

## بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

القسم الأول من وصايا أهل الذمة .

ومنها : أن لا يكون حربيا عند مستأمن فإن كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمي لأن التبرع بتمليك المال إياه يكون إعانة له على الحراب وإنه لا يجوز وأما كونه مسلما فليس بشرط حتى لو كان ذميا فأوصى له مسلم أو ذمي جاز وكذا لو أوصى ذمي ذميا لقوله E : [ فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ] وللمسلم أن يوصي مسلما أو ذميا كذا لهم وسواء أوصى لأهل ملته لغير أهل ملته لعموم الحديث ولأن الاختلاف بينه وبين غير أهل ملته لا يكون أكثر من الاختلاف بيننا وبينهم وذا لا يمنع جواز الوصية فهذا أولى وإن كان مستأمنا فأوصى له مسلم أو ذمي ذكر في الأصل أنه لا يجوز لأنه في عهدنا فأشبه الذمي الذي هو في عهدنا وتجوز الوصية للذمي وكذا الحربي المستأمن . وروي عن أبي حنيفة B أنه لا يجوز وهذه الرواية بقول أصحابنا رحمهم الله أشبه فإنهم قالوا إنه لا يجوز صرف الكفارة والنذر وصدقة الفطر والأضحية إلى الحربي المستأمن لما فيه من الإعانة على الحراب ويجوز صرفها إلى الذمي لأننا ما نهينا عن بر أهل الذمة لقوله سبحانه وتعالى : { لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم } وقيل إن في التبرع عليه في حال الحياة بالصدقة والهبة روايتين عن أصحابنا فالوصية له على تلك الروايتين أيضا وكذا كونه من أهل الملك ليس بشرط حتى لو أوصى مسلم بثلث ماله للمسجد أن ينفق عليه في إصلاحه وعمارته وتجسيصه يجوز لأن قصد المسلم من هذه الوصية التقرب إلى الله سبحانه وتعالى بإخراج ماله إلى الله سبحانه وتعالى لا التملك إلى أحد .

ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية فهو باطل لأنه معصية ولو أوصى الذمي بثلث ماله للبيعة أو لكنيسة أن ينفق عليها في إصلاحها أو أوصى لبית النار أو أوصى بأن يذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبית النار ذبيحة جاز في قول أبي حنيفة C وعندهما : لا يجوز . وجملة الكلام في وصايا أهل الذمة أنها لا تخلو إما إن كان الموصى به أمرا هو قرابة عندنا وعندهما أو كان أمرا هو قرابة عندنا لا عندهم وأما إن كان أمرا هو قرابة عندهم لا عندنا فإن كان الموصى به شيئا هو قرابة عندنا وعندهم بأن أوصى بثلث ماله أن يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة أو بعثت الرقاب أو بعمارة المسجد الأقصى ونحو ذلك جاز في قولهم جميعا لأن هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة وإن كان شيئا هو قرابة عندنا وليس بقرابة عندهم بأن أوصى بأن يحج عنه أو أوصى أن يبني مسجدا للمسلمين ولم يبين

لا يجوز في قولهم جميعا لأنهم لا يتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئا في وصيته .  
والوصية يبطلها الهزل والهزل وإن كان شيئا هو قرية عندهم لا عندنا بأن أوصى بأرض له  
تبنى بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو بعمارة البيعة أو الكنيسة أو بيت النار أو بالذبح  
لعيدهم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة فهو على الاختلاف الذي ذكرنا أن عند أبي حنيفة C :  
يجوز وعندهما : لا يجوز وجه قولهما : أن الوصية بهذه الأشياء وصية بما هو معصية والوصية  
بالمعاصي لا تصح وجه قول أبي حنيفة : أن المعتبر في وصيتهم ما هو قرية عندهم لا ما هو  
قرية حقيقة لأنهم ليسوا من أهل القرية الحقيقية ولهذا لو أوصى بما هو قرية عندنا وليس  
بقرية عندهم لم تجز وصيته كالحج وبناء المسجد للمسلمين فدل أن المعتبر ما هو قرية  
عندهم وقد وجد ولكننا أمرنا أن لا نتعرض لهم فيما يدينون كما لا نتعرض لهم في عبادة  
الصليب وبيع الخمر والخنزير فيما بينهم .

ولو بنى الذمي في حياته بيعة أو كنيسة أو بيت نار كان ميراثا بين ورثته في قولهم  
جميعا على اختلاف المذهبين أما على أصلهما فظاهر لأنه معصية وأما عنده فلأنه بمنزلة الوقف  
والمسلم لو جعل دارا وقفا إن مات صارت ميراثا كذا هذا .

فإن قيل لم لا يجعل حكم البيعة فيما بينهم كحكم المسجد فيما بين المسلمين فالجواب أن  
حال المسجد يخالف حال البيعة لأن المسجد صار خالصا لله تبارك وتعالى وانقطعت عنه منافع  
المسلمين وأما البيعة فإنها باقية على منافعهم فإنه يسكن فيها أساقفتهم ويدفن فيها  
موتاهم فكانت باقية على منافعهم فأشبه الوقف فيما بين المسلمين والوقف فيما بين  
المسلمين لا يزيل ملك الرقبة عنده فكذا هذا .

لو أوصى مسلم بغلة جاريته أن تكون في نفقة المسجد ومؤنته فانهدم المسجد وقد اجتمع من  
غلتها شيء أنفق ذلك في بنائه لأنه بالانهدام لم يخرج من أن يكون مسجدا وقد أوصى له  
بغلتها فتنفق في بنائه وعمارته والله أعلم .

ومنها : أن لا يكون مملوكا للموصي إذا كانت الوصية بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء  
معين من ماله سوى رقبة العبد حتى لو أوصى لعبده بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين  
من ماله سوى رقبة العبد لا تصح الوصية لأنه إذ ذاك يكون موصيا لنفسه .

ولو أوصى له بشيء من رقبته بأن أوصى له بثلاث رقبته جاز لأن الوصية له بثلاث رقبته تمليك  
ثلاث رقبته منه وتمليك نفس العبد منه يكون إعتاقا فيصير ثلثه مدبرا في قول أبي حنيفة C  
تعالى وعندهما يصير كله مدبرا لأن التدبير يتجزأ عنده كالإعتاق وعندهما لا يتجزأ .

ولو أوصى له بثلاث ماله جازت وصيته وعق ثلثه بعد موته لأن رقبته دخلت في الوصية لأنها  
ماله فوقعت الوصية عليها وعلى سائر أملاكه ثم ينظر إن كان ماله دراهم ودنانير ينظر إلى  
ثلثي العبد فإن كانت قيمة ثلثي العبد مثل ما وجب له في سائر أمواله صار قصاصا وإن كان

في المال زيادة تدفع إليه الزيادة وإن كان في ثلثي قيمة العبد زيادة تدفع الزيادة إلى الورثة وإن كانت التركة عروضاً لا تصير قصاصاً إلا بالتراضي لاختلاف الجنس وعليه أن يسعى في ثلثي قيمته وله الثلث من سائر أمواله وللورثة أن يبيعوا الثلث من سائر أمواله حتى تصل إليهم السعاية وهذا قول أبي حنيفة B وأما عندهما : صار كله مدبراً فإذا مات عتق كله ويكون العتق مقدماً على سائر الوصايا فإن زاد الثلث على مقدار قيمته فعلى الورثة أن يدفعوا إليه فإن كانت قيمته أكثر فعليه أن يسعى في الفضل وإلا سبحانه وتعالى أعلم . ومنها : أن لا يكون مجهولاً جهالة لا يمكن إزالتها فإن كان لم تجز الوصية له لأن الجهالة التي لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له فلا تفيد الوصية . وعلى هذا يخرج ما إذا أوصى بثلاث ماله لرجل من الناس أنه لا يصح بلا خلاف ولو أوصى لأحد هذين الرجلين لا يصح في قول أبي حنيفة B وعندهما : يصح غير أن عند أبي يوسف C الوصية تكون بينهما نصفين وعند محمد C الخيار إلى الوارث يعطي أيهما شاء وجه قول محمد : إن الإيجاب وقع صحيحاً لأن أحدهما وإن كان مجهولاً ولكن هذه جهالة تمكن إزالتها ألا ترى إن الموصي لو عين أحدهما حال حياته لتعين ثم إن محمداً يقول : لما مات عجز عن التعيين بنفسه فيقوم وارثه مقامه في التعيين وأبو يوسف يقول : لما مات قبل التعيين شاعت الوصية لهما وليس أحدهما بأولى من الآخر كمن أعتق أحد عبديه ثم مات قبل البيان أن العتق يشيع فيهما جميعاً فيعتق من كل واحد منهما نصفه كذا ههنا يكون لكل واحد منهما نصف الوصية .

