

بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالْخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى وَالثَّمَرَةِ

(صحت الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبداً) ويكون محبوساً على ملك الميت في حق المنفعة كما في الوقف كما بسط في الدرر (وبغلتهما، فإن خرجت الرقبة من الثلث سلمت إليه) أي إلى الموصى له (لها) أي لأجل الوصية (وإلا) تخرج من الثلث (تقسم الدار ثلاثاً) أي في مسألة الوصية بالسكنى، أما الوصية بالغلة فلا تقسم

بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالْخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى وَالثَّمَرَةِ

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع، لأنها بعد الأعيان وجوداً فأخرها عنها وضعاً. عناية. قوله: (صحت الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) أي لمعين. قال المقدسي: ولو أوصى بغلة داره أو عبده في المساكن جاز، وبالسكنى والخدمة لا يجوز إلا لمعلوم، لأن الغلة عين مال يتصدق به والخدمة والسكنى لا يتصدق بها بل تعار العين لأجلها، والإعارة لا تكون إلا لمعلوم. وقيل ينبغي أن يجوز على قياس من يميز الوقف وتمام الفرق في البدائع ا هـ. سائحاني. قوله: (مدة معلومة وأبداً) وإن أطلق فعلى الأبد، وإن أوصى بسنين فعلى ثلاث، وكذا الوصية بغلة العبد والدار. اهـ مسكين. قوله: (كما في الوقف) فإن الموقوف عليه يستوفي منافع الوقف على حكم ملك الواقف. قوله: (وبغلتهما) أي العبد والدار، وسيذكر الشارح معنى الغلة. قوله: (فإن خرجت الرقبة من الثلث) أي رقبة العبد والدار في الوصية بالخدمة والسكنى والغلة، وقيد بالرقبة لما في الكفاية أنه ينظر إلى الأعيان التي أوصى فيها، فإن كان رقبها مقدار الثلث جاز، ولا تعتبر قيمة الخدمة والثمرة والغلة والسكنى لأن المقصود من الأعيان منافعها، فإذا صارت المنافع مستحقة وبقيت العين على ملك الوارث صارت بمنزلة العين التي لا منفعة لها، فلذا تعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بها ا هـ.

أقول: ولعل هذا هو المراد من قول الأشباه: إن التبرع بالمنافع نافذ من جميع المال. تأمل. قوله: (تقسم الدار أثلاثاً) زاد في الغرر: أو مهياة: أي من حيث الزمان، والأول أعدل لإمكان القسمة بالأجزاء للتسوية بينهما زماناً وذاتاً، وفي المهياة تقديم أحدهما زماناً ا هـ.

قال القهستاني: وهذا إذا كانت الدار تحتل القسمة، وإلا فالمهياة لا غير كما في الظهيرية. قوله: (فلا تقسم) أي الدار نفسها، أما الغلة فتقسم.

قال الإقناني: إذا أوصى بغلة عبده أو داره سنة ولا مال له غيره فله ثلث غلة تلك السنة لأنها عين مال يحتل القسمة ا هـ. فلو قاسمهم البستان فعل أحد النصيبين فقط

على الظاهر (وتهاياً العبد فيخدمهم أثلاثاً) هذا إذا لم يكن له مال غير العبد والدار، وإلا فخدمة العبد وقسمة الدار بقدر ثلث جميع المال كما أفاده صدر الشريعة (وليس للورثة بيع ما في أيديهم من ثلثها) على الظاهر لثبوت حقه في سكنى كلها بظهور مال آخر أو بخراب ما في يده فحيثئذ يزاحمهم في باقيها والبيع ينافيه فمنعوا عنه، وعن أبي يوسف: لهم ذلك.

(وليس للموصى له بالخدمة أو السكنى أو يؤجر العبد أو الدار) لأن المنفعة ليس بمال على أصلنا، فإذا ملكها بعوض كان مملكاً أكثر مما ملكه: يعنى وهو لا يجوز (ولا للمرضى له بالغلة استخدامه) أي العبد (أو سكنائها) أي الدار (في الأصح) ومثله الدار الموقوفة عليه، وعليه الفتوى. شرح الوهبانية.

اشتركوا فيها لبطلان القسمة. سائحاني عن المبسوط. قوله: (على الظاهر) أي ظاهر الرواية، إذ حقه في الغلة لا في عين الدار، وفي رواية عن الثاني: تقسم ليستغل ثلثها. شرنبلالية عن الكافي. قوله: (وتهاياً العبد) لأنه لا يمكن قسمته بالأجزاء. قوله: (فيخدمهم أثلاثاً) أي يخدم الورثة يومين والموصى له يوماً أبداً، إلا إن كانت مؤقتة بسنة مثلاً، فلو السنة غير معينة فإلى مضي ثلاث سنين، ولو معينة فإلى مضيها إن مات الموصى قبلها أو فيها ثم تسلم إلى الورثة لأن الموصى له استوفى حقه، وإن مات الموصى بعدها بطلت الوصية. منح ملخصاً. قوله: (هذا) أي قسمة الدار ومهاياة العبد أثلاثاً. قوله: (بقدر ثلث جميع المال) مثاله: إذا كان العبد نصف التركة يخدم الموصى له يومين والورثة يوماً، لأن ثلثي العبد ثلث التركة فصار الموصى به ثلثي العبد وثلث للورثة فيقسم كما ذكرناه، وعلى هذا الاعتبار تخرج بقية مسائله. اختيار. قوله: (لأن المنفعة ليست بمال النخ) أي وإنما صح للمالك أن يؤجر ببذل لأنه ملكها تبعاً للملك العين، والمستأجر إنما ملك أن يؤجر مع أنه لا يملك إلا المنفعة لأنه لما ملكها بعقد معاوضة كانت مالاً، بخلاف ملكها بعقد تبرع كما نحن فيه. سائحاني. قوله: (في الأصح) كذا في الملتقى والهداية وغيرهما، معللاً بأن الغلة دراهم أو دنائير وقد وجبت الوصية بها، وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة، لأنه لو ظهر دين يمكنهم أداءه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها هـ. قوله: (وعليه الفتوى) ذكره في الظهيرية حيث قال في الوصية: بغلة داره لرجل تؤجر ويدفع إليه غلاتها. فإن أراد السكنى بنفسه: قال الإسكاف: له ذلك، وقال أبو القاسم وأبو بكر بن سعيد: ليس له ذلك، وعليه الفتوى. والوصية أخت الوقف، فعلى هذا يكون الفتوى في الوقف على هذا، بل أولى لأنه لم ينقل فيه اختلاف المشايخ. هـ. قال العلامة عبد البر بن الشحنة بعد نقله: وهذا من حيث الرواية مسلم، أما من جهة الفقه فيظهر الفرق بما ذكره

لأن حقهم في المنفعة لا العين، وقد علمت الفرق بينهما.

(ولا يخرج) الموصى له (العبد) الموصى بخدمته (من الكوفة) مثلاً (إلا إذا كان ذلك مكانه) وأهله في موضع آخر (إن خرج من الثلث) وإلا فلا يخرج (إلا بإذن

المصنف: يعني ابن وهبان بأن الوصية إنما هي بالغلة والسكنى معدمة لها فيفوت مقصود الموصى، بخلاف الوقف عليه فإنه أعم من كون الانتفاع بالسكنى أو بالغلة فينبغي أن يجري الخلاف في الوقف من باب أولى اهـ. وحاصله النزاع مع صاحب الظهيرية في دعواه الأولوية.

قلت: فلو صرح الواقف بأنها للاستغلال فالأولوية ظاهرة. هذا، ولكن للعلامة الشرنبلالي رسالة حاصلها أنه لا خلاف في أنه لا يملك الاستغلال مستحق السكنى. واختلف في عكسه والراجع الجواز، فتأمل. ونبه على ذلك في شرحه على الوهبانية هنا وفي كتاب الوقف. قوله: (لأن حقهم في المنفعة لا العين) أي حق الموصى لهم والموقف عليهم، والمراد بالعين الغلة فإنها عين مال كما مر، لكن هذا التعليل يثبت خلاف المطلوب ويصلح تعليلاً لعكس هذه المسألة: أعني قوله «وليس للموصى له الخ» فالصواب أن يقول في بدل المنفعة لا فيها: لأن بينهما فرقاً في حق الورثة: أعني ما قدمناه عن الهداية، لكنه لم يعلم من كلامه هذا الفرق، اللهم إلا أن يراد بالمنفعة الاستغلال لا الخدمة والسكنى، وبالعين ذات العبد والدار والإشارة بقوله «وقد علمت الفرق بينهما» إلى ما قدمه من أن الموصى له بالغلة ليس له قسمة الدار: أي لأنه لا حق له في عينها، فلي تأمل. قوله: (ولا يخرج الخ).

قال في الهداية: وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة، إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله ليخدمه هناك إذا كان يخرج من الثلث، لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى، فإذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر، وإذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم اهـ.

وفي أبي السعود عن المقدسي: فلو خرج بأهله من بلد الموصى ولم يعلم الموصى ليس له إخراج العبد. قوله: (إلا إذا كان ذلك مكانه الخ) الإشارة على ظاهر عبارة المتن إلى المكان الذي يريد إخراجهم إليه، وبه صرح في المنح. وأما على حل الشارح بالإشارة إلى المخرج الذي هو الموصى له لا إلى الكوفة كما قال ح، لعدم ملائمة لقوله بعده «وأهله في موضع آخر» وعلى ما قلنا فاسم الإشارة اسم كان ومكانه مبتدأ وأهله معطوف عليه، وفي موضع آخر: خبر المبتدأ والجملة خبر كان، وفيه تغيير إعراب المتن ويقع له ذلك كثيراً. ويجوز إرجاع الإشارة إلى الكوفة والضمير في مكانه للعبد وفي أهله للموصى.

