأن إسناد الإقرار بالعتق إلى الصحة إنما يصح إذا لم يوجد المانع من الإسناد وقد وجد المانع وهو أن ينقل الدين قرينة منع الإسناد إلى حالة الصحة ، فاقتصر العتق على حالة المرض .

فعلى هذا كان ينبغي م : (إلا أنه) ش : أي أن العتق م : (بعد وقوعه لا يحتمل البطلان ، فيدفع من حيث المعنى) ش : لا من حيث الصورة م : (بإيجاب السعاية) ش : على العبد ، ويقضى به الدين .

م : (ولأن الدين أسبق ؛ لأنه لا مانع له من الإسناد فيسند إلى حالة الصحة ، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة ؛ لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً ، فتجب السعاية . وعلى هذا الخلاف) ش : المذكور م : (إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل : لي على الميت ألف درهم دين ، وقال الآخر : كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده) ش : أي فعند أبي حنيفة م : (الوديعة أقوى ، وعندهما سواء) ش : أي الدين والوديعة سواء .

وفي عامة الكتب نحو «المنظومة» و«شروحها» و«الكافي» ذكروا الخلاف على عكس ما ذكر صاحب «الهداية» .

وقال الكاكي : والأصح ما ذكر فيها .

وقال الأترابي : جعل صاحب «الهداية» و«الوديعة» أقوى عند أبي حنيفة ، وجعل الدين والوديعة سواء عند صاحبيه والكبار قبل صاحب الهداية ذكروا الخلاف على عكس هذا .

ونقل عن الكافي للحاكم الشهيد بعد أن ذكر صورة قال أبو حنيفة : الألف بينهما

.....

نصفان، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله - : صاحب الوديعة أولى، ونقل هكذا عن الفقيه أبي الليث، ونقل أيضاً عن القدوري أنه ذكر في «التقريب» هكذا.

وكذا نقل عن المنظومة من كتاب الإقرار في باب [. . .] أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه لو ترك ألفاً وهذا يدعي ديناً وذاك قال : هذا مدعي والابن قد صدق هذين معاً استويا وأعطيا من ادعى والله أعلم .

فصل

قال : ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض مهما قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات ؛ لأن الفريضة أهم من النافلة ، والظاهر منه البداء بما هو الأهم . فإن تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث ؛ لأن الظاهر أنه يبتدأ بالأهم وذكر الطحاوي - رحمه الله - : أنه يبتدأ بالزكاة ويقدمها على الحج ، وهو إحدى

م : (فصل)

ش : أي هذا فصل في بيان الوصايا إذا ضاق عنها الثلث .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى) ش : من زكاة أو صلاة أو صوم أو حج أو فطر أو كفارة ونحو ذلك م : (قدمت الفرائض مهما قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات ؛ لأن الفريضة أهم من النافلة ، والظاهر منه) ش : أي من الموصي م : (البداء بما هو الأهم) ش : وقال الشافعي وأحمد : ديون الله وديون العباد يتخاضان ، وبه قال أصحاب الظاهر وأبو ثور وإسحاق وأبو سليمان ، وهو قول الحسن وعطاء وابن المسيب والثوري . وقال الشافعي في قول : ديون الله تقدم .

وقال مالك : يبدأ بالعتق في المرض ثم التدبير ثم بعدها الزكاة المفروضة ثم عتق عبد بعينه أو صبي بأن يشتري فيعتق ثم الكتابة ، أي بوصيته بالكتابة لعبد ثم أداء الحج ثم الإقرار بالدين لمن لا يجوز إقراره أو عتق رقبته عن ظهار أو قبل يخلص رقبة الظهار مع رقبة العبد . ثم الموصى به الكفارة يمين ثم بالأطعام على ما فرط من قضاء رمضان ثم النذر .

م : (فإن تساوت) ش : أي الوصايا م : (في القوة) ش : بأن كانت كلها فرائض أو نوافل كالجسور والرباطات والمساجد م : (بدئ بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث ؛ لأن الظاهر أنه يبتدأ بالأهم) ش : وقال الكرخي في «مختصره» : قال هشام عن محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : من الحج والصدقة والعتق وغير ذلك فأوصى رجل فكان الثلث يبلغ ذلك كله . فإن كان كله تطوعاً بدئ بالأول فالأول مما نطق به حتى يأتي على آخره أو ينقضي الثلث فيبطل ما بقي ، وكذلك إن كانت الوصايا كلها فريضة بدئ بالأول حتى يكون النقصان على الآخر ، وإن كان بعضه فريضة وبعضه تطوعاً بدئ بالفريضة وإن أخرها . وإن كان بعضه تطوعاً وبعضه شيء أوجب على نفسه بدئ بالذي أوجبه على نفسه ، وإن كان قد أخره ، وقال هشام : إلى هنا قولهم جميعاً .

م : (وذكر الطحاوي - رحمه الله - أنه يبتدأ بالزكاة ويقدمها على الحج وهو إحدى الروايتين عن

الروایتین عن أبي يوسف - رحمه الله - . وفي رواية عنه : أنه يقدم الحج ، وهو قول محمد - رحمه الله - وجه الأولى : أنهما وإن استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد ، فكان أولى . وجه الأخرى : أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرأ عليه ، فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة إذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت

أبي يوسف - رحمه الله - في رواية عنده أنه يقدم الحج وهو قول محمد - رحمه الله - وجه الأولى : ش : أي الرواية الأولى م : (أنهما) ش : أي إن الحج والزكاة م : (وأن استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى . وجه الأخرى) ش : أي الرواية الأخرى م : (أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرأ عليه ، فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات) ش : طريقان أي لمزية الكفارة والحج عليهما (لمزيتها عليها في القوة) أي على الكفارات (إذ قد جاء فيهما) أي في الزكاة والحج م : (من الوعيد ما لم يأت في الكفارات) ش : قال الله تعالى ﴿والذين يكتزون الذهب والفضة ولا ينفقونها﴾ (سورة التوبة : الآية ٣٤) .

وروى ابن ماجه عن ابن مسعود - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ أنه قال : « ما من أحد لا يؤدي زكاة ماله إلا مثل له يوم القيامة شجاعاً أقرعاً حتى يطوق عنقه » ، ثم قرأ علينا النبي ﷺ ﴿ولا تحسبن الذين يبخلون بما آتاهم الله من فضله...﴾ الآية ، ورجاله رجال الصحيح ^(١) وقال ﷺ : « من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهودياً وإن شاء نصرانياً وإن شاء مجوسياً » ^(٢) انتهى هذا الحديث ، ذكره الكاكي في « شرحه » هكذا ، والترمذي أخرجه من حديث علي رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « من ملك زاداً وراحلة نبغله إلي بيت الله ولم يحج فلا عليه أن يموت يهودياً أو نصرانياً » . وفي إسناده هلال بن عبد الله مجهول ، والحارث ضعيف ، وقال الترمذي : حديث غريب ^(٣) .

ورواه الدارمي من حديث أبي أمامة وفيه : « فليمت إن شاء يهودياً أو نصرانياً » وروى ابن عدي في « الكامل » عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من مات ولم يحج حجة الإسلام في غير وجع حابس أو حاجة ظاهرة أو سلطان جائر فليمت أي الملتين شاء إما يهودياً وأما نصرانياً » ،

(١) صحيح : رواه ابن ماجة ج ١ (١٧٨٤) عن محمد بن أبي عمر العدني ثنا سفيان بن عيينة عن عبد الملك بن أعين ، وجامع بن أبي راشد سمع شقيق بن سلمة يخبر عن عبد الله بن مسعود . . مرفوعاً .

(٢) رواه الدارمي (٢/ ٤٥) ، (١٧٨٥) عن شريك عن ليث عن عبد الرحمن بن سابط عن أبي أمامة . . مرفوعاً ، ورواه ابن أبي شيبة عن سلام بن سليم عن ليث عن عبد الرحمن بن سابط . . مرسلاً . وعزاه صاحب « التنقيح » لأحمد فقال : هكذا رواه أحمد من حديث الثوري وابن علية عن علي بن مرسلاً وهو الصحيح . قلت : والمرسل ضعيف أيضاً ، فيه ليث وهو ضعيف .

(٣) ضعيف : قاله الألباني ، الترمذي (١٦/ ١٣٢ رقم الضعيف) . وعلته الحارث الأعور وهو ضعيف ، وهلال ابن عبد الله وهو مجهول .

في الكفارات والكفارات في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ؛ لأنه عرف وجوبها دون صدقة الفطر ، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للإتفاق على وجوبها بالقرآن . والاختلاف في الأضحية ، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض . قال : وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا . وصار كما إذا صرح بذلك ، قالوا : إن الثلث يقسم جميع الوصايا ما كان لله تعالى ، وما كان للعبد فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه ، ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة ؛ لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى ، فكل واحدة في نفسها مقصود فتتفرد كما تتفرد وصايا

وفي سنده عبد الرحمن بن القطان . قال الفلاس : كان كذاباً ، انتهى فهذا كما ترى ليس في شيء منه : « وإن شاء مجوسياً » ، مع أن حال الحديث كما رأيته .

م : (والكفارات في القتل والظهار واليمين مقدمه على صدقة الفطر ، لأنه) ش : أي لأن الشأن م : (عرف وجوبها) ش : أي وجوب الكفارات الثلاثة م : (دون صدقة الفطر) ش : فإن وجوبها بالأخبار وترك كفارة الإفطار ، لأنها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد ، وثبت صدقة الفطر بآثار مستفيضة م : (وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للإتفاق على وجوبها بالقرآن) ش : أي وجوب صدقة الفطر م : (والاختلاف في الأضحية) ش : فإنها غير واجبة عند الشافعي والأضحية مقدمة على النوافل ، لأنها واجبة عندنا م : (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) ش : كالعشر مع الخراج ، فإن العشر مقدم على الخراج وصدقة الفطر تقدم على النذر ، وتكون صدقة الفطر واجبة بإيجاب الشرع والنذر بإيجاب العبد .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا) ش : أشار به إلى قوله لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم م : (وصار كما إذا صرح بذلك) ش : وقال : « ابدأ بما بدأت واجبة » ، ولو قال كذلك لزمه تقديم ما قدم ، فكذا هنا ، وهو ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أصحابنا : أنه يبدأ بالأفضل فالأفضل ، يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعق مثلاً سواء رتب هذا الترتيب أو لم يرتب .

م : (قالوا) ش : أي المشايخ م : (إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى ، وما كان للعبد فما أصاب القرب) ش : بضم القاف وفتح الراء جمع قرينة بضم القاف وسكون الراء ، وهو ما يتقرب به إلى الله تعالى من الأعمال الصحيحة م : (صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه) ش : أي فيما مضى في هذا الفصل م : (ويقسم على عدد القرب ، ولا يجعل الجميع كوصية واحدة ؛ لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى ، فكل واحدة في نفسها مقصود فتتفرد كما تتفرد وصايا

الآدميين . قال : ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج ركباً ؛ لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ، ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده ، والوصية لأداء ما هو واجب عليه ، وإنما قال : « ركباً » لأنه لا يلزمه أن يحج

الآدميين .

ش : فإن قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ، ولزيد يقسم على أربعة أسهم لما ذكره المصنف بقوله : لأنه إن كان المقصود إلى آخره . وفي «تحفة الفقهاء» : إذا كان مع الوصايا الثانية لحق الله تعالى الوصية للآدمي ، فإن الموصى له يضرب مع الوصايا في القرب ، ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ، ولا يجعل كلها جهة واحدة ويقدم الفرض على حق الآدمي لحاجة العبد .

ثم إنه يصرف الثلث إلى الحج الفرض والزكاة ، والكفارات ، إذا أوصى بها فأما بدون الوصية فلا يصرف الثلث إليها ، بل يسقط عندنا خلافاً للشافعي ، وإذا أوصى يعتبر من الثلث لتعلق حق الورثة بماله في مرض الموت .

وفي « شرح الطحاوي » : وإن كان ثلث ماله يحتمل جميع ما أوصى به ، فإنه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله ، وإن كان ثلث ماله لا يحتمل جميع ذلك ، فإن أجازت الورثة فكذلك وإن لم تجز الورثة فإنه ينظر إن كانت وصاياه كلها للعباد ، فإنهم يضاربون بالثلث بينهم بالخصص .

فإن كانت وصاياه كلها لله تعالى فإنه ينظر إن كان كلها فرائض يبدأ بما بدأ به ، وإن كانت كلها واجبات فإنه يبدأ بما بدأ به أيضاً . وكذلك كلها تطوعاً فإن كان بعضها فرائض وبعضها واجبات ، وبعضها تطوع فإنه يبدأ بالفرائض أولاً . وإن كان آخرها ثم بدأ بالواجبات ثم بالتوافل ، وإن جمع هذه الوصايا كلها فإنهم يتضاربون في الثلث بوصاياهم ، فما أصاب العباد فهو لهم ولا يقدم بعضهم على بعض ، وما كان لله بجميع ذلك كله فيبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالتطوع .

م : (قال) ش : أي القُدوري : م : (ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج ركباً) ش : وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول ، وقال في قول : من الميقات م : (لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ، ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده ، والوصية لأداء ما هو واجب عليه ، وإنما قال ركباً لأنه لا يلزمه أن يحج) ش : لأن الموصي لم يكن يجب عليه الحج إذا لم يقدر على الرحلة ، وإنما يجب عليه إذا قدر على الرحلة ، فإذا وجب الحج ركباً يلزم الأداء على الذي

ماشياً فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه . قال : فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ . وفي القياس : لا يحج عنه ؛ لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه ، غير أنا جوزناه ؛ لأننا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية ، فيجب تنفيذها ما أمكن ، والممكن فيه ما ذكرناه ، وهو أولى من إبطالها رأساً ، وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل . قال : ومن خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر - رحمه الله - . وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : يحج عنه من حيث بلغ استحساناً ، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق .

يحج عنه كذلك راکباً .

وقال أبو الليث في كتاب « نكت الوصايا » : ذكر هشام عن محمد أنه قال : لو : أن إنساناً قال : أنا أحج عنه من منزله بهذا المال م : (ماشياً فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه) ش : لا يعطى له ذلك ويحج عنه من حيث يبلغ راکباً . وأجاب في « الواقعات » المأمور بالحج له أن يحج ماشياً فالحج عن نفسه ويضمن النفقة .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ) ش : أي النفقة ، وبه قال أحمد م : (وفي القياس : لا يحج عنه ؛ لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه ، لأننا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية ، فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه) ش : وهو الإحجاج عنه من حيث تبلغ النفقة م : (وهو أولى من إبطالها رأساً) ش : أي تنفيذ الوصية بقدر الإمكان أولى من إبطالها بالكلية م : (وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق) ش : أراد الفرق الذي على قول أبي حنيفة في الفصل المتقدم بين ما إذا أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم أنه لا يعتق عنه بما بقي ، وبين الوصية بالحج بثلاث ماله وثلاث ماله لا يكفيه حيث يحج من حيث يحج . وهو أن المستحق تبدل في الأولى ولم يتبدلوا في الثانية م : (من قبل) ش : أي من باب الوصية بالعتق .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن خرج من بلده حاجاً) ش : قيد بقوله حاجاً لأنه لو خرج تاجرراً ومات فإنه يحج من بلده بالاتفاق م : (فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر - رحمه الله - . وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : يحج عنه من حيث بلغ استحساناً) ش : وبه قال أحمد والشافعي في قوله . وقيل : هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن . وأما إذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق م : (وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق) ش : فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : يحج عنه من بلده وعندهما يحج عنه من حيث مات .

لهما : أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره ، وقد وقع أجره على الله ، فيبتدىء من ذلك المكان كأنه من أهله ، بخلاف سفر التجارة ؛ لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده . وله : أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب ، والله أعلم .

م : (لهما) ش : أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م : (أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله) ش : قال الله تعالى : ﴿ ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله ﴾ (النساء : الآية ١٠٠) ، فلا يجوز إبطال ذلك المقدار من الخروج م : (فيبتدىء من ذلك المكان كأنه من أهله ، بخلاف سفر التجارة ، لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده) .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - : م : (أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه) ش : أشار به إلى قوله لأن الواجب لله الحج من بلده م : (أداء) ش : أي لأجل الأداء م : (للواجب على الوجه الذي وجب) ش : وهو الحج من بلده . وفي كتاب « نكت الوصايا » فإن كان للرجل أوطان شتى فإن كان مات في بعض الأوطان يحج من ذلك الوطن ، وإن مات في السفر يحج من أقرب الأوطان إلى مكة م : (والله أعلم) .

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال : ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ، ويجمعهم مسجد المحلة . وهذا استحسان ، وقوله قياس ؛ لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ، ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق .

م : (باب الوصية للأقارب وغيرهم)

ش : أي هذا باب في بيان أحكام حكم الوصية للأقارب وغيرهم ، إنما آخر هذا الباب عما تقدمه ، لأن في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين . وفيما تقدمه ذكر أحكامها على العموم والخصوص يتلو العموم .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان) ش : أي القدوري لم يذكر خلاف أبي يوسف ومحمد ، وقد ذكر في «التقريب» قال : قال محمد في «الإملاء» : إذا أوصى لجيرانه فالوصية للملاصقين قربت الأبواب أو بعدت عند أبي حنيفة - رحمه الله .

وقالوا : لمن يجمعهم مسجد في الجماعة ، وذكر ابن شجاع عن أبي يوسف - رحمه الله - اعتبار أهل المحلة الذين يصلون في مسجد واحد . قال : هذا قول أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه - ، وروى بشر عن أبي يوسف ، أن الجيران الذين يجمعهم محلة واحدة وإن تفرقوا في مسجدين متقاربين ، وإن تباعدوا وكان واحداً عظيماً جامعاً لكل أهل مسجد جيران دون الآخرين ، وإن كان في المصر قبائل فالجيران الأفحاء دون القبائل ، إلى هنا لفظ «التقريب» .

م : (وقوله) ش : أي وقول أبي حنيفة م : (قياس) ش : وبه قال زفر م : (لأنه الجار من المجاورة ، وهي الملاصقة حقيقة . ولهذا) ش : أي ولكون الجار هو الملاصق م : (يستحق الشفعة بهذا الجوار) ش : أي بجوار الملاصق .

م : (ولأنه) ش : أي ولأن الشأن م : (لما تعذر صرفه) ش : أي صرف ما أوصى لجيرانه م : (إلى الجميع) ش : الجيران م : (يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق) ش : وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : هم أهل أربعين داراً من كل جانب . وفي الأمصار التي فيها القبائل فالجوار على الأفخاذ لما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أنه عليه السلام قال : « الجار أربعون داراً هكذا وهكذا » . وفي «المغني» لابن قدامة : وهذا نص إن صح وإلا فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك

وجه الاستحسان : أن هؤلاء كلهم يسمون جيراناً عرفاً ، وقد تأيد بقوله ﷺ : « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد » . وفسره بكل من سمع النداء ،

إلى العرف .

م : (وجه الإستحسان أن هؤلاء) ش : أي الملاصقون وغيرهم م : (كلهم يسمون جيراناً عرفاً) ش : أي من حيث عرف الناس م : (وقد تأيد ذلك بقوله ﷺ) ش : أي بقول النبي ﷺ م : (لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد) ش : هذا الحديث رواه الحاكم والدارقطني عن أبي هريرة مرفوعاً ورواه الدارقطني أيضاً عن جابر مرفوعاً ، ورواه ابن عباس عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - مرفوعاً بأسانيد ضعيفة . وقال ابن الجوزي : هذا حديث لا يصح عن رسول الله ﷺ ، وقال ابن حزم : هذا حديث ضعيف ، الحديث ، وهو صحيح من قول علي - رضي الله تعالى عنه .

قلت : رواه البيهقي في « المعرفة » من طريق الشافعي أنه بلغه عن هشيم وغيره عن أبي حيان التميمي عن أبيه قرأته عن علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - أنه قال : « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد » قيل : ومن جار المسجد ؟ قال : « من أسمعته المنادي » . قال القدوري في « التهذيب » : وقد قال هلال : الرأي أن الجار من أسمعته المنادي لأنه روي عن علي - رضي الله تعالى عنه - أنه قال : لا صلاة لجار المسجد ... إلى آخره ^(١) .

م : (وفسره بكل من سمع النداء) ش : قال تاج الشريعة : وفسره ، أي النبي ﷺ فقال : « هم الذين يجمعهم مسجد واحد » . انتهى .

قلت : هذا غريب منه ، وكيف يقال وفسره النبي ﷺ والحديث لم يصح عن النبي ﷺ ؟ ولئن سلمنا أنه صح ولم يفسره النبي ﷺ هكذا ، وإنما فسرته علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - فيما روي عنه موقوفاً عليه كما ذكرنا الآن .

فإن قلت : يمكن أن يقال وفسره علي - رضي الله تعالى عنه - ؟ .

قلت : نعم ، علي - رضي الله تعالى عنه - فسرته هكذا ، ولكن فسر حديث نفسه حين سئل كما ذكرنا ، والمصنف ما أسند الحديث إلى علي - رضي الله تعالى عنه - حتى يصح أن يقال : وفسره علي ، ولو قال : وفسر على صيغة المجهول لكان أصوب على ما لا يخفى .

م : (ولأن القصد بر الجيران) ش : أي المقصود من وصية الشخص لجيرانه وحول إحسانه

(١) راجع «تلخيص الحبير» (٣١/٢) ، و«نصب الراية» (٤١٢/٤) و«إرواء الغليل» (٢٥١/٢) ، و«كشف الخفاء» (٥٠٩/٢) .

ولأن القصد بر الجيران ، واستجابته ينتظم الملاصق وغيره ، إلا أنه لا بد من الاختلاط ، وذلك عند اتحاد المسجد ، وما قاله الشافعي - رحمه الله - : الجوار إلى أربعين داراً بعيد . وما يروى فيه ضعيف . قالوا : ويستوى فيه الساكن والمالك ، والذكر والأنثى ، والمسلم والذمي ؛ لأن اسم الجار يتناولهم ،

إليهم م : (واستجابته) ش : أي استجباب البر م : (ينتظم الملاصق وغيره ، إلا أنه) ش : أي جيرانه م : (لا بد من الاختلاط) ش : وهذا جواب من قال : ينبغي أن يستحق غير من يجمعه المسجد فأجاب بأنه لا بد من الاختلاط م : (وذلك) ش : أي الاختلاط م : (عند اتحاد المسجد) ش : قيل : حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجمع جيران .

