

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI**

**ZENBİLLİZÂDE FUDAYL ÇELEBİ'NİN EDEBÜ'L-EVSIYÂ ADLI ESERİNİN
TAHKİK VE DEĞERLENDİRMESİ**

MAMOUN ALSLIE

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADANA / 2019

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI**

**ZENBİLLİZÂDE FUDAYL ÇELEBİ'NİN EDEBÛ'L-EVSIYÂ ADLI ESERİNİN
TAHKİK VE DEĞERLENDİRMESİ**

MAMOUN ALSLIE

Danışman:Dr. Öğr. Üyesi Mustafa HAYTA

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Hasan ÖZER

Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Fatih ORHAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADANA / 2019

ukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne;

Bu alıřma, jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiřtir.

Başkan: Dr. Öğr. Üyesi Mustafa HAYTA
(Danışman)

ye: Doç. Dr. Hasan ÖZER

ye: Dr. Öğr. Üyesi Fatih ORHAN

ONAY

Yukarıdaki imzaların, adı geçen ğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.

Prof. Dr. Serap ÇABUK

Enstitü Müdürü

NOT: Bu tezde kullanılan ve bařka kaynaktan yapılan bildiriřlerin, izelge, řekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

ETİK BEYANI

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde ve ortaya çıkan sonuçlarda herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim. / / 2019

İMZA

Mamoun ALSLIE

ÖZET

ZENBİLLİZÂDE FUDAYL ÇELEBİ'NİN EDEBÜ'L-EVSIYÂ ADLI ESERİNİN TAHKİK VE DEĞERLENDİRMESİ

MAMOUN ALSLIE

Yüksek Lisans Tezi Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Mustafa HAYTA

Ağustos 2019, 235 sayfa

İslam kültürünün yazılı kaynakları arasında yer alan ve yazmalar halinde bulunan bazı “klasik eserler” hala önemini ve güncelliğini korumaktadır. Bu eserlerden biri de Zenbillizade Fudayl Çelebi’ye ait ve yazma halindeki *Edebü'l-evsiya*’dır. Bu eseri, tahkik ederek hem geçmişe ait bir sorumluluğu ifa etmek hem de günümüz araştırmalarında yeni tespit ve bilgilere katkı sağlamak istedik.

Çalışma, bir giriş, üç bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır. Girişte tezin konusu, kapsamı, amacı ile ilgili bilgileri verdikten sonra araştırmada izlenen metot ve teknikleri belirttik. Birinci bölümde, eserin müellifi Fudayl Çelebi’nin hayatı, şahsiyeti ve eserleriyle ilgili elde ettiğimiz bilgileri değerlendirdik. İkinci bölümde, ilgili eser üzerinde değerlendirmelerde bulunarak müellifin vasiyet konusundaki yaklaşımlarını ortaya koymaya çalıştık.

Üçüncü bölümde, eserin nüshalarının tanıtımını yaptıktan sonra tahkikli metne yer verdik. Sonuç bölümünde ise çalışmamız neticesinde vardığımız kanaatlere dair genel bir değerlendirme yaptık.

Anahtar kelimeler: Fudayl Çelebi, vasiyet, velî, fıkıh, Edebü'l-evsiya.

ABSTRACT**THE CRITICAL EDITION AND EVALUATION OF THE WORK ADAB AL-AWSIYÂ OF ZENBİLLÎZADE FUDAYL ÇELEBÎ****MAMOUN ALSLIE****The Department of Basic Islamic Sciences Master's Thesis****Supervisor: Dr. Öğr. Üyesi Mustafa HAYTA****August 2019, 235 pages**

Some of ‘the classical works’ which are in manuscript form and among the written sources of Islamic culture still maintain their importance and actuality. One of these works is the manuscript of *Adab al-awsiya* by Zenbillizade Fudayl Çelebi. We aim to fulfill our responsibility for the past and contribute to the new findings and information in contemporary studies by examining this work.

The study consists of an introduction, three chapters and a conclusion. After providing information about the subject, scope and aim of the thesis in the introduction, we explained the methods and techniques followed in this study. In the first chapter, we evaluated the life and personality of Fudayl Çelebi, the author of the examined work, and the information we obtained about his other works. In the second chapter, we attempted to present the author's approaches to bequest by evaluating the relevant work.

In the third chapter, we included the critically edited text after introducing the editions of the work. Finally, we offered a general evaluation of the opinions that we reached as a result of our study in the conclusion.

Keywords: Fudayl Çelebi, bequest, legal guardian, Islamic law, Adab al-Awsiya.

ÖNSÖZ

Bir milletin gelenekleri, görenekleri, dili ve değerleri kısaca kültürü, gelecek yıllara çocuklar üzerinden aktarılır. Bu yüzden insanlar, çocuklarının talim ve terbiyesine öteden beri özen gösterir ve önem verir olmuşlardır. Adeta çocuklar, bir milletin ve ülkenin kaderini belirlemektedir. Bunun bilincinde olan devletler, yetim veya öksüzlerin barınması ve korunması için dâru'l-eytâm, ıslahhâne vb. kurum inşa etmek ve yasa çıkartmak gibi çabalar içerisine girmiştir.

Kur'an'da yirmi küsur âyette yetimlerle ilgili meselelere değinilmiş ve yüce şâri' yetimlerin itilip kakılması ve onlara karşı ilgisiz davranılması kınamış (Fecr 89/17; Mâûn 107/2), yetimlerin küçümsenip kendilerine kötü muamelede bulunulmasını yasaklamıştır (Duhâ 93/9). Müminleri muhtaç durumdaki yetimleri doyurmaya, onları malî yönden desteklemeye ve yaşam şartlarını düzeltmeye teşvik etmiştir (Bakara 2/215, 220; Nisâ 4/8; İnsân 76/8). Öte yandan yetim malı yemek büyük günahlardan sayılmış, haksız yere yetim malı yiyenlerin şiddetli azap görecekları bildirilmiştir. (Nisâ 4/2, 6, 10).

Kendisi de bir yetim olan Hz. Peygamber'in "Allahım! Ben yetimin ve kadının, bu iki zayıf insanın hakkını ihlâl etmekten insanları şiddetle sakındırıyorum" dediğı (İbn Mâce, "Edeb", 6), bir defasında şahadet parmağı ile orta parmağını birleştirerek, "Yetimi koruyup gözetenle cennette böyle yan yana olacağız" buyurduğu nakledilir (Müsned, V, 250; Ebû Dâvûd, "Edeb", 121) Keza yetim malı yemenin insanı helâke sürükleyen yedi büyük günahdan biri olduğunu belirtmiştir.

Yetim ve öksüz çocuklarla ilgili ayet ve hadislerin sayısı ve konuya ilişkin uyarı ve ikazları, islam toplumunda öteden beri farkındalık ve hassasiyet oluşmasına neden olmuştur. Fakihler, bu farkındalığın sivil ayağını oluşturmuştur. Bu kabilden olmak üzere fakihler, fıkıh kitaplarının lakât, hidâne, velayet, vesayet gibi konularında çocuk ve yetimlerin hak ve hukukuna temas etmiştir. Bazen de bir eserin tamamı, çocuk ve yetim haklarına hasredilmiştir. İşte Fudayl Çelebi'nin *Edebü'l-evsiya*'sı böyle önemli, hassas ve sorumluluk gerektiren bir vazifeden söz etmektedir. Türkiye'ye sığınan Suriyeli bir mülteci olarak annesiz ve babasız çocukların haklarına ve korunmasına dair bir şeyler yapmak, yetimler hususunda farkındalık oluşturmak gerektiğini ve bunun üzerime düşen bir vazife olduğunu düşündüm. *Edebü'l-evsiya*'nın tahkik ve tahlili bu duygu ve düşüncelerin neticesi olarak tezahür etti.

Araştırma boyunca düşüncelerini benimle paylaşan ve beni yönlendiren danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Hayta'ya; tenkit ve tavsiyeleriyle araştırmanın şekillenmesine katkı sunan jüri üyeleri Doç. Dr. Hasan Özer ve Dr. Öğr. Üyesi Fatih Orhan'a; eserin bulunduğu kütüphaneler ve yazma nüshaların tahkiki ile ilgili yaptıkları yardımlar nedeniyle Dr. Ömer Korkmaz'a şükranlarımı sunarım.

Mamoun ALSLIE

Adana- 2019



İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	İV
ABSTRACT	V
ÖNSÖZ.....	VI
İÇİNDEKİLER	VIII
KISALTMALAR	XI

GİRİŞ

1. Araştırmanın Konusu ve Kapsamı	1
2. Araştırmanın Amacı	2
3. Araştırmada İzlenen Metot ve Teknikler	2

BÖLÜM I

FUDAYL ÇELEBİ’NİN HAYATI, ŞAHSİYETİ VE ESERLERİ

1.1. Hayatı	4
1.2. Hocaları.....	6
1.2.1. Ebüssuûd Efendi	6
1.2.2. Evhadoğlu Hayreddin.....	7
1.2.3. EmirKulu Mevlâna Şemseddin.....	7
1.2.4. Molla Salih Amasî.....	7
1.3. Şahsiyeti	8
1.4. Eserleri	8

BÖLÜM II

EDEBÜ’L-EVSIYÂ ADLI ESERİN DEĞERLENDİRMESİ

Mukaddime ve Vasiyet	12
Birinci Fasıl: Îsâ (Vasî Belirlenmesi).....	12
İkinci Fasıl: Nasb (Hâkimin Vasî Tayin Etmesi)	13

Üçüncü Fasl: İspat	14
Dördüncü Fasl: Sukûk ve Mehâzır.....	15
Beşinci Fasl: Nikâh.....	16
Altıncı Fasl: İbâk, Mükâtebe, İtâk ve Velâ.....	17
Yedinci Fasl: Bey'	17
Sekizinci Fasl: İcâre	20
Dokuzuncu Fasl: İâre (Ödünç Verme).....	21
Onuncu Fasl: Karz (Borç Alıp Verme).....	22
On Birinci Fasl: Havâle	22
On İkinci Fasl: Vekâlet.....	23
On Üçüncü Fasl: İddia.....	23
On Dördüncü Fasl: Şehâdet	24
On Beşinci Fasl: İkrar	24
On Altıncı Fasl: Sulh.....	25
On Yedinci Fasl: Kefalet	26
On Sekizinci Fasl: Rehin	26
On Dokuzuncu Fasl: İbrâ.....	27
Yirminci Fasl: Hibe.....	28
Yirmi Birinci Fasl: Mudârabe	29
Yirmi İkinci Fasl: Müzâraa	29
Yirmi Üçüncü Fasl: Şuf'a.....	30
Yirmi Dördüncü Fasl: İzin ve Hacr.....	31
Yirmi Beşinci Fasl: Kısmet (Terekenin Taksimi)	31
Yirmi Altıncı Fasl: İnfak	33
Yirmi Yedinci Fasl: Damân (Tazminat)	34
Yirmi Sekizinci Fasl: Tenfizu'l-Vasiyyet (Vasiyetin Yerine Getirilmesi).....	35

Yirmi Dokuzuncu Fasıl: Teaddüdü'l-Evsiyâ (Birden Fazla Vasî Olması Durumu)....	36
Otuzuncu Fasıl: İhrâç (Vesâyetten Çıkma)	37
Otuz Birinci Fasıl: Vasînin Vesâyetten Çıktıktan Sonra Yaptığı Tasarruf.....	38
Otuz İkinci Fasıl: Vasînin Birini Vasî Tayin Etmesi (Îsâ).....	38

BÖLÜM III

NÜSHALARIN TANITIMI, ESERDE KULLANILAN KAYNAKLAR VE *EDEBÜ'L-EVSIYÂ*'NIN TAHKİKİ METNİ

3.1. Nüshaların Tanıtımı.....	40
3.2. Eserde Kullanılan Kaynaklar ve Kısaltmalar	47
3.3. Tahkikli Metin.....	49
SONUÇ.....	231
KAYNAKÇA	233
ÖZGEÇMİŞ.....	235

KISALTMALAR

b. : ibn/oğlu

bkz. : bakınız

c. : cilt

DİA: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi

krş. : karşılaştırınız

MEB: Milli Eğitim Bakanlığı

nşr. : neşreden

s. : sayfa

SBED: Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi

sy. : sayı

trc. : tercüme eden

ts. : tarihsiz

Yay. : Yayınları

yy. : yayın yeri yok

GİRİŞ

1. Araştırmanın Konusu ve Kapsamı

Yaklaşık 6 asır önce Osmanlı’da yaşamış olan Fudayl b. Ali b. Ahmed b. Muhammed el-Cemâlî Çelebi, (ö.991/1583) ardında bir çok yazma eser bırakmıştır. Tahkikini yaptığımız *Edebü’l-Evsiyâ* isimli eser de bu yazmalardan biridir. *Edebü’l-Evsiyâ*, vasî ve yetimlerin hükümlerini bütün detaylarıyla konu edinen bir Hanefî fıkıh kitabıdır.¹ Bu eser, İbn Âbidîn’in de (ö. 1252/1836) *Reddü’l-Muhtâr*’ında kaynak olarak alıp nakil yaptığı ve farklı görüşler arası tercih noktasında da nakillerini kaynak kabul ettiği kitaplardan biridir.²

Edebü’l-Evsiyâ’nın tahkikini ve değerlendirmesini içeren bu çalışma, bir giriş ve üç bölümden teşekkül etmektedir. Girişte araştırmanın konusundan, muhtevassından ve amacından bahsedildi. Ayrıca kitabın tahkikinde izlenen yöntem açıklandı. Birinci bölümde, Fudayl Çelebi’nin hayatına, hocalarına, eserlerine, öğrencilerine değinildi. Ayrıca Fudayl Çelebi’den sonra yaşayan âlimlerin *Edebü’l-Evsiyâ*’ya ne kadar önem verdiklerinden söz edildi.

İkinci bölümde, eserin değerlendirmesi yapıldı. Müellifin kitabında zikrettiği her bir bölümden, o bölüm hakkında okuyucunun kafasında genel bir şablon oluşturacak şekilde bahsedildi. Ayrıca Fudayl’in detaylıca açıkladığı temel noktaları, hem manayı bozmayacak hem de uzun olup okuyucuyu sıkmayacak şekilde özet olarak zikredildi.

Üçüncü bölümde, yazmalarda geçen kısaltmaları kaydedilerek tahkikte asıl kabul edilen nüsha tanıtıldı. Yine bu bölümde eserin tahkikine yer verildi. Devamında bu kitap üzerinde yaptığımız çalışma esnasında ulaştığımız neticeler zikredildi. Tahkikli metnin sonuna yazmada adı geçen kitapları, müelliflerini ve onlarla ilgili özet bilgiler koyuldu ve müellifin kitabında bahsettiği kişiler, vefat tarihleri ve onlarla ilgili özet bilgilerle beraber tanıtıldı. Ayrıca bu kitabın tahkikinde kullanılan ve yararlanılan eserler, kaynakçada zikredildi.

¹ Bk. Ömer Korkmaz-Hasan Kayapınar, “Fudayl Çelebi’nin Edebü’l-Evsiyâ’ Adlı Eseri Özelinde Çocukların Malî Haklarının Gözetimi: Vesâyet”, *1. Uluslararası Eğitim ve Sosyal Bilimlerde Yeni Ufuklar Kongresi (ICES-2018)*, 2018.

² Örneğin bk. Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz İbn Abidin, *Reddü’l-muhtar ala'd-Dürri'l-muhtar* (Beyrut: Dâru'l-fikr, 1992), 4:458.

2. Araştırmanın Amacı

İlerleyen satırlarda yer alan hayat hikayesinde de görüleceği üzere Fudayl Çelebi, Osmanlı Dönemi'nde saygı gören ve itimat edilen âlimlerden biridir. Kadılık görevinde bulunmuş, müderrislik yapmış, âlimler ve avam onun ilmî derinliğine şahitlik etmişlerdir. Çelebi'nin hayatını ve ilgili eserini araştırma konusu olarak belirlerken bir çok etken tetikleyici olduğunu söylemek mümkündür. *Edebü'l-Evsiyâ*'nın fıkıhta uzmanlaşmış kişilere ve yargı ve avukatlıkla iştigal edenlere mesleklerinin icrasında yardımcı olacağı düşüncesi şüphesizdir. *Edebü'l-Evsiyâ*, ayrıca Osmanlı Dönemi âlimlerinin insânî ve medenî seviyelerinin ne kadar yüksek olduğuna işaret etmektedir. Bu nedenle çalışmamız, İslam'ın yetimlere ve savaştan veya afetlerden geriye kalan çocuklara muamelesindeki inceliği, hassasiyeti ve merhameti göstermek adına mütevazı bir katkı sunacaktır. Ayrıca bu ve benzeri eserler, âlimlerin yetim ve miskinlerin hakkını ortaya çıkarma, koruma ve kollama konusunda bu hanif şeriatın öğretilerine sıkı sıkıya bağlı kalarak nasıl yarıştıklarını göstermektedir.

Bu çalışmayı tercih etmemizdeki bir başka saik de *Edebü'l-Evsiyâ*'nın Osmanlı Dönemi'nde adeta âlimlerin ışığından faydalandığı bir fener olup yargılamada ne kadar önemli bir yeri olduğunu göstermektir. Kendinden önceki âlimlerin kaynaklarına olan çokça vukûfiyeti ile Fudayl Çelebi'nin ilmî ve fikhî seviyesinin ne kadar ileride olduğu fark edilecektir. Bu durum, zikrettiği şahıs ve kitap isimlerin ve bunlardan yaptığı iktibaslardan anlaşılmaktadır.

Savaş ve afetler zamanı olan günümüzde bu hükümlere duyulan şiddetli ihtiyaçtan dolayı, vasî ve yetimlerle ilgili mesele ve davalarda farkındalık oluşturmak da bu çalışmanın amaçları arasında yer almaktadır.

3. Araştırmada İzlenen Metot ve Teknikler

Edebü'l-Evsiyâ'nın yazmalarını araştırma neticesinde 11 farklı nüshasına rastladık. Fakat bunlardan hiçbirisi müellif hattıyla yazılmış değildir. Hal böyle olunca, bu nüshaları birbiriyle karşılaştırmak ve birkaçını diğerlerine tercih etmek gerekti. Yazma eser tahkiki konusunda uzmanlaşmış kişilerin belirlediği tercih kriterlerine göre bunlardan dört nüshayı seçtik. Yazma eser tercihinde dikkate aldığımız kriterler şunlardan ibarettir. İstinsah tarihi itibarıyla mümkün olduğu kadar eski ve başka nüshalarla mukabele edilmiş nüshaları tercih ettik.³ Metne gelince, müellif hattıyla yazılmış nüsha mevcut olmadığı için *Muhâdarât fî Tahkiki'n-Nusûs* isimli eserde tavsiye edilen yolu izledik:

³ Fahreddin Kabâve - [ve diğerleri], *Muhadarât fî tahkiki'n-nusûs* (İstanbul : Merkezü'l-Buhusi'l-İslamiyye (İSAM), 2016). s. 314.

Müellifin kendi nüshası veya müellife okunmuş bir nüsha mevcut olmadığı zaman, nüshalardan hiçbirisi tek başına asıl nüsha kabul edilmez, bilakis itimat edilebilecek bütün nüshaları böyle kabul etmek gerekir. Seçilmiş olan eserin metodu vâsıtasıyla müellif tarafından yazılmış olan nüshaya en yakın metin ortaya çıkartılmaya çalışılır. Bu ise nüshalar arasında ortak ibâreleri koruyup farklılık gösteren ibârelerde ise en doğru tabiri tercih etmekle ve muhakkikin hatalı ibâreleri düzeltmesiyle olur.⁴

Bu tavsiye doğrultusunda, mukabele edilmiş olan nüshayı seçtik ve onu asıl kabul ederek metni ona göre inşa ve organize ettik. Diğer üç nüsha ile karşılaştırdık ve yukarıdaki paragrafta yazılı olduğu şekilde üzerinde çalıştık. Üçüncü bölümde nüshalardan bahsederken her nüshayla ilgili çok kısa bir bilgi vererek karşılığında rumuzlar belirledik.

Dipnotlarda her bir nüshanın kısaltması ile beraber o nüshada eksik veya fazla olan ibâreleri belirttik. Tahkikli metin, dört nüshanın birbirleriyle karşılaştırılmasından ortaya çıkan sonuçtur.

Yazmada geçen bütün kitaplarla ilgili bilgi verildi ve Fudayl el-Cemâlî'nin atıfta bulunduğu bu kitapların müelliflerinden de kısaca bahsedildi. Ayrıca hadislerin tahrîci yapıldı.

Fudayl'in nakilde bulunduğu kitaplara bakıldığında ibârelerin bazen sadece manasıyla, bazen de eksik nakledilmiş olduğu görülecektir. Bazense ilgili eserde iktibas yapılan ifadelere rastlayamadık. Bunun sebebi ise Çelebi'nin ibâreleri direk aktarmayıp onlarda tasarrufa gitmiş olmasıdır. Nitekim bu durumu kendisi de şu sözleriyle belirtmiştir:

Bilesin ki sikalardan rivâyet ettiklerimin çoğunu doğrudan oradaki ibâre ile değil mana ile rivâyet etmişimdir. Ama bunu yaparken, o meselenin hükmüyle ilgisi olan herhangi bir şart veya kaydı atlamamak şartıyla yapmışımdır. İki, üç veya daha fazla kişiden naklettiğimde ise çok olmaması ve tekrar içermemesi için zikrettikleri kayıtları tek bir ibârenin içinde birleştirmişimdir. Bazen “bazıları şöyle ekledi” diyerek açıklamaya gerek kalmayacak şekilde beyân etmiş olabilirim. Bazen de bazılarının ibârelerini kendi ibârelerinden daha kısa ve ustaca bir ibâreyle değiştirmiş olabilirim. Meseleyi ortaya koyarken bu eseri yazmam esnasında Allah'ın bana bahşettiği bazı delilleri de zikrederim.”⁵

Eserin değerlendirmesinde dipnot verirken Ezher kütüphanesinde (el-Mektebetu'l-Ezheriyye) bulunan nüshayı yani (A) nüshasını baz aldık. Dipnotta yer alan varak nosundan hemen sonra gelen a harfi; varakın önyüzünü; b harfi ise arka yüzüne işaret etmektedir. diğer taraftan tahkikli metindeki dipnotlarda ise ”ج” varakın ön yüzünü; “ط” harfi ise varakın arka yüzünü göstermektedir.

⁴ Kabave ve dğr., *Muhadarat fî tahkiki 'n-nusus*, s. 315.

⁵ Fudayl Çelebi, *Edebü'l-Evsiyâ*, Ankara Milli Kütüphane, vr. 4^b; *Edebü'l-Evsiyâ*, Ankara Milli Kütüphane, vr. 3^b.

BÖLÜM I

FUDAYL ÇELEBİ'NİN HAYATI, ŞAHSİYETİ VE ESERLERİ

1.1. Hayatı

Fudayl Çelebi diye tanınan Fudayl b. Ali b. Ahmed b. Muhammed el-Aksarâyî, 920/1514'te İstanbul'da dünyaya geldi. Babası, Cemâleddin Aksarâyî'nin neslinden ilmiyle âmil ve fazîlet sâhibi, kâmil bir âlim olan Zenbilli Ali Efendi'dir. Fudayl Çelebi babasına nispetle Zenbillizâde, Cemâlizâde diye de anılmaktadır.⁶

Fudayl'in babası Zenbilli Ali, küçüklüğünde Molla Alâaddin Ali b. Hamza el Karamânî'de⁷ ders okumuş ve onun yanında Kudûrî'nin (428/1037) *Muhtasarını* ve Neseî'nin (ö. 710/1310) *Manzûmesini* ezberlemiştir. Daha sonra İstanbul'a gelmiş ve dönemin Osmanlı âlimi ve kadısı Molla Hüsrev'in (ö. 885/1480) rahle-i tedrisinde⁸ bulunmuştur. Sonra Molla Hüsrev onu, Molla Muslihiddin b. Hüsâm'a göndermiştir.⁹ Onda ise aklî ve şer'î ilimleri okuyup ders asistanı (muîd) olmuştur. Molla Muslihiddin onu kızı ile evlendirmiş ve çocukları olmuştur. Fudayl Çelebi'nin babası vaktinin tamamını Kur'an tilâvetinde, ibadette, derste, fetvada geçirir ve beş vakit namazı cemaatle kılardı. Cömert,

⁶ Babanzade Bağdatlı İsmail Paşa, *Hediyyetü'l-arifin esmaü'l-müellifin ve asarü'l-musannifin* (Beyrut: Dâru ihyâi't-turâsi'l-Arabî, ts.), I, 822. Hayreddin Zirikli, *el-A'lâm : Kamûsu terâcim li-eşheri'r-ricâl ve'n-nisâ min'el-Arab ve'l-müstarebîn ve'l-müsteşrikin* (Beyrut : Dârü'l-İlm li'l-Melayin, 2002), IV, 258.

⁷ 371 yılının Ramazan ayında vefat etmiş olan Hamza el-Karamanî, asrının alimlerinden dersler almış ve şer'î ilimlerde ustalaşmıştır. Ders ve fetva vermiş, ayrıca "Beyzavî Tefsîri" üzerine hâşiyeler yazmıştır. Bu eseri âlimlerce kabul görmüştür. "Şakâik" adlı eserin müellifi, Karamanî'nin Âl-i İmrân Suresi'nin sonuna kadar geldiğini ve bu kısmı "Takşîru't-Tefsîr" diye isimlendirdiğini zikreder. Bkz. Hacı Halife Kâtip Çelebi, *Süllemü'l-vüsûl ilâ tabakâti'l-fuhûl*. (İstanbul: Ma'hedü'l-Buhus ve'd-Dirasati'l-Arabiyye İslam Tarih, Sanat ve Kültür Araştırma Merkezi (IRCICA), 2010), II, 68.

⁸ Molla Hüsrev lakabıyla ünlü, Muhammed b. Ferâmuz b. Ali er-Rûmî: Fıkıh ve usul âlimi, kelimci, belâgatçı, ve müfessirdir. Edirne'de Şah Melek Medresesi'nde ve Bursa'da ders okutmuş, İstanbul'da kadılık görevine tayin edilmiştir. Üsküdar ve Galata kadılıklarıyla beraber Ayasofya'da ders verme görevlerini yürütmüştür. Daha sonra sultan tahtında kadılık yapmış ve büyük bir konuma yükselmiştir. Bk. Ömer Rızâ Kehhâle, *Mu'cemü'l-müellifin: teracimu musannifi'l-kütübi'l-Arabiyye*. (Beyrut: Mektebetü'l-Müsenna), XI, 123.

⁹ Muslihuddin Mustafâ b. Hüsâmeddin, Hüsânzade, çağının alimlerinden ders okumuş ve Bursa'da müderris olmuştur. Sonrasında orada müftü olup vefat edene kadar bu görevini sürdürmüştür. Fıkıh, hadis ve usul âlimi idi. Bkz. İsamü'd-din Ebü'l-hayr Ahmed Taşköprülüzâde, *eş-Şakâiku'n-numaniyye fî ulema-i devleti'l-Osmâniyye* (Kahire: Darü'l-kitâbi'l-Arabî, ts.), s.173, 174. Ebü'l-Hasenat Muhammed Abdülhay b. Muhammed Leknevî, *el-Fevaidü'l-behiyye fî teracimi'l-Hanefiyye; et-Ta'likatü's-seniyye ale'l-Fevaidi'l-behiyye*, thk. Muhammed Bedreddin Ebû Firas Na'sanî (Beyrut : Dârü'l-kitâbi'l-İslâmî, ts.), s. 213-214; Taşköprülüzâde, *eş-Şakâiku'n-numaniyye fî ulema-i devleti'l-Osmâniyye*, s.115. Vefat tarihi, terâcim kitaplarında zikredilmemiştir.

güzel ahlaklı, huşû' sahibi, mütevâzı idi. Büyüğe hürmet gösterdiği gibi küçüğe de kıymet verirdi. Evinin üst katında otururdu ve asılı bir zenbilye vardı. Fetvâ soran kişi sorusunu bir kâğıda yazıp bu zenbilye koyar ve onu hareket ettirirdi. Onu çekip aynı kâğıda sorusunun cevabını yazar sonra soran kişiye geri sarkıttı. Bunu fetva almak üzere kendisine başvuranların işlerini kısa sürede sonuçlandırmak için yapardı.¹⁰ Kaynaklara adı geçen ve yazma halde bulunan en önemli eserleri şu şekildedir.

1. *Muhtârât mine'l-Fetâvâ (Fetâvâ-yı Ali Efendi)*.
2. *Muhtasarü'l-Hidâye*.
3. *Şerhu Muhtâsari'l-Hidâye*
4. *Risâle fî hakkı'd-devrân (Risâletü'd-deverân)*.¹¹

Fudayl Çelebi, böyle pek izzetli bir hanede yetişmiştir. İbnu'l-Hanbelî'nin söylediği gibi o, soy ve şecere açısından Şeyh Cemâleddîn Muhammed el-Aksarâyî'ye nisbet edilmekte; Şeyh Cemâleddîn'in soyu ise Hz. Ebubekir es-Sıddîk'ın (r.a) soyundan olan Fahreddin er-Râzî'ye (ö. 606/1210) dayanmaktadır.¹²

Fudayl Çelebi, Ebüssuûd Efendi (ö. 982/1574) ve Muallim Hayreddin'de ders okumuş, ona mülazemet etmiş¹³ ve Bursa Yıldırım Han (1538) ve Edirne Halebiyye (1542) medreselerinde müderrislik yapmıştır. Hicrî 960 yılında Bağdat kadısı olana kadar böyle devam etmiştir. Daha sonra 961 yılında Mekke kadılığı görevine tayin edilmiştir.¹⁴ Mukaddimesinde de belirttiği üzere *Edebü'l-evsıyâ*'yı da orada yazmıştır. Bir süre Halep'te kadılık yapmış ve Halep kadılığından azledilip (963/1555-56) Şehzade Medresesi'nde müderris olarak görevlendirilmiştir. Fudayl Çelebi, 969 (1561-62) yılında atandığı Mekke kadılığından 971'de (1563) emekliye ayrılmıştır. Fudayl, III. Murad'dan gelen kazaskerlik ve şeyhülislâmlık gibi idari teklifleri kabul etmemiş, ömrünü kısmını eğitim ve öğretim faaliyetlerine adanmıştır.¹⁵ Hicrî 991 senesinde vefat etmiş ve İstanbul'daki Zeyrek Camii'nin yakınında babasının yanına defnedilmiştir.¹⁶ Tabakat yazarları onu, "selef

¹⁰ Taşköprülüzâde, *eş-Şakâiku'n-numaniyye fî ulema-i devleti'l-Osmaniyye*, s.173-174.

¹¹ İsmail Paşa, *Hediyyetü'l-arifin esmaü'l-müellifin ve asarü'l-musannifin*, I, 742.

¹² Ebü'l-Felah Abdülhay b. Ahmed b. Muhammed İbnü'l-İmâd, *Şezeratü'z-zeheb fî ahbari men zeheb*. (Beyrut : Dâru İbn Kesir, 1986), X, 313.

¹³ Ömer Korkmaz, "Usûl Yazımında İki Farklı Yaklaşım Molla Hüsrev Fudayl Çelebi Örneği", *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* XIX/1 (2019): s. 239.

¹⁴ Ebü'l-Mekârim Necmeddîn Gazzî, *el-Kevâkibü's-sâire bi-a'yani'l-mieti'l-aşire=el-Kevakibü's-saire bi-menakibi a'yani'l-mieti'l-aşire* (Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmîyye, 1997), II, 236.

¹⁵ Ferhat Koca, "Fudayl Çelebi, Zenbillizâde", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fudayl-celebi-zenbillizade> (03.08.2019).

¹⁶ İsmail Paşa, *Hediyyetü'l-arifin esmaü'l-müellifin ve asarü'l-musannifin*, I, 822.

âlimlerinin izinden giden”, “fazîlet sâhibi, geniş gönüllü, cömert, takrîr ve tahrîr sâhibi” gibi sıfatlarla nitelendirmişlerdir.¹⁷

1.2. Hocaları

Fudayl el-Cemâlî’nin hem Mekke hem Bağdat hem de Halep’te kadılık yapmasına ve müderris, muallim ve müftü olarak Anadolu medreselerinde tedris faaliyeti yürütmesine ve üstün ilmî yeteneğine rağmen terâcim ve tabakat kitapları onun hayatından çok az bahsetmiş ve sadece nesebini ve eserlerini zikretmekle yetinmiştir. Osmanlı müelliflerinin terâcim kitaplarında da durum farklı değildir. Bu eserler, hocalarından da sadece Ebüssuûd Efendi ve Muallim Hayreddin’i zikretmiştir. Kanaatimizce biyografisi konusunda Arapça kitaplar da Osmanlıca kitaplardan nakil yapmıştır. Öğrencilerinden derli toplu bahseden bir kitaba maalesef tesadüf edemedik. Oysa bütün bu vazifeleri yerine getiren ve hayatı eser telif etmek, ders vermek ve fetva vermekle geçen bir bilim insanının ondan bu ilmi almış öğrencileri de olacağı gayet açıktır. Denebilir ki onun hayatı ve ilmi kişiliği hakkında detaylı bilgiyi Nev’izâde Atâî’nin (ö. 1045/1635) Osmanlı Türkçesi ile yazdığı *Hadâiku’l-hakâik fî tekmileti’ş-Şekâik* adlı eseri vermektedir. Bu kaynağa göre Fudayl Çelebi, kısa ya da uzun süreli olarak birçok hocadan ders almış veya ders halkasında bulunmuştur. Fakat biz burada en meşhur birkaç ismi zikredeceğiz. Bunlar Ebüssuûd Efendi, Evhadoğlu Hayreddin, Emirkulu Mevlâna Şemseddin ve Molla Salih Amâsî’dir.

1.2.1. Ebüssuûd Efendi

Fudayl’in en meşhur hocası Osmanlı şeyhülislâmı, hukukçusu ve müfessiri Ebüssuûd Efendidir. “Müftilenâm, şeyhülislâm, Hoca Çelebi, Ebû Hanîfe-i Sâni” şeklinde anılan Ebüssuûd yaygın görüşe göre 17 Safer 896’da (30 Aralık 1490) İstanbul’da doğmuştur. İlk ve temel eğitimini babasından almış, bilahare tarikata girmiş ve İbnu’l-Müeyyid ile iştigâl etmiştir. Daha sonra Molla Seydî’ye mülâzım olmuş ve onun kızıyla evlenmiştir. Önce İshak Paşa’ya sonra da 927 senesinde Davud Paşa’ya müderris olmuştur. Sonra Molla Said Çelebi’ye mülâzım olmuştur. Önce Bursa kadılığı daha sonra İstanbul kadılığı yapmış ve nihayet Rumeli Vilayetinde kazasker olmuştur. Sekiz sene bu vazifeye devam etmiştir. Molla Sadullah b. İsa b. Emir Han vefât edince onun fetvâ makamındaki yerine geçmiş ve hakkıyla bu görevi deruhte etmiştir.

¹⁷ Kâtip Çelebi, *Süllemü’l-vüsûl ilâ tabakâti’l-fuhûl.*, III, 14; İbnü’l-İmâd, *Şezeratü’z-zeheb fî ahbari men zeheb.*, X, 313; Radiyyuddin Muhammed b. İbrahim İbn Hanbelî, *Düreru’l-hubeb fî târihi ’ayâni Haleb*, thk. Mahmud Hamed el-Fâhûrî (Dımaşk: Dımaşk: Menşûrâtu vüzâratü’s-sakâfe, 1972), II, 17.

Medreselerde görev yapmak, fetvâ vermek ve idari görevlerde bulunmak onun telif eserler kaleme almasına pek fırsat vermemiştir. Buna rağmen bir çok risale telif etmenin yanında “İrşâdu’l-Akli’s-Selîm ilâ Mezâye’l-Kitâbi’l-Kerîm” ismiyle mücelled bir tefsiri Osmanlı ilim dünyasına kazandırmıştır.¹⁸ Yirmi sekiz yıl on bir ay şeyhülislâmlık yapan Ebüssuûd Efendi 5 Cemâziyelevvel 982 (23 Ağustos 1574) tarihinde vefat etmiştir.¹⁹

1.2.2. Evhadoğlu Hayreddin

Kanuni Sultan Süleyman’a muallimlik yapan ve onun indinde makbul bir yer edinen Molla Hayreddin, Kastamonu’nun Daday kasabasında dünyaya gelmiştir²⁰ ancak kaynaklar doğumu için herhangi bir tarih zikretmez. Molla Sarı Gürz’de ders okumuş, sonra Molla Ahi Çelebi’ye ulaşmıştır. Sinan çelebi ve Muhyiddin Çelebi’nin de aralarında bulunduğu birçok talebe yetiştirmiştir. 950/1544 yılında vefat etmiştir.²¹

1.2.3. EmirKulu Mevlâna Şemseddin

Azatlı bir köle olan Emirkulu Mevlâna Şemseddin, ilk tahsilini efendisinin yanında yapmış, dönemin sıralı eğitimi eğitimini tamamladıktan sonra Amasya’da bazı medreselerde müderrislik vazifesiyle iştigal etmiştir. Daha sonra Eyüp medresesine, sonrasında ise Sahn-ı Semân medresesine tayin edilmiştir. Şam kadılığı da yapan Emirkulu, 942/1536 senesinde Şam’da mesleğini icra ederken vefat etmiştir.²²

1.2.4. Molla Salih Amasî

Takriben 900/1494-95 yıllarında Vulçitrın’de doğmuştur. Sıralı tahsilini tamamladıktan sonra Kemalpaşazâde’ye intisap ederek derslerine devam etmiştir. Müderrislik görevine Saraciye Medresesinde başlayan Salih Amasî, daha sonra Murad Paşa, Atik Ali Paşa, Sahn-ı Semân ve Beyazıt medreselerinde müderrislik yapmış ve bazı önemli kadılık görevi de yürütmüştür. Halep, Şam

¹⁸ İbnü’l-İmâd, *Şezeratü’z-zeheb fî ahbari men zeheb.*, X, 595; Kâtip Çelebi, *Süllemü’l-vüsûl ilâ tabakâti’l-fuhûl.*, I, 94.

¹⁹ Kâtip Çelebi, *Süllemü’l-vüsûl ilâ tabakâti’l-fuhûl.*, I, 94. Ahmet Akgündüz, "Ebüssuûd Efendi", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ebussuud-efendi> (04.08.2019).

²⁰ Mahmûd b. Süleyman Kefevî, *Ketâibu a’lâmi’l-ahyâr min fukahâi mezhebi’n-Nu’mâni’l-muhtâr*, thk. Saffet Köse...[ve öte.] (İstanbul: Mektebetü’l-İrşad, 2017), 4: 412.

²¹ Taşköprülüzâde, *eş-Şakâiku’n-numaniyye fî ulema-i devleti’l-Osmaniyye*, s.264; Kâtip Çelebi, *Süllemü’l-vüsûl ilâ tabakâti’l-fuhûl.*, II, 90.

²² Ömer Korkmaz, *Osmanlı Fıkıh Usulü Anlayışı-Fudayl Çelebi (el-Cemâlî) Örneği* (Ankara: Bizim Büro Matbaa, 2017), s. 13.

ve Mısır'da kadılık yapan Salih Amasî 957/1550'de emekli olmuş ve 973/1565 yılında vefat etmiştir. Salih Amasî Eyüp Nişanca Camii hazîresine defnedilmiştir.²³

1.3. Şahsiyeti

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere kaynaklar Fudayl Çelebi'nin biyografî ve tanıtımına hak ettiği kıymeti göstermemişler ve nesebi, nispeti ve kitaplarını yazmakla yetinmişlerdir. Ama eserlerine ve hocalarına bakarak Osmanlı Devleti'nde ilminin ve yerinin durumunu genel olarak özetleyebiliriz:

“Babası Bayezid devrinden, Osmanlı Sultan Süleyman devrine kadar müftülük yapmış idi. Babasının hanesinde yetişmiş sonra da medreselerde müderrislik yapmaya başlamıştır. Sonra İstanbul'un dışındaki Ebû Eyyüb el-Ensârî medresesinde, daha sonra da Semân Medreseleri'nin birinde görev yapmıştır. Sonra Bağdad kadısı olmuş, ondan sonra da Halep kadısı olmuştur. Daha sonra azledilmiştir ve Şehrâzâde Medresesi'nde müderris olmuştur. Sonra Mekke-i Mükerrime kadısı olup daha sonra hastalığı nedeniyle buradan da azledilmiştir. Vaktini sohbe ve telife adanmış ve bunlarla iştigal etmiştir. Vefatından sonra babasının yanına defnedildi. Merhum, insanlar arasında üstün fazîleti, tatlı sohbeti, edebî dili, derin anlayışı, cömertliği ile bilinirdi. Ona verilen dirhem ve dinarları almaz bilakis ona ne yöneltirse hizmetindekilerden biri alırdı ve kendi eliyle evinin geçimine sarf ederdi.”²⁴

İlimdeki derinliğini anlatan birçok eser bırakmıştır ki bunların en önemlisi fıkıh ve usul alanındadır.²⁵

1.4. Eserleri

Bazı Hanefî âlimlerini kaynak olarak kullanmasına ve Fudayl'in eserinde yaptığı nakillere bakılırsa bunlardan en önemlisi *Edebü'l-Evsiyâ*'dır. Terâcim ve Tabakât kitaplarında adı geçen diğer eserlerini şöyle sıralayabiliriz.²⁶

1. **ed-Damânât fi'l-Furû'**: Bu eser Hanefî fıkıhına dair olup dört cilttir. Çeşitli kütüphanelerde bir çok yazması mevcuttur.

²³ Korkmaz, *Osmanlı Fıkıh Usulü Anlayışı-Fudayl Çelebi (el-Cemâli) Örneği*, s. 13. DİA, "Celâlzâde Sâlih Çelebi", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/celalzade-salih-celebi> (04.08.2019).

²⁴ Bu bilgi, *Edebü'l-Evsiyâ*, Ankara Milli Kütüphane vr. 2^a hamisinde yer almaktadır.

²⁵ Hayreddin Ziriklî, *el-A'lâm : Kamûsu terâcim li-eşheri'r-ricâl ve'n-nisâ min'el-Arab ve'l-müstarebîn ve'l-müsteşrikin* (Beyrut : Dârü'l-İlm li'l-Melayin, 2002), II, 136.

²⁶ İbn Hanbelî, *Düreru'l-hubeb fî târihi 'ayâni Haleb*, II, 17; Gazzî, *el-Kevâkibü's-sâire bi-a'yani'l-mieti'l-aşire=el-Kevakibü's-saire bi-menakibi a'yani'l-mieti'l-aşire*, II, 236; İbnü'l-İmâd, *Şezeratü'z-zeheb fî ahbari men zeheb.*, X, 313; Ziriklî, *el-A'lâm*, V, 153; İsmail Paşa, *Hediyetü'l-arifin esmaü'l-müellifin ve asari'l-musannifin*, I, 822; Kâtip Çelebi, *Süllemü'l-vüsûl ilâ tabakâti'l-fuhûl.*, III, 14; Kehhâle, *Mu'cemü'l-müellifin: teracimu musannifi'l-kütübi'l-Arabiyye.*, VIII, 77;

2. *Avnu'l-Râ'id fî fenni'l-Ferâiz* : Hanefî mezhebinin yaklaşımına göre miras konusunu ele alan eser halen yazmadır. Fudayl, bu eser üzerine *Savnü'l-fârid fî'l-usûl ilâ medârik-i 'avni'r-râ'id* ismiyle bir de şerh yazmıştır. Bu eser de halen yazmadır.
3. *el-Vezâifu'l-Vâfiye min Kutubi'l-E'ârîbi'l-Kâfiye fî'n-Nahv*
4. *Tenvî'u'l-Usûl fî Usûli'l-Fıkh* : Hanefî usul metoduna göre yazılan bu eseri, Dr. Ömer Korkmaz, “Zenbillizâde Fudayl Çelebi'nin Tenvî'u'l-Usûl adlı eserinin tahkik ve değerlendirilmesi” (Çukurova Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü/2014) ismiyle tahkik etmiştir.
5. *Tevsî'u'l-Vusûl* : Bu eser bir önceki kitabın şerhi olup halen yazmadır.



BÖLÜM II

EDEBÜ'L-EVSIYÂ ADLI ESERİN DEĞERLENDİRMESİ

Hanefî mezhebinin son dönem muhakkik alimlerinden İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr* isimli haşiyesinde Edebü'l-Evsiyâ'ya, “Edebü'l-Evsiyâ'da da geçtiği üzere fetvâ budur” veya “râcih olan görüş budur”²⁷ demek suretiyle 38 kez atıf yapmıştır. Eserin bu kadar atıf almasını, onun önemli ve güvenilir bir kaynak olduğuna yormak mümkündür. Keza, İbn Nüceym de *el-Bahrü'r-râ'ik* adlı eserinde ona birçok defa atıf yapmıştır.²⁸

Müellif, tahkikli metinde de görüleceği üzere bu eserinde genel nitelikli veya çocuklara ilişkin yazılan eserlerden bolca nakil yapmış ve vasî/yetimlerin hükümleri, onların hakları ve sorumlulukları konularını çok geniş bir şekilde ele almıştır. Kitabı fasıllara bölmüş ve her fasıl altında fikhî meseleler zikretmiş ve bu meseleler hakkında imamların görüşlerini çokça zikredip râcih olan görüşü belirtmiştir.

Muhteva değerlendirmesine geçmeden önce kitabın müellife nispeti konusundaki tartışmalara değinmek yerinde olacaktır. Eserin müellifi hususunda nüshalar arası ihtilaf söz konusudur. Bazı nâsihler, kitabı Fudayl b. Ali el-Cemâlî'ye ait olduğunu iddia ederken bazıları ise Fudayl el-Cemâlî'nin babası olan Zenbilli Ali el-Cemâlî'ye nispet etmiştir. Kanaatimizce bu eser babasına değil oğlu Fudayl'a aittir. Bu konudaki mülâhazalarımız ise şöyledir:

- 1- Arapça terâcim kitapları, *Edebü'l-Evsiyâ*'nın Fudayl'in babası Zenbilli Ali Efendi'ye nispeti konusunda nerdeyse ittifak etmişlerdir.²⁹ Ancak terâcim kitapları yazarlarından olan Brockelmann ve Sarkis bu eseri Fudayl b. Ali'ye nispet etmişlerdir. Ziriklî, *A'lâm*'da bu hususla ilgili olarak şöyle demektedir: “Brockelmann her ne kadar “Edebü'l-Evsiyâ” kitabını Fudayl'a nispet etmiş ve Sarkis de Mu'cemu'l-Matbûât'ta ona bu noktada uymuşsa da aslında bu kitap, *Keşfu'z-Zunûn*'da da geçtiği üzere babasının eserlerindendir.”³⁰

²⁷ Örneğin bk. İbn Abidin, *Reddû'l-muhtâr ala'd-Dürri'l-muhtâr*, 3: 155.

²⁸ Bk. Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik şerhu Kenzi'd-dekâik* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-İslâmiyye, 1997), 6: 296.

²⁹ Kehhâle, *Mu'cemu'l-müellifin: teracimu musannifi'l-kütübi'l-Arabiyye.*, VII, 25; Ziriklî, *el-A'lâm*, IV, 285; Hacı Halife Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn an esâmi'l-kütüb ve'l-fünûn.* (Bağdat: Dâru'l-müsenna, 1941), I, 1; II, 1925.

³⁰ Ziriklî, *el-A'lâm*, V, 153.

- 2- Edebü'l-Evsiyâ'nın A, B, C nüshaları kitabı Fudayl Çelebi'ye nispet etmiştir ki bunlar tahkik çalışmamızda itimat ettiğimiz nüshalardır. Aynı şekilde tahkikte dikkate almadığımız diğer nüshaların çoğunda da kitap Fudayl'e nispet edilmiştir. D nüshası ise kitabı Fudayl'in babasına nispet etmiştir.
- 3- C nüshasının dipnotunda müstensih, Ebü'l-Meyâmin Şeyhülislam Mustafa Efendi'nin³¹ bir sözünü nakledip şöyle demiştir: "Bu kıymetli mecmuayı ve latif risaleyi toplayan Molla Fudayl b. Ali el-Cemâlî el-Bekrî'dir. Ve onun usul, ferâiz ve fıkıh alanında eserleri vardır. En seçkin eseri ise kendi hattıyla olan *ed-Damânât fî'l-Furû* adlı eseridir."³²
- 4- Ebü'l-Meyâmin Şeyhülislam Mustafa Efendi'nin (ö. h. 1015) doğum yılına (h. 953), Fudayl el-Cemâlî'nin ise vefat yılına (h. 991) bakarsak, Mustafa Efendi'nin Fudayl'e kırk yıl kadar muasırlık ettiğini söyleyebiliriz. Bu ise Mustafa Efendi'nin özellikle de Şeyhülislam olması göz önünde bulundurulduğunda Fudayl el-Cemâlî'yi, sıfatlarını, özelliklerini, hayatını ve kitaplarını başkalarından daha iyi bilmesi için کافی bir süredir. Ayrıca nüshaların çoğunda nâsihlerin kendi hattından naklettiği gibi Edebü'l-Evsiyâ'yı Fudayl b. Ali el-Cemâlî'ye nispet eden kişi de odur.
- 5- Kitabın Zenbilli Ali el-Cemâlî'ye nispet edilme hatası ilk olarak Arapça terâcimlerde, bu tercemeyi yapan ilk kişiden sâdır olmuş, daha sonra birbirlerinden nakletmişlerdir, D nüshası da bu kitaplardan nakletmiş olabilir. Zira kitabı Ali el-Cemâlî'ye nispet eden, nâsih değil *el-Mektebetü'l-Ezheriyye*'nin editörüdür.
- 6- Kitabın Fudayl el-Cemâlî'ye ait oluşunu teyit eden bilgilerden biri de Mekke'de bir buçuk sene kadılık yapmış olmasıdır. Eserin mukaddimesine bakıldığında Fudayl Mekke'de kadılık yaptığını ve bu eseri orada kaleme aldığını belirtmektedir.
- 7- Şeyhülislam Ebü'l-Meyâmin'in kendi hattıyla belirttiği üzere ve yukarıda zikrettiğim diğer gerekçelerden ötürü râcih olan *Edebü'l-Evsiyâ* kitabının Fudayl b. Ali el-Cemâlî'ye ait olduğudur.

Kitabın muhtevasına gelince, Fudayl el-Cemâlî *Edebü'l-Evsiyâ*'yı 33 fasıl ve bir vasiyet şeklinde bölümlendirmiştir. Ve her fasılda o bâbın dayandığı temel meseleyi ve

³¹ Ebü'l-Meyâmin lakaplı Şeyhülislam Ebü'l-Meyâmin er-Rûmî Mustafâ b. Ali el-Konstantînî, Osmanlı Devleti müftülerindendir. 953 yılında doğmuştur. Önce İstanbul kadılığına, 1011 senesinin Receb ayının 22. gününde Anadolu'da kazaskerlik görevine getirilmiştir. Anadolu'da kazaskerlik görevine getirilmesinden tam bir ay bir gün sonra da şeyhülislamlığa getirilmiştir. Şeyhülislamlığı sırasında Sultan Mehmed vefat edip tahta Sultan Ahmed çıkmıştır. 1015 yılının Recep ayında da vefat etmiştir. Bk. İsmail Paşa, *Hediyyetü'l-arifin esmaü'l-müellifin ve asarü'l-musannifin*, II,439; Muhammed Emin b. Fazlullah Muhibbi, *Hulâsatü'l-eser fi a'yani'l-karni'l-hadi aşer* (Beyrut : Dâru Sadır, ts.), IV, 394.

³² *Edebü'l-Evsiyâ*, Ankara Milli Kütüphane, vr. 2^b

ondan doğan diğer fer'î fikhî meseleleri zikretmiştir. Her faslın incelenmesinde mutemet ve müftâ bih olan görüşü Fudayl'in zikrettiği şekilde zikretmeye özen gösterdik; ayrıca o bahsin aslı ile ilgili olan diğer cüz'î meseleleri ve fûruu ve önemli görüşleri de zikretmeye çalıştık.

Mukaddime ve Vasiyet

Fudayl el-Cemâlî kitabına, bir mukaddime ile başlamıştır. Burada Edebü'l-Evsiyâ'yı Mekke'de kadılık yaptığı yıllarda kaleme aldığını ve onu 33 kısım olarak yazdığını belirtmiştir. Vasiyetinde ise kimsenin kadılık makamını o makama olan rağbeti ve tutkusu için almaması gerektiğini belirterek şöyle demiştir: “Vesâyete ilk sefer girmek galattır, ikincisi hıyanettir, üçüncüsü ise hırsızlıktır.”³³ Vesayet vazifesinin bu denli ağır ve sorunlu/sorumlu bir görev olduğu hususunda âlimlerden ve muteber kitaplardan bolca nakiller de yapmıştır.

Birinci Fasl: Îsâ (Vasî Belirlenmesi)

Fudayl, yetimin vesayetinde evlâ olanın babası olmadığı zaman ölümünden sonra kendisinin vasî tayin ettiği kişiye geçtiğini, eğer baba kimseyi vasî tayin etmediyse vesayetin babanın yerini tutan dedeye geçtiğini, ondan sonra da onun vasîsine geçtiğini belirtir. Bu zikredilenlerden hiçbiri yoksa hâkimin emin ve adil bir vasî atayacağını ifade eder. Bu kimseler, vasîlerin en kuvvetlileri olup çocukların mallarında ve kendi mallarında mutlak tasarruf hakkı bunmaktadır. Hatta bu malları mûsî dışında birinden dahi miras olarak alsalar bu durumun değişmediğini, ancak yetime zarar verecek bir tasarrufta bulundukları zaman bu tasarruflarının geçerli olmadığını, zira sahip oldukları bu cevâzın hayırlı ve faydalı olmak ile sınırlandırılmış olduğunu zikreder.³⁴

Fudayl, “Sen benim ölümünden sonra vekilimsin”, “Vekilim/vasîm ol”, “Sen benim malımda vasîmsin”, “Ölümünden sonra evlatlarımı sana teslim ediyorum”, “Ölümünden sonra evlatlarımın sorumluluğu sendedir”, “Ölümünden sonra onların işlerini gör/ihtiyaçlarını gider” gibi vesâyetin gerçekleştiği lafızlardan da bahsetmiş ve bunlar veya bunların yerini tutacak lafızlar söylendiğinde o kişinin vasî olduğu, zira bunların hepsinin vesayet lafızları olduğunu belirtmiştir.³⁵

Fudayl, devamında mûsâ lehin tasarruflar konusunda yetkisini beyan etmiştir. Buna göre eğer mûsî, mûsâ lehe sadece belli bir çeşit tasarrufa izin vermişse dahi bunun vesayet-

³³ *Edebül-evsiyâ*, vr. 3^a.

³⁴ *Edebül-evsiyâ*, vr. 4^b.

³⁵ *Edebül-evsiyâ*, vr. 4^b.

i âmme sayılacağını, zira ölünün böylece kendi velâyetini vasîye naklettiğini, bu velâyetin ise bölünemeyeceğini, eğer terekede yapacağı herhangi çeşit bir tasarruf ona intikal ederse diğer tüm çeşitlerde de intikal edeceğini ve böylece vasiyy-i mutlak olacağını belirtmiştir.³⁶

Vesayet bölünme kabul etmediği için eğer bir kimseyi vasî atasa, muhatap da ben vasiyyetin infâzı hususunda bunu kabul ediyorum; ama borçlarını ödemek hususunda kabul etmiyorum dese, mûsînin borçları ödeme işini verdiği başka biri de yoksa o zaman bu şahıs borçları ödemek hususunda da onun vasîsidir. Bu, yukarıda zikrettiğimiz gibi vesâyetin bölünme ve tahsîs kabul etmemesinden ötürüdür.³⁷

Fudayl vesayet ile ilgili fer'î fikhî meseleleri zikretmeye ve detaylandırmaya devam etmiştir. Mesela; mûsî, bir adama “Sen benim vasîmsin, oğlum buluğa erdiğinde ise vasîm odur.” dese, müfta bih olan görüş adamın söylediği gibi buluşdan sonra oğlunun vasî olduğudur. “Falanca gelene kadar sen benim vasîmsin, falanca geldiğinde ise vasîm odur.” derse de durum böyledir.³⁸

Baba bir şahsa vasiyette bulunarak “eğer bu hastalığımda ölürsem sen benim vasîmsin.” dese ancak baba başka bir hastalıkta ölürse o kişi vasî olamaz. Hastalıktan tamamen iyileşirse de durum böyledir, o vasî vesâyetten çıkar.³⁹

İkinci Fasıl: Nasb (Hâkimin Vasî Tayin Etmesi)

Fudayl bu bölümde vasînin tayin ve azlinden söz etmiştir. Eğer ölünün bir vasiyy-i muhtârı (kendi seçtiği bir vasîsi) yoksa hakimin ona bir vasî tayin etmesi gerekir. Bunun yolu, iki kişinin hakimin önünde falanca kişinin öldüğü ve hiçbir vasî seçmediğine şahitlik eder, hâkimin de bundan sonra bir vasî tayin eder. Zira ölünün tayin ettiği bir vasî olmadığında nasb hakkı ittifakla hakime geçer.⁴⁰

Kadı, vasîyi tayin ederken yetimin de huzurda bulunması şart mıdır, şeklindeki bir soruyu şöyle yanıtlar. Sahih olan görüş, vasî tayin ederken ona da işaret etmesi için çocuğun da kadının huzurunda bulunması gerektiğidir. Kadının o yetimin varlığını bilmesi yeter, huzurunda bulunması gerekli değildir de demişlerdir.⁴¹

Peki vesâyet esnasında tereke ve çocuğun vasîde bulunması gerekir mi? Fudayl el-Cemâlî bu görüşü tartışmış ve bu konuda fıkıh âlimleri arasında ve fetvâlarda ihtilaf

³⁶ *Edebül-evsıyâ*, vr. 5^a.

³⁷ *Edebül-evsıyâ*, vr. 6^a.

³⁸ *Edebül-evsıyâ*, vr. 7^a.

³⁹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 13^a.

⁴⁰ *Edebül-evsıyâ*, vr. 15^a.

⁴¹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 16^b.

olduğunu belirterek terekenin değil sadece yetimin vasînin velâyetinde bulunması şarttır, diyenler bulunduğuna dikkat çeker. Ancak o aksi kanaattedir. Kadı yetimlerin terekesine bir vasî tayin etse ve yetimler onun velâyetinde olup tereke velâyetinde olmasa veya tereke velâyetinde olup yetimler velâyetinde olmasa veya terekenin bir kısmı velâyetinde olup bir kısmı olmasa bu durumla ilgili olarak Şemsülemme el-Halvânî (ö. 452/1060 [?]), bu tayin her hâlükârda sahih olur ve kişinin tezâlüm (zulme uğradığını iddia edip) istida (zulme karşı yardım talebi) hakkı doğar ve tereke nerede olursa olsun vasî terekenin tümünde vasî olur, demiştir.⁴²

Hakimin ne zaman vasî tayin etme durumu oluşacağı ile ilgili olarak Fudayl, üç yere işaret eder. Terekede herhangi bir borç olduğunda veya onda bir vasiyet olduğunda veya vârisler arasında bir çocuk olduğunda hakim, kazâ, tenfiz ve çocuğun kendini ve malını koruması için bir vasî tayin eder.⁴³

Fudayl, sadece yetimlerden bahsetmekle yetinmemiştir. Bilakis vârisler yetişkinler olup bir kimse o terekede hak iddia etse, bu yetişkin vârisler de miras bırakan kişinin öldüğü beldeden tamamen kopuk, ne bir kâfilenin ulaştığı ne de oradan bir kimsenin geldiği uzak bir belde olsalar; kadı bu dava için de bir vasî tayin eder ve vârisler gelene kadar davayı bekletmez. Amma eğer bulundukları belde tamamen uzak değilse bekletir ve vasî tayin etmez.⁴⁴

Üçüncü Fasıl: İspat

Fudayl, bu bölümde ölünün herhangi bir hakkının veya başka birinin ölü üzerindeki hakkının beyyine olması ve olmaması durumunda nasıl ispat edileceği veya vesâyetin ispatı ve bunun hükümleri ve bununla ilgili meselelerden söz etmiştir. Birinin ölüye borcunun bulunması durumunda ölünün alacakları ve hakları hususunda davacı olacak kimse, hâin olmadıkları sürece vârisler ve vasîdir. Vârisler veya vasî birinin borçlu olduğunu ispat etse, -iddia eden de yeterince adil ise- o kimsenin böyle bir borcu olduğuna hükmedilir. Ama eğer fisk ve hıyânetle tanınan biriye iddiasına bakılmaz ve vasî de tayin edilmez.⁴⁵

Vesâyet iddiasında bulunanın iddiası ancak ona ehil olduğu zaman geçerli olur, bu nedenle köle, çocuk ve mecnunun ehliyeti bulunmadığı için vesâyet iddiası geçerli olmaz.⁴⁶

⁴² *Edebül-evsıyâ*, vr. 16^b.

⁴³ *Edebül-evsıyâ*, vr. 17^a.

⁴⁴ *Edebül-evsıyâ*, vr. 18^b.

⁴⁵ *Edebül-evsıyâ*, vr. 18^b.

⁴⁶ *Edebül-evsıyâ*, vr. 19^a.

Ama eğer borç alan kişi veya ölünün eşyalarını emanet ettiği bir kimse, bir kişinin ölü adına vesâyetini ikrâr etse, hâkim onu vasî tayin etmez ve onlara ellerindekileri vesâyetini ve emanetlerini ikrâr ettikleri bu kişiye teslim etmelerini de emretmez. Zira bunu emretmiş olursa bu onu vasî tayin etmek manasına gelirdi ve böylece ölünün malının tümüne vasî olurdu. Oysa belki de ölünün başka bir vasiyy-i muhtârı vardır. Bir kişi falan oğlu falanın ölünün vasîsi olduğunu iddia etse, bu kişinin de ölüye birkaç dirhem borcu olsa vesâyet ve para için beyyinede bulunsun ve beyyinesi kabul edilse; İmam-ı A'zam'a göre önce vesâyet davası görülür sonra para için beyyineyi iade etmesi istenir. Ebu Yusuf'a göre ikisi de kabul edilir ama önce vesâyet sonra para davası görülür. İmam Muhammed göre ise ikisi de kabul edilir ve iki davası da beraber görülür.⁴⁷

Dördüncü Fasl: Sukûk ve Mehâzır

Fudayl Çelebi, bu bölümde hakimin vasî tayininde dikkate alması gereken şekil şartlarından söz etmiştir. Hakim tayin esnasında yazılması gerekenleri ve gerekmeyenleri, vesâyetin sîgalarını, mahzar mevzuunu, bununla ilgili iddiaları ve bu meselelerden doğan diğer meseleleri dikkate alır. Hüküm açısından efdal olan, kadı bir vasî tayin ederken bunu vesâyetin tarafları huzurunda yazmasıdır.

Hakim, vasî tayin ederken ölünün hiç kimseyi vasî atamamış olmasını veya seçtiği kişinin fâsık, vesâyete ehil ve vesâyet işlerini görmekten âciz olup olmadığını dikkate alır. Zira vasîlerin tasarruflarla ilgili hükümleri birbirinden farklıdır. Aynı şekilde kadı da nasb ve inâbe hususunda kendisine mutlak izin verilmiş bir kimse değildir. Bu nedenle ölünün bir vasî seçtiğinden habersiz bir şekilde başka bir vasî tayin ederse bu geçersiz olur ve bu durumda vasiyy-i muhtâr vesâyetten çıkmaz. Hatta vasiyy-i muhtâr varken, kadı vasî tayin etmeye izinli olsa dahi bu hakka sahip değildir. Ancak azli veya nasbı gerekli kılan iki sebep yani acz ve hıyanet bulunması durumu bundan müstesnadır. Ayrıca bu iki sebebin de kendine özel hükümleri vardır, bu yüzden hakimin onu mahzarda zikretmesi gerekir ki bu ihtimaller ortadan kalksın ve vesâyetle ilgili verdiği bu hükmün mahzarda reddedilmesini gerektirecek bir bozukluk kalmasın.⁴⁸

Hakimin kendisine bu velâyeti veren kişinin ismini söylemesi ve onu mahzarda zikretmesi gerekmez. Hatta eğer “bu kişi vasî tayin etme hakkı olan müslüman hâkimlerden

⁴⁷ *Edebül-evsıyâ*, vr. 20^b.

⁴⁸ *Edebül-evsıyâ*, vr. 21^a.

bir hâkim tarafından vasîdir.” dese, ölü kimseyi vasî tayin etmiş olmadığı için bu ifade yeterlidir ve kadı onu vasî tayin etmiş olur.⁴⁹

“Hâkim tarafından/şer’ tarafından vasîdir,” dese de durum böyledir, çünkü genel olarak ona vesâyet veren taraf malumdur. Kadının durumu da böyledir, (onun da ismini yazması gerekmez); zira belgedeki tarihten bu zamanın kadısı zaten bilinir. Ama eğer bunlardan hiçbirini zikretmezse durum tamamen meçhul hâle gelir ve vesâyet sahih olmaz.⁵⁰

Bir ev davasında şöyle yazmış olması gibi durumlarda mahzar reddedilip kabul edilmeyebilir: “Bu evi vasî, çocuk için almıştır ve bir zâlim onu işgal etmiştir.” Böyle bir mahzar reddedilir zira onda semeni zikretmemiştir. Oysa ki mal olmayıp satışı da câiz olmayan bir şey olması mümkün olduğu için semeni zikretmesi gerekirdi. Ayrıca akit vaktinde semen-i mebînin mislî olduğunu zikretmemiş olması açısından da reddedilir. Zira akdin sıhhati için bu olmazsa olmazdır. Öyle ki “Evin kıymetince belli bir paraya satın almıştır.” dese, bu dahi akit vaktinde zikredilmedikçe sahih olmaz.⁵¹

Beşinci Fasıl: Nikâh

Fudayl bu fasılda vasînin çocukları evlendirme hakkına sahip olup olmadığı, mehri belirleyip belirleyemeyeceği ve nikah bahsinden doğan vb. fûrû meseleleri ele almıştır. Müellif, önce mezhep imamlarının bu konudaki ihtilafını zikretmiş, meseleleri tartıştıktan sonra da sahih ve kendisiyle fetvâ verilen görüşü belirtmiştir.

Baba vasîye söylemiş olsa dahi, vasînin kız ve erkek çocuğunu evlendirme hakkı yoktur. Zira babanın bu çocuklardaki velâyeti, ölümüyle ortadan kalkmıştır. Vesâyetin sabit oluşu ise ölümden sonradır. Bu yüzden vasîye bunu vasiyet etmesi bir şey ifade etmez.⁵²

Vasî aynı zamanda velî ise ve kız ya da erkek çocuğunu evlendirse, onlar buluğa erdiklerinde buluş muhayyerliği hakları vardır. Evlendirme sırasında mehir konusundaki gabn-i yesiri (az bir miktarda aldanması) göz ardı edilir. Zaten insanların genel olarak aldanabileceği miktarda eksiklik ve fazlalık, bütün velîler için ittifakla mümkündür.⁵³

Eğer anne, kendi kız çocuğunu evlendirse ve mehrini de o alsın; eğer anne bu kızın vasîsi ise, kız buluğa erdiğinde eşinden mehrini isteme hakkı olmaz, zira onu vasîsine ödemekle borcu ortadan kalkmıştır. Ama eğer annesi vasîsi değilse, buluşdan sonra eşinden o mehri talep etme hakkı vardır. Zira mehir hakkı konusunda annesi kız için tamamen

⁴⁹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 22^b.

⁵⁰ *Edebül-evsıyâ*, vr. 22^b.

⁵¹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 25^a.

⁵² *Edebül-evsıyâ*, vr. 26^b.

⁵³ *Edebül-evsıyâ*, vr. 27^a.

yabancı hükmündedir. Öyle olunca annesinin o kızın malında hiçbir tasarruf hakkı yoktur. Bu konuda baba, dede ve kadı da vasî gibidir.⁵⁴

Vasî çocuğun mehrini garanti etse ve onu kendi malından ödese, geri alacağını şart koşmuş olsun veya olmasın, eşi ödediği zaman onu çocuğun malından geri alır. İstihsân gereğince, bu durumdaki bir babanın ise, öderken geri almak üzere ödediğine dâir şahit tutmadığı sürece, onu çocuğun malından geri alma hakkı yoktur. Buradaki fark, baba ve anneler, genelde küçük çocuklarının borcunu onlara şefkatlerinden ötürü üstlenirken, vasîler ve uzak akrabaların böyle bir âdeti de böyle bir şefkati de olmayışından kaynaklanır. Onların yaptıkları her tasarrufta kendi vesâyetleri altındaki çocukları gözetmeleri şart koşulur.⁵⁵

Altıncı Fasil: İbâk, Mükâtebe, İtâk ve Velâ

Fudayl bu fasılda vasînin çocuk adına cuâle, mukâtebe, itk vb. sözleşmeleri yapıp yapamayacağından söz etmiştir.

Vasî çocuğun kaçma huyu olan bir kölesini bulup geri getirirse buna karşılık hiçbir ödül hak etmez. Çocuğa bakan herhangi bir kimsede de durum aynıdır. Çünkü onlara düşen çocuğun malını muhafaza etmektir, bu yaptıkları iş için ayrıca bir ücret hak etmezler. Yetişkin evladı babasının kaçma huyu olan kölesini bulup getirirse de durum aynıdır. Çünkü babaya hizmet ona vâciptir, köleyi bulup getirmek de hizmete dâhildir. Bu olayda baba ve oğul yer değiştirirse hüküm bunun tersidir. Zira baba, yetişkin oğlunun kaçma huyu olan kölesini bulup getirdiğinde bunun için ücreti hak eder. Çünkü yetişkin oğlunun malını muhafaza etmek ona vâcip değildir. O köleyi bulup getirmesi oğluna yaptığı ekstra bir hizmettir ve bunun için ücreti hak eder. Ama eğer o çocuğun kölesini yabancı biri bulup getirirse çocuğun malında verilecek ödülü hak eder, bunu o maldan baba veya vasî verir.⁵⁶

Eğer bir şahsa vesâyet verse “Eğer falan oğlum buluğa ererse, kölemi azat et ve ona yüz dirhem ver,” dese mûsî öldükten sonra köle gidip vasîye “Beni hemen şimdi azat et, para da istemiyorum.” dese vasînin onu o şekilde azat etme hakkı yoktur. Çünkü o, köleyi belli bir vakitte (buluğ) azat etmekle memurdur, ondan önce onu azat etmesi câiz olmaz.⁵⁷

Yedinci Fasil: Bey'

Müellif burada vasînin yetim adına yapacağı alım-satım meselesini ve bu fikhî meselelerin tafsilatlarını ve âlimlerin bu mevzudaki ihtilaflarını ele almıştır. Buna göre baba,

⁵⁴ *Edebül-evsıyâ*, vr. 28^b.

⁵⁵ *Edebül-evsıyâ*, vr. 29^a.

⁵⁶ *Edebül-evsıyâ*, vr. 31^a.

⁵⁷ *Edebül-evsıyâ*, vr. 33^a.

dede ve vasîden her biri için yolun güvenli olması kaydıyla yetimin malları ile yolculuk edip örf'e uygun bir şekilde o malı ticaretle işletmek câizdir. İcâre, mudârame, istikrâz gibi yetimin menfaatine olan akitlerin hepsinde de durum böyledir.

Erkek kardeş veya amca vasî olarak ticaret yapsa ve bu ticaretten kâr elde etse, istihsânen bu câizdir. Fudayl'e göre onların, yetimlerin mallarını kıymetinin misliyle yahut kıymetinden daha fazla yahut insanların aldanabileceği kadar kıymetinden az bir paraya satma hakları vardır. Ama eğer gabn-ı fâhişle satarlarsa akitleri bâtil olur, bu akit çocuğun buluşuna kadar mevkuftur denilemez. Çünkü akdin yapıldığı esnada o akdi câiz kılacak bir şey yoktur, böylelikle akit hiçbir şekilde gerçekleşmemiş olur, öyle olunca izne bağlı da olamaz. Bu kişilerin yaptıkları satın alımlar da aynı şekildedir.⁵⁸

Ama yaptıkları satın alımlar eğer gabn-i fâhişle olsa, o akit kendileri için geçerli olur; çünkü akit mahallinde akde ehil kişilerden sâdir olmuştur ve satım gibi bâtil olmaz. O kimselerin çocuğu işe vermeleri veya onun malını kiraya vermeleri, veya onun için bir şey kiralamaları da aynı şekildedir. Yani gabn-i yesîr ile câiz olur ama gabn-i fâhişle câiz değildir. Kira akdi bitmeden bu çocuk buluşa ererse akdin konusu eğer kendisi ise (yani onu bir işte çalışması için kiraya vermişlerse) fesh hakkı doğar ama akdin konusu onun bir kölesi veya gayr-i menkulü ise o zaman fesh ve iptal hakkı yoktur. Aynı şekilde o küçükken tamamlanmış bir alım veya satımı da fesh hakkı yoktur.⁵⁹

İflâs nedeniyle hacr altına alınmış bir çocuğun kendisi değil, babası veya vasîsi hapsedilir. Eğer çocuğun ne babası ne de vasîsi yoksa, hâkim onun yerine mallarını satın borcunu ödeyecek bir vasî tayin eder.⁶⁰

Vasî çocuğun malından bir şeyi satsa, sonra biri gelip bu şeyi onun sattığından daha yüksek bir miktara istese, o zaman hâkim bu konudan anlayan tecrübeli kişilere başvurur; eğer onlardan herhangi ikisi vasînin ilk sattığı fiyatın o malın gerçek kıymeti olduğunu, sonradan gelen kişinin teklif ettiği fiyatın yüksekliğine bakılmaması gerektiği çünkü ihtiyaç anında bir şeyin kıymetinden çok daha yüksek fiyata alınmak istenebileceğini, buradaki farkın da, malın kıymetinin vasînin sattığı fiyatın câiz olmamasına sebep olacak kadar yüksek olmasından değil de, teklifte bulunan kişinin ona ihtiyacı olmasından kaynaklandığını söylerse, aradaki fark fâhiş bile olsa câiz olur. Eğer tereke, çarşıda, müzâyededede satıldığından daha ucuza satılıyorsa, vasînin onu müzâyededede satması vâcip değildir. Bilakis, bu konudaki tecrübeli kişilerin sözüne itimat edip onlar iki tane âdil kişinin

⁵⁸ *Edebül-evsıyâ*, vr. 34^b.

⁵⁹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 34^b.

⁶⁰ *Edebül-evsıyâ*, vr. 34^b.

ittifâk ettiği bir fiyata satabilir. Bu, İmam Muhammed'in görüşüdür. İmam-ı A'zam ve Ebu Yusuf'un görüşüne göre ise âdil tek bir kişinin sözü yeterlidir ama iki kişi olması ihtiyâten daha uygundur.⁶¹

Vasînin yaptığı bey'i (satımı) 5 durumda özetleyebiliriz:

- 1- Vârislerin hepsinin küçük çocuklar olması: Bu durumda menkullerin hepsini, ihtiyaç olması halinde gabn-i fâhiş olmadıkça, gabn-i yesîrle satma hakkı vardır. Gayr-i menkulleri ise ancak kıymetinin iki katına satmak gibi bir şekilde onların parasını artırmak için, yahut borç ödeme zarureti olduğunda satabilir.
- 2- Vârislerin hepsinin yetişkin ve mevcut olmaları: Bu durumda onlar bunu emretmedikçe vasînin terekeden hiçbir satım yapma hakkı yoktur. Yalnızca ölünün başkalarındaki borçlarını ve haklarını vârislere vermek için tahsil etme hakkı vardır.
- 3- Vârislerin yetişkin olup kayıp olmaları, bu kayıplık süresini ise İmam Muhammed üç gün olarak belirlemiştir: Bu durumda vasînin gayr-i menkulleri değil ticâret mallarını satma hakkı vardır. Zira onun bu durumda görevi malları muhafaza etmektir, ticâret mallarını satmak da bu kabildendir, çünkü nakit olarak muhafaza etmek ehvidir. Gayr-i menkuller ise kendi kendine korunaklıdır ve kendini zaten muhafaza etmektedir, bu sebepten onları satmak muhafaza etmek kabilinden sayılmaz.
- 4- Kayıp olan kimsenin yetişkinlerden biri olması.
- 5- Vârislerin küçük çocuk ve yetişkin karışık olmaları: Bu durumda küçüklerin ve kayıp olan yetişkinlerin ticaret mallarını satma velayeti ondadır. Yukarıda geçtiği gibi, küçüklerin gayr-i menkullerdeki hisselerini satma velayeti de ittifakla ondadır. Bu kadarı ona câiz olunca, bu gayr-i menkullerden veya ticaret mallarından kayıp olan yetişkinlerin kalan hisselerini de satması câizdir.

Peki mevcut olan yetişkinlerin kalan hisselerini de yukarıdakilerle tek bir safkada (akitte) satması câiz olur mu? Ebu Yusuf'a göre, bu mümkündür. İmam-ı A'zam ve İmam Muhammed'e göre kalan hisseleri satma hakkı yoktur. Çünkü onun bu satım velâyeti malı korumak zaruretindendir, kayıp yetişkin ve çocuktan başkasını kapsamaz ve küçük çocuk ve yetişkinin hibe veya satın alımda ortaklığı nasılsa öyle olur. Ve fetva da bu ikisinin görüşü ileldir.⁶²

Yargılama hukukunda İmam-ı A'zam ve İmâmeyn arasında veya üçü arasında ihtilaf konusu olan meselelerin çoğunda Ebu Yusuf'un görüşü tercih edilir. Mesela: Ölünün

⁶¹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 37^a.

⁶² *Edebül-evsıyâ*, vr. 39^a.

eğer borcu varsa veya vasiyet bırakmışsa Ebu Yusuf'a göre vasînin bu borcu ödemek ve vasiyetin ifası için terekenin tamamını satma hakkı vardır. İmam-ı A'zam ve İmam Muhammed'e göre ise sadece borç ve vasiyet kadarını satabilir, daha fazlasını satamaz.⁶³

Sekizinci Fasl: İcâre

Bu fasılda Fudayl Çelebi, gerek çocuğu bir işte çalıştırmanın gerekse onun malını kiraya vermenin hükmünden ve bu hususta ulemanın ne düşündüğünden söz eder. Vasînin yetimin malını gabn-i yesirle de olsa kiraya verme hakkı vardır. Ayrıca hibe ve sadakayı kabul ve teslim alma hakkı da vardır, çünkü bunlar nef'-i mahz (yetimin tamamen yararına)dır. Aynı şekilde onu ecr-i misl ile kiralaması ve çocuğu kendisi için kiralık tutması câizdir. Ama kendini çocuğa kiralık tutamaz; fetvaya esas olan görüşe göre menfaat sağlaması şartıyla bu da câizdir.

Vasînin; yetimin kendisini, kölelerini, hayvanını ve arazisini ve diğer mallarını gabn-i yesirle de olsa kiraya verme hakkına sahiptir. Çünkü, vasînin çocuğu spor olsun diye ve eğitmek için hiçbir mâlî karşılığı olmaksızın çalıştırması câizdir, öyleyse mâlî bir karşılıkla çalıştırması evleviyetle câizdir.⁶⁴

Ama eğer bu ikisi yoksa ve çocuğu, akrabalık bağı olan bir mahremi vasîden kiralarsa ve onun evindeyse, eğitimi onun üzerine olduğu için kiralaması da câiz olur. Eğer onun evinde değilse, Ebu Hanife'ye göre çocuğu kendisi için kiralayan kimse, akrabalık bağı itibariyle kiraya verenden daha yakınsa, -mesela halasında olup da onu annesi kiralıyorsa- bu da câizdir.⁶⁵

Fudayl'in bu fasılda üzerinde durduğu bir başka mesele de şudur. Sokakta bulduğu çocuğun üstüne veya üstünde olduğu bineğinin üstüne bağlanmış bir mal bulsa, zâhire bakılarak o da çocuğun kabul edilir. Ancak çocuğu bulan kişi o malı çocuğa ancak hakimin emrinden sonra verir. Zira o mal kayıp bir maldır ve hakimin o çocuğa o malın mislini verme hakkı da vardır.⁶⁶

Yukarıdakilerden, küçükler hakkında yapılacak olan tasarrufların üç çeşit olduğu anlaşılmaktadır:

- 1- Nikahlama, zengin olanlarının mallarını alıp satma gibi velâyet bâbından olan tasarruflar: Bunları sadece baba, dede ve onların vasîleri gibi velî hükmünde olanlar

⁶³ *Edebül-evsıyâ*, vr. 43^a.

⁶⁴ *Edebül-evsıyâ*, vr. 69^a.

⁶⁵ *Edebül-evsıyâ*, vr. 69^a.

⁶⁶ *Edebül-evsıyâ*, vr. 70^b.

- yapabilirler. Vasî de bu kapsamdadır çünkü şeriat onu baba ve dedenin yerine koymuştur.
- 2- Satılmak zorunda olan bir şeyi satmak veya alınmak zorunda olan bir şeyi almak, çocuğun kendisini çalıştırmak gibi zarûret-i hâlden kaynaklanan tasarruflar: Bunları yapma hakkına erkek kardeş, amca gibi o çocuğa bakan ve onun harcamalarını yapan herkes sahiptir. Eğer onun hanesinde yaşıyorsa çocuğu bulan kimsenin durumu da böyledir. Bu hakka bu kişiler sahipse, kendi velisi evleviyetle sahiptir ve bu yüzden velide onun hanesinde olması şartı aranmaz.
- 3- Hibe ve sadakayı kabul edip teslim almak veya icâre ücretini teslim almak gibi nef'-i mahz olan tasarruflar: Bunları yapma hakkına velî velâyetten, çocuğa bakan kimse onun hanesinde olduğundan, çocuk ise akitten ötürü sâhiptir. Çünkü hikmete uygun olan çocuğun maslahatı gözetilerek böyle kapıların açılmasıdır.⁶⁷

Dokuzuncu Fasl: İâre (Ödünç Verme)

Fudayl bu fasılda yetimin malını vasînin ödünç verip veremeyeceği, âlimlerin bu konudaki ihtilâfı; aynı şekilde bineğine binmesi ve vasînin çocuğun malını borç vermesi, âlimlerin bu konudaki ihtilafı ve bunun gibi konuları ele almıştır.

Babanın ve hakimnin, küçük çocuğu ödünç verme hakkı vardır. Çocuğun malını ödünç vermeye gelince, bazılarına göre istihsânen buna da hakkı vardır. Cumhura göre ise böyle bir hakkı yoktur ve bu kıyâsla ulaşılmış bir hükümdür.⁶⁸

Vasînin, çocuğun başka ülkedeki alacağını tahsil etmeye ihtiyaç duyması durumunda onu tahsil etmeye gitmesi gibi çocuğun işlerinde onun bineğine binmesi câizdir. Baba ve hakimnin durumu da böyledir.⁶⁹

Vasînin çocuğun parasıyla bir binek alıp ona ve kaçınılmaz olan yerde kendisine de çocuğun parasından harcama yapması câizdir. Çünkü o (vasî) o (çocuğun) bir işçisidir ve yaptığı işin masrafı da işin sâhibinin üzerinedir. Bu, vasî muhtaç durumda olduğu zaman geçerlidir ve geçimini zar zor sağlayan biri olduğunda istihsânen câizdir.⁷⁰

⁶⁷ *Edebül-evsıyâ*, vr. 71^a.

⁶⁸ *Edebül-evsıyâ*, vr. 77^b.

⁶⁹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 77^b.

⁷⁰ *Edebül-evsıyâ*, vr. 78^a.

Onuncu Fasıl: Karz (Borç Alıp Verme)

Fudayl bu fasılda, vasînin küçük çocuk için borç almasının ve onun malını borç olarak vermesinin câiz olup olmadığı, bundan doğan meseleleri ve meşâyihın bu husustaki ihtilâfını ele almıştır.

Vasî, yetimin malından borç alsa ve ondan kâr elde etse, bir müddet sonra bu kârdan o yetime harcama yapsa, yaptığı bu harcama bağış sayılır. Bu maldan zimmetine bir şey geçiremez, çünkü zaten aldığı bu borçla çocuğun malını gasp etmiş durumdadır ve tazmin etmesi gerekir, bu durum hâkime intikal etmedikçe de bu vebalden kurtulamaz.⁷¹

Fudayl'in Kerhî'ye (ö. 340/952) nispet ettiğine göre babanın ihtiyaç anında karşılıksız olarak çocuğunun malından alma hakkı vardır. İhtiyacı olmaksızın korumak için alma hakkı da vardır. Bu yüzden onu gereksiz yere telef etmedikçe tazmin etmesi gerekmez. Fudayl, vasînin de koruma hususunda baba gibi olduğunu ifade eder.⁷²

Vasî, çocuk için borç almak istese, eğer mûsî bunu emretmişse bu câizdir. Etmemişse muhtâr olan görüşe göre, durumun hâkime intikal ettirilmesi ve hâkimin buna izin vermesi gerekir. Durumun hâkime intikali daha ihtiyatlıdır. Ancak hâkimin uzakta bulunmasından dolayı bu durum güçleşirse, onun emri olmadan da borç alabilir.⁷³

On Birinci Fasıl: Havâle

Fudayl bu fasılda, âdeti olduğu üzere meseleleri genişçe ele almış ve yetimlerin lehlerine ve aleyhlerine olan durumlardan bahsetmiştir. Mesela vasî, daha varlıklı bir kimseye havâle yaparsa, bu câizdir. Zira ikinci birinciden daha varlıklı ise bu havâle yetimin hayrına olur. Yine vasînin yetimin malında yetim için hayırlı olacak şekilde tasarruf yetkisi olduğu bilinmektedir. İkinci kişi müflis ise havale câiz olmaz, çünkü bu durumda havâle yetimin aleyhine olur ve vasînin de yetimin aleyhine olacak bir tasarrufta bulunma hakkı yoktur.⁷⁴

İkinci kişi zenginlik konusunda birinci kişi gibi ise havâle yine câiz olmaz. Çünkü bunun cevâzı, ikincinin daha zengin olması şartına bağlıdır ve burada da bu mevcut değildir.⁷⁵

⁷¹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 79^b.

⁷² *Edebül-evsıyâ*, vr. 79^b.

⁷³ *Edebül-evsıyâ*, vr. 80^b.

⁷⁴ *Edebül-evsıyâ*, vr. 81^a.

⁷⁵ *Edebül-evsıyâ*, vr. 81^a.

On İkinci Fasl: Vekâlet

Bu fasılda Fudayl, vasînin ölünün ve vârislerin işleriyle ilgili kendi yapabileceği her şeyde vekil tayin etmesinin câiz olduğu; ancak tayin edilen vekil, vekâletinin kendisine verildiği işi yerine getirmeden, çocuk buluğa ererse vekâletin düşeceği, ayrıca bu ve benzeri konularda meydana gelmesi mümkün olan farazî meseleleri incelemiştir. Meselâ çocuk, işlerini görmesi için bir adamı vekil olarak tayin etse, vasî de buna icazet verse bu vekalet câiz olur. Keza vasînin, yetimin mallarını satmak ve ölen kimsenin borçları ile mallarını tahsil etmek için vekil tayin etme hakkı vardır. Ancak vasînin vekalet verdiği kimsenin vekil tayin edildiği konuda başka birisine vekâlet verme hakkı bulunmamaktadır.⁷⁶

On Üçüncü Fasl: İddia

Bu fasılda Fudayl, vasinin mahkemede yetim adına davacı veya davalı olup olmayacağından bahsetmektedir. Burada hakime düşen sorumluluk, dava durumunda çocuk için vasî tayin etmesidir. Çocuğun mahkemede dava esnasında hazır bulunması şart koşulmaz. Önemli olan husus, hakimın çocuğun varlığından haberdar olması ve hakimın velayeti altında olmasıdır. Zira vasî tayin etmek tam anlamıyla kazâ bir hüküm vermek olmasa da hakimın görevlerindendir. Bu da çocuğun kendisine vasî tayin edilirken, lehine ve aleyhine yargılama yapılırken davada hazır bulunmasının şart olmadığına delildir.⁷⁷

Vârisin borçlu kimseye dava açıp borcu kabzetmesine gelince, vârisin böyle bir hakkı vardır. Ancak ölen kimse borçlu ise vârisin dava açma hakkı vardır ancak borcu kendi tahsil edemez. Bu durumda borcu ancak ölünün vasî tayin ettiği kimse tahsil edebilir.⁷⁸

Çocuk buluğa erdikten sonra bir şahsa yönelik “Elinde bulunan evi vasîm ikrah altında sana satıp yine ikrah altında teslim etti, ben şimdi onu geri almak istiyorum.” diye iddiada bulunsa, sonra ikinci olarak vasînin evi gabn-i fâhiş ile sattığını iddia etse hakim, ikrah altında gabn-i fâhiş ile satmasının ihtimal dahilinde olması sebebiyle ikinci iddiayı dikkate alır. Çünkü Müslüman vasî, yetimin malını - ikrah altında olmadıkça- bilerek gabn-i fâhiş ile satmaz. Bu yüzden ikinci iddiası ilk iddiasıyla çelişmez.⁷⁹

Bir kimse ölen falanca kimsenin vasîsi olduğunu iddia etse ve o ölünün bir şahısta olan borcunu tahsil etmeyi ya da birinin yanında bulunan emaneti teslim almayı talep etse borçlu veya emanetçi de bu kimseyi tasdik ederse bu durumda İmam Muhammed, önce

⁷⁶ *Edebül-evsıyâ*, vr. 82^b.

⁷⁷ *Edebül-evsıyâ*, vr. 83^a.

⁷⁸ *Edebül-evsıyâ*, vr. 85^a.

⁷⁹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 88^b.

emanetçinin değil borçlunun tasdik etmesinin doğru olduğunu söylemiştir. Ancak sonradan bu görüşünden dönüp ikisinin de bu kimseyi tasdik etmesinin câiz olmadığını kabul etmiştir. Ebu Yusuf'un görüşü de bu yöndedir.⁸⁰

On Dördüncü Fasl: Şehâdet

Fudayl Çelebi, bu fasılda vasînin, çocuğun lehine, ölen kimsenin üzerine olan bir borç hakkında şâhitliğinin kabul edilmediği, büyük çocuk hakkında da hükmün böyle olduğu, gâib olan büyük çocuk için iki vasî şâhitlik ederse bunun da câiz olacağı ve bu konudan doğan diğer hükümleri ele almıştır.

İki vasî ölen kimsenin bir alacağı ya da bir adamın yanında bulunan bir emâneti olduğuna dair vârisler buluş çağına erip mallarını onlara teslim ettikten sonra şâhitlik yapsalar ya da çocuk olan bir vâris için ölenin mallarından herhangi bir şey için şâhitlik yapsalar bu şâhitlik icmâ ile batıl olur. Zira vârisler ister hazır bulunsunlar ister gâip olsunlar ya da ister yetişkin ister çocuk olsunlar, vasînin ölen kimsenin alacaklarını, o kimsenin alacaklarının tümü bitene kadar tahsil etme hakkı vardır. Yine gâip olan yetişkin vârislerin ticâret mallarını satma ve çocuk vârislerin haklarında da tasarruf etme yetkisi vardır.⁸¹

İki vasîden birinin iki oğlu, ölen kimsenin babalarını ve filanca kişiyi vasî tayin ettiğine dair şâhitlik etseler şehadetleri kabul edilmez. Çünkü aynı kelam içinde babaları hakkında bâtil olan bir şâhitlik yapmışlardır, böylece yabancı kişi hakkındaki de bâtil olur. Yine vasî tayinine, şâhitlik eden kimselerden biri, vasî tayininin Perşembe günü, diğeri de Cuma günü yapıldığına şâhitlik etse bu vasiyet câiz olur. Çünkü vasiyet bir sözdür, sözler de mekanın değişmesiyle değişmediği gibi zamanın değişmesiyle de değişmez.⁸²

On Beşinci Fasl: İkrar

Fudayl bu fasılda vasînin, ölen kimsenin bir borcu olduğunu ya da çocuğun ölüden alacağını tahsil ettiğini yahut çocuğun bir alacağı olduğunu ikrar etmesi ve bunların nasıl teslim alınacağına dair konuları ve bunlardan doğan diğer meseleleri açıklamıştır.

Vasînin, ölünün aleyhine bir borç ya da mal veya vasiyet ikrar etmesi bâtildir. Çünkü bu, ölünün aleyhine ikrarda bulunmasıdır ve bir kimsenin başka bir kimse aleyhine ikrarda bulunması câiz değildir. Vasî, vâris ise bu takdirde ikrarı, vârislere itibarla sadece kendi payı hakkında geçerli olur ve bunu tahsil edebilir. Yahut onunla beraber bir başkası daha şâhitlik

⁸⁰ *Edebül-evsıyâ*, vr. 90^b.

⁸¹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 100^b.

⁸² *Edebül-evsıyâ*, vr. 103^a.

ederse şehâdet kabul edilerek ikrarda bulunduğu şey bütün vârislerin payları için mutlak olarak geçerli olur.⁸³

Bir şahıs bazı vârislere infakta bulunup infakta bulunduktan sonra da hakimın ya da vasînin emri ile infakta bulunduğunu iddia etse, vasî de bunu ikrar etse bu ikrara itibar edilir.⁸⁴

Vasî, ölen kimsenin insanlarda olan alacaklarının tamamını tahsil ettiğini ikrar etse, sonra falan kimsenin de ölüye borcu olduğuna dair bir beyyine ortaya çıksa, vasî de “Bu kimseden hiçbir şey almadım.” dese sözüne itibar edilmez ve bunu ölüye tazmin etmesi gerekir. Vâris olan kişi ölünün evindeki mal ve miras olan her şeyi teslim aldığına veya arazisindeki yahut hurmalığındaki yahut bahçesindeki mahsulün tamamını aldığına dair ikrarda bulunsa, sonrasında daha fazla olduğuna dair beyyine ortaya çıksa dahi ikrar ettiği miktar kabul edilir.⁸⁵

On Altıncı Fası: Sulh

Bu fasılda müellif, vasînin ölünün hakkı hususunda ya da başkasının ölüye açtığı davada sulhta bulunması; sulhun gabn-i yesîr veya gabn-i fâhiş olması durumunda hükmünün ne olacağı; fikhî meselelerden bu kapsama giren ve bu meseleye binaen ortaya çıkan vb. hükümleri ele almıştır.

Vasînin, borçlu ile ölünün hakkı hususunda ya da ölünün hakkı olandan daha az bir miktar ile sulh yapması -karşı taraf borcu ikrar ediyorsa ya da aleyhine mahkeme kararı çıkmışsa veya vasînin bu konuda geçerli beyyinesi varsa- câiz değildir. Ancak bunun dışındaki durumlarda câizdir. Çünkü ilk durumda hakkın bir kısmı telef edilmiş olur ki bu câiz değildir. İkinci durumda ise mümkün olduğunca hakkını tahsil etmeye çalışmaktadır ve bunda açıkça ölünün hakkını gözetmek vardır, bu yüzden de câizdir.⁸⁶

Buradan hareketle sulh konusunu şöyle özetleyebiliriz:

Vasînin sulhu iki yönde olabilir: Ya ölünün başkası üzerinde olan hakkı hususunda sulh yapar ya da başkasının ölünün üzerine olan davası üzerine sulh yapar. İlk kısımdaki meselede dört vecih vardır:⁸⁷

- 1- Ölünün lehine bir beyyine olması.
- 2- Ya da üzerinde hak olan kimsenin bu hakkı ikrar etmesi.

⁸³ *Edebül-evsıyâ*, vr. 105^a.

⁸⁴ *Edebül-evsıyâ*, vr. 106^b.

⁸⁵ *Edebül-evsıyâ*, vr. 107^a.

⁸⁶ *Edebül-evsıyâ*, vr. 108^b.

⁸⁷ *Edebül-evsıyâ*, vr. 108^b.

- 3- Ya da hakimin ölü lehine bir hüküm vermiş olması.
- 4- Ya da yukarıdaki üç ihtimalden hiçbirinin mevcut olmadığı durum.

Vasînin son durum haricinde sulh yapması câiz değilken, son durumda sulhu câiz olur. Zira ilk durumda sulhun temeli haksız yere ölünün hakkından vazgeçilmesi ve buna göz yumulmasına dayanır ki bu ölünün hayrına ve faydasına bir durum değildir. Bu yüzden vasînin bu davranışı câiz olmaz, çünkü vasînin tasarruflarının geçerli olmasının temeli bu tasarrufların ölü için hayırlı ve faydalı olmasına dayanır. İkinci durumda ise yetimin hakkının hepsi niyet edilip bir kısmı da olsa tahsil edilebilmesidir ki bunun faydalı olduğu konusunda bir şüphe yoktur.

On Yedinci Fasl: Kefalet

Müellif, bu fasılda vasînin ölen kimsenin vermiş olduğu borç karşılığında rehin almasının câiz olduğu, çünkü ölen kimsenin hakkını güvence altına almak olduğu, ayrıca kefilin, vârise ya da vasîye de ödeme yapabileceği, tazminin de böyle olduğu ve buradan doğan başka meselelerin hükümlerini ele almıştır.

Kefil olan kimse kefil olduğu şeyi vasîye ödese, kefaletten kurtulmuş olur. Ancak kefil olduğu şeyi vârise ödese diğer vârisler hakkında kefaleti düşmüş olmaz. Zira vasînin onu teslim alması mûsî adınadır ve ona ödenmesi câiz olur. Ondan sonra vârislerin onu kefinden talep etme hakkı yoktur. Vârise gelince, o bunu kendisi adına teslim alır, bu yüzden de onun almasıyla diğer vârislerin talep hakkını sâkıt olmaz.⁸⁸

On Sekizinci Fasl: Rehin

Fudayl bu fasılda, vasînin ya da babanın çocuğun malını kendi borçları için rehin vermeleri, rehin alınan malın kıymetini tazmin etme, vasînin yetim için ticaret yapıp bundan dolayı rehin verme ya da rehin alması, terekeyi rehin olarak verme gibi meseleleri ve bu meselelerden doğan tafsîlî hükümleri ele almıştır.

Babanın, kendi borcu karşılığında çocuğun malını rehin olarak verme hakkı vardır. Fakat vasînin böyle bir hakkı yoktur. Böyle bir durumda rehin telef olsa vasî malın kıymetini, baba ise sadece borç miktarını tazmin eder.⁸⁹

Vasînin değil de babanın verdiği rehin geçerlidir, çünkü vasînin aksine babanın çocuğun malını satma hakkı vardır. Bundan dolayı rehin helak olduğunda baba sadece borcunu ödemiş olacak kadar bir miktarı öder. Vasî ise bu hakka zâten sâhip değildir. Yani

⁸⁸ *Edebül-evsıyâ*, vr. 114^b.

⁸⁹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 116^b.

bunun sebebi, babanın çocuğun malını kendiliğinden asıl kıymeti fiyatın satması câizken, vasînin bunu ancak yetimin hayrına ve faydasına bir durum olduğunda yapma hakkı olmasıdır.⁹⁰

Vasî yetim için ticaret yapsa ve rehin alıp veya rehin verse, ticâretle malın artması ve kâr elde edilmesi söz konusu olduğundan bu câiz olur. Zira ödeme ve tahsil yapıldığından rehin almak ve rehin vermek ticaretin olmazsa olmazıdır. Rehın de böylece câiz olur, çünkü bir şey câiz olduğunda onun lâzımı olan şeyler de câiz olur. Öyle ki çocuk buluşa erdiğinde vasînin rehin verdiği şeyi borcunu ödemededen geri isteyemez. Çünkü bu onun tasarrufu gibi sayılır çünkü onun yerini tutmaktadır. Baba hakkında da hüküm böyledir.⁹¹

Vasînin alacaklı kimseye bir rehin vermesi câiz midir? Fudayl, bu soruyu özetle şöyle yanıtlar. Vasî, ölen kimsenin borcundan dolayı terekenin bir kısmını bazı alacaklılara rehin olarak verse bu câiz olmaz. Çünkü ölen kimsenin borcu için dahi olsa rehin bir açıdan ödeme sayılır. Bundan dolayı da diğer alacaklıların da onda hakkı olacağından, vasînin alacaklılardan bir kısmını diğerine rehin konusunda tercih etme hakkı yoktur. Ancak alacaklı tek kişi ise ona rehin vermesi câizdir.⁹²

Vasînin rehin vermesi şu şekillerde olabilir. Ya ölen kimsenin üzerine olan bir borç için verir, ya vârisler için aldığı bir borç için verir ya da kölelerin yiyeceğini, giyeceğini, hayvanların yemini ve onlara gereken şeyleri satın alması gibi tereke üzerine yaptığı bir borç için rehin verir. Vârislerin hepsi çocuk ise onların üzerinde velâyetinin umûmundan dolayı verdiği rehin her hâlükârda geçerli olur. Vârislerin hepsi yetişkin ise ve hazır bulunuyorlarsa, vasînin onların üzerinde bir velâyeti olmadığı için hiçbir durumda rehin veremez. Ancak vârislerin hepsi yetişkin ama gâib iseler, ölünün üzerine olan borç için rehin verebilir. Vârislerin üzerine olan bir borç için rehin vermesi hakkında bir şey zikredilmese de sahih olan câiz olmamasıdır. Zira bu, o gâib kimse hakkında bir tasarruftur ve vasînin onun üzerinde bir velâyeti yoktur.⁹³

On Dokuzuncu Fası: İbrâ

Fudayl bu fasılda vasînin, borçlunun borcunu ibrâ etmesini veya borcunda indirim yapmasını veya süresini uzatmasını; aynı şekilde yetimin müşteriye ve borçları ibrâ etmesini ve bunun gibi meseleleri ele almıştır.

⁹⁰ *Edebül-evsıyâ*, vr. 117^a.

⁹¹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 118^b.

⁹² *Edebül-evsıyâ*, vr. 119^a.

⁹³ *Edebül-evsıyâ*, vr. 122^b.

Vasî, borçludan borcu ibra etse veya borçta indirim yapsa veya ödemeyi ertelese ve bu borç da o vasînin kendi yaptığı akitle ortaya çıkmış bir borç olsa, Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre bu işlemler kıyas ile sahih olur. Ancak borcu ıskat eden kişi vârisler için zayi olan hakkı tazmin eder. Ebû Yusuf'a göre ise istihsan ile sahih olmaz ve borç tamamen borçlunun üzerinedir. Ancak borç eğer vasîden başkasının akdiyle ortaya çıkmış veya miras olarak kalmış olsa; vekîl bir alacağı teslim alsa da o onun mülkiyetine geçmediği gibi, bu da geçerli olmaz. Zira bunların hepsi başkasının hakkını teberru etmek gibidir ki bu câiz değildir.⁹⁴

Yine vasî yetimin malından bir şey satsa, sonrasında yetim buluşa erip müşteriden ücreti ibrâ etse; bazılarına göre çocuk eğer ıslâh edici olup bozucu değilse ve müşteriye, “Vasîmin benim malımdan sana borç olarak verdiği şeyden seni berî kıldım.” dese câiz olur ve müşterinin zimmeti berî olur. Ancak, “Sen, bana olan borcundan berîsin.” dese berî olmuş olmaz, çünkü müşterinin zimmetinde onun hakkı olan bir şey yoktur.⁹⁵

Yirminci Fasl: Hibe

Fudayl bu fasılda vasînin yetimin malını ivazlı veya ivazsız hibe etmesi, vasîlerden hangisinin yetimin malını hibe etmesi câiz olup hangisinin olmadığını ve bu meselelerle ilgili hükümlerdeki muğlak noktaları ele almıştır.

Vasînin, yetimin malını ivazlı veya ivazsız hibe etme hakkı yoktur. Baba için de böyledir. Yine bu konuda, vasî kendi malından bir şey ayırsa ve bu malı çocuğa hibe etse, sonra da “Kendimden yetim adına teslim aldım.” dese ve buna şahit tutsa, icmâ ile kendinden teslim almış sayılmaz.⁹⁶

Ama baba çocuğuna hibede bulunur, sonra da “Falanca oğlum adına teslim aldım.” dese icmâ ile teslim almış sayılır.⁹⁷

Amcası, annesi veya ablasının hanesinde olan çocuk için bir hibede bulunulsa ve bu çocuğun baba tarafından tayin edilen bir vasîsi olsa; amca, anne veya abla da bu hibe edilen malı teslim alsa; bazılarına göre bu teslim alma câiz olmaz ve onu teslim alma hakkı vasînindir. Ancak fetvaya esas olan görüş, câiz olduğudur. Ancak eğer o kimselerin hanesinde değilse teslim almaları hiçbir şekilde câiz olmaz.⁹⁸

⁹⁴ *Edebül-evsıyâ*, vr. 124^b.

⁹⁵ *Edebül-evsıyâ*, vr. 125^a.

⁹⁶ *Edebül-evsıyâ*, vr. 126^b.

⁹⁷ *Edebül-evsıyâ*, vr. 127^a.

⁹⁸ *Edebül-evsıyâ*, vr. 127^a.

Çocuğa bir şey hibe edilse, vasîsinin bu hibenin ivazı olarak çocuğun malından bir şey verme hakkı yoktur. Verirse de câiz olmaz ve hibe eden kimsenin öncesinde olduğu gibi sonrasında da rücu' hakkı olur. Bu konuda babanın hükmü de böyledir.⁹⁹

Yirmi Birinci Fasil: Mudârabe

Fudayl burada vasînin çocuğun malıyla mudârabe yapması veya vasînin yabancı bir kimsenin malını çocuğa mudârabe için alması ve bundan ortaya çıkan diğer meseleleri ele almıştır.

Vasînin çocuğun malıyla mudârabe yapması veya onu mudârabe için başka birine vermesi; onu ticâret malı haline getirip kendinin onunla ticâret yapıp ona ortak olması veya onu ticâret malı almak, ticâret yapmak veya ortak olmak için kullanması ve bunun dışında çocuğa hayr ve fayda olarak dönecek her şeyi yapması câizdir. Ama eğer yolun güvenli olmaması gibi çocuğa zarar olarak dönecek bir durum varsa, o zaman hiçbir şey yapma hakkı olmaz. Ayrıca akit sırasında akde, bunu mudârabe olarak yaptığı konusunda şahit tutması gerekir. Eğer tutmazsa, aldığı malın hepsi yetimin olur ve hakim onun bu (mudârabe) iddiasına inanmaz. Çünkü o başkasının malından gelen kârın bir kısmını hak ettiğini iddia etmektedir ve bu da ancak yukarıdaki şartın ispatı ile olur, şart da beyyinesiz ispat edilmez. Bu yüzden ispat etmedikçe, ona kârdan hiçbir şey verilmez.¹⁰⁰

Aynı şekilde vasî, yetimin veya ölünün malıyla kendisi için ticaret yapamaz. Eğer yapar ve kâr ederse, İmam-ı A'zam ve İmam Muhammed'e göre sermayeyi tazmin eder ve kârını da tasadduk eder. Ebu Yusuf'a göre ise kâr ona verilir ve tasadduk etmesi de gerekmez.¹⁰¹

Vasî eğer yetimin malıyla güvenli yollardan gitmek suretiyle yolculuk yapsa ve mal kaybolursa, tazmin etmesi gerekmediği konusunda icmâ vardır.¹⁰²

Yirmi İkinci Fasil: Müzâraa

Bu fasılda vasînin çocuğun arazisini müzâraa için kiralaması ve bundan doğan meselelerin hükmü ve fıkıh âlimlerinin bu konudaki ihtilâfı ele almıştır. Meşâyih, vasînin çocuğun arazisini müzâraa için almasının hükmü konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Bazıları bunu mutlak olarak câiz görüp müzâraa için başkasına vermesiyle bir tutmuşlardır, hal böyle olunca ona uygun olarak bu da câiz olmalıdır. Bazısı ise meseleyi daha detaylandırmıştır.

⁹⁹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 128^b.

¹⁰⁰ *Edebül-evsıyâ*, vr. 129^a.

¹⁰¹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 132^b.

¹⁰² *Edebül-evsıyâ*, vr. 133^a.

Eğer tohum vasîden olursa câiz olur, çocuktan olursa câiz olmaz. Çünkü birincide vasî tamamen o arazinin kiracısı durumundadır. Vasînin, çocuğun kendini dahi bir işte çalıştırması için kiralaması câiz olduğuna göre bu durumun câiz olmasının evlâ olduğu açıktır. İkincide ise çocuğun malını o an için ziyan etmiş olur, çünkü toprağın bitki vermesi tohumların bozulmasından sonradır. Bu yüzden de câiz olmaz.¹⁰³

Bu ise yetimin malından kendine köle alan bir vasînin durumu gibidir. Zira bu satım ve para, yetim için hayırlı ve faydalıysa câiz olur, değilse olmaz. Vasî, çocuğun tohumlarını ödünç alsa ve onu kendi arazisine ekse çıkan mahsul vasînin olur ve bu konuda sözü doğru kabul edilir. Eğer kendi tohumlarını yetimin arazisine ekse ve onu kendisi için ektiğini söylese, bu da aynıdır. Ama eğer yetimin tohumlarını yetimin arazisine ekse ve kâr etse, mahsulün hepsi yetimin olur ve vasî eğer onu kendi için ektiğini de söylese bu sözüne inanılmaz.¹⁰⁴

Yirmi Üçüncü Fasıl: Şuf'a

Bu fasılda Fudayl, çocuklar adına şuf'a hakkı için dava açmanın veya vasînin yetime orada şuf'a hakkına sahip olduğu bir ev almasının hükmü ve fıkıh âlimlerinin bu konudaki ihtilafı; ayrıca vasînin, çocuğun şuf'a hakkına sahip olduğu bir evi kendi için alması ve bununla ilgili fer'î meseleleri ele almıştır.

Çocukların şuf'a haklarını talep etmek veya çocukların mallarındaki şuf'a haklarını şuf'a hakkı olan kimseye sunmak için dava açmak, bey' faslında geçen tertip üzere önce babalara, sonra dedelere, son hâkimlere, sonra onların vasîlerine ve vasîlerinin vasîlerine düşer. Vasî, baba ve dede gibi yetimin şuf'a hakkını talep eder ve gereklerini yerine getirir. Eğer bunlardan hiçbiri yok ise, çocuğun şuf'a hakkı buluğa erene kadar bâkîdir. Ama eğer bunlardan biri mevcut olup imkan olduğu halde şuf'a talep etmese, o zaman Şeyhayn'e göre çocuğun şuf'a hakkı iptal olur; İmam Muhammed'e göre ise şuf'a hakkı iptal olmaz ve bulugdan sonra alma hakkı bâkî kalır. Buluğa erip de bulugdan ötürü böyle bir seçim hakkı olduğunu öğrense ve nikâhını reddetmek ve şuf'asını talep etmek konularında hıyâr-ı bulug yapma durumunda kalsa, bunlardan hangisini önce yaparsa o geçerli, diğeri ise bâtlı olur.¹⁰⁵

Çocuğunun şuf'a hakkı olan bir evi baba kendisi için alsa ve çocuğun şuf'asını da talep etmese bakılır. Babanın yaptığı bu alım, çocuğa zararlı olmaz, yani evin kıymetinin misliyle yahut insanların aldanabileceği kadar az bir farkla kıymetinden yüksek olursa, bu

¹⁰³ *Edebül-evsiyâ*, vr. 134^b.

¹⁰⁴ *Edebül-evsiyâ*, vr. 134^b.

¹⁰⁵ *Edebül-evsiyâ*, vr. 136^b.

durumda ittifakla çocuğun buluşa erdiğinde orada şuf'a hakkı olmaz. Ama eğer bu alım çocuğa zararlı olacak şekilde, yani insanların genelde aldanmayacağı kadar kıymetinden yüksek bir fiyata olursa, bu durumda çocuğun buluşa erdiğinde şuf'a hakkı sabittir.¹⁰⁶

Yirmi Dördüncü Fasil: İzin ve Hacr

Fuday burada vasînin çocuğa veya çocuğun kölesine ticaret için izin vermesi, izin verilmiş olan çocuğun yaptığı bey'in (satımın) hükmü, vasînin çocuğu hacr altına lması/aldırması bunlardan doğan ihtilaf ve hükümleri izah etmiştir.

Çocuk eğer satımın mülkiyeti kaldıracağını, alımın mülkiyeti getireceğini aklediyor, gabn-i yesir ve gabn-i fâhişten anlıyor, kârı zararı ayırt edebiliyorsa, yani yetişkin âkil bir kimse gibi ticarete kâdir ise vasînin çocuğa ticaret için izin verme hakkı vardır. Eğer çocuk böyle değilse yoktur. Bütün çocuklara aşağı yukarı bu kelimeler ona öğretildiğinde onları öğrenip söyleyebilir ve bu kelimelerin farklarını öğrenebilir. Ama burada önemli olan bunları iyice idrak edip yetişkin âkil bir birey gibi ticarete bulunabilmesidir. Vasî ona izin verdiğinde de yaptığı tasarruflar geçerli olur.¹⁰⁷

Aynı şekilde çocuğun kölesi de vasînin izniyle veya velî tarafından mezun olan çocuğun izniyle dahi mezun olur. Ne çocuk ne de kölesi, çocuğun amca ve annesi veya onların vasîleri gibi çocuğun mallarında ticaret için velâyeti olmayan herhangi birinin izniyle mezun olmaz.¹⁰⁸

Çocuğun alım-satım yaptığını görüp sükût eden ve onu bu alım-satımdan alıkoymayan vasînin bu sükûtu da izin sayılır. Efendinin sükûtu durumunda köle nasıl mezun hale geliyorsa velînin sükûtu ile çocuğun evleviyetle mezun olması gerekir.¹⁰⁹

Yirmi Beşinci Fasil: Kısmet (Terekenin Taksimi)

Fudayl bu fasılda âdeti olduğu üzere, yetimin taksimi câiz olan ve olmayan mallarını, yetimin malının taksiminin kime câiz olduğunu ve fıkıh âlimlerinin hükümlerinde ihtilaf ettiği bu meselelerin münakaşasını ele almıştır.

Gabn-i fâhişle olmadıkça, çocuk lehine yapılacak taksim, belli bir sıralamaya tâbi dahi olsa babaya ve onun vasîsine câizdir. Çocuk hükmünde olduğundan ma'tûh (bunak) için de böyledir. Ama gabn- i fâhişle olursa câiz olmaz. Baba ve vasîsinin bulunmaması durumunda, dedenin ve onun vasîsinin yaptığı taksim de böyledir. Eğer sadece bazı tasarruf

¹⁰⁶ *Edebül-evsiyâ*, vr. 138^b.

¹⁰⁷ *Edebül-evsiyâ*, vr. 141^a.

¹⁰⁸ *Edebül-evsiyâ*, vr. 142^b.

¹⁰⁹ *Edebül-evsiyâ*, vr. 142^b.

çeşitlerinde değil genel bir vesâyeti var ise kadının vasîsi de böyledir. Bu sayılanların hepsinin kayıp yetişkin kimse için gayr-i menkuller hâricinde yaptığı taksim de böyledir. Aynı şekilde mûsînin terekesindeki ticaret malları konusunda, onlardan daha güçlü bir vasînin de bulunmaması durumunda vasî olan amcanın, amcaoğlunun, erkek kardeşin ve erkek kardeşin oğlunun yaptığı taksim de anneninki gibidir.¹¹⁰

Vasînin, yetimin mûsîden başka bir kanaldan sahip olduğu malı taksim etmesi hiçbir şekilde câiz değildir. Mûsîden miras olarak aldığı gayr-i menkulleri taksim etmesi de câiz değildir. Aynı şekilde vasînin, yetişkin mefkud kimsenin de gayr-i menkulünü taksim etmesi câiz değildir, iki çocuk arasında yaptığı taksim de böyledir. Eğer her iki yetimin de ayrı bir vasîsi olsa ve bu çocukların mallarını taksim etseler bu da câiz olmaz.¹¹¹

Vasînin terekeyi taksimi ve hisseleri ayırmasının altı kısım üzere olduğunu söyleyebiliriz:¹¹²

Birincisi: Vârislerin hepsinin küçük olması: Bu durumda taksimi hiçbir şekilde câiz olmaz.

İkincisi: Vârislerin hepsinin yetişkin olup bunlardan bazılarının mevcut bulunmaması: Bu durumda, eğer mevcut olan vârisler râzı ise terikenin gayr-i menkuller dışındaki kısmını taksim edip mevcut olan vârislerin hisselerini verebilir.

Üçüncüsü: Vârislerin çocuk ve yetişkin karışık olup yetişkinlerin hiçbirinin mevcut bulunmaması: Bu durumda da taksim yapması câiz olmaz.

Dördüncüsü: Vârislerin çocuk ve yetişkin karışık olup tümü de mevcut iken vasînin yetişkinlere düşen kısmı ayırıp onlara vermesi ve çocukların hisselerini de kendi aralarında paylaştırmaksızın toplu olarak bir kenara ayırması: Bu durumda da yaptığı taksim câiz olur.

Beşincisi: Vârislerin dördüncü durumda gibi olup vasînin yetişkinlerin hisselerini her birine paylaşması ve çocukların hisselerini ise toplu olarak alıp daha sonra ikinci bir adım olarak çocukların hisselerini kendi aralarında paylaşması: Bu durumda yalnızca yetişkinler arasında yaptığı taksim geçerlidir.

Altıncısı: Vârislerin yine yukarıdaki durumdaki gibi olup vasînin vârislerden her birinin hissesini ayırıp taksim etmesi: Bu durumda yaptığı taksim tamamen geçersiz olur, çünkü o taksimin çocuklarla ilgili yaptığı kısmı fâsiddir.

¹¹⁰ *Edebül-evsıyâ*, vr. 146^b.

¹¹¹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 147^a.

¹¹² *Edebül-evsıyâ*, vr. 148^b.

Yirmi Altıncı Fasl: İnfak

Burada Fudayl, çocuğa yapılan harcamalarla ilgili olarak çocuğun hakkını gözetmek, vasînin çocuk üzerinde söz sahibi olduğu ve olmadığı noktalar, vasîye câiz olan şeyler ve bu konuyla ilgili başka fûrû-i fıkha âit hükümleri ve fıkıh âlimlerinin bu konudaki ihtilâfını ele almıştır.

Vasîye düşen harcama noktasında çocuğu sıkıması, bilakis israfı kaçmadıkça onu rahat bırakmasıdır. Bu sınır ise çocuğun malının çokluğu ve azlığına göre değişir. Yani çocuğun malının miktarına bakıp ona göre harcaması gerekir.¹¹³

Eğer vasî yetime, “Çocukluğunda sana malından şu kadar harcadım ve bu müddet zarfındaki harcamam da nafakay-ı misildir.” derse ve çocuk da bunu inkâr ederse, yemin etme durumunda vasînin sözüne inanılır. Zira şer’an nafakay-ı misille harcama yapmakla sorumlu olan odur. Ama eğer bu nafaka, nafakay-ı misil olmasa ve ondan çok daha fazla bir miktarda olsa, aradaki fark konusunda ona inanılmaz, çünkü şer’an onunla sorumlu değildir; zira o israftır ve yemin etse dahi bu konuda ona inanılmaz.¹¹⁴

Eğer vasî yetimin malından, yetime Kur’an ve edebiyat öğretmek için harcasa; çocuk buna uygun yaşta ve reşit ise bu câiz olur ve vasî bundan ecir de alır. Ama çocuğun durumu böyle değilse, sadece namazda okuyacağı kadarını öğretmekle mükelleftir.¹¹⁵

Eğer çocuklar yetişkin olduklarında vasîlerini “Ben size sizin malınızdan şu kadar dirhem harcama yaptım.” sözünde itham etseler ve “Sen bize bizim malımızın kârından harcama yapıyordun.” veya “O parayı hayrına bir kimse veriyordu,” deseler, bu durumda vasînin bu iddiası konusunda yemin etmesi gerekir. Ama yaptığı harcamanın büyük ihtimalle öyle bir sürede onlara yetmeyecek kadar az bir miktar olduğunu iddia etmeleri gibi, vakıanın onları yalanladığı bir şeyle vasîyi itham ederlerse, bu durumda onların bu sözüne itibar edilmez ve vasînin de yemin etmesi gerekmez. Vasînin harcadığını söylediği nafaka da eğer nafakay-ı misil miktarında veya ondan ufak bir miktar fazla ise de durum böyledir. Ama eğer kaçınılabilecek kadar ciddi bir fark iddia ediyorsa, bu durumda vasînin sözüne inanılmaz ve bunu tazmin etmesi gerekir. Yalnızca bu iddiasını, “Onlara yiyecek aldım da çalındı, sonra ikinci kez tekrar aldım, o da helâk oldu, sonra üçüncü kez tekrar aldım.” demek gibi muhtemel bir gerekçeyle gerekçelendirirse, yemin etmesi durumunda güvenilir olduğu için dediğine inanılır.¹¹⁶

¹¹³ *Edebül-evsıyâ*, vr. 154^b.

¹¹⁴ *Edebül-evsıyâ*, vr. 156^b.

¹¹⁵ *Edebül-evsıyâ*, vr. 157^a.

¹¹⁶ *Edebül-evsıyâ*, vr. 157^a.

Kişi eğer hanımını vasî tayin etse ve ondan da çocuk ve yetişkin karışık evlatları olsa, mirasın taksimindeki bir anlaşmazlıktan dolayı çocukların da nafakaya ihtiyacı olsa, anne de taksim gerçekleştikten sonra onların mallarından geri almak üzere bu çocuklara harcama yapsa; harcama sırasında şâhit tuttuysa çocukların gelen mallarından bunu geri alabilir. Ama eğer şâhit tutmadıysa geri alamaz; çünkü ebeveynin çocuklara yaptıkları harcamalar genelde geri almak için değil iyilik olsun diye ve sıla-ı rahim içindir.¹¹⁷

Yirmi Yedinci Fasıl: Damân (Tazminat)

Fudayl bu fasılda, vasînin yetimin malından neleri tazmin etmesi gerektiği ve gerekmediği, vasînin ve aynı şekilde annenin gıda maddesini çocuğuyla karıştırmasının hükmü, vasînin çocuğun zarar etmesini engellemek için çocuğun malından bir kısmını vermesinin hükmü, vasînin yetime vurması ve bunun sonucunda ölmesi vb. fikhî hükümlerden bahsetmiştir.

Vasî eğer kendi malını çocuğun malıyla karıştırırsa, malın kaybolması durumunda bunu tazmin eder. Burada kendi malıyla karıştırması, emanet edilmiş malda olduğu gibi kendi başına bir tazmin sebebi değildir. Hâkim, bunun için ona izin vermiş olsun veya olmasın, çocuk için hayırlı ve faydalı olduğu sürece, çocuğun nafakası için ayrılmış parayı kendi parasına karıştırması câizdir. Aynı şekilde onlar için hayırlı olduğu sürece, onlara miras bırakan kişi aynı kişi veya farklı kişiler olsun, yetimlerin nafakalarını birbirine katıp oradan topluca harcama yapması da câizdir.¹¹⁸

Müellife göre, vasî ihtiyaç sahibi olduğu zaman, örfe uygun olarak yetimin malından yemesi câizdir. Fudayl burada farklı yaklaşımlardan da söz eder. Tahâvî'ye (ö. 321/933) göre ihtiyaç sahibi olsa dahi bu câiz değildir. İster zengin ister fakir olsun, onu ne yiyebilir ne de borç olarak alabilir.¹¹⁹

İsbîcâbî ise vasî ihtiyaç sahibi de olsa, ihtiyacı kadar da olsa yetimin malından yemesi câiz değildir. Ancak belli bir ücreti varsa onun miktarınca yiyebilir. Ama ihtiyaç sahibi babanın çocuğunun malından ihtiyacı kadar yemesinde bir beis yoktur ve vasînin aksine yediğini tazmin etmesi de gerekmez.¹²⁰

Dönemin idarî yetkilileri (sultan) yetimin malına tamah ederse, vasînin de bunu yetimin malından bir şey vermeksizin ödeme imkânı varsa, bu durumda yetimin malından

¹¹⁷ *Edebül-evsıyâ*, vr. 162^b.

¹¹⁸ *Edebül-evsıyâ*, vr. 174^b.

¹¹⁹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 175^a.

¹²⁰ *Edebül-evsıyâ*, vr. 175^a.

vermesi helal olmaz ve tazmin eder. Ama eğer böyle bir imkân yoksa, vermesi helal olur ve tazmin de etmez.¹²¹

Yirmi Sekizinci Fasıl: Tenfizu'l-Vasiyyet (Vasiyetin Yerine Getirilmesi)

Fudayl bu fasılda, vasînin, mûsînin özel olarak bir topluluk için veya Allah hakkıyla ilgili olarak yaptığı vasiyetler konusundaki tasarrufu, onun adına sadaka verilmesini veya köle azat edilmesini vasiyet ederse bunun durumunu ve fıkıh âlimlerinin bu meselelerdeki görüşlerini ele almıştır.

Mûsî, üzerindeki Allah haklarını edâ etmesini vasiyet edip de eğer terekesinin üçte biri bunların hepsine yetiyorsa yapılacak gayet açıktır, hepsini oradan edâ eder. Ama eğer terekenin üçte biri hepsine yetmiyorsa ve hepsi de nâfile ise, bu durumda vasî, mûsînin ilk önce söylediği şeyden başlayarak bunları sırayla (üçte bir bitene kadar) edâ etmeye başlar. Çünkü aslında bunların hepsi aynı önem derecesindedir, yalnızca sözüne itibar edilerek mûsînin onu önce zikretmesi ve belirtmesiyle diğerlerinden üstün hâle gelir.¹²²

Eğer vasiyet ettiklerinin tümü farz veya vâciplerse de aynısı yapılır. Ama eğer bazısı vâcip, bazısı nâfile ise, mûsî onu sonra zikretmiş olsa dahi önce vâciplerin yerine getirilmesinden başlanır, çünkü onlar daha önemlidir. Eğer bazısı farz, bazısı vacip ise; bu durumda farzlarla başlanır, çünkü farzlar, vâciplerden daha önemlidir.¹²³

Mûsî eğer bunlarla beraber, belirli bir insan için vasiyette bulunmuşsa, öncelikle üçte birden ona denk gelen pay verilir. Daha sonra bu vasiyetlerin hepsi birleştirilip yukarıda bahsettiğimiz tertip üzere yerine getirilir. Sonra demiştir ki: Vasiyetin yerine getirilmesinde üçte bir için muteber olan, onun ölüm zamanındaki değil taksim zamanındaki kıymetidir.¹²⁴

Mûsî eğer bir topluluk için çeşitli vasiyetlerde bulunsa, vasî de onların her birine ne vasiyet edildiğini unutsa, vasî onlardan istediği gibi pay vermek konusunda onlardan izin alır. Eğer izin verirlerse, onlara istediği gibi pay verir. Çünkü bu bir hak sahibinin hakkını başkasına devretmektir, bu da eğer o kişi râzı olursa câiz, olmazsa haram olur.¹²⁵

Namazlarının kefâretinin belli bir kişiye verilmesi gibi bir vasiyette bulunursa, vasînin onu başkasına verme hakkı da vardır. Belli bir kişiyi kendi yerine hacca göndermek

¹²¹ *Edebül-evsiyâ*, vr. 177^a.

¹²² *Edebül-evsiyâ*, vr. 201^a.

¹²³ *Edebül-evsiyâ*, vr. 201^a.

¹²⁴ *Edebül-evsiyâ*, vr. 201^a.

¹²⁵ *Edebül-evsiyâ*, vr. 202^b.

veya belirli bir senede vasînin onun yerine hacca gitmesi, gibi bir vasiyette bulunursa da durum böyledir. Yani vasînin başka bir senede de onun adına hac yapma hakkı vardır.¹²⁶

Eğer onun adına 1000 dirhem sadaka verilmesini vasiyet etse, vasî de o kıymetteki buğdayı sadaka olarak verse yahut tam tersi olsa; birinci durumda bu câiz olmaz ama ikinci durumda eğer buğday mevcut olmakla beraber kıymetini sadaka olarak veriyse câiz olur. Vasî adaletli davrandığı sürece her ikisi de câiz olur.¹²⁷

Eğer ödemesi gereken borçlar varken, bineğinin parasının fakirlere sadaka olarak verilmesini vasiyet ederse; vasînin o parayı fakirlere değil alacaklılara verme hakkı vardır ve bu yaptığından ötürü vasînin tazminde bulunması da gerekmez. Çünkü bu, vasiyetinden daha hayırlı bir şey için mûsîye muhâlefet etmektir. Zira vâcip olan önce borçları ödemekle başlamaktır.¹²⁸

Yirmi Dokuzuncu Fasıl: Teaddüdü'l-Evsiyâ (Birden Fazla Vasî Olması Durumu)

Bu fasılda Fudayl, kişi bir topluluğu vasî tayin etse, onlar da kabul etseler yahut sükût etseler veya iki kişiyi vasî tayin etse veya tek bir kişiyi vasî tayin edip ona da bir müşrif (denetimci) belirlese veya iki vasîden biri ölse bunların hükümlerinin ne olacağını ve bundan doğan diğer hükümleri ve fıkıh âlimlerinin bunlar hakkındaki ihtilaflarını ele almıştır.

Hasta kimse onun yanında bulunan bir grup insana “Ben öldükten sonra şöyle şöyle yapın.” veya “Vesâyet işlerini görün.” dese onlar da o anda kabul etseler veya sükût etseler, öldükten sonra da kabul etseler bu gruptaki insanların hepsi onun vasîleridir. Eğer içlerinden bazıları kabul edip bunların sayıları da iki veya daha fazla olsa onlar da kendi aralarında vasîlerdir. Eğer içlerinden yalnızca biri kabul etse, vasî odur ama birden fazla kişi olduğunda câiz olduğu gibi vasiyeti yerine getirmek ona câiz olmaz. İş hâkime arz edilir, hâkim de onun yanına bir vasî daha ekler ve ikisi beraber tasarruf ederler veya tasarruf hakkı sadece ona verilir ve bundan sonra tek başına tasarruf eder. Bunun sebebi ise ölünün tek bir kişinin görüşüne râzı olmayıp vesâyet işini bir grup insana söylemiş olmasıdır.¹²⁹

Mûsî eğer önce bir adamı vasî tayin etse, uzun bir zaman geçtikten sonra da başka bir adama çeşitli vasiyetlerde bulunsa, ilk adamı vasî tayin ettiğini hatırlasın veya hatırlamasın bunların her ikisi de bütün vasiyetlerinde onun vasîleri olurlar. Çünkü Fudayl'e göre vasî, ancak mûsînin onu azledip “Seni vesâyetten çıkardım” veya “Ona olan vesâyetimden vazgeçtim.” diyerek onu vasîlikten çıkarması ile azl olur. Yukarıdaki durumda

¹²⁶ *Edebül-evsiyâ*, vr. 204^b.

¹²⁷ *Edebül-evsiyâ*, vr. 205^a.

¹²⁸ *Edebül-evsiyâ*, vr. 208^b.

¹²⁹ *Edebül-evsiyâ*, vr. 229^a.

vasiyyetinin üzerinden bir sene veya daha fazla vakit geçse dahi ilk tayin ettiği şahıs vesâyetten azl olmaz.¹³⁰

Eğer bir kişiyi vasî tayin etse ve ona dese ki “Falancanın görüşüne/davranışına göre hareket etme,” dese vasî tayin ettiği ilk kişinin diğerinin görüşüne veya davranışına bakmaksızın hareket etme hakkı vardır. Ama eğer “Falancanın görüşü/davranışı dışında hareket etme.” derse, sahih olan görüşe göre onların ikisi de vasîdir. Çünkü birinci durumda mûsî istişare etmesini emretmiş, ikincide ise onun görüşüne uygun olmadan hareket etmesini yasaklamıştır.¹³¹

Eğer iki kişiyi vasî tayin etse, biri kabul edip diğer sükût etse, kabul etmiş olan da sükût etmiş olana “Ölü için bir kefen satın al.” dese, o da “Tamam.” dese veya kefeni alsa, bu o kişinin vesâyeti kabul etmesi sayılır. Sükût eden kişi kabul eden kişinin yanında çalışan biri olup ona kefen almasını emretse, o da “Tamam.” dese yahut kefeni alsa da durum böyledir.¹³²

İki vasîden biri öldüğünde, Tarafeyn’e göre hayatta kalanın terekede istediği gibi tasarruf etme hakkı yoktur, durumu hâkime taşıması gerekir. Eğer hâkim onun yanına başka bir kişiyi daha eklemeyi uygun görürse, yanına başka bir kişi daha ekler; eğer onu tek başına vasî yapmayı uygun görüp tasarrufu da tamamen ona vermeyi uygun görürse, tasarruf hakkı tamamen onun olur ve istediği gibi davranır. Ebu Yusuf’a göre hayatta kalanın durumu hâkime taşımadan kendi istediği gibi tasarruf edebilir.¹³³

Otuzuncu Fasıl: İhrâç (Vesâyetten Çıkma)

Fudayl bu fasılda, vasînin kendini vesâyetten çıkarması, vasînin vesâyeti yerine getirmekten aciz alması, vasînin delirmesi ve bunlardan doğan diğer hükümleri ele almıştır.

Vasînin vasiyeti yerine getiremeyeceği ve çok meşgul olduğu bilirse, kendini vesâyetten çıkarma hakkı vardır. Vasînin vesâyet ona geçtikten sonra kendini vesâyetten çıkarmasının hîlesi (yolu) şudur: Terekedeki aynî mallardan birinde hak iddia eder ve bunu ispat edemez, bu durumda da “İddia Faslı”nda geçtiği üzere hâkim onu itham edip kesin bir şekilde vesâyetten alır. Fudayl’e göre onun rızasına tâbi olduğu için, hâkimin onu ikinci kez vasî nasb etme şansı da yoktur. Bu mesele aynı zamanda, daha büyük bir günaha düşmek

¹³⁰ *Edebül-evsıyâ*, vr. 230^b.

¹³¹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 232^b.

¹³² *Edebül-evsıyâ*, vr. 232^b.

¹³³ *Edebül-evsıyâ*, vr. 234^b.

korkusuyla yalan söylemeyi tercih etmenin câiz olduğuna da delildir. Zira yukarıdaki kişi, yaptığı hak iddiasında yalancıdır.¹³⁴

Vasî hâkimin nasb meclisinde hâzır olup vesâyeti yerine getiremeyeceğinden şikâyet ederse, hâkim ona direk azl ile karşılık vermez. Bilakis hâkim, onun gerçekten meşgul olduğu ve ölünün malının işini görmekten âciz kalacağına kanaat getirirse, bu durumda vesâyetin onda kalmasının zararını onun yerine başka bir vasî nasb etmek yoluyla def' eder. Çünkü azledilmek istedikten sonra yetimlere gösterdiği ihtimam azalır ve yetimler bundan zarar görür. Ama eğer vasî; âdil, güvenilir ve yeterli bir kimse ise hâkimin onu azletmemesi gerekir. Çünkü onun âdil ve reşit kimseden vesâyeti alma velâyeti (yetkisi) yoktur. Özellikle de bu kimse reşit babanın yerini tutuyorsa. Ama buna rağmen azlederse, Şeyhu'l-İslâm Hâherzâde'ye (ö. 483/1090) göre azl geçerli olup kadı da câir (zulm etmiş) olur. Sahih görüş de budur.¹³⁵

Ancak Fudayl aksi kanaattedir. Kadı, velâyet-i âmme sâhibi olduğundan ve adâletli davranacağı ve Müslümanlığından ötürü ancak menfaat ve maslahat olan şeyle amel edeceği kabul edildiğinden, bu yaptığından dolayı ona bir günah yoktur. Çünkü eğer bu, yetimin veya ölünün maslahatına olmasaydı, onu azletmezdi. Zira bu sözün dayanağı budur ve bu ilmin kaidelerinin iktiza ettiği, onu azlinin ve ihracının kayıtsız şartsız câiz olmasıdır.¹³⁶

Otuz Birinci Fasil: Vasînin Vesâyetten Çıktıktan Sonra Yaptığı Tasarruf

Burada Fudayl, vasînin vesayetten çıktıktan sonra çocuğa âit bir alacağı teslim alması meselesini incelemiştir. Bu durumdaki bir vasînin çocuğun borcunu o buluğa erdikten sonra teslim alması, çocuk onu bundan nehyetmedikçe câizdir. Ama eğer buluğa erdikten sonra nehyettiye, alması câiz olmaz ve borçlunun da bu nehyden sonra vasîye ödemekle bu borcu onun zimmetinden sakıt olmaz.¹³⁷

Otuz İkinci Fasil: Vasînin Birini Vasî Tayin Etmesi (İsâ)

Bu fasılda Fudayl, vasînin başka bir şahsı vasî tayin etmesi ve bundan doğan meseleleri, ayrıca fıkıh âlimlerinin bu konudaki ihtilâfını ele almıştır. Mûsî ona bu konuda izin vermiş olsun veya olmasın, vasînin kendisinin vasî tayin edildiği şeyler için başka birini vasî tayin etme hakkı vardır. Bu ikinci kişi, o ikisinin de (hem ölünün hem onun vasîsisinin) vasîsi olur. Eğer bir kişi kendi vasîsine “Bu kârı istediğin birine sadaka olarak ver.” dese,

¹³⁴ *Edebül-evsıyâ*, vr. 240^b.

¹³⁵ *Edebül-evsıyâ*, vr. 241^a.

¹³⁶ *Edebül-evsıyâ*, vr. 242^b.

¹³⁷ *Edebül-evsıyâ*, vr. 246^b.

vasî de istediği biri olmadan ölse, vasînin vasîsinin onu kendi istediği birine sadaka olarak verme hakkı vardır. Çünkü onun istemesi, ilk vasînin istemesi gibidir.¹³⁸

Bir şahıs bir satıcıya, satması için koyunlar gönderse, satıcı da bunları satıp sonra da ölse ve bir vâris bıraksa; koyunların sâhibi alıcıdan koyunların parasını istese, alıcı da parayı satıcıya ödemediğini söylese, beyyine ile ispat etmediği sürece, alıcının parayı satıcıya ödediğine inanılmaz. Ayrıca koyunların sâhibi olan şahsın, parayı satıcının aldığı ispat edilmedikçe, satıcının vârisinden parayı isteme hakkı da olmaz.¹³⁹

Onun, satıcının vasîsinin emri olmadan, alıcıdan para talep etme hakkı da yoktur. Çünkü vekil öldükten sonra satımla ilgili talepte bulunma hakkı vekîlin vasîsinindir. Eğer bir vasîsi yoksa, kadı ona bir vasî tayin eder, o da hakkını talep eder.¹⁴⁰

Eğer iki kişiyi vasî tayin etse ve onlardan biri de ölürken diğerini kendine vasî tayin etse, bu kişinin ikinci mûsînin terekesinde tek başına tasarruf etme hakkı olduğu gibi, ilk mûsînin terekesinde de tek başına tasarruf etme hakkı vardır. Bunun sebebi şudur: İlk mûsînin terekesinde, ölen arkadaşı hayatta iken onun izni veya vekâleti ile tasarruf etse câiz olacaktı. İşte öldükten sonra onu vasî tayin ettiğinde de durum böyledir. Çünkü onun onu kendine vasî tayin etmesi vekâlet vermesi hükmündedir. Bu meselede, kendi başına tasarruf etmesinin câiz olmadığı da rivayet edilmiştir ama sahih olan görüş câiz olduğudur.¹⁴¹

¹³⁸ *Edebül-evsıyâ*, vr. 247^a.

¹³⁹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 248^b.

¹⁴⁰ *Edebül-evsıyâ*, vr. 248^b.

¹⁴¹ *Edebül-evsıyâ*, vr. 250^b.

BÖLÜM III

NÜSHALARIN TANITIMI, ESERDE KULLANILAN KAYNAKLAR VE

EDEBÜ'L-EVSIYÂ'NIN TAHKİKİLİ METNİ

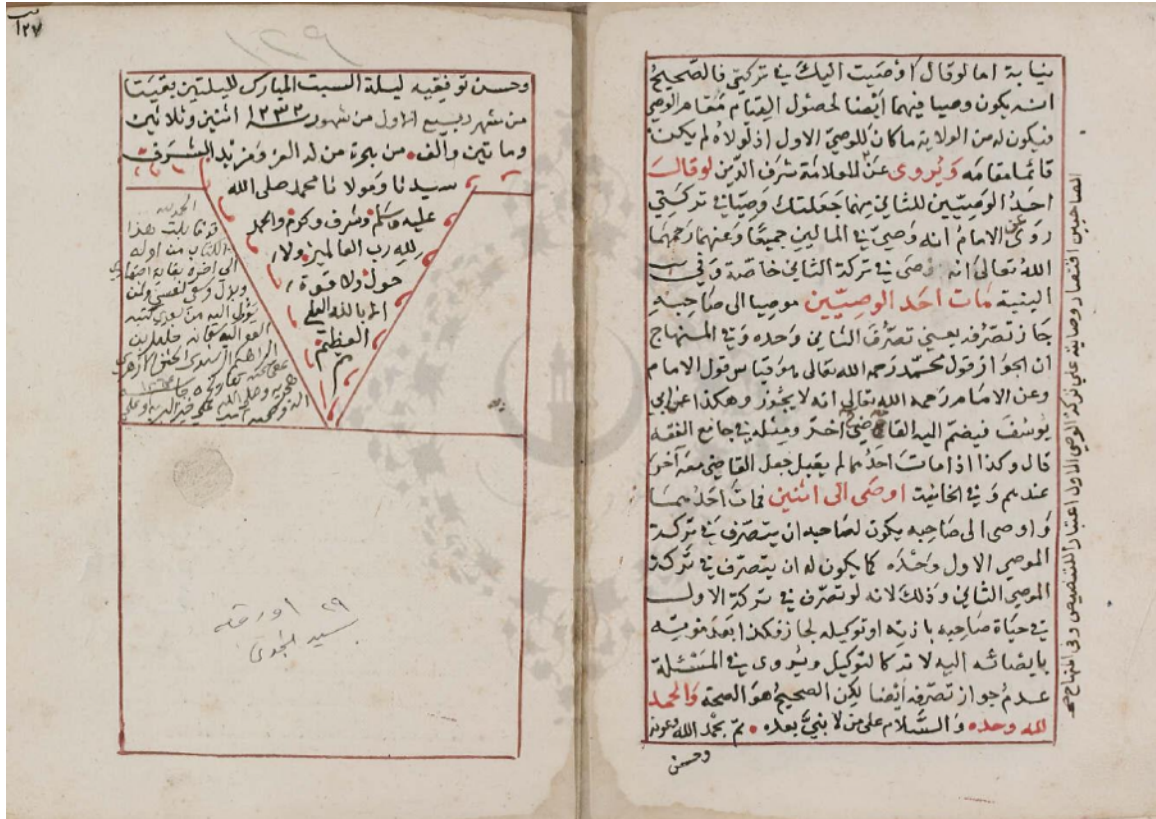
3.1. Nüshaların Tanıtımı

(A) Nüshası

Halîl b. İbrâhîm ez-Zebîdî tarafından hicrî 1264 yılında istinsah edilen bu nüsha, 129 varak olup el-Mektebetu'l-Ezheriyye Kütüphanesinde (kayıt no: 1-29762) bulunmaktadır. Bu nüsha, müstensihin de ferağ kaydında belirttiği üzere, başka bir nüshayla mukabele edilmiş ve düzeltilmiş olması açısından diğer nüshalardan farklılık gösterir. Bu nedenle asıl metni inşa etmek için onu seçtik ve diğer nüshaları onunla karşılaştırıp ondaki ve diğer nüshalardaki eksik ve fazlaları beyan ettik ve “Araştırmada İzlenen Metod ve Teknikler” kısmında zikrettiğimiz kıstaslar üzere metni oluşturduk. Bu nüsha ayrıca açık, güzel ve okunaklı hattıyla da dikkat çekmektedir. Bu nüsha tahkikte “ا” harfiyle gösterilmiştir. Bu nüshaya ait birinci ve ikinci sayfalar şu şekildedir:



A nüshasına ait son sayfalar ise şu şekildedir:



(B) Nüshası

İstinsah tarihi hicrî 1050 olan bu nüshada müstensih ismi geçmemektedir. Varak Sayısı 89 olup İstanbul Süleymaniye Kütüphanesi, Carullah Koleksiyonunda (arşiv No: 000572) bulunmaktadır. Bu, elimizdeki en eski nüshalardan biri olmakla beraber içinde bazı yerlerde çok miktarda eksiklik ve fazlalık mevcuttur. Bu duruma tahkik esnasında işaret edilmiştir. Bu nüsha tahkikte “ب” harfiyle gösterilmiştir. Bu nüshaya ait birinci ve ikinci sayfalar şu şekildedir:

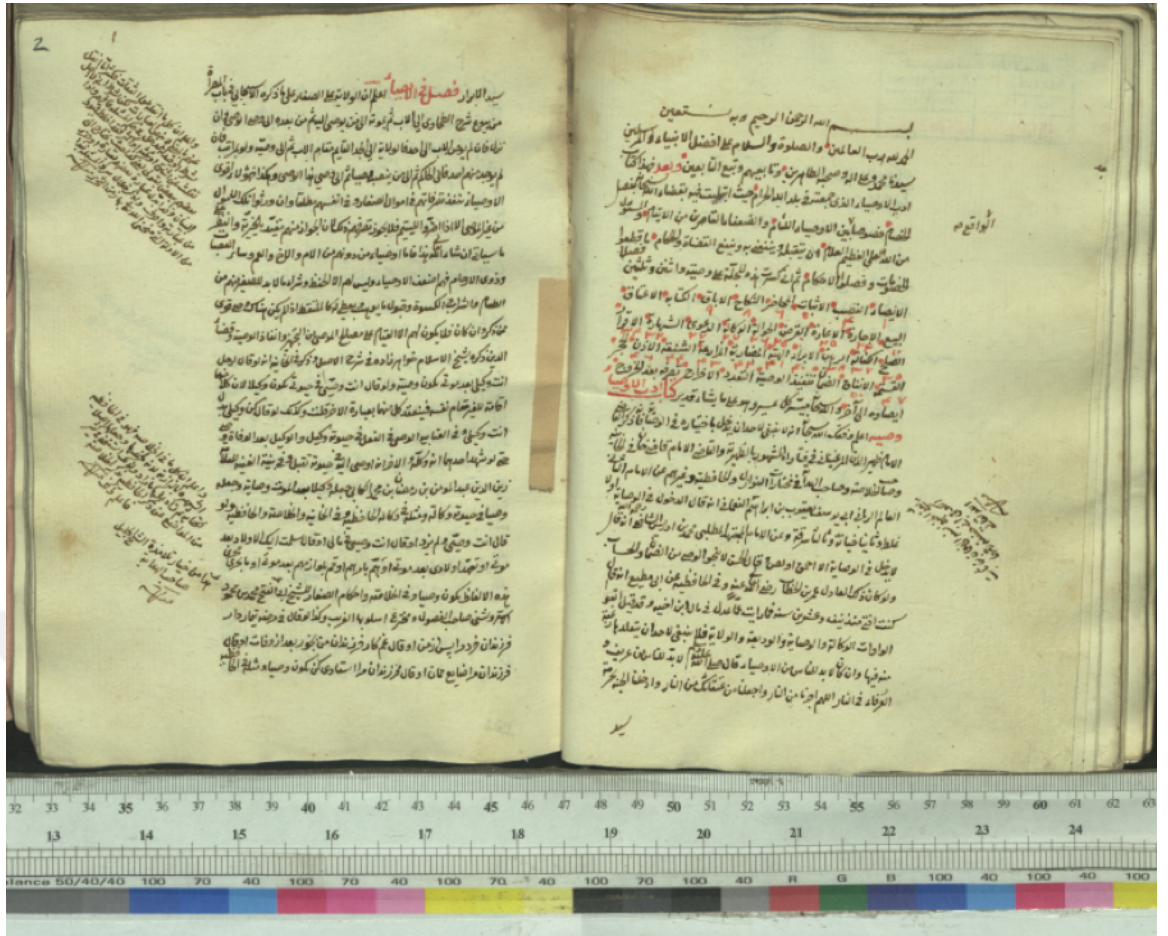


B nüshasına ait son sayfalar ise şu şekildedir:



(C) Nüshası

Muhammed b. İsa tarafından hicrî 1081 yılında istinsah edildiği belirtilen bu nüsha, 81 varak olup Ankara Milli Kütüphane, Adnan Ötüken İl Halk Kütüphanesi koleksiyonunda (arşiv no: 06 HK 982) bulunmaktadır. Bu nüsha tahkikte “ج” harfiyle gösterilmiştir. Bu nüsha, eksik ve fazlaları konusunda (B) nüshasına benzerlik göstermektedir. Bu nüshaya ait birinci ve ikinci sayfalar şu şekildedir:



C nüshasına ait son sayfalar ise şu şekildedir:



(D) Nüshası

Celâl Ziyâde el-Hüseynî tarafından hicrî 1287 senesinde istinsah edilen bu nüsha, 116 varak olup el-Mektebetu'l-Ezheriyye Kütüphanesinde bulunmaktadır. Bu nüsha da (A) nüshasına benzerlik göstermektedir ve bu da açık hattı ile dikkat çekmektedir. Bu nüsha tahkikte “د” harfiyle gösterilmiştir. Bu nüshaya ait birinci ve ikinci sayfalar şu şekildedir:

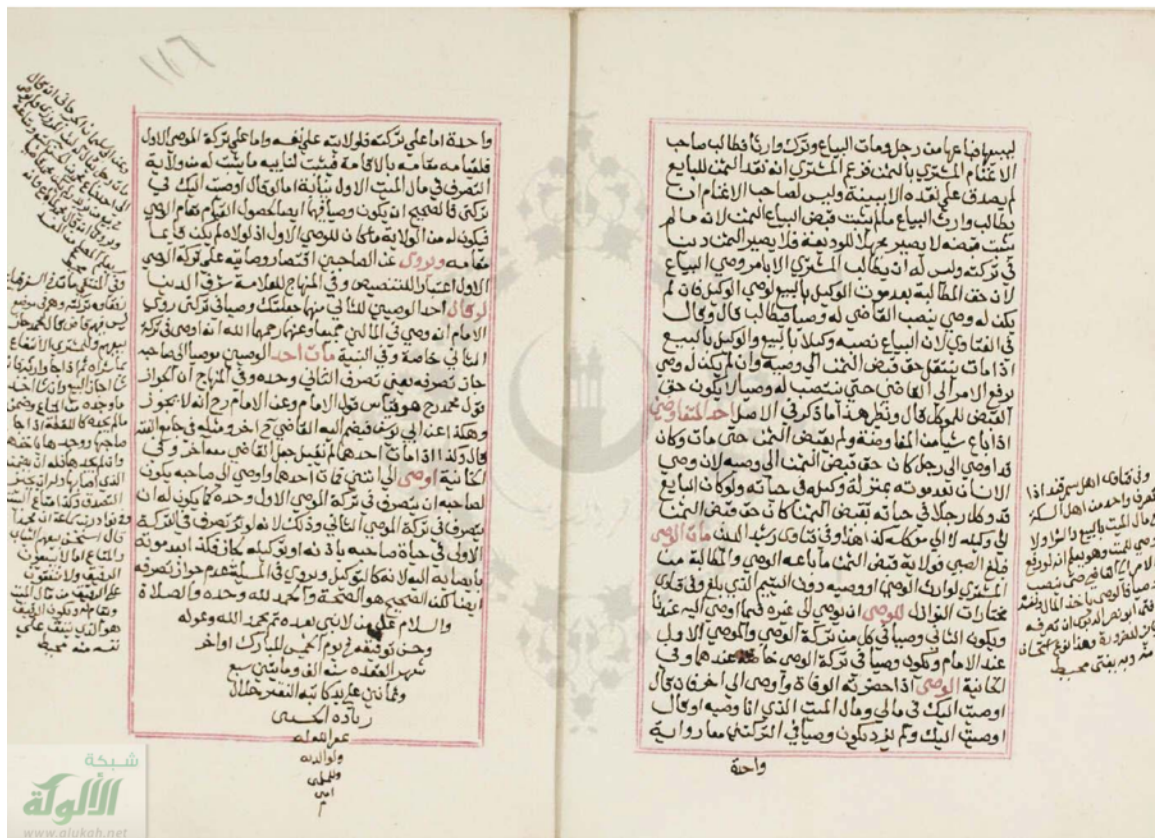
بسم الله الرحمن الرحيم وفيه تعقب
 الحق لله رب العالمين والصلاة والسلام على افضل الانبياء
 والمسلمين سيدنا محمد وعلى اله وصحبه اجمعين قبايعهم
 وتابعي ائمتنا بعثت بعد هذا كتاب ادب الاوصياء الذي
 جمعته في بلد الله الحرام حيث ابتليت فيه تقضيه سبحانه
 بفصل الخصام خصوصا الوافدي الاوصياء السلام والتمنا
 انفا صوب من الايتام والمسكين من الله العلي العظيم ان
 تتقبله وتتغنى وتتغنى بها القضاة والحكام ما قطعوا به
 الخصومات وفضلوا الاحكام ثم في كسره عني وصية
 واثنين وثلاثين فصلا
فصل في الاوصياء **فصل في المنصب** **فصل في الاثبات** **فصل**
 في المختار **فصل في النكاح** **فصل في الاماقي** **فصل في الكتابة**
فصل في الازهار **فصل في الولا** **فصل في البيع** **فصل**
 في الاجارة **فصل في الاعارة** **فصل في المرض** **فصل في الحولة**
فصل في الوكالة **فصل في الدعوى** **فصل في الزادة** **فصل**
 في الاقرار **فصل في القم** **فصل في الكفالة** **فصل في الرهن**
فصل في الاموال **فصل في الهبة** **فصل في المقاربة** **فصل في المزاينة**
فصل في الشفعة **فصل في الاذن** **فصل في الحجر** **فصل في التهمة**
فصل في الانفاق **فصل في الغنا** **فصل في تنفيذ الوصية** **فصل**
 في نقد الاوصياء **فصل في الاخراج** **فصل في تصرفه بعد تخرج**
فصل في اوصياء الوصي **فصل في اوصياء الوصي** **فصل في اوصياء الوصي**
 وهو علي ما روي قد برهن
وصية
 اعلم وقد كتبت الله تعالى انه ان ينبغي لاحد ان يدخل باختياره
 في اوصياء يتقاه بعد ذكر القاضي الامام طبرسي في المصنف في

في

في كتابه المشهور في الطبرية والمفاضي الامام في
 خان في الخاتمة وصاحب الخلاصة وصاحب الهداية
 في غتات النوازل والمخاضة وغيرهم عن الامام الثاني
 العالم الديلمي ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم النعماني
 رحمه الله انه قال **الوصي** في الوصاية ولا يخلط ويأمن
 خيانة وثالثا سرقة وعند الامام الجليلي محمد
 ابن ادريس النخعي رضي الله عنه انه قال لا يدخل
 في الوصاية الا احمق او لعمري وقال الحسن لا يجوز الوصي
 عن الضمان والحساب وكان ذلك العادل عمير بن الخطاب
 رضي الله تعالى عنه وفي الحافظية عن ابي عطية انه قال
 كنت افي منذ ثبوت وعشرين سنة في رانت عماد في
 مال ابن اخيه وجيلتوا الكواكب والوكالة والوصاية
 والودعة والولاية فلا ينبغي لاحد ان يتخذها وعقبة
 منه فم كان لا بد للناس من الاوصياء قال النبي صلى
 الله عليه وسلم لا بد للناس من عريف والمرفا في النار
 اللهم جريا من النار وجعلنا من عتاك من النار
 وادخلنا الجنة بغير حساب بحسنة سيد الادوار **فصل**
في الاوصياء اعلم ان الولاية على الصغار على ما ذكره الامام
 الا سيحيا في باب المصراقة من يوسع شرح الطحاوي
 الى الابن ثم يوصي اليه من يوصي اليه ثم من بعده الوصي
 الوصي وان تزل في ما لم يوصى الابن الى احد فالولاية الى الجدة
 النعمان ثم الامم ثم ابني وصيه ولو تزل في ما لم يوصى
 احد فالولاية الى ابني من يوصيه وصيه الى وصي هذا الوصي
 وهكذا اموا لا يوصي الاوصياء فتصير في احوال الصغار
 وفي انفسهم مطلقا وان روي تلك الاموال من غير الوصي

شبكة
 الألوكة
 www.alukah.net

D nüshasına ait son sayfalar ise şu şekildedir:



3.2. Eserde Kullanılan Kaynaklar ve Kısaltmalar

Fudayl Çelebi, *Edebü'l-Evsiyâ*'da birçok kısaltma kullanmıştır. Cümlede kastedilen mananın kolaylıkla anlaşılması için metinde biz rumuz kullanmak yerine bunları açık halleriyle yazmayı tercih ettik. İlgili kısaltmalar şunlardır:

شر: شرح

ح: حينئذ

ح: أبو حنيفة

فح: فحينئذ

الظ: الظاهر

عنده: أبو حنيفة

عندهما: أبو يوسف ومحمد

الشيخان: أبو حنيفة وأبو يوسف

الطرفان: أبو حنيفة ومحمد

رح: رحمه الله

التلميذان: محمد وزفر

Fudayl Çelebi, *Edebü'l-Evsiyâ*'yı kaleme alırken kendinden önce yazılmış kırk küsur esere müracaat etmiştir. Bunlara bazen bizzat eserin ismini vererek bazen de sadece müellifin ismini vererek atıfta bulunmaktadır. Biz *Edebü'l-Evsiyâ*'da geçen müelliflerin ve eserlerin tam ismini vereceğiz. Müellifler ve eserlerini de tahkikli metinde kısaca tanıtacağız.

1. Ebü'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed b. Ömer en-Nâtîfî (ö. 446/1054), *el-Ecnâs ve'l-Furûk*.
2. Ebü'l-Feth Mecdüddîn Muhammed b. Mahmûd b. el-Hüseyn b. Ahmed el-Üsrûşenî (ö. 637/1240'tan sonra) *Ahkamu's-Sığar*.
3. Abdülmümin Ramazan b. Muhammed, *Bunyetü'l-gunye fi'l-fikh*.
4. Şeyh Bedreddin (823/1420), *Camiu'l-fusuleyn*.
5. Muhammed b. Velid ez-Zahid, *el-Câmiu'l-asğar*.
6. Ömer b. Muhammed b. Ahmed en-Nesefî (ö. 537), *Cemu'l-ulum*.
7. Ebü'l-Fazl Rükneddin Abdurrahman b. Muhammed b. Emirveyh Kirmanî (ö. 543/1149), *Cevâhirü'l-fetava*.
8. Hafizüddin Muhammed b. Muhammed b. Şihab el-Bezzazî (ö. 827/1424), *Fetava-yı Bezzazî*.
9. Ebu Ya'kub Yusuf b. Ali b. Muhammed el-Cürcanî (ö. 522) *Hizânetü'l-ekmel fi fûru'i'l-fıkhi'l-Hanefî*.

10. Ebü'l-Mehâsin Fahrüddîn Hasen b. Mansûr b. Mahmûd Kadihân (ö. 592/1196), *el-Hâniyye*.
11. Amr b. Muhammed b. Ahmed (ö. 537), *el-Hasâil fi'l-fürû*.
12. Amr b. Muhammed b. Ahmed (ö. 537), *Fetâva'n-Neseî*.
13. İftiharüddin Tahir b. Ahmed b. Abdürreşad Buhari (ö. 542/1147), *Hulasatü'l-fetava*.
14. Hüseyin b. Muhammed (ö. 740), *Hizanetü'l-müftîn*.
15. Burhanüddin (Burhanü's-şeria) Mahmûd b. Ahmed b. Abdilaziz Buharî (ö. 616/1219), *Kitâbü'z-zahire*.
16. Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805), *ez-Ziyâdât*.
17. İsmail b. Hüseyin b. Abdullah el-Beyhakî (ö. 402), *eş-Şâmil*.
18. Ebû Nasr (Ebü'l-Kâsım) Zeynüddin Ahmed b. Muhammed b. Ömer el-Attâbî el-Buhârî (ö. 586/1190), *el-Fetâva'l-Attâbiyye*.
19. Şeyhülislam Alâeddin Ebü'l-Kasım el-Hârisî (ö. 606), *el-Udde*.
20. Muhammed b. Ebu Şucâ', *Garîbu'r-rivayet*.
21. Muhammed b. Ahmed Zahirüddin el-Buharî (ö. 619), *el-Fetava'z-zahiriye*.
22. Ali b. Osman Siracüddin (ö. 619), *el-Fetava's-Sirâciyye*.
23. Osman b. İbrahim Ebû Amr el-Fadlî (ö. 508), *el-Fetava'l-fazliyye*.
24. Muhammed b. Ebü'l-Kasım el-Bakkalî (ö. 576), *Fetâva'l-Bakkâlî*.
25. Necmüddin Yusuf b. Ahmed (ö. 576), *Fetâva'l-Hâssî*.
26. Reşidüddin Muhammed b. Amr (ö. 598), *Fetâva'r-Reşîdî*.
27. Ebü'l-Feth Zahirüddin Abdürreşid b. Ebî Hanife b. Abdürrezzak Hanefi Velvalici (ö. 540/1146), *Fetava'l-Velvalici*.
28. Şeyhülislam Nizameddin Amr b. Ali (ö. 600'den sonra), *el-Fevâid*.
29. Ebü'l-Fazl Mecdüddin Abdullah b. Mahmûd b. Mevdud Mevsilî (ö.683/1284), *Muhtârü'l-fetava*.
30. Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Mergînânî (ö. 593/1197), *Muhtârât (muhtâr)ü'n-nevâzil*.
31. Ebü'l-Kâsım Nasırüddin Muhammed b. Yusuf Hüseyini Semerkandî (ö. 556/1161), *el-Mültekat fi'l-fetavaye'l-Hanefiyye*.
32. Ebü'l-Hüseyin Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed Kudurî (ö. 428/1037), *Muhtasaru'l-Kudurî*.
33. İbrahim b. Ali b. Ahmed (ö. 744), *el-Müntekâ*.

34. Ömer b. Muhammed b. Ömer Şerafettin el-Ensârî (ö. 576), *Minhâcu 'l-fetâvâ*.
35. Ebü'r-Reca Necmeddin Muhtâr b. Mahmûd Zahidi (ö. 658/126), *Kunyetü'l-fetava-Münyetü 'l-fukahâ*.
36. Hüsameddin Hüseyin b. Ali b. Haccac es-Siğnakî (ö. 711/1311), *en-Nihaye fi şerhi'l-hidaye*.
37. Burhaneddin Mahmûd b. Ahmed (ö. 616/1219), *el-Veciz fi'l-Fetava*.
38. Ali b. Abdülaziz el-Mergînânî (ö. 506), *el-Akziye*.
39. Hafız Ebü'l-feth Nasrullah b. Abdurrahman (ö. 633), *el-Îzâh*.
40. Ebü'l-Velîd Bişr b. el-Velîd b. Hâlid el-Kindî el-Bağdâdî (ö. 238/853), *Nevâdiru Bişr*.
41. Ahmed b. Muhammed el-Gaznevî (ö. 593), *en-Nütef*.

3.3. Tahkikli Metin

الرموز المستعملة في الهامش

أ: نسخة المكتبة الأزهرية المقابلة على غيرها

ب: نسخة مكتبة الشعب التركية

ج: نسخة مكتبة الشعب أنقرة

د: نسخة المكتبة الأزهرية

ت: توفي

هـ: هجري (لما تقترن بالتاريخ)

م: ميلادي

+ :زيادة

- :نقصان

هـ: هامش

و: وجه

ظ: ظهر

مقدمة المؤلف

[2/ظ] بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أفضل الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطاهرين، وتابعيهم و تَبِعَ التابعين وبعد فهذا كتاب أدب الأوصياء الذي جمعته في بلد الله الحرام، حيث ابتليت فيه بقضاء الله⁽¹⁴²⁾ سبحانه بفصل الخصام، خصوصا الواقع بين الأوصياء اللئام والضعفاء القاصرين من الأيتام، والمسؤول من الله العليّ العلّام، أن يتقبله وينفعني وينفع به القضاة والحكام ما قطعوا الخصومات ووصلوا الأحكام، ثم إني كسرت⁽¹⁴³⁾ على وصية واثنين وثلاثين فصلا⁽¹⁴⁴⁾ والله سبحانه ميسر كل عسير، وعلى ما يشاء قدير.

[3/و] وصية

اعلم وفقك الله تعالى أنه لا ينبغي لأحد أن يدخل باختياره في الوصاية فإنه ذكر القاضي الإمام ظهير الدين المرغيناني⁽¹⁴⁵⁾ في فتاواه المشهورة بالظهيرية⁽¹⁴⁶⁾ والقاضي الإمام قاضي خان في الخانية⁽¹⁴⁷⁾ وصاحب الخلاصة⁽¹⁴⁸⁾ وصاحب الهداية في مختارات النوازل⁽¹⁴⁹⁾ والحافظية⁽¹⁵⁰⁾ وغيرهم عن الإمام الثاني العالم الرباني أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم النعماني⁽¹⁵¹⁾ رحمه الله تعالى أنه قال: الدخول في الوصاية أولا غلط وثانيا خيانة وثالثا سرقة، وعن الإمام المجتهد المطلبي⁽¹⁵²⁾ محمد بن ادريس الشافعي

(142) أ،د: يقضائه.

(143) ب،ج+: بهذه المجلة، كسرت: رتبته، المعجم الوسيط 787/2.

(144) ههنا يذكر المؤلف فهرسة كتابه وأثبتها في آخر الكتاب.

(145) ظهير الدين البخاري هو صاحب الفتاوى والفوائد الظهيرية، حيث رد للكنوي في الفوائد على القاري عندما نسب الفتاوى الظهيرية إلى ظهير الدين علي بن عبد العزيز الكبير المرغيناني وكذلك لمن نسبها لابنه ظهير الدين الحسن بن علي المرغيناني، الفوائد البهية ص 121-

122-123-154-157.

(146) الفتاوى الظهيرية: لمحمد بن أحمد بن عمر ظهير الدين البخاري، صاحب الفوائد والفتاوى الظهيرية (ت. 619هـ). الفوائد البهية ص 156-157.

(147) لحسن بن منصور بن محمود بن عبد العزيز، المعروف بالإمام قاضي خان، وله الفتاوى المشهورة بالخانية والواقعات والأمالى والمحاضر وشرح "الزيادات" وشرح "الجامع الصغير" وشرح "أدب القضاء" للخصاف وغير ذلك (ت. 592هـ) سلم الوصول إلى طبقات الفحول 41/2.

(148) طاهر بن أحمد البخاري، من تصانيفه: خزانة الواقعات والنصاب والخلاصة (ت. 542هـ). الفوائد البهية ص 84.

(149) علي بن أبي بكر المرغناني (ت. 593هـ). الفوائد البهية ص 141، الجواهر المضبية ص 627.

(150) هامش النسخة ب، ج: واعلم أن كل ما في الخلاصة فهو في الحافظية الشهيرة باليزازية لأنه لخصها وجعلها أصلا لكتابه ثم زاد عليها مازاد ولذلك استغنى في كثير من المواضع عن ذكر الحافظية بذكر الخلاصة فاعلم ذلك. وسأذكر ترجمة صاحب اليزازية في موضعه إن شاء الله تعالى.

(151) هامش النسخة ب، ج: يعني الحنفي نسبة إلى نعمان بن ثابت الكوفي أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وهذا من قبيل نسبة التلميذ إلى الأستاذ.

(152) هامش ب: المطلبي: أي منسوب إلى عبد المطلب أبي حمزة أسد الله الشهيد رضي الله عنه لأن سلسلة الشافعي تشتهر إليه.

رضي الله عنه أنه قال: لا يدخل في الوصاية إلا أحق أو لص، وقال الحسن⁽¹⁵³⁾ لا ينجو الوصي عن الضمان والحساب ولو كان ذلك العادل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وفي الحافظية عن أبي مطيع⁽¹⁵⁴⁾ أنه قال: كنت أفتي منذ نيف وعشرين سنة فما رأيت عملاً عدل في مال ابن أخيه، وقد⁽¹⁵⁵⁾ قيل اتقوا الواوآت الوكالة والوصاية والوديعة والولاية، فلا ينبغي لأحد أن يتقلدها رغبة منه فيها وإن كان لا بد للناس من الأوصياء، قال النبي صلى الله عليه وسلم (لا بد للناس من عريف والعرفاء في النار)⁽¹⁵⁶⁾ اللهم أجرننا من النار، واجعلنا من عتقائك⁽¹⁵⁷⁾ من النار، وأدخلنا الجنة بغير حساب، بحرمة سيد الأبرار.

الفصل الأول

الإيصاء

اعلم أن الولاية على [4/ظ] الصغار على ما ذكره الإمام الإسيبجي⁽¹⁵⁸⁾ في باب المصرة من بيع شرح الطحاوي⁽¹⁵⁹⁾ إلى الأب ثم بموته إلى من يوصي إليه، ثم من بعده إلى وصي الوصي وإن نزل، فإن لم يوص الأب إلى أحد فالولاية إلى⁽¹⁶⁰⁾ الجد القائم مقام الأب، ثم إلى وصيه ولو بمراتب، فإن لم يوجد منهم أحد فالإي الحاكم ثم إلى من ينصبه وصياً ثم إلى وصي هذا الوصي وهكذا، فهؤلاء أقوى الأوصياء تنفذ تصرفاتهم في أموال الصغار وفي أنفسهم مطلقاً وإن ورثوا تلك الأموال من غير الموصي، إلا إذا أضروا باليتيم فلا يجوز تصرفهم ذلك لأن الجواز منهم مقيد بالخيرية والنظر على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

هذا وأما أوصياء مَنْ دونهم الأم والأخ والعم وسائر العصبات وذوو الأرحام فهم أضعف الأوصياء، ليس لهم إلا الحفظ وشراء ما لا بد منه للصغير من الطعام والشراب والكسوة وقبول ما يوجب ويعطى له كالمَلْتَقَطِ إذا لم يكن هناك وصي قوي ممن ذكر، فإن كان فلا يكون لهم إلا القيام على مصالح الموصي

(153) الحسن بن منصور قاضي خان، تقدمت ترجمته، قوله (لا ينجو...) ذكرها في فتاواه 439/3.

(154) الحكم بن عبد الله القاضي أبو مطيع البلخي، راوي الفقه الأكبر عن أبي حنيفة (ت. 199هـ). الفوائد البهية ص 68.

(155) أ، د: قد

(156) مسند أبي يعلى برقم 1481. أتى بلفظ العريف بدل العرفاء 57/3.

(157) أ، د: عتقائك

(158) أحمد بن منصور الإسيبجي، له شرح على مختصر الطحاوي وكتاب الفتاوى (ت. 480هـ). الفوائد البهية ص 42. كشف الظنون

1220/3.

(159) أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوي، من آثاره: معاني الآثار ومشكل الآثار وشرح الجامع الكبير والصغير والنوادر الفقهية وغير ذلك (ت. 320هـ). الفوائد البهية ص 32.

(160) ج: +، أبي، ولعلها زيادة من الناسخ لأن الولاية بعد الأب تنتقل إلى الجدّ إن لم يوص لا إلى أبي الجد، فإن أوصى الأب فالإي الوصي لا إلى الجد أو أبيه.

من التجهيز وإنفاذ الوصية وقضاء الدين، ذكره شيخ الإسلام خواهر زادة⁽¹⁶¹⁾ في شرح الأصل.⁽¹⁶²⁾ وذكر في الخانية: أنه لو قال لرجل أنت وكيل بعد موتي يكون وصيه، ولو قال أنت وصيي في حياتي يكون وكيله لأن كلا منهما إقامة للغير مقام نفسه فينقصد كل منهما بعبارة الآخر، قلت: وكذلك لو قال كن وكيل بدل أنت وكيل، وفي العتابية:⁽¹⁶³⁾ أوصى⁽¹⁶⁴⁾ في الفعل في حياته تُقبل، وفي بنية الغنية⁽¹⁶⁵⁾ زين الدين عبد المؤمن بن رمضان بن محمد الكاظمي رحمه الله جعله وكيلاً بعد الموت وصايةً وجعله وصياً في حياته وكالةً، [5/و] ومثله في وكالة الحافظة.⁽¹⁶⁶⁾ وفي الخانية والخلاصة والحافظة: ولو قال أنت وصيي ولم يزد، أو قال أنت وصيي في مالي، أو قال سلّمت إليك الأولاد بعد موتي، أو تعهّد أولادي بعد موتي، أو همّ بأمرهم، أو قم بلوازمهم بعد موتي، أو مايجري مجرى هذه الألفاظ يكون وصياً.

وفي الخلاصة وأحكام الصغار⁽¹⁶⁷⁾ للشيخ أبي الفتح محمد بن محمود الاستروشني صاحب الفصول ومخترع أسلوبها الغريب⁽¹⁶⁸⁾ وكذا لو قال في مرضه (تيماردار فرزندان خردوايس زمن أو قال غم كار فرزندان من يجوز بعدا زوفات أو قال فرزندان مرا ضايع ممان أو قال فرزندان مرا استعداد كن يكون وصياً) ومثله في الحافظة.

وفي الخانية: امرأة قالت لزوجها المريض إلى من تسلم أولادي؟ فقال لها الزوج: إليك وأسلمك إلى الله تعالى، قال نصير⁽¹⁶⁹⁾ رحمه الله تعالى تكون⁽¹⁷⁰⁾ المرأة وصياً للأولاد، وفيها وفي الخلاصة: ولو قال في مرضه اقض ديوني ووصاياي فإنه يصير وصياً إجماعاً، أما لو قال اقض ديوني ولم يزد فإنه يصير وصياً في جميع أحواله عند الإمام رضي الله عنه، وقال محمد رحمه الله لا يصير وصياً ما لم يضم إليه قوله ونفذ وصاياي، لأبي حنيفة رحمه الله أن قضاء الديون بعد الموت من أعمال الوصاية إذ لا يصح إلا بها، ثم الوصاية إذا كانت من الميت لا تقبل التخصيص بنوع من الأنواع

(161) محمد بن الحسين البخاري، المعروف ببيكر (أبي بكر) خواهر زادة، من كتبه المختصر والتجنيس وشرح المبسوط المعروف بمبسوط بكر خواهر زادة (ت. 433هـ). الفوائد البهية 163/164.

(162) الأصل: للإمام، المجتهد: محمد بن الحسن الشيباني، الحنفي (ت. 189هـ). وخواهر زادة كان ممن شرح كتاب الأصل (المبسوط). كشف الظنون 81/1. الفوائد البهية 163/134.

(163) لأبي نصر: أحمد بن محمد العتابي، البخاري، الحنفي. له: جامع جوامع الفقه المعروف بالفتاوى العتابية (ت. 586هـ). كشف الظنون 569/1.

(164) ج: الوصي، د: الوصية.

(165) أ: د: منية الفقيه والصحيح بنية الغنية وهو ما أثبتته من ب+ج و هذا ما نسبته كتب التراجم إلى المؤلف. وبنية الغنية: لعبد المؤمن بن رمضان بن محمد الكاظمي وأيضاً يُقال له: الكافي والكامي الحنفي، له «غنية المفتي الحاوي أكثر الفتاوى»، وله «بنية الغنية» وكتاب الغنية هو مختصر لكتاب البنية. (ت. 714هـ). هدية العارفين 631/1. كشف الظنون 1212/2. الطبقات السنية 394/4.

(166) أي الفتاوى البزازية: محمد بن شهاب بن يوسف الكردي المعروف بالبزازي، من تصانيفه: الجامع الوجيز المشهور بفتاوى البزازية، شرح مختصر القدوري، مناقب الإمام أبي حنيفة وغير ذلك (ت. 827هـ). هدية العارفين 185/2.

(167) محمد بن محمود بن الحسين الاسروشي، له من الكتب أحكام الصغار وسماءه أيضاً جامع الصغار في الفروع، الفصول في الفقه ثلاثين فصلاً (ت. 636هـ). هدية العارفين 113/2.

(168) ج+: ومخترع أسلوبها الغريب.

(169) نصير بن يحيى البلخي، أخذ الفقه عن أبي سليمان الجوزجاني عن محمد (ت. 268هـ). الفوائد البهية ص 221.

(170) ج: نصير.

كقضاء الديون.

قال في الولوالجية: (171) بعد ذكر هذه وذلك لأن إيصاء الميت نقل لولايته إلى الوصي وهذه الولاية لا تتجزى، فإذا انتقل في نوع من أنواع التصرف في التركة ينتقل في كل أنواعها فيصير وصيا مطلقا وفي البنية: (172) [6/ظ] مريض قال اقض ديني أو اشتتر كفني أو نفذ وصاياي، صار وصيا عاما، وفي المنهاج (173) للإمام شرف الدين الأنصاري العقيلي البخاري: أوصى إليه في شيء خاص يكون وصيا في كل ماله عند الإمام رضي الله عنه، وقالوا رحمهما الله تعالى: يكون وصيا فيما أوصى به خاصة. وفي جامع الفقه للإمام الأجل الزاهد جمال الإسلام أبو نصر أحمد بن محمد بن عمر العتابي البخاري رضي الله عنه: ولو أوصى إلى رجل في الدين وإلى آخر في العين أو إلى أحدهما في نوع وإلى آخر في نوع آخر صار كل واحد وصيا عاما، وفي الفتاوى السراجية: (174) الوصي في نوع يعني من الميت يكون وصيا في الأنواع كلها، بخلاف وصي القاضي، قلت: وسيأتي تفصيله في فصل البيع إن شاء الله تعالى.

وفي الولوالجية: قال لآخر بع داري أو عبيدي لا يكون وصيا، بخلاف ما لو قال له اقض ديني بعد موتي أو نفذ وصاياي أو اشتتر كفني، حيث يكون وصيا لأنه لم يكن في الأول حق للميت، أما الثاني ففيه للميت حق فيكون فيه نقل الولاية بخلاف الأول.

وفي جامع الفقه للإمام العتابي: ولو قال اقض ديني واشتر كفني أو نفذ وصاياي صار وصيا عاما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى إن جمَعَ بين هذه الثلاثة فعامَ وإلا ففيما سمى، فأما بع داري و أنفق على ولدي وانظر له وقم بأمره، ففيما سمى ولا يكون عاما لأنه لاحق للميت في ذلك، وكذلك أعط فلانا هذه الألف يحج عني.

وفي الخانية وفتاوى نجم الدين (175) الخاصي (176) عن النوازل [7/و] للفيق أبي الليث (177) رحمه الله تعالى: أوصى إلى رجل فقال الرجل أقبل في إنفاذ الوصية ولا أقبل في قضاء الديون، فأجابه الموصي إلى ذلك، إن لم يُسند الموصي الديون إلى غيره فالرجل وصي في قضائها أيضا، لعدم قبول الوصية التجزئة

(171) الفتاوى الولوالجية: إسحاق بن أبي بكر الحنفي (ت. 710هـ). كشف الظنون 1230/2.

(172) بنية الغنية، تقدم ترجمتها.

(173) عمر بن مُحَمَّد بن أَحْمَد أبو حَفْص له منهاج الفتاوى (ت. 576هـ). هدية العارفين 784/1.

(174) علي بن عُثْمَان بن مُحَمَّد، من تصانيفه ثواقب الاخبار، فتاوى السراجية، مشارق الانوار شرح نصاب الاخبار (ت. 575هـ). هدية العارفين 700/1.

(175) نجم الدين يوسف بن أحمد بن أبي بكر الخاصي، من تصانيفه: الفتاوى الصغرى، الفتاوى الكبرى (ت. 576هـ). هدية العارفين 554/2.

(176) أ، د، الحاجبي، والصحيح الخاصي كما أثبتته من ب+ج وهو ما ذكرته كتب التراجم.

(177) أبو الليث السمرقندي: نصر بن مُحَمَّد بن إبراهيم بن الخطاب السمرقندي من تصانيفه: النوازل في الفروع والعيون وخزانة الفقه و بستان العارفين وشرح الجامع الصغير، هناك اضطراب في وفاته: فقيل (575-576-573-583-593هـ). الفوائد البهية ص 220، كشف الظنون 1981/2. هدية العارفين 490/2.

والتخصيص ومثله في الولوالجية.

وفي هذه الثلاثة⁽¹⁷⁸⁾ أيضا قال المسافر لرفيقه: أنت وصيي في شراء الكفن، وتحمل متاعي إلى الورثة، فإذا سلمته إليهم فأنت خارج عن الوصاية، فمات وله وصايا وعليه ديون قال الإمام رضي الله عنه: هو وصيه في كل شيء .

وفي الذخيرة⁽¹⁷⁹⁾ أودع الوكيل بالحفظ⁽¹⁸⁰⁾ من جهة الغائب المال عند أحد ومات فذو اليد خصم لكل من يطلب المال، فلو برهن ذو اليد على دفع الغائب إلى الميت لا يكون خصما للمدعي قال⁽¹⁸¹⁾ وأجعله وصياً مختاراً للميت في ذلك المدفوع⁽¹⁸²⁾ فقط، أما على قياس قول الإمام فهو وصي⁽¹⁸³⁾ في كل شيء .

وفي النوازل والخانية أوصى إلى أحد وقال متى شئت الخروج عنها فلك ذلك صح، ويخرج متى شاء⁽¹⁸⁴⁾ لأن هذا ليس بتخصيص، كيف وقوله متى شئت ينبئ عن العموم.

وفي فتاوى الظهيرية والخانية قال لرجل هو وصيي فإن أدركه الموت ففلان وصيي بعده فالوصي الأول، ولو قال⁽¹⁸⁵⁾ هو وصيي مالم يبلغ ابني فإذا بلغ فالوصي ابني دون الرجل، قال الإمام الفضلي⁽¹⁸⁶⁾ رحمه الله: الوصي الرجل أدرك الابن أو لم يدرك، ولا يجعل الحاكم معه وصيا آخر عند الإمام رضي الله عنه، وقال أبو يوسف والحسن بن زياد اللؤلؤي رحمه الله: هو كما قال وأمر،⁽¹⁸⁷⁾ ومثله في أدب القاضي للخصاف.

وفي الخلاصة عن الخصاف⁽¹⁸⁸⁾ رحمه الله: قال فلان وصيي فإذا بلغ ابني فهو وصيي وحده أو مع فلان ذلك، يكون [8/ظ] الابن وصيا كما شرط عندهما ولا يكون عند الإمام، قال وهذا بناء على أنه إذا أوصى إلى صبي فبلغ الصبي لا يكون وصيا عنده إذا بلغ، وعندهما يكون، قلت: وظاهر هذا يقتضي كون محمد مع أبي يوسف رحمهما الله.

(178) يعني الخانية وفتاوى الخاصي والنوازل.

(179) محمود أو محمد برهان الدين بن عبد العزيز بن عمر بن مازة، من تصانيفه: المحيط البرهاني والذخيرة والتجريد وتتممة الفتاوى والفتاوى (ت. 616هـ). الفوائد البهية ص 205. كشف الظنون 823/1.

(180) أ،د: بالخصوصة.

(181) ج: قال.

(182) ج: النوع.

(183) ج: له.

(184) ب،ج+: وأي وقت شاء.

(185) من قوله (فإن أدركه الموت ... ولو قال) ناقصة من النسخة أ وثابتة في بقية النسخ.

(186) محمد بن الفضل الفضلي، الكماري، البخاري، الحنفي (ت. 381هـ). كشف الظنون 1294/2.

(187) ب: وأمر.

(188) أبو بكر أحمد بن عمرو الخصاف، له من الكتب: الحيل والمخارج، كتاب الخراج المحاضر والسجلات، ادب القاضي، واحكام الوقف (ت. 261هـ). معجم المؤلفين 35/2.

وفي الكتب الثلاثة الأول،⁽¹⁸⁹⁾ وكذلك⁽¹⁹⁰⁾ لو قال أوصيتُ إليه فإن لم يقبل ففلان آخر وصيي جاز، ويكون الثاني وصيا بعدم قبول الأول،⁽¹⁹¹⁾ وفيها⁽¹⁹²⁾ أيضا: وكذلك لو قال فلان وصيي فإن قدم فلان الغائب فالوصي القادِم، قال أبو يوسف رحمه الله: هو كما قال، وقال الإمام رضي الله عنه الوصي هو الأول قَدِمَ الغائب أو لا، ولا يكون الثاني وصيا مالم يَنْصِبْهُ الحاكم، وقال الإمام الفُضلي إذا قدم الغائب يكون وصيا ويخرج بقدمه الأول، قالوا وعليه الفتوى.

قال الفضلي قال الكرخي⁽¹⁹³⁾ رحمه الله: إن هذا يعني الخروج بالقدم قول أبي يوسف رحمه الله، أما على قول الإمام فهما وصيان في كل الأمور.

وفي السراجية: قال فلان وصيي حتى يقدم فلان ثم الوصاية إلى فلان آخر فهو كما قال، وفي الولوالجية: أوصى إلى رجل وشرط أنه إذا قدم فلان الغائب يكون الوصي، فإن الرجل يخرج عن الوصاية بقدم الغائب لأن تعليق الوصية والوصاية بالشرط صحيح لأنهما⁽¹⁹⁴⁾ إثبات الخلافة بعد الموت والتعليق بالشرط يليق به كالتوكيل والولاية ومثله في المنية،⁽¹⁹⁵⁾ قلت: وكذا يجوز⁽¹⁹⁶⁾ تأقيت الوصاية والوصية، قال في الولوالجية: أوصى لصبي بشيء وقال أعطوه بعدما يموت أبوه فإنه يعطى له بعد موت أبيه لا قبله والوصاية وصية [9/و] أو تخليف والولاية تتأقت، والله سبحانه وتعالى أعلم وسيجيء في فصل التنفيذ⁽¹⁹⁷⁾ من النوازل أيضا.

وفي الظهيرية⁽¹⁹⁸⁾ المرغينانية⁽¹⁹⁹⁾ والخانية:⁽²⁰⁰⁾ قال إن قدم فلان فهو وصيي وإن لم يقدم، ينبغي للقاضي أن ينصب وصيا بعد الموت فإذا قدم هو يخرج المنصوب ويكون القادم وصيا ومثله في السراجية.

(189) لعله أراد الخانية وفتاوى الخاصي والنوازل لأبي الليث السمرقندي، وقوله الأول: يعني في مسألة قال فلان وصيي فإذا بلغ ابني يكون الوصي فلان لا الصبي عند الإمام وفلان عند صاحبين والفتوى على قولهما كما سيأتي.

(190) أ،د: ولذلك.

(191) ج:- وكذلك لو قال أوصيتُ إليه فإن لم يقبل ففلان آخر وصيي جاز، ويكون الثاني وصيا بعدم قبول الأول.

(192) الخلاصة.

(193) عبيد الله بن الحسن بن دلال وقيل ابن لال ابن دلهم الكرخي، من تصانيفه: الجامع الكبير، مُختصر في الفروع وغير ذلك (ت. 340هـ). هدية العارفين 646/1.

(194) ج: لأنهما، وفي بقية النسخ لأنها، أثبت التنبيه لأن الضمير عائد على الوصية والوصاية.

(195) منية الفقهاء: مختار بن محمود بن محمد، من كتبه الحاوي في الفتاوى وزاد الأئمة وقنية المنية لتتميم الغنية (ت. 658هـ). الأعلام للزركلي 193/7.

(196) ب: يصح.

(197) ج: التنبيه.

(198) الظهيرية لأحمد البخاري.

(199) ب:- المرغينانية.

(200) د:- الخانية.

وفي المنتقى⁽²⁰¹⁾ أوصى إلى ابن له صغير ، قال يجعل القاضي له وصيا، ويجوز أمره يعني أمر الميت بإيصاء الأب أيضا،⁽²⁰²⁾ فإذا بلغ ابنه جعله وصيا وأخرج الأول إن شاء ولا يكون خارجاً إلا بإخراج القاضي إياه.

وفي الخانية⁽²⁰³⁾ إذا أدرك ابني فهو وصيي جاز، وينبغي للحاكم أن يجعل للموصي وصيا ما دام الابن صغيراً، فإذا أدرك يكون هو الوصي وتبطل وصاية المنسوب، وفي الخلاصة أيضا الجواز نقله عن الخصاص وفي فتاوى نجم الدين الخاصي⁽²⁰⁴⁾ أن القاضي يجعل غيره وصيا فإذا بلغ الابن لم يكن للابن أن يخرج المنسوب إلا بأمر القاضي ومثله في الخانية أيضا فتدبر.⁽²⁰⁵⁾

وفي السراجية والغنية للسجستاني⁽²⁰⁶⁾ أنه لا يجوز وصاية الابن، وفي جامع الفقه قال: أوصيت إلى فلان فإن مات فلان آخر، فأخرج القاضي الأول بالتهمة وأقام غيره مقامه فهو الوصي حتى يموت دون فلان الثاني، لأنه قائم مقام الأول ولا عبرة لموت الأول فإن لم يخرج القاضي ولكن مات وأوصى إلى غيره فالوصي فلان، وفيه أوصى إلى رجلين وقال فإن ماتا فلان فأخرج القاضي أحدهما ونصب غيره ثم ماتا فلان، والذي نصبه القاضي وصيان.

وفيه ادعى رجلان صبيا أنه ابنه [10/ظ] فهما كالوصيين، فلو مات أحدهما تعين الباقي منهما للأبوة فوصيه أولى من وصي الأول وأبيه ، ولو ماتا معا أو لم يعرف الذي⁽²⁰⁷⁾ مات أولا فوصيهما سواء . وفي الظهيرية والخانية أوصى إليه بالعفو عن جرحه قال محمد رحمه الله: لا يكون وصيا في غيره ويروى هذا عن الامام أيضا، وعنه رضي الله عنه أيضا أنه يكون وصيا في جميع أموره وبه يفتى ذكره نجم الدين الخاصي.

وفي النوازل والخانية والخلاصة: ولو قال لك مائة درهم على أن تكون وصيا عني أو قال له استأجرتك بمائة لتنفيذ وصاياي⁽²⁰⁸⁾ فقبل فلان ذلك، يكون وصيا والمائة وصية له من الثلث ويبطل الشرط والإجارة لكونهما بعد الموت، وفي الخاصي وهو مختار الفقيهين أبي جعفر⁽²⁰⁹⁾ وأبي الليث وبه يفتى، وفي النوازل

(201) إبراهيم بن علي بن أحمد بن يوسف، له من التصانيف "شرح الهداية" وكتاب "المنتقى" في فروع المسائل، كتاب "نوازل الوقائع" وغير ذلك (ت. 744هـ). سلم الوصول إلى طبقات الفحول 37/1. ويوجد كتاب المنتقى للحكم الشهيد قال اللكنوي: المنتقى أصل من أصول المذهب بعد كتب الإمام محمد ولا يوجد المنتقى في ديارنا في أعصارنا. الفوائد البهية ص 185.

(202) ج:- يعني أمر الميت بإيصاء الأب أيضا.

(203) ب، ج، +: قال.

(204) ج، +: وأحكام الصغار.

(205) ج:- وفي السراجية إلى قوله: وصاية الابن.

(206) يوسف بن أحمد السجستاني، من آثاره: منية المفتي في فروع الفقه، وغنية الفقهاء (ت. 638هـ). معجم المؤلفين 270/13.

(207) ب: أيهما.

(208) ج، +: أو قال استأجروا فلانا بمائة حتى تنفذ وصاياي.

(209) أبو جعفر الهنداوي: مُحَمَّد بن عبد الله بن مُحَمَّد أبو جَعْفَر الهنداوي، من تصانيفه شرح ادب القاضي لابي يُوسُف الفَوَائِد الفُفُهِة. كشف الغوامض في الفُروع (ت. 362هـ). اهدية العارفين 47/2.

وهذه ليست بإجارة إنما هي وصية لضمنه بالعمل إن نفذ الوصية استحق المائة وإلا لا، وقال نصير رحمه الله هي إجارة باطلة فلا شيء له، وقال الولوالجي الإجارة باطلة والمائة صلة من الثلث⁽²¹⁰⁾ لأن بقبوله الوصايا وجب العمل عليه بحيث لا يمكنه الخروج عنها إلا بإذن الحاكم والاستئجار على هذا لا يجوز، قال وذكر في بعض المواضع أنه لا يعطى له المائة لبطلان الإجارة، وفي البنية استأجره لإنفاذ وصاياه لا يجب الأجر ولا إجارة بعد الموت.

وفي الهداية: أوصى إلى عبد غيره أو إلى ذمي أو فاسق يخاف منه على المال، يخرجهم الحاكم وإن أجاز مولى العبد لما أن له الامتناع بعد الإجارة، وكذا في الولوالجي والوجيز للسرخسي⁽²¹¹⁾ فتصح تصرفاتهم قبل الإخراج كذا⁽²¹²⁾ في السراجية والخانية والخلاصة.

[11/و] وفي جامع العتابي: اختلف فيه المشايخ⁽²¹³⁾ والصحيح النفاذ والعهد في العبد على الورثة، وفي الهداية وقيل: أن الإيضاء إلى العبد والكافر باطل، لأن الكافر لكفره غير مأمون والعبد مملوك فلا يملك التصرف، فعلى هذا لا يصح تصرفاتهم قبل الإخراج.

وهذا بخلاف الإيضاء إلى المكاتب لأنه مالك لليد فيملك التصرف فيجوز، إلا إذا عاد إلى الرق فيكون كالإيضاء إلى العبد ذكره في النهاية،⁽²¹⁴⁾ ومثله في جامع العتابي، وفي الولوالجي أنه⁽²¹⁵⁾ يجوز الإيضاء إلى المكاتب، لكن الحاكم يخرجها كيلا يباشر العقود الفاسدة.

وفي الهداية ومختارات النوازل له⁽²¹⁶⁾ ولو أوصى إلى عبد نفسه، فإن كانت الورثة كلهم صغار جاز عند الإمام استحساناً، وقالوا: لا يجوز كما إذا كان في الورثة كبير وبه يفتى، ومثله في الخلاصة، وقيل: قول محمد هنا مضطرب.

وفي أدب القاضي للخصاف أوصى إلى عبد أو صبي يخرجهما ويجعل مكانهما وصيا للميت لأن العبد مشغول بخدمة مولاه، والصبي لا يهتدي إلى التصرف، وهل ينفذ تصرفهما قبل الإخراج؟ أما تصرف العبد ينفذ، وأما تصرف الصبي فقليل: ينفذ وقيل لا وهو الصحيح.

(210) أي تعطى له من ثلث التركة إنفاذا للوصية.

(211) مُحَمَّدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ مُحَمَّدٍ السَّرْحَسِيِّ، من تصانيفه غُيُونُ الْمَسَائِلِ، فَوَائِدُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلشَّيْبَانِيِّ، الْمُجِيطُ فِي الْفُرُوعِ (الرضوي)، وجيز في الْفَتَاوَى (ت. 544هـ). هدية العارفين 91/2، كشف الظنون 2003/2.

(212) ج-: كذا.

(213) المتأخرون ممن لم يدرك أبا حنيفة.

(214) حسام الدين: حسين بن علي، المعروف: بالصغناقي، وفي الفوائد (حسن)، من تصانيفه: النهاية شرح الهداية، الكافي شرح أصول البزدي (ت. 710هـ). كشف الظنون 2022/2، الفوائد البهية ص 62.

(215) ب+: لا يصح، د+ يكون.

(216) ب-: له.

وهذا بخلاف جعل الصبي وكَيْلاً حيث ينفذ تصرفه، والفرق أن تصرف الوصي لا ينفك عن إلزام العهدة ولا يمكن إلزامها لا على الميت ولا عليه، لأنهما ليسا من أهل لزومها وبدون لزومها لا ينفذ التصرف، أما في التوكيل فالعهدة على المؤكّل، لأنه من أهل اللزوم عليه لبقاء الذمة المكلفة، قال ولو أعتق العبد أو بلغ الصبي قبل الإخراج فالعبد وصي وفاقاً، أما الصبي فقال أبو ح (217) رحمه الله لا يكون وصياً، وقال أبو يوسف [12/ظ] رحمه الله يكون وصياً، وقيل فيه عن أبي ح رحمه الله روايتان، قلت: وتامم المسألة في جامع الصغار للاستروشي.

وفي الخانية: لا يجوز الإيصاء إلى الصبي والمعتوه والمجنون المطبق أفاق بعد الإيصاء أو لا، فلو تصرف الصبي قبل إخراج الحاكم إياه ففي نفاذ تصرفه اختلاف المشايخ والصحيح عدم النفاذ، لأن النفاذ لا يعرّى عن إلزام العهدة للصبي وهو ليس من أهل لزوم العهدة، وجواز توكيله بلزوم العهدة للموكل (218) وهنا لا يمكن لخراب ذمة الموصي بالموت، وفي أحكام الصغار ولو أوصى إلى صبي فبلغ قبل الإخراج، قال الإمام رضي الله عنه لا يبقى وصياً، وقال أبو يوسف رحمه الله يبقى، ومثله في الخلاصة .

قال في الأحكام (219) قيل ويروى عن الإمام مثل (220) قول أبي يوسف رحمه الله أيضاً، وهذا بخلاف العبد يُوصى إليه فيعتق قبل الإخراج حيث يكون وصياً بالإجماع، لأنه من أهل لزوم العهدة لكن منعه المملوكية وقد زال قبل الإزالة فلا يزال، وفي جامع العتابي وروي أنه إذا أوصى إلى ابنه الصغير فبلغ يكون وصياً، وفي الخانية والخزانة (221) ولو أوصى إلى حربي أو مرتد فأسلم يكون وصياً لزوال المانع، وفيهما وفي الحافظية ولو أوصى إلى محدود تاب أو أعمى جاز وفاقاً، (222) كذا إذا أوصى إلى امرأة لأن الكل من أهل الولاية كذا في الولوالجية.

وفي النوازل مريض أوصى إلى رجل ثم برئ وعاش سنين، (223) ثم مرض فقليل له أما توصي فسوف حتى مات ولم يوص، فإن لم يقل في وصيته الأولى إن مت من مرضي هذا ولم يقل (أكرمن أذين بيمار بميرم أو لم يقل أكرمن أذين بيمار مرك آيد) فالوصي الأول على وصايته إن شهد بها عدول ممن لم يوص لهم المريض [13/و] وإن كان (224) قال ذلك (225) بطلت الوصية الأولى بالبرء، ومثله في شرح

(217) رمز لأبي حنيفة بحرف (ح) و ب، ج: ذكر باسمه.

(218) أ-: للموكل.

(219) أحكام الصغار للاستروشي.

(220) أ-: مثل.

(221) ب: خزانة الأكل، والخزانة: لأبي يعقوب: يوسف بن علي بن محمد الجرجاني، من تصانيفه: خزانة الأكل، شرح الطحاوي، وعيون

المسائل، وغير ذلك (كان حيا 522 هـ). كشف الظنون 702/1، معجم المؤلفين 319/13.

(222) ج+: وكذا لو أوصى إلى المستأمن أو الذمي إلى المسلم.

(223) ب+: سنين.

(224) ب-: كان.

(225) د+: فقط.

الطحاوي والخانية.

وفي مختارات النوازل قال أوصيت إلى فلان إن حدث لي حادث الموت في مرضي هذا ثم برئ منه بطلت الوصية، وفي منهاج العقيلي قال في مرضه إن مت من مرضي هذا أو في سفري هذا فأنت وصيي فمات في غير ذلك الوجه لم يكن وصياً، وفي المنتقى قال له إن مت فادفع ما عندك من وديعتي إلى فلان وهو ابنه وله وارث آخر لم يكن وصياً⁽²²⁶⁾ له، ثم إن دفعها إليه فهلكت عنده ضمن حصة الوارث،⁽²²⁷⁾ ولو كان فلان أجنبياً فدفعت فهلكت ضمن الكل.

واعلم:

أن القبول من الوصي لازم في انعقاد⁽²²⁸⁾ الوصاية، حتى لو قال في وجه الموصي لا أقبل تبطل الوصاية، لأنه لما رد في وجهه فقد ارتد الإيجاب فإذا قبل بعد ذلك لا⁽²²⁹⁾ يكون قبولاً وليس هناك وصية فلا يصح، وفي الولوالجية وعلى عكس ما قلنا لو قبل في وجه الموصي و رد بعد موته لم يصح رده، لأن الوصاية صحت بالقبول فلا يخرج عنها إلا بعلم الموصي، لأن الموصي قد اعتمد على قبوله فلو صح رده بغير علمه لتضرر به فيرد عليه دفعاً لإضراره، أما لو علم لتدارك بالإيصاء إلى الغير فلا⁽²³⁰⁾ يكون غاراً⁽²³¹⁾ الموصي، ومثله في الهداية وغيرها.

وقد علم بذلك أن معنى قوله لا يصح رده في غير وجه الموصي أنه لا يصح بغير علمه وقد نص عليه في الخانية أيضاً.

وفي الهداية: ولو سكت⁽²³²⁾ في وجهه⁽²³³⁾ فله قبوله في حياة الموصي وبعد مماته وله الرد أيضاً، فلو قبل لم يكن له أن يرده لتعلق حق الموصي، ولو رد بعد موته أو في حياته لكن مات الموصي قبل وصول الخبر إليه فإن لم يخرج الحاكم برده ذلك يكون له القبول، أما لو أخرجه لا يكون وصياً إلا بنصب القاضي قلت: [14/ظ] فيكون وصي القاضي لا وصي⁽²³⁴⁾ الميت.

قال الولوالجي: أما الأول فلأن وجوب الوصية عند الموت فيعتذر القبول والرد بعده، ولا يلزم في ذلك مجلس الحاكم، فإنه امتناع وليس بخروج، وأما الثاني فقد اختلف المشايخ في تخريجه، فمنهم من قال لأن الرد بدون علم الموصي صحيح عند البعض فمتى أخرجه الحاكم عن الوصاية يكون قضاءً في فصل⁽²³⁵⁾ مجتهد فيه فينفذ فلا يكون له القبول بعده كيلا ينفسخ الحكم، ومنهم من قال إن الوصاية لو صحت بقبوله بعد الرد يكون للقاضي إخراجها وإذا أخرجه يصح إخراجها فهنا أولى.

(226) د: آخر.

(227) ب: الآخر.

(228) ج: انفاذ.

(229) ب، ج: لا.

(230) ج: فلا.

(231) الغار: الغافل. القاموس المحيط 450/1.

(232) ب: الوصي.

(233) ج: الموصي.

(234) أ، د: فيكون وصي الميت.

(235) ب: فصل.

وفي منهاج الشرفي: أوصي فقبل في وجه الموصي لزمته، وإن ردها فإن كانت بوجه الموصي فهو ردٌ وإلا لا، وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك إن لم يخرج القاضي من الإيصاء، فإن أخرجه بعد قوله ذلك فقد خرج، وإن لم يقبل حتى مات الموصي فباع شيئاً من تركته فقد لزمته الوصاية.

وفي جامع الفقه للعتابي: قال الوصي لا أقبل ثم قبل، فإن كان الرد في وجه الموصي لم يجز قبوله بعد ذلك، وإن رده في غير وجهه في حياته أو بعد موته ثم قبل جاز ما لم يخرج القاضي وهو الصحيح. وفي البنية: رد الوصاية في وجه الموصي رد وفي غيره لا مالم يخرج القاضي، وفي الخانية قبلها في وجه المريض⁽²³⁶⁾ فلما غاب عنه قال المريض اشهدوا عني⁽²³⁷⁾ فإني قد أخرجه عن الوصاية، يخرج عند الإمام رحمه الله رواه عنه الحسن.

وفيهما وفي الولوالجية: ردها في وجه المريض فقال له المريض ما كنت أظن أنك ترد إيصائي إليك فقال له قبلت يكون وصياً، قال العتابي رحمه الله فكأنه جعل رده في المجلس موقوفاً أو جعل هذا إيصاء [15/و] مبتدأ فانصرف القبول إليه، وفي الوجيز والخلاصة أن الإرسال والكتاب كالشفاهة والخطاب.

وفي الولوالجية: أرسل المريض إلى الوصي رسوياً بالوصاية أو كتب إليه كتاباً فردها الوصي إن وصل رده إلى الموصي وعلم به صح الرد، حتى لو رضي بها بعده لا يجوز لأن هذا الرد كالرد في وجهه، أما إذا لم يصل الخبر إلى الموصي قبل موته فله القبول بعده، لأن الإيجاب قائم بعد فيربط قبوله بالإيجاب⁽²³⁸⁾ فينعقد إلا أن يخرج الحاكم قبل قبوله فيبطل لبطلان الإيجاب.

وفيهما وفي الخانية وقد يكون القبول بالفعل ك شراء الكفن للميت⁽²³⁹⁾ والطعام والكسوة للصغار وتنفيذ الوصية وقضاء الدين فلا يشترط فيه العلم بالإيصاء، لأن ثبوته ضمنى لكونه لاقتضاء تصحيح فعله اللازم لعقله، وكذا لو باع شيئاً من التركة وهو لا يعلم بالإيصاء إليه.

وفي القنية للزاهدي⁽²⁴⁰⁾ عرض متاعاً من التركة على البيع بعدما علم بالإيصاء إليه ينبغي أن يكون ذلك قبولاً منه للوصاية، وفي منهاج إن لم يعلم الموصى إليه حتى باع شيئاً من التركة صح ولم يكن له بعد ذلك رد الوصية.

(236) ب: الموصي.

(237) ج: أني قد.

(238) ب: بالإيجاب.

(239) ج: للميت.

(240) ب، ج: ذكر مسألة المنهاج الآتية قبل مسألة القنية.

الفصل الثاني

النصب

اعلم أنه إذا لم يكن للميت وصيٌّ مختار فعلى القاضي أن ينصب له وصيا، فطريقة نصبه على ما ذكر في فتاوى رشيد الدين الوتار⁽²⁴¹⁾ أن يشهد اثنان عند القاضي أنَّ فلانا مات ولم ينصب وصيا، فينصب بعده الحاكم لأنه إنما يملك النصب إذا لم يكن ثمة وصيٍّ من جهة الميت.

وفي الظهيرية أنَّ الصحيح اشتراط حضور الصبي عند القاضي في نصب الوصي للزوم الإشارة إليه. [16/ظ] وفي الأقضية: (242) ومن مشايخ زماننا من أبى لزوم حضرة الصبي وقال رأيت لو كان الصبي في المهد⁽²⁴³⁾ يلزم إحضار المهد في مجلس القضاء لاشك في بعده، ثم قال في⁽²⁴⁴⁾ الأقضية والاشتراط أقرب إلى الصواب وأشبه بالفقه.

قلت: في فتاوى رشيد الدين ما يدل على أنَّ الشرط علم القاضي بوجود الصغير لا حضرته عنده، وفي مبسوط شمس الأئمة الحلواني⁽²⁴⁵⁾ أنه لا يشترط في صحة نصب الوصي كون اليتيم أو التركة في ولايته⁽²⁴⁶⁾ إنما العبرة في الخصومة والاستعداد،⁽²⁴⁷⁾ قلت: فكيف بحضرته.

قال: وقيل يشترط فيها كون الأول في ولايته لا الثاني،⁽²⁴⁸⁾ وقيل بالعكس وهو قول القاضي ركن الإسلام علي السغدّي،⁽²⁴⁹⁾ حتى قال لو كان بعض التركة في ولايته⁽²⁵⁰⁾ لا يصير منصوبه وصيًا فيما ليس في ولايته من التركة.⁽²⁵¹⁾

وذكر رشيد الدين في فتاواه إذا كان اليتيم ببخارى لم يجز لقاضي سمرقند أن ينصب له الوصي، قلت:

(241) فتاوى الرشيدى: وهي لرشيد الدين: محمد بن عمر بن عبد الله السنجي، الوتار، الحنفي (ت. 598هـ). كشف الظنون 1223/2.
(242) الأقضية: لعلي بن عبد العزيز بن عبد الرزاق، له أقضية الرسول صلى الله عليه وسلم، قيل كتاب الأقضية، مناقب الامام الأعظم (ت. 506). هدية العارفين 694/1.
ويوجد كتاب الأقضية: ابن العزس مُحَمَّد بن مُحَمَّد المصرى بدر الدّين أبو السّير المَعْرُوف بِابْنِ العَزْس، صنف الفَوَائِد البدرية في الاقضية الحُكْمِيَّة، الفَوَائِد الفُفْهِيَّة في اطراف القضايا الحُكْمِيَّة (ت. 932هـ). هدية العارفين 231/2.
(243) ب: + هل.
(244) ب: + صاحب.
(245) عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح الحلواني الملقب شمس الأئمة، ومن تصانيفه المُبْسُوط (ت. 448هـ). الجواهر المضية 318/1، الفوائد البهية ص 96.
(246) ب: تقديم وتأخير بين المسائل مقارنة مع أد، حيث أنه بعد ستة أسطر إلى قوله: وفي الفتاوى، جعل المؤلف من قوله: وفي الفتاوى، إلى تسعة أسطر تبدأ من هنا، وآخر الستة أسطر إلى قوله: والعبرة للخصومة.
(247) ج: - إنما العبرة في الخصومة والاستعداد.
(248) ب: دون الثانية.
(9) ج، د: السغدّي، والسغدّي هو: علي بن الحسين بن مُحَمَّد السغدّي القَاضِي، من تصانيفه الننف في الفتاوى وشرح السّير الكبير (ت. 461هـ). الجواهر المضية 994/1.

(250) د: + يصير وصيًا فيه و.

(251) أ، د: - من التركة.

وهذا يؤيد القيل الأول، وفي الفتاوى: (252) القاضي إذا نصب وصيا في تركة أيتام وهم في ولايته والتركة ليست في ولايته، أو كانت التركة في ولايته والأيتام لم يكونوا في ولايته، أو كان بعض التركة في ولايته والبعض لم يكن في ولايته، قال شمس الأئمة الحلواني: يصح النصب على كل حال ويعتبر التظالم والاستعداد و (253) يصير الوصي وصيا في جميع التركة أينما كانت التركة.

وكان ركن الاسلام علي السغدي (254) يقول: ما كان من التركة في ولايته يصير وصيا وما لا فلا، وقيل يشترط لصحة النصب كون الميت في ولايته ولا يشترط كون التركة في ولايته، (255) ورأيت بخط بعض المشايخ إذا نصب القاضي وصيا في تركة ليست [17/و] في ولايته لايجوز وهو فتاوى مفتوى مشايخ مرو، وقال الإمام الحلواني: يجوز والعبرة للخصوصية. (256)

وفي جامع الفقه للعتابي ولو جعل قاضي البلد رجلا وصيا لبلد (257) آخر فبلغه فقبل جاز، وفي النوازل والخانية والخلاصة أنه إذا جاءت الورثة والغرماء إلى الحاكم وقالوا أن فلانا مات ولم يجعل وصيا والحاكم لايعلم ذلك، يقول لهم الحاكم: إن كنتم صادقين فقد جعلت فلانا وصيا فيصير فلان وصيا إن صدقوا.

وفي الخلاصة: لو قال الحاكم لرجل جعلتك وصيا في تركة فلان، يكون وصيا لأن الحاكم بمنزلة المالك، وإذا قاله المالك يكون وصيا كذا هذا، وفيها أيضا إذا نصب القاضي وصيا في القرى (258) صح. وقال الحلواني: للقاضي نصب الوصي في ثلاثة مواضع، إذا كان في التركة دين، أو كان فيها وصية، أو كان في الورثة صغير، فينصبه للقضاء والتنفيذ وحفظ الصغير نفسه وماله.

وفي وصايا الجامع الكبير: القاضي ينصب الوصي لتنفيذ الوصية قالوا: ولا يوجد لهذا رواية إلا فيه، وفي (259) فتاوى رشيد الدين: مات وله على آخر دين، جاز للقاضي نصب الوصي لأجل الصغير والكبير الغائب، لأن للقاضي ولاية النصب لأجل الكبير الغائب صيانة لحقه في التركة.

وفي الخلاصة: ولو وجد الوارث عيبا في مشرّية من مورثه بعد موت مورثه، أو على العكس فإن القاضي ينصب فيهما وصيا للرد بالعيب.

وفي الحافضية: قال الوارث الكبير لأقضي الدين من مالي ولا من ثمن التركة، بل أسلم التركة للغرماء، ينصب القاضي من يتولى بيعها وقضاء الدين من الثمن ولا يلتفت [18/ظ] إلى قول الوارث.

(252) ج:- إلى تسعة أسطر يبدأ من: وفي الفتاوى ... وفي جامع الفقه، قوله: وفي الفتاوى لعلها فتاوى رشيد الدين أنفة الذكر.

(253) ب: أو.

(254) أ، د: السندي.

(255) ب:- ولا يشترط كون التركة في ولايته.

(256) ب+: جامع الصغار.

(257) أ، د:- لبلد.

(258) ب:- القرى.

(259) ج:- فتاوى رشيد الدين: مات وله على آخر دين جاز للقاضي نصب الوصي لأجل الصغير والكبير الغائب لأن للقاضي ولاية النصب لأجل الكبير الغائب صيانة لحقه في التركة.

وفي الولوالجي والخلاصة: لو كان الأب مبذرا متلفا مال ابنه الصغير فالقاضي ينصب وصيا ينزع مال الابن عن يده ويحفظه.

وفي أدب القاضي للخصاف: ادعى دينا في تركة والورثة كبار في بلد منقطع عن بلد⁽²⁶⁰⁾ موت المورث بحيث⁽²⁶¹⁾ لا يصل إليه العير ولا يجيء منه، فالقاضي ينصب وصيا للقضاء ولا يتوقف إلى مجيء الورثة، أما لو لم يكن بلدهم منقطعا يتوقف ولا ينصب، قلت: وينبغي أن يكون له النصب فيما إذا لم يُعلم بلدهم أيضا لأنه منقطع حكما، وسيأتي في بعض الفصول مواد آخر يكون له فيها النصب أيضا. وفي الخلاصة: وينصب عن المفقود فيحفظ له ماله ويطلب من غرمائه حقه ولا ينصب عن الغائب. وفي الذخيرة والمنية للسجستاني: قدّم الوصي غريم الموصي إلى القاضي فأقرّ الغريم بالدين والموت وأنكر وصاية ذلك المدعي⁽²⁶²⁾ وعجز عن البينة، فإن شاء القاضي نصبه وصيا،⁽²⁶³⁾ ومثله في الغنية والبنية.

وفي الخلاصة: ولا ينصب إلا عدلاً أميناً كافياً ولا ينصب غريباً لا تعرف عدالته، وتعرف عدالته بخبر الواحد.

الفصل الثالث

الإثبات

ذكر في الأقضية أنه لا تثبت الوصاية إلا على الخصم، والخصم فيه الموصى له ومديون الميت والدائن الغريم، ولو ثبت دينه بإقرار الوارث والوارث الكبير، وكذا إثبات الدين والوصية وهذا قول الخصاف، وذكر بعض المشايخ أن الدائن لا يكون خصما في كل ما ذكر.

وفي دعوى الخلاصة عن أدب القاضي للخصاف رحمه الله أن الخصم في إثبات الدين والحقوق على الميت: الورثة والوصي لا الغريم والمديون [19/و] فلو برهن على واحد ممن ذكر فإن كان عدلاً كافياً قضى له بها، وإن عرف بالفسق والخيانة لا يلتفت إلى دعواه ولا ينصبه لأنه يعزل الخائن الجاني فكيف ينصبه.

وإن كان ضعيف الرأي وقليل التبصر في التصرف فنصبه، ضم إليه مشرفاً كافياً كما إذا اتهمه بالخيانة ذكره في الخلاصة.

(260) أ، د: منقطع عن بلد.

(261) د: بحيث.

(262) ب: ذلك المدعي.

(263) ج: وإن شاء نصب غيره.

وقال أيضا وإنما تصح دعوى الوصاية إذا كان أهلاً لها، أما إذا لم يكن بأن كان عبداً أو صبياً أو مجنوناً فلا يصح منه دعوى الوصاية.

وفي المنية لا تقبل البينة⁽²⁶⁴⁾ على الوصاية إلا على خصم من وارث، أو ممن للميت قبله حق⁽²⁶⁵⁾ أو له قبل الميت حق.

وفي العتابية وفي دعوى الوصاية: للصغير لا بد أن يقول أنه وصي من جهة أبيه أو أمه أو القاضي، وفي الخلاصة عن الزيادات والغنية⁽²⁶⁶⁾ فإذا حكم القاضي بها على وارث أو غريم فغاب هو وحضر وارث آخر أو غريم غيره لا يعيد عليه البينة.

وفي المخلفات⁽²⁶⁷⁾ القديمة للمشايخ أقر المديون أو مودع الميت لشخص بالوصاية، لا ينصبه الحاكم ولا يأمرهما بتسليم مافي أيديهما إلى المقر له ومثله في الخلاصة، قال في المخلفات لأنه لو أمر به لكان أمره ذلك نصبا له بالوصاية فيكون وصيا في جميع مال الميت، ولعل للميت وصيا مختارا وأيضا يكون أمره بالدفع⁽²⁶⁸⁾ إسقاطا لحق الميت بإقرار الغير، لأن أمره يوجب براءة ذمته بالدفع إلى الميت فلا يجوز.

وفي الخلاصة عن أدب القاضي للخصاف ادعى على رجل أنه وصي فلان الميت، وأنكر المدعى عليه الوصاية لا يحلف القاضي⁽²⁶⁹⁾ الوصي، لأن قبولها ليس بلازم عليه حتى يحلف ليقر أو ينكل ألا يرى أنه لو أقر بإيصاء⁽²⁷⁰⁾ الميت إليه⁽²⁷¹⁾ ولم يقبل يكون له ذلك [20/ظ] فلا يكون وصيا.

وفي العتابية: ولو أقام الابن بينة أنه وصي كان وصيا ولا يمين على الوصي إن أنكر الوصاية. وفي الخلاصة والحافظية أنه لا يجبر وصي امتنع عن التصرف في أمور⁽²⁷²⁾ الوصاية، وفي الخلاصة عن أدب القاضي للخصاف: ادعى أنه وصي فلان ابن فلان الميت، وأن على هذا الرجل للميت دراهم وأقام بينة على الوصاية والمال جميعا وعدلت البينة، قال الإمام رحمه الله تعالى: يقضي بالوصاية ثم يأمر بإعادة البينة على المال، وقد⁽²⁷³⁾ قال أبو يوسف رحمه الله: تقبل فيهما معا ويقضي بالوصاية أولا ثم بالمال، وقال محمد رحمه الله: تقبل فيهما معا ويقضي بهما معا.

قال: ولو أقام البينة على الوصاية فقبل أن تُعدّل أقام أخرى على الدين وأقامها بعد التعديل قبل القضاء

(264) ب-: البينة.

(265) أ، د-: حق.

(266) ب، د: القنية.

(267) لم أقف عليه في كتب التراجم، ولكن وجدت في المحيط قوله: القاضي الإمام علاء الدين محمود المفتي في «شرح المخلفات» المحيط

البرهاني 448/1.

(268) ج: بالرفع.

(269) ب، ج-: القاضي.

(270) ب: بالوصاية.

(271) ب-: الميت إليه.

(272) ج-: أمور.

(273) ب، ج-: وقد.

فهو على هذا الخلاف أيضا.

قال: وذكر في الزيادات⁽²⁷⁴⁾ أن القياس عدم قبول بينة المال وأن قبوله هو الاستحسان ولم يذكر فيه الخلاف.

وفيها عن أدب القاضي أيضا⁽²⁷⁵⁾ مات وعليه دين للقاضي ولغيره، فأقام رجل بينة على الوصاية فإن قضى القاضي أولاً بالوصاية ثم بالدين جاز، أما لو عكس لم يجز، فلو رفع كل من الحكمين إلى قاض آخر يُمضى الأول ويبطل العكس.

وكذا لو كان الدين لمن لا تقبل شهادته، وكذا لو لم يدع الوصي الوصاية بأن نصبه القاضي وصيا في تركته، فإنه لو نصبه ثم قضى بالدين الذي له عليه جاز، ولو قضى بالدين ثم نصبه لم يجز .
وفيها⁽²⁷⁶⁾ في كتاب الدعوى ولو أقام الوصي بينة على أن فلان بن فلان الميت أوصى إليه وإلى فلان الغائب، قال الإمام رضي الله عنه: يُقضى بوصايتهما، وقال أبو يوسف [21/و] رحمه الله: يقضى بوصاية الحاضر فقط.

حتى لو جاء الغائب وطلب الوصاية يلزمه إعادة البينة، ومحمد مع الإمام قال: وذلك لأن أحد الوصيين ينفرد عنده بالتصرف خلافا لهما، فيكون الحكم على الحاضر حكما على الغائب ضرورة خلافا له والله تعالى أعلم.

الفصل الرابع

الصكوك⁽²⁷⁷⁾ والمحاضر⁽²⁷⁸⁾

ذكر في الخلاصة عن فتاوى أهل سمرقند وفي الفصولين⁽²⁷⁹⁾ وأحكام الصغار للأستروشنى أن الحاكم إذا نصب وصيا فالأوثق أن يكتب في محضره جهة الوصاية وكونه ممن له ولاية النصب.
قلت: وكون الميت لم يوص إلى أحد أو لأن مختاره فاسق أو ليس بأهل للوصاية أو عاجز عن القيام

⁽²⁷⁴⁾ للإمام: محمد بن الحسن الشيباني (ت. 189هـ). وله: زيادة الزيادات، وقد شرحها جماعة، منهم: الإمام، قاضي خان، وأبو حفص سراج الدين: عمر بن إسحاق الهندي. كشف الظنون 962/2.

⁽²⁷⁵⁾ ب، ج-: أيضا.

⁽²⁷⁶⁾ أي في الخلاصة.

⁽²⁷⁷⁾ صك: وثيقة، فارسي دخيل. معجم لغة الفقهاء ص 19. والصك أيضا: الصك، لما فيه من حضور الخصمين والشهود، ومنه محضر الجلسة كذا، ومحضر الضبط، لغة الفقهاء ص 412.

⁽²⁷⁸⁾ المحضر: بفتح الميم والضاد وسكون الحاء ج محاضر، الحضور المحضر: بضم فسكون فكسر اسم فاعل، الشخص المكلف بتبليغ وجوب الحضور إلى المحكمة. لغة الفقهاء ص 412.

⁽²⁷⁹⁾ جامع الفصولين: محمود بن القاضي اسرائيل بن عبد العزيز، يعرف بأبن قاضي سيماونيه كما ذكره صاحب الكشف والصحيح ابن قاضي سيماء (بلدة من توابع كوتاهيه) توفي قتيلا بسيروز (ت. 823هـ). من مصنفاته: جامع الفصولين، جامع الفتاوى، العقود في شرح المقصود في التصريف. هدية العارفين 410/2.

بأمور الوصاية، وذلك لأن أحكام الأوصياء في التصرفات متخالفة.

وأيضاً⁽²⁸⁰⁾ فلا يكون القاضي مأذوناً له في النصب والإنبابة، وقد ينصبه بلا علم منه بنصب الميث فلا يخرج به المختار عن الوصاية، بل لا يملك النصب مع وجوده، ولو كان مأذوناً له بالنصب على ما ذكره الأستروشنى في أحكام الصغار عن القاضي رشيد الدين إلا بسبب موجب للعزل أو النصب من خيانة أو عجز، ثم لكل من هذين السببين حكم على حدة فلا بدّ من ذكره⁽²⁸¹⁾ في المحضر حتى تندفع هذه الاحتمالات ولا يكون خلافاً في المحضر موجبا لردّه عند وروده.

وفي فتاوى رشيد الدين وفي دعوى الوصي من جهة القاضي لا بد أن يذكر أنه وصي من جهة الحاكم إذا لم يكن في التركة وصي من جهة الميث، لأنه إذا كان وصياً من جهة الميث لا يملك القاضي نصب وصي آخر من غير سبب موجب للعزل.

وفي الخلاصة عن فتاوى أهل سمرقند [22/ظ] أيضاً أنه لا يلزم تسمية القاضي المولى وذكره في المحضر، حتى لو كتب وهو وصي من جهة حاكم من حكام المسلمين له نصب الوصي نصبه لكون الميث لم يوص إلى أحد لكفى.⁽²⁸²⁾

وكذا لو قال أنه وصي من جهة الحاكم أو من جهة الشرع لأنه يعلم منه جهة الوصاية في الجملة وكذا القاضي، لأن التاريخ الذي في ذيل الصك يُعرّف القاضي الذي في ذلك الزمان، أما لو لم يذكر أحد هذه الأمور يكون الحال مجهولاً بالمرّة فلا يصح.

وفي جامع الصغاف: ولو قضى الوصي ديناً على الميث وأراد من الدائن كتاب البراءة للميث،⁽²⁸³⁾ فإن الدائن يكتب فيه بأني⁽²⁸⁴⁾ قبضت جميع مالي على الميث، وهذا بخلاف ما لو اقتضى الوصي ديناً للميث على أحد وأراد المديون منه⁽²⁸⁵⁾ كتاب البراءة فإنه لا يكتب فيه استوفيت جميع ما للميث عليه بل يكتب فيه قبضت من فلان بن فلان كذا كذا درهماً، والفرق أن الدائن في قوله قبضت جميع مالي⁽²⁸⁶⁾ مقر على نفسه فيعتبر، والوصي في قوله استوفيت جميع ما للميث مقر على الميث والإقرار على الغير لا يعتبر.

أما إذا قال قبضت منه كذا يكون مقراً على نفسه بالأخذ منه فيعتبر ثم هو بالإعطاء له يكون بريئاً من الدين.

وفي المنهاج: وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة

(280) ب، ج، +: قد.

(281) ب، ج، +: مذكرناه.

(282) د: لكفى.

(283) ب: للميث.

(284) ج: بأني.

(285) ب: منه.

(286) ب: يكون.

ومثله في الهداية.

وفي أحكام الصغار: ورد محضر في دعوى الوصي كتب فيه وهو الوصي من جهة الشرع في تركة أيتام وهم فلان وفلان وفلانة ولم يذكر أنهم والتركة في ولايته، قالوا هو مختل عند البعض لأن كلا من الأيتام والتركة إذا لم يكن في ولايته لم يجز نصبه ذلك، وعنده إذا لم [23/و] يكن أحدهما في ولايته لا يجوز النصب على ما ذكرناه في فصل النصب، فلا يحكم بصحته ما بقي فيه هذا الاحتمال.

قلت: والصحيح أنه ليس بمختل فإن كون أحدهما أو كلاهما في ولايته ليس بشرط على ما ذكرناه عن الإمام الحلواني، بل اللازم علم القاضي بوجود اليتيم على ما نقلناه من فتاوى رشيد الدين بل يكفي ظنه به،⁽²⁸⁷⁾ ألا يرى إلى ما مر عن النوازل من أن قوله إن كنتم صادقين فقد جعلته وصياً نصباً إن صدقوا والله سبحانه أعلم.

وفي الخلاصة: ورد محضر في دعوى الوصي دينا للصبى مطلقا والخلل فيه من حيث أنه لم يبين فيه سبب الدين له، فإنه قد يكون بالإرث فيلزم فيه من ذكر الشهادة على موت الأب وعلى إيصائه إلى هذا ومثله في الذخيرة.

قال في أحكام الصغار: في هذا المحضر أنه ردّ بأنه لم يذكر السبب ولا بد من بيانه لاحتمال وقوع الدين⁽²⁸⁸⁾ في نصيبه وقت القسمة فلا تصح القسمة، وبأن الشهود لم يشهدوا على موت الأب و⁽²⁸⁹⁾الإيصاء إلى هذا المدعي ولا بد من ذلك.

قلت: والعلة الأولى ليست بعلة لأنه مجرد احتمال وسيأتي أنه لا يمنع الصحة وفي الفصولين: ومن حيث أنه لم يبين أنه لم يكن للميت وارث غيره فإنه لو كان له وارث آخر يصير الدين له بالقسمة وقسمة الدين باطلة.

وفي الفصولين: محضر في دعوى الزوجة الميراث على الوصي ودعواه كتب فيه أنها صالحت عن نصيبها وعن كل الدعاوي أنها قبضت بدل الصلح، فردّ من حيث إنه لم يبين التركة وعسى أن يكون فيها دين فلا يصح الصلح مالم يستثنى الدين عن الصلح، وإن لم يكن فيها دين فعسى أن يوجد [24/ظ] فيها نقد مجانس للمبدل يصيبها منه بالميراث قدر البدل أو أكثر فلا يجوز الصلح، وإن لم يجانس فعسى أنها⁽²⁹⁰⁾ لم تقبض البدل في المجلس فيكون فيه ربا النسئة فلا يجوز الصلح ففيه خلل من هذه الوجوه.

ثم قال لكن قال الفقيه أبوجعفر رحمه الله: لا خلل في هذا المحضر،⁽²⁹¹⁾ فإن هذا الصلح جائز، فإنه كما يجوز أن يكون ما ذكر من الاحتمالات لكن يجوز أن لا يكون أيضاً، فما ذكر كله وهم وبالوهم

(287) ب: به.

(288) ج: الدين.

(289) ج: بل.

(290) أ، د: أنها.

(291) ب: فيه.

لا يمكن إبطال الصلح.

قلت: فقد علم من هذا أن مجرد الاحتمال لا يمنع صحة المحضر ولا يكون خلافاً فيه كما يقتضيه إطلاقهم، بل إنما يمنع إذا لم يلزم من اعتباره إبطال عقد صدر من العاقل فإن ردّهم المحضر للاحتياط ولا يلزم من بطلانه بطلان الحكم الذي فيه فإن الأحكام لا تستلزم المحاضر، فكم من حكم لا يكتب فيه كتاب والله سبحانه أعلم بالصواب.

وفي الخلاصة: محضر في دعوى الوصي المحدود بجهة الإرث كتب فيه رجل مات وترك بنتين وابنتين صغيرين ومحدوداً، فباعت البنات المحدود وغابتا فقال قيم الصغيرين في مجلس الحكم أن المحدود وقف ثم ادعى أنه ملك للصغيرين فظن أن المحضر مردود من حيث إن الوصي ناقض في دعواه لكنه ليس⁽²⁹²⁾ بمردود فإن دعوى الملكية لهما بعد إقراره بالوقفية صحيحة، لأن إقراره مردود لكونه إقرار على⁽²⁹³⁾ الغير فلا يكون بين الدعوتين تناقض مانع لقبول المتأخر منهما.

ولهذه الدعوى وجهان آخران أحدهما أن ينصب الحاكم وصياً آخر يدعي الملكية⁽²⁹⁴⁾ والثاني⁽²⁹⁵⁾ أن يدعيها من بلغ منهما، أو يدعيها معاً بعد البلوغ.

وفيهما وفي الفصولين محضر في دعوى [25/و] القيم محدوداً للصبي كتب فيه أنه ادعى فلان القيم المأذون له من جهة الحكم بالدعوى في أمر فلان بن فلان الصبي، وأقام البينة على رجل أن محدود كذا في يده ملك للصغير فلان ذلك وهو في يده بلا وجه شرعي، فوجب عليه قصر يده عن المحدود وتسليمه إلى القيم، قال فالخلل فيه من حيث أنه لم يذكر فيه أن قبض القيم المحدود بأمر مبتدأ من جهة الحكم، وذلك لأن القيم كالوكيل والوكيل بالخصومة، وإن كان يملك القبض عند الأئمة الثلاثة لكن الفتوى على أنه لا يملك كما هو مذهب زفر رحمه الله، فلا بد من ذكر الإذن به أو يقول أولاً المأذون له بالخصومة والقبض وهذا في وصي القاضي كما هو الوضع، أما وصي الأب فيملك القبض بلا خلاف فلا يلزم فيه ذكره.

وفي الفصولين وفيه خلل آخر وهو أنه لم يذكر أن الإذن من هذا القاضي فإنه لو كان الإذن من غيره لأبد من ذكر إثبات الإذن عند هذا القاضي حتى⁽²⁹⁶⁾ يمكن له سماع خصومته.

وفيهما: محضر في دعوى الدار كتب فيه وقد اشتراها الوصي للصبي وقد استولى عليه ظالم فرد المحضر من حيث أنه لم يذكر فيه الثمن ولا بد منه لجواز أن لا يكون مالا فلا يصح الشراء، ومن حيث إنه لم يذكر كون الثمن مثل المبيع وقت العقد ولا بد منه في صحة العقد.

(292) غير.

(293) ج: إقراره.

(294) ب: ليدعي الملك.

(295) أ: الباقي، ب: ثانيهما.

(296) أ-د: حتى.

وفي الخلاصة: (297) حتى لو ذكر أنه قد اشتراه بثمن معلوم هو مثل قيمة الدار لا يصح ما لم يقل وقت العقد.

وفي الخلاصة: محضر في دعوى المهر كتب فيه امرأة ادعت مهرها على فلان بن فلان، وهو قيم في تركة الشخص المسمى (إبيك بن عبدالله الخاقاني) من جهة الشرع ثابت القوامة فالخلل فيه من حيث أن الزوج إبيك هذا أن (298) [26/ظ] كان غلاما للخابان ثم من بعده ورثته فإن كانوا كبار لا يصح نصب القيم عنهم، وإن كانوا صغارا فهو أيضا مختل عند البعض من حيث إنه لم يذكر كون هؤلاء الصغار في ولايته حتى يصح نصب القيم عنهم، وإن كان الزوج حرا فهو مختل أيضا من حيث إنه لم يذكر فيه أنه حر الأصل أو معتق الخاقان (299) فإن كان حر الأصل فلا يصح النصب لأن ماله لبيت المال، وإن كان معتقا فخلله من جهة أنه لم يذكر فيه أنه هل له عصابة من النسب أو لا.

وفيه أيضا: محضر في إيجار الوصي ضيعة للصبي كتب فيه أنه أجر فلان الوصي ضيعة فلان بن فلان اليتيم من فلان إلى عشر سنين بخمسة آلاف درهم وباع أشجارها بألف درهم، قال فالخلل فيه من حيث إنه لم يذكر أن الأجرة هل هي أجرة المثل وقت العقد، فإن الإجارة الطويلة إذا كانت بفاحش الغبن لا تجوز، ثم إذا بطلت الإجارة في العرصة (300) يبطل بيع الأشجار أيضا، لأن جواز هذا البيع إنما هو بالتبعية للأرض فإذا بطل فيه يبطل فيها أيضا، قلت: ومن جهة أنه لم يُستثنَ فيه المسجد إن كان فيه مسجدا والله سبحانه أعلم.

واعلم:

أن أكثر ما ذكر من المحاضر المردودة يمكن تصويرها في (301) الوصي لكننا اكتفينا فيها بهذا القدر، فإن شئت الاطلاع عليها فعليك بمطالعة المحيط والذخيرة والخلاصة والفصولين فإن فيها موضع بيانها ومأخذَ عنانها.

الفصل الخامس

النكاح

ذكر في فتاوى القاضي ظهير الدين أن الوصي لا يملك إنكاح الصغير والصغيرة وإن أوصى إليه الأب

(297) ج، ب: الخلاصة.

(298) أ، د: أن.

(299) ب: أو معتق الخاقان فإن كان حر الأصل.

(300) ب: العرصة.

(301) ج: +: غير.

ذلك، لأن بالموت تنقطع ولاية الأب [27/و] عن الصغار والوصاية ثبوتها بعد الموت فلا يفيد إيصاؤه به إليه وروى هشام⁽³⁰²⁾ عن الإمام أنه لو أوصى إليه⁽³⁰³⁾ به جاز إنكاحه.

وفي الذخيرة والبرهانية: ولو كان الوصي وليا فزوج الصغير أو الصغيرة فلهما الخيار إذا بلغا،⁽³⁰⁴⁾ ويتحمل في إنكاحه الغبن اليسير في المهر، فإنه ذكر في الذخيرة أن الزيادة والنقص بحيث يتغابن فيه الناس جائز في جميع الأولياء بالاتفاق.

أما لو كان بحيث لا يتغابن فيه الناس⁽³⁰⁵⁾ لا يجوز نكاحهم،⁽³⁰⁶⁾ حتى لو أجازوا بعد البلوغ لا تعمل إجازتهم، هذا في غير الأب والجد أما فيهما فإنه يصح منهما الحط والزيادة عند الإمام رحمه الله وقالا لا يجوز.

قال في الذخيرة: ولم يبين محمد رحمه الله في الأصل أنه لا يجوز النكاح أو لا يجوز التسمية، فذكر هشام عن محمد أن النكاح يجوز، وكذا روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف جوازه وفساد التسمية. وفي الجامع الصغير عنهما أن النكاح لا يجوز، وفي الجامع الأصغر: ⁽³⁰⁷⁾ اختلف المتأخرون على قولهما فبعضهم على أنه يجوز النكاح، ويبطل الحط والزيادة وبعضهم على أن أصل النكاح فاسد وهو الصحيح.

وفي الخانية أن العقد فاسد في رواية عنهما وموقوف على إجازة الصغير بعد البلوغ في أخرى، قال وعن أبي يوسف أنه قال يفسد العقد ويصح النكاح بمهر المثل. قلت: وهذا رواية الحسن عنه⁽³⁰⁸⁾ وفي نوادر بشر⁽³⁰⁹⁾ عن أبي يوسف رحمه الله أن للوصي تزويج أمة الصغير من عبد الصغير ومثله الأب.

وفي مبسوط أبي اليسر أن الجواز هو القياس أما في الاستحسان فلا يجوز، وفيه أيضا أن الوصي يملك انكاح أمة اليتيم ولا يملك تزويج عبده [28/ظ] ومثله الأب والقاضي. والأصل فيه أن من يملك إعتاق العبد يملك تزويجه ومن لا فلا لأن التزويج تعيب بلا بدل فيعتبر بالاعتاق الذي هو تقويت الرق وإزالته بلا بدل.

قلت: لأن التعيب تفويث البعض والجزء يعتبر بالكل، ثم⁽³¹⁰⁾ هؤلاء لا يملكون اعتاقه فلا يملكون

⁽³⁰²⁾ هشام بن عبيد الله الرازي: تفقه على أبي يوسف ومحمد، ومن تصانيفه: نوادر في الفقه، صلاة الأثر (ت. 201هـ). سلم الوصول 393/3، الفوائد البهية ص 223، هدية العارفين 508/2.

⁽³⁰³⁾ ب: +: إليه.

⁽³⁰⁴⁾ ج: +: قلت.

⁽³⁰⁵⁾ ب: الناس.

⁽³⁰⁶⁾ ب: نكاحهم.

⁽³⁰⁷⁾ الإمام الفقيه محمد بن الوليد الحنفي، من مصنفاته: الجامع الأصغر في فروع الفقه، ومجموع الفتاوى (فتاوى السمرقندي) (كان حيا 1058/450). معجم المؤلفين 96/2، سلم الوصول 281/3.

⁽³⁰⁸⁾ ج: +: وفي متفرقات نكاح المحيط.

⁽³⁰⁹⁾ بشر بن الوليد بن خالد الكندي صاحب أبي يوسف، روى عن أبي يوسف كتبه وأملاه ولي القضاء ببغداد، صنف جوامع أبي يوسف في الفروع (ت. 238هـ). سلم الوصول 378/1، هدية العارفين 232/1.

⁽³¹⁰⁾ ب: ثم.

تزويجه⁽³¹¹⁾ وهذا بخلاف تزويج الأمة لأنه من باب التجارة على ما بين في بابه.

وفي الشامل: ⁽³¹²⁾ الوصي ⁽³¹³⁾ يملك التزويج بأمة الصغير ذكره في أحكام الصغار، وفي العتابية و لا يملك الوصي والأب والقاضي تزويج عبد الصغير، لأنه ليس بتجارة ولا كسب فأما الأمة فيملكون تزويجها ، ولو زوج الأب عبد الصغير من أمة له جاز ولا يجب المهر .

وفي الخانية: لكل من الأب والوصي تزويج أمة الصغير والصغيرة، وليس لكل منهما تزويج أمة⁽³¹⁴⁾ كل منهما⁽³¹⁵⁾ من عبد كل منهما استحسانا إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله ومثله في الغنية.⁽³¹⁶⁾

وذكر في الشامل أن الوصي يملك التزويج⁽³¹⁷⁾ بأمة الصغيرة، وفي الولوالجية أوصى بعق أمتة بعد أن تخدم بنته كذا سنة فأراد الوصي أن يتزوجها ليس له ذلك، لأنها باقية على ملك مولاهما إلى مجيء⁽³¹⁸⁾ وقت تنفيذ الوصية فلا حيلة له في التزوج بها ومثله في النوازل، وفيها أنه ليس له أن يزوجه من غيره أيضا لأنها مهمة على حالها إلى إنفاذ عتقها.

قلت: وإذا نفذ عتقها بمضي تلك المدة لا يبقى عليها ولاية الجبر لأحد فلا يكون للوصي حيلة في التزويج والتزوج بها أصلا.

وفي المحيط والذخيرة والخانية: زوجت الأم بنتها الصغيرة وقبضت مهرها، إن كانت وصية لم يكن للبنت مطالبة الزوج بالمهر عند البلوغ لأن الدفع [29/و] إلى الوصي يبرئ ذمته.

أما لو لم تكن وصيا يكون لها المطالبة بعد البلوغ لأن الأم في حق المهر أجنبية عن البنت، ألا يرى أنه ليس لها التصرف في مالها، فتأخذ مهرها من الزوج وهو يرجع به على الأم ومثل الوصي الأب والجد والقاضي.

وفي الذخيرة: ضمن الوصي المهر عن الصغير وأداه من مال نفسه يرجع به في مال الصغير شرط الرجوع به عند الأداء أو لم يشترط، أما الأب فلا يرجع به مالم يُشهد عند الأداء أنه يؤديه ليرجع به استحسانا.

والفرق أن العادة في الآباء والأمهات تحمل الديون عن أبنائهم الصغار لوفور الشفقة، أما الأوصياء وأباعد الأولياء فلا عادة فيهم ولا شفقة لهم.

ألا يرى أنه يشترط في تصرفهم النظر لمن في حجرهم من الأطفال هذا إذا كان الضمان والأداء حال

(311) أ، ب: اعتاقه فلا يملكون تزويجه.

(312) الشامل في فروع الحنفية: اسماعيل بن الحسين بن عبد الله البيهقي، قال صاحب الجواهر: جمع فيه مسائل وفتاوى تتضمن كتاب المبسوط، والزيادات. ومن تصانيفه أيضا: كفاية الفقهاء، مُجَرَّد في الفروع، (ت. 402هـ). كشف الخفاء 1024/2، هدية العارفين 209/1. ويوجد كتاب آخر اسمه الشامل في الفروع: لعمر بن اسحاق بن أحمد الغزنوي، من تصانيفه: التوشيح في شرح الهداية للمرغيناني، زيد الاحكام في اختلاف المذاهب الاربعة الاعلام، والشامل المذكور . (ت. 773هـ). هدية العارفين 790/1.

(313) د: الوصي.

(314) ب، ج: أمة.

(315) ب، ج: + ولا تزويج.

(316) د: القنية.

(317) ب، ج: التزوج.

(318) ب: مجيء.

صحة الأب في صغر الابن، أما إذا ضمن في المرض وأدى فيه أو كان كلاهما فيه لم يصحّ الضمان، فإذا أخذت المرأة من ماله بعد موته لم يكن متبرعا بل⁽³¹⁹⁾ يحتسب من ميراث الابن عند الطرفين، وقال أبو يوسف هو متبرع لا يرجع هو ولا ورثته⁽³²⁰⁾ على الابن بشيء.

وفي فتاوى رشيد الدين:⁽³²¹⁾ ماتت عن زوج وأولاد صغار وعلى الزوج المهر، فإن أقر الزوج بالمهر لم يؤخذ منه، لأن الأب يملك حفظ مال صغيره، وإن أنكر ينصب القاضي وصيا فيثبت عليه المهر ويؤخذ منه ويدفع إلى الوصي، فإنه بإنكاره تظهر خيانتة وعند ظهور الخيانة يكون⁽³²²⁾ للقاضي ولاية دفع مال الصغير إلى وصي غيره.

وقال في أحكام الصغار: رأيت في بعض المواضع [30/ظ] أن الوصي إذا زوج امرأة للصغير فالمطالب بالمهر هو الوصي، ضمن بصريح القول أو لم يضمن، وأنه إن أدى المهر من مال نفسه يرجع في مال الصغير.

وفي جامع القاضي أبي جعفر الأستروشنى رُوجت صبية من صبي فأدركت قبل بلوغه فاختارت الفرقة، فالحاكم لا يفرق بينهما إلا بحضرة خصم من جانبه من أب أو وصيه، فإن لم يكونا فالجد أو وصيه خصم، فإن لم يوجد أحدهما ينصب القاضي وصيا يخاصم عنه فيحضره و يطلب منه حجة للصغير تُبطل دعوى الفرقة من بينة⁽³²³⁾ على رضاها بالنكاح بعد البلوغ، أو تأخيرها طلب الفرقة، فإن لم يظهرها الخصم وأراد تحليفها⁽³²⁴⁾ فإن حلفت يفرق بينهما الحاكم بحضرة الخصم بلا انتظار إلى بلوغ الصبي. ومثله دعواها الغنة غير أنه إذا لم يُبرهن من الخصم على علمها هذا العيب عند العقد ولا على رضاها به بعده، وحلفت فحلفت فلزم تفريقها لم يفرق بينهما في الحال بل ينتظر إلى بلوغ الصبي ليؤجله سنة ثم يفرق بحضرته أو حضرة وكيله، وهذه المسألة في الجامع، ثم اختلفوا في هذه الفرقة فقليل ليس بطلاق وقيل بل هو طلاق.

وفي فتاوى رشيد الدين: ادعى على جماعة أنه رُوج أختهم الميتة، وأن التركة بيدهم وطلب منها سهمه فأنكروا نكاحه، فقال لهم المدعي أثبتوا نسبكم أنتم أيضا، فإن القاضي يأخذ منهم التركة ويضعها عند عدل حتى يظهر المستحق، فلو أرادوا اثبات نسبهم بأنهم أخوتها لأب وأم ينصب القاضي وصيا فيقيمونها عليه فيسلم لهم التركة.

أما ليس لهم⁽³²⁵⁾ [31/و] أن يقيموها على المدعي لعدم ثبوت نكاحه بعد ولا على مودع القاضي، لأنه

(319) د: بل.

(320) ب+: بعد موته.

(321) ب-: وفي فتاوى رشيد الدين وصي غيره.

(322) ج-: يكون.

(323) ج، ب: بنته.

(324) ب، ج+: تحليفهما.

(325) أ، د-: لهم.

كالقاضي والقاضي ليس بخصم، ولهم أن يقيموها على⁽³²⁶⁾ من لها عليه دين⁽³²⁷⁾ بأن قالوا لها عليك كذا من الدين ونحن أخوتها من الأبوين وورثتها، فيثبت الورثة ويدفع لهم المال. قلت: ومثله ثبوت النكاح حيث⁽³²⁸⁾ يثبت على كل من المديون والوصي أنها منكوحة إلى موتها وطلب منه سهمه من الدين انتهى.

الفصل السادس

الإباق والعتاق والولاء

ذكر في مبسوط أبي اليسر⁽³²⁹⁾ أن الوصي إذا جاء بأبق للصبي لا يستحق الجعل وكذا من يعوله، لأن محافظة ماله عليهما⁽³³⁰⁾ فلا يستحقان عليه الأجر، وكذا الابن الكبير إذا رَدَّ أبق أبيه في الصحيح، لأن خدمه الأب واجبة عليه والرد من الخدمة بخلاف العكس فإن الأب يستحق⁽³³¹⁾ برده عليه الأجر، لأن حفظ مال ابنه الكبير ليس بواجب عليه فيكون رده عليه خدمة منه له⁽³³²⁾ فيستحق به الأجر ولو رده الأجنبي يجب له الجعالة من مال الصبي يعطيها له الأب أو الوصي.

وفي وجيز السرخسي: أن الوصي يصدق بيمينه في قوله للصبي بعدما بلغ أبق من عبيدك فلان وفلان وفاقا، وكذا في قوله أدبت من مالك بجعل من أبق من عبيدك كذا كذا درهما عند محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف يلزمه إقامة البينة على الإباق والأداء، وأجمعوا على أنه لو قال أدبت الجعل من مالي وأريد الرجوع عليك يلزمه البينة.

وفي الأصل والخانية قال الوصي للصبي: أبق عبدك إلى الشام فاستأجرت رجلا بمائة فجاء به فأدبت له المائة يصدق بيمينه إجماعا، وسيأتي تفصيله في فصل الإنفاق إن شاء الله تعالى.

[32/ظ] وفي المبسوط أن كلا من الأب والوصي يملك كتابة عبد الصبي، لأنه تكتب منه وهما يملكانه، أما لو أقر بهما لا يصح، فلو كاتبه أحدهما ثم وهب له بدل الكتابة لم يجز وفاقا، بخلاف ما لو باع عبده ثم وهب الثمن للمشتري حيث تجوز الهبة عند الطرفين فيسقط عن المشتري ويضمن مثله الأب أو الوصي للصبي خلافا لأبي يوسف رحمه الله ومثله في الخانية.

(326) ج+: مديونها.

(327) ج-: من لها عليه دين.

(328) ج، ب-: حيث يثبت على كل من المديون والوصي أنها منكوحة إلى موتها وطلب منه سهمه من الدين انتهى.

(329) مُحَمَّدُ بْنُ مُحَمَّدَ بْنِ الْحُسَيْنِ الْبَزْدِيُّ صدر الإسلام أَبُو الْيُسْرِ، صنف الْمُبْسُوط فِي الْفُرُوعِ، والواقعات الفوائ (ت. 493هـ). الفوائد البهية ص 125، هدية العارفين 77/2.

(330) ج+: والرد منه.

(331) أ-: يستحق برده عليه الأجر لأن حفظ مال ابنه الكبير ليس بواجب عليه فيكون رده عليه.

(332) أ، د: مثله.

وقال في المبسوط والفرق أن حقوق العقد في البيع ترجع إلى العاقد، ومرجعها في الكتابة إلى من وقع له العقد وهو الصبي هنا، لكن لكونه عاجز عن قبض البذل يقبضه له الوصي، فقبضه ليس لكونه من رجوع حقوق العقد إليه حتى يكون إسقاطه معتبرا، ولذا لو كبر الصبي يكون حق القبض له دون الوصي، بخلاف عين⁽³³³⁾ المبيع.

وفي الخانية: ولو أدى المكاتب المال إلى الوصي وذلك بعدما أدرك الصبي لم يجز ولا يعتق مالم يؤده إلى الصبي، قال وكذلك الأب.

وفي العتابية: و للوصي أن يقبض بدل الكتابة للصغير، وليس له أن ي كاتب عبدا من التركة إذا كان في الورثة كبير، أو كان موصاً له بالمال أو دين إلا أن يقبضه⁽³³⁴⁾ مما بقي، ويجوز ذلك في رقيق بيت المال، وإذا بلغ الصغير لم يقبض بدل الكتابة، قلت: يعني لا يقبضها الوصي.

وفي الخانية: ولا يجوز للوصي أن ي كاتب قن⁽³³⁵⁾ الميت لقضاء الدين وتنفيذ الوصية إذا كان الورثة كبارا أغنياء حضورا، وكذا إذا كان بعضهم صغارا ولم يرض الكبار بالكتابة، حتى لو كاتب يكون للكبار حق الفسخ لما لهم من اختيار التركة لأنفسهم على ما سيأتي عن قريب.

قال وقيل تجوز كتابته هنا على قول الإمام [33/و] رحمه الله كما في بيع العقار، قال والأصح الفرق يعني بجواز بيعه دون الكتابة، قال ومثله الأب.

وفي المبسوط: كاتب الوصي عبد الصبي فأدرك الصبي في خلال نجوم الكتابة، فلم يرض بالكتابة لا يلتفت إلى عدم قبوله، لأن فعل وصيه كفعل نفسه فينبرم نظرا إلى جانبه.

وفيه أيضا: وليس لأحد الوصيين أن ي كاتب عبد اليتيم إلا برضا الآخر وسيأتي في تفصيل تعدد الأوصياء إن شاء الله تعالى.

وفي الولوالجية: أوصى إلى رجل وقال إن أدرك ابني فلان فأعتق عبدي هذا وأعطه مائة درهم، فقال العبد للوصي⁽³³⁶⁾ بعد موت الموصي⁽³³⁷⁾ أعتقني في الحال ولا أطلب المال، ليس للوصي أن يعتقه لأنه مأمور بإعتاقه في وقت معلوم فلا يجوز إعتاقه قبله.

وفي المبسوط: لا يملك الوصي إعتاق عبد الصبي ولو على مال ولا بيعه من نفسه وكذا الأب⁽³³⁸⁾ لأن الإعتاق إضرار محض للصبي.

قلت: وكونه على مال ليس إلا جعل منه للعبد مديونا بعد العتق وبيعه من نفسه إعتاق على مال فلا يجوز كل منهما والله سبحانه أعلم.

(333) أ: ثمن.

(334) ب: يقضيه.

(335) القن: بكسر القاف وتشديد النون، وهو: العبد المملوك هو وأبوه. معجم لغة الفقهاء ص 370.

(336) ب: للوصي.

(337) أ: بعد موت الموصي.

(338) أ-د: الأب.

وفيه أيضا: للصبي أن يكتب عبده بإذن الوصي والأب وليس له أن يعتقه على مال بإذن أحدهما وإذنهما لا يعتبر.

وفيه أيضا: للصبي⁽³³⁹⁾ قبول ولاء من يواليه بإذن الوصي أو الأب، ويكون نائباً عنهما في القبول، لأنهما يملكان قبول الولاء عنه، لأنهما يملكان إلزام ولاء العتاقة عليه بالكتابة فيملكان إلزامه عليه بعقد الموالاة أيضا، ولو أسلم على يد أحد ووالاه بإذن أبيه الكافر لم يصح، لأنه لا يملك عقد الولاء عليه لانعدام الولاية ولم يذكر أنه هل يملك ذلك بإذن [34/ظ] أبيه المسلم، ينبغي أن يملك.

الفصل السابع

البيع

واعلم أنه ذكر في باب المصرة من بيوع شرح الطحاوي فصل يمكن جعله كالأصل في مسائل تصرفات الوصي فلا علينا في ذكره هنا بتوفيق الله سبحانه وتعالى.

فنقول: قال الإمام الإسيجابي لكل من الأب والجد والقاضي وأوصيائهم أن يسافروا بأموال اليتامى إن كان الطريق آمناً، فإذا أصيبوا في الطريق فلا ضمان عليهم، وأن يتجروا في أموالهم بالمعروف.

قال العتابي: (340) لو اتجر وصي الأخ والعم فإن ربح جاز استحساناً، قال ولهم ولاية بيع أموالهم بمثل القيمة وبأكثر منها وبأقل بقدر ما يتغابن الناس فيه، أما لو كان بالغبن الفاحش يبطل عقدهم ولا يتوقف على الإجازة بعد البلوغ، لأنه لا مجيز له حالة العقد فلا ينعقد حتى يتوقف وأما شراؤهم فكذا.

لكن إذا كان بفاحش الغبن فإنه ينعقد⁽³⁴¹⁾ على أنفسهم لصدوره عن أهله في محله فلا يبطل كالبيع، وكذا إيجارهم الصغير أو ماله⁽³⁴²⁾ واستيجارهم له حيث يجوز بيسير الغبن ولا يجوز بكثيره الفاحش، فإذا أدرك الصغير⁽³⁴³⁾ في مدة الإجازة فإن كانت على نفسه فله خيار الفسخ، وإن كانت على عبده أو عقاره فليس له خيار الفسخ والإبطال، وليس له فسخ بيع أو شراء نفذ عليه وقت صغره.

قال: ولأب أن يدفع ماله⁽³⁴⁴⁾ إلى غيره مضاربة أو بضاعة وأن يضارب ويُضَع بنفسه، فيشهد عليه في الابتداء وإلا لا يعطى له الربح قضاءً، وحل له أخذ ما شرط فيما بينه وبين ربه وأن يودع ماله عند

(339) ب: للصبي.

(340) صاحب الفتاوى العتابية وقد مر ترجمته.

(341) ب: ينفذ.

(342) ج: ماله.

(343) ب: الصبي.

(344) ب+: ماله.

إنسان وأن يعيره لأحد استحسانا لا قياسا، وله أن يوكل [35/و] بكل أمر يُسَوَّغ له وأن يأذن له إن كان عاقلا وأن يأذن لعبدته وأن يكاتبه⁽³⁴⁵⁾ وأن يزوج أمته لا عبده، وأن يرهن ماله بدينه وبدين فلو هلك الرهن في⁽³⁴⁶⁾ الثانية يضمن قدر ما يصير مؤديا منه دينه، وأن يشارك بالصغير غيره ونفسه، فإن شاركه وكان رأس ماله أقل من مال الصبي يشهد على ما شرط لنفسه من الربح، فإن لم يشهد فالربح بينهما على قدر رأس المال قضاءً وإن كان كما شرط ديانةً كما في المضاربة، وذلك لأن استحقاقه للربح بالشرط فإن لم يثبت الشرط عند القاضي لا يقضى له به قال: ومثله في هذا كله كالوصي.

وفي الخلاصة: وليس للوصي إقراض مال الصبي ولا استقراضه، وعن محمد رحمه الله له الاستقراض كالأب، وفي شفعة الهداية وليس للوصي إبطال حق اليتيم كديته وقوده.

وفي قنية الزاهدي: عن عين الأئمة الكرابيسي⁽³⁴⁷⁾ أن الوصي لو حبس غريما⁽³⁴⁸⁾ في دين الصبي لا يكون له إطلاقه قبل القضاء إن كان موسراً، أما لو رأى أن يأخذ منه كفيلاً ويطلقه يكون له ذلك وقال أبو حامد:⁽³⁴⁹⁾ إن كان الغريم معسراً يجوز للوصي⁽³⁵⁰⁾ إطلاقه بعد الحبس.

وفي فصل الحبس من الخلاصة عن الأقضية: ويحبس الوصي أو الأب في دين لزم الصبي المحجور عليه من الاستهلاك ولا يحبس الصبي نفسه، فإن لم يكن له واحد منهما ينصب الحاكم وصيا يبيع ماله في الدين، وفيها أيضاً عن الصغرى: وصي الواقف أولى من القاضي في نصب القيم للوقف، فإن لم يكن له وصي فحينئذ يكون الرأي إلى القاضي.

وفي القنية للزاهدي [36/ظ] قال إسماعيل المتكلم:⁽³⁵¹⁾ القاضي يأمر الوصي بالاتجار⁽³⁵²⁾ [والشركة في مال اليتيم دون المعاملة لأجل الربح، وفيها أنه ليس لوصي الأيتام خلط ما ورثه من مورث واحد أو أكثر، وفي الهداية: للوصي رد إيجاب من أوجب بيعاً للصبي كالأب].

وفي المحيط: للوصي البيع والشراء بيسير الغبن لا بفاحشه، وكذا له المحاباة اليسيرة فيما باعه من التركة للدين وإن لم يجز ذلك من المريض، وإن كان الوصي مستمداً من المريض وهذه من أعجب المسائل.

وفي مختارات النوازل: ويجوز بيع الوصي وشراؤه بالغبن اليسير ولا يجوز بالفاحش لأن ولايته نظرية.

(345) د: وإن كاتبه.

(346) ب+: في.

(347) أسعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي، صنف تلقيح العُقود في الفروق من فروع الحنفية، الموجز في شرح الحاوي الكبير لبكبرس، (ت. 570هـ). هدية العارفين 204/1.

(348) الغريم: هو الذي عليه الدين يُقال: خذ من غريم السوء ما سَخَّ. مختار الصحاح ص 226.

(349) اثنان كنيا بأبي حامد الأول جعله ابن عابدين ضمن مصادره في الحاشية وهو: مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن أَحْمَد العميدي، من تصانيفه الارشاد في علم الخلاف والجدل، نفائس في الجدل وغير ذلك (ت. 615هـ). هدية العارفين 109/2. والثاني: مُحَمَّد بن أَحْمَد بن ضِيَاء الدين، من تآليفه شرح كنز الدقائق في الفروع (ت. 858هـ). هدية العارفين 200/2.

(350) د: القاضي.

(351) إسماعيل المتكلم: يلقب بقاضي القضاة له كتاب «الكافي» وكتاب «الصلاة»، وكتاب «شرح العمدة». الطبقات السنية: 210/2.

(352) ج:- من هنا حتى قوله (أو حاجة اليتيم إلى ثمنه) يعني هما صفتان ناقصتان من النسخة ج.

وفي القنية للزاهدي: ولو باع مال الصبي بفاحش الغبن قال القاضي علاء الدين المروزي⁽³⁵³⁾ رحمه الله يبطل البيع حتى لا يملك المشتري المبيع بالقبض³⁵⁴ وقال نجم الدين الحلي⁽³⁵⁵⁾ بل يفسد البيع. قلت: فيملك المشتري المبيع بالقبض ويكون على كل من المتبايعين الفسخ مادام المبيع قائماً في يد المشتري، وفي العدة: (356) باع الأب مال طفله ثم ادعى فيه فاحش الغبن لم تسمع دعواه. وفي جامع الفتاوى: فينصب الحاكم قيماً عن الصبي فيدعيه على المشتري، وقال في موضع آخر منه هذا إذا أقر الأب بقبض ثمن المثل أو أشهد عليه في الصك، أما إذا لم يقر به ولم يُشهد عليه أو قال بعتة ولم أعرف الغبن أو قال كنت عرفت ولكن لم أعرف أن البيع لا يجوز معه فحينئذ يكون له أن يدعي بعده الغبن.

وقال أيضاً: ولو بلغ اليتيم فادعى كون بيع الوصي أو الأب بفاحش الغبن وأنكره المشتري ذلك يحكم الحال⁽³⁵⁷⁾ إن لم تكن المدة قدر ما يتبدل [37/و] فيه السعر وإلا صدق المشتري، ولو برهن كل منهما ببينة مثبتت الزيادة أولى.

وفي الجواهر: (358) باع الوصي ضيعة للدين فتبين أن قيمتها أكثر فالباع باطل ولا يحتاج إلى فسخ الحاكم، فلو باعها ثانياً بثمن المثل صح البيع الثاني.

وفي النوازل والخانية: باع الوصي شيئاً من مال اليتيم، ثم طلب منه ذلك الشيء بأكثر مما باع، يرجع فيه الحاكم إلى أهل البصر والخبرة، فإن أخبر اثنان منهم أن الذي باع به الوصي قيمته لا يلتفت إلى زيادة من زاد، لما أن عند الحاجة قد يزداد على القيمة فعل هذا للاحتياج لا لأن القيمة أزيد مما باع به الوصي، حتى لا يجوز البيع إن كان النقص فاحشاً، وإن كانت التركة تتباع في السوق بأقل مما تتباع في المزايدة لا يجب على الوصي بيعه على المزايدة بل له أن يعتمد على قول أهل الخبرة ويأخذ بما اجتمع عليه عدلان منهم وهذا عند محمد رحمه الله، وأما على قولهما: فقول العدل الواحد كاف فيه، والاثنتان أحوط على ما عرف في التعريف والتعديل.

والهداية للأب بيع مال طفله وعقاره ومنقوله لكمال ولايته وله الأخذ من ثمنه لنفقته لأنه من جنس حقه، وأما بيعه مال ابنه الكبير فقد قال الإمام خواهر زاده في المبسوط: وأجمعوا على منع أقارب المفقود عن بيع عقاره للنفقة أياً كان أو غيره ولا يبيعه القاضي أيضاً ومثله ما⁽³⁵⁹⁾ لايسارع إليه الفساد، ولأب بيع

(353) على بن الحسين المروزي، صنف كتاب الجامع في الفقه (ت. 452هـ). هدية العارفين 689/1.

(2) وقال نجم الدين الحلي بل يفسد البيع، قلت: فيما يملك المشتري المبيع بالقبض.

(355) الحلي/الحكي: مُحَمَّد بن أسعد بن مُحَمَّد بن نصر الحكي ومن تصانيفه تفسير القرآن وشرح الشهاب للقضاعي ونظم مختصر ألفوري وشرح المقامات (ت. 567هـ). الجواهر المضية 33/2، الأعلام للزركلي 31/6.

(356) محمود بن صاعد بن عبيد الله الحارثي، وقيل محمود بن عبيد الله بن صاعد بن أحمد بن محمد الكانكابي الحارثي، له مؤلفات منها "تفهيم التحرير في شرح نظم الجامع الكبير" في الفروع (ت. 606هـ). سلم الوصول 312/3.

(357) ب: الحاكم.

(358) جواهر الفتاوى: مُحَمَّد بن عبد الرشيد ابن نصر الكُرْماني، من تصانيفه جواهر الفتن، حيرة الفتاوى، غرر المعاني في فتاوى أبي الفضل الكُرْماني (ت. 565هـ). هدية العارفين 96/2. ويوجد كتاب آخر (جواهر الفقه): لنظام الدين بن برهان الدين المرغيناني، ذكر أنه جمع المسائل المذكورة في مختصرات أصحابنا كمختصر الطحاوي والتجريد ومختصر: الجصاص وخرانة الفقه. ينظر كشف الظنون 615/1.

(359) د: ما.

منقول ابنه الكبير الغائب لنفقته عند الإمام رحمه الله لا عندهما، كسائر الأقارب كالأم وليس له بيع الزيادة عليها منه إجماعاً.

وفي [38/ظ] الهداية ولا يبيع منقوله لدين غير النفقة، وفي المحيط من الزيادات والخانية بيع الأب مال طفله من الأجنبي على ثلاثة أوجه لأن الأب إما عدل أو مستور أو فاسد، ففي الوجهين الأولين يجوز عقده ولو عقاراً بيسير الغبن [فلا يكون للطفل النقص بعد البلوغ لأن للأب شفقة وافرة ولا معارض له]⁽³⁶⁰⁾ فالظاهر أن مباشرته على الخيرية فينفذ.

فلو ادعى الأب⁽³⁶¹⁾ بعدما طلب منه الثمن بعد البلوغ ضياعه أو الإنفاق عليه، وهو نفقة مثله في مدته صدق بيمينه، وفي الوجه الثالث لا يجوز بيعه العقار إلا بالخيرية بأن يكون بضعف القيمة، لمعارضة الفساد ظاهراً للشفقة، فما لم تظهر الخيرية⁽³⁶²⁾ لا ينفذ للطفل⁽³⁶³⁾ نقضه بعد البلوغ وهو المختار.

وأما بيع الفاسد المنقول ففي رواية يجوز ويوضع ثمنه عند العدل صيانةً للمال، وفي رواية لا يجوز إلا بالخيرية وبه أخذ الصدر الشهيد وبه يفتى.

وفي الأصل أنه لو باع من مال صغيره ما قيمته عشرة دراهم بدرهم، يعني إذا باعه من أجنبي أو اشترى منه ما ثمنه مئة⁽³⁶⁴⁾ درهم بعشرة، قال أبو يوسف لم يجز البيع والشراء، وروى هشام في نوادره عن أبي يوسف أنه جَوَزَ البيع ولم يجوز الشراء.

وفيها وفي الأقضية الصغرى والخانية أن بيع الوصي على خمسة أوجه:
الوجه الأول:

أن يكون الورثة كلهم صغاراً، فحينئذ له أن يبيع كل المنقولات ولو بيسير الغبن، وليس له أن يبيع بفاحشه وليس له أن يبيع العقار إلا لزيادة في الثمن بأن يبيعه بضعف القيمة أو لضرورة الدين أو لوصية مرسلة في التركة لا تنفذ بدون بيعه⁽³⁶⁵⁾ أو لوصية ببعضه وهو لا ينقسم أو لضرورة [39/و] القسمة أو لحاجة اليتيم إلى ثمنه أو لزيادة مؤنة، وخراجه على غلته وارتفاعه أو لتداعيه إلى الخراب فيما إذا كان داراً أو حانوتاً أو للخوف من تسلط جائر ذي شوكة عليه، ذكره في الخانية وغيرها كالحافضية، قال في الخانية: ولو خاف الوصي أن يأخذ المتغلب عقاره جاز له بيعه وإن لم يحتج اليتيم إلى ثمنه،³⁶⁶ حتى لو باعه بدون شيء من هذه المسوغات التسع يكون لليتيم نقضه إذا بلغ،⁽³⁶⁷⁾ قال شمس الأئمة الحلواني: هذا

(360) أ+: فلا يكون للطفل النقص بعد البلوغ لأن للأب شفقة وافرة ولا معارض له.

(361) ب+: الأب.

(362) د: الحرمة.

(363) ب: فللصغير.

(364) أ، ب+: مئة.

(365) ب-: أو لوصية ببعضه وهو لا ينقسم أو لضرورة القسمة أو لحاجة اليتيم إلى ثمنه [أو لزيادة مؤنة .

(2) ب+: ثمنه.

(367) ب-: بلغ.

مذهب المتأخرين من المشايخ وبه يفتى، أما عند المتقدمين منهم فللوصي بيع العقار بدون هذه المسوغات إذا كان يبيعه⁽³⁶⁸⁾ بالقيمة العادلة أو بغبن يسير للولاية ذكره في الحافظة.

الوجه الثاني:

أن يكون الورثة كلهم كباراً⁽³⁶⁹⁾ حاضرين وفيه لا يكون للوصي بيع شيء من التركة بلا أمرهم وليس له حينئذ⁽³⁷⁰⁾ إلا التقاضي بديون الميت وقبض حقوقه دفعاً إلى الورثة كذا في الأصل، وفي المنتقى عند أبي يوسف رحمه الله عن أبي ح رضي الله عنه وفي الجامع العتابي عن ابن سماعة⁽³⁷¹⁾ رحمه الله جواز بيعه عليهم فيما عدا العقار مطلقاً أي بهما أو بدونهما.⁽³⁷²⁾

الوجه الثالث:

أن يكون الورثة كباراً غُيباً، وفي المنتقى وقدرها محمد رحمه الله بثلاثة أيام رواه عنه إبراهيم بخلاف غيبة الولي الأقرب في التزويج فإنها عنده مقدرة بالانقطاع لأثر فيه، فللوصي فيه بيع العروض لا العقار لأن وظيفته إذ ذاك حفظ الأموال وبيع العروض من باب الحفظ لما أن حفظ الثمن أهون، أما العقار فهو محصن بذاته محفوظ بنفسه فلا يكون بيعه من باب الحفظ إلا إذا كان العقار في معرض الهلاك فبيعه لكونه بمنزلة العروض وفي الغنية عن السراجية والدار كالمقول إذا خيف عليها الهلاك ومثله في [40/ظ] مختارات النوازل والأصح أنه لا يبيعه ولو خيف هلاكه لأن الغالب عدم الهلاك فينبني عليها الأحكام كذا في الخلاصة والحافظة وفي الهداية والسراجية، ويجوز بيع الوصي على الكبير الغائب في كل شيء إلا في العقار.

الوجه الرابع:

أن يكون الغائب من الكبار البعض.

الوجه الخامس:

أن يكون الورثة مختلطين⁽³⁷³⁾ من الصغار والكبار ففيهما يكون له ولاية بيع عروض الغائب والصغار وكذا بيع العقار من أنساب الصغار⁽³⁷⁴⁾ على ما مر بالإجماع، ثم إذا جاز له هذه المرتبة فهل له أن يبيع معها ما بقي من حصص الكبار الغائبين من العقار وحصص الحاضرين منهم منها أو من العروض صفقة واحدة؟ فعند الإمام رحمه الله له ذلك لأن من أصله أنه إذا ثبت للوصي ولاية بيع البعض من التركة يثبت له ولاية بيع الكل لأن النظر فيه لأن ثمن الحصة الشائعة يكون قليلاً في الغالب لأن الجمل

(368) ج:- يبيعه.

(369) ج:- كباراً.

(370) ب:- حينئذ.

(371) مُحَمَّدُ بْنُ سَمَاعَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، كَتَبَ النَّوَادِرَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدَ وَرَوَى الْكُتُبُ وَالْأَمَالِي (ت. 233هـ). الجواهر المضبية 58/2.

(372) ب:- أي بهما أو بدونهما.

(373) ج: مختلطين.

(374) د:- الصغار.

والأشخاص تشتري⁽³⁷⁵⁾ بأكثر مما تشتري به الأبعاض والانتقاص ، فإذا باع الوصي نصف الصغير من الدار⁽³⁷⁶⁾ في الدين يبيعه⁽³⁷⁷⁾ بأربع مائة، وكذا الكبير يبيع نصفه أيضاً بأربع مائة مثلاً. أما لو باع الوصي الكل يبيعه بألف فيعجز الكبير عن تحصيل زيادة الثمن بنفسه فيبيع عنه الوصي وإن كان حاضراً كذا في الولوالجية والمنتقى.

وقالوا: لا يكون له بيع ما بقي لأن ولايته لضرورة الحفظ فلا تتعدى حصته الغائب والصغير ويكون كما لو كانت الشركة بين الصغير والكبير بالشراء أو الهبة، ويقولهما يفتى كذا في الحافظة والغنية وهذا كله فيما إذا لم يكن في التركة دين أو وصية، [41/و] أما إذا كان فله أن يبيع في الوصية إلى الثلث وفي الدين إلى أداء كله، لما أن الوصية تمنع ملك الوارث إلى الثلث والدين بقدره لتقدمه على الإرث بالنص فيبيعه أداءً للحقوق شاءت الورثة أو أبو وهذا بالإجماع. فلو استغرق الدين التركة فله بيع كلها، وإلا فبقدره ثم هل له في هذه الصورة وفي صورة الوصية أن يبيع الباقي من حصته⁽³⁷⁸⁾ للكبار الحضور فعند الإمام له ذلك خلافاً لهما وقد مر.

وفي الغنية: أنه إن كان في التركة دين مستغرق أو وصية يبيع الوصي نصيب الصغير والكبير بقدرهما إجماعاً وكذا نصيب الصغير فيما زاد، وأما هل يبيع نصيب الكبير؟ عند الإمام رحمه الله يبيع، وعندهما: لا، وفي البنية: وصي باع التركة للدين جاز، وعندهما⁽³⁷⁹⁾ جاز في قدر الدين، وإن لم يكن دين فباع كل التركة وفي الورثة صغير فعلى هذا الخلاف.

كذا لو كان الكبار حضوراً ينفذ، يعني بيعه قدر الدين وحصّة الصغير وفي الزائد خلاف، وإن كانوا يعني الوارثين كباراً غيباً ولا دين يملك الوصي بيع المنقول دون العقار. وذكر في خزنة الفقه: أنه يجوز للوصي بيع كل التركة عند الإمام رحمه الله في ثلاث صور: إذا كان على الميت دين، أو كان في التركة وصية، أو كان في الورثة صغير، أما على قولهما: فلا يبيع حصّة الكبار ولا مازاد على كل من الدين والوصية إن كان الزائد كله للكبار وحصتهم منه إن كان لهم وللصغار. وفي المنهاج: إذا كانت الورثة صغاراً فباع الوصي مالهم جاز البيع عروضاً كان أو عقاراً [42/ظ] إذا رأى الصلاح في البيع، ولو كانت الورثة كلهم كباراً حضوراً لا يجوز أن يبيع شيئاً من مالهم، وإن كانوا غيباً جاز له أن يبيع العروض دون العقار ولا يتجر في مالهم، وإن كانوا صغاراً وكباراً قال الإمام يبيع العروض والعقار⁽³⁸⁰⁾ نصيب الصغار والكبار جميعاً وقالوا يبيع نصيب الصغار دون الكبار إلا إذا غابوا فيجوز بيع العروض من نصيبهم خاصة.

(375) د: يشترك.

(376) ج+: من الدار.

(377) ب-: يبيعه.

(378) ج+: من حصته.

(379) ب-: عندهما.

(380) ب-: العقار.

ولو كان على الميت دين فعند الإمام رحمه الله للوصي أن يبيع جميع التركة لأجل الدين، وكذا لأجل إنفاذ الوصية، وقالوا: يبيع مقدار الدين والوصية خاصة ليس له أكثر من ذلك والفتوى على هذا. ثم إذا وقعت الحاجة إلى بيع التركة ينبغي للوصي أن يبدأ ببيع العروض لأنها عرضة للتعرض، فيقدم بيعها دفعاً للحاجة بما هو أقرب للهلاك، فإن لم يندفع: يبيع حينئذ العقار وقال أبو يوسف رحمه الله لو كان في ثمن العروض وفاءً للدين يبطل بيع⁽³⁸¹⁾ العقار ومثل للكل في كل من النوازل والظهيرية والذخيرة والخلاصة وأحكام الصغار.

هذا فيما إذا أبى الكبار عن استخلاص التركة لهم بتحمل الدين وتنفيذ الوصية من خالص أموالهم ولا صغير معهم، أو اختلفوا في الاستخلاص أما لو اتفقوا عليه ولم يمهلوا⁽³⁸²⁾ فلهم ذلك، ذكره في النوازل وفي الولوالجية وغيرها، وسنذكرها أيضاً في فصل تنفيذ الوصية⁽³⁸³⁾ فلا يكون للوصي حينئذ التعرض للتركة، وفي الذخيرة: الوصي يملك بيع عروض الصغير من غير حاجة ولا يملك بيع عقاره إلا بحاجة. وفي النوازل وفتاوى الشيخين رشيد الدين والإمام الفضلي رحمهما الله أنه ليس للوصي نقض ماباعه الوارث الكبير من التركة إذا كان فيما [43/و] في يده منها وفاء بقضاء الدين أو تنفيذ الوصية، رواه نصير عن شداد ومثله في الخانية والولوالجية.

وفي الخانية من الفتاوى الفضلية: ⁽³⁸⁴⁾ وصي في يده من التركة نقد يفي⁽³⁸⁵⁾ لقضاء الديون فلم يقض منه وباع لقضائها عروض التركة أو عقارها، قال الإمام الفضلي: يجوز بيعه لقيامه مقام الموصي ولو فعله الموصي بنفسه لجاز فكذا هذا ومثله في مبسوط الإمام خواهر زاده وفي الولوالجية.

وفي المنهاج: للوصي أن يبيع عروض الميت في قضاء دين الميت بغير محضر من غرمائه، وفي فتاوى رشيد الدين: للوصي بيع التركة المستغرقة بالدين بقيمتها فلا يكون للغرماء إبطاله.

وذكر في الذخيرة والسراجية: أن الوصي إذا باع التركة بغير محضر من الغرماء يجوز، أما الوارث فلا يملك بيع التركة المستغرقة إلا برضاها، قلت: لأن الوصي كالمالك لا يملك الوارث إلا ما زاد من الدين والوصية ومثل الأولى في مختارات النوازل قال لأن حقهم في معنى المال لا في عينه والبيع لا يبطل المعنى والوصي قائم مقام الموصي ومثل الأخيرة في الخلاصة.

وفي القنية للزاهدي: باع الوصي تركة غير مستغرق بالدين وأخذ ثمنها وأنفقها للغرماء أن ينقضوا البيع ويأخذوا التركة استيفاء لديونهم ذكره في فتاوى أبي الفضل الكرمانى.

(381) ج: +: بيع.

(382) ب: يمهلوا.

(3) ب: الوصية.

(384) ج: الفضلية، الفتاوى الفضلية: عثمان بن إبراهيم بن مُحَمَّد بن الفضل (ت. 508هـ). الجواهر المضية 234/2، كشف الظنون

1227/2.

(385) د: بقي.

وفي وجيز المحيط للسرخسي: للوصي بيع كل العروض لتنفيذ الوصية بالثلث وإن لم يرض به الورثة وليس له بيع ما سوى ثلث العقار بدون رضاهم.

وفي الولوالجية: دار بين اثنين فمات أحدهما وأوصى بثلثه للغرماء⁽³⁸⁶⁾ فأراد الوصي أن يبيع [44/ظ] الدار لإنفاذ الوصية وأبى الورثة وقالوا بع شيئاً آخر فإن الوصي يبيع ما كان بيعه أصلح للورثة والمورث وأبعد ضرراً عنهما.

وفيهما وفي النوازل والخانية: أوصى بالثلث وفي التركة صنوف من العقارات، وفي نسخة الولوالجية: وله أصناف أموال فأراد الوصي بيع صنف منها لإنفاذ الوصية فللورثة أن يمنعه منه، أما لو باع ثلث كل ما يمكن تثليثه فليس لهم المنع، قال الولوالجي: لأن حق الورثة متعلق بثلثي كل صنف فلا يجوز للوصي إبطال حقه إلا إذا كان شيئاً لا يمكن تثليثه، قلت: وقد احتج إلى بيعه ومثله في الخاصي عن الفضلي. وفي الخانية: الوصي في بيع العقار كالأب المفسد لو باعه بضعف القيمة جاز وإلا لا يعني إذا لم يوجد مسوغ غيره، والقاضي في بيع مال الصغير كالوصي، وفي الحاصل في شرح الطحاوي أن الوصي في بيع عروض اليتيم للأجنبي والشراء له منه كالأب الصالح والجد يجوز بيعه مالم يضر باليتيم أما في بيع العقار فهو كالأب الفاسق لا يجوز بيعه إلا بالخيرية أو الحاجة إليه كما مر ذكره في أحكام الصغار وغيره.

قال: ويخالفهما في بيعه مال اليتيم من نفسه وشراء مال نفسه لليتيم، قلت: فإنه يعتبر في عقده الخيرية كما سلف ولا يعتبر في عقد الأب والجد إلا عدم الضرر، والفرق تمكن التهمة في عقده هذا وانتفاؤها في عقدهما كما سيأتي الآن.

هذا وأما بيعه مال اليتيم من نفسه وشراؤه لنفسه فقد ذكر في المحيط أن الوصي إذا باع مال اليتيم من نفسه أو باع مال نفسه من اليتيم فعلى قول الإمام وإحدى الروايتين عن أبي يوسف إذا كان فيه منفعة ظاهرة لليتيم جاز وإلا لا، وعلى قول محمد وأظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز⁽³⁸⁷⁾ لا يجوز على كل حال ومثله في الخلاصة.

وفي الفتاوى الصغرى: الوصي [45/و] إذا اشترى مال اليتيم لنفسه جاز إذا كان خيراً لليتيم،⁽³⁸⁸⁾ وفي الخصائل⁽³⁸⁹⁾ والولوالجية للأب شراء مال طفله⁽³⁹⁰⁾ بيسير الغبن لا بفاحشه ولأبي ح لا يجوز بيعه مال صغيره من نفسه ولا شراؤه من صغيره شيئاً لنفسه إلا بمثل القيمة وأنه لا يتحمل في عقده هذا بيسير الغبن بخلاف بيعه من الأجانب.

(386) ب، ج: إلى الفقراء.

(387) د، ج: إذا كان فيه منفعة ظاهرة لليتيم جاز وإلا لا، وعلى قول محمد وأظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز.

(388) ب: كامل مسألة الفتاوى الصغرى.

(389) الخصائل في الفروع: لعمر بن محمد بن أحمد النسفي، من تصانيفه: الحصائل في المسائل، الخصائل في الفروع، منهاج الدّراية في

الفروع (ت. 537هـ). هدية العارفين 783/1، كشف الظنون 706/1.

(390) ج: وبيع ماله من طفله.

قال الأستروشني في جامع الصغار: والرواية الأولى يعني تحمل الغبن اليسير في هذا البيع أيضا أصح أما الوصي إذا اشترى مال اليتيم لنفسه جاز إذا كان خيرا لليتيم⁽³⁹¹⁾ وليس للوصي شراء مال اليتيم ولا بيع مال نفسه من اليتيم بالغبن اليسير ولا بمثل القيمة إجماعا، ويجوز بالأكثر خلافا لمحمد وهو أظهر الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله، وفي الصغرى أنه يصح للأب ذلك لو لم يضر فيجوز بمثل القيمة. وفي مختارات النوازل: ولو باع الوصي مال اليتيم من نفسه لا يجوز لأنه وكيل محض بخلاف الأب، وفي المنهاج: ولا يجوز شراء الوصي مال اليتيم لنفسه إلا بالأكثر من قيمته عند الإمام رضي الله عنه ولا بيعه مال نفسه لليتيم إلا بالأقل من قيمته، وقالوا: لا يجوز في الأحوال كلها.

وإن اشترى الأب مال ابنه لنفسه يجوز بقيمته وينقصان يتغابن فيه الناس، وقال زفر رحمه الله لا يجوز، وفي شرح الطحاوي: الجد يعني الصحيح كالأب في ذلك يعني عند عدمه، قال في المحيط: والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن الوصي مختار الأب بعد وفاته، ولا شك أنه في حالة عجزه عن المراقبة بحال ولده بنفسه يستقصي في النظر فيختار من هو أشفق له من الناس فينزل الوصي منزلة الأب، ولا نزاع في جواز شرائه مال ولده ولا في جواز بيعه مال نفسه من ولده فيجوز ذلك من الوصي القائم مقامه، [46/ظ] لكن شفقة الوصي لا تكون كشفقة الأب فلذلك يشترط في تصرفه مع نفسه المنفعة الظاهرة ولا يشترط في تصرف الأب مع نفسه المنفعة الظاهرة،⁽³⁹²⁾ وفي الخانية والخاصي: أن رواية عدم الجواز عن أبي حنيفة⁽³⁹³⁾ وأبي يوسف قوله الأول وقد صح رجوعه إلى قول الإمام رحمه الله ومثله في الولوالجية.

وفي جامع الفقه: وعن أبي يوسف أنه يجوز بمثل القيمة، قال في الولوالجية: لمحمد رحمه الله أن الوصي كالوكيل بالبيع والوكيل لا يملك البيع من نفسه ولا الشراء لنفسه فكذا الوصي. ولهما: أن العقد الصادر من الأهل لا بد من تصحيحه بقدر الإمكان وقد أمكن هنا بطريق جعله إذنا للصبي من الوصي.

ثم إنما لم⁽³⁹⁴⁾ يصح تصرفه مع نفسه في الوفاقية لأن الصبي⁽³⁹⁵⁾ وإن لم يكن متهما في تصرفه مع الأجانب لكنه متهم في تصرفه مع نفسه، فإن الإنسان مجبول على تقديم نفسه⁽³⁹⁶⁾ كل أحد فلا بد في صحة تصرفه مع نفسه من اندفاع هذه التهمة وذلك بالزيادة في الثمن ثم تصرف المأذون له لما كان مستقادا من الإذن له تكون التهمة متمكنة في تصرف الصبي مع الوصي أيضا فلا يمكن تصحيحه بطريق الإذن أيضا فلا يجوز.

(391) ب+: أما الوصي إذا اشترى مال اليتيم لنفسه جاز إذا كان خيرا لليتيم.

(392) ج، ب-: المنفعة الظاهرة.

(393) أ+: عن أبي حنيفة.

(394) ج، ب-: لم.

(395) ب: الوصي.

(396) ج، ب+: على تقديم نفسه.

وفي المحيط: وتكلموا في تفسير الخيرية والمنفعة الظاهرة على قول الإمام فقال بعضهم أن يشتري من ماله ما يساوي ثمانمائة بألف ويبيع ما يساوي الألف من مال نفسه بثمانمائة، وقال بعضهم أن يشتري بالضعف ويبيع بالنصف.⁽³⁹⁷⁾

وفي أدب القاضي للخصاف أن الوصي إذا⁽³⁹⁸⁾ اشترى مال اليتيم لنفسه فاشترى ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا فهو خير لليتيم وما دون ذلك [47/و] لا خير فيه، وإذا باع من مال نفسه لليتيم فباع ما يساوي خمسة عشر بعشرة فإلا فهو خير وما زاد فلا خير فيه، وفي المنتقى وبه يفتى، وفي الخانية: وبهذا فسر الخيرية الإمام السرخسي في غير العقار، قلت: وهو مختاره ومختار الولوالجي وصاحب الخلاصة والسراجية والمنية والبنية.

قال في الخانية: وهي في العقار عند البعض أن يشتري بضعف القيمة ويبيع بنصفها، وفي بيع الخلاصة عن الخصاف أن الخيرية أن يبيع من ماله ما يساوي عشرة بتسعة أو ثمان ويشتري من ماله ما يساوي تسعة أو ثمانية بعشرة، وفي غنية المنية وقيل يكفي في الخيرية زيادة ثلاثة أو اثنين من طرف الوصي لليتيم.

وفي الحافظية: يجوز بيع الوصي من نفسه وشراؤه لنفسه إن كان فيهما للصبي⁽³⁹⁹⁾ نفع ظاهر كبير ما يساوي تسعة بعشرة وشراء ما يساوي تسعة بعشرة.

قلت: وأما في العقار فلا شك أن الخيرية في الشراء التضعيف وفي البيع التتصيف لأنه لا يقدر على بيعها من الغير إلا بالضعف كما مرّ فكيف يسوغ له الشراء لنفسه بالأقل وأرى أن زيادة الاثنين في العشرة ونقصه منها فيما عدا العقار كاف في الخيرية لأنه الغبن الفاحش الذي لا يتحملة الناس فإذا تحمله الوصي يكون خيراً للصبي لأن الظاهر أن غيره لا يتحملة والله سبحانه أعلم.

وفي الخانية وصي اشترى لنفسه شيئاً من مال الميت إن لم يكن للميت وارث لا صغير ولا كبير جاز، قلت ولعل مراده ما إذا لم يكن فيه نفع ظاهر ولا خيرية والله أعلم.

وفي المنتقى: يجوز للوصي شراء مال اليتيم لنفسه وبيعه مال نفسه من اليتيم [48/ظ] فإذا رفع ذلك إلى القاضي إن رأى خيراً أبرمه وألزمه وإلا فسخه ونقضه.

قال: ومثله بيع الأب وشراؤه حيث يكون للقاضي فسحه إن لم يكن خيراً لليتيم⁽⁴⁰⁰⁾ يعني الابن لكن عدم الخيرية في الأب كونه ناقصاً عن ثمن المثل نقصاناً لا يتغابن فيه الناس.

(397) ب: بالضعف.

(398) د: إذا.

(399) ب: للصبي.

(400) ج: لليتيم.

وفي القنية للزاهدي: ليس للوصي أن يشتري لنفسه من مال اليتيم ما يتسارع إليه الفساد وإن لم يجد من يشتريه بل يبيعه من غيره بمثل القيمة ثم يشتري منه، كذا قال القاضي عبد الجبار وقال إسماعيل المتكلم: ينبغي أن يجوز شراؤه لنفسه.

وفي المنتقى: إذا اشترى الوصي بمال اليتيم غلاماً لنفسه ، إن كان الثمن خيراً لليتيم أجزت الشراء وإن كان الغلام خيراً لليتيم⁽⁴⁰¹⁾ لم أجز شراؤه لنفسه ، وفي غريب الرواية والجامع في الفتاوى من مجموع النوازل وصي اشترى بمال اليتيم غلاماً وباعه مرابحة فلما بلغ اليتيم قال كنت اشتريت الغلام لي فالربح لي⁽⁴⁰²⁾ وقال الوصي اشتريته لي فلا شيء لك من الربح، يكون الربح كله لليتيم، وإن نوى المال يضمه الوصي.

قلت: هذا إذا لم يشهد عند العقد أو النقد على شرائه لنفسه ومع ذلك فهو له في القضاء لما ينبغي أن يكون الربح للوصي ديانة وإن لم يشهد كما سيأتي في فصل المضاربة، اللهم إلا أن يقال إذا كان العبد⁽⁴⁰³⁾ خيراً للصبي يكون عمله له وإن أشهد لما مر آنفاً من المنتقى ولما أن عمله مقيد بالخيرية وهذا بخلاف المضاربة لما فيها من ضربه في الأرض والله سبحانه أعلم.

وفي بيوع الخلاصة: عن نظم الزندوسي⁽⁴⁰⁴⁾ جواز بيع الوصي ماله من اليتيم وجواز شرائه [49/و] مال اليتيم إنما هو في وصي الأب، أما وصي القاضي فلا يملك ذلك لأنه وكيل محض⁽⁴⁰⁵⁾ والوكيل لا يملك البيع من نفسه ولا الشراء لنفسه فكذا من يقوم مقامه.

وفي جامع العتابي: ولو نصب القاضي وصياً عن اليتيم ثم اشترى منه أرضاً لليتيم جاز وفي المنتقى أن شراء القاضي مال اليتيم لنفسه كشراء الوصي إن رفع إلى قاض آخر إن رأى الشراء خيراً أجازة وإلا رده وقال في موضع آخر أنه لا يجوز.

وفي الخانية: لا يجوز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه ولا يبيعه مال نفسه من اليتيم ومثله في السير الكبير⁽⁴⁰⁶⁾ قال: بخلاف شرائه مال اليتيم من الوصي وبيعه ماله من اليتيم، ثم القاضي⁽⁴⁰⁷⁾ يقبله حيث يجوز.

وإن كان الوصي ولياً من قبله⁽⁴⁰⁸⁾ قال القاضي الأستروشنى في الزيادات في تعليل عدم الجواز لأن ولايته إنما تعتبر فيما بين الناس، أما فيما بينهم وبين نفسه فهو كغيره منهم لتمكن التهمة، وذكر في

(401) ج:- جعلته لليتيم و.

(402) ج،ب+: فالربح لي.

(403) ج: العقد.

(404) الزندوسي/ الزندوستي: الحسين بن يحيى بن علي الزندوستي، من تصانيفه: روضة العلماء، شرح الجامع الكبير للشيباني في الفروع، نظم ألفه (ت. 400هـ). هدية العارفين 307/1، كشف الظنون 1964/2.

(405) ب:- والوكيل لا يملك البيع من نفسه ولا الشراء لنفسه فكذا من يقوم مقامه

(406) ب:- الكبير.

(407) ج،ب: الوصي.

(408) وصيا من جهته بدل وليا من جهته.

الصغرى عن الأجناس أن مافي السير⁽⁴⁰⁹⁾ من عدم الجواز محمول على قول محمد أما على قول الإمام ينبغي أن يجوز كما في الوصي.

وفي الفتاوى الصغرى والخانية: ترك أباً وأولاداً صغاراً وأوصى إلى رجل، فالوصي أولى في التصرف (في التركة من الأب وهو جد الصغار وبه يفتى، وفي مختارات النوازل وصي الأب أولى بالتصرف)⁽⁴¹⁰⁾ من الجد عندنا يعني إذا اجتمعاً.

وفي المنتقى والخانية والولولجية والخلاصة: ولو كان أب هؤلاء الصغار لم يوص إلى أحد يكون أب الميت وهو جدهم بمنزلة الوصي لهم، لأن الجد عند عدم الأب قائم مقام الأب فهو أحق بالحفظ في جميع التركة وله أن يبيع منها لقضاء الدين على [50/ظ] أحفاده وأولاد ولد الميت ذكره في الخانية. لكن فرق بينه وبين وصي الأب وهو أنه لو كان على الميت دين لم يكن له أن يبيع من التركة شيئاً لقضاء الدين على ولده الميت ذكره الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي، بخلاف الوصي حيث يبيع هو على ما سلف، ولهذا للجد أن ينفذ الوصية التي لا يحتاج فيها إلى البيع وأما إذا احتاج فلا يملك التنفيذ لأنه لا يملك البيع، قال الإمام شمس الأئمة الحلواني في أدب القاضي للخصاف: لأنه لا يملك بيع مال ولده في حياته فكذا بعد مماته.

وفي الجامع العتابي وغيره عن أدب القاضي للخصاف لوصي الأب بيع التركة لقضاء الدين وتنفيذ الوصية وليس للجد ذلك أما يملك البيع للصغير قال في عامة الكتب أنه يجب أن تحفظ هذه المسألة من الخصاف فإن محمداً رحمه الله لم يبينها في المبسوط بل أقام فيها الجد مقام الأب عند عدمه والخصاف رحمه الله بينها كما ذكرنا، قالوا: ويقول الخصاف يفتى.

وفي البنية عن السراجية: وصي الأب يملك البيع لقضاء دين الغريم وتنفيذ الوصية ووصي⁽⁴¹¹⁾ الجد لا.

وفي المنتقى والخلاصة والحافظية: أوصى إلى رجل وله أولاد كبار وصغار فمات بعض الكبار عن أولاد صغار ولم يوص إلى أحد، فوصي جدهم وصي لهم يجوز بيعه عليهم كما يجوز على أبيهم في غير العقار ومثله في جامع الفقه.

وفي أدب القاضي للخصاف والظهيرية والمنتقى⁽⁴¹²⁾ والخانية والخلاصة وصي⁽⁴¹³⁾ وصي الأب وإن نزل ووصي الجد عند عدم أوصياء الأب ووصي وصيه كذلك ووصي القاضي ووصي وصيه وإن سفل كوصي الأب في جميع تصرفاته، غير أن القاضي إن جعله وصياً في [51/و] نوع من أنواع التصرفات

(409) ب:- السير.

(410) ب:- في التركة من الأب وهو جد الصغار وبه يفتى، وفي مختارات النوازل وصي الأب أولى بالتصرف.

(411) ج، ب:- ووصي.

(412) ب:- المنتقى.

(413) ج:- وصي.

كأداء النفقة وشراء الكسوة أو استثنى نوعاً منها كبيع العقار يعمل استثنائه فلا يكون وصياً فيما عدا ماخصه ولا في المستثنى فلا يقدر إلا على أداء النفقة وشراء الكسوة ولا يقدر على بيع العقار مثلاً. بخلاف استثناء الأب في إيصائه حيث لا ينفذ فيكون وصياً في المستثنى والمستثنى منه جميعاً، وذلك لأن نصب القاضي قضاء⁽⁴¹⁴⁾ فيقبل التجزي والتخصيص كتقليد القضاء الذي يستثنى هو منه، أما إيصاء الأب بإقامة مقامه فإذا أقام يمتنع أن لا يملك بعض ما يملكه هو ولا يلزم أن يكون أباً في باقي⁽⁴¹⁵⁾ الأشياء دون البعض وأنه محال ومثله في الولوالجية قلت: وقد مرّ خلاف أبي يوسف فيه فليكن على ذكر منك.

وفي البنية: وصي القاضي كوصي الأب لكن إذا خص يختص ووصي الأب لا، وفي الولوالجية: وإن لم يجعله القاضي وصياً ولكن جعله قيماً فهذا القيم لا يملك التصرف، بخلاف الوصي لأن الوصاية إثبات ولاية التصرف له على الإطلاق فيملكه كما أثبت له.

أما القوامة فهي عبارة عن الحفظ فقط فلا يملك من التصرفات سوى ما يكون من باب الحفظ ومنه شراء ما لا بد منه للصبي.

قلت فهو كوصي نحو الأم وهذا على مذهب الخصاص فإنه القائل بهذا الفرق، وكثير من المشايخ يجعلون القيم والوصي واحداً كما صرح به في الخلاصة، فلا يتأتى حينئذ الاختصاص بالحفظ بل القيم عندهم كوصي الأب ما لم يستثن القاضي ويخصه بالحفظ المحض، وسيأتي في أواخر فصل الإنفاق من صاحب الكتاب أيضاً التصريح بكون الوصي والقيم واحداً والله سبحانه أعلم.

[52/ظ] وفي فتاوى رشيد الدين: قيم الصبي بالخصومة من جهة الحاكم يملك القبض، وهذا بناءً على مسألة التوكيل بالخصومة فإن له حق القبض عندنا خلافاً لفرع رحمه الله وبقوله يفتى، قال: هذا إذا كان قيماً من جهة القاضي، أما إذا كان قيماً من جهة الأب وصياً في أموره يكون له ولاية القبض، وهذا بناءً على أن ولاية القاضي تقبل التخصيص بخلاف ولاية الأب والجد.

وذكر في خزانة المفتين:⁽⁴¹⁶⁾ قال القاضي جعلته قيماً في تركة الميت لوارثه، لم يكن له أن يبيع و يبتاع شيئاً للوارث يعني مما له منه بد، أما لو قال جعلته قيماً في تركة الميت ولم يزد عليه يكون كوصي الميت ولا ينزل بموت القاضي الذي نصبه، قلت: وهذا كما ترى فرق آخر والله سبحانه أعلم.

وفي أدب القاضي للحلواني والولوالجية: صغير له مال وله أب مبذر مسرف مستحق للحجر ممن يرى الحجر لا يثبت للأب ولاية التصرف في مال صغيره بل يضع الحاكم ماله عند عدل يحفظه إلى وقت الحاجة أو أوان بلوغ الصبي⁽⁴¹⁷⁾ وثبوت رشده، فلو مات هذا الأب المحجور وأوصى إلى رجل فوصيته كسائر أوصياء الآباء الراشدين، قلت: لأن التبذير لا يسلب شفقتة على صغيره، والله سبحانه أعلم.

(414) ج:- قضاء.

(415) د،ب: بعض.

(416) خزانة المفتين في الفروع: حسين بن محمد السنيقاني، (السمنقاني) كان حياً في (740هـ). انظر كشف الظنون 703/1.

(417) ب:- الصبي.

وفي البنية: صغير ورث مالا وأبوه مبذر يستحق الحجر على قول من يراه مثالا تثبت الولاية في ماله ويحجر، هذا وأما وصي الأخ والعم والأم⁽⁴¹⁸⁾ والأخت والخال وبنات الأعمام وسائر ذوي الأرحام ففي شرح الطحاوي للإسبيجابي: أن لهم بيع تركة الميت لدينه أو وصيته إن لم يكن هناك أحد من الأب أو الجد أو الأوصياء السالفين أو أوصيائهم وليس لهم [53/و] بيع عقار الصبي أصلاً. إذ ليس لهم إلا حفظ المال، والعقارات محفوظة بنفسها، وليس لهم أيضاً الشراء على التجارة ولا التصرف فيما يملكه اليتيم من غير جهة موصيه مطلقاً، لأنهم بالنظر إليه أجنب فليس لهم إلا شراء ما لا بد منه من الطعام والكسوة لأنه من باب حفظ اليتيم لأنه يضر به الجوع والحر والبرد بل يقتله، وإلا بيع منقول ورثة اليتيم من جهة الموصي لكونه من باب الحفظ، لما أن حفظ الثمن أيسر من حفظ العين ومثله في اللوالبية والخانية والغنية عن السراجية.

[وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح الأصل الوصي نوعان: قوي وضعيف، فالقوي: وصي الأب ووصي وصيه ووصي الجد الصحيح عند عدمهما ووصي القاضي، والضعيف: وصي الأم والأخ والعم ونحوهم، فحكم الوصي الضعيف على الصغير كحكم الوصي القوي على الكبير الغائب يبيع منقولات الصغير وما ورث من أمه أو عمه لأنه قائم مقام الأم والأخ والعم ولهم ولاية الحفظ دون التصرفات، قال: وإنما يملك الوصي الضعيف هذا القدر من التصرفات عند عدم الوصي القوي أما حال وجوده فلا يملك التصرف في مال الصغير أصلاً، فليس له في هذه الصورة سوى القيام على مصالح موجبة كتفديز الوصية وقضاء الدين ونحوهما].⁽⁴¹⁹⁾

والأصل فيه أن أضعف الأوصياء في أقوى الحالتين وهي الصغير⁽⁴²⁰⁾ كأقوى الأوصياء في أضعف الحالتين وهي الكبر، ثم وصي الأب لا يقدر على بيع عقار الكبير الغائب فلا يقدر وصي نحو الأخ والأم على بيع عقار الصغير وهذا التحقيق معنى الضعف، ولهذا المعنى [54/ظ] لم يكن لهم ولاية التصرف في التركة أصلاً عند وجود الأقوى⁽⁴²¹⁾ منهم على ما ذكرنا في أول الكتاب.

وفي أحكام الصغار: ولو كان هناك وصي قوي⁽⁴²²⁾ لكنه غائب أو حاضر لكنه بحال لا يقدر أن يلي التصرف على الصغير يكون للأضعف أن يبيع ما يخشى عليه التلف من التركة ويحفظ الثمن.

وفي المنهاج: وصي الأم والعم والأخ في الصغير والكبير الغائب كوصي الأب في الكبير الحاضر وفي الجامع الأصغر: بيع الوصي مال الصبي وشراؤه له ممن لا تقبل شهادته له كأولاده ومماليكه إن كان بمثل القيمة أو بالأكثر يجوز وفاقاً، وإن كان بفاحش الغبن لا يجوز إجماعاً، وإن كان بيسير الغبن

(418) ج:- الأم.

(419) ج،ب:- وذكر شيخ الإسلام الدين ونحوهما.

(420) ب:- الصغير.

(421) ب:- من هنا حتى آخر العبارة.

(422) ج:+ قوي.

وقليله اختلفوا فيه فعند الإمام: لا يجوز، وعندهما: يجوز كالمضارب وفي فوائد البرهاني أن بيعه وشراؤه منه لا يجوز عنده مطلقا كالوكيل.

قال: وقيل هو على تفصيل الجامع، والفتوى على أنه: إن كان البيع خيرا يجوز وإلا لا، كقيم يؤجر الوقف ممن لا تقبل شهادته،⁽⁴²³⁾ وقد مر معنى الخيرية، والفرق أن مبنى كل من المضاربة والوصاية على العموم فيصح البيع مالم تتحقق التهمة بالمحاباة، أما الوكالة فمبناها على الخصوص.

وفي اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى: وصي لابن أخيه اشترى من ابنه الصغير شيئا لابن أخيه ذلك يجوز،⁽⁴²⁴⁾ ولو عكس قال أبو يوسف: ينظر فيه الحاكم إن رأى خيرا لابن الأخ ونظراً له أنفذه وإلا أبطله.

وفي الخلاصة والحافضية: لا يملك وصي القاضي البيع ممن لا تقبل شهادته⁽⁴²⁵⁾ كالوكيل ولا يجوز بيع الوكيل منهم، ولو باع الوصي بعض التركة من بعض الورثة بمثل [55/و] القيمة لم يجز عند الإمام وجاز عندهما، أما بيعه منه بيسير الغبن فقيل: لا يجوز وفاقا، وقيل: هو على الاختلاف السالف.

وفي الخلاصة ورهن الهداية ومختارات النوازل: لو باع⁽⁴²⁶⁾ الوصي مال الصبي⁽⁴²⁷⁾ والأب من غريم نفسه تقع المقاصة بينهما ويضمن الوصي الثمن عند الطرفين ولا تقع عند أبي يوسف، وكذا الحكم في بيع الأب.

وفي الولوالجية: أوصى لرجل بألف درهم فباع الوصي من ذلك الرجل عبدا من التركة بألف درهم وأراد أن يجعل ما على الموصى له بالموصى به لا يصير قصاصا إلا برضى الموصى له.

وفي فوائد البرهاني: صح بيع الوصي مال الصبي بدين نفسه لما فيه من المنفعة للصبي، لأنه لو لم يبيع أو باع ولم يصرفه لخيف ضياع الأصل والثمن وبالصرف يزول ذلك الخوف لأن الوصي يضمنه للصبي.

وفي الخانية: وصي وجد ما يسوغ له بيع عقار الصبي فباعه لينفق ثمنه على نفسه ولا حاجة للصبي إلى الثمن، قالوا: يجوز البيع ويضمن الوصي الثمن إن أنفقه على نفسه ولا حاجة للصبي إلى الثمن.⁽⁴²⁸⁾

وفي بيوع الخلاصة عن مآذون الزيادات وفوائد شمس الإسلام:⁽⁴²⁹⁾ إذا باع الوصي مال الصبي لينفق ثمنه على نفسه يجوز ويضمن قيمته، وفي القنية للزاهدي لا يملك الوصي بيع جزء شائع من دار اليتيم لنفقة اليتيم إذا وجد من يشتري جزءا معينا منها لأنه تعيب للباقي.

وفي العتابية: لو باع نصفاً مشاعاً وضاع الثمن فقال هذا الذي بعته نصيب هذا الصغير صدق.

(423) ب: ممن لا تقبل شهادته.

(424) ب: وفي اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى: وصي لابن أخيه اشترى من ابنه الصغير شيئا لابن أخيه ذلك يجوز.

(425) د: له

(426) د: الصبي.

(427) ب: اليتيم.

(428) ب، ج: ولا حاجة للصبي إلى الثمن.

(429) محمود بن عبد العزيز شمس الأئمة/شمس الإسلام الأوزجدي. انظر الفوائد البهية ص(209)، كشف الظنون (م/1294).

وفي فتاوى الديناري: الوصي إذا باع مال اليتيم بأجل جاز ومثله الأب، وفي الخلاصة 56/ظ] والمنية عن السراجية: (430) للوصي البيع بالنسيئة إن لم يخف تلفه بالحدود والإنكار ولا المنع عند حلول الأجل وانقضائه ولم يكن الأجل بعيدا فاحشا ذكره في كل من الولوالجية والخانية، ومن هذا قالوا ولو ابتاع مال اليتيم الأملاً بالآلف والمفلس بالآلف والخمسائة يبيعه الوصي من الأملاء ولا يلتفت إلى زيادة المفلس حذرا عن التلف، والمسألة في النوازل والخانية والولوالجية.

وذكر في النوازل والخانية: أن الوصي إذا باع مال اليتيم من المفلس وهو يعلم أنه لا يمكنه أداء الثمن، فعن الصغار أنه إن كان يبيعه بيع رغبة ومصلحة لليتيم لا بيع وفاء وجواز يؤجل الحاكم ثلاثة أيام إن نقد أخذ، وإلا أخذ من يده المبيع وفسخ البيع نظرا لليتيم ومثله في الولوالجية.

قال الخاصي: وذكر الأستاذ (431) هذا نزع (432) من مذهب الشافعي واللائق أن لا يصح مثل هذا البيع، إلا أنه لو نقد المشتري الثمن قبل القضاء على الوصي بالبطلان يجوز، (433) يجوز القاضي البيع الآن وينفذ لزوال المانع وهو خوف لحوق الضرر، وإلا أبطل لأن تمام النظر لليتيم وإحراز المصلحة له في هذا.

وفي البنية: باع ضياع اليتيم بيع رغبة فعلم أن المشتري مفلس لا يمكنه أداء الثمن أجله الحاكم ثلاثة أيام وإلا نقض البيع، وفي الوجيز والحافظية: وإن كان المشتري في يد المشتري وأنكر الشراء يرفع الوصي الأمر إلى الحاكم، فيقول الحاكم إن كان بينكما بيع فقد فسخته.

وفي النوازل: جحد المشتري الشراء فرفعه الوصي إلى القاضي وحلفه فحلف والوصي يعلم أنه كاذب في يمينه، فإن القاضي يقول للوصي: [57/و] إن كنت صادقا فقد فسخت البيع بينكما، وفي الولوالجية: فحلفه القاضي وحلف، يقول الوصي للقاضي إنه حلف كاذبا فافسخ البيع بيننا، قال نجم الدين الخاصي: ويجوز مثل هذا الفسخ وإن كان تعليقا بالمخاطرة وإنما يحتاج إلى فسخ الحاكم، لأن الوصي لو عزم على ترك الخصومة بعد إنكار المشتري البيع يكون فسحا في حكم الإقالة فيلزم الوصي كما لو تقايلا حقيقة، أما إذا فسخه الحاكم لا يلزم المبيع عليه بل يرجع إلى ملك الميت لكمال ولاية القاضي وشمولها ومثله في الخانية.

وذكر شيخ الإسلام نظام الدين في فوائد عن أبيه صاحب الهداية: للوصي أن يبيع عقار الصبي بالبيع الجائز، وقال: وأفتى أئمة سمرقند وغيرهم بعدم الجواز بناء على كونه إتلافا فالمنافع ماله لكونها للمشتري، قلنا: ملكه باق على حاله وفيه دفع حاجة وتتمير ماله وتوفير حاله فيجوز وهذا هو المختار.

(430) أ، د-: السراجية.

(431) أ، ج: الأستاذان والأستاذ: هو عبد الله بن محمد بن يعقوب بن الحارث الكلاباذي السبذموني، ويعرف بالأستاذ، صنف "مسند أبي حنيفة"، وأملى "كشف الآثار" في مناقب أبي حنيفة (ت. 340هـ). الأعلام للزركلي 120/4.

(432) أ: فرع.

(433) ب، ج-: يجوز.

وفي شرح الطحاوي: باع الأب أو الوصي قنَّ اليتيم بيعاً فاسداً، يملكه المشتري بالقبض بالإذن ولو دلالة ولو أعتقه المشتري نفذ عتقه وجاز.

وفي الذخيرة والخانية والحافضية: للوصي أن يبيع متاع الصبي بشرط الخيار لنفسه فلو مات الوصي في مدة الخيار أو مات الصبي يتم البيع وفاقاً ومثله في المحيط، ولو أدرك الصبي فيها فكذلك عند أبي يوسف كذا في الخانية والعتابية، وعن محمد رحمه الله فيه ثلاث روايات يكون الخيار للصبي مؤبداً يرضى بالبيع متى رضي ويرده متى شاء ويكون هذا خيار الإجازة لا الشرط [58/ظ] وهذه ظاهر الرواية عنه كذا في الظهيرية، وانتقال الخيار مؤقت بالأيام التي وقت بها الوصي وفي الذخيرة: وهي ظاهر الرواية وبقاء الخيار للوصي إن شاء أجاز في المدة وإن شاء أبطل وإن سكت حتى مضت المدة تم البيع ومثله الأب.

قال في الذخيرة: ثم إذا ثبت للصبي الخيار بالإدراك فليس للوصي الإجازة لكن له ولاية الفسخ ولا يبعد أن يثبت لشخص حق الفسخ ولا يثبت له ولاية الإجازة كالفضولي حيث⁽⁴³⁴⁾ تثبت له ولاية فسخ ماعقده قبل إجازة المالك وليس له ولاية الإجازة.

قلت: والوصي بعد إدراك الصبي فضولي فيكون حكمه حكمه، وفي العتابية: وعند محمد يتوقف على إجازة الصبي كأنه باشره بعد بلوغه حتى قيل لا يتوقت بوقت، وعنه أيضاً أن للوصي أن يفسخ بعد بلوغ الصبي وليس له أن يجيز إلا برضاه.

وفي القدوري⁽⁴³⁵⁾ والذخيرة: أب ووصي اشترى بدين في الذمة مخير إلى ثلاثة أيام فبلغ فيها الصبي يجوز العقد عليهما وللصبي الفسخ والإجازة، وفي فتاوى ظهير الدين والعتابية: اشترى الوصي أو الأب عبداً للصغير بأحد النقيدين وشرطاً الخيار لأنفسهما فبلغ الصبي في المدة وأجاز العقد نفذ البيع عليهما، إلا أن تكون الإجازة برضى الصبي بعد بلوغه.

وفي المحيط عن نوار ابن هشام: وصي باع غلاماً لليتيم قيمته⁽⁴³⁶⁾ بألف على أنه مختار فازدادت القيمة في المدة وصارت ألفين قال محمد رحمه الله لا يجوز للوصي تنفيذ البيع إجماعاً ومثله في وكالة الخلاصة عن النوازل.

وفي غريب الرواية⁽⁴³⁷⁾ والعتابية والخلاصة والحافضية: اشترى الوصي لليتيم عبداً يساوي ثلاثة آلاف بألف ثم اطلع فيه [59/و] على عيب ينقصه ألفاً أو خمسمائة لم يرده لأن في رده محاباة فاحشة فيكون ضرراً للصبي، أما لو كان شراؤه بخيار فله أن لا يقبله، قلت: و⁽⁴³⁸⁾ لم يكن معيباً لأن خيار الشرط مانع عن انعقاد العقد بخلاف خيار العيب وقد عرف في كتاب البيوع قال ومثله الوكيل والمأذون له قال في

(434) ب: + حيث.

(435) مختصر القدوري في فروع الحنفية: أحمد بن محمد القدوري، وهو: الذي يطلق عليه لفظ: (الكتاب) في المذهب، وشروحه كثيرة منها: شرح الأقطع والزاهدي والحدادي في الجوهرة النيرة (ت. 428هـ). كشف الظنون 631/2.

(436) د، ج: + ألف.

(437) غريب الرواية في فروع الحنفية: محمد بن أبي شجاع العلوي، اختصره: أبو حفص السفكردي. كشف الظنون 1207/2.

(438) ب، ج: ولو.

العتابية: ولو كان الأب⁽⁴³⁹⁾ هو المشتري لم يملك رده بالعيب ويروى أنه يرده بغير قضاء وفي أحكام الصغار: فضولي باع مال اليتيم ثم نصب وصيا له فأجاز ذلك البيع جاز ذكره رشيد الدين في فتاواه. وفي النوازل والولوالجية: عم باع أشجاراً ليتيم لا وصي له ثم نصبه الحاكم وصياً له فأجاز بيعه جاز استحساناً إن كان المبيع قائماً، قلت: إنما شرط قيام المبيع لأن الإجازة كالفسخ فيستدعي المحل على ما عرف في موضعه.

وفي جامع العتابي والحافظية: باع الوصي داراً على يتيم فإذا هي ليتيم⁽⁴⁴⁰⁾ لآخر في حجره جاز بيعه على من هي له كالأب، ذكر في البنية وفي جامع العتابي: وهذا بخلاف القاضي والمعنى فيه أنه تنفيذ حكم والحكم إذا وقع لإنسان لا يقع لغيره وفيها، وفي الخلاصة وليس للوصي أن يبيع مال أحد اليتيمين⁽⁴⁴¹⁾ من الآخر عند أبي ح ومحمد رحمه الله تعالى ويجوز ذلك عند أبي يوسف رحمه الله.

وفي المحيط عن الزيادات وزيادات القاضي الأستروشنى والولوالجية والحافظية أيضاً: ليس للوصي والأب والقاضي أن يبيع مال أحد اليتيمين من الآخر وفاقاً، قال في المحيط: أما على قول محمد رحمه الله فلأن الوصي لا يتولى طرفي العقد أصلاً، وأما على قول الإمام فلأن قيامه بالعقد من الطرفين مشروط بالنفع [60/ظ] الظاهر ولا نفع هنا لليتيمين، لأنه إذا كان خيراً لأحدهما يكون شراً للآخر البتة فلا يجوز، قلت: ومراده من القيام بالعقد من الطرفين جعل اليتيم في حكم المأذون كما سلف.

وفي فتاوى رشيد الدين: ليس للوصي والقاضي بيع مال أحد اليتيمين من الآخر أما الأب فله أن يبيع مال أحد طفليه من الآخر، وفي العدة لا لوكيله فيوكل لكل منهما وكيلاً فيعقدانه، وكذا لو باع وكيله ماله من طفله أو شري له مال طفله حيث لا يجوز إلا إذا كان الأب حاضراً فيقبل عقده.

وفي الحاصل من شرح الطحاوي: أن الجواز من الأب مشروط بعدم كون بيعه بفاحش الغبن، قلت: وهذا شرط في جواز جميع بياعاته للابن دفعا للإضرار.

وفي المحيط والولوالجية والخلاصة والحافظية: ويجوز للوصي أن يبيع من الصبي المأذون له في التجارة، قلت: ولو من جانبه صرح به في البنية، ويجوز أن يكون هو المراد هنا أيضاً.

وفي وصايا الذخيرة وأحكام الصغار من زيادات الإستروشنى: الصبي المأذون له من جهة الوصي إذا باع مال نفسه من وصيه فهو كبيع الوصي لنفسه، يعني يعتبر فيه الخيرية ولا يكفي عدم الضرر، أما لو باع الصبي المأذون له من الأجنبي بغبن فاحش فإنه يجوز عند الإمام، قال في المحيط: خلافاً لهما ومثله في جامع الفقه.

قال في أحكام الصغار: هو رحمه الله اعتبر في تصرفه مع الوصي جهة كونه نائباً عن الوصي ومع الأجنبي جهة كونه مالكاً وأصلاً بالإذن.

(439) ب: الأب.

(440) ب: ليتيم.

(441) ب: الصغرين.

قلت: ولا يخفى ما فيهما من المناسبة وهما رحمهما الله تعالى اعتباراً في جميع تصرفاته جهة النيابة نظراً إلى حقيقة الحال حتى قالاً بأن بيعه من [61/و] الأجنبي كبيع وصي منه فلا يتحمل فيه فاحش الغبن، قلت: وقد علم من هنا أن في بيعه هذا يتحمل الغبن اليسير ولا يتحمل في بيعه من الوصي بل لا بد فيه من الخيرية.

وفي البنية: في بيع الصبي المأذون له من وليه بالمحابة الفاحشة روايتان، وفي مجموع النوازل وجامع العتابي والمحيط: أذن الوصي لليتيمين فباع أحدهما من الآخر لم يجز، قال في الولوالجية: لأن سبب نفاذ تصرف اليتيمين ليس إلا بإذن الوصي فيشترط في صحته ما يشترط في صحة تصرف الآذن لهما، أعني الوصي من الخيرية فلا يجوز لعدمها في حق أحدهما البتة كما سلف.

قال العتابي: ولو كان لكل يتيم وصي على حدة جاز قال في المجموع هذا ولو أذن لهما الأب ففعلاً ذلك جاز لأن الأب يملك العقد بينهما حتى يكون العهدة عليهما إذا بلغا وهو الصحيح، ذكر في وصايا جامع الصغار قال في المجموع: و⁽⁴⁴²⁾أذن لهما ثم أمر رجلاً بأن يشتري من أحدهما للآخر لا يصح إذا كان هو المعبر عنهما، أما لو عبّر هو عن أحدهما وعقد الآخر بنفسه جاز، وبالجمله الأب يملك المباشرة ولا يملك التفويض، قلت: والسر فيه عدم قيام المفوض إليه مقام الاثنين كما يقوم الأب.

وفي الخانية: يتيمان لكل منهما وصي لم يجز لأحد الوصيين الشراء لیتيمه من الوصي الآخر لأن تصرفات الأوصياء مقيدة بالخيرية والنظر للیتيم، فلو وجدت الخيرية هناك من أحدهما لا توجد من الآخر البتة فلا يجوز تصرفه، وفي المحيط أيضاً: أذن الوصي لعبدین یتیم بالتجارة فباع [62/ظ] أحدهما ماله من الآخر لم يجز لأنهما يستفيدان الولاية من الوصي، ولو فعل الوصي ذلك بنفسه لم يجز، فكذا فعل من أسقط⁽⁴⁴³⁾ الولاية منه.

[وفي الخانية أن بيع الصبي المحجور وشراءه موقوف على إجازة الأب أو الوصي أو القاضي وكذا بيع المعتوه وشراءه وكذا الحال فيمن بلغ سفيهاً وفي باب المصرة من بيوع شرح الطحاوي وكذا كل عقد يجوز عليه لو فعله وليه كتزويج الأمة وكتابة العبد فلو بلغ قبل إجازة الولي فأجازه بنفسه جاز أما لايجوز بمجرد البلوغ فلا بد من إجازة بعده].⁽⁴⁴⁴⁾

وفي الخانية: والخلاصة مات عن زوجة ویتيم له منها ومات، فباعت المتاع زاعمة أنها وصية ثم بعد مدة أنكرت الوصاية، قال الإمام الفضلي: لا تصدق هي في إنكارها ذلك على المشتري بل يتوقف البيع إلى بلوغ الصبي، فلو صدق بعد البلوغ الوصاية جاز وإلا بطل، فلو بطل⁽⁴⁴⁵⁾ وكان المبيع أرضاً فبني عليها المشتري أو شري منها لم يرجع المشتري بقيمتها، ولو ادعى الصغير قبل البلوغ عدم الوصاية وقت البيع هل تسمع دعواه؟ قال: تسمع، وقال في الخانية والحافضية: إن كان مأذوناً في التجارة.

(442) ب، ج: ولو.

(443) ب: استفاد.

(444) ب+: وفي الخانية أن بيع إجازة بعده.

(445) ج: بطل.

وفي الخاصي: أو في الخصومة من جهة من له عليه الولاية من الأب أو الوصي أو الحاكم، فلو عجز الصبي عن استرداد الأرض ضمننت الزوجة قيمتها على رواية تضمين غاصب الأرض بالبيع والتسليم ، ولو باعت مال صبيها بلا أمر من الحاكم ولا وصاية قيل للحاكم إبطاله في الحال، وقيل لا بل⁽⁴⁴⁶⁾ يبطل بعد البلوغ.

[وفي المحيط أيضاً أذن الوصي لعبدين يتيمين بالتجارة فباع أحدهما ماله من الآخر لم يجز لأنهما مستفيدان الولاية من الوصي ولو فعل الوصي ذلك لنفسه لم يجز فكذا فعل من استفاد الولاية منه وفي الخانية يتيمان لكل منهما وصي لم يجز لأحد الوصيين الشراء لئيمه من الوصي الآخر لأن تصرفات الأوصياء مقيدة بالخيرية والنظر لليتيم فلو وجدت الخيرية من أحدهما لاتوجد من الآخر البتة فلا يجوز تصرفه].⁽⁴⁴⁷⁾

وفي فتاوى الفضلي والجامع في الفتاوى عن النوازل عن بكر:⁽⁴⁴⁸⁾ في امرأة ماتت عن زوج وأولاد صغار منه وأخت، وأوصت إلى الأخت ولها ضياع، فباع الأب ضيعة منها وأنفق بعض ثمنها لنفسه، واشترى بالبقية ضيعة لنفسه، ولم يرض به الوصي فإن لم يكن الأب مفسدا وكان الوصي قد أصلح جميع أمور الميت فبيع الأب جائز، وما اشتراه لنفسه من الضيعة: إن أشهد وقت شرائه أنه اشتراها لنفسه فهي له وهو مديون للصبي قدر الثمن، وإن كان [63/و] الأب مفسدا متهنكا لايجوز بيعه.

وفي النوازل والولوالجية والخانية: مديون أوصى بوصايا وأوصى إلى رجل فغاب الوصي أو مات، واجتمعت الورثة على بيع شيء من التركة لقضاء الدين وإنفاذ الوصايا، قال أبو نصر رحمه الله تعالى: البيع فاسد إلا أن يكون بأمر القاضي لأنه ليس للورثة حق في التركة مهما كان فيها دين أو وصية إلا بعد القضاء والتنفيذ فيكون فاسدا كذا في الولوالجية.

قلت: إذا يرفعوا الأمر إلى القاضي فينصب للميت وصيا يبيع ويقضي وينفذ ، قال الخاصي قال الأستاذ: هذا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، فإن لم يكن ينفذ بيع الوارث في حصته إلا أن يكون المبيع بيتا معيناً من الدار وما أشبهه .

وفي المنتقى: باع الوصي عقار الصبي فرفع إلى القاضي إن رأى نقض البيع خيراً للصبي نقضه، وإن رأى الإمضاء أنفع أمضاه ونفذه، ومثله الأب ذكره في الخانية ، وكذا القاضي إلا أن يكون للمشتري شهود يشهدون بأن البائع القاضي إن أشهدهم حين باع أن الثمن ثمن المثل فلا تقبل حينئذ الشهادة على زيادة القيمة إذ ذاك، لأن قوله حجة حتى لو فسخ البيع فشهدوا أن القاضي أشهدهم قبل الفسخ⁽⁴⁴⁹⁾ أن القيمة مثل الثمن وقت العقد ينقض الفسخ، لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً ولو عاينا أن القاضي قال ذلك بطل الفسخ كذا هذا.

(446) أ: بل.

(447) ج: + وفي المحيط أيضاً... يجوز تصرفه.

(448) محمد بن الحسين البخاري، مرت ترجمته.

(449) ج: - الفسخ.

وفي الخانية: لو باع الوصي أو الأب مال الصبي من الأجنبي فحقوق العقد بعد بلوغه راجعة إلى الوصي وكذا الأب لو شراه لنفسه فبلغ تكون العهدة من [64/ظ] قبل الوالد إلى الأب، ثم لا يبرأ الأب عن الثمن مالم ينصب الحاكم وصيا للولد يأخذ الثمن من الأب ثم يرده عليه، وفي بيعه ماله من الولد لا يصير قابضاً بمجرد البيع حتى لو هلك قبل تمكن الولد من القبض حقيقة يهلك على الأب، أما البيع نفسه فيتم بمجرد قوله بعته من ولدي بكذا وكذا شراؤه منه فلا يحتاج إلى القبول، بخلاف الوصي حيث يحتاج في تمام عقده إلى قبوله في الوجهين.

ومثله في المحيط عن الزيادات: اشترى الوصي للصبي أو المعتوه⁽⁴⁵⁰⁾ بماله ذا رحم محرم منهما لم ينفذ البيع عليهما ولكن ينفذ على الوصي ومثله الأب، ولو اشترى الوصي للمعتوه مستولده بالنكاح قال محمد لا ينفذ هذا البيع على المعتوه، وهو القياس وفي الاستحسان ينفذ على المعتوه، وجه القياس أنه يتضرر به المعتوه، وجه الاستحسان أن فيه نظراً للمعتوه حيث يدخل في ملكه من يطؤها ويقوم بخدمته، ثم هذه أشفق عليه من غيرها وأهدى إلى خدمته، فيكون شراؤها في ولاية الوصي لكن لما اندفعت الحاجة بالواحدة لم يكن للوصي شراء كل مستولداته بالنكاح، حتى لو كان له منكوحتان لا يملك الوصي إلا شراء الواحدة منهما.

قال في المحيط: والمحققون من مشايخنا قالوا وجه القياس أقوى، وفي الذخيرة: وهو الأصح لاندفاع الحاجة بالمنكوحة فيكون شراؤها ضرراً على المعتوه، قال أيضاً وروى في الأمالي رجوع محمد إلى الاستحسان، قلت: فحينئذ يكون الاستحسان هو الأقوى لكونها وفاقية والله سبحانه أعلم، وهذا بخلاف الهبة كما سيأتي.⁽⁴⁵¹⁾

وفي جامع العتابي: ولو اشترى الوصي للمعتوه أم ولده أو أذن له فاشتراها بنفسه [65/و] جاز في الواحدة استحساناً، ولو شري للصغير أباه أو أذن له فاشتراه بنفسه لم يجز وكذا المعتوه.

وفي الزيادات⁽⁴⁵²⁾ والواقعات والتجنيس والمحيط والخانية والخلاصة: الوصي إذا أمره رجل بأن يشتري له شيئاً من مال اليتيم فشراؤه لم يجز لرجوع حقوق العقد من الطرفين إلى الوصي فيكون قاضياً ومتقاضياً معاً وذلك تناقض.

وهذا بخلاف شراء الوصي لنفسه على قول الإمام لأن الحقوق من طرف اليتيم راجع إلى اليتيم⁽⁴⁵³⁾ ومن جانبه إليه فلا يكون بيعه من الأجنبي⁽⁴⁵⁴⁾ متولي طرفي العقد واحداً حكماً، قلت: وهذا بجعل الصبي

(450) ب+: المعتوه.

(451) ب-: والله سبحانه أعلم، وهذا بخلاف الهبة كما سيأتي.

(452) د-: الزيادات.

(453) ب، ج+: راجع إلى اليتيم.

(454) د، ب، ج-: الأجنبي.

مأذوناً بالبيع حكماً على ما سلف وبخلاف بيعه من الأجنبي بلا أمر منه لأن الحقوق فيه عليه وعلى المشتري لعدم قيام الوصي مقامه.

وفي العدة وكل الوصي رجلاً ليشترى له شيئاً من مال اليتيم فشراه له لم يجز إلا إذا كان الوصي حاضراً وقبل الشراء فيقول قبلت كما مر في الأب، قلت: وإنما شرط القبول بعد الحضور⁽⁴⁵⁵⁾ لتكون العهدة من جانب الوصي على الوكيل ومن جانب الصبي على الوصي ولا يكون الوصي متولياً للعقد من الجانبين فتأمل.

وفي النوازل: ماتت عن زوج وبنت وأخ وكانت قد أوصت إلى الأخ وعليها ديون وأوصت⁽⁴⁵⁶⁾ وصايا فاشترى الأخ قبل تنفيذ الوصية وقضاء الديون نصيب الزوج من الأمتعة والعقار ولم يعلم البائع قدر نصيبه والمشتري عارف به، فإن أنفذ الوصية وقضى الديون قبل المخاصمة جاز البيع، وإن لم ينفذ حتى ترفعوا إلى الحاكم أبطل الحاكم البيع وبدأ بقضاء الديون ثم نفذ الوصية من ثلث مافضل ثم قسم الباقي بين الورثة [66/ظ] كما نطق به الكتاب العزيز، وكذا لو كان على الميت دين ولا وصية أو بالعكس.⁽⁴⁵⁷⁾

وفي النوازل والخانية: أوصى إلى امرأته ولها عليه المهر قال نُصير: إن ترك الميت صامتا كان لها أن تأخذ من الصامت قدر المهر من غير رضا الورثة، لأنها ظفرت بجنس حقها وإن لم يكن في التركة صامت كان لها أن تباع ما كان أصلح للبيع وتستوفي صداقها من الثمن، ومثله في الفتاوى الولوالجية والعيون والذخيرة وكذا في الخلاصة لكن فيها أنه لها ذلك سواء كانت وصيا من قبل الزوج أو لم تكن. وفي الخانية: وإن كان في يدها دراهم قدر المهر كان لها أخذ تلك الدراهم بغير علم الورثة وبلا رضاهم، فإن استحلقت بعد الأخذ كان لها أن تحلف بالله مافي يدها شيء من تركة الزوج ولا تأثم في يمينها هذه لأن ما أخذت بمهرها صار ملكاً لها فلا تأثم.

وفي المبسوط والعتابية من الجامع: صح إقالة الوصي لأنها كالشراء ومثله الوارث⁽⁴⁵⁸⁾ ذكره في العتابية ، وفي فتاوى الفضلي: لا يجوز للوصي إقالة ما باعه بأكثر من قيمته ولا إقالة ما اشتراه بأقل من القيمة. وفي وكالة الخلاصة: الوكيل بالبيع يملك الإقالة، والوكيل بالشراء لا يملكها، والوصي والأب والمتولي كالوكيل بالبيع.

وفي العتابية: ولا يترك مملوك مسلم في ملك ذمي بل يجبر على بيعه إن كان محلاً للبيع صيانةً للمسلم عن الازدلال، فإن كان العبد ليتيم الذمي أجبر عليه أبوه أو وصيه أو وصي القاضي.⁽⁴⁵⁹⁾

(455) ب:- الحضور.

(456) د: وأوصي.

(457) ب:- وكذا لو كان على الميت دين ولا وصية أو بالعكس.

(458) ج: الأب.

(459) ج:- وفي العتابية: ولا يترك مملوك مسلم في ملك ذمي بل يجبر على بيعه إن كان محلاً للبيع صيانةً للمسلم عن الازدلال، فإن كان العبد ليتيم الذمي أجبر عليه أبوه أو وصيه أو وصي القاضي، ب: جعل هذه المسألة في آخر كتاب البيع.

وفي فوائد البرهاني رحمه الله: أقال الوصي ماشره للصبي إن كان فيها نظر للصبي [67/و] وفائدة صحت وإلا لا، قال: والرواية في الأب حيث نص على جواز إقالته بالخيرية فخرّج المشايخ هذه والمتولي يشتري شيئاً للوقف قياساً عليه بجامع أن كلاً منهم يملك التجارة في مال الصغير، والوقف والإقالة نوع تجارة لأنها بيع في حق الثالث فيملكها من يملكها والله سبحانه أعلم.

واعلم:

أن يسير الغبن إنما يعفى إذا انفرد، وأما ما يوجد من قدره في ضمن الفاحش منه فلا يعفى حتى يقال أن الباقي بعد إخراج قدر اليسير يسير، ومع ذلك لا يعفى وهذه منه كالنجاسة يعفى منها ما دون الدرهم ولا يعفى منها الدرهم ولا شك أن الباقي من الدرهم بعد قدر ما دون الدرهم دون الدرهم. والسر فيه أن كل ما يوجد ويقع جملته هو الفرد، لا أنه تجمع الأجزاء المعتبرة شرعاً فيكون فرداً حتى يمكن نقض بعضه وعدم اعتباره وذلك ظاهر، وإذ قد وصل الكلام إلى هذا المقام فلا علينا أن نذكر ما يتحمل فيه الغبن الفاحش واليسير وما لا يتحمل فيه إلا اليسير وما لا يتحملان فيه أصلاً فنقول وبالله التوفيق:

أما الغبن اليسير فقد قيل أنهما يدخل تحت تقويم المقومين وقيل هو في العروض (ده نيم) وفي الحيوان (ده ياز ده) وفي العقار (ده دوا زده) قال شيخ الإسلام خواهر زاده: هذا التحديد فيما ليس له في البلد قيمة معلومة، أما فيما له قيمة معلومة كالفحم واللحم فلا يتحمل فيه هذا المقدار، حتى لو شره الوكيل بيسير الغبن ينفذ على نفسه لا على⁽⁴⁶⁰⁾ موكله لأنه لعدم احتياجه إلى التقويم لا يدخل الغبن تحت التقويم فيفحش وبه يفتى، ومثله في بيوع الصغرى.

ثم بيع الأولياء كالأب والجد والقاضي وأوصيائهم وأوصياء أوصيائهم لا يتحمل في بيوعهم [68/ظ] وأشريتهم إلا الغبن اليسير إجماعاً، أما بيع الوكيل بالبيع وبيع المأذون ونحوه من القن والمكاتب والصبي وبيع المضارب والمفاوض وشريك العنان فهذه ثمان مسائل يتحمل فيها عند الإمام الغبن الفاحش،⁽⁴⁶¹⁾ وعندهما لا يتحمل فيه إلا اليسير كما في شراء الوكيل بالشراء، وثلاثة عشر مسألة لا يتحمل فيها⁽⁴⁶²⁾ الغبن:

الأولى:

بيع الوصي من الوارث ذكره في شرح الطحاوي لأن المحاباة كالوصية فلا يجوز من المورث وإن قلّت فكذا الوصي القائم مقامه كذا يبيعه منه بمثل القيمة عنده لا عندهما فإنه يجوز.

الثانية:

(460) د: +: على.

(461) أ، د: -: الفاحش.

(462) د: -: فيها.

بيع الوارث الصحيح من مورثه المريض مرض الموت فإنه على هذا الخلاف وقيل الخلاف في كل من البيع بالغبن وبالمثل الكل في شرح الطحاوي.

الثالثة:

بيع المريض من وارثه.

الرابعة:

بيعه بعد إيصاء الثلث. (463)

الخامسة:

بيعه وماله مستغرق بالدين فيقال للمشتري افسخ البيع أو أزل المحاباة بإتمام القيمة لأن حق الغريم في المالية.

السادسة:

بيع رب المال مال المضاربة قبل ظهور الربح الكل في الصغرى والذخيرة في شرح الطحاوي والمحيط أيضاً.

السابعة:

بيع الوكيل ممن لا يقبل له شهادته كماليكه وأولاده أما بيعه منهم بمثل القيمة ففي المضاربة الكثيرة (464) يجوز وفي البيوع لا يجوز.

الثامنة:

ضمان الغاصب المقصود باليمين فإنه لو ظهر وقيمته أكثر منه ولو بقليل كدانق يكون للمالك أخذ المغصوب ورد ما ضمنه ذكرهما في الصغرى.

التاسعة:

بيع المحجور بالدين فيفسخ أو تزال المحاباة.

العاشرة:

بيع المأذون المديون من مولاه وهاتان في المحيط.

الحادية عشر:

شراء المضارب.

الثانية عشر:

شراء المفاوض وشريك العنان فينفذ على أنفسهم كما إذا شري بغير النقدين ذكرهما في الفصولين.

الثالثة عشر:

(463) د: الثلاثة.

(464) ب: الكثيرة.

ذكرها في شرح الطحاوي ولكنها على الخلاف [69/و] وهي بيع المولى من مأذون المديون حيث لا يعفى فيه⁽⁴⁶⁵⁾ اليسير عنده فيفسخ البيع أو يزيل المولى المحابة وعندهما يعفى الغبن اليسير والله سبحانه أعلم.

الفصل الثامن

الإجارة

في الخانية والذخيرة والخلصة للوصي أن يؤجر نفس اليتيم وعبيده ودوابه⁽⁴⁶⁶⁾ وأراضيه وسائر أمواله ولو بيسير الغبن، لأن له ولاية استعمال الصبي بطريق الرياضة والتهذيب من غير عوض فمع العوض أولى.

ولأنه يملك بيع سائر أمواله بمسوغ وبغير مسوغ، فكذا يملك إجارته ومثله الأب والجد أب الأب عند عدم الأب ولم يجز لغيرهم مع قيام أحدهم أن يؤجر اليتيم ولا شيئاً من ماله ولو كان هو في حجره وعياله لانتفاء ولاية غيرهم بوجود واحد منهم.⁽⁴⁶⁷⁾

أما لو عدموا فأجره ذو رحم محرم منه فإن كان في حجره صح وفاقاً لأنه يملك تأديبه فيملك إجارته، وإن لم يكن قال أبوحنيفة رحمه الله تعالى إن كان المؤجر أقرب إليه ممن هو في عياله كما إذا كان عند العمة فأجرته الأم جاز.

وقال محمد لا يجوز، وعن محمد أنه استحسّن إيجار القن لمن يعوله لأنه ظهرت ولايته في نفس الصغير نظراً له فكذا تظهر في ماله نظراً له وكذا إنفاقه عليه ما لا بد له منه لضرر في التأخير ثم لو آجره الوصي أو الأب أو الجد فبلغ في المدة إن شاء أمضى العقد ومضى على الإجارة وإن شاء فسخ، بخلاف ما لو بلغ في مدة إجارة أمواله أو عبيده حيث لا يكون له حق الفسخ، والفرق أن في بقائه في الإجارة ضرراً بيّناً في حقه.

قال الإمام رضي الله عنه: رأيت لو تفقه وتولى القضاء أتركه يخدم الناس لإجارة أبيه إياه فهذا قبيح جداً.

(465) د: منه.

(2) د، ج: +: عقاره.

(3) ب، ج: +: لانتفاء ولاية غيرهم بوجود واحد منهم.

ثم لكل من أجره ممن يعوله غير ولي أن يقبض الأجر لأنه من حقوق العقد، [70/ظ] وقد لزم بالفراغ على أنه نفع محض، ألا يرى أنه لو أجر الصبي نفسه وهو ممن يعقل العقد⁽⁴⁶⁸⁾ لا يلزم لكونه مشوباً بالضرر.

ثم إذا فرغ عن العمل يجب المسمى لتمحضه نفعا عنده فيقبضها له كل من يعوله كالهبة، نص عليه في اللقيط والكرهية من الهداية وليس لمن يعوله إنفاق ما قبضه للصبي يعني بغير أمر القاضي لأنها من أمواله وليس لغير الأب والجد ووصيهما التصرف في أمواله ومثله الهبة.

وفي لقيط الهداية:⁽⁴⁶⁹⁾ وجد مع اللقيط مالاً شُدَّ عليه أو على دابة هو⁽⁴⁷⁰⁾ عليها فهو للقيط اعتباراً للظاهر، ثم لا يصرفه الواجد إليه إلا بأمر القاضي لأنه مال ضائع وللقاضي ولاية صرفه إليه مثله. وقيل يصرفه بغير أمره لأن له ولاية الإنفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة، لأنه من الإنفاق أما⁽⁴⁷¹⁾ لا يجوز له التصرف في ماله عبدة له بالألم لما أن ولاية التصرف لتثمين المال وتوفيره وهو بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منها أحدهما.

ويجوز له أن يقبض له الهبة لأنه نفع محض ولذا يملكه بنفسه إذا كان عاقلاً وتملكه الأم ووصيها أيضاً، وله أن يسلمه في صناعة لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله. وفي الولوالجية: للوصي أن يسلم الصغير المطبق للعمل إلى ما هو خير له وله أن يؤجره للعمل وأن يسلمه إلى المكتب.

وفي الذخيرة: وإذا لم يكن أب الصغير حائكاً أو حجاماً لم يكن لمن يعوله أن يسلمه إلى حائك أو حجام، لأن التصرف في الصبي وله مقيد بالنظر وهذا ضرر لأن دناءة المكاسب تضع شرف المناصب وخساسة الحرف مظان التلف يبقى عارها ولا ينقطع شناؤها [71/و] تُعير بها الأعقاب على مر الدهور والأحقاب. وفي فوائد صاحب المحيط: أجر الأب أو الجد أو القاضي الصغير في عمل من الأعمال بأجر المثل صح وإذا أجره بالأقل بعض المشايخ لا يجوزه وأفتى صاحب المحيط أنه يجوز.

وفي القنية للزاهدي: لو وصي الأب أن يؤجر الصغير للخياطة وسائر الأعمال دون وصي القاضي وفي متفرقات الكراهية⁽⁴⁷²⁾ من الهداية: الأصل أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة:

الأول:

نوع هو من باب الولاية كالإنكاح والبيع والشراء لأموال الأغنياء⁽⁴⁷³⁾ ولا يملكه إلا الأولياء كالأب والجد ووصيهما لأنه هو القائم مقامهم بإقامة الشرع.

الثاني:

(468) ب-: العقد.

(469) يعني الهداية باب اللقيط.

(470) ب: شُدَّ.

(471) أ+ : ما.

(472) يعني باب الحظر والإباحة ويسمى أيضاً باب الكراهية.

(473) ج: الاقتناء.

نوع هو من ضرورة حاله كسواء ما لابد منه، وبيعه وإجارة الصغير نفسه ويملكه كل من يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والملتقط إذا كان هو في حجرهم ثم إذا ملكه هؤلاء فالولي أولى به ولذا لا يشترط في حقه كونه في حجره.

الثالث:

نفع محض كقبول الهبة والصدقة وقبضها وقبض الأجرة، ويملكه الولي بالولاية ومن يعوله بالحجر والصبي نفسه بالعقد لأن اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظراً للصغير فصار بمنزلة الإنفاق.

وقال في المحيط جواز الإتجار لمن يعوله رواية القدوري في مختصره، وذكر في الجامع الصغير لايجوز لمن يعوله أن يؤجره مطلقاً ويجوز للأُم ووصيها في الصحيح إذا كان الابن في حجرهما وهو الأصح لأنها تملك إتلاف منافعه باستخدامها إياه ولا كذلك الأخ والملتقط.

ووجه الأول أنه يرجع إلى تنقيفه وقال صاحب النهاية الجواز رواية الأصل أو نحمله على ما إذا كان فيه ضرورة، ويؤيده [72/ظ] عده من ذلك النوع أو نقول مراده من إجارته تسليمه في الصناعة فيكون مما لابد منه.

وفي العيون: أن الوصي إذا استأجر أجيراً بأكثر من أجر مثله بغبن فاحش يكون الأجر على الوصي. وذكر في الذخيرة: أن القاضي علي السعدي قال: يصير الوصي مستأجراً لنفسه ويجب الأجر كله من ماله.

يعطيه من مال نفسه فلو أعطى الأجر كله من مال الصغير يرد الفضل عليه من مال نفسه،⁽⁴⁷⁴⁾ وإذا الأب استأجر أجيراً للصغير بفاحش الغبن وهو لا يعلم بذلك قال شيخ الإسلام خواهر زادة في شرح السير أن الإجارة تنفذ على الصغير إلا أنه يجب عليه أجر المثل ومثله القاضي، ولو قال القاضي تعمدت الجور تنفذ الإجارة على القاضي فعليه كل الأجر⁽⁴⁷⁵⁾ ومثله في العتابة.

وفي الخاصة: ولو استأجر الوصي الصبي أو استأجر عبده بمال نفسه ليعمل له، قالوا ينبغي أن يجوز عند أبي حنيفة وقول أبي يوسف الأخير رحمهما الله تعالى إذا كان بأجرة لا يتغابن في مثلها، لما فيه من المنفعة الظاهرة لليتيم وهو مقابلة غير⁽⁴⁷⁶⁾ المتقوم أعني المنفعة بالمتقوم أعني الأجرة.

وفي الذخيرة نقلاً عن الفتاوى والخلاصة: للوصي أن يستأجر الصغير لنفسه وليس له إيجار نفسه للصغير يعني لايجوز ذلك، قال في الخاصة وهذا على قول محمد وأبي يوسف أولاً ظاهر فإنه لا ينفرد الوصي بالعقد مع نفسه كما في البيع على ما مر.

وأما على قول محمد⁽⁴⁷⁷⁾ وقول أبي يوسف آخرأ فلأن جواز بيع الوصي مال نفسه من الصبي وشرائه مال الصبي لنفسه مقيد بما إذا كان فيه نفع ظاهر، ولا نفع هنا للصبي لأن الذي من الوصي المنفعة

(474) ب، ج: + فلو أعطى الأجر كله من مال الصغير يرد الفضل عليه من مال نفسه.

(475) د، ج: - ومثله القاضي، ولو قال القاضي تعمدت الجور تنفذ الإجارة على القاضي فعليه كل الأجر.

(476) ب: عين.

(477) ب، ج: الإمام.

وهي غير متقومة في [73/و] نفسها وقد شرط على الصبي في مقابلتها مال متقوم في ذاته فلا يجوز، لكن ذكر شيخ الإسلام خواهر زادة في مضاربة مبسوطه أن الوصي إذا أجر نفسه لیتيم بأقل من أجر مثل عمله متى كان فيه منفعة للیتيم تجوز الإجارة.

قال في الذخيرة وهذا بخلاف الأب حيث يجوز إيجار نفسه وماله للصبي في عامة الروايات، لأنه يملك شراء ماله لنفسه وإن لم يكن فيه نفع للصغير أما لو أجر نفسه لابنه الكبير لم يجز لأنه مأمور بتوقيع الأب، واستخدامه ازدراء به وتحقير له فلا يجوز لكن مع هذا لو عمل استحق الأجر.

ولو استأجر ابنه البالغ فعمل له الابن لا أجر له لأن خدمة الأب مستحقة على الابن فتكون الإجارة واقعة على ما هو مستحق عليه بدون الإجارة.

وفي الخانية: وليس للوصي أن يؤجر نفسه من الیتيم لأن تصرفه نظري ولا نظر للیتيم في هذا، لأن ما يستحقه الیتيم على الوصي المنفعة وما يجب للوصي على الیتيم العين، والعين خير من الدين وكذا لو أجر من الصبي شيئاً من متاعه يعمل به في عمل من أعمال الیتيم أما لو استأجر الوصي الیتيم ليعمل للوصي جاز عند الإمام لأن الواجب على الوصي العين، وما يستحقه الوصي من الیتيم الدين. قال وذكر الإمام علي السعدي: أن الوصي إذا أجر نفسه من الیتيم جاز بالاتفاق قال والصحيح ما ذكرناه أولاً وهو اختيار القدوري.

{ وفي العتائية للأب ومن بعده للجد، ومن بعده لوصيهما، ومن بعده لكل ذي رحم محرم [74/ظ] من الصبي، أن يؤجر الصبي الأقرب فالأب لأن فيه نظراً لأنه يجعل المنفعة مالاً قلت: وصي كل مقدم على من بعده⁽⁴⁷⁸⁾ ويستوي في ذلك أن يكون الصبي في حجره أو لم يكن عند أبي يوسف، وعند محمد يشترط ذلك في حق ذي الرحم، ولهم قبض الأجرة، ولا ينفق إلا الأب والجد، لأنه ليس لغيرهم حق التصرف في المال.

قلت: ولوصيهما أيضاً ذلك وكذا لوصي القاضي إذا أطلق الوصاية قال: ويجوز لذي الرحم⁽⁴⁷⁹⁾ أن ينفق لما لا بد للصغير منه فإن أجره الأب وبلغ فله الخيار أما لو أجر عبده فبلغ فلا خيار له ولو استأجر الأب نفسه أو عبده لعمل الیتيم جاز لأن كمال الشفقة يدل على النظر ولا يجوز ذلك من الوصي لعدم كمال الشفقة والمال خير من المنفعة، ولو أجر الوصي بنفسه أو عبده الیتيم جاز لأن فيه نفعاً ظاهراً⁽⁴⁸⁰⁾.

وفي القنية: إذا امتنع الوصي عن القيام بأمور الوصاية بدون الأجر فللقاضي أن يفرض له الأجر وفيها أن القاضي إذا نصب وصياً وعين له أجراً ليعمله جاز.

(478) ب- : قلت وصي من بعده.

(479) ب+: المحرم.

(480) ج-: وفي العتائية للأب ... نفعاً ظاهراً.

وفي الولوالجية والنصاب⁽⁴⁸¹⁾ إذا أراد الوصي أن يستأجر دار اليتيم لنفسه ولا يكون غاصباً يؤجره من زوجته ويجب⁽⁴⁸²⁾ لها من ماله قدر الأجرة فتؤدي المرأة الأجرة ويسكنان فيه، قال وقال الإمام القاضي للوصي أن يستأجر دار اليتيم لأنه يجعل ما ليس بمال مالا، وفي الوجيز: الوصي يملك إجارة عقار الكبار يعني الغيب وإن لم يكن مالكا لبيعه.

وفي الخانية: ولو كانت الورثة صغاراً وكباراً غيباً فللوصي إجارة كل العقار، ولو كان البعض الكبار حاضراً لا يكون له أن يؤجر حصة [75/و] الحاضر لأن جوازها لكونها من باب الحفظ وحصة الكبير الحاضر لا تحتاج إلى حفظ الوصي.

قلت: والظاهر أن هذا على قولهما أما على قول الإمام فينبغي أن يكون الوصي قادراً عليها لما مر من أصله.

وفي البنية: أنه يملك إجارة الكل⁽⁴⁸³⁾ وهذا إما على اختيار قول الإمام أو هو فيما إذا كان بعض الكبار غيباً كما نقلناه عن الخانية وإلا فكيف يملك إجارة نصيب الكبار الحاضرين على قولهما.

[وفي العتابية: يجوز للوصي والأب أن يدفع دار الصغير أو عبده ليقوم على الصبي في تعليم الحرفة أو الحساب أو الخط أو التجارة مدة معلومة ويجوز شرط الأجرة للأستاذ على المولى وللصبي على الأستاذ فيستخدمه في أعمال نفسه وإن لم يعينا من عليه الأجر في العقد ينظر إلى عرف أهل البلد في تلك الحرفة، قال وإن شرطوا كل شهر من السنة بدرهم والشهر الأخير ببقية المال جاز وهذه مسألة الأستاذ وكذا العكس بأن يشترط لغير الشرط الأول لكل شهر درهم وللأول بقية المال وهي حيلة الولي].⁽⁴⁸⁴⁾

وفي العتابية والنصاب: ليس للوصي والأب أن يؤجرا دار اليتيم إجارة مرسومة طويلة فلو أجزا أرض اليتيم إجارة طويلة⁽⁴⁸⁵⁾ لم يجز في السنين الأولى، ويجوز في السنة الأخيرة، قال في الذخيرة والعتابية لأن الرسم أن يكون أجرة ماعدا السنة الأخيرة بأقل من أجر المثل فيتمكن في غيرها الغبن الفاحش فلا يصح في غيرها، وإن استأجر الأرض لليتيم إجارة طويلة ينعكس الجواب، لأن الغبن حينئذ يتمكن في السنة الأخيرة لأن الرسم أن يكون إجارتها بأكثر من أجر المثل فيجوز فيما عداها ولا يجوز فيها، قيل وهذا على قياس ما روي أن الإجارة الطويلة عقود متعددة أما على رواية كونها عقداً واحداً لا يجوز في الكل ذكره في الخلاصة وفي الذخيرة أن الظاهر الفساد في الكل.⁽⁴⁸⁶⁾

(481) طاهر بن أحمد بن عبد الرشيد البخاري صاحب خلاصة الفتاوى (ت. 542هـ). كشف الظنون 718/1.

(482) ب، ج: يهب.

(483) ب، ج: قلت.

(484) ب+ : وفي العتابية حيلة الولي.

(485) ج-: فلو أجزا أرض اليتيم إجارة طويلة.

(486) ب، ج+ : ذكره في الخلاصة وفي الذخيرة أن الظاهر الفساد في الكل.

وفي الخانية: والحيلة في تصحيح الإجارة الطويلة في أرض اليتيم أن يجعل أجر السنين كلها على قدر أجر المثل ثم الوصي⁽⁴⁸⁷⁾ يبرأ المستأجر عن بعض أجر السنين الأول فيصح ذلك الإبراء على قول الطرفين رحمهما الله تعالى.

وقال الإستروشنى في أحكام الصغار: رأيت في مختصر العصام⁽⁴⁸⁸⁾ أن الوصي إذا أجر دار الصغير مدة طويلة جاز.

وفي فتاوى النسفي⁽⁴⁸⁹⁾ [76/ظ] والخانية والولوالجية والخاصي عن فتاوى الإمام الفضلي والخلاصة عنه أيضاً ليس⁽⁴⁹⁰⁾ للوصي أن يؤجر شيئاً من التركة إجارة طويلة لقضاء دين الميت لما فيها من الغبن في السنين الأول والوصي مأمور بالتصرف على وجه النظر، وفي العتابية: ولو أجر الوصي أرض الصبي عشر سنين وسنّه أربعة فأدرك لم يجز.

و في فتاوى النسفي والفضلي والعتابية: ولو كان وصياً ليتيمين فاستأجر عبد أحدهما ليعمل الآخر لم يجز لإضراره بأحدهما، ولو فعل الأب ذلك ينبغي أن يجوز كما في البيع ذكره في جامع الصغار عن الذخيرة .

وفي الجامع الأصغر: أجر الوصي دار اليتيم بأجر المثل ثم زيد لا تنقص الإجارة.

وفي أحكام الصغار عن شروط الحاكم: أن الوصي أو الأب إذا نقض إجارة ما آجره يجوز نقضه. وفي الخانية وجامع الصغار الوصي إذا أجر أرضاً لليتيم واستأجرها وصي آخر ليتيم آخر لم تجز هذه الإجارة، لأنها كانت خيراً لأحد الصغيرين يكون شراً للآخر فلا تخلو عن الضرر بأحد الصغيرين فلا تجوز.⁽⁴⁹¹⁾

وفي الذخيرة والخانية وفتاوى ظهير الدين أن الوصي إذا أجر منزل الصغير بدون أجر المثل فقد ذكر الخصاص أنه يجب على المستأجر أجر المثل بالغا ما بلغ وبه يفتى. وذكر الإمام الفضلي⁽⁴⁹²⁾ في فتاواه أن المستأجر يجب أن يكون غاصبا بسكناه على أصول علمائنا فلا يلزم شيء.

وفي العتابية: أجر دار اليتيم أو عبده بأقل من أجر المثل لم يجز ولو سكن المستأجر يجب أجر المثل⁽⁴⁹³⁾ بالغا ما بلغ، ثم قال فيها وفي الكتب الثلاثة⁽⁴⁹⁴⁾ لو انتقص المنزل بسكنى ذلك المستأجر فإن كان ضمان النقصان أنفع لليتيم من أجر المثل يحكم بضمنان النقصان دون أجر المثل، وكذا إذا نقصت

(487) ب، ج، +: ثم الوصي.

(488) لم أقف عليه.

(489) فتاوى النسفي: عمر بن محمد بن أحمد النسفي، مصنفاته: الحاصل في المسائل، الخصائل في الفروع، مجمع العلوم، منهاج الدراية في الفروع (ت. 537هـ). هدية العارفين 1/783، الجواهر المضية 1/394، لآلى المحار 1/277.

(490) ج-: ليس

(491) ب+: وفي الخانية وجامع الصغار الوصي إذا أجر أرضاً لليتيم واستأجرها وصي آخر ليتيم آخر لم تجز هذه الإجارة لأنها كانت خيراً لأحد الصغيرين يكون شراً للآخر فلا تخلو عن الضرر بأحد الصغيرين فلا تجوز.

(492) ب: النسفي.

(493) د، ج، +: لم يجز ولو سكن المستأجر يجب أجر المثل.

(494) المتون الثلاثة: الوقاية والقُدوري والكنز وأضافوا: المختار والبداية ومجمع البحرين أيضاً فصارت ستاً.

الزراعة [77/و] أرضه ، ومثله المتولي يؤجر دار الوقف، والحاصل أنه ينظر إلى نقصانه وإلى أجر المثل فأيهما كان أكثر⁽⁴⁹⁵⁾ يجب ذلك للصغير ، ذكره في الذخيرة.

وفي الذخيرة: استأجر الأب ظئراً⁽⁴⁹⁶⁾ لابنه فأرضعته مدة ثم مات الأب ، فقالت عمة الصغير أرضعته نعطيك الأجر فأرضعته مدة وطلبت الأجر، إن كان للصبي مال وقت استئجار الأب يكون الأجر كله من مال الصبي ولا تبطل الإجارة بموت الأب، وإن لم يكن له مال يكون على الأب أجرة ما قبل موت الأب وتبطل إجارته بالموت.

قال العتابي وهذا قول البعض ويكون قول العمة أرضعته إجارة مستأنفة ويكون أجرتها عليها، فإن كانت وصياً من جهة الأب ترجع بالأجرة على الصغير إذا استفاد مالاً وإلا لا ترجع، ولو لم يكن للصغير مال حين عقد الأب ثم استفاد مالاً قال الإمام ظهير الدين أجاب عنه والذي بأنه قيل⁽⁴⁹⁷⁾ أجر ما مضى على الأب وما بقي على الصغير في ماله ومن سوى الأب والجد والوصي والقاضي إذا استأجر لليتم ظئراً كان أجنياً كسائر الأجانب.

وفي النوازل: استأجر الأملاً شيئاً من مال الصبي بأقل مما استأجره الأفلس يؤجره الوصي من الأملاً ولا تعتبر زيادة الأفلس لخيرية الأول وفي الخانية⁽⁴⁹⁸⁾ ومثله الوقف.

الفصل التاسع

الإعارة

في شرح الطحاوي والإسباجي للوصي والأب إعارة مال اليتيم قال عماد الدين⁽⁴⁹⁹⁾ في أصوله وهذا مما يحفظ جداً، وذكر في التجنيس عن النوازل أنه ليس للأب ذلك [78/ظ] لأنه⁽⁵⁰⁰⁾ من توابع التجارة في ماله وفي الذخيرة: للأب إعارة ولده الصغير أما إعارة⁽⁵⁰¹⁾ ماله فعند البعض له ذلك استحساناً وعند العامة⁽⁵⁰²⁾ ليس له ذلك وهو القياس، وفي فوائد صاحب المحيط إنما يجوز إعارة الولد إذا كان بخدمة الأستاذ ليتعلم الحرفة أما لو كان لغير ذلك فلا يجوز.

(495) أ: أكبر.

(496) الظئر: المُرْضعة غَيْرَ وَلَدِهَا . لسان الميزان 515/4.

(497) ب ، ج: قبل.

(498) ب+: الخانية.

(499) عمر بن بكر بن مُحَمَّد بن عَلِيّ الملقب بشمس الأئمة وأبوه بكر بلقب أيضاً شمس الأئمة (ت. 584هـ). الجواهر المضبية 388/1.

(500) ب+: ليس.

(501) ب ، ج+: ولده الصغير أما إعارة.

(502) العامة: أي أكثر علماء المذهب.

وفي الصغرى⁽⁵⁰³⁾ والحافضية: للوصي أن يعير مال اليتيم وأن يودعه ومثله الأب والقاضي،⁽⁵⁰⁴⁾ وفي الخانية والوجيز: للوصي ركوب دابة الصبي ومثله الأب والقاضي⁽⁵⁰⁵⁾ في شغل الصبي كتقاضي دينه في بلد آخر إن احتاج إليه، قال الفقيه أبو الليث: وهذا استحسان والقياس العدم.

وفي المنتقى: أنه يركبها بإذن الحاكم وقيل ليس له الركوب مطلقاً، قال إبراهيم قلت لمحمد بن الحسن أكون للوصي ركوب دابة اليتيم إلى بلد يتقاضى فيه دين الصبي؟ قال لا ولكن يركب دابة نفسه والنفقة في مال اليتيم وإن أتى القاضي حتى يعطيه⁽⁵⁰⁶⁾ ذلك يعني المركوب⁽⁵⁰⁷⁾ أجراه الركوب بإذنه.

وفي الخلاصة عن المنتقى: لا يركب الوصي دابة اليتيم إلى بلد يتقاضى دينه كذا روي عن محمد، وفي البنية لا يركب دابته لتقاضي دينه ولا ينفق من ماله إلا أن يفرض له القاضي إلا إذا خرج من البلد لمصلحة فله أن ينفق ويكتسي ويكتري⁽⁵⁰⁸⁾ ومثله في جامع العتابي، لكن جعل جواز الأكل خارج المصر قول أبي يوسف وفي القنية للزاهدي أن هذا قول أبي يوسف فإذا رجع إلى البلد يرد الدابة والثياب، قال وقال أبو زر: ⁽⁵⁰⁹⁾ والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله وهو أنه لا يأكل من ماله فقيراً كان أو غنياً لأن الوصي شرع فيه متبرعاً فلا يوجب [79/و] ضماناً.

وفي النوازل وفتاوى الفضلي والولولجية والخلاصة: أن الوصي يستأجر دابة من مال الصبي وينفق عليها وعلى نفسه ما لا بد منه من مال الصبي كذا عن محمد ونصير رحمهما الله تعالى، لأنه عامل له ونفقته ومؤنة عمله على من وقع عليه العمل كذا في الولولجية.

قال الفقيه هذا إذا كان محتاجاً وهذا استحسان بقدر ما يتعنى في ماله والقياس ألا يجوز له ذلك لإطلاق قوله تعالى (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً)⁽⁵¹⁰⁾ قال فعل هذه نسخت قوله تعالى (ومن كان غنياً فليستعفف)⁽⁵¹¹⁾.

وفي العدة والخلاصة عن حيل شمس الأئمة الحلواني: استعار الوصي دابة من رجل ليعمل بها عملاً لليتيم فجاوز حداً ذكره حتى صار الوصي به غاصباً للدابة فتلفت الدابة ضمن الصبي لا الوصي وكلاهما،⁽⁵¹²⁾ وقال أبو اليسر رحمه الله وهذا لا يكاد يصح لأن الغاصب حقيقةً وحكماً⁽⁵¹³⁾ هو الوصي فكيف يضمن الصبي.

⁽⁵⁰³⁾ ب-: الصغرى.

⁽⁵⁰⁴⁾ ب، ج، +: ومثله الأب والقاضي.

⁽⁵⁰⁵⁾ ب-: ومثله الأب والقاضي.

⁽⁵⁰⁶⁾ ب، +: إذنأ.

⁽⁵⁰⁷⁾ ب : الركوب.

⁽⁵⁰⁸⁾ الكزوة والكراء، بكسرهما: أجزءة المستأجر، كرا الأرض يكرؤها: حفرها. القاموس المحيط ص 1328.

⁽⁵⁰⁹⁾ أحمد بن علي بن محمد الإستراباذي، ذكره الخطيب في «تاريخه». الطبقات السنية (م/409).

⁽⁵¹⁰⁾ النساء/10

⁽⁵¹¹⁾ النساء/6

⁽⁵¹²⁾ ب، ج-: كلاهما

⁽⁵¹³⁾ ب، ج، +: حقيقةً وحكماً

وفي القنية للزاهدي عن صاحب المحيط استعار الوصي ثوراً ليكرب أرض اليتيم فكربها ولم يرده بالليل حتى هلك فضمانه في مال اليتيم لأن المنفعة تعود إليه.

لوفي شرح الطحاوي أودع عند صبي محجور مالاً بغير إذن وليه من الأب والوصي فاستهلكه الصبي لم يضمن عند الطرفين رحمهما الله تعالى لا في الحال ولا بعد البلوغ، وقال أبو يوسف يضمن للحال كما لو استهلك مال الغير بلا إيداع وأجمعوا على أنه لو قبلها بإذن الولي يضمن كما لو كان مأذوناً في التجارة، وفي النوازل قصّار وضع الثوب في الحانوت وأقعد ابن أخيه الصغير للحفظ وغاب ودخل الصغير للحانوت الأسفل فسرق الثوب، إن كان الأسفل بحيث يرى منه موضع الثوب فلا ضمان لأحد فيه، وإن كان كبيت يغيب الموضع عن الداخل فيه فإن كان الصغير ضمه إلى القصّار أبوه أو أمه أو وصيه، أو لم يكن له أحد منهم فضمه قصّار إلى نفسه ضمن الصبي الثوب لأنه لما ترك الحفظ فقد ضيع ولم يضمن القصّار، لأن له أن يحفظ بيد صبيه قال قاضي خان هذا إذا كان الصبي مأذوناً له أما إذا كان محجوراً فلا ضمان عليه، لأنه لا يؤاخذ حينئذ لاستهلاك الوديعة وتضييعها وإن لم يكن الصبي منضمّاً إليه من جهة من ذكر ولم يكن في عياله ولا تلميذاً له ولا أجير فالضمان على القصّار لأنه استحفظ من ليس في عياله صار مستهلكاً فيضمن⁽⁵¹⁴⁾.

الفصل العاشر

القرض

ذكر في مجموع النوازل والمحيط: أن الوصي لو استدان لأجل اليتيم جاز، ولو أقر بالاستدانة لا يصح إقراره إجماعاً، وفي جامع الفتاوى: استقرض الأب لصغيره جاز، وكذلك لو أقر بالاستقراض، وفي قنية الزاهدي: للوصي أن يستقرض، فلو استدان الوصي⁽⁵¹⁵⁾ على الصبي بإذن الحاكم يرجع إليه إذا تمّول، أما الدائن فإنه يرجع على الوصي وكذا [80/ظ] الاستقراض للصبي وإن لم يكن بإذن الحاكم .

(514) ب+: وفي شرح الطحاوي فيضمن.

(515) ج+: الوصي.

وفي المنهاج: ليس للوصي أن يأكل من مال اليتيم قرصاً أو غيره، وفي نوادر هشام سمعت محمداً رحمه الله يقول: ليس للوصي⁽⁵¹⁶⁾ أن يستقرض مال اليتيم عند أبي حنيفة⁽⁵¹⁷⁾ رحمه الله، وأما أنا فلا أرى به بأساً إن فعل ذلك وله وفاء بما استقرض ومثله في المنتقى والعتابية والخانية.

وفي غريب الرواية من مجموع النوازل: استقرض الوصي شيئاً من مال اليتيم وأشهد على أنه يأخذه قرصاً فهلك ذلك الشيء لا يضمنه الوصي⁽⁵¹⁸⁾ إلا إذا حركه عن موضعه، قال في المنتقى هكذا روي عن محمد رحمه الله وهذه تدل على أن الوصي لا يملك الاستقراض لأنه لو ملكه لما وجب عليه الضمان بالتحريك عن موضعه، قلت: وسيأتي في فصل المزارعة إن شاء الله تعالى ما يدل على جواز استقرضه مال اليتيم.

وفي جامع الفقه: ولا يُقرض الوصي مال اليتيم لا من نفسه ولا من غيره ولو فعل من غيره ضمن، وعن محمد رحمه الله جاز أن يستقرض لنفسه إذا احتاج وله وفاء.

وفي فوائد البرهاني: استقرض الوصي مال اليتيم واسترجع ثم أنفق من ذلك المال على اليتيم مدة، فهو متبرع ليس له أن يأخذ بحساب ماله، لأنه غاصب ضامن فلا يتخلص من عهده ما لم يرفع أمره إلى الحاكم، قال والأصح أن الوصي لا يملك الاستقراض قبل تملك ما يستقرضه إن كان ملياً وذكر في الواقعات أنه لا يتصور الغصب في مال الصبي من الأب والوصي، حتى لو أقرّ بالغصب لم يضمننا عند ضياع المال قال في مختصر الكرخي: لأن للأب أن يأخذ مال ابنه عند الاحتياج بغير شيء وله أخذه للحفظ ولو بدون [81/و] الاحتياج فلا يضمن إلا إذا أتلّفه بلا حاجة، قلت: والوصي في الحفظ كالأب.

وفي الخانية: ولو أخذ الوصي مال اليتيم قرصاً لنفسه لم يجز ويكون⁽⁵¹⁹⁾ ذلك دينا عليه، قلت: يعني كما إذا أتلّفه فتجري فيه الأقاويل الآتية في فصل الضمان.

وفي العدة: ولو استقرض الوصي من مال الصبي يضمن، وعن محمد رحمه الله لا يضمن كالأب، وفي قضاء الجامع: أخذ الأب مال صغيره قرصاً⁽⁵²⁰⁾ جاز، وفي الخلاصة أنه ذكر في رهن الأصل أن الأب يضمن كالوصي.

وفي الخلاصة والحافظية أن في المنتقى أيضاً ما يدل على عدم جواز الاستقراض للوصي، قال وذكر الإمام الحلواني فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله.

(516) د-: للوصي.

(517) ب+ : أبي يوسف.

(518) ج+ : الوصي.

(519) ب: ولم يكن.

(520) ب-: قرصاً.

وفي العدة والولوالجية: لا يقرض الأب ولا وصيه مال اليتيم ومثله في الغنية ثم قال في العدة: لكن لو أقرض الوصي لم يُعدَّ خيانة حتى لا يستحقَّ به العزل ومثله في الخلاصة.

وفي الخانية: الوصي لا يملك إقراض مال اليتيم والقاضي يملكه واختلفوا في الأب، والأصح أنه كالوصي. وروى هشام عن محمد أنه أخبره أن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يريان أن للقاضي أن يدفع مال الأيتام بالضمان وكذلك قول محمد إذا كان الذي يضمن مقرا في المحيا والممات ليس للقاضي أن يستقرض لنفسه ذلك.

وفي الخانية: وليس للوصي قضاء دينه بمال اليتيم وللأب أن يقضي به لأنه لو باع مال صغيره من نفسه بمثل القيمة جاز ولا يملكه الوصي إلا بالخيرية، وذكر شمس الأئمة السرخسي عدم الجواز للأب أيضا فاحتمل أن يكون في المسألة روايتان.

[82/ظ] وفي العدة: قيل ويصح للأب الإقراض إذ له الإيداع وهذا أولى أما ما لا يقرض وصي القاضي ولو اقترض ضمن.

وفي البنية: الوصي لا يملك الإقراض ولا يستقرض وصي القاضي ولو أقرض ضمن ، وفي البنية: الوصي لا يملك الإقراض ولا يستقرض مال الصغير، وفي مختارات النوازل لا يجوز أن يستقرض شيئا من مال اليتيم كالهبة لأنه تبرع ابتداء.

وذكر القاضي الإمام صدر الإسلام وفي فوائد مولانا نظام الدين أنفق وصي القاضي مال اليتيم على اليتيم ثم استقرض وأنفق عليه لا يُطالب الصبي بما استقرض بعد البلوغ.

وفي فصول الأستروشنى: أراد الوصي الاستدانة على الصبي جاز له ذلك إن كان أمره الموصي به وإلا فالمختار أن يرفع الأمر إلى الحاكم فيأمره به، وفي فتاوى ظهير الدين أيضا أن الرفع هو الأحوط إلا إذا تعذر لبعد الحاكم فيستدين بدون الأمر، وقيل: له الاستدانة بدون الرفع ولو أمكن الرفع.

وفي مبسوط شيخ الإسلام خواهر زادة والحافظية: أمر الوصي مودع الميت بإقراض ما عنده من الوديعة أو هبتها لآخر، فأقرضها أو وهبها فضاع ضمن المودع لا الوصي، لأن الوصي لا يملك الإقراض والهبة فلا يفيد⁽⁵²¹⁾ أمره شيئا، أما لو أمر المودع بدفعها إلى آخر فدفعها إليه فضاع لم يضمن المودع لأن للوصي قبضها منه فله توكيل غيره بالقبض وقد وجد بأمره فيكون قبض المدفوع إليه كقبض الوصي ولو قبضها الوصي من المودع لكان يبرأ⁽⁵²²⁾ فكذا هنا.

(521) د: يقيد.

(522) ب: إبراء.

الفصل الحادي عشر

الحالة

[83/و] وفي الخانية احتال الوصي أو الأب بمال الصبي إن كان الثاني أملاً من الأول جاز، وإن كان مثله لم يجز، قال الفقيه أبو الليث: وذلك لأنهما أمراً بالتصرف على أحسن الوجوه ومنه الحالة على الأملاً. ومثله في المنية والقنية والبنية وفيها يجوز قبول حالته يعني قبول الوصي الحالة إن كان خيراً لليتيم ومثله في جامع العتابي.

وفي الفصل الأول من بيوع الخانية:⁽⁵²³⁾ قبل الأب أو الوصي الحالة على من هو دون المحيل في الملاءة، إن وجب الدين بعقد⁽⁵²⁴⁾ جاز عند الطرفين رحمهما الله تعالى، ولم يجز عند أبي يوسف، وإن كان الدين لم يجب بعقد لا يصح في قولهم جميعاً.

وفي مختارات النوازل: ولوقبل الوصي الحالة في مال اليتيم إن كان هو أملاً من الأول جاز وإلا لا لأنه تضییع لمال اليتيم من وجه.⁽⁵²⁵⁾

وفي الولوالجية: ولو احتال الوصي على الأملاً جاز لأنه متى كان الثاني أملاً من الأول يكون الاحتال خيراً لليتيم.

ويجوز للوصي أن يعمل في مال اليتيم ما هو خير لليتيم، وإن كان الثاني مفلساً لم يجز لأن هذا الاحتال شر لليتيم وليس للوصي أن يعمل ما هو شر لليتيم.

وإن كان الثاني مثل الأول في الملاءة لا يجوز أيضاً لأن الجواز معلق بشرط أن يكون الثاني أملاً ولم يوجد، قلت: لأنه حينئذ⁽⁵²⁶⁾ يظهر للحالة فائدة فلا تجوز بدونها⁽⁵²⁷⁾ والله سبحانه أعلم.

وفي الصغرى:⁽⁵²⁸⁾ احتال الوصي بمال اليتيم جاز لكن بشرط أن يكون الثاني أملاً من الأول وإن كان مثله لا يجوز⁽⁵²⁹⁾ وفي الذخيرة والخانية:⁽⁵³⁰⁾ صح لو احتال على الأملاً لأنه تصرف بالأحسن فلا يضره كونها إبراء مؤقتاً وهذا إذا وجب المال بمداينة الميت، أما لو وجب بمداينة الوصي ساغ له الاحتال [84/ظ] ولو لم يكن أملاً من الأول.

⁽⁵²³⁾ ب+: وفي الخانية.

⁽⁵²⁴⁾ ج: بنقدهما.

⁽⁵²⁵⁾ ب: جهة.

⁽⁵²⁶⁾ ج+: لا يظهر.

⁽⁵²⁷⁾ ج: بدونها.

⁽⁵²⁸⁾ ج، ب+: وفي الذخيرة والخلاصة.

⁽⁵²⁹⁾ ج، أ: جاز لكن بشرط أن يكون الثاني أملاً من الأول وإن كان مثله لا يجوز.

⁽⁵³⁰⁾ د+: الخانية.

(وفي الخانية: الوصي والأب إذا قبلا الحوالة على شخص دون المحيل في الملاءة إن وجب بعقدهما جاز عند الطرفين خلافا لأبي يوسف وإلا لم يصح وفاقاً⁽⁵³¹⁾). وفي الصغرى: احتال الوصي بمال اليتيم جاز لكن بشرط أن يكون الثاني أملاً من الأول وإن مثله لم يجز.⁽⁵³²⁾ وفي المبسوط: لو تولى الوصي العقد بنفسه يصح احتياله ولو على الأفلس من الأول فيضمن وهذا عند الإمام رحمه الله تعالى.

وفي القنية للزاهدي: ولو باع الوصي عبداً من التركة لقضاء دين الميت وأحال الغرماء على المشتري فقبضوا الثمن ثم استحق العبد فإن المشتري يرجع على الوصي لأن إحالته عليه كقبضه منه.

الفصل الثاني عشر

الوكالة

ذكر في مختصر أنه يجوز للوصي أن يوكل بكل ما يجوز له أن يعمل بنفسه في أمور الميت والورثة كالخصومة، فلو بلغ الصبي قبل أن يعمل الوكيل ينعزل الوكيل، كذا إذا مات كل من الوصي والصبي لأنه، وكله بالتصرف في ملك الصبي وبموته لا يبقى له ملك كذا لو وكل الأب لطفله فمات الطفل حيث ينعزل الوكيل وإن ورثه الأب فقط.

وكذا لو مات الأب لأن تصرف الأب بحق ولايته فيكون تصرف وكيله كأنه واقع له فيبطل بموته، وهذا بخلاف الوكيل يوكل آخر بالإذن في موت الوكيل الأول والقاضي ينصب الوصي في موت القاضي حيث لا ينعزل الوكيل الثاني ولا الوصي بموت الموكل والناصب لأن تصرف الوكيل الثاني والوصي لم⁽⁵³⁴⁾ يقع للموكل والناصب ذكره في أحكام الصغار وقال وتماه يعرف في الأصل.

ولو وكل الصبي رجلاً في أموره وأجاز الوصي جاز، وفي الولوالجية: للوصي أن يوكل ببيع مال اليتيم وتقاضي ديون الميت وأمواله ومثله في القنية للزاهدي عن أدب القاضي للخصاف.

وفي [85/و] الخلاصة: وكما لا تسمع الدعوى من وكيل الوكيل كذا لا تسمع من وكيل الوكيل الوصي، قلت: دلت المسألة على أنه ليس لوكيل الوصي أن يوكل غيره فيما وكل به، وفي الحافضية: وكل الوصي

(531) ب: اتفاقاً.

(532) ج:- وفي الخانية: الوصي والأب إذا قبلا الحوالة على شخص دون المحيل في الملاءة إن وجب بعقدهما جاز عند الطرفين خلافاً لأبي يوسف وإلا لم يصح وفاقاً.

(533) ب+: وفي الصغرى: احتال الوصي بمال اليتيم جاز لكن بشرط أن يكون الثاني أملاً من الأول وإن مثله لم يجز.

(534) ج، ب:- لم.

رجلا بشراء شيء من مال اليتيم لا يجوز إلا إذا حضر الوصي وقبل كذا في العدة وقد مر دليل المسألة في فصل البيع.

وفي العتابة: ولو وكل الوصي أو الأب رجلا يشتري للصغير فاشترى وغاب الوكيل فلا شيء على الموكل، ولو نقد الأب الثمن من مال نفسه فهو متطوع أما إذا لم ينقد حتى مات الأب رجع الوكيل في تركته قبل الأداء أو بعده من حصة الصغير.⁽⁵³⁵⁾

وفي الولوالجية : رجل وكل رجلا ثم الموكل⁽⁵³⁶⁾ وكل آخر وأمره بدفع الغلات، فقال دفعتها إلى الوكيل وأنكر الوكيل ذلك فإن دفعها إلى الوكيل بأمر الوصي⁽⁵³⁷⁾ فالقول قوله في براءة نفسه، لأنه وكيل آخر من جهة الوصي، فأحد الوكيلين إذا دفع إلى الآخر بأمر الوصي يكون القول قوله، وإن دفعها بغير أمر الوصي فهو ضامن لأنه ليس للوكيل أن يوكل غيره وما أخذه فهو مضمون عليه ثم ليس له أن يرجع على الأول إلا إذا أقام بينة على الدفع.

الفصل الثالث عشر

الدعوى

في أدب القاضي من الذخيرة: الأب والوصي خصمان فيما يدعى على الصغير في حق إقامة البينة حتى تقبل البينة عليهما وهما ليسا بخصمين في حق الاستخلاف حتى لا يحلفان على ذلك. وفي وكالة الخلاصة : الأب والوصي إذا لم يصح إقرارهما لا يملكان الخصومة في تلك الحادثة، وفي الذخيرة : ادعى على صغير محجور [86/ظ] عليه شيئاً وله وصي حاضر ، قال شيخ الإسلام خواهر زادة: لا يشترط في سماعها حضور الصغير ولم يفصل بين أن يكون⁽⁵³⁸⁾ ما يدعيه عينا أو ديناً واجباً بمباشرة هذا الوصي أو بدونه.

⁽⁵³⁵⁾ ج:- وفي العتابة: ولو وكل الوصي أو الأب رجلا يشتري للصغير فاشترى وغاب الوكيل فلا شيء على الموكل، ولو نقد الأب الثمن من مال نفسه فهو متطوع أما إذا لم ينقد حتى مات الأب رجع الوكيل في تركته قبل الأداء أو بعده من حصة الصغير.

⁽⁵³⁶⁾ ج: الوكيل.

⁽⁵³⁷⁾ ج: القاضي.

⁽⁵³⁸⁾ أ: كون.

وفي أجناس الناطفي: (539) لا يشترط حضوره في دين وجب بمباشرة الوصي، وفي أدب القاضي للخصاف: إذا ادّعي على الصبي ولم يكن للمدعي بينة فليس له حق إحضار الصبي بل يحضر مع المدعي أب الصبي أو وصيه لأنه إذا لزم على الصبي شيء يؤدي عنه من ماله الأب أو الوصي. أما إذا كان له بينة حاضرة فيشترط حضرة الصبي لأن الشاهد يحتاج إلى الإشارة إليه فلذلك يحضر ويحضر معه الوصي أو الأب لغير ما ذكر، قال: وإن لم يكن واحد منهما ينصب الحاكم له وصيا بطلب المدعي ويشترط في نصبه ذلك حضرة الصبي.

وفي الأقضية: إحضار الصبي في الدعاوى شرط واختاره البعض من مشايخ زماننا سواء كان الصغير مدعيا أو خصما ومنهم من أبى ذلك.

وذكر في فتاوى قاضي ظهير الدين: أن الصحيح عدم اشتراط إحضار الأطفال الرضع عند الدعاوى ويشترط عند نصب الوصي، هكذا ذكر في الفتاوى.

وذكر في الخلاصة أنه يشترط في دعوى الوصي للصبي حضور الصبي إن كان له بينة وإلا لا، كما إذا كانت الدعوى على الصبي حيث لا يلزم حضوره مطلقا.

وفي فتاوى القاضي ظهير الدين: ادعى على الميت ديناً وله ورثة صغار فإن كان لهم وصي لا يشترط حضرة الورثة وإلا يلزم حضرته أو حضور الواحد منهم فإنه كاف.

وذكر رشيد الدين أن القاضي ينصب عند الدعوى [87/و] وصيا عن الصغير ولا يشترط حضور الصغير، بل الشرط علم القاضي بوجود الصغير وكونه في ولايته، لأن نصب الوصي وإن لم يكن قضاءً لكنه من أعماله وهذا دليل على عدم اشتراط حضور الصغير عند نصب الوصي له وعند القضاء له وعليه ومثله في أحكام الصغار.

وفي الخانية: وينبغي أن لا يشترط حضرة الأطفال عند الدعوى كما ذكر شيخ الإسلام خواهر زادة على ما سلف والله سبحانه أعلم.

وفي القنية للزاهدي: لا تسمع دعوى الوصي لبعض الأيتام على البعض يعني إذا كان وصيا لهم، وفي الخلاصة عن الفتاوى الصغرى: الخصم في إثبات النسب الوارث والوصي والموصى له بشيء من التركة ودائن الميت ومديونه وكذا في الموت لا في الدين ذكره العتابي في الجامع.

وفي الخلاصة عن الأقضية ادعى على الميت ألفاً فالخصم له ليس إلا الوصي أو الوارث أما الغريم و الموصى له (540) فليسا بخصم له قال وتماه في وصايا الجامع الكبير.

وفي فتاوى رشيد الدين لا يملك الدائن إثبات الدين على مديون الميت ولا على الموصى له ولو أثبت على من يصح إثباته عليه من الوصي والوارث يثبت له حق الاستيفاء منهما، ولو كانت التركة مستغرقة

(539) أحمد بن محمد بن عمر الناطفي، من تصانيفه: الأجناس في الفروع، الواقعات (ت. 446هـ). الأثمار الجنية 340/1، كشف الظنون

1/1.

(540) ج: + له.

بالدين فالخصم في إثبات الدين إنما هو وارثه لأنه خلفه فتسمع عليه البينة لكن لا يحلف لأنه لو نكل لا ينفذ إقراره على الغرماء، قلت: والوصي كالوارث لأنه كالوصي وسيأتي.

وفي النوازل والصغرى: للوارث أن يخاصم من عليه الدين وله أن يقبضه إن لم يكن الميت مديوناً سواء كان له وصي أو لا، وإن كان مديوناً فله أن يخاصم وليس له أن يقبض إنما يقبضه وصي الميت.

وفي فتاوى [88/ظ] رشيد الدين: أحد الورثة كبير والآخر صغير فادعى عليهما رجل دينا بدون الوصي صحة الدعوى على الكبير ولا يشترط حضرة الصغير وورثته لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت، وفيها أيضاً خلف زوجة وابنين صغير وكبير غائب وترك بقرة، فادعى رجل على المرأة البقرة فقالت: ثمنها ميراثي والباقي بين الولدين وأحدهما غائب والآخر لاوصي له فإن الدعوى تسمع على المرأة لانتصابها خصماً عن الميت ولو أن المرأة أنكرت ولم تقل أن البقرة ميراث لها وقضى القاضي بها عليها لايكون ذلك⁽⁵⁴¹⁾ القضاء قضاء على الولدين ذكره في مبسوط شيخ الإسلام.

وفي فتاوى رشيد الدين والخانية والخاصي وغيرها أنه لو ادعى الوصي شيئاً من التركة ينصب الحاكم للميت وصياً آخر ليقيم الأول عليه البينة، لأن نفسه لا تكون خصماً عن نفسه، فإن عجز عن إثباته قيل إن كان ما ادعاه دينا لا يخرج من يده وإن كان عينا يخرج من يده، قال شداد رحمه الله في دعوى العين يخرج الحاكم عن الوصاية أما في دعوى الدين فلا يخرج، وفي النوازل يعزله الحاكم في كل منهما لأنه يستحل مال اليتيم.

وفي الخلاصة⁽⁵⁴²⁾ قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: الاختيار عندي أن يقول له الحاكم إما أن تبرئ الميت من الدين أو أخرجك عن الوصاية فإن فعل وإلا عزل وفي الحافظة وهذا هو المختار وهو المذكور في الولوالجية أيضاً.

وفي أدب القاضي للخصاف لا يعزله الحاكم بل يجعل وصياً آخر في مقدار ما ادعاه خاصة إذ لا ضرورة في إخراجها، [89/و] قال الفقيه أبو الليث⁽⁵⁴³⁾ وهذا أصح وبه نأخذ كذا في الظهيرية وفي الخانية وبه أخذ المشايخ وعليه الفتوى.

وفي الخاصي⁽⁵⁴⁴⁾ قال الأستاذ: قول الحاكم إما أن تبرئه أو أخرجك في معنى الإلحاح على الإبراء، فاللائق أنه إذا لم يقم البينة أن يخرج من الوصاية وتقتصر يده عن المال احتياطاً ونظراً للميت واليتيم، وهو المحكي عن إبراهيم ابن صالح ومحمد ابن سلمة، وفيه وفي الظهيرية والخانية قال أبو نصر رحمه الله: ثم الحاكم بعد إخراجها عن الوصاية بالخيار إن شاء تركه معزولاً وجعل الثاني وصياً في الكل على حاله وإن شاء أعاده بعد أداء الدين إلى الثاني، لأن إخراجها محض قضاء منه لعدم الخيانة من الوصي ولا يلزم على الحاكم الدوام على قضائه وحكمه.

(541) ج:- الخلاصة.

(542) ب:- ذلك.

(543) ج+: أبو الليث.

(544) د:- الخاصي.

وفي مجموع النوازل: سئل نجم الدين النسفي عن أب يبيع عقار صغيره بفاحش الغبن ثم يدعي هو لنفسه عدم جواز البيع لمكان الغبن الفاحش، قال: إن سبق منه إقرار بأن بيعه بثمن المثل أو كتب ذلك في الصك وأشهد على ذلك لم تسمع دعواه ذلك للتناقض، قال في جامع الصغار فينصب الحاكم وصيا يدعي عليه ذلك ويسترد العقار ثم يرده إلى الأب قال النسفي⁽⁵⁴⁵⁾ وإن لم يقر بذلك أو قال عند الدعوى بعت ولم أعلم بالغبن أو علمت ولم أعلم عدم جواز البيع تسمع دعواه.

قال: وعلى هذا يحمل جواب من أجاب من أئمة زماننا بجواز دعواه مطلقاً، هذا أما لو ادعاه الابن بعد بلوغه فإن لم يجر على البيع مدة يتبدل فيها السعر يحكم الحال، وإن مضت فالقول للمشتري ولو برهنا فالعبرة لمثبتة الزيادة، وهذا الفرع في جامع الصغار.

وفي البنية: ادعى وصي على الميت دينا ولم يُثبت [90/ظ] يُعزل، قال: وهو حيلة انعزاله قلت وسيأتي في فصل الإخراج.

وفيه أيضاً: وصي قال لي على الميت دين يعني ولم يثبت يقول له القاضي إما أن تبرئه وإما أن تقيم يعني البينة وإلا أخرجك فيعمل ما اختار.

وفي جامع الفقه وعن شداد إذا ادعى الوصي دينا في التركة لم يخرج القاضي عن الوصاية ولم يخرج المال من يده، قال وذكر الخصاص أن القاضي ينصب من يقيم الوصي عليه البينة على الدين والغصب إن ادعى الغصب وإلا أخرجه عن الوصاية.

وذكر رشيد الدين في فتاواه: إذا أقر الوصي بعين لآخر ثم ادعى أنه للصغير لا تسمع دعواه هذه، وفي محاضر القاضي جلال الدين أن من أقر لغيره بعين فكما أنه لا يملك الدعوى لنفسه لا يملك أن يدعيه لغيره وكالة أو وصاية، وفي المنتقى ما يدل على جواز دعواه للصغير ثانياً فإنه قال إذا استأجر من رجل ثوباً واستعاره منه ثم برهن أنه لابنه الصغير تقبل بينته.

قال في أحكام الصغار: إن إشارات الكتب في جنس هذه المسائل متعارضة فيحمل على أن في المسألة روايتين.

وفي الذخيرة: ادعى بعد بلوغه على رجل أن الدار التي بيدك باعها منك وصي مكرهاً وسلمها إليك مكرهاً، فأريد استردادها منك ثم ادعى ثانياً أنه باعها بغبن فاحش فإن القاضي يسمع منه الدعوى الثانية لجواز أن يبيعها بغبن فاحش وهو في بيعه مكره، قلت: بل هو الظاهر من الحال لأن الوصي المسلم لا يبيع مال اليتيم بفاحش الغبن وهو عالم به إلا وهو مكره فلا يكون دعواه ثانياً مناقضاً لدعواه أولاً.

[91/و] وفي الولوالجية وأحكام الصغار: سئل نصير عن وصي يبيع داراً ثم يدعي أنها كانت بينه وبين الميت، قال: إن كانت الدار في حياة الميت في يد الميت وتحت تصرفه يتصرف فيها تصرف الملاك

(545) ب-: النسفي.

، لم يصدق الوصي فيما يدعيه إلا إذا أقام بينة عادلة فيجعل الحاكم للميت وصي آخر ويسمع عليه البينة.

وفي المنتقى والعتابية: ادعى الوصي أن هذه الدار لفلان أودعها عند أبيك ولي عليه بينة وقال ابن الميت هي دار أبي تقبل بينة الوصي وتكون الدار بيده وديعة لذلك الرجل.

وفي الذخيرة البرهانية: ادعى الشراء من الوصي أو تسليم الثمن إلى الوصي فهل يلزم في الدعوى أن يسمى الوصي ويعرفه أو يكفيه أن يقول اشتريت من وصيك وأديت⁽⁵⁴⁶⁾ إلى وصيك، قال اختلف فيه المشايخ بعضهم ألزم وبعضهم اكتفى، قال الإستروشياني في الأحكام: والحاصل أنهم اختلفوا في اشتراط تسمية الفاعل في دعوى الفعل والشهادة عليه وأدلة الكتب فيه متعارضة، قلت: قد أشبع في بيان هذه المسألة في فصل القضاء في المجتهدين من كل من الفصولين وموضعها دعوى الذخيرة والمحيط. وفي فتاوى رشيد الدين: إذا ادعى الوصي ديناً للصغير لأبد له من بيان السبب أنه إرث أو شيء آخر لأنه إن كان بسبب الوراثة فقد يحتمل أن تكون التركة قد قسمت ووقع الدين في نصيبه فيكون حينئذ قسمة الدين فلا يصح.

وفي الخلاصة عن أدب القاضي للخصاف والأقضية: أحضر الوصي غريم الميت أو مودعه وادعى الوصاية والموت وأراد قبض الدين أو الوديعة، فإن أثبت الوصي ما ادعاه قبلت بينته وإن عجز فإن أقر المديون أو المودع بكل [92/ظ] ما ادعاه الوصي يؤمر كل منهم بدفع الدين والعين إليه، وإن أنكر كل منهم المال وأقر بالبقية حلف على البتات، وإن أنكر الموت فقط حلف على عدم العلم كما في الوارث، وإن أنكر الوصاية لم يحلف لما مر من أنه لا يستحلف في دعوى الوصاية لعدم اللزوم فينصب حينئذ القاضي، أما ذلك المدعي أو غيره وصياً بالقبض حسبما رأى وقد مر هذا الأخير في فصل النصب من الذخيرة والمنية والبنية أيضاً.

وفي المنهاج: ادعى أنه وصي فلان الميت وطلب قبض دين له على رجل أو وديعته عنده فصدقه المديون أو المودع، كان محمد رحمه الله تعالى يقول أولاً يجوز تصديق المديون دون المودع ثم رجع وقال لا يجوز تصديقهما إياه وهو قول أبي يوسف، وهذا بخلاف ما لو ادعى وكالة رجل بقبض دينه أو وديعته فصدقه ذو اليد حيث يؤمر ذو اليد بتسليم الدين إليه دون الوديعة.

وقال صاحب المنهاج ولم يثبت رجوع محمد رحمه الله في شيء من المسائل إلا في مسألتين إحداها هذه والأخرى في الشركة ذكرهما في الجامع.

(546) ب+: الثمن.

وفي آخر الباب الثاني من كتاب القضاء من العتابية: ادعى على رجل ديناً أو وديعة لمورثه وأنه مات وتركه ميراثاً ولا وارث له غيره، فإن صدقه في ذلك كله أمر بالدفع إليه وإن أنكر جميعه فأراد المدعي تحليفه اختلفوا فيه، والمختار أنه يحلفه لكن في النسب والموت على العلم وفي الدين والوديعة على البتات، فإن نكل فقد أقر وإن صدقه في الوراثة والموت وأنكر الدين والوديعة فله تحليفه، وهل له أن يقيم البينة على المال؟ والظاهر أن يكون له ذلك والوصي نظير الوارث والأصل [93/و] أن كل شيء يلزمه بغير قوله أو يلزم غيره يحلف فيه على العلم كالدين على مورثه وانقطاع ماء الرحي في الإجارة وكذا التحليف على فعل الغير كقبض وكيله الثمن وشرائه.

وفي الخلاصة: ادعى غريم الميت ديناً في التركة فأنكر الوصي لا يحلف الوصي إلا إذا كان وارثاً وفي الخانية وفتاوى الإمام الفضلي رحمه الله: ادعى ديناً على ميت ووصيه غائب غيبةً منقطعةً فالحاكم ينصب عن الميت خصماً يخاصم المدعي لأن المدعي عاجز عن إثبات حقه لعدم الخصم أصلاً، وقال رشيد الدين الوتر رحمه الله تعالى: ويكتب في نسخة الوصاية أنه جعله وصياً لغيبه وصيه مدة السفر، وكذا لو كانت الدعوى في غيبة الوارث وفي رواية له ذلك ولو لم يكن الوارث غائباً ذكره صاحب المحيط في شرح أدب القاضي.

ثم قال الإمام الفضلي رحمه الله: ولو كان الوصي حاضراً فأقر للمدعي بالدين فالحاكم ينصب خصماً عن الميت، لأن إقرار الوصي على الميت لا يعتبر وليس المدعي مخاصماً للوصي فيما أقر له به فإذا لم يصل إلى حقه من جهة الوصي⁽⁵⁴⁷⁾ يصير وجوده كعدمه فينصب الحاكم من يخاصم معه إيصلاً إلى حقه ومثله في الولوالجية.

[وفي أدب القاضي من الذخيرة: ولو استهلك مراهق تاجر مالاً لرجل وله دار أو أرض وليس له أب ولا وصي لا يحبس الصبي لذلك، بل إن شاء القاضي يجعل له وكيلًا فيبيع ماله ويوفي دينه لأن الحبس شرع للتأديب والإضجار، وإضجار الصبي ليس بمشروع فلا يحبس وبعض مشايخنا مالوا إلى [94/ظ] الحبس وجعلوه كالبالغ.

وكان شيخ الإسلام خواهرزادة يقول: إن كان له وصي يحبسه القاضي تأديباً حتى لا يعود لمثله وليضجر الوصي فيسارع إلى قضاء الدين، أما إذا كان المراهق⁽⁵⁴⁸⁾ محجوراً عليه فإن كان له أب أو وصي يحبس الأب والوصي بدينه لأن قضاء دين الصغير عليهما فيصيران بالامتناع ظالمين فيحبسان وإن لم يكن له أب ولا وصي نصب القاضي قيماً يبيع ماله بقدر الدين ولو في الغرماء حقوقهم].⁽⁵⁴⁹⁾

ثم قال الخاصي وفي هذه المسألة كلام فإنه ينبغي أن يكون قادراً على إقامة البينة على الوصي المقر بالدين بناءً على إثبات الدين في زعم الورثة، ألا يرى إلى ما في أدب القاضي من أن أحد الورثة إذا أقر

(547) ج: +: الوصي.

(548) د: الراهن.

(549) ج: - وفي أدب القاضي ... الغرماء حقوقهم.

بالدين فأراد المدعي إقامة البينة ليثبت الدين في حق جميع الورثة فُبلت بينته، وكذا لو أقر كل الورثة فأقام المدعي بينة ليصير الدين ثابتاً في حق من سيظهر من الغرماء تُقبل بينته فعلى الوصي كذلك بل جواز إقامتها على الوارث فإن إقرار الوارث وإن لم ينفذ على غيره فهو نافذ على نفسه. أما إقرار الوصي لا ينفذ على أحد فينبغي أن يجوز الإقامة عليه ليثبت الدين إما على الوارث أو على الغريم الذي سيظهر، هذا وأما صاحب الخانية فقد جزم بجواز استماع بينة المدعي على الوصي حيث قال: وكذا لو أحضر المدعي الوصي فادعى على الميت ديناً فإن أقام بينة فُبلت بينته على الوصي وإن أراد استحلاف الوصي لا يستحلفه

وإن لم يكن للميت وصي ولا وارث ينصب الحاكم وصياً ويستمع على بينة المدعي وكذا الوارث تُسمع عليه البينة لا يستحلف إذا كانت التركة [95/و] مستغرقة لايبقى للوارث منها شيء، أما إذا لم تكن مستغرقة وبقي له منها شيء والفاضل معلوم ظاهر في يده فإنه يُستحلف حينئذ رجاء النكول. وفي الخلاصة عن النوازل فإنه ذكر أنه لو مات وعليه دين يحيط بماله أو بأكثر منه فادعى رجل على الميت ديناً وعجز عن إقامة البينة قال لا يمين على الغرماء ولا على الورثة، فإن كان له وصي فالوصي هو الخصم في إقامة البينة وإن لم يكن له وصي فالقاضي ينصب له وصياً وإن كان في المال فضل يُحلف الوارث وهذا قول الفقيه أبي جعفر، قال ولو أقام البينة على الورثة تُقبل.

وفي المنتقى: (550) ادعى الوصي على رجل ديناً للميت فادعى المديون الإيفاء في الحياة وقال شهودي غيب يُقضى على المديون بالدفع إلى الوصي، ثم إذا أحضر شهوده وأشهدوا على القضاء يؤمر الوصي بدفع ما أخذه منه إليه، فلو أدى الوصي منه قبل قيام البينة ديناً على الميت أو أنفذ الوصي ودفع الباقي إلى الورثة فإن كان مافعله بأمر الحاكم لم يرجع الغريم على الوصي بل على من دفع إليه الوصي وإن كان بلا أمر الحاكم يرجع هو على الوصي بكل ما أخذه منه وهو على من دفعه إليه.

وفي أدب القاضي أن الوصي عند إنكاره الإيفاء لا يستحلف على عدم علمه بالإيفاء، لأنه لو أقر بالإيفاء لا يلزم على الميت إقراره لأنه إقرار على الغير فلا يفيد التحليف، قلت: ولا يمكن أن يقال ينبغي أن يحلف الوصي قصراً ليد وكفى به فائدة للتحليف لأنه لا بد في القصر من فائدة ولا فائدة هنا لأن من سينصب من الأوصياء ليس بأرجح من المقصور يده وكذا الوارث، فلو جاز القصر لكان تضييعاً لحق [96/ظ] الميت لكونه قصراً لانهاية له فلا يجوز وهذا واضح والله سبحانه أعلم.

وفي القنية للزاهدي: ولو أثبت وصي الصغار ديناً للميت على رجل يثبت ذلك في حق الكبار، قال: والوصي هنا كأحد الورثة يعني في انتصابه خصماً عن الورثة. وفي المنتقى ولو كان على الميت دين ثابت للوصي والغرماء ساغ للوصي أن يبيع للدين شيئاً من التركة بدون أمر الحاكم لكن يكون الوصي أسوة للغرماء يتحاصصون الثمن.

وفي فتاوى رشيد الدين: ماتت وعلى بعلها مهرها ولها منه أولاد صغار، فإن أنكر الزوج المهر ينصب القاضي وصيا يثبته على الزوج ويأخذه منه، لأن الأب وإن كان له حفظ مال صغاره لكنه بالإنكار صار خائناً فكان للحاكم ولاية أخذ مال ابنه منه ودفعه⁽⁵⁵¹⁾ إلى الوصي، حتى لو أقر الزوج بالمهر لم يأخذه القاضي منه لعدم ظهور الخيانة.

وفيها وفي الخلاصة⁽⁵⁵²⁾: باع الوصي عقار الصبي بثمن المثل وسلمه إلى المشتري فبلغ الصبي وادعى العقار وأقام بينة أن أباه تركه ميراثاً له وأنه ملكه ولم يبين السبب أخذ الصبي⁽⁵⁵³⁾ العقار من المشتري بقضاء القاضي.

ثم إن القاضي إن ثبت عنده أنه قد باعه منه الوصي كما سلف بمسوغ شرعي فإن القاضي يأخذ العقار من الصبي ويسلمه إلى المشتري، ولا يصح دعوى الصبي أنه ميراث له من أبيه ويبطل حكم الحاكم به، لأنه لما ظهر أن وصيه قد باعه في صباه كذلك صار الصغير بائعاً إياه لنفسه فلا يملك دعواه بعد ذلك ملكاً مطلقاً إلا أن يقول إني اشتريته من المشتري الذي اشتراه من الوصي فحينئذ يصح دعواه ومثله الأب.

قلت: وإنما قال بمسوغ لأنه ما لم يثبت أن بيعه كان لحاجة إليه لا تندفع دعوى [97/و] الصبي صرح به في فتاوى رشيد الدين الوتار وسيأتي في آخر الفصل لزومه في العقار من الذخيرة أيضاً.⁽⁵⁵⁴⁾ وفي النوازل والخانية: ادعى رجل على الميت ديناً أو وديعة وامرأته المهر، قال أبو القاسم الصفار⁽⁵⁵⁵⁾ ليس للوصي أداء الدين والوديعة بدون قيام البينة عليه عند الحاكم أما المهر فيؤديه إلى مهر مثلها إذا كان النكاح ظاهراً معروفاً فالشهادة النكاح وكفى به شاهداً.

وقال الفقيه أبو الليث ولو بنى بها يمنع منها قدر ما جرت بتعجيله العادة وقت البناء فيصدق فيه الورثة، وفيما فوق الزوجة قال في الخاصي لأن النكاح شاهد على وجوب كل المهر والعرف قاض بقبض البعض عند الدخول فيعمل بهما عند الإمكان وقد أمكن ومثله في المسألة في الخلاصة أيضاً، وذكر فيها أنه في نكاح الفتاوى أن القول بعد وفاة الزوج قول المرأة إن قالت لي عليه ألف درهم إن كان ذلك مهر مثلها.

وذكر الخاصي أن الأستاذ قال إذا صرحت المرأة بإنكار القبض وقالت ما قبضت المهر ولا شيئاً منه، فالقول لها مع يمينها ولا يبرأ الميت أصلاً، لأن النكاح دليل محكم على وجوب المهر وبالدخول أو الموت يتقرر المهر⁽⁵⁵⁶⁾ والعرف دليل مشترك، لأن الغالب وإن كان تعجيل شيء من المهر لكنه قد

(551) د: وديعة.

(552) ب+: الخلاصة.

(553) ب: الصبي.

(554) ب، ج: وسيأتي في آخر الفصل لزومه في العقار من الذخيرة أيضاً.

(555) ج: الصفار، وهو: أحمد بن حمزة الصقار البُلخي، من تصانيفه: المختلف (ت. 336هـ). سلم الوصول 143/1، الجواهر المضية

135، 263/2.

(556) ب+: المهر.

لا يعجل شيء منه فلا يمكن معارضته للنكاح، ولو سلم التعارض لا يمكن ترجيح العرف على النكاح فيلزم القول ببقاء ما كان على ما كان للسقوط بالتعارض فيكون القول قولها مع اليمين، وذكر في الخانية أنه ينبغي للحاكم أن يحلفها بالله ما قبضت شيئاً منه لابنفسى و [98/ظ] لا بوكيلي وما أبرأته منه. قال وهذا كما قال أصحابنا إذا ادعى على الميت ديناً وأثبتته بالبينة يحلفه الحاكم إجماعاً ما استوفيت منه شيئاً ولا أبرأت ولا أحلت به على أحد ولا عندك به رهن وإنما يحلفه نظراً للميت والوارث الصغير وكل من يعجز عن النظر لنفسه بنفسه، ولذا يحلفه لو لم تطلبه الورثة وقالوا لا يحلفه.

وفي المنتقى والخانية وإقرار العتابية: دفع الوصي للوارث كل شيء كان بيده من نصيبه من التركة وأشهد الوارث على نفسه أنه قبض منه جميع تركه مورثه ولم يبق عند الوصي من التركة لا قليل ولا كثير إلا استوفاه، ثم ادعى ذلك الوارث على ذلك الوصي شيئاً في يده وقال هو من تركه مورثي تركه ميراثاً لي ولم أقبضه بعد وبرهن عليه، قال الحاكم الشهيد أقبل بينته وأمر الوصي بالدفع أي ذلك الشيء إلى الوارث قال وكذا لو قال استوفيت جميع ما لمورثي من الدين على الناس وقبضت كله ثم ادعى على رجل ديناً لمورثه: أجعله على حجته وأقضي له بالدين، قلت وسيمر عليك في فصل الإقرار ما يضاهي هذه المسألة فتدبر فيهما.

وفي الخانية والخلاصة⁽⁵⁵⁷⁾ ادعى ديناً على الميت ولابينة له والوصي يعلم ذلك، إن كان في التركة صامت يودعه قدر الدين ثم الغريم يجحد الوديعة فيكون ما عنده قصاصاً لحقه على الميت، وإن لم يكن في التركة صامت يبيع للغريم من التركة ما يكون ثمنه قصاصاً لحقه ثم يجحد الغريم وهو قول نصير. وفي النوازل عن شداد بن حكيم لا ينبغي للوصي أن يؤدي الدين [99/و] بإقرار الميت عنده، أما لو شهد عنده شاهدان يؤديه لكنه إذا خاف تضمين الورثة يؤديه إذا قدر ويجحد يعني لا يقر بالأداء وإذا ظهر الأداء يجحد الضمان لا أنه يقر بالأداء ثم يجحد لأن جحوده يصير حينئذ كذباً فلا يُعتبر، كذا نقله الخاصي عن أستاذه، وقال خلف بن أيوب⁽⁵⁵⁸⁾ رحمه الله يؤديه في الإقرار ولا يؤديه في الشهادة إلا إذا حكم بها الحاكم لأنه ليس إليه إعمال الشهادة وإنما هو وظيفة الحاكم، وقال: ⁽⁵⁵⁹⁾ عيسى بن أبان لا يؤديه فيهما لأنه إذا أداه يغرمه فيهما الورثة أو الحاكم.

قال أبو سليمان الجوزجاني إذا علم الوصي الدين يؤديه ما لم يخف الضمان، وفي الخانية وإن خاف الضمان وسعه أن لا يؤديه.

وفي شرح أدب القاضي: إذا أقر الميت عند الوصي⁽⁵⁶⁰⁾ بالدين ينبغي له أن يقول للميت أحضر شاهدين أشهدهما على قولك، أو يقول أشهد شاهداً آخر سواي، حتى إذا جاء الغريم فشهد له بالدين حتى يحكم له به الحاكم فأفضيه ولا أضمن، وقيل يجعل الوصي مقدار الدين من التركة في صرة فيضعه بين يديه

(557) ج: -: الخلاصة.

(558) خلف بن أيوب العامري البُلْخِي كَانَ مِنْ أَصْحَابِ مُحَمَّدٍ وَزَفَرَ (ت. 205 هـ). الجواهر المضبية 232/1، الفوائد البهية ص 71.

(559) ب+: قال.

(560) ج: القاضي.

ويبعث إلى الغريم فيأتي ويأخذ الصرة سراً أو يأخذها جهراً ويتغافل عنه الوصي، ثم إن علم به الوارث يقول لهم خاصموه أنتم وأقيموا غيري ليخاصم معه، وقيل يجيء الوصي إلى القاضي ويقول له إقسم أنت الميراث حتى إذا ظهر الدين بالبينّة لا يكون للغريم المخاصمة معي ولا الرجوع عليّ بالعهد والضمن، وهذا كله في فتاوى نجم الدين الخاسي، ثم قال الخاسي⁽⁵⁶¹⁾ قال الأستاذ والفتوى على ما ذكر عن نصير أولاً.

وفي المنية والغنية والحافضية: المختار أن يبيع الوصي للغريم شيئاً بجنس الدين يعني إن لم يكن في التركة صامت أو يودع عنده من [100/ظ] جنس ما يوازيه يعني إن كان فيها صامت ثم يأمر الوارث بأن يخاصم مع الغريم فيما أعطاه.

وفي البنية: وصي علم الدين بإقرار الميت أو بالمعينة له أن يؤدي وإن كان بالشهادة لا، إلا أن يقضي به فإن خاف أن يضمن وقد علم الدين بالإقرار لا يؤدي، وفيها أن الوصي إذا علم الدين ولا بينة يعني للدائن يودع عند الدائن من جنس الدين أو يبيع منه شيئاً يعني من التركة بجنس الدين ثم يقول للورثة خاصموه في استرداد الوديعة أو الثمن.

وفي الخانية: ولو ادعى على الميت جارية بعينها والوصي يعلم أنها للمدعي وأن الميت كان قد غصبها منه، قال أبو سليمان الجوزجاني: يدفعها الوصي إلى المدعي لأنه لو منعها منه يصير⁽⁵⁶²⁾ غاصبا ضامنا.

وفيها: أقيمت على وصي بينة في دعوى يحكم بها على الصغير إذا بلغ ولا يكلف على المدعي الإعادة. وفي فصل كتاب القاضي إلى القاضي من العتابية: ولو وجد الجائي بالكتاب الخصم ميتا في بلد القاضي المكتوب إليه يحضر وصيه أو وارثه فيقضي عليه.

وفيها أيضا: اتهم القاضي وصي اليتيم ولم يدع عليه شيئاً معلوماً فإنه يحلفه نظراً لليتيم وكذا يحلف قيم الوقف نظراً للوقف.

وفي الذخيرة: ادعى⁽⁵⁶³⁾ على رجل أن وصيه باع منه أمتعته في صغره ومات قبل استيفاء الثمن فأدفع إلى الثمن، قيل لا تصح هذه الدعوى لما أن حق القبض بعد موت الوصي ينتقل إلى وصيه أو وارثه حتى إذا لم يكن له واحد منهما ينصب له الحاكم وصياً للقبض، قال: فإن قال المدعى عليه أدبت الثمن إلى وصيك فإنه يطالب بالبينّة، فإن عجز يحلف [101/و] الطالب على العلم.

قال: وعلى قول من يقول من المشايخ بانتقال حق قبض الثمن إلى الموكل فيما إذا مات الوكيل بالبيع قبل قبض الثمن ينبغي أن ينتقل حق القبض إلى الصبي بعد البلوغ وتصح الدعوى.

(561) ج+: ثم قال الخاسي.

(562) ب: يكون.

(563) ب+: صبي.

وفيهما: مات وترك أولادا صغاراً وكباراً فكبر الصغار وادعوا على رجل أن هذه الدار التي في يدك ميراث لنا عن أبينا فدفع الرجل بأن برهن على شراءه حصة كبارهم عنهم وحصة الصغار عن وصيهم بمثل الثمن⁽⁵⁶⁴⁾ وهم محتاجون عند الشراء إلى الثمن تندفع دعواهم هذه.

ولو كانت الدعوى في العروض لا يحتاج إلى ذكر الحاجة لما أن الوصي يملك بيع العروض بلا حاجة إلى ثمنها كما سلف، أما في العقار فلا بد منه.

وفيهما أيضاً: مات وترك صغيرين ولكل منهما وصي على حدة فادعى أحد الوصيين نصف دار في يد الآخر بسبب ملك الميت تركها ميراثاً لهما فادفع نصفها إلي لأقبضه لأجل الصغير وأنا قيمه، فبرهن القيم الآخر أن الميت قد كان أقر في حياته⁽⁵⁶⁵⁾ أن الدار كلها ملك للصغير الذي هو في ولايتي تندفع دعوى القيم الأول.

فلو برهن هذا الأول بعد دفع القيم الآخر أنك ادعيت قبل دفعك هذا نصف هذه الدار لأجل الصغير الذي أنت وصيه إرثاً عن أبيه والآن تدعي كلها له بجهة أخرى يندفع دفعه لمكان التناقض. وفي الذخيرة: وللوصي إثبات قرابة الصغير وفقره لاستحقاق غلة ما وقف لفقره قرابة فلان كالأب والله سبحانه أعلم.

الفصل الرابع عشر

الشهادة

ذكر في الذخيرة والخلاصة: أن شهادة الوصي للابن الصغير للميت بدين على الميت لا تقبل وفاقاً، كذلك بن الكبير عند الإمام رحمه الله تعالى وقالوا: تقبل شهادة الكبير إن كان [102/ظ] كبيراً وقت قبول الوصي الوصاية، أما لو كان صغيراً وقت القبول كبيراً وقت الشهادة فإنه لا يقبل شهادته له عندهما أيضاً.

وفي العتابة في كتاب القضاء: ولا يجوز شهادة الوصي للميت بدين ولا لليتيم وإن أخرجه القاضي عن الوصاية،⁽⁵⁶⁶⁾ قال في الخلاصة وهذا الخلاف مبناه ثبوت الولاية على بيع كل التركة لأجل الدين الغير المحيط للوصي وعدم ثبوتها له، فمن يقول بالثبوت يمنع شهادته للوارث الكبير لكونه في المعنى شهادة

(564) ب: القيمة.

(565) ب: ملك الميت تركها ميراثاً لهما فادفع نصفها إلي لأقبضه لأجل الصغير وأنا قيمه، فبرهن القيم الآخر أن الميت قد كان أقر في حياته.

(566) ج: وفي العتابة في كتاب القضاء: ولا يجوز شهادة الوصي للميت بدين ولا لليتيم وإن أخرجه القاضي عن الوصاية.

لنفسه لأنه المتصرف في المشهود به، ومن يقول بالعدم يقبل شهادته له لكونه أجنبياً في حقه، وفيها أنه لا يجوز للوصي أن يشهد للميت بعدما أدركت الورثة.

وفي المنهاج: وصيان شهدا لوارث صغير بشيء من مال الميت ⁽⁵⁶⁷⁾ أو غيره فشهادتهما باطلة وإن شهدا لوارث كبير بشيء من مال الميت لم يجز ⁽⁵⁶⁸⁾ ومن غير مال الميت يجوز عند الإمام، وقالوا: إن شهدا لوارث كبير غائب كذا جاز في الوجهين جميعاً.

وفي الفتاوى الصغرى والخلاصة: ولا تقبل شهادة الوصي لليتيم ولو بعد العزل وإن لم يخاصم، وهذا بخلاف الوكيل حيث تقبل شهادته لموكله بعد العزل قبل الخصومة، ⁽⁵⁶⁹⁾ قال في الخلاصة: هذا لأن الوصاية خلافة ولهذا لا يتوقف على العلم، قال وهذه المسألة رواية في مسألة أخرى وهي أن القاضي إذا أخرج وصي الأب من الوصاية ينعزل ولو عدلاً وسنذكرها إن شاء الله تعالى.

وفي المختار: ⁽⁵⁷⁰⁾ وكذا لا يجوز شهادته مطلقاً للميت ⁽⁵⁷¹⁾ أما لو شهد على الميت تقبل، وفي الخلاصة: ولو شهد الوصيان على إقرار الميت بدار معينة لوارث بالغ تقبل وفي الوالوالية والهداية ولو شهد الوصيان للميت ⁽⁵⁷²⁾ بدين أو وديعة عند رجل بعدما كبر ورثته وسلم إليهم مالهم أو شهدوا لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة إجماعاً، لأن للوصي [103/و] أن يقبض ديون الميت حضوراً كانت الورثة أو غيباً كباراً كانوا أو صغاراً حتى برئ به الميت من الدين وله بيع عروض الكبار الغيب وله التصرف في حق الصغار، فهما بشهادتهما هذه يظهران حق التصرف لأنفسهما في المشهود به فتكون شهادة لأنفسهما فلا تجوز.

وإن شهدا لوارث كبير إن كانت في مال الميت فكذلك وإن كانت في غيره فيجوز وهذا عند الإمام رحمه الله تعالى، وقالوا: يجوز شهادتهما للكبير في الوجهين معاهما يقولان أن حق القبض والتصرف في نصيبه ليس للوصي بل للوارث فلا يكونان شاهدين لأنفسهما فتقبل شهادتهما كما إذا شهدا له به على الأجنبي، وهو يقول: أن الوصي قائم مقام الموصي، والموصي لو أشهد في مرضه على نفسه بدين للوارث لم تقبل لما فيه من إثارة بعض ورثته على البعض بشيء من ماله، فكذا الوصي على أن له ولاية حفظ التركة وبيع المنقول عند غيبته فيتمكن فيها التهمة السالفة فلا يجوز.

⁽⁵⁶⁷⁾ أ، ه: لم يجز.

⁽⁵⁶⁸⁾ د: يجوز.

⁽⁵⁶⁹⁾ ب: ولو بعد العزل ... الخصومة.

⁽⁵⁷⁰⁾ لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، و من تصانيفه؛ «المختار للفتوى»، و كتاب «الاختيار لتعليل المختار»، و كتاب «المشتمل على مسائل المختصر» (ت. 683 هـ). الطبقات السنية 239/4.

⁽⁵⁷¹⁾ ج: للميت.

⁽⁵⁷²⁾ ج: بدار معينة لوارث بالغ تقبل وفي الوالوالية والهداية ولو شهد الوصيان للميت.

وهذا بخلاف مآلو شهدا على الأجنبي لأن غايتها تكون كأن الميت أثره على غيره من الورثة بشيء من مال ذلك الأجنبي والميت يملك ذلك بقبوله،⁽⁵⁷³⁾ فإنه لو قال في مرضه أعط لوراثي هذا درهما من مالك فوهبها له وسلمها جاز فكذا هذا.

وأیضا لاتهمة في هذه الشهادة⁽⁵⁷⁴⁾ لانقطاع ولايتهما عن مال الأجنبي لأن الميت إنما أقامهما مقام نفسه في تركته لا في تركته غيره إذ لا ولاية له في مال الغير فيجوز فيه، قلت: واختار صاحب المختارات قول الإمام رحمه الله.

وفي العتابة: وإذا ثبت دين على الميت وقضاه الوصي ثم شهد بدين الآخر [104/ظ] ضمن للثاني ما دفع إلى الأول، ولو شهد للأول فدفعت بأمر القاضي ثم شهد للثاني لم يضمن له شيئا. وفي الخلاصة: شهد الوصيان أن الميت أوصى معهما إلى فلان فإن ادعى فلان تلك الوصاية فشهادتهما جائزة وإلا فباطلة.

وفي شهادات العتابة من كتاب القضاء: ولو شهدا أن الميت أوصى إليهما وإلى هذا تقبل في حق هذا ويضم إليه آخران،⁽⁵⁷⁵⁾ قال في الولوالجية: وفي الوجهين يضم إليهما الثالث أما إذا ادعى المشهود له فهو المتعين له لكونه مختار المي، وأما إذا أبى فإنه يضم إليهما ثالثا غيره، لأنهما لو طلبا من الحاكم أن يجعل معهما آخر يكون عليه أن يضم الثالث لأن طلبهما إياه اعتراف منهما بالعجز عن القيام بأمر الوصاية، وإذا عجز يلزم عليه الضم إحياء لحقوق الميت فكذا إذا طلبا منه ذلك. ثم شهادتهما ولو بطلت لما فيه من النفع لهما وهو ضم العين⁽⁵⁷⁶⁾ لكنها ليست أدنى من محض الطلب بل طلب مؤكد باليمين بالله تعالى فلزوم الضم عليه أولى وأقوى، لكن لما تعذر جبر الآبي من الوصاية يتعين عليه ضم من يختاره من الناس.

وفي العتابة: ويجوز شهادة الوصي أن الميت جعل فلانا وصيا معه إلا أن يدعي، وفيها أنه تقبل شهادة ولد الموصي للوصي بوصايته بخلاف الوكالة، أما لا تقبل شهادة ولد الوصي أنه أوصى إلى أبيه وإلى هذا الرجل معه.

وفي الولوالجية: ولو شهد اثنان ممن على الميت لهما دين أو ممن عليهما للميت دين بأنه أوصى إلى فلان ويطلبها جازت شهادتهما، وفيها أنه⁽⁵⁷⁷⁾ يجوز شهادة ولد الوصي أو والده على الوصاية ولا ينصبه القاضي وصيا لأنها شهادة للأب أو الابن باليد والتصرف في تركته الميت، فلو نصبه الحاكم [105/و] يكون نصبه مضافا إلى تلك الشهادة فلا يجوز، قلت: في عدم جواز نصبه بأنه مختاره نوع تأمل.

(573) ج:- بقبوله.

(574) د+: لا.

(575) ج:- وفي شهادات العتابة من كتاب القضاء: ولو شهدا أن الميت أوصى إليهما وإلى هذا تقبل في حق هذا ويضم إليه آخران.

(576) ب:- وهو ضم العين.

(577) ب، ج هـ: لايجوز.

وفيهما أيضا شهد ابنا أحد الوصيين أن الميت أوصى إلى أبيهما وإلى فلان لم يجز شهادتهما لأنهما شهدا بكلمة واحدة قد بطلت في حق الأب فتبطل في حق الأجنبي أيضا.

وفيهما أيضا شهد واحد أنه أوصى إليه يوم الخميس، وشهد آخر أنه أوصى إليه يوم الجمعة جازت الشهادة لأن الإيصاء كلام والكلام لا يختلف باختلاف الزمان كما لا يختلف باختلاف المكان.

وفي فتاوى العتابي: أقام الوصي بيعة على وصايته وموت الموصي فقبض التركة من الغريم أو الغاصب أو المودع وهلك ثم جاء الموصي حيا ضمن الوصي أو الغاصب، فإن ضمن الغاصب يرجع الغاصب على الوصي وفي الغريم يرجع الموصي الجاني عليه وهو على الوصي ولا ضمان على المودع والشهود. وإن كان⁽⁵⁷⁸⁾ المقبوض قائما في يد الوصي وأجاز الجاني قبضه جاز وبرئ الغاصب والغريم، ولو كان الموصي ميتا ولكن ظهر الشهود عبيدا فالضمان للوارث على الوصي.

وفي الخانية: أوصى إلى رجلين فجاء ثالث وادعى على الميت دينا فقضى الوصيان الدين بغير حجة ثم شهدا له به عند الحاكم لا تقبل شهادتهما ويغرمان الدين.

وفي العتابية: ولو ظهر دين آخر بشهادة غيرهما والمسألة بحالها ضمنا للثاني ما دفعاه إلى الأول، وفيها ولو شهدا قبل الدفع فقبل شهادتهما ويأمرهما الحاكم بدفع الدين إلى المدعي فيدفعان ولا يضمنان.

وفي قنية المنية عن ظهير الدين المرغناني: وصي باع شيئا فبرهن الورثة على المشتري أن الوصي [106/ظ] باعه منك بعد العزل فلم يصح البيع وأقام المشتري بيعة أنه كان وصيا وقت البيع فبيعة المشتري⁽⁵⁷⁹⁾ أولى لما فيها من إثبات نفاذ الشراء و سبق التاريخ ، وفي جمع التفاريق للبقالي: أن بيعة العزل أولى من بيعة البيع وكذا الطلاق والعتاق من الوكيل.

(578) ب+ : كان.

(579) ج، ب+ : بيعة أنه كان وصيا وقت البيع فبيعة المشتري.

الفصل الخامس عشر

الإقرار

ذكر في الذخيرة أنه إذا أقر الوصي على الميت بالدين لا يصح إقراره لكن لا⁽⁵⁸⁰⁾ يخرج به عن أن يكون خصماً للغريم، وهذا بخلاف وكيل المدعى عليه بالخصومة في الدين إذا أقر بالدين في غير مجلس القاضي⁽⁵⁸¹⁾ حيث يخرج به عن الوكالة فلا يكون له الخصومة حتى لو برهن عليه المدعي بالدين لم تقبل لعدم صحة الدعوى.

فلو أقام على الغريم بينة بالدين الذي أقر به له تقبل بينته أما إذا كان أقر بعبد في يده أنه لفلان ثم ادعى أنه للصغير لاتسمع دعواه.

وفي العتابية: أقر الوصي للصغير باستيفاء الميت دينه لم يكن للوصي تقاضيه فينصب الوصي⁽⁵⁸²⁾ وصيا آخر يقبض ذلك الدين، أما لو ثبت دين على آخر فإن للوصي الأول أن يقبضه، قلت: لصحة الدعوى بلا تهمة.

وفي فتاوى رشيد الدين: وإذا أقر الوصي لأحد الورثة بأن له عنده من الميراث كذا كذا درهمًا لا يكون لغيره من الورثة أن يرجعوا بحصصهم على مقتضى ذلك الإقرار على الوصي، فلو قال لهم الوصي لم يكن عندي غير هذا لا يضمن لهم شيئاً.

وقال في الوصايا من الذخيرة: أنه لو كان في الورثة في هذه الصورة صغير فإن الوصي يضمن للصغير مثل ما أقر به لذلك الوارث، فمن المشايخ من قال إن وضع مافي فتاوى رشيد الدين في كون الورثة كلهم كباراً ومنهم [و/107] من قال أن في المسألة روايتين وهو الصحيح.

وفي المنتقى: مات عن ابن صغير وآخر كبير وأوصى إلى رجل فقال الوصي اشهدوا أنني قاسمت الكبير وقبضت جميع حصة الصغير من التركة وضاع من يدي، فلما كبر الصغير⁽⁵⁸³⁾ ماترك أبي فلك⁽⁵⁸⁴⁾

(580) ج: يخرج.

(581) ب، ج: +: في غير مجلس القاضي.

(582) ب، ج: القاضي.

(583) ج: +: قال.

(584) د: ذلك، ب، ج: -: ذلك.

إلا مافي يد الكبير وما قبض الوصي من التركة شيئاً، فإن كان ذلك القول من الوصي في صغر المدعي يعتبر قوله فلا يشارك المدعي الكبير في شيء مما في يده.

عبد لمريض أقر أنه باعه من فلان في صحته فمات ثم إن المشتري رد البيع على المريض أو وصيه بسبب عيب قديم، فإن كان العبد في يد المشتري فهو أخص بالعبد لثمنه، فإن فضل شيء من الثمن الثاني يصرف إلى غرماء البائع،⁽⁵⁸⁵⁾ وإن نقص لم يكن للمشتري أن يشارك الغرماء في تركة البائع إلا إذا فضل عن ديونهم فيأخذ منه المشتري مانقص من ثمنه، ولو رد المشتري العبد عند فسخه للعقد بالعيب إلى المريض أو إلى وصيه صارت الغرماء أسوة للمشتري في الثمن الثاني⁽⁵⁸⁶⁾ لأن المشتري بتسليمه أبطل خصوصية نفسه فلا يكون أخص بالعبد.

وفي مبسوط الحلواني والولوالجية والعتابية وفصول مولانا عماد الدين والحافظية: إقرار الوصي على الميت بالدين أو العين أو الوصية باطل لأنه إقرار على الميت وإقرار الغير على الغير غير جائز. وإن اعتبر شهادة فهو شهادة فرد فلا يعتبر أيضاً إلا أن يكون الوصي⁽⁵⁸⁷⁾ وارثاً فيصح إقراره بالدين فقط في نصيبه فحسب اعتباراً للورثة فيستوفي منه أو يشهد معه آخر فيصح ما أقر به مطلقاً في الأنصاء كلاً اعتباراً للشهادة.

[108/ظ] وفي الذخيرة والمنتقى: رجل أنفق على بعض الورثة ثم بعدما أنفق ادعى أنه أنفق بأمر القاضي أو الوصي وأقر به الوصي صدق في إقراره وإن لم يعلم إنفاقه إلا بقول الوصي إن كان الذي أنفق عليه صغيراً.

وفي العتابية: باع الوصي شيئاً وأقر أنه استوفى ثمنه هو ألف وزعم المشتري أنه أكثر برئ عن الكل، ولو قال قبضت منه ألفاً وهو جميع الثمن رجع بالزيادة، قال: والجواب في الأمانات ما ذكرنا في الدين. وفي وكالة الخلاصة عن الجامع الكبير: الوصي إذا أقر بالبيع وقبض الثمن فبلغ الصبي وأنكر البيع أو الثمن خاصة فهو مصدق في حق البراءة دون إلزام الصبي شيئاً.

وفي الوقاعات والعتابية: أقر الوصي بأنه قبض كل دين للميت على الناس فجاء مديون له وقال دفعت إليك ألفاً فأنكر الوصي وقال ما قبضت منك شيئاً ولا علمت أن للميت عليك شيئاً فalcول للوصي مع يمينه ويؤخذ الغريم بما أقر به.

وكذا لو قال قبضت كل دين للميت على قبيلته كذا أو بالكوفة وأضاف إلى مصر أو إلى سواده، فجاء واحد من تلك القبيلة أو من ذلك المصر مديون للميت وصار منهما النزاع، وذلك لأن الوصي لم يبرء رجلاً معيناً ولم يقر بالقبض عن معين فلا يصح ذكره الخاصي.

(585) ب: الثاني.

(586) د: الثاني.

(587) د: الموصي.

لوفي العيون والذخيرة للفقير أبي الليث: رجل أقر عند القاضي بأن لفلان الميت عليّ كذا كذا درهمًا وعلى الميت ديون كثيرة من ذلك الجنس، فأمر القاضي ذلك المديون بأداء ما عليه من الدين إلى غرماء الميت صح أمره حتى إذا دفع إليهم يبرأ عن دينه، ولو قضى ذلك المديون بغير أمر القاضي حكى في فتاوى شمس الأئمة السرخسي أن [109/و] قضاءه صحيح وأن الدين يسقط به عنه.

وفي آخر كفالة شرح شيخ الإسلام والذخيرة: أن مديون الميت إن قضى دين الميت إلى غريم له على الميت دين كان ذلك المال مملوكًا لذلك الغريم.⁽⁵⁸⁸⁾

وفي الفتاوى الكبرى: ولو قامت على أصل الدين بينة لم يلزم الوصي منه شيء ذكره في خزنة المفتين. وفي العتابية:⁽⁵⁸⁹⁾ ولو أقر الوصي باستيفاء دين للميت على الناس فقامت بينة بدين للميت على رجل فقال الوصي ما قبضت منه شيئًا لم يصدق وضمن للميت، ولو أقر الوارث بقبض جميع ما في منزل الميت من متاعه وميراثه أو في ضيعته أو في نخيله أو أقرانه قبض زرع أرضه هذه صدق في مقداره وإن قامت البينة أنه كان أكثر.

وفيها ولو أقر الوصي باستيفاء دين الميت عن الغريم صدق في المقدار ويبرأ الغريم، وكذا إذا أقر الغريم بالزيادة إلا إذا أقامت بينة بالزيادة فيضمن الوصي الزيادة وكذا إذا أقر الغريم⁽⁵⁹⁰⁾ قبل إقرار الوصي، وكذا إذا قال الغريم باقي الزيادة دفعته إلى الميت.

وفيها قال الوصي قبضت منه ما كان عليه وهو ألف وأقر الغريم بألف وخمسمائة ضمن الزيادة بخلاف إقرار الطالب حيث يبرأ.⁽⁵⁹¹⁾

وفي المبسوط: أقر الوصي بكتابة عبد اليتيم أو أقر بالاستدانة لأجل اليتيم لا يصح إقراره، أما لو كاتب العبد أو استدان يصح وهذا كله بالاتفاق، وفيه أقر الوصي بقبض بدل الكتابة إن كان المال في يده يصدق، أما لو قال قد كنت كاتبته وأدّى إليّ البدل لم يصدق وذكر المسألة في الخانية وقال: إن كانت الكتابة ثابتة بالبينة أو علم بها الحاكم صح إقراره، أما إن عرفت [110/ظ] الكتابة بإقراره بأن قال قد كنت كاتبته وأدّى إليّ البدل لا يصح لأنه إقرار بالعق فلا يصح، قال:⁽⁵⁹²⁾ والأب في هذا كله كالوصي.

⁽⁵⁸⁸⁾ ب، ج: وفي العيون ... لذلك الغريم.

⁽⁵⁸⁹⁾ ب+: العتابية.

⁽⁵⁹⁰⁾ أ: بالزيادة إلا إذا أقامت بينة بالزيادة فيضمن الوصي الزيادة وكذا إذا أقر الغريم.

⁽⁵⁹¹⁾ ب+: الطالب.

⁽⁵⁹²⁾ ج: قال.

الفصل السادس عشر

الصلح

واعلم أن الأب والجد الصحيح عند عدمه ووصيَّهما سواء وسيمر عليك التصريح⁽⁵⁹³⁾ به عن البعض،⁽⁵⁹⁴⁾ وذكر في الخانية والخالصة والعمادية والحافضية: أنه لا يجوز أن يصالح الوصي مع الغريم عن حق الميت أو الغريم بأقل من الحق إن كان الخصم مقراً به أو مقضياً عليه أو للوصي بينة عادلة عليه، وإلا جاز لأنه في الأول متلف لبعض الحق فلا يجوز، وفي الثاني محصل للبعض بقدر الإمكان وفيه من النظر ما لا يخفى فيجوز.

وأما صلحه مع المدعي على اليتيم فبالعكس لأن النظر فيه وأمور الوصي نظيرية، وأما البيئة المستورة فعلى أصل الإمام كالعادلة، وقيل هي في الحكم كالأدم ذكره في الحافضية.

وفي الولوالجية: صلح الوصي على وجهين: إما أن يصالح عن حق الميت على إنسان أو عن دعوى الغير على الميت، ففي الوجه الأول المسألة على أربعة أوجه:

- 1- أن يكون للميت بينة.
- 2- أو أن يكون من عليه الحق مقراً.
- 3- أو أن يكون القاضي قد قضى له بذلك.
- 4- أو لم يكن شيء من هذه الثلاثة.

ففيما سوى الأخير لا يجوز صلحه وفيه يجوز، أما الأول فلأن مبنى الصلح فيه على الإغماض والتجوز بدون الحق فلا يكون خيراً للميت فلا يجوز من الوصي لأن مبنى نفاذ تصرفاته على الخيرية وقد فقدت.

وأما الثاني فلأن فيه تحصيل بعض حق اليتيم في حال نوى كله فلا [111/و] شك في خيريته.

وفي الخانية: ويجوز صلح الوصي بيسير الغبن لأنه في معنى البيع فيتحمل فيه من الغبن ما يتغابن به الناس لا الكثير، وفي جامع الفقه والبنية: ويجوز صلحه يعني الوصي، قلت: ⁽⁵⁹⁵⁾ لعل مراده على التفصيل الذي سبق.

⁽⁵⁹³⁾ ب: التلويح.

⁽⁵⁹⁴⁾ ج: - واعلم أن الأب والجد الصحيح عند عدمه ووصيَّهما سواء وسيمر عليك التصريح () به عن البعض.

⁽⁵⁹⁵⁾ ب: + قلت.

وفي أحكام الصغار والخلاصة: نقلاً عن الأصل أنه إذا كان للصبي دار فادعاه رجل فصالحه الوصي إن لم يكن للمدعي بينة لم يجز صلحه، وإن كان له بينة جاز إذا كان بقدر قيمة المدعى به أو أكثر مما يتغابن فيه الناس كالشراء.

قال ولو كان للصبي دعوى على إنسان فصالحه على ذلك إن لم يكن للصبي بينة والمدعى عليه منكر جاز، وإن كان له بينة أو كان الخصم مقراً جاز بما يتغابن فيه الناس ولا يجوز لما لا يتغابن فيه الناس وهذا عند أبي يوسف سواء كان الدين بعقد الوصي أو بعقد غيره، وعندهما صح قطعاً يعني ولو كان بفاحش الغبن ويضمن الوصي للصبي مقدار الغبن الفاحش إن كان الدين بمبايعة الوصي ولم يجز إن كان بعقد غيره.

والأب والجد أبوه في هذا كالوصي هذا إذا صالح أحدهما على مال اليتيم أما لو صالح على مال نفسه فإنه يجوز الصلح كيف ما كان.

وفي مبسوط السيد الإمام أبي شجاع رحمه الله لو كان للصبي دين فصالحه الوصي أو الأب على بعضه وحط البعض، إن وجب الدين بمعاقة الوصي أو الأب صح الحط ولو بكثير الغبن وفاحشه⁽⁵⁹⁶⁾ ويضمن الوصي القدر المحطوط عنه للصبي عند الطرفين [112/ظ] رحمهما الله تعالى ولا يصح عند أبي يوسف لأنه تبرع فصار كالوكيل.

أبراً المشتري عن الثمن وإن وجب بمعاقة غيره لا يصح عند الكل، وفي جامع الفتاوى: إن آخر الوصي ديناً لليتيم أو أجله فإن تول العقد بنفسه صح وضمن إن ضاع عند الإمام، وإن كان لم يتول العقد لم يجز.

وفي مبسوط الإمام أبي شجاع رحمه الله: لو صالح الوصي من الدين على مال آخر لليتيم فهو بمنزلة الشراء إن كان بقيمته أو أقل بشيء يتغابن فيه الناس يجوز.

وفي فتاوى أبي الليث: صح صلح الوصي على مال نفسه قل أو أكثر كان للمدعي بينة أو لم يكن أما صلحه على مال اليتيم فلا يجوز إلا إذا ثبت بالبينة ولم يفحش الغبن، قال ولو كان لليتيم دين ثابت على أحد صح صلحه بيسير الغبن لا بفاحشه، قال ويجوز صلح وصي الأب في مال الكبير إذا كان غائباً، والصلح في العروض لا العقار، أما لو كانت الورثة صغاراً وكباراً ودعواهم في دار فصالح الوصي بيسير الغبن جاز عند الإمام في أنصباء الكل وقال لا يجوز إلا في حقوق الصغار.

وفي المبسوط: ادعى رجل في دار صبي دعوى فصالحه الوصي على مال الصبي جاز بيسير الغبن إن كان للمدعي بينة وإلا لم يجز، ثم لم يذكر في الكتاب أن قيام البينة عند القاضي أو عند الوصي، ففي الأول لا مرية في صحة⁽⁵⁹⁷⁾ صلحه لظهور حق المدعي وثبوته، وفي الثاني قيل يصح كالأول وقيل لا يصح.

(596) أ-: فاحشه.

(597) د-: أن قيام البينة عند القاضي أو عند الوصي، ففي الأول لا مرية في صحة.

وكذا لو لم يشهدوا عنده ولكن عرف أنه لو لم يصلح يشهدون عليه وكذا الخلاف بين المشايخ فيما لو أقر الميت [113/و] بالدين عند الوصي فصالحه ثم لا رواية في هذه وإنما خرجوها على الأصل وهو ما إذا ادعى على صبي أو ميت ديناً وقد كان عرفه الوصي بإقرار الميت أو بالبينة، فعن شداد بن حكيم أن للوصي القضاء فيهما، وعن خلف بن أيوب أنه يقضي لو عرفه بالإقرار فقط.

وعن عيسى بن أبان أنه لا يقضي فيهما، فيخرج عليه الصلح بالإقرار والشهادة عند الوصي، لكن يؤيد قول خلف مافي كتاب الاستحسان أيضاً من أنه إذا أقر رجل عند رجل بأنه كان أخذ من والده شيئاً يكون للابن أخذ ما أقر به منه كما عاين، أما لو شهد عنده اثنان بالأخذ لم يكن له أن يأخذه منه ما لم يحكم له به، وكذا لو عاين الولي قتل مورثه حل له قتله ولو شهدا به عنده لم يكن له إلا بالقضاء وهذا لأن الزام الشهادة إنما هو بعد لحوق الحكم بها بخلاف الإقرار فإنه إلزام، وفيه أن الأصح في مسألة صلح الوصي فيما إذا علم أن للمدعي شهود إذ صالح قبل أن يشهدوا عند الحاكم أنه لو عرف عدالة الشهود وصدقهم فيما يقولون أو عرفهم أنهم يشهدون وأنه إذا شهدوا تقبل شهادتهم يصح صلحه قبل الشهادة ويكون كما إذا صالحه بعد الشهادة والقضاء به.

أما لو عرف أنهم ليسوا بعدول أو أنهم لا يشهدون أو أنه إذا شهدوا يتأمل في شهادتهم لا يصح صلحه قبل القبول والحكم بموجبه، والأب في ذلك كله كالوصي وفيه أيضاً صالح الوصي صغار الورثة وكبارهم في دعوى [114/ظ] على آخر بدنانير وقبضها الكبار منهم وأنفقوا على الصغار حصتهم لم يجز ذلك على الصغار، لأنه ليس للكبار ولاية القبض على الصغار فهم يرجعون بحصتهم على الوصي وهو على الكبار لأنهم قبضوا البذل على وجه الإستيفاء فيكون مضموناً عليهم.

وفي أحكام الصغار للاستروشيئي عن فتاوى رشيد الدين صالحت امرأة المتوفي مع ابني الميت وأحدهما صغير عن الميراث وعن جميع الدعاوى، فقبل الكبير صلحها عن نفسه أصالة وعن الصغير بالإذن الحكمي والصلح خير في حق الصغير لا بد في جوازه من بيان التركة لجواز أن يكون فيها ديون فيكون الصلح حينئذ بيع الدين بالدين فلا يجوز أو يكون فيها نقود فيلزم قبض البذل في المجلس لئلا يكون الصلح رباً حراماً.

وفي المبسوط ولا يجوز صلح الأم والعم والأخ وسائر ذوي المحارم ولا صلح وصي أحدهم على الصبي ولا عنه إلا⁽⁵⁹⁸⁾ في المنقول الذي ورثه الصبي من جهة الموصي ولم يكن هناك أب ولا جد ولا وصيهما ولا وصي وصيهما وإن نزل ولا وصي القاضي إذ لا تصرف لهم فيه بدون هؤلاء وقد مر في فصل البيع.

وفي الخانية والحافضية: صلح الوصي في التركة على وجوه:

(598) أ: - إلا.

الأول: أن يكون الورثة كلهم صغاراً ففيه يجوز الصلح إذا وجدت شرائطه المذكورة قبل هذه.

الثاني: أن يكون الكل كباراً حاضرين وفيه الصلح لايجوز بلا رضاهم مطلقاً.

الثالث: أن يكونوا كباراً غائبين فإن كانت الدعوى عليهم فلا يجوز صلحه عقاراً كان المدعى به أو منقولاً لأن الصلح حينئذ يكون في معنى⁽⁵⁹⁹⁾ الشراء لهم ولا ولاية [115/و] للوصي عليهم في ذلك فلا يجوز وإن كانت الدعوى لهم، فإن كانت في العقار فذلك لا يجوز صلحه، لأن الصلح فيما إذا كانت الدعوى لهم⁽⁶⁰⁰⁾ يكون في حكم البيع ولا قدرة للوصي على بيع عقارهم وإن كانت دعواهم في المنقول يجوز صلحه إذا لم يكن بفاحش الغبن سواء كانت لهم بينة أو لم تكن لما أن الوصي قادر على حفظ منقولهم بالبيع.

الرابع: أن يكون الورثة مختلطين والكبار حضوراً كلهم ففيه إن كانت الدعوى على الورثة لا يجوز صلحه في حق الكبار عند الكل بكل حال، لعدم نفاذ شرائه عليهم ويصح في أنصباء الصغار بالنفع لهم، وإن كانت الدعوى للورثة فذلك لايجوز في حق الكبار ويجوز في حق الصغار عند الصاحبين ولو بيسير الغبن، وعند الإمام يجوز في الكل لجوازه في البعض أعني حق الصغار فكل منهم يمر على أصله وقد ذكرناه في فصل البيع.

الوجه الخامس: أن يكونوا مختلطين وكل الكبار غُيب ففيه إن كانت الدعوى عليهم لايجوز صلحه في أنصباء الكبار عند الكل بكل حال لما مر، ويجوز في سهام الصغار مالم يكن بفاحش الغبن وإن كانت الدعوى لهم فتخص الصحة العامة بالمنقول عند الصاحبين وتعم كل الصور عند الإمام رحمه الله تعالى بناءً على جوازه في حق الصغار في المنقول والعقار فكذا في نصيب الكبار مروراً منهم على أصلهم المار، قلت: وبالجمله الصلح في معنى البيع فيعامل به معاملة البيع في كل الأحوال والصور.

وفي جامع العتابي: أوصى بالجنين فصالحه الورثة أو الأجنبي عنهم أو الوصي [116/ظ] عن الصغار فضمن وأدى الدين فله الرجوع بما أدى في مال الميت⁽⁶⁰¹⁾ جاز، فإن ولدت ميتاً أو تبين أنها حائل يعني ليست بحامل رد ما قبض، ولو ضرب بطنها إنسان غُرم لهم الأرض والله سبحانه أعلم.

(599) أ-: معنى.

(600) ب-: فإن كانت في العقار فذلك لا يجوز صلحه لأن الصلح فيما إذا كانت الدعوى لهم.

(601) ج-: وفي العتابية ويؤخذ من الصبي التاجر كفيل ويجبس إذا كان له أب أو وصي إلا في رواية.

الفصل السابع عشر

الكفالة

ذكر في شرح الاسبيجابي: أن للوصي أخذ الكفيل والرهن بدين الميت لأنه توثيق، وفي الولوالجية والفتاوى الصغرى: ولو دفع الكفيل المكفول به إلى الوصي يبرأ عن الكفالة ولو دفعه إلى الوارث لا يبرأ في حق غيره من الورثة لأن أخذ الوصي للموصى فيكون الدفع إليه فلا يكون للورثة المطالبة بعده، أما الوارث فإنه أخذ لنفسه فلا يسقط بأخذه حق المطالبة عن البقية ومثله في المنية والغنية وفي العتابية ويؤخذ من الصبي التاجر كفيل ويحبس إذا كان له أب أو وصي إلا في رواية.⁽⁶⁰²⁾

وفي المنتقى: أمر الوصي رجلاً بالضمان عن دين الميت لأن أمر الوصي جائز، جار في مال الميت أما لا يرجع على الوصي في مال نفسه لأن الضمان عن الميت وإنما الوصي أمر به وهو لا يوجب الرجوع عليه في ماله فيأخذ به الوصي وتبعه حتى يؤديه إليه من مال اليتيم لأنه هو المتصرف فيه قال الحاكم الشهيد: إلا أن يكون الضامن خليطاً للوصي حينئذ استحسّن رجوعه في مال الوصي.

قلت: ومعنى الخليط على ما ذكر في الذخيرة أن يكون بينهما أخذ وإعطاء وتراض على أنه متى جاء إليه رسول هذا أو وكيله فإنه يبيع منه ولو نسيئة أو يقرضه وذلك لأن المعروف أنه إذا أمر شريكه أو خليطه بدفع شيء من المال إلى غيره فإنما يأمره به ليكون ديناً على الأمر لا تبرعاً والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فيضمن، قلت: وهذا المعنى يعم جميع [117/و] الديون، قال الحاكم:⁽⁶⁰³⁾ ويجب أن تحفظ هذه المسألة.

ثم قال: ولو قال الوصي لآخر أضمن أنا وأنت ما على الموصي لفلان، فضمننا على أن كلا منهما كفيل عن الآخر ضامن عنه، فإن أدى الوصي الكل من مال نفسه يرجع بالنصف في مال الميت بالأصالة وبالنصف في مال الشريك،⁽⁶⁰⁴⁾ ثم الشريك يتبع الوصي ويأخذه به حتى يؤدي ما ضمن من مال الميت إن كان في يده شيء من ماله كما في التي مضت أو لا وإن أدى الشريك ينعكس الأمر.

⁽⁶⁰²⁾ ب+: وفي العتابية ويؤخذ من الصبي التاجر كفيل ويحبس إذا كان له أب أو وصي إلا في رواية.

⁽⁶⁰³⁾ ب+: في المنتقى.

⁽⁶⁰⁴⁾ ج+: للكفالة.

وفي العتابية: ولو كان للميت دين على رجل فضمنه أحد الوصيين لصاحبه أو للصغير لم يجز ولو ضمنه للوارث الكبير جاز وخرجا عن الوصاية في ذلك الدين ليس لهما تقاضيه قلت فينصب القاضي وصياً آخر فيطلبه ويقبضه.

وفي شرح الطحاوي: اشترى الأب أو الوصي شيئاً للصغير بالنسيئة وأمر الصبي بالضمان بالمال وبنفسه الأب والوصي جاز ضمانه بالمال لا النفس، أما جواز ضمانه بالمال فلأن التزام الشيء كان عليه قبل الضمان، ألا يرى أنه يرجع ذلك المال فلم يكن الضمان تبرعاً وأما عدم جواز ضمانه بالنفس فلأنه التزام شيء لم يكن يلزمه قبل الضمان والصبي ليس من أهل أن يلتزم.

الفصل الثامن عشر

الرهن

قد مر آنفاً أن للوصي أخذ الرهن لدين الميت لأنه توثيق، وفي الأصل: وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لأنه من باب الاستيفاء⁽⁶⁰⁵⁾ والوصي بسبيل من ذلك، وفي وكالة الخلاصة عن رهن الأجناس: ولو أخذ الوصي الرهن والورثة كلهم كبار فهلك عنده الرهن لا ضمان عليه. وفي الخانية والهداية: يجوز للوصي أو الأب رهن مال الصبي بدين [118/ظ] أنفسهما عند الإمام أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى استحساناً لأنه من باب الحفظ حيث يضمن إذا ضاع، وفي الهداية: لأنهما يملكان الإيداع وهذا أنظر في حق الصبي من الإيداع لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ خوفاً من الغرامة ولو هلك هلك مضمونا والوديعة⁽⁶⁰⁶⁾ أمانة وهذا على ظاهر الرواية، قال فعلى هذا يصير المرتهن بالهلاك مستوفياً دينه والأب أو الوصي موفياً له ويضمنان للصبي لأنهما قضيا دينهما بماله فيضمنان.

ثم قال القاضي الإمام: إذا ضمن كل منهما يضمن قيمة الرهن إن ساوت الدين أو نقصت عنه وقدر الدين إن زادت القيمة عليه لأنه في الزائد مودع وله ولاية إيداع مال اليتيم، والقياس أن لا يجوز للوصي وبه قال أبو يوسف وزفر اعتباراً بحقيقة الإيفاء، وهذا بخلاف الأب حيث يجوز له أن يرهن إجماعاً قياساً واستحساناً ومثله في المبسوط للسرخسي والمحيط.

⁽⁶⁰⁵⁾ ب: الاستيفاء.

⁽⁶⁰⁶⁾ ب+: الوديعة.

وذكر في المبسوط أيضا: أنه لا يجوز ههنا فلو هلك الرهن يضمن كل منهما قيمته كيفما كانت لأن كلاً منهما غاصب.

وقال فيه أيضا: أن الأب لا يصير غاصبا بأخذه مال ولده إذ له أخذه مجانا محتاجا وللحفظ بدونه فلا يضمن إلا إذا ألتفه بلا حاجة.

وقال الصدر الشهيد مولانا حسام الدين بعدما ذكر المسألة في صغراه فيحمل على أن في المسألة روايتان.

وفي البنية: ولأب لا الوصي أن يرهن متاع الصبي لدين نفسه فإذا هلك يضمن الوصي قيمته والأب قدر الدين.

وفي الجامع الأصغر: صح رهن الأب لا الوصي لأن للأب بيع مال صغيره بخلاف الوصي فيضمن الأب قدر المؤدى يعني قدرا يكون [119/و] به مؤديا دينه لو هلك الرهن والوصي لا يملكه،⁽⁶⁰⁷⁾ ومثله في الملتقط عن صدر الإسلام أبي اليسر أيضا قال: لأن الأب يملك البيع من نفسه بمثل القيمة والوصي لا يملكه إلا إذا كان خيرا لليتيم.

وذكر في الصغرى: أنه يصح رهنهما متاع الصغير بدين أنفسهما استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول أبي يوسف، في أحكام الصغار: وكذلك لو باعاه في دينهما بعدما رهناه منه فيضمنان لليتيم مثل الدين.

وفي الهداية: وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه لأنه توكيل بالبيع وهما يملكان التوكيل به، قال في الهداية والخلاصة والحافظية: أصل المسألة فصل البيع يعني بيع الوصي مال الصبي بدين نفسه من رب الدين بمثل ما عليه من الدين فإنهما رحمهما الله تعالى لما جَوَزَا هذه جَوَزَا الرهن أيضا، لأنه نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان ولما لم يجوزه أبو يوسف لم يجز الرهن أيضا⁽⁶⁰⁸⁾ وفي الخانية: قاسه أبو يوسف على قضاء دينه بمال اليتيم وشرائه ماله لنفسه بمثل القيمة ، فلما لم يجز ذلك من الوصي لم يجز الرهن منه بخلاف الأب.

قال في جامع الصغار: وإذا صح⁽⁶⁰⁹⁾ الرهن عندهما رحمهما الله تعالى وهلك عند المرتهن هلك بما فيه ويضمن الوصي للصبي قيمته فإن كانت القيمة زائدة لا يضمن الزيادة لأنه فيما زاد مودع مال الصغير وله هذه الولاية.

وفي بعض الفتاوى والهداية أيضا: رهن الوصي مال نفسه بحق عليه لليتيم من الصبي وارتهن ماله من نفسه أو من ابن صغير له أو عبد له تاجر لا دين عليه لم يجز لأنه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كالبيع.

⁽⁶⁰⁷⁾ تصويب من هـ، د: كله.

⁽⁶⁰⁸⁾ ب، د، ج+: لأنه نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان ولما لم يجوزه أبو يوسف لم يجز الرهن أيضا.

⁽⁶⁰⁹⁾ ج+: صح.

ثم هو قاصر الشفقة فلا يعدل في حقه⁽⁶¹⁰⁾ عن الحقيقة ولا يلحق بالأب وذلك لأن الأب [120/ظ] لوفور شفقتة ينزل منزلة شخصين وتقام عبارته مقام عبارتين في هذين العقدين فيجوز رهنه وارتهانه من صغيره خلاف الوصي.

قال: والرهن من ابنه الصغير وعبد الذي لادين عليه بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبد المديون حيث يجوز لأنه لا ولاية له عليهم ولا تهمة في الرهن أيضا فيجوز، وكذا لو استدان حاجة اليتيم من نفقة أو كسوة فرهن به شيئا لليتيم صح، لأن الاستدانة جائزة للحاجة إليها والرهن فيه قضاء الدين وهو يملك قضاء دين اليتيم فيجوز.

وكذا لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن لأن التجارة تتمير المال وتوفير له فيجوز ثم هي لا تخلو من الرهن والارتهان لما فيه من الإيفاء والاستيفاء فيجوز ذلك أيضا لأن الشيء إذا جاز يجوز بلوازمه حتى لو أدرك الصبي لا يكون له استرداد ما رهنه الوصي قبل أداء الدين، لأنه لازم من جانبه لأن تصرف وصيه كتصرف نفسه بعد بلوغه لقيامه مقامه ومثله الأب.

ثم إذا قضى الابن الدين فيما رهنه الأب أو وصيه لنفسه بعد موتها أو قبله رجع به في مالهما لأنه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكه فأشبهه معير الرهن، وكذلك إذا هلك قبل أن يفتكه لأن الراهن يصير قاضيا دينه بمال الصبي فله أن يرجع عليه، ومثله في جامع الفقه.

وفيه لو رهن الوصي أو الأب مال اليتيم بدين نفسه جاز ويضمن للصغير ما صار به قاضيا⁽⁶¹¹⁾ دينه بهلاك الرهن إلا أن يرهن الوصي ويرتهن عن نفسه ولا يصدق بعد بلوغ الصغير إن لم يُشهد.

وفي جامع [121/و] الصغار للأستروشنى عن القاضي الإمام صدر الإسلام أنه لو أقرض الأب مال نفسه⁽⁶¹²⁾ لولده وأخذ له رهنا من مال ولده جاز وله ذلك، وفي العتابية: ولو وضع الرهن عند العدل فمات العدل وأوصى ببيعه جاز إذا قيل له اعمل برأيك وإلا لا كذا عند محمد رحمه الله تعالى، ثم ليس لوصيه هذا أن يوصي إلى آخر.

وفيهما: ولو رهن الوصي أو الأب أو الجد عند عدم الأب ووصيه مال الصبي بدينه وبدين الصبي معا جاز، وإن هلك الرهن يضمن كل منهم حصة منه للصبي، وذكر العتابي المسألة في الأب ثم قال: وكذا الوصي خلافا لأبي يوسف.

وفي شرح الطحاوي: للوصي أن يرهن مال الصغير بدين على الميت، وفي الأصل والعمادية: ولو رهن الوصي لدين على الميت بعض التركة عند بعض الغرماء لم يجز لأنه وإن كان رهنا لدين الميت لكن

(610) د: -: حقه.

(611) ب: قابضا.

(612) ج: +: مال نفسه.

الرهن فيه جهة الإيفاء فلما تعلق به حق بقية الغرماء لم يكن للوصي إثثار بعضهم على البعض بالرهن حتى لو كان الغريم واحدا فرهنه عنده جاز. (613)

وفي جامع الفقه: وللوصي أن يرهن بالتركة عند غريم الميت ولا يرهن عند بعض الغرماء دون البعض، ولو رهن وفي الورثة كبير لم يجز إلا إذا كان غائبا، قلت: وسيأتي في هذا المجموع ما يتعلق بهذا عن قريب.

قال: ولو رهن مال أبيه لنفسه وأحدهما كبير لم يجز إلا بإجازة الكبير فلو هلك يضمن لهما، وفيه أيضا ولأب أن يرهن مال أحد صغيريه عند الآخر.

وفي العدة والهداية: رهن الوصي مال اليتيم بما استدانه على اليتيم وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصي من (614) المرتهن لنفع اليتيم، فضاع عند [122/ظ] الوصي فإنه يخرج عن الرهنية (615) و يضيع على اليتيم ، قال في الهداية: فيبقى الدين على اليتيم بحاله (616) يطالب المرتهن الوصي به لأن فعله كفعل اليتيم بنفسه ثم الوصي يرجع به على اليتيم لعدم تعديه فيه حتى لو استعاره الوصي لحاجة نفسه فهلك يضمنه لليتيم لتعديه في استعماله حيث لم يكن له ذلك.

قال: لو غصبه الوصي من المرتهن واستعمله في حاجة نفسه يكون متعديا في حق كل من المرتهن والصبي، أما في حق المرتهن فبالغصب وأما في حق الصبي فبالاستعمال في حاجته فيضمن قيمته. ثم القيمة تكون رهنا يقضى بها الدين إلى المرتهن ولا يرجع بها على اليتيم لأنه متعد في حقه أيضا فيجب عليه (617) عند حلول الأجل لأنه ضامن للمرتهن بتقويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده، فإن كانت مثل الدين يؤديها لليتيم مثل ما يوجب له على اليتيم فيكون القضاء مقاصة ، وإن كانت أقل من الدين يؤديها للمرتهن ويؤدي الزيادة له من مال اليتيم، وإن كانت أكثر من الدين يؤدي الفضل لليتيم ولو غصبه واستعمله في حاجة اليتيم يكون متعديا في حق المرتهن فقط لأن له حق استعمال اليتيم وله ولاية أخذ مال اليتيم فلا يكون متعديا في أخذه من المرتهن حتى يكون غاصبا في حق اليتيم مستحقا (618) للضمان.

ولهذا قال في كتاب الإقرار: إذا غصب الأب أو الوصي مال الصغير لا يلزمه شيء يعني في القضاء، لأنه لا يتصور منه الغصب لأن له ولاية الأخذ فإذا هلك الرهن في يده يضمن للمرتهن على التفصيل الذي سلف، ثم يرجع بما ضمن على الصبي لعدم وجوب الضمان عليه في حق الصبي حتى تقع

(613) ج: +: جاز.

(614) د، ب: +: من.

(615) ب، د: الوصية.

(616) هـ: أ.

(617) ج: -: إلى المرتهن ولا يرجع بها على اليتيم لأنه متعد في حقه أيضا فيجب عليه.

(618) د: +: به.

المقاصة بينهما قلت فهذا الرجوع وعدمه معنى قول صاحب الهداية هنا [123/و] يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصبي وفي الأول يضمن قيمته للمرتهن وللصبي⁽⁶¹⁹⁾ والله سبحانه وتعالى أعلم.

وفي المنية: رهن الوصي شيئاً من مال الميت في نفقة اليتيم أو رهن ما استحق من شيء قد كان باعه الميت فرجع مشتره بالثمن في الميراث لم يجز، لأن هذا لم يرد دينا على الميت حتى يرهن فيه شيئاً من ماله، ولو رد عليه ما باعه الميت بالعيب جاز رهنه.

وفي أحكام الصغار عن الأصل: رهن الوصي متاع الميت بمال أنفقه على الصغير فظهر في التركة دين فهذا على وجهين، إما أن يكون حقيقة بأن حدث بناء على سبب وجد في حال الحياة كأن كان الميت باع عبداً من التركة⁽⁶²⁰⁾ وقبض ثمنه وأكله ثم استحق العبد بعد موته ورجع المشتري بثمنه في التركة وقد رهن الوصي شيئاً من أعيان التركة بدين النفقة أو نحو ذلك بطل الرهن، لأن عند الاستحقاق تبين أن ما أخذ الميت من الثمن أخذه بغير حق وأن الضمان وجب في التركة من وقت القبض السابق فتبين أن الوصي رهن وفي التركة دين لغريم آخر فله أن يبطل الرهن لتعلق حقه به وعدم كون الوصي بسبيل من إيفاء حق بعض الغرماء دون البعض.

أما لو كان⁽⁶²¹⁾ حدث دين بناء على سبب باشره الميت وهو مسألة الرد بالعيب بأن كان الميت باعه، فرد على الوارث بعيب فهلك في يده وصار ثمنها دينا في مال الميت وليس له مال غير ما رهن فالرهن جائز، والوصي ضامن لقيمه فإنه تبين أن الدين كان واجبا قبل الموت و إنما استحق المشتري الرجوع بالثمن عند الرد لكننا أسندناه إلى السبب [124/ظ] السابق هو لا يناقض ملكه في المبيع بطريق الفسخ من الأصل فلا يظهر به بطلان الرهن لعرائه عن الدين حقيقة وإن وجب نقضه لاستناد الدين إلى سببه السابق وتماه ينظر في باب رهن الوصي والوالد من الأصل.

قال: والحاصل أن الوصي إذا رهن شيئاً من مال اليتيم في نفقة اليتيم⁽⁶²²⁾ ثم استحق شيء كان باعه الميت فرجع المشتري بالثمن في ميراث الميت فالرهن لا يجوز لأن هذا لم يزل دينا على الميت ولو رد ما باعه الميت بعيب جاز رهنه.

وفي جامع الفقه: ولو رهن الوصي عند غريم فظهر غريم آخر بطل الرهن يعني للغريم الآخر إبطاله إلا أن يقضي الوصي الدين، قال: إلا أن يحدث الدين بسبب يستند فيه فيجوز رهنه عند الأول. وفي مختلفات أبي الليث: رهن الوصي مال الصبي بدين استدانه عليه لا يجوز ولو رهنه بدين استدانه لنفسه يجوز، وفي أحكام الصغار عن فوائد بعض المشايخ إذا استدان الوصي النفقة أو الكسوة لأجل الصغير ورهن به شيئاً لليتيم جاز لأن في الرهن قضاء الدين وهو يملك ذلك.

(619) ج: + للصبي.

(620) ب: التركة.

(621) د: - كان.

(622) ج: + لليتيم.

وفي الأصل : رهن الوصي على وجوه إما أن يكون بدين على الميت، أو يكون بدين استدانه على الورثة، أو يكون بدين استدانه على التركة كضراء طعام الأرقاء وأكسيتهم وعلف الدواب وما يلزمها، فإن كانت الورثة كلهم صغاراً جاز رهنه في كل الأحوال لعدم ولايته عليهم، وإن كانت الورثة كباراً كلهم فإن كانوا حضوراً لا يجوز رهنه في كل الأحوال لعدم ولايته عليهم⁽⁶²³⁾ وإن كانوا غيباً جملتهم فإن رهن بدين على الميت جاز رهنه، وإن رهن بدين عليهم لم يذكر ذلك والصحيح عدم الجواز لأنه تصرف على الغائب ولا ولاية له عليه.

وإن كانت [125/و] الورثة مختلطين وكبارهم حضور فإن رهن بدين على الميت جاز عند الإمام رحمه الله لأنه يملك في حق الصغار فيملك ذلك في حق الكبار كذلك لأن أصله أن الوصي إذا ثبت له ولاية نوع من التصرف في بعض⁽⁶²⁴⁾ التركة يثبت له ولاية ذلك التصرف في كلها على ما مر غير مرة. ولا يجوز رهنه عندهما لعدم ولايته على الكبار ومتى لم يصح في حقهم لا يصح⁽⁶²⁵⁾ في حق الصغار أيضاً لمكان الشيوع مقارناً للعقد ولو كانت الكبار غيباً يجوز رهنه في حق الكل لأن له ولاية على الكبار في هذه الحالة.

وإن رهن الوصي بدين استدانه عليهم أو على صغارهم فقط لا يصح في حق الكل إجماعاً حضوراً كانت الكبار أو لا، أما إذا استدان على الكل فلائنه لا ولاية له على الكبار منهم في مثل هذا الموضع فيبطل في حقهم فكذا في حق غيرهم لسرية الفساد للمقارنة.

قلت: وهذا كما ترى نص على عدم جواز رهنه بدين على الكبار فقله فيما سبق لم يذكر ذلك منظور فيه لأن وضع المسألة في دين يستدينه على الورثة والله سبحانه أعلم.

قال: وأما إذا استدان على الصغار منهم فقط فلائنه ولايته عليهم لا تستتبع الولاية على الكبار، قلت : يعني في مثل هذا الموضع ثم لهم حق في العين المرهونة فيبطل رهنه في حقهم ويسري إلى حق صغارهم أيضاً والله سبحانه أعلم.

قال: ولو كان الرهن بدين استدانه على التركة فالجواب فيه كالجواب فيما⁽⁶²⁶⁾ إذا رهن بدين على الميت لأنه لصيانة تركته فيكون في المعنى واقعا للميت،⁽⁶²⁷⁾ وفيه لو اتجر الصغير بإذن الوصي فرهن وارتهن جاز، [126/ظ] قلت: لأنه من لوازم التجارة فلا⁽⁶²⁸⁾ تخلو عنهما والله سبحانه أعلم.

(623) ج، د: + وإن كانت الورثة كباراً كلهم فإن كانوا حضوراً لا يجوز رهنه في كل الأحوال لعدم ولايته عليهم.

(624) ب: + بعض.

(625) ج: + في حقهم لا يصح.

(626) ب: - فيما.

(627) ج: - للميت.

(628) ب: قلما.

الفصل التاسع عشر

الإبراء

في صلح المبسوط وفوائد صاحب المحيط والخانية والخلاصة والعمادية: أبرأ الوصي المديون أو أجل دينه أو حط عنه شيئاً منه وجب الدين بعقده صح عند الإمام أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو القياس⁽⁶²⁹⁾ ويضمن الساقط⁽⁶³⁰⁾ الضائع⁽⁶³¹⁾ للورثة ولم يصح عند أبي يوسف رحمه الله وهو الاستحسان، فالدين على الغريم كلاً أما إذا وجب الدين بعقد غيره أو كان موروثاً لم يصح وفاقاً لأنه بمنزلة الوكيل⁽⁶³²⁾ بالقبض وهو لا يملكه فكذا هذا وذلك لأن هذا كله تبرع في حق الغير فلا يجوز.

وذكر في الولوالجية: لا يجوز للوصي تأخير دين الصغار لأن التأخير تبرع في حق الغير فلا يملكه الوصي في أموالهم.

وذكر في الخلاصة أن هذه فرع مسألة إبراء الوكيل بالبيع المشتري عن الثمن وإبرأؤه عنه قبل قبضه صحيح عندهما ويلزمه الضمان وباطل عند أبي يوسف كذا هذا ذكره في كتاب الوكالة معزواً إلى فتاوى البقالي⁽⁶³³⁾.

وفي شروط الحاكم ولو أبرأ الوصي المستأجر عن إجرة دار الصغير صح إن باشر العقد ويضمن الوصي للصغير، أما المستأجر فإنه يبرأ قضاء لا ديانة.

وفي النوازل والجامع في الفتاوى: وصي باع شيئاً من مال اليتيم فأدرك اليتيم فأبرأ المشتري عن الثمن، قال بعضهم إن كان الصبي⁽⁶³⁴⁾ مصلحاً غير مفسد وقال له أنت بريء مما أدانك وصيي من مالي جاز وبرئ، وإن قال أنت بريء مما لي عليك لم يبرأ لأنه ليس له على المشتري شيء.

(629) ج: + القياس.

(630) ج: + الساقط.

(631) ب: الساقط.

(632) ج، د: + الوكيل.

(633) محمد بن أبي القاسم البقالي، الخوارزمي، الحنفي (ت. 576هـ). كشف الظنون 1/1، لائى المحار 133/1.

(634) أ، د: الوصي

مثله الوكيل إذا [127/و] باع شيئاً فقال الموكل للمشتري أنت بريء مما لي عليك لا يبرأ لأنه ليس له على المشتري شيئاً ولذا لو أراد استيفاء الثمن منه لا يكون له ذلك وإنما الدين على المشتري للوكيل، ومثله في الخانية.

قال نجم الدين الخاسي قال الفقيه أبو الليث: هذا قول أصحابنا لكن لا نأخذ به بل نقول يبرأ المشتري بالقول الثاني أيضاً في كل من المسألتين، لأن الدين للصبي والموكل وإنما للوصي والوكيل حق المطالبة قال ولا يشترط في براءة المشتري كون الصبي مصلحاً أيضاً لأن مدار الجواز اعتبار أقواله وما لم يحجر يعتبر.

وقال في الخانية قال الفقيه أبو الليث: ليس هذا قول أصحابنا بل يصح الإبراء عندهم في الوجهين.

وفي الولوالجية: وصي باع شيئاً من مال اليتيم فأدرك وأبرأ المشتري عن الثمن يبرأ المشتري لأن التركة ملكه وليس للوصي إلا المطالبة والحفظ فيعمل إبراء المالك وكذلك الموكل مع الوكيل، وفي البنية: أبرأ الصبي بعد البلوغ عن ثمن ما باع الوصي من التركة برئ كالموكل.

وفي العيون والذخيرة ودعوى الخلاصة: ميت عليه لرجل ألف درهم وللميت على آخر مثله⁽⁶³⁵⁾ ف قضى مديونه الدين إلى الدائن بغير أمر الوصي أو الوارث قال محمد رحمه الله تعالى إن قال حين القضاء خذ هذه الألف التي عليّ لفلان الميت من الألف التي لك عليه برئت ذمة المديون عن الدين ولم يكن للوصي مطالبته بالدين بعده، وإن لم يقل ذلك يكون متبرعاً في القضاء تبرأ ذمة الميت [128/ظ] عن الدين⁽⁶³⁶⁾ ويبقى الألف عليه كما كان وعلى الوصي مطالبته به ومثله في الخانية وجامع الفتاوى وكل من المنية والغنية.

وفي الفتاوى الصغرى: أنه إذا دفع غريم الميت الدين إلى الوصي يبرأ، أما إذا دفع إلى بعض الورثة فإنه لا يبرأ إلا عن نصيب الآخذ خاصة حتى لا يكون للورثة أن يطالبوا المديون بالدين في الفضل الأول ولو ضاع عند الوصي.

أما في الفضل الثاني يكون لغير الآخذ منهم أن يطالب المديون بحصة منهم فيرجع المديون به على الآخذ وذلك لأن أخذ الوصي للموصي، ولو دفعه للموصي في حياته لا يكون للورثة المطالبة بعد مماته كذا هذا.

أما الوارث وإنما يأخذه لنفسه لعدم نيابته عن غيره فلا يكون خصماً في حق غيره فلا يسقط بأخذه حق المطالبة عن البقية ومثله في المنية والغنية.

(635) ج، ب، +: مثله.

(636) ب: الدين.

وفي الخلاصة عن الجامع الكبير: أحد الورثة إذا قبض دينا أو وديعة للميت فضاع في يده يضمن يعني حصص غيره من الورثة عند عدم استغراق التركة بالدين والكل عند استغراقها به. وفي جامع الفتاوى: وإذا شهد الشهود على وصايته فقبض دين الغريم ثم وجد الشهود عبدا يبرأ الغريم لأن نصب القاضي إياه قد صح.

الفصل العشرون

الهبة

في الخانية: ليس للوصي أن يهب مال اليتيم بعوض وبغير عوض ومثله الأب، وفيها أفرز الوصي من مال نفسه شيئا ووهبه للصبي وقال قبضت من نفسي لليتيم وأشهد عليه لم يكن قابضا [129/و] من نفسه إجماعا.

أما لو وهب الأب لصغيره شيء وقال قبضت لابني فلان يصير قابضا إجماعا، وفي المختلفات القديمة وهب لليتيم شيء فالوصي بالخيار إن شاء قبل وإن شاء رد.

وفي الصغرى: وهب لصبي في حجر عمه أو أمه أو أخته شيء وله وصي من جهة أبيه فقبض العم أو الأم أو الأخت الموهوب قبل لم يجز قبضهم إنما قبضه لوصيه وقيل يجوز والفتوى على الجواز.

أما إذا لم يكن في حجرهم فلا يجوز لهم القبض، وفي الذخيرة محالا إلى الأصل قال محمد رحمه الله: ليس لغير وصي الأب والجد من الأوصياء قبض الهبة على الصغير إن لم يكن الصغير في عيالهم وكذا إذا كان في عيالهم والأب ميت أو غائب غيبة منقطعة قياسا ويجوز استحسانا، قال ولا فرق في هذا بين كون الصغير عاقلا للقبض وبين كونه غير عاقل، أما الأب والجد فيجوز قبضهما عليه سواء كان هو في عيالهما أو لم يكن.

واختلفوا في صحة قبض من يعوله من الجد⁽⁶³⁷⁾ والأم والعم والزوج عند حضرة الأب قيل يصح وإليه

مال فخر الإسلام البزدوي وقيل لا يصح لغير الزوج كما في الأجني وإليه ذهب الإمام السرخسي

ثم لا يشترط في صحة قبض الزوج كون الزوجة ممن يجامع مثلها في الصحيح.

وفيها وهب لصغيرة زوجت ولم يبين بها الزوج فقبض عليها الزوج لم يجز بل يقبض عليها الولي وهو الأب أو وصيه ثم الجد أو وصيه ثم القاضي أو⁽⁶³⁸⁾ وصيه، قال ويجوز قبض الأب وإن كانت في عيال الزوج.

(637) ب: - الجد.

(638) ب: + حروف العطف الثلاثة.

وفي فتاوى القاضي ظهير الدين والخانية: وَهَبَ للصغير شيء ليس لوحيه أن [130/ظ] يعوضه من مال الصغير ولو عوضه منه لم يجز ويكون للواهب حق الرجوع بعده كما يكون قبله ومثله الأب، قلت بأن التعويض هبة وليس لهما ولاية هبة من ماله.

وفي الذخيرة: وَهَبَ لصبي أو معتوه أخوه فقبحه له وصيه يجوز ويعتق، وهذا بخلاف شراء الوصي إياه حيث ينفذ العقد على الوصي لا على الصبي فلا يعتق ومثله الأب.

قال⁽⁶³⁹⁾ ولو وَهَبَ له النصف من أخيه فقبحه الوصي استحسَنَ جوازه وأعتقه عليه لكن لا يضمه الصبي للشريك بل يسعى فيه العبد.

وفي عتق البعض من العتابة: ولو قبل الوصي الهبة للصبي في نصف أبيه سعى ولا ضمان، وفي الخاصي عن العيون: وَهَبَ الوصي من الصبي عبده المديون للصغير⁽⁶⁴⁰⁾ جاز وبطل الدين ثم لو أراد الوصي الرجوع في هبته هذه روى هشام عن محمد أنه ليس له الرجوع لأن العبد قد ازداد خيراً بسقوط الدين عنه، وروى هو عنه أيضاً أن للوصي حق الرجوع، قال في الخاصي والأول خلاف ظاهر الرواية. وقال القاضي ظهير الدين في فتاواه عبد عليه دين لیتيم وَهَبَ صاحب العبد العبد للیتيم فقبل الوصي الهبة وقبحه له سقط الدين فإن رجع الواهب عاد عليه الدين.

وفي الظهيرية والخلصة عن الزيادات: صبي له على مملوك وصيه دين فوهب الوصي المملوك للصبي جاز وسقط الدين ثم أراد الرجوع في هبته عن محمد رحمه الله ليس له ذلك، وفي ظاهر الرواية يرجع. وفي فتاوى رشيد الدين: أجنبى زرع في أرض الصبي لأجل [131/و] الصبي ثم أنكر ذلك فأقام الوصي بينة⁽⁶⁴¹⁾ على إقراره بأنه زرعه لأجله يكون للوصي أن يأخذ ذلك الزرع والله سبحانه أعلم.

الفصل الواحد والعشرون

المضاربة

في الأصل والخانية: للوصي أن يضارب في مال الصبي وأن يدفعه لآخر مضاربة وله أن يبضع ويتجر ويشارك وأن يدفعه للبضاعة والتجارة والشركة وله أن يفعل كلما كان خير للیتيم فلا يعمل شيئاً مما ذكر إن أضر بالصبي كأن لا يكون الطريق آمناً لكنه يشهد على العقد وقت العقد فإن لم يشهد على نفسه أنه يضاربه يكون ما شراه كله للیتيم ولا يصدق القاضي في دعواه ذلك لأنه يدعي استحقاق بعض الربح

⁽⁶³⁹⁾ ب: + قال.

⁽⁶⁴⁰⁾ ب: + للصغير.

⁽⁶⁴¹⁾ ب: بينة.

في مال الغير وذلك لا يكون بدون الشرط والشرط لا ثبوت له بدون البينة فما لم يثبت لا يعطى له شيء من الربح.

وفي الولوالجية: وأما لزوم الأشهاد فلأن الوصي قد يعمل بمال الصبي مضاربة وقد يعمل به غير مضاربة⁽⁶⁴²⁾ والربح تبع مال الصبي فلا يستحق الوصي إلا بحجة تثبت عند القاضي.

وفي البنية تصرف في مال اليتيم وبيع ثم قال: كنت أخذته مضاربة ولي في الربح حصة لم يصدق إلا ببينة ومثله في العتائية قال في مجموع النوازل و إن نوى المال لم يضمن.

وفي شرح الطحاوي تصرف الوصي أو الأب في مال اليتيم فبيع فيه⁽⁶⁴³⁾ فقال: كنت مضارباً لا يكون له من الربح شيء إلا أن يشهد عند التصرف أنه يتصرف فيه بالمضاربة وهذا في القضاء وأما في الديانة يحل له أخذ ما شرطه من الربح، [132/ظ] وإن لم يشهد عليه قلت ويحمل عليه ما في غريب الرواية ومجموع النوازل من أنه إذا ربح الوصي في مال اليتيم فقال أخذته مضاربة ولي من الربح حصة لا يصدق والربح لليتيم وإن نوى المال لا يضمن ويدل عليه قوله لا يصدق يعني إذا لم يشهد عند العقد. وفي شرح الطحاوي: وكذا يشهد إذا شاركه ورأس ماله أقل فإنه إذا لم يشهد على ما شرط من الربح يجعل القاضي الربح بينهما على قدر مالهما أما يحل له أن يأخذ المشروط من الربح فيما بينه وبين الله تعالى، وإن لم يشهد.

وفي جامع الصغار: ذكر محمد رحمه الله أن مضاربة الوصي بالنصف أو بأكثر منه جائزة لأنه تصرف نافع لليتيم، وليس هذا بيعاً لمنفعة نفسه من الصبي حتى لا يجوز من الوصي بمثل القيمة وفاقاً وبأقل منه على رأي كما في بيع ماله منه بل هو اشراك لنفسه في ماله، وهو يملك اشراك الغير فيه فلأن يملك اشراك نفسه كان أولى وأحرى.

وفي شرح كتاب الرهن لشمس الأئمة الحلواني والحافظية إن أخذه على أن له من الربح عشرة فمضاربه فاسدة فإن عمل فلا أجر له قال: وهذا مشكل فإن فساد المضاربة يؤدي إلى الإجارة الفاسدة والفسادة⁽⁶⁴⁴⁾ فيها يجب أجر المثل ولا يزيد على ما عرف على المسمى.⁽⁶⁴⁵⁾

قال في الحافظية: وجوابه أن المنافع تقومها ليس إلا في العقد الصحيح لورود النص فيه والوارد فيه ليس بوارد في الفاسد قلت: وفيه نظر لأنهم أجمعوا على أن الفاسد يأخذ الحكم من الصحيح وأنه هو الأصل والفاسد تبع له فيكون هذا القول خرقاً لإجماعهم.

[133/و] ومما يؤيد هذا النظر ما ذكر في الأصل من أنه لو شرط الوصي أو الأب عمل الصبي مع المضارب تفسد المضاربة وعلى الصبي للمضارب أجر مثل عمله لما أن العمل وقع له،⁽⁶⁴⁶⁾ اللهم إلا

⁽⁶⁴²⁾ ب، ج، +: وقد يعمل به غير مضاربة.

⁽⁶⁴³⁾ ب، +: فيه.

⁽⁶⁴⁴⁾ ج، -: الفاسدة.

⁽⁶⁴⁵⁾ ب، -: المسمى.

⁽⁶⁴⁶⁾ ب، -: لما أن العمل وقع له.

أن يخص عدم لزوم الأجر بالوصي بناء على ما ذكره الاستروشنى في أحكام الصغار من أن حاصل هذا العقد راجع إلى أن الوصي يؤجر نفسه من الصبي وأنه لا يجوز على ما هو المختار على ما مر في فصل الإجارة والله سبحانه أعلم.

وفي فتاوى العتابة للأب أن يدفع مال الصغير مضاربة في الخز⁽⁶⁴⁷⁾ والبز⁽⁶⁴⁸⁾ وأن يأخذ لنفسه مضاربة وأن يأخذ للصغير مالا للمضاربة وهو يعقل فإن عمل الصغير جاز وإن عمل الأب بغير إذن الصغير ضمن قال وكذا الوصي إذا أخذ مال الصغير مضاربة جاز ولو فسدت المضاربة⁽⁶⁴⁹⁾ ففي أجرة الوصي يعني لزومها روايتان.

وفي الأصل دفع الوصي مال الصبي لآخر مضاربة وشرط أن يعمل الوصي مع المضارب ويكون الربح ثلثه له وثلثه للمضارب وثلثه للصبي فهو جائز والربح بينهم على ما شرط لأنه تصرف نافع للصبي، قال: ثم هو في الحقيقة دفع مال الصبي إلى نفسه وإلى الأجنبي ولو دفع إلى نفسه أو إلى الأجنبي لجاز فكذا يجوز دفع بعضه إلى نفسه وبعضه إلى الأجنبي وكذلك الأب وهذا لأن تصرفات كل منهما واقعة للصغير بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه ويشترط فيه التولية من قبل الصبي لأنه رب المال.

وفي مجموع النوازل: أخذ الوصي مال الأجنبي مضاربة للصبي بالنصف وشرط أن يعمل نفسه للصبي [134/ظ] وعمل يكون النصف له ولا شيء للصبي منه، لأن هذا من الوصي عقد للمضاربة لنفسه ألا يرى أنه شرط العمل لنفسه؟ نعم قصد أن يكون الربح للصبي لكن لا يكون ذلك إلا بالمال أو العمل وقد عُد كل منهما في حق الصبي فيكون شرطه مردودا باطلا عليه.

وقال: ولو أخذ الوصي ذلك المال على أن يشتري به للصبي ويبيع فباع واشترى يكون النصف للصبي على ما شرط لوجود العمل منه، فلو عمل فيه الوصي بغير أمر الصبي يكون الوصي ضامنا لأن رب المال لم يرض بعمله وإنما رضي بعمل الصبي فيصير غاصبا ويكون الربح له لا للصبي ويتصدق به لخبث في سببه كما هو الحكم في الغصب والأب في هذا كله كالوصي، ومثله في مضاربة الأصل.

وفي جامع الفقه للعتابة: ولو أعطى الوصي مال أحد الأيتام لعبديهم مضاربة بالنصف بعدما أذن له في التجارة فنصف الربح لرب المال منهم والنصف الآخر شركة فيما بينهم.

وفي الملتقط⁽⁶⁵⁰⁾ للسيد الإمام الأجل أبي القاسم الشهيد رحمه الله تعالى قال: أبو نصر رحمه الله تعالى: لا أرى للوصي في هذا الزمان أن يأخذ مال الصبي مضاربة ولا للقيم⁽⁶⁵¹⁾ أن يأخذ أرض الوقف

(647) الخز: والقز والقهر لغات فيه: لفظ معرب، ضرب من الثياب وفيه أقوال: قيل ثوب نسج من الصوف والحريز أو من الحرير فقط. لغة الفقهاء ص 195.

(648) البز: الثياب من القطن والكتان، والبزاز بائع القماش. لغة الفقهاء ص 107.

(649) ج: الإجارة.

(650) الملتقط: محمد بن يوسف الحسيني، السمرقندي، ويسمى مال الفتاوى (ت. 556هـ). كشف الظنون 1813/2.

(651) ج: اليتيم.

مزارعة وفي شرح الطحاوي لا بأس للوصي أن يتجر بمال اليتيم ولا ضمان عليه إن أصيب ذلك، قلت: وهذا إذا كان الطريق آمنا على ما سيأتي الآن.

وفي الخانية: ولا يتجر الوصي لنفسه بمال اليتيم أو الميت وإن فعل وربح ضمن رأس المال وتصدق بالربح عند الطرفين، وعن أبي يوسف رحمه الله يسلم له الربح فلا يتصدق به. وفي جامع العتابي: اتجر أجنبي من مال اليتيم [135/و] فقال ضاع المال صدق إن قال الوصي كانت تجارته بأمر مني.

وفي الهداية ومختارات النوازل له أن لا⁽⁶⁵²⁾ يتجر به لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة، وذكر في الرهن منها أن الأولى أن يتجر لأن التجارة تنمير المال وتوفير له، وفي الوديعة منها أن للوصي أن يسافر بمال اليتيم بأمن الطريق.

وفي الغنية:⁽⁶⁵³⁾ للوصي أن يتجر إذا كان فيه خيرا لليتيم وقيل ليس له ذلك مطلقا وقيل جائز بإذن القاضي ولم يجز بدونه.

(وفي الأصل: ولو أخذ الوصي أو الأب للصغير مالا من رجل مضاربة بالنصف على أن يعمل فيه للصغير الوصي أو الأب وعمل فربح فالربح بين العامل ورب المال، ولا شيء للابن منه لأنه أخذ المال لنفسه، حيث شرط عمل نفسه لكنه قصد مع ذلك أن يكون الربح للصبي وهذا قصد باطل لأن الربح لا يستحق إلا بمال وعمل وقد عدما في حقه .

ولو كان الصغير مأذونا له يبيع ويتشري فأخذه من الرجل على أن يشتري به الصغير نفسه فالمضاربة جائزة والربح بينه وبين رب المال على ما شرط لأنه تصرف نافع للصغير .

وكذا لو عمل الوصي والأب له بأمره لأنه يصح أمره فيكون عمل مأموره كعمله بنفسه أما لو عملا فيه بغير أمره يضمنان المال فإنه عمل في مال أجنبي بلا رضاه لأن رضاه ليس إلا لعمل الصغير فيكون غاصبا فيكون الربح لهما فيتصدقان به كما هو حكم الغصب).⁽⁶⁵⁴⁾

وفي الحافضية: إذا سافر الوصي بمال اليتيم فضاع لا يضمن إجماعا، قلت: إذا كان الطريق آمنا، وفي العتابية:⁽⁶⁵⁵⁾ ولو مات المضارب فبييع العروض إلى وصيه وإن لم يكن له وصي فالإلى القاضي.⁽⁶⁵⁶⁾

(652) د:- لا

(653) ب: البنية

(654) ج:- وفي الأصل ولو أخذ ... الغصب

(655) ب:- العتابية

(656) ج:- وفي العتابية: ولو مات المضارب فبييع العروض إلى وصيه وإن لم يكن له وصي فالإلى القاضي

الفصل الثاني والعشرون

[136/ظ] المزارعة

في فتاوى الخاصي عن النوازل: اختلف المشايخ في جواز أخذ الوصي أرض الصبي⁽⁶⁵⁷⁾ مزارعة فمنهم من جوزه مطلقاً وجعله كما إذا دفعها إلى آخر فإن ذلك يجوز وفاقاً، ومنهم من فصل فقال: إن كان البذر من الوصي يجوز وإن كان من الصبي لايجوز لأنه في الأول مستأجر للأرض وله ذلك، ألا يرى أن له استئجار نفس الصبي وهذا أولى، وفي الثاني يكون مُضيعاً لماله حالاً لأن النبات بعد فساد البذر فلا يجوز.

في الأصل على العكس قال في أحكام الصغار وأنه مشكل، قال الخاصي: والمختار أنه إن كان ما يصيبه في مزارعته⁽⁶⁵⁸⁾ من الربح المشروط له خيراً من أجر مثل الأرض⁽⁶⁵⁹⁾ وضمان نقص المزارعة وضمان البذر في صورة كونه من اليتيم تجوز المزارعة وإلا لا.

قال في جامع الصغار عليه عامة المشايخ وفي الأمالي عن أبي يوسف أن الوصي إذا أخذ بذر اليتيم وزرعه في أرض اليتيم وأشهد على⁽⁶⁶⁰⁾ نفسه على المزارعة وأنه أخذ البذر قرضاً والأرض إجارة، فإن كان الربح خير لليتيم فله الربح وإن كان الأجر خيراً له فله الأجر والزرع للوصي وإن كان الزرع خيراً لليتيم فله الزرع.

قال في المنتقى: وهذا كوصي يشتري لنفسه عبداً بمال⁽⁶⁶¹⁾ اليتيم فإنه إن كان البيع والثمن خيراً لليتيم جاز البيع وإلا لا ثم قال لو استقرض الوصي بذر اليتيم فإن زرعه في أرض نفسه يكون الزرع للوصي ويُصدق في دعواه ذلك كما لو زرعه بذر نفسه في أرض اليتيم وقال زرعتها لنفسه، وإن زرعه [137/و] بذر اليتيم في أرض اليتيم وربح يكون الزرع كله لليتيم ولا يصدق في دعواه أنه زرعه لنفسه، وأصل هذه المسألة دليل على تملك الوصي الاستقراض من مال الصبي.

(657) د، ج، +: الصبي.

(658) ب، +: مزارعته.

(659) ب، -: الأرض.

(660) ب، ج، +: على.

(661) ب، +: بمال.

وفي الخلاصة: وإذا أخذ الوصي أرض اليتيم مزارعة قال الفضلي في الفتاوى: إن كان البذر على اليتيم لا يجوز أما لو جعله الوصي على نفسه فعلى قياس ما قال الإمام في جواز بيع الوصي⁽⁶⁶²⁾ مال اليتيم من نفسه ينبغي أن يجوز، وفي المسألة دليل على أن الوصي يملك استقراض مال اليتيم.

وفي البنية: استأجر الوصي أرض اليتيم من نفسه وبذرها من بذر اليتيم قرضا عليه جاز إن كان خيرا لليتيم وإن كان الزرع خيرا لليتيم وكان الأجر أوكس فهو له يعني الزرع لليتيم ويُصدق إذا قال استقرضت البذور وبذرتها في أرضه ومثله في الفتاوى العتابية.

وفي فوائد أبي حفص الكبير رحمه الله: للوصي أن يأخذ أرض الأيتام مزارعة كما كان له⁽⁶⁶³⁾ وأن يدفعها إلى غيره ويشهد عند العقد حتى يكون الربح له قضاء كما يكون له ديانة مطلقا.

وفي فتاوى القاضي ظهير الدين: ترك زوجة وأولادا صغارا منها أو كبارا من غيرها وكل الأولاد في عيالها تتعاهد أحوالهم، فعملوا الحراثة في أرض مشتركة للورثة أو صاروا أكره⁽⁶⁶⁴⁾ لغيرهم على ما هو العادة وجمعوا الغلات⁽⁶⁶⁵⁾ في بيت واحد وانتفعوا منها جملة فهل تكون الغلات⁽⁶⁶⁶⁾ مشتركة بين الورثة كلها أو تكون للمزارعة فقط؟

قال: صارت هذه واقعة الفتوى⁽⁶⁶⁷⁾ واتفقت الأجوبة على أنه إن زرعوا بذرا⁽⁶⁶⁸⁾ مشتركا بإذن من لم يزرع منهم إن كانوا كبارا كلهم، [138/ظ] وبإذن الوصي إن كان فيهم صغير تكون الغلة مشتركة، وإن زرعوا من بذر أنفسهم كانت الغلة للمزارعين خاصة، قال صاحب أحكام الصغار: وإن زرعوا بغير إذن الوصي والباقيين كيف الحكم فيه ينبغي أن تكون الغلة للمزارعين لأنهم غصبوا بذرا وزرعوها فيكون الخارج لهم.

وفي الفتاوى: لايجوز للوصي أخذ أرض اليتيم مزارعة إن كان البذر لليتيم ويجوز إن كان لنفسه، لأنه في الأولى: مؤجر نصيبه⁽⁶⁶⁹⁾ من اليتيم وذلك لايجوز، قال في الولوالجية: لأنه مقابلة المال بالمنفعة الحاصلة من الوصي ومنفعة الآدمي صفة له والأصل⁽⁶⁷⁰⁾ ليس بمال فكذا صفته إلا أن الشرع أعطى له حكم المال للحاجة ولا حاجة هنا فيكون هذا العقد مقابلة المال بما ليس بمال فلا يجوز.

(662) ج: + الوصي.

(663) ج: + له.

(664) الأكره، بالضم: الحفرة في الأرض يجتمع فيها الماء فيُعزَفُ صافياً. والأكر: الحفرة في الأرض، واجدتها أكره. والأكار: الحراث، وهو من ذلك. لسان العرب 26/4.

(665) ج: - الغلات.

(666) الغلة: يفتح الغين ج غلات وغلل، ما يحصل من ثمرة الارض، أو أجر أو كسب الغلام. لغة الفقهاء ص 333.

(667) ب: + الفتوى.

(668) ج: + بذرا.

(669) ب، ج: نفسه.

(670) ب، ج: + الأصل.

وفي الثانية: مستأجر أرض اليتيم لنفسه ببعض الخارج واستئجاره مال اليتيم لنفسه⁽⁶⁷¹⁾ جائزة كإيجاره للأجنبي قال: لكن الوصي يشهد عند العقد أنه يأخذه مزارعة.

وفي الخانية: أن قياس قول الإمام رحمه الله تعالى عدم جواز الأولى إلا أن يكون خيراً لليتيم، وأما الثانية فمزارعة ومذهبه فيها عدم الجواز، قلت: والمعاملة الآن على قولهما رحمهما الله تعالى.

الفصل الثالث والعشرون

الشفعة

ذكر في الخانية: أن الخصم عن الصغار في طلب الشفعة لهم وعليهم الآباء والأجداد والحكام وأوصياؤهم وأوصياء أوصيائهم على الترتيب السالف في فصل البيع، وفي الأصل: الوصي يطلب الشفعة لليتيم ويقوم في لوازمها كالأب والجد وإن لم يكن واحد منهم فهو على شفעתه إذا أدرك ولو كان له واحد⁽⁶⁷²⁾ من هؤلاء فترك طلب [139/و] الشفعة مع الإمكان بطلت الشفعة حتى لا يكون للصبي حق الأخذ بعد البلوغ عند الشيخين.

وقال محمد رحمه الله تعالى لا تبطل الشفعة ويقدر على الأخذ بعد البلوغ فإذا بلغ وقد ثبت له خيار البلوغ فاختر رد النكاح وطلب الشفعة فأيهما قدم جاز هو وبطل الباقي، فالحيلة في ذلك أن يقول طلبتهما الشفعة والخيار وعلى هذا الخلاف إذا سلم واحد من هؤلاء الشفعة ويستوي في تسليمهم مجلس القضاء وغيره.

عند الإمام رحمه الله تعالى وفي فتاوى الفقيه أبي الليث: اشترى الوصي لليتيم دارا وللوصي فيها الشفعة هل يكون له أخذها قال إن كان الأخذ نافعا لليتيم بأن كان شراؤها بغير يسير فكأن يرتفع الغبن بأخذه بالشفعة يكون له الأخذ بها على قياس قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وإن لم يكن في أخذه منفعة لليتيم وذلك بأن كان شراؤها بمثل القيمة لم يكن له الأخذ بالاتفاق، قال: ومتى كان له الأخذ يقول حين الشراء اشتريت وطلبت الشفعة ثم يرفع الأمر إلى القاضي فينصب عن اليتيم قimaً فيأخذ الوصي منه الدار بالشفعة ويسلم إليه الثمن ثم هو يسلم ما أخذه من الوصي إلى الوصي فيحفظه الوصي للصبي.

(671) د، ج: +: لنفسه.

(672) ب، ج: +: واحد.

وعن شداد أن الوصي يشهد على الطلب ويتركها إلى إدراك الصبي فعند ذلك⁽⁶⁷³⁾ بطلت الشفعة، قال الفقيه: هذا في الوصي أما الأب فإنه يأخذها بالشفعة في الوجهين، قلت: لعدم لزوم الخيرية للصبي في تصرفاته والله أعلم.

وفي الخانية: اشترى الوصي داراً للصبي [140/ظ] والوصي شفيعهما فله أن يأخذ بالشفعة أما على قول من يقول بجواز شرائه مال اليتيم لنفسه يقول اشتريت وأخذت بالشفعة فتصير الدار له بلا حاجة إلى القضاء كالأب.

وأما على قول من لا يقول بجواز شرائه مال اليتيم لنفسه يرفع الأمر بعد قوله ذلك إلى القاضي فينصب عن الصبي وصياً إلى آخر ما ذكره الفقيه في فتاواه.

وفي الفتاوى عن أبي بكر أن الأب لا يأخذ بالشفعة إلا بعد إدراك الصبي أو ينصب الحاكم خصماً عنه فيأخذها منه هذا.

أما لو شري الوصي داراً لنفسه والصبي شفيعهما فإنه لا يشهد ولا يطلب الشفعة حتى يدرك الصبي فإذا أدرك يطلبها كذا ذكره الإمام السرخسي في مبسوطه وهكذا ذكر القدوري في شرحه محالاً إلى نوادر أبي يوسف رحمه الله.

(ولو اشترى الأب داراً والصغير شفيعهما فلم يطلب الأب الشفعة لأجله لم يكن له الأخذ بالشفعة بعد الإدراك، ولو باع الأب داره والصغير شفيعهما فسكت الأب عن طلب الشفعة له لا تسقط به شفعة الصغير حتى يكون له الأخذ بعد الإدراك).⁽⁶⁷⁴⁾

وفي نوادر⁽⁶⁷⁵⁾ هشام عن محمد في الأب يشتري داراً لنفسه ولا يطلب الشفعة فيها لصغيره قال: أما في قياس قول أبي حنيفة فلا شفعة للصغير ويجب أن يكون الجواب على التفصيل: إن لم يكن الأخذ ضاراً للصغير بأن يكون شراء الأب بمثل القيمة أو بأكثر قدر ما يتغابن فيه لا يكون للصغير فيه الشفعة بالاتفاق⁽⁶⁷⁶⁾ إذا بلغ وإن كان الأخذ ضاراً بأن كان⁽⁶⁷⁷⁾ شراء الأب بأكثر من القيمة مقدراً [141/و] لا يتغابن فيه كان الصغير على شفيعته إذا بلغ.

وفي الذخيرة مسنداً إلى هذا المبسوط أنه إذا اشترى الوصي داراً لنفسه والصبي شفيعهما فلم يطلب الوصي الشفعة إلى بلوغ الصبي فإن كان الأخذ نافعاً للصبي فلا شفعة له عند الإمام إذا بلغ، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف لأن الوصي إذا اشترى شيئاً من مال نفسه للصغير وفيه نفع ظاهر للصغير يجوز شراؤه فيكون الوصي متمكناً من الأخذ بالشفعة فإذا سكت يكون سكوته مبطلاً لشفيعته، وإن لم

(673) ب+: ذلك.

(674) ب، ج-: ولو اشترى .. الإدراك.

(675) ب+: نوادر.

(676) ب-: بالاتفاق.

(677) ج+: وإن كان الأخذ ضاراً بأن كان.

يكن للصغير في الأخذ بالشفعة نفع⁽⁶⁷⁸⁾ يكون له الأخذ بها إذا بلغ بالاتفاق لأن الوصي في هذا الوجه ليس بمتمكن من الأخذ فلا يكون سكوته مبطلاً.

ولو باع الوصي داراً وباقي المسألة بحالها يكون للصغير الشفعة إذا بلغ وفقاً وكذا الأب إذا باع داره وابنه شفعيها فسكت الأب عن الطلب يأخذها الابن إذا بلغ.

وفي الخانية: اشترى الأب لنفسه داراً وصغيره شفعيها فليس للصبي إذا بلغ أن يأخذها بالشفعة، ولو باع داره كان للصغير أن يأخذها بالشفعة إذا بلغ.

وفي مبسوط شمس الأئمة: اشترى أجنبي داراً بأكثر من قيمتها ولصغير فيها شفعة فسلم أبوه الشفعة لا يصح تسليمه وفقاً وهو الصحيح حتى لو بلغ يكون على شفيعته.

وفيها أيضاً قال الوصي: اشترت الدار للصبي بالآلف، فقال الشفيع: اتق الله تعالى فإنك اشتريتها بخمسائة فصدقه الوصي فإنه لا يُصدق في تصديقه قول الشفيع فيأخذها الشفيع بالآلف إلا أن [142ظ] يقيم بينة على الشراء بخمسائة ومثله الأب.⁽⁶⁷⁹⁾

وفي الخانية: اشترى لابنه الصغير داراً فأراد شفعيها الأخذ بالشفعة واختلفا في الثمن فالقول قول الأب لإنكاره حق التملك بما ادعاه الشفيع من الثمن الأقل ولا يحلف الأب لأن فائدة الاستحلاف الإقرار ولو أقر الأب بما ادعاه الشفيع لا يصح إقراره على الصغير فلا يحلف.

وفي المنتقى جعل عدم الاستحلاف قول محمد رحمه الله وقال: لأن الشفعة ليست من البيع إنما تحدث بعده والوكيل إنما يمينه في البيع، قلت: والوصي كالأب لأنه أدنى من الأب.

وفي الجامع الأصغر: باع الوصي داراً لليتم وهو شفعيها يبطل حقه ولا يتمكن من الأخذ بالشفعة أما إذا باعها وكيل القاضي يكون للوصي حق الأخذ بالشفعة.

وفي الخانية: ومن باع داراً وهو شفعيها بدار أخرى فلا شفعة له فيما باع، باعها بنفسه أو بوكالة في البيع أو بوصاية على اليتيم أو بتولية على الوقف.

ولو اشترى الوصي داراً لليتم لا يملك أخذها لنفسه بالشفعة، أما لو اشتراها الأب يكون له الأخذ بالشفعة عندنا وفيها أن الأب إذا باع داراً لنفسه والصغير شفعيها لا يكون للأب الطلب للصغير بالشفعة لأنه بائع فيكون الصغير على شفيعته يطلبها إذا بلغ، قلت: ومثله الوصي والله سبحانه أعلم.

وفي العتابية: لو باع الأب داراً فلم يأخذها لابنه الصغير من نفسه يطلب عند أبي حنيفة رحمه الله بخلاف الوصي إذا باع داراً لم تبطل الشفعة للصغير حتى يبلغ.⁽⁶⁸⁰⁾

وفي جامع الفتاوى: دار بيعت بأكثر من ثمن المثل غبناً فاحشاً وشفيعها صبي [143/و] لا تثبت للصبي الشفعة، حتى أن الوصي أو الأب إذا أراد أن يأخذها للصبي بالشفعة لا يكون له ذلك.

(678) ب، ج: يكون سكوته مبطلاً لشفيعته وإن لم يكن للصغير في الأخذ بالشفعة نفع.

(679) ب، ج: الأب.

(680) ب، ج: وفي العتابية: لو باع الأب داراً فلم يأخذها لابنه الصغير من نفسه يطلب عند أبي حنيفة رحمه الله بخلاف الوصي إذا باع داراً لم تبطل الشفعة للصغير حتى يبلغ.

وفي المنتقى: صبي طلب شفعة فجعل له القاضي وصياً فسكت الوصي عن طلب الشفعة شهراً تبطل شفعة الصبي والله سبحانه أعلم.

الفصل الرابع والعشرون

الإذن والحجر

ذكر محمد في الأصل: أن للوصي أن يأذن للصبي في التجارة إذا كان ممن يعقل أن البيع للملك سالب وأن الشراء له جالب ويعرف يسير الغبن وفاحشه ويفرق بين الربح والخسران، يعني إذا كان يقدر أن يتجر كسائر البالغين والعاقليين وإلا فكل صبي لقن له هذه العبارات يتلقنها ويعبر بها ويفرق بين كل منها فإذا أذن له تكون تصرفاته معتبرة.

قال: وكذا يكون للوصي أن يأذن لعبده⁽⁶⁸¹⁾ وكذا يكون ولاية الإذن لكل منهما ممن له ولاية التصرف والتجارة في أمواله كالأب، وفي شرح الطحاوي والجد يعني أب الأب لعدم الأب ووصيه والقاضي وأوصيائهما، لا إذن الأم والعم والأخ والخال لأنه ليس لهم التصرف في أمواله والإذن منه، وفي العتابية: ولا يملك وصي الأم إذن الصبي في التصرف ولو في تركة الأم.

وفي المحيط والذخيرة: ماتت عن ابن صغير وأموال وأوصت إلى رجل فأذن الوصي لعبد من العبيد الذين ورثهم الصغير منها لم يصح إذنه، وفيها أيضاً ولو أذن القاضي لعبد اليتيم في التجارة وليس لليتيم وصي الأب [144/ظ] جاز إذن القاضي، وفي جامع العتابي: ولا يجوز إذن الشرطي والوالي الذي ليس له تقليد القضاء.

وفي الهداية: وكذا عبد الصبي يكون مأذوناً بإذن الوصي وكذا بإذن الصبي المأذون له من الولي ولا يكون كل منهما مأذوناً بإذن من لا ولاية له في التجارة في أمواله كالأم والعم ووصيهما، قال: ثم إذا صار الصبي⁽⁶⁸²⁾ مأذوناً له لا يُصدق وصيه في إقراره عليه ببيع أو شراء أو إجارة أو وديعة في يده أو رهن أو مضاربة أو جناية أو غير ذلك مما في يده إذا كذبه الصبي وكذلك لا يصدق إذا أقر على عبده المأذون له ولا يصح من هذا الصبي الإعتاق ولو على مال ولا الكتابة ولا تزويج عبده وفقاً وكذا تزويج الأمة عند الطرفين رحمهما الله تعالى خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى.

(681) ب-: يكون للوصي أن يأذن لعبده.

(682) أ، د: الأب.

وفي الفتاوى الصغرى ومأذون شيخ الإسلام خواهر زاده: وصي رأى الصبي⁽⁶⁸³⁾ يبيع ويشترى فسكت ولم يمنعه لم يكن سكوته إذناً.

وفي الخانية والهداية: أن الصبي يصير مأذوناً له بالسكوت، قال في الهداية: لأن العبد يصير مأذوناً بسكوت مولاه وقد حل له بالسكوت فأولى أن يكون الصبي مأذوناً له بسكوت وليه ولا يحل له السكوت على الصبي.

وفي الخانية: وللقاضى أن يأذن للصبي ولعبد في التجارة أما لو رأى أحدهما يتجر فسكت لا يكون سكوته إذناً فيها، ومثله في الفتاوى الصغرى ومأذون شيخ الإسلام خواهر زاده.

وفي شرح الطحاوي لابد في ثبوت الإذن للصبي من علم الصبي بالإذن ذكره في الزيادات [145/و] قال: وكذا العبد فإنه لو قال أذنت لعبدي في التجارة والعبد لا يعلم بإذن لا يصير مأذوناً له كالوكيل لا يصير وكيلاً بدون العلم بالتوكيل، قال: وفي كتاب المأذون ولو قال بايعوا عبدي فإني أذنت له في التجارة فبايعوه والعبد لا يعلم بإذن المولى يصير مأذوناً قال فمن أصحابنا من قال في العبد بالروايتين ومنهم من قال بالفرق بينه وبين الصبي فقال باللزوم في الصبي وبالعدم في العبد، والفارق كون الحجر في الصبي لحق نفسه لنقصان عقله فلا بد من علمه كي لا يغتر بعد⁽⁶⁸⁴⁾ اللزوم بالصبي أما في العبد فهو لحق المولى وهو بالأمر بالمبايعة معه يسقط حقه فيستبد في أمره ولا يحتاج إلى علم عبده والله سبحانه أعلم.

وفي الذخيرة: الصبي المأذون له إذا باع من الوصي بيسير الغبن أو بمثل القيمة أو بأكثر بقدر لا يتغابن فيه الناس يجوز، قال: وقالوا يجب أن يقال في الجواب إذا كان البيع بالغبن اليسير أو بمثل القيمة يجوز عند الإمام رحمه الله، وفي رواية عنه لا يجوز وإن كان بأكثر يجوز عنده وعند أبي يوسف [146/ظ] رحمهما الله تعالى، ولا يجوز عند محمد نص على الخلاف في هذه الصورة.

في الجامع الكبير قال: ولو أقر هذا الصبي بقبض الثمن الذي وجب على الوصي قيل يصح إقراره وقيل لا يصح، قال وقال الإمام خواهر زاده رحمه الله تعالى: يجب أن يكون هذا على قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وأما على قولهما رحمهما الله تعالى فلا يجوز إقراره على الوصي رواية واحدة، هذا أما إذا باع من أبيه فيبيعه بمثل القيمة أو بأكثر أو بأقل بقدر يتغابن فيه الناس يجوز إجماعاً، وأما بالغبن الفاحش ذكر في بعض النسخ أنه لا يجوز عند الإمام وفي بعضها أنه يجوز عنده قال: فصار في المسألة عن الإمام روايتان، وأما بيعه من الأجنبي بغبن يسير فجاز عند الإمام باتفاق الروايات ولا يجوز عندهما.

(683) ب: المأذون.

(684) ج: بعدم.

وفي العتابية: وبيع الصبي المأذون له من أبيه جائز ومن الوصي كذلك عند الإمام إذا كان فيه نفع ظاهر، وعندهما لا يجوز وكذا يجوز⁽⁶⁸⁵⁾ بيعه من الأجنبي ولو بفاحش الغبن عنده خلافاً لهما ويجوز إقراره له، أما لو أقر لأبيه أو لوصيه فقيل لايجوز وكذا لا يجوز إقراره بقبض الثمن فلا بد من معاينة الشهود وهو الصحيح، وفيها لو أذن لابنيه جاز إقرار أحدهما للآخر بخلاف الوصي الواحد بإذن اليتيم. وفي الذخيرة: للوصي والأب أن يحجر على الصبي الذي أذن له وكذا على عبده الذي أذن له هو أما لو أدرك الصبي وقد كان أذن له⁽⁶⁸⁶⁾ وصيه بعبده لا يحجر به العبد بل يبقى مأذوناً له لأن فعل الوصي كفعل الصبي بنفسه.

وفي العتابية: وكذا بموت الأب⁽⁶⁸⁷⁾ بعد إدراكه، أما لو مات الصبي وورث وارثه العبد ينحجر العبد كذا لو شراه أجنبي من الصبي ومثله في جامع الفتاوى وفي العتابية أيضاً، وفيهما وفي الخانية: أن المأذون له من جهة القاضي لا ينحجر بموت القاضي وعزله وفي أحكام الصغار كذلك عند الإمام الأكبر: أما المأذون له من جهة الأب والوصي ينحجر بموت⁽⁶⁸⁸⁾ الأب والوصي وجنونهما مطبقاً، قال [147/و] فإذا أريد حجر الأول يرفع أمره إلى القاضي الجديد فيحجر فحينئذ ينحجر لأن ولاية الثاني كولاية الأول. وفيها أيضاً: رأى القاضي أن يأذن للصبي أو لعبد الصبي أو المعتوه وأبى الأب أو الوصي فإن إباءهما باطل، قال في الذخيرة: لأن الإذن في التجارة حق الصبي قبل الولي فإذا طلبه من الأب أو الوصي وأبى صاراً غاصبين⁽⁶⁸⁹⁾ فتنقل الولاية إلى القاضي، قال في الخانية: وكذا لو أذن لهما القاضي فحجرهما الأب أو الوصي يكون حجرهما باطلاً.

وفي جامع الفقه للعتابي: وإذا لحق الصبي المأذون له ديون بالتجارة فمات وله عروض وعقار فإنه لا يكون للأب أو الوصي بيعها للغرماء وإنما ذلك للقاضي.

وفي الذخيرة: ومتى صح إذن الأب أو الوصي أو القاضي لعبد اليتيم ولحق العبد دين به تباع رقبته في دينه عندها، ولو قال القاضي للعبد اتجر في الطعام أو في البز خاصة يصير مأذوناً له مع التجارات كلها.

وفي العتابية: والأذن في نوع إذن في الأنواع، وفي شرح الطحاوي: الإذن في الإجارة إذن في التجارة وبالعكس، لأن الإذن لا يقبل التخصيص.

قال في الذخيرة: وإذا صح الإذن للصبي يصير به كالحرة البالغ لكن فيما يدخل تحت التجارة⁽⁶⁹⁰⁾ حتى لا يملك الاعتاق ولو على مال ولا الكتابة ولا تزويج أمته عند الإمام خلاف لأبي يوسف رحمه الله.

(685) ب، ج: + وكذا يجوز.

(686) ج: + له.

(687) ب: العبد.

(688) د: - وعزله وفي أحكام الصغار كذلك عند الإمام الأكبر: أما المأذون له من جهة الأب والوصي ينحجر بموت.

(689) د: عاضلين.

(690) ج: الإجارة.

وفي مختصر القدوري: إذا أذن ولي الوصي في التجارة فهو في المبيع والشرء كالعبد المأذون له إذا كان يعقل البيع والشرء.

وفي مأذون العتابي والجامع في الفتاوى: إذا جاء الوصي أو الأب بعبد إلى السوق وقال هذا عبد اليتيم أو عبد ابني الصغير [148/ظ] وقد أذنت له في التجارة فبايعوه فاستحق بعدما لحقته الديون يصير الأب غاراً ويُغرم الأقل من قيمته ومن الديون وتماه في مأذون شرح الطحاوي.

وفي المبسوط: للوصي أن يأذن للصبي بأن يكتب عبده وليس له أن يأذن بالعتق ولو على مال حتى لو أذن له به فأعتقه على مال لا يعتق العبد وقد مر الوجه في فصل العتق، والأب فيه كالوصي. وفيه أيضاً: للوصي أن يأذن للصبي في قبول ولاء من يواليه لأن للوصي قبوله عليه لأنه يملك إلزام الأعلى منه أعني ولاء العتاقة بالكتابة فله إلزام ولاء المعاقدة، وإذا كان له ذلك يكون إذنه للصبي في ذلك إنابة في القبول مناب نفسه فيجوز وفيه أيضاً أسلم صبي على يد رجل ووالاه لا يجوز ولو كان الصبي مأذوناً له في التجارة لأن عقد الموالاة ليس بتجارة بل هو تبرع فلا يكون الإذن في التجارة إذناً في الموالاة فلا يصح.

قال: ولم يذكر أنه هل يملك المعاقدة بإذن أبيه المسلم؟ وينبغي أن يجوز والله سبحانه أعلم.

الفصل الخامس والعشرون

القسمة

ذكر في الذخيرة والخانية والخلاصة والحافضية: أن قسمة الأب و وصيه ولو بمراتب جائز على الصبي في كل شيء مالم يكن بفاحش الغبن ، وكذا على المعتوه لأنه صبي حكماً ولا يجوز بفاحشه ، وكذا قسمة الجد الصحيح⁽⁶⁹¹⁾ و وصيه عند عدم الأب و وصيه وكذا قسمة وصي القاضي إن عمت⁽⁶⁹²⁾ وصايته ولم يختص بنوع من أنواع التصرف وكذا يجوز⁽⁶⁹³⁾ قسمة هؤلاء على الكبير الغائب في

(691) الجد الصحيح: من لم تدخل في نسبته إلى الميت أنثى. لغة الفقهاء ص 160.

(692) أ، د : عمما.

(693) ب-: يجوز.

[149/و] غير العقار، وكذا قسمة وصي نحو الأم من العم وابنه والأخ وابنه إن كانت في عروض تركة الموصي ولم يكن هناك من هو أقوى⁽⁶⁹⁴⁾ منه من الأوصياء.

أما لا يجوز له قسمة ما يملكه اليتيم من غير جهة الموصي مطلقاً ولا في العقار الذي ورثه من جهة الموصي، وكذا لا يجوز للوصي قسمة عقار الكبير الغائب ولا القسمة بين الصغيرين وكذا لو كان لكل من اليتيمين وصي فاقنسما مالهما لا يجوز قسمتهما،⁽⁶⁹⁵⁾ وبالجمله أصل الفصل للبيع لما في القسمة من معنى المبادلة والإفراز فكل من يملك من الأوصياء بيع شيء من التركة يملك قسمته وإفرازه ضرورة، وكل من لا يملك بيع شيء منها لا يملك قسمة ذلك الشيء والوصي لا يملك بيع عقار الغائب الكبير ولا بيع مال أحد اليتيمين من الآخر فلا يملك قسمة تلك الأشياء.

وكذا أحد الوصيين لا يملك البيع من الآخر فلا يملكان القسمة بين اليتيمين ثم مع هذا لو فعل فضاع مافي يده لم يضمن ذكره في العتائية وسيأتي أيضاً.

وفي المبسوط: وإذا كان في الورثة صغير وكبير فقسام الوصي مع الكبير وأعطاه حصته وأمسك حصة الصغير فهو جائز حتى لو هلك حصة الصغير لا يكون للوصي أن يرجع على الكبير.

وفي الخانية قسّم الوصي التركة بين الورثة فإن كانوا صغاراً كلهم لا يجوز قسمته وإن كانوا كباراً [150/ظ] غائبين وصغيراً حاضراً فقسامهم الوصي فذلك لا يجوز قسمته،⁽⁶⁹⁶⁾ وإن كانوا كباراً كلهم

وبعضهم غائب فقسام الوصي مع الحاضرين برضاهم وأمسك أنصباء الغائبين جازت قسمته.

وفي أحكام الصغار والخلاصة والحافظية نقلاً عن شرح الأصل للإمام أبي بكر خواهر زاده رحمه الله تعالى: أن قسمة الوصي التركة وعزله الأنصباء على ستة أنحاء:

الأول: أن يكون الورثة كلهم صغار ففيه لايجوز قسمته أصلاً حتى لو هلك أحد الأنصباء هلك على الشركة⁽⁶⁹⁷⁾ والباقي يبقى على الشركة وذلك لأنه متول للقسمة من الطرفين فيكون قاضياً و متقاضياً معاً فلا يجوز كبيعه مال أحد اليتيمين من الآخر.

وفي الولوالجية: لأن القسمة في معنى البيع والشراء والوصي لا يملك البيع والشراء⁽⁶⁹⁸⁾ من الجانبين بخلاف الأب حيث يجوز له أن يقاسم مال أولاده الصغار كالبيع، ثم الحيلة فيه للوصي أن يبيع حصة أحد الصغيرين من رجل بالشيوع فيقسام معه حصة الصغير الآخر ثم يشتري منه ما باعه من حصة الصغير الأول بالثمن الذي باعه به فتقع بينهما المقاصة ويمتاز كل من الحصتين ويجوز حتى إذا هلكت إحدهما تهلك على الذي هي له هذا إذا لم تكن الورثة أكثر من اثنين، فإن كانت يبيع حصة ما

(694) ب:- أقوى.

(695) ب:- قسمتهما.

(696) ب:- وإن كانوا كباراً غائبين وصغيراً حاضراً فقسامهم الوصي فذلك لا يجوز قسمته.

(697) ب: التركة.

(698) ج:- الشراء.

عدا الواحد منهم فيقاسم معه حصة هذا الواحد فتمتاز حصته ، ثم يشتري منه لكل صغير حصته واحداً بعد واحد مفرزاً فيمتاز به بقية الحصص أيضاً ويجوز .

قال: في الشرح لأن القسمة في حق ذلك الواحد الذي لم يبيع حصته قد جرت بين الاثنين وهما الوصي والمشتري فتجوز ولا يكفيه أن [151/و] يبيع حصة واحد من الصغار ثم يقاسم، لأن القسمة فيما بين الصغيرين إنما يتولاها الوصي لا غير، وأنه لا يجوز فلا بد فيه من شراء نصيب كل منهم على حدة أو يبيع كل التركة ثم يشتري لكل من الصغيرين والصغار ما يخصه من التركة مفرزاً بحصة من الثمن الذي باع به كل التركة فتقع المقاصة ويمتاز جميع الحصص فهذا الوجه كما ترى يعم جميع المواد.

الوجه الثاني: أن يكون الورثة كلهم كباراً وبعضهم غُيب ففيه يجوز قسمته وإفرازه أنصاء الحضور فيما سوى العقار إذا رضي بها الحضور، أما لا يجوز قسمته في عقار الغُيب لأن القسمة كالبيع وليس للوصي ولاية بيع العقار على الغُيب الكبار بخلاف المنقول.

الوجه الثالث: أن يكون الورثة مختلطين صغاراً وكباراً وكل الكبار غُيب ففيه لايجوز قسمته ، أما في أنصاء الصغار فلما مرّ وأما في عقار الكبار الغُيب فلأنه ليس للوصي ولاية القسمة عليهم فيه كالبيع ، وأما في العروض فلأنه لما كان له ولاية القسمة فيها عليهم صاروا كأنهم صغار فصارت المسألة كأن الورثة صغار كلهم وفيها لا يجوز قسمته لما مر فلا يجوز هنا أيضاً.

الوجه الرابع: أن يكون الورثة مختلطين وكلهم حضور فعزل الوصي أنصاء الكبار ودفعها إليهم وأفرز ما للصغار جملة بلا تمييز حصص كل واحد منهم ففيه يجوز قسمته لأن القسمة لم تجز بين الصغار حتى يكون الوصي متولياً لها من الطرفين فلا تجوز إنما في قسمته بين الكبار والصغار فيكون الوصي متولياً لها [152/ظ] من طرف الصغار فتكون القسمة قسمة بين الكبير والصبي⁽⁶⁹⁹⁾ وهي قسمة بين اثنين فيجوز لكن يشترط رضا الكبار ولظهور الشرط لم يذكره شيخ الإسلام في شرح الأصل والله سبحانه أعلم.

الوجه الخامس: أن يكون الورثة كذلك فدفع أنصاء الكبار مفرزة على حدة ويأخذ حصص الصغار جملة واحدة ثم يقسم فيما بين الصغار ثانياً ففيه يجوز قسمته فيما بين الكبار بعين⁽⁷⁰⁰⁾ ما ذكر آنفاً وتفسد فيما بين الصغار لما مر في الوجه الأول.

الوجه السادس: أن يكون الورثة كذلك ويميز الوصي نصيب كل فرد من الورثة كلهم ففيه لا يجوز قسمته أصلاً لفسادها في حق الصغار قلت : ولكون القسمة قسمة⁽⁷⁰¹⁾ واحدة يسري هذا الفساد إلى ما بين الكبار بخلاف الوجه الخامس فإن القسمة فيه قسمتان حقيقة فلا يسري فساد أحدهما إلى صاحبه والله سبحانه أعلم.

(699) ج: الوصي.

(700) ب: بغير.

(701) ج: +: قسمته.

وذكر في الذخيرة⁽⁷⁰²⁾ وجه سابع: وهو أن يكون الوارث صغيراً واحداً وكبيرين أحدهما حاضر فعزل الوصي نصيب الغائب مع نصيب⁽⁷⁰³⁾ الصغير وقاسم الكبير الحاضر قال فعلى قول الإمام تجوز قسمته في كل التركة عروضاً كان أو عقاراً وعندهما يجوز في العروض ولا يجوز في العقار كما في البيع ، قلت : وقد ذكرنا من الخانية ما يكون وجهاً ثامناً وهو أن تكون الورثة صغيراً واحداً وكباراً غيباً وارجع إليه والله سبحانه هو الميسر لعباده.

وفي الذخيرة: قاسم الوصي مالاً مشتركاً بينه وبين الصغير لم يجز إلا إذا كان للصغير فيها نفع ظاهر وهذا عند الإمام رحمه الله، وقال محمد لا يجوز وإن كان للصغير فيها [153/و] منفعة ظاهرة قال: ويجوز للأب ذلك وإن لم تكن فيه للصغير منفعة ظاهرة، قلت: ما لم يكن مضراً له لأن العبرة في حق الضرر وعدمه كما في البيع.

وفي الجامع الصغير: أن الوصي إذا قاسم الموصى له بالثلث فإن كانت الورثة صغاراً كلهم أو غائبين فقامسه وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة جاز مقاسمته حتى لو هلك مافي يد الوصي بعضاً أو كلاً لا يرجع الورثة على الموصى له بما هلك وإن كان بعضهم صغاراً أو غيباً يجوز مقاسمة الوصي فيما سوى عقار الغائبين ، أما لو قاسم الورثة على الموصى له بأن يكون الموصى له هو الغائب فأمسك له الثلث لم تجز مقاسمته حتى لو هلك ما في يده كلاً أو بعضاً .

شارك الموصى له الورثة على أن يكون له ثلث التركة الموجودة وذلك لأن الوصي وكيل الورثة ونائب مناب المورث فينفذ مقاسمته عليهم أما هو أجنبي من الموصى له فلا ينفذ عمله عليه ومثله في الولوالجية، واستدل على جواز الأولى بأن قال لأن الوصي قائم مقام الموصي والورثة خلف عن الموصي فكان الوصي قائم مقام الورثة فيصح مقاسمته الموصى له عن الورثة ثم إذا جازت القسمة يكون الهالك نصيب الوارث وإذا هلك نصيبه عند الموصي لا يرجع على أحد لأنه كالهالك عند نفسه.

وعلى الثاني بأن الموصى له ليس بخلف عن الموصي فلا يقوم الوصي مقامه فلا يجوز مقاسمته للورثة على الموصى له لكونه أجنبياً عن الموصى له ولما لم تصح المقاسمة يكون الهالك هالكاً عن الكل فيرجع الموصى له على الوارث بثلث [154/ظ] ما قبض وهذا معنى مافي الجامع الصغير والهداية والسراجية والخلاصة والمنية والغنية والبنية وغيرها من أن مقاسمة الوصي الموصى له على الورثة جائزة ومقاسمة الورثة على الموصى له باطلة.

(702) ب، ج: + الذخيرة.

(703) ب، ج: + نصيب الغائب مع نصيب.

وفي فوائد أبي حفص الكبير⁽⁷⁰⁴⁾ مات غائباً وخلف مالاً وبنين وبنات صغار وكبار يريدون القسمة وليس فيهم وصي للميت قال لا يستطيعون القسمة إلا أن يأتوا القاضي فينصب للصغار⁽⁷⁰⁵⁾ وصياً فإذا نصب لهم وصياً قسموا وإن كان بعض الكبار غيباً وأرادوا الحضور للقسمة لا يستطيعونها حتى يأتوا القاضي فينصب للصغار وصياً وللکبار الغيب وكلياً فإذا فعلوا ذلك قسموا. وفي الذخيرة محالاً إلى فتاوى أبي الليث: قسم الشركاء فيما بينهم وفيهم غائب أو صغير ليس له وصي لا تصح قسمتهم فإن فعلوا ذلك بأمر القاضي جاز فإذا رفعوه إلى القاضي يجعل عن الغائب وكلياً وعن الصغير وصياً ويأمرهم بالقسمة ثم فيما إذا لم تجز قسمتهم إذا قدم الغائب أو بلغ الصغير وأجاز ما فعلوه صريحاً بالقول أو دلالة بالفعل جاز⁽⁷⁰⁶⁾ لأنه عقد له مجيز حال وقوعه فإن الغائب يجيز وكذا أب الصغار أو وصيه.

وكل تصرف وعقد يكون له مجيز حال وقوعه يتوقف إلى الإجازة فإن مات الغائب أو الوصي وأجاز وارثه عملت إجازة الوارث عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ولا تعمل عند محمد رحمه الله فتبطل القسمة، ثم إنما تعمل الإجازة من الغلام أو البالغ أو الوصي أو الوارث إذا كان المقسوم قائماً وقت الإجازة، أما إذا كان هالكاً وقت الإجازة فلا [155/و] تعمل كما في البيع الموقوف.

وفي الهداية: حضرا وارثان وبرهنا على موت المورث وعدد الورثة وطلبا قسمة دار في أيديهم وفيهم غائب أو صبي قسم القاضي بطلبهما وينصب وكلياً يحفظ نصيب الغائب ووصياً يقبض حصة الصغير ثم لزوم بينة الوفاة فقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وقالا: يقسم بمجرد الاعتراف وإن كان العقار كله أو شيء منه في يد الغائب أو مودعه الحاضر أو الصغير لم يقسم لأن القسمة⁽⁷⁰⁷⁾ قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز.

وإن حضر وارث واحد لم يقسم لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مُخَاصِماً ومُخَاصِماً ومُقَاسِماً ومُقَاسِماً ولو كان الحاضر صغيراً وكبيراً نصب القاضي وصياً عن الصغير وقسم إذا أُقيمت البينة.

وفي الهداية: ولا ضمان على الوصي في الهالك من التركة لأنه أمين وله ولاية حفظها فيكون كأن البعض هلك فله القسمة.

وفي العتابية: ويُصدق الوصي أنه قاسم وقبض نصيب الصغير وهلك فإذا بلغ لم يرجع على الكبير قال فلو قال للكبيرين دفعت إلى كل واحد منكما خمسمائة ضمن لأنه قسمة وقسمته بينهما وهما حاضران لا

(704) ب، ج، +: الكبير.

(705) ج-: للصغار.

(706) ب-: جاز.

(707) ب، ج، +: القسمة.

يجوز، قال ولو قال للوارث والموصى له بالثلث قسمت ودفعت إليكما لم يُصدق على الموصى له ويضمن له ثلث الثلث لأنه مُصدق على الوارث في ثلثي الثلث.

وفيهما دفع الوصي إلى إحدى الموصى لهما بألف نصيبه خمسمائة وهلك الباقي في يده لم يرجع الورثة على أخذ الخمسمائة لأن قسمته على الورثة جائزة ويرجع الموصى له الآخر على الذي أخذ بنصف [156/ظ] ما أخذ لأن قسمة الوصي على الموصى له غير جائزة.

أما لو ضاع الألف أخذ الآخر خمس الباقي لأن حقه في السدس وحق الورثة في أربعة الأسداس. وفيها أيضاً ولو كانت الورثة ثلاثة وأحدهم صغير والآخر غائب فأعطى الوصي للكبير الحاضر الثلث فهلك الباقي اتبع الغائب القابض بثلث ما قبض لأن قسمته على الصغير جائزة.

وفي الخاصي عن فتاوى الفضلي وإقرار فتاوى الصغرى: صبي أقر بأنه بالغ وقاسم الوصي ثم ادعى أنه ليس بباليغ قال: فإن كان مراهقاً جازت قسمته⁽⁷⁰⁸⁾ ولا يقبل قوله أنه كان غير بالغ حينئذ، وإن لم يكن مراهقاً ويعلم أن مثله لا يحتلم عادة لم تجز قسمته ولا يقبل قوله أنه بالغ لأن الظاهر يكذبه، دلت المسألة على أن بعد بلوغه إلى اثني عشر سنة يشترط الصحة إقراره بالبلوغ أن لا يكون بحال لا يحتلم مثله عادة.

الفصل السادس والعشرون

الإنفاق

ذكر في الذخيرة: أنه ينبغي للوصي أن لا يضيق على الصبي في النفقة بل يوسع بلا إسراف فيه وذلك يتفاوت بقلة مال الصبي وكثرته فينظر إلى ماله وينفق بحسب حاله.

قال في النوازل: وهذا هو تمام النظر في حق الصبي وفيه أنه روي عن شريح رحمه الله أنه قال: أسبغوا على اليتامى أموالهم فإن ماتوا فقد أكلوا أموالهم وإن عاشوا فسيرزقهم الله تعالى من فضله.

وفيه حكاية وهي أن علي بن خشرم قال: كان وصيي يعطيني كل يوم ثلثي درهم فأتيت أبا يوسف وقلت له أنه لا يكفيني فدعا وصيي وأمره بأن يعطيني كل يوم درهماً، وفي رواية فقدر لغوا كل [157/و] يوم خمسة دنانق وقال هذا في مال خشرم لقليل، قال علي: فكنت أحب أبا يوسف في صغري، قال الفقيه أبو الليث⁽⁷⁰⁹⁾ أشار الإمام بقوله هذا في مال خشرم لقليل إلى ما ذكرنا من اعتبار قلة المال وكثرته ومثل المسألة في الخانية.

(708) ب+ : قسمته.

(709) ب، ج- : أبو الليث.

وفي كتاب الخصال: إذا كان للصغير مال وله ذوو رحم معاسير لا يجب على الوصي أن يعطيهم النفقة.

وفي فتاوى العتابي: ولو أنفق الوصي على أحد الصغيرين أكثر من الآخر ثم هلك الباقي اتبع صاحب الأقل على صاحب الأكثر بنصف الفضل إذا قامت البينة قال: ولو كان صغيراً وكبيراً فأنفق على الصغير مائة من الألف مثلاً فضاع الباقي رجع الكبير على الصغير بخمسين، وذكر في البنية: ولا يسرف الوصي في النفقة ولا يقتدر ويكون بين ذلك قواماً.

وفي البنية: ويؤمر الوصي بختان اليتيم وإعطاء أجرة الخاتن وتجهيز اليتيمة في زفافها يفعل كل ذلك بغير أمر الحاكم.

وذكر في وجيز السرخسي: أنه يُصدق الوصي في سبعة مواطن في الإنفاق على الصبي ومماليكه ودوابه وفي هلاكهم وفي إباق عبيده وفي أداء جعل من أبق منهم وفي شراء العبيد للصبي وفي أداء ثمنهم وفي أداء خراج أراضيه وكلما يُصدق يصدق بيمينه.

وفي فتاوى العتابي: الأصل فيه أن الوصي يصدق فيما سُلط عليه ولا يُصدق فيما لم يسُلط عليه ومثله في الجامع الكبير، قال: فإنه قال الأصل أن الوصي متى أقر بتصرف في مال الصغير بعد بلوغه والصبي منكر ينظر إن كان [158/ظ] تصرفاته تسلط على ذلك من جهة الشرع فإنه يُصدق فيه ويُقبل قوله بيمينه، وإن كان تصرف لم يكن متسلطاً عليه من جهة الشرع فإنه لا يُصدق فيه ولا يقبل قوله بدون البينة.

فلو قال: أنفقت عليك مالك في صغرك والنفقة نفقة مثله في مثل المدة وأنكر الصبي صدق الوصي بيمينه لأنه مسلط على الإنفاق بنفقة المثل شرعاً، أما لو لم تكن النفقة نفقة المثل وكان زائداً عليه بكثير لا يُصدق في الفضل لأنه ليس بمسلط عليه شرعاً لأنه إسراف فلا يصدق بيمينه.

وكذلك لو قال: إن أباك ترك لك رقيقاً أو قال اشتريت⁽⁷¹⁰⁾ لك رقيقاً وأنفقت عليه كذا درهماً والصغير منكر والرقيق قائم أو هالك يقبل قوله في نفقة المثل بيمينه لأنه مسلط عليه شرعاً لأنه إصلاح لماله وحفظ له فيملكه الوصي كما يملك إصلاح نفسه.

قال: ولو قال الوصي لغلام في يد رجل إني اشتريت لك هذا الغلام من فلان بكذا من مالك وقبضته وأنفقت عليه من مالك ألف درهم فجاء هذا الرجل وغصبه مني وادعى الرجل أن العبد له وأنكر الصبي شراء الوصي له وإنفاقه عليه من ماله صدق الوصي في حق الصبي بيمينه حتى لا يضمن له شيئاً من الثمن والنفقة لأنه إقرار بما هو مسلط عليه شرعاً ولا يصدق في حق صاحب اليد والغلام فلا يكون للصغير ولا يلزم على ذي اليد دفعه للصبي لأنه في حقه إما شاهد أو مدّع.

(710) ب-: اشتريت.

وفي الخانية: قال الوصي أنفقت مالك عليك صدق في نفقة مثله في تلك المدة ولا يقبل قوله⁽⁷¹¹⁾ فيما يكذبه الظاهر يعني في الزائد وفي الأحكامات: [159/و] ادعى الوصي إنفاق كذا كذا ديناراً من مال اليتيم على اليتيم ينظر إن كان ما يدعيه مما ينفق مثله على مثل تلك المدة صدق ومثله في المنية عن السراجية.

وفي فوائد شيخ الإسلام نظام الدين⁽⁷¹²⁾ عن أبيه صاحب الهداية: أنفق وصي القاضي على اليتيم ماله ثم استقرض وأنفق عليه قال لا يطالب الصبي بعد بلوغه وكذا الأب يستقرض وينفق عليه فإنه لا يرجع على الصبي بعد البلوغ.

وفي قنية الزاهدي عن جمع العلوم: ⁽⁷¹³⁾ قال الوصي أو الأب بعد بلوغ اليتيم بعت أرضك وأنفقت ثمنها عليك قال الوبري⁽⁷¹⁴⁾ صدق في الهالك، وبه قال أبو ذر⁽⁷¹⁵⁾ رحمه الله.

وذكر في الذخيرة وفي الخلاصة أيضاً نقلاً عن النوازل: أنفق الوصي على اليتيم من مال اليتيم في تعليم القرآن والأدب إن كان الصبي رشيداً صالحاً لذلك جاز وصار الوصي مأجوراً فيه وإلا فعليه أن يتكلف في تعليم قدر ما يقرأ في صلاته، ومثله في الخانية والسراجية وكذا في الولولجية والبنية وفيهما: ويؤمر الوصي بتسليمه إلى الكاتب وعطاء المعلم.

وفي مختارات النوازل: يجوز للوصي أن ينفق مال اليتيم في تعليم القرآن والأدب إذا كان الصبي صالحاً لذلك وإلا يكفله قدر ما تجوز به الصلاة.

وفي القنية للزاهدي: لا يضمن الوصي ما أنفق في المصاهرات بين اليتيم أو اليتيمة وغيرها في خلع الخاطب أو الخطيبة وفي الضيافات المعتادة والهدايا المعهودة في الأعياد وغيرها من مال اليتيم أو اليتيمة مما هو متعارف.

[160/ظ] وإن كان منها له بد وقال عين الأئمة الكرابيسي: وللوصي اتخاذ ضيافة من مال الصغير لختته⁽⁷¹⁶⁾ للأقارب والجيران والحجاء ما لم يسرف فيه ومثله عن القاضي أبي حامد رحمه الله وكذا له اتخاذ ضيافة لمؤدبه ومن عنده من الصبيان وكذا العيدي⁽⁷¹⁷⁾.

(711) ب، ج، +: قوله.

(712) الفوائد: لعمر بن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، من تصانيفه: جواهر الفقه، والفوائد في فروع الفقه، ت (بعد 600 هـ). كشف الظنون 615/1، معجم المؤلفين 299/7، الفوائد البهية ص 149.

(713) لنجم الدين عمر بن محمد النسفي تقدم ترجمته.

(714) أحمد بن محمد بن مسعود الوبري، له شرح مختصر الطحاوي في مجلدين رحمه الله تعالى. الجواهر المضية 121/1.

(715) أحمد بن علي بن محمد الإسترأبادي، ذكر الخطيب أحمد بن علي هذا في تاريخه وقال تفقه على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه. انظر الجواهر المضية 83/1.

(716) د، ج، +: لختته، الختن: بفتح الخاء والتاء، ج أختان، كل من كان من جهة المرأة كإبيها وأخيها، وكذلك زوج البنت أو زوج الاخت. لغة الفقهاء ص 193.

(717) اشتقاقه من العادة وما اعتادوه من تقديمه في الضيافة، والله أعلم.

وقال أبو يوسف التتالي⁽⁷¹⁸⁾ وحفيد الدين الوبري: أنه لا يجوز له اتخاذ الضيافة للمؤدب ولا إعطاء العيدي له حتى لو فعلهما يضمن.

وفي الوجيز ترك صغيرين فأدركا وطلبا من الوصي الميراث وقال الوصي كانت التركة ألف درهم فأنفقت على كل منهما النصف منها فصدق أحدهما وكذبه الآخر، روي عن الإمام أنه قال يرجع المكذب على المصدق بنصف نصيبه وهو الربع ولا يرجع على الوصي وقال أبو يوسف لا يرجع المنكر على أحد لأن الوصي مُصدق في الإنفاق على المنكر بيمينه.

وفي شرح الأصل لشيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى: كبر الصغار واتهموا وصيهم في قوله أنفقت عليكم من أصل مالكم كذا كذا درهماً، وقالوا أنك كنت تتفق علينا من الربح أو قالوا كان يتبرع بها فلان، يجب على الوصي اليمين على دعواه.

أما إذا ادعوا عليه أمراً⁽⁷¹⁹⁾ وكذبهم الظاهر فيه كأن يدعوا كون النفقة شيئاً قليلاً لا يكفي مثله لمثلهم في مثل المدة في الغالب لا يلتفت إلى قولهم ولا يكون على الوصي اليمين وهكذا إذا كانت النفقة التي يدعي الوصي إنفاقها نفقة المثل أو أزيد منها بيسير، أما لو ادعى بزيادة يمكن الاحتراز عنها فإنه لا يُصدق الوصي ويجب [161/و] عليه الضمان إلا إذا فسر دعواه بتفسير محتمل كأن يقول كنت اشتريت لهم طعاماً فسرقت ثم اشتريت⁽⁷²⁰⁾ لهم ثانياً فهلك فاشتريت لهم ثالثاً فإنه حينئذ يصدق في قوله بيمينه لأنه أمين.

وفي محاضر فتاوى رشيد الدين القول قول الوصي فيما أنفق بالمعروف ولم يسرف وكذا في الخراج لأنه أمين من جهة الميت أو القاضي والقول للأمين مع اليمين فيما جعل أميناً.

وفي أدب القاضي للصدر الشهيد: ويُقبل قول الوصي فيما يدعيه من الإنفاق على اليتيم وعلى أمواله من العبيد والضياع والدواب ونحو ذلك إذا ادعى ما ينفق على مثلهم في مثل المدة لأنه قائم مقام الموصي أو القاضي فكما يقبل قول القاضي فيما يكون محتملاً فكذا يقبل فيه قول الوصي ومثله قيم الأوقاف ومتوليها.

وفي المنهاج: قال الوصي أنفقت عليه من ماله أو اشتريت لليتيم شيئاً أو استأجرت صدق في نفقة مثله وإن قال قضى القاضي بنفقة ذي رحم محرم منه من ماله فأنفقت لم يُصدق إلا ببينة وإن قال أدبت خراج أرضه أو جعل عبده الأبق⁽⁷²¹⁾ ولا يعرف ذلك إلا بقوله صدق عند أبي يوسف رحمه الله تعالى ولم يُصدق عند محمد رحمه الله تعالى.

(718) لم أقف له على ترجمة.

(719) ج: +: أمراً.

(720) ب، ج: +: لهم طعاماً فسرقت ثم اشتريت.

(721) الأبق: الرقيق الذي يفر ممن هو في يده تمرداً. لغة الفقهاء ص 35.

وفي جامع الفتاوى: (722) ولو أنفق رجل على الصغير وقال أمرني الوصي بذلك وصدقه الوصي (723) صدق الرجل.

وفي الوجيز: وصي عنده ألف دينار لأخوين فلما أدركا طلبا منه المال فقال الوصي لواحد منهما دفعت إليك نصيبك منها فكذبه المدفوع إليه (724) لم يضمن الوصي بل يكون الباقي بين الأخوين نصفين. وفي زيادات القاضي أبي جعفر [162/ظ] الاستروشنى رحمه الله: كبر الصغار وطلبوا من الوصي المال فقال أنفقت عليكم منه كذا كذا درهماً وذلك نفقة مثلهم في تلك المدة وكذبتة الورثة فالقول قول الوصي إجماعاً وإن كان الحاكم أخرجه عن الوصاية.

وفي الخلاصة عن الأقضية: كبر الصغار فأخبرهم الوصي بالدخل والخرج صدق فيما يحتمل ويحلف على كل حال، قال وفي المحيط وكذا القيم قال والأصل فيه أن القول للقابض في مقدار المقبوض. وقال الخصاص لا يُقبل قول القيم لما أن له الحفظ لا غير فيكون مُدعياً ما ليس في عهده وقد مر في فصل البيع.

وفي الخانية: بلغ الصبي وطلب من الوصي ماله فقال قد ضاع مني صدق وخلف كما لو ادعى إنفاق ما ينفق عليه مثله من ماله في تلك المدة ولا يقبل قوله فيما يكذبه الظاهر وذلك لأنه أمين في حفظ ماله مسلط على الإنفاق بنفقة أمثاله والقول في الأمانة قول الأمين مع اليمين إلا أن يدعي أمراً يكذبه الظاهر فحينئذ تزول الأمانة وتظهر الخيانة فلا يُصدق كذا في الولوالجية ومثله المسألة في الغنية عن السراجية وفي الحافظة أيضاً.

وفي البنية: يُصدق الوصي في النفقة والضياع باليمين لا في أنفقت من مالي لأرجع، وفي الأحكامات: أنفق الوصي على الصبي من مال نفسه يرجع به في مال الصبي ولو لم يشترط الرجوع وفي متفرقات فوائد صاحب المحيط استقرض الوصي من مال الصبي وربح ثم أنفق عليه مدة من هذا المال الذي تصرف فيه [163/و] فإنه يكون متبرعاً حتى لا يكون له الرجوع بحساب ماله لأنه صار ضامناً فلا يخرج عن العهدة ما لم يرفع (725) الأمر إلى القاضي أو إلى منصوبه قال ومثله المتولي.

وأيضاً فيها وفي أدب القاضي للصدر الشهيد: ادعى الوصي أو قيم الوقف الإنفاق من مال نفسه وأراد الرجوع لم يكن له ذلك إلا بالإشهاد لأنهما يدعيان لنفسهما ديناً على اليتيم والوقف (726) فلا يستحقانه بمجرد الدعوى.

(722) ب، ج: العتابي.

(723) د: الوصي.

(724) ب: المدفوع إليه.

(725) د: يرجع.

(726) ب+: والوقف.

وذكر في الملتقط ما يدل على صحة رجوع الوصي بلا رفع إلى الحاكم فإنه قال: إذا أنفق قيم الوقف في الوقف من ماله ليرجع في غلته فله الرجوع فيها، وكذلك الوصي قال لكن إذا رفع الأمر إلى الحاكم وادعى لا يكون القول قوله ولا بد له من إقامة البينة.

وفي فوائد صاحب المحيط: أنفق الوصي على الصبي من مال نفسه له الرجوع وإن لم يشترط كالقيم على الوقف ينفق على عمارته من ماله ومثله في العدة وفتاوى رشيد الدين: صور المسألة في جذع له يدخله في دار الوقف ليرجع بقيمته في الغلة⁽⁷²⁷⁾ ثم قال الاستروشنى ورأيت في بعض الفتاوى أن القيم إنما يرجع إن أشهد وإلا لم يرجع بخلاف الوصي أو الوارث حيث لا يكون متطوعاً شرط الرجوع أولاً. وقال صدر الإسلام طاهر بن محمود⁽⁷²⁸⁾ في فوائده ينبغي للمتولي إذا أراد ذلك أن يرفع الأمر إلى الحاكم فيأمره بالاستقراض والإنفاق وفي العدة في مسألة الجذع والأحوط أن يبيع الجذع ثم يشتريه للوقف.

وفي [164/ظ] المنية عن السراجية لا يُصدق الوصي فيما يقول بعد البلوغ أنفقت عليك كذا كذا درهماً من مالي لأرجع به عليك ومثله في الخانية، وذكر في الواقعات والخانية لا يكون الوصي متطوعاً بشراء نفقة الصغير أو كسوته من مال نفسه.

وفي فتاوى الفضلي: أوصى إلى زوجته وله منها أولاد صغار وكبار فاحتاج الصغار إلى النفقة لنزاع في القسمة فأنفقت الأم على الصغار لترجع في مالهم بعد القسمة، رجعت⁽⁷²⁹⁾ إن أشهدت عند الانفاق وإلا لم ترجع لأن الغالب من نفقة الوالدين الإنفاق على الأولاد للبر والصلة لا للرجوع.

أما لو كان الوصي أجنبية لا تحتاج في الرجوع إلى الإشهاد قلت لعدم تعارف البر فيهم قال والرواية في الوالد يقضي مهر حليته ابنه⁽⁷³⁰⁾ حيث قال لا⁽⁷³¹⁾ يرجع بلا إشهاد على الرجوع ومثله في فوائد صدر الإسلام أبي اليسر وقال الصدر ولو كان ولياً غيره أو وصياً رجع مطلقاً يعني رجع بما أدى من المهر أشهد أو لم يشهد قال الفضلي رحمه الله: إذا أدى الأب ثمن ما اشتراه له من مال نفسه ليرجع في ماله فإنه لا يرجع مالم يشهد عند النفقة⁽⁷³²⁾ ذكره في النوازل وفرق بين الوالد والوصي وهكذا يفرق بين الوالدة إن كانت وصياً وبين أن يكون الوصي امرأة غيرها من النساء ذكره في جامع الصغار.

وفي العدة وبيع الخانية والخلاصة عن الأجناس: الأب إذا اشترى خادماً لابنه [165/و] الصغير ونقد الثمن من مال نفسه لا يرجع عليه إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرجع عليه، قال: وإن لم ينقد الثمن حتى مات

(727) ب: صور المسألة في جذع له يدخله في دار الوقف ليرجع بقيمته في الغلة.

(728) طاهر بن محمود بن أحمد بن برهان الدين الكبير (ت. 504هـ). كشف الظنون 1221/2.

(729) ب: رجعت.

(730) ب، ج: يقضي مهر حليته ابنه.

(731) ب: لا.

(732) ب، ج: النقد.

ولم يكن أشهد أخذ من تركته لأنه دين عليه ولا يرجع عليه بقية الورثة، واختلفت الروايات في اعتبار وقت الإشهاد في بعضها يعتبر وقت الشراء وفي بعضها وقت النقد.

وفي الوصي يرجع أشهد أو لم يُشهد، قال وفي المحيط عن محمد رحمه الله تعالى: إذا نوى الأب الرجوع ونقد الثمن على هذه النية وسعه الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى، أما في القضاء فلا يرجع ما لم يشهد ومثله في المنتقى.

وفيه أيضاً ولو شرى الأب لطفله شيئاً يجبر هو عليه كالطعام والكسوة لصغيره الفقير لم يرجع أشهد عليه أو لم يشهد لأنه واجب عليه وإن شرى له ما لا يجب عليه كالطعام لابنه الذي له مال والدار والخادم رجوع إن أشهد عليه وإن لم يشهد لم يرجع، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في نحو الدار أنه إن كان للابن مال رجوع إن أشهد وإلا لا وإن لم يكن له مال لم يرجع أشهد أو لا.

وفي الخانية: ولو شرى لطفله شيئاً وضمن عنه ثم نقده⁽⁷³³⁾ من ماله يرجع قياساً لا استحساناً ، أما لو قال حين نقده إنما نقده لأرجع عليه وفي الخلاصة عن الإيضاح:⁽⁷³⁴⁾ اشترى الوصي من مال نفسه طعاماً للنفقة أو الكسوة كان له الرجوع في مال الصبي بشهادة الشهود [166/ظ] قال وإنما اشترط الإشهاد لأن قول الوصي وإن كان معتبراً في الإنفاق لكنه لا يعتبر في الرجوع في التركة إلا بالبينة ومثله عن الإمام خواهر زاده.

وفي المبسوط: اشترى الوصي من ماله طعاماً لليتيم أو كسوة يرجع في مال اليتيم إذا كان له على ذلك بينة ، ولا يُصدق على أداء الخراج ونقد الثمن من ماله إذا أنكر الورثة حتى يقيم بينة على ذلك ، وهذا بخلاف ما إذا قال أديت الخراج⁽⁷³⁵⁾ و الثمن من مال اليتيم الذي عندي فإنه يُصدق فيما قاله من غير بينة.

وفي المنتقى: أنفق الوصي من مال نفسه على الصبي وللصبي مال غائب فهو متطوع في الإنفاق استحساناً إلا أن يُشهد أنه قرض أو أنه يرجع به عليه لأن قول الوصي لا يقبل في الرجوع فيشهد لذلك، وفي العتابة ويكفيه النية فيما بينه وبين الله تعالى.

وفي الوجيز: ولو قال الوصي أديت ثمن عبيدك أو خراج أراضيكم من مال نفسي يُصدق ببمينه، وفي المحيط أن في الرجوع أي رجوع الوصي بلا إشهاد للرجوع اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى.

(733) أ: وضمن عندهم نقده.

(734) الإيضاح: لنصر الله بن عبد الرحمن بن مكارم الانصاري، صنف الإيضاح والتجريد في الفروع، المعيد والمزيد في شرح التجريد. (ت).

633هـ). هدية العارفين 493/2.

وأيضاً يوجد الإيضاح: لعبد الرحمن بن محمد الكرمانى، الحنفى (ت. 543هـ). كشف الظنون 211/1.

(735) ب، ج: الخراج.

وذكر في الإيضاح وواقعات الناطفي والخانية والخلصة: أنه لو نقد الوصي ثمن الكفن من مال نفسه يُصدق إذا كان المثل أي كفن المثل وكذا الوارث، وفي العتابية وكذا في إجرة الغسال والقبر وهذا كالوكيل بنقد الثمن⁽⁷³⁶⁾ من مال نفسه.⁽⁷³⁷⁾

وفي الخلاصة وكذا لو كفنه الوصي من مال [167/و] نفسه يعني بثياب نفسه وأراد الرجوع فإنه يُصدق ويرجع بثمنه في مال الميت، وفي الخاصي ولو شراه الأجنبي لا يكون له أن يرجع بالقيمة، وفي الوجيز: أن الوصي لا يُصدق في ثمن كفن المثل إلا بالبينة قال كذا لو نقده من التركة.

وذكر الإمام خواهر زاده: أن كفن المثل على ما ذكره نصير هو مثل ما يلبسه الرجل في الأعياد ومثل ما تلبسه المرأة في زيارة أبويها ومحارمها، وقال الفقيه أبو جعفر هو مثل ما يلبسه في غالب أحوالهما. وفي الخانية والعتابية والخلصة والخاصي: علم الوصي بعد الدفن عيباً في الكفن يرجع بالنقصان وكذا الوارث، أما الأجنبي فلا يرجع، وقيل يرجع هو أيضاً ذكره في الخانية وقال الصحيح أنه لا يرجع وقال في الخاصي أيضاً وبالأول يفتى.

والفرق أن الأجنبي مشتر لنفسه وهما يشترئانه للميت لقيامهما مقامه فيكون الكفن باقياً على ملك الميت فيتمكنان من الرجوع بالنقصان، أما الأجنبي فقد خرج عن ملكه بالتكفين فلا يتمكن من الرجوع.

وفي العتابية: ولو شراه أجنبي وكفنه به ثم نبش وعاد الكفن إليه يردّه بالعيب وذكر في الخانية والخلصة عن الواقعات والإيضاح: أدى الوصي أو الوارث دين الميت من مال نفسه يرجع به في مال الميت وإن لم يقل عند القضاء اقضي لأرجع ومثله في الولوالجية وذكر الحاكم في شروطه أن الوصي أو الوارث إذا قضى دين الميت [168/ظ] من مال نفسه إن شرط الرجوع يرجع، أما إذا لم يقل شيئاً وقت القضاء ثم قال قضيت لأرجع لم يُصدق.

وفي جامع الصغار: إذا قضى الوصي دين الميت من مال نفسه يرجع به ومثله في العتابية قال وكذا الوارث ويصدق أنه قضى ليرجع.

وفي الخانية: إذا قضاه بلا أمر الوارث وأشهد عليه لا يكون متطوعاً قلت شرط هو في الرجوع الإشهاد ولم يشترطه في النوازل قال وهو المختار فإنه ذكر أن الوصي إذا نقد الوصية من مال نفسه رجع به في مال الميت وهو المختار،⁽⁷³⁸⁾ فتكون الرواية في الوصية رواية في الدين لأنه مقدم عليها ووجوب قضائه أكد من لزوم إنفاذها والله سبحانه أعلم.

⁽⁷³⁶⁾ ب:- وهذا كالوكيل بنقد الثمن.

⁽⁷³⁷⁾ ج:- وهذا كالوكيل بنقد الثمن من مال نفسه.

⁽⁷³⁸⁾ ب:- فإنه ذكر أن الوصي إذا نقد الوصية من مال نفسه رجع به في مال الميت وهو المختار.

وفيهما وفي الخاصي: أن للوصي إن نقد⁽⁷³⁹⁾ الوصية من مال نفسه قيل إن كان وارثاً يرجع في التركة وإلا لا وقيل إن كانت الوصية للعباد يرجع وإن كانت لله تعالى لا يرجع لأنه في الأول مضطر لأن لها طالباً من العباد فيكون كقضاء الدين وقيل له الرجوع على كل حال وهو قول ابن سلمة رحمه الله تعالى وبه يفتى، لأنه وكيل عن الميت والوكيل إذا أدى الثمن من ماله يرجع به على الموكل رواية واحدة فكذا الوصي.

وفي الولوالجية نفذ الوصي الوصية من مال نفسه ليرجع بذلك في التركة فله ذلك سواء كانت الوصية لله تعالى أو [169/و] للعباد، وسواء كان الوصي وارثاً أو غير وارث لأن الوصي له أن ينفذ مثل هذا كما في نفقة اليتيم وغيره.

في السراجية: ولو أنفذ الوصي أو الأب الوصايا من مال نفسه يرجع في التركة وهو المختار ولو أنفذها غيرهما من مال نفسه فهو متبرع ليس له أن يرجع في التركة فلو أجاز الأب أو الوصي جاز وإلا لا.⁽⁷⁴⁰⁾ وفي البنية: وإذا أنفذ الوصي الوصايا من مال نفسه يرجع في التركة وارثاً كان أو لا والوصية قرينة أو لا.

وفي الخلاصة عن النوازل: الوصي إذا نفذ الوصية من مال نفسه يرجع في التركة وهو المختار ذكره في واقعات الناطفي.

وفي الأصل: ادعى عليه الوصي أداء ضمان شيء استهلكه في صباه، وقال هو ما استهلكت شيئاً في صباي أو قال الوصي قد فرض القاضي لأخيك الزمن نفقة في مالك كل شهر كذا فأديتها له منذ عشرين سنة، وكذبه الصبي أو كان في أرضه ماء فقال الوصي نزت الآن وقد أديت خراجها منذ عشر سنين، وقال الابن لم يزل كان في هذه الأرض ماء مذ مات أبي، قال محمد رحمه الله تعالى القول للصبي مع يمينه والوصي ضامن حتى تقوم له البينة لأن الصبي ينكر ما يدعيه الوصي من التاريخ السابق في موت الأب.

وقال أبو يوسف القول للوصي مع يمينه لأنه ينكر ما يدعي عليه الابن من وجوب تسليم المال على أن الوصي أمين في⁽⁷⁴¹⁾ مال الصبي والأمين متى أخبر بخبر محتمل للصدق يجب تصديقه ذكره في الولوالجية.

وإنما قال وكان [170/ظ] في أرضه ماء لأنه لو لم يكن في الأرض ماء يوم الخصومة فالقول قول الوصي مع يمينه إجماعاً تحكياً للحال على ما عرف في موضعه.

(739) ب، ج: أنفذ.

(740) ب: - وهو المختار ولو أنفذها غيرهما من مال نفسه فهو متبرع ليس له أن يرجع في التركة فلو أجاز الأب أو الوصي جاز وإلا لا.

(741) ب، ج: + في.

وفي الخانية: قال الوصي فرض القاضي لأخيك الأعمى هذا نفقة في مالك كل شهر كذا درهماً فأدبت إليه ذلك منذ عشر سنين وكذبه الابن لا يقبل قول الوصي إجماعاً ويكون ضامناً للمال ما لم يقيم بينة على قرض القاضي وإعطاء المقرض للأخ قلت وهذا كما ترى مخالف لما في الأصل فلعل في المسألة روايتين.

وفيهما وفي الخلاصة والولوالجية والحافضية: بلغ الصبي فادعى عليه الوصي الإنفاق أو أداء خراج الأراضي⁽⁷⁴²⁾ منذ مات الأب وهو عشر سنين وقال الصبي إنما مات أبي منذ سنتين فالقول للصبي عند محمد وللوصي عند أبي يوسف على ما مر ومثله في الأصل أيضاً ومثل الأخيرة في المنية وغنية المنية وبنية الغنية.

وذكر في العتابية: ولو أدى خراج أرضه من مال نفسه يشهد أنه يرجع وكذا لو قال الوصي أنفقت على عبيدك المورثين وهم عشرة عشر سنين فمات الكل وأنكر الصبي ذلك وهو في موضع آخر من الحافضية إن كان مثل ذلك الميت يملك بمثل⁽⁷⁴³⁾ هؤلاء العبيد صدق وإن كان لا يعرف ذلك إلا بقول الوصي ولم يكن مثله يملك مثلهم صدق الابن قلت والظاهر أنها ليست بخلافية ثم إنما شرط في الأولى موت العبيد لأنهم لو كانوا أحياء يصدق الوصي في نفقة المثل بلا خلاف فيه.

وفي جامع العتابي: بلغ الصبي فقال الوصي⁽⁷⁴⁴⁾ أنفقت مالك عليك أو في كذا عدداً من أرقائك اللذين ورثتهم أو اشتريتهم أنا وكان نفقة المثل لكنهم [171/و] ماتوا أو هم هؤلاء صدق لأنه أخبر عما هو مسلط عليه، وفيه أيضاً اشترى الوصي خادماً للصغير بأقل من قيمته واستقرض ماله فكساه كسوة مثله وأطعمه طعام مثله لم يضمن الطعام والكسوة لأن الخادم لم يزل عن ملك الصغير ولم يملكه بالشراء الوصي إلا أن يستخدمه أو يحدث فيه ما يضمن فيملكه بالقبض فيضمن الطعام والكسوة.

وكذا لو قال الوصي أدبت لجعل من أبق⁽⁷⁴⁵⁾ من عبيدك ألف درهم وأنكر الابن إباق عبيده فهو على الخلاف السابق أيضاً ومثله في الوجيز.

قال في الخلاصة أن الصدر الشهيد: لم يذكر في أدب القاضي في كل من هذه المسائل الأربعة الخلاف بل قال القول للابن وقال وقيل الكل على ما ذكر من الخلاف انتهى.

قلت: والصحيح ثبوت الخلاف وهو المذكور في عامة الكتب على ما نقلناه، وفي الأصل والخانية وأجمعوا على أنه إذا قال الوصي أبق عبدك إلى الشام فأستأجرت رجلاً بمائة درهم فجاء به فأدبتها له

(742) ب-: أو أداء خراج الأراضي.

(743) ج-: بمثل.

(744) ج-: الوصي.

(745) يعني: هرب.

فأنكر الصبي ذلك يكون القول قوله لأنه يدعي ما هو مسلط عليه لأنه ادعى لزوم⁽⁷⁴⁶⁾ المال بالإستئجار وله ذلك لأن الإستئجار من باب التجارة⁽⁷⁴⁷⁾ ذكره في الولوالجية.

وفي العتابة: قال الوصي كنت دفعت جعل آبق لك لم يصدق إلا أن يقول استأجرت رجلاً ليرده فيصدق ، أما لا يصدق في قوله أمرتك فاستأجرت أنت ودفعت الأجرة إلا بحجة قال في الأصل وغيره ولو قال الوصي⁽⁷⁴⁸⁾ في هذا وأمثاله أديت من مال نفسي لأرجع به عليك لم يُصدق إلا بالبينة ومثله في الوجيز وفيه أيضاً.

وفي الجامع [172/ظ] الكبير: قال الوصي أديت خراج أراضيك أو جعل من آبق من عبيدك أو ضمان شيء استهلكته في صغرك أو نفقة أقاربك بعد القرض لهم أو ثمن عبد اشتريته لك من مال نفسي لأرجع عليك لا يُصدق بيمينه وعليه إقامة البينة، وكذا لو قال أنفقت عليك كذا وهو نفقة مثله.

وفي العتابة: وكذا لو قال أديت لجناية عبدك فلان أو قال استهلكك أنت مال فلان فأديت ضمانه من مالك أو قال أدنت لك بالتجارة فركبك الديون فقضيتها أو زوجتك امرأة فأعطيتها المهر وماتت وهو وليه، أو قال أديت خراج أرضك والأرض في الحال لا تصلح للزراعة لم يُصدق، أما لو كانت الأرض سالحة للزراعة يُصدق في أنها لم تنزل كذلك، ثم في كل موضع لا يصدق بيمينه تقبل بينته وللوصي أن يحلف الصبي على العلم ولو قال في جميع ذلك أديت من مال نفسي لأرجع به في مالك لم يُصدق إلا بحجة. وفي الحافظة: اشترى الوصي خادماً للصبي ونقد الثمن من مال نفسه يرجع به على مال الصبي أشهد وقت الشراء أو النقد أو لم يشهد.

وفي الجامع الكبير: وصي أتى برجل وقال كنت اشتريت من هذا غلاماً للصبي بألف درهم وقبضت العبد فهلك عندي والثمن باق إلى الآن وطلب الرجل الثمن فإن الحاكم يصدق الوصي ويلزمه بأداء الثمن من مال الصبي، أما لو أتى به وقال أنه جاء بعبد آبق للصبي من مسيرة ثلاثة أيام وطلب هو بالجعل فإن الحاكم [173/و] لا يصدق الوصي ولا يلزمه بأداء الجعل إلا ببينة على الإباق والرد.

وفي النوازل جدار بين داري الصغيرين لهما عليه حمولة ولكل⁽⁷⁴⁹⁾ منهما وصي⁽⁷⁵⁰⁾ فوهي الجدار وخيف سقوطه فطلب أحد الوصيين بناء الجدار وممرته⁽⁷⁵¹⁾ وامتنع الآخر وأبى يرفع الطالب الأمر إلى الحاكم فينصب الحاكم أميناً فإن رأى في تركه ضرراً عليهما أجبر الأبى على البناء مع صاحبه وهذا بخلاف ما إذا كان الجدار لبالغين فامتنع أحدهما عن المرمة حيث لا يجبر بالبناء لأنه رضي بدخول الضرر على نفسه فلا يجبر على دفعه.

(746) ج: + لزوم

(747) ب: - لأن الإستئجار من باب التجارة.

(748) ج: - الوصي.

(749) ب، ج: + ولكل.

(750) ب، ج: + وصي.

(751) (رَمَ) الثَّيِّءُ يَرْمُهُ بِصَمِّ الرَّاءِ وَكَسَرَهَا (رَمًا) وَ (مَرَمَةً) أَصْلَحَهُ. مختار الصحاح ص 129.

أما في الصورة الأولى فمدخل الضرر على الصبي الوصي⁽⁷⁵²⁾ فلا يتمكن منه لأن الإضرار مدفوع ومثله في الولوالجية والخانية عن فتاوى الفضلي.

وفي جامع الصغار: (وصي أمر يكي را كفت تاخانه رسيده را عمارت كنت يا غله دار خانه يتيم را كفت نا دران خانه عمارت كند وادكرد) هل يرجع بما أنفق في العمارة على اليتيم بدون شرط الرجوع عليه، قال ينبغي أن يكون على الاختلاف الذي ذكره فيما إذا قال لغيره أنفق عمارة داري قال الإمام السرخسي يرجع من غير اشتراط الرجوع وقال الإمام خواهر زاده لا يرجع بدون الاشتراط

وفي أدب القاضي للصدر الشهيد: اتهم القاضي الوصي في شيء هل يستحلفه يختلف فيه المتأخرون فمنهم من قال يستحلفه إذا ادعي عليه شيء معلوم أما إذا لم يعلم المدعي به فلا يستحلفه وأكثرهم [174/ظ] على أنه يستحلفه وإن جهل قدر المدعي به لأن هذا استحلاف للنظر والاحتياط في أمر اليتيم فتمت أحسن شيء من الخيانة يحتاط باستحلافه ومثله القيم للوقف.

قال وهذا الحكم مختص بالأيتام والأوقاف حيث يحلف فيهما بالتهمة، أما في سائر الدعاوي فلا تحليف بدون معرفة قدر المدعي به وفيه أنه ينبغي للقاضي أن يحاسب الأمانة على ماجرى على أيديهم من أموال اليتامى وغلاتهم فإن أحس بخيانة عزله واستبدله بغيره وإن وجده أميناً قرره.

وفي محاضر فتاوى رشيد الدين: مات عن ابن كبير وأولاد صغار والكبير وصيهم من الميت أو القاضي فأنفق على الصغار في صغرهم فللحاكم أن يحاسب الوصي فلو امتنع الوصي عن إعطاء الحساب فلا يجبره على الحساب لأنه أمين من جهة الميت أو القاضي وإلا فإن يصدق فهو أمين بيمينه. وفي شروط القاضي جلال الدين: للصبي أن يحاسب وصيه إذا بلغ ليعرف أنه هل أنفق بالمعروف أو لا لكن لو امتنع الوصي لم يجبر على ذلك وصدق مع يمينه لأنه أمين الميت أو القاضي.

وفي العمادية: كبر الورثة وأخبر وصيهم بما أنفق كل مخلف أبيهم عليهم أو على عبيدهم أو على ضياعهم أو قال لهم ما بقي عندي منه إلا هذا القدر ولم يفسر الحال فأرادوا محاسبته وبيان مصروفه شيئاً فشيئاً ليعلموا أنه هل أنفق بالمعروف وطلبوا من الحاكم المحاسبة أو طلب الحاكم نفسه [175/و] ذلك فلهم ذلك وكذا للحاكم، لكن لو امتنع عن إعطائه لم يجبر عليه ويكون القول قول الوصي فيما أنفق وفي الصرف لأنه إما أمينهم أو أمين الحاكم فيعتبر قوله فيما هو أمين فيه.

وفي الخلاصة والحافضية: هذا إن عرف بالأمانة وإن لم يعرف بها أجبر على التفسير ومعنى الجبر أن يحضره يومين أو ثلاثة ويخوفه فإن لم يفسر لم يحبس بل يكتفي بيمينه ثم قال وينبغي أن يحاسبه سنة فسنة.

(752) ب:- الوصي.

وفي الولوالجية: ترك ابنين وأوصى إلى أحدهما فأراد الآخر أن يعلم قدر الوصايا والمال له أن يجبر الوصي به كيلا يضيع المال وفيها وصي في حجره يتيمان اشترى لهما أمتعة وأنفق عليهما فلما بلغا طلبا منه تفصيل الحساب حتى يعلما كم أنفق على كل واحد منهما إن أمكن له أن يفصل يفصل⁽⁷⁵³⁾ و إلا فالقول له في نفقة مثلهما ولا يجبر على البيان، أما لو بين لكان أحسن لأنه أنفى للتهمة عن نفسه.

الفصل السابع والعشرون

الضمان

قد سبق في الفصل السالف عن شرح الأصل لشيخ الإسلام خواهر زاده: أن الوصي يضمن الفضل فيما أنفق على الصبي زيادة على نفقة المثل قدرًا يمكن الاحتراز عنه، يعني إذا أسرف. وذكر في المنتقى للحاكم الشهيد: أنه لو مات الوصي مجهلاً لمال اليتيم لا يضمن وكذا إذا خلط ماله بماله كذا قال أبو يوسف ومثله في قنية الزاهدي عن الإمام برهان الدين صاحب المحيط. قال في الذخيرة والخلاصة وذلك لتعذر الاحتراز عنه [176/ظ] أو لتعسره. وفي المحيط: روى المعلى⁽⁷⁵⁴⁾ عن أبي يوسف: أن الوصي إذا خلط مال اليتيم بماله نفسه لا يضمن. وفي المنتقى أيضاً: أنه لو خلط ماله بمال اليتيم يضمن إذا ضاع، قلت: فيحمل إما على أن مجرد الخلط لا يكون هنا سبباً للضمان كما يكون في المودع ويدل عليه قيده الضمان بالضياح أو على أن الضمان قول غير أبي يوسف كما ذكره صاحب الذخيرة. وفي القنية للزاهدي: أن للوصي خلط النفقة المفروضة للصبي في ماله إن كان خيراً للصبي أن له القاضي فيه أو لم يأذن، وكذا خلط نفقة الأيتام بعضها ببعض وإنفاقها عليهم جملة واحدة إذا كان ذلك خيراً لهم اتحد مورثهم أو اختلف. وفيها أيضاً أنفق الوصي على الصبي من مرقه وخبزه حتى أدرك فوضع ذلك على الصبي ليس للوصي ذلك إلا إذا كان أنفقه عليه ليرجع به عليه، وفي جامع العتابي: وللوصي أن يخلط مال الصغير بماله نفسه.⁽⁷⁵⁵⁾

⁽⁷⁵³⁾ د-: بفصل.

⁽⁷⁵⁴⁾ مُعَلَّى بْنُ مَتَّصُورٍ الرَّازِيُّ أَبُو يَعْلَى الْحَنْفِيُّ، ولد في حدود (150هـ)، كَانَ مِنْ كِبَارِ أَصْحَابِ أَبِي يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٍ، وَمِنْ ثِقَاتِهِمْ فِي النَّقْلِ وَالرَّوَايَةِ. انظر سير أعلام النبلاء 366/10.

⁽⁷⁵⁵⁾ ب-: وفي جامع العتابي: وللوصي أن يخلط مال الصغير بماله نفسه.

وفي النوازل للفقهاء⁽⁷⁵⁶⁾ رحمه الله: أن للوصي أن يخلط طعامه بطعام الصغير وله أن يأكل من مال الصغير بالمعروف إذا كان فقيراً استحساناً لقوله تعالى [ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف].⁽⁷⁵⁷⁾

وفي مجموع النوازل: أن للوصي أن يخلط طعامه بطعام اليتيم ويأكل منه بالمعروف ومثله في الولوالجية ، والقياس أن لا يأكل لعموم قوله تعالى [إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّهُمْ يَكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا]⁽⁷⁵⁸⁾ ومثله في الخلاصة.

ثم قال الفقيه رحمه الله: ولعل الآية الأولى يعني قوله تعالى [ومن كان فقيراً] نسخت بهذه [177/و] الآية يعني قوله سبحانه وتعالى [إن الذين يأكلون ...] الآية قلت فكأنه يميل إلى اختيار عدم جواز الأكل له.⁽⁷⁵⁹⁾

وفي مختارات النوازل: ولو كان الوصي محتاجاً فله أن يأكل من مال اليتيم بإذن القاضي بقدر ما يستغني به ولا يجوز أكثر منه وقوله تعالى [فليأكل بالمعروف] منسوخ بقوله تعالى [إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً].

وفي السراجية: للوصي أن يأكل من مال الصبي بالمعروف إذا كان محتاجاً إليه بقدر ما يستغني وهو اختيار الفقيه أبي الليث ومختار الطحاوي أنه ليس له ذلك ولو كان محتاجاً.

وفي البنية: إن كان الوصي محتاجاً يأكل من مال اليتيم بقدر ما يعمل له وفي الننف للوصي أن يأكل من مال اليتيم بقرض وبغيره بقدر ما يعمل له إذا لم يضر بالصبي، وقيل ليس له ذلك مادام في المصر فإذا خرج في ضياع له أو تقاضي دين أنفق وأكسى وركب بالمعروف فإذا رجع إلى المصر رد الثياب والدابة قلت وهو قول أبي يوسف ذكره في القنية، ثم قال: وقيل يأكله قرضاً⁽⁷⁶⁰⁾ ثم يرده في القنية للزاهدي وهو اختيار الطحاوي وقيل لا يأكل من أعيان ماله ويباح من ألبان المواشي وثمار الأشجار ما لم يضر باليتيم وقيل لا⁽⁷⁶¹⁾ يأكل ولا يكتسي أيضاً.

وقال الإمام: لا يأكل ولا يأخذه قرضاً غنياً كان أو فقيراً، قيل والصحيح قول الإمام أن الوصي شرع في الوصاية متبرعاً فلا يوجب ضماناً.

وفي شرح الطحاوي للأسبجيابي: لا يجوز للوصي ولو فقيراً الأكل من مال اليتيم ولو بقدر الحاجة إلا [178/ظ] إذا كان له أجر معلوم فيأكل بقدره، ولا بأس للأب في أكله من ماله بقدر حاجته محتاجاً فلا يضمن ما أكله بخلاف الوصي.

⁽⁷⁵⁶⁾ ب ، ج-: وفي النوازل للفقهاء رحمه الله.

⁽⁷⁵⁷⁾ النساء الآية 6.

⁽⁷⁵⁸⁾ النساء الآية 10.

⁽⁷⁵⁹⁾ ب-: قلت فكأنه يميل إلى اختيار عدم جواز الأكل له.

⁽⁷⁶⁰⁾ ب: قرضاً.

⁽⁷⁶¹⁾ ج-: لا.

وفي هبة فتاوى قاضي ظهير الدين: لو كان الأب في فلاة وله مال فاحتاج إلى طعام ولده يأكله بقيمته لقوله صلى الله عليه وسلم (الأب أحق بمال ولده إذا احتاج إليه بالمعروف) ⁽⁷⁶²⁾ والمعروف أن يتناوله مجاناً فقيراً وبالقيمة غنياً محتاجاً.

وفي فتاوى رشيد الدين: الأم إذا خلطت مالها بمال الولد واشترت طعاماً فأكلت مع الصغير إن أكلت ما زاد عن حصتها لا يجوز ⁽⁷⁶³⁾ لأنها أكلت مال اليتيم.

وفي الخلاصة: ادعى الوصي أو القيم أن الحاكم المعزول استأجره للوصاية كل شهر بكذا لا ينفذه المولى وإن صدقه المعزول، أما لو برهن على أن المعزول استأجره في حالة قضائه بكذا قبلت بينته ثم إن كان القدر الذي يدعيه أجر مثله أو أقل منه ينفذه المولى وإن كان أكثر قدر له قدر أجر المثل وأبطل الزيادة، فإن كان الوصي قد استوفى الزائد أمره برد الزيادة إلى مال اليتيم.

وقال رشيد الدين في فتاواه: وإذا ضمن القاضي الوصي أو الأب ينصب وصياً ويأمره بقبض ما ضمنه أولاً ثم يرده عليهما ثانياً، لأن الواحد لا يصلح مُملَكاً ومُملَكاً معاً.

وفي الخانية والخلاصة عن أدب القاضي للخصاف: طمع السلطان الجائر أو الظالم المتغلب أي على كدرة ⁽⁷⁶⁴⁾ في مال اليتيم فصانعه الوصي بشيء منه إن عجز عن دفعه بلا دفعه لم يضمن وإلا ضمن. وفي الخانية قال نصير: ليس للوصي أن يدفع شيئاً من مال اليتيم فإن دفع يكون ضامناً [179/و] مطلقاً.

قال وذكر الفقيه في النوازل: أنه إن خاف الوصي من القتل أو القطع أو خاف من أخذه كل ماله أو مال اليتيم كله فدفع البعض من مال اليتيم لدفعه لا يضمن وإن خاف من الضرب أو القيد أو الحبس أو أخذه بعض ماله وإبقاء قدر الكفاية لا يسعه الدفع حتى لو دفع ضمن.

وفي جامع الصغار عن النوازل: إن حبس لأخذ ماله كله فلا ضمان عليه إن دفع مال اليتيم، قال في الولوالجية: لأنه في الفصل الأول مجبور في الدفع وفي الثاني ليس بمكره فيكون مضيعاً فيضمن ومثله في الخلاصة، وفي الخاصي والخانية: أن الفتوى على ما اختاره الفقيه في النوازل.

وفي الغنية عن السراجية: طمع السلطان في مال اليتيم إن أمكن دفعه للوصي بلا إعطاء طائفة من مال اليتيم لا يحل له الإعطاء ويضمن به وإلا حل له ولم يضمن.

وفي البنية: سلطان طمع في مال اليتيم فأعطى الوصي ⁽⁷⁶⁵⁾ له شيئاً منه إن كان متمكناً من الدفع يعني بدونه يضمن وإلا لا.

⁽⁷⁶²⁾ لم أعر عليه، وجدت في مصنف ابن أبي شيبة: (عن محمد بن الحنفية عن علي قال الرجل أحق بمال ولده إذا كان صغيراً فإذا كبر واحتاز ماله كان أحق به). المصنف 518/4.

⁽⁷⁶³⁾ ب-: لا يجوز.

⁽⁷⁶⁴⁾ ج-: على كدرة، والكدر: أسرع وأنقض. وانكدر عليهم القوم إذا جاؤوا أرسالاً حتى يتصبروا عليهم. لسان العرب 135/5.

⁽⁷⁶⁵⁾ ب، ج+: الوصي.

وفي النوازل والخانية والخلاصة: مر الوصي بمال اليتيم على سلطان جائر وخاف إن لم يبره بشيء منه ينزع ماله من يده فبره منه لا ضمان عليه، ويمائله المضارب يمر بمال المضاربة.

وفي جامع الصغار: ورأيت في موضع أن الحكم في وصي في التركة يطمع فيها السلطان كذلك قال قال أبو بكر الاسكافي⁽⁷⁶⁶⁾ وهذا ليس بقول أصحابنا إنما هو قول محمد بن سلمة وهو استحسان منه. وعن الفقيه أبي الليث أن محمداً أخذ هذا القول عما روي عن أبي يوسف أنه كان يجوز [180/ظ] للأوصياء المصانعة في مال الأيتام ويؤيده مافي الكتاب العزيز من قصة خرق الخضر سفينة المساكين لئلا يأخذها الملك غصباً ومثله في الخلاصة والظهرية، ثم قال فيهما فاختلف فيها فمنهم من اختار الإفتاء بما في النوازل وكثير منهم أفتوا بقول ابن سلمة، قال في الظهيرية والخاصي قال الفقيه وبقول ابن سلمة نأخذ وفي الظهيرية وبه يفتى.

فمن هذا قلت الأولى قول ابن سلمة وإن قال في الخانية والخاصي في المسألة الأولى والفتوى على ما اختاره الفقيه في النوازل فتأمل فيه حق التأمل والله سبحانه أعلم.

قالوا جميعهم هذا الذي ذكرناه فيما إذا دفع الوصي إلى السلطان بنفسه، أما إذا بسط السلطان أو المتغلب يده فأخذ بنفسه أو أمر أعوانه فأخذه من الوصي فلا ضمان عليه أصلاً.

وفي القنية للزاهدي: تحكم الدائنون بقدر معين من التركة فدفعه الوصي من مال نفسه بدون أمر الورثة ليرجع به عليهم فإن كان كلهم كباراً حاضرين لا يكون له الرجوع وإلا فله أن يرجع لأن دفع التحكم صار من جملة حوائج الصغار فشابه سائر المصروف وكذا الجواب فيما إذا رشا من مال نفسه لدفع ظلم خصمه وفيها أيضاً ولو صرف الوصي شيئاً من مال اليتامى إلى ظلم يسأل منهم لم يكن لهم أن يرجعوا به عليه إذا كبروا.

وفي فتاوى النسفي والإمام الفضلي: أنفق الوصي من مال الصبي على باب القاضي في الخصومات إن كان على وجه الرشوة يضمن لأنه إعطاء لا⁽⁷⁶⁷⁾ على وجه النظر [181/و] وإن كان على وجه الإجارة كأجرة للشخص والسجان والكاتب ولم يزد على أجر المثل بزائد يمكن الاحتراز عنه لا يضمن وإن زاد يضمن الزيادة ومثله في الملتقط والخلاصة والخاصي وجامع الفتاوى والبرزازية.

وذكر في إجازات الجامع في الفتاوى والخانية: الوصي إذا أنفق من مال اليتيم على باب القاضي في خصومة كانت للصغير أو عليه مما أنفق على وجه الإجارة بأجر المثل لا يضمن وما كان على وجه الرشوة يضمن قال محمد بن الفضل عدم الضمان في الأجرة فيما إذا كان أعطاه قدر أجر المثل أو أزيد منه بيسير يتغابن فيه.

وذكر في النوازل والخانية: سلطان إذا نزل دار الوصي فقيل له إن لم تعط للسلطان شيئاً استولى على الدار والعقار فأعطى له شيئاً من العقار قال أبو القاسم يجوز مصانعته والله يعلم المفسد من المصلح.

(766) مُحَمَّد بن أَحْمَد الاسكافي البلخي، لَهُ شرح الْجَامِع الصَّغِير للشَّيْبَانِي فِي الْفُرُوع (ت. 333). هدية العارفين 37/2.

(767) د، ج: + لا.

وفي الولوالجية والخلاصة: مات عن بنتين وعصبة فطلب السلطان ما زاد على الفريضة من التركة ولم يقر بالعصبة فغرم الوصي للسلطان شيئاً من التركة بأمر البننتين فترك السلطان التعرض لهما إن لم يقدر الوصي على تخلص المال إلا بما غرم يحسب ما غرم من جميع الميراث ولا يكون للبننتين ولا للوصي جعل ما غرم في نصيب العصبة خاصة، قال في الخلاصة وهذا قول الفقيه أبي جعفر وفيها عن النوازل.

وفي فتاوى النسفي رحمه الله تعالى أيضاً: طوّل الوصي بجباية دار اليتيم وكان بحيث لو امتنع عن إعطائها ازدادت المؤونة فدفع من التركة جباية الدار فلا ضمان على الوصي ويكون كالمصانعة وقال النسفي [182/ظ] لأن الجباية في هذا الزمان التحقت بالخراج ولو دفع خراج أرضه لا يضمن فكذا إذا دفع الجباية، وينظر جنس هذه المسائل في فصل تصرفات الوصي من وصايا الذخيرة. وفي البنية: متغلب طلب بعض مال اليتيم فأعطى الوصي يضمن إلا إذا خاف أخذ الكل أو القتل أو إتلاف عضو لا القيد وأخذ البعض يعني من مال نفسه والإبقاء له يعني للوصي قدر الكفاية. وإن أخذ الظالم بنفسه لا ضمان على الوصي ويجوز له المصانعة في مال اليتيم، قال: وأمر الأوصياء أن يصانعو أهل الخراج إذا تعددوا من مال الصبي وله أن يفعل كل ذلك بغير أمر القاضي. وفي جامع العتابي: عن ابن سلام أدّعي على الوصي حق في ملك الصبي فله دفع الرشوة إلى السلطان وما يشبه ذلك إذا كان فيه منفعة للصغير. (768)

وفي النوازل: أتلّف الوصي نقد اليتيم أو مال الوصية أو أنفقه في حاجة نفسه فدفع من عنده مثله نفقة لليتيم أو إنفاذاً للوصية قال محمد بن سلمة ترجى براءته من الضمان وإن أثم بالإتلاف قال الإمام الدبوسي وهذه كبيرة لا يحل له ذلك لكونه تصرفاً في مال اليتيم بالتّي هي ليست بأحسن، قال في النوازل والقياس عدم البراءة.

وفي الواقعات للناطفي: أتلّف الوصي مال الصبي أو أنفقه في حاجة نفسه ثم وضع له مثله إنه لا يبرأ إلا أن يكبر الصبي فيدفعه إليه ومثله في الخانية.

وفي النوازل في المسألة أيضاً عن نصير: أنه لو اشترى الوصي شيئاً لليتيم مما يجوز شراؤه له ودفع الثمن من مال نفسه بدل ما أتلّفه من ماله يبرأ إن شاء الله تعالى ومثله في الغنية عن السراجية.

وفي الخلاصة عن النوازل أيضاً: لو وضع هناك [183/و] من مال نفسه من غير هذا التكلف يعني الشراء أو دفع الثمن يبرأ استحساناً وعن ابن مقاتل (769) أنه يبرأ إن أشهد عند الدفع أنه بدل المتلف، بأن يقول للشهود كان لليتيم علي كذا وكذا فأنا أشتري هذا له فيصير قصاصاً ويبرأ من الدين أما بمجرد

(768) ب+: وفي جامع العتابي: عن ابن سلام أدّعي على الوصي حق في ملك الصبي فله دفع الرشوة إلى السلطان وما يشبه ذلك إذا كان فيه منفعة للصغير.

(769) مُحَمَّدُ بْنُ مَقَاتِلِ الرَّازِيِّ الْأَخْنَفِيُّ مِنْ أَصْحَابِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ الشَّيْبَانِيِّ (ت. 242هـ). هدية العارفين 13/2.

القبض لليتيم لا يبرأ لأن قبض مال نفسه له لا يجوز، وقيل لا يبرأ ما لم يرفع الأمر إلى الحاكم فيأخذ الحاكم منه ذلك القدر ويدفعه إليه ثانياً إلا أن يتعذر عليه الرفع لعدم وجدان الحاكم أو خوفه من ظلمه فحينئذ يشتري لليتيم شيئاً ويدفع ثمنه من مال نفسه فيبرأ ومثله في الخانية قال الخاسي وبه يفتى. وذكر في المنتقى والنوازل وصي عليه للميت دين فنفذ من عنده وصايا الميت أو أدى دينه من ماله أو يقول عند القاضي إقضي من مالي لأرجع وأشهد عليه يبرأ مما عليه. وفي الخاسي: ينبغي أن ينوي ذلك حين القضاء فيقول أقضي من مالي لأرجع في مال الميت حتى يصير قصاصاً.

وفي البنية: وإن كان الدين عليه بعين على الوصي فطريق براءته أن يشتري للصغير ويعطي يعني الثمن من مال نفسه.

وفي فتاوى رشيد الدين: ومثله الأب فلا يبرأ من دين صغيره بالإنفاق عليه من مال نفسه أو خبزه ولا بإكسائه من ثوبه إلا أن يشهد فيقول شريته لولدي لأقضي ثمنه من دين له علي إذ المديون لا يصدق قضاءً في الأداء وفي العدة، وأجمعوا على أنه ليس للوصي قضاء دينه من مال الصبي. وفي الصغرى وللأب ذلك [184/ظ] لأنه بمنزلة بيع مال الصبي من نفسه ويملكه الأب بمثل القيمة، بخلاف الوصي حيث يلزم في بيعه الخيرية على ما مر، قلت والزيادة هنا ربا فلا يجوز.

وفي الخانية والخلاصة والتحفة: للوصي أن يعطي كلاً من صدقة الفطر عن اليتيم وعبيده وأن يضحى عنه من ماله عند الشيخين استحساناً وقال التلميذان محمد وزفر: (770) ليس له ذلك أصلاً وهو القياس حتى لو أعطى أو ضحى يضمن، وإن ضحى من مال نفسه يكون متبرعاً ومثله الأب والمجنون والمعتوه كالصبي ومثله في الولوالجية.

وفي أحكام الصبيان من فصل الأحكامات من الفصول العمادية: أنه قيل لا يجوز للوصي والأب التضحية من مال الصغير لعدم تمكنه من أكل جميعه لكن الأصح الجواز فيأكل مما استطاع إن استطاع ويشترى له بما لم يأكله ما ينتفع هو بعينه ذكره القدوري.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن من أصحابنا من قال على الوصي أن يضحى عن الصغير من ماله عند الإمام رحمه الله والأصح أنه ليس عليه ذلك.

وفي القنية للزاهدي: قال الإمام رضي الله عنه يؤدي الوصي فطرة الصبي ويضحى له من ماله إن كان له مال.

وفي الذخيرة إذا كان لليتيم مال ففي ظاهر الرواية أنه لا يجب على الأب أو الوصي أن يضحى عنه من ماله فإن ضحى عنه الأب أو الوصي فعلى قول محمد وزفر على ما رواه الحسن يجب عليهما الضمان، أما على قول الشيخين فلا يضمن الأب بلا خلاف على كل حال، أما الوصي ففي وجوب

(770) هامش أ: محمد وزفر.

الضمان عليه اختلاف المشايخ ، قيل إن كان [185/و] الصبي بحيث يأكل منه فلا ضمان عليه وإلا فعليه الضمان لأن تصرفات الوصي نظرية ولا نظر فيها ، فيما إذا لم يأكل الصبي منه بخلاف الأب لأن عدم نفاذ تصرفه على الصبي فيما إذا كان ضاراً له ولا ضرر هنا، وقيل الوصي كالأب لا يضمن في الصورتين وعليه الفتوى.

وفي مجالس القاضي جعفر الاستروشني: يجب على الصبي الأضحية في ماله يقوم به الأب أو وصيه أو الجد ولا يطعم منه غير الصبي وخادمه واستحسن للأبوين الأكل منه ويجوز أن يشتري بذلك اللحم مطعوم للصبي ولا يشتري به شيء آخر، وإن ضحى الأب عنه من مال نفسه يفعل به ما يفعل بقربان نفسه.

وفي فتاوى الخاصي: أوصى للفقراء فأعطى الوصي للأغنياء وهو لا يعلم غناهم يضمن في قولهم جميعاً لأنه مخالفة للموصي لا إلى خير ومثله في البنية.

وفي جامع العتابي: قال المريض للوصي ضع ثلثي حيث شئت أو في سبيل الله تعالى لم يصرفه إلا إلى الفقراء ولو دفع منه إلى فقير بالتحري فهو كالزكاة يعني يضمن ولو ظهر الفقير غنياً.

وفي الخانية: (771) أوصى بترقة مائة قفيز حنطة بعد وفاته ففرق الوصي عشرة منها في حياته يضمن ما فرق ويفرق ما ضمن بعد الموت بأمر الحاكم حتى لو فرقه بعد الموت بدون أمر الحاكم لا يبرأ عن الضمان لأن ما ضمن فهو في ذمته وما في الذمة فهو ملك الورثة فلا يجوز له أن يصرف ذلك عما أوصى به الموصي فلا يجوز ذلك إلا بأمر الحاكم كذا في الولوالجية.

[186/ظ] وإن كان ثبوت الوصية بإقرار الورثة والمسألة بحالها يفرق ما غرمه من العشرة بأمر الورثة إذ به يخرج عن الضمان وهذا إذا لم يكن في الورثة صغير ، أما لو كان فلا يجوز أمر كبارهم بالتفريق في حصة الصغير ، قال بعض المشايخ يخرج الوصي من الضمان بمجرد التفريق بعد الموت لما أن الفقراء كالوكلاء عن الميت فيكون قبضهم كقبضه فلا يحتاج فيه إلى أمر الحاكم أو الورثة والفتوى على الأول. وفي الفتاوى الظهيرية: ترك ألفاً فجاء أحد يدعي عليه ألفاً فدفعه الوصي إليه قضاء للدين بغير قضاء فكبر اليتيم وأنكر الدين على أبيه يضمن الوصي مادفعه إلى الغريم إن لم يكن للغريم بينة عليه قلت ولم يكن للوصي بينة على ثبوت الدين وحلف الوارث حين حلفه الوصي على عدم علمه بدين المورث فإنه ذكر مولانا نظام الدين في فوائده: أن الوصي إذا أدى ديناً على الميت وأنكر الورثة ثبوته على المورث فللوصي إقامة البينة عليهم إن لم يكن للوصي بينة فله أن يحلفهم ، قال في الظهيرية وكذا لو جاء غريم آخر وأثبت عليه ألفاً لوقوع الأول بلا حجة ولو كان للغريم الأول بينة فلا ضمان على الوصي للمورث أما يضمن الغريم الثاني نصف الألف لأنه حقه وقد دفعه للغريم باختيار من صاحبه.

(771) ب: في فتاوى الخاصي.

وفي الجامع الكبير: وهل يرجع الوصي على الأول بما ضمن إن كان في زعمه أن الثاني مبطل في دعواه وإقامة البينة؟ لا يرجع لأنه مظلوم في زعمه ومن ظلم ليس له أن يظلم وإن كان في زعمه أن الثاني محق في دعواه، وفيما أقام من البينة يرجع على الأول لأنه يصير غاصباً حيث دفع نصيب [187/و] الثاني إلى الأول فيضمن ثم ضمانه لأجل الأول فيرجع عليه بما ضمن لأجله ذكره في وصايا الذخيرة.

وفي المبسوط: أن الغريم الثاني مخير إن شاء ضمن الوصي وإن شاء شارك الأول إن كان المال موجوداً عنده أو يتبعه حتى يضمن حصته مما قبضه إن كان⁽⁷⁷²⁾ هالكاً أما لو كان دفع الوصي للأول بأمر الحاكم فالوارث يرجع على الغريم في الصورة الأولى والثاني على الأول أو يشاركه في الصورة الثانية. وفي الفتاوى العتابية: ثبت على الميت دين وقضاه الوصي ثم ظهر دين آخر فإن قضى الأول بأمر القاضي فالثاني يُضمن القابض حصته وإن دفعه بغير أمر القاضي فالثاني بالخيار.

وفي الولوالجية: اشترى عبداً بألف درهم وقبضه ولم ينقد الثمن وعليه لآخر ألف دين فمات ولا مال له سوى العبد من أجنبي بألف درهم ودفعه إلى البائع بدينه له من الثمن ثم جاء الغريم الآخر فهو مخير إن شاء ضمن الوصي نصف الألف الذي دفعه إلى البائع وإن شاء تبع البائع وشاركه فيما قبض لأن الوصي لما قبض الثمن من الأجنبي فقد تعلق به حق كل من الغريمين فإذا دفع كله إلى البائع فقد دفع نصف حق الغريم الآخر إليه بغير إذنه والحق في إيجاب الضمان بمنزلة الحقيقة فيضمن.

وفي الحافظية: قضى الوصي دين الميت بالشهود لم يضمن لأحد وكذا لو أدى التركة كلها لقضاء دين بعض الغرماء بأمر الحاكم فيشترك الباقيون للقابضين فيما قبضوا بقدر أنصبتهم، أما لو قضى بلا أمر الحاكم فإنه يضمن للباقيين ما يخصهم من التركة.

وفي المبسوط: إن شاء [188/ظ] الباقيون ضمنوا فيه الوصي ذلك وإن شاءوا شاركوا الآخذين بقدر الحصص

وفي الفتاوى العتابية: وليس للوصي أن يقضي الدين حتى يقضى⁽⁷⁷³⁾ عليه به ولو علم بالدين فالحيلة في ذلك أن يبيع عيناً من التركة من رب الدين بمثل دينه فيقاصان ثم يجحد رب الدين الثمن أو يودعه مثل دينه ثم يجحد فيتقاصان أو يقول للقاضي أنا أعلم أن لفلان على الميت دين فللقاضي أن يقول له بعه بدينه إن كنت صادقاً.

وفي الولوالجية والغنية: والحيلة للوصي في دفع الضمان عن نفسه في قضاء الديون أن يبيع ممن أثبت على الميت الدين من عروض التركة بقدر الدين فيقع به المقاصة ولا يضمن الوصي لمن يظهر بعده من الغرماء ومثله في المنية.

(772) د: إن كان.

(773) د: الدين.

وفي الغنية: وصي أراد قضاء الدين من التركة ويخاف أن يظهر غريم ويضمن نصيبه ببيع شيئاً من التركة بدينه إذا كانت عروضاً.

وفي الذخيرة: أنفق الوصي التركة كلها على الأيتام فجاء غريم وأثبت ديناً على الميت يضمن الوصي للغريم ما أثبت إن أنفق بغير أمر القاضي لأن الدين مقدم على الميراث وعلى حق الورثة وإن كان إنفاقه عليهم بأمر القاضي فلا ضمان على الوصي وبالجمله جواب هذه المسألة مثل جواب ما قضى ديناً ثم ظهر دين آخر كما مر آنفاً.

قلت: ثم الوصي هل يرجع على الأيتام إذا تمولوا ينبغي أن يكون على التفصيل السابق والله أعلم. وفي المنتقى: باع الوصي عبداً للميت في دين غرمائه وقبض الثمن فضاع عنده ومات العبد قبل [189/و] التسليم يضمن الوصي الثمن للمشتري ثم يرجع به على الغرماء أمروه بالبيع أو لا، لأنه عامل لهم بخلاف ما لو استحق العبد حيث يرجع المشتري على الوصي ولا يرجع هو عليهم إذا لم يأمره بالبيع لأنه ليس بعامل لهم إذ لا تعلق لهم بما ليس للميت أما إذا أمره بالبيع لهم بأن يقولوا له بع عبده هذا أو بع هذا العبد من التركة فإنه يرجع عليهم لأن تخصيصهم هذا العبد بالبيع إغرار له منهم والمغرور يرجع على الغار⁽⁷⁷⁴⁾ فيرجع عليهم بقدر الدين من الثمن لأنهم في الزائد أجانب فلا يعمل قولهم إلا في قدر الثمن.

وكذا لا يرجع عليهم بشيء فيما إذا قالوا بع عبد فلان الميت واقض ديننا من ثمنه، إذ لا إغرار فيه من جهتهم، ولو لم يكن على الميت دين فباع عبداً له فاستحق قال: إن كانت الورثة كلهم كباراً فهم كالغرماء في كل الأحوال وإن كانوا صغاراً لا يرجعون على الوصي مطلقاً استحساناً، هذا ولو باعه القاضي فاستحق يرجع المشتري في الوجوه على الغرماء إذ لا رجوع على القاضي على ما بين في موضعه فكان كأن الغرماء تولوا البيع بأنفسهم.

وفيه أيضاً: مديون ترك عبداً لا غير فباعه الوصي بلا إذن الحاكم وأخذ الثمن فضاع عنده واستحق العبد قال محمد رحمه الله: يضمن الوصي الثمن للمشتري ولا يرجع الوصي بما ضمن على الغرماء إلا أن يقول له الغريم بع عبد الميت واقض ديني من ثمنه فإنه حينئذ يرجع عليه لإغرائه بقوله بع. قلت: فرق بين هذه وبين التي مضت لما أن العبد متعين هنا بخلافه ثمة فيكون قوله [190/ظ] بع عبد الميت هنا كقوله بع هذا العبد هناك ثم إنما لم يكن له الرجوع هنا بدون قوله بع واقض ديني من ثمنه، لأن الغريم لا تعلق له بما ليس للميت أو لأن أخذ الدين ليس بمتعين فلعله يسامح به الغريم⁽⁷⁷⁵⁾ نيلاً لثواب الآخرة فمع ظهور هذا الاحتمال لا يكون الوصي في بيعه عاملاً له مغروراً من جهته بدون قوله ذلك فلا ينعقد له سبب الرجوع عليه والله سبحانه أعلم.

(774) الغار: الغافل. القاموس المحيط 450/1.

(775) ج-: الغريم.

ثم قال في المنتقى: (776) ولو كان له غريمان حاضر وغائب فباع الوصي العبد بأمر الحاضر يرجع عليهما لكونه عاملاً لهما قال ولو باعه الوصي بأمر الغرماء وطلبوا منه قضاء الدين واستعدوا عليه إلى القاضي ف قضى دينهم من الثمن ثم استحق من يد المشتري ضمن له الوصي ورجع به على الغرماء أما لو باعه بعد الاستعداد عليه بأمر القاضي ودفع إليهم الثمن بأمره فاستحق لم يضمن الوصي بل يرجع المشتري على الغرماء.

وفي [191/و] الذخيرة: أوصى بتصدق ثمن عبد له فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده قبل التصديق واستحق العبد من يد المشتري ضمن الوصي للمشتري الثمن ورجع بما ضمن في جميع التركة في ظاهر الرواية، قال العتابي: وهو قول الإمام آخرًا وفي منهاجنا أن الإمام كان يقول لا يرجع الوصي في التركة بشيء ثم رجع وقال: يرجع في مال اليتيم بالثمن قال وقيل أنه قولهما، قال الكل وعن محمد أنه يرجع في ثلثها ولا يرجع على الصغير فقط.

قال في الذخيرة: فلو هلكت التركة كلها لم يرجع الوصي على أحد من الورثة والفقراء إن استحق بعدما تصدق.

وفي المنتقى أنه يرجع على الفقراء ولا يرجع في مال اليتيم وهذا على خلاف ما في الجامع الصغير وفي العتابية: والوارث كالغريم.

وفي الذخيرة: قسم الوصي التركة فأصاب الصغير منها عبد فباعه الوصي وقبض الثمن وهلك عنده واستحق العبد من المشتري يرجع المشتري على الوصي وهو على الصغير وهو بحصته على سائر الورثة لبطلان القسمة باستحقاق العبد.

وفي السراجية: الوصي إذا باع عبد الصبي ثم استحق رجع المشتري على الوصي بالثمن والوصي في مال الصغير والصغير على الورثة ولو كان البائع أمين القاضي أو رسوله لم يرجع عليه المشتري. وفي العتابية: فضمن الثمن على الغريم وإن لم يأمر الغريم بالبيع قال وعلى رواية الطحاوي وابن سماعه لاشيء على الغريم إن لم يطلب البيع من القاضي إنما ضمان الثمن في التركة.

وفي جامع العتابي: ولو باع الوصي [192/ظ] شيئاً من التركة لدين الغرماء وقبض ثمنه فضاع المبيع والثمن في يده ضمن الثمن للمشتري ويرجع على الغرماء في ظاهر الرواية. ويروى أنه إنما يرجع عليهم إذا قالوا بعه لنا أو باعه بأمر القاضي بطلب الغرماء فلو لم يطلبوا منه البيع يرجع على التركة إجماعاً.

وفيه أيضاً ولو كان الدين ألفاً (777) فأمر القاضي ببيع العبد للغريم فباعه بألفين وضاع الثمن رجع الوصي على الغريم بألف وضمن من مال نفسه ألفاً.

(776) د، ج، +: ثم قال في المنتقى.

(777) ب، ج، -: ألفاً.

وفي الذخيرة: غصب الوصي عبد رجل واستعمله في حاجة اليتيم فهلك في يده يضمن الوصي قيمته للمغصوب منه ثم هل يرجع الوصي بما ضمن في مال اليتيم؟ لا رواية فيه عن أصحابنا.

وقال المشايخ ينبغي أن لا يرجع ذكره في أحكام الصغار والخلاصة.

وفي العتابة: قال الوصي اشتريت لك العبد الذي في يد فلان ونقدت الثمن من مالك وفلان جاحد صدق الوصي على الصغير حتى لا يضمن مادفع من الثمن بإقراره.

وفي الولوالجية: مريض اعتقل لسانه وماله في يد وصي له أفنق عليه الوصي من ذلك المال فالوصي ضامن لما أفنق إلا أن يكون إنفاقه عليه بأمر القاضي فحينئذ لا يضمن إلا لو كان وكيلاً له في النفقة في حال صحته فأفنق عليه بعد مرضه فإنه لا يضمن، وفي البنية: مريض اعتقل لسانه فيما أفنق وصيه يضمن وما أفنق وكيله في صحته لا.

وفي المحيط عن النوازل: سئل أبو القاسم عن مريض أوصى أمه أن تكفنه بمقدار ستين درهماً فكفنته بثياب تساوي ثلاث مائة درهم قال إن لم تفعل ذلك [193/و] بإذن جميع الورثة وهم كبار وضمنت جملة الثياب إن كان الكل رقيقاً وإن كان البعض رقيقاً والبعض كفن مثله فما كان منه كفن مثله لا تضمنه وتضمن ما وراء ذلك.

وفي المنية والولوالجية عن السراجية: زاد الوصي في عدد الكفن يضمن الزيادة ولو زاد في قيمته يضمن الكل لأنه مشتر لنفسه لعدم كونه خيراً لليتيم والميت، وفي البنية: ويضمن ما زاد في عدد الكفن والكل إن زاد في القيمة.

وفي الخانية والخاصي: أوصى بأن يحمل جسده إلى موضع كذا ويدفن هناك فحمله الوصي وأنفق فيه شيئاً من التركة فإن حمله بإذن الورثة وكلهم كبار أو بإذن الغرماء والتركة مستغرقة لم يضمن وإلا يضمن ما أنفق لأن هذه وصية باطلة لأنها ليست بقربة ولا فيها فائدة فلا تعتبر ومثله في المحيط والولوالجية قلت ومثلها كل وصية لا يجب تنفيذها في الشرع.

وفي الظهيرية والخاصي والخانية: أوصى باتخاذ الطعام للمأتم⁽⁷⁷⁸⁾ وإطعامه للحاضرين للتغذية قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى تجوز الوصية من الثلث ويحل أكله لكل من يطول مقامه عندهم وكذا لكل من يجيء من مكان بعيد غنياً كان أو فقيراً ولا يحل للذين لا يطول مقامه عندهم ولا للذين تقصر مسافتهم ومثله في الولوالجية.

ثم قال أبو جعفر: وحد الطول والقصر عدم البيوتة في بيته والبيتوتة فيه قال فإن فضل شيء من الطعام إن قل لا يضمن الوصي لتعذر التحرز عن القليل أو تعسره [194/ظ] وإن كثر ضمن لإمكان الاحتراز عنه.

(778) المأتم: بفتح الميم الاولى ج مأتم، مجتمع الناس في حزن أو فرح. معجم لغة الفقهاء ص 395.

وفي البنية: وفي الوصية بالطعام إن فضل كثيراً ضمن الوصي وقليلاً لا يعني لا يضمن، وفي الخاصي وعن أبي بكر الاسكافي: أن الوصية باتخاذ الطعام بعد الموت ثلاثة أيام باطلة وفي الخلاصة وهو الأصح.

قال الخاصي قال أستاذنا أن عين الذين يطعمون الطعام يجب تنفيذ الوصية قلت فلو لم يعينهم الموصي واتخذ الوصي يضمن لبطلان الوصية.

وفي الولوالجية: أنه ذكر في بعض المواضع أن هذه الوصية باطلة وذكر في بعضها أنها صحيحة. وفي الغنية عن السراجية وتعرف في زماننا الوصية للإطعام بعد الموت فيحل للغني والفقير لأنه مقصود الموصي تبعاً للعرف لأن العرف معتبر في الشرع إلا أن يعين المصرف فيتعين.

قال ولو أوصى بأن يتخذ طعام بعد وفاته ويطعم الذين يحضرون التعزية جازت من الثلث لعرف الزمان ولا تختص هذه الوصية بصنف من الأصناف كالعلماء والفقراء بل يعم الجميع.

قال: ولو أوصى باتخاذ الطعام لمن يحضر على موته يتخذ لكل من حضر من الرجال والنسوان والصبيان وقيل للحيوان أيضاً كالكلاب وهذا ليس بصحيح قلت: والمدار فيه على ما سبق بالعرف والعادة لأن العادة قاضية والمعروف عرفاً كالمنصوص نصاً فعدم دخول الحيوان لعدم شمول من يحضر لخصوصه بالعقلاء وانتفاء العرف حتى لو وجد العرف في الكلاب للزم إطعامها في المسألة الأولى دل على ما قلنا ما في [195/و] البنية من قوله وفي بعض البلاد يطعم من يجيء من مكان بعيد والأغنياء والفقراء فيه سواء كذا كل من حضر في عرفنا حيث جعل المدار العرف والله سبحانه أعلم.

وفي مختارات النوازل لصاحب الهداية: ولو أوصى بأن يتخذ طعاماً بعد وفاته ويطعم الناس يجوز⁽⁷⁷⁹⁾ فالفقير والغني في ذلك سواء.

وفيه عن فتاوى الفضلي: مات عن ابن صغير وبنت كبيرة هي الوصي⁽⁷⁸⁰⁾ فتصدقت ببعض التركة وجعلت بعضها للابن فرأت في منامها أن والدها يوبخها ويقول لها لم فعلت كذا قال: فإن لم يكن الوالد أمرها بالصدقة يعني الوصي فما تصدقت به فهو من مال مشترك بينها وبين الابن فعليها ضمان حصة الصغير لإتلافها عليه قال ولعل رؤيتها الأب موبخاً لها لهذا المعنى فإنه قد ورد في بعض الأخبار أن أعمال الأحياء تعرض على الأموات فما وجدوه خيراً سراً به وما وجدوه شراً اغتموا له.

وفي المنتقى: رجل أتى إلى رجل بمال وقال إن هذا لفلان مات وقد جعلك وصياً في ماله فخذ⁽⁷⁸¹⁾ فقال له الوصي اعمل مضاربة فضاع المال في يده فأنكر كبار الورثة وصاية الوصي إن أقام الوصي بينة على الوصاية يضمن حصة الكبار عند الصاحبين ولا يضمن شيئاً عند الإمام رحمه الله تعالى ويضمن العامل ومثله في جامع العتابي.

(779) ج:- يجوز.

(780) د: الوصية.

(781) ج: + فخذ.

ثم قال في المنتقى: لو لم يقر الوصي بينة عليها لا يضمن إجماعاً وذلك لأن الأمر بالمضاربة لا يعمل إلا بعد ثبوت الوصاية ولم تثبت ثم المال لم يصل إليه لأنه الواضع فيه فلا يضمنه [196/ظ] إلا العامل. وفي العمادية: للميت وديعة عند رجل فأمر الوصي المودع بأن يقرضها أو يسلفها أو يهبها ففعل المودع لم يكن على الوصي الضمان قال العتابي إنما الضمان على المودع، ولو كانت للميت وديعة أو كان له غصب عند إنسان فقبضه الوارث يضمن الغرماء أما لا يضمن الوصي إذا قبض وفي الذخيرة: قبض الوصي المال من منزل الميت ليرده على الورثة فهلك عنده لم يضمن الوصي ما هلك⁽⁷⁸²⁾ لما أن له من ولاية قبض⁽⁷⁸³⁾ التركة للرد على الورثة وكذا لو كان على الميت ديون تستغرق التركة فقبضها لقضاء الديون.

وفي الزيادات: مال حائط الصبي فأشهد على أبيه أو وصيه فلم ينقضه مع القدرة فسقط وأتلف شيئاً فضمن المتلف على الصبي دون الأب والوصي وإن أفرطاً في النقص فإن بلغ الصبي بعد التقدم قبل السقوط ومات الأب أو الوصي قبله فلا ضمان فيه على أحد لأن الموت وبلوغ الصبي يبطل حكم الإشهاد السابق فإن تقدم على الصبي بعد بلوغه ثانياً فسقط وأتلف إنساناً فديته على عاقلة الصبي يؤدونها في ثلاث سنين.

وروى بشر عن أبي يوسف: في وصي أخرج جناحاً من دار اليتيم فأتلف إنساناً أنه قال يضمن الوصي الدية لقيام فعله مقام فعل الصبي فيكون الصبي جانياً بذلك الفعل.

وفي المحيط: وصي ضرب اليتيم للتأديب فمات من ضربه إن ضربه فوق ما يضرب للتأديب أو ضرب عضواً لا يُضرب في التأديب فعليه الدية والكفارة إجماعاً [197/و] ويُحرم عن الميراث أيضاً إن كان وارثاً للصبي، وإن ضربه حيث يُضرب مثل ما يُضرب في التأديب فكذلك عند الإمام رحمه الله وعندهما لاشيء عليه، وفي النوادر عن أبي يوسف رحمه الله عليه الكفارة فقط ويُحرم عن الميراث ومثله الأب. وذكر شمس الأئمة في شرح الأصل: أن أبا حنيفة رحمه الله رجع إلى قولهما وهو الصحيح هذا فيما إذا ضربه للتأديب أما لو ضربه لتعليم القرآن وعمل غيره لا يضمن وإن كان الضرب شديداً⁽⁷⁸⁴⁾ معتاداً في

محل معتاد وهذا بالإجماع كما إذا ضربه المعلم للتعليم فمات منه كذا في بعض النسخ وفي المنتقى عن الشيخين في وجوب الكفارة على المعلم، وإن ضربه المعلم حيث لا يضرب أو فوق ما يضرب للتعليم فالمعلم ضامن.

وفي كتاب الأحكام للاستروشنى: أن الأب يضمن عند الإمام وفي بعض النسخ أن ضمانه فيما إذا كان للتأديب أما لو ضربه للتعليم لم يضمن ثم قال والحاصل أن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا ضرب الأب ابنه بنفسه حيث ما يُضرب مثل ما يُضرب للتأديب، يضمن ولو أمر المعلم فضربه كذلك لم يضمن.

(782) ب-: هلك.

(783) ب، ج+ : قبض.

(784) ج- : شديداً.

والفرق له بين الأب والمعلم أن المعلم معين في الضرب والأب ليس بمعين بل مستوف لحقه لأن منفعة ضرب الصغير راجعة إلى الصغير وصلاح الصغير يعود إلى الأب بحكم البعضية واستيفاء الإنسان حقه مقيد بشرط السلامة.

وأما عدم ضمانه بالأمر للمعلم فلأنه في ضربه لنفسه مباشر والمباشر يجوز تضمينه وإن لم يكن متعدياً كما في ضرب⁽⁷⁸⁵⁾ الزوج [198/ظ] الزوجة للنشوز، أما في أمره فتسبب والمتسبب لا يضمن بدون التعدي ولا تعدي في الأمر للمعلم بالضرب لأن للأب ولاية ضرب صغيره على النسخة الأولى، وأما على النسخة الثانية فلا حاجة إلى الفرق إذا كان الضرب للتعليم.

قال وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح الإجازات في ضرب الأب والزوج روايتين عن محمد رحمه الله في رواية أنهما يضمنان وفي رواية لا، أما الوالدة فلا شك أنها تضمن عند أبي حنيفة أما عندهما ففي ضمانها اختلاف المشايخ قيل تضمن وقيل لا.

قلت: وما ذكرنا أولاً من المحيط أصح فإن محمداً رحمه الله قال والاتفاق في مسألة ضرب المعلم بالإذن من أبي حنيفة رحمه الله ترك لقوله، قال شمس الأئمة السرخسي ومن هذا حذوه إن هذا استدلال من محمد على رجوع الإمام رحمه الله وذلك لأن إذن الأب لما أثر في سقوط فعل المعلم فأولى أن يؤثر فعله في حق نفسه وقد يحمل قوله ترك لقوله على المناقضة منه على الإمام بأن يقال إذا قال بتأثير إذنه في إسقاط الضمان عن المعلم فكيف يقول بإيجاب الضمان على نفسه وحاله أقوى من حال المعلم لأنه مستفيد من الأب.

وإلى هذا ذهب بعض المشايخ وأجاب عنه الناطفي بأن كون حال المستفيد أولى من حال من يستفيد منه ليس ببديع ألا يرى أن الأب لا يملك بيع عقار ابنه الكبير والمريض مرض الموت لا يملك البيع بالمحابة اليسيرة ووصيهما يملكهما مع أن الوصي مستفيد منهما فكذا المعلم والله سبحانه أعلم.

[199/و] اعلم وفي الملتقط: أنه روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن كلاً من الأب والوصي إذا ضرب الصبي فمات من الضرب لا يضمن ولا يُحرم من الميراث ثم ذكر كيفية ضرب الصبي فقال يُضرب باليد لا بالخشب ولا يُجاوز عن الثلاث لما روي من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لمرداس المعلم (إياك أن تضرب فوق الثلاث فإنك إن ضربت فوق الثلاث اقتص الله منك).⁽⁷⁸⁶⁾

(785) د-: ضرب.

(786) لم أعثر هلى هذا الحديث في عامة الكتب، أما مرداس: فهو مرداس بن مالك الأسلمي له صُحْبَةٌ، وكان من أصحاب الشجرة، رَوَى عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، انظر تهذيب الكمال 370/27.

وفي المحيط أن الفساد⁽⁷⁸⁷⁾ أو الحجام⁽⁷⁸⁸⁾ أو الختان⁽⁷⁸⁹⁾ إذا فصد الصبي أو حجم أو ختن بإذن الوصي أو الولي فسرى إلى النفس لا يضمن الوصي ولا هؤلاء بلا خلاف فيه. وذكر في المحيط والذخيرة: أن الوصي لا يملك استيفاء قصاص وجب للصغير أو المعتوه في النفس بخلاف الأب أما فيما دون النفس فكذا في بعض الروايات أما في عامة الروايات فإن الوصي له ولاية استيفائه قال وإن أراد الوصي أن يصالح عن قصاص وجب للصبي فإن كان في النفس فعلى رواية صلح الأصل لا يجوز له ذلك وعلى رواية الديات منه يجوز له ذلك وإن كان فيما دون النفس فعلى رواية تملكه الاستيفاء يجوز له الصلح عن ذلك وعلى رواية العدم وهو القياس يجب أن يكون فيه روايتان.

وأما إن أراد الوصي العفو عنه فليس له ذلك مطلقاً وكذا لو صالح عن القصاص وحط شيئاً من [200/ظ] الدية فإنه لا يجوز قليلاً كان المحطوط أو كثيراً.

وفي الأصل: ولو قتل رجلاً خطأ وله ورثة صغار وكبار فأراد الكبير استيفاء موجب القتل يعني الدية فإن كان الكبير⁽⁷⁹⁰⁾ أباً أو وصياً فإنه يستوفي جميع الدية حصة نفسه بحكم الملك وحصة الصغير بحكم الولاية، وإن كان عمّاً أو أخاً ولم يكن وصياً فله أن يستوفي حصة نفسه لا حصة الصغير، ولو قتل عمداً إن كان الكبير أباً يكون له استيفاء القصاص إجماعاً وإن كان أخاً أو عمّاً فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى له الاستيفاء أيضاً وعندهما ليس له ذلك، ولو كان الكبير شريكاً أجنبياً بأن كان القاتل عبداً مشتركاً بين أجنيين أحدهما صغير لم يكن للكبير الاستيفاء إجماعاً.

وفي المنتقى: للوصي إمساك العبد الجاني لليتيم والإفداء بالأرض من مال اليتيم إلا أن يكون بينه وبين قيمته تفاوت، ثم إن الوصي لو اختار الفداء وأشهد عليه لا يكون له الرجوع إلى الدفع فإن لم يكن لليتيم مال سوى العبد يبيع الوصي العبد ويؤدي من ثمنه الأرض وإن مات العبد قبل البيع يكون الأرض ديناً على اليتيم يؤديه إذا تمول.

وفي جامع العتابي: أوصى بأن يعتق عبداً له فجنى العبد بعد الموت فللوصي أن يدفع العبد بالجناية. وفي اللولاجية: فلو أعتقه الوصي فإن كان عالماً بالجناية يضمن الأرض بالغاً ما بلغ لأن للوصي الدفع والفداء بإعتاقه اختيار للفداء لعدم إمكان الدفع بعد العتق، وإن لم يكن عالماً بالجناية يضمن قيمة العبد لأنه بإعتاقه أخرجه عن حيز الدفع بعد العتق، وإن لم يكن عالماً بالجناية يضمن قيمة العبد لأنه بإعتاقه أخرجه عن حيز الدفع⁽⁷⁹¹⁾ فيكون مستهلكاً للعبد حكماً فيضمن قيمة ما استهلكه، ثم الوصي [201/و]

(787) الفصد: بفتح الفاء مص فصد، شق الوريد وإخراج شئ من دمه بقصد التداوي . معجم لغة الفقهاء ص(346)

(788) الحجام: من حجم يحجم فهو حاجم، والحجام من احتراف الحجامه مص الدم من الجرح أو القيح من القرحة بالفم أو بألة كالكاأس. لغة الفقهاء ص 175.

(789) الختان: بكسر الخاء مص ختن يخنن ختنا، والاسم: الختان والختانة فهو خاتن، موضع القطع من الذكر والانثى. في حق الرجل: قطع جلدة القلفة، وفي حق المرأة، قطع بعض جلدة عالية مشرفة على الفرج. لغة الفقهاء ص 193.

(790) ب، ج: + الكبير.

(791) ب، ج: - بعد العتق، وإن لم يكن عالماً بالجناية يضمن قيمة العبد لأنه بإعتاقه أخرجه عن حيز الدفع.

لا يرجع بما ضمن على الورثة لكونه مخالفاً للموصي في فعله ذلك لأن الميت إنما أوصى بعق عبد غير جان وهذا عبد قد جنى فيكون ضمانه لقصوره فلا يرجع بما ضمن على الورثة.

وفي المحيط: أوصى بعق قنه فجنى القن بعد الموت إن دفعه الورثة بالجناية بطلت الوصية وإن اختاروا الفداء بالدية تكون الدية في أموالهم وأمضوا الوصية.

ولو أوصى بشراء نسمة عينها و اعتاقه عنه فشرها له الوصي فجنّت قبل أن يعتقها الوصي فالحكم فيه بما ذكرناه، ثم إذا أمضوا الوصية فهم متطوعون فيما أدوه من الدية فرق بين هذه وبين القن الموصي بخدمته إذا جنى ففدوه فإنهم لا يكونوا متطوعين فيما أعطوه بل يكون لهم الرجوع على الموصي له بالخدمة إن أراد استيفاء الخدمة وهنا قال يكونوا متطوعين وإذا صاروا متطوعين في صورة الإيصاء بالشراء يكون على الورثة والوصي إعتاقه عن الميت.

وفي الخانية: بلغ الصبي وطلب من وصيه دفع المال إليه قالوا إنما يدفع إليه المال إذا ظهر رشده في المال أما إذا بلغ سفيهاً غير رشيد فلا يدفعه إليه في قولهم ما لم يبلغ خمساً وعشرين سنة إجماعاً، أما إذا بلغ ذلك المبلغ فعند الإمام رحمه الله تعالى يدفع إليه ماله وقالوا لا يدفع إليه ما دام سفيهاً.

وفي دعوى المنتقى: [202/ظ] إذا دفع الوصي إلى الصبي ماله حين أدرك وهو ممن يحجر عليه لفساده كان دفعه جائزاً وبيراً هو من الضمان ومثله في الخلاصة عن الأقضية، وفي جامع العتابي: بلغ الصبي فاسداً فدفع إليه الوصي ماله جاز.

وفي العدة والخلاصة عن الأقضية أيضاً: الوصي⁽⁷⁹²⁾ إذا دفع المال إلى الصبي لا يضمن وفي ظاهر الرواية يضمن.

وفي البنية: لا يدفع إليه ماله حتى يؤنس منه الرشد فإن دفع إليه قبل أن يؤنس منه الرشد ضمن وفي آخر حجر الخانية والحافظية أيضاً: أدرك الصبي مفسداً مضيعاً للمال وهو في حجر الوصي والوصي عالم بالحال فسلم إليه ماله فأتلفه يضمن الوصي ما سلم إليه لأنه مضيع بالتسليم إلى المضيع، أما لو كان الصبي مُصلحاً فسلم إليه المال قبل الإدراك وأذن له في التجارة فضاع في يده لا يضمن ومثل الأول في الولوالجية قال لأنه دفعه إلى من ليس له أن يدفع إليه.

وفي الخانية:⁽⁷⁹³⁾ لا يدفع الوصي مال اليتيم ما لم يظهر منه آثار الرشد وفي الولوالجية لا يجوز دفع المال إلى اليتيم ما لم يؤنس منه رشده لقوله تعالى [فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ]⁽⁷⁹⁴⁾ فقد أمرنا الله تعالى بالدفع عند إيناس الرشد فلا يدفع قبله.

(792) ج: الوصي.

(793) ب، ج: الخلاصة.

(794) النساء الآية 6.

وفي الباب حكاية نصير⁽⁷⁹⁵⁾ ذكرها في الخلاصة وغيرها وهي: أنه قال جاء إلى شداد رجل ومعه صبي فقال أنا وصي هذا الصبي وقد أدرك أفلا أرد إليه ماله ؟ قال شداد: لا حتى يؤنس منه الرشد [203/و] فذهب ثم عاد إليه وقال أردت أن أتخذ له قيمصاً فأبى وقال أن هذه الأيام أيام العيد والخياط يطلب لذلك أجراً كثيراً فقال شداد رحمه الله ادفع إليه ماله فإنه قد صلح.

الفصل الثامن والعشرون

تنفيذ الوصية

في الولوالجية: أوصى بما عليه من حقوقه تعالى أن وفي الثلث بالكل فالأمر بين وإن لم يف الثلث فإن كان الكل تطوعاً يبدأ الوصي في تنفيذها بما نطق به الموصي أولاً ثم فثم لأن الكل في الدرجة سواء فيترجح بذكر الموصي وتنصيبه عبرة بكلامه.

وكذلك لو كان الكل فريضة أو واجبات، أما لو كان بعضها واجباً وبعضها تطوعاً يبدأ بالواجب وإن أخره الموصي لأنه أهم، ولو كان بعضها فريضة وبعضها واجباً يبدأ بالفريضة لأنها أهم من الواجب. قال ولو أوصى مع ذلك بوصية لإنسان بعينه حاصوا ذلك في الثلث فيعطى له بقدر ما يصيبه من الثلث ثم يجمع بين هذه الوصايا ويفعل بها ما ذكرناه من الترتيب ثم قال والمعتبر في تنفيذ الوصية من الثلث القيمة وقت القسمة لا وقت الموت ومثل هذه الأخيرة في الغنية والخلاصة وتفصيله في المطولات. وفي المنهاج: أوصى بوصايا لقوم بأعيانهم وبوصايا من حقوق الله تعالى مثل الحج والزكاة والكفارات وأنواع الخيرات والثلث لا يفي بذلك بُدئ بما أوصى لقوم بأعيانهم ثم بالواجبات ثم بما ليس بواجب فيقدم فيه ما قدمه الموصي.

وفي القنية للزاهدي: [204/ظ] أوصى بثلثه إلى مصارف معينة ووارثه غائب لم يكن للوصي إخراج الثلث إلى مصارفه إلا من المكيل والموزون قلت وذلك لما أن للوارث حقاً في صورة العين فلعله يستخلص ما يستخرجه الوصي لنفسه فلا يكون للوصي أن يتصرف فيه إلا في المثليات منه والله سبحانه أعلم. وفي النوازل: أوصى بوصايا لقوم فنسي الوصي مقدار ما لكل منهم من الوصية يستأذنها الوصي في أن يعطيهم كيف ما شاء فإذا أذنوا يعطيهم كيف شاء لأن في هذا صرف الحق عن المستحق فإن رضي به جاز وإلا لا كذا في الولوالجية.

(795) ب-: نصير.

وفي الخلاصة⁽⁷⁹⁶⁾ عن النوازل: أوصى بثلث ماله للوصي أن يجعل ما على الغاصب صدقة عليه وفي المحيط والخاصي والخانية: أوصى بتصدق ثلثه فأخذ الوصي فغصب رجل منه شيئاً أو غصب كله واستهلكه وهو معسر فأراد الوصي أن يجعل المستهلك صدقة من الميت على الغاصب قال أبو القاسم الصفار للوصي ذلك لأن فيه قصر المسافة ومثله في الولوالجية والمحيط والبنية كذا في الفتاوى الظهيرية ثم قال في الظهيرية وكذا للوصي أن يجعل ما على الغائب المقر من الدين صدقة عليه ويعتبره من الثلث.

في القنية⁽⁷⁹⁷⁾ وفي النوازل عن ابن مقاتل فيمن أوصى لصبي بألف درهم فقال أعطوه إياها إذا أدرك قال بعد موت أبيه قال تجب له الوصية بعد موت الموصي وللوصي أن لا يدفع إلى الصبي إلى إدراكه أو موت أبيه،⁽⁷⁹⁸⁾ فإن رفع إلى قاض فإن رأى أب الصغير موضعاً للألف [205/و] أمر الوصي بدفعها إليه.

ثم قال في القنية وقال بعضهم لا يجوز ذلك في الدين فإنه لو أوصى بثلثه إلى الصلوات والصيامات وثلثه ديون على المعسرين فأراد الوصي أن يجعل ما عليهم لم يجز بل لابد فيه من القبض منهم ثم التصديق عليهم قال: والفرق أن قبض الغصب حصل بعد الموت فينوب عن قبض الصدقة بخلاف قبض الدين، ثم قال وقال أستاذنا: وهذا القول أحب إلي حتى توجد الرواية يعني رواية الجواز في الدين أيضاً. وفي المحيط والظهيرية والخلاصة: أوصى بأن يكفنه من ثمن هذا العين قال أبو القاسم للوصي أن يكفنه من ثمن عين أخرى ولا يبيع تلك العين وتلك العين تكون للورثة، وإن وجد لما أوصى ببيعه مشترياً ولا يضمن الوصي.

وفي القنية للزاهدي: أنه ليس للوصي أن يعطي من كفارة الصلوات شيئاً لابن الموصي ولا⁽⁷⁹⁹⁾ لابن نفسه الفقير، قال وقيل يجوز صرفها إلى المحتاجين من الورثة ومثله عن الإمام محمد بن الفضل رحمه الله تعالى وفيها أنه لو أوصى بأن يعطي من كفارة صلواته لولد ولده وهو غير وارث يعطي له كما أمر ولا يجزيه عن تلك الكفارة كمن قال في حياته لآخر اعتق عني مدبري فلاناً عن كفارة يميني فأعتق فإنه يعتق ولا يجوز عن كفارة يمينه كذا في الخانية.⁽⁸⁰⁰⁾

قال الزاهدي: فعلى هذا ينبغي أن يكون الجواز محمولاً على ما إذا كانت الورثة غير الوالدين والمولودين ، وهذا بخلاف ما إذا كانت الوصية مطلقة [206/ظ] للمساكين حيث يجوز صرفها للورثة مطلقاً، فإنه ذكر هشام عن محمد رحمه الله فيمن أوصى بثلثه للمساكين فاحتاج ورثته وهم كبار حضور قال إن أجمعوا على أن يجعلوه لأنفسهم فلهم ذلك وكذا إذا احتاج بعضهم وأجمعوا على جعله له أما إن كان في

(796) د-: الخلاصة.

(797) ب، ج-: القنية.

(798) ب-: قال تجب له الوصية بعد موت الموصي وللوصي أن لا يدفع إلى الصبي إلى إدراكه أو موت أبيه.

(799) د، ج+ : ولا.

(800) ب، ج-: كمن قال في حياته لآخر اعتق عني مدبري فلاناً عن كفارة يميني فأعتق فإنه يعتق ولا يجوز عن كفارة يمينه كذا في الخانية

الورثة صغير أو غائب أو لم يرض بعض الحاضرين بذلك لم يجز للوصي صرفه للمحتاجين من الورثة قلت وسيأتي جنس هذه في هذا الفصل.

وذكر صاحب المحيط: لو أوصى بكفارة صلواته لمعين فللوصي صرفها إلى آخر وكذا لو أوصى بالحج لمعين وكذا لو أوصى بالحج في سنة معينة فإن للوصي أن يحج عنه في سنة غيرها ومثل هذا عن العلاء التاجري⁽⁸⁰¹⁾ وقال الصدر الشهيد حسام الدين والشرف المكي أنه ليس للوصي أو القاضي صرفه إلى غير من عينه الموصي قال الزاهدي وهو الصحيح قال ولا يفتى إلا بعدم الجواز لفساد الزمان وطمع القضاة وغيرهم فيها.

وفي فتاوى أهل العراق: أوصت إلى زوجها بتكفيها من بعض المهر الذي لها عليه للزوج أن يكفنها بأي مال شاء ولا يلتفت إلى وصيتها تلك لأنها باطلة ومثله في الولوالجية والخلاصة⁽⁸⁰²⁾ قال في الولوالجية: لأن قدر الكفن على ملك الميت فلا يفيد التعيين.

وفي الخاصي: أوصى بأن يتصدق عنه كذا كذا وقرا من الحنطة وعين لثمن تلك الحنطة نوعاً من أمواله كثمن داره فجعل الوصي غير ذلك المال قال جاز له ذلك إلا أن [207/و] يكون فيما عينه دليلاً على التعيين كأن يكون ما عينه معروفاً بالطيب وسائر بالخبيث فيخص الطيب بالوصية فلا يشتري من المال الخبيث.

وفي المنتقى: أوصى بتصدق ألف درهم ليس للوصي أن يتصدق دنانير تساوي الألف في القيمة وليس هذا كنذر الحي حيث يكون له التبديل وفيه قال تصدقوا بهذا الألف فعن محمد رحمه الله أن للوصي أن يتصدق بألف آخر من مال الميت ويبقى المعينة للورثة.

وفي العمادية كذلك لو غصب الوصي من رجل ألفاً فتصدق بها للفقراء ثم دفع المعينة إلى المغصوب منه جاز.

قال في المنتقى: فلو هلك الألف المعين للوصية تبطل الوصية⁽⁸⁰³⁾ وقيل يضمن الورثة مثله إن كان في الثلث وفاء ومثله في الظهيرية قال وكل منهما رواية عن محمد رحمه الله وقال في الخانية والمختار القول بضمن الورثة.

وفي المحيط عن الخاصي: أوصى بتصدق ألف من ماله لم يجز للوصي أن يتصدق بألف من مال نفسه.

وفي المحيط أوصى بالتصدق عنه بألف درهم فتصدق الوصي عنه بحنطة قيمتها ألف أو على العكس ففي الأول لا يجوز ذلك وفي العكس يجوز إن كانت الحنطة موجودة فأعطى قيمتها دراهم وقيل يجوز الكل إذا عدل وهو اختيار الفقيه أبي الليث وبه يفتى.

(801) لم أجد عنه إلا هذا: التاجري نسبه غلاء الدين المذكور في الفنية. الجواهر المضنية 292/2.

(802) د:- الخلاصة.

(803) ج+: الوصية.

قال في الولوالجية: لو كانت الوصية بالدرهم فأعطى بدلها الحنطة اختلفوا فيه والصحيح أنه لا يجوز وبه أخذ الفقيه أبو الليث ذكره في النوازل لأنه يفيد تنصيبه أما لو كانت المسألة على العكس فإنه يجوز لأن إعطاء [208/ظ] الدراهم إعطاء للحنطة معنى فيجوز ثم قال وهذا الفرق لا يتضح إذ لا فرق بين الفصلين من حيث التنصيب، وفي السراجية إذا أوصى بالدرهم فأعطى الوصي الحنطة جاز .

وفي البنية: أوصى بأن يتصدق بحنطة فأعطى يعني الوصي قيمتها درهم أو بعكسه جاز، وفي الخانية أن جواز الكل قول ابن مقاتل وأن الفقيه قال معنى قوله بالتصدق بألف درهم أنه أوصى بالتصدق عنه بألف درهم حنطة فسقط عن السؤال لفظه حنطة قال فليل له يعني لابن مقاتل فإن كانت الحنطة موجودة فأعطى الوصي قيمة الحنطة درهم قال أرجو أن يجوز .

وفي المنتقى والمحيط: (804) أوصى بالتصدق بهذا الثوب ليس للوصي أن يمسكه للورثة ويتصدق بقيمته أما له أن يبيعه ويتصدق بثمنه استحساناً وكذا لو قال تصدقوا بهذا العبد أو بهذه الدار فإنه ليس للوصي إبقاء العين للورثة والتصدق بالقيمة وله بيعه والتصدق بثمنه استحساناً .

وذكر في الخاصي والخانية والمحيط : أنه ليس للوصي في مسألة الثوب عند محمد بن سلمة إلا التصديق بالعين وكذلك الحنطة، (805) أما لو نذر وقال لله علي أن أتصدق بهذا الثوب فله أن يتصدق بقيمته وقال خلف بن أيوب إن شاء تصدق بعينه وإن شاء بثمنه وإن شاء أمسكه للورثة وتصدق بقيمته قالاً ويقول خلف أخذ الفقيه أبو الليث وقال هو الصحيح .

فإنه ذكر في الزيادات فيمن أوصى أن يباع هذا العبد ويُتصدق بثمنه على المساكين جاز لهم التصديق بعين (806) العبد [209/و] فثبت أن التصديق بالعين (807) والثمن على السواء. (808)

بخلاف ما لو أوصى بهذا الثوب أو بهذه البقرة لفلان المعين حيث لا يكون للوصي إمساك الموصى به وإعطاء القيمة، وذلك لأن الوصية للمعين تمليك له بالموصى به ولذا يحتاج في لزومها إلى قبوله فلا يكون للوصي تبديل ملكه بلا رضاه أما الوصية للفقراء فالمقصود منها القرية والقرية بدفع القيمة أبلغ منها بدفع العين ولهذا المعنى لا يحتاج في لزومها إلى القبول منهم .

وفي الولوالجية مثل ما في الخانية والخاصي وصرح به في الولوالجية بكون مسألة العبد مثل هذه قلت مسألة الدار أيضاً كذلك والله سبحانه أعلم .

(804) ب، ج، +: المحيط.

(805) د، ج: اللقطة.

(806) أ: الثمن.

(807) ب، +: بالعين.

(808) ج-: فإنه ذكر في الزيادات فيمن أوصى أن يباع هذا العبد ويُتصدق بثمنه على المساكين جاز لهم التصديق بعين العبد، فثبت أن التصديق بالعين والثمن على السواء.

وفي المحيط عن خلف والخالصة: ولو قال تصدقوا بهذا الثوب إن شاءوا تصدقوا به وإن شأوا باعوه وأعطوا ثمنه وإن شاءوا أعطوا قيمته وأمسكوا الثوب.

وفي الجامع العتابي ولو قال المريض بيعوا هذا الثوب واشتروا بثمنه نسمة يعني رقبة وأعتقوها فاشترى الوصي بثمنه عبداً وأعتقه ثم استحق الثوب فإن الشراء والعنق عن الوصي وضمان الثمن على الورثة لأنه ظهر أن الوصي اشتراه بمال الغير لا بمال المريض ولو قال المريض اشتروا بألف درهم نسمة فاشترى الوصي وأعتق ثم ظهر حراً ضمن الوصي أما لو استحققت النسمة فالوصي يرجع في التركة. وفي السراجية: إذا أوصى بهذه البقرة يعني لمعين لم يكن للوصي أو الورثة أن يتصدقوا بقيمتها بخلاف ما إذا قال هي للمساكين فله أن يتصدق بقيمتها.

[210/ظ] قال الإمام أبو الليث وفي الجواهر أوصى بثلثه لمعين لم يكن للوصي التصرف في الثلث بخلاف ما لو أوصى به للفقراء حيث يكون له أن يتصرف فيه بيعاً وأداءً للقيمة ثم ذكر في الفرق ما ذكرناه آنفاً.

وفي المنتقى والحافظية: قال تصدقوا بثلث مالي وله دور وعقارات وأراض للوصي ببيعها والتصدق بثلث ثمنها قال أبو نصر رحمه الله وبه نأخذ بخلاف ما لو أوصى بالتصدق بهذه البقرة حيث لا يكون للوصي التصديق بالثمن ثم عللها بما ذكرناه من الفرق قلت وهذه بناءً على مذهبه كما مر.

وفي المحيط والخاصي: أوصى بالتصدق بثمن دابته على الفقراء وعليه ديون قال نصير للوصي أن يدفع الثمن إلى الغرماء دون الفقراء ولا ضمان على الوصي بما فعله لأنه مخالفة للموصي إلى خير مما أوصاه لأن الواجب البداءة بالدين ثم إن خرج ثمن الدابة من ثلث الباقي بعد الدين يتصدق بقدره وإلا فيقدر ما يخرج منه من الثمن.

وفي الخانية: أوصى بشراء ثوب والتصدق به فاشتراه الوصي جاز للوصي بيعه والتصدق بثمنه كما جاز له أن يتصدق بعينه.

وفي المحيط في الأجناس ونوادر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى إذا أوصى أن يتصدق عنه بألف درهم فتصدق بقيمتها دنانير لا يجوز قال وليس هذا كندر الحي. (809)

وفيها وفي المحيط والخاصي والولوالجية والبنية والخالصة والسراجية قال بالفارسية (ده يتيم راجامه كن) فأعطى الوصي لكل يتيم كرباساً⁽⁸¹⁰⁾ يتخذ منه الثوب قال أبو القاسم أنه لا يجوز لأن هذه الكلمة يعني قوله (جامه) يقع بين الناس على المخيط دون الكرباس قال الخاصي وقال استاذنا إذا دفع الوصي

(809) ب+: وفي المحيط في الأجناس ونوادر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى إذا أوصى أن يتصدق عنه بألف درهم فتصدق بقيمتها دنانير لا يجوز قال وليس هذا كندر الحي.

(810) الكرباس والكرباسة: ثوب فارسي، وبياعه كرابيسي. التهذيب: الكرباس، بكسر الكاف، فارسي معرب يُنسب إليه بياعه فيقال كرابيسي، وهو القطن. لسان العرب 195/6.

لكل منهم الكرباس وإجرة الخياطة⁽⁸¹¹⁾ ينبغي [211/و] أن يجوز قال لأنه خير لليتيم إلا في موضع يتعذر فيه تحصيل الخياطة فإنه لا يجوز فيه إلا إعطاء المخيط.

وفي الكبرى والولوالجية والبنية أيضاً: أوصى بأن يُشترى بثمن داره كذا وكذا وقرأ⁽⁸¹²⁾ من الحنطة وكذا من الخبز ويفرق على الفقراء والمساكين فلم يبلغ ثمن الدار إلى ما عين فالوصي يكمل البقية من ثلث مابقي للميت من الأموال إن اتسع الثلث لذلك لأن الثلث محل الوصية وتعيينه ثمن الدار ليس لحصر بره فيه بل لظنه عدم الخبث فيه كما في سائر أمواله فلا يقتصر عليه.

ثم إن عين الميت الفقراء وأمر الوصي بالتسليم في منازلهم فالوصي يعطي أجر حمل الموصى به من الثلث لأن الأمر بالتسليم إلى الموصى لهم مع العلم بأن ذلك القدر لا يحمل إليهم عادة مجاناً إطلاقاً منه للوصي بالإستئجار دلالة فله إيفاء ذلك من الثلث الذي هو محل الوصية.

وكذا إذا أوصى بحمل ما أوصى به إلى موضع معين كالمساجد أما إذا أوصى به إلى قوم غير معينين ينبغي للوصي أن يستعين في حمله بمن يحمله بغير أجر ثم يدفع للحمال من ذلك قدر أجره أما لو أدى أجر الحمال من مال الميت يكون متبرعاً في الأجرة ضامناً للمؤدي لتمكنه من الأخذ والتصدق به في محل لا يلزمه التحميل كذا قالوا.

وفي المحيط والخاصي والخانية: أوصى بأن يُشترى للتصدق عنه أربعون قفيزاً⁽⁸¹⁴⁾ من الحنطة بمائة درهم فرخصت الحنطة حتى صار يوجد ذلك المقدار بنصف المائة ففيه للوصي طريقتان أحدهما يشتري [212/ظ] بالمائة الموصى بها ثمانين قفيزاً ويفرقها على المساكين لأن الوصية الشراء بالمائة وكذا لو ارتفع السعر وكان بحيث لا يوجد بالمائة إلا عشرون قفيزاً يكون الواجب عليه أن يتصدق بالعشرين لا غير فكذا إذا رخص.

والثاني: أن يصرف الزائد إلى الورثة قال في الخانية والمحيط قال أبو بكر رحمه الله وهكذا رويت عن أبي يوسف.

وقال الخاصي قال الأستاذ ذ : وبالثاني يؤخذ لأن ذكره المائة إنما هو لاعتقاده أن الأربعين لا يُشترى إلا⁽⁸¹⁵⁾ بها فيتصدق بالأربعين ويرد الزائد من الدراهم على التركة.

وقال في الولوالجية: هذه المسألة على وجهين إما أن يريد الموصي بهذا القول التصدق بالمائة ثم يقول اشتروا بهذا كذا، أو يريد أن يُشترى بها حنطة ويتصدق بالحنطة، ففي الأول يُشترى بالباقي حنطة وتفرق حتى لو كان الأربعون بمائتي درهم لا يجب عليه إلا التصدق بالمائة فلا يتصدق إلا بعشرين وفي الوجه

(811) د: وأجرها الخياط.

(812) بالكسر: الحمل الثقيل . القاموس المحيط 493/1.

(813) المُن: المَنَّا وَهُوَ رَطْلَانٌ وَالْجَمْعُ أَمْنَانٌ. مختار الصحاح ص 299.

(814) القفيز: بفتح فكسر ج أقفزة وقفزان، مكبال قديم يختلف باختلاف البلاد. و القفيز الشرعي = 12 صاعاً = 8 مكوكا، وهو يساوي عند

الحنفية 344، 40 لتراً = 39138 غراماً من القمح، وعند غيرهم 976، 32 لتراً = 26064 غراماً. معجم لغة الفقهاء. ص 368.

(815) د:- إلا.

الثاني يرد الباقي على الورثة لأن غرضه هو التصدق بالأربعين وقد حصل قال هكذا روي عن أبي يوسف.

وفي النوازل والولوالجية: أوصى لرجل بحنطة وبتبنها لآخر فإن كان في ثلث الموصي شيء⁽⁸¹⁶⁾ فنفقة تميز الحنطة من التبن من ذلك الثلث ينفقها الوصي على المميز، لأن كلاً من الحنطة والتبن اسم للخالص فيكون التخليص من الوصية وعلى الوصي الإنفاق من الثلث إلى الخروج لأن مؤنة ملك الموصي إن لم يكن في الثلث شيء تكون مؤنة التخليص عليهما على قدر قيمتهما أصاب كلاً منهما لأنه مؤنة ملكهما فيكون عليهما هكذا [213/و] روي عن الحسن بن زياد رحمه الله، أما لو أوصى برهن سمسمة هذا لهذا وبكسبه لذلك فمؤنة التخليص على صاحب الرهن.

قال في الولوالجية وفي الظهيرية والخانية: أوصى بأن يشتري له بهذه الألف ضيعة في موضع كذا وتوقف على الفقراء فلم توجد هناك ضيعة ليس للوصي شراؤها في موضع آخر كما أنه ليس له أن يوقف ما اشتراه في جميع ذلك الموضع إلى غير ما أمره به الميت ذكره في الخاصي. وقال الإمام أبو نصر رحمه الله تعالى: له أن يشتري في أقرب المواضع من الذي سماه الموصي أما ليس له أن يصرف المال إلى وجه آخر من وجوه البر كتعمير المساجد وقول أبو نصر هو المختار ذكره في الخاصي.

وقال فيه ولو أتلّف الوصي ثمن الضيعة يغرم مثله ويشتري به الضيعة ومثله في الخانية والولوالجية. وذكر في الخانية أيضاً: أوصى ببيع قنه هذا والتصدق بالثمن وإن شاء بالعبد فلو استحق العبد بعدما تصدق بثمنه يرجع المشتري بالثمن على الوصي وهو على من تصدق عليه من الفقراء والمساكين ولا يرجع في مال الميت كذا في المنتقى والحافضية.

وفي النوازل: أوصى بشراء عبد بكذا وإعتاقه وفي التركة عبيد تساوي تلك الدراهم لم يجز للوصي أن يعتق واحداً منهم أما لو كانت الوصية بشراء قدر من الحنطة وتفريقها على الفقراء وفي التركة حنطة يجوز للوصي أن يفرق ذلك القدر من تلك الحنطة وفي الولوالجية مثله، قال: لأن العبد مما [214/و] يتفاوت فيجوز أن يكون ما أمره بالشراء أحسن من عبيده وارداً منهم فلا يعينه إلا الشراء، أما الحنطة فإنها لا تتفاوت لأنها مثلي.

ثم قال في النوازل: هذا إذا أوصى بشراء العبد وإعتاقه معاً، أما لو قال اعتقوا عني عبداً ولم يزد فقد كان أبو عبد الله القلانسي⁽⁸¹⁷⁾ يقول: للوصي أن يعتق واحداً من عبيد الموصي بخلاف ما تقدم فإنه يعتق فيه ما يشتري من آخر قال: إلا أن يبيع الوصي عبد الموصي من آخر ويسلمه إليه فيشتريه ويعتقه فإنه حينئذ يجوز.

(816) ب، ج، +: شيء.

(817) إبراهيم بن عبد الله، المعروف بالقلانسي، الزبيدي (أبو إسحاق) فقيه عالم بالكلام، من تصانيفه: كتاب في الإمامة، والرد على الرافضة (ت. 359هـ). معجم المؤلفين 54/1.

وكان أبو النصر رحمه الله يقول: لا يجوز للوصي أن يعتق الذي كان للموصي وقت الموت في الوجهين معاً، قال أبو بكر كنت أميل إلى قول القلانسي إلى أن حضرت وصية صديق لي فذكر فيها اعتاق عبيدين عنه وكان له عبد كان هو راضياً عنه فأمرني عبده ذلك أن أذكره له فقلت له إنك تتني على عبدك فلان خيراً فلو جعلته مكان أحدهما قال لا، فعلمت أن الصواب ما قاله أبو نصر.

ثم قال الخاصي وقال الأستاذ⁽⁸¹⁸⁾ الفتوى على قول القلانسي إلا في تجويزه شراء عبد الميت بعد البيع من آخر فإنه لا يجوز للوصي⁽⁸¹⁹⁾ اعتاقه بعد الشراء كما لا يجوز قبل البيع، لأن أمر المولى بشراء العبد مع علمه بوجود العبد في ملكه كالتتصيص على إخراج ذلك العبد من الوصية ولو نص عليه لم يجز للوصي اعتاقه فكذا هنا.

وفي الولوالجية: قال اعتقوا عني عبداً أو قال اشتروا عبداً فأعتقوه عني وله [215/و] في الفصلين عبد واحد ليس للوصي اعتاق هذا الذي في ملكه وقت الموت لأنه أمره بعق عبد منكر وهذا معين وقال بعضهم إذا قال اعتقوا عني عبداً فأعتقوا ذلك العبد جاز، أما لو قال اشتروا وأعتقوا لا يجوز وفي البنية: ولو قال اشتروا لي عبداً فأعتقوه لا يعتق من ملكه.

وفي فتاوى الفضلي: أوصى بأن يعتق عنه أمة بكذا ويعطى لها من ثلثه كذا إن عين الأمة جازت الوصيتان وإلا جازت الوصية بالعق ولم يجز بالمال إلا أن يفوض ذلك إلى الوصي ويقول إن أحب أعطاه ذلك فيجوز حينئذ بالمال أيضاً فإنه لتمكن الوصي من الإعطاء وعدمه يشابه قوله للوصي ضع ثلثي حيث أحببت أو حيث شئت ومثله في الولوالجية.

(وفي جامع العتابي قال للوصي: ⁽⁸²⁰⁾ أعتق أيهما شئت بعد موتي فإن قبل في المجلس فله أن يعتق أيهما شاء بعد موته وإن لم يقبل أو قال لا أشاء أجبر القاضي الورثة على إعتاق أيهما شأوا لأن الوصية بالعق قد صحت ثم في تعيينهم لا بد من اجتماعهم حتى لو كان فيهم غائباً ينتظر حضوره، ولو كان فيهم صغيرين يعين القاضي مقامه دون الوصي والكسب والأرش والولد فيما بين ذلك للورثة ثم إذا عين الورثة عبداً لم يعتق حتى يعتقه الوصي، ولو أوصى بعق عبد مشترك فأعتقه الوصي أو الوارث لم يضمن ويسعى العبد في نصيب الأجنبي).⁽⁸²¹⁾

وفيها وفي العيون والمحيط: أوصى بالري بشراء عبد في الكوفة بألف درهم واعتاقه عنه فالمعتبر نقد⁽⁸²²⁾ بلد الموصي دون العبد.

⁽⁸¹⁸⁾ ج: قاضي خان.

⁽⁸¹⁹⁾ ب: للوصي.

⁽⁸²⁰⁾ ج: + للوصي.

⁽⁸²¹⁾ ب، ج: + وفي جامع العتابي ... نصيب الأجنبي.

⁽⁸²²⁾ ب، ج: + نقد.

وفي النوازل والمحيط سئل هشام عن أوصى أن يتصدق بثلث ماله على المساكين وهو في بلد ووطنه في بلد آخر قال يعطى ثلث ماله لمساكين بلده ووطنه وإن أعطى ثلث ماله لمساكين البلدة التي مات فيها جاز.

وفي الخانية والمحيط : أوصى بوصايا لأشخاص معينين⁽⁸²³⁾ وفي البلد نقود مختلفة قال الفقيه⁽⁸²⁴⁾ ينفذها الوصي بما هو الغالب في البياعات في ذلك البلد وإن لم يكن بعضها أغلب ينفذها من أقل النافقة.

وفي النوازل والولوالجية: أوصى بوصايا لأشخاص معينين وفي البلد نقود مختلفة يستعمل كل منها في العقود ينفذها الوصي من أقل النقود مالية لكون الأقل هو المتيقن في أمثاله [216/ظ] على ما عرف في الأصول.

وفي البنية: إذا كانت النقود مختلفة متساوية في الزواج ينفذ بأقل النقود، وإن كانت متفاوتة انصرفت إلى الأغلب يعني في الزواج وإن استعمل البعض دون البعض يتعين المستعمل منها للوصية. وفي المحيط عن الجامع الأصغر عن الصغار أنه ينفذها من الأخس الأقل وكذا حكى عن الدبوسي رحمه الله تعالى يصارف فيشتري بالصالح شئاً ثم يبيع بالمكسرة وينفذ بها الوصية قيل أيجوز ذلك ؟ قال نعم إذا لم يكن لها وجه إلا بهذا.⁽⁸²⁵⁾

وفي العيون والمحيط والولوالجية: أوصى رازي⁽⁸²⁶⁾ لفقراء قزوين بألف درهم يعطى لهم الألف من نقد الري فإن لم يجز نقد الري في قزوين ولم ينفق فالوصي إما أن يصرفها بما ينفق في قزوين وإن صارت أقل من الألف أو يعطيهم الدنانير.

ولو أوصى لمعينين بألف مكسر فباع الوصي كل التركة بالصالح أو كانت التركة دراهم صحاحاً فإن الوصي يشتري بالصالح شئاً ويبيعه بالمكسر وينفذ منه الوصية والأخيرة في الخانية أيضاً وفي الخاصي أنه ليس لهذه الأخيرة وجه آخر كالأولى.

وفي النوازل والخانية⁽⁸²⁷⁾ والمحيط: أوصى بوصايا بزيادة فأنفذت الوصية بدراهم زيوف قيل يجوز ذلك وقيل لا يجوز فقل لهذا القائل أليس يعمل الزيوف في الصرف والسلم والكتابة عمل الجياد فسكت، قال الفقيه أبو الليث: إن كانت الوصية لأقوام تكون على وجهين إما أن تكون لأقوام⁽⁸²⁸⁾ بأعيانهم فتسامحوا بالزيوف مع علمهم بحال الوصية فإنه يجوز إجماعاً، لأن الحق لهم فيعتبر تسامحهم مع العلم أو تكون للفقراء بغير أعيانهم فحينئذ يجوز إعطاء الزيوف أيضاً على قياس قول الشيخين، ولا يجوز على قياس

(823) ب+: لأشخاص معينين.

(824) ب، ج-: الفقيه.

(825) ب+: وفي المحيط عن الجامع الأصغر عن الصغار أنه ينفذها من الأخس الأقل وكذا حكى عن الدبوسي رحمه الله تعالى يصارف

فيشتري بالصالح شئاً ثم يبيع بالمكسرة وينفذ بها الوصية قيل أيجوز ذلك ؟ قال نعم إذا لم يكن لها وجه إلا بهذا.

(826) الرّئي: من بلاد فارس، النسب إليه رازي. لسان العرب 352/14.

(827) د-: والخانية.

(828) ب، ج-: تكون على وجهين إما أن تكون لأقوام.

قول محمد رحمه الله، فحينئذ يعطى الفضل [217/و] للفقراء أصلها خلافة أخرى هي إذا كان عليه جواد من دين أو زكاة فأدى بدلها الزيوف ومثله في الولوالجية.

وفي العيون: أوصى لفقراء مكة شرفها الله تعالى بشيء فأعطاه الوصي لفقراء غيرها جاز عند أبي يوسف ويضمن عند محمد رحمه الله للمخالفة ويقول أبي يوسف يفتى لأن الوصية جعل الموصى به لله سبحانه وكل الفقراء فيه سواء.

قال وفي الأجناس إن الإمام مع محمد وأنه لم يذكر في الجامع الكبير خلافاً في الجواز ومثله في الولوالجية، وفيها ولو أوصى بالتصدق على فقراء الغزاة والحاج جاز للوصي أن يتصدق على غيرهم من الفقراء وقال وهذا قول أبي يوسف.

وفي البنية: أوصى بالتصدق على مساكين مكة لا يجوز لغيرهم بخلاف النذر ويختص بالشيوخ وفقراء فلان ثم قال بعد هذا بأسطر أوصى لفقراء معينين فالأولى التخصيص ويجوز في غيرهم. وفي النوازل والولوالجية والخلصة والسراجية: أوصى لفقراء بلخ فالأفضل للوصي أن لا يجاوز فقراء بلخ لأنه أوصى لهم وبه يحفظ وصية صورة ومعنى أما لو أعطى في كورة⁽⁸²⁹⁾ أخرى جاز وهذا قول أبي يوسف وبه يفتى وقال محمد لا يجوز فيضمنه كذا في الخلاصة.

وفي المنتقى: نذر يتصدق بهذا المال على هذا الفقير أو على فقراء مكة شرفها الله تعالى، فتصدق على الغير صح أما لو قال لرجل تصدق عني بهذا على فقراء مكة فتصدق الرجل على فقراء غيرها ضمن المأمور، وفي المحيط عن الأجناس عن نواذر أبي يوسف أنه ضمن فيه لو كان الأمر حياً.⁽⁸³⁰⁾ وفي الظهيرية والحافظية: أنه [218/ظ] لو قال له تصدق بها على فقراء مكة فأعطاه الوصي لفقراء مصر عن أبي يوسف أنه يضمن إن كان الأمر حياً.

وفي الخانية: روى الحسن عن الإمام أنه يضمن الوصي بلا فصل بين حياة الأمر ووفاته، وفي المحيط وعن أبي يوسف رواية أخرى أنه يجوز له التصديق على غيرهم وفيها وفي الحافظية عن النوازل عن أبي يوسف في قوله للوصي تصدق على مرضى الفقراء وعلى الشيوخ منهم أو على النساء فتصدق الوصي على أصحابهم أو شبابهم أو رجالهم أو تصدق على الأيتام يضمن الوصي قال في المحيط ولم يقيد هذه المسألة بحياة الأمر.

وفي الظهيرية: أوصى بالتصدق بشيء على فقراء الحاج قال الإمام أبو نصر للوصي أن يتصدق على غيرهم من الفقراء.

وفي الخاصي: أن هذا قول أبي يوسف رحمه الله أما على قول التلميذين فلا يجوز له ذلك كذا في الخلاصة.

(829) سواد كل شيء: كورة ما حول القرى والرساتيق. والسواد: ما حوالى الكوفة من القرى والرساتيق وقد يقال كورة كذا وكذا وسوادها إلى ما حوالى قصبتها وقسطاطها من قرأها ورساتيقها. لسان العرب 225/3.
(830) ج:- وفي المحيط عن الأجناس عن نواذر أبي يوسف أنه ضمن فيه لو كان الأمر حياً.

وفي الولوالجية: أوصى في الكوفة بثلثه للمساكين ووطنه في البصرة قال هشام يصرف إلى مساكين بصرة ولو صرف إلى مساكين الكوفة جاز لأن الغرض إيصال البر إلى المساكين والكل في المسكنة سواء قال وذكر في بعض المواضع وعزاه في الخلاصة إلى العيون والنوازل أن ثلث ما كان له من المال يصرف إلى مساكين بلد الموت وما كان في وطنه يصرف إلى مساكين بلد الوطن اعتباراً بالزكاة. وفي الظهيرية أيضاً: أنه لو أعطى الموصي الموصى به لغير الموصى لهم أولاً جاز أما لو أمر بالتصدق عليهم فتصدق هو على غيرهم يضمن الأمور.

وفي الخاصي: نذر أن يتصدق بهذا المال على مساكين [219/و] أهل مكة أو على هذا الفقير فتصدق به على فقراء بصرة أو على فقير آخر جاز، أما لو قاله لغير مخالف قوله وأعطى الغير لم يجز وضمن وهذا قول محمد الأخير في الوصي.

وذكر في فتاوى رشيد الدين: قال المريض تصدق بثلاثي في شعبان فتصدق الوصي في رمضان جاز. وفي الظهيرية والخانية قال: تصدقوا بهذه العشرة على عشرة من الفقراء فتصدق بها الوصي على واحد دفعة جاز⁽⁸³¹⁾ ومثله في الخلاصة عن النوازل وكذا لو قال تصدقوا بها على الواحد فتصدق على العشرة أو قال تصدقوا بها في عشرة أيام فتصدق بها في يوم واحد جاز الكل.

قال الخاصي في الأخيرة لأنه مخالفة إلى الخير وذلك لأن التعجيل في الإنفاذ خير من التأخير وقال في الولوالجية لأنه لا⁽⁸³²⁾ منفعة في هذا التقيد.

وفي النوازل والخانية: أوصى بإطعام عشرة مساكين عن كفارة يمينه فغداهم الوصي فماتوا قال محمد يغدي ويعشي غيرهم ولا ضمان عليه .

وفي العيون قال أطعموا عني عشرة مساكين غداً وعشاءً ولم يزد فغدى الوصي عشرة فماتوا يعشي عشرة أخرى وعن أبي يوسف أن الوصي يغدي عشرة أخرى ويعشيهم ولا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن قال وباستحسان أبي يوسف رحمه الله يفتى ومثلها في الولوالجية أيضاً.

وفي النوازل والواقعات والمحيط والولوالجية والخاصي والخلاصة : أوصى بأن يتصدق عنه بألف درهم ويعطى لكل فقير درهماً فأعطى الوصي لواحد منهم مرة نصف درهم وأخرى نصفاً آخر ، [220/ظ] قال ابن سلمة: أرجوا أن لا يضمن الوصي⁽⁸³³⁾ لأنه لما أكمل له الدرهم لم يكن مخالفاً للموصي.

قلت: أو يكون متداركاً للمخالفة وسواء كان إعطاء الثاني قبل أن استهلك الأول أو بعده وللوصي أيضاً أن يزيد للبعض على الدرهم لكنه لا ينبغي أن يفعله لأن الواجب الإنفاذ على ما وصى به الموصي ولا يجاوز عنه برأيه أما لو قال لا تعطي لكل فقير إلا درهماً لم يكن للوصي أن يزيد على الدرهم كما إذا

(831) ج:- جاز.

(832) ب، ج، +: لا.

(833) ج:- الوصي.

قال ولا تعطي لكل أكثر من درهم حتى لو زاد يضمن الزائد للمخالفة وبدون هذه المقالة لا يضمن، وفي الولوالجية: لأنه نهاه عنه وما كان منهياً عنه لا يدخل تحت الوصية.

وفي القنية: أوصى لزيد بعشرة وأوصى بفدية صلوات معينة ولم يعين لها مصرفاً فأعطى الوصي لزيد عشرة من الفدية قال الخاصي⁽⁸³⁴⁾ يكون لزيد العشرة الباقية.

وفي الخانية: أوصى لفقراء هذه السكة فلما أتاها الوصي بالمال قالوا كلهم ليس لنا به حاجة ولا نريده تبطل الوصية ويكون المال ميراثاً حتى لو لم يدفعه الوصي إلى الورثة يضمن.

وفي الواقعات والولوالجية: أوصى للفقراء بألف فدفعها الوصي إلى غني افتقر بعد موت الموصي جاز أما لو خص الفقراء كأن قال لفقراء هذه السكة فدفعها إلى من افتقر بعد الموت من أهل تلك السكة لم يجز فيضمنها الوصي.

قال في الخاصي: لأن جهة الاستحقاق في الوجه الأول مجرد الفقراء فيعتبر ذلك وقت الموت الذي هو وقت الاستحقاق، أما في الثاني ليس إلا الفقير وقت الإشارة والتعيين لأنه قضية [221/و] التخصيص وهو إذ ذاك من الأغنياء فلا يصح الدفع إليه.

وفي الولوالجية: قال لوصيه أخرج من مالي الثلث فتصدق على الفقراء بألف درهم وثلاثة ألاف لا يتصدق إلا بالألف، أما لو قال أوصيت بأن يخرج من مالي الثلث⁽⁸³⁵⁾ ولم يزد يلزمه التصديق بجميع ثلثه لأنه أمره بإخراج الثلث وتمييزه من سائر أمواله وهو لا يكون إلا بالصرف إلى موضع من المواضع وموضعه ليس إلا⁽⁸³⁶⁾ الفقراء لأنه وصية بقرائن الأحوال ولا وصية إلا لهم فكان أمره ذلك أمراً بالصرف إليهم دلالة، قلت ثم لما كان تصديق الألف من الثلث صالحاً لسببية إخراجها اعتبر تنصيبه عليه فلم يلزم عليه صرف جميعه أعني الألفين في الفصل الأول والله سبحانه أعلم.

وفي العيون: أوصى بثلثه للمساكين وورثته كبار فقراء فأراد الوصي أن يعطي للبعض منهم شيئاً من الثلث جاز إن أجاز بعضهم لبعض⁽⁸³⁷⁾ وذلك لأن تعيين الوصي كتعيين الموصي وفي تعيينه لنفسه يشترط الإجازة.

كذا في فتاوى الفضلي: أوصى إلى قوم سماهم بألف درهم وله ورثة فقراء وزعم الوصي أن الموصي أوصى بذلك القدر للمساكين فطالب الورثة الوصي بذلك المال بناءً على أنه وصية للفقراء ولا يجدهم الوصي ولا يظفر بهم، فإن لم يجدهم للفقراء أن يثبتوا كون الوصية للفقراء فإن أثبتوا يكون المال وصية صحيحة للفقراء ولا يكون ميراثاً للورثة لكن لا يعطى منه شيء لأحد من الورثة إلا أن يرضى به الكل وهم فقراء فيعطى لهم كما يعطى لغيرهم من الفقراء.

(834) ج : الحلبي.

(835) ب:- فتصدق على الفقراء بألف درهم وثلاثة ألاف لا يتصدق إلا بالألف ، أما لو قال أوصيت بأن يخرج من مالي الثلث.

(836) ب،ج+: إلا.

(837) ج+: لبعض.

قال في الولوالجية لأنهم وغيرهم [222/ظ] في الحاجة على السواء قال وإنما اشترط رضا الورثة لأن تعيين الوصي كتعيين الموصي ولو عين الموصي أحد⁽⁸³⁸⁾ الورثة في الابتداء يحتاج إلى رضا الباقي فكذا هنا.

وفي العتابي: أمره بالتصدق بشيء من ماله له أن يدفعه إلى ولده الكبير وإخوانه إذا كانوا فقراء أما ليس له الإمساك لنفسه إلا إذا قال له ضعه حيث شئت.

قال في الولوالجية: لأنه لاثمة في هذا يعني في دفع الصدقة إلى ولده المحتاج بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء حيث لا يجوز لأنه مبادلة فنتمكن فيه التهمة، ثم قال العتابي: في المسألة قال وعن ابن سلام أنه لا يعجبني أن يعطي لولده الصغير، قال في الولوالجية: لأن القابض للصغار هو نفسه فيكون واضعاً في نفسه قابضاً لنفسه قلت والواحد لا يتولاهما.

وفي الظهيرية والحافضية: لو قال أوصيت إلى فلان بثلاثي يضعه حيث شاء له أن يضعه في نفسه وفي أولاده الصغار وقيل ليس له ذلك وفي الخلاصة هكذا لا يضعه في نفسه وقيل يضعه في نفسه وفي أولاده الصغار،⁽⁸³⁹⁾ أما لو قال الوصي أعط ثلث مالي من شئت لا يكون له صرفه إلى نفسه وإلى أولاده الصغار.

قال في الحافضية: فرق بين هذه وبين ماسلف وهو أن الوصي هنا معرف بالإضافة إلى نفسه فلا يدخل تحت النكرة.

وفي الخانية: دفع المال إلى الوصي وأمره بالتصدق بثلاثة لا يجوز للوصي وضعه في نفسه وولده الذي لا يعقل القبض أما لو وضعه في ولده الكبير أو الصغير الذي يعقل القبض فإنه يجوز وفيها أوصى [223/و] بتصدق ثلثه أو أمر رجلاً بالتصدق بشيء من ماله فتصدق كل منهما على⁽⁸⁴⁰⁾ نفسه أو على ابنه الصغير الذي يعقل القبض جاز إجماعاً.

وفي الظهيرية والخلاصة: أوصى بالتصدق بثلاثة للوصي أن يصرفه إلى أولاده الكبار وإلى امرأته أما ليس له أن يصرفه إلى أولاده الصغار ومثله في السراجية.

وفي المنتقى: أوصى إليه بثلاثة يضعه أين شاء جاز له أن يضعه عند نفسه ثم يجوز له بعد ذلك أن يعطيه للوارث ولو غنياً وبلا رضا غيره من الورثة، لأنه هبة مبتدأة منه أما لو أعطاه للوارث قبل أن يضعه عند نفسه أو أعطاه للورثة على سهامهم قبل الوضع عنده لم يجز إلا بإجازة كل الورثة ولو كان من أعطاه له فقيراً محتاجاً لأنه تنفيذ للوصية ولا وصية لوارث بلا إجازة البقية ومثله في جامع العتابي.

(838) ج: +: أحد.

(839) د، ب، ج: +: وقيل ليس له ذلك وفي الخلاصة هكذا لا يضعه في نفسه وقيل يضعه في نفسه وفي أولاده الصغار.

(840) أ، د: أب.

وفي جامع العتابي قال للوصي ضع ثلثي حيث شئت فلم يشأ الوصي لا بد من اجتماع الورثة على تعيين واحد فإذا عينوه ينفذه الوصي أو القاضي أو أي الورثة كان.⁽⁸⁴¹⁾

وفي قنية الزاهدي عن الشيخ برهان الدين صاحب المحيط: قال لآخر اصرف ثلثي إلى الفقراء فصرفه إليهم الورثة فللوصي أن يخرج إليهم الثلث مرة أخرى.

وفي النوازل: أوصى لقريبه صح وإن كانوا لا يحصون وهو قول محمد بن سلمة وبه يفتى، وذلك لأنها قريبة لأنها صلة الرحم وقال البلخي إن كانوا لا يُحصون فالوصية باطلة ثم قال أبو القاسم الأحسن أن يتحرى الوصي فيفرق على المحتاجين منهم وقال الخاسي قال الأستاذ الأحسن أن لا يفضل فقيراً لفقره بل يفرق بين [224/ظ] الكل بلا تفضيل للبعض إلا برضا الآخرين لأن صحة الوصية إنما كانت بجهة القرابة وهم فيها سواء.

وفي الولوالجية: اختلفوا في تفسير الإحصاء وعدم الإحصاء والصحيح ما ذكره عن محمد رحمه الله أنهم إن كانوا مئة فما دونها فإنهم يحصون وإن كانوا أكثر من المئة فإنهم لا يحصون.

وفي البنية: ولا نقدر الإحصاء وهو موكول إلى رأي القاضي، قلت وهو الصحيح، وفي العيون أوصى بوصايا وأمر وصيه بإنفاذها من ضيعة له فلم يجد الوصي من يشتريها قال ينبغي للوصي أن يقوم الضيعة على وجه الاستنشاء فإذا قيل ليس فيه من الغبن شيء يبيعها بتلك القيمة من رجل ويسلمها إليه ثم يشتري الوصي منه بمال نفسه وينفذ وصاياه من الثمن الذي أعطاه من مال نفسه وكذلك يفعل مثل ذلك إذا أراد الوصي أن تبقى الضيعة له ذكره في الولوالجية.

وفي العيون: مديون أوصى بوصايا يخرج من ثلثه بعد قضاء ديونه فلم يخرج كذلك إلا ببيع دار له والوارث لا يرضى ببيع جميع الدار إن كان الدين يأتي على جميع الدار وأكثرها لا يبقى منها إلا شيء يسير فللوصي أن يبيعها لا يسعه إلا ذلك إن علم أنه إن لم يبع الدار يبقى الدين على الميت زماناً طويلاً وأهل الوصايا شركاء الوارث ومثله في الولوالجية.

وفي الخاصي والخانية: أوصى لمعين بمئة فباع الوصي من ذلك المعين شيئاً من التركة بمئة أو صالحه على ثوب قيمته مثل المئة أو أقل منها أو أكثر جاز، أما لو كانت [225/و] الوصية للفقراء فصالح الوصي ثلثه منهم على عشرة منها لم يجز.

ثم القياس فيه أن يسترد منهم ما أعطاه لهم من العشرة لأنه إنما أعطاهم لهم على شرط سقوط الباقي من المئة كما هو قضية الصلح ولم يسقط حيث لم يجز،⁽⁸⁴²⁾ لكنهم استحسنوا وقالوا يؤدي الوصي للفقراء التسعين إتماماً للمئة، ولو صالحهم على ثوب قليل القيمة لم يجز أيضاً، لكن يكون له أخذ الثوب منهم لأنه لما لم يكن من جنس حقهم لم يجز إعطاؤه فلم يتعلق به حقهم فيتمكن الوصي من أخذه

⁽⁸⁴¹⁾ ب، ج+: وفي جامع العتابي قال للوصي ضع ثلثي حيث شئت فلم يشأ الوصي لا بد من اجتماع الورثة على تعيين واحد فإذا عينوه ينفذه الوصي أو القاضي أو أي الورثة كان.
⁽⁸⁴²⁾ ج+: حيث لم يجز.

منهم بخلاف العشرة فإنها لما كانت من جنس المئة يكون إعطاؤها لبعض حقهم فيكمل لهم البقية ومثله في الولوالجية والمحيط والتقنية للزاهدي.

وفي البنية: أوصى له بمئة فاشترى يعني الموصى له شيئاً من التركة بمئة وتقاصا جاز ولو أوصى بمئة للمساكين فصالح يعني الوصي ثلثه من المساكين بشيء لا يجوز.

وفي المحيط: قال في وصيته بيعوا هذه الأمة للعق ممن يتخذها أم ولد أو يدبرها فإني أجزها استحساناً ثم شرط عققها واتخاذها أم ولد لا يكون في نفس البيع ولكن يحلف من يريد شراءها أنه سيفعل ذلك إذا شراها وإن لم يوجد أحد يريدتها كذلك فإنه يبيعها أمة يعني لا يحط من قيمتها وتباع ممن يشتريها ولا يريد بها ما ذكرناه.

وفي فتاوى الفضلي والمحيط والظهيرية: أوصى ببيع قنه هذا ممن أحبه القن وأراده يجبر الوصي والورثة على بيعه ممن أراده فإن أبي من أراده عن شرائه [226/ظ] بقيمته يحط من قيمته مقدار ثلث مال الموصي ومثله في الولوالجية.

وفي البنية: أوصى بخير هذين العبدین أو بأوكسهما⁽⁸⁴³⁾ فهلك أحدهما ولا يدري فالبيان إلى الوارث فإن لم يكن فللوصي.

وفي الوقاعات والمحيط: أوصى ببيع عبده للعق يبيعه الوصي ويحط قدر الثلث إن لزم يعني بعدم إرادة المشترين شراء بالقيمة أما لو أوصى بشراء عبد فلان للعق لا يشريه الوصي بأكثر من قيمته لأن الأول بمنزلة الوصية بعق عبده والثاني وصية بعق عبد الغير.

وفي الخاصي: مريض قال من ادعى علي شيئاً ورأى الوصي أن يفعل ذلك فقد قال كان مشايخنا يقولون أن هنا الوصية باطلة وكان نصير رحمه الله يقول هي جائزة يصير كأنه قال ما يرى الوصي أن يفعل فعل قال الخاصي والفتوى على البطلان لكونه إقراراً للمجهول، أما قوله ما يرى الوصي فهو إقامة للوصي مقام نفسه فيصح ما يفعله إلى الثلث فلا يشابه الأول.

وفي العيون والولوالجية: أوصى للغائب بعبد ينفق الوصي على العبد من مال الميت إلى قدوم الغائب قال في الولوالجية لأن صحة الوصية بالقبول وقبل القبول هو في ملك الموصي فنفقته في ماله فإذا قدم فإن قبله تصح الوصية ويرجع عليه الوصي بالنفقة كلها إذا كان الإنفاق بأمر الحاكم لأنه إنفاق لعبد الغير وإن لم يقبله تبطل الوصية ويكون العبد ميراثاً ولا يلزم على الغائب شيء من النفقة لأنه ظهر أنه إنفاق لعبد [227/و] الورثة من مال الورثة.

وفي الخانية: أوصى بثلاثة فأنفذ الوصي البعض منه وبقي البعض في يد الورثة هل يكون للوصي تركه في أيديهم قالوا إن علم الوصي أنهم من أهل الديانة يخرجون البقية للوصية جاز له الترك وإلا لا يسعه الترك إن كان يقدر على الاستخراج حتى لو لم يخرج من أيديهم يضمن ما تركه عندهم إن ضاع.

(843) الْوَكُؤْسُ: النَّقْصُ وَقَدْ وَكَسَ الشَّيْءُ مِنْ بَابِ وَعَدَ، وَفِي الْأَخْبِيثِ «أَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا لَا وَكَسَ وَلَا شَطَطَ» أَي لَا نُقْصَانٌ وَلَا زِيَادَةٌ وَقَدْ وَكَسْتُ فَلَأَنَّا نَقْصَنُ مِنْ بَابِ وَعَدَ أَيْضًا. مختار الصحاح ص 344.

وفي المنتقى: مات وببده وديعة من عقار أو منقول وله ابن كبير ووصي تكون الوديعة في يد الابن. وفي الجواهر: لا ينبغي للوصي التصرف في ثمن ما أوصى الميت بالحج عنه بثمنه وأن يصرف إلى شيء آخر إذا باعه بما يروج في طريقه من الأثمان أما إذا باعه بما لا يروج فيه فله أن يصرفه إلى ما يروج فيه هذا ولو كان في الثمن زيادة عن نفقة الحاج ذاهباً وآيباً والزيادة تخرج من الثلث فإنه لا يدفعها إلى الورثة قبل وصول الأمور بالحج إلى بلد الموصي لاحتمال الاحتياج إليه بضياح ما في يد الحاج عنه.

وفي القنية للزاهدي: أوصى بالحج وكفارة صلوات عشر سنين والثلث يسعهما فأدى الوصي الكفارة من النقد وعين للحج الدين فمات المديون مفلساً قال صاحب المحيط فإن الوصي يضمن قدر الدين وفي الولوالجية⁽⁸⁴⁴⁾ عن المنتقى: للوصي التصرف في مال الميت بدون رضا الغرماء أما ليس له أن يتصرف فيه بدون رضا الورثة يعني إذا كانوا كباراً حاضرين قلت لأن حق الغرماء في المالية للوصي أن ينص التركة أما حق الورثة في المالية والصورة معاً فلا يجوز له أن يفوت عليهم الصورة [228/ظ] إلا بالرضا. وفي النوازل والخانية: للورثة يعني الكبار أن يستخلصوا التركة لأنفسهم بأداء الديون وإنفاذ الوصية من خالص أموالهم ولا يكون للوصي منهم من ذلك أما لو اختلفوا في الاستخلاص فالوصي يبيعها ويقضي من ثمنها الدين وينفذ الوصية ولا يلتفت إلى قولهم لقيامه مقام الموصي ومثله في الخاصي أيضاً. وفي البنية: للورثة يعني الكبار قضاء الدين وإنفاذ الوصية من أموالهم ليسلم لهم الضياح، وفي القنية للزاهدي عن الحلبي: أن الوارث يستخلص التركة المستغرقة بالدين بقيمتها لا بالدين قال ولو كان له وارثان فقال أحدهما للآخر اقض الدين وخذ التركة فقضاه لا يملك به التركة بل يكون للأمر أن يأخذ نصيبه منها ويدفع حصته من الدين.

وفي دعوى الخلاصة وكتاب القضاء منها: أن للورثة حق استخلاص التركة بقضاء الدين وكذا للواحد منهم إذا امتنع غيره من الباقيين أما لو امتنع الكل فالقاضي لا يجبرهم عليه بل ينصب وصياً للبيع. وفي الكافي: ولو أراد بعض الورثة استخلاص عين من التركة لنفسه بأداء قيمته للبقية لم يكن له ذلك أما له ذلك في الغرماء وذلك لأن حق الورثة متعلق بعين مال الميت وحق الغرماء ليس إلا في المالية فافترقا.

وفي الذخيرة: ولو امتنع الوارث عن بيع التركة وقضاء الديون قالوا لا نبيعها ولا نتعرض لها ولا نقضي الديون من أموالنا بل نعطي التركة للغرماء، وقيل يبيعها [229/و] الوصي أو ينصب القاضي من يبيعها ويقضي الديون، وقيل بل يجبر الورثة أولاً على البيع إذا طلبته الغرماء فإن امتنعوا يبيعها الوصي أو منصوب القاضي، قلت فيكون هذا في كون الورثة كباراً كلهم وإلا فللوصي أن يبيع حق الصغار قبل جبر الورثة وأيضاً الجبر لا يتصور إلا في الورثة الكبار.

(844) ب، ج: الوجيز.

وفي النوازل والذخيرة والخانية: إذا كان الدائن وارث المديون أو وصيه يكون له دفع مقدار حقه من غير علم بقية الورثة.

وفي المنية عن السراجية: أوصى بأن يقرض من فلان كذا درهماً وهو يخرج من ثلثه فعلى الوصي تنفيذه.

وفي آخر كتاب الوقف من الخاصي: مريض قال كنت متولياً على وقف فلان فاستهلك من غلته كذا كذا درهماً أو قال ما أدبت زكاة مالي كذا كذا سنة فأدوا ذلك من مالي بعد وفاتي قال ينظر إن صدقه الورثة في قوله ذلك ففي الوقف يعطى من جميع ماله، وفي الزكاة من الثلث وذلك لأنه لو ثبت استهلاكه كأن يؤخذ منه فلا يكون أخذه مضافاً إلى الإقرار لأنه في الحقيقة إقرار بالدين ومحلّه جميع التركة.

أما الزكاة فلا يجب إخراجها بعد الموت إلا بالوصية فيكون أخذها مضافاً إلى الوصية ومحلها الثلث وإن كذبه الورثة فللوصي أن يحلفهم بالله ما يعلمون أن ما أقر به حق فإن أقروا لزمهم على ما سلف وكذا لو نكلوا لأن النكل كالإقرار وإن حلفوا جعل الكل من الثلث [230/ظ] لأنه موصى به.

وفي الولوالجية: وقف وقفاً ولم يجعل له في حال حياته شيئاً وله وصي فالوصي قيم على أوقافه، وفي الخلاصة فوصيه وصي على أوقافه لأن الوقف محتاج إلى قيم يقوم في إصلاحه ويصرف غلته إلى مصارفه وقد رضي بكونه وصياً يتصرف في أمواله فرضاؤه بكونه وصياً رضاه بكونه شيئاً لأنهما واحد بخلاف ما لو جعل له في حياته شيئاً لأنه منه تنصيب باستقلال كل منهما في خدمته فشابه جعله وصيين ونصه في كل منهما بالانفراد في نوع من أمواله.

وفي العيون: أوصت إلى ابنها وزوجها بوصايا من عتق وصلة وغيرهما وتركت ضيعة وثياباً وحلياً وخلفت صغيراً وصغيرتين فقال الزوج أنفذ الوصايا من خالص مالي ولا أبيع الثياب ولا الحلي قال إن نفذ هذه الوصايا من ماله بأمر الوصي الآخر فما كان من الصلات ووصايا يحتاج فيها إلى شراء شيء وقد اشتراه على أن يرجع به في التركة يكون ذلك ديناً في التركة، وإن اشترى على أن لا يرجع لم يجزئ عن الوصية، وما يحتاج إليه من الصدقة من غير شراء شيء فلا يجزئ من الوصية بوجه من الوجوه.

فإن أحب الأب⁽⁸⁴⁵⁾ إبقاء تلك الأعيان لأولاده وتنفيذ الوصية من مال نفسه فإنه يهب من الصغار مالا ثم يبيع الوصيان قدر الوصية من رجل ويسلمانه إليه ، ثم يشتري الأب للصغار من ذلك الرجل ذلك المبيع بمثل ذلك الثمن أو أكثر لوقوعه قبل نقد الثمن وينفذه⁽⁸⁴⁶⁾ من ذلك المال الذي وهبه [231/و]

للصغار فيشتري به تلك الضيعة ويعطيه للوصيين ثمناً لها فينفذان منه الوصية والله سبحانه أعلم.

وفي القنية: أوصى إلى وارثه يتصدق بثلثه على المساكين وتركته عقار قال ظهير الدين المرغناني للوصي الوارث أن يدفع القيمة من مال نفسه.

(845) ب: الأب.

(846) ب: ينقضه.

الفصل التاسع والعشرون

تعدد الأوصياء

ذكر في الولوالجية والخانية والخلاصة والخاصي: أن المريض إذا قال لجماعة عنده اعملوا بعد الموت كذا وكذا أو هو من أعمال الوصاية فقبلوا أو سكتوا ثم قبلوا بعد الموت فكلهم أوصياؤه، وإن قبل بعضهم وهم اثنان أو أكثر فهم الأوصياء من بينهم ، وإن قبل منهم واحد فقط فهو الوصي لكن لا يجوز له تنفيذ الوصية كما⁽⁸⁴⁷⁾ يجوز للمتعدد فيرفع الأمر إلى الحاكم فيضم إليه واحداً آخر فيتصرفان معاً أو يطلق له التصرف وحده فيتصرف بعده وذلك لأن الميت ما رضي برأي الواحد حيث خاطب بالعمل الجماعة. ثم أقلها في الوصية اثنان فيكتفي به الحاكم دفعاً للضرورة ولولا كون فعله هذا ضرورياً لزم عليه إكمال عدد المخاطبين والله سبحانه أعلم وفي الخانية أوصى إلى اثنين على التعاقب⁽⁸⁴⁸⁾ قال شمس الأئمة الحلواني اختلف فيه المشايخ فقال بعضهم ينفرد كل منهما في التصرف في مال الميت وقال آخرون هو والإيصاء إليهما جميعاً واحد فلا ينفرد كل منهما في التصرف وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وصاحب الخلاصة وهو الأصح.

قال في الولوالجية: من قال في المسألة بالانفراد فقد قاس بتوكيلهما ببيع شيء بعينه [232/ظ] على التعاقب حيث ينفرد كل منهما في البيع وفاقاً، والفارق قال أوان وجوب التوكيل وقت التوكيل وهو في المسألة متفرق فيكون كلاً منهما مستقلاً في الوكالة على ما أوجب ووجب أما الإيصاء فزمان وجوبه بُعيد الموت وهو واحد فيكون الإيصاء إليهما في وقت واحد كيف ما أوصى فيكون كأنه جمع بينهما في الإيصاء بكلمة واحدة، وذكر في الوجيز: أن الانفراد قول محمد والاجماع قول الإمام. وفي التتارخانية: أوصى إلى رجل ثم مكث زماناً فأوصى بوصايا إلى آخر فهما وصيان في كل وصاياه تذكر إيصاءه إلى الأول أو نسي لأن الوصي عندنا لا ينزل ما لم يعزله الموصي ويخرجه عن الوصاية بأن يقول أخرجته عن الوصاية أو يقول رجعت عن وصايتي إليه حتى لو كان بين وصيته مدة سنة أو أكثر لا ينزل الأول عن الوصاية.

(847) ج : لا.

(848) د، ج، ب+ : فيكتفي به الحاكم دفعاً للضرورة ولولا كون فعله هذا ضرورياً لزم عليه إكمال عدد المخاطبين والله سبحانه أعلم، وفي الخانية أوصى إلى اثنين على التعاقب.

وفي النوازل: أوصى إليهما وقال فعل كل منهما جائز وقال كل منكما وصي تام قبل هذا والذي يوصي إليهما جميعاً سواء في الخلاف في جواز الانفراد في التصرف وعدمه.

وقال ابن مقاتل أن الخلاف في الصورة الثانية أما في الأولى فلكل منهما أن ينفرد في التصرف في قول علمائنا رحمهم الله تعالى وهو الصحيح ومثله عن الصغار أيضاً.

وفي فتاوى الفضلي والخانية: أوصى بنصيب بعض أولاده إلى أحد وبنصيب البقية إلى آخر فهما وصيان في كل ذلك ، لو أوصى إلى أحدهما بالدين وإلى آخر بعق عبده أو بأمر أمواله أو أوصى إلى أحدهما [233/و] بميراثه في بلد آخر ومثله في الظهيرية، وقال فيها وعند أبي يوسف ينفرد كل منهما فيما عينه الموصي.

وذكر في الخانية: أن محمداً مع أبي يوسف ومثله في الولوالجية وفي الخانية في موضع آخر أن الانفراد قول محمد رحمه الله ، قال في الولوالجية (849) فرق أبو حنيفة رحمه الله بين الوصاية والوكالة حيث لم يقل باختصاص الوصاية فيما عينه الموصي من النوع وقال باختصاص قرينة بما عينه الموكل للوكيل حتى صارت مسألة الوكالة وفاقية وهذه خلافة بناءً على أن الوصاية إثبات الولاية للموصي وهي في الموصي ولا يحتمل التجزي فكذا في الوصي.

أما في الوكالة فهي إنابة منابه وقد أنابه في تصرف مخصوص فلا يتعدى عن ذلك إلى غيره، قلت وتحقيقه أن بالموت لا يتدارك ما بعده بخلاف الحياة فكذلك في الوصاية أنها بدأ مناب نفسه من كل وجه ولا يعتبر ما يدل عليه ظاهر تخصيصه بنوع من الأنواع على أنه في حال الموت فلعلة لم يقرر على بيان مراده بخلاف التوكيل فإنه في حال الحياة فإذا لم يكن مراده ما يدل عليه ظاهر كلامه بينه في وقت آخر فلا معنى إلى إلغائه ما يدل عليه كلامه دلالة ظاهرة فتدبر.

وفي الخانية والظهيرية: جعل واحداً وصياً على بناته وآخر على أبنائه وثالثاً على أمواله ورابعاً على ديونه فإن شرط أن لا يكون كل منهم وصياً فيما أوصى به إلى غيره ينفرد كل منهم بما شرط بلا خلاف وإن لم يشترط فهو على الخلاف السابق كذا ذكره الكرخي والفتوى على قول الإمام، وفي البنية: خص كل وصي بتصرف صار كل وصياً عاماً.

[234/ظ] وفي الظهيرية والخانية والوجيز: أوصى إلى رجل وقال اعمل برأي فلان أو عمله فالوصي الأول له أن يعمل بدون رأيه وعمله أما لو قال لا تعمل إلا برأي فلان أو إلا بعلمه فهما وصيان في الصحيح.

قال في الولوالجية: لأن في الأول أمره بالمشورة وفي الثاني نهاه عن العمل ما لم ينضم إلى رأيه رأي فلان وهذا التفصيل اختيار الفقيه أبي الليث، وعليه الفتوى.

(849) ب، ج: + وفي الخانية في موضع آخر أن الانفراد قول محمد رحمه الله ، قال في الولوالجية.

وقيل الوصي في الوجهين هو الأول وقيل هما وصيان فيهما معاً، وقيل الوصي التام في الأول الأول وفي الثاني الثاني والأول وصي ناقص.

وفي الخانية: أوصى إلى رجل وجعل آخر مشرفاً عليه ذكر الناطفي أنهما وصيان كما لو أوصى إليهما وقال الإمام الفضلي المشرف ليس بوصي فلا يكون المال عنده، أما لا يجوز للوصي أن يتصرف بدون رأي المشرف وعلمه وفي الخاصي ويقول الفضلي يفتى.

وفي البنية: الوصي مع المشرف كالوصيين قال ولو جعل عليه مشرفاً لا يتصرف بدونه والمشرف يتصرف وحده، قال والوصي أولى بإمساك المال من المشرف قلت وقوله والمشرف يتصرف وحده بعد قوله كالوصيين محل نظر ولذا قال في جامع الفقه وقيل للمشرف أن يتصرف بكلمة فأتى بكلمة قيل فتدبر.

وفي النوازل: أوصى إليهما فقبل أحدهما وسكت الآخر فقال القابل للساكت اشتر للميت كفناً فقال له نعم أو اشترى الكفن فهو قبول منه للوصاية، وكذا لو كان [235/و] الساكت خادماً للقابل يعمل عنده فأمره بشراء الكفن فقال نعم أو شره ومثله في الولوالجية والخانية.

وفي الخانية وغيرها: أن حكم هذا الفصل أنه لا يتمكن أحد الوصيين أو الأوصياء من التصرف بدون حضور رأي الباقي إلا فيما لا بد منه أو لا يكون فيه مدخل للرأي وهو أشياء معدودة التجهيز والتكفين واستئجار الحمال لحمل الجنازة وقضاء الديون من جنسها وطلبها والخصومة في حقوق الميت على الناس والخصومة فيما يدعى على الميت ذكره في الننف وتنفيذ الوصية المعينة وعق العبد المعين الإعتاق واستئجار الظئر⁽⁸⁵⁰⁾ وشراء الطعام والكسوة وما لا بد منه للصغار وإيجار نفس اليتيم لعمل يتعلم وإجارة مال اليتيم ذكره في البنية ورد الودائع والأمانات والعواري والغصب ورد المشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال المجتمعة وجمع الضائعة منها وبيع ما يخشى عليه التوى⁽⁸⁵¹⁾ والتلف كالفواكه واللحوم وقبول الهبة⁽⁸⁵²⁾ للصغير وقسمة المكيل والموزون.

وفي العتابية: وله تنفيذ الإعتاق فيما إذا أوصى بعنق عبد بغير عينه بعدما عينه الورثة كلهم وله أن يتصدق بالثلث الشائع فيما إذا أوصى بثلث ماله للفقراء، وتنفيذ ما عزل عن الدراهم للتصدق، قال في الخانية: وفيما سوى هذه التصرفات مما يكون من باب الأمانة والولاية أو يكون فيه مدخل للرأي أو يكون من أعمال التجارة [236/ظ] ذكره في العمادية.

فإنه لا ينفرد فيه أحدهما لأنه ما رضي إلا برأيهما ورأي الواحد ليس كرأي المتعدد فلا ينفرد في قبض دين الميت وقبض ودائعه ذكره في الخانية والعتابية، ولا يبيع أحدهما شيئاً ولا يشتري ولا يؤجر ولا يستأجر ذكره في الننف.

(850) الظئر: بكسر الظاء بعدها همزة ساكنة، ج أظؤر، المرضعة لغير ولدها. لغة الفقهاء ص 295..

(851) التوى: بالالف المقصورة من توي بكسر الواو هلاك المال. لغة الفقهاء ص 149.

(852) ج: الهدية.

ولو مات المودع وله وصيان ينفرد أحدهما بالقبض عند عدم الدين⁽⁸⁵³⁾ وهذا كله مذهب الطرفين رحمهما الله تعالى ، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: لكل منهما أن ينفرد في التصرفات كلها أصل الخلافة خلافة انفراد أحد الوكيلين بالبيع.

وفي العتابة: وبهبة هذا العين بلا تعيين للموهوب له أما لو عينه فإن أحدهما ينفرد بالهبة هذا ولو وكل أحد الوصيين الآخر جاز انفراد الوكيل في جميع التصرفات وفاقاً لأن رأي الوكيل رأي الموكل فيجمع حينئذ في تصرفه الرأيان فيجوز عندهما أيضاً.

وفي وصايا المنتقى: لأحد الوصيين أن يؤجر اليتيم على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي القدوري له أن يؤجره في قوله ولا يؤجر عبده، وقال محمد رحمه الله تعالى يؤجر عبده. وفي البنية: ينفرد أحد الوصيين بإجارة مال اليتيم لا في التجارة وقبض الديون أوصى إليهما جملة أو إلى كل على حدة، وفي العتابة: والصحيح أن الخلاف في كل واحد.

وفي الخانية: مات أحد الوصيين ليس للحي منهما أن يتصرف في التركة عند الطرفين فيرفع الحي الأمر إلى الحاكم فإن رأى الضم ضم إليه آخر وإن رأى أن يجعل وصياً وحده [237/و] ويطلق التصرف فحينئذ أطلق ويستبد بالتصرف، قال أبو يوسف رحمه الله يستبد الحي بالتصرف ولا يرفع الأمر إلى الحاكم قال وعن الإمام رحمه الله في رواية: أنه ليس للحاكم أن يجعل الحي منهما وصياً وحده حتى لو فعل لم ينفذ تصرف الحي بإطلاق الحاكم له وهو قول ابن أبي ليلى⁽⁸⁵⁴⁾ قال الحدادي لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده ثم ذكر أن هذا إذا لم يوص الميت إلى آخر، أما لو أوصى إلى غيره فإنه ينفذ تصرف ذلك الغير مع الحي الباقي كان الميت أوصى إليهما ولا يحتاج إلى نصب القاضي وذلك لأن رأي الميت باق برأي من يخلفه حكماً فيكون كما رضي به الميت.

ومثله لو فسق أحد الوصيين فإن الحاكم يعزل الفاسق فيكون بعده بالخيار إن شاء ضم له آخر وإن شاء أطلق للعادل العمل على الخلاف السابق ، قال ومثله أيضاً لو قبل أحد المخاطبين الوصاية بعد الموت دون الآخر أو مات أحدهما قبل موت الموصي وقبل الآخر⁽⁸⁵⁵⁾ ومثله في الولوالجية.

وذكر في الحدادي: مات أحد الوصيين يجعل القاضي مكانه آخر أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التصرف وحده.

وأما عند أبي يوسف فلأن الحي وإن كان يقدر على التصرف وحده لكن الموصي قصد أن يخلفه متصرفان في حقه وقد أمكن بنصب الآخر فينصب، فجعل المسألة وفاقية.

(853) ج:- ولو مات المودع وله وصيان ينفرد أحدهما بالقبض عند عدم الدين.

(854) مُحَمَّد بن عبد الرحمن بن ابى لىلى يسار ابن بلال الانصاسارى البَغْدَادِي الفَقِيه المحدث (ت.148هـ). هدية العارفين 7/2.

(855) ب،ج+: دون الآخر أو مات أحدهما قبل موت الموصي وقبل الآخر.

وفي الخانية والولوالجية وبيع الخلاصة عن الزيادات: أنه لا يجوز بيع أحد الوصيين مال اليتيم من الوصي الآخر ولا شراؤه له منه كما لا يجوز من الأجنبي، قال في الخانية وهذا عند أبي [238/ظ] حنيفة رحمه الله تعالى وفي الخلاصة أن محمداً معه.

وفي الولوالجية: وإنما لم يجز لأن البائع إذا طالبه بأداء الثمن يقول أعطيك النصف أو حبس النصف فيؤدي إلى النزاع قلت وهذا نزاع يؤدي إلى كون المسألة وفاقية والظاهر أنها خلافية مبناها الاستبداد بالبيع وعدمه والله سبحانه أعلم.

وفي أحكام الصغار لا يجوز لأحد الوصيين أن يكتب عبد اليتيم إلا برضا الآخر وقد مر في فصل العتق وفي الحدادي تصرف أحد الوصيين ثم أجازه صاحبه جاز⁽⁸⁵⁶⁾ ولم يحتج إلى تجديد العقد إلا إذا كان تصرفاً لا يتوقف كالبيع والشراء فلا يجوز.⁽⁸⁵⁷⁾

وفي الخانية: أوصى بالتصدق عنه بكذا وكذا جاز فإن لم يعين الفقر لا ينفرد أحد الوصيين بالتصدق خلافاً لأبي يوسف وإن عينه يجوز الانفراد عند الكل قال وكذا لو أوصى بشيء للمساكين ومثله في الولوالجية والعتابية.

ثم قال قال الإمام شمس الأئمة الحلواني كان مشايخنا يظنون أنه إذا أوصى بشيء من أبواب البر ينفرد أحد الوصيين بتنفيذها وليس الأمر كما ظنوا بل الجواب على الوجه الذي ذكرناه.

وفي الخاصي عن النوازل والوجيز عن الفتاوى: أوصى إليهما بالتصدق بقفزان معينة من الحنطة قبل أن ترفع جنازته دفعه أحدهما إن كانت الحنطة في دار الميت أو في ملكه جاز دفعه ولا يكون للوصي الآخر منعه لأن تصدقها لا يفتقر إلى الرأي كذا في الولوالجية.

وإن اشتراها من الغير [239/و] فالصدقة على المشتري لا على الميت فيضمنها لأن الشراء لكونه مما يجري فيه الرأي لا يجوز إلا باجماعهما فلا يدخل المشتري ملك الميت كذا في الولوالجية قال الفقيه أبو بكر يؤخذ في هذا بقول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله ومثله في الخانية.

وفي الولوالجية: أوصى بشراء قفيزين من حنطة وقفيزين من شعير بعد موته ويفرق على الفقراء وفي التركة حنطة وشعير فلا بأس بأن يقوم مال الميت بقيمة معلومة فإذا بلغ إلى ما أمر به الميت يتصدق من تلك الحنطة والشعير لأنهما سواء.

وفيهما أيضاً: إذا كان في التركة كسوة وطعام فدفع أحد الوصيين ذلك إلى الأيتام الذي أوصى لهم به ذكر الناطفي أنه يجوز وإن لم يكن ذلك في التركة فأراد أحدهما أن يشتري والآخر حاضر ليس له ذلك إلا بأمر الآخر.

وفي الولوالجية: للميت دين على أحد الوصيين لا يبرأ بأدائه إلى الوصي الآخر ومثله في خزنة المفتين.

(856) ب-: جاز.

(857) ج-: يجوز.

وفي الذخيرة: قسم الوصيان المال فأخذ أحدهما نصيب بعض الورثة والآخر حق الآخرين منهم لم يجز عند الكل وكذا إذا غاب أحدهما فقام الآخر الورثة عند الطرفين خلافاً لأبي يوسف فإنه يجوز عنده. وفي ننف الغزنوي⁽⁸⁵⁸⁾ رحمه الله تعالى: إذا اختلف في المال عند من يكون إن جعلاه عند أحدهما جاز وإن أودعاه رجلاً جاز.

وفي الخانية: باع عبداً فرد على وصيه بالعيب فلأحدهما الانفراد برد الثمن على المشتري، [240/ظ] وليس لأحدهما قبض المبيع المعيب ولا إيداع ما صار في يده من التركة. وفيها أوصى بشراء عبد وإعتاقه ليس لأحد الوصيين الانفراد بالشراء أما لو شرياً عبداً فلكل واحد منهما إعتاقه بدون رأي صاحبه.

وفي النوازل: أوصى بأن يشتري من ثلثة بألف عبد أو يعتق عنه وله وصيان ولأحدهما عبد يساوي أكثر منها لكن يبيعه بالألف قال الصفار: إن كان فوض إلى كل منهما الانفراد وفي ذلك جاز شراء الوصي الآخر منه وإلا⁽⁸⁵⁹⁾ يبيعه مولاه من رجل ويسلم إليه ثم يشتري هو وقرينه معاً للميت لأن الشراء لا يصح إلا منهما وهو المختار كذا ذكره الولوالجي والخاصي ومثله في الخانية وقال وهذا أصوب يعني قول الصفار قلت وهذه خلافة.

وفيه وفي الخانية: مات في يوم ثلج شديد فلم يحمله المحتسبون فاستأجر أحد الوصيين حمالين فحملوه إلى المقبرة والوصي الآخر هناك وهو ساكت أو استأجرهم بعض الورثة وكل من الوصيين ساكت قال الفقيه أبو بكر: الاستئجار جائز والأجرة من جميع المال كالكنف ومثله في الولوالجية.

وقال الخاصي: أراد به إذا كان الأمر بحال يوجد من يحمله سوى الأجراء لأن جواز استئجار حامل الميت إنما يكون إذا وجد من يحمل غيرهم قلت وإلا يكون حمله واجباً على الأجراء فلا يجوز لهما أخذ الأجرة على الحمل.

وفي الخلاصة عن الإيضاح أوصى إليهما فمات وعليه ديون وعنده ودائع لأقوام شتى فقبض أحد الوصيين المال والودائع بلا [241/و] إذن صاحبه فهلك في يده لا يضمن لجواز انفرد أحدهما بقضاء الدين ورد الودائع فصار كما إذا أوصى إلى واحد فقبض لذلك فهلك في يده وقد مر في فصل الضمان. وكذا لو لم يكن في المسألة على الميت دين فقبض أحدهما التركة فضاعت في يده وكذا لو كان للميت غصوب عند أقوام شتى فأخذ أحدهما الغصوب من أيدي الغاصبين بلا إذن صاحبه فضاع عنده.

وبالجملة منزل الميت وغيره واليد المحصنة⁽⁸⁶⁰⁾ وغيره سواء في هذه الأشياء نظراً إلى الوصي بخلاف الوارث فإنه ليس له القبض إلا من منزل الميت ومن اليد الغير المحصنة حتى لو قبض الوارث ديناً

(858) الننف للغزنوي: أحمد بن محمد الغزنوي، له: المقدمة الغزنوية في فروع الحنفية (ت. 593هـ). لآلى المحار 155/1، كشف الظنون

1802/2.

(859) د: ولا.

(860) ب: المحصنة.

للميت أو وديعة له عند آخر أو أخذ من الغاصب من الميت فضاع عنده يضم حصة غيره من الورثة وقال في الخانية إلا أن يكون ما أخذه في موضع يخاف عليه الهلاك فلا يضمن استحساناً. وفي الخلاصة عن جامع الكبير: أحد الورثة إذا قبض شيئاً من التركة فضاع يضمن حصص غيره من الورثة إلا إذا كان المال في موضع يخاف الضيعة أما الوصي فإنه يقبض مطلقاً. وفي الخانية: وإن كان للميت وديعة عند آخر وكان له مال في يد الغاصب فإن أحد الوصيين لا يملك الأخذ من المودع والغاصب ففي الغصب يدفع الحاكم المغصوب إلى ثقة أمين وارثاً كان أو لا وفي الوديعة يتركه عند المودع.

وفي النوازل والظهيرية [242/ظ] والخانية: قال لوصييه ضعا ثلثي حيث شئتما أو أين شئتما فمات أحدهما قبل الوضع قال ابن مقاتل فإن الوصية تبطل والثلث يرجع إلى الورثة، قال في الولوالجية لأنه علق وصيته تلك بمشيئتهما ولا يتصور ذلك بعد الموت، أما لو قال جعلت ثلثي للمساكين وقال لهما ذلك فمات أحدهما قال فإن القاضي يجعل وصياً آخر مع الحي منهما فينفذان الوصية أو يقول للحي⁽⁸⁶¹⁾ ضع أنت وحدك فيمن شئت فيضعه فيمن شاء وقال أبو يوسف أخراً للباقي منهما الوضع فيمن شاء في جميع الصور.

وفي الهداية: أقر الوصيان بأن معهما ثالث يملك القاضي نصب الثالث معهما اعترافاً بالعجز عن التصرف.

وفي الولوالجية: ادعى اثنان أنهما وصيان للميت فأقام أحدهما بينة عادلة ولم يقم الآخر لا يجوز لمن أقام أن يتصرف في مال اليتيم لأنه أقر أنه وصي مع آخر ولا يجوز لأحد الوصيين أن يتصرف في مال اليتيم بدون أمر الآخر قلت فيرفع الأمر إلى القاضي كما فيما إذا مات أحد الوصيين على ما مر والله سبحانه وتعالى أعلم.

(861) د، ج، +: للحي.

الفصل الثلاثون

الإخراج

في فتاوى الإمام ظهير الدين المرغناني: أن للوصي أن يخرج نفسه من الوصاية إن عُرف عجزه وكثرة أشغاله.

وفي الولوالجية: والحيلة في إخراج الوصي نفسه من الوصاية بعد ثبوتها له أن يدعي عيناً من أعيان التركة ولا يثبتته فيتهمه الحاكم ويخرجه عن الوصاية حتماً على ما مر في فصل الدعوى قلت ثم قدرة القاضي على نصبه ثانياً مدفوع بكون الرضا بيده [243/و] وأقول دلت⁽⁸⁶²⁾ المسألة على جواز اختيار الكذب خوفاً من الوقوع فيما هو أعظم منه لأنه في دعواه هذه كاذب فتأمل والله سبحانه أعلم.

وفي غنية المنية: أوصى إليه ثم قال لا أريد وصايتك قال القاضي علاء الدين المروزي لم يكن قوله ذلك عزلاً عن الوصاية.

وفي الإيضاح والعدة والخلاصة: لا يعزل الوصي نفسه في غير مجلس الحاكم لأنه ملزم بالقيام في مصالح الموصي فلا يملك إخراج نفسه إلا بحضرة من يقوم مقام الموصي ممن له ولاية التصرف في مال الميت دفعاً لاختلال أموره وهو الحاكم.

وفي الحافظية: وصي القاضي له ولاية التصرف في مال الميت دفعاً للاختلال⁽⁸⁶³⁾ إذا أراد عزل نفسه ينبغي أن يشترط علم القاضي بعزله أصله عزل الوكيل نفسه فإنه يشترط فيه علم الموكل كذا هذا.

وفي الهداية وسائر الفتاوى: الوصي إذا حضر مجلس الحاكم فشكى العجز لا يجيبه الحاكم بالعزل بل إن ظهر عنده كثرة اشتغاله وعجزه عن القيام بأمر الميت في ماله فإنه يدفع ضرر البقاء باستبداله لأنه بعد طلب العزل يقل اهتمامه بمصلحة اليتيم فيتضرر اليتيم⁽⁸⁶⁴⁾ ثم إن كان الوصي عدلاً أميناً كافياً لا ينبغي للحاكم أن يعزله لأنه ليس له ولاية الحجر على العدل الرشيد، خصوصاً إذا قام مقام الأب الرشيد، أما لو عزله فعند الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده ينعزل ويصير القاضي جائراً كذا في الولوالجية، وهو المذكور أيضاً في الفتاوى الصغرى وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد [244/ظ] وهو الصحيح لأن قضاه واقع في محله فينفذ ذكره في الولوالجية.

(862) ج: وليست.

(863) ج: له ولاية التصرف في مال الميت دفعاً للاختلال.

(864) ج: + فيتضرر اليتيم، و أ، ب، د: بإهماله فتعجز اليتيم بإهماله.

وذكر في المنتقى والأقضية: أن فيه اختلاف المشايخ، وذكر القدوري والطحاوي: أنه ليس للقاضي عزله من الوصاية ولا إدخال غيره معه إلا إذا خان أو كان فاسقاً معروفاً بالشر فيبدله بالخير أو عجزه عن التصرف فيعضده بالعدل الكافي.

وقال الفضلي: إذا عجز الوصي عن تنفيذ الوصايا يكون للقاضي عزله ذكره في الخانية، قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح أدب القاضي: وكان ظهير الدين المرغيناني يستبعد القول بالانعزال ويقول أن الوصي المختار مقدم على القاضي لقيامه مقام الميت.

قال الزاهدي في قنيته بعدما ذكر انعزال العدل يعزل القاضي إياه استبعاد القاضي ظهير الدين المرغيناني⁽⁸⁶⁵⁾ هذا القول وقول أبي زر بعدم انعزال منصوب القاضي بالعدل إذا كان عدلاً كافياً قال أستاذنا : وإذا انعزل وصي الميت بالعدل وإن كان عدلاً كافياً فكيف لا ينعزل وصي القاضي بالعدل قلت: فكأنه استبعاد لقول أبي زر.⁽⁸⁶⁶⁾

قلت: ولما كان للقاضي ولاية عامة وكان الأظهر من عدله وإسلامه أنه لا يعمل إلا مافيه النفع والمصلحة فلا جرم أنه لو لم يكن في عزله مصلحة لليتم أو الميت لما عزله، لأن مبنى الكلام إنما هو هذا فمقتضى قواعد الفن جواز عزله ونفاذ إخراج مطلقاً.

وما يرى في بعض الكتب عن تصحيح القول [245/و] بعدم الانعزال فمبناه دفع المفسدة ألا يرى إلى ما في جامع الفصولين من أن الصحيح عندي أنه لا ينعزل لكونه كالموصي فهو أشفق لليتم من القاضي فلا يكون عزله نظراً لليتم وأمور القاضي نظرية وينبغي أن يفتى بهذا لفساد قضاة⁽⁸⁶⁷⁾ الزمان. كيف علل عدم الانعزال بعدم المصلحة والنظر فيه وفساد قضاة الزمان وأنت تعلم أنه عسى لا يوجد من يقول بانعزاله والحالة هذه وإنما يقول القائل به حملاً لأحوال القضاة على الصلاح على ما هو الأصل الأصيل عند علماء الفن فالأولى عندي أن يجعل هذا من قبيل اختلاف العصر والزمان لا من قبيل اختلاف الحجة والبرهان والله سبحانه أعلم.

اعلم هذا ولو كان الوصي عدلاً غير كاف قال في المنتقى والولوالجية: لا ينبغي للقاضي عزله أيضاً بل يضم إليه مشرفاً أميناً مرضي السيرة مهتدياً في التجارة أو يضم إليه وصياً آخر عدلاً كافياً لأن تمام النظر فيه ومع هذا لو عزله ينعزل لانعزال ممن هو أولى منه على ما سلف. وكذا لو اتهمه القاضي بالفسق أو الخيانة ولم يظهر له بعد فإنه يشده بمشرف أو يضم إليه كافياً ذكره في الخلاصة ومختارات النوازل وكذا في الذخيرة وقال وهو الصحيح.

(865) ج-: المرغيناني.

(866) ج+: قلت: فكأنه استبعاد لقول أبي زر.

(867) ج+: قضاة.

قال في الولوالجية وهذا قول أبي حنيفة وذلك لأن الموصي رضي بوصايته وأمكن تدارك ما صدر منه من الخيانة يضم العدل الكافي إليه فلا حاجة [246/ظ] إلى نقض الوصاية الأولى والمخالفة للموصي وهو أشفق من القاضي وأعلم بأمر أولاده وأمواله.

ولو كان الوصي فاسقاً معروفاً بالشر يبدله بالعدل الكافي صوناً لمال الميت⁽⁸⁶⁸⁾ من التوى والهالك ذكره في شرح الطحاوي.

وفي المنتقى وقال في الذخيرة إلى هذا أشار محمد رحمه الله في الأصل وهو جامع الفقه للعتابي عن بشر عن أبي حنيفة رحمه الله: في وصي يتهمة القاضي ويجعل معه وصياً آخر.

وفي قنية المنية للزاهدي: نصب القاضي وصياً كافياً أميناً ثم عزله قال أبو ذر لا ينعزل الوصي لأنه اشتغال بما لا يفيد قلت لأن عليه نصب مثله فيكون عزله عبثاً.

وفي الهداية: شكى الوارث إلى القاضي عجز الوصي لا ينبغي أن يعزله ما لم تبد له خيانتة لاعتماد الموصي عليه.

وفي الخانية والحافظية: وعن أبي يوسف أن الحاكم إذا أشتكى إليه يسأل عن أحواله سرّاً فإن كان ما ذكر له عنه حقاً بدله بغيره.

وفي البنية: اتهم الوصي يعني الحاكم يضم إليه آخر، وفي الظهيرية هذا عند الإمام ويخرجه عند أبي يوسف وهو القياس وعليه الفتوى.

قال لأن الأب لو خيف منه على مال ابنه الصغير ينزع من يده المال فالوصي أولى به ، قلت وبعدما قال هذا القول يستبعد منه ما سبق من استبعاده بالانعزال بحقيقة الحال⁽⁸⁶⁹⁾ والله سبحانه أعلم

وفي الفتاوى الكبرى والخلاصة عن شرح [247/و] الطحاوي: الأوصياء البالغون الأحرار ثلاثة:

أمين قادر على القيام بما أوصي إليه فيقرر وليس للقاضي عزله وفي المنهاج لا ينبغي أن يخرجه ما لم يعلم خروجه من الواجب عليه، وأمين عاجز عن القيام بما أمر به فيضم إليه المعين الثقة، وفاسق ومنه الكافر فيعزل البتة ويبدل بغيره إحياء لمال الميت وصوناً عن التوى والتلف ومثله العبد وكذا الصبي والوصي المخوف على ما أوصي له به ذكره في المنهاج.

وفي غنية المنية للسجستاني: يجب على الإمام عزل المشايخ المنصوبة على الأوقاف القديمة وعزل أولاد المتوفى عن تولية أوقافهم القديمة إذا لم يكونوا عدولاً صالحين كذلك قال ويجوز عزلهم بلا استحباب إذا كانوا عدولاً صالحين.

(868) ج: اليتيم.

(869) ج+: بحقيقة الحال.

وفي الخانية عن الفتاوى الفضلية: عجز الوصي عن تنفيذ الوصايا للحاكم أن يعزله وفيها وفي الظهيرية عجز الوصي عن القيام بأمور الميت في التركة فأقام الحاكم وصياً غيره ثم قال الأول⁽⁸⁷⁰⁾ بعد أيام صرت الآن قادراً على القيام بأمور الوصاية قالوا هو وصي على حاله ولا يحتاج إلى إعادة الحاكم لأن الحاكم ما أقام الثاني مقامه حتى يكون نصبه عزلاً له إنما ذكر أنه أقام آخر للعجز وذلك ضم لا يعزل ومثله في فتاوى الفضلي والخانية.

وفي الخلاصة: أما إذا أقام قيماً آخر مقام العاجز يعزل [248/ظ] وعزاه إلى قسمة الفتاوى قال الخاصي في آخر كتاب الوقف لأن الثاني لا يقوم مقام الأول إلا بعد العزل وللقاضي ولاية عزل الوصي بالعجز صوناً لمال الأيتام عن الضياع وإحياء لحقوق الأموات.

وفي التجريد: كان للميت وصي فلم يعلم به القاضي فنصب له وصياً لا يكون فعله هذا إخراجاً للمختار عن الوصاية ذكره في الخلاصة.

وفي الخانية: ولو جن الوصي مطبقاً ينبغي أن يبدله القاضي ولو لم يفعل حتى أفاق الأول فهو على وصايته وقد مر في فصل نصب الوصاية، وفيها وصي استهلك مال اليتيم يخرج الحاكم ويجعل غيره بدله فيدفع الأول الضمان إليه ثم ينصبه الحاكم فيقبضه من الثاني ويحفظ لليتيم وقد مر في فصل الضمان.

وفي الخلاصة: إذا ادعى الوصي ديناً⁽⁸⁷¹⁾ على الميت لا يخرج القاضي أما إذا ادعى عيناً من الأعيان فإنه يخرج من الوصاية وقد مر مفصلاً في فصل الدعوى⁽⁸⁷²⁾ والله سبحانه أعلم.

(870) د:- الأول.

(871) ج:- ديناً.

(872) ب:- الضمان.

الفصل الواحد والثلاثون

تصرفه بعد الخروج

ذكر في الوقعات والنوازل والخلاصة عن المنتقى : أن قبض الوصي دين الميت بعد بلوغ الصبي وإدراكه جائز ما لم ينهه الصبي عن القبض أما إذا نهاه بعدما بلغ فإنه لا يجوز فلا يبرأ المديون بالدفع إليه بعده كما يبرأ به⁽⁸⁷³⁾ قبله.

وفي العدة والخلاصة: خرج من الوصاية فقبض ديناً لليتيم إن وجب الدين بعقده الذي يرجع حقوقه إليه صح قبضه [249/و] فيبرأ المديون بالدفع إليه ويصير كالديون التي أدت إليه حال وصايته وإن وجب بعقده الذي لا يرجع حقوقه إليه بل يرجع إلى المالك أو وجب بغير عقده أو كان موروثاً لليتيم لا يصح قبضه فلا يبرأ المديون بالدفع إليه ومثله في الفتاوى الصغرى، وفي جامع العتابي: وإذا أخرج القاضي الوصي ثم قال كنت بعت هذا العبد لم يصدق.

الفصل الثاني و الثلاثون

إيصاء الوصي

في المنهاج: للوصي أن يوصي بما أوصى له به أطلق له الموصي أو لم يطلق والثاني وصيهما جميعاً. وفي السراجية والخلاصة: أن للوصي أن يوصي إلى آخر وإن لم يكن مأذوناً له فيه من جهة الموصي. وفي الهداية وغيرها: أنه لو أوصى الوصي إلى آخر فهو وصي في كل من تركه الموصي إلى الموصي ولو نهى الأول الثاني عن الإيصاء قال صاحب المجمع وهذا قول الإمام رضي الله عنه وقال صاحبه الثالث وصي في تركه الموصي خاصة قلت وكذا الحال في الرابع والخامس وبالجملة وصي كل وصي في حكم ذلك الوصي في كل المواضع وجملة الأحكام.

(873) ج: +: الدعوى.

قال في جامع الفقه: وإذا أوصى الوصي إلى رجل فهو وصي في تركتهما وكذا إذا أوصى إلى رجل ثم أوصى الوصي⁽⁸⁷⁴⁾ إلى آخر ثم مات الموصي الأول ثم الثاني فالثالث وصي لهما.

وفي القنية عن صاحب المحيط: أن وصي الميت ووصي القاضي إذا أوصى إلى غيره جاز وصار وصيهما وصي [250/ظ] الميت أو القاضي.

وفي القنية: قال لوصيه تصدق بهذه الضيعة على من شئت فمات الوصي قبل المشيئة قال الحلبي لوصي الوصي أن يتصدق بها على من يشاء ومثله عن القاضي علاء الدين المروزي قال لأن مشيئته كمشيئة الوصي، ثم سئل الحلبي بأنه لو كان الوصي الأول حياً ولكنه أبى التصديق هل يجبر الوصي على التصديق؟ فلم يكتب فيه⁽⁸⁷⁵⁾ جواباً، قال ولو باعها الورثة حين أبى الوصي عن التصديق لم ينفذ بيعهم.

وفي الذخيرة: ولو مات الوصي فالمطالبة فيما باعه من مال الصغير لورثة الوصي أو لوصيه ولو لم يوجد واحد منهما ينصب له الحاكم وصياً فيطالب هو المشتري بحقوق العقد.

وفي بيوع الخلاصة: رجل بعث إلى بياح أغناماً ليبيعه فباعها من رجل ومات البياح وترك وارثاً فطالب صاحب الأغنام المشتري بالثمن فزعم المشتري أنه نقد الثمن للبائع لم يُصدق على نقده إلا ببينة وليس لصاحب الأغنام أن يُطالب وارث البياح ما لم يثبت قبض البياح الثمن لأنه مالم يثبت قبضه لا يصير مجهلاً للوديعة فلا يصير الثمن ديناً في تركته.

وليس له أن يطالب المشتري إلا بأمر وصي البياح لأن حق المطالبة بعد موت الوكيل بالبيع لوصي الوكيل فإن لم يكن له وصي ينصب القاضي له وصياً فيطالب قال وقال في الفتاوى لأن البياح نصبه⁽⁸⁷⁶⁾ وكيلاً بالبيع والوكيل بالبيع [251/و] إذا مات ينتقل حق قبض الثمن إلى وصيه وإن لم يكن له وصي يرفع الأمر إلى القاضي حتى ينتصب له وصياً لا يكون حق القبض للموكل قال ونظير هذا ما ذكر في الأصل: أحد المتفاوضين إذا باع شيئاً من المفاوضة ولم يقبض الثمن حتى مات وكان قد أوصى إلى رجل كان حق قبض الثمن إلى وصيه لأن وصي الإنسان بعد موته بمنزلة وكيله في حياته ولو كان البائع قد وكل رجلاً في حياته بقبض الثمن كان حق قبض الثمن إلى وكيله لا إلى موكله كذا هذا.

وفي فتاوى رشيد الدين: مات الوصي فبلغ الصبي فولاية قبض ثمن⁽⁸⁷⁷⁾ ما باعه الوصي والمطالبة من المشتري لوارث الوصي أو وصيه دون اليتيم الذي بلغ.

(874) ج: +: الوصي.

(875) ج: عليه.

(876) ج: يصير.

(877) ب: -: ثمن.

وفي فتاوى مختارات النوازل للوصي أن يوصي إلى غيره فيما أوصي إليه عندنا ويكون الثاني وصياً في كل من تركه الوصي والموصي الأول عند الإمام ويكون وصياً في تركه الوصي خاصة عندهما. وفي الخانية: الوصي إذا حضرته الوفاة وأوصى إلى آخر فإن قال أوصيت إليك في مالي ومال الميت الذي أنا وصيه، أو قال أوصيت إليك ولم يزد يكون وصياً في التركتين معاً رواية واحدة، أما على تركته فلولايته على نفسه وأما على تركه الموصي الأول فلقيامه مقامه بالإقامة من الموصي نفسه⁽⁸⁷⁸⁾ فيثبت لنائبه ما يثبت له من ولاية التصرف في مال الميت الأول [252/ظ] نيابة، أما لو قال أوصيت إليك في تركتي فالصحيح أنه يكون وصياً فيهما أيضاً لحصول القيام مقام الوصي فيكون له من الولاية ما كان للوصي الأول إذ لولاه لم يكن قائماً مقامه.

ويروى عن صاحبين اقتصار وصايته على تركه الوصي الأول اعتباراً للتنقيص وفي المنهاج: عن العلامة شرف الدين لو قال أحد الوصيين للثاني منهما جعلتك وصياً في تركتي روى عن الإمام أنه وصي في الحالين جميعاً وعنهما رحمهما الله تعالى أنه وصي في تركه الثاني خاصة. وفي البنية: مات أحد الوصيين موصياً إلى صاحبه جاز تصرفه يعني تصرف الثاني⁽⁸⁷⁹⁾ وحده، وفي المنهاج: أن الجواز قول محمد رحمه الله تعالى هو قياس قول الإمام وعن الإمام رحمه الله تعالى أنه لا يجوز وهكذا عن أبي يوسف فيضم إليه القاضي حينئذ آخر ومثله في جامع الفقه قال وكذا إذا مات أحدهما لم يقبل جعل القاضي معه آخر عندهم.⁽⁸⁸⁰⁾

وفي الخانية: أوصى إلى اثنين فمات أحدهما وأوصى إلى صاحبه يكون لصاحبه أن يتصرف في تركه الموصي الأول وحده كما يكون له أن يتصرف في تركه الموصي الثاني وذلك لأنه لو تصرف في تركه الأول في حياة صاحبه بإذنه أو توكيله لجاز فكذا بعد موته بإيصائه إليه لأنه كالتوكيل ويروى في المسألة عدم جواز تصرفه أيضاً لكن الصحيح هو الصحة.

[والحمد لله وحده والسلام على من لا نبي بعده تم بحمد الله وعونه [253/و] وحسن توفيقه ليلة السبت المبارك لليلتين بقيتا من شهر ربيع الأول من شهور سنة 1232 اثنين وثلاثين ومائتين وألف من هجرة من له العز ومزيد الشرف سيدنا ومولانا محمد صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم والحمد لله رب العالمين ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم].⁽⁸⁸¹⁾

(878) ج: + من الموصي نفسه.

(879) ج: الباقي منهما وحده.

(880) د: - عندهم.

نسخة: أ كما هو بخط الناسخ .⁽⁸⁸¹⁾

[الحمد لله قد قابلت هذا الكتاب من أوله إلى آخره بغاية اجتهادي وبذل وسعي لنفسي ولمن يؤول إليه من بعدي كتبه الفقير إليه سبحانه خليل بن إبراهيم الزبيدي الحنفي الأزهرى عفي عنه سنة 1264 هجرية وصلى الله على خير البرية وعلى آله وصحبه آمين]. (882)

الخاتمة

- 1- فضيل الجمالي كان أحد كبار القضاة والعلماء في العهد العثماني، ألف كتابه أدب الأوصياء لما تولى قضاء مكة المكرمة.
- 2- النسخة الأصل التي كتبها فضيل الجمالي لم أعثر عليها حين جمع المخطوطات المتوفرة من كتاب أدب الأوصياء.
- 3- بين جميع المخطوطات والتي بلغت أحد عشر لم تكن إلا واحدة مقابلة ومصححة على غيرها وهي التي جعلتها أساسا في البحث.
- 4- فضيل الجمالي مع غزارة علمه وقيمة كتابه أدب الأوصياء في الفقه لم يؤلف إلا خمسة كتب منها كتابه أدب الأوصياء والكتب الباقية لم أعثر على نسخها إلا ما ماعرفته عنها من كتب التراجم بوجودها.
- 5- كتاب أدب الأوصياء لفضيل بن علي بن أحمد الجمالي وليس لعلي الجمالي ووقع الاضطراب لأن بعض نسخ كتاب أدب الأوصياء نسبت الكتاب للابن والبعض الآخر للأب ولكن لما أنه أبو الميامن شيخ الإسلام ذكر أن الكتاب لفضيل وأغلب النسخ كذلك نسبته لفضيل ولأسباب أخر تحقق أن كتاب أدب الأوصياء لفضيل الجمالي وهو ما بينته عند الحديث عن مخطوط أدب الأوصياء.
- 6- النسخة أ، د متقاربتان جدا حتى في الزيادة و النقصان حين مقارنتهما مع غيرهما لذلك أرى أن الناسخ في مخطوطة د نقل عن الناسخ في المخطوطة أ.
- 7- كتاب أدب الأوصياء من الكتب الفقهية الموثوقة و الفريدة التي لم يؤلف مثلها في هذا الترتيب والتوسع، مما حدا بابن عادبن الرجوع إليه والاعتماد عليه في حاشيته والنقل منه في كثير من المسائل وكذلك ابن نجيم في البحر.
- 8- تنوع المسائل وذكر اختلاف الفقهاء فيها فتح بابا للمفتي والقاضي للفتوى بقول أحد أئمة المذهب ولو كان ضعيفا عند الضرورة.

الوصية

- 1- اهتمام القضاة والمفتين والمحامين في كتاب أدب الأوصياء وجعله مصدرا في الأحكام التي تتعلق بالأيتام والأوصياء عليهم.
- 2- الاهتمام ببقية كتب فضيل الجمالي المخطوطة والبحث عنها في مكتبات أنقرة واستنبول وتحقيقها
- 3- دعم كتاب أدب الأوصياء من قبل المتخصصين بحاشية تبين الراجح من الأقول التي تركها الجمالي من غير ترجيح.
- 4- اختصار كتاب أدب الأوصياء بحيث لا يخرج غرض الجمالي من تعدد أقوال الفقهاء عن مقصوده (كالتوسع في الشرح و توسعة على المفتي في الاختيار عند الضرورة).
- 5- تشكيل مركز أبحاث من المتخصصين للنظر في مخطوطات التراث الإسلامي في الزمن العثماني وتحقيقها وإخراجها إلى النور نظرا لكثرة العلماء والمخطوطات العلمية الحضارية في ذلك الزمان.

فهرس الكتب الواردة في الكتاب

- 1- أجناس الناطفي: أحمد بن محمد بن عمر أبو العباس الناطفي الحنفي، من كبار العلماء العراقيين من تلاميذ الإمام أبي عبد الله الجرجاني، من تصانيفه: الأجناس في الفروع، الوقعات (ت. 446هـ). الأثمار الجنية 320/1، كشف الظنون 1/1.
- 2- أحكام الصغار: محمد بن محمود بن الحسين الاسروشنى مجد الدين أبو الفتح الفقيه الحنفي، له من الكتب احكام الصغار وسماءه ايضا جامع الصغار في الفروع، الفصول في الفقه ثلاثين فصلا (ت. 636هـ). هدية العارفين 113/2.
- 3- الأقضية: لعلي بن عبد العزيز بن عبد الرزاق، له أقضية الرسول صلى الله عليه وسلم، قيل كتاب الاقضية، مناقب الامام الأعظم (ت. 506). هدية العارفين 694/1.
- ويوجد كتاب الأقضية: ابن الغرس محمد بن محمد المصري بدر الدين أبو السير المعروف بابن الغرس، صنف الفوائد البدرية في الاقضية الحكمية، الفوائد الفقهية في اطراف القضايا الحكمية (ت. 932هـ). هدية العارفين 231/2.
- 4- الإيضاح: لنصر الله بن عبد الرحمن بن مكارم الانصاري، صنف الايضاح والتجريد في الفروع، المعيد والمزيد في شرح التجريد. (ت. 633هـ). هدية العارفين 493/2.
- وأیضا يوجد الإيضاح: لعبد الرحمن بن محمد الكرمانی، الحنفي (ت. 543هـ). كشف الظنون 211/1.
- 5- وبنية الغنية: لعبد المؤمن بن رمضان بن محمد الكابي وايضا يُقال له: الكافي والكامي الحنفي، له «غنية المفتي الحاوي أكثر الفتاوى»، و له «بنية الغنية» وكتاب الغنية هو مختصر لكتاب البنية. (ت. 714هـ). هدية العارفين 631/1. كشف الظنون 1212/2. الطبقات السنية 394/4.
- 6- الإمام الفقيه محمد بن الوليد الحنفي، من مصنفاته: الجامع الاصغر في فروع الفقه، ومجموع الفتاوى (فتاوى السمرقندي) (كان حيا 1058/450). معجم المؤلفين 96/2، سلم الوصول 281/3.
- 7- جامع الفصولين: محمود بن القاضي اسرائيل بن عبد العزيز، يعرف بابن قاضي سيماونه كما ذكره صاحب الكشف والصحيح ابن قاضي سيمًا (بلدة من توابع كوتاهيه) توفي قتيلا بسيروز (ت. 823هـ). من مصنفاته: جامع الفصولين، جامع الفتاوى، العقود في شرح المقصود في التصريف. هدية العارفين 410/2.

8- فتاوى النسفي: عمر بن مُحَمَّد بن أَحْمَد النَّسْفِيّ، مصنفاًته: الحِصَالُ فِي الْمَسَائِلِ، الخِصَالُ فِي الْفُرُوعِ، مَجْمَعُ الْعُلُومِ، مِنْهَاجُ الدِّرَازِيَةِ فِي الْفُرُوعِ (ت. 537هـ). هَدِيَّةُ الْعَارِفِينَ 783/1، الْجَوَاهِرُ الْمُضِيَّةُ 394/1، لَأَلَى الْمَحَارِ 277/1.

9- جواهر الفتاوى: مُحَمَّد بن عبد الرشيد ابن نصر الْكُرْمَانِي، من تصانيفه جَوَاهِرُ الْفَتَاوَى، حِيَرَةُ الْفَتَاوَى، غَرَرُ الْمُعَانِي فِي فَتَاوَى أَبِي الْفَضْلِ الْكُرْمَانِي (ت. 565هـ). هَدِيَّةُ الْعَارِفِينَ 96/2. ويوجد كتاب آخر (جواهر الفقه): لنظام الدين بن برهان الدين المرغيناني، ذكر أنه جمع المسائل المذكورة في مختصرات أصحابنا كمختصر الطحاوي و التجريد و مختصر: الجصاص و خزانة الفقه. ينظر كشف الظنون 615/1.

10- الحافظية الفتاوى البزازية: مُحَمَّد بن شهاب بن يُونُسَ الكردى الْمَعْرُوفُ بِالْبَزَازِي، من تصانيفه: الْجَامِعُ الْوَجِيزُ الْمَشْهُورُ بِفَتَاوَى الْبَزَازِيهِ، شَرْحُ مُخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ، مَنَاقِبُ الْإِمَامِ أَبِي حَنِيفَةَ وَغَيْرِ ذَلِكَ (ت. 827هـ). هَدِيَّةُ الْعَارِفِينَ 185/2.

11- الخانية: لحسن بن منصور بن محمود بن عبد العزيز، المعروف بالإمام قاضي خان، وله الفتاوى المشهورة بالخانية والواقعات والأُمَالِي والمَحَاضِرُ وشرح "الزيادات" وشرح "الجامع الصغير" وشرح "أدب القضاء" لِلْخَصَّافِ وَغَيْرِ ذَلِكَ (ت. 592هـ) سلم الوصول إلى طبقات الفحول 41/2.

12- والخزانة: لأبي يعقوب: يوسف بن علي بن محمد الجرجاني، من تصانيفه: خزانة الأَکْمَلِ، شرح الطحاوي، وعبون المسائل، وغير ذلك (كان حياً 522 هـ). كشف الظنون 702/1، معجم المؤلفين 319/13.

13- الخِصَالُ فِي الْفُرُوعِ: لعمر بن مُحَمَّد بن أَحْمَدَ النَّسْفِي، من تصانيفه: الحِصَالُ فِي الْمَسَائِلِ، الخِصَالُ فِي الْفُرُوعِ، مِنْهَاجُ الدِّرَازِيَةِ فِي الْفُرُوعِ (ت. 537هـ). هَدِيَّةُ الْعَارِفِينَ 783/1، كشف الظنون 706/1.

14- الخلاصة: طاهر بن أحمد البخاري، من تصانيفه: خزانة الواقعات والنصاب والخلاصة (ت. 542هـ). الفوائد البهية ص 84.

15- خزانة المفتين في الفروع: حسين بن محمد السنيقاني، (السمنقاني) كان حياً في (740هـ). انظر كشف الظنون 703/1.

16- الذخيرة في الفروع: محمود أو محمد برهان الدين بن عبد العزيز بن عمر بن مازة، من تصانيفه: المحيط البرهاني والذخيرة و التجريد وتتمة الفتاوى والفتاوى (ت. 616هـ). الفوائد البهية ص 205. كشف الظنون 823/1.

17- للإمام: محمد بن الحسن الشيباني (ت. 189هـ). وله: زيادة الزيادات، وقد شرحها جماعة، منهم: الإمام، قاضي خان، وأبو حفص سراج الدين: عمر بن إسحاق الهندي. كشف الظنون 962/2.

- 18- الشامل في فروع الحنفية: اسماعيل بن الحسين بن عبد الله البيهقي، قال صاحب الجواهر: جمع فيه مسائل وفتاوى تتضمن كتاب المبسوط، والزيادات. ومن تصانيفه أيضا: كِفَايَةُ الْفُقَهَاء، مُجَرَّد فِي الْفُرُوع، (ت. 402هـ). كشف الخفاء 2/1024، هدية العارفين 1/209.
- 19- العتابية: لأبي نصر: أحمد بن محمد العتابي، البخاري، الحنفي. له: جامع (جوامع) الفقه المعروف (بالفتاوى العتابية) ت(586هـ). انظر كشف الظنون (م1/569).
- ويوجد كتاب آخر اسمه الشامل في الفروع: لعمر بن اسحاق بن أحمد الغزنوي، من تصانيفه: التوشيح في شرح الهداية للمرغيناني، زبد الاحكام في اختلاف المذاهب الاربعة الاعلام، والشامل المذكور. (ت. 773هـ). هدية العارفين 1/790.
- 20- محمود بن صاعد بن عبيد الله الحارثي، وقيل محمود بن عبيد الله بن صاعد بن أحمد بن محمد الكانكابي الحارثي، له مؤلفات منها "تفهيم التحرير في شرح نظم الجامع الكبير" في الفروع (ت. 606هـ). سلم الوصول 3/312.
- 21- غريب الرواية في فروع الحنفية: محمد بن أبي شجاع العلوي، اختصره: أبو حفص السفكردى. كشف الظنون 2/1207.
- 22- الفتاوى الظهيرية: لمحمد بن أحمد بن عمر ظهير الدين البخاري، صاحب الفوائد والفتاوى الظهيرية (ت. 619هـ). الفوائد البهية ص 156-157.
- 23- الفتاوى السراجية: علي بن عثمان بن محمد، من تصانيفه ثواقب الاخبار، فتاوى السراجية، مشارق الانوار شرح نصاب الاخبار (ت. 575هـ). هدية العارفين 1/700.
- 24- الفتاوى الفضلية: عثمان بن إبراهيم بن محمد بن الفضل (ت. 508هـ). الجواهر المضية 2/234، كشف الظنون 2/1227.
- 25- فتاوى البقالي: محمد بن أبي القاسم البقالي، الخوارزمي، الحنفي (ت. 576هـ). كشف الظنون 1/1، لآلى المحار 1/133.
- 26- فتاوى الخاصي: نجم الدين يوسف بن أحمد بن ابي بكر الخاصي، من تصانيفه: الفتاوى الصغرى، الفتاوى الكبرى (ت. 576هـ). هدية العارفين 2/554.
- 27- فتاوى الرشيدى: وهي لرشيد الدين: محمد بن عمر بن عبد الله السنجي، الوتار، الحنفي (ت. 598هـ). كشف الظنون 2/1223.
- 28- فتاوى النسفي: عمر بن محمد بن أحمد النسفي، مصنفاة: الحصائل في المسائل، الخصائل في الفروع، مجمع العلوم، منهاج الدراية في الفروع (ت. 537هـ). هدية العارفين 1/783، الجواهر المضية 1/394، لآلى المحار 1/277.
- 29- الفتاوى الولوالجية: إسحاق بن أبي بكر الحنفي (ت. 710هـ). كشف الظنون 2/1230.

30- الفوائد: لعمر بن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، من تصانيفه: جواهر الفقه، والفوائد في فروع الفقه، ت (بعد 600هـ). كشف الظنون 615/1، معجم المؤلفين 299/7، الفوائد البهية ص 149.

31- لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، و من تصانيفه؛ «المختار للفتوى»، و كتاب «الاختيار لتعليل المختار»، و كتاب «المشتمل على مسائل المختصر» (ت. 683هـ). الطبقات السنية 239/4.

32- علي بن أبي بكر المرغناني (ت. 593هـ). الفوائد البهية ص 141، الجواهر المضية ص 627.

33- الملتقط: محمد بن يوسف الحسيني، السمرقندي، ويسمى مآل الفتاوى (ت. 556هـ). كشف الظنون 1813/2.

34- مختصر القدوري في فروع الحنفية: أحمد بن محمد القدوري، وهو: الذي يطلق عليه لفظ: (الكتاب) في المذهب، وشروحه كثيرة منها: شرح الأقطع والزاهدي والحدادي في الجوهرة النيرة (ت. 428هـ). كشف الظنون 631/2.

35- إبراهيم بن علي بن أحمد بن يوسف، له من التصانيف "شرح الهداية" وكتاب "المنتقى" في فروع المسائل، كتاب "توازل الوقائع" وغير ذلك (ت. 744هـ). سلم الوصول إلى طبقات الفحول 37/1. ويوجد كتاب المنتقى للحكم الشهيد قال اللكنوي: المنتقى أصل من أصول المذهب بعد كتب الإمام محمد ولا يوجد المنتقى في ديارنا في أعصارنا. الفوائد البهية ص 185.

36- عمر بن مُحَمَّد بن أَحْمَد أَبُو حَفْص له منهاج الفتاوى (ت. 576هـ). هدية العارفين 784/1.

37- منية الفقهاء: مختار بن محمود بن محمد، من كتبه الحاوي في الفتاوى و زاد الأئمة و قنية المنية لتتميم الغنية (ت. 658هـ). الأعلام للزركلي 193/7.

38- النهاية: حسام الدين: حسين بن علي، المعروف: بالصغناقي، وفي الفوائد (حسن)، من تصانيفه: النهاية شرح الهداية، الكافي شرح أصول البزدوي (ت. 710هـ). كشف الظنون 2022/2، الفوائد البهية ص 62.

39- نوادر بشر: بشر بن الوليد بن خالد الكندي صاحب أبي يوسف، روى عن أبي يوسف كتبه وأملاه وولي القضاء ببغداد، صنف جَوَامِع ابى يُوسُف في الفُرُوع (ت. 238هـ). سلم الوصول 378/1، هدية العارفين 232/1.

40- النتنف للغزنوي: أحمد بن محمد الغزنوي، له: المقدمة الغزنوية في فروع الحنفية (ت. 593هـ). لآلئ المحار 155/1، كشف الظنون 1802/2.

41- الوجيز في الفتاوى: مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد السرخسى، من تصانيفه عُيُون المُسَائِل، فَوَائِد الْجَامِع الصَّغِير للشيباني، المُحِيط في الفُرُوع (الرضوي)، وجيز في الفَتَاوَى (ت. 544هـ). هدية العارفين 91/2، كشف الظنون 2003/2.

فهرس الأسماء الواردة في الكتاب

- 1- الإسبيجاني: أحمد بن منصور الإسبيجاني، له شرح على مختصر الطحاوي وكتاب الفتاوى (ت. 480هـ). الفوائد البهية ص 42. كشف الظنون 1220/3.
- 2- إسماعيل المتكلم: يلقب بقاضى القضاة له كتاب «الكافى» و كتاب «الصلاة»، و كتاب «شرح العمدة». الطبقات السنية: 210/2.
- 3- أبو مطيع البلخي: الحكم بن عبد الله القاضي أبو مطيع البلخي، راوي الفقه الأكبر عن أبي حنيفة (ت. 199هـ). الفوائد البهية ص 68.
- 4- أبو الليث السمرقندي: نصر بن مُحَمَّد بن ابراهيم بن الخطاب السمرقندي من تصانيفه: النوازل في الفروع والعيون وخزانة الفقه و بستان العارفين وشرح الجامع الصغير، هناك اضطراب في وفاته: فقيل (575-576-573-583-593هـ). الفوائد البهية ص 220. كشف الظنون 1981/2. هدية العارفين 490/2.
- 6- أبو جعفر الهنداوي: مُحَمَّد بن عبد الله بن مُحَمَّد أَبُو جَعْفَر الهنداوى، من تصانيفه شرح ادب القاضى لابي يُوْسُفِ الْقَوَائِدِ الْفَقْهِيَّة. كشف الغوامض فِي الْفُرُوع (ت. 362هـ). اهدية العارفين 47/2.
- 7- أبو حامد: اثنان كنيا بأبي حامد الأول جعله ابن عابدين ضمن مصادره في الحاشية وهو: مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن اَحْمَد العميدي، من تصانيفه الارشاد في علم الخلاف والجدل، نفائس في الجدل وغير ذَلِكَ (ت. 615هـ). هدية العارفين 109/2. والثاني: مُحَمَّد بن اَحْمَد بن ضِيَاء الدِّين، من تآليفه شرح كنز الدقائق فِي الْفُرُوع (ت. 858هـ). هدية العارفين 200/2.
- 8- ابن سماعة: مُحَمَّد بن سَمَاعَةَ بن عبد الله ، كَتَبَ النَّوَادِرَ عَنْ أَبِي يُوْسُفَ وَمُحَمَّدَ وَرَوَى الْكُتُبَ وَالْأَمْالِي (ت. 233هـ). الجواهر المضية 58/2.
- 9- أبو ذر: أَحْمَد بن عَلِيّ بن مُحَمَّد الإِسْتَرَابَازِي، ذَكَرَ الْخَطِيبُ أَحْمَدُ بن عَلِيّ هَذَا فِي تَارِيخِهِ وَقَالَ تَفَقَّهَ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. انظر الجواهر المضية 83/1.
- 10- أبو القاسم الصفار: أَحْمَد بن حمزة الصَّفَّارُ الْبَلْخِي ، من تصانيفه: المختلف (ت. 336هـ). سلم الوصول 143/1، الجواهر المضية 135، 263/2.
- 11- أبو بكر الإسكافي: مُحَمَّد بن اَحْمَد الاسكافي البلخي، لَهُ شَرْحُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلشَّيْبَانِي فِي الْفُرُوع (ت. 333). هدية العارفين 37/2.
- 12- ابن مقاتل: مُحَمَّد بن مَقَاتِلِ الرَّازِي الْحَنْفِيّ من اصحاب مُحَمَّد بن الْحَسَنِ الشَّيْبَانِيّ (ت. 242هـ). هدية العارفين 13/2.

- 13- أبو عبد الله القلانسي: إبراهيم بن عبد الله، المعروف بالقلانسي، الزبيدي (أبو اسحاق) فقيه عالم بالكلام، من تصانيفه: كتاب في الإمامة، والرد على الرافضة (ت. 359هـ). معجم المؤلفين 54/1.
- 14- ابن أبي ليلى: مُحَمَّد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار ابن بلال الانصاري البغدادي الفقيه المُحدث (ت. 148هـ). هدية العارفين 7/2.
- 15- العلاء التاجري: التاجري نُسبَة عَلَاء الدّين مَذْكُور في القنية. الجواهر المضية 292/2.
- 16- الحلواني: عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح الحلواني الملقب شمس الأئمة، ومن تصانيفه المَبْسُوط (ت. 448هـ). الجواهر المضية 318/1، الفوائد البهية ص 96.
- 17- خواهر زادة: محمد بن الحسين البخاري، المعروف بـبكر (أبي بكر) خواهر زادة، من كتبه المختصر والتجنيس وشرح المبسوط المعروف بمبسوط بكر خواهر زادة (ت. 433هـ). الفوائد البهية 163/164.
- 18- الخصاف: أبو بكر أحمد بن عمرو الخصاف، فقيه، فرضي، محدث، عالم بالرأي، عارف بمذهب أبي حنيفة متقدم عند المهتدي. له من الكتب: الحيل والمخارج، كتاب الخراج المحاضر والسجلات، ادب القاضي، واحكام الوقف. (ت. 261). انظر: معجم المؤلفين (م 35/2).
- 19- خلف بن أيوب: خلف بن أيوب العامري البُلْخِي كَانَ من أَصْحَاب مُحَمَّد وَزَفَر، ت: (205هـ). انظر: الجواهر المضية: (م 232/1)، الفوائد البهية ص 71.
- 20- الزندوسي/ الزندوستي/ الزندويستي: الحُسَيْن بن يحيى بن علي الزندويستي، من تصانيفه: رَوْضَة الْعُلَمَاء، شرح الجامع الكبير للشيباني في الفروع، نظم الفقه (ت. 400هـ). هدية العارفين 307/1، كشف الظنون 1964/2.
- 21- السجستاني: يوسف بن احمد السجستاني، من آثاره: منية المفتي في فروع الفقه، وغنية الفقهاء (ت. 638هـ). معجم المؤلفين 270/13.
- 22- السغدّي: عَلِيّ بن الحُسَيْن بن مُحَمَّد السغدّي القَاضِي، من تصانيفه النتف في الفتاوي وشرح السير الكبير (ت. 461هـ). الجواهر المضية 994/1.
- 23- الطحاوي: أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوي، من آثاره: معاني الآثار ومشكل الآثار وشرح الجامع الكبير والصغير والنوادر الفقهية وغير ذلك (ت. 320هـ). الفوائد البهية ص 32.
- 24- طاهر بن محمود: طاهر بن محمود بن أحمد بن برهان الدين الكبير (ت. 504هـ). كشف الظنون 1221/2.
- 25- علاء الدين المروزي: علي بن الحُسَيْن المروزي، صنف كتاب الجامع في الفقه (ت. 452هـ). هدية العارفين 689/1.
- 26- عماد الدين: عمر بن بكر بن مُحَمَّد بن عَلِيّ الملقب بـشمس الأئمة وأبوه بكر يلقب أيضا شمس الأئمة (ت. 584هـ). الجواهر المضية 388/1.

- 27- الفضلي: أبو عمرو عثمان بن إبراهيم بن مُحَمَّد بن الفضل (ت. 508هـ). الجواهر المضية 234/2، كشف الظنون 1227/2.
- 28- الكرخي: عبيد الله بن الحسن بن دلال وَقِيلَ ابْنُ لال ابْنُ دلهم الكَرْخي، من تصانيفه: الجامع الكبير، مُختَصَر في الفُرُوع. وغير ذلك (ت. 340هـ). هدية العارفين 646/1.
- 29- أسعد بن مُحَمَّد بن الحُسَيْن الكرابيسي، صنف تلقيح العُفُود في الفروق من فروع الحَنَفِيَّة، الموجز في شرح الحاوي الكبير لبكبرس، (ت. 570هـ). هدية العارفين 204/1.
- 30- الكلاباذي : عبد الله بن محمد بن يعقوب بن الحارث الكلاباذي السبذموني، ويعرف بالأستاذ، صنف " مسند أبي حنيفة ، وأملى " كشف الآثار " في مناقب أبي حنيفة (ت. 340هـ). الأعلام للزركلي 120/4.
- 31- المعلى : مُعَلَّى بنُ مَنْصُورٍ الرَّازِي أَبُو يَعْلَى الحَنَفِيّ، ولد في حدود (150هـ)، كَانَ مِنْ كِبَارِ أَصْحَابِ أَبِي يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٍ، وَمِنْ تَقَاتِهِمْ فِي النُّقْلِ وَالرِّوَايَةِ. انظر سير أعلام النبلاء 366/10.
- 32- نصير بن يحيى : نصير بن يحيى البلخي، أخذ الفقه عن أي سليمان الجوزجاني عن محمد (ت. 268هـ). الفوائد البهية ص 221.
- 33- الحلبي/الحكيمي: مُحَمَّد بن أسعد بن مُحَمَّد بن نصر الحكيمي وَمِنْ تصانيفه تَفْسِيرُ الْقُرْآن وَشرح الشَّهَابِ لِلْقَضَاعِي وَنظم مُختَصَرِ الْقُدُورِيِّ وَشرح المقامات (ت. 567هـ). الجواهر المضية 33/2، الأعلام للزركلي 31/6.
- 34- هشام بن عبيد الله الرازي: تفقه على أبي يوسف ومحمد، ومن تصانيفه: نواذر في الفقه، صلاة الأثر (ت. 201هـ). سلم الوصول 393/3، الفوائد البهية ص 223، هدية العارفين 508/2.
- 35- الوبري: أحمد بن مُحَمَّد بن مَسْعُود الوبري، لَهُ شرح مُختَصَر الطَّحَاوِيِّ فِي مجلدين رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى. الجواهر المضية 121/1.

فهرس مصادر البحث

- 1- ابن أبي شيبة: أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي (ت. 235هـ). **مصنف أبي شيبة**، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى، 1409، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض.
- 2- ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت. 1252هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، الطبعة: الثانية، 1992/1412، الناشر: دار الفكر-بيروت.
- 3- ابن الحنبلي: رضي الدين محمد بن إبراهيم بن يوسف الحلبي (ت. 971هـ)، **درر الحبيب في تاريخ أعيان حلب**، تحقيق: محمود حمد الفاخوري، يحيى زكريا عبّارة ، تاريخ الطبعة: 1972م منشورات وزارة الثقافة دمشق.
- 4- ابن العماد: عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، أبو الفلاح (ت. 1089هـ)، **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، حققه: محمود الأرناؤوط، الطبعة: الأولى، 1986/1436، الناشر: دار ابن كثير، دمشق - بيروت.
- 5- ابن قطلوبغا: أبو الفداء زين الدين قاسم بن قطلوبغا السوداني (ت. 879هـ)، **تاج التراجم**، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، ط: الأولى، 1992/1413، دار القلم، دمشق/بيروت.
- 6- ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت. 711هـ)، **لسان العرب**، الطبعة: الثالثة، تاريخ الطبعة: 1414هـ، الناشر: دار صادر - بيروت.
- 7- أبو يعلى: أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي الموصلبي (ت. 307هـ)، **مسند أبي يعلى**، المحقق: حسين سليم أسد، الطبعة: الأولى، 1982/1404، الناشر: دار المأمون للتراث - دمشق.
- 8- إسماعيل بن محمد: إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي (ت. 1399هـ)، **هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**، بدون رقم طبعة، الناشر: استانبول 1951م، وأعادت طبعه دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان.
- 9- البرهاني: أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي (ت. 616هـ)، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، الطبعة: الأولى، 2004/1424 ، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- 10- حاجي خليفة: مصطفى بن عبد الله كاتب جلبي القسطنطيني المشهور باسم حاجي خليفة أو الحاج خليفة (ت. 1067هـ)، **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**، بدون رقم طبعة، تاريخ النشر:

- 1941م ، الناشر: مكتبة المثنى بغداد (وصورتها عدة دور لبنانية، بنفس ترقيم صفحاتها، مثل: دار إحياء التراث العربي، ودار العلوم الحديثة، ودار الكتب العلمية).
- 11- حاجي خليفة: مصطفى بن عبد الله القسطنطيني العثماني المعروف بـ «كاتب جلبي» وبـ «حاجي خليفة» (ت. 1067هـ)، **سلم الوصول إلى طبقات الفحول**، المحقق: محمود عبد القادر الأرناؤوط، بدون رقم طبعة، عام النشر: 2010 م، الناشر: مكتبة إرسىكا، إستانبول - تركيا.
- 12- الخليلي: لؤي عبد الرؤوف الخليلي الحنفي، **لآلئ المحار في تخريج مصادر رد المحتار**، هي مسودة مخطوطة المؤلف أرسلها إلي بصيغة (وورد) وهي لاتزال عندي.
- 13- الذهبي: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (ت. 748هـ)، **سير أعلام النبلاء**، المحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط الطبعة: الثالثة، 1405/1985، الناشر: مؤسسة الرسالة.
- 14- الرازي: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ)، **مختار الصحاح**، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الطبعة: الخامسة، 1420/1999، الناشر: المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت - صيدا.
- 15- الزركلي: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، **الزركلي الدمشقي** (ت. 1396هـ)، **الأعلام**، الطبعة: الخامسة عشر أيار/ 2002 م، الناشر: دار العلم للملايين.
- 16- الشيرازي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (ت. 476هـ)، **طبقات الفقهاء**، هذبة: محمد بن مكرم ابن منظور (ت. 711هـ)، المحقق: إحسان عباس، الطبعة: الأولى، 1970م، الناشر: دار الرائد العربي، بيروت - لبنان.
- 17- طاشكبري زادة: "أحمد بن مصطفى بن خليل، أبو الخير، عصام الدين طاشكبري زادة" (ت. 968هـ)، **الشقائق النعمانية في علماء الدولة العثمانية**، ط: لا يوجد، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت.
- 18- الغزي: المولى تقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري الغزي المصري الحنفي (ت. 1005هـ)، **الطبقات السننية في تراجم الحنفية**، المحقق: د. عبد الفتاح محمد الحلو، بدون رقم وتاريخ طبعة، الناشر: دارالرفاعي.
- 19- الغزي: نجم الدين محمد بن محمد الغزي، (ت. 1041هـ)، **الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة**، المحقق: خليل منصور، الطبعة الأولى 1408/1997، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- 20- الفيروزآبادي: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت. 817هـ)، **القاموس المحيط**، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثامنة، 1426/2005 الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان.

- 21- القرشي: عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، محيي الدين الحنفي (ت. 775هـ)، **الجواهر المضية في طبقات الحنفية**، بدون رقم وتاريخ طبعة، الناشر: مير محمد كتب خانه - كراتشي.
- 22- القرشي: عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، محيي الدين الحنفي (ت. 775هـ)، **الجواهر المضية في طبقات الحنفية**، تحقيق: الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، ط2 1413/1993، دار هجر.
- 23- القاري: علي بن سلطان محمد القاري (ت. 1605/1014)، **الأثمار الجنية في أسماء الحنفية**، تحقيق: الدكتور عبد المحسن عبد الله أحمد، ط1، 2009م، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العراق.
- 24- قلعي/قنيبي: محمد رواس قلعي حامد صادق قنيبي، **معجم لغة الفقهاء**، الطبعة: الثانية، 1988/1408، الناشر: دار النفائس.
- 25- الكحالة: عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشقي (ت. 1408هـ)، **معجم المؤلفين**، الناشر: مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت.
- 26- اللكنوني: أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوني الهندي، **الفوائد البهية في تراجم الحنفية**، تحقيق: محمد بدر الدين أبو فراس النعساني، بدون رقم و تاريخ طبعة، دار الكتاب الإسلامي القاهرة.
- 27- المحبي: محمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد المحبي الحموي الأصل، الدمشقي (ت. 1111هـ)، **خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر**، بدون رقم وتاريخ طبعة، الناشر: دار صادر - بيروت.
- 28- المزي: يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، أبو الحجاج، جمال الدين ابن الزكي أبي محمد القضاعي الكلبي المزي (ت. 742هـ)، **تهذيب الكمال في أسماء الرجال**، المحقق: د. بشار عواد معروف، الطبعة: الأولى، 1980/1400، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت.
- 29- مجمع اللغة العربية بالقاهرة: (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، **المعجم الوسيط**، بدون رقم وتاريخ طبعة، الناشر: دار الدعوة.
- 30- محاضرات في تحقيق النصوص: د:فخر الدين قباوة، د:فيصل الحفيان، د:حسن عثمان، د:محمود مصري، تحرير د:محمود مصري، الإصدار الثاني، 2016/1437، مركز البحوث الإسلامية، استانبول تركيا.
- 31- عمر قورقماز: رسالة جامعية في تحقيق كتاب تنويع الأصول لفضيل الجمالي في مرحلة الماجستير تم مناقشتها في جامعة تشوكوروكا.

SONUÇ

Fudayl, bu eserinde gördüğümüz kadarıyla Hanefî geleneği takip etmiş, kendinden önceki müktesebattan, kırk küsur eserden yararlanma yoluna gitmiş, yetim çocuk, gaib şahıs, ölmüş kimse, matuh ve mecnunun vesayeti hususunda ileri sürülmüş fikirleri bazen doğrudan iktibas etmek suretiyle bazen de küçük tasarruflarla takdire şayan bir şekilde kompoze edebilmiştir.

Fudayl Çelebi, vesayet kurumunun ağır, sorumluluk gerektiren ve sorunlu bir vazife olduğunu ifade etmiş ve üçüncü defa böyle bir görevi talep edenin adeta hıyanet içinde olduğunu belirtmiştir. Bu makama atanacakların öncelik sıralaması ise şöyledir: Baba, babanın vasisi, dede, dedenin vasisi, bu da yoksa vesayet kurumu, kadılık makamıdır. Baba ve dedenin atamış olduğu bir vasî olduğu sürece hâkim re'sen vasî tayininde bulunamaz. Vesayette prensip, vesayet makamının yaptığı iş ve işlemlerin çocuğun maslahat ve menfaatine uygunluğudur. Aksi halde hukuken geçersiz olacaktır. Hâkim, babanın veya dedenin atadığı ya da kendisinin atadığı vasîyi hıyanet etmesi, görevi ifadan acziyet göstermesi ve fâsık olması gibi durumlarda azletme yetkisine de sahiptir. Hâkimin göreve ehil, liyakat sahibi, emin ve âdil birini vasi tayin etmesi durumunda yapması gereken ilk şey, vasinin ne zamana kadar, kime ve hangi şartla vasi tayin edildiği vb. bilgileri içeren kayıt tutması ve bunu sak/mahzarda saklamasıdır.

Fudayl, nikahtan alışverişe; yargılama hukukundan tazminata kadar birçok konuda vasînin ne tür yetki ve sorumluluklara sahip olduğundan söz etmiştir. Buna göre, baba vasiyy-i muhtara çocuklarını evlendirme yetkisi verse bile vesayet makamının böyle bir yetkisi yoktur. Bu nedenle çocuklar, buluşa erdiklerinde muhayyerlik haklarını kullanarak istemedikleri bir evliliğe hayır diyebilecek; erkek çocuğu için yaptığı mehir ödemesinde gabn-i yesirden fazla aldanmalar da tazmin ettirilecektir.

Vasi çocuk nâm ve adına bey', istikraz ve mudârabe, müzâraa gibi kar ve gelir getirici işleri yapabilir. Fakat bu durum örf ile mukayyettir. Yani yolun herkesin gelip gittiği güvenli bir yol olması ve yapılan işlerin örfen kar getirici bir iş olması ve en azından rayiç bedelle satış yapılması gereklidir. Piyasa fiyatının çok altında gabn-i fahiş ile çocuğun ticaret malının satışa çıkarılması halinde akit batıl olacaktır.

Vasî, vesayeti altındaki bir çocuğu meslek öğrenmesi için bir işte çalıştırma ve onun kölelerini, hayvanını ve arazisini ve diğer mallarını gabn-i yesirle de olsa kiraya verme

hakkına sahiptir. Vasînin çocuğun malını kullanım ödöncü (âriyet) veya tüketim ödöncü (karz) vermesi ya da çocuk aleyhine havale üstlenmesi, çocuğun malını kendi borçları için rehin vermesi, çocuğun alacağını ibra etmesi hukuken geçerli değildir. Zira bu tarz sözleşmeler zarar riski içermektedir. Bu ilkeyi ihlal eder ve bir zarar durumu söz konusu olursa vasî tazmin edecektir.

Çocuğun işlerini deruhte etmesi amacıyla vasî, bir vekil tayin etme hakkına da sahiptir. Ne var ki vasînin ne kendisi ne de vekil, çocuk aleyhine şahitlik edemez ve ikrarda bulunamaz. Keza vasînin, borçlu ile çocuğun hakkı hususunda ya da çocuğun hakkı olandan daha az bir miktar ile sulh yapması -karşı taraf borcu ikrar etmesi ya da aleyhine mahkeme kararı çıkması veya vasînin bu konuda geçerli beyyinesinin bulunması hallerinde- câiz değildir.

Çocuk, satış işleminin mülkiyeti izale edeceğini, satın almanın bir mülkiyet iktisabı olduğunu aklediyor, gabn-i yesîr ve gabn-i fâhişten anlıyor, kârı zararı ayırt edebiliyorsa, vasînin çocuğa ticaret için izin verme hakkı vardır. Buna mukabil, gerektiğinde de hacr koydurma yetkisi bulunmaktadır.

Vasînin en büyük sorumluluğu, çocuğun bakımı, eğitimi ve bunlar için yapacağı harcamalardır. Vasi çocuğun eğitimi için toplumdaki örf ne ise o kadarını (nafakay-ı misil), çocuğun malından harcamakla mükelleftir. Vasinin ekonomik imkânı kısıtlı ise deruhte ettiği işlere karşılık kendisi de nafakay-ı misil alabilecektir. Çocuğun malını kendi malıyla karıştırmaması caiz olmadığı gibi onu çarçur ederek berhava etmesi halinde tazmin edecektir.

Yetimin bulûğa ermesi ve fikrî olgunluk (rüşd) seviyesine ulaşması halinde malı-mülkü vasî idaresinden alınır ve kendisine teslim edilir. Bundan sonraki tasarrufları hukuken geçerli olur ve artık sadece kendisini bağlar.

KAYNAKÇA

DİA, "Celâlzâde Sâlih Çelebi", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/celalzade-salih-celebi> (04.08.2019).

Gazzî, Ebü'l-Mekârim Necmeddîn. *el-Kevâkibü's-sâire bi-a'yani'l-mieti'l-aşire=el-Kevakibü's-saire bi-menakibi a'yani'l-mieti'l-aşire*. Beyrut : Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1997.

Ferhat Koca, "Fudayl Çelebi, Zenbillizâde", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fudayl-celebi-zenbillizade> (03.08.2019).

İbn Abidin, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz. *Reddü'l-muhtar ala'd-Dürri'l-muhtar*. Beyrut: Dâru'l-fikr, 1992.

İbn Hanbelî, Radiyyuddin Muhammed b. İbrahim. *Düreru'l-hubeb fî târihi 'ayâni Haleb*. Thk. Mahmud Hamed el-Fâhûrî. Dimaşk: Dimaşk: Menşûrâtü vüzâratü's-sakâfe, 1972.

İbn Nüceym, Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed. *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-İslâmiyye, 1997.

İbnü'l-İmâd, Ebü'l-Felah Abdülhay b. Ahmed b. Muhammed. *Şezeratü'z-zeheb fî ahbari men zeheb*. Beyrut : Dâru İbn Kesir, 1986.

İsmail Paşa, Babanzade Bağdatlı. *Hediyyetü'l-arifin esmaü'l-müellifin ve asarü'l-musannifin*. Beyrut: Dâru ihyâi't-turâsi'l-Arabî, ts.,.

Kabâve, Fahreddin - [ve diğerleri]. *Muhadarât fî tahkîki'n-nusûs*. İstanbul : Merkezü'l-Buhusi'l-İslamiyye (İSAM), 2016.

Kâtip Çelebi, Hacı Halife. *Keşfü'z-zunûn an esâmi'l-kütüb ve'l-fünûn*. Bağdat: Dâru'l-müsenna, 1941.

Kâtip Çelebi, Hacı Halife. *Süllemü'l-vüsûl ilâ tabakâti'l-fuhûl*. İstanbul : Ma'hedü'l-Buhus ve'd-Dirasati'l-Arabiyye İslam Tarih, Sanat ve Kültür Araştırma Merkezi (IRCICA), 2010.

Kefevî, Mahmûd b. Süleyman. *Ketâibu a'lâmi'l-ahyâr min fukahâi mezhebi'n-Nu'mâni'l-muhtâr*. Thk. Saffet Köse...[ve öte.]. İstanbul: Mektebetü'l-İrşad, 2017.

Kehhâle, Ömer Rızâ. *Mu'cemü'l-müellifin: teracimu musannifi'l-kütübi'l-Arabiyye*. Beyrut : Mektebetü'l-Müsenna, t.y.

Korkmaz, Ömer. *Osmanlı Fıkıh Usulü Anlayışı-Fudayl Çelebi (el-Cemâli) Örneği*. Ankara:

Bizim Büro Matbaa, 2017.

Korkmaz, Ömer. “Usûl Yazımında İki Farklı Yaklaşım Molla Hüsrev Fudayl Çelebi Örneği”. *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* XIX/1 (2019).

Ömer Korkmaz-Hasan Kayapınar, “Fudayl Çelebi’nin Edebü’l-Evsiyâ’ Adlı Eseri Özelinde Çocukların Malî Haklarının Gözetimi: Vesâyet”, *1. Uluslararası Eğitim ve Sosyal Bilimlerde Yeni Ufuklar Kongresi (ICES-2018)*, 2018.

Leknevî, Ebü’l-Hasenat Muhammed Abdülhay b. Muhammed. *el-Fevaidü’l-behiyye fî teracimi’l-Hanefiyye; et-Ta’likatü’s-seniyye ale’l-Fevaidi’l-behiyye*. Thk. Muhammed Bedreddin Ebû Firas Na’sanî. Beyrut : Dârü’l-kitâbi’l-İslâmî, ts.,.

Muhibbî, Muhammed Emin b. Fazlullah. *Hulâsatü’l-eser fî a’yani’l-karni’l-hadi aşer*. Beyrut : Dâru Sadır, ts.,.

Taşköprülüzâde, İsamü’d-din Ebü’l-hayr Ahmed. *eş-Şakâiku’n-numaniyye fî ulema-i devleti’l-Osmaniyye*. Kahire : Darü’l-kitâbi’l-Arabî, ts.,.

Ziriklî, Hayreddin. *el-A’lâm : Kamûsu terâcim li-eşheri’r-ricâl ve’n-nisâ min’el-Arab ve’l-müstarebîn ve’l-müsteşrikîn*. Beyrut : Dârü’l-İlm li’l-Melayin, 2002.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı : Mamoun Alslie
Doğum Yeri ve Tarihi : Suriye-Hama/Merkez – 03/01/1985
E-posta : abualbeshr2222@hotmail.com

EĞİTİM BİLGİLERİ

Üniversite (Yüksek Lisans) Çukurova Üniversitesi – Adana
İslam Hukuku – 2016-2019

Üniversite (Lisans) Şam Üniversitesi – İlahiyat Fakültesi - 2009

Lise İmam Hatip Lisesi–Hama–2004

Yabancı Dil Türkçe, İngilizce