بقي في الاصل على ذلك فقال واذا اوصى لعبده فان الوصية اليه جائزة في قول
ابي حنيفة وفيها قول اخر قول ابي يوسف ومحمد انه لا يجوز الى عبده اراد به
لو كبير الصغار اما لو كان فيهم ان يبيعوه او فهذا لفظ الاصل وقول الشافعي
كقولهما كذا في شرح الاقطع وقال شمس الائمة في شرح الكافي قول ابي حنيفة
هو الاستحسان وقولهما هو القياس وجه قولهما ان الرق الذي ينافي الولاية
قائم في عبد نفسه كما في عبد غيره وولاية مملوك للورثة وهم الصغار والمملوك
لا يلي على مولاه ولان تصرف الوصي من طريق الولاية والعبد ليس من اهل
الولايات وجه قول ابي حنيفة ان الصغار من الورثة وان كانوا يملكون رقبة
العبد فلا يملكون التصرف فيه حيث لا يملكون بيعه فجاز اثبات الولاية للعبد
في حقوقهم بخلاف ما اذا كان فيهم كبير وبخلاف عبد الغير لان المولى له
ان يمنعه ويحجر عليه بعدما رضينا بقولنا عليه فلم يجز له ان يتصرف في حق مالك
شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وانما استحسن ابو حنيفة هذا لما راى
فيه من توفير المنفعة على الميت وعلى ورثته فانه من ذي عبده واحسن النظر
فالظاهر ان شفقته على الصغار من اولاده بعد موته اكثر من شفقته الاجنبي
ولهذا اختاره للوصية واورد في شرح الاقطع سوالا وجوابا فقال فان قيل
اذا كانوا صغارا فالقاضي يملك بيعه اذا راى ذلك فيملك ولاية القاضي
على الوصي لا يمنع جواز الوصية لانه يلي على الاحرار مع وجود الوصية اليهم
قوله ولان الولاية الصادرة من الاب لا يتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه
لا يملك بيع رقبته معناه ان ولاية الاوصياء مثل ولاية الموصي لان ولاية الوصي
مستفادة من جهة الموصي وولاية الموصي هو الاب ليست بمتجزية حتى لا
يقال ان ولايته في البعض دون البعض وولاية العبد متجزية لانه لا يملك بيع

التركات

التركات ولا يملك بيع نفسه وهذا نقض الموضوع فلا يجوز وهذا معنى قوله وفي
اعتبار هذه تجزيتها بان يقال لا نسلم ان الوصاية لا تتجزى ولهذا روى الحسن
عن ابي حنيفة فيما اذا اوصى اي في اعتبار هذه الوصية وهي الوصية الى عبد
نفسه والورثة صغار تجزية الولاية وفيها تجزية الوصاية ايضا لان العبد لا
يملك بيع نفسه ولا يكون وصيا في بيع نفسه قوله وله انه مخاطب مستبد
بالتصرف احترز بالمخاطب عن الصبي والمجنون فان الايصاء اليهما لا يجوز لعدم
الخطاب واحترز بالمستبد عن الايصاء الى عبد الغير لانه لا استبداد
له في التصرف وعن عبد نفسه ايضا اذا كان في الورثة كبير لان للكبير ان
يمنعه ويبيع نصيبه منه فلا يبقى الاستبداد قوله وصار كالمكاتب يكاتب
الايصاء الى العبد القن كالايصاء الى المكاتب فكما يجوز فكذا هذا قوله
والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة هذا جواب بسبيل
المنع عن قوله وفي اعتبار هذه تجزيتها بان يقال لا نسلم ان الوصاية لا تتجزى
ولهذا روى الحسن عن ابي حنيفة فيما اذا اوصى الى رجلين احدهما في العين والى
الاخر في قضاء الدين يكون كل واحد منهما وصيا فيما اوصى اليه خاصة ولئن سلمنا
ان الوصاية لا تتجزى على ما هو الظاهر عن ابي حنيفة حيث يكون كل واحد منهما
وصيا في العين والدين جميعا فنقول انما صرنا الى تجزي الايصاء كيلا يبطل اصل
الايصاء لانا لو لم نجوز التجزي يبطل الايصاء اصلا وفيه الغاء كلام العاقل فلا يجوز
الالغاء ما امكن ونعتبر وصف الايصاء اولى من نعتبر اصل الايصاء لانه نعتبر
الوصف احق قوله فان وصى بعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره اي ثابت
العجز ولكن بحقيقته وذلك لان الورثة لا يسعون واخراجه من الوصية لا
يجوز لانه عين نصبه الميت اذا كان نعتد لا نعتد فيلزم القاضي ان يقوي تصرفه ويكمله

Copyright © King Saud University