



العنوان:	الجوار الرأسي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
المصدر:	ندوة المشاركة الزمنية (التايم شير) وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر
الناشر:	جامعة الأزهر - مركز صالح عبدالله كامل للاقتصاد الاسلامي
المؤلف الرئيسي:	زيدان، زكي زكي حسين
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2008
مكان انعقاد المؤتمر:	القاهرة
الهيئة المسؤولة:	مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي - جامعة الأزهر
الشهر:	صفر / فبراير
الصفحات:	1 - 43
رقم MD:	63823
نوع المحتوى:	بحوث المؤتمرات
قواعد المعلومات:	EduSearch, IslamicInfo
مواضيع:	عقود التمليك، الشريعة الإسلامية، الفقه الإسلامي، حقوق الارتفاق، المشاركة الزمنية " تايم شير "، عقود الإيجار، المشاركة في الوقت، القانون المدني، الاستثمار العقاري، الجوار
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/63823



ندوة

المشاركة الزمنية «التأيم شير» وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»
الأحد: ١٦ من صفر ١٤٢٩هـ الموافق ٢٤ من فبراير ٢٠٠٨م

الجوار الرأسي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الدكتور

زكى زكى زيدان

أستاذ الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق - جامعة طنطا

الجوار الرأسى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

أستاذ دكتور/ زكى زكى زيدان (*)

الجوار إما أن يكون جواراً جانبياً وإما أن يكون جواراً أفقياً، والجوار الأفقى غالباً ما يكون بين بناءين أحدهما فوق الآخر. وليبيان هذا النوع من الجوار سوف أقسم هذا البحث إلى ثلاثة فصول.

الفصل الأول: الجوار الرأسى فى الفقه الإسلامى «حق التعلّى».

الفصل الثانى: الجوار الرأسى فى القانون «ملكية الطبقات والشقق».

الفصل الثالث: الموازنة بين كلا الفقهين من حيث الجوار الرأسى.

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل.

الفصل الأول الجوار الرأسي في الفقه الإسلامي

إن فقهاء الشريعة يتحدثون عن هذا النوع من الجوار تحت مسمى العلو والسفل، أو حق التعلی.

السفل والعلو في اللغة:

يقول ابن فارس: العين واللام والحرف المعتل ياء كان أو واو أو ألفاء، أصل واحد يدل على السمو والارتفاع لا يشذ عنه شيء^(١) ويقول أيضاً السفل: ما كان خلاف العلو^(٢) ويقول الإمام الرازي: علو الدار بضم العين وكسرهما ضد سفلهما بضم السين وكسرهما^(٣).

ويقول ابن منظور: العلو ارتفاع أصل البناء^(٤) والسفل نقيض العلو في البناء^(٥).

وأما العلو في اصطلاح الفقهاء:

فهو القضاء الذي فوق سطح الدار^(٦).

وحق التعلی هو حق البناء على سطح البناء^(٧).

وأما السفل في اصطلاح الفقهاء :

هو ما نزل عن غيره ليشمل الأوسط بالنسبة لما فوقه^(٨).

فحق التعلی في اصطلاح الفقهاء هو : أن يكون للإنسان حق في أن يعلو بناؤه بناء غيره وذلك على عكس السفل.

وحق التعلی نوع من أنواع الجوار، وهذا الجوار أقوى من الجوار الجانبي، لأن ملك كل واحد منهما ليس خالصاً، لتعلق حق كل منهما بالآخر، كذلك ينتفع صاحب السفل بالعلو بمنع الحرارة الشديدة عنه في الصيف، وتسرب الأمطار إلى ملكه شتاءً.

(١) مادة «علو» معجم مقاييس اللغة ٤/١١٢.

(٢) مادة «سفل» معجم مقاييس اللغة ٣/٧٨.

(٣) مادة «علا» مختار الصحاح، ص ٤٥٢.

(٤) مادة «علا» لسان العرب، ٤/٢٠٩٣.

(٥) مادة «سفل» لسان العرب ٣/٢٠٣٠.

(٦) معجم لغة الفقهاء، ص ١٣٧.

(٧) معجم لغة الفقهاء، ص ٣٢٠.

(٨) الفواكه الدواني ٢/٣١٨، الخرشى ٦/٥٦.

من أجل ذلك: وجب مراعاة حق كل منهما عند التصرف^(١).
ولتوضيح هذا النوع من الجوار أقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: الهيكل العام للعلو والسفل.
المبحث الثانى: التصرفات الصادرة من صاحب السفلى وصاحب العلو.
المبحث الثالث: الالتزامات المفروضة على صاحب السفلى وصاحب العلو.
وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل.

(١) جامع الفصولين ٢/٢٠٧، د/ مصطفى شلبى المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى، ص ٣٦٥، د/ محمد موسى، الأموال ونظرية العقد، ص ١٨٢.

المبحث الأول

الهيكل العام للعلو والسفل

يتحقق العلو والسفل، (حق التعلی) في دار مكونة من طبقتين أو أكثر، لأحدهما سفلهما والآخر علوها، كما إذا كانت داراً موروثية واتفق الورثة على قسمتها على هذا الوجه، أو تكون مملوكة لشخص وباع طبقة منها لآخر فحينئذ يكون لصاحب العلو حق القرار على ذلك السفل.

ولقد أجمع الفقهاء على صحة بيع حق التعلی تبعاً للعلو إذا كان وارداً على بناء قائم فمن يملك منزلاً مكون من طبقتين أو أكثر يجوز له أن يبيع كل طبقة على انفرادها.

فذهب الحنفية^(١) وبعض الشافعية^(٢) وبعض الزيدية^(٣) إلى عدم صحة هذا البيع لأنه يتعلق بالهواء وهو ليس بمال ولا متعلق بمال، ومن ثم فهو بيع باطل.

وذهب المالكية^(٤)، والصحيح عند الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، وبعض الزيدية^(٧) إلى صحة هذا البيع لأن لصاحبه حرية التصرف في ملكه، كما أنه يمكن تقديره، بأن يقدر مقدار ما سيبني من السفل وما يباع من العلو حتى لا يكون مثار نزاع بين المتعاقدين.

فيجوز مثلاً للشخص أن يقول لصاحب أرض بعني عشرة أذرع فوق ما تبنيه من أرض إن وصف متعلق البناء للأسفل والأعلى معين، لانتفاء الضرر.

ومرجع هذا الاختلاف، هل حق التعلی من الحقوق المالية أم لا؟ فمن قال بأن حق التعلی حق مالي أجاز بيعه دون ارتباط بغيره. ومن قال إنه حق غير مالي منع بيعه، لأنه يؤدي إلى الغرر.

وأرى أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه المالكية ومن معهم لأنه من المعاملات،

(١) حاشية ابن عابدين ٨٠/٥، فتح القدير ٢٠١/٥ وما بعدها.

(٢) روضة الطالبين ٢١٩/٤.

(٣) البحر الزخار ٩٧/٥.

(٤) الفروق ١٦/٤، وحاشية ابن الشاط ١٧/٤، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ١٤/٣، الخرشي ٢١/٥.

(٥) الأم ٣٣٧/٣، روضة الطالبين ٢١٩/٤.

(٦) كشف القناع ١٩٩/٢، ٢٠٦، المبدع ٢٩٣/٤.

(٧) البحر الزخار ٩٧/٥.

ومعاملات الناس يجب أن تجرى وفقاً لحاجتهم ما لم تصادم نصاً فى الدين، لقول النبى ﷺ «المسلمون على شروطهم»^(١).

كما أنه ليس هناك تعارض بين هذا البيع وما تهدف إليه الشريعة الغراء من حماية المشتري من الضرر.

فالقاعدة العامة فى ملكية السفلى والعلو:

أن يكون سفلى الدار لشخص يطلق عليه صاحب السفلى، وعلوها لآخر يطلق عليه صاحب العلو، والأصل فى الشريعة، أن مالك الطابق يملك جدرانه الرئيسية وكل أجزائه ما لم يقم دليل على عكس ذلك، وله أن يتصرف فيه بكل أنواع التصرفات بشرط ألا يضر بجاره والأشياء التى يتكون منها السفلى والعلو هى:

[١] الأرض [٢] الدهليز [٣] السلم

[٤] الجدران [٥] السقف.

هذه الأمور الرئيسية لتكوين هيكل العلو والسفلى وسوف أبين لمن تكون الملكية فى هذه الأشياء.

[١] الأرض :

الأرض المقامة عليها الدار تكون ملكيتها لمالك السفلى، وأما مالك العلو فليس له سوى حق الارتفاق عليها فقط.

ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع صاحب العلو أن يضع جدار طبقته فى أرض صاحب السفلى لأنها ملك لصاحب السفلى، وكل ما يستطيعه أن يستأذن صاحب السفلى.

جاء فى الفتاوى الهندية «وإنما الأرض لمالك السفلى»، ولرب العلو حق التعلو. وليس ... لصاحب العلو ملك فى الأرض ..»^(٢).

هذا : إذا لم يقم الدليل على عكس ذلك، وإلا عمل بهذا الدليل.

(١) أخرجه أبو داود كتاب الأقضية باب فى الصلح ٣٠٣/٣ وسكت عنه.

(٢) الفتاوى الهندية ٤٧٨/٥، ونحوه فى فتح القدير ٥٠٢/٥، التاج والإكليل ١٤٦/٥، مغنى المحتساج ١٩١/٢، ١٩٣، تحفة المحتساج ٢١٧/٥، المغنى والشرح الكبير ٤١/٥، السيل الجرار ٢٤٩/٣.

المشاركة الزمنية «التأجيل شير» وتحقيق الارتقاء بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

[٢] الدهليز :

والدهليز في اللغة^(١): بالكسر ما بين الباب والدار، فارس معرب، والجمع الدهاليز.

وعند الفقهاء هو^(٢): الممر الواصل بين الباب والدار، أو هو الجزء من البناء الذى يبدأ من مدخل الدار وينتهي عند بداية السلم.

وقد ذهب الحنفية^(٣) إلى أن الدهليز ملك لصاحب الدور الأسفل من البناء وذلك على أساس أن السفلى بكافة أجزائه يكون ملكاً لصاحبه، ولا يشاركه فيه صاحب العلو.

وذهب جمهور الفقهاء^(٤): إلى أنه فى حالة المنازعة يفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان السلم فى نهاية الدهليز، فإن الدهليز مشترك بينهما، لأن لكل منهما يداً وتصرفاً بالاستطراق ووضع الأمتعة وغيرها.

الفرض الثانى: إذا كان السلم يقع فى وسط الدهليز، فإن الجزء من الدهليز الذى يبدأ من مدخل الدار حتى مرقى^(٥) - أى صعود - السلم مشترك بينهما، أما الجزء الذى يقع وراء السلم فيكون لصاحب السفلى وحده، لأن لا منفعة لصاحب العلو ولا يد له عليه ظاهرة.

[٣] السلم :

بفتح اللام، واحد السلالم التى يرتقى عليها، أو هو الدرج والمرقى وسمى سلماً لأنه يسلمك إلى حيث تريد^(٦).

فالمقصود بالسلم إذن الدرج الذى يرتقيه صاحب العلو للوصول به إلى طبقته والنزول منها.

(١) مادة «دهليز» لسان العرب ١٤٤/٢، مختار الصحاح ص ٢١٣.

(٢) معجم لغة الفقهاء ص ٢١١.

(٣) تبیین الحقائق ١٩٤/٤، البحر الرائق ٧٢/٧ - ٧٧.

(٤) نهاية المحتاج ٤١٩/٤، كشاف القناع ٢٢٩/٤، روضة الطالبين ٢٢٦/٤.

(٥) المرقى: الصعود، يقال: رقى إلى الشئ ورقوا وارتقى وترقى: صعد، ورقيت فى السلم إذا صعدت. مادة «رقا» لسان العرب ١٧١١/٣.

(٦) «مادة سلم» لسان العرب ٢٠٨٣/٣، مختار الصحاح ص ٣١١.

والسلم عند جمهور الفقهاء لصاحب العلو، لأنه لا يستطيع أن يستعمل طابقه الأعلى إلا باستعماله، إلا إذا كان هذا السلم مرفقاً لصاحب السفلى فيكون بينهما^(١).

