

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة، وهي الدية، وتسمى الدية عقلاً لأنها تعقل الدماء من أن تسفك: أي تمسك. قال: (والدية في شبه العمد والخطأ، وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة، والعاقلة الذي يعقلون) يعني يؤدون العقل وهو الدية، وقد ذكرناه في الديات، والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام في حديث حمل بن

كتاب المعاقل

أقول: هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات، لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعاقل، لأن المعاقل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات، وهذا مع كونه مؤدياً إلى التكرار ليس بتمام في نفسه، لأن بيان أقسام الديات وأحكامها قد مرّ مستوفى في كتاب الديات، وإنما المقصود بالبيان هنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة، فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لأنها جمع العاقلة، قال صاحب العناية: لما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الكتاب انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية أقول: ليس ذلك بسديد، لأن مداره أن يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها، وليس كذلك فإن محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل، وإنما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد، ولولا ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغي أن يذكر الباب أو الفصل لكون المذكور هنا إذ ذاك شعبة من الديات، بخلاف العواقل فإنها أمر مغاير للديات ذاتاً وحكماً فكانت محلاً لذكر الكتاب، وكان ذينك الشارحين إنما اغتروا بذكر المعاقل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفاً، والوجه السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال: لما بين أحكام القتل الخطأ وتوابعه شرع في بيان من يجب عليه الدية، إذ لا بد من معرفتها انتهى قوله: (والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة) قال جمهور الشراح: قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره. أقول: فيه خلل، إذ لو كان الأمر كما قاله لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاماً مستأنفاً مستقلاً وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطأ كلاماً تاماً مستقلاً أيضاً فيلزم أن يكون قوله والدية مبتدأ، وقوله في شبه العمد والخطأ خبره فيصير المعنى والدية كائنة أو واجبة في شبه العمد والخطأ، وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية في شبه العمد والخطأ مستدركاً لا طائل تحته ها هنا، إذ كون الدية واجبة في شبه العمد والخطأ، وقد ذكر مفصلاً في أول كتاب الجنائيات وكتاب الديات، وليس له تعلق بكتاب المعاقل يفوت به المعنى المقصود ها هنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطأ على العاقلة، إذ بهذه

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد، فذكرها وأحكامها في هذا الكتاب. وقال: (المعاقل جمع معقلة) بفتح الميم وضم القاف وبين معناها. وقوله: (وكل دية) مبتدأ. وقوله: (على العاقلة) خبره. وقوله: (وجبت بنفس القتل) يعني ابتداء، فإن ما يجب منها بسبب الصلح أو الأبوّة فهي في مال القاتل لا على العاقلة. وقوله: (وقد ذكرناه) يعني الدية بتأويل العقل. وقوله: (وكذا الذي تولى شبه العمد) وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى

كتاب المعاقل

أقول: كان الأولى أن يقال: كتاب العواقل، لأن المعاقل جمع معقلة وهي الدية كما قال هو، فكانه قال: كتاب الديات فصار تكراراً، والعواقل جمع عاقلة، وهو من يتحمل الدية، وهذا هو المناسب هنا كما لا يخفى قوله: (وهو الذي ضربه بالسوط الصغير) أقول: وفيه بحث.

مالك رضي الله عنه للأولياء «قوموا فذوه»^(١) ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار والخطيء معذور، وكذا الذي تولى شبه العمد نظراً إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه، وفي إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف، وإنما خصوا بالضم لأنه إنما قصر لقوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به. قال: (والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يأخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميتهم في الديوان وهذا عندنا. وقال الشافعي: الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام^(٢) ولا نسخ بعده ولأنه صلة والأولى بها الأقارب. ولنا قضية عمر رضي الله عنه فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم^(٣) وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع: بالقرابة والحلف والولاء والعد. وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعاً للمعنى ولهذا قالوا: لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقتلهم أهل الحرفة، وإن كان بالحلف فأهله والدية صلة كما قال، لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم، والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي عليه الصلاة والسلام^(٤) ومحكى عن عمر رضي الله عنه ولأن الأخذ من العطاء

الحيثية تصوير هذه المسألة من مسائل كتاب المعاقل. والحق الصريح عندي أن قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطأ صفة: أي الدية الكائنة أو الواجبة في شبه العمد والخطأ، وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطأ، وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة منسحباً على المعطوف والمعطوف عليه جميعاً فلا يلزم المحذور أصلاً ويحصل المعنى المقصود هنا بلا ريب قوله: (ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف، والعطاء يخرج في كل سنة مرة) أقول: في تمام هذا التعليل كلام، لأنه يجوز أن يكون العطاء الخارج في سنة واحدة أو في سنتين وأياً بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة، فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة أو سنتين، فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعي وهو التقدير بثلاث سنين. وأيضاً يجوز أن لا تكون العطايا الخارجة في ثلاث سنين وافية بتمام الدية لقلّة آحاد العاقلة، فلا بد أن تؤخذ إذ ذاك من العطايا

قتله، وقوله: (وفي إيجاب مال إجحافه) فسر الإجحاف بقوله واستئصاله. وقوله: (إنما قصر) يعني أن القاتل إنما قصر حالة الرمي في الثبوت والتوقف. وقوله: (وتلك أي القوة) وقوله: (كتبت أساميتهم في الديوان) الجريدة، من دون الكتب إذا جمعها لأنها قطع من القراطيس مجموعة. ويرى أن عمر رضي الله عنه أول من دون الدواوين: أي رتب الجرائد للولاء والقضاء، ويقال فلان من أهل الديوان: أي ممن أثبت اسمه في الجريدة. وقوله: (من عطاياهم) العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطيه، والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطاء، وقوله: (وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولا نسخ بعده. وقوله: (بالحلف) الحلف بكسر الحاء: العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة. وقوله: (والولاء) أي ولاء العتاقة. وقوله: (والعد) هو من العديد وهو أن يعد فيهم يقال فلان عديد بني فلان إذا عد فيهم. وقوله: (فلان خرجت المطايا في أكثر من ثلاث) أي ثلاث سنين أو أقل مثل أن تخرج عطاياهم الثلاث

(١) تقدم في الجنين وهو حديث حسن وتقدم أيضاً أحاديث في العاقلة أقوى منه، وأحسن مناسبة.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية ٣٩٨/٤: أخرج ابن أبي شيبة عن ابن عباس قال: «كتب رسول الله ﷺ كتاباً بين المهاجرين والأنصار أن يعقلوا معاقليهم، وأن يفدوا عانيهم بالمعروف» وأخرج عن الشعبي قوله: «جعل رسول الله ﷺ عقل قريش على قريش، وعقل الأنصار على الأنصار» اهـ. قلت: وهذا مرسل لأن الشعبي تابعي، وأما حديث ابن عباس، ففيه حجاج بن أرطاة، وهو غير قوي.

(٣) أثر عمر قوي. أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب الأوائل من مصنفه كما في نصب الراية ٣٩٨/٤ بسنده عن جابر وأخرج بسنده عن إبراهيم نحوه، وكذا عن الشعبي وكذا عن الحكم الثلاثة: أن عمر أول من جعل الدية عشرة عشرة في أعطيات المقاتلة دون الناس. وانظر البيهقي ١٠٨/٨

قلت: وخبر أول من دون الدواوين مشهور عن عمر.

(٤) لا أصل له مرفوعاً. والصواب كونه عن عمر وهو الآتي.

للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة (فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود وتأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلية بعد القضاء، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين إن شاء الله تعالى، ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا، وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة، وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث إلى تمام

الخارجة في أكثر من ثلاث سنين، فلا يفيد التعليل المذكور المدعي من هذه الحثية أيضاً كما ترى. نعم يفيد التأجيل مطلقاً لكن المدعي هنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقاً قوله: (فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود) أقول: فيه بحث، وهو أن القياس كان يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما، إلا أن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به، والشرع إنما ورد بإيجابه مؤجلاً بثلاث سنين، فإنه هو المروى عن النبي ﷺ وهو المحكى عن عمر رضي الله تعالى عنه^(١) كما مر آنفاً، فينبغي أن يختص التأجيل بثلاث سنين، إذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به، وسيجيء نظير هذا في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما إذا قتل الأب ابنه عمداً ليس بحال عندنا بل مؤجل بثلاث سنين فتأمل هل يمكن دفعه؟ قوله: (ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة) قال صاحب معراج الدراية: وفي بعض النسخ: ولو خرج للمقابل: أي للعام القابل وهو الأصح انتهى. وتبعه الشارح العيني. أقول: كيف يكون ذلك هو الأصح، وحينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغواً محضاً، لأن ما يخرج للعام القابل: أي المقبل لا يكون إلا في المستقبل قطعاً، فما معنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم إلا أن يفرق بين خروج في العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعي إمكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بأن خرج العطاء في الماضي للعام القابل: أي لأجل العام القابل بطريق تعجيل إعطاء عطية العام الآتي أيضاً لمصلحة لكنه تعسف لا يخفى. نعم في النسخة الأولى أيضاً كلام، وهو أنه قال في جواب هذه المسألة يؤخذ منها

في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية، وإن خرجت عطايهم الثلاث في سنة واحدة أخذ منهم الدية فيها. وقوله: (لحصول المقصود) يعني أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية، وذلك يحصل بالأخذ من عطايهم سواء كانت في أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها. وقوله: (وتأويله) أي تأويل كلام القدوري رحمه الله، فإنه أطلق ذكر السنين، وإنما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل. وقوله: (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء. وقوله: (وإذا كان جميع الدية) واضح. وقوله: (ولنا أن القياس يأباه) أي القياس يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس: يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض، والشرع ورد به: أي بإيجاب المال مؤجلاً في الخطأ فلا يتعداه. فإن قيل: هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به. قلنا: هو في معناه من حيث كونه مالاً وجب بالقتل ابتداء، والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة، وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها. وقوله: (لأن الواجب الأصليين المثل) لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنفس ومثل بالنص النفس، إلا أنه إذا رفع إلى القاضي

قوله: (وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء) أقول: ولعل الأظهر أن يكون إشارة إلى قوله لحصول المقصودة.

(١) موقوف جيد. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الرأية ٣٣٤/٤ بسنده عن الشعبي، وعن إبراهيم قال: أول من فرض العطاء عمر، وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين... الأثر. ورواه عبد الرزاق عن ابن جريج قال: أخبرني عن أبي وائل أن عمر جعل الدية الكاملة في ثلاث سنين. وأسند عن الشعبي وعن مكحول كلاهما: أن عمر... الأثر.

فائدة: قال الترمذي في جامعة ١١/٤: قد أجمع أهل العلم: على أن الدية تؤخذ في ثلاث سنين كل سنة ثلث الدية اهـ. تنبيه: وأما كونه مرفوعاً، فلم يروه أحد البتة، ولو وجد لنقله الزيلعي وغيره.

الثلاثين في السنة الثانية، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة، وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين. وقال الشافعي رحمه الله: ما وجب على القاتل في ماله فهو حال، لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض. ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به موجلاً فلا يتعداه. ولو قتل عشرة رجلاً خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل إذ هو

كل الدية، ولا شك أن كل الدية إنما يؤخذ من العطايا التي خرجت للعاقلة أجمعهم لا مما خرجت للقاتل فقط، إلا أنه يمكن أن يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل: أي لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذٍ ينتظم جواب المسألة كما لا يخفى قوله: (يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) قال الشراح: قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء. أقول: أراهم خرجوا هنا عن سنن الصواب إذا الظاهر إن قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فحينئذٍ لا مجال لكون قوله المزبور إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء، إذ لا تأثير لكون الوجوب بالقضاء في أن يؤخذ كل الدية من العطاء الخارجة في سنة واحدة في مسألتنا هذه، بل إنما يكون قوله المزبور حينئذٍ إشارة إلى قوله لحصول المقصود فإنه يصلح أن يكون دليلاً عليه إذ ذاك كما لا يخفى على ذي مسكة. نعم لو جعل قوله المزبور دليلاً على قوله معناه في المستقبل لصح جعل ذلك إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلاً على ما وقع ذكره من المصنف استطراداً وبالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو أصل المسألة ومقصود بالذات هنا خالياً عن الدليل بالكلية مما لا تقبله الفطرة السليمة، على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسألة بل كان عليه أن يذكره متصلاً بقوله معناه في المستقبل قوله: (وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين) أقول: هذا التحرير مختل، إذ الظاهر أن خير «ما» في قوله وما وجب على العاقلة إنما هو قوله فهو في ماله، إذ لو كان خبره في ثلاث سنين لم يكن للفاء في قوله فهو في ماله معنى، بل لم يظهر الضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباطاً بما قبله، وهذا مما لا ستره به عند من له درية بأساليب الكلام والقواعد الأدبية، فإن كان خبر ما قوله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام، فإن ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بلا ريب. فالحق في تحرير المقام أن يقال: ومات وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل في ماله بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ثلاث سنين قوله: (ولنا أن القياس يأباه، والشرع ورد به موجلاً لا يتعداه) قال صاحب العناية في شرح قوله إن القياس يأباه: أي يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس: يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى. أقول: ليس هذا بشرح صحيح. أما أولاً فلأنه لو كان معنى قول المصنف إن القياس يأباه هو أنه لا يقتضيه لما أثبت دليلنا المذكور ها هنا مدعائنا، فإن إيجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذٍ مخالفاً للقياس، لأن عدم اقتضاء القياس إياه ليس باقتضاء لعدمه، والمخالفة إنما تتحقق في الثاني دون الأول، فإذا لم يكن ذلك مخالفاً للقياس لم يلزم من ورود الشرع

وتحقق المعجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحوّل الحق إلى القيمة بالقضاء (فيعتبر ابتداءها من وقته) أي من وقت القضاء (كما في ولد المغرور) فإن قيمته إنما تجب بقضاء القاضي وإن كان ردّ عينه قبل القضاء متعذراً، لكن جعل الواجب ردّ العين وتحوّل إلى القيمة بالقضاء لما تحقق المعجز عن ردّ العين، ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئاً وهذا هو الموعود من قبل بقوله لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين. وقوله: (وهذا) أي قول القدوري رحمه الله لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها (إشارة إلى أنه يجوز أن يزداد على أربعة من جميع الدية) فإذا أخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة أو أربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة أو اثنا عشر، وليس كذلك فإن محمداً رحمه الله نص على أنه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يأخذ من كل واحد في كل سنة

قوله: (وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها) أقول: يعني لا يترتب الحكم على الحكمة.

بدل النفس، وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته كما في ولد المغرور. قال: (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل. قال: (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها) قال رضي الله عنه: كذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره، وهذا إشارة إلى أنه يزداد على أربعة من جميع الذية، وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا يزداد على كل واحد من جميع الذية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الأصح. قال: (وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل) معناه: نسباً كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصابات: الإخوة ثم بنوهم، ثم الأعمام ثم بنوهم. وأما الآباء والأبناء فقليل يدخلون لقربهم، وقيل: لا يدخلون

بإيجاب المال في الخطأ موجلاً أن لا يتعدى غيره، لأن الذي لا يتعدى مورده إنما هو ما يخالف القياس كما تقرر في علم الأصول، وأما ثانياً فلأنه إن أراد بقوله وهي: أي حجج الشرع لا تتناقض أن حججه المعمول بها لا تتناقض فمسلّم، لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بإيجاب المال فلا محذور في اقتضائه عدم إيجاب المال بمقابلة النفس، وإن أراد به أن حجج الشرع لا تتناقض مطلقاً. أي سواء كانت معمولاً بها أو لا فممنوع، كيف وقد وضعوا في كتب الأصول باباً للمعارضة بين الأدلة الشرعية والترجيح، وبينوا أحكام ذلك على التفصيل، والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة أصلاً. ثم قال ذلك الشارح: فإن قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به. قلنا هو في معناه من حيث كونه مالاً وجب بالقتل ابتداءً. أقول: إن قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداءً ينافي ما مرّ منه في أوّل كتاب المعاقل فإنه لما قال في الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة، قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القتل: يعني ابتداءً، وقالوا: يحتز به عن دية تجب بسبب الصلح أو الأبوة في القتل العمد، فإنها في مال القاتل لا على العاقلة انتهى. ووجه المنافاة غير خاف على ذي مسكة قوله: (ولو قتل عشرة رجلاً خطأ فعلى كل واحد عشر الذية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل) أقول: قد مرّ في كتاب الجنائيات أنه إذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتضت من جميعهم، وقالوا في بيان وجهه: إن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال، لأن القتل لا يتجزأ فجاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحيثية فوجب القصاص على جميعهم، فلقاتل أن يقول هنا: فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القتالين واحداً خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كما في العمد بناء على أن القتل لا يتجزأ، وقد مرّ في كتاب الدييات أنه قد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر^(١) فليتأمل في الفرق قوله: (وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية

إلا درهم أو درهم وثلث درهم. وقوله: (وهو الأصح) احتراز عما ذهب إليه بعض مشايخنا رحمهم الله مما فهم من إشارة كلام القدوري ذكر في المبسوط وقال ذلك غلط. وقوله: (ضم إليهم أقرب القبائل معناه نسباً) قالوا هذا الجواب إنما يستقيم في حق العرب، لأن العرب حفظت أنسابهم فأمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب أما في حق العجمي فلا يستقيم لأن العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسباً، فبعد ذلك اختلف المشايخ

قال المصنف: (لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء) أقول: بل الواجب الأصلي الذية، قال الله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ فليس التحول إليها بالقضاء، فإن القضاء قضاء الله تعالى لا حكم إلا حكمه قال المصنف: (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم) أقول: أي بالقبيلة، ويحتمل أن الباء للملابسة، والمعنى: لأن نصرة القبيلة ملتبسة به قوله: (مما فهم من إشارة كلام القدوري) أقول: من للمنشئة في قوله ما.

(١) أثر عمر. أخرجه البيهقي ٩٨/٨ وذكره في ٩٦/٨ بسنده عن أبي المهلب عم أبي قلابه.

لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة، وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثر، وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات: يعني أقربهم نصرة إذا حاربهم أمر الأقرب فالأقرب، ويفوّض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به، ثم هذا كله عندنا. وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لأنه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار، ولكننا نقول: هي أحط رتبة منها؛ ألا ترى أنها لا تؤخذ من أصل المال فينتقص منها تحقيقاً لزيادة التخفيف (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث) لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة، فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر وخارج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث، وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق لأنه أيسر، إما لأن الأعطية

لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءه من وقته) قال الشراح في بيانه لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنص، ومثل النفس النفس، إلا أنه إذا رفع إلى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطئ تحول الحق بالقضاء إلى المال انتهى. أقول: فيه نظر، لأنهم إن أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقاً حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ إنما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع، كيف وقد قال الله تعالى ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ النساء الآية (٩٢)، وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله لا قتل القاتل بمقابلة ذاك، نعم إن قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ البقرة (١٩٤) كان يقتضي بإطلاقه أن يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل أيضاً بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصصاً منه بنص آخر وهو قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ النساء (٩٢) ولما خص به من ذلك كان جواب الدية في القتل خطأ منصوباً عليه من قبل رب العزة ثابتاً قبل القضاء بل قبل أن يخلق القاضي، وإن أرادوا أن ضمان المتلفات ما عدا النفس إنما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة، ولكن لا يجدي شيئاً فيما نحن فيه كما لا يخفى قوله: (وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا تصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة، والآباء والأبناء لا يكثر) أقول: فيه كلام، وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم، وأما عدم كثرة الأبناء فكثرة

رحمهم الله، فقال بعضهم: يعتبر المحال والقرى الأقرب فالأقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني. وقوله: (فيسوي بين الكل) يعني الآباء والأبناء وغيرهم لأنه صلة لأنه يجب على العاقلة على سبيل المواساة. وقوله: (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر. وقوله: (وأدخل القاتل مع العاقلة) يعني إذا كان القاتل من أهل الديوان، أما إذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا أيضاً كما لا تجب عند الشافعي رحمه الله. قال: (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) كلامه واضح. وقوله: (وعلى هذا لو كان القاتل صبيّاً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية) قيل إنه يناقض قوله في المسألة التي ذكرها قبل المعاقل فيما إذا وجد القتيل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة

قوله: (قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة) أقول: فيه بحث، لأنه لا يلائم قوله وإن كان لهم أرزاق فتأمل قال المصنف: (ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة) أقول: في المغرب الرزق ما يخرج للجندي عن رأس كل شهر، وقيل يوماً بيوم، والمرتبة الذين يأخذون الرزق يوماً بيوم وإن لم يشتوا في الديوان. وفي مختصر الكرخي: العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء انتهى.

أكثر، أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه والأعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم. قال: (وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم) لأنه هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذه غيره. وقال الشافعي: لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتباراً للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذوراً. قلنا: إيجاب الكل إجحاف به ولا كذلك إيجاب الجزء، ولو كان الخاطيء معذوراً فالبريء منه أولى، قال الله تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) لقول عمر رضي الله عنه: لا يعقل

الإخوة فممنوع، كيف وإخوته أبناء أبيه، فإذا جاز أن يكثر أبناء أبيه فلم يجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل قوله: (وإن كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث، لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه، إذ كل منهما صلة من بيت المال) قال تاج الشريعة: الفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للإنسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم، والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى. أقول: تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم مسألة مَرَّت فيما قبل وهي قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية، فإن المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء في كل سنة من الثلاث فتخرج له في سنة واحدة ثلاث عطايا، والظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة. نعم يلائم قول المصنف قبيل تلك المسألة: والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة، والذي يمكن في التوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة، وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الأكثر الأغلب وقوعاً، ومثل هذا ليس بعزيز في المتعارف. وقال صاحب الغاية: الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت، والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة. ثم قال: قال صاحب المغرب: العطية ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة. وفيه نظر، لأن محمداً قال: إذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية في أعطياتهم دون أرزاقهم، فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضاً انتهى. أقول: إن صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضوعين من المغرب: أحدهما موضع بيان الرزق، والثاني موضع بيان العطاء فقال في الأول: الرزق ما يخرج للجندي عند رأس كل شهر، وقيل يوماً بيوم. ثم قال: وفي مختصر الكرخي: العطاء ما يفرض للمقاتلة، والرزق للفقراء. وقال في الثاني: العطاء اسم ما يعطى والجمع عطية وأعطيات، وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين، والرزق ما يخرج له كل شهر. ثم قال: وفي شرح القدوري في العاقلة. الدية في أعطياتهم ثلاث سنين، فإن لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في أرزاقهم. وقال: الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة انتهى. فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضوع الأول قط، وكذا لا يرد على ما ذكره في الموضوع الثاني أولاً بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر، وإنما يرد على ما نقله من شرح القدوري بقوله وقال: الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل لفقراء

وليس بصحيح، لأن فرض المسألة فيما إذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة. لا يقال: إذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلأن لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديراً أولى. لأننا نقول: القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم، إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المألوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لا يستلزم الدية فإن قلت: هذا الجواب ينبي على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لأنه قال قبل هذا: ولا قسامة على صبي، إلى أن قال: ولا امرأة وعبد. وقال ما هنا: ولو وجد قتيل في قرية لامرأة، فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الأيمان وذلك تناقض البتة. فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وإن لم تكمل

مع العاقلة صبي ولا امرأة^(١)، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصره لتركهم مراقبته، والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصره وهو الجزية، وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل، لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لأنه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما، والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصره كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام ورضي الله عنهن (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده، ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من

المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة، وهو ليس بمرضي عند صاحب المغرب، فنسبة ذلك القول إلى صاحب المغرب نفسه وإيراد النظر عليه ليس كما ينبغي. والعجب ها هنا من صاحب العناية أنه خص بالذكر من بين ما ذكروا في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيئاً يدفعه مع ظهور أن المسألة الآتية في الكتاب بقوله وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق يأبى ذلك القول جداً قوله: (وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم) قال صاحب النهاية: اعلم أن القاتل إنما يكون كأحد العواقل في أداء نصيبه من الدية إذا كان القاتل من أهل العطاء في الديوان. وأما إذا لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضاً لأن الدية تؤخذ من الأعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتفى أثره في تقييد هذه المسألة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب العناية. أقول: هذا مشكل عندي، إذ قد مر في الكتاب أنّ من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك أن قبيلة من لا يكون من أهل العطاء في الديوان قد لا تكون هي أيضاً من أهل العطاء في الديوان وقد مرّ أيضاً أنهم قالوا: لو كان اليوم قوم تناصروهم بالحرف فعاقلته أهل الحرفة وإن كان بالحلف فأهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لأن الدية تؤخذ من الأعطيات في تعليل قوله وأما إذا لم يكن من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضاً يلزم أن لا تجب الدية على العاقلة أيضاً فيما إذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من أهل العطاء لعدم إمكان الأخذ من الأعطيات هناك لا في حق القاتل ولا في حق عاقلته واللازم باطل لا محالة فإن وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطأ وشبه العمد مجمع عليه فإذا وجب عليهم الدية البتة ينبغي أن يجب على القاتل أيضاً شيء منها وإن لم يكن من أهل العطاء للملة التي ذكرت في الكتاب وهي أن القاتل هو الفاعل لا معنى لإخراجه ومواخذة غيره فتدبر قوله: (وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما) قال

أهل المحلة خمسين كررت الأيمان، ومعناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصره واليمين على أهلها، وأما ها هنا فالقتيل وجد في قريته فيجب عليها نفياً لتهمة القتل فإنها تتحقق منها، ويتبين من هذا أن القسامة إذا وجبت على جماعة تعلق بالنصره، فمن كان أهلاً لها يدخل ومن لا فلا، فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة، وإذا وجبت على واحد تعلق بتهمة القتل. فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة، والله أعلم. قوله: (والفرض لهما من العطاء) جواب عما يقال فرض الإمام لنساء الغزاة وذرائعهم من العطاء، والعطاء إنما يدفع بنصره أهل الإسلام كما في حق الغزاة، ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا الناس. ووجهه ما قاله أن الدفع إليهن باعتبار المعونة: أي معونة

قال المصنف: (قال الله تعالى ﴿ولا تزور وزارة وزر أخرى﴾) أقول: قال القاضي في تفسيره: أي ولا تحمل نفس آمنة إثم نفس أخرى. وقال القاضي في تفسير سورة الأنعام جواب عن قولهم ﴿اتبعوا سبلنا ولتحمل خطايكم﴾ انتهى. فعلى هذا لا يتجه التمسك بها في هذا المقام لإثبات الملازمة. وأما المصنف لم يحمل على هذا المعنى بل قال: أي لا تحمل نفس حامله حمل نفس أخرى فاستدل بها فيلزم النسخ أو التخصيص قوله: (وهي قاتلة حقيقة) أقول: الواو حالية قوله: (أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء) أقول: فيه

(١) أثر عمر غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣٩٩/٤.

وقال ابن حجر في الدراية ٢٨٨/٢: لم أجده.

أهل سوادهم) لأنهم أتباع لأهل المصر، فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه. والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه، وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل (ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة، قيل هو صحيح لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء. وقيل تأويله إذا كان قريباً لهم، وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال: وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر، وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكاناً فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوي نازلاً في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر) لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه، كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لأنه لا يستنصر بهم (وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها قتل أحدهم قتيلاً على عاقلته بمنزلة المسلم) لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الإضرار،

صاحب النهاية: إن قوله هنا لا يجب على المرأة شيء من الدية وإن كانت هي القاتلة يخالف المسألة التي ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما إذا وجد القتل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقليل: وليس بصحيح لأن فرض المسألة فيما إذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة، لا يقال: إذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة، فلأن لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديراً أولى. لأننا نقول: القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء، وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم، بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لا يستلزم الدية انتهى. أقول: فيه نظر، لأن استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة بالاستقراء ممنوع، فإنه إذا وجد القتل في قرية امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شيء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما، والمتأخرون وإن قالوا: إن المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسألة إلا أن تعليمهم إياها بقولهم لأننا أنزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة كما مر في الكتاب قبيل كتاب المعاقل يأبى الفرق بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة، بل يقتضي قياس المنزل قاتلة على القاتلة حقيقة وإلا لا يتم تعليمهم المذكور لا على قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق، فالحق في التوفيق بين المسألتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فإنه قال في الكفاية: هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة، إلا أن ذلك

الإمام لهما لا باعتبار إنهما غيرهما. وقوله: (وأهل البادية أقرب إليه) يعني نسباً. وقوله: (قيل هو صحيح) الضمير راجع إلى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة. وقوله: (من أهل المصر) بيان لقوله أهل الديوان: أي أهل الديوان الذي هم من أهل المصر. وقوله: (وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة) يعني أن للولي الأبعد أن يزوج إذا كان الأقرب غائباً.

بحث؛ ألا يرى أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الأصل، بل أدخلها المتأخرون في تحملها مع العاقلة قال المصنف: (والفرض لهما من المطايا للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام) أقول: قال الإقناني: بيانه أن بنتهما تصلح لمعاونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك، ولا تصلح للنصرة لضعفهما، فكان الفرض للمعونة لا للنصرة، ويجوز أن يقال: الفرض لهما من الإمام على سبيل العون لهما كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصرة منهما لغيرهما، فلم يدل فرض العطاء للنصرة انتهى. والتشبيه في قول المصنف كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الأول في كون الفرض لا للنصرة لا في كونه للمعونة كما لا يخفى.

ومعنى التناصر موجود في حقهم (وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه) كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وإنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت، فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجر مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه، وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة. قالوا: هذا إذا لم تكن المعادة فيما بينهم

ليس بأصل الرواية وإنما هو اختيار بعض المتأخرين، وما ذكر هنا هو اختيار الطحاوي وهو الأصح وهو أصل رواية محمد انتهى. وقال في معراج الدراية: هذه المسألة مخالفة لما مرّ قبيل كتاب المعادل أنه لو وجد قاتل في دار امرأة أن المرأة تشارك العقالة عند المتأخرين، إلا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى. قال في غاية البيان: فإن قلت: قد مرّ قبيل كتاب المعادل أن القاتل إذا وجد في قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية على عاقلتها عند أبي حنيفة ومحمد، وذهب المشايخ المتأخرون إلى أنها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا. قلت: ثمة أيضاً لا تشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد، وإنما استحسنت المتأخرون في تلك المسألة خاصة انتهى. ثم قال صاحب العناية: فإن قلت: هذا الجواب يبتنى على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض، لأنه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي إلى أن قال ولا امرأة ولا عبد، وقال ها هنا: لو وجد قاتل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر الأيمان وذلك تناقض البتة. فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الأيمان، فمعناه لا يكمل أهل المحلة خمسين في الصبي والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهل، وأما هنا فالقتل وجد في قريتها فتجب عليها نفياً لثمة القتل فإنها تتحقق منها، وتبين من هذا أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة، فمن كان أهلاً لها يدخل ومن لا فلا، فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة، وإذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل، فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة، إلى هنا كلامه. أقول: فيه أيضاً نظر، أما أولاً فلأن كون ذلك مذكوراً في سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الأيمان ممنوع، بل ذلك مسألة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال، إذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لا نفى صلاحيتهم للقسامة مطلقاً، أي سواء كانوا منضمين إلى الغير لتكميل الخمسين أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين إلى الغير متروكان بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة، إذ الفرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام إلى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم الصلاحية لها حال الانفراد إذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى. وأما ثانياً فلأن ما ذكره من أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة،

وقوله: (لا سيما في المعاني العاصمة) كحدّ القذف والسرقة والقصاص ووجوب الدية. وقوله: (فالدية في ماله في ثلاث سنين) أي لا على بيت المال، لأن النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا، بخلاف المسلم فإن دينه على بيت المال إذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجيء. وقوله: (وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم) أي ليس بسبب نصرة أهل الإسلام إياه. وقوله: (لعدم التناصر) لأن التعادل يبتنى على الموالاة وذلك ينعدم عند اختلاف الملة، قال الله تعالى ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ وقوله: (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) ظاهراً لا ألفاظاً نذكرها. وقوله: (وعاقلته أهل الكوفة) الواو للحال. وقوله: (لكن حصّة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة) يعني وإن كان بعد القضاء. وقوله: (بخلاف ما إذا قلت العاقلة) متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضي قضى بدية على عاقلته من أهل الكوفة، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل، وقد

ظاهرة، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض، وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر. ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة. وقال زفر: يقضي على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف، لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة، وصار كما إذا حول بعد القضاء. ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال، وكذا الوجوب على القاتل وتحمل عنه عاقلته، وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء، بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك، لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة،

وإذا وجبت على الواحد تعلل بتهمة القتل من عندياته لا يساعده العقل ولا النقل، أما عدم مساعدة العقل فلأن كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتين وجوب القسامة على الجماعة وجوبها على الواحد، فتعليل إحداها بالأول والأخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكم بحت. وأما عدم مساعدة النقل فلأنهم كانوا يعللون وجوب القسامة والدية مطلقاً بكل واحدة من العلتين المذكورتين كما لا يخفى على من يراجع المعتمرات وقد مرّت الإشارة إلى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر قوله: (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة) قال بعض الفضلاء: هذا مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم. وجوابه أن ذلك مبني على الغالب انتهى. أقول: يأبى هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله إنهم لا يتعاقلون فيما بينهم لأن النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف، فالأولى في الجواب أن يقال: المراد هناك نفي الوقوع: أي لم يقع التعاقل فيما بينهم، والمراد هنا بيان الجواز: أي وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف مللهم تبصر قوله: (ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي على عاقلته من أهل البصرة) أقول: لقاتل أن يقول: قد مرّ في أوائل كتاب المعامل أن العاقلة إنما خصوا بالضم إلى القاتل في أداء الدية، لأن القاتل إنما قصر لقوة فيه، وتلك القوة بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به، ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسألة على عاقلة القاتل من أهل الكوفة كما ذهب إليه زفر لأن الجناية إنما صدر عنه حال كون عاقلته أهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدورها عنه إنما كانت بأنصاره الذين هم أهل الكوفة، والتقصير في مراقبته وقتئذ إنما وقع منهم، إذ لا شك أن عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على أهل البصرة فكان ينبغي أن يقضي بالدية عليهم لا على أهل البصرة. ويمكن الجواب بأن ما ذكره هناك حكمة أن خصت العاقلة بالضم إلى القاتل في تحمل الدية لا علته، وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد، كما في الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تمشية ما ذكر هناك في مسائلنا هذه، فإن ملاك الأمر في تمام جواب المسألة هو الدليل، وقد ذكره المصنف

ذكر الفرق بينهما بقوله لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحمّلين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله. وقوله: (لكن يقضي ذلك) أي الإبل من مال العطاء بأن يشتري الإبل من مال العطاء. قال: (وعاقلة المعتقد قبيلة مولاة) كلامه واضح. وقوله: (ولا تعقل أقل من نصف عشر الدية) لأن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال. قيل هذا إذا كانت الجناية فيما دون النفس، فأما بدل النفس فتحملة العاقلة وإن كان أقل

قال المصنف: (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم) أقول: مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم. وجوابه أن ذلك مبني على الغالب قال المصنف: (فإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء) أقول: فيه أن تحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر غير مرة، وهذا التقصير إنما وقع من أهل الكوفة، فينبغي أن تجب عليهم.

بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب، لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله، وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة، ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم، وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان، وبعد القضاء على عاقلة بالبادية لا يتحول عنهم، وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول لأنه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم، غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء، والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبداً لما فيه من إبطال القضاء الأول، لكن يقضى ذلك من مال العطاء لأنه أيسر. قال: (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لأن النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام «مولى القوم منهم»^(١). قال: (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لأنه ولاه يتناصر به فأشبهه ولاه العتاقة، وفيه خلاف الشافعي وقد مر في كتاب الولاء. قال: (ولا تعقل

بقوله ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء الخ، ولا محالة أنه يقتضي أن يقضى بالدية على أهل البصرة لا على أهل الكوفة، لأن وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان ديوان القاتل متحولاً إلى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فإنهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء، ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلة لعدم سبق وجوبها القضاء، فلا بد أن يقضى بها على من هو عاقلة وقت الوجوب تحقيقاً للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيما مر قوله: (بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب الخ) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام: قوله بخلاف ما إذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلة من أهل البصرة إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلة من أهل الكوفة، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل. وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الأول لا إبطاله انتهى. أقول: مقدمتهم القائلة مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل مع كونها مستدركة في بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها، إذ ليس فيما إذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد إلى أحد قط، بل إنما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم، ولا شك أن التكثير يغير النقل بل ينافيه. وعن هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين: إن في النقل إبطال حكم الأول، وفي

من نصف العشر؛ ألا ترى أن القبيلة إذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم، وإن كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لأنها بدل النفس، وكذلك من قتل عبداً قيمته مائة وخمسون درهماً فإنه تتحمله العاقلة، لأن تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعله النص فلا يعتبر للتحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في التحمل لا النص ولا علته فيجب في ماله. وقوله: (ولا عبداً) قال أبو عبيد: اختلفوا في تأويل قوله ﷺ «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً» فقال لي

قال المصنف: (ومولى الموالاة يعقل عند مولاه وقبيلته) أقول: لا بد على قول من يقول لا يدخل الآباء والأبناء في العاقلة لأنهم لا يكثر من الفرق بين المولى وبينهم، ولعل التزامه لأداء الدية في العقد هو الفارق، ولأجل ذلك لم يعقل في المعتق مولاه وقبيلته، إذ لا التزام بالعقد فيه تأمل قوله: (وقوله ولا عبداً، قال أبو عبيد: اختلفوا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً ولا

(١) صحيح مضمّن في الزكاة، وغير ذلك.

العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعداً) والأصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعتراًفاً ولا ما دون أرش الموضحة»^(١) وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس، ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ولا إجحاف في القليل وإنما هو في الكثير، والتقدير الفاصل عرف بالسمع. قال: (وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي، أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء، إلا أنا تركناه بما رويناه، وبما روي أنه عليه الصلاة والسلام أوجب أرش الجنين على العاقلة^(٢) وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات، فما دونه يسلك به مسلك الأموال لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذاً بالقياس. قال: (ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما

الضم تقرير حكم الأول لا إبطاله، ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين المذكورتين إن أمر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل تقف قوله: (قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف عشر الدية فصاعداً) قال في النهاية: والدليل على أنها لا تتحمل ما دون نصف العشر أن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال، كذا في شرح الأقطع انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: يرد عليه أن لكل مفصل من أصبع فيها ثلاثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مر في كتاب الديات حيث قال: وفي كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية. ثم قال: وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل، ففي أحدهما ثلث دية الأصبع فكان لكل مفصل من أصبع فيها ثلاثة مفاصل أرش مقدر هو أقل من نصف عشر الدية، ويجب القصاص في عمده لا محالة لإمكان رعاية المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقرر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنائيات، فانتقض به كل واحد من قوله إن القصاص لا يجب في عمده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى. نعم قد تدارك صاحب الغاية إصلاح المقدمة الثانية: أعني قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال: ويدل عليه من جهة النظر أن دون الموضحة ليس له أرش مقدر في نفسه فأشبهه ضمان الأموال. ثم قال: لأن قيل: أرش الأنملة مقدر وهو ثلث دية الأصبع فينبغي أن تتحملة العاقلة. قل له ليس أرشها مقدراً بنفسها بل هو مقدر بغيرها وهو الأصبع، ونحن إنما شبهنا ما دون الموضحة بالأموال من حيث أنه لم يكن له أرش مقدر بنفسه انتهى. لكن بقيت المقدمة الأولى وهي قوله إن القصاص لا يجب في عمده مجروحة تدبر قوله: (والأصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعتراًفاً ولا ما دون أرش الموضحة») قال أبو عبيد: اختلفوا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام

محمد بن الحسن رحمه الله: إنما معناه أن يقتل العبد حرّاً فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده، إنما جنايته هي رقبته أن يدفعه إلى المجني عليه أو يفديه. ثم قال: وهذا قول أبي حنيفة. وقال ابن أبي ليلى: إنما معناه أن يكون العبد مجنياً عليه يقتله حرّاً أو يجرحه يقول: فليس على عاقلة الجاني شيء إنما ثمنه في ماله خاصة. قال أبو عبيد: فذاكرت الأصمعي في ذلك فإذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى لجريه على كلام العرب، ولا يرى قول أبي حنيفة جائزاً، يذهب إلى أنه لو كان

عبداً فقال لي محمد بن الحسن: إنما معناه أن يقتل العبد حرّاً (الخ) أقول: قال الإتياني: واحتج محمد في ذلك بشيء رواه عن ابن عباس. قال محمد: حدثني عبد الرحمن بن أبي زياد عن أبيه عن عبيد الله بن عتبة بن مسعود، عن ابن عباس قال: «لا تعقل العاقلة

(١) لا أصل له مرفوعاً وإنما هو قول ابن عباس. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣٩٩/٤ ومثله ابن حجر في الدراية ٢٨٨/٢ حيث قال: أما المرفوع فلم أجده. والموقوف رواه محمد بن الحسن عن ابن عباس وليس فيه ذكر «أرش الموضحة» اهـ.

وتقدم سرد بعض الآثار في ذلك في كتاب الديات.

(٢) هو بعض حديث متفق عليه تقدم في الجنين.

لزم بالصلح أو باعتراف الجاني) لما رويناه، ولأنه لا تناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم. قال: (إلا أن يصدقوه) لأنه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم (ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي) لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولي الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة) لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم (ولم يكن عليه شيء في ماله) لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما، بخلاف الأول

«لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً»^(١) فقال محمد بن الحسن: إنما معناه أن يقتل العبد حرّاً فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده، إنما جنايته في رقبته أن يدفعه إلى المجنى عليه أو يفديه. ثم قال: وهذا قول أبي حنيفة. وقال ابن أبي ليلى: إنما معناه أن يكون العبد مجنياً عليه يقتله حرّاً أو يجرحه فليس على عاقلة الجاني شيء إنما ثمنه في ماله خاصة. قال أبو عبيد: فذاكرت الأصمعي في ذلك فإذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى على كلام العرب، ولا يرى قول أبي حنيفة جائزاً، يذهب إلى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبداً. ومعنى قول الأصمعي إن في كلام العرب يقال عقلت القتل إذا أعطيت دية وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيته عنه. كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته. وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه، وسياق الحديث وهو قوله «لا تعقل العاقلة عمداً» وسياقه وهو قوله «ولا صلحاً ولا اعتراًفاً»^(٢) يدلان على ذلك لأن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف، كذا في العناية. أقول: الجواب محل للخصم، إذ للخصم أن يمنع كون معناه ما ذكر ويقول: بل

المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبداً، ومعنى قول الأصمعي إن في كلام العرب يقال عقلت القتل إذا أعطيت دية، وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيته عنه. قال الأصمعي: كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته. وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه، وسياق الحديث وهو قوله «لا تعقل العاقلة عمداً» وسياقه وهو قوله «ولا صلحاً ولا اعتراًفاً» يدلان على ذلك، لأن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف، وعلى هذا فقول بعد هذا (ولا تعقل العاقلة جناية العبد) إضافة المصدر إلى فاعله. وأما إذا جنى الحرّ على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة. وقوله: (والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) إلا أن في الإقرار تجب الدية في ثلاث سنين، وفي الصلح عن العمد يجب المال حالاً إلا إذا شرط الأجل في الصلح فيكون مؤجلاً. وقوله: (ففي الثابت بالإقرار أولى) يريد أن الثابت بالبينة أولى منه بالإقرار، لأن الثابت بها كالثابت معاينة. وفي القتل معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى. وقوله: (وتصادقهما حجة في حقهما) لأن أحد المتصادقين ولي القتل، ومن زعمه أن الدية إنما وجبت لا على المقر فأقراره حجة على نفسه. وقوله: (بخلاف الأول) أراد به قوله والإقرار والصلح لا يلزمان

عمداً ولا صلحاً ولا اعتراًفاً ولا ما جنى المملوك» قال محمد: أفلا ترى أنه قد جعل الجناية جناية المملوك قوله: (وأجيب بأن عقلته يستعمل الخ) أقول: فيه بحث، إذ يجوز أن يكون المعنى: لا تعقل العاقلة من قتل عمداً، ولا من صولح عن دمه، ولا من اعترف بقتله فإن الخصم يذهب إلى أن المعنى ذلك قوله: (وفي القتل معاينة الدية) أقول: ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى، ولعل الأولى أن يقال: إذا ثبت القتل خطأ بالبينة تلزم الدية العاقلة، ومع هذا يؤجل إلى ثلاث سنين تحقيقاً للتخفيف، ففي الثابت بالإقرار أولى أن يؤجل للتخفيف، لأن الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل قوله: (ففيهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار الخ) أقول الفهم منه بعيد، ولعل المراد به قوله ومن أقر بقتل خطأ إلى قوله قضى عليه بالدية في ماله قوله: (أجيب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله ديناً لدفع التوى الخ) أقول: قوله لدفع متعلق بقوله يستقيم.

(١) تقدم قبل حديث واحد. وهو موقوف.

(٢) هو المتقدم قبل حديثين موقوف، ولا أصل له مرفوعاً.

