

السفيه، والمجور، والأوصياء من قبل الأب والوصايا، والمواريث

الرشد: هو حفظ المال وحسن النظر فيه، واختلف هل من شرطه الصلاح في الدين أم لا؟ على قولين، فقال المدنيون من أصحاب مالك: الرشد هو صحة العقل، وصحة الدين، وتشمير المال، وحفظه، وقال ابن القاسم: إذا أثمر ماله وحاطه استوجب اسم الرشد، وإن كان غير مرضى الحال، وبذلك الحكم، وقال أصبغ: من حسن نظره في ماله وكان مظهراً بعض الصلاح فهو رشيد، وأما من ظاهره الفسق والفساد فلا، والمجور نوعان:

الأول: الابن، قال ابن رشد: وهو في ولاية أبيه ما دام صغيراً لا يجوز له فعل إلا بإذنه، ولا يجوز له هبة ولا صدقة ولا فعل معروف، وإن أذن له في ذلك فإذا بلغ الحلم فلا يخلو أمره من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون معلوم الرشد أو معلوم السنة أو مجهول الحال لا يعلم رشه من سفه، فأما إن كان معلوماً بالرشد فأفعاله كلها جائزة، وليس للأب أن يرد شيئاً منها، وقد خرج من الولاية ببلوغه مع ما ظهر من رشه، وأما إن كان معلوماً بالسفه فلا يخرج الاحتلام من ولايته وأفعاله كلها مردودة غير جائزة، وأما إن كان مجهول الحال فاختلف فيه على قولين:

أحدهما: أنه محمول على السفه حتى يظهر رشه، وهو نص رواية يحيى عن ابن القاسم، وظاهر سائر الروايات عنه، وعن مالك في «المدونة» وغيرها. والثاني: أنه محمول على الرشد حتى يثبت سفه وأنه يخرج بالاحتلام عن ولاية

أبيه، روى ذلك زياد عن مالك، وهو ظاهر ما وقع في أول النكاح من «المدونة»، ومن قوله: إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء، وتأول ابن رشد أنه أراد بنفسه لا بماله، واستحسن بعض الشيوخ أن لا يخرج من ولايته حتى يمر به بعد الاحتلام العام ونحوه، وإلى هذا ذهب ابن العطار في «وثائقه»، وحكى غيره من الموثقين أن تسفهه جائز وإن لم يعلم سفهه إذا كان قبل انقضاء عامين من بلوغه، فإن مات الأب وهو صغير وأوصى به إلى أحد أو قدم السلطان عليه فلا يخرج من الولاية حتى يخرجها منها الوصى أو السلطان، وأفعاله كلها مردودة، وإن علم رشده ما لم يطلق من الحجر ولوصى الأب إطلاقه، وهو مصدق فيما يذكر من حاله وإن لم يعرف ذلك إلا من قوله، وقيل: لا يجوز له إطلاقه إلا أن يعرف رشده، روى ذلك أصبغ عن ابن القاسم، وأما مقدم القاضى فلا يجوز له إطلاقه إلا بإذن القاضى، وقيل: إن إطلاقه جائز بغير إذن القاضى إذا عرف رشده، وقيل: إن لم يعرف رشده إلا بقوله، قال: وما تقدم من أن أفعاله كلها مردودة وإن علم رشده ما لم يطلق من ثقاف الحجر هو المشهور في المذهب المعمول به، وقيل: إن حاله مع الوصى كحاله مع الأب وأنه يخرج من ولايته إذا عرف رشده أو جهل حاله على الاختلاف المتقدم، وأما الأوصياء بسبب الأب فلا يكون أشد حالاً منهم، وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية عليه لا تعتبر بشيئها عليه إذا علم الرشد ولا سقوطها إذا علم السفه، وقد روى ذلك أيضاً ابن وهب عن مالك، وروى زونان أيضاً عن ابن القاسم أن من ثبتت عليه ولاية فلا تجوز أفعاله حتى يطلق منها وإن ظهر رشده مثل قول

مالك وكبار أصحابه، فإن لم يوص به الأب إلى أحد ولا قدم عليه السلطان ففى ذلك أربعة أقوال:

أحدها: قول مالك وأكثر أصحابه، أن أفعاله كلها بعد البلوغ جائزة نافذة رشيداً كان أو سفيهاً معلناً بالسفه أو غير معن متصل السفه من حين بلوغه أو لا من غير تفصيل فى ذلك، والثانى: قول مطرف وابن الماجشون أنه إن كان متصل السفه من حين بلوغه فلا يجوز شىء من أفعاله، وإن حدث به السفه بعد أن أونس منه الرشد فأفعاله جائزة عليه لازمة ما لم يكن بيعه بيع خديعة بينة مثل أن يبيع ثمن ألف دينار بمائة دينار وما أشبه ذلك، فلا يجوز ذلك عليه، ولا يتبع بالثمن إن أفسده من غير تفصيل بين أن يكون معلناً بالسفه أو غير معن، والثالث: قول أصبغ أنه إن كان معلناً بالسفه فأفعاله كلها غير جائزة من غير تفصيل بين أن يتصل سفهه أو لا يتصل، وذهب ابن القاسم إلى أنه ينظر فى حاله يوم بيعه وابتاعه، فإن كان رشيداً جازت أفعاله، وإن كان سفيهاً لم يجز منها شىء من غير تفصيل بين أن يتصل سفهه أو لا يتصل واتفق جميعهم على أن أفعاله جائزة لا يرد منها شىء إلا إن جهلت حاله ولم يعلم سفهه ولا رشده.

النوع الثانى من المحاجر، البنت البكر، قال ابن رشد: ولا اختلاف أيضاً بين أصحاب مالك أن أفعالها مردودة غير جائزة ما لم تبلغ المحيض، فإذا بلغت المحيض فلا يخلو أمرها من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون ذات ابن، والثاني: أن تكون يتيمة ذات وصى من قبل الأب أو السلطان، والثالث: أن تكون يتيمة لا وصى عليها من أب ولا سلطان، فأما ذات الأب فاختلف فيها على ستة أقوال:

أحدها: رواية زياد عن مالك أنها تخرج بالحيز من ولاية أبيها ومعنى ذلك عندي إذا علم رشدها أو جهل حالها، وأما إن علم سفهها فهي باقية في ولايته، والثاني: قول مالك في «الموطأ» و «المدونة» و «الواضحة» من رواية مطرف أنها لا تخرج من ولاية أبيها حتى تزوج ويدخل بها زوجها، ويعرف من حالها أن يشهد العدول على صلاح أمرها، فعلى قول مالك هذا إذا علم رشدها وظهر حسن حالها جازت أفعالها، وخرجت من ولاية أبيها، وإن كان ذلك يقرب بناء زوجها عليها إلا أن مالكا استحب في رواية مطرف أن يؤخر أمرها نحو العام وغيره من غير إيجاب وفيما قبل ذلك مردوده، والثالث: أنها في ولاية أبيها ما لم تنس أو يدخل بها زوجها ويعرف حالها كما تقدم، وإن دخل بها زوجها بعد التعنيس فهي محمولة على الرشد، ولا يؤثر دخول الزوج في الحكم الذي ثبت لها بالتعنيس، والرابع: أنها في ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها، وهو قول مطرف في «الواضحة»، وظاهر قول يحيى بن سعيد في «الواضحة» بل في «المدونة»، والخامس: أنها في ولاية أبيها حتى يمر عامان وهو قول ابن نافع في هبات «العنبية»، والسادس: أنها في ولاية أبيها حتى يمر بها سبعة أعوام، وهذا القول يعزى إلى ابن القاسم وبه جرى العمل عندنا، وقال ابن أبي زمنين: الذي أدركنا عليه الشيوخ أن تجوز أفعالها، وتخرج من الولاية إذا مضى لها في بيت زوجها من السنة الأعوام إلى السبعة ما لم يجدد الأب السفه عليها قبل ذلك،

فيكون حالها بعد ذلك محمولاً على الرشد حتى يعلم خلافه، واختلف في تجديد الأب السفه عليها قبل ذلك، فأفتى ابن زرب بأن ذلك جائز له، وإلى هذا ذهب ابن العطار في «وثائقه»، وكان أبو عمر الإشبيلي يذهب إلى أن ذلك لا يجوز عليها ولا يلزمها إلا أن يتضمن عقد التجديد للسفه معرفة شهادته لسفهها، وبه كان يفتى ابن القطان، وهو القياس على مذهب من حد لجواز أفعالها حداً، وكذلك اختلف الشيوخ المتأخرون إذا ولى عليها قبل أن تبلغ الحد المذكور لجواز أفعالها ثم مات بعد بلوغها هل تلزمها تلك الولاية أم لا؟ على قولين بخلاف إذا مات قبل بلوغها الحد المذكور فإن الولاية تلزمها بلا خلاف، قال بعض المتأخرين: وانظر إذا مات والدها قبل تمام السبعة الأعوام ولم يوص بها هل تملك نفسها إذ ذاك أو حتى تنقضى السبعة الأعوام؟ فيحتمل هذا ويحتمل هذا، وفي «مسائل ابن الحاج» إذا توفي الرجل عن بنت ناكح لم تخرج عن ولايته لقرب البناء عليها بكرة فيقدم القاضي عليها كما يقدم على الصغار، قال: ونزلت في بنت ابن الحداد فقدم عليها ابن رشد، وأما البكر اليتيمة ذات الوصي من قبل الأب أو السلطان فلا تخرج عن الولاية وإن تزوجت أو عنست أو ظهر رشدها إلا بالانطلاق من الولاية كما تقدم قبل هذا في المشهور والمعمول به في اليتيم المولى عليه، ولا اختلاف في ذلك، وحكهما في ذلك واحد، وأما البكر اليتيمة التي لا وصى لها من أب ولا سلطان فاختلف فيها على قولين:

أحدهما: أن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض وهو قول سحنون في «العتبية»، وقول غير ابن القاسم في «المدونة» ورواية زياد عن مالك، والثاني: أن أفعالها مردودة ما لم تعنس، وفي «المدونة» لمالك من رواية ابن القاسم أن أفعالها لا تجوز

حتى تعنس أو تتزوج، ويدخل بها زوجها وتقيم معه مدة تحمل فيها أمرها على الرشد قبل: أقصاها العام وهو قول ابن الماجشون، وإليه ذهب ابن العطار في «وثائقه»، وقيل: ثلاثة أعوام ونحوها، وقال ابن أبي زمنين: الذي أدركنا عليه الشيوخ أن لا تجوز أفعالها حتى يمر عليها في بيت زوجها الستان والثلاث، واختلفوا في حد التعنيس في هذه اليتيمة على أربعة أقوال:

أحدها: أنه ثلاثون سنة وهو قول ابن الماجشون، والثاني: أنه أقل من الثلاثين وهو قول ابن نافع، والثالث: أربعون، وهي رواية مطرف عن مالك وأصبغ وابن القاسم، والرابع: أنه من الخمسين وهي إلى الستين، رواية سحنون عن ابن القاسم، واختلف في حد تعنيس ذات الأب، فقيل: أربعون عاماً، وقيل: من الخمسين، واختلف في الذي يموت وصيه ولم يوص به إلى أحد ولا قدم عليه السلطان وصياً، فقيل: إنه إن كان ممن يحسن النظر لنفسه معروفاً بالرشد فأفعاله كلها جائزة، وإن كان معروفاً بالسفه فأفعاله كلها مردودة وهو قول ابن القاسم، والذي جرت به الفتوى، وعليه الشيوخ أن أفعاله كلها مردودة حكم من كان وصيه باقياً حتى يظهر رشده ويحكم بترشيده، وفي كتاب «الاستغناء» في الذي يموت أبوه بعد تحجيره أو وصية: أنه إذا باع واشترى وتصرف تصرف المالك لنفسه جاز فعله من وقت يشهد له بالرشد، وإن لم يشهد له به في وقت موت أبيه أو وصية ويمضي فعله وإن لم يشهد برشده فحاله على الولاية، وإن تركه الوصي في حياته يتصرف بالبيع والابتاع فهو على الاختيار منه حتى يخرج من ولايته، ويلزم المحجور البالغ حقوق الله تعالى أوجبها على العباد في البدن والمال كالحدود والقصاص والزكاة في المال ونحو ذلك، ويلزمه الطلاق والظهار

والأيمان، وكذلك يلزمه في ماله كل ما أفسد أو كسر أو تعدى فيه، ولا يلزمه عتق ولا شيء من المعروف، وإن أجاز ذلك الولي فإن فعل شيئاً من ذلك ولم يعلم به حتى مات فهل يرد أم لا؟ في ذلك قولان، وحكى ابن محرز عن إسماعيل القاضي: أن المولى عليه إذا تزوج بغير إذن وليه ولم يعلم به الولي حتى ترشد أن النكاح ثابت، قال: وكذلك وجدت لابن الماحشون في أصوله فيما باعه المولى عليه أو اشتراه أن رشده يحمي أفعاله، وذكر ابن رشد في «المقدمات» خلاف ذلك، وأنه يكون له الخيار بعد ملكه أمر نفسه، ولم يحك في ذلك خلافاً فانظره، وفي «النوادس»: قال مالك: وللبكر أن ترد ما صنعت قبل أن تصير إلى زوجها وإن ماتت قبل أن يرده وليها فلورثتها رده كما لو وليت نفسها ما لم تتركه قبل أن تلي نفسها بما يعلم أنه رضى، قال ابن حبيب: وهو قول مطرف وابن الماحشون أن لورثتها رده، وروى أصبغ عن ابن القاسم أنه صنع قد فات موضع النظر فيه بموتها، فلا كلام للورثة فيه لأنهم إنما يرثون ما كان للسفيه يوم مات، واختلف في هذا السفيه البالغ هل يزوجه الولي بغير إذنه كالصغير أم لا؟ على قولين، وكذلك اختلف هل يخالع عنه بغير إذنه أم لا؟ ففي «المدونة»: لا يخالع عنه إلا بإذنه، وروى عيسى عن ابن القاسم أنه يخالع عنه بغير إذنه كالصغير، وكذلك اختلف هل يجوز عفوّه كما وجب له من الجراح أم لا؟ على قولين، فذهب ابن القاسم أن عفوّه جائز عن كل ما ليس بمال، وقال مطرف وابن الماحشون: لا يجوز عفوّه عن شيء من ذلك بخلاف عفوّه عن دمه عمداً أو خطأ فإنه جائز باتفاق، ومن اشترى منه وهو يعلم أنه مولى عليه فهو كالغاصب يرد الغلة ويأخذ قيمة ما بناه نقضاً، وأما الصغير فلا يلزمه شيء من

الحقوق فيما بينه وبين الله تعالى والأحكام، ولا يترتب عليه ثواب ولا عقاب، ولا يجوز شيء من أفعاله كان معروفاً أو غيره إلا ما كان من ذلك سداداً أو خرج عن عوض فيجوز بإجازة الولي على المشهور، ولا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يأذن له في فعل المعروف في ماله ما أفسد أو كسر أو تعدى فيه، ووصى الأب يقوم مقام الأب في جميع أمور بنيه إلا في الإيجاب على النكاح في البكر الصغيرة ففيه قولان.

ويكتب في ذلك عقد: عهد فلان - وهو يشهد الله بالوحدانية ورسوله عليه الصلاة والسلام بالرسالة والتبليغ، وأن ما جاء به حق وصدق - وأوصى أنه متى حدث به الموت الذي لا بد منه ولا محيص لمخلوق حيّ عنه، فزوجه فلانة وصى على بنيه منها فلان وفلان وفلانة الصغار في حجره وولايته، وناظرة لهم تنظر الإيضاء التام المطلق العام دون إشراف عليها، ولا تعقب لأحد من خلق الله تعالى - ثقة منه بدينها ورضاً بأمانتها - فلتعمل في ذلك عمل من يعلم إن الله تعالى لا يخفى عليه شيء في الأرض ولا في السماء وهو السميع العليم، عهداً صحيحاً عرف قدره، وشهد على العاهد المذكور بذلك من أشهده به وهو بحال مرض في ثبات من ذهنه، وميزه جائر الفعل وعرفه، وفي تاريخ كذا.

بيان: ليس لهذا الوصي إنكاح البنت قبل البلوغ وجبرها إلا أن يجعل لها ذلك.

فيكتب فيه ما نصه: لها نكاح الأنثى قبل البلوغ وبعده من غير استثمار، فإذا جعل لها ذلك جاز بلا خلاف، قال ابن رشد: ولا تتعدى ولاية هذا الوصي

على ما سمي إلى غيره من قرابة الموصى في النكاح كان محجوره حياً أو ميتاً إذ لا ولاية له على واحدة منهن ولا اختلاف في هذا أعلمه غير ابن الهندي إن زوج واحدة منهن مضي، وهو بعيد إلا أن يطلق القول، فيقول: فلان وصى لا يزيد على ذلك، فإنه إذ ذاك يكون ولياً لكل من كان له الموصى ولياً من الأخوات ودين القربات، وهو مذهب ابن القاسم، وقيل: إنه لا يكون ولياً هن، وقيل: هو ولي إلا أن الولي أحق بالعقد منه ولو قال: وصى على بعض بناتي لكان ولياً لجميع بناته في النكاح، وإن كان مالكاً لأمرهن، قال: وأما إذا أرشد الولي محجوره فلا أذكر في ذلك نص رواية، والذي يوجب النظر أن ولايته في النكاح لا تسقط بتخليها إياها أمر نفسها من مالها لأنه قد حصل لها ولياً من أوليائها لإقامة الأب له مقام نفسه فوجب ألا تسقط ولايته إلا بما تسقط به ولاية الأب، وأما إنكاح الوصي بنات محجوره فالروايات بذلك منصوصة عن مالك، ومعناه في الأبكار والثيب اللاتي لم يملكن أمور أنفسهن، وقد كان بعض الشيوخ يقول: إنه لا يكون وصياً على ولد محجوره إلا بتقدم السلطان، فعلى هذا لا يزوج أحداً من بناته، وأما أمه فليس بولي لها، ولا خلاف أنه لا يصح له أن يزوجه فالوصى يزوج إماء محجوره بلا اختلاف وبناته المحجورات باختلاف ولا يزوج بناته بالمالكات لأنفسهن، ولا أخواته ولا مولياته، فإن فعل مضي على ما ذهب إليه ابن الهندي، وفي «مسائل ابن الحاج»: قال: اختلف الشيوخ في الرجل إذا كان وصياً على سفية فولد للسفية ولد هل للوصى أن ينظر على ابن السفية كما ينظر على أبيه أم لا؟ فذهب ابن زرب إلى أنه لا ينظر عليه، وخالفه ابن عتاب وابن القطان في ذلك، وقالوا: إنه ينظر عليه كما ينظر على

أبيه، قالوا: والقضاء عندنا بذلك، وقال فيها أيضاً: إذا أراد الوصى أن يتبرأ من الإيصاء إلى رجل آخر بعد أن لزمه فليس له ذلك إلا لعذر بين، وله فعل ذلك عند حضور موته لأنه من أبين العذر، وحكى الباجي في «وثائقه» أنه له أن يوكل غيره في حياته وبعد مماته، ولا يجوز ذلك لو كیل القاضي على النظر لليتيم أن يوكل بما جعل إليه أحداً غيره حتى أو مات، ولا أن يوصى به إلى أحد، وإذا قبل الوصى المعد فلا خروج له عنه إلا برضا الموصى إن كان حياً، ويجبره القاضي على النظر بعد موت الموصى، ولا يعزله إلا أن يكون له عذر، وقيل: له الرجوع في حياة الموصى بعد القبول فإذا أبي القبول بعد الموت فلا رجوع له بعد.

ويكتب في تجديد الأب الحجر على ابنه أو ابنته: عقد أشهد فلان على نفسه أنه جدد الحجر على ولده فلان الذي هو الابن في فور بلوغه أو ابنته فلانة التي هي الآن قرية عهد بالبناء عليها بكرأ، وألزمه ثقاف الولاية، ولم ييح له شيئاً من التصرفات كلها إلا أن يظهر من حاله ما يوجب ذلك إسهاداً صحيحاً عرف قدره وشهد على إسهاده بذلك في كذا من يعلم أن الابن المذكور الآن في فور بلوغه أو أن البنت قرية عهد بالبناء عليها بكرأ، وفي التاريخ، فإن مات الأب وأغفل التقدم على ابنه فإن القاضي ينظر في ذلك ويقدم عليه وصياً ينظر في ماله، ولا يجوز له أن يمهله.

ويكتب في ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه صغيراً يتيماً مهملاً لا وصى عليه من أب ولا مقدم من قاض، وأن أحق الناس وأولاهم بالتقدم عليه للنظر في ماله وقبضه وإحصائه والحيطه عليه وإجراء النفقة والمؤن منه عليه،

وعلى من يجب له ذلك بسببه بالمعروف قريبه فلان لثقتة وأمانته ودينه ومعرفته، ومن علم ذلك كله بحسبه، ويعرف من ذكر قيد على ذلك شهادته في كذا، فإذا ثبت هذا ثبت مال اليتيم في رسم تقع الشهادة به على لوصى ويستقر الرسم عند القاضى ثم يقدمه.

ويكتب فيه ما نصه: لما ثبت عند القاضى فلان رسم الاسترعاء بكذا وسئل منه النظر فيما ثبت لديه من ذلك، فاقضى نظره أن قدم للنظر في مال اليتيم فلان المذكور فيه وقبضه وضبطه والحيطه عليه، وإجراء النفقة والمؤن منه عليه، وعلى من يجب له ذلك بسببه بالمعروف فلان المذكور فيه لما ثبت لديه من أهليته لذلك تقديماً تاماً أقامه لديه مقام الوصى المفوض إليه الموثوق بما لديه، واستثنى عليه تفويت الأصل لو فعل ما يودى إلى ذلك إلا عن إذنه أو عن إذن من يجب له ذلك، وبمحضر المقدم وقبوله ذلك، وشهد على إشهاد القاضى بما فيه عنه بموضع نظره من كذا من أشهده المقدم بالقبول وفي كذا، وإذا قبل هذا التقديم فليس له أن ينحل عنه إلا لعذر، وكذلك إن مات القاضى الذى قدمه كان تقديمه باقياً لأنه حكم، ولا يسوغ لهذا المقدم من قبل القاضى أن يقدم غيره لا في حياته ولا بعد مماته، وهو في ذلك بخلاف وصى الأب، وكذلك يقدم القاضى على من فقد عقله بجنون أو غير ذلك، وعلى الشيخ إذا أنكر عقله، وعلى ذلك جمهور العلماء، ويقدم أيضاً على من ظهر سفهه، وإن كان كبيراً، قال ابن المواز عن ابن القاسم: وكذلك من انطلق من الولاية ثم ظهر منه سفهه فإنه يقدم عليه ثانية.

ويكتب في ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه سفيهاً في أحواله مبذراً لماله متلفاً له في غير وجوه البر ومصالحه ممن يستحق الضرب على يديه والتحجير عليه في ماله وإلزامه حكم الولاية، وهو متصل الحال على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت هذا العقد أعذر إليه.

ويكتب فيه ما نصه: أعذر إلى فلان المذكور في الرسم بكذا فيما ثبت في الرسم المذكور من حاله فاعترف أن لا مقال له في ذلك ولا مدفع بوجه، وأشهد بذلك في كذا، فإن ادعى مدفعاً أجله القاضي، فإن عجز حكم بتحجيره وقدم عليه كما يقدم على اليتيم ووجب أن يشهر حاله ويطاف به في المجالس حتى يتسامع الناس فيتحفظ من معاملته، ولا يجوز بعد ذلك شيء من أفعاله باتفاق، وأما أفعاله قبل ذلك فإن أفعاله فيه جائزة عند مالك وجميع أصحابه، واختار ذلك سحنون، قال: ولو كان مثل سفيه الأندلس الذي صح عنه أنه كان يسحق اللؤلؤ ويسقيه ندماءه، قال ابن القاسم: أفعاله غير جائزة من الوقت الذي حدوه لسفهه، وفرق أصبغ بن الفرج بين أن يكون معلناً بالسفه لا يصيب في شيء من أموره فلا تجوز أفعاله، وبين أن يكون يصيب في البعض دون البعض فتجوز أفعاله، وقد تقدم ذلك، وقال ابن القاسم في الرجل الصالح إذا كان لا يحسن النظر في ماله أنه يولي عليه، قال: وشارب الخمر إذا كان يحرز ماله فلا يولي عليه، وينبغي أن يكثر من الشهود في الترشيح والتسفيه حتى تكون شهادة استفاضة ولا يجتزى في ذلك بائنين، وإن كانا عدلين، قال ابن رشد: ولا يستفسر الشهود من أين علموا السفه إذا كانوا عالمين بوجوه الشهادة، وإن كانوا من أهل البله والغفلة فلا يقبلوا، ذكر ذلك في «أحكام ابن مزين»، قال

بعض المفتين: وإذا أُمي إلى القاضي محتسب أو غيره أن رجلاً يستحق الحجر إذ هو مبذر لماله مفسد لا يمنع نفسه لذمها، ولا يعد المال شيئاً وجب على القاضي أن يسمع منه، ويبيح له إقامة البيعة على ذلك، ذكر ذلك في «الاستغناء»، وإن كان للمحجور رقيق وماشية ودواب فمن حسن النظر له بيع ذلك، ويعوض بثمانها ما هو أغبط له، ويجبس له من الرقيق ما يصلح له جسده، وكذلك الدواب إن كان في حبسها فصل لتناجها، والبقرة والغنم إن كان في حبسها نظر وغبطة حبست، وإلا بيعت، وأما الأصول والرباع فلا يباع شيء منها على يتييم إلا عن حاجة أو ما يخشى تدمره، وللوصي أن يتجر بمال محجوره إذا كان يطلب بذلك تنمية المال وتصريفه مخافة أن تأكله الزكاة، قال ابن الحاج في «مسائله»: فإن فعل ذلك ولم يخاطر به في غرر بين فلا ضمان عليه، قال الشعباني: فإن تجر في موضع مخوف أو جاز برأ مخوفاً أو بحراً في هيجانه فهو ضامن، قال: والوصي في مال محجوره على ثلاثة أحوال:

أحدها: وصى حمل مال يتييمه على أمر ظاهر من السلامة فأصابه عطب فلا ضمان عليه، الثاني: ما باعه من المملوك وأخر به وحمله على ما الأغلب عليه السلامة فعطبت فلا ضمان عليه، الثالث: ما حملة على ما الأغلب عليه العطب والسلامة مرجوة فيه فعطب فهو ضمان، وكذلك من باع من مفلس أو مديان ذكر ذلك في «الاستغناء»، وفي «المدونة»: أنه لا بأس أن يستدين الوصي لليتييم فيما يحتاج إليه من إنفاق أو غيره، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢] انظر ذلك في كتاب الرهون، قال ابن الحاج في «مسائله»: وله أن يستفرض له على سبيل النظر ثم يرد من ماله كما

فعل رسول الله ﷺ حين استقرض على الصدقة ثم رد منها قال في «الاستغناء»، وإذا قال الوصي لمن لليتيم عليه دين قد أبرأتك مما لليتيم عليك لم يبرأ، ولا يكتب له براءة إلا بما قبض منه، وكذلك لو قال: هذا جميع ما لفلان عليك لم يصدق، وإن قال: برئت إلى بما عليك برئ الغريم وحوسب به الوصي، وقال ابن الحاج في «مسائله»: إقرار الوصي بدين على أيتامه على وجهين إن كان فيما ولى هو المعاملة فيه عليهم فهو عامل عليهم وهو كالإقرار على نفسه، وإن لم يكن فيما ولىه هو مثل أن يقر على تركه الميت أو شبه ذلك فإقراره كالشهادة منه، وكذلك الأب، فإن باع المولى عليه شيئاً وتصرف بغير علم الوصي فسخ فعله متى عثر عليه وللوصي إجازته إن كان سداداً، قال الأهرى: فإن رأى الوصي المولى عليه يبيع ويشترى وهو ساكت فليس عليه شيء يلزمه لذلك لأن الأصل لا يجوز بيعه ولا شراؤه، فمن باع منه أو ابتاع فقد ألتف ماله، وليس سكوت الوصي رضا بذلك لأن من عرف حاله ذلك وجب عليه الامتناع منه، وإن لم يعرف حاله وجب عليه البحث، وكذلك الصغير يبيع ويشترى بمحض أبيه، فإن ثبت أن الوصي سفيه نظر إلى المبيع، فإن كان وقت البيع ثمن قيمته جاز البيع وإلا صرف، ذكر ذلك في «الاستغناء»، ومنه أيضاً إذا أوصى الرجل بنيه لرجل ومات فقام رجل من قرابة بنيه أو غيرهم يريد الكشف عليه لم يكن له ذلك ولم يعرض له إلا أن يقوم بوجه يتبين للقاضي الكشف عليه مثل أن يكون لا مال له أو يكون عليه ديون ويخشى أن يغررها من مال اليتيم ولا يوجد له قضاء وما أشبه ذلك، فينظر القاضي حينئذ في ذلك، وكذلك إن كان وصياً من عند قاضٍ، قال أحمد بن نصر: لا يكشف عليه قريباً

كان القائم أو بعيداً إلا أن يستراب في نظره أو يخاف منه مثل أن يلحقه دين أكثر مما بيده ونحو ذلك، قال غيره: وهذا إذا كان أصل المال عنده معروفاً، فإن لم يكن معروفاً وجب تعريف قدر ما عنده، وكذلك الأب في ابنه الصغير، وسئل ابن رشد في رجل له ولي محجور وله مال وتصدق عليه بصدقات ونحل نحلاً، فطلب هذا الرجل من وصيه أو من الحاكم نسخ تلك العقود وقام في الكشف لو وصيه عما بيده من مال المحجور إذا زعم أنه وارثه وأن المال إن توفي هذا المحجور صار إليه، هل له في ذلك حجة أم لا؟ فقال: ليس لوارث اليتيم أن يستكشف وصيه عما له بيده من المال ويخاصمه في ذلك، ولا أن يأخذ منه نسخ عقود، وعلى الوصي أن يشهد ليتيمه بماله بيده فإن أبي من ذلك أخذه الحاكم ببيانه أى يوقف فيعين ما لليتيم عنده، وفي «مسائل ابن الحاج»: إذا أراد الرجل القيام بالحسبة على وصى إلى نظره أيتام بإيضاء أبيهم ليعرف مقدار ما تخلفه أبوهم عنده لهم، وليوقفه أيضاً على ما تركه المتوفى فله ذلك، وسواء كان الموقف ممن يرث الأيتام أولاً يرثهم، وإن أنكر الوصى بعد ما وقف عليه ولم تكن له بينة فعلية اليمين، ولا يؤخر اليمين، فإن كانت الوصى أم الأولاد دخله الاختلاف في تحليفها لهم، ويجوز الاحتساب للأيتام إذا لم يكن لهم وصى بخلاف إذا كان لهم، وللقاضى أن يفرض للوصى أجره على نظره إذا كان ذلك سداداً للأيتام، والقول قوله فيما يدعيه من النفقة للمحاجير، وفي دفعها إذا أشبهت مثل نفقتهم في حضانتهم كانوا أو في غير حضانتهم من غير بينة، قال أحمد بن نصر: وقوله مقبول في ذلك، وعلى الحاضن لهم أو عليهم أنفسهم البينة أنهم لم ينفق عليهم، وإلا فالقول قوله من غير يمين تلزمه في دعوى الأيتام في ذلك،

وللحاضن اليمين عليه في دعواه، وقال بعض المفتين: عليه اليمين إن أتم، وقال غيره: هو مصدق في الإنفاق على اليتيم، ولا يصدق فيما زعم أنه دفعه إلى الحاضن، إلا بالبينة أو تصدقه الحاضنة، قال ابن الحاج في «مسائله»: وإن احتاج الصبي إلى من يخدمه وهو في عمله الوصي فإن تجافى له الوصي عن ذلك فحسن وإلا فعلى الصبي من مؤنة الخادم على قدر مؤنة الصبي من مؤن الوصي ومن في داره، وفي كتاب «الاستغناء»: قال المشاور: إن كان اليتيم يستطيع الخدمة والعمل ويجد من يستأجره بنفقته وأجرته ليخدم فأبى عن العمل وله أصل لطيف يريده بيعه وأكله، فإنه يؤاجر في عمل يستطيعه على رغم أنفه وينفق عليه من أجرته، ويجبس له أصله، ولا يقبل قول الصبي أن يقول: قد أنفقت من ماله وهذا الباقي إلا أن يحاسب ما أشبهه وكان سداد فبذله وطلب بالباقي، وإذا تحقق الوصي رشد محجوره لزمه إطلاقه وأن يدفع إليه ماله، فإن لم تدفع لذلك ولم يدفع إليه ماله وتلف عنده فهو له ضامن سواء تلف ببينة أو بغير بينة لأنه متعد في حبس ماله ظالم.

ويكتب في ذلك: عقد لما أنس فلان الوصي على فلان بعهد أبيه الرشد من محجوره فلان المذكور وحسن نظره لنفسه ومعرفته بالبيع والشراء ووجوه التصرفات كلها رشده لرشده، وملكه أمر نفسه وماله، وألحقه بالمالكين أمورهم، ولم يبق له عليه سبيل حجر ولا ولاية، وبمحضر المرشد المذكور وقبوله لذلك، واعترافه أنه الطالب لذلك والراغب فيه، وشهد على الوصي والمرشد بما فيه عنهما في كذا، ويجوز لهذا الوصي الذي من قبل الأب إطلاق محجوره وإن لم يثبت رشده، وهو مصدق في ذلك، قال ابن رشد: وقد قيل: إن إطلاقه لا

يجوز حتى يعلم رشده وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم، وأما وصي القاضى فلا يجوز له إطلاق محجوره إلا بإذن القاضى وبعد ثبوت رشده، وقيل: إنه إذا أطلقه دون استئثار القاضى بعد وإن لم يعلم رشده كوصى الأب، والأول هو المعمول به.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه رشيداً فى أحواله ضابطاً لماله عارفاً بالبيع والشراء والأخذ والإعطاء، ووجوه التصرفات كلها ممن يجب أن يرشد لرشده ويمتلك أمر نفسه وماله ويرفع عنه حكم الحجر الذى لزمه لفلان الناظر عليه بعهد الأب وحاله متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت هذا أعذر إلى الوصى.

فيكتب فيه ما نصه: أعذر إلى الوصى فلان المذكور فى رسم الاسترعاء بكذا على الواجب، وأعذر فيه إلى الوصى فلان ولم يكن له فيه مدفع، وثبت ذلك لديه أو أجله وثبت عجزه، وسئل منه النظر فيما ثبت لديه من ذلك فاقتضى نظره أن أطلق يد المحجور فلان المذكور على ماله ورشده لرشده وألحقه بالمالكين أمورهم فيما لهم وعليهم، ورفع عنه حكم الحجر الذى قد كان لزمه لفلان، ولم يبق عليه سبيل حجر ولا ولاية لأحد، وبمحضر المرشد وقبوله ذلك واعترافه أنه الطالب لذلك والقائم به، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده به بموضع نظره من كذا بتاريخ كذا، وأشهد المرشد أيضاً لما فيه عنه وعرفه، وهو بحال صحة وجواز من الآن، وبمضمن الترشيد، وفى التاريخ.

بيان: جرى العمل بأن يستكثر من الشهود في الترشيح العدول وغيرهم ولا يجزى في ذلك شاهدان عدلان كسائر الحقوق، فإن لم يوافق الوصى على الترشيح وأتى بشاهدين عدلين يشهدان بأن اليتيم بحال سفه عمل بهما، وكانت شهادة السفه أعمل، وفي كتاب «الاستغناء»: قال المشاور: إذا تعارض الترشيح والتسفيه فإنه ينظر إلى أعدل البيتين ويقضى بهما، وهو أولى لأن السفه في المال ظاهر وليس كالتجريح، لأن التجريح إنما يكون بالفسق وهو غير ظاهر فلذلك يقضى بشهادة التجريح، فإن تكافأت الشهاداتتان سقطتا وكان على أصل السفه، وفي «مسائل ابن الحاج»: أفتى الفقيهان أبو محمد بن دحون وابن الشقاق في رجل أوصى إلى الوصى أنه إذا بلغ ابنه عشرين سنة أطلقه من الولاية أنه باق على حاله حتى يظهر رشده ويثبت ولا ينفعه شرطه، وأفتى أبو محمد الإشبيلي بأن شرط الأب نافع، وقضى بذلك القاضي أبو المطرف بن بشير، وسئل ابن رشد في رجل حجر عليه حاكم يبيع عقاره دون ما سوى ذلك من تصرفاته هل هذا حجر أم لا؟ فأجاب: تحجير الحاكم على الرجل يبيع عقاره دون ما سوى ذلك من تصرفاته خطأ من الحكام لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥]، نعم ولا يخص عقاراً من غيره، ومن الدليل على خطأ هذا الحاكم إذا أطلقه على التصرف فيما عدا بيع عقاره لزمه ما تداين به فوجب أن يباع عليه في ذلك عقاره، فمن ثبت سفهه ممن ليس في ولاية أو من لم يثبت رشده ممن هو في ولاية لم يصح أن يطلق يده على التصرف في ماله دون بيع عقاره إلا على وجه الاختبار فيكون لذلك وجه، فإن حكم القاضي على رجل ليس في ولاية بأن حجر عليه يبيع عقاره دون ما سوى ذلك من تصرفاته فباع

شيئاً من عقاره رد بيعه إلا أن يبيعه في دين لا وفاء له إلا أن يبيع عقاره، وإن حكم بذلك على رجل قد لزمته الولاية فباع شيئاً من عقاره رد بيعه إلا أن يكون باعه فيما يبيعه القاضى عليه لو لم يطلق يده لأن هذا سفيه لم يتحقق رشده، والآخر سفيه لم يتحقق سفهه، فبان الفرق بينهما، هذا الذى أراه في هذه المسألة على منهاج قول مالك، ويجوز للوصى أن يدفع إلى اليتيم بعض ماله ليتجر به على وجه الاختبار إذا رأى منه استقامة وخيراً، ويصح قبضه ذلك بالإشهاد.

ويكتب في ذلك: عقد أشهد فلان الناظر على اليتيم فلان بإيضاء أييه أو تقدم أن محجوره فلاناً رغب إليه أن يدفع إليه من ماله الذى له بيده ما يتجر به فأجابته إلى ذلك لما رآه من استقامته ورجاه له في ذلك من المصلحة، ودفع إليه كذا وكذا ديناراً من الذهب فقبضها منه ليتجر بها، ويختبر رشده في تصرفه وحسن نظره، وشهد عليهما بما فيه عنهما من عرفهما، وعان الدفع وقبض اليتيم العدة المذكورة ومصيرها بيده، وفى تاريخ كذا، فإن أتلّف هذا المال بيد اليتيم لم يضمن الوصى إلا أن يرى أنه ممن لا يصلح مثله للاختبار لشدة سفهه فيكون عليه الضمان، فلذلك ينبغي أن يزداد في العقد بمن يعرف أن اليتيم ممن يصح اختباره، وفي مديان «المدونة» التفرقة بين اليتيم إذا بلغ أو لم يبلغ، فقال: إذا لم يبلغ لم يجوز للوصى أن يدفع إليه ما لا يختبره به، وكذلك الأب، وقال ابن عبد الغفور: وقد أجاز ابن القاسم للأب والوصى أن يأذنا للوصى في التجارة إذا كان قوياً وكان ذلك نظراً له، وفي كتاب «الاستغناء»: إذا طلب اليتيم المال ليتجر به نظر، فإن كان ممن يدخل الأسواق ويعامل الناس وينكر على المغبون

دفع إليه ما يتجر به، فإن أخرجه من يده بغير ما يجب إخراجه استرجع منه، وقيز: يدفع إليه القليل ليختبر به، وإن لم يدخل الأسواق، فإن أنكر اليتيم أن يكون أعطاه مالا للتجر كان الوصى مصدقاً وحسب له ذلك مع نفقاته إذا علم أنه يتجر، وهى رواية ابن حبيب، وقد قيل: إنه لا يقبل قوله في ذلك إلا بالبينة كدفع المال إليه والنفقة إذا لم يكن في عياله، ولا يلزمه الدين إن أدان شيئاً، قال بعض الشيوخ: فإن أشهد الوصى أو الأب أن ما أدرك المختبر من دين ففى أموالهم أموال الصبيان جاز عليهما، ولزمهما ذلك بمنزلة ما لو وكلاه على شىء من أموالهما فأقراره فى ذلك وفعله جائز، قال: ويلزم الأب أو الوصى اليمين إن أنكر الصبى فى دعوى المدعى عليهما أنهما لم يطلعا على ذلك، ولا أقر عندهما به، ولا يجوز للقاضى أن يقدم على حرز الأصول خاصة، وتكون يد اليتيم مطلقة على الاستغلال والإنفاق على نفسه إذا لم يكن فيه إلا بمقدار نفقته ولا يفضل منها شىء، فإن زادت غلاته أو ورث ما لا غير ذلك قدم عليه القاضى ومنع اليتيم منه.

ويكتب فى ذلك: عقد أشهد القاضى فلان أنه ثبت عنده بمن قبل، وأجاز يتيم فلان، وأنه لا وصى عليه من أب ولا مقدم من قاض، وأنه ليس فى مستغل أملاكه وفائد ربه فضل عن نفقته وكسوته ومؤنه مع مؤن من تلزمه نفقته، فقدم فلاناً على أصوله تقدم احتراز لها خاصة، وأطلق يد اليتيم فلان على استغلالها، وصرف ذلك فى نفقته ومؤنه، وقبل ذلك فلان من تقديمه، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده المقدم بالقبول فى كذا، وليس لهذا المقدم أن ينظر فى شىء من أمور اليتيم سوى ما قدم عليه خاصة، فإن قدم على اليتيم

وصيان فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالنظر عن صاحبه إلا أن يشترط المقدم أن من عاقه منهما عائق انفرد بالنظر فيكون له ذلك عند العائق، فإن تنازعا في المال، فقال ابن القاسم: لا يقسم بينهما وهو ظاهر قول سحنون وأشهب ومحمد بن عبد الحكم، وقال علي بن زياد: إذا تشاحا في المال قسم بينهما، وإن ضاع عند أحدهما ما عقده فلا ضمان عليه، وحكى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنهما إذا اقتسماه ضمناه، وإن ضاع ما بيد أحدهما ضمنه صاحبه معه حين أسلم ذلك إليه، قال المشاور: وإن باع أحدهما مما عنده لم يجوز بيعه ويرده الآخر ويضمنه إن فات، قال بعضهم: والأحسن عند الاختلاف أن يجعله القاضى عند أمين، ويأمرهما جميعاً أن ينفذه في وجه من غير أن ينفرد به أحدهما، فإن تلف لم يضمن، وأما المشرف إذا كان على وصى فإنما يكون المال عند الوصى، قال أحمد بن نصر: وله إجراء النفقة والكسوة على محجوره، ولا يكون ذلك على المشرف، وغنما للمشرف النظر في البيع والشراء لا يكون إلا برأيه، فإن فعل ذلك بغير رأيه رده إذا لم يكن نظراً، وقال غيره: للمشرف أن يشرف على أفعال الوصى كلها من إجراء النفقة وغيرها ولا يتغلب في شيء إلا بمعرفته، فإن فعل شيئاً من ذلك بغير علمه مضى فعله إن كان سداداً وإلا رده المشرف، وإن أراد أن يرد السداد لم يكن له ذلك، ونظر السلطان فيه.

فصل الوصية

والوصية مستحبة، وقيل: واجبة وقال عبد الحق هي على ضربين واجبة ومستحبة، فإن كان عليه حق أو له فهي واجبة، وإن لم يكن عليه حق ولا له فهي مستحبة، وتجاوز في الصحة والمرض، ولا تجوز بأكثر من ثلث ماله ويستحب له أن ينقص منه.

ويكتب في ذلك: عقد عهد فلان وأوصى أنه متى حدث به حدث الموت الذى لا بد منه ولا محيص لمخلوق حتى عنه فيخرج الربع الواحد أو الثلث من جميع متخلفه الأصل وسواه، ويدفع لقربيه فلان يكون ماله ومتاعه أو يتصرف في وجوه كذا على وجه الوصية وستنها قاصداً بذلك وجه الله تعالى وجميل ثوابه عهداً صحيحاً عرف قدره وشهد على العاهد المذكور في كذا.

بيان: وتصح من السفیه والصغير المميز إذا عقل القربة، ومن الكافر، ولا تصح من العبد، وتصح له، ولا يفتقر إلى إذن السيد، وكذلك تصح لكل من يتصور تملكه فتجوز للحمل الظاهر والحمل يكون، فإن لم يستهل بطلت، وهى بكل شىء يمتلك، وتصح بالحمل والثمرة، ولا تجوز للوارث باتفاق لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا وصية لوارث»^(١)، فإن أجازها الورثة فهي جائزة عند جمهور العلماء لأن المنع من ذلك لحق الوارث، وقال أهل الظاهر: لا تجوز، وإن أجازها الورثة، لأن المنع من ذلك عبادة غير معقولة المعنى، وعلى ما ذهب إليه الجمهور هل تكون إجازتهم إمضاء أو عطية مبتدأة فتفتقر إلى حيازة؟ في ذلك

(1) أصل الحديث أخرجه البخارى في ((صحيحه)) كما أخرجه الترمذى ومالك.

قولان، فإن كان إذهم في صحة الموصى فلا تلزمهم باتفاق، وإن كان بعد موته فهو لازم لهم ولا رجوع لهم فيه بلا خلاف، وإن كان في مرض الموصى الذى مات منه، ففي ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه تلزمهم، والثاني: أنه لا تلزمهم، والثالث: وهو المشهور في المذهب أنه إن كانوا فى عيال الموصى أو ممن يناله رفته فلا تلزمهم ولهم الرجوع فيه، وإلا فهو لازم لهم، قال ابن القاسم عن مالك: وإنما يلزم إذن الوارث للمريض إذا كان بائناً عنه فأما زوجاته وبناته الأبيكار ومن فى عياله فلهم الرجوع بعد موته، قال ابن كنانة: ويلزم المعنسة، فقد تخاف من وجوه إن صح، وليس التى يسألها زوجها فتأذن له كالتى تبتدئه فينظر فى ذلك الإمام، قال أشهب: وليس كل زوجة لها أن ترجع رب زوجة لا تذهب معه فهذه لا ترجع، وكذلك ابن كبيرة غير سفيه فى عياله فلا رجوع له إذا كان لا يخدع، وقال ابن القاسم: لمثل هؤلاء أن يرجعوا إذا كانوا فى عياله، فإن صح الموصى من مرضه الذى وقع الإذن له فيه ثم مات فلا يلزمهم ذلك الإذن، وهو كما لو أذنوا له فى الصحة، فإن أذنوا له فى صحته عند خروجه إلى غزو أو سفر فمات فى سفره فذلك لازم لهم كما لو أذنوا له فى مرض الموت، قال مالك فى رواية ابن القاسم وابن عبد الحكم عنده، وخالف فى ذلك ابن وهب، فقال: لا يجوز، وصححه أصبغ، وفى «سماع ينجى» من «كتاب الوصايا»: سألت ابن القاسم عن الرجل يوصى بثلاث ماله لأم ولده وله منها أولاد، فقال: ذلك جائز، ويحمل من ذلك ما يحمل ولا ترد الوصايا بسوء الظن، قلت: فالمرأة توصى لأم ولد زوجها؟ فقال: أما الشئ التافه اليسير فهو جائز وإن كان كثيراً يرى إنما أرادت به المحابة لزوجها فهو

مردود لأن ما هو لأم الولد فهو للسيد إن أحب نزعه، وأما ما أوصت به لأبوى زوجها ولأخوته أو لبعض أخوانه المصافين له، وكل من يخشى أن تكون إنما أرادت به رد ذلك على زوجها غير الذى يتهم به لا يعرف ولا يظهر سبب يدل عليه إلا ظنا به فإنه ماض، ولا ترد وصيتها لسوء الظن، ولعل الذى أوصت له لا يريد أن يعطى الزوج من ذلك شيئا، وقال أصبغ مثله، وكذلك وصية الرجل لولد وأبوهم حتى وارث فهي جائزة، قيل لأصبغ: فهل على الموصى له يمين فى هذه المسائل كلها إن لم يكن ذلك توليحا من الميت إليه ليرده على وارثه؟ قال: لا يمين عليه، وهو مؤتمن، وسواء كانت وصيته لأجنى أو ذى قرابة لا يمين عليهم ولا يرد فعل الميت ذلك بالظنة والتهمة، قال ابن رشد: هذه المسائل كلها بينة صحيحة إلا قول أصبغ أنه لا يمين عليهم فيدخله الاختلاف الواقع فى حقوق اليمين فى التهمة، وإن قطع الوارث بأن ذلك كان توليحا، ووجه الدعوى بذلك، فاليمين لازمة باتفاق، ولا تكون الوصية إلا فيما علمه الموصى دون ما لم يعلمه من أرث وغيره، وكذلك ما أقر به من دين لوارث فرده الورثة أو أوصى به له فلا تدخل فى ذلك الوصايا، فإن أقر بدين لمن يجب إقراره فنكل عن يمين القضاء فإن الوصية تدخل فى ذلك، وإذا قال الورثة فى بعض ما تخلفه المتوفى من مال لم يعلمه وأراد إخراج الوصايا مما عداه، فقال ابن زرب: على الموصى لهم إثبات أنه علمه وإلا لم تكن الوصية إلا فيما قال الورثة إن علمه، والإثبات على الموصى لهم فيما شك فيه، وانظر فى «الواضحة» فيمن قال: ثلث مالى صدقه على فلان عشت أو مت ثم مات فادعى ورثة الموصى أنه أفاد أموالا بعد الصدقة، وقال الموصى له: لم يفد شيئا ففى ذلك اختلاف، قال

ابن رشد: والأظهر أن يكون له ثلث جميع ماله يوم مات على حكم الوصية، وإن علم أنه أفاده بعد ذلك لقوله: عشت أو مت لكان قولاً كالذى يوصى بثلث ماله لرجل فله ثلث ما أفاد بعد الوصية، وذلك كله بخلاف إذا ساق الرجل لزوجته نصف ماله أو جزءاً منه في صداقها ثم بعد مدة ادعى أنه اكتسب حقلاً أو ملكاً غيره وأنكرت ذلك المرأة وأرادت أخذ الجزء من ماله كله ولا بينة لواحد منهما على دعواه، فهنا تأخذ المرأة جزءاً من جميع ماله الآن حتى يثبت اكتسابه لذلك بعد ذلك، ذكر ذلك ابن رشد، قال: ولا خلاف في ذلك، ولا يستحق الموصى له شيئاً إلا بعد موت الموصى، فإن مات الموصى له قبله فلا شيء لورثته بخلاف الهبة، وإن كان الموصى لهم جماعة فمات أحدهم ففي ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: أن حقه يرجع لأهل الوصايا، والثاني: أنه يرجع إلى ورثة الموصى، والثالث: أنه إن علم الموصى بموته فهو لأهل الوصايا، وإن لم يعلم بموته فيرجع إلى ورثة الموصى؛ لأن الوصية لا تكون إلا فيما علم به، وله الرجوع في وصيته في الصحة والمرض، قال ابن الماجشون: وله أن يرجع عن كل عتق أوصى به إن شاء، وعن زكاة ذكر أنها عليه أو صدقة على مساكين أو غير ذلك من وجوه الوصايا، ويقول: لا تخرجوه عنى فذلك له، ولا يرجع عن العتق البتل ولا العطية البتل التي يقول فيها: عشت أو مت، ولا المدبر في المرض، وقال مطرف عن مالك: له الرجوع في وصيته كان فيها عتق أو غيره إلا المدبر فلا سبيل له إلى رده، وبه قال أصبغ عن ابن القاسم، وقال ابن الحاج في «مسائله» إذا قال في الوصية لا رجوع لي فيها أو فهم منه إيجاب ذلك على نفسه فهي كالتدبير لا رجوع له فيها، قاله أبو إسحق التونسي في أول «كتاب

المدير» من «كتابه»، ولم يقل ذلك غيره، وفيه نظر، ويصح رجوعه بالقول، والفعل كالبيع والعتق والكتابة، فلو باعه ثم اشتراه ففي رجوع الرقبة به قولان، وفي «مسائل ابن الحاج»: نزلت في رجل أوصى بثلث ماله لأم ولده، وجعلها وصياً، وتوفى فوجدت الوصية في قطعة كاغذ أو رقي مقطعه قد لفقت بخياطة وأقرت أم الولد أن الموصى كان خرج عليها فقطعها، فقال بعض الفقهاء: إن ذلك نسخ للوصية لا سيما وقد أقرت الوصية أن الموصى قطعها، وفي حديث ابن عمر أن تشق الصحيفة، فجعل شق الصحيفة إبطالاً للحق، ولو وجدت الوصية مقطعة ولم يعرف من قطعها لما كان لها نسخاً إذا ألقى منها ما يفهم منه مقتضاها حتى يثبت أن الوصى قطعها، ومن أوصى بثلث ماله لرجل ثم أوصى بمن لآخر ولم ينسخ الأول فإنه يكون بينهما، وكذلك إن أوصى بشيء معين من ماله لرجل ثم أوصى به لآخر فإنه يكون بينهما إذا لم يبين، وفي «المدونة» قال مالك -رضي الله تعالى عنه- في رجل قال: أوقدوا في هذا المسجد مصباحاً وأوصى مع ذلك بوصايا: أنه يحاص للمسجد بقيمة الثلث، وللوصايا بما سمي لأهلها، فما صار للمسجد وقف له، فإن قال: ذلك الذي أوصيت به لفلان يكون لفلان آخر فإنه يكون للآخر ولا يكون للأول شيء، وإن أوصى لرجل بوصية بعد أخرى فإن لم يتناقضا ولم تنسخ إحداها بالأخرى نفذتا، وإن تناقضتا أو تناسختا أخذ بالأخيرة ويطلب الأولى، وفي «أحكام ابن سهل» فيمن عهد بفكك أسرى معينين فانطلقوا قبل أن تنفذ الوصية، فقال بعض أصحاب القاضي ابن زرب: تنفق في غيرهم كمن أخرج كسوة لمسكين فيجد المسكين قد ذهب يستحب له أن يعطيها غيره، وقال القاضي ابن زرب: ليس مثله،

ويصرف مال الفداء إلى صاحبه، والدليل على ذلك ما في «سماح أصبغ» في الجنائز، قال مالك فيمن هلك ولم يكن له كفن فيجمع له عشرون درهما فكفنه رجل من عنده وبقية الدراهم، فإنها ترد إلى أهلها إلا أن يشاؤا أن يسلموها إلى الورثة، وقال أيضاً ابن زرب فيمن أوصى بثلثه في وجوه نصّها فنفذت وبقية من الثلث بقية: أن تلك البقية تصرف على المساكين، قال: وبلغني أن ابن أيمن كان يقول: تكون البقية ميراثاً، وقال فيمن أوصى بثلثه في وجوه فسرّها: إن الثلث يرجع ميراثاً، وفي «مسائل ابن الحاج»: سئل في أسير أوصى له بثلث يفتك به واشترى له أخوه علجاً يفتك به أيضاً فلم يؤخذ الأسير ولا هياً خروجه، فقال: يكون الثلث الموصى به للأسير لورثته بعده وأما ثمن العليج فهو للأخ الذي اشتراه بعد أن يحلف أنه إنما اشتراه بماله ولنفسه ليفدى به أحياه لا أخيه، وأنه ليس لأخيه عنده مال إلا الثلث الموصى به، ولبعض فقهاء الشورى فيمن عمل عمل السلطان وظلم الناس أو كان قاهراً غاصباً أو قاطعاً للسبيل أو سارقاً أو تاجراً عاملاً بالربا ثم مرض وأراد التمخي مما نال من ذلك كله وأراد أن يوصى بماله كله عن ذلك للمساكين، وقال: إني أفتيت من أموال الناس أكثر من جميع مالي ولا أعلم أصحابه فأنا أوصى بجميع مالي عن ذلك للمساكين لم يكن له ذلك إذا أبي ورثته عن ذلك، وجاز له الثلث يفرق عنه في ذلك الوجه، وكان ينبغي أن يفعل ذلك في صحته، وأما إن ترك ذلك في صحته فإذا مرض يعدى بماله عن ورثته فليس له ذلك، وأما إن أقر أنه ظلم رجلاً سماه أو غضب أو سرف منه أو اختلسه وكان الرجل مطالباً له مدعيّاً عليه فذلك الدين يكون من رأس ماله إن مات، وإن عاش قضى عليه به، وإن أقر لقوم لا

يطلبونه ولا يعرف وجه سبب ما أقربه، فإن كان لمن لا يتهم عليه أو كان يوزث بولد جاز وإلا فلا، وإن أخدم رجل رجلاً أو نظر له من رأس المال إن مات وقضى عليه به إن صح لأن سببه معروف قوى بملاسة له، وسواء ورث كلاله أو بولد، وإن قال: لست أعرف أتي نلت له شيئاً وأنا أريد أن اتخى منه بأن أوصى له بشيء كان في ثلثه، وإلا فلا شيء له إلا أن يقر له الثاني ويطلبه بأمر معروض فيلزمه وإلا فلا، وفي «سماع ابن القاسم» عن مالك في الرجل يوصى بدين عليه، فيقول: كنت أداين فلاناً وفلاناً فما ادعوا قبلي فهم فيه مصدقون أن ذلك لهم بلا يمين، وفي «أحكام ابن سهل» في رجل أوصى وأقر لرجل بمائة مثقال قبله، وعهد أن يصدق فيها وتدفع إليه دون يمين، فقال ابن القطان: هي له بلا يمين وهي أبعد في عدم وجوب اليمين من المسألة المتقدمة في «سماع ابن القاسم»؛ لأنه قد حد الدين، وفي هذه المسألة لم يحد الدين، وقال ابن عتاب: لا بد أن يحلف بما يجب ولا ينتفع بتصديق الموصى له.

وسئل ابن عتاب في امرأة أقرت بدين وأوصت أن يعطى دون يمين، فقال قول ابن القاسم: إن ذلك يعطى دون يمين كما أوصت، وقال غيره: لا بد من اليمين، قال ابن رشد: ومن أوصى بوصية أو بفكاك أسرى أو غير ذلك من وجوه البر وجعل تنفيذ ذلك لأجنبي أو لوارث وشرط في تنفيذ وصيته دون مشورة قاض ولا تعقب حاكم، فإن شرط الموصى عامل نافذ، ولا يجوز لقاض ولا لحاكم أن يتعقب أمره ولا شيئاً منه ولا ينظر فيه، قال: وإنما الكلام في ذلك للورثة إن كان مما تبقى لهم فيه منفعة كالعتق وشبهه أو يكون المنفرد وارثاً مخافة أن يأخذه لنفسه فتكون وصية لوارث، وفي «سماع أشهب»: سئل مالك عن

أوصى إلى رجل بوصايا من عتق وصدقة وشبه ذلك، فأراد الورثة أن يكشفوه عنها، فقال: أما الصدقة فليس لهم أن يكشفوه عنها، وأما إن كان غير وارث ولا سفيه، فإن لهم أن يكشفوه عن العتق خاصة، قال ابن أبي زمنين: الذى جرى عليه أمر القضاء ببلدنا أن يكشفوا الأوصياء عن تنفيذ ما جعل لهم من الوصايا تنفيذ وإن كان الوصى ثقة مأموناً وهو أحوط فى زماننا هذا، قال ابن رشد فى «مسائله»: ولا يجوز للمقدم على تنفيذ الوصية مسامحة الورثة وإن أتمه القاضى بذلك جعل معه من يثق به ويشركه معه، وإن قال الموصى: لا اعتراض عليه من حاكم ولا غيره، وهذا فى المأمون، وأما غير المأمون فيكلف إقامة البينة على تنفيذها على ما وقع فى «سماح أشهب» من الوصايا فإن لم يأت بالبينة على ذلك ضمن إن كان سارقاً معلناً وإن كان متهماً، ولم يكن بهذه الحال استحلف ولم يضمن إلا أن نكل عن اليمين، وإن كان مأموناً لم يكن عليه يمين، وهو محمول على أنه مأمون حتى يثبت أنه غير مأمون، وفى «مسائل ابن الحاج»: ليس على الأوصياء ضمان فيما عهد تنفيذه لغير أعيان من وجوه البر وهم مصدقون ما لم يتبين كذبهم، وإنما أحدث القضاء أخذ الأوصياء بإثبات التنفيذ لما أحدث الناس من التضييع والطمع لا على أنه واجب، وإنما هذا فيما قرب، وأما ما بعد فلا يعرض للأوصياء فيه ويحمل على كل وصى من ذلك ما تحمل ما لم يظهر التفريط، وفى «الاستغناء» إن أوصى بتنفيذ ثلثه إلى سارق أو فاسق فليس للسلطان عزله ولكن يلزمه الإشهاد على تنفيذ ذلك لئلا يأخذه لنفسه، والذى لا يجوز فعله إلا فى الثلث هو المريض مرضاً يخاف منه الموت، والحامل إذا جاوزت ستة أشهر على مذهب مالك وجمهور العلماء، والمحبوس فى الدم،

وحاضر الزحف إذا كان في صف القتال، وفي راكب البحر قولان، وذلك إذا اشتدت أهواله والصبي إذا كان من عشرة أعوام فأكثر فوصيته جائزة، قاله مالك، قال ابن القاسم: وإن كان أقل من عشر سنين فوصيته أيضاً جائزة بالشيء الخفيف ما لم يخلط.

فصل التوارث

والتوارث يكون بالنسب وهو البنوة والأبوة والجدودة والأخوة والعمومة والسبب وهو الزوجية والولاء، وبسط ذلك على وجهه في كتب الفرائض، فإذا ذهب إلى إثبات الموت والوارثة،

فيكتب في ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمون أنه توفي -رحمه الله تعالى- فأحاط بميراثه زوجه فلانة وبنوه منها أو من غيرها فلان وفلان وأمه فلانة لا يعلمون له وارثاً غير من ذكر، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا.

بيان: «قولنا لا يعلمون له وارثاً» هو على مذهب مالك -رضي الله تعالى عنه- قال: ولا يشهد بذلك حتى يكون عنده اليقين الذي لا يشك فيه أنه لا وارث له سوى من ذكر، وخالف في ذلك ابن الماجشون، وقال: لا بد له أن يقول: لا وارث له غير من ذكر ويسوق الشهادة هكذا، وكذا في العبد لا مال له لأنه إن قال: لا أعلم أمكن أن يشهد الشاهد بذلك مع غلبة ظنه فيوقع الظن موقع اليقين وذلك لا يصح، ومالك يقول: لا يسوق اللفظ بهذه الصيغة لأنه يعطى القطع والبت فهو يضارع الغموس والزور، وقد تقدم ذلك، وإذا سقط

من العقد لا يعلم له وارث سوى من ذكر بطل، ولا تصح الشهادة في ذلك حتى يقول الشاهد: لا يعلم له وارث سوى المذكور، وكذلك إن قالوا لا نعلم له وارثاً بموضع كذا ولا تجوز شهادتهم حتى يطلقوا، واختلف هل يحلف الورثة على نفى أن يكون له وارث سواهم أم لا؟ فمالك -رضى الله تعالى عنه- من رواية كأنه من «سماع أشهب» من كتاب الشهادات أنهم يستحلفون وأنكر ذلك ابن دحون، وقال: كيف يستحلف من شهد له أكثر من شاهد؟ قال ابن رشد: وإنكار ابن دحون اليمين ليس بشيء وله وجه ظاهر، والذي جرى به العمل أن لا يمين في ذلك، واختلف أيضاً هل يحلف على البت في ذلك كيمين الذي يستحق شيئاً ما باع ولا وهب أو على العلم، قال ابن رشد: والذي أقول به أنه لا يحلف إلا على العلم، فيقول: ما أعلم له وارثاً غيري إذ لا يصح القطع في ذلك، وإذا قام وارث على أحد بحق لموروثه أو دعوى، ففي «الاستغناء» قال المشاور: ولا يوقف عليه المطلوب إلا بعد إثبات موت الموروث وعدة ورثته وأنه منهم وتناسخ الوراثة حتى تصل إليه إن كانت، فإن لم يثبت ذلك فلا يكون له عليه يمين -أعنى على المطلوب- لأنه له حجة أن يقول: لعل مورثك أن يكون حياً أو يقدم، فيقول: لا حق له عندي، وكذلك إن قام الوارث بديون وودائع أو غير ذلك، قلت: فإن قال الوارث للمطلوب: أنت عالم بموته وعدة ورثته، قال: وإن أقر بذلك لم يقبل قوله لما في ذلك من إلزام الحقوق وتوريث زوجه وإنفاذ وصاياه وغير ذلك، ولا يمين عليه في ذلك، وإنما هو شاهد لا مقر، وقد قال أحمد بن ميسر: من أقر بقتل رجل لم يؤخذ به لما في ذلك من التوريث وغير ذلك، وإن شهد الشهود في ذلك على أعيان الورثة فحسن لأنها إلحاق

نسب وأخذ مال، وإن شهدوا على غير الأعيان فهو جائز، ومحمل الأمور على الصحة، فإن وقع بين الورثة تنازع واحتاج الحاكم إلى الإعذار إليهم فلا بد من الشهادة على العين، وكذلك إن قال الشهود في بعض البنين: إنهم لا يعرفون أسماءهم فالشهادة تامة إذا حققوا أن له بنين معلومين عندهم، وذكر عن ابن زرب أنه كان يقول في رجل هلك وترك زوجة وبنين منها فشهد الشهود أنهم يعرفون عين الزوجة ولا يعرفون أعيان البنات أن شهادتهم جائزة، قال: ولو شهدوا أنهم يعرفون أعيان البنات ولا يعرفون عين الزوجة لم تجز شهادتهم لأنهم يعذرون في البنات لأنهم محمولات على الحجاب، ولا يعذرون في الزوجات، قال ابن رشد: وليس قوله صحيح، ولا فرق في ذلك بين الزوجات والبنات، وكذلك إن كان وارثه ابن عم له فتجوز الشهادة كذلك على القطع إذا صح ذلك عندهم، وإن كان أصل ذلك السماع، وإن لم ير من ينسب إليه.

ويكتب في ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً، ويعلمون أنه توفي وأحاط بميراثه زوجه فلانة وابن عمه لحاً فلان لا يعلمون له وارثاً غير من ذكر ويعلمونهما ابني عم لحاً كما ذكر يجتمعان في جدتهما الأقرب فلان لا يشكون في ذلك، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإن لم يذكر اجتماعهما في الجدل اكتفى بقولك ابن عمه، وتمت الشهادة إن كان الشهود يحققون ذلك، وإن كان أصل ذلك السماع كما يشهد أن عبد الله بن عمر وأن عبد الرحمن بن القاسم^(١)، ويثبت بذلك النسب والميراث، وإن لم يكن السماع مشتهراً عند الشاهد اشتهاً يقع له العلم به فأما في حياة المتوفى المنسوب إليه وإنكاره فلا يثبت به

(١) هكذا بالأصل ولعل في الكلام سقط.

نسب ولا يوجب حكماً باتفاق، وأما بعد الوفاة فاختلف في ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدهما: أن يكون له الميراث في المال ولا يثبت به النسب، وهو قول ابن القاسم، والثاني: أنه يثبت له النسب ويكون له المال، وهو قول أشهب، والثالث: أنه لا يثبت له النسب، ولا يجب له الميراث لأن المال لا يجب إلا بعد ثبوت النسب، وكذلك في الولاء.

ويكتب في ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمون بالسماع الفاشى المستفيض على ألسنة أهل العدل وغيرهم أنه ابن عم فلان الذى يعرفونه يجتمع معه في جده فلان أو أنه مولاه بولاية العتاقة التى استفاض سماعهم لها، ويعلمون أنه توفى منذ كذا فأحاط بميراثه زوجته فلانة وابن عمه أو مولاه المذكور لا يعلمون له وارثاً غير من ذكر، وعلم ذلك على حسبه، واتصل حتى الآن في علمهم، ويعلمون من ذكر أتم معرفة، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، ويستحق بهذه الشهادة الميراث للمولى المشهود له بعد يمينه أنه مولاه، وكذلك فى النسب، قال ابن سهل: واختلف فى اليمين إذا رفع نسبهما إلى جد واحد، وأما إذا لم يرفعه إلى جد واحد فيقوى وجوب اليمين، وفي ذلك خلاف ضعيف ولا يستحق بذلك ميراث بنى المتوفى إلا أن يشهد له عند موت من يموت كمثل ما شهد في هذا المذكور فيستحق المال خاصة، ولا يثبت بذلك نسب ولا ولاء في قول ابن القاسم، وبذلك القضاء، فإن أقر الموروث بالولاء والنسب لغير الذى يثبت له ذلك بالسماع سقط الإقرار، وكان ذلك لمن ثبت له بالسماع،

ومن حاز نسباً مدة طويلة وثبت له بالسماع مثل أنه قرشى ونحو ذلك فعلى من نفاه منه الحد.

ويكتب في الإقرار بالنسب أو الولاء: عقد أشهد فلان على نفسه قولاً بالحق ووقوفاً عنده أن فلاناً ابن عمه لحاً يجتمع معه في جده فلان أو مولاه بولاء العتاقة إذ كان والده فلان قد أعتقه، وأنه وارثه وعاصب تركته ما لم يكن له ولد ذكر يحجبه، إشهداً صحيحاً عرف قدره وشهد على إشهداه في كذا وعلى عين المقر واعترافه بصحة ذلك، وإن أشهد بذلك كل واحد منهما لصاحبه،

فيكتب في ذلك: عقد أشهد فلان وفلان على أنفسهما أنهما ابنا عم لحاً يجتمعان في جدهما فلان أو أنهما أخوان لأب واحد، وإن كل واحد منهما وارث الآخر وعاصب تركته ما لم يكن له من يحجبه، وشهد عليهما بذلك في كذا.

بيان: وهذا الإقرار جائز، ويجب الميراث للمقر له ما لم يكن له عاصب غيره معروف النسب فيكون المعروف أحق بالميراث، وكذلك إن أقر بابن وألحقه به أو غيره من الأولياء والعصبة فيلحق به ويكون له الميراث إذا جهل نسب المقر به ولم يعرف، وسواء كان كبيراً أو صغيراً ما لم يكذب العقل لصغره أو العادة أو يكون مشهور النسب، وقال سحنون في الابن لا يقبل إقراره ما لم يتقدم له إقرار أو ملك يمين وإن مات المقر له فقام أولاده بهذا الإقرار لو اللهم فلا يكون لهم ميراث إلا أن يقر لهم أنفسهم، وفي «العتبية»: قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول فيمن شهد عليه أنه كان يقر أن ولاءه لبني فلان كبنى زهرة أو بنى نميم

وما أشبه ذلك: لا يكون لأحد من هؤلاء ميراث قليل ولا كثير إذا سمي لفخذ هكذا بعينه حتى يبين لمن هو منهم خاصة وحتى يسمى القوم بأعيانهم أو في الأب بعينه غير الأب الجامع، قال ابن رشد: وهذا صحيح وهو مما لا اختلاف فيه لأن الولاء كالنسب فلو ثبت لرجل أنه من بنى تميم أو بنى عمرو بن كلاب ولم يعرف من عصبته بأعيانهم ولا معرفة فعددهم منه حينئذ فميراثه لجماعه المسلمين، ولم يكن لواحد منهم للجهل به، وكذلك الأمة إذا أقر سيدها بوظيفها فأتت بولد حي أو ميت علقه فما فوقها فإنها تكون بذلك أم ولد، وإن أتت به سقطاً من غير معاينة أحد للولادة فإنها تصدق في ذلك إذا رأى النساء أثر ذلك عليها، فإن قال في مرضه: هذه ولدت مني ولا ولد معها فإن كان له ولد من غيرها جاز إقراره وعتقت من رأس ماله وإلا لم يصدق ورقت، وكذلك إن مات سيدها وقد كان أقر لها في صحته بجميع ما في بيتها من الثياب والماعون والحلى والقليل والكثير، فإنه يكون لها، وكذلك إن شهد به لها جماً وإن لم يشهد لها بذلك فلا يكون لها إلا الشيء القليل مثل كسوتها وشبه ذلك، وإن أدعته وكان من رها وهي في ذلك بخلاف الحرة.

ويكتب في ذلك: عقد أشهد فلان على نفسه أنه برأ أم ولده فلانة من علقه كلها وتبعاته بأجمعها، واعترف أنه لا مدفوع له عندها ولا مودع لا في ذمة ولا في أمانة وأن ما يتعلق عليه موضع سكنها معه من الأثاث والمتاع وما بيدها من الحلى وغيره مما هو شاكلة النساء فهو ما لها ومتاعها لا حق له في شيء من ذلك، فمن ادعى عليها في شيء من ذلك بدعوى أو طلبها بمطلب بسببه في حياته أو بعد وفاته فمطلبه باطل ودعواه كاذبة أو قصد تحليفها أو تعنيها فإله

حسبه وسائله إسهاداً صحيحاً عن قدره والواجب فيه، وشهد على إسهاده بذلك في كذا، وكذلك تعقد للزوجة إن ذهبت إلى ذلك، وقد اختلف في موجب هذه الوثيقة، فقال ابن زرب: ذلك لها، ويصح إسهاده لها بذلك، ولا بد من اليمين، وحكى أن بعض الشيوخ كان يفتى بأن لا يمين عليها إلا أن يحقق الورثة عليها ما يجب عليها فيه اليمين، قال: وهو ضعيف، ولا بد فيه من اليمين، وقال ابن رشد: عقد مثل هذه الوثيقة لا يجوز وإقراره لا يصح وإسهاده وعدم إسهاده سواء، وهذا كله إذا كان الإسهاد في حال الصحة، وأما إن كان الإسهاد وهو مريض فلا خلاف بينهم أنه لا ينفذ، وسئل ابن زرب أيضاً في ذلك، فقال: أما ما كان من زيتها وزيه فلا تأخذه إلا بعد يمينها، وأما ما كان من زيتها فإنما تأخذه بلا يمين، وأفتى ابن وضاح المرسى بأن ذلك واضح عامل إلا في ذهب أو فضة دنانير أو دراهم، وأما ما كان من ثيابه أو زيه أو عروض أو طعام فهو موروث إلا أن يعين ذلك في صحة ويعينه الشهود، والحكم في الاختلاف في متاع البيت في الموت والحياة والطلاق وبقاء العصمة واحد غير أن الورثة في الموت يخلفون على العلم، وذلك فيما كان في بيت السكنى، وأما ما لم يكن في بيت السكنى فهو لمن حاز، وقد اختلف في ذلك، فقال مالك في «المدونة»: إذا اختلفا وهما زوجان أو عند الطلاق أو عند الورثة بعد الموت وهما حران أو عباان أو أحدهما حر قضى للمرأة بما هو شأن النساء وللرجل بما هو شأن الرجال وما يصلح لهما قضى به للرجل لأن البيت بيته وهو تحت يده فيقدم، ووافق مالك في ذلك أبا حنيفة وفقهاء المدينة السبعة، وقال الشافعي - رضى الله تعالى عنه - لا يتقدم أحدهما على الآخر لا بحجة كالصباغ والعطار إذا

تداعيا آلة العطر فلا يقدم أحدهما على الآخر، قال ابن يونس: وإذا فرعنا على مذهب مالك فيحلف من قضى له منها بشيء ولا يأخذ إلا بعد يمينه، وقال سحنون: لا يحلف وما عرف لأحدهما فيأخذه بلا يمين، وقال ابن القاسم: ما كان شأن الرجال وشأن النساء قسم بينهما بعد أيمانهما، قال ابن حبيب: ولا يكفى أن يقول: هذا لى لأنه من متاع البيت حتى يقول: هو ملكى، وإذا كانا فى البيت فحاز أحدهما فى يده وقبضته ما يصلح للآخر دونه فالقول قول من حازه دون الآخر، قال الطرطوشى: الذى يقضى به للمرأة الحلى وثياب النساء وجميع الجهاز من الطشت والبسط ونحو ذلك، والذى يقضى به للرجل السلاح والمنطقة وثياب الرجل ونحو ذلك، والذى يصلح لهما كالدار لسكناهما والريقى، وأما أصناف الماشية فلمن حازها لأنها ليست من متاع البيت، وكذلك البغال والخيل والحمير فى المرباط فهى لمن حازها، وسواء كانا قابضين على الشىء معاً أو هو فى الدار الحكم فى ذلك واحد، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا وجد فى التركة ذهب ناض فادعته المرأة لنفسها فإن قام لها دليل مثل أن تكون قريبة عهد ببيع أصل أو عرض يكون ثمنه مثل ذلك الذهب فالقول قولها مع يمينها، وإلا قضى به للورثة مع أيمانهم لأن ذلك مما يمكن أن يكون لها أو له، وقد كان بعضهم يراعى أن يكون الذهب فى وعاء يكون للمرأة كالدرج والحق فيكون لها مع يمينها، قال بعضهم: والأجنبيات وذوات المحارم والزوجات فى ذلك سواء إذا كان رجل وامرأة يسكنان فى دار واحدة، قال بعض الأئمة: ولو اختلف عطار ودباغ فى المسك والجلد والقاضى والحداد فى القلنسوة والكير وكانت لهما عليه شاهد يد حكمية فى دار يسكنانها أو بأيديهما أو تنازع رجل وامرأة

رحماً أو دملجاً وهما يتخذانه، فالقول في ذلك كله قول من يشهد له العرف والعادة، فيحكم للرجل بالرمح مع يمينه، وللمرأة بالدمج وللطار بالمسك، وللحداد بالكبر، وهذا أصل لا مناقضة فيه، وفي «مسائل ابن الحاج»، قال ابن مزين: وإذا ادعت المرأة ما يشاكلها من تركة زوجها فعليها اليمين، وإن كان الورثة أولادها، وليس هذا من دعوى الولد لأن السنة أحكمت أن تحلف، ومن مات وترك مالا حراماً فلا يرثه ورثته ولا تجوز فيه وصاياه، والحكم فيه أن يرد إلى أربابه إن علموا أو إلى ورثتهم، فإن جهلوا بحث عنهم، فإن أيس، من معرفتهم تصدق به عنهم على أحوج ما يوجد، وينوى عن أربابه لأن حكمه حكم الصدقة، وقيل: إن حكمه كالفىء فيوضع في أهم أمور المسلمين، والفىء مصرفه مصالح المسلمين وهو حلال للغنى والفقير، ويبدأ بأهل الحاجة منهم، ولا يخرج من بلده إلا أن تزل بغيرهم حاجة، قال ابن الحاج في «مسائله»: فعلى هذا من بنى به مسجد أنفذ وصلى فيه على القول بأنه فيء ولا غرم عليه للمال، وإن كان غير المسجد أهم من المسجد وهو كمن تصدق على مسكين وثم آخر أهم منه، وعلى القول بأن حكمه حكم الصدقة يكون عليه غرم المال ثانية، ويتصدق به على المساكين لأن ما شأنه الصدقة من المال لا يوضع في بناء مسجد، قال ابن رشد: فإن كان الورثة فقراء مساكين ساغ لهم أن يأخذوه على وجه الصدقة لا على وجه الميراث قال: وقد قيل: إنهم إن كانوا ممن ينتفع بهم المسلمون ويغنون عنهم في وجه من الوجوه التي يجب أن يرزقوا عليها من بيت المال فلهم أن يأخذوه ولا ينتفاع المسلمين بهم على القول بأنه حكمه حكم الفىء.

والمال الحرام إما أن يكون قائماً بعينه لم يفت رده إلى أربابه ويكون قد فات وترتب في ذمته وأخذ به، فإن كان قائماً بعينه وجب رده إلى أربابه أو إلى ورثتهم إن علموا، وإن جهلوا تصدق به عنهم كما تقدم أو صرف في الوجه الثاني على القول به ولا يحل لمن هو بيده أن يتركه عنده ولا لأحد أن يشتريه منه ولا يبيعه فيه إن كان عيناً، ولا يأكله إن كان طعاماً، ولا يأخذه في حق له عليه ولا يقبله هبة ولا يرثه عن الذي تركه، ومن فعل شيئاً من ذلك وهو عالم كان سبيله سبيل الغاصب في جميع أحواله، قال ابن رشد: وكذلك إن فات عند الغاصب إفاتة لا تقطع تخيير صاحبه في أخذه كذبح الشاة وبناء البقعة ونحو ذلك أو أفاته أيضاً إفاتة تلزمه فيها القيمة أو المثل كالفضة يصوغها حلياً والحريير يعمل منه ثياباً وشبه ذلك، فلا يجوز فيه أيضاً شيء مما ذكر بخلاف من يقول من العلماء: إن له أن يأخذ الفضة معمولة والثياب منسوجة دون شيء، قال: فلو غصب رجل قمحاً فطحنه أو شاة فذبحها وصنع بها طعاماً لما ساع لأحد أكله، وإن كان قد أنفق فيه نفقة على قول من لا يرى له إلا القيمة أو المثل، قال: والأصل في ذلك أن ما كان قائماً لا اختلاف بين العلماء أن صاحبه بخير في أخذه بعينه فلا يحل لأحد شراؤه، وما كان فيه اختلاف ضعيف قويت الكراهة في اشتراؤه، وما كان لا اختلاف في أنه لا حق للمغصوب في عينه ولا تخيير له في أخذه فيكره له اشتراؤه حتى يصلح شأنه مع المغصوب منه، فإن أفاته بعوض فلا يحل أيضاً لأحد ذلك العوض بشراء ولا غيره كان ذلك العوض عرضاً أو دنائير أو دراهم أو ما كان، ولا أن يبيعه أحد شيئاً بتلك الدنانير والدراهم بأعيانها وإن لم يكن

يستغرق الذمة إلا على تأويل ضعيف، وكذلك الغلات لا يجوز لأحد أن يتناع شيئاً منها كلها كانت ثمرة نخل أو لبن ماشية أو خراج رقيق أو كراء مسكن أو غير ذلك، ولا يقبل شيء من ذلك على وجه الهبة والعطية أو غير ذلك، قال ابن رشد: وأشدها في التحريم لبن الماشية وصوفها وثمر الشجرة ثم كراء المسكن ثم كراء الحيوان، والثياب إذ قد اختلف في ذلك كله، فقيل: إنه ليس للغاصب من الغلات كلها شيء لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»^(١) وقيل: إنما كلها له لقوله ﷺ: «الخراج بالضمآن»^(٢)، وقيل: ليس للغاصب من ذلك إلا كراء الحيوان والثياب خاصة، وهو الذي يأتي على أحد قولي مالك في «المدونة»، وقيل: هي كلها للغاصب إلا ما كان متولداً عن الشيء كاللبن والصوف والتمر فهي لصاحبها لأنها تشبه ولادة الحيوان التي هي لصاحبها باتفاق، وأما إن كان الحرام قد فات رده إلى أربابه بعينه وترتب في ذمة آخذه، فإما أن يكون الغالب على ماله الحلال، وإما أن يكون الغالب على ماله الحرام، وإما أن يكون ماله كله حراماً بأن لا يكون له مال أصلاً، وإما أن يكون قد استهلك من الحرام أكثر مما كان له من الحلال فيكون مستغرق الذمة بالحرام، فإن كان الغالب على ماله الحلال فالواجب عليه الاستغفار، وأن يرد ما عليه من الحرام إلى أهله إن عرفهم أو إلى ورثتهم، فإن لم يعرفهم أو بحث عنهم فلم يجدهم تصدق به عنهم، وكذلك يجب على الذي الغالب على ماله الحرام، فإذا فعلوا ذلك سقطت جرحتهم وبرئوا من الإثم وطاب لهم ما بقي بأيديهم، وجازت هبتهم

(١) أصل الحديث في ((صحيح البخاري))، وعند الترمذي بلفظ: ((من أحيا أرضاً مواتاً فهي له، وليس لعرق ظالم حق)).

(٢) الحديث عند الترمذي في ((السنن)) عن عائشة رضي الله عنها: أن رسول الله ﷺ قضى أن الخراج بالضمآن.

وأكل طعامهم باتفاق من العلماء، وإن لم يفعلوا ذلك فالمشهور في الذي الغالب على ماله الحلال جواز معاملته وهو قول ابن القاسم، قال ابن رشد: وقبول هديته وأكل طعامه محمول على ذلك، قال: لأن الحرام قد ترتب بذمته فليس بمتعين في جميع ما بيده من المال، وأبى ذلك ابن وهب ورآه من المشتبهات، وحرّم ذلك أصبغ وجعل ماله كله حراماً لما خالصه من الحرام وهو بعيد، ومنع المالكية معاملة الذي الغالب على ماله الحرام وقبول هديته وأكل طعامه وغير ذلك، فقيل: على وجه الكراهة وهو قول ابن القاسم، وقيل: على وجه التحريم وهو قول أصبغ، فإن ورث سلعة أو وهب له جاز أن يعامل فيها، وأن تقبل منه هبة باتفاق، وإن ابتاع سلعة حلالاً جاز أن تشتري منه وأن تقبل منه هدية على خلاف إذا علم أنه بقي بيده من المال ما بقي بتبعاته، وأما إن كان المال كله حراماً بأن لا يكون له مال حلال أصلاً فإما أن يكون قد استهلك من الحرام أكثر مما له من الحلال، فالواجب عليه أن يتصدق بجميع ما في يده من المال أو يضعه في وجه من منافع المسلمين على الاختلاف الذي تقدم ذكره للعلماء هل حكم هذا المال الذي جهل أصله حكم الصدقة أو حكم الفىء؟ قال ابن رشد: ولا يبقى بيده منه شيء إلا ما يستر به عورته ويسد جوعته، قال: وهو في ذلك بخلاف المديان إذا فلس فإنه يترك له لبسة مثله وثوب جمعته إذا لم يكن له بال، وما يعيش به هو وأهله الأيام، والفرق بينهما أن الغرماء عاملوه باختيارهم فدخلوا معه على ذلك بخلاف هؤلاء فإنهم لم يدخلوا معه على ذلك ولا عاملوه باختيارهم، فإن لم يفعل ذلك وبقي بيده فهو آثم عاص، واختلف فيه على أربعة أقوال:

أحدها: وهو الصحيح أنه لا تجوز معاملته ولا مبيعته ولا قبول هديته ولا أكل طعامه وإن كان قد علم أنه اشترى ذلك أو ورثه أو وهب له لأنه إذا صار في ملكه فهو لأهل تبعاته، وحكمه حكم سائر ما بيده، والثاني: أنه تجوز مبيعته ومعاملته مطلقاً في ذلك المال وفيما اشتراه أو وهب له أو غير ذلك إذا عامله بالقيمة، ولا يجوز له أخذ هبته ولا عطيته ولا شيء من محاباته، قال: لأنه لم يدخل على أهل تبعاته نقصاً، والثالث: أنه لا تجوز مبيعته، ولا معاملته ولا قبول هديته إلا فيما كان بيده من ميراث أو هبة أو اشتراه هو من ذلك المال من السلع وغيرها، فيجوز شراء ذلك منه وقبول هديته وعطيته من ذلك دون ما سواه، وهو قول ابن حبيب وابن سحنون، قال ابن حبيب: ومن ذلك ما اشتراه العمل في الأسواق فأهدوه فإنه جائز سائغ لمن أهدى إليه لأن أصله حلال، والرابع: أنه تجوز معاملته ومبيعته وقبول هديته مطلقاً، وإنما هو حرام على الذى هو بيده وحلال للذى صار إليه كان ذلك يبيع أو هبه أو ما كان حكى ذلك ابن مزين وغيره، قال ابن رشد: وعلى هذا القول يرثه عنه ورثته وهو قول ابن شهاب والحسن البصرى، وروى عن أشهب أنه قال فيمن كان يأخذ الرشوة والغلول، ومن كانت تجارته الربا أن ما ترك من المال سائغ لورثته ميراثه الذى فرضه الله لهم علموا بحبث كسبه أو جهلوا وإثم الظلم على جانيه قال: وهذا الاختلاف لا يصح إلا إذا جهل أهل التبعات ويئس من معرفتهم، وأما إذا علموا وتعينوا فلا يصح من ذلك إلا القول الأول، قال: فلو غصب هذا المستغرق الذمة بالحرام رجلاً شيئاً لجاز الذى غصب أن يأخذ منه القيمة أو المثل قولاً واحداً لأنه لم يدخل على أهل تبعاته نقصاً ولو حتى على دابة فقتلها أو

وجبت له عليه أجرة من خدمة أو غير ذلك لما ساغ له أخذ ما يجب له في ذلك من ماله لأنه يدخل على أهل تبعاته نقصاً إلا على القول الرابع، وكذلك إن تزوج أو جنى جناية فلا يطيب شيء من ذلك لمن يأخذه من مهر أو غير ذلك إلا على القول الرابع، ولا يجوز أن يشتري الحلال بعرض حرام فإن اشتراه بعين فذلك جائز علم البائع بجنث الثمن أم لا؟ وهو قول سحنون وابن حبيب، وقيل: لا يجوز، وقيل: يجوز إن علم البائع بجنث الثمن ولا يجوز إن لم يعلم، قال الداودي: من باع حراماً بشيء حلال كان ما أخذ من الحرام حراماً ويبقى حراماً بيد آخذه إن علم بذلك، قال: ولا تجوز وصايا المتسلطين بالظلم المستغرقين الذمة، ولا عتقهم، ولا تورث أموالهم، ويسلك بها سبيل الفسء، فالصحيح ما تقدم أنه لا يجوز ميراث الحرام إلا على القول الرابع في المستغرق الذمة فيجوز بخلاف، وكذلك الزنديق الذي يسر الكفر اختلف في ميراثه، فقيل: يرثه ورثته المسلمون وهو قول ابن القاسم، وقيل: هو كالمرتد وعليه الأكثر، ولا ميراث بين أهل ملتين، والرقيق ومن فيه بقية رق لا يرث ولا يورث وماله إذا مات لمالكه، وكذلك قاتل العمد لا يرث شيئاً ممن قتله، وكذلك من جهل موقهما كالميتين تحت الهدم أو في الغرق ونحوهم إذا لم يعلم من مات منهما قبل صاحبه فلا ميراث بينهما، ويقدر كل واحد منهما كأنه غير وارث، وكذلك المفقود المنقطع لا يرث ولا يورث إلا أن ينقضى أمد تعميره، فإن مات موروث له وقف مقدار ميراثه منه، فإن لم يستبن حاله فلا يرث منه شيئاً وهو كالميتين تحت الهدم والغرق، ويرث المفقود ورثته الأحياء يوم الحكم بموته عند

انقضاء أجل تعميره، ويثبت موت الغائب بالسماع بشرط طول الزمان أو بعد الإنظار.

ويكتب في ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً، ويعلمون بالسماع الفاشى المستفيض على السنة أهل العدل وغيرهم أنه توفى بموضع كذا منذ كذا وكذا عاماً، ويتحققون أن أهل الإحاطة بميراثه في تاريخ وفاته وزوجه فلانة وبنوه منها فلان وفلان وفلانة لا يعلمون له وارثاً غير من ذكر، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا.

وهذه الشهادة بالسماع لا تصح إلا بعد طول الزمان وانتفاء الريب، فإذا شهد بذلك شاهدان وفي الموضوع جماعة من أسنانهما لا يعرفون ذلك لم تقبل شهادتهم، أو اختلف في الخمسة عشر عاماً هل هي طول أم لا؟ فقليل: هي طول، وقيل: لا، وقيل: إن كان وباء فهي طول، وإلا فلا.

وسئل ابن الحاج في رجل شهد بالسماع الفاشى المستفيض أنه استشهد في وقعة قنصرة، وثبت عقد آخر أنهم رأوه في العسكر هل يحكم له بحكم المفقود أو بموته الآن؟ فقليل: يحكم بموت الرجل في تاريخ ثبوت موته على السماع ويرثه ورثته الأحياء يومئذ، ولا يحكم بموته الآن، ولا يعمر كما يعمر المفقود، وليس لزوجها نفقة في ماله وهي كالموتى عنها زوجها، وأما إذا كثر السماع حتى صار كالقطع فإنه يخرج عن ذلك، ويكون له أن يقطع بموته وإن لم يره ميتاً، وقال ابن رشد: وكذلك النكاح يثبت به مع طول الزمان ويرث كل

واحد منهما الآخر، قال ابن رشد في شهادات إذا تقرر الزوجان على النكاح ولم تقدم بينة على أصله وهما غير طارئين فلا يخلو الأمر من وجهين:

أحدهما: أن تكون في ملكه وتحت حجابيه، والثاني: أن تكون بائنة عنه منقطعة منه فأما إن كانت في ملكه وتحت حجابيه فالميراث بينهما قائم والزوجية ثابتة إذا طال كونها معه واشتهر الأمر، وإذا طال الأمر ولم يشتهر فوجوده معها ريبية توجب عليهما الأدب أو الحد على الاختلاف في ذلك، وأما إن كانت بائنة عنه فشهد فيه بالسماع وطال الأمر مدة يبيد فيها الشهود ففي ذلك قولان، قيل: إن الشهادة في ذلك بالسماع عاملة، وقيل: لا تجوز، وأما إن لم يمض من المدة ما يبيد فيها الشهود وتجوز إليه شهادة السماع فلا اختلاف أن الميراث لا يكون بينهما إلا أن تقوم بينة على أصل النكاح، والمنقطع خبره يعمر مدة لا يعيش إليها غالباً، قيل: سبعون، وقيل: ثمانون، وقيل: تسعون، ويعد حينئذ ميتاً فإن مات موروث له قدر حياً وميتاً ووقف المشكوك فيه، فإن مضت مدة التعمير ولم يستبن حاله فيها كان كالمتوفى في الهدم لا يرث أحدهما من الآخر شيئاً ويصرف إلى ورثة المتوفى، وإذا مات الرجل وترك زوجته حاملاً وطلب أهل الوصايا وأصحاب الميراث المتحقق أخذ ما لهم، فقيل: لا يعطون شيئاً ويوقف الجميع، وهو الذي اختاره المتأخرون، وقيل: يعجل المتحقق وهو قول أشهب، قال: وهو الذي لا شك فيه.