[٤] الجدران :

والجدران على ثلاثة أنواع :

١- الجدران الرئيسية :

وهى التى يتوقف عليها متانة البناء والتى تحيط به من الخارج وهذا النوع من الجدران مملوك ملكية مفرزة لصاحب الطبقة دون أن يشاركه فيها فحوائط البيت السفلى لصاحب السفلى، لأنها لمنتفع بها وهى من جملة بيته، وحوائط البيت العلوى، لصاحب العلو.

٢- الجدران الفاصلة :

وهى التى تفصل بين الطبقتين أو الشقتين، فهى مشتركة بينهما ما لم يوجد ما يخالف ذلك. فإن مرجع ذلك إلى العرف، وفى ذلك يقول ابن عابدين «إن هذه الأحكام تبنى على العرف» فيعتبر فى كل إقليم وفى كل عصر عرف أهله.

٣- الجدران الداخلية: وهى التى تفصل بين الحجرات التى تتكون منها الطبقة أو الشقة وهذه الجدران مملوكة ملكية مفرزة^(٢).

[٥] السقف:

اختلف الفقهاء فيما يملك السقف، وفى من يعيده لو انهدم؟ على ثلاثة آراء:

الرأى الأول:

وإليه ذهب الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) وبعض الزيدية^(٥)، أن السقف جزء من السفلى ومتم له فالسفل لا يسمى بيتاً إلا بالسقف، لأن السفلى اسم لمبنى مسقف، ومن ثم يقضى

(١) المبسوط ١٣٦/١٤، ١٣٧، الشرح الكبير ٣/٣٦٦، الأم ٣/٣٣٧، روضة الطالبين ٤/٢٢٧، المغنى والشرح الكبير ٥/٤٥، البحر الزخار ٥/٣٩٠، الخرشى ٦/٥٧.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/١٨٨، شرح منح الجليل ٣/٦٠٢، نهاية المحتاج ٥/١٠٨، مغنى المحتاج ٢/١٨٧، المغنى والشرح ٥/٤٥.

(٣) المبسوط ٢٠/١٥٨، تبين الحقائق ٤/١٩٥، البحر الرائق ٧/٢، حاشية ابن عابدين ٥/٤٤٤.

(٤) البيان والتحصيل ٩/١٧٨، مواهب الجليل ٥/١٤٧، القوانين ص ٣٥٥، الشرح الكبير الدسوقى ٣/٣٦٥.

(٥) البحر الزخار ٥/٩٧.

بالسقف لصاحب السفلى عند التنازع، لأن الظاهر معه، ولقوله تعالى ﴿وَلَوْلَا أَنْ يَكُونَ
النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً لَجَعَلْنَا لِمَنْ يَكْفُرُ بِالرَّحْمَنِ لِيُوتِيَهُمْ سُقُفًا مِّنْ فِصَّةٍ﴾^(١).

يقول الإمام القرطبي^(٢): استدلل بعض العلماء بهذه الآية على أن السقف لاحق فيه
لرب العلو، لأن الله تعالى جعل السقوف للبيوت كما جعل الأبواب لها.

ويقول ابن رشد في هذه الآية^(٣): فلما أضاف عز وجل السقف إلى بيوتها، وجب
أن يحكم بالسقف لصاحب البيت، إذا اختلف فيه مع صاحب الأعلى فادعاه كل واحد
منهما لنفسه، وأن يحكم عليه أن له، فيلزم بنيانه إذا نفاه كل واحد منهما عن نفسه،
وادعى أنه لصاحبه ليجب عليه بنيانه، فإما أن يبني وإما يبيع لمن يبني على مذهب
ابن القاسم وروايته عن مالك وقال سحنون ويجبر على أن يبني ولا يجوز أن يبيع ممن
يبني إلا أن يعجز عن بنيانه، لأن في البيع على هذا الشرط عنده غرراً فلا يجوز إلا
عند الضرورة.

إذن السقف عند هؤلاء الفقهاء لصاحب السفلى، وعليه إصلاحه وبنائه إن انهدم.

الرأي الثاني:

وإليه ذهب الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) وبعض الزيدية^(٦) وبعض الإمامية^(٧)، أن
السقف ليس جزء من السفلى، وإنما هو حاجز بين ملكيهما ينتفعان به، فإن كان غير
متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان كان كالحائط بين الملكين مشتركاً بينهما، لأنه لا
ترجيح لأحدهما في النسبة إليه وقد يكون خالصاً لأحدهما إذا كان متصلاً به اتصال
البنيان، أو قام الدليل على أنه لأحدهما، فإذا انهدم السقف كان إصلاحه عليهما معاً، لأن
المنفعة لهما، ولكن هل يجبر الممتنع أم لا؟ في ذلك رأيان قيل يجبر، وقيل لا يجبر.

(١) سورة الزخرف آية: ٣٣.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٨٥/١٦.

(٣) البيان والتحصيل ١٧٨/٩.

(٤) الأم ٣٣٧/٣، روضة الطالبين ٢١٩/٤ تحفة المحتاج ٢٢٥/٥، نهاية المحتاج ٤١٩/٤، حاشية
قليوبي ٣١٨/٢.

(٥) المغنى والشرح الكبير ٤٨/٥، القواعد ص ١٤٣، كشاف القناع ٤١٦/٣، الإيضاح ٢٧١/٥.

(٦) البحر الزخار ٩٧/٥.

(٧) شرائع الإسلام ١٢٥/٢.

الرأى الثالث:

وإليه ذهب الزيدية^(١) وبعض الإمامية^(٢)، أن السقف ملك لصاحب العلو، إذ يده أكثر لكثرة انتفاعه.

(١) البحر الزخار ٥/٣٩٠.

(٢) شرائع الإسلام ٢/١٢٥.

المشاركة الزمنية «التأيم شير» وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

المبحث الثاني

التصرفات الصادرة من صاحب السفل وصاحب العلو

اتفق الفقهاء على أنه ليس لأحدهما التصرف في ملكه بما يضر الآخر، لأن لكل منهما حقاً في ملك الآخر، لذى العلو حق قراره، ولذى السفل حق دفع المطر والشمس عن السفل.

ولكن هل يمنع كل تصرف فيه ضرر أم لا بد في الضرر من نوع معين؟
لتوضيح ذلك نعرض مذاهب الفقهاء.

١- مذهب الحنفية:

قسم الحنفية التصرفات التي تصدر من كل من صاحب السفل وصاحب العلو إلى ثلاثة أقسام.

الأول: التصرفات الضارة بيقين: وهذه ممنوعة بالاتفاق، ولو حصلت وترتب عليها الضرر كان المتسبب فيها ضامناً لما لحق الآخر من الضرر كفتح صاحب السفل باباً.

الثاني: تصرفات لا تضر واحداً منهما بيقين كوضع مسمار صغير، أو دهن الجدر وتزينه، وهذه لا تمنع بالاتفاق.

الثالث: تصرفات تحتمل الضرر وغيره، مثل أن يفتح نافذة في بعض الحجرات، أو أن يتد في سفله مثلاً وتداً أو غير ذلك، فهذا النوع اختلف فيه الإمام وصحابه. فالإمام أبو حنيفة يمنعه إلا إذا كان برضا الآخر، وقال أبو يوسف ومحمد يصنع ما لا يضر بالعلو.

ومبنى الخلاف:

أن الأصل عند أبي حنيفة الحظر، نظراً إلى تعلق حق الغير بالملك، لأن ملكه ليس خالصاً، فلم يبيح إلا ما تيقن عدم ضرره، لأن ملكه ليس خالصاً أما الأصل عند الصحابين فهو الإباحة، ما لم يقدّم الدليل على الضرر فيمنع، لأن المالك له حرية التصرف في ملكه ما لم يضر غيره. والراجح في المذهب قول الإمام، وهو المختار

للفتوى، لأن هذا الملك وإن كان تاماً، إلا أنه عارضه حق الغير به، فيمنع ما يلحق به بالضرر يقيناً أو احتمالاً لأنه ذريعة للضرر^(١).

٢- مذهب المالكية:

ذهب المالكية إلى جواز التصرف الصادر من صاحب السفلى أو صاحب العلو، إذا كان لا يضر، أو كان الضرر نادراً، ويرجع فى ذلك لأهل المعرفة.

فمثلاً: لو أراد صاحب العلو أن يزيد فى البناء على علوه الذى دخل عليه من غير إذن صاحب السفلى، فإنه يمنع من ذلك، ويقضى عليه بعدم فعله لأنه يضر ببناء الأسفل، إلا أن يزيد زيادة خفيفة لا يحصل منها ضرر، ويرجع فى ذلك لأهل المعرفة^(٢).

٣- مذهب الشافعية:

ذهب الشافعية إلى أنه يجوز صاحب العلو شريكاً كان أو أجنبياً، وضع أثقال معتادة على السقف، وغرز وتد به على ما رجح، وللآخر - أى صاحب السفلى - تعليق معتاد به ولو بوتد يتده، لأننا لو لم نجوز ذلك لعظم الضرر وتعطلت المنافع، ولأن الأعلى هنا ثبت له الانتفاع قطعاً، فثبت للأسفل تسوية بينهما^(٣).

٤- مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة، إلى أنه ليس للرجل التصرف فى ملكه تصرفاً يضر بجاره، هذا فى الجوار الجانبى، أما فى السفلى والعلو، فلم أطلع لهم على نصوص تبين ذلك، ولكن منعهم التصرف المضر فى الجوار الجانبى، يفهم منه أنهم يمنعون الضرر فى الجوار الرأسى، لأن العلاقة فيه أقوى لاشتراكهما فى بعض المنافع.

(١) البناية على الهداية ٧٣/٧ وما بعدها، شرح فتح القدير ٣٢١/٧ وما بعدها بدائع الصنائع ٤٠١٥/٨، الفتاوى البزازية ٤١٨/٦، مجمع الأنهر ١٧٥/٢، جامع الفصولين ٢٠٧/٢، حاشية ابن عابدين ٤٤٤/٥ وما بعدها، حاشية الطحطاوى ٢١٤/٣، تبیین الحقائق ١٩٥/٤.

(٢) الشرح الكبير والدسوقى ٣٦٦/٣، الخرشى ٥٧/٦.

(٣) نهاية المحتاج ٤٢٠/٤، مغنى المحتاج ١٩١/٢، البيجرمى على النظيف ٨٨/٢.

المشاركة الزمنية «التاييم شير» وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

الراجح:

بعد هذا العرض الموجز أرى رجحان مذهب المالكية بمنع ما يضر عرفاً حالاً أو مآلاً، لأن كثيراً من الأمثلة التي اختلفت فيها الحنفية والشافعية أصبحت لا تسبب ضرراً كدق الوتد ووضع الجذوع فوق العلو ونحوهما.

والراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه المالكية من منع ما يضر عرفاً حالاً أو مآلاً، لأن كثيراً من الأمثلة التي اختلفت فيها الحنفية والشافعية أصبحت لا تسبب ضرراً كدق الوتد ووضع الجذوع فوق العلو ونحوهما. وهذا هو الأصل في الفقه الإسلامي، وهو ما ذهب إليه المالكية من منع ما يضر عرفاً حالاً أو مآلاً، لأن كثيراً من الأمثلة التي اختلفت فيها الحنفية والشافعية أصبحت لا تسبب ضرراً كدق الوتد ووضع الجذوع فوق العلو ونحوهما.

والراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه المالكية من منع ما يضر عرفاً حالاً أو مآلاً، لأن كثيراً من الأمثلة التي اختلفت فيها الحنفية والشافعية أصبحت لا تسبب ضرراً كدق الوتد ووضع الجذوع فوق العلو ونحوهما. وهذا هو الأصل في الفقه الإسلامي، وهو ما ذهب إليه المالكية من منع ما يضر عرفاً حالاً أو مآلاً، لأن كثيراً من الأمثلة التي اختلفت فيها الحنفية والشافعية أصبحت لا تسبب ضرراً كدق الوتد ووضع الجذوع فوق العلو ونحوهما.