(إلا أن يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته) لأنه في حق حصته مقرّ على نفسه وفي حق العاقلة مقرّ عليهم. قال: (وإذا جنى الحرّ على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته) لأنه بدل النفس على ما عرف من أصلنا. وفي أحد قولي الشافعي تجب في ماله لأنه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت، وما دون النفس من العبد لا تتحملة العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف، وفي أحد قوليه العاقلة تتحملة كما في

معناه لا تعقل العاقلة من قتل عمداً بصيغة المجهول، ومن صولح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول أيضاً فيؤول المعنى في الكل إلى معنى عقلت القتل لا إلى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب إلزاماً قوله: (لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيئة ففي الثابت بالإقرار أولى) قال صاحب العناية: يريد أن الثابت بالبيئة أقوى منه بالإقرار، لأن الثابت بها كالثابت معاينة، وفي القتل معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال: ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى، وقال: ولعل الأولى أن يقال: إذا ثبت القتل الخطأ بالبيئة يلزم الدية على العاقلة ومع هذا يؤجل إلى ثلاث سنين تحقيقاً للتخفيف، ففي الثابت بالإقرار أولى يؤجل للتخفيف لأن الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل انتهى. أقول: ليس ما قاله بسديد، إذ ليس كلام المصنف هنا أصالة في الدية ولا في التأجيل نفسه، لأن وجوب الدية بطريق التأجيل في القتل الخطأ، إذ قد علم في كتاب الجنایات وفي كتاب الديات وفيما مرّ غير مرة في كتاب المعادل، وإنما الكلام هنا أصالة في كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الإقرار، ولهذا قصر المصنف البيان عليه في تعليل هذه المسألة، وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الأولى أن يقال الخ إنما يفيد كون الدية مؤجلة إلى ثلاث سنين في هذه المسألة، لا كون التأجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الإقرار، والمقصود بالبيان هنا هو الثاني دون الأول. وأما ما ذكره صاحب العناية فيفيد الثاني لأنه قال: وفي القتل معاينة إنما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا أولى، وهذا يثبت كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الإقرار، لأن وجوب الدية إذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتأجيل الدية فرع وجوبها لا محالة، إنما يتصور التأجيل من وقت القضاء لا قبله. وعن هذا قال في المبسوط كما نقل عنه في النهاية. والتأجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الإقرار، لأن الثابت بالإقرار بالقتل لا يكون أقوى من الثابت بالمعاينة، وفي القتل المعائن الدية إنما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى قوله: (وما دون النفس من العبد لا تتحملة العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف) أقول: فيه كلام، وهو أنه إن كان مراد المصنف بقوله على ما عرف ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحرّ والعبد ولا بين العبدین عندنا بقوله ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة، كما صرح به صاحب الغاية حيث قال هنا: لنا أن الأطراف

العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار في مال المقرّ وإنما وجبت الدية هناك في مال المقرّ لأن هنالك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقرّ ضرورة. فإن قيل: لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحوّل بزعمه إلى عاقلته بقضاء القاضي، فإذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين إلى ذمة المحيل. أجيب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله ديناً لدفع التوى عن مال المسلم، وهذا ليس كذلك فإنه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر، فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحوّل إليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف. وقوله: (وقد مرّ من قبل) أي في أول فصل بعد باب جنابة المملوك. وقوله: (قال أصحابنا رحمهم الله: إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال) يعني إذا كان القاتل مسلماً ببديل قوله لأن جماعة المسلمين هم أهل النصرة، والنصرة بالولاية وهي منقطعة بيننا وبينهم، والباقي ظاهر. وقوله: (ثم أقيمت الكتابة) أي فإنه حينئذ يرجع قوم الأم على الأب وقوله: (والأصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل إذا تبذل حكماً فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الأول قضى بها القاضي أو لم يقض) كالمولود بين عبد

الحرّ وقد مرّ من قبل . قال أصحابنا: إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال . وعن أبي حنيفة رواية شاذة أن الدية في ماله، ووجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل لأنه يدل متلف والإتلاف منه، إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر . وإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل (وابن الملاحة تعقله عاقلة أمه) لأن نسبه ثابت منها دون الأب (فإن عقلوا عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب) لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم، لأن عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب، ومتى ظهر من الأصل فقوم الأم تحملوا ما كان واجباً على قوم الأب فيرجعون عليهم لأنهم مضطرون في ذلك، وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤدّ كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أدبت الكتابة لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الأب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فيبتين أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم، وكذلك رجل أمر صبياً بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الأمر إن كان الأمر ثبت بالبينة، وفي مال الأمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الأمر، أو على عاقلته لأن الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير . قال رضي الله عنه: ها هنا عدّة مسائل ذكرها محمد متفرقة . والأصل الذي يخرج عليه أن يقال: حال القاتل إذا تبدل حكماً فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الأول قضى بها أو لم يقض، وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعة حوّلت الجناية إلى الأخرى

يسلك بها مسلك الأموال، ولهذا لا يجري القصاص في العمد بين طرف الحرّ والعبد فلا تتحملة العاقلة كطرف البهيمة، وقد مرّ ذلك في باب القصاص فيما دون النفس، وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى . ينتقض حينئذ ما ذكره في تعليل مسألتنا هذه بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر إلى ما دون نصف عشر الدية، فإن الدليل المذكور هنا يجري هناك أيضاً مع تخلف الحكم عنه وإن كان مراده به ما ذكره في فصل بعد باب جناية المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون الآدمية، بخلاف النفس من العبد فإن المعتبر في إتلافها هي الآدمية دون المالية عندنا جاز أن لا ينتقض ما ذكره هنا بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحرّ ما دون نصف عشر الدية، إذ لم يصح أحد بسقوط اعتبار الآدمية في أطراف الحرّ بالكلية، إلا أنه لا يتم الدليل المذكور هنا حينئذ على أصل أبي حنيفة، فإنه يعتبر المالية والآدمية معاً في أطراف العبد، وإنما يتم هذا على أصل أبي يوسف ومحمد فإنهما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية، وقد مرّ ذلك كله في الفصل المزبور في بيان مسألة من فقأ عيني عبد إنسان، والمسألة التي نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا فلا معنى لأن يبنى دليلها على أصل بعض منهم دون بعض، وبالجمله لا يخلو

وحرة إذا جنى ثم أعتق العبد لا تتحول الجناية عن عاقلة الأم لأن ها هنا تبدل حاله بأن انتقل ولاؤه عن موالي الأم إلى موالي الأب، وكالغلام إذا حفر بشراً قبل أن يعتق أبوه ثم سقط في البئر رجل بعد ما أعتق أبوه فإن القاضي يقضي بالدية على عاقلة الأم ولا يجعل على عاقلة الأب من ذلك شيئاً، لأن الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك الحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فإن الجناية لا تتحول إلى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر، فإن العبد إذا حفر بئر في طريق المسلمين بغير إذن مولاه فقبل أن يبق فيه إنسان باعه ثم وقع في ملك المشتري إنسان فمات فالضمان على البائع لا على المشتري، لأن ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا تتحول الجناية وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعة حوّلت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع، وقد ذكر صورته في الكتاب، وكما إذا مات المكاتب عن ولد حرّ ووفاء فلم يؤدوا مكاتبته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنايته قوم أمه ثم أدبت الكتابة فإن عاقلة الأم يرجعون بما أدوا على عاقلة الأب، لأن عتق المكاتب عند أداء البذل يستند إلى حال حياته، فتبين أنه كان للولد ولاء من جانب الأب حين جنى وأن موجب

وقع القضاء بها أو لم يقع، ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء، فإن كان قضي بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية، وإن لم يكن قضي بها على الأولى فإنه يقضي بها على الثانية، وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده إلا فيما سبق أدأؤه فمن أحكم هذا الأصل متأملاً يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد.

المقام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى قوله: (وفي أحد قوليه تتحملة كما في الحرّ وقد مرّ من قبل) قال صاحب الغاية: أي في أول فصل بعد باب جنابة المملوك، واقتضى أثره في هذا التفسير صاحب العناية والشرح العيني ولم يتعرض لتفسير ذلك أصلاً سائر الشراح. أقول: لو كان مراد المصنف بقوله وقد مرّ من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حوالاته هنا غير رائجة قطعاً، إذا لم يذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعي ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها.

جنايته على موالي أبيه فلذلك يرجعون على موالي الأب ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة إلى البصرة من قبل، وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده، كما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد أخذ البعض منهم ضم إليهم أقرب القبائل نسباً وقد تقدم. وقوله: (إلا فيما سبق أدأؤه) استثناء من قوله اشتركوا: يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل إليهم.

كتاب الوصايا

كتاب الوصايا

قال الشراح: إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة، لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت، والوصية معاملة وقت الموت. أقول: يرد عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورد في آخر هذا الكتاب، وإنما المورد في آخره كتاب الخشى كما ترى. نعم إن كثيراً من أصحاب التصانيف أوردوه في آخر كتبهم، لكن الكلام في شرح هذا الكتاب. ويمكن الجواب من قبل الشارح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الإضافي، فإن آخره الحقيقي وإن كان كتاب الخشى إلا أن كتاب الوصايا أيضاً آخره بالإضافة إلى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي، وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في أوائل كذا وأواخره، فإن صيغة الجمع لا تتمشي في الأول الحقيقي والآخر الحقيقي. وإنما المخلص من ذلك تعميم الأول والآخر للحقيقي والإضافي، ويمكن أن يقال أيضاً: لما كان ما ذكره في كتاب الخشى نادراً من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضاً جعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب. ثم إن الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية، ومنه قوله تعالى: ﴿حين الوصية﴾ المائدة (١٠٦) ثم سمي الموصى به وصية، ومنه قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصون بها﴾ النساء (١٢) وفي الشريعة: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع، كذا في عامة الشروح. قال بعض المتأخرين: ثم الوصية والتوصية وكذا الإيضاء في اللغة: طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته. وفي الشريعة: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عيناً كان أو منفعة، هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب، والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بأنها مستحبة غير واجبة، وأن القياس يأبى جوازها، فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسألة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد. والمسائل المتعلقة بالوصي مذكورة في كتاب الوصايا بطريق التطفل، لكن التحقيق أن هذه الألفاظ كما أنها موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه أيضاً لطلب شيء من غيره ليفعله بعد مماته فقط، نقل هذا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده، لكن يشترط استعمال لفظ الإيضاء باللام في المعنى الأول وبإلى في المعنى الثاني، فحينئذ يكون ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل، إلى هنا لفظه. أقول: ما عده تحقيقاً ليس بشيء، أما أولاً فلأن التي تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة إنما هي المسائل المتعلقة بالوصي دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد، فإن استعمال لفظ الإيضاء فيها باللام لا بإلى، يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى إليها كما لا يخفى، فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل إذ لم يشملها شيء من المعنيين المذكورين قط. وأما ثانياً فلأن مسائل التبرعات الواقعة من الإنسان في مرض موته بطريق التنجيز مذكورة أيضاً في كتاب الوصايا، ومنها باب العتق في المرض كما سيجيء في الكتاب، ولا ريب في عدم شمول شيء من المعنيين المذكورين شيئاً من تلك المسائل، فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر إلى ذينك المعنيين معاً، فمن أي كان ارتكاب جمعها في لفظ واحد بتأويل بعيد مع عدم

كتاب الوصايا

كتاب الوصايا

عموم المشترك عندنا حقيقةً بأن يعدّ تحقيقاً كما زعمه ذلك القائل . ثم أقول : الوجه في التفصي عن أمر التطفل في حق المسائل التي ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته . ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال : هي إيجاب بعد الموت فإنهما يشملان تلك المسائل جملة كما لا يخفى على المتأمل ، والوجه في التفصي عن أمر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات والمنجزات حمل معنى الوصية شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الإيضاح حيث قال : ذكر في الإيضاح : الوصية ما أوجبها الموصي في ماله بعد موته أو مرضه الذي مات فيه انتهى . فإنه يشمل جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي مسكة . ثم إن سبب الوصية سبب سائر التبرعات ، وهو إرادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقبى . وشرائطها : كون الموصي أهلاً للتبرع ، وأن لا يكون مديوناً ، وكون الموصى له حياً وقت الوصية ، وإن لم يكن مولوداً ، حتى إذا أوصى للجنين إذا كان موجوداً حياً عند الوصية يصح وإلا فلا ، وإنما تعرف حياته في ذلك الوقت بأن ولد قبل ستة أشهر حياً ، وكونه أجنبياً حتى أن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإجارة الورثة ، وأن لا يكون قاتلاً وكون الموصى به شيئاً قابلاً للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجوداً في الحال أو معدوماً ، وأن يكون بمقدار الثلث حتى أنها لا تصح فيما زاد على الثلث ، كذا في النهاية وفي العناية أيضاً بطريق الإجمال . أقول : فيه قصور . بل خلل . أما أولاً فلأنه جعل من شرائطها أن لا يكون الموصي مديوناً بدون التقييد بأن يكون الدين مستغرقاً لتركته ، والشرط عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره . وأما ثانياً فلأنه جعل من شرائطها كون الموصي حياً وقت الوصية ، والشرط كونه موجوداً وقت الوصية لا كونه حياً فيه ، ألا يرى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حياً ، وتلك إنما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف بأحوال الجنين في الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور في عامة المعبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصي له موجوداً وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلاً ، وأما ثالثاً فلأنه جعل من شرائطها أن يكون الموصي به مقدار الثلث لا زائداً عليه ، وهو ليس بسديد على إطلاقه فإن الموصي إذا ترك ورثة فإنما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث إن لم تجزه الورثة ، وإن أجازوه صحت وصيته به . وأما إذا لم يترك وارثاً فتصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرّر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين : مرة بأن يكون له وارث ، وأخرى بأن لا يجيزه الوارث .

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

قال: (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) والقياس يأبى جوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل ملكتك غداً، كان باطلاً فهذا أولى، إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها، فإن

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

قال بعض المتأخرين في حل هذا التركيب: أي ما يجوز منه وما لا يجوز، وما يستحب منه وما لا يستحب. وقال: ثم ظاهر الإبدال يفيد أن المراد ببيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه، لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة، فالأولى إيرادها بالواو العاطفة انتهى. أقول: فيه خلل فاحش. أما أولاً فلأنه سلك مسلك التقدير في قول المصنف ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال: أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب. ولا يذهب عليك أن ذاك التقدير إن صح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه، إذ ليس في جنس الوصية ما يخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لا يرتفعان عن شيء، فلم يبق من جنس الوصية شيء يغير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لأن يذكر بعدهما، فإن قيد كل واحد منهما شيء يخرج منه ما يستحب منه لا يبقى من ذلك شيء يغير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى يندرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره. لا يقال: المراد بالجواز تساوي الطرفين وعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلاً مجرد رفع التساوي حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما، ويجوز أن يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه. لأننا نقول: نفي الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلاً، فمن أين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك. ولئن سلم جواز إرادة ذلك به يفسد معنى المقام إذ يلزم حينئذ أن يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فيخالف ما ذكره في أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهي مستحبة. وبالجمله لم

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

إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة، لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت، والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنائيات والديات لما أن الجنانية قد تفضي إلى الموت الذي وقته وقت الوصية. والوصية اسم بمعنى المصدر، ثم سمي الموصى به وصية، وهي في الشريعة تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وسبب التبرعات وشراؤها كون الموصي أهلاً للتبرع، وأن لا يكون مديوناً، وكون الموصى له حياً وقت الوصية وإن لم يولد، وأجنبياً عن الميراث، وأن لا يكون قاتلاً، وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئاً قابلاً للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجوداً في الحال أو معدوماً، وأن يكون بمقدار الثلث. وركنتها أن يقول: أوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها. وأما حكم الوصية ففي حق الموصى له أن يملك الموصى به ملكاً جديداً كما في الهبة وفي حق الموصي إقامة الموصى له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث. وصفتها ما ذكره بقوله: (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) فقوله غير واجبة رد لقول من يقول: إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض، ولقول من

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

قوله: (وسببها سبب التبرعات) أقول: وهو طلب زيادة الزلفى في العقبى كما مر في الوقت قوله: (وشراؤها كون الموصي أهلاً للتبرع وأن لا يكون مديوناً) أقول: أي ديناً مستغرقاً لتركته قوله: (وأجنبياً عن الميراث) أقول: أي وقت الموت قوله: (وأن لا يكون قاتلاً) أقول: قال في البدائع: وأن لا يكون حريباً غير مستأمن، فإن كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمي.

الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي، وفي شرع

يوجد لما ارتكبه محمل صحيح قط. فالصواب أن لا تقدير في شيء من كلام المصنف ها هنا، فإن صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها: أي كونها مرجوعاً عنها، وهذه الصفات كلها حاصلة مما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة إلى تقدير شيء أصلاً حتى عدم الجواز فإنه صفة للوصية الغير الشرعية، وعنوان الباب إنما كان في صفة الوصية الشرعية. نعم قد يذكر في أثناء مسائل الباب ما لا يجوز من الوصايا، لكن لأجل إزالة أن يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية، لا لأنه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر الكتب. وأما ثانياً فلأن قوله لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد، إذ لا نسلم أن الظاهر ذلك، ولا نسلم أن أحداً سواه صرح به، وإنما الذي صرحوا به أن صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة، لا أن مراد المصنف بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة؛ ألا يرى أنهم إنما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركناتها وحكمها وصفتها لا عند شرح قول المصنف باب في صفة الوصية الخ وكم بين المقامين؟ وأما ثالثاً فلأن قوله فالأولى إirاده بالوإو العاطفة لا يكاد يصح إذ لو أورده المصنف بالوإو العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية أي فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه، فيصير قوله وما يستحب منه لغواً من الكلام لكونه تكراراً محضاً فكان هذا القائل نسي قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالأولى إirاده بالوإو العاطفة ولعمري إنه عجيب من مثله قوله: (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) أقول: الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقاً لا يناسب ما مرّ آنفاً في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه، ولا ما سيأتي في الكتاب من أن الوصية بالثلث للأجنبي جائزة وبدون الثلث مستحبة إن كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم، وإن كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى، فكان الظاهر أن يقال: الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة، اللهم إلا أن يوجه قوله وهي مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لا أنها مستحبة على الإطلاق، فكأنه قال: إنها لا تصل إلى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب، لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التي فرط فيها، إذا الظاهر أنها واجبة كما صرح به الإمام الزيلعي في التبيين. قال في العناية أخذاً من النهاية: قوله غير واجبة ردّ لقول من يقول: إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض، ولقول من يقول: الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين﴾ البقرة (١٨٠) والمكتوب علينا فرض، ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة قال: وهي مستحبة انتهى. أقول: في قوله غير واجبة ردّ لقول من يقول: إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا

يقول: الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين﴾ والمكتوب علينا فرض، ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة قال: وهي مستحبة. والقياس يأبى جوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال ملكيته، ولو أضافه إلى حال قيامها بأن قال ملكتك غداً كان باطلاً فهذا أولى، إلا أنا استحسانه لحاجة الناس إليها، إلى آخر ما ذكر في الكتاب. وقوله: (ومثله في الإجارة بيناه) في

الوصية ذلك فشرعناه، ومثله في الإجارة بيناه، وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين، وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ والسنة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث

يرثون فرض نظر، لأن الفرض غير الواجب عندنا، إذ الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني كما تقرر في علم الأصول، فلا يلزم من من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول: إنها فرض في حق الوالدين والأقربين، بل الظاهر أن الرد لقول ذلك إنما يحصل بقوله وهي مستحبة. ثم إن في أسلوب تحريره سماجة ظاهرة إذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم﴾ البقرة (١٨٠) الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلاً عليهما، بل المتبادر أن تكون دليلاً على قربتها، ولا يخفى أنها لا تصلح لأن تكون دليلاً على القول الثاني، وصاحب النهاية وإن شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين إلا أنه ذكر دليلاً آخر بعده من السنة حيث قال: وقال عليه الصلاة والسلام «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه»^(١) انتهى. فجاز أن يجعل الدليل الأول دليلاً على القول الأول، والدليل الثاني على القول الثاني بطريق التوزيع على اللف والنشر المرتب. وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر. ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا أن لا نذكره ها هنا قوله: (وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين) قال صاحب العناية: قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس، واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: فيه بحث، إذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت، فإنه قال في وجه القياس: ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قال ملكتك غداً كان باطلاً فهذا أولى، فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعاً، اللهم إلا أن يتمحل بأن يقال: معنى كونه جواباً عن وجه القياس مجرد تضمنه قرح مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لأنه تملك مضاف إلى حال زوال مالكيته لا كونه جواباً قاطعاً له عن عرقه. والأوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تنميط لوجه الاستحسان، فإنه لما كان في تجوز تملك مضاف إلى حال زوال المالكية نوع استبعاد

أنها عقد يأبى القياس جوازها لكونها مضافة إلى زمان في المستقبل، وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس إليه. وقوله: (وقد تبقى المالكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس. وقوله: (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ إلى آخر ما ذكر) بيان لوجه الاستحسان. وقد استدلل أبو بكر الرازي رحمه الله على نسخ قوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت﴾ بهذه الآية، وقد ذكره الإمام المحقق فخر الإسلام في أصوله وقررنه في التقرير بأن الله تعالى رتب الميراث على وصية نكرة والوصية الأولى كانت معهودة فإنها الوصية للوالدين، فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها، وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض، لأن المحل محل بيان ما فرض للوالدين، وحيث رتبها على وصية منكورة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار،

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٨٣٨ ومسلم ١٦٢٧ وأبو داود ٢٨٦٢ والترمذي ٩٧٤ و٢١١٨ والنسائي ٢٣٩٨ وابن ماجه ٢٦٩٩ ومالك ٧٦١/٢ وأحمد ١٠٠/٢. ١١٣. ٥٠. ١٠٢/٢ والدارمي ٤٠٢/٢ وابن الجارود ٩٤٦ وابن حبان ٦٠٢٣ والدارقطني ١٥٠٠/٤. ١٥١. والبغوي ١٤٥٧ والبيهقي ٢٧١/٦ ٢٧٢ من طرق كلهم عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» هذا لفظ البخاري. ومسلم وغيرهما. وأخرجه مسلم ١٦٢٧ والنسائي ٢٣٩٨ وعبد الرزاق ١٦٣٢٦ وأحمد ٤/٢ وابن حبان ٦٠٢٥ كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر مرفوعاً إلا أن فيه «ثلاث ليالٍ» تنبيه: وأما سياق صاحب شرح الهداية فهو غريب.

ذكره ابن عبد البر من طريق ابن عون، وكذا الطحاوي وذكر النسائي إسناداً فقط دون لفظه، وقال ابن عبد البر: لم يتابع ابن عون على لفظ «لا يحل» اهـ ذكره الآبادي في تعليقه على الدارقطني ١٥١/٤ قلت: ورواية للدارقطني: ما ينبغي لرجل... الحديث.

شتم» أو قال «حيث أحببتكم»^(١) وعليه إجماع الأمة. ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما رويناه، وسنبين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى. قال: (ولا تجوز ما زاد على الثلث) لقول النبي عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه «الثلث والثلث كثير» بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف، ولأنه حق

لكونه التملك فرع بقاء الملك تدارك دفعه بأن قال: إن المالكية لا تزول عن الإنسان بالكلية بعد الموت، بل تبقى مالكيته بعده في حق ما يحتاج إليه كما في قدر التجهز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث قوله: (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى: «من بعد وصية يوصي بها أو دين») النساء (١١) قال صاحب العناية: وقد استدل أبو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين» البقرة (١٨٠) بهذه الآية، وقد ذكره الإمام المحقق فخر الإسلام في أصوله، وقد قررناه في التقرير بأن الله تعالى رتب الميراث على وصية نكرة، والوصية الأولى كانت معهودة فإنها الوصية للوالدين، فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض، لأن المحل محل بيان ما فرض للوالدين، وحيث رتبها على وصية منكورة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة، وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى. أقول: يرد عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الأولى لم تبق لازمة، فإن الميراث وإن لم ترتب في هذه الآية الوصية الأولى للمعهودة لكنها رتب على وصية مطلقة حيث قيل «من بعد وصية يوصي بها» النساء (١١) فدخلت تلك الوصية الأولى أيضاً تحت إطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء وجوب الوصية الأولى حتى يلزم انتساخ الآية الأولى بهذه الآية. وفائدة ترتيب الميراث على الوصية المطلقة دون الوصية الأولى المعهودة فقط إفادة تأخر الميراث عن الوصية الشرعية أيضاً كما هو المذهب في مقدار الثلث. وعن هذا أورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الأولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الإسلام فنسخ بآية الميراث بأن قال: فيه نظر، لأن آية الميراث لا تعارضه بل تؤكد من حيث أنها تدل على تقديم الوصية مطلقاً انتهى. ثم إن بعض الفضلاء ردّ قول صاحب العناية لرتب هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها حيث قال: ولعل هنا سهواً، والعبارة الصحيحة لرتبه عليها انتهى. أقول: إنما الساهي نفسه، لأن مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لرتب هذه الوصية هو الميراث، ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وإنما عبر عن الميراث بالوصية تأسيساً بكلام الله تعالى، فإنه تعالى قال في أول آية الميراث «يوصيكم الله في أولادكم» النساء (١١) وقال المفسرون: أي يأمركم ويعهد إليكم في شأن ميراثهم، ثم قال تعالى في آخر تلك الآية «وصية من الله» النساء (١٢) فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن قوله:

وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة، وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا. وذكر فخر الإسلام وجهاً آخر وقد قررناه في التقرير واستدلالة بالنسبة ظاهر. وقوله: (وعليه) أي على جواز الوصية (إجماع الأمة) وقوله: (لما رويناه) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «ثلث أموالكم» من غير تقييد بإجازة. وقوله: (وسنبين ما هو الأفضل فيه) أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية (ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص) وهو ما روى محمد

(١) حسن لشواهد. أخرجه ابن ماجه ٢٧٠٩ والبيهقي ٢٦٩/٦ واليزار كما في نصب الراية ٤٠٠/٤ كلهم من حديث أبي هريرة دون لفظ «فضموها حيث شتم».

قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لضعف طلحة بن عمرو.

وورد من حديث أبي الدرداء أخرجه أحمد ٤٤٠/٦، ٤٤١ واليزار والطبراني كما في المجموع ٢١٢/٤.

وقال الهيثمي وفيه أبو بكر بن أبي مريم، وقد اختلط. وورد من حديث معاذ بن جبل أخرجه الطبراني كما في المجموع ٢١٢/٤ بلفظ رد إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حياتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم.

وقال الهيثمي: وفيه عقبه بن حميد الضبي وثقة ابن حبان.

الورثة، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك مصيره على ما بيناه، وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم

(ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه «الثلث والثلث كثير»^(١) بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف) قال بعض المتأخرين: يعني أن هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة، وقوله عليه الصلاة والسلام إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم^(٢) الخ وإن دل عليه أيضاً لأنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوّه على الأصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدلل عليه بهذا دون ذلك انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، إذا لا يخفى عليكم أن قوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم»^(٣) الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر، ولا دلالة لأن مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف، وإنما يدل على جواز الوصية بالثلث، فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر إلى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم»^(٤) الخ وإن دل عليه أيضاً، ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لأنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوّه على الأصل، فإن بقاء ما فوّه على أصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث أصلاً، وإنما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث. وقال ذلك البعض: إلا أن لقائل أن يقول: نفى جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث لا يدل صراحة على نفى جوازها بما بين النصف والثلث، فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في

ابن الحسن رحمه الله في كتاب الآثار قال: أخبرنا أبو حنيفة قال: حدثنا عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبي وقاص قال «دخل النبي ﷺ يعودني فقلت يا رسول الله أفأوصي بمالي كله؟ قال لا، فقلت: فبالنصف؟ قال لا، قلت: فبالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، ولا تدع أهلك يتكفون الناس» وفي صحيح البخاري «إنك أن تدع ورثك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس». وقوله: (وهذا لأنه ظاهر، والضمير البارز في قوله لم يظهره وأظهره للاستغناء. وقوله: (تحرزاً عما يتفق من الإيثار) أي احترازاً عما يوجد من تأذي البعض وقطعية الرحم بسبب (إيثار) البعض على البعض على ما نيتيه، يعني عند قوله بعد هذا ولا تجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية، روي بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم، وروي الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل. وقوله: (إلا أن تجيز الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث. وقوله: (لأن الساقط متلاش) دليل قوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته. وتقريره لأن إجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادقتها محلاً والساقط متلاش فإجازتهم متلاشية، فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة

قوله: (فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية) أقول: لعل هنا سهواً، والعبارة الصحيحة: لرتبه عليها قوله: (بل بعد: أي وصية كان نصيبهما) أقول: ولنا فيه بحث، فإن دلالة ما ذكره على عدم بقاء لزوم الوصية المفروضة ممنوعة، وإنما دلالة على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط، بل هو متأخر عنها وعن غيرها أيضاً إن وجدت، كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يدل الكلام على تأخير الميراث عن الوصية بالتبرعات مع أنه مقصود عليك بالتأمل قال المصنف: (ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد «الثلث والثلث كثير»^(١) أقول: قال النووي: يجوز رفع الثلث ونصبه، فالرفع على

(١) تقدم تخريجه في أول هذا الباب.

(٢) تقدم تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.

(٣) هو المتقدم.

(٤) هو المتقدم.

الاستدلال بحديث سعد^(١) أيضاً انتهى. أقول: هذا أيضاً ليس بتام، لأن نفي جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث وإن لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث إلا أن قوله عليه الصلاة والسلام «والثلث كثير»^(٢) بعد إثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث أو أوص الثلث، أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر: أي الثلث كاف، أو على أنه فاعل محذوف الفعل: أي يكفيك الثلث يدل على نفي لزادة على الثلث، فإن المراد به أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه، إذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى أن نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة، وقد أشار إليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد رضي الله عنه «الثلث والثلث كثير»^(٣) بعد نفي وصيته بالكل والنصف، ولم يقل لحديث سعد، فقول ذلك القائل فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضاً ممنوع قوله: (ولأنه حق الورثة وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافي بأن قال: ولأنه انعقد سبب الزوال أملكه عنه إلى غيره لأن المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه، ولو تحقق السبب لزوال من كل وجه، فإذا انعقدت ثبت ضرب حق انتهى. أقول: في هذا التعليل قصور، لأنه إنما يتمشى فيما إذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما إذا وقعت حال صحته، إذ لا ينعقد سبب زوال إليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته، فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به، فالأولى في تعليل هذه المسألة ما ذكره صاحب البهائم حيث قال: ولأن الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت، وعند الموت حق الورثة متعلق بماله إلا في قدر الثلث، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم، وذلك لا يجوز من غير إجازتهم، وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لأن الوصية إيجاب مضاف إلى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام، إلى هنا لفظه تدبر قوله: (إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم

الموصي. فإن قيل: لا نسلم عدم مصادفة المحل فإن حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين، فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كأجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد. أجاب بقوله: (غاية الأمر) يعني أن حقهم وإن استند إلى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم: يعني كما في العقود الموقوفة إذا لحقتها

أنه فاعل: أي يكفيك الثلث. أو على أنه مبتدأ محذوف الخبر أو عكسه، والنصب على الإغراء أو على تقدير أعط الثلث قال المصنف: (وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم) أقول: فرق بين انعقاد السبب وتحققه كما يعلم من الكافي حيث قال: لأن المرض سبب الموت، وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه، ولو تحقق السبب لزوال من كل وجه، فإذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى. وفي مباحث العلة من كتب الأصول أن المرض علة تشبه الأسباب قال المصنف: (ولأن الحقيقة تثبت عند الموت، وقبله يثبت مجرد الحق) أقول: ظاهره مخالف لما سبق آنفاً من قوله إذ الحق يثبت عند الموت، إلا أن المراد هنا ثبوته بطرق الاستناد، بخلاف ما سبق كما لا يخفى.

(١) هو موقوف. أخرجه الدارقطني ١٥١/٤ والديلمي في الفردوس ٢٧٩٦ والبيهقي ٢٧١/٦ كلم من حديث ابن عباس

ولفظ الدارقطني والبيهقي «الإضرار في الوصية من الكثرة» وإسناده ضعيف لضعف عمر بن المغيرة

قال الذهبي في الميزان بعد أن ذكر له هذا الحديث: والمحموظ موقوف وقال البخاري: عمر بن المغيرة منكر الحديث مجهول اهـ.

والحديث ورد موقوفاً على ابن عباس أخرجه النسائي في الكبرى ١١٠٩٢ والدارقطني ١٥١/٤ والبيهقي ٢٧١/٦ وغيره وضعفه أحمد

ورود من حديث خالد بن عبيد السلمي أخرجه الطبراني كما في المجموع ٢١٢/٤ بلفظ «إن الله أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم»

وقال الهيثمي: إسناده حسن.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٤٢، ٢٧٤٤، ٢٧٤٨ وأبو داود ٢٨٦٤ والترمذي ٢١١٦ والنسائي ٢٤١/٦، ٢٤٢، ٣٤٣ وابن ماجه ٢٧٠٨

والدارمي ٣٠٧٩ والطيالسي ١٩٤ ١٩٥ وأحمد ١٦٨/١، ١٧١، ١٧٤، ١٧٦ كلهم من حديث سعد بالفاظ متقاربة.

(٣) تقدم قبل حديث واحد.

تحرزاً عما يتفق من الإيثار على ما نبينه، وقد جاء في الحديث «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر»^(١) وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث. قال: (إلا أن يجيزه 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

كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث. قال بعض المتأخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث: أراد لا تجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط، لا أنه لا تجوز هذه الوصية أصلاً. وقال هنا: فإن قلت: كيف يجوز إعمال اللفظ الواحد في بعض مدلوله دون بعض، وبأي توجيه أمكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل إن ردوا؟ قلت: يجعله في حكم وصايا متعددة بأن يجعل مثلاً قوله أوصيت لفلان بثلاثي مالي في قوة أوصيت له بثلثه وثلثه الآخر، ويجعل قوله أوصيت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أوصيت له بثمانية آلاف وبالفين إلى غير ذلك صيانة لكلام العاقل عن إلغائه ما أمكن، وحذراً عن إبطال حق يمكن إثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيحه بضرب من التأويل فتدبر فإن هذا مما بهم فهمه انتهى. أقول: حسب أنه أتى بأمر مهم يتوقف عليه صحة معنى المقام، ولم يدر أنه إنما ارتكب شططاً، فإن صحة بعض أجزاء شيء واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه؛ ألا يرى أنهم صرحوا بأنه إذا جمع بين عبد ومدير في بيع بصفقة واحدة أو جمع بين عبد ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم إليه من المدير أو المكاتب أو أم الولد بناء على أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى الآخر، وكذا الحال فيما إذا جمع بين الأجنبية وأختها في النكاح، والمحذور بحسب العقل إنما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحداً، وأما إذا كان متعدداً بأن كان محل الصحة بعضاً من شيء ذي أجزاء ومحل الفساد بعضاً آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلاً أصلاً، فلا ولجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا أمر داع إليه، وصيانة كلام العاقل عن الإلغاء مهما أمكن، والحذر عن إبطال حق يمكن إثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعو إليه أصلاً فيما نحن فيه لأن إلغاء الوصية فيما فضل عن الثلث إذا رده الورثة، وإثباتها في مقدار الثلث ضرورة على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة أو أقيمت على حالها الظاهرة من كلامه وبالجمل ما ذهب إليه ذلك البعض هنا أمر وهمي لا أصل له كما ترى قوله: (لأن الساقط متلاش) قال الشراح قاطبة: قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته، وتقريره لأن إجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فإجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث انتهى. أقول: فيه إشكال، أما أولاً فلأنه لا وجه لأن يقال: إن إجازتهم في حال حياة المورث ساقطة، لأن إجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة أصلاً كما صرح به فيما قبل وبينه، والسقوط إنما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الأصل لكن زال ذلك لداع؛ ألا يرى أنه لا يقال سقط حق غير

الإجارة، وكثيبت الملك في الغصب عند أداء الضمان، فإن الملك يثبت فيهما مستنداً إلى أول العقد والغصب (وهذا) يعني ما نحن فيه من الإجازة (قد مضى وتلاشى) حين وقع إذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد. وقوله: (ولأن الحقيقة) دليل آخر تقريره حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت لا قبله، وإنما يثبت قبله مجرد حق الملك (فلو استند) ملكه إلى أول المرض (من كل وجه لانقلب الحق حقيقة) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت، وإنما قيد بقوله من كل وجه دفعاً لوهم من يقول حق الوارث بتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين

(١) تقدم تخريجه في أول هذا الباب.

قال البيهقي: هذا هو الصحيح موقوف.

يستند عند الإجازة، لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا 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،

الوراث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقه أصلاً. وأما ثانياً فلأنه يلزم الفصل بين المدعي ودليله على تقدير كون قوله المذكور تعليلاً لما ذكره بمسألة أخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه، ولا يخفى ركاكته وبعده عن شأن المصنف. والحق عندي أن قول المصنف هذا تعليل لقوله قبيله فليس لهم أن يرجعوا عنه: يعني أن إجازتهم بعد الموت إسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فحينئذ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى قوله: (غاية الأمر أنه يستند عند الإجازة) وفي بعض النسخ عند الاستغناء (لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير، وهي أن حق الورثة وإن ثبت عند الموت إلا أنه يستند إلى أول المرض، فبالموت يظهر أن حقهم كان ثابتاً قبل الموت فينبغي أن تصير إجازتهم في حال حياة المورث بمنزلة إجازتهم بعد موته بسبب الاستناد. فأجاب بأن الاستناد إنما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفة إذا لحقتها الإجازة فإنها تصح إذا كان المعقود عليه قائماً، وكثبت الملك في المغصوب عند أداء الضمان، وهذا أي ما نحن فيه من الإجازة في حال حياة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغواً وقتئذ فلم يكن قائماً فلا يظهر في حقه الاستناد. هذا خلاصة ما في عامة الشروح، وإلى هذا التقرير أشار فخر الإسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية. وقال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا: فإن قيل: لا نسلم عدم مصادفة المحل فإن حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين، فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كإجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد. أجاب بقوله غاية الأمر: يعني أن حقهم وإن استند إلى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة إذا لحقتها الإجازة، وكثبت الملك في الغصب عند أداء الضمان، فإن الملك يثبت فيهما مستنداً إلى أول العقد والغصب، وهذا يعني ما نحن فيه من الإجازة قد مضى وتلاشى حين وقع إذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد انتهى. أقول: فيه خلل، فإنه قال في أول تقرير السؤال: لا نسلم عدم مصادفة المحل واستند إلى منع ذلك بقوله فإن حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين. وقال في آخر تقرير الجواب تعليلاً لقول المصنف: وهذا قد مضى وتلاشى إذ لم يصادف محله، وعمد مصادفته المحل هو الذي قد كان منع في أول السؤال فختم الجواب به مصادفة كما لا يخفى قوله: (ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) قال بعض الفضلاء: ظاهره مخالف لما سبق آنفاً من قوله إذا الحق يثبت عند الموت، إلا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى. أقول: منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد مجرد في قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق، فإن المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على

فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضاً. ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضاً لانقلب الحق حقيقة من كل وجه، وهو لا يجوز لما مر. فإن قيل: الوارث إذا عفا عن جراح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين: إما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة، وإما أن لا يكون هذا القلب مانعاً. أجب بأن هذا القلب مانع إذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق، بخلاف الإجازة فإن السبب لم يتحقق ثمة لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت، فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل، فنحن بين أمرين: إما أن نبطل العفو عن الجراح نظراً إلى عدم الحقيقة، وإما أن نجيز الإجازة نظراً إلى وجود الحق وفي ذلك إبطال لأحدهما. فقلنا: لا تجوز الإجازة نظر إلى انتفاء الحقيقة، وجاز العفو نظراً إلى وجود الحق،

وكذا إن كانت الوصية للوارث وأجازه البقية فحكمه ما ذكرناه. (وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من

الثالث بقوله ولأنه حق الورثة إلى آخره، والمراد بالحق في قوله فيما سبق آنفاً، إذ الحق يثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلاً، وأما الحق الثابت بطريق الاستناد فإنما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة إلى أن يحمل على ذلك قول المصنف وقوله يثبت مجرد الحق، بل لا وجه له بالنظر إلى ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق قوله: (فلو استند من كل وجه لانتقلب حقيقة قبله) يعني لو استند ملك الورثة إلى أول المرض من كل وجه لانتقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت. قال صاحب العناية: وإنما قيد بقوله من كل وجه دفعاً لوهم من يقول: حق الورثة يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضاً. وجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضاً لانتقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى. أقول: لمانع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضاً انقلاب الحق حقيقة أصلاً فضلاً عن استلزامه انقلابه إياها من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق مجرد تعلق حقهم بمال المورث من أول المرض في كلا الأمرين معاً بدون أن ينتقلب الحق حقيقة أصلاً، إذ لا ريب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهي ولم يقم عليه برهان، ولهذا وقع على اعتبار إجازتهم قبل الموت أيضاً اجتهد مالك وابن أبي ليلى والزهري والأوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكروا. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: الوراثة إذا عفا عن جراح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين: إما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة، وإما أن لا يكون هذا القلب مانعاً. أجيب بأن هذا القلب مانع إذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الإجازة، فإن السبب لم يتحقق ثمة لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت، فقبل الاتصال لو انتقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين أمرين: إما أن نبطل العفو عن الجراح نظراً إلى عدم الحقيقة، وإما أن نجيز الإجازة نظراً إلى وجود الحق، وفي ذلك إبطال لأحدهما، فقلنا: لا تجوز الإجازة نظراً إلى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظراً إلى وجود الحق، ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول اهـ. أقول: فيه خلل، لأن قوله فنحن بين أمرين الخ مفرعاً على ما قبله ليس بسديده، أما أولاً فلأن قوله وإما نجيز الإجازة نظراً إلى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قرّر فيما قبل أن ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة، وأن انقلاب الحق حقيقة مانع إذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب، وإن

ولم نمكس لكون العفو مطلوب الحصول. وقوله: (والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة) جواب عما يقال الإجازة إسقاط من الوراثة لحقه برضاه فكان كسائر الإسقاطات وفيه لا رجوع فكذا فيها. ووجهه أنه قد عرف أن ثمة حقاً وحقيقة، وإنما رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لأن الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب. وقوله: (وكذا إن كانت الوصية للوارث) ظاهر. وقوله: (وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) ذكره تعريفاً

قال المصنف: (فلو استند من كل وجه) أقول: لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا ببطلان الحقيقة الخ كما في الكافي لكان له وجه قال المصنف: (ينتقلب حقيقة قبله) أقول: في الملازمة كلام قوله: (فلو استند إلى أول المرض) أقول: فيه بحث قوله: (فإن قيل: الوراثة إذا عفا عن جراح أبيه) أقول: أي جراح خطأ قوله: (وإما أن لا يكون هذا القلب مانعاً) أقول: الأولى: وإما أن لا يصلح هذا العفو أو تبديل مانعاً بقوله باطلاً فتأمل، فإن لما في الكتاب وجهاً ظاهراً، ثم قوله هذا القلب: يعني لزوم القلب، وقوله مانعاً: يعني عن صحة الإجازة قوله: (لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت) أقول: وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق، ولذلك قال: فنحن بين أمرين الخ قوله: (وفي ذلك إبطال لأحدهما) أقول: يعني الحقيقة.

قبل الموصي) عندنا، وعند الشافعي من قبل الوارث، والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي، والإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمرتبه إذا أجاز بيع الراهن. قال: (ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً بعد

السبب لم يتحقق في صورة الإجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت. وأما ثانياً فلأن قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول، مع أن ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك أصلاً. وبالجمله لا مجال لربط قوله فنحن بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب أيضاً، فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح أبيه قبل موت أبيه بما ذكره قبله كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدارية، ثم إن بعض الفصلاء أورد على قوله لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بأن قال: وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق. وقال: ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ انتهى. أقول: ليس شيء من كلامه بمستقيم. أما نقضه بالجرح فلأن الجرح فعل واحد صادر عن الجراح لا تكرر فيه إلى أن يموت المجروح حتى يقال: إن السبب هو الجرح المتصل بالموت، بل إنما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجراح، إلا أن يحتمل أن يكون قاتلاً وغير قاتل، وبالموت يظهر أنه قاتل، بخلاف المرض فإنه حالة انفعالية تتكرر وتتجدد إلى الموت، فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب للموت فافترقا.

وأما قوله ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ فلأن فاء التفريع تنافي ذلك كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام قوله: (وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث) قال صاحباً النهاية والعناية: وجه قول الشافعي إن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكاً للوارث لأن الميراث يثبت للوراث من غير قبوله ولا يرتد برده، فإجازته تكون إخراجاً عن ملكه بغير عروض، وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض انتهى. وهكذا ذكر في الكافي أيضاً. أقول: قد قصروا في تقرير وجه قول الشافعي في مسألتنا هذه حيث قيدوا المال الذي صار مملوكاً للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم أن لا يتمشى فيما إذا كان ما أجازته الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة إجازته الوصية لوراث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث، فإن الحكم في تلك الصورة أيضاً داخل في كلية مسألتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروا من الدليل للشافعي فيها كما ترى. فالأولى في بيان وجه الشافعي هنا ما ذكر في معراج الدارية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث وللقاتل والإجازة لا تعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لأنها تملك بلا عرض اه. فإنه يعم الكل ثم إن الصحيح في هذه المسألة قولنا لما ذكر في الكتاب قوله: (ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً لقوله عليه

على مسألة القدوري. وجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكاً للوراث، لأن الميراث يثبت للوراث بغير قبوله ولا يرتد برده، فإجازته تكون إخراجاً عن ملكه بغير عوض، وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض. ولنا أن الموصي صدر منه السبب، وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك، وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملك من الموصي. وقوله: (والإجازة رفع المانع) جواب عن جعل الإجازة إخراجاً عن الملك: يعني أن الإجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وإنما هو رفع للمانع. وقوله: (وليس من شرطه القبض) رد لكونها هبة فكانه يقول: لو كان هبة لكان القبض شرطاً وهو ممنوع فصار ما نحن فيه، كالمرتبه إذا أجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله، فأجازة المرتبه رفع المانع. وعروض بأن الوارث إن أجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله، وذلك يدل على كونه مالاً فيكون التملك من جهته. وأجيب بأن الوارث كان له حق أسقطه بالإجازة، وإسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وإن

قوله: (وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة) أقول: كيف يكون ردأ، إذ الشافعي يقول: يكون القبض من شرطه.

أن كان مباشراً) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية للقاتل» ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما

الصلاة والسلام «لا وصية للقاتل»^(١) أقول: لقاتل أن يقول: إن هذا الحديث مما يعارضه إطلاق قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ النساء (١١) وعموم قوله ﷺ «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم» أو قال «حيث أحببتهم»^(٢) كما مر ثم إن هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيداً لإطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه، وإن صلح أن يكون مخصصاً لعموم ذلك الحديث الآخر فإنما يتصور ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط، فإذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضاً ويتساقطاً في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الأصول على ما عرف في محله، فمن أين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل؟ قال في البدائع: قال مالك: تصح الوصية للقاتل، واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره. ثم قال: ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال «لا وصية لقاتل»^(٣) وهذا نص، ويروي أنه قال «ليس لقاتل شيء»^(٤) ذكر شيء نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعاً، وبه تبين أن

لم يكن تمليكاً كالعتق، والفائدة تظهر فيما إذا أجاز في مشاع يحتمل القسمة فإن الإجازة صحيحة وتصير ملكاً للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا، ولو كان التملك من جهة الوارث انعكست هذه الأحكام لكون الإجازة حينئذ هبة. قال: (ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً الخ) لا تجوز الوصية لمباشر القتل عامداً كان أو خاطئاً لقوله ﷺ «لا وصية للقاتل» (ولأنه استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث) ورد بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين. وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه، والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم، ولعل

قوله: (لانعكست هذه الأحكام) أقول: كما عند الشافعي قال المصنف: (ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية) أقول: فيه تأمل، فإن هذا مذهب المعتزلة، والأجل عندنا واحد. والجواب أنا لا نقول: العبد قطع عليه الأجل كما تقوله المعتزلة بل نقول كما قلنا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام «الصدقة تزيد في العمر» قوله: (مقاسمة قاتل أبيهم) أقول: مثلاً قوله: (وسلوك طريق الدلالة أسهل) أقول: نعم لو ثبت شرط الدلالة، وذلك محل نظر.

(١) باطل. أخرجه الدارقطني ٢٣٧/٤ والبيهقي ٢٨١/٦ كلاهما من حديث علي بن أبي طالب في إسناده مبشر بن عبيد قال الدارقطني: مبشر بن عبيد متروك الحديث. يضح الحديث.

وقال البيهقي: تفرد به مبشر بن عبيد الحمصي، وهو منسوب إلى وضع الحديث، وإنما ذكرت هذا الحديث لتعرف روايته.

(٢) هذا الخبر تقدم تخريجه في أول هذا الباب.

(٣) تقدم قبل حديث واحد.

(٤) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٦٤٦ ومالك ٨٦٧/٢ والبيهقي ٢١٩/٦ وأحمد ٤٩/١ كلهم عن عمرو بن شعيب «أن أبا قتادة رجل من بني مدلج قتل ابنه فأخذ منه عمر مائة من الإبل وقال عمر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ليس لقاتل ميراث» ورواية مالك «ليس لقاتل شيء» وكذا رواه الشافعي في الرسالة فقرة ٤٧٦ بتحقيق أحمد شاكر.

قال البوصيري في الزوائد: إسناده حسن اه لكنه منقطع عمرو بن شعيب لم يدرك عمر. وكذا قال ابن حجر في التلخيص ٨٤/١.

وله طرق أخرى فقد أخرجه الترمذي ٢١٠٩ وابن ماجه ٢٦٤٥ والدارقطني ٩٦/٤ والبيهقي ٢٢٠/٦ كلهم من حديث أبي هريرة بلفظ القاتل «لا يرث» لكن مداره على إسحاق بن أبي فروه.

قال الترمذي: هذا حديث لا يصح، وإسحاق تركه بعض أهل الحديث، والعمل على هذا عند أهل العلم. وأخرجه أبو داود ٤٥٦٤ مطوّلاً والدارقطني ٩٦/٤ والبيهقي ٢٢٠/٦ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وله شاهد من حديث ابن عباس أخرجه الدارقطني ٩٦/٤ والبيهقي ٢٢٠/٦ وفيه «قضى النبي ﷺ ليس لقاتل ميراث» وأخرجه البيهقي عن ابن المسيب مرسلًا.

قال البيهقي بعد أن ذكر المراسيل عن عمرو بن شعيب: هذه مراسيل جيدة يقوّي بعضها بعضاً، ثم قال البيهقي عقب حديث أبي هريرة: إسحاق لا يحتج به إلا أن شواهد تفرّقه اه فهذا بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن، ولا سيما العمل عليه عند عامة الفقهاء.

يحرم الميراث. وقال الشافعي: تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا، وعنده لا تبطل، والحجة عليه في الفصلين ما بيناه (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو

القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى. أقول: ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية، ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخراً عن العام في الورد وهو لم يثبت قط، ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصصاً لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد، ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصاً منه قوله: (ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث) قال في العناية: ورد بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين. وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايلة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه، والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى. أقول: لا الرد شيء ولا الجواب. أما الأول فلأن التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقاً على الحرمان من الميراث حتى يرذ بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين، بل إنما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعل الاستعجال بفعل محظور وهو القتل، ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتَي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيهما. وأما الثاني فلأن كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايلة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع، كيف ولو كان الأمر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند إجازة سائر الورثة إياه وتركهم المغايلة، كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به، وأيضاً لو كان الأمر كذلك لزم أن لا يحرم القاتل عن الميراث إذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعاً. والحق أن سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جنابة عظيمة منه وهي القتل بغير حق، فإنه يستدعي العقوبة بأبلغ الوجوه، وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث، والقاتل الموصى له يشاركه في هذا المعنى، فجاز قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث وإليه أشار المصنف بقوله ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى: يعني استعجله بارتكاب جنابة عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث، وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال: ولأن القتل بغير حق جنابة عظيمة فيستدعي الزجر بأبلغ الوجوه، وحرمان الوصية يصلح زاجراً كحرمان الميراث فيثبت انتهى. ثم قال صاحب العناية: ولعل التنصيص عن عهدة كونه قياساً على طريقتنا عسر جداً وسلوك طريق الدلالة أسهل انتهى. أقول: فيه بحث، لأن من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذي كان الحكم لأجله في المنطوق متحققاً في الملحق بالدلالة بطريق الأولوية أو بالتساوي، وتحقق ذلك فيما نحن فيه بطريق المذكور

التفصي عن عهدة كونه قياساً على طريقتنا عسر جداً، وسلوك طريق الدلالة أسهل وقال الشافعي رحمه الله: (تجوز الوصية للقاتل) مطلقاً لأنه أجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره. (وعلى هذا الخلاف) بيننا وبينه (إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا، وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين) يعني فيما إذا كان القتل قبل الوصية أو بعدها (ما بيناه) يعني من الحديث فإنه بإطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها، ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بأن ذلك صحيح إذا كان القتل بعد الوصية، وأما إذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة. وأجيب بجعل الجرح مستعجلاً وإن تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن المعتبر في كون الموصى له قاتلاً أو قاتلاً أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية، فبالنظر إلى وقت الموت كان القتل مؤخراً عن الوصية. واعترض بنقض إجمالي بأن ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر إذا قتل مولاة لأن التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل. وأجيب بأن عتقه من

قوله: (فبالنظر إلى وقت الموت كان القتل مؤخراً عن وقت الوصية) أقول: فيه تأمل.

يوسف: لا تجوز) لأن جنايته 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»^(١) ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه، ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت

ممنوع على أصل أبي حنيفة ومحمد، فإن المعنى المتقضي لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر بإجازة الورثة أصلاً ولهذا لا يرث القاتل سواء أجازته الورثة أو لم تجزه بخلاف المعنى المتقضي لحرمانه عن الوصية فإنه يتغير ويتكسر بإجازة الورثة عند أبي حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما إذا أجازتها الورثة كما ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث أقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة في شأن الوصية على أصلهما ثم أقول: ها هنا احتمال آخر وهو أن لا يكون مراد المصنف بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الإلحاق بطريق الدلالة بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه، ويدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لثم دليله العقلي بلا احتياج إليه فإن استعجال القاتل ما أخره الله تعالى جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يترهم الرد المذكور أصلاً وتسقط الكلمات المتعلقة به ببجائزها كما لا يخفى قوله: (ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث) أقول: أرى دليلهما هذا ضعيفاً جداً، فإن قوله إن الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الإطلاق، إذ قد تقرر فيما مر أن الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا جازت الوصية بهذا القدر للأجانب وإن لم يجزها الورثة، وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشيء للقاتل بدون إجازة الورثة فكيف يتصور أن يكون الامتناع في قدر الثلث أيضاً لحقهم. ثم إن تعليل ذلك بقوله لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام، لأن مجرد عود نفع بطلانها إليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لا يقتضي كونه في الإرث أيضاً لحقهم، فلزم أن يجوز إرث القاتل أيضاً بإجازتهم عندهما ولم يقل به أحد، قال في العناية: فإن قيل: ما الفرق بينها وبين الميراث إذا أجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث. أجيب بأن الإجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه، بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الكلام هنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بأن

حيث إن موته جعل شرطاً لعتقه وقد وجد، ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لأنه تعذر الرد من حيث الثروة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بإيجاب السعاية (ولو أجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يجوز لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها، ولهما أن الامتناع لحق الورثة) إلى آخر ما ذكر في الكتاب فإن قيل: ما الفرق بينهما وبين الميراث إذا أجازت الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث؟ أجيب بأن الإجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه، بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد. وقوله: (ولأنهم لا يرضونها) أي الوصية (للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم) أي لأحد الورثة، وفي

(١) صحیح. أخرجه أبو داود ٣٥٦٥ والترمذي ٢١٢٠ وابن ماجه ٢٧١٣ وسعيد بن منصور في سننه ٤٢٧ والطيالسي ١١٢٧ والبيهقي ٢٦٤/٦ وأحمد ٢٦٧/٥ كلهم من حديث أبي امامة سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث... الحديث.

ورود من حديث عمرو بن خارجة في أثناء حديث وفيه: «إن الله أعطى...» الحديث

أخرجه الترمذي ٢١٢١ والنسائي ٢٤٧/٦ وابن ماجه ٢٧١٢ والدارمي ٣١٤٢ وسعيد بن منصور ٤٦٨ والطيالسي ١٢١٧ وأحمد ١٨٦/٤، ١٨٧، ٢٣٨، ٢٣٩

قال الترمذي عقب الحديثين: حسن صحيح. وله طرق أخرى أوردها الزيلعي في نصب الراية ٤٠٣/٤، ٤٠٤ فهو يرقى إلى درجة الصحيح بمجموع طرقه.

الوصية لأنه تملك 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

أحدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع، بل إنما الكلام هنا في أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا، ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظراً إلى دليلهما، وفي كونها من جهة العبد نظراً إلى صدور سببهما وهو القتل عن العبد، فما معنى أن تعمل الإجازة التي هي تصرف من البعد في ارتفاع أحدهما دون الآخر، وبعبارة أخرى إن الميراث وإن كان من جهة الشرع بدون صنع العبد إلا أن حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل، فكان فعله هذا مانعاً عن ميراثه من المقتول فلم لا تجوز أن عمل الإجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وبصنعه قوله: (ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه^(١)) قال صاحب العناية: قوله بالحديث الذي رويناه إشارة إلى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية انتهى. أقول: هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور إذ لم يتقدم من المصنف في كتاب الهبة ذكر حديث في حق من خصص بعض أولاده في العطية، بل لم يتقدم منه ثمة ذكر تلك المسألة قط فكيف تتصور الحوالة عليه بها ها هنا. والصواب أن مراد المصنف هنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو الإشارة إلى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر»^(٢) وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى قوله: (وإقرار المريض للوارث على عكسه) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء. وقال صاحب العناية: أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور. وردّ عليه التأويل الثاني بعض الفضلاء بأن قال: الوصية هي المذكورة بالهواء لا المذكور فالأولى أو ما ذكر انتهى. أقول: ردّه ساقط لأن الوصية إنما تكون هي المذكورة بتاء التانيث لا المذكور أن لو كان الألف واللام في اسم

الوصية لأحدهم إن أجازها البقية نفذت فكذا القاتل. وقوله: (ولا تجوز لوارثه) أي لوارث الموصي لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث» ولأنه يتأذى البعض إلى آخر ما ذكر في الكتاب. وقوله: (بالحديث الذي رويناه) إشارة إلى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية. وقوله: (يعتبر كونه وارثاً غير وارث وقت الموت) ذكر في فتاوى قاضيخان: ولو أوصى لإخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثاً لأنهم لا يرثون مع الابن فإن كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لأب وللأخ لأم، وبطلت للأخ لأب وأم لأنه يرثه مع البنت، وإن لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للأخ لأب لأنه لا يرثه، وبطلت للأخ لأب وأم وللأخ لأم لأنهما يرثانه. وقوله: (وإقرار المريض للوارث على عكسه) أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور: أي يعتبر في الإقرار

قوله: (بتأويل الإيصاء أو المذكور) أقول: الوصية هي المذكورة بالهواء لا المذكور، فالأولى أو ما ذكر قوله: (ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فأعتق فمات الأب صح الإقرار) أقول: قوله أقر لابنه العبد الذي ليس عليه دين. قال في الكافي في فصل في اعتبار حالة الوصية قبيل باب العتق في المرض، وإذا أوصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو وهب له وسلمه أو أقر له بدين فأسلم الابن أو عتق قبل موته بطل ذلك كله، أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت، وأما الإقرار وإن كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنة قائم وقت الإقرار فيورث تهمة الإيثار فصار باعتبار التهمة ملحقاً بالوصايا، وذلك كمن أقر لأخيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والأخ المقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى. ولا يخفى عليك مخالفتها لما ذكره صاحب النهاية فتأمل قوله: (وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم) أقول: فيه بحث، فإنه يقتضي أن لا تجوز الوصية للأخ ولا الإقرار له أصلاً مع وجود الابن فليتأمل، فإن مراده فيكون وارثاً عند الإقرار بالتبيين. وأما إذا لم يمت الابن تبين أنه ليس بوارث فيصح.

(١) أي الحديث المتقدم قبل خمسة أحاديث.

(٢) تقدم تخريجه قبل قليل.

ذلك وقت الإقرار. قال (إلا أن تجيزها الورثة) ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه، ولأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم؛ ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المميز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراذ. قال:

المفعول حرف تعريف. وقد تقرر في علم الأدب أن الألف واللام في اسم الفاعل والمفعول عند غير المازني من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول، فحينئذ يصير لفظ المذكور في معنى ما ذكر فيعود الضمير المستتر في اسم الفاعل والمفعول إلى الموصول الذي هو الألف واللام، ولا يلزم إلحاق تاء التانيث وصلته لعدم علامة التانيث في لفظ ذلك الموصول، فإن في اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى والمجموع والمؤنث أيضاً ككلمة «ما» وكلمة «من» كما صرحوا به. نعم يجوز إلحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية، لكن الأمر في كلمة ما أيضاً كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر في جواز تذكير الصلة نظراً إلى لفظ الموصول وجواز تانيثها نظراً إلى المعنى المراد بالموصول. وعن هذا ترى ثقات أهل العربية يؤولون المؤنث الذي عبر عنه بضمير المذكر أو باسم الإشارة المذكر في مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل في التفاسير أيضاً بالمذكور كما يؤولونها بما ذكر من غير فرق ثم إن كان المراد بقولهم بتأويل المذكور في أمثال هذا المقام أن يقال بتأويل الشيء المذكور على أن يقدر الموصوف المذكر كان الأمر أسهل ويرتفع الاشتباه بالكلية. ثم إن الشراح قاطبة قالوا في تفسير قول المصنف وإقرار المريض للوراث على عكسه: أي يعتبر في الإقرار للوراث وقت الإقرار لا وقت الموت. وقال صاحب النهاية بعد ذلك: إن اعتبار وقت الإقرار دون وقت 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 حيث صح الإقرار لأن وراثته تثبت بسبب حادث وهو الإعتاق وقبله كان عبداً وكسب العبد لمولاه، فهذا الإقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثاً بسبب حادث. ولو أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثاً بطل إقراره عندنا لأنه لما كان وارثاً بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوراثته وذلك باطل، هذا حاصل ما ذكره. وقال أصحاب العناية بعد نقل ما ذكر في النهاية على الوجه المزبور. وأرى أن إطلاق المصنف يغني عن ذلك التطويل وذلك لأنه قال: يعتبر في إقرار المريض لوراثته كونه وارثاً عند الإقرار، والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروماً فلا يكون إقراراً للوراث وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم فيكون وارثاً عند الإقرار، وإن كان محجوباً والإقرار للوراث باطل انتهى. أقول: فيه نظر لأن مدار هذا الترجيح أن يكون مراد المصنف بالوراث ما يعم المحجوب ويقابل المحروم، وليس بسديد، إذ لو كان مراده بالوراث هنا ذلك لكان مراده به في قوله ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية أيضاً ذلك، وإلا لم ينم قوله وإقرار المريض للوراث على عكسه، فإن أمر الانعكاس إنما يتحقق

للالوراث وقت الإقرار لا وقت الموت. ذكر في النهاية أن اعتبار وقت الإقرار دون وقت 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 حيث صح الإقرار لأن وراثته تثبت بسبب حادث وهو الإعتاق وقبله كان عبداً وكسب العبد لمولاه فهذا الإقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثاً بسبب حادث. ولو أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثاً بطل إقراره عندنا، لأنه لما كان وارثاً بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوراثته وذلك باطل، هذا حاصل ما ذكره. وأرى أن إطلاق المصنف يغني عن ذلك التطويل، وذلك لأنه قال يعتبر في إقرار المريض لوراثته كونه وارثاً عند الإقرار والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروماً فلا يكون إقراراً للوراث وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم فيكون وارثاً عند الإقرار وإن كان محجوباً، والإقرار للوراث باطل. وقوله: (إلا أن تجيزها الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز لوراثته ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه من قوله «إلا لا وصية لوراث». وقوله: (ولأن

(ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالأول لقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ الآية. 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: ﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ

عند اتحاد المراد بالوراث، ولو كان المراد بالوراث هناك أيضاً ذلك لفسد المعنى، إذ لا يخفى أن الموصى له إذا كان محجوباً عن الميراث عند موت الموصي تجوز الوصية له كما يدل عليه قطعاً ما ذكره الإمام قاضيه خان في فتاواه، ونقله الشراح بأسرهم عنه من قبل وهو أنه لو أوصى لإخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثاً لأنهم لا يرثون مع الابن، فإن كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لأب والأخ لأم، وبطلت للأخ لأب وأم لأنه يرث مع البنت، وإن لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للأخ لأب لأنه لا يرثه، وبطلت للأخ لأب وأم وللأخ لأم لأنهما يرثانه انتهى. فظهر أن المراد بالوراث هنا ما ثبت له الإرث بالفعل بأن لا يكون محروماً ولا محجوباً فاحتيج إلى التقييد في صورة الإقرار بما ذكره صاحب النهاية. ثم إن صاحب الغاية رد على صاحب النهاية هنا بوجه آخر حيث قال: وذكر في وصايا الجامع الصغير: لو أن المريض أقر لابنه بدين وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالإقرار باطل، لأنه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائماً وهو القرابة التي صار بها وراثاً في ثاني الحال. ثم قال: فعن هذا عرفت أن ما ذكر بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو أنه قال: أقر لابنه بدين وابنه عبد ثم أعتق ثم مات الأب وهو من ورثته فأقراره بالدين جائز لأن كسب العبد لمولاه، فهذا الإقرار حصل من المريض في المعنى للمولى وهو أجنبي منه اهـ. أقول: الساهي هنا صاحب الغاية نفسه، لأنه ذلك البعض الذي نسب السهو إليه، فإن المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلاً من كتاب الإقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سيأتي. واعترف صاحب الغاية أيضاً ثمة بأن الصدر الشهيد وغيره ذكروا ما ذكره المصنف هناك نقلاً عن كتاب الإقرار، فما قاله هنا من أنه سهو منه لا يصح لعله غفول عن ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى. نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو، فإنه بنى كلامه هنا على رواية كتاب الإقرار، ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات الثقات. ثم إن تاج الشريعة بعد أن فسر قول المصنف وإقرار المريض للوراث على عكسه بقوله: أي يعتبر كونه وراثاً وغير وراث وقت الإقرار لا زمان الموت. قال: فلو كان وقت الإقرار وراثاً لا يصح الإقرار وإن لم يكن وراثاً زمان الموت، ولو لم يكن وقت الإقرار وراثاً صح الإقرار وإن صار وراثاً زمان الموت، لأن الإقرار إيجاب في الحال ولهذا يملكه المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى. أقول: فيه بحث، فإن قوله فلو كان وقت الإقرار وراثاً لا يصح الإقرار وإن لم يكن وراثاً زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الإمام قاضيه خان في فتاواه في فصل إقرار المريض من كتاب الإقرار حيث قال: ولو أقر لوارث ثم خرج من أن يكون وراثاً بأن أقر الأخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح إقراره انتهى. ثم إن لبعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال في بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة من الإطناب الممل قوله: (قال ويجوز أن يوصي المسلم للكافر) قال في الكفاية: أراد به الذمي بدليل التعليل، ورواية الجامع الصغير أن الوصية لأهل الحرب باطلة انتهى. أقول: فيه أن قوله ويجوز أن يوصي المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل ورواية الجامع الصغير إنما هما من كلام المصنف، فكيف جعل كلام المصنف دليلاً على إرادة القدوري بالكافر الذمي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه، على أن المراد

قال المصنف: (والثاني لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات) أقول: لا اختصاص لهذا الدليل بالثاني، بل يعم الأول أيضاً قوله: (وإنما جعل هذا التصديق أفضل) أقول: فيه بحث.

قاتلوكم في الدين» الآية. قال: (وقبول الوصية بعد الموت فإنها قبلها الموصى له حال الحياة أو ردّها فذلك باطل) لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد. قال: (ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء، لأن التنقيص صلة القريب بترك ما له 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» ولأن فيه رعاية حق الفقراء والقراءة جميعاً، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبي، والترك هبة من القريب والأولى أولى لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى. وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين. قال: (والموصى به يملك بالقبول) خلافاً لزرر، وهو أحد قولي الشافعي. هو يقول: الوصية أخت الميراث، إذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال، ثم الإرث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية. ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد، ولهذا لا يرث الموصى له بالعيب، ولا يرث عليه بالعيب، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله. أما الورثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الأحكام فيثبت جبراً من الشرع من غير قبول. قال: (إلا في مسألة واحدة وهي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى به قبل القبول فيدخل الموصى له في ملك ورثته) استحساناً، والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن

بأهل الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربي الغير المستأمن، لأن لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية لحربي هو في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره فبقي الحربي المستأمن خارجاً عن مسألة الجامع الصغير، فكيف تكون رواية الجامع الصغير دليلاً على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذمي دون ما يعم الحربي المستأمن، وقد صرح في المحيط وغيره بأنه يجوز أن يوصي المسلم للحربي المستأمن في ظاهر الرواية كما يجوز أن يوصي للذمي. نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذمي دليلاً على حمل المصنف مراد القدوري بالكافر على الذمي، وإن لم يكن دليلاً على أن يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذمي. وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التي تختص بالحربي الغير المستأمن فلا يكون دليلاً على حمل المصنف أيضاً إياه على الذمي فقط كما لا يخفى قوله: (وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة) قال شراح الجامع الصغير: ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم، فوجه التوفيق بين الرويتين أنه لا ينبغي أن يفعل، وإن فعل جاز وثبت الملك لأنهم من أهل الملك انتهى. واقتضى أثرهم صاحب الكافي وشرح هذا الكتاب. أقول: والإنصاف أن لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يأبى التوفيق المذكور جداً، إذ قد تقرر عندهم أن الباطل من العقود لا يفيد الملك،

الامتناع لحقهم) أي لحقهم الذي هو تأذيتهم بإيثار البعض دون البعض، وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين أجازوا أو لم يجيزوا لأنه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية للأجنبي قوله: (ولو أجاز بعض) ظاهر. قال: (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر) وصية المسلم للكافر الذمي وعكسها جائزة، فأما الأول فلقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ الآية، نفى النهي عن البرّ إليهم، والوصية لهم بزّ إليهم فكانت غير منهيّة. وأما الثاني فلما ذكره في الكتاب. وأما الوصية لأهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة، وقالوا في شروح الجامع الصغير: إنه ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم. ووجه التوفيق بين الرويتين أنه لا ينبغي أن يفعل، وإن فعل ثبت الملك لهم لأنهم من أهل الملك. وأما وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بأمان فإنها جائزة، لأنه له ولاية تملك ماله في حياته فكذا بعد وفاته، خلا أنه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله، لأنه منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لأنه معصوم عن الإبطال وورثة الحربي ليست كذلك. وقوله: (وقبول الوصية بعد الموت) على ما ذكره في الكتاب ظاهر، والقبول ليس بشرط لصحة الوصية، وإنما هو شرط ثبوت الملك للموصى إليه، والوصية شبه بالميراث من حيث أنها تملك

الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع، وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما توقفت لحق الموصى له، فإذا مات دخل في

بخلاف الفاسد منها فإنه يفيد الملك عند تحقق القبض، فلو كان المذكور في الجامع لفظة فاسدة بدل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس. ثم أقول: لعل الحق هنا رأي صاحب المحيط، فإنه لم يقبل قولهم ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي، بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربي حيث قال: وفي شرح الطحاوي قالوا: وذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي. واختلف المشايخ فيه: منهم من وفق بين ما ذكر في الأصل وبين ما ذكر في السير الكبير فقال: لا ينبغي للمسلم أن يوصي للحربي كما ذكر في الأصل، ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير. ومنهم من قال في المسألة روايتان، هكذا قالوا. والمذكور في السير الكبير أن الوصية للحربي باطلة، والصورة المذكورة ثمة لو أوصى مسلم للحربي والحربي في دار الحرب لا تجوز فإن خرج الحربي الموصى له إلى دار الإسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وإن أجازت الورثة لأن الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل إجازة الورثة فيها، فقد نص على عدم الجواز في أصل المسألة ونص على البطلان في الفرع وأنه دليل على بطلانها، إلى هنا لفظ المحيط فتأمل. ثم إن صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التوفيق المأز ذكر في عامة الكتب وعزاه إلى الكافي والنهاية قال: أقول لا يخفى بعده، بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فإنه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستأمن، فإن الحربي ما دام في دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستأمن فإنه ليس كذلك، وهو المراد مما ذكر في السير الكبير، انتهى كلامه. أقول: هذا كلام عجيب، فإن لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط: لو أوصى مسلم للحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى، فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو المراد مما ذكر في السير الكبير قوله: (وقبول الوصية بعد الموت)، فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو رذها فلذلك باطل) قال بعض المتأخرين: لا يخفى أن بيان وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلاً عن أن يتوسط بينهما مسألة استحباب الوصية بما دون الثلث اهـ. أقول: خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء، لأن بيان وقت القبول إن كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فيكف يصح قوله فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت، لأن الذي ينبغي أن يقدم إنما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور، فيلزم أن يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف، فكانه أراد أن يقول: لا يخفى أن بيان وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخط في تحريره حيث عكس الأمر قوله: (ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم) أقول: لقائل أن يقول: كما أن في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على

بالموت، وشبه بالهبة من حيث أنها تملك بتمليك الغير، فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكناً من الموصى له فقلنا: لا تملك قبل القبول، واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا إنه يملكها بعده من غير قبض عملاً بالشبهين بقدر الإمكان. وإن مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياساً، ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا أو قبلوا في الاستحسان. وقوله: (ويستحب أن يوصي الإنسان) واضح. وحاصله أن التقليل في الوصية أفضل، وإليه الإشارة في قوله «إنك أن تدع عيالك» الحديث، ومعناه ورثتك أقرب إليك من الأجانب، فترك المال لهم خير من الوصية، وهو مروى عن

قال المصنف: (وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح») أقول: هذا الحديث لا يفي بتمام

ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة. قال: (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لأن الدين يقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرع، وأبدأ يبدأ بالأهم فالأهم. (إلا أن يبرئه الغرماء) لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها. قال: (ولا تصح وصية

الأجنبي، وفيما إذا كانت الورثة أغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم، فالصدقة أولى من الهبة كما سيجيء التصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم، فينبغي أن يكون التكميل أيضاً أولى من التنقيص فيما إذا كانت الورثة أغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا. والجواب أن في التنقيص أصل صلة القريب لا زيادتها، وفي التكميل زيادة الصدقة لا أصلها لتحقيق أصلها بما دون الثلث بدون التكميل، ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها: أي بالكلية، وليس في التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها، فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معاً فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب، وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهي فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما معاً أولى من العمل بأحدهما فقط قوله: (ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها) أقول: ولقائل أن يقول: قد حكم فيما مرّ آنفاً بأن الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء، ولا شك أن المستحب هو الذي كان فعله أولى من تركه فما معنى التردد هنا بأن الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها والتفصيل بقوله قالوا إن كانت الورثة فقراء الخ. والجواب أن الاستحباب في قوله سابقاً ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث ليس بناظر إلى قوله أن يوصي الإنسان بل إلى قوله بدون الثلث: أي مصب الإفادة في ذلك الكلام قيده لا نفسه، فمآل معناه إلى أن التنقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقاً، وهذا إنما يقتضي أن يكون التنقيص من الثلث في الوصية أولى من التكميل مطلقاً ولهذا قال المصنف في تعليقه: لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم، وهذا المعنى لا ينافي أن يكون ترك الوصية بالكلية أولى من التنقيص عن الثلث أيضاً في بعض الصور، فبين المصنف ذلك بما قالوا: إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية أولى، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى، فلم يكن ترديده وتفصيله ها هنا مخالفاً لما سبق آنفاً، بل كان بملاحظة ذلك ورعايته على حاله، هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام

أي بكر وعمر قالوا: لأن يوصي بالخمس أحب إلينا من أن يوصي بالربع، ولأن يوصي بالربع أحب إلينا من أن يوصي بالثلث. والكاشع: العدو الذي ولي كشمه، وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع، وقيل الكاشع: الذي أضمر العداوة في كشمه، وإنما جعل هذا التصديق أفضل لأن في التصديق عليه مخالفة النفس وقهرها. وقوله: (والموصى به يملك بالقبول) واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا. وقوله: (ولهذا لا يرث الموصى له بالعيب) صورته أن يشتري المريض شيئاً ويوصي شيئاً ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيباً فإنه لا يرثه على بائنه (ولا يرثه عليه بالعيب) صورته أن يوصي بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئاً من التركة ووجد المشتري به عيباً لا يرثه على الموصى له، ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة ثبت ولاية الرد في الصورتين جميعاً كما في الوراثة. وقوله: (ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله) لئلا يعود على موضوعه بالنقض، وذلك لأن تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر، فإنه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود إليه، وأمثال ذلك كثيرة. وقوله: (إلا في مسألة واحدة) استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول: يعني إلا في مسألة واحدة، فإنها تملك بدون القبول. وقوله: (لأن الدين مقدم على الوصية) يعني في الحكم. فإن قيل: هذا التقدم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرائض. قال: (ولا تصح وصية الصبي) كلامه واضح. وقوله: (ولو لم تنفذ تبقى على غيره) يعني إذا نفذنا الوصية كان ماله باقياً على نفسه فإنه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا، ولو لم تنفذ يبقى ماله

المدعى ولذلك لم يصدره بأداة التعليل قوله: (ثم باع شيئاً من التركة) أقول: أي باع الموصي قوله: (لا يرثه على الموصى له) أقول: بعد موت الموصي.

الصبي) وقال الشافعي: تصح إذا كان في وجوه الخير لأن عمر رضي الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافع^(١) وهو الذي راحق الحلم، ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى، ولو لم تنفذ على غيره. ولنا أنه تبرع والصبي ليس من

قوله: (لما فيه من الصدقة على القريب، وقد قال عليه الصلاة والسلام «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح»^(٢)) والكاشح: العدو الذي أولى كشح، وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع. وقيل الكاشح: هو الذي أضمر العداوة في كشح. وإنما جعل هذا التصديق أفضل لأن في التصديق عليه مخالفة النفس وقهرها، كذا في العناية وغيرها. أقول: فيه شيء، وهو أن الحديث حينئذ إنما يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقاً كما هو المطلوب فلا يتم التقريب، وقد تنبه له بعض الفضلاء حيث قال: هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدره بأداة التعليل، إلا أن قوله ولذلك لم يصدره بأداة التعليل لا يجدي نفعاً، لأن ذلك الحديث في مقام التعليل هنا سواء صدره بأداة التعليل أو لم يصدره بها، ولهذا صدره صاحب الكافي باللام حيث قال: لقوله عليه الصلاة والسلام «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح» ثم إن بعض المتأخرين كأنه قصد دفع ذلك القصور وإصلاح المقام فقال في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب: هذا قياس من الشكل الأول كبراه مطوية وهي وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أفيما دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح» فإنه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح، وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى. أقول: ليس ذاك أيضاً بتمام فإننا إن أغمضنا عن منع قوله فإنه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح نمنع جداً قوله وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم على غير ذي الرحم، فإن تخصيص الكاشح بذى الرحم إنما يدل على أن يكون التصديق على ذي الرحم تأثير في أفضلية الصدقة، كما أن لكونه كاشحاً تأثيراً

على غيره فكان الوصية أولى. وقوله: (والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم) يعني كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير، ومثله يسمى يافعاً مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه، أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه. ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعاً مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن؟ وأجيب بأن قوله كان غلاماً لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه. وقوله: (أنه أوصى لابنة عم له بمال) لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه. قال الطحاوي: والاحتجاج بهذا الأثر لا يصح

(١) موقوف. أخرجه مالك ٢/٢٦٦ والبيهقي ٦/٢٨٢ عن عمرو بن سليم أنه قيل لعمر: ههنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم من غسان، ووارثه بالشام، وهو ذو مال وليس له ههنا إلا ابنة عم له، فقال عمر: فليوص لها، فأوصى لها بماء يقال له: بشر جشم قال عمر: بيعت بثلاثين ألف درهم، وابنة عمه هي أم عمرو بن سليم.

قال البيهقي: الخبر منقطع فعمر بن سليم لم يدرك عمر إلا أن ذكر في الخبر انتسابه إلى صاحب القصة.

(٢) جيد. أخرجه أحمد ٣/٤٠٢ من حديث حكيم بن حزام «أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ عن الصدقات أيها أفضل؟ قال: على ذي الرحم الكاشح» رجاله كلهم ثقات ولكن قال ابن حجر في التقريب: سفيان بن حسين ثقة في غير الزهري باتفاقهم اهـ لكن توبع فقد ورد من حديث أم كلثوم أخرجه الحاكم ١/٤٠٦ والبيهقي ٧/٢٧ والطبراني في الكبير كما في المجموع ٣/١١٦ صححه الحاكم ووافقه الذهبي.

وقال الهيثمي: ورجاله رجال الصحيح اهـ وورد من حديث أبي هريرة أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال باب الصدقة كما في نصب الراية ٤/٤٠٦

وورد من حديث أبي أيوب أخرجه أحمد في مسنده ٥/٤١٦ والطبراني في الكبير كما في المجموع ٣/١١٦

وقال الهيثمي: وفيه الحجاج بن أرطاة، وفيه كلام اهـ

الخلاصة: بمجموع طرقه، وشواهد يرقى إلى درجة الحسن الصحيح.

أهله، ولأن قوله غير ملزوم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم

فيها، ولا يلزم منه أن يكون التصديق على ذي الرحم الغير الكاشح أفضل من التصديق على غير ذي الرحم الكاشح، لأن في كل منهما انتفاء أحد سببي الأفضلية المستفادين من الحديث الشريف، فمن أين يعلم أفضلية أحدهما من الآخر تأمل تقف قوله: (وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبي، والترك هبة من القريب والأول أولى) أقول: لمانع أن يمنع كون الوصية صدقة على الأجنبي مطلقاً، إذ الأجنبي الموصى له قد يكون غنياً أيضاً فلم يثبت أولوية الوصية من تركها على الإطلاق فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فتدبر قوله: (ولهذا لا يرث الموصى له بالعيب ولا يرث عليه بالعيب) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية: صورة الأول أن يشتري المريض شيئاً ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيباً فإنه لا يرده على بائعه. وصورة الثاني أن يوصي بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئاً من التركة ووجد المشتري به عيباً لا يرده على الموصي له انتهى. أقول: في تصوير الثاني بما ذكر نظر، لأن الموصي إذا باع شيئاً من الموصى به يصير راجعاً عن وصيته كما سيجيء تفصيله عن قريب، ففي الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية رد المشتري ما اشتراه من الموصي على الموصى له بالعيب لرجوع الموصي عن وصية ما باعه من التركة بيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية إثبات ملك جديد فلا يتم التقريب قوله: (ومن أوصى وعليه دين محيط بماله لم تجز الوصية لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرع) أقول: هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكاة والكفارات فإنها واجبة على ما صرحوا به، فالأولى في التعليل البسط بأن يقال: لأنه حق العبد وأداؤه فرض، والوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد تكون بطريق الوجوب، وذلك فيما إذا كانت لأداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفاتحة كالحج والزكاة ونحوهما، وأياً ما كان يقدم الدين عليها. أما في الشق الأول فظاهر لأن أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة. وأما في الشق الثاني فلأن الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى إذا اجتماعاً لاحتياج العبد دون الله تعالى كما عرف في محله قوله: (والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً) يعني كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير، ومثله يسمى يافعاً مجازاً

من الشافعي لأنه مرسل، لأنه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر، وعندنا المرسل وإن كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه الصلاة والسلام «رفع القلم عن ثلاث» وفيه نظر، لأن المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه. وقال ابن حزم: هو مخالف لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلاُوا الْيَتَامَى﴾ الآية، فإنها تدل على أن الصبي ممنوع عن ماله. وقوله: (وهو يحوز الثواب) جواب عن قوله ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى. وقوله: (كما بيناه) إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ، فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه. وقوله: (والمعتبر في النفع والضرر) تنزل في الجواب كأنه يقول: سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها، لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر إلى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة؛ ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه وإن أمكن أن يكون نافعاً بأن يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوج بأختها الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض، والوصية في الأصل تبرع والصبي ليس من أهله. وقوله: (بخلاف العبد والمكاتب) يعني إذا قال العبد أو المكاتب إذا اعتقت فثلث مالي وصية يصح (لأن أهليتهما مستتمة) أي تامة والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوط المانع. وقوله: (ولا تصح وصية المكاتب) يعني تنجزه لأن الإضافة إلى العتق صحيحة كما مر آنفاً. وقوله: (والخلاف فيها معروف عرف في موضعه) يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من إيمان 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 ينصرف إلى ملك كامل قابل للإعتاق وهو ما بعد الحرية. ولأبي حنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك: أحدهما ظاهر وهو ما قبل الإعتاق، والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الإعتاق فينصرف اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر. وقوله: (وتجوز الوصية للحمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة (وبالحمل) كما إذا أوصى

مجازاً أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه، وذلك جائز عندنا، وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه،

تسمية للشيء باسم ما كان كذا في العناية وغيرها (أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا) قال صاحب الغاية: وفيه نظر عندي، لأنه صرح الراوي بأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه، وكيف يحتمل أن يقال إنه كان أدرك لكن سمي غلاماً مجازاً لأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم انتهى. ورد صاحب العناية حاصل نظره، والجواب عنه حيث قال: ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعاً مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن؟ وأجيب بأن قوله كان غلاماً لم يحتلم معنى اليفاع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه، وقوله أنه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمره دفنه. أقول: ليس ذلك الجواب بسديد. أما أولاً فلأنه إذا كان لفظ اليفاع في الأثر المزبور مجازاً عمن كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير كان معنى اليفاع حقيقة غير مراد في ذلك الأثر بل غير واقع في أصل القصة، فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي لزم أن يكذب في نقله ولا يخفى ما فيه. وأما ثانياً: فلأن قوله وقوله أنه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه ممنوع جداً، فإن معنى أوصى له بمال ملكه إياه وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه لا يكاد أن يكون ملكاً لغيره كما لا يخفى.

بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى إذا علم أنه ثابت، موجود في البطن وقت الوصية له أو به؛ ومعرفة ذلك بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الإسيبجاني في شرح الكافي، ومن وقت موت الموصي على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية (أما الأول) وهو الوصية للحمل (فلأنها استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله) بعد موته لا أنه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين إرثاً فكذا وصية لأنهما أختان. فإن قيل: لو كانتا أختين لما جاز ردها كما لم يجز رده أجاب بقوله: (إلا أنه) أي فعل الوصية أو الإيصاء (يرتد بالرد لما فيه من التملك) دون الميراث لعدم ذلك فيه. وقوله: (بخلاف الهبة) متصل بقوله وتجاوز الوصية للحمل: يعني أن الهبة للحمل لا تصح (لأنها تملك محض) والجنين ليس بصالح لذلك لأن الملك بالهبة إنما يثبت بالقبض (ولا قدرة لأحد عليه ليملكه شيئاً) يحصل الملك فيه بالقبض. (وأما الثاني) وهو الوصية به (فلأنه) أي الحمل (بعضية الوجود)، إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية، فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجود وقت الوصية لا محالة. ولقائل أن يقول: في كلام المصنف تناقض ظاهر لأنه، لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يكون موجوداً، وإذا كان موجوداً لا يكون بعرض الوجود. والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه، ومعنى قوله إذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الأم فاندفع التناقض. وقوله: (وبابها أوسع لحاجة الفخ) وإن اختلف في ذهنك تناقض آخر بين سعيه لإثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها في غير الموجود، فالجواب ستسمعه إن شاء الله تعالى. وقوله: (ومن أوصى بجارية) يعني من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعاً (لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً) لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناول اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميمصها وسراويلها مما يلبس بها، وفيه إشارة إلى ما يقال الحمل جزء من الأم قبل الانفصال كاليد والرجل، ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل، وذلك لأن اسم الجارية

قال المصنف: (فإنه فرض والوصية ثبرع) أقول: فيه أن بعض الوصايا واجبة، كالوصية بالحبس والزكاة، فالدليل قاصر كما لا يخفى قوله: (ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً، إلى قوله: نقله بمعناه) أقول: الرد للإتقاني، وفي شرح الوجيز للرافعي في وصية الصبي المميز وتدبيره قولان أرجحهما عند الأستاذ أبي منصور أنهما صحيحان لما روي أن غلاماً من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين فأوصى لبنت عم له وله وارث، فرفعت القضية إلى عمر فأجاز. وعن عثمان أجاز وصية غلام ابن إحدى عشرة سنة، ولأن الوصية لا تزيل ملكه في الحال وتقيّد الثواب بعد الموت فتصح كسائر القربات، وبهذا القول قال مالك وأحمد. والثاني وهو الأظهر عند الأكثرين وبه قال أبو حنيفة إنهما باطلان كهبته وإعتاقه، وذلك لأنه لا عبارة له ولهذا لا يصح بيعه وإن كان فيه غيبة انتهى قوله: (وقوله إنه أوصى

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، 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 والعناق،

نعم لو كان المروى في الأثر أنه أوصى إلى ابنة عم له بكلمة إلى بدل كلمة اللام لم يلزم التنافي، لأن معنى أوصى إليه جعله وصياً فيجوز أن تكون ابنة عمه وصيته في تجهيزه وأمر دفنه، ولما كان المروى في ذلك أنه أوصى لابنة عم له بمال لم يبق للتأويل المذكور مجال قوله: (قوله وهو يحرز الثواب بالترك على وراثته كما بيناه) قال في العناية: قوله يحرز الثواب جواب عن قوله ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى، وقوله كما بيناه إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة عن القريب الخ، فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه انتهى. أقول: فيه إشكال، لأنه إن أراد أن قوله لما بيناه إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة إلى آخره: أي إلى آخر تعليل تلك المسألة وهو ما ينتهي عند قوله وإن كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فإنه إنما يتمشى في

يتناولهما. فإن قيل: كيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ، فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية، كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرساً، فإن الوصية في الألف صحيحة والاستثناء أيضاً صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فإنه لم يكن داخلًا. فإن قيل: لا نسلم أن اسم الجارية لا يتناول الحمل فإنه لو لم يستثن استحققه الموصى له، ولو لم يتناوله لما استحققه كغيره من أحواله. أجاب بقوله ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً: يعني أنه لم يتناوله بالعموم بل يستحق إذا أطلق الموصي عن قيد الأفراد، فإذا أفرد الأم لم يبق مطلقاً بل تقيدت الأم بالأفراد فصحت الوصية بها مفردة. وقوله: (ولأنه يصح) قد ذكره في البيوع. قال: (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) الرجوع عن الوصية جائز لوجهين: أحدهما أنه تبرع لم يتم لأن تمامها بموت الموصي والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيمما لم يتم أولى. والثاني أن القبول يتوقف على الموت، والإيجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع أولى، ثم الرجوع قد يكون صريحاً وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به لفلان، وقد يكون دلالة وله أنواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة.

وقوله: (وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً، كذا ذكره محمد) اعلم أن محمداً ذكر في الجامع أن جحد الوصية ليس برجوع، وذكر في المبسوط أنه رجوع، فمن مشايخنا من حمل المذكور في الجامع على الجحد في غيبة الموصى له، وهو ليس برجوع في الروايات كلها لأن الجحد إنما يلتفت إليه إذا صح الإنكار، والإنكار على الغائب لا يصح لأنه من باب المعارضة المقتضية معارضة، والمذكور في المبسوط محمول على الجحد بخضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الإنكار حينئذ. ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحد لا على الجحد الحقيقي فإنه قال فيه: إذا أوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم اشهدوا أنني لم أوص لفلان لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا رجوعاً، لأنه قوله اشهدوا إني لم أوص لفلان طلب شهادة الزور منهم فيكون معناه قد أوصيت لفلان بكذا، إلا أنني سألتكم أن تشهدوا لي بالباطل، وطلب شهادة بالباطل لا يكون رجوعاً لأنه ليس بجحد حقيقة، وما ذكره في المبسوط على الجحد الحقيقي وهو رجوع على الروايات كلها. ومنهم من قال: المذكور في الجامع جواب القياس، والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان. ومنهم من قال: في المسألة روايتان. قال شيخ الإسلام: وهو الأصح. ومنهم من قال: المذكور في الجامع قول محمد، والمذكور

لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه) أقول: لو أريد ذلك لقليل إلى ابنة عم له قوله: (وهو مخالف لقوله تعالى «وابتلوا البتامة» الآية) أقول: هذه الآية في أوائل سورة النساء قوله: (أو تساويهما فيه) أقول: فيه بحث، فإن التساوي فيه ضعيف، ولذلك أورده المصنف بصيغة التمرض قوله: (كأنه يقول: سلما أن بالوصية يحصل الثواب) أقول: فيه بحث، فإن الوصية نوع مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليتأمل قال المصنف: (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر) أقول: هذا إذا لم تكن المرأة التي أوصى بحملها معتدة. فإنها حينئذ إذا ولدت لأقل من سنتين حتى حكم بشيئ النسب كان ذلك حكماً بوجوده في البطن حين الوصية أو حين موت الوصي ففي كلامه نوع قصور قوله: (واختاره صاحب النهاية) أقول: صاحب الكافي أيضاً.

بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه. قال: (ولا تصح وصية المكاتب وإن ترك وفاء) لأن ماله لا يقبل التبرع، وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح، وعندهما تصح ردأ لها إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر ثم عتق فملك، والخلاف فيها معروف عرف في موضعه. قال: (وتجوز 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،

صورة إن كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى، ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى في صورة إن كانوا أغنياء، ويلزم أن لا يصح قول الشارح فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه إذ الأفضلية متعينة حيثئذ فلا معنى للتريد، وإن أراد بقوله الخ قوله والموصى به يملك بالقبول لتناوله صورة إن كانوا أغنياء أيضاً يلزم أن لا يجري كلام المصنف هنا، وكلام الشارح أيضاً في صورة إن كانوا أغنياء إلا على القول الضعيف المذكور هناك بقليل وهو التخيير بين الوصية وتركها على القول المختار المذكور هناك أولاً وهو كون الوصية أولى من تركها. وبالجمله لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال. قال المتأخرين هنا بعد نقل ما في العناية: وفيه أن التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة إليه في المقصود انتهى. أقول: إن قوله ولا حاجة إليه في المقصود ليس بصحيح، إذ لا أفضلية للترك في صورة إن كانت الورثة أغنياء، بل الأفضلية فيها للوصية على القول المختار أو الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق، والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعي ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى، ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته في صورة إن كانوا أغنياء إلا بالتشبيث بالقول الضعيف في تلك المسألة وهو تساوي الوصية وتركها إذ على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا يتيسر إحراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة إلى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر إلى تلك الصورة أيضاً. وعن هذا أورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما أورده ذلك ولم يذكر المقدمة القائلة، لا حاجة إليه في المقصود حيث قال: فيه بحث، فإن التساوي فيه ضعيف، ولذلك البعض أورده المصنف بصيغة التريض انتهى قوله: (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أي وتجوز الوصية للحمل مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما إذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط أن يعلم أنه موجود في البطن وقت الوصية له أو به بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي وصححه الإسيبجي في شرح الكافي واختاره المصنف، أو من وقت موت الموصي بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه أبو الليث في باب الوصايا والإمام الإسيبجي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية، هذا زبدة ما في العناية وغاية البيان. قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال: أقول: ليس مبني هذا الاختلاف على الاختلاف في أنه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت موت الموصي، أو لا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضاً لأنها تملك بعد الموت فلا بد من وجودهما إذ ذاك دون وقت الإيجاب بدليل ما ذكره الإمام قاضيه خان، وسيجيء أيضاً أنه لو قال أوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالاً كان للموصى له ثلث ما ترك، وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلاً عن الأصل أنه إذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه، فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية

في المبسوط قول أبي يوسف: قال شمس الأئمة السرخسي: هو الأصح، لأن المعلى قال في نوادره: قال: سألت أبا يوسف عن رجل أوصى لرجل بوصية ثم جحد، قال: يكون رجوعاً، وسألت محمداً قال: لا يكون الجحد رجوعاً، وهو مختار

إلا أن 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 أوسع لحاجة الميت وعجزه،

في المسألة اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره، وهي أن المفهوم عرفاً ولغة إذا قيل أوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجوداً في بطنها وقتئذ لأن المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت، إلى هنا كلام ذلك البعض. أقول: فيه اختلال فاحش، فإن قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودها وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضاً ممنوع، كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان أن المعتبر لصحة الإيجاب في الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصي أو وجوده يوم الوصية، وذكر هناك أن حاصل هذا الفصل أن الموصى به إذا كان معيناً يعتبر لصحة الإيجاب وجوده يوم الوصية، حتى أن من أوصى لإنسان بعين لا ملكه ثم ملكه يوماً من الدهر لا تصح الوصية، وإذا كان العين الموصى به في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى إذا هلك ذلك العين تبطل الوصية، ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصي به يوم الوصية وتعلق الوصية به، فلو قال أوصيت لك بثلاث غنمي أو بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية، حتى لو وجدت للموصي أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصى له من الأغنام الحادثة شيء، ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصى به يوم موت الموصي. فإذا أوصى لرجل بثلاث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالاً غيره فإن ثلث ماله الذي اكتسبه للموصى له ولم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه اهـ. فقد ظهر لك بذلك أن المعتبر لصحة الإيجاب في أكثر أقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لا وقت الموت، فلا معنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودها: أي وجود الموصى له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضاً، وقوله في تعليل ذلك لأنها تملك بعد الموت فلا بد من وجودها إذ ذاك دون وقت الإيجاب ليس بتام، لأن سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودها وقت وجود ذلك السبب، كما يجوز أن يعتبر وجودها وقت تحقق الحكم وهو الملك، ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مر من قبل، وقوله بدليل ما ذكره الإمام قاضيخان، وسيجيء أيضاً أنه لو قال أوصيت لفلان بثلاث مالي وليس له مال ثم استفاد مالاً كان للموصى له ثلث ما ترك ليس بصحيح، لأن ذلك إنما يكون دليلاً على كون المعتبر وقت الموت فيما إذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله أوصيت بثلاث مالي لفلان لا فيما إذا كان الموصى به معيناً كما فيما نحن فيه، وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسألة التي ستجيء في الكتاب: هذا إذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم المال، وأما إذا كان معيناً في نوع من المال فالحكم بخلافه. ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفاً. وقوله وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلاً عن الأصل أنه إذا أوصى بثلاث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه ليس بتام، لأن ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية، ولا يلزم منه أن يكون الجواب في غير ظاهر الرواية أيضاً كذلك سيما عند الطحاوي، فمن أين يثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع: ثم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية، وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى. وقوله فبين أن منشأ الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية في

المصنف واستدل لأبي يوسف بأن الرجوع نفي في الحال والوجود نفي في الماضي والحال، وإذا كان نفي الحال وحده رجوعاً فنفي الماضي والحال أولى أن يكون رجوعاً (ولمحمد أن الجحود) وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له

ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلأن تصح في الموجود أولى، قال: (ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت

المسألة التي اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره، وهو أن المفهوم عرفاً ولغة إذا قيل أوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجوداً في بطنها وقتئذ لا يكاد يصح، إذ لا نسلم جداً أن المفهوم عرفاً ولغة إذا قيل أوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجوداً وقتئذ، بل يكفي كونه موجوداً وقت موت الموصي لثبوت حكم الوصية عند موته، وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سيما أصحاب ظاهر الرواية أن لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفاً ولغة، ولا ينبغي أن ينسب إلى أحد منهم الغفلة عن شيء من اللغة والعرف فضلاً عن الغفلة عنهما معاً، وقوله لأن المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت تحكم بحث، بل المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها. وأما كون ثبوته في وقت الوصية أو في وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ، وإنما المعين له شيء آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين، وقد بينه صاحب البدائع بأن قال: وجه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده. ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى. ثم إن ذلك البعض قال: وأعلم أن في كلام صاحب الكافي هنا اضطراباً لأنه دل أوله على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيهما: أي في الموصى له وبه، وآخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجهه انتهى. أقول: إن صاحب الكافي. قال في أول كلامه: وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية، ثم قال في آخره: وأما الثاني فلأنه تجري فيه الوراثه فتجري فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى. فيجوز فيه الوجهان: أحدهما أن يكون المضاف مقدراً في قوله من الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية، ولا يخفى أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق أول كلامه آخره، وقد أشار صاحب معراج الدراية إلى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ما ذكر في المبسوط، وثانيهما أن يكون مراده بإيراد آخر كلامه مخالفاً لأوله هو الإشارة إلى وقوع الروايتين في تعيين أول المدة التي يعلم فيها وجود الحمل في البطن، وقد خفي على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال: لم يظهر لي وجهه. ثم إنه أخطأ في قوله وآخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل، فإن الذي في آخره إنما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لأنه قال فيه: وأما الثاني ولا ريب أن الثاني في قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل هو الوصية بالحمل. ثم إن الزيلعي قال في شرح الكنز: وذكر في الكافي ما يدل على أنه إن أوصى له يعتبر من وقت الوصية، وإن أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى، أقول: ليس ذاك أيضاً بسديد، لأن عبارة الكافي في أول الكلام هكذا: وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية، ولا يخفى أن قوله من وقت الوصية إن لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريباً منه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل، فمن أين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما إذا أوصى له. نعم ما ذكره صاحب الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما إذا أوصى بالحمل، وبهذا ترد المخالفة بين أول كلامه وآخره والمخلص ما بيناه آنفاً من أحد الوجهين فتبصر قوله: (وأما الثاني فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية) قال صاحب العناية: في شرح هذا المحل: وأما الثاني وهو الوصية به فلأنه أي الحمل بعرضية الوجود، إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية، فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت

(نفى في الماضي) لكونه موضوعاً لذلك، والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير، وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال كونه كاذباً في جحوده إذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلاً فيبطل ما هو من

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 أفرادها بالعقد يصح استثناءه

وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى. أقول، فيه خلل ظاهر، فإن زيادة قوله أو الموت في قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للمشروح تقتضي أن لا يصح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة إذ على تقدير أن وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي لا يعلم بوجوده وقت الوصية أصلاً فيما إذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الحمل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية، وهذا مما لا ستره به قوله: (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) أقول: لقاتل أن يقول: هذا التعليل ينتقض بصورة البيع، فإنه إذا باع جارية إلا حملها فسد البيع مع إمكان جريان هذا التعليل هناك أيضاً. لا يقال: إنما فسد البيع لأصل وهو أن ما لا يصح أفرادها بعقد لا يصح استثناءه من ذلك العقد والحمل مما لا يصح أفرادها بالبيع فلا يصح استثناءه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع، بخلاف الأمر في الوصية: فإن أفراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناءه منها كما سيأتي في التعليل الثاني. لأننا نقول: ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الأول فلا معنى للخلط. ثم إن صاحب العناية قال في شرح أول هذا التعليل: لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع، وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناءه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يلتبس بها انتهى. أقول: مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً صغرى لقياس من الشكل الأول كبراه مطوية وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناءه من الجارية، وأن يكون ذلك القياس وحده دليلاً مستقلاً على صحة استثناء الحمل في مسائلنا هذه، لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثناءه منها، ومعنى الاستثناء يقتضي خلاف ذلك، فإن معناه هو الإخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المنع من دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح. وقال المصنف في باب الاستثناء من كتاب الإقرار: الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ، وعلى كل من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو

ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغواً. وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة عن المطلوب فتأمل. وقوله: (أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال) دليل آخر. تحقيقه أن أحدهما مركب من النفي والإثبات والآخر مجرد النفي، فلا يكون

قوله: (فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت، وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة) أقول: فيه بحث، فإنها إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من موت الموصي لا يعلم وجود الحمل وقت الوصية، إذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو أزيد فليتأمل قوله: (والجواب نستسمع) أقول: في آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعدومة والولد المعدوم قوله: (ولا هو داخل في الموضوع) أقول: عطف على قوله ليس بموضوع قوله: (وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناءه) أقول: الاستدلال بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر كما لا يخفى على من يعرف معنى الاستثناء، ثم قوله صح استثناءه: يعني لتقرير الملك قوله: (لأن اسم الجارية يتناولهما) أقول: إن أراد مقصوداً فليس كذلك، وإن أراد تبعاً فالحمل كذلك قوله: (كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرساً) أقول: فيه بحث، فإنه صرح في كتاب الإقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصوداً بل يدخل فيه تبعاً لا يصح استثناءه لأن الاستثناء تصرف لفظي، ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الإقرار أيضاً استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل في الفرق قوله: (اعلم أن محمداً ذكر في الجامع) أقول: يعني في الجامع الكبير قوله: (وهو رجوع في الروايات كلها) أقول: على قول هؤلاء المشايخ.

منه، إذ لا فرق بينهما، وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه منه، وقد مرّ في البيوع. قال: (وبجوز للموصي الرجوع عن الوصية) لأنه تبرّع 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) 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 عددنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب. وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله، مثل السويق يئله بالسمن والدار يئني فيه الموصي والقطن يحشو به والبطانة يئطن بها والظاهرة يظهر بها، لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة، ولا يمكن نقضها لأنه حصل في ملك الموصي من جهته، بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها 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 يغسله عادة فكان تقريراً. قال: (وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً) كذا ذكره محمد. وقال أبو يوسف: يكون رجوعاً، لأن الرجوع نفي في الحال والجحد

المتصل. وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف في محله سيما في كتب الأصول، ويمكن أن يقال: إن صيغة الاستثناء وإن كانت مجازاً في المنقطع إلا أن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معاً كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء، فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسألة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضي تناول بل ينافي في ذلك فيتم التقريب. وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق: وفيه إشارة إلى ما يقال الحمل جزء من الأم قبل الانفصال كاليد والرجل، ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل، وذلك لأن اسم الجارية يتناولهما اهـ. واعترض بعض الفضلاء على قوله لأن اسم الجارية يتناولهما حيث قال: إن أراد مقصوداً فليس كذلك، وإن أراد تبعاً فالحمل كذلك انتهى. أقول: هذا في غاية السقوط، إذ لا شك أن المراد أن اسمها يتناولهما مقصوداً، وقوله فليس كذلك ليس بشيء إذ لا ريب أن اسم الجارية فيما إذا قال أوصيت بهذه الجارية يتناولها بجميع أجزائها الحقيقية مقصوداً، إذ لا معنى لإيضاء الجارية بدون يدها أو رجلها أو نحو ذلك لامتناع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فإنه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال أيضاً، بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصاله بها كما صرح به المصنف في البيوع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها إياه فجاز أن لا يكون مقصوداً عن إيصالها كما لا يخفى. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ، فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرساً، فإن الوصية في الألف صحيحة والاستثناء أيضاً صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فإنه لم يكن داخلياً انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، فإنه صرح في كتاب الإقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصوداً بل يدخل فيه تبعاً لا يصح استثناءه، لأن الاستثناء تصرف لفظي، ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الإقرار أيضاً استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل في الفرق انتهى. وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال: فإن قلت: يشكل حينئذ ما ذكر في

الجحد رجوعاً حقيقة ولا العكس أيضاً. وفيه نظر من وجهين: أحدهما أنه قال في الدليل الأول: إن الجحد نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، وها هنا قال: والجحد نفي في الماضي والحال وبينهما تناف. والثاني أنه لا يلزم

نفي في الماضي والحال، فأولى أن يكون رجوعاً. ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة

كتاب الإقرار أنه لو قال هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه لي وللمقر له الدار والبناء لأن الدار اسم لما أدير عليه الخط والبناء يدخل تبعاً، والاستثناء إنما يصح مما يتناوله الكلام نصاً لا تبعاً فلم حكموا ببطلان الاستثناء هناك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوه به هنا؟ قلت: إنما لم يصححوه ذلك لاستلزامه إبطال حق ثبت بالإقرار، ولا يلزم ذلك في الوصية لأنها تبرع يصح الرجوع عنه غاية أن يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق التابع انتهى. أقول: جوابه ليس بمستقيم، فإن إبطال حق ثبت بالإقرار إنما يلزم في تلك المسألة المذكورة في كتاب الإقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للمقر له، وأما على تقدير أن يصح الاستثناء فيها فلا يلزم إبطال ذلك أصلاً، إذ بصير الإقرار حينئذ مخصوصاً بما عدا البناء، إذ قد تقرر في مباحث الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلاً هذه الدار لفلان إلا بناءها على تقدير أن يصح الاستثناء غير بناء هذه الدار لفلان، وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين أول الكلام وآخره في أمثلة الاستثناء، فظهر أنه لو صح الاستثناء في مسألة الإقرار لم يستلزم ذلك إبطال حق ثبت بالإقرار قط، ثم إن المصير إلى حمل الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد أيضاً، إذ لو كان الأمر كذلك لما احتج إلى شيء من التعليلين المذكورين في الكتاب لمسألتنا هذه، ولزم أن يكون ذلك من قبيل التزام ما لا يلزم، فإن مسألة جواز الرجوع عن الوصية ستجيء بتفاصيلها وتفاريحها بعيد هذه المسألة قوله: (وقال أبو يوسف: يكون رجوعاً، لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال، فأولى أن يكون رجوعاً) قال بعض المتأخرين: قلت هذا كلام ظاهري، وإلا فالنفي في الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها وأين هذا من ذاك انتهى. أقول: ليس المراد بقول أبي يوسف إن جحود الوصية يكون رجوعاً عنها أن الجحود والرجوع متحdan معنى، بل المراد أنهما متحdan حكماً وهو إبطال الوصية بأن لا يثبت الملك للموصى له في تركة الموصي فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجحود بمعنى سلب الوقوع إنما يتنافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم، ومبنى استدلاله المذكور على الثاني دون الأول فلا محذور على أن ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده إنما يؤول إلى ما ذكره المصنف في التعليل الثاني لمحمد رحمه الله كما لا يخفى على المتأمل فلا وجه لنسبته إلى نفسه بقوله قلت قوله: (ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً) قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل: ولمحمد أن الجحود وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعاً لذلك، والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يتغير، وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جحوده، إذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلاً فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغواً انتهى. أقول: فيه خلل. أما أولاً فلأنه جعل اسم كان في قول المصنف وإذا كان ثابتاً في الحال الكذب، وليس بمستقيم لأن الكذب مما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف لا لفظاً ولا معنى ولا حكماً، فكيف يصح أن يكون اسم كان في قوله المذكور ضميراً راجعاً إلى الكذب. وأما ثانياً فلأنه لو كان المراد ذلك لزم أن يكون قول المصنف في الحال في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال مستدركاً لا طائل تحته، فإن ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغواً من غير فصل بين أن يكون ثبوت ذلك في الحال أو في غيره من الأزمان. وأما

من عدم كون الجحود رجوعاً حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازاً صوناً لكلام العاقل عن الإلغاء. والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعاً وحقيقة، وفي الحال ضرورة لا وضعاً وهو الأول فلا تنافي. وعن

في ذلك، وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغوياً، أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة. قال: (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 العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً) لأن اللفظ يدل على قطع الشركة (تركت) لأنه إسقاط (ولو قال أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر) لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا إذا قال فهو (بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر)

ثالثاً فلأنه لو كان المعنى ذلك لما تحقق الفائدة من قول المصنف والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، فإنه إذا كان الكذب في جحوده ثابتاً بناء على كون الفرض أنه أوصى ثم جحد كان جحوده لغوياً باطلاً لا حكم له أصلاً سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك أو لم يكن من ضرورته، ثم قال صاحب العناية: وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى. أقول: فيه نظر، لأن المصادرة على المطلوب إنما تلزم أن لو كان معنى كلام المصنف: وإذا كان الوصية أو الحق ثابتاً في الحال لعدم كون الجحود رجوعاً كان الجحود لغوياً، وليس معناه ذلك بل معناه: وإذا كان الإيصاء أو الحق ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جحوده، إذ الفرض أنه أوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغوياً حيث كان النفي في الماضي باطلاً لظهور الكذب فبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال، ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة قوله: (أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة) قال في العناية: فيه نظر من وجهين: أحدهما أنه قال في الدليل الأول: إن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، وهنا قال: والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف. والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعاً حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازاً صوناً لكلام العاقل عن الإلغاء. والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعاً وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعاً وهو الأول فلا تنافي. وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الألفاظ الشرعية على ما قررناه في الأنوار والتقرير انتهى. أقول: يرد على جوابه عن النظر الثاني أن جواز استعمال الجحود في الرجوع مجازاً لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم من عدم التضاد من مجوزات المجاز في الألفاظ الشرعية أن لا يجوز استعمال الجحود في الرجوع مجازاً أصلاً، بل يجوز أن تكون العلاقة بينهما اشتراكهما في معنى خاص وهو كونهما نافيين في الحال وإن كان الجحود نافياً في الماضي أيضاً كما أفصح عنه في غاية البيان. وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط: والأصح قول أبي يوسف رحمه الله. ووجهه أن الجحود كذب حقيقة إلا أنه يحتمل الفسخ مجازاً فيحمل على المجاز وهو الفسخ

الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي متضادان، والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الألفاظ الشرعية على ما قررناه في الأنوار والتقرير، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة: يعني مستعاراً للطلاق، لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعاره أحدهم للآخر. وقوله: (ولو قال كل وصية أوصيت بها)

قوله: (وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال) أقول: لا يخفى عليك أن الكذب غير مذكور هنا، ولا هو في حكم المذكور حتى يرجع إليه الضمير، وأيضاً إذا كان المراد ذلك كان التقييد بقوله في الحال خالياً عن الفائدة قوله: (وكلاهما مصادرة عن المطلوب) أقول: فيه بحث، فإنه إذا جعل اسم كان ضمير الوصية واستدل على صدق المقدم بمذكرة كما فعله الإثنائي لا يلزم المصادرة، فإن المدعي هو عدم كون الجحود رجوعاً كما لا يخفى قوله: (والجواب عن الأول أن قوله النكاح) أقول: ويجوز أن يجاب عنه أيضاً بأنه مبني على التنزل والتسليم قوله: (وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي النكاح) أقول: وقد سبق منه أيضاً في باب الوكالة بالخصومة والقبض.

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 يتحقق فبقي للأول (ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة) لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت.

صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء بقدر الإمكان، وأمكن حمله على الفسخ لأن الموصي ينفرد بفسخ الوصية، بخلاف البيع والإجارة إذا جحد أحد المتعاقدين لأن هناك تعذر حمله على الفسخ لأن أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا نقول بانفساخ العقد وبخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الأصل بأن قال لم أتزوجك لأن هناك أيضاً تعذر حمله على الفسخ، لأن النكاح لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق، إذ لا مشابهة بينهما، لأن الجحد ينفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى تبصر.

واضح. وقوله: (لأن اللفظ يدل على قطع الشركة) قيل لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك، وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى هذا التعليل. وقوله: (وقد ذكرنا حكمه) يريد به ما تقدم من التوقف على إجازة بقية الورثة فإن أجازوا جاز وإلا فلا.

باب الوصية بثلث المال

قال: (ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما) لأنه يضيق الثلث عن حقيهما إذ لا يزداد عليه عند عدم الإجازة ما تقدم وقد تساوى في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق، والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً) لأن كل واحد منها يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل

باب الوصية بثلث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب، كذا في النهاية والعناية قوله: (وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) أشار بهذا الكلام إلى صورة نقض ترد على وجه الفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين المسائل الثلاث المجمع عليها وبين الخلافية، وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما إذا أوصى بعبد بعينه لإنسان قيمته ألف وبعد آخر بعينه لإنسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فإن الخلاف المذكور ثابت فيه أيضاً، مع أنه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث. وقال تاج الشريعة وصاحب العناية في تصوير صورة النقض هنا بأن كان عبداً أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان، وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد مالاً فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اهـ. أقول: فيه خلل، لأن الموصى به يصير إذ ذاك هو العبد وثلث المال، ولا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة وإن زاد مال الميت جداً، لأن العبد يكون زائداً على الثلث في تلك الصورة لا محالة، ولا يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون إجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلاث المجمع عليها حيث أمكن في هاتيك المسائل الثلاث تنفيذ الوصية في جميع ما سماه لهما في الجملة، بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة بل إنما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل قوله: (لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية، وفي الألف المرسله لو هلك التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة) هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار إليه آنفاً. قال الزيلعي في التبيين بعد ما نقل ما في الهداية هنا: وهذا ينتقض بالمحابة فإنها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اهـ. أقول: ليس هذا النقض بوارد لأن المحابة متعلقة بالثمن لا بالعين، وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال: والوصية بالسعاية

باب الوصية بثلث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب. قال: (ومن أوصى لرجل بثلث ماله للآخر) (ومن أوصى لرجل بثلث ماله ثم أوصى لآخر أيضاً بذلك فالورثة إما أن يجيزوها أو لا، فإن أجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث، وإن لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان، إذ لا

باب الوصية بثلث المال

قوله: (أي لا يجعل من ضرب في ماله سهماً) أقول: المراد بالضرب المضرب المصطلح بين الحساب وتفصيله في شرح الوقاية لصدر الشريعة.

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. وقال أبو حنيفة: الثلث بينهما نصفان، ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدرهم المرسلة) لهما في الخلافة أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل، وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فثبتت كما في المحاباة وأختيها، وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة، إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلاً، والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه 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 وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث، لأن هناك الحق تعلق بعين التركة، بدليل أن لو هلك واستفاد

بمنزلة الدرهم المرسلة، وكذا بالمحاباة لأنها وصية بالثلث فصارت بمنزلة المال المرسل اهـ قوله: (ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس. فيتم له السدس ولا يزداد عليه) اعلم أن هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح في حله؛ فقال أكثرهم منهم صاحب العناية: معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص عنه. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لو كان المراد هذا المعنى لما كان لأدائه بمثل هذا التركيب المعضل المشوش وجه، وهل يليق هذا بمنصب المصنف. وقال بعضهم: معنى قوله ولا يزداد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما إذا كان أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكناً عن بيان الحكم إذا كان أخس السهام أزيد من السدس اهـ. أقول: لا يخفى على الفطن أن قول المصنف رحمه الله في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسألة: وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي أن يكون ما للموصى له في هذه المسألة عنده هو السدس مطلقاً: أي سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصاً

يزاد على الثلث حينئذ، وليس أحدهما أولى به من الآخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق، فإن كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما، وإن لم يكن كرجلين أقاما البيئة على نكاح امرأة تبطل البيتان جميعاً. وقوله: (وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس) واضح. وقوله: (ولا يضرب أبو حنيفة) أي لا يجعل من ضرب في ماله سهماً: أي جعل ومفعول لا يضرب محذوفاً: أي لا يضرب شيئاً وصورة المحاباة عبادان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فإنه حصلت المحاباة لأحدهما بألف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لأنه في حال المرض، فإن لم يكن له غيرهما وتم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما أثلاثاً يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة، فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف في أكثر من خمسمائة. وصورة السعاية أن يوصي بعقود عبيدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما إن أجازت الورثة عتقاً جميعاً، وإن لم يجزوا عتقاً 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. وصورة الدرهم المرسلة: أي المطلقة هي أن يوصي لرجل بألفين وللآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم تجز 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 وللآخر بنصف ماله أو بجميع ماله، لأن اللفظ في مخرجه لم يصح لأن ماله لو كثر أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج

قوله: (وصورة الدرهم المرسلة: أي المطلقة) أقول: يعني غير المقيدة بأنها ثلث أو نصف أو نحوهما، كذا في صدر الشريعة قوله: (صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها) أقول: أي على دليلها.

ملاً آخر تبطل الوصية، وفي الألف المرسله لو هكلت التركة 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 وصية بمال الغير، لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز. وقال زفر: يجوز في الأول أيضاً فينظر إلى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا. قال: (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس ولا يزداد عليه، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: 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. وله أن

عنه أو زائداً عليه، فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقاً لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور، فإن في رواية الجامع الصغير تجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه، والتعليل المذكور ينافي ذلك. وقال صاحب العناية: فإن قيل: أخس الأنصاء أقله والثلث أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس؟ قلت: جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الأثر واللغة اهـ. أقول: الجواب منظور فيه، لأن ما ذكر في الكتاب إنما يستدعي جعل السهم بمعنى السدس لا جعل أخس الأنصاء الذي هو أقلها بمعنى السدس، وكلام السائل في الثاني دونه الأول كما ترى. والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر في النهاية نقلاً عن المبسوط وهو أن أقل الأنصاء باعتبار الأصل وهو القرابة إنما هو السدس، وأما الثلث فإنما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجية، وما يكون عارضاً في مزاحمة ما هو أصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس. ثم قال صاحب العناية: واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضوع اختلفت اختلافاً لا يكاد يعلم منه شيء، وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير. قال في الكافي: فعلى رواية الأصل جوز أبو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس، وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس، ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لأن قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط، وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير، فإما أنه أطلع على رواية غيرهما، وإما أنه جمع بينهما، إلى هنا لفظ العناية. أقول: كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بأن أبا حنيفة جوز على رواية

من الثلث (لهما في الخلافة) وهي ما إذا أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلثه (أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق) على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض (وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة) والسعاية والدراهم المرسله. ولأبي حنيفة أن الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله أن التفضيل إنما يثبت بناء على الاستحقاق، وإذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه (كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع) تبطل بطلان البيع، وهذا لأن الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساويان فكذلك ها هنا (بخلاف مواضع الإجماع) يعني المحاباة وأختيها وهو واضح. وقوله: (وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته) صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها. وقوله: (وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) يعني بأن كان عبداً أوصى به لرجل وثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان، وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد مالاً فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال. وقوله: (لأن هناك الحق تعلق بعين التركة) يعني أن حق الموصى له تعلق بعين التركة، ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وإن استفاد مالاً آخر، وحق الورثة أيضاً تعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقيين، بخلاف الألف المرسله، ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد فلم

قوله: (ولم يجوز النقصان عن السدس) أقول إلى هنا لفظ الكافي قوله: (وقوله ولا يزداد عليه الخ) أقول: فيه تأمل، فإن الظاهر أن المراد نفي الزيادة على السدس إذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقاً فحيث يتجزأ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير.

السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه، وقد رفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى^(١)، ولأنه يذكر ويراد به السدس، فإن إياساً قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس، ويذكر ويراد به سهم

الأصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس، وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس، ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارتضاء. ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسألة أن أبا حنيفة رحمه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه، فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تتحمل الجمع بينهما كما لا يخفى، فلا وجه لقوله وإما أنه جمع بينهما. وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزداد عليه: ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تأمل، فإن الظاهر أن المراد نفي الزيادة على السدس إذا نقص أحسن السهام عن السدس لا مطلقاً فحينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير اهـ. ليس هذا بمستقيم، فإن التعليل الذي ذكره المصنف من قبل أبي حنيفة رحمه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي لا محالة أن يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقاً كما يقتضي أن يكون المراد به نفي النقصان عن السدس مطلقاً، فلا مجال لأن يكون المراد به رواية الجامع الصغير، كما لا مجال لأن يكون المراد به رواية الأصل وقد كنت نهيت عليه فيما مر آنفاً قوله: (ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ) قال صاحب العناية: قوله ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ مشكل، لأنه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطي ما ذكرنا وفي بعضها فيعطي الأقل منهما. وفسر الأولى بعض الشارحين فقال: يعني إن كان أحسن سهام الورثة أقل من السدس يعطي السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس، وإن كان أحسن السهام أكثر يعطي ذلك، لأن السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملاً بالدليلين، فإن كان مراده بقوله ذلك أحسن السهام وإن كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فإن فيه الزيادة على السدس، وقد قال في الكتاب: ولا يزداد عليه وإن كان مراده السدس فما ثمة عمل بالدليلين اهـ. واعتراض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه حيث قال: فيه بحث، إذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقاً، بل على تقدير كون أحسن السهام ناقصاً عن السدس فيصالح ذلك دليلاً لما في الكتاب اهـ. أقول: قد مر منا غير مرة أن قول المصنف رحمه الله في تعليل هذه المسألة من قبل أبي حنيفة بقوله وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه، وقد رفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام^(٢) يقتضي كون المراد من مسألة الكتاب نفي الزيادة مطلقاً فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليلاً عليه كما قاله صاحب العناية. ثم قال صاحب العناية: وأما الثانية وهو قوله فيعطي الأقل منهما فتؤدي إلى النقصان على السدس وفي الكتاب إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس. وأيضاً قوله ما ذكرنا إن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول إياس وإن أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الأداء إلى النقصان عن السدس اهـ. وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن قوله وأيضاً قوله ما ذكرنا الخ حيث قال: لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به

تتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه. قال: (ومن أوصى بنصيب ابنه) ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وإن لم يكن له ابن صحت (وإن أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) كان له ابن أو لم يكن (لأن الأول وصية بمال الغير لأن

(١) ضعيف. أخرجه البزار والطبراني كما في المجمع ٢١٣/٤ كلاهما عن عبد الله بن مسعود ولفظ الأول «أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من ماله، فجعل له النبي ﷺ السدس».

قال الهيثمي: وفيه محمد بن عبيد الله العزمي، وهو ضعيف.

قال الزيلعي في نصب الراية ٤٠٨/٤: وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة البزار، وقال: العزمي متروك، وأبو قيس له أحاديث يخالف فيها، واسمه عبد الرحمن بن ثروان.

(٢) هو الحديث المتقدم.

سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا، قالوا: هذا كان في عرفهم، وفي عرفنا السهم كالجزء. قال: (ولو أوصى بجزء من

السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعيينه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه^(١) ليتأمل اه. أقول: ليس هذا بشيء، لأن أثر ابن مسعود رضي الله عنه^(٢) هو الدليل الأول، فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضاً أثر ابن مسعود فيلزم التكرار والاستدراك كما لا يخفى. ثم قال صاحب العناية: وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الأقل منهما ليكون معنى النسختين واحداً، وأشار بذلك إلى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة، وإنما هو مركب من روايتين اه. أقول: هذا الذي ذهب إليه سقيم جداً لا ينبغي أن يريده العاقل فضلاً عن مثل المصنف الفطن الكامل فإن قوله فيعطى ما ذكرنا مذكور بصدد إقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل، فكيف يصح منه الإشارة في الدليل إلى ما يخالف المدعي وينافيه. ثم إن كون المذكور في الكتاب مركباً من روايتي المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وإنما هو مركب من روايتين قوله: (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 صاحب التسهيل: أقول: دلت هذه المسألة على أن أحداً لو أقر بمجهول كقوله لفلان علي دين ولم يبين قدره فمات مجهلاً يجبر ورثته على البيان، وكذا لو أقيم البينة على إقراره بمجهول ينبغي أن يقبل ويجبر ورثته على البيان اه. وردّ عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك: قلت: ما ذكره قياس مع الفارق، لأن الإقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الإقرار فيجبر المقرّ على بيانه بطلب المقرّ له، فإذا فات الجبر في حياته بوفاته سقط سيما إذا كان بتقصير من المقرّ له فلم

نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب، والوصية بمال الغير لا تجوز (والثاني وصية بمثل نصيب الابن، ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر بقدره) وقال زفر: جازت الأولى كالثانية نظراً إلى حال الوصية، فإن المال كله له في ذلك الحال لكونه حياً بعد وللمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء (وجوابه ما قلنا) وهو قوله لأن الأول وصية بمال الغير قوله: (ولو أوصى بسهم من ماله) معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص منه. فإن قيل: أحسن الأنصاء أقله والتمن أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس، قلت: جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الأثر واللغة. أما الأثر فما روي عن ابن مسعود وقد رفعه إلى النبي ﷺ فيما يروي أن السهم هو السدس. وأما اللغة فإن إياس بن معاوية قاضي البصرة قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس. وأعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضوع اختلفت اختلافاً لا يكاد يعلم منه شيء، وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير. قال في الكافي: فعلى رواية الأصل جواز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم يجز الزيادة على السدس، وعلى رواية الجامع الصغير جواز الزيادة على السدس ولم يجز النقصان عن السدس، ورواية المصنف

قوله: (وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه) أقول: فيه بحث، إذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقاً، بل على تقدير كون أحسن السهام ناقصاً من السدس فيصح ذلك دليلاً لما في الكتاب. نعم يرد عليه أن العمل بالدليلين يوجد إذا أعطى السدس إذا كان أحسن السهام أكثر وأعطى ذلك إذا كان أقل مع أن فيه العمل بالمتيقن فجعل ما ذكر دليلاً لرواية المبسوط أولى كما لا يخفى قوله: (وأيضاً قوله ما ذكرنا الخ) أقول: لم يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعيينه بأثر ابن مسعود فليتأمل قوله: (وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الأقل) أقول: كيف يراد ما ذكره وأثر ابن مسعود يدل على تعيين السدس

(١) أي الحديث المتقدم قبل قليل.

(٢) أيضاً هو الحديث المتقدم.

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

ينب عنه ورثته، بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير إلا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقول مقامه إحياء لحق ثابت اهـ. أقول: ليس هذا بسديد، لأنهم صرحوا بأن ليس من شرط القياس أن يكون المقيس في معنى المقيس عليه من كل الوجوه، بل يكفي الاشتراك في علة هي مدار الحكم في المقيس عليه، فمجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الإقرار بالمجهول في كون تعلق حق الغير به في الإقرار من وقت الإقرار وفي الوصية بعد الموت لا يضر بصحة القياس المنفهم مما ذكره صاحب التسهيل، وإنما يضر بها الفرق في العلة التي هي مدار الحكم، وهو ليس بمتحقق هنا، فإنه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون أمام الموصي إحياء حق ثابت بالوصية كان ينبغي أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول أيضاً إذا مات مجهلاً إحياء لحق ثابت بالإقرار، فقول ذلك البعض فإذا فات الجبر في حياة المقر بوفاته سقط إن أراد به أنه سقط عنه الحق أصلاً فليس بصحيح، إذ لا شك أنه لا تسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته، وإن أراد به أنه سقط عنه الجبر لعدم إمكانه وإن كان بقي أصل الحق عليه فهو مسلم، لكن لا نسلم قوله فلم ينب عنه ورثته، فإنه لما بقي حق المقر عليه وكان ذلك عليه مجهولاً محتاجاً إلى البيان لعدم إمكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزاً عن البيان بعد موته كان ينبغي أن ينوب عنه ورثته في البيان كما في الوصية بالمجهول تأمل تقف قوله: (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) لأن الكلام الثاني يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد به إيجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفاً وعند الاحتمال لا يثبت له إلا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلاً في الثلث حملاً لكلامه على

تخالف كل واحد منهما لأن قوله إلا أن ينقص عن 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 وقال: (له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة) ومفزعهما العرف (فإن السهم يرد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية، والأقل متيقن فيصرف إليه إلا إذا زاد) أي الأقل (على الثلث فيرد إليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة) ولأبي حنيفة ما ذكرناه آنفاً في جواب السؤال من أثر ابن مسعود وقول إياس. وقوله: (ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ) مشكل، وذلك لأنه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرناه، وفي بعضها فيعطى الأقل منهما. وفسر الأولى بعض الشارحين فقال: يعني إن كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرناه أن السهم عبارة عن السدس، وإن كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لأن السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملاً بالدليلين، فإن كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وإن كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما ذكر في الكتاب، فإن فيه الزيادة عن السدس، وقد قال في الكتاب: ولا يزداد عليه وإن كان مراده السدس فما ثم عمل بالدليلين. وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما يؤدي إلى النقصان على السدس وفي الكتاب إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس. وأيضاً قوله: (ما ذكرناه) إن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول إياس وإن أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الأداء إلى النقصان عن

فلا يستقيم التفريع في قوله فيعطى، وأرى أن ذلك ليس إشارة إلى رواية المبسوط ولا إلى رواية الجامع الصغير، وإلا فيلزم المخالفة بين الدليلين فتدبر قوله: (على رواية الجامع الصغير يعطى السدس) أقول: بل ذلك رواية المبسوط على ما نقله من الكافي، وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع قوله: (وأما على رواية الأصل فتخريجه الخ) أقول: فيه نظر، بل على رواية الجامع الصغير تخريجه كنتخريجهما.

له ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه، 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 بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي) وقال زفر: له ثلث ما بقي لأن كل واحد منهما مشترك بينهما والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما إذا كانت الشركة أجناساً مختلفة. ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جميع حق أحدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه

المتيقن، هذا زبدة ما في الشروح. قال بعض المتأخرين بعد ذكر ذلك الدليل على هذا المنوال: هكذا قالوا، وهذا كما ترى حمل للكلام على أحد احتمليه. ولك أن تقول لما كان الكلام محتملاً للمعنيين وكان الذكر الثابت به يبين على الاحتمالين الثلث. قلنا: ما ثبت به من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق حمله على أحد احتمليه كما زعموا، بل بجعله بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالي وصية لأن المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأولهما، إلى هنا كلامه. أقول: ليس هذا بشيء إذ لا شك أن المتيقن ثبوت الثلث بأول الاحتمالين، فإن زيادة الثلث على السدس كما هو الاحتمال الأول يقتضي ثبوت الثلث بلا ريب، وانضمام الاحتمال الثاني إليه إنما يفيد جواز إرادة النصف ولا تأثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك. فالمعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور لا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه. وقال صاحب العناية: فإن قيل: إذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال وإلا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة. فالجواب أن معناه حقه الثلث وإن أجازت الورثة لأن السدس يدخل في الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد بها إيجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلاً في الثلث لأنه متيقن وحماً لكلامه على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث اهـ. أقول: في قوله وحماً لكلامه على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث بحث، لأن ما يملكه إنما يكون هو الإيصاء بالثلث إذا لم تجز الورثة. وأما إذا أجازت كما هو المفروض هنا فيملك الإيصاء بما زاد على الثلث أيضاً، ويتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا كما مر في أوائل هذا الكتاب فلا تتم هذه العلة تدبر قوله: (لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصارع إليه) أقول: فيه تأمل فإنه إنما يظهر أن لو كان حق الموصي له في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معاً كما صرحوا به. وقالوا: الأصل فيه أن الوصية المرسله تكون شائعة في كل المال لكون الموصى له إذ ذاك شريك الورثة، وعن هذا لا يأخذ الألف كلاً في صورة إن لم يخرج الألف من ثلث

السدس، وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الأقل منهما ليكون معنى النسختين واحداً، وأشار بذلك إلى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة، وإنما هو مركب من روايتين فإن كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية، وإن كان غير ذلك فالله أعلم به، وجهه العقل دموعه. وصورة المسألة ما إذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجاً وبتتاً على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول أبي حنيفة، وعندهما يعطى الربع: أي مثل الربع فيعطى الخمس تجعل المسألة على قوله على ستة لحاجتنا إلى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسألة مخرج الكسر وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في أربعة فهو أربعة وهو

قوله: (لأن كل واحد منهما: أي من الهالك والباقي) أقول: ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من نوعي الدراهم والغنم، بل هذا المعنى الآم لقوله يتوى ما توى الخ. قال العلامة الإتقاني في وجه قول زفر: إن الموصى لما مات بقي المال مشتركاً بين الورثة والموصى له، والمال المشترك إذا هلك بعضه هلك على الشركة، وإذا بقي يبقى على الشركة، فكذلك ها هنا الذي هلك هلك أثلاثاً، والذي بقي بقي أثلاثاً، ويقول زفر نأخذ فهو القياس انتهى، وفيه فوائد لا تحصى قوله: (وظهر من هذا قوله) أقول: قوله قوله فاعل ظهر.

جمع 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 ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب. قالوا: هذا) 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) وقيل هذا على قول أبي حنيفة وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها. وقيل هو قول الكل لأن عندهما القاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع، والأول أشبه للفقهاء المذكور. قال: (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عین ودين، فإن خرج

العین، وإذا كان حق الموصي له شائعاً في جميع التركة الذي هو العین والدين كشروع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصي له بالعین في صورة إن خرج الألف من ثلث العین بخساً في حق الورثة كما في الصورة الأخرى، إذ يلزم حينئذ أن يأخذ الموصي له جميع حقه من العین الذي له فضل على الدين ويأخذ الورثة بعض حقهم من العین وبعض حقهم من الدين، وهذا بخس في حقهم لا محالة مناف لما يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين فليتأمل في الدفع ولعله تسكب فيه العبرات قوله: (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 وجدار) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: واندفع بقوله فلا يزاحم الحي ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فإن للباقي نصف الثلث لوجود المزاخمة بينهما حال الملك، ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث اهـ. أقول: في تقرير الشارح المذكور هنا قصور. أما أولاً فلأنه أضاف اندفاع الإشكال بالمسألة التي ذكرها إلى قوله فلا يزاحم الحي مع أن اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لأن الميت ليس بأهل للوصية في الحقيقة، وإنما قوله فلا يزاحم الحي متفرع على ذلك، والأصل أن يضاف الحكم إلى الأصل دون الفرع. وأما ثانياً فلأن الظاهر من قوله لوجود المزاخمة بينهما حال الملك أن يكون المراد بالمزاخمة المنفية في قول المصنف لا يزاحم الحي هو المزاخمة حال الملك وهي حال موت الموصي وذلك مع كونه غير تام في نفسه، لأنه إذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصي كان

سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبت، وعلى قولهما على خمسة يزداد مثل أخس سهام الورثة، وهو واحد على الفريضة وهي أربعة فتصير خمسة يعطى الموصى له سهماً والزوج سهماً وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي للبت، وإنما كان كذلك لأن الموصى أوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزداد مثل الربع على الأربعة ليكون المزيد مثلاً للربع، وأما على رواية الأصل فتخريجه كتخريجهما، وعلى هذا قس أمثالها وخزجها على الروايتين. وقوله: (قالوا) أي مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزة (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) ولو أوصى ببعض من ماله أو بطائفة أو بنصيب أو بشيء فالحكم كذلك وقوله: (وأجازت الورثة فله ثلث المال) فإن قيل: إذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال وإلا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وإن أجازت الورثة، لأن السدس يدخل في الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد بها إيجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخلاً في الثلث لأنه متيقن وحماً لكلامه على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث. وقوله: (والمعركة متى أهدت يرد بالثاني عین الأول) قد قرئناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى. قال: (ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه) ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه (فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي. وقال زفر: له ثلث ما بقي، لأن كل واحد منهما) أي من الهالك والباقي (مشارك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه عليها، وصار كما إذا كانت التركة أجناساً

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 العين، وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لأن الموصى له شريك الوارث، وفي تخصيصه بالعين نجس في حق الورثة لأن للعين فضلاً عن الدين، ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء فإنما يعتدل النظر بما ذكرناه. 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

للباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به، مع أن العلة هناك أيضاً التزاحم، وإن التزاحم فيه إنما يتصور في حال إيجاب الموصى لا في حال الملك إذا كان أحدهما ميتاً في حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور في تحليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال: ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لأن استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند إيجاب الموصى، وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه اهـ. وأما ثالثاً فلأنه لم يتعرض لبيان اندفاع الإشكال بمسألة أخرى أيضاً بعبارة الكاتب، وهي أي تلك المسألة ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصى فإن للباقي نصف الثلث هناك أيضاً كما ذكرنا من قبل مع أن التعليل المذكور في الكتاب يفيد اندفاع ذلك أيضاً، فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية قال: وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو أوردوا شبهة على هذه المسألة بأن قالوا ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما لو أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة ثم مات الموصى ثم مات أحدهما كان للباقي

مختلفة) وهو القياس (ولنا أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم في الواحد) أي مكن جمع حق شائع لكل واحد في (فرد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة) مع ما فيه من الجمع، وإذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديماً للوصية على الإرث لأن الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به، فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالأصل، والأصل في مال اشتمل على أصل وتبع إذا هلك شيء منه أن يجعل الهالك من التبع دون الأصل، كمال المضاربة إذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك إلى الربا الذي هو تبع لا إلى رأس المال (وصارت الدراهم) أي صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدراهم الواحد. ولو أوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهماً وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا. وقوله: (بخلاف الأجناس المختلفة) جواب عن قول زفر كما إذا كانت التركة أجناساً، وجهه أن الجمع فيها غير ممكن، فإنه إذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقي فإن القاضي لا يجبرهم على القسمة، لأن الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة، وإذا تعذر الجمع تعذر التقديم لأن فيه الجمع بقبي الكل مشتركاً بين الورثة والموصى له أثلاثاً، فما هلك على الشركة وما بقي بقي عليها أثلاثاً، وظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلث ثيابه، وأما إذا أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد أو بثلث ثلاثة من الدور فليس له إلا الثلث الباقي لكثرة التفاوت، هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف. واختلف المشايخ (فقيل هذا قول أبي حنيفة وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة) فيها فأما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق، فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لأن للقاضي أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس، وإلى هذا مال الفقيه أبو الليث والإمام فخر الإسلام. وقيل المذكور في الجامع قول الكل لأن عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له (أن يجتهد ويجمع ويكون ذلك) أي بدون اجتهاد القاضي وجمعه (يتعذر الجمع) وإذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك (والأول) وهو أن يكون في المسألة اختلاف (أشبه للفقهاء المذكور) وهو أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لأنه يجعلها أجناساً مختلفة، وهما يريان ذلك لأنهما يجعلانها جنساً واحداً. قال: (ومن أوصى لرجل بألف درهم) ومن أوصى لرجل بألف درهم

قوله: (فإن للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما) أقول: قد سبق أن الوصية تملك بالقبول إلا في مسألة فتذكر فإنه ينفعك ها هنا قوله: (حال الملك) أقول: يعني حال موت الموصى.

وجدار. 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 استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعد 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 قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ، وهذه الوصية

نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الميت منهما، وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصي كان للباقي نصف الثلث، ولكن هنا كان النصف الآخر للموصي لما أن في المسألة الأولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصي ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه في مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث، وفي المسألة الثانية لما مات أحدهما قبل موت الموصي بطلت حصته لأن الوصية في معنى عقد مضاف إلى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصي فيبطل نصيبه، كما لو مات أحد الورثة قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث، لأن الانقسام قد حصل بينهما عند الإيجاب لكون كل واحد منهما أهلاً لإيجاب الوصية له فيبطلان حق أحدهما لا يزداد نصيب الآخر، كما لو رد أحدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث، وهذا على خلاف مسألة الكتاب فإن فيها للحي كل الثلث، لأن الميت ليس من أهل الوصية له، فإنما يتقص حقه بإثبات المزاحمة ولم تثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتاً فبقي الثلث للحي بينهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللمولى فالثلث كله لفلان، إلى هنا لفظ النهاية فتبصر قوله: (ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعله جزءاً من الغنم) اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسألة فقال صدر الشرعية في شرحه للوقاية: واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له، وبينهما فرق لأن الشاة فرد من الغنم، فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم، لكن إذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحد لا كثير، فعبرة الهداية تناولت صورتين: ما إذا لم يكن له شاة أصلاً، وما يكون له شاة لا غنم له، ففي الصورتين تبطل الوصية، وعبرة المتن لم تتناول إلا الصورة الأولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية، فعبرة الهداية أشمل لكن هذه أحوط أي. كلامه. ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال في شرحه: إنما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية، لأن الشاة فرد من الغنم، فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون

(وله مال معين فإن خرج الألف ثلث معين) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقداً (دفع) الألف منه (إلى الموصى له) وإن لم يخرج فإن كان النقد ألفاً دفع منه إليه ثلثه (وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لأن الموصى له شريك الوارث) والأصل في المال المشترك أن يوفى حق كل من الشركاء بلا بخش، ولا بخش في حق أحد بتخصيص الموصى له بالعين في الأول فيصار إليه، وفي الثانية بخش في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين (لأن للمعين فضلاً على الدين) على ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين. قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال، فإن من حلف أنه لا مال له لم يحث بديون له على الناس. سلمناه ولكن لا نسلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقاً، فإن من أوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث، ولو كان شريكاً له لوجب على الوارث حصة

تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت، وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أو 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 يعطي قيمة شاة لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليها في مطلق المال، ولو أوصى بشاة ولم يصفه إلى ماله ولا غنم قيل لا يصح لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها، وقيل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في 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

العكس، والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي: ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي فإن الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اهـ. وقال في حاشيته: أخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في صورتين اهـ. وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة: واعترض عليه بعض الأفاضل بما حاصله أن عبارة الوقاية هي الصواب، وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية، وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع. قلت: بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب، وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لأن الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لأنه أوصى بشاة من غنمه، فإذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة إلى هنا كلامه. أقول: الظاهر عندي مما ذكره في تعليل هذه المسألة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة، لأن الموصى به في هذه المسألة وهو الشاة يصير موجوداً حينئذ فتصير الوصية بشيء موجود لا معدوم، ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معدوماً، فإذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع. نعم لا يوجد حينئذ ما أضيفت الشاة إليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الإضافة إلى الغنم تعيين أن مراده عين الشاة لا ماليها، ويحصل ذلك المقصود من مجرد الإضافة إليها، ولا يقتضي وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به. ومما يرشد إلى كون جواب هذه المسألة فيما إذا لم توجد شاة أصلاً أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي: ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة. وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسيبجي في شرحه: لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده الوصية بعين الشاة لأنه جعله جزءاً من الغنم، وأنه يصلح جزءاً للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشيء معدوم ولا وجود له عند الموت أيضاً فلا تصح اهـ تأمل تفهم قوله: (وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة) وهذا استحسان، وكان القياس أن لا تصح الوصية لأم الولد لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت فهي إنما تستحق الوصية بعد موت مولاها، وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة، والوصية لأمته بشيء غير رقبتها باطلة.

الموصى له فيما بقي من المال، والجواب عن الأول أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالاً في الحال أو في المال لأن الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة، وعن الثاني بأنه شريك الوارث إذا كانت في غير معين. وأما في المعين فإن الوارث كالمودع لا يضمن إذا لم يتعد. وقوله: (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلاث ماله) واضح، وانددع بقوله: (فلا يزاحم الحي) ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فإن للباقي نصف الثلث لوجود المزاومة بينهما حال الملك، ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث، ولم يفرق بين علم الموصي

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 سبعة. ولهما أن الجمع المحلي بالألف واللام يراد به الجنس، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل، لا سيما

وجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها إلى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي، لأن الظاهر من حاله أن يقصد بإيصائه وصية صحيحة لا باطلة، والصحيحة هي المضافة إلى ما بعد عتقها، كذا في عامة الشروح، وعزاه جماعة من الشراح إلى الذخيرة. أقول: فيما ذكروا من وجه القياس نظر، لأن قولهم وبعد موت مولاهما حال حلول العتق بها ممنوع، بل حال حلول العتق بها إنما هي حال موت مولاهما لا بعد موت مولاهما، إذ لا شك أن أم الولد تعتق حين موت مولاهما ولا ينتظر عتقها إلى ما بعد موته، فهي بعد موت مولاهما حرة فلم تكن الوصية لأم الولد وصية للأمة في شيء، فلم يتم وجه القياس ولم يحتج إلى ما تكلفوه في وجه الاستحسان. ولعل الإمام قاضيه خان والإمام المحبوبي عن هذا قالوا: أما جواز الوصية لأمهات أولاده فلأن أو أن ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلًا عنهما. ثم قال في العناية: فإن قيل: الوصية بثلاث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالاً منه فكيف لم تصح لها الوصية قياساً. أجيب بأن الوصية بثلاث المال للبعد إنما جازت لتناولها ثلث رقبته فكانت وصية برقبته، والوصية برقبته إعتاق وهو يصح منجزاً أو مضافاً بخلاف أم الولد فإن الوصية ليست إعتاقاً لأنها تمتع بموت المولى وإن لم يكن ثمة وصية أصلاً. ولقائل أن يقول: الوصية بثلاث المال إما إن صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة، فإن كان الأول فلا وجه لنفي القياس، وإن كان الثاني فكذلك لأنها كالعبد الموصى له بثلاث المال. والجواب أنها ليس كالعبد لأن

بحياته وعدمه في ظاهر الرواية، لأن استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند إيجاب الموصي، وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه، والضمير في قوله لأن الوصية عنده للموصى والباقي ظاهر. وقوله: (ومن أوصى بثلاث ماله) ظاهر. وقوله: (فالصحيح أن الوصية تصح) احتراز عن قول بعض المشايخ إن الوصية باطلة لأنه أضاف إلى مال خاص فصار بمنزلة التعيين، كما لو أوصى بهذه الشاة ولم تكن في ملكه ثم ملك فإنها غير صحيحة. قال الفقيه أبو الليث: هذا القول ليس بصحيح عندنا، لأنه أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال. وقوله: (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بقبض من حنطة من مالي وبشوب من مالي فإنه يصح الإيجاب وإن لم يكن ذلك في ملكه، بخلاف ما إذا قال من حنطتي أو من ثيابي فإنه إذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء

قوله: (والوصية لأمهته بشيء غير رقبته باطلة) أقول: فيه بحث، لأن بطلان الوصية لأمهته بشيء غير رقبته إنما هو لأنها ليست من أهل أن يملك ما سوى رقبته لأنها تكون وصية للوارث، وليس إحدى تينك العلتين بموجودة في أم الولد. أما الأولى فلأن الموصى له يملك الوصية بالقبول وهي حينئذ حرة أهل لأن تملك. وأما الثانية فلأنها لا تنقل إلى الورثة حتى يلزم الوصية وارث فليتأمل قوله: (فإن قيل: الوصية بثلاث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته) أقول: وفي المحيط وفي الكافي في المتفرقات من كتاب الوصايا: ولو أوصى بثلاث ماله لعبده عتق ثلثه بعد موته عند أبي حنيفة لأنه من جملة مال الميت فملك ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر أمواله، ومن ملك نفسه عتق وسعى في ثلثي قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله لأنه كالمكاتب عنده والوصية للمكاتب صحيحة، وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث، فإن فضل شيء دفع إليه وهي حينئذ فرع تجزي الإعتاق انتهى. وفي المحيط: ولو أوصى لعبده بشيء من رقبته يصح، ولو أوصى له بشيء من ماله لا يصح لأن العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته، ولأن الوصية لعبده بمال وصية لوارثه لأن الملك في العبد والموصى به يقع لوارثه، والوصية لوارثه باطلة، فأما الوصية بالرقبة فوصية له لا لوارثه، لأن الوصية بالرقبة إعتاق ولو أوصى له بثلاث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لأنه أوصى له بثلاث رقبته، فإن رقبته من مال الميت، والوصية للبعد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لأنه حر، وإن كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لأنه حر عندهما، وبمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة، والوصية للحر أو للمكاتب جائزة، وإن بقي كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعاية بتقاصان وإن كان أكثر أخذ الفضل منهم، وإن كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه.

عند تعذر صرفه إلى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث. قال: (ولو أوصى بثلث لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما) وعند محمد ثلث لفلان وثلث للمساكين، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما، وعنده لا يصرف إلا إلى مسكيتين بناء على ما بناء. قال: (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال آخر قد أشركتكم 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

عقها لا بد وأن يكون بموت المولى، فلو كان بالوصية أيضاً توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته وذلك باطل، إلى هنا لفظ العناية. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد أن ذكر ما قبلهما على الوجه الذي قرره، لأن الترديد الواقع في هذا السؤال إن كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الأول متعين، ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس، وإن كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق الثاني مختار. والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثلث المال قد علم في جواب السؤال الأول قطعاً فلا معنى للإعادة قوله: (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتكم معهما فله ثلث كل مائة) قال صاحب النهاية: وهذا استحسان، وفي القياس له نصف كل مائة لأن لفظ الإشراك يقتضي التسوية عند الإطلاق، قال الله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ النساء (١٢) وقد أشرك الثالث فيما يوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة. وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة، وإنما تثبت المساواة إذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة، أما إذا أخذ من كل واحد منهما نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم، فعلم بهذا أنه أشركه معهما جملة واحدة فلا يعتبر بإشراكه إياه مع كل واحد منهما متفرقاً انتهى. واقتضى أثره صاحب العناية. أقول: فيه بحث، لأن الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف فيقتضي لفظ الإشراك التسوية بلا ريب، فإن كان معنى قول الموصي للثالث قد أشركتكم معهما إشراكه معها جملة واحدة أي التسوية بين الكل لا إشراكه مع كل واحد منهما منفرداً: أي تسويته مع كل واحد بنصف بعينه فلا معنى لوجه القياس المذكور، وإن كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور. وبالجمله ما ذكره الشارحان المزبوران من وجه القياس والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد، فمعنى كلام الموصي لغة وعرفاً أحدهما لا غير فلم يصلح هذه المسألة للقياس والاستحسان على ما ذكره، وعن هذا لم أر أحداً ذكر القياس والاستحسان في هذه المسألة سوى ذينك الشارحين، والذي ظهره من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما أمكن تحقق المساواة بين الكل، وإلا يحمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملاً باللفظ بقدر الإمكان، وبهذا فرق بين المسألتين كما ترى ولا غبار فيه قوله: (وفي القياس لا يصدق لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لكنه لا يحكم له إلا بالبيان) يعني لا يحكم به إلا إذ قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بموته، كذا في العناية وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في

للموصى له، والفرق ما ذكرناه. قال: (ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده) ما ذكره واضح صورة وتعليلاً، خلا قوله وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة فإنه يحتاج إلى بعض بيان، وهو أن الوصية لهن جائزة استحساناً. والقياس أن لا تصح لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، فإنما تستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة، والوصية لأمة بشيء غير رقبته باطلة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي، لأن الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطلة، والصحيحة هي المضافة إلى ما بعد عتقها. فإن قيل: الوصية بثلث المال لعبد جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالاً منه فكيف لم تصح الوصية لها قياساً. أجيب بأن الوصية بثلث المال للعبد إنما جازت لتناوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته، والوصية

بأربعمائة وآخر بمائتين ثم كان الإشراك لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لثفاوت المالكين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيب 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 يعمل بأصل الحق عليه دون مقداره سعيًا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصي له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء، وهذه معتبرة من الثلث فلها يصدق على الثلث دون الزيادة. قال: (وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لأن ميراثهم معلوم. وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم، وفي الإفراز فائدة أخرى وهو أن

الوصية بالمجهول مثل أن أوصى بجزء من ماله فإنه يقال هناك للورثة أعطوا ما شئتُم بناء على أنه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي فإليهم البيان كما مر في الكتاب فتأمل قوله: (وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتُم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتُم لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الخ) قال صاحب العناية: حاصله أنه تصرف بشبه الإقرار لفظاً ويشبه الوصية تنفيذاً، فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلث، ولا يخصص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين اهـ. وقد سبقه تاج الشريعة إلى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه. أقول: فيه كلام، وهو أن العمل بمجموع الشبهين إن كان أمراً واجباً كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعملوا بشبه الإقرار في هذا التصرف إذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم، بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها إلى الموصي له كما إذا قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الإقرار قط حيث لم يجعلوا له حكماً أصلاً في تلك الصورة وإن لم يكن ذلك أمراً واجباً فكيف يصلح ذلك تعليلاً لجواب هذه المسألة في هذه الصورة. واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: فيه بحث، فإنه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه، بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اهـ. وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك أن عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث، فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اهـ. أقول: ليس هذا بمستقيم، فإن مراد ذلك المعترض أنه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه كما يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغاً ما بلغ. فمن أين يظهر اعتبار شبه الوصية، وليس مراده أن قول صاحب العناية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة يدل على أن يصدق في الثلث وما دونه، وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المجيب تأمل تقف. ثم إن الإمام الزليعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح

برقبته إعتاق وهو يصح منجزاً ومضافاً، بخلاف أم الولد فإن الوصية لها بذلك ليست إعتاقاً لأنها تعتق بموت المولى وإن لم يكن ثمة وصية أصلاً. ولقائل أن يقول: الوصية بثلث المال إما أن صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة، فإن كان الأول فلا وجه لنفي القياس، وإن كان الثاني فكذلك لأنها كالعبد الموصى له بثلث المال. والجواب أنها ليست كالعبد لأن عتقها لا بد وأن يكون بموت المولى، فلو كان بالوصية أيضاً توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته وذلك باطل. وقوله: (وأدناه في الميراث) قيد بذلك احترازاً عن فصل الزكاة، فإن لفظ الجمع هناك منصرف إلى الواحد بالإجماع بين أصحابنا، ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروحاً إلى الاثنين والوصية في معناه من حيث أن كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هناك أيضاً منصرفاً إلى الاثنين. وقوله: (نجد ذلك في القرآن) يريد به قوله تعالى:

أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألدّ 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 شتم ويقال للورثة صدقوه فيما شتم) 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

الكتنز: هذا مشكل من حيث أن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وههنا لزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لأن أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى. أقول: هذا الإشكال ساقط جداً، إذ لا يلزم الورثة في هذه الصورة أن يصدقوه إلى الثلث، كما لا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث، وإنما اللازم لهم ولأصحاب الوصايا هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاءوا، وليس في هذه الصورة إلزام الورثة أن يصدقوه في أكثر من الثلث، فإن أصحاب الوصايا فيما إذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا يأخذون الثلث بطريق التملك التام، بل إنما يأخذونه بطريق العزل والإفراز، فكان ذلك الثلث باقياً على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاء، ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من جهة العزل والإفراز، ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي أيضاً فيكفي جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال، وعن هذا قالوا: إن هذا تصرف يشبه الإقرار والوصية، فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث، باعتبار شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلاث ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين تأمل ترشد قوله: (وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك) قال بعض المتأخرين: ينبغي أن لا يحلف الورثة إذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال إن كان ما ادعاه زائداً عليه ويحلف أصحاب الوصايا لبقاء شيء من الثلث في أيديهم فتأمل ١ هـ. أقول: ليس هذا بكلام صحيح: أما قوله ينبغي أن لا يحلف الورثة إذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال إن كان ما ادعاه زائداً عليه فلأن تحليف الورثة فيما إذا كان ما ادعاه زائداً على الثلث ليس بموجب هذه المسألة، بل لكون المدعي هناك ممن يدعي حقاً لنفسه من تركة الميت، ولا ريب أن ادعاء ما زاد على الثلث من تركه الميت لا يمنع صحة الدعوى، فإذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة إذا أنكروا. وأما قوله ويحلف أصحاب الوصايا لبقاء شيء من الثلث في أيديهم فلأن دعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في أيدي أصحاب الوصايا، بل يختص بثلاث مال الميت مطلقاً والمدعي فيما إذا ادعى زائداً على الثلث إنما يدعي الدين في حق الزيادة على الثلث لا الوصية، حتى لو ادعى الوصية فيه لا تسمع دعواه رأساً

﴿فإن كان له إخوة فلأمة السدس﴾ والمراد بها الاثنان فصاعداً وقد عرف في موضعه، وكذا وقوله: (وإنه يتناول الأدنى ح احتمال الكل) قال: (ومن أوصى لرجل بمائة درهم) صورة المسألة ظاهرة ودليها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لأن لفظ الإشارك يقتضي التسوية عند الإطلاق، قال الله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ وقد أشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة. وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة إنما تثبت إذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة مقتضى إشارته إياهما جملة واحدة وإنما يأخذ نصف كل مائة لو كان اشتراكه مع كل واحد منفرداً وليس كذلك (بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة درهم وآخر بمائتين ثم كان الإشارك أي ثم قال لآخر أشركتك معهما فإن له نصف كل ما لكل منهما لأن تحقق المساواة فيهم ممكن (لتفاوت المالين) فلا بد من العمل بمفهوم لفظ الإشارك (فحملناه على مساواته لكل) واحد منهما كما هو وجه القياس (عملاً

قوله: (فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة) أقول: فيه بحث فإنه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل.

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 ولوراثه 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، وعلى هذا إذا أوصى للمقاتل وللأجنبي، وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوراثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضاً، لأن الوصية إنشاء تصرف والشركة تثبت حكماً له فتصح في حق من يستحقه منهما وأما الإقرار

فضلاً عن التحليف قوله: (ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقه قد هلك) أقول: في ظاهر تعبير المصنف ها هنا فساد لأن هلاك حق كل واحد منهم إنما يتصور فيما إذا ضاع الأثواب الثلاثة معاً، والمفروض في وضع المسألة أن يضيع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية، فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقه قد هلك فإنه كذب ظاهر ينبغي أن يسمع أصلاً، فضلاً عن أن يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقه قد هلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه. والأولى في التعبير ما ذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والإمام قاضيخان وهو أن المراد بجحود الورثة أن يقولوا: حق واحد منكم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه، فلا نسلم إليكم شيئاً. والذي يمكن في توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه: الثوب الذي قد هلك يحتمل أن يقول حقه فكأنه تسامح في العبارة بناء على ظهور المراد، ووافقه صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور ركاكتها قوله: (ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع، وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة) قال صاحب العناية: فيه بحث، وهو أنه قال في كتاب القسمة: والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات، ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض، وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة؟ وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك، فكان معنى المبادلة فيه تابعاً كما ذكر ها هنا لأن الجبر لا يجري في المبادلة، ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد، وإلى هذا أشار بقوله: وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه اهـ. وقد

باللفظ بقدر الإمكان) وقوله: (ومن قاله) يعين لورثته (عليه لفلان دين فصدقه) يصدق إلى الثلث استحساناً (وفي القياس لا يصدق لأنه أقر بمجهول) والإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لكن إذا اقترن به من جهة المقر بيان وقد فات بموته، وقوله فصدقه: يعني فيما قال لا يصلح بياناً لكونه (صدر منه لفاً للشرع لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعلم إثباته إقراراً مطلقاً من كل وجه، فلا يعتبر. وجه الاستحسان أنا نعلم أن المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة) وهو مالك لذلك في الثلث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ. فإن قيل: لو كان قصده الوصية لصرح بها. أجاب بقوله: (وقد يحتاج) أي المقر (إلى مثل هذا الكلام لعمله بأصل الحق الذي عليه دون مقداره سعياً منه في تفريغ ذمته فبجعلها) أي هذه الوصية (وصية جعل التقدير

قال المصنف: (ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً الخ) أقول: ينبغي أن يتأمل أنه هل يمكن جعله دليلاً بلا ملاحظة الدليل الأول. قال المصنف: (حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً) أقول: لأنه لو صح في نصيب الأجنبي فما أخذ يأخذ الوارث نصفه منه لأنه أخذ بعض دين مشترك في زعمه فبطل ذلك النصف وصير للورثة فيرجع الوارث ثانياً عليه بنصف ما بقي في يده لأنه لم يسلم له ما أخذ أولاً واستحق هكذا إلى أن بقي في يده فلس فلا يكون مفيداً في حق الأجنبي فافهم، إلا أن هذا التقرير لا يلائم ظاهر كلام المصنف ثم لا يزال يقبض فيبطل في ذلك القدر، لكن الأمر سهل قال المصنف: (لأنه إما أن يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيهما) أقول: ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الأصلي قوله: (فإذا كان حقه يتعلق بالخ) أقول: مثلاً يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود، ولا يتعلق به حال كونه وسطاً وحال كونه أردأ من الرديء، وقس عليه تعلقه بالرديء.

فلإخبار 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 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 للأجود، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون فثبت الأدون، ولصاحب الأدون ثلثا الثوب للأدون) 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 فيعطي من محل الاحتمال، وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم 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 الموصي فهو للموصى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد نصفه

سبقه إلى أصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية. أقول: قد خطب الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جداً حيث قصدا التوفيق بين كلامي المصنف في المقامين، ولكن خالفاً صريح ما ذكره المصنف في كتاب القسمة وما أطبقا عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك، فإن المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض: إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإنفraz لتقارب المقاصد. وقال: معنى المبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الديون، وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح في شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض

فيها إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وأدعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلها يصدق إلى الثلث دون الزيادة) وقوله: (فإن أوصى بوصايا غير ذلك الخ) واضح، وحاصله أنه تصرف يشبه الإنفraz لفظاً وشبه الوصية تنفيذاً فباعتراف شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث، وباعتبار شبه الإنفraz يجعل شائعاً في الأثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين. وقوله: (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه) ظاهر. وقوله: (وهذا) أي هذا الإيصاء (بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي) كما لا يصح في حق الوارث (لأن الوصية إنشاء تصرف) أي ابتداء تملك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها، والشركة إنما تثبت حكماً له عقيه فحيث لم يقع التملك الذي هو السبب صحيحاً لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزاً عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها. وأما في الإنفraz فنسب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها، فإن الإنفraz يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما. وفي ذلك: أي في الإنفraz بالمال المشترك إقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل، ولا فرق في ذلك بين ما إذا تصادقا على ذلك أو جحد الأجنبي أو الوارث ذلك أو أنكراه جميعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إذا لم يتصادقا صح في حصّة الأجنبي، لأن الوارث مقرّ بطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر، وقالوا: إثباته مشتركاً هو المبطل وقد وجد. ولقائل أن يقول: هذا الإنفraz بالنظر إلى الأجنبي صحيح، وبالنظر إلى الوارث غير صحيح، فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى إلى إبطال حق الغير؟ فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي أن اليقين لا يزول بالشك. وتقريره أن حصّة كل منهما غير ممتازة عن غيرها، ففي كل جزء فرضته يشتركان فيثبت للأجنبي الملك فيه بالنظر إلى صحة الإنفraz له ولا يثبت بالنظر إلى الوارث ولم يكن له ملك قبل الإنفraz فلا يثبت بالشك. وقوله: (بقاء وبطلاناً) أي بقاء في حق الأجنبي وبطلاناً في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الأجنبي وتبطل في حق

للموصى له، وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل درع البيت، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: مثل درع 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 الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت، وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل درع نصف البيت تنفيذاً للوصية في يد 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 بشئ، لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة. ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه بقصد الإيصاء بملك متفق 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 للمتنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه، وعلى اعتبار الإفراز يصير كأن البيت ملكه من ابتداء، وإن

أن يقال: لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر القاضي على القسمة في ذلك. أجاب بقوله إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد. ولا منافاة بين الجبر والمبادلة، فإن المبادلة مما يجري فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير، كما في قضاء الدين فإن المدينين يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها فصار ما يؤدي بدلاً عما في ذمته اهـ. ولا يذهب على ذي مسكة أن مضمون الجواب المذكور هنا مما ينافي ذلك، والصواب في حل مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع على وجه يتدفع عنه السؤال الذي تمحل الشارحان المزبوران لدفعه ما تمحلاه أن يقال: يعني أن معنى المبادلة وإن كان ظاهراً في غير المكيل والموزون إلا أنه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعاً ويجعل معنى الإفراز فيها مقصوداً تصحيحاً لتصرف الموصي وقصده الذي هو تكميل المنفعة، فإن مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت، وقد أفصح عن هذا المعنى الإمام قاضيخان حيث قال: ولهما أن القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وإن كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة، ولو اشترى داراً واقتسما لأحدهما أن يبيع نصيبه مريحة على ما اشترى فهي إفراز حق بعض الأحكام؛ ألا يرى أنه يجبر عليها، ولو بنى أحدهما في نصيبه بعد القسمة بناء. ثم استحق الأرض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفع الشفعة في القسمة، والمشري لو قاسم البائع لم يكن للشفع نقضه، ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكانت الأحكام على عكسها فثبت أنها إفراز من وجه مبادلة من وجه فتجعل إفرازاً في حكم الوصية تصحيحاً للوصية لأن مبنائها على المساهلة وسرعة

الوراث لا امتياز حصه كل منهما عن حصه الآخر. قال: (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط وردي الخ) رجل له ثلاثة أثواب جيد ووسط وردي تخرج من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الأثواب ولا يدري أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقه كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولاً وجهاته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو إتمام غرض الموصي (إلا أن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين) فإن المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب، وهو واضح إذا ابتدأ بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الردي، وإن ابتدأ بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر، وهو أن يقال: الهالك إن كان أرفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما، وإن كان الهالك أرواً من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردي منهما، فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك أخرى وإن كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين، فإن كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل واحد فبقي صاحب الجيد وصاحب الردي فصاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الردي لأنه لا حق له فيه قطعاً وصاحب الردي يدعي الردي دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردي لصاحب الردي. وقله: (وإذا كانت الدار بين رجلين) ظاهر إلى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وأما قوله: (هذا) ففيه بحث وهو أنه قال في كتاب

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 إذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتعليك، وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير، أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتعليك 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 به وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له، وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل

الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمرة والغلة، وإذا جعلت القسمة إفرأزاً ظهر أنه أوصى بما يملكه هـ. تدبر قوله: (وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه، إما لأنه عوضه كما ذكرناه) يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها: أقول: لقائل أن يقول: ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه عوضه: أي عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر، بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه، ولا معاوضة في نصفه الآخر لأن الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصي وصاحبه فيكون ذلك البيت، وما وقع في نصيب الموصي مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة إنما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيب الموصي، وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع في نصيب الموصي فباقيان على حالتها الأصلية في ملك الموصي وصاحبه. فلم يكن قوله إما لأنه عوضه صالحاً لأن يكون دليلاً مستقلاً في إفادة المطلوب ها هنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكاً للموصى له عندهما فيما وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الدليلين الآتين وتحرير المصنف يقتضي استقلاله فيها كما ترى فتأمل قوله: (والفرق له أن الإقرار بملك الغير

القسمة: والإفرأز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض، وما نحن فيه من العروض فكيف كانت. المبادلة فيه تابعة؟ وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعاً كما ذكرها هنا لأن الجبر لا يجري في المبادلة، ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد، وإلى هذا أشار بقوله: (وإنما المقصود الإفرأز تكميلاً للمتنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه) والباقي ظاهر. وقوله: (إما لأنه عوضه كما ذكرناه) يعني في الجارية الموصى بها. وقوله: (أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (والتعليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعني في وقوعه في نصيبه. وقوله: (فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة) فإن قيل: ينبغي أن يقسم نصيب الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة للورثة، لأنه لما صحت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقي حق الورثة في أربعين. قلنا: زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكاً بمذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه في عشرة وحق الورثة في أربعين فيعتبر زعم كل فريق، فجعلنا كل خمسة سهماً فصار الكل أحد عشر. وقوله: (وقيل لا خلاف فيه لمحمد) بل قوله في الإقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر. قال: (ومن أوصى من مال رجل لآخر باللف) ومن أوصى من مال رجل لآخر باللف بعينها فليغه فإما أن يجيز الوصية أو لا، فإن كان الثاني بطلت، وإن كان الأول جازت، فإن دفعها إلى الموصى له تمت، وإن لم يدفع فله أن يمنع وإن أجازها، لأن هذا تبرع بمال الغير إلى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح إلى قوله: (فيكون مقراً بتقديمه فيقدم عليه) فإن كان الدين مستغرقاً بجميع نصيبه دفعه إليه كله والباقي ظاهر. وقوله: (فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع) يعني تسري الوصية إلى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع إلى الولد الحادث قبل القبض وإذا سرت الوصية إلى الولد صار كأن الولد كان موجوداً فأوصى بهما وقيمتها مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ها هنا (وله أن الأم أصل) يعني في الوصية (والولد تبع فيه) أي في الوصية

خمس سهماً فيصير عشرة، وعندهما يقسم على أحد عشر سهماً لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة، ولو كان مكان الوصية إقرار قيل هو على الخلاف، وقيل لا خلاف فيه لمحمد، 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 الغير فيتوقف على إجازته، وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً فله أن يمنع من التسليم، بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادقتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة، فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي. قال: (وإذا اقتسم اثنان تركة 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 مقراً بثلث ما في يده، بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث فيكون مقراً بتقدمة 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 فربما 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 ولدًا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له) لأن الأم دخلت في الوصية أصالة والولد تبعاً حين كان متصلاً بالأم، فإن 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. وقال أبو حنيفة: يأخذ ذلك من الأم، فإن فضل شيء أخذه من الولد). وفي

صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له (الخ) أقول: فيه كلام، وهو أن هذا الفرق إنما يتمشى في صورة إن وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصي، وأما في صورة إن وقع بعدها في نصيب الآخر فلا، لأن الموصي حينئذ كان مقراً بملك الغير لغيره ولم يصبر مالكا له بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه إلى المقر له. ومسألتنا تعم صورتين فلا يتم التقريب قوله: (وجه الاستحسان أنه أقر بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقراً بثلث ما في يده) قال صاحب التسهيل: أقول مضى في فصل إقرار المريض أن ابنه لو أقر بأخ فجحده

على تأويل الإيصاء، وإنما كانت الأم أصلاً لأن الإيجاب تناولها قصداً ثم سرى حكم الإيجاب إلى الولد، ولا مساواة بين الأصل والتبع فتنفذ الوصية بالأم ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث، وتنفيذ الوصية في جميع الأم كان مستحقاً قبل الولادة فلا يعتبر بزيادة المال لأنه يؤدي إلى نقصها في بعض الأصل، وذلك لا يجوز لأن فيه إبطال الأصل بالتبع. وقوله:

قال المصنف: (وعندهما يقسم على أحد عشر سهماً، لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر) أقول: قال الإقناني: ولنا فيه نظر، لأنه على هذا التقدير كان ينبغي أن يكون نصيب شريك الموصي خمسة وأربعين ذراعاً فينقص إذن منه خمسة أذرع لأن نصيبه من جميع الدار خمسون ذراعاً كاملاً وقد نقص الخمسة فلا يجوز لأنه حينئذ يلزم تملك الموصي ملك شريكه وليس له ذلك، وأيضاً إذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لا محالة لأن سهمين من أحد عشر أقل من خمسة، وأيضاً يزداد حق الورثة أيضاً بسهم لأن لهم ما وراء قدر البيت من نصيب الموصي ونصيبه خمسون ذراعاً وربع للموصى له عشرة من نصيبه فيبقى أربعون وهم أخذوا خمسة أخرى. وقال بعض المشايخ: يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على خمسة أسهم أخرى عندهما، فالعشرة أذرع للموصى له وأربعون ذراعاً للورثة فيجعل كل عشرة سهماً، وهذه القسمة أصح عندي انتهى. هذا النظر يرد على تقدير الكافي وروداً ظاهراً قوله: (وحق الموصي له في خمسة تمسكاً بمذهب محمد، وزعم الموصى له أن حقه في عشرة) أقول: فيه بحث، فلم لم يعتبر زعمه تمسكاً بمذهب محمد إذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف: (والامتناع لحق الورثة) أقول: وقد مر في

الجامع الصغير عين صورة وقال: رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلاثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدًا يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الأم وثلاث الولد عنده. وعندهما له ثلثا كل واحد منهما، لهما ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم. وله أن الأم أصل والولد تبع 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 مقابله بالولد إذا اتصل به القبض، ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينقصد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً (هذا إذا ولدت قبل القسمة، فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له) لأنه نماء خالص لتقرر ملكه فيه بعد القسمة.

أخوه الآخر دفع إليه المقر نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى هنا لأنه أقر بالمساواة. وعند مالك يدفع إليه ثلث نصيبه كما قلنا هنا نحن. والحاصل أننا عملنا هنا بأصل مالك ثمة وعمل زفر هنا بأصلنا ثمة، فلا بد للثمة الحنفية من الفرق بين الإقرار والوصية أو الاتحاد، ويحتمل أن يكون في المسألة روايتان، إلى هنا لفظ التسهيل، وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك. قلت: الفرق بينهما بين فإن المساواة من اللوازم البينة للإخوة دون الوصية بالثلث فإنها ليست من لوازمها فضلاً عن كونها بينة، فالإقرار بالأخ يتضمن الإقرار بالمساواة بخلاف الإقرار بالوصية فإنه يتضمن الإقرار بها اهـ. أقول: ليس هذا بشيء، فإن الذي من لوازم الإخوة إنما هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما في يد أحد الأخوين فقط كنصف التركة مثلاً، وإلا يلزم أن يكون حصة أحد الإخوة النصف وحصة مجموع الأخوين النصف، وهذا ظاهر البطلان، والمساواة في جملة التركة إنما تقتضي كون حصة الأخ المقر له ثلث ما في يد المقر لا نصفه كما فيما نحن فيه من الإقرار بوصية ثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسألتين. ثم إن ذلك البعض دون الوصية بالثلث فإنها ليست من لوازمها فضلاً عن كونها بينة ليس بتمام أيضاً. لأن المساواة إنما لا تكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة، وأما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعاً لانحصار الوارث في الابنين، وكون إقرار أحدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسألتين بوجه آخر كما لا يخفى.

(إلا أنه لا يقابله بعض العوض) جواب عما يقال لا نسلم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل فإن بعض الثمن لا يقابله شيء في ذلك وفيه نقض له بحصته. ووجهه أنه إنما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابله بالولد إذا اتصل به القبض، فإن العوض الواحد لا يقابل بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقض في المبيع لأن الثمن تابع إلى آخر ما ذكره. وقوله: (وإذا اتصل به القبض) إنما قيد بذلك لأن مقابلة بعض الثمن بالولد إنما يكون أن لو كان مقبوضاً بالأصل، حتى لو هلك قبل القبض بأفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الأم بجميع الثمن، والله أعلم.

أوائل كتاب الوصايا أن كل ما جاز بإجازة الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا خلافاً للشافعي قال المصنف: (أما الموصى له بالثلث شريك الوراث) أقول: وكذا الأخ الذي أقر أحد الابنين بأخوته وأنكر الآخر شريك للوراث مع أنه يعطي له نصف ما في يد المقر كما سبق في آخر كتاب الإقرار فلا بد من الفرق قال المصنف: (وإن لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعاً) أقول: الظاهر أنه بالحاء المهملة: أي ما يصير حصته منهما، يقال حصتي منه كذا: أي صار حصتي منه.

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 بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض، إلا أن الثاني يؤخر عنه، بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي

فصل في اعتبار حالة الوصية

لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلاث المال ذكر في هذا الفصل أحكاماً تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلاث المال بمنزلة الأصول، والأصل مقدم على العارض، كذا في الشروح قوله: (وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة) قال صاحب النهاية: وهذا بناء على أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثاً وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية، والمعتبر في فساد الإقرار وجوازه كون المقر له وارثاً للحال لأن الإقرار تمليك للحال، فمتى كان المقر له وارثاً يوم الإقرار لا يصح إقراره إذا كان المقر مريضاً اهـ. واقتفى أثره في هذا التقرير صاحب العناية. أقول: في عبارتهما خلل حيث قالوا: لأن الإقرار تمليك للحال، مع أنهم قد صرحوا في كتاب الإقرار بأن الإقرار ليس بتمليك بل هو إظهار للمقر به، وقالوا: ولهذا لو أقر لغيره بالمال والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له أخذه، وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة: منها أن المريض إذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة، ولو كان تمليكاً مبتدأ لم ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم، فحق العبارة أن يقال: لأن الإقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف رحمه الله في أوائل كتاب الوصايا فتذكر قوله: (وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المقام: أي لا تصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت، أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا وذكر في كتاب الإقرار أنه لم يكن عليه: أي على العبد دين يصح اهـ. أقول: لا يخفى على ذي فطرة

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال في النهاية: لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلاث المال ذكر في هذا الفصل أحكاماً تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلاث المال بمنزلة الأصول والأصلي مقدم على العارض. قوله: (وإذا أقر المريض لامرأة) واضح مبناه أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثاً وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية، والمعتبر في فساد الإقرار وجوازه كون المقر له وارثاً للحال، لأن الإقرار تمليك للحال، فمتى كان المقر له وارثاً يوم الإقرار لا يصح إقراره إذا كان المقر مريضاً. وقوله: (لأن الإقرار ملزم) فيه تلويح إلى رد قول زفر، وهو أن الإقرار أيضاً باطل لأن إقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا يصح للوراث. ووجه ذلك أن الإقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت في باب الوصية. وقوله: (إلا أن الثاني يؤخر عنه) أي تنفيذ حكم الإقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الإقرار الذي في حالة الصحة (بخلاف الوصية لأنه) يعني الوصية بتأويل الإيصاء. قوله: (وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق) يعني لا تصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت، أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا (وذكر في كتاب الإقرار أنه إن لم يكن عليه) أي على العبد (دين)

فصل في اعتبار حالة الوصية

قوله: (أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا) أقول: فيه بحث، فإن لفظ الجامع الصغير ها هنا هكذا على ما نقله الإتياني. وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له به فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل، وكذلك إن كان الابن عبداً فأعتق في هذا اهـ.

وارثه عند ذلك، ولا وصية للوارث، والهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها يتقرر عند الموت؛ ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق 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 إيجابيان عنده أو بعده، والإقرار وإن كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيعتبر في إيراث 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، وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا 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 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 بالتداوي، ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وإن وهب عند ما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش) لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت، والله أعلم.

سليمة أن ما ذهب إليه في شرح هذا المقام مما يبابه سداد المعنى وانتظام الكلام. فإنهما حملا قول المصنف وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً على عدم صحة الوصية والهبة فقط، مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعاً وهي الإقرار والهبة والوصية، لأنه كان عاماً لها في المسألة السابقة، فانتظام إطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً يقتضي العموم لها في هذه المسألة أيضاً سيما مع انضمام قوله ما ذكرنا إليها، فإن ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصورة الثلاث جميعاً بلا ريب. ثم إن قولهما أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا، إن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة لم تذكرنا هنا بعينهما صراحة بل اندرجتا في إشارة قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق فما معنى جعل هذه المسألة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الإقرار، وإن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا أصلاً لا صراحة بعينها ولا اندراجاً في إطلاق إشارة شيء فهو ممنوع، فإن مسألتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا: وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل، وكذلك لو كان الابن عبداً فأعتق في هذا اهـ. ولا يذهب عليك أن صورة الإقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت إطلاق إشارة قوله كذلك لو كان الابن عبداً فأعتق في هذا. فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا هو أنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسألة أيضاً للدليل ما ذكرناه في المسألة السابقة، وأن مراده بقوله وذكر في كتاب الإقرار إلى قوله والمقعد بيان في صورة الإقرار رواية للصحة أيضاً، وكذا في صورة الهبة، وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلاً تبصر ترشد.

يصح) إلى آخر ما ذكر في الكتاب. وقوله: (والمقعد والمفلوج) المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة (والأشل) من شلت يده (والمسلول) هو الذي به مرض السل، وهو عبارة عن اجتماع المرة في الصدر ونفثها. وقوله: (صار طبعاً من طباعه) يعني خرج من أن يكون مريضاً مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كما لو تصرف عندما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت، والله أعلم).

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 الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة،

باب العتق في مرض الموت

قال جمهور الشراح: الإعتاق في المرض من أنواع الوصية، لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة، وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل اهـ. أقول فيه فتور، لأن الإعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة، فإن الوصية إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف رحمه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية؟ نعم إنه في حكم الوصية إذا وجد في مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتي أيضاً في الكتاب، فالوجه أن يقال: لما كان الإعتاق في المرض أمراً يغاير حقيقة الوصية ولكن كان في حكمها أفرد به باب على حدة وأخره عن حقيقة الوصية لكونها هي الأصل قوله: (وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز) أقول: في عبارة المصنف هنا تسامح، فإن قوله جائز في النسخة الأولى محمول في الكلام، وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الأول، فالظاهر أن يقال مكان قوله فذلك كله جائز قوله: (وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً لأنه أقوى، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ، وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي) أقول: في هذا التحرير قصور بل خلل. أما أولاً فلأن قيد من جهة الموصي في قوله فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو مفسد لأنه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا أيضاً في الروايات، كما صرحوا به على أن يلحقه من الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحاباة مع أن الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلاً وإن لحق المحاباة من جهة غير الموصي وهو المشتري. وأما ثانياً فلأن قوله وغيره يلحقه الفسخ يوهم بإطلاقه أن يلحق الفسخ المحاباة أيضاً من جهة الموصي مع أنه قال وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي. فالحق في تحرير هذا المقام أن يقال: فإنه لا يلحقه الفسخ أصلاً والمحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي وأما غيرهما فيلحقه الفسخ من جهة

باب الإعتاق في مرض الموت

الإعتاق في المرض من أنواع الوصية، لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة، وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل. قال: (ومن أعتق عبداً في مرضه) كلامه واضح. وقوله: (والمراد الاعتبار من الثلث) أي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية، لأن الوصية عبارة عما أوجبه الموصي في ماله بعد موته متطوعاً. وقوله: (كالضمان والكفالة) غاير بينهما بالعطف لأن الضمان أعم من الكفالة، فإن من الضمان مالا يكون كفالة بأن قال لأجنبي خالع امرأتك على ألف على أي ضامن، وكذا لو قال بع هذا العبد بألف على أي ضامن لك بخمسائة من الثمن سوى الألف، فإن بدل الخلع يكون على الأجنبي لا على المرأة، والخمسائة على الضامن دون المشتري. وقوله: (وما نقله من التصرف) أي نجزه في الحال ولم يصفه إلى ما بعد الموت (فالمعتبر فيه حالة العقد، فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال، وإن كان مريضاً فهو من الثلث، وكل مرض صح منه فهو كحال للمصلحة لأنه بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله) وقوله: (فإن حايي ثم أعتق) صورته رجل باع في مرضه عبداً يساوي ألفين من رجل ألف وأعتق عبداً يساوي ألفاً ولا مال له

باب العتق في مرض الموت

قال المصنف: (ويضرب به مع أصحاب الوصايا) أقول: الأظهر أن يقال: يشرب كل من هؤلاء بحكم كل من العتق والمحاباة والهة مع أصحاب الوصايا: أي في الثلث قال المصنف: (لأنها إيجاب بعد الموت) أقول: قياس من الشكل الثاني.

وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لأنه يهتم فيه كما في الهبة، وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث، وإن أوجبه في حال صحته اعتباراً بحالة الإضافة دون جالة 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 في ماله. قال: (وإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحابة أولى عند أبي حنيفة، وإن أعتق ثم حابى فهما سواء، وقالوا: العتق أولى في المسألتين) والأصل فيه أن الرصايا 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 الرصايا قد تساوت، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق، وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي، وغيره يلحقه. وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي، وإذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الرصايا، ولا يقدم البعض على البعض. لهما في الخلافة أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحابة يلحقها،

الموصي وغير الموصي أيضاً. ثم إن كثيراً من الشراح منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف هنا وغيره يلحقه الفسخ: أي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال اهـ. أقول: ليس ذلك بسديد، فإن العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف عليه فيما قبل حيث قال: إن العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح مع أنه لا يخفى أن العتق المعلق أيضاً لا يلحقه الفسخ عندنا. فالحق أن يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ: أي غير العتق الذي ذكرناه آنفاً وهو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي فحينئذ يستقيم المعنى جداً لا يخفى، واللفظ أيضاً يساعده لا محالة، فإن العتق الذي ذكره يعم العتق الموقع والمعلق كما ترى قوله: (وإذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا) قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوي فيه من سواهما: أي سوى العتق والمحابة، واقتضى أثره صاحب العناية. أقول: فيه سماجة ظاهرة، فإن كلمة من في قوله من سواهما تأبى هذا التفسير جداً كما لا يخفى، وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما يتنافي ذلك كما ترى. فالوجه في تفسير ذلك أن يقال: أي سوى المعتق والذي حوي له أو سوى أهل العتق والمحابة. نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الأهل أو لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير، إذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الإخفاء والتعمية، فبقيت السماجة في تفسيرها المذكور لا محالة قوله: (لهما في الخلافة) قال صاحب العناية: في بيان الخلافة: وهي التي قدم فيها المحابة على العتق وتبعه العيني. أقول: هذا شرح فاسد، لأن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في كلتا المسألتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحابة على العتق والتي قدم فيها العتق على

سواهما (فالمحابة أولى) وإن ابتدأ بالعتق تحاصاً فيه (عند أبي حنيفة) ففي الأول يسلم العبد للمشتري بألف، ولم يبق من الثلث شيء إلا أن العتق لا يمكن رده فيسمى العبد في قيمته للورثة، وفي الثانية يتحاصن في مقدار الثلث وقالوا: (العتق أولى) سواء قدم المحابة أو أخرها فيعتق العبد مجاناً لأن قيمته بقدر الثلث، ويخير المشتري إن شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه، وإن شاء أمضى العقد وأذى كمال قيمة العبد ألفي درهم والأصل المذكور في الكتاب ظاهر. وقوله: (إلا العتق الموقع) أي المنجز لا المفوض إلى أعتاق الورثة مثل أن يقول أعتقوه أو يوصي بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم، وقوله: (كالتدبير الصحيح) احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول أنت حر بعد موتي بيوم كما سيجيء. وقوله: (والمحابة في البيع) بالرفع معطوف على قوله إلا العتق الموقع. وقوله: (وغيره يلحقه) أي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال. وقوله: (يستوي فيه من سواهما) أي سوى العتق والمحابة. وقوله: (لهما في الخلافة) وهي التي قدم فيها المحابة على العتق وقوله: (لا يوجب التقدم في الثبوت) ألا ترى أنه إذا أوصى بثلاث

ولا معتبر بالتقديم الذكر لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت. وله أن المحاباة أقوى، لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى، فإذا وجدت المحاباة أولاً دفع الأضعف، وإذا

المحاباة والدليل المذكور من قبلهما، وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان في تينك المسألتين معاً فلا كلفة كما لا يخفى على ذي مسكة، فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسألة الأولى منهما، والصواب في بيانها أن يقال: وهي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق على المحاباة أو قدمت المحاباة على العتق قوله: (ولا معتبر بالتقديم في الذكر لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت) قال في العناية: ألا يرى أنه إذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثاً وصل أو فصل ولا عبرة للبداء فكذلك ها هنا اهـ، وهكذا ذكر في النهاية ومعراج الدزاية نقلاً عن الأسرار. أقول: لقاتل أن يقول: حكم الإيصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصي في حق كل واحد منهم، لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق، والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة التنوير زمان واحد فلماذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم أثلاثاً، بخلاف ما نحن فيه فإن العتق الموقع في المرض منجز غير مضاف إلى ما بعد الموت، وكذا المحاباة في البيع إذا وقعت في المرض والمنجز يوجب الحكم في الحال لا محالة فينبغي أن يثبت الحكم في المقدم في الذكر قبل أن يثبت في المؤخر فيه فافتقرت الصورتان فتأمل قوله: (وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق عليها فيستويان) قال في العناية: فيه بحث، وهو أن يقال: المحاباة الأولى مساوية للمحاباة الثانية، والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها، فالمحاباة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وأيضاً لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصاً، وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن ينفذ الأولى ثم الثانية. والجواب عن الأول أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه. وعن الثاني أنه إنما تحاصاً لأن ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض إذا لم يخرج من الثلث، وإذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية، إلى هنا لفظ العناية. أقول: فيه نظر من وجوه: الأول أن السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلاً، إذ لم يقل المصنف قط إن التقديم مطلقاً يقتضي الترجيح، بل إنما قال إن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الإعتاق لكون

ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثاً وصل أو فصل ولا عبرة بالبداء فكذلك ها هنا وقوله: (لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة) يعني وبالمريض لا يلحقه الحجر عنها (فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى) لأنه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمريض يلحقه الحجر عنه. وقوله: (قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان) فيه بحث، وهو أن يقال: المحاباة الأولى مساوية للمحاباة الثانية، والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها، فالمحاباة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها، وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة، وأيضاً لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصاً، وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن تنفذ الأولى ثم الثانية. والجواب عن الأول أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه. وعن الثاني بأنه إنما تحاصاً لأن ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض

قوله: (وغيره يلحقه: أي غير العتق الموقع) أقول: فيه أن الظاهر أن يقول: أي غير ما ذكرنا من العتق الموقع والعتق المعلق، وتعميم الموقع بهما خلاف الظاهر. قوله: (يستوي فيه من سواهما: أي سوى العتق والمحاباة) أقول: فيه شيء، فإن لفظاً من تأبى هذا التفسير قوله: (وهي التي قدم الخ) أقول: فيه شيء، فإن الظاهر التعميم للمسألتين.

وجد العتق أولاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة، وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث المحاباتين نصفين لتساويهما، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان، 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 بهله 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 يرذ على الورثة، وقالوا: يعتق عنه بما بقي) لأنه وصية بنوع قرينة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج، وله أنه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذ غير الموصى له، وذلك لا يجوز، بخلاف الوصية بالحج لأنها قرينة محضة وهي حق الله

المقدم إذ ذاك دافعاً للأضعف المؤخر، وأما تقديم غير الأقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الأقوى كما في تقديم العتق على المحاباة، ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم إحدى المحاباتين على الأخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا اتجاه له أصلاً على ما ذكره المصنف، والثاني أن الجواب المذكور عن السؤال الأول ليس بسديد، لأن لزوم النتيجة القياس لذاته إنما هو شرط الانتاج مطلقاً لا شرط الإنتاج في الجملة، فإنهم مصرحون في علم الميزان بأن قياس المساواة وإن لم يستلزم النتيجة لذاته إلا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة إذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا «أ مساو لـ ب» و«ب مساو لـ ج» فإنه ينتج، ويستلزم «أ مساو لـ ج» بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي أن كل مساوي المساوي مساو، والسؤال الأول بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا

إذا لم يخرج من الثلث، وإذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت ويثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فأتسويا، كذا في النهاية. وقوله: (قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة، وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني) فإن قلت: لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة؟ قلت: لا يستقيم لأن المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساوياً لها، والعتق الأول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث، ثم ما أصاب العتق الأول شاركه فيه العتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما، فإن قيل: كيف يستقيم هذا ولم يصل إلى صاحب المحاباة كمال حقه كان ينبغي أن يسترد صاحب المحاباة ما أخذ صاحب العتق الثاني، لأن حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت المحاباة. أجب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الأول، لأن حق العتق الأول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي إلى الدور، وإن نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما. قال: (وإن أوصى بأن يعتق عنه بهله المائة عبد) كلامه واضح. وقوله: (وبقي شيء من الحجة يرذ على الورثة) قال الإمام الكتاني: إلا أن يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له. وقوله: (وهذا أشبه) يعني إلى الصواب لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيحلف المستحق إذا هلك منه شيء، وتبطل الوصية وترذ المائة إلى ورثته. وقوله: (ومن أوصى بعتق عبده) أي بإعتاق عبده. وقوله: (لأنه يتلقى الملك من جهته) أي لأن الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصى (إلا أن

قوله: (وقوله لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة: يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها) أقول: ضمير عنها راجع إلى المعاوضة قوله: (فكان تبرعاً بمعناه) أقول تذكير الضمير الراجع إلى المحاباة إما باعتبار الخبر أو لكون بمعنى أن مع الفعل، أو على تأويل ما ذكر قال المصنف: (وهو لا يحتمل الدفع) أقول: لكون المحاباة أقوى منه قوله: (وهو يناقض الدليل المذكور) أقول: أي ثبت نقض ما أثبت قال المصنف: (ثم أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق) أقول: قال في الكافي: فإن قيل: ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحاباة الأولى عنده، لأن المحاباة الثانية مساوية للعتق، والمحاباة الأولى مرجحة على العتق، والمساوي للمرجوح مرجوح، وكذا في المسألة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الأول عنده، لأن العتق الأول يساوي المحاباة، والمحاباة راجحة على العتق الثاني، والمساوي للمراجح راجح، قلنا: لا يترجح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة بالإجماع إذا لم يكن الغير متخللاً، وكذا إذا تدخل الغير اهـ. وذكر المسألين فيه على عكس ترتيب الهداية قوله: (وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح) أقول: لم يذكر ذلك صريحاً. نعم يجوز

تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلكت بعضها يدفع الباقي إليه، وقيل هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله 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 وصداً 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. قال: (ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية) لأن الدفع قد صح لما أن حق وليّ 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 الذي التزموه، وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن فتنفذ الوصية، قال: (ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقر الوصي له والوراث 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

يخفى. والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له، فإنه إن أريد أن بتنفيذ المحاباتين جميعاً ثم بنقضهما بعد الموت يرتفع تقدم إحداهما على الأخرى فذلك أمر لا يساعده العقل، وإن أريد به أن التقدم والتأخر بينهما باقيان ولكن لا تأثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف أن التقديم يقتضي الترجيح مطلقاً. فالصواب في رد السؤال الثاني ما نبهنا عليه آنفاً من أن الذي الذي ذكر في الكتاب أن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح، لا أن التقديم مطلقاً يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال. وفي دفع السؤال الأول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلاً عن الفوائد الحميدية حيث قال: فإن قيل ينبغي أن يقسم الثلث بين الكل أثلاثاً لأن المحابة الثانية مساوية للأولى والعتق مساو للمحابة الثانية فكان مساوياً للأولى لأن المساوي للمساوي مساو. قلنا: العتق مساو للثانية بمعنى يخصه وهو تقدمه عليها فلا يساوي الأولى، وبهذا

ملكه) أي ملك الموصي (باق) فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا أن ملك الميت فيه باق بعد لحاجته (وإنما يزول) ملكه (بالدفع فإذا خرج به) أي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية، كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين (فإن فداء الورثة كان الفداء في أموالهم) أي كانوا متبرعين فيما فدوه به. وقوله: (ومن أوصى بثلث ماله لآخر) واضح. وقوله: (وإن كان على المعتق دين) يعني أن من أعتق عبداً في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء، وهذا لأن الإقرار بهذين الأمرين في حالة المرض إنما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخراً عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر، وما هنا لما حصلنا معاً بتصديق واحد بقوله صدقتهما جعل كأن الأمرين كانا وثبتا بالبيعة فيشبان معاً كذلك (وله أن الإقرار بالدين) أي ولأبي حنيفة وجهان: أحدهما أن الإقرار بالدين أقوى على ما ذكر. والثاني أن العتق لا

أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليه فيستويان، فإن التقدم إذا كان سبباً لمساواة المرجوح للرابع يكون سبباً أيضاً لرجحان المساوي. والجواب أن سببية التقدم لمساواة المرجوح من حيث أنه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المزاخمة ضرورة، وأحد المتساويين إذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضاً لأنه ليس أقوى منه فتثبت المزاخمة أيضاً، ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح قوله: (والجواب عن الأول أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه) أقول: فيه تأمل، فإنهم صرحوا بأنه متى صدقت المقدمة الأجنبية التي نسبتها تنتج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ما هنا قولنا مساوي المساوي مساو وهم صرحوا بصدقها، ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الحسية فليتأمل قوله: (أجيب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الخ) أقول: يعني نصف ما أخذ قوله: (فيؤدي إلى الدور) أقول: لأنه يسترد منه أيضاً صاحب العتق الثاني للنجاس قوله: (وقوله وهذا أشبه: يعني إلى الصواب) أقول: الظاهر تبديل «إلى» ب«أب» قوله: (لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد) أقول: فيه بحث.