الورثة) لبقاء حقهم فيه (وبموته) أي الموصى له (في حياة الموصي بطلت) الوصية (وبعد موته يعود) العبد والدار (إلى الورثة) أي ورثة الموصي بحكم الملك، ولو أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقام الأول، ولهذا يمنع المريض من التبرع بأكثر من الثلث. كذا ذكره المصنف في الرهن.

ولو أوصى بهذا العبد لفلان وبخدمته لآخر وهو يخرج من الثلث صح. وتماه في الدرر. وفي الشرنبلالية: ونفقته إذا لم يطلق الخدمة على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة فيصير كالكبير، ونفقة الكبير على من له الخدمة، وإن أبى الإنفاق عليه رده إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير، فإن جنى الفلذاء على من له الخدمة، ولو أبى فداءه صاحب الرقبة أو دفعه وبطلت الوصية

وعبارة المواهب: ولا يسافر به إلا لبلده. قوله: (وبعد موته) أي الموصي وهو عطف على قوله «في حياة الموصي» أي وبموت الموصى له بعد موت الموصي يعود الخ. قوله: (يعود العبد والدار) أي خدمة العبد وسكنى الدار وغلتهما كما عبر الإيتقاني لأن ذلك هو الموصى به. تأمل. قوله: (بحكم الملك) أي ملك الموصي أو ورثته فلا يعود إلى ورثة الموصى له.

وعبارة الهداية: فإن مات الموصى له عاد إلى الورثة، لأن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه، ولو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير رضاه وذلك لا يجوز. قوله: (ولو أتلفه الورثة) أي أتلفوا العبد الموصي بخدمته. قوله: (ولهذا الخ) أي لأجل الغرامة عند الجناية منع مورثهم عن التبرع بأكثر من الثلث لثلاثهم غرامة كل المال لو لزمته فيه الوصية وجنوا عليها، وهذا تعليل عليل. سائحاني ورحمته. قوله: (صح) فإذا مات الموصى له بالخدمة يعود إلى الموصى له بالرقبة. قوله: (ونفقته إذا لم يطلق الخدمة الخ) أي لصغر وكذا لمرض. وتماه في الكفاية، لكن في الولوالجية: إذا مرض مرضاً يرجى برؤه فنفقته على صاحب الخدمة، وإن كان لا يرجى فعلى صاحب الرقبة. قوله: (ونفقة الكبير على من له الخدمة) لأنه إنما يتمكن من الاستخدام بالإنفاق عليه. عناية. قوله: (فإن جنى الفلذاء على من له الخدمة) وبعد موته ترجع به ورثته على من له الرقبة، لأنه ظهر أنه المنتفع بها وذلك كان مضطراً إليه، فإن أبى يباع فيه. إذ لولا الفداء لكان مستحقاً بالجناية. وللولوالجية. وتماه في الأشباه من القول في الملك. قوله: (وبطلت الوصية) أي في صورتها الفداء والدفع، وبيانه في السابع من الولوالجية.

تتمة لم يبين ما إذا أوصى بالغلة ولا غلة فيها، وبينه صاحب المبسوط فقال: لو

(وبشجرة بستانه فمات و) الحال أن فيه ثمرة له (هذه الثمرة) فقط (وإن زاد إبداله هذه الثمرة وما يستقبل كما) في الوصية (بغلة بستانه) فإن له هذا، وما يحدث ضم أبدأ أو لا (وإن لم يكن فيه) أي البستان والمسألة بحالها (ثمرة) حين الوصية (فهي) كالوصية (بالغلة) في تناولها الثمرة المدومة ما عاش الموصى له زيلعي.

