

إقليم كردستان - العراق
مجلس القضاء



ههريمي كردستان - عيراق
نه نجومه ني دادوهري

الحائط المشترك وأحكامه في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

بحث مقدم من قبل

القاضي

نارام جمال محمد امين

عضو محكمة جنايات أربيل الثانية

إلى مجلس قضاء إقليم كردستان / العراق

كجزء من متطلبات تغيير الصنف القضائي

من الصنف الثاني إلى الصنف الأول

تحت إشراف

القاضي كيلان خالد مصطفى

نائب رئيس محكمة استئناف منطقة أربيل

٢٠٢٣ الميلادية

٢٧٢٢ الكوردية

١٤٤٤ الهجرية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿هُوَ الَّذِي بَعَثَ فِي الْأُمِّيِّينَ رَسُولًا مِّنْهُمْ يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ وَيُزَكِّيهِمْ

وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَإِن كَانُوا مِن قَبْلُ لَفِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ﴾

﴿صدق الله العظيم﴾

سورة الجمعة: الآية ٢

م / توصية المشرف

سبق وان تم تكليفي من قبل رئاسة محكمة أستئناف منطقة أربيل بموجب أمرها الاداري المرقم (١٦٩/١/٢) في ٢٠٢٣/٢/١٤ لغرض الاشراف على البحث المقدم من قبل القاضي السيد (نارام جمال محمد أمين) لاغراض الترقية الى الصنف (الأول) من صفوف القضاة والموسوم بعنوان (الحائظ المشترك وإحكامه في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١)، وبعد الاطلاع على خطة البحث ومضمونه تبين بان البحث المذكور بحثاً جديراً بالقبول لما يتضمنه من المواضيع المهمة في دعاوى المدنية .
واني أرى الباحث قد أعطى البحث حقه وبذل جهده نحو سبيل الوصول الى غاياته ومستوفياً للشروط الموضوعية والشكلية، وان الباحث بذل جهداً في اعداده .
مع الشكر والتقدير

المشرف

القاضي / كيان خالد مصطفى

نائب رئيس محكمة استئناف منطقة أربيل

خطة البحث

أ / المبحث الأول :-	ماهية الشيوع في الملكية
المطلب الأول :	ما هي الشيوع بشكل عام وعلاقته بالحائط المشترك
المطلب الثاني :	الشيوع العادي أو الاختياري والشيوع الإجباري
ب / المبحث الثاني :-	تعريف الحائط المشترك وحالاته وأحكامه
المطلب الأول :	الحائط المشترك وتعريفه
المطلب الثاني :	أحكام الحائط المشترك
	النظام القانوني للحائط المشترك
	١- إستعمال الحائط المشترك حسب الغرض الذي أعد له .
	٢- عدم فتح مناور في الحائط المشترك .
	٣- نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد للحائط المشترك .
	حالات تعلية الحائط المشترك
المطلب الثالث :	١- تعلية الحائط المشترك دون إعادة بنائه
	٢- تعلية الحائط المشترك عن طريق إعادة بنائه وجواز الإشتراك في الجزء المعلي
ج / المبحث الثالث :-	الشيوع في ملكية الحائط المشترك
المطلب الأول :	إلتزامات المالكين و إلتزامات الشريكين
المطلب الثاني :	تقسيم الحائط المشترك
د / المبحث الرابع :-	الحائط الفاصل الغير المشترك
	الخاتمة
	الإستنتاجات
	التوصيات
	المصادر والمراجع

المقدمة

إن أول من تطرق لموضوع الملكية كانت المدرسة الفيتاغورية، حيث قالت هذه المدرسة بالشيوع في الملك كما وأرست مبداء المساوات حيث يقتسمون حقوقهم بالعطاء والأخذ وبالتالي فإن الملكية للجميع وأن شركة الملك معناها إشتراك الشركاء في حق الملكية مع عدم إنقسام الشيء ، فإذا تمت القسمة ، إنتهت حالة الإشتراك ، أي إنتهى الكيان القانوني للشيوع ، وأصبح كل متقاسم مالكاً على إنفراد ، ومستقلاً عن سواه بنصيبه المادي المفرز الذي يختص به وحده دون بقية الشركاء، وفي الأزل عرفت الملكية الشائعة منذ القدم حيث يعتبر الحائط المشترك من أهم صور الشيوع الإجباري لأن الشخص في هذه الحالة يقوم ببناء بيت أو البناء فإذا كان في الجانب الآخر من بيت أو البناء بيت آخر أو بالأحرى جار ففي هذه الحالة يكون هناك حائط بين هذين الجارين، ويسمى بالحائط المشترك، ويكون لهذين الجارين حق مشترك في إستعمال هذا الحائط.

وإن حائط المشترك مهام كثيرة مثل الفصل بين بنائين أو التستر به كلا الجارين ، وإذا استعمل أحد الجارين حقه أكثر مما خوله القانون فإنه ينشأ نزاع، لذلك جاء القانون العراقي وشرع مواد خاصة في موضوع الحائط المشترك حيث ينشأ النزاعات المتعلقة بهذا الموضوع مثل الإشتراك فيه أو تعليته أو نفقة إصلاحه وترميمه.

وإذ نظرنا الى قوانين الدول العربية مثل مصر، سوريا ، لبنان، فإنهم قد شرعوا أيضاً هذا القانون وإنه قريب من القانون العراقي. كما إن القانون المدني العراقي أمكن الجار الذي لم يقم ببناء هذا الحائط الإشتراك فيه وذلك بدفعه نصف نفقات الذي أنفقه الجار الآخر، ومثل هذا النوع من الشيوع تعتبر كما قلنا شيوعا إجباريا لا يجوز القسمة فيه بأي نوع من الأنواع، وكذلك ليس للشخص الذي بنى هذا الحائط ان يهدمه بدون سبب شرعي إذا كان الجار مستترا به وألحقه هذا الهدم ضرراً.

وجدير بالإشارة فإنه يجب أن لا نخلط بين الحائط المشترك والحائط الفاصل غير المشترك لأن الأخير يكون مملوكا ملكية خاصة لصاحب أحد الدارين وأن القانون العراقي قد تطرق إليه بصورة مستقلة عن أحكام الحائط المشترك ووضع له أحكاما خاصة به وقد خصص المشرع العراقي في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المواد (١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١) بالحائط المشترك وإحكامه والنظام القانوني له وإستعماله ونفقات صيانتة وتعليته وتعريفه كما وخصص المادة (١٠٩٢) بالحائط الفاصل الغير المشترك وأن الحائط المشترك كما ذكرنا سابقاً هو أحد أنواع الشيوخ بشكل عام وشيوخ إجباري بشكل خاص، علما كان في السابق (مجلة الأحكام العدلية) هو القانون الذي كان معمولا به لحل المنازعات المرتبطة بهذا الموضوع قبل صدور قانون الموجبات والعقود، وهذه المجلة مؤلفة من مسائل وأمور كثيرة الوقوع، ولازمة جدا من قسم المعاملات الفقهية، وهي مجموعة أقوال مجتهدي الأصناف الموثوق بها، غايتها ضبط المسائل وتطبيق معاملات الإنسان وفقا للشرع الإسلامي.

