



المبحث الثاني

بيع العلو والسفل وأجزائهما

إذا كان البناء يتكون من علو وسفل، فإنه يجوز أن يمتلك العلو واحد، والسفل آخر، وقد نصَّ الفقهاء على الأحكام التي تنظم هذه الملكية^(١).

ومما ذكره: أنه إذا انهدم لعلو، مثلاً فإن صاحبه يظل مالِكًا لهوائه وله أن يعيد بناءه.

ومما نصّوا عليه: جواز بيع أحدهما لملكه، جاء في «الفتاوى الهندية»^(٢)، قوله: «بيع العلو دون السفل جائز إذا كان مبنياً، فإن لم يكن مبنياً لا يجوز ويكون سطح السفل لصاحب السفل، وللمشتري حق القرار عليه، وكذا لو انهدم هذا العلو كان للمشتري أن يبني عليه علوًا آخر مثل الأول.

(١) ينظر في ذلك: بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٢٦٤، مختصر الطحاوي، ص ٣٥٥، الدر المختار، ج ٤، ص ٤٤٣، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٢٣١، ٤٤٣، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٦٥، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٧٠٢، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٣٦٥، الوجيز، ج ١، ص ١٧٩، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢١، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢١٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١، المغني، ج ٤، ص ٥٦٤، ٥٦٨، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤١٥، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٧١.

(٢) ج ٣، ص ٢٩.

وليس مفهوم العلو والسفل في الفقه الإسلامي مقصوراً على البناء المكون من طابقين، بل يتعداه إلى البناء المكون من ثلاثة طوابق فأكثر.

جاء في «قوانين الأحكام الشرعية»^(١)، قوله: «إذا كان علو الدار لرجل، وأسفلها للآخر، فالسقف الذي بينهما لصاحب السفل، وعليه إصلاحه، وبناءه إن انهدم، ولصاحب العلو الجلوس عليه، وإن كان فوقه علو آخر فسقفه لصاحب العلو الأول، وبناء العلو على صاحبه، وبناء السفل على صاحبه».

وجاء في «كشاف القناع»^(٢)، قوله:

«ولو انهدم سفل لإنسان، وعلوه لغيره، انفرد صاحب السفل ببنائه، لانفراده بملكه، وأجبر صاحب السفل عليه، ليتمكن صاحب العلو من انتفاعه به، وإن كان على العلو طبقة ثالثة لآخر، فصاحب الوسط مع من فوقه كالذي تحته، وهو صاحب السفل معه، أي مع صاحب العلو، فيجبر رب الوسطى على بنائها وينفرد به».

وقد ورد نحو هذا في «شرح منتهى الإرادات»^(٣)، وهذا ما يعرف اليوم بملكية الطبقات والشقق.

بقي الكلام عن مسألة حكم بيع حق التعلي، وتوضيح ذلك فيما يلي:

حكم بيع حق التعلي:

اختلف الفقهاء في حكم بيع حق التعلي على أقوال:

(١) ص ٣٦٩.

(٢) ج ٣، ص ٤١٥.

(٣) ج ٢، ص ٢٧١.

القول الأول: يصح مطلقاً، فيصح أن يبيع إنسان علو بيته لآخر ليبيني عليه بنياناً موصوفاً.

ويصح أن يبيع علو بيت لم يبين بعد، إذا وصف العلو والسفل، وهذا هو المذهب عند المالكية^(١)، والحنابلة^(٢)، وعللوا لذلك:

بأنه ملك للبائع، فجاز له بيعه، قياساً على بيع الأرض^(٣).

القول الثاني: يصح إذا كان السفل مبنياً ليبيني عليه بنياناً معلوماً، وأما بيع حق العلو مع عدم وجود بناء سفلى قائم يبنى عليه فلا يصح، وهذا هو المذهب عند الشافعية^(٤)، وهو وجه عند الحنابلة^(٥).

-
- (١) المدونة، ج ٤، ص ٢١٩، مختصر خليل، ج ٤، ص ٤٦٣، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٣٥٥، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٦، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ١٤، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١٤، منح الجليل، ج ٤، ص ٤٣، الفقه الواضح في مذهب الإمام مالك، ج ١، ص ١٤.
- (٢) المحرر، ج ١، ص ٣٤٣، الفروع، ج ٤، ص ٢٧٥، التنقيح المشبع، ص ١٤٨، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٧٠، ج ٥، ص ٢٥١، الإقناع، ج ٢، ص ١٩٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٦٧، كشف القناع، ج ٣، ص ٤٠٣.
- (٣) المبدع، ج ٤، ص ٢٩٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٦٧، كشف القناع، ج ٣، ص ٤٠٣.
- (٤) الأم، ج ٣، ص ٢٢٦، مختصر المزني، ص ١٠٧، الوجيز، ج ١، ص ١٨٠، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٥، المنهاج، ج ٢، ص ١٨٨، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٠٧، ٢١٩ - ٢٢٠، تحفة المحتاج، ج ٥، ص ٢١١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨٨، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٣٩٥ - ٣٩٦، حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج، ج ٥، ص ٢٠١.
- (٥) المقنع، ج ٢، ص ١٢٧، الفروع، ج ٤، ص ٢٧٥، الإنصاف، ج ٤، ص ٢٧٠، ج ٥، ص ٢٥١، المبدع، ج ٤، ص ٢٩٣.

ولذا نصّ الشافعية على أنه لا يجوز بيع حق الهواء^(١)، قال الغزالي في «الوجيز»^(٢):

«ولا يجوز بيع حق الهواء لإشراع جناح من غير أصل يعتمده البناء».

وعلّلوا لصحة البيع في حالة ما إذا كان السفلى مبنياً بأنه:

بيع لعين يجوز الانتفاع بها فجاز إفرادها بعقد البيع^(٣).

وعلّلوا للمنع في الحالة الثانية بأن:

ذلك معاوضة على الهواء، والهواء لا يفرد بالبيع، وإنما يتبع القرار، كالحمل مع الأم^(٤).

وقد ناقش الرافعي من منع بيع حق البناء قياساً على المنع في بيع حق الهواء لإشراع الجناح فقال:

«فرق الأصحاب بأن ذاك اعتياض عن مجرد الهواء، وحق البناء تعلق بعين الموضع المبنى عليه، حتى لو صالحه عن موضع الجذوع المشرعة على جداره صح، ولهذا يجوز إكراء المالك للبناء بالاتفاق، ولا يجوز إكراء الهواء»^(٥).

(١) الهواء: بالمد، هو ما بين السماء والأرض، والجمع الأهوية، وكل خال هواء، والهوى، مقصور: هوى النفس، والجمع الأهواء. «النظم المستعذب في شرح غريب المذهب، ج ١، ص ٣٤٢».

(٢) ج ١، ص ١٨٠، وينظر في ذلك أيضاً: التنبيه، ص ١٠٤، المذهب، ج ١، ص ٣٤٢، المنهاج، ج ٢، ص ١٨٣، تحفة المحتاج، ج ٥، ص ٢٠١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨٣، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٣٨٤.

(٣) فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٨، حق الارتفاق، ص ١١٨.

(٤) المذهب، ج ١، ص ٣٤٢، تحفة المحتاج، ج ٥، ص ٢٠١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨٣، فتح الوهاب، ج ١، ص ٢١١، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٣٨٤.

(٥) فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٨.

القول الثالث: المنع مطلقاً، فلا يصح بيع حق التعلي، سواء أكان السفل مبنياً أو غير مبني، وبهذا قال الحنفية^(١)، والمزني من الشافعية^(٢). وعللوا للمنع فقالوا:

إن «حق التعلي ليس بمال، لأن المال عين يمكن إحرازها وإمسакها، ولا هو حق متعلق بالمال، بل هو حق متعلق بالهواء، وليس الهواء ما لا يباع، والمبيع لا بد أن يكون أحدهما»^(٣).

المناقشة:

يناقش حصرهم للمال فيما ذكروه بأنه محل نظر؛ لأن هذا جرياً على ما ذهبوا إليه من عدم اعتبار المنافع أموالاً، والراجع اعتبارها أموالاً، لأنها المقصودة من الأعيان، فإن أثمان الأشياء تقاس بين الناس بمنافعها^(٤)، وأن تشريع عقد الإجارة بنصوص القرآن والسنة، فيه دليل ظاهر على أن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت المنافع أموالاً^(٥). كما يمكن مناقشة ما ذكروه أيضاً بأن:

حق التعلي، هو متعلق بالمال، لتعلقه بعين الموضع المبني عليه، كما سبق نقله قريباً عن الرافي.

(١) الهداية، ج ٥، ص ٢٠٤، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٦، العناية، ج ٥، ص ٢٠٤، فتح القدير نفس الجزء والصفحة، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٩، ومعه الدر المنتقى نفس الجزء والصفحة، الدر المختار، ج ٥، ص ٥٢، ٨١، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٥٢، ٨٠.

(٢) مختصر المزني، ص ١٠٧، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٥، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢١٩.

(٣) فتح القدير، ج ٥، ص ٢٠٤.

(٤) المدخل الفقهي العام للزرقاء، ج ٣، ص ٢٠٥، الملكية ونظرية العقد للأبي زهرة، ص ٥٢، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٢١٩.

(٥) المبدع، ج ٤، ص ٢٩٣.

الترجيح:

يترجح القول الأول، القائل بصحة بيع حق التعلي، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: وجهة ما استدل به له، فإن حق التعلي ملك من أملاك البائع، فله التصرف فيه بالبيع، كسائر أملاكه.

السبب الثاني: أن ما استدل به للقولين الآخرين قد نوقش من قبل الفقهاء الآخرين، فلا يقوى على معارضة القول الأول.

السبب الثالث: أن الغرر منفي في بيع حق التعلي؛ لأن الفقهاء اشترطوا لذلك: أن يوصف البناء الأسفل والأعلى، للخروج من الجهالة، والغرر، لأن صاحب الأسفل يرغب في خفة بناء الأعلى، وصاحب الأعلى يرغب في متانة بناء الأسفل، فرغبتهما مختلفة، فإذا وصف كلُّ بناء انتفى الغرر^(١).

وعلى هذا يترجح صحة بيع حق التعلي.. والله تعالى أعلم.

(١) الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ص ١٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٦، منح الجليل، ج ٢، ص ٤٦٤.