أوصى بغلة نخلة أبدأ لرجل ولآخر بربقتها ولم تدرك ولم تحمل فالنفقة في سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة، لأن هذه النفقة نمو ملكه ولا ينتفع صاحب الغلة بذلك فليس عليه شيء من هذه النفقة، فإذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة لأن منفعة ذلك ترجع إليه فإن الثمرة بها تحصل، فإن حملت عاماً ثم أحالت فلم تحمل شيئاً فالنفقة على صاحب الغلة لأن منفعة ذلك ترجع لصاحب الغلة، فإن الأشجار التي من عاداتها أن تحمل في سنة ولا تحمل في سنة يكون ثمرها في السنة التي تحمل فيها أجود منه وأكبر إذا كانت تحمل كل عام، وهو نظير نفقة الموصي بخدمته فإنها على الموصى له بالخدمة بالليل والنهار جميعاً وإن كان هو ينام بالليل ولا يخدم، لأنه إذا استراح بالنوم ليلاً كان أقوى على الخدمة بالنهار، فإن لم يفعل فأنفق صاحب الرقبة عليه حتى يحمل فإنه يستوفي نفقته من ذلك لأنه كان محتاجاً إلى الإنفاق كي لا يتلف ملكه فلا يكون متبرعاً ولكنه يستوفي النفقة من الثمار وما يبقى من ذلك فهو لصاحب الغلة ا هـ. ط عن سري الدين. قوله: (فمات والحال الخ) أي مات الموصى في حال وجود ثمرة في البستان. قوله: (له هذه الثمرة) أي للموصى له إن خرج البستان من الثلث على ما قدمناه عن الكفاية. قوله: (ضم أبدأ أولاً) والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا يتناول المعدم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد، أما الغلة فتنتظم الموجود وما بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً. درر. قوله: (وإن لم يكن فيه ثمرة) محترز قوله فمات وفيه ثمرة. قوله: (والمسألة بحالها) يعني أوصى بشجرة بستانه بلا زيادة لفظ أبدأ فمات ولكن لم يكن فيه ثمرة. قوله: (حين الوصية) صوابه حين الموت كما يعلم من السابق واللاحق، وبه صرح الطوري. قوله: (زيلعي) قال: وإنما كان كذلك لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدم إلا مجازاً، فإذا كان فيه ثمرة عند الموت صار مستعملاً في حقيقته فلا يتناول المجاز، وإذا لم يكن فيه ثمر يتناول المجاز، ولا يجوز الجمع بينهما إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد تناولهما بعموم المجاز لا جمعاً بين الحقيقة والمجاز ا هـ.

تنبيه أوصى بغلة أرضه ولا شجر فيها ولا مال له غيرها تؤجر ويعطي صاحب الغلة ثلث الأجر، ولو فيها شجر يعطي ثلث ما يخرج منه. ولو اشترى الموصى له البستان من الورثة جاز وبطلت الوصية، ولو تراضوا على شيء دفعوه إليه على أن يسلم الغلة جاز، وكذا الصلح عن سكنى الدار وخدمة العبد جائز وإن لم يجر بيع هذه الحقوق.

وفي العناية: السقي والحراج وما فيه إصلاح البستان على صاحب الغلة لأنه هو المنتفع به فصار كالتففة في فصل الخدمة.

تنبيه: الغلة كل ما يحصل من ريع الأرض وكرائها وأجرة الغلام ونحو ذلك. كذا في جامع اللغة.

قلت: وظاهره دخول ثمن الحور ونحوه في الغلة فيحتر (ويصوف غنمه وولدها ولبنها له ما) بقي (في وقت موته سواء قال أبداً أو لا) لأن المعدوم منها لا يستحق بشيء من العقود فكذا بالوصية بخلاف الثمرة بدليل صحة المساقاة.

(أوصى بجعل داره مسجداً ولم تخرج من الثلث، وأجازوا تجعل مسجداً) لزوال المانع بإجازتهم وإن لم يميزوا يجعل ثلثها مسجداً رعاية لجانب الوارث والوصية (ويظهر مركبه في سبيل الله بطلت) لأن وقف المتقول باطل عنده، فكذا

طوري. قوله: (وكرائها) الكراء الأجرة، وهو في الأصل مصدر كاري ومنه المكاري بتخفيف الياء. مغرب. قوله: (كذا في جامع اللغة) وكذا في المغرب أيضاً. قوله: (وظاهره دخول ثمن الحور ونحوه) أي مما لا ثمر له كالصفصاف والسرو، ثم الحور بمهملتين وهو نوع من الشجر، وأهل الشام يسمون الدلب حوراً وهو بفتحتين بدليل قول الراعي أنشده صاحب التكملة: كالجوز ينطق بالصفصاف والحور. مغرب. قوله: (فيحور).

أقول: التحرير فيه أنه يدخل نفس الحور لا ثمنه لأن الحور نفس الغلة الموصى بها إذ لا يقصد به إلا الخشب.

وفي الخانية: أوصى بغلة كرمه لإنسان، قال الفقيه أبو بكر: يدخل القوائم والأوراق والثمار والخطب فإنه لو دفع الكرم معاملة يكون كل هذه الأشياء كالثمر هـ. قوله: (وولدها) أي حملها. وللولولية. وعبارة الزيلعي وغيره: والولد في البطن. قوله: (له ما بقي) الأوضح «له ما وجد» قال في المنح: لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ هـ ط. قوله: (لأن المعدوم الخ) قال في الهداية: والفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم، إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة، فافتضى ذلك جوازها في الوصية بطريق الأولى لأن بابها أوسع، أما الولد المعدوم وأخته لا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً ولا تستحق بعقد ما أصلاً فكذا لا يدخل تحت الوصية، بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقه بعقد البيع تبعاً وبعقد الخلع مقصوداً، فكذا الوصية هـ. قوله: (ولم تخرج من الثلث) الأولى أن يقول: وليس له مال غيرها، لقوله بعد «وإن لم يميزوا يجعل ثلثها مسجداً» ط. قوله: (في سبيل الله) أي بلا

الوصية. وعندهما: يجوزان. درر. وقال المصنف: وفيه نظر لأن الوصية تصح حيث لا يصح الوقف في مواضع كثيرة، كالوصية بالغلة والصوف ونحو ذلك كما مر.