المبحث الأول

ماهية الشيوع في الملكية

المطلب الأول: ما هو الشيوع بشكل عام

وعلاقته بالحائط المشترك

المطلب الثاني: الشيوع العادي أو

الإختياري والشيوع الإجباري

المبحث الأول

ماهية الشيوع في الملكية

كما يكون المال مملوكاً لشخص واحد بمفرده وهذه هي الصور المثلى للملكية يمكن أيضاً أن يكون مملوكاً لأكثر من شخص واحد ومن هنا تنشأ حالة الشيوع، وهي ملكية شخصين أو أكثر مالا لم تفرز حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع في ذلك المال^(١).

المطلب الأول

ما هو الشيوع بشكل عام وعلاقته بالحائط المشترك

قبل أن نخوض في جوهر البحث وهو الحائط المشترك يجب التطرق الى موضوع الشيوع أو بالأحرى الملكية الشائعة و لوجود رابط بين الأخير وبين موضوع بحث، فالملكية الشائعة هي وسط بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة، فالحصة التي يملكها الشريك على الشيوع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة، والشيء المملوك في الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة، فالملكية الشائعة وهي التي يكون فيها الشيء مملوكاً لإثنين أو أكثر^(٢).

فلم تظهر ظهورا إلا بظهور (نظام الميراث) وبقاء الورثة غالباً في الشيوع مدة طويلة، فالملكية الشائعة هي حق الملكية لإثنين أو أكثر في شيء لا تتعين حصة أحدهم في جزء معين منه، وهذه هي شركة الملك التي عرفتھا (مجلة الأحكام العدلية) في المادة (١٠٦٠) بقولها " شركة الملك هي كون الشيء مشتركاً " بين إثنين فأكثر اي مخصوصا لهما بسبب من أسباب الملك^(٣).

(١) محمد أحمد عيسى ، قسمة المال الشائع ، دراسة مقارنة ، المكتبة الوطنية، بغداد، ٢٠١٣، ص:

(٢) الدكتور أحمد فلاح عبد البخيت، الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص: ١١.

(٣) محمد طه البشير و غني حسون طه، الحقوق العينية ، الحقوق العينية الأصلية والتبعية الحقوق

يفهم مما تقدم أن الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المفترزة، في صاحب الحق وفي محله وفي المنفعة التي يخولها هذا الحق لصاحبه ففي الملكية الشائعة يتقرر حق الملكية لأكثر من شخص خلافاً للملكية المفترزة التي تثبت لمالك واحد، وفي الملكية الشائعة يكون محل الحق محددًا تحديداً معنوياً، فكل شريك في العين له حصة شائعة يرمز إليها بنسبة حسابية، أما في الملكية المفترزة فإن محل الحق محدد مادياً، ولا يجوز للمالك في الملكية الشائعة أن ينتفع في العين إلا بقيود خاصة وفي حدود حصته، أما في الملكية المفترزة فإن المالك الفرد يستأثر بمنافع العين كلها فله أن يتصرف بها وأن يستعملها وأن يستغلها كما يشاء ، وتختلف الملكية الشائعة عن الملكية الجماعية وخاصة ما يسمى بالملكية المشتركة (Property comume) وهي الملكية التي يعرفها القوانين الجرمانية، وأن المالك في الملكية المشتركة جماعة من الناس لا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أي حصة فيه بل الكل يملكون مجتمعين، دون أن تكون لهم شخصية معنوية، كل الشيء المملوك، ففي الملكية المشتركة يفقد كل شريك حقه العيني في المال المشترك فلا يكون له نصيب مفترز أو شائع يستطيع التصرف فيه، بل ينتقل كل ذلك إلى الجماعة ، فهي التي تملك وتتعامل وتسند إليها الحقوق ، كملكية القبيلة أو العشيرة، على أن للشريك في الملكية المشتركة حقاً شخصياً في إستغلال المال المشترك والحصول على نصيب من غلته ويعرف القانون المدني السويسري صوراً متعددة ملكية المشتركة، أما في الملكية الشائعة فإن كل شريك يملك ملكية فردية لحصته في المال الشائع وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة^(١).

إذا كانت العين مشتركة بين إثنين أو أكثر فكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته والتصرف بها تصرفاً لا يضر بالشريك وله إستغلالها وللمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه فيعطي حائطه ويبني ما يريد ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضراً فاحشاً^(٢).

(١) محمد طه البشير و غني حسون، المصدر السابق، ص: ٩٧-٩٨.

(٢) محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢، ص: ٢٥، ١١.

ولقد عرفت الفقرة (١) من المادة ١٠٦١ من القانون المدني العراقي حالة الشيوخ بقولها : (إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً ، فهم شركاء فيه على الشيوخ) وتوافق هذه المادة مع القانون المدني المصري المادة ٨٥٢ منه بقولها : (إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل تحسب الحصص متساوية إذا لم يقد الدليل على غير ذلك) وتوافق هذه المواد مع القانون المدني الأردني المادة ١٠٣٠ منه بقولها : (إذا تملك إثنان أو أكثر شيئاً بسبب من أسباب التملك دون أن تفرز حصة، كل منهم فيه شركاء على الشيوخ). وعليه يظهر أن التشريعات المدنية قد أجمعت على أن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوخ تكون شائعة في كل المال ولا تتركز في جانب منه بالذات^(١).

وقد قضت محكمة إستئناف أربيل بصفتها التمييزية وبقرارها تحت عدد (١١٩/ت/٢٠١٣) في (٢٠١٣/٢/٣) بأنه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية تقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على قرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام القانون حيث أن الأبنية المشيدة على القطعة موضوع الدعوى غير قابل للقسمة حسب واقع حالها)^(٢).

فقد عرفت الشركة في اللغة بأنها أسم من المشاركة. أما في مصطلح الفقهاء فهي حدوث الملكية لأكثر من شخص واحد على مملوك واحد، على نحو الإشاعة، عند حدوث سبب أو أكثر من أسباب الإشتراك، وهذا الحدث قد يحصل قهراً كالميراث، كما قد يتم إحداث الشركة إختباراً كالعقد والوصية والهبة^(٣).

(١) محمد أحمد عيسى ، المصدر السابق، ص: ١٩.

(٢) القاضي محمد مصطفى محمود، المختار في قضاء محكمة أستئناف أربيل بصفتها التمييزية القسم المدني ، مكتبة هوليير القانونية للطبع والنشر، ٢٠١٧، ص: ١٠٠.

(٣) علي محمد علي دروبي ، شركة الملك، وفقاً للقانون الوضعي والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ،

منشورات زين الحقوقية والأدبية بيروت لبنان، ٢٠٠٦، ص:ح.

وجاءت في المادة ١٠٤٥ من مجلة الأحكام العدلية (الشركة في الأصل هي إختصاص ما فوق الواحد بشيء وإمتيازهم به) لكن تستعمل أيضا عرفا وإصطلاحا في معنى عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الإختصاص .

في حين عرفت المادة ١٠٦٠ من المجلة، شركة الملك بأنها هي كون الشيء مشتركا بين إثنين فأكثر، أي مخصوصا بهما بسبب من أسباب الملك كقبول وصية وتوارث، أو تخط أموالهم أو إختلاطها في صورة لا تقبل التمييز أو التفريق^(١).

ولكل ما تقدم فقد تبين أن الملكية الشائعة هي وسط بين الملكية المفرزة والملكية الجماعية، فالملكية الجماعية هي ملكية مشتركة لا ملكية فردية ، لأن المالك فيها هو كما قدمنا جماعة من الناس لا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه، بل الكل يملكون مجتمعين دون أن تكون لهم شخصية معنوية كل شيء المملوك مثال على ذلك تملك قبيلة او عشيرة أرضا أو مواشي يستغلونها جميعا لمصلحتهم، أما الملكية الشائعة فهي ملكية فردية لا ملكية مشتركة، لأن كل شريك في الشروع يملك ملكية فردية حصته في المال الشائع، وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة، فالملكية الشائعة لا تشترك إذن في طبيعتها مع الملكية الجماعية، بل هي تشترك في الطبيعة مع الملكية المفرزة، إذ أن كلا الملكية الشائعة والملكية المفرزة هي ملكية فردية مثال على ذلك طريق مشترك أو مدفن العائلة أو حائط مشترك^(٢).

(١) علي محمد علي دروبي ، المصدر السابق، ص:ط.

(٢) عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح قانون المدني جديد (٨) حق الملكية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص:٧٩٩-٧٨٠.

المطلب الثاني

الشيوع العادي أو الإختياري والشيوع الإجباري

فقد لوحظ أن كثير ما يحدث أن يبقى أفراد الأسرة في الشيوع بالنسبة للأموال التي ورثوها مدة طويلة، وذلك لما يجمع بينهم من وحدة العمل أو المصلحة، كما لو كانت التركة مالا من أموال الإستغلال كأرض زراعية أو محل تجاري يستغلونه جميعا معا وأما أن تكون العين الموروثة منزلا يسكنونه جميعا، ولذلك أفرد المشرع لملكية الأسرة تنظيما خاصا تراعي فيه تلك الرابطة الخاصة التي تربط المشتاعين فيها بينهم و وهم أعضاء أسرة واحدة، ولكنه جعل تطبيق هذا النظام متوقفا على إتفاقهم على إنشاء ملكية الأسرة وعلى ذلك فملكية الاسرة عبارة عن ملكية شائعة تنشأ بإتفاق أعضاء الأسرة وهذا مايسمى بالشيوع العادي أو الإختياري^(١).

أما بالنسبة للشيوع الاجباري هو الشيوع الذي لايجوز لأي من الشركاء طلب القسمة فيه، في حين أن طلب القسمة حق ثابت لكل شريك في الشيوع العادي أو الأختياري، وإمتناع طلب القسمة في هذا الشيوع الإجباري يقصد منه المحافظة على الغرض الذي أعد له المال الشائع، إذ إن إجازة طلب القسمة في هذه الحالة يتعارض مع الغرض الذي أعد له هذا المال^(٢) عليه فقد نصت المادة (١٠٨١) من قانون المدني العراقي بأنه (ليس الشركاء في مال شائع أن يطلبوا إزالة شيوعه إذا تبين أن الغرض الذي أعده له هذا المال أنه يجب أن يكون دائما على الشيوع)^(٣).

(١) الدكتور نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها-مصادرها، معارف الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص: ٢٠٠.

(٢) الدكتور محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية حق الملكية في ذاته ، أسباب كسب الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ، ٢٠٠٦، ص: ١٧٧.

(٣) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

ويؤخذ من النص السالف الذكر أن الشيوع الإجباري يختلف من الشيوع العادي أو الشيوع الإختياري حيث لايجوز لأي من الشركاء طلب القسمة فيه، وذلك أن الغرض الذي أعد له المال الشائع يقتضي أن يبقى دائما على الشيوع، مثل ذلك قنطرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العام، أو طريق مشترك أو ممر مشترك لملاك متجاورين، أو فناء مشترك يفصل بين ملكين متجاورين أو بئر مشترك أو مغسل مشترك أو ترعة مشتركة أو تصرف مشترك ومثل ذلك أيضا الحائط المشترك والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات^(١).

والشيوع الإجباري تعرف بأنها الشيوع الذي يجب أن يبقى على الدوام بحيث لايجوز طلب القسمة فيه وذلك مراعاة للمذي أعد له المال الشائع. كما نص على ذلك المادة ٨٥٠ مدني مصري السالفة الذكر. " وكذلك تقول المادة ٨٤٢ موجبات وعقود لبناني ، لايجوز طلب القسمة إذا كان موضوع أشياء لا تبقى بعد قسمتها صالحة الاستعمال المعدة له " فالخاصية الأساسية للشيوع الإجباري، هي التي تميزه عن الشيوع العادي أو الإختياري هي أنه شيوع دائم بحيث لايجوز طلب القسمة فيه وقد عنى المشرع بتنظيم حالات الشيوع الإجباري نظرا إلى أهميتها، كما هي الحال في الحائط المشترك وكذلك الأجزاء المشتركة في الدار المقسمة إلى طبقات أو شقق كل منها مملوك على الإستقلال.

ومن أجل أن بيان ذلك ونأخذ بالتفصيل الشيوع الإجباري فإننا نأخذ مثال الحائط المشترك في الشيوع الإجباري لأنه يعتبر من الأمور الشائعة الأكثر إنتشارا في حياتنا اليومية^(٢).

(١) عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المصدر السابق، ص: ٩٨٦.

(٢) عبدالمنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢، ص: ٢٥٢.

المبحث الثاني

تعريف الحائط المشترك وأحكامه وحالاته

المطلب الأول: الحائط المشترك وتعريفه

المطلب الثاني: أحكام الحائط المشترك

المطلب الثالث: حالات تعلية الحائط

المشترك

المبحث الثاني

تعريف الحائط المشترك وأحكامه وحالاته

المطلب الأول

الحائط المشترك وتعريفه

قبل البدء في موضوع البحث لابد لنا أن نعرف الحائط المشترك بأنه الحائط الفاصل بين العقارين ويملكه صاحباهما على وجه الشيوخ، وينشأ الحائط مشتركا إذا أقامه الجاران بين عقاريهما بالاتفاق، أو كان أحدهما قد أقامه ثم شارك الآخر فيه، عليه فإن الحائط إما أن يكون بين عقارين وبذا يكون حائطا مشتركا، أو قد يكون حائطا فاصلا غير مشترك لكنه مملوك ملكية خاصة لصاحب أحد العقارين وهذا يسمى بالحائط الفاصل الغير المشترك^(١).

ولكن وقبل التطرق إلى موضوع البحث لابد لنا ان نشير بأنه وبشكل عام كل عراقي حق ملكيته مصنونة وهذا هو الأصل حيث نصت المادة (٢٣) الفقرة أولا من الدستور العراقي لسنة (٢٠٠٥) (الملكية الخاصة مصنونة أو يحق للمالك الإنتفاع بها وإستغلالها والتصرف بها في حدود القانون)^(٢).

كما ونصت المادة (٢٠) من مشروع دستور إقليم كردستان العراق والمصدق من قبل برلمان كردستان - العراق بتاريخ ٢٤/٦/٢٠٠٩، (لكل شخص الحق في التملك والأرث والوصية في حدود القانون بممتلكاته التي حصل عليها بطريقة مشروعة والملكية الخاصة مصانة ولايجوز نزعها أو الحرمان منها)^(٣).

(١) محمد طه البشير و غني حسون طه،المصدر السابق، ص ١٣٥

(٢) الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، ص: ٨٩.

(٣) مشروع دستور إقليم كردستان - العراق سنة ٢٠٠٩، ص: ٧٤.

غير أن هذا الحق للتصرف من قبل المالك لا يكون مطلقاً بل يرد عليه قيود كما جاء في القانون المدني العراقي (رقم ٤٠) لسنة (١٩٥٥) حيث نصت المادة (١٠٥١) الفقرة (١) منه (لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضراً فاحشاً، والضرر الفاحش يزال سواء كان حديثاً أو قديماً) ^(١).

وهذه القيود ترد على أغلب أشكال الملك المشاع ومن ضمنها في " الحائط المشترك" وقبل الولوج الى هذا الموضوع لابد من معرفة أصل كلمة حائط فالحائط يعني (الفاصل) وأصله (حاط) أي حوطاً وحيطة وحياطة أي يعني حَفِطَهُ و صيانته وهو (حوط) أي الساحة التي بني حولها حائط وجمعه (حيطان) ^(٢).

الأصل إنه لا يجبر أحد على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ولا على أن يعطي جاره جزء من حائطه أو الأرض القائم عليها هذا الحائط ^(٣).

حيث نصت المادة ١٠٩٢ من قانون المدني العراقي بأنه (١- لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره ولا على حدود ملكه أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة (١٠٩٠).

٢- ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط) ^(٤).

(١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ص: ٢٠٤.

(٢) المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق بيروت، المكتبة الشرقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص: ١٦٢.

(٣) حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مقارنة مع القانون المدني المصري والسوري، الجزء

الأول، الحقوق العينية الأصلية، جامعة الدول العربية، مصدر الدراسات العربية، ١٩٦٣، ص:

١٥١.

(٤) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ص: ٢١٥.

وقد إقتبس المشرع العراقي نص المادة من المادة (٦٩) ص مرشد الحيران حيث نصت (لايجوز للجار ان يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ولا على أن يعطيه جزءا من حائطه أو من الارض القائم عليها الحائط) ^(١).

ومعنى ذلك أن الجار لا يستطيع أن يبرر طلبه هذا مهما كانت أضرار التي يريد دفعها بهذا الطلب حتى لو كان منها احتمال سقوط داره ولكن هذا لا يمنع الجارين من الإتفاق على شيء من ذلك سواء اورد على الأرض ام على الحائط تمليكا او إيجارا، كما وإن هذا لا يمنع ان يكتسب الجار حق إستعمال حائط جاره بالتقادم، وعند ذلك يكون شريكا له في ملكيته إستنادا لهذا السبب إذا توافرت شروطه، وقد أورد القانون القيود على هذه القاعدة العامة في النصوص التي سبقته وما يتعلق بها. وإذا كان كل الجارين غير مجبر على إقامة حائط بينه وبين جاره فإنه مجبر على إتخاذ سترة يصون بها كرامة منزله ويستتر بها مقر نسائه. وفي ذلك نصت المادة ١٣١٧ من المجلة (إذا تهدم حائط فصار يرى في إحدى الدارين مقر نساء الأخرى فلا تجبر الممتنع على البناء ولكن الحاكم يجبره على إتخاذ سترة بينهما بالإشتراك من خشب أو أي شيء آخر) ^(٢). وقد قام القانون في المادة (١٠٩١) قرينه على الإشتراك في ملكية الحائط بالنص على أنه " الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك" ^(٣).

يتضح لنا من خلال هذه المادة بأن الحائط الذي يكون منذ إنشائه فاصلا بين بنائين يعد حائطا مملوكا ملكية مشتركة بين مالكي البنائين حتى مفرقهما أي إلى أقلهما إرتفاعا وما زاد عن ذلك يعد مملوكا ملكية خالصة لصاحب البناء الأعلى وهذه قرينة يجوز إثبات عكسها ^(٤).

(١) محمد قدرى باشا، المصدر السابق، ص: ٢٧.

(٢) حامد مصطفى، المصدر السابق، ص: ١٥١.

(٣) محمد طه البشير و غني حسون طه ، المصدر السابق، ص: ١٣٥.

(٤) أحمد فلاح عبد البخيت، المصدر السابق، ص: ٢٩٦-٢٩٧.

المطلب الثاني

أحكام الحائط المشترك

النظام القانوني للحائط المشترك

١- إستعمال الحائط المشترك حسب الغرض الذي أعد له

نصت الفقرة (١) من المادة (١٠٨٧) بأنه (لكل من الشريكين في الحائط المشترك أن يضع عليه أخشاباً أو غيرها بقدر ما لشريكه، بشرط ألا يجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط، وليس لأحد منهما أن يزيد من ذلك بدون إذن الآخر^(١). فيتبين من كل ذلك أن لكل من مالكي الحائط المشترك أن يستعمله في الغرض الذي خصص له دون الإضرار بالآخر. ومن بين الأغراض التي يخصص لها الحائط حمل الأسقف، ولهذا فإنه يجوز لكل من المالكين أن يضع فوق الحائط (الأخشاب) أو غير ذلك من العوارض التي يسند إليها سقفه بقدر ما للمالك الآخر وذلك بشرط عدم تحميل فوق طاقته. ومن أغراض الحائط أيضاً أن يستتر به الجاران كل عن الآخر، ولهذا فلا يجوز لأي منهما أن يفتح في الحائط باباً أو نوافذ^(٢).

لكل شريك في الحائط المشترك أن يستعمله، ويتقيد في إستعمال هذا الحق بقيدين ، القيد الأول/ هو أن يكون الإستعمال بحسب الغرض الذي أعد له الحائط، والغرض الذي أعد له الحائط المشترك هو من جهة إستتار كل شريك به بحيث يستند إليه بناءه، ومن جهة أخرى إقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليسند عليها كل شريك سقف بناءه أما القيد الثاني/ الأ يحمل الحائط فوق طاقته من إستعماله للغرض الذي أعد له، والا يحول دون إستعمال الشريك الآخر للحائط على وجه المتقدم^(٣).

(١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ص: ٢١٣.

(٢) محمد طه البشير و غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص: ١٣٦.

(٣) عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص: ٩٩٤.

فإذا اقام الشريك عوارض فوق الحائط المشترك وجب عليه أن يراعي أن للشريك الآخر هو أيضا حق إقامة عوارض، فلا يضع من العوارض إلا بمقدار نصف ما يتحمله الحائط حتى يدع لشريكه مجالا لإستعمال حقه، وكذلك إذا أراد أي شريك وضع عوارض وجب عليه أن يترك في سمك قمة الحائط المسافة التي يحتاج اليها صاحبه لوضع عوارضه. وإذا وقع خلاف بين الشريكين في إستعمال حق كل منهما، يتم الإلتجاء إلى القضاء، ويعين القضاء عند الاقتضاء خبيراً^(١).

ووفقا لما تقدم بما أن الشريك المشاع على الملكية الشائعة لا يستأثر وحده بالشيء المشاع فإن سلطته في إستعمال الشيء يجب أن يتقيد بحقوق باقي الشركاء^(٢)، عليه أن يجيز القانون لكل شريك استعمال الحائط بشرط ألا يحول ذلك دون إستعمال الشريك الآخر له، وله أن يضع فوقه عوارض ليستند عليها سقف بنائه دون أن يحمله فوق طاقته، أي أنه يضع في حدود نصف الثقل الذي ستحمله بحيث يقع في طاقة الحائط ما يكفي الشريك في استعمال مماثل.

ويجب أن يكون الاستعمال في حدود الغرض المخصص له الحائط ألا هو الاستتار به السقف فوقه، ولا ينبغي أن يتجاوز ذلك بفتح مظلات به أو حفر خزائن أو مداخن على نحو يتعارض مع طبيعته ويقدر قاضي الموضوع طبيعة الإستعمال ومدى إتفاقه مع الغرض من الحائط، وله أن يمنع ويزيل كل إستعمال مخالف^(٣).

(١) عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المصدر السابق، ص: ٩٩٥.

(٢) الدكتور أحمد فلاح عبد البخيت، المصدر السابق، ص: ١٤٢.

(٣) الدكتور محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب

كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص: ٧١-٧٢.

٢- عدم جواز فتح مناور في الحائط المشترك - :

ولما كان الغرض الذي أعد له الحائط المشترك يتعارض مع فتح مناور أو فتحات أخرى فيه أن الحائط المشترك إما أعد للإستتار به وهذا يتنافى مع إحداث فتحات فيه، لذلك لا يجوز لأي شريك أن يفتح في الحائط المشترك مناور أو فتحات أخرى تنفذ إلى ملك جاره دون موافقة هذا الجار. وقد ورد بهذا الحكم نص صريح في التقنين المدني الفرنسي (م٦٧٥) ويمكن تطبيق الحكم دون نص في القانون المصري لأنه يتفق مع القاعدة التي تقضي من إستعمال الحائط المشترك على الغرض الذي أعدله وقد يفتح الجار منورا في الحائط الفاصل وهو ملك خالص له، فإذا تمكن جاره من جعل الحائط المشترك بالشراء أو بالتقادم أو بطلب المشاركة في الجزء المعلى (م٨١٦ مدني) إذا فتح فيه المنور أو بغير ذلك من الأسباب فإنه يحق له عندئذ أن يطالب بسد المنور.

وإذا فتح الجار منورا في الحائط المشترك بالرغم من عدم جواز ذلك، وبقي المنور مفتوحا المدة اللازمة للتقادم، لم يجز للجار بعد ذلك أن يطلب سد المنور، ولكن يلاحظ في هذا أن يكون ترك المنور مفتوحا ليس راجعا الى تسامح الجار، وما قلنا في المنور نقوله في المطل، إذ يجوز أن يفتح الشريك في الحائط المشترك مطلا، ويبقى المطل مفتوحا لا على سبيل التسامح المدة اللازمة للتقادم وعند ذلك لا يجوز الأخر إجبار شريكه على سد المطل^(١).

والمنور هو فتحة يقصد منها مرور الهواء ونفاذ الضوء ولا تسمح بالإطلال منها على ملك الجار لذا يجب أن تعلق قاعدتها على قامة الإنسان وإلا أمكن الإطلال منها وأصبحت مطلا^(٢).

(١) عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المصدر السابق، ص: ٩٩٥.

(٢) الدكتور محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص: ٨١.

والقاعدة أنه لا يشترط ترك مسافة عند إنشاء المناور التي تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتاد، ولا يقصد منها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور، فلا تسمح لأحد بالرؤية الجارحة، وإنما تسمح بنفاذ النور ومرور الهواء فقط، وللجار أن يبني في ملكه وإن ترتب على ذلك سد المنور.

فالمنور هو الذي تعلو قاعدته عن قامة الإنسان العادي ، وإن كان القضاء يرى أنه يجب ان يراعي في إرتفاع المنور أن لا يقل عن أطول الأفراد قامة لكي يتعذر الإطلال منها ، ولا يصح الأخذ بإرتفاع يتناسب مع متوسط القامات إذ الحظر يجب أن يكون شاملاً، إلا أنه ينبغي ملاحظة أن السماح بوجود المنور مقيد بالغرض منه وهو مجرد دخول الضوء ومرور الهواء . أما إن أساء الجار إستخدامه كما إذا إعتلى اشياء ليطل منها على ملك جاره، أو إعتاد على إلقاء المخلفات منها جاز أنذاك للجار أن يطلب سد المنور لتفادي إستعمالها الغير القانوني^(١).

٣- نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد للحائط المشترك

نصت المادة (١٠٨٧) الفقرة (٢) من قانون المدني العراقي (وإذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له عادة فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشريكين مناصفة)^(٢).

فإذا احتاج الحائط الى ترميم أو تجديد، فإن كان ذلك بسبب خطأ من أحد الشريكين كان هو ملزم وحده بالترميم أو التجديد وإلا اشترك الجاران في النفقات كل بنسبة حصته في الحائط^(٣).

(١) الدكتور محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص: ٨١، ٨٢، ٨٣.

(٢) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ص: ٢١٣.

(٣) محمد كامل مرسي باشا، شرح قانون المدني الجديد الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول،

الأموال-الحقوق-حق الملكية بوجه عام، المطبعة العالمية، القاهرة ١٣٦٨ هجري، ١٩٤٩ ميلادي، ص: ٣٨٥.

ولما كان إلتزام الشريك بتحمل نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد على الوجه سالف الذكر إلتزاما عينيا (propter rem) ، فإنه يستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن حق ملكيته الشائعة (abandon) في الحائط. إذا تخلى الشريك عن ملكيته الشائعة، أصبح الشريك الآخر هو وحده الذي له حق إستعمال الحائط بشرط أن يقوم بترميم الحائط وصيانته، فإن يرممه وسقط الحائط، كانت أنقاض وأرض الحائط ملكا للشريكين وقسماها بينهما، على أن حق الشريك في التخلي عن الحائط على النحو الذي قدمناه يشترط فيه ألا يكون بناء هذا الشريك مستندا إلى الحائط، وإلا فإنه سيظل منتفعا بالحائط بالرغم من تخليه عنه، بل يجب أن يهدم البناء أولا ثم يتخلى عن الحائط، ولا يكفي أن يتعهد بهدم البناء فإنه قبل أن يهدم البناء فعلا يظل شريكا في الحائط ولا يستطيع التخلي عنه^(١).

كما و نصت المادة (١٠٨٨) (١-١) إذا وهي حائط مشترك وخيف سقوطه وأراد أحد الشريكين هدمه وأبى الآخر يجبر الابي على الهدم).

٢- وإذا انهدم الحائط المشترك وأراد أحدهما إعادة بنائه وأبى الآخر يجبر الابي على البناء ويجوز لشريكه بإذن من المحكمة أن يعيد بناءه وأن يرجع على الابي بنصيبه من نفقات البناء^(٢).

إذا إن كان الحائط مشتركا وخيف سقوطه وأراد أحد الشريكين هدمه وامتنع الآخر فيجبر الابي على الهدم (م ١٠٨٨ ف ١) وكانت النفقات مشتركة بينهما، وأما إذا لم يخف من سقوط الحائط المشترك وأراد أحد الشريكين هدمه وامتنع الآخر، فيمنع من يريد الهدم، فإن فعل ذلك يكون قد تصرف في ملك الغير بدون إذنه ويكون بحسب الأصل ضامنا طبقا لقواعد ضمان إتلاف ملك الغير^(٣).

(١) عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المصدر السابق، ص: ٩٩٦-٩٩٧.

(٢) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ص: ٢١٤.

(٣) محمد طه البشير و غني حسون طه، المصدر السابق، ص: ١٣٧.

وإذا انهدم الحائط بلا هادم، وأراد احد الشريكين إعادة بنائه وإمتنع الاخر يجبر الابي على البناء، ويجوز للشريك الاخر بإذن من المحكمة، أن يعيد بناءه و أن يرجع على الابي بنصيبه من نفقات البناء (م ١٠٨٨ ف٢) أما إذا كان هدم الحائط أو إتلافه بخطأ أحد الشريكين فإن نفقات إصلاح الحائط أو إعادة بنائه على الشريك المخطيء وحده وفق أحكام القواعد العامة^(١).

حيث قضت محكمة التمييز العراق وبقرارها رقم (٦٣٧) حقوقية ثانية - ١٩٧٠٣ - تاريخ القرار ١٩٧٠/٩/٢٦ النشرة القضائية- العدد الثالث-١٩٧١، (حق إعادة بناء الجدار المشترك قد ضمنه القانون للشركاء فإذا أعاد أحدهم بناءه مجدداً على نفس المساحة السابقة فلا يعتبر متجاوزاً)^(٢).

وصيانة الحائط المشترك يتحمل نفقتها الشركاء كل بنسبة حصته. وقد يصبح الحائط المشترك غير صالح للغرض الذي أعد له، فيحتاج الى إصلاح، أو الى هدم وإعادة بناء. ونفقات الإصلاح وتجديد الحائط كنفقات الصيانة يتحملها الشركاء كل بنسبة حصته..

أما إذا كان إصلاح الحائط المشترك أو إعادة بنائه ليس ضروريا ليقوم الحائط بالغرض الذي أعد له ومع ذلك قام الشريك بإصلاحه أو إعادة بنائه لمصلحته الخاصة، فإن هذا الشريك وحده هو الذي يتحمل نفقات الإصلاح أو التجديد. وكذلك إذا كان الخلل الذي اصاب الحائط فأقتضى إصلاحه أو تجديده راجعا الى خطأ شريك بالذات، فإن هذا الشريك وحده هو الذي يتحمل نفقات الإصلاح والتجديد^(٣).

(١) محمد طه البشير و غني حسون طه، المصدر السابق، ص: ١٣٧.

(٢) القاضي جاسم جزاء جافر هورامي الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، قسم القانون المدني، الجزء الثاني/الطبعة الثانية، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠١٨، ص: ٤٩.

(٣) عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص: ٩٩٦.

حيث أصدرت محكمة تمييز العراق القرار المرقم (٥٣٨/حقوقية ثانية/٩٧٠ تاريخ القرار ١٩٧١/٣/٣١، النشرة القضائية العدد الأول، السنة الثانية ص ٣٨، (لا أثر لتصرف الشريك في جزء من المال الشائع بالبناء أو غيره تجاه شريكه مال لم يستأذنه بذلك وليس له أن يلزم الشريك بنفقة ما صرفه) ^(١).

ولهذا السبب إن استمرار الانتفاع بالحائط يتطلب دوام صيانتته والحفاظ عليه، لذا يلزم القانون كل جار بالمساهمة بنسبة حصته في الحائط في نفقات الإصلاح والتجديد مادام ذلك ضروريا للغرض المعد له أصلا. ويلتزم الشريك الذي يتسبب بخطئه في تصدع وتلف الحائط بأن يتحمل وحده نفقات الإصلاح والترميم وكذلك الحال إذا كان الهدف من إصلاح وتجديد الحائط تحقيق مصلحة خاصة به.

وفي كل هذا نحن بصدد فرض إختلال الحائط المشترك أو تدممه مما يقتضي إعادة بنائه، إن كانت للشريكين حمولة عليه لزمهما إعادة بنائه، فإن رفض الشريك أو كان غائبا كان لشريكه بإذن من القضاء إعادة بناء الحائط والرجوع على شريكه بنصيبه في النفقة والمصاريف، وإن كان لأحد الشريكين حمولة على الحائط دون الآخر، يجبر الأخير على المساهمة في البناء بنسبة حصته وإنتفاعه، وإذا رفض الشريك أو كان غائبا فلصاحب الحق بإذن القضاء إعادة البناء والرجوع على شريكه بنصيبه النفقات والمصاريف. وفي جميع الأحوال إذا أعاد الشريك بناء الحائط بدون رضاه شريكه وبدون إذن من القضاء ولا ضرورة فلا رجوع له بشيء على شريكه ^(٢).

(١) إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني، مكتبة بغداد القانونية، بغداد، ص: ٤٣٨.

(٢) الدكتور محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص: ٧٢-٧٣.

يتضح من ذلك أنه إذا إختل الحائط المشترك او تهدم فإن نفقات إعادة بنائه تكون عليهما معا كل بنسبة نصيبه فيه، سواء أكان للشريكين معا حمولة عليه او لأحدهما فقط .
ويستطيع أحد الشريكين أن يقوم بالبناء ويرجع على الآخر بنصيبه في النفقات بشرط موافقة الشريك الآخر أو إذن القضاء في حالة عدم موافقته أو غيابه او أن تكون هناك ضرورة، وإلا فلا رجوع على شريكه بشيء^(١).

فقد قضت محكمة الصلح وبالقرار المرقم (٦٥٨) /صلحية/ ٥٦ الخالص (أن المدعي المميز إقامة بناء الطوف المشترك والفصل بين البستانين العائدين للطرفين دون أن يستحصل الإذن من المدعي عليهما أو من المحكمة المختصة ليتسنى له الرجوع بنفقات البناء وعلى ذلك يكون الحكم برد الدعوى صحيحا - ١٦-٤-٥٦)^(٢).

(١) الدكتور محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص: ٧٢-٧٣.

(٢) المحامي سلمان بيّات، القضاء المدني العراقي ، الجزء الثاني ، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠٢٠، ص: ٥٠٣.

المطلب الثالث

حالات تعلية الحائط المشترك

تتخذ مسألة تعلية الحائط المشترك أهمية خاصة في الحياة العملية. وبالنظر لما قد تثيره التعلية من منازعات، فقد حرص المشرع على تنظيمها بنصوص خاصة، فهو بعد ان قرر في الفقرة الأولى من المادة (١٠٨٩) القاعدة القاضية بعدم جواز تصرف أحد الشريكين في الحائط المشترك بتعلية أو زيادة في البناء، عاد وأستثنى في الفقرة الثانية من المادة نفسها حاله ما إذا كان لأحد الشريكين مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك، فأعطى لهذا الشريك الحق في التعلية بشرط ألا يكون من شأنها أن تلحق بالشريك ضررا بليغا. فلا يجوز هدم الحائط لإعادة بنائه إذا كان بناء الشريك الآخر مستندا إلى الحائط بحيث يترتب على هدمه هدم البناء أو إحداث خلل به^(١).

١- تعلية الحائط دون إعادة بنائه

فإذا إقتضى الأمر تعلية الحائط لمصلحة الجارين أشتراكا معا في نفقات التعلية، كل بنسبة حصته. فإذا كانت التعلية تقتضيها مصلحة جدية لأحد الجارين دون الآخر كان لهذا الجاران يعلى الحائط على الأيلحق بشريكه ضررا جسيما، وعلى أن يتحمل زيادة العبء الناشئة عن التعلية دون ان يفقد الحائط شيئا من متانته.

فإذا اقتضت التعلية إعادة بناء الحائط كانت نفقة ذلك على الجار الذي له مصلحة في التعلية ومازاد من سمك الحائط يكون في ناحيته بقدر الإمكان والإ دفع تعويضا لشريكه عما زاد من سمك الحائط من ناحية هذا الشريك. ويكون الحائط المجدد مشتركا من غير الجزء المعلى، ولا يدفع الشريك تعويضا للشريك الذي قام بالتعلية عن الفرق من القيمة ما بين الحائط القديم والحائط الجديد^(٢).

(١) محمد طه البشير و غني حسون طه، المصدر السابق، ص: ١٣٧-١٣٨.

(٢) محمد كامل مرسي باشا، المصدر السابق، ص: ٣٨٥-٣٨٦.

ونصت المادة (١٠٨٩) من قانون المدني العراقي الفقرة (١) ما يلي (١) - لا يجوز لأحد الشريكين في الحائط المشترك أن يتصرف بتعلية أو زيادة في البناء بلا إذن الآخر.

٢- ومع ذلك، إذا كان لأحد الشريكين مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك فله ان يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا و عليه وحده أن ينفق على التعلية، وصيانة الجزء المعلي وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا 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 مازاد من سمكه في ناحيته وهو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلي مشتركا دون أن يكون للجار الذي احدث التعلية حق في التعويض^(١).

٢- تعلية الحائط المشترك عن الطريق اعادة بنائه وجواز الأشتراك في الجزء المعلي:

بالنسبة الحائط المشترك لإعادة بناء نحن بصدد فرض اختلال الحائط المشترك أو تدممه مما يقتضي إعادة بنائه. إن كانت للشريكين حمولة عليه لزمهما إعادة بنائه، فإن رفض الشريك أو كان غائبا كان لشريكه بإذن من القضاء إعادة بناء الحائط والرجوع على شريكه بنصيبه في النفقة والمصاريف .

وإن كان لأحد الشريكين حمولة على الحائط دون الآخر يجبر الأخير على المساهمة في البناء بنسبة حصته وإنتفاعه. وإذا رفض الشريك أو كان غائبا فلصاحب الحق بإذن القضاء إعادة البناء والرجوع على شريكه بنصيبه في النفقة والمصاريف ، وفي جميع الأحوال إذا أعاد الشريك بناء الحائط بدون رضاء شريكه وبدون إذن من القضاء ولا ضرورة فلا رجوع له بشيء على شريكه^(٢).

(١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٠، ص: ٣١٤.

(٢) الدكتور محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص: ٧٣.

يتضح من ذلك أنه إذا إختل الحائط المشترك أو تهدم فإن نفقات إعادة بنائه تكون عليهما معا كل بنسبة نصيبه فيه، سواء أكان للشريكين معا حمولة عليه أو لأحدهما فقط . ويستطيع أحد الشريكين أن يقوم بالبناء ويرجع على الآخر على الآخر بنصيبه في النفقات بشرط موافقة الشريك الآخر أو إذن القضاء في حالة عدم موافقته أو غيابه أو إذن تكون هناك ضرورة، وإلا فلا رجوع على شريكه بشيء^(١).

حالة ما إذا كان الحائط المشترك صالحا لتحمله التعلية دون حاجة إلى إعادة بنائه وفي هذه الحالة يتحمل الشريك الذي يريد التعلية وحده نفقات الجزء المعلى مضافا إليها النفقات التي تستلزمها التعلية في السفلى، أي الجزء المشترك، لجعله صالحا لتحمل زيادة العبء الناشيء عن التعلية، دون أن يفقد هذا الجزء شيئا من متانته.

وفي حالة ما إذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لحمل التعلية فيطلب الأمر إعادة بنائه من جديد، وفي هذه الحالة يتحمل الشريك الذي يريد التعلية جميع نفقات هدم الحائط وإعادة بنائه، وإذا اقتضى الأمر زيادة سمك الحائط فتكون الزيادة بحسب الأصل، من أرض الشريك الراغب في التعلية ولا يكون له الحق في مطالبة الشريك الآخر بشيء من ثمن الجزء الذي شغل من أرضه في زيادة سمك الحائط. فإذا تعذر ذلك وكان لابد أن يشغل الحائط من أرض الشريك الآخر، التزم الراغب في التعلية بتعويض شريكه عما شغل من أرضه^(٢).

وقد أصدرت محكمة تمييز العراق الفدرالي وبالقرار تحت عدد (٣٢٣/حقوقية/٥٧ بغداد بأنه (ما يجب حله هو أين يبني الجدار المشترك وذلك وفق للزحف الذي إدعى بوقوعه المدعى وعينه بنصف متر^(٣).

(١) الدكتور محمد حسين منصور، المصدر السابق ، ص: ٧٣.

(٢) محمد طه البشير و غني حسون طه، المصدر السابق، ص: ١٣٨.

(٣) المحامي سلمان بيّات، المصدر السابق، ص: ٥٠٣.

لذا كان على المحكمة أن تعين مساحة دار المدعي وتثبت حدوده من جهة الجدار كما وتثبت حدود دار المدعى عليه من جهة الجدار وبعد تثبيت الحدود تنظر فيما إذا كان الجدار الحديث المنشأ كان قد زحف به إلى ملك المدعي أم لا وعلى ضوء ذلك تصدر قرارها- ١٧-٣-٥٧. خلاصة الدعوى أن المدعى إدعى بأن الجدار الفاصل بين داره ودار جاره يعود إليه مستقلاً وأن المدعى عليه تجاوز عليه وهدمه وشيده مجدداً مما جعله مشتركاً وأدخل نصف المتر بداره في ملكه فطلب الحكم بإعادة النصف المتر المتجاوز عليه-فردت المحكمة دعواه، فنقض^(١).

كما ونصت المادة (١٠٩٠) من قانون المدني العراقي (للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية، أن يصبح شريكا في الجزء المعلى، إذا هو دفع نصيبه مما أنفق عليه وقيمه ما يخصه من الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إذا كانت هناك زيادة)^(٢).

وإذا تمت التعلية فإن الجزء غير المعلى من الحائط يظل مشتركاً دون أن يكون للشريك الذي قام بالتعلية مطالبة الشريك الآخر بأي تعويض عما زاد في قيمة الحائط بسبب تفويته أو إعادة بنائه لمن قام بالتعلية. على ان المادة (١٠٩٠) أعطت الجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية الحق في الاشتراك في الجزء المعلى إذا هو دفع نصف جميع نفقات التعلية الحق في الاشتراك في الجزء المعلى إذا هو دفع نصف جميع نفقات التعلية بما فيها ما انفق السفلى لتقويته أو إعادة بنائه وقيمة ما يخصه من الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة، ولهذا الجار، طبقاً للمادة (١٠٩٤ ف١) أن يجبر الشريك الذي قام بالتعلية على أن يكون شريكاً في الجزء المعلى إذا دفع نصيبه مما أنفق عليه. ويبقى حق الجار في الاشتراك في الجزء المعلى، تطبيقاً للمادة (١٠٩٠) ما بقى سببه، وهو الاشتراك في السفلى وبالتالي فإنه لا يسقط بالتقادم^(٣).

(١) (المحامي سلمان بيات، المصدر السابق، ص: ٥٠٣-٥٠٤.

(٢) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ص: ٢١٤.

(٣) محمد طه البشير و غني حسون طه، المصدر السابق، ص: ١٣٨-١٣٩.

وقد قدمنا أن الجزء المعلى، سواء كانت التعلية دون إعادة بناء الحائط أو بإعادة بنائه، يبقى ملكا خالصا لمن قام بالتعلية، يقوم هو بنفقات صيانتة، ولا يجوز لجاره أن يستعمل هذا الجزء دون إذنه .

ولكن يجوز للجار، وهو شريك في الجزء الاسفل من الحائط كما قدمنا، أن يطلب أن يكون شريكا أيضا في الجزء المعلى. فيصبح الحائط مشتركا في جميع أجزائه وهذا الحق في الاشتراك في الحائط مقصور في القانون المصري، على الجار الذي يكون شريكا من قبل الجزء الأسفل ويريد الآن الاشتراك في الجزء المعلى. أما إذا كان الحائط كله ملكا خالصا لاحد الجارين، فلا يجوز للجار الآخر أن يطلب الاشتراك فيه، كما يجوز ذلك في القانون الفرنسي.

وعلى الجار الذي يريد ان يكون شريكا في الجزء المعلى أن يعلن رغبته في ذلك، وليس لاعلان هذه الرغبة بشكل خاص فيجوز ان يكون بإنذار على يد محضر، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، كما يجوز ان يكون شفويا وعليه عبء إثبات ذلك ويجب على هذا الجار، حتى يصبح شريكا في الجزء المعلى، ان يدفع لجاره نصف ما أنفقه في التعلية. سواء المصروفات التي أنفقتها في تعلية الحائط دون بناء الحائط. ويدفع كذلك قيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة سمك الحائط، إن كانت هناك زيادة، فإذا سلم له جاره بذلك دفع نصف النفقات على النحو السالف الذكر، وإلا لجأ الى القضاء^(١).

(١) عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص: ١٠٠١.

حيث قضت محكمة التمييز العراق الفدرالي بقرار رقم (١١٦٧/حقوقية/٥٦ بغداد) (تم تصديق الحكم المميز لإستيفائه شروط الصحيحة حيث أن تقرير الخبير واضح وأن الأسباب الفنية التي إستند إليها لإثبات إستقلال الجدار العائد للملك تسلسل ١٩٨ محلة الشورجة لا غبار عليها، إذ أن نفوذ الشيلمان العائد لصاحب الملك من جانبي الجدار دليل قوي على إستقلال فضلاً عن وجود الجسر الخشبي في جانب الجدار الكائن في عقار الوقف ووضع الأخشاب عليه مما يزيد هذا الدليل قوة، وبناء على ما تقدم فلا توجد ضرورة لإعادة الكشف).

كما وقضت محكمة التمييز العراق الفدرالي وبقرارها الأخير بالعدد (٣٨٠/حقوقية/٥٨ بشدر) (أن محضر الكشف من البيانات التي يجب أن يستند إليها الخبراء في معرفة الإشتراك والإستقلال ، وذلك بالكشف على الجدار المنازع عليه والنظر في المميزات، وإذا إقتضى الأمر فتنقض جزء من اساس الجدار كي يهتدي الخبراء إلى معرفة الحقيقة المتعلقة بعائدية الجدار إلى الطرفين إشتراكاً أو إلى أحدهما إستقلالاً -١-٤-٥٨) (١).

(١) المحامي سلمان بيات، المصدر السابق، ص: ٥٠٧.

المبحث الثالث

الشيوع في ملكية الحائط المشترك

المطلب الأول: إلتزامات المالكين و

إلتزامات الشريكين

المطلب الثاني: تقسيم الحائط المشترك

المبحث الثالث

الشيوع في ملكية الحائط المشترك

ينشأ الحائط مشتركا إذا إقامه الجاران بين عقاريهما بالإتفاق أو كان أحدهما قد أقامه على عقاريهما بالإتفاق أو كان أحدهما قد أقامه على عقاره ثم شارك الآخر فيه، وإذا لم تكن هناك بينه على شراكتها فيه فإن القانون يفترضه مشتركا إذا ثبت وقت إنشائه إنه كان فاصلا بين بناءين ويكون مشتركا بينهما ابتداء من أصله حتى إفتراق ما بين الملكين^(١).

حيث نص إعادة (١٠٩١) من قانون المدني العراقي (الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلا بين بناءين يعد مشتركا حتى مفرقهما، مالم يقيم الدليل على خلاف ذلك)^(٢).

وهذا النص مقتبس من المادة ٨١٧ من القانون المصري والمادة ٦٥٣ من القانون الفرنسي، وقد نظم القانون أحكام الحائط المشترك في بحث الاتفاقات القانونية في المواد (١٩٧٤-٩٧٦)^(٣).

وبإمكاننا أن نبين بأن القانون المدني العراقي حدد شرطين في المادة (١٠٩١) الأول، أن يكون الحائط فاصلا بين بناءين. فلا يفترض الاشتراك في ملكية الحائط إذا كان يفصل بين أرضين غير مبنيين، أو بين بناء وأرض غير مبنية سواء كانت فضاء أو مزرعة^(٤).

(١) حامد مصطفى، المصدر السابق، ص: ١٥٢.

(٢) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ص: ٢١٤.

(٣) حامد مصطفى، المصدر السابق، ص: ١٥١.

(٤) محمد طه البشير و غني حسون طه، المصدر السابق، ص: ١٣٥-١٣٦.

والثاني أن يكون الحائط فاصلا بين البنائين من وقت إنشائه، فلا يