الفصل العاشر

بيع العلو والسفل

يتناول الكلام في هذا الفصل بيان ملكية العلو والسفل في الفقه الإسلامي، وحكم بيع العلو والسفل، وحق التَّعلي، وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: ملكية العلو والسفل.

المبحث الثاني: حكم بيع العلو والسفل وأجزائهما.

وتفصيل ذلك فيما يلي:

المبحث الأول

ملكية العلو والسفل

استعمال علو الأرض وعمقها كان في الأزمنة القديمة محدودًا بحدود معينة من بناء مرتفع أو بئر عميق، ونحو ذلك، فلم تكن هنالك دوافع ملحة للبحث في مدى حق مالك الأرض في علوها وعمقها، ولكن مع التقدم الحضاري في هذا الزمان ازدادت أهمية هذا الاستعمال، كما في ناطحات السحاب، والطائرات التي تحلق في الأجواء المرتفعة، والأسلاك الكهربائية التي تمتد عبر أجواء الأراضي المملوكة وغير المملوكة، وكما في بناء الأنفاق الضخمة التي تخترق أعماق الأراضي لتسير فيها القطارات والسيارات، وكما في المجاري والأنابيب، فبرزت بوضوح حاجة غير المالك للانتفاع بعلو وعمق أرض المالك، ولذلك فإن الاهتمام بهذا الموضوع يزداد يومًا بعد يوم[1].

وسأورد نصوصًا للفقهاء تبين ملكية العلو والسفل في كل مذهب:

المذهب الحنفي:

نصَّ الحنفية على أن من ملك أرضًا، ملك علوها وسفلها، فله أن يبني عليها، وأن يعلي بنيانه ما يشاء، وله أن يحفر فيها ما يشاء، وليس لغيره أن

---

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية لعبد السلام العبادي، ج١، ص٢١٠.

يتعدى على هواء أرضه، أو يحفر فيها، وإن لم يضر به؛ لأنه تصرف في ملك غيره بدون إذنه فيمنع منه.

جاء في فتاوى قاضيخان[١]: «رجل له نخلة في ملكه وخرج سعفها إلى أرض جاره، كان للجار أن يقطع، ويفرغ هواء ملكه؛ لأن من ملك أرضًا ملك ما تحته إلى الثرى وما فوقه إلى السماء».

المذهب المالكي:

ذهب المالكية إلى أن من ملك أرضًا أو بناء، ملك هواء ذلك الملك إلى أعلى ما يمكن، واختلفوا: هل يملك باطنها أو لا؟

جاء في «مواهب الجليل»[٢] نقلًا عن التوضيح قوله:

«قال علماؤنا: من ملك أرضًا، أو بناء، ملك هواءها إلى أعلى ما يمكن، واختلفوا: هل يملك باطنها، أو لا، على قولين: رجَّح بعضهم الملك، لقوله عليه السلام: «طوقه من سبع أرضين»[٣]، وفيه نظر، وقال القرافي: ظاهر المذهب عدم الملك».

وقد أوضح القرافي هذه المسألة في كتابه «الفروق»[٤]، فقال:

«اعلم أن حكم الأهوية تابع لحكم الأبنية، فهواء الوقف وقف، وهواء الطلق طلق، وهواء الموات موات، وهواء المملوك مملوك، وهواء المسجد

---

(١) ج٣، ص١٠٢ ـ ١٠٣، وينظر في المعنى نفسه: الدر المختار وحاشية ابن عابدين، عليه، ج١، ص٦٥٦.

(٢) مواهب الجليل، ج٤، ص٢٧٦.

(٣) هذا جزء من حديث متفق على صحته، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المظالم والغصب، باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض، ج٣، ص١٧٠، ومسلم في صحيحه: في المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها، ج١١، ص٤٨، بشرح النووي.

(٤) ج٤، ص١٥ ـ ١٧.

له حكم المسجد، فلا يقربه الجنب، ومقتضى هذه القاعدة أن يمنع بيع هواء المسجد والأوقاف إلى عنان السماء لمن أراد غرز خشب حولها ويبني على رؤوس الخشب سقف عليه بنيان... وأما ما تحت الأبنية الذي هو عكس الأهوية إلى جهة السفل، فظاهر المذهب أنه مخالف لحكم الأبنية... وكذلك اختلفوا: فيمن ملك أرضًا هل يملك ما فيها وما تحتها أم لا، ولم يختلفوا في ملك ما فوق البناء من الهواء ـ على ما علمت ـ وقد نصَّ أصحابنا على بيع الهواء لمن ينتفع به.

وسر الفرق بين القاعدتين: أنَّ الناس شأنهم توفر دواعيهم على العلو في الأبنية للاستشراف والنظر إلى المواضع البعيدة من الأنهار، ومواضع الفرح والتنزه، والاحتجاب عن غيرهم بعلو بنائهم، وغير ذلك من المقاصد، ولا تتوفر دواعيهم في بطن الأرض على أكثر مما يستمسك به البناء من الأساسات خاصة ولو كان البناء على جبل أو أرض صلبة استغنوا عنه، والشرع له قاعدة: وهو: أنه إنما يملك لأجل الحاجة، وما لا حاجة فيه: لا يشرع فيه الملك، فلذلك لم يملك ما تحت الأبنية من تخوم الأرض، بخلاف الهواء إلى عنان السماء، فهذا هو الفرق... فإن قلت ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من غصب شبرًا من أرض طوقه من سبع أرضين»، وهذا يدل على ملك ما تحت ذلك الشبر إلى الأرض السابعة، قلت: تطويقه ذلك إنما كان عقوبة، لا لأجل ملك صاحب الشبر إلى الأرض السابعة، ولا يلزم من العقوبة بالشيء أن يكون مملوكًا لغير الله عز وجل».

المناقشة:

ناقش ابن الشاط ما ذكره القرافي من الفرق بين ما فوق الأبنية فيملك، وبين ما تحت الأبنية فلا يملك فقال: «قلت ما قاله من أنه لا تتوفر الدواعي في بطن الأرض على أكثر مما يتمسك به البناء من الأساسات ليس بصحيح

كيف وقد توفرت عليه دواعي كثير من الناس كحفر الأرض للجبوب والمصانع والأبار العميقة والذي يقتضيه النظر الصحيح أن حكم ما تحت الأبنية كحم الأهوية، ومما يدل على ذلك أن من أراد أن يحفر مطمورة تحت ملك غيره يتوصل إليه من ملك نفسه يمنع من ذلك بلا ريب ولا خلاف، فلو كان ما تحت الأبنية ليس له حكم الأبنية بل هو باق على حكم قبوله للإحياء لما منع من ذلك».

ثم قال بعد ذلك: «وإذ كانت القاعدة الشرعية أن لا يملك إلا ما فيه الحاجة، وأي حاجة في البلوغ إلى عنان السماء وإذا كانت القاعدة أنه يملك مما فيه حاجة، فما المانع من ملك ما تحت البناء لحفر بئر يعمقها حافرها ما شاء، فما ذكر من سر الفرق لم يظهر وبقي سرًّا كما كان، فالصحيح: أنه لا فرق بين الأمرين، ومن الدليل على ذلك: ما هو معلوم، لا شك فيه، من أن من ملك موضعًا له أن يبني فيه ويرفع فيه البناء ما شاء ما لم يضر بغيره، وأن له أن يحفر فيه ما شاء ويعمق ما شاء ما لم يضر بغيره».

ثم تناول بعد ذلك الكلام عن الحديث فقال: «لا شك أن في الحديث إشعارًا بملك ما تحت الشبر من الأرضين، من جهة أن القاعدة: أن العقوبة تكون بقدر الجناية، وما قاله من أنه لا يلزم من العقوبة بأن يكون مملوكًا لغير الله تعالى: لا يدفع ذلك الإشعار»[(١)].

ومما يؤيد ما ذكره ابن الشاط في الاستدلال بالحديث أن شراح الحديث قد نصّوا على أن الحديث يدل على أن من ملك أرضًا ملك أسفلها إلى منتهى الأرض، وقد نصَّ على ذلك النووي في «شرح مسلم»[(٢)].

---

(١) حاشية ابن الشاط على الفروق، ج٤، ص١٦ ـ ١٧.

(٢) ج١١، ص٤٨.

وابن حجر في «فتح الباري»[١]، والصنعاني في «سبل السلام»[٢]، والشوكاني في «نيل الأوطار»[٣].

المذهب الشافعي:

جاء في «مغني المحتاج»[٤] ما نصه: «من ملك أرضًا بالإحياء ملك طبقاتها حتى الأرض السابعة».

وجاء في «نهاية المحتاج»[٥]: «من ملك أرضًا ملك طبقاتها حتى الأرض السابعة».

كما نقل أهل العلم أن الشافعية صرّحوا بأن من ملك أرضًا ملك هواءها إلى عنان السماء، واختص بهوائها فليس لغيره الإشراع إليه، أو التصرف فيه[٦].

المذهب الحنبلي:

ذهب الحنابلة إلى أن الهواء تابع للقرار، وأن من ملك موضعًا كان له إلى تخومه، فله أن ينزل فيه ما يشاء قال ابن قدامة في «المغني»[٧]:

«إذا حصلت أغصان شجرته في هواء ملك غيره... لزم مالك الشجرة إزالة تلك الأغصان، إما بردها إلى ناحية أخرى، وإما بالقطع، لأن الهواء ملك لصاحب القرار فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار».

---

(١) ج٥، ص١٠٥.
(٢) ج٣، ص٦٨.
(٣) ج٥، ص٣١٨.
(٤) ج٢، ص٣٧٣.
(٥) ج٥، ص٣٤٨.
(٦) الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص٢١٤، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لعبد العزيز العبد المنعم، ص٤٦.
(٧) ج٤، ص٥٣٩.

وقال في موضع آخر[١]: «إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه».

وجاء في «شرح منتهى الإرادات»[٢] قوله: «إذا ملك عين الأرض أو نفعها كان له إلى التخوم، فله النزول فيه ما شاء».

وقال في موضع آخر[٣]: «إذا حصل في هواء الإنسان أو على جداره أو في أرضه... غصن شجر غيره أو عرقه... لزم رب الغصن والعرق إزالته... ليخلي ملكه الواجب إخلاؤه، والهواء تابع للقرار».

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ أن من ملك أرضًا أو بناء، ملك علو ذلك الملك، فله أن يبني وأن يعلي بنيانه ما يشاء ما لم يضر بغيره، وأن له أن يحفر فيه ما يشاء، ما لم يضر بغيره، وذلك لقوة ما علّل به لهذا القول، ولما فيه من احترام الملكية الخاصة، ومراعاة حقوق المالك، ولأن هذا القول يتلاءم مع قاعدة: لا ضرر ولا ضرار في الإسلام. وبالله التوفيق.

---

(١) ج٤، ص٥٤٦.
(٢) ج٢، ص٢٦٧.
(٣) ج٢، ص٢٦٨.