@ 133 @ مقابلة البناء فإذا بقي فضل ولا يمكن التسوية بأن لا تفي الأرض بقيمة البناء فحينئذ يرد في مقابلة الفضل دراهم لأن الضرورة في هذا القدر .

وفي الاختيار وقول محمد أحسن وأوفق للأصول .

فإن وقع مسيل ماء أو طريق المرور لأحدهم في نصيب آخر و الحال أنه لم يشترط ذلك في القسمة صرف المسيل أو الطريق عنه أي عن الآخر إن أمكن صرفه تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك وإلا أي وإن لم يمكن صرفه عنه فسخت القسمة بالإجماع لاختلالها وتستأنف لأن المقصود تمليك المنفعة ولا يكون ذلك إلا بالطريق والمسيل .

ويقسم القاضي سهمين من العلو بسهم من السفل عند الإمام وعند أبي يوسف يقسم سهما بسهم وعند محمد يقسم بالقيمة كما إذا كان علو مشترك بين رجلين وسفله لرجل أو سفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وطلبا القسمة أو أحدهما قال الإمام يحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو لأن السفل يبقى بعد فوات العلو والعلو لا يبقى بعد فناء السفل .

وقال أبو يوسف يحسب ذراع من السفل بذراع من العلو لأن الأصل هو السكنى وقد استويا فيه .

وقال محمد يقوم كل على حدة ويقسم بالقيمة لأن منفعة العلو والسفل متفاوتة بحسب الأوقات ففي الصيف يختار العلو وفي الشتاء السفل فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة قيل هذا اختلاف عصر وزمان أجاب كل واحد بما شاهده في زمانه .

وفي شرح الطحاوي الاختلاف في الساحة وأما البناء فيقسم بالقيمة اتفاقا وعليه أي على قول محمد الفتوى كما في أكثر المعتبرات .

فإن أقر والأولى بالواو أحد المتقاسمين بالاستيفاء أي بأخذ تمام حصته من المقسوم ثم ادعى أن بعض نصيبه منه وقع في يد صاحبه غلطا بعدما شهد على نفسه بالاستيفاء لا يصدق قوله إلا بحجة منه لأن هذه الدعوى تخالف إقراره السابق بالاستيفاء فلا تسمع دعواه إلا بالبينة حتى قالوا يحمل دعوى الغلط على فسخ القسمة ليكون