قسمته من غير خصم فيكون قضاء على الغائب وهذا لا يجوز .

561 - فإن حضر واحد من الورثة وليس في الورثة إلا صغير ووارث كبير غائب فأقام الواحد الحاضر البينة فإن القاضي لا يقسم ببينته حتى يحضر الغائب .

وإن حضر اثنان وأقاما البينة والثالث غائب قسمها بينهما ويعود قسمه على الغائب وإن كان في الورثة حاضر كبير ووارث صغير فللقاضي أن ينصب للصغير قيما وقسمها بينهما .

والفرق بينهما أن من أصل أبي حنيفة رحمة ا عليه أن العقار لا يقسم إلا ببينة على ميراث عن الميت والبينة لا تقبل ألا بخصم وإنكار فإذا حضر واحد لم يوجد شرط قبول البينة فلا يقسم وعندهما يقسم بغير البينة إلا أن في القسمة معنى المناقلة فيها فصار كالبيع والبيع يتم باثنين ولا يتم بواحد كذلك القسمة .

وأما إذا حضر اثنان فقد وجد شرط سماع البينة من حضور المدعي والمدعى عليه فسمعت البينة ووجد موجب وقابل للإيجاب فيتم العقد بهما وأما إذا كان في الورثة صغير فللقاضي ولاية على الصغير فله أن يثبت عنه فينصب خصما فيكون قضاء على خصم فكأنهما كبيران حضرا وأقاما بينة فقبلت