م : (وما قاله الشافعي - رحمه الله - : الجوار إلى أربعين داراً بعيد) ش : باعتبار العرف م : (وما يروى فيه ضعيف) ش : أي الذي روي في أن الجار إلى أربعين داراً حديث ضعيف لم يثبت . أما الحديث فقد رواه البيهقي عن أم هانئ بنت أبي صبرة عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - عن النبي ﷺ قال : « أوصاني جبريل عليه السلام بالجار إلى أربعين داراً عشرة من ها هنا ، وعشرة من ها هنا ، وعشرة من ها هنا ، وعشرة من ها هنا » انتهى .

وقال : في إسناده ضعف .

ورواه أبو يعلى الموصلي في « مسنده » عن عبد السلام بن أبي الجنوب عن أبي سلمة عن أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « حق الجوار إلى أربعين داراً هكذا وهكذا وهكذا يميناً وشمالاً وقدام وخلف » . وعن أبي يعلى رواه ابن حبان في كتاب « الضعفاء » وأعله بعبد السلام بن أبي الجنوب ، وقال : إنه منكر الحديث . أما قول من قال : هذا حديث لا نعرف رواه فغير صحيح ، ذكره الأكمّل بقوله : قيل : هذا خبر لا نعرف رواه ، وكيف يقال هذا وقد عين البيهقي وأبو يعلى رواه ، ولكن لم يصح لما ذكرنا . !؟

م : (قالوا) ش : أي المشايخ م : (ويستوي فيه) ش : أي فيما أوصى به رجل فجيرانه م : (الساكن) ش : بالإجارة والعارية م : (والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي ، لأن اسم الجار يتناولهم) ش : وفي « الزيادات » : قال محمد : وأما أنا فإني أحسن أن جعل الوصية لجيرانه الملازمين للساكن ممن يملك تلك الدور وغيرهم ممن لا يملكها ، ومن يجمعه مسجد تلك المحلة الذي فيهم الموصي من الملازمين وغيرهم ، والساكن من تلك المحلة وغيرهم سواء في الوصية الأقربون والأبعدون ، والكافر والمسلم ، والصبي والمرأة في ذلك سواء ، وليس للمالك والمدبرين وأمهات الأولاد في ذلك شيء .

ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه . ولا يدخل عندهما ؛ لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن . قال : ومن أوصى لأصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته ، لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراماً لها . وكانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام

م : (ويدخل فيه) ش : أي فيما أوصى به لجيرانه م : (العبد الساكن عنده) ش : أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م : (لإطلاقه) ش : أي لإطلاق اسم الجار على المملوك وغيرهم م : (ولا يدخل عندهما) ش : أي عند أبي يوسف ومحمد م : (لأن الوصية له) ش : أي للعبد م : (وصية لمولاه ، وهو) ش : أي مولاه م : (غير ساكن) ش : فلا يتناوله .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن أوصى لأصهاره) ش : أي لأقرباء امرأته م : (فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) ش : أي فالوصية تكون لكل ذي رحم محرم مجرور ، لأنه صفة ذي رحم محرم م : (لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها ؛ إكراماً لها ، وكانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام) ش : قوله صفة وهم ، وصوابه جويرية .

أخرجه أبو داود في « سننه في العتاق » عن محمد بن إسحاق ، عن محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت : وقعت جويرية بنت الحارث بن المصطلق في سهم ثابت بن قيس بن شماس وابن عم له ، فكاتبت على نفسها وكانت امرأة ملاحاة تأخذ العين . قالت عائشة - رضي الله تعالى عنها : فجاءت تسأل رسول الله ﷺ في كتابتها ، فلما قامت على الباب رأيتها فكرهت مكانها ، وعرفت أن رسول الله ﷺ سيري منها سبيل الذي رأيت ، فقالت : يا رسول الله : أنا جويرية بنت الحارث ، وقد كان من أمري ما لا يخفى عليك ، وإنني وقعت في سهم ثابت بن قيس بن شماس ، وإنني كاتبت على نفسي فجئت أسألك في كتابتي فقال رسول الله ﷺ « فهل لك إلى ما هو خير منه ؟ » قالت : يا رسول الله ﷺ وما هو ؟ قال : « أؤدي عنك كتابتك وأتزوجك » ، قالت : نعم يا رسول الله ، قال : فد فعلت . قالت : فتسمع الناس أن رسول الله ﷺ قد تزوج جويرية فأرسلوا ما بأيديهم - يعني من السبي - فاعتقوهم ، وقالوا : أصهار رسول الله ﷺ ، قالت : فما رأينا امرأة كانت أعظم بركة على قومها منها ، أعتق في سبيلها مائة أهل بيت من بني المصطلق ^(١) انتهى .

(١) رواه أبو داود (٣٩٣١) عن محمد بن إسحاق عن محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة . وفيه عنعنة ابن إسحاق وهو مدلس . وحسنه الشيخ الألباني ، فلعله اطلع على رواية صرح فيها بالسماع .

وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة -رحمهما الله- . وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه ؛ لأن الكل أصهار ،

ورواه الواقدي من طريق أخرى وفيه : وكان الحارث بن أبي ضرار رأس بني المصطلق وسيدهم ، وكانت ابنته جويرية اسمها برة فسمها رسول الله ﷺ « جويرية » ، لأنه كان يكره أن يقال : خرج من بيت برة ، ويقال : إن رسول الله ﷺ جعل صداقها عتق كل أسير من بني المصطلق . ويقال : جعل رسول الله ﷺ صداقها عتق أربعين من قومها .

م: (وهذا التفسير) ش: أشار به إلى التفسير المذكور ، وإنما قيل بهذا ، لأن الذي يجيء في اللغة بمعنى الختن أيضاً م: (اختيار محمد وأبي عبيدة - رحمهما الله -) ش: محمد هو ابن الحسن وأبو عبيد القاسم بن سلام ، قال الأترازي : قول محمد - رحمه الله - حجة في اللغة استشهد بقوله أبو عبيد في غريب الحديث .

وقال في « مجمل اللغة » : قال الخليل : لا يقال لأهل بيت المرأة الأصهار ، وكذا قال الجوهري وقد نظم نجم الدين هو - النسفي - في نظمه لكتاب « الزيادات » يشتمل على معنى الصهر والختن ، فقال : أصهار من يوصي أقارب عرسه ، ويزول ذاك ببائن وحرام أختانه أزواج كل محارم ، ومحارم الأزواج بالأرحام .

وقال فخر الإسلام البزدوي في « شرح الزيادات » أما الصهر فقد ينطلق على الختن ، لكن الغالب ما ذكره محمد ، قال عاصم بن عدي :

ولو كنت صهراً لابن مروان قربة
وكانني إلى المعروف والطعن الرحب
ولكنني صهراً لآل محمد
وخال بني العباس والخال كالآب

سمى نفسه صهراً وكان أخاً لامرأة العباس ثم قال فخر الإسلام - رحمه الله - فيه : ومن شرط بقاء هذا الاسم أن يموت الموصي وهذه نساؤه أو في خصمه من طلاق رجعي ، أما بعد البيئونة فتقطع المصاهرة ، وإنما تعتبر يوم الموت ، يعني أن المرأة إذا كانت زوجة الموصي يوم موت الموصي . أو كانت معتدة من طلاق رجعي ، فأما بعد البيئونة فتقطع المصاهرة وإنما يعتبر يوم الموت ، يعني أن المرأة إذا كانت زوجة الموصي يوم موت الموصي ، أو كانت معتدة من طلاق رجعي يستحق أقرباء المرأة الوصية باسم الصهر .

وإذا كانت مبانة يوم موته لا يستحق بها ، لانقطاع المصاهرة بالإبانة وعدم الانقطاع فيما لم يكن مبانة م: (وكذا يدخل فيه) ش: أي فيما أوصى لجيرانه م: (كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه ؛ لأن الكل أصهار) ش: لما مر من حديث جويرية .

ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية ، وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها ؛ لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح ، وهو شرط عند الموت . قال : ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم منه ، وكذا محارم الأزواج ؛ لأن الكل يسمى ختناً ، قيل : هذا في عرفهم ، وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ، ويستوي فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد ؛ لأن اللفظ يتناول الكل . قال : ومن أوصى لأقاربه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ، ولا يدخل فيه الوالدان والولد ، ويكون ذلك للثنتين فصاعداً ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله .

م : (ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته) ش : أي أو كانت المرأة في عدة م : (من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية ، وإن كانت في عدة عن طلاق بائن لا يستحقها ؛ لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح ، وهو شرط عند الموت) ش : وقد شرح هذا فخر الإسلام ، وقد ذكرناه آنفاً .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه ، وكذا محارم الأزواج) ش : أي المحارم أزواج كل ذي رحم محرم من الموصي .

وفي شرح « الكافي » : الأختان أزواج البنات والأخوات والعمات والخالات ، وكذا زوج كل ذي رحم محرم من أزواج هؤلاء ، هكذا ذكره محمد م : (لأن الكل يسمى ختناً ، قيل : هذا في عرفهم ، وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم) ش : قال ؛ أي الأترابي : إنما كان هذا في قوله بعد أن قال : وكذا محارم الأزواج ، لأن ذاك رواية « الزيادات » المذكورة ثمة في عرفهم ، لا على عرفنا ، لأن أزواج المحارم لا يسمون أختاناً وفي عرفهم يسمى الكل أختاناً .

وقال الكرخي في « الزيادات » : إذا أوصى الرجل لأختانه بثلاث ماله ثم مات فالأختان أزواج البنات ، والأخوات والعمات والخالات وكل امرأة ذات رحم محرم للموصي فزوجها من أختانه ، وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر وأنثى فهو أيضاً من أختانه ، ولا تكون الأزواج ذات رحم محرم . ومن كان من قبلهم من ذي الرحم المحرم ولا يكون الأختان ما كان من قبل نساء الموصي م : (ويستوي فيه الحر والعبد ، والأقرب والأبعد ؛ لأن اللفظ يتناول الكل) ش : أي لفظ الأختان يتناول الكل .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ومن أوصى لأقاربه فهي) ش : أي الوصية م : (للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ، ولا يدخل فيه الوالدان والولد ، ويكون ذلك للثنتين فصاعداً وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله) ش : وفي « الكافي » : وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لذوي أرحامه أو لذوي أنسابه فهم عند أبي حنيفة الأقرب فالأقرب ، ومن كل ذي رحم محرم منه . ويدخل فيه

وقال صاحبه : الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام ، وهو : أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام ، وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ ، وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم . لهما : أن القريب مشتق من القرابة ، فيكون اسمًا لمن قامت به ، فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف .

الجد والجددة . وكذا ولد الولد في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف : أن الجد وولد الولد لا يدخل .

م : (وقال صاحبه) ش : أي صاحباً أبي حنيفة وهما أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - م : (الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام) ش : يعني لجميع قرابته من قبل الرجال والنساء إلى أقصى أب له في الإسلام ، لأن الطرفين جميعاً يشتركون في الثلث الأقرب منهم والأبعد ، والذكر والأنثى فيه سواء م : (وهو أول أب أسلم ، أو أول أب أدرك الإسلام) ش : سواء أسلم أو لا .

واختلف المشايخ في اشتراط إسلام أقصى الأب ، قيل : يشترط ، وقيل : لا يشترط ، وهو معنى قوله م : (وإن لم يسلم) ش : أي أقصى الأب م : (على حسب ما اختلف فيه المشايخ) .

م : (وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب ، فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم) ش : قال : أقصى أب أدرك الإسلام أبو طالب فيدخل في الوصية أولاد علي وعقيل وجعفر - رضي الله تعالى عنهم . ومن شرط إسلام أقصى أب - هو علي - رضي الله عنه - ؛ فيدخل تحت الوصية أولاد علي دون عقيل وجعفر ، وقال الشافعي وأحمد في رواية قرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينسبون إلى الأدنى ، والأدنى ينسب إليه ، ويستوي فيه القريب والبعيد ، لأنهم قرابته عرفاً .

وقال مالك : قريبه بالاجتهاد ، وقال محمد في رواية : قريبه أولاده ، وأولاد ابنه وأولاد جده وأولاد جداته ، لأن من هو أبعد منهم ، ويستوي فيه الذكر والأنثى ، حتى لو أوصى لقرابة النبي ﷺ أعطى أولاده أولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ، ولم يعط بني هاشم وبني نوفل ولم يسلم .

م : (لهما) ش : أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م : (أن القريب مشتق من القرابة ، فيكون) ش : أي القريب م : (اسمًا لمن قامت) ش : أي لمن قامت القرابة م : (به فينتظم) ش : أي يشتمل اسم القريب م : (بحقيقة مواضع الخلاف) ش : وهو ذو الرحم المحرم والرحم الأبعد .

وله : أن الوصية أخت الميراث ، وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب ، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان ، فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافى ما تفرط في إقامة واجب الصلة ، وهو يختص بذى الرحم المحرم منه ، ولا يدخل فيه قرابة الولاد ، فإنهم لا يسمون أقرباء ، ومن سمى والده قريباً كان منه عقوقاً ، وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره ، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ، ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه ، فعنده يقيد بما ذكرناه ،

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة : م : (أن الوصية أخت الميراث ، وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب) ش : فكذلك في الوصية م : (والمراد بالجمع المذكور فيه) ش : أي في الأقرب م : (اثنان) ش : وهو قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ ﴾ فإن المراد من الإخوة اثنان م : (فكذا في الوصية) ش : اثنان ، لأن المثني كالجمع في باب الميراث ، فكذلك في باب الوصية ، لأن الوصية أخت الميراث م : (والمقصد من هذه الوصية) ش : أي المقصود منها م : (تلافى ما تفرط) ش : أي استدرأ ما قصر م : (في إقامة واجب الصلة) ش : لأن صلة ذى الرحم المحرم واجبة دون غيره بالإجماع ، ولهذا لا يجوز الرجوع في هبته ويستحق النفقة دون غيره م : (وهو يختص) ش : أي تلافى ما فرط في وجوب الصلة مختص م : (بذى الرحم المحرم منه ، ولا يدخل فيه) ش : أي في الإيصاء على ذوي قرابته م : (قرابة الولاد) ش : وهو الوالد والولد م : (فإنهم) ش : أي فإن الآباء والأولاد م : (لا يسمون أقرباء) ش : لأنهم أقرب من القرابة .

وأوضح هذا المعنى بقوله : م : (ومن سمى والده قريباً كان منه عقوقاً) ش : من حيث العرف يدل عليه قوله تعالى : ﴿ الوصية للوالدين والأقربين ﴾ (البقرة : الآية ٨٠) ، عطف الأقربين على الوالدين ، والعطف يقتضي المغايرة ، فلا يكون الوالد قريباً ، ولا يكون الولد قريباً أيضاً ، لأنه يلزم من قرب أحدهما إلى الآخر قرب الآخر إليه وإلا لا يثبت القرب أصلاً .

م : (وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره ، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره) ش : إذ لا واسطة بينهما م : (ولا معتبر بظاهر اللفظ) ش : هذا جواب عن قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : إن القريب مشتق من القرابة ، فيكون اسماً لمن قامت به .

وتقدير الجواب : أن ظاهر اللفظ لا اعتبار به م : (بعد انعقاد الإجماع على تركه) ش : أي ترك ظاهر اللفظ ، يعني أن ظاهر اللفظ وإن اقتضى صحة إطلاق اسم القريب على الوالد والولد ، لكن الإجماع انعقد على ترك هذا الظاهر ، وبين ذلك بقوله : م : (فعنده) ش : أي فعند أبي حنيفة م : (يقيد بما ذكرناه) ش : من الأقرب فالأقرب ، فالقيود الخمسة وهي كونه ذا رحم محرم ، واثنين فصاعداً ، وذلك ما سوى الوالد والولد من لا يرث ، والأقرب فالأقرب .

وعندهما بأقصى الأب في الإسلام ، وعند الشافعي -رحمه الله- : بالأب الأدنى . قال : ومن أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعمه عنده اعتباراً للأقرب كما في الإرث . وعندهما بينهم أرباعاً إذ هما لا يعتبران الأقرب . ولو ترك عمّاً وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين ؛ لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث . بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية ؛ لأن اللفظ للمفرد ، فيحرز والواحد كلها إذ هو الأقرب . ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه . ولو ترك عمّاً وعمّة وخالاً وخالة فالوصية للعم والعمّة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى ، والعمّة وإن لم تكن وارثة

م : (وعندهما بأقصى الأب في الإسلام) ش : أي عند أبي يوسف ومحمد يقيّد بكل من يجمعه وأباه أقصى أب في الإسلام م : (وعند الشافعي -رحمه الله- بالأب الأدنى) ش : الذي ينسب إليه ، وهو قول محمد أيضاً .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن أوصى) ش : هذا إلى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة ، يعني وإذا أوصى أحد م : (لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعمه عنده اعتباراً للأقرب كما في الإرث) ش : فإنه يكون لعميه في الإرث دون خاليه ، هذا إذا أوصى أحد لأقاربه وله عمان وخالان والوصية لعميه عند أبي حنيفة .

م : (وعندهما بينهم أرباعاً إذ هما) ش : أي عند أبي يوسف ومحمد م : (لا يعتبران الأقرب ، ولو ترك عمّاً وخالين فللعم نصف الوصية ، والنصف للخالين ؛ لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع ، وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث ، بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته ، حيث يكون للعم كل الوصية ، لأن اللفظ للمفرد) ش : وهو قوله : لذي قرابته م : (فيحرز الواحد كلها) ش : أي كل الوصية م : (إذ هو الأقرب) ش : أي لأنه هو الأقرب ، فلا يستحق الأبعد عند وجوده .

م : (ولو كان له عم واحد) ش : أي فيما إذا أوصى لأقاربه وله عم واحد ولم يكن هو وارث كله ، نصف الثلث ، لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان ولم يوجد م : (فله نصف الثلث) ش : والنصف الباقي يرد على الورثة م : (لما بيناه) ش : أراد به قوله لأنه : لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان . . إلى آخره .

م : (ولو ترك عمّاً وعمّة وخالاً وخالة) ش : أي فيما إذا أوصى لأقاربه م : (فالوصية للعم والعمّة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى) ش : أي قرابة العمومة أقوى من قرابة الخؤولة م : (والعمّة وإن لم تكن وارثة) ش : هذا جواب عما يقال : العمّة لا تستحق العصوبة وتقوم الأخوات بسببهما فلم يكن قرابتهما أقرب .

فهي مستحقة للوصية . كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً . وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه أو لأنسابه في جميع ما ذكرنا ؛ لأن كل ذلك لفظ جمع . ولو انعدم المحرم بطلت الوصية ؛ لأنها مقيدة بهذا الوصف . قال : ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة - رحمه الله . وقال : يتناول كل من يعولهم وتضمنهم نفقته اعتباراً للعرف ، وهو مؤيد بالنص . قال الله تعالى : ﴿ واثقوني بأهلكم أجمعين ﴾ (يوسف: الآية ٩٣) ،

وتقرير الجواب : أن العمة وإن لم تكن وارثة في هذه الصورة م : (فهي مستحقة للوصية) ش : مساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصبية بوصف قائماً بها وهو الوراثة لا يخرجها عن مساواتها للعم في استحقاقها هذه الوصية .

م : (كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً) ش : لما أن عدم جريان الميراث لوصف قائماً بهما لا يضعف في القرابة م : (وكذا) ش : الحكم م : (إذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه أو لأنسابه) ش : أو هو جمع نسيب على وزن فعيل ، وهو القريب كالأنصباء في جمع النصيب م : (في جميع ما ذكرنا) ش : يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافاً لهما م : (لأن كل ذلك لفظ جمع) ش : والمعتبر في كل جمع اثنان .

م : (ولو انعدم المحرم) ش : يعني إن لم يكن الوصي محرم في هذه المسائل م : (بطلت الوصية) ش : عند أبي حنيفة - رحمه الله - لأن الوصية عنده لذوي الرحم ، فإذا لم يكن للموصي قريب محرم كانت الوصية للمعدوم وهي باطلة ، وهي معنى قوله : م : (لأنها مقيدة بهذا الوصف) ش : أي لأن الوصية مقيدة بوصف المحرمة .

قال الأتراسي - رحمه الله - : قوله : « قال » لم يقع مناسباً ، لأن عادة المصنف أنه لم يذكر لفظ « قال » إلا إذا كانت مسألة القدوري أو « الجامع الصغير » ، أو كانت مذكورة في « البداية » ، وهذه مع ما بعدها ، أي قوله ومن أوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة ، وكل هذه المسائل مذكورة في « مختصر الكرخي » ، انتهى .

قلت : يمكن أن يقال : إن فاعل « قال » هذا المصنف ، لأن من عادته في مواضع يقول « قال » ويكون المراد به قال المصنف ، ولما أخذ هذه المسألة « مختصر الكرخي » نقل كلامه بقوله : م : (قال) ش : أي المصنف : م : (ومن أوصى لأهل فلان فهي) ش : أي الوصية م : (على زوجته) ش : أي زوجة فلان م : (عند أبي حنيفة - رحمه الله) .

م : (وقال يتناول كل من يعولهم) ش : يعني فلان م : (وتضمنهم نفقته) ش : أي يجمعهم نفقته م : (اعتباراً للعرف ، وهو مؤيد بالنص . قال الله تعالى : ﴿ واثقوني بأهلكم أجمعين ﴾ (يوسف: الآية

وله : أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ﴿وسار بأهله﴾ (القصص : الآية ٢٩) ، ومنه قولهم : تأهل ببلدة كذا ، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة . قال : ومن أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته ؛ لأن الآل القبيلة التي ينسب

٩٣ (ش : فإنه ليس المراد به الزوجة فقط ، وكذا قوله : ﴿فأنجينا وأهله إلا امرأته﴾ (النمل : الآية ٥٧) لكن لا يدخل ممتلكاته وإن كان يضمه نفقته ، لأن الأهل لا يطلق عليهم في العرف .

وفي «مختصر الكرخي» : قال أبو يوسف ومحمد : هذا على جميع من يعوله فلان ممن يضمه نفقته غربياً كان أو غيره ، الزوجة واليتيم في حجره ، والولد إذا كان يعوله فإن كان كبيراً قد اعتزل عنه ، أو كانت بنتاً قد تزوجت فليس من أهله . وفي «الزيادات» : ولا يدخل في ذلك ممتلكاته ولا وارث للموصي ، ولا يدخل فلان الموصى له أهله في معنى من هذه الوصية .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة م : (أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى : ﴿وسار بأهله﴾ (القصص : الآية ٢٩)) ش : قاله الأترازي : وفي الاستدلال بقوله نظر ، لأنه لم يرد في الآية الزوجة خاصة ، لأن الله تعالى قال : ﴿فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله أنس من جانب الطور نارا فقال لأهله امكثوا﴾ بلفظ الجمع ، والآية في سورة القصص ، وكذلك خاطب في سورة طه : ﴿وهل أتاك حديث موسى إذ رأى نارا فقال لأهله امكثوا﴾ وقال الأكمل : الجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمته نفقته ، فإن كان معه أحد من الأقارب لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها ، لأن طريق معرفتها السماع كما عرف في الأصول .

