

كتاب المعادل

وهي الدية والعاقلة من يؤديها وهم أهل الديوان، إن كان القاتل منهم تؤخذ من عطايهم

كتاب المعادل

المعادل هي جمع معقلة كالفخر جمع مفخرة من عقل يعقل عقلاً وعقولاً، ولما كان موجب القتل الخطأ، وما معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها وبيان أحكامها في هذا الكتاب فقال: (وهي) أي المعادل (الدية)، وسميت الدية عقلاً ومعقلة لأنها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسكها، وتمنعها لما يلزم عليها من وجوب الدية ويسمى العقل عقلاً لمنعه صاحبه عن القبائح (والعاقلة من يؤديها) أي الدية (وهم) أي المؤدون (أهل الديوان)، وهم الجيش الذين كتبت أسماؤهم في الديوان، وفي القاموس والديوان يكسر ويفتح مجتمع الصحف، والكتاب يكتب في أهل الجيش وأهل العطية وأول من وضعه عمر رضي الله تعالى عنه جمعه دواوين ودواوين انتهى، والأصل في إيجاب الدية على العاقلة بالخطأ، وشبه العمدة قوله عليه الصلاة والسلام: «لأولياء الضاربة قوموا فدوه» (وإن كان القاتل منهم) والعاقلة عند الشافعي

كتاب المعادل

هي جمع معقلة بفتح فسكون فمضم بمعنى العقل (وهي) أي المعادل (الدية)، فالعقل الذي هو الإدراك جمعه العقول (و) منه (العاقلة) وهي جماعة تحمل العقل، وهو الدية، فلذا قال (من يؤديها، وهم أهل الديوان) أي العسكر، وإلا فالنساء والذرية ممن له حظ في الديوان.

وكذا المجنون لا شيء عليهم من الدية واختلفوا في دخولهم لو باشروا القتل مع العاقلة في الغرامة والصحيح أنهم يشاركون العاقلة كما في الشرنبلالية عن التبيين، زاد البرجندي والعبد كالنساء (إن كان القاتل منهم) من أهل مصرهم لا من مصر آخر وقبل مطلقاً فإن كان من الغزاة فالغزاة، وإن كان من الكتاب فالكتاب.

في ثلاث سنين فإن خرجت ثلاث عطايا في أقل أو أكثر أخذ منها ومن لم يكن منهم فعاقلته قبيلته يؤخذ منهم في ثلاث سنين من كل واحد ثلاثة دراهم أو أربعة كل سنة درهم أو درهم وثلث لا يزيد هو الأصح وقيل في كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة، فإن لم

العشيرة لأنه كان عليهم في عهد رسول الله ﷺ: ولا نسخ بعده لأنه لا يكون إلا بالوحي على لسان نبي ولا نبي بعده، ولأنه صلة والأقارب أحق بالصلوات كالإرث والنفقات، ولنا أن عمر رضي الله تعالى عنه فرض العقل على أهل الديوان بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم، ولم ينكر عليه منكر منهم، فكان ذلك إجماعاً منهم، فإن قيل كيف يظن بهم الإجماع على خلاف ما قضى رسول الله ﷺ قلنا: هذا إجماع على وفاق ما قضى به رسول الله ﷺ فإنهم علموا أن رسول الله ﷺ إنما قضى على العشيرة باعتبار النصر، وقد كان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته، ثم لما دون عمر رضي الله تعالى عنه الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان، فلهذا قضى بالدية على أهل الديوان (تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) من وقت القضاء بالدية، والتقدير بثلاث سنين مروى عنه عليه الصلاة والسلام، ومحكي عن عمر رضي الله تعالى عنه، ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة (فإن خرجت ثلاث عطايا في) مدة (أقل) من ثلاث سنين (أو) في مدة (أكثر) مثل أن تخرج عطاياهم في ستة سنين مثلاً (أخذ منها) أي من العطايا، وحاصله أنه إذا خرجت للعاقلة ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لوجود محل أداء الدية، فلا فائدة في التأخير وإذا خرجت في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية إذ المقصود أن يكون المأخوذ في الأعطية لا من أصول أموالهم، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم في ثلاث سنين أو أقل منها أو أكثر، وهذا إذا كانت العطايا في السنين المستقبلية بعد القضاء بالدية حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء بالدية، ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء (ومن لم يكن منهم) أي من أهل الديوان (فعاقلته قبيلته) لأن نصرته بهم وهي المعبرة في هذا الباب (يؤخذ منهم في ثلاث سنين) أيضاً (من كل واحد) منهم (ثلاثة دراهم أو أربعة) دراهم (كل سنة درهم) قوله كل

وكذا غيره ذكره القهستاني وغيره (تؤخذ) العقل (من عطاياهم) أي وظائفهم لا من أصول أموالهم، ولو اجتمع لواحد عطية ورزق أخذ من العطية كما في الاختيار (في ثلاث سنين) من وقت القضاء لا الموت، ثم العبرة لثلاث عطيات ووظائف تقدموا أو تأخروا (فإن خرجت ثلاث عطايا) للسنين المستقبلية بعد القضاء (في أقل أو أكثر أخذ منها) للسنين المستقبلية بعد القضاء (في أقل أو أكثر أخذ منها) لأن المنكسرة قبل القضاء بالدية لأن الوجوب بالقضاء (ومن لم يكن منهم) أي من أهل الديوان (فعاقلته قبيلته) لأن النصره بهم (يؤخذ منهم) من ثلاث عطيات في أشهر أو أقل أو أكثر (في ثلاث سنين)، فالسنين بمعنى العطيات، ذكره القهستاني (من كل واحد ثلاث دراهم أو أربعة كل سنة درهم، أو درهم وثلث لا يزيد هو الأصح وقيل في كل سنة ثلاث دراهم أو أربعة) والأول الصحيح كما في

تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل نسباً على ترتيب العصابات والقاتل كأحدهم وإن كان ممن يتناصرون بالحرف أو بالحلف فعاقلته أهل حرفته أو حلفه وعاقلة المعتق ومولى الموالاته مولاه وعاقلته، وعاقلة ولد الملاعنة عاقلة أمه فإن ادعاه الأب بعدما

بالنصب على الظرفية خبر مقدم ودرهم مبتدأ مؤخر (أو) كل سنة (درهم وثلاث) درهم (لا أزيد) و (هو الأصح) لمراعاة معنى التخفيف فيه (وقيل) يؤخذ من كل واحد (في كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة) دراهم فيكون المأخوذ من كل واحد في ثلاث سنين تسعة دراهم أو اثني عشر درهماً وإنما كان القول الأول أصح لخروج هذا القول من حد التخفيف وبلوغه حد الجزية في الثاني، وقربه منه في الأول، وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار (فإن لم تتسع القبيلة ضم إليهم أقرب القبائل) إليهم (نسباً) الأقرب فالأقرب (على ترتيب العصابات) وهم الأخوة، ثم بنوهم ثم الأعمام، ثم بنوهم. وأما الآباء والأبناء فقليل: يدخلون لأنهم أقرب، وقيل: لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة، وهذا المعنى إنما يكون عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثرون، ثم أنهم قالوا: إن هذا الجواب إنما يستقيم في حق العرب المحفوظة أنسابهم فأمكن إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب، وأما العجم فلا يستقيم هذا الجواب فيهم لتضييعهم أنسابهم فلا يكن إيجاب الدية على أقرب القبائل إليهم نسباً وإذا لم يمكن فقد اختلفوا في هذه المسألة فقال بعضهم: يعتبر المحال والقرى الأقرب فالأقرب، وقال بعضهم: يجب الباقي في مال الجاني، وفي البرازية إذا لم يكن للقاتل عاقلة فالدية في بيت المال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى (والقاتل كأحدهم) لأنه المباشر للقتل، فلا معنى لإخراجه من العقل، ومؤاخذه غيره. وقال الشافعي: لا يجب على القاتل شيء لأنه إذا لم يجب عليه الكل فلا يجب عليه البعض إذ الجزء لا يخالف الكل، قلنا: إيجاب الكل إجحاف به، ولا كذلك إيجاب البعض وعدم وجوب الكل لا يفي وجوب البعض (وإن كان) أي القاتل (ممن) أي قوم (يتناصرون بالحرف) جمع حرفه (أو بالحلف) بكسر الحاء، وهو التحالف على التناصر (فعاقلته أهل حرفته أو) أهل (حلفه) لما بينهم من التناصر (وعاقلة المعتق) بفتح التاء (و) عاقلة (مولى الموالاته مولاه وعاقلته) يعني أن كلاً من المعتق ومولى

المضمرات، (فإن لم تتسع القبيلة لذلك) بأن تكون قلائل فتصير الحصاة أكثر من ثلاث أو أربع (ضم) إليهم أقرب القبائل نسباً تخفيفاً الأقرب فالأقرب (على ترتيب العصابات والقاتل) عندنا (كأحدهم) ولو امرأة أو صبياً أو مجنوناً على الصحيح كما مر، واللام للعهد أي القاتل الذي من أهل العطايا، والذي لم يكن من أهل العطايا فلا شيء عليه من الدية عندنا كما في النهاية (وإن كان ممن يتناصرون بالحرف أو بالحلف فعاقلته أهل حرفته أو حلفه) لأن الأصل في الباب التناصر، فالعاقلة في زماننا من تناصروا في الحوادث كما في القهستاني وغيره، قال: ولا عاقلة للعجم انتهى. وجزم الحانوتي في فتاواه بأن التناصر الآن منتف لغلبة الحد والبغض وتمنى كل المكروه للآخر انتهى. (قلت): وحيث لا قبيلة، ولا تناصر فالدية في ماله أو بيت المال (وعاقلة المعتق ومولى لموالاته مولاه وعاقلته) لأن نصرته بهم

عقلوا عنه رجعوا على عاقلته بما غرموا، وإنما تعقل العاقلة ما وجب بنفس القتل فلا تعقل جناية عمد ولا جناية عبد ولا ما لزم بصلح أو باعتراف، إلا أن يصدقوه ولا أقل من نصف عشر الدية بل ذلك على الجاني، ولا تدخل النساء والصبيان في العقل، ولا

الموالة عاقلته مولاه، وعاقلة مولاه لأنَّ النصره بهم، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «مولى القوم منهم»^(١)، وفي مولى الموالة خلاف الشافعي (وعاقلة ولد الملائنة عاقلة أمه) لأنَّ نسبه إليهم فينتصرونه (فإن ادعاه الأب بعدما عقلوا) أي عاقلة الأم (عنه) أي عن ولد الملائنة (رجعوا على عاقلته) أي عاقلة الأب (بما غرموا) في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب لأنَّه تبيين أنَّ الدية لم تكن واجبة عليهم لأنَّه لما أكذب الأب نفسه ظهر أنَّ النسب كان من الأب لأنَّ النسب يثبت منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة فتبين به أنَّ عقل جانيته كان على عاقلة أبيه وإنَّ قوم الأم تحملوا عن قوم الأب مضطرين في ذلك بإلزام القاضي، وإنما يرجعون في ثلاث سنين لأنَّهم أدوا هكذا (وإنما تعقل العاقلة ما وجب بنفس القتل) وهو ما يجب بالخطأ أو شبه العمد أو التسبب (فلا تعقل جناية عمد ولا جناية عبد ولا ما لزم بصلح أو باعتراف) لما روي ابن عباس رضي الله تعالى عنهما مرفوعاً إليه ﷺ أنه قال: لا تعقل العواقل عمداً، ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً وما دون إرش الموضحة، ولأنَّه لا يتناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور ولايته عليهم، وإرش الموضحة نصف العشر، ولأنَّ تحمل العاقلة تحرزاً عن الإجحاف بالخطيء ولا إجحاف في القليل (إلا أن يصدقوه) أي العاقلة المعترف فيما أقرَّ به لأنَّ التصديق إقرار منهم فيلزمهم بإقرارهم لأنَّ لهم ولاية على أنفسهم، والامتناع كان لحقهم وقد زال (ولا) تعقل العاقلة (أقل من نصف عشر الدية) وتتحمل نصف العشر فصاعداً لما مر من قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً، ولا صلحاً ولا اعترافاً، ولا ما دون إرش الموضحة، وإرش الموضحة نصف عشر بدل النفس، ولأنَّ الإيجاب على لعائل لدفع الإجحاف عن الجاني وذلك في القليل دون الكثير. فلهذا أوجبنا الكثير على العاقلة والفاصل بينهما إرش الموضحة بالنص، وما دون ذلك يكون في مال الجاني (بل ذلك) أي الأقل من نصف عشر الدية (على الجاني) والقياس فيه أحد

(وعاقلة ولد الملائنة عاقلة أمه فإن ادعاه الأب بعدما عقلوا عنه رجعوا على عاقلته بما غرموا) في ثلاث سنين من حين قضى لعاقلة الأم على عاقلة الأب (وإنما تعقل العاقلة ما وجب بنفس القتل فلا تعقل) العاقلة (جناية عمد ولا جناية عبد، ولا ما لزم بصلح أو باعتراف) بقتل خطأ (إلا أن يصدقوه) في إقراره أو تقوم حجة ولو مع إقراره لإثباتها السراية على العاقلة (ولا) تعقل (أقل من نصف عشر الدية بل ذلك على الجاني) ولو حكماً كما على لمولى من جناية العبد لحديث عمر رضي الله عنه مرفوعاً وموقوفاً لا

(١) أخرجه البخاري (مناقب، ١٤)، (فرائض، ٢٤)، وأبو داود (زكاة، ٢٩)، والترمذي (زكاة، ٢٥)،

والنسائي (زكاة، ٩٧)، والدارمي (سير، ٨٢)، وأحمد بن حنبل (٣، ٤٤٨، ٤، ٣٥، ٣٤٠، ٦، ٨،

١٠، ٣٩٠). المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٧/٣٣٣.

يعقل مسلم عن كافر وبالعكس، ويعقل الكافر عن الكافر وإن اختلفا ملة إن لم تكن العداوة بين الملتين ظاهرة كاليهود مع النصارى، وإن لم يكن للذمي عاقلة فالدية في ماله في ثلاث سنين. والمسلم يعقل عنه بيت المال وقيل كالذمي وإن جنى حر على عبد خطأ فعلى العاقلة.

الشيئين، أما التسوية بين الكثير، والقليل في إيجاب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي أو التسوية بينهما في أن لا يجب شيء على العاقلة كما في ضمان المال لكناً تركنا القياس بالسنة وإنما جاءت السنة في إرش الجنين في الإيجاب على العاقلة وإرش الجنين نصف عشر بدل الرجل فيقضي بذلك على العاقلة وفيما دونه يؤخذ بالقياس.

كذا في الكافي (ولا تدخل النساء والصبيان في العقل) لقول عمر رضي الله تعالى عنه لا يعقل مع العواقل صبي ولا امرأة ولأنَّ العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف النصرة والعجزة، وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية لأنَّ وجوب جزء من الدية على القاتل إنما هو باعتبار أنَّ أحد العواقل لأنَّه ينصر نفسه، والنصرة لا توجد فيهما. وفي التبيين، وهذا صحيح إذا قتله غيرهما وأما إذا باشر القتل بأنفسهما فالصحيح أنهما يشاركان العاقلة.

وكذا المجنون إذا قتل فالصحيح أنَّه كواحد من العاقلة انتهى (ولا يعقل مسلم عن كافر وبالعكس) أي لا يعقل كافر عن مسلم لعدم التناصر (ويعقل الكافر عن الكافر وإن اختلفا ملة) لأنَّ الكفر ملة واحدة (إن لم تكن العداوة بين الملتين ظاهرة كاليهود مع النصارى) فإنَّ العداوة فيهما ظاهرة فلا يعقل بعضهم بعضاً لعدم التناصر بظهور العداوة بينهم.

هكذا روي عن أبي يوسف (وإن لم يكن للذمي عاقلة فالدية في ماله في ثلاث سنين) من يوم يقضي عليه كما في حق المسلم لما أنَّ الوجوب على القاتل، وإنما يتحول عنه إلى العاقلة لو كانت موجودة فإذا لم توجد كانت الدية عليه (والمسلم) إذا لم تكن له عاقلة (يعقل عنه بيت المال) لأنَّ الدية تجب بالنصرة وجماعة المسلمين يتناصرون (وقيل) المسلم (كالذمي) تجب الدية في ماله إذا لم تكن له عاقلة (وإن جنى حر على عبد خطأ فعلى العاقلة) لأنَّه ضمان الآدمي

تعقل العاملة عمداً ولا عبداً ولا اعترافاً ولا صلحاً ولا ما دون إرش الموضحة (ولا تدخل النساء والصبيان) والمجانين والعيبد من عشيرته (في العقل) أي إذا لم يكن القاتل أحدهم على الصحيح كما مر (ولا يعقل) أحد الزوجين عن الآخر، ذكره القهستاني. ولا (مسلم عن كافر وبالعكس ويعقل الكافر عن الكافر وإن اختلفا ملة إن لم تكن العداوة بين الملتين ظاهرة كاليهود مع النصارى) لعدم التناصر (وإن لم يكن للذمي عاقلة فالدية في ماله في ثلاث سنين) كالمسلم، (والمسلم) إذا لم يكن له عاقلة (يعقل عنه بيت المال) وعليه الفتوى (وقيل) في رواية شاذة في ماله (كالذمي) فظاهر ما في المجتبي عن خوارج

فتجب على العاقلة إذا كان القتل خطأ، قياساً على الحر. وقال الشافعي في قول: تجب على القاتل لأنه بدل المال عنده حتى أوجب قيمته بالغة ما بلغت ولا خلاف في أطراف العبد أن ضمانها لا يجب على العاقلة لأنه يسلك بها مسلك الأموال ولا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لأن المولى في كونه مخاطباً بجناية العبد بمنزلة العاقلة فلا تتحمل عن العاقلة عواقبهم، فكذا لا تتحمل جناية العبد عاقلة مولاه والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تعقل العاقلة عبداً ولا عمداً».

من أن تناصرهم قد انعدم وبيت المال قد انهدم يرجح وجوبها في ماله فيؤدي في كل سنة ثلاث دراهم أو أربع على ما قاله الناطقي وهذا حسن جداً لا بد من حفظه إذ في كثير من المواضع أنه يؤدي في ثلاث سنين فافهم، (وإن جنى حر على) نفس (عبد خطأ فعلى العاقلة) يعني إذا قتله لأن العاقلة لا تتحمل أطراف العبد، وقال الشافعي: لا تتحمل النفس وهو قول أبي يوسف.

كتاب الوصايا

الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، وهي مستحبة بما دون الثلث إن كان الورثة

كتاب الوصايا

ولا يخفى ظهور مناسبة إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله اختصاص بكتاب الجنائيات والديات والجنانية قد تفضي إلى الموت الذي وقته وقت الوصية . والوصية في الأصل اسم بمعنى المصدر، ثم سمي الموصي به وصية كما في العناية ومنه قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصون بها أو دين﴾ [النساء: ١٢] (الوصية) في الشرع (تمليك مضاف إلى ما بعد الموت) يعني بطريق التبرع سواء كان عيناً أو منفعة، وسببها أن يذكر بالخير في الدنيا ونيل الدرجات العالية في العقبى . ومن شرائطها كون الموصي أهلاً للتمليك والموصي له أهلاً للتمليك والموصي به بعد موت الموصي مالاً قابلاً للتمليك من الغير بعقد من العقود، ومنها عدم الدين، ومنها التقدير بثلاث التركة حتى أنها لا تصح فيما زاد على الثلث . ومنها كون الموصي له أجنبياً حتى لا تجوز الوصية للوارث إلا بإجازة بقية الورث، وركنها أن يقول: أوصيت بكذا فلان وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها . وأما حكمها ففي حق الموصي له أن يملك الموصي به ملكاً جديداً

كتاب الوصايا

يعم الوصية والإيصاء يقال: أوصى إلي فلان أي جعله وصياً والاسم منه الوصاية وسيأتي له باب، وأوصى لفلان بمعنى ملكه بطريق الوصية، فلذا قال: (الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت) عيناً أو منفعة (قلت): يعني بطريق فيه معنى التبرع ليخرج نحو الإقرار بالدين، فإنه نافذ من كل المال كما يأتي ولا ينافيه وجوبها لحقه تعالى، فتأمله . (وهي) أربعة أقسام: واجبة بالزكاة والصيام والصلاة ومباحة لغني ومكروهة لأهل فسق وإلاً فهي (مستحبة) لتدارك التقاصر ولا تجب للوالدين والأقربين لأن آية البقرة منسوخة بأية النساء وسببها سبب التبرعات وشرائطها كون الموصي أهلاً للتمليك وعدم استغراقه بالدين وكون الموصي له حياً وقتهاً وغير وارث ولا قاتل، وكون الموصي به بعد موت

أغنياء أو يستغنون بأنصبتهم وإلا فتركها أحب ولا تصح بما زاد على الثلث، ولا لقاتله مباشرة ولا لوارثه إلا بإجازة الورثة، وتصح بالثلث وإن لم يجيزوا وتصح من المسلم

كما في الهبة. وفي حق الموصي إقامة الموصي له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث، وأما صفتها فما ذكره في المتن بقوله (وهي مستحبة بما دون الثلث إن كان الورثة أغنياء أو يستغنون بأنصبتهم) لأنه تردد بين الصدقة على الأجنبي والهبة بالترك للقريب والأول أولى لقوله عليه الصلاة والسلام: «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح» ولأن فيه حق الفقير والقربة جميعاً (ولا تصح) الوصية (بما زاد على الثلث) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه أنه قال: جاء رسول الله ﷺ يعودني من وجع اشتد بي فقلت: يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأصدق بثلثي مالي قال: «لا» قلت فالشطري يا رسول الله، قال: «لا» قلت فالثلث قال: «الثلث والثلث كثير أو كبير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»^(١). (ولا تصح الوصية (لقاتله) أي المورث (مباشرة) لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا وصية للقاتل»^(٢)، وقيد بقوله مباشرة احترازاً عن القتل تسبياً فإنه لا يمنع صحة الوصية لعدم تناوله النص (ولا لوارثه) لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا وصية لوارث»^(٣)، ولأن بقية الورثة يتأذون بإيثاره بعضهم ففي تجويزه قطيعة الرحم (إلا بإجازة الورثة) استثناء مما تقدم من

الموصي مالاً قابلاً للتملك وركنها قوله: أوصيت بكذا فلان ونحوه وحكمها أن يكون الموصى به ملكاً جديداً للموصى له (بما دون الثلث إن كان الورثة أغنياء) بالهم (أو يستغنون بانصبتهم) من ميراثه (وإلا فتركها أحب) لأنه حينئذ صدقة وصلة (ولا تصح بما زاد على الثلث ولا لقاتله مباشرة) ولا تسبياً كما مر، ويستثنى الصبي والمجنون القاتلان كما يأتي (ولا لوارثه) شيئاً ما (إلا بإجازة لورثة) في الصور

(١) أخرجه البخاري (جناز، ٣٦، ٣٧)، (وصايا ٢، ٣)، (مناقب الأنصار، ٤٩)، (نفقات، ١)، (مرضی، ١٣، ١٦)، (دعوات، ٤٣)، (فرائض، ٦)، (مسلم (وصية، ٥، ٧، ٨، ١٠)، (أبو داود (فرائض، ٣)، (إيمان، ٢٣)، (الترمذي (جناز، ٦)، (وصايا، ١)، (النسائي (وصايا، ٣)، (ابن ماجه (وصايا، ٥)، (الموطأ (وصية، ٤).

(٢) «ليس للقاتل ميراث». أخرجه أبو داود (ديات، ١٨)، (ابن ماجه (ديات، ١٤)، (الموطأ (عقول، ١٠)، (أحمد بن حنبل (٤٩، ١). المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٢٨٨/٥.

(٣) أخرجه أبو داود (وصايا، ٦)، (بيوع، ٨٨)، (الترمذي (وصايا، ٥)، (ابن ماجه (وصايا، ٦)، (الدارمي (وصايا، ٢٨)، (أحمد بن حنبل (٤، ١٨٦، ١٨٧، ٥، ٢٦٧). المعجم المفهرس لألفاظ الحديث

للذمي وبالعكس، وتصح للحمل وبه إن كان بينها وبين ولادته أقل من ستة أشهر، ولا

عدم الصحة بما زاد على الثلث وعدم صحة الوصية لقائله ووارثه يعني لا تصح الوصية بما زاد على الثلث ولا للقائل ولا للوارث في حال من الأحوال إلا في حال التباسها بإجازة الورثة فتصح حينئذ لأن عدم الجواز كان لحقهم فتجوز بإجازتهم. ولما روى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال: «لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة ويشترط أن يكون المجيز من أهل التبرع بأن يكون عاقلاً بالغاً^(١)، وإن أجاز البعض دون البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه فقط ولا تعتبر إجازة الورثة في حال حياة الموصي حتى كان لهم أن يرجعوا بعد موت الموصي (وتصح) الوصية (بالثلث) للأجنبي (وإن لم يجيزوا) لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم فضعوها حيث شئتم»^(٢). وقال حيث أحببتم وللإجماع على ذلك (وتصح) الوصية (من المسلم للذمي وبالعكس) فالأول لقوله تعالى: ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾ [المتحنة: ٨]. والثاني لأنه بعقد الذمة ساوى المسلم في المعاملات والتبرعات حتى جاز التبرع من الجانبين في حال الحياة، فكذا بعد الممات. وفي الجامع

.....
الثلث، وهم كبار عقلاء أو يكون صبياً أو مجنوناً أو لا وارث له سواء أو وارثه أحد الزوجين فقط، ولا من صبي غير مميز أصلاً. وكذا مميز إلا في تجهيزه وإن مات بعد البلوغ أو أضافها إليه، ولا من عبد ومكاتب وإن ترك وفاء إلا إذا أضافها إلى العتق ولا من معتقل اللسان بالإشارة إلا إذا امتدت عقلته حتى صار له إشارة معهودة فهو كالأخرس وإنما تصح إجازتها وقبولها بعد الموت، إلا إذا مات موصيه، ثم هو بلا قبول فيكون لورثته بلا قبول استحساناً كما في التنوير، ويأتي واعلم أن الوارث إذا كان صغيراً أو أراد أن يوصي له بشيء من ماله ينتفع به في حياته فالوجه أن يملك الملك غيره، ثم يوصيه ذلك الغير لذلك الصغير، ويبيح انتفاعه للمالك ما دام حياً كما في النصاب، ذكره القهستاني وفيه أيضاً معزياً للجواهر واعلم أن الناظفي ذكر عن بعض أشياخه أن المريض إذا عين لواحد من الورثة شيئاً كالدار على أن لا يكون له في سائر التركة حق يجوز، وقيل هذا إذا وصى ذلك لوارث بعد موته فحينئذ يكون تعيين الميت كتعيين باقي الورثة معه، انتهى. وفي البرجندي عن العمادية: لو أقر المريض لوارثه بعين وصدقه بقية الورثة في حياته فلا حاجة إلى التصديق الجديد، انتهى. فليحفظ، (وتصح بالثلث) للأجنبي (وإن لم يجيزوا) وعليه الإجماع (ويصح من المسلم للذمي وبالعكس) لا حربي في داره، (وتصح للحمل وبه) كأوصيت بحمل جاريتي أو ذاتي هذه لفلان ثم إنما تصح له وبه (إن كان بينها) أي

(١) أخرجه البخاري (وصايا، ٦)، وأبو داود (وصايا، ٦)، (بيوع، ٨٨)، والترمذي (وصايا، ٥)، والنسائي (وصايا، ٥)، وابن ماجه (وصايا، ٦)، والدارمي (وصايا، ٢٨)، وأحمد بن حنبل (٤، ١٨٦، ١٨٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٥، ٢٦٧). المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١٨٧/٧.

(٢) أخرجه ابن ماجه (وصايا، ٥)، وأحمد بن حنبل (٦، ٤٤١). المعجم المفهرس لألفاظ الحديث

تصح الهبة له وإن أوصى بأمه دونه صحت الوصية والاستثناء. ولا بد في الوصية من

الصغير الوصية لحربي هو في دارهم باطلة لأنها بر وصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى: ﴿إنما ينهيكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين﴾ [المتحنة: ٩] الآية. وفي السير الكبير ما يدل على الجواز. ووجه التوفيق أنه لا ينبغي أن يفعل وإن فعل جاز. كذا في الكافي وفيه تأمل. وأما وصية الحربي بعدما دخل دارنا بأمان فإنها جائزة لأن له ولاية تملك المال في حياته فكذا بعد مماته خلا أنه لا فرق بين وصيته بالثلث أو بجميع ماله لأن المسلم إنما منع من الوصية بما زاد على الثلث لحق ورثة المسلمين فإن حقهم معصوم من الأبطال بخلاف ورثة الحربي لأن حقهم غير معصوم فلذلك لم يمنع حقهم صحة الوصية بالجميع كما في شرح الجامع الصغير (وتصح) الوصية (للحمل وبه) أي بالحمل (إن كان بينها) أي بين الوصية (وبين ولادته) أي الحمل (أقل من ستة أشهر) من وقت الوصية. أما الأول فلأن الوصية أخت الميراث لأنها استخلاف من وجه إذ الموصي له يخلفه في بعض ماله كالإرث ولهذا لا يحتاجون إلى القبض والجنين يصلح خليفة في الإرث. فكذا في الوصية إلا أنها ترد بالرد لأن فيها معنى التملك بخلاف الإرث فإنه استخلاف مطلق وبخلاف الهبة لأنها تملك محض ولا ولاية لأحد عليه حتى يملكه شيئاً. فإن قيل أن الوصية شرطها القبول والجنين ليس من أهله فكيف تصح قلنا الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول إذا أمكن ولشبهها بالميراث يسقط القبول إذا لم يمكن عملاً بالشهين. وأما الثاني فإنه تجري فيه الوراثة فتجري فيه الوصاية لما مر أن الوصاية أخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت إذا أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الموت (ولا تصح الهبة له) أي للحمل لما أن الهبة من شرطها القبول ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلي عليه أحد حتى يقبض عنه (وإن أوصى بأمه) أي أم الحمل (دونه) أي الحمل (صحت الوصية والاستثناء) لأن اسم الأمة وإن لم يتناول الحمل لفظاً لكنه يستحق بإطلاق اللفظ تبعاً لها فإذا أفردا بالوصية صح أفرادها. فإن قيل: إذا لم يتناوله اللفظ فكان ينبغي أن لا يصح الاستثناء لأنه إخراج مما تناوله المستثنى منه قلنا كفى بصحته التزبي بزيه كما في استثناء إبليس من الملائكة على القول الصحيح بأنه من الجن على أن صحة الاستثناء لا يفترق إلى تناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من ألف درهم ولأن الأصل

الوصية على ما اختاره صاحب الهداية أو من وقت الموت الموصي على ما اختاره صاحب النهاية، وفي الكافي ما يفيد إن من الأول أنه له وإن من الثاني به وعبارة القهستاني أنه يشترط لصحة الوصية وجود الموصي له. وكذا وجود الموصي به حقيقة، أو حكماً بأن يكون على خطر الوجود كثمرة البستان ما عاش، ثم قال: ولو الجارية معتدة تصح إذا ولدت لستين كالنسب (وبين ولادته أقل من ستة أشهر ولا تصح الهبة له) أي للحمل لعدم قبضه لا حقيقة ولا حكماً لأنه لا يلي ولا يولي عليه (وإن أوصى بأمه دونه صحت الوصية والاستثناء) لأن ما صح أفرادها بالعقد صح استثناءه منه وما لا فلا، (و) اعلم أنه (لا

القبول ويعتبر بعد موت الموصي ولا اعتبار بالرد والقبول في حياته وبه تملك إلا أن يموت الموصي له بعد موت الموصي قبل القبول فإنه يملكها وتصير لورثته. والوصية

أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثنائه وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثنائه. ويصح إفراد الحمل بالوصية فيصح استثنائه غاية الأمر أنه يكون استثناء منقطعاً بمعنى لكن حيث لم يدخل تحت اللفظ (ولا بد في الوصية من القبول) لأن الإيضاء تملك فلا بد من القبول (ويعتبر) القبول (بعد موت الموصي) لأن أو أن ثبوت حكمها بعد موت الموصي (ولا اعتبار بالرد والقبول في حياته) أي حيات الموصي كما إذا قال لامرأته: أنت طالق غداً على درهم فإن ردها وقبولها باطل قبل الغد (وبه) أي بالقبول (تملك) الوصية ولا تملك قبله لأن الوصية إثبات ملك جديد ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره بلا اختيار (إلا أن يموت الموصي له بعد موت الموصي قبل القبول فإنه) أي الموصي له (بملكها) أي الوصية (وتصير لورثته) أي ورثة الموصي له ولا حاجة إلى القبول وهذا استحسان والقياس أن تبطل الوصية لما تقرر أن أحداً لا يقدر على إثبات الملك لغيره بدون اختياره فصار كموت المشتري قبل القبول بعد إيجاب البائع. ووجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي وقد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما يتوقف لحق الموصي له، فإذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري أو البائع، ثم مات من له الخيار قبل الإجازة، ولا تصح الوصية من صبي ولا مكاتب، وإن ترك وفاء أما عدم صحة الوصية من الصبي فلأنه تبرع كالهبة والصدقة وذلك لأن اعتبار عقله فيما ينفعه دون ما يضره، ألا يرى أنه لا يعتبر عقله في حق الطلاق، أو العتاق لأن ذلك يضره باعتبار أصل الوضع فكذا تملك المال بطريق التبرع فيه ضرر باعتبار أصل الوضع وإن كان ينفق نافعاً باعتبار الحال والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال. وأما وصية المكاتب فعلى ثلاثة أقسام أقسم باطل بالإجماع وهو الوصية بعين من أعيان ماله لأنه لا ملك له حقيقة وقسم يجوز بالإجماع وهو ما إذا أضاف الوصية إلى من يملكه بعد العتق بأن قال: إذا أعتقت فثلث مالي وصية لفلان حتى لو عتق قبل الموت بأداء بدل الكتابة أو غيره، ثم مات كان للموصي له ثلث ماله وإن لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لأن الملك لم يوجد له حقيقة وإنما ثبت بطريق الضرورة فلا يظهر في حق نفاذ الوصية، وقسم مختلف فيه وهو ما إذا قال: أوصيت بثلث مالي لفلان، ثم عتق فالوصية باطلة عند

بد في الوصية من القبول) صريحاً أو دلالة بأن يموت الموصي له بعد موت الموصي، كما في الخلاصة. وقال زفر: الركن الإيجاب وفي القهستاني وغيره القبول شرط للملك لا لصحة الوصية ولا يشترط للملك القبض قبل القبول عملاً بشبهى الهبة والإرث (ويعتبر) القبول (بعد موت الموصي) لا قبله (و) حينئذ (لا اعتبار بالرد والقبول في حياته) لأن أو أن ثبوت حكمها بعد الموت (وبه) أي بالقبول المذكور (تملك) لما مر (إلا أن يموت الموصي له بعد موت الموصي قبل القبول) والرد فهو من قبيل الاكتفاء (فإنه يملكها) بلا قبول (وتصير لورثته) استحساناً، كذا لو أوصى للجنين لعدم من يلي عليه

مؤخرة عن الدين فلا تصح ممن يحيط دينه بماله إلا أن يبرئه الغرماء. وللموصي إن يرجع في وصيته قولاً أو فعلاً يقطع حق المالك في الغصب أو يزيل ملكه كالبيع والهبة وإن اشتراه أو رجع بعد ذلك أو يوجب في الموصي به زيادة لا يمكن التسليم إلا بها كلت لسويق بسمن والبناء في الدار والحشو بالقطن وقطع الثوب وذبح الشاة رجوع، لا

الإمام، وعندهما جائزة (والوصية مؤخرة عن الدين) لأن أداءه فرض والوصية تبرع فيبدأ بالفرض (فلا تصح) الوصية (ممن يحيط دينه بماله إلا أن يبرئه الغرماء) فحينئذ تصح لزوال المانع وهو بقاء الدين، فإذا أبرأه الغرماء نفذت الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها.

(وللموصي أن يرجع في وصيته) لأنه تبرع فجاز رجوعه عنها كالهبة ولأن قبول الوصية بعد الموت فجاز له الرجوع عنها قبل القبول كما في سائر التصرفات، ثم الرجوع قد يثبت صريحاً وقد يثبت دلالة، فلهذا قال (قولاً) كان يقول رجعت عن وصيتي (أو فعلاً) وهو ما فسره بقوله (يقطع) صفة فعلاً (حق المالك في الغصب) أي في المغصوب كقطع الثوب أو خياطته (أو يزيل ملكه كالبيع والهبة) فإنه إذا باع الموصي له أو وهبه كان رجوعاً دلالة، والدلالة تقوم مقام الصريح فقام الفعل للفعل المذكور مقام القول (وإن) وصلية (اشتراه) أي الموصي به (أو رجع) عن الهبة (بعد ذلك) أي بعد ما ذكر من البيع والهبة وزوال الملك ولا يجدي تملكه ثانياً بالشراء والرجوع (أو يوجب) معطوف على قوله: يقطع الواقع صفة لفعلاً أي له أن يرجع عن وصيته بأن فعل فعلاً يوجب (في الموصي به زيادة لا يمكن التسليم إلا بها) أي بتلك الزيادة (كلت لسويق بسمن والبناء في الدار والحشو بالقطن وقطع الثوب وذبح الشاة رجوع) قوله والبناء في الدار والحشو بالقطن يجوز أن يكونا معطوفين على لت السويق. وقوله وقطع الثوب مبتدأ خبره قوله رجوع ويجوز أن يكون المبتدأ هو قوله والبناء وما عطف عليه والخبر هو رجوع والأول هو الأظهر لابتنائه على امتناء التسليم، وأما قطع الثوب وذبح الشاة فلبنائه على الاستهلاك وكون ذلك الفعل يدل على أن مثله للصرف إلى حاجته فتبطل به الوصية ويكون

ليقبل منه كما مر، (ولا تصح) الوصية (من صبي ولا مكاتب وإن ترك) وفاء (كما مر وقيل عندهما) تصح إن ترك وفاء (والوصية مؤخرة عن الدين) وتقديهما في الآية للاهتمام (فلا تصح ممن يحيط دينه بماله) لأنه فرض (إلا أن يبرئه الغرماء) واعلم أن للموصي أن يرجع في وصيته قولاً أو فعلاً يقطع ذلك الفعل (حق المالك) عنه كما مر (في الغصب أو) فعل (يزيل) ذلك الفعل (ملكه) فإنه رجوع أيضاً (كالبيع والهبة)، وكذا إذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه (وإن) وصلية (اشتراه) وقبضه (أو رجع) عنه أي الموهوب (بعد ذلك) فلا يعود إلى الوصية (أو) فعلاً (يوجب في الموصي به زيادة لا يمكن التسليم لأنها كلت السويق) لموصي به (والبناء في الدار) لموصي بها بخلاف تجسيصها كما يأتي (والحشو بالقطن) لأنه لا يكن تسليمه بدون الزيادة، ولا يمكن نقضها لحصوله في ملكه، (وقطع الثوب وذبح الشاة

غسل الثوب وتجسيص الدار وهدمها، والجحود ليس برجوع عند محمد خلافاً لأبي يوسف. ولا قوله أخرت الوصية أو كل وصية أوصية بها لفلان فهي حرام، ولو قال ما أوصيت به فهو لفلان فرجوع إلا أن يكون فلان الثاني ميتاً، وتبطل هبة المريض ووصيته لأجنبية نكحها بعدها. وكذا إقراره ووصيته وهبته لأبنة الكافر أو الرقيق أن أسلم أو

رجوعاً (لا غسل الثوب وتجسيص الدار وهدمها) فإنه ليس برجوع لأن ذلك ليس بتصرف في نفس ما وقعت الوصية به ولأنه تصرف في البناء والبناء تبع والتصرف في التبع لا يدل على إسقاط الحق عن الأصل. وكذا هدم لبناء تصرف في التابع (والجحود ليس برجوع عند محمد خلافاً لأبي يوسف).

قال في الجامع الكبير: ومن جحد الوصية لم يكن رجوعاً وذكر في المبسوط أنه رجوع قيل ما ذكر في الجامع محمول على أن الجحود كان عند غيبة الموصي له وهذا لا يكون رجوعاً على الروايات كلها. وما ذكر في المبسوط محمول على أن الجحود كان عند حضرة الموصي له وعند حضرته يكون رجوعاً، وقيل في المسألة روايتان، وقيل: ما ذكر في الجامع قول محمد، وما ذكر في المبسوط قول أبي يوسف، وهو الأصح. لأبي يوسف أن الرجوع نفي الوصية في الحال والجحود نفيها في الماضي والحال فهذا أولى أن يكون رجوعاً. ولمحمد أن الرجوع عن الشيء يقتضي سبق وجود ذلك الشيء وجحود الشيء يقتضي سبق عدمه فلو كان الجحود رجوعاً لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال (ولا قوله أخرت الوصية) بأن قيل له: أخر الوصية فقال: أخرتها لا يكون رجوعاً لأن التأخير ليس بإسقاط بخلاف قوله: تركت الوصية لأن الترك إسقاط (أو كل وصية أوصية بها لفلان فهي حرام) فإنه لا يكون رجوعاً عن الوصية (ولو قال ما أوصيت به فهو لفلان فرجوع) لأن لفظ يدل على قطع الشركة وإثبات التخصيص له فاقتضى رجوعاً عن الأول بخلاف ما إذا أوصى به لآخر أيضاً فإنه لا يكون رجوعاً لأن اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها فيكون مشتركاً بينهما (إلا أن يكون فلان الثاني ميتاً) حين أوصى فالوصية الأولى تكون على حالها (وتبطل هبة المريض ووصيته لأجنبية نكحها بعدها) أي بعد ما ذكر من الهبة والوصية هكذا وجد في عامة النسخ بضمير التأنيث، والظاهر أن تكون النسخة بعدهما أي بعد الهبة والوصية والأصل في هذا الفصل أن المعتبر كون الموصي له وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تملك مضاف إلى ما بعد الموت، فيعتبر (ورجوع) لأنه مانع من التسليم فهو هذا الأصل (لا غسل الثوب وتجسيص الدار وهدمها) لأنه تصرف في التابع (والمحجور) للوصية (ليس برجوع عند محمد خلافاً لأبي يوسف) وبه قالت الثلاثة: وعليه الفتوى كما فاليون ولكن المتون على الأول وبه يفتي كما في المجمع وغيره، ولهذا قدمه المصنف على عادته، (ولا قوله أخرت الوصية وكل وصية أوصى بها لفلان فهو حرام) بخلاف فهي باطلة (ولو قال: ما أوصيت به لفلان فهو لفلان فرجوع إلا أن يكون فلان الثاني ميتاً) فتبقى الأول بحالها (وتبطل هبة المريض، ووصيته لأجنبية نكحها بعدها) لأنها إيجاب بعد الموت بخلاف الإقرار، (وكذا) يبطل

أعتق بعد ذلك، وهبة المقعد والمفلوج والأشل والمسلول من كل ماله إن طال ولم يخف موته منه ولا فمّن ثلثه .

وقت التملك حتى لو أوصى إلى أخيه، وهو وارث، ثم ولد له ابن صحت الوصية للأخ، وعكسه إذا أوصى إلى أخيه، وله ابن، ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للأخ لما ذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه نظير الوصية لأنّه وصية حكماً حتى تعتبر من الثلث، وإقرار المريض للوارث على عكسه، فيعتبر حاله في ذلك الوقت حتى لو أقرّ لشخص وهو ليس بوارث له جاز الإقرار له، وإن صار وارثاً بعد ذلك لكون شرطه أن يكون وارثه بسبب حادث بعد الإقرار، وهو الحرية .

وكذا لو أقرّ لأجنبية ثم تزوجها لا يبطل إقراره لها، وأما إذا ورث بسبب قائم عند الإقرار لا يصح كما لو أقرّ لأخيه المحجوب، ثم مات ابنه (وكذا إقراره ووصيته وهبته لابنه الكافر أو الرقيق إن أسلم أو أعتق بعد ذلك) أي ما ذكر من لا قرار والوصية والهبة . أما الوصية والهبة فلما مر أن المعبر فيهما حال الموت . وأما الإقرار فإنّه وإن كان ملزماً بنفسه لكن سبب الإرث وهو النبوة قائم وقت الإقرار فيورث تهمة الإيثار فصار باعتبار التهمة ملحقاً بالوصايا (وهبة المقعد) وهو العاجز عن المشي لداء في رجله (والمفلوج) الفلج داء يعرض في نصف البدن فيمنعه من الحس والحركة والإرادية، (والأشل) وهو الذي في يده ارتعاش وحركة (والمسلول) وهو الذي يكون به مرض السل وهو قرح في الرئة تعتبر وصيته (من كل ماله إن طال) مدة مرضه وقدره بالسنة (ولم يخف موته منه) أي من المرض (ولا) أي وإن لم يطل مدة مرضه وخيف موته منه (فمّن ثلثه) أي ثلث ماله يعني أنّ من كان مبتلى بواحد من هذه الأمراض، وتصرف بشيء من التبرعات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول الأربعة، كان المرض مرض الموت فتعتبر تبرعاته من ثلث ماله، وإن مات بعد تمام السنة من حين تبرعه تبين أنّه لم يكن مريضاً مرض الموت، ولأنّه إذا سلم في فصول السنة الأربعة التي كل واحد منها مظنة الهلاك صار المرض بمنزلة طبع من طبائعه، وخرج صاحبه من أحكام المرضى حتى لا يشتغل بالتداوي كما في الدرر، وفي البزاية والمريض الذي يكون تصرفه من الثلث بأن يكون ذا فراش بحيث لا يطيق القيام لحاجته، وتجوز له الصلاة قاعداً ويخاف عليه الموت كالفالج أو صار ربما أو يابس الشق لا يكون له حكم المريض، إلا إذا تغير حاله عن ذلك، ومات من ذلك التغير، فما فعل في حال التغير، فمّن الثلث، قال الفضلي: مرض الموت أن لا يخرج إلى حوائج نفسه، وعليه اعتمد في التجريد انتهى .

.....
 (إقراره) أي المريض (ووصيته وهبته لابنه الكافر أو الرقيق إن أسلم أو أعتق بعد ذلك) لما ذكرنا (وهبة المقعد والمفلوج والأشل والمسلول من كل ماله إن طال) سنة (ولم يخف موته منه وإلاً) بطل وخيف موته (فمّن ثلثه) لأنّه مريض حكماً .

باب الوصية بثلث المال

ولو أوصى لكل من اثنين بثلث ماله ولم يجز وارثه قسم الثلث بينهما نصفين، ولو لأحدهما بثلثه وللآخر بسدسه قسم أثلاثاً، ولو لأحدهما بثلثه وللآخر بثلثيه أو بنصفه أو ب كله ينصف الثلث بينهما وعندهما يثلث في الأول ويخمس خمسين وثلاثة أخماس في الثاني ويربع في الثالث ولا يضرب الموصى له بالزائد على الثلث عند الإمام، إلا في

باب الوصية بثلث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب (ولو أوصى لكل من اثنين بثلث ماله ولم يجز وارثه) ذلك (قسم الثلث بينهما نصفين) يعني إذا أوصى لرجل بثلث ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لأنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق، والثلث يضيق عن حقهما والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الأولى (ولو) أوصى (لأحدهما بثلثه وللآخر بسدسه) ولم تجز الورثة (قسم) الثلث بينهما (أثلاثاً) بالإجماع لأن كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعاً وضاق الثلث عن حقهما إذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقسم على قدر حقهما بأن يجعل الثلث ثلاثة أسهم: سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث (ولو) أوصى (لأحدهما بثلثه وللآخر بثلثيه أو بنصفه أو ب كله) ولم تجز الورثة (ينصف الثلث بينهما) عند الإمام لأن الوصية بأكثر من الثلث إذا لم تجزها الورثة تكون باطلة فكأنه أوصى بالثلث لكل واحد فينصف الثلث بينهما في جميع هذه الصور (وعندهما يثلث) الثلث (في الأول) أي في وصيته وللآخر بثلثيه فيكون لصاحب الثلث سهم منه ولصاحب الثلثين سهمان (ويخمس) الثلث (خمسين وثلاثة أخماس في الثاني) أي في وصيته وللآخر بنصفه فيكون خمسا لصاحب الثلث وثلاثة أخماسه لصاحب النصف لأن مخرج الثلث والنصف إذا اجتمعا يكون ستة ونصفه ثلاثة وثلاثة اثنان فيكون المجموع خمسة أسهم فيقسم الثلث بهذه السهام (ويربع) الثلث (في الثالث) أي في وصيته وللآخر ب كله فيكون لصاحب الثلث ربعة ولصاحب الكل ثلاثة أرباعه، وهذا الخلاف مبني على أصل مختلف فيه بين الإمام وصاحبيه وإلى هذا أشار بقوله (ولا يضرب) على صيغة المبني للمفعول (الموصى له بالزائد على الثلث عند الإمام). قال في شرح الوقاية:

باب الوصية بثلث المال

(ولو أوصى لكل من اثنين بثلث ماله ولم يجز وارثه قسم الثلث بينهما نصفين) اتفاقاً لتساويهما (ولو أوصى) لأحدهما بثلثه وللآخر بسدسه قسم الثلث بينهما (أثلاثاً) اتفاقاً (ولو وحدهما بثلثه وللآخر بثلثيه أو بنصفه أو ب كله ينصف الثلث بينهما) عنده (وعندهما يثلث في الأول ويخمس خمسين وثلاثة أخماس في الثاني ويربع في الثالث)، وذلك لأصل أصيل، ذكره بقوله (ولا يضرب الموصى له بالزائد على الثلث) الضرب المعروف عند الحساب على الإسناد المجازي إلى الموصى له بأكثر، فإباء صلة

المحابة والسعاية والدراهم المرسلة. وتبطل الوصية بنصيب ابنه وتصح بمثل نصيب

المراد بالضرب المضرب المصطلح عند الحساب فإذا أوصى بالثلث والكل فعند الإمام سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف في ثلث المال فالنصف في الثلث يكون نصف الثلث وهو السدس فينصف الثلث بينهما في الصور الثلاث كلها وعندهما يقسم الثلث في الصورة الأولى على ثلاثة أسهم: سهم لصاحب الثلث وسهمان لصاحب الثلثين على خمسة في الصورة الثانية للموصي له بالنصف وسهمان للموصى له بالثلث، وعلى أربعة في الصورة الثالثة ثلاثة للموصي له بالكل وواحد للموصي له بالثلث (إلا في المحابة والسعاية والدراهم المرسلة). أما المحابة فصورتها أنه إذا كان عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة، وقيمة الآخر ستمائة فأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة، والآخر لفلان بمائة فإن المحابة حصلت حدهما بألف، وللآخر بخمسائة، والكل وصية لكونها في حالة المرض فإن لم يكن للموصي مال غيرهما، ولم تجز الورثة جازت المحابة بقدر الثلث، فيكون بينهما أثلاثاً يضرب الموصي له بالألف بحسب وصيته، وهي الألف، والموصى له الآخر بحسب وصيته، وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول الإمام: وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف في أكثر من خمسمائة، وأما السعاية فصورتها أن يوصي بعق عبدتين قيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما، إن أجازت الورثة عققا جميعاً، وإن لم تجزوا عققاً جميعاً 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.

وأما الدراهم المرسلة أي المطلقة عن كونها ثلثاً أو نصفاً أو نحوهما فصورتها أن يوصي

للموصى له وصلة الفعل مع مفعوله محذوف تقديره لا يضرب ذلك الموصي له عدداً في عدد فلا يضرب ربع في ثلث ولا ثلاثة أرباع فيه في هذه الصورة فلا يحصل ربع لصاحب الثلث وثلاثة أرباع لصاحب الكل، (عند الإمام) ويضرب عندهما. وقال المطرزي: إن الضرب بمعنى الأخذ أو الإعطاء أي لا يأخذ منه أو لا يعطي شيئاً، وقال غيره: أي لا يجعل أو لا يشارك وعبرة البرهان أي لا يفضل والحاصل أنه إن أوصى بأكثر من الثلث ولم يجزوا فهي باطلة في الأكثر عنده لكونها وصية بما لا يستحق فلا تكون مشروعة فيجعل كأنه أوصى لكل بالثلث فينصف وجائزة عندهما لأنه قصد تفضيل أحدهما على الآخر فيعتبر ما أمكن، والأول الصحيح كما في المضمرات وغيره، (إلا) في ثلاث صور فإنه يضرب في الثلث بالأكثر عنده أيضاً (في المحابة) أي في صورة النقصان عن قيمة المثل في الوصية بالبيع والزيادة على قيمته في الشراء (و) في (السعاية) أي كسب القن المعتق، (و) في (الدراهم المرسلة) أي المطلقة الغير المقيدة بكسر كتنصف وربع ومن صور ذلك أن يوصي لرجل بألف درهم مثلاً أو بجاييه في بيع بألف درهم أو يوصي بعق عبد قيمته ألف وهي ثلثا ماله، ولآخر بثلث ماله، ولم تجز الورثة، فالثلث بينهما أثلاثاً إجمالاً، (وتبطل الوصية بنصيب ابنه) أو بنته لأنه وصية بمال الغير حتى لو لم يكن له ولد

ابنه فلو كان له ابنان فللموصي له الثلث وإن ثلاثة فالربع وإن أوصى بجزء من ماله فالتعيين إلى الورثة وإن بسهم فالسدس وعندهما مثل نصيب أحدهم إلا أن يزيد على الثلث ولا إجازة. قالوا هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزاء، وإن أوصى له بسدس

لرجل بألفين، ولآخر بألف وثلث ماله ألف، ولم تجز الورثة فإنه يكون بينهما أثلاثاً (وتبطل الوصية بنصيب ابنه) يعني لو أوصى بنصيب ابنه من ميراثه لغيره بطلت لأن ما هو حق الابن لا يصح أن يوصي به لغيره لما فيه من تغيير ما فرض الله تعالى (وتصح) الوصية (بمثل نصيب ابنه) إذ لا مانع منه لأن مثل الشيء غيره سواء كان له ابن موجود أو لا كما في العناية، وقال زفر: كلتاها صحيحتان لأن الجميع ماله في الحال، وذكر نصيب الابن للتقدير به مع أنه يجوز أن يكون على تقدير المضاف، وهو مثل ومثله شائع، قال الله تعالى: ﴿واسئل القرية﴾ [يوسف: ٨٢]، أي أهلها (فلو كان له ابنان) وأوصى بمثل نصيب ابنه لآخر (فللموصي له الثلث) والقياس أن يكون له النصف عند إجازة الورثة لأنه أوصى له بمثل نصيب ابنه، ونصيب كل واحد منهما النصف ووجه ما في المتن أنه قصد أن يجعله مثل ابنه لا أن يزيد نصيبه على نصيب ابنه وحاصله أن يجعل الموصى له كأحدهما (وإن) كان له (ثلاثة) بنين وأوصى بمثل نصيب ابنه الآخر (فالربع) وعلى هذا القياس (وإن أوصى بجزء من ماله فالتعيين) مفوض (إلى الورثة) فيقال لهم: أعطوه ما شئتم لأنه مجهول بتناول القليل والكثير، والوصية لا تبطل بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصى، فكان إليهم بيانه (وإن) أوصى (بسهم) من ماله (فالسدس) عند الإمام (وعندهما مثل نصيب أحدهم) أي أحد الورثة (إلا أن يزيد) النصيب (على الثلث ولا إجازة) من الورثة وسوى في الكثر بين السهم، والجزاء وهو اختيار بعض المشائخ والمروي عن الإمام أن السهم عبارة عن السدس، وروى مثل ذلك عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه، وفي المجمع ولو أوصى بسهم من ماله فله أحسن السهام يعني عند الإمام، ولا يزداد على السدس لأن مخرج السدس أعدل المخارج فلا يتجاوز عنه كما في الإقرار، وهذا إشارة إلى جواب سؤال، وهو أن يقال: إن أحسن الإيصاء أقله، والثلث أقل من السدس، فكيف جعله بمعنى السدس، وقد أجاب عنه في العناية بأن جعله بمعناه بما ورد من الأثر واللغة، أما الأثر فما روي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه، وقد رفعه إلى النبي ﷺ فيما يروى أن السهم هو السدس، وأما اللغة فإن إياس بن معاوية قاضي البصرة قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس (قالوا) أي المشائخ (هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزاء) فالتعيين

صحت (وتصح بمثل نصيب ابنه) أو بنته كان له ولد أو لا، (فلو كان له ابنان فللموصي له الثلث، وإن ثلاثة فالربع، وإن أوصى بجزء من ماله فالتعيين إلى الورثة) لقيامهم مقامه (وإن) أوصى (بسهم) فالسدس) عنده (وعندهما مثل نصيب أحدهم) إلا أن يزيد على الثلث، ولا إجازة، (قالوا هذا في عرفهم) أي عرف الكوفيين، والعرب (وفي عرفنا السهم كالجزاء) أي عرف المعجم (وإن) أوصى له

ماله ثم بثلت ماله وأجازوا فله الثلث وإن بسدسه فله السدس سواء اتخذ المجلس أو اختلف، ولو بثلت دراهمه أو غنمه أو ثيابه وهي من جنس واحد فهلك الثلثان فله الباقي إن خرج من الثلث وكذا كل مكيل أو موزون، وإن بثلت ثيابه وهي متفاوتة فهلك الثلثان فله ثلث ما بقي وإن بثلت عبيده فكذلك، وعندهما كل الباقي وقيل يوافقان والدواب

فيه مفوض إلى رأي الورثة (وإن أوصى له بسدس ماله ثم بثلت ماله) بأن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر ثلث مالي لفلان (وأجازوا) أي الورثة (فله الثلث) لكون السدس داخلاً في الثلث، فلا يتناول أكثر من الثلث (وإن) أوصى (فله الثلث) لكون السدس داخلاً في الثلث، فلا يتناول أكثر من الثلث (وإن) أوصى (بسدسه) لفلان، ثم بسدسه له (فله) أي للموصى له (السدس) الواحد (سواء اتخذ المجلس أو اختلف) هذا قيد للمسألتين معاً، وإنما كان له السدس في هذه الصورة لأن المعرفة إذا أعيدت معرفة كانت الثانية عين الأولى، كما تقرر في الأصول، وكما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ الْعَسْرِ يَسْرًا إِنَّ مَعَ الْعَسْرِ يَسْرًا﴾ [الشرح: ٥، ٦]، لن يغلب العسر يسرين، وههنا سؤال ذكره صدر الشريعة، ولم يجب عنه، وهو أن قوله ثلث مالي له إن كان إخباراً فكاذب، وإن كان إنشاءً يجب أن يكون له النصف عند إجازة الورثة، وإن كان في السدس إخباراً، وفي الثلث إنشاءً فهو ممتنع، وأجاب عنه صاحب الدرر بأننا نختار أنه إنشاءً، وإنما لم يجب له النصف عند الإجازة لو كان النصف مدلول اللفظ، وليس كذلك فإن السدس، والثلث في كلامه شائع وضم الشائع إلى الشائع لا يفيد ازدياداً في المقدار بل يتعين الأكثر مقدماً كان ومؤخراً، ولهذا قال الجمهور: في تعليقه لأن الثلث للسدس فإن التضمين لا يتصور إلا في الشائع وضم السدس الشائع إلى الثلث الشائع، لا يفيد زيادة في العدد، ولا يتناول أكثر من الثلث، وفائدة الإجازة إنما تظهر فيما يكون متناول اللفظ، وإلا كان برأ مستأنفاً لا إجازة، وفي العناية فإن قيل: فأبي فائدة في قوله إذا أجازت الورثة فالجواب أن عناه 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 بإيجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلاً في الثلث لأنه متيقن وحماً لكلامه على ما يملكه، وهو الإيضاء بالثلث انتهى (ولو) أوصى (بثلث دراهمه أو) ثلث (غنمه أو) ثلث (ثيابه وهي) أي الثياب (من جنس واحد فهلك الثلثان) وبقي الثلث (فله الباقي إن خرج من الثلث) أي من ثلث ما بقي من ماله، وهو الجميع من الباقي، بسدس ماله، ثم بثلت ماله وإن أجازوا فله الثلث) فقط، وأجازوا الدخول في الثلث مقدماً كان أو مؤخراً أخذ بالمتيقن، وبهذا اندفع ما ظن (وإن بسدسه) ثم بسدسه (فله السدس سواء اتحد المجلس أو اختلف) لأن المعرفة قد أعيدت معرفة (ولو بثت دراهمه أو غنمه أو ثيابه وهي من جنس واحد فهلك الثلثان فله الباقي) كله (إن خرج من الثلث) باقي جميع أصناف ماله، ذكره أخي جليبي، (وكذا كل مكيل أو موزون وإن بثلت ثيابه وهي متفاوتة فهلك الثلثان فله ثلث ما بقي) وإن خرج الباقي من ثلث كل المال

كالعبيد، وإن أوصى بألف وله عين ودين فهي عين إن خرجت من ثلث العين وإلا دفع ثلث العين وثلث ما يستوفي من الدين حتى يتم وإن أوصى بالثلث لزيد وعمرو وأحدهما ميت فكله للحَي، وإن قال بين زيد وعمرو فالنصف للحَي وإن أوصى بثلث ماله، و٧

وقال زفر: له ثلث الباقي (وكذا كل مكيل أو موزون) أي إذا هلك الثلثان فللموصي له ثلث الباقي، وفي التسهيل: إشارة إلى أنه يشترط أن يكون المكيل والموزون من جنس واحد (وإن) أوصى (بثلث ثيابه وهي متفاوتة) أي ليست من جنس واحد (فهلك الثلثان فله ثلث ما بقي) من الثياب لاختلاف الجنس (وإن) أوصى (بثلث عبيده) فهلك الثلثان (فكذلك) أي يكون له ثلث ما بقي من العبيد عند الإمام بناء على أن الظاهر هو اختلاف أجناسهم للفتاوت بين أفرادهم، فلا يمكن جمع حق أحدهم في الواحد (وعندهما) فله (كل الباقي) لأنهم جنس واحد حقيقة، وإن تفاوتت فرادهم في الظاهر، وهذا الخلاف مبني على قسمة الرقيق، فعند الإمام يقسم كل عبد على حدة فما هلك على الاشتراك بين الموصى له، وبين الورثة، وعندهما يقسم الكل قسمة واحدة (وقيل) أنهما (يوافقان) الإمام في العبيد فقط فلا خلاف بينهم في أن له ثلث ما بقي (والدواب كالعبيد) اختلافاً واتفاقاً (وإن) أوصى بألف وله عين ودين فهي عين إن خرجت) الألف (من ثلث العين) فإن كان له ثلاثة آلاف، وهي نقد أو عين قيمتها ثلاثة آلاف درهم، فيدفع له الألف لأنه أمكن إيصال كل مستحق إلى حقه، بلا بخس، فيصار إليه (وإلا) أي وإن لم تخرج الألف من ثلث العين بأن كان النقد أيضاً ألفاً أو العين قيمتها ألف مثلاً (دفع ثلث العين) للموصى له بالغاً ما بلغ (و) دفع للموصى له (ثلث ما يستوفي من الدين حتى يتم) الألف لأن الموصى له شريك الوارث فلو خصصناه بالعين لبخسنا في حق الورثة لأن للعين مزية على العين إذ العين مال مطلقاً والدين مال في المال لا في الحال، وكان تعديل النظر من الجانبين فيما قلنا (وإن) أوصى بالثلث) من ماله (لزيد وعمرو وأحدهما ميت فكله) أي الثلث (للحَي) لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يزاحم الحَي الذي هو أهلها، وعن أبي يوسف أنه إذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لأنه حينئذ يكون لغواً فكان راضياً بكل الثلث للحَي (وإن قال) ثلث مالي (بين زيد وعمرو) وأحدهما ميت (فالنصف) أي نصف الثلث (للحَي) لأن مقتضى هذا اللفظ أن يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم

لأنه لا يقسم، ولا يجمع جبراً بخلاف الأول خلافاً لزفر ومالك، (وإن بثلث عبيده فكذلك) عنده لما ذكرنا (وعندهما كل الباقي، وقيل: يوافقان) الإمام والأول أشبه (والدواب كالعبيد) فيما ذكر (وإن) أوصى بألف وله عين ودين فهي عين إن خرجت من ثلث العين، وإلا دفع ثلث العين وثلث ما يستوفي من الدين حتى يتم) الألف لأنه شريكهم (وإن أوصى بالثلث لزيد وعمرو وأحدهما ميت فكله للحَي) لأن الميت لا يزاحم (وإن قال بين زيد وعمرو فالنصف للحَي) لأن كلمة بين توجب التنصيف (وإن

مال له فاكتسب فله ثلث ماله عند الموت وإن بثلت غنمه ولا غنم له أو كان فهلك قبل موته بطلت وإن استفاد غنماً ثم مات صحت في الصحيح وإن أوصى بشاة من ماله ولا شاة له فله قيمتها وتبطل لو بشاة من غنمه ولا غنم له، وإن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهنّ ثلاث وللفقراء والمساكين فلهنّ ثلاثة أخماسه ولكل فريق خمس، وعند محمد ثلاثة أسباعه، ولكل فريق سبعان، وإن أوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء فله نصفه

(وإن أوصى بثلث ماله، ولا مال له) عند الوصية (فاكتسب) الموصى ما لا بعد الوصية (فله) أي للموصي له (ثلث ماله عند الموت) لأنّ الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله (وإن) أوصى (بثلث غنمة ولا غنم له) أصلاً (أو كان) له غنم (فهلك قبل موته) أي الموصي (بطلت) الوصية لما مرّ أنّها يجب بعد الموت فيعتبر قيامه عنده، ولم يوجد وهذه وصية متعلقة بالعين فتبطل بهلاكها عند الموت (وإن استفاد) الموصي (غنماً ثم مات صحت) وصيته (في) القول (الصحيح) لأنّها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا إذا كانت باسم نوعه، وهذا لأنّ وجوده قبل موته فضل إذ المعتبر وجوده عند الموت، وإنما قال في الصحيح: احترازاً عن قول بعض المشائخ أنّ الوصية باطلة لأنّه أضاف إلى مال خاص فصار بمنزلة التعيين (وإن أوصى بشاة من ماله ولا شاة له فله) أي للموصي له (قيمته) أي الشاة لأنّه لما قال من مالي على أنّ غرضه الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها توجد في مطلق المال (وتبطل) الوصية (لو) أوصى (بشاة من غنمه ولا غنم له) لأنّه لما قال من غنمي دل على أنّ غرضه عين الشاة، حيث جعلها جزءاً من الغنم بخلاف ما إذا أضافها إلى المال ولو أوصى بشاة، ولم يضيفها إلى ماله، ولا غنم له لا تصح لأنّ المصحح إضافتها إلى المال، وبدون الإضافة إلى المال يعتبر صورة الشاة ومعناها، وقيل: تصح لأنّه لما ذكر الشاة، وليس في ملكه شاة علم أنّ مراده المالية (وإن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهنّ) أي أمهات أولاده (ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن) أي لأمهات أولاده (ثلاثة أخماسه ولكل فريق) من الفقراء والمساكين (خمس) عند الشيخين (وعند محمد) لأمهات أولاده (ثلاثة أسباعه، ولكل فريق سبعان) فيقسم على سبعة أسهم للفقراء سهمان، وللمساكين سهمان، ولأمهات أولاده ثلاثة أسهم، وأصله أنّ الوصية للفقراء والمساكين تتناول الواحد منهم عند الشيخين لأنّ اسم الجنس يتناول الواحد،

أوصى بثلث ماله ولا مال له فاكتسب فله ثلث ماله عند الموت) لما مرّ أنّها يجب بعد الموت لا قبله (وإن بثلت غنمه، ولا غنم له أو كان) له غنم (فهلك قبل موته بطلت) لما ذكرنا (وإن استفاد) (غنماً ثم مات صحت في الصحيح) لأنّ تعليقها بالنوع كتعليقها بالمال (وإن أوصى بشاة من ماله ولا شاة له فله قيمتها وتبطل لو بشاة من غنمه ولا غنم له)، يعني لا شاة له لأنّ المصحح إضافته للمال وبدونها تعتبر صورة الشاة (وإن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهنّ ثلاث، وللفقراء والمساكين فلهن) أي لأمهات أولاده (ثلاثة أخماسه ولكل فريق خمس) عندهما (وعند محمد ثلاثة أسباعه، ولكل فريق سبعان) لأنّه

ولهم نصفه وعند محمد له ثلثه ولهم ثلثاه وإن أوصى بمائة لزيد ومائة لعمر، ثم قال: البكر: أشركتكم معهما فله ثلث ما لكل، ولو بمائة لزيد وخمسين لعمر و فلبكر نصف ما لكل منهما، وإن قال لفلان على دين فصدقوه فإنه يصدق إلى الثلث، فإن أوصى مع

ويحتمل الكل قال الله تعالى: ﴿لا يحل لك النساء من بعد﴾ [الأحزاب: ٥٢]، وقد تعذر صرفه إلى الكل فيتعين الواحد، وعند محمد أنها تتناول الجمع وأدناه إثنان فصاعداً في الوصايا، والوصية لأمهات الأولاد جائزة لأنها إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت، وهن بعد الموت حرائر، وأنهما جنسان بدليل عطف أحدهما على الآخر في النص، ومقتضاه المغايرة، فيصير عدد المستحقين خمسة عندهما وعنده سبعة كما في الكافي (وإن أوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء فله) أي لزيد (نصفه) أي نصف الثلث (ولهم) أي للفقراء (نصفه وعند محمد له) أي لزيد (ثلثه) أي ثلث الثلث (ولهم) أي للفقراء (ثلثاه) أي ثلثا الثلث (وإن أوصى بمائة لزيد ومائة لعمر، ثم قال لبكر: أشركتكم معهما فله) أي لبكر (ثلث ما) استقر (لكل) واحد من زيد وعمر من المائة لأن الشركة للمساواة لغة، ولهذا حمل قوله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث على المساواة﴾ [البقرة: ١٢]، وقد أمكن إثبات المساواة بين الكل في الأولى لاستواء المالين فيأخذ من كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة ويأخذ كل واحد منهما ثلثي المائة (ولو) أوصى (بمائة لزيد وخمسين لعمر) ثم قال لبكر: أشركتكم معهما (فلبكر نصف ما لكل منهما) لأنه لا يمكن المساواة بين الكل هنا لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين. وفي المنح: ولو أوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية أخرى، ثم قال لآخر: أشركتكم معهما فإن كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كانت له نصف كل واحدة منهما بالإجماع وإن كانت قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما عندهما، وعند الإمام نصف كل واحدة منهما بناء على ما تقدم من أنه لا يرى قسمة الرقيق، فيكون الجنسان مختلفين، وهما يريانها فصار كالدراهم المتساوية انتهى (وإن قال لفلان علي دين فصدقوه) على صيغة الأمر (فإنه يصدق إلى الثلث) أي إذا ادعى المقر له الدين أكثر من الثلث وكذبه الورثة وهذا استحسان، والقياس أن لا يصدق لأنه أمرهم بخلاف حكم الشرع، وهو تصديق المدعي بلا حجة، ولأن قوله لفلان: علي دين إقرار بالمجهول، والإقرار بالمجهول، وإن كان صحيحاً لكنه لا يحكم به إلا بالبيان، وقد فات وجه الاستحسان أنه سلطه على ماله بما أوصى، وهو يملك هذا التسليط بمقدار الثلث بأن يوصيه له ابتداءً، فيصح تسليطه

جمع وأقله اثنان قلنا: آل الجنسية تبطل الجمعية (وإن أوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء فله نصفه ولهم نصفه) عندهما (وعند محمد له ثلثه ولهم ثلثاه) كما مر، (وإن أوصى بمائة لزيد، ومائة لعمر ثم قال لبكر: أشركتكم معهما فله ثلث ما لكل) منهما لإمكان المساواة (ولو بمائة لزيد وخمسين لعمر و فلبكر نصف ما لكل منهما) لتفاوت نصيبهما فيساوي كلاً منهما (وإن قال لفلان علي دين فصدقوه) أي الورثة

ذلك بوصايا عزل ثلث لها وثلثان للورثة ويقال لكل صدقوه فيما شئتم فيؤخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروا به والورثة بثلثي ما أقروا به ويحلف كل على العلم بدعوى الزيادة على ما أقروا، وإن أوصى بعين لوارثه ولأجنبي فللأجنبي نصفها، ولا شيء للوارث، وإن أوصى لكل واحدٍ من ثلاثة بثوب وهي متقاوثة فضاع ثوب ولم يدرأيها هو والورثة

أيضاً بالإقرار له بمجهول، والمرء قد يحتاج إلى ذلك بأن يعرف أصل الحق عليه، ولا يعرف قدره فيسعى في فكك رقبته بهذا الطريق، فتحصل وصيته في حق التنفيذ، وإن كان ديناً في حق المستحق، وجعل التقدير فيها إلى الموصى له، فلهذا يصدق في الثلث دون الزيادة (فإن أوصى مع ذلك) الإقرار بالمجهول (بوصايا عزل ثلث لها) أي لأرباب الوصايا (وثلثان للورثة) لأن ميراثهم معلوم، وكذا الوصايا معلومة، والدين مجهول فلا يزاحم المعلوم (ويقال لكل) من الموصى لهم والورثة (صدقوه) أي فلأن المقر له (فيما شئتم) لأن هذا دين في حق المستحق بالنظر إلى إقرار المالك وصية في حق التنفيذ من الثلث فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين، فيؤمر أصحاب الوصايا والورثة ببيانه، فإذا بينوا شيئاً (فيؤخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروا به) وما بقي من الثلث لهم (و) يؤخذ (الورثة بثلثي ما أقروا به) تنفيذاً لإقرار كل فريق في قدر حقه (ويحلف كل) من أصحاب الوصايا والورثة (على العلم بدعوى) المقر له (الزيادة على ما أقروا) ومعنى قوله على العلم أي على عدم العلم بما ادعاه المقر له من الزيادة على إقرارهم وإنما كان تحليفاً لأنه تحليف على فعل الغير. قال الزيلعي هذا مشكل من حيث أن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث، ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وهنا 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 (وإن أوصى بعين لوارثه ولأجنبي فللأجنبي نصفها) أي نصف العين (ولا شيء للوارث) لأنه أوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك، وبطل في الآخر بخلاف ما لو أوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يصلح مزاحماً، والوارث من أهلها، ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا (وإن أوصى لكل واحدٍ من ثلاثة)

(فإنه يصدق إلى الثلث) استحساناً بخلاف كل من ادعى شيئاً فأعطوه (فإن أوصى مع ذلك بوصايا عزل ثلث لها وثلثان للورثة ويقال: لكل) من الفريقين (صدقوه فيما شئتم فيؤخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروا به والورثة بثلثي ما أقروا به) وما بقي فلهم (ويحلف كل) فريق منهما (على العلم بدعوى الزيادة على ما أقروا) بقي لو كانت الوصايا دون الثلث هل يعزل الثلث كله أو بقدر الوصايا، وهل عليهم تصديقه في أكثر من الثلث يراجع، وفي المقام كلام فتنبه (وإن أوصى بعين لوارثه) أو قاتله (ولأجنبي فللأجنبي نصفها، ولا شيء للوارث) ونحوه بخلاف الإقرار، قيل: هذا إذا تصادقا فإن أنكر أحدهما شركة الآخر صح في حصة الأجنبي عند محمد وعندهما تبطل في الكل، (وإن أوصى لكل واحد من ثلاثة بثوب وهي) أي الأثواب الثلاثة التي أوصى بها الثلاثة (متقاوثة) جيد ورديء ووسط (فضاع ثوب،

تقول لكل هلك حقك بطلت الوصية . فإن سلموا ما بقي فلذي الجيد ثلثاً جيدهما ولذي الرديء ثلثاً رديهما، ولذي الوسط ثلث كل منهما. وإن أوصى بيت معين من دار مشتركة قسمت فإن خرج البيت في نصيب الموصي فهو للموصي له . وعند محمد له

أشخاص (بثوب وهي) أي الثياب المدلول عليها بثوب لكل واحد (متفاوتة) جيد ووسط ورديء (فضاع ثوب) من هذه الثياب (ولم يدر أيها) أي الثياب (هو) أي الضائع (و) الحال أنّ (الورثة تقول لكل) من الثلاثة (هلك حقك بطلت الوصية) لأنّ المستحق مجهول، وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصي فتبطل الوصية .

وكذا تبطل الوصية إذا قال الوارث لكل واحد منهم : هلك حق أحدكم، ولا أدري من هو فلا أَدفع إلى كل منكم شيئاً .

كذا في التبيين (فإن سلموا) أي الورثة (ما بقي) من الثياب (فلذي الجيد ثلثاً جيدهما ولذي الرديء ثلثاً رديهما، ولذي الوسط ثلث كل منهما) أي من الجيد والرديء وإنما تعين حق صاحب الجيد في الجيد لأنّه لا حق له في الرديء بيقين، ويحتمل أن يكون حقه في الجيد بأن كان هو الجيد الأصلي، ويحتمل أن يكون حقه في الضائع بأن كان هو الأجود فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه أولى وإنما تعين حق صاحب الرديء لأنّه لا حق له في الجيد بيقين، ويحتمل أن يكون حقه في الرديء بأن كان هذا الرديء الأصلي، ويحتمل أن يكون حقه في الضائع بأن كان هو الأردأ فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه أولى، وإنما تعين حق الآخر في ثلث كل واحد من الثوبين لأنّه لما أخذ صاحب الجيد ثلثي الجيد، وصاحب الرديء ثلثي الرديء، ولم يبق إلا ثلث كل واحد منهما فقد تعين حقه في ذلك ضرورة، ولأنّه يحتمل أن يكون حقه في الجيد بأن كان الضائع أجود، فيكون هذا وسطاً ويحتمل أن يكون حقه في الرديء بأن كان الضائع أردى فيكون هذا وسطاً فكان هذا تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه .

كذا في الهداية (وإن أوصى بيت معين من دار مشتركة) يعني إذا كانت دار بين رجلين أوصى أحدهما بيت بعينه من تلك الدار لرجل آخر، ثم مات الموصي (قسمت) الدار (فإن خرج) ذلك (البيت في نصيب الموصي فهو) أي البيت (للموصي له) عند الشيخين (وعند محمد

ولم يدر أيها هو والورثة تقول: لكل) من الثلاثة (هلك حقك) أو حق أحدكم، ولا تدري من هو فد ندفع لكم شيئاً بطلت الوصية) لجهالة المستحقين (فإن) سامحوا و (سلموا ما بقي) تعود صحيحة لأنّ البطلان لجهالة طارئة وحينئذ (فلذي الجيد ثلثاً جيدهما، ولذي الرديء ثلثاً رديهما، ولذي الوسط ثلث كل منهما) طلباً للتسوية بقدر الإمكان (وإن أوصى بيت معين من دار مشتركة قسمت فإن خرج البيت في

نصفه وإلاّ فله قدر ذرعه وعند محمد له قدر نصف ذرعه، والإقرار كالوصية، وقيل لا خلاف فيه لمحمد وهو المختار، وإن أوصى بألف عين من مال غيره فلربها الإجازة بعد موت الموصي، وله المنع بعد الإجازة، بخلاف الورثة لو أجازوا ما زاد على الثلث،

له) أي للموصى له (نصفه) أي نصف البيت (وإلاّ) أي وإن لم يخرج البيت في نصيب الموصى (فله) أي للموصى له (قدر ذرعه) أي ذرع البيت عند الشيخين (وعند محمد له قدر نصف ذرعه) لأنّه أوصى بملكه، وملك غيره لكون الدار مشتركة فينفذ وصيته في ملكه، ويتوقف الباقي على إجازة صاحبه فإنّ ملكه لا تنفذ الوصية السابقة كما إذا أوصى بملك الغير، ثم اشتراه فإذا اقتسموا ووقع البيت في نصيب الموصى به تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وإن وقع في نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لأنّه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به، ولهما أنّه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالتسمية لأنّ الظاهر أنّه يقصد الإيضاء بملك منتفع به من كل وجه على الكمال وذلك يكون بالقسمة لأنّ الإنتفاع بالمشاع قاصر، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية جميعه، ومعنى المبادلة في القسمة تابع، والمقصود تكميل المنفعة، ولهذا يجبر على القسمة فيه، ولا تبطل الوصية إذا وقع البيت كله في نصيب شريكه، ولو كانت مبادلة لبطلت (والإقرار كالوصية) يعني إذا أقرّ بيت معين من دار مشتركة كان مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليمه كله إن وقع البيت في نصيب المقر عندهما، وإن وقع في نصيب غيره يؤمر بتسليم قدر ذرعه وعند محمد يؤمر بتسليم نصفه إن وقع في نصيب المقر، وقدر نصف ذرعه إن وقع في نصيب الغير (وقيل لا خلاف فيه) أي في الإقرار (لمحمد) بل هو موافق للشيخين (وهو) أي عدم الخلاف بين محمد والشيخين هو (المختار) والفرق لمحمد على هذه الرواية أنّ الإقرار بملك الغير صحيح حتى أنّ من أقرّ بملك الغير لغيره، ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه، ثم مات لا تنفذ فيه الوصية (وإن أوصى بألف عين من مال غيره فلربها) أي لربّ الألف (الإجازة بعد موت الموصى، وله المنع بعد الإجازة) لأنّه تبرع بمال الغير، فيتوقف على إجازة صاحبه، فإذا أجاز كان منه ابتداء تبرع فله أن يمتنع من التسليم كسائر التبرعات (بخلاف الورثة لو أجازوا ما زاد على الثلث) فإنّه ليس لهم أن يمتنعوا من التسليم

نصيب الموصي فهو للموصى له) عندهما (وعند محمد له نصفه وإلاّ) يخرج نصيبه (فله قدر ذرعه) عندهما (وعند محمد قدر نصف ذرعه) ومفاده وجوب القسمة كما في صدر الشريعة (والإقرار) بيت معين من دار مشتركة (كالوصية) حكماً وخلافاً (وقيل لا خلاف فيه) أي الإقرار (لمحمد وهو المختار) أي المختار عدم الخلاف في الإقرار، والفرق لمحمد أنّ الإقرار يصح بملك الغير لا الوصية حتى لو ملكه، ثم مات لا تنفذ وصيته (وإن أوصى بألف عين من مال غيره فلربها الإجازة بعد موت الموصي وله المنع بعد الإجازة) لأنّ إجازته تبرع نله أن يمتنع من التسليم، وأما بعده فلا رجوع له كما في شرح التكملة، فليحفظ، (بخلاف الورثة لو أجازوا ما زاد على الثلث) أو لوارثه أو لقاتله حيث لا يكون لهم

وإن أقرَّ أحد الإبنين بعد القسمة بوصية أبيه بالثلث فعليه دفع ثلث نصيبه . وإن أوصى بأمة فولدت بعد موته فهما للموصي له إن خرجا من الثلث ، وإلا أخذ الثلث منها ثم منه وعندهما يأخذ منهما على السواء .

بعدها لأن الوصية في نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وإنما امتنعت لحق الورثة فإذا أجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي (وإن أقرَّ أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه بالثلث فعليه) أي المقر (دفع ثلث نصيبه) استحساناً . وقال زفر: يعطيه نصف ما في يده قياساً لأن إقراره بالثلث تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف، فصار كما إذا أقرَّ أحدهما بأخ ثالث لهما، وجه الاستحسان أنه أقرَّ له بثلث شائع في كل التركة، فكان مقرراً له بثلث كل جزء من التركة، فيلزمه ثلث ذلك، ولا يلزمه أكثر من ذلك ولأنه لو أخذ نصف ما في يده لزيد حقه على الثلث لأنه ربما يقر الابن الآخر به أيضاً فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة، وهذا بخلاف ما لو أقرَّ أحدهما بدين لغيره، فإنه يعطيه كل ما في يده إذا كان الدين مستغرقاً لما في يده لأن الدين مقدم على الميراث، فقد أقرَّ أن رب الدين أحق منه بما في يده، وأما الموصي له فهو الشريك الوارث فصار مقرراً بأنه شريكه وشريك أخيه في الثلث فلم يسلم له شيء إلا أن يسلم للوارث مثليه، وفي العمادية ادعى رجل ديناً على ميت فأقرَّ أحد ابنيه قال الفقيه أبو الليث الاختيار عندي أن يؤخذ منه ما يخصه من الدين، وهو قول الشعبي والبصري وابن أبي ليلى وسفيان الثوري وغيرهم ممن تابعهم، وهذا القول أبعد من الضرر . وقال بعض المشائخ: يؤخذ في حصة المقر جميع الدين وبه يفتي اليوم لكن قال مشائخنا: هنا زيادة شيء لا يشترط في الكتب، وهو أن يقضي القاضي عليه بإقراره إذ بمجرد إقراره لا يحل الدين في نصيبه بل يحل بقضاء القاضي عليه، ونظير تلك المسألة ذكرت في الزيادات، وهي أن أحد الورثة إذا أقرَّ بالدين، ثم شهد هو ورجل أن الدين كان على الميت فإنها تقبل، وتسمع شهادة المقر فلو كان الدين يحل في نصيبه بمجرد إقراره لزم أن لا تقبل شهادته لما فيه من المغرم، قال صاحب الزيادات، وينبغي أن تحفظ هذه الزيادة فإن فيها فائدة عظيمة انتهى . (وإن أوصى بأمة فولدت بعد موته) أي الموصي (فهما) أي الأمة ولدها (للموصي له إن خرجا من الثلث) لأن الأم دخلت في الوصية أصالة والولد تبعاً حين كان متصلاً بالأم، فإذا ولدت ولدناً قبل القسمة، والتركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت قبلها حتى تقضي ديونه وتنفذ منها وصاياه دخل الولد في الوصية فيكونان للموصي له (وإلا) أي، وإن لم يخرج من الثلث (أخذ) الموصي له (الثلث منها) أي من الأم (ثم) أخذ (منه) أي من الولد فيأخذ الموصي له ما يخصه

المنع بعد الإجازة بل يجبرون على التسليم لسقوط حقهم بالإجازة (وإن أقرَّ أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه بالثلث فعليه دفع ثلث نصيبه) لا نصفه استحساناً، (وإن أوصى بأمة فولدت) ولدناً (بعد موته فهما للموصي له إن خرجا من الثلث وإلا) يخرج منه (أخذ الثلث منها ثم منه) عده هذا إذا ولدت قبل القسمة وقبول الموصي له، فلو بعدها فهو للموصي له لأنه نماء ملكه .

باب العتق في المرض

العبرة بحال التصرف في التصرف المنجز، فإن كان في الصحة فمن كل المال وإن في مرض الموت فمن ثلثه والمضاف إلى الموت من الثلث وإن في الصحة ومرض صح منه

الثلث من الأم أولاً فإن فضل شيء يأخذه من الولد عند الإمام (وعندهما يأخذ منهما) أي من الأم والولد (على السواء) لأن الولد دخل في الوصية تبعاً حال اتصاله بها، فلا يخرج عن الوصية بالانفصال فتتخذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم في الأخذ من الأم، وله أن الأم أصل والولد تبع، والتبع لا يزاحم الأصل، ولا يجوز نقص الأصل بالتبع، وفي جعل الولد شريكاً معها نقص الوصية بالأم، فلا يجوز بخلاف البيع والعتق لأن تنفيذ البيع والعتق في الولد لا ينقص شيئاً في الأصل بل يبقى تاماً صحيحاً إلا أنه ينحط بعض الثمن عن الأصل ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض وذلك جائز لا بأس به لأن الثمن تبع حتى لا يشترط وجوده عند البيع، وينعقد بدون ذكره، وإن كان فاسداً هذا إذا ولدت قبل القسمة، وقبل قبول الموصي له فإن ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصي له لأن التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصي له وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري أنه لا يصير موصى به، ولا يعتبر خروجه من الثلث، وكان للموصي له من جميع المال كما ولدت بعد القسمة، ومشائخنا قالوا: يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وإن ولدت قبل موت الموصي لم تدخل تحت الوصية، وبقي على حكم الميت لأنه لم يدخل تحت الوصية قصداً والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا كذا في الكافي.

باب العتق في المرض

الإعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مفروضة أفردته بباب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأنه الأصل (العبرة بحال التصرف في التصرف المنجز) وهو الذي أوجب حكمه في الحال كأنت حر أو وهبتك (فإن كان) التصرف المنجز (في الصحة فمن كل المال وإن) كان (في مرض الموت فمن ثلثه) أي ثلث المال والمراد بالتصرف الذي هو إنشاء، ويكون فيه معنى التبرع حتى أن الإقرار بالدين في المرض ينفذ من كل المال والنكاح في

وكذا لو بعد القبول، وقبل القسمة على ما ذكره القدوري، ولو ولدت قبل موت الموصي، فلا شبهة أن الوالد للورثة عنده، (وعندهما يأخذ منهما على السواء) لدخوله تبعاً قلنا: التبع لا يزاحم الأصل، وتماهه فيما علقتة على التنوير.

باب العتق في المرض

أي مرض الموت (العبرة بحال) العقد و (التصرف في التصرف المنجز) هو الذي أوجب حكمه في الحال (فإن كان في الصحة فمن كل المال وإن في مرض الموت فمن ثلثه) والمراد بالتصرف الذي هو

كالصحة، فالتحرير في مرض الموت والمحاباة والكفالة والهبة وصية في اعتباره من الثلث، فإن أعتق وحابا وضاق الثلث عنهما، فالمحاباة أولى، إن قدمت وهما سواء إن أخرت وإن أعتق بين محاباتين فنصف للأولى ونصف بين العتق والأخيرة. وإن حابا بين

المرض يكون المهر فيه من كل المال (و) التصرف (المضاف إلى الموت) وهو ما أوجب حكمه بعد موته كانت حر بعد موتي أو هذا لزيد بعد موتي يعتبر (من الثلث وإن) كان هذا التصرف (في الصحة) فالمعتبر ليس حالة العقد بل حالة الموت (ومرض صح) صفته (منه) أي من المرض (كالصحة) فقوله: مرض مبتدأ خبره قوله كالصحة وإنما كان كالصحة لأن حق الغرماء والورثة لا يتعلق بماله إلا في مرض موته، وبالبرء منه تبين أنه ليس بمرض موت فلا يكون لأحد حق في ماله فله التصرف فيه كما شاء (فالتحرير في مرض الموت والمحاباة) وهي أن يبيع عبداً قيمته مائتان بمائة مثلاً (والكفالة والهبة وصية) أي كالوصية ووجه الشبه قوله (في اعتباره من الثلث) أي حكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر من الثلث ومزاحمة أصحاب الوصايا في الضرب لأنها وصية حقيقة لأن الوصية إيجاب بعد الموت، وهذه التصرفات منجزة في الحال (فإن أعتق وحابا وضاق الثلث عنهما) أي عن العتق والمحاباة (فالمحاباة أولى) أي تقدم على العتق هذا (إن قدمت) المحاباة على العتق (وهما) أي العتق والمحاباة (سواء إن أخرت) المحاباة بأن أعتق عبداً قيمته مائة، ثم باع عبداً قيمته مائتان بمائة، ولا مال له سواهما يقسم الثلث، وهو المائة بينهما نصفين، فيعتق نصف العبد ويسعى في نصف قيمته وصاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين، وهذا عند الإمام وقالوا: هما سواء في المسألتين، له أن المحاباة أقوى لأنه في ضمن عقد المعاوضة لكن إن وجد العتق أولاً، وهو لا يحتمل الرفع يزاحم المحاباة، وهما يقولان أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ، والمحاباة يلحقها الفسخ ولا اعتبار للتقدم في الذكر لأنه لا توجب التقديم في الثبوت إلا إذا اتحد المستحق واستوت الحقوق (وإن أعتق بين محاباتين) بأن حابا، ثم أعتق، ثم حابا قسم الثلث (فنصف) الثلث

إنشاء، ويكون فيه معنى التبرع حتى أن الإقرار بالدين في المرض لأجنبي ينفذ من كل المال والنكاح فيه ينفذ بقدر مهر المثل من كل المال، (و) التصرف (المضاف إلى الموت) وهو ما أوجب حكمه بعد موته كانت حر بعد موتي أو هذا لزيد بعد موتي (من الثلث) لما مر (وإن) كان (في الصحة) فإن العبرة بحال الإضافة لا العقد، (ومرض صح منه كالصحة) فلو أوصى بشيء صارت باطلة أي إن قيد بمرضه هذا، وأما إذا أطلق، ثم صح فباقية وإن كان عاش بعد ذلك سنين كما في القهستاني عن التتمة، (فالتحرير في مرض الموت) لقن أو مكاتب أو مدبر مبتدأ خبره وصية (والمحاباة) في إجارة واستئجار ومهر وشراء وبيع بأن باع مريض مثلاً من أجنبي ما يساوي مائة بخمسين كما في التتمة وغيرها، (والكفالة والهبة) والصدقة والإبراء والوقف والضمان، فإنه أعم من الكفالة كبعه بكذا على أني ضامن (وصية) أي كوصية (في اعتباره من الثلث) لكونها في المرض (فإن أعتق وحابا وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى إن قدمت) بأن حابا ثم حرر، (وهما سواء إن أخرت وإن أعتق بين محاباتين فنصف للأولى ونصف بين

عتقين فنصف للمحابة ونصف للعتقين وعندهما العتق أولى في الجميع، وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم بطلت الوصية وعندهما يعتق بما بقي ولو مكان العتق حجج حج بما بقي إجماعاً. وتبطل الوصية بعتق عبده لو جنى بعد موت سيده

(للأولى) أي للمحابة الأولى (ونصف) الثلث (بين العتق و) المحابة (الأخيرة) لأن العتق مقدم على الأخيرة فيستويان، وفي الهداية إذا حابا ثم أعتق ثم حابا، ثم أعتق قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما، ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما، وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان. قال في العناية فيه بحث، وهو أن المحابة الأولى مساوية للمحابة الثانية والمحابة الثانية مساوية للعتق المقدم عليها، فالمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها، وهو يناقض الدليل المذكور من جانب الإمام، والجواب أن شرط الإنتاج أن تلزم لنتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك.

كما عرف في موضعه انتهى لكن يرد عليه أن المساوي للمساوي للشيء مساوٍ لذلك الشيء فيعود المحذور اللهم إلا أن يقال: أن مساواة المحابة الأولى للثانية من جهة ومساواة الثانية للعتق المقدم من جهة أخرى، وحيث انفكت الجهة اندفع المحذور (وإن حابا بين عتقين) بأن أعتق، ثم حابا ثم أعتق (فنصف) الثلث (للمحابة ونصف) الثلث (للعتقين) بأن يقسم الثلث بين العتق الأول والمحابة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني هذا عند الإمام (وعندهما العتق أولى في الجميع) لأنه لا يلحقه الفسخ بوجه من الوجوه بخلاف لمحابة فإنه يلحقها الفسخ (وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم بطلت الوصية) عند الإمام (وعندهما يعتق) عنه عبد (بما بقي) لأنه وصية بنوع قرينة فيجب تنفيذها ما أمكن قياساً على الوصية بالحج (ولو) كان (مكان العتق حج حج بما بقي إجماعاً) وله أن وصيته بالعتق لعبد يشتري بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لأنها قرينة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل، فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها، يدفع إليه الباقي. قال الزيلعي: قيل هذه المسألة مبنية على أصل آخر مختلف فيه، وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا البناء صحيح لأن الأصل ثابت معروف، ولا سبيل إلى إنكاره (وتبطل

.....
 العتق والأخيرة) لاستوائهما (وإن حابا بين عتقين فنصف للمحابة ونصف للعتقين) هذا عنده (وعندهما العتق أولى في الجميع) لأن العتق لا يلحقه الفسخ، قلنا: المحابة أقوى للمعاوضة (وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم بطلت الوصية) عنده (وعندهما يعتق بما بقي) قلنا تتفاوت القرينة بالقيمة، (ولو) كان (مكان العتق حج حج بما بقي إجماعاً) كوصية الرجل بمائة فهلك بعضها فله

فدفع بها، وإن فدى فلا، ولو أوصى لزيد بثلث ماله وترك عبداً فادعى زيد عتقه في الصحة، والوارث عتقه في المرض فالقول للوارث، ولا شيء لزيد إلا أن يفضل الثلث عن قيمته أو يبرهن على دعواه، ولو ادعى رجل على الميت ديناً والعبد اعتاقه في صحته، وصدقهما الوارث سعي العبد في قيمته وتدفع إلى الغريم، وعندهما لا يسعى.

الوصية بعق عبده لو جنى بعد موت سيده فدفع بها) أي بالجنابة لأن حق مولى الجنابة مقدم على حق الموصي.

فكذا على حق الموصي له وهو العبد نفسه لأنه يتلقى الملك من جهة الموصي وملك الموصي باقي إلى أن يدفع وباندفع يزول ملكه، فإذا خرج عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الوصي أو وارثه بعد موته بالدين (وإن فدى) أي العبد بأن أعطى لورثه الفداء لولي الجنابة بمقابلة العبد (فلا) تبطل الوصية لأنهم كانوا متبرعين بالفداء، وإنما جازت الوصية حيثئذ لأن العبد بريء عن الجنابة، فصار كأنه لم يجن (ولو أوصى لزيد بثلث ماله وترك عبداً فادعى زيد عتقه في الصحة) أي صحة الموصي (و) ادعى (الوارث عتقه في المرض فالقول للوارث) مع اليمين وصورة المسألة إذا أوصى بثلث ماله لزيد، وله عبد فأقر الموصي له والوارث أن الموصي أعتق هذا العبد لكن قال الموصي له: اعتقه في الصحة لثلاث تكون وصية تنفذ من الثلث، وقال الوارث: أعتقه في المرض ليكون وصية فالقول قول الوارث مع يمينه (ولا شيء لزيد إلا أن يفضل الثلث عن قيمته) أي العبد (أو يبرهن) زيد (على دعواه) وهو عتقه في الصحة فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد، فلا يثبت الاستحقاق لزيد بلا برهان فإن لم يبرهن حلف الوارث أنه لم يعلم أن مورثه أعتقه في الصحة وإنما كان القول للوارث لأن العتق من الحوادث فيحكم بحدوثه من أقرب الأوقات للتيقن بها وأقرب الأوقات هنا وقت المرض، وكان الظاهر شاهداً للوارث فكان القول قوله مع اليمين إلا أن يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لأنه لا مزاحم له أو تقوم البينة أن العتق في الصحة إذ الثابت بالبينة بمنزلة الثابت بالمعاينة نعم البينة إنما تقبل من خصم والعتق حق العبد عنده، ولكنه أي الموصي له بالثلث خصم في إقامتها لإثبات حقه (ولو ادعى رجل على لميت ديناً و) ادعى (العبد اعتاقه في صحته، وصدقهما الوارث سعي العبد في قيمته وتدفع إلى الغريم) عند الإمام (وعندهما لا

باقيا) وتبطل الوصية بعق عبده أو جنى بعد موت سيده فدفع بها) كما لو بيع بعد موته بالدين (وإن فدى فلا) تبطل، وكان الفداء في أموالهم بالتزامهم، (ولو أوصى لزيد بثلث ماله وترك عبداً فادعى زيد عتقه في الصحة والوارث عتقه في المرض فالقول للوارث) بيمينه لأنه ينكر استحقاق زيد (ولا شيء لزيد إلا أن يفضل الثلث عن قيمته أو يبرهن على دعواه) فإن الموصي له خصم بالاجتماع لأنه يثبت حقه.

وكذا العبد لأن العتق حقه (ولو ادعى رجل على الميت ديناً و) ادعى (العبد اعتاقه في صحته) ولا مال له غيره (وصدقهما الوارث سعي العبد في قيمته وتدفع إلى الغريم) عنده (وعندهما) يعق و (لا

وإن اجتمعت وصايا وضاق الثلث عنها قدمت الفرائض، وإن أخرجها فإن تساوت في الفرضية أو غيرها قدم ما قدمه، وقيل تقدم الزكاة على الحجّ وقيل بالعكس، ويقدم الحجّ والزكاة على الكفارات في القتل والظهار واليمين، والكفارات على صدقة الفطر

يسمى) لهما أن الدين والعتق في الصحة ظهرا معها لتصديق الوارث في كلام واحد فكأنهما وقعا معاً والعتق في الصحة لا يجب السعاية، وله أن الإقرار بالدين أقوى لأنّه في المرض يعتبر من كل المال والإقرار بالعتق يعتبر من الثلث فيجب أن يبطل العتق، لكنّه لا يحتمل البطلان فيبطل معنى إيجاب السعاية عليه، ولأنّ إسناد العتق إلى الصحة إنما يصح إذا لم يوجد شغل الدين، وقد وجد الدين هنا فمنع الإسناد فوجب رده بالدين ورده بالسعاية، وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل، وترك ابناً وألف درهم فقال لي رجل على الميت ألف درهم دين، وقال رجل: هذا الألف الذي تركه أبوك كان وديعة لي عند أبيك، وقال الابن: صدقتما فعنده الألف بينهما نصفان لأنّه لم تظهر الوديعة إلّا والدين ظاهر معها فيتخاصان، كما إذا أقرّ بالوديعة، ثم بالدين، وقالوا: الوديعة أحقّ لأنّها ثبت في عين الألف والدين يثبت في الذمة أولاً، ثم ينتقل إلى العين فكانت أسبق وصاحبها أحقّ كما لو كان المورث حياً، وقال صدقتما: وذكر في الهداية فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء، والأصح ما ذكرنا أولاً وبه ينطق شروح الجامع الصغير، وشروح المنظومة.

كذا في الكافي (وإن اجتمعت وصايا وضاق الثلث عنها قدمت الفرائض) كالحجّ والزكاة والكفارات (وإن أخرجها) أي الموصي الفرائض في الذكر لأنّ الفرض أهم من النقل (فإن تساوت) الوصايا (في الفرضية أو غيرها) بأن كان جميعها نفاً (قدم ما قدمه) الموصى لأنّ الظاهر من حال الموصى أن يبدأ بما هو الأهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص (وقيل) إن تساوت في الفرضية (تقدم الزكاة على الحج) وهو ما ذكره الطحاوي (وقيل بالعكس) قال في الكافي: واختلفت روايات عن أبي يوسف في الحجّ والزكاة، وقال في أحد الروايتين يبدأ بالحجّ وإن أخرجها لأنّ الحجّ يتأدى بالبدن والمال والزكاة بالمال فحسب فكان الحجّ أقوى فيبدأ به وروي عنه أنّه تقدم عليه الزكاة بكل حال لأنّ حق الفقير ثابت، والحجّ تمحّض حقاً لله تعالى فكانت الزكاة أقوى (ويقدم الحجّ والزكاة على الكفارات في القتل والظهار واليمين) لرجحانهما عليها، فقد جاء فيهما الوعيد ما لم يأت في كفارة، قال الله تعالى: ﴿ومن كفر فإن الله غني عن العالمين﴾، وقال الله تعالى: ﴿والذين يكتزون الذهب والفضة، ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم﴾ [التوبة: ٣٤]، وغير ذلك من الآيات والأحاديث الواردة فيهما (و) تقدم (يسمى) في شيء (و) اعلم أنه (إن اجتمعت وصايا) مختلفة قوة (وضاق الثلث عنها قدمت الفرائض وإن أخرجها) لأنّها أقوى (فإن تساوت) قوة (في الفريضة أو غيرها) كواجبات ونوافل (قدم ما قدمه) الموصى لأنّ الظاهر أنّه بدأ بالأهم (وقيل) لو كان الكل فرضاً حقاً لله تعالى (تقدم الزكاة على الحجّ وقيل بالعكس) ويقدم الحجّ والزكاة على الكفارات في القتل والظهار واليمين) وفي القهستاني عن الإمام الطواويسي

وصدقة الفطر على الأضحية، وإن أوصي بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده ركباً إن وفّت النفقة وإلا فمن حيث تفي. وإن خرج حاجاً فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه حج عنه من بلده وعندهما من حيث مات استحساناً، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق.

(الكفارات على صدقة الفطر) لورود القرآن بوجوبها بخلاف صدقة الفطر (و) تقدم (صدقة الفطر) مقدمة (على الأضحية) للإتفاق في وجوبها وللإختلاف في وجوب التضحية، وما هو متفق على وجوبه أولى بالتقديم، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض كالنذر يقدم على الأضحية لأنّ النذر ثابت بالكتاب دونها (وإن أوصى بحجة الإسلام أحجوا) أي الورثة (عنه) أي الموصى (رجلاً من بلده) الذي يحج ذلك الرجل عنه حال كونه (راكباً) لأنّ الواجب أن يحج من بلده فيجب الاحتجاج عنه كما وجب لأنّ الوصية لأداء ما هو الواجب عليه وإنما شرط أن يكون ركباً لأنّه لا يلزمه أن يحج ماشياً فوجب الاحتجاج عنه على لوجه الذي لزمه (إن وفّت النفقة) للاحتجاج من بلده ركباً (وإلا) أي وإن لم تفّ النفقة (فمن حيث تفي) النفقة، وفي القياس أن لا يحج عنه لأنّه أوصى بالحج بصفة وقد عدت، وجه الإستحسان أنا نعلم أنّ غرضه تنفيذ الوصية فتتخذ ما أمكن (وإن خرج حاجاً فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه حج عنه من بلده) عند الإمام وزفر لأنّ عمله قد انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث»، والخروج إلى الحج ليس من الثلاث، فظهر بموته أنّ سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان في هذا المعنى كخروجه للتجارة إذا مات يحج عنه من بلده فكذا هنا (وعندهما من حيث مات استحساناً) لأنّ السفر بنية الحج وقع قرابة، وقد وقع أجره على الله لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله، ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله ولم ينقطع بموته فيكتب له حج مبرور فيبتدأ من ذلك المكان، كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما إذا خرج بنية التجارة لأنّه لم يقع قرابة فيحج عنه من بلده (وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق) فيحج عنه ثانياً من وطنه عند الإمام وعندهما من حيث مات.

يبدأ بكفارة القتل ثم اليمين ثم الظهر، ثم الإفطار ثم النذر، ثم الفطرة ثم الأضحية وقدم العشرة على لخراج قال: وتمامه في الظهيرية فلذا قال: (والكفارات على صدقة الفطر) لوجوبها بالقرآن (وصدقة الفطر مقدمة) على الأضحية لوجوبها إجماعاً (وإن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده ركباً إن وفّت النفقة) بذلك (وإلا فمن حيث تفي) يحج عنه ركباً استحساناً فلو لم تبلغ من بلده فقال رجل: أنا أحج عنه بهذا المال ماشياً لا يجزيه كما في القهستاني عن التتمة (وإن خرج حاجاً فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه حج عنه) ركباً (من بلده) إن بلغ نفقته ذلك عنده (وعندهما من حيث مات استحساناً) كما في الهداية والمجتبى وغيرها وروى أبو سليمان أنّه من حيث مات بلا خلاف كما في القهستاني عن حج المصفي، (وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق) وهذا فيمن له

باب الوصية للأقارب وغيرهم

جار الإنسان ملاصقه وعندهما ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم

باب الوصية للأقارب وغيرهم

إنما آخر هذا الباب عما تقدمه لأنَّ المذكور في هذا الباب إحكام الوصية لقوم مخصوصين والمذكور فيما تقدم إحكامها على العموم، والخصوص أبدأ تابع للعموم (جار الإنسان ملاصقه) قدم الوصية للجار على الوصية للأقارب تبعاً لما في الهداية وكان حق الكلام أن يقدم الوصية للأقارب على الوصية للجار نظراً إلى ترجم الباب وأجاب عنه في العناية بأنَّ الواو لا تدل على الترتيب، وأنَّ التقديم في الذكر اهتماماً بأمر الجار، ثم إن حمل الجار على الملاصق هو مذهب الإمام، وهو القياس وقد حمل عليه قوله عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بصقبه»^(١)، ومعنى الحديث أنَّ الجار أحق بالشفعة إذا كان ملاصقاً (وعندهما) جار الإنسان من يسكن محلته، ويجمعهم مسجد أي مسجد المحلة لأنَّ الكل يسمى جيراناً عرفاً قال عليه الصلاة والسلام: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» وفسر بكل من سمع النداء، ولأنَّ المقصود البر، وبر الجار لا يختص بالملاصق بل بر المقاتل مقصود كبر الملاصق غير أنَّه لا بد من نوع اختلاط فإذا جمعهم مسجد واحد فقط وجد الاختلاط وإذا اختلفا في المسجد زال الاختلاط، وقال الشافعي: الجوار إلى أربعين داراً قلنا: هذا الخبر ضعيف فقط طعنوا في روايته (ويستوي فيه) أي لفظ الجار (الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم الذمي) والصغير والكبير كذلك، وإنما دخل المذكورون في لفظ الجار لصدقه عليهم لغة

وطن وإلا فمن حيث مات بلا خلاف كما إذا لم تبلغ النفقة فإنه من حيث مات بلا خلاف كما مر في كتابه كذا في القهستاني. (قلت): الذي قدمه في كتابه كرامة الكتب أنه من حيث يبلغ فتنه لذلك، وقدم أيضاً أن قولهما استحسان، وقوله قياس وإن الماتن ثمة أكد رد مذهبهما بقوله: لا من حيث مات، وقد قدمه المصنف هنا، وثمة وجزم به في التنوير وعامة المتون فكان القياس هنا هو المعتمد فافهمه وتنبه له أيضاً.

باب الوصية للأقارب وغيرهم

(جار الإنسان) إذا أوصى له بشيء (ملاصقه) قياساً كما قال أبو حنيفة وزفر (وعندهما من يسكن محلته ويجمعهم مسجدًا) استحساناً. (قلت): وقد قدم المصنف قوله واعتمده في التنوير وغيره فكان قول صاحب المذهب هو المذهب وما رواه الشافعي أنَّ حق الجار أربعون داراً من كل جانب فضعيف (ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى) أي الأرملة دون الزوجة لأنها تبع، ذكره الزيلعي

(١) أخرجه البخاري (شفقة، ٢)، (حبل، ١٤، ١٥)، وأبو داود (بيوع، ٧٣)، والنسائي (بيوع، ١٠٩)، وابن ماجه (شفقة، ٢)، وأحمد بن حنبل (٦، ١٠، ٣٩٠). المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١/٣٩٩.

والذمي وصهره من هو ذو رحم محرم من امرأته، وختنه من هو زوج ذات رحم محرم منه، يستوي في ذلك الحر، والعبد والأقرب والأبعد، وأقاربه وأقرباؤه وذوو قرابته وأرحامه وذوو أرحامه وأنسابه الأقرب، فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه، ولا يدخل فيه الوالدان والولد وفي الجد روايتان، وإن لم يكن له ذو رحم محرم منه بطلت

وشرعاً ويدخل فيه العبد الساكن عنده لأنَّ مطلق هذا الاسم يتناوله، ولا يدخل عندهما لأنَّ الوصية له وصية لمولاه، وهو ليس بجار بخلاف المكاتب فإنَّه لا يملك ما في يد العبد إلاَّ بتمليكه ألا يرى أنَّه يجوز له أخذ الزكاة، وإن كان مولاه غنياً بخلاف القن والمدبر وأم الولد، والأرملة تدخل لأنَّ سكنائها مضافة إليها ولا تدخل التي لها بعل لأنَّ سكنائها غير مضافة إليها وإنما هي تبع فلم تكن جاراً مطلقاً (وصهره من هو ذو رحم محرم من امرأته) لأنَّه عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراماً لها وكانوا يسمعون إصهار النبي ﷺ، وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيد رحمهما الله تعالى. وفي الصحاح: الإصهار اسم أهل بيت المرأة، ولم يقيد بالمحرم، وفي الكافي، وإنما يدخل في الوصية من كان صهراً للموصي يوم موته بأن كانت المرأة منكوحه له عند الموت، أو معتدة عنه بطلاق رجعي، لأنَّ المعتمد حالة الموت حتى لو مات الموصي والمرأة في نكاحه وعدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية لأنَّ الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح، وإن كانت في عدة من طلاق باين أو ثلاث لا يستحقها لأنَّ إنقطاع النكاح يوجب انقطاع الصهرية انتهى (وختنه من هو زوج ذات رحم محرم منه) كأزواج البنات، والأخوات والعمات والخالات، لأنَّ الكل يسمى ختناً وكذا كل ذي رحم محرم من أزواجهن عند محمد لأنهم يسمون أختاناً، وقيل: هذا في عرفهم، وأما في عرفنا فلا يتناول الأزواج المحارم، و (يستوي في ذلك) أي في الصهر والختن (الحر، والعبد والأقرب والأبعد) لأنَّ اللفظ يتناولهم جميعاً (وأقاربه وأقرباؤه وذوو قرابته وأرحامه وذوو أرحامه وأنسابه الأقرب، فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه) يعني إذا أوصى (والمسلم والذمي) والمكاتب لا القن والمدبر وأم الولد على ما في الكافي عن الزيادات وغيرها. (قلت): وذكر في الهداية والمنح والمجتبى وغيرها أنَّه يدخل فيه العبد الساكن عنده لا عندهما، فليحفظ (وصهره من هو ذو رحم من امرأته) قال الحلواني: هذا من عرفهم أما في عرفنا فيختص بأبويها، زاد القهستاني، وفي ديارنا ينبغي أن يختص بالأب لا غير انتهى. (قلت): لكن جزم به في البرهان، وغيره بما في عامة المتون، وأقره في الشرنبلالية، ثم نقل عن العيني في شرح الهداية أنَّ قول الهداية وغيرها أنَّه عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية وهم وصوابه جويرية، أي بنت الحارث بن المصطلق وإن في الاستدلال فيه تأمل وتامه فيه فليحفظ هذه الفائدة، (وختنه من هو زوج ذات رحم محرم منه يستوي في ذلك الحر، والعبد والأقرب والأبعد)، وقيل: هذا في عرفهم وأما في عرفنا فزوج المحرم وفي القاموس أنَّه الصهر وفي المغرب أنَّه عند العرب قريب المرأة وعند العامة زوج البنت، وينبغي أن يفتي به في ديارنا لأنَّه المشهور، كذا في القهستاني (وأقاربه وأقرباؤه وذوو قرابته وأرحامه

وتكون للإثنين فصاعداً، وعندهما من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام بأن أسلم أو أدرك الإسلام وإن لم يسلم، فمن له عمان وخالان الوصية لعميه، وعندهما للكل على السواء، ومن له عم وخالان نصف الوصية لعمه ونصفها بين خاليه، وإن له عم فقط فنصفها له، وإن عم وعمة وخال وخاله، فالوصية للعم وعمة على السواء، وعندهما

إلى أقاربه، أو أقربائه وذوي قرابته، أو أرحامه أو ذوي أرحامه، أو أنسابه تكون الوصية للأقرب، فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه (ولا يدخل فيه) أي في كل واحد من هذه الألفاظ (الوالدان والولد) ولا الوارث، ويكون للإثنين فصاعداً هذا عند الإمام ويستوي فيه الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والأنثى، والمسلم والكافر (وفي الجدر روايتان)، وكذا في ولد الولد، وفي الظاهر الرواية عن الإمام أنهم يدخلون. وفي رواية عن الشيخين أنهم لا يدخلون (وإن لم يكن له ذو رحم محرم منه بطلت) الوصية عند الإمام لأنه تبين أن الوصية منه لمعدوم، فكانت باطلة (وتكون) أي الوصية (للأثنين فصاعداً) لأنها أخت الميراث والجمع، في الموارث اثنان فصاعداً فكذا الوصية (وعندهما) يدخل في الوصية (من ينسب) إليه أي إلى الموصي، من قبل الأب أو الأم (إلى أقصى أب له في الإسلام بأن أسلم أو أدرك الإسلام وإن لم يسلم) قيل: يشترط إسلام الأب الأقصى وقيل لا يشترط ولكن بشرط إدراكه للإسلام حتى لو أوصى علوي لذوي قرابته فمن شرط الإسلام يصرف الوصية إلى أولاد علي رضي الله تعالى عنه لا إلى أولاد أبي طالب، ومن لم يشترط يصرفها إلى أولاد أبي طالب فيدخل فيها أولاد عقيل وجعفر ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالإجماع لأنه لم يدرك الإسلام (فمن له عمان وخالان الوصية لعميه) يعني إذا أوصى إلى أقاربه، وله عمان، وخالان فالوصية لعميه عند الإمام رحمه الله تعالى لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب كما في الإرث (وعندهما للكل على السواء) فتقسم بينهم أرباعاً لأن اسم القريب يتناولهم ولا يعتبر أن الأقرب (ومن له عم وخالان نصف الوصية لعمه ونصفها بين خاليه) لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وأقله في الوصية والإرث اثنان فيكون للواحد النصف وبقي النصف الآخر ولا مستحق له أقرب من الخالين فكان لهما (وإن) كان (له عم) واحد (فقط فنصفها) أي الوصية (له) أي للعم لأنه لا بد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف

وذوو أرحامه وأنسابه الأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان، والولد (وفي دخول (الجدر) والجدة، وولد الولد (روايتان)، وظاهر الرواية الدخول وقيل: واختاره في الاختيار، وفي الشرنبلالية ورأيت معزياً للبدائع أنه الصحيح (وإن لم يكن له ذو رحم محرم منه بطلت وتكون للإثنين فصاعداً) عنده (وعندهما من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام بأن أسلم أو أدرك الإسلام وإن لم يسلم) وحينئذ (فمن له عمان وخالان الوصية لعميه) عنده اعتباراً للأقرب (وعندهما للكل على السواء) لأنهما لا يعتبران الأقرب كما مر، (ومن له عم، وخالان نصف الوصية لعمه) لأنه أقرب (ونصفها بين خاليه) لعدم من يقدم عليهما (وإن) كان (له عم فقط فنصفها له) لما تقرر أنه لا بد من

الوصية للكل على السوية في جميع ذلك، وأهل الرجل زوجته وعندهما من يعولهم وتضمهم نفقته، وآله أهل بيته وأبوه وجده من أهل بيته وأهل نسبه من ينسب إليه من جهة الأب وجنسه أهل بيت أبيه، والوصية لبني فلان، وهو أب صلب للذكور خاصة،

الآخر من الثلث إلى الورثة لعدم من يستحقه لأنّ اللفظ جمع، وأدناه اثنان في الوصية فلهذا يعطي له النصف والنصف الأخير للورثة (وإن) كان له (عم وعمة وخال وخالة، فالوصية للعم وعمة على السواء) لاستواء قرابتهما وقرابة العمومة أقوى، من قرابة الخوالة وعمة وإن لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقاً، أو كافراً (وعندهما الوصية للكل على السوية في جميع ذلك) لما عرف من مذهبهما أنّهما لا يشترطان الأقرب فالأقرب كما اشترطه الإمام (وأهل الرجل زوجته) عند الإمام يعني إذا أوصى لأهل رجل فهي لزوجته (وعندهما) أهل الرجل (من يعولهم وتضمهم نفقته) يعني عندهما أهل الرجل من كانوا في عياله وتلزمه نفقتهم اعتباراً للعرف المؤيد بالنص وهو قوله تعالى: ﴿وَأَتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [يوسف: ٩٣]، وقال تعالى: ﴿فَتَجِنَاهُ وَأَهْلَهُ إِلَّا امْرَأَتَهُ﴾ [الأعراف: ٨٣]، والمراد من كان في عياله، وللإمام قوله تعالى: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِ﴾ [القصص: ٢٩] أي زوجته بنت شبيب عليه الصلاة والسلام ومنه قولهم: تأهل ببلدة كذا، أي تزوج، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة المستعملة كما في الهداية (وآلة أهل بيته) يعني إذا أوصى لآل فلان فهي لأهل بيته فيدخل فيه كل من ينسب إليه من آبائه إلى أقصى أب له في الإسلام، ولا يدخل فيه أولاد البنات، ولا أولاد الأخوات، ولا أحد من قرابة أهمهم لأنهم لا ينسبون إليه وإنما ينسبون إلى آبائهم (وأبوه وجده من أهل بيته) لأنّ الأب والجد يعدان من أهل البيت (وأهل نسبه من ينسب إليه من جهة الأب) لأنّ النسب إنما يكون من جهة الآباء (وجنسه أهل بيت أبيه) دون أمه لأنّ الإنسان يتجنس بأبيه فصار كآلة بخلاف قرابته حيث يدخل فيه من كان من جهة الأم أيضاً لأنّ الكل يسمون قرابة (والوصية) مبتدأ (لبني فلان، وهو أب صلب) جملة، وهو أب صلب حال من المضاف إليه (للذكور خاصة) خبره فلا يدخل فيه الإناث لأنّ حقيقة هذا اللفظ إنما هو

اعتبار الجمع وهو هنا اثنان، فيرد النصف للورثة (وإن) كان له (عم وعمة وخال وخالة، فالوصية للعم وعمة) على السواء عنده (وعندهما الوصية للكل على السوية في جميع ذلك) والصحيح قوله: كما في المضمرة (وأهل الرجل زوجته) عنده (وعندهما من يعولهم وتضمهم نفقته) غير مماليكه وورثته. (قلت): وقولهما استحسان كما في شرح التكملة، ولكن المتون على قوله وقدمه المصنف فليحفظ أيضاً. (وآله أهل بيته وأبوه وجده من أهل بيته، وأهل نسبه من ينسب إليه من جهة الأب) إلى أقصى أب له في الإسلام بإسقاط الغاية لأنّه مضاف إليه، ذكره الكرمانى، (وجنسه أهل بيت أبيه) دون أمه حتى لو أوصت لجنسها لم يدخل ولدها إلا أن يكون أبوه من قوم أبيها. (قلت): ومفاده أن الشرف من الأم فقط غير معتبر كما في فتاوى ابن نجيم من مسائل شتى فليحفظ، نعم لهم مزية في الجملة كما في فتاوى شيخنا الخير الرملي (والوصية لبني فلان وهو أب صلب للذكور خاصة) إلا إذا كان اسم قبيلة، أو فخذ

وعندهما، وهو رواية عن الإمام الإناث أيضاً لورثة فلان للذكر مثل حظ الأنثيين، ولولد فلان للذكر والأنثى على السواء، ولا يدخل أولاد الإبن عند وجود أولاد الصلب، ويدخلون عند عدمهم دون أولاد البنت. وإن أوصى لبني فلان وهو أبو قبيلة لا يحصون فهي باطلة، وإن لايتامهم أو عميانهم، أو زمانهم، أو أراملهم فللغني والفقير منهم والذكر والأنثى إن كانوا يحصون، وللفقراء منهم خاصة إن كانوا لا يحصون ولمواليه

للذكور وهذا رواية عن الإمام (وعندهما، وهو رواية) أخرى (عن الإمام) يدخل فيه (الإناث أيضاً) أي كالذكور ودخول الإناث في بني فلان، أما تغليب، أو مجاز بإرادة الفروع (و) الوصية (لورثة فلان للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنَّ الاسم مشتق من الورثة فإذا بان قصده التفصيل وهي في أولاد المورث للذكر مثل حظ الأنثيين، فكانت الوصية كالميراث من حيث أنَّ التخصيص على الاسم المشتق يدل على أنَّ الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق (و) لو أوصى (لولد فلان للذكر والأنثى على السواء) لأنَّ الولد ينتظم بالكل (ولا يدخل أولاد الابن عند وجود أولاد الصلب) لأن الولد حقيقة يتناول ولد الصلب وتدخل فيه الإناث حتى إذا كان له بنات صلبية، وبنو ابن، فالوصية للبنات عملاً بالحقيقة ما أمكن العمل بها (ويدخلون) أي أولاد الابن (عند عدمهم) أي أولاد الصلب لأنَّه لما تعذر العمل، بالحقيقة صير إلى المجاز بخلاف المسألة الأولى (دون أولاد البنت) وإنما لا يدخلون مطلقاً لأنَّ أولاد البنات إنما ينسبون إلى أبيهم كما قال الشاعر:

بنونا بنو ابنائنا وبنائنا بنوهن أبناء الرجال الأبعاد

(وإن أوصى لبني فلان وهو) أي فلان (أبو قبيلة) كبني تميم مثلاً (لا يحصون) كثرة (فهي) أي الوصية (باطلة) لأنَّه يمكن تصحيحه في حق الكل لعدم إحصائهم فتبطل الوصية لتعذر الصرف (وإن) أوصى (لايتامهم أو عميانهم، أو زمانهم، أو أراملهم فللغني والفقير منهم والذكر والأنثى إن كانوا) أي الموصي لهم (يحصون) لأنَّ الوصية تملك وأمكن تحقيق معنى التملك في حقهم، ثم قيل: حد الإحصاء عند أبي يوسف أن لا يحتاج من بعدهم إلى حساب ولا كتاب فإن احتيج إلى ذلك فهم لا يحصون، وهذا أيسر. وقال بعضهم: هو مفوض إلى رأي

فيتناول الإناث ومولى العتاقة والموالة، وخلفاؤهم كما في التنوير وتامه في القهستاني (وعندهما وهو رواية عن الإمام) في أول قوله (يدخل الإناث أيضاً)، ثم رجع وقال: يختص بالذكور (ولورثة فلان للذكر مثل حظ الأنثيين ولولد فلان الذكر والأنثى على السواء، ولا يدخل أولاد الابن عند وجود أولاد الصلب ويدخلون عند عدمهم) مجاز التعذر بالحقيقة (دون أولاد البنت على الظاهر لنسبتهم لأبائهم ويؤيده) بقوله تعالى: ﴿ما كان محمداً أباً أحد من رجالكم ولكن﴾ [الأحزاب: ٤٠]، ولو نسبوا لكان أباً الحسن والحسين كما في الاختيار، (وإن أوصى لبني فلان وهو أبو قبيلة لا يحصون) كبني تميم (فهي باطلة)، فلو يحصون صحت ودخل الإناث كما بسطه القهستاني (وإن أوصى لايتامهم أو عميانهم أو

فهي لمن أعتقهم في الصحة، أو المرض ولأولادهم، ولا يدخل مولي الموالاة ولا موالى الموالى إلا عند عدمهم، وتبطل إن كان له معتقون ومعتقون، وأقل الجمع اثنان في الوصايا كالموارث.

القاضي . كذا في شروح الهداية (وللفقراء منهم خاصة إن كانوا لا يحصون) لأن المقصود من الوصية القرية، وهذه الأسامي أعني الأيتام وما بعده تشعر بتحقيق الحاجة فتحمل على الفقراء (و) إن أوصى (لمواليه فهي) أي الوصية (لمن أعتقهم في الصحة، أو المرض ولأولادهم) أي أولاد المعتقين من الرجال والنساء، وإعتاقه قبل الوصية وبعدها سواء ولا يدخل فيه المدبرون وأمهات الأولاد، وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم في حقهم بحيث لا يلحقه الفسخ فنسبوا إلى الولاء كالمعتقين (ولا يدخل) فيها (مولى الموالاة) لأن ولأه العتاقة بالعتق وولاء الموالاة بالعقد فهما معنيان متغايران فلا ينتظمهما لفظ واحد بخلاف أولاد المعتقين لأنهم ينسبون إلى المعتق بواسطة آبائهم بولاء واحد (ولا) يدخل فيها (مولى الموالى إلا عند عدمهم) أي الموالى لأنهم ليسوا موالى الموصي حقيقة فهم بمنزلة ولد الولد مع ولد الصلب، فلا يتناولهم الاسم إلا عند عدم المولى حقيقة كما مر في ولد الولد مع وجود الولد، أو عدمه (وتبطل) الوصية (إن كان له) أي للموصي (معتقون) بكسر التاء (ومعتقون) بفتح التاء يعني إذا أوصى لمواليه وله موالٍ أعتقهم، وموالٍ موالٍ أعتقوهم، فالوصية باطلة لأن اللفظ مشترك ولا عموم له ولا قرينة تدل على أحدهما، ولا فرق في ذلك عند عامة أصحابنا بين النفي والإثبات، واختيار شمس الأئمة وصاحب الهداية أنه يعم إذا وقع في حيز النفي كما لو حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الجمع والجواب عنه على قول عامة الأصحاب كما في العناية إن ترك الكلام مع الموالى مطلقاً ليس لوقوعه في النفي بل لأن الحامل على اليمين بعضه لهم، وهو غير مختلف وقد قرره في التقرير بما لا مزيد عليه، فإن قيل: سلمنا أن لفظ الموالى مشترك، وحكمه التوقف، فكيف حكم بطلانها قلنا أن ذلك فيما إذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد، فإن قيل: الترجيح من جهة أخرى ممكن، وهي أن شكر المنعم واجب فتصرف إلى الموالى الذين اعتقوهم.

وأما فضل الأنعام في حق الذين أعتقهم هو فمندوب إليه والصرف إلى الواجب أولى من الصرف إلى المندوب كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى، قلنا: أجيب بأنها معاوضة

زمنهم أو أراملهم فللغني، والفقير منهم والذكر والأنثى إن كانوا يحصون) لأنهم معينون فيمكن تسليمهم (وللفقراء منهم خاصة إن كانوا لا يحصون) فيعطي الوصي من شاء منهم كما في شرح التكملة لتعذر التملك حيثذ فيراد به القرية، (و) إن أوصى (لمواليه فهي لمن أعتقهم في الصحة أو المرض ولأولادهم) الرجال، والنساء (ولا يدخل مولى الموالاة ولا موالى الموالى إلا عند عدمهم) مجازاً كما مر (وتبطل إن كانوا له معتقون ومعتقون) أيضاً، لأن اللفظ مشترك ولا عموم له عندنا ولا قرينة تدل على

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

تصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره وبغلتها مدة معينة وأبداً، فإن خرج ذلك من

بجهة أخرى، وهي جريان العرف بالوصية للفقراء، والغالب في المعتقين بفتح التاء أن يكونوا فقراء، وفي المعتقين بكسرها الغالب أن يكونوا أغنياء، والمعروف عرفاً كالمشروط شرعاً كما هو المروري عن أبي يوسف بهذا المعنى (وأقل الجمع اثنان في الوصايا كالموارث) لما بينا أن الوصايا أخت الموارث، وقد ورد النص في القرآن بإطلاق الجمع على الاثنتين في الموارث فقلنا في الوصايا: إن أقل الجمع فيها اثنان أيضاً حملاً على ما ورد به النص في الموارث.

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما فرغ من ذكر أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب من جهة أن المنافع بعد وجود الأعيان ليوافق الوضع الطبع (تصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره وبغلتها) أي العبد، والدار (مدة معينة) كسنة أو سنتين مثلاً (وأبداً) لأن المنفعة تحمل التملك ببدل وغير بدل في حال الحياة، فيحتمل التملك بعد الممات كالأعيان دفعاً للحاجة، وهذا لأن الموصي يبقى العين على ملكه حتى يجعله مشغولاً بتصرفه موقوفاً على حاجته، وإنما تحدث المنفعة على ملكه، كما يستوفي الموقوف عليه المنفعة على حكم ملك الواقف، ويجوز مؤقتاً ومؤبداً كالعارية، وهذا بخلاف الميراث، فالإرث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة لأن الوراثة خلافة، وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكاً للمورث، وهذا إنما يتصور فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين فأما الوصية فإيجاب ملك بالعقد كالإجارة والإعارة.

وكذا الوصية بغلة العبد، والدار لأنها بدل المنفعة فأخذت حكمها (فإن خرج ذلك)

موته، صحت حتى لو عينه قبل أحدهما، لزوال المانع وعنهم أنها جائزة للأعلى وقيل لهم جميعاً وعن محمد لمن اصطلحوا عليه (و) علم أن (أقل الجمع اثنان في الوصايا كالموارث) لأن الوصية أخت الميراث.

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

(تصح الوصية) بالمنافع كما إذا وصى (بخدمة عبده) مدة معلومة وأبداً وبرقبته له، وبخدمته لغيره، والنفقة على صاحب الخدمة، وإن عجز عنها بمرض يرجى برؤه وإلا فعلى صاحب الرقبة كما في القهستاني عن التتمة والبرجندي عن المنصورية وتماه في الشرنبلالية عن العيني (والسكنى داره وبغلتها مدة معينة) سنة (وأبداً) ويكون محبوباً على ملك الميت كالوقف كما سيتضح، (فإن خرج)

الثالث سلم إلى الموصي له وإلاّ قسمت الدار وتهايتا في العبد يومين لهم، ويوماً له، وإن مات الموصي له ردت إلى ورثة الموصي، وإن مات في حياة الموصي بطلت، ومن أوصى له بغلة الدار أو العبد، لا يجوز له السكنى والاستخدام في الأصح، ولا لمن

المذكور من ربة العبد والدار (من الثالث سلم إلى الموصي له) بخدمته وسكناه فيها لأنّ حق الموصي له في الثالث لا يزاحمه الورثة (وإلاّ) أي وإن لم تخرج من الثالث (قسمت الدار) عينها أثلاثاً (وتهايتا في العبد يومين لهم، ويوماً له) لأنّ حق الموصي له في الثالث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين، ولا يمكن قسمة العبد أجزاءً لأنّه مما لا يحتمل القسمة فصرنا إلى المهياة، هذا إذا كانت الوصية غير مؤقتة، وإن كانت مؤقتة بوقت كالسنة مثلاً فإن كانت السنة غير معينة يخدم للورثة يومين وللموصي له يوماً إلى أن يمضي ثلاث سنين، فإذا مضت سلم الورثة لأنّ الموصي له استوفى حقه، وإن كانت معينة فإن مضت السنة قبل موت الموصي بطلت الوصية، وإن مات قبل مضيها يخدم الموصي له يوماً والورثة يومين إلى أن تمضي تلك السنة، فإذا مضت سلم إلى الورثة.

وكذا الحكم لو مات الموصي بعد مضي بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثالث حيث تقسم عين الدار أثلاثاً للانتفاع بها لإمكان قسمة عين الدار أجزاءً، وهو أعدل للتسوية بينهما زماناً وذاتاً، وفي المهياة تقديم أحدهما زماناً ولو اقتسموا الدار مهياةً من حيث الزمان يجوز أيضاً لأنّ الحق لهم إلاّ أنّ الأولى أولى لكونه أعدل (وإن مات الموصي له ردت) أي الوصية من العبد أو الدار (إلى ورثة الموصي) لأنّه أوجب الحق للموصي له ليستوفي المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل إلى وارث الوصي له لاستحقها ابتداءً من ملك الموصي بغير رضاه، وذلك غير جائز (وإن مات) الموصى له (في حيات الموصي بطلت) الوصية لأنّها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وملك الموصى ثابت في الحال، فلا يتصور تملك الموصي له بعد موته (ومن أوصى له بغلة الدار أو العبد، لا يجوز له السكنى والاستخدام في الأصح) لأنه أوصى له بالغلة، وهي الدراهم أو الدينانير، وهذا استيفاء المنفعة نفسها، ولا شك أنّهما مغايران ويتفاوتان في حق الورثة، فإنّه لو ظهر دين يمكنهم أدائه من الغلة باستردادها منه بعد استغلالها بخلاف ما إذا استوفى المنافع نفسها، وقوله في الأصح احتراز عما قال بعضهم: يجوز له السكنى والاستخدام لأنّ المقصود هو المنفعة، وهي حاصلة بهذين الطريقتين (ولا

ربة (ذلك من الثالث سلم إلى الموصي له) لأجل الوصية (وإلاّ قسمت الدار وتهايتا في العبد) يخدم (يومين لهم ويوماً له) إن لم يكن له غير ذلك، وإلاّ فبقدر ثلث الكل، وليس للورثة بيع ما بأيديهم من ثلثها على الظاهر، (وإن مات الموصي له ردت) الوصية عندنا (إلى ورثة الموصي) بحكم الملك كما مر، (وإن مات) الموصى له (في حياة الموصي بطلت) اجماعاً (و) اعلم أنّ (من أوصى له بغلة الدار أو

وصي له بالخدمة، والسكنى أن يؤاجر، وإن أوصى له بثمره بستانه فمات وفيه ثمرة فله هذه فقط، وإن زاد أبداً فله هي وما يستقبل وإن أوصى بغلة بستانه، فله الموجود وما يستقبل، وإن أوصى له بصوف غنمه أو لبنها، أو أولادها فله ما يوجد من ذلك عند موته فقط، قال أبداً أو لم يقل.

يجوز (لمن وصي له بالخدمة) في العبد (والسكنى) في الدار (أن يؤاجر) العبد والدار. وقال الشافعي: له ذلك لأن تملك المنفعة بعقد مضاف إلى ما بعد الموت كتمليك المنفعة في حال الحياة، ولو تملك المنفعة بالاستئجار في حال الحياة تملك الإجارة.

وكذا إذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت، وهذا لأن المنافع كالأعيان عنده لما مر بخلاف المستعير فإنه لا يملك المنفعة لأنها إباحة الانتفاع عنده، ولهذا لا يتعلق بالإعارة اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم، ولنا أن الموصي له ملك المنفعة بغير عوض، فلا يملك تملكها من غيره بعوض كالمستعير فإنه لا يملك الإجارة، وذلك لأن المستعير مالك للمنفعة إذ التملك في حال الحياة أقرب إلى الجواز بعد الممات وإذا احتملت المنفعة التملك بعد الموت بغير عوض، فلا تملك ذلك في حال الحياة أولى (وإن أوصى له بثمره بستانه فمات) الموصي (وفيه) في البستان (ثمرة فله) أي للموصي له (هذه) أي الثمرة الموجودة (فقط) لا ما يحدث بعدها (وإن زاد أبداً) أي زاد في تلك الوصية لفظ أبداً (فله) أي للموصي له (هي) أي الثمرة الموجودة (وما يستقبل) عطف على الضمير أعني قوله: هي أي يستحق الثمرة الموجودة، وما يحدث من الثمرة في المستقبل عملاً بالتأييد في لفظ الموصي (وإن أوصى له) (بغلة بستانه، فله الموجود وما يستقبل) وحاصله أنه إذا أوصى له بالغلة استحقتها دائماً وبالثمره لا يستحق إلا القائمة إلا إذا زاد لفظ أبداً فيصير كالغلة فيستحقها دائماً، والفرق بينهما أن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا يتناول ما سيحدث بعد الألفاظ يدل على ذلك كأبداً ونحوه، وأما الغلة فتتنظم الموجود، وما يكون يعرض أن يوجد مرة بعد أخرى كما يقال في العرف: فلان يأكل من غلة بستانه أو أرضه أو داره فيصدق على ما ينتفع به في الحال أو في الاستقبال (وإن أوصى له بصوف غنمه أو لبنها) أي الغنم (أو أولادها فله ما يوجد من ذلك عند موته فقط) سواء (قال أبداً أو لم يقل) أي للموصي له ما يوجد من ذلك الموصي به ما في بطونها من الأولاد وما في العبد لا يجوز له السكنى والاستخدام في الأصح) لأن الغلة دراهم أو دنائير (ولا لمن أوصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر) كالدار الموقوفة عليه على ما عليه الفتوى (وإن أوصى له بثمره بستانه فمات، وفيه ثمرة فله هذه) الثمرة الحادثة (فقط) لا ما سيحدث لأن الثمرة اسم لموجود عرفاً (وإن زاد أبداً فله هي وما يستقبل) وتكون كالغلة، فلذا قال: (وإن أوصى بغلة بستانه) أو أرضه (فله الموجود وما يستقبل) ما عاش الموصي له ضم أبداً أو لا واعلم أنه لو لم يكن فيه ثمرة ولم يضم أبداً فالثمره كالغلة استحساناً، وبه جزم في التنوير (وإن أوصى له بصوف غنمه أو لبنها أو أولادها فله ما يوجد من ذلك عند موته فقط) سواء (قال أبداً أو لم يقل) لأن المعدوم منها لا يستحق بعقد بخلاف الثمرة والغلة، فإنهما يستحقان

باب وصية الذمي

ولو جعل ذمي داره بيعة أو كنيسة في صحته، ثم مات فهي ميراث ولو أوصى به لقوم مسمين جاز من الثلث، وكذا في غير المسمين خلافاً لهما. وتصح وصية مستأمن لا

ضروعها من الألبان وما على ظهورها من الصوف يوم مات الموصي سواء قال: أبداً أو لم يقل لأنها إيجاب عند الموت، فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ، والفرق بينهما وبين ما تقدم أن الصوف والولد واللبن الموجودات يصح إستحقاقها بالعقود فإنها تملك تبعاً بكل عقد.

فكذا بالوصية فأما المعدوم منها فلم يشرع إستحقاقها بشيء من العقود، فلم يصح إستحقاقها بعقد الوصية فأما الثمرة أو الغلة المعدومة، فيصح إستحقاقها بعد المزارعة والمعاملة فلأن تستحق بالوصية أولى.

باب وصية الذمي

إنما ذكر وصية الذمي عقيب وصية المسلم لما أن أهل الذمة ملحقون بالمسلمين في المعاملات (ولو جعل ذمي داره بيعة أو كنيسة في صحته، ثم مات فهي ميراث)، أما عند الإمام فلأنها بمنزلة الوقف، ووقف المسلم يورث عنه فهذا أولى. وإنما قلنا يورث عنه لأنه غير لازم عنده، وأما عندهما فالوصية باطلة لأن هذا معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم قرابة، والوصية بالمعصية باطلة لأن في تنفيذها تقرير المعصية (ولو أوصى به) أي بجعل داره بيعة أو كنيسة (لقوم مسمين جاز) أي الإيلاء (من الثلث) اتفاقاً لأن في الوصية معنى التمليك ومعنى الاستخلاف وللموصي ولاية كليهما (وكذا) يجوز (في غير المسمين) بأن أوصى لقوم غير مخصوصين، هذا عند الإمام (خلافاً لهما) فإنهما قالوا: إنها باطلة إلا أن يوصي لقوم بأعيانهم، والحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أوجه: أحدها أن يوصي بما هو معصية عندنا، وعندهم كالوصية للمغنيات والنائحات، فهذا لا يصح إجماعاً إلا أن نكون لقوم بأعيانهم فتصح تمليكاً

بالمساقاة والإجارة. (تنبيه): الغلة كل ما يحصل من ربح الأرض وكرائها وأجرة الغلام ونحو ذلك كما في جامع اللغة وغيره. (قلت): وظاهره يفيد دخول ثمن الحور ونحوه في الغلة، ولم أره الآن صريحاً فليحذر، قالوا: وعله السقي والخراج لأنه المنتفع به فصار كالنفقة في مسألة الخدمة والله تعالى أعلم.

باب وصية الذمي

هي أقسام قرابة عندنا وعندهم كالصدقة فتصح بالإجماع أو عندنا كالحج أولاً ولا كالغناء فتبطل بالإجماع أو عندهم كبناء داره بيعة لمعينين، فتصح عنده لا عندهما فلذا قال (ولو جعل ذمي داره بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهي ميراث) بلا خلاف، لكن عنده لعدم لزوم الوقف، وعندهما لكونه أمراً بالمعصية (ولو أوصى به لقوم مسمين جاز من الثلث) إجماعاً، ويجعل تمليكاً طاعة أو معصية، فإن في المرض فمن الثلث، وإن في الصحة فمن الكل كما في القهستاني عن الحقائق (وكذا في غير المسمين) عنده (خلافاً لهما) لما مر أنه معصية وله أنهم يتركون وما يدينون قالوا: هذا فيما إذا أوصى بالبناء في

وارث له في دارنا بكل ماله لمسلم أو ذمي، وإن أوصى ببعضه رد الباقي إلى ورثته، وتصح الوصية له ما دام في دارنا من مسلم أو ذمي، وصاحب الهوى إن لم يكفر بهواه،

من الثلث فإن كانوا لا يحصون لا تصح تملكياً لأن التملك من المجهول لا يصح، ولا يمكن تصحيحها قرينة لأنها معصية عند الكل، وثانيها: أن يوصي بما هو معصية عندهم قرينة عندنا كما لو أوصى أن يجعل داره مسجداً أو يسرج في المساجد أو أوصى بالحج فهي باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم لأننا نعاملهم بديانتهم. وثالثها: أن يوصي بما هو قرينة عندنا وعندهم، كما لو أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين، أو لعنت الرقاب أو يسرج في بيت المقدس فهي صحيحة إجماعاً لاتفاق الكل على كون ذلك قرينة. ورابعها: أن يوصي بما هو قرينة عندهم معصية عندنا كما لو أوصى أن يجعل داره بيعة أو كنيسة أو بيت نار يسرج فيه أو تذبح الخنازير، ويطعم المشركون فهي صحيحة أيضاً عند الإمام سمي قومياً أو لم يسم، وقال: هي باطلة إلا أن يسمي قومياً بأعيانهم، لهما أن هذه وصية بمعصية، وفي تنفيذها تقرير المعصية، والسبيل في المعاصي ردها لا قبولها فوجب القول بالبطالان، وله أن المعتبر ديانتهم في حقهم لأننا أمرنا أن نتركهم وما يدينون، وهي قرينة عندهم فتصح ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قرينة حقيقة عندنا معصية عندهم لا تجوز الوصية اعتباراً لديانتهم.

فكذا عكسه (وتصح وصية مستأمن لا وارث له في دارنا بكل ماله لمسلم أو ذمي) لأنَّ القصر على الثلث شرعاً لحق الورثة حتى تنفذ بإجازتهم، وليس لورثته حق مرعي لأنهم في دار الحرب، وهم أموات، والحجر بناء على حق معصوم لا يصلح دليلاً على الحجر لحق غير معصوم إذ حقوق أهل الحرب غير معصومة حتى لو كانت ورثته في دار الإسلام بأمان أو بذمة يتقدر بقدر الثلث لحرمتهم (وإن أوصى) أي المستأمن (ببعضه) أي ببعض ماله، ثم مات (رد الباقي) من ماله (إلى ورثته) الذين في دار الحرب لأنَّ الرد إلى ورثته من حق المستأمن أيضاً لا رعاية لحق الورثة حتى يرد أن يقال: كيف يرد الباقي إلى ورثته الذين في دار الحرب وقد قلت: بأنهم ليس لورثته حق مرعي (وتصح الوصية له) أي للمستأمن (ما دام في دارنا) سواء كانت الوصية (من مسلم أو ذمي) لأنَّه ما دام في دارنا فله حكم أهل الذمة في المعاملات حتى يصح منه عقود الممتلكات في حال حياته، ويصح تبرعه في حياته.

فكذا بعد مماته، وعن الشيخين أنه لا يجوز لأنَّه من أهل الحرب لأنَّه يقصد الرجوع، ويمكن منه بخلاف الذمي (وصاحب الهوى) وهو الذي يتبع هوى نفسه ميلاً للبدعة (إن لم يكفر

القرى أما في الأمصار فلا يصح بلا خلاف، ذكره الكرمانى، والمراد بالقرى ما ليس فيه شيء من شعائر الإسلام، وإلا فكألمصار، ذكره القهستاني والبرجندي (وتصح وصية مستأمن لا وارث له في دارنا بكل ماله لمسلم أو ذمي) إذ لا مانع (وإن أوصى ببعضه رد الباقي إلى ورثته) لا إرثاً بل لأنَّه مستحق له في دارنا (وتصح الوصية له ما دام في دارنا من مسلم أو ذمي) وقيل لا (وصاحب الهوى إن لم يكفر بهواه

فهو كالمسلم في الوصية، وإلا فكالمرتد ووصية الذمي تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه وتجوز للذمي من غير ملته لا لحربي في دار لحرب.

بهواه) أي لم يحكم بكفره بما ارتكبه من الهوى (فهو كالمسلم في الوصية) لأننا أمرنا ببناء الأحكام على ظاهر الإسلام (وإلا) وإن لم يكن كذلك بل حكم بكفره بما ارتكبه من الهوى (فكالمرتد) فيكون على خلاف المعروف بين الإمام وصاحبيه في تصرفاته. قال في الكافي: ووصايا المرتدة نافذة بالإجماع كالذمية لأنها تبقى على الردة، ولا تقتل عندنا انتهى، وفي المنح والمرتدة في الوصية كذمية فتصح وصاياها. قال في الهداية، وهو الأصح لأنها تبقى على الردة بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم. قال في النهاية: وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا، وقال بعضهم: لا تكون بمنزلة الذمية، وهو الصحيح فلا تصح منها وصية قلت: والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك، وهو الصحيح، وقال: هنا الأصح وهما يصدقان.

كذا في العناية، والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها، وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والأشبه أن يكون كالذمية، فتجوز وصيتها لأنها لا تقتل، ولهذا يجوز جميع تصرفاتها، فكذا الوصية، وذكر العتابي في الزيادات إن ارتد عن الإسلام إلى النصرانية أو اليهودية أو المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل إليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما.

وأما عند الإمام فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالإجماع لأنها لا تقتل عندنا انتهى. فظهر بما ذكرناه عن المنح أن دعوى الإجماع على كون وصيتها نافذة محل نظر فليتأمل (ووصية الذمي تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه) لالتزام أهل الذمة إحكام المسلمين فيما يرجع إلى المعاملات، فيجري عليهم أحكامنا كما في وصية المسلم (وتجوز) وصيته (للذمي من غير ملته) كوصية نصراني ليهودي، وبالعكس لأن الكفر ملة واحدة (لا) تجوز وصيته (لحربي في دار الحرب) لأن اختلاف الدارين يمنع الإرث فكذا الوصية لأنها أخت الميراث كما تقدم.

.....
فهو كالمسلم في الوصية، وإلا فكالمرتد) فتصح وصايا المرتدة بخلاف المرتد على ما مر، (ووصية الذمي تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه) لالتزامهم أحكامنا (وتجوز للذمي من غير ملته) اعتباراً بالإرث (لا لحربي في دار الحرب) لتباين الدارين. (تمت) الوصية المطلقة لا تحل للغني وإن عمت، ولو خصصت به أو بقوم محصورين حلت لهم.

وكذا الوقف، كذا في التنوير وغيره، ولو أوصى لأهل العلم دخل أهل التفسير والحديث والفقهاء دون الحكمة كالمتمشقة، ولو أوصى بكفارة صلواته لرجل معين لم تجز لغيره به يقتي لفساد الزمان وتماهه فيما علقته على التنوير.

باب الوصي

ومن أوصى إلى رجل فقبل في وجهه ورد في غيبته لا يرتد، وإن رد في وجهه يرتد فإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو مخير بين القبول وعدمه، وإن باع شيئاً من التركة لم يبق له الرد وإن غير عالم بالإيضاء، فإن رد بعد موته ثم قبل صح ما لم ينفذ قاضي رده. وإن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجه القاضي ونصب غيره. وإن إلى

باب الوصي

لما فرغ من بيان الموصي له شرع في بيان أحكام الموصي إليه وهو الوصي لأن كتاب الوصايا ينتظمه أيضاً قدم أحكام الموصي له لكثرتها، وكون الحاجة إلى معرفتها أمس (ومن أوصى إلى رجل فقبل في وجهه ورد) الوصية (في غيبته لا يرتد) لأن الموصي مات معتمداً عليه فلو صح رده في غير وجهه سواء كان في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فلا اعتبار لرده في غيبته، ويبقى وصياً كما كان فإن قيل: ما الفرق بين الموصي له، والموصي إليه في أن رد الموصي له بعد قبوله، وبعد موت الموصي يعتبر دون رد الموصي إليه، قلنا: إن نفع الوصية للموصي له نفسه بخلاف الموصي إليه فإن نفع الوصية راجع إلى الموصي فكان في رده بغيره إضرار عليه، وهو لا يجوز فلماذا قلنا: لا يعتبر رده دفعا للضرر عن الموصي (وإن رد في وجهه) أي وجه الموصي (يرتد) لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف، ولا غرور فيه فتوقف على قبوله (فإن لم يقبل) الموصي إليه (ولم يرد) بل سكت (حتى مات الموصي فهو) أي الموصي إليه (مخير بين القبول وعدمه) لأنه ليس للموصي ولاية الإلزام فبقي مخيراً (وإن باع) الموصي إليه (شيئاً من التركة لم يبق له الرد وإن) كان (غير عالم بالإيضاء) فصار يبعه التركة كقبول الوصية، وينفذ بيعه وإن لم يكن عالماً بالإيضاء بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ، ولا يكون البيع من غير علم قبولاً (فإن رد) الوصي الوصاية (بعد موته) أي مورث الموصي (ثم قبل صح ما لم ينفذ قاضي رده) ولم يخرج من الوصاية لما قال: لا أقبل لأن مجرد قوله: لا أقبل لا يبطل الإيضاء لأن فيه ضرراً بالميت، وضرر الوصي في الإبقاء

باب الوصي

وهو الموصي إليه (ومن أوصى) وفوض (إلى رجل) عند الموت أو قبله (فقبل في وجهه) أي في حضرة الموصي وعلمه (و) بعده إن (رد في غيبته) بلا علم (لا يرتد) لثلاث بصير مغروراً من جهته كعزل الوكيل نفسه بلا علم موكله، كما في الكافي خلافاً لما في الهداية فتنبه. (وإن رد في وجهه يرتد) لعدم الغرر، وقبولها ليس بحتم بل هي أول مرة غلط والثانية خيانة والثالثة سرقة، قال أبو مطيع: ما رأيت في مدة قضائي عشرين عاماً من يعدل في مال ابن أخيه (فإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو مخير بين القبول وعدمه) لأنه متبرع (وإن باع شيئاً من التركة لم يبق له الرد) وصار وصياً لا يخرج عن الوصاية إلا بإخراج القاضي (وإن) وصلية (غير عالم بالإيضاء) لأن الوصاية خلافة الوكالة لأنها إنابة (فإن رد بعد موته، ثم قبل صح) خلافاً لزر (ما لم ينفذ قاضي رده) فحينئذ لا يصح قبوله بعده لأنه حكم

عنده فإن كان كل الورثة صغاراً صح خلافاً لهما وإن فيهم كبير بطل إجماعاً، ولو كان الوصي عاجزاً عن القيام بالوصية، ضم إليه غيره وإن كان قادراً أميناً لا يخرج وإن شكى

مجبور بالثواب إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح لأنه مجتهد فيه فكان له إخراج بعد قبوله لا أقبل كما أن له إخراج بعد قبوله حتى إذا رأى غيره أصلح كان له عزله ونصب غيره، وربما يعجز، وهو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضي الضرر عنه، وينصب حافظاً لمال الميت يتصرف، فيه فيندفع الضرر من الجانبين، ولو قال: أقبل بعد ما أخرجه القاضي لا يلتفت إليه لأنه قبل بعدما بطلت الوصية بإخراج القاضي إياه (وإن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجه القاضي ونصب غيره) أي إذا أوصى إلى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضي عن الوصاية واستبدل غيرهم مكانهم، وذكر القدوري أن القاضي يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على أن الوصية كانت لهم صحيحة لأن الإخراج يكون بعد الدخول، ويدل عليه ما في السراجية من قوله: إذا أوصى إلى عبد أو ذمي أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصاية، ولو تصرفوا قبل الإخراج جاز انتهى، وذكر محمد في الأصل: أن الوصية باطلة لعدم الولاية لهم ووجه الصحة، ثم الإخراج كما ذكره الزيلعي أن أصل ما عرف من أصلنا وولاية الكافر في الجملة إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى، ويمكنه بعدها، والمعادة الدنية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم، واتهام الفاسق بالجناية، فيخرجهم القاضي عن الوصية، ويقيم غيرهم مقامهم إتماماً للنظر، وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً منه على المال لأنه يعذر بذلك في إخراج وتبديله بغيره بخلاف ما إذا أوصى إلى مكاتبه أو مكاتب غيره حيث يجوز لأن المكاتب في منافعه كالححر وإن عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن (وإن) أوصى (إلى عبده فإن كان كل الورثة صغاراً صح) الإيضاء عند الإمام لأنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلاً للوصاية، وليس لأحد عليه ولاية فإن الصغار، وإن كانوا ملاكاً ليس لهم ولاية النظر، فلا منافاة (خلافاً لهما) وهو القياس، وقيل قول محمد مضطرب يروي مرة مع الإمام ومرة مع أبي يوسف، ووجه القياس أن الولاية متقدمة لما أن الرق ينافيها، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ووجه ما ذكر الإمام مر بيانه (وإن) كان (فيهم) أي في الورثة (كبير بطل) الإيضاء إلى عبد نفسه (إجماعاً) لأن للكبير أن يمنع العبد من التصرف أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري عن التصرف فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية (ولو كان الوصي عاجزاً عن القيام بالوصية) أي أمورها (ضم) القاضي (إليه) أي إلى العاجز (غيره) لأن

.....

في مجتهد فيه (وإن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق) مخوف عليه في المال (أخرجه القاضي) فلو تصرف قبل إخراج جاز كما في السراجية (ونصف غيره) وجوباً إتماماً للنظر (وإن إلى عبده فإن كان كل الورثة صغاراً صح) لعدم المانع عنده، (خلافاً لهما)، وإن فيهم كبير بطل إجماعاً وقيد بعده لأنه إلى مكاتبه يصح إجماعاً، ولو جعل رجلاً وصياً وفي بنوع صار وصياً في الأنواع كلها كما في الذخيرة، (ولو كان الوصي عاجزاً عن القيام بالوصية ضم إليه غيره) من أمين معين له صيانة لحق الصغير (وإن كان

إليه الورثة أو بعضهم ما لم تظهر منه خيانة. وإن أوصى إلى اثنين لا ينفرد أحدهما، إلاً

في الضم رعاية الحقين، حق الموصي وحق الورثة لأن تكميل النظر يحصل به لأن النظر يتم بإعانة غيره ولو شكى الوصي إلى القاضي ذلك، فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه (وإن كان) الوصي (قادرأ) على القيام بأمر الوصاية (أميناً لا يخرج) على صيغة المجهول وفاعله المنوب عنه هو القاضي (وإن شكى إليه الورثة) كلهم (أو بعضهم) منه أي من الوصي (ما لم تظهر منه خيانة). قال الزيلعي: لو كان قادرأ على التصرف، وهو أمين ليس للقاضي أن يخرج له لأنه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان إبقاؤه أولى. ألا يرى أن الوصي يقدم على أبي الميت مع وفور شفقتة فأولى أن يقدم على غيره.

وكذا إذا شكت الورثة أو بعضهم إليه لا ينبغي أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة لأنه استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا ظهرت منه الخيانة فأنت الأمانة، والميت إنما اختاره لأجلها وليس من النظر إبقاؤه بعد فوتها، وهو لو كان حياً لأخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقوم غيره مقامه كأنه مات ولا وصي له، ولم يذكر ما إذا فعل القاضي ما ليس له، وعزل الوصي العدل المختار هل ينزل أم لا، وذكر ذلك قاضيخان في فتاواه حيث قال وصي الميت: إذا كان عدلاً كافياً فلا ينبغي للقاضي أن يعزله وإذا لم يكن عدلاً يعزله ولا ينصب وصياً آخر ولو كان عدلاً غير كافٍ لا يعزله، ولكن يضم إليه كافياً، ولو عزل ينزل.

وكذا لو عزل القاضي العدل الكافي ينزل كما ذكره الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده، وقال ابن الشحنة في شرح الوهبانية قلت: وفي وسيط المحيط أن القاضي يصير جائزاً آنماً. قال: وعند بعض المشائخ لا ينزل العدل الكافي بعزل القاضي لأنه مختار الميت، فيكون مقدماً على القاضي وعزا في القنية انزال العدل الكافي لخواهر زاده، وأن ظهير الدين المرغيناني استبعده لأنه مقدم على القاضي لأنه الميت وأن استاذه البديع قال: إذا كان هذا في وصي الميت فكيف وصي القاضي، ونحوه المبسوط والهداية انتهى، وفي جامع الفصولين الوصي من الميت لو عدلاً كافياً لا ينبغي للقاضي أن يعزله، فلو عزله هل ينزل أقوال الصحيح عندي أنه لا ينزل لأنه كالموصي، وهو أشفق بنفسه من القاضي، فكيف يعزله، وينبغي أن يفتي به لفساد قضاة الزمان كما في المنح فقد أفاد ترجيح عدم صحة العزل للوصي (وإن أوصى إلى اثنين لا ينفرد أحدهما) بالتصرف في مال الميت، وإن تصرف فيه فهو باطل، وهذا عند

قادرأ أميناً لا يخرج) لأنه مختار الميت (وإن شكى إليه الورثة أو بعضهم) منه (ما لم تظهر منه خيانة) حقيقة فيضم إليه أو يشتهبه أو يستبدل غيره ففي الخانية إذا اتهم القاضي الوصي أخرجه عند أبي يوسف وعليه الفتوى. (قلت): وفي المنح عن البحر عن الفصولين، والفتوى على عدم صحة عزل العدل الكافي لأنه مختار الميت فيكون مقدماً على القاضي (وإن أوصى إلى اثنين) بعقد واحد أو بعقدين (لا

بشراء كفن وتجهيز وخصومة وقضاء دين وطلبه وشراء حاجة الطفل وقبول الهبة له ورد وديعة معينة، وتنفيذ وصية معينة وإعتاق عبد معين، ورد مغصوب، أو مشري شراءً فاسداً، وجمع أموال ضائعة وحفظ المال، وبيع ما يخاف تلفه. وعند أبي يوسف يجوز الإنفراد مطلقاً. فإن مات أحد الوصيين أقام القاضي غيره مقامه إن لم يوص إلى آخر،

الطرفين. وقال أبو يوسف: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف، ولو أوصى إلى رجلين، ثم أن أحدهما تصرف في المال غير الأشياء المعدودة، ثم أجاز صاحبه فإنه يجوز، ولا يحتاج إلى تجديد العقد.

كذا في الجوهرة، ثم إن ما ذكره في الجوهرة من الأشياء المعدودة التي يجوز لأحد الوصيين الإنفراد بالتصرف فيها ما استثناه بقوله (إلا بشراء كفن وتجهيز) فإنه لا يبني على الولاية وربما يكون أحدهما غائباً ففي اشتراط إجتماعهما فساد الميت ألا يرى أنه لو فعله عند الضرورة جيرانه جاز (وخصومة) في حقوقه لأنهما لا يجتمعان عليها عادة، ولو اجتمعا لا يتكلم إلا أحدهما غالباً على أنهما لو تكلمتا حال الخصومة معاً ربما لم يفهم القاضي دعواتهما لاختلاط كلام أحدهما بالآخر، ولهذا ينفرد بهما أحد الوكيلين أيضاً (وقضاء دين) كان على الميت (وطلبه) أي الدين الذي له على الغير (وشراء حاجة الطفل) لأن في تأخيره خوف لحوق الضرر به كخوف الهلاك من الجوع والعري (وقبول الهبة له) أي للطفل فإنه ليس من باب الولاية، ولهذا تملكه الأم، وكل من هو في يده (ورد وديعة معينة، وتنفيذ وصية معينة وإعتاق عبد معين) لعدم الاحتياج إلى الرأي في ذلك كله بخلاف ما إذا لم تكن المذكورات معينة فربما احتج فيها إلى الرأي، فلا ينفرد أحدهما بذلك دون الآخر (ورد مغصوب) فيجوز لأحد الوصيين الإنفراد برده دون الآخر، ولم يقيدوا المغصوب بكونه معيناً، ولم يبينوا السر في إطلاقه عن التقييد ووجهه غير ظاهر فتأمر (أو مشري شراءً فاسداً) فلكل واحد منهما أن ينفرد برده لما تقدم من عدم الاحتياج إلى الرأي (وجمع أموال ضائعة وحفظ المال) لأن في التأخير إلى إجتماعهما خوف الفوات (وبيع ما يخاف تلفه) إذ يسرع إليه الفساد، ففي التأخير إلى الاجتماع ضرر بين هذا عند الطرفين (وعند أبي يوسف يجوز الإنفراد) كل واحد منهما (مطلقاً) ولا يختص الإنفراد بالأشياء المعدودة لأن الإيصاء من باب الولاية، والولاية إذا ثبت لاثنين شرعاً ثبت لكل واحد كاملاً على الإنفراد كالأخوين في ولاية الإنكاح.

ينفرد أحدهما) بالقيام بها (إلا بشراء كفن وتجهيز) عطف عام على خاص (وخصومة) في حقوقه (وقضاء دين) أي من جنس حقه وإلا فلا ينفرد (وطلبه وشراء حاجة الطفل وقبل الهبة له ورد وديعة معينة وتنفيذ وصية معينة وإعتاق عبد معين ورد مغصوب أو مشري شراءً فاسداً، وجمع أموال ضائعة وحفظ المال، وبيع ما يخاف تلفه) وقسمة كليي أو وزني قيل وبإجازة البيتيم، وتماهه في شرح الوهبانية، وهذا عند الطرفين (وعند أبي يوسف يجوز الإنفراد مطلقاً) ولو نص على الإنفراد والاجتماع اتبع بالإجماع

وإن أوصى إلى الحي جاز ويتصرف وحده، ووصى الوصي وصي في الترتين، وكذا إن

فكذا إذا ثبت شرطاً، وهذا لأنّ الولاية لا تحتمل التجزيء لأنّها عبارة عن القدرة الشرعية، والقدرة لا تتجزأ ولهما أنّ سبب هذه الولاية التفويض، فلا بد من مراعاة صفة التفويض، والموصي إنما فوض الولاية إليهما معاً، وهذا الشرط مقيد، فلم يثبت بدون ذلك الشرط فما رضي إلاّ برأي الاثنين ورأي الواحد لا يكون كراييهما بخلاف الأخوين في النكاح لأنّ السبب ثمة الأخوة، وهي قائمة بكل واحد منهما على الكمال والسبب هنا الإيضاء، وهو إليهما لا إلى كل واحد منهما، ولأنّ الإنكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبتة بإنكاحها من كفؤ خاطب يجب عليه. وهنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيراً في التصرف بخلاف الأشياء المعدودة لأنّها من باب الضرورة ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع، فلهذا قال: بجواز الإنفراد في الأشياء المعدودة دون غيرها، ثم قيل الخلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة وأما إذا أوصى إليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالإجماع ذكره الحلواني. قال أبو الليث: وهو الأصح وبه نأخذ، وقيل: الخلاف في الفصلين جميعاً ذكره الإسكاف، وقال في المبسوط: هو الأصح كما في التبيين (فإن مات أحد الوصيين أقام القاضي غيره مقامه إن لم يوص إلى آخر) أما عندهما فلا أنّ الباقي عاجزاً عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي إليه وصياً آخر نظراً للميت والورثة، وعند أبي يوسف الحي منهما، وإن كان يقدر على التصرف لكن الموصي قصد أن يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الوصي الميت (وإن أوصى) الوصي الذي مات (إلى الحي جاز) الإيضاء (ويتصرف) الحي (وحده) في ظاهر الرواية كما إذا أوصى إلى شخص آخر، ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر لأنّ رأي الميت يكون باقياً حكماً برأي من يخلفه. وروى الحسن عن الإمام أنّ الحي لا ينفرد بالتصرف لأنّ الموصي لم يرض بتصرفه وحده فلا يكون للوصي أن يرضى بما يعلم أنّ الموصي لم يرضه بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنّ المتوفي رضي برأي الاثنين وقد وجد (ووصي الوصي وصي في الترتين) أي إذا مات الوصي فأوصى إلى غيره فهو وقيل: لو بعدين ينفرد بالإجماع وصححه لكنّ الأصح أن الخلاف فيهما لأنّ ثبوت الوصية بعد الموت، وذا إنما يكون لهما معاً، (فإن مات أحد الوصيين أقام القاضي) الآخر مقامه أو (غيره مقامه) وجوباً اجماعاً أما عندهما فظاهر، وأما عند أبي يوسف فتحصيلاً لما قصد الموصي من إشراف كل منهما على الآخر لكن فيه إشعار بأنّه لو أشرف على وصي لم ينفرد أحدهما بلا خلاف مع أنّه على الخلاف، وعن أبي يوسف أنّ المشرف ينفرد دون الوصي كما في القهستاني عن الذخيرة. (قلت): وفي المجتبى جعل للوصي مشرفاً لم يتصرف بدونه، وقيل للمشرف أن يتصرف انتهى. وسيجيء عن الفصولين أن المتولى كالوصي، وقدمنا في الوقف عن فتاوى ابن نجيم أنّ الناظر حسبة أن ضم لخيانة لم يستقل الأصيل وإلاّ استقل فليتأمل، وهذا (إن لم يوص إلى) شخص (آخر) لأنّ رأيه باقٍ حكماً (وإن أوصى) الميت منهما (إلى الحي جاز ويتصرف وحده) على الظاهر (ووصي الوصي وصي في الترتين) خلافاً للشافعي (وكذا

أوصى إليه في أحدهما خلافاً لهما وتصح قسمة الوصي عن الورثة مع الموصي له، فلا يرجعون على الموصي له لو هلك حظهم في يد الوصي لا مقاسمته معهم عن الموصي

وصي في تركته، وتركه الميت الأول. وقال الشافعي: لا يكون وصياً في تركه الميت الأول لأن الميت فوض إليه التصرف، ولم يفوض له الإيضاء إلى غيره فلا يملكه، ولأنه رضي برأيه، ولم يرض برأي غيره، ولأن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيضاء إلى غيره كالجد ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي، ولهذا يقدم على الجد، ولو لم تنتقل إليه لما تقدم عليه فإذا انتقلت إليه الولاية ملك الإيضاء (وكذا إن أوصى) الوصي الميت (إليه) أي إلى آخر (في إحداهما) أي في إحدى التركتين يعني إذا أوصى إلى آخر في تركته يكون وصياً فيهما عند الإمام لأن تركته موصية تركته لأن له ولاية التصرف فيهما (خلافاً لهما) فإنهما قالا: يقتصر على تركته لأنه نص عليها، ثم إن قول المصنف في إحداهما يفيد عموم الوصية لتركته أو تركه موصيه لكن المذكور فيعامه الكتب أنه إذا أوصى في تركته فقط يكون وصياً فيهما، ولم يذكروا ما إذا أوصى في تركه موصيه. لكن قال المولى المعروف بأخي حلبي قول المصنف أو مال موصيه يشعر بعدم كونه وصياً فيهما على تقدير ذكر المال الموصي وحده بدون ذكر ماله، ولم نجد فيه رواية في المعتمرات بل الموجود فيها أنه إذا جعله وصياً في مال نفسه فقط أو مع مال موصيه أو قال: جعلته وصياً بغير قيد ففي جميع ذلك يصير وصياً في المالين، وما يشعره في المتن ليس واحداً منها انتهى.

(وتصح قسمة الوصي) نيابة (عن الورثة مع الموصي له) سواء كان الورثة غيباً أو صغاراً أي يجوز للموصي أن يقسم التركة بين الورثة الغيب أو الصغار وبين الموصي له بأن يأخذ حق الورثة ويسلم الباقي إلى الموصي له (فلا يرجعون) أي الورثة (على الموصي له لو هلك حظهم في يد الوصي) لأن الهلاك بعد تمام القسمة يكون على من وقع الهلاك في نصيبه (لا) تصح (مقاسمته) أي الوصي (معهم) أي الورثة نيابة (عن الموصي له) والفرق أن الوصي خليفة الميت، والوارث خليفة عن الميت أيضاً حتى يرد بالعيب، ويرد عليه به فصلح الوصي خصماً عن الوارث نيابة عنه لأن من كان خليفة لأحد كان خليفة لمن قام مقامه، فصار تصرفه كتصرفه إذا كان غائباً فصحت قسمة عليه. أما الموصي له، فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لأن للموصي له ملكاً جديداً، ولهذا لا يرد بالعيب، ولا يرد عليه، فلم يصلح الوصي خصماً عنه

.....
 إن أوصى إليه في إحداهما فقط يكون وصياً فيهما لأن تركه موصيه تركته أيضاً، وهذا عنده (خلافاً لهما) (و) اعلم أنه (تصح قسمة الوصي) نائباً (عن الورثة) الكبار الغيب أو الصغار (مع الموصي له) بالثلث (وحيثنذا) (فلا يرجعون) أي الورثة (على الموصي له لو هلك حظهم) أي الورثة وبخط الباقاني حظه، وهو سبق قلم (في يد الوصي) لصحة قسمة حيثنذا (لا) تصح (مقاسمته معهم عن الموصي له) الغائب أو

له، فيرجع عليهم بثلث ما بقي لو هلك حظه في يد الموصي، وصحت للقاضي لو قاسمهم عنه وأخذ قسطه، وفي الوصية بحجج لو قاسم الوصي الورثة فضاع عنده، يؤخذ للحجج ثلث ما بقي، وكذا لو دفعه لمن يحجج فضاع في يده. وعند أبي يوسف إن بقي من الثلث شيء أخذ وإلا فلا. وعند محمد لا يؤخذ شيء، ولو باع الوصي من التركة عبداً

عند غيبته، فلم يكن تصرفه كتصرفه إذا اكن غائباً فلم تصح القسمة عليه (فيرجع) الموصي له (عليهم) أي على الورثة (بثلث ما بقي لو هلك حظه في يد الموصي) لأن القسمة حيث لم تصح لم تنفذ عليه غير أن الوصي لا يضمن لأنه أمين فيه، وله ولاية الحفظ في التركة، فيكون له ثلث الباقي لأن الموصي له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة، ويبقى ما بقي على الشركة (وصحت) القسمة (للقاضي لو قاسمهم) نيابة (عنه) أي الموصي له (وأخذ قسطه) أي نصيب الموصي له الغائب لأن للقاضي ولاية على الغائب، فكانت قسمته كقسمة الغائب بنفسه، وإذا صحت القسمة من القاضي كان له أن يفرز نصيبه، ويقبضه فإن فعل ذلك، وهلك المقبوض في يده عن الغائب لم يكن للموصي له على الورثة سبيل ولا على القاضي (وفي الوصية بحجج لو قاسم الوصي الورثة فضاع عنده) أي الوصي (يؤخذ للحجج ثلث ما بقي) في يد الوصي يعني إذا أوصى الميت بحجج فقاسم له الوصي مع الورثة وأخذ المال الموصى به فضاع في يده أحج عن الميت بثلث ما بقي من التركة (وكذا لو دفعه) أي دفع الوصي المال الموصى به (لمن يحجج فضاع في يده) أي المدفوع إليه واللام في لمن بمعنى إلى يؤخذ للحجج ثلث ما بقي من التركة لأن القسمة لا تزداد لذاتها بل لمقصودها، وهو تأدية الحج، فصار كما إذا هلك قبل القسمة فحج بثلث ما بقي، وهذا عند الإمام (وعند أبي يوسف إن بقي من الثلث شيء أخذ وإلا فلا) لأن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها (وعند محمد لا يؤخذ شيء) لأن القسمة حق الوصي ألا يرى أنه لو أفرز الموصي نفسه مالا ليحج عنه به فهلك المال بطلت الوصية.

وكذا إذا أفرزه الوصي الذي قام مقامه (ولو باع الوصي من التركة عبداً مع غيبة الغرماء جاز) لأن الوصي قائم مقام الموصى ولو تولاه الموصي بنفسه حال حياته جاز بيعه، وإن كان مريضاً مرض الموت بغير محضر من الغرماء.

.....
الحاضر بلا إذنه لأنه ليس بخصم عنه وحينئذ (فيرجع) الموصي له (عليهم بثلث ما بقي لو هلك حظه في يد الموصي) لأنه كالشريك، ولا يضمن الموصي لأنه أمين (وصحت) القسمة (للقاضي) بالنظر العام (لو قاسمهم عنه وأخذ قسطه) فلا شيء له لو هلك في يد القاضي أو أمينه، وهذا في المكيل والموزون بخلاف غيرهما كما في التنوير (وفي الوصية بحجج) عن الميت (لو قاسم الوصي الورثة فضاع عنده) أي الوصي (يؤخذ للحجج ثلث ما بقي، وكذا لو دفعه) الوصي (لمن يحجج فضاع في يده) وهذا عنده (وعند أبي يوسف إن بقي من الثلث شيء أخذ وإلا فلا وعند محمد لا يؤخذ شيء)، ولو أفرز الميت عن ماله

مع غيبة الغرماء جاز. وإن أوصى ببيع شيء من التركة والتصدق به فباعه وصيه، وقبض ثمنه فضاع في يده واستحق المبيع ضمنه، ورجع به في التركة. ولو قسم الوصي التركة فأصاب الصغير شيء فقبضه وباعه، وقبض ثمنه فضاع واستحق ذلك الشيء رجوع في مال الصغير والصغير على بقية الورثة بحصته، ولا يصح بيع الوصي ولا شراؤه لا بما

فكذا الوصي لأنه قائم مقامه، وذلك لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة، والبيع لا يطل المالية لفواتها إلى خلف، وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له في التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لأن للغرماء حق الاستسعاء بخلاف ما نحن فيه (وإن أوصى ببيع شيء من التركة والتصدق به) على المساكين (فباعه وصيه، وقبض ثمنه فضاع في يده واستحق المبيع ضمنه) أي ضمن الوصي الثمن للمشتري لأنه عاقد التزم للعهد بالعقد على نفسه، وهذه عهدة لأن المشتري منه لم يرض بدفع الثمن أن يسلم له المبيع، ولم يسلم فقد أخذ الوصي مال الغير برضاه، فيجب عليه رده (ورجع) الوصي (به) أي بما ضمن (في التركة) أي تركة الميت لأنه عامل للميت في تنفيذ وصيته فيرجع عليه كالوكيل، وكان الإمام يقول: لا يرجع لأنه ضمن بفعله، وهو القبض، فلا يرجع على غيره ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة، وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية لا لتنفيذها فأخذ حكم الوصية ومحلها الثلث، وجه الظاهر أنه إنما يرجع عليه لأنه صار مغروراً من جهة الميت فكان الضمان ديناً على الميت، ومحل قضاء الدين كل التركة بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع لأنه لا عهدة، وفي التزام العهدة على القاضي تعطيل القضاء لنفار الناس عن تقلد القضاء خوفاً عن لزوم الضمان، وفي تعطيله تعطيل مصالح الناس، وأمين القاضي سفير عنه كالرسول، ولا كذلك الوصي لأنه كالوكيل، فإن كانت التركة، قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء لأن البيع وقع للميت لا للورثة، وصار كسائر الديون التي تكون على الأموات المفاليس (ولو قسم الوصي التركة فأصاب) الوارث (الصغير شيء فقبضه) الوصي (وباعه، وقبض ثمنه فضاع واستحق ذلك الشيء) الذي باعه الوصي (رجع) الوصي (في مال الصغير) لأنه عامل له (و) رجع (الصغير على بقية الورثة بحصته) لبطلان القسمة باستحقاق ما أصابه (ولا يصح بيع الوصي ولا شراؤه لا

شيئاً للحج فضاع بعد موته لا يحج من الباقي بالإتفاق (ولو باع الوصي من التركة عبداً مع غيبة الغرماء) للغرماء (جاز) لتعلق حقهم بالمالية (وإن أوصى ببيع شيء من التركة والتصدق به فباعه وصيه وقبض ثمنه فضاع) ثمنه (في يده واستحق المبيع) بعد هلاك ثمنه (ضمنه) لأنه العاقد فالعهد عليه (ورجع) الوصي (به في التركة)، كلها، وقال محمد في الثلث: قلنا إنه مغرور، فكان ديناً لا وصية، وفي المنتقى أنه يرجع على من تصدق عليهم لأن غنمهم لهم فغرمه عليهم (ولو قسم الوصي التركة فأصاب الصغير شيء فقبضه، وباعه وقبض ثمنه فضاع) ثمنه (واستحق ذلك الشيء) المبيع (رجع) الوصي (في مال الصغير) لأنه عامل له (و) يرجع (الصغير على بقية الورثة بحصته) لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه (و) اعلم أنه (لا يصح بيع الوصي) مال الصغير (ولا شراؤه) من أجنبي (إلا بما يتغابن فيه) أي

يتغابن فيه، ويصححان من نفسه إن كان فيه نفع خلافاً لهما. وله دفع المال مضاربة وشركة وبضاعة، وقبول الحوالة على الإماء لا على الأعسر، ولا يجوز له ولا للأب الإقراض،

بما يتغابن) على صيغة المجهول (فيه) نائب الفاعل ليتغابن ولا يصح بما لا يتغابن في مثله لأن تصرفه مقيد بالنظر في حق الصغير، قال الله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتي هي أحسن﴾ [الأنعام: ١٥٢]، ولأنّ النظر في الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير لأنّ في اعتباره تعطيل مصالحه لعدم إمكان التحرز عنه، والصبي المأذون، والعبد المأذون، والمكاتب يصح بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند الإمام لأنّ تصرفهم بحكم المالكية إذ الإذن فك الحجر، أما الوصي فتصرفه بحكم النيابة الشرعية نظراً فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يجوز بالغبن الفاحش لأنّ العقد الذي فيه غبن فاحش بمنزلة الهبة من وجه، فلا يملكه من لا يملك الهبة (ويصححان) أي بيع الوصي وشراؤه (من نفسه إن كان فيه نفع) للصغير كما إذا باع الوصي متاعاً يساوي خمسة عشرة بعشرة من الصغير أو اشترى من متاع الصغير ما يساوي عشرة بخمسة عشر لنفسه صح (خلافاً لهما) قياساً على الوكيل، وللإمام ما تلونا من قوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتي هي أحسن﴾ [الأنعام: ١٥٢]، والتصرف المذكور داخل تحت الاستثناء، قال الزيلعي: أما إذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم، فلا يجوز على قول محمد، وأظهر الروايات عن أبي يوسف أنّه لا يجوز على كل حال، هذا في وصي الأب، وأما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لأنّه وكيله وللأب أن يشتري شيئاً من مال الصغير لنفسه إذا لم يكن فيه ضرراً على الصغير بأن كان بمثل القيمة أو بغبن يسير، وقال المتأخرون من أصحابنا: لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير إلاّ أن يكون على الميت دين أو يرغب المشتري بضعف قيمته أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن. قال الصدر الشهيد: وبه يفتي وزاد في الفوائد الزينية على ما نقل عن الزيلعي ثلاث مسائل نقلت عن الظهيرية أحدها إذا كان في التركة وصية مرسلة لا يمكن تنفيذها إلاّ منه، وفيما إذا كانت غلاته لا تزيد على مؤنته، وفيما إذا كان حانوتاً أو داراً يخشى عليه النقصان انتهى، وزاد في الخانية أخرى، وهي إذا كان العقار في يد متغلب، وخاف الوصي عليه فله بيعه انتهى (وله) أي للوصي (دفع المال) أي مال الصغير (مضاربة وشركة وبضاعة) لأنّه قائم مقام الأب وللأب هذه التصرفات.

بالغبن اليسير، لأنّ ولايته نظرية وهذا إذا تباع الوصي للصغير مع الأجنبي فلذا قال: (ويصححان من نفسه إن كان فيه نفع) ظاهر للصغير، وهي قدر النصف زيادة أو نقصاناً كما في المنح وغيره، وهذا عنده (خلافاً لهما) فقالا: لا تجوز مطلقاً وهذا في وصي الأب أما وصي القاضي، فلا يجوز من نفسه مطلقاً بلا خلاف لأنّه وكيله، وهذا كله في المنقول، أما العقار فسيجيء.

ذكره في المنية أنّه لو باع من نفسه ما يتسارع إليه الفساد ولا يجد من يشتريه جاز عند شرف الأئمة، ولم يجز عند غيره لكن له أن يبيعه من غيره بمثل القيمة ثم يشتريه لنفسه، (و) لوصي (له دفع المال مضاربة) لا أخذ ماله مضاربة على الظاهر (وشركة وبضاعة) ووديعة وعارية (وقبول الحوالة على

ويجوز للأب الإقراض لا للوصي ولا يتجر في مال الصغير ويجوز بيعه على الكبير الغائب غير العقار، ووصي الأب أحق بمال الصغير من جده، فإن لم يوص الأب فالجد كالأب.

فكذا للوصي (و) له (قبول الحوالة على الإملاء) من الملاءة، وهي القدرة على الأداء، والمفضل عليه المحيل المديون (لا على الأعسر) من المحيل المديون لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه، وهو أن يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين إذا مات الثاني مفلساً، ولا يرى الرجوع على الأول بخلاف ما إذا كان المحتال عليه أملاً وأقدر على أداء الدين من المديون الأول، فإنه يجوز لكونه خيراً لليتيم، وإن لم يكن خيراً لليتيم بأن كان الثاني أفلس من الأول، لا يجوز. بقي أنه إذا كان الثاني مثل الأول يساراً وإعساراً، هل يجوز أم لا، اختلف فيه المشائخ. قال بعضهم: يجوز، وقال بعضهم: لا يجوز (ولا يجوز له) أي للوصي (ولا للأب الإقراض) لأنه ليس فيه منفعة دنوية لليتيم ويحتمل التوى فكان الاحتياط في عدم الجواز (ويجوز للأب الإقراض) أي أخذ القرض من مال الصغير (لا للوصي) والفرق بينهما أن للأب أن يأخذ من مال الصبي بقدر حاجته، ولا كذلك للوصي (ولا يتجر) الوصي (في مال الصغير) لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة (ويجوز بيعه) أي بيع الوصي (على الكبير الغائب) إذا كان المبيع (غير العقار) لأن الأب يلي بيع ما سوى لعقار، ولا يليه.

فكذا وصيه لأنه يقوم مقامه، وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً، ولا الأب كما لا يملكه على الكبير الحاضر إلا أنه لما كان فيه 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، ولو كان دين باع العقار، ثم إن كان الدين مستغرقاً باع كله بالإجماع وإن لم يكن مستغرقاً باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة إلى أكثر من ذلك، وعند الإمام جاز له بيعه كله لأنه تعين حفظاً كالمنقول، والأصح أنه

الإملاء) من المديون (لا على الأعسر) وهذا إذا ثبت الدين بمدانة الميت فلو بمدانة الوصي احتال، وأن المديون أملاً كما في القهستاني عن الكرمانى (ولا يجوز له ولا للأب الإقراض) لأنه تبرع إلا أنه لا يعد خيانة، وللقاضي ذلك لقدرته على استخلاصه (ويجوز للأب الإقراض لا للوصي) في الأصح، وقيل: يملكه إن كان ملياً كما في الدرر (و) اعلم أن (وصي الميت كالأب) إلا في مسائل ذكر منها في الأشباه أحد عشر، وزدت عليها ثمانية عشر، كما في ذكرته في شرح التنوير، وذكر أن وصي القاضي كوصي الميت إلا في ثمانية، وأن القول للوصي بلا بينة إلا في اثني عشر مسألة فليراجع من رame ليلغ مرامه، (و) اعلم أنه (لا يتجر) الوصي (في مال الصغير) لنفسه خلافاً لما في القهستاني، عن العمادية، ولا في مال الكبير الغائب لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة، نعم يجوز أن يتجر لليتيم كما في الدرر والتنوير. (قلت) وينبغي أن يحمل عليه عبارة العمادية كحمل عبارة المصنف كالكنز على ما ذكر، وقد مر آنفاً دفعه مضاربة وغيرها فتنبه، (و) الوصي (يجوز بيعه) كل مال (على الكبير الغائب) أي

فصل

شهد الوصيان أنَّ الميت أوصى إلى زيد معهما لا تقبل إلا أن يدعيه زيد، وكذا لو

لا يملك لأنه نادر كما في التبيين (ووصي الأب أحق بمال الصغير من جده) لأنَّ بالإيضاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولاية الأب قائمة معنى فيقدم على الجد كالأب نفسه، وعند الشافعي: الجد أحق به حيث أقامه الشرع مقام الأب عند عدمه (فإن لم يوص الأب فالجد كالأب) أي إن لم يوص الأب إلى أحد فالجد أحق لأنه أشفق من الغير لقيامه مقام الأب في الإرث حتى يملك الإنكاح دون الوصي. أما وصي الأب فإنه مقدم عليه كما سبق بيانه.

فصل

وفي النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيه (شهد الوصيان أنَّ الميت أوصى إلى زيد معهما لا تقبل) شهادتهما لأنهما يجبران نفعاً بلا رضاه على مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً (غيره العقار) لأنه كالأب وهلاك العقار نادر، ولذا لا يباع وإن خيف هلاكه على الأصح كما في القهستاني والزيلعي، وأقره في المنع وغيرها. (قلت): لكن في الحواشي العزيمة عن الخانية أنه يباع لخوف هلاكه، وفي الأشباح لا يجوز للوصي بيع عقار اليتيم عند المتقدمين، وكذا عند المتأخرين إلا في مسائل فيبيعه من أجنبي لا من نفسه إذا رغب فيه المشتري بضعف قيمته أو لنفقة الصغير ودين الميت أو وصية مرسله لا نفاذ لها إلا منه، أو لكون غلته لا تزيد على مؤنته أو لكونه في يد متغلب، وعبرة المفتي أبي السعود أو لطمع ظالم طمعاً غالباً أو لخوف نقصانه، ويزاد خوف خرابه أو هلاكه على ما مر عن العزيمة فتأمله، ولو الكبير حاضراً لم يبع شيئاً، وعن الشيخين يبيع غير العقار إلا لدين فيبيع الكل، ولو كانوا صغاراً وكباراً معاً باع حصة الصغار كما مر، وأما الكبار فعلى هذا التفصيل وتاممه في الذخيرة. (قلت) وهذا لو باع وصياً لا من قبل أم أو أخ فإنهما لا يملكان بيع العقار مطلقاً ولا شراء غير طعام وكسوة، ولو البائع أباً فإن محموداً عند الناس أو مستور الحال يجوز، ذكره ابن الكمال، والمتبادر من كلامه أن لا يبيع عقاره بيعاً جائز الآن فيه إتلاف منافع وإليه ذهب كثير من أئمة سمرقند، وعن صاحب الهداية أنه يجوز لأنَّ فيه استيفاء ملكه مع دفع الحاجة كما في العمادية وإنما لم ينحصر التصرف في الوصي إشارة إلى جواز تصرف غيره كما إذا خاف من القاضي على ماله فإنه يجوز لو أحد من أهل السكة أن يتصرف فيه ضرورة استحساناً، وعليه الفتوى، ذكره القهستاني ونقل عن المنية أن يبيعه بالغبن الفاحش فاسد حتى يملكه المشتري بالقبض، انتهى. وفي المجتبى يملك الأب لا الجد عند عدم الوصي ما يملكه الوصي ولو أبرأ الوصي عن مال اليتيم، ولم يجب بعقده لم يصح، وضمن إلا في مسألة ما لو كاتب الوصي عبد اليتيم، ثم أبرأه من البدل لم يصح كما في الخانية والمتولي على الوقف كالوصي كما في جامع الفصولين (ووصي الأب أحق بمال الصغير من جده) عندنا (فإن لم يوص الأب فالجد كالأب) وقد حققناه في المأذون.

فصل

في شهادة الأوصياء (شهد الوصيان أنَّ الميت أوصى إلى زيد معهما لا تقبل) لإثباتهما لأنفسهما معيناً، وحينئذ فيضم القاضي لهما ثالثاً وجوباً لإقرارهما بآخر فيمتنع تصرفهما بدونهما كما تقرر (إلا أن

شهد ابنا الميت ولغت شهادة الوصيين بمال للصغير، وكذا للكبير في مال الميت وصحت له في غيره، وعندهما تصح للكبير في الوجهين، وشهادة الوصي على الميت جائزة لا له ولو بعد العزل وإن لم يخاصم ولو شهد رجلان لآخرين بدين ألف

لأنفسهما بإثبات المعين لهما فبطلت للتهمة، فإذا بطلت ضم القاضي إليهما ثالثاً، لأن في ضمن شهادتهما إقراراً منهما بأن الموصي ضم إليهما ثالثاً وإقرارهما حجة عليهما، فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الأوصياء الثلاث فللقاضي أن يضم ثالثاً.

فكذا هنا (إلاً أن يدعيه زيد) أي يدعي زيد أنه وصني معهما فحينئذ تقبل شهادتهما، وهذا استحسان والقياس أن لا تقبل كالأول، وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء فيما إذا مات ولم يترك وصياً وله ولاية ضم آخر إليهما، فكان هذا مثله في ضم مدعي الوصاية (وكذا) لا تقبل (لو شهد ابنا الميت) أن أباهما أوصى إلى زيد، وهو ينكر ذلك لجرهما بشهادتهما نفعاً وهو إما أن يكون معيناً لهما حافظاً للتركة فكانا متهمين، وشهادة المتهم غير مقبولة، ولو ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحساناً ووجهه ما ذكر في المسألة الأولى (ولغت) أي بطلت (شهادة الوصيين بمال للصغير) يعني لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال له على آخر، فلا تقبل شهادتهما سواء كان ذلك المال منتقلاً إليه من الميت أو من غيره للتهمة في شهادتهما (وكذا) تلغو شهادتهما (للكبير في مال) انتقل إليه من (الميت) للتهمة في شهادتهما لأنهما يثبتان لأنفسهما ولاية الحفظ عند غيبة الكبير، وبيع العقار فتبطل شهادتهما (وصحت) شهادتهما (له) أي للكبير وحده (في غيره) أي في غير مال انتقل إليه من الميت لأنه لا ولاية لهما حينئذ في ذلك المال، لأن الميت إنما أقامها مقامه في تركته لا في غيرها هذا عند الإمام (وعندهما تصح) شهادتهما (للكبير في الوجهين) أي في مال انتقل إليه سواء كان من الميت أو غيره لأنه لا تصرف لهما في حضرة الكبير فعريت شهادتهما عن التهمة، وللإمام ما بيناه آنفاً من التهمة عند غيبة الكبير، فكفت هذه التهمة لرد شهادتهما (وشهادة الوصي على الميت جائزة) لانتفاء التهمة في هذه الشهادة فتجوز عليه (لا له) أي للميت لما بينا من تحقق التهمة بإثباته لنفسه التصرف (ولو) كانت تلك الشهادة (بعد العزل) من الوصاية (وإن لم يخاصم) أي، وإن لم يكن الوصي خصماً في هذه الصورة بأن عزله القاضي ونصب غيره خصماً في هذه الدعوى

يدعيه زيد) أنه وصى معهما فتقبل استحساناً لأنهما أسقطا مؤنة التعيين عنه (وكذا لو شهد ابنا الميت) أن أباهما أوصى إلى بكر لا تقبل لما ذكرنا إلا أن يدعيه بكر فتقبل استحساناً بخلاف الوكالة (ولغت شهادة الوصيين بمال لك) وارث الـ (صغير) مطلقاً (وكذا للكبير في مال الميت وصحت) شهادتهما (له) في غيره) أي للكبير في غير مال الميت لانقطاع ولايتهما عنه فلا تهمة حينئذ (وعندهما تصح للكبير في الوجهين) كالصغير (وشهادة الوصي على الميت جائزة) لعدم التهمة (لا له) ولو بعد العزل وإن لم

على ميت والآخران لهما بمثله صحتنا خلافاً لأبي يوسف، ولو شهد كل فريق للآخر بوصية ألف لا تصح ولو شهد أحد الفريقين للآخر بوصية جارية والآخر له بوصية عبد صحت، وإن شهد الآخر له بوصية ثلث لا تصح.

لا احتمال للتهمة، بأن يكون جر لنفسه مغنماً زمان وصايته، فيشهد خوفاً من زواله (ولو شهد رجلا لآخرين بدين ألف يجوز أن يكون ألف مضافاً إليه، وأن يكون بدلاً من دين إذا قرىء منكراً، وعلى وجه الإضافة فهي بيانية (على ميت و) شهد (الآخران لهما) أي للشاهدين أو لين (بمثله) أي بمثل ذلك الدين، وهو ألف (صحتنا) أي الشهادتان من الطرفين عندهما (خلافاً لأبي يوسف) فإنها لا تصح شهادة واحد منهما عنده للتهمة لكون الشهادة من كل منهما مثبتة حق الشركة في ذلك المال الذي أثبتاه على الميت، ولهما أن الدين يجب في الذمة، وهي قابلة لحقوق شتى، فلا شركة. ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما لا يشاركه الآخر، وروي الحسن عن الإمام أنهم إذا جاؤوا معاً وشهدوا بالشهادة باطلة، وأما إذا شهد إثنان لاثنتين فقبلت شهادتهما، ثم بعد ذلك ادعى ذاك الشاهدان ديناً آخر على الميت فشهد لهما الغريمان الأولان تقبل. ووجه هذه الرواية أنهما إذا جاؤوا معاً كان شهادة كل فريق معاوضة للفريق الآخر، فتحققت التهمة بخلاف ما إذا كانت دعوى الفريق الآخر، وفي وقت آخر فإنه ثبت الحق للفريق الأول بلا تهمة، والثاني لا يزاحمه فصار كالأول في انتفاء التهمة (ولو شهد كل فريق للآخر بوصية ألف لا تصح) الشهادة من كل منهما لما بينا من التهمة في شهادة الألف الدين (ولو شهد أحد الفريقين للآخر بوصية جارية والآخر له) أي لذلك الفريق (بوصية عبد صحت) شهادة كل من الفريقين بالإتفاق لأنه لا شركة، فلا تهمة كذا قالوا لكن احتمال المعاوضة في الشهادة باقى كما في صورة الشهادة بالدين، أو الوصية بالألف تأمل (وإن شهد) الفريق (الآخر له) أي للفريق الأول (بوصية ثلث لا تصح) يعني إذا شهد الفريق الأول بوصية عبد للفريق الآخر، وشهد الفريق الآخر بوصية ثلث لا تصح شهادة كل واحد من الفريقين لما أن الشهادة في الصورة الأخرى أيضاً أثبت المشاركة بين الفريقين بخلاف وصية العبد والجارية والله أعلم.

يخاصم للتهمة (ولو شهد رجلا لآخرين بدين ألف على الميت، والآخران لهما بمثله صحتنا خلافاً لأبي يوسف) فعنده لا تقبل في الدين أيضاً، (ولو شهد كل فريق للآخر بوصية ألف لا تصح) لأن في هذه الشهادة إثبات الشركة والتهمة (ولو شهد أحد الفريقين للآخر بوصية جارية، والآخر له بوصية عبد صحت) اتفاقاً لعدم التهمة (وإن شهد الآخر له بوصية ثلث لا تصح) لإثباتها الشركة وقد حققناه في الشهادات.