

حكم العقد على الانتفاع بعلو العقار المملوك (دراسة فقهية مقارنة بالقانون المدني الكويتي)

الدكتورة/ مريم عبد الرحمن الأحمد
قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

ملخص:

يتحدث هذا البحث عن حكم التعاقد على الانتفاع بعلو العقار المملوك، بمعنى هل يصح العقد على أحد حقوق الارتفاق التابعة للعقار وهو العلو، بحيث يكون مالك العقار شخصاً، ومالك العلو شخصاً آخر، وهذه الصورة من التعاقد تختلف عن الصورة المعروفة اليوم، وهي ملكية الطبقات والشقق، وقد بينت في ثنايا البحث المقصود بكل مفردات العنوان، وقد جعلته في مبحثين: المبحث الأول خصصته لأحكام الانتفاع، وفيه يتم الحديث عن المقصود بالانتفاع، والمنفعة وبيان الفرق بينهما، ثم ذكرت أبرز أحكامهما، ثم عرجت بعد ذلك للمبحث الثاني وفيه الحديث عن حكم هذا العقد في المذاهب الفقهية الأربعة، وذكر أدلة كل مذهب مع المناقشة والترجيح، ثم عرضت مواد القانون المدني الكويتي في أحكام العلو، وناقشتها وقارنت بينها وبين أحكام الفقه الإسلامي، وخلصت بعد ذلك إلى الخاتمة، وفيها أبرز النتائج وأهم التوصيات والمقترحات.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلق الله أجمعين، نبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين.
وبعد،

فإن وجود المسكن وملاءمته لساكنيه من أهم مصادر السعادة التي يجتهد في تحصيلها رب الأسرة، فعن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أربع من السعادة: المرأة الصالحة، والمسكن الواسع، والجار الصالح، والمركب الهنيء، وأربع من الشقاء: المرأة السوء، والجار السوء، والمركب السوء، والمسكن السوء"^(١).

وقد جاء هذا البحث ليتناول صورة من صور السكن التي أشير إليها في كتب

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٣٤٠/٩، حديث رقم (٤٠٣٢)، عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

الفقهاء قديماً، ولم تأخذ حقها في الدراسة من وجهة نظري، فأحكام هذا البحث، ومسائله تدور حول الانتفاع بحق العلو، ومسألة العلو والسفل تكلم فيها الفقهاء في كتاب القسمة، وفي الإجارة، خاصة إذا تكلموا عن الإجارة الفاسدة، وكذلك يذكرون أحكامهما عند حديثهم عن قاعدة التبعية وقاعدة الضرر، أما في القانون فنجد الحديث عن أحكام العلو والسفل في القانون المدني، وقد يطلق عليه في القانون إطلاقات أخرى كما سأنبه على ذلك في موضعه.

ولما كان مدار البحث حول العلو فقط، فلا حاجة للتفصيل في أحكام السفل، ومن مسائل العلو سيتم الحديث عن جانب واحد، وهو التعاقد على العلو في المذاهب الفقهية والقانون المدني الكويتي.

وهذا البحث محاولة جادة لمعالجة المشكلة الإسكانية من منظور جديد، وقد سعت في هذه الدراسة أن أصل لها من الناحيتين الفقهية والقانونية، وقد سبقني كثير من الباحثين لإيجاد حلول مبتكرة للمشكلة الإسكانية، من ذلك ما ورد في كتاب أزمة الإسكان بين التشريع الإسلامي والتقنين المدني للدكتور عبد السلام السكري، حيث خصص أحد مباحث الفصل السادس لذلك؛ لتحديد الأسعار في إجارة المنازل والشقق بناء على عدد الغرف والمنطقة وغيرها من الأمور التي ذكرت في المقترح، كما قامت الباحثة بشاير الخضاري في رسالة الماجستير التي أعدتها، تحت عنوان: الحق في الرعاية السكنية بتقديم خمسة مقترحات في خاتمتها، أكثرها يدور حول ملكية الأراضي وتدخل الدولة في هذه الملكية، ويمكن الرجوع إليها في مظاهرها.

كما وجدت رسالة دكتوراه للباحث عبد الودود يحيى تحت عنوان: حق العلو والسفل وملكية الشقق دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري والفرنسي، وهذه الرسالة لا تخلو من فائدة ولكنها كتبت بنظر القانوني، الذي يكون أكثر ارتكازه على القانون ثم يقارن بينه وبين الفقه الإسلامي، وقد شملت رسالته بعض أحكام العلو والسفل، ولكن تركيزه منصب على ملكية الطبقات والشقق، فكان لا بد من إفراد العقد على العلو بالدراسة لإعطائه حقه بالبحث والتمحيص.

وقد كان دافعي لاختيار هذا الموضوع أكثر من سبب:

أولاً: تعذر الحصول على المسكن المناسب، لتكلفته المالية العالية، وخاصة لحديثي الزواج، أو لأناس انقطع بهم سبل امتلاك المنازل، وتفاقم المشكلة الإسكانية بشكل عام يحتم لدى المختصين إيجاد صور جديدة للتعاقد، تساند العقود الأخرى، ولا يخفى ما في الحاجة من المسكن المناسب من أثر في الاستقرار النفسي والاجتماعي.

ثانياً: إبراز محاسن الفقه الإسلامي، وسبقه القوانين المدنية التي يصفق لها اليوم، وينظر لها نظر زهو وإعجاب، وفي شريعتنا من الحلول ما سبق القوانين إلى ذلك، فقد نص الفقهاء في كتبهم على ملكية الطبقات، ويقصدون بذلك العمارات في لغتنا اليوم، وتحدثوا عن الملك المشترك، وغيرها من الصور.

ثالثاً: إن الانتفاع بعلو المسكن، وعدم تركه فارغاً يعد صورة من صور حفظ المال من خلال استثماره، وحفظ المال أحد المقاصد التي دعت إليها الشريعة الإسلامية، وأمرت بها، فحفظ المال لا يكون من خلال المحافظة عليه من التلف فقط، وإنما هناك معنى أبعد من ذلك وهو تنميته واستغلاله على أكمل وجه.

رابعاً: عرض المواد القانونية الخاصة بالانتفاع بالعلو، ومقارنتها بالفقه الإسلامي.

وقد اتبعت في إعدادي لهذا البحث عدة مناهج، هي: المنهج الاستقرائي من خلال استقراء كتب الفقهاء الأصلية وما ذكروه فيما يتعلق بالانتفاع بالعلو، واستقراء مواد القانون المدني المتعلقة بأحكام العلو، والكتب الفقهية والقانونية المعاصرة، وكذلك اتبعت المنهج التحليلي من خلال تحليل كلام الفقهاء، ونصوص القانون، كما اتبعت المنهج المقارن، وذلك من خلال المقارنة بين المذاهب الفقهية والقانون المدني الكويتي. وقد قسمت البحث إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مدخل إلى أحكام الانتفاع.

وفيه تعريف للانتفاع والمنفعة من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، وأسباب ملك كل منهما، ثم الحديث عن الفرق بينهما، وفي خاتمة المبحث تحدثت عن أحكام الانتفاع الخاصة.

المبحث الثاني: في حكم الانتفاع بحق العلو التابع للعقار.

وفيه تعريف بالعقار لغة واصطلاحاً، وحديث عن حقوق الارتفاق التابعة للعقار، ثم تفصيل الكلام بالعلو، وحكم التعاقد عليه في الفقه والقانون، وأخيراً المقارنة بين الفقه والقانون في حكم العقد على العلو.

الخاتمة: في أبرز النتائج وأهم التوصيات والمقترحات التي توصلت إليها بعد البحث.

المبحث الأول مدخل إلى أحكام الانتفاع

الملك إما أن يكون ملكاً تاماً، وإما أن يكون ناقصاً، والتام هو ما يملك فيه صاحبه الرقبة ومنفعتها معاً، وأما الملك الناقص فتملك المنفعة وحدها، أو الرقبة وحدها^(٢)، ولكل نوع من أنواع الملك أحكامه وآثاره، وحديثي في هذا البحث سيكون عن إحدى حالات الملك الناقص.

تعريف المنفعة:

المنفعة لغة:

المنفعة مشتقة من (نَفَعَ) والنفع ضد الضرر، يقال: نَفَعَهُ يَنْفَعُهُ نفعاً ومنفعة، والمنفعة اسم ما انتفع به^(٣).

المنفعة اصطلاحاً:

المنفعة هي عرض يقابل العين^(٤)، فلا استقلال لها بنفسها، بل لا بد لها من عين أو محل تقوم به، وتوجد شيئاً فشيئاً، ولذلك كان الضابط الأساسي الذي يضبطها ويميزها إنما هو ذات العين التي نشأت عنها هذه المنافع^(٥).

الانتفاع لغة:

الانتفاع مشتق من الجذر نفسه الذي اشتقت منه المنفعة، فيوافقه في أصل الاشتقاق، وفي المعنى من الناحية اللغوية^(٦).

الانتفاع اصطلاحاً:

لا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن هذا المعنى اللغوي، غاية ما هنالك أنه مقيد بكونه شرعياً، ومن ثم فإن الانتفاع في اصطلاح الفقهاء ما اشتمل على المنفعة المشروعة.

واستعمل هذا الحق غالباً مع كلمة حق، فيقال: حق الانتفاع، ويراد به الحق

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري ٣٠/١.

(٣) لسان العرب، ابن منظور، مادة (نفع).

(٤) المبسوط، السرخسي ٨٠/١١، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني ١٤٥/٧.

(٥) نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي، د. تيسير محمد برم، ص ٤٢.

(٦) انظر تعريف المنفعة ص ٥.

الخاص بشخص المنتفع غير القابل للانتقال للغير، وقد يستعمل مع كلمتي ملك وتمليك، فيقال ملك الانتفاع، وتمليك الانتفاع^(٧)، فحق الانتفاع هو: حق مؤقت عيني ينتهي بانتهاء الأجل المحدد له، وهو قابل للتوريث.

أسباب ملك الانتفاع:

ينتقل حق الانتفاع بالشيء للآخرين من خلال أسباب وضعت لنقله، وهذه الأسباب هي:

أولاً - العقد: العقد هو اتفاق بين طرفين يلتزم فيه كل منهما بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، ولا بد فيه من إيجاب وقبول^(٨)، والعقد من أهم أسباب الانتفاع، فهو وسيلة تبادل الأموال والمنافع بين الناس، والعقد إما أن يرد على المنافع، وإما أن يرد على الأعيان، والمنفعة بالعين تأتي تباعاً^(٩).

ثانياً - الإباحة: تطلق الإباحة على أمرين من الناحية الشرعية، فإما أن يراد بها إتيان الفعل كيف شاء الفاعل في حدود الإذن، أو يراد بها خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين تخييراً من غير بدل^(١٠)، والمعنى الأول هو المراد هاهنا.

كما أن الإباحة الأصلية من أسباب الانتفاع، وهي التي لم يرد فيها نص خاص من الشرع، فيباح الانتفاع بالشيء بناء على الإباحة الأصلية، وهذه إنما تكون في الأعيان والحقوق التي لا يتعلق النفع فيها لشخص واحد؛ كالأنهار، والشوارع، والطرق العامة

ثالثاً - الاضطراب: والاضطراب هو حمل الإنسان على ما يكره، إما بسبب خارجي كالضرب والتهديد، أو بسبب داخلي كاشتداد الجوع^(١١)، فالاضطراب سبب من أسباب الانتفاع بالمحرم؛ لإنقاذ النفس من الهلاك، والأصل في حل الانتفاع بالمحرم قول الله تعالى في سورة البقرة/ ١٧٣ ﴿فَمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ ويشترط لحل الانتفاع بالمحرم أن يكون الاضطراب مُلْجئاً، بحيث يجد الإنسان نفسه في حالة يخشى فيها الموت، كما يشترط أن يكون الخوف قائماً لا منتظراً، وألا يكون لدفعه وسيلة أخرى من الوسائل المشروعة^(١٢).

(٧) الموسوعة الفقهية، مصطلح (انتفاع).

(٨) معجم لغة الفقهاء، د. محمد رواس قلعة جي، مصطلح (عقد).

(٩) الموسوعة الفقهية، مصطلح (انتفاع).

(١٠) معجم لغة الفقهاء، الدكتور محمد رواس قلعة جي، مصطلح (إباحة).

(١١) الكليات، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني، ص ١٣٦.

(١٢) أحكام القرآن، الجصاص، ١٥٠.

أسباب ملك المنفعة:

تنتقل منفعة الشيء للآخرين بأسباب وضعت لنقلها، وهذه الأسباب هي:

أولاً - الإجارة: والعقد أحد أسباب ملك المنفعة^(١٣)، وبيع المنافع في الفقه أكثر ما يكون في عقد الإجارة^(١٤)، وبمقتضى هذا العقد يثبت الملك في المنفعة للمستأجر، كما يثبت الملك في الأجرة المسماة للمؤجر؛ لأنه عقد معاوضة.

ثانياً - الإعارة: ويجوز إعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها؛ كالدور والعقار والثياب وغيرها^(١٥).

ثالثاً - الوصية بالمنافع: كأن يوصي شخص لآخر بسكنى داره، أو ركوب سيارته، وبموجب هذه الوصية يملك الموصى له منفعة العين التي أوصى بمنفعتها، سواء أكانت الوصية مطلقة أم مقيدة بزمن معين، فهي من باب تملك المنافع بغير عوض.

رابعاً - الوقف: ويختلف موجب الوقف عند الفقهاء باختلاف صيغة الواقف، وشروطه في الوقف؛ إذ هي الأصل الذي يُرجع إليه لتحديد موجب هذا التصرف وأثره^(١٦).

الفرق بين الانتفاع والمنفعة:

أولاً: يتفق كل من الانتفاع والمنفعة على أنهما من آثار الملك، سواء أكان ملكاً تاماً أم ناقصاً^(١٧).

ثانياً: إن سبب حق الانتفاع أعم من سبب ملك المنفعة؛ لأنه كما يثبت ببعض العقود؛ كالإجارة والإعارة مثلاً، يثبت أيضاً بالإباحة الأصلية؛ كالانتفاع بالطرق العامة والمساجد، أما المنفعة فلا تثبت إلا بأسباب خاصة، وهي الإجارة والإعارة والوصية بالمنفعة والوقف.

ثالثاً: الانتفاع المحض حق ضعيف بالنسبة لمالك المنفعة؛ لأنه رخصة لا يتجاوز حق المنتفع، فمن ملك الانتفاع بالشيء لا يملك أن ينقله إلى غيره، بخلاف ملك المنفعة؛ لأن صاحب المنفعة يملكها ويتصرف فيها تصرف المالك في الحدود

(١٣) كذلك الوصية والوقف.