(أوصى بشيء للمسجد لم تجز الوصية) لأنه لا يملك، وجوزها محمد. قال المصنف: ويقول محمد أفتى مولانا صاحب البحر (إلا أن يقول) الموصي (ينفق عليه) فيجوز اتفاقاً.

(قال: أوصيت بثلثي لفلان أو فلان بطلت) عند أبي حنيفة لجهالة الموصى له. وعند أبي يوسف: لهما أن يصطلحا على أخذ الثلث. وعند محمد: يخير الورثة فأيهما شاؤوا أعطوا.

فَضْلٌ فِي وَصَايَا الذَّمِّ وَغَيْرِهِ

تعيين إنسان، أما لو أوصى بظهر دابته في سبيل الله، لإنسان بعينه فالوصية جائزة اتفاقاً اهـ. غرر الأفكار. قوله: (وعندهما يجوزان) أي وقف المنقول والوصية به، وظاهره أن هذه الوصية ليست وقفاً وليس كذلك.

قال في غرر الأفكار: جعل أبو يوسف ومحمد مركبة وقفاً يكون في يد الإمام فينفق عليه من بيت المال، إذ وقف الكراع والسلاح في سبيل الله جائز عندهما للأثار، وللإبل حكم الكراع اهـ. قوله: (وفيه نظر) أي فيما ذكر من تعليل البطلان.

أقول: وجوابه أنها ليست وصية حقيقية، إذ هي في معنى الوقف عنده، وبه صرح في غرر الأفكار، كالوصية بجعل داره مسجداً فإنها وقف في المعنى ووقف المنقول عنده لا يجوز، فكذا هذه؛ بخلاف الوصية بالغلة والصوف ونحوهما فإنها تملك من كل وجه وليست في معنى الوقف أصلاً؛ فتدبر. قوله: (لم تجز) كذا في الغرر، وعزاه في الشرنبلالية إلى الكافي، وقدمنا الكلام عليه عند قوله «أوصى بثلث ماله لبيت المقدس جاز» والله سبحانه وتعالى أعلم.

فَضْلٌ فِي وَصَايَا الذَّمِّ وَغَيْرِهِ

أي المستأمن وصاحب الهوى والمرتدة، وهذه الترجمة ساقطة في المنح. واعلم أن وصايا الذمي ثلاثة أقسام:

الأول جائز بالاتفاق، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم، كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو بأن تغزي الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين أو لا.

والثاني باطل بالاتفاق، وهو ما إذا أوصى بما ليس قربة عندنا وعندهم، كما إذا

(ذمي جعل داره بيعة أو كنيسة) أو بيت نار (في صحته فمات فهي ميراث) لأنه كوقف لم يسجل، وأما عندهما فلأنه معصية، وليس هو كالمسجد لأنهم يسكنون ويدفنون فيه موتاهم، حتى لو كان المسجد كذلك يورث قطعاً، قاله المصنف وغيره لأنه حيثئذ لم يصر محرراً خالصاً لله تعالى.

(وإن أوصى الذمي أن يبني داره بيعة أو كنيسة لمعينين فهو جائز من الثلث ويجعل تملكاً، وإن أوصى (بداره أن تبني كنيسة) أو بيعة (في القرى) فلو في المصر لم يجز اتفاقاً (لقوم غير مسمين صحت) عنده لا عندهما لما مر أنه معصية. وله أنهم يتركون وما يدينون فتصح

أوصى للمغنيات^(١) والنائحات، أو بما هو قرينة عندنا فقط كالحج وبناء المساجد للمسلمين، إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تملكاً.

والثالث مختلف فيه، وهو ما إذا أوصى بما هو قرينة عندهم فقط كبناء الكنيسة لغير معينين، فيجوز عنده لا عندهما، وإن لمعينين جاز إجماعاً.