وإنما استشهد بالآية قياساً ، فإن ثبت إنما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه ، كالأيات التي استدلت بها الأترازي ، فإنه قال : وجه قولهما أن اسم الأهل ينطلق على كل من يعوله ويضمه نفقته بدليل قوله تعالى في قصة يوسف : ﴿واثنوني بأهلكم أجمعين﴾ وقوله تعالى : ﴿فأنجينا وأهله إلا امرأته﴾ وقوله تعالى : ﴿وهبنا له أهله ومثلهم معهم﴾ ولم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة ، فيحمل على الكل .

م : (ومنه قولهم : تأهل ببلدة كذا) ش : أي تزوج م : (والمطلق ينصرف إلى الحقيقة) ش : يعني لغة وعرفاً ، فلا يعدل عنهما م : (قال : ومن أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته ؛ لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها) ش : فيدخل فيه كل من ينسب إليه من قبل آبائه إلى أقصى أب له في الإسلام الأقرب والأبعد ، والذكر والأنثى ، والمسلم والكافر ، والصغير والكبير فيه سواء ، ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الأخوات ولا أحد من مراتب أمه ؛ لأنهم ينسبون إليه لأن النسب يعتبر من الآباء .

إليها . ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده ؛ لأن الأب أصل البيت . ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه ، والنسب يكون من جهة الآباء ، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه ؛ لأن الإنسان يتجنس بأبيه . بخلاف قرابته ، حيث تكون من جانب الأم والأب . ولو أوصى لأيتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمنهم أو لأراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ، ذكورهم وإناثهم ؛ لأنه أمكن تحقيق التملك في حقهم ، والوصية تملك ، وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم ؛ لأن المقصود من الوصية القرية وهي في سد الخلة ورد الجوعة ، وهذه الأسامي تشعر بتحقيق الحاجة ، فجاز حمله على الفقراء .

م : (ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده ؛ لأن الأب أصل البيت) ش : وعن أحمد أن أهل البيت بمنزلة قوة القرابة م : (ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه ، والنسب يكون من جهة الآباء ، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه ؛ لأن الإنسان يتجنس بأبيه) ش : أي يتخذ الجنس من أبيه إذ الجنس عبارة عن النسب ، والنسب من جانب الأب لا من جانب الأم ، فإن إسماعيل - عليه السلام - كان من هاجر ، وكان من جنس قوم أبيه ، وإبراهيم ابن النبي ﷺ كان من جنس قريش ، وكذا أولاد الخلفاء من الإمام يصلحون للخلافة م : (بخلاف قرابته ، حيث تكون من جانب الأم والأب) ش : فيدخل في الوصية لقرابة كل من الجانبين .

م : (ولو أوصى لأيتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمنهم أو لأراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ، ذكورهم وإناثهم ؛ لأنه أمكن تحقيق التملك في حقهم ، والوصية تملك ، وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم ؛ لأن المقصود من الوصية القرية وهي في سد الخلة ورد الجوعة ، وهذه الأسامي تشعر بتحقيق الحاجة فجاز حمله على الفقراء) ش : والأيتام جمع يتيم ، وهو اسم لمن كان دون البلوغ ولا أب له ، لقوله عليه السلام : « لا يتم بعد احتلام » ، رواه أصحاب السنن عن علي - رضي الله عنه .

والعميان جمع أعمى ، والزمنى جمع زمن ، والأرامل جمع أرمل ، والأرمل هو الذي لا يقدر على شيء سواء كان رجلاً أو امرأة من أرمل إذا افتقر من الرمل كالرفع من الرفعا وهي الثواب ، ومن الناس من قال : الأرمل في النساء خاصة ، والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال : ذكورهم وإناثهم وهو اختيار الشعبي . وقال : أرمل القوم إذا فقدوا زادهم وصاروا محتاجين .

ومن لا زوجة له من الرجال هل يدخل فيه ؟ قال الشافعي - في وجه - وإسحاق : يدخل وهو قول الشعبي ، وعند أكثر أهل العلم : لا يدخل . قال الشعبي : هذا اللفظ يطلق على الذكر

بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية ؛ لأنه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم ،

لغة ، قال الشاعر :

هذي الأرامل قد قضيت حاجتها فمن حاجة هذا الأرملة الذكر؟

قلنا : المعروف في كلام الناس بأنه النساء ، وفي الشعر إطلاقه يجوز ، ولهذا وضعه بالذكر والأنثى والشيء لا يوصف بنفسه ، ولئن كان حقيقة فقد هجرت الحقيقة بالعرف كما في سائر الحقائق العرفية .

ثم حد الإحصاء عند أبي يوسف أن لا يحصون بكتاب ولا حساب فهم لا يحصون .

وقيل : بحيث يحصى بهم الحصة حتى يلد فيهم مولوداً ويموت فيهم ، وهو قول محمد إذا كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون . وقال بعضهم : هو مفوض إلى رأي القاضي ، وعليه الفتوى ، وما قال محمد هو الأيسر ، كذا في « فتاوى قاضي خان » . وعند الأئمة الثلاثة أن الوصية للكل سواء كانوا يحصون أو لا ، ويدخل فيهم الأغنياء والفقراء .

وقال الكرخي في « مختصره » : قال أبو يوسف ومحمد : إذا أوصى بثلاث ماله لأيتام بني فلان فإن كانوا يحصون دخل فيهم الغني والفقير ، فكان الثلث بينهم بالسوية الذكر والأنثى فيه سواء ، وإن كانوا لا يحصون فالثلث للفقراء منهم ، كأنه قال : أوصيت للمساكين فيعطي الموصي من شاء منهم ، وكذلك لو قال : أوصيت بثلاث مالي لعيمان بني فلان أو لزمى بني فلان ، فإن كانوا لا يحصون فالثلث بينهم للغني والفقير كلهم بالسوية ، وإن كانوا يحصون فالثلث للفقراء منهم على ما وصفت لك ، وإذا أوصى لأرامل بني فلان فالوصية بينهم لكل امرأة محتاجة لأن لها زوج طلقها أو مات عنها فهذه الأرملة قد أرملت من زوجها ومالها ، ولا يدخل في ذلك ذكر محتاج ولا غني ، ولا يدخل في ذلك امرأة غنية ، فإن لم يمكن الإحصاء قسم ذلك بينهم بالسوية ، وإن كن لا يحصين فهذا على ما وصفت لك من أمر المساكين .

م : (بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى) ش : أي أوصى لأيامى م : (بني فلان) ش : الأيامى جمع أيم ، وهي التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً م : (وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية ؛ لأنه) ش : أي لأن الشأن م : (ليس في اللفظ) ش : أي لفظ الشأن والأيامى م : (ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم) ش : وفي « المبسوط » : فإذا لم يكن فيه ما ينبئ عن الحاجة كان

وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع ، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر . ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة - رحمه الله - أول قوله ، وهو قولهما ؛ لأن جمع الذكور يتناول الإناث ، ثم رجع وقال : يتناول الذكور خاصة ؛ لأن حقيقة

المقصود هو التملك ، وجهالة التملك مانعة لصحة التملك ، إذ الصرف إلى الكل غير ممكن ، وليس بعضهم أولى من بعض ، فكانت الوصية باطلة .

في « الإيضاح » : الشاب من خمسة عشر إلى خمس وعشرين سنة إلى أن يبلغ عليه الشوط . والكهل من ثلاثين سنة إلى أن يغلب عليه النمط إلى آخر عمره . والشيخ ما زاد على سنة فجعل أبو يوسف الشيخ والكهل سواء فما زاد على خمسين .

وعن محمد : الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر سنة ، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل إذا بلغ أربعين فزاد عليه ما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب عليه الشيب حتى يكون شيخاً . وعند أكثر أهل العلم : الكهل ابن ثلاثين حتى يبلغ خمسين ، فإذا جاوز خمسين يكون شيخاً إلى أن يموت .

م : (وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع ، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر) ش : ولم يذكر المصنف فيه الخلاف ، فينبغي أن يكون هذا على قول محمد ، لأنه لا يجوز إلا الدفع إلى اثنين فصاعداً ، وعندهما : يجوز أن يدفع كله إلى فقير واحد ، لأن الكلام يصرف إلى الجنس والجنس إلى ثلاثة ، لأنه أقل الجمع ، وعن أحمد : يكفي الواحد كما في الزكاة ، ولو أوصى لبني فلانة يدخل فيه الإناث في قول أبي حنيفة أول قوله ، وهو قولهما : لأن جمع الذكور يتناول الإناث ثم رجع وقال : يتناول الذكور خاصة .

إيضاح هذا م : (ولو أوصى لبني فلان) ش : فلا يخلو إما أن يريد لعمومه الإضافي ، أو يكون اسم قبيلة أو فخذ ، فإن كان الأول م : (يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة - رحمه الله) ش : رجع إليه ، وكان يقول أولاً : يدخل م : (أول قوله ، وهو قولهما ؛ لأن جمع الذكور) ش : والخلاف عند الاختلاط بما إذا كن في بيت الإناث مفردات فلا يدخل بالاتفاق إلا أن يذكره المصنف ، لأن حقيقة الاسم للذكور ، وانتظامه الإناث يجوز ، والكلام بحقيقته ألا ترى أنه يصح أن يبقى اسم البنين على البنات ، ولا يصح في الذكور . فلو تناولهما يكون جمعاً بين الحقيقة والمجاز .

فإن قيل : خطاب الذكور م : (يتناول الإناث ثم رجع ، وقال : يتناول الذكور خاصة ؛ لأن حقيقة

الاسم للذكور ، وانتظامه للإناث تجوز ، والكلام لحقيقته . بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث ؛ لأنه ليس يراد بها أعيانهم ، إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والمولاة وحلفاؤهم .

الاسم للذكور وانتظامه للإناث تجوز ، والكلام لحقيقته (ش : بالإجماع ، مع أن الحقيقة والمجاز لا يجتمعان ؟) .

قلنا : خطاب المكلف دل على أن المراد العقلاء ، إذ التكليف يبني على العقل ، فيتناولهم عموم المجاز ، أما هنا لم يدخل على العموم دليل ، بل دل على الخصوص ، وهو أن الموصي لم يقل : لأولاد فلان ، بل قال : لبني فلان .

م : (بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ) ش : القبيلة واحدة القبائل ، وهو بنو أب واحد ، والفخذ بفتح الفاء وكسر الخاء في العشائر أقل من البطن ، وبيانه أن العرب على ست طبقات ، وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة ، والشعب يجمع القبائل ، والقبيلة تجمع العمارة ، والعمارة تجمع البطون ، والبطون تجمع القبائل ، خزيمة شعب ، وكنانة قبيلة ، وقريش عمارة ، وقصي بطن ، وهاشم فخذ ، والعباس فصيلة وسميت الشعوب لأن القبائل تشعبت منها .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده : إذا أوصى لبني كنانة لا يدخل تحت الوصية أولاد نضر ، لأنه فوقهم ، ويدخل أولاد كنانة إلى الفصيلة .

وإذا أوصى لبني قريش وهو عمارة لا يدخل تحت الوصية أولاد نضر وكنانة لأنهم فوقهم ، ويدخل أولاد قريش وقصي وأولاده والعباس وأولاده ، لأن هؤلاء دونهم ، وإذا أوصى بثلاث ماله لبني فلان وهو قبيلة فالثلاث بينهم على السوية إذا كانوا يحصون .

م : (حيث يتناول الذكور والإناث ؛ لأنه ليس يراد بها أعيانهم ، إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والمولاة وحلفاؤهم) ش : وهو جمع حليف ، وهو اسم من يأتي قبيلة فيحلف لهم ويحلفون لهم على التناصر .

وقال الكرخي في « مختصره » : وإذا قال لبني فلان وبنو فلان أولئك قبيلة لا تحصى مواليتهم في الوصية مولى المولاة الذين أسلموا على أيديهم ووالوهم ومولى العتاقة وحلفاؤهم وأعدادهم معهم .

وإن كان أوصى لبني فلان وهم بنو أب وليسوا بقبيلة ولا فخذ كانت الوصية لبني فلان من العرب خاصة دون الموالي والحلفاء ، انتهى .

قال : ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم ، والذكر والأنثى فيه سواء ؛ لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاماً واحداً . ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث . ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة . وقال الشافعي - رحمه الله - في بعض كتبه : إن الوصية لهم جميعاً ، وذكر في موضع آخر : أنه يوقف حتى يصالحوا . له : أن الاسم يتناولهم ، لأن كلاً منهم يسمى مولى ، فصار كالإخوة .

والأعداد جمع عدد ، يقال : فلان عديد بني فلان ، أي يعد منهم .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن أوصى لولد فلان) ش : وفي بعض النسخ : وإذا أوصى لولد فلان م : (فالوصية بينهم ، والذكر والأنثى فيه سواء ؛ لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاماً واحداً) ش : يعني بطريق الحقيقة ، لأنه يتناول أحدهما حقيقة ، والآخر مجازاً . وقال الفقيه أبو الليث في كتاب « نكت الوصايا » : ولو أوصى لولد فلان وليس لفلان ولد صلب فالوصية لولد ولده . وإذا كان له ولد واحد من ولد الصلب فالوصية كلها له وليس لولد الولد شيء .

وقال شمس الأئمة السرخسي في « شرح الكافي » : لو كان له ولد واحد ذكراً أو أنثى فجميع الوصية له ، وذكر الكرخي في « مختصره » بخلاف ذلك ، فإذا قال : وصيت بثلث مالي لولد فلان وله ولد لصلبه ذكور وإناث كان الثلث لهم بعد أن يكونوا اثنين فصاعداً ولم يكن لولد ولده شيء ، وإن كان لصلبه واحد وله ولد كان للذي لصلبه نصف الثلث ذكراً كان أو أنثى ، وكان ما بقي لولد ولده من سفلى منهم ومن قرب بالسوية الذكر والأنثى فيه سواء ، وهذا كله على قياس أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف - رحمهم الله .

م : (ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولأنه لما نص على لفظ الورثة آذن) ش : أي أعلم م : (ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث) ش : ولا يعلم منه خلاف م : (ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة) ش : هذه من مسائل « الجامع الكبير » ذكرها تفريعاً على مسألة القدوري .

م : (وقال الشافعي - رحمه الله - : في بعض كتبه : أن الوصية لهم جميعاً) ش : وبه قال أحمد وزفر م : (وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا) ش : أي حتى يصطالح ، وله في قول آخر الوصية للأعلى لأنه أقوى . وقال أبو ثور : الكل يدخلون في الوصية ، ولكن يقرع بينهما ، لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر م : (له) ش : أي للشافعي م : (أن الاسم يتناولهم ؛ لأن كلاً منهم يسمى مولى فصار كالإخوة) ش : أي كما إذا أوصى لإخوة فلان وهم متفرقون لأب وأم

ولنا : أن الجهة مختلفة ؛ لأن أحدهما يسمى مولى النعمة ، والآخر منعّم عليه ، فصار مشتركاً فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات . بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل ؛ لأنه مقام النفي ، ولا تنافي فيه ،

ولأب ولأم فالوصية لهم جميعاً ولا يكون البعض أولى من البعض .

م : (ولنا : أن الجهة مختلفة ؛ لأن أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعّم عليه ، فصار مشتركاً فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات) ش : احتزبه عن موضع النفي ، مبنى هذا الكلام على جواز عموم المشترك وعدم جوازه ، والشافعي - رحمه الله - يجيزه ، فأجاز هذا ، وأصحابنا ما جوزوه ، فكذاك هذا .

والمروي عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - : لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى على الأعلى والأسفل ، كالإخوة على بني الأعيان وبني فلان وبني الأضياف ، وليس بظاهر ، لأن معنى الإلوة في الجمع واحد وهو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم ، ومعنى المولى ليس كذلك فإن معنى الأعلى منعّم وهو معنى الأسفل منعّم عليه ، فكان في أحدهما معنى الفاعل ، وفي الآخر معنى المفعول وإليه أشار المصنف - رحمه الله - بقوله : إن الجهة مختلفة ، فصار مشتركاً فلا يشتملها معنى واحد في موضع الاثنان ، هذا اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا على أن لا عموم للمشارك لا في النفي ولا في الإثبات ، فالمصنف - رحمه الله - مال إلى ما قال شمس الأئمة قال : فلا ينتظم اللفظ واحد في موضع الإثبات .

ثم أجاب عن مسألة الحلف بقوله م : (بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل ؛ لأنه مقام النفي) ش : أي لأن قوله لا نكلم مقام النفي م : (ولا تنافي فيه) ش : أي في عموم النفي في المختلفين ، أي نفي المختلفين في محل واحد لا يستحيل ، وفي الإثبات يستحيل قال الأترازي : أن اجتماع الحنطة والشعير في معنى واحد يستحيل في حالة واحدة ، ولا يستحيل انتفاؤهما ، وكذا في اليوم الواحد يستحيل اجتماع صومين مختلفين لا يستحيل فيصح أن يقال : لا يوجد فيه صوم فرض ولا نفل .

والجواب عن مسألة ، ما ذهب إليه شمس الأئمة ، وهو أن عموم المشترك لا يجوز في موضع الإثبات إن ترك الكلام مع الموالى مطلقاً ليس لوقوعه في النفي ، بل لأن الحامل على اليمين بعضه وهو غير مختلف بذلك المعنى كالشيء .

فإن قيل : سلمنا أن لفظ المولى مشترك ، لكن حكمه التوقف ، فكيف قال : فالوصية باطلة؟

ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ، ولا يدخل مدبروه وأمها أولاده ؛ لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت ، والوصية تضاف إلى حالة الموت ، فلا بد من تحقق الاسم قبله . وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنهم يدخلون ، لأن سبب الاستحقاق لازم ، ويدخل فيه عبد ، قال له مولاه : إن لم أضربك فأنت حر ؛ لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه . ولو كان له موال وأولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالى الموالاة ،

أجيب : بأن الكلام فيما إذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يعتد .

فإن قيل : الترجيح من جهة أخرى ممكن ، وهو أن يصرف الوصية إلى المولى الذي أعتقه ، لأن شكر المنعم واجب ، وأما فضل الأنعام في حق المنعم عليه فمندوب ، والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب ، كما هو المروي عن أبي يوسف لهذا المعنى ؟

أجيب : بأنها معاوضة من جهة أخرى ، وهو أن العرف جاز بوصية الثلث من المال للفقهاء والغالب في المولى الأسفل الفقراء وفي الأعلى الغني ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرعاً كما هو المروي عن أبي يوسف ، لهذا المعنى .

م : (ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض) ش : أي يدخل فيما إذا أوصى إلى مواله المعتق في الصحة والمرض جميعاً م : (ولا يدخل مدبروه وأمها أولاده ، لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت ، فلا بد من تحقق الاسم قبله) ش : أي من تحقق الاسم المولى قبل الموت ولم يتحقق ، لأن اسم المولى لا يتم إلا بعد عتقهم وعتقهم بعد الموت .

م : (وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنهم يدخلون ، لأن سبب الاستحقاق لازم) ش : أي استحقاق الولاء لازم ، وهو التدبير والاستيلاء ، وهذه الرواية ذكرها الشيخ أبو المعين النسفي في « شرح الجامع » م : (ويدخل فيه) ش : أي في الإيضاء لمواله م : (عبد قال له مولاه إن لم أضربك فأنت حر لأن العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه) ش : صورته : قال مولى العبد له : إن لم أضربك فأنت حر فمات قبل أن يضربه عتق قبل موته ودخل في الوصية ، لأنه من مواله ، لأنه يعتق في آخر جزء من أجزاء الحياة لتحقق عدم الضرب منه في تلك الحالة ووقوع اليأس من حصوله ، فيصير مولى له ثم يتعقبه الموت ، ثم تنفذ الوصية فيكون مولى له وقت نفوذ الوصية وجوبها .

م : (ولو كان له موال وأولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم) ش : لأنهم مواله حقيقة ، ولهذا لا يصح ، ففي ولأه أولاد الموال عنه م : (دون موالى الموالاة) ش : أي لا يدخل ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

وعند أبي يوسف - رحمه الله - : أنهم يدخلون أيضاً ، والكل شركاء ؛ لأن الاسم يتناولهم على السواء . ومحمد - رحمه الله - يقول : الجهة مختلفة في المعنى الإنعام ، وفي الموالي عقد الالتزام ، والإعتاق لازم ، فكان الاسم له أحق ، ولا يدخل فيهم موالي الموالي ؛ لأنهم موالي غيره حقيقة . بخلاف مواليه وأولادهم ، لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه ، وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي ؛ لأن اللفظ لهم مجاز ، فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة . ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه ، والباقي للورثة ، لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ،

م : (وعند أبي يوسف - رحمه الله - : أنهم يدخلون أيضاً ، والكل شركاء ؛ لأن الاسم يتناولهم على السواء) ش : لأنه باشر سبب ولاء كل وحكي عن الكرخي : أن الوصية باطلة ، لأن الاسم يتناول كل فريق بطريق الحقيقة فلا يصح لمكان الجهالة .

م : (ومحمد - رحمه الله - يقول : الجهة مختلفة في المعنى الإنعام وفي الموالي عقد الالتزام) ش : بين اختلاف الجهة بقوله في المعنى - بكسر التاء - الإنعام ، وفي الموالي عقد الالتزام وهو ظاهر م : (والإعتاق لازم) ش : هذا جواب عما يقال : لما كانت الجهة مختلفة في المعنيين وموالي الموالاة في أحدهما الإنعام ، وفي الآخر عند الالتزام كان ينبغي أن يبطل الوصية ، فأجاب عنه بقوله : والإعتاق لازم لا يحتمل الفسخ م : (فكان الاسم له أحق) ش : ولاء الموالاة يحتمل الفسخ ، فكان اسم المولى للمعتق أولى وأحق من مولى الموالاة .

م : (ولا يدخل فيهم موالي الموالي) ش : أي في الوصية للموالي م : (لأنهم موالي غيره حقيقة) ش : وليسوا بموالي الموصي حقيقة ، لأن مولاه حقيقة هو الذي باشر العتق ، وإنما أضيفوا إليه بطريق التسبب مجازاً ، لأنه باشر سبب ما هو سبب ولأنهم عتاقة للموالي الأولين ، ولهذا يصح نفي الاسم عنهم بالاتفاق لأن هؤلاء ليسوا بمواليه ، وإنما هم موالي مواليه ، واللفظ إذا عمل بحقيقته لا ينصرف إلى المجاز .

م : (بخلاف مواليه وأولادهم ؛ لأنهم ينسبون إليه) ش : أي إلى المولى م : (بإعتاق وجد منه) ش : أي من المولى م : (وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي) ش : يعني إذا لم يكن للموصي موالي أعنتهم ، ولا أولادهم تكون الوصية لموالي الموالي م : (لأن اللفظ لهم مجاز) ش : يعني إن اللفظ يتناولهم مجازاً م : (فيصرف إليه) ش : أي فينصرف اللفظ إلى المجاز م : (عند تعذر اعتبار الحقيقة) ش : لأن الحقيقة إذا لم تكن وجب العمل بالمجاز صوتاً لكلام العاقل عن الإلغاء .

م : (ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه ، والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) ش : لأن الحقيقة موجودة فيتنفى المجاز . وقال العتابي في «شرح الجامع» : فإن

ولا يدخل فيه موال اعتقهم ابنه أو أبوه ؛ لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ، ولا مجازاً ، وإنما يحرز ميراثهم بالعصوية ، بخلاف معتق البعض ؛ لأنه ينسب إليه بالولاء ، والله أعلم بالصواب .

كان من مواليه أو من أولادهم اثنان استحقا جميع الثلث لأن الاثنين جمع في باب الوصية كما في الميراث ، وإن كان واحداً فله النصف ، أي نصف الثلث ، لأنه نصف أدنى الجمع ، والنصف الآخر يصرف إلى ورثة الموصي لا إلى موالى المولى لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ، فإن لم يكن أحد من الموالى ولا من أولادهم فحينئذ يصرف إلى موالى الموالى .

م : (ولا يدخل فيه) ش : أي في الموالى في قوله ثلث مالى للموالى م : (موال اعتقهم) ش : هكذا في النسخ ، ولكن الصواب اعتقهم م : (ابنه أو أبوه) ش : كما ذكر في « الإيضاح » و « الجامع الكبير » للصدر حميد و « الكافي » وغيرها ، لأن التعليل الذي ذكره لا يطابق ما ذكره ، وإنما يصح فيمن اعتقهم أبوه أو ابنه ، ذكر في « الإيضاح » :

ولو كان له ابن وموالى اعتقه ابنه فأوصى بالثلث لمواليه لم يكن لموالى ابنه شيء م : (لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازاً) ش : فلم يدخلوا تحت اللفظ وفي نسخته : « ألا ترى » بخطه ، ولا يدخل فيه بموالى قد اعتقهم ابنه م : (وإنما يجوز ميراثهم بالعصوية) ش : هذا جواب عما روي عن أبي يوسف أن موالى ابنه تدخل إذا مات أبوه وورث ولأه ، لأنهم موالىه حكماً ، ولهذا يجوز ميراثهم .

وبيانه أن احترازه الميراث ما كان لكونه مولى له ، لكن كشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث ، لأن الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال : « الولاء لحمه كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث » ، وهو نص صريح في عدم الانتقال ، فكان بطريق العصوبة .

م : (بخلاف معتق البعض ؛ لأنه ينسب إليه بالولاء ، والله أعلم بالصواب) ش : قال تاج الشريعة : قيل : الصواب المعتق ، وهكذا في « المبسوط » و « الإيضاح » يريد به إذا لم يكن موالى أولاد الموالى ، وقال السغناقي : هكذا وقع في النسخ وليس بصواب ، والصواب أن يقول : بخلاف معتق المعتق ، كما هو المذكور في « الإيضاح » ، لأنه يثبت بهذا الفرق بين موالى الموالى ، وبين موال اعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا في النسخة الصحيحة .

وقال الأتزازي : قوله : « بخلاف معتق البعض » يرتبط بقوله : « ولا يدخل فيه موال قد اعتقهم ابنه » يعني أن معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالى ، لأنه مولاه حقيقة . بخلاف موالى الابن ، لأنهم ليسوا بمواليه أصلاً ، ولكن يبقى أن يكون هذا على مذهبهما ، لأن معتق

.....

البعض عند أبي حنيفة كالمكاتب ، والمكاتب لا يدخل تحت الوصية للمولى ، فكذا معتق البعض ، فعن هذا غير بعضهم لفظ الكتاب وقال بخلاف معتق المعتق ، يعني أن معتق المعتق يدخل تحت الوصية للموالي إذا لم يكن الموالي ولا أولادهم ، لأن ولاء المعتق ينسب إلى الموصي مجازاً ، بخلاف معتق الابن ، فإنه لا ينسب إليه لا حقيقة ولا مجازاً . انتهى .

وقال الأكمل : وذكر بعض الشارحين أو النسخة في قوله : «ولا يدخل موالي أعتقهم بإثبات لفظ ابنه ، وها هنا بخلاف معتق البعض ، وجعله مرتبطاً بقوله : ولا يدخل فيه موالي أعتقهم أبيه ثم ساق الأكمل كلام الأترازي إلى آخر ما ذكرنا عنه ، لأنه أراد بقوله «بعض الشارحين» الأترازي ، ثم قال الأكمل في آخر كلامه : وفيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضوعين ، وإن كان فيه بعد من حديث الإيراد على مذهبهما . انتهى .

قلت : لا بعد فيه على ما لا يخفى .

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال : ونجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ، ونجوز بذلك أبداً ؛ لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببذل وغير بذل ، فكذا بعد الممات لحاجته ، كما في الأعيان ويكون محبوباً على ملكه في حق المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ، ونجوز مؤقتاً ومؤبداً كما في العارية ، فإنها تمليك على

م : (باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

ش : أي هذا باب في بيان حكم الوصية بسكنى داره وبخدمة عبده وثمره بستانه ، ولما فرغ من بيان وصية الأعيان شرع في بيان وصية المنافع التي هي الأعراض وأخرجها عن الأعيان ، لأنها بعد الأعيان وجوداً فأخبرها عنها .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ونجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ، ونجوز) ش : الوصية بالمنفعة مؤقتاً ومؤبداً عند أكثر أهل العلم ، وكذا بالغلة إلا عند ابن أبي ليلى ، فإنه قال : لا تصح ، لأن المنفعة معدومة ، ولا تصح بالمعدوم .

ولو وجد المنفعة والعلة بعد موت الموصي يكون ملكاً للوارث واعتباراً لوصيته بعد الموت ونجوز م : (بذلك) ش : أي بإيضاء الأشياء المذكورة م : (أبداً ؛ لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببذل) ش : كما في الإجارة م : (وغير بذل) ش : كما في الإعارة م : (فكذا بعد الممات لحاجته) ش : وهي تلاقي بعض ما فرط منه من التفريط م : (كما في الأعيان) ش : أي كما يصح تمليك المنافع في الحياة في الأعيان نحو الإجارة والإعارة .

م : (ويكون) ش : أي العين م : (محبوباً على ملكه) ش : أي ملك الموصي م : (في حق المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف) ش : وجه التشبيه بينهما من حيث أن كلا منهما استيفاء المنافع الحادثة على حكم ملك الموصي والواقف ، وقد عرفت أن الواقف جنس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وكذلك هذه الوصية حبس العين على ملك الموصي والوصية بالمنفعة إلا أن هذه إذا كانت مؤقتة تعود إلى ملك الورثة بعد انقضاء الوقت .

م : (ونجوز) ش : أي الإيضاء بهذه الأشياء المذكورة حال كونه م : (مؤقتاً) ش : بأن عين مؤقتاً من الأيام أو الأشهر أو السنين م : (ومؤبداً) ش : أي وحال كونه مؤبداً م : (كما في العارية) ش : فإنها تجوز مؤقتة بوقت ، ويجوز بغير وقت م : (فإنها) ش : أي فإن العارية م : (تمليك على

أصلنا بخلاف الميراث ؛ لأنه خلافة فيما يملكه المورث ، وذلك في عين تبقى ، والمنفعة عرض لا يبقى ، وكذا الوصية بغلة العبد والدار ؛ لأنه بدل المنفعة ، فأخذ حكمها ، والمعنى يشملهما . قال : فإن خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه لخدمته ، لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة . وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يومًا ؛ لأن حقه في الثلث وحققهم في الثلثين ، كما في الوصية في العين ،

أصلنا (ش :) احتريزه عن أصل الشافعي ، فإن أصلها عنده إباحة المنافع وهو قول الكرخي أيضاً ، حتى لا يملك المستعير إجارة ما استعاره ولو كان تمليكاً لها لملك إيجارتها .

ونحن نقول : إنما لم يجز إيجارتها لأنها أقوى وألزم من الإعارة ، والشيء لا يستتبع مثله فبالأحرى أن لا يستتبع الأقوى ، وإذا كانت الإعارة تمليك المنافع فيجوز للمستعير إيجارتها لغيره ، ولو كانت إباحة لما جازت ، وقد مر مستوفى في كتاب العارية .

م : (بخلاف الميراث) ش : أراد بهذا أن الوصية تخالف الميراث حيث لا يجري الميراث في المنفعة وهي الخدمة دون الرقبة م : (لأنه) ش : أي لأن الميراث ، أي الإرث م : (خلافة) ش : وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث م : (فيما يملكه المورث) ش : يعني فيما كان ملكاً له ، وهذا لا يتصور إلا فيما لا يبقى وقتين ، وهو معنى قوله م : (وذلك في عين تبقى ، والمنفعة عرض لا يبقى) ش : فيما يبقى وقتين ، بخلاف الوصية ، فإنها إيجاب ملك العقد بمنزلة الإجارة والإعارة .

م : (وكذا) ش : أي وكذلك تجوز م : (الوصية بغلة العبد والدار) ش : كما تجوز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار م : (لأنه) ش : أي لأن الإيصاء بغلة م : (بدل المنفعة ، فأخذ حكمها) ش : أي حكم المنفعة م : (والمعنى) ش : وهو جماعة الوصي م : (يشملهما) ش : أي يشمل جواز الوصية بغلة العبد وجوازها بخدمته ، وكذلك في الدار .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (فإن خرجت رقبة العبد من الثلث) ش : يعني إذا أوصى بخدمة العبد مؤبداً م : (يسلم إليه) ش : أي يسلم العبد إلى الموصى له م : (لخدمته ، لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة) ش : لأنهم لا حق لهم في الثلث .

م : (وإن كان لا مال له) ش : أي للموصى م : (غيره) ش : أي غير العبد الموصى بخدمته م : (خدم الورثة يومين والموصى له) ش : أي خدم الموصى له م : (يومًا ؛ لأن حقه) ش : أي حق الموصى له م : (في الثلث وحققهم) ش : أي وحق الورثة م : (في الثلثين ، كما في الوصية في العين) ش : أي كما أنهم يقسمون مع الموصى له بالثلث والثلثين فيما إذا أوصى بثلث في عين ولا مال له غيره .

ولا تمكن قسمة العبد أجزاء ؛ لأنه لا يتجزأ ، فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين ، بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثاً للانتفاع ؛ لأنه يمكن القسمة بالأجزاء ، وهو أعدل للتسوية بينهما زماناً وذاً ، وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً ، ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضاً ؛ لأن الحق لهم إلا أن الأول وهو الأعدل أولى ، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار . وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن لهم ذلك ؛ لأنه خالص ملكهم . وجه الأول : أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر ، وتخرج الدار من الثلث . وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده ، والبيع يتضمن إبطال ذلك

م : (ولا تمكن قسمة العبد أجزاء ؛ لأنه لا يتجزأ ، فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين) ش : أي حق الموصى له وحق الورثة ، والمهايأة المشاركة في المدة من حيث الزمان .

م : (بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثاً للانتفاع ؛ لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو) ش : أي قسم عين الدار م : (أعدل للتسوية بينهما) ش : أي بين الموصى له وبين الورثة لأنه يحصل التسوية بينهم .

أي بين الموصى له والورثة م : (زماناً) ش : أي من حيث الزمان ، لأن كل واحد يستوفي نصيبه من السكنى في الوقت الذي يستوفي صاحبه م : (وذاً) ش : أي من حيث الذات وهو ظاهر .

م : (وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً) ش : أي من حيث الزمان ، لأن فيهما تقديم أحدهما على الآخر زماناً ، فلا يصرار إليها إلا عند تعذر القسمة بالأجزاء ، ولكن مع هذا تهاتر على القسمة من حيث الزمان جاز أيضاً ، وإليه أشار بقوله : م : (ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضاً ؛ لأن الحق لهم ، إلا أن الأول وهو الأعدل أولى) ش : لما ذكرنا أن كل واحد يستوفي نصيبه من السكنى في الوقت الذي يستوفيه صاحبه م : (وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار) ش : وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - في رواية .

م : (وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أن لهم ذلك ، لأنه خالص ملكهم) ش : وبه قال أحمد في المنصوص عنه م : (وجه الأول أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر ، وتخرج الدار من الثلث) ش : وكان هو أحق بسكنى جميعها م : (وكذا له) ش : أي إلى الموصى له م : (حق المزاحمة) ش : مع الورثة م : (فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده) ش : أي في يد الموصى له م : (والبيع) ش : أي بيع الورثة فيما في أيديهم م : (يتضمن إبطال ذلك) ش : أي حق المزاحمة م :

فمنعوا عنه . قال : فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة . لأن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته ، وذلك لا يجوز . ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية ؛ لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل . ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه ، قيل : يجوز ذلك ؛ لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود ، والأصح : أنه لا يجوز ؛ لأن الغلة دراهم أو دنائير وقد وجبت الوصية بها ، وهذا استيفاء المنافع ، وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة ، فإنه لو ظهر دين يمكنهم أدائه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ، ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها ، وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقال الشافعي - رحمه الله - :

(فمنعوا عنه) ش: أي منع الورثة عن البيع .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة ؛ لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء) ش: أي في الابتداء م: (من ملك الموصي من غير مرضاته ، وذلك لا يجوز . ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية ؛ لأن إيجابها تعلق بالموت) ش: أي لأن إيجاب الوصية يتعلق بموت الموصي م: (على ما بيناه من قبل) ش: اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية ، لأنها إيجاب عند الموت .

م: (ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه) ش: أي فاستخدم الموصى له العبد م: (بنفسه أو سكنها) ش: أي الدار م: (بنفسه قيل : يجوز ذلك) ش: قال الأسبجايي : لم يذكر هذا في ظاهر الرواية ، واختلف المشايخ فيه فقال بعضهم : يجوز ذلك ، وبه قال أبو بكر الإسكافي م: (لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود) ش: وهو الانتفاع بالعبد أو الدار م: (والأصح : أنه لا يجوز) ش: وبه قال أبو بكر بن سعيد - رحمه الله - : م: (لأن الغلة دراهم أو دنائير وقد وجبت الوصية بها) ش: أي بالغلة م: (وهذا) ش: أي الاستخدام بنفسه والسكنى بنفسه م: (استيفاء المنافع) ش: من العبد والدار م: (وهما) ش: أي الغلة والمنافع م: (متغايران) ش: وهو ظاهر م: (ومتفاوتان في حق الورثة ، فإنه لو ظهر دين) ش: على الميت م: (يمكنهم أدائه من الغلة بالاسترداد منه) ش: أي من الموصى له م: (بعد استغلالها ولا يمكنهم) ش: أي الاسترداد م: (من المنافع بعد استيفائها بعينها) ش: أي بعين المنافع .

م: (وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقال الشافعي - رحمه الله - :

له ذلك ؛ لأنه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل لأنها كالأعيان عنده. بخلاف العارية لأنها إباحة على أصله وليس بتمليك . ولنا : أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكها ببدل اعتباراً بالإعارة ، فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ، ولا يملك المستعير الإجارة ، لأنها تمليك ببذل ، كذا هذا ، وتحقيقه : أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ، ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل والوصية تبرع غير لازم ، إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره ، والمتبرع بعد الموت لا يمكن الرجوع ، فلهذا انقطع ما هو في وضعه فغير لازم ، ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا ، وفي تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة ، فإنما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعاً للملك الرقبة ، أو

له ذلك (ش: وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - م:) (لأنه) ش: أي لأن الموصى له م: (بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل ، لأنها كالأعيان) ش: لأن المنفعة كالأعيان وفي العين يصح الاعتياض عنه سواء بملك العين ببذل أو بغير بدل ، فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة إذا تملكها م: (عنده) ش: أي عند الشافعي .

م: (بخلاف العارية) ش: حيث لا يجوز م: (لأنها) ش: أي لأن العارية م: (إباحة على أصله) ش: أي على أصل الشافعي م: (وليس بتمليك . ولنا : أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت ، فلا يملك تمليكها ببدل اعتباراً بالإعارة ، فإنها تمليك بغير بدل) ش: ولهذا تنعقد بلفظ التمليك ، حتى لو قال : ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة م: (في حالة الحياة على أصلنا ، وفلا يملك المستعير الإجارة ؛ لأنها تمليك ببذل ، كذا هذا . وتحقيقه : أن التمليك ببذل لازم ، وبغير بدل غير لازم ، فلا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل والوصية تبرع غير لازم ، إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره) ش: هذا جواب عما يقال الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء ، لكن تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حيثئذ ، فأجاب بقوله : إن الرجوع إنما يكون للمتبرع لا بغيره ، أي لا يكون .

م: (والمتبرع بعد الموت لا يمكن الرجوع) ش: بعد الموت م: (فلهذا انقطع ما هو) ش: أي الوصية على تأويل الإيصاء م: (في وضعه فغير لازم) ش: والاعتبار للموضوعات الأصلية م: (ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا ، وفي تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها) ش: أي في المنفعة م: (تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة ، فإنما تثبت هذه الولاية) ش: يعني ولاية إحداث صفة المالية في المنافع م: (لمن يملكها) ش: أي لمن تملك المنافع م: (تبعاً للملك الرقبة) ش: أي في ضمن ملكها م: (أو

لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها ، أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكاً أكثر مما تملكه معني ، وهذا لا يجوز . وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث ؛ لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي ، فإذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر ، وإذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله لخدمهم . ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً ؛ لأنه

لمن يملكها (ش: أي المنافع م: (بعقد المعاوضة) ش: كالإجارة ، فإنه يجوز للمستأجر أن يؤاجر العين ، ويملك منفعتها من غيره إذا كانت العين مما يختلف باختلاف المستعمل م: (حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها ، أما إذا تملكها) ش: أي المنافع م: (مقصودة بغير عوض) ش: لا في ضمن شيء آخر م: (ثم ملكها بعوض) ش: بالإجارة م: (كان مملكاً أكثر مما تملكه معني ، وهذا لا يجوز) ش: يعني بناء على ما قال لا يملك الأقوى بالأضعف .

واعترض عليه بإجارة الحر نفسه ، فإنه لا يملك منفعته تبعاً لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة . ويجوز له أن يملكها ببدل .

وأجيب بأن : كلام المصنف - رحمه الله - في الوصية مراده بالنفقة منفعة يجوز الوصية بها ، ومنفعة الحر ليست كذلك ، فلا يكون وارداً عليه .

م: (وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة) ش: يعني إذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثلاً فليس لزيد أن يخرج هذا العبد الموصى بخدمته من الكوفة إلى موضع آخر يستخدمه فيه م: (إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك) ش: وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور - رحمهم الله - : له إخراجهم مطلقاً م: (إذا كان يخرج من الثلث) ش: احترز به عما إذا لم يخرج من الثلث فإنه ليس له الإخراج إلى أهله إلا بإجازة الورثة م: (لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي ، فإذا كانوا) ش: أي الموصى له وأهله م: (في مصره) ش: أي في مصر الموصي م: (فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه) ش: أي في مصره م: (بدون أن يلزمه مشقة السفر ، وإن كانوا في غيره) ش: مصره ، أي في غير مصر الموصي م: (فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله لخدمهم) ش: وهذا معلوم بدلالة الحال .

م: (ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً) ش: أي كما يجوز أن يوصي بخدمة العبد وسكنى الدار م: (لأنه) ش: أي لأن الغلة على تأويل المال ، أو ذكره بذكر الحر وهو المال ، ولا

بدل المنفعة ، فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به ، كيف وأنه عين حقيقة ؛ لأنه دراهم أو دنانير ، فكان بالجواز أولى . ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة ، لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء ، فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف - رحمه الله- ، فإنه يقول : الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك ، فكذلك للموصى له ، إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة ، إذ هو المطالب . ولا حق له في عين الدار ، وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار . ولو أوصى له بخدمة عبده وآخر برقبته ، وهو يخرج من الثلث ، فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة ؛ لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه لأحدهما على الآخر ، فتعتبر هذه الحالة

نعلم فيه خلافاً م : (بدل المنفعة ، فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف) ش : أي كيف لا يجوز م : (وأنه عين حقيقة) ش : أي والحال أن الغلة على تأويل المال م : (لأنه دراهم أو دنانير ، فكان بالجواز أولى) ش : أي فكان الإيضاء بالغلة أقرب إلى الجواز من الإيضاء بالخدمة ، لأن الخدمة منفعة بحصة ليست فيها العينية ، ولهذا لم يجز على قول ابن أبي ليلى ، فإذا جاز الإيضاء بالخدمة جاز الإيضاء بالغلة بالطريق الأولى ، لأنها عبارة عن مال عين وهي الدراهم أو الدنانير .

م : (ولو لم يكن له مال غيره) ش : أي غير الغلة ، والتذكير في الضمائر على التأويل كما ذكرنا م : (كان له) ش : أي للموصى له م : (ثلث غلة تلك السنة) ش : يعني إذا لم يجز الورثة فكانت الوصية بغلة عبده م : (لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء ، فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف - رحمه الله-) ش : ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح « الكافي » م : (فإنه) ش : أي فإن أبا يوسف م : (يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك) ش : أي طلب القسمة م : (فكذلك) ش : يجوز للموصى له) ش : طلب القسمة .

