وتنفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه
فيما يحدث بعده من الزوائد فكان هذا قضاء على الميت بقطع حقه فلا بد من
البينة ويصير بعضهم خصما عن البعض حينئذ مدعيا والبعض خصما وإن كان مقرا
ولا إن برهنا أنه أي العقار معهما حتى يبرهنا أنه لهما يعني إذا
ادعوا أنه الملك في العقار ولم يذكروا كيف انتقل إليهم لم يقسمها
حتى يقيما البينة أنه لهما لاحتمال أن يكون لغيرهما ثم قيل هذا قول
أبي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الأصح لأن القسمة نوعان
بحق الملك تكميلا للمنفعة وبحق اليد تتميما للحفظ وامتنع الأول
هنا لعدم الملك وكذا الثاني للاستغناء عنه لأنه محفوظ بنفسه
كذا في الكافي برهنا على الموت وعدد الورثة وهو أي العقار
معهم وفيهم صغير وغائب قسم ونصب قابض لهما فهو وصي
عن الطفل ووكيل عن الغائب لأن في هذا النصب نظرا للغائب
والصغير ولا بد من إقامة البينة على أصل الميراث في هذه الصورة
عنده أيضا بل أولى لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير
بقول لهم وعندهما يقسم بينهم بإقرارهم ويعزل حق الغائب والصغير
ويشهد أنه قسمها بينهم بإقرار الكبار الحضور وإن الغائب
أو الصغير على حجته وإن برهن واحد من الورثة أو شرواي الشركاء
وغاب أحدهم وكان أي العقار مع الوارث الصغير أو الغائب
أو كان معه شيء منه أي من العقار لا أي لا تجوز القسمة أما الأول
وهو عدم جواز القسمة إذا برهن واحد فلأنه ليس معه خصم
نفسه وهو وإن كان خصما عن نفسه فليس أحد خصما عن الميت
وعن الغائب وإن كان خصما عنهما فليس أحد يخاصمه عن نفسه
ليقيم البينة عليه بخلاف ما لو كان الحاضر من الورثة اثنين حيث
تكون القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين وأما الثاني وهو عدم
جواز القسمة أو شروا وغاب أحدهم فللفرق بين الإرث والشراء

فإن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على بائع المورث ويرد عليه
بالعيب ويصير مغرورا بشراء المورث حتى لو وطئ أمة اشتراها مورثه
فولدت فاستحقت يرجع الوارث على بائع مورثه بثمنها وقيمة الولد
المغرور من جهته فانتصب أحدهم خصما عن الميت فيما في يده والآخر
عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين وأما الملك الثابت
بالشراء لكل واحد منهم فملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولهذا لا يرد
بالعيب على بائع بائعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فلم تكن البينة
في حق الغائب قائمة بلا خصم فلا تقبل وأما الثاني وهو عدم جواز
القسمة إذا كان العقار مع الوارث الصغير أو الغائب أو شيء منه
فإن هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير الحاضر بإخراج شيء
مما كان في يده عن يده بلا خصم حاضر عنهما وقسم بطلب أحدهم إن
انتفع كل بحصته ويطلب ذو الكثير فقط إن لم ينتفع الآخر لقلة حصته
يعني إذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه قسم بطلب أحدهم لأن في القسمة
تكميل المنفعة وكانت حقا لازما فيما يحتملها إذا طلب أحدهم وإن انتفع
أحدهم بنصيبه إذا قسم وتضرر الآخر لقلة نصيبه فإن طلب صاحب
الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم كذا ذكر الخصاف وذكر الجصاص
عكسه وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة قسم القاضي قال في الخانية
وهو اختيار الشيخ الإمام المعروف بخواهرزاده وعليه الفتوى وقال
في الكافي ما ذكره الخصاف أصح وفي الذخيرة وعليه الفتوى لا أي لا
يقسم إن تضرر كل لقلته إلا بطلبهم لأن الجبر على القسمة لتكميل
المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعها بالنقض ويجوز
بالتراضي لأن الحق لهم ولا الجنسين بالتداخل يعني لا يقسم الجنسين
بإدخال بعض في بعض بأن أعطى أحد المتقاسمين بعيرا والآخر
ثورين مثلا جاعلا بعض هذا في مقابلة ذاك إذ لا اختلاط بين
الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فتعتمد التراضي دون الجبر

Copyright © King Saud University