الجمـهورية الجـزائرية الديـمقراطية الشـعـبية
وزارة التـعليم الـعالي والبحـث العلمي
جـامـعة وهـران 01 أحمد بن بلة
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية
قسم العلوم الإسلامية

أحكام الحائط المشترك والمرافق المشتركة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون فرع المعاملات المالية.

إعداد الطالب:
- باقل علي

إشراف الدكتورة:
- جمعي ليلى

2015/06/28

أعضاء لجنة المناقشة		
أ.د/ حمحامي مختار	أستاذ التعليم العالي	رئيسا ومناقشا
د .ة / ليلى جمعي	أستاذ محاضر (أ)	مشرفا ومقررا
د .ة / بن عمار زهرة	أستاذ محاضر (أ)	مناقشا
د/ طاهري بلخير	أستاذ محاضر (أ)	مناقشا

1435 - 1436 هـ / 2014 - 2015 م


بسم الله الرحمن الرحيم

إهدائي

إلى والدي الكريمين حفظهما الله ورعاهما و سدد خطاهما و رزقهما دوام الصحة و العافية.

إلى إخوتي الكرام أدامهم الله.

إلى الذين عهدت فيهم إشراقة العلم فكانوا منارة تضيء الدروب من معلمي و أساتذتي عبر كل أطوار طلب التَّعلُم

إلى كل من شملهم قول القائل الذي ألجم الألسنة بمقولته:

﴿ من علمني حرفا صرت له عبداً ﴾

إلى كل طلبة و عمال كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية وهران

إليكم جميعا أهدي ثمرة جهدي المتواضع هذا

شكر

بسم الله الرحمان الرحيم

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴾ **صدق الله العظيم**

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، حمدا يساق تعبداً و إجلالاً، و من تمام شكره عزوجل شكر ذوي الفضل، فقد ورد في الحديث الشريف: " من لم يشكر النّاس لم يشكر الله ".

و أولى النّاس بالشكر أستاذتي الفاضلة، الدكتورة ليلى جمعي التي صرفت معي وقتا وجهدا عظيمين في إنجاز هذا البحث، فلم تبخل عليَّ بما أوتيت من علم و فضل و حسن توجيه و إرشاد فجزاها الله كل خير و أحسن إليها.

كما أتوجه بخالص شكري إلى أعضاء لجنة المناقشة و كل أساتذتي بالكلية الذين تشرفت بالجلوس بين أيديهم متعلما طيلة المشوار الجامعي.

كما أشكر كل من قاسمني أتعاب مذكرتي كاملة جهدا و نصحا، أو ساهم من قريب أو من بعيد في إنجازها، فجزاهم الله خير الجزاء و بارك فيهم.


مقدمة

مقدمة:

الحمد لله ربِّ العالمين و به نستعين، وصلِّ اللّهم وسلم على سيدنا و حبيبنا ونبيّنا مُحَمَّد عليه أفضل الصلاة و السلام و على آله و صحابته الغُر الميامين أما بعد:

قد عرف الإنسان عبر العصور الكثير من التنظيمات للحياة الاجتماعية التي ارتبطت ارتباطاً وثيقا بمفهوم الدولة، و في كل هذه الحقب التاريخية غالبا ما تُقاس حضارتها بأنماط عمرانها، الذي قد تجعل بعضه أو جله من التزاماتها و تكون فيه سيدة الموقف باعتبارها ذات سلطة و سيادة فتبين أحكام الانتفاع به سواء لفئة معينة أو لمجموع مواطنيها بهدف إشباع حاجياتهم العامة، و تصبح الملكية في هذه الحالة ملكيةً عامة لتسمى بالمرافق و نظرا لتعدد صورها سنقتصر على المتعلقة بالعقارات منها و بشكل عام، بينما يتكفل الأفراد الطبيعيين بالباقي في حدود ما تقتضيه ملكيتهم الخاصة، التي تقررت لهم بآخر التطورات التي عرفتها الدولة.

و في كثير من الأحيان تتقيد الملكية العقارية الخاصة، بما تمنح صاحبها من سلطات واسعة النطاق لمصلحة العامة أو لمجموعة من الأفراد، و هو المبدأ الذي فصَّل فيه الفقه الإسلامي بصفة عامة و المذهب المالكي بصفة خاصة تحت مسمى المرافق المشتركة، و أتبعته التشريعات الوضعية و منها المشرع الجزائري في القانون المدني ببيان أحكامها في مضمون الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، و تنشأ هذه المرافق مشتركة أصالة و ذلك لحاجة الناس إليها و عدم قدرة الأفراد على تلبيتها مثل الطرق و المؤسسات العامة، أو تقتضيها الأوضاع المادية للعقارات.

و أبرز مظاهر المرافق المشتركة تلك التي تستند إلى القيود المنصبة على الملكية الخاصة لمصلحة علاقة الجوار سيما اللصيق منه، و يجليها الحائط المشترك الفاصل بين عقارين كأحد صور هذه العلاقة كحالة أكثر مشاهدة في الوقت الراهن، بحيث نظم القانون المدني أحكامه مستعملا نفس المصطلحات التي أوردها الفقه الإسلامي خاصة الفقه المالكي عند تناوله لذات الموضوع، زيادة على اعتماد المشرع لمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي ثان للقاعدة القانونية.

و الحائط المشترك هو الحائط الفاصل بين عقارين مبنيين أو غير مبنيين، يملكه صاحباه على الشيوع، و يكون اشتراك الجاران فيه من حين إنشائه اتفاقا بينهما، أو أن ينشأ هذا الاشتراك بعد إقامته من أحدهما، و أن يفصل الحائط بين عقارين قرينة على الاشتراك في ملكيته ما لم يثبت عكس

ذلك، و كوْن هذا الحائط المشترك أحد صور الشيوع، فهذا يعطي للمالكيْن له السلطات التي يمنحها الملك، و بالمقابل فهو يحتاج إلى استعماله في الحدود المعقولة، بأن لا يُحمل فوق طاقته، و أيضا قد يرى كلا الجاران أو أحدهما مصلحة في تعليته أو ترميمه تعود بالنفع عليهما أو على أحدهما فقط، أو على الحائط بدوره، الأمر الذي قد تنجر عنه بعض النزاعات، و من الواجب الفصل فيها بإعطاء كل ذي حق حقه، من أجل ضبط سلوكيات الأفراد داخل المجتمع، و على هذا كان عنوان الموضوع موسوما بـ " أحكام الحائط المشترك و المرافق المشتركة في الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري "، رغم أن الدّراسة كانت بعنوان " أحكام المرافق المشتركة في الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري - الحائط المشترك أنموذجا "، لأن في العنوان الأول تم عطف العام على الخاص، وهو الذي كان من اقتراح اللجنة العلمية من باب الشمولية و توسيع الموضوع.

و أما عن أبرز **أسباب اختيار موضوع** المرافق المشتركة عموما و الحائط المشترك خصوصا، هو الطابع المعماري الحديث الذي يجلي تعدد المرافق بل يستحدث منها ما لم يكن معروفا و تجعل موضوع الحائط المشترك من بين أكثر الأمور مشاهدة، التي لا تغيب أو يُغفل عنها.

إضافة إلى الوقوف على درجة التوافق بين الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري في تنظيم علاقات الجيرة بين الأشخـــاص.

أيضا الكشف عن مدى فاعلية هذه الأحـكام في تنظيم الانتفاع بالحائط المشترك، و فض النزاعات التي تقوم بخصوصه.

وتمخضت هذه الأسباب عن رغبتي في معرفة الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع و تقفي كيف حافظت الشريعة على الحقوق في أبسط معانيها، كونها نظام قانوني متكامل.

كما تكمن **أهمية الموضوع** في انتشار صور كثيرة للمرافق المشتركة المتعلقة بالعمران، وتزايد أنواع الارتفاقات حسب متطلبات الحياة الاجتماعية المعاصرة، لاسيما تلك المنصبة على العقارات المتلاصقة، و التي أخذنا بالدراسة منها موضوع الحائط المشترك، الذي يُكال الانتفاع به إلى مكيالين، مكيال المعاملة المالية و مكيال علاقة الجوار، و قد عني كل من الفقه الإسلامي عامة و الفقه المالكي خاصة، و القانون المدني بتنظيم أحكامها، مراعاة للسير الحسن لهذه العلاقة و الحيلولة دون ما قد

ينشأ بخصوصه من نزاعات، بحيث سيتم الوقوف من خلال هذا الموضوع على نسبة هذا التوافق، على مستوى الأحكام و الآثار و المصطلحات.

و من **أهداف البحث** هو معرفة الأحكام الفقهية في الفقه المالكي المتعلقة بموضوع المرافق المشتركة في أحد نماذجها و هو الحائط المشترك، و مقارنتها بما ذهب إليه المشرع الجزائري في القانون المدني، بتحديد أوجه الاتفاق و الاختلاف الموجودة بينها.

ثم الوقوف على درجة التوافق الموجود بين الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري في مسألة أحكام الانتفاع بالحائط المشترك و تأصيليها في كل منهما.

أما فيما يخص **الدّراسات السابقة حول الموضوع** فلا نجدها على وجه التحديد، إلاّ رسالة ماجستير للباحث: فتحي عبد الفتاح أبو بكر، بعنوان أحكام الحائط المشترك في القانون المدني مقارنا بالفقه الإسلامي، بكلية الشريعة جامعة الأزهر، و لم أتمكن من الحصول و الإطلاع عليها، إلاّ من خلال موقع الكشاف الفقهي الذي أفادني بالخطة التي اتبعها الباحث.

بالإضافة إلى بعض الرسائل التي تضمنت في طياتها جزئيات مهمة من الموضوع مثل:

رسالة ماجيستر من إعداد الطالبة خوادجية سمية حنان، من جامعة قسنطينة بعنوان قيود الملكية العقارية الخاصة .

كذلك أطروحة ماجيستر من إعداد الباحث: نهاية عبد الرحمان حسين نعمان، بعنوان " أثر الجوار في تقييد التصرف في الملك في الفقه الإسلامي"، بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس في فلسطين.

بالإضافة إلى مجموعة رسائل أخرى فيما يخص الدّراسات الحديثة، أمّا الدِّراسات الفقهية القديمة فنجد هذه المسألة متناثرة في أبواب عديدة من مؤلفات الفقه المالكي، كالقضاء و الدعاوى و الحسبة، باستثناء كتاب " الإعلان بأحكام البنيان " للفقيه ابن الرامي البناء الذي تناول بدقة أحكامه مبرزا أراء الفقهاء المالكية بشأنها في جميع تفاصيلها.

و فيما يخص أبرز **المصادر المعتمدة في الفقه الإسلامي المالكي**

. المدونة للإمام مالك، كتاب الإعلان بأحكام البنيان لأبي عبد الله مُحَمَّد بن إبراهيم اللخمي المعروف بابن الرامي البناء، بالإضافة إلى بعض شروح مختصر خليل المتمثلة في:

. مواهب الجليل في مختصر الشيخ خليل، للعلامة محنض بن أعبيد الديماني المالكي.

. إقامة الحجة و الدليل شرح على نظم ابن بادي لمختصر خليل، لفضيلة الشيخ مُحَّد باي بلعالم.

. الإكليل في مختصر خليل /العلامة الشيخ مُحَّد الأمير.

إضافة إلى مصادر أخرى مثل التفريع لأبي القاسم بن الجلاب البصري، و كتاب . الكافي في فقه أهل المدينة/المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن مُحَّد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، و بعض كتب النوازل كالإعلام بنوازل الأحكام /لأبي الأصبغ عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدى، المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية و الأندلس و المغرب ، أبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي.

أما فيما يخص **أبرز مؤلفات القـــانون** فكان الاعتماد على القانون المدني الجزائري تعديل 2007 بالدرجة الأولى و أيضا، و كتاب الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور: عبد الرزاق السنهوري، و كذلك كتاب الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ـ للأستاذ علي الخفيف.

و بالنسبة **لمنهج البحث** فقد اقتضت طبيعة الدّراسة أن أمزج بين عدد منها متمثلة في الاستقرائي الوصفي المقارن و ذلك بعرض أقوال الفقهاء المالكية في المسألة و ذكر أدلة كل منهم و المبدأ الذي استند إليه، ثم تنزيل تلك الآراء على ما أخذ به المشرع في القانون المدني اعتمادا على التفسيرات التي أخذ بها القضاء إن وجدت، ثم إبراز الأصل المعتمد في ذلك الذي لم يكن ليخرج عن مبدأي قدسية الحق و حسن الجوار، مع ذكر نقاط الاختلاف إن وجدت، وبالتالي تحديد نسبة التوافق بين هذه الأحكام، وكان الأسلوب في ذلك هو :

ـ بيان المعاني اللغوية و الاصطلاحية للألفاظ المهمة التي ينبني عليها البحث.

ـ ذكر التعاريف المهمة و بيان ما تستغرقه من معاني، و محاولة إيجاد حد جامع لها عند الاقتضاء.

. تسجيل أبرز النتائج المُتوَصل إليها.

الإشكـــال الرئيس:

يشترك كل من الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري بتنظيم أحكام المرافق المشتركة التي يعتبر الحائط المشترك أحد نماذجها، ففيما تتمثل هذه الأحكام و ما الأسس التي بنيت عليها، و ما نطاق التوافق الموجود بينهما ؟

و يتفرع عن هذا التساؤل مجموعة من **الإشكالات الفرعية** مثل:

. ما المقصود بالمرافق المشتركة، و فيما تتمثل في كل من الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري ؟.

. إذا كان الحائط المشترك أحد صورها فبأي اعتبار ؟، و ما هي الأحكام التي نُظم بها في كل من الفقه المالكي و القانون المدني من حين نشأته إلى غاية إزالته ؟.

لقد تمّ دراسة الموضوع في سبيل تحقيق الأهداف المرجوة من البحث، بالإجابة عن الإشكالات المطروحة وفق **الخطة** التي استقر عليه الرأي بتناوله في فصل تمهيدي و فصلين آخرين.

فخُصص **الفصل التمهيدي** للمرافق المشتركة في مبحثين:

المبحث الأول حاولنا الوقوف فيه على ماهية المرافق المشتركة و ذلك تحديدها معناها و في كل من الفقه المالكي و القانون، و تمييزها عن فكرة المرفق العام المرتبطة بالقانون الإداري.

أمّا **المبحث الثاني** فبيّنا فيه أنواع المرافق المشتركة الذي بني على اعتبار شخص المنتفع، فوجدنا أنّ هناك نوعين منها مرافق تشاركية يشترك الناس في تحصيل منافعها، و مرافق استنادية اقتضتها مواقع العقارات.

بينما خصص الفصلين الآخرين لأحد نماذج المرافق المشتركة المتمثل في الحائط المشترك.

فكان **الفصل الأول** يتناول الملكية في الحائط المشترك، الذي تم دراسته في مبحثين:

المبحث الأول عُنوِن بطبيعة ملكية الحائط المشترك، فوقفنا على ماهية الحائط المشترك، وذلك بتعريف و تحدد المعاني التي يشتمل عليها المصطلح، و بيان صور الاشتراك، و أوضاعه المادية، وكيفية ثبوت الاشتراك فيه.

أما **المبحث الثاني** فتناولنا فيه تكييف الاشتراك في الحائط الفاصل، و ذلك ببيان السلطات المخولة عليه، كذلك القيود على السلطات التي يخولها هذا النوع من الاشتراك.

أمّا **الفصل الثاني و الأخير** فتناولنا فيه آثار الاشتراك في الحائط، الذي تم دراسته في مبحثين:

فخُصص **المبحث الأول** للانتفاع بالحائط المشترك، وذلك ببيان ماهية الانتفاع و أوجهه المتاحة على الجدار المشترك، تم تبيين أحكام الانتفاع به.

وفي **المبحث الثاني** أحكام التصرفات الواردة على الحائط المشترك، الذي اقتصرنا فيه على التصرفات المادية المتمثلة في قسمة الجدار المشترك و وبيان معاييرها، أمّا التصرف المادي الأخر فهو خاص بإزالة الجدار المشترك بالهدم و التهدم ي حالتي الاشتراك الحقيقي و الحكمي.

وفي الأخير **خاتمة** حوَت ملخص عام للبحث وبعض الأفاق المقترحة لتنمية مثل هذه المواضيع.

و ينبغي علينا التنويه أنّ موضوع الحائط المشترك من بين المواضيع المهمة التي تعد أحد صور الملكية العقارية الخاصة الموجودة في حالة الشيوع، و العقار هو من بين الثروات الأساسية التي تحظى بمكانة هامة لدى لأفراد.

ثم أضع هذا العمل المتواضع بين أيادي أساتذتي الذين أرجوا منهم حسن التوجيه و تبيِّين أخطائي من أجل تداركها وعدم تكرارها.

الفصل التمهيدي:
المـــرافق المشـــــتركة

المبحث الأول: ماهية المرافق المشتركة.

المطلب الأول: تعريف المرافق المشتركة.

المطلب الثاني: تمييزها عن المرافق العامة.

المبحث الثاني: أنواع المرافق المشتركة باعتبار شخص المنتفع.

المطلب الأول: مرافق تشاركية

المطلب الثاني: مرافق استنادية

الفصل التمهيدي: المرافق المشتركة.

يعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق نطاقا بالنظر إلى السلطات التي يتمتع بها صاحبه، فهو حق جامع، فلا يتقيد إلا إذا تعلقت به حقوق الغير من عامة الناس أو أشخاص على وجه التحديد على سبيل الارتفاق، أو أن يكون العقار في الأصل قد رصد لخدمة الصالح العام، و يسمى المرفق، بحيث يخول لعامة الناس الانتفاع به على الوجه المشروع، فيشتركون في منفعته بشكل مباشر أو غير مباشر، غير أن مصطلح المرافق المشتركة واسع النطاق لا يمكن استغراق جميع تفاصيله، لهذا سنقتصر في دراسته على المعطيات العامة لها في حدود الإشكال: ما المقصود بالمرافق المشتركة و بأي اعتبار توصف بأنها مشتركة ؟.

و سأجيب عن التساؤل الذي يتمحور حوله هذا الفصل في مبحثين، الأول أتناول فيه ماهية المرافق المشتركة و تمييزها عمّا يشابهها.

المبحث الثاني سأبيّن فيه أقسام المرافق المشتركة بالنظر إلى شخص المنتفع.

المبحث الأول: ماهية المرافق المشتركة.

ما انتفع به جمعٌ من الناس على سبيل الأحقية فيه مهما كان مسوغ هذا الحق، فهو مشترك بينهم، و يسمى هذا عند المصنفين باصطلاحات عديدة، كلٌ حسب بيئته و عصره، و الوقوف على ماهية مركَّب المرافق المشتركة يلزم منه تحديد ماهية كل مصطلح من هذا المركب، و هو ما سأتناوله في المطلب الأول، و كثيرا ما ينقدح في الأذهان أن كل مشترَك هو عام النفع، فيتصور أنه المرفق العام و هذا الذي سأبينه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف المرافق المشتركة.

لكي نعَّرف المرافق المشتركة علينا أولا أن نقف على حد كل كلمة من هذا المركب " المرافق المشتركة "، ثم أجمع بينها لإعطاء مدلولها الكامل.

الفرع الأول: تعريف المرافق.

لفظ المرافق في اللغة من رَفَقَ و يقال الرِّفق و الرَّفق، و هو لين الجانب و لطافة الفعل، و المرفق من كل شيء من الارتفاق وهو ما ارتفقت به كاليد[1]، يقصد به الاتكاء و الانتفاع و الاستعانة فيقال :"بِتُّ مرتفقا " أي متكأً على مرفقي[2]، و من الأمر[3] مثل ما جاء في قوله تعالى:" وَيُهَيِّئْ لَكُم مِّنْ أَمْرِكُم مِّرْفَقًا ﴿١٦﴾ " الكهف 16.

أما في اصطلاح الفقهاء فلا أجد تعريفا خاصا بها، و لكن إذا أطلق لفظ المرافق من دون إضافة في كلام العرب فيراد به أحد المعاني التالية:

الأول: ما يرفق الشيء و يختص به من التوابع و كأنه لازم عنه مع كونه مملوكا كأصل ذلك الشيء، مثل مرافق البيت من المطبخ و الكنيف و بئر الماء و البستان الداخل و نحوها وفي المصباح

[1] . المصباح المنير في غريب الشرح الكبير– أحمد بن مُحَّد بن علي الفيومي أبو العباس (ت: 770 هـ)، عدد الأجزاء 02، بدون تحقيق، دون ط المكتبة العلمية، بيروت، ج 01، ص 122.

[2] . المعجم الوسيط ، إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . مُحَّد النجار، عدد الأجزاء 02 ، تحقيق مجمع اللغة العربية ، دار الدعوة، ج 01 ، باب الراء ، ص 362 .

[3] . موقع المكتبة الشاملة المحيط في اللغة، الصاحب بن عباد، كتاب غير مرقم وغير موافق للمطبوع.

المرافق جمع مرفق بكسر الميم وفتح الفاء لا غير كالمطبخ و الكنيف و نحوه على التّشبيه باسم الآلة[1].

الثاني : يقصد بها المواضع أو الأماكن القريبة من الأماكن المعمورة أو التي وقع عليها الإحياء[2]، في الأماكن غير المملوكة، و هذا المصطلح كثيرا ما نصادفه بهذا المعنى في المؤلفات الفقهية خاصة في باب إحياء الموات، و لهذا تعرف الموات على أنها " ما ليست بملك لأحد و لا هي من مرافق البلد، و كانت خارجة عنه سواء قربت منه أو بعدت "[3].

الثالث: يطلق لفظ الأَرفاق و هو مرادف للمرافق، و يقصد المنافع التي يمكن تحصيلها مما ليس بمملوك لفرد على وجه الخصوص، و هي الأشياء الموضوعة في متناول العامة للانتفاع بها بقدر الحاجة، كما جاء في (الأحكام السلطانية):

" و أما الأرفاق فهو أرفاق الناس بمقاعد الأسواق ، و أفنية الشوارع، و حريم الأمصار، و منازل الأسفار، فيقسم إلى ثلاثة أقسام: قسم يختص فيه الارتفاق بالصّحاري و الفلوات، و قسم يختص الارتفاق فيه بأفنية الأملاك، و قسم يختص بالشوارع و الطرق "[4]، و يرد في ذكرها لا على سبيل حدها حدا جامعا مانعا بأنها : " المرافق و الآثار التي لا تستحق بها رقبة و لا عين شيء و إنما تستحق بها منفعة "[5].

انطلاقا من ماهية المرافق في كل من اللغة و الاصطلاح و القدر المشترك بينها يمكن أن نعرفها بهذه المحاولة التي نسأل الله أن نُوفق فيها: " هو ما تتحقق به المنفعة في تحصيل قدر من التيسير في الحياة إذا كان مملوكاً، و تحصيل أصل منفعة في غير المملوك ".

---

[1] . المصباح المنير، ج 01 ، ص 233 .

[2] . التعريفات ، علي بن مُحَمَّد بن علي الجرجاني، ط 01 (1405 هـ)، دار الكتب العلمية بيروت ، باب الألف ، ص 31.

[3] . المغرب في ترتيب المعرب ، أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز ، ط 01 (1979 م)، عدد الأجزاء 02 ، تحقيق مُحَمَّد فاخوري و عبد الحميد مختار ، مكتبة أسامة بن زيد ،حلب ، سوريا، ج 02 ، ص 277 .

[4] . الأحكام السلطانية الإمام أبي الحسن علي بن مُحَمَّد بن حبيب البصري الماوردي (374 . 450 هـ) ، دون ط (1427 هـ . 2006) ، تحقيق أحمد جاد ، دار الحديث القاهرة

[5] . الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي ، عدد الأجزاء 09 ، تحقيق مُحَمَّد سالم عطا، و مُحَمَّد علي معوض ، دون ط، 2000 م ، دار الكتب العلمية بيروت ، ج 07 ، ص 197.

الفرع الثاني: تعريف المشتركة.

المشترك في اللغة من المصدر شركة نقيض المنفرد، و اسم الفاعل شريك و شارك، من الفعل اشتركوا و تشاركوا[1].

أما في الاصطلاح فالمشترك هو الحق المشاع بين متعدد، أو كل حق مشاع بين عدد مشترك، أو ثابت بين شخصين فصاعدا على الشيوع، يقال: هو مشترك، و الحق هنا يشمل عين المال أو منفعة للشريك أو لغيره[2] ، و نلاحظ أن هذا التعريف لم يميز بين الاشتراك في العين و الاشتراك في المنفعة، و صنفهما على أنهما شيء واحد، لأن صاحب المؤَلَف شافعي المذهب يرى بمالية المنفعة و التي هي الغاية من الملك.

سبب الاشتراك إما أن يكون عقد الشركة وهو في الغالب يكون تجاريا هادفا لتحقيق الربح، أو أن يكون نتيجة لوضع مادي يبقيه شائعا بين الملاك كالتركة التي لا يمكن الانتفاع بها بالقسمة العينية.

خلاصة:

بعد بيان مدلول حدي مركب "المرافق المشتركة"، نأتي إلى بيان مدلوله كمركب، غير أننا لا نجد في الفقه الإسلامي تعريف خاص بالمرافق المشتركة و لكنه يكتفي بذكره ضمن ما لم تكن ملكيته لفرد على وجه التحديد، و ما لا يؤذن في تملكه بل يُقر الانتفاع به فقط، كالعقارات المملوكة على سبيل الشيوع، أو المملوكة ملكية خاصة و تعلقت بها حقوق الغير كحقوق الارتفاق، و التي ذكرت في الفقه الإسلامي على أنها في الغالب تنصب على العقارات و موارد المياه، مع بيان الضرر الذي يطالها، و المحظور منه بالقضاء و الالتزام الديني، و غالبا ما تذكر تفاصيله في أبواب عديدة متفرقة بالمؤلفات الفقهية مثل الحسبة و القضاء بالمرفق في المباني.

[1] . أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي ، تحقيق الدكتور: قاسم بن عبد الرزاق الكبيسي ، ط 01 (1406 هـ) ، دار الوفاء جدة ، ص 193.

[2] . أنسى الطالب في شرح روض المطالب ، الشيخ زكريا الأنصاري، عدد الأجزاء 04 ، تحقيق الدكتور: مُحَمَّد مُحَمَّد تامر، ط 01 (1422 هـ. 2000 م)، ج 02 ، ص 252.

أما عن أهم ما تجدر الإشارة إليه، أنّ المرافق المشتركة يقصد بها في غالب الأحيان المنافع المشتركة، دون ضبط على وجه التحديد لمقتضى المنفعة المقصودة من الناحية النظرية، أما في الشق العملي فيقصد بها استعمال الشيء فيما أعد له.

و وصفها بأنها مشتركة فهو باعتبار شخص المنتفع من المرفق، و هو الذي سيأتي تفصيله في المبحث الثاني من هذا الفصل.

كما يجدر بنا التنبيه إلى الاشتراك هنا ليس ناشئاً عن عقد الشركة الذي يهدف دائماً إلى تحقيق الربح أو الفائدة التي يجنيها الشركاء، و هي الدافع وراء إبرام هذا العقد، فهي عمل تجاري، أما الاشتراك في هذه الأشياء فسببه حاجة الناس إلى مثل هذه الأمور التي يقتضيها الطبع الاجتماعي، فلا يعقل وجود مجتمع في غنى عن هذه المرافق، أو أن يتم الاستبداد بها من طرف الأفراد استبدادا مطلقا دون قيد أو شرط.

المطلب الثاني: تمييز المرافق المشتركة عن المرافق العامة.

فكرة المرفق العام أو المرافق العامة حديثة النشأة و مرتبطة بنمط ظهور الدولة الحديثة أساسا التي تكفل للأفراد الكثير من الخدمات، عن طريق مؤسساتها الإدارية، لهذا نجد فكرة المرفق واردة و بكثرة في القانون الإداري بل إنه محورها و حجر الزاوية فيها، و من خلاله تتضح صورة الدولة في تنفيذ مخططاتها التنموية في بقية المجالات الاقتصادية و الاجتماعية ....

و ليس هناك تعريف خاص و محدد للمرفق العام غير أنه يتضمن ثلاثة أمور و هي الأمن و الصحة و السكينة العامة، و يعرفه بعض الفقهاء على أنه: "كل نشاط يباشره شخص عام بقصد إشباع مصلحة عامة"[1].

كما تعد المصلحة العامة المحور الرئيس للمرفق العام، و ذلك بتوفير الخدمات العامة و الحاجيات التي لا يختص الأفراد بتلبيتها[2]، إما لعجزهم عن ذلك نظرا لما تتطلبه من قدرة مالية باهظة لا تتوفر لهم

[1] . نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي و الاشتراكي، الدكتور: محمد فاروق عبد الحميد، دون ط ، دون سنة ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ص 05 .

[2] . القانون الإداري، الدكتور شاب توما منصور، ط1، جامعة بغداد 1980، ص 194.

. المرافق العامة و تطور وظيفة الدولة ، الدكتور حماد محمد شطا، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1984، ص 45.

غالبا، أو لأنها لا تحقق الربح الذي هو الغاية المنشودة للأفراد في غالب النشاطات التي يمارسونها خصوصا إذا انصبت على عقاراتهم.

إذاً فأهم ميزة للمرفق العام أنه من اختصاص الأشخاص العامة، و أن تصب نشاطاتهم لتحقيق المصلحة العامة، و لا يندرج ضمن المرفق العام، النشاطات التي تمارسها الأشخاص العامة و تكون هادفة إلى تحقيق ربح مثل تأجير الأراضي للأفراد[1].

كما سمي بهذه التسمية " المرفق العام "كي يكتسي نوعا من المرونة التي تتماشى مع أنماط الحاجيات المتجددة للأفراد، ولقد سئل الفقيه **ديجي** عن النشاطات التي يمكن وصفها بالمرفق العام، فردَّ قائلا: " أنه لا يمكن إعطاء جواب ثابت، لأن هناك شيء ما يتغير بصورة أساسية كل ما يمكن قوله هو أنه بقدر نمو المدنية يزداد عدد النشاطات القابلة لأن تستخدم كأساس للمرافق وينمو بالتالي عدد المرافق"[2].

كما للمرفق أهمية كبيرة في تحقق مصلحة للجهاز الإداري، فيتولى هذا الأخير تلبيتها عن طريق الأجهزة الحكومية أو أن يعهد بها إلى فرد من الأفراد أو شركة، شريطة أن يكون ذلك تحت إشرافها، مطبقة في ذلك القواعد القانونية الحاكمة المتماشية و نوعية المرفق العام.

كما تصنف المرافق العامة إلى عدة أنواع و باعتبارات عديدة، فيمكن تقسيمها باعتبار نوعية النشاط إلى:

- مرافق إدارية: وهي التي تولتها الدولة منذ القديم مثل مرافق الدفاع و الأمن و القضاء ...، و كثيرا ما نلمس هذه المرافق في الجانب الاقتصادي و الاجتماعي و الثقافي[3].

- مرافق اجتماعية: تتمثل في تلك المرافق التي تهدف إلى تحقيق و توفير الخدمات الجماهيرية.

كما يمكن تصنيف المرافق العامة بالنظر إلى التزام الإدارة بإنشائها إلى نوعين:

[1] . نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي و الاشتراكي، الدكتور: مُحَمَّد فاروق عبد الحميد، ص 06.

[2] . النشاط الإداري، محاضرات للدكتور عمار بوضياف في القانون العام بجامعة المسيلة، منشور على شبكة google، (يوم 25 جوان 2014). ص 10.

[3] . المرجع السابق ، ص 09 .

. مرافق إجبارية: هي المرافق التي تلتزم الدولة أو الأشخاص المعنوية بإنشائها دون أن تخضع نشأتها إلى السلطة التقديرية، زمن أمثلتها في الوقت الراهن مرافق الصحة، شبكات الصرف الصحي، مرفق التخطيط العمراني و التنسيق الحضاري ... ، و يقاس عليها في الفقه الإسلامي مسائل إحياء الموات القريبة من العمران التي تخضع غالبا لإذن الإمام، المساجد بالنظر إلى دورها الهام كمدارس، و دور للقضاء.

. مرافق اختيارية: هي التي يخضع إنشاؤها إلى السلطة التقديرية للإدارة، ولا تأخذ مسؤولية إنشائها[1]، وغالبا ما تكون هذه المرافق خدماتية تختلف باختلاف أنظمة الحكم التي تتبناها الدولة.

خلاصة: يظهر أن فكرة المرافق العامة بالمفهوم القانوني تتسع لتشمل العقارات المعدة للنفع العام و كذا قطاع الخدمات، أكثر اتساعا منها في الفقه الإسلامي الذي يعلقها بالعقارات ذات النفع المشترك، لكن الاتساع في التكييف فقط، غير أن حقيقة المرفق العام في الفقه الإسلامي واردة بكثرة، فنجد أن الدّولة الإسلامية مثلا فيما يخص مرفق الأمن تأخذ على عاتقها حماية مواطنيها المسلمين و غير المسلمين، و لكل منهما أحكامه الخاصة في الاستفادة من حق الحماية، مثل أحكام أهل الذمة، أما بالنسبة لقطاع الخدمات فنلمسه جليا في نفقات بيت مال المسلمين (خزينة الدولة) التي تصرف و بنظام تسيير مالي في غاية الدقة، و خير مثال على ذلك مقولة أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب ﷺ : " لو عثرت بغلة بالعراق لحسبت عمر مسؤولا عنها، لِمَ لَمْ يُسوَّ لها الطريق "[2].

و من أبرز خصائص المرافق العامة في كل من الفقه الإسلامي و القانوني أنها:

. ملك للجميع، مرصودة لخدمة الصالح العام.

. غير قابلة للتصرف فيها من قِبل الأفراد.

. مسؤولية جميع المنتفعين في المحافظة عليها، دون تعدي الحد المسموح به شرعا في الانتفاع.

[1] . نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي و الاشتراكي، الدكتور: مُحَمَّد فاروق عبد الحميد ، ص 13.

[2] . الفساد السياسي، مُحَمَّد الغزالي ، ط 01 ، دون سنة ط ، دار النهضة ، مصر ، ص 48 .

المبحث الثاني: أنواع المرافق المشتركة.

ينبني تمييز أنواع المرافق المشتركة على اعتبار شخص المنتفع بها أو المستفيد من المرفق، ونطاق هذه الاستفادة و سببها، و على هذا الأساس فإننا سنميز بين نوعين من المرافق:

ـ النوع الأول مرافق تشاركية.

ـ النوع الثاني: مرافق إستنادية (متكأ): و يقصد بها حقوق الارتفاق و في هذه الحالة تعلقت حقوق الغير بالملكية الخاصة.

و لكل نوع أحكامه الخاصة في كل من الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، و سنبين أحكام كل صنف في مطلب خاص.

المطلب الأول: المرافق التشاركية.

تنقسم الأشياء باعتبار القابلية للتملك إلى أشياء قابلة للتملك و أشياء غير قابلة للتملك، و عندما ننّزل هذا التقسيم على الحقوق العينية الأصلية فإننا سنميز بين نوعين من الملكية العقارية، ملكية عقارية خاصة يحق للأفراد الاستبداد بأصلها، و ملكية عقارية عامة، تتمثل في المرافق العامة التي تشمل كل العقارات التي لا يمكن للأفراد الاستبداد بأصلها و التصرف فيها، بل يقتصر حق الأفراد على الانتفاع بها فقط، نظرا لطبيعتها حسب نص المادة 02 من قانون 08 ـ 14 المعدل لقانون الأملاك الوطنية :" تشمل الأملاك الوطنية العمومية الأملاك المنصوص عليها في المادة 03 أعلاه و التي لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها "، مثل المساجد، المدارس، الطرقات، و الحدائق العامة و كذلك المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري و الصناعي ... ، و نشأتها تقع في الغالب على عاتق الدولة، وهذا لعدم ربحيتها، و أيضا لما تتطلبه من تكاليف تفوق غالبا القدرة المالية للأفراد لهذا تصنف بالدرجة الأولى في القانون على أنها من المرافق العامة، وفي الفقه الإسلامي تسمى بالمرافق على إطلاقها، و سنعرض أبرزها بالنظر إلى أهميتها مثل الطرقات العامة، الأسواق، المساجد كمؤسسة.

الفرع الأول: الطريق.

الطريق أهم مقتضيات العمران بصفة عامة، فلا وجود لمجتمع على مرِّ التاريخ في غنى عن هذا المرفق، و يخضع تدبير و تسيير أحكامه إلى أنظمة الحكم و طبيعة الحاجيات المتباينة في كل زمان و مكان، و الفقه الإسلامي يحيطها بمجموعة من الضوابط بحسب نوع الطريق و أهميته و موقعه، و جميع أحكامه تتعلق بدفع الضرر جلبا للمصلحة العامة، أو بدفع أكبر المفاسد عندما يتعلق بضيق النفع العام.

بالنسبة للطريق النافذ الذي يتميز بكثرة الحركة به لمرور الأفراد و متاعهم، فلا يجوز لأحد التضييق فيه أو من منفعته، أو إيقاع الضرر بالمنتفعين به، حيث قال ـ صلى الله عليه و سلم ـ : "من اقتطع من طريق المسلمين أو أفنيتهم شبراً من الأرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين"[1].

فنظراً لأهميتها ترتب الجزاء الأخروي الوارد في نص الحديث، و يمنع المقتطع من الطريق قضاءً، كالذي يوسع ملكيته العقارية من دار أو جنة على حساب الطريق ولو طال زمن حيازة المقتطع منها، لأن الطريق ملك لعامة المسلمين فيُقضى بإرجاع ما أُقتطع منها و هدم ما أُحدث فيها من البناء الذي قطع المرور عليها، و هذا بعد ثبوت بيِّنة التعدي على ما هو حق لعامة المسلمين، وحكم ما اغتل من الطريق أنَّه تفرد بمنفعة شيء مملوك للعامة فيلزمه التأديب من القاضي ولا يقضى عليه بإرجاع ما اغتله، و يجري الحكم فيما يستقبل لا فيما مضى[2].

و لو كان الطريق أو الزقاق النافذ ضيقا، و أفضى استعمال الناس لأملاكهم إلى زيادة ضيقه، وهو ممّا يتشاحح الناس فيه فإن حدها سبعة أذرع فعن أبي هريرة قال: " قضى النبي صلى الله عليه و سلم إذا تشاجروا في الطريق الميتاء بسبعة أذرع "[3].

---

[1] . سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى بن أبي بكر البيهقي، عدد الأجزاء ، تحقيق مُحَمَّد عبد القادر عطا ، دون ط (1414 هـ. 1994 م)، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ج 06 ،رقم الحديث : 11312 ، ص 98.

[2] . المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية و الأندلس و المغرب ، أبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي ، (ت 914 هـ)، عدد الأجزاء 13، تخريج مجموعة من الفقهاء تحت إشراف الدكتور مُحَمَّد حجي ، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية للمملكة المغربية (1401 هـ. 1981 م) ، الرباط ، ج 09 ، ص 16 .

[3] . صحيح البخاري، صحيح البخاري ، مُحَمَّد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، عدد الأجزاء: 9 تحقيق مُحَمَّد زهير بن ناصر الناصر ط1 ، 1422هـ ، المكتبة السلفية، القاهرة، ج 02 ،كتاب المظالم ، رقم الحديث 2473 ، ص 200 .

كما أن حد الطريق بهذا العرض ليس خاصا بكل أنواع الانتفاع بها، ومحل النهي هنا التضييق المستدام كالذي يكون بالبناء و غيره ممّا يجعل الضرر الذي يلحق بالمارة مستداما، و لا يتخفف في وقت معين كالليل و النهار، و المصيف و الشتاء، و غيرها من الاعتبارات التي يلحقها نقص الازدحام و ازدياده، و يرى ابن القاسم أن يمنع ما أضر بالمارة و التضييق عليهم، فإذا انتفى الضرر، انتفى المنع[1]، و يستثنى من ذلك العساكر التي تخرج على الحيطان إلى الطريق ولا تضر بهم[2]، كما لو كان لأحد داران متقابلتان فأراد أن يُنْشأ بينهما ساباطا[3]، فله ذلك إذا لم يكن فيه ضرر بالمارة من الظلمة التي تمنع الضوء عن الطرق، و تضطر المارة من الرجال و الركبان تحتها وتضطرهم إلى الانحناء[4].

الفرع الثاني: الأسواق.

السوق هو المكان الذي يجتمع فيه الناس للتجارة، و إما أن تكون بمكان محدد أو على قارعة الطريق، فإن كان لها مكان خاص فيمنع منها ما أضر بالناس كالرائحة الكريهة من الدباغة و الكير و غيرها، حيث مرَّ عمر بن الخطاب ﷺ بكير حداد في السوق فأمر به فهدم، و قال :"يضيقون على الناس السوق"[5].

أما الأسواق التي تكون بقارعة الطريق فيُقّر منها جلوس الباعة لتجارة الخفيفة فقط الذي لا يضيِق على المارة[6].

الفرع الثالث: المساجد.

المسجد هو المكان المخصص للعبادة بصفة عامة و أداء الصلاة بصفة خاصة، و أتينا على ذكره بصفته أحد المرافق العامة بالنظر إلى دوره الهام في بداية نشأة الدولة الإسلامية، فلم

[1] . النوادر و الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات ، لأبي مُحَمَّد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني ، عدد الأجزاء 15، تحقيق الأستاذ مُحَمَّد عبد العزيز الدباغ ، ط 01 ، 1999م ، دار الغرب الإسلامي ، ج 11 ، ص 48 .

[2] . المصدر نفسه، ج 11 ، ص 44.

[3] . الساباط: هو سقيفة بين دارين في طريق نافذ و يسمى الصابة.

[4] . المعيار ،ج 09 ، ص 05 . 06 .

[5] . النوادر و الزيادات ، ج 11 ، ص 47 .

[6] . المصدر السابق، ج 11 ، ص 47 .

يقتصر دوره على أداء الصلاة و تقديم دروس الوعظ و الإرشاد، بل كان مدرسة لطلب العلم و بيت المشورة لتسيير أمور الدّولة، و داراً للقضاء و فض النّزاعات...، و سنأتي على ذكر أهميته كأحد المرافق العامة ليقاس عليه المؤسسات المنبثقة عنه.

ليس لأحد الاستئثار بملك المسجد إنما يخول لهم الانتفاع به فقط[1]، و لا يجوز لأحد مزاحمة السابقين له في موضع منه[2]، و لو بناه أحد في أرضه فليس له أن يزيد فيه من الطريق، و ليس له أن يجعله في موضع يضر به جيرانه[3].

المطلب الثاني: مرافق ناشئة عن الاستناد (اتكائية تعلقت بالملكية الخاصة).

كثيرا ما تتقرر على الملكية الخاصة التي لم تعد في الأصل للمنفعة العامة حقوق للغير (أصحاب الملكية المجاورة)، اقتضتها مواقع العقارات[4] التي لا يمكن التوصل إلى منفعتها إلاّ على حساب العقارات المجاورة لها، دون اعتبار الأشخاص، وهي المسماة بحقوق الارتفاق في كل من الفقه الإسلامي الذي أتى على ذكرها في أبواب متفرقة من كتب الفقه، و القانون المدني الجزائري الذي تناولها في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الأصلية، و سنبين ماهيته في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فسنبين ما يتعلق به حق الارتفاق فهو إما أن يختص بالمياه و يتفرع عنها ثلاثة حقوق هي حق الشرب أو السقي، حق المجرى ، و حق الصرف و المسيل، أو أن تختص بالعقار المحصور الذي ينشأ عنه حق المرور .

[1] . الذخيرة ، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، عدد الأجزاء 14 ، تحقيق الدكتور: مُحَمَّد حجي، ط 01 (1994 م) ، دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان ، ج 06 ، ص 218.

[2] . لمحات في أحكام الشريعة الإسلامية على ضوء مدرسة أهل البيت ، السيد فاضل الموسوي الجابري، مركز الرسالة، سلسلة المعارف العدد 48 ، ص 121.

[3] . النوادر و الزيادات، ج 11 ، ص 43 .

[4] . المادة 868 من القانون المدني " ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي كالميراث ، إلا أنه لا يكتسب يكتسب بالتقادم إلاّ الارتفاقات الظاهرة بما فيه حق المرور ".

الفرع الأول: ماهية الارتفاق.

الارتفاق في اللغة من رفق ومنه مرفق اليد بمعنى الاتكاء، و يعرفه فقهاء الشريعة بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر، و هو حق مقرر ببقاء العقاران المتلاصقان، بغض النظر عن شخص المالك و شخص المنتفع.

يلزم أن يتقرر حق الارتفاق على عقار بطبيعته، و من خصائص حق الارتفاق أنه حق تابع للعقار لا ينفصل عنه، فيجري عليه ما يجري على العقار من تصرفات قانونية، و بهذا يوصف بأنه حق تقتضيه ضرورة الانتفاع بالعقار ، كونه تابعا، لكن يمكن أن تحدد مدته بتوقيت معين، و بالتالي فحق الارتفاق يعتبر حجة على الكافة ، ولا يقبل التجزئة [1].