المبحث الثالث

الالتزامات المفروضة على صاحب السفلى

وصاحب العلو

إن العلاقة بين السفلى والعلو فضلا عن كونها علاقة جوار دائم ومستمر، فإنها علاقة اتصالية ارتباطية، يتصل فيها البناء الأسفل بالأعلى وبالعكس، ويرتبطان ارتباطاً يتوقف عليه استيفاء كل من صاحبيهما حقه والانتفاع به على الوجه المشروع. من أجل ذلك فرضت الشريعة الغراء التزامات على كل من صاحب السفلى وصاحب العلو وذلك لمراعاة حق الآخر. وسوف أبين فى هذا المطلب التزامات كل واحد منهما.

أولاً: التزامات صاحب السفلى:

١- القيام بالإصلاحات والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو.

٢- إعادة بناء السفلى إذا انهدم.

ثانياً: التزامات صاحب العلو:

١- عدم الارتفاع بالبناء أو زيادة العبء بحيث يضر بالسفلى.

وسوف أبين هذه الالتزامات فى مطلبين.

المطلب الأول

التزامات صاحب السفلى

١- القيام بالإصلاحات والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو:

لقد بين فقهاء الشريعة الغراء أنه يجب على صاحب السفلى، أن يقوم بالإصلاحات

اللازمة لمنع سقوط العلو.

وسوف أبين ذلك من خلال نصوص فقهاء المذاهب الفقهية:

١- مذهب الحنفية:

جاء فى حاشية الرملى على جامع الفصولين^(١). سقف السفلى إذا احتاج إلى

إصلاح هل يطالب به صاحب السفلى أم صاحب العلو، أفتيت بأنه لا يطالب به واحد

(١) حاشية الرملى المسماه الحواشى الرقيقة والتعليق الأنيقة لخير الدين الرملى ٢٠٩/٢ بهامش جامع الفصولين.

المشاركة الزمنية «التايم شير» وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

منهما، أما صاحب السفلى، فلأن المالك لا يطالب بإصلاح ملكه، وأما صاحب العلو، فلأن الإنسان لا يطالب بإصلاح ملك الغير، فإن شاء صاحب السفلى أصلح ملكه وإن شاء ترك. وموضوع المسألة فيما إذا أمكن الانتفاع به مع نوع مشقة، أما إذا لم يكن الانتفاع به بأن زال بالكلية وبقي الدائر فقط فهي مسألة انهدام السفلى «ونحو هذا النص جاء في حاشية ابن عابدين^(١) وسوف يأتي بيان موقف الحنفية فيما لو انهدم السفلى. من هذا نجد أن الحنفية لا يوجبون إصلاح السقف على واحد منهما، إلا إذا انهدم فيكون على صاحب السفلى لأنه ملكه.

أما إصلاح السفلى فنجد الحنفية يوجبون على صاحب السفلى إصلاح سفله بيل ويمنعونه من أن يفعل في سفله ما يضر بالعلو كأن يفتح نافذة في حائطه أو يدق فيه وتداً أو نحو ذلك من التصرفات التي يترتب عليها وهن السفلى^(٢). ثم يبين ابن عابدين أن تعليق العلو على صاحبه إذا احتاج السفلى إلى العمارة، ويقول هذه فائدة حسنة لم أجد من نبه عليها^(٣).

٢- مذهب المالكية:

جاء في العتبية^(٤) «سئل مالك عن الرجلين، يكون بينهما المنزل، لأحدهما الأسفل وللآخر العلو فينكسر السقف الأدنى، الذي هو سقف البيت الأسفل على من ترى إصلاحه؟ قال على الأسفل... وكذلك لو انهدم كان عليه أن يبنيه من أسفله حتى يسقفه...».

ثم يقول ابن رشد في تعليقه على هذه المسألة. هذه مسألة صحيحة.. لا اختلاف أعلمه فيها.

وعبارة فينكسر السقف الأدنى، تحتمل معنيين يضعف السقف أو ينهدم، ولكن فقهاء المذهب يبينون أنه في كلا الحالتين على صاحب السفلى إصلاح سفله، فيقول ابن

(١) حاشية ابن عابدين ٤٤٥/٥.

(٢) البناية على الهداية ٧٣/٧، شرح فتح القدير ٣٢١/٧، مجمع الأنهر ١٧٤/٢، جامع الفصولين ٢٠٧/٢.

(٣) حاشية ابن عابدين ٤٤٥/٥.

(٤) البيان والتحصيل ١٧٨/٩، ونحوه في المدونة الكبرى ٢٧٣/٤.

أبى زيد القيروانى «وإصلاح السفلى على صاحب السفلى، والخشب للسقف عليه، وتعليق الغرف عليه إذا وهى السفلى - أى ضعف أو انهدم - حتى يصلح»^(١).

ثم يقول خليل^(٢) « كذى سفلى إن وهى» أى إذا ضعف الأسفل عن حمل الأعلى فعلى الأسفل إصلاحه، وعليه تعليق الأعلى، وقل تعليق الأعلى على صاحب العلو.

٣- مذهب الزيدية:

يقول فقهاء الزيدية «يجبر رب السفلى الموسر على إصلاحه لينتفع رب العلو»^(٣). ثم يبين الإمام الشوكانى وجه هذا الإجماع فيقول «إنه قد ثبت لرب العلو حق فى السفلى وهو استقرار بنائه عليه، فإذا اختل السفلى وترك مالكة إصلاحه، كان ذلك سبباً لذهاب هذا الحق... ثم يقول: إذا علم أن رب السفلى راغب فى إصلاح ملكه ولكنه كان معسراً أو غائباً فيكتفى بنبابة رب العلو عنه فى الإصلاح، وله أن يطلبه بما غرم، فإن سلم له ذلك فذاك، وإن لم يسلم له كان حبسه أو تأجيله من الغير، أو استعماله بقدر ما غرم، وأما إذا تمرد ورجب عن إصلاح ملكه فالكلام فيما كما قدمنا»^(٤).

٤- مذهب الإباضية:

جاء عن فقهاء الإباضية «إذا انكسرت خشبة من سقف البيت الذى فوقه غرفة كان على رب البيت الأسفل إذا رثت^(٥) حيطان البيت على صلاح الحيطان، لئلا تهدم الغرفة العليا...»^(٦).

هذه بعض النصوص التى تبين أن إصلاح وترميم السفلى واجب على صاحب السفلى، ولم أطلع على نصوص تبين ذلك عند باقى المذاهب.

(١) رسالة أبى زيد القيروانى بهامش الفواكه الدوانى ٣١٧/٢.

(٢) الشرح الكبير والدسوقى ١٦٦/٣، مواهب الجليل ١٤٧/٥، الناج والإكليل ١٤٦/٥، الخرشى ٥٦/٦.

(٣) البحر الزخار ٩٦/٥.

(٤) السيل الجرار ٢٤٩/٣.

(٥) رثت: الرث: البالى، والرثة إسقاط البيت، يقال رجل رث والرث وثوب رث والرث أيضاً بمعنى الضعف يقال الضعفاء من الناس (مادة رث): معجم مقاييس اللغة ٣٨٤/٢، لسان العرب ١٥٨٢/٢، مختار الصحاح ص ٢٢٣).

(٦) المدونة الكبرى لأبى غانم الخرسانى الإباضى ج ٢ ص ١٦٧.

الالتزام الثانى: إعادة السفلى إذا انهدم:

من الالتزامات المفروضة على صاحب السفلى إعادة السفلى إذا انهدم، وهذا الالتزام عد أهم الالتزامات عليه، ولذا عنى به فقهاء المذاهب وأعطوه عناية خاصة، يتضح هذا من خلال نصوص الفقهاء من مختلف المذاهب.

١- مذهب الحنفية:

فرق الحنفية بين حالتين: الأولى: الهدم الذى يكون بفعل واحد منهما أو منهما والثانية: الانهدام من غير تعد كما لو كان بفعل زلزال مثلاً.

الحالة الأولى:

لو هدم صاحب السفلى سفله وصاحب العلو علوه.

فى هذه الحالة: يجبر صاحب السفلى على بناء سفله، لأنه فوت على صاحب العلو حقه.

أما صاحب العلو، فقيل: لا يجبر على بناء علوه الذى هدمه، وقيل يجبر إذا بنى ذو السفلى سفله وطلب من ذى العلو بناء علوه، لأن لذى السفلى حقاً فى العلو، أما لو انهدم العلو بغير صنعه فلا يجبر لعدم تعديه.

يقول ابن الهمام: ليس لصاحب السفلى هدمه، فلو هدمه يجبر على بنائه، لأنه تعدى على حق صاحب العلو. وهو قرار العلو.

ولكن ما الحكم إذا امتنع صاحب السفلى من إعادة السفلى؟

فى هذه الحالة، لصاحب العلو إعادة السفلى ليبنى عليه علوه، فإن أعاد السفلى إما أن يعيده بإذن صاحبه أو بإذن الإمام، وإما أن يعيده بلا إذن منهما، فإن بناه بإذن من أحدهما لا يكون متطوعاً وفى هذه الحالة له منع صاحب السفلى من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدى قيمته، واختلف فى أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع؟ والصحيح أنها وقت البناء.

وقال الخصاف: له المنع حتى يؤدى إليه ما أنفقه.

أما إذا كان بغير إذن من أحدهما، يعد متبرعاً، ولا يرجع على صاحب السفلى بشئ لأنه بإمكانه إجبار صاحب السفلى على إعادته بطريق القضاء فهو غير مضطر.

الحالة الثانية:

لو انهدم السفلى والعلو من غير تعد،

في هذه الحالة لا يجبر صاحب السفلى على إعادته، لأن الإنسان لا يجبر على عمارة ملكه، ولأنه غير متعد. وفي هذه الحالة لصاحب العلو أن يبني السفلى ويبني عليه علوه، فإذا بناه لم يكن متبرعاً، لأن صاحب السفلى غير مجبر على إعادته، فكان صاحب العلو في بنائه إياه مضطراً ليصل إلى حقه، والمضطر غير متبرع.

ولهذا كان لصاحب العلو منع صاحب السفلى عن الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي

قيمته.

وقد بين صاحب جامع الفصولين وجه المنع فقال:

فوجه المنع: أن صاحب العلو محق في البناء، لأنه مضطر إليه لإحياء حقه.

ثم بين وجه أداء القيمة فقال: وأما وجه أداء القيمة فهو أن البناء ملك الباني لبنائه بغير الأمر، فإذا أدى إليه صاحب السفلى قمة البناء، تملك البناء بلا رضا صاحب العلو، إذ ليس له نقض هذا البناء، لأن الباني غير متعد. ولو امتنع صاحب السفلى عن الانتفاع بسفله وعن أداء القيمة، لا يجبر عليه^(١).

مذهب المالكية:

ذهب المالكية إلى أن الأسفل لو انهدم، كان على صاحب الأسفل أن يبنيه، وكذلك لو سقط العلو على الأسفل فهدمه فعلى رب الأسفل بناؤه، وعلى صاحب الأسفل في حالة عدم سقوط الأعلى أن يعلق الأعلى حتى لا ينهدم، لأن التعليق بمنزلة البناء، وحمله بالبناء على ذي السفلى فإذا علقه وسقط الأعلى بعد ذلك فلا ضمان عليه لأنه فعل المطلوب، وقيل إن تعليق الأعلى على صاحب العلو^(٢).

(١) جامع الفصولين ٢/٢٠٨، ٢٠٩، بدائع الصنائع ٨/٤٠١٣، شرح فتح القدير ٧/٣٢٢، الفتاوى الخانية:

١٠٩/٣، البانية على الهداية ٧/٧٦، الفتاوى الهندية ٤/١٠٣، حاشية ابن عابدين ٥/٤٤٣، ٤٤٤،

مجمع الأنهر ٢/١٧٥، الفتاوى البيزانية ٦/٤٢٠، حاشية الطحطاوي ٣/٢١٤.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٣٦٥، ٣٦٦، الخرشى ٦/٥٦، أسهل المدارك ٣/٦٠.

