فان قيل العتق لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ فكان العتق اولى قيل له المحاباة
لا يقع فسخها من جهة الميت ومن جهة الورثة من قبل ان للمشتري ان يقول انا ازيد
في الثمن المقام لتمام القيمة فلا يكون لهم سبيل الى فسخها وانما يقع فسخها من جهة المشتري
فيستدل بانقطاع حقهم في الفسخ على تأكدها فاما وقوع الفسخ من جهة المشتري فلا
اعتبار به لان المحاباة ما وقعت من قبل المشتري وهو الموصى له بل من قبل الموصي وليس
له الفسخ قوله اذا لم يكن فيهما ما جاوز الثلث مثل ان يوصي بالربع والسدس
قوله والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح وانما قيد التدبير بالصحيح لانه اذا
لم يكن صحيحا كما اذا قال انت حر بعد موتي بيوم او بشهر لا يكون مقدما على سائر
الوصايا بل هو وسائر الوصايا سواء اذ قد بينا معنى هذا او التدبير الصحيح مثل
ان يقول الرجل لمملوكه انت حر بعد موتي وانت حر اذا مت او ان مت او ان حدث
بي حادث فهذا كله واحد وهو مدبر وكذلك لو قال انت حر يوم اموت فان نوى النهار
دون الليل لم يكن مدبرا وكذلك لو قال ان حدث بي حادث من مرضي هذا او في سفري
هذا فانت حر لم يكن مدبرا ولو ان يسقيه او ان مات ثم فانه عتق وان برأ من مرضه
او رجع من سفره ثم مات لم يعتق كذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي قوله والمحاباة
في البيع بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع في المرض قوله وعني بالجميع اي بغير
العتق الذي ذكرناه بكلمة الفسخ والذي ذكره هو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق
بموت الموصي وهو التدبير الصحيح واراد بغير ذلك سائر الوصايا بالمال قوله
يستوي فيه من سواهما اي يستوي فيما بقي من الثلث من سوى المعتق المذكور والذي
حوبي له قوله لانه لا يوجب التقديم في الثبوت لان الحرف في الذكر لا يوجب التقديم
كما اذا اوصى لفلان ولفلان ولفلان بالثلث لا يكون للبدء بالذكر مقدما على
غيره بل يكون الثلث بينهم اثلاثا فكذا فيما نحن فيه لا يكون المحاباة اولى بالتقديم في

الذكر

١٤٧

الذكر قوله فكان تبرعا معنى لا بصيغته وتذكير الضمير الراجع الى المحاباة
على تأويل المذكور يعني ان صيغة عقد البيع بالمحاباة معاوضة لا تبرع ولكن التبرع
حصل من حيث المعنى من حيث ايثار بعوض المال حيث باع بالغبن الفاحش بخلاف الاعتاق
فانه تبرع صيغة ومعنى لانه ايثار محض ليس في مقابلته عوض المال فكانت المحاباة
اقوى والدليل عليه ما ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ان سبب المحاباة
التجارة فان البيع بالمحاباة يصح من العبد المأذون والصبي المأذون والمريض لا
يلحقه الحجر عن التجارة فاما العتق فتبرع محض والمريض يصير محجورا عن التبرعات
فمن هذا الوجه كانت المحاباة اقوى قوله وعلى هذا قال ابو حنيفة اي على
الاصل الذي ذكر من جهة ابي حنيفة قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم
الثلث بين المحاباتين لتساويهما في وقوعهما في ضمن عقد المعاوضة ثم ما اصاب
المحاباة الاخيرة من نصف الثلث قسم بينها وبين العتق المتقدم عليها لانه حصل له
الاستواء عليها لانه حصل له الاستواء مع المحاباة في المزية فتقدمه عليها وان
اعتق اولا ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة نصفين لان العتق
لما تقدمها زاحمها ثم ما اصاب العتق الاول من نصف الثلث كان ذلك بين
العتقين لتجانسهما قوله قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك
منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت وصية بحج عنه
بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها شيء وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا
يعتق عنه بما بقي اي قال في الجامع الصغير وقال الفقيه ابو الليث وفي مطلق الرواية
واذا اوصى الرجل ان يعتق عنه نسمة بمائة درهم وثلث ماله اقل من مائة فانه لا
يشترى وبطلت الوصية في قول ابي حنيفة وفي قولهما يشترى بثلث ماله
ويعتق وقال الفقيه ايضا ولذلك الخلاف فيمن اوصى ان يعتق نسمة عنه من حنيع

ويحصل ما قلنا ان البيع بالمحاباة [illegible] الشفعة [illegible] حتى يثبت للشفيع الشفعة والكل [illegible]