@ 196 @ المحاباة أقوى ; لأنها ثبتت في ضمن عقد المعاوضة فكانت تبرعا بمعناها لا بصيغتها حتى يأخذ الشفيع ويملكه العبد والصبي المأذون لهما والإعتاق تبرع صيغة ومعنى فإذا وجدت المحاباة أولا دفعت الأضعف وإذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه ا إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق ; لأن العتق مقدم عليها فيستويان , ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول وبين المحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني ولا يقال إن صاحب المحاباة ينبغي أن يسترد ما أصاب العتق الذي بعده في المسألتين لكونه أولى منه . لأنا نقول لا يمكن ذلك ; لأنه يلزم منه الدور بيانه أن صاحب المحاباة الأول في المسألة الأولى لو استرد من المعتق لكونه أولى لاسترد منه صاحب المحاباة الثاني لاستوائهما ثم استرد المعتق ; لأنه يساوي صاحب المحاباة الثاني وفي المسألة الثانية لو استرد صاحب المحاباة ما أصاب المعتق الثاني لاسترد منه المعتق الأول ; لأنه يساويه ثم استرده صاحب المحاباة وهكذا إلى ما لا يتناهى والسبيل في الدور قطعه وعندهما العتق أولى في الكل فلا يرد السؤال عليهما . قال رحمه ا (وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم تنفذ بخلاف الحج) , وهذا قول أبي حنيفة رضي ا عنه في العتق , وقالا يعتق عنه بما بقي ; لأنه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن قياسا على الوصية بالحج وله أنه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذ في غير الموصى له , وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج ; لأنها قربة محضة هي حق ا تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع إليه الباقي وقيل هذه المسألة مبنية على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق ا تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل فيه الشهادة من غير دعوى فاختلف المستحق , وهذا البناء صحيح ; لأن الأصل ثابت معروف ولا سبيل لإنكاره , ولو أوصى بأن يشترى بثلث ماله وهو ألف عبد فيعتق عنه فإذا هو أقل من ذلك فالوصية باطلة قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه ا ولئن كان قول الكل فالفرق لهما أن الوصية هنا وقع الشك في صحتها فلا تصح بالشك ولا كذلك مسألة الكتاب ; لأنها كانت صحيحة فلا تبطل بالشك , ولو أوصى بأن يشترى بكل ماله عبد فيعتق بطلت الوصية عنده . قال رحمه ا (وبعتق عبده فمات فجنى ودفع بطلت) أي إذا أوصى بعتق عبده فمات الولي فجنى العبد ودفع بالجناية بطلت الوصية ; لأن الدفع قد صح ; لأن حق

ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه ; لأنه يتلقى الملك من جهة الموصي وملك الموصي باق إلى أن يدفع وبه يزول ملكه فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الوصي أو وارثه بعد موته بالدين . قال رحمه ا (وإن فدى لا) أي لا تبطل الوصية إن فداه الورثة وكان الفداء في أموالهم ; لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية ; لأن العبد طهر عن الجناية فصار كأن لم يجن . قال رحمه ا (وبثلثه لزيد وترك عبدا فادعى زيد عتقه في صحته والوارث في مرضه فالقول للوارث ولا شيء لزيد إلا أن يفضل من ثلثه شيء أو يبرهن على دعواه) أي إذا أوصى بثلث ماله لزيد وله عبد وأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة , وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم البينة أن العتق كان في الصحة ; لأن الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى العبد ; لأن العتق في الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد ; لأن العتق في المرض وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا فذهب الثلث بالعتق فبطل حق الموصى له بالثلث فكان منكرا لاستحقاقه , والقول للمنكر مع اليمين , ولأن العتق حادث والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها فكان الظاهر