@ 128 @ كَمَا أَنَّهُ فِي بَعْضِ صُوَرِ قِسْمَةِ الْقَضَاءِ تَصِحُّ الْقِسْمَةُ فِي غَيْبَةِ بَعْضِ الشُّرَكَاءِ كَمَا ذُكِرَ فِي شَرْحِ الْمَادَّةِ (1129) .
وَإِذَا كَانَ مِنْ ضِمْنِهِمْ أَيْ مِنْ ضِمْنِ الْمُتَقَاسِمِينَ قَاصِرُونَ أَيْ صَغِيرٌ أَوْ مَجْنُونٌ أَوْ مَعْتُوهٌ فَيَقُومُ مَقَامَهُ وَلِيُّهُ أَوْ وَصِيُّهُ وَتَجْرِي الْقِسْمَةُ بِحُضُورِ الْوَلِيِّ أَوْ الْوَصِيِّ وَبِانْضِمَامِ رَأْيِهِ , أَمَّا إذَا جَرَتْ الْقِسْمَةُ بِدُونِ حُضُورِهِمَا فَلَا تَلْزَمُ ; لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلشُّرَكَاءِ عَلَى أُولَئِكَ الْقَاصِرِينَ (الطُّورِيُّ وَعَلِيٌّ أَفَنْدِي) . أَمَّا إذَا أَجَازَ وَلِيُّ الصَّغِيرِ أَوْ وَصِيُّهُ أَوْ الْقَاضِي أَوْ الصَّغِيرُ بَعْدَ الْبُلُوغِ أَوْ وَرَثَةُ الصَّغِيرِ بَعْدَ وَفَاتِهِ هَذِهِ الْقِسْمَةَ فَتَكُونُ لَازِمَةً (الدُّرُّ الْمُخْتَارُ وَرَدُّ الْمُحْتَارِ وَوَاقِعَاتُ الْمُفْتِينَ) اُنْظُرْ الْمَادَّةَ (1126) . وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ فِي الْقِسْمَةِ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ وَالْإِفْرَازِ فَكَانَ أَصْلُ الْقِسْمَةِ بَيْعًا وَالْوَصِيُّ الْمُقْتَدِرُ عَلَى بَيْعِ مَالِ التَّرِكَةِ مُقْتَدِرٌ عَلَى قِسْمَةِ وَإِفْرَازِ التَّرِكَةِ عَنْ الصَّبِيِّ (آدَابُ الْأَوْصِيَاءِ فِي الْقِسْمَةِ) . فَلِذَلِكَ لَوْ كَانَ بَيْنَ الْوَرَثَةِ كَبِيرٌ وَصَغِيرٌ اقْتَسَمَ وَصِيُّ الصَّغِيرِ مَعَ الْوَارِثِ الْكَبِيرِ وَقَبَضَ الْكَبِيرُ حِصَّتَهُ وَالْوَصِيُّ حِصَّةَ الصَّغِيرِ وَأَمْسَكَهَا جَازَ حَتَّى أَنَّهُ لَوْ تَلِفَتْ حِصَّةُ الصَّغِيرِ فِي يَدِ الْوَصِيِّ فَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ الْمَذْكُورِ الرُّجُوعُ عَلَى الْوَارِثِ الْكَبِيرِ (جَامِعُ أَحْكَامِ الصِّغَارِ) . أَمَّا تَقْسِيمُ مَنْ لَا يَقْتَدِرُونَ عَلَى بَيْعِ مَالِ التَّرِكَةِ كَالْأُمِّ وَالْأَخِ وَزَوْجِ الصَّغِيرَةِ فَلَا يَصِحُّ إذَا لَمْ يَكُونُوا أَوْصِيَاءَ عَلَى الصَّغِيرِ (التَّتَارْخَانِيَّة) . الْفَرْقُ بَيْنَ الْوَلِيِّ وَالْوَصِيِّ فِي خُصُوصِ تَقْسِيمِ التَّرِكَةِ : قَدْ بُيِّنَ فِي الْمَجَلَّةِ أَنَّ الْوَصِيَّ يَكُونُ أَحَدَ الطَّرَفَيْنِ مِنْ الْمَقْسُومِ لَهُمَا إلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَوَلَّى الطَّرَفَيْنِ يَعْنِي لَوْ كَانَ مَالٌ مُشْتَرَكًا بَيْنَ كَبِيرٍ وَصَغِيرٍ وَقُسِمَ الْمَالُ الْمَذْكُورُ بَيْنَ الْكَبِيرِ وَالصَّغِيرِ يَصِحُّ التَّقْسِيمُ , أَمَّا إذَا كَانَ الْمَالُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ صَغِيرَيْنِ وَقَسَّمَ

الْوَصِيُّ عَنْ الصَّبِيِّ يْنِ الْمَذْكُورَيْنِ الْمَالَ الْمَذْكُورَ بَيْنَهُمَا فَلَا يَصِحُّ , وَالْحُكْمُ فِي الْبَيْعِ أَيْضًا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ , أَمَّا الْأَبُ فَلَهُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفَيْ الْعَقْدِ فِي تَقْسِيمِ أَمْوَالِ أَوْلَادِهِ الصِّغَارِ , كَمَا أَنَّ الْحُكْمَ فِي الْبَيْعِ عَلَى هَذَا الْمِنْوَالِ فِي حَقِّ الْأَبِ اُنْظُرْ شَرْحَ الْمَادَّةِ (167) . (التَّتَارْخَانِيَّة) . إذَا لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ وَلِيٌّ وَلَا وَصِيٌّ كَانَ مَوْقُوفًا عَلَى أَمْرِ الْقَاضِي حَيْثُ لَمْ يَكُنْ لِلشُّرَكَاءِ وِلَايَةٌ عَلَى الصَّغِيرِ وَتَصَرُّفُهُمْ فِي حَقِّ الصَّغِيرِ غَيْرُ نَافِذٍ (الطُّورِيُّ وَجَامِعُ أَحْكَامِ الصِّغَارِ) . وَيُنَصَّبُ مِنْ طَرَفِ الْقَاضِي وَصِيٌّ وَيَجْرِي التَّقْسِيمُ بِمَعْرِفَتِهِ (مُنْلَا مِسْكِينٍ) . وَلَكِنْ يُشْتَرَطُ فِي تَعْيِينِ الْقَاضِي وَصِيًّا عَنْ الصَّغِيرِ حُضُورُ ذَلِكَ الصَّغِيرِ , فَعَلَيْهِ إذَا كَانَ الصَّغِيرُ غَائِبًا فَلَيْسَ لِلْقَاضِي نَصْبُ وَصِيٍّ عَنْهُ , وَالْفَرْقُ هُوَ : إذَا كَانَ الصَّغِيرُ حَاضِرًا فَتَتَوَجَّهُ الدَّعْوَى عَلَيْهِ وَالْقَاضِي يُنَصِّبُ وَصِيًّا عَنْهُ لِصِحَّةِ الدَّعْوَى , أَمَّا إذَا كَانَ الصَّغِيرُ غَائِبًا فَلَا يُنَصِّبُ وَصِيًّا عَنْهُ لِعَدَمِ صِحَّةِ الدَّعْوَى عَلَيْهِ , إلَّا أَنَّهُ قَدْ ذُكِرَ فِي الْبَزَّازِيَّةُ