

شرح الوقاية

ولو أُكْرِهَ على تردّد من جبل عال، أو على اقتحام نار مضطربة لا يرجو النجاة منها، أو على طرح نفسه في ماء مهلك يقتل، له الصّبر والاقترام عند أبي حنيفة، لأن من الناس مَنْ يختار ألم النار على ألم السيف، وصبره محمد ومنعه عن فعل ما أمر به، واضطرب قول أبي يوسف بين الصبر والاقترام، وكذا الخلاف بينهم لو وقعت نار في سفينة: إن صبر احترق، وإن ألقى نفسه غرق. وحكم الإكراه على التردّي المهلك، والإلقاء في الماء المُعْرَق، لزوم الدية على المكروه عند أبي حنيفة. وعند محمد: قتل الحامل على التردّي والإلقاء في الماء، كما يقتل الحامل على اقتحام النار بالقتل، وبوافق أبو يوسف محمداً في وجوب القود في الصور الثلاث في الصحيح عنه، لأنه لما أبيع له الإقدام صار آلة للمكروه. والدليل عليه: حديث زيد بن وهب قال: استعمل عمر بن الخطاب رجلاً على جيش فخرج نحو الجبل، فانتهى إلى نهر ليس عليه جسر في يوم بارد، فقال أمير الجيش لرجل: انزل فايع لنا مخاضة نجوز فيها، فقال الرجل: إني إن دخلت الماء أموت، فأكرهه، فدخل الماء وقال: يا عمراه، ثم لم يلبث أن هلك، فبلغ ذلك عمر وهو في سوق المدينة، فقال: يا لبيكاه يا لبيكاه، فبعث إلى الأمير فنزعه وقال: لولا أن يكون سنة لأقذته منك، ثم غرّمه الدية، وقال: لا تعمل لي عملاً أبداً.

فقال: إنما أمره الأمير بهذا على غير إرادة قتله، بل ليدخل الماء فينظر لهم مخاضة فضمّنه عمر ديتة، فكيف بمن أمره وهو يريد قتله بذلك. وفيه دليل على أنه يجب القود على المكروه، وأنه يجب بغير سلاح.

ومعنى قوله: (لولا) أن يكون سنة: يعني في حق من لا يقصد القتل، ويكون مخطئاً في ذلك. فهو تنصيص على أنه إذا كان قاصداً قتله بما لا يليق، فإنه يستوجب القود. وأبو حنيفة يقول: إنما قال عمر ذلك على سبيل التهديد، وقد يهدد الإمام بما لا يتحقق، ويتحرّز عن الكذب ببعض معاريض الكلام، والله تعالى أعلم بحقائق المرام.

(وَصَحَّ نِكَاحُهُ) أي نكاح من أُكْرِهَ على نكاح امرأة (وَوَطَّلَاقُهُ) أي طلاق من أُكْرِهَ على طلاق امرأة (وَوَعْتَقُهُ) أي عتق من أُكْرِهَ على إعتاق عبده أو أمته، فإن هذه العقود تصحّ عندنا مع وجود الإكراه قياساً على صحتها مع وجود الهزل. وعند مالك والشافعي وأحمد: لا تصحّ. (وَرَجَعَهُ) السيد على الحامل له (بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ) سواء كان الحامل له مُوسِيراً أو مُعْسِيراً (وَوَيْصَفِ الْمُسَمَّى) أي ورجع المطلق على الحامل بنصف المسمى (إِنْ لَمْ يَطَأْ) قيّد به، لأنه لا يرجع في الموطوءة بشيء، لأن ما عليه في غير الموطوءة كان على شرف السقوط، بأن جاءت الفُرْقَةُ من جانب المرأة، وإنما تقرّر بالطلاق، فكان الإكراه عليه إتلافاً للمال من هذا الوجه، فانضاف إلى الحامل من حيث إنه إتلاف، بخلاف ما إذا دخل بها، لأن المهر تقرّر بالدخول لا بالطلاق.

(وَ) صحّ (تَدْرُهُ) أي نذر من أُكْرِهَ على نذر (وَوَيْمِيئُهُ) أي خلف من أُكْرِهَ على خلف على شيء، لأن النذر واليمين لا يلحقهما الفسخ، وكل ما لا يلحقه الفسخ لا يؤثر فيه الإكراه. (وَ) صحّ (ظَهَارُهُ) أي ظهار من أُكْرِهَ على أن يظهر من

امرأته، حتى لا يجوز له قربانها حتى يكفر، لأن الطَّهْر من أسباب التحريم كالطلاق فيستوي فيه الجِدُّ والهزل، فكذا الكَرْه والطَّوع.

(و) صَحَّت (رَجَعْتُهُ) أي رجعة من راجع امرأة كُرْهًا، لأن الرَّجْعَةَ استدامة النَّكاح فكانت ملحقة به (و) صَحَّ (إِيْلَاؤُهُ) أي إيلاء من أكره على الإيلاء، لأن الإيلاء يمين في الحال وطلائق في المال، والإكراه لا يمنع واحداً منهما. (و) صَحَّ (فَيْؤُهُ) أي فيء من أكره على الفيء (فِيهِ) أي في الإيلاء، لأن الفيء يصح مع الهزل، فكذا مع الكَرْه، ولأنه كالرَّجْعَةَ فِي الاستدامة.
(و) صَحَّ (إِسْلَامُهُ) أي إسلام من أسلم كُرْهًا (بِلَا قَتْلٍ) أي ولا يقتل لو رجع عن الإسلام بل يحبس، لأن الشبهة لما تمكنت في إسلامه رَجَحْنَا، لأن الإسلام يعلو ولا يُعْلَى عليه، ودرأنا عنه القتل في رجوعه لاحتمال عدم رَدِّته، (لا إِبْرَاؤُهُ) أي لا يصح إبراء من أكره على إبراء شخص من دين أو كفالة. (و) لا يَصِحُّ (رَدُّتُهُ) أي رَدُّه من أكره على الرَّدِّة حتى لا تَبِين زَوْجَتُهُ، لأن الرَّدِّة تتعلق بالاعتقاد، بدليل أن من نوى أن يكفر بصير كافرًا وإن لم يتكلم بالكفر، وإلَّكْرَاه دليلاً على عدم تغيير الاعتقاد. (وَإِنْ رَتَى) من أكره على الرِّتَا (حُدَّ إِلَّا إِذَا أَكْرَهَهُ سُلْطَانٌ) وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما لا يُحَدُّ، وقد سبق التحقيق، والله تعالى وليُّ التوفيق.

كتاب الحَجْرِ
(هُوَ) - بالفتح - لغة: المنع مطلقاً، ومنه سُمِّيَ العقل جَجْرًا - بالكسر -، لقوله تعالى: {هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حَجْرِ}، وسُمِّيَ به، لأنه يمنع صاحبه عن القبائح. وسُمِّيَ الحَطِيم جَجْرًا، لأنه منع من بناء الكعبة.
وشرعاً: (مَنْعُ تَقَاذِ الْقَوْلِ) لا الفعل، لأن الحَجْر في الأمور الحكمية دون الحسية، ونفاذ القول حكمي، لأنه يُرَدُّ ويقبل، بخلاف نفاذ الفعل فإنه حسي لا يُرَدُّ إذا وقع، فلا يُتَصَوَّر الحَجْر فيه. فلو أتلَّف صبيٌّ أو مجنونٌ مال الغير يجب الضمان، وسيجيء.

(وَسَبَبُهُ) أي الحَجْر (الصَّعْرُ) لأن معه عدم العقل إن كان خالياً عن التمييز، ونقصانه إن كان مميزاً إلا أن هذا التمييز ينجر بإذن الولي ويصير الصَّعْر به كالبلوغ، (والجُنُونُ) لأنه إما مع عدم العقل أصلاً وذلك فيمن لا يُفِيقُ صاحبه منه.
وحكمه: أن لا يصحَّ تصرُّف المُبْتَلَى به وإن أجاز وليه لفقد أهلية التصرف منه، وإما مع نقصان العقل وذلك فيمن يُجَنُّ مَرَّةً وَيُفِيقُ مَرَّةً أُخْرَى. وحكمه: أنه في حال الإفاقة كالعاقل. وأمَّا المعتوه، وفسَّرَ بالقليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم. حكمه: أنه كالصبيِّ العاقل في تصرُّفاته ورفع التكليف عنه.
(وَالرَّقُّ) لأن العبد وما في يده لمولاه، فلا ينفذ تصرُّفه القولي لأجل حقه فللمولى أن يرفعه بفسخه، ولكن إذا رضي بتصرُّفه جاز لكونه رضي بفوات حقه. والحكمة في ذلك أن الله خلق الوري وميَّز بينهم في الحَجْر فجعل بينهم ذوي النُّهَى، ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدُّجَى، وجعل بعضهم مُبْتَلَى ببعض

أسباب الرّدى.
(وَصَمِنُوا) أي الصغير والمجنون والعبد (بِالْفِعْلِ) أي بإتلاف مال الغير، لأن في ضمانهم إحياء لحقّ المتلف عليه في المحل المعصوم، وهذا بالاتفاق. فإذا قتل إنساناً، أو قطع يده، أو أراق شيئاً لا يمكن جعل ما ذكر كالعدم، لأنه يؤدّي إلى إبطال العصمة، وهو قولٌ باطلٌ عند جمهور الأئمة، بخلاف الأقوال فإن اعتبارها بالشرع في جميع الأحوال، فأمكن أن لا تعتبر شرعاً بالنسبة إلى بعض دون بعض لعارضٍ.

(وَأَحْرَ) العبد (إلى العتق في الإقرار بِمَالٍ) لأن إقرار العبد نافذٌ في حقّ نفسه، لقيام أهليته - لكونه مكلفاً - غير نافذٍ في حقّ سيده، لأن نفاذه في حقّه لا يخلو عن تعلق الدين برقبته، أو كسبه، وكلاهما لسيده، فلا يستحقّ شيء منهما بإقراره، لأن إقرار الإنسان لا يُقبل على غيره. فإن أقرّ العبد بمالٍ لم يلزمه في الحال لقيام المانع، ولزمه بعد الحرية لانتفائه.

(وَعُجِّلَ) في الإقرار (بَحَدِّ وَقَوْدٍ) لأن العبد فيهما مبقي على أصل الحرية، لأنهما من خواص الأدمية، وهو ليس بمملوكٍ من حيث إنه آدمي بل من حيث إنه مالٌ، وإذا كان فيهما مبقي على أصل الحرية نفذ إقراره بهما في الحال، لأنه أقرّ بما هو حقّه وبطل حقّ المولى ضمناً، وفيه خلاف رُقِرَ.
(وَلَا يُحْجَرُ) عند أبي حنيفة على الحرّ العاقل البالغ (بِسَقِيهِ) وهو الإسراف في النفقة والتبذير لا لغرض أو لغرض لا يعتبره العقلاء من أهل الديانة، مثل: دفع المال إلى المغنين واللّعابين، وشراء الحمام الطيارة بالثمن الغالي (وَفِسْقٍ) إذا كان الفاسق مصلحاً لماله، وَحَجَرَ عليه الشافعي، (وَدَيْنٍ) بفتح الدال، لأنه حرٌّ مخاطبٌ، فكان مطلق التصرف في ماله كالرشيد، كتزوجه وطلاقه اتفاقاً. (وَوَحَجَرَ) عنده (مُفْتٍ مَاجِرٍ) وفسّر بالذي يعلم الناس الجبل (وَطَيْبٌ جَاهِلٌ، وَمُكَارٌ مُفْلِسٌ) وهو الذي يُكاري على دابة للسفر وباخذ الكراء ولا دابة له. وإنما رأى أبو حنيفة الحَجَرَ على هؤلاء دفعاً لضررهم عن الناس.

ولا يحجر القاضي على المديون الذي خيفَ منه إتلاف ماله بطريق الإقرار عند أبي حنيفة وإن طلب غرماؤه الحَجَرَ عليه، لأن فيه إهدار أقواله وإلحاقه بالبهاثهم، فلا يجوز لدفع ضررٍ خاص، بل يحبسه كما سيأتي. ويحجر عند أبي يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد بالدين إذا طلب الغرماء من القاضي الحَجَرَ عليه، فيمنعه من البيع والتصرف والإقرار نظراً للغرماء كيلا يضُرّ بهم، ولما روى الدَّارَقُطْنِيُّ عن كعب ابن مالك، عن أبيه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حَجَرَ على مُعَاذٍ ماله في دين كان عليه. وعن عبد الرحمن بن كعب قال: كان مُعَاذٌ شاباً سخياً، وكان لا يمسك شيئاً. فلم يزل يداين حتى أغرق ماله في الدين، فأتى غرماؤه النبي صلى الله عليه وسلم فكلّموه، فباع صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام مُعَاذٌ بغير شيء.

ولِقَوْلِ عمر بن الخطاب: «أيها الناس إياكم والدّين، فإن أوله همٌّ وآخره حزنٌ». وإن أسبغ جُهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يُقال: سَبَقَ الْحَاجُّ فَادَّانَ مُعْرِضاً فأصبح قد رينَ به، إلا أنني بائعٌ عليه ماله وقاسمٌ ثمنه بين غرمائه بالحصص،

فمن كان له عليه دين فَلْيَعُدُّ». فلم يُنكر عليه أحد من الصحابة، فكان هذا اتفاقاً منهم على أنه يُباع على المديون ماله، وقوله فَاذَّانَ مُعْرِضًا: أي استدان مُعْرِضًا: وهو الذي يعترض الناس فيستدين ما وجد، ممَّن وَجَدَ، مهما أمكنه، ولا يبالي ممَّن تبعه. وقوله: رَيْنَ: أي غلب، يُقَالُ: رَيْنَ بِالرَّجْلِ رَيْنًا: إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه، ومنه قوله تعالى: {كَلَّا بَلْ رَانَ عَلَى قُلُوبِهِمْ مَا كَانُوا يَكْسِبُونَ}.

وأبو حنيفة استدلل بقوله تعالى: {لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ}، وبيع المال على المديون بغير رضاه ليس بتجارة عن تراض. وقال صلى الله عليه وسلم: «لا يحلُّ مال امرئٍ مسلم إلا بطيب (نفسٍ منه)». (و) نفسه لا تطيب ببيع القاضي ماله عليه، فلا ينبغي له أن يفعله لهذا الظاهر. والدليل عليه أنه يحبسه بالاتفاق. ولو جاز له بيع ماله لم يشتغل بحبسه، لِمَا فِيهِ مِنَ الإِضْرَارِ بِهِ وبالغرماء من تأخير وصول حقهم إليهم. وتأول حديث مُعَاذٍ: أن النبي صلى الله عليه وسلم باع ماله بسؤاله، لأنه لم يكن في ماله وفاء (بدين)، كقصة جابر في غرمائه. وهذا لأنه عندهم يأمره القاضي أولاً ببيع ماله، فإذا امتنع منه يبيعه. ولا يظن أنه كان يأبى أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم إياه ببيع ماله حتى يحتاج أن يبيعه عليه بغير ضاه. والمشهور في حديث أسْتَيْفَعُ أن عمر قال: إني قاسمُ ماله بين غرمائه. فيُحْمَلُ على أنه كان من جنس الدين، وإن ثبت البيع فإنما كان ذلك برضاه. ألا ترى أن القاضي لا يبيعه عندهم إلا عند طلب الغرماء، ولم يُنْقَلْ أنهم طالبوه بذلك، وإنما المنقول أنه ابتدأهم بذلك وأمرهم أن يغدوا إليه، فدل أن ذلك كان برضاه.

ويُحْجَرُ عندهم أيضاً بالسَّفَه، لأن النظر للسفيه واجبٌ حقاً لإسلامه. ولو حجر عليه القاضي فَرَفِعَ ذلك إلى قاضٍ آخر فرفع الحجر عنه جاز، لأن الحجر من الأول ليس بقضاء بل فتوى، لأن القضاء لقطع الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء لأحدهما على الآخر، ولم يوجد ذلك. وحجر محمد على السفيه بمجرد حدوث سَفَهه، اعتباراً بالصُّبَا بلا تَوْقُفٍ على حجر القاضي، ووافق أبو يوسف عليه واعتبره بالمديون، فلو باع شيئاً قبل حجر القاضي نفذ عنده.

والأصل لهما، قوله تعالى: {قَانَ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمَلَّ هُوَ فَلْيُمْلَلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ} فهذا تنصيبٌ على إثبات الولاية على السفيه، ولا يكون ذلك إلا بعد الحجر عليه. وقال الله تعالى: {وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ} إلى أن قال {واكسؤهم}، وهذا تنصيبٌ على إثبات الحجر عليه بطريق النظر له.

وقصة جَبَّانِ بْنِ مُنْقِذِ الأَنْصَارِيِّ وَعُيَيْبَةَ فِي البِيَاعَاتِ، وسؤال أهله النبي صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه، فلو لم يكن الحجر بسبب التبذير في المال مشروعاً، لِمَا سَأَلَ أَهْلَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِيهِ. وقد طلب (علي) من عثمان الحجر على عبد الله بن جعفر لِمَا اشْتَرَى دَارَ الضِّيَافَةِ بِمِئَةِ أَلْفٍ، وخوف عبد الله من ذلك والتجاؤه إلى الزبير، وشراء الزبير منه نصفها بخمسين ألفاً

احتياطاً منه لدفع الحجر (عنه)، واعتذار عثمان بقوله: كيف أحجر على رجل شريكه الرُّبَيْرُ؟. وإنما قال ذلك لأن الرُّبَيْرَ كان معروفاً بالكياسة في التجارة، فاستدل برغبته (في الشركة) على أنه لا غبن في تصرّفه.

فهذا اتفاقٌ منهم على جواز الحَجْر بسبب التبذير. والمعنى فيه أنه مبدّرٌ في ماله، فيكون محجوراً عليه في أفعاله كالصبيِّ بل أولى، لأنه إنما حجر عليه لتوهم التبذير منه وقد تحقّق هنا، فلأن يكون محجوراً عليه أولى. وإنما جاز تزوّجه وطلاقه وإعتاقه بدون إجازة القاضي، لأن كلَّ كلام لا يؤثّر الهزل فيه لا يؤثّر السّفَه فيه، لكن يبطل ما زاد على مهر المثل. هذا.

ويدفع القاضي إليه زكاة ماله، ويصرفها هو بحضرة أمينه لئلاّ يصرّفها في غير مصارفها. وينفق عليه القاضي أو أمينه، لأنه لا حاجة فيها إلى نية، كذا على من يلزمه نفقته من ماله، لأن السّفَه لا يبطل حقوق الناس، ولا يمنعه من حجة الإسلام، لأن الحجّ فرضٌ عليه إذا كان مستطيعاً، والسفيه كالمصلح في الفرائض، ولا من عمرة واحدة استحساناً، لأنه قيل بفرضيتها، فلا يمنع عنها احتياطاً، وتنفيذ وصاياها في القُرب من الثلث.

(وَإِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ (عَبَّرَ رَشِيدٌ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَيْهِ مَالَهُ) عند أبي حنيفة (حتى يتلغ خمساً وعشرين سنةً، وصحّ)

عنده (تَصَرُّفُهُ) أي الذي بلغ رشيداً (قَبْلَهُ) أي قبل خمس وعشرين سنةً (وَبَعْدَهُ) أي بعد الخمس والعشرين سنةً (يُسَلِّمُ) إليه ماله (يَلَا رُشِيدًا)، وعندهما وهو قول مالك والشافعي وأحمد: لا يُسَلِّمُ إليه ماله، ولا يجوز تصرّفه فيه حتى يُؤنس رشده، لقوله تعالى: {وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ}، وقوله تعالى: {فَإِنْ أَسْتَسْتُمُّ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ} فإنه تعالى نهى عن الدفع إليه ما دام سفيفاً، وأمر بالدفع إليه إن وُجِدَ رشيداً، فلا يجوز الدفع إليه قبل الرشيد. لأبي حنيفة قوله تعالى: {وَأْتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ} والمراد بعد البلوغ، وسُمُّوا يتامى لقربهم من اليُتم.

فهو تنصيبٌ على (وجوب) دفع المال بعد البلوغ، إلاّ أنه يمنع عنه ماله قبل هذه المدّة بالإجماع، ولا إجماع هنا فيجب دفع المال بالنّص. ولأن أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السّفَه باعتبار أثر الصبا، فقدّرناه بخمس وعشرين سنةً، لأنه وقتٌ يُتصوّر أن يصير فيه جدّاً: بأن يبلغ اثني عشر سنةً، ويولد له لستة أشهر، ويبلغ ولده لاثني عشر سنةً ويولد له لستة أشهر. والمراد من الآية الأولى أموالنا لا أموالهم، والآية الثانية مشتملة على التعليق بالشرط، وهو لا يوجب العدم عند عدم الشرط عندنا، على أن الشرط - رشد - نكرة. (فإذا) صار الشرط في حكم الوجود بوجهٍ يوجب جزاءه.

وأول أحوال البلوغ مبدأ مفارقة السّفَه باعتبار الصبا وبقاء أثره كبقاء عينه، وإذا امتدّ الزمان فظهرت الخبرة والتجربة لم يبق أثره وحدث صَرَب من الرشيد لا محالة، لأنه حال (كمال) ليه، فقد روي عن عمر أنه قال: ينتهي لبّ الرجل إذا بلغ خمساً وعشرين سنةً.

(وَحَبَسَ الْقَاضِيَ الْمَدْيُونِ) عند أبي حنيفة كغيره (لِدَيْهِ) أي ليقضي المديون ما عليه من الدين ببيع ماله أو بغيره، وإِثْمًا يحبسه دفعاً لظلمه بمطله. ولا يكون هذا الحبس إكراهاً على بيعه، لأن المقصود منه حمل المديون على قضاء دينه بأي طريق شاء في حقه. (وَقَصَى) أي وَقَى القاضي بلا أمر المديون (دَرَاهِمَ دَيْنِهِ مِنْ دَرَاهِمِهِ) أي دراهم المديون (وَقَى) قضى (دَتَانِيرَهُ) أي دنائير دين المديون (مِنْ دَتَانِيرِهِ) أي دنائير المديون، لأن الدائن لَمَّا كان له أن يأخذ دينه إذا ظفر بجنس حقه من غير رضا المديون، كان للقاضي أن يعينه على ذلك، وصار هذا الفعل منه إغانةً للدائن على أخذ حقه.

(وَبَاعَ) القاضي كُلاًّ من الدَّراهم والدنانير (لِقَضَاءِ الْآخِرِ) فيبيع الدَّراهم لقضاء الدنانير وبالعكس، وهذا استحسانٌ، والقياس أن لا يبيع كالعروض. ووجه الاستحسان: أن الدَّراهم والدنانير متَّحدان في الثمنية والمالية - ولذا يضمُّ أحدهما إلى الآخر في الزكاة - مختلفان في الصورة حقيقةً - وهو ظاهر - وحكماً، لأن ربا الفضل لا يجري بينهما. فبالنظر إلى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف، وبالنظر إلى الاختلاف لم يثبت للدائن الأخذ عند الظفر بأحدهما عملاً بالشبهين.

ويُقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص، ويُنفق عليه وعلى من يلزمه نفقته من زوجته وأولاده الصغار وذوي الأرحام ممَّا في يده، لأن حاجته الأصلية مقدّمة على حقِّ الغرماء، ويُترك له من ثياب بدنه دَسْت، ويبيع الباقي لوقوع الكفاية بالواحد، وهو مختار الخَلْوَانِي. وقيل: يُترك له دَسْتَان لئلا يقعد في بيته مَلُوماً مَحْسُوراً إذا غسل ثيابه. وفي «الفتاوى الصغرى»: إذا كان له ثياب حسنة يمكنه الاكتفاء بما دونها تباع ويكتفي بالدون. (لَا عَرَضَهُ) بسكون إراء (وَلَا عَقَارَهُ) أي لا يبيع القاضي عَرَض المديون ولا عقاره لقضاء دينه، لأن البيع لا بدّ فيه من الرِّضاء من الجانبين، ولا رضا هنا من جانب المالك. (وَمَنْ أَفْلَسَ وَمَعَهُ عَرَضٌ شَرَاهُ فَبَائِعُهُ أَسْوَهُ لِلْغُرْمَاءِ) أراد من كون العَرَض معه أنه قبضه بإذن بائعه، واحترز به عمّن أفلس قبل قبض عَرَض شراه، فإن بائعه لا يكون أسوَهُ للغرماء، بل له أن يحبس العَرَض حتّى يقبض الثمن، وعمّن أفلس بعد قبض العَرَض بغير إذن بائعه، فإن لبائعه أن يستردّه ويحبسه بالثمن. وقال مالك والشافعي وأحمد: بائع العرض أحقُّ به في حياة المشتري، وبعد مماته هو أحقُّ به عند الشافعي فقط، لِمَا في الصحيحين عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بَعِينَهُ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ».

وأول أحوال البلوغ مبدأ مفارقة السَّفَه باعتبار الصبا وبقاء أثره كبقاء عينه، وإذا امتدَّ الزمان فظهرت الخيرة والتجربة لم يبق أثرُهُ وحدث صَرْبٌ من الرشد لا محالة، لأنه حال (كمال) لُبّه، فقد رُوِيَ عن عمر أنه قال: ينتهي لبُّ الرجل إذا بلغ خمساً وعشرين سنةً.

(وَحَبَسَ الْقَاضِيَ الْمَدْيُونِ) عند أبي حنيفة كغيره (لِدَيْهِ) أي ليقضي المديون ما عليه من الدين ببيع ماله أو بغيره، وإِثْمًا يحبسه دفعاً لظلمه بمطله. ولا يكون

هذا الحبس إكراهاً على بيعه، لأن المقصود منه حمل المديون على قضاء دينه بأي طريق شاء في حقه. (وَقَصَى) أي وَفَى القاضي بلا أمر المديون (دَرَاهِمَ دَيْنِهِ مِنْ دَرَاهِمِهِ) أي دراهم المديون (و) قضى (دَتَانِيرَهُ) أي دنانير دين المديون (مِنْ دَتَانِيرِهِ) أي دنانير المديون، لأن الدائن لَمَّا كان له أن يأخذ دينه إذا ظفر بجنس حقه من غير رضا المديون، كان للقاضي أن يعينه على ذلك، وصار هذا الفعل منه إغانةً للدائن على أخذ حقه.

(وَبَاعَ) القاضي كُلاً من الدَّراهم والدنانير (لِقِصَاةِ الْآخِرِ) فيبيع الدَّراهم لقضاء الدنانير وبالعكس، وهذا استحسانٌ، والقياس أن لا يبيع كالغروض. ووجه الاستحسان: أن الدَّراهم والدنانير متَّحدان في الثمنية والمالية - ولذا يضمُّ أحدهما إلى الآخر في الزكاة - مختلفان في الصورة حقيقةً - وهو ظاهر - وحكماً، لأن ربا الفضل لا يجري بينهما. فبالنظر إلى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف، وبالنظر إلى الاختلاف لم يثبت للدائن الأخذ عند الظفر بأحدهما عملاً بالشبهين.

ويُقَسَّم ثمنه بين الغرماء بالحصص، ويُتَقَّى عليه وعلى من يلزمه نفقته من زوجته وأولاده الصغار وذوي الأرحام ممَّا في يده، لأن حاجته الأصلية مقدَّمة على حقِّ الغرماء، ويُتَرَكُّ له من ثياب بدنه دَسْت، ويباع الباقي لوقوع الكفاية بالواحد، وهو مختار الحَلَوَانِي. وقيل: يُتَرَكُّ له دَسْتَان لئلا يقعد في بيته مَلُوماً مَحْسُوراً إذا غسل ثيابه. وفي «الفتاوى الصغرى»: إذا كان له ثياب حسنة يمكنه الاكتفاء بما دونها تباع ويكتفي بالدون. (لَا عَرَضَهُ) بسكون الراء (وَلَا عَقَارَهُ) أي لا يبيع القاضي عَرَض المديون ولا عقاره لقضاء دينه، لأن البيع لا بدُّ فيه من الرِّضَاء من الجانبين، ولا رضا هنا من جانب المالك.

(وَمَنْ أَفْلَسَ وَمَعَهُ عَرَضٌ شَرَاهُ فَبَائِعُهُ أَسْوَهُ لِلْغُرَمَاءِ) أراد من كون العَرَض معه أنه قبضه بإذن بائعه، واحترز به عَمَّن أفلس قبل قبض عَرَض شراه، فإن بائعه لا يكون أسوَهُ للغرماء، بل له أن يحبس العَرَض حتَّى يقبض الثمن، وعَمَّن أفلس بعد قبض العَرَض بغير إذن بائعه، فإن لبائعه أن يستردَّه ويحبسه بالثمن. وقال مالكٌ والشافعيُّ وأحمد: بائع العرض أحقُّ به في حياة المشتري، وبعد مماته هو أحقُّ به عند الشافعيِّ فقط، لِمَا في الصحيحين عن أبي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بَعِينَهُ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ».

ولنا قوله تعالى: {وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ}، وذلك إن المشتري إذا أفلس استحقَّ بهذا النصُّ النَّظِرَةَ إلى الميسرة، فليس للبائع أن يطالبه قبلها، ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن. والحديث محمولٌ على المغصوبات، والودائع، والرهن، والعواري، والإجازات.

(وَبُلُوغُ الْعُلَامِ: بالاختلام، والإختبال، والإنزال، و) وبلوغ (الجارية: بالاختلام، والجَيْض، والإنزال، (وَالْحَبْلُ)) والأصل هو الإنزال لقوله تعالى: {وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ} ولكون الحَبْل والإختبال لا يكونان إلا مع الإنزال، وكذا الحيض لا يكون عادةً إلا في وقت الحَبْل، والحَبْل لا يكون إلا من الإنزال، وهذا

لأن البلوغ عبارة عن بلوغ الإنسان كمال الأحوال. (فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ سَنِيَّةٌ) مِنْ ذَلِكَ فَحَتَّى يَتَمَّ لَهُ ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً، وَقِيلَ: تِسْعَ عَشْرَةَ سَنَةً. وَيَتَمَّ لَهَا سَبْعَ عَشْرَةَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّهُ بَلُوغُ أَشَدِّ الصَّبَا عِنْدَ ابْنِ عَبَّاسٍ وَالْقَبَيْتِيِّ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: {وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ}. وَقِيلَ: اثْنَتَانِ وَعِشْرُونَ سَنَةً، وَقِيلَ: خَمْسُونَ وَعِشْرُونَ سَنَةً، وَأَقْلَمَ مَا قَالُوا ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً، فَوَجِبَ تَعْلِيْقُ الْحُكْمِ عَلَيْهِ لِلْإِحْتِيَاظِ، وَلِأَنَّهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ. غَيْرَ أَنَّ الْجَارِيَةَ أَسْرَعَ إِدْرَاكًا مِنَ الْغُلَامِ فَتَقْصُرُ فِي حَقِّهَا سَنَةٌ لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ، فَرُبَّمَا يُوَافِقُ فَصْلٌ مَرَاجِعًا.

وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ: (فَحِينَ يَتَمُّ لَهُمَا خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً) وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنِ أَبِي حَنِيفَةَ (وَيَهِي يُفْتَى) لِأَنَّ ابْنَ عَمْرٍ عَرَضَ عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ أَحَدٍ وَهُوَ ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً وَلَمْ يُجَزَّهُ، وَعَرَضَ عَلَيْهِ يَوْمَ الْخَنْدَقِ وَهُوَ ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً فَأَجَازَهُ، وَلِأَنَّ بَلُوغَهُمَا لَا يَتَأَخَّرُ عَنِ الْخَمْسِ عَشْرَةِ عَادَةً، وَالْعَادَةُ إِحْدَى الْحُجَجِ الشَّرْعِيَّةِ فِيمَا لَا نَصَّ فِيهِ.

وَأَدَّتِي (مُدَّتِي) أَي مَدَّةَ الْبَلُوغِ بِالْإِحْتِلَامِ وَغَيْرِهِ (لَهُ) أَي حَالُ كَوْنِ الْمَدَّةِ لِلْغُلَامِ (أَثْنَتِي عَشْرَةَ سَنَةً، وَلَهَا) أَي حَالُ كَوْنِ الْمَدَّةِ لِلْجَارِيَةِ (تِسْعُ) وَلَا يَخْفَى أَنَّ ذَلِكَ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِسَمَاعٍ أَوْ تَتَبُّعٍ. وَفِي «شَرْحِ مُسْلِمٍ»: وَمَنْ ظَرَفَ أَحْوَالَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ أَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَبِيهِ فِي الْوِلَادَةِ إِلَّا إِحْدَى عَشْرَةَ سَنَةً، وَقِيلَ: اثْنَتِي عَشْرَةَ سَنَةً (فَصَدَّقًا حِينَئِذٍ إِنْ أَقَرَّ بِهِ) أَي صَدَّقَ الْغُلَامَ إِنْ أَقَرَّ بِالْبَلُوغِ بِإِحْتِلَامٍ أَوْ نَحْوِهِ فِي اثْنَتِي عَشْرَةَ سَنَةً. وَصَدَّقَتِ الْجَارِيَةَ إِنْ أَقَرَّتْ بِذَلِكَ فِي تِسْعِ، لِأَنَّ مَا أَقَرَّ بِهِ لَا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِمَا، فَيُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُهُمَا، كَمَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ غَيْرُهَا كَالْحَيْضِ.

كِتَابُ الْمَأْدُونِ

(الِإِذْنُ) لُغَةً: الْأَعْلَامُ.

وَشَرْعًا - عِنْدَنَا -: (فَكَ الْحَجْرُ، وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ) الثَّابِتُ بِالرَّقِّ وَرَفْعُ الْمَانِعِ مِنَ التَّصَرُّفِ حَكْمًا، وَإِثْبَاتُ الْيَدِ لِلْعَبْدِ فِي كَسْبِهِ (ثُمَّ يَتَصَرَّفُ الْعَبْدُ لِنَفْسِهِ بِأَهْلِيَّتِهِ). وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ وَزُقَيْرٍ: تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ (لِلْعَبْدِ فِي كَسْبِهِ)، ثُمَّ يَتَصَرَّفُ - لِلْمَوْلَى بِإِذْنِهِ - لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ التَّصَرُّفِ - وَهُوَ الرَّقُّ - بَاقٍ بَعْدَ الْإِذْنِ. فَعِنْدَهُمْ يَصِحُّ التَّقْيِيدُ حَتَّى لَا يَجُوزَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَجَاوِزَ ذَلِكَ، كَالْوَكِيلِ.

وَلِنَا أَنَّهُ بَعْدَ الرَّقِّ أَهْلٌ لِلتَّصَرُّفِ بِلِسَانِهِ النَّاطِقِ، وَعَقْلُهُ الْمُمَيِّزِ، وَهُمَا لَا يَفُوتَانِ بِالرَّقِّ، لِأَنَّهُمَا مِنْ كِرَامَاتِ بَنِي آدَمَ، وَإِنَّمَا حُجِرَ عَلَيْهِ فِي حَالَةِ الرَّقِّ، لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ حِينَئِذٍ لَمْ يَعْهَدْ إِلَّا مُوجِبًا لِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ أَوْ كَسْبِهِ، وَذَلِكَ مِلْكُ الْمَوْلَى، فَلَا بُدَّ مِنْ إِذْنِهِ كَيْلَا يَبْطُلَ حَقُّهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ، (فَلَمْ يَرْجِعْ بِالْعُهُدَةِ عَلَى سَيِّدِهِ) أَي وَلِكُونِهِ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّتِهِ الْأَصْلِيَّةِ لِنَفْسِهِ لَا يَرْجِعُ بِمَا لِحَقِّهِ مِنَ الْعُهُدَةِ عَلَى مَوْلَاهُ.

(وَلَوْ أِذْنًا) لَهُ سَيِّدُهُ (يَوْمًا فَهُوَ مَأْدُونٌ إِلَى أَنْ يَحْجَرَ) سَيِّدُهُ عَلَيْهِ (وَلَوْ أِذْنًا) لَهُ (فِي تَوْعَةٍ) أَوْ وَقْتٍ (عَمَّ إِذْنُهُ) لِأَنَّ الْمَانِعَ حَقِّ الْمَوْلَى وَقَدْ أَسْقَطَهُ، وَالْإِسْقَاطُ لَا يُقْبَلُ التَّقْيِيدَ، كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ. فَيُّدُ بِالنَّوْعِ، لِأَنَّهُ لَوْ أِذْنًا لَهُ فِي شِرَاءِ شَيْءٍ بَعِينَهُ أَوْ بَيْعِهِ لَا يَكُونُ مَأْدُونًا، وَإِلَّا لَأَنَسَدَّ عَلَى الْمَوْلَى بَابُ اسْتِخْدَامِهِ.

(وَيُبَيْتُ) الإذن (صريحاً) وهو ظاهرٌ (ودلالةً كما إذا رآه سيده يبيع ويشترى وسكت) سواء باع غيباً مملوكاً لمولاه أو لغيره بإذنه، أو بغير إذنه، بيعاً صحيحاً أو فاسداً، كذا في «الهداية» وغيرها. وقال مالك الشافعي وأحمد وزفر: لا يبيت الإذن بسكوت المولى إذا رأى عبده يبيع ويشترى، لأن السكوت يحتمل الرضا وغيره، فلا يبيت رضاه بالشك. ولنا: أن العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه، بل يؤذبه عليه، فإذا لم ينهه وسكت كان ذلك إذناً له دلالةً، ودفعاً للضرر عن الناس في المعاملة، فإنهم يعتقدون ذلك إطلاقاً منه فيبايعونه، وحملوا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف. كما في سكوت النبي صلى الله عليه وسلم عند أمر يعاينه عن التغيير والنكير، وسكوت اليكر والشفيع.

(فَيَبِيعُ) أي فيجوز أن يبيع المأذون (ويشترى ولو بعين فاحش) وقالوا: لا يجوز بالغبن الفاحش، لأنه يجري مجرى التبرع. ولأبي حنيفة: أنه تجارة لا تبرع (ويؤكل بهما) أي بالبيع والشراء، لأنه من توابع التجارة وربما عجز عن مباشرة الكل بنفسه فيحتاج إلى الإعانة (ويزهن ويترهن) لأن فيهما إيفاء واستيفاء (ويقبل الأرض) أي يأخذها قبالةً بالاستئجار والمساقاة (ويأخذها مزارعةً ويشترى بدرأ يزرعه) في أرضه، لأنه به يحصل الربح (أو يشارك عتانا) قيد به، لأنه لا يشارك مفاوضةً، لأنها تتضمن الكفالة، وهو لا يملكها لكونها تبرعاً (ويدفع المال ويأخذ مضايرةً) أي أخذاً مضاربةً، وهو مفعول مطلق للفعلين من باب التنازع (ويستأجر) البيوت والحوانيت والأجراء، لأن ذلك كله من صنيع التجار (ويؤجر) نفسه، وعند مالك والشافعي وأحمد: لا يؤجرها، لأن الإذن له بالتجارة لا يتناول نفسه، فلا يتناول منافعتها، لأنها تابعة لها، ولهذا لم يكن له أن يبيع نفسه ولا أن يزرهها.

ولنا: أن الإجارة من باب التجارة، إذ هي بيع المنافع، ولا يلزم من امتناع بيع النفس امتناع إيجارها. ألا ترى أن الحر لا يملك بيع نفسه، ويملك إيجارها. (ويقر يوديعه) لأن التاجر قد لا يجد بداً من ذلك، فكان من توابع التجارة (وعصب) لأن ضمان العصب عندنا ضمان معاوضة، فكان من باب التجارة (ودين) سواء كان دين معاملة أو غيرها، لأن الإقرار به من توابع التجارة، وعند مالك والشافعي وأحمد: يقر بدين المعاملة فقط. (ولو) كان إقراره (بعده الحجر) وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد، وهو قول مالك والشافعي وأحمد: لا يصح بعد الحجر.

(ويهدي) المأذون (طعاماً يسيراً) وعند مالك والشافعي لا يهديه إلا بإذنه (ويضيف من يطعمه) لأنه عوض عن طعامه (ومن يعامله) ولو لم يطعمه، لأن التجار قد يحتاجون إلى ذلك (ويخط) المأذون (من الثمن يعيب قدره عهداً) من التجار حطه. وأما الحط بدون العيب بعد تمام العقد فلا يجوز، لأنه تبرع محض. (ولا يزوج) المأذون عبده أو أمته، لأن التزويج ليس من باب التجارة، بل ربما يترتب عليه نوع من الخسارة. وقال أبو يوسف: يزوج الأمة، لأن في تزويجها تحصيل المهر وسقوط النفقة، فكان كإيجارها. وأما المكاتب والأب والوصي

فيملكون الكسب في مال الصغير فلهم تزويجها، وذلك لا يختص بالتجارة. وجعل صاحب «الهداية» الأب والوصي على هذا الخلاف، وهو سهو، فإنه ذكر المسألة في كتاب المكاتب ولم يذكر فيهما خلافاً، بل جعلهما كالمكاتب، وكذا في عامة كتب أصحابنا، «كالمبسوط» و«مختصر الكافي» و«التتمة»، كذا في «شرح الكنز».

(وَلَا يُكَاتِبُ) (المأذون) عبده، لأن التجارة مبادلة المال بالمال، والكتابة مبادلة المال بفك الحجر في الحال. (وَلَا يَغْتِقُّ) عبده، لأن العتق فوق الكتابة. (وَكُلُّ دَيْنٍ) مبتدأ مضاف، صفته (وَجَبَتْ بِتِجَارَةٍ) كبيع وشراء وإجارة واستئجار (أَوْ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَاهَا) أي التجارة (كَعَزْمٍ وَدَيْعَةٍ، وَعَصَبٍ، وَأَمَانَةٍ جَحَدَهَا، وَعُقْرِ وَجَبَتْ يَوْطَىءٍ مَشْرِيْقٍ) أي جارية مشتراة (بَعْدَ الْاِسْتِحْقَاقِ) لأنه لاستناده إلى الشراء التحق به (يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ) خبر المبتدأ المقدم، ومعنى تعلق الدين برقبته أنه (يُبَاعُ فِيهِ) إلا أن يفديه المولى (وَيُقَسَّمُ تَمَنُّهُ) بين الغرماء (بِالْحِصَصِ) لتعلق حق الغرماء برقبته، فصار كتعلقه بمال تركه.

وَيُسْتَرَطُّ لبيع العبد نفسه أن يكون مولاة حاضراً، لأن المولى هو الخصم في رقبة العبد، كما إذا ادعى رقبته إنسان، ولا يُسْتَرَطُّ ذلك لبيع العبد كسبه بل يشترط حضور العبد، لأن العبد هو الخصم في كسبه. وقال مالك والشافعي وُزِقِر: يتعلق بكسبه لا برقبته، لأن رقبته ليست من كسبه، فلا يباع فيه كسائر أموال المولى، وذلك أن رقبته ملك المولى، فلا يتعلق بها الدين إلا بتعليقه. ولنا: أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى بسبب العبد، فيتعلق برقبته، كدين الاستهلاك، والمهر، ونفقة الزوجة.

(وبكسب) أي ويتعلق الدين المذكور بكسب (حَصَلَ) من العبد (قَبْلَ الدَّيْنِ أَوْ بَعْدَهُ وَيَمَّا ائْتَهَبَ) له قبله (لَا) أي لا يتعلق الدين المذكور (بِمَا أَحَدَهُ سَيِّدُهُ مِنْهُ قَبْلَ الدَّيْنِ) لأنه أخذه حين كان فارغاً عن الحاجة، فخلص له بمجرد القبض، (وَطَوَلِبَ) العبد (بِمَا بَقِيَ) من ديونه التي عليه لا في الحال بل (بَعْدَ عُنُقِهِ) لأنه ثابت في ذمته يستوفيه عنه أهله إذا قدر على أيفائه، ولا يقدر على ذلك إلا بعد عتقه، إذ لا يمكن بيعه ثانياً ولا استسعاؤه، لأن المشتري يتضرر بذلك. (وَلِلْسَيِّدِ أَخْذُ عِلَّةٍ مِنْهُ) أي مثل العبد (مَعَ وُجُودِ دَيْنٍ) على العبد، إذ لم يكن له ذلك لحجر عليه، فلا يحصل الكسب (وَالْبَاقِي) بعد ما أخذ السيد (لِلْغُرْمَاءِ) لعدم الضرورة فيه وتقدم حقهم.

(وَيُحَجَّرُ) العبد المأذون (إِنْ أَبَقَ) وعند مالك والشافعي وأحمد وُزِقِر: لا ينحجر بالإباق، لأنه لا ينافي ابتداء الإذن، حتى لو أذن لعبده المحجور عليه الأبق صح.

وجاز للعبد أن يتجر إذا بلغه الإذن، فلا ينافي دوامه. ولنا: أن العادة جرت بأن المولى لا يرضى بتصريف عبده الخارج عن طاعته فكان حجراً عليه دلالة، مع أن الإباق يمنع الإذن ابتداءً عندنا على ما ذكره شيخ الإسلام حَوَاهِرُ رَاوَهُ فِي «مبسوطه». ولو سلم فإن الدلالة لا تعتبر مع التصريح بخلافها.

(أَوْ) (إِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ، أَوْ) (إِنْ جُنَّ مُطِيقاً أَوْ لِحَقِّ بَدَارِ الْحَرْبِ مُزْتِداً) وإن لم يعلم به، لأن الإذن غير لازم، وما يكون من التصريف غير لازم يُعْطَى لدوامه حكم ابتدائه، فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء، وهي تنعدم بالموت

والجنون ، وكذا بالحقوق، لأنه موت حكمي حتى قُسم ماله بين ورثته.

(أَوْ حَجَرَ) سَيِّدَهُ (عَلَيْهِ بَشَرَطِ أَنْ يَعْلَمَ هُوَ) أَي الْمَأْذُونُ (وَأَكْثَرُ أَهْلِ سُوقِهِ) أَي سِوَى الْعَبْدِ، لِأَنَّ إِعْلَامَ الْكَلِّ قَدْ يَعْشُرُ، فَيُقَامُ الْأَكْثَرُ مَقَامَ الْكَلِّ، كَمَا فِي تَبْلِيغِ الرِّسَالَةِ مِنَ الرَّسْلِ. وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ: وَبَلَا عِلْمِهِمْ أَيْضًا، لِأَنَّ الْمَوْلَى تَصَرَّفَ فِي خَالصِ حَقِّهِ، فَيَنْفِذُ وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِ غَيْرِهِ. وَلِنَا: أَنَّ الْحَجَرَ لَوْ صَحَّ بِدُونِ عِلْمِهِمْ لَلْحَقِّ الضَّرْرُ بِهِمْ بِتَأْخِيرِ حَقِّهِمْ إِلَى مَا بَعْدَ عِتْقِهِ، لِأَنَّ دَيْتَهُ حِينَ حَجْرِهِ لَا يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ وَكَسْبِهِ، وَقَدْ بَاعُوا مِنْهُ عَلَيَّ رِجَاءَ التَّعَلُّقِ بِهِمَا. وَقَيَّدَ بِالْأَكْثَرِ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَوْ حَجَرَ عَلَيْهِ بِحَضْرَةِ الْأَقْلَى مِنْ أَهْلِ سُوقِهِ لَمْ يَصِرْ مَحْجُورًا عَلَيْهِ.

(وَالْأُمَّةُ) أَي وَتَنْحَجِرُ الْأُمَّةُ (إِنْ اسْتَوْلَدَهَا) سَيِّدَهَا. وَقَالَ: رُقِرَ: لَا تَصِيرُ الْمَأْذُونُ لَهَا بِالْإِسْتِيلَادِ مَحْجُورًا عَلَيْهَا، وَهُوَ الْقِيَاسُ، لِأَنَّ الْإِسْتِيلَادَ لَا يَمْنَعُ الْإِذْنَ ابْتِدَاءً، فَإِنَّ الْمَوْلَى إِذَا أُذِنَ لِأَمٍّ وَلَدِهِ جَازٌ، فَكَذَا بَقَاءً. وَوَجْهُ الْإِسْتِحْسَانِ: أَنَّ فِي اسْتِيلَادِ الْمَوْلَى لَهَا دَلَالَةٌ عَلَى حَجْرِهِ عَلَيْهَا، لِأَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِتَحْصُنِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ، وَعَدَمِ رِضَاءِ مَوَالِيهِنَّ بِاخْتِلَاطِهِنَّ بِالرِّجَالِ فِي الْمَعَامَلَةِ وَالتَّجَارَةِ، وَدَلَالَةِ الْحَجْرِ كَصْرِيحِهِ. وَإِنَّمَا صَحَّ الْإِذْنُ لِأَمٍّ الْوَلَدِ، لِأَنَّ الدَّلَالََةَ لَا يُعْتَابَرُ لَهَا مَعَ التَّصْرِيحِ بِخِلَافِهَا. قَيَّدَ بِالْإِسْتِيلَادِ، لِأَنَّ الْمَأْذُونُ لَهَا لَا تَصِيرُ مَحْجُورًا عَلَيْهَا بِالتَّدْبِيرِ، إِذْ لَا عَادَةَ بِتَحْصِينِ الْمَدْبِرَةِ فَلَمْ تَوْجِدْ دَلَالََةَ الْحَجْرِ، فَتَبْقَى عَلَى مَا كَانَتْ. (وَوَصِمَنَّ) سَيِّدَهَا (فِي مَتْنِهَا لِلْغَرِيمِ) لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَحَلًّا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَرِيمِ، لِأَنَّهَا بِاسْتِيلَادِهَا امْتَنَعَ بِبَيْعِهَا، وَبَيْعِهَا يُوقِي حَقَّ الْغَرِيمِهَا. (وَلَوْ سَمِلَ دَيْتُهُ) أَي الْعَبْدُ (مَالُهُ وَرَقَبَتُهُ لَمْ يَمْلِكْ سَيِّدُهُ مَا مَعَهُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (قَلَمُ يُعْتَقُ) أَي لَمْ يَنْفِذْ عِتْقُ مَا مَعَ الْمُؤْذُونِ مِنَ الْعَبِيدِ (بِإِعْتَاقِهِ) أَي بِإِعْتَاقِ سَيِّدِ الْمَأْذُونِ، إِذْ لَا عِتْقَ فِيهَا لَا يَمْلِكُهُ الْمُعْتَقُ. وَعِنْدَهُمَا، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ: يَمْلِكُ مَا مَعَهُ فَيَنْفِذُ إِعْتَاقَهُ لِعَبِيدِهِ وَيَغْرَمُ قِيمَةَ مَا أَعْتَقَهُ لِلْغَرِيمِ، لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْمَأْذُونِ فَيَمْلِكُ كَسْبَهُ، لِأَنَّ مَلِكَ الرِّقَبَةِ سَبَبٌ لِمَلِكِ كَسْبِهَا، وَاسْتِعْرَاقُهَا بِالذِّينِ لَا يُوجِبُ خُرُوجَ الْمَأْذُونِ عَنِ مَلِكِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مَلِكَ الْمَوْلَى إِنَّمَا يَثْبِتُ فِي كَسْبِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ خِلَافَةً عِنْدَ فِرَاقِهِ عَنِ حَاجَتِهِ، كَمَلِكِ الْوَارِثِ. وَالْمَأْذُونُ الْمَشْغُولُ بِالذِّينِ مَشْغُولٌ كَسْبَهُ بِحَاجَتِهِ، فَلَا يَخْلُفُهُ الْمَوْلَى فِيهِ بِخِلَافِ رَقَبَتِهِ، لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَخْلُفُهُ فِي مَلِكِهَا، لِأَنَّهُ كَانَ مَالِكًا لَهَا قَبْلَ الْإِذْنِ فَاسْتَمَرَ، فَبَقِيَ مَلِكُهُ بَعْدَ الذِّينِ عَلَى مَا كَانَ قَبْلَهُ.

(وَيَبِيعُ) الْمَأْذُونُ الْمَدْيُونُ (مِنْ سَيِّدِهِ بِالْقِيمَةِ) لَا بِأَقْلٍ مِنْهَا لِمَا فِيهِ مِنَ التُّهْمَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ بِأَقْلٍ حَيْثُ يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، إِذْ لَا تَهْمَةَ فِيهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ بَاعَ مِنَ الْمَوْلَى جَازَ الْبَيْعَ، فَاحْتِشَاءً كَانَ الْغَبْنُ أَوْ لَا، وَلَكِنْ يَخْتَارُ الْمَوْلَى بَيْنَ أَنْ يَزِيلَ الْغَبْنَ وَبَيْنَ أَنْ يَنْقُضَ الْبَيْعَ، لِأَنَّ فِي تَنْفِيزِهِ بِدُونِ ذَلِكَ إِبْطَالَ حَقِّ الْغَرْمَاءِ فِي الْمَالِيَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ بِالْغَبْنِ الْيَسِيرِ حَيْثُ يَجُوزُ عِنْدَهُمَا، وَلَا يُؤْمَرُ الْمَشْتَرِي بِإِزَالَتِهِ. (وَ) يَبِيعُ (سَيِّدُهُ مِنْهُ) أَي مِنَ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ (بِهَا) بِالْقِيمَةِ (أَوْ بِأَقْلٍ) لِأَنَّ الْمَوْلَى أَجْنَبِيٌّ مِنْ كَسْبِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَيَصِحُّ كَمَا فِي الْأَجْنَبِيِّ، وَعِنْدَهُمَا جَوَازُ

البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت. (فَإِنْ بَاعَ) سيده منه (بِأَكْثَرِ) من القيمة (تَقْصَرَ) البيع (أَوْ حَطَّ الْقَضْلَ) لأن الزيادة تعلق بها حقَّ الغرماء. (وَبَطَلَ تَمَنُّهُ) أي ثمن المبيع (إِنْ سَلَّمَ) المولى (مَبِيعَةً قَبْلَ قَبْضِهِ) أي قبض السيد الثمن، وهو الدراهم والدينارين. وقيد به، لأن المبيع لو كان عَرَضًا لكان الولي أحق به من الغرماء اتفاقاً. (وَلَهُ) أي للمولى (حَسْبُ مَبِيعِهِ بِتَمَنِّهِ) أي لأجل ثمن مبيعه حتى يستوفيه من الماذون. (وَصَحَّ إِعْتَاْفُهُ) أي إعتاق السيد عبده الماذون حال كونه (مَدْيُونًا) لقيام ملكه فيه (وَصَمِنَ سَيِّدُهُ) للغرماء (الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ دَيْنِهِ) وما بقي من الدين يطالب الماذون به بعد عتقه.

(وَلَوْ اشْتَرَى) العبد (وَبَاعَ سَاكِنًا مِنْ أَدْتِهِ وَحَجَرَهُ فَهُوَ مَادُونٌ) وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون ماذونًا، لأن سكوته يحتمل الإذن وغيره. ووجه الاستحسان: أن الظاهر أنه ماذونٌ لوجوب حمل حال المسلمين على الصلاح ما أمكن، والظاهر هو الأصل في المعاملات دفعاً للضرر عن العباد. وعند مالك والشافعي وأحمد: لا يصدق إخباره بكونه ماذونًا إلا عند الشافعي في الأظهر (وَلَا يُبَاعُ) هذا الذي اشترى وباع ساكناً (لِدَيْنِهِ) أي لأجل ما عليه من الدين (إِلَّا إِذَا أَقَرَّ سَيِّدُهُ بِإِذْنِهِ) لظهور الدين حينئذٍ في حق سيده بإقراره، ولو قال سيده: هو محجورٌ عليه كان القول قوله، (فلا) يُباع لدننه إلا إذا أثبت الغرماء بالبينة أنه غير محجورٍ عليه.

(وَتَصَرَّفُ الصَّبِيِّ). والمعنوه (إِنْ تَفَعَّ، كَالِإِسْلَامِ وَالِاتِّهَابِ) أي قبول الهبة (صَحَّ بِلَا إِذْنٍ) من وليه اكتفاءً بأهليته القاصرة (وَإِنْ صَرَّ) تصرفه (كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ لَا) يصح (وَإِنْ أَذِنَ) وليه لاشتراط الأهلية الكاملة. وأما ما في «الهداية» من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق»، فغير معروف (وَمَا تَفَعَّ وَصَرَّ) كالبيع والشراء (عَلَّقَ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ) دفعاً للضرر بانضمام رأيه، فإن وقع بغير إذنه لم يصح، وإن وقع بإذنه صحَّ (بِشَرْطِ أَنْ يَعْقَلَ الْبَيْعَ سَالِبًا) للملك (وَالشَّرَاءَ جَالِبًا) له.

وقال مالك والشافعي وأحمد: لا ينفذ تصرفه بإذن وليه، لقوله تعالى: {وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ} ... الآية، وقوله تعالى: {حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ} حيث شرط البلوغ والرشد للدفع إليهم في هذه الآية، ونهى عن الدفع إلى السفهاء في الأولى. والصبي سفیه وليس ببالغ، والبالغ المعنوه ليس برشيد. ولنا: قوله تعالى: {وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ} أمرٌ بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار وذلك بالإذن في التجارة. (وَوَلِيِّهِ) أي ولي الصبي، وكذا المعنوه (أَبُوهُ ثُمَّ وَصِيُّهُ) بعد موته (ثُمَّ جَدُّهُ) إن لم يكن الأب ووصيه (ثُمَّ وَصِيُّهُ) أي وصي الجد بعد موته (ثُمَّ الْقَاضِي أَوْ وَصِيُّهُ) وهو الذي أمره بالتصرف في مال اليتيم ولو في حياته، فإيهما تصرف صحَّ عند عدم الأب والجد وأوصيائهما ((وَلَوْ أَقَرَّ بِمَا مَعَهُ مِنْ كَسْبِهِ أَوْ إِزْتِهِ صَحَّ) كما يصح إقرار العبد بذلك)، والله تعالى أعلم.

كتاب الوصايا

(هي):

أي الوصية (إِنجَابٌ) أي تمليك شيءٍ (بَعْدَ الْمَوْتِ) لكن بطريق التبرع، عيناً كان ذلك الشيء أو منفعة. وهي إذا كان على الموصي حق الله كالزكاة والصيام والحج والصلاة واجبة، وإلا فمستحبة. والقياس أن لا تجوز، لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال الملك، ولو أضاف أحد التمليك إلى حال قيام الملك، بأن قال: ملكتك غداً، كان باطلاً، فهذا أولى، إلا أن الشارع أجازها لحاجة الناس إليها. فإن الإنسان مغرورٌ بأمله في طول أجله، مقصرٌ في عمله، فإذا عرض له عارضٌ فخاف الهلاك احتاج إلى تلافٍ ما فاته بما له، على وجه لو تحقق ما يخافه لحصل حسن ماله.

ويجوز أن يبقى الملك بعد موت المالك باعتبار الحاجة، كما في قدر التجهيز والدين. وقد نطق بها الكتاب والسنة، وانعقد عليها إجماع الأمة. ثم هي واجبة على المديون بما عليه، سواء كان حقاً لله كالزكاة والحج، أو حقاً للعباد

كالديون والأعيان المغصوبة. (وَوَدَّيْتُ) الوصية (بِأَقْلٍ مِّنَ الثُّلُثِ عِنْدَ غَنَى وَرَثَتِهِ، أَوْ اسْتِغْنَائِهِمْ بِحِصَّتِهِمْ) لأن فعلها حينئذٍ صدقة على الأجنبي، وتركها هبة من القريب، والصدقة أولى، لأنها يبتغى بها رضى الخالق، وبالهبة رضى المخلوق. وقيل بالتخير لإشتمال كل منهما على فضيلة هي: الصدقة، أو الصلة. (كَتَرِكْهَا يَلَا أَحَدِهِمَا) أي كما تدب ترك الوصية عند عدم كل من غنى الورثة واستغنائهم بما يرثون، لما فيه من الصدقة على القريب، ولأن فيه رعاية لحق الفقراء والقرابة جميعاً. (وَوَصَّحْتُ) الوصية (لِلْحَمْلِ) لأنه يصلح خليفة عن الميت في الوراثة، فكذا في الوصية، لأنها أختها غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك. (وَبِهِ) أي وصحت الوصية بالحمل أيضاً، لأنه يجري فيه الإرث فيجري فيه الوصية، لأنها أخته.

لكن (إِنْ وُلِدَتْ) الحامل بالموصى له أو به (لَأَقْلٍ مِّنْ مُدَّتِهِ) أي مدة الحمل - وهو ستة أشهر - (مِنْ وَفَيْتَهَا) أي الوصية. ولا يخفى الفرق بين أقل مدة الحمل وبين الأقل من مدته.

(وَهِيَ) الضمير للوصية، والعطف على المستتر في وصحت، أي وصحت الوصية (وَالِاسْتِثْنَاءُ فِي وَصِيَّتِهِ بِأَمَةٍ إِلَّا حَمَلَهَا) يعني أن من أوصى بأمة واستثنى حملها وصحت وصيته واستثنأه، لأن الحمل يجوز إفراده بالوصية، فيجوز استثنأه فيها، لأن كل ما جاز إيراد عقده عليه جاز إخراجه منه.

(وَمِنَ الْمُسْلِمِ) عطف على للحمل، أي وصحت الوصية من المسلم (لِلذَمِّيِّ وَبِعَكْسِهِ) وهو الوصية من الذمّي للمسلم، لأنه بعقد الذمة التحق بالمسلمين في المعاملات. ولهذا جاز التبرع المنجز من الجانبين في حال الحياة، فكذا المضاف إلى ما بعد الممات. وكذا المستامن في حكم الذمّي، بخلاف الحربي على أن فيه خلافاً أيضاً، والمعتمد عدم صحة الوصية له.

ففي «الجامع الصغير»: أن الوصية باطلة لأهل الحرب، لقوله تعالى: {لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ

تَبَرُّوهُمْ وَتُقْبِسُوا إِلَيْهِمْ إِنْ أَيْجِبُ الْمَقْسُطِينَ إِنَّمَا يَنْهَأَكُمُ إِنْ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلَكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»، فالآية الأولى تدل على جواز الوصية للذمي، والآية الأخيرة على بطلان الوصية للحربي.

(وَبِالثُّلُثِ) أي وصحت الوصية بالثلث (للأجنبي) ولو لم يجز الورثة، لما أخرج ابن ماجه في «سننه» عن طلحة بن عمرو المكي، عن عطاء بن أبي رباح، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ». وكذا رواه البرار في «مسنده». ورواه الدارقطني عن معاذ بن جبل، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ زِيَادَةً فِي حَسَنَاتِكُمْ، لِيَجْعَلَهَا لَكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ». وعليه إجماع الأمة.

(لَا فِي أَكْثَرِ مِنْهُ) أي ولا تصح الوصية للأجنبي بأكثر من الثلث، لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص أنه قال: مرضت عام الفتح مرضاً أشقىت على الموت، فاتاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعوذني فقلت: يا رسول الله إن لي مالاً كثيراً، وإنما يرثني ابنتي أقاوصي بمالي كله؟ قال: «لا»، قلت: فبالثلثين؟ قال: «لا»، قلت: فبالنصف؟ قال: «لا»، قلت: فبالثلث؟ قال: «الثلث، والثلث كثير». رواه أصحاب الكتب الستة.

(وَلَا لِوَارِثِهِ) لما أخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه عن إسماعيل بن عياش، عن شريح بن مسلم، عن أبي أمية: أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب فقال: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَىٰ كُلَّ ذِي حَقِّ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ». قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وأخرجه أيضاً الترمذي والنسائي وابن ماجه عن قتادة، عن شهر بن حوشب، عن عبد الرحمن بن عثم، عن عمرو بن حارجه عن النبي صلى الله عليه وسلم. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. ويروي عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرِثَةُ». ويعتبر كونه وارثاً وقت الموت لا وقت الوصية.

(وَقَاتِلِهِ) أي ولا يصح وصية الشخص لقاتله (مُبَاشَرَةً) عمداً كان القتل أو خطأ، كما يحرم القاتل الوارث الميراث. قيد بالباشرة، لأن التسبب في القتل لا يمنع الوصية ولا الإرث، لأنه ليس بقتل حقيقة (إِلَّا بِإِجَارَةٍ وَرَثَتِهِ) استثناء من المنفيات الثلاث، لأن امتناع الوصية فيها إنما هو لحق الورثة.

(وَلَا) تصح الوصية (مِنْ صَبِيٍّ) وعند مالك والشافعي وأحمد: تصح منه في وجوه الخير إذا كان مميزاً، لما في «الموطأ»: أنه قيل لعمر بن الخطاب: إن ههنا غلاماً لم يحتلم من غسان، ووارثه بالشام، وهو ذو مال وليس هنا إلا ابنة عم له. فقال: فليؤص لها (قال: فأوصى لها بمال) يقال له بئر جشم. قال: فبيعت بثلاثين ألف درهم.

ولنا: أنها تبرع، فلا تصح منه، كالهبة والصدقة، وهذا لأن إعتبار عقله فيما ينفعه دون ما يضره، والتمليك بطريق التبرع فيه ضررٌ باعتبار أصل الوضع والحال وإن اتفق نافعاً باعتبار المال والاستقبال. (وَلَا) من (مُكَاتِبٍ) وإن ترك وفاءً،

لأنه ليس من أهل التبرع. (وَقُدِّمَ الدَّيْنُ عَلَيْهَا) أي على الوصية، لأنه أهم منها لكونه واجباً وحقاً للعبد، وهي تبرع إن لم يكن بواجب من صلاة أو زكاة أو صوم أو حج، وحق الله تعالى، (وإن كان واجباً لكن) حق العبد لفقره أحق بالوفاء من حق الله تعالى لغناه.

(وَتُقْبَلُ الوَصِيَّةُ بَعْدَ مَوْتِهِ) أي موت الموصي (وَيَبْتَلَى قَبُولُهَا وَرَدُّهَا فِي حَيَاتِهِ) لأن ثبوت حكم الوصية بعد موت الموصي، فلا يعتبر قبولها ولا ردّها قبله، كما لا يعتبران قبلها. (وَبِهِ) أي بالقبول (بِمَلِكٍ) الوصية وإن لم يقبضه. وقال زُقر: يملك بدون القبول كالميراث (إِلَّا إِذَا مَاتَ مُوصِيهِ ثُمَّ) مات (هُوَ) أي الموصي له (بِلَا قَبُولٍ) فإن الموصي به يدخل في ملك الموصي له من غير وجود قبول منه. (فَهُوَ) أي الموصي به (لِوَرَثَتِهِ) أي ورثة الموصي له، وعند مالك والشافعي وأحمد: ورثة الموصي له كهو في القبول والرد.

(وَلَهُ) أي للموصي (أَنْ يَرْجِعَ عَنْهَا)، لأنها تبرع، فجاز كما في الهبة قبل القبض. (بِقَوْلٍ صَرِيحٍ) كأن يقول: رجعت عن الوصية (أَوْ فَعَلٍ) عطف على قول، أي للموصي أن يرجع عن الوصية بفعل (يَقْطَعُ حَقَّ الْمَالِكِ (عَمَّا عَصَبَ) كَمَا مَرَّ) في الغصب من اتخاذ الغاصب الحديد سيفاً أو الصُّفر أنيةً يقطع حق المالك عن الحديد والصُّفر، لأنَّ الفعل إذا أثر في قطع ملك المالك، فلأن يؤثر في المنع أولى، وكذا إذا حُلِطَ الموصي به بغيره بحيث لا يمكن تمييزه.

(أَوْ يَزِيدُ) عطف على يقطع، أي أو بفعل يزيد في الموصي به (مَا يَمْنَعُ تَسْلِيمَهُ) أي الموصي به (إِلَّا بِهِ) أي بما يمنع (كَلَّتِ السَّوْبِقُ) الموصي به (بِسَيِّمِنَ، وَالْبِنَاءُ فِي الدَّارِ) الموصي بها (أَوْ تَصُرُّفٍ) عطف على فعل (يُزِيلُ مَلِكُهُ) أي ملك الموصي عن الموصي به (كالبيع) بأن باع العين الموصي بها (والهبة) بأن وهبها، لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملك الموصي، فإذا أزاله كان رجوعاً (لا يَغْسِلُ يَتَّوَبُ) أي لا يرجع الموصي بغسله ثوب الوصية عن وصيته، لأن العادة جرت بأن من أراد أن يعطي ثوبه لغيره يغسله قبل أن يعطيه له. (وَلَا يَجْحُودُهَا) أي ولا يرجع الموصي بجحود الوصية، كذا ذكره محمد في «الجامع الكبير». وذكر في «المبسوط»: أنه يرجع. فمنهم من قال: ما في «المبسوط» محمول على أن الرجوع كان في حضرة الموصي له، وما في «الجامع» محمول على أن الرجوع كان في غيبته، ومنهم من قال: ما في «الجامع» قول محمد، وما في «المبسوط» قول أبي يوسف، وهو الصحيح. وفي «عيون المذاهب»: وبه يُفتَى، وهو قول مالك والشافعي وأحمد.

(وَتَبْتَلَى هَبَةُ الْمَرِيضِ) للمرأة نكحها بعد الهبة (وَوَصِيَّتُهُ) أي المريض (لِمَنْ) أي لامرأة (تَكَحَّهَا) المريض (بَعْدَهَا) أي بعد الوصية، لأن كلا منهما وصية المريض لوأثرته. وحكم الهبة المنجزة الصادرة من المريض حكم الوصية، لأنها وصية حكماً. إلا ترى أنها تنفذ من الثلث، وتبطل بالدين المستغرق وحكم الوصية إنما تثبت بعد الموت، لأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت. (كَإِفْرَارِهِ) أي كبطلان إقرار المريض.

(وَ) بطلان (وَصِيَّتِهِ وَهَبَتِهِ لِابْنِهِ) حال كون الابن (كَافِرًا أَوْ) حال كونه (عَبْدًا) إن

أَسْلَمَ) الابن الكافر (أَوْ أُعْتِقَ) الابن العبد (بَعْدَ ذَلِكَ) الإقرار والوصية والهبة. (وَهَبَهُ مُفْعَدٍ وَمَفْلُوحٍ وَأَسْلَى وَمَسْلُولٍ) بالسین المهملة: وهو الذي به مرض السيل: وهو - بالكسر والضم - قرحة تحدث في الرئة إما تعقب (ذات الرئة أو) ذات الجنب، أو زكام ونوازل، أو سُعالٍ طويلٍ ويلزمها حمى هابوية. (مِنْ كُلِّ مَالِهِ إِنْ طَالَ مُدَّتُهُ وَلَمْ يُحَفِّ مَوْتُهُ) من هذه الأشياء، لأنها حينئذٍ تصير طبعاً له، ولهذا لا يشتغل بتداويها.

(وَالْإِلَّ) أي وإن لم تطلَّ مدته وخيف موته منها ومات (فَمِنْ ثُلُثِهِ) لأنها في ابتدائها يخاف الموت، ولهذا يتداوى منها فيكون مرض الموت، ولو صار المُبْتَلَى بها صاحب فراش بعد التطاول، فهو كمرضٍ حادثٍ حتى تعتبر تبرعاته من الثلث.

(وَإِنْ اجْتَمَعَ الْوَصَايَا) وضاقت عنها الثلث (فُدِّمَ الْقَرَضُ) وإن أخره الموصي عن غيره، لأنه أهمُّ. (فَإِنْ تَسَاوَتْ قُوَّةُ قُدِّمَ مَا قُدِّمَ) المُوصِي، لأن الظاهر من حال الإنسان أن يبدأ بما هو أهم عنده، والثابت بالظاهر كالثابت بالنص. ولو نصَّ على تقديم ما بدأ به لزم تقديمه، فكذا هنا.

وَأَمَّا لو تساوت رتبةً وتفاوتت قوةً يُقَدِّمُ الأَقْوَى: فتقدم الزكاة على الحج لتعلق حقِّ العبد في القبض بها، فكان ممتزجاً بالحقين. وعن أبي يوسف، وهو قول محمد: يُقَدِّمُ الحج عليها، لأنه يقام بالمال والبدن، وهي بالمال فقط. وتقدم الزكاة والحج على الكفارة، لأنه جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت فيها. قال الله تعالى: {وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ أَعْيُنَ عَنِ الْعَالَمِينَ}، وقال: {وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ}. وتقدم كفارة القتل والظهار واليمين على صدقة الفطر، لأن وجوبها عُرف بالكتاب دون صدقة الفطر. وتقدم صدقة الفطر على الأضحية للاتفاق على وجوبها دون الأضحية. وتقدم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين، لأنها أكثر تغليظاً منهما، ألا ترى أن الإسلام شرط في التحرير عنها دونهما وتقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار، لأنها لهتك حرمة اسم الله تعالى، وكفارة الظهار لإيجاب العبد حرمة على نفسه. والنذر يُقَدِّمُ على الأضحية، لأن النذر ثابتٌ بالكتاب دونها.

(وَإِنْ أَوْصَى الْمَرِيضَ (بِحَجِّ) أَي فَرَضَ (أَحَجَّ) الْوَصِيُّ (عَنْهُ رَاكِبًا مَنْ بَلَدِهِ إِنْ بَلَغَ تَقَعُّهُ ذَلِكَ) أي الإحجاج من بلده راكباً، لأن الواجب على الموصي أن يحج من بلده راكباً، إذ لا يلزمه المشي عندنا. وإن قدر عليه، فيجب الإحجاج عنه على الوجه الذي لزمه. (وَالْإِلَّ) أي وإن لم يبلغ نفقته الإحجاج من بلده راكباً (فَمِنْ حَيْثُ) أي فيحج عنه من مكان (تَبْلُغُ تَقَعُّهُ) ذلك، لأن مقصود الموصي تنفيذ الوصية، وقد أمكن على هذا الوجه.

(فَإِنْ مَاتَ حَاجُّ) أي مرید الحج (فِي طَرِيقِهِ، أَوْ أَوْصَى بِالْحَجِّ يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ) فإن أحجوا عنه من موضع آخر، فإن كان أقرب من بلده إلى مكة ضمنوا النفقة، وإن كان أبعد لم يضمنوا، لأنهم في الأول لم يحصلوا مقصود الموصي بصفة الكمال، وإطلاقه يقتضي ذلك. وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة، وهذا

عند أبي حنيفة. وقال: يحج عنه من حيث مات، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق. لهما: أن السفر بنية الحج وقع قربة، فسقط فرض قطع المسافة بقدره، وقد وقع أجره على الله، فابتدىء من مكان الموت، كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة، لأنه لم يقع قربة، فيحج عنه من بلده اتفاقاً. ولأبي حنيفة: أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده أداءً للواجب على الوجه الذي وجب.

(وَفِي وَصِيَّتِهِ) أَي الْمَوْصِي (يَثْلُثُ مَالَهُ لِزَيْدٍ وَسُدُسِيهِ لِآخَرَ وَلَمْ يُجَيِّزُوا) أَي الْوَرِثَةَ (يَثْلُثُ) أَي يُجْعَلُ الثَّلْثُ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ، فَيُعْطَى مِنْهَا صَاحِبُ السُّدُسِ وَاحِدًا، وَصَاحِبُ الثَّلْثِ اثْنَيْنِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ بِسَبَبِ صَاحِبِ، وَقَدْ ضَاقَ الثَّلْثُ عَنْهُمَا، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ حَقِّهِمَا كَمَا فِي أَصْحَابِ الدِّيُونِ فَيَجْعَلُ الْأَقْلُ سَهْمًا فَصَارَ الثَّلْثُ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ سَهْمٌ لِصَاحِبِهِ، وَسَهْمَانِ لِصَاحِبِ الْأَكْثَرِ (وَوَيْثَلِيهِ) عَطْفٌ عَلَى ثَلْثِ مَالِهِ أَي وَفِي وَصِيَّةِ الْمَوْصِي ثَلْثٌ بِأَلِهِ لِزَيْدٍ (وَكُلُّهُ) لِآخَرَ (يُتَصَّفُ) أَي يُجْعَلُ الثَّلْثُ نِصْفَيْنِ (وَقَالَا: يُرْبَعُ أَي يُجْعَلُ الثَّلْثُ أَرْبَعَةً وَيُعْطَى صَاحِبُ الثَّلْثِ رُبْعًا مِنْهُ، وَصَاحِبُ الْكُلِّ الثَّلَاثَةَ الْأَرْبَاعَ).

(وَلَا يَضْرِبُ الْمَوْصِي لَهُ بِأَكْثَرَ مِنْ الثَّلْثِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَفَضْلَاهُ مُطْلَقًا كَمَا لَكَ وَالشَّافِعِيُّ. وَفِي: «شرح الوفاية»: المراد بالضرب: الضرب المصطلح بين الحسب، فإذا أوصى بالثلث والكل، فعند أبي حنيفة سهام الوصية: اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف في ثلث المال، والنصف في الثلث يكون نصف الثلث وهو السدس، فلكل سدس المال. وعندهما: سهام الوصية أربعة، والواحد من الأربعة ربع، فيضرب الربع في ثلث المال، والربع في الثلث يكون ربع الثلث، ثم لصاحب الكل ثلاثة من الأربعة، وهي ثلاثة أرباع الثلث، فيضرب ثلاثة الأرباع في الثلث بمعنى ثلاثة أرباع الثلث، ولصاحب الثلث واحد من أربعة، فيضرب الواحد في الثلث - وهو الربع - بمعنى ربع الثلث. هذا معنى الضرب، وقد تحير فيه كثير من العلماء.

(إِلَّا فِي الْمَحَابَةِ) فَإِنَّ الْمَوْصِي لَهُ يَضْرِبُ فِيهَا بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّلْثِ، (و) كَذَا فِي (السَّعْيَةِ وَالذَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ) أَي غَيْرِ الْمَقِيدَةِ بِأَنَّهَا ثَلْثٌ، أَوْ نِصْفٌ، أَوْ نَحْوَهُمَا. وَصُورَةُ الْمَحَابَةِ: أَنْ يَكُونَ لِرَجُلٍ عَبْدَانِ: قِيمَةُ أَحَدَهُمَا ثَلَاثُونَ، وَالْآخَرُ سِتُونَ، فَأَوْصَى بِأَنْ يُبَاعَ الْأَوَّلُ مِنْ زَيْدٍ بَعَشْرَةٍ وَالْآخَرُ مِنْ عَمْرٍو بِعِشْرِينَ، وَلَا مَالَ لَهُ سِوَاهُمَا. فَالْوَصِيَّةُ فِي حَقِّ زَيْدٍ بَعَشْرِينَ، وَفِي حَقِّ عَمْرٍو بِأَرْبَعِينَ، يُقَسَّمُ الثَّلْثُ بَيْنَهُمَا أَثَلَاثًا، فَيُبَاعُ الْأَوَّلُ مِنْ زَيْدٍ بَعَشْرِينَ وَالْعِشْرَةَ وَصِيَّةً لَهُ، وَيُبَاعُ الثَّانِي مِنْ عَمْرٍو بِأَرْبَعِينَ وَالْعِشْرُونَ وَصِيَّةً لَهُ، فَأَخَذَ عَمْرٍو مِنَ الثَّلْثِ بِقَدْرِ وَصِيَّةٍ لَهُ وَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً عَلَى الثَّلْثِ.

وصورة السعاية: عتق عبيد قيمتهما ما ذكر، ولا مال له سواهما، فالوصية للأول ثلث المال، وللثاني ثلثي المال، فسهام الوصية بينهما أثلاث: واحد للأول، واثنان للثاني، فيقسم الثلث بينهما كذلك، فيعتق من الأول ثلثه وهو عشرة، ويسعى في عشرين، ويعتق من الثاني ثلثه وهو عشرون، ويسعى في أربعين، فيضرب كل بقدر وصيته وإن كان زائدًا على الثلث.

وصورة الدرّاهم المُرسّلة: أوصى لزيد بثلاثين درهماً، ولآخر بستين درهماً، وماله تسعون يضرب كل يقدر وصيته فيضرب للأول الثلث في ثلث المال، وللثاني الثلثين في ثلث المال.

ولو أوصى لرجلٍ بجزءٍ من ماله بيّنه الورثة، لأنهم قائمون مقام المُوصي، فإليهم البيان، وجهالة المُوصى به لا تمنع صحة الوصية. ولو أوصى بسهمٍ استحقَّ أقلَّ سهام الورثة، وذلك الأقلُّ لا يُزاد على السدس، في رواية «الأصل» عن أبي حنيفة إذا كان أحسنَّ السهام أكثر من السدس ولم تجز الزيادة عليه. وعلى رواية «الجامع»: تجوز الزيادة على الثلث ولم يجز النقصان عنه، وهما لم يزيداه على الثلث إن زاد أحسنَّ السهام، لأن السهم اسم لمقدر مجهول كالجزء، فلا معني لتقديره بالسدس. وإنما جعلناه عبارة عن نصيب أحد الورثة، لأن ما يصيب أحد الشركاء عند القسمة يسمّى سهماً، وإنما صُرف الأخص، لأنه متيقن إلا إذا زاد على الثلث، فيرد إليه، لأن الوصية بأكثر من الثلث لا تصحّ عند عدم الإجازة.

وله ما روى البزار في «مسنده»، والطبراني في «معجمه الأوسط» عن محمد بن عبيد الله العزّمي، عن أبي قيس، عن هزبل بن شريحيل، عن ابن مسعود: أن رجلاً أوصى لرجلٍ بسهم من ماله، فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم السدس. قال البزار: هذا حديث لا نعلمه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم إلا من هذا الوجه، وأبو قيس ليس بالقوي. وذكره عبد الحق في «أحكامه» من جهة البزار، وقال: العزّمي متروك، وأبو قيس له أحاديث يخالف فيها. وقال إياس بن معاوية: السهم في كلام العرب السدس. قلت: إذا كان السهم في اللغة السدس، وقد ورد الحديث به - ولو كان ضعيفاً - فهو مقدّم على الرأي، والله تعالى أعلم.

(و) وصيته (بمئل تصيب ابنه صحّت) (و) وصيته (بتصبيه) أي نصيب ابنه (لا) أي لا تصح. وقال زفر: تصحّ (والعبرة بحال العقد في التصرف المنجز) وهو ما أوجب حكمه في الحال (فإن كان) واقعاً (في الصحة فمن كل ماله وإلا) أي وإن لم يكن واقعاً في الصحة، بل كان واقعاً في مرض الموت (فمن ثلثه) أي ثلث مال.

وفي «شرح الوقاية»: والمراد التصرف الذي هو إنشاء، ويكون فيه معنى التبرع، حتى إن الإقرار بالدين في المرض (ينفذ من كل المال، والنكاح في المرض) بمهر المثل ينفذ من كل المال، (و) التصرف (المضاف إلى موته) أي موت المتصرف (من الثلث) وإن كان التصرف واقعاً (في الصحة. ومريض) هذا مبتدأ (صح) الموصي (منه) صفته، وخبره (كالصحة) حتى إن تصرفاته المنجزة فيه تكون من كل ماله، لأنه ببرئه يتبين أنه لا حق لأحد في ماله.

(واعتاقه) مبتدأ، أي إعتاق المريض مرض الموت عبداً له (ومحابته) أي بيعه بنقصان كثير، أو شراؤه بزيادة كثيرة (وهيئة وصمائه وصيته) خبر، أي كالوصية في أنها تُعتبر من الثلث، ويضرب بها مع أصحاب الوصايا. ولا يريد حقيقة الوصية، لأنها إيجابٌ بعد الموت، وهذه الأشياء منجزة قبله، وإنما اعتبرت من

الثُّلث لتعلّق حقّ الورثة بهاله، فصار محجوراً عليه في الزائد على الثلث. وهذا في غير الضمان ظاهرٌ، وأمّا في الضمان، فلأن المريض تبرّع ابتداءً بإيجابه على نفسه، فينتهم فيه كما في الهبة.

فصلٌ

(جَارُهُ: مَنْ لَصِقَ دَائِرُهُ بِهِ) أي إذا أوصى لجاره صُرفَ إلى الملاصق لداره، فإنه هو المُسْتَعْمَلُ عرفاً وشرعاً، وهذا عند أبي حنيفة وُزُقِرَ، وهو القياس. وعندهما: إلى مَنْ يسكن محلته، ويجتمع معه في مسجدِها، لأنه جارٌ شرعاً. قال النبيّ صلى الله عليه وسلم: «لا صلاةَ لجارِ المسجدِ إلا في المسجد». رواه الدَّارُقُطَنِيُّ عن جابر وأبي هُرَيْرَةَ، والحاكِمُ في «مستدرکه»، وسكت عنه. وقال ابن حَزْمٍ: هو الصحيح عن عليّ. والمعنى: لا صلاةَ كاملةً. وقال أحمد: لا صلاةَ صحيحةً، وفسَّرَ الجارُ بكلِّ من سمع النداء. ثم يدخل فيه الجار الساكن والمالك، والذكر والأنثى، والمسلم والذميّ، ويدخل فيها الأرملة، لأن سكنها مضافةٌ إليها، ولا يدخل فيها التي لها زوجٌ، لأن سكنها مضافةٌ إلى زوجها، وهي تبعٌ له، فلم تكن جاراً حقيقةً.

(وَصِهْرُهُ: كُلُّ ذِي رَجِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ عَرْسِيهِ) أي امرأته، وهذا التفسير للصهر اختيار محمد وأبي عُبَيْدٍ، وكذا كلُّ ذِي رَجِمٍ مَحْرَمٍ عن زوجة ابنه وزوجة أبيه، وزوجة كلِّ ذِي رَجِمٍ مُحْرَمٍ منه صهر. وقال الحَلَوَانِيُّ: أبو المرأة وأمها، ولا يسمّى غيرهما صِهْرًا.

والأول هو الصحيح، لما في «مسند أحمد والبرّار وابن رَاهُوِيَه» عن عائشة قالت: أصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نساء بني المُصْطَلِقِ، فأخرج الخمس منه ثم قسمه بين الناس، فأعطى الفارس سهمين والرّاجل سهمًا، فوَقَعَت جَوَيْرِيَةُ بنت الحارث في قسم ثابت بن قيس بن الشّماس الأنصاريّ، فكاتبها على نفسها على تسع أواق من ذهب إلى أن قالت: فدخلت تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابتها، فقالت: يا رسول الله أنا امرأةٌ مسلمةٌ أشهد أن لا إله إلا الله وأنك رسول الله، وأنا جَوَيْرِيَةُ بنت الحارث - سيّد قومه - أصابني من الأمر ما قد علمت، فوَقَعْتُ في سهم ثابت بن قيس، فكاتبني على ما لا طاقة لي به، وما أكرهني على ذلك إلا أني رجوتك (صلى الله) عليك فأعني في فكاكي. فقال: أو خير من ذلك؟ فقالت: ما هو؟ قال: أُوْدِّي عنك كتابتكِ وأنزوكُك. قالت: نعم يا رسول الله قد فعلت، فأدّى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان عليها من كتابتها وتزوجها. فخرج الخبير إلى الناس فقالوا: أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم يُسْتَرَقُّون، فأعتقوا ما كان بأيديهم من سبئي بني المُصْطَلِقِ، فإنه أهل بيت.

قالت عائشة: فلا أعلم امرأةً كانت على قومها أعظم بركة منها. وأما كونها صفيّة فهو وَهْمٌ، والصواب ما قدّمناه.

(وَوَحْتُهُ: كُلُّ رَوْحٍ ذَاتِ رَجِمٍ مُحْرَمٍ مِنْهُ) أي أزواج البنات، والأخوات، والعَمَّات، والخالات، وكذا كلُّ ذِي رَجِمٍ مُحْرَمٍ من أزواجهن. وقيل: هذا في عرفهم، وفي

عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم، ويستوي فيه الحر والعبد. (وَأَهْلُهُ) عند أبي حنيفة (عِرْسُهُ)، وعندهما: كل مَن يعولُه وينفق عليه غير مماليكه اعتباراً للِعُزْفِ، وبؤيده قوله تعالى: {وَأَتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ}، وقوله: {فَتَجِدُنَاهُ وَأَهْلَهُ إِلَّا أُمَّرَأَتَهُ} فإن المراد من في عياله، ولأبي حنيفة: أن الاسم حقيقة في الزوجة. قال الله تعالى: {وَسَارَ بِأَهْلِهِ} وقال: {قَالَ لِأَهْلِهِ امْكُتُوا}. (وَأَلُهُ: أَهْلُ بَيْتِهِ) فإذا أوصى الرَّجُلُ لآله دخل في الوصية كل مَن يُنسَبُ إليه من قِبَلِ آبائه إلى أقصى أب له في الإسلام، والأقرب والأبعد، والذكر والأنثى، والمسلم والكافر، والصغير والكبير فيه سواءً. ولا يدخل فيه أولاد البنات، ولا أولاد الأخوات، ولا أحد من قرابة أمه، لأنهم لا يُنسبون إلى أبيه، وإنما يُنسبون إلى آبائهم، لأن النسب يعتبر من الآباء. (وَأَقَارِبُهُ) وذو قرابته وأقربائه وأرحامه وأنسابه (وَدُوُّ أُتْسَابِهِ) هم عند أبي حنيفة: مَحْرَمَاهُ فصاعداً من ذوي (رَحْمِهِ، الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبِ غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ وَالْوَالِدِ) وعندهما كل من يُنسب إلى أقصى أب له في الإسلام، وإن لم يُسلم ذلك الأقصى بعد أن أدرك الإسلام، أو إن أسلم، على اختلاف المشايخ. وفائدة هذا الاختلاف تظهر في مثل أبي طالب وعلي رضي الله عنه إذا وقعت الوصية لأحد من أقرباء عليٍّ، فَمَنْ اكتفى بإدراك الإسلام صَرَفَهَا إلى أولاد أبي طالب، وَمَنْ شرط الإسلام صرفها إلى أولاد عليٍّ لا غير، ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالاتفاق، لأنه لم يدرك الإسلام.

لهما: أن الاسم يتناول الكلّ. ولأبي حنيفة: أن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يُعتبر الأقرب فالأقرب، وكذا في أخته، والقصد من هذه الوصية تلافي ما قَرَّط في إقامة واجب الصلة، وهو مختصُّ بذي الرَّحْمِ المَحْرَمِ، وأما قرابة الولاد فلا يُسَمَّون أقرباءً عادةً. ألا ترى إلى عطف القريب على الوالدين في قوله تعالى: {الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ} والعطف يقتضي المغايرة، ويدخل الجدّ والجدّة وولد الولد في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يدخلون.

قَبِدَ بِالْمَحْرَمِ، لأنه لو انعدم بطلت الوصية. وقبّد بالانثنين فصاعداً، لأن الواحد لا يأخذه عنده، لأن المذكور لفظ الجمع، وفي الميراث يُرَادُ بالجمع: المثنى فصاعداً، فكذا في الوصية. ويستوي الحرُّ والعبد، والمسلم والكافر، والصغير والكبير، والذكر والأنثى على المذهبين. (وَفِي وَوَلِدِ زَيْدٍ) أي في الوصية لولد زيد (الذَّكْرُ وَالْأُنْثَى سَوَاءً) لأن اسم الولد يشمل الكل، وليس في اللفظ شيء يقتضي التفضيل. (وَفِي وَرَثَتِهِ) أي وفي الوصية لورثة زيد يأخذ (ذَكَرٌ كَأُنْثَى) لأن الورثة مشتقة من الورثة، وبناء الحكم على المشتق يُشعر بأن مأخذ الاشتقاق علة ذلك الحكم، والورثة بين الأولاد والأخوة للذكر مثل حظ الأنثيين، فكذا الوصية. (وَفِي بَنِي فُلَانٍ) تأخذ (الأنثى منهم) في قول أبي حنيفة الأوّل، وهو قولهما، لأن جمع الذكور يتناول الإناث. قال الله تعالى: {وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً}، ثم رجع وقال: يأخذ الذكور خاصةً، لأن حقيقة الاسم للذكور، وانتظامه للإناث تجوّز، والكلام بحقيقته. وهذا بخلاف ما إذا كان بنو فلان: اسم قبيلة أو قَجْدٍ، حيث يتناول الذكور والإناث، لأنه لا يُرَادُ أعيانهم بل مجرد انتسابهم كبنى آدم، ولذا يدخل فيه مولى العتاقة، ومولى الموالاة، وخلفاؤهم.

(وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ لِمَوَالِيهِ) مطلقاً (فِيَمَنْ لَهُ مُعْتَقُونَ وَمَعْتَقُونَ) لأن لفظ المولى مشترك بينهما، فلا ينتظمهما في موضع الإثبات، ولا قرينة تدل على أحدهما، بخلاف ما لو حلف لا يكلم موالي فلان، حيث يتناول الأعلى والأسفل، لأنه في مقام النفي ولا تنافي فيه. وقيل: يكون لهما، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو قول الشافعي وقر. وقيل: يجعلها أبو يوسف للأعلى، لأن شكر الإنعام واجب، وفضل الإنعام مندوب، فصار صرف الوصية إلى أداء الواجب أولى. وقيل: يجعلها للأدنى، لأنه محل الحاجة غالباً، فهو أولى. (وَصَحَّتْ) الوصية (بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ، وَسُكَّتِي دَارِهِ مُدَّةً مُعَيَّنَةً) كَسَنَةِ (وَأَبْدًا) لأن المنافع يصح تملكها في حالة الحياة ببدل وغيره، فكذا في حالة الممات كما في الأعيان، ويكون كل من العبد والدار محبوساً على ملك الميت في حق المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه، كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف. (و) صحت الوصية (بِعَلَّتِيهَا) أي العبد والدار.

(فَإِنْ حَرَجَتِ الرَّقَبَةُ) أي رقبة العبد والدار (مِنَ الثَّلَاثِ) أي ثلث التركة (سُلِّمَتْ إِلَيْهِ) أي أعطيت للموصى له، لأن حقه في الثلث لا يزاحمه الورثة فيه (وإلا) أي وإن لم تخرج الرقبة من الثلث (فُسِمَتِ الدَّارُ) قسمة الأجزاء أثلاثاً (وتهايؤا العبد) أي إقتسموه قسمة مهايأة، فيخدم الورثة يومين والموصى له يوماً، لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين، وإنما تعين التهايؤ في العبد، لأنه لا يمكن القسمة فيه بالأجزاء، لأنه لا يتجزأ فيصير إلى المهايأة إيفاءً للحقنين، بخلاف الدار فإن القسمة فيها بالأجزاء ممكنة، وهو أعدل من قسمة التهايؤ، لما فيها من التسوية بين المتقاسمين زماناً وذاتاً، وفي التهايؤ من تقديم أحدهما على الآخر زماناً. ولو اقتسموا الدار مهايأةً جاز، لأن الحق لهم إلا أن الأول أولى لكونه أعدل. وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار، لأن حق الموصى له ثابت في سكتي جميع الدار، بأن يظهر للميت مال آخر، وتخرج الدار من الثلث. وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم (إذا حارب ما في يده، وبيع الورثة ما في أيديهم) من الثلثين يتضمن إبطال ذلك، فيمتنعون منه.

(وَبِمَوْتِهِ) أي الموصى له (في حياة موصيه تبطل) الوصية، لأنها تملك الموصي بعد موته الموصى به للموصى له، ولا يتصور تملك الموصى له وهو ميت، (و) بموت الموصى له (بعده موته) أي الموصي (يعود) كل من العبد الموصى بخدمته، والدار الموصى بسكنائها (إلى الورثة) لأن الموصي أوجب للموصى له أن يستوفي المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل الاستيفاء إلى وارث الموصى له لاستحقاق ذلك ابتداءً من ملك الموصي بغير رضاه، وذلك لا يجوز. (و) في الوصية (بثمرة بستانه إن مات) الموصي (وفي ثمره) جملة حاله (له) أي للموصى له (هذه) الثمرة التي فيه (فقط) أي وليس له ما حدث بعدها.

(وَإِنْ صَمَّ) في الوصية كلمة (أَبَدًا فَلَهُ هَذِهِ) أي الثمرة التي في البستان (وَمَا يَحْدُثُ فِيهِ) من الثمرة فيما يستقبل مدّة حياة الموصي له (كَمَا فِي عِلَّةِ بُسْتَانِهِ) فَإِنْ مَنْ أَوْصَى بِعَلَّةِ بَسْتَانِهِ تَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ الْعَلَّةُ الْمَوْجُودَةُ، وَالتّي تَوْجَدُ مَدَّةَ حَيَاةِ الْمُوصَى لَهُ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ أَبَدًا. وَالْفَرْقُ أَنَّ الثَّمْرَةَ فِي الْعُرْفِ اسْمٌ لِلْمَوْجُودَةِ، فَلَا يَتَنَاوَلُ الَّتِي سَتَوْجَدُ، لِأَنَّهَا مَعْدُومَةٌ إِلَّا بِدَلَالَةٍ زَائِدَةٍ مِثْلَ التَّنْصِيصِ عَلَى التَّأْيِيدِ. وَالْعَلَّةُ فِي الْعُرْفِ يَنْتَظِمُ الْمَوْجُودَةَ وَمَا يَوْجَدُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى. يُقَالُ: فَلَانُ يَأْكُلُ مِنْ عِلَّةِ بَسْتَانِهِ وَعِلَّةُ أَرْضِهِ، وَالْمِرَادُ: مِمَّا وُجِدَ وَمِمَّا يَوْجَدُ، فَإِذَا أَطْلَقْتَ يَتَنَاوَلُهُمَا تَنَاوَلًا غَيْرَ مَوْقُوفٍ عَلَى دَلَالَةٍ أُخْرَى.

وإنما قال: فيه ثمرة، لأن البستان لو لم يكن كذلك، والمسألة بحالها، تناولت الثمرة ما كان موجوداً وما يوجد ما عاش الموصي له، كمسألة الغلة، وذلك لأن الثمرة تنتظم الموجود حقيقةً ولا تتناول المعدوم إلا مجازاً، فإذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصي كان لفظ الثمرة مستعملاً في حقيقته، فلا يتناول المجاز، وإن لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز، ولا يجوز الجمع بينهما. إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد تناولهما عملاً بعموم المجاز، لا جمعاً بين الحقيقة والمجاز.

(و) في الوصية (يُصُوفِ عَتَمِهِ وَوَلَدَهَا وَلَبَنِيهَا لَهُ) هذا الجار والمجرور خبر مقدم، أي للموصي له (مَا فِي وَفَاتِ مَوْتِهِ) أي موت الموصي، وليس له ما يحدث بعده سواء (صَمَّ) الموصي كلمة (أَبَدًا أَوْ لَا) لأن الوصية إيجابٌ عند الموت، فيعتبر وجود هذه الأشياء عنده (وَوُورَتْ بِبِعَّةٍ وَكَنِيسَةٍ جُعِلَتْ فِي الصَّحَّةِ) أي إذا صنع ذمياً في صحته داره بيعاً أو كنيسة ومات، فإنها تورث عنه. أمّا عند أبي حنيفة، فلأنه بمنزلة الوقف، وهو عنده لا يلزم فيورث، فكذا هذا. وأمّا عندهما، فلأن هذا معصية، فلا يصح وإن كان قربةً في معتقدهم فيورث. واستشكل قول أبي حنيفة بأن هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين، والمسلم ليس له أن يبيع المسجد، فيكون الذمّي في البيعة والكنيسة كذلك. وأجيب: بأن المسجد محرز عن حقوق الناس خالصٌ لله تعالى، ولا كذلك البيعة في معتقدهم، لأنهم يسكنونها ويدفنون فيها موتاهم، فلم تكن محرزة عن حقوقهم، فكان الملك للذمّي فيها ثابتاً. والمسجد إذا كان غير محرز عن حقوق المسلمين يورث. ويصح وصية الذمّي بما هو قربةً في الملتين، كالوصية للفقراء والمساكين، ولإسراج البيت المقدس ونحوه.

(وَالْوَصِيَّةُ بِجَعْلِ إِحْدَاهُمَا يَصِحُّ) أي وصية الذمّي ببناء داره بيعاً أو كنيسةً صحيحةً، وهذا بالاتفاق إن أوصى بذلك لقوم مُسَمَّينَ وَأَمَّا إِنْ أَوْصَى بِهِ لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّينَ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ تَصَحُّ، وَعِنْدَهُمَا لَا تَصَحُّ. ولو أوصى بالكراع في سبيل الله ولم يعينه لأحد، فالوصية باطلّة عند أبي حنيفة، لأن هذه الوصية في معنى الوقف، وهو غير جائز في المنقول عنده وإن أُضِيفَ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ. وجعله وقفاً في يد الإمام، لِمَا مَرَّ فِي كِتَابِ الْوَقْفِ مِنْ حَبْسِ خَالِدٍ كِرَاعَهُ وَأَعْتَدَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ.

ولو أوصى بثلث ماله في سبيل الله يخصّه أبو يوسف بمنقطع الغزاة، لسبقه

إلى الفهم عُرْفًا، وزاد محمد: منقطع الحاج لِمَا رُوِيَنا: أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الحج من سبيل الله. وأجاز محمد الوصية للمسجد وإن لم يذكر الإنفاق عليه، لأن المراد منها الإنفاق على مصالحه. وشرطاً لصحتها ذكر الإنفاق عليه، لأنه ليس بأهل للملك، والوصية تملك، وذكر النفقة بمنزلة الوقف على مصالحه تصحيحاً للكلام.

ولو أوصى للعلماء استحقتها الفقهاء وأهل التفسير والحديث، وقيل: وأهل الكلام، لا المُفَرِّقون والأدباء والمُعَبَّرُونَ والأطباء، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أعلم ثلاثة: آية محكمة، أو سنة قائمة، أو فريضة عادلة، وما سوى ذلك فهو فضل». رواه أبو داود وابن ماجه. ولو أوصى للعقلاء استحقتها زهاد العلماء، لأنهم في الحقيقة العقلاء، لتركهم الفاني وميلهم إلى الباقي، والله تعالى أعلم.

فصل

(وَمَنْ أَوْصَى إِلَى زَيْدٍ قَبْلَ زَيْدٍ (عِنْدَهُ) أَي فِي حَضُورِهِ (فَإِنْ رَدَّ) زَيْدٌ الْإِصَاءَ (عِنْدَهُ) فِي حَضُورِ الْمُوصِي بَعْدَ قَبُولِهِ (رَدَّ) أَي صَحَّ رَدُّهُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُوصِي وَلايَةُ إِلْزَامِهِ التَّصَرُّفِ، وَلا عَرُورَ فِي رَدِّهِ بِحَضُورِهِ، لِأَنَّ الْمُوصِي مَتَمَكِّنٌ مِنْ أَنْ يُنَيَّبَ غَيْرَهُ. (وَإِلَّا) أَي وَإِنْ لَمْ يَرُدَّ زَيْدٌ الْإِصَاءَ فِي حَضْرَةِ الْمُوصِي بَلْ رَدَّ فِي غَيْبَتِهِ (لَا) أَي لَا يَصِحُّ الرَّدُّ، لِأَنَّ الْمَيِّتَ مَضَى بِسَبِيلِهِ مَعْتَمِدًا عَلَيْهِ، فَلَوْ صَحَّ رَدُّ الْمُوصِي إِلَيْهِ فِي غَيْبَتِهِ فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَمَاتِهِ كَانَ مَعْرُورًا مِنْ جِهَتِهِ، فَرُدَّ رَدُّهُ. (فَإِنْ سَبَكَتَ) الْمُوصَى إِلَيْهِ فَلَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرُدَّ (فَمَاتَ مُوصِيهِ قَلْبُهُ) أَي لِلْمُوصِي إِلَيْهِ (رَدُّهُ) أَي رَدُّ (الْإِصَاءِ) (وَصِدَّةً) أَي ضِدَّ رَدِّ الْإِصَاءِ وَهُوَ قَبُولُ الْإِصَاءِ، لِأَنَّ الْمُوصِي لَيْسَ لَهُ وَلايَةُ إِلْزَامِ الْمُوصَى إِلَيْهِ، فَبَقِيَ مَخِيرًا.

(وَلَزِمَ) الْإِصَاءَ هَذَا السَّاكِتَ (بِئْتِغِ شَيْءٍ) بَأَنْ يَبِيعَ شَيْئًا (مِنَ التَّرَكَةِ) لِأَنَّ فِي ذَلِكَ دَلَالَةً عَلَى الْإِلْتِزَامِ وَالْقَبُولِ، وَهُوَ مَعْتَبَرٌ بَعْدَ الْمَوْتِ. وَبِنَفْذِ الْبَيْعِ لَصُدُورِهِ مِنَ الْوَصِي (وَإِنْ جَهَلَ بِهِ) أَي بِالْإِصَاءِ لِأَنَّ الْعِلْمَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي حَقِّهِ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ (فَإِنْ رَدَّ) هَذَا السَّاكِتَ (بَعْدَ مَوْتِهِ) أَي مَوْتِ الْمُوصِي بَأَنْ قَالَ: لَا أَقْبَلُ (ثُمَّ قِيلَ) بَعْدَ رَدِّهِ بَأَنْ قَالَ: قَبِلْتُ (صَحَّ) قَبُولُهُ، لِأَنَّ مَجْرَدَ قَوْلِهِ: «لَا أَقْبَلُ» لَا يَبْطُلُ الْإِصَاءَ، لِأَنَّ فِي إِبْطَالِهِ ضَرَرًا بِالْمَيِّتِ.

(إِلَّا إِذَا تَقَدَّمَ قَاضٍ رَدَّهُ) بَأَنْ حَكَمَ بِإِخْرَاجِهِ عَنِ الْوَصَايَةِ، لِأَنَّ رَدَّهُ تَأَكَّدَ بِحَكْمِ الْقَاضِي وَتَقَوَّى بِهِ (وَإِلَى عَبْدٍ) أَي وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ (أَوْ كَافِرٍ أَوْ قَاسِقٍ بَدَلَهُ الْقَاضِي بَعْبَرِهِ) فَإِنَّ هَذِهِ الْوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ عَلَى مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ. وَعِبَارَةُ الْقُدُورِيِّ: أَخْرَجَهُمُ الْقَاضِي عَنِ الْوَصِيَّةِ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ صَحِيحَةٌ، لِأَنَّ الْإِخْرَاجَ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الدَّخُولِ.

(وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدِهِ) أَي جَعَلَ عَبْدَهُ وَصِيًّا (صَحَّ إِنْ كَانَ وَرَثَتُهُ صِغَارًا) كُلَّهُمْ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ اسْتِحْسَانًا. وَقَالَا: لَا يَصِحُّ، وَهُوَ الْقِيَاسُ، لِأَنَّ الرِّقَّ يَنَافِي الْوَالِيَّةَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنْ لِعَبْدِهِ مِنَ الشَّفِيقَةِ مَا لَا يَكُونُ لغيرِهِ. (وَإِلَّا) أَي وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كُلُّهُمْ صِغَارًا سِوَاءَ كَانَتْ كُلُّهُمْ كِبَارًا أَوْ بَعْضُهُمْ (لَا) أَي لَا يَصِحُّ الْإِصَاءُ، لِأَنَّ الْكَبِيرَ أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْ أَنْ يَبِيعَ نَصِيْبَهُ، حَتَّى لَوْ أَنْ يَبِيعَ نَصِيْبَهُ مِنَ الْعَبْدِ، فَيَعْجُزُ عَنِ

الوفاء بما التزم من الوصاية، فلا يفيد الإيذاء إليه فائدة.

(و) مَنْ أَوْصَى (إِلَى عَاجِزٍ عَنِ الْقِيَامِ بِهَا صَمًّا) أي ضمَّ القاضي (إليه عَيْرَةً) رعاية لحقِّ الموصي والورثة. ولو شكى الوصيُّ إليَّ القاضي (ذلك) لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقةً، لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه. (وَبَقِيَ) وصيُّ (أَمِينٌ يَقْدِرُ) على التصرُّف وليس للقاضي أن يخرج عن الوصاية، لأن الميت اختاره وارتضاه، ولأنه يقدِّم على الأب مع وفور شفقتة، فأولى أن يقدِّم على غيره. ولو شكى الورثة أو بعضهم الوصيُّ إلى القاضي، لا ينبغي له أن يعزله، لأنه استفاد الولاية من الميت، إلا إذا ظهر منه الخيانة لزوال ما لأجله جعله الميت وصياً.

(و) من أوصى (إلى اثْنَيْنِ لَا يَنْقَرِدُ أَحَدُهُمَا) بالتصرُّف في تركته عند أبي حنيفة ومحمد (إِلَّا بِشِرَاءٍ كَفَيْهِ وَتَجْهِيزِهِ) لأن في تأخير ذلك فساد الميت، ولهذا يملكه الجيران عند ذلك في الحَصْر، والرَّفْقَة في السفر. (وَالْحُصُومَة فِي حُقُوقِهِ) لأن الاجتماع فيها متعذِّر، ولذا ينفرد بها أحد الوكيلين. (وَقَصَاءَ دَيْنِهِ وَطَلْبِهِ) لأنه ليس من باب الولاية بل من باب الإعانة، بخلاف اقتضاء دينه - وهو قبضه - لأن الميت إنما رضي بأمانتهما جميعاً.

(وَشِرَاءِ حَاجَةِ الطُّفْلِ) الموصى عليه من طعام وكسوة، لأن (في تأخيره إلى الاجتماع) يُخَافُ موته جوعاً وُعْزِيّاً (وَالانْتِهَابَ لَهُ) أي قبول الهبة للطفل، لأن في تأخيره خوفَ القوْت. (وَإِعْتِاقَ عَبْدٍ عُيِّنَ) أي معيَّن، لأنه لا يحتاج إلى الرأي بخلاف إعتاق غير المعيَّن (وَرَدَّ وَدِيْعَةً وَتَنْفِيذَ وَصِيَّةٍ مُعَيَّنَتَيْنِ) لأنه لا يحتاج فيهما إلى الرأي، ولأنهما من باب الإعانة دون الولاية. ألا ترى أن صاحب ذلك يملكه إذا ظفر به (وَجَمْعَ أَمْوَالٍ) للميت (صَائِعَةً) أي على شرف الضياع، لأن في التأخير أفات (وَيَبِيعَ مَا يُخَافُ تَلْفُهُ) لأن فيه ضرورة لا تخفى.

وقال أبو يوسف: ينفرد كل من الوصيين بالتصرُّف في جميع الأشياء. قيل: الخلاف فيما إذا أوصى إلى كلِّ واحدٍ منهما بعقدٍ على حدة، وأما إذا أوصى إليهما بعقدٍ واحدٍ فلا ينفرد أحدهما باتفاق، ذكره الكاساني. وقيل: الخلاف فيما إذا أوصى إليهما بعقدٍ واحدٍ، وأما إذا أوصى إلى كلِّ واحدٍ بعقدٍ على حدة فينفرد أحدهما بالتصرُّف اتفاقاً، ذكره الحلواني عن الصقار. قال أبو الليث: وهو الأصحُّ، وبه نأخذ. وقيل: الخلاف في الفصلين جميعاً، ذكره أبو بكر الإسكافي. قال في «المبسوط»: وهو الأصحُّ. بخلاف الوكيلين إذا وكلهما متفرقاً بعقدٍ حيث ينفرد كل واحدٍ منهما بالتصرُّف اتفاقاً. ثم إذا مات أحدهما عوَّض القاضي بدلاً عنه اتفاقاً.

(وَوَصِيُّ الْوَصِيِّ وَصِيٌّ فِي مَالِهِ وَمَالِ مُوصِيهِ) أي في التركتين. وعند الشافعي وأحمد في رواية: لا يكون وصياً في تركة الأول اعتباراً بالتوكيل في حال الحياة (وَلَا يَبِيعُ وَصِيٌّ) مال الصغير من أجنبي (وَلَا يَشْتَرِي) له منه (إِلَّا بِمَا يَتَّعَانُ النَّاسُ) في مثله، وهو ما فيه غبنٌ يسير، لقوله تعالى: {وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ}. وأما لو اشترى شيئاً من مال اليتيم لنفسه، أو باع شيئاً من ماله لليتم جاز عند أبي حنيفة.

وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف: إذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة، بأن يبيع من الصغير ما يساوي خمسة عشر بعشرة، أو يشتري لنفسه من الصغير ما يساوي عشرة بخمسة عشر. وعلى قول محمد وهو أظهر الروايتين عن أبي يوسف: لا يجوز على كل حال، وبه قال مالك والشافعي، إذ الواحد لا يتولى طرفي البيع لامتناع كونه مُطَالِبًا ومُطَالَبًا، وهذا في وصي الأب، لأن وصي القاضي لا يجوز بيعه لمال الصغير من نفسه بكل حال اتفاقاً. ويجوز للأب بمثل القيمة كالاقتراض، وأبطله زُقر لما تقدّم.

ولنا: أن الأب لكمال ولايته ووفور شفقتة وحاجة الصغير، جُعِلَ كشخصين، فيتولى الطرفين. وقال المتأخرون: لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير إلا أن يكون على الميت دين، أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن، أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن. قال الصدر الشهيد: وبه يُفتَى.

(وَيَدْفَعُ) الوصي (مَالَهُ) أي الصغير (مُضَارَبَةً) ويأخذه أيضاً مضاربةً لكن بشرط الشهادة على ذلك نفيًا للتهمة إذ ليس فيها تملك ماله (وَشْرِكَةً وَبِصَاعَةً) لقيامه مقام أبيه (وَيَحْتَالُ) أي ويقبل الحوالة (عَلَى الْأَمْلا) أي الأغنى من الغريم (لَا عَلَى الْأَعْسَرِ) لأن في ذلك نظراً له، وولاية الوصي نظرية. ويأكل منه عند اشتغاله بحاجته، لقوله تعالى: {وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ}. (وَلَا يُفْرَضُ) الوصي مال اليتيم وإن أقرض ضمن، لأنه لا يقدر على الاستخراج بخلاف القاضي، والأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين.

(وَيَبِيعُ) الوصي (عَلَى الْكَبِيرِ الْعَائِبِ) كل شيء (ألا العَقَار) إن لم يكن عليه دين، وأما إذا كان عليه دين فإن كان مستغرقاً للعقار، باع الوصي العقار كله بالاتفاق، وإن لم يكن مستغرقاً باع بقدر الدين عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: له بيعه كله. ولو خيف هلاك العقار، قيل: يملك الوصي بيعه، لأنه تعين حفظاً كالمقول، والأصح أنه لا يملك لأنه نادر.

(وَلَا يَتَّجِرُ) الوصي (فِي مَالِهِ) أي الصغير، لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة. ويقدم وصي الأب على الجد، فإن لم يوص الأب قام الجد مقامه، ولا يلي على مال الطفل أحد غيرهما، والله أعلم.

كتاب الخنثى

(هُوَ) مولود (دُو قَرْجٍ وَدَكَرٍ، فَإِنْ بَالَ مَنِ ذَكَرَهُ فَذَكَرٌ، وَإِنْ بَالَ مَنِ قَرْجِهِ فَأُنْثَى) لأن البول من أحدهما دليل على أنه العضو الأصلي الصحيح، والآخر بمنزلة العيب. (وَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا حُكِمَ بِالسَّبْقِ) لأن السبق دليل على أن محله هو العضو الأصلي، ولأنه كما خرج البول حُكِمَ بموجبه، لأنه علامة تامة، فلا يُعْتَبَرُ بخروج البول من آلة أخرى بعد ذلك. (وَإِنْ اسْتَوَيَا) بأن لم يسبق أحدهما الآخر، سواء كان الخروج من أحدهما أكثر من الآخر، أو لم يكن (فَمُسْكِكٌ) أي فهو الخنثى المُسْكِكُ عند أبي حنيفة (وَلَا تُعْتَبَرُ) عنده (الكثرة) وقالوا: تُعْتَبَرُ، لأن كثرة البول من أحدهما علامة قوة ذلك العضو وكونه أصلياً، ولأن الأكثر حكم الكل في أصول الشرع. فيترجح ذلك العضو بكثرة البول منه.

ولأبي حنيفة: أن كثرة ما يخرج لا يدل على القوة، لأن ذلك قد يكون لانتساع في أحدهما وضيق في آخر. ولو كان الخروج منهما على السواء فهو مُشْكِلٌ بالاتفاق.

(قَابُ بَلَعِ) الخُنْثَى، فإن ظهر له علامة الرجال: بأن خرجت لحيته، أو وصل إلى النساء، أو احتلم كما يحتلم الرجال، فهو رجلٌ، وإن ظهر له علامة النساء: بأن خرج له ثدي كثدي المرأة، أو نزل له لبن في ثديه، أو حاض، أو حَيْلٌ، أو أمكن الوصول إليه من الفرج، فهو امرأةٌ، (وَ) إن (لَمْ يَظْهَرْ) له (عَلَامَةٌ أَحَدِهِمَا) أو تعارضت العلامات (فَمُشْكِلٌ) فيؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمر الدين، وهو: أن لا يحكم فيه بحكم وقع الشك في ثبوته.

(قَابُ قَامَ فِي صَفِّهِنَّ) أي صف النساء (أَعَادَ) صلاته استحباباً إن كان (مراهقاً، وحنماً إن كان) بالغاً، لاحتمال أنه رجلٌ فنفسد صلاته (وَ) إن قام (في صفِّهم) أي في صف الرجال (يُعِيدُ مَنْ بَحْنَبِيهِ وَمَنْ خَلَفَهُ بِحِدَائِهِ) لاحتمال أنه امرأة (وَصَلَى بِقِتَاعٍ) لاحتمال أنه امرأة، فإن كان (بالغاً) حراً وجب عليه ذلك، وإلا استحَبَّ له.

(وَلَا يَلْبَسُ حَرِيرًا وَ) لا (خُلِيًّا) وَلَا يَكْشِفُ عِنْدَ رَجُلٍ وَ) لا عند (امْرَأَةٍ وَلَا يَخْلُو بِهِ عَيْرٌ مَحْرَمٌ رَجُلٌ أَوْ امْرَأَةٌ وَلَا يُسَافِرُ بِلَا مَحْرَمٍ) من الرجال، كل ذلك احترازاً عن ارتكاب المحرم.

(وَكِرَةَ لِلرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ حَنْثُهُ) أما الرجل فلاحتمال أن الخُنْثَى أنثى، وأما المرأة فلاحتمال أنه ذكرٌ (وَيُشْتَرَى) من ماله (أَمَةٌ فَتَحْتِنُهُ) إن مَلَكَ مَالاً لأنه يباح لمملوكه النظر إليه (وإلا) أي وإن لم يملك مالا (فَمِنْ بَيْتِ الْمَالِ) يشتري له الإمام أمة تختنه، لأن بيت المال أعد لنوائب المسلمين، فإذا اشتراها له تدخل في ملكه بقدر حاجة الختان. (ثُمَّ تَبَاعُ) إذا ختنته، ويرد ثمنها إلى بيت المال لحصول الاستغناء عنها.

(قَابُ مَاتِ) الخُنْثَى (قَبْلَ طُهُورِ حَالِهِ لَمْ يُعَسَّلْ) لأن الغاسل إما رجلٌ وإما امرأةً، (والخنثى إما رجلٌ أو امرأةً)، وجب الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء، فَيُنْزَكُ لاحتمال حرمة. (وَيُيَمَّمُ) لتعذر الغسل (وَلَا يَخْضُرُ) الخُنْثَى حال كونه (مراهقاً عُسِّلَ مَيِّتٌ) لاحتمال أنه ذكر أو أنثى (وَيُدَبَّ تَسْجِيَةُ قَبْرِهِ) أي تغطيته، لأنه إن كان أنثى أقيم واجبٌ، وإن كان ذكراً لا تضر التسجية.

(وَيُوضَعُ الرَّجُلُ بِقُرْبِ الْإِمَامِ، ثُمَّ) يوضع (هُوَ)، أي الخُنْثَى خلف الرجل (ثُمَّ) توضع (المرأة) خلف الخُنْثَى (إِذَا صَلَّى عَلَيْهِمْ) جميعاً (قَابُ تَرَكَهُ أَبُوهُ وَابْنًا فَلَهُ) (أي الخُنْثَى) عند أبي حنيفة (سَهْمٌ وَلِلابْنِ سَهْمَانٌ) لأن له عنده أقل النصيبين، أي يُنْظَرُ إلى نصيبه إن كان ذكراً وإلى نصيبه إن كان أنثى، فأي منهما يكون أقلُّ فله ذلك.

وفي هذه الصورة ميراثه على تقدير الأنوثة أقل فله ذلك. (وَعِنْدَ الشَّعْبِيِّ) وهو قولهما كما في «الهداية» (لَهُ نِصْفُ النَّصِيبَيْنِ) أي يجمع بين نصيب الخُنْثَى إن كان ذكراً ونصيبه إن كان أنثى، وله نصف ذلك المجموع. (وَهُوَ) أي نصف النصيبين (ثَلَاثَةٌ مِنْ سَبْعَةٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) لأنه اعتبر نصيب

كل واحدٍ منهما حالة انفراده، فإنَّ الذَّكر لو كان وحده كان له كلُّ المال،
والخُنثَى لو كان وحده: إن كان ذكراً كان له كل المال، وإن كان أنثى كان له
نصف المال، فيأخذ نصف الكلِّ ونصف النصف، وذلك ثلاثة أرباع المال، وللابن
كل المال فيُجَعَل كل ربع سهماً، فيبلغ سبعة بطريق العَوْل: للابن أربعة،
وللخُنثَى ثلاثة. وإن شئت تقول: له النصف إن كان أنثى والكل إن كان ذكراً،
فالنصف متيقن، ووقع الشكُّ في النصف الآخر، فنصفُ صار رُبُعاً، فالنصف
والربع ثلاثة أرباع.

(وَحَمْسَةٌ) أي ونصف النصيين خمسة (مِنْ أَنْثَى عَشَرَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ) لأن الخُنثَى
يستحقُّ النصف مع الابن إن كان ذكراً، والثالث إن كان أنثى، والنصف والثالث
خمسة من ستة، فله نصف ذلك، وهو اثنان ونصف من ستة. وقع الكسر
بالنصف فضرب الستة في اثنين صار خمسة من اثني عشر، هو نصيب الخُنثَى،
والباقي وهو السبعة نصيب الابن، وإن شئت تقول: له الثالث إن كان أنثى
والنصف إن كان ذكراً، ومخرجهما ستة. فالثالث اثنان والنصف ثلاثة، فاثان
متيقن ووقع الشكُّ في الواحد الآخر، فنصف، صار اثنين ونصفاً. وقع الكسر
بالنصف، صار خمسة من اثني عشر.

مَسَائِلُ بَنِي
(كِتَابَةُ الْأَخْرَسِ وَإِمَاؤُهُ) أي إشارته (بِمَا يُعْرَفُ بِهِ نِكَاحُهُ، وَطَلَّاقُهُ، وَبَيْعُهُ،
وَشِرَاؤُهُ، وَوَصِيَّتُهُ، وَقَوْدُهُ، كَالْبَيَانِ) أي كما يُعْرَفُ ذلك بالنطق باللسان، لأن
الكتابة ممَّن نأى بمنزلة الخطاب ممَّن دنا. ألا ترى أن النبي صلى الله عليه
وسلم كما أَدَّى ما وجب عليه تبليغه بالعبارة أَدَّى بالإشارة، كقوله: «الشهر
هكذا، وهكذا، وهكذا». وأدَّى بالكتابة، ككتابه لهرقل وغيره.

ثم الكتابة منقسمة إلى ثلاثة أقسام: منها مُسْتَبِينٌ مرسوم، وهو أن يكتب: من
فلان إلى فلان أن الأمر كذا وكذا من الطلاق والعتاق ونحوهما، فهذا كالنطق.
ومنها مستبين غير مرسوم، كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار وعلى الكاعْد،
لا على وجه رسم الديار، فهذا ليس له اعتبارٌ إلا بانضمام شيء آخر إليه كالبيئنة
والإشهاد عليه والإملاء على الغير حتى يكتب لديه، لأن الكتابة قد تكون
للتجربة، وبهذه الأشياء يتبين أنها ليست كذلك. ومنها غير مستبين كالكتابة على
الهواء والماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع، فلا يثبت به شيء من الأحكام ولو
انضم إليه نية، وإنما جُعِلت الإشارة حجة للأخرس للحاجة في حق هذه الأحكام،
لأنها من حقوق العباد وهي تثبت مع الشبهة.

(وَلَا يُحَدُّ) (الأخرس) إذا أقرَّ بما يوجب الحدَّ، ولا قاذفه بطريق الإشارة أو
الكتابة. أمَّا إن كان مقذوفاً فلأن الحدود تندريء بالشبهات، ولعله مصدِّق
لقاذفه، فلا يُحَدُّ قاذفه للشبهة ولعدم تيقن علة الحدِّ. وأمَّا إذا كان قاذفاً، فلا
يحدُّ لانعدام القذف صريحاً بالزنا، وهو شرط فيه. والفرق بين الحدِّ والقود
حيث يثبت القود بالكتابة والإشارة، بخلاف الحدِّ.

إن القود حقُّ العبد، (وحقُّ العبد) لا يختصُّ بلفظٍ دون لفظٍ، وقد يثبت بدون
اللفظ، كالتعاطي بخلاف الحدِّ، فإنه لا يثبت ببيان فيه شُبْهَةٌ. (وَقَالُوا فِي مُعْتَقَلِ

اللِّسَان) وهو الذي اعترض له احتباس اللِّسان حتَّى لا يقدر على الكلام والبيان (إِنْ اُمْتَدَّ ذَلِكَ) الاعتقال بأن بقي سنة. وقيل: إلى زمان الموت، وقيل: وعليه الفتوى. (وَعُلِمَ إِشَارَتُهُ) أي المُعْتَقَل (فَكَدًّا) أي فحكمه حكم الأخرس بخلاف الذي صمت يوماً، أو يومين لعارضٍ.

(وَفِي عَنَمٍ مَذْبُوحَةٍ فِيهَا مَيْتَةٌ) ولا علامة تميِّز به الميتة من المذبوحة، إن كان الميتة أكثر، أو كانتا مستويتين. لم يؤكل الغنم في حالة الاختيار، وإن كانت (هِيَ) أي الميتة (أَقْلٌ تَحَرَّى وَأَكَلَتْ) ذلك الغنم (فِي) حالة (الِاخْتِيَارِ) قيِّد به، لَأَنَّ الميتة المتيقنة يحلُّ أكلها في حالة الاضطرار، فالمشكوك فيها أولى. وعند مالك والشافعي وأحمد: لا يؤكل بالتحري في حالة الاختيار، وإن كانت المذبوحة أكثر، لأن التحري دليلٌ ضروري، فلا يُصَار إليه من غير ضرورة، (ولا ضرورة) في حالة الاختيار.

ولنا: أن الغلبة تُنزلُ منزلة الضرورة في إفادة الإباحة ، ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرّم من مسروق ومغصوب، ومع ذلك يباح التناول اعتماداً على الظاهر، وهذا لأن القليل منه لا يمكن التحرّز عنه، فيسقط اعتباره دفعاً للحرّج، وقد قال تعالى: {وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ}، وقال عليه الصلاة والسلام: «بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ، وَمَنْ خَالَفَ سَنَتِي فَلَيْسَ مِنِّي». رواه الخطيب عن جابر رضي الله عنه.

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وأفضل الصلوات وأكمل التحيات على سيد الموجودات وسند المشهودات، وعلى آله وصحبه وأزواجه الطاهرات، وعلى العلماء والصلحاء الكاملين وسائر المؤمنين والمؤمنات (الأحياء منهم والأموات).

وقد وقع تحرير هذا الكتاب بعون الملك الوهَّاب على يد مؤلفه رُجِمَ مع سلفه، وهو أفقر عباد الله الغنيّ الباري عليّ بين سلطان محمد القاري، عاملهما ربّهما بلطفه الخفي وكرمه الوفيّ، وذلك بمكة المكرمة قُبالة الكعبة المعظمة، عام ثلاث بعد الألف من الهجرة المفحّمة).
