علي الغايب من غير خصم حاضر عنه ولان جاز للقاضي نصب الوصي من حيث انه دعوي علي الميت لا يجوز له نصب الوصي
من حيث انه دعوي علي شركا به الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف ما اذا ادعا اجنبي علي الميت دينا حيث
يجوز له نصب الوصي عن الميت لانه دعوي علي الميت من كل وجه وللقاضي ان ينصب الاوصيا عن الموتي لا عن الاحيا له
وانا نعد رنصب الوصي الواحد لا يصلح خصما عن الميت وعن ساير الشركا وان يكون مدعيا ومدعا عليه نعذر قبول
البينة لانها لا تقبل من غير خصم حاضر ولو كان الحاضر صغيرا او كبير انصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت
البينة لان الدعوي علي الصبي الحاضر صحيحة كالكبير الحاضر الا انه عجز عن الجواب فينصب القاضي عنه وصيا يجيب عنه
خصمه بخلاف ما اذا كان الصغير غايبا لان الدعوي عليه غير صحيحة كالكبير الغايب وكذا اذا حضر وارث كبير وموصي
له بالثلث في الدار وطلبا القسمة واقاما البينة علي الميراث والوصية تقسم لان الموصي له شريك في الدار فصار كواحد
من الورثة فانتصب هو خصما عن نفسه والوارث عن الميت وعن بقية الورثة فصار كما لو حضر وارثان ولو حضر الموصي له
وحده لا تسمع بينته ولا تقسم لعدم الخصم عن الميت ذكره في الذخيرة قال وقسم بطلب احدهم لو انتفع كل بنصيبه
لان فيها تكميل المنفعة اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة فكانت القسمة حقا لهم فوجب علي القاضي اجابتهم
قال وان تضرر الكل لم يقسم الا برضاهم وذلك مثل البير والرحا والحايط والحمام لان القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا
تفويته فيعود علي موضوعه بالنقض وهذا لان الطالب للقسمة متعنت وهو يريد ادخال الضرر علي غيره مع ذلك فلا
يجيبه الحاكم اليه لانه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضي لان الحق لهم وهم اعرف بحاجتهم ولكن القاضي لا يباشر ذلك
وان طلبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فايدة فيه ولا سيما اذا كان فيه اضرارا واضاعة للمال لان ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك
لان القاضي لا يمنع من اقدر علي اتلاف ماله في الحكم وهذا من جملته قال وان انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه
قسم بطلب ذي الكثير فقط اي صاحب الكثير كذا ذكر الخصاف رحمه الله ووجهه ان صاحب الكثير طلب من القاضي ان يخصه
بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والانصاف فان له ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب
علي القاضي ان يجيبه اليه لانه نصب لايصال الحقوق الي اهلها ودفع المظالم ولا يعتبر تضرر الاخر لانه يريد ان ينتفع بملك
غيره فلا يمكن من ذلك وان لحقه بالمنع ضرر ولو طلب صاحب القليل مع انه لا ينتفع به لا يجيبه لانه متعنت في طلب المضرر علي نفسه
لان القاضي لا يشتغل بما لا يفيد وذكر الجصاص علي عكسه لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والاخر راض بضرر نفسه فيجيبه
وذكر الحاكم ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي لانه ان طلب صاحب القليل القسمة فقد رضي بضرر نفسه وان طلبها صاحب الكثير
فقد طلب ان ينتفع بنصيبه فيجيب كل واحد منهما قال ما ذكره الخصاف لان القاضي يجب عليه ايصال الحق الي مستحقه وفي طلب
صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه ان يجيبهم الي اضرار انفسهم وفي طلب صاحب القليل ذلك وقال ابن ابي ليلي لا يقسم بطلب البعض
الا اذا كان كل واحد من الشركا ينتفع بنصيبه لان المقصود بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها لا تفويتها والمعتبر فيها المعادلة
بينهم في المنفعة واذا ادت القسمة الي الاضرار بالبعض لم تكن مشروعة لانها تقع علي ضرر فصار كما اذا كان كلهم لا ينتفعون
وكما اذا طلب صاحب القليل قلنا ان طالب القسمة يطلب حقه وان ينتفع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه فيجب علي
القاضي ايصال حقه علي ما بينا والضرر الذي يلحقه بمنع الانتفاع بملك الغير لا يعد ضررا فلا يبالي به ولا يمنع الحكم بالعدل
كما في ساير المواضع لان المحكوم عليه لا بد له من الضرر ولو كان ذلك مانعا من الحكم بالعدل لما وصل احد الي حقه قال
ويقسم العروض من جنس واحد لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه
فيقع تمييزا فيملك القاضي الاجبار عليها قال ولا يقسم جنسان والجواهر والرقيق والحمام والبير والرحا
الا برضاهم اما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فتعتمد التراضي دون جبر القاضي
لان اجباره عليهما علي اعتبار التمييز واما الجواهر فلان جهالتها متفاحشة الا تري انها لا تصلح غير المعين منها عوضا
عما ليس بمال كالنكاح والخلع وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل اذا اختلف
جنسها لا تقسم وان اتحد تقسم كساير الاجناس واما الرقيق فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يجوز

قسمة

قوله قسم بطلب ذي الكثير فقط زاد الحموي في شرحه الكنز جبرا فتنبه

قسمة الرقيق لاتحاد الجنس والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة
بين الغانمين وصح تسميته في النكاح مهرا ونحوه ولابي حنيفة ان التفاوت في الرقيق فاحش لتفاحش المعاني الباطنة كالذهن
والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ويعتمد علي كلامه وتحسن التجارة وغيرها من الصنايع كالكتابة ومنهم من لا يصلح
لشي منها فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فتعذر الافراز والتمييز فلا يكون قسمة وانما هي مبادلة ولا جبر عليها
بخلاف ساير الحيوانات لان الانتفاع بها لا يختلف الا يسيرا وذلك مغتفر في القسمة الا تري ان الذكور والاناث من بني ادم جنسان
مختلفان ومن الحيوان جنس واحد فلا يجوز القياس عليه وكذا لو اشتري المضارب عبدين وقيمة كل واحد منهما قدر راس
المال لم يتبين الربح ولو كان الرقيق كالجنس الواحد لتبين كالثوبين والفرسين وقسمة الغنايم تجري في الاجناس فلا يلزم
لان حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتي كان للامام ان يبيع الغنايم ويقسم الثمن بينهم وفي غير الغنايم ليس له ان يبيع ملك
غيره الا باذن صاحبه فامتنع القسمة فيه لانها مبادلة وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شي اخر
من العروض وهم ذكور فقط او اناث فقط واما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع لان الذكور والاناث
من بني ادم جنسان لاختلاف المقاصد علي ما عرف ولا يقسم الجنسان وان كان مع الرقيق شي اخر مما يقسم جازت القسمة
في الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع ويجبرهم القاضي بطلب البعض وكم من شي يدخل تبعا وان لم يجز دخوله قصدا كبيع الشرب
والطريق يدخل في بيع الارض تبعا ولا يجوز بيعه وحده واما الحمام والبير والرحا فلما ذكرنا من الحاق الاضرار بالكل قال
دور مشتركة او دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل علي حدة اما الدور المشتركة فالمذكور هنا قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد تقسم الدور بعضها في بعض اذا كانت في مصر واحد وكانت القسمة اصلح لهم لان الدور جنس
واحد نظرا الي اتحاد الاسم والصورة واصل السكني اجناس نظرا الي اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكني
باختلاف المحال فكان مفوضا الي راي القاضي وهذا لان المعتبر في القسمة تكميل المنفعة والمعادلة بينهما وفي المالية
والمقصود دفع الضرر عن الشركا واذا قسم كل دار علي حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه واذا قسم الكل
قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار واحدة وينتفع بذلك والقاضي نصب ناظرا فكان الراي اليه
ولابي حنيفة ان الدور اجناس مختلفة لان المقصود يختلف باختلاف المحال والجيران والقرب الي المسجد والما
اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار الا بالتراضي الا تري ان التوكيل
بشرا دار لا يجوز وكذا التزوج بها كما هو الحكم في التوكيل بشرا ثوب وفي التزوج علي ثوب وهذا يوذن بان الجنس
مختلف وهذا هو الاصل لامتناع القسمة ولا يجوز الا في متحد الجنس فيقسم كل مكيل وموزون ومعدود متقارب
كالقمح يقسم بانفراده وكذا الشعير ولا يجمع بينهما في القسمة الا بتراضيهم وكذا الابل والبقر والغنم يقسم كل جنس
منه بانفراده ولا يجمع لما ذكرنا وكذا الثياب الهروية والمروية وتبر الذهب والفضة والنحاس والاواني منها
يقسم كل جنس علي حدة ولا يجمع بين الاجناس لما ذكرنا واختلاف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة لان في قسمة
كل بيت علي حدة ضررا وكذا اذا كانت في محلة او محال لما ذكرنا من الضرر والتفاوت ايضا يسير بخلاف الدور والمنازل
المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت فاخذ شبها من كل واحد منهما والدور في مصرين لا يقسم
بالاجماع فيما رواه هلال وعن محمد انها تقسم واما الدور والضيعة او الدور والحانوت فلاختلاف الجنس ذكره الخصاف
وقال في اجارة الاصل ان اجارة الدار بمنافع الحانوت لا يجوز وهذا يدل علي انهما جنس واحد فيحتمل ان يكون في
المسالة روايتان او يبني حرمة الربو فيها علي شبهة المجانسة قال ويصور القاسم ما يقسمه اي علي قرطاس
ليمكنه حفظه قال ويعدله اي يسويه علي سهام القسمة ويروي ويعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره
قال ويذرعه ويقوم البنا لان قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتهما ليمكنه
التسوية في المالية ولا بد من ذرع الارض وتقويم البنا لما ذكرنا قال ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه لان
القسمة لتكميل المنفعة وبه تكمل لانه اذا لم يفرز يبقي لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الاخر فلم يحصل الانفصال من كل

Copyright © King Saud University