من الثلث شيء أو تقوم له البينة أو 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، والوراث ينكر لأن مدعاه العتق في المرض وهو وصية، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرأ، والقول قول المنكر مع اليمين، ولأن العتق حادث والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهداً للوراث فيكون القول قوله مع اليمين، إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لأنه لا مزاحم له فيه أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه. قال: (ومن ترك عبداً فقال للوراث أعتقني أبوك في الصحة وقال رجل لي على أبيك ألف درهم فقال صدقتهما فإن العبد يسمى في قيمته عند أبي حنيفة)، وقال: يعتق ولا يسعى في شيء لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معاً بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كانا معاً، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية 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 الاستناد فيستند 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.

خرج الجواب عن إشكال آخر. وهو أن يقال: المحاباة الأولى ترجحت على العتق والثانية مساوية للأولى فينبغي أن ترجح على العتق كالأولى لأن المساوي للراجح راجح، لما مر أن رجحان الأولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه، وكذا لو قال: ينبغي أن لا يكون للمحاباة الثانية شيء لأنها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوي للمرجوح مرجوح، كذا في الفوائد الحميدية اهـ. فتأمل.

يمكن إسناده إلى حالة الصحة فكذاك ثبت الدين من كل وجه، وثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لأن إعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى وجوب السعاية، وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت. ولو قال العبد لمولاه المريض أعتقتني في صحتك وقال رجل آخر لي عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقتهما عتق العبد ويسعى في قيمته للغيرم كذا ما هنا. وقوله: (وعلى هذا الخلاف النخ) لهما أن الوديعة لم تظهر إلا والدين ظاهر معها فيتحصان كما لو أقر بالدين ثم بالوديعة، إذ الإقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقعاً معاً، بخلاف المورث. وله أن حقه ثبت في عين الألف مقارناً لثبوت الدين في الذمة وعند انتقالها منها إلى الألف كان الألف مستحقاً بالوديعة كما لو كان المورث حياً وقال له ذلك فقال صدقتهما، والاختلاف في هذه المسألة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب.

قال المصنف: (ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية، لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي) أقول: قال في الكافي: والأصل أن الإصاء بالإعتاق لا يبطل ملك الورثة، فإن شاءوا دفعوه، وإن شاءوا فدوه، فإن دفعوه صح الدفع لأن حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك، فكذا يتقدم على من يتلقى المالك وهو الموصى له، وبطلت الوصية لأن الدفع يبطل حق المالك لو كان حياً، فكذا يبطل حق من يتلقى المالك من جهته؛ ألا يرى أن الموصي لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا، وإن اختاروا الفداء فعليهم ألدية لالتزامهم وجازت الوصية انتهى. ولا يخفى عليك المخالفة بينه وبين ما في الهداية والتوفيق أن العبد وجب إعاقته بالوصية، ففيم يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت، وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه الثمراتشي.

قال المصنف: (وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم) أقول: قال في المنظومة في كتاب الإقرار في باب أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه:

لَو تَرَكْتَ أَلْفَ وَهَذَا يَدْعِي دِينَا وَذَاكَ قَالَ هَذَا مَسْودَعِي
وَالْأَبْنُ قَدْ صَدَّقَ هَذَيْنِ مَعَا اسْتَوِيَا وَأَعْطِيَا مَنْ أَوْدَعَا

فصل

قال: (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه البداء بما هو الأهم (فإن تساوت في القوة بديء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث) لأن الظاهر أنه يتبدى بالأهم. وذكر الطحاوي أنه يتبدى بالزكاة ويقدمها على الحج وهو إحدى الرويتين عن أبي يوسف، وفي رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد. وجه الأولى أنهما وإن

فصل

ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا إذا ضاق عنها الثلث، كذا في غاية البيان. وقدم المصنف باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لأنه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل، كذا في عامة الشروح قوله: (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو آخرها) أقول: يشكل إطلاق هذه المسألة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فإن العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرّر في محله ومزّ في الباب السابق أيضاً مع أنه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وإن كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعبرات وذكر في النهاية وغاية البيان أيضاً نقلاً عن شرح الطحاوي فتأمل. قوله: (لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه البداء بما هو الأهم) أقول: يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي قوله في وضع المسألة قدمها الموصي أو آخرها إذ على تقدير إن آخر الفرائض تكون بداءته بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداء هناك بالأهم، إذ لا شك أن الأهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك أن يقال الظاهر منه البداء بما هو الأهم. والجواب أن المراد بالبداء في قوله والظاهر منه البداء بما هو الأهم هو البداء في الإعطاء والتملك لا البداء في

فصل

قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لأنه لا يلحقه الفسخ، بخلاف مسائل هذا الفصل. اعلم أن من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر، فإما أن يوصي بها أو لا، فإن كان الثاني لم تؤخذ من تركته ولم تجبر الورثة على إخراجها لكن لهم أن يتبرعوا بذلك، وإن كان الأول ينفذ من ثلث ماله عنده، ثم الوصايا إما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما، فما للعباد خاصة تقدم ذكرها، وما لله تعالى إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة، أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر، أو كله تطوعاً كالحج التطوع، والصدقة على الفقراء، وما أشبههما. أو يجمع بين هذه الوصايا كلها بأن جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله، وكذلك إن لم يحتمل ذلك ولكن أجازت الورثة، وإن لم يجيزوها فإن كانت كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت، وإن اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات، لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه البداء بما هو أهم وإن تساوت في القوة: يعني أن يكون الكل فرضاً أو واجباً أو تطوعاً كما ذكرنا بديء بما قدمه الموصي، لأن الظاهر أنه يتبدى بالأهم. فإن قيل: أين ذهب قول

فصل: ومن أوصى بوصايا

قوله: (والصدقة على الفقراء) أقول: فإنها تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى قوله: (وإن لم يجيزوها فإن كانت كلها لله تعالى) أقول: الكلام يحتاج إلى توجيه كما لا يخفى قوله: (لأن الفريضة أهم من النافلة) أقول: لعله أراد بالفريضة هنا ما يعم الواجب فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه آنفاً من عددها من الواجبات، والقرينة لتلك الإرادة مقابلتها بالنافلة قوله: (فإن قيل: أي ذهب) أقول: يعني في الفصل السابق قوله: (ففي هذه المسألة حجة عليهما) أقول: أبو حنيفة لم يعتبر التقديم في الذكر، وإلا فلو أوصى بثله لإنسان ثم به لآخر لزم أن يقدم المقدم، وجوابه اعتبار عدم المجانسة عنده فيه، صرح به الخيازي فراجع قوله: (أجيب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى) أقول: فيه بحث.

استوريا في الفرضية 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 لمزيتها عليها في القوة، إذ قد جاء فيهما من

الذكر والتلفظ؛ فالمعنى أن الظاهر من حال الموصي البداءة في الإعطاء والتملك بما هو الأهم في الشرع وإن أخره في الذكر والتلفظ. وجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداءة المذكورة بداءة من ينفذ وصاياه ويؤديها إلى محلها من الوصي والقاضي ونحوهما لا بداءة نفسه. فالمعنى أن الظاهر من حال الموصي أن يقصد بداءة من ينفذ وصاياه ويصرفها إلى محلها بما هو الأهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه قوله: (فإن تساوت في القوة بديء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم) يعني إن تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوة بأن كان كلها فرائض أو واجبات أو نوافل بديء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث، لأن الظاهر من حال الإنسان أن يبتدىء بالأهم. أقول: لقائل أن يقول: في تمام التعليل نظر، إذ الظاهر أن الأهم في حقوق الله تعالى ما هو الأقوى منها، والمفروض في وضع مسائلنا هذه تساوي تلك الحقوق فكيف يتصور أهمية بعضها من بعض، وإن وجد التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوة من جهة الفرضية أو الوجوب أو التنفل فالظاهر أنه أهمها ما هو أقواها في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصي، فإن أريد بالأهم في قوله لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم ما هو الأهم: أي الأقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم أن الظاهر أن يبتدىء به. إذ لا يهتدي كل أحد إلى معرفة ما هو الأقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو النوافل فكيف يجعل ابتداءه بشيء منها دليلاً على كونه أقوى من غيره في اعتبار الشرع، وإن أريد بالأهم في ذلك ما هو الأهم عند المبتدىء كما صرح به في الكافي حيث قال: لأن الظاهر من حال الإنسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده فيكون الظاهر أن يبتدىء به فمسلم، لكن كون مثل هذا الظاهر موجباً للبداءة في التنفيذ والأداء بما قدمه الموصي في الذكر مع العلم بكون ما أخره أهم في اعتبار الشرع غير واضح، فإن كون الظاهر من حال الإنسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده متحقق في المسألة المتقدمة هنا أيضاً مع أنه لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الأعم عند الشرح حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصي أو أخرها فليتدبر في الدفع. ثم إن صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها فقال: ثم الوصايا إما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما، فما للعباد خاصة تقدم ذكرها، وما لله تعالى إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة، أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر، أو كله تطوعاً كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبهها، أو يجمع بين هذه الوصايا كلها، فإن جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله. وكذلك إن لم يحتمل ذلك ولكن إجازة الورثة، وإن لم يجيزوها فإن

أبي يوسف ومحمد ولا معتبر بالتقديم في الذكر فإنه لا يوجب التقديم في الثبوت، ففي هذه المسألة حجة لأبي حنيفة رحمة الله عليهما؟ أجيب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى لكون صاحب الحق واحداً، وأما إذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم، كما لو أوصى بثلثه لإنسان ثم أوصى بثلثه لآخر. وقوله: (فالزكاة تعلق بها حق العباد) يعني باعتبار أن الفقير حقه في القبض ثابت فكان ممتازجاً بحقين. وقوله: (إذ جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات) أما في الزكاة فقوله تعالى ﴿والذين يكتزون الذهب والفضة﴾ الآية، وأما في الحج فقوله تعالى: ﴿ومن كفر فإن الله غني عن العالمين﴾ مكان قوله ومن لم يحج، وقوله ﴿ومن مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهودياً﴾ الحديث. وقوله: (والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر) ترك كفارة الإفطار لأنها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة، وقوله: (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) فمن ذلك أن تقدم صدقة الفطر على النذر لكونها واجبة بإيجاب الشرع والنذر واجب بإيجاب العبد، والنذور تقدم على الأضحية لوقوع اختلاف في وجوبها دون وجوب النذور (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا) يعني قوله لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم وصار كما إذا صرح بذلك وقال

الوعيد ما لم يأت في الكفارات^(١)، والكفارة في القتل والظاهر واليمين مقدمة على صدقة الفطر لأنه عرف وجوبها دون صدقة الفطر، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق 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

كان كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت، وإن اختطلت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات، لأن الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الأهم اهـ. أقول: في تقريره خلل، لأن ضمير المفعول في قوله وإن لم يجزوها إما أن يرجع إلى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل، أو يرجع إلى مطلق الوصايا جامعة كانت بينها أو غير جامعة، فإن رجع إلى الأولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال: فإن جمع بينها فساق كلامه الخ يلزم أن لا يصح قوله فإن كان كلها لله وهي فرائض أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به، لأن الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع فسيمات للوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل، فكيف يتصور أن تجعل هنا قسماً منها، وإن رجع إلى الثانية فمع كونه مما يباه سياق كلامه يلزم أن يكون كثير من الأقسام مع أحكامها مهماً متروكاً في مقام التفصيل، وذلك مثل أن تكون الوصايا كلها فرائض أو واجبات أو نوافل والثالث يحتمل الكل أو لا يحتمل ذلك، ولكن أجازته الورثة، فإن كلاً منها قد خرج بقوله فيما قبل، فإن جمع بينها ولم يذكر فيما بعد أصلاً فيفوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع، ثم إن الشارح المذكور إنما وقع فيما وقع بزيادة قوله فإن جميع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها، ولو سلك في التقرير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فإن كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ لسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان الخلل تأمل تقف قوله: (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) قال الشراح: فمن ذلك أن يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بإيجاب الشرع وكون النذور واجبة بإيجاب العبد اهـ. أقول: لقائل أن يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى: ﴿وليوفوا نذورهم﴾ الحج (٢٩) وعرف وجوب صدقة الفطر بالنسبة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظاهر واليمين عليها لذلك على ما ذكر في الكتاب قوله: (قالوا: إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد الخ) وفي غاية البيان: قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي: فإن قيل: إذا كانت الوصية بحجة الإسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لإنسان لأن ذلك ليس بفرض والحج فريضة. قلنا: هذا إذا اتحد المستحق، فأما عند اختلاف

«أبدوا بما بدأت به»، ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا هذا وهو ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل فالأفضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعق مثلاً سواء رتب على هذا الترتيب أو لم يرتب، وما جمع بينهما قالوا: إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد وتجعل كل جهة من جهات القرية مفردة بالضرب ويقسم على عددها، فإذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على أربعة أسهم لأن المقصود بجميعها وإن كان متحداً وهو رضا الله فكل واحدة في نفسها مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الأدميين فإن الجميع منها، وإن كان المقصود منه القرية إذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا. قال: (ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده) كلامه واضح. وقوله: (وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعق من قبل) يعني على مذهب أبي

(١) ورد أحاديث كثيرة في الوعيد لمن ترك الزكاة منها حديث أبي هريرة، وهو حديث طويل وفيه: قال رسول الله ﷺ: «ما من صاحب ذهب، ولا فضة لا يؤدي منها حقها إلا إذا كان يوم القيامة صُفِّحت له صفائح من نار، فأحمى عليها في نار جهنم، فيكوى بها جنبه وجبينه وظهره كلما بردت أعيدت له في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة حتى يُقضى بين العباد، فيرى سبيله إما إلى الجنة، وإما إلى النار...» الحديث. أخرجه مسلم ٩٨٧ وأبو داود ١٦٥٨، ١٦٥٩ والنسائي ١٢/٥، ١٣ وعبد الرزاق ٦٨٥٨ والبيهقي ١١٩/٤، ١٣٧، ١٨٣، ٣/٧ وأحمد ٢/٢٦٢، ٢٧٦، ٣٨٣. وفي الباب أحاديث

إذا صرح بذلك. قالوا: إن الثلث يقسم على 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 بجمعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين. قال: (ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحجج ركباً) لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفي من بلده والوصية لأداء ما هو الواجب عليه وإنما قال ركباً لأنه لا يلزمه أن يحجج ماشياً فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه. قال: (فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يحجج 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

المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اهـ. أقول: في الجواب نظر، فإنه منقوض بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي وبالمحابة في البيع إذا وقعت في المرض، فإن كلاً منها يقدم على جميع سائر الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العتق من حيث أنه لا يلحقه الفسخ أصلاً، وقوة المحابة أيضاً من حيث أنه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي كما مر في باب العتق في المرض، ولو لم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحابة عند اجتماعها مع وصايا من حقوق الله تعالى، لأن المستحق في المحابة هو العبد، وفي حقوق الله تعالى وهو الله تعالى فقد اختلف المستحق، وكذا الحال في العتق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لأن العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبيه، لأن العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر قوله: (لهما أن السفر بنية الحج وقعة قربى وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ) قال صاحب العناية: قوله لهما أن السفر بنية الحج وقعة قربى مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام «كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاثة»^(١) فإن الخروج للحج ليس منه. ورد بأن المكفر إذا أطعم بعض المساكين فمات وأوصى به وجب الإكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت، ذكره في الأسرار، فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج. وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل أن الأول لو بدا له في الطريق أن لا يحجج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الأمر إلى غيره برضا الوصي لم يجز ولزمه رد ما أنفق، وأما الإطعام فإنه يقبل التجزي حتى إن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به

حنيفة، وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل بقوله: وله أنه وصية بعتق عبد يشتري بمائة الخ. وقوله: (ومن خرج من بلده حاجاً) قيد به لأنه إذا خرج للتجارة يحجج عنه من بلده بالاتفاق وسيذكره بعيد هذا. قيل هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن، فأما إذا لم يكن فيحجج عنه من حيث مات بالاتفاق، لأنه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو، فكذلك إذا أوصى. وقوله: (لهما أن السفر بنية الحج وقعة قربى الخ) مدفوع بقوله ﷺ «كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاثة» فإن الخروج للحج ليس منه. ورد بأن المكفر إذا أطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الإكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت، ذكره في الأسرار، فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج. وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر، بدليل أن الأول إذا بدا له في الطريق أن لا يحجج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الأمر إلى غيره برضا الوصي لم يجز

قوله: (وروي الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل، فالأفضل يبدأ بالصدقة الخ) أقول: قال السرخسي في محيطه: لأن الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات، قال عليه الصلاة والسلام «تباثت العبادات عند الله تعالى، فقالت الصدقة: أنا أفضلها» ولأن نفعها عائد إلى غيره، ونفع غيرها مقتصر عليه. وقال عليه الصلاة والسلام «خير الناس من ينفع الناس» والحج أفضل من العتق لأنه من الأركان الخمسة، والبداة بالأفضل أولى لأنه أجزل ثواباً وأعظم أجراً اهـ. وأنت خير بأن قوله ونفع غيرها مقتصر عليه منقوض بالعتق.

خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر. وقول أبو يوسف ومحمد. يحج عنه من حيث بلغ استحساناً، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق. لهما أن السفر بنية الحج وقع قرية وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيبتدىء من ذلك المكان كأنه من أهله، بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قرية فيحج عنه من بلده. وله أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب، والله أعلم.

غيره فإنه يجزئه، كذا في الأسرار، وهذا ليس بدافع لأن الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره في الانقطاع، إلا أن يقال: التجزي في الإطعام مستند إلى الكتاب فإنه أقوى وإن كان دلالة فعله به، والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به. إلى هنا لفظ العناية. أقول: السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله ورد وأجيب مذكوران في النهاية وغيرها، وتصرف هذا الشارح نفسه إنما هو في قوله وهذا ليس بدافع الخ ساقط، إذ ليس مدار الجواب المذكور على أن المتجزئ لا ينقطع وغير المتجزئ ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من أن الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره، بل مداره على أن الانقطاع لا يضر في المتجزئ وإنما يضر في غير المتجزئ، فإن كل عمل غير متجزئ إذا انقطع قبل التمام يبطل من الأصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلاة، والحج غير متجزئ؛ فإذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب أن يحج من بلد الموصي أداء للواجب على الوجه الذي وجب عليه، بخلاف العلم المتجزئ فإنه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه أن يبطل من الأصل، بل يجوز أن يتمم الآخر ما بقي منه، كما إذا أطلع المأمور بالإطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فإنه يجزئه كما نص عليه في الأسرار. وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعاً للسؤال قطعاً، ولعدم فرق الشارح المزبور بين المدارين قال في تقرير السؤال: ولم ينقطع ما أطعمه بالموت والواقع في النهاية بذل ذلك ولم يبطل هناك ما أطعمه بالموت، وفي معراج الدراية بدله، ولم يجب الاستئناف هناك بل وجب الإكمال بما بقي بالاتفاق. ثم إن مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله إلا أن يقال التجزي في الإطعام مستند إلى الكتاب الخ، على أن التجزي ينافي الانقطاع وإلا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزي الإطعام تعارض أصلاً حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الإطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته، وقد عرفت أن التجزي لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في المتجزئ وغيره، إلا أن الإكمال بما بقي متصور في المتجزئ دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الإطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى، فما ارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى.

ولزمه رد ما أنفق، وأما الإطعام فإنه يقبل التجزي، حتى أن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فإنه يجزئه، كذا في الأسرار وهذا ليس بدافع لأن الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره في الانقطاع، إلا أن يقال: التجزي في الإطعام مستند إلى الكتاب فإنه لم يشترط فيه التتابع أصلاً، حتى لو جامع في خلال الإطعام مثلاً لم يجب عليه إعادة ما سبق والكتاب أقوى وإن كان دلالة فعله به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به. وقوله: (على ما قررناه) أراد به قوله قبيل هذا: ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً الخ.

قال المصنف: (لهما أن السفر بنية الحج وقع قرية) أقول: وقر العلامة النسفي في الكافي دليل الطرفين هكذا: لهما أن السفر بنية الحج وقع قرية، وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى: ﴿ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله أو لم يهاجر له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان، بخلاف ما إذا خرج بنية التجارة لأنه لم يقع قرية فيحج عنه من بلده. وله أن عمله انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام «كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلى ثلاثة والخروج للحج ليس من الثلاثة، ولا بناء على المنقطع، وظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج، فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء، وثمة يحج عنه من بلده فما هنا كذلك قوله: (حتى أن المأمور بالإطعام) أقول: يعني في كفارة الظهار.

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال: (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة، 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. وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيراناً عرفاً، وقد تأيد بقوله ﷺ «لا صلاة لجار المسجد إلا في

باب الوصية للأقارب وغيرهم

آخر هذا الباب عما تقدمه لأنه ذكر في هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين، وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم، والخصوص أبداً يتلو العموم، كذا في الشروح قوله: (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) قال صاحب العناية: كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب، ويجوز أن يقال: الواو لا يدل على الترتيب، وأن يقال: فعل ذلك اهتماماً بأمر الجار اه كلامه. أقول: كل واحد من توجيهه كاسد. أما الأول فلأن الواو إنما لا يدل على الترتيب الخارجي: أي لا يدل على وقوع مَدْخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه، وأما ما تأخر مَدْخوله في الذكر عن المعطوف عليه فأمر ضروري، ولا يخفى أن مدار قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب على الثاني: يعني لما قدم ذكر الوصية للأقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام أن يقدم ذلك في بسط المسائل أيضاً ليحصل التناسب بين الإجمال والتفصيل، وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجي لا يدفع ذلك بلا ريب. وأما الثاني فلأن الاهتمام بأمر الجار لو كان واجباً أو مستحسناً لفعل ذلك في ترجمة الباب بأن قال باب الوصية للجيران وغيرهم، ولما لم يفعله هناك علم أن اهتمامه كان بأمر الأقارب، فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب قوله: (ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق الخ) أوضحه في الكافي حيث قال: ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع؛ ألا يرى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الأرض وجار القرية صرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق اه. وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف لما تعذر صرفه إلى الجميع: يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض. أقول: لقائل أن يقول: عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض في

باب الوصية للأقارب وغيرهم

إنما آخر هذا الباب عما تقدمه لأن في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين، وفيما تقدمه ذكر أحكامها على وجه العموم، والخصوص أبداً يتلو العموم. قال: (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب، ويجوز أن يقال الواو لا تدل على الترتيب، وأن يقال فعل ذلك اهتماماً بأمر الجار قوله: (لأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع) يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض صرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق. وقوله: (وذلك عند اتحاد المسجد) قيل حتى لو كان في المحلة مسجداً صغيراً متقاربين فالجميع جيران. وقوله: (وما يروى فيه ضعيف) يعني ما روي أنه ﷺ قال «الجار أربعون داراً، هكذا وهكذا أربع مرات» إشارة إلى الجوانب الأربعة. فإن قيل: هذا خبر لا يعرف روايه، وقال ابن قدامة: هذا إن صح كان نصاً في الباب وقد طعن في روايه قالوا: (ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي) قال محمد في الزيادات: وينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يدخل السكان تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وإن كانوا لا يملكون المسكن، ومن كان مالكا ولم يكن ساكناً لا

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قوله: (كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب) أقول: فإنه نص على خصوص الأقارب وقدم على غيرهم المذكور مجملًا، وكل ذلك يدل على أهميته، وما ذكره بقوله ويجوز لا يدفعه، وكذا قوله وأن يقال الخ. نعم يمكن أن يقال لكل من

المسجد^(١) وفسره بكل من سمع النداء، ولأن المقصد برّ 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^(٢). قالوا: ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم الذمي لأن اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه، ولا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن. قال: (ومن أوصى

الوصية لجيران الموصي لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف إلى الموصي نفسه على شيء من ذلك لا حقيقة ولا عرفاً بخلاف من يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد محله فإن هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصي عرفاً كما سيأتي في وجه الاستحسان، فلا يلزم من تعذر صرفه إلى الجميع تعذر صرفه إلى أهل مسجد محله كما قال الإمامان حتى يتعين صرفه إلى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل قوله: (ولأن المقصد برّ الجيران فاستجابته ينتظم الملاصق وغيره) أقول: ولقائل أن يقول: نعم إن مقصود الموصي من إيصائه لجيرانه برّ الجيران لكن الجيران هم الملاصقون لا غير لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره، وإن صير إلى كون غير الملاصق أيضاً من أهل المحلة جيراناً عرفاً يلزم المصير إلى الدليل الأول، فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلاً ثانياً كما هو مقتضى التحرير. وجه كما لا يخفى قوله: (قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي لأن اسم الجار يتناولهم) أقول: التعميم المستفاد من قولهم ويستوي فيه الساكن والمالك ينافي بتقييد المصنف فيما مر بقوله ممن يسكن محلة الموصي، إلا أن يكون ما نقله ها هنا عن المشايخ رواية أخرى، لكن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما لا يخفى على الفطن. وقال بعض المتأخرين: المفهوم من قول المصنف ممن يسكن محلة الموصي الخ اشتراك السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملاكاً أو غيرهم. وما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملاكاً أو غيرهم. ومما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما إن كانوا ملاكاً بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل اه كلامه. أقول: ليس هذا بتام لأن تخصيص خلافهما بالعبد الساكن إنما يكون دليلاً على عدم الخلاف في الحرّ الساكن، لا على عدم الخلاف في الحرّ الغير الساكن إذا كانوا ملاكاً حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما إن كانوا ملاكاً. ثم إن تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن بمنزلة الصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهما الوصية وإن كانوا أحراراً وملاكاً فإنه قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك للدار، فدل قطعاً على أن عدم دخول العبد

يدخل. قال أبو بكر بن شاهويه: هذه كرخدانية من محمد في مذهب أبي حنيفة، وليس كذلك فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو الملاك، وأقول: ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذمي لأن المسجد لا يضمه إلا إذا أريد باتحاد المسجد سماع الأذان. وقوله: (ومن أوصى لأصهاره) أي لأقرباء امرأته. قال في الصحاح: الأصهار أهل بيت المرأة، وإنما قال: وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة لأن الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن أيضاً. وقوله: (وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها) يعني وإن ورثت منه بأن يكون الطلاق في المرض. وقوله: (ومن أوصى لأختانه) يعني أن الأختان

الأقارب والجيران خصوصية تستدعي الاهتمام فنبه على أهمية كل منهما من وجه بطريق حيث قدم الأقارب في الإجمال والجيران في التفصيل قوله: (إشارة إلى الجوانب الأربعة) أقول: وفي بعض الشروح أشار إلى الجوانب الثلاثة يمين ويسار وخلف قوله: (وقال ابن قدامة) أقول: من الحنبلة.

(١) تقدم مستوفياً في صلاة الجماعة

(٢) ضعيف. يشير المصنف لما أخرجه أبو يعلى ٥٩٨٢ والديلمي ٢٦٧١ كلاهما من حديث أبي هريرة مرفوعاً: «حق الجوار أربعون داراً هكذا، وهكذا يميناً، وشمالاً، وقداماً، وخلفاً». وفيه محمد بن جامع العطار ضعيف، وبه أهله الهيثمي في المجمع ١٦٨/٨ وضعفه. وفيه عبد السلام ابن أبي الجنوب متروك. قال ابن حجر في الدراية ٢/٢٩٣: وروى الطبراني من حديث كعب بن مالك نحوه، وله قصة إلا أن فيه يوسف بن السفر ضعيف. ورواه هقل بن زياد عن الأوزاعي مرسلاً. وروى البيهقي من حديث عائشة مرفوعاً: «أوصاني جبريل بالجار إلى أربعين»

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»^(١) وكانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام. وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة، وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لأن الكل أصهار. ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية،

الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصي له في الحقيقة، وهذا إنما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم السكنى عندهما إن كانوا ملاكاً من الخلافة المذكورة كما فعله ذلك البعض قوله: (لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن) قال بعض المتأخرين: ولقائل أن يقول: لعله أراد بدخوله كون نفسه موصى له ومستحقاً للوصية فيحمل على أنه لو أعتق قبل موت الموصي صار مستحقاً له، ولا يضره كونه عبداً وقت الوصية، إذ العبرة لوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي، وأيضاً الوصية بدءاً للعبد ثم لمولاه لأن العبد وما يملكه لمولاه فسكناء كاف في استحقاقه الوصية فتأمل إلى هنا كلامه. أقول: كل من شقي كلامه غير صحيح. أما الأول منهما فلأن العبرة إذا كانت لوقت الموت دون وقت إيجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيما كان عبداً وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقياً لا محالة. وأما الذي كان عبداً وقت الإيجاب ثم أعتق قبل الموت فصار حراً وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعاً، لأنه لما صار حراً في الوقت الذي له العبرة في أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصي صار من قبيل سائر الأحرار بلا تفاوت، فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه. وأما الثاني فلأنه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شيء للعبد تملكاً مضافاً إلى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد إلى مولاه ثانياً، بل معناها تملك شيء لمولى العبد كما هو الحال في سائر التملكيات للعبد على ما صرحوا به، وإلا يلزم أن يكون العبد أهلاً للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به أحد، فإذا كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التملك تملكاً لمولاه، فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناء كاف في استحقاقه الوصية تأمل ترشد قوله: (ومن أوصى لأصهاره) قال صاحب النهاية: أي لأقرباء امرأته. وفي الصحاح: الأصهار أهل بيت المرأة اهـ. واقتضى أثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبا العناية ومعراج الدراية. أقول: تفسير الأصهار في هذه المسألة بأقرباء امرأته لا يناسب قول المصنف فيما بعد، وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لأن الكل أصهار، فإن كلاً منهم ليس من أقرباء امرأته مع أنهم يدخلون في الإيضاء بالأصهار بناء على كون كلهم أصهاراً كما صرح به المصنف. فالوجه أن يفسر الأصهار في هذه المسألة

تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والأخت والعمة والخالة وغيرها، وعلى محارم الأزواج، فكيون كل ذي رحم محرم من أزواج المحارم من الذكر والأنثى كلهم في قسمة الثلث سواء. وقوله: (ومن أوصى لأقاربه) يعني تصرف إلى اثنين فصاعداً الأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الأب أو الأم غير الوالدين والولد إذا لم يكونوا وارثين عند أبي حنيفة. وقوله: (وفائدة الخلاف تظهر في آل أبي طالب) يعني أن الموصي إذا كان علوياً فعلى القول الأول أنصى الأب علي فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر. وعلى القول الثاني أنصى الأب أبو طالب لأنه أدرك الإسلام وإن لم يسلم فيدخل

قوله: (وليس كذلك) أقول: من كلام أبي بكر بن شاهويه قوله: (وأقول: ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذمي) أقول: لا أدري ما وجه تخصيص محمد بالذكر.

(١) وقع للمصنف صفية والصواب جويرية. أخرجه أبو داود ٣٩٣١ وأحمد ٢٧٧/٦ والحاكم ٢٦/٦ كلهم من حديث عائشة وله قصة وفيه: «فسماع - تعني الناس - أن رسول الله ﷺ قد تزوج جويرية، فأرسلوا ما في أيديهم من السبي، فأعقوهم، وقالوا: أصهار رسول الله ﷺ...». ورجاله ثقات غير إسحاق بن يسار فيه: كلام لا يضر، فالحديث حسن.

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 محرم 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 للثنين فصاعداً، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أصحابه: 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 اسماً لمن قامت به فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف. وله أن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية، والمقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو

بما هو أعم من أقرباء امرأته. وقد جاء في اللغة جعل الأصهار أعم من أقرباء المرأة. قال في الصحاح: الأصهار أهل بيت المرأة. عن الخليل قال: ومن العرب من يجعل الصهر من الأحماء والأختان جميعاً أه. وقال في القاموس: الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه أصهار. ثم قال: وزوج بنت الرجل وزوج أخته الأختان أصهار أيضاً أه. قوله: (وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية) أقول: فيه بحث، وهو أنه إن أراد أن الوصية أخت الميراث في جميع الأحكام فهو ممنوع، كيف وقد مر في الكتاب أنه يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا شك ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقرر في محله، وكذا قد مر فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند إجازة الورثة إياها على ما تقرر في محله عند أبي حنيفة ومحمد. ولا يجوز الميراث للقاتل عند أحمد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به، وكذا مر فيه أنفاً في مسألة الإيصاء لأختانه أنه يستوي فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد، ولا ميراث للعبد أصلاً، ولا يستوي في الميراث الأقرب والأبعد على ما تقرر، وإن أراد أن الوصية أخت الميراث في بعض الأحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب، إذ الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو أول المسألة. ثم إن أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر الأخوة بين الوصية والميراث في مسألتنا هذه أيضاً من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر والأنثى والمسلم والكافر، كما قال به أصحابه على ما نص عليه الإمام الزيلعي في التبيين حيث

فيه أولاد عقيل وجعفر، وبقية كلامه واضح إلى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه وهو جواب عن قولهما إن القريب مشتق من القرابة فيكون اسماً لمن قامت به وبين كونه متروكاً بالإجماع بقوله: (فإن عنده) أي عند أبي حنيفة (يقيد بما ذكرناه) من الأقرب فالأقرب بالقيود الستة التي ذكرناها (وعندهما بأقصى أب له في الإسلام. وعند الشافعي بالأب الأدنى) وما كان متروكاً بالإجماع لا يصح الاستدلال به لا محالة. وقوله: (وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان) يعني وله

قوله: (لأن الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن أيضاً) أقول: بدليل قولهم:

لكل أبي بنت إذا ما ترعرعت ثلاثة أصهار إذا عدد الصهر
فأولهم خدر وثانيهم امرؤ وثالثهم قبر وخيرهم القبر

أه من شرح الزيادات للعتابي قوله: (فصاعداً الأقرب فالأقرب) أقول: يعني يقدم الأقرب فالأقرب. وبالجمله فيه شرائط: الأول أن يكون اثنين فصاعداً. والثاني كونه قريباً. والثالث كونه من ذي رحم محرم. والرابع كونه من جهة الآباء والأم. والخامس كونه غير الوالدين والولد. والسادس عدم كونه وارثاً قال المصنف: (وقال أصحابه: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام) أقول: قال في الكافي: يستوي فيه الأقرب والأبعد والواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى. وهذا الكلام لمحمد يخالف ما قاله إذا أوصى رجل لأمهات أولاده بالثلث وللفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبر هنا.

يختص بذى الرحم المحرم منه، ولا يدخل فيه قرابة الأولاد فإنهم لا يسمون أقرباء، ومن سمي 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 ذكروه، وعندهما بأقصى الأب في الإسلام، وعند الشافعي بالأب الأدنى. قال: (وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتباراً للأقرب كما في الإرث، وعندهما بينهم أربعاً إذ هما لا يعتبران الأقرب (ولو ترك عمًا وخالين فللعلم نصف الوصية والنصف للخالين) لأنه لا بد من اعتبار معنى الجميع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما إذا أوصى لذى قرابته بحيث يكون للعلم كل الوصية، لأن اللفظ للفرد فيحز الواحد كلها إذ هو الأقرب، ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه، ولو ترك عمًا وعمة وخالًا وخالة فالوصية للعلم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى، والعمة وإن لم تكن واردة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً، وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو

قال: ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والأنثى على المذهبين اهـ. وقد أفصح عنه في الكافي وغيره أيضاً. ولا ميراث للعبد والكافر أصلاً فضلاً عن التساوي مع الحر والمسلم. وأما الأنثى فإنها وإن ورثت إلا أنها لا تستوي مع الذكر في الاستحقاق البتة، فلم يعتبر الأخوة بين الوصية والميراث في هاتيك الأمور في مسائلنا هذه أيضاً، فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبي حنيفة ما هنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيه، ولعل صاحب البدائع تفتن له فلم يتعرض في الاستدلال على قول أبي حنيفة في هذه المسألة لحديث الأخوة بين الوصية والميراث، بل استدلل عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك قوله: (وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾ القصص (٢٩) ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة) أقول: في الاستشهاد بقوله تعالى ﴿وسار بأهله﴾ القصص (٢٩) نظر، لأنه إنما يدل على أن لفظ الأهل بطله. على الزوجة بطريق الحقيقة، ولا يدل على أنه لا يطلق على غيرها أيضاً بطريق الحقيقة، إذ لا يلزم من أن يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز إطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذاك المعنى؛ ألا يرى أنك إذا قلت رأيت إنساناً يفعل كذا وأردت بالإنسان هناك فرداً مخصوصاً من أفراد لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الإنسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد في موضع آخر، فإذاً لا يثبت

ولد يحز ميراثه فالثلث لعميه، وهذا إلى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة. وقوله: (لأنه لا بد من اعتباره معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية) يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا إذا انفرد كان له النصف أيضاً. واعتراض بأن في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة المزاحم حيث قال: إذا كان معه عم آخر كان له النصف، فكذا إذا لم يكن معه عم آخر. وحينئذ كان لقاتل أن يقول: إذا كان عم واحد كان له الثلث، لأنه إذا كان معه عمان كان له الثلث، فكذا إذا لم يكن معه غيره، وعلى هذا يقال: يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهلم جرا. وأجيب بأن ذلك غير لازم، لأن اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذر، فتعين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه، والعم والواحد نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما، وإذا أخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم أثلاثاً. وقوله: (لما بيناه) أراد به قوله لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ. وقوله: (وهي أقوى) أي قرابة العمومة أقوى من قرابة الخولة. وقوله: (والعمة وإن لم تكن واردة) جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة ويقدم العم على الأخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب. ووجه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعلم في الدرجة، وعدم استحقاقها العصوبة وصف قام بها وهو الأنوثة لا يخرجها عن مساواتها للعم في استحقاق هذه للوصية كالعم الرقيق أو الكافر لما أن حرمان الميراث لو صف قام به لا لضعف في القرابة. وقوله: (لأنسابه) الأنساب جمع النسب وهو القريب كالأنساب في جمع النصب. وقوله: (في جميع ما ذكرنا) يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافاً لهما. قال: (ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته) الوصية لأهل فلان تنصرف إلى الزوجة عند أبي حنيفة وإلى كل من يضم نفقة فلان من الأحرار عندهما اعتباراً للعرف المؤيد بقوله تعالى ﴿واثنوني بأهلكم أجمعين﴾ فإنه ليس المراد به

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، وقال: يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتباراً للعرف وهو مؤيد بالنص، قال الله تعالى ﴿وَاتَّوْنِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ﴿وسار بأهله﴾ ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة. قال: ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها، ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجدّه 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 لزمنائهم أو لأراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وإنائهم، لأنه أمكن تحقيق التملك في حقهم والوصية تملك، وإن كانوا لا يحصون فالوصية

بتلك الآية مطلوب أبي حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لأهل فلان بزوجه، بل يجوز أن تتناول غيرها أيضاً كما قال صاحباه. واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال: وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لأبي حنيفة بقوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾ فيه نظر، لأن لم يرد في الآية الزوجة خاصة، لأنه تعالى قال: قال: ﴿فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا﴾ قال لأهله امكثوا القصص (٢٩) ألا يرى أنه خاطبهم بخطاب الجمع اهـ. وأجاب عنه صاحب العناية حيث قال بعد نقله: والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتهم نفقته، فإن كان معه الأرقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاق اهـ. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذا كلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب الغاية، فإن حاصل نظره القدر في الاحتجاج لأبي حنيفة بقوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾ القصص (٢٩) بناء على أن ما وقع في سياقه من خطاب الأهل بلفظ الجمع يأبى كون

الزوج خاصة، وكذا قوله تعالى: ﴿فنجيناه وأهله إلا امرأته﴾ وله أن الأهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾ فلا يصار إلى غيرها مع إمكان العمل بها. قيل في استدلال بهذه الآية نظر، لأنه خاطب بلفظ الجمع بقوله: ﴿امكثوا﴾ والمرأة لا تخاطب بذلك. والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتهم نفقته، فإن كان معه من الأرقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق. وعلى أن الحقائق لا يستدل عليها لأن طريق معرفتها السماع كما عرف في الأصول، وإنما استشهد بالآية تأنيصاً. فإن ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالأيات التي استدلا بها، وقوله فلان تأهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم إليه. وقوله: ﴿لأن الإنسان يتجنس بأبيه﴾ فإن إبراهيم ابن رسول الله ﷺ كان من جنس قريش، وأولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وإن كان أكثرهم من الإمام، فعلم أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الأم. وقوله: ﴿ولو أوصى لإيتام فلان﴾ اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم. قال ﷺ «لا يتم بعد احتلام» والعريان والزمنى معروفة، والأرمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة، من أرمل إذا افتقر من الرمل كأدفع من الدقعاء وهي التراب، ومن الناس من قال: الأرمل في النساء خاصة، والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال: ذكورهم وإنائهم وهو اختيار الشعبي. فإذا أوصى لهؤلاء، فلما أن يكونوا قوماً يحصون أو لا، فإن كان الأول وحد الإحصاء عند أبي يوسف لا يحتاج في الإحصاء إلى كتاب ولا حساب، فإن احتيج إلى ذلك فهم لا يحصون. وقال محمد: إذا كانوا أكثر من مائة فإنهم لا يحصون وهو الأيسر. وقال بعضهم: هو مفوض إلى رأي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم

قوله: (قيل في الاستدلال) أقول: القائل هو الإفتاني قوله: (على أن الحقائق لا يستدل عليها) أقول: إن أراد أنه لا يستدل عليه بالقياس فمسلم، ولكن ليس الاستدلال عليه بالآية الكريمة كذلك، بل هو من قبيل السماع، وإن أراد مطلقاً فغير مسلم قوله: (كالأيات التي استدلا بها) أقول: منها ما ذكره في الكتاب، ومنها «فنجيناه وأهله إلا امرأته» ومنها «ووهبنا له أهله ومثلهم معهم» كذا قال الإفتاني، وقال: لم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتحمل على الكل، إلا أن المالكي لا يدخلون لأنهم خدم الأهل تبع لهم قوله: (اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول: قوله قبل ظرف لاسم، والظاهر أنه من باب التنازع. قال الكاكي: اليتيم صغير لا أب له.

في الفقراء منهم، لأن المقصود من الوصية القرية وهي في سدّ الخلة ورذّ الجوعة، وهذا الأسامي تشعر بتحقيق الحاجة فجاز حمله على الفقراء، بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامي 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، 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

المراد بالأهل هناك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جواباً عنه تأمل تفهم. فالأظهر في تعليل قول أبي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: ولأبي حنيفة أن الأهل عند الإطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس، يقال فلان متأهل وفلان له يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل، ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك اهـ تبصر تقف قوله: (ولا يدخل مدبروه وأمها وأولاده، لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت، والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله) أقول: له في التعليل كلام، لأن مقتضى قوله لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لأحد من هؤلاء أصلاً، إذ يلزم حينئذ أن يكونوا أرقاء في حالة تضاف الوصية إليها وهي حالة الموت، فإن المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون إضافة الوصية إلى حالة الموت والوصية للرقيق بشيء غير رقبته لا تجوز كما نصوا عليه، وقد مرّ في الكتاب أن الوصية لأمهات الأولاد بثلاث ماله جائزة، ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية بربقتها لأن الوصية بالرقبة إعتاق والوصية لها لا تحتل أن تكون إعتاقاً لأنها تعتق بموت مولاهما وإن لم تكن ثمة وصية أصلاً كما حققه

وإنانهم، لأن الوصية تملك وتحقق التملك فيهم ممكن. وإن كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكره في الكتاب، وهو واضح. وقوله: (بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون، أو لأيامي بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية) فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكر والأنثى في الأيامى دخوله في الأرامل أو لا؟ قال الكرخي. يدخل لأن الأيامى هي التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً أو يقال رجل أيم أيضاً. وقال محمد: الأيامى هي الشيب خاصة، وقول المصنف محتمل، والظاهر دخوله لأنه تركه اعتماداً على ذكره في الأرامل، وإنما بطلت الوصية في الشبان والأيامى لأنه ليس في اللفظ ما يدل على الفقير حتى يصرف إلى الفقراء، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف إليهم لكثرتهم فبطلت. قال محمد: الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك. والكهل إذا بلغ أربعين فزاد عليه، وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب فيحنئذ يكون شيخاً. وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً بمعنى الجمع، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر، وقوله: (ولو أوصى لبني فلان) يعني إذا أوصى لبني فلان فلا يخلو إما أن يريد مفهومه الإضافي أو يكون اسم قبيلة أو فخذ، فإن كان الأول لم يدخل فيه الإناث عند أبي حنيفة رجع إليه، وكان يقول أولاً يدخل وهو قولهما، والخلاف عند الاختلاط، أما إذا كانت الإناث منفردات فلا تدخل بالاتفاق. وجه قولهما أن جمع الذكور يتناول

وفي الجامع الكبير لشمس الأئمة: فإن قيل؛ أليس أن الكفار يسمون رسول الله ﷺ يتيم أبي طالب. قلنا: هذا لطف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام، فإنهم كانوا يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم، فلا يتناوله سبهم كما يسبون مذمماً وهو ليس كذلك، بل كان محمداً عليه الصلاة والسلام انتهى قوله: (والأرمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة) أقول: في المحيط: الأرامل كل امرأة فقيرة بلغت فارقتها زوجها أو مات عنها، دخل بها أو لم يدخل، وقول محمد حجة، وهكذا قال صاحب الزاهر: إن الأرملة هي التي لا زوج لها، مأخوذ من قولهم أرمِل القوم: إذا فنى زادهم، والذكر يسمى أرملاً مجازاً خلافاً للشعبي وابن قتيبة. قال صاحب الزاهر: لا يقال رجل أرمِل إلا في الشذوذ، ومطلق الكلام يحمل على الشائع المستفيض بين الناس، لا على الشاذ النادر انتهى قوله: (والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال ذكوره وإنانهم) أقول: في دلالة ذلك على ما ذكره بحث، فإن الظاهر أن كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس، وانظر إلى الكافي قوله وقال بعضهم: (هو مفوض إلى رأي القاضي) أقول: وعليه الفتوى قوله: (دخل في الوصية فقرائهم) أقول: هذا جواب إن كان الأول قال المصنف: (وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين) أقول: مخالف لما سبق في

الإناث في قول أبي حنيفة أول قوله وهو قولهما لأن جمع الذكور 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. قال: (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والأنثى فيه سواء) لأن اسم الولد يتظم الكل انتظاماً واحداً. (ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه لما نص على لفظ

الشراح هناك، فكان بين تلك المسألة وبين هذا التعليل تدافع. ويكن أن يقال: جواب تلك المسألة على موجب الاستحسان كما ذكره هناك، وهذا التعليل على موجب القياس، ووجه الاستحسان الذي ذكروا هناك غير متمشٍ ها هنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار إليه ها هنا قوله: (وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضاً والكل شركاء، لأن الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين: قلت: لا يخفى أن تناول الاسم للأعلى والأسفل بطريق التواطؤ ليس بأبعد من كون هذا التناول كذلك، فالمعجب أن أبا يوسف جوز هذا دون ذلك أه. أقول: إن أبا يوسف جوز ذلك أيضاً في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال: وقال الشافعي: الوصية لهم جميعاً، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لأن الاسم يتناولهم أه. وصرح به صاحب معراج الدراية أيضاً هناك حيث قال: وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعاً وهو قول زفر وأحمد والشافعي في قول أه. وما ذكره المصنف في هذه المسألة رواية أيضاً عن أبي يوسف لا قوله مطلقاً كما يشير إليه قول المصنف. وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف، ويرشد إليه أيضاً أن شمس الأئمة ذكر هذه المسألة في

الإناث وقد عرف في موضعه. ووجه قوله الآخر أن حقيقة هذا الاسم وانتظامه للإناث تجوز ولا يصار إليه عند إمكان العمل بالحقيقة وإن كان الثاني يتناول، لأن المراد به مجرد الانتساب لبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والمولاة وحلفاؤهم يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من فقرائهم. قال: (ومن أوصى لولد فلان) إما أن يكون أباً خاصاً أو فخذاً، فإن كان الأول فالوصية تناولت الأولاد دون أولادهم الذكر والأنثى عند الانفراد والاختلاط سواء، لأن اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاماً واحداً بطريق الحقيقة وولد الولد مجازاً لا يصار إليه عند إمكان العمل بها، فإن لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الأولاد وأولاد الأبناء رواية واحدة، وفي أولاد البنات روايتان، هذا ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد وولد الولد، فهم ذلك من قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ قال القدوري: والصحيح أنهم لا يدخلون وذكر فيه الحقيقة والمجاز كما ذكرنا. وإن كان الثاني يدخلون وإن كان الصلبي قائماً، لأن فلاناً إذا كان فخذاً فبنوه وبناته لا تخلو عن الأولاد عادة فتكون مرادة فتدخل، بخلاف ما إذا كان أباً خاصاً فإن بنيه وبناته قد تخلو عن الأولاد فلا تكون مرادة. وقوله: (ومن أوصى لورثة فلان) واضح. وقوله: (ومن أوصى لمواليه) مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه، والشافعي يجيز ذلك فأجاز هذا، وأصحابنا ما جوزوه وكذلك هذا، والمروى عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة، لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى يطلق على الأعلى والأسفل متواطئاً كالإخوة على بني الأعيان وبني

باب الوصية بثلث المال فيما إذا أوصى لأمهات أولاده وللفقراء والمساكين، إلا أن يكون هذا قول محمد. ثم رأيت في غاية البيان أن المسألة مختلف فيها، وأن هذا قول محمد والحمد لله تعالى قوله: (ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة أول قوله وهو قولهما) أقول: وفي الكافي مخالف لما في الكتاب فيه: ولو أوصى لبني فلان فهو للذكور لا غير عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخر اعتباراً للحقيقة. وقال محمد: يدخل فيه الإناث وهو قول أبي حنيفة أولاً أه فعمل في روايتين قوله: (فهم ذلك من قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾) أقول: أي يورثكم، فإن ولد الابن يدخل في الميراث مع البنت الصلبية. والجواب أنه دخل في الميراث مع البنت بدليل آخر، كذا في معراج الدراية، وعندي أن الفهم بطريق آخر، فإنه إذا لم يكن للميت صبي وكان له ابن ابن وبنت ابن مثلاً يكون المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بهذه الآية، فعمل أن الأولاد يتناول أولاد الأولاد، لأن فلاناً إذا كان فخذاً فبنوه وبناته لا تخلو عن الأولاد عادة. أقول: فيه بحث، فإن الخلو وعدم الخلو لا مدخل له في كون أولاد الأولاد مرادة إذا كانت معنى مجازياً الأولاد إلا

الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث. ومن أوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطله. وقال الشافعي في بعض كتبه: إن الوصية لهم جميعاً. وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوها. له أن الاسم يتناولهم لأن كلاً منهم يسمى مولى فصار كالإخوة. ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركاً فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه، ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض، ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله. وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم، ويدخل في عبد قال له مولاه

شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها، بل ذكر فيها القياس والاستحسان، فقال في القياس يدخلون، وفي الاستحسان لا يدخلون، كما ذكر تفصيله في النهاية ومفراج الدراية، فالعجب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجويز أبي يوسف تناول الاسم للكل في المسألتين معاً مع كونها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة، فتعجب أنه جَوَزَ تناول للكل في هذه المسألة دون الأولى ومفاسد قلة التدبير والتتبع مما يضيق عن الإحاطة به نطاق البيان قوله: (وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي، لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عنه تعلل اعتبار الحقيقة) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام: وبخلاف ما إذا لم يكن له موال: أي موالي العتاقة ولا أولاد الموالي: أي ولا أولاد موالي العتاقة يعني حينئذ الثالث لموالي الموالاة. وقال في الجامع الكبير: وإن لم يكن له إلا موالي الموالاة كان الثالث لهم لأن الأحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى، واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، إذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليقه بقوله لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة، فإن لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول

العلات وبين الأخياف، وليس بظاهر لأن معنى الإخوة في الجميع واحد وهو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم، ومعنى المولى ليس كذلك، فإن معنى الأعلى منعم ومعنى الأسفل منعم عليه، فكان في أحدهما بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول، وإليه أشار بقوله إن الجهة مختلفة. وقوله: (في موضع الإثبات) احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا، على أن لا عموم للمشارك لا في النفي ولا في الإثبات. وأجابوا عن مسألة الحلف بترك الكلام مع المولى مطلقاً ليس لوقوعه في النفي بل الحامل على اليمين بعضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده. فإن قيل: سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة؟ أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد. فإن قيل: الترجيح من جهة أخرى ممكن وهو أن تصرف الوصية إلى المولى الذي اعتقه لأن شكر المنعم واجب. وأما فضل الإنعام في حق المنعم عليه فمندوب، والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب كما هو المروى عن أبي يوسف بهذا المعنى. أجيب بأنها معارضة بجهة أخرى، وهو أن العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء، والغالب في المولى الأسفل الفقر، وفي الأعلى الغنى، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً كما هو المروى عن أبي يوسف بهذا المعنى. ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الأعلى فالوصية جائزة، ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض، ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتقه لا يثبت بعد الموت، لأن المتوقف على الشيء لا بالعلية يعقبه وجوداً، والوصية تضاف إلى حالة الموت لأنها أخت الميراث والميراث

إذا قامت قرينة على إرادتها أيضاً، والظاهر أن يقال: إذا كان فلان فخذاً يكون المراد مجرد الانتساب إليه فيدخل الكل، بخلاف ما إذا كان أباً خاصاً فليأمل قوله: (فيصير بذلك المعنى كالشيء) وقد قررناه في التقرير) أقول: قال في التقرير: يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى، ثم قال: كذا في أصول شمس الأئمة، وفيه نظر لأنه يقضي إلى جواز إرادتهما فيما يصح الجمع بينهما، ولنا نقول به إلا إذا جعل معنى كلامه أن الكلام متروك بدلالة اليمين إلى ما مجاز يمههما وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق، وهذا المعنى بعمومه يتناول الأعلى والأسفل انتهى ما في التقرير.

إن لم أضربك فانت حرّ لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه، ولو كان له موال وأولاده موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالى الموالاة. وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضاً والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء. ومحمد يقول: الجهة مختلفة، في المعتق الإنعام، وفي الموالى عقد الالتزام والإعتاق لازم فكان الاسم له أحق، ولا يدخل فيهم موالى الموالى لأنهم موالى غيره حقيقة، بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه، وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه

المصنف آفاً، ومحمد يقول: الجهة مختلفة، في المعتق الإنعام وفي المولى عقد الالتزام، وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكهما بينهما وبينوا مراد المصنف هناك على وفق ذاك، فلو كان المصنف ها هنا ما ذهب إليه صاحباً النهاية والعناية لما صح قوله في التعليل لأن اللفظ لهم مجازاً، إذ لا شك أن اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنييه أو معانيه، والصواب أن مراد المصنف ها هنا هو أنه إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى فالثالث لموالى الموالى فحيثئذ يرتبط قوله وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى بما قبله أشد ارتباطاً، ويتنظم تعليله بقوله لأن اللفظ لهم مجاز الخ انتظاماً تاماً كما لا يخفى، وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسألة، وعلى غاية البيان أيضاً عند شرح كلام المصنف هنا، وكان صاحب النهاية إنما أغترّ بما نقله عن الجامع الكبير، فإن المذكور فيه موالى الموالاة دون موالى الموالى، لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لأن الأحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسألة غير أب عنها، فإنه لا ينافي الاشتراك لجواز أن يكون أحد معني المشترك أحق بالإرادة من الآخر لأمر مرجح، وإن كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما أشار إليه المصنف فيما مرّ بقوله

كذلك، فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما (وعن أبي يوسف أنهم يدخلون) لأن سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد (لازم) أي ثابت مستقر، والأصح الأول لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالإحياء الحاصل بالمعتق، وذلك إنما يكون بعد الموت (ويدخل فيه) أي في هذا الإيصاء: يعني بالإجماع عبد قال له مولاة وهو واضح. ولو أوصى لمواليه وله موال وأولاد الموالى وموالى الموالاة دخل معتقوه وهو ظاهر، وأولادهم لأن نسبتهم إليه بالولاء للمعتق الذي باشر في آبائهم، والفروع أجزاء الأصول فكان الإطلاق حقيقة فيهم كما في أصولهم، ولهذا لا يصح نفي اسم المولى عنهم، بخلاف ما تقدم من بني فلان وأولادهم لأن النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بني وإنما هو بنو بنيه. وعن أبي يوسف أنهم: يعني موالى الموالاة يدخلون أيضاً لما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله: (والإعتاق لازم) جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الأعلى والأسفل. ووجهه أن المشترك لا يعمل به إلا إذا لم تكن قرينة على أحد المعنيين وها هنا قرينة تعين أحدهما، وهو أن ولأه الإعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته، ولأه الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء، وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا تتحقق المزاخمة بينهما، ولو لم يكن له إلا موالى موالاة كان الثالث لهم لأن الحقيقة إذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز صوتاً لكلام العاقل عن الإلغاء (ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالى لأولاد الموالى حقيقة. وقوله: (ولا يدخل فيه) أي فيما إذا أوصى لمواليه (موال اعتقهم) هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب أن يقال: موال اعتقهم أبوه أو ابنه لأن التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب، وهذا لأن الحقيقة هو أن يباشر إعتاق مملوك فيصير به مولى عنه، والمجاز أن يتسبب لذلك بإعتاق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكاً ولم يوجد في حق موالى الأب والابن فعل الإعتاق ولا تسببه، فقلنا: إنهم لا يدخلون في هذه الإضافة، وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ، لأن الذين اعتقهم موال له حقيقة. وقوله: (وإنما يحرز ميراثهم بالمعصية) جواب عما روي عن أبي يوسف أن موالى أبيه تدخل إذا مات أبوه وورث ولأههم لأنهم مواليه حكماً ولهذا يحرز ميراثهم. ووجه ذلك

قوله: (وهو أن ولأه الإعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته ولأه الموالاة الخ) أقول: فيه بحث قوله: (لأن الحقيقة إذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز) أقول: مخالف لما ذكره آفاً من القول الاشتراك إلا أن يني على التسليم والتنزل.

عند تعذر اعتبار الحقيقة. ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز، ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازاً، وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة، بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء، والله أعلم بالصواب.

والإعتاق لازم فكان الاسم له أحق، بخلاف تعليل المصنف هنا على تقدير أن يراد بالمسألة ما ذكر في الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فإنه لا يطابق المسئلة حيث لا يباه جداً كما بيناه آنفاً قوله: (ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول: لقائل أن يقول: لم لا يصار ها هنا إلى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الإلقاء في حق النصف، والمصير إلى عموم المجاز مخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز. وطريقة ها هنا أن يحمل الموالي على من كان للموصي مدخل في عتقه أعم من أن يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه أو بطريق التسبيب كما في معتق معتقه فليتأمل، والله أعلم.

أن إحرازه الميراث ما كان لكونهم موال له، لكن الشرع أقام عصبية المعتق مقام العتق في حق الميراث لأن الولاء كالنسب لا يورث، نص عليه صاحب الشرع قال «الولاء لحمه كالحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث» وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصبية. وقوله: (بخلاف معتق البعض) قال في النهاية: هكذا وقع في النسخ وليس بصواب. والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الإيضاح، لأنه يثبت بهذا الفرق بين موال الموالي وبين موال أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضاً، وذلك إنما يستقيم إذا كان بخلاف معتق المعتق، وأما معتق البعض فعند أبي حنيفة لم ينسب إليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج إلى ذكره. وذكر بعض الشارحين أن النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم بإثبات لفظة ابنه، وها هنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطاً بقوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه، ومعناه فإن معتق البعض يدخل تحت الوصية للمولى لأنه مولاة حقيقة، بخلاف موالي الأم لأنهم ليسوا بمواليه أصلاً، ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهبهما، لأن معتق البعض كالمكاتب، والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند تمام الكتابة، وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وإن كان فيه بعد من حيث الإيراد على مذهبهما خاصة، والله أعلم.

قال المصنف: (ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول: لا يجوز أن يراد المعنى العام لكليهما بقرينة صيغة الجمع وانحصار المعتق في الواحد. وجوابه أن الانحصار وقت الوصية لا يمنع صيغة الجمع في معناها بناء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت. قوله: (لأنه يثبت بهذا الفرق) أقول: قوله الفرق فاعل يثبت قوله: (وذكر بعض الشارحين) أقول: أراد الإثنائي قوله: (لأن معتق البعض كالمكاتب) أقول: الظاهر أن يقال: لأن معتق البعض عند أبي حنيفة كالمكاتب.

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال: (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبداً) لأن المنافع يصح تملكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل، فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان، ويكون مجبوساً على ملكه في حق المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف، وتجوز مؤقتاً

باب الوصية بالمنافع

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع، وآخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجوداً فأخرها عنها وضعاً، كذا في الشروح، أقول: فيه شيء، وهو أن هذا إنما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة، لأن الثمرة من قبيل الأعيان، والباب يشمل الأقسام الثلاثة كلها عنواناً وأحكاماً فلا يتم التقريب، وإن صير إلى التوجيه ببناء الكلام على الأكثر يبقى تأخير الوصية بالثمرة خالياً من بيان النكتة كما لا يخفى قوله: (إلا أن الأول وهو الأعدل أولى) قال بعض المتأخرين: فيه أن المفروض كون المهاية باختيارهم، فالمتأخر يسقط حقه فلا تبقى الأولوية إلا بإلزام الحاكم حتى يكون أولى انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، لأن إسقاط المتأخر حقه لا يلزم أن يكون بطيب خاطره، بل يجوز أن يكون مع الكراهة لأمر يدرو إليه، فكيف يساوي هذا استيفاء حقه كمالاً كما في الأول، ثم إن سلم كون إسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضي إلا انتفاء الظلم له وتحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الأول أعدل منه للتسوية بينهم ذاتاً وزماناً، ولا شك أن الأعدل أولى قوله: (وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث) أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأنه منقوض بما إذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فإن للورثة هناك أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هناك أيضاً؛ بأن يقال: إن حق الموصى له ثابت في عين جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث. وأما ثانياً فلأنه إن كان حق الموصى له ثابتاً في سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث فإما أن يكون حق الورثة أيضاً ثابتاً في سكنى جميع تلك الدار أو لا، فإن كان الأول يلزم أن يثبت في سكنى جميع الدار الواحدة في حالة واحدة حقوق أشخاص، واللازم

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع، وآخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجوداً فأخرها عنها وضعاً. قال: (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) كلامه واضح، ويفيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما تملك المنافع بغير عروض والمباينة بينهما وبين الإرث، لأن الوصية تعتمد التملك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (فكذا بعد الممات) لأن الموت لا يزيلها والإرث خلافة (فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى) وإذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بقلته لأنها بدلها فأخذت حكمها (والمعنى) وهو الحاجة (يشملهما) يعني المنفعة والغلة. وقوله: (فإن خرجت رقة العبد) فيه تفصيل وهو أنه إذا أوصى بخدمة عبده لشخص فإما أن قال أبداً أو جعل ذلك زماناً، فإن كان الأول وخرجت رقة العبد من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم إليه يسلم إليه ليخدمه وإن لم تجزه الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوماً إلى أن يموت، وإن كان الثاني فإما أن عين سنة مثل أن يقول سنة ست وسبعين وسبعمئة أو لم يعين، فإن عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال المصنف: (وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر) أقول: قال الكاكي: ويعتبر هذا الاحتمال لأنه نشأ من دليل وهو إيصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه أن الإيصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعاً، فلو لم يكن له

ومؤيداً كما في العارية فإنها تمليك على أصلنا، بخلاف الميراث لأنه خلافه فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى، وكذا الوصية بغلة العبد والدار لأنه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشتملها. قال: (فإن خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ليخدمه) لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة (وإن كان لا مال له غيره خدّم الورثة يومين والموصى له يوماً) لأن حقه في الثلث وحققهم في الثلثين كما في الوصية في العين 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 ثلاثاً للانتفاع لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زماناً وذاتاً، 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 الظاهر 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

باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة في جميع محل واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الأجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال، وإن كان الثاني يلزم أن لا يقسم عين الدار بين الموصى له والورثة أثلاثاً للانتفاع، وأن لا يقسم الدار بينهم مهايأة من حيث الزمان أثلاثاً لثبوت حق الموصى له في سكنى جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض. مع أن المسألة خلاف ذلك كما مر آنفاً في الكتاب قوله: (فإنما تثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعاً لملك الرقبة أو لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها) قال في العناية: واعترض عليه بإجازة الحرّ نفسه فإنه لا يملك منفعته تبعاً لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة، ويجوز أن يملكها ببذل، وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحرّ ليست كذلك فلا يكون وارداً عليه اهـ. أقول: الجواب منظور فيه، لأن كون كلام المصنف في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجوز الوصية بها، فإن مقدمات الدليل لا يلزم أن تكون مساوية للمدعي، بل لا بد من كلية الكبرى إذا كان إنتاج الدليل بطريق الشكل الأول وهاهنا كذلك. إذ حاصل هذا الدليل

الوصية، وإن مات الموصي بعد مضي البعض من تلك السنة أو مات قبل مضيتها، فإن كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فإنه يسلم العبد إلى الموصى له حتى يستوفي وصيته، وإن كان لا يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها ثم يسلمه إلى ورثة، وإن لم يعين فإن كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد إلى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يرده إلى الورثة، وإن لم يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين إلى ثلاث سنين ثم يرده إلى الورثة، وهذا الحكم على خلاف ما إذا أوصى بغلة عبده سنة فإن له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره. قال: (فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة) إذا مات الموصى له عاد الموصى به إلى ورثة الموصى (لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل الحكم إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى) لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يتملكه المورث، وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى، لكن يجوز أن يستحقها لذلك لأنه لم يرض به، واستحقاق الملك من غير مراعاة المالك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية (لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل) أي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لأنها إيجاب يجب عند الموت (ولو أوصى بغلة عبده أو داره) فاستخدم العبد الموصي بغلته الموصى له بنفسه أو سكن الدار الموصى بغلته بنفسه. اختلف المشايخ في ذلك على ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: (وليس للموصى له بالخدمة أن يؤجر العبد والدار) واضح سوى ألفاظ تذكرها قوله: (اعتباراً بالإهارة فإنها تمليك بغير بدل) قد تقدم في باب العارية، وفي الحقيقة هذا المعنى راجع إلى الأصل المقرر وهو أن الشيء لا

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 الموصي له استحقتها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز (ولو مات الموصى له في حياة الموصى بطلت) لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل. ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قبل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود. والأصح أنه لا يجوز لأن الغلة دراهم أو دنانير 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 يواجر العبد أو الدر. وقال الشافعي: له ذلك لأنه بالوصية ملك المنفعة فيملك تملكها 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 تمليكه ببدل اعتباراً بالإعارة فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا، ولا يملك المستعير الإجارة لأنها تمليك ببدل، كذا هذا. وتحقيقه أن التملك 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 يمكنه الرجوع فلهذا انقطع، أما هو في وضعه بغير لازم، ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا وفي تملكها بالمال إحداث صفة مالية فيها تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة، فإنما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعاً لملك الرقبة، أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً.

أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على أصلنا، وما ليس بمال في تملكه بالمال إحداث صفة المالية فيه تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة، وما في تملكه إحداث صفة المالية فيه لا تثبت الولاية عليه بهذه الصفة إلا لمن تملكه تبعاً لملك الرقبة أو لمن تملكه بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها ولا يكون مملكاً أكثر مما تملكه فإنه لا يجوز شرعاً، ولا يذهب على ذي مسكة أن ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الأدلة الشرعية كلية كل واحدة منها في نفسها لا مجال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحرز لوقوعها في محل الكبرى من الشكل الأول تبصر قوله: (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ) قال صاحب

يتضمن ما فوقه. وقوله: (إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره) جواب عما يقال الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قولها الرجوع حينئذ. ووجه ذلك أن الاعتبار للموضوعات الأصلية والوصية في وضعها غير لازمة، وانقطاع الرجوع بموت الموصي من العوارض فلا معتبر به. وقوله: (ولأن المنفعة) دليل آخر. وقوله: (وهذا لا يجوز) يعني بناء على ما قال، ولا يملك الأقوى بالأضعف وهو ظاهر. واعترض عليه بإجارة الحرز نفسه فإنه لا يملك منفعة تبعاً لملك رقبة ولا بعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببدل. وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية، فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها، ومنفعة الحرز ليست كذلك فلا يكون وارداً عليه. وقوله: (إذا كان يخرج من الثلث) احتراز عما إذا لم يخرج فإنه ليس له الإخراج إلى أهله إلا بإجازة الورثة. وقوله: (وإذا كانوا في غيره) أي في غير مصر الموصي. وقوله: (ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره) قد علم جوازه فيما تقدم من طريقين ولعله ذكره تمهيداً لقوله: (ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة) يعني إذا لم تجز الورثة كانت الوصية بغلة عبده سنة، وتذكير الضمائر إما بتأويل المال أو نظراً إلى الخبر.

مال سوى هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازاً عن المحرم شرعاً اه. وفيه تأمل قوله: (فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له) أقول: قوله الموصى له فاعل استخدم قال المصنف: (وقيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود) أقول: لا يخفى أن الأنسب للمقام كان أن يقول: لأن عين المنافع كقيمتها، لكنه قلب تنبيهاً على قوة المعنى وجوازها بطريق الأولى فليتأمل قوله: (وتذكير الضمائر إما بتأويل المال أو نظراً إلى الخبر) أقول: يعني من الخبر قوله بدل المنفعة قال المصنف: (لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه) أقول: أي من محمداً أو من الموصي، فإن عطف قوله ولآخر برقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده، كذا في شرح الكافي، والأقرب عندي هو الثاني قوله: (ومعنى ذلك أنه عطف الخ) أقول: يعني أن محمداً عطف الخ.

لها بالصفة التي تملكها، أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكاً أكثر مما تملكه معنى 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 ليخدمهم. ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً لأنه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به، كيف وأنه عين حقيقة لأنه دراهم أو دنائير 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

العناية: وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كاليان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد: يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثاً للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها، إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيهما يثبت بعد الموت اهـ. أقول: إن قوله السابق كاليان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد. والحق أن يقال: كاليان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد، لأن قول المصنف ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ، وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الخ إنما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة قوله: (ولمحمّد أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص، وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) قلت: ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص ويتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولهما لهما لفظاً وأصالة، وإلا يلزم أن يخالف هذا ما مر في مسألة صحة الوصية بجارية إلا حملها من أن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها، ويلزم أن يخالف أيضاً ما مر في كتاب الإقرار من أن الفص لا يدخل في الخاتم لفظاً بل تبعاً، ولهذا لو أقر بخاتم لرجل واستثنى فسه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعاً للمقر لأن الاستثناء تصرف في المملوك، بل إنما المراد ما هنا بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لما في بطنها تناولهما لهما تبعاً عند الإطلاق فترفع المخالفة كما توهمها البعض قوله: (ومن أصلنا أن العام الذي موجه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص) أقول: لا مجال للعموم في الألفاظ المذكورة في هاتيك المسائل، لأن الحلقة والفص بالنظر إلى اسم

وقوله: (لأنه عين مال تحتمل القسمة بالأجزاء) وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثله إن لم يخرج من الثلث، وفيه إشارة إلى الفرق بينها وبين الخدمة، فإن العبد لما لم يحتمل القسمة بالأجزاء صرنا إلى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة إلى ما يستوفي خدمته سنة كاملة كما مر ذكره. وقوله: (ولو أراد الموصى له قسمة الدار) ظاهر إلى قوله: (عطفاً منه لأحدهما على الآخر) ومعنى ذلك أنه عطف قوله والآخر برقبته على قوله أوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) يريد حالة العطف (بحالة الانفراد) أي بحالة انفراد إحدى الوصيتين عن الأخرى فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما. وقوله: (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة) كاليان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد: يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثاً للورثة (والخدمة للموصى له) من غير اشتراك (فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر) تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها (إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيهما يثبت بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر إما أن يكون أدرك حدّ الخدمة أو لا، فإن كان الثاني فنفتته على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة، لأن

قال المصنف: (وكذلك في أخواتها) أقول: والصواب في أخيتها وهو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر، كذا في شرح الكاكي. قال الإنقائي: أراد بأخواتها مسألة الخاتم مع الفص، ومسألة القوصرة مع التمر، ومسألة الشاة مع الصوف، ومسألة الدار مع البناء، ومسألة البف والحلية والبستان والتمر الموجود مثل ذلك، والأرض والنخل مثل ذلك، وكل شيء يشبه هذا مما يكون الاسم في

هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف فإنه يقول: الموصى له شريك الوراثة 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 ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة، لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطقاً منه لأحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد 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 أن الملك يثبت فيهما بعد الموت. ولهما نظائر، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث، أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه، أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من الثمر لفلان كان كما أوصى، ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها، أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف. وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان، وكذلك في أخواتها. لأبي يوسف أن يوجبها 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

الخاتم، وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر إلى اسم الجارية، وكذا القوصرة^(١) وما فيها بالنظر إلى اسم القوصرة بمنزلة الأجزاء لمدلولات هذه الأسماء لا جزئيات معانيها، إذ لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده، ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده، ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل الثمر وحده. على أن الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وكل من هؤلاء جزئي خاص فكيف يتصور فيها العموم. فقله ومن أصلنا أن العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو هنا لا يخفى قوله: (بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص) أقول: فيه شيء، وهو أنه قد تقرر في كتاب الإقرار أن استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفاً لفظياً غير عامل فيما يتناوله الاسم لفظاً كالفص في الخاتم والنخلة في البستان والبناء في الدار، فما معنى قوله أو الاستثناء في قوله لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء قوله: (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنتها ثم مات فله ما في بطنها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبداً أو لم يقل) أقول:

بالإنفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة، فإذا أدرك الخدمة صار كالكبير، والنفقة في الكبير على من له الخدمة لأنه إنما يتمكن من استخدامه بالإنفاق عليه، إذ العبد لا يقوى على الخدمة إلا به، وإن أبى الإنفاق عليه رده إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير، وإن جنى جناية فالقضاء على من له الخدمة لأن التمكّن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير. وقوله: (ولها) أي لهذه المسألة (نظائر) وقد ذكرها في الكتاب واضحة. وقوله: (ولا شيء لصاحب الظرف) وهو الأمة والخاتم والقوصرة (في المظروف) يعني الولد والفص والتمر (في هذه المسائل كلها) أما إذا كان أحد الإيجابين موصولاً بالآخر فبالإنفاق، وأما إذا كان أحدهما منفصلاً عن الآخر فكذلك عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وقوله: (كما في وصية الرقبة والخدمة) فإن الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء، وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدل به أبو يوسف في الكتاب والمسيبوط دليل على أن المعول على قول محمد. قال: (ومن أوصى لآخر بشمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة) المسائل المتعلقة بالانتصار على الموجود من الموصى به والتعدي إلى ما يحدث على وجوه ثلاثة: في وجه يقع على الموجود والحدث ما عاش الموصى له ذكر الأبد أو لم يذكر، كالوصية بغلة بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمه عبده فإن العرف

(١) القوصرة بالتشديد والتخفيف: وعاء الثمر يُتخذ من قصب اهـ مغرب

أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص، وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك، ومن أصلنا أن العام 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 بشمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها، 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 المعدم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدم

في تحرير هذه المسألة بهذا الوجه سماجة، فإن الإطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال أبداً أو لم يقل لا يناسب تقييد صدرها بقوله أبداً حيث قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً فالأولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد أبداً في صدر المسألة، أو ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال أبداً أو لم يقل تدبر قوله: (لأنه لإيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ) أقول: لا يخفى على الفطن أن هذا التعليل ينقض بما تقدم من مسألتي الثمرة والغلة، فإن الإيصاء بإيجاب بعد الموت في كل الصور مع أنه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده أيضاً بذكر قيد الأبد في الثمرة وبدون ذكره أيضاً في الغلة، نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله هذا بخلاف ما تقدم الخ إلا أن هذا التعليل ما هنا بقي خالياً عن الفائدة، وإنما يحصل وجه هذه المسألة مما ذكره في الفرق الآتي قوله: (إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بمرود العقد عليها كالمعاملة والإجارة فاقضى ذلك جوازه في الوصية لطريق الأولى) قال بعض المتأخرين: يرد عليه أن لنا أصلاً آخر، وهو أن الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده، ولا قياس عليه غيره فكيف ألحقت به اهـ. أقول: لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جداً، فإن مبناه أن يكون إلحاق الوصية بالثمره والغلة بالمعاملة والإجارة بطريق القياس، وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه، يرشد إليه قطعاً قول المصنف رحمه الله بالطريق الأولى وفي قوله فاقضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الأولى لأن الأولوية إنما تتصور في الدلالة دون القياس، وكون الشيء ثابتاً بخلاف القياس إنما ينافي القياس عليه، لأن من شرط القياس أن لا يكون المقيس عليه معدولاً عن سنن القياس دون الإلحاق به بطريق

فيها جار على الأبد، ويعتبر خروجه من الثلث. وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الأبد أو لم يذكره، كالوصية بالصوف على ظهر الغنم والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لأن المعدم من هذه الأشياء لا يستحق به بوجه ما. وفي وجه أن ذكر الأبد يقع على الموجود والحادث كالوصية بشمرة بستانه وإن لم يذكره. فإن كانت الثمرة موجودة قبل الموت تناولها، وإلا فالقياس أن تبطل الوصية، وفي الاستحسان يقع على الحادث إلى أن يموت الموصى له وجه القياس أن الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل. ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صوناً لكلام الموصي عن الإلغاء، والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما، ثم السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لأنه هو المتفع بالبستان فصار كالتفقه في فصل الخدمة. وقوله: (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً) إلى آخر

الوصية عاماً، فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء، كذا قال الكرخي في مختصره، إلى هنا كلام الإيتاني قال المصنف: (وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) أقول: هنا نوع مخالفة لما أسلف في الوصية بجارية إلا حملها فراجعها متأملاً قال المصنف: (واسم القوصرة كذلك) أقول: فكان كل منها كالعام الذي الخ، ولا ينبغي أن يظن أن تلك الأسماء عمومات، فإنه ليس كذلك كما لا يخفى قوله: (ذكر الأبد أو لم يذكر) أقول: يعني أطلق ولم يذكر قيداً.

والمعدوم المذكور وإن لم يكن شيئاً، أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً، يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره، فإذا أطلقت يتناولهما عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى. أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفتر 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 أبداً أو لم يقل) لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ، وهذا بخلاف ما تقدم. والفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم لأنه لا يقبل الملك، إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة، فافتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الأولى لأن بابها أوسع. أما الولد المعدوم وأختاه فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً، ولا تستحق بعقد ما، فكذلك لا يدخل تحت الوصية، بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً وبالعقد الخلع مقصوداً، فكذا بالوصية، والله أعلم بالصواب.

الدلالة، وقد مرّ مراراً نظائر هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض. ثم أقول: بقي لنا شيء فيما ذكره المصنف رحمه الله، وهو أن عقد المعاملة باطل غير مشروع عند أبي حنيفة كما تقرر في موضعه، فقوله ها هنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لا يتمشى على قول أبي حنيفة، وإنما يتمشى على قول صاحبيه، فإن عقد المعاملة مشروع عندهما، والمسألة التي نحن فيها مما أنفقوا عليه فكيف بيني دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل.

الباب واضح، والله دَرّ المصنف ما أجزل تركيبه وأحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج إلى تقرير إلا وتركيبه أوفى تأدية له من غيره. وقوله: (وبعقد الخلع) صورته أن تقول المرأة لزوجها خالعتني على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح وله ما في بطنها، وإن لم يكن في البطن شيء فلا شيء له، وما حدث بعد ذلك فللمرأة لأن ما في البطن قد يكون متقوماً وقد لا يكون فلم يضره، حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس لها حمل تردّ المهر.

باب وصية الذهبي

قال: (وإذا صنع يهودي بيعة أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة، والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا. وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما. قال: (ولو أوصى بذلك لقوم مسلمين فهو الثلث) معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لأن الوصية

باب وصية الذهبي

ذكر وصية الذهبي بعد وصية المسلم لأن الكفار ملحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية، فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا. أقول: أكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى، فتغليب الأقل على الأكثر غير معقول، والأظهر أن يقال: لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وآخره لخاستهم قوله: (وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث، هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله، والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا، وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: إذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترخيع، أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان لمسلم، فإن وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى، وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح، إلى هنا لفظه. أقول: فيه خلل من وجوه: الأول أنه صرف البيعة إلى اليهودي والكنيسة إلى النصراني، وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقاً في الأصل، ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى. وعبرة الكتاب هنا تحتمل صرف البيعة إلى النصارى والكنيسة إلى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب. والثاني أنه قال: أما عنده وقال بعده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله، وأضمر أبا حنيفة أولاً وأظهره ثانياً، وكان الأول مقام الإظهار والثاني مقام الإضمار، بخلاف عبارة المصنف فإنها على الأصل السديد

باب وصية الذهبي

عقب وصية المسلم بوصية الذهبي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في أحكام المعاملات (وإذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترجيح، أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة إذا كان لمسلم، فإن وقف المسلم في حالة الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى (وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح). ولو أوصى بذلك أي لو أوصى بأن تعمل بيعة أو كنيسة لقوم معينين (فهو جائز من الثلث لأن في الوصية معنى الاستخلاف والتملك) وللذهبي ولاية التملك (فأمكن تصحيحه) أي تصحيح إيصائه (على اعتبار المعنيين) يعني الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظراً إلى الاستخلاف فجوزنا ذلك نظراً إلى التملك، وإذا صار ملكاً للمسلمين صنعوا به ما شاءوا (وإن أوصى أن تجعل داره كنيسة لقوم غير مسلمين) يعني قوماً غير محصورين (جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالوا: هي باطلة لأن هذه) في الحقيقة (معصية وإن كان في معتقدهم قرينة والوصية بالمعصية باطلة لما

باب وصية الذهبي

قوله: (وإذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة) أقول: فيه نوع مخالفة لما أسلفه في كتاب السير. والأولى أن يجعل من قبيل اللف والنشر الغير المرتب قوله: (وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح) أقول: فيه بحث، إذ لا وصية هنا، والظاهر أن عبارة الوصية سهر من الناسخ، والأصل أن هذه الصنعة. نعم لو قال: لأن الوصية بالمعصية لا تصح فهذا أولى كان صحيحاً قوله: (يعني الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثالث نظراً إلى الاستخلاف) أقول: فيه نظر، فإن الاعتبار من الثلث إنما هو لتعلق حق الورثة بما زاد

فيها معنى الاستحلاف ومعنى التملك، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين. قال: (وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة، وقالوا: الوصية باطلة) لأن هذه معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم قرية، والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية. ولأبي حنيفة أن هذه قرية في معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم؛ ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قرية حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم فكذا عكسه. ثم الفرق لأبي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة

حيث قال: لأنها بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله، والوقف عنده يورث فأظهر أبا حنيفة أولاً وأضمره ثانياً. والثالث أنه خص كون الوقف موروثاً عنده بالمسلم حيث قال: فإن وقف المسلم في حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف الكافر أيضاً موروث عنده بلا تفاوت، بخلاف عبارة المصنف فإنها مطلقة حيث قال: والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم. والرابع أنه قال: فلأن هذه الوصية معصية مع أنه لا وصية في مسائلتنا هذه، فإن المذكور فيها صنع اليهودي أو النصراني في حال حياته بدون إضافة شيء إلى ما بعد موته، والوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، بخلاف قوله المصنف فإن هذه معصية، إذ المشار إليه بهذه في قوله المذكور هي الصنعة دون الوصية فلا غبار عليه قوله: (لأن الوصية فيها معنى الاستحلاف ومعنى التملك، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) قال في العناية وغاية البيان: وإذا صار ملكاً للمسلمين صنعوا ما شاءوا هـ. أقول: هذا على أصلهما ظاهر، فإن الوصية بالمعصية باطلة عندهما وإن كانت في معتقدهم قرية كما سيجيء، فإذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وإن كان قرية في معتقد الكفار لزمهما المصير إلى ما في الوصية من معنى الاستحلاف والتمليك تصحيحاً لكلام العاقل مهما أمكن. وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فغير ظاهر، لأن كون الموصى به قرية في معتقد الموصي كاف عنده في صحة الوصية كما سيجيء أيضاً، وفيما نحن فيه كذلك فينبغي أن تصح حقيقة الوصية عنده هنا كما تصح فيما إذا أوصى بذلك لقوم غير مسمين على ما سيأتي بدون المصير إلى اعتبار معنى الاستحلاف والتمليك في تصحيحها. والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسألة على الاختلاف بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه وإن كان جوابها على الاتفاق بينهم كما في المسألة

في تنقيحها من تقريرها، ولأبي حنيفة) أن الاعتبار لمعتقدهم، فإنهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر وإن كان عبادة عندنا بلا خلاف، فكذلك إذا أوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وإن كان عندنا معصية، لأننا أمرنا أن نتركهم وما يدينون. قالوا: هذا الخلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى، فأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لأنهم لا يمكنون من إحداث ذلك في الأمصار، وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك. وقوله: (لم تصر محررة لله حقيقة) بل تحرز على معتقدهم (فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه) وقوله: (ولأنهم يبنون) دليل آخر على عدم التحرير لله تعالى. وقوله: (بخلاف الوصية) متصل بقوله إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، والضمير في قوله: (لأنه وضع) وفي وفي قوله: (ثبوت مقتضاه) وقوله: (فيبقى على مقتضاه) كلها راجع كلها راجع إلى الوصية بتأويل الإيصاء. وحاصل معناه أن الوصية وضعت لإزالة الملك، إلا أن لفظها تقاعد عن إفادة معناه وهو زوال الملك فيما إذا أوصى بما ليس بقرية في معتقدهم، فأما إذا لاقت ما هو قرية فيه

عليه مما سبق، ولهذا لو ملك في حياته حال المرض يعتبر من الثلث أيضاً؛ والأظهر أن النظر إلى المعنيين في التجوز. والصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف، وللاعتبار من الثلث يعمل مما أسلفه قوله: (والضمير في قوله لأنه وضع، وفي قوله ثبوت مقتضاه، وفي قوله فبقي على مقتضاه كلها راجع إلى الوصية) المناسب لكلمة كلها أن يقول بصيغة الجمع وأن يقول راجعة قوله: (والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك: الصحيح وما هنا الأصح وهما يصدقان) أقول: فيه بحث، فإنهم إذا قالوا هو الصحيح فهو في مقابلة الخطأ، بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالأصحى بالالتزام قال المصنف: (وذلك من حق المستامن أيضاً) أقول: لا من حق ورثته حتى يتأني ما قلنا آنفاً قال المصنف: (ولهذا يصح عقود التملكيات منه في حال حياته) أقول: فيه شيء، فإن هذا الكلام إنما يناسب لإثبات جواز وصية المستامن للمسلم أو الذمي، ويمكن التوجيه كما يشير إليه فليتأمل قوله: (ولأن اللهي إذا أوصى) أقول: في صحة هذا العطف تأمل.

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 محررة لله تعالى حقيقة فبقى ملكاً للباني فتورث عنه، ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به، وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضاً لعدم تحرره، 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، وما إذا أوصى الذمي بأن تدبج خنازيه وتطعم المشركين، وهذا 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 مسجد للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين، فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتباراً لا اعتقادهم، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تملكاً لأنهم معلومون والجهة مشورة. ومنها إذا أوصى بما يكون قرينة في حقنا وفي حقهم، كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو من الروم، وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم لأنه وصية بما هو قرينة حقيقة وفي معتقدهم أيضاً. ومنها إذا أوصى بما لا يكون قرينة 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 تملكاً 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

السابقة، وأسلوب تحرير ما في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخيير أيضاً فليتأمل قوله: (ثم الفرق لأبي حنيفة رحمه الله، إلى قوله: والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة) قال في العناية بل تحرر على معتقدهم. أقول: لقائل أن يقول: إن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن كون الشيء قرينة في معتقدهم كاف بناء على أننا أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون، فالاعتبار عنده لا اعتقادهم دون الحقيقة كما مر آنفاً فلم لم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها. فإن قلت: إنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنون فلم يتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها. قلت: هذا مصير إلى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات إلى آخره. والكلام في التعليل الأول فلا معنى للخط قوله: (ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لله تعالى لتعلق العباد به) قال صاحب العناية: قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اهـ. أقول: فيه نظر، لأن كون هذا دليلاً آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضي سبق دليل أول عليه، ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف أنه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلاً عليه، وإنما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة، وهذا دعوى بلا دليل. ثم أقول: الحق عندي أن قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لأبي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لملك الباني الخ، كأنه قال: ثم الفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى بينهما لأن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها الخ تبصر قوله: (وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى

عملت عملها. وقوله: (ثم الحاصل أن وصايا الذمي الخ) واضح قوله: (وهو ما ذكرناه) يريد به الوصية ببناء البيعة أو الكنيسة. وقوله: (كما ذكرناه) يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة. وقوله: (والوجه ما بيناه) أي من الجانبين، وهو أن المحتر عند اعتقادهم، وعندهما أنه وصية بمعصية قوله: (والجهة مشورة) يعني أن كلامه في صرف المال الموصى به إلى استئناء المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الإلزام وقوله: (على الخلاف المعروف في تصرفاته) يعني أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبي حنيفة إن أسلم نفذ كسائر تصرفاته وإلا فلا. وقوله: (وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الرقة) وصارت كالذمية. قال في النهاية: وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا، وقال: قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية. والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها، وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها، والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وما هنا الأصح وهما

الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه. وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة، 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 بإجازتهم، وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في حقنا، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته، ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته 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 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 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 أو لبعض ورثته لا يجوز اعتباراً بالمسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات. ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتباراً بالإرث إذ الكفر كله ملّة واحدة، ولو أوصى لحربي. في دار الإسلام لا يجوز لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته، والله أعلم بالصواب.

على الردة، بخلاف المرتد لأن يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية: ذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا، وقال: قال بعضهم: إنها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية، والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقرّ على اعتقادها، وأما المرتدة فلا تقرّ على اعتقادها اهـ. وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية: والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وهنا الأصح وهما يصدقان اهـ. أقول: ليس هذا بتوفيق صحيح، إذ لا شك أن مراد من قال في الخلافات هو الصحيح يرجع هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر. كما أن مراد من قال هو الأصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الأصح. ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافي ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدقا معاً قوله: (ولو أوصى لحربي في دار الإسلام لا يجوز، لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته) أقول: هذا التعليل الذي حاصله قياس الوصية على الإرث منقوض بمسائل متعددة مرت في الكتاب آنفاً: منها ما إذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله فإنه جائز، مع أن الإرث ممتنع بين الذمي والحربي لتباين الدارين. وبين المسلم والحربي لاختلاف الدينين ولتباين الدارين حكماً. ومنها ما إذا أوصى ذمي لحربي مستأمن بوصية فإنه جائز في ظاهر الرواية، مع أنه لا توارث بينهما لتباين الدارين حكماً. ومنها ما إذا أوصى مسلم لمستأمن بشيء فإنه أيضاً جائز في ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بين المسلم والكافر أصلاً لاختلاف الدينين ولتباين الدارين أيضاً إذا كان الكافر حربياً ولو كان مستأماً.

يصدقان، وقوله: (وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمستأمن أو ذمي بماله كله جاز) قيل هذا إذا لم تكن الورثة معه، أما إذا كانت فإنها تتوقف على إجازتهم، وإلى هذا أشار بقوله: (وليس لورثته حق شرعي لكونهم في دار الحرب) وقوله: (وذلك في حق المستأمن أيضاً) جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو أن يقال قد قلت: ليس لورثته حق شرعي لكونهم في دار الحرب، فكيف يرّد عليهم الباقي. ووجهه أن ذلك الرّد على الورثة أيضاً مراعاة لحق المستأمن، لأن من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ. وقوله: (ولو أعتق عبده عند الموت الخ) ظاهر. وقوله: (ولو أوصى لحربي في دار الإسلام) دار الإسلام ظرف لأوصى لا لقوله حربي: أي لو أوصى الذمي في دار الإسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين، ولأن الذمي إذا أوصى لحربي في دار الإسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو أوصى له: أي للمستأمن مسلم أو ذمي بوصية جاز، والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب الوصي وما يملكه

قال: (ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردّها في غير وجهه فليس برّد) لأن الميت مضى معتمداً عليه، فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فردّه، بخلاف الوكيل

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي، وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمسّ قوله: (بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو بيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) قال صاحب النهاية: هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى قاضيه خان، لأنه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح. حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة، وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالتها، والفصل العاشر من التتمة، والباب السابع والستون من أدب القاضي، وباب بيع الأوصياء من وصايا الجامع الصغير، وفصل التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضيه خان، إلى هنا لفظ صاحب النهاية. وقال صاحب الغاية: وهذا القيد هو 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 تغيير الموكل، بخلاف ما إذا كان وكيلاً بشراء عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لأنه لا يؤدي إلى تغيير الأمر، وهذا فيما إذا وكله بشراء شيء بعينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ، وإليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل: أي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ، فعن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا قاله صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشيء، لأن المراد بما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي لما أن كتاب الوصايا يشملها، لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمسّ (ومن أوصى إلى رجل) أي جعله وصياً (فقبل الوصي في وجه الموصي) أي بعلمه (وردّها في غير وجهه) أي بغير علم الموصي، هكذا ذكره في الذخيرة، إشارة إلى أن المقصود بذلك علم الموصي ليتدارك حاله عند ردّ الموصي (فليس برّد لأن الميت مضى لسبيله) أي الموصي مات معتمداً عليه، فلو صحّ رده بغير علمه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته وهو إضرار لا يجوز فيردّه، وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى إليه في أن قبول الأول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحاً، بخلاف الثاني على ما ذكرتم. وأجيب بأن نفع الأول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه إضرار به فلا يجوز، بخلاف الأول، لأن الموصى به يرجع إلى ورثة الموصي ولا ضرر له في ذلك، ويشير إلى هذا الجواب قوله: (بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو بيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) أي في غيبته وبغير علمه. (لأنه لا ضرر هناك لأنه حينئذ قادر على التصرف بنفسه) فإنه جعل علة جوازه عدم الضرر كما في رد الموصى له. قال صاحب النهاية: هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من التتمة والذخيرة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى قاضيه خان، ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح، حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة، ولكن ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه، وعن هذا قال بعض الشارحين: رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه، وقد أشار إليه المصنف في

باب الوصي وما يملكه

بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح ردّه في غير وجهه لأنه لا ضرر هناك لأنه حيّ قادر على التصرف بنفسه (فإن ردّها في وجهه فهو ردّ) لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف، ولا غرور فيه لأنه يمكنه أن ينيب غيره (وإن

يملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه لا بشراء شيء بغير عينه. ومراد صاحب الهداية هنا ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بغير عينه فتوافقت الروايات جميعاً ولم تختلف، إلى هنا كلام صاحب الغاية، وإلى هذا مال صاحب العناية أيضاً كما يظهر من تقريره في شرحه. أقول: بل ليس هذا التوفيق بشيء لأنهم عقدوا في أكثر المعتمرات لعزل الوكيل فصلاً على حدة أو باباً على حدة وبينوا فيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل، وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشيء، فهل يجوز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه فيكون عقد الفصل أو الباب لبيان حكم العزل في مسألة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة، ويكون حكم العزل في سائر ما متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب، ولعمري إن حمل كلام الثقات على مثل ذلك سفسطة لا تخفى، ولذكر من بينها بعبارة الذخيرة لعلك تأخذ منها حصّة قال فيها: الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل، وقال: قد ذكرنا أن الوكيل إذا رد الوكالة ترتد، ولكن هذا إذا علم الموكل بالرد، وإن لم يعلم فلا ترتد حتى إن من وكل غائباً فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلاً. ثم قال: ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل، ولا يخرج عن الوكالة عندنا الوكيل بالخصومة والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والطلاق وسائر التصرفات في ذلك على السواء. ثم قال: وكذلك إذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى. انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه، وعن هذا قال صاحب الكافي ها هنا يدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الخ؛ ألا يرى أن الوكيل إذا أخرج نفسه من الوكالة لا يصح إلا بعلم الموكل دفعاً للغرر والضرر المنهيين، فإن يجب نفى الغرر والضرر عن الميت وهو أحق بالنظر أولى انتهى قوله: (لأنه لا ضرر هناك لأنه حيّ قادر على التصرف بنفسه) أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل ينتقض بصورة ردّ الوصي في غير وجه الموصى في حياته، فإن الموصي حيّ قادر على التصرف بنفسه في حال حياته، مع أنه لا يصح ردّ الوصي الوصية في غير وجه الموصي بعد أن قبلها في وجهه لا في حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفاً، والجواب أن معنى الإيصاء إلى أحد استخلافه بعد الموت لا في حال الحياة، فالتصرف الذي يرفعه الموصي إلى الوصي إنما هو التصرف الكائن بعد موته، ولا شك أنه ليس بقادر في حياته على التصرف بالحاصل بعد مماته. كما أنه ليس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض. نعم إنه يقدر في حياته على الإيصاء إلى الآخر بدل الأول إذا علم ردّ الأول، لكن الكلام هنا في عدم صحة رد الوصي بغير علم الموصي فإن معنى قوله في غير وجهه بغير علمه، ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح أيضاً قوله: (وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوفاة) أقول: يرد عليه أن يقال: هب أن الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة

كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل إلا بمحض من الموكل، وذلك أيضاً قوله المشايخ على ما يشير إليه قوله قيل وسببه الإضرار بغيره، وأما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بغير عينه فليس فيه ذلك. وقوله: (وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل، لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فيخيّر) يعني كمن وكل حال حياته، فإنه ما لم يوجد من الوكيل قبول نصاً ولا دلالة كان بالخيار. قيل كان يجب أن لا يكون مخيراً لأنه لما بلغه الإيصاء ولم يردّه اعتمد عليه الموصي ولم يوص إلى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مرفوع. وأجيب بأن الموصي مغترّ حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار، بخلاف ما إذا قيل ثم رد في غيبته فإنه غارّ فيبطل اختياره. وقوله: (قلو أنه ياع شيئاً من تركه) بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة فإنها تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر ذلك بعد

لم يقبل ولم يردّ 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 الوصي، 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، وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة. أما التوكيل إنابة 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

ضرورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية؛ ألا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى إليه ولم يردها حتى مات الموصي فهو بالخيار، إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفاً، فإذا كانت خلافة يتوقف ثبوتها على اختيار الموصي إليه إياها فعدم توقف ثبوتها على عمل الموصى إليه بها مشكل جداً، إذ لا يخفى أن اختيار شيء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل قوله: (وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح: ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: هو والأول سواء: أي الواحد فيما يكفي انتهى. وقال بعض المتأخرين: قوله فيما تقدم من الكتب «ما» عبارة عن الكتب، ومن للتبعيض: أي بيناه في بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب، ومن للتبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح، إذ ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلاً انتهى. أقول: ليس ما قاله هذا البعض بصحيح، لأن المصنف كما ذكره في كتاب أدب القاضي ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة أيضاً، فإنه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة: فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم، ثم قال فيه: وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده. وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة: وإذا بلغ الشفع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة، وقالوا: يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرّاً كان أو عبداً صبيّاً أو امرأة إذا كان الخبر حقاً. وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم انتهى. والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بأن ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلاً بدون التبع لما تقدم من

الموت. وقوله: (وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب) من ذلك ما ذكره في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث: ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه، ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: هو والأول سواء: أي الواحد فيهما يكفي. وقوله: (وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل) يعني أن الوصي إذا سكت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا أقبل ثم قبل فهو وصي إن لم يخرج القاضي حين قال لا أقبل، لأن بمجرد قوله لا أقبل، لا يبطل الإيصاء عندنا خلافاً لزفر، لأن في إبطاله مضرة بالميت وفي إبقائه ضرر للوصي، لكن الأول أعلى لكونه غير مجبور بشيء والثاني مجبور بالثواب، ودفع الأعلى من الضرر أولى لا محالة. وقوله: (إلا أن القاضي إذا أخرجه) استثناء من قوله فله ذلك: يعني أن القاضي إذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك. واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الإخراج، فمنهم من قال: القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ. وإليه ذهب الإمام شمس الأئمة السرخسي وهو الذي اختاره المصنف، ومنهم من قال: إنما صح لأن الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي أن يخرجها ويصح الإخراج فهنا أولى، وإليه ذهب شمس الأئمة الحلواني والباقي واضح. قال: (ومن أوصى إلى عبد أو كافر النخ) ومن أوصى إلى عبد غيره أو كافر ذمي أو مستأمن أو حربي أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصية ونصب

قوله: (وعن هذا قال بعض الشارحين) أقول: يعني الإثنائي.

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، 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

الكتب قوله: (إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) قال عامة الشراح: قوله إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك: يعني أن القاضي إذا أخرجه عنها قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى. أقول: فيه نظر، لأن المصنف قيد قوله فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه قال لا أقبل، وذلك القيد يفيد بمفهوم المخالفة أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك: أي لم يصح قبوله، والمفهوم معتبر في الروايات بالإجماع كما نصوا عليه، فلم يبق احتياج إلى استثناء ما إذا أخرجه القاضي عن الوصايا من قوله فله ذلك، فلو كان قوله هنا إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستدراك في الكلام كما لا يخفى، فالوجه عندي أن يكون قوله هنا إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله في قربه ودفع الأول وهو الأعلى أولى، فيكون هذا الاستثناء داخلاً في حيز تعليل مسألة الكتاب ويكون ناظراً إلى مفهوم قيدها وهو قوله إن لم يكن القاضي أخرجه حين قال لا أقبل، كما أن ما قبل هذا الاستثناء كان ناظراً إلى منطوق أصلها، ويؤيده أن هذا الاستثناء لم يكن مذكوراً في البداية أصلاً مع كون المسألة مذكورة هناك أيضاً بحالها قوله: (وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة ومرة مع أبي يوسف) قال صاحب العناية: ولنا في هذا القيل نظر، لأن كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب، كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وأبي الليث في نكت الوصايا والقُدوري في التقريب وشمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا هـ. أقول: نظره ساقط، إذ لا يلزم من أن يذكر قول محمد مع أبي

غيرهم، وهذا اللفظ وهو لفظ القُدوري يشير إلى صحة الوصية، لأن الإخراج يكون بعد الصحة، وذكر محمد في الصور الثلاث أن الوصية باطلة. ثم اختلف المشايخ في أنه باطل أصلاً أو معناه سيطل. قال الفقيه أبو الليث: وإليه ذهب القُدوري وفخر الإسلام البزدوي وعامة مشايخنا أن معناه سيطل، ووجهه أن العبد أهل للتصرف ولهذا جاز توكيله، ولكن لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنوناً لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الإجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية. قلنا: إنها ستبطل بإخراج القاضي إياها عنها، وأما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة أنه لو قاسم شيئاً قبل أن يخرج القاضي جاز، فثبت أن الإيصاء صحيح لكنه لا يتوقى البياعات الفاسدة فجاز للقاضي أن يخرج عن الوصية. وقال بعضهم إنه باطل في العبد، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي، وذلك لأن الوصاية ولاية متعديّة، وليس للعبد ولاية على نفسه فضلاً أن يكون له ولاية على غيره، فقوله لعدم ولايته إشارة إلى ما قبل الإجازة. وقوله: (واستبداده إلى ما بعدها) لأنها بمنزلة الإعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم. وقيل معناه في الكافر أيضاً باطل لعدم ولايته على المسلم. ووجه الصحة ثم الإخراج ظاهر، وقد ذكرنا بعضاً منه آنفاً. وقوله: (وهذا يصلح عللاً في إخراجها وتبديله بغيره) لأن الميت إنما أوصى إليه لينظر في ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة، وبالخيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية. وقوله: (ومن أوصى إلى عيد نفسه) واضح. وقوله: (وفي اعتبار هذه) أي هذه الوصية وهي وصية عيده على الورثة الصغار (تجزئتها لأنه لا يملك بيع رقبته) وقوله وهذا نقض الموضوع لأن الوصي إنما يملك الولاية من الموصي وولايته لا تتجزأ إذا لا يقال ولايته في بعض دون بعض، فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجزأ فكان عائداً على موضعه بالنقض، وقوله: (إنه مخاطب) احتراز عن الصبي والمجنون. وقوله: (مستبد) احتراز عن الإيصاء إلى عبد الغير وعمّا إذا كان في الورثة كبار. وقوله: (ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه إن لم يكن لهم ذلك

قوله: (وقوله إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك) أقول: فيه بحث.

الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ إخراجها، 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 عن الوصاية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية، لأن الإخراج يكون بعدها. وذكر محمد 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 الأصل 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 والمعاداة الدينية للبائع للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غير مقامه إتماماً للنظر. وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال، وهذا يصلح عذراً في إخراجها 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، ولا تجوز عندهما وهو القياس. وقيل قول محمد مضطرب، يروي مرة مع أبي حنيفة،

يوسف في كتب هؤلاء المشايخ الذين عذّم أن لا يكون قوله مضطرباً في نقل أحد أصلاً، كيف وقد قال في المحيط البرهاني: وإن كانت الورثة صغاراً كلهم فإن أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة، وإن أوصى إلى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: إنها باطلة على التفسير الذي قلنا، وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف انتهى. نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبي يوسف ولهذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله مع أبي يوسف أولاً، وأشار إلى وقوع رواية

فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة. وأجيب بأنه إذا ثبت الإيصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع. وقوله بكونه ناظراً لهم لأن العاقل لا يختار المرفوق دون الأحرار كافة إلا إذا وثق بديانته وأمانته وشفقته على من خلفهم وصار كالمكاتب فإن الإيصاء إليه جائز فكذلك هذا. قوله: (والوصاية قد تتجزأ) 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 كل واحد منهما يكون وصياً فيما أوصى إليه خاصة، أو نقول: يصار إليه أي إلى التجزي كي لا يؤدي إلى إبطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصياً على الصغار. فإن قيل: يفضي إلى تغيير وصفه وهو جعله متجزئاً بعد ما لم يكن. قلنا: يعتبر الوصف لتصحيح الأصل أولى من إهداره بالكلية. قال: (ومن يعجز عن القيام بالوصية) معنى قوله بالوصية بالوصاية. اعلم أن الأوصياء ثلاثة: عدل كاف، وعدل غير كاف، وفاسق. وزاد المصنف العاجز أصلاً إذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم إليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة، وهذا لأن القاضي نصب ناظراً، وإذا علم صيانة الوصي ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره إليه، وإذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى إليه الوصي ذلك: أي عدم الاستبداد بعجزه لا يجيبه كما ذكر

قال المصنف: (وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده، وفي غير معناه ستبطل) أقول: فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فإن اسم الفاعل حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال، والحمل على عموم المجاز محل تأمل، يعلم الجواب مما ذكر في شرح الإقناني، وهو أن محمداً ذكر في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في المسلم يوصي إلى الذمي. قال الوصية باطلة، وكذلك إن أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة، إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير. وذكر محمد في الأصل: وإذا أوصى لغيره فالوصية باطلة وإن أجاز موله. وقال في الأصل أيضاً: إذا أوصى المسلم إلى ذمي أو إلى حربي مستامن أو غير مستامن فهو باطل. وقال في الأصل أيضاً: ولو أوصى إلى فاسق منهم مخوف على ماله فالوصية إليه باطلة انتهى قال المصنف: (ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) أقول: لا يخفى عليك أن وجه صحة الوصية إلى عبد الغير جار هنا، إلا أن يؤول ويقال: إذا كان للقاضي أن يخرجها لم يستقر على الصحة، فكانه لم يصح من ابتداء حيث كان على شرف الزوال.

وتارة مع أبي يوسف. وجه القياس أن الولاية متقدمة لما أن الرق ينافيها، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك، وهذا قلب المشروع، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ، وفي اعتبار هذه تجزئتها لأنه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع. وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلاً للوصاية، وليس لأحد عليه ولاية، فإن الصغار وإن كانوا ملاكاً ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة، وإيصاء المولى إليه يؤذن بكونه ناظراً لهم وصار كالمكاتب، والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروي عن أبي حنيفة، أو نقول: يصار إليه كي لا يؤدي إلى إبطال أصله، وتغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى. قال: (ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره) رعاية لحق الموصي والورثة، وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيافته 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

أخرى في كلام بعضهم حيث قال: وقيل قول محمد مضطرب فلا غبار فيه قوله: (وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلاً للوصاية وليس لأحد عليه ولاية، فإن الصغار وإن كانوا ملاكاً ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل: عليه إن لم يكن لهم ذلك، فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة. وأجيب بأنه إذا ثبت الإيصاء إليه لم يبق للقاضي ولاية البيع، كذا السؤال والجواب في أكثر الشروح، وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية إلى الأسرار، أقول: في هذا الجواب بحث، لأن عدم بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية إليه شرعاً، وهو أزل المسألة التي نحن فيها والمقام مقام إقامة الدليل عليه من قبل أبي حنيفة رحمه الله، فلو بنى تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة، فالحق في الجواب عن السؤال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الأقطع حيث قال: وأورد في شرح الأقطع سؤالاً وجواباً فقال: فإن قيل: إذا كانوا صغاراً فالقاضي يلي على بيعه إذا رأى ذلك. قبل ولاية القاضي على الوصي لا تمنع جواز الوصية، لأنه يلي على الأحرار مع وجود الوصية إليهم انتهى قوله: (وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها) يعني وهي: أي الأشياء المعدودة ما استثناه القدوري في مختصره بقوله إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه، وطعام الصغار وكسوتها، ورذ ودعة بعينها، وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها، وعتق عبد بعينه، والخصومة في حقوق الميت انتهى، وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره، واقتفى أثره المصنف في البداية، وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على «ما» في قوله ما استثناه في الكتاب: أي والمسائل التي هي أخوات المسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المصنف في الهداية بقوله ورذ المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال، ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجميع الأموال

في الكتاب، ولو ظهر عنده عجز أصلاً استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين: أي جانب الموصي والوصي، يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في الحوائج الموصي والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه، وإذا كان عدلاً كافياً فليس للقاضي أن يتعرض إليه بالإخراج وإن شكاه الورثة أو بعضهم إليه، إلا إذا ظهر منه خيانة فإنه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب. قوله: (ومن أوصى إلى اثنين الخ) روي عن أبي القاسم الصغار أنه قال: هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعاً معاً بعقد واحد، فاما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة فإنه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف. قال الفقيه أبو الليث: هذا-أصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين إذا وكل كلا منهما على الانفراد. وحكي عن أبي بكر الإسكاف أنه قال: الخلاف فيهما جميعاً سواء أوصى إليهما جميعاً أو متفرقاً. وجعل في المبسوط هذا الأصح لأن وجوب الوصية إنما يكون عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معاً فلا فرق بين الافتراق والاجتماع، بخلاف الوكالة، وإنما قال إلا في أشياء معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف أقوال العلماء فيها، فذكر في الأسرار ستة، وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة

قوله: (وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة في يده) أقول: لا يقال هذا مخالف لما ذكره سابقاً من قوله فأعطى الورثة حقهم لأنه يدافع بأدنى تأمل.

ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به رعاية للنظر من الجانبين؛ ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرج، لأنه لو اختار غيره غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضيه فإبقاؤه أولى ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقتة فأولى أن يقدم على غيره، كذا إذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو 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 وحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى. وقال أبو يوسف: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء لأن الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزأ فيثبت لكل منهما كملاً كولاية الإنكاح للأخوين، وهذا لأن الوصاية خلافة، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي وقد كان بوصف الكمال، ولأن اختيار الأب إياهما

الضائعة، وهذه التي زادها المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء، فيصير مجموع الأشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى، قال بعض المتأخرين في شرح هذا المحل: قوله وهي ما استثناءه في الكتاب: أي في مختصر القدوري كما سبق، وقوله وأخواتها بالرفع عطف على «ما» إشارة إلى أنه يزداد عليه أشياء أخرى وهي ما ذكرته فيما سبق: يعني قوله وزاد عليها المصنف رد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال. وقال: ثم إن جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحداً كما جعل في الأسرار بناء على أن الأول داخل في الثاني، وكذا رد المغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسداً يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر، وما زاده اثنين وإلا فأربعة عشر، وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الأخوات انتهى كلامه. أقول: هذا الذي ذكره مع كونه ناشئاً عن الغفلة عما زاده المصنف في الآخر من أشياء ثلاثة: وهي قبول الهبة، وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف، وجمع الأموال الضائعة مختل في ذاته، إذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين، وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة، لأن زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن أن يكون المجموع بزيادة الاثنين أحد عشر وبزيادة الثلاثة أربعة عشر، بل لا بد أن يكون بزيادة الثلاثة اثني عشر كما لا يخفى قوله: (وطعام الصغار وكسوتهم)

وقبول الهبة وجمع الأموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد للصغير منه وبيع ما يسرع إليه الفساد ورد الغصب والوديعة والخصومة. وذكر في الجامع الصغير لقاضيه ثمانية وهي الستة المذكورة في الأسرار، وتنفيذ الوصية، وقبول الهبة. وذكر فيه أيضاً جمع الأموال الضائعة، قيل: ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الأموال الضائعة فيعدان واحداً كي لا يزداد ما نص عليه من الثمانية، والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك. وقوله: (سبيلها الولاية) يعني أنها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر. وقوله: (لأنها ليست من باب الولاية) أي الولاية المستفادة من الموصي لتحقيقها من غير من أوصى إليه، وذكر رواية الجامع الصغير لبيان أن اقتضاء الدين: أي قبضه ليس كقبضائه بل هو على الاختلاف. وقوله: (ولو أوصى إلى كل واحد منهما على الانفرد) ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قوله منهما. وقوله: (فإن مات أحدهما) متصل بأول الكلام. وقوله: (ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحي) ظاهر. وقوله: (وإلى الجد في النفس) يعني إذا مات الأب كان ولاية تزويج الصغار والصغار واستيفاء القصاص للجد، فكذا الوصي فيما انتقل إليه لأنه خلف عن الأول، وباعتبار هذه الخلافة يجعل الأول قائماً حكماً، والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل. وقوله: (وعند الموت كان له ولاية) أي عند موت الموصي كان للوصي ولاية في الترتين: أي في تركه نفسه سماء تركه باعتبار ما يؤول إليه وتركه موصيه، أما في تركه فباعتبار أنه ملكه، وأما في تركه موصية فباعتبار الوصاية إليه فينزل الثاني منزله فيهما. وقوله: (فلا يرضى بتوكيل غيره) أي لا يرضى الموكل بأن يوكل وكيله غيره أو يوصي إلى غيره. قال: (ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة) رجل أوصى إلى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقاوم الوصي الموصى له نائباً عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسم نافذة على الورثة في المنقول

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 كالمتنى، بخلاف الآخرين في الإنكاح لأن السبب هالك القرابة وقد قامت بكل منهما كلاً. ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الولي، حتى لو طالبته بإنكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه وها هنا حق التصرف للوصي، 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 المعدودة لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية، ومواضع الضرورة مستثناة أبداً، وهي ما استثناءه 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 (وردة 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 وعق عبد بعينه) لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي (والخصومة في حق الميت) لأن

قال في غاية البيان: وطعام الصغار وكسوتهم بالجور عطف على قوله في شراء الكفن. وكذلك قوله ورثة الوديعة بعينها، ورثة المغصوب، والمشتري شراء فاسداً، وحفظ الأموال، وقضاء الديون. كل ذلك بالجور، وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها، وعق عبد بعينه، والخصومة، وقبول الهبة، وبيع ما يخشى عليه التوى، وجمع الأموال الضائعة، كل ذلك بالجور انتهى، أقول: لا يخفى أن ما يساعده تحرير المصنف من الإعراب هو الذي ذكر في الشرح المزبور، لكنه منظور فيه عندي لأن قول المصنف في شراء الكفن في كتابة هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن: ولا ريب أن الضمير المستتر في قوله فقال راجع إلى ما رجع إليه الضمير المستتر فيما استثناءه في الكتاب مختصره وهو القدوري، والمراد بالكتاب فيلزم أن يكون جميع الأمور المعطوفة على شراء الكفن بالجور في الهداية من مقول القدوري في مختصره وليس كذلك قطعاً كما عرفته مما بيناه فيما مر آنفاً، اللهم إلا أن يحمل قوله فقال إلا في شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدوري في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق الإلحاق به تأمل قوله: (وحفظ المال يملكه من يقع في يده) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين: يعني أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لأنه ليس في قضاء الدين إلا حفظ المال إلى أن يقضي صاحب الدين، وكل من يقع المال في يده فهو يملك حقه انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا الذي ذهب إليه تكلف بارد، بل تعسف فاسد، إذ لا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيله وحفظ الأموال، فكيف يتم حينئذ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران. والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الأموال كما لا يخفى قوله: (والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم) أقول: فيه شيء وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم أن لا يكون الاقتضاء الذي هو القبض معنى التقاضي في الوضع واللغة، بل كان معناه في العرف، مع أن الأمر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال: الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأن في معناه وضعاً، إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى. ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكره في كتب اللغة. قال في القاموس: تقاضاه الدين: قبضت منه. وقال في الأساس: تقاضيته ديني

والعقار إن كانوا صغاراً، وفي المنقول إن كانوا كباراً، حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصي له

الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين (وقبول الهبة) لأن في التأخير خيفة الفوات، ولأنه يملكه 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 ويتقاضى، 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 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

ويديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي: أي أخذته انتهى، ثم أقول في الجواب: ليس مراد المصنف ها هنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع، بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع، وفائدته دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضي الاقتضاء في الوضع غير كاف لأن العرف قاض على الوضع: أي راجع عليه. فإن قلت: بقي المخالفة حيثئذ بين كلام المصنف هنا وبين كلامه هناك إلا أن العارف بخلافه، قلت: مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين، ومراده هناك أن العرف بخلافه في زماننا أو في ديارنا، ولا غرر في اختلاف العرفين بحسب اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين، ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة: الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد في الأصل، ثم قال: وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام البزدوي في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا، وجعل التقاضي مستعملاً في المطالبة مجازاً لأنه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم قوله: (ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية) أقول: لقائل أن يقول: إن كان الاقتضاء في معنى المبادلة كان القضاء أيضاً في معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة إنما تتحقق من الجانبين، وإذا كان أحدهما مقتضياً كان الآخر قاضياً البتة فيلزم أن يكون القضاء أيضاً من باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل قوله: (غير أن الوصي لا يضمن لأنه أمين وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة) قال صاحب العناية: فيه إشارة إلى أن لا ضمان عليه إذا كان ما أفرزه 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، كذا في النهاية، إلى هنا لفظ العناية. أقول: فيه خلل، لأن مقتضى تحريره أن يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما إذا سلم الوصي ما أفرزه للورثة إليهم على الإطلاق: أي سواء كان ما سلمه إليهم باقياً في أيديهم أو هالكاً، وليست المسألة كذلك لا في النهاية ولا في غيرها، فإن قال في النهاية: ثم إن كان ما أعطاه الوصي للورثة باقياً في أيديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم، وإن كان هالكاً كان الوصي له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصي إلى الورثة، إن شاء ضمن القابض بالقبض، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع، فإن لم يكن دفع حصة الورثة إليهم حتى هلك الكل في يد الوصي لم يكن للموصى له أن يضمن الوصي شيئاً لبقاء حكم الأمانة في المال فكذا في هلاك قدر

بشيء. وأما إن كان الوراث كبيراً حاضراً وصاحب الوصية غائباً فقسام الوصي مع الوراث عن الموصى له فأعطى الورثة حقهم وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيراً كان أو كبيراً حاضراً أو غائباً في المنقول والعقار جميعاً، حتى لو هلك في يد الوصي ما أفرزه كان له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم، والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة إذا كانوا صغاراً كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعاً، أما إذا كانوا كباراً فليس له بيع العقار عليهم

القاضي مكانه وصياً آخر، أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي إليه وصياً آخر نظراً للميت عند عجزه. وعند أبي يوسف الحيّ منهما وإن كان يقدر على التصرف فالموصي قصد أن يخلفه متصرفاً في حقوقه، وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان الميت. ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحيّ فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر، ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر لأن رأى الميت باق حكماً برأى من يخلفه. وعن أبي حنيفة أن لا يفرد بالتصرف لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه ينفذ تصرفه برأى المتي كما رضي المتوفى. وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركته وتركته الميت الأول عندنا. وقال الشافعي: لا يكون وصياً في تركته الميت الأول اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة، والجامع بينهما أنه رضي برأيه لا برأى 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 منزلته فيهما، ولأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعثره المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضياً بإيصائه إلى غيره، بخلاف الوكيل لأن الموكل حيّ يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه. قال: (ومقاسمة الوصي له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصي له باطلة) لأن الوراث خليفة الميت حتى يرث بالعيب ويرث عليه به ويصير

نصيبه، إلى هذا أشار الإمام المجبوبي، إلى هنا لفظ النهاية. وقال في المحيط البرهاني: فإن هلك حصة الموصي له في يد الوصي وبقي نصيب الورثة كان للموصي له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة، وإن هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الموصي له في يد الوصي أيضاً فما هلك في يد الورثة من حصة الموصي له فالموصي له بالخيار. إن شاء ضمن الوصي، وإن شاء ضمن الوراث انتهى قوله: (وإن كان الميت أوصى بحجة فقااسم الورثة فهلك ما في يده الخ) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل: وإن كان الميت أوصى بحجة فقااسم الورثة: أي قاسم الوصي الورثة فهلك ما في يده: أي ما في يد الحاج فالوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما. وافترض أثره صاحب معراج الدراية. أقول: ليس هذا الشرح بصحيح، إذ لو رجع ضمير ما في يده إلى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فيما بعد وكذلك إن دفعه إلى رجل

وله ولاية بيع المنقول، فكذا القسمة لأنها نوع بيع، ووجه المسألة ما ذكره في الكتاب، وحاصله أن الورثة والوصي كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصي خصماً عنهم وقائماً مقامهم، وأما الموصي له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصماً عنه وقائماً مقامه في نفوذ القسمة عليه وقوله: (حتى يرث بالعيب) أي فيما اشتراه المورث (ويرث عليه) أي فيما باعه المورث ويصير مغروراً بشراء المورث، فإنه إذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوراث ثم استحققت الجارية فإنه يرجع على بائع الميت، ولو لم يكن خليفة لما رجع، كما لو باعها المورث من آخر والمسألة بحالها فإن المشتري يرجع على بائعة دون بائع بائعه لأنه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كفروره وقوله: (غير أن الوصي لا يضمن) جواب سؤال تقديره إذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان، كما لو تعدى على المال واستهلكه، ووجه الجواب ما قال لأنه أمين فيه، وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ، وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة في يده، لأن الحفظ إنما يتصور في ذلك، أما لو سلمه إليهم فالموصي له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض وإن شاء ضمن الدافع بالدفع، كذا في النهاية. فإن قاسم الورثة كان معلوماً من سياق كلامه، ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه قال: (وإن كان الميت أوصى بحجة الخ) رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وأوصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصي ألفاً ودفعها إلى الذي يحج عنه فسرق في

مغروراً بشراء المورث والوصي خليفة الميت أيضاً فيكون خصماً عن الوراثة إذا كان غائباً فصحت قسمته عليه، حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له، 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 الوراثة فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة. قال: (فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاخ رجع الموصى له بثلث ما بقي) لما بينا. قال: (وإن كان الميت أوصى بحجة فقاوم في الورثة فهلك ما في يده حجج عن الميت من ثلث ما بقي، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاخ في يده) وقال أبو يوسف: إن كان مستغرقاً للثلث لم يرجع بشيء، وإلا يرجع بتمام

ليحج عنه فضاخ من يده مستدركاً محضاً كما لا يخفى. والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع إلى الوصي، فحينئذ ينتظم المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الآتي كما ترى قوله: (وقال محمد: لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصي، ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية، فكذلك إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه) قال بعض المتأخرين: قلت هذا قياس مع الفارق، لأن الموصي غير ملزم بشيء إذ له الرجوع عن الوصية رأساً، فلا يلزم من عدم لزوم شيء لهذا عدم لزومه لذلك انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، فإن الموصي وإن لم يكن ملزماً بشيء في حال حياته إلا أنه تلزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته البتة، والمراد بما ذكر في دليل محمد هو أن الموصي لو أفرز بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك ذلك المال لا يؤخذ بشيء من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته أصلاً. وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره: وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصي بمنزلة دفع الميت، ولو أن الميت هو الذي دفع قبل موته إلى رجل مالاً ليحج عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى، كذلك هذا انتهى. فكأن ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد لا يلزمه شيء أن يكون المراد أنه لا يؤخذ من نفس الموصي شيء في حال حياته فوقع فيما وقع قوله: (لأنهم

الطريق قال أبو حنيفة: يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم، فإن سرت ثانياً يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا. وقال أبو يوسف: يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم، فإن سرت ثانياً لا يؤخذ مرة أخرى. وقال محمد: إذا سرت الألف الأولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى. ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح. وقوله: (ومن أوصى بثلث ألف درهم) واضح على ما ذكره في الكتاب، وذكر الإمام المجتهد أن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن، لأن القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاء ولا رضا، ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن، فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع، وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا قسمته. قلت: وضع المسألة في الدارهم لعله إشارة إلى ذلك فإنها مما يوزن. وقوله: (وإذا باع عبداً من التركة) ذكره للفرق بينهما وبين ما إذا باع المولى أو وصيه عبده المأذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد، فإن ذلك لا يجوز لأن لغريم العبد هناك حقاً في استعلاء العبد وبعد البيع لا يبقى، فكان في البيع إبطال حق الغرماء فلا ينفذ بغير إجازتهم. وأما ما هنا فليس لغريم المولى حق في استعلاء العبد، إنما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلاً حق الغريم بكل يكون محققاً له، لأن حقه في الدراهم أو الدنانير لا في عين العبد وبالباع يحصل. وقوله: (ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) يعني إذا باع بمثل قيمته. وقوله: (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بشئنه على المساكين) ظاهراً. وقوله: (لأنه ضمنه بقيضه) أي لا يعمل آخر يكون للورثة، لأن باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملاً للموصي ولا لورثته. وقوله: (لأن الرجوع بحكم الوصية) لأن البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث. وقوله: (أنه يرجع عليه بحكم الغرور) أي بحكم أن الميت غره بقوله هذا ملكي فإنه

الثالث. وقال محمد: لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصي، ولو أفرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية، فكذا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه. ولأبي يوسف أن محل الوصية الثالث فيجب تنفيذها ما بقي محلها، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها. ولأبي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاته بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحج بثلاث ما بقي، ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة، إذا لا قابض لها، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها. قال: (ومن أوصى بثلاث ألف درهم فدفعها 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 الوصي عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لأن الوصي قائم مقام الموصي،

يتصرفون بحكم المالكية، والإذن فك الحجر) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل: لأنهم يتصرفون بحكم المالكية: أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى، لأن الإذن فك الحجر، فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قوله لأن الإذن فك الحجر بأن قال: فيه بحث، فإن الكلام كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب انتهى. أقول؛ ليس هذا بوراد، إذ لا شك أن المدعي كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب، إلا أن قوله لأن الإذن فك الحجر يصلح أن يكون تعليلاً في حقهما أيضاً. أما في حق الصبي المأذون فظاهر، لأن الإذن في حقه فك الحجر الثابت له بسبب صباه، كما أن الإذن في حق العبد المأذون فك الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقرر في كتاب المأذون. وأما في حق المكاتب فلأنه وإن لم يكن مأذوناً صراحة إلا أنه صار مأذوناً في ضمن عقد

لما أمره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلاً هذا العبد ملكي فكان الوصي مغروراً من جهته فكان ذلك الضمان ديناً على الميت والدين يقضى من جميع التركة. وقوله: (وقد مرّ في كتاب القضاء) يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء الخ. وقوله: (فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء) أي لا على الورثة ولا على المساكين إن كان تصدق عليهم، لأن البيع لم يقع إلا للميت فصار كما إذا كان على الميت دين آخر، وذكر في الذخيرة محالاً إلى المنتقى أن الوصي يرجع على المساكين، والقياس هكذا لأن غنم تصرف الوصي عاد إليهم فالغرم يجب أن يكون عليهم، وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير. ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له وقوله: (فإن قسم الوصي الميراث الخ) ظاهر، وكذا قوله: (وإذا احتال الوصي بمال اليتيم) ولم يذكر ما إذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملاءة. وذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ، ومن لا يجوزه يحتاج للفرق بينه وبين ما لو باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من أجنبي فإنه جائز على ما يجيء. والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها إذا لم يكن فيها غبن فاحش. فأما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم، ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالاً بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح، وإذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، فيجب أن يكون هذا أيضاً على ذلك. وقوله: (ولا يجوز بيع الوصي) واضح ولم يذكر ما إذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئاً لنفسه أو باع من اليتيم شيئاً من ماله هل يجوز أو لا، إن كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف في إحدى الروايتين عنه، وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعداً وعند محمد على أظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز على كل حال وقوله: (والوصي المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية) أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى، لأن الإذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم فيه نيابة عن أحد، بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملاً بقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتتي هي أحسن﴾ قال: (وإذا كتب كتاب الشراء على وصي) هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود لنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح، وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن ذلك أحوط. وقوله: (وبيع الوصي على الكبير الغائب) قيد بالكبير، لأن

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 لقواته إلى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لأن للغرماء حق الاستسعاء وأما ما هنا 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 شامل له فيرجع عليه كالوكيل. وكان أبو حنيفة يقول أولاً: لا يرجع لأنه ضمن قبضه، ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة. وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها، ومحل الوصية الثلث. وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه 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 فتتعطل مصلحة العامة وأمانة سفير عنه كالرسول، ولا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل وقد مرّ 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 لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه. قال: (وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز) 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

الكتابة لا محالة، فإن أداء بدل الكتابة بدون ثبوت الإذن له في الكسب محال، والإذن في الشرع فك الحجر وإسقاط الحق لا غير عندنا كما مر في أول كتاب المأذون فلا غبار في التعليل المزبور قوله: (وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً لأنه يملكه الأب على الكبير) قال صاحب الكفاية: قوله لأنه لا يملكه الأب على الكبير في صورة التناقض لقوله لأن الأب يلي ما سواه ويتفصى عنه بأن الأب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى. أقول: ما ذكره في وجه التفصي عن التناقض ليس بتمام، لأن الوصي أيضاً لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية، بل إنما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب، فإن كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً أنه كان القياس أن لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر أيضاً كما هو الظاهر من السياق والسياق لزم أن يكون معنى قوله لأنه لا يملكه الأب على الكبير: أي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضاً، وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه

الورثة إذا كانوا صغاراً جاز للوصي أن يبيع من تركة الميت العروض والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيباً وقال المتأخرون: إنما يجوز للوصي بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمن العقار، أو يكون للصغير حاجة لثمن العقار، أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة. وقيد بالغيبة لأنهم إذا كانوا حضوراً ليس للوصي التصرف في التركة أصلاً، لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع إلى الورثة، إلا إذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فإنه يبيع التركة كلها إن كان الدين محيطاً أو بمقدار الدين إن لم يحط، وله بيع ما زاد على الدين أيضاً عند أبي حنيفة خلافاً لهما وتنفيذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع

قال المصنف: (لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه) أقول: العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد، وقيل هي نفس العقد لأن العقد والعهد سواء والعهدة التبعية أيضاً غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال وفي حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الأداء، كذا في كشف البزدوي وذكر في المغرب، وقولهم عهدته على فلان فعلة بمعنى مفعول، ومعناه: ما أدرك فيه من درك إفصاحه عليه.

لأنه لا يمكن التحرز عنه، ففي اعتباره انسداد بابيه. 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 لفتقيد بموضع النظر. وعندهما لا يملكونه 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 ابن 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 وصيه فيه. وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً لأنه لا يملكه الأب على الكبير، إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه، وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ، أما العقار فمحض بنفسه. قال: (ولا يتجر في المال) لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة. وقال أبو يوسف ومحمد: وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب، وكذا وصي الأم ووصي العم. وهذا الجواب في تركه هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم. قال: (والوصي أحق بمال

التفصي عن التناقض كما لا يخفى، وإن كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملكه الوصي بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكاً مع أنه لم يترك قط، إذ لم يقل أحد بأن الوصي يملكه على الكبير بالولاية الحقيقية. فالوجه في تقرير هذا المحل ما ذكره الإمام الزيلعي في التبيين حيث قال: وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً ولا الأب كما لا يملكه على الكبير الحاضر، إلا أنه لما كان في حفظ ماله جاز استحساناً فيما يتسارع إليه الفساد، لأن حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه. وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع انتهى. ثم إن بعض الفضلاء بعد أن نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال: ولا يوافق قوله ولا يليه انتهى.

لتفيدها شيئاً من التركة جاز بمقدارها بالإجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين. وقوله: (لأن الأب يلي ما سواه) دليل المسألة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسألة إذا لم يكن على التركة دين مستغرق فإن كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لأنه لا يمكنه قضاء الديون إلا بالبيع فكان مأموراً بالبيع من جهة الموصي، وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق، ومن العقار أيضاً عند أبي حنيفة خلافاً لهما، قالاً في منع بيع الزيادة: إن جوازها للحاجة ولا حاجة إلى بيع الزائد فلا يجوز، واستحسن أبو حنيفة فقال: الولاية ها هنا بسبب الوصاية وهي لا تنجزاً، فمتى ثبت له الولاية في بيع البعض ثبت في الباقي، ولأن في بيع البعض إضراراً لتعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم، وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير؛ ألا يرى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة. فإن قلت: قد علم حكم المسألة إذا كانت الورثة كباراً بعبارة الكتاب وإذا كانوا صغاراً بمفهومه، فما حكمها إذا كانوا صغاراً وكباراً. قلت: حكمها أن الكبار إذا كانوا غيباً وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالإجماع وبيع حصة الصغار من العقار، وأما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر، وإن اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعاً، وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعاً، وفي الزيادة الخلاف وإن كانوا حضوراً وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالإجماع، وفي بيع حصة الكبار الخلاف، وإن كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف. وقوله: (ولا يتجر في المال) ظاهر. وقوله: (وهذا الجواب في تركه هؤلاء) يعني الأخ والأم والعم، وإنما قيد بتركة هؤلاء لأن وصي هؤلاء فيما ترك الأب ليس كوصي الأب في الكبير الغائب، فإن وصي الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه، العقار والمنقول في ذلك سواء لأنه قائم مقام الأم والأم

الصغير من الجدد) وقال الشافعي: 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 يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه (فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب) لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح دون وصي، غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه.

أقول: هذا ساقط إذ لا نسلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه، فإن معناه ولا يلي الأب العقار كما يلي غيره إذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ، وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه، وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطنة.

حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالى عنه فكذا وصيها وأما ما ورثه الصغير من الأم فلو وصيها فيه بيع المنقول دون العقار، لأن له ولاية الحفظ، وبيع المنقول من الحفظ دون العقار إذا لم يكن على التركة دين أو وصية. أما إذا كان دين فإن كان مستغرقاً فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته، لأن بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته، وإن لم يكن مستغرقاً يبيع بقدر الدين، وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار، وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الأخ والعم، لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير في المال فكذا لا ولاية للأخ والعم عليه. وقوله: (والوصي أحق بمال الصغير من الجد النخ) ظاهر. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه النخ.

قال المصنف: (وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً لأنه لا يملكه الأب على الكبير) أقول: يناقض ظاهره لقوله لأن الأب بل ما سواه، ويخصى عنه بأن الأب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر، كذا في الكفاية، ولا يوافقه قوله ولا يليه.

فصل في الشهادة

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

فصل الشهادة في الوصية

قال صاحب النهاية: لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية آخر ذكرها لعدم عراقتها فيها انتهى. واقتضى أثره صاحب العناية نقلاً عنه. أقول: ليس ذلك بسديد، لأن الذي لا يختص بالوصية إنما هو مطلق الشهادة، وأما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعاً فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية كما لا يخفى. والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال: إنما آخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصلية لأن الأصل عدم العارض انتهى قوله: (وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه. أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) قال صاحب النهاية: فإن قيل: إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصياً آخر، فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت التهمة فيه. قلنا: القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصى إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال إلا بالثالث. فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا. كذا ذكره الإمام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير، إلى هنا لفظ النهاية. واقتضى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية. أقول: كل من السؤال والجواب منظور فيه عندي. أما السؤال فلا اتجاه له أصلاً، فإن الوصيين اللذين نصبهما الميت إذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي أن يضم إليهما وصياً آخر بلا ريب كما تقرر في أوائل باب الوصي وما يملكه، وإذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألوا القاضي أن يضم إليهما الآخر ورضي به الآخر فله أيضاً أن يضم إليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتربات، وأشار إليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر إليهما برضاه. قال تاج الشريعة في شرحه: يعني لو سألوا من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصياً معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما في ذلك انتهى. ثم إن هذا حال الضم إلى الوصيين مطلقاً، وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث إليهما البتة وإن بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتربات، منها التبيين فإنه قال فيه: فإذا ردت شهادتهما ضم القاضي إليهما ثالثاً، لأن في ضمن شهادتهما إقرار منهما بوصي آخر معهما للميت، وإقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الأوصياء الثلاثة. ثم

فصل في الشهادة

قال في النهاية: لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية آخر ذكرها لعدم عراقتها فيها، وقوله: (وإذا شهد الوصيان) ظاهر. وقوله: (وجه الاستحسان الخ) اعترض عليه بأنه إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصياً آخر، فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت فيه الشبهة. وأجيب بأن القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصى إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال إلا بالثالث، فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهاد، فكذلك ها هنا، ومعنى قبول الشهادة إسقاط مؤنة التعيين، أما الوصاية تثبت بنصب القاضي. وقوله: (وكذلك الابتنان) معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة، وقوله: (وكذا لو شهدا يعني الوصيين الخ) واضح. وقوله: (وإذا شهد رجلان لرجلين) جنس هذه المسائل أربعة أوجه: الأول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين. والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة

فصل الشهادة في الوصية

الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه. أما الوصاية تثبت بنصب القاضي. قال: (وكذلك الابتنان) معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل

قال في بيان وجه الاستحسان في صورة قبول شهادتهما: وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم إليهما ثالثاً على ما بينا آنفاً فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصياً معهما بنصب القاضي إياه انتهى. ومنها المحيط فإنه قال فيه: قال في الأصل: وإذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلاً آخر سوى المشهود عليه، من مشايخنا من قال ما ذكر أنه يدخل معهما ثالثاً قول أبي حنيفة ومحمد، وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما ثالثاً. ومنهم من يقول لا، بل المذكور في الكتاب قولهم جميعاً وهو الظاهر، فإنه لم يحك فيه خلافاً. وإن صدقهما وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما ثالثاً، بخلاف ما لو قبل ثم أبى فإنه لا يعمل رده وإبائه، إلى هنا لفظ المحيط. وأما الجواب فلأن قياس ما نحن فيه على ما لم يكن ثمة وصي بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق إذ لا تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا، وأيضاً القاضي يحتاج هناك إلى نصب الوصي وهنا لا يحتاج إليه في زعم المحجب، فإن هذا من ذاك، ومجرد المشابهة في جهة لا يصح القياس كما لا يخفى. ثم إن بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه: إن وجوب كون المضمون هذا المدعي أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر انتهى. أقول: هذا ليس بشيء، لأن شهادة المتهم إنما لا تقبل في إثبات حق شرعي وإيجابه، لا في إسقاط شيء كمؤنة التعيين فيما نحن فيه فإن شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وإن لم تثبت الوصاية كما أشار إليه المصنف بقوله فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين. عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي، وكم من شيء يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الإثبات كالاستصحاب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضاً كذلك فيترتب عليها أثر الدفع، ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال: وجه الاستحسان أن القاضي ملك نصب الوصي إذا كان طالباً والموت معروفاً فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن، وإنما أسقطت عنه مؤنة التعيين. ومثاله أن القرعة ليست بحجة، ويجوز استعمالها في تعيين الأنصاء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة، فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى قوله: (وكذلك الابتنان) قال الشراح: قوله وكذلك الابتنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة اهـ. أقول: تفسير المصنف قوله وكذلك الابتنان بقوله معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر يقتضي أيضاً بظاهره أن يكون قوله وكذلك الابتنان معطوفاً على قوله فالشهادة باطلة، لأن الحكم في صورة الإنكار بطلان الشهادة لا غير، لكن لم يظهر لي ما دعاهم إلى جعل قوله وكذلك الابتنان معطوفاً على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني أيضاً وزيادة الإفادة إذ يصير المعنى إذ ذاك وكذلك حكم شهادة الابنتين في صورة أن ينكر المشهود له ما شهدا به، وفي صورة أن يدعيه فإن شهادتهما تبطل في الصورة الأولى وتقبل في الصورة الثانية استحساناً وهذا جيد جداً فإن جواب مسألة شهادة الابنتين كجواب مسألة شهادة الوصيين في الصورتين معاً كما صرح به في عامة الكتب، وأما إذا جعل قوله وكذلك الابتنان معطوفاً على المستثنى منه فقط يلزم أن يكون إحدى صورتَي مسألة شهادة الابنتين متروكة البيان في الكتاب بالكلية من غير ضرورة، ولا يخفى ما فيه. فالحق عندي أنه معطوف على المجموع لا محالة قوله: (بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه، لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في

كالشهادة بألف مرسله أو بثلاث المال. والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد. والرابع وهو المذكور في الكتاب آخراً هو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسله أو بثلاث المال، ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة، فما تثبت فيه التهمة لا تقبل فيه الشهادة وهو الثاني والرابع، وما لم

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، 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 فتحقت 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 ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما، فإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبي حنيفة وأحمد. وقال أبو يوسف: لا تقبل في الدين أيضاً. وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف. وعن أبي يوسف مثل قول محمد. وجه القبول أن الدين يجب في الذمة

غيرها) أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل يقتضي أن تجوز شهادتهما لوارث صغير أيضاً في غير تركة عند أبي حنيفة لجريانه بعينه هناك أيضاً مع أن عدم جواز شهادتهما لوارث صغير بشيء من تركة الميت وغيرها متفق في الكتاب آنفاً فليتأمل في الدفع قوله: (وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت إلى آخر الفصل) قال في العناية: جنس هذه المسائل أربعة أوجه: الأول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين. والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلاث المال. والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد. والرابع وهو المذكور في الكتاب آخره هو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلاث المال، ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة، فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع، وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما في الثالث على ما ذكر في الكتاب. وأما الوجه الأول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضاً انتهى. أقول: تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل؛ لأنه إن أراد بالأوجه الأقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير: أحدها ما اتفقوا على جوازه. وثانياً ما اتفقوا على عدم جوازه. وثالثها ما اختلفوا فيه. وما عده وجهاً رابعاً داخل في القسم الثاني لا محالة. وإن أراد بها الأمثلة فهي خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب، فلا وجه لجعل الاثنين منها وجهاً واحداً، على أن قوله الأول ما اختلفوا فيه، والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه، والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالأوجه هو الأمثلة، بل يقتضي كون مراده بها هو الأقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى. ثم إن صاحبي النهاية والكفاية وإن ذهبوا أيضاً إلى كون الأوجه في جنس هذه المسائل الأربعة، إلا أن تقريرهما لا ينافي كون المراد بالأوجه هو الأمثلة والمسائل دون الأقسام الكلية والأصول كما ينافي تقرير صاحب العناية فإنهما قالوا فيه: وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه: في الوجه الأول تقبل الشهادة بالإجماع، وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد ويشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لأنه لا شركة للمشهود فيه فلا تتمكن التهمة. وفي الوجه الثاني لا تقبل بالإجماع؛ وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلاث ماله ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أيضاً. وفي الوجه الثالث لا تقبل أيضاً وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى لهذين

ثبتت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب. وأما الوجه الأول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضاً، فوجه القبول وهو الذي ثبت عليه الإمام محمد ولم يطرد أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة، ولهذا لو تبرع

قوله: (معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة باطلة) أقول: يعني أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل في عطف قوله تعالى ﴿ولا يستأخرون﴾.

وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة، ولهذا لو تبرّع أجنبيّ بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة. وجه الردّ 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 المديون لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة. قال: (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعده جازت الشهادة بالاتفاق) لأنه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلاث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلاث ماله فالشهادة باطلة، وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعده وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلاث ماله فهي باطلة) لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة.

الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين الأولين بثلاث ماله، لأن الشهادة مثبتة للشركة. وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه، وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم. ثم إن الحق أن تثبت القسمة هنا كما فعله الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا حيث قال: وإذا شهد أربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان لهذين على الميت فإن هذا على ثلاثة أوجه: في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق، وفي وجه لا تقبل بالاتفاق، وفي وجه اختلفوا فيه، ثم فصل كل وجه بأمثله ودليله. وكما فصله شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال: وها هنا ثلاثة فصول: أحدهما ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق، والثاني ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق، والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها تأمل.

أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة. ووجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة شاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة، بخلاف حال حياة المديون لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة.