حقه فلابد من البينة وبجعل بعضهم مدعيا والبعض خصما وان كان مقرا ولا ان برهنا انه اى العقار
معهما حق برهنا انه لهما يعنى اذا ادعوا الملك فى العقار ولم يذكروا كيف انتقل اليهم لم يقسمها حتى يقيما
البينة انه لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هذا قول الامام خاصة وقيل قول الكل وهو الاصح لان العقار
قريان لحق الملك تملكا ولحق اليد تتميما للحفظ وامتنع الاول ههنا لعدم الملك وكذا الثانى فى
استغنائه عنه لانه محفوظ بنفسه كذا فى الكافى برهنا على الموت وعدد الورثة وهو اى العقار
معهم وفيهم صغير او غائب قسم ونصب قابض لهما وهو وصى عن الطفل ووكيل عن الغائب لان فى هذا
النصب نظرا للغائب وللصغير فلابد من اقامة البينة على اصل الميراث فى هذه الصورة عنده ايضا بل اولى
لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بقولهم وعندهما يقسم بينهم باقرارهم ويعزل حق
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
اى الشركاء وغاب احدهم او كان اى العقار مع الوارث الصغير او الغائب او كان معه شئ منه
اى من العقار لا اى لا يجوز القسمة اما الاول وهو عدم جواز القسمة اذا برهن واحد فلانه ليس معه
خصم وهو ان كان خصما عن نفسه فليس احد خصما عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما فليس
احد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه بخلاف ما لو كان الحاضر من الورثة اثنين حيث يكون القسمة قضاء
بحضرة المتقاسمين واما الثانى وهو عدم جواز القسمة اذا شروا وغاب احدهم فلا فرق بين الارث
والشراء فان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على البائع المورث ويرد عليه بالعيب ويصير
مغرورا بشراء المورث حتى لو وطئ امة اشتراها مورثه فولدت فاستحقت رجع الوارث على بائع مورثه
بثمنها وقيمة الولد المغرور ثم منه فانتصب احدهم خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة
قضاء بحضرة المتقاسمين واما الملك الثابت بالشراء لكل واحد منهم فملك جديد بسبب باشره فى نصيبه
ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بايعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فتكون البينة فى حق الغائب قائمة
بلا خصم فلا يقبل واما الثالث وهو عدم جواز القسمة اذا كانت العقار مع الوارث الصغير او الغائب
او شئ منه فلان هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير الحاضر باخراج شئ مما كان فى يده عن يده
بلا خصم حاضر عنهما وقسم بطلب احدهم ان انتفع كل بحصته وبطلب ذى الكثير فقط ان لم ينتفع الآخر

لقلة حقه

لقلة حقه يعنى اذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه قسم بطلب احدهم لان فى القسمة تكميل المنفعة وكان
حقا لازما فيها يحتملها اذا طلب احدهم وان انتفع احدهم بنصيبه اذا قسم وتضرر الآخر لقلة نصيبه فان
طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم كذا ذكره الخصاف وذكر الجصاص عكسه وذكر
الحاكم فى مختصره ان ايهما طلب القسمة قسم القاضى قال فى الخانية وهو اختيار الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده
وعليه الفتوى وقال فى الكافى فى ما ذكر الخصاف اصح وفى الذخيرة وعليه الفتوى لا اى لا يقسم ان
تضرر كل للقلة الا بطلبهم لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويتها فيعود على موضعها
بالنقض ويجوز بالتراضى لان الحق لهم ولا الجنسين بالتداخل يعنى لا يقسم الجنسين بادخال بعضه
فى بعضه بان اعطى احد المتقاسمين بعيرا والآخر شاتين مثلا جاعلا بعض هذا فى مقابلة ذلك اذ لا
اختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة تمييزا بل يقع معاوضة فيعتمد التراضى دون الجبر ولان ولاية
الاجبار للقاضى تثبت القسمة بمعنى التمييز لا المعاوضة ولا الرقيق يعنى اذا كان الرقيق وهو العبيد
والاماء بين اثنين وطلب احدهما القسمة فلا يخلو اما ان يكون مع الرقيق شئ آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم
والثياب او لا فان كان صح القسمة فى قولهم جميعا على الاظهر اما عندهما فظ واما عنده فيجعل الذى
مع الرقيق اصلا فى القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له فى القسمة وقد يثبت الحكم لشئ تبعا وان لم
يثبت قصدا كالشرب فى البيع والمنقولات فى الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا او اناثا لم يقسم
الا برضاهما وان كانوا ذكورا واناثا لا يقسم القاضى بينهما عنده وعندهما لا يجبرهما على ذلك وقالا يجبرهما
عليها لاتحاد الجنس كما فى الابل والغنم وله ان التفاوت فى الآدمى فاحش لتفاوت المعانى الباطنة
كالذهن والكياسة ونحوهما فلا يكون ذلك قسمة وافرازا بخلاف سائر الحيوانات جنس واحد ولا
الجواهر قيل اذا اختلف الجنس كاللآلى واليواقيت لا يقسم لان الجنس لما اختلف لم يتحقق معنى القسمة
وهو تكميل المنفعة وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل
الجواب يجرى على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق ولهذا لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة
او خالع عليها لا يصح التسمية ولو تزوج او خالع 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
كل نصيب ينتفع به انتفاعا مقصودا الا يتحقق معنى القسمة فلا يقسم القاضى بخلاف التراضى لان التزامهم

فانه يقسم عند تفاوت الجنس الا برضاهم ... وكذا ... فى القسمة

Copyright © King Saud University
Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)