وبعد المكثر والربل تفريغا لملك الغير عن ملكه قال — الا ان موت الموصي له بعد موت الموصي قبل قبوله فانه يملكه
ونقل المكثر والزبل تفريغا لملك الغير عن ملكه فكذا لا يبطل على اثبات الملك بدون اختياره فصار كموت
بدون القبول وهذا استحسان والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان احد لا يملك على اثبات الملك بدون اختياره فصار كموت
للمشتري قبل القبول بعد ايجاب البايع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من
جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري او البايع ثم مات من له
الخيار قبل الاجازة وكذا اذا اوصى للجنين يدخل في ملكه من غير قبول استحسانا لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه قال —
ولا تصح وصية المديون ان كان الدين محيطا بماله لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم لكونه فرضا والوصية بغيره
الواجب تبرع وبالواجب وان كان فرضا لكن حق العبد مقدم وحق الشرع من الصلاة وغيره يسقط بالموت على ما عرف
في موضعه فتكون الوصية به كالتبرع وقال علي رضي الله عنه انكم تقرؤن الوصية قبل الدين وكان رسول الله صلى الله عليه
وسلم بدا بالدين قال — والصبي وقال الشافعي رحمه الله تصح وصية الصبي اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز
وصية يافع وهو الذي راهق الحلم ولان فيه نظرا له بتحصيل التقرب الى الله تعالى ولو لم ينفذ يبقى ملكا لغيره ولا نظر له فيه وهذا
لان المنع من التبرع حال حياته للنظر له حتى ينتفع بماله وبعد الموت ينعكس النظر فينفذ ولان الوصية اخت الميراث والصبي في
الارث عنه بعد موته كالبالغ فكذا في الوصية ولنا انها تبرع فلا تصح كالهبة والصدقة وهذا لان اعتبار عقله في النفع والضر باعتبار
اوضاع التصرفات لا باعتبار ما يتفق بحكم الحال الا ترى ان طلاقه لا يقع وان تضمن نفعا في بعض الاحوال ولان قوله غير ملزم
وتصحيح وصيته يؤدي الى القول بان قوله ملزم والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالبلوغ فسمي يافعا مجازا ولهذا لم يستفسر
عمر رضي الله عنه ان وصيته كانت في القرب او غيرها ويحتمل ان وصيته كانت في تجهيزه وذلك جايز عندنا وهو محرز الثواب
بالترك على ورثته فلا يتعين فيها النفع وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز تلك الوصية لعدم الاهلية وقت المباشرة
وكذا لو قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لانه ليس باهل لقول ملزم فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما في الطلاق والعتاق
بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما كاملة وانما منعا لحق المولى فتصح اضافتهما الى حال سقوط حق المولى بان يقول كل واحد منهما
اذا اعتقت فثلث مالي وصية لفلان وللمساكين قال — والمكاتب اي لا يصح وصية المكاتب لان الوصية تبرع وهو ليس من اهله
ثم اعلم ان وصية المكاتب بلفظه انقسام تسمو باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة فلا يصح لكن
اوصى بعتق عبد غيره ثم ملكه ولو اجازها بعد العتق جازت على ان الاجازة انشا للوصية لان الوصية تصح بعد الحرية حيث
لا يجوز لان العتق لا يجوز بلفظ الاجازة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا اضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق بان قال اذا اعتقت
فثلث مالي وصية لفلان او اوصيت بثلث مالي له حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة او غيره ثم مات كان للموصى له
ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات عاجزا بطلت الوصية لان الملك له حقيقة لم يوجد اذ لم تثبت الحرية له في حيوته مطلقا له
وانما ثبتت بطريق الضرورة فلا تظهر في حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ما اذا قال اوصيت بثلث مالي لفلان ثم عتق فالوصية
باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما جايزة وهذا بنا على ان للمكاتب نوعي ملك حقيقي وهو ما بعد العتق ومجازي وهو ما قبل العتق
فعند ابي حنيفة رحمه الله ينصرف الى المجازي لانه هو الظاهر لان الظاهر بقا ما كان على ما كان والاخر ليس بموجود والظاهر بقاوه
على العدم فلا ينصرف اليه اللفظ وعندهما ينصرف الى الحقيقي وهو ما يملكه بعد الحرية المطلقة لانه القابل لهذا الحكم وهو الوصية فيصحح
لتصرفه او يتناول النوعين فيصح فيما يقبل ولا يصح فيما لا يقبل كما اذا قال الحر كل عبد اشتريه فهو حر ينصرف الى ما يشتريه لنفسه
ولغيره فيعتق ما يشتريه لنفسه ولا يعتق الاخر ويتحلل به اليمين حتى اذا اشتراه بعد ذلك لا يعتق هكذا ذكر المسألة في شروح
الزيادات قال العبد الفقير الى الله تعالى ينبغي ان يكون هذه المسألة مثل مسألة اليمين المذكورة في باب الحنث في ملك للمكاتب
والمأذون من ايمان الجامع الكبير وهي ما اذا قال احدهما اذا اعتقت فكل مملوك املكه فهو حر يصح ويعتق اذا ملك عبدا بعد العتق
ولو قال كل مملوك املكه فهو حر فاعتق ثم ملك عبدا لا يعتق لان قوله املكه يتناول الحال وهو غير قابل له ولو قال كل مملوك
املكه فيما استقبل فهو حر يعتق عندهما ما يملكه بعد العتق لانه ينصرف الى ملك قابل له وهو ما بعد الحرية ولا يعتق عند ابي حنيفة