ولكن ما الحكم إذا كان سبب الانهدام وهاء العلو؟

يجيب على ذلك الإمام الحطاب فيقول^(١): (إذا كان سبب الانهدام وهاء العلو، فإن كان صاحب السفل حاضرا عالما ولم يتكلم، لم يضمن صاحب العلو، واختلف إذا كان صاحب السفل، فإن كان وهاء العلو مما لا يخفى سقوطه، فقول يضمن صاحب العلو، وقيل لا يضمن، لأنه لم يتقدم إليه، والأول هو المشهور، وإن تقدم إليه ولم يفعل ضمن اتفاقا، وكذلك إن كان سبب الانهدام وهاء السفل وصاحب العلو حاضر ولم يتكلم ولم يتقدم إليه أو كان غائبا) وعلى صاحب السفل أن يبني سفله كما كان مبنيا قبل الانهدام، وإن كان في ذلك ضرر على صاحب العلو^(٢) فإذا امتنع صاحب السفل أن يبني بيته، أجب بالقضاء على البناء أو البيع لمن يبني حتى يبني رب العلو علوه، فإن باعه لمن يبينه فامتنع عن بنائه، أجب المبتاع أيضا أن يبنيه أو يبيع لمن يبني. وقال ابن يونس: إن كان له مال أجب على بنائه، لأنه حق لصاحب العلو، وفي تريبه للبيع ضرر عليه^(٣).

٣- مذهب الشافعية:

ذهب الشافعية إلى أنه: لو كان علو الدار لواحد، وسفلها لآخر، فانهدمت، لم يكن لصاحب السفل أن يجبر صاحب العلو على البناء قولا واحدا، لأن حيطان السفل لصاحب السفل، فلا يجبر صاحب العلو على بنائه.

ولكن هل لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على البناء؟

فيه قولان، القول القديم بالإجبار، والقول الجديد بعدم الإجبار. فعلى القديم يجبر ويلزمه الحاكم، فإن لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله وأنفق عليه، وإن لم يكن له مال اقترض عليه، فإذا بنى حائط السفل كان لصاحب السفل، لأنه بنى له، وتكون نفقة البناء في ذمته، ثم يعيد صاحب العلو علوه بماله، وتكون النفقة على العلو لأن العلو ملك لصاحب العلو.

(١) مواهب الجليل ١٤٧/٥.

(٢) المدونة الكبرى ٢٧٣/٤.

(٣) الفواكه الدواني ٣١٨/٢، التاج والإكليل ١٤٦/٥، البيان والتحصيل ١٧٨/٩، ١٧٩، حاشية الرهوني ٧١/٦.

فإن أراد صاحب العلو أن يبني من غير إذن الحاكم وإذن صاحب السفلى، لم يمنع منذ لك، لأنه يستحق الحمل على حيطان السفلى، فإن بنى صاحب العلو حيطان السفلى لم يرجع على صاحب السفلى بشئ، لأنه متطوع، ثم ينظر فإن بنى السفلى بآلته كان ملكاً لصاحب السفلى كما كان. وليس لصاحب العلو منعه من الانتفاع بها ولا يملك نقضها، لأنها لصاحب السفلى، وله أن يعيد علوه بماله، وإن بناها بآلة أخرى كانت الحيطان لصاحب العلو، وليس لصاحب السفلى أن يضع عليها شيئاً، ولا يتد فيها وتداء، ولكن له أن يسكن في قرار السفلى، لأن ذلك قرار ملكه، فإن أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك، لأنه ملكه فلا حق لغيره فيها. فإن بذل صاحب السفلى ما أنفق، لم يجبر صاحب العلو على التبقية، لأنه لم يجبر على البناء في الابتداء، فلم يجبر على التبقية في الانتهاء^(١).

وعلى القول الجديد: لا يجبر صاحب السفلى على البناء، ولصاحب العلو بناء السفلى بماله، ويكون المعاد ملكه، ولصاحب السفلى في المعاد، لأن العرصة ملكه، ولأعلى هدمه لأنه ملكه. ولو قال صاحب السفلى انقض ما أعدته لأبنيه بآلتي، فإن كان قد طالبه بالبناء قبل ذلك فلم يجب لم يجب الآن، وإن لم يطالبه فكذلك، ولكن له أن يملك السفلى بالقيمة. وليس له هدمه^(٢) وقيل لصاحب العلو منع السفلى من السكنى^(٣).

٤ - مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة في الراجح عندهم إلى أنه لو انهدم سفل لإنسان وعلوه لغيره، انفرد صاحب السفلى ببنائه لانفراده بملكه، وأجبر صاحب السفلى عليه ليتمكن صاحب العلو من انتفاعه به، وقيل لا يجبر^(٤).

ففي المعنى^(٥) (وإن انهدمت حيطان السفلى فطالبه صاحب العلو بإعادتها، فعلى روايتين، إحداهما: يجبر على البناء وحده، لأنه ملكه خاصة. والثانية: لا يجبر. وإن أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعاً. فإن بناه بآلته فهو على

(١) الأم ٣٣٧/٣، ٣٣٨، المذهب ٣٤٤/١، تكملة المجموع ١٨/١٣ وما بعدها.

(٢) مغنى المحتاج ١٩١/٢.

(٣) فتح العزيز ٣٢١/١٠.

(٤) كشاف القناع ٤١٥/٣، الانصاف ٢٧١/٥، السبدع ٣٠٣/٤، القواعد ص ١٤٣.

(٥) المعنى والشرح الكبير ٤٨/٥، ٤٩.

المشاركة الزمنية «التأيم بشير» وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

ما كان، وإن بناه بآلة من عنده، فقد روى عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفل حتى يؤدي القيمة.

وعدم الانتفاع يحتمل معنيين، يحتمل أن لا يسكن، لأن البيت إنما بنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل عدم الانتفاع بالحيطان خاصة، من طرح الخشب، وسمر الوتد، وفتح الطاق، ويكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره، لأن السكنى إنما هي إقامته في فناء الحيطان من غير تصرف فيها، فأشبه الاستغلال بها من خارج.

فأمام إن طال صاحب السفل بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان.

إحداهما: لا يجبر على بنائه ولا مساعدته، لأن الحائط ملك صاحب السفل مختص به، فلم يجبر غيره على بنائه ولا مساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو.
والثانية: يجبر على مساعدته والبناء معه، لأنه حائط يشتركان في الانتفاع به فأشبهه الحائط بين الدارين.

الراجع:

بعد هذا الغرض لمذاهب الفقهاء، فإني أميل إلى مذهب الحنفية في التفرقة بين حالتين الأولى: الهدم الذي يكون بفعل واحد منها أو منهما ففي هذه الحالة يجبر صاحب السفل على بناء سفله، الثانية: الانهدام من غير تعد ففي هذه الحالة لا يجبر.
أما المالكية والشافعية والحنابلة فلم يفرقوا بين الحالتين، سواء من قال منهم بالإجبار، ومن قال بعدم الإجبار.

وأيضاً أميل إلى التفرقة الحنفية في التفرقة بين حالتى إعادة البناء من صاحب العلو بإذن أو بغير إذن، فإن كان البناء بدون إذن صاحب السفل أو القاضى يكون متبرعا، لأنه كان بإمكانه أن يلجأ إلى القضاء ليصل إلى حقه، وأما الحالة الثانية وهي إذا كان البناء بإذن من صاحب السفل أو بإذن من القاضى، فلا يكون متبرعا، وفي هذه الحالة له منع صاحب السفل عن الانتفاع به حتى يؤدي قيمته.

أما قول المالكية بأن صاحب السفل يجبر على البناء أو البيع لمن يبني، فهذا القول قد يؤدي إلى حرمانه من ملكه، كما أن قول الشافعية بأن صاحب العلو إذا بنى السفل

بآلة من عنده أن ينقض السفل، ولو طلب صاحب السفل عدم النقص لا يلزمه القول، فأرى أنه لا مصلحة له ولا لصاحب السفل فيه، لأنه إضاعة للمال. وأرى أيضاً أنه ليس لصاحب السفل إجبار صاحب العلو على بناء علوه، لأن منفعة صاحب السفل في بناء العلو، وهي الاستئصال ودفع المطر والشمس، لا تستوجب إرهاب صاحب العلو ببناء علوه. والله أعلم.

المطلب الثاني

الالتزامات المفروضة على صاحب العلو

أهم هذه الالتزامات عدم الارتفاع بالبناء أو زيادة العبء بحيث يضر بالسفل، وقد اهتم الفقهاء بهذا الالتزام، وأولوه عناية خاصة. فما من مذهب من المذاهب الفقهية إلا وقد نص على هذا الالتزام، وسوف أبين هذا الالتزام من خلال نصوص الفقهاء.

١- مذهب الحنفية:

ذكر ابن عابدين أن للحنفية ثلاثة آراء فيما لو أراد صاحب العلو أن يبني على العلو شيئاً، ف قيل له أن يبني ما بدا له ما لم يضر بالسفل، وقيل وإن أضر، والمختار للفتوى أنه إذا أشكل أنه يضر أم لا، لا يملك، وإذا علم أنه لا يضر بملك^(١). إلا أن الكمال بن الهمام نقل عن بعض الفقهاء أن أبا حنيفة ذهب إلى أن صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وإن لم يضر بالسفل رواية واحدة، ثم قال ابن الهمام وقال شيخ الإسلام، إذا أشكل تصرف صاحب العلو هل يضر بالسفل أولاً لا يملكه بالاتفاق، وقال الصدر الشهيد: المختار أنه إذا أشكل لا يملكه، وإذا لم يضر بملكه^(٢). من هذا نعلم أن للحنفية أربعة آراء بإضافة نقل الكمال بن الهمام عن أبي حنيفة إلى ما نقل ابن عابدين، ويقول صاحب الفتاوى البزازية^(٣) (لا يملك صاحب العلو أن يبني على علوه أو يتد فيه بلا رضا صاحب السفل عند الإمام بلا إشكال إذا أضر، أما إذا لم يضر أو أشكل فالرواية عنه قد اختلفت، والمختار أنه إذا لم يضر بملك، وإن أشكل لا يملك).

(١) حاشية ابن عابدين ٤٤٣/٥ حاشية عيون الأخبار ٦٠/٨.

(٢) شرح فتح القدير ٣٢٢/٧.

(٣) فتاوى البزازية ٤١٨/٦ ونحوه في تبیین الحقائق ١٩٤/٤، الفتاوى الخاتية ١١٧/٣ البناية شرح الهداية ٧٤/٧، مجمع الأنهر ١٧٥/٢.

المشاركة الزمنية «التايم شير» وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

٢- مذهب المالكية:

جاء في حاشية الدسوقي^(١): (أن صاحب العلو إذا أراد أن يزيد فى البناء على علوه الذى دخل عليه فإنه يمنع من ذلك، ويقضى عليه بعدم فعله، لأنه يضر ببناء الأسفل، اللهم إلا أن يزيد خفيفة لا يحصل معها ضرر حالا ولا مآلا بالأسفل فلا يمنع حينئذ ويرجع فى ذلك لأهل المعرفة.

وجاء فى القوانين الفقهية^(٢) (وليس لصاحب العلو أن يزيد فى بنيانه شيئا إلا بإذن صاحب السفلى).

من هذا نعلم أن بعض المالكية يمنعون الزيادة إلا الشئ اليسير الذى لا يضر بالسفلى، وبعضهم منع الزيادة فى العلو مطلقا إلا بإذن صاحب السفلى.

٣- مذهب الشافعية:

جاء فى معنى المحتاج^(٣) (ولصاحب العلو وضع الأثقال المعتادة على السقف المملوك للآخر أو المشترك بينهما، وللآخر الاستكنان به والتعليق المعتاد).

من هذا نعلم أن الشافعية يجوزون الزيادة فى البناء إذا كانت الزيادة معتادة بين الناس، فالعادة محكمة ما لم يأت دليل يخالفها^(٤).

٤- مذهب الزيدية:

جاء فى البحر الزخار^(٥) (ولكل منهما أن يفعل فى ملكه مالا يضر بالآخر من فتح باب أو طاقة أو تلية أو غيرها. وقيل لا يفعل إلا بإذن الآخر، إذ لكل منهما حق ولا يؤمن الضرر فيما يحدث).

هذه بعض نصوص الفقهاء التى تبين مدى اهتمام الفقهاء بهذا الالتزام. والذى أميل إليه ما ذهب إليه جمهور المالكية من منع الزيادة إلا الشئ اليسير لا يضر والرجوع فى ذلك لأهل المعرفة، لأن هذا هو ما يتفق مع المنطق والعدالة حيث لا ضرر.

