@ 132 @ غَيْبَةِ أَحَدِهِمْ مِنْ الْقَاضِي تَقْسِيمَ الْعَقَارِ الْمَذْكُورِ وَتَسْلِيمَ حِصَّةِ الْغَائِبِ إلَى يَدِ عَدْلٍ فَلَيْسَ لِلْقَاضِي إجْرَاءُ التَّقْسِيمِ كَذَلِكَ لَوْ كَانَ أَصْلُ الشَّرِكَةِ شِرَاءٌ وَعَرَضٌ مُؤَخَّرًا فِيهَا إرْثٌ فَلَا تَصِحُّ الْقِسْمَةُ فِي غَيْبَةِ بَعْضِ الشُّرَكَاءِ . مَثَلًا لَوْ اشْتَرَى خَمْسَةُ أَشْخَاصٍ عَقَارًا بِالِاشْتِرَاكِ ثُمَّ تُوُفِّيَ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ وَبَقِيَتْ حِصَّةٌ لِوَلَدَيْهِ فَلَا تَصِحُّ الْقِسْمَةُ فِي غَيْبَةِ بَعْضِ الشُّرَكَاءِ ; لِأَنَّ فِي ذَلِكَ شَرِكَتَيْنِ : (أُولَاهُمَا) الشَّرِكَةُ الْأُولَى الْحَاصِلَةُ بِالشِّرَاءِ . (الثَّانِيَةُ) الشَّرِكَةُ الْأُخْرَى وَهِيَ اشْتِرَاكُ الْأَخَوَيْنِ الْوَارِثَيْنِ فِي خَمْسٍ , وَبِمَا أَنَّ النَّظَرَ وَالِاعْتِبَارَ هُوَ لِلشَّرِكَةِ الْأُولَى فَلَا يَقُومُ الْوَارِثُ فِي الشَّرِكَةِ الْمَذْكُورَةِ مَقَامَ الْمُوَرِّثِ . أَمَّا لَوْ كَانَ الْأَمْرُ بِالْعَكْسِ بِأَنْ كَانَتْ الشَّرِكَةُ الْأُولَى إرْثًا وَالشَّرِكَةُ الثَّانِيَةُ بِسَبَبِ الشِّرَاءِ فَيَصِحُّ التَّقْسِيمُ فِي غَيْبَةِ بَعْضِ الشُّرَكَاءِ . مَثَلًا لَوْ كَانَ مَالًا مُشْتَرَكًا بَيْنَ خَمْسَةِ إخْوَةٍ إرْثًا وَكَانَ أَحَدُ الْإِخْوَةِ صَغِيرًا وَاثْنَانِ مِنْهُمْ حَاضِرَيْنِ وَاثْنَانِ مِنْهُمْ غَائِبَيْنِ فَبَاعَ أَحَدُ الْحَاضِرَيْنِ حِصَّتَهُ لِزَيْدٍ فَرَاجَعَ زَيْدٌ الْقَاضِي وَطَلَبَ التَّقْسِيمَ فَيُجْبِرُ الْقَاضِي الشَّرِيكَ الْحَاضِرَ عَلَى الْقِسْمَةِ وَيُعَيِّنُ نَائِبًا عَنْ الْغَائِبَيْنِ وَالصَّغِيرِ ; لِأَنَّ الْمُشْتَرِي الْمَذْكُورَ قَامَ مَقَامَ الْبَائِعِ وَكَمَا أَنَّ لِلْبَائِعِ الْحَقَّ فِي إجْرَاءِ التَّقْسِيمِ مَعَ شَرِيكِهِ فَلِلْمُشْتَرِي الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ حَقٌّ فِي ذَلِكَ (الطُّورِيُّ) . وَيَتَفَرَّعُ بَعْضُ مَسَائِلَ عَلَى كَوْنِ الْمِلْكِ الثَّابِتِ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ هُوَ بِطَرِيقِ الْخَلْفِيَّةِ : الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى - لِلْوَارِثِ أَنْ يَرُدَّ الْمَالَ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْ مُوَرِّثِهِ بِخِيَارِ الْعَيْبِ . الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ - يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ ضَمَانُ الْغُرُورِ الْوَارِدِ ذِكْرُهُ فِي الْمَادَّةِ (1658) . وَتَتَفَرَّعُ الْمَسْأَلَةُ الْآتِيَةُ عَلَى كَوْنِ الْمِلْكِ الثَّابِتِ بِالشِّرَاءِ مِلْكًا جَدِيدًا : وَهِيَ لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ بِخِيَارِ الْعَيْبِ إلَى بَائِعِ الْبَائِعِ .

الشَّرْطُ الثَّانِي - أَنْ يَكُونَ الْمَالُ الْمُشْتَرَكُ مَنْقُولًا أَوْ عَقَارًا فَتُقَامُ الْبَيِّنَةُ عَلَى مَوْتِ الْمُوَرِّثِ وَعَلَى عَدَدِ الْوَرَثَةِ وَإِذَا كَانَ الْخَصْمُ الْمُوصَى لَهُ فَتُقَامُ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْوَصِيَّةِ .
فَلِذَلِكَ إذَا كَانَ الْمَالُ الْمُشْتَرَكُ عَقَارًا وَقُسِمَ بِدُونِ إقَامَةِ بَيِّنَةٍ عَلَى مَوْتِ الْمُوَرِّثِ وَعَلَى عَدَدِ الْوَرَثَةِ فَلَا يَصِحُّ التَّقْسِيمُ عِنْدَ الْإِمَامِ كَمَا بُيِّنَ آنِفًا . الشَّرْطُ الثَّالِثُ - يُشْتَرَطُ حُضُورُ لَا أَقَلَّ مِنْ وَارِثَيْنِ مِنْ الشُّرَكَاءِ أَوْ حُضُورُ وَارِثٍ وَمُوصًى لَهُ وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا صَغِيرًا ; لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ يَصِيرُ مُشْتَرَكًا بِمَنْزِلَةِ الْوَارِثِ فَكَأَنَّهُ حَضَرَ وَارِثَانِ (رَدُّ الْمُحْتَارِ) . فَلِذَلِكَ إذَا حَضَرَ اثْنَانِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ فَيُعْتَبَرُ أَحَدُهُمَا مُدَّعِيًا وَالْآخَرُ مُدَّعًى عَلَيْهِ وَيَصِحُّ