لانه ينصرف الى الملك الظاهر وهو ما قبل العتق كما اذا قال للمنكوحة نكاحا فاسدا ان طلقتك فعبدي حر ينصرف الى الطلاق في

هذا النكاح الفاسد لانه هو الظاهر فجعل الخلاف في هذه المسألة فيما اذا قال فكل مملوك املكه فيما استقبل وفي مسألة الوصية
جعله من غير ذكر الاستقبال وهذا ظاهره تناقض ويحتمل ان يكون لكل واحد منهم روايتان في المسألتين والاولى ان يسوى بينهما
من حيث الوضع فكيف يختلفان في الجواب قال — وتصح الوصية للحمل وبه ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية
اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته
غير انها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيئا ولا يقال الوصية ٥
شرطها القبول والجنين ليس من اهله فكيف تصح لانا نقول الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلتشبيهها بالهبة يشترط القبول
اذا امكن ولتشبيهها بالميراث يسقط اذا لم يمكن عملا بالشبهين ولهذا تسقط بموت الموصى له قبل القبول واما الثاني وهو ما اذا
اوصى بالحمل فلانه يجري فيه الارث فيجري فيه الوصية ايضا لانها اخته ثم شرط في الهداية ان يولد لاقل من ستة اشهر فيهما
مثل ما ذكر في هذا المختصر وقال في النهاية تجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي
لا من وقت الوصية من غير تفصيل وذكر في الكافي ما يدل على انه ان اوصى له يعتبر من وقت الوصية وان اوصى به يعتبر من وقت الموت
قال — ولا تصح الهبة له اي للحمل لان الهبة من شرطها القبول والقبض ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلي عليه احد حتى يقبض
عنه فصار كالبيع قال — وان اوصى بامة الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظا وانما يستحق
بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افراده ولان الحمل يجوز افراده بالوصية فكذا استثناؤه منها لان كل ما جاز ايراد ٥
العقد عليه جاز اخراجه من العقد على ما مر في البيوع ولكون الاستثناء منقطعا يعني لكن اذا لم يدخل تحت اللفظ قال — وله
الرجوع عن الوصية قولا وفعلا بان باع او وهب او قطع الثوب او ذبح الشاة لان الوصية تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنها مطلقا كما في الهبة
قبل القبض ولان قبول الوصية بعد الموت فجاز الرجوع عنها قبل القبول كما في ساير العقود كالبيع وغيره ثم الرجوع قد يثبت صريحا
بان يقول رجعت عن الوصية وهو المراد بقوله وله الرجوع عن الوصية قولا وقد يثبت دلالة بان يفعل بالشي الموصى به فعلا يدل على
الرجوع وهو المراد بقوله وفعلا بان باع او وهب او قطع الثوب او ذبح الشاة ونظيره البيع بخيار الشرط او الشرايط فان الفسخ والاجازة
يكون بالصريح وبالدلالة ثم الاصل فيه ان كل فعل لو فعله الانسان في ملك غيره بغير اذن مالكه ينقطع به حق المالك فاذا فعله
الموصي بالعين الموصى بها كان رجوعا كما اذا اتخذ الحديد سيفا والصفر انية لانه لما اثر في قطع ملك المالك فلان يؤثر في المنع اولى
وكل ذلك فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليمه الا به فهو رجوع اذا فعله فيه وكذا كل تصرف اوجب زوال الملك فهو رجوع وكذا
اذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه فاذا ثبت هذا فنقول اذا اوصى بثوب ثم قطعه وخاطه او بقطن ثم غزله او بغزل فنسجه ينقطع
به حق المالك اذا وجد ذلك من الغاصب فتبطل به الوصية لانه تبدل اسمه وصار عينا اخر غير الموصى به وكذا لو اوصى بسويق فلته بسمن
او بالعكس او بدار فبنى فيها او بقطن فحشا به او بطانة فبطن بها او بظهارة فظهر بها بطلت الوصية لانه لا يمكن تسليم الموصى به وحده
للاختلاط بغيره وكذا لو باع العين الموصى بها او وهبها بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو ملكها بالشرا او بالرجوع عن الهبة
لا تعود الوصية وذبح الشاة الموصى بها استهلاك فتبطل به الوصية بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها وغسل الثوب الموصى به
حيث لا يكون رجوعا لانه تصرف في التبع ومن اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا معنى ولو اوصى برطب فصار تمرا لا تبطل
الوصية استحسانا بخلاف ما اذا اوصى بعنب فصار زبيبا والفرق ان الرطب والتمر جنس واحد ولهذا جاز اسلاف احدهما مكان
الاخر في السلم بخلاف ما اذا اوصى بالكفري فصار رطبا حيث تبطل الوصية للتبدل وكذا اذا اوصى ببيض فصار فرخا ولو كان التغير
في هذه المسائل بعد موت الموصي لا تبطل الوصية سوا كان قبل القبول او بعده قال — والجحود لا يكون رجوعا كذا ٥١
ذكره محمد رحمه الله في الجامع الكبير وذكر في المبسوط انه رجوع قيل ما ذكر في المبسوط محمول على ان الرجوع كان بحضرة الموصى له
وما ذكر في الجامع محمول على ان الرجوع في غيبته ومنهم من قال ما ذكر في الجامع قول محمد وما ذكر في المبسوط قول ابي يوسف وصاحب
الهداية منهم وهو الصحيح لابي يوسف ان الجحود نفي في الماضي والحال فكان اقوى من الرجوع اذ هو نفي في الحال فقط فكان اولى ان يكون
رجوعا ولهذا كان جحود التوكيل عزلا وجحود المتبايعين البيع اقالة ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفا في الحال
ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الماضي كان ثابتا في الحال فكان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال