

الحائط المشترك والفاصل في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي

د . بوجمة حمد . جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

الملخص:

تناولنا في هذا البحث كل من أحكام الحائط المشترك والذي يعد ملكا لجميع الجيران وبيننا الأحكام المتعلقة به سواء في القانون المدني الجزائري أو الفقہ الإسلامي ، كم تناولنا أحكام الحائط الفاصل بين الملكين والذي يعد ملكا لأحد الجيران فقط وبيننا أحكامه في القانون المدني والفقہ الإسلامي ، وقد تم التركيز في هذا البحث على أثر الفقہ الإسلامي في القانون المدني الجزائري في موضوع الحائط المشترك والفاصل .

Abstract:

Common wall and separation in the Algerian civil law and Islamic jurisprudence

In this paper, we discussed the provisions of the joint wall, which is the property of all neighbors, and the relevant provisions, whether in the Algerian civil law or Islamic jurisprudence, how we dealt with the provisions of the separation wall between the two kings, which is the property of one of the neighbors only and we set out its provisions in civil law and Islamic jurisprudence. The focus of this research is on the impact of Islamic jurisprudence in the Algerian civil law on the subject of common wall and separation.

تمهيد:

يعتبر السبب الرئيسي لانقضاء الشيوخ وانتهائه هو القسمة ، غير أن القسمة لا تكون إلا في الشيوخ الذي يقبلها، وهو ما يسمى بالشيوخ العادي ، بخلاف النوع الثاني من الشيوخ وهو الشيوخ الإجباري ، وهو ذلك الشيوخ الدائم الذي ليس للشركاء فيه طلب القسمة¹ ، وقد نصت عليه المادة (737 ق م ج) ، بقولها : " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوخ"² ، ويفهم من هذا النص أن الشيوخ الإجباري لا يجوز لأي شريك من الشركاء طلب قسمته ، ذلك لأن الغرض الذي أعد له المال الشائع يقتضي أن يبقى دائما على الشيوخ³ ، والشيوخ الإجباري نوعان :

شيوخ إجباري أصلي : وهو الشيوخ الذي لا تكون فيه الأشياء الشائعة تابعة لعقار ، وإنما توجد مستقلة ، وتكون مخصصة لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد ، كمدافن الأسرة ، وصورها ، ووثائقها ، وأوسمتها...⁴

شيوخ إجباري تبعي : وهو الذي تكون الأشياء الشائعة فيه تابعة لعقارات يملكها ملاك مختلفون لكل منهم ملكية مفرزة ، وتعتبر من الملحقات الضرورية المخصصة لخدمة هذه العقارات . ومثال ذلك قنطرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العام ، أو طريق مشترك ، أو فناء مشترك بين ملكين متجاورين ، أو بئر مشترك. أو الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات ... ومن ذلك أيضا الشيوخ في الحائط المشترك.⁵

ويتميز الشيوخ الإجباري عن الشيوخ العادي بأمرين هما :

1/ أن الشريك لا يحق له أن يطلب قسمة المال المشترك ، بل يجب عليه أن يتحمل الشيوخ على وجه الدوام، لأن الغرض الذي أعد له هذا المال يقتضي أن يبقى دائما على الشيوخ .

2/ أن الشريك لا يجوز له أن يتصرف في حصته في المال الشائع مستقلة عن العقار الذي يخص الشيء المشترك لخدمته ، وإذا تصرف في العقار فإن التصرف يشمل حقه في الشيء الشائع ، لأنه يعتبر من الملحقات الضرورية للعقار.⁶

وقد نُص على هذه المميزات في المادة (737 ق م ج) ، والمادة (853) من مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والتي تنص على أنه : " إذا تبين من الغرض الذي أعد له المال الشائع أنه يجب أن يبقى على الدوام شائعا ، فليس للشريك أن يطلب قسمته ، ولا أن يتصرف في حصته فيه مستقلة عن العقار الذي أعد هذا المال لخدمته . " ، وتتفق أحكام المادة (737 ق م ج) مع نص المادة (1142) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على ما يلي : " كما أنه لا يجوز تقسيم أوراق الكتاب المشترك ، كذلك لا يجوز أيضا تقسيم الكتاب المتعدد الأجزاء ، والجلود جلدا جلدا " ، وكذلك نص المواد (1143، 1144، 1145، 1146، 1223) من مجلة الأحكام العدلية .

المبحث الأول : الحائط المشترك في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي

لقد نظم القانون المدني الجزائري القواعد المتعلقة بالحائط المشترك في المواد (704-707 ق م ج) ، والمستمدة من المواد (814-817 ق م مصري) ، والقانون المدني المصري الجديد بدوره استمدها من التقنين المدني المصري السابق ، واستكملها من الشريعة الإسلامية ، ومن تقنينين أجنبيين هما التقنين المدني الفرنسي والمشروع الإيطالي⁷ .

والحائط الفاصل بين عقارين يكون مشتركا إذا أنشأه الجاران على الحدود بين ملكهما بمصروفات مشتركة ، وقد يكون الحائط ملكا لأحدهما ثم يتفق معه الجار الملاصق له بدفع نصف تكاليف الحائط الفاصل بينهما فيصير مشتركا...⁸

وملكية الحائط المشترك ليست خالصة لكل من الشريكين بحيث يفعلون ما يشاؤون بالحائط المشترك ، بل قد نص القانون المدني الجزائري ، وأصله المصري على القيود والصلاحيات التي يملكها كل شريك من الجيران في ملكية الحائط . وهو ما سنتطرق إليه في ما يلي :

المطلب الأول : استعمال الحائط المشترك

لقد نصت المادة (704 ق م ج) على الحقوق والالتزامات الواقعة على ملاك الحائط المشترك ، والمتعلقة باستعماله بقولها : " 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 وإعادة بنائه تكون على الشركاء ، كل بنسبة حصته فيه"⁹ ، والذي يتضح من هذا النص أن هناك قيدين هامين على حق كل شريك في الحائط المشترك هما :

القيود الأول : أن يكون استعمال كل شريك للحائط متفقا مع الغرض الذي أعد له الحائط ، والغرض الذي أعد له الحائط المشترك هو من جهة استتار كل شريك به ، بحيث يستند إليه بناؤه ، ومن جهة أخرى إقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليسند عليها كل شريك سقف بنائه .

وبناء على ذلك لا يجوز لأي شريك أن يفتح مطلات في الحائط المشترك ، لأن ذلك يتعارض مع الغرض الذي أعد له الحائط .

القيود الثاني : ألا يحمل الحائط فوق طاقته في استعماله للغرض الذي أعد له ، وألا يعطل حق شريكه في استعمال الحائط لنفس الغرض ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للشريك أن يضع من العوارض إلا بمقدار نصف ما يتحملة الحائط ، مع ترك فراغ لجاره ليضع عوارضه أيضا ، كما لا يجوز لأي شريك أن يستعمل الحائط لشيء ينهكه أو يعرضه للخطر .

أما الالتزامات التي تقع على كل شريك في الحائط المشترك كما نصت عليها الفقرة الثانية من المادة السابقة الذكر ، فتكمن في ضرورة صيانة وإصلاح الحائط المشترك إذا لم يعد قادرا على تأدية الغرض الذي أعد له ، ونفقة

صيانتة يتحملها جميع الشركاء ، كل بنسبة حصته ، أما إذا تهدم الحائط بسبب خطأ من أحد الشريكين ، فإنه يقع عليه وحده تحمل تبعة الصيانة والتجديد¹⁰ .

وتتنفق أحكام هذه المادة مع أحكام الفقه الإسلامي ، كما أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية للمادة (814) ق م مصري) ، بل هي مستمدة منه ، وبالخصوص من نص المادة (71) من مرشد الخيران¹¹ ، والتي تنص على أنه : " لكل من الشريكين في الحائط أن يضع عليه أخشابا بقدر ما لشريكه ، بشرط ألا يتجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط ، وليس لأحد منهما أن يزيد في أخشابه بدون إذن الآخر ، كما أنه لا يجوز لأحدهما أن يحول محل أخشابه التي على الحائط يمينا أو شمالا ، ولا من أسفل إلى أعلى ، ولو من أعلى إلى أسفل جاز ، وإذا كان لكل منهما عليه أخشاب فلصاحب الأسفل أن يرفع أخشابه بحذاء صاحب الأعلى إن لم يضر بالحائط، وكذا لصاحب الأعلى أن يسفل أخشابه إن لم يضر بالحائط " .

ونص المادة (1210) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه : " ليس لأحد صاحبي الحائط المشترك أن يعليه بدون إذن الآخر، ولا أن يبنى عليه قصرا أو شيئا آخر سواء كان مضرا بالآخر أو لا ، لكن إذا أراد أحدهما وضع جذوع لبناء غرفة في عرصة على ذلك الحائط ، أي تركيب رءوس الجذوع على ذلك الحائط فليس لشريكه منعه ، وبما أنه لشريكه أن يضع جذوعا بقدر ما يضع هو من الجذوع ، فله أن يضع نصف عدد الجذوع التي يتحملها الحائط فقط ، وليس له تجاوز ذلك ، وإن كان لهما على ذلك الحائط جذوع في الأصل على قدم المساواة وأراد أحدهما تزييد جذوعه فلآخر منعه. "

وكذلك نص المادة (1121) من المجلة: " ليس لأحد صاحبي الحائط المشترك أن يحول جذوعه التي على الحائط يمينا أو شمالا أو من أسفل إلى أعلى ، أما إذا كانت رءوس جذوعه عالية فله تسفيلها. " وأيضاً نص المادة (1318) من المجلة ، والتي تنص على أنه : " إذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن وخيف سقوطه وأراد أحدهما نقضه وامتنع الآخر فيجبر على النقض والهدم بالاشتراك. "

كما تنفق المادة (704 ق م ج)¹² مع ما ورد في المادة (855) من مشروع القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، والتي تنص على أن : " لكل شريك أن يستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أعد له ، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليه السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته . وإذا احتاج الحائط إلى إصلاح ، أو لم يعد صالحاً للغرض الذي أعد له ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء، كل بنسبة حصته فيه . "

المطلب الثاني : تعلية الحائط المشترك

نصت المادة (705 ق م ج) على أحكام تعلية الحائط المشترك بقولها : " للمالك إذا كانت له مصلحة جديدة في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضرراً بليغاً، وعليه أن يتحمل وحده نفقة التعلية وصيانة الجزء المعلى ، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادراً على حمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من متانته. "

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، وبظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركا دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض.¹³

ويستخلص من هذا النص أن هناك حالتان لتعلية الحائط المشترك هما :

تعلية الحائط دون إعادة بنائه ، وتعليته عن طريق إعادة بنائه .

1/ : تعلية الحائط دون إعادة بنائه

إذا اتفق الشريكان على تعلية الحائط المشترك فلهما ذلك ، على أن تكون نفقة التعلية عليهما معا ، ويكون الجزء السفلي والمعلى مشتركا بينهما .

أما إذا اقتضت مصلحة جدية لأحد الشريكين تعلية الحائط المشترك فله ذلك بشرط ألا تضر التعلية بشريكه، وعلى الشريك الذي يقوم بالتعلية أن يتحمل وحده نفقتها ، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية ، دون أن يفقد شيئا من متانته ، ويكون عليه وحده صيانة الجزء المعلى لأنه يكون ملكا خالصا له بخلاف الجزء السفلي المشترك بينهما¹⁴ .

2/ : تعليته عن طريق إعادة بنائه

في بعض الأحيان لا يمكن تعلية الحائط المشترك لمن له مصلحة جدية في ذلك من الشريكين إلا بهدمه وإعادة بنائه ، بسبب ضعف الحائط أو قدمه ، ففي هذه الحالة أجازت الفقرة الثانية من المادة (705 ق م ج) ذلك ، وذلك إذا لم يكن في هدم الجدار ضرر جسيم بالجدار الشريك ، على أن تكون نفقة هدم الجدار وإعادة بنائه على الجار الذي يريد التعلية ، وإذا اقتضى الأمر زيادة سمك الحائط بسبب تعليته ، فعليه أن يجعل ما زاد من سمك الحائط في ناحيته هو بقدر الاستطاعة ، وإلا فعليه أن يدفع لجاره تعويضا عما زاد في سمك الحائط من ناحية هذا الجار¹⁵ .

وبعد عملية البناء يظل الحائط المجدد مشتركا بين الجارين ، أما الجزء العلوي من الجدار فيكون ملكا لمن قام بتعليته ، إلا في حالة ما إذا رغب الجار الذي لم يشارك في نفقات التعلية أن يصبح شريكا في الجزء المعلى ، وعليه إذا رغب في ذلك أن يدفع لجاره الذي قام بالتعلية نصف ما أنفق على التعلية ، وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة ، وهو ما نصت عليه المادة (706 ق م ج)¹⁶ ، بقولها : "يمكن للجار الذي لم يسهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكا في الجزء المعلى إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه، وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة"¹⁷ .

وقد استمدت المادة 705 ق م ج (815 ق م مصري) ، كما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري من الفقهاء الإسلامي (المادة 70 من مرشد الحيران) ومشروع القانون الإيطالي (المادة 75) والقانون المدني الفرنسي(المادة 659) .

وبالرجوع إلى المادة (70) من مرشد الحيران نجد أنها تنص على أنه : " إذا كان الحائط مشتركا بين اثنين ، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فيه بتعلية أو زيادة بناء عليه بلا إذن الآخر ، سواء كان تصرفه مضرا بالآخر

أم لا " ، ويوافق هذه المادة كذلك ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (1210). والملاحظ أن القانون المدني الجزائري وأصله المصري لم يستمد هذه المادة بكاملها من الفقه الإسلامي وبالخصوص المادة المشار إليها من مرشد الحيران ، ذلك أن الملاحظ من المادة (70) من مرشد الحيران أنها لا تجيز تصرف الجار في الحائط المشترك بزيادة أو تعليية إلا باتفاق الشريكين ، أما نص المادة 705 ق م ج (815 ق م مصري) ، فإنها تجيز تصرف الجار الذي يحتاج إلى التعليية على الحائط المشترك إذا لم يؤدي ذلك التصرف إلى إلحاق ضرر جسيم بجاره ، ولو لم يوافق الجار الشريك في الحائط على التعليية¹⁸ . غير أنه بالرجوع إلى نص المادة (659 ق م فرنسي) ، وهي المادة التي أحالت عليها أيضا المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري نجد أن المادة 815 ق م مصري (705 ق م ج) قد استمدت في الحقيقة من المادة (659 ق م فرنسي) ، والمادة (658) وإن لم تشر إليها المذكرة الإيضاحية .

وقد نصت المادة (658) على أن : " كل شريك في الملكية يمكنه تعليية علو الحائط المشترك ، لكن يترتب عليه وحده دفع مصاريف التعليية ، وتصليحات الصيانة التي تتعدى ارتفاع السور المشترك ، فضلا عن ذلك يجب عليه منفردا دفع نفقات الجزء المشترك من الحائط الناتجة عن التعليية... " ¹⁹ ، وهذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادتين (705 ق م ج) و(815 ق م مصري) . أما نص المادة (659 ق م فرنسي) ، والمقابلة للفقرة الثانية من المادتين (705 ق م ج - 815 ق م مصري) ، فتص على أنه : " إذا لم يكن الحائط المشترك في حالة يتحمل معها التعليية ، فيترب على من يرغب في هذه التعليية أن يعيد بناء الحائط بكامله على نفقته ، على أن تؤخذ زيادة السماكة اللازمة من جهته " ²⁰ .

كما أن نص المادة 706 ق م ج (816 ق م مصري) قد استمدت من المادة (660 ق م فرنسي) لا من الفقه الإسلامي ، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري²¹ ، وقد نصت المادة (660 ق م فرنسي) على أنه : " يحق للجار الذي لم يساهم في تعليية الحائط اكتساب حق الشراكة فيه بدفع نصف المصاريف التي استلزمتهما ، وقيمة نصف مساحة الأرض المقدمة للزيادة في سماكته في حال حصولها ... " ²²

ونخلص في الأخير إلى أن أحكام الحائط المشترك هي أحكام مستمدة من كل من الفقه الإسلامي وخصوصا المادة 704 ق م ج (814 ق م مصري) ، ومن القانون المدني الفرنسي ، والمشروع الإيطالي ، كما ذكرته المذكرة الإيضاحية للقانون المصري ، لا كما ذكر بعض المؤلفين من أن أحكام الحائط المشترك في القانون المدني الجزائري ، والقانون المدني المصري مستمدة من الفقه الإسلامي من غير تفصيل²³ .

المبحث الثاني : الحائط الفاصل غير المشترك

إن لم يكن الحائط الفاصل بين الجارين مشتركا فإنه يكون ملكا لأحد الجارين ، ويطلق على الحائط غير المشترك الحائط الفاصل ، وهو ذلك الحائط الذي يفصل بين ملكين ، ويكون ملكا لأحد الجارين . فلو أقام المالك حائطا يفصل بين ملكه وملك جاره داخل حدود عقاره وبنفقاته الخاصة ، فإن له حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ماديا وقانونيا دون منازع له²⁴ ، كما لا يجوز للجار إجبار جاره على بناء حائط

منفصل خاص به . وهو ما نصت عليه المادة 708 ق م ج (818 ق م مصري) ، بقولها : " ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 697 (706)²⁵ .

غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"²⁶ .

وقد استمد القانون المدني الجزائري نص المادة (708) من الفقه الإسلامي من خلال القانون المدني المصري (المادة 818 ق م مصري) ، والذي استمد هذه المادة من المادة (69) من مرشد الحيران ، والتي تنص على أنه: " لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ، ولا على أن يعطيه جزءا من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط "

ويتضح من النص المذكور آنفا أن المادة (1/708) قد استمدت من المادة (69) من مرشد الحيران ، من خلال القانون المدني المصري ، أما الفقرة الثانية للمادة (708) إنما هي تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق في حق الملكية ، وقد سبق وأن بينا عند التطرق لدراسة نظرية التعسف في استعمال الحق أن معايير التعسف في استعمال الحق قد استمدت من الفقه الإسلامي .

والملاحظ من نص المادة (708 ق م ج) أنها تقرّر بشأن الحائط المنفصل غير المشترك عدة أحكام ، وهي :

- أنه ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط فاصل يحوط به ملكه .
- ليس للجار أن يطلب من جاره النزول عن جزء من الحائط الفاصل الذي يكون ملكا خالصا لهذا الجار .
- لا يجوز للجار دون عذر قوي أن يهدم الحائط الفاصل الذي يكون ملكا خالصا له إذا كان جاره مستترا

به .

أولا : ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه

نصت العبارة الأولى من المادة 1/ 708 ق م ج (818 ق م مصري) في العبارة الأولى منها على أنه : "ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه " أي أنه للجار الذي يريد تحويط ملكه بجدار منفصل عن جاره فله أنه يفعل ذلك إن أراد ، ولا يحق لجاره أن يجبره على فعل ذلك ، ولا أن يجبره أيضا على مشاركته في جدار أراد بناءه للفصل بين الملكين ، فإذا بنى حائطا فاصلا بينه وبين جاره بناه على نفقته دون أن يلزم جاره بالاشتراك معه في هذه النفقات ، وعليه هو وحده أن يقوم بصيانة هذا الحائط، وبترميمه إذا اقتضى الأمر ذلك.

وقد جاء هذا النص مخالفا لما يقضي به القانون المدني الفرنسي من جواز إلزام الجار لجاره بتحويط ملكه بالمساهمة في بناء أو إصلاح الحائط الفاصل بينهما²⁷ ، وهو ما نصت عليه المادة (663 ق م فرنسي) بقولها : " يحق لكل شخص إرغام جاره في المدن والضواحي على الإسهام في بناء وتصليح السور الفاصل بين منزليهما ، والباحات ، والحدايق الكائنة في المدن والضواحي ..."²⁸ .

وجاء موافقا للفقهاء الإسلامي ، وبالخصوص العبارة الأولى لنص المادة (69) من مرشد الحيران، والتي نصت على أنه : "لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه"²⁹.

ثانيا : ليس للجار أن يطلب الاشتراك في حائط جاره

وفق العبارة الأخيرة لنص المادة (1/708) فإنه كما لا يجوز للجار أن يلزم جاره على المشاركة في الحائط الفاصل الذي بناه على نفقته ، كذلك لا يجوز أيضا للجار الآخر أن يجبر الجار الذي أقام الحائط على الاشتراك معه في هذا الحائط ، ولو عرض عليه أن يدفع له نصف النفقات أو كلها³⁰ ، ونص العبارة الثانية للمادة (1/708) هو أنه لا يجوز للجار أن يجبر جاره : "على التنازل عن جزء من حائط ، أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط ، إلا في الحالة المذكورة في المادة 706".

وقد جاءت العبارة الثانية للمادة 1/708 ق م ج (818 ق م مصري) موافقة تماما للعبارة الثانية من المادة (69) من مرشد الحيران ، والتي تنص على أنه لا يجوز للجار أن يجبر جاره "على أن يعطيه جزءا من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط" مما يدل صراحة أنها منقولة منها ، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري³¹.

والحالة المذكورة في المادة 706 ق م ج (816 ق م مصري) هي حالة ما إذا قام الجار بتعليق الحائط المشترك على نفقته ، فإنه يجوز لجاره أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلى ، ويصبح الحائط مشتركا بينهما، ولكن يشترط أن يكون الحائط مشتركا منذ البداية ، فإن كان الحائط غير مشترك فلا يجوز للجار أن يطلب من جاره المشاركة في الجزء المعلى³².

وقد سبق وأن بينا أن نص المادة 706 ق م ج (816 ق م مصري) قد استمد من المادة (660) ق م فرنسي) لا من الفقهاء الإسلامي ، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري.

ثالثا : ليس لمالك الحائط الذي يستتر به الجار أن يهدمه دون عذر قوي

إذا كان هناك حائط فاصل غير مشترك مملوك لأحد الجارين ملكا خالصا ، فإن الجار إذا كان لا يستطيع إلزام جاره بالاشتراك فيه ، فإنه يملك بقوة القانون أن يمنع من هدم هذا الحائط الذي يستتر به ، إذا لم يكن هناك عذر قوي لهدمه ، وهو ما نصت عليه المادة (2/708) بقولها : "غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي"³³ إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط" ، وفي ذلك تطبيق واضح لنظرية التعسف في استعمال الحق³⁴.

ونخلص في الأخير إلى أن أحكام الحائط المنفصل غير المشترك المنصوص عليها في المادة (1/708) ق م ج مستمدة من المادة (69) من مرشد الحيران ، ماعدا الإحالة المذكورة إلى المادة (706) والتي سبق وأن بينا أنها مأخوذة عن القانون المدني الفرنسي .

وأما الفقرة الثانية للمادة (708) ق م ج فهي تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق ، وهي النظرية التي استمدتها القانون المدني الجزائري وأصله المصري عن الفقهاء الإسلامي لا سيما ما تعلق بمعايير التعسف .

فهرس المراجع :

- علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، نشر ديوان المطبوعات الجامعية ، ابن عكنون - الجزائر - سنة 1994 م .
- علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، دار الفكر العربي ، 1996م ، (د ط) .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، الطبعة الثالثة ، 2000م .
- عبد الستار آدم ، الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري ، إصدارات المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة ، 1969 م .
- الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ، سنة 1985م .
- لاشين محمد الغياقي ، رضا متولي وهدان ، حق الملكية - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري - ، مكتب الأشول للطباعة ، طنطا - مصر - 1996 م .
- مشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي ومذكرته الإيضاحية ، إعداد مجلس الشعب المصري، سنة 1982، منشور ضمن سلسلة قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة إعداد لجنة تقنين الشريعة بمجلس الشعب المصري ، قدم له وحيد عبد السلام بالي ، دار ابن رجب ، الطبعة الأولى 2013 م .
- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مطبعة دار الكتاب العربي، 1950م .
- نبيل إبراهيم سعد عوض. الحقوق العينية الأصلية ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الاسكندرية - مصر - 2005 م .
- وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مخطوط ، دروس أقيمت على طلبة ماجستير عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، السنة الدراسية 1978-1979 .
- وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، دار الثقافة ، عمان -الأردن - الطبعة الثانية ، 1997 م .

القوانين :

- القانون المدني الجزائري
- القانون المدني الليبي
- القانون المدني المصري
- القانون المدني العراقي
- القانون المدني الأردني
- القانون المدني السوري
- القانون المدني الفرنسي بالعربية ، جامعة القديس يوسف - بيروت - ، طبعة دالوز الثامنة بعد المئة بالعربية ، 2009 م .

الهوامش :

¹ نبيل إبراهيم سعد عوض. الحقوق العينية الأصلية ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الاسكندرية - مصر - 2005م . ص : 175.

² والمطابقة لنص المادة 850 ق م مصري ، المادة 805 ق م سوري ، والمادة 854 ق م لبيي .

³ لقد نص القانون المدني الجزائري وأصله المصري على الحائظ المشترك قبل التطرق إلى الملكية الشائعة ، في حين أن الحائظ المشترك يعد من قبيل الملكية الشائعة كما بينا ، ولذلك فإن المكان المناسب له هو ضمن نصوص الملكية الشائعة ، ولذلك عالج الكثير من المؤلفين موضوع الحائظ المشترك أثناء التطرق للملكية الشائعة ، وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني المصري .

⁴ مشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي ومذكرته الإيضاحية ، إعداد مجلس الشعب المصري، سنة 1982، منشور ضمن سلسلة قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة إعداد لجنة تقنين الشريعة بمجلس الشعب المصري ، قدم له وحيد عبد السلام بالي ، دار ابن رجب ، الطبعة الأولى 2013م ، ج2/866 . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، 2000م ،

ج8/986-987. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 175.

⁵ مشروع القانون المدني المصري المستمد من الشريعة الإسلامية مع مذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ج2/866. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/986-987. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 175.

⁶ مشروع القانون المدني المصري المستمد من الشريعة الإسلامية مع مذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ج2/867 .

⁷ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مطبعة دار الكتاب العربي، 1950م ، ج6/64. عبد الستار آدم ، الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري ، إصدارات المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة ، 1969م ، ص : 28. لاشين محمد الغياثي ، رضا متولي وهدان ، حق الملكية - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري - ، مكتب الأشول للطباعة ، طنطا - مصر - 1996م ، ص : 147. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 76. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مخطوط ، دروس أُلقيت على طلبة ماجستير عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، السنة الدراسية 1978-1979 ، ص : 121. علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، نشر ديوان المطبوعات الجامعية ، ابن عكنون - الجزائر - سنة 1994م ، ص : 47. علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، دار الفكر العربي ، 1996م ، (د ط) ، ص : 166.

⁸ لاشين محمد الغياثي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص : 148. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/990.

⁹ تطابق المادة 814 ق م مصري ، والمادة 823 ق م لبيي ، وتقابل المادة 974 ق م سوري ، والمادة 1087 ق م عراقي ، والمادة 1278 ق م أردني .

¹⁰ انظر : لاشين محمد الغياثي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص : 148-149. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/994-997. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 76. وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، دار الثقافة ، عمان - الأردن - الطبعة الثانية ، 1997م ، ص : 218. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/64-65.

¹¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65. الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، الطبعة الثانية، سنة 1985م . ، ج4/326. عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص : 28.

¹² المطابقة للمادة 814 ق م مصري

¹³ مطابقة لنص المادة 815 ق م مصري ، والمادة 824 ق م لبيي ، وتقابل المادة 975 ق م سوري ، والمادة 1089 ق م عراقي .

¹⁴ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65. لاشين محمد الغياثي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص : 150. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/998. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 79. وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص : 218-219.

- ¹⁵ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65. لاشين محمد الغياي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص: 150.
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/999-1000. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 79. وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص: 219.
- ¹⁶ تطابق هذه المادة 816 ق م مصري ، والمادة 825 ق م لبيي ، وتوافق المادة 2/975 ق م سوري ، والمادة 1090 ق م عراقي.
- ¹⁷ انظر بإسهاب : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65. لاشين محمد الغياي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص: 150. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/1000-1002. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 80. وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص: 219-220.
- ¹⁸ انظر : لاشين محمد الغياي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص: 151.
- ¹⁹ القانون المدني الفرنسي بالعربية ، جامعة القديس يوسف - بيروت - ، طبعة دالوز الثامنة بعد المئة بالعربية ، 2009م ، ص : 701.
- ²⁰ القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص : 702.
- ²¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65.
- ²² القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص : 702.
- ²³ مثل : وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 121. علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص: 47. عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص: 28.
- ²⁴ لاشين محمد الغياي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص: 141.
- ²⁵ أخطأ المشرع الجزائري في الإحالة للمادة 697 ، وإنما الصحيح هو الإحالة للمادة 706 ، لأمرين هما : أنه لا علاقة للمادة 697 بالمادة 708 من حيث الموضوع ، وثانياً بالمقارنة مع الإحالة التي نصت عليها المادة 818 ق م مصري ، والتي أحالت إلى المادة 816 ق م مصري ، والتي تقابلها المادة 706 ق م ج ، نستطيع اكتشاف أن المشرع الجزائري عوض أن يحيل إلى المادة 706 أحال خطأ إلى المادة 697.
- ²⁶ تطابق هذه المادة كل من المادة 818 ق م مصري ، والمادة 827 ق م لبيي ، والمادة 1279 ق م أردني ، وتقابل المادة 1092 ق م عراقي ، كما تتفق مع المادة 818 من القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.
- ²⁷ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/1003. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 80.
- ²⁸ القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص : 704.
- ²⁹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 80.
- ³⁰ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/1004-1005. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 80.
- ³¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 80.
- ³² عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/1004. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65.
- ³³ ورد في النص العربي للقانون المدني الجزائري كلمة قانوني بدل قوي وهو خطأ مطبعي على الغالب لأن النص الفرنسي وردت فيه الكلمة صحيحة ، "sans motif sérieux" ويستبعد أن يكون خطأ في الترجمة .
- ³⁴ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65.