م : (إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة ، إذ هو المطالب ، ولا حق له في عين الدار ، وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار . ولو أوصى له بخدمة عبده وآخر) ش : أي أوصى لشخص آخر م : (برقبته) ش : أي برقبة العبد م : (وهو يخرج من الثلث) ش : الواو فيه للحال م : (فالرقبة لصاحب الرقبة ، والخدمة عليها لصاحب الخدمة ، لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه لأحدهما على الآخر) ش : معناه أنه عطف قوله : لآخر برقبته بالراء ، وعلى قوله : أوصى له بخدمة عبده م : (فتعتبر هذه الحالة) ش : أي حال

بحالة الانفرد ، ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له ، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث إن الملك يثبت فيهما بعد الموت . ولها نظائر ، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها وهي تخرج من الثلث ، أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه ، أو قال: هذه القوصرة لفلان وما فيها من الثمر لفلان ، كان كما

العطف م: (بحالة الانفرد) ش: إحدى الوصيتين عن الأخرى ، فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما .

وقوله م: (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة) ش: ، كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفرد م: (فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له) ش: من غير اشتراك م: (فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر) ش: يكون الرقبة للموصى له بالرقبة خاصة ، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر م: (إذ الوصية أخت الميراث من حيث إن الملك يثبت فيهما بعد الموت) ش: ثم العبد الموصى بخدمة الشخص وبرقبته لآخر إما أن يكون أدرك حق الخدمة أو لا ، فإن كان للثاني منفعة على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة ، لأن بالاتفاق عليه تنمو العين ، وذلك منفعة لصاحب الرقبة .

فإذا أدرك الخدمة صار كالكبير . والمنفعة في الكبير على من له الخدمة ، لأنه إنما يتمكن من استخدامه بالاتفاق عليه ، إذ العبد لا يقوى على الخدمة إلا به ، وإن كان الاتفاق عليه رده إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير .

وفي « المبسوط » و « الجامع » للتمر تاشي نفقة العبد الموصى لخدمته وكسوته على صاحب الخدمة ، وبه قال الاصطخري من أصحاب الشافعي وأحمد - رحمهما الله - في رواية . وقال الشافعي وأحمد في ظاهر مذهبهما : على صاحب الرقبة ، وفي قول للشافعي - رحمه الله - : يجب في كسبه ، فإن لم يف ففي بيت المال .

وإن جنى جناية فالفداء على من له الخدمة . وفي « المحيط » : لو أبى صاحب الخدمة أن يفديه فداءه صاحب الرقبة أو يدفعه ويطلب الوصية .

م: (ولها) ش: أي وبهذه المسألة م: (نظائر) ش: ذكرها المصنف واضحة م: (وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها) ش: أي أوصى بما في بطنها م: لآخر (وهي) ش: أي الأمة م: (تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه أو قال : هذه القوصرة) ش: بالتشديد والتخفيف ، وهي التمر يتخذ من القضب م: (لفلان وما فيها من الثمر لفلان كان كما أوصى ولا

أوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها ، أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذاك الجواب عند أبي يوسف - رحمه الله - ، وعلى قول محمد : الأمة للموصى له بها ، والولد بينهما نصفان ، وكذلك في أخواتها . لأبي يوسف - رحمه الله - : أن بإيجابه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد ، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولاً ؛ لأن الوصية لا تلزم شيئاً في حال حياة الموصي ، فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة . ولمحمد - رحمه الله - : أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها ، واسم القوصرة كذلك .

شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها) ش: المظروف هو الولد والفص والتمر ، هذا إذا كان أحد الإيجابين موصولاً بالآخر .

م: (أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها) ش: أي في هذه المسائل م: (فكذاك الجواب عند أبي يوسف - رحمه الله -) ش: أي كان كما أوصى ، ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف م: (وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان ، وكذلك في أخواتها) ش: والصواب في أخيها وهو الخاتم مع الفص ، والقوصرة مع التمر كذلك ، قاله الكاكي .

وقال الأترابي : أي أخوات مسألة الوصية بالأمة لرجل وبما في بطنها لآخر ، وأراد بأخواتها مسألة الخاتم مع الفص ، ومسألة القوصرة مع التمر ، ومسألة الشاة مع الصوف ، ومسألة الدار مع البناء ، ومسألة السيف مع الحلية ، والبستان والتمر مثل ذلك ، والأرض والنخل مثل ذلك .

م: (لأبي يوسف - رحمه الله - : أن بإيجابه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد ، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولاً ؛ لأن الوصية لا تلزم شيئاً في حال حياة الموصي ، فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء ، كما في وصية الرقبة والخدمة) ش: فإن هناك الموصول والمفصول سواء في الحكم

م: (ولمحمد - رحمه الله -) ش: تأخير تعليل محمد ، والجواب عما استدلل به أبو يوسف في الكتاب . وفي « المبسوط » دليل على أن المعمول على قول محمد : م: (أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها ، واسم القوصرة كذلك) ش: يعني يطلق على التمر والظرف جميعاً .

ومن أصلنا أن العام الذي موجه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بإيجاب على حدة ، فيجعل الفص بينهما نصفين ، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول ، كما إذا أوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة ؛ لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ، وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه ، فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً ؛ لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء ، فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص . قال : ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها .

م : (ومن أصلنا أن العام الذي موجه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص) ش : في أنه يوجب الحكم فيما يتناوله على وجه القطع ، فإذا كان كذلك م : (فقد اجتمع في الفص وصيتان ، وكل منهما وصية بإيجاب على حدة ، فيجعل الفص بينهما نصفين ، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول ، كما إذا أوصى للثاني بالخاتم) ش : لا يكون ذلك رجوعاً عن الأول ، بل يكون الفص بينهما .

م : (بخلاف الخدمة مع الرقبة) ش : بأن أوصى برقبة العبد لإنسان وبرقبته لآخر يكون ذلك كما أوصى ، ولا تكون الخدمة مشتركة بينهما م : (لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ، وإنما يستخدمه الموصى له) ش : بالرقبة م : (بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه) ش : ولا حق للغير فيه م : (فإذا أوجب الخدمة لغيره) ش : أي إذا أوصى بالخدمة لغيره م : (لا يبقى للموصى له فيه حق) ش : في الخدمة ، فكان الموصى له أخص بالخدمة .

م : (بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً ؛ لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء) ش : ذلك بيان تغير ، فيصح بشرط الوصي م : (فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص) .

فإن قيل : الذي أوصى له بالخاتم فقد أوصى له بالفص أيضاً فلم لا يكون الفص بينهما ؟ .

أجيب بأن وصية صاحب الفص أقوى ، لأنه مقصود إليه ، ووصيته للآخر على وجه التبع ، فصار وصية صاحب الفص أولى وأقوى ، لأنه مقصود إليه ، فوجب أن يكون أولى ، لأن في الوصايا يعتبر الأقوى فالأقوى ، ولهذا كان العتق في المرض أقوى من سائر الوصايا .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها) ش : أي في الثمرة الموجودة وقت الموت ، وإنما قيد بقوله وفيه ثمرة لأنه إذا لم يكن فيها ثمرة والمسألة بحالها ، فمسألة الثمرة كمسألة الغلة في أنه يتناول المعدوم ما عاش ، ذكره في « المبسوط » ، ثم سقى البستان وخراجه وما فيه صلاحه على

وإن قال: له ثمرة بستانى أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش . وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل ، والفرق: أن الثمرة اسم للموجود عرفاً ، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد ؛ لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً . أما الغلة فتتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة أخرى عرفاً ، يقال : فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره ، فإذا أطلقته يتناولهما عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى ، أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود ، فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد . قال : ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال

صاحب الغلة ، لأنه هو المتفجع به كما في النفقة . والخلاف فيه كاخلاف في النفقة .

م: (وإن قال له ثمرة بستانى أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش ، وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل ، والفرق) ش: بين الغلة والثمرة م: (أن الثمرة اسم للموجود عرفاً) ش: وفي « المبسوط » الثمرة اسم للموجود حقيقة م: (فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد ؛ لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً) ش: يعني إذا نص على الأبد تدخل الثمار الموجودة باعتبار أنه مذكور لا باعتبار أن المعدوم شيء ، كما إذا أوصى بثلاث ماله لزيد ولا مال له ثم اكتسب مالا عند الموت يستحق ثلثه باعتبار أن المعدوم مذكور ، لا باعتبار أن المعدوم شيء ، وهذا بقي كقول المعتزلة واستدلّاهم لهذه المسألة على أن المعدوم شيء .

م: (أما الغلة فتتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة أخرى عرفاً ، يقال : فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره ، فإذا أطلقت) ش: أي الغلة م: (يتناولهما عرفاً) ش: أي الموجود والحادث م: (غير موقوف على دلالة أخرى ، أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود ، فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد) ش: مثل ما إذا قال : أبداً ، وما عاش ، علمنا أنه أراد به الموجود والحادث جميعاً ، فيصرف إليهما وإن لم يكن في البستان ثمرة وقت الموت فإن في القياس لا شيء له . وفي الاستحسان لو لم يدخل فيه ثمرة البستان [. . .] كلام الموصي ، ولو دخل فيه صح كلامه ، والكلام إذا احتمل الصحة والفساد حمل على الصحة كما قالوا فيمن أوصى لولد فلان وليس له ولد جاز منه الوصية لولد ولده ، فكذا هذا .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله) ش: أي فللرجل الذي أوصى له م: (ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال

أبدأ أو لم يقل ؛ لأنه إيجاب عند الموت ، فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ ، وهذا بخلاف ما تقدم . والفرق : أن القياس يأبى تمليك المعدم ؛ لأنه لا يقبل الملك إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة فإقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الأولى ؛ لأن بابها أوسع ، أما الولد المعدم وأخته فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً ولا تستحق بعقد ما ، فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً ، وبالعقد الخلع مقصوداً ، فكذا بالوصية ، والله أعلم بالصواب .

أبدأ أو لم يقل ؛ لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ ، وهذا) ش : أي الإيصاء بصوف الغنم على ظهورها أو نحوه م : (بخلاف ما تقدم) ش : من المذكور من الوصية بثمره البستان والوصية بالغلة .

م : (والفرق) ش : بين هذا وبين ما تقدم م : (أن القياس يأبى تمليك المعدم) ش : من هذه الأشياء م : (لأنه) ش : المعدم م : (لا يقبل الملك) ش : والحادث فيها متولد من أصل مملوك للوارث م : (إلا أن في الثمرة) ش : أي إلا أن في استحقاق الثمرة م : (والغلة المعدومة) ش : أي في استحقاق الغلة المعدومة م : (جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة) ش : وفي بعض النسخ : كالإجارة والمعاملة م : (فإقتضى ذلك) ش : أي ورود الشرع فيما ذكر م : (جوازه) ش : أي جواز العقد م : (في الوصية بالطريق الأولى ؛ لأن بابها أوسع) ش : لأن باب الوصية أوسع من غيرها .

م : (أما الولد المعدم وأخته) ش : أي أخته الولد المعدم ، وهما الصوف المعدم واللبن المعدم م : (فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً ولا تستحق بعقد ما) ش : أي لا يصح استحقاقها أصلاً بعقد من العقود م : (فكذا لا يدخل تحت الوصية) ش : ولا يصح استحقاقها بعقد الوصية أيضاً .

م : (بخلاف الموجود منها) ش : أي من الأشياء المذكورة م : (لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً) ش : حيث يدخل الصوف في بيع الغنم واللبن لذلك م : (وبالعقد الخلع) ش : أي يدخل بعقد الخلع م : (مقصوداً) ش : صورته : قالت لزوجها خالعتني على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح وله ما في بطنها وإن لم يكن في البطن شيء له فلا شيء له وما حدث بعده للمرأة ، لأن ما في البطن قد يكون له قيمة وقد لا يكون ، فلم تغرم ، حتى لو قالت : على حمل جاريتي وليس في بطنها حمل يرد المهر ، كذا قال في التعامل م : (فكذا بالوصية) ش : أي فكذا تجوز بها م : (والله أعلم بالصواب) .

باب وصية الذمي

قال : وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث ؛ لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، والوقف عنده يورث ولا يلزم ، فكذا هذا . وأما عندهما : فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما . قال : ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه : إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث ؛ لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التملك ، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين .

م : (باب وصية الذمي)

ش : هذا باب في بيان حكم وصية الذمي .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م : (وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة) ش : للنصارى ، والأصح أن البيعة للنصارى والكنيسة لليهود م : (في صحته ثم مات فهو ميراث) ش : بالاتفاق بين أصحابنا على اختلاف التخريج ، أشار بقوله م : (لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، والوقف عنده يورث ولا يلزم) ش : إلا بحكم الحاكم لما عرف في كتاب الوقف م : (فكذا هذا) ش : يعني الوقف إذا كان لمسلم يورث ، فكذا إذا كان لذمي ، لكن إذا لم يكن . فإن كان مسجداً لا يورث ولا يقال البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا ، والمسلم لو جعل داره مسجداً لا يورث ، فينبغي أن تكون البيعة كذلك ، لأننا نقول : المسجد محرز عن حقوق العباد فيصير لله تعالى خالصاً فلا يورث ، ولا كذلك البيعة ، لأن البيع عندهم للمنافع ، فإن أسأفتهم تسكن فيها وتدفن فيها موتاهم ، كذا في « جامع قاضي خان » وغيره .

م : (وأما عندهما) ش : أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م : (فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما) ش : أي فلا تصح الوصية بالمعصية ، وهو قول الأئمة الثلاثة ، فإذا كان كذلك فيورث بالاتفاق بلا خلاف بين العلماء ، والخلاف في التخريج كما رأته .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (ولو أوصى) ش : أي الذمي م : (بذلك) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » ، أي كنيسة على ما فسره المصنف الآن م : (لقوم مسمين) ش : أي معلومين يحصى عددهم جاز بالاتفاق ، وفيه خلاف الشافعي وأحمد - رحمهما الله .

م : (فهو من الثلث) ش : أي فهو جائز من ثلثه ، قال المصنف : م : (معناه : إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث ؛ لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التملك وله) ش : أي وللذمي م : (ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) ش : أي معنى الاستحقاق ومعنى التملك .

قال : وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة - رحمه الله- .
وقالا : الوصية باطلة ، لأن هذه معصية حقيقة ، وإن كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية . ولأبي حنيفة - رحمه الله- : أن هذه قربة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ، فتجوز بناء على اعتقادهم ، ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم ، فكذا عكسه . ثم الفرق لأبي حنيفة - رحمه الله- بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به : أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني ، وإنما يزول ملكه بأن يصير محرراً خالصاً لله تعالى ، كما في مساجد المسلمين ، والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة . فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه ،

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله- : م : (وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة - رحمه الله- ، وقالا : الوصية باطلة ؛ لأن هذه معصية حقيقة ، وإن كان في معتقدهم قربة ، والوصية بالمعصية باطلة) ش : وبه قالت الأئمة الثلاثة م : (لما في تنفيذها) ش : أي لتنفيذ هذه الوصية م : (من تقرير المعصية) ش : وهو لا يجوز .

م : (ولأبي حنيفة - رحمه الله- : أن هذه قربة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) ش : وفي بعض النسخ : وما يعتقدون م : (فتجوز بناء على اعتقادهم) ش : ثم أوضح ذلك بقوله : م : (ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم ، فكذا عكسه) ش : الأصل في هذا الاعتبار المعتقد ، فإنهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر ، وإن كان عبادة عندنا بلا خلاف . فكذا إذا أوصوا بما هو في اعتقادهم عبادة صح ، وإن كان عندنا معصية لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون كما في الخمر والخنزير ، حيث يجوز بينهم فيما بينهم ، لأنهم يدينون جواز ذلك وهم يدينون جواز الإيضاء ببناء البيعة والكنيسة فيجوز ذلك فيما على اعتقادهم قالوا : هذا الاختلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى ، أما في المصر فلا يجوز باتفاق ، لأنهم لا يمكنون من إحداث ذلك في الإيضاء .

م : (ثم الفرق لأبي حنيفة - رحمه الله- بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به) ش : أي ببناء ذلك ثم مات يورث ، وإذا أوصى ببناء ذلك ثم مات لا تورث : م : (أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وإنما يزول ملكه بأن يصير محرراً خالصاً لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة) ش : ألا ترى أن أساقفتهم ورهبانهم يسكنون فيها في الحجرات ويدفنون فيها موتاهم ، والمسمى أيضاً إذا لم يكن خالصاً لله تعالى يورث ، كما إذا جعل داره مسجداً وتحته سرداب وفوقه بيت ، وإذا كان الأمر كذلك م : (فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه) .

ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها ، فلم يتحرز لتعلق حق العباد به ، وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضاً لعدم تحرزه ، بخلاف الوصية ؛ لأنه وضع لإزالة الملك ، إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قرينة عندهم ، فبقي فيما هو قرينة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث . ثم الحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أقسام منها : أن تكون قرينة في معتقدهم ، ولا تكون قرينة في حقنا ، وهو ما ذكرناه . وأما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين ، وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسلمين كما ذكرناه ، والوجه ما بيناه . ومنها : إذا أوصى بما يكون قرينة في حقنا ولا يكون قرينة في معتقدهم ، كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجداً للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين ، فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكاً ؛ لأنهم معلومون والجهة مشهورة .

م : (ولأنهم يبنون فيها) ش : دليلاً آخر ، أي في البيع والكنائس م : (الحجرات) ش : وهي جمع حجرة م : (ويسكنونها فلم يتحرز لتعلق حق العباد به ، وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضاً لعدم تحرزه ، بخلاف الوصية) ش : متصل بقوله : إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني م : (لأنه وضع لإزالة الملك) ش : أي لأن الوصية على تأويل الإيصاء أيضاً لإزالة الملك م : (إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه) ش : أي مقتضى الوصية على التأويل أيضاً م : (في غير ما هو قرينة عندهم فبقي) ش : أي الوصية على التأويل المذكور م : (فيما هو قرينة على مقتضاه ، فيزول ملكه فلا يورث) .

م : (ثم الحاصل) ش : في هذه : م : (أن وصايا الذمي على أربعة أقسام ، منها أن تكون قرينة في معتقدهم ولا تكون قرينة في حقنا ، وهو ما ذكرناه) ش : أراد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة م : (وأما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين ، وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسلمين كما ذكرناه) ش : وهو قوله : وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسلمين جازت الوصية عند أبي حنيفة - رحمه الله - . . . إلخ .

م : (والوجه ما بيناه) ش : أي من الجانبين وهو المعتبر عنده اعتقادهم ، وعندهما : أنها وصية بمعية .

م : (ومنها : إذا أوصى بما يكون قرينة في حقنا ولا يكون قرينة في معتقدهم ، كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجداً للمسلمين ، أو بأن يسرج في مساجد المسلمين ، فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم) ش : فإنها تصح م : (لوقوعه تمليكاً ، لأنهم معلومون والجهة مشهورة) ش : يعني أن كلامه في صرف المال الموصى به أي استئناء المسجد وغيرها مخرج منه على الطريق المشهورة لا على طريق الإلزام .

قال قاضي خان : ولو كان لقوم بأعيانهم صحت ، ويكون تمليكاً منهم وتبطل الجهة التي

ومنها : إذا أوصى بما يكون قرابة في حقنا وفي حقهم ، كما إذا أوصى بأن تسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو من الروم ، وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم ؛ لأنه وصية بما هو قرابة حقيقة وفي معتقدهم أيضاً . ومنها إذا أوصى بما لا يكون قرابة لا في حقنا ولا في حقهم ، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات فإن هذا غير جائز ؛ لأنه معصية في حقنا وفي حقهم ، إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تملكياً واستخلاقاً ، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ؛ لأننا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر . وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه - رحمهم الله- ، وفي المرتدة ، الأصح أنه تصح وصاياها ؛ لأنها تبقى على الردة ،

عينها ، إن شاء فعلوا وإن شاء تركوا ، وإن كانوا لا يحصون لا تصح الوصية ، لأنه لا يمكن تصحيحه تملكياً ، وأنها ليست بقرابة في اعتقادهم .

ومنها : إذا أوصى بأن يكون قرابة في حقنا ولا يكون قرابة في معتقدهم ، كما إذا أوصى بالحلج ، أو بأن يعني مسجد المسلمين ، أو بأن يسرج في مساجد المسلمين ، وهذه الوصية باطلة بالإجماع إخباراً ؛ لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تملكياً ، لأنهم معلومون والجهة مشهورة .

م : (ومنها : إذا أوصى بما يكون قرابة في حقنا وفي حقهم ، كما إذا أوصى بأن تسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو) ش : الذي أوصى م : (من الروم وهذا جائز ، سواء كان لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم ؛ لأنه وصية بما هو قرابة حقيقة ، وفي معتقدهم أيضاً) ش : أن الديانة متفقة من الكل على ذلك ، لأن هذا ، مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة جميعاً .

م : (ومنها : إذا أوصى بما لا يكون قرابة لا في حقنا ولا في حقهم ، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات ، فإن هذا غير جائز ، لأنه معصية في حقنا وفي حقهم ، إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تملكياً واستخلاقاً ، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ؛ لأننا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر . وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته) ش : إلا أن يكون لقوم بأعيانهم ، لأنه وصية ، فتصح تملكياً واستخلاقاً ، وصاحب الهوى إذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ، لأننا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر ، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد ، فيكون على الخلاف المعروف م : (بين أبي حنيفة وصاحبيه - رحمه الله-) ش : وهو : أن ملكه لا يزول عنده خلافاً لهما .

م : (وفي المرتدة : الأصح أنه تصح وصاياها ، لأنها تبقى على الردة) ش : ولا تقتل فصارت

بخلاف المرتد ؛ لأنه يقتل أو يسلم . قال : وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز ؛ لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ، ولهذا تنفذ إجازتهم ، وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب ، إذ هم أموات في حقنا ، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان ، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته . فلو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته الذين في دار الحرب وإن كانت ورثته معه حين دخل بالأمان وأوصى بماله كله يتوقف على إجازتهم ، وذلك من حق المستأمن أيضاً . ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام ، فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا . وكذلك لو أوصى له مسلم

كالذمية في صحة الوصية م : (بخلاف المرتد ، لأنه يقتل أو يسلم) ش : وذكر المصنف في «زياداته» على خلاف هذا .

وقال : قال بعضهم : لا يكون بمنزلة الذمية ، وهو الصحيح ، حتى لا يصح منها وصية . والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها ، أما المرتدة لا تقر على اعتقادها ، لأنها تجبر على الإسلام بالحبس ولا منافاة بين كلاميه ، لأنه قال هناك : «الصحيح» وها هنا «الأصح» ، وهما مصداقان .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م : (وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز ؛ لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ، ولهذا ينفذ بإجازتهم ، وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في حقنا) ش : أي حكمهم كحكم الأموات .