(١) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣/٣٦٦، ونحوه الخرشى ٦/٥٧، التاج والإكليل ٥/١٤٧.

(٢) القوانين الفقهية ص ٣٥٥.

(٣) معنى المحتاج ٢/١٩١.

(٤) روضة الطالبين ٤/٢١٩، نهاية المحتاج ٤/٤٢٠.

(٥) البحر الزخار ٥/٩٧.

الفصل الثانى الجوار الرأسى فى القانون (ملكية الطبقات والشقق)

يقصد بملكية الطبقات:

أن يتعدد مالكو البناء على أن يستقل كل منهم بطبقة فيه، ويكون له عليها ملكية تامة.

ويطلق عليها أحيانا، ملكية السفلى والعلو، لأن صاحب السفلى وهو الدور الأرضى، مالك له ملكية خالصة، أساسه، وجدرانه، وسقفه، ونوافذه، وأبوابه، فضلا عن الأرض التى شيد عليها. ويكون لصاحب العلو حق القرار على السفلى، ويطلق عليه حق التعلو، ويملك الطبقة التى تعلوه ملكية خالصة، أرضيتها، وجدرانها، وسقفها، وأبوابها، ونوافذها.

لذلك: قضى فى المادة ٥٧/٣٦ من التقنين القديم بأن (على مالك الطبقة السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له إذ إنها تعتبر ملكا له، وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط أو ألواح، وعليه أيضاً إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى) ثم نظمت ملكية الطبقات فى المواد ٩٥٨ وما بعدها من التقنين الجديد وقد أخذ ذلك التنظيم من الفقه الإسلامى.

أما ملكية الشقق:

فيقصد بها: انقسام البناء إلى عدة أجزاء أو شقق، يكون كل منها طبقة أو أكثر من طبقة وفى الغالب جزء من طبقة، لكل منها مالك يستقل بها، ومن ثم له عليها ملكية خالصة.

فى حين أن الأرض التى شيد عليها البناء، وهيكله - كأساساته وجدرانه - ملكية شائعة لجميع الملاك، شيوعا جبريا، بحيث تقتصر الملكية المفترزة لكل منهم على الجدران الثانوية داخل الشقة والأبواب فى داخلها..... وقد استحدثت ملكية الشقق فى التقنين الحديث فى المواد ٨٥٦ وما بعدها^(١).

(١) د/ محمود زكى، السابق فقرة ١١٥ ص ٢١٠ وما بعدها.

المشاركة الزمنية « التامير شير » وحقوق الارتفاق بين المذنبين الإسلامى والتطبيق المعاصر»

وقد ذهب الفقه الوضعى، إى القول بوجود نظامين مستقلين لملكية الطبقات والشقق فى مصر.

النظام الأول:

ملكية الطبقات، ومصدره الشريعة الإسلامية، ولا يطبق هذا النظام إلا إذا تبين من سندات الملك أخذ الشركاء به.

النظام الثانى:

ملكية الشقق، حيث يشمل البناء إلى جانب الملكيات المفترزة ملكية شائعة، وهذا النظام هو الأصل الواجب التطبيق ما لم يوجد فى سندات الملكية ما يخالفه. وعلى ذلك أقسم هذا الفصل إلى مبحثين.

المبحث الأول: النظام العام لملكية الطبقات أو الشقق.

المبحث الثانى: النظام الاتفاقى لملكية الطبقات (العلو والسفل)

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل.

المبحث الأول النظام العام لملكية الطبقات أو الشقق

لقد أدخل التقنين المدني الجديد، النظام الفرنسي في ملكية الطبقات أو الشقق، وهذا النظام يقوم على أن هيكل العمارة كله يعتبر مملوكاً ملكية شائعة، ويضم هذا الهيكل الأرض والحوائط الرئيسية والأساسات والمدخل والأسطح والسلالم والمصاعد والدهاليز والأفنية، أما الطبقات أو الشقق فيما لا يدخل منها في هيكل العمارة فتكون مملوكة ملكية مفرزة.

وقد أراد المشرع من نقل هذا النظام، أن يشجع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة، توقعاً لأزمة المساكن وازدياد عدد السكان. وهذا ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بقولها: (وقد نقل هذا التنظيم من القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ وقصد من نقله تشجيع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة ذات الإيراد المحدود، فهذه لا يستطيع الفرد منها أن يملك منزلاً كاملاً، ويؤثر على الاشتراك مع غيره في الشيوخ أن يستقل بملكية طبقة من طبقات المنزل، فإذا وضع نظام لتحديد العلاقات المستمرة بينه وبين جيرانه، كان في هذا طريق لحسم المنازعات التي تنشأ عن هذه الملكية وسبب لتيسيرها)^(١).

وحتى يتضح هذا النظام أحب أن أبين النقاط التالية:

- ١- الأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة أو المفرزة.
 - ٢- نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة.
 - ٣- تسجيل سندات الملكية في حالة ملكية الطبقات والشقق.
 - ٤- حقوق الشركاء وواجباتهم بالنسبة للأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة.
 - ٥- إدارة الأجزاء المشتركة.
- وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ح ١٠/٦.

أولاً: الأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة أو المفرزة.

الأصل: أن الأجزاء المشتركة يحددها السند المنشئ لملكية الطبقات، فإذا لم يتضمن هذا السند تحديد صفة جزء من الأجزاء، فيعتبر ملكية مشتركة إذا كلن معدا للاستعمال المشترك، كما بين ذلك المشرع فى المادة ٨٥٦ الفقرة الأولى منها بقولها: (إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة، فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع^(١)).

وأول ما يلاحظ على هذا النص: أن المعيار الذى وضعه المشرع فى تحديد الأجزاء المشتركة هو الإعداد للاستعمال المشترك بين الجميع.

ثم حرص المشرع بعد أن وضع هذا المعيار على ذكر بعض الأجزاء التى يشترك فيها الملاك على سبيل المثال، فقال فى النص السابق (.....) وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه).

ويلاحظ: أن العبرة بالإعداد للاستعمال المشترك، بصرف النظر عن الاستعمال الفعلى، فالسلم مثلا يعتبر مشتركا بين جميع الملاك، ولو كان بعضهم لا يستعمله فعلا، أو لا يستعمل إلا جزءا منه.

وبالإضافة إلى الأجزاء المشتركة بين الجميع، فهناك أجزاء مشتركة بين بعض الملاك فقط، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ٨٥٦ بقولها: (والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين).

هذه الأجزاء المشتركة، تعتبر مملوكة لجميع الملاك على وجه الاشتراك، وما دامت هذه الأجزاء قد أعدت للاستعمال المشترك، فإنه يجب بالضرورة أم تبقى على حال الشيوخ الجبرى، ولذلك فهى لا تقبل القسمة وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٨٥٦ بقولها: (وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة).

أما الأجزاء المفرزة أو الخاصة بكل مالك، والتى يملكها ملكية مفرزة، فتقتصر

(١) د/ مصطفى الجمال، السابق فقرة ٩١ ص ١٥٤.

على ما أعد لاستعماله وحده، وتشمل ما يوجد داخل الطبقة أو الشقة من حواجز فاصلة بين الحجرات وأدوات صحية وأنابيب المياه والغاز والكهرباء الداخلية، وما يكسو الأرضية من خشب أو بلاط، وما يكسو الجدران والسقف، وكذلك النوافذ والأبواب والشرفات.

أما الأرضية فى حد ذاتها، والشقق والجدران الرئيسية فهى تكون من الأجزاء المشتركة^(١).

ثانياً: نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة:

نص المشرع على أن يكون نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة بين الجميع «بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار» (م ٢/٨٥٦)، وتظهر أهمية تحديد نصيب المالك فى هذه الأجزاء من عدة نواح، فإذا استحق المالك مقابلاً لجزء من هذه الأجزاء، كما لو باعوا جزءاً من الأرض المحيطة بالدار، أو نزعت الدولة ملكية جزء منها، أو تعدى الغير على شئ من الأجزاء المشتركة فالتزم بالتعويض فيوزع المقابل على الشركاء كل بحسب نصيبه، كما أنه على أساس نصيب كل مالك يقدر رأيه عند حساب الأغنية المطلوبة لاتخاذ القرارات الخاصة بإدارة الأجزاء المشتركة، وأيضاً توزع التكاليف المشتركة على الملاك بنسبة قيمة حصصهم فى الأجزاء الشائعة.

وإذا كان المشرع قد حدد نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه فى المبنى، فإنه لم يضع أساساً لتحديد هذه القيمة ولم يبين الوقت الذى تحدد فيه.

ويرى بعض الفقهاء^(٢) أن أساس تقدير الجزء الذى للشريك فى الدار هو أولاً مساحة هذا الجزء وثانياً موقعه. أما إذا وجدت بداخل الطابق أو الشقة أشياء مرتفعة

(١) د/ منصور، السابق فقرة ١٠١ ص ٢٥٠ وما بعدها، د/ الصدة السابق فقرة ١٨١ ص ٢٦٩، د/ محمد عرفة السابق ص ٢٢١ وما بعدها، د/ السنهورى الوسيط ج ٨ ص ١٠١٧ وما بعدها فقرة ٦٢٢ وما بعدها، د/ البدرأوى، السابق فقرة ١٧٤ ص ٢٤٩ وما بعدها، د/ محمود زكى، السابق فقرة ١١٧ ص ٢١٩، د/ مصطفى الجمال، السابق فقرة ٩١ ص ١٥٤، د/ أحمد سلامة، السابق فقرة ١٥٨، ١٥٩ ص ٤٤٦: ٤٤٩، د/ توفيق فرج، السابق فقرة ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦ ص ٢٨٨ وما بعدها، د/ إسماعيل غاتم، السابق فقرة ١٥٠ ص ٣٤٩، د/ خالد محمود زكى ملكية الطبقات (رسالة دكتوراه من جامعة الإسكندرية سنة ١٩٧٧ ص ١٩٩).

(٢) د/ منصور، السابق فقرة ١٠٢ ص ٢٥٣.

المشاركة الزمنية «التأيم شير» - طريق الارتفاق بين المذهب الإسلامي والتطبيق المعاصر»

القيمة كأنواع جيدة من الأخشاب والأدوات الصحية وأعمال الزينة فلا تدخل فى الاعتبار عند تقدير قيمتها. أما الوقت الذى يجب أن تحدد فيه الحصة، فلم يحدد المشرع المصرى ذلك الوقت.

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء فيه.

فذهب البعض^(١) إلى أن القيمة تقدر وقت النزاع الذى تثار بشأنه مسألة التقدير، وبناء على هذا رأى يدخل فى حساب هذه القيمة ما يكون قد لحق هذا النصيب من زيادة أو نقص فى قيمته بعد الإنشاء كما لو أصبح الحى الموجود به البناء حيا تجاريا مما يمكن معه استخدام الطبقات السفلى فى البناء كمحلات تجارية بما يزيد فى قيمتها دون قيمة الطبقات العليا.

وذهب البعض الآخر^(٢) إلى الاعتداد بقيمة البناء وقت إنشاء الدار، دفعا لما قد يثور من منازعات فيما لو قلنا بالتقدير وقت النزاع، ونحن نتفق مع هؤلاء، لأن الاعتداد بما يطرأ على قيمة الأجزاء الخاصة من تغييرات من شأنه أن يثير المنازعات بين الملاك كلما دعت الحاجة إلى تحديد نصيب كل منهم.

ثالثاً: تسجيل سندات الملكية فى حالة ملكية الطبقات والشقق:

لم ينص المشرع بنصوص خاصة على تسجيل سندات الملكية فى هذا الصدد، ولهذا يكون من المتعين تطبيق القواعد العامة فى هذا الصدد بالنسبة لتسجيل جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية، أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك بحيث يترتب على عدم التسجيل، أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين ذوى الشأن ولا

(١) د/ محمد عرفة، السابق ص ٢٢٦، وله أيضاً شرح القانون المدنى الجديد ح ١ ص ٢٧٩، د/ السيد المغازى (ملكية طبقات المنازل فقرة ٣٢ ص ٦٥ وما بعدها، د/ البدر اوى، السابق ص ٢٥٥ فقرة ١٧٤.

(٢) د/ السنهورى، الوسيط ح ٨ ص ١٠٢١ فقرة ٦٢٥، د/ إسماعيل غاتم السابق فقرة ١٥٣ ص ٣٥٦، ٣٥٧، د/ منصور، السابق فقرة ١٠٢ ص ٢٥٤، د/ مصطفى الجمال، السابق فقرة ٩٢ ص ١٥٦، د/ أحمد سلامة، السابق فقرة ١٦٠ ص ٤٥١، د/ مصطفى الجارحى ملكية الشقق فقرة ١٣ ص ٢٦، د/ محمود زكى، السابق فقرة ١٢١ ص ٢٢٣، د/ خالد محمد الرسالة السابقة ص ٢٧٩، د/ نبيلة رسلان، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية ص ٢٠٦.

بالنسبة إلى غيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن^(١).

رابعاً: حقوق الشركاء والتزاماتهم بالنسبة للأجزاء المشتركة والأجزاء المفردة:
أ - الأجزاء المشتركة:

إن الأجزاء المشتركة مملوكة على الشيوع لكل مالك فيها بنسبة الجزء الذى يملكه ملكية مفردة والشيوع فيه إجبارى، ويترتب على ذلك أن حقوق والتزامات الشركاء تخضع للحاكم العامة للشيوع الإجبارى. وقد طبق المشرع هذه الأحكام فيما يلى:

١ - الانتفاع بالأجزاء المشتركة: لكل شريك سلطة واسعة فى الانتفاع بالأجزاء المشتركة فمن حق جميع ملاك الشقق استعمال هذه الأجزاء المشتركة، بشرط ألا يغير من تخصيصها أو يضر بباقي الشركاء^(٢)، إذ تقضى القواعد العامة: أنه على المالك أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له، وألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم (طبقاً لنص المادة ١/٨٥٧).

فسلطة الاستعمال مقيدة بعدة قيود منها: استعمال الأجزاء المشتركة فيما أعدت له وعلى ذلك لا يجوز للشريك أن يستعمل المدخل والممرات أو السلم فى عرض منتجاته أو بضائعه كما أنه يجب على المالك ألا يستعمل الأجزاء المشتركة استعمالاً غير مشروع، لأن ذلك فيه خروج عن الغرض الذى أعدت له، كانتظار الفاجرات لزيائهن فى المدخل، كما يجب ألا يستعمل الأجزاء المشتركة إلا لخدمة الجزء الذى يملكه فى الدار وليس لخدمة عقارات أخرى، كما أنه لا يجوز للمالك أن يصل شقته بمنزل آخر يملكه بجوار العمارة، وذلك بفتح باب فى الحائط المشترك إلا إذا أذن باقى الشركاء ولا يجوز أن يضع لافتة لقريب أو صديق على الحوائط الرئيسية^(٣).

(١) د/ توفيق فرج، السابق فقرة ١٥٧ ص ٢٩٢.

(٢) د/ حسن كيرة، السابق ١٨١ ص ٦٠٠.

(٣) د/ مصطفى الجارحى، السابق فقرة ٣٢ ص ٤٧، ٤٨.

المشاركة الزمنية «التأجيل» و«تفوق الارتفاق» بين المتهود والإسلامى والتطبيق المعاصر»

ويرى البعض^(١) أنه بهذا القيد يقترب الشيوع فى هذه الأجزاء من الارتفاق من ناحيتين: أنه لا يمكن أن يوجد إلا لمصلحة العقارات وليس لمصلحة الأشخاص، وأنه بالتالى لا يمكن أن يفيد إلا العقارات التى وضع فى خدمتها.

ومن القيود: ألا يحاول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم.

فإذا كان بين الأجزاء المشتركة ما يقتضى استعماله تناوب الملاك كحجرة الغسيل مثلاً، فيجب أن يتيح كل مالك للآخر فرصة استعمالها على الوجه المألوف.

أما ما عدا ذلك فيجوز للمالك استعمال الأجزاء المشتركة للانتفاع بملكه، فله مثلاً أن يضع عند باب شفته لافته تبين اسمه ومهنته، بل له أن يضع مثل هذه اللافته على الحوائط الخارجية للعمارة فى الجزء المقابل لشفته أو على الباب الخارجى، بل إنه إذا كانت شفته داخلية أو مرتفعة فإن له أن يضع اللافته على أى جزء من الحوائط الخارجية، أو على الباب الخارجى، أيهما أكثر ملائمة وأقل ضرراً للملاك، وذلك لأنه على الشيوع، ويشترط ألا تلحق اللافته للملاك الآخرين ضرراً غير مألوف عرفاً، وللمالك أن يحفر كوة فى الحائط المشترك، أو يثبت دولاب، وله أن يقوم بإدخال أنابيب المياه والكهرباء الخاصة به فى الحائط المشترك^(٢).

٢- إدخال التعديلات فى الأجزاء المشتركة:

نصت المادة ٢/٨٥٧ على أنه (ولا يجوز إحداث أى تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك، حتى عند تجديد البناء، إلا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء، دون أن يغير من تخصيصها، أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين).

فطبقاً لهذا النص: الأصل أن تكون التعديلات بموافقة الجميع، إلا أن القانون أجاز لأى من الملاك أن يقوم بأى تعديل على نفقته الخاصة وذلك مقيد بخمسة قيود:

الأول: ألا يترتب عليه تغيير فى تخصيص الأجزاء المشتركة.

الثانى: ألا يترتب عليه ضرر بالملاك الآخرين.

(١) د/ مصطفى الجارحى فقرة ٣٢ ص ٤٨، د/ إسماعيل غانم ص ١٥٣ هامش ١.
 (٢) د/ الجارحى فقرة ٣٢ ص ٤٨، د/ منصور، السابق فقرة ١٠٣ ص ٢٥٦، د/ السنهورى، السابق فقرة ٦٢٥ ص ١٠٢٢.

الثالث: أن يكون من شأن هذا التعديل تسهيل استعمال الأجزاء المشتركة.
الرابع: أن يكون ذلك التعديل على نفقة الشريك الذي يستقل بإحداث التعديل^(١).
الخامس: الحصول على إذن من الاتحاد إذا كان هناك اتحاد^(٢).
وتطبيقا لما تقدم: يكون للمالك أن يوسع السلم على نفقته أو أن ينقل المصعد إلى مكان أليق.

٣- عدم جواز قسمة الأجزاء الشائعة وعدم جواز التصرف فيها استقلالا:
نصت المادة ٢/٨٥٦ على ما يلي (وهذه الأجزاء المشتركة من الدار، لا تقبل القسمة، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار، وليس لمالك أن يتصرف في نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذي يملكه). فطبقا لهذا النص لا يجوز لأى من المالك طلب قسمة هذه الأجزاء، ولا يجوز التصرف فيها بصفة مستقلة، والمنع من التصرف هنا يشمل التصرفات الناقلة للملكية كما يشمل الرهن وهذا المنع إنما هو في الأجزاء التي لا تقبل القسمة، أما ما يقبل القسمة، كما لو وجد بالعقار قسم غير مبنى فإنه يجوز التصرف فيه استقلالا، لأنه ليس يلزم لاستعمال البناء أو الانتفاع به^(٣).

٤- المساهمة في التكاليف المشتركة:

قد يقتضى حفظ الأشياء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها نفقات، كثمن الكهرباء اللازمة لإنارة المدخل والسلم وتشغيل المصعد، وكنفقات إصلاح الأنابيب الرئيسية للمياه وللمجاري، فعلى من تكون هذه النفقات؟ أجابت على ذلك المادة ٨٥٨ بقولها (على كل مالك أن يشترك في تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها، ويكون نصيبه من هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٦٠، د/ نبيلة رسلان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ص

٢٠٤.

(٢) د/ أحمد سلامة، السابق فقرة ١٦١ ص ٤٥٣، د/ السنهوري، السابق فقرة ٦٢٥ ص ١٠٢٣، د/

البدراوى، السابق فقرة ١٧٦ ص ٥٤.

(٣) د/ توفيق فرج، السابق فقرة ١٥٨ ص ٢٩٦، د/ منصور، السابق فقرة ١٠٣ ص ٢٥٥.

المشاركة الزمنية «التأيم» وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

٢- ولا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في التكاليف المتقدمة الذكر.

يخلص من هذا النص:

أن كل مالك يجب أن يتحمل نصيبه في تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة، ويتحدد هذا النصيب وفقاً لاتحاد الملاك إن وجد، وإن لم يوجد تحمل كل منهم بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار، بصرف النظر عن نسبة انتفاع كل منهم لها... ولما كان التزام الشركاء التزاما عينيا، وكانت القاعدة في الالتزامات العينية هي إمكان تخلص الملتزم من التزامه بالتخلي عن الحق العيني المبني عليه الالتزام، نص المشرع على عدم أحقية المالك في التخلي عن نصيبه الشائع (م/٢/٨٥٨) وذلك لأن انتفاعه بملكه المفروزة للطبقة أو الشقة يفترض بالضرورة انتفاعه بالأشياء المشتركة، ولكن إذا كان يتمتع على المالك التخلص من التزامه بالتخلي عن نصيبه الشائع في الأجزاء المشتركة، فهو يستطيع التخلص منه بالتخلي عن نصيبه المفروز في الطبقة أو الشقة، ونصيبه الشائع في الأجزاء المشتركة معا.

وإذا كون ملاط الطبقات أو الشقق اتحادا، جاز لهذا الاتحاد أن يمنح قرضا لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته، وكل قرض يمنحه الاتحاد لهذا الغرض يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفروز الذي يملكه الشريك المقترض وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار، وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده (م/٨٦٩)^(١).

ب- الأجزاء المفروزة أو الخاصة:

سبق أن قلنا أن ملكية الطبقات، تشتمل على نوعين من الملكية، ملكية مفروزة وهي الطبقات أو الشقق التي يملكها ملاك متعددون، وملكية شائعة شيوعا جبريا على الأجزاء المشتركة. ولكل مالك في الملكية المفروزة أن يستعمل كافة السلطات التي له

(١) د/ إسماعيل غانم، فقرة ١٥٢ ص ٣٥٥، د/ محمد عرفة، السابق ٢٢٥، د/ البدر اوى، السابق فقرة ١٧٧، ١٧٨ ص ٢٥٤: ٢٥٦، د/ أحمد سلامة، السابق فقرة ١٦٣ ص ٤٥٣ وما بعدها، د/ السنهوري، السابق فقرة ٦٢٦ ص ١٠٢٣ وما بعدها، د/ حسن كيرة، السابق فقرة ١٨٢ ص ٦٠١ وما بعدها، د/ مصطفى الجمال، السابق فقرة ٩٣ ص ١٥٧، د/ محمود زكى، السابق فقرة ١٢٢ ص ٢٣٠. د/ توفيق فرج، السابق فقرة ١٥٩ ص ٢٩٧، د/ مصطفى الجارحي فقرة ٣٧ وما بعدها.

على ملكه من استعمال واستغلال وتصرف، فللمالك أن يستعمل الجزء الذي يخصه بنفسه أو يستغله بتأجيريه مثلاً، ويلاحظ في خصوص سلطة المالك في هذا أن على المالك ألا يغلو في استعمال ملكه إلى الحد الذي يضر بالجار ضرراً غير مألوف، ولهذا القيد أهميته في ملكية الطبقات لما يميز الجوار في هذه الملكية من طابع خاص، إذ أن أجزاء البناء المملوكة مفرزة ليس إلا أجزاء من بناء واحد، وبالتالي فلا يجوز لأي مالك أن يقوم بعمل في الجزء الخاص به يؤدي إلى الإضعاف من متانة البناء أو تشويه مظهره.

وللمالك أيضاً أن يتصرف في الجزء الذي يملكه وحده، فله أن يبيعه أو يهبه أو يوصي به أو يرهنه، وله أن يقسم طبقته أو شقته ويتصرف في كل جزء منها على استقلال. ولا يجوز لباقي الملاك أن يعترضوا على ذلك بالقول أن التجزئة من شأنها أن تزيد في عدد الملاك. ومع ذلك يجوز الاتفاق على أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف في طابقه أو شقته إلى شخص أجنبي إلا بعد موافقتهم، وكذلك يصح الاتفاق على أنه لا يجوز لأي منهم أن يقسم طابقه أو شقته إلى أجزاء يتصرف في كل جزء منها لشخص. ومثل هذا الشرط يعتبر صحيحاً نظراً لمشروعية المصلحة التي يرمى إلى تحقيقها، ويأخذ حكم الشرط المانع من التصرف^(١).

خامساً: إدارة الأجزاء المشتركة:

تتم إدارة الجزء المشتركة، إما طبقاً لقواعد الإدارة في الملكية الشائعة العادية، وإما عن طريق تكوين اتحاد الملاك، يضع بموافقة جميع الأعضاء نظاماً لضمان حسن الانتفاع بالعمارة المشتركة وحسن إدارته (م ٨٦٣) غير أن المشرع جعل تكوين مثل هذا الاتحاد أمراً اختيارياً متروكاً لتقدير الملاك (م ٨٦٢/١) وعلى ذلك تتم إدارة الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات وفقاً لأحد نظامين:

(١) د/ إسماعيل غانم، السابق فقرة ١٥١ ص ٣٥١، د/ منصور، السابق فقرة ١٠٣ ص ٢٥٤، د/ مصطفى الجمال، السابق فقرة ٩٣ ص ١٥٨، د/ توفيق فرج، السابق فقرة ١٦٤ ص ٣٠١، د/ مصطفى الجارحي، السابق فقرات ١٥: ٢٥ ص ٢٨: ٤٢، د/ الصدة، السابق فقرة ١٨٤ ص ٢٧١ ما بعدها.

النظام الأول:

نظام إدارة الأموال الشائعة شيوعاً عادياً، وإدارة هذه الأموال تتم بواسطة الشركاء على الشيوع مباشرة أو عن طريق مدير يعينه هؤلاء الشركاء.

النظام الثاني:

عن طريق تكوين اتحاد بين الملاك، يتمتع بالشخصية الاعتبارية، ويكون له ممثل قانوني هو مأمور الاتحاد (م ٨٦٢ : ٨٦٩).

واختيار أحد النظامين متروك للشركاء. وإذا رأى ملاك الطبقات تكوين اتحاد فيما بينهم، فيجب أن يتفق رأيهم جميعاً على ذلك، ولا تستطيع الأغلبية أن تفرض الاتحاد على الأقلية، نظراً لأن القانون يخول مأمور الاتحاد سلطات أوسع من سلطات المدير العادي للشيوع.

وإذا وضع مثل هذا النظام كان هو المرجع في كل ما يعرض بشأن الانتفاع والإدارة ويسرى النظام الذي يضعه الاتحاد على خلفاء الشركاء، بالرغم من عدم نص المشرع على ذلك صراحة، وتكون قرارات الاتحاد ملزمة إذا كان جميع ذوى الشأن قد دعوا إلى الاجتماع بكتاب موصى عليه. وصدر القرار من أغلبية الملاك، وتكفى الأغلبية المطلقة (وهي النصف + واحد) حتى فيما يتعلق بأعمال الإدارة غير العادية، وتنفذ هذه القرارات عن طريق مأمور الاتحاد» طبقاً للمادة ٨٦/١.

وتقع نفقات إدارة الأجزاء المشتركة بواسطة اتحاد الملاك على جميع هؤلاء الملاك بنسبة أنصبتهم وإذا لم يتيسر لأحد الوفاء بنصيبه كان للاتحاد أن يمنحه قرضاً كما سبق القول^(١).

(١) د/ لبيب شنب، السابق فقرة ٣٢٣، د/ منصور، السابق فقرة ١٠٤ ص ٢٥٧ وما بعدها، د/ البدر اوى السابق فقرة ١٨١ ص ٢٦١، د/ حسن كيرة، السابق فقرة ١٨٣ ص ٦٠٢ وما بعدها، د/ السنهورى، السابق فقرة ٦٢٧ ص ١٠٢٥ وما بعدها، د/ مصطفى الجمال، السابق فقرة ٩٤ ص ١٥٩.

المبحث الثانى

النظام الاتفاقى لملكية الطبقات (العلو والسفل)

كان نظام السفل والعلو هو النظام السائد فى ملكية الطبقات فى عهد التقنين المدنى السابق، وقد أخذت أهميته تتناقص بانتشار العمارات الكبيرة التى يتلاءم معها نظام الطبقات المفترزة والشيوع الإجبارى، على أن نظام السفل والعلو لا يزال موجودا من مخلفات العهد القديم، ولكن لا يطبق إلا إذا اتفق عليه ذوو الشأن فى سندات ملكياتهم، إذ يقوم هذا النظام على أن مالك كل طبقة يملك وحده كل ما بها من جدران، كما يملك سقفاها، ويكون لصاحب كل طابق من الطبقات العليا حق القرار على ما تحته^(١).

وحق القرار الذى لصاحب العلو على السفل حق عينى، إذ يرد مباشرة على شئ هو السفل، ومن ثم فهو يتضمن فرض التزامات على صاحب السفل لتمكين صاحب العلو من مباشرة حقه، وأخرى على صاحب العلو لتحديد مضمون حقه، وهى التزامات عينية يستطيع الملتزم بها أن يتخلص منها إذا هو تخلى عن حقه^(٢).

وسوف أبين التزامات صاحب السفل ثم التزامات صاحب العلو.

أولاً: التزامات صاحب السفل:

إن مرد هذه الالتزامات: هو أن لصاحب السفل والعلو حقا فى ملك الآخر، وبناءا على ذلك يلتزم صاحب السفل بما يأتى:

١- أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو.

٢- أن يعيد بناء السفل إذا انهدم.

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل.

الالتزام الأول: القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو.

نصت على هذا الالتزام المادة ٨٥٩ بقولها: (١- على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو.

٢- فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل، ويجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة).

(١) د/ السنهورى، السابق فقرة ٦١٥ ص ١٠٠٩، د/ إسماعيل غانم، السابق ص ٣١٤.

(٢) د/ منصور، السابق فقرة ١٠٥ ص ٢٦٤.

المشاركة الزمنية «التايم شير» بمقووق الارتقاء بين التطور الإسلامى والتطبيق المعاصر»

يؤخذ من هذا النص: أن على صاحب السفلى أن يقوم بكل الأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، كأن يصلح جدار داخل شقته يرتكز عليه العلو، أو يرمم السقف الذى تستند إليه أرضية العلو. هذا الالتزام يعتبر قيذا على سلطات مالك السفلى، لأن الأصل أن للمالك أن يترك ملكه يتخرب ولا يرد على هذا الأصل إلا استثناءات مرجعها الجوار، والجوار الرأسى أشد من الجوار الأفقى فى هذا الشأن حيث يضاف إلى الجوار حق القرار.

ويشترط لقيام هذا الالتزام، وجود وهن فى السفلى لدرجة أن العلو يصبح مهددا بالسقوط، يستوى أن يكون هذا الوهن راجعا لقدم فى السفلى أو راجعا لخطأ صاحب السفلى أو لخطأ غيره. وبدهى: أن الأعمال والترميمات التى يلتزم بها صاحب السفلى هى الأعمال الخاصة بالسفلى، فلا يلتزم صاحب السفلى بإجراء أى أعمال أو ترميمات فى العلو لمنع سقوطه، كما لو كان العلو مهددا بالسقوط بسبب حالته السيئة، لأنه لا يلتزم شخص بإصلاح ملك غيره^(١).

وإذا أخل صاحب السفلى بالتزامه ولم يقم بالأعمال اللازمة، فإن كانت الترميمات اللازمة عاجلة ولا تحتمل التأخير يكون لصاحب العلو أن يلجأ إلى قاضى الأمور المستعجلة ليأمر بإجرائها، أما إذا لم تكن عاجلة فيجب الالتجاء إلى القضاء العادى^(٢). وإذا كان المشرع لم ينص فى المادة ٨٥٩ إلا على سلطة القاضى فى بيع السفلى، إلا أن هذا لا يحول دون مالك العلو وطلب القيام بما يلزم من ترميم على نفقة صاحب السفلى، لأن هذا هو مقتضى القواعد العامة فى تنفيذ الالتزام علينا جبرا على المدين (م ١/٢٠٩).

وعلى ذلك إذا امتنع صاحب السفلى عن إجراء الترميمات، كان لصاحب العلو الخيار بين أمور ثلاثة:

(١) د/ مصطفى الجارحى، السابق فقرات ٦٨، ٦٩، ٧٠ ص ٩٠ : ٩٤.
 (٢) د/ منصور، السابق فقرة ١٠٦ ص ٢٦٧، د/ السنهورى السابق فقرة ٦١٧ ص ١٠١١، د/ السيد المغازى، السابق فقرة ٦٠ ص ١١٢، د/ حسن كيرة، السابق فقرة ١٨٥ ص ٦٠٥.

- ١- أن يطلب من القضاء إلزام صاحب السفل بإجراء هذه الترميمات، ويجوز الالتجاء في ذلك للقضاء المستعجل إذا كانت الترميمات المطلوبة عاجلة (م ١/٨٥٩).
- ٢- أن يقوم هو بترميم السفل على نفقة صاحبه بعد الحصول على ترخيص من القضاء بذلك أو بدون ترخيص في حالة الاستعجال (م ٢٠٩).
- ويستطيع صاحب العلو في هذه الحالة أن يحبس السفل تحت يده إلى أن يستوفي من صاحبه نفقات الترميم، وفقاً للقواعد العامة للحق في الحبس.
- ٣- أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفل، مع إلزام المشتري بالقيام بالترميم المطلوب (م ٢/٨٥٩)^(١).
- والقاضى يجيب صاحب العلو إلى ما يطلب من ذلك، إذا وجد مبرراً لإجابة الطلب^(٢).
- ويلاحظ: أنه في جميع الأحوال، يكون لصاحب السفل أن يتخلص من التزامه بالترميم أو يدفع ما صرف عليه بالتخلي عن ملكية السفل لأن التزامه التزام عيني، وإذا يتخلى فإن ملكية السفل تؤول إلى صاحب العلو بعد مراعاة إجراءات التسجيل^(٣).
- الالتزام الثانى: إعادة بناء السفل إذا انهدم:**
- نصت المادة ٨٦٠ على هذا الالتزام بقولها: (١- إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله فإذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه. ٢- وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما فى ذمته، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه).

(١) د/ لبيب شنب، السابق فقرة ٣٢٨ ص ٣٣٥، ٣٣٦، د/ إسماعيل غاتم السابق فقرة ١٩٦٣ ص ٣٧٥، د/ السنهورى، السابق فقرة ٦١٧ ص ١٠١١، ١٠١٢، د/ محمد عرفة السابق ص ٢٢٨، ٢٢٩، د/ البدرأوى السابق فقرة ١٨٠ ص ٢٥٨، د/ حسن كيرة السابق فقرة ١٨٥ ص ٦٠٥.

(٢) د/ السنهورى السابق فقرة ٦١٧ ص ١٠١٢.

(٣) د/ الصدة السابق فقرة ١٨٥ ص ٢٧٣، د/ أحمد سلامة السابق فقرة ١٥٥ ص ٤٤٣، مجموعة الأعمال التحضيرية ١٦٧/٦.

المشاركة الزمنية «التائم سير» وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

ويؤخذ من هذا النص: أن القانون يفرض على صاحب السفلى أن يعيد بناء سفله فى حالة انهدامه، وفى حالة انهدام السفلى يجب التمييز بين ما إذا كان انهدام البناء بخطأ صاحب العلو أو شخص يسأل عنه، أو كان الانهدام بغير خطأ صاحب العلو. فإن كان بخطأ صاحب العلو رجع صاحب السفلى على صاحب العلو بالتعويض، ولم يكن ملزماً بإعادة بناء السفلى، ولكنه إذا أعاد بناءه فعلاً، رجع لصاحب العلو حقه فى القرار على السفلى بعد أن يكون قد دفع التعويض لصاحب السفلى، ومن ثم يجوز له أن يبنى علوه من جديد مستقراً على السفلى، وإن كان انهدام البناء بغير خطأ صاحب العلو سواء كان الانهدام بخطأ صاحب السفلى أم بغير خطأه فإن على صاحب السفلى أن يعيد بناء سفله، لأن لصاحب العلو حق القرار عليه، فيعيد صاحب العلو بناء علوه مستقراً على السفلى.

ويلاحظ: بأنه لو انهدم البناء بخطأ صاحب السفلى، ففي هذه الحالة يجب عليه تعويض صاحب العلو عن الضرر الذى يصيبه من جراء هدم علوه ثم إعادة بنائه. ويدهى: أنه لو انهدم العلو وحده، لا شأن لصاحب السفلى فى إعادته، بل يرجع صاحب العلو على من يكون قد تسبب فى الانهدام^(١).

وإذا كان السفلى آيلاً للسقوط دون أن يهدم، لا يجوز لصاحب العلو أن يطلب هدم البناء وإعادة بناء السفلى بدعوى أن البناء آيل للسقوط، ولكن له فى هذه الحالة أن يلجأ إلى السلطة الإدارية المختصة لتأمر بهدم البناء أولاً، ثم يطالب بتنفيذ الأمر بالهدم.

وإذا امتنع صاحب السفلى عن إعادة بنائه فى الأحوال التى يجب عليه فيها ذلك، كان لصاحب العلو الخيار بين أمرين:

- ١- أن يطلب من القاضى الإذن له بإعادة بناء السفلى على نفقة صاحبه.
- ٢- أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفلى جبراً على مالكه (م ١/٨٦٠) وفى هذه الحالة يلتزم المشتري بإعادة بناء السفلى ولا يوجد ما يمنع من أن يكون المشتري هو صاحب العلو نفسه، وعند ذلك يبنى السفلى والعلو، ويكون مالكا لهما معاً، ولكنه فى

(١) د/ السنهورى، السابق فقرة ٦١٨ ص ١٠١٣، ١٠١٤.

هذه الحالة لا يجبر على البناء، فله أن يبنى السفلى دون العلو، وله ألا يبنى أياً منهما، فهذا حقه^(١).

ومما تجدر الإشارة إليه: أنه إذا اختار صاحب العلو بناء السفلى على نفقة صاحبه، كان له أن يمنع صاحب السفلى من الانتفاع بسفله حتى يؤدي له ما أنفقه فى إعادة البناء، كما يكون له أن يحصل على إذن من القضاء فى إيجار السفلى أو الانتفاع به بنفسه، وأن يخصم قيمة الأجرة أو الانتفاع بماله فى ذمة صاحب السفلى (م ٢/٨٦٠) وقد قصد بهذا الحكم الخاص منع تعطيل الانتفاع بالسفلى بعد إعادة بنائه^(٢).

ويجوز للمحكمة أن تأمر بتقسيم ما ينفق فى هذا السبيل على دفعات دورية تيسيراً على صاحب السفلى إن طلب منها ذلك (م ٢/٣٤٦) وفى هذه الحالة لا يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفلى من السكنى والانتفاع، ما دام قائماً بالوفاء بالأقساط فى مواعيد استحقاقها^(٣).

وأخيراً: يجوز لصاحب السفلى أن يتخلص من هذا الالتزام بالتخلّى عن ملكية طبقته لأنه التزم عيني^(٤).

ثانياً التزامات صاحب العلو:

يجب على صاحب العلو أن يمتنع عن كل ما من شأنه الإضرار بصاحب السفلى كما يجب عليه أن يقوم بما يلزم فى العلو لمنع حدوث الضرر بصاحب السفلى. ولم يتعرض المشرع لالتزامات صاحب العلو، إلا فى المادة ٨٦١ التى تنص على أنه (لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفلى). ويؤخذ من هذا النص أنه يمتنع على صاحب العلو أن يزيد فى ارتفاعه بنائه إذا كان من شأن هذه الزيادة الإضرار بالسفلى.

(١) د/ السنهورى، السابق فقرة ٦١٨ ص ١٠١٤، د/ شنب، السابق فقرة ٣٢٨ ص ٣٣٦، د/ محمود زكى، السابق فقرة ١٣٢.

(٢) د/ إسماعيل غاتم، السابق فقرة ١٦٣ ص ٣٧٢، د/ منصور، السابق فقرة ١٠٦ ص ٢٦٦.

(٣) د/ محمد عرفه، السابق ص ٢٣١.

(٤) د/ الصدة، السابق فقرة ١٨٥ ص ٢٧٣، د/ البدرأوى، السابق فقرة ١٨٠ ص ٢٦٠، د/ حسن كيرة، السابق فقرة ١٨٥ ص ٦٠٦، مجموعة الأعمال التحضيرية ١٦٧/٦.

المشاركة الزمنية «التأجيل» وفي فقه الارتفاع بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

وعلى ذلك: لا يجوز لصاحب العلو أن يبني طابقاً فوق علوه إذا نجم عن ذلك ضرر لصاحب السفل ولما كان العلو مملوكاً ملكية مفرزة لصاحبه، فإنه يحق له أن يبني فوق سطحه مع مراعاة أمرين:

١- أن يكون العبء من بناء الطابق الجديد لا يضر بالسفل، وأن تتحمله أساسات البناء.

٢- وألا يكون في بنائه للطابق الجديد مخالفة للوائح البناء ونظمه.

كذلك: لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع علوه - دون أن يبني طابقاً

جديداً - إذا كانت الزيادة في الارتفاع تضر بالسفل، فإن لم تكن تضر جاز له ذلك.

وأيضاً يلتزم صاحب العلو بأن يقوم بعمل ما يلزم في علوه لمنع حدوث الضرر بالسفل، فعليه أن يتولى صيانة وترميم سطح أرضية طبقته من بلاط أو أخشاب، حتى يكتشف فيترتب على ذلك الإضرار بسقف السفل. أما صيانة قواعد الأرضيات فلا يتحملها صاحب العلو كما كان في التقنين القديم م ٥٧/٣٦ بل يتحملها جميع الملاك لكونها من الأجزاء المشتركة^(١) ويرى البعض أن إصلاح الأرضية على صاحب العلو^(٢).

(١) د/ السنهوري، السابق فقرة ٦٢٠ ص ١٠١٦، البدرأوى، السابق فقرة ١٨٠ ص ٢٦٠، د/ حسن كبيرة، السابق فقرة ١٨٦ ص ٦٠٧، د/ الصدة، السابق فقرة ١٨٦ ص ٢٧٥، د/ إسماعيل غاتم، السابق فقرة ١٦٤ ص ٢٧٥، ٢٧٦، د/ محمود زكي، السابق فقرة ١٣٣، ص ٢٥٠، د/ أحمد سلامة، السابق فقرة ١٥٧ ص ٤٤٥، د/ مصطفى الجارحي ص ١٠٠.

(٢) د/ محمد عرفة، السابق ص ٢٣٢، د/ نبيلة رسلان، السابق ص ٢١٤.

الفصل الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من حيث الجوار الرأسي

بعد هذا العرض المفصل للفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتضح ما يلي:
أولاً:

إن الهيكل العام للهول والسفل في الفقه الإسلامي يقوم على أن مالك الطابق يملك كل ما يتعلق به من أجزاء فيملك مثلاً صاحب السفل الأراضي التي يقام عليه البناء ويملك الدور السفلي بكل جدرانه الرئيسية وما يتعلق بذلك، مع ملاحظة أن السفل في اصطلاح الفقهاء هو ما نزل عن غيره ليشمل الوسط بالنسبة لما فوقه. ويملك صاحب العلو الدور العلوي من جدران وما يتعلق بعلوه كالسلم فهو ملك لصاحب العلو عند جمهور الفقهاء.

هذا هو الأصل في الفقه الإسلامي، إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك، وقد بين الفقهاء أن الأشياء التي هي للاستعمال المشترك تكون ملكيتها بين صاحب العلو والسفل مشتركة بينهما كما بين ذلك الفقهاء في ملكية الدهليز والسلم والجدران والسقف.

أما في القانون الوضعي: فالهيكل العام للعلو والسفل (ملكية الطبقات والشقق) يقوم على أن هيكل الدور يعتبر مملوكاً ملكية مشتركة، ويضم هذا الهيكل الأرض والأساسات والجدران الرئيسية والدهاليز ونحو ذلك أما ما لا يدخل في هيكل العمارة فتكون مملوكة ملكية خاصة. هذا إذا لم يوجد في سندات الملك ما يخالف ذلك.

هذا هو الأصل في القانون، إلا أنه يجوز على سبيل الاستثناء أن يتفقوا على أن يكون مالك كل طبقة يملك كل ما بها من جدران وكذلك سقفها ويكون لصاحب كل طابق حق القرار على ما تحته.

نخلص إذن: أن الأصل في الفقه الإسلامي، استثناء في القانون والعكس كذلك.

ثانياً:

إن الفقه الإسلامي بين أن صاحب السفل يملك السفل بكل ما يتعلق به، وصاحب العلو يملك العلو بكل ما يتعلق به إلا إذا وجد ما يخالف ذلك.

أما القانون المصرى فقد حدد فى المادة ٢/٨٥٦ نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار، إلا أنه لم يحدد الأساس لتحديد هذه القيمة، ولم يبين الوقت الذى تحدد فيه، وهذا يعد قصورا فى التشريع، كان الأول بالمشرع أن يبين ذلك بنصوص واضحة وصريحة، حتى لا تتشعب آراء شراح القانون وتتباين، فكما رأينا أن لشراح القانون لهم آرايان البعض يرى أن ذلك يتحدد وقت النزاع - أى وقت المطالبة - وعليه فيدخل فى التقدير ما لحق البناء من الزيادة والنقصان، والبعض يرى أن العبرة فى التحديد وقت الإنشاء دفعا لما يثار من منازعات، أما أساس هذا التقدير فقد بين ذلك بعض الفقهاء بأنه بموقع ومساحة الجزء.

ثالثاً:

الفقه الإسلامى بين الحكم فيما لو انهدم السفل أو وهن ولم يبين أو يصلح صاحب السفل سفله، وبنى صاحب العلو من غير إذن صاحب السفل أو إذن الإمام، بأنه فى هذه الحالة يعد متبرعا إذا كان فى إمكانه أن يحصل على هذا الإذن، أما إذا كان الحصول على هذا الإذن غير ممكن فلا يكون متبرعا بل له الرجوع بما أنفق، أما القانون المصرى فلم يفرق فى الحكم بين حالة الإذن من صاحب السفل أو الإمام وحالة عدم الإذن وجعل له الرجوع دائماً طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب.

رابعاً:

الفقه الإسلامى يبين الحكم فيما لو بنى صاحب العلو بإذن صاحب السفل أو إذن الإمام كيف يحصل على حقه، وتتوعد حلول الفقهاء فى كيفية الحصول على هذا الحق، ويرى البعض أن لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من الانتفاع بسفله ومن السكنى فيه حتى يؤدى ما عليه.

ويرى أكثر الفقهاء أن الرجوع عليه يكون بما أنفق وقت البناء، وقيل وقت الرجوع، وإليه ذهب الحنفية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة.

ويرى البعض الآخر أنه يجبر على البناء أو البيع لمن يبنى، ولا يبنى صاحب العلو، وإلى هذا ذهب المالكية، ويرى البعض الآخر أن صاحب العلو يبنى بعد إذن صاحب السفل أو إذن الحاكم، ولكن لا يمنع صاحب السفل من السكنى بل يكون ما أنفقته

في ذمة صاحب السفل يردده في حالة الميسرة، وإلى هذا ذهب الشافعية في المشهور عنهم وبعض الحنابلة، ولا يختلف الحكم في حالة الترميم عما سبق. أما في القانون المصري فقد نصت المادة ٨٥٩ على سلطة القاضي في بيع السفل فقط في حالة الترميمات اللازمة للسفل. إلا أن شراح القانون يرون أن لصاحب العلو أن يقوم بترميم السفل على نفقة صاحبه بعد الحصول على ترخيص من القضاء بذلك، أو بدون ترخيص في حالة الاستعجال طبقاً للقواعد العامة كما سبق القول، أما في حالة إعادة السفل فقد نصت المادة ٨٦٠ على أمرين، يجب 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، وفي حالة الأخيرة له منع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه.

مما سبق يتبين أن الفقه الإسلامي أدق من التشريع الوضعي الذي به أوجه قصور.