(١٤) مصادر الحق، د. عبد الرزاق السنهوري ٣٢/١.

(١٥) حاشية ابن عابدين ٧٦٧/٤، المغني، ابن قدامة ٢٢٤/٥.

(١٦) نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي، د. تيسير محمد برم، ص ٨٦.

(١٧) انظر: المرجع السابق، ص ٧٨.

الشرعية، فمن ملك شيئاً ملك التصرف فيه بنفسه، أو بنقله إلى غيره، فالمنفعة أعم أثراً من الانتفاع.

فالمنفعة تحصل بأكثر من وجه، فإما أن تكون مع بقاء العين، وهو ما يسمى بالاستعمال؛ كما في الإعارة والإجارة، وقد تحصل باستغلال الشيء؛ كما في الوقف، وقد تكون باستهلاك العين؛ كالأكل والشرب في اللوائيم^(١٨).

فمن كان له حق الانتفاع فإن سلطان الانتفاع يكون لنفسه دون غيره، فله حق الاستعمال دون الاستغلال أو الاستثمار، فمن ملك المنفعة له المعاوضة عليها، بينما من ملك الانتفاع ملكه بنفسه، وليس له المعاوضة على الانتفاع، وقد جاء في الفروق أن "تمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل، فيباشر بنفسه، ويمكن غيره من الانتفاع بعوض؛ كالإجارة، وبغير عوض كالعارية"^(١٩).

ففي ملك الانتفاع يُقصد الشخص لذاته لا المنفعة، كما نص على ذلك المالكية^(٢٠)، أما عند الشافعية^(٢١)، والحنابلة^(٢٢) فتمليك الانتفاع يندرج تحت باب الإباحة التي لا تمليك فيها، فمالك الانتفاع دون المنفعة لا يعد مالاً للمنفعة، وإنما أبيح له الانتفاع، فلا يسمى مالاً حقيقة، وإنما تجوزاً؛ لذا لا يحق لمالك الانتفاع أن ينقل المنفعة إلى غيره بل يقتصر حقه على استيفاء المنفعة بنفسه.

أما الحنفية^(٢٣) فلم يصرحوا بأن ملك الانتفاع نوع من أنواع الملك، بل قالوا إن الملك إما للعين والمنفعة معاً، أو للعين فقط، أو للمنفعة فقط، والقاعدة عندهم أن من ملك المنفعة بعوض له أن يملكها لغيره بعوض وبغير عوض، ومن ملك المنفعة بغير عوض له أن يملكها لغيره بغير عوض لا بعوض، فمالك المنفعة عندهم بمقتضى ملكه لها، له أن يتصرف فيها بالاستعمال أو الاستغلال وفق القاعدة السابقة، إلا أنهم قيدوا ملك المنفعة في بعض الصور، وجعلوا حقه مقتصراً على الانتفاع الشخصي فقط، دون أن يكون له الحق في نقل المنفعة إلى غيره أو التصرف فيها بغير ذلك، كما لو

(١٨) الموسوعة الفقهية، مصطلح (انتفاع).

(١٩) الفروق، القرافي ١/ ١٨٧.

(٢٠) حاشية العدوي ٧/ ٨٠.

(٢١) الأشباه والنظائر، السيوطي ٣٢٦، المنثور في القواعد الفقهية، الزركشي ٣/ ٢٢٣.

(٢٢) القواعد في الفقه، ابن رجب الحنبلي، ١٩٥.

(٢٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني ٤/ ٢٠٦، حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٦٥.

شرط عليه المؤجر أن ينتفع فيها بنفسه، فالانتفاع عند الحنفية من باب ملك المنفعة المقيد الذي يقتصر الحق فيه على مجرد الانتفاع الشخصي دون أن يكون له سلطان التصرف فيه بالنقل أو الاستغلال.

وهذا الاختلاف بين الحنفية والجمهور إنما هو اختلاف في الاصطلاح لا في حقيقة ملك الانتفاع أو أثره، ولا مشاحة في الاصطلاح، فالك متفق على أن مالك الانتفاع ليس له إلا الاستعمال أو الانتفاع الشخصي، وليس له حق التصرف في العين بغير ذلك، والخلاف في التسمية فقط.

ولابد من التنبيه إلى أمرين هما:

- إن مالك الانتفاع وإن كان لا يملك أن يمكن غيره من مباشرة الانتفاع، لكن له أن يستنيب من يستوفي المنفعة له؛ كوكيله أو زوجته أو خادمه؛ لأن الانتفاع راجع إليه بواسطة المباشرة، فالنائب لا يستوفي المنفعة لنفسه بل لحاجة أو أمر تعود منفعته على مالك الانتفاع.

- إذا أراد مالك الانتفاع أن يمكن غيره من الانتفاع بالعين، فإنه يُسقط حقه من الانتفاع أو يرفع يده عن العين المنتفع بها، حتى يتمكن غيره من أن ينتفع بها إن كان ممن يستحقها أو كان من أهل الانتفاع^(٢٤).

أحكام الانتفاع الخاصة:

بعد الحديث السابق عن تعريف المنفعة والانتفاع، وبيان الفرق بينهما، نستطيع أن نجمل أبرز الأحكام الخاصة بالانتفاع، وهذه الأحكام هي:

أولاً: حكم الانتفاع حكم ما يرد عليه: فقد يكون الانتفاع واجباً أو حراماً أو مباحاً، وذلك باعتبار متعلقه وهو العين المنتفع بها، وبالشخص المنتفع، فالانتفاع بأكّل المباح إذا خاف الإنسان على نفسه الهلاك يكون واجباً، بينما الانتفاع بالميتة والدم ولحم الخنزير انتفاعاً محرماً، أما الانتفاع بالمنافع المشتركة؛ كالشوارع، والانتفاع بالأموال المملوكة بإنان المالك فهو انتفاع مباح.

ثانياً: الانتفاع يقبل التقييد والاشتراط: لأنه حق ناقص ليس لصاحبه إلا التصرفات التي يجيزها المالك، وعلى الوجه الذي يعينه، ومن تطبيقات الفقهاء القديمة على هذا أنه إذا أعار إنسان دابة على أن يركبها المستعير بنفسه، فليس له أن يُعيرها غيره، وكذلك إن قيدها بوقت أو منفعة فلا يتجاوز إلى ما سوى ذلك، ومن استأجر

(٢٤) نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي، د. تيسير محمد برم، ص ١٥١.

داراً للسكنى إلى مدة معينة فليس له أن يسكنها بعد انقضاء المدة إلا بأجرة المثل؛ لأن الانتفاع مقيد بقيد الزمان فيجب اعتباره.

وقد اتفق الفقهاء على أن التقييد في الانتفاع لشخص دون شخص معتبر فيما يكون التقييد فيه مفيداً، وذلك فيما يختلف باختلاف المستعمل؛ كركوب الدابة، أما فيما لا يختلف باختلاف المستعمل؛ كسكنى الدار، فاختلّفوا فيه، أما الحنفية^(٢٥) فقد ذهبوا إلى عدم اعتبار القيد؛ لأن الناس لا يتفاوتون فيه عادة، فلم يكن التقييد بسكناه مفيداً، إلا إن كان حداداً^(٢٦) أو قصاراً^(٢٧) أو نحوهما مما يوهن عليه البناء.