م : (ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان والأمان كان لحقه لا لحق ورثته . فلو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته الذين في دار الحرب وإن كانت ورثته معه حين دخل بالأمان وأوصى بماله كله يتوقف على إجازتهم) ش : وإليه الإشارة في الكتاب بقوله : وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب م : (وذلك من حق المستأمن أيضاً) ش : هذا جواب عما يرد على قوله : ورد الباقي على ورثته ، وهو أن يقال : قد قلت : ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ؟ وجهه : أن ذلك المرد على الورثة أيضاً مراعاة لحق المستأمن لا من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ من حاجته ، والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك .

م : (ولو أعتق عبده) ش : أي عبد الحربي م : (عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام ، فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا) ش : إشارة إلى قوله : لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة إلى آخره م : (وكذلك لو أوصى له مسلم) ش : أي وكذا الحكم لو أوصى للحربي

أو ذمي بوصية جاز ؛ لأنه ما دام في دار الإسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ، ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته ، ويصح تبرعه في حياته ، فكذا بعد مماته ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - أنه لا يجوز ؛ لأنه مستأمن من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع ، ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية . ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث لبعض ورثته لا يجوز اعتباراً بالمسلمين ؛ لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات ، ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتباراً بالإرث ، إذ الكفر كله ملة واحدة . ولو أوصى لحربي في دار الإسلام لا يجوز ؛ لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته ، والله أعلم بالصواب .

الذمي دخل بأمان مسلم م : (أو ذمي بوصية جاز ؛ لأنه ما دام في دار الإسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ، ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته ، ويصح تبرعه في حياته ، فكذا بعد مماته) .

م : (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : أنه لا يجوز ؛ لأنه مستأمن من أهل الحرب ، إذ هو على قصد الرجوع ، ويمكن منه) ش : أي من الرجوع م : (ولا يمكن من زيادة المقام) ش : أي الإقامة م : (على السنة إلا بالجزية) .

م : (ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث لبعض ورثته) ش : أو أوصى بعض ورثته بوصية م : (لا يجوز اعتباراً بالمسلمين ؛ لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات ، ولو أوصى لخلاف ملته) ش : بأن أوصى نصراني أو يهودي أو بالعكس م : (جاز اعتباراً بالإرث ، إذا الكفر كله ملة واحدة) .

م : (ولو أوصى) ش : الذمي في دار الإسلام م : (لحربي) ش : في دار الحرب ، وقوله م : (في دار الإسلام) ش : ظرف لقوله : «أوصى» لا لقوله : «حربي» ، لأن الذمي تجوز وصيته كمستأمن في دار الإسلام . قوله م : (لا يجوز) ش : جواب م : (لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته) ش : أي أخت الإرث ، وعند مالك وأحمد - رحمه الله - وأكثر أصحاب الشافعي - رحمه الله - : يجوز م : (والله أعلم بالصواب) .

باب ما يتعلق بأحكام الموصي ، وما يملكه

قال : ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردّها في غير وجهه فليس برد ، لأن الميت مضى لسبيله معتمداً عليه ، فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فرد رده ، بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو بيع ماله ، حيث يصح رده في غير وجهه ؛ لأنه لا ضرر هناك ؛ لأنه حي قادر على التصرف بنفسه .

م: (باب ما يتعلق بأحكام الموصي ، وما يملكه)

ش: أي هذا باب في بيان ما يتعلق بأحكام الوصي ، وهو الذي يوصى إليه ، وفي بيان حكم ما يملك الوصي . ولما فرغ من أحكام الموصى له شرع في بيان الموصى إليه ، وقدم الموصى له لكثرة وقوعه .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردّها) ش: أي الوصية م: (في غير وجهه) ش: أي بغير علم الموصي م: (فليس برد) ش: يعني لا يعتبر برده م: (لأن الميت مضى لسبيله) ش: أي مات حال كونه م: (معتمداً عليه) ش: أي على الوصي الذي قبل في وجه الميت م: (فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فرد رده) ش: أي رد الوصي بغير علم الموصي وبعد مماته .

وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- له رده بغير علمه وبعد موته . وعن أحمد -رحمه الله- : رواية في الرد وبعد موته مثل قولنا .

م: (بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه ، أو بيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه ، لأنه لا ضرر هناك ؛ لأنه حي قادر على التصرف بنفسه) ش: قوله : « بغير عينه » احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه ، لأنه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضاً بغير علم الموكل ، كما في الوصي ، لأنه يؤدي إلى تقرير الموكل .

وفي «النهاية» : هذا الذي ذكره معنى صاحب «الهداية» مخالف لعامة روايات الكتب من «الذخيرة» و«أدب القاضي» للصدر الشهيد و«جامع المحبوبي» و«فتاوي قاضي خان» -رحمهم الله- ؛ حيث ذكر فيها : أن الوكيل لو عزل نفسه حال غيبة الموكل وكذا من غير علمه لا ينزل ، حتى لو عزل نفسه لا يخرج عن الوكالة .

وقال الأترابي : أداه كله بشراء شيء بعينه له أن يعزل نفسه بمحض من موكله على قول بعض المشايخ ، وإليه أشار صاحب «الهداية» في كتاب الوكالة في فصل «الشراء بقوله ولا يملك على ما قيل إلا بمحض من الموكل ، إذا لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول

فإن ردها في وجهه فهو رد ؛ لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه ؛ لأنه يمكنه أن ينيب غيره . وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل ، وإن شاء لم يقبل ؛ لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام ، فبقي مخيراً ، فلو أنه باع شيئاً من تركته فقد لزمته ؛ لأن ذلك دلالة الالتزام والقبول ، وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الموصي ، وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم ، بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ ؛ لأن الوصاية خلافة ؛ لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت ، فتنتقل الولاية إليه ،

بعض المشايخ ، فعن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في « شرحه » هذا الذي قاله صاحب « الهداية » مخالف لعامة رواية الكتب كـ « التتمة » و « الذخيرة » ، وغيرهما ليس بشيء ، لأن مراد ما ذكر في « التتمة » وغيرها من قوله الوكيل لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ، فإذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه متوافقة الروايات جميعها ، ولم يختلف .

ونقل الأكمل ما قال صاحب « النهاية » ، ثم نقل كلام الأترازي بقوله : قال بعض الشارحين ، وسكت عليه لوصايته .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (فإن ردها في وجهه فهو رد ؛ لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه ؛ لأنه يمكنه أن ينيب غيره ، فإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبله وإن شاء لم يقبل ؛ لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فبقي مخيراً) ش : بين القبول والرد .

م : (فلو أنه) ش : أي الذي أوصى إليه م : (باع شيئاً من تركته) ش : أي من تركته الميت الذي أوصى إليه وهو لم يقبل ولم يرد م : (فقد لزمته) ش : أي حكم الإيصاء إليه م : (لأن ذلك) ش : أي فعل من المبيع م : (دلالة الالتزام) ش : أي التزام الوصاية م : (والقبول) ش : لأن القبول تارة يكون بالدلالة ، وتارة يكون بالإيضاح فهو باع شيئاً من تركته كان ذلك قبولاً منه بطريق الدلالة ، وكذا لو اشترى شيئاً للميت من بعض ما يحتاج إليه إذا قبض ماله أو قضاه .

م : (وهو معتبر بعد الموت) ش : يعني القبول يجوز أن يكون دلالة ، فإنها تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يخالفه ، لكنه يتغير ذلك بعد الموت ، أي بعد موت الموصي م : (وينفذ البيع) ش : أي البيع الذي باعه م : (لصدروه من الموصي ، وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم) ش : وهذه رواية « الزيادات » وبعض روايات « المأذون » ، فعلى هذه الرواية يحتاج إلى الفرق بين الوصاية والوكالة .

أشار إلى الفرق بقوله : م : (بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ ؛ لأن الوصاية خلافة ، لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت ، فتنتقل الولاية إليه) ش : يعني أن الموصى له

وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة ، أما التوكيل فهو إبانة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب ، فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب . وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال : لا أقبل ثم قال : أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال : لا أقبل ؛ لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء ؛ لأن في إبطاله ضرراً بالميت ، وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالثواب

خليفة للموصي والخلافة كالإرث ، فلا يتوقف على العلم كالإرث ، فتثبت بلا علم ، وهو معنى قوله م : (وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة) ش : أي لا يتوقف استحقاق الوارث الإرث على علمه ، فيثبت بلا علمه .

م : (أما التوكيل فهو إبانة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه) ش : بأنه وكيل م : (كإثبات الملك بالبيع والشراء) ش : قبل القبول ، فإن باع شيئاً وقال بعث هذا من فلان ولم يعلم ، وكذا لو وهب من فلان ولم يعلم فلان يتوقف نفاذ العقود على القبول ، كذا هذا .

وعلى رواية كتاب الوكالة : لا يشترط العلم للوكالة أيضاً اعتبار الوصاية ؛ لأن كلاً منهما إثباته الولاية . وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه لا يجوز بيع الوصي أيضاً قبل العلم بالوصاية اعتباراً بالوكالة ؛ لأن كلاً منهما نيابة ، لكن الوكالة قبل الموت وتلك بعد الموت .

م : (وقد بينا طريق العلم) ش : يعني في فصل : «القضاء بالمواريث» ، يعني أن العلم بالوكالة تثبت بخبر الواحد رجلاً كان أو امرأة صبيّاً كان أو بالغاً . وكذلك العزل عندهما بخبر الواحد مطلقاً . وعند أبي حنيفة - رحمه الله - : يشترط العدد والعدالة ، حتى لا يثبت العزل عنده إلا بخبر اثنين أو بخبر الواحد العدل م : (وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب) ش : ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في كتاب «أدب القاضي» في فصل «القضاء بالمواريث» بقوله : وهذا علم من الناس بالوكالة إلى آخره .

م : (وإن لم يقبل) ش : أي الرجل الوصية م : (حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال : أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال : لا أقبل ؛ لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء ؛ لأن في إبطاله ضرراً بالميت ، وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالثواب) ش : هذا جواب عما يقال : كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الإيصاء بقوله : «لا أقبل» يلزم الضرر أيضاً بالوصي في بقاء الإيصاء ولزومه ؛ لأنه يعجز عن القيام بذلك علم تحكيم ضرر الوصي دون ضرر الميت .

حيث قلتم لا يبطل الإيصاء بقوله : «لا أقبل» ، فأجاب بقوله : وضرر الوصي مجبور

ودفع الأول ، وهو أعلى أولى إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك ؛ لأنه مجتهد فيه ، إذ للقاضي ولاية دفع الضرر ، وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية ، فيدفع القاضي الضرر عنه ، وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه فيندفع الضرر من الجانبين ، فلهذا ينفذ إخراجاه . فلو قال بعد إخراج القاضي إياه : أقبل ، لم يلتفت إليه ؛ لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي . قال : ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي من

بالثواب ، بيانه : لما لم يكن دفع الضررين جميعاً لا بد من أن يتحمل أدنى الضررين بدفع الضرر الأعلى ، والأعلى هنا ضرر الميت ، لأن ضرره ليس بمجبور بشيء ، وضرر الوصي مجبور بالثواب .

م : (ودفع الأول) ش : أي أولى الضررين ، وهو ضرر الميت م : (وهو أعلى) ش : أي والحال أن ضرر الميت م : (أولى) ش : من دفع ضرر الوصي م : (إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) ش : هذا استثناء من قوله : « ثم قال : أقبل فله ذلك » ، يعني يجوز قبوله إلا إذا أخرجه القاضي من الوصاية حين قال : « لا أقبل » ، يصح ذلك ، أي إخراجاه عن الوصاية م : (لأنه) ش : أي لأن قضاء القاضي لوقوعه في المجتهد فيه ، فلما صح القضاء ، بطلت الوصية ، فقبوله بعد ذلك يكون بعد بطلان الوصية فلا يصح م : (إذ القاضي ولاية دفع الضرر ، وربما يعجز) ش : أي الوصي .

م : (عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية ، فيدفع القاضي الضرر عنه ، وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه ، فيندفع الضرر من الجانبين) ش : أي من جانب الميت وجانب الوصي الذي أخرجه القاضي م : (فلهذا) ش : أي فلاجل وقوع قضاء القاضي في مجتهد فيه م : (ينفذ إخراجاه) ش : أي إخراج القاضي إياه .

وكان المشايخ اختلفوا في تعليل صحة هذا الإخراج ، فمنهم من علل بما ذكره المصنف وهو الذي ذهب إليه شمس الأئمة السرخسي ، واختار المصنف ، ومنهم من قال إنما صح إخراجاه ؛ لأن الوصاية لو صحت بقوله كان القاضي أن يخرج ويصح الإخراج ، فها هنا أولى ، وإليه ذهب شمس الأئمة الحلواني .

م : (فلو قال بعد إخراج القاضي إياه : « أقبل » لم يلتفت إليه ؛ لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي) ش : وبعد البطلان لا يبقى شيء .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي من

الوصاية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية ؛ لأن الإخراج يكون بعدها . وذكر محمد - رحمه الله - في الأصل : أن الوصية باطلة ، قيل : معناه في جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل . وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده ، وفي غيره معناه ستبطل . وقيل : في الكافر باطل أيضاً لعدم ولايته على المسلم . ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة ، وولاية الفاسق على أصلنا ، وولاية الكافر في الجملة ، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها ،

الوصاية ونصب غيرهم) ش: إلى هنا كلام القدوري ، وقال المصنف - رحمه الله - : م: (وهذا اللفظ) ش: أي لفظ القدوري م: (يشير إلى صحة الوصية ؛ لأن الإخراج يكون بعدها) ش: لأن الوصية إذا كانت باطلة فمن أين يتحقق إخراجهم عن الوصية .

م: (وذكر محمد - رحمه الله - في الأصل) ش: أي «المبسوط» م: (أن الوصية باطلة) ش: واختلف المشايخ في أنه باطل أصلاً ، ومعناه ستبطل ، إليه أشار المصنف بقوله : م: (قيل : معناه) ش: أي معنى قول محمد إن الوصية باطلة م: (في جميع هذه الصور) ش: وهي الوصية إلى العبد والفاسق ، والكافر م: (أن الوصية ستبطل) ش: وإليه ذهب القدوري وفخر الإسلام البزدوي وعامة المشايخ .

م: (وقيل معناه : في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده) ش: أي ولعدم استبداده في الأمور ، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي م: (وفي غيره) ش: أي وفي غير العبد م: (معناه ستبطل) ش: وغير العبد الكافر والفاسق .

م: (وقيل : في الكافر باطل أيضاً لعدم ولايته على المسلم) ش: لقوله تعالى : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ ، (النساء : الآية ١٤١) ، م: (ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة ، وولاية الفاسق على أصلنا) ش: حتى ينعقد النكاح بحضوره م: (وولاية الكافر في الجملة) ش: ألا ترى أن محمداً ذكر في كتاب القسمة أن الكافر لو قاسم شيئاً قبل أن يخرج القاضي جاز ذلك ، فثبت أن الإيضاء إليه صحيح ، وذلك لأن الكافر يجوز أن يتصرف بالوكالة ، فجاز أن يتصرف بالوصاية أيضاً . ولو اشترى الكافر عبداً مسلماً جاز شراؤه ، ولكنه يؤمر بالبيع ، وقال مالك والشافعي في وجهه وأحمد في رواية كقولنا .

م: (إلا أنه) ش: أي غير أنه م: (لم يتم النظر) ش: في إسناد الوصاية ، إلى هؤلاء ، وبين كل واحد بقوله م: (لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها) ش: أي بعد الإجازة . وعند مالك وأحمد - رحمهما الله - : تجوز الوصية إلى العبد سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره ، وسيجيء مزيد الكلام فيه .

والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ، ويقيم غيره مقامه إتماماً للنظر . وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال ، وهذا يصلح عذراً في إخراجه وتبديله بغيره . قال : ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية ؛ لأن للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته ، وإن كانوا صغاراً كلهم فالوصية إليه جائزة عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، ولا تجوز عندهما وهو القياس . وقيل : قول محمد - رحمه الله - مضطرب فيه ، يروى مرة مع أبي حنيفة وتارة

م : (والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة) ش : فإذا لم يتم النظر في إسناد الوصية إلى هؤلاء م : (فيخرجه القاضي) ش : أي يخرج كل واحد من هؤلاء يعني العبد والكافر والفاسق م : (من الوصاية ويقيم غيره مقامه إتماماً للنظر) ش : في حق الميت .

م : (وشرط في الأصل) ش : أي شرط محمد في «المبسوط» : م : (أن يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال ، وهذا) ش : أي كون الفاسق بحيث يخاف عليه في المال لخيانته م : (يصلح عذراً في إخراجه) ش : أي في إخراج الفاسق عن الوصاية م : (وتبديله بغيره) ش : ممن يكون موصوفاً بالأمانة . وعند الشافعي ومالك وأحمد في رواية لا تصح الوصاية إلى الفاسق ، لأنه ليس من أهل الشهادة فلا يكون من أهل الولاية كالمجنون . وقال أحمد في رواية يصح ، ولكن يضم إليه أمين .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لأن للكبير أن يمنعه) ش : لأنه يلي عليه م : (أو يبيع) ش : أي يبيع الوارث الكبير م : (نصيبه) ش : من العبد م : (فيمنعه المشتري) ش : أي يمنع العبد الذي اشتراه م : (فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية ، فلا يفيد فائدته) ش : أي فلا تحصل فائدة الإيصاء . وقال البزدوي : حتى صار بعضه متولياً عليه وهو ما لا يتجزأ بطل كله .

م : (وإن كانوا) ش : أي الورثة م : (صغاراً كلهم فالوصية إليه) ش : أي إلى العبد م : (جائزة عند أبي حنيفة - رحمه الله - ولا تجوز عندهما) ش : وبه قال الشافعي وأبو ثور ، وعند مالك وأحمد - رحمهما الله - : يجوز سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره . وقال إبراهيم النخعي والأوزاعي وابن شبرمة تصح إلى عبد نفسه ، ولا تصح إلى عبد غيره ، أي قولهما .

م : (وهو القياس . وقيل : قول محمد - رحمه الله - مضطرب فيه يروى مرة مع أبي حنيفة وتارة

مع أبي يوسف - رحمه الله - . وجه القياس : أن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها . ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب المشروع . ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تنجزاً ، وفي اعتبار هذه تجزأتها لأنه لا يملك بيع رقبته ، وهذا نقض الموضوع . وله : أنه مخاطب مستبد بالتصرف ، فيكون أهلاً للوصاية ، وليس لأحد عليه ولاية ، فإن الصغار وإن كانوا أملاكاً ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة ، وإيضاء المولى إليه يؤذن [أي:] يُشعر بكونه ناظراً لهم ، وصار كالمكاتب ، والوصية قد تنجزاً

مع أبي يوسف - رحمه الله - . وجه القياس : أن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها (ش: أي ينافي الولاية م: (ولأن فيه) ش: أي في جواز الإيضاء إلى العبد م: (إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب المشروع) ش: لأن المشروع ولاية المالك على المملوك .

م: (ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تنجزاً ، وفي اعتبار هذه تجزئتها) ش: أي الوصية إلى عبد نفسه والورثة صغار تجزئته الولاية م: (لأنه لا يملك بيع رقبته) ش: التركات ، ولا يملك بيع نفسه ، ولا يكون وصياً فيه م: (وهذا نقض الموضوع) ش: لأن موضوع الوصية أن يتولى الوصي التصرف في جميع ما بقي من الثلث ، وفي منعه من بيع رقبته تجزئة الوصية م: (وله أنه) ش: أي وللعبد ، وفي بعض النسخ ولعبد ، أي أن العبد م: (مخاطب) ش: احترز به عن الصبي والمجنون .

م: (مستبد بالتصرف) ش: احترز به عن عبد الغير ، لأنه لا يستبد بنفسه ، لأن لمولاه أن يحجره عن التصرف منه ، فإذا كان كذلك م: (فيكون أهلاً للوصاية ، وليس لأحد عليه ولاية ، فإن الصغر وإن كانوا أملاكاً ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) ش: بين كونه مملوكاً لهم وبين إثبات الولاية في حقهم ، لأنهم وإن كانوا يملكون رقبته ولكنهم لا يملكون التصرف فيه حيث لا يملكون بيعه

فإن قيل : إن لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة ؟

أجيب بأنه كما ثبت الإيضاء لم يبق للقاضي ولاية المنع م: (وإيضاء المولى إليه) ش: أي إلى عبده م: (يؤذن [أي:] يُشعر بكونه ناظراً لهم) ش: أي لورثته لأن من ربى عبده وأحسن إليه فالظاهر أن يختاره لما أن شفقتة على الصغار من أولاده بعد موته أكثر من شفقة الأجنبي ، فكذلك اختاره .

م: (وصار كالمكاتب) ش: أي صار الإيضاء إلى العبد القن كالإيضاء إلى المكاتب ، فذاك يجوز ، وكذا هذا ، ويجوز الإيضاء إلى مكاتب غيره أيضاً ، والخلاف في المكاتب والمدر وأم الولد ، ورقيق البعض كالخلاف في القن عند الأئمة الثلاثة م: (والوصية قد تنجزاً) ش: هذا

على ما هو المروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أو نقول : يصار إليه كيلا يؤدي إلى إبطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى . قال : ومن أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة ، وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته ونقص كفايته ، فيتم النظر بإعانة غيره ، ولو شكاً إليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة ؛ لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه ، وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرج به لأنه لو اختار غيره كان دونه ، لما أنه كان مختار الميت ومرضيه ، فإيقاؤه أولى ، ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقتة ، فأولى أن يقدم على غيره .

جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزئتها ، وذلك أن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة : أنه إذا أوصى إلى رجلين إلى أحدهما في العين ، وإلى الآخر في الدين أن كلا منهما يكون وصياً فيما أوصى إليه خاصة .

وأشار إلى هذا بقوله : م : (على ما هو المروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - ، أو نقول : يصار إليه) ش : أي إلى التجزئ م : (كيلا يؤدي إلى إبطال أصله) ش : أي أصل هذا التصرف ، وهو تنصيب عبده وصياً على الصغار م : (وتغيير الوصف) ش : جواب عما يقال هذا تعبير وصفه ، وهو التجزؤ ، يعني جعله متجزئاً بعدما لم يكن ، فأجاب بقوله ويعتبر الوصف م : (لتصحيح الأصل أولى) ش : من إداره بالكلية .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة ، وهذا) ش : أي ضم القاضي إليه غيره م : (لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه) ش : وبه قالت الأئمة الثلاثة م : (لصيانته) ش : أي لصيانة الوصي .

