في هذه الصورة عنده ايضا بل اولى لان في هذه القسمة قضاء على الغائب
والصغير بقولهم وعندهما يقسم بينهم باقرارهم ويعزل حق الغائب والصغير
ويشهد انه قسمها بينهم باقرار الكبار الحضور وان الغائب او الصغير على
حجته وان برهن واحد من الورثة او شروا اي الشركاء وغاب احدهم او كان
اي العقار مع الوارث الصغير او كان شيء منه اي من العقار لا اي لا تجوز
او الغائب صح
القسمة اما الاول وهو عدم جواز القسمة اذا برهن واحد فلانه ليس بخصم
خصم وهو ان كان خصما عن نفسه فليس احد خصما عن الميت وعن الغائب وان كان
خصما عنهما فليس احد يخاصم عن نفسه ليقيم البينة عليه بخلاف ما لو كان الحاضر
من الورثة اثنين حيث يكون القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين واما الثاني
وهو عدم جواز القسمة اذا شروا وغاب احدهم فللفرق بين الارث و
الشراء فان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على بايع المورث ويرد
عليه بالعيب ويصير مغرورا بشراء المورث حتى لو وطئ امة اشتراها مورثه
فولدت فاستحقت رجع الوارث على بايع مورثه بثمنها وقيمة الولد المغرور
من جهته فانتصب احدهم خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت
القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين واما الملك الثابت بالشراء لكل واحد منهم
فملك جديد بسبب ما باشره في نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب على بايعه فلا ينتصب
الحاضر خصما عن الغائب فلم تكن البينة في حق الغائب قائمة بلا خصم فلا تقبل
واما الثالث وهو عدم جواز القسمة اذا كان العقار مع الوارث الصغير او
الغائب او شيء منه فلان هذه القسمة قضاء على الغائب او الصغير
باخراج شيء مما كان في يده بلا خصم حاضر عنهما وقسم بطلب احدهم ان
انتفع كل بحصته وبطلب ذي الكثير فقط ان لم ينتفع الاخر لقلة حصته يعني
اذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه قسم بطلب احدهم لان في القسمة تكميل المنفعة
وكان حقا لازما فيما يحتملها اذا طلب احدهم وان انتفع احدهم بنصيبه
قسم وتضرر الاخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب
القليل لم يقسم كذا ذكره الخصاف وذكر الجصاص عكسه وذكر الحاكم
في مختصره ان ايهما طلب القسمة قسم القاضي قال في الخانية وهو اختيار
الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى وقال في الكافي ما ذكره

ذكره الخصاف اصح و[illegible] في الذخيرة وعليه الفتوى لا اي لا يقسم ان تضرر كل
للقلة الا بطلبهم لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود
على موضوعها بالنقض ويجوز بالتراضي لان الحق لهم ولا الجنسين
بالتداخل يعني لا يقسم الجنسين بادخال بعضه في بعض بان اعطي احد
المتقاسمين بعيرا والاخر شاتين مثلا جاعلا بعض هذا في مقابلة ذاك اذ لا
اختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة تمييزا بل معاوضة فتعتمد التراضي دون
الجبر لان ولاية الاجبار للقاضي يثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة ولا الرقيق
يعني اذا كان الرقيق وهو العبيد والاماء بين اثنين وطلب احدهما القسمة
فلا يخلو اما ان يكون مع الرقيق شيء اخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم او الثياب
اولا فان كان صح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر اما عندهما فظاهر و
اما عند ابي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة جبرا ويجعل
الرقيق تابعا له في القسمة وقد يثبت الحكم لشيء تبعا وان لم يثبت قصدا
كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا واناثا لم
يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا او اناثا لا يقسم القاضي بينهما عند ابي حنيفة
ولا يجبرهما على ذلك وقالا يجبرهما عليها لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم
وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة
ونحوهما ولا يكون ذلك قسمة وافرازا بخلاف سائر الحيوانات فان التفاوت
فيها يقل عند اتحاد الجنس الا يرى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان
ومن سائر الحيوانات جنس واحد ولا الجواهر قيل اذا اختلف الجنس
كاللآلي واليواقيت لا تقسم لان الجنس لما اختلف لم يتحقق معنى القسمة
وهو تكميل المنفعة وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم
الصغار لقلة التفاوت وقيل الجواب يجري على اطلاقه لان جهالة
الجواهر افحش من جهالة الرقيق ولهذا لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او
خالع عليها لا يصح التسمية ولو تزوج على عبد يصح فاولى ان لا يجبر على
القسمة ولا الحمام والبئر والرحى الا برضاهم وكذا الحائط بين الدارين
لان القسمة لتكميل المنفعة فاذا لم يكن لكل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا
لا يتحقق معنى القسمة فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لالتزامهم الضرر

Copyright © King Saud University