وحاصله: أن وصيته لمعينين تجوز في الكل على أنه تملك لهم، وما ذكره من الجهة من إسراج المساجد ونحوه خرج على طريق المشورة لا الإلزام فيفعلون به ما شاؤوا لأنه ملكهم، والوصية إنما صحت باعتبار التملك لهم. زيلعي ملخصاً. قوله: (فهي ميراث) أي اتفاقاً، وإنما الاختلاف في التخريج. شرنبلالية. قوله: (لأنه كوقف لم يسجل) أي لم يحكم بلزومه، والمراد أنه يورث كالوقف المذكور، وليس المراد أنه إذا سجل لزم كالوقف. أفاده في الشرنبلالية. قوله: (وليس هو كالمسجد) ليس من تنمة قولهما بل من تنمة قوله جواب عن سؤال تقديره: إن هذا في حقهم كالمسجد في حقنا، والمسجد لا يباع ولا يورث فينبغي أن يكون هذا كذلك. قوله: (حتى لو كان المسجد كذلك) كما إذا جعل داره مسجداً وتحتته سرداب وفوقه بيت كما مر في كتاب الوقف. إيتقاني. قوله: (لمعينين) أي معلومين يحصى عددهم. معراج. قوله: (فهو جائز) أي اتفاقاً ولا يلزمهم جعلها كنيسة كما مر. قوله: (في القرى) المراد بالقرى ما ليس فيه شيء من شعائر الإسلام وإلا فكالمصار. ذكره القهستاني والبرجندي. در منتقى. قوله: (غير مسمين) بياء واحدة كمصطفين، وفي كثير من النسخ بياءين وهو تحريف، فإن الياء الأولى حذف بعد قلبها ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها. قوله: (لما مر أنه معصية) أي ولا يمكن جعله تملكاً لعدم تعيينهم، وهذا تعليل لنفي الصحة عندهما. قوله: (وله أنهم يتركون وما يدينون) فإن هذا قرينة في اعتقادهم، ولذا لو أوصى بما هو قرينة حقيقة معصية في

(١) في ط (قوله إذا أوصى للمغنيات الخ) الذي تقدم أن الوصية للفاسق صحيحة لكن مع الكراهية، لعل الصواب: أوصى بالفناء النياحة فإنه وصية بنفس المعصية.

(كوصية حربي مستأمن) لا وارث له هنا (بكل ماله لمسلم أو ذمي) كذا في الوقاية، ولا عبرة بمن ثمة لأنهم أموات في حقنا.

ولو أوصى بنصفه مثلاً نفذ ورد باقيه لورثته لا إرثاً، بل لأنه لا مستحق له في دارنا، وكذا لو أوصى لمستأمن مثله. ولو أعتق عبده عند الموت أو دبره نفذ من الكل لما قلنا. ولو أوصى له مسلم أو ذمي جاز على الأظهر. زيلعي. (وصاحب الهوى إذا كان لا يكفر فهو بمنزلة المسلم في الوصية) لأننا أمرنا ببناء الأحكام على ظاهر الإسلام (وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد) فتكون موقوفة عنده نافذة عندهما.

معتقدهم لا يجوز اعتباراً لاعتقادهم. والفرق له بين البناء والوصية أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، والوصية وضعت لإزالة الملك. هداية ملخصاً. قوله: (كوصية حربي مستأمن) قيد به لأن وصية الذمي تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه، وتجوز للذمي من غير ملته لا لحربي في دار الحرب اهـ. ملتيقى. قوله: (لا وارث له هنا) أي في دارنا، ومفهومه لو كان وارثه هنا لا تجوز بأكثر من الثلث.

وعبر الزيلعي وغيره عن هذا المفهوم بقيل فأفاد ضعفه، لكن جزم بما ذكره الشارح في الوقاية والإصلاح والملتقى، وأشار إليه في الهداية والجامع الصغير، فيفيد ذلك أنه المعتمد لأن المتون مقدمة على الشروح، وبه جزم الإيتقاني مستنداً إلى ما في شرح السرخسي، لأن حق وارثه هنا معتبر بسبب الأمان، ولو كان له وارث آخر ثمة شارك الحاضر ولم يكن للموصى له إلا الثلث اهـ. قوله: (كذا في الوقاية) كان ينبغي ذكره عقب قوله «لا وارث له هنا» ليشير به إلى مخالفة الزيلعي كما ذكرنا. قوله: (ولا عبرة بمن ثمة) أي بورثته الذين هناك: أي في دار الحرب، أي لا يراعي حقهم في إبطال الزائد على الثلث. قوله: (ورد باقيه لورثته) مراعاة لحقه: أي لا لحقهم، فمن حقه تسليم ماله إلى ورثته إذا فرغ من حاجته وتصرفه. إيتقاني. قوله: (لا إرثاً الخ) كذا في المنح أول الوصايا، وهو نفي لما يتوهم من قوله «لورثته» وبيان للفرق بين هذه المسألة والتي قبلها، فإنه هناك لم يرد ما زاد على الثلث إلى ورثته لأن له مستحقاً وهو الموصى له بالكل. قوله: (وكذا) أي تصح. قوله: (لما قلنا) من أنه لا عبرة بورثته ثمة الخ. قوله: (على الأظهر) مقابله ما عن الشيخين من عدم الجواز لأنهم في دارهم حكماً حتى يمكن من الرجوع إليها فصارت كالإرث. ووجه الأول أنها عملياً مبتدأ ولهذا تجوز للذمي والعبد بخلاف الإرث. زيلعي.

قوله: (وصاحب الهوى) قال السيد الجرجاني في تعريفاته: أهل الهوى أهل القبلة الذين لا يكون معتقدهم معتقد أهل السنة، وهم الجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة، وكل منهم اثنتا عشرة فرقة فصاروا اثنتين وسبعين. قوله: (إذا كان لا يكفر) أي به فحذف الجار لظهوره ط. قوله: (فتكون موقوفة) أي إن أسلم نفذت، وإن

شرح المجمع .

(والمرتد في الوصية كذمية) في الأصح لأنها لا تقتل (الوصية المطلقة) كقوله هذا القدر من مالي أو ثلث مالي وصية (لا تحل للغني) لأنها صدقة، وهي على الغني حرام (وإن عممت) كقوله يأكل منها الغني والفقير، لأن أكل الغني منها إنما يصح بطريق التملك، والتمليك إنما يصح لمعين والغني لا معين ولا يحصى .
(ولو خصت) الوصية (به) أي بالغني كقوله هذا القدر من مالي وصية لزيد وهو غني (أو لقوم) أغنياء (محصورين حلت لهم) لصحة تملكهم (وكذا) الحكم (في الوقف) كما حرره من لا خسر . وفي جامع الفصولين: المتولي على الوقف كالوصي .

مات على رده بطلت كسائر تصرفاته . قوله: (كلمية في الأصح) فتصح وصاياها . هداية . وقيل لا . قال صاحب الهداية في الزيادات: وهو الصحيح لأن الذميمة تقر على اعتقادها بخلاف المرتدة .

قال في العناية: والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه: أي صاحب الهداية، لأن الصحيح والأصح يصدقان ا هـ: أي كون أحدهما أصح لا ينافي كون الآخر صحيحاً، ورجح الزيلعي الأول . قوله: (الوصية المطلقة) أي التي لم يذكر غني ولا فقير فيها، والعام ما ذكرا فيها ط . قوله: (وهي على الغني حرام) ولا يمكن جعلها هبة له بعد موت الموصي، بخلاف الصدقة عليه حالاً فإنها تجعل هبة، لما قالوا: إن الصدقة على الغني هبة، والهبة للفقير صدقة ط . قوله: (وإن عممت) إن وصلية، وظاهره أن الوصية هنا صحيحة، بخلاف ما لو خصها بالأغنياء فقط، إذ لا يمكن جعلها تملكياً لأنهم لا يحصون، ولا صدقة لأن اللفظ لا ينبىء عن معنى الحاجة على ما قدمه عن الاختيار في باب الوصية للأقارب . قوله: (والغني لا معين) عبارة الدرر: لا يعين . قوله: (وكذا الحكم في الوقف) يعني أن الوقف المطلق يختص بالفقراء لا يحل للغني وإن عمم الواقف، وإذا خصه بغني معين أو بقوم محصورين أغنياء حل لهم ويملكون منافعه لا عينه .
درر .

ويشكل عليه ما صرحوا به من أن السقاية والمقبرة والرباط ونحو ذلك يجوز أن ينتفع بها الفقير والغني، لأن الواقف يقصد بها العموم، فإذا اكتفى بقصده العموم كيف يمتنع مع التنصيص عليه، فليحرر ا هـ رحمتي . قوله: (المتولي على الوقف كالوصي) أي في كثير من الأحكام، ولهذا قالوا: إن المتولي أخو الوصي، ومناسبة ذلك هنا ما ذكره من اتحاد حكم الوقف والوصية فيما مر، فقد قالوا أيضاً: إنهما أخوان وقالوا: الوقف يستقى

فروع: أوصى بثلث ماله للصلوات جاز للوصي صرفه للورثة لو محتاجين: يعني لغير قرابة الولاد ممن يجوز صرف الكفارة إليهم، بخلاف مطلق الوصية للمساكين فإنها تجوز لكل ورثته ولأحدهم: يعني لو محتاجين حاضرين بالغين راضين، فلو منهم صغير أو غائب أو حاضر غير راض لم يجز.

أوصى بكفارة صلواته لرجل معين لم تجز لغيره، به يفتى لفساد الزمان. أوصى لصلواته وثلث ماله ديون على المعسرين فتركها الوصي لهم عن الفدية لم تجزه ولا بد من القبض ثم التصديق عليهم. ولو أمر أن يتصدق بالثلث فمات فغصب غاصب ثلثها مثلاً واستهلكها فتركه صدقة عليه وهو معسر يجزيه لحصول قبضه بعد الموت، بخلاف الدين الكل من القنية.

وفي الجواهر: أوصى لرجل بعقار ومات فقسمت التركة والموصى له في البلد وقد علم بالقسمة ولم يطلب ثم بعد سنين ادعى تسمع، ولا تبطل بالتأخير إن لم

من الوصية، وقالوا: إنهما يستقيان من واد واحد. قوله: (يعني لغير قرابة الولاد) أي بغير الأصول والفروع، وهذا التقييد ذكره في القنية أخذاً مما قاله أبو القاسم: لو أوصى أن يعطي عن كفارة صلواته لولد ولده، وهو غير وارث فإنه يعطي كما أمر ولا يجزيه عن الكفارة. قوله: (ممن يجوز صرف الكفارة إليهم) بأن يكونوا مسلمين محتاجين ط. قوله: (ولأحدهم) أي ولا يشترط الجمع، لأن أُل الجنسية أبطلت معنى الجمعية ط. قوله: (فلو منهم صغير) الأولى زيادة أو غير محتاج لتتم المحترزات ط. قوله: (لم يجز) أي لأنه من قبيل الوصية للوارث فتحتاج إلى إجازة جميع الورثة، ولم توجد من الغائب وغير الراضي ولم تصح من الصغير، وهل هذه الشروط للقسم الثاني أو للقسمين: أي كفارة الصلاة والتبرع بحجر رحمتي. قوله: (أوصى بكفارة صلواته) نص على الكفارة، لأنه لو أوصى لمعين بوصية تعين دفعها إليه بلا خلاف ط. قوله: (لم تجز لغيره) أي لم يجز للقاضي والوصي الصرف إلى غيره. منح. قوله: (لفساد الزمان) وطمع القاضي وغيره. منح. فإنه ربما لا يصرفها إلى أحد إذا جوزنا له منعها عن عينه الميت لعدم من يطالبه بها. قوله: (أوصى لصلواته) أو صياماته. منح. قوله: (لم تجزه) وقيل تجزياً.

قال في القنية: قال أستاذنا: والأول أحب إليّ حتى توجد الرواية. قوله: (ثم التصديق عليهم) أي بنية الفدية وإلا لم يفعل المأمور به. تأمل. قوله: (ثلثها) أي ثلث التركة. قوله: (بخلاف الدين) أي في المسألة السابقة فإنه مقبوض قبل الموت.

بقي لو أوصى بكفارة صلواته والمسألة بحالها، هل يجزيه لحصول قبضه بعد الموت

يكن رد الوصية .

أوصى له بدار فباعها بعد موته قبل القبض صح لجواز التصرف في الموصى به قبل قبضه .

وقفت ضيعتها على ولدها وجعلت عم الولد متولياً وللولد أب فالتولي أولى من الأب .

شرى داراً وأوصى بها لرجل فأخذها الشفيع من يد الموصى له يؤخذ الثمن، ولو استحق الدار لا يرجع الموصى له على الورثة بشيء: لأنه ظهر أنه أوصى بمال الغير انتهى. والله أعلم.

بَابُ الْوَصِيِّ وَهُوَ الْمَوْصَى إِلَيْهِ

(أوصى إلى زيد) أي جعله وصياً (وقبل عنده صح، فإن رد عنده)

أو لا؟ يراجع. قوله: (فباعها) أي الموصى له بعد موته: أي الموصي. قوله: (لجواز التصرف الخ)؛ لأنه دليل القبول. قوله: (فالتولي أولى من الأب) إن ليس من قبيل وصي الأم حتى يتأخر عن الأب؛ لأن ولاية المتولي على الوقف لا على الولد. قوله: (يؤخذ الثمن) أي من تركة المشتري للموصى له ويرجع ورثة المشتري به على الشفيع كما في المنح. فرع أوصى بوصايا ثم قال والباقي للفقراء، فمات بعض من أوصى لهم يصرف ذلك إلى الفقراء، لأنهم لما ماتوا لم يجد الوصي نفاذاً فيهم فيبقى الباقي وذلك للفقراء. وللولوجية. والله أعلم.

بَابُ الْوَصِيِّ

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي [لما أن كتاب الوصايا يشملها^(١)] لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس. عناية.

واعلم أنه لا ينبغي للوصي أن يقبلها لأنها على خطر. وعن أبي يوسف: الدخول فيها أول مرة غلط، والثانية خيانة، والثالثة سرقة. وعن الحسن: لا يقدر الوصي أن يعدل ولو كان عمر بن الخطاب. وقال أبو مطيع: ما رأيت في مدة قضائي عشرين سنة من يعدل في مال ابن أخيه. قهستاني. ول بعضهم: [الكامل]

أَحَدٌ مِنَ الْوَوَائِبِ أَوْ بَعْدَ فَهْنٍ مِنَ الْحُثُوفِ
وَلَوْ الْوِكَالَةَ وَالْوِلَايَةَ وَالْوَصَايَةَ وَالْوُقُوفَ

قوله: (أوصى إلى زيد) ضمنه معنى فوّض فعدها بآلى، وقدمنا الكلام عليه أول الكتاب، ويصح هذا التفويض بكل لفظ يدل عليه.