م : (ونقص كفايته ، فيتم النظر بإعانة غيره ، ولو شكاً إليه الوصي ذلك) ش : أي ولو شكاً إلى القاضي الوصي العجز م : (لا يجيبه حتى يعرف ذلك) ش : أي عجزه م : (حقيقة ؛ لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه ، وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به) ش : أي ولي غيره م : (رعاية للنظر من الجانبين) ش : أي جانب الموصي والوصي يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصي والعاجز المعزول بقضاء حقوق معه .

م : (ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرج به) ش : أي أن يخرج الوصي مع أنه كان عدلاً م : (لأنه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضيه ، فإيقاؤه أولى ، ولهذا) ش : أي ولأجل أن وصي الميت مختار الميت م : (قدم على أبي الميت وفور شفقتة) ش : أي شفقة الأب م : (فأولى أن يقدم على غيره) ش : ووصي القاضي الذي هو غير أب الميت .

وكذا إذا شك الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي ، فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة ؛ لأنه استفاد الولاية من الميت ، غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته وقد فاتت ، ولو كان في الأحياء لأخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه ، كأنه لا وصي له . قال ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- دون صاحبه إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى . وقال أبو يوسف - رحمه الله-: يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء ؛لأن الوصاية سبيلها الولاية ، وهي وصف شرعي لا تتجزأ، فثبت لكل منهما كمالاً لولاية الإنكاح

م: (وكذا) ش: أي الحكم م: (إذا شك الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدو له منه) ش: أي يظهر منه ، أي من الوصي م: (خيانة ؛ لأنه استفاد الولاية من الميت ، غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته ، وقد فاتت ولو كان في الأحياء لأخرجه) ش: أي الميت . م: (منها) ش: أي الوصية م: (فعند عجزه ينوب القاضي منابه ، كأنه لا وصي له) .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -دون صاحبه) ش: قال أبو القاسم : الصفار : هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى لهما جميعاً معاً بعقد واحد ، فأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة فإنه يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف . قال الفقيه أبو الليث هذا أوضح ، وبه نأخذ ، بمنزلة الوكيلين إذا وكل واحد منهما على الانفراد . وحكي عن أبي بكر الإسكاف أنه قال الخلاف فيهما جميعاً ، سواء أوصى لهما جميعاً أو متفرقاً . وجعل في «المبسوط» وهذا أصح ، لأن وجوب الوصية ، إنما يكون عند الموت ، وحينئذ تثبت الوصية لهما معاً فلا فرق بين الافتراق والاجتماع ، بخلاف الوكالة .

م: (إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله) ش: إنما وعد بتبيينها كلها لاختلاف أقوال العلماء فيها ، فذكر في «الأسرار» ستة ، وذكر في عامة الكتب سبعة وهي شراء الكفن للميت وتجهيزه ، وطعام الصغار وكسوتهم ، ورد ديدة بعينها ، وقضاء دين ، وتنفيذ هبة بعينها ، وعقود عبد بعينه ، والخصومة في حقوق الميت . وذكر في «الجامع الصغير» لقاضي خان ثمانية ، وهي السبعة المذكورة والثامن: قبول الهبة . وفي «الأسرار» : أسقط قبول الهبة وتنفيذ الوصية ، فصارت ستة .

م: (وقال أبو يوسف -رحمه الله- : يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء ؛ لأن الوصاية سبيلها الولاية ، وهي وصف شرعي لا تتجزأ، فثبت لكل منهما كمالاً لولاية الإنكاح

للأخوين ، وهذا لأن الوصاية خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي وقد كان وصف الكمال ، ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة ، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما . ولهما : أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع ، إذ هو شرط مقيد وما رضي الموصي إلا بالمتنى ، وليس الواحد كالمثنى بالتصرف ، بخلاف الأخوين في الإنكاح ؛ لأن السبب هنالك القرابة ، وقد قامت بكل منهما كمالاً ، ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الولي ، حتى لو طالبتة بإنكاحها من كفء يخطبها يجب عليه ، وههنا حق التصرف للموصي ، ولهذا يبقى مخيراً في التصرف . ففي الأول أوفى حقاً على صاحبه فصح ، وفي الثاني استوفى حقاً لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليهما . ولهما بخلاف الأشياء المحدودة ؛ لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية ،

للأخوين) ش: فإن لكل واحد منهما أن ينفرد بإنكاح مولاته .

م: (وهذا) ش: توضيح لما ذكر م: (لأن الوصاية خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه) ش: أي إلى الوصي م: (على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي وقد كان وصف الكمال ، ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة ، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما) . م: (ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- م: (أن الولاية تثبت بالتفويض ، فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع ، إذ هو شرط مقيد ، وما رضي الموصي إلا بالمتنى وليس الواحد كالمثنى بالتصرف ، بخلاف الأخوين في الإنكاح ، لأن السبب هنالك القرابة وقد قامت) ش: أي القرابة م: (بكل منهما) ش: أي من الأخوين م: (كمالاً) ش: أي على وجه الكمال والسبب [في] هذا الإيضاء وهو إليهما لا إلى واحد .

م: (ولأن الإنكاح حق مستحق لها) ش: أي للمرأة م: (على الولي حتى لو طالبتة) ش: أي الولي م: (بإنكاحها من كفء يخطبها يجب عليه) ش: إنكاحها منه م: (وههنا حق التصرف للموصي ، ولهذا يبقى مخيراً في التصرف ففي الأول) ش: أي في الإنكاح أي في أحد الأخوين م: (أوفى حقاً على صاحبه ، فصح . وفي الثاني) ش: أي في الوصاية م: (استوفى) ش: لأن ولاية التصرف لهما ، فإذا تصرف وحده م: (حقاً لصاحبه) ش: أي استوفى أحد الوصيين على الآخر حقاً كائناً له م: (فلا يصح أصله الدين الذي عليهما) ش: يعني إذا كان الدين لرجلين فاستوفى أحدهما نصيب الآخر .

م: (ولهما بخلاف الأشياء المحدودة) ش: أشار إلى قوله إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى م: (لأنها) ش: أي لأن هذه الأشياء معدودة م: (من باب الضرورة لا من باب الولاية

ومواضع الضرورة مستثناة أبداً ، وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه لأن في التأخير فساد الميت ، ولهذا يملكه الجيران عند ذلك . وطعام الصغار وكسوتهم ؛ لأنه يخاف موتهم جوعاً وعرياً . ورد الوديعة بعينها ، ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال وقضاء الديون ؛ لأنها ليست من باب الولاية ، فإنه يملكه المالك وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده ، فكان من باب الإعانة . ولأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي وتنفيذ وصية بعينها .

ومواضع الضرورة مستثناة أبداً (وهي) ش: أي الأشياء المدومة المدومة م: (ما استثناه في الكتاب وأخواتها) ش: أي في القدوري ، وهو قوله ومن أوصى لم يجز لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه إلا في كفن الميت إلى آخره ، وقد ذكرناها عن قريب .

م: (فقال) ش: أي القدوري م: (إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه) ش: هذا لفظ القدوري ، والمصنف شرع يعلل الأشياء السبعة ذكرها القدوري وعلل المصنف ، وهذا بقوله : م: (لأن في التأخير) ش: أي في تأخير تجهيز الميت م: (فساد الميت ، ولهذا) ش: أي ولأجل أن تأخير الميت عن تجهيزه فساد م: (يملكه الجيران) ش: تجهيزه أي تجهيز الميت م: (عند ذلك) ش: أي عند إشراف الميت للفساد بسبب التأخير .

م: (وطعام الصغار وكسوتهم) ش: لفظ القدوري ، وقال المصنف : م: (لأنه يخاف موتهم جوعاً وعرياً) ش: أي من حيث الجوع والعري م: (ورد الوديعة بعينها) ش: لفظ القدوري ، وقال المصنف م: (ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال) ش: هذه الثلاثة لم يذكرها القدوري .

م: (وقضاء الديون) ش: من لفظ القدوري ، وقال المصنف م: (لأنها) ش: أي لأن هذه الأشياء الأربعة م: (ليست من باب الولاية) ش: يعني ليست من الولاية المستفادة من الموصي م: (فإنه يملكه المالك وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه) ش: يملك أخذه إذا كان من جنس حقه م: (وحفظ المال) ش: يرفع حفظ المال على التعليل لقوله : وحفظ الأموال وارتفاعه على الابتداء وخيره هو قوله : م: (يملكه من يقع في يده ، فكان من باب الإعانة ، ولأنه لا يحتاج فيه) ش: أي في حفظ المال م: (إلى الرأي) ش: هذا في قضاء الدين على الميت ، أما في اقتضاء الدين للميت فهو على الخلاف .

م: (وتنفيذ وصية بعينها) ش: بالجر عطفاً على آخر المعطوفات على قوله وطعام الصغار مجرور عطفاً على قوله إلا في شراء الكفن وتجهيزه ، وكل المعطوفات عليه بالجر .

وعتق عبد بعينه ؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي . والخصومة في حق الميت ؛ لأن الاجتماع فيها متعذر ، ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين . وقبول الهبة ، لأن في التأخير خيفة الفوات ، ولأنه تملكه الأم والذي في حجره ، فلم يكن من باب الولاية . وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف ؛ لأن فيه ضرورة لا تخفى . وجمع الأموال الضائعة ؛ لأن في التأخير خشية الفوات ، ولأنه يملكه كل من وقع في يده ، فلم يكن من باب الولاية . وفي «الجامع الصغير» : وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى ، والمراد بالتقاضي الاقتضاء . كذا كان المراد منه في عرفهم ، وهذا لأنه رضي بأمانتهما جميعاً في القبض ، ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف . فكان من باب الولاية .

م : (وعتق عبد بعينه) ش : بالجر أيضاً ، وهو من لفظ القدوري . وقال المصنف : م : (لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي) ش : وكذا قوله : م : (والخصومة في حق الميت) ش : من لفظ القدوري ، وهو أيضاً بالجر . وقال المصنف : م : (لأن الاجتماع فيها متعذر ، ولهذا) ش : أي ولأجل تعذر الاجتماع ، أي بالخصومة م : (ينفرد بها أحد الوكيلين) ش : إذا كانا حاضرين حال الحياة ، وكذا بعد الوفاة .

م : (وقبول الهبة) ش : بالجر أيضاً عطفاً على المجزورات التي قبله م : (لأن في التأخير خيفة الفوات ولأنه) ش : أي ولأن قبول الهبة م : (تملكه الأم والذي في حجره) ش : أي ويملك أيضاً الذي في حجره الصغير م : (فلم يكن من باب الولاية) ش : حتى يحتاج إلى الآخر م : (وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف) ش : بالجر أيضاً عطفاً على المجزورات التي قبلها ، والتوى الهلاك ، ومعنى قوله والتلف بالرفع من تفسير التوى م : (لأن فيه ضرورة لا تخفى) .

م : (وجمع الأموال الضائعة) ش : بالجر أيضاً مثل ذلك م : (لأن في التأخير خشية الفوات ، ولأنه يملكه كل من وقع في يده ، فلم يكن من باب الولاية) ش : وهو ظاهر .

م : (وفي «الجامع الصغير» : وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى) ش : هذا لفظ «الجامع» ، وقال المصنف : م : (والمراد بالتقاضي الاقتضاء) ش : أي القبض م : (كذا كان المراد منه في عرفهم) ش : أي في عرف أهل الكوفة .

وأما في عرف ديار المصنف المراد من ذلك المطالبة : م : (وهذا لأنه رضي بأمانتهما) ش : أي لأن الموصي رضي بأمانة الاثنين م : (جميعاً في القبض) ش : فلا ينفرد أحدهما م : (ولأنه) ش : أي ولأن القبض م : (في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف ، فكان من باب الولاية) ش : فلا ينفرد أحدهما .

ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيل : ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد ، وهذا لأنه لما أفرد فقد رضي برأي الواحد . وقيل : الخلاف في الفصلين واحد وهو الأصح ؛ لأن وجوب الوصية عند الموت ، بخلاف الوكيلين ؛ لأن الوكالة تتعاقب ، فإن مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصياً آخر . أما عندهما : فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف ، فيضم القاضي إليه وصياً آخر نظراً للميت عند عجزه ، وعند أبي يوسف - رحمه الله - الحى منهما وإن كان يقدر على التصرف فالوصي قصد أن يخلفه متصرفان في حقوقه ، وذلك ممكن التحقق . بنصب وصي آخر مكان الميت ، ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحى فللحى أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية ، بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر ، لأن رأي الميت باق حكماً برأي من يخلفه .

م : (ولو أوصى لكل واحد على الانفراد قيل : ينفرد كل واحد منهما بالتصرف) ش : وهو قول أبي القاسم الصفار م : (بمنزلة الوكيلين إذا وكل واحد على الانفراد ، وهذا لأنه لما أفرد قد رضي برأي الواحد . وقيل : الخلاف في الفصلين) ش : أي فصل الانفراد وفصل الاجتماع .

م : (واحد وهو الأصح) ش : وهو قول أبي بكر الإسكاف م : (لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين ، لأن الوكالة تتعاقب ، فإن مات أحدهما) ش : أي أحد الوصيين م : (جعل القاضي مكانه وصياً آخر) .

م : (أما عندهما) ش : أي عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : م : (فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف) ش : لأن عندهما ليس لأحد الوصيين أن يتصرف دون صاحبه ، فإن كان كذلك م : (فيضم القاضي إليه وصياً آخر نظراً للميت عند عجزه) ش : أي عند عجز الوصي الباقي وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م : (وعند أبي يوسف - رحمه الله - : الحى منهما) ش : أي من الوصيين م : (وإن كان يقدر على التصرف) ش : وكلمة : « إن » واصلة بما قبلها م : (فالوصي) ش : الواو فيه للحال م : (قصد أن يخلفه متصرفان) ش : وفي بعض النسخ : وصيان م : (في حقوقه ، وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت) ش : أي الوصي الميت .

م : (ولو أن الميت منهما) ش : أي من الوصيين م : (أوصى إلى الحى فللحى أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية ، بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر ؛ لأن رأي الميت باق حكماً برأي من يخلفه) .

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه لا ينفرد بالتصرف ؛ لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره ؛ لأنه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضي المتوفى . وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصية في تركته وتركته الميت الأول عندنا . وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يكون وصياً في تركته الميت الأول اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة . والجامع بينهما : أنه رضي برأيه لا برأي غيره . ولنا : أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ، ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي في المال وإلى الجد في النفس ، ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه ، فكذا الوصي . وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته ، وعند الموت كانت له ولاية في التركتين ، فينزل الثاني منزله فيهما . ولأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعثره المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه ، وهو تلافى ما فرط منه

م : (وعن أبي حنيفة - رحمه الله -) ش : رواه الحسن عنه م : (أنه) ش : أي أن الحي الباقي م : (لا ينفرد بالتصرف ، لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره ؛ لأنه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضي المتوفى) ش : وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م : (وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركته وتركته الميت الأول عندنا وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يكون وصياً في تركته الميت الأول) ش : في أحد الوجهين : لا يجوز أن يوصي لغيره م : (اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة ، والجامع بينهما : أنه رضي برأيه لا برأي غيره) .

م : (ولنا : أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه) ش : من الميت بطريق الخلافة عنه م : (فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد) ش : فإن وصى الجد عند عدم الأب كوصي الأب م : (ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي في المال وإلى الجد في النفس) ش : حتى كان يملك تزويج الصغار والصغيرات واستيفاء القصاص م : (ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه) ش : .

لأنه خلف عنه فيوصي إلى غيره م : (فكذا الوصي) ش : لأنه خلف عن الميت أيضاً م : (وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته ، وعند الموت) ش : أي موت الموصي م : (كانت له) ش : أي للموصي م : (ولاية في التركتين) ش : أي في مال نفسه الذي يتركه لوصية ، وسمى للموصي تركته باعتبار ما يؤول إليه م : (فينزل الثاني) ش : أي في الإيصاء م : (منزله) ش : أي منزلة الأول م : (فيهما) ش : أي في التركتين .

م : (ولأنه) ش : أي ولأن الوصي م : (لما استعان به) ش : أي بالوصي م : (في ذلك) ش : أي فيما أوصى م : (مع علمه أنه قد تعثره المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه) ش : أي قبل حصول مقصود الموصي منه م : (وهو) ش : أي مقصوده م : (تلافى ما فرط منه) ش : أي تدارك ما سبق

صار راضياً بإيصائه إلى غيره ، بخلاف الوكيل ؛ لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه . قال : ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ، ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة ؛ لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ، ويصير مغروراً بشراء المورث والوصي خليفة الميت أيضاً ، فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً ، فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له .

منه من التفريط في الأمور م : (صار راضياً) ش : أي الموصي وهو جواب : لمّا م : (بإيصائه) ش : أي بإيصاء الوصي م : (إلى غيره) ش : دلالة إلى تتميم مقصوده .

م : (بخلاف الوكيل) ش : فإنه ليس كذلك م : (لأنه الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه ، فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه) ش : وهذا ظاهر .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ، ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة) ش : المقاسمة فعل القسمة بين اثنين ، وهو أن يقتسم كل واحد منهما مع الآخر شيئاً ، وصورة المسألة : رجل أوصى إلى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فأراد الوصي المقاسمة وهي على وجهين .

الأول : هو أن يقاسم الموصى له نائباً عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فهذه جائزة .

الوجه الثاني : أن يقاسم الورثة عن الموصى له وهي باطلة . وبيان الفرق بينهما ما ذكره المصنف بقوله : م : (لأن الوارث خليفة الميت) ش : يعني من يخلفه بعده م : (حتى يرد بالعيب) ش : يعني فيما اشتراه المورث م : (ويرد عليه به) ش : أي فيما باعه الوارث م : (ويصير مغروراً بشراء المورث) ش : كمن اشترى جارية ثم مات فاستولدها الوارث ثم استحقت الجارية فإنه يرجع على البائع الميت ، ولو لم يكن الخليفة كما لو باعها المورث والمسألة بحالها لا يرجع على بائع بائعه ، لأنه ليس بخليفة عن بائعه حتى كان غروره كغروره .

م : (والوصي خليفة الميت أيضاً ، فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً) ش : وإذا كان كبيراً ، لأنه إذا كان صغيراً لا حاجة إلى فعله ، فإذا كان كذلك م : (فصحت قسمته عليه) ش : أي على الوارث الغائب .

م : (حتى لو حضر) ش : أي الغائب م : (وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له) ش : لأن ولايته قاصرة على الصغار وعلى حفظ مال الكبار ، والموصى له خصم ، والقسمة

أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه ؛ لأنه ملكه بسبب جديد ، ولهذا لا يرد بالعيب ، ولا يرد عليه ولا يصير مغروراً بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته ، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي ؛ لأن القسمة لم تنفذ عليه ، غير أن الوصي لا يضمن ؛ لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة ، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي ؛ لأن الموصى له شريك الوارث فيتوي ما توى من المال المشترك على الشركة ، ويبقى ما بقي على الشركة . قال : فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاء رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا .

تصح بين الخصمين فنفذت القسمة .

وأشار إلى بيان الوجه الثاني بقوله : م : (أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه) ش : لأن الوصية تمليك ، بسبب وهو معنى قوله م : (لأنه ملكه بسبب جديد) ش : أي لأن الموصى له ملك ما أوصى له بسبب وهو ما بقي له من ثلث مال الميت .

م : (ولهذا) ش : أي ولكونه غير خليفة عن الميت م : (لا يرد بالعيب) ش : فيما اشتراه المورث م : (ولا يرد عليه) ش : فيما باعه الميت م : (ولا يصير مغروراً) ش : يعني يكون الولد رقيقاً م : (بشراء الموصي) ش : فيما إذا اشترى جارية إلى آخر ما ذكرناه ، فإذا كان الأمر كذلك م : (فلا يكون الوصي خليفة عنه) ش : أي عن الغائب م : (عند غيبته ، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي ؛ لأن القسمة لم تنفذ عليه) ش : أي لم يصح م : (غير أن الوصي لا يضمن) ش : هذا جواب عما يقال إذا كانت القسمة غير صحيحة كأن صرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك العقد الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كما بعد على المال واستهلكه .

وتقرير الجواب هو أن الوصي لا يضمن م : (لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة ، فيكون له ثلث الباقي ؛ لأن الموصي له شريك الوارث فيتوي) ش : أي يهلك م : (ما توي) ش : أي ما هلك م : (من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة) ش : وقال السغناقي في قوله فصار كما إذا هلك بعض التركة إلى آخره إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أحرزه للورثة في يده ، لأن الحفظ إنما يتصور في ذلك ، أما لو سلمه إليهم فالموصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض ، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع .

م : (قال : فإن قاسم الورثة) ش : أي فإن قاسم الوصي الورثة م : (وأخذ نصيب الموصى له فضاء رجع الموصى له) ش : أي على الورثة م : (بثلث ما بقي) ش : وقال الأكمل : هذا كان معلوماً من سياق كلامه ، ولكنه ذكره لكونه لفظ «الجامع الصغير» م : (لما بينا) ش : إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه .

قال : وإذا كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاغ في يده . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن كان مستغرقاً للثلث لم يرجع بشيء وإلا يرجع بتمام الثلث . وقال محمد - رحمه الله - : لا يرجع بشيء ، لأن القسمة حق الموصي . ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء . لمت الوصية ، فكذا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه . ولأبي يوسف - رحمه الله - : أن محل الوصية الثلث ، فيجب تنفيذها ما بقي محلها ، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها . ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن القسمة لا تراد لذاتها ، بل لمقصودها ، وهو تأدية الحج ، فلم تعتبر دونه ، وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (وإذا كان الميت أوصى بحجة فقاسم) ش: أي الوصي م: (الورثة فهلك ما في يده) ش: أي في يد الوصي ، قال الكاكي : الوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما .

قلت : لا حاجة إلى ما قاله الكاكي أن يرجع الضمير لا يختص أن يكون إلى الظاهر خاصة ، بل يكون في المستتر أيضاً على ما لا يخفى م: (حج عن الميت من ثلث ما بقي ، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاغ في يده) ش: يحج عنه من ثلث ما بقى وهذا كله قول أبي حنيفة .

قال الأكمل : صورته : رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصي الألف ودفع إلى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق حج عن الميت من ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم ، فإن سرقت ثانياً يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى ، هكذا .

م: (وقال أبو يوسف - رحمه الله - إن كان) ش: أي الهالك م: (مستغرقاً للثلث لم يرجع بشيء وإلا) ش: فإن لم يكن الهالك مستغرقاً للثلث م: (يرجع بتمام الثلث) ش: وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، فإن سرقت ثانياً يؤخذ مرة أخرى .

م: (وقال محمد - رحمه الله - لا يرجع بشيء ؛ لأن القسمة حق الموصي ، ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية ، فكذا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه . ولأبي يوسف - رحمه الله - : أن محل الوصية الثلث ، فيجب تنفيذها ما بقي محلها ، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها) ش: أي محل الوصية .

م: (ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن القسمة لا تراد لذاتها ، بل لمقصودها ، وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه) ش: أي دون المقصود وهي أداء الحج م: (وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما

بقي ؛ لأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة ، إذ لا قابض لها ، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها . قال : ومن أوصى بثلاث ألف درهم فدفعتها الورثة إلى القاضي فقسّمها والموصى له غائب فقسّمته جائزة ؛ لأن الوصية صحيحة ، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثته والقاضي نصب ناظراً لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر إفراد نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح ، حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل . قال : وإذا باع الوصى عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز ؛ لأن الوصي قائم مقام الموصي . ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء . وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه ، وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة ، والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن ، بخلاف العبد

بقي ، ولأن تمامها) ش: أي تمام الوصية م: (بالتسليم إلى الجهة المسماة ، إذ لا قابض لها ، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم ، فصار كهلاكه قبلها) ش: أي قبل القسمة .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (ومن أوصى بثلاث ألف درهم فدفعتها الورثة إلى القاضي فقسّمها ، والموصى له غائب فقسّمته جائزة) ش: أي قسمة القاضي جائزة ، حتى لو هلك ما في يد القاضي ثم حضر الغائب لا يرجع على الورثة بشيء م: (لأن الوصية صحيحة ، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثته والقاضي نصب ناظراً لا سيما في حق الموتى والغيب ، ومن النظر إفراد نصيب الغائب وقبضه ، فنفذ ذلك) ش: أي الإفراد م: (وصح ، حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل) ش: .

وقال الإمام المحبوبي : هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن ، لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز ، فكذا قسّمته ، وأجيب بأن وضع المسألة في الدراهم وهي ما يوزن .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (وإذا باع الوصي عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) ش: صورته في « جامع محمد » عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يموت ويترك عبداً وعليه دين محيط بماله ، فيبيع الوصي العبد بغير محضر من الغرماء . قال بيعه جائز ، وأراد بذلك الدين على الميت لا على العبد م: (لأن الوصي قائم مقام الموصي ، ولو تولى) ش: أي الموصي حال كونه م: (حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) ش: فهو جائز .

م: (وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه وهذا) ش: توضيح لما قبله م: (لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف ، وهو الثمن ، بخلاف العبد

المديون ؛ لأن للغرماء حق الاستسعاء ، وأما ههنا فبخلافه . قال : ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي ؛ لأنه هو العاقد ، فتكون العهدة عليه ، وهذه عهدة ؛ لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم ، فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ، قال : ويرجع فيما ترك الميت لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل . وكان أبو حنيفة - رحمه الله - يقول أولاً : لا يرجع ؛ لأنه ضمن بقبضه ، ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة ، وعن محمد - رحمه الله - : أنه يرجع في الثلث ؛ لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث . وجه الظاهر : أنه يرجع عليه بحكم الغرور ، وذلك دين عليه

المديون) ش: يملك بيع ما في يده بغير رضاء الغرماء ، كذا ذكره الرازي في «شرح مختصر الطحاوي» ، بخلاف العبد المديون المأذون حيث لا يبيعه مولاه ووصيته م: (لأن للغرماء حق الاستسعاء) ش: حتى يأخذوا كسبه ، فيكون البيع مبطلاً لحقهم ، فلهم أن يبطلوا البيع .

م: (أما ههنا) ش: أي في بيع المولى بغير محضر من الغرماء م: (فبخلافه) ش: أي بخلاف ما ذكر فيما قبله ، لأن فيه يجوز وهنا لا يجوز ، سواء كان بيع الوصي بمحضرهم أو بغير محضرهم .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي) ش: الثمن م: (لأنه هو العاقد ، فتكون العهدة عليه) ش: أي على الوصي م: (وهذه عهدة) ش: إنما قال هذه لأجل تأنيث الخبر وهو العهدة وتأنيث المبتدأ لتأنيث الخبر جائز م: (لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ، قال : يرجع فيما ترك الميت ، لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل ، وكان أبو حنيفة - رحمه الله - : يقول أولاً : لا يرجع لأنه ضمن بقبضه) ش: أي بقبض الثمن وقبض الثمن من حقوق العقد ، فصار الوصي في حق القبض كالمالك . وإذا كان بمنزلة المالك وقد لحقه الضمان يعمل عمل نفسه فلا يرجع بشيء م: (ثم رجع) ش: أي أبو حنيفة - رحمه الله - م: (إلى ما ذكرناه ، ويرجع في جميع التركة) .

م: (وعن محمد - رحمه الله - : أنه يرجع في الثلث ؛ لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها) ش: أي حكم الوصية م: (ومحل الوصية الثلث) ش: يعني نفاذها من الثلث .

م: (وجه الظاهر) ش: أي ظاهر الرواية : م: (أنه يرجع عليه) ش: أي أن الوصي يرجع على الميت م: (بحكم الغرور ، وذلك دين عليه) ش: أي على الميت ، لأنه غره حيث أمره ببيع عبده

والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه ؛ لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء إذ يتحامي عن تقلد هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة ، فتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ، ولا كذلك الوصي ؛ لأنه بمنزلة الوكيل ، وقد مر في كتاب القضاء ، فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء ، كما إذا كان على الميت دين آخر . قال : وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لأنه عامل له ، ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتفاض القسمة باستحقاق ما أصابه . قال وإذا احتال الوصي بمال اليتيم ، فإن كان خيراً لليتيم جاز ،

والتصدق بثمنه ، فكأنه قال : هذا العبد ملكي ، فكان مغروراً من جهته .

وفي « الذخيرة » : محيلاً إلى « المتقضى » : أن الوصي يرجع على المساكين لا على الميت ، والقياس هذا ؛ لأن غنم تصرف الموصي يعود إلى المساكين ، فغرمه يجب أن يكون عليهم م : (والدين يقضى من جميع التركة ، بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه ؛ لأن في إلزامها القاضي) ش : أي لأن في إلزام العهدة القاضي م : (تعطيل القضاء إذ يتحامي) ش : أي لأنه يمتنع م : (عن تقلد هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة ، فتعطل مصلحة العامة وأمينه) ش : أي أمين القاضي م : (سفير عنه) ش : أي عن القاضي بامتناع القضاة عن قبول القضاء لأجل التزام العهدة في الأمور م : (كالرسول) ش : فلا يلزمه شيء .

م : (ولا كذلك الوصي ؛ لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء) ش : في آخر فصل القضاء بالمواريث م : (فإن كانت التركة قد هلكت ، أو لم تكن بها وفاء) ش : بأن لم يفضل عن التكفين والتجهيز م : (لم يرجع) ش : أي الوصي لم يرجع م : (بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر) ش : أي غير هذا الدين نحو الديون التي تكون على الموات المفاليس .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك) ش : الثمن في يده م : (واستحق العبد رجع في مال الصغير) ش : يعني رجع المشتري بالثمن على الوصي ، لأن العهدة على البائع ثم يرجع الوصي بذلك في مال الصغير م : (لأنه عامل له) ش : أي لأن الوصي عامل لأجل الصغير م : (ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتفاض القسمة باستحقاق ما أصابه) ش : أي ما أصاب الصغير .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز) ش : بأن كان المحال عليه أملاً وقدرته على أداء الدين من المحيل ، وهو المديون ،

وهو أن يكون أملاً ، إذ الولاية نظرية ، وإن كان الأول أملاً لا يجوز ، لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال : ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله ؛ لأنه لا نظر في الغبن الفاحش . بخلاف اليسير ؛ لأنه لا يمكن التحرز منه ، ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية ، والإذن فك الحجر بخلاف الوصي ؛ لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً فيتقيد بموضع النظر . وعندهما لا يملكونه ؛ لأن التصرف

وهو قوله : م : (وهو أن يكون) ش : أي المحتال عليهم م : (أملاً إذ الولاية نظرية وإن كان الأول أملاً لا يجوز) ش : أي المديون أملاً لا يجوز م : (لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه) ش : يعني إذا مات المحيل عليه مفلساً ولم يذكر إذا كانا سواء .

وفي « الذخيرة » : اختلف الناس فيه ، أشار في الكتاب إلى أنه لا يجوز ، وذكر المحبوبي إذا كان الثاني مثل الأول لا يجوز . وقال الإمام الأسبجاني في « شرح الطحاوي » على أن الوصي له أن يأخذ الكفيل بدين الميت ، لأن الكفالة لا توجب براءة الأصل ، وكذلك لو أخذ رهناً بذلك يجوز ، ولو احتال بماله أو أخذ كفيلاً شرط براءة الأصل ، فإنه ينظر حتى أن الصبي لو أدرك قبل أخذ الدين ، فليس له أن يفسخ الحوالة ، وإذا لم يكن أملاً من المحيل فإنه لا يجوز ، هذا إذا ثبت الدين بمداينة الميت ، وأما إذا ثبت بمداينة الوصي فإنه يجوز سواء كان خيراً لليتيم أو شراً له ، إلا أنه إذا كان خيراً له فإنه يجوز بالاتفاق حتى أنه إذا أدرك وأراد أن ينقض ذلك فليس له ذلك ، وإن كان شراً له جاز ذلك ويضمن الوصي اليتيم عندهما ، وعند أبي يوسف - رحمه الله - : لا يجوز .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (ولا يجوز بيع الوصي ، ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله ؛ لأنه لا نظر في الغبن الفاحش ، بخلاف اليسير ؛ لأنه لا يمكن التحرز منه ، ففي اعتباره) ش : أي في اعتبار الغبن اليسير م : (انسداد بابه) ش : أي باب تصرف الوصي م : (والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة - رحمه الله - لأنهم يتصرفون بحكم المالكية) ش : أي يتصرفون بحكم المالكية ، أي يتصرفون بأهليتهم لا بإذن المولى ، ولا يقال : العبد محجور عليه ، لأن المصنف قال : م : (والإذن فك الحجر بخلاف الوصي ؛ لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً ، فيتقيد بموضع النظر) ش : والأب والقاضي مثل الوصي ، لأنهم يتصرفون للغير ، فتجوز فيه عن الضرر .

م : (وعندهما) ش : أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م : (لا يملكونه) ش : أي لا يملكون البيع بالغبن الفاحش ولا الشراء به ، وبه قالت الأئمة الثلاثة م : (لأن التصرف

بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه ، وهم ليسوا من أهله . وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لأن ذلك أحوط . ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل ، فيصير ذلك حملاً له على الكذب . ثم قيل : يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا . وقيل : لا بأس بذلك ؛ لأن الوصاية تعلم ظاهراً . قال : وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار ؛ لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه ، فكذا وصيته فيه ، وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً ؛ لأنه لا يملكه الأب على الكبير ، إلا أنا استحسانه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه ، وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ . أما العقار فمحصن بنفسه ،

بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه ، وهم ليسوا من أهله (ش : أي من أهل التبرع .

قال : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة ؛ لأن ذلك أحوط) ش : وبين وجه الأحوط م : (ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره) ش : أي في آخر الكتاب م : (من غير تفصيل) ش : بين الوصاية والشراء م : (فيصير ذلك حملاً له على الكذب) ش : فينسب إلى شهادة الزور .

م : (ثم قيل : يكتب) ش : أي القاضي والمشتري ، كذا قاله الأترازي . وقال الكاكي : أي لا بأس بذلك ، أي يجمع الوصية والشراء في كتاب واحد ، وهذا وجهه م : (اشترى من فلان بن فلان ، ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا) ش : أشار إلى قوله لأن ذلك أحوط . م : (وقيل : لا بأس بذلك) ش : أي لا بأس أن يكتب من فلان وصي فلان م : (لأن الوصاية تعلم ظاهراً) .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار ؛ لأن الأب يلي ما سواه) ش : أي ما سوى العقار م : (ولا يليه) ش : أي العقار م : (فكذا وصيته فيه) ش : أي في العقار م : (وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً ؛ لأنه لا يملكه الأب على الكبير الغائب ، إلا أنا استحسانه لما أنه حفظ لتسارع) ش : أي أن يبيع ما سوى العقار يتسارع م : (الفساد إليه وحفظ الثمن أيسر وهو) ش : أي الوصي م : (يملك الحفظ ، أما العقار فمحصن بنفسه) ش : فلا يحتاج إلى بيعها للتحصين ، هذا الذي ذكره إذا لم يكن على التركة دين فإن كان هو مستغرق فله أن يبيع الجميع ، لأنه لا يمكنه قضاء الدين إلا بالبيع وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول عليه من القول بالاتفاق ، ومن العقار أيضاً عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، خلافاً لهما .

قال : ولا يتجر في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة . وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب ، وكذا وصي الأم ووصي العم ، وهذا الجواب في تركة هؤلاء ؛ لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ ، فكذا وصيهم . قال : والوصي أحق بمال الصغير من الجد . وقال الشافعي - رحمه الله - : الجد أحق ؛ لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه . ولنا : أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه ، فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه ، وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد بدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه . فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب ، لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه ، حتى يملك

م : (قال : ولا يتجر) ش : أي الوصي م : (في المال ، لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة . وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -) ش : وفي بعض النسخ وقال م : (وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب) ش : يعني في بيع المنقول دون العقار ، ولا خلاف في هذه المسألة فلإنما خص ذكرهما في « الجامع » لأنه روى عنهما ولم يرو عن أبي حنيفة ، كذا قال الفقيه أبو الليث .

م : (وكذا وصي الأم ووصي العم) ش : ليس لهما حق التصرف في العقار ، ولهما حق التصرف في الفروض التي ورث من الأم خاصة أو من العم أو من الأخ ، وليس لأحد من هؤلاء أن يتصرف فيما ورث من غير الذي أوصى إليه ، وأما وصي الأب فله حق التصرف في الفرض والعقار سواء ورث من أبيه أو من غيره إذا كانت الورثة صغاراً ، وأما إذا كانوا كباراً وهم غيب فليس له التصرف إلا في فروض صاحبه م : (وهذا الجواب في تركة هؤلاء) ش : يعني الأخ والأب والعم ، وإنما قيد بتركة هؤلاء لأن وصي هؤلاء في تركة الأب ، كوصي الكبير الغائب م : (لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ ، فكذا وصيهم) .

م : (قال) ش : محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م : (والوصي أحق بمال الصغير من الجد ، وقال الشافعي - رحمه الله - : الجد أحق) ش : وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - م : (لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه . ولنا : أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه) ش : أي إلى الوصي م : (فكانت ولايته) ش : أي ولاية الموصي م : (قائمة معنى ، فيقدم عليه كالأب نفسه ، وهذا) ش : توضيح لما قبله م : (لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد بدل على أن تصرفه) ش : أي تصرف الوصي م : (أنظر لبنيه من تصرف أبيه) ش : أي أب الموصي وهو الجد م : (فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب ؛ لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك

الإنكاح دون الوصي ، غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه .

الإنكاح) ش: أي إنكاح أولاد ابنه م: (دون الوصي) ش: فإنه لا يملك م: (غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه) ش: إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه ، والله أعلم .

فصل في شهادة الوصي

قال : وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة ؛ لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معيناً لأنفسهما . قال : إلا أن يدعيها المشهود له ، وهذا استحسان ، وهو في القياس كالأول لما بينا من التهمة ، وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما ، فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه ، أما الوصاية فتثبت بنصب القاضي .

م : (فصل في شهادة الوصي)

ش : أي هذا فصل في بيان أحكام شهادة الوصي ، وإنما آخر هذه لكونها عارضة فيها غير أصلية ، والأصل عدم العارض .

م : (قال : وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما) ش : أي مع الوصيين م : (فالشهادة باطلة لأنهما متهمان فيها) ش : أي في هذه الشهادة م : (لإثباتهما معيناً لأنفسهما) ش : قال عليه السلام : « لا شهادة لمتهم » وهذا لا نعلم فيه خلافاً .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع » : م : (إلا أن يدعيها المشهود له) ش : ولفظه في « الجامع » محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في الوصيين يشهدان : أن الميت أوصى إلى هذا معهما قال : إن ادعى ذلك فشهادتهما باطلة ، وكذلك الوارثان يشهدان بذلك ، قالوا في شرح « الجامع الصغير » : م : (وهذا استحسان) ش : وأخذ المصنف هذا وقال هذا ، وأشار به إلى قوله : إلا أن يدعيهما المشهود استحسان م : (وهو في القياس كالأول) ش : أي كالوجه الأول ، وهو البطلان . وذكر وجه القياس بقوله : م : (لما بينا من التهمة) ش : لأنها شهادتان للشاهد أو لأبيه .

م : (وجه الاستحسان : أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما) ش : أي إلى الوصيين م : (برضاه) ش : أي برضى الآخر م : (بدون شهادتهما) ش : لأن الولاية للقاضي لا تكون بهذه الشهادة ، فإذا كان كذلك م : (فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه) ش : أي عن القاضي . مثاله أن القرعة ليست بحجة ، ويجوز استعمالها في تعيين الإيصاء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دامغة لا حجة ، فكذا هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين .

م : (أما الوصاية فتثبت بنصب القاضي) ش : فلا يحتاج إلى الشهادة ، لأن الشاهدين لو سألا القاضي بأن يجعل هذا الرجل وصياً وهو راغب فيه أجابهما إلى ذلك بخلاف الوكالة ، فإنهما لو سألاه أن يوكل هذا الرجل عن أيهما لا يفعل ، لأنه ليس له ولاية في مال أيهما .

قال : وكذلك الابنان ، معناه : إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر ؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة . ولو شهدا ، يعني الوصيين ، لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة ؛ لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به . قال : وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز . وإن كان في غير مال الميت جاز ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين ، لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كباراً فعريت عن التهمة ، وله : أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحققت التهمة . بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه ؛ لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها . قال : وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخرين للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما ، فإن كانت شهادة كل فريق لآخر بوصية ألف درهم لم تجز ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله - :

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع » : م : (وكذلك الابنان) ش : هذا لفظ محمد - رحمه الله - ، وهو معطوف على المستثنى منه ، وهو قوله : فالشهادة باطلة ، وقال المصنف : م : (معناه) ش : أي معنى قول محمد - رحمه الله - وكذلك الابنان م : (إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر ؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة) ش : وفيه تهمة فلا تقبل .

م : (ولو شهدا ، يعني الوصيين ، لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره) ش : أي أو غير مال الميت م : (فشهادتهما باطلة ، لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به ، قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وإن كان في غير مال الميت جاز ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -) .

م : (وقالوا : إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين) ش : لوارث كبير في مال الميت وفي غيره مال الميت م : (لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كباراً فعريت) ش : أي الشهادة م : (عن التهمة وله) ش : ولأبي حنيفة - رحمه الله - : م : (أنه يثبت لهما) ش : الضمير في « أنه » للشأن ، وهي لهما - الوصيان - م : (ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحققت التهمة . بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه ؛ لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها) .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع » : م : (وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم ، وشهد الآخرين للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما ، وإن كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية ألف درهم لم يجز ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله - :

لا تقبل في الدين أيضاً ، وأبو حنيفة - رحمه الله - فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف - رحمه الله - . وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول محمد - رحمه الله - وجه القبول : أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ، ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة . وجه الرد : أن الدين بالموت يتعلق بالتركة ، إذ الذمة خربت بالموت ، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة ، يشاركه الآخر فيه ، فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة ، فتحققت التهمة . بخلاف حال حياة المدينين ؛ لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة . قال : ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته ،

لا تقبل (ش : الشهادة عند أبي حنيفة - رحمه الله - م : (في الدين أيضاً ، وأبو حنيفة - رحمه الله - فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف - رحمه الله -) ش : كما قال أبو يوسف - رحمه الله - ، ولفظ الخصاص في كتاب « أدب القاضي » لو أن رجلاً مات بدين ألف درهم وترك لورثته مالا فشهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ، فإن أبا حنيفة وابن أبي ليلى وأبا يوسف - رحمهم الله - قالوا : الشهادة باطلة من قبل أنهم يشتركون فيما قبض كل واحد منهم وروى محمد بن الحسن في « الجامع الصغير » عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن الشهادة جائزة ، وروى الحسن بن أبي زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنهم إن جاءوا جميعاً فالشهادة باطلة .

م : (وعن أبي يوسف - رحمه الله - مثل قول محمد - رحمه الله -) ش : أي تجوز شهادة كل فريق في حق الدين ولا تجوز في الوصية . قال الكاكي : وإنما خص قول محمد هنا مع أنه قيل : هذا قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لتقرر قول محمد في ذلك واضطراب قول أبي حنيفة - رحمه الله - فصار عن أبي حنيفة روايتان ، وعن أبي يوسف كذلك ، وعن محمد رواية واحدة .

م : (وجه القبول : أن الدين يجب في الذمة وهي) ش : أي الذمة م : (قابلة لحقوق شتى) ش : أي كثيرة متفرقة م : (فلا شركة) ش : أي في ذلك فلا تهمة .

م : (ولهذا) ش : أي ولأجل عدم الشركة م : (لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة ، وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة ، إذ الذمة خربت بالموت ، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه) ش : أي في الذي استوفاه م : (فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة) ش : فلا تقبل الشهادة .

م : (بخلاف حال حياة المدينين ؛ لأنه) ش : أي لأن الدين م : (في الذمة لبقائها لا في المال) ش : أي لبقاء الذمة ، ولهذا يأخذه الآخر لا يكون للآخر فيه أن يشاركه فيه ، فإذا كان كذلك م : (فلا تتحقق الشركة) .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع » م : (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته ؛

وشهد الشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق ؛ لأنه لا شركة فلا تهمة قال : ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما : أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة . وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهي باطلة، لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة .

وشهد الشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق ؛ لأنه لا شركة فلا تهمة . قال (ش: أي محمد م:) (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة . وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهي باطلة ؛ لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة) ش: وذلك لأنهم يشتركون في ثلث العبد .