و يعرفه المشرع الجزائري في المادة 867 من القانون المدني : " الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر و يجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال ".

بهذا فالارتفاق يشتمل على العقار المرتفق، و العقار المرتفق به، ومنفعته تعود على هذا الأخير، غير أنه ترد على هذا النص مجموعة من الملاحظات والتي سننوه إليها و هي عبارة عن أخطاء نتيجة ترجمة النص من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية.

01 . يشترط في العقار المستفيد من حق الارتفاق أن يكون مملوكا لشخص آخر ، و هذا ما أهمله المشرع الجزائري في المادة 867 القانون المدني. و تتضمن خصائص حق الارتفاق [2]، بينما كانت الصياغة في النص باللغة الفرنسية بشكل صحيح .

02 . لم يرد في النص باللغة العربية عبارة (عام أو للدولة) أمام كلمة (مال) ، بينما وردت هذه العبارة في النص باللغة الفرنسية (un domaine de l'état) [3]، و التي مفادها أن

[1] . الحقوق العينية، أ :مُحَّد طه بشير وَ د: غني سحنون طه، عدد الأجزاء 2، بدون ط، بدون سنة ط، الجمهورية العراقية ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ج 01 ، ص 320.(بالتصرف) .

[2] . ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، د: علي علي سليمان ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر . 1990 م . ص 180 .

[3]. المرجع نفسه ، ص 180 .

حق الارتفاق يتقرر على العقارات العامة المملوكة للدولة، كما يتقرر على العقارات المملوكة للخواص ، و هذا مغزى كونه حجة في مواجهة الكافة.

ولكي يكون هناك تطابق في النص باللغتين العربية و الفرنسية، ينبغي أن تكون الصياغة العربية بهذا الاقتراح الطالب زيدان مُحَمَّد شنيتي حميد:

" الارتفاق حق عيني من شأنه الحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر ، و يجوز ترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا الهدف "[1].

أهم ما يجدر بنا الإشارة إليه، أن لب الغاية من تقرير حق الارتفاق هو تمكين أصحاب الأملاك من الانتفاع بممتلكاتهم على أحسن وجه ممكن .

و أيضا أن غاية حق الارتفاق، هو تحقيق منفعة أو فائدة للعقار المرتفق، وبالمقابل هو عبء على العقار المرتفق به، ولهذا حق يشمل المنفعة في كل صور الاستعمال الممكنة.

وهناك من يخص المنفعة باستعمال و استغلال العقار المخدوم و تقررت لفائدته، و هي تتنقل لفائدة كل مالك للعقار[2].

الفرع الثاني: ما يتعلق به حق الارتفاق.

يعد حق الارتفاق حقاً مقررا للجار في استعمال ملكية جاره العقارية الخاصة فيما لا غنى له عنه، و في طليعة هذه الحاجيات الرّئيسة المياه عموما إما للسقي أو للشرب، و كذلك حاجة النّاس إلى الانتفاع بعقاراتهم المحصورة التي يتعذر عليهم تحصيلها إلا على حساب العقارات المجاورة.

الفقرة الأولى: حقوق الارتفاق المتعلقة بالمياه.

[1] . حق الارتفاق في القانون المدني الجزائري، الطالب : زيدان مُحَمَّد شنيتي حميد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر كلية الحقوق ، سنة 2003 . 2004 م ، ص 20 .

[2] . الرسالة السابقة، ص 24 ، نقلا عن الدكتور إبراهيم سعد في مؤلفه الحقوق العينية الأصلية، في الصفحة 302 .

قال النبي صلى الله عليه و سلم :" لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلأ "[1]، من خلال الحديث يتضح أنه ليس لأحد الاستئثار بمنفعة الماء و حبسها لنفسه، و بمثل هذا جاءت المادة 08 من قانون 83 ـ 17 التي توضح تساوي الناس في هذه الثروة، و بمقتضاها جاءت حقوق الارتفاق المتعلقة بها للمصلحة الخاصة.

أولا: حق الشرب أو السقي: هو حق الشخص في أن يروي أرضه من مِسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر[2] ، وهذا الحق ينطوي على نوعين من المياه إحداها معدة للاستهلاك اليومي و الثاني تلك المعدة لسقي المزروعات و البساتين، و تفاصيل الأمر ترجع إلى تغليب مصلحة راجحة على مصلحة مرجوحة، بحيث لا يمنع فضل الماء عن المحتاج إليه من المقيمين و عابري السبيل[3]، وليس لأهله بيعه في حضر أو في فلات، غير أن لأهله أولوية عليه[4]، و بهذا صدر قرار المحكمة العليا تحت رقم 53572 في 11/ 05 / 1988 م بمبدأ: " من المقرر قانونا أن موارد المياه تعتبر ملكا للجماعة الوطنية، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه غير وجيه.

لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما حكموا على الطاعن بالسماح للمطعون ضده بسقي أرضه و بستانه من مجرى المياه المتنازع فيه، يكونون قد طبقوا القانون التطبيق الصحيح، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[5].

ثانيا: حق المجرى.

---

[1] . صحيح البخاري، ج 02 ،كتاب الشرب والمساقاة، رقم الحديث: 2354، ص 163.

ـ موطأ الإمام مالك، عدد الأجزاء 02، ط 03 (1418 هـ ـ 1998 م)، رواية أبو مصعب الزهري المدني، تحقيق : الدكتور بشار عواد معروف و محمود مُحَمَّد خليل ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان. ج 02، باب القضاء في المياه ، رقم الحديث 29، ص 744.

[2] . الحقوق العينة الأصلية دراسة في القانون المدني اللبناني و القانون المدني المصري، الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، دار النهضة العربية بيروت، لبنان ، بدون ط ، بدون سنة نشر، ص 72 .

[3] . المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية و الأندلس و المغرب ، أبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي، ج 08 ، ص 35.

[4] . النوادر و الزيادات ، ج 11 ، ص 06 . 07 . 08.

[5] . عدم التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجيستر من إعداد الطالبة زرارة عواطف، جامعة الحاج لخضر باتنة ، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2007 . 2008 م، ص 80.

يعتبر حق المجرى كأحد الحقوق المقررة على الملكية الخاصة، و هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر بأرض غيره المياه الكافية لري أرضه المنفصلة عن هذا المورد[1]، وهذا الحق مقرر في الفقه الإسلامي على الأودية و الأنهار التي يتشاحَّ أهلها فيها، و حكمها أن يمسك الأعلى أو الأقرب إليها حاجته منها ثم يرسل إلى الأسفل منه أو الذي يليه[2]، كما أقر المشرع أيضا هذا الحق في المادة 42 من قانون المياه التي تنص :" يجوز لكل مالك أو مستعمل يريد أن يستهلك المياه السطحية التي يحق له التصرف فيها، أن يقيم المنشآت اللازمة لأخذ المياه، على ملكية المحاذي له المقابل، شريطة دفع تعويض مناسب و مسبق.

و يستثنى من هذا الارتفاق البنايات و الفناء و الأحواش التابعة للمساكن ".

و يبدو أن المشرع جعل هذا النوع من الارتفاق حالة جوازية للأفراد عموما شريطة أن يقع على العقارات الأكثر خصوصية كالمساكن و توابعها.

ثالثا: حق المسيل.

حق مرور المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة من ملك الغير سواء أكان ذلك الماء مسيلا من البيوت، أم ماء الأمطار، أم ماء غير صالح لري الأراضي الزراعية ، ومن المصلحة تسييله [3] إلى المصرف العام القريب و ذلك باستعمال المصرف الخاص المملوك لجاره، أو من خلال أرضه، و ذلك بعد استفاء جاره لحاجته منه[4]، كما يرد الإقرار بهذا الحق في الفقه الإسلامي بالموازاة مع حق المجرى، و نلمسه جليا في أبواب المرافق المتعلقة بالمياه و يشترط في هذا الارتفاق أن لا يكون مصب المياه المصروفة جاريا بالأوساخ من ماء المطر و غيره من مهارق السقوف[5]، كما أقر المشرع بالنسبة للعقارات المحصورة في المادة 41 من قانون المياه: " يجوز لمالكي أو

[1] . الحقوق العينية الأصلية، للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، ص 75 .

[2] . النوادر و الزيادات ، ج 11 ، ص 25 ـ 28 ـ 74 .

[3] . الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الإمام مُحَّد أبو زهرة ، دون ط ، 1988 م ، دار الفكر العربي ، ص 100.

[4] . الحقوق العينية الأصلية (الملكية و الحقوق المتفرعة عنها)، أحمد شوقي عبد الرحمان، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطية، مصر، 2007 م ، ص 44 .

[5] . المعيار المعرب، ج 08 ، باب مسائل المياه و المرافق، ص 405.

مستعملي العقارات الوسيطة الخاضعة لحق الارتفاق المبين في المادة 40 أعلاه، أن يستفيدوا من الأشغال المنجزة برسم الارتفاق المذكور قصد تصريف المياه الداخلية في عقاراتهم أو الخارجة منها، و في هذه الحالة يتحملون ما يلي:

. دفع نسبة قيمة الأشغال التي يستفيدون منها.

. دفع النفقات المترتبة عن التغييرات التي قد تجعلها ممارسة الحق ضرورية.

. دفع نصيب للمساهمة في صيانة المنشآت التي أصبحت مشتركة ".

الفقرة الثانية: ارتفاق يقتضيه تحصيل منفعة العقار.

كثيرا ما لا يتوصل الناس إلى الانتفاع بعقاراتهم إلاّ عن طريق حق الارتفاق، لكن بعض حقوق الارتفاق تتكرر بشكل مستمر بحيث قد تشكل حكراً على صاحب العقار المرتفق به، وتنشأ عن انحصار العقار أو تلاصق العقارات، لكن إقرارها نابع من الموازنة بين المصالح و المفاسد، فتقدم المصلحة الراجحة على المرجوحة، و يُتحمل الضرر الأخف دفعا للأكبر، و يتمثل هذا الارتفاق في حق المرور، ويقصد به أن يكون للشخص الحق في الوصول إلى عقاره وحده أو بمتاعه، و يتقرر له حق المرور فيه[1]، إما بعوض كأن يصالح صاحب الأرض التي تقرر عليها الطريق ويقر الفقه المالكي بهذا الحق عند الضرورة و بأيسر ضرر، كما لو كان لأحد نخلة في أرض رجل، فليس لصاحب الأرض منع صاحب النخلة من المرور إليها ليقضي منها منفعته في جذاذها، و تأبيرها، و جني غلتها...، وليس لصاحب النخلة أن يجيء بنفر من الناس يروحون و يجيؤون ويؤدي ذلك إلى الإضرار بصاحب الأرض وهو قول ابن القاسم المالكي[2].

[1] . الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الإمام مُحَّد أبو زهرة، ص 101 .

[2] . الإعلان بأحكام البنيان ، أبي عبد الله مُحَّد بن إبراهيم اللخمي المعروف بإبن الرامي البناء، تحقيق فريد بن سليمان، مركز النشر الجامعي، المطبعة الرسمية التونسية، 1999، ص 198.

وسئل الإمام مالك رحمه الله عن رجل له أرض و يحوطها أرض للناس بها زرع، فأراد صاحب تلك الأرض أن يمر بماشيته إلى أرضه في زرع القوم، فقال : " إن كان ذلك يفسد زرعهم فلهم أن يمنعوه"[1]، ويرى ابن القاسم أن يدخل أرضه ليحش خصب أرضه و لا يمنع من ذلك[2].

و يقر القانون المدني بهذا الحق و يجعله رخصة لصاحب الأرض المحصورة عن الطريق العام مع تعويض لصاحب العقار المجاور في نص المادة 693 من القانون المدني: " يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر و لكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك "، و مسألة انحصار العقار عن الطريق العام مسألة موضوعية خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي ليفصل فيها حسب ظروف الحال[3].

كما يتقرر حق المرور أيضا إذا كان الممر غير الكاف أو غير الممكن، إذا كان يكلف مشاق كبيرة و نفقات باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار[4]، كما يجب أن لا يكون الانحصار ناتجا عن إرادة مالك العقار المحصور كما تقرره المادة 695 فقرة 01 من القانون المدني، فإذا توفرت شروط تقرر هذا الحق على عقار الجار فلا بد أن يكون ذلك بأخف الأضرار الممكنة، بحيث يؤخذ على الجهة الأقرب إلى الطريق العام ولا تكلف أصحاب العقارات المجاورة أضرار جسيمة[5].

[1] . المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس، رواية عن سحنون بن سعيد التنوخي و الإمام عبد الرحمان بن القاسم، دون تحقيق ، عدد الأجزاء 04 ، ط 01 ، (1415 هـ . 1994 م)، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ج 04 ، ص 471.

[2] . الإعلان بأحكام البنيان ، ص 199 .

[3] . الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، د: رمضان أبو السعود، دون ط 2002 م، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 381.

[4] . المادة 694 الفقرة 01 من القانون المدني.

[5] . الماد 696 القانون المدني.

خلاصة الفصل التمهيدي:

رغم التباين في الاصطلاحات بين الفقه و القانون لماهية المرافق المشتركة إلاّ أن التكييف لها يبقى ذا أصل واحد، و ما التغييرات في الأحكام إلاّ نتيجة لمتطلبات كل عصر، و التي تهدف في جملتها إلى حسن تسيير مرفق قائم أو كيفية إنشاء لمرفق يمكن قيامه، و الغاية منه هو إشباع رغبة جماعية و أداء خدمة عامة بحيث تكون الخدمة عادة على قدر كبير من الأهمية، و يخضع استعماله للأحكام التي تحكم سير المرفق الذي اعد له، و وصفه بأنه مشترك أو عام ما هو إلاّ باعتبار شخص المنتفع فقد يكون لعامة الناس، أو معداً لخدمة فئة محددة بناءً على مبدأ جعله مشتركا بينهم في منفعته.

و أبرز المرافق العامة أو المشتركة تلك التي تنصب على العلاقات الجوارية التي تعتبر كقيود على الملكية العقارية الخاصة، و فيها تتبلور فكرة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية[1]، و تتضح هذه الفكرة خصوصا في الجوار اللصيق، الذي ينطوي على الكثير من التنظيمات ذات الأبعاد و الأصول المشتركة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، في مجال المعاملات المالية، و من بينها أحكام الجدار الفاصل بين عقارين الذي سيكون موضوع الدراسة في الفصلين الآتيين.

[1]-voir: Leçons de droit civil , PR , HENRI ET LEON MAZEAUD, JEAN MAZEAUD, T2,P1062,1063,1064, EDITIONS MONTCHESTIEN.1965 PARIS

ـ الوسيط في القانون المدني، د: عبد الرزاق السنهوري، عدد الأجزاء 12، دون تحقيق، دون ط، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر ج 08، ص 498.

الفصل الأول: الملكية في الحائط المشترك

المبحث الأول: طبيعة ملكية الحائط المشترك.

المطلب الأول: ماهية الحائط المشترك

المطلب الثاني: ثبوت الاشتراك

المبحث الثاني: تكييف الاشتراك في الجدار

المطلب الأول: السلطات المخولة على الجدار الفاصل.

المطلب الثاني: القيود المقررة على الجدار المشترك

الفصل الأول: الملكية في الحائط المشترك.

تحظى بعض أنواع الملكية بنوع من الخصوصية كونها أحد المرافق التي يتعدد أشخاص المنتفعين بها، دفعت بفقهاء الشريعة الإسلامية، وبعدهم فقهاء القانون إلى إفرادها بأحكام تتماشى و طبيعتها من حيث السلطات المنصبة عليها، على أنها نوع خاص من أنواع الشيوع الجبري في العقار نظرا للوضع المادي الموجودة عليه، و طبيعة علاقات أصحاب الحق في هذا النوع من الملكية، و يجلي هذا النوع الجدار المشترك الذي سأعرض الاشتراك فيه بالمبحث الأول، ثم تكييف الاشتراك فيه بالمبحث الثاني.

المبحث الأول: طبيعة ملكية الحائط المشترك.

الحائط المشترك كأحد الصور الخاصة للملكية العقارية، وقبل الخوض في تفاصيل الأحكام المتعلقة به، يجدر بنا أن نقف على دقائق الاشتراك الذي يوصف به، و ذلك من خلال التعرف أولا إلى ماهية الحائط المشترك و صوره في المطلب الأول، ثم بعض المسائل المتعلقة التي تثار بشأنه من ادعاء الملكية فيه، و محل إرادة الجيران في إنشاء جدار مشترك في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ماهية الحائط المشترك

لمعرفة المقصود بالحائط المشترك ينبغي أن نقف على تعريفه من خلال أوجه استعمال المصطلحات التي يتركب منها، ثم صور الاشتراك و ذلك استناداً وضعه المادي كونه جزء يتفرع عن حق الملكية.

الفرع الأول: تعريف الحائط المشترك.

تعريف الحائط المشترك منوط بتعريف المصطلحات التي يتركب منها و مدلول استعمالها عند التخاطب.

الفقرة الأولى: تعريف الحائط

سنتطرق لهذا المصطلح في كل من اللغة و الاصطلاح من أجل الوقوف على حقيقة المعاني التي يمكن أن يحتملها عند الاستعمال في عرف التخاطب لا سيما عند فقهاء الإسلام.

أولا ـ لغة: تتفق جل معاجم اللغة العربية على أن معنى الحائط في الأصل ما أحاط بالشيء، و ستره من عري، فمادة "(ح و ط):الحائط و أصله ما أحاط بالشيء[1]، أو البستان من النخل إذا كان عليه جدار"[2]."الحائط من الإحاطة بمعنى الحفظ والصيانة، والحائط كل ما

[1] ـ المغرب في ترتيب المعرب ، أبو الفتح برهان الدين المطروي (ت:610) بدون ط، دار الكتاب العربي ،عدد الأجزاء1 ، ص134.

[2] . تاج العروس من جواهر القاموس، مُحَمَّد بن مُحَمَّد أبو الفيض الملقب بمرتضي الزبيدي (ت:1205ه)، الأجزاء 40، دار الهداية، بدون ط ، بدون سنة ط، عدد ج19 ، ص221.

ستر من عري، و حوط كرمه أي بنى حوله حائطا ،و أيضا قولهم : أحوط حول الأمر أي أدور، وأحطت به علما أي علمته كاملا "[1].

و منه قول :" أرأيت إذا أخذت الحائط مساقاة ".

ثانيا ـ اصطلاحا: كثيرا ما نجد مصطلح الحائط في مؤلفات الفقه الإسلامي يستعمل بمعنيين، موسع و ضيق.

المعنى الأول: الحائط بالمعنى الموسع

إن استعمال لفظ الحائط بمعناه الواسع عند الفقهاء لا يختلف عن معناه اللغوي[2]، أي بمعنى الإحاطة بالشيء و ستره، و غالبا ما يستعمل مصطلح الحائط في كلام العرب بمعناه الواسع للدلالة على البستان، بحيث تعدُّ " كل أَرض يحوطها حَائِط وفيهَا نخيل مُتَفَرِّقَة وأشجار، يُمكن الزِّرَاعَة فِي وسطها "[3].

كما ورد في حديث سيد الأنام ـ ﷺ ـ لفظ الحائط بهذا المعنى في مواضع عديدة نذكر منها:

عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: " نهى رسول الله ـ ﷺ– عن المزابنة أن يبيع ثمر حائطه إن كان نخلا بتمر كيلا، وإن كان كرما أن يبيعه بزبيب كيلا وإن كان زرعا أن يبيعه بكيل طعام نهى عن ذلك كله "[4].

و أيضا حديث سمرة بن جندب –رضي الله عنه–قال: قال رسول الله –ﷺ– : " من أحاط حائطا على أرض فهي له "[1] .

ــ تهذيب اللغة ، مُحَمَّد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفى: 370هـ)، عدد الأجزاء: 8. تحقيق مُحَمَّد عوض مرعب، ط 1 ، 2001م ، دار إحياء التراث العربي – بيروت ، ج 5 , ص 119.

[1] . المحكم المحيط الأعظم ، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي ت:458هـ – عدد الأجزاء 11–تحقيق عبد الحميد هنداوي ، ط 1 :2000– دار الكتب العلمية لبنان– ج2 – ص232.

[2] . المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن مُحَمَّد بن علي الفيومي، ج1 ، ص 156.

[3]. الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: 1094هـ) ، المحقق: عدنان درويش، مُحَمَّد المصري ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ج 1 ، ص 270 .

[4] . صحيح البخاري ، مُحَمَّد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، عدد الأجزاء: 9، ج 3، كتاب البيوع ، رقم الحديث: 2205 ، ص 78.

كما أن مصطلح الحائط بمعنى الحوط أو الإحاطة نجد له مسميات أخرى يراعى في إطلاقها المادة المستخدمة في التحويط و الشيء المحوط:

ـ فإذا كان البستان محوطاً بجدار مبني سمي حديقة [2].

ـ و إذا أحيط البستان بالأشواك ليمنع من الدخول إليه،أي بغير جدار مبني سمي وشيعاً [3].

ـ أما إذا حوّط البستان أو الحظيرة، بخشب أو قصب سمي حظاراً [4].

و استعمال الفقه الإسلامي لمصطلح الحائط في معناه الموسع، يجد أن ذلك راجع إلى عرف العرب في تحويط بساتينهم، إذن فأصل التسمية انطلاقا من حائط بالبستان و الذي لا سقف له و الغرض من وجوده هو تحويط المكان و ليس البناء، و يؤيد هذا مسمى الوَشِيعُ الذي يجعل من الشوك.

كما تجدر الإشارة أنه غالبا ما يذكر فهذا المصطلح مقترنا بالنخيل أو التمر،فيقال : (الحائط من النخيل) أو (تمر الحائط)، فهل يقتصر مصطلح الحائط عليه دون سواه من الأشجار، أم يتعداه إلى غيره؟.

ويبدوا أن اقتران مصطلح الحائط غالبا بلفظي التمر أو النخل، الظاهر أنه أطلق باعتبار أن غالب ما يزرع في البلاد العربية قديما النخيل،كما ترد بذات المعنى ألفاظ البستان، الحدائق، الرياض...، حيث يراعى في إطلاقها النبات المحاط[5].

---

[1]. إرواء الغليل الألباني، عدد الأجزاء 09، ط 02 ، المكتب الإسلامي ، بيروت ،لبنان ، ج 06 ، ص 61 ، حديث صحيح مرفوع ، رواه الإمام أحمد في مسنده ، من حديث سمرة بن جندب الفزاري ، رقم 19620.

[2]. فقه اللغة و سر العربية ، عبد الملك بن مُحَمَّد بن إسماعيل أبو منصور الثعالبي (المتوفى: 429هـ)، تحقيق : عبد الرزاق المهدي ، الطبعة الأولى 1422هـ - 2002م ، إحياء التراث العربي ، ج 1 ، باب في الكليات، ص 25.

ـ الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، ج 1 فصل الحاء ص 360.

ـ مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله مُحَمَّد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ)، الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م ، تحقيق : يوسف الشيخ مُحَمَّد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا ، ج 1 باب (ح د ق) ص 68.

[3]. المحكم المحيط الأعظم ، أبو الحسن علي بن اسماعيل بن سيده المرسي، ج 2 ، ص 290.

[4]. تهذيب اللغة ، ج 4 ، باب الحاء و الطاء ، ص262 .

[5]. جاء في كتاب المخصص ، لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي ، ج3، ص218.

(... و الجماعة من النخل الصريمة ، و القطعة من النخل أنشد ، و يقال الحائط من النخل .

المعنى الثاني: الحائط بالمعنى الضيق.

غالبا ما نصادف أن مصطلح الحائط يستعمل بمعنى آخر و هو الجدار لأنه يحيط و يحفظ ما بداخله [1]، و هنا يضيق مسمى الحائط، أما لو بحثنا عن مسمى الجدار لا نجد إلا مصطلح الحائط، ففي مادة " (ج د ر): الجدار الحائط و الجمع جدر"[2].

الجدار:الحائِط وَالْجمع جُدُر و جُدُرات، هو الحائط المبني أي باستعمال مواد البناء كالطوب و البغلي[3]، وَهُوَ مِمَّا استُعلي فِيهِ بِنَاء، وَقد جَدَرته أجدُره جَدْراً بمعنى بنَيْته [4].

ومنه قوله تعالى: "فَٱنطَلَقَا حَتَّىٰٓ إِذَآ أَتَيَآ أَهۡلَ قَرۡيَةٍ ٱسۡتَطۡعَمَآ أَهۡلَهَا فَأَبَوۡاْ أَن يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارٗا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُۥۖ قَالَ لَوۡ شِئۡتَ لَتَّخَذۡتَ عَلَيۡهِ أَجۡرٗا ٧٧ " .الكهف 77 .

فلفظ " ينقض" هنا بمعنى " يتهدم "، و لا يتهدم إلا إذا كان ببناءٍ، و منه قول " الصدع في الحائط " و لا يصدق إلا على الجدار.

كما للحائط بالمعنى الضيق (الجدار) اصطلاحات أخرى يراعى في إطلاقها عظم الجدار وحجمه و هي:

السور: حائط المدينة[5].

ــ قال أبو علي قال خالد : الجنة جماعة النخل و الجمع جنان و إنما ذلك لالتفافها كما تقدم .

و قال في التذكرة :تكون جنة في كلام العرب إلا و فيها أعناب، فإذا كانت أشجارا لا نخل فيها ولا أعناب فهي الحدائق و سائر النبات الرياض.)

[1] ـ دستور العلماء (جامع العلوم في اصطلاحات الفنون)–القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد الأنكري، (ت 12هـ), عدد الأجزاء 4 ، عرب عباراته الفارسية: حسن هاني الفحص، دار الكتب العلمية ، لبنان ،ط1، 2000م ، ج 1، ص 38.

"الإحاطة: من الحوط و هو الحفظ و الصيانة و منه الحائط للجدار لحفظه و صيانته عن دخول الغير "

[2] . المصباح المنير في غريب الشرح الكبير– أحمد بن مُحَمَّد بن علي الفيومي أبو العباس، ج 1 ، ص93.

. مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله مُحَمَّد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ، ج 1 ، ص54.

[3] . خليط من التراب و التبن و الماء يستعمل في تماسك حجارة البناء، و بهذا المعنى أورده ابن الرامي البناء ، و يطلق في وقتنا الراهن على خليط من الرمل و الإسمنت و الرمل و الماء.

[4]. المخصص ، ج 1 ، ص 506.

[5] . المحكم والمحيط الأعظم ، ج 8 ، ص 607 .

الفصيل: حائط قصير دون سور المدينة و الحصن [1].

العَرْص: "بالفتح حائطٌ يُجْعَلُ بين حائطَي البيت الشتويّ لا يبلغ به أقصاه، ثم يسقف، ليكون البيت أدفأ، أو: هو حائطٌ يُجْعَل بين حائطي البيْتِ ليَبْلُغُ به أَقْصاه "[2].

خـلاصة: بعد بحث مسمى الحائط في كل من اللغة و الفقه الإسلامي رأينا أنه يحمل تقريبا نفس الدلالة، هذا لأن المعنى الاصطلاحي هو لغوي مع وجود قرينة، وجدنا أنه يستعمل تارة بمعنى البستان وأخرى بمعنى الجدار، ولا تفاوت بين المعنيين في الاستعمال عند الفقهاء.

فلفظ الحائط أعم من الجدار، و الجدار كالحائط لكن الحائط يقال اعتبارا بالإحاطة بالمكان، و الجدار اعتبارا بالنتؤ و الارتفاع[3]، و سمي الحائط بستانا لأنه حائط لا سقف له [4].

كما يعضد هذا الاتجاه التعريف الوارد في درر الحكام في شرح مجلة الأحكام المادة 1047:"...و الحائط بمعنى الجدار، و الحائط من الإحاطة ، و الجدار بمعنى الارتفاع و استعمال الحائط بمعنى الطبلة و الجيت التي لا تعد من الحيطان هو اصطلاح"[5].

الملاحظ أن مصطلح الحائط حقيقة في الجدار مجاز في البستان، و التعريف الوارد في تاج العروس السالف ذكره، يدل على ذلك بقوله: «الحائط: البستان من النخل إذا كان عليه جدار»، فمسمى "الحائط " لفظ مشترك يحتمل المعنيين، و يفهم دلالته من سياق الكلام.

أما في موضوع بحثنا و الذي يتناول الحائط المشترك، فإننا سوف نصادف المصطلحين، الأول مستغرق للثاني و سأراعي في دلالة كل مصطلح معيارا مميزا بينهما في موضوع الدراسة:

ـــ معجم ديوان الأدب ، أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم بن الحسين الفارابي، (المتوفى: 350هـ) ، عدد الأجزاء: 4 ، تحقيق: دكتور أحمد مختار عمر، طبعة: مؤسسة دار الشعب للصحافة والطباعة والنشر، القاهرة ، 1424 هـ - 2003 م ، ج 3 ، ص 315.

[1]. تهذيب اللغة ، أبواب الصاد و اللام ، ج 12 ، ص 135.

[2]. معجم ديوان الأدب، أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم بن الحسين الفارابي، ج 1، ص 113.

[3]. التوقيف على مهمات التعريف، عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن زين العابدين الحدادي (ت 1031)، بدون تحقيق ، ط 1: 1990 م ، عالم الكتب ،القاهره، ج1 ، ص122.

[4]. التوقيف على مهمات التعريف ، ج 1 ، ص 134.

[5]. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تأليف علي حيدر، الأجزاء 4، دار عالم الكتب للنشر و التوزيع، السعودية ، ط خاصة، 1423 هـ. 2003 م، عدد، ج 3 ، ص 09.

لفظ الحائط: سأخص هذا المصطلح بما يفصل بين عقارين مبنيين أو غير مبنيين، و لأن وظيفته الأساسية هي الفصل بين عقارين، فليس شرطا أن يكون مبنيا أي جدارا، فقد يكون كذلك أو ما يقوم مقامه من سياج مثلا.

لفظ الجدار: سأستعمل مصطلح الجدار للدلالة فقط على الحائط المبني كما في تعريفه اللغوي و الدال على النتؤ و الارتفاع.

ولقد تبنى المشرع الجزائري مصطلح الحائط في المواد:704. 709 من القانون المدني، للدلالة على الجدار، وحبذا لو استعمل هذا الأخير.

الفقرة الثانية: تعريف المشترك

المشترك من المشاركة و الاشتراك أو المصدر شركة، أي " من الفعل شركه في الأمر يشركه مشاركة و منه الأمر المشترك، و المشترك الذي يستوي فيه المتقاسمون "[1].

"و كل شيء كان فيه القوم سواء فهو مشترك "[2]، أي أن المشترك هو ما لم تتبين و تفرز فيه حصص المتشاركين، و الاشتراك ما بني على المساهمة.

خلاصة الفرع: تعريف الحائط المشترك

لا يوجد في الفقه الإسلامي من عرف الحائط المشترك، غير أنّه يعرض صوراً له و الحالات التي يوجد عليها الاشتراك في الجدار، و معظمهم فقهاء القانون ساروا على هذا النحو الذي أخذ به الفقه المالكي في مفهوم الجدار المشترك، و الدكتور السنهوري من الذين ذكروه ضمن قيود الملكية العقارية، و أنواع الدعاوى التي قد تنشأ بشأن الجدار، وألحقوا به الجدار الفاصل على أنه نوع من الشيوع الجبري.[3]

[1]. درة الغواص في أوهام الخواص، القاسم بن علي بن مُحَمَّد بن عثمان أبو مُحَمَّد الحريري البصري (ت :516 هـ) تحقيق عرفات مطرجي ، مؤسسة الكتاب الثقافية ، بيروت ـ لبنان ، ط 1 ,1418 هـ .1998 م ، ج 1 ، ص 286.

[2]. كتاب العين، الخليل الفراهيدي (ت 170 هـ) ، عدد الأجزاء 08، تحقيق د:مهدي المخزومي و د: ابراهيم السامرائي ، دون ط ، دون سنة ط ، دار ومكتبة الهلال، ج5 ، ص294.

[3]. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، د: عبد الرزاق السنهوري، عدد الأجزاء 12 ، دون تحقيق، دون ط ، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر ، ج 8 ، ص 989.

فالاتصال الوثيق الذي ذكره الدكتور ينبني على السلطات المخولة للجارين بشأن الحائط في كل من الصورتين، وهو السبيل الوحيد الذي أراه سندا جديا لذكرهما على أنهما أمر واحد، مع ذكر الفارق و هو ملكية رقبة الحائط الفاصل.

ومن بين هؤلاء الذين أعطوا تعريفا له ، الأستاذ مُحَّد طه البشير و الدكتور غني حسون طه، بقولهما:

«الحائط المشترك هو الحائط الفاصل بين عقارين يملكه صاحباه على وجه الشيوع، و ينشأ الحائط مشتركا إذا أقامه بين عقاريهما بالاتفاق، أو كان أحدهما قد أقامه ثم شارك فيه الآخر»[1].

الملاحظ على هذا التعريف اقتصاره على نوع سائد من أنواع الجوار وهو الجوار الأفقي، حيث يكون الجدار فاصلا بين عقارين، و متجاهلا نوعا آخر من الجوار و هو الجوار الرأسي، حيث تكون الجُدر في هذه الحالة قاعدة أو لبنة لما فوقها، فيلزم أن يكون الاشتراك غير منحصر في طرفين، بل يتعداه إلى أكثر من طرفين بعدد الملاك لطبقات البناء، و يدرجه فقهاء القانون ضمن أنواع الشيوع الجبري، أو ضمن أحكام المساطحة، أو مسمى ملكية الطوابق و الشقق، و يعبر عنها فقاء الإسلام بأحكام العلو و السفل، و يحصره في الاشتراك الحقيقي أي اشتراك في ملكية الحائط رقبة.

فالحائط المشترك جزء لا ينفك عن حق الملكية بوجه عام، فهو وضع ناتج عن التلاصق في الجوار، و ذلك بتجاور ملكيتين عقاريتين مفرزتين، يفصل بينهما حائط تعود ملكيته رقبة إلى أحد الجارين أو كليهما، أي نقاط التماس بين الملكيتين التي يُقام فيها الجدار، فإن كان لطرفين أو أكثر ملكية عقارية يحيطها جدار، فيكون هذا الأخير مشتركا بين الملاك كالأبنية مثلا ، و أن علا بعضها بعضا.

[1]. الحقوق العينية، الأستاذ :مُحَّد طه بشير وَ الدكتور: غني سحنون طه، ج1 ، ص135.

لـذا ارتأينا أن نعرفه بقولنا: «الحائط المشترك هو الجدار الفاصل بين عقارين مبنيين أو غير مبنيين، إن كان الجوار أفقيا، أو الجدار الذي يكون أساسا لما فوقه من ملك لشخص آخر في حالة الجوار الرأسي و يكون الاشـتراك من حين نشأة الجـدار، أو تبعا».

محترزات التعريف:

قلنا الجـدار و لم نقل الحائط احترازا مما قد يندرج تحت مصطلح الحائط.

الفاصل بين عقارين مبنيين أو غير مبنيين : أي الغاية من وجود الجدار هو وضع حدود للملكية بالنسبة للعقارات في حال البناء، أو عدمه مثل الأراضي الفلاحية.

أو أن يكون الجـدار أساسا لما فوقه من ملك لشخص آخـر في حالة الجـوار الرأسي: و هذه العبارة الأخيرة شاملة لكل أنواع الاشتراك في ملكية الجـدار بما فيها أحكام المساطحة (أحكام العلو و السفل).

يكون الاشتراك من حين نشأة الجدار أو تبعا: و بهذه العبارة وضحنا كيف ينشأ الاشتراك.

الفرع الثاني: صور الاشـتراك.

سبق و قلنا أن المشترك من الشركة، و هو ما لم تفرز فيه حصص المتقاسمون، ويكون الاشتراك هنا مبنياً على المساهمة، لكن سأبني مفهوم الاشـتراك في الحائط بين ملكيتين مفرزتين، أو الذي تقررت فيه حقوق للجار الملاصق، أو انطلاقا من السلطات المخولة لكل من الجيران في استعماله، و على هذا الأساس رأيت أن هناك نوعين من الاشـتراك، حكمي و حقيقي.

الفقرة الأولى: :الاشتراك الحقيقي.

هذه الحالة يشترك الجاران أو الجيران في ملكية الحائط رقبة و منفعة، لأن إقامته بنيت على المساهمة أو باكتسابه بسبب من أسباب الملك جعله مشتركا.

في الوقت الذي يكون فيه هذا الجدار فاصلا بين ملكيتين، و مبيننا لمعالم حدود ملكية الجارين، فهو يخول لهما كل السلطات التي يمنحها حق الملكية، باستعماله حسب ما اتفقا

عليه، كأن يستعمله كل واحد منهما بنسبة حصته في هذا الجدار، على أن لا يتعدى الجاران في استعماله الغرض الذي أعد له، بالإضافة إلى تحمل الشركاء نفقاته معا كلما دعت الحاجة لذلك، على قدر حصصهم في الجدار و هو مقتضى الشركة، و هذا ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 704 من القانون المدني بقوله:« لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له و أن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته.

فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له، فإن نفقة ترميمه، و إعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه».

و ما نأخذه على هذا النص أن المشرع عطف حمل العوارض التي يستند إليها السقف على الاستعمال، رغم أنها لا تخرج عن مضمون، أو أحد أوجه الاستعمال، و كان الأحرى به ذكر هذه الحالة على سبيل المثال.

و ينشأ الاشتراك بهذه الحالة من حين نشأة الجدار و إقامته، وذلك اتفاقا بينهم، وقد يتضمن الاتفاق بيان حصص الشركاء فيه و كذا طبيعة الاستعمالات الواردة عليه، أو أن يكون الجدار حين نشأته مختصا مملوكا ملكية فردية، بأن يقيمه أحد الجيران لتحويط ملكه و الستر على خصوصياته، وبعدها يقيم بجانب ملكيته جاره و يصير شريكا له في الجدار الفاصل بين ملكيتيهما، بعقد كدفع نفقات البناء كلها أو جزء منها مثلا، أو باتفاق بينهما يوجب الاشتراك.

و بذلك يشترك الجاران في ملكية الحائط منفعة و رقبة، أي أنه ملك تام يخول فيه للمالك الشريك كل السلطات التي يعطيها حق الملكية صاحبه.

الفقرة الثانية: الاشتراك الحكمي.

عَن أبي هُرَيْرَة رَضي اللهُ عَنهُ أَن النَّبِي – صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسلم – قَالَ: «لَا يمنع جار جَاره أَن يغرز خَشَبَة عَلَى جِدَاره.» قَالَ: فَنَكس الْقَوْم. فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَة:« مَا لي أَرَاكُم عَنْهَا معرضين ؟، وَالله لأرمينها بَين أكتافكم ».[1] أَي: لأرميَّن هَذِه السّنة بَين أظْهركُم .

و يختلف الفقهاء في تفسير هذا الحديث، فهناك من يرى أن غرز الخشب في جدار الجار محمول على الوجوب كالشافعية و جمهور الأحناف[2]، لكن فقهاء المذهب المالكي يحملونه على الندب، أي جوازي غير ملزم، حيث رُوِيَ عن ابن نافع و أشهب فيما روي عن مالك: " ... إن ذلك من النبي ﷺ على الوصية بالجار و الترغيب في ذلك ولا يقضى به، وقد كان بن المطلب يقضي به عندنا، و ما أراه إلا دلالة على المعروف و إني لفي شك منه، و قال عنه ابن القاسم : لا يقضى به و إنما هو على المعروف" [3].

و نقل لابن حبيب من الواضحة قال:" قلت لمطرف و ابن الماجشون : أرأيت كلما طلب الإنسان من جاره من فتح باب، أو إرفاق بماء ، أو فتح طريق في غير موضعه و شبه ذلك كله.

[1]. الجامع الصحيح للبخاري، ج 2 ، رقم الحديث :6613 ، ص 195.

. موطأ الإمام مالك ، ط 03 (1418 هـ. 1998 م)، رواية أبو مصعب الزهري المدني ، عدد الأجزاء 02 ، تحقيق : الدكتور بشار عواد معروف و محمود مُحَمَّد خليل ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان.كتاب الأقضية ، ص 529 .

[2]. الإعلان بأحكام البنيان ، أبي عبد الله مُحَمَّد بن إبراهيم اللخمي المعروف بإبن الرامي البناء، ، ص 52 .

. التحقيق في مسائل الخلاف و معهم تنقيح التحقيق للإمام شمس الدين مُحَمَّد بن أحمد بن عثمان الذهبي (673. 748 هـ)، الإمام الحافظ أبي الفرج عبد الرحمان بن علي بن الجوزي (ت:597 هـ) ،عدد الأجزاء :12 ، تحقيق د: عبد المعطي أمين قلعجي ، ط 01 ، (1419 هـ. 1997 م)، دار الوعي العربي ، القاهرة ، ج 11 ، كتاب الدعاوى ، ص 25 .

[3]. النوادر و الزيادات على ما في المدونة، ج 11 ، ص 53. 54 .

فقال لي : سبيل ذلك كله على وجه الخشبة، يغرزها في جدار جاره و هو ما ينبغي فعله على وجه الرغبة و الخير و ليس مما يقضي به الحاكم على أحد "[1].

فالحديث النبوي الشريف، يدل أن النبي ﷺ أقر للجار بأن يرتفق باستعمال الجدار المملوك ملكية فردية لجاره، بغض النظر عن حكمه الذي يتأرجح بين الندب و الوجوب، كما يتقرر هذا الحق للجار عند بعض فقهاء المالكية حتى في حال التداعي و ثبوت أن الجدار الفاصل مملوكا ملكية فردية لأحدهما [2]، و موضع الأخشاب حق للجار و إن انكسرت إحداها رد مثلها و هو قول ابن القاسم أشهب و سحنون و ابن عبد الحكم من المالكية [3]، و لا يجوز لمن ثبتت له ملكية الجدار منعه الاستعمال العقلاني للجدار و في حدود الغرض المعد له، مع مراعاة الأولوية في الانتفاع به.

أضف إلى ذلك أن هذا الجدار المملوك ملكية فردية للجار، و هو صاحب الحق في التصرف فيه، وهذا من مقتضيات الحق، بل الغاية من وجوده أصلاً، و رغم هذا فإن الجار يشترك فيه بأقل ما يمكن في استتار ملكه به، و تحديد معالم حدود ملكيته.

و على هذا الأساس، أي بإقرار الملكية الفردية للجدار و تخويل الجار بعض منافع الجدار، أخذ صاحب المختصر، إلى درجة أتى على ذكره في باب الشركة حيث قال:

و ندب الإرفاق بماء لجار كذا لخشبة أعرا الجدار[4].

و إلى هذا الاتجاه ذهب المشرع الجزائري في المادة 2/708 من القانون المدني بقوله: «... غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني، إن كان هذا يضر بالجار

[1] . التعريج و التبريج في ذكر أحكام المغارسة و التصيير و التلويج، للإمام أبي زيد عبد الرحمان بن عبد القادر الراشدي المجاجي الجزائري (ت سنة 1020 هـ)، دراسة و تحقيق خالد بوشامة ، ط 01 ، (1426 هـ. 2005 م)، دار الناشرون ، الجزائر ، ص 356 .

[2] . الذخيرة ، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، ج 11 ، ص 29 .

[3] . الإعلان بأحكام البنيان ، ابن الرامي البناء ، ص 44 .

[4] . إقامة الحجة بالدليل. شرح على نظم بن بادي لمختصر خليل. ، الشيخ محمد باي بلعالم، عدد الأجزاء 04 ، ط 01 (1428 هـ. 2007 م)، دار بن حزم ،لبنان ، ج 04 ، ص 29.

الذي يستتر ملكه بالحائط »، حيث أن الهدم و إن انصب على الملك فهو تصرف مادي من شأنه الإضرار بالجار

و في صورة أخرى للاشتراك الحكمي ، ما يترتب من الحقوق و الالتزامات بين جارين في حالة الجوار الرأسي، وذلك أن الجدران الرئيسية للمبنى ليست مملوكة ملكية فردية لأحد من الشاغلين لها، ولا يحق لأن يُتصرف فيها بأي شكل قد يؤدي الإضرار بالمبنى بالكلية.

فبناءاً على هذا الأساس(فكرة الارتفاق) بنيت مسمى الاشتراك الحكمي، أي استناداً إلى فكرة الحقوق و الالتزامات المتقابلة بين الجيران، رغم أن ملكية الجدار رقبة، هي ملكية فردية.

الفرع الثالث: الوضع المادي للجدار.

في كلتا حالتي الاشتراك الحقيقي أو الحكمي، و سواء كان الجدار فاصلا بين عقارين أو كان أساسا لما فوقه، فهناك أحكام تترتب عليه بالنظر إلى طبيعة الاستعمال و بحسب الغرض الذي رصدت له العقارات المتجاورة بكونها مبنية أو غير مبنية، فطبيعة الاستعمال في الحالة الأولى تختلف عن الأخرى، ففي الحالة التي يكون فيها الجدار فاصلا بين عقارين أو أساسا لما فوقه، فسنميز بين نوعين من الانتفاع:

الفقرة الأولى: انتفاع سكني:

و في هذه الحالة يجب أن يتماشى الانتفاع وفق ما تقتضيه طبيعة الخصوصية في السكن، من استقرار أسري و استئثار بحرمة البيوت، كما لطبيعة المؤثرات أو الأضرار التي تمس بهذه الخصوصية تقديرا خاصاً في اعتبارها من عدمه، و تقدير المصالح و المفاسد بالنسبة للجيران في حال التعارض، ينبغي أن يُعنى بدقة النظر من أجل جلب المصالح الحقيقية و درء المفاسد حالية كانت أو مآلية.

الفقرة الثانية: انتفاع استثماري.

تتغير طبيعة البناء حسب الغرض الذي أعد من أجله، و من هذه الأغراض أن يقيم الناس مبان لأجل مزاولة نشاط يعود بالنفع عليهم و على المجتمع، و هذه العقارات طبعا تهيأ حسب الغرض الذي وجدت لأجله، و هي في هـذه الحالة تستأثر بخصوصيات و هيبة أقل من

تلك التي ينبغي أن تتوفر في تلك المعدة للسكن، سواء في ستر الممتلكات عن الانكشاف أو غير ذلك مما لا يعتبر ضررا ينبغي دفعه في هذا النوع من العقارات.

و جراء مزاولة هذه النشاطات فإنه سيكون هناك ضرر و لو بتقديرات تتفاوت و طبيعة النشاط الممارس، ستلحق بالعقار أو بالعقارات المتجاورة، و سنحاول تحديد المعيار المعتمد في تقدير الضرر و اعتباره.

و هذا النوع من الانتفاع يرد نسبيا على العقارات المبنية، فليس كل عقار مبني هو معد للانتفاع الاستثماري، بينما في العقارات الغير مبنية فإما أن تكون متروكة من غير انتفاع أو أن يكون الانتفاع به استثماريا.

و تبعا لهذين النوعين من الانتفاع فسنكون بصدد حالتين تنطوي كل منهما على مجموعة من الصور المشاهدة في الواقع و التي تعكس الوضع المادي الذي يوجد عليه الجدار تتمثل في:

الحالة الأولى ـ أن يكون الجدار فاصلا بين عقارين: هنا نرصد حالتين بالنظر إلى كون العقاران المتجاوران مبنيان أم لا، و في جميعها يكون الجدار حدا لنطاق الملكيتين المتجاورتين.

الصورة الأولى: أن يفصل الجدار بين عقارين مبنيين: وهنا أيضا تختلف أحكام الحائط باختلاف الغرض الذي رصد العقار لأجله، فإما أن يفصل الجدار بين عقارين مبنيين معدان للانتفاع السكني، أو أن يفصل الجدار بين عقارين معدين للانتفاع الاستثماري، أو أن يفصل الجدار بين عقارين أحدهما معد للسكن و آخر معد للاستثمار.

الصورة الثانية: أن يفصل الحائط بين عقارين غير مبنيين:

سبق القول أنه لا محال أن يكون نوع الانتفاع استثماريا، إذ لا يمكن أن تكون المساحات الغير مبنية معدة للسكن،و أحكام الجدار في هذه الحالة ستختلف باختلاف نوع النشاط الممارس على هذين العقارين و ضرورته للمعاش.

الصورة الثالثة: أن يكون الحائط فاصلا بين عقار مبني و آخر غير مبني.

العقار الغير مبني في هذه الحالة لا يخلو أن يكون الغرض منه الانتفاع بصورة ما، أما عن العقار المبني فإما أن يكون الغرض منه هو السكن أو مزاولة نشاط استثماري.

الحالة الثانية: أن يكون الجدار أساسا لما فوقه:

هذه الحالة التي ذكرتها على أنها إحدى صور الجدار المشترك، لم يوردها أي من فقهاء القانون، ولا أئمة الفقه الإسلامي ضمن هذا النسق، حيث أن كليهما تحدث عن الأمر على أنه يشابهه في كونه كقيد على الملكية العقارية، أو أحد صور الشيوع الجبري، و إن كان اصطلاح قيد على الملكية العقارية، دخيل نوعا ما في الفقه الإسلامي، إلا أننا نجده ضمنيا في مؤلفاتهم،

و الأمر الذي حملني على صياغتها ضمن هذا الموضوع، هو تبنينا لمسمى الاشتراك الحكمي، الذي بني على أساس الالتزامات المتقابلة للجيران و الذي كان سنده الارتفاقات المخولة شرعا للجار على عقار جاره ضمن نطاق تباينت الآراء في تأصيله و تخريجه.

في هذه الصورة من الاشتراك في الجدار، رقبة أو منفعة، لا تكون الوظيفة الأساسية للجدار هي الفصل بين ملكيتين متجاورتين و تحديد نطاق الملكية لهما فقط، و لكن الأمر في هذه الحالة مختلف، فالعقار العلوي لا وجود له بمعزل عما هو أسفل منه، و كلاهما مرهون الوجود بالحالة التي يوجد عليها الآخر، فأي ضرر محتمل، أو حال الوقوع بأحدهما إلا و له بالغ الأثر على الآخر، و تكلم فقهاء الإسلام عن أحكامها ضمن أبواب متعددة أبرزها تلك التي تكلموا فيها عن المرافق، و هذا الوضع هو الأكثر تفشيا في عصرنا، على الرغم من أن طريقة البناء العصرية لا تجعل منها أساسا أوليا لما فوقها بل تولي الأهمية البالغة للأعمدة و الروابط [1].

كما قد يتباين أيضا نوع الانتفاع بطبقات البناء، بأن يكون انتفاع سكني أو استثماري، بأن تكون كل طبقات البناء معدة للانتفاع الاستثماري، أو تكون كل طبقات البناء معدة للسكن، أو أن تكون بعض طبقات البناء معدة للسكن و أخرى للاستثمار.

[1]. الرسم المعماري دراسة خطية و تقنية ، إعداد الأستاذين يحياوي عيسى، و باشوش كمال، دار النشر الصفحات الزرقاء، الجزائر العاصمة، ط 2005 م ، من خلال مضمون الكتاب ككل .

و لأن طبيعة الاستعمال متباينة في طبقات البناء، فأكيد أن الضرر المعتبر الذي من شأنه الإضرار بالبُنى الأساسية قبل الإضرار بالأشخاص، يحتاج الكثير من التأني و إمعان النظر من أهل الاختصاص قبل إصدار أي حكم بشأنه، و سنتحرى تلك المعايير في ضوء الفقه الإسلامي و بالخصوص الفقه المالكي منه، و القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: ثبوت الاشتراك:

هناك جملة من المسائل التي يثيرها الجدار الفاصل، من كيفية نشوء الاشتراك في الحائط و مدي خضوعه للإرادة الاتفاقية للجيران أو هناك قوة ملزمة تفرض الاشتراك، وهذا ما نبينه في الفرع الأول، و تلحق بهذه المسألة التداعي في ملكية رقبة الحائط الفاصل ، و التي تحدد طبيعة الاشتراك حقيقي أم حكمي، و سيكون محلها الفرع الثاني.

الفرع الأول: أساس الاشتراك.

معرفة أساس الاشتراك يكمن في الإجابة عن التساؤل حول كيفية نشوء الاشتراك في الجدار أو محل إرادة الجيران من الاشتراك.

تصوير المسألة:

لنفرض أنَّ شخصا قام ببناء في أرضه و كان أحد جدران هذا البناء في حدود ملكيته، ثم مرَّ زمن و أراد الجار أن يبني بمحاذاته، فهل له أن يطلب الاشتراك في رقبة الجدار المملوك لجاره ملكية فردية ؟، و ما تكييف ذلك بالنسبة للأبنية المتعددة الطوابق؟، و هذا ما سنحاول معرفته من خلال أراء الفقه المالكي و القانون المدني.

اكتساب الحقوق العينية الأصلية عموما و الحائط المشترك كجزء منها، لا يختلف عن سبب كسب ملكية العقار بوجه عام و هي العقد، الوصية، الميراث، الالتصاق، و الشفعة[1]، و

[1]- الوجيز في الملكية و الحقوق العينية التبعية، د: رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، جامعة بنها، مركز التعليم المفتوح، دون ط، دون سنة ط، ص 140.

من شروط الملكية العقارية أن تكـون معلومة الحـدود، أي رسم الحدود المادية لها، و هذا لا يستلزم التحويط و ذلك بمقتضى القـواعد العامة للملكية، فللمالك أن يحوط أو أن لا يحوط أرضه، لكن تعيين معالم حدود الملكية العقارية ضروري، وفي هـذا مصلحة للمالك بالحفاظ على عقاره و حمايته قضاءاً، و تضييق دائرة النزاعات التي من شأنها القيام بشأن العقارات المتجاورة، و لقد نص المشرع الجزائري في المادة 703 من القانون المدني:« لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما ».

و نص المادة صريح في إلزام الملاك بوضع معالم الحدود الفاصلة بين أملاكهم العقارية، هذا لأن الحماية القانونية تقتضي المصلحة في الحق[1]، و لابد أن يكون هـذا الحق معلوما بسـند ملكية لصاحبة، ورفع دعوى تعيين الحدود حق للمالك دون غيره، و بذلك صدر قرار المحكمة العليا في ملف تحت رقم: 255172 صادر عن الغرفة العقارية تحت المبدأ :

" دعوى وضع معالم الحدود مقررة قانونا لمالك العقار، و لا يجوز للحائز العرضي ممارستها"[2].

لما كانت الفائدة من وضع الحدود تعود على كل أصحاب الأملاك المتلاصقة، كان لزاماً أن تكون نفقات التحديد مشتركة بين الملاك، وكل بحسب ما يعود عليه الأمر بالنفع، و هذا لأن المعاملات المالية مبنية على المشاحة، و هو الأصل الذي يرجع إليه عند الاقتضاء، أي في حالة نزاع بشأن تعيين الحدود.

أما الاستثناء من ذلك هو أن للمالك تحويط ملكه و تعيين حدوده بما يفرزها عن ملكية جاره، بنفقاته الخاصة دون اللجوء إلى إجبار جاره على أن يتحمل معه نفقات التعيين، على أن تكون هذه الحدود في نطاق ملكه الخاص به[3]، و هذا سيمنحه امتيازات على هـذه الحدود، لاسيما إذا كانت مما يتسع نطاق الفائدة المرجوة منها، لكن القانون لم يذكر كيفية التحديد، ولا طبيعة معالم الحدود، و في هذا فسحة للجيران في اختيار كيفية التحديد بما يتلاءم و طبيعة

[1] . المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[2] . مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثالث ،قسم الوثائق 2010 ، ص 326 .

[3] . الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويت، عدد الأجزاء 46، ط 2، 1404 هـ - 1983 م، طباعة ذات السلاسل الكويت، ج 16، ص219.

العقار و الغرض الذي أعد لأجـله، أي أن لهم إقامة حائط كفاصل مفرز و ساتر ملكيتهما المتلاصقتين، فهل يكون الاشتراك هنا اتفاقي أم جبري ؟.

للإجابة عن هذا التساؤل سنعمل على دراسته وفق الواقع المعيش، في الفقه الإسلامي و الضوابط القانونية لمبررات وجود هذا الشكل من الملكية، في حالتي الجوار الرأسي و الجانبي.

الفقرة الأولى: اشتراك اتفاقي.

الأصل أنه لا يمكن إجبار شخص على معاملة ما، لأن ذلك يعد انتقاصا من إرادته، أي إقامة جدار مشترك راجع إلى توافق إرادة الجارين، غير للفقه الإسلامي المالكي تفصيل في مسألة الإجبار سنحاول استقراءه من نازلة لصاحب المعيار في هذا الشأن[1]:

مسألة فيمن أراد أن يبني دارا في عرصة تلاصق داراً لغيره:

و سئل أبو بكر بن وافد عن رجل له دار و لرجل من جيرانه مما يلاصقه عرصته فأراد أن يبني فيها و يضم داره إلى دار الرجل فأبى عليه و قال انك لا تضم حائطك إلى داري و أراد أن يجعله يترك بينه و بينه شيئا من أرض فهل له ذلك أم لا؟، و مع ذلك أنه يقول لحائطي بناء ولا بيّنة له بذلك.

فأجاب: إن لم يكن للحائط أكلب خارجة إلى العرصة التي يريد صاحبها أن يبنيها ولا كان ما يحدث من البنيان في غاية بناء له يضرّ بجاره في حائطه و مسقط مائة فله البنيان إن شاء الله".

من خلال جواب هذه النازلة نستنتج أن إشراك الجار في الجدار الفاصل مقيد بضوابط وهي:

ـ أن لا يتعسف صاحب الحائط بمنعه لجاره من الاشتراك في الحائط، و ذلك بأن يكون في غنى عنه و ليست له مصلحة جدية في المنع.

ـ أن لا تلحق مضرة بالجدار الفاصل كزيادة عبء لا يمكن للحائط حمله، و لا يلحق الجار ضرر بين من جراء الوضع المادي الجديد للجدار.

ـ أن يكون الجـار مسوغ مقبول في أن يكون شريكا في الانتفاع بالجدار.

[1] . المعيار للونشريسي، ج 09، ص 40.

و المشرع الجزائري ترك الأصل بعدم إلزام المالك إشراك جاره في ملكية الجدار الفاصل، و يعتبر تعديا على حق الملكية، فلم يورد في القانون المدني الجزائري ما ينص على ذلك، وهذا يعني أنه ترك الاشتراك إلى اتفاق الجيران، أي أنه حالة جوازية بموجب الإرادة المشتركة للجارين.

بينما القانون الفرنسي أعطى الحق في طلب الاشتراك في الجدار المملوك للجار، و يقضي بإلزام الجار إشراكه معه ، و هو ما نص عليه في المادة 221 : "كل مالك متصل ملكه بحائط له أيضا الحق في أن يجعل الحائط مشتركا كله أو بعضه ، إذا دفع إلى صاحب الحائط نصف قيمته، أو نصف قيمة الجزء الذي يريد أن يجعله مشتركا، و نصف قيمة الأرض المبني عليها هذا الحائط "[1].

و لعل المشرع الفرنسي في صياغته لهذه المادة عمل على مراعاة المصلحة العامة للجيران، و الظاهر أنها مصلحة مرجوحة إذا ما قورنت بالضرر اللاحق بالمالك الأول الجدار.

لكن المشرع الفرنسي سرعان ما استدرك في تعديل آخر في المادة 38/ 59: " ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه، ولا أن يعطيه جزءا من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط المذكور "[2].

و نجد أن هذه المادة متطابقة مع ما جاء في كتاب مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان الخاص بالمعاملات الشرعية على مذهب الأحناف، في المادة 69: " لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ، ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط "[3].

الفقرة الثانية: اشتراك جبري.

غالبا ما ترتبط هذه الحالة بالجوار الرأسي بحيث يكون فيها الجدار أساسا لما فوقه، فأغلبها ناتج في الفقه الإسلامي عن قسمة الدور بين الورثة، أو بعقد كالبيع و الهبه...، و بالنسبة

[1] . شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، الدكتور كامل مرسي باشا ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج 01 ، ص 428.

[2] . المرجع السابق ، ج 01 ، ص 428 .

[3] . مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ملائما لعرف الديار المصرية و سائر الإسلامية ، مُحَمَّد قدري باشا، ط الأمم 02 ، (1308 هـ ، 1891 م)، ص 13 .

لأنماط البناء الحديث في الواقع الملموس نجد أن هناك نوع من الأبنية منحتها الدولة للمواطنين بأشكال مختلفة من العقود، مثل السكن الاجتماعي في بعض المناطق ذات الكثافة السكانية المحدودة، وبعض السكنات المنجزة في إطار الترقية العقارية.

و طريقة البناء الحديث لم تعد تولي للجدران تلك الأهمية في حمل ما يعلوها، فلحمل طبقة بناء على أخرى، لابد من وجود معايير في الأساسات التي تعتبر قاعدة المنشأ لاستقبال الأثقال الناتجة من العناصر العلوية، و التي تختلف حسب نوع المنشأة و عمق التربة[1].

و لابد للمنشآت العلوية أن تتوفر على الأعمدة و هي عناصر شاقولية منتمية لهيكل البناية و تمثل العنصر الرئيسي في تحمل أثقال المنشأ و تنجز من الخرسانة المسلحة ، أو من حديد و هي تساهم في التوازن الأفقي لهيكل المبنى، إضافة إلى الروافد و هي عناصر أفقية تربط بين الأعمدة، لضمان استقرار البناية، الكمرات وهي عبارة عن عناصر أفقية من الخرسانة المسلحة منجزة مباشرة فوق ما قبل العمود، و دورها يتمثل في الربط بين مختلف الأعمدة مما يؤدي استقرار و توازن المنشأ، و تحمل ثقل الجدران [2].

فخلاصة القول أنه ليس للجدار السفلي دور فعال في حمل الجدار الذي يعلوه، لكن تعتبر الجدران الرئيسية من الأجزاء المشتركة [3] التي لا يجوز التصرف فيما ماديا[4].

وكثيرا ما تُنشأ الدولة بالاعتماد على مؤسساتها المختصة أو الخواص عمارات متعددة الطوابق، ليحتوي كل طابق على عدد من البيوت، يتحصل عليها المواطنون بنوع من العقود كالبيع بالإيجار مثلا، و إنشاؤها منضبط بشروط السلامة التي تفرضها الأنظمة الحديثة وفق متطلبات التخطيط المعماري لكل إقليم، و الذي يُعتمد فيه على دراسة ميدانية، حيث يتم

[1] . الرسم المعماري دراسة خطية و تقنية ، إعداد الأستاذين يحياوي عيسى و باشوش كمال، ص 73.

[2] . المرجع السابق، ص 80 ، ص96 ، 110،(بالتصرف)

[3] . المادة 745 من القانون المدني الجزائري.

[4] . ملكية الطوابق و الشقق. أحكامها و الآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي و القانون المدني دراسة مقارنة ، د : مراد محمود حيدر ، دون ط، 1431 هـ. 2010 م ، منشأ المعارف الإسكندرية ، مصر ، ص 283.

تحديد عدد الطبقات الممكنة في البناء حسب ما تقتضيه الأرضية ومدى تفاعلها مع الأخطار الطبيعية المحتملة[1]، مع مراعاة إمكانية وصول الطرق العمومية إليها [2].

كما أن شغل الأشخاص لهذه المباني، يجعلهم أمام خيار قبول هذا النوع من الجوار أو رفضه، و لا مجال لإرادة الجيران في نشوء الاشتراك، ومثله أن يرث الورثة مبنى متعدد الطوابق و البيوت، فيظفر كل منهم ببيت أو طابق.

[1] . المرسوم التنفيذي رقم 91 . 175 مؤرخ في 14 ذي القعدة عام 1411 هـ الموافق لـ 28 ماي 1991 ،الخاص بتحديد القواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء ، المادة 02 .

[2] . المادة 07 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه .

الفرع الثاني: ثبوت نوع الاشتراك في حالة تداعي الجدار.

لأن الوضع العام لأي حق من الحقوق أن يكون معلوما لصاحبه بما يؤكد أحقيته به بأيٍ من أسباب الملك، لكن إذا ما ادعى أكثر من واحد نفس الحق، فإنه لا مناص من اللجوء للقضاء، لكي يُفصل في أمره، و أن يدعي جاران جداراً فاصلا بين عقاريهما، فهذا يثير عددا من الاحتمالات حسب طبيعة دعوى الجارين في الجدار، فقد يدعي كلاهما أنه ملكية خاصة، وقد يدعي أحدهما أنه شريكٌ له حق في الجدار الفاصل، أما الجدار الذي يكون أساسا لما فوقه، فالتداعي في ملكيته رقبةً، حالة تكاد تكون غير موجودة من الناحية الواقعية، إذ لم أصادفها خلال أطوار البحث لا في كتب فقهاء الإسلام، ولا فقهاء القانون، و إن وجدت فبشأن السقف.

الأصل أن الإدعاء يحتاج إلى بينة ممن يدعي حقا مصداقا لقوله ﷺ: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر"[1]، فما البينة التي يأخذ بها القاضي لإثبات طبيعة الاشتراك في كل من الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري ؟.

و سيتم الإجابة على ذلك في فقرتين، الأولى تخص الأصل أو الوضع العام الدال على الاشتراك، و الفقرة الثانية للاستثناءات على الأصل في ثبوت الاشتراك، بالإضافة إلى أن هناك مسألة نسبة إدعاء الحق في الجدار التي رأيت أن محلها عند التعرض لقسمة الجدار.

الفقرة الأولى: الأصل الدال على الاشتراك.

الاشتراك هو استثناء من الأصل الذي يفترض فيه أن تكون الملكية متميزة، وعلى من يدعيه أن يقيم الدليل على ذلك غير أنه و في بعض الحالات تكون الملكية المشتركة هي الأصل و الاستثناء منها هو الملكية المتميزة، و تتجلى في كون الجدار فاصلا بين بنائين، فذلك قرينة دالة بأنه مملوك ملكيةً مشتركة بين الجارين ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، ونلمس في الفقه المالكي هذا من خلال الدعاوى التي تقوم بشأنه إذا كان فاصلاً بين بناءين، ولا يقضى بملكيه

[1]. صحيح البخاري ، ج 06 ، كتاب الدعاوى ، رقم الحديث: 4552 ،ص 35

لأحدهما إلا بدليل، و هذا الذي أخذ به القانون المدني الجزائري في المادة 707 من القانون المدني الجزائري حيت تنص : "يعد الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلا بين بنائين مشتركا حتى مفرقهما، هذا ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ".

و الملاحظ على أن المشرع وضع لقرنية الاشتراك شرطين هما[1]:

الشرط الأول . أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين متلاصقين، أي أن هذه القرينة لا تقوم هي حال وجود حائط فاصل بين عقارين غير مبنيين.

الشرط الثاني . أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه.

و توفر الشرطان قرينة الاشتراك وهي قابلة لإثبات عكسها، بما تقتضيه وسائل الإثبات مما يتوافق وأعراف البناء ككيفية اتصال الجدار ببناء كل من الجارين أو مقتضيات تصرف المالك في ملكه، من وضع عوارض التسقيف، ووجه البناء و غيرها مما يشهد به أهل الخبرة في هذا المجال.

لكن يلاحظ أن هذه المادة حصرت الاشتراك في الجدار، في الحالة التي يكون فيها فاصلا بين الأبنية، و نفس الأمر بالنسبة للدعاوى الواردة في مؤلفات الفقه المالكي، و هو الشكل الغالب في الواقع بطبيعة الحال، وهذا يطرح إشكالا إذا ما رفعت دعوى ادعاء ملكية حائط فاصل بين عقارين غير مبنيين.

الفقرة الثانية: الاستثناءات من الأصل الدال على الاشتراك.

التداعي في الجدار غالبا لا يثار في كتب الفقه إلا إذا كان فاصلا بين دارين، و الاستدلال على عدم كونه مشتركا يحتاج إلى بينة في كل من الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري، و تعد مسألة إثبات الملكية هنا أمرا فنيا بالدرجة الأولى، يلزم البث فيها الاستعانة بأهل الخبرة في هذا المجال، فما الوسائل و الآليات المعتمدة ؟.

[1]. الوسيط في القانون المدني، د: عبد الرزاق السنهوري ، ج 8 . ص 991.

نظرا لأن الأمر معاملاتي، فالأصل فيه ما تقتضيه العادة و العرف لأنهما أصل يرجع إليه ما لم يخالف الشرع، لقوله تعالى: "خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ " الأعراف 199.

و العرف أن يأتي الرجل في جداره المملوك له ما تقتضيه طبيعة البناء، حصرها الفقهاء في ستة أشياء :العقود [1] و يبدوا أنها و القمط شيء واحد[2]، و الباب يكون في الجدار، و غرز الخشب، و الكوة، و البناء على أعلى الحائط، و وجه البناء [3].

و هذه التصرفات التي جرى عرف الناس بأن يقتضيها ما يقوم به الملاك في أملاكهم، إلا أن هذه التصرفات ليست على درجة واحدة في الحجية، إذ أن بعضها أَدْعى من بعض لكي يؤخذ به عند التقاضي، و سنتتبع حجية كل تصرف من هذه التصرفات، مع العلم أنه إن لم يكن شيء منها يُقضى بالجدار بينهما [4]، و لا يفوتنا أن الفقيه أبن الرامي البناء كان بارعا و ذا عين ثاقبة في تصنيفه لما لهذه التصرفات ، استنادا إلى الارتفاقات التي تكون على الجدار[5]، و هي كل ما ينتفع به في الدار، فإحداها قرينة رئيسية، و الأخرى قرائن ثانوية تتفاوت درجة حجيتها.

[1]. الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني، الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، ضبط و تصحيح الشيخ عبد الوارث مُحَمَّد علي، عدد الأجزاء 02، منشورات الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ، ج 02 ، ص 387.

[2] . أقضية رسول الله . صلى الله عليه و سلم . أبو عبد الله مُحَمَّد بن فرح المالكي القرطبي (404 . 497 هـ) ، تحقيق أبو عبد الله فارس بن فتحي بن إبراهيم ، ط 1 ، 1427 هـ . 2002 م ، دار ابن الهيثم ، القاهرة ، مصر ، ص 104.

[3]. الإعلان بأحكام البنيان ، إبن الرامي البناء، ص 34.

. البهجة في شرح التحفة ، أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، (ت 1258 هـ)، عدد الأجزاء 02 ، ضبط وتصحيح : مُحَمَّد عبد القادر شاهين، ط 01 (1418 هـ . 1998 م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 2 ، ص564 .

[4] . الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني، ج 02 ، ص 387 .

[5] . الإعلان بأحكام البنيان ، ابن الرامي البناء ، ص 35 .

أولا: القرينة الرئيسية ـ العقود أو القمط:

العقود : و هو تناكح الأحجار في بعضها، أو تداخل بعض البناء في بعضه[1] ، و هي الاتصال الذي يحدث من أول البناء، و **القمط** ما تشد به الأجصاص و توثق.

العقود غالبا ما نتصورها في الحالة التي يكون فيها الجدار فاصل بين عقارين مبنيين، و لها أولوية في اعتبارها بحيث تكون الأصل الذي يلجأ إليه قبل سائر القرائن[2]، بدليل ما جاء في أقضية رسول الله، حيث أن رجلان من اليمامة اختصما في حائط، فبعث حذيفة بن اليمان يقضي بينهم فقضي للذي يليه القمط فرجع إلى رسول الله ـ ﷺ ـ فأجبره الخبر فقال "أحسنت "[3].

و قال صاحب التحفة :

و إن تداعيـاه فالقضـاء لمـن إلية العقـود و البنـاء

لكن هناك مسألة اليمين هل تلزم مع وجود قرينة العقود و القمط ؟.

القول الأول: تلزم اليمين مع العقد، كون العقد عوض شاهد واحد[4]، و هو قول أشهب [5]، عند تكافؤ البيّنات.

---

[1] ـ فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء و الحكام، للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، (403 ـ 474 هـ) ، تحقيق الدكتور محمد أبو الأجفان ، ط 01 ، (1422 هـ ـ 2002 م)، دار ابن حزم ، بيروت ـ لبنان ، ص 182.

[2] ـ الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني ، ج 02 ، ص 386 .

ـ الذخيرة للقرافي ، ج 11 ، ص 28 .

[3] ـ أقضية رسول الله ـ صلى الله عليه و سلم ـ أبو عبد الله محمد بن فرح المالكي القرطبي، ص 104.

ـ المعونة على مذهب عالم المدينة ، أبي عبد الله مالك بن أنس إمام دار الهجرة ، تصنيف القاضي أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي ، ط 1 ، عدد الأجزاء 2 ، 1418 هـ ـ 1998 م، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان ، ج 2 ، ص 179.

[4] ـ الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني ، ج 02 ، ص 387.

ـ الإعلان بأحكام البنيان ، أبن الرامي البناء، نقل هذا القول عن قاض الأندلس أبو الوليد سليمان الباجي، ص37 .

ـ البهجة في شرح التحفة ، ج 02 ، ص 564.

ـ النوادر و الزيادات، أبي زيد القيرواني ، ج 11 ، ص 99.

[5] ـ مناهج التحصيل و نتائج لطائف التأويل في شرح المدونة و حل مشكلاتها، أبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، تقديم الأستاذ الأستاذ الدكتور علي علي لقم، عدد الأجزاء 10، ط 01 ، (1428 هـ ـ 2007 م)، دار بن حزم ، لبنان ، ج 08 ، ص 140.

القول الثاني: لا تلزم اليمين لأن النبي ـ صلى الله عليه و سلم ـ قضى بالحائط لمن إليه عقده دون يمين[1].

و هذه البينة هي قرينة على الاتصال الذي يكون من أول البناء، فكيف لمن يدعي أنه شريك في الجدار تبعا، بأن صالح جاره الذي بناه أولا بعوض أو بغير عوض ؟.

على من يدعي مثل هذا الاشتراك أن يقيم بينته في ذلك، ويرجع في هذه المسألة إلى أدلة الإثبات في مسائل الدعاوى، خاصة عند تكافؤ الحجج و كيفية الترجيح بينها.

غير أنها يمكن أن توجد من جهة كل من الجارين، مع تباين أو تساوٍ في عددها، و في المسألة يوجد رأيان للفقه المالكي:

الرأي الأول: و في مثل هذه الحالة لا يلتفت إلى عدد العقود و القمط، و إنما يكفي أن تكون من جهة كل من الجارين ليحكم فيه بينهما ، مع يمين كل منهما، فإن حلفا جميعا فهو بينهما نصفين، و ما إذا حلف أحدهما ونكل الآخر فهو للحالف [2].

الرأي الثاني: يقسم الحائط بينهما على عدد العقد و هو قول سحنون [3]، و هو جواب صاحب المعيار في هذه المسألة [4].

و الأمر المجمع عليه من هذه الأقوال، هو أن هذه المسألة تحتاج للبت فيها أن يستعان بمن لهم خبرة في الاختصاص من أهل البصر، و كما سبق و أن قلنا أن إدعاء الحق يقتضي البينة، استنادا إلى الحديث السالف الذكر و في حال إدعاء حق من مدعيين، فلا يعدو هذا الحق أن

[1] ـ الإعلان بنوازل الأحكام ، ابن الرامي البناء ، ص 37.

[2] ـ المصدر السابق ، ص 38.

[3] ـ النوادر و الزيادات ، ج 09 ، ص 51.

[4] ـ المعيار المعرب، أبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي، ج 09 ، ص 37.

يكون لأحدهما أو لكلاهما، فهل سيكون هناك دليل آخر يولى بالاعتبار قبل قوله . صلى الله عليه و سلم . : " حديث شاهداك أو يمينه ليس له إلا ذلك "[1] ؟.

فنحسب أن يكون جواب ذلك في حديث أبي موسى: " أن رجلين اختصما إلى رسول الله . صلى الله عليه و سلم . في دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها بينهما نصفين "[2]، إذن الحق الذي يدعيه اثنان بدون بينة، ولا يمكن أن يكون إلا مملوكا لأحدهما أو كلاهما، فهو بينهما.

و يوافق الفقه الحنفي الفقه المالكي في هذا الاستدلال باعتماد نفس قرائن الإثبات و لكن باستعمال مصطلحات أخرى غير المستعملة في مؤلفات المالكية.

قال صاحب الحاشية: " و الحائط تارة يثبت بالبينة و البرهان و تارة بغيرهما ... ، و أما ما يثبت بغيرهما فقال في المنتقى : الأيدي في الحائط ثلاث مراتب، إتصال تربيع، و اتصال ملازقة و مجاورة، و وضع جذوع و محاذاة ، فأولاهم صاحب التربيع، فإن لم يوجد فصاحب الجذوع ، فإن لم يوجد فصاحب اتصال الملازقة.

بيانه حائط بين دارين يدعيانه : و إن كان متصلا ببناء أحدهما دون الأخر فصاحب الاتصال أولى ، و إن كان متصلا ببنائهما اتصال تربيع أو ملازقة فهو بينهما، و أن كان لأحدهما اتصال تربيع و للآخر اتصال ملازقة فهو لصاحب التربيع "[3].

ثانيا: القرائن الثانوية (مرافق الجدار) .

مرافق الجدار كل الاستعمالات و الارتفاقات التي يمكن للجارين الانتفاع بها، و التي يمكن حدوثها كتصرفات مادية عرضية قد تكون بعد تمام بناء الجدار، من غرز للخشب و فتح

[1] . إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، ط 01 ، (1399 هـ . 1989 م)، المكتب الإسلامي، بيروت ، لبنان، ج 08 ،كتاب الدعاوى و البينات، ص 673. و قال عنه صحيح.

[2] . المصدر السابق، نفس بيانات. و قال عنه المؤلف هو مرسل، رواه الخمسة إلا الترمذي.

[3] . حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار، سيدي مُحَمَّد علاء الدين أقري ، عدد الأجزاء 13، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود و الشيخ علي مُحَمَّد معوض، ط خاصة ،(1423 هـ ، 2003 م)، دار عالم الكتب ، الرياض ، ج 12، ص 69.

للكوى، و الأبواب، و البناء أعلى الحائط ، و يضاف إليها وجه البناء، غير أنها ليست على درجة واحدة من الحجية، ولا يمكن أن ترقى في الإثبات إلى درجة العقود، بل لا تعتمد كدليل إثبات إلا في غيابها، فهي دليل إثبات فرعي يحتج به في غياب الدليل الرئيسي، استناداً إلى إقرار النبي - ﷺ - لحذيفة بن اليمان في الحديث السالف الذكر، و المجمع عليه في كل مؤلفات الفقه المالكي.

فإذا كانت هذه المرافق كلها أو بعضها من جهة أحد المدعيين ، وليس هناك أي منها للآخر فالجدار لصاحب المرافق ، وهو قول ابن القاسم و ابن شعبان ، و سحنون من المالكية[1]، أما الخلاف إن وجدت من جهتي الجارين، كلها أو بعضها و سنعرض رأي الفقهاء في كل منها.

01 ـ غرز الخشب: الخشب في الحائط على كيفيتين، خشب يستعمل للعقد، و خشب يوضع أعلى الحائط بغرض التسقيف.

و الخشب المعقودة بعقد البناء، و إن كانت لأحدهما أو لكليهما فهي تأخذ حكم العقود في كل ما يوجب ملك الحائط [2].

و أما الخشب الذي يكون غرضه التسقيف، فهو أمر عارض كما يكون من أول البناء ، يمكن أن يكون بعد البناء، كما يمكن أن تكون بالسرقة و الهبة وبندب الارتفاق بها للجار على قول مطرف و ابن الماجشون [3] ، لذلك لا يحتج بها لإثبات ملكية الحائط ، و لكن يقضى بها كارتفاق مقرر للجار[4]، أو كقيد من قيود الملكية العقارية استنادا إلى مبدأ حسن الجوار أو منع

[1] أ الإعلان بأحكام البنيان ، ص 40.
[2] . النوادر و الزيادات ، ج 09 ، ص 52.
[3] . البهجة في شرح التحفة، ج 02 ، ص 565 .
[4] . النوادر و الزيادات ، ج 09 ، ص 52.

التعسف في استعمال الحق، بينما تثبت به ملكية الحائط عند ابن القاسم[1]، طبعا إذا كان من جهة واحدة، فلو كانت من جهتي الجارين فهو لهما نصفين، ولا يلتفت إلى العدد [2].

غير أن لابن الرامي تفصيلا دقيقا في المسألة ولعل ذلك راجع إلى خبرته في مجال البناء و التي كان يعتمدها كمصدر يسترزق منه، حيث قال: " و الخشب عندنا تختلف :

. فمنها ما يكون وضعها مبنية موضوعة على الحائط وضعا ليس يحفر لها، و تزرق، و إذ كانت الخشب في الحائط على هذه الصورة كان الحائط لمن له عليه الخشب.

. و إن كانت الخشب غير موصولة في الحائط ،و إنما وضعها بعد ثبت الحائط و ثقب في الحائط و جعلت في الأثقاب فعلى هذا لا توجب ملكا ، و تكون كما روى ابن حبيب عن مطرف "[3].

02 ـ الكوى و الأبواب:

كما هو الحال في جل القرائن ينبغي التمييز بين ما هو أصلي يكون من أول البناء، و ما هو عرضي محدث، و الكوة التي تكون من أول البناء مع بناء الحائط، هي التي يعتد بها لإثبات ملكية الحائط و التي يكون الغرض منها رفع الأشياء، و إن كانت محدثة فهي تحتاج إلى نظر من عرفاء البنيان [4]، أما المحدثة بعد البناء مثل كوى الضوء المنفردة و المنقوبة فلا دليل فيها للدلالة على الملك و هذا قول سحنون [5].

---

[1]. الإعلان بأحكام البنيان ، ص 41.

[2]. النوادر و الزيادات ، ج 09 ، ص 51 .

. الذخيرة للقرافي ، ج 06 ، ص 181 .

[3]. الإعلان بأحكام البنيان ، ص 41.

[4]. النوادر و الزيادات ، ج 09 ، ص 52.

. الذخيرة للقرافي ،ج 06 ، ص 181 .

[5]. الإعلان بأحكام البنيان ، ص 41 ، نقلا من كتاب الإقرار لابن سحنون .

. و الباب كذلك يعتد به، في غياب القرائن التي سبق ذكرها، والحائط عند ادعائه في مثل هذه الحالة هو لمن حاز الباب بالغلق، و هو قول ابن القاسم و سحنون و أشهب و ابن نافع[1]، و إن كان له غلقان يلي كل واحد منهما غلقا ، فهو بينهما نصفان [2].

03 ـ وجه البناء:

تباينت الآراء في كون وجه البناء حجة أم لا، و هذا يرجع إلى ضعف هذه القرينة و تذيلها الترتيب بعد سائر القرائن، أولا لأنها تعتمد على المادة التي يعمل منها الجدار ، و حالة اليسر و الإقتار بالنسبة للمدعيين.

حيث قال سحنون :" إذا كان حائط بين داري رجلين ووجه البناء لأحدهما و إلى الآخر ظهر البناء و ليس لأحد منهما من العقد شيء فهو بينهما نصفان "[3]، إذن فرأيه أن لاعِبرة بوجه الحائط.

و يرى ابن شاس و اللخمي أن الحائط لمن أليه وجه البناء [4].

04 . السترة أعلى الجدار:

بقي معنا من القرائن السترة أعلى الجدار ، و كون الإدعاء فيها لا يختلف عن الادعاء في الجدار ، سواء تضمنها الادعاء لوحدها فيسدل لإثبات ملكيها بالقرائن التي يستدل بها في الجدار، أو أن تدعى مع الجدار، و سنعرج عليها فيما سيأتي ضمن التصرفات ، وأشكال الانتفاع بالجدار.

أما بالنسبة للقانون فإنه يذكر القرينة الرئيسية للاشتراك، و إثبات عكسها متروك لما يقدمه المتداعيان، التي يترك أمر الأخذ بها إلى السلطة التقديرية للقاضي و ذلك طبعا

---

[1] . الإعلان بأحكام البنيان ، ص 41.

[2] . النوادر و الزيادات ، ج 11 ، ص 100.

[3] . المصدر نفسه، ج 11 ، ص 100.

. البيان و التحصيل و الشرح و التوجيه و التعليل في مسائل المستخرجة، لأبي الوليد بن رشد القرطبي (ت 520 هـ)،عدد الأجزاء 20، تحقيق الدكتور محمد حجي، ط 01 (1404 هـ . 1984 م)، دار الغرب الإسلامي ، بيروت، لبنان، ج 09 ، ص 221 .

[4] . الإعلان بأحكام البنيان ، ص 45 .

بالاستعانة بأهل الاختصاص، إلاّ أننا نادرا ما نصادف مثل هذه المسائل في قرارات المحكمة العليا، إما لعدم بلوغها هذه الدرجة من القضاء أولاً، أو لإمكانية الفصل فيها بالمحكمة العرفية، و ربما يرجع ذلك إلى جملة من الإجراءات الشكلية وضعها المشرع، و التي تعد تدابير احترازية مسبقة لما قد يثار من الدعاوى، على الرغم أن الالتزام بها من الناحية الواقعية نسبي، فأنماط البناء الحديث الذي يجب أن يكون بمقتضى ترخيص من السلطات المختصة و ذلك بنص المادة 33 من المرسوم التنفيذي 91 ـ 176: " يشترط كل تشييد لبناية أو تحويل لبناية على حيازة لرخصة البناء ".

و رخصة البناء هي الرخصة التي تمنحها سلطة إدارية مختصة لإقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم قبل تنفيذ أعمال البناء "[1]. أي أن شروطها:

ـ صدور القرار من سلطة إدارية مختصة .

ـ أن يكون صدوره سابقا للبناء.

ـ أن يشتمل على إقامة لبناء جديد أو تغيير لبناء قائم.

و بالنسبة لمحتوى طلب رخصة البناء فقد حددته المادة 35 من المرسوم التنفيذي 91 ـ 176، تجنبا لأي ضرر قد يلحق بالآخرين ، أو الاحتراز من المنازعات التي يمكن أن تنشأ في هذا الشأن سواء بين الأفراد ، وفق مقتضيات الأمن و قواعد الصحة و قوانين العمران التي يراعى فيها الطابع الجمالي الحضري .

للعلم فإن هذه الشكلية ضرورية في كل أعمال البناء، مهما كان نوعها، من إنشاء أو تعلية أو تدعيم أو توسيع [2]، و يجب أن يشتمل على مجموعة من البيانات نذكر أبرزها :

[1] . مجلة العلوم الإنسانية ـ جامعة مُحَّد خيضر بسكرة ، العدد الثامن ، مقال علمي حول النظام القانوني لرخصة البناء و الهدم في التشريع الجزائري ، الدكتور عزري الزين ـ عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة مُحَّد خيضر بسكرة ، الجزائر ـ ص 05 .

[2] . مجلة الفكر ، جامعة مُحَّد خيضر بسكرة ، العدد الثالث ، مقال علمي حول إجراءات إصدار رخصة البناء و الهدم في التشريع الجزائري ، الدكتور عزري الزين ـ عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة مُحَّد خيضر بسكرة ، الجزائر ـ ص 12.

"1 . تصميم للموقع يعد على سلم 1/2000 أو 1/5000، يشتمل على الوجهة و شبكات الخدمة مع بيان طبيعتها و تسميتها و نقاط الاستدلال التي تمكن من تحديد قطعة الأرض.

2 . مخطط كتلة البناءات و التهيئة المعد على سلم 1/200 أو 1/500 و يشتمل على:

. حدود القطعة الأرضية و مساحتها ، و توجهها و رسم الأسيجة عند الاقتضاء .

. منحنيات المستوى أو مساحة التسطيح، و المقاطع التخطيطية للقطعة الأرضية.

. نوع طوابق البناءات المجاورة أو ارتفاعها أو عددها.

. ارتفاع البنايات الموجودة أو المبرمجة أو عدد طوابقها، و تخصيص المساحات المبنية و غير المبنية.

. المساحة الإجمالية للأرضية ، و المساحة المبنية على الأرض .

. بيان شبكات قابلية الاستغلال التي تخدم القطعة الأرضية مع موصفاتها التقنية الرئيسة، و نقاط وصل شبكة الطرق و القنوات المبرمجة على المساحة الأرضية.

3 . تصاميم معدة على سلم 1/50 للتوزيعات الداخلية لمختلف مستويات البناية، و المشتملة على شبكة جر المياه الصالحة للشرب، و صرف المياه القذرة و الكهرباء و التدفئة، و الواجهات بما في ذلك واجهات الأسيجة و المقاطع الترشيدية....

5 . مذكرة ترفق بالرسوم البيانية الترشيدية تتضمن البيانات التالية:

ـ وسائل العمل و طاقة استقبال كل محل.

ـ شرح مختصر لأدوات إنتاج المواد الأولية و المنتجات المصنعة و تحويلها و تخزينها ..."[1].

و مع هذه البيانات التي يحويها الطلب، و أيضا كونه إجراء قبلي قد يحظى بالموافقة أو الرفض و ذلك بمقتضى رفض وجوبي ينص عليه القانون، أو بناءً على السلطة التقديرية للإدارة[1]، تضيق دائرة النزاع بشأن الجدران الفاصلة بين العقارات.

[1] . الجريدة الرسمية ، العدد 26 ، السنة الثامنة و العشرون ، الصادرة بتاريخ أول يونيو 1991 م ، المرسوم التنفيذي 91 . 176 . المادة 35.

و بعد ذكر القرائن التي يستدل لإثبات ملكية الجدار رقبة ، فإن كان الجدار مملوك ملكية مشتركة للجارين فنحن هنا بصدد اشتراك حقيقي ، أما لو كان الجدار مملوك رقبة ملكية فردية فنحن أمام اشتراك حكمي انطلاقا من الحقوق المقررة للجار على الجدار الفاصل بين ملكيتيهما.

[1]. مجلة الفكر، جامعة مُحَّد خيضر بسكرة، العدد الثالث ، مقال علمي حول إجراءات إصدار رخصة البناء و الهدم في التشريع الجزائري، الدكتور عزري الزين، الجزائر، ص 20.

المبحث الثاني: تكييف الاشتراك في الحائط الفاصل.

التكييف لطبيعة الاشتراك في الجدار الفاصل بين عقارين أو في الحالة التي يكون فيها الجدار أساسا لما فوقه ينبثق أصلا من نطاق السلطات المخولة عليه بحسب نوع الاشتراك أولاً و الوضع المادي ثانياً، وهذه السلطات لا تخرج عن تلك التي يمنحها حق الملكية، غير أن نطاقها قد يتسع أو يضيق بعدة اعتبارات، لذا رأيت عرض هذا المبحث في مطلبين، بحيث أخص المطلب الأول بالسلطات و الحقوق المخولة على الحائط المشترك، و في المطلب الثاني أتحدث عن نطاق السلطات على الحائط المشترك.

المطلب الأول: السلطات المخولة على الحائط الفاصل.

لأننا وصفنا الاشتراك في الحائط الفاصل بين عقارين على أنه نوعان، اشتراك حقيقي و اشتراك حكمي، و ينعكس ذلك على السلطات التي يمنحها هذا الحق في كل حالة، سواء للجار أو للمالك، لكن قبل هذا ينبغي أن نعرف ماهية هذه السلطات التي هي عبارة عن عناصر حق الملكية، سترد و باستمرار معنا في البحث و هي: الاستعمال، التصرف، الاستغلال.

إضافة إلى هذه السلطات سنذكر حقاً آخر ليس من عناصر حق الملكية، لكنه يتقرر عليها كقيد لفائدة ملكية مجاورة وهو الارتفاق.

الفرع الأول: الاستعمال.

يعرفه الدكتور السنهوري « إذا استعمل المالك الشيء بشخصه سمي هذا استعمالا». و يقول أيضا في نفس السياق «الاستعمال: يخول حق الملكية صاحبه أن يستعمل الشيء في كل ما أعد له هذا الشيء، فيكل ما يمكن أن يستعمله ».[1]

[1]. الوسيط في القانون المدني الجديد ـ د : عبد الرزاق السنهوري ، ج 08 ـ ص 496 ـ 497.

و يعرفه الدكتور مُحَمَّد حسين قاسم في كتابه موجز الحقوق العينية الأصلية، بأنه « استخدام الشيء فيما أعد له بحسب طبيعته، من ذلك مثلا أن يسكن المالك منزله، أو يركب سيارته أو أن يزرع أرضه ».[1]

و يعرفه الأستاذ مُحَمَّد طه البشير و الدكتور غني سحنون طه بأنه « استخدام الشيء فيما يتفق و طبيعته للحصول على منافعه فيما عدا الثمار، شريطة عدم استهلاك الشيء نفسه، كأن يركب المالك دابته أو سيارته، أو يسكن داره، أو يلبس ثيابه، أو يقرأ كتابه، إلى غير ذلك من وجوه الاستعمال»[2] .

ومن هذه التعاريف نخلص أن شروط الاستعمال هي :

ـ استخدام الشيء فيما أعد له، أو بحسب طبيعته.

ـ أن يكون الاستعمال في الأصل صادرا من المالك.

ـ أن لا يكون الشيء المستعمل مما يفوت بالاستهلاك، لهذا يرد حق الاستعمال كأبرز عنصر للحق العيني الأصلي.

و لأن الاستعمال حق للمالك، فكان له استعمال الشيء في كل أوجهه المتاحة، بل إن له في استعمال الشيء؛ الوصول إلى حد إتلافه[3]، ما لم يكن هناك مانع يقيد من حريته، و ربما يصل الأمر به إلى حرمانه كلية من ممارسة هذه السلطة على عقاره، مثل حالة الاستيلاء المؤقتة التي تفرضها بعض الأمنية، كما للمالك التخلي عن هذا الحق أو إرجائه و يكون له دافع إرادي في ذلك، ما لم تتدخل سلطة أقوى تفرض عليه الاستعمال مثل المبدأ الذي يقضي بخدمة الأرض، و يمكن للمالك أن يخول هذا الحق كلية أو بعض أوجهه لشخص ما.

عندما نأتي إلى تطبيقات هذه السلطة، فإنها تخول على الجدار المشترك اشتراكا حقيقيا انطلاقا من أنه سلطة يمنحها حق الملكية لكل من الجارين الشريكين مع الخلاف حول اشتراط إذن

---

[1] . موجز الحقوق العينية الأصلية . د : مُحَمَّد حسن قاسم . عدد الأجزاء 2 . ط 1 . 2005 . منشورات الحلبي الحقوقية ـ بيروت لبنان . ج 1 . ص 27.

[2] . الحقوق العينية، أ :مُحَمَّد طه بشير وَ د: غني سحنون طه، ج1 . ص 46.

[3]. الوسيط في القانون المدني الجديد ـ د : عبد الرزاق السنهوري ، ج 08 ، ص 497 .

الشريك[1]، و يوافق المشرع الجزائري هذا المبدأ في المادة 704 الفقرة الأولى من القانون المدني التي تنص: " لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أُعد له و أن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته".

كما تُخول أيضا سلطة الاستعمال للجار في حالة الاشتراك الحكمي، إمّا بإذن من المالك أو بجبره على المالك على منح الجار هذا النوع من الاستعمال الذي لا يضر به و هو ليس في حاجة إليه كما يشير حديث أبي هريرة السالف ذكر، و تناولته قاعدة منع التعسف في استعمال الحق الوارد نصها في المادة 124 مكرر من القانون المدني.

غير أن سلطة الاستعمال في هذه الحالة ضيقة النطاق، لا تتجاوز أن تكون ارتفاقا مقرراً لمصلحة الجار بحكم الموقع كغرز للخشب في جدار الجار أو بناء السلم الذي يحتاج إليه صاحب العلو ليتوصل إلى منفعة عقاره الأعلى، ويجب أن لا يضر هذا الاستعمال بالمالك.

الفرع الثاني: التصرف.

عرف الفقهاء التصرف بتعريفات عديدة نذكر منها:

ـ د: رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري : « سلطة المالك في إخراج ملكه من ذمته نهائيا مقابل عوض، أو بدون عوض ...، و التصرف في الشيء، يكون إما بتصرف قانوني فيه، أو بتصرف مادي:

ـ التصرف القانوني: إبرام التصرفات القانونية التي تؤدي لخروج ملكية الشيء من ذمة المتصرف.

ـ التصرف المادي: إهلاك الشيء بما تقتضيه طبيعته و حسن التصرف فيه.»[2]

ـ د : مُحَمَّد حسين قاسم :

« لمالك الشيء الحق في التصرف فيه، و تصرفه في هذا الشيء قد يكون تصرفا ماديا أو قانونيا.

[1] . الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي أبي مُحَمَّد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت: 422 هـ)، عدد الأجزاء 06 ، تقديم و تخريج : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، ط 01 ، (1429 هـ. 2008 م)، دار بن القيم ، المملكة العربية السعودية ، ج 03 ، ص 45 .

[2]. الوجيز في الملكية و الحقوق العينية التبعية، د: رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، ص 20.

... بالإضافة إلى حق المالك في التصرف المادي في الشيء الذي يرد عليه حقه، له أيضا حق إجراء كافة التصرفات القانونية في حقه الوارد على هذا الشيء، سواء أدى هذا التصرف القانوني إلى زوال حقه كليا أو تقييده ».[1]

ـ د: مصطفى الزرقا :

في ذكره لخصائص الملكية و قابليتها للتصرف إلا لمانع .

«...و هذا المانع يتصور بالنسبة إلى التصرف الفعلي كالاستهلاك، أو التصرف القولي كالبيع، و الصلح عنها، و وقفها.»[2]

بعد أن ذكرنا لهذه التعاريف و التي سنحاول أن لا نقف على أدق تفاصيلها، بل نذكر الأهم فيها قبل المهم في حدود ما يقتضيه موضوع البحث، بأن ما يميز حق التصرف بحسب هذه الحدود:

ـ الأصل فيه أن يصدر عن المالك.

ـ أن يؤدي التصرف إلى زوال حق الملكية أو تقييده، و هو التصرف القانوني، أو التصرف القولي عند الدكتور مصطفى الزرقا.

أو أن يكون التصرف بإهلاك الشيء محل الملكية، و هو التصرف المادي ، أو الفعلي عند الدكتور مصطفى الزرقا.

كما ننوه أن الدكتور السنهوري يدرج التصرف المادي الذي يؤدي إلى استهلاك الشيء و إتلافه، في مضمون الاستعمال، و يخص بالتصرف التصرف القانوني الناقل للملكية أو حق عيني آخر[3]، و يميز بين التصرف في الملكية الذي ينقلها إلى الغير و لا تعود له إلا بسبب جديد من أسباب الملك،

[1] . موجز الحقوق العينية الأصلية . د : مُحَمَّد حسن قاسم، ج 1 . ص 31.

[2] ـ المدخل الفقهي العام ، د مصطفى أحمد الزرقا ، عدد الأجزاء 3 ، الطبعة الأولى : 1418 هـ ـ 1998 م ، دار القلم ، دمشق ، ج 1، ص 322.

[3] ـ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د: عبد الرزاق السنهوري، ، ج 8. ص 501.

و التصرف في عنصر من عناصرها، و الذي لا ينقل الملكية إلى الغير، بل يسترد ملكه، وفي الكثرة الغالبة يسترد العنصر الذي تصرف فيه[1].

و سلطة التصرف في الجدار المشترك، بنوعيه المادي و القانوني لا يعقل أن تتقرر إلاّ للمالك في حالة الاشتراك الحقيقي مع محدودية نطاقه، لعدم تفرد الجار بملكية الجدار الفاصل، أمّا في حالة الاشتراك الحكمي فهو لا يتقرر إلاَّ للمالك، وممارسة الجار لهذه السلطة معدوم الأساس لأنه تصرف في ملك الغير، و يشكل حكراً على المالك.

و من بين التصرفات القانونية بحسب الأثر[2] الشفعة ، وهي حق للشريك في المطالبة بها في الفقه الإسلامي[3]، بينما اعتبرها المشرع الجزائري رخصة للشريك بأن يحل محل المشتري في بيع العقار حسب المادة 794 من القانون المدني الذي بين أحكامها ضمن القسم الخامس من الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الأصلية، و لو أن الشفعة مسألة نادرة الوجود بالنسبة للجدار الفاصل ، إذ من المستبعد أن ينصب تصرف قانوني له اعتبار شخصي بحيث يتقرر للشريك فقها و قانونا[4]، على جزء بسيط من عقار، و إن وجدت فهي ضمن الشفعة ككل في العقار المبني.

لكن الفقه المالكي لم يغفل هذه الجزئية حيث تضمنها في حالتي الاشتراك الحقيقي و الحكمي التي كان جوابها في المدونة ضمن المسائل المتعلقة بالشفعة: " الشفعة في الجدار و السفلى يكون لرجل علوه و لآخر سفله هل بينهما شفعة ؟.

---

[1] ـ المصدر السابق ، ج 8 ، ص503.

[2] ـ الشفعة إذا وقعت فإنها تصبح كسائر العقود التي تنقل الملكية، و بهذا الاعتبار فهي تصرف قانوني.

[3] ـ المدونة الكبرى، ج 04 ، كتاب الشفعة الأول حيث أقر المطالبة بحق الشفعة لكل من توفرت فيه صفة الشريك و لو كان من أهل الذمة، ص 213.

[4] ـ إجماع من المذاهب الفقهية بأن الشفعة حق مقرر للشريك، لهذا عرفها ابن عرفة بأنها :" الشفعة هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه ".

ـ المادة 795 من القانون المدني التي تنص: " يثبت حق الشفعة و ذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

ـ لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

ـ للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

ـ لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ".

قلت: أرأيت أن جدار بيني و بين رجل، الجدار بين داري و داره أنا و هو الجدار في شريكان، بعت نصيبي منه، أيكون شريكي فيه شفيعا أم لا في قول مالك؟، قال نعم هو شفيع. قلت: فإن كان الجدار جداري، و إنما عليه مواضع خشب، فبعت الجدار، أيكون شفيعا بمواضع الخشب أم لا؟، قال: قال مالك: لا شفعة إلاّ في الشركة في أصل الأرض، و هذا ليس بشريكه فلا شفعة له. قلت أرأيت إن بعت عوالي لي تحته سفلي لغيري، أو بعت سفليا لي و عليه عوالي لغيري، أتكون لبعضهم الشفعة فيما باع صاحبه في قول مالك ؟، قال: لا شفعة لهم، لأن هؤلاء قد عرف كل واحد منهم ما هو و حيث هو"[1].

رغم عدم مصادفتي لنازلة في هذا الخصوص إلاّ أننا نستنتج أن الشفعة جارية في كل عقار مشترك لم يقسم، بما في ذلك الجدار الفاصل المشترك، و بهذا نستبعد الشفعة في الجدار الفاصل المملوك ملكية فردية لأحد الجارين، وأيضا حالة الجوار الرأسي كما هو موضح في الجواب، و الذي وصفناه بالاشتراك الحكمي.

أما التصرفات المادية و نظراً لأحكامها الخاصة فقد تم ترك تفصيلاتها للفصل الثاني بالمبحث الثاني الخاص بها.

الفرع الثالث ـ الاستغلال.

يعتبر الاستغلال أحد السلطات التي يمنحها حق الملكية صاحبه، و يقصد به القيام بالأعمال التي من يراد بها الحصول على ثمار الشيء الطبيعية أو الاصطناعية و نتائج استخدامه (المنتجات)[2]، بحيث نجد أن هذا الحق يمتد إلى كل ما يمتد إليه نطاق حق الملكية[3]، بهذا يوصف الاستغلال بأنه نوع من أنواع الاستعمال منصب على ثمار الشيء و منتجاته، و محل تواجده كسلطة للمالك بالنسبة للجدار المشترك نادر بل يكاد ينعدم، و هو ما يدفعنا إلى استبعاده كأحد السلطات التي يمنحها حق الملكية في موضوع الدراسة.

[1]. المدونة الكبرى، ج 04 ، ص 259.

[2]. الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، الأستاذ على الخفيف ، ص 81.

[3]. و الوسيط في القانون المدني ، د : السنهوري، ص 501 .

خلاصة:

بعد ذكر هذه السلطات بشكل عام ، نقول أنها و في مجموعها مخولة على الحائط الفاصل سواء في حالة الاشتراك الحقيقي أو الحكمي، وتتباين في كون صاحب السلطة مالكا أو جارا، إذْ تتقرر سلطة الاستعمال للمالك أو الجار مثلا في وضع عوارض أو خشب على الحائط الفاصل، أو المصالحة على الانتفاع بالنسبة لمالك، كما يتقرر التصرف للمالك فقط دون الجار ، ومن ذلك أن يكون الجدار محلا لعقد عارية مثلا، و هاتان السلطتان مقررتان في حالة ما كان الجدار مملوكا رقبة ملكية خاصة أو مشتركة.

و بالنسبة للجدار الذي يكون أساسا لما فوقه، فهو يعد حالة استثنائية في الاشتراك، و المعبر عنه في الفقه الإسلامي بحق العلو و السُفل، و ذلك بأن تعلو طبقة بناء أخرى، بحيث يكون لصاحب الطبقة العليا حق القرار على الطبقة السفلى، و الصورة التي يجليها لنا هذا النوع من الملكية في الواقع لا بد فيها من تعدد البيوت التي تعلو بعضها و تعدد المالكين لها مع استقلال كل مالك بطبقة أو بيت، و يصفها الدكتور مراد محمود حيدر ويبرز نقاط الاتفاق حولها في الفقه الإسلامي و القانون المدني بقوله: " يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في صورتين :

. الصورة الأولى : وهي امتلاك كل مالك لطبقة مفرزة مع وجود حق ارتفاق له بالقرار على الطبقة التي تحته، وتكون الأرض المقام عليها البناء ملكا لصاحب السفل .

. الصورة الثانية : تفترض الشيوع بين جميع الملاك في الجدران الرئيسية و الأرض المقام عليها البناء ، فهي تخرج عن نطاق ملكية الطبقات الوارد في الفقه الإسلامي، و الذي يقوم على أساس افترض الملكية المفرزة لكل مالك على طبقته ، و يمكن تطبيق أحكام الجدار المشترك على الشقق المجاورة على اعتبارها بيوتا متجاورة "[1].

و في هذه الحالة يحق للمالك ممارسة سلطاته على ملكيته، لكنها مقيدة بعدم الإضرار بالجدران الرئيسية، و هذا ما يتفق فيه الفقه الإسلامي المالكي و القانون المدني.

[1] . ملكية الطوابق و الشقق . أحكامها و الآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي و القانون المدني دراسة مقارنة .، د : مراد محمود حيدر، ص80 .

و الملاحظ على هذه السلطات أنها لا تتقيد إلاّ بما يقتضيه الشيوع في حالة الاشتراك الحقيقي، بينما في حالة الاشتراك الحكمي فهي أكثر اتساعاً للمالك، أمّا الجار فتتقرر له سلطة الاستعمال فقط و في أضيق نطاق، في حدود ما يقتضيه الموقع، بحيث يمكن توصف هذه السلطة بأنها حق ارتفاق مقرر للجار، و في نفس الوقت هي عبارة عن قيود على سلطات مالك الجدار، و الذي لا يمكن أن يوصف الحق المقرر لجاره على ملكه بالارتفاق، إذْ لا يعقل أن يرتفق بعقاره وهو يملكه ملكية مفزرة أو ملكية شائعة.

المطلب الثاني: القيود على السلطات التي يخولها الاشتراك.

إن السلطات المخولة على حق الملكية بوجه عام، و الجدار المشترك على الخصوص، ليست مطلقة العنان، ففي كثير من الأحيان تتقيد لسبب من الأسباب، بحيث لو مارس صاحب الملكية حقه في الانتفاع لأفضى ذلك إلى ضرر يمس به أو بجاره أو بالمجتمع، في حالتي الاشتراك الحقيقي أو الحكمي، و القيود التي تلحق الجدار يمكن تختلف بحسب مبررات وجودها، و في مصلحة من تصب، و من خلال استقراء لما توفر لدينا من المادة العلمية، و جدنا أن هناك قيودا مقررة من أجل الصالح العام متعلقة بالتهيئة العمرانية، تمثلت في:

- قيود إدارية تفرضها الدولة و هي ارتفاقات المياه و الغاز و الكهرباء.
- قيود تفرضها أنماط الشيوع أو الملكية الشائعة.

و النوع الآخر من القيود مقرر للمصلحة الخاصة و تتمثل في:

- قيود ترد من أجل بقاء الجدار .
- قيود من أجل المحافظة على علاقة الجوار.

الفرع الأول: قيود المصلحة العامة المتعلقة بالتهيئة المعمارية.

يمكن أن توصف بالارتفاقات الإدارية المقررة للمصلحة العامة، و هذا النوع من القيود نظرا لأهميته البالغة في حياة الأفراد، نجد الدولة تقريبا في أغلب الأنماط التي عرفتها أحاطت الملكية الخاصة بجملة من القيود القانونية و الإدارية[1] حفاظا على النظام العام، و منعاً للضرر في جميع الأحوال و الذي يتقلده ابن عتاب من المالكية في الفقه الإسلامي[2]، وسنتطرق إليها منصبةً على الجدار المشترك في جميع صور الاشتراك.

[1] . قيود الملكية العقارية الخاصة، الطالبة :خوادجية سمية حنان ، (رسالة ماجستير جامعة قسنطينة 2007 ـ 2008)، ص 91.

[2] . منتخب الحكام و بيان ما عمل به من سير الحكام، الإمام أحمد بن خلف بن وصول الطليطلي ، تحقيق الأستاذ الدكتور حميد لحمر ، ط 01 ،(1429 هـ ـ 2008 م)، دار بن حزم بيروت لبنان ، ص 128 .

الفقرة الأولى: الارتفاقات الإدارية:

متطلبات الأفراد في حياتهم كثيرة، بعضها و نظراً لأهميتها كان لزاما تلبيتها بأحكام آمرة، من طرف الدولة، نجدها تمثلت غالبا في حقوق الارتفاق التي لا غنى للناس عنها في جميع أنماط الحياة و بأشكال مختلفة، حيث تطورت الحاجيات لتتسع دائرة حقوق الارتفاق، لتمس حتى عقاراتهم المعدة للسكن، ولو أن الإقرار بهذه الارتفاقات لا نجد لها أراء فقهية و ونصوص قانونية خاصة بتحييثها على الجدار المشترك، إلاّ أننا نستسيغها من نصوص عامة، و معضدة بما يعكسه الواقع المعيش.

أولاً. ارتفاق المياه:

فتزود الناس بالماء للشرب و السقي مقرر في الفقه الإسلامي و لو على حساب ملك جاره الملاصق[1]، غير أن هذا الإقرار لا نجده في الفقه الإسلامي منصباً على الجدار الفاصل بالتحديد وإنما مقرر على الملك المجاور بصفة عامة، و يدخل في الملك الجدار الفاصل المملوك ملكية فرية، خاصة إذا كان إجراء الماء بواسطة قناة لا تضر بملك الجار[2]، و يرى آخرون أن ارتفاق الماء على الجدار الفاصل المملوك ملكية فردية مندوب مثل إعارته و ذلك بشرط إذن صاحبه و أن لا يلحق المالك ضرر جراء هذه التصرفات [3].

و بالنسبة لأنماط العمران الحديثة حيث تأخذ الدولة على عاتقها مسؤولية تزويد السكان بماء الشرب بواسطة أنابيب خاصة، وتعهد بهذه المهمة إلى مؤسساتها المتخصصة، و على خطى المذهب المالكي لا نجد إقراراً لهذا الحق على جزء من الملكية كالجدار الفاصل و إنما جعل ارتفاقات المياه مقررة على الملكية الخاصة بشكل عام، و من جملة القرارات التنظيمية التي تكرس الإقرار بهذا الارتفاق، قانون 05 ـ 12 المتعلق بالمياه هذه الارتفاقات خصوصا في المادة 26 منه بنص:

[1] . المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ، ج 04 ، ص 471 .

[2] . فتاوى ابن عليش على المذهب المالكي، مُحَمَّد ابن أحمد ابن مُحَمَّد عليش، عدد الأجزاء 04 ، جمع و تنسيق علي ابن نايف الشحود، دون ط، دون سنة ط، ج 04 ، ص 109.

[3] . عقد الجواهر الثمينة على مذهب عالم المدينة ، جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عدد الأجزاء 03 ، تحقيق الدكتور: مُحَمَّد أبو الأجفان و الأستاذ : عبد الحفيظ منصور ، ط 01 ،(1415 هـ ـ 1995 م) ، دار الغرب الإسلامي، بإشراف مجمع الفقه الإسلامي ، جدة ، ج 02 ، ص 641 .

" يتعين على كل مالك أو مستعمل لعقار خاضع لارتفاقات موضوع هذا القسم أن يمتنع عن القيام بأي عمل من شأنه أن يمس بالغرض الذي وضع من أجله الارتفاق".

بينما حددت المادة 28 ضابط الارتفاق بنصها: " تعد الارتفاقات و تحدد حسب الشروط الأكثر عقلانية والأخف ضررا لاستغلال العقارات التي تم المرور بها ".

أما بالنسبة لمسألة صرف مياه الأمطار فنجد تفصيل في الفقه المالكي، بحيث في الأصل أن صرف مياه الأمطار بواسطة الميازيب أو إجرائها ممنوع إن أضرت بالحيطان المملوكة للجار، أو المشتركة بينهما، أو السقف و الاستثناء أن يُحتال في إزالة الضرر[1]، و يشترط أن يكون الضرر بيناً ثابتا بشهادة أهل البصر، إذ لا تعد مجرد الملامسة أو حمل الميزاب من الضرر المعتبر الذي يجب إزالته[2]، كما أعطى المشرع للمالك الحق في صرف مياه الأمطار الزائدة من خلال مصرف لغيره و لو على الجدار الفاصل لتصب في أقرب مصرف عمومي[3]، و لعل هذا الإقرار راجع إلى الطريقة الحديثة في الصرف و التي لا يترتب عليها غالبا أضرار معتبرة، كما خُص تنظيم هذه القيود بتنظيمات بما ورد في المادة 41 من قانون 83 . 17 المتعلق بالمياه بنص:" يجوز لمالكي أو مستعملي العقارات الوسيطة الخاضعة لحق الارتفاق المبين في المادة 40 أعلاه أن يستفيدوا من الأشغال المنجزة برسم الارتفاق المذكور ، قصد تصريف المياه الداخلية في عقاراتهم أو الخارجة منها ... ".

ثانيا ـ ارتفاقات الكهرباء و الغاز:

في كثير من الأحيان تكون الملكية الخاصة و بشكل عام محلا لارتفاق تمرير قنوات الكهرباء و الغاز، و نظم المشرع الجزائري أحكامه في المادة 159 من قانون 2002 . 01 المؤرخ في 2002/02/06 م [4] ، بنص :" ... و المالك لا يجوز له أن يمنع هذه الارتفاقات الإدارية المقررة

[1] . القوانين الفقهية ، لابن جزي ، ط جديدة و منقحة ،(1430 هـ . 2009 م)، بيروت ، لبنان ، ص 292 .

[2] . المعيار المعرب ،ج 08 ، ص 431 .

[3] . مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري ، الطالبة زرارة عواطف، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري ، إشراف الدكتورة رحاب شادية (2012 . 2013 م) ،كلية الحقوق و العلوم السياسية . قسم الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، ص 108 .

[4] . الملحق رقم 13 المتضمن قرار رقم 1333 المتضمن منح الاستفادة لممارسة حق الارتفاقات ذات المنفعة العامة لفائدة الشركة الجزائرية للكهرباء.

للمنفعة العامة و المتعلقة بخطوط الكهرباء و إقامة أعمدة ، أو قنوات باطنية في ملكه وعقاره ، طالما أن هذه الارتفاقات لا تعرض عقاره و أمنه للخطر ، كما أن ممارسة هذه الارتفاقات لا يترتب عليها زوال حق الملكية "، أي أن الشرط الوحيد لهذا الارتفاق هو معيار سلامة الأشخاص و الممتلكات، و المادة 160 من القانون السابق أشارت إلى أن هذه الارتفاقات تكون مجانا دون تعويض للمالك، لأن مثل هذا الارتفاق لا تنزع الملكية من صاحب العقار المرتَفق به.

و الملاحظ أن المواد السابقة الذكر تحدثت عن الارتفاقات على الملك بشكل عام و الذي يستغرق الجدار الفاصل.

الفقرة الثانية: القيود التي يفرضها الشيوع الإجباري.

الملكية التي لم تفرز فيها الحصص لأصحابها تسمى بالملكية الشائعة، و هي هذه الحالة نميز بين صنفين متباينين منها وهما الشيوع الإجباري و الشيوع العادي، ومعيار التمييز بينهما هو الغرض الذي أعد له المال الشائع، فإذا كان الغرض منه لا يتحقق إلا في بقائه دائما شائعا فهذا شيوع إجباري ، أما إن كان خلاف ذلك فهو شيوع عادي[1]، و محل الجدار المشترك يتحقق في صورتين :

الأولى: في ملكية المشتركة في العقارات المبنية و المعروف في الفقه الإسلامي بأحكام العلو و السفل، لأن الجدار السفلي يعد أساسا لما فوقه.

و الثانية: الجدار الفاصل سواء كان ملكيته رقبة مشتركةَ أو مملوك ملكية خاصة، و يصنفه البعض على أنه شيوع إجباري تبعي يخصص لخدمة عقارات أو أجزاء من عقار مملوك للشركاء ملكية مفرزة [2]، ويلاحظ في هذا المعيار أنه شبيه إلى حد كبير بالارتفاق.

بالنسبة للصورة الأولى: تعد ملكية العلو و السفل النواة الأولى لملكية الطبقات، حيث إن ملكية العلو و السفل هو نظام عمراني معروف منذ القديم، بحيث أن مسؤولية الدولة تتقلص في تحمل إسكان مواطنيها، و تكون الالتزامات متبادلة بين صاحب السفل و صاحب العلو بحكم مواقع العقارات ، مع الإشارة أن الدكتور السنهوري يرى أن ملكية العلو و السفل ليست ملكية الطبقات،

[1] . الحقوق العينية، أ :مُحَّد طه بشير+ د: غني سحنون طه، ج1 ، ص 133 .

[2] . المصدر نفسه ، ص 134 .

فنجده يدرس كل وضع على حدى و الرابط بينهما أنهما نوع خاص من الشيوع، وجهة الرأي هذه مبنية حول اختلاف الالتزامات و مصدرها في كل حالة

أولا: أحكام الجدار بالنظر إلى حق العلو و السفل:

حكّم فقهاؤنا في هذا النوع من الملكية حسب الواقع الذي عاصروه وكان سائدا، كما حظيَ بقسط وافر من الدِّراسة في كتب الفقه الإسلامي المالكي، في ظل الالتزامات المتقابلة، فالعقار العلوي مرهون الوجود بسلامة العقار السفلي، و في مقدمتها الجدران الرئيسية و السقف، رغم أن طريقة التّعلي في البناء الحديث لا تولي أهمية بالغة للجدران و إنّما تعتمد على الأعمدة و الركائز، و الكمرات.

أ . التزامات صاحب السفل:

قد يحظى كل الملاك بالاستقلالية في أملاكهم غير أن هناك التزامات يفرضها هذا الوضع المادي، لأن وجود العلو يلزم عنه وجود السفل، لذا قرر من التزامات صاحب السفل:

. صيانة السفل إذا وهى و صار غير قادر على حمل العلو[1]، و على الخصوص الأساسات و الجدران و السقف التي تعتبر الأمور الأساسية في البناء، بحيث تصب هذه الترميمات في تمديد سلامة العلو.

و يجبر صاحب السفل على الصيانة[2] و ذلك استناداً إلى قوله صلى الله عليه و سلم : " لا ضرر و لا ضرار " [3]، فإن أبى أجبر على البيع ممن يقوم بذلك، كي لا يؤدي ذلك إلى زوال ملك الأعلى[4].

---

[1] . حاشية الدسوقي ، العلامة مُحَمَّد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي على الشرح الكبير للشيخ أبي البركات سيدي أحمد بن مُحَمَّد العدوى المعروف بالدريدر ، عدد الأجزاء 04 ، تحقيق مُحَمَّد بن أحمد بن مُحَمَّد المعروف بعليش، دون ط ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ج 05 ، ص 31.

. ميسر الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، العلامة محنض بابة بن أعبيد الدينامي الموريتاني المالكي، عدد الأجزاء 04 ، تحقيق أحمد بن التاه بن حمَّيّنا ، ط 01 ، (1424 هـ . 2003 م)، دار الرضوان للنشر ، أنواقشط ، موريتانيا ، ج 03 ، ص 249 .

[2] . الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي أبي مُحَمَّد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت: 422 هـ)، ج 03 ، ص 45 .

[3] . موطأ الإمام مالك ، ط 03 (1418 هـ . 1998 م)، رواية أبو مصعب الزهري المدني ، عدد الأجزاء 02 ، تحقيق : الدكتور بشار عواد معروف و محمود مُحَمَّد خليل ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان، ج 02 ، باب القضاء بالمرفق، رقم الحديث: 2895 ، ص 467، و الحديث صححه الألباني، إرواء الغليل، ج 03 ، ص 414.

[4] . المعونة على مذهب عالم المدينة، أبي عبد الله مالك بن أنس إمام دار الهجرة، تصنيف القاضي أبي مُحَمَّد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، ج 2 ، ص 187 .

. الالتزام بإعادة البناء إذا تهدم السفل، و ينشأ هذا الالتزام إلاّ إذا كان سبب التهدم راجعا إلى القوة القاهرة أو بعامل القدم ، أو بفعل من صاحب السفل، أو الغير[1]، و مستند الالتزام هو أن لصاحب العلو حق القرار على صاحب السفل، بحيث يلزم صاحب العلو القيام بما يلزم لتمكين صاحب السفل من إعادة بناء سُفْله، كتعليق العلو ، و هذا الالتزام باق إلى مدى تعدد العلو [2]، و الأصل في ذلك حديث " لا ضرر ولا ضرار "، فإن أبى البناء أُجبر ، أو يجبر على البيع ممن يبني.

ب . التزامات صاحب العلو :

الأصل بالنسبة لجميع أشكال الانتفاع بالملك هو عدم الإضرار بالغير ضرر غير مألوف، مثل التي تؤدي إلى تهدم الجدران الرئيسية التي تحمل طبقات البناء، و زيادة على التزامات صاحب السفل هناك التزام آخر لصاحب العلو و هو أن لا يرفع البناء إلى درجة الإضرار بصاحب السفل، بالأحرى الجدران الرئيسية، فلو تطلب الأمر ترميم شيء ما بالعلو فليس له ذلك إلا بالقدر الذي لا يشكل ضررا، أو بالقدر الذي حيز بالقدم أي كما كان عليه [3].

ثانيا : أحكام الجدار بالنظر إلى الملكية المشتركة في العقارات المبنية:

هذه الحالة ضمن المشرع الجزائري أحكام العلو و السفل على أساس الشيوع الجبري في العقارات المبنية و التي نظَّم أحكامها في المواد 743 . 772 من القانون المدني، و خص بالذكر الأجزاء المشتركة في المادة 745 و منها الجدران الأساسية في البناء، و نجد المشرع أعطى الحق في الانتفاع بالأجزاء المشتركة، غير أن الحرية في الانتفاع بالحق بجميع أشكاله في هذا الوضع المادي مقيدة بقيدين قانونيين في المادة 749 القانون المدني، الأول هو عدم المساس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية، و الثاني عدم الإضرار بما أُعد له العقار.

---

[1]. ملكية الطوابق و الشقق . أحكامها و الآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي و القانون المدني دراسة مقارنة . ، د : مراد محمود حيدر، دون ط ، 1431 هـ . 2010 م ، منشأ المعارف الإسكندرية ، مصر ، ص 307 .

[2] . الذخيرة ، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، عدد الأجزاء 14 ، ج 06 ، ص 182 .

[3] . التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب ، تأليف خليل بن إسحاق الجندي المالكي (ت: 776 هـ)، عدد الأجزاء 09 ، ضبط و تصحيح الدكتور : أحمد بن عبد الكريم نجيب ، ط 01 ،(1429 هـ . 2008 م) ، دار نجيبويه ، القاهرة مصر ، ج 06 ، ص 369 .

و لأن هذا الوضع المادي يتأثر بعدة عوامل ، فلا بد أن يحتاج إلى الترميمات الضرورية، و التي جعلها المشرع على عاتق الشاغلين لها سواء كانوا مالكين أو منتفعين، في حالة ما إذا كانت كلفتها صغيرة، أما إذا كانت الترميمات كبيرة فيتحملها الشركاء بحسب نسب الحصص، حسب نص المادة 750 من القانون المدني، و نلحظ أنه في هذه الجزئية وافق رأياً من الفقه المالكي ، و هو لابن القاسم و الذي أخذ به سحنون و قضى به[1]، بحيث يتحمل المكتري إصلاح هطل السقوف دون صاحب الدار إلا أن يشاء، أمّا أنماط العمران الحديث، فيما يعرف بملكية الطبقات، أو المساطحة، فالغالب أن إنشاءها يقع على عاتق الدولة و تمنح للأشخاص بصيغ مختلفة من العقود، بحيث تدرج الترميمات المكلفة ضمن التزاماتها.

الفرع الثاني: القيود المقررة للمصلحة الخاصة.

بالنسبة لهذه القيود لا يمكن إخراجها عن نطاق المصلحة العامة، غير أنها تضيق نظراً لمحدودية المصلحة و اقتصارها على الجوار، لهذا رأيت تكييف قيود الاستعمال بحسب الغاية منها في كل من الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، و في حالتي الاشتراك الحقيقي و الحكمي.

فالسلطات في حالتي الاشتراك في ملكية الحائط ليست مطلقة و مقررة لطرف واحد، و هذا يقتضي تقييدها، و هذا لضمان بقاء محل الملكية و استمراريته بالدرجة الأولى، أضف إلى ذلك المحافظة على العلاقة بين الشركاء لاسيما إن كانوا جيران، ولا يخفى عنا طبيعة هذه الرابطة في أوساط المجتمعات لاسيما المسلمة منها، و في ظل هذه الخاصية نحاول تسليط الضوء على طبيعة التنظيم الذي حظيت به في كل من الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري.

بالنسبة لحالة الاشتراك الحكمي و الذي أساسه حق الارتفاق، فهو لا يختلف عن الاشتراك الحقيقي بالنسبة لأصل الأحكام التي تراعى في الانتفاع بالحائط المشترك، غير أنه عندما يخضع أي عقد من العقود لإرادة الأطراف، فالغالب فيه أن تكون النقاط موضوعة على الحروف بالنسبة لجل ما يخص العقد لا سيما الأمور الجوهرية فيه، من حين نشأته، و في الحالتين نجد أن القيود المفروضة على

[1] . الإعلان بأحكام البنيان لابن الرامي البناء ، ص 114 .

الاستعمال يمكن تقسيمها إلى قسمين بالنسبة للجدار الفاصل، منها ما هو مقرر من أجل بقاء الجدار و أخرى من أجل علاقة الجوار سنتكلم عنها بصدد الانتفاع بالجدار المشترك، بينما لا نلحظ هذا بشكل جلي في حالة الجوار الرأسي، لتداخل القيدين في بعضهما.

فالنوع الأول من هذه القيود هو غايته بقاء الجدار على حاله أو كمعلم مادي فاصل بين الأملاك المتلاصقة، و لم تختلف هذه القيود بالنظر إلى غايتها في كل من الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري.

الفقرة الأولى: عدم تعدي الغرض الذي أعد له الحائط في الاستعمال.

لأنه من البديهي أن وجود حائط فاصل بين ملكيتين عقاريتين، فإن أبرز مبررات وجوده و بالدرجة الأولى هو تحديد لنطاق الملكيتين المتجاورتين في حالة الجوار الأفقي، بالإضافة إلى استتار كل شريك من جهته،و هذا في حال ما لم يستند بناء أي من الشريكين للجدار، لكن لو فرضنا أن هذه الغاية الرئيسية للجارين من أقامتهما له، فهل يتوقفان عند هذا الحد من الاستعمال؟.

لو قلنا بهذا فإن أي شكل من أشكال الاستعمال سيخضع للإرادة المشتركة للجارين من حين إقامة الجدار، أو تبعا، وجاء في هذا الشأن في المادة 704 الفقرة 01 من القانون المدني: «لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته ».

وحتى النص القانوني جاء و كأنه يحدد الاستعمال في الغرض الذي أعد لأجله الحائط، و رغم أن للاستعمال أشكال مختلفة منها ما يكون محل للإرادة الاتفاقية، ومنها ما هو خارج الحسابات، والغرض ينطوي فقط على محل الإرادة، و أرى أن المقصود بهذه العبارة هو أن يراعى في شكل الاستعمال ما تقتضيه طبيعة الحائط، حيث أَتْبَع المشرع ذلك بنوع من أنواع الاستعمال في سياق العطف، بأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف، بشرط عدم تحميل الحائط فوق طاقته.

و من رأيي و الله أعلم بأن يستبدل عبارة " و بأن يضع فوقه ..." بعبارة "كأن يضع فوقه"، و هذا ليكون وضع العوارض على الحائط وهو كأحد صور الاستعمال على سبيل المثال.

من بين صور الاستعمال إجـراء الميازيب لتصريف المياه، و ارتفاقات الماء و الكهرباء و الغاز، و التي لا تضر بالجدار، و يراعى في نشأتها بالدرجة الأولى التكلفة، و الإجراءات الأمنية مثل التباعد بين أنابيب صرف الميـاه و أسلاك الكهرباء، إضافة إلى الطابع الجمـالي، تصنف هذه القيود من الارتفاقات الإدارية المفروضة على العقارات المبنية و غير المبنية للمصلحة العامة[1]، وهذا الأصل فيها سـواء اقتضى وجودها بجدار مملوك ملكية مشتركة أو ملكية خالصة ، فهي تعتبر ارتفاقات إدارية مقررة على العقارات المبنية و غير المبنية، وهي قيود مقررة أصلا على الملكية العقارية خدمة للمصلحة العامة، و هي ارتفاقات يعتد فيها بضرورة وجود العقار الخادم فقط، بغض النظر عن العقار المخدوم.

وهنا نجد التوافق بين القانون المدني و الفقه المالكي، حول ضرورة بقاء الحائط و أن تكون الاستعمالات الواردة علية، في حدود ما لا يفوت وجوده المادي، حيث قال صاحب فصول الأحكام: " و إن كان جدار بينهما فأراد أحدهما أن يحمل عليه كلبا أو شيئا مما لا يضر صاحبه، لم يمنع من ذلك إلا أن يقول أهل البصر: إن الجدار يضعف من ذلك فيمنع "[2].

و موقف الفقه المالكي أن الاستعمال المبالغ فيه و الذي يجعل الجدار عرضة للسقوط، محظور ابتداءا، و هذا دفعاً للضرر المحتمل الوقوع من إثقاله بحمل فوق طاقته[3]، إلا أن يقوى الحائط ليتناسب مع طبيعة الاستعمال[4]، كزيادة سمكه و كل ما يدعم الجدار ليصبح أكثر متانة و قوة بحيث لا يتأثر بالاستعمالات الطارئة، و ربما يحتاج إلى إعادة بنائه من جديد، و هنا يرجع إلى سلطان الإرادة العقدية للجيران، بحيث لا تتغير حصص الشركاء فيه و هو قول أصبغ بن فرح [5].

و في كل الحالات الاستعمال السالفة الذكر لا يحق للشريك أن يبادر بذلك دون أخذ إذن شريكه، و هذا محل إجماع أهل المذهب[6].

---

[1] . قيود الملكية العقارية الخاصة، خوادجية سمية حنان ، (رسالة ماجستير جامعة، قسنطينة 2007 ـ 2008)، ص 91.

[2] . فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء و الحكام، للقاضي سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، ص 183 ـ 184.

[3] . توضيح الأحكام على تحفة الحكام ، الشيخ سيدي عثمان بن المكي التوزري، دون تحقيق ، عدد الأجزاء 04 ، ط 01 ،المطبعة التونسية 1339 هـ ، ج 03 ، ص 178.

[4] . الإعلان بأحكام البنيان ، ابن الرامي البناء ، ص 44 .

[5] . المصدر نفسه، ص 49 .

[6] . المصدر نفسه، ص 48 .

الفقرة الثانية: عدم إحداث الضرر بالجدار.

عن عمر و ابن يحي المازني عن أبيه أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال :" لا ضرر ولا ضرار"[1]، هذا الحديث و رغم الخلاف حول صحته، إلا أنه لم يستبعد في الاستدلال به كقاعدة فقهية، و الذين أخذوا به كحديث اختلفوا في مدلوله، لكن المغزى من ذلك هو منع الضرر في جميع الأحوال، و الذي هو بمثابة السياج الذي يحفظ على الناس حقوقهم و ممتلكاتهم، وفق ما تقتضيه الحياة الاجتماعية لاسيما في علاقة الجوار.

قال صاحب التحفة : و محدث ما فيه للجار ضرر محقق يمنع من غير نظر

كالفرن و الباب و مثل الأندر أو ما له مضرة بالجدر

ما سنركز عليه هنا ، هو الشطر الأخير من البيت الثاني، أي أن كل عمل يأتيه الفرد سواء في ملكه أو ملك غيره من شأنه الإضرار بالجدار ضررا محققا فهو ممنوع ابتداءً، و غالب الضرر يأتي من جراء استعمال غير مدروس الأحوال الممكنة الحدوث، أو نتيجة لإهمال الصيانة و الترميم، أو القيام بها على نحو غير ملائم، و يشترط في الضرر أن يكون حديثا[2] غير قديم تم حيازته.

و سنأتي إلى بعض الاستعمالات التي قد تضر بالجدر و التي يذكرها فقهاء الإسلام على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، و التي تندرج تحت مقتضى الحديث السابق.

أولا: الحفر إلى جانب الجدار

حفر البئر أصلا مقيد بقيدين في الفقه المالكي، أولهما يتعلق بحريم البئر و الآبار و العيون حين تكون في الفَلوات و حيث لا يملك [3]، و القيود التي ترد عليها هي من أجل المصلحة العامة.

---

[1] . سبق الإحالة إليه.

[2] . مناهج التحصيل و نتائج لطائف التأويل في شرح المدونة و حل مشكلاتها، أبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، تقديم الأستاذ الدكتور علي علي لقم، عدد الأجزاء 10، ط 01 ، (1428 هـ. 2007 م)، دار بن حزم ، لبنان، ج 09 ، ص 322 .

. منتخب الحكام و بيان ما عمل به من سير الحكام، الإمام أحمد بن خلف بن وصول الطليطلي، تحقيق الأستاذ الدكتور حميد لحمر، ط 01، (1429 هـ. 2008 م)، دار بن حزم بيروت لبنان ، ص 136.

[3] . النوادر و الزيادات، ج 11 ، ص 22 ،(من سماع أشهب عن مالك).

