فتقع المسئلة مكررة اهـ واجاب المقدسي بحمل ما في الجامع على ما اذا ذكر انه بايديهما فقط وبرهنا عليه فلا
يكون من اختلاف الروايتين لاختلاف الموضوع فلا تكرار اهـ اقول وهو الظاهر من قول الهداية وفي الجامع الصغير
ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما لم تقسم حتى يبرهنا انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما اي بوديعة
او باجارة او اعارة كما قال الشارح وهكذا قرره في العزمية فافهم قوله اتفاقا في الاصح قال في الهداية بعد ما نقلناه اتفاقا
ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليها وقسمة
الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قوله فيكون قسمة حفظ الخ وهي ما تكون بحق اليد لاجل الحفظ
والصيانة كقسمة المودع عين الوديعة بينهما للحفظ وقسمة الملك ما تكون بحق الملك لتكميل المنفعة كما في غاية
البيان قوله ولو برهنا اي برهن بالغان حاضران فيكون كصغيرا والغايب ثالثهما فصار الورثة متعددين
فلذا اتى بضمير الجمع في قوله فيهم وبينهم واتى بمثنى في قوله معهما اي مع اللذين برهنا مخالفا لما في الهداية لما ذكره
انه لو كان مع الصغير او الغايب شيء منه لا يقسم وان اجيب عن الهداية بانه مبني على ان اقل الجمع اثنان قوله بالاولى
اذ لا اشتراط لحضرته بان على الموت وعدد الورثة عنده كما مر قوله وفيهم صغير اي حاضر كما ياتي قوله قسم بينهم افاد
ان القاضي يفعل ذلك قال في المحيط فلو قسم بغير قضاء لم تجز الا ان يحضر او يبلغ فيجيز طوري وهذا ما قدمه
قوله ونصب قابضا لهما وهو وصي عن الطفل ووكيل عن الغايب در قوله ولا بد من البينة على اصل الميراث
كذا في الدرر ولعل المراد به جهة الارث كالابوة ونحوها والذي في الهداية والتبيين ولا بد من اقامة البينة هنا
ايضا عنده وليس فيهما ذكر اصل الميراث ولم يذكر في المسئلة الاولى فالمراد ان قوله ولو برهنا على الموت وعدد
الورثة لا بد منه عنده ايضا كما في المسئلة السابقة بل اولى لان الورثة هناك كلهم كبار وحضور واشترط البرهان
وهنا فيه قضاء على الغايب او الصغير كما افاده في النهاية قوله خلافا لهما فعندهما يقسم بينهما باقرارهما قوله لا
يقسم الخ اي وان اقام البينة لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما هداية والاول
عند الامام لقوله بالبينة والثاني عندهما لقولهما بعدمها وعن ابي يوسف ان القاضي ينصب عن الغايب
خصما ويسمع البينة عليه ويقسم افاده في الكفاية قوله ولو احدهما صغيرا فينصب القاضي عنه وصيا كما مر
واعلم ان هنا مسئلة لا بد من معرفتها هي انه انما ينصب القاضي وصيا عن الصغير اذا كان حاضرا فلو غايبا
فلا لان الخصم لا ينصب عن الغايب الا للضرورة ومتى كان المدعى عليه صبيا ووقع العجز عن جوابه لم يقع عن حضرة
فلا ينصب خصما عنه في حق غير الحضرة فلم تصح الدعوى لانها من غير مدعى عليه حاضر ولا كذلك اذا احضر لانه لما
عجز عن الجواب فينصب من يجيب عنه بخلاف الدعوى على الميت لان احضاره وجوابه لا يتصور فينصب عنه وصي
في الامرين جميعا كفاية ونحوه في النهاية والمعراج وغيرهما قال في البزازية وهذا يدل على ان من ادعى على صغير نصب
وصيه عند غيبة الصغير انه لا يصح وقد مر خلافه في الدعوى اهـ ومثله في المنية قلت وفي اوايل دعوى البحر والصحيح
انه لا تشترط حضرة الاطفال الرضع عند الدعوى اهـ فتامل ويرد على ما في الكفاية وغيرها انه منقوض بالغايب
البالغ كما في الشرنبلالية عن المقدسي تكلم ذكر ابو السعود انه اجيب عنه بانه اشتراط حضوره للنصب خاص بما اذا كان
الوارث الحاضر واحدا لانه لتصحيح الدعوى اما اذا كانا اثنين فالنصب للقبض اذ صحة الدعوى والقسمة موجودة
قبله بجعل احدهما خصما قوله او موصى له لانه يصير شريكا بمنزلة الوارث فكانه حضر وارثان معراج قوله مشترين بيعا
واحدة لا بيانين كما فهم بعضا لشيخ لانه مثل مغتنين وقاضيين كما هو ظاهر قوله اي شركا الخ افاد به ان المراد مطلق الشركة
في الملك بغير الارث وهو ماخوذ من حاشية شيخنا الرملي قوله بخلاف الارث قال في الدرر فان ملك الوارث ملك خلافة
حتى يرد بالعيب على بايع المورث ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث حتى لو وطئ امة اشتراها مورثه فولدت
فاستحقت رجع الوارث على البايع بثمنها وقيمة الولد للغرور ومن جهة فانتصب احدهم خصما عن الميت فيما في يده
والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين واما الملك الثابت بالشراء فملك جديد بسبب باشره في
نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغايب فتكون البينة في حق الغايب قائمة بلا
خصم فلا تقبل اهـ تتمة اذا كان اصلها الميراث فجرى فيها الشراء بان باع واحد منهم نصيبه او كانت اصلها الشراء فجرى
فيها الميراث بان مات واحد منهم ففي الوجه الاول يقسم القاضي اذا حضر البعض لا في الثاني لانه في الاول قام المشتري
مقام البايع في الشركة الاولى وكانت اصلها وراثة وفي الثاني قام الوارث مقام المورث في الشركة الاولى وكان اصلها الشراء
فينظر في هذا الباب للاول ولوالجيه وغيره قوله او بعضه مكرر مع قوله السابق او شيء منه قوله في صورة الارث وهي قوله
ولو برهنا الخ وهذه محترزه قوله هناك وهو اي العقار معهما قوله مع الوارث الطفل او الغايب او يد مودع الغايب

اويدام الصغير

[illegible]

اويدام الصغير والصغير غايب فلا يقسم وان كان الحاضر اثنين بزازية وغيرها ذكره للزوم القضا
عليهما باخراج شيء مما في ايديهما بلا خصم حاضر منهما اي من جهتهما والذي في الهداية وغيرها عليهما هذا
ذكر القهستاني انه لا يقسم الا ان ينصب عنه خصما ويقيم البينة فانه يقسم على ما روي عن الثاني انتهى
واقره في العزمية قلت لكن في الهداية والتبيين والا فرق في هذا بين اقامة البينة اي على الارث وعدمها
هو الصحيح كما اطلق في الكتاب اي في قوله لا يقسم وهو احتراز عن رواية المبسوط انه يقسم اذا اقامت
البينة كفاية فتامل قوله وقسم المال المشترك اي الذي يجري فيه القسمة جبرا بان كان من جنس واحد
كما مر رواية قوله وبطلب ذي الكثير اي ان انتفع بحصته واطلقه لعلمه من المقام ومفهومه انه لا يقسم
بطلب ذي القليل الذي لا ينتفع اذا ابى المنتفع ووجهه كما في النهاية وح قيام القاضي بالمهاياة
كما سيذكره الشارح في الهداية ان الاول منتفع فاعتبر طلبه والثاني متعنت فلم يعتبر اهـ ولذا لا يقسم
القاضي بينهم ان تضرر الكل وان طلبوا كما في النهاية وح فيامر القاضي بالمهاياة كما سيذكره الشارح قوله
وفي الخانية وقيل بعكس ما تقدم قوله فعليها المعول وصرح في الهداية وشروحها بانه الاصح زاد في الدرر
وعليه الفتوى قوله لم يقسم الا برضاهم ظاهره كعبارة ساير المتون ان للقاضي مباشرتها وقال الزيلعي
لكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوا منه لانه لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا يمنعهم منه لان القاضي
لا يمنع من اقدم على اتلاف ماله في الحكم اهـ وعزاه ابن الكمال للمبسوط وذكر الطوري ان فيه روايتين
قوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض يعني ان موضوع القسمة الانتفاع بملكه على وجه الخصوص وهو مفقود
هنا ح قوله في المجتبى الخ اراد به بيان المراد بالانتفاع المذكور في المتن والا فنحو الحمام قد ينتفع به بعد القسمة
لربط الدواب ونحوه كما قدمناه قوله وقسم عروض اتحد جنسها لان القسمة تمييز الحقوق وذلك ممكن
في الصنف الواحد كالابل او البقر او الغنم والثياب والدواب والحنطة او الشعير يقسم كل صنف
من ذلك على حدة جوهرة قوله بعضها في بعض اي بادخال بعض في بعض بان اعطى احدهما بعيرا والاخر
شاتين مثلا جاعلا بعض هذا في مقابلة ذاك در قوله فتعتمد التراضي الخ لان ولاية الاجبار للقاضي
تثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة در قوله ولا الرقيق لان التفاوت في الادمي فاحش فلا يمكن ضبط
المساواة لان المعاني المقصودة منها العقل والفطنة والصبر على الخدمة والاحتمال والوقار
والصدق والشجاعة والوفاق وذلك لا يمكن الوقوف عليه فصار كالاجناس المختلفة وقد
يكون الواحد منهم خيرا من الف من جنسه قال الشاعر ولم ار امثال الرجال تفاوتا الى الفضل
حتى عد الف بواحد ن بخلاف ساير الحيوانات لان تفاوتها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان
الذكر والانثى من بني ادم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد جوهرة قوله وحده اعلم انه اذا
كان مع الرقيق دواب او عروض وشيء اخر فقسم القاضي الكل في قولهم والا فان ذكورا او اناثا
فكذلك عنده وان ذكورا واناثا فلا الا برضاهم والحاصل انه عند ابي حنيفة لا يجوز الجبر على قسمة
الرقيق الا ان يكون معه شيء اخر هو محل لقسمة الجمع كالغنم والثياب فيقسم الكل قسمة جمع
وكان ابو بكر الرازي يقول تاويل هذه المسئلة انه يقسم برضا الشركاء فاما مع كراهة بعضهم فالقاضي
لا يقسم والاظهر ان قسمة الجبر تجري عند ابي حنيفة باعتبار ان الجنس الاخر الذي مع الرقيق يجعل
اصلا في القسمة والقسمة جبرا تثبت فيه فتثبت في الرقيق ايضا تبعا وقد يثبت حكم العقد في الشيء تبعا
وان كان لا يجوز اثباته مقصودا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف كذا في شروح الهداية
والكنز والدرر وغيرها شيء عليه في المتن خلافا للاظهر قوله كما تقسم الابل اي ونحوها كالبقر والغنم قوله ودقيق
الغنم قدمنا عن الزيلعي وجه الفرق بينه وبين رقيق غيره قوله والحمام والبير والرحى ينبغي تقييده
بما اذا كان صغيرا لا يمكن لكل من الشريكين الانتفاع به كما كان فلو كبيرا بان كان الحمام
ذا خزانتين والرحى ذات حجرين يقسم وقد افتى في الحامدية بقسمة معصرة زيت لانها
مناصفة وهي مشتملة على عودين ومطحنتين وبيرين للزيت قابلة للقسمة بلا ضرر مستدلا بما
في خزانة الفتاوى لا يقسم الحمام والحائط والبيت الصغير اذا كان بحال لو قسم لا يبقى لكل موضع يعمل فيه

Copyright King Saud University