وذهب المالكية^(٢٨) والحنابلة^(٢٩) إلى اعتبار القيد مطلقاً ما لم يكن مخالفاً للشرع، أما الشافعية^(٣٠) فاعتبروا أن شرط المؤجر على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه يفسد العقد.

ثالثاً: نفقات العين المنتفع بها: لا خلاف بين الفقهاء في أن نفقات العين المنتفع بها تكون على صاحب العين إذا كان الانتفاع بمقابل، لا على من له الانتفاع، ففي عقد الإجارة تكون النفقات على رب الدار وهو المؤجر.

رابعاً: ضمان الانتفاع^(٣١): الأصل أن الانتفاع المباح والمأذون به لا يوجب الضمان، وعلى ذلك فمن انتفع بالمأجور على الوجه المشروع، وبالصفة التي عينت في العقد أو بمثلها أو دونها أو على الوجه المعتاد فلتف لا يضمن^(٣٢)، وضابط الاعتداء هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو أنه العمل الضار بدون حق شرعي^(٣٣).

(٢٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني ٢١٦/٦.

(٢٦) الحداد: معالج الحديد. انظر: لسان العرب، ابن منظور، مادة (حدد).

(٢٧) القصار: قَصَرَ الثوب قِصَارَةً، وقَصَّرَه: حَوَّرَه ودَقَّه، ومنه سمي القصار، وقصرت الثوب تقصيراً مثله، والقِصَار والمَقْصَر: المحور للثياب؛ لأنه يدقها بالقِصْرَة التي هي القطعة من الخشب. انظر: لسان العرب، ابن منظور، مادة (قصر).

(٢٨) المدونة الكبرى، سحنون ١٥٧/١١.

(٢٩) المغني، ابن قدامة ٥١/٦.

(٣٠) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الرملي ٣٠٣/٥.

(٣١) الضمان: وهو التعويض المدني المحض، والضمان نوعان: ضمان العقد، وهذه هي المسؤولية العقدية، وضمان الفعل وهذه هي المسؤولية التقصيرية في خصوص المال، كبعض الجنایات. انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري ٥٢/١.

(٣٢) المغني، ابن قدامة ١١٧/٦.

(٣٣) القوانين الفقهية، ابن جزي، ص ٣٢٣.

خامساً: تسليم العين المنتفع بها: تسليم العين المنتفع بها إلى من له الانتفاع إذا ثبت الانتفاع بالعقد اللازم وبمعرض؛ كالإجارة.

سادساً: انتهاء الانتفاع: ينتهي الانتفاع بانتهاء المدة المعينة، وليس له الانتفاع بعدها؛ لأنه يكون غاصباً^(٣٤)، وكذلك إن انتقلت ملكية العقار ببيع أو وقف أو غيره يظل الانتفاع إلى أن تنتهي مدة انتفاعه، أما انتقال الانتفاع بالإرث، فإذا كان سبب الانتفاع الوصية أو الإجارة فقد ذهب جمهور الفقهاء^(٣٥) إلى أن الانتفاع يقبل التوريث، فيقوم وارثه مقامه في الانتفاع بها إلى أن تنتهي المدة؛ لأن الإجارة عقد لازم فلا تنتهي بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه.

(٣٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، ٢١٧/٦، شرح مختصر خليل، الخرشي ١٢٧/٦، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الرملي ١٣٩/٥، المغني، ابن قدامة ٣٦٥/٥.
(٣٥) بلغة السالك، ٥٠/٤، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الرملي ٣١٤/٥، المغني، ابن قدامة ٤٢/٦.

المبحث الثاني حكم الانتفاع بحق العلو التابع للعقار

تحدثت في المبحث السابق عن الانتفاع، وما يجري فيه، كما ذكرت الفرق بينه وبينه المنفعة، وأبرز أحكام الانتفاع، وسيكون الحديث في هذا المبحث عن إحدى صور الانتفاع المتمثلة بحق من حقوق الارتفاق المتعلقة بالعقار، وهو حق العلو.

تعريف العقار:

العقار لغة:

العقار في اللغة هو المنزل والأرض والضياع^(٣٦).

العقار اصطلاحاً:

أما من الناحية الاصطلاحية فإن العقار يقصد به "كل ملك ثابت في أصل كالأرض فهو عقار"^(٣٧)، أو "الضيعة والأرض مع البناء وما اتصل به اتصال قرار"^(٣٨).

حقوق الارتفاق التابعة للعقار^(٣٩):

يكتسب صاحب العقار حقوقاً تابعة لملكيته للعقار، وهذه الحقوق تسمى بحقوق الارتفاق، فالارتفاق يطلق على ما يُرتفق به، ويختص بما هو من التوابع؛ كالمرور والشرب ومسيل الماء والطريق والمجرى والجوار والعلو.

وحقوق الارتفاق عند الحنفية محصورة فيما ذكر آنفاً، وعند غيرهم هي غير

(٣٦) لسان العرب، ابن منظور، مادة (عقر).

(٣٧) الكليات، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني، ص ٥٩٩.

(٣٨) معجم لغة الفقهاء، الدكتور محمد رواس قلعة جي، مصطلح (عقار).

(٣٩) وحق الارتفاق كما عرفته المادة (٩٥٨) من القانون المدني الكويتي هو (تكليف على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول) فهو يفترض وجود عقارين: الأول مملوك لصاحب حق الارتفاق ويطلق عليه العقار المرتفق، والثاني مملوك لشخص آخر غير مالك العقار الأول، وهو الذي يرد عليه حق الارتفاق ويسمى العقار المرتفق به، ونظر الفقه الإسلامي في حقوق الارتفاق يختلف عن النظر القانوني، ففي القانون لا بد أن يكون هناك مالكان مختلفان حتى تنطبق أحكام حقوق الارتفاق، بينما توسع الفقهاء في الإطلاق فتشمل حقوق الارتفاق ما يملكه الشخص الواحد؛ إذ إن الارتفاق في الفقه يقصد به: "حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر". انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، ص ٨١٧، ومعجم لغة الفقهاء، د. محمد رواس قلعة جي، مصطلح (ارتفاق).

محصورة، فيجوز إنشاء حقوق ارتفاع اتفاقية بالعقد^(٤٠)، وأسباب كسب حقوق الارتفاع تبعاً للعقار المرتفق هي الأسباب نفسها التي يكسب بها هذا العقار، واكتفي بالحديث عن حق العلو على اعتبار أنه محل البحث والدراسة.

المقصود بحق العلو:

العلو لغة:

عُلُو كل شيء، وعُلُوهُ، وعُلَاوَتُهُ، وعاليه: أرفعه، يتعدى إليه الفعل بحرف وبغير حرف، كقولك: قعدت عُلُوهُ، وفي عُلُوهِ^(٤١).

العلو اصطلاحاً:

العلو عند الفقهاء "رفع بناء فوق بناء آخر" ^(٤٢)، فالعلو عرف بتحديد السفلى؛ ولأن السفلى أصل والعلو تبع، فتحديد الأصل أولى ^(٤٣)، وقد يطلق عليه حق التعلي.

حكم التعاقد على حق العلو في الفقه الإسلامي:

حق العلو إما أن يستعمله صاحبه لنفسه، وإما أن يستغله بحيث يتعاقد عليه، أما استعماله لنفسه فجائز؛ لأن من ملك الشيء ملك ما هو من ضروراته، وقد جاء في المادة (٤٩) من مجلة الأحكام العدلية: (كل من يملك أرضاً أو عقاراً يصبح مالِكاً ما فوقها، فعليه يحق لمالك الأرض إنشاء ما يشاء من البناء وإعلاء سمكه إلى القدر الذي يريد، كما يحق له أن يحفر في الأرض إلى أعماقها).

كما نصت المادة (١١٩٨) من مجلة الأحكام العدلية على أن: (كل أحد له التعلي على حائطه الملك، وبناء ما يريد، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرراً فاحشاً).

وأما التعاقد على هذا الحق، بحيث تنفصل ملكية العلو عن السفل، وصورته أن يملك أحدهم بناء، فيتعاقد مع شخص آخر على قدر معين من علو فوق البناء، فيبيع صاحب العلو علوه لآخر، ويكون لكل من السفل والعلو مالك مختلف عن الآخر، بالتالي ليس لأحدهما أي ملك في الطابق المملوك لغيره، ويكون لصاحب العلو حق القرار والبقاء على سفلى لا يملكه ولا يملك الانتفاع به، كما أن له حق الانتفاع به

(٤٠) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري ١/ ٣٤.

(٤١) لسان العرب، ابن منظور، مادة (علا).

(٤٢) الموسوعة الفقهية، مصطلح (تعلی).

(٤٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم ١٩٨/٧.

فقط^(٤٤)، وقد أسمى الجمل^(٤٥) هذا النوع من الحقوق بحق الوضع على العلو^(٤٦)، أي أنه باعه حق الوضع على علو لا يملكه هو، إنما يملكه غيره.

والتعاقد على حق العلو اختلف فيه الفقهاء على قولين:

القول الأول: ذهب الصاحبان من الحنفية^(٤٧)، والمالكية^(٤٨)، والشافعية^(٤٩)، والحنابلة^(٥٠) إلى جواز بيع حق التعلي وبقيّة حقوق الارتفاق^(٥١)، على التفصيل التالي:

أجاز المالكية^(٥٢) بيع حق التعلي متى كان المبيع قدراً معيناً؛ كعشرة أذرع مثلاً من محل هواء، فوق محل متصل بأرض أو بناء، وأن يصف البناء الذي أريد إحداثه ليقل الضرر، ولصاحب البناء الأعلى الانتفاع بما فوق بنائه بغير البناء، إذ يملك جميع الهواء الذي فوق بناء الأسفل، وليس لصاحب الأسفل الانتفاع بما فوق بناء الأعلى، لا بالبناء ولا بغيره.

وأما الشافعية^(٥٣) فقد أجازوا بيع حق التعلي متى كان المبيع حق البناء، بأن قال له: بعثك حق البناء أو العلو للبناء عليه بثمن معلوم، بخلاف ما إذا باعه وشرط ألا يبني عليه، أو لم يتعرض للبناء عليه، لكن للمشتري أن ينتفع بما عدا البناء من مكث

(٤٤) حق العلو والأسفل وملكية الشقق دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري والفرنسي، عبد الحميد حسن، ص ٣٥.

(٤٥) هو الشيخ سليمان بن عمر بن منصور العجلي الأزهرى المعروف بالجمل صاحب فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل.

(٤٦) حاشية الجمل ٣/٣٦٤.

(٤٧) المبسوط، السرخسي ٤٣/١٦، شرح فتح القدير، ابن الهمام ٢٨٢/٦، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي ١٠/٤، إخلاص النواي في إرشاد الغاوي إلى مسالك الحاوي، شرف الدين إسماعيل بن أبي بكر ابن المقرئ، ١/٤٤٧.

(٤٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤/٣، المدونة الكبرى، سحنون ١٩٢/٦.

(٤٩) البيان في مذهب الإمام الشافعي، العمراني ٢٥٨/٦، الحاوي الكبير، الماوردي ٤١١/٦، حاشية البجيرمي ١٤/٣.

(٥٠) الهداية على مذهب الإمام أحمد، الكلذاني، ٢٣٤، المغني، ابن قدامة ٥٤٧/٤.

(٥١) ويصح بيع علو بيت ليبنى عليه بنيانا، ومتى زال البنيان فله إعادته؛ لأنه استحق إبقاءه بعوض سواء زال لسقوطه؛ أي سقوط البنيان أو الخشب، ولرب البيت الصلح على إزالة العلو عن بيته، أو الصلح بعد انهدامه على عدم عوده سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر؛ لأن هذا عوض عن المنفعة المستحقة له، فيصح بما اتفقا عليه. انظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، القاضي محمد التقي العثماني، ٨٨.

(٥٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/١٤.

وغيره، قال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: "ولو اشترى علو بيت على أن يبني على جدرانه، ويسكن على سطحه، فهو جائز إذا سمى منتهى البیان؛ لأنه ليس كالأرض في احتمال ما يبني عليها" (٥٤).

وأجازه الحنابلة (٥٥) ولو كان العقد قبل بناء البيت الذي اشترى علوه، إذا وصف العلو والسفل ليكونا معلومين؛ ليبني المشتري أو يضع عليه بنياناً أو خشباً موصوفين؛ وإنما صح ذلك لأن العلو للبائع فكان له بيعه والاعتياض عنه كالقرار.

"فإن حصل ذلك فليس للمشتري جزء من علو الجدار، وبالتالي يكون عقداً مشوباً ببيع؛ لكونه مؤبداً وإجارة لأن المستحق به منفعة فقط، إذ لا يملك المشتري بها عيناً، ولو كان إجارة محضة لا شرط تأقيتها أو بيعاً محضاً لملك رأس الجدار صاحب الجذوع، وهذا إذا لم يقدر مدة، فإن قدرت انعقد إجارة قطعاً" (٥٦).

واستدل أصحاب هذا القول على جواز التعاقد على حق العلو بالأدلة التالية: أولاً: أن الانتفاع الجائز هو ما كانت العين المنتفع بها مباحة؛ كالمنافع المشتركة، والانتفاع بالأموال المملوكة بإذن المالك سواء أكانت بعقد أم بدون عقد.

ثانياً: إن في هذا النوع من التعاقد نفعاً مقصوداً فجاز بيعه، كما يجوز بيع الدور، ولأنه ملك للبائع، فجاز بيعه أو الاعتياض عنه، كما أجازوا إعارة العلو من جدار وغيره للبناء عليه، وإجارته لذلك؛ كسائر الأعيان التي تباع أو تعار أو تؤجر.

ثالثاً: لمسيس الحاجة إلى مثل هذا التعاقد، فقد يملك شخص بناء ولا يحتاج إلى علوه، بل يحتاج إلى المال، وقد يحتاج آخر إلى البناء على العلو ولا يملك المال ليشترى أرضاً يبني عليها، وإنما المال الذي لديه يكفي للبناء على علو غيره فقط.

القول الثاني: ذهب الإمام أبو حنيفة (٥٧) إلى عدم جواز بيع حقوق الارتفاق إلا تبعاً، فلا يباع حق التعلي ولا يوهب ولا يؤجر إلا تبعاً، وكذلك بقية الحقوق؛ وصورته عند الإمام أبي حنيفة أن يكون السفل لرجل والعلو لآخر، فسقطا أو سقط العلو وحده، فباع صاحب العلو علوه، فلا يجوز؛ لأن المبيع حينئذ ليس إلا حق التعلي فقط، ولكن لو باع العلو قبل سقوطه فإن ذلك يجوز عنده؛ لأنه يكون تابعاً، ولأن مقدار بناء

(٥٣) حاشية الجبرمي ١٤/٣.

(٥٤) المجموع شرح المذهب، النووي ٤٠٢/١٣.

(٥٥) الهداية على مذهب الإمام أحمد، الكلوزاني، ٢٣٤.

(٥٦) حاشية الجمل ٣/٣٦٥.

(٥٧) حاشية ابن عابدين ١٢٢/٤، المبسوط، السرخسي ٤٣/١٦.

العلو معلوم بالعرف^(٥٨)، ولو استأجر أرضاً ليبني عليها بيتاً جاز؛ لأن الضرر على الأرض ليس كالضرر الحاصل على البناء، فالضرر على الأرض لا يختلف بخفة البناء أو ثقله^(٥٩)، فالإمام أبو حنيفة يشترط لجواز بيع حق التعلي أن يكون على أرض أو أن يكون البناء قائماً، للأدلة التالية:

أولاً: إن حق التعلي ليس بمال، ولا هو حق متعلق بالمال، بل حق متعلق بالهواء، والهواء ليس مملوكاً لأحد، ولا هو مال لبيع، إذ المال ما يمكن قبضه وإحرازه، وإنما يصح بيعه إن كان البناء موجوداً باعتبار البناء القائم.

ثانياً: إن مقدار ما يبني من بناء مجهول، والضرر على حيطان السفلى يتفاوت بقلة ذلك وكثرتة، وربما تفضي هذه الجهالة إلى المنازعة.

الترجيح:

والراجح فيما أرى هو جواز هذا النوع من التعاقد، بشرط أن يكون هناك ارتفاع حقيقي من العلو، وأن يكون العقد محدداً تحديداً نافياً للجهالة، كما أنني لا أرى تعارضاً بين رأي الإمام أبي حنيفة والجمهور فيما يتعلق ببيع حق العلو والبيت قائم فعلاً، وإنما الخلاف فيما لو لم يوجد البناء بحيث باع العلو والسفل غير موجود.

وأسباب الترجيح هي ما يلي:

أولاً: إن هذا العقد "من المعاملات، ومعاملات الناس يجب أن تجري وفقاً لحاجاتهم، ما لم تصادم الدين، ولا حرج إذا دعت الحاجة إلى بيع حق العلو استقلالاً؛ لأنه ليس هناك تعارض بين هذا البيع، وما تهدف إليه الشريعة الغراء من حماية المشتري من الضرر"^(٦٠).

ثانياً: إن المحل وهو الأمر المرتفق نفسه صالح للانتفاع، "وصلاحية الشيء للانتفاع به تعني كونه مهيباً للانتفاع به على النحو الذي يحصل المنتفع على ما فيه من منافع وفوائد"^(٦١).

(٥٨) حاشية ابن عابدين ١٢٢/٤، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني، البخاري ١٤٩/٧.

(٥٩) المبسوط، السرخسي ٤٤/١٦.

(٦٠) حق العلو والسفل وملكية الشقق دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري والفرنسي، عبد الحميد حسن، ص ٤١.

(٦١) صلاحية المبيع للانتفاع به في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، حسن صلاح الصغير، ٣٧.

ثالثاً: إن العلو عين مملوكة يجوز الانتفاع بها، فجاز أن يفرد بالعقد، ولأن البناء تبع للعرصة في البيع، ويجوز إفراده بالعقد، وكذلك العلو^(٦٢).

حق العلو في القانون:

"عُرف نظام ملكية العلو، وبيع حق التعلي في التقنين المدني الفرنسي، ويتم بإحدى الطريقتين التاليتين:

الطريقة الأولى: طريقة البناء المباشر، وقد انتشرت هذه الطريقة في المدن الفرنسية بعد الحرب العالمية الأولى وخاصة في مدينة جرينويل نتيجة نشوء أزمة الإسكان، وتغلب عليها الفرنسيون ببيع حق التعلي، ثم يتولى المشتري البناء فوق الطابق الأسفل، وبذلك يصبح أصحاب الشقق المتعددة شركاء في الأرض، وأجزاء البناء الأساسية كالجدران الرئيسية.

الطريقة الثانية: شراء حق التعلي عن طريق شركات يكونها الأفراد فيما بينهم، بقصد شراء حق التعلي على بناء قائم"^(٦٣).

ويراد بحق العلو في القانون "حق القرار الدائم الاستناد لصاحب الطبقة العليا على الطبقة السفلى والانتفاع بسقوفها"^(٦٤). أو "هو الحق في أن يكون الإنسان محققاً في أن يعلو بناؤه بناء غيره"^(٦٥).

ويلاحظ الباحث في كتب القانون أن مجمل عبارة القانونيين تدور حول حصر حق التعلي بملكية الطبقات وهي الشقق، وفي كثير من القوانين المدنية العربية لا يوجد تعريف لحق التعلي، إلا أنهم ينصون على أحكام العلو والسفل ضمن أحكام ملكية الطبقات والشقق، من حيث واجبات وحقوق صاحب العلو والسفل، كما لو انهدم العلو فيعيد صاحب العلو علوه لاستمرار حقه، وإذا انهدم السفل كان لصاحب العلو إعادة بناء السفل ليتمكن من إعادة بناء علوه، ويرجع على صاحب السفل بالتعويض^(٦٦).

أما القانون المدني الكويتي فإنه ينظم أحكام العلو والسفل عند حديثه عن الملكية

(٦٢) الحاوي الكبير، الماوري ٤١١/٦.

(٦٣) حق العلو والسفل وملكية الشقق دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري والفرنسي، عبد الحميد حسن، ص ٣١٠.

(٦٤) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي ٦٠٨/٤.

(٦٥) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري ٣٤/١.

(٦٦) انظر: المرجع السابق ٦٥/١.

الشائعة، فقد نظم حق العلو فيما يتعلق بالبناء، وما يصاحب ذلك من أضرار محتملة، وقد تم تنظيم هذه الأحكام في المواد ٩٠١ و ٩٠٢ و ٩٠٣ من القانون المدني، وإليك هذه المواد:

- المادة (٩٠١) تنص على ما يلي:

- ١ - على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو.
 - ٢ - فإذا امتنع عن القيام بهذه الأعمال جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل، وله أن يصرح لصاحب العلو بإجرائها على نفقة صاحب السفل.
- المادة (٩٠٢) تنص على:

- ١ - إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله، فإذا امتنع جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه.
 - ٢ - فإذا أعاد صاحب العلو بناء السفل جاز له أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن القاضي في إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه.
- المادة (٩٠٣) تنص على أنه:

(لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل).

حكم التعاقد على حق العلو في القانون:

نص القانون المدني الكويتي في المادة (٨٣٩) على أن: "ملكية الأرض تشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً وفقاً للمألوف، ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها".

والملكية تشمل "ملحقات الشيء، ويقصد بها كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء، وفقاً لعرف الجهة، وقصد من أَعدها دون أن تكون جزءاً من الشيء ذاته ولا متولدة عنه، واستمراراً لتحديد نطاق الحق من حيث الشيء الذي يرد عليه، نصت المادة ٨٣٩ من المشروع على أن ملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها إلى الحد المفيد في التمتع بها وفقاً للمألوف، وتفرعاً على فكرة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، ينبغي ألا يتجاوز حق المالك الحدود التي له فيها فائدة من الاستئثار بباطن الأرض وما يعلوها من فضاء، فالملكية ولو أنها تخول المالك بحسب الأصل كل ما يُتصور من سلطات للانتفاع بالشيء الذي يملكه، فإنه ينبغي أن يكون في حدود

الانتفاع المألوف، ولهذا حرص المشروع على النص على قيد للحد المفيد في التمتع بالعمق والعلو، فذكر أن ذلك يكون (وفقاً للمألوف) حتى يضع حداً لما يمكن أن يدعيه المالك من وجود منفعة له في الاستئثار بما في باطن الأرض أو فيما يعلوها من فضاء^(٦٧).

فالقانون المدني الكويتي ليس فيه ما يمنع من بيع حق العلو، خاصة أنه من الحقوق المالية، و"الحقوق المالية في القانون هي الحقوق العينية؛ كحق الملكية، وحقوق الارتفاق والحقوق الشخصية؛ كدين لشخص في ذمة آخر أو منفعة أو عمل، والحقوق الذهنية؛ كحق التأليف والاختراع، والمبيع على هذا النحو قد يرد على العين وقد يرد على الدين أو المنفعة أو على مجرد الحق^(٦٨)".

وصحة هذا العقد في القانون مشروطة بالقواعد العامة لإنشاء العقد الصحيح، والقانون يفيد عدم الاستحالة في تحقق العقد، والاستحالة الموضوعية التي تؤدي إلى بطلان العقد هي تلك التي تكون قائمة عند إبرامه، كما تفيد بذلك المادة (١٦٧) من القانون المدني، مع مراعاة ما جاء في المادة (١٧١) من القانون نفسه، وقد نصت على ما يلي:

- ١ - يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، وإلا وقع العقد باطلاً.
- ٢ - وإذا تعلق الالتزام بشيء، وجب أن يكون هذا الشيء محدداً بذاته، أو بنوعه، ومقداره ودرجة جودته، على أن عدم تحديد درجة الجودة لا يؤدي إلى بطلان العقد، ويلتزم المدين حينئذ بأن يقدم شيئاً من صنف متوسط.
- كما نصت المادة (١٧٢) من القانون نفسه على أنه: (إذا كان محل الالتزام مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو لحسن الآداب وقع العقد باطلاً).
- كما قد نصت المادة (٣٠) من القانون المدني على أنه: (يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية، وبوجه خاص:

١ - إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة.

٢ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(٦٧) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، ص ٦٥٤.

(٦٨) صلاحية المبيع للانتفاع به في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د. حسن صلاح الصغير، ١٠.

- ٣ - إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير.
٤ - إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف).

حق العلو بين الفقه والقانون المدني الكويتي:

يختلف نظام ملكية الطبقات والشقق اختلافاً جوهرياً عن نظام السفل والعلو، أو حق التعلي الذي عرض له فقهاء الشريعة الإسلامية، ففي حق التعلي يمتلك شخص سفلى البناء والأرض المقام عليها، ويمتلك آخر علوه، كل منهما يملك ملكية مفرزة، ولا توجد أجزاء شائعة لا في الأرض ولا في البناء، بحيث يكون لمالك العلو حق القرار أو حق التعلي على السفلى، وهو ما يستتبع التزام صاحب السفلى بالتزامات معينة تهدف إلى تمكين صاحب العلو من الاستفادة من ملكه، والتزام صاحب العلو بالتزامات أخرى تهدف إلى عدم الإضرار بالسفلى.

ويتبين من الأحكام التي ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية لنظام السفلى والعلو، وأخذت بها بعض قوانين البلاد العربية أنها تواجه صورة خاصة للملكية، هي البناء الصغير الذي يتكون من طابقين فقط، وكل طابق يتكون من مسكن واحد، وهذه الصورة أصبحت في الوقت الحالي نادرة، فالغالب أن من يفكر في تجزئة ملكية البناء الواحد يتجه إلى الأبنية الكبيرة ذات الوحدات المتعددة، حتى يمكن الحصول على المسكن الملائم بنفقات معتدلة^(٦٩).

وقد خلط القانون المدني الكويتي بين أحكام العلو وملكيات الطبقات والشقق، وقد حذا القانون الكويتي حذو القانون المصري في الجمع بين هذين النظامين المختلفين، نظام مستمد من القانون الفرنسي ونظام مستمد من الفقه الإسلامي، فبينما نجد القانون المدني الكويتي يقوم بوجه عام على أساس تعدد الملكيات المفترزة ووجود أجزاء مشتركة أي مملوكة على الشيوع، نجد مواد أخرى تأخذ بأحكام الفقه الإسلامي في شأن ملكية العلو والسفلى، فتفرض على صاحب السفلى التزاماً بالقيام بالترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، والتزاماً بإعادة بناء سفله إذا تهدم البناء، وتفرض على صاحب العلو التزاماً بآلا يزيد في البناء بحيث يضر بالسفلى.

وإذا كان القانون المدني الكويتي قد تأثر في هذا الخلط بقوانين البلاد العربية التي وضعت من قبل، وأولها القانون المصري، فقد نبه شراح القانون المصري إلى اختلاف النظامين، وتناولوا بالشرح أحكام كل نظام على حدة، ولذلك بدأ المشروع

(٦٩) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، ص ٧١١.

بتحديد مجال تطبيق النصوص الخاصة بملكية الطبقات والشقق، فذكر أنها تسري على كل بناء أو مجموعة أبنية لعدة أشخاص، كل منهم يملك جزءاً مفزراً أو حصة شائعة في الأجزاء المشتركة.

وتحديد مجال تطبيق النصوص على هذا الوجه هو الذي يميز ملكية الطبقات والشقق التي تحكمها نصوص المواد ٨٤٨ وما بعدها عن نظام العلو والسفل، ولهذا يجب لتحديد النصوص الواجبة التطبيق معرفة ما انصرفت إليه إرادة ذوي الشأن، فإن كانت قد انصرفت إلى اشتراك مالك الطبقة أو الشقة في ملكية الأجزاء المشتركة، كلها أو بعضها، وجب تطبيق نصوص ملكية الطبقات والشقق، وإن كانت قد انصرفت إلى الاقتصار على ملكية جزء مفزراً دون الاشتراك في ملكية الأرض أو الأجزاء المشتركة الأخرى، كنا بصدد حق القرار أو حق التعلي، وهو حق ارتفاق، فتطبق أحكام حق الارتفاق^(٧٠).

الخاتمة:

بعد هذا العرض المقارن بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي فيما يتعلق بالعقد على حق العلو، وصلت إلى خاتمة البحث، وسأذكر فيها أهم النتائج، والمقترحات وأبرز التوصيات التي توصلت إليها بعد هذه الدراسة:

أبرز النتائج:

- الملك الناقص هو ما يملك فيه المنفعة أو الرقبة، وملك الانتفاع يعتبر من قبيل الملك الناقص؛ ولذلك يقبل التقييد والاشتراط.
- ينتقل حق الانتفاع إلى الآخرين من خلال أسباب وضعت لنقله؛ كالعقد، والإباحة، والاضطرار.
- حق المنفعة يختص بعنصرين هما: الاستعمال والاستغلال، وقد يقتصر على الاستعمال فتسمى المنفعة بحق الاستعمال، وقد يقتصر الاستعمال على السكنى فيسمى بحق السكنى، ومن ثم يقرن عادة حق المنفعة بحق الاستعمال، بخلاف الانتفاع الذي يخول صاحبه الاستعمال دون الاستغلال.
- حكم الانتفاع حكم ما يرد عليه، فإن كان موضوعه أمراً واجباً كان الانتفاع

(٧٠) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، ص ٧١٣، وانظر: حق العلو والسفل وملكية الشقق دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري والفرنسي، عبد الحميد حسن، ص ٤١.

واجباً، وإن كان موضوعه أمراً محرماً صار الانتفاع محرماً، وهكذا سائر الأحكام الفقهية.

- يكتسب صاحب العقار حقوق الارتفاق تبعاً لملكيته للعقار، وحق العلو أحد حقوق الارتفاق التي تقرها الشريعة الإسلامية.
- حق العلو هو نوع من حق القرار، كما أنه ضرب من الجوار، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز نقل حق العلو للغير ببيع أو إجارة أو غيرهما، مع اختلافهم في الشروط التي اشترطوها لجواز هذا العقد.
- ينظم القانون المدني الكويتي أحكام العلو والسفل عند حديثه عن الملكية الشائعة، وقد نظمت المواد ٩٠١ إلى ٩٠٣ أحكام العلو.
- ليس في القانون المدني الكويتي ما يمنع من بيع حق العلو شريطة أن تسري عليه القواعد العامة لإنشاء العقد الصحيح.
- حق العلو إن كان من قبيل ملكية الطبقات أو الشقق كما يسمى فهي ملكية دائمة، وإن لم يكن كذلك، فإنه ينتهي بانتهاء المدة المحددة لهذا العقد.
- يختلف نظام ملكية الطبقات والشقق عن حق التعلي، وقد خلط القانون المدني الكويتي بينهما كما بينت في المبحث الثاني من البحث.

المقترحات والتوصيات:

- أما بالنسبة للمقترحات وأبرز التوصيات فإنها على النحو التالي:
- أقترح أن يطبق هذا العقد في المباني السكنية ذات الطابق والطابقين، ليستفيد كل من مالك السفل (مالك المبنى) ومالك العلو (المنتفع) من هذا العقد، فيكون هذا العقد قناة من قنوات حل القضية الإسكانية التي تشغل الأفراد والحكومات.
- كما أقترح أن تشكل لجنة لصياغة هذا المقترح وهذه الدراسة من الناحية القانونية، ويطلق عليه اسم يضبطه ل يتميز عن ملكية الطبقات والشقق، كما تصاغ المواد القانونية التي تضبط هذا العقد بداية من فحص المنزل المعد للانتفاع بعلوه إلى حين إتمام هذا العقد وانتهائه، وأن يتم تحديد الفئة المستحقة لهذا النوع من السكن؛ كأن يكون متزوجاً، ويتم فيه تحديد حدود تصرف المنتفع بما جرى عليه الانتفاع، وقابليته للتنازل أو التعاقد، وغيرها من الأمور.
- وأوصي الباحثين في الفقه والقانون بتقديم دراسات وحلول تساهم في حل أزمة الإسكان، خاصة مع الزيادة الرهيبة للسكان ونشوء أزمة إسكان حقيقية ومتفاقمة على مستوى كثير من البلدان.

المصادر والمراجع

- أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الجصاص، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- إخلاص النأوي في إرشاد الغاوي، شرف الدين ابن المقرئ، تحقيق: الشيخ عبد العزيز عطية زلط، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١: ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط١: ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- بحوث في قضايا فقهية معاصرة، القاضي محمد تقي العثماني بن الشيخ المفتي محمد شفيق، دار القلم دمشق - سوريا، ط٢: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط٢: ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني اليمني الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة - المملكة العربية السعودية، ط١: ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي بن محجن البارعي الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق - القاهرة، ط١: ١٣١٣هـ، ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي، ط٢.
- حاشية البجيرمي على شرح المنهاج، واسمها: التجريد لنفع العبيد، سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي مطبعة الحلبي، بدون طبعة، ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م.
- حاشية ابن عابدين، واسمها: رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين المعروف بابن عابدين، دار الفكر بيروت - لبنان، ط٢: ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- حاشية الجمل، واسمها: فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرري، المعروف بالجمل، دار الفكر، بدون بيانات طبع.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، دمشق - سوريا بدون بيانات طبع.

- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، أبو الحسين علي بن أحمد العدوي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت - لبنان، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- الحاوي الكبير، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد الماوردي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١: ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- حق العلو والسفل وملكية الشقق دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري والفرنسي عبد الحميد حسن شرف، رسالة دكتوراه، بإشراف: أ. د. عبد الودود يحيى، وأ. د. يوسف قاسم، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٠م.
- شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام، دار الفكر، دمشق سوريا، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشبي، دار الفكر للطباعة، بيروت - لبنان، بدون بيانات طبع.
- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، محمد بن حبان بن أحمد الدارمي البستي - تحقيق: شعيب الأرنؤوط مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط٢: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- صلاحية المبيع للانتفاع به في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د. حسن صلاح الصغير، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون بيانات نشر.
- الفروق، شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، دار المعرفة، بيروت - لبنان، بدون بيانات طبع.
- الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق - سوريا، ط٣: ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- القانون المدني الكويتي، الفتوى والتشريع، ط٦: ٢٠٠٠م.
- القواعد في الفقه، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد الشهير بابن رجب الحنبلي، تحقيق: إياد بن عبد اللطيف القيسي، بيت الأفكار الدولية، الأردن، ٢٠٠٤م.
- القوانين الفقهية، أبو القاسم محمد بن أحمد ابن جزي الكلبي، المكتبة الثقافية، بيروت، بدون بيانات طبع.

- الكليات، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
- لسان العرب، ابن منظور، تحقيق: أمين محمد عبد الوهاب، ومحمد الصادق العبيدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط ٢: ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- المبسوط، محمد بن أحمد شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت - لبنان، بدون طبعة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
- مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كراتشي.
- المجموع شرح المذهب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بدون بيانات طبع.
- المحيط البرهاني في الفقه النعماني، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد البخاري، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١: ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
- المدونة الكبرى، سحنون بن سعيد التنوخي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١: ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، سلسلة تصدرها جمعية المحامين الكويتية، سنة الطبع ٢٠١١ م.
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان طبع بإذن خاص من رئيس المجمع العلمي العربي الإسلامي وحقوق الطبع محفوظة له.
- معجم لغة الفقهاء، الدكتور محمد رواس قلعة جي، دار النفائس، بيروت - لبنان، ط ٥: ١٤٣٩ هـ - ٢٠١٨ م.
- المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي الشهير بابن قدامة المقدسي تحقيق: الدكتور عبد الفتاح الحلو والدكتور عبد الله التركي، دار هجر للطباعة، القاهرة - مصر، ط ١: ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
- المنثور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية، ط ٢: ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.
- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط ٢: ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، طباعة ذات السلاسل، حقوق الطبع محفوظة للوزارة، الكويت.

- نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي، د. تيسير محمد برمّو، دار النوادر، دمشق ط٢: ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- الهداية على مذهب الإمام أحمد، محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوزاني، تحقيق: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط١: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