. التفريع ، أبي القاسم عبيد الله بن الحسين ابن الحسن ابن الجلاب البصري، (ت: 378 هـ)، عدد الأجزاء 02، تحقيق الدكتور حسين بن سالم الدّهماني ، ط 01 (1408 هـ. 1987 م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، لبنان ، ج 02 ، ص 291 .

و ثانيها يتعلق بحفر البئر في ما صار مملوكا ملكية خاصة، و هنا يقيد الحفر بشرط عام و هو عدم الإضرار بالجار ضررا بيناً[1]، ومن صور الضرر حفر الرجل البئر في خالص ملكه و قريبا من الجدار الذي هو شريك فيه، و لأن هذا الضرر حادث فإنه يمنع قضاءاً باتفاق أهل المذهب [2].

ثانيا: غرس الأشجار إلى جانب الجدار:

تقدم الحديث أن كل ماله مضرة بالجدر فإنه واجب الإزالة ، و من المعلوم أن بعض الأشجار يتزايد حجمها بمرور الزمن إلى حد كبير بحيث تنتشر أغصانها في الفضاء و عروقها في الأرض، انتشارا باهراً، و لا يخفى ضررها إن وجدت جنت الجدر، بحيث راعى فقهاؤنا معيار الحداثة و القدم في دفع ضررها.

. فإذا كانت الشجرة محدثة و الجدار أقدم منها فإنه يقضى بأن يقطع منها كل ما أضر بالجدار و يشمر [3].

. أما إذا كانت الشجرة أقدم من الجدار فهناك قولان:

القول الأول: إذا كانت على ما هي عليه، و انتشرت و زادت أغصانها قطع منها ما أضر بالجدار، و هو قول مطرف و أصبغ و ابن حبيب، بحيث ليس لصاحب الجدار المطالبة بقطع الشجرة كلية[4].

ووجه هذا الاستدلال أن الانتشار أمر مألوف في الشجر من تجدد نموها، بحيث يكون قطع الضرر الذي ازداد فقط أما القديم منه فقد حازه صاحب الشجرة [5]، و من هنا يمكن أن نستخلص معيارا آخر للضرر الذي يجب قطعه و هو الضرر المتزايد.

---

[1] . المدونة الكبرى، للإمام مالك ، ج 04 ، ص 474 .

. النوادر و الزيادات، ج 11 ، ص 22.

[2] . البهجة في شرح التحفة ،أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، ج 2 ، ص556.

[3] . الإعلان بأحكام البنيان ، ابن الرامي البناء ، ص 221 .

[4] . فصول الأحكام ، ص 189 .

[5] . الذخيرة ، للقرافي، ج 06 ، ص 176 .

القول الثاني: يرى ابن الماجشون عكس ذلك لحيازة صاحب الشجرة حريمها [1]، بحيث يترك ما زاد من انبساطها و انتشارها ، و إن أضر بالجدار و العلم بأن هذا من شأن الشجر سيُثنيه عن البناء قريبا منها، و قال صاحب التحفة:

و كل ما كان من الأشجار جنب جدار مبدي انتشار

فإن يكن بعد الجدار و جدا قطع ما يؤذي الجدار أبدا

و حيث كان قبله يشمر و تركه و إن أضر الأشهر [2]

ثالثا: تخصيص البناء المجاور لمزاولة نشاط استثماري.

عندما يتخذ الجار عقاره الملاصق لآخر فإن الأضرار التي قد تترتب على ذلك تكون إما منصبة على بناء جاره، أو ملقاة على شخص الجار.

و أما الأضرار التي تلحق الجدار بالدرجة الأولى فقد حفلها الفقه الإسلامي بمعايير في غاية الدقة ، فلم يجعلها في ميزان واحد، و لم يجعل ضابطها هو الألفة كما في القانون [3]، و إنما جعل ضابط الضرر مما يستغنى عنه في المعاش أو ممَّا لا يمكن الاستغناء عنه، الذي كان واردا بالنسبة للعقارات المبنية بالدرجة الأولى، وقد يتبع هذه المعايير ببعض الحيل التي تنفي مبرراتها إن أمكن، استنادا إلى قاعدة الضرر يزال.

1: أعمال لا يمكن الاستغناء عنها في المعاش وتشكل ضرر على الجدار الفاصل.

لقد تناول فقهاء الشريعة هذه الأعمال بحسب الحياة الريفية السائدة في زمانهم، و الحكم فيها يعتبر أصلاً لِما يكون على شاكلته، إضافة إلى أن مصالح زمنهم تتطلب الكثير من الضرورات و قد ينجم عنها مشقة معتبرة مقارنة بوقتنا الراهن؛ فحاجة الإنسان إلى طهي الطعام بالمطابخ في زمننا،

[1] . الميسر الجليل في شرح مختصر خليل ، ج 03 ، ص 252 .

[2] . تحفة الحكام في نكت العقود و أحكام ، لأبي بكر مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن عاصم الأندلسي ،(ت: 829 هـ) ، تحقيق مُحَمَّد عبد السلام مُحَمَّد ، ط 01، (1432 هـ. 2011 م) ، دار الأفاق العربية ، القاهرة، مصر، باب ضرر الأشجار ، ص 103 .

[3] . ضابط الضرر المألوف و الضرر الغير مألوف في القانون المدني.

تلزم صاحب البيت أن يتخذ من الاحتياطات ما يحول بينه و بين احتراق بيته و البيوت المجاورة [1]، و الحاجة إلى الدواب لا غنى عنها في أزمنة مضت، ومن حق صاحبها أن تبييتها في بيته [2]، و من البديهي أن تحتاج هذه الدواب إلى المأكل و المأوى، فمأكلها يحتاج لدق النوى، و مأواها يكون مرتعاً لحركتها و أبوالها و زبلها، و ربما يتضرر البنيان جراء ذلك، و بالتالي نكون بصدد ضرر متقابل و على نفس الدرجة، و إعمالا لقاعدة الضرر يدفع قدر الإمكان كان جواب نازلة وردت في المعيار:

" و سئل عمن أحدث خلف بيت جاره رواء لدابة صغيرة، فاشتكى صاحب الدار ضرر الدَّابة.

فأجاب بوجوب زواله و إخراج الدابة منه، فصاح صاحب الدابة و قال له ليس لي غنّى عن الدَّابة، لأن عليها معاشي و لابد منها، فاستفهم لي أهل المعرفة فيما يرفع عن جارى، فارتفع عرفاء البنيان عن أمره، يحفر أساسا و ينزل فيه قدر القامة خلف الحائط الذي هو صدر البيت، و يرفع في حفره حائطاً من تحت وجه الأرض بخمسة أشبار إلى منتهى السقوف، و عرفوا القاضي بما أمروا به صاحب الدّابة، فلما فعل ذلك انقطع الضرر عن صاحب البيت بذلك ، فقال القاضي رحمه الله يشهد على صاحب الدابة بذلك لئلا يطول الزمان و ينتزع الحائط و يستحق المربط بالقِدم "[3].

2: أعمال ليست ضرورية للمعاش الأرحية الفرن الحمام

بمعنى أن يتخذ الفرد مسكنه أو مبناه الملاصق لجاره من أجل مزاولة نشاط استثماري، و الذي يصطلح عليه صاحب التحفة بالمنافع في قوله :

فإن يكن يضر بالمنافع كالفرن بالفرن فما من مانع[4].

فهذا يعني أن حق الملكية في الفقه الإسلامي له أحكام إذا ما تعلق الأمر بمثل هذه الأشكال من الاستعمال نحاول استقراءه من بعض النوازل التي حدثت في زمنهم ، منها وما ورد في إحداث الحمام على الديار حيث سئل عنها القاضي عياض.

[1] . البهجة في شرح التحفة ، ج 02 ، ص 556.

[2] . المعيار المعرب ، ج 08 ، ص 445 .

[3]. المعيار المعرب ، ج 09 ، ص 08 .

[4] . تحفة الحكام ، باب الضرر و سائر الجنايات ، ص 103.

. " جوابك رضي الله عنك في دارين متلاصقتين لرجلين أراد أحدهما أن يبني في داره حماما فقال له صاحب الدار الثانية ، إن بنيته أضر ذلك بساكني الدار الثانية، و شهد فيه أهل البصر بالبناء، و ثبت العقد عند قاضي موضعهما فهل ترى . وفَّقك الله . بعد إثبات هذا العقد أن يباح له البناء حتى يستبين الضرر بعد البناء، أم يمنع من البناء بما ثبت عند القاضي ...

الجواب : إذا كان الأمر على ما ذكرته في ذلك فله أن يمنع الباني للحمام من بنائه قبل أن يبنيه و بعد أن يبنيه، و هو المشهور في المذهب، و هو الذي كان يعضده الخبر الصحيح فاعلم ذلك و بالله التوفيق "[1].

و عند استقراء هذه النازلة نجد معيار الضرر المعتبر الذي يجب منعه له شروطا تمثلت في كونه طارئاً، و ثابتاً بشهادة أهل الاختصاص، و من ثم يحكم بإزالته قبل و بعده، أو في جميع الأحوال، رغم أن محل تصرف الجار هو في خالص ملكه، و يقاس على الحمام ، الفرن للحديد و تسبيك الذهب و الفضة، و كل ماله مضرة بالجدر هو قول مالك[2]، و هو المتفق فيه بين أهـل المذهب [3].

ولو كان موضع الفرن أو الرحى أقدم من الدار، لكنه كان عطلا و ربّما آل خربا و مرّ عليه زمن طويل ، فلصاحب الدار أن يمنع محدثه من ذلك، و لأن ضرر صاحب الفرن أو الرحى في منعه إنشاءه، و ضرر صاحب الدار في إنشاء الرحى، فالضرر متقابل و إعمالاً لقاعدة الضرر يزال يبيح الفقيه ابن الرامي إنشاء الرحى بشرط أن يبني للجار جدار يزيد في قوة جدرانه أو أن يباعد بين الرحى أو الفرن مقدار ما يزول به الضرر[4].

و بالنسبة للقانون المدني فإنه يسرد أمثلة و نماذج عن هذه الأعمال التي تضر بالجيران وجدران المباني في المادة 712 حيث تنص :" يجب أن تشأ المصانع و الآبار، و الآلات البخارية و جميع المؤسسات المضرة بالجيران على المسافات المبينة في اللوائح و بالشروط التي تفرضها "، يستخلص أن المشرع لا

[1] . مذاهب الحكام في نوازل الأحكام ، للقاضي عياض و ولده مُحَمَّد، تقديم و تحقيق الدكتور مُحَمَّد بن شريفة ، ط 01 ، 1990 م ، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، كتاب نفي الضرر ، ص 91 .

[2] . مناهج التحصيل و نتائج لطائف التأويل في شرح المدونة و حل مشكلاتها، ج 09 ، ص 321 .

[3] . الإعلان بأحكام البنيان ، ص 62 .

[4] . المصدر نفسه، ص 63 .

يحدد نوعا خاصا من الضرر، بل هو متروك على إطلاقه بشرط أن يكون معتبراً و هذا يثبت طبعا بتقرير من أهل المعرفة بذلك.

بل إن المشرع يضع إجراء أولي للتصدي لأغلب الأضرار المحتملة، و ذلك باحترام اللوائح و الأنظمة ممّا يعني استصدار رخصة من الهيئة الوصية مسبقاً، بحيث يجب أن لا تخالف المنشآت قواعد المخطط التوجيهي المعماري من تغيير لموقع المشاريع أو الإخلال بالارتفاقات العامة[1]، فإن حدث ضرر لم يكن متوقع و ذلك لسوء تقدير أو تبصر، فالمشرع لم يضع نصا خاصا بذلك و إنما تحكمه القواعد العامة لإزالة الضرر، و هذا وفقا لمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر الثاني للقاعدة القانونية[2].

[1] . قرارات التهيئة و التعمير في التشريع الجزائري ، رسالة ماجيستر في القانون الإداري و الإدارة العامة للطالب لعويجي عبد الله بإشراف الأستاذ الدكتور عزري الزين ،كلية الحقوق بجامعة باتنة ، 2011 . 2012 م، ص 28 .

[2] . المادة الأولى من القانون المدني.

الفصل الثاني: آثار الاشتراك في الحائط

المبحث الأول: الانتفاع بالحائط المشترك

المطلب الأول: ماهية الانتفاع

المطلب الثاني: أحكام الانتفاع بالجدار المشترك

المبحث الثاني: أحكام التصرفات الواردة على الجدار المشترك

المطلب الأول: قسمة الجدار المشترك

المطلب الثاني: هدم و تهدم الجدار المشترك

الفصل الثاني: آثار الاشتراك في الحائط.

لأن الجدار المشترك أحد صور الملكية المشتركة في حالتي الجوار الرأسي و الجانبي، أو الاشتراك الحقيقي و الحكمي المستند إلى حق الارتفاق، و في كل حالة يرتّب التزامات في حق كلا الجارين تحد من سلطاتهما عليه، من حين نشأته أو إدخال تعديلات عليه، أو إزالته كلية أو إزالة الاشتراك فيه، فكل ذلك يتم وفق ضوابط يقتضيها الاشتراك، لذلك رأيت ذكر تفاصيل هذا الفصل في مبحثين، الأول يخص الانتفاع بالحائط المشترك، و الثاني التصرفات الواردة على الحائط المشترك.

المبحث الأول: الانتفاع بالحائط المشترك.

تتعدد صور انتفاع الشخص بملكه بحيث لا يمكن حصرها، و هي مقيدة بمجموعة من الضوابط تقتضيها الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، مثل الانتفاع بالحائط المشترك الذي يتقيد في الغالب بحق الجوار و حق الارتفاق، حيث يخضع تقدير هذه الأحكام إلى التفاوت بين المصلحة و الضرر في كل وجه من أوجه الانتفاع التي تتعلق بالحائط المشترك اشتراكا حقيقيا أو حكميا، و التي تنبع من ممارسة السلطات التي يمنحها حق الملكية بصفة عامة، و هذا ما سنحاول دراسته في مطلبين: الأول نخصصه لمفهوم الانتفاع، و الثاني لضوابط الانتفاع.

المطلب الأول: ماهية الانتفاع.

يعتبر الانتفاع الغاية من حق الملكية لهذا يجب علينا أولا أن نعرف ماهيته و ذلك من خلال تقسّيم هذا المطلب إلى فرعين: الأول نخصّه لمفهوم الانتفاع أما الفرع الثاني نخصّه بإبراز وزنه كسلطة أو مجرد إذن و ذلك من خلال ذكر أبرز الفروق الجوهرية بينها.

الفرع الأول: مفهوم الانتفاع.

الانتفاع في اللغة من النفع و هو ضد الضر، بمعنى الخير، وهو ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه[1]، فالانتفاع: الوصول إلى المنفعة، يقال انتفع بالشّيء: إذا وصل به إلى منفعةٍ.[2]

أما في الاصطلاح فكثيرا ما ترد كلمة الانتفاع بمعاني مختلفة و غير منضبطة، فترد بمدلول ملك المنفعة عند الحنفية[3]، غير أن لفقهاء المالكية تفصيل في كليهما، فالمنفعة ترتبط بلفظ "ملك"، فيقال " ملك المنفعة "، وهي اختصاص يكسب صاحبه بأن ينتفع بنفسه، و يملكها غيره، أما الانتفاع فهو

---

[1] . لسان العرب ، للمؤلف مُحَمَّد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، عدد الأجزاء 12 ، دار صادر ، بيروت ، ط 01 ، ج 08 ، ص 359 .

[2] . المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن مُحَمَّد الفيومي ، الجزء 02 ص618.

وينظر لمزيد من التعريفات اللغوية واشتقاقات الكلمة المصادر التالية:القاموس المحيط، لمجد الدين الفيروز أبادى المتوفى: 817هـ ، ط الثامنة، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، لبنان ، 1426 هـ - 2005 ص 991 .

[3] . الفقه الإسلامي و أدلته، الدكتور وهبة الزحيلي، عدد الأجزاء 05 ، ط 02 (1405 هـ. 1984 م)، دار الفكر، دمشق، ج 04 ، القسم الثاني: النظريات الفقهية. نظرية الملكية، ص 60.

مجرد رخصة شخصية بناءاً على إذنٍ عام أو خاص[1]، و يرى الفقيه أبي عبد الله مُحَمَّد الخرشي في شرحه لمختصر خليل أن العلاقة بينهما هي علاقة عموم وخصوص في قوله: " ... ويلزم من ملك الذات ملك المنفعة و ملك الانتفاع، لا يلزم منه ملك الانتفاع ملك المنفعة "[2]، و غالبا ما يذكر الانتفاع مقترنا بلفظ "حق"، فيقال "حق الانتفاع"، ليشمل عددا من المعاني منها:

. حق الانتفاع: لفظ يختص بمنافع أصل في غير إطار الملك، وهو عبارة عن الترخيص أو الإذن لشخص في أن يباشر بنفسه[3]، و نميز بين نوعين من حق الانتفاع فإما أن يكون عينيا عندما ينصب على عقار مثل حق الارتفاق، كما يرى بعض الفقهاء الأحناف بأنه أحد صور الانتفاع كما قال ابن رجب الحنبلي: " ومن صور حق الانتفاع حق الجار في عقار جاره اللصيق، كوضع خشبة على جدار الجار وإجراء ماء في غير أرضه عند الضرورة"[4]، و يلاحظ أن هذا ليس بحد لماهية الانتفاع بل عرض لإحدى صوره، و يمكن لحق الانتفاع أن يكون شخصيا ثابتا لشخص على شيء ما[5].

و إذا تقرر لشخص ملك المنفعة فقط، أو الانتفاع فقط سمي ملكاً ناقصا، أما لو تقرر له كلاهما مع ملك رقبة الشيء المنتفع به سمي ملكاً تاماً[6].

أما من عرفه من فقهاء القانون و ذكر أنه حق متفرع عن حق الملكية على أنه:" حق يتقرر للمنتفع على ملك الغير، يخول له استعمال الشيء و استغلاله فقط دون التصرف فيه ، إذ يبقى للمالك سلطة التصرف في أصل الشيء "[7].

---

[1] . الفروق ، الإمام أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي (ت: 684 هـ)، و معه إدرار الشروق على أنوار الفروق ، للإمام أبي القاسم قاسم بن عبد الله بن الشاط (ت: 723 هـ)، ضبط و تصحيح الشيخ مُحَمَّد علي بن حسين المكي المالكي، عدد الأجزاء 04 ، ط 01 (1418 هـ . 1998 م)، دار الكتب العلمية، بيروت ، ج 01 ، الفرق الثلاثون ، ص 330 .

[2] . شرح الخرشي على مختصر خليل ، أبي عبد الله مُحَمَّد الخرشي، ط 02 (1318 هـ)، عدد الأجزاء 08 ، دون تحقيق، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق . مصر، ج 06 ، باب الشركة ، ص 38 .

[3] . خصائص حق الانتفاع و آثاره (بيع المنافع و بيع العقود)، مقدمة إلى المؤتمر السادس للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، الدكتور مُحَمَّد على القري، جامعة الملك عبد العزيز، جدة ، ص 07 .

[4] . تقرير القواعد و تحرير الفوائد، زين الدين عبد الرحمان بن أحمد لابن رجب الحنبلي، عدد الأجزاء 04 ، تصنيف جلال الدين أبي الفرح نصر الدين البغدادي ، دون ط ، دون سنة ط ، ج 02 ، القاعدة 85، ص 267.

[5] . الوجيز في شرح القانون المدني، د: علي هادي العبيدي، ط 09 (1433 هـ . 2012م) . دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن ، ص 197.

[6] . الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، الأستاذ على الخفيف ، دون ط ،(1416 هـ . 1996 م)، دار الفكر العربي ، مصر ، ص 52 . 53.

[7] . المدخل للعلوم القانونية، تأليف الدكتور أحمد شوقي عبد الرحمان ، و الدكتور: مُحَمَّد أحمد المعداوي ، مقرر دارسي مستوى أول: 2011. 2012 م ، جامعة بنها، ص 114.

و يعرّف في الفقه الفرنسي:" هو الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع"[1].

أما القانون الجزائري فلم يعرف الانتفاع و إنما اكتفى بذكر الأحكام المتعلقة به في المواد :844 إلى 854 ، و نجد بعض فقهاء القانون من عرّفه في مضمون المادة 852 من القانون المدني بأنه: " حق عيني متفرع عن حق الملكية المقرر لشخص على شيء مملوك للغير ويضم سلطتي الاستعمال والاستغلال ويكون للمنتفع صاحب هذا الحق سلطة استعمال الشيء واستغلاله فقط دون التصرف فيه وتبقى سلطة التصرف في الشيء للمالك الذي يسمى بمالك الرقبة ويسمى حقه على الشيء ملكية الرقبة "[2]، حيث أعطى المنتفع سلطتي الاستعمال والاستغلال فقط وهو ما يميزه عن حق الملكية الذي يمنح صاحبه سلطة إضافية وهي سلطة التصرف، و كيَّفه على أنه حق مؤقت ينتهي بموت المنتفع أو بانتهاء المدة المحددة، فإن لم يستعمل مدة خمسة عشر سنة زال هذا الحق[3]، و هي مدة التقادم المسقط.

و الملاحظ أن معيار التمييز بين المصطلحين هو ما ذكره الفقهاء في مؤلفاتهم دون خوض فيه أو تحديد في مفهوم كل منهما، حيث نجد المنفعة ارتبطت بكلمة "ملك"، و سميت (ملك المنفعة) وقابلها ملك الرقبة، بينما ارتبط مصطلح "الانتفاع" بالحق و سمي (حق الانتفاع)[4]، و من أبرز خصائص حق الانتفاع هي:

. حق الانتفاع لا يحصل به الملك ويعطي صاحبه فقط سلطتي الاستعمال و التصرف، و لا يمكن المعاوضة عليه .

. حق الانتفاع شخصي بالنظر إلى المنتفع، لا يمكن إباحته للغير، بخلاف المنفعة، وهو حق عيني عندما يرد على عقار بالنظر إلى محله.

---

[1] . حق الانتفاع العقاري صوره و أحكامه، لفضيلة الشيخ: أ. د حسين حامد حسان ، مؤتمر شورى الفقهي الخامس : 16 . 17 ديسمبر 2013، المبحث الأول.

[2] . نظرية الحق، مُحَّد حسنين ، ص 121.

[3] . المرجع نفسه، ص 123.

[4] . استقراء المراجع:. الفقه الإسلامي و أدلته ، د: وهبة الزحيلي ، ج 04 ، ص 60 .
. الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الإمام مُحَّد أبو زهرة ، ص 74 . 81.

. حق الانتفاع قد يتساوى فيه الجميع، كالانتفاع بالطرقات و الجسور ...[1].

الفرع الثاني: تمييز الانتفاع كسلطة عن الانتفاع كحق.

من خلال تعريف الانتفاع، تبينا أنّه قد يكون صادراً عن المالك بمقتضى السلطات التي يمنحها حق الملكية، و تارة أخرى يصدر عن غير المالك بناء على إذن عام أو خاص، و في الحالتين فهو يتشابه إلى حد بعيد مع مفهوم الإباحة و الاختصاص.

الفقرة الأولى: الانتفاع كحق أساسه الإذن.

الانتفاع المبني على الإذن في سلطة ما ممن يُخول له ذلك، يكون بمعنى الإباحة التي عرفها الدكتور وهبة الزحيلي على أنها:" الإذن باستهلاك الشيء و استعماله كالإذن العام بالانتفاع بالمنافع العامة كالمرور في الطرقات، و الجلوس في الحدائق و دخول المشافي، و الإذن الخاص باستعمال ملك شخص معين كركوب سيارته، أو السكن في داره"[2].

نجد تقريبا ذات التعريف في الموسوعة الفقهية التي كيفته على أنه الإذن بالانتفاع[3]، وليس هناك تباين في المفهومين لأن من أوجه الانتفاع استعمال الشيء سواء كان مما يفوت بالاستهلاك أو مما لا يفوت بالاستهلاك.

وبناءً على ما ذكرناه فإن ما يميّز الإباحة عن حق الانتفاع، بأنها تحتاج لإذن من المالك وتكون شخصية، دون أن يتملك المباحُ له العين أو المنفعة، و لا تخول له التصرف[4]، أما الانتفاع فيمكن أن يتقرر بإذن أو بغير إذن، و يمكن اعتبار انتفاع الجار بجدار جاره اللصيق إباحةً عندما تتقرر بإذن متعارف عليه أو بإذن صريح من الجار.

[1] . المؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية ، الجامعة الإسلامية 1430 هـ . 2009 م ، الوقف بين حكم ملك الله تعالى و الملكية العامة، د: ابتسام بالقاسم عايض القرني ، ص 189.

[2] . الفقه الإسلامي و أدلته، د: وهبة الزحيلي ، ج 05 ، ص 494.

[3] . الموسوعة الفقهية ، ج 01 ، ص 132.

[4] . الملكية و ضوابطها في الإسلام ـ دراسة مقارنة مع أحداث التطبيقات العلمية المعاصرة ـ ، د: عبد الحميد محمود البعلي، ط01 ، 1985م، نشر مكتبة وهبة، مصر، ص 108.

الفقرة الثانية: الانتفاع كسلطة.

يتقرر الانتفاع كسلطة لمالك الشيء بناءً على صفته كمالك للعين المملوكة بحيث يتسنى له ممارسة كل السلطات التي يمنحها حق الملكية وهي الاستعمال، التصرف، و الاستغلال، و يمكن اعتبار الانتفاع في هذه الحالة كاختصاص للمالك في ملك رقبة الشيء و يسمى اختصاص بالملك، و يمكن أن يتقرر الانتفاع بالشيء دون ملكية الرقبة كما في حالة الانتفاع بالشيء الموقوف و يسمى اختصاص انتفاعي[1]، لا يشاركه فيه غيره لكن تتقلص السلطات فيه على شرط الواقف.

الفرع الثالث: أوجه الانتفاع بالحائط المشترك.

الملكية المشتركة نوع خاص من حق الملكية بوجه عام، شاملة لجميع عناصرها، فهي تتيح لصاحبها كل أشكال الانتفاع المشروعة، و لا تتقيد إلا في حالة الإضرار بالشركاء كإبطال حقهم في الانتفاع[2]، إضافة إلى عدم الإضرار بالعين المملوكة ملكية مشتركة، عدم تجاوز المنتفع الحد المعتاد المسموح به في الانتفاع، و يجب أيضا أن يراعي المنتفع حدود إذن المالك، أو الحدود المتفق عليها عند إنشائه، كأن لا يتصرف الشريك في الجدار المشترك إلا بإذن من الشريك، كباقي مقتضيات الشركة[3].

و صور الانتفاع بالحائط المشترك نابعة من طبيعة السلطات التي يمنحها نوع الاشتراك فيه، و سنذكر أبرز أوجه الانتفاع بالجدار المشترك دون تفصيل ضوابطها و التي سوف يتم ذكرها في المطلب الموالي من هذا المبحث، و تجدر الإشارة أن ما يميز الانتفاع في حالة الاشتراك الحقيقي عن الاشتراك الحكمي، أن الأول يستند إلى حق الملكية و الأساس الثاني للانتفاع هو إذن الشريك كقيد على الحق، أما الانتفاع في حالة الاشتراك الحكمي فهو يستند إلى حق الارتفاق، في كل هذه الاستعمالات الآتي ذكرها.

الفقرة الأولى: غرز الخشب.

هذا النوع من الانتفاع غالبا ما ينصب على الجدار الفاصل المملوك سواء المملوك ملكية مشتركة أو ملكية فردية، فإذا صدر من المالك فذلك بمقتضى السلطات التي يمنحها حق الملكية، أما

[1] . حق الاختصاص دراسة فقهية مقارنة ، من إعداد الطالب : حيدر حسن ديوان الأسدي، رسالة ماجستير في الشريعة، إشراف الدكتور: كاظم زاهد، كلية الفقه ، جامعة الكوفة، 2011 م ، ص 17.

[2] . الموسوعة الفقهية، ج 06، ص 305.

[3] . التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ج 06، ص371.

صدوره من غير المالك فهو لا يعدو أن يكون انتفاع أساسه حديث أبي هريرة السالف الذكر، الذي تباينت فيه أراء الفقهاء حول حكمه[1].

الفقرة الثانية: فتح الكوى و المناور

تنقسم إلى قسمين منها ما غايته التكشف و التطلع على الجيران، أي أن يجعل الرجل في بيته كوة أو نافذة مقابلة لعقار جاره سواء قصد التكشف أم لم يقصده، و نوع آخر غايته التهوية و الاستضاءة لا يتكشف منها ملك الجار، و الغالب أن مثل هذه التصرفات تطرأ على الجدار الفاصل المملوك ملكية فردية و خاصة لأحد الجارين (الاشتراك الحكمي)، و من المستبعد أن يكون محلها جدار مشترك رقبة و منفعة.

فالنوع الأول إن كان قديما فهو ضرر يبقى على حاله حسب قول ابن القاسم[2]، أما المحدثة منها فحكمه مبني على إثبات ضرر التعرض للخصوصية من جراء التكشف[3]، كذلك العقار المتُكَشف عنه[4].

أما النوع الثاني الذي يكون غرضه التهوية و الاستضاءة و هي المسماة بالمناور، و لا يمكن الإطلاع منها إلا بواسطة كرسي أو سلم أو بتسوُرِ فلا نهي فيها، حيث أن الأصل فيها عدم التكشف و انتهاك لخصوصية الجار[5].

الفقرة الثالثة: تعلية الجدار الفاصل.

تعلية الجدار الفاصل تتم إما بتعليته فقط أو بتعلية كامل البناء المجاور، في كِلا حالتي الاشتراك، و في هذه الحال يترتب ضرران أحدهما قد يكون بسبب التكشف على الجار اللصيق، و الضّرر الآخر هو حجب الشّمس و الهواء عنه، فالأول منها الأصل فيه أن لصاحب الحق أن يعلي بنيانه كما

---

[1] . سيأتي تفصيله في المطلب الموالي.

[2] . فصول الأحكام و بيان ما مضى عليه العمل من الفقهاء و الحكام ، ص 187 .

[3] . الإعلان بأحكام البنيان ، ص 67 .

[4] . المعيار المعرب ، ج 08 ، في إحداث الكوى على السطوح، ص 449 ، إحداث الكوى في الأبراج ، ص 450 .

[5] . فتاوى البرزلي (جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين و الحكام)، الإمام الفقيه أبي القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي (ت : 841 هـ) ، عدد الأجزاء 05 ، تحقيق الأستاذ الدكتور مُحَّد الحبيب الهيلة ، ط 01 ، 2002 م ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ج 04 ، ص 361 .

يشاء، إلا أنه يمنع من ضرر التكشف في قول مالك[1]، أما رفع البنيان بحيث يسد كوى الجار فيمنع عنه الشمس، أيضا يتجاذبه حقان مقرران لكل واحد من الجارين، حيث أنه و إن منع من الإضرار بجاره ، لحقه الضرر جراء المنع من التصرف في ملكة[2].

الفقرة الرابعة: الترميمات.

كثير ما تستدعي الحاجة إلى الانتفاع بالجدار المشترك أو تحسينه، إجراء ترميمات و تصليحات تكون لازمة، فيتحملها الشركاء لأن في تركها تضيعاً للجدار و منفعته، وهذا الذي ذهب إليه الفقه المالكي، بجبر الشريك على العمارة مع شريكه أو أن يبيع ممن يحل محله في التعمير، والجبر هنا عن طريق القضاء بقولهم:" ويقضى على الشريك فيما لم يقسم أن يعمر أو يبيع"[3]، وقيل بعدم الإجبار على الإصلاح وإنما يصلح من أراد في حقه[4].

و وافق القانون المدني الجزائري الفقه المالكي في إلزام الشريكين بتحمل أعباء البناء و نفقات الترميم، خاصة إذا كانت هذه الترميمات ضرورية للجدار و للجارين مصلحة قوية وجدية في بقائه قائماً و فاصلا بين عقاريهما كأن تستند مبانيهم إليه، و قد تقتضي الحاجة إعادة بنائه من جديد، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى النص عليه في المادة 704 الفقرة الثانية: "فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له، فإن نفقة ترميمه و إعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه ".

ومقتضى ذلك أن لكل منهما أن يجبر الآخر على المساهمة في النفقات الضرورية لاستعمال الحائط المشترك في حدود الغرض الذي أعد له، وهذا بناءا على الاشتراك في الملكية، و أن المصلحة من الترميم تعود عليهما معا.

أما لو كانت مصلحة الترميم أرجح لأحدهما من الآخر، وأراد أحدهما الترميم و أبى الآخر لعدم قدرته على تحمل النفقات أو بدون مبرر مقنع، فلم نجد لهذا نصا في القانون المدني، رغم أن القواعد

[1] . المدونة الكبرى ، ج 04 ، ص 320 .

[2] . المدونة الكبرى ، ج 04 ، ص 320 .

[3] . أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، ص 109.

[4] . الذخيرة ، ج 06 ، ص 185.

العامة تقضي بعدم جبره عن التخلي عن ملكه وحقه في الانتفاع[1]، خاصة إذا لم يثبت أن وهن الجدار راجع إلى خطأ أي منهما.

الفقرة الخامسة: إجراء الماء أو الميازيب.

كثيرا ما يحتاج الناس إلى صرف مياه الأمطار أو تلك المستعملة الزائدة عن حاجتهم، بطرق متعددة و عادة تتم بأنابيب للصرف تثبت على الجدران و تتجلى هذه الطريقة غالبا في البنايات ذات الطوابق المتعددة، و تتم هذه العملية على الجدران المملوكة ملكية فردية أو ملكية مشتركة[2].

خلاصة:

كل أنواع الانتفاع المذكورة لا ريب أن يترتب عليها ضرر و لو بنسبة محددة، أعازها المشرع إلى معيار عام يحمل في طياته الكثير من المرونة، و هو ما سماه المشرع بمعيار الضرر المألوف و الضرر الغير مألوف، و يجب على من ادعى ذلك تحديده كافيا يقطع الجهالة و بهذا صدر قرار المحكمة العليا رقم 406647 الصادر بتاريخ: 12/ 09/ 2007م عن الغرفة العقارية بمبدأ: " يجب على قضاة الموضوع عند الأمر بهدم بناء لمخالفته رخصة البناء و الإضرار بالجار ضررا غير مألوف، تحديد مضار الجوار غير المألوفة "[3]، كما جعل المواقع المادية للعقارات كأساس يستند إليه القاضي للفصل في الدعاوى، بناءً على ما ورد في المادة 691 /2 :" و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين و الغرض الذي خصصت له"، بناءً على هذا النص صدر به قرار المحكمة العليا رقم 410719 بتاريخ :12 . 07 . 2007 م فيما يخص مضار الجوار بمبدأ:"يدخل تحديد مضار الجوار المألوفة ومدى تجاوزها الحد المألوف، في اختصاص قضاة الموضوع، الذين يراعون العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها "[4].

[1] . المادة 708 من القانون المدني.

[2] . الملحق رقم 01 ، صورة لهذا النوع من الانتفاع.

[3] . مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية . عدد خاص . ص 341.

[4] . مجلة المحكمة العليا في عدد خاص للغرفة العقارية –قسم الوثائق –سنة :2009، ص 349.

المطلب الثاني: أحكام الانتفاع بالجدار المشترك.

تربط ضوابط الانتفاع بالحائط المشترك ارتباطا وثيقا بطبيعة الاشتراك في ملكيته، فبعض هذه الضوابط عامة ثابتة أصلا في الملكية وتتضح أكثر في الشائعة منها، و البعض الآخر منسلخة منها لكنها تأخذ تأصيلا خاصاً في حالة الاشتراك الحكمي، و لأن الانتفاع بالملكية عموما تحكمه مجموعة من الضوابط تنبع من مصادر التشريع في الفقه المالكي، و المصادر التي تبناها المشرع كمصدر للقاعدة القانونية[1]، و كل من هذه الضوابط تتفرع عن الحق بصفة عامة والملكية بصفة خاصة، وأيضا الحاجة إلى الانتفاع بالجدار المشترك التي على أساسها يمكن تحديد معايير و نطاق الانتفاع.

الفرع الأول: الانتفاع في حالة الاشتراك الحقيقي.

يعد الانتفاع حقاً مقررا للمالك بمقتضى صفته كمالك، و في أيٍ من صورها الخاصة و المشتركة، ولا يتقيد إلاّ بمقتضى التشريع و التنظيم، و ذلك باحترام القوانين المتعلقة بالتهيئة المعمارية، و إتباع مخططاتها التوجيهية، وذلك بإنجاز البناء ككل و الجدار الفاصل المشترك بشكل خاص، على وجه موافق لرخصة البناء التي تمنح من طرف الهيئات المختصة.

الاشتراك الحقيقي المبني على المساهمة، يقتضي بيان نسبة حصة كل شريك فيه، ليتحدد على إثرها حدود الانتفاع، كأن يُحمَّل الجدار ما يجعله آيلاً للوهن و السقوط، وبهذا صدر قرار المحكمة العليا رقم: 338735 بتاريخ 15/ 5/ 2006 م الذي كان مرجعه للمادة 704 من القانون المدني، بمبدأ:" لا يجوز لمالك الحائط المشترك إحداث فتحات فيه أو الانتقاص من علوه أو سمكه أو القيام بأي عمل يمس بمتانته"[2]، رغم أن الأصل فيما أُقِّر أنّه مشترك أن لا ينتفع به الشريك إلا بإذن صاحبه[3] بالنسبة للانتفاع به كلية، و يراعى فيه حدود إذن الشريك[4]، أما الانتفاع بجزء من الجدار من غير إذن الشريك فيشترط فيه أولا عدم الإضرار بالجدار المحظور ابتداءً، أما إن لم يشكل هذا الانتفاع ضررا عليه، فللجار ذلك بشرط أن ينتفع بنصف عرضه أو نصف طوله، و يترك النصف الآخر لجاره[5]، بينما يشترك القانون المدني عدم تجاوز الحد المسموح به في الانتفاع، بما يجعل الجدار آيلاً

[1] . القانون المدني الجزائري . تعديل 2007 ، المادة الأولى.

[2] . الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري، الأستاذ جمال سايس، ص 519.

[3] . الإعلان بأحكام البنيان، ص 48.

[4] . التوضيح في شرح المختصر الفرعي ، ابن الحاجب ، ج 06 ، ص 371.

[5] . الإعلان بأحكام البنيان ، ابن الرامي البناء، ص 48.

للوهن و السقوط حسب نص المادة 704 :" لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أُعد له"، و تخضع كل أوجه الانتفاع لهذه الشروط.

فيشترط في الانتفاع بغرز الخشب أن يكون متاحا للشريكين[1]، و أن لا يضر بالجدار[2].

أما فتح الكوى فالأصل أن يمنع الشريك أن يأتي الجدار المشترك اشتراكا حقيقيا، بأي عمل يشكل ضررا على الجدار بحد ذاته، أو تلك التي تضر بجاره في انتهاك خصوصيته مثل فتح نافذة تطل عليه[3].

و بالنسبة لتعلية الجدار المملوك رقبة ملكية مشتركة للجارين في الأصل تتوقف على إذن الشركاء لبعضهم[4]، والقيد الثاني هو عدم الضرر بدليل قوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار "، فإذا أمكن ذلك مع الشرطين السابقين تربت أحكام أخرى بالنظر إلى إمكانية التعلية.

أولا: التعلية دون إعادة بنائه.

إن أَيَّ تصرف في الحائط المشترك من أحد الشركاء يجب أن تكون المصلحة منه جدية، وهي القاعدة العامة بالنسبة للتصرف بشكل عام، و إلا عُد من قبيل العبث أو التعسف مع أخذ معايير التعسف بعين الاعتبار، و أن لا يكون الضرر اللاحق بالجار ضررا بليغا كأن يكون بناء الجار مستندا على هذا الجدار، دون جبر الجار بتحمل نفقات التعلية الذي قد يكون تكليفا بما لا يطاق، و على صاحب المصلحة القيام بالأعمال اللازمة لجعل الجدار يتحمل الجزء المعلى دون فقدان أي شيء من متانة الجدار، هذا في حالة كان الجدار صالحا و قادر على تحمل التعلية و يشهد بذلك أهل البصر[5]، البصر[5]، وهذا الذي ذكره المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 705.

ثانيا: استلزام التعلية لإعادة بناء الجدار.

إذا كان الجدار غير قادر على حمل التعلية، ويتطلب ذلك إعادة بنائه من جديد، فإن المشرع الجزائري جعل نفقات الهدم وإعادة البناء كلها على عاتق الشريك الذي أراد ذلك، ولو دعت الحاجة إلى زيادة سمك الجدار فإنها ستكون في أرضه لأنه أقوى حاجة إلى الانتفاع بالجدار، فيكون ذلك في

[1] . مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 07 ، ص 118 .

[2] . البهجة في شرح التحفة، ج 02 ، ص 557 .

[3] . الإعلان بأحكام البنيان، ص 78 .

[4] . التوضيح، ج 06، ص 371.

[5] . فصول الأحكام و بيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء و الحكام، ص 183.

حدود ملكيته إلا إذا تعذرت هذه الزيادة بأن تكون كذلك فيمكن أن تكون من أرض الشريك في حدود الاستطاعة.

فإذا تمت التعلية فإن الجزء المعلى سيكون ملكا خالصا لمن قام بها، بينما سيبقى الجزء غير المعلى من الجدار ملكا مشتركا بينهما من غير أن يكون له الحق في المطالبة بالتعويض عما زاد في قيمة الجدار من تقويته و إعادة بنائه (المادة 705/ 2).

كما أعطى المشرع الحق للجار الذي لم يساهم في التعلية فقط أو إعادة البناء مع التعلية، بأن يصبح شريكا في الجزء المعلى شرط أن يدفع نصف نفقات التعلية أو إعادة البناء من أسفل مع دفع قيمة الأرض التي وقعت فيها زيادة السمك إن وجدت[1]، ويمكن أن يتقرر هذا الاشتراك في الجزء المُعلى عن طريق القضاء[2]، لأنه أصل مرتبط بالاشتراك في أسفله.

كما قد يحتاج الجدار المشترك إلى الترميم و لأن منفعته تصب في مصلحة الجارين فالأصل أن يتحملا معا نفقات الترميم، أما لو دعى أحدهما إلى العمارة و أبى الآخر فإنه يجبر على العمارة مع شريكه أو أن يبيع ممن يحل محله في التعمير، والجبر هنا عن طريق القضاء بقولهم:" ويقضى على الشريك فيما لم يقسم أن يعمر أو يبيع"[3]، وقيل بعدم الإجبار على الإصلاح وإنما يصلح من أراد في حقه[4].

و وافق القانون المدني الجزائري الفقه المالكي في إلزام الشريكين بتحمل أعباء البناء و نفقات الترميم، خاصة إذا كانت هذه الترميمات ضرورية للجدار و للجارين مصلحة قوية وجدية في بقائه قائماً و فاصلا بين عقاريهما كأن تستند مبانيهم إليه، و قد تقتضي الحاجة إعادة بنائه من جديد، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى النص عليه في المادة 704 الفقرة الثانية: "فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له، فإن نفقة ترميمه و إعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه "، ومقتضى ذلك أن لكل منهما أن يجبر الآخر على المساهمة في النفقات الضرورية لاستعمال الحائط المشترك في حدود الغرض الذي أعد له، وهذا بناءا على الاشتراك في الملكية، و أن المصلحة من الترميم تعود عليهما معا.

[1] . القانون المدني الجزائري، المادة 706 .

[2] . الحقوق العينية الأصلية، د: مُحَمَّد طه البشير و الدكتور: غني سحنون طه ، ص 138 .

[3]. أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، أحمد بن مُحَمَّد بن أحمد الدردير، ص 109.

[4] . الذخيرة ، ج 06 ، ص 185.

أما لو كانت مصلحة الترميم أرجح لأحدهما من الآخر، وأراد أحدهما الترميم و أبى الآخر لعدم قدرته على تحمل النفقات أو بدون مبرر مقنع، فلم نجد لهذا نصا في القانون المدني، رغم أن القواعد العامة تقضي بعدم جبره عن التخلي عن ملكه وحقه في الانتفاع[1]، خاصة إذا لم يثبت أنّ وهن الجدار راجع إلى خطأ أي منهما.

[1] . المادة 708 من القانون المدني.

الفرع الثاني: الانتفاع في حالة الاشتراك الحكمي.

بالنسبة للانتفاع الجدار المشترك حكما، فأصله حديث أبي هريرة الخاص بغرز الخشب في جدار الجار، و أي انتفاع بالجدار المشترك حكماً إمّا أن يكون صادرا من ملك الجدار رقبة، أو من الجار المُخَول له حق الارتفاق.

الفقرة الأولى: انتفاع من طرف المالك.

الانتفاع بالجدار المشترك حكما مقرر لمالك الرقبة ا لأصل فيه الإباحة، ولا تختلف أحكامه عن الانتفاع في الاشتراك الحقيقي، غير أن إباحة الانتفاع بالجدار نجدها تارة مطلقة، و تارة أخرى بالمنع.

أولا: إباحة الانتفاع.

يستند إباحة الانتفاع من المالك إلى قدسية الحق، حيث أن لمالك العقار الانتفاع به مطلقا، ولا يتقيد الانتفاع إلاّ للضرورة ملحة، حيث أن هناك رأياً في الفقه المالكي يرى بأن إحداث الكوى والمناور هو حق مقرر للمالك بمقتضى حريته في الانتفاع بملكه، ولو كان له بذلك مُطَّلع على جاره، ولا يقضى عليه بسده ويقال للجار المتضرر استر على نفسك إن شئت، و كذلك أبواب السطوح التي لا مناص من التوصل إليها بدخولٍ أو خروجٍ دون التطلع على جاره، أمّا إن كان يُتَخوف التطلع منها و ادعى الجار ذلك فلا يقضى بسدها أو وضع سترة[1]، وهذا القول تقلده ابن الماجشون من المالكية وأخذ به صاحب المعيار[2]، و لهذا لم يقروا بالتكشف من صوامع المساجد بتعليتها و لأهل الدور المجاورة منع الناس من الصلاة فيها حتى يتم الستر، بحجة أن من صعد إلى المنار للآذان ليس بمالك، و إنما صعوده هو من قبيل ابتغاء الخير و الثواب، من تم فالتطلع هنا من قبيل الضرر الذي يجب قطعه و المشمول بحديث الرسول صلى الله عليه و سلم:" لا ضرر و لا ضرار ".

و نفس الأمر بالنسبة لكوى الضوء والاستنارة التي لا يمكن أن يتكشف منها إلاَّ بسلم، كتلك التي تكون لاصقة بالسقوف أو قريبة منها[3]، كما لا يقضى على صاحبها بسدها، وهذا الذي أخذ به المشرع في القانون المدني في المادة 711 التي تنص " لا يشترط أي مسافة لفتح المناور، التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد أنارتها، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يمكن الاطلاع منها على العقار المجاور".

[1] . الإعلان بأحكام البنيان، ص 72.

[2] . المعيار ، ج 08 ، ص 483.

[3] . النوادر والزيادات، ج 11، ص 41.

والأمر الجيد الذي ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة، هو عدم حصره للتكشف على البيوت أو الدور، وإنما ذكرها على سبيل الإجمال في قوله " العقار المجاور "، بحيث وافق رأياً في الفقه المالكي فيمن بنى داراً في موضع يتطلع منه أو من غرفها على دور الجيران، أو على عقار معد للنفع العام من مورد ماء مثلاً، كأن يكون هذا المبنى بكدية[1].

و نجد أيضا أن للمالك رفع البناء بحيث يمنع عنه الشمس و الهواء أو يسد به كوى جاره فمنعه النور بحيث صارت غرفه مظلمة لم يمنع من ذلك[2]، لأنه تصرف صحيح مُتوقع من المالك[3]، و لأن في منع صاحب البناء مضرة موازية لضرر الجار من البناء، ولا يعقل أن يدفع الضرر عن جار بضرره و هو صاحب حق الملكية، وتقلد هذا الرأي ابن القاسم من المالكية. إلاّ إذا بان و تمحض قصد الإضرار و تعين الفساد كعدم الحاجة لتعلية البناء و في ذلك ضرر على الجار[4]، و يجب أن يراعى في تعليته عدم إمالته و تعويجه إلى هواء الجار، لأنه أخذ لماله (هواؤه) دون وجه حق، و إن تمت التعلية و تكبد صاحب الجدار نفقات صغيرة كانت أو كبيرة وجب عليه هدمه بما يزيل الضرر عن جاره[5].

أما البناء إلى جانب الأندر أو إعلاؤه فيه قولان أحدهما يرى بإباحة ذلك مطلقا و الثاني يقيدها:

القول الأول: و هو لابن حبيب و قد رأى بعدم المنع من البناء و إن أضر بصاحب الأندر، سواء كان البناء بدافع الحاجة أو و جد عنه مندوحة، بدليل أن الأندر يمكن إنشاؤها في غيرها و نفعها منصرف إلى غيرها من المنافع، أما لو منع الآخر من البناء فكان ضررا به بمنعه من التصرف في حقه[6]، كما أن مواضع الأندر موجودة في كل موضع و يمكن تحصيلها بالكراء و الهبة و أنها ظرفية متعلقة بمواسم محددة، بخلاف مواضع البناء التي تكون في الغالب محصورة و تكثر فيها المشاحة.

---

[1] . الكدية هي الارتفاع من الأرض، (لسان العرب، ابن منظور، مادة كدا، ج 15، ص 216).

[2] . قال صاحب التحفة: و مانع للشمس أو الريح معا لجاره بما بنى لن يمنعا.

[3] . الذخيرة ، ج 06 ، ص 175 .

[4] . التوضيح ، ج 06 ، ص 377.

[5] . البيان و التحصيل، ج 09 ، ص 222.

[6] . الإعلان بأحكام البنيان ، ص 190.

. البيان و التحصيل ، ج 09، ص 265.

و يستنتج أن هذا الرأي مستند إلى خاصية حق الملكية في اتساع نطاقه عن غيره من الحقوق، بأن يمنح صاحبه أكبر قدر من السلطات المخولة عليه.

القول الثاني: صاحب هذا الرأي هو سحنون و قال به ابن عاصم و لكن الندب في عدم البناء غير صريح، و فيه إعمال لقاعدة " إذا اجتمع ضرران يدفع أشدهما "، فمنع الرجل البناء في أرضه ضرر به، و إباحة ذلك له يحبس الريح عن صاحب الأندر، و في هذا مضرة به.

فكان جوابه في هذه المسألة " إذا كان ذلك الموضع ليس فيه منتفع إلا البنيان لم أر أن يمنع الذي يريد أن يبني، و إن كان مزدرعاً و كان صاحبه مضطرا و لم يجد عنه غنى فأرى أن يمنعه إذا كان ذلك يحبس عنه الريح "[1].

وهذا القول مبني على تقدير الحاجة إلى الانتفاع وعدم الغلو في المشاحة.

ثانيا: منع الانتفاع.

قد يقضى على المالك بأن يمنع من الانتفاع بجداره و ذلك لرجحان مصلحة تقررت لجاره، استناداً إلى حديث النبي صلى الله عليه و سلم:" لا ضرر و لا ضرار".

فالضرر هو الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعديا أو تعسفا، أو إهمالاً"[2]، و لقد اختلف المفسرون في تفسير معنى الضرر و الضرار، فقيل الأول تأكيد للثاني و معناه لا تدخل على أحد ضرراً، و الضرار ما ليس لك فيه منفعة و على جارك فيه مضرة[3]، و قال الباجي: لا ضرر على أحد بمعنى لا يلزمه الصبر عليه، و قال غيره: الضرار أن تضر نفسك لتضر بذلك غيرك[4]، و بذلك يمنع كل ضرر محدث ومحقق الوقوع في الحال أو المستقبل[5]، ولم يستقر و يتم حيازته بمرور الزمن بخلاف بخلاف الضرر المحتمل فإنه ليس بحجة في منع صاحب الملك من استعماله[6]، و تنسلخ الحديث من

[1] . الإعلان بأحكام البنيان ، ص 190.

[2] . مقاصد الشريعة عند إمام الحرمين و آثارها في التصرفات المالية، الدكتور هشام بن سعيد أزهر، ط 01 ،(1431 هـ . 2010 م)، مكتبة الرشد ،ناشرون . السعودية ، ص 269.

[3] . البهجة في شرح التحفة ، ج 02 ، ص 556.

[4] . تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الحكام ، ص 258.

[5] . البهجة في شرح التحفة ، ج 02 ، ص 555.

[6] . قال صاحب التحفة: و محدث ما فيه للجار ضرر محقق يمنع ومن غير نظر.

قاعدة "درء الضرر " التي تسري في جميع أحكام الشريعة الإسلامية و يعول عليها لا سيَّما في علاقات الجوار التي لها مكانة خاصة في المجتمعات الإسلامية.

فيمنع المالك من فتح الكوى والطاقات والنوافذ التي يُتكشف منها على دور الجيران بحيث يميز فيه الأشخاص من الرجال والنساء والأطفال، كما تتبين منها الصور[1]، و هو الذي قضى به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ بمنع من أحدث غرفة على جاره و فتح فيها كوىً لا يتطلع بها على دار الجار في حدود ارتفاع سرير[2]، و اختلف هل ذلك حق للجار فيجوز إذنه له، أو حق لله فلا يجوز إذنه له بوجه؟، الأول لابن يونس و الثاني للسيوطي و هو الصواب لأن فيه إذنا للاطلاع على العورات و كشف السرائر فالصواب منعه مطلقا"[3].

فالرأي الذي ذهب إليه السيوطي في كون التكشف حق لله لا يجوز و لو بإذن المتضرر من ذلك، و أيضا بأن يكون ذلك ذريعة إلى الاطلاع على عورات الناس، الذي حرمه الله و حرم أسبابه المفضية إليه.

و نفس الحكم بالنسبة للبناء أو إعلائه الذي يقطع منفعة الأندر الذي تقلده ابن القاسم وابن نافع، وأفتى بأنه ليس لهذا الرجل أن يبني في موضع يبطل فيه منفعة صاحب الأندر بسد ريح التذرية، دون غيرها من العقارات[4]، التي قد تقادم انتفاعه بها و دِراسته فيها، سواء احتاج إلى البناء أم لم يحتج يحتج إليه، و حكمها حكم الأفنية التي لا يجوز لأحد التضييق فيها على أهلها بقطع منافعها[5]، و رغم أنّ هذه الآراء الفقهية مخصوصة بزمن مضى أما الآن فإن الأندر لم يعد الناس غالبا في حاجة إليها ولم تعد تعتمد على الطبيعة اعتماداً كليا، فيقاس عليها في زمننا ما استحدث من وسائل مشابهة تعتمد بالأساس على الطبيعة، فنجد بعض المشاتل التي توفر منتجات طوال المواسم بتهيئة ظروف ملائمة للإنتاج، ترتكز على الطاقة الشمسية أو الرياح التي تجود بها الطبيعة، و مثل هذه الحيثيات في

---

[1]. المدونة ،ج04 ، ص 475 .

. التوضيح ، ج 06 ، ص 376.

[2]. المدونة الكبرى، ج 04 ، ص 474 .

[3]. فتاوى البرزلي ج 4 ، ص 363 .

[4]. أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ،أحمد بن مُحَّد بن أحمد الدردير، دون ط (1420 هـ. 2000 م)، مكتبة أيوب كانو، نيجيريا، باب الشركة، ص 109.

[5]. البيان و التحصيل، ج 09 ، ص 261.

الوقت الراهن، لا نجد بخصوصها تنظيما في القانون المدني، غير تلك المتعلقة بالثورة الزراعية ولا تتطرق إليها بهذا التدقيق وإنما تستغرقها بشكل عام.

الفقرة الثانية: الانتفاع من طرف الجار.

انتفاع الجار بجدار جاره اللصيق مستند إلى حق الارتفاق و في غالب صورة نجده يتأرجح بين الندب و الإباحة و الوجوب، و لكل حكم أساسه المستند إليه، انطلاقا من تأويلات أساسها حديث أبي هريرة ﷺ السالف ذكره فيما يخص غرز الخشب في جدار الجار، والذي حُمل في الفقه المالكي على الندب ومن باب الحث على المعروف والترغيب فيه، أي أنه أمر جوازي مباح للجار بترك جاره يستعمل جداره و له أيضا منعه من ذلك.

و الملاحظ أن أبي هريرة أقسم بأن تَسْتَتِبَ هذه السنة بين الصحابة، بقوله: " مالي أراكم عنها معرضين ؟، والله لأرمين بها بين أكتافكم "، وذلك لإعراض النّاس عنها، وهم القوم الذين عايشوا النبي ـ ﷺ ـ، مع العلم أن الجدار مالٌ الجار، ولا يحل أخذ شيء منه إلا بطيب نفسه لقوله ﷺ: " ليس في المال حق سوى الزّكاة " رواه البيهقي[1]، و هذا هو الأصل الذي يقاس باقي أوجه الانتفاع بهذه التأويلات.

أولا: ندب الانتفاع.

يستند ندب انتفاع الجار بالجدار الفاصل المملوك لجاره إلى مبدأ حسن الجوار، فعلاقة الجوار تكتسي أهمية كبيرة في المجتمعات، و هي وليدة الطبع الاجتماعي الذي فطر عليه الإنسان، حيث يجد استقراره مع بني جنسه، و تتسم علاقة الجيرة في المجتمعات المسلمة بمميزات تفردت بها و جعلتها علاقة دينية بامتياز، فهي حق وراء حق الأخوة في الإسلام، فللجار زيادة على حقه كمسلم له حق آخر بالمجاورة، و جاء القرآن الكريم بما يحفظ حقه في قوله تعالى: "۞ وَٱعۡبُدُواْ ٱللَّهَ وَلَا تُشۡرِكُواْ بِهِۦ شَيۡـٔٗاۖ وَبِٱلۡوَٰلِدَيۡنِ إِحۡسَٰنٗا وَبِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡجَارِ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡجَارِ ٱلۡجُنُبِ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلۡجَنۢبِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۗ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ مَن كَانَ مُخۡتَالٗا فَخُورًا ﴿٣٦﴾ ". النساء 36.

[1]. السنن الكبرى ، الإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت: 458 هـ)، عدد الأجزاء 10، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دون ط، دزن سنة ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 04، كتاب الزكاة، رقم الحديث 7242، ص 141

ـ نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ط01 (1413 هـ، 1993 م)، عدد الأجزاء 08، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث مصر، ج 08، ص 177.

و معنى " الجار القريب" أي من له قرابة، أما "الجار الجنب " فهو الغريب[1]، و اسم الجار مستغرق لكل من توفرت فيه صفة المجاورة من مسلم و كافر، عابد و فاسق، صديق و عدو، قريب و أجنبي، نافع و ضار، مع تباين في المرتبة أولى فأولى[2]، كما حرم الإسلام أذية الجار بأي شكل، فرَوى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم أن قال: "لاَ يَدْخُلُ الجَنَّة مَنْ لاَ يَأْمَنُ جَارُهُ بَوَائِقَهُ "[3]، و كان من وصية ملك الوحي بالجار إلى درجة ظن النبي ﷺ أنه من مستحقي الميراث، فعن ابن عمر ﷺ عن النبي صلى الله عليه و سلم:" ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه"[4]، كما اختلف الفقهاء في حد الجوار ليترتب على ذلك الاختلاف في تطبيق الأحكام المتعلقة به، فمنهم من حدده في الجار الملاصق استنادا إلى قول النبي صلى الله عليه و سلم: " الجار أحق بصقبه "[5]، و الحديث أقر بالشفعة للجار ، ولا يتعلق حق الشفعة إلا بالجار بالملاصقة، ليقاس على ذلك بقية الجيران، و ذهب إلى هذا فقهاء الأحناف[6].

و مع بيان الوصية بالجار في ديننا الحنيف، لم يكن ذلك ذريعة لانتهاك حق الملكية، و لهذا حُمِل حديث غرز الخشب في جدار الجار على الندب لا على الوجوب كما سبق بيانه، و خرجوا الأمر في نص الحديث من باب الوصية بالجار و الإحسان إليه، و أيضا من باب العرف و العادة، لهذا ذهب أغلب الفقهاء إلى أن الحكم بغرز الخشب في جدار الجار واجب ديانة لا قضاءً، و هذا النوع من الانتفاع هو الوحيد يتجلى فيه ندب انتفاع الجار بجدار جاره.

ثانيا: وجوب تمكين الجار من الانتفاع.

عند القول بوجوب الانتفاع، فهذا لا يعني أن ينتفع الجار بالجدار المملوك لجاره على وجه الوجوب، بل يقضى على الجار أن يمكن جاره من الانتفاع بجداره، و هذا الوجه في جميع صوره يستند

---

[1] . الجامع لأحكام القرآن، شمس الدين القرطبي، عدد الأجزاء 05 ، تحقيق: هشام سمير القرطبي، دون ط (1423 هـ. 2003 م)، دار علم الكتاب، الرياض، السعودية، ج 05 ، ص 183.

[2] . حقوق الجار في صحيح السنة و الآثار، علي حسن علي عبد الحميد، ط 02 (1415 هـ. 1994 م)، دار بن حزم، ص 12.

[3] . صحيح مسلم، الإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشري النيسابوري، دون ط ، دون سنة ط، دار الفكر لبنان، رقم الحديث : 46، ج 1 ، ص 46،

. صحيح البخاري ، رواية عن أبي شُرَيح بلفظ: " والله لا يؤمن ... "، رقم الحديث :6016، ج 04، ص 94.

[4] . رواه البخاري، باب الأدب ، رقم الحديث: 6014 ، ج 04 ص 94.

[5] . رواه البخاري في باب الشفعة ، رقم الحديث: 6579 ، باب عرض الشفعة، ج 06 ، ص 2560.

[6] . حاشية ابن عابدين، ج 04 ، ص 475.

إلى نظرية منع التعسف في استعمال الحق، التعسف في استعمال الحق هو الانحراف به عن غايته[1]، أو إذا أُستعمِل الحق على وجه غير مشروع[2]، و المقصود من التعسف: أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له ـ بعوض أو بغير عوض ـ أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا، على وجه يلحق بغيره الإضرار، أو يخالف حكمة المشروعية[3].

لقد تناول الفقه الإسلامي هذه النظرية في مؤلفاتهم و كثيرا ما تباينت وجهة نظرهم في تخريجها، معتمدين في ذلك معيارا موضوعيا ينبني على الضرر الناشئ جراء الاستعمال، فقيدوا الحق ابتداءً إعمالاً لمجموعة القواعد الأصولية والفقهية من خلال إعمال قاعدة المآل، وكذلك قاعدة الحيل وسد الذرائع، فمنع قضاءً إدخال الضرر على مالك الشيء في ملكه[4]، و يقصد بهذا المعيار أن يترتب يترتب على الفعل التعسفي اختلال بيِّن في التوازن بين المصالح التي شرعت الحقوق لأجلها، أو ربما تحصَّل من جراء هذه التصرفات التعسفية مآلات بها ضرر، تتجلى معها جهة عدم المشروعية، ففي ظل هذا المعيار يصبح للتعسف في استعمال الحق آثار بادية يمكن رصدها وتتبعها في ظل غياب مصلحة تقتفى أو ورود مفسدة يفترض رفعها أو دفعها و حينها تغدو النتائج أمارات تبرز جهة الخروج عن مقتضيات الحق المشروع ابتداءً، مسوِّغة وصف الاستعمال بعدم المشروعية، وضابطه هو الاختلال البيّن بين مصلحتين فرديتين، بحيث لا يكون ثمة تناسب بينهما، وهو الذي تبناه به المشرع الجزائري في صورتين(2 . 3) بالمادة 124 مكرر من القانون المدني: بنص: «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: ....

. إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنظر الضرر الناشئ للغير.

. إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

لكن بعض فقهاء المالكية اعتمدوا معيارا آخر، و هو المعيار الذاتي أو الشخصي ويقصد به العوامل النفسية التي حركت إرادة صاحب الحق إلى التصرف بحقه مما أفضى إلى ضرر أو فساد في الحال أو المآل؛ ذلك أن الباعث على التصرف ظاهرِه المشروعية إن كانت حقيقته الإضرار بالغير أو

[1] . نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، د: فتحي الرديني، ط 01 (1387 هـ. 1967 م)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص 349.

[2] . التعسف في استعمال الحق وطبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، د: شوقي السيد، ط 01، (2008 م)، دار الشروق القاهرة، ص 25.

[3] . ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص310.

[4] . النوادر والزيادات، ج3، ص38.

ظهرت مظنة تكشف عن القصد إلى المضارة[1]، أو كانت نية المتصرف غير مشروعة بحيث لا تتلاءم وطبيعة ما شرع التصرف لأجله من الناحية العقلية إلى تحصيله أصالةً من المصالح جلباً أو المفاسد دفعاً؛ ففي هذه الأحوال جميعها يتجلى معيار نظرية التعسف الدال على مخالفة مقصود الشارع في الحق[2]. وله شقان هما تمحض قصد الإضرار، و الباعث غير المشروع، و يمكن أن نستشف ذلك من نازلة أوردها صاحب المعيار:" سئل عن رجل كانت له خشب في حائط رجل، أدخلها بإذن منه، ثم إن الذي له الحائط وقع بينه وبين الذي له الخشب شحناء، فقال: أخرج خشبك من حائطي، قال مالك ليس ذلك له، على مثل هذا يخرجها على وجه الضرر، لكن ينظر في ذلك "[3].

وهنا نقول أن المعيار الشخصي يحتاج إلى بيّنة بدليل قوله: " ينظر في ذلك "، و لمن يدعي هذا المعيار في التعسف إثبات ذلك بجميع الدلائل و القرائن التي يمكن اعتمادها كسند للادعاء ليرجع الحكم في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي، و في النازلة وقوع الشحناء بين الجارين دليل على قصد الإضرار، لهذا كان رأي الإمام مالك بعدم الإلزام بنزع الخشب، إلا في حالة ثبوت العكس و هو عدم تمحض نية قصد الإضرار بالجار، كأن يكون لهذا الجار مصلحة جدية من وراء طلبه هذا.

و نجد تطبيقا عمليا لهذه القاعدة من خلال ما كان يقضي به ابن عبد المطلب من المالكية في وجوب غرز الخشب في جدار الجار[4]، فما سنده ذلك؟

ربما يمكن أن يُحمل ذلك على كونه قاضيا يقضي بحسب سلطته التقديرية التي أملت عليه أن المنع هو من باب منع التعسف في استعمال الحق، التي كان يحَّكم فيها ضابط العرف حسب ما رجحه العلامة بن أبي زيد القيرواني[5]، فهذا يعني أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

كما يجب يقضى بوجوب تمكين المالك الانتفاع بجداره في حالة الترميم الذي قد يتعذر عليه إلاّ بضرر جاره، أو ينتفع به مع الحرج والضرر، نتيجة عدم الترميم والصيانة، و التي تستحيل من دون

[1] . نبَّه إلى هذا المعنى الشاطبي قاصداً بمظنة المضارة أن يترتب على الفعل التعسفي مصالح ضئيلة لا تسوّغ طلبه وتحصيله أو أن يتغافل القائم بالفعل عن إفضاء تصرفه إلى مآل ضرري مع عدم تعيّن هذا السبيل في تحصيل مطلوب نفسه، فهو في هذه الأحوال كلها مع ظهور النتائج الضرورية للأفعال يجري كأنه كالقاصد إليها وإن لم يقصدها تحقيقاً. ينظر الموافقات، الشاطبي، ج3 ، ص 57، 72.

[2] . نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الدكتور فتحي الدريني، ص 468،

[3] . المعيار المعرب، ج 09 ص 175.

[4] . الإعلان بأحكام البنيان، ص 53.

[5] . النوادر والزيادات، ج 11، ص 54.

ولوج بيت أو عقار جاره، وقد يكون في هذا ضرر به هو الآخر، فنكون بين ضررين لا ينتفي أحدهما إلاّ على حساب الآخر.

الفقه المالكي وضع ضوابط نفي الضرر مراعيا الحقوق نلمسها في الفقرة التالية:

" وقضى على الجار بالإذن في دخول جاره في داره لإصلاح جدار أو طره كما في شس وطره و تجليده بالطين هذا إن احتاج لذلك، و إلا فله منعه، و نحوه كخشبة يغرزها، و كذا كل من وقع له شيء في دار رجل، فعليه أن يأذن له في أخذه، أو يخرجه له، و كذا لو وقعت دابة لا يستطيع أخذها إلا ربّها، ولو كره دخول مريد الإصلاح، و قال له: "صف لي إجراء ما تريد و أما أنت فلا تدخل" فله ذلك، و إن منعه دخول الطين من بابه فتح بابا في حائطه يدخل منه ما يحتاج له، و يعجن الطين في داره ثم يدخله في دار جاره، فإذا تم العمل سدّ ذلك المحل"[1].

إذن فالضوابط تمثلت في الحاجة للإصلاح وضرورتها، بحيث تكون مصلحة الجار في خصوصية داره، مرجوحة بالنسبة حاجة رب الجدار للإصلاح، فإذا أمكن رفع الضرر بدون انتهاك خصوصية الجار فهذا أولى كأن يتولى هو الترميمات على نحو يتم اتفاقاً بين الجارين.

إذا استحال الترميم كون الضرر بالجار لا ينحصر في التعدي على الخصوصية فقط بل يتعداه إلى أكثر من ذلك، مثل الأوساخ الناجمة عن عملية الترميم أو ضرر بالبناء، فلرب الجدار أن يستعمل طرق بديلة قد تكون أكثر تكلفة كالطريقة المذكورة في النص، ومع مراعاة عدم الإضرار بقدر الإمكان.

أما هذه الحالات فقد استساغها المشرع الجزائري بشكل عام في قاعد منع التعسف في استعمال الحق ونلمس ذلك من خلال حكم صادر عن إحدى المحكمة الابتدائية بولاية تسمسيلت القسم العقاري تحت رقم: 14/00207 ، و الذي قضى بأن للجار لحق في ترميم مسكنه بما فيه الجدار المشترك، بعد النظر في ادعاءات الخصوم و طلباتهم و تبادل مذكرات الرد، بينما تُرِك تقدير الأضرار الناجمة عن عملية الترميم و النظر في النحو الذي تمت به، و مدى خطورتها على مسكن الجار المدعي، إلى تقرير خبرة مفصل، ينجزه الخبير في أجل شهرين من تاريخ صدور الحكم[2].

[1]. ميسر الجليل في شرح مختصر خليل، ج 03 ، ص 250.

[2]. نص الحكم بقائمة الملاحق، الملحق رقم 02.

الفقرة الثالثة: المصالحة على الانتفاع و الأولوية به.

هذه المسألة لا تثار إلاَّ في حالة ما إذا كان الجدار مشتركا اشتراكاً حكمياً، بينما لو كان الجدار مملوكا ملكية فردية لأحد الجارين فذاك غايته من وجوده، أما انتفاع جاره به من قبل الجواز أصلا في حالة انعدام العوض عن ذلك الانتفاع، كأن يكون بالوصية أو بالإقرار، وقد يكون انتفاع الجار بالجدار عن عوض و لكل منهما تفصيل.

أولا: انتفاع الجار بجدار جار بغير عوض: بمعنى هل انتفاع الجار بملك جاره لازم دون قيد أو شرط؟.

قبل ذلك يجب أن ننبه أن للجار أن يهب جزءا من داره أو من جداره دون تسميته فهو جائز في قول مالك[1]، كما له أن يعيره إياه ولا يلزمه بذلك[2]. غير أن صاحب الجدار قد يعدل في هبته أو عاريته للجدار، إما لغير ضرورة، أو قصد الإضرار فهذا من قبيل التعسف وقد سبق الكلام عن ذلك، أما إن كان عدوله مبرر ولم يقصد الإضرار فهذا الذي كان جوابه في القيد على النازلة التي سبق ذكرها من كتاب المعيار، قوله:" إلا أن يحتاج إلى حائطه ليهدمه أو لينتفع به فهو أولى به"[3]، و هو قول مُحَمَّد ابن رشد، و أشهب من المالكية.

و قال ابن وهب عن مالك " هو أمر رغب فيه رسول الله ـ صلى الله عليه و سلم ـ، و قال ابن القاسم: إذا أذن له فليس له أن يرجع فينزعه إلاَّ بيَّن أن له بها عذراً و لم يرد الضرر في نزع ذلك، فإن كان لغير عذر أو لغير حاجة إلا لما هاج بينه و بينه فليس له قلع ذلك. قال مالك : لا ينزعه إلا إذا احتاج إلى جداره لأمر لم يرد به الضرر"[4].

بينما يرى ابن حبيب و مطرف و ابن الماجشون أن الرجل إذا أقر لجاره بأن يرتفق بوضع خشبه على جداره، فكان ذلك منه بمنزلة الإقرار الذي لا رجعة فيه سواء طال الزمان أو قصر ، احتاج إليه أم لم يحتج إليه[5]، إلا أن يتهدم الجدار ثم يعيده صاحبه، في هذه الحالة لا يكتسب المعار هذا الحق بوضع خشبه إلا بعارية مبتدأة[6].

---

[1] . المدونة الكبرى ، ج 04، ص 397.

[2] . الذخيرة ، ج 06 ، باب إحياء الموات، ص 181.

[3] . المعيار ، ج 09 ، ص 175.

[4] النوادر و الزيادات، ج 11 ، ص 93.

[5] . المعيار ، ج 09 ، ص 176.

[6] . النوادر و الزيادات ، ج 11 ، ص 94.

ثانيا: انتفاع الجار بجدار جاره عن عوض:

قد يصالح الجار جاره على الانتفاع بجداره بعوض معلوم أو غير معلوم، إلى أجل مسمى أو غير مسمى، أو يكون الجدار محلا لعقد إجارة مثلاً فذلك جائز، ومن ذلك ما جاء في المدونة.

" قلت: أرأيت إن استأجرت من رجل حائطا لأبني عليه سترة أو لأحمل عليه خشبة أو لأضرب فيه وتدا أو لأعلق عليه ستراكل شهر بدرهم أتجوز هذه الإجارة أم لا ؟، قال: لا أرى بذلك بأسا و أرى الإجارة فيه جائزة"[1].

و لما كانت الإجارة في الجدار جائزة غير لازمة فهذا يقتضي أن تطبق عليه أحكامها في كل من الأجل و الثمن و المثمن كله أو بعضه، مع بيان طبيعة بناء الجدار ومدى متانته و الحد الأقصى الذي يمكنه أن يتحمله.

و ليس للجار أن يبني على جدار مكتري البناء لأن أغراض الناس منه لا تختلف، فرب الجدار يرغب في خفته و مكتري الدار يرغب في متانته[2].

[1]. المدونة ، ج 03 ، باب الإجارة و الجعالة، ص 442.

[2]. إقامة الحجة بالدليل شرح على نظم بن بادي لمختصر خليل، ج 04 ، ص 154.

المبحث الثاني: أحكام التصرفات الواردة على الحائط المشترك.

سبق تعريف التصرف بأنه استعمال الشيء إلى درجة إهلاكه[1]، و هو نوعان تصرف مادي و تصرف قانوني، و سنقصر دراستنا بشأنه في الجدار المشترك التصرفات المادية المتمثلة في موضوع القسمة الذي سنخص به المطلب الأول، و أما المطلب الثاني فسندرس فيه إزالة الجدار المشترك بالهدم أو بالتهدم.

المطلب الأول: قسمة الجدار المشترك.

تعتبر القسمة الوسيلة القانونية التي تجعل كل ذي حق يتفرد بنصيبه في المال الشائع، لأن البقاء في الشيوع أمر غير مرغوب فيه من الشركاء غالبا، وهو ما أقره القفه الإسلامي من خلال التشريع الإلهي للميراث، و سار على نهجه القانون المدني بعدم جبر الشركاء على البقاء في حالة الشيوع إلا لمانع بنص المادة 722:" لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ".

لكن قسمة العين المشتركة ليست دائمة متاحة بحيث أنها قد تتسبب في زوال الغاية من الملكية أصلاً و الانتفاع بها، و هذا الذي لا يقره الفقه الإسلامي و لا التقنينات الوضعية.

لذا سنتناول المبحث في مطلبين الأول لمعرفة القسمة و أنواعها، و الثاني لضوابط قسمة الجدار المشترك.

الفرع الأول: القسمة و أنوعها

القسمة لغة هي التفريق و التوزيع[2]، أما القسمة في الاصطلاح فهي " تمييز و تعيين نصيب كل من الشركاء كثروا أو قلوا في مشاع عقار و غيره و لو كان التعيين المذكور باختصاص تصرف فيما عُيِّن له مع بقاء الشركة في الذات كأن يختص كل بدابة من الدواب المشتركة أو بجهة من الدّار المشتركة مع كونها بينهم"[3].

---

[1] . التصرف كسلطة من السلطات التي يمنحها حق الملكية.

[2] . تاج اللغة و صحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري (393 هـ)، عدد الأجزاء 06، ط 04، دون تحقيق، دار العلم للملايين ، القاهرة، ج 04، ص 432.

[3] . حاشية الصاوي على الشرح الصغير، موقع المكتبة الشاملة الإلكتروني، ج 08 ، ص 343.

فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: " تعيين الحصة الشائعة إفراز الحصص بعضها من بعض بمقاييس كالذرع و الوزن و الكيل "[1]. أي بيان نصيب كل شريك في المال الشائع.

أو هي عملية تهدف إلى إنهاء حالة الشيوع، و اختصاص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع، بما يعادل حصته الشائعة فيه قبل القسمة[2]، و هي جائزة بدليل قوله تعالى: " وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ۖ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ " القمر 28.

كما تتعدد أنواع القسمة باعتبارات كثيرة و سنركز على ذكر أهم أنواعها.

الفقرة الأولى: باعتبار إرادة الشركاء:

أولا: قسمة اتفاقية.

تعتبر عقدا من العقود[3]، تكون بإجماع كل الشركاء على قسمة المال الشائع بالطريقة التي يرونها ملائمة، كأن يرضى كل واحد منهم بأخذ شيئاً مما هو شائع بين الشركاء ، أو عن طريق القرعة، أو الرد، أو إفراز، أو بقسمة و بيع، أو غير ذلك ممّا ينبني على التراضي بينهم، و شرط أن لا ينطوي الإجماع على إخلال بالقوانين التي تحمي ناقص الأهلية إذا كان واحدا منهم (المادة: 723 القانون المدني)، كما يجب ألا ينتج عنها غبن لبعض الشركاء و لو واحدا منهم، و إلا كانت عرضة للنقض، مما يعيد حالة الشيوع و اعتبار القسمة كأن لم تكن، بعد دعوى يرفعها الشريك المغبون أمام المحكمة المختصة مع إثبات الغبن و مقداره[4].

ثانيا:قسمة قضائية.

تكون القسمة قضائية عن طريق المحكمة، من طرف القاضي أو من يخول له ذلك، بطلب من الشركاء في حال اختلاف الشركاء حول قسمة المال الشائع، إما لعدم إمكانية و تعذر القسمة الرضائية، أو عدم رغبتهم البقاء في حالة الشيوع الغير مبررة، بحيث يجبر الشركاء على قسمة المشاع إذا كان مما يقبل القسمة[5].

---

[1] . مجلة الأحكام العدلية، المادة 1114.

[2] . الحقوق العينية الأصلية ، د: مُحَّد طه بشير + غني سحنون طه، ص 117.

[3] الفقه الإسلامي و أدلته ، ج 05 ، ص 660.

[4] . الوسيط في القانون المدني، د: السنهوري، ج 08 ، ص 910 . 915.

[5] . مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 5، ص 335.

وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة تعيين خبير أو مجموعة خبراء إذا استدعى الأمر، لإحصاء المال المشاع و قسمة حصصا بحسب نصيب كل شريك، بشرط أن يكون المال مما يقبل القسمة دون أن تقتضي القسمة نقصا كبيرا في قيمته[1].

الفقرة الثانية: باعتبار قابلية العين المشتركة للقسمة و يتعلق هذا الاعتبار برقبة العين المشتركة لا منافعها.

أولا:ما يقبل القسمة.

أي أنه يمكن قسمة العين المشتركة بين الشركاء كل على قدر حصته، دون أي ضرر بها و يمكن الانتفاع بهذه الحصص دون أن يكون هناك نقص في الانتفاع بها، و يمكن أيضا يطلق عليها قسمة الأعيان[2]، و هذه القسمة يمكن أن تكون اتفاقية كما يمكن أن تكون قضائية، بحيث فرز هذه القسمة الحصص، و لا يمكن العودة إلى حالة الشيوع إلا بعقد جديد.

ثانيا: ما لا يقبل القسمة.

بحيث إذا قسِّمت العين المشتركة تفوت المنفعة المرجوة منها، و لا يمكن تحصيل الانتفاع بها إلاّ بالبقاء في حالة الشيوع، و هو شأن الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية، و هو ما يسمى في القانون بحالة الشيوع الجبري.

الفقرة الثالثة: باعتبار بقاء الشيوع و عدمه.

أي بالنظر إلى إمكانية إنهاء حالة الشيوع بصفة نهائية بحيث لا يمكن الرجوع إلى حالة الشيوع إلا بعقد جديد.

أولا: القسمة النهائية (partage definitif): و تكون بفرز المال الشائع و تقسيمه بين الشركاء، فإذا قسم كل الأموال المشاعة سميت قسمة كلية، أما لو تناولت بعض أجزاء المال الشائع كانت القسمة جزئية[3]، كما قد تشمل العين المشتركة أو منافعها.

---

[1] . المادة 724 من القانون المدني.

[2] . مجلة الجامعة الإسلامية ، العدد الأول 2011م، قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي، د: نعيم سمارة المصري، كلية الشريعة ، غزة فلسطين، ص 09.

[3] . الوسيط في شرح القانون المدني، ج 08، ص 889.

ثانيا: القسمة المؤقتة: و هي التي لا تبقى إلا لمدة معينة، هي التي تسبق القسمة النهائية كأن تكون القسمة النهائية معلقة على شرط[1].

الفقرة الرابعة: باعتبار الشيء المقسوم أي أن تشمل القسمة العين المشتركة أو منافعها.

أولا: قسمة الأعيان: و العين هي حقيقة الشيء و مادته و مكوناته[2]، أي قسمة العين المملوكة ملكية مشتركة، و يقصد بها عند الفقهاء قسمة الرقاب أو رقاب الأموال[3]، بحيث يتمكن كل شريك من الانتفاع بما يملك في المال الشائع بكل أوجه الانتفاع دون التقيد بحقوق بقية الشركاء الآخرين، ويصبح النصيب المفروز ملكية خاصة يعطي صاحبه جميع السلطات التي يمنحها حق الملكية.

كما يمكن أن تكون القسمة بإحدى الطرق التي سلف ذكرها كأن تتم القسمة اتفاقا أو جبرا عن طريق القضاء، بالقرعة أو الفرز ...، بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية.

ثانيا: قسمة مهايأة: المقصود به قسمة منافع رقاب الأموال[4]، و هي قسمة لا تنهي حالة الشيوع بل تقتصر على تنظيم كيفية انتفاع الشركاء بالمال الشائع بطريقة متفق عليها بينهم[5]، و هي عبارة عن قسمة منافع المال المشترك على وجه يضمن لكل شريك وصول حقه إليه في منافعه[6].

و عرفها الفقه المالكي على أنها:" اختصاص كل شريك عن شريكه في شيء متحد كدار، أو متعدد كدارين، بمنفعة شيء متحد أو متعدد في زمن معلوم...، وبناء عليه: تعيين الزمن شرط ، إذ به يعرف قدر الانتفاع، و إلا فسدت المهايأة "[7]، و اعتبر هذا النوع من القسمة عقدا لازما كسائر العقود، لا تفسخ إلا برضا الشركاء[8].

---

[1] . المصدر نفسه، ص 889.

[2] . قسمة الأعيان . دراسة فقهية مقارنة . أ: مازن صباح مصباح، و أ: نعيم سمارة المصري، الجامعة الإسلامية العالمية . ماليزيا .، مجلة الإسلام في آسيا، المجلد 7 ، العدد 2 ، ص 155.

[3] . قسمة المهايأة ، د: نعيم سمارة المصري، مجلة الجامعة الإسلامية ، كلية الشريعة ، جامعة الأزهر، غزة . فلسطين، المجلد 19، ص 183.

[4] . بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مُحَمَّد ابن أحمد بن مُحَمَّد ابن أحمد ابن رشد القرطبي، عدد الأجزاء 02 ، ط 06 (1402 هـ . 1982 م)، دار المعرفة ، ص 269.

[5] . أحكام قسمة الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجيستر في القانون العقاري من إعداد الطالب: عبد المجيد رحابي، بإشراف الدكتور: سليمان بارش ، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009 م، ص 100.

[6] . الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، علي الخفيف، ص 256 .

[7] . حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج3 ، ص 660.

[8] . بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج 02 ، ص 266.

بينما لم يعرف القانون المدني قسمة المهايأة و اكتفى بإجازتها في المادة 734 : "يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بالمال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته".

أما فقهاء القانون فعرفوا القسمة بعدة تعاريف منها:

" القسمة التي يتناوب فيها الشركاء على اقتسام منافع الشيء الشائع، دون الملكية التي تبقى شائعة بينهم، وهي نوعان زمانية و مكانية"[1].

و عرفها آخر: " بأنها اتفاق مؤقت يراد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، و من ثم لا ينتهي بها الشيوع"[2].

و بهذا يمكن القول أن هناك اتفاق بين الفقهاء و القانونيين بخصوص أن قسمة المهايأة تتعلق بمنافع الشائع، و وجه الخلاف في كونها مؤقتة أم نهائية.

أنواعها: تتعلق قسمة منافع المال الشائع إما بالزمن و تسمى مهايأة زمانية، أو بالمكان و تسمى قسمة مهايأة مكانية.

01 ـ *المهايأة الزمانية*: المقصودة في المادة 734 من القانون المدني السالف ذكرها، و هي القسمة التي يتفق فيها الشركاء المشتاعون على أن ينتفع كل واحد منهم بكل المال الشائع أو بجزء منه، أو بجزء مفرز فيه، و ذلك مثل القسمة المكانية، و ذلك لمد تتناسب مع حصته في المال الشائع، طوال فترة تتناسب مع حصته الشائعة[3]، و هي الوارد ذكرها في قوله تعالى:" هذه ناقة لها شرب و لكم شرب يوم معلوم ".

02 ـ *المهايأة المكانية*: يختص هذا النوع من القسمة بالأملاك القابلة للقسمة من غير ضرر كأن يكون المال الشائع دارً كبيرة أو متعدداً كعدد من الدور مثلا.

لذا عرفها الفقه الإسلامي بأنها " اقتسام الرقاب على أن ينتفع كل واحد من الشريكين بما حصل عليه لمدة محدودة، مع بقاء الرقاب على أصل الشركة "[4].

و عرفه الدكتور السنهوري على أنها: " استغلال كل شريك لما اختص به مفرزاً من المال الشائع و أن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره ولا يحاسبه أحد من الشركاء على إدارته لنصيبه ولا على الغلة

[1] . الحقوق العينية الأصلية ، محمد وحيد الدين سوار، دون ط و سنة ط، دار النهضة ، القاهرة، ص 113.

[2] . الحقوق العينبه الأصلية، عبد المنعم فرج الصدة ، ص 266.

[3] . أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجيستر للطالب عبد المجيد رحابي، ص 116.

[4] . بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج 02 ، ص 270.

و الثمار التي حصل عليها في مقابل أنه هو أيضا لا يحاسب أحدا من الشركاء على ما اختص به هذا الشريك"[1].

ولا يشترط في المهايأة المكانية بيان المدة و تعيينها، لأن مكان المنفعة معلوم فصارت المنفعة معلومة بمكانها[2]، وهذا النوع بعيد التطبيق في قسمة الجدار المشترك، لأن أحكامه لا تتماشى مع طبيعة المحل المقسوم.

خلاصة:

تفصيلات هذا الفرع، إنّما هي الجانب النظري للقسمة من أجل استيعاب الأقوال الواردة في شأنها بالنسبة للجدار المشترك، حيث أنّه يمكن أن يكون محلاً لبعض الأنواع دون البعض الأخر، ويرجع تقدير ذلك إلى اتفاق الشركاء أولا، و السلطة التقديرية للقاضي ثانياً.

الفرع الثاني : معايير قسمة الجدار المشترك.

بالنسبة للجدار المشترك فلا يمكن التصرف فيه بالقسمة إلاّ في حالة الاشتراك الحقيقي دون الاشتراك الحكمي لأنه مبني على حق الارتفاق و الوصية بالجار بتمكينه من الانتفاع بملك جاره دون الحق في التصرف، و القسمة تصرف ينصب بالدرجة الأولى على العين المملوكة ملكية مشتركة.

الفقرة الأولى: أقول الفقهاء في قسمة الجدار.

لم يسمع للإمام مالك قول في أمر قسمة الجدار[3]، و لكن تعددت آراء فقهاء المالكية بخصوص إمكانية قسمة الجدار المشترك.

الرأي الأول: لم يرى بقسمة الجدار المشترك للضرر، لعدم تحصيل النفع منه بقسمته و لم يستحسنه عبد الملك من المالكية، بل إن أُعتبر من الضرر الذي لابد من دفعه[4].

و ذهب ابن القاسم و قال ابن حبيب برأيه إلى أن كل مالا يمكن الانتفاع به بقسمته كالحمام و الفرن و الرحى و البئر و الساقية و الدّكان و الجدار و الطريق و الشجرة[5].

---

[1] . الوسيط في القانون المدني ، ج 08 ، ص 817.

[2] . الفقه الإسلامي و أدلته، د: وهبة الزحيلي ج 05 ، ص 703.

[3] . المدونة الكبرى، ج 04 ، ص 317 .

[4] . النوادر و الزيادات، ج 11، ص 224.

[5] . فصول الأحكام، ص 178.

انطلاقا من هذا الرأي القائل بمنع القسمة لأنه ليس بكبير العرصة، ومن المستبعد جداً أن يُقسم بغير ضرر، فيمكن حصر أسباب المنع المجملة في مجموعة من الضوابط المتمثلة فيما يلي:

أ ـ المقصود بالقسمة الممنوعة هي قسمة العين المشتركة (الرقبة)، و التي ينتفي الانتفاع بها مقسومة.

ب ـ أن القسمة المنطوية على ضرر بالعين المشتركة و يلزم عنها ضرر بالشركاء تكون محظورة، أما لو أمكن ذلك كأن يحتال في زيادة سمكه على طوله مثلاً جازت القسمة[1].

أما عن ماهية الضرر المانع للقسمة فهو ذلك الذي يرمي إلى إبطال منفعة المقسوم أو إتلاف جزء من منفعته، أو يجر إلى تغيير صفة الانتفاع بالمقسوم قبل القسمة[2]، و هذا الضرر إما أن يلحق بكل الشركاء أو بعضهم لأن القسمة فوتت منفعة[3]، إعمالا لقاعدة " الضرر يزال"، وهذا الذي أجمع عليه بين الفقهاء عندما يكون الضرر بيّناً جراء القسمة كأن يكون على الجدار بناء و مرافق[4].

إلى هذا الرأي ذهب القانون المدني الجزائري، حيث لم يرد أي نص قانوني يتناول قسمة رقبة الجدار المشترك، فقد سرد أحكامه في قسم القيود التي تلحق حق الملكية العقارية، و كأنه نوع من أن أنواع الشيوع الجبري، شأنه شأن الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية و التي لا تعطي للمالك إلا حق الاستعمال دون المساس بالغرض الأصلي الذي رُصدت له، ولا يمكن أن تطالها القسمة العينية، بل أُعتبر أنه نوع خاص من الشيوع الجبري له أحكامه الخاصة[5].

إضافة إلى عدم وضوح موقف المشرع من إمكانية قسمة الجدار المشترك أو منعها، ففي المادة 707 من القانون المدني نصت: " يعد الحائط الذي يكون من وقت إنشائه فاصلا بين بنائين مشتركا حتى مفرقهما، هذا ما لم يقم الدليل على عكس ذلك"، فكلمة مفرقهما قد تشمل القسمة أو تهدم البناء ككل و إعادته من جديد.

---

[1] . الذخيرة ج 07 ، ص 193.

[2] . قسمة الأعيان ـ دراسة فقهية مقارنة ـ أ: مازن صباح مصباح، و أ: نعيم سمارة المصري، الجامعة الإسلامية العالمية ـ ماليزيا ، مجلة الإسلام في آسيا، المجلد 7 ، العدد 2 ، ص 175.

[3] . الفقه الإسلامي و أدلته، وهبة الزحيلي، ج 05، ص 658.

[4] . الإعلان بأحكام البنيان ، ص 50.

[5] . الوسيط في القانون المدني ، ج 08 ، ص 988.

الرأي الثاني: القائل بجواز القسمة المأخوذ من المجموعة و شرطة في ذلك إمكانية ذلك مع انتفاء الضرر[1]، كأن تكون جذوع الجارين محمولة عليه من الطرفين أو لهما عليه علو مثلا و بذلك تنتفي القسمة، و يشترط أشهب أن لا يقسم إلاَّ باجتماعهم[2]، و رأى البعض بأن يجبر على القسمة من أباها عند التنازع تحصيلا للانتفاع بالملك[3].

أما فيما يخص تفاصيل قسمة الجدار فله علاقة كبيرة بمسألة الدعاوى المتعلقة به، و لقد سبق أن ذكرنا مسألة ادعاء نسبة في الجدار سطحيا دون تفصيل[4]، و هذا الذي سنستسيغه الآن بطرح تساؤل فيما لو ادعي كل من الجارين الجدار الفاصل بين عقاريهما ملكية خاصة له؟.

لن نعود للخوض الآن في مسألة بيّنة الاشتراك التي سبق ذكرها، و لن نصب اهتمامنا على حالة تكافؤ البيّنات.

فلو تم ادعاء ملكية الجدار الفاصل من الجارين، و قال كل منهما أنه ملكية خاصة له مع تكافؤ بيّنة بوجود العقود من جهة كل واحد منهما، فيقضى به بينهما نصفين[5]، في قول كل من ابن القاسم و ابن حبيب و ابن الماجشون، أما لو أختلف في دعواهما بحيث ادعى أحدهم الجدار كله، و ادعى الآخر نصفه و أنه شريك في ملكيته، هنا كان للفقه المالكي ثلاثة أقوال:

القول الأول: و هو رأي الإمام مالك بأن يقسم الجدار بينهما على قدر دعواهما فيه[6]، و ذهب إليه مطرف و قال أن لمدعي الجدار بكامله ثلثاه، و لمدعي النصف ثلثه[7]، بحجة أن دعواهما في مشاع مشاع و ليست في نصف الحائط بعينه، فتكون القسمة إلى أدنى ما يقوم منه النصف، لذا يضرب لمدعي الجميع بسهمين، و بسهم لمدعي النصف، و ذلك محمول على قسم الغرماء في مال الغريم المفلس الذي يُستوفى دينه من ماله، بحيث تطبق هذه القاعدة فيما لو كانت دعواهما في أقل من النصف أو أكثر.

---

[1] . الذخيرة ، ج 07 ، ص 192 .

[2] . النوادر و الزيادات، ج 11 ، ص 225.

[3] . الذخيرة ،ج 06 ، ص 185.

[4] . ثبوت نوع الاشتراك في حالة التداعي.

[5] . الإعلان بأحكام البنيان، ص 38.

[6] . الأحكام ، أبي مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان الأندلسي القرطبي المالكي ، دراسة و تحقيق الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب، نجيب، ط 01 (1435 هـ . 2014)، وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، قطر، ص 89.

[7] . الإعلان بأحكام البنيان، ص 38.

القول الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أ من ادعى نصف الجدار فلا دعوى له في النصف الآخر، و بهذا فيكون لمن ادعاه كله ثلاثة أرباع الجدار، و لمدعي النصف ربعه، و هذا شأن جميع الدعاوى[1].

القول الثالث: رأى عيسى بن دينار أن الجدار يكون بينهما نصفين، لأن دعواهما في شيء هو بأيديهما جميعا، كالثوب يتنازع فيه الرجلان و هو بأيديهما حتى يصلا إلى القاضي، و تتكافأ البيّنات، فيقضى به بينهما نصفين[2].

كما سبق القول أن القانون المدني لم يأت بنص فيما يخص قسمة الجدار المشترك، غير أنه و من خلال بعض الاستفسارات التي طرحتها على بعض المحامين و المهندسين المعماريين في هذه المسألة، كانت الإجابة في معظمها بأنه يمكن القسمة في حال كان عرض الجدار يسمح بذلك كأن يزيد عن 50 سم، و لم أصادف قرارات قضائية بشأن القسمة خلال أطوار البحث.

خلاصة: لما نتفحص أراء الفقه المالكي بشأن قسمة الجدار المشترك نجد في الأصل أنه لا تعارض بين الرأيين، فمن رأى بعدم القسمة إنما ذلك راجع للضرر الذي ينتج عنها، و من قال بها اشترط انتفاء الضرر.

بالجمع بين الرأيين يمكن القول أن القسمة متوقفة على نفي الضرر، فيمكن القسمة إذا لم يكن هناك ضرر بالجارين أو الجدار المشترك، أما إذا كان من غير الممكن نفي الضرر، انتفت القسمة و هو الرأي الذي ذهب إليه ابن القاسم حيث نجده لا يقول بقسمة الجدار للضرر، و هو الأصل عنده، و استثناءً نجده يبيّن كيفية القسمة.

الفقرة الثانية: صفة القسمة.

ذهب بعض فقهاء المالكية إلى قسمة الجدار المشترك و ذلك بشرط أن لا تنطوي القسمة على ضرر بالجدار أو بالجارين، و تباينت الآراء حول صفة القسمة هل يقسم طولا أم عرضا، و هل يقسم قائما أم أنقاضا بعد الهدم؟.

[1] . البيان و التحصيل، ج 12 ،باب الشركة، ص 13.

[2] . الإعلان بأحكام البنيان، ص 39.

القول الأول : يقسم طولا لا ارتفاعا من أوله لآخره كأن تكون أحدهما الجهة الغربية منه، و للآخر الجهة الشرقية، و يقع نصيب كل واحد منهما بالقرعة[1]، وقال بهذا ابن القاسم و صفة القرعة " أن يُكتب اسم كل واحد منهما في رقعة و تؤخذ كل رقعة في كوز من طين أو شمع، ثم ترمى كل بندقة في جهة، فمن حصل اسمه في جهة ملكها، و قيل تكتب الأسماء و تكتب الجهات، ثم تخرج أول بندقة من الأسماء، ثم ترمى أول بندقة في أي جهة من الجهات، فيعطى من خرج اسمه في تلك الجهة التي خرجت له من البندقة"[2].

القول الثاني: يقسم الجدار بينهما عرضا فيأخذ كل و احد منهما نصف عرض الجدار مما يليه، و هو قول عيسى بن دينار[3].

رأى الفقيه أبو الحسن اللخمي أن ذلك ليس بقسمة جميع الجدار، و إنما هي قسمة لأعلاه فقط بينما تبقى جملة الجدار على أصل الشركة الأولى، ولا تحدث القسمة إلا إذا انهدم الجدار فيقتسمان أرضه و يأخذ كل واحد منهما نصف عرضه مما يليه[4].

و الملاحظ أن هذا الرأي كيف القسمة في طول الجدار أو عرضه بأنها قسمة مؤقتة غير باتة، إلى أن تتم القسمة النهائية التي تكون بقسمة أصل الملك (الأرض التي يقام عليها الجدار)، و التي تتم بعد هدم الجدار.

[1]. الذخيرة ج 07 ، ص 194.

[2]. الإعلان بأحكام البنيان ، ص 51.

[3]. المصدر نفسه، ص 51.

[4]. التاج و الإكليل لمختصر خليل ، مُحَمَّد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، عدد الأجزاء 06 ، دار الفكر ، 1398 هـ ، بيروت لبنان ، ج 05 ، ص 149.

المطلب الثاني: هدم وتهدم الجدار المشترك.

يخضع أي تصرف في الجدار المشترك لكثير من الاعتبارات التي سبق بيانها أهمها علاقة الجوار و الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، و من بين هذه التصرفات الهدم الذي تختلف ضوابطه باختلاف طبيعة الاشتراك في حالتيه ، الحكمي و الحقيقي، وضرورة مثل هذا التصرف، و من ثمة نوايا المالك من وراء الهدم.

أما القانون المدني فقد اشترط لأي عملية هدم للبناء بشكل كلي أو جزئي، استصدار رخصة الهدم في شكل قرار إداري من قبل الجهات المختصة، يمنح المستفيد منها حق إزالة بنائه مع توفر الشروط التقنية للسلامة الأمنية[1]، غير أن هذه الرخصة ليس معمولا بها في جميع المناطق بل تخص ما حددته المادة 61 من المرسوم التنفيذي 91 . 176 التي تنص: " لا يمكن القيام بأي عملية هدم جزئية أو كلية لبناية دون الحصول على المسبق على رخصة الهدم و ذلك عندما تكون هذه البناية واقعة في مكان مصنف أو في طريق التصنيف في قائمة الأملاك التاريخية أو المعمارية أو السياحية أو الثقافية أو الطبيعية طبقا للأحكام التشريعية و التنظيمية المطبقة عليها، أو عندما تكون البناية الآيلة للهدم سندا لبنايات مجاورة"، ويتضح أن المشرع لم يطلق العنان لعمليات الهدم بل قيدها، و استثناء بالمناطق المذكورة في المادة أعلاه، و في ذلك حماية للمصلحة الاجتماعية من العمران.

بناءً على خطورة التصرف في الجدار بالهدم أحياناً و ضرورته في أخرى، فهو يخضع لعدد من الضوابط و تختلف بحسب رغبة الشركاء، و ما داعي الهدم، و ما طبيعة العقارين المتجاوران ؟، سنبين أحكامه في كل من الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري، في فرعين، بحيث نخص الفرع الأول لحالة الاشتراك الحقيقي، و أما الفرع الثاني فنخصه بحالة الاشتراك الحكمي.

[1] . المادة 60/ 1 من قانون رقم 90 . 29 ، المتعلق بالتهيئة و التعمير.

الفرع الأول: حالة الاشتراك الحقيقي.

قد يحتاج الجدار المشترك إلى إعادة بنائه من جديد، و ذلك لوهنه و تلاشيه و خشية تهدمه نظرا لقدمه ولم يتسبب في الوهن و الضعف أي منهما، فتكون المصلحة في بنائه متوازنة لكلا الشريكين، و ربما تترجح مصلحة أحدهما في إعادة بنائه دون الآخر، كأن يرغب أحدهما في زيادة متانته لأجل توسيع نطاق الانتفاع به، فيدعوا الشريك صاحب المصلحة الراجحة إلى إعادة بنائه و يأبى الآخر، فما رأي كل من الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري في المسألة؟.

الفقرة الأولى: أن تكون المصلحة جدية في هدم الجدار لإعادة بنائه.

جدية المصلحة من عدمها تقررها مدى متانة الجدار، فإن كان آيلاً للسقوط بفعل أمر سماوي كمطر أو رياح مثلا، أو نتيجة لاستعمال معتاد من الشريكين، أو تهدم و آل به الأمر ركاماً و أنقاضا، فما سلطة القضاء في جبر الشركاء على إعادة بنائه ؟.

فقهاء المالكية أجمعوا بأن الجدار الذي يكون عليه علو لأحدهما من سترة أو بناء دار فوق أخرى، بمعنى أن سماء الجدار قد شغلت ببناءٍ لأحدهما أو لكلاهما، فيقضى عليهما بإعادة البناء و يجبر من أبى أن يبني مع صاحبه[1]، بمعنى أن يجبر الشركاء قضاءً بإعادة بناء الجدار المشترك الذي يكون أساسا لما فوقه بحيث تقرر حق القرار لصاحب العلو على صاحب السفل.

أما إن أبى أحدهما ولم يجب دعوة مُريد البناء حتى بعد إجباره، فيجبر ببيع نصيبه من الدار ممن يبني، وليس يبيع نصيبه فقط من الجدار لعدم إقبال أي أحد على مثل هذا العقد[2].

أما الجدار الذي ليس عليه علو ففيه ثلاثة أقوال:

القول الأول: حكى ابن القاسم عن مالك بأن يجبر كل واحد من الجارين بأن يبني مع صاحبه[3]، لأن الجدار بينهما على وجه الشركة.

هذا الرأي الذي وافقه القانون المدني الجزائري في المادة 704 الفقرة 2 التي تنص: " فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له، فإن نفقة ترميمه و إعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه ".

[1]. الإعلان بأحكام البنيان ، ص 49.

[2]. النوادر و الزيادات، ج 11 ، ص 14.

[3]. الإعلان بأحكام البنيان، ص49.

يستوي في هذه الأحكام أن يكون الجدار فاصلا بين بناءين أو عقارين غير مبنيين من حيث وجوب منع الضرر كما جاء في المعيار " مسألة في جدار بين جنتين سقط فعجز أحد المالكين عن بنائه.

سئل عبد الحميد عن جدار بين جنتين يسقط و بناؤه ضروري، و يعجز أحد المالكين عن رده و يمتنع الآخر من البناء معه هل يجبر أم لا ؟.

فأجاب: إن كان الصلح كما ذكرت أجبر على البناء من أباه.

و أجاب أيضا عن إحداث البناء لضرورة الداعية إليه هل يجبر عليه من أباه بأن البناء إن كان يصون أموالهم، و تركه يفسده و يتلف ما فيها ، أجبر من أباه، و هو من صيانة الأموال و تضييعها ليس بصواب"[1].

و يلاحظ أن الجواب الثاني حكم فيه معيار أن ترصد الأموال لخدمة الصالح العام، و ليس لصاحب الحق التصرف فيه على وجه يضر فيه بنفسه أو بغير، و هو صلب الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية.

القول الثاني: لا يجبر على بنائه و تقلد هذا ابن القاسم[2]، و يقتسمان عرصة الجدار و نقضه، ثم يبني من شاء منهما لنفسه في أصل ملكه، قال بهذا صاحب التحفة:

و إن يكن لمقتض فالحكم أن يبني مع شريكه و هو السنن

من غير إجبار فإن أبى قسم موضعه بينهما إذا حكم

القول الثالث: هذا القول توسط بين القولين السابقين، مراعيا في ذلك المعيار الشخصي.

فإذا انهدم الجدار بأمر سماوي أو هدمه و هو عرضة للسقوط، لزمه إعادة بنائه إن كان قويا قادراً بكونه ذا مال وذا جاه[3].

الفقرة الثانية: عدم جدية المصلحة هدم الجدار المشترك:

قد يعمد أحد الجارين إلى هدم الجدار المشترك دون ضرورة ملحة، كأن يهدمه من أجل إعادة بنائه ثم يعدل عن ذلك لطارئ مثلاً ولم يقصد الضرر بالجار، فيجبر من يعيده كما كان[4]، لأنه أتلف مال غيره بغير موجب.

---

[1] . المعيار ،ج 09 ، ص 67.

[2] . التوضيح، ج 06 ص 372.

[3] . منتخب الحكام ، للطليطلي ، ص 123.

[4] . البهجة في شرح التحفة، ج 02 ، ص 563 ، قال صاحب التحفة في هذا:

و إن يكن مشتركا فمن هدم دون ضرورة ببنائه التزم

و دليل أن من هدم جدار أو بناء غيره لزمه بناء مثله بحديث أبي هريرة ﷺ قال، قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " كَانَ رَجُلٌ فِي بني إِسْرَائِيلَ يُقَالُ لَهُ : جُرَيْجٌ الرَّاهِب يُصَلِّي ، فَجَاءَتْهُ أُمُّهُ فَدَعَتْهُ ، فَأَبَى أَنْ يُجِيبَهَا ، فَقَالَ : أُجِيبُهَا أَوْ أُصَلِّي ، ثُمَّ أَتَتْهُ ، فَقَالَتِ : اللَّهُمَّ لاَ تُمِتْهُ حَتَّى تُرِيَهُ وُجُوهَ الْمُومِسَاتِ ، وَكَانَ جُرَيْجٌ فِي صَوْمَعَتِهِ ، فَقَالَتِ امْرَأَةٌ : لَأَفْتِنَنَّ جُرَيْجًا ، فَتَعَرَّضَتْ لَهُ ، فَكَلَّمَتْهُ فَأَبَى ، فَأَتَتْ رَاعِيًا فَأَمْكَنَتْهُ مِنْ نَفْسِهَا ، فَوَلَدَتْ غُلاَمًا ، فَقَالَتْ : هُوَ مِنْ جُرَيْجٍ ، فَأَتَوْهُ وَكَسَرُوا صَوْمَعَتَهُ ، فَأَنْزَلُوهُ وَسَبُّوهُ ، فَتَوَضَّأَ وَصَلَّى ، ثُمَّ أَتَى الْغُلاَمَ ، فَقَالَ : مَنْ أَبُوكَ يَا غُلاَمُ ؟ قَالَ : الرَّاعِي ، قَالُوا: نَبْنِي صَوْمَعَتَكَ مِنْ ذَهَبٍ ، قَالَ : لاَ إِلاَ مِنْ طِينٍ "[1].

أما القانون المدني فقد حكم في المسألة بموجب القواعد العامة للقانون، بحيث يتوجب على المتسبب في الضرر ضمانه كما لو كان سبب وهن الجدار راجعا خطأ الشريك في استعماله، و بالتالي فإنه هو من يتحمل نفقات التجديد[2].

نفس الحكم في الحالة التي ترجح مصلحة أحد الشريكين بإعادة بناء، لأن من غير المعقول أن يجبر الجار جاره بإعادة بناء الجدار المشترك بينهما دون ضرورة ملحة، إلا لأن ذلك يصب في مصلحته الشخصية، و بهذا جاء نص المادة 705 الفقرة 02: " فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، و يظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركا دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض".

الفرع الثاني: حالة الاشتراك الحكمي.

التصرفات الواردة على الجدار المشترك اشتراكاً حكميا ذات طابع خاص، و يخضع لمعايير ليست مماثلة لتلك المطبقة في حالة الاشتراك الحقيقي، الخاضعة في الأصل لعقد الشركة، بينما الاشتراك الحكمي مبني على حق الارتفاق، يعطي سلطات أقل من تلك التي يتميز بها حق الملكية، ففي حالة الجوار الرأسي بأن يكون الجدار أساسا لما فوقه، فصاحبه مخير بين إعادة بنائه أو بيعه ممن يبني[3]، و لابن العطار نفس الرأي إلاّ أن يختار صاحب العلو أو يبنيه من ماله، و يمنع صاحب السّفل من الانتفاع به حتى يعطيه ما أنفق[4].

[1]. صحيح البخاري ، ج 02 ، باب: إذا انهدم حائط فليبن مثله ، ص 202.

[2]. الوسيط في القانون المدني، للسنهوري، ج 08 ،ص 996 .

[3]. عقد الجواهر الثمينة على مذهب عالة المدينة، ج 02 ، ص 643.

[4]. التوضيح، ج 06 ، ص 367.

أما في حالة الجوار الجانبي فأي نزاع بشأنه يتجاذبه معياران أحدهما قدسية الحق، الآخر هو الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية و ضابطها نظرية التعسف في استعمال الحق، و البث في يكال تارة بمعيار موضوعي خاضع لقوة الحجة في الهدم أو أن يكون هذا الجدار تهدم بأمر سماوي لم يتسبب فيه صاحب الجدار، و تارة بمعيار شخصي كأن يعمد صاحبه إلى هدمه دون أن تتضح مصلحته في ذلك.

الفقرة الأولى: تهدم الجدار الفاصل و شرعية الهدم.

الأصل في الجدار الفاصل أن أقل ما تقرر لجاره منه هو استتار ملكه به.لا يتصرف فيه صاحبه بالهدم إلا لعذر قوي، و في بعض الأحيان يكون من الضروري هدم الجدار، كأن يكون مائلا يخشى سقوطه فيجبر صاحبه عن إصلاحه أو أن يبيعه ممن يصلحه وقد لا يتأتى الإصلاح إلاّ بإعادة بنائه بهدمه و إعادته من جديد. كما ورد في النوادر و الزيادات :" سئل ابن كنانة عن جدار مائل يخاف عليه السقوط قال: يبعث الإمام إليه عدولا ينظرونه فإن رأوه مخوفا أمر الإمام صاحبه بإصلاحه فإن ضعف عن إصلاحه و كان عديما جبره على بيعه ممن يصلح، قال عبد الله: يريد بائع الدار و هو مفسر في غير هذا الموضع، قال ابن سحنون: و سأل شجرة سحنونا فيمن شكا إلى الحاكم أن لجاره غرفة مائلة أو حائطا فقال: إذا كان ذلك مخوفا ببناء فائق الضرر على الناس، غاب صاحب الحائط أو حضر"[1]، فيقضى على المالك بهدمه خاصة إذا كان ذلك متوقعا و بيّناً و أشهد عليه، لأنه سيضمن ما تسبب فيه من خسائر[2].

إلى هذا الرأي ذهب القانون المدني الجزائري بتقييد سلطة المالك بمنعه هدم جداره المملوك له ملكا خالصا، و الذي يستتر به ملك جاره دون عذر قوي، لأن في ذلك ضرر به، حيث نصت المادة 708 الفقرة 02 :" غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط ".

و نجد النص القانوني ركز على المعيار موضوعي بإسناد الهدم إلى الهدم قانونية العذر، و الذي تنظر فيه الجهة المختصة بمنح رخصة الهدم.

---

[1] . النوادر و الزيادات ، ج 11، ص 110.

[2] . النوادر و الزيادات ، ج 12 ، ص 512 ، فقال صاحب التحفة:

و إن جدار ساتر تهدما أو كان خشية السقوط هدما

غير أن التساؤل المطروح مدى إمكانية إجبار صاحب بإعادته؟، و قد تعددت أراء الفقهاء في المسألة بحسب سبب انتقاض الجدار.

أولا ـ أن يهدمه ربه لوجه منفعة ثم يعجز عن رده:

الحالة التي يكون فيها الجدار الفاصل مملوكا ملكية فردية و خاصة، يُعطَى للجار سلطات أوسع نطاقا من تلك التي تمنح في حالة الشيوع الإجباري، بحيث يقيد التصرف بعدم الإضرار بالجار ضررا غير مألوف، فقد يتصرف فيه صاحبه بالهدم، فإن كان لغير ضرورة فيمنع من ذلك ابتداءً، و إن كان قد هدمه فيقضى عليه برده، لأنه أراد العنت و قصد الإضرار بالجار[1]، و إن كان لم يمن له مال أدب قضاء و ليس عليه شيء، أي ترتب التعويض المدني عن الضرر الذي لحق بالجار[2]، و إلا فالجزائي المتمثل في العقوبة التعزيرية التي يحددها القاضي عند فقهاء القانون.

أما لو هدمه صاحبه لضرورة أو لمصلحة ثم عجز عن بنائه و هو المقصود في الشطر الثاني من البيت الثاني فاختلف فقهاء المالكية على أربعة أقوال:

القول الأول: يرى ابن القاسم في الأصل، و عيسى بن دينار حكاية عنه و غيرهم بعدم إجباره على رده حتى لو كان قادراً على ذلك[3]، فقال صاحب التحفة :

فمن أبى بناءه لن يجبرا و قيل للطالب إن شئت أسترا

و هذا الرأي يميل إلى تقديس حق الملكية بحيث لا يمكن أن إجبار الجار ببذل ماله لمنفعة جاره و يقال لهذا الأخير أستر على نفسك إن شئت في أرضك، وهو المشهور.

القول الثاني: يرى ابن الماجشون و ابن حبيب و سحنون من المالكية بجبر صاحبه على إعادته.سواء كان صاحبه قويا أو ضعيفا، لأنه في ذلك مضار لجاره، الذي قامت داره بستر جدار جاره.

استند هذا الرأي على ضرورة إزالة الضرر حفاظا على علاقة الجوار، و ذلك بتقيده صاحب الحق ابتداء وجبره على إزالة الضرر الذي تسبب فيه بامتناعه عن إعادة البناء.

القول الثالث: يرى أن إعادة الجدار واجب ديانة لا قضاء، بحيث يجبر على إعادته دون تعجل في القضاء عليه بذلك، ثم يقال لصاحبه استر على نفسك، بمعنى أن هذا هو الأصل في هذا الرأي

---

[1] التوضيح ج 06 ، ص 372.

[2] . قال صاحب التحفة: و عامد للهـدم دون مقـتض عليه بالبناء وحده قضي
و إن كان ذا وجه و كان ماله و العجـز عنه أدبا أنالـه

[3] . البيان و التحصيل، ج09 ، ص221.

بحيث لا يجبر صاحب الحق أن يمكن غيره من الانتفاع بملكه إلاَّ عن طيب نفسه، فإن توضع عنصر الضرر ، بأن لا يجد هذا الأخير القدرة على البناء الذي يستتر به عورته، يجبر صاحبه أن يبنيه أحب أو كره و هو قول ابن حبيب و ابن الماجشون و غيرهم[1].

و يلاحظ أن هذا الرأي وازن بين قدسية الحق و علاقة الجوار، معملا في ذلك قاعدة "الضرر يزال" بالدرجة الأولى، فإن استحال إزالة الضرر فإنه يعدل إلى قاعدة " إذا اجتمع ضرران يدفع أشدهما "، و هو المعمول به استثناء في هذا الرأي، بأن يتحمل ضرر صاحب الجدار بجبره على البناء حفاظا على ما هو أهم من ذلك و هو علاقة الجوار.

القول الرابع: حكم أصحاب هذا الرأي القدرة المادية في بيان تعسف صاحب الجدار من وراء تركه، بحيث لو كان صاحب الجدار قادراً على رده لكنه امتنع، فكان منه الامتناع دليلا على قصده الضرر، فيقضى عليه بإعادته أي بعكس نيته، أما لو كان صاحب الجدار ضعيفا غير قادر على إعادة بنائه فلا يقضى عليه بذلك لأنه من غير المعقول أن يكلف بما لا قدرة له به، لأجل أن يصب ذلك في مصلحة جاره [2].

ثانيا: أن يتهدم الجدار بأمر من الله أو يكون في حكم المتهدم

إذا تهدم الجدار بأمر سماوي سواء كان في حالة من القوة أو الضعف، أو في حكم المتهدم بحسب المآل لضعفه و خشية السقوط، و لو سقط هذا الجدار في ملك جاره لزمه رفع الضرر عن الجار جراء الأنقاض التي وقعت في أرضه و له أن يأخذ من هذا النقض ما ينتفع به من الخشب و الحجر و الآجر[3]، و أما في جبر صاحبه على رده كما كان، فقد تعددت أراء فقهاء المالكية إلى عدة أقوال.

القول الأول: لو تهدم الجدار بأمر من السماء رغم قوته أو كان في مآل السقوط فهدمه صاحبه، فليس للجار أن يطلب منه إعادة بنائه ولا يجبر على ذلك و يقال للطالب إن شئت فاستر على نفسك في حظك، و إن شئت فدع[4]، و هو رأي ابن القاسم

[1] . الإعلان بأحكام البنيان ، ص 47.

[2] . الإعلان بأحكام البنيان ، ص 47.

[3] فتاوى البرزلي ، ج 04 ، ص 405.

[4] . البيان و التحصيل، ج 09، ص 221.

القول الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن يجبر صاحبه على إعادته إن كان قادرا بكونه ذا مال ولا يعجزه إعادة السترة و هو قول عيسى ابن دينار[1].

القول الثالث: يرى مطرف و ابن الماجشون بأن ذلك بمنزلة الجدار بين الشريكين فيجبر على بنائه مطلقا و إن لم يكن له مال فيجبر على البيع ممن يبني[2].

الفقرة الثانية: مسألة المصالحة على إعادة البناء: قد يتهدم الجدار الفاصل، و يعجز صاحبه عن رده، و معلوم أن بقاءه أنقاضا فيه مضرة بالجارين، هذا في انقضاض جداره و الآخر في تكشف عقاره الذي كان يستتر بجدار جاره، و قبل اللجوء إلى القضاء للبث في المسألة، يقترح الجار على صاحب الجدار المتهدم إعادة بنائه مقابل الانتفاع به على وجه ما، كحمل خشب مثلاً، أو أن يمنح له نصف عرصته فيكون بذلك شريكاً بعد أن كان مرتفقاً فقط، ففي طبيعة هذا العقد و من حيث الشروط تباينت أراء الفقهاء بين مجيز و مانع.

القول الأول: القائل بمنع مثل هذا العقد، و عدم جوازه لأنه عقد لأجل غير معلوم و لم يسمي كل واحد منهما ما يحمل عليه، و أن أُمضي العقد فعلى صاحب القاعة و التراب . أي أصل الملك . أن عطي لصاحب الطوب و النفقة و العمل قيمة طوبه وعمله، ويعود الجدار ملكية خالصة له[3]، و هو قول سحنون.

القول الثاني: يرى عيسى بن دينا أن ذلك على سبيل العقد الملزم كالإشتراء، بحيث يسقط حقه فيه مطلقا و لو احتاج إلى ذلك[4].

خلاصة الفصل:

إن أي تصرف من التصرفات المادية على الجدار المشترك، خاضع و حسب أراء فقهاء الشريعة و فقهاء القانون، إما للوظيفة الاجتماعية لحق الملكية أو لأهمية السلطات التي يمنحها الحق، و في كثير من الحيثيات إن لم نقل كلها توافقت أراء فقهاء القانون مع ما جاء في الشريعة الإسلامي (المذهب

[1] . التوضيح ، ج 06 ، ص 372.
[2] . البيان و التحصيل، ج 09 ، ص 222.
[3] . الإعلان أحكام البنيان ، ص 48.
[4] . المصدر نفسه ، ص 48.

المالكي)،و يرتقي هذا التوافق إلى درجة التطابق، بحيث نجد أن مالم يُتناول بالتفصيل في القانون المدني استساغته القواعد العامة منها كون الشريعة الإسلامية المصدر الثاني من مصادر القاعدة القانونية.


خاتمة

فطرة الإنسان على حب التملك من جهة، و حاجته إلى التواجد ضمن الجماعة من جهة أخرى، كانت الدافع الرئيس لوجود الأنظمة التي تحكم العلاقات بين الأفراد قديما و حديثا، و هو الأمر الذي نستشفه جليا من الفقه الإسلامي الذي عني بتنظيم أحكام المرافق المتعلقة بالعقارات و منها مسألة الحائط المشترك، و حذت التشريعات الوضعية مثل ذلك بما فيها المشرع الجزائري الذي ساقه ضمن قيود الملكية العقارية الخاصة.

لكن الأمر الملفت في هذا البحث هو نسبة التوافق الكبيرة في الأحكام بشأن الجدار المشترك بين كل من الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري، حيث لا يكاد تقريبا أن يوجد حكم أخذ به المشرع الجزائري إلاّ و وافق أحد آراء فقهاء المذهب في كل من أوجه الانتفاع المقررة للجارين في الجدار الفاصل بغض النظر إلى من تعود ملكيته رقبةً، حيث أن الشرط الغالب في هذه الاستعمالات هو جدية المصلحة بما يكفل تحقيق المصالح الحقيقية للأفراد دون الإخلال بالمصالح العامة التي يكون مرهونة بالسلطات الممارسة عليه من قبل المالك، و على أساسها بنينا مسمى الاشتراك الحقيقي و الحكمي.

و ذات القواعد العامة بالنسبة للتصرفات، خاصة المادية منها المنصبة على الجدار المشترك، فنظراً لخطورة التصرف بشكل عام الذي لا يخول كمبدأ إلاّ للمالك الحقيقي (مالك الرقبة و المنفعة)، اشترط فيه عدم الإضرار بالمصالح الحقيقية للجار اللصيق في الفقهين؛ الإسلامي المالكي و القانوني الجزائري، و رغم الصياغة التي اعتمدها المشرع في النصوص القانونية التي تحتاج إلى إعادة ضبطها إلاّ أننا نجد المقصود منها قد يثبت غالبا في القرارات القضائية، كما نجد ذات المصطلحات متداولة في مؤلفات الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري.

كما أن هذه الأحكام و إن لم تستغرق تفصيلا في موضع سيقت على سبيل الإجمال في الموضع الآخر، أي أن تكون مشمولة بالقواعد العامة، فتفصيلات إثبات الملكية في الجدار المشترك التي وقف فقهاء المالكية على أدق أمورها، أحالها القانون المدني الوضع المادي للجدار ثمّ إلى أدلة الإثبات العامة، و التفصيلات المذكورة في القانون المدني بشأن التعلية تحال إلى اتفاق الجارين في الفقه المالكي.

كما نلاحظ سمو الالتزام الديني الخلقي و يغلب في الفقه المالكي على الالتزام القضائي، لأنه الأنجع و الأكثر فاعلية في تقويم الحقوق قبل تقريرها.

و من أبرز التوصيات المقترحة على المشرع التي تخص الصياغة اللغوية:

أن يستعمل مصطلح " الجدار " بدل مصطلح " الحائط" الذي أورده في بيان أحكامه و المدرج تحت الكتاب الثالث (الحقوق العينية الأصلية)، في الباب الأول (حق الملكية), في الفصل الأول (حق الملكية بوجه عام).في القسم الثالث المتمثل في: القيود التي تلحق حق الملكية، في المواد من 704 ـ 708 من القانون المدني.

. إعادة صياغة المادة 704 الفقرة 01 من القانون المدني :« لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، و أن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته »، التي جاءت و كأنها تحدد الاستعمال في الغرض الذي أعد لأجله الحائط، و رغم أن للاستعمال أشكال مختلفة منها ما يكون محل للإرادة الاتفاقية، ومنها ما هو خارج الحسابات، لأن الغرض ينطوي فقط على محل الإرادة، و أرى أن المقصود بهذه العبارة هو " أن يراعى في شكل الاستعمال ما تقتضيه طبيعة الحائط"، حيث أَتْبَع المشرع ذلك بنوع من أنواع الاستعمال في سياق العطف، بأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف، بشرط عدم تحميل الحائط فوق طاقته، و من رأيي استبدل عبارة " و بأن يضع فوقه ..." بعبارة "كأن يضع فوقه"، و هذا ليكون وضع العوارض على الحائط وهو كأحد صور الاستعمال على سبيل المثال.

كما أرى بأن يستحدث بعض النصوص القانونية التي تتناسب مع الأوضاع المادية الممكن أن يوجد عليها الجدار الفاصل مثل:

. استحداث نص قانوني يختص بقرائن الاشتراك في الحائط الفاصل بين العقارات الغير مبنية.

. أيضا استحداث نصوص قانونية بشأن البنايات التي تجاور العقارات الفلاحية متماشية مع ظروف الإنتاج الحديثة.

أمّا عن أهم توصياتي **للقضاة** المسند إليهم الفصل في هذه في مثل هذه المسائل، الرجوع إلى الأسس المعتمدة في الفقه الإسلامي و تحييثها، و تنزل معاييرها على القضايا المطروحة أمامهم، و ذلك استنادا على اعتماد المشرع لمبادئ الشريعة كمصدر ثان للقاعدة القانونية.

أما عن الأفاق التي أقترحها للبحث و التقنين هو اهتمام المشرع بكتاب الإعلان بأحكام البنيان و اعتماده كمرجعية يستند إليها في وضع النصوص القانونية الخاصة بالملكية العقارية خاصة في مجال العمران، وذلك باستخلاص القواعد الكلية منه و إعادة صياغتها، صياغة تكون أكثر عمومية و شمولية تتلاءم و مقتضيات العصر الحديث، بتطوراته السريعة و متطلباته المتجددة، بما يكفل تقليص دائرة النزاعات المتأصلة عن المُشاحة في المعاملات المالية، و ترسيخ العدل والإنصاف.

و لأنه لا يخلو أي عمل من نقائص، فأضع هذا البحث بين أيادي أساتذتي الأفاضل من أجل التصويب و التنقيح و في الأخير نسأل الله العليم أن يرزقنا علما نافعا عملاً متقبلا، فهو الهادي لسبيل الرشاد و الموفق لطريق الحق، فله الحمد و المِنّة و بفضله تتم الصالحات.

رالفهارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية

قائمة المصادر المراجع

قائمة الملاحق

فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية:

الآية	السورة	الصفحة
قوله تعالى:" وَيُهَيِّئْ لَكُم مِّنْ أَمْرِكُم مِّرْفَقًا ﴿١٦﴾ "	الكهف 16.	08
فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُ ۖ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴿٧٧﴾ "	الكهف 77 .	29
"خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ "	الأعراف 199.	47
" "۞ وَٱعْبُدُوا۟ ٱللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا۟ بِهِۦ شَيْـًٔا ۖ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا وَبِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلْجَنۢبِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ مَن كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا ﴿٣٦﴾ ".	النساء 36.	100
" وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ۖ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴿٢٨﴾ "	القمر 28 .	107

فهرس الأحاديث:

الحديث	مصدره	الصفحة
"من اقتطع من طريق المسلمين أو أفنيتهم شبراً من الأرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين".	السنن الكبرى للبيهقي	15
" قضى النبي صلى الله عليه و سلم إذا تشاجروا في الطريق الميتاء بسبعة أذرع"	صحيح البخاري	16
" لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلأ "	صحيح البخاري الموطأ	20
" نهى رسول الله ـ ﷺ- عن المزابنة أن يبيع ثمر حائطه إن كان نخلا بتمر كيلا، وإن كان كرما أن يبيعه بزبيب كيلا وإن كان زرعا أن يبيعه بكيل طعام نهى عن ذلك كل"	صحيح البخاري	27
" من أحاط حائطا على أرض فهي له "	مسند الإمام أحمد	27
«لَا يمنع جار جَاره أَن يغرز خَشَبَة عَلَى جِدَاره.»	صحيح البخاري	34
"لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر"	صحيح البخاري	45
" حديث شاهداك أو يمينه ليس له إلا ذلك "	إرواء الغليل	50
" أن رجلين اختصما إلى رسول الله ـ صلى الله عليه و سلم ـ في دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها بينهما نصفين "	إرواء الغليل	50
" لا ضرر و لا ضرار "	الموطأ	69
"لاَ يَدْخُلُ الجَنَّة مَنْ لاَ يَأْمَنُ جَارُهُ بَوَائِقَهُ "	رواه مسلم	99
" ليس في المال حق سوى الزّكاة "	نيل الأوطار	99
" الجار أحق بصقبه "	رواه البخاري	100
" ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه"	رواه البخاري	100

" كَانَ رَجُلٌ فِي بَنِي إِسْرَائِيلَ يُقَالُ لَهُ : جُرَيْجٌ الرَّاهِب يُصَلِّي ، فَجَاءَتْهُ أُمُّهُ فَدَعَتْهُ ، فَأَبَى أَنْ يُجِيبَهَا ، فَقَالَ : أُجِيبُهَا أَوْ أُصَلِّي ، ثُمَّ أَتَتْهُ ، فَقَالَتِ : اللَّهُمَّ لاَ تُمِتْهُ حَتَّى تُرِيَهُ وُجُوهَ الْمُومِسَاتِ ، وَكَانَ جُرَيْجٌ فِي صَوْمَعَتِهِ ، فَقَالَتِ امْرَأَةٌ : لَأَفْتِنَنَّ جُرَيْجًا ، فَتَعَرَّضَتْ لَهُ ، فَكَلَّمَتْهُ فَأَبَى ، فَأَتَتْ رَاعِيًا فَأَمْكَنَتْهُ مِنْ نَفْسِهَا ، فَوَلَدَتْ غُلاَمًا ، فَقَالَتْ : هُوَ مِنْ جُرَيْجٍ ، فَأَتَوْهُ وَكَسَرُوا صَوْمَعَتَهُ ، فَأَنْزَلُوهُ وَسَبُّوهُ ، فَتَوَضَّأَ وَصَلَّى ، ثُمَّ أَتَى الْغُلاَمَ ، فَقَالَ : مَنْ أَبُوكَ يَا غُلاَمُ ؟ قَالَ : الرَّاعِي ، قَالُوا : نَبْنِي صَوْمَعَتَكَ مِنْ ذَهَبٍ ، قَالَ : لاَ إِلاَ مِنْ طِينٍ ".	رواه البخاري	120

قائمة المصادر المراجع:

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

الحـديث :

01 ـ الجامع الصحيح للبخاري، عدد الأجزاء 04، تحقيق و شرح : محب الدين الخطيب، ترقيم و تبويب :مُحَّد فؤاد عبد الباقي، ط 1، 1400 هـ، المكتبة السلفية، القاهرة، ج 2 .

02 ـ إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، مُحَّد ناصر الدين الألباني، ط 01 ، (1399 هـ . 1989 م)، المكتب الإسلامي، بيروت ، لبنان.

03 ـ صحيح مسلم، الإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشري النيسابوري، دون ط ، دون سنة ط، دار الفكر لبنان.

04 ـ موطأ الإمام مالك، ط 03 (1418 هـ ـ 1998 م)، رواية أبو مصعب الزهري المدني، تحقيق : الدكتور بشار عواد معروف و محمود مُحَّد خليل ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان.

05 ـ السنن الكبرى ، الإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت: 458 هـ)، تحقيق مُحَّد عبد القادر عطا، دون ط، دزن سنة ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

التفسير و شروح الحديث:

01 ـ الجامع لأحكام القرآن، شمس الدين القرطبي، تحقيق: هشام سمير القرطبي، دون ط (1423 هـ ـ 2003 م)، دار علم الكتاب، الرياض، السعودية، ج 05 ، ص 183.

02 ـ المسالك في شرح موطأ مالك، القاضي مُحَّد ابن عبد الله أبو بكر بن المعافري الإشبيلي المالكي، تقديم الدكتور يوسف القرضاوي، ط 01 (1428 هـ ـ 2007 م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان.

03 ـ نيل الأوطار، مُحَّد بن علي بن مُحَّد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ط01 (1413 هـ ـ 1993م)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث مصر.

اللغة العربية:

01. المحكم المحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن اسماعيل بن سيده المرسي، تحقيق عبد الحميد هنداوي، ط 1، 2000 م، دار الكتب العلمية، لبنان.

02. المغرب في ترتيب المعرب، أبو الفتح برهان الدين المطروي، دون تحقيق، دون ط، دار الكتاب العربي.

03 . تاج العروس من جواهر القاموس، مُحَمَّد بن مُحَمَّد أبو الفضل الملقب بمرتضى الزبيدي، بدون ط، دار الهداية.

04 . درة الغواص في أوهام الخواص، القاسم بن علي بن مُحَمَّد بن عثمان أبو مُحَمَّد الحريري البصري (ت :516 هـ) تحقيق عرفات مطرجي، ط 1، 1418 هـ . 1998 م مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت . لبنان.

05 . كتاب العين، الخليل الفراهيدي (ت 170 هـ)، تحقيق د: مهدي المخزومي و د: ابراهيم السامرائي، دون ط، دون سنة ط ، دار ومكتبة الهلال.

06. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير- أحمد بن مُحَمَّد بن علي الفيومي أبو العباس (ت: 770 هـ)، بدون تحقيق، دون ط المكتبة العلمية، بيروت.

07. مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله مُحَمَّد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت:666 هـ)، تحقيق يوسف الشيخ مُحَمَّد، ط5 (1420 هـ . 1999 م)، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت صيدا.

08 . التوقيف على مهمات التعريف، عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن زين العابدين الحدادي (ت 1031)، بدون تحقيق، ط 1، 1990 م، عالم الكتب، القاهره.

09. الكليات معجم في المصطلحات و الفروق اللغوية، أيوب بن موسى القريمي الكوفي، أبو البقاء الحنفي (ت 1094 هـ)، تحقيق عدنان درويش و مُحَمَّد المصري، مؤسسة الرسالة بيروت.

10. التعريفات، علي بن مُحَمَّد بن علي الجرجاني، ط 01 (1405 هـ)، دار الكتب العلمية بيروت.

11. لسان العرب، للمؤلف مُحَمَّد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، ط 01، دار صادر، بيروت.

12. تاج اللغة و صحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري (393 هـ)، ط 04، دون تحقيق، دار العلم للملايين، القاهرة.

13. المعجم الوسيط ، إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . مُحَمَّد النجار، تحقيق مجمع اللغة العربية ، دار الدعوة.

14 ـ المغرب في ترتيب المعرب، أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز، ط 01 (1979 م)، تحقيق مُحَّد فاخوري و عبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، سوريا.
15- القاموس المحيط، لمجد الدين الفيروز أبادى المتوفى: 817هـ ، ط الثامنة، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
16. أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي، تحقيق الدكتور: قاسم بن عبد الرزاق الكبيسي، ط 01 (1406 هـ) ، دار الوفاء جدة .

مؤلفات الفقــه الإسلامي:

***أولا* : الفقه المالكي:**

01 ـ المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس، رواية عن سحنون بن سعيد التنوخي و الإمام عبد الرحمان بن القاسم، دون تحقيق، ط 01 ، (1415 هـ ـ 1994 م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
02 ـ الذخيرة ، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق الدكتور: مُحَّد حجي، ط 01 (1994 م) ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.
03. الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني، الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، ضبط و تصحيح الشيخ عبد الوارث مُحَّد علي، منشورات الكتب العلمية ، بيروت لبنان.
04 ـ الإعلان بأحكام البنيان ، أبي عبد الله مُحَّد بن إبراهيم اللخمي المعروف بإبن الرامي البناء، تحقيق فريد بن سليمان، مركز النشر الجامعي، المطبعة الرسمية التونسية.
05 ـ أقضية رسول الله ـ صلى الله عليه و سلم ـ أبو عبد الله مُحَّد بن فرح المالكي القرطبي (404 ـ 497 هـ) ، تحقيق أبو عبد الله فارس بن فتحي بن إبراهيم ، ط 1 ، 1427 هـ ـ 2002 م ، دار ابن الهيثم ، القاهرة ، مصر.
06 ـ فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء و الحكام، للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، (403 ـ 474 هـ) ، تحقيق الدكتور مُحَّد أبو الأجفان ، ط 01 ، (1422 هـ ـ 2002 م)، دار ابن حزم ، بيروت ـ لبنان.

07 ـ مناهج التحصيل و نتائج لطائف التأويل في شرح المدونة و حل مشكلاتها، أبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، تقديم الأستاذ الدكتور علي علي لقم، ط 01 ، (1428 هـ ـ 2007 م)، دار بن حزم، لبنان.

08ـ النوادر و الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات ، لأبي مُحَمَّد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، تحقيق الأستاذ مُحَمَّد عبد العزيز الدباغ، ط 01 ، 1999م، دار الغرب الإسلامي.

09ـ المعونة على مذهب عالم المدينة ، أبي عبد الله مالك بن أنس إمام دار الهجرة ، تصنيف القاضي أبي مُحَمَّد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، تحقيق مُحَمَّد حسن مُحَمَّد حسن إسماعيل الشافعي، ط1، 1418 هـ ـ 1998 م، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان.

10ـ تحفة الحكام في نكت العقود و أحكام ، لأبي بكر مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن عاصم الأندلسي، (ت: 829 هـ)، تحقيق مُحَمَّد عبد السلام مُحَمَّد، ط 01 ،(1432 هـ ـ 2011 م)، دار الأفاق العربية ، القاهرة، مصر.

11ـ البهجة في شرح التحفة، أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، (ت 1258 هـ)، ضبط وتصحيح: مُحَمَّد عبد القادر شاهين، ط 01 (1418 هـ ـ 1998 م)، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان.

12ـ المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية و الأندلس و المغرب ، أبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي ، (ت 914 هـ)، تخريج مجموعة من الفقهاء تحت إشراف الدكتور مُحَمَّد حجي، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية للمملكة المغربية (1401 هـ ـ 1981م)، الرباط.

13 ـ البيان و التحصيل و الشرح و التوجيه و التعليل في مسائل المستخرجة، لأبي الوليد بن رشد القرطبي (ت 520 هـ)، تحقيق الدكتور مُحَمَّد حجي، ط 01 (1404 هـ ـ 1984 م)، دار الغرب الإسلامي ، بيروت لبنان.

14 ـ إقامة الحجة بالدليل ـ شرح على نظم بن بادي لمختصر خليل ـ ، الشيخ مُحَمَّد باي بلعالم، ط01 (1428 هـ ـ 2007 م)، دار بن حزم، لبنان.

15ـ شرح الخرشي على مختصر خليل ، أبي عبد الله مُحَمَّد الخرشي، ط 02 (1318 هـ)، دون تحقيق، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ـ مصر.

16ـ التاج و الإكليل لمختصر خليل ، مُحَمَّد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، دار الفكر ، 1398 هـ ، بيروت لبنان ، ج 05 ، ص 149.

17. التعريج و التبريج في ذكر أحكام المغارسة و التصيير و التلويج، للإمام أبي زيد عبد الرحمان بن عبد القادر الراشدي المجاجي الجزائري (ت سنة 1020 هـ)، دراسة و تحقيق خالد بوشامة، ط01، (1426 هـ. 2005 م)، دار الناشرون ، الجزائر.

18. التفريع، أبي القاسم عبيد الله بن الحسين ابن الحسن ابن الجلاب البصري، (ت: 378 هـ)، تحقيق الدكتور حسين بن سالم الدّهماني ، ط 01 (1408 هـ. 1987 م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، لبنان.

19. منتخب الحكام و بيان ما عمل به من سير الحكام، الإمام أحمد بن خلف بن وصول الطليطلي، تحقيق الأستاذ الدكتور حميد لحمر، ط 01 (1429 هـ. 2008 م)، دار بن حزم بيروت لبنان.

20 . حاشية الدسوقي، العلامة مُحَمَّد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي على الشرح الكبير للشيخ أبي البركات سيدي أحمد بن مُحَمَّد العدوى المعروف بالدريدر، تحقيق مُحَمَّد بن أحمد بن مُحَمَّد المعروف بعليش، دون ط ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

21 . ميسر الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، العلامة محنض بابة بن أعبيد الدينامي الموريتاني المالكي، تحقيق أحمد بن التاه بن حمَّيّنا، ط 01 ، (1424 هـ. 2003 م)، دار الرضوان للنشر ، أنواقشط ، موريتانيا.

22 . القوانين الفقهية، لابن جزي، ط جديدة و منقحة ،(1430 هـ. 2009 م)، بيروت، لبنان.

23. الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، للقاضي أبي مُحَمَّد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت: 422 هـ)، تقديم و تخريج: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، ط 01 ، (1429 هـ. 2008 م)، دار بن القيم، المملكة العربية السعودية.

24. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب ، تأليف خليل بن إسحاق الجندي المالكي، (ت: 776 هـ)، ضبط و تصحيح الدكتور: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط 01 ،(1429 هـ. 2008 م)، دار نجيبويه، القاهرة مصر.

25 . عقد الجواهر الثمينة على مذهب عالم المدينة ، جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، تحقيق الدكتور: مُحَمَّد أبو الأجفان و الأستاذ : عبد الحفيظ منصور ، ط 01، (1415 هـ. 1995 م) ، دار الغرب الإسلامي، بإشراف مجمع الفقه الإسلامي ، جدة.

26. مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض و ولده مُحَمَّد، تقديم و تحقيق الدكتور مُحَمَّد بن شريفة، ط 01 ، 1990 م، دار الغرب الإسلامي.

27. فتاوى البرزلى (جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين و الحكام)، الإمام الفقيه أبي القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي (ت : 841 هـ)، تحقيق الأستاذ الدكتور مُحَمَّد الحبيب الهيلة، ط 01 ، 2002 م، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

28. الفروق ، الإمام أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي (ت: 684 هـ)، و معه إدرار الشروق على أنوار الفروق ، للإمام أبي القاسم قاسم بن عبد الله بن الشاط (ت: 723 هـ)، ضبط و تصحيح الشيخ مُحَمَّد علي بن حسين المكي المالكي، عدد الأجزاء 04 ، ط 01 (1418 هـ . 1998 م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

29 . أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، أحمد بن مُحَمَّد بن أحمد الدردير، دون ط (1420 هـ . 2000 م)، مكتبة أيوب كانو، نيجيريا.

30 . توضيح الأحكام على تحفة الحكام ، الشيخ سيدي عثمان بن المكي التوزري، دون تحقيق، ط 01، 1339 هـ، المطبعة التونسية.

31 . الأحكام ، أبي مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان الأندلسي القرطبي المالكي، دراسة و تحقيق الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط 01 (1435 هـ . 2014)، وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، قطر.

32 . التلقين في الفقه المالكي ، أبو مُحَمَّد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، تحقيق مُحَمَّد ثالث سعيد الغاني، دون ط، دون سنة ط، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، مكة.

33 . حقوق الجار في صحيح السنة و الآثار، علي حسن علي عبد الحميد، ط 02 (1415 هـ . 1994 م)، دار بن حزم.

34 . فتاوى ابن عليش على المذهب المالكي، مُحَمَّد ابن أحمد ابن مُحَمَّد عليش، جمع و تنسيق علي ابن نايف الشحود، دون ط، دون سنة ط، دون بلد ط.

35 . الموافقات في أصول الشريعة، أبي إسحاق الشاطبي، بقلم الشيخ عبد الله دراز، دون ط (1427 هـ . 2006)، دار الحديث القاهرة.

36 . تحفة الحكام في نكت العقود و أحكام، لأبي بكر مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن عاصم الأندلسي، (ت: 829 هـ)، تحقيق مُحَمَّد عبد السلام مُحَمَّد ، ط 01 ،(1432 هـ . 2011 م)، دار الأفاق العربية ، القاهرة، مصر.

37 . حاشية الصاوي على الشرح الصغير، موقع المكتبة الشاملة الإلكتروني.

38 . بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مُحَمَّد ابن أحمد بن مُحَمَّد ابن أحمد ابن رشد القرطبي، ط 01 (1429 هـ . 2008 م)، دار الإمام مالك. الجزائر.

ثانيا: فقه حنفي :

01 . حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار، سيدي مُحَمَّد علاء الدين أقري، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود + الشيخ علي مُحَمَّد معوض، ط خاصة، (1423 هـ ، 2003)، دار عالم الكتب، الرياض.

02. تقرير القواعد و تحرير الفوائد، زين الدين عبد الرحمان بن أحمد لابن رجب الحنبلي، عدد الأجزاء 04 ، تصنيف جلال الدين أبي الفرح نصر الدين البغدادي ، دون ط ، دون سنة ط

03. مقاصد الشريعة عند إمام الحرمين و آثارها في التصرفات المالية، الدكتور هشام بن سعيد أزهر، ط 01، (1431 هـ . 2010 م)، مكتبة الرشد، ناشرون . السعودية.

ثالثا:الفقه المقارن:

. التحقيق في مسائل الخلاف، الإمام الحافظ أبي الفرج عبد الرحمان بن علي بن الجوزي، و معهم تنقيح التحقيق للإمام شمس الدين مُحَمَّد بن أحمد بن عثمان الذهبي (673 . 748 هـ)، عدد الأجزاء:12 ، تحقيق د: عبد المعطي أمين قلعجي ، ط 01 ، (1419 هـ . 1997 م)، دار الوعي العربي ، القاهرة.

مؤلفات مقارنة بين الشريعة و القانون:

01. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويت، ط2 (1404 هـ . 1983 م)، طباعة ذات السلاسل الكويت.

02. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تأليف علي حيدر، دار عالم الكتب للنشر و التوزيع، السعودية، ط خاصة (1423 هـ . 2003 م).

03. ملكية الطوابق و الشقق أحكامها و الآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي و القانون المدني دراسة مقارنة، د: مراد محمود حيدر، دون ط (1431 هـ . 2010 م)، منشأ المعارف الإسكندرية.

04. المدخل الفقهي العام، د مصطفى أحمد الزرقا، ط 1 (1418 هـ . 1998م)، دار القلم، دمشق.

05. مُحَمَّد قدري باشا ، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ملائما لعرف الديار المصرية و سائر الإسلامية، ط الأمم 02، (1308 هـ،1891 م).

06 . الفقه الإسلامي و أدلته ، الدكتور وهبة الزحيلي، ط 02 (1405 هـ . 1984 م)، دار الفكر ،دمشق ، ج 04 ،القسم الثاني: النظريات الفقهية . نظرية الملكية.

07. الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، الأستاذ على الخفيف، دون ط، (1416 هـ . 1996 م)، دار الفكر العربي، لبنان.

08. الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الإمام مُحَمَّد أبو زهرة ، دون ط ، 1988 م، دار الفكر العربي، مصر.

09. الحقوق العينية الأصلية (الملكية و الحقوق المتفرعة عنها)، أحمد شوقي عبد الرحمان، دار الجامعة الجديدة، 2007 م ، الأزاريطية، مصر.

10. الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي و القانون . دراسة مقارنة، الدكتور: أحمد فلاح عبد البخيت، دون ط (2012 م)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة ، الإسكندرية.

11 . نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، د: فتحي الرديني، ط 01 (1387 هـ . 1967 م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

12. التعسف في استعمال الحق وطبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، د: شوقي السيد، ط 01، (2008 م)، دار الشروق القاهرة.

13 . مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ملائما لعرف الديار المصرية و سائر الإسلامية، مُحَمَّد قدري باشا، ط الأمم 02 ، (1308 هـ . 1891 م).

14 . الملكية و ضوابطها في الإسلام . دراسة مقارنة مع أحداث التطبيقات العلمية المعاصرة . ، د: عبد الحميد محمود البعلي، ط01 ، 1985م، نشر مكتبة وهبة، مصر.

. مؤلفات القانون :

01 . الحقوق العينية، أ :مُحَمَّد طه بشير+ د: غني سحنون طه، عدد الأجزاء 2، بدون ط،بدون سنة ط، الجمهورية العراقية ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي.

02 ـ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د: عبد الرزاق السنهوري، دون تحقيق، دون ط، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر.

03 ـ الوجيز في الملكية و الحقوق العينية التبعية، د: رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، دون ط، دون سنة ط، جامعة بنها، مركز التعليم المفتوح.

04 ـ ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، د: علي علي سليمان، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990 م، الجزائر.

05 ـ المدخل للعلوم القانونية، تأليف الدكتور أحمد شوقي عبد الرحمان، و الدكتور: مُحَمَّد أحمد المعداوي، مقرر دارسي مستوى أول: 2011 ـ 2012 م ، جامعة بنها.

06 ـ الحقوق العينة الأصلية دراسة في القانون المدني اللبناني و القانون المدني المصري، الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، دار النهضة العربية، دون ط، بدون سنة نشر، بيروت، لبنان.

07 ـ نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي و الاشتراكي، الدكتور: مُحَمَّد فاروق عبد الحميد، دون ط ، دون سنة ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ص 06.

08 ـ القانون الإداري، الدكتور شاب توما منصور، ط1، جامعة بغداد 1980.

09 ـ تطور وظيفة الدولة، المرافق العامة، الدكتور حماد مُحَمَّد شطا، ديوان المطبوعات الجامعية 1984 ، الجزائر.

10 ـ المرافق العامة و تطور وظيفة الدولة ، الدكتور حماد مُحَمَّد شطا، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1984.

11 ـ النشاط الإداري، محاضرات للدكتور عمار بوضياف في القانون العام بجامعة المسيلة، منشور على شبكة google، منتديات الجلفة، (يوم 25 جوان 2014).

12 ـ شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، الدكتور كامل مرسي باشا ، منشأة المعارف ، الإسكندرية.

13 ـ التعسف في استعمال الحق وطبيعته ومعياره في الفقه و التشريع والقضاء، د: شوقي السيد، ط 01، (2008 م)، دار الشروق القاهرة.

14 ـ الحقوق العينية الأصلية ، الدكتور: مُحَمَّد وحيد الدين سوار، دون ط، دون سنة ط، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر.

15 . الوجيز في شرح القانون المدني، د: علي هادي العبيدي، ط 09 (1433 هـ . 2012م) . دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن.

16 . الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، د: رمضان أبو السعود، دون ط 2002 م، منشورات الحلبي الحقوقية.

15- voir: Leçons de droit civil , PR , HENRI ET LEON MAZEAUD, JEAN MAZEAUD, T2,P1062,1063,1064, EDITIONS MONTCHESTIEN.1965 PARIS

رسائل الماجستير:

01. قيود الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير جامعة قسنطينة . الطالبة: خوادجية سمية حنان، (2007 . 2008).

02. حق الارتفاق في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية الطالب : زيدان مُحَمَّد شنيتي حميد، ، جامعة الجزائر كلية الحقوق ، سنة 2003 . 2004 م.

03. مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، الطالبة زرارة عواطف، (2012 . 2013 م) ، كلية الحقوق و العلوم السياسية . قسم الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة.

04 . قرارات التهيئة و التعمير في التشريع الجزائري ، رسالة ماجيستر في القانون الإداري و الإدارة العامة للطالب لعويجي عبد الله بإشراف الأستاذ الدكتور عزري الزين ، كلية الحقوق بجامعة باتنة ، 2011 . 2012 م.

05. حق الاختصاص دراسة فقهية مقارنة ، من إعداد الطالب : حيدر حسن ديوان الأسدي، رسالة ماجستير في الشريعة ، كلية الفقه ، جامعة الكوفة، 2011 م.

06 . أحكام قسمة الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجيستر في القانون العقاري من إعداد الطالب: عبد المجيد رحابي، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009 م.

المجلات العلمية و المقالات و الملتقيات:

01 ـ مجلة العلوم الإنسانية ـ جامعة مُحَّد خيضر بسكرة ، العدد الثامن ، مقال علمي حول النظام القانوني لرخصة البناء و الهدم في التشريع الجزائري ، الدكتور عزري الزين ـ عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة مُحَّد خيضر بسكرة.

02. مجلة الفكر، جامعة مُحَّد خيضر بسكرة، العدد الثالث، مقال علمي حول إجراءات إصدار رخصة البناء و الهدم في التشريع الجزائري، الدكتور عزري الزين ـ عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة مُحَّد خيضر بسكرة ، الجزائر.

03. خصائص حق الانتفاع و آثاره (بيع المنافع و بيع العقود)، مقدمة إلى المؤتمر السادس للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، الدكتور مُحَّد على القري، جامعة الملك عبد العزيز، جدة.

04. المؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، الجامعة الإسلامية 1430 هـ ـ 2009 م، الوقف بين حكم ملك الله تعالى و الملكية العامة، د: ابتسام بالقاسم عايض القرني.

05. مجلة الجامعة الإسلامية، العدد الأول 2011م، قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي، د: نعيم سمارة المصري، كلية الشريعة، غزة، فلسطين.

06. قسمة الأعيان ـ دراسة فقهية مقارنة ـ أ: مازن صباح مصباح، و أ: نعيم سمارة المصري، الجامعة الإسلامية العالمية ـ ماليزيا ـ، مجلة الإسلام في آسيا، مجلد 07.

07. قسمة المهايأة ، د: نعيم سمارة المصري، مجلة الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، غزة ـ فلسطين، المجلد 19.

08 ـ لمحات في أحكام الشريعة الإسلامية على ضوء مدرسة أهل البيت، السيد فاضل الموسوي الجابري، مركز الرسالة، سلسلة المعارف العدد 48.

المجلات القضائية:

01. مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث ،قسم الوثائق . 2010

02. مجلة المحكمة العليا في عدد خاص للغرفة العقارية ـ قسم الوثائق ـ سنة :2009، ص 349.

03. الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري، الأستاذ جمال سايس.

الجرائد الرسمية:

01 . الجريدة الرسمية، العدد 26، السنة الثامنة و العشرون، الصادرة بتاريخ أول يونيو 1991 م، المرسوم التنفيذي 91 . 176 . المادة 35.

02. المرسوم التنفيذي رقم 91 . 175 مؤرخ في 14 ذي القعدة عام 1411 هـ الموافق لـ 28 ماي 1991، الخاص بتحديد القواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء.

03. قانون رقم 05-12 مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 4 غشت سنة 2005، يتعلق بالمياه. (183 مادة).

04. الملحق رقم 13 المتضمن قرار رقم 1333 المتضمن منح الاستفادة لممارسة حق الارتفاقات ذات المنفعة العامة لفائدة الشركة الجزائرية للكهرباء.

مؤلفات مختلفة:

. الرسم المعماري دراسة خطية و تقنية، إعداد الأستاذين يحياوي عيسى، و باشوش كمال، دار النشر الصفحات الزرقاء، الجزائر العاصمة، ط 2005 م.

. الفساد السياسي، مُحَمَّد الغزالي، ط 01 ، دون سنة ط، دار النهضة، مصر.

الملحق رقم: 01 . بعض الارتفاقات الإدارية التي تنصب على الجدار في حالة ملكية الطبقات.





الملحق رقم: 02 . حكم قضائي صادر عن إحدى المحكام الابتدائية فيما يخص الأضرار الناجمة عن الهدم.

نسخة عادية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حكم

رئيس قضاء: تيارت
محكمة: تيسمسيلت
قسم: العقاري

رقم الجدول: 14/00207
رقم الفهرس: 14/00691
تاريخ الحكم: 14/05/05
المبلغ الرسم/ 1000 دج

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة تيسمسيلت
بتاريخ: الخامس من شهر ماي سنة ألفين و أربعة عشر
برئاسة السيد (ة): مداني زوليخة قاضي
و بمساعدة السيد (ة): غنيم حورية أمين ضبط

صدر الحكم الآتي بيانه

بين السيد (ة):

من /

1) سنان محمد ابن ميلود — مدعي — حاضر
العنوان : حي 200 سكن تيسمسيلت
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة):زامي خديجة

ضد /

1) بضيان الميلود — مدعي عليه — حاضر
العنوان : حي 200 سكن تيسمسيلت
المباشر للخصومة بواسطة الأستاذ (ة): ربحي عبد اللطيف

بيان وقائع الدعوى

بموجب عريضة افتتاحية مودعة بأمانة ضبط المحكمة بتاريخ 09/02/2014 تحت رقم 207 أقام المدعي سنان محمد المباشر للخصام بواسطة الأستاذة زامي خديجة دعوى ضد ضبيان الميلود أهم ماجاء فيها :أن العارض يملك سكنا يقيم فيه هو وعائلته الواقع بحي 200 سكن تيسمسيلت ذو مساحة إجمالية قدرها 123 متر حسب الدفتر العقاري رقم 840_2013 وأن المدعى عليه هو الجار اللصيق بالمدعي بحيث لا يفصل بين سكنيهما سوى جدار مشترك وأن المدعى عليه هدم مسكنه وأعاد بنائه بواسطة أعمدة إسمنتية دون إنهاء بناء الجدران ،وأن بعض الأشغال التي قام بها المدعى عليه والتي لم ينهها أدت إلى ترهل جدران سكن العارض وظهور تشققات فيها وفي الأسقف البلاطية للغرف ،وأن أهم هاته الأشغال الغير منتهية هي عدم بناء الجدار الفاصل بين السكنيين وترك الأعمدة الإسمنتية فارغة الأمر الذي أدى إلى تسرب مياه الأمطار ومياه الصرف القذرة إلى جدران سكن المدعي وألحقت به أضرار معتبرة تؤدي إذا ما استمر الوضع على حاله إلى انهيار السكن لامحالة ولهذا فهو يلتمس :الحكم بإلزام المدعى عليه بهدم الجدار الفاصل بين سكنه وسكن المدعي تحت غرامة تهديديه قدرها 1000 دج عن كل يوم تأخير في بنائه ،الحكم بإلزام المدعى عليه بتعويض المدعي عما أصابه من ضرر بمبلغ قدره 200.000.00دج أو تعين خبير في البناء يحدد طبيعة هاته الأضرار ويقدر لها التعويض المناسب.

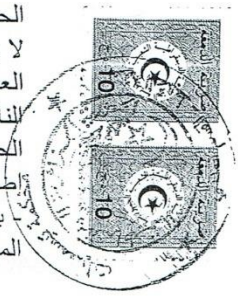
_تم عرض إجراء الوساطة على الطرفين المتنازعين ورفضت من قبل محاميهما في الجلسة.
_أجاب المدعى عليه بواسطة الأستاذ ربحي عبد اللطيف ودفع بأن جميع إدعاءات المدعي ليس لها أي أساس من الصحة وذلك لأنه قبل عملية الهدم وإعادة البناء كانت كلها برخصة إدارية ولم

رقم الجدول: 14/00207
رقم الفهرس: 14/00691

يستعمل الجدار المشترك إلا في حدود ملكيته أي أنه لم يقم بتهديم الحائط المشترك بل 0000أن هذا الحائط فيه 50 سنتيم وأن المذكر لم يستغل إلا حدود 25 سنتيم ،وأن إدعاءات المدعي أن هدم الحائط أدى إلى خسائر في منزله يعد ضربا من الخيال ذلك أن الحائط الذي بجهة المدعي لازال على حاله وبالتالي لا يمكن تحميل المذكر أية مسؤولية خاصة وأنه يظهر من الصور التي طرحها المدعي نفسه أن ما يشير إليه من أضرار ليست بسبب بناء المذكر بل لأن هذه السكنات هي سكنات قديمة ومتوسطة التقنية في البناء وهو ماجعل المذكر يعيد بناء سكنه ،وقد وقع خصام بين المدعي والمدعى عليه وتم إيداع شكوى امام وكيل الجمهورية والتي ضمنها الوقائع ،وإن دعوى المدعي ما هي إلا محاولة منه الإضرار وإقلاق المذكر وهذا ما يؤسس طلب التعويض بمبلغ 300.000دج مقابل الدعوى التعسفية.

_ أجاب المدعي ودفع بأن الخسائر التي لحقت بمسكن المذكر بدأت بالظهور مباشرة عند بداية الأشغال واستمرت وتفاقمت نتيجة تسرب مياه الأمطار إلى جدرانه عبر الفراغ الغير مبني ،وأن الإشكال لا يطرح في رخصة البناء والهدم التي يتحدث عنها المدعى عليه وإنما في عملية الهدم والبناء في حد ذاتها والتي لم يراع فيها المدعى عليه أبسط المعايير التي كان بإمكانه اتخاذها لدفع الضرر عن المذكر فرخصة البناء أجازت له مباشرة الأشغال ولكن لم تجز له بأي حال من الأحوال إلحاق خسائر بمسكن المدعي ،وأن المدعي أثبت إدعاءه بموجب محضر إثبات حالة المرفق بالصور وأن المدعى عليه ولأنه امتنع عن بناء الحائط المشترك على غرار بقية الجدران التي بناها وقام بإكمال بقية أشغال البناء في الطابق العلوي أضرت هاته الأشغال بأسقف منزل المدعي وشققتها كما شققت الجدران وأثرت على متانة الحائط الفاصل بين الملكيتين سيما بعد نزع أعمدة الأسقف وهي واقعة مادية لا يمكن للمدعى عليه إنكارها ويمكن للمحكمة الإنتقال ومعاينتها والتأكد من صحتها وأن العام والخاص يعلم بأن هدم الجدران المتلاصقة يضر ببعضها البعض ويسبب تشققات في الجدران وأن سبب الضرر هو عدم بناء الحائط الفاصل بين السكنين دون إعادة بنائه رغم أن باقي الجدران قد قام بنائها،كما أن النزاع لا يتعلق بترخيص بالبناء ولكن يتعلق بمدى احترام المدعى عليه لمقاييس البناء والهدم وقواعد العمران أثناء ممارسته لحقوقه المشروعة ،وأن رخصة البناء تحمله كل عواقب الأضرار الناتجة عن هاته الأشغال ومسؤولية التعويض عنها ،ولهذا فهو يلتمس إلزام المدعى عليه ببناء الحائط الفاصل وتعويضه نفقات صيانة هاته الأسقف والجدران وإعادة ترميمها وقدم طلبا إضافيا المتمثل في رفع التعويض المطالب به إلى 300.000.00دج.

_ بعد تمكين الطرفين من تبادل المذكرات وتمسك كل طرف بطلباته ودفوعه تم قفل باب المرافعات وأدرجت القضية للنظر ليصدر الحكم فيها ويصرح به علنا بجلسة 05/05/2014 .



وعليـه فإن المحكـمة

- بعد الإطلاع على العريضة الافتتاحية للدعوى والمذكرات الجوابية والوثائق المرفقة .
- بعد الاطلاع على المواد : 01 ، 13 ، 14 ، 15 ، 17 ، 21 ، 27 ، 28 ، 32 ، 126 ،127 129 ، 141 ، 144 ، 292 ، 293 ، 417 ، 418 ، 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
_ 784 من القانون المدني .
- بعد النظر وفقا للقانون
- في الشكل :
حيث ان العريضة الافتتاحية للدعوى جاءت مستوفية للشروط الشكلية والاجرائية المقررة قانونا.
- في الموضوع :
- حيث أن المدعي إلتمس الحكم بإلزام المدعى عليه ببناء الحائط الفاصل بين سكنه وسكن المدعي تحت غرامة تهديديه قدرها 1000 دج عن كل يوم تأخير في بنائه ،الحكم بإلزام المدعى عليه بتعويض المدعي عما أصابه من ضرر بمبلغ قدره 300.000.00دج أو تعين

جدول: 14/00207
فهرس: 14/00591

خبير في البناء يحدد طبيعة هاته الأضرار ويقدر لها التعويض المناسب.
- حيث أن المدعى عليه التمس القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لأن للمدعي رخصة بناء وكذا رخصة الهدم وأن المذكر حين قيامه بإعادة بناءا مسكنه ،وأن الحائط من جهة المدعي لازال على حاله وأن الأضرار اللاحقة بالمذكر هي سكنات قديمة ومتوسطة التقنية في البناء.
- حيث أن موضوع النزاع يتعلق بنزاع حول الحائط المشترك:
حيث أنه يتبين للمحكمة من خلال اطلاعها على ملف الدعوى أن المدعي مالك لسكن متكون من ثلاثة غرف ،مطبخ،مرحاض،حمام،فناء واقع بحي 200 سكن قسم 074 مجموعة ملكية رقم 382 سعة المسح 123 متر مربع دفتر عقاري تحت رقم 840_2013 .
_حيث أنه ثبت للمحكمة من خلال محضر معاين المحرر من طرف المحضر القضائي سي بشير عابد بتاريخ 09_01_2014 وجد سكن المدعي بالحالة التالية :السكن به مجموعة من التشققات على كامل جدران السكن وكذا تشققات على السقف البلاطي لغرف السكن،وسكن المطلوب ضده عبارة عن سكن في طور الإنجاز مشيد من طابق أرضي +طابقين وهو مجاور لسكن العارض.
_حيث أنه بالموازاة قدم للمحكمة رخصة البناء ورخصة الهدم بتاريخ 15_12_2013 ممنوحة لصالح المدعى عليه وكذا رخصة البناء المحررة بتاريخ 22_12_2013 منح للسيد ضبيان الميلود من أجل هدم البناية الواقعة بحي 20 سكن قسم 074 مجموعة ملكية رقم 381 ببلدية تيسمسيلت.
- حيث ولوقوف المحكمة على حقيقة الأمر و التحقيق في مسألة إذا كانت سبب التشققات والتصدعات اللاحقة بسكن المدعي سببها أشغال الهدم وكذا الجدار.
- وحيث أن هذه المسألة تقنية وفنية محضة تستدعي الاستعانة بذوي الاختصاص وحيث أنها لا تمس بحق أي من الطرفين فان نظر المحكمة ارتأى ندب خبير مختص للقيام بمعاينة ملكية المدعي و المدعى عليه المتجاورة و معاينة الجدار الفاصل بينهما ،وكذا الأضرار اللاحقة به.
_مع تحديد نوع هذه الأضرار ان وجدت بدقة وتقدير التعويض المناسب لجبر الضرر .
- حيث أنه على الخبير انجاز المهمة المسندة اليه وتضمينها تقريرا مفصلا يودعه أمانة ضبط المحكمة في أجل شهر من تاريخ توصله بنسخة تنفيذية للحكم .
- حيث أنه على الطرف المدعي الذي يهمه الأمر ايداع مبلغ خمسة عشرة آلف دينار (000 . 15 دج) كتسبيق لمصاريف الخبرة في أجل شهر من تاريخ صدور الحكم وفي حالة عدم ايداع المبلغ في الأجل المحدد يعتبر تعيين الخبير لاغيا .
- حيث أن المصاريف القضائية تبقى محفوظة الى غاية الفصل النهائي في الموضوع .

ولـهـذه الأسـباب

حكمت المحكمة علنيا فصلها في القضايا العقارية حكما علنيا حضوريا .
- في الشكل :قبول الدعوى شكلا
- وقبل الفصل في الموضوع ندب الخبير عرعارية خالد الكائن مقره بشارع بوعبدلي بو عبد الله رقم 03 تيارت للقيام بالمهام التالية :
- الاستماع الى طرفي الدعوى والتأكد من هويتهما .
- الاطلاع على مستندات الطرفين سيما عقدي ملكية كل منهما .
- الانتقال الى السكن الواقع بحي 200 سكن قسم 074 مجموعة ملكية رقم 382 سعة المسح 123 متر مربع و القيام بمعاينته و تحديده بدقة (موقعا ، وحدودا) مع اعداد مخطط بياني لذلك وفقا لملكية كل من المدعي و المدعى عليه .
- و بعد الاتصال بالجهات المعنية سيما بلدية تيسمسيلت و مديرية المسح العقاري و مديرية التهيئة و التعمير و كل جهة يراها ضرورية.
- القول ما اذا كانت سبب التشققات والتصدعات اللاحقة بسكن المدعي سببها أشغال الهدم أم سببها راجع إلى قدم البناية.

إمضاء : حسان بن عيسى

14/00207
14/00691

_في حال ثبوت أن الأضرار اللاحقة بسكن العارض سببها أشغال الهدم و تحديد التعويض المناسب لجبر الضرر.

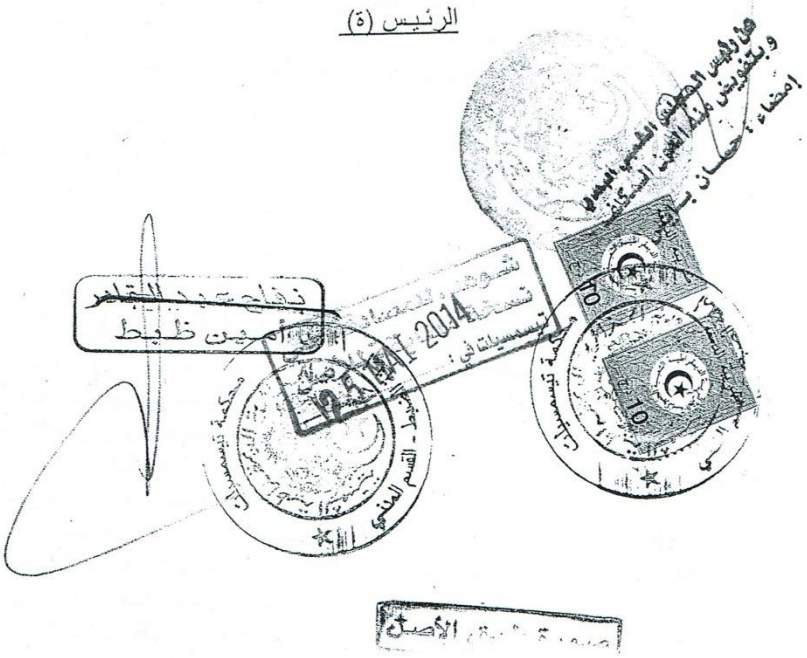
- وعلى الخبير انجاز المهمة المسندة اليه وتضمينها تقريرا مفصلا يودعه أمانة ضبط المحكمة في أجل شهرين من تاريخ توصله بنسخة تنفيذية للحكم.

- وعلى المدعي ايداع مبلغ خمسة عشرة آلف دينار (000 . 15 دج) كتسبيق لمصاريف الخبرة في أجل شهر واحد من تاريخ صدور الحكم .

مع بقاء المصاريف القضائية محفوظة الى غاية الفصل النهائي في الموضوع .

بذا صدر الحكم في الجلسة العلنية وأفصح به جهارا في اليوم والشهر والسنة المذكورين أعلاه ولصحته أمضي الأصل من طرف الرئيس وأمين الضبط .

الرئيس (ة) أمين الضبط



فهرس الموضوعات	
الموضوع	**الصفحة**
الإهـــــداء	
شكر و عرفان	
مقدمـــــــة	01
الفصل التمهيدي: المرافق المشتركة.	07 ـ 25
المبحث الأول: ماهية المرافق المشتركة.	09
المطلب الأول: تعريف المرافق المشتركة	09
الفرع الأول: تعريف المرفق	09
الفرع الثاني: تعريف المشتركة	11
خلاصة	10
المطلب الثاني: تمييزها عن المرافق العامة	12
المبحث الثاني: أنواع المرافق المشتركة	15
المطلب الأول: المرافق التشاركية	15
الفرع الأول: الطريق	16
الفرع الثاني: الأسواق	17
الفرع الثالث: المساجد كمؤسسة	17
المطلب الثاني: مرافق ناشئة عن الاستناد (الارتفاقات)	18
الفرع الأول: ماهية الارتفاق.	19
الفرع الثاني: ما يتعلق به الارتفاق	20
الفقرة الأولى: حقوق الارتفاق المتعلقة بالمياه	20
أولا: حق الشرب و السقي	21
ثانيا: حق المجرى	22
ثالثا: حق المسيل	22
الفقرة الثانية: ارتفاق يقتضيه تحصيل منفعة العقار	23

الفصل الأول: الملكية في الحائط المشترك	26 ـ 80
المبحث الأول: طبيعة ملكية الحائط المشترك	28
المطلب الأول: ماهية الحائط المشترك	28
الفرع الأول: تعريف الحائط المشترك	28
الفقرة الأولى: تعريف الحائط	28
الفقرة الثانية: تعريف المشترك	33
خلاصة	33
الفرع الثاني: صور الاشتراك	35
الفقرة الأولى: اشتراك حقيقي	35
الفقرة الثانية: اشتراك حكمي	37
الفرع الثالث: الوضع المادي للجدار	39
المطلب الثاني: ثبوت الاشتراك	42
الفرع الأول: أساس الاشتراك	42
الفقرة الأولى: اشتراك اتفاقي	44
الفقرة الثانية: اشتراك جبري	45
الفرع الثاني: ثبوت الاشتراك في حال التداعي	48
الفقرة الأولى: الأصل الدال على الاشتراك	48
الفقرة الثانية: الاستثناءات من الأصل الدال على الاشتراك	49
أولا: القرينة الرئيسية	51
ثانيا: القرائن الثانوية (الفرعية)	53
المبحث الثاني: تكييف الاشتراك في الحائط الفاصل	60
المطلب الأول: السلطات المخولة على الحائط الفاصل	60
الفرع الأول: الاستعمال	60
الفرع الثاني: التصرف	62
الفرع الثاني: الاستغلال	65

المطلب الثاني: القيود على السلطات التي يخولها الاشتراك في الحائط	68
الفرع الأول: قيود متعلقة بالتهيئة المعمارية	68
الفقرة الأولى: قيود إدارية	69
الفقرة الثانية: قيود الشيوع الإجباري	71
الفرع الثاني: قيود مقررة للمصلحة الخاصة	74
الفقرة الأولى: عدم تعدي الغرض الذي أُعد له الحائط في الاستعمال	75
الفقرة الثانية: عدم إحداث الضرر بالجدار	77
أولا: الحفر إلى جانب الجدار	77
ثانيا: غرس الأشجار بمحاذاة الجدار	78
ثالثا تخصيص العقار المجاور لمزاولة نشاط استثماري	79
الفصل الثاني: آثار الاشتراك في الحائط	83 ـ 126
المبحث الأول: الانتفاع بالحائط المشترك	85
المطلب الأول: ماهية الانتفاع	85
الفرع الأول: مفهوم الانتفاع	85
الفرع الثاني: تمييز الانتفاع كسلطة عن الانتفاع كحق	88
الفقرة الأولى: الانتفاع كحق أساسه الإذن	88
الفقرة الثانية: الانتفاع كسلطة	89
الفرع الثالث: أوجه الانتفاع بالجدار المشترك	89
الفقرة الأولى: غرز الخشب	89
الفقرة الثانية: فتح الكوى و المناور	86
الفقرة الثالثة: تعلية الجدار الفاصل	90
الفقرة الرابعة: الترميمات	91
الفقرة الخامسة: إجراء الميازيب	92
المطلب الثاني: أحكام الانتفاع بالجدار المشترك	93

الفرع الأول: الانتفاع في حالة الاشتراك الحقيقي	93
الفرع الثاني: الانتفاع في حالة الاشتراك الحكمي	97
الفقرة الأولى: انتفاع من طرف المالك	97
الفقرة الثانية: انتفاع من طرف الجار	101
الفقرة الثالثة: المصالحة على الانتفاع	106
المبحث الثاني: أحكام التصرفات الواردة على الجدار المشترك	108
المطلب الأول: قسمة الجدار المشترك	108
الفرع الأول: القسمة و أنواعها	108
الفقرة الأولى: القسمة باعتبار إرادة الشركاء	109
الفقرة الثانية: القسمة باعتبار قابلية العين المشتركة القسمة	110
الفقرة الثالثة: القسمة باعتبار بقاء الشيوع و عدمه	110
الفقرة الرابعة باعتبار الشيء المقسوم	111
الفرع الثاني: معايير قسمة الجدار	113
الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في قسمة الجدار المشترك	113
الفقرة الثانية: صفة القسمة	116
المطلب الثاني: هدم وتهدم الجدار المشترك	118
الفرع الأول: حالة الاشتراك الحقيقي	119
الفقرة الأولى: جدية المصلحة في هدم الجدار لإعادة بنائه	119
الفقرة الثانية: عدم جدية المصلحة في هدم الجدار المشترك	120
الفرع الثاني: حالة الاشتراك الحكمي	121
الفقرة الأولى: تهدم الجدار الفاصل و شرعية الهدم	122
الفقرة الثانية: المصالحة على إعادة بناء الجدار الفاصل	125
خاتمة	127
الفهارس	131
فهرس الآيات القرآنية	132

فهرس الأحاديث	
فهرس المصادر و المراجع المعتمدة	135
الملاحق	147
فهرس الموضوعات	

ملخص

تتسع نسبة التوافق بين الفقه المالكي و القانون المدني الجزائر يفي الأحكام المنظمة لمرافق المشتركة في أحد نماذجها الجدار المشترك ، و لا يكاد تقريبا أن يوجد حكم أخذ به المشرع الجزائري إلاّ و وافق رأيا لفقهاء المذهب في كل من أوجه الانتفاع المقررة للجارين في الجدار الفاصل بغض النظر إلى من تعود ملكيته رقبةً، حيث أن الشرط الغالب في هذه الاستعمالات هو جدية المصلحة، كما أن هذه الأحكام و إن لم تستغرق تفصيلا في موضع، سيقت على سبيل الإجمال في الموضع الآخر، أي أن تكون مشمولة بالقواعد العامة، فتفصيلات إثبات الملكية في الجدار المشترك التي وقف فقهاء المالكية على أدق أمورها، أحالها القانون المدني الوضع المادي للجدار ثمّ إلى أدلة الإثبات العامة، و التفصيلات المذكورة في القانون المدني بشأن التعلية تحال إلى اتفاق الجارين في الفقه المالكي، كما نلمس سمو الالتزام الديني الخلقي و يغلب في الفقه المالكي على الالتزام القضائي، لأنه الأنجع و الأكثر فاعلية في تقويم الحقوق قبل تقريرها.

الكلمات المفتاحية:

توافق؛ الجدار المشترك؛ حائط؛ مرافق مشترك؛ الفقه المالكي؛ القانون المدني الجزائر؛ انتفاع؛ قيود؛ ارتفاق؛ الملكية.

نوقشت يوم 28 جوان 2015