و لأبي حنيفة أن الوصية تمليك عند الموت فتستدعي كون الموصى له معلوماً عند الموت والموصى له عند الموت مجهول فلم تصح الوصية من الأصل كما لو أوصى لواحد من الناس فلا يمكن القول بالشيوع ولا يقام الوارث مقام الموصي في البيان لأن ذلك حكم الإيجاب الصحيح ولم يصح إلا أن الموصي لو بين الوصية في أحدهما حال حياته صحت لأن البيان إنشاء الوصية لأحدهما فكان وصية مستأنفة لأحدهما عينا وإنها صحيحة . ولو كان له عبدان فأوصى بأرفعهما لرجل وبأخسهما لآخر ثم مات الموصي ثم مات أحد العبدين ولا يدري أيهما هو فالوصية بطلت في قول أبي حنيفة و زفر رحمهما الله اجتماعاً على أخذ الباقي أو لم يجتمعا وقال أبو يوسف C : إن اجتماعاً على أخذ الباقي فهو بينهما نصفان وإن لم يجتمعا على أخذه فلا شيء لهما وروي عن أبي يوسف : أنه بينهما نصفان اجتماعاً أو لم يجتمعا .

وعلى هذا يخرج الوصية لقوم لا يحصون أنها باطلة إذا لم يكن في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة وإن كان فيه ما ينبئ عن الحاجة فالوصية جائزة لأنهم إذا كانوا لا يحصون ولم يذكر في اللفظ ما يدل على الحاجة وقعت الوصية تمليكا منهم وهم مجهولون والتمليك من المجهول

جهالة لا يمكن إزالتها لا يصح .

ثم اختلف في تفسير الإحصاء قال أبو يوسف : إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون وقال محمد : إن كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون وقيل : إن كانوا بحيث لا يحصيهم محص حتى يولد منهم مولود ويموت منهم ميت فهم لا يحصون وقيل : يفوض إلى رأي القاضي وإن كان في اللفظ ما يدل على الحاجة كان وصيته بالصدقة وهي إخراج المال إلى  $\alpha$  سبحانه وتعالى و  $\beta$  سبحانه وتعالى واحد معلوم فصحت الوصية ثم إذا صحت الوصية فالأفضل للوصي أن يعطي الثلث لمن يقرب إليه منهم فإن جعله في واحد فما زاد جاز عند أبي حنيفة و أبي يوسف وعند محمد : لا يجوز إلا أن يعطي اثنين منهم فصاعدا ولا يجوز أن يعطي واحدا إلا نصف الوصية .

وبيان هذه الجملة في مسائل : إذا أوصى بثلث ماله للمسلمين لم تصح لأن المسلمين لا يحصون وليس في لفظ المسلمين ما ينبئ عن الحاجة فوقعت الوصية تمليكا من مجهول فلم تصح . ولو أوصى لفقراء المسلمين أو لمساكينهم صحت الوصية لأنهم وإن كانوا لا يحصون لكن عندهم اسم الفقير والمسكين ينبئ عن الحاجة فكانت الوصية لهم تقربا إلى  $\alpha$  تبارك وتعالى طلبا لمرضاته لا لمرضاة الفقير فيقع المال  $\beta$  تعالى  $D$  ثم الفقراء يمتلكون بتمليك  $\alpha$  تعالى منهم و  $\beta$  سبحانه وتعالى عز شأنه واحد معلوم ولهذا كان إيجاب الصدقة من  $\alpha$  سبحانه وتعالى من الأغنياء على الفقراء صحيحا وإن كانوا لا يحصون وإذا صحت الوصية فلو صرف الوصي جميع الثلث إلى فقير واحد جاز عند أبي حنيفة و أبي يوسف وقال محمد : لا يجوز إلا أن يعطي منهم اثنين فصاعدا ولا يجوز أن يعطي واحدا منهم إلا نصف الثلث .

وجه قول محمد : أن الفقراء اسم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة إلا أنه أقام الدليل على أن الاثنين في باب الوصية يقومان مقام الثلث لأن الوصية أخت الميراث و  $\beta$  تعالى أقام الثنتين من البنات مقام الثلث منهن في استحقاق الثلثين وكذا الاثنان من الأخوة والأخوات يقومان مقام الثلث في نقص حق الأم من الثلث إلى السدس ولا دليل على قيام الواحد مقام الجماعة مع ما أن الجمع مأخوذ من الاجتماع وأقل ما يحصل به الاجتماع اثنان ومراعاة معنى الاسم واجب ما أمكن ولهما : إن هذا النوع من الوصية وصية بالصدقة وهي إلزام المال حقا  $\beta$  تبارك وتعالى وجنس الفقراء مصرف ما يجب  $\beta$   $D$  من الحقوق المالية فكان ذكر الفقراء لبيان المصرف لا لإيجاب الحق لهم فيجب الحق  $\beta$  تبارك وتعالى ثم يصرف إلى من ظهر رضا  $\alpha$  سبحانه وتعالى بصرف حقه المال إليه وقد حصل بصرفه إلى فقير واحد ولهذا جاز صرف ما وجب من الصدقات الواجبة بإيجاب  $\beta$   $D$  إلى فقير واحد وإن كان المذكور بلفظ الجماعة بقوله تبارك وتعالى : { إنما الصدقات للفقراء } وقد خرج الجواب عما ذكره محمد  $C$  على أن مراعاة معنى الجمع إنما تجب عند الإمكان فأما عند التعذر فلا بل يحمل اللفظ على مطلق الجنس كما في قوله :

واﻻ لا أتزوج النساء وقوله : إن كلمت بني آدم أو إن اشتريت العبيد أنه يحمل على الجنس ولا يراعى فيه معنى الجمع حتى يحث بوجود الفعل منه في واحد من الجنس وههنا لا يمكن اعتبار معنى الجمع لأن ذلك مما لا غاية له ولا نهاية فيحمل على الجنس بخلاف ما إذا أوصى لمواليه وله مولى واحد أنه لا يصرف كل الثلث إليه بل نصفه لأن هناك ما التزم المال حقا ﻻ تعالى D بل ملكه للموالي وهو اسم جمع فلا بد من اعتباره وكذا ذلك الجمع له غاية ونهاية فكان اعتبار معنى الجمع ممكنا فلا ضرورة إلى الحمل على الجنس بخلاف جمع الفقراء . وكذلك لو أوصى لفقراء بني فلان دون أغنيائهم وبني فلان قبيلة لا تحصى ولا يحصى فقرائهم فالوصية جائزة لما قلنا بل أولى لأنه لما صحت الوصية لفقراء المسلمين مع كثرتهم فلأن تصح لفقراء القبيلة أولى فإن لم يقل لفقرائهم ولكنه أوصى لبني فلان ولم يزد عليه فهذا لا يخلو من أحد وجهين : إما إن كان فلان أبا قبيلة وإما إن لم يكن أبا قبيلة بل هو رجل من الناس يعرف بأبي فلان فإن كان أبا قبيلة مثل تميم وأسد ووائل فإن كان بنوه يحصون جازت الوصية لهم لأنهم إذا كانوا يحصون فقد قصد الموصي تملك المال منهم لا الإخراج إلى ﻻ تعالى فكان الموصى له بالثلث معلوما فتصح الوصية له كما لو أوصى لأغنياء بني فلان وهم يحصون .

ويدخل فيه الذكور والإناث لأن الإضافة إلى أب القبيلة إضافة النسبة كالإضافة إلى القبيلة ألا يرى أنه يصح أن يقال هذه المرأة من بني تميم كما يصح أن يقال هذا الرجل من بني تميم فيدخل فيه كل من ينتسب إلى فلان ذكرا كان أو أنثى غنيا كان أو فقيرا لأنه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة وصار كما لو أوصى لقبيلة فلان .

ولو كان لبني فلان موالى عتاقة يدخلون في الوصية وكذا موالى مواليتهم وحلفائهم وعبيدهم وكذا لو كان لهم موالى الموالاة لما ذكرنا أن المراد من قوله بني فلان إذا كان فلان أبا قبيلة هو القبيلة لا أبناؤه حقيقة فكان المراد منه المنتسبين إلى هذه القبيلة والمنتسبون إليهم والحلفاء والموالى ينتسبون إلى القبيلة وينتمون إليهم في العرف والشرع قال E : [ موالى القوم منهم ] .

وفي رواية : [ موالى القوم من أنفسهم وحليفهم منهم ] . وروي أنه قال في جملة ذلك : وعبيدهم منهم ولأن بني فلان إذا كانوا لا يحصون سقط اعتبار حقيقة البنوة فصار عبارة عمن يقع بهم لهم التناصر والموالى يقع بهم لهم التناصر وكذا الحليف والعديد إذ الحليف هو الذي حلف للقبيلة أنه ينصرهم ويذب عنهم كما يذب عن نفسه وهم حلفوا له كذلك والعديد هو الذي يلحق بهم من غير حلف .

ولو أوصى لقبيلة فلان دخل فيه الموالى لأن المراد من القبيلة الذين ينسبون إليه والموالى ينسبون إليه .

هذا إذا كانوا يحصون فإن كانوا لا يحصون لا تجوز الوصية لما قلنا في الوصية لبني فلان بخلاف ما إذا أوصى لبني فلان وهم يحصون وفلان أب خاص لهم وليس بأبي قبيلة حيث كان الثلث لبني صلبه ولا يدخل فيه مواليه لأنه ما جرى العرف هناك أنهم يريدون بهذه اللفظة المنتسب إليهم فبقيت اللفظة محمولة على الحقيقة ولهذا لا يدخل في الوصية بنو بنيه .

والدليل على التفرقة بين الفصلين أن زيدا لو أعتق عبدا لا يقول المعتقد أنا من بني زيد إذا كان زيد أبا خاصا وإن كان زيد أبا قبيلة يقول المعتقد أنا من بني زيد .

هذا هو المتعارف عندهم ولأن بني فلان إذا كانوا لا يحصون لم تصح الوصية لأن الوصية وقعت لهم تملك المال منهم وهم مجهولون ولا يمكن أن يجعل هذا وصية بالصدقة لأنه ليس قي لفظ الابن ما ينبئ عن الحاجة لغة فلا يصح كما لو أوصى للمسلمين أنه لا يصح لجهالة الملك منه ولم يجعل وصية بالصدقة لما قلنا كذا هذا .

وإن كان أبا نسب وهو رجل من الناس يعرف كابن أبي ليلى و ابن سيرين ونحو ذلك فإن كانوا كلهم ذكورا دخلوا في الوصية لأن حقيقة اسم البين للذكور لأنه جمع الابن فيجب العمل بالحقيقة ما أمكن وقد أمكن وإن كانوا كلهم أناثا لا يدخل فيه واحدة منهن لأن اللفظ لا يتناولهن عند انفرادهن وإن كانوا ذكورا وإناثا فقد اختلف فيه .

قال أبو حنيفة و أبو يوسف Bهم : الوصية للذكور دون الإناث .

وقال محمد عليه الرحمة : يدخل فيه الذكور والإناث وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة رواه يوسف بن خالد السمتي .

وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه وجه قول محمد C : أن الذكور مع الإناث إذا اجتمعا غلب الذكور الإناث ويتناول اسم الذكور : الذكور والإناث وإن كان لا يتناولهن حالة الانفراد ولهذا تتناول الخطابات التي في القرآن العظيم باسم الجمع الذكور والإناث جميعا فكذا في الوصية .

ولهما : اعتبار الحقيقة وهو أن البنين جمع ابن والابن اسم للذكر حقيقة وكذا البنون فلا يتناول إلا الذكور ولهذا لم يتناولهن حالة الانفراد فكذا حالة الاجتماع وهكذا نقول في خطابات القرآن العظيم أن خطاب الذكور لا يتناول الإناث بصيغته بل بدليل زائد .

والدليل عليه ما روي : أن النساء شكون إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلن : يا رسول الله إن الله سبحانه وتعالى يخاطب الرجال دوننا فنزل قوله تبارك وتعالى : { إن المسلمين

والمسلمات } الآية فلو كان خطاب الرجال يتناولهن لم يكن لشكايتهن معنى بخلاف ما إذا كان

فلان أبا قبيلة أو بطن أو فخذ لأن الإضافة إلى القبيلة والبطن والفخذ لا يراد بها الأعيان

وإنما يراد بها الأنساب وهي أن يكون منسوباً إلى القبيلة والبطن والفخذ والذكر والأنثى في

النسبة على السواء ولهذا يتناول الاسم الإناث منهم وإن لم يكن فيهن ذكر ولا يتناول الاسم

من ولد الرجل المعروف الإناث اللاتي لا ذكر معهن فإن كان لفلان بنو صلب وبنو ابن فالوصية لبني الصلب لأنهم بنوه في الحقيقة .

وأما بنو الابن فبنو بنيه حقيقة لا بنوه وإنما يسمون بنيه مجازا وإطلاق اللفظ يحمل على الحقيقة ما .

أمكن فإن لم يكن له بنو الصلب فالوصية لبني الابن لأنهم بنوه مجازا فيحمل عليه عند تعذر العمل بالحقيقة وأما أبناء البنات فلا يدخلون في الوصية عند أبي حنيفة عليه الرحمة . وذكر الخفاف عن محمد C أنهم يدخلان كأبناء البنين وسنذكر المسألة إن شاء الله تعالى فإن كان له ابنان لصلبه فالوصية لهما في قولهم جميعا لأن اسم الجمع في باب الوصية يتناول الاثنين فصاعدا فقد وجد من يستحق كل الوصية فلا يحمل على غيرهم .

وإن كان له ابن واحد لصلبه صرف نصف الثلث إليه لأن المذكور بلفظ الجمع وليس في الواحد معنى الجمع فلا يستحق الواحد كل الوصية بل النصف ويرد النصف الباقي إلى ورثة الموصي وإن كان له ابن واحد لصلبه وابن ابنه فالنصف لابنه والباقي يرد على ورثة الموصي في قول أبي حنيفة Bه وعندهما : النصف لابنه وما بقي فلا ابن ابنه والصحيح قول أبي حنيفة لأن اللفظ الواحد لا يحمل على الحقيقة والمجاز في زمان واحد وإذا صارت الحقيقة مرادة سقط المجاز وعندهما : يجوز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز في حالة واحدة وهذا غير سديد لأن الحقيقة اسم للثابت المستقر في موضعه والمجاز ما انتقل عن موضعه والشيء الواحد في زمان واحد يستحيل أن يكون ثابتا في محله ومنتقلا عن محله .

ولو كان له بنات وبنو ابن فلا شيء للفريقين في قول أبي حنيفة Bه وفي قولهما : هو بينهم بالسوية لأن عند أبي حنيفة ولد الصلب إذا كان حيا يسقط معه ولد الولد غير أن ولد الصلب ههنا البنات على الانفراد واسم البنين لا يتناول البنات على الانفراد فلم تصح الوصية في الفريقين جميعا وعلى أصلهما : تحمل الوصية على ولد الولد إذا لم يجر أولاد الولد بالوصية ويتناولهما الأسم على الاشتراك وصاروا كالבطن الواحد فيشترك ذكورهم وإناثهم ولو قال : أوصيت بثلث مالي لاخته فلان وهم ذكور وأناث فهو على الخلاف الذي ذكرنا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله هو للذكور دون الإناث وعند محمد C هو بينهم بالسواء لا يزداد الذكر على الأنثى والحجج على نحو ما ذكرنا في المسألة المتقدمة .

ولو أوصى لولد فلان فالذكر فيه والأنثى سواء في قولهم جميعا لأن الولد اسم للمولود وإنه يتناول الذكر والأنثى .

ولو كانت له امرأة حامل دخل ما في بطنها في الوصية لأن الوصية أخت الميراث لأن الاستحقاق في كل واحد منهما يتعلق بالموت ثم الحمل يدخل في الميراث فيدخل في الوصية فإن كان له بنات وبنو ابن فالوصية لبناته دون بني ابنه لأن اسم الولد للبنات بانفرادهن حقيقة ولأولاد

الابن مجاز ومهما أمكن حمل اللفظ على الحقيقة لا يحمل على المجاز فإن لم يكن له ولد صلب فالوصية لولد الابن يستوي فيه ذكورهم وإناثم لأنه تعذر العمل بحقيقة اللفظ فيعمل بالمجاز تصحيحا للكلام العاقل ولا يدخل أولاد البنات في الوصية في قول أبي حنيفة هـ . وذكر الخفاف عن محمد رحمهما ا : أن ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين وذكر في السير الكبير : إذا أخذ الأمان لنفسه وولده لم يدخل فيه أولاد البنات فصار عن محمد C روايتان .

وجه رواية الخفاف : أن الولد ينسب إلى أبويه جميعا لأنه ولد أبيه وولد أمه حقيقة لانخلاقه من مائهما جميعا ثم ولد ابنه ينسب إليه فكذا ولد بنته ولهذا يضاف أولاد سيدتنا فاطمة رضي ا تعالى عنها .

إلى أبيها رسول ا صلى ا عليه و سلم و [ قال صلى ا عليه و سلم للحسن هـ : إن ابني هذا لسيد وإن ا تبارك وتعالى يصلح به بين الفئتين ] .

و [ روي أنه E قال للحسن والحسين Bهما : إن ابني لسيدا كهول أهل الجنة ] وكذا يقال لسيدتنا عيسى بن مريم E : أنه من بني آدم وإن كان لا ينتسب إليه إلا من قبل أمه . و لأبي حنيفة : أن أولاد البنات ينسبون إلى آبائهم لا إلى أب الأم قال الشاعر : ( بنونا بنو آبائنا وبناتنا ... بنوهن أبناء الرجال الأبعاد ) .

وأما قوله : إن الولد ينسب إلى أبيه وإلى أمه قلنا : نعم وبنت الرجل ولده حقيقة فكان ولدها ولده حقيقة بواسطتها حتى تثبت جميع أحكام الأولاد في حقه كما تثبت في أولاد البنين إلا أن النسب إلى الأمهات مهجور عادة فلا ينسب أولاد البنات إلى آباء الأمهات بواسطتهن ولا يدخلون تحت النسبة المطلقة وأولاد سيدتنا فاطمة رضي ا تعالى عنهم لم تهجر نسبتهم إليها فينسبون إلى رسول ا صلى ا عليه و سلم بواسطتها وقيل إنهم خصوا بالنسبة إليه E تشریفاص وإكراما لهم وقد روى بعض مشايخنا [ عن شمس الأئمة الحلواني C في هذا حديثا عن رسول ا صلى ا عليه و سلم أنه قال : كل بني بنت بنوا أبيهم إلا أولاد فاطمة رض ا تعالى عنها فإنهم أولادي ] فإن لم يكن له إلا ولد واحد فالثالث له سواء كان ذكرا أو أنثى لأن اسم الولد يتناول الولد الواحد فما زاد عليه حقيقة ولا يتناول الجمع .

قال هشام : سألت محمدا عن رجل له ابن وبنت فقال : أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابني ثم مات الموصي فكم يجعل للموصى له ؟ قال ذلك إلى الورثة إن شاؤوا أعطوه أقل الأنصاء قلت له : فإن كان له ابنتان وابن ؟ قال فكذلك أيضا قلت : فإن كان له ابنان وبنت أو ابنان وبنتان أو بنون وبنات فقال قد أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابني فقال : يعطى الموصى له في هذا نصيب ابن وإنما كان كذلك لأنه إذا قال : أحد ابني وله ابن وبنت علم أنه سمى الأنثى ابنا لاجتماعها مع الذكر فدخلت في الكلام فكان للورثة أن يحملوا الوصية على نصيبهما .

وإذا كان له بنون وبنات أو ابنان وبنات فقال : أحد بني يقع على الذكور فتحمل الوصية على نصيب واحد منهم دون نصيب البنات قال محمد C : فإذا كان له بنت وابن أو ابن وبنتان أو ابن وبنات فالابن وحده لا يكون بنين والأمر على ما ذكره محمد لأن اسم الجمع لا يتناول الواحد فلا بد من إدخال الإناث معه فحملت الوصية على نصيب أحدهم فهذا إشارة إلى اعتباره حقيقة اللفظ وأن الاسم يحمل على الذكور إلا عند التعذر .

ولو أوصى ليتامى بني فلان فإن كان يتاماهم يحصون جازت الوصية لأنهم إذا كانوا يحصون وقعت الوصية لهم بأعيانهم لكونهم معلومين فأمكن إيقاعها تمليكاً منهم فصحت كما لو أوصى ليتامى هذه السكة أو هذه الدار ويستوي فيها الغني والفقير لأن اليتيم في اللغة اسم لمن مات أبوه ولم يبلغ الحلم وهذا لا يتعرض للفقير والغنا قال A سبحانه وتعالى : { إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً } وقال E : [ ابتغوا في أموال اليتامى خيراً كيلا تأكلها الصدقة ] قد سموا يتامى وإن كان لهم مال فكل صغير مات أبوه يدخل تحت الوصية ومن لا فلا فإن كانوا لا يحصون فالوصية جائزة وتصرف إلى الفقراء منهم لأنها لو صرفت إلى الأغنياء لبطلت لجهالة الموصى له ولو صرفت إلى الفقراء لجازت لأنها وصية بالصدقة وإخراج للمال إلى A تعالى وA تعالى واحد معلوم وأمكن أن تجعل الوصية للفقراء وإن لم يكن في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة لغة لكنه ينبئ عن سبب الحاجة وعمما يوجب الحاجة بطريق الضرورة لأن الصغير والانفراد عن الأب أعظم أسباب الحاجة إذ الصغير عاجز عن الانتفاع بماله ولا بد له ممن يقوم بإيصال منافع ماله إليه وكذا هو عاجز عن القيام بحفظ ماله واستنمائه ولا بقاء للمال عادة إلا بالحفظ والاستنماء وهو عاجز عن ذلك كله فيصير في الحكم كمن انقطعت عليه منافع ماله بسبب بعده عن ماله وهو ابن السبيل فصار الاسم بهذه الوساطة منبئاً عن الحاجة ولهذا المعنى جعل A لليتامى سهماً من خمس الغنيمة بقوله تبارك وتعالى : { واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن A خمسه للرسول ولذي القربى واليتامى } وقال تبارك وتعالى : { ما أفاء A على رسوله من أهل القرى فA للرسول ولذي القربى واليتامى } وأراد به المحتاجين منهم دون الأغنياء وإذا كان كذلك أمكن تصحيح هذا التصرف بجعله أيضاً بالصدقة وكذلك إذا أوصى لبني فلان أو لعميانهم لأن الاسم يدل على سبب الحاجة عادة وهو الزمانة والعمى بخلاف ما إذا أوصى لبني فلان وهم لا يحصون أنه لا يصح لأنه لا يمكن تصحيحه بطريق التملك بجهالة الموصي لهم ولا بطريق الإيضاء بالصدقة لأنه ليس في لفظ الابن ما ينبئ عن الحاجة ولا ما يوجب الحاجة وههنا بخلافه على ما بينا فتصح الوصية