وذكر العتابي في الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الي النصرانية او اليهودية او المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فامع منعرع منه وهذا عندهما واما عند ابي حنيفة فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لا تقتل عندنا وقال فاما كان المرتدة الصحيح انها كالذمية فيجوز منها ما جاز من الذمية وما لا فلا واما الثاني وهو ما اذا اوصى الحربي لمسلم فلانه اهل للتمليك منجزا كالهبة ونحوها فكذا مضافا ولو اوصى باكثر من الثلث او بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس لورثته حق مرعي لانهم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته وقد اسقط حقه فيجوز وقيل اذا كان ورثته معه لا يجوز باكثر من الثلث الا باجازتهم ولو اوصى ببعض ماله اخذت الوصية ورد الباقي الي ورثته وكذا لو اوصى لمستامن مثله لانه بالامان التزم احكامنا فصار كالذمي ولو اعتق عبده عند الموت او دبره جاز ذلك كله من غير تقييد بالثلث لما بينا وكذا لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو كالذمي في المعاملات ولهذا يصح عقود التمليكات منه وتبرعاته في حال حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف وصية المسلم والذمي للحربي المستامن لا تجوز لانه في دار هم حكما حتى يمكن من الرجوع اليها فصارت كالارث والاول اظهر لان الوصية تمليك مبتدا ولهذا يجوز للذمي والعبد بخلاف الارث ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لوارثه لا يجوز كالمسلم لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الي المعاملات ولو اوصى لحربي في دار الحرب لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين فكذا الوصية لانها اخته ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة وعلى رواية الجامع الصغير ينبغي ان يجوز كالمسلم ولو اوصى لمستامن في دار الاسلام ينبغي ان يكون على الروايتين المذكورتين في المسلم

لو اوصى لمستامن

باب الوصي

قال رحمه الله اوصى الي رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد اي عند الموصي لان الموصي ليس له ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان يوصي الي غيره قال والا لا اي ان لم يرد عنده بل ردها في غير وجهه لا يرتد لان الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه لصار مغرورا من جهته فيرد رده فيبقى وصيا على ما كان كالوكيل اذا عزل نفسه في غيبة الموكل ولو لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا قال وبيعه التركة كقبوله اي بيع الوصي التركة قبل قبول الوصية كقبوله نصا لانه دلالة الالتزام فصار قبولا وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي سواء علم بالايصاء او لم يعلم بخلاف الوكيل حيث لا يكون البيع من غير علم قبولا لان التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية الموكل فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشرا فلابد من العلم وطريق العلم به ان يخبره واحد من اهل التمييز وقد ذكرناه فيما تقدم اما الايصاء فخلافه لانه مختص بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف على العلم كالوراثة قال وان مات فقال لا اقبل ثم قبل صح ان لم يخرجه قاض منذ قال لا اقبل اي الموصى اليه ان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان فيه مضرة بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الضرر الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصية يصح ذلك لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه بعد قبوله او لانه نصب ناظرا فاذا راى غيره اصلح كان له عزله ونصب غيره وربما يعجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين ولو قال اقبل بعدما اخرجه القاضي لا يلتفت اليه لانه قبل بعدما بطلت الوصية باخراج القاضي اياه قال والي عبد وكافر وفاسق بدل بغيرهم اي اذا اوصى الي هولاء المذكورين اخرجهم القاضي واستبدل غيرهم مكانهم وذكر القدوري ان القاضي يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على ان الوصية صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه ستبطل وقيل في العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطلة ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة مولاه وتمكنه

من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه يكون عذرا في اخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما اذا اوصى الي مكاتبه او مكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب في منافعه كالحر وان عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن والصبي كالقن ولو بلغ الصبي وعتق العبد واسلم الكافر لم يخرجهم القاضي عن الوصية قال والي عبده وورثته صغار صح اي اذا اوصى الي عبد نفسه وورثته صغار جاز الايصاء اليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا يجوز وهو القياس لان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه الولاية تجزيها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا خلاف الموضوع ولابي حنيفة انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية النظر فلا منافاة بخلاف ما اذا كان في الورثة كبار او الايصاء الي عبد الغير لانه لا يستبد بالتصرف اذ كان للمولى منعه بخلاف الاول لانه ليس للقاضي ولا للصغار منعه بعد ما ثبت الايصاء اليه وكذا ليس لهم بيعه وايصاء المولى اليه يوذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزاه على ما رواه الحسن عن ابي حنيفة كما اذا اوصى الي رجلين احدهما يكون في الدين والاخر في العين يكون كل واحد منهما وصيا فيما اوصى اليه خاصة او نقول يصار اليه كيلا يودي الي ابطال اصله وتغيير الوصف بابطال عموم الولاية اولى من ابطال اصل الايصاء وقول محمد فيه مضطرب يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف قال والا لا اي ان لم تكن الورثة صغارا بان كان كلهم او بعضهم كبارا لا يجوز الايصاء اليه لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد قال ومن عجز عن القيام بها ضم اليه غيره لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة لان تكميل النظر حاصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكى الوصي اليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر للقاضي عجزه اصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف وهو امين فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه اولى الا ترى انه قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكت الورثة او بعضهم الوصي اليه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كانه مات ولا وصي له قال وبطل فعل احد الوصيين اي اذا اوصى الي اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف في مال الميت فان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ثم قيل الخلاف فيما اذا اوصى الي كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد احدهما بالاجماع كذا ذكره الكيساني وقيل الخلاف فيما اذا اوصى اليهما معا بعقد واحد واما اذا اوصى الي كل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد احدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلواني عن الصفار وقال ابو الليث وهو الاصح وبه ناخذ وقيل الخلاف في الفصلين جميعا ذكره ابو بكر الاسكاف وقال في المبسوط وهو الاصح بخلاف الوكيلين اذا وكلهما متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع والفرق ان ضم الثاني في الايصاء دليل على عجز الاول عن المباشرة وحده لان الايصاء الي الثاني يقصد به الاشتراك مع الاول وهو يملك الرجوع عن الوصية الي الاول فيملك اشراك الثاني معه وقد يوصي الانسان الي غيره على انه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فصار بمنزلة الايصاء اليهما معا ولا كذلك الوكالة لان راي الموكل قائم ولو كان الوكيل عاجزا لباشر بنفسه لتمكنه من ذلك ولما وكل علم ان مراده ان ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولان وجوب الوصية عند الموت فيثبت لهما معا بخلاف الوكالة المتعاقبة كما ذكرنا ان الخلاف فيهما معا وابو يوسف رحمه الله يقول ان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فتثبت لكل واحد كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق الخلافة اذا انتقلت اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان

لو شكى الوصي الي القاضي عجزه

[illegible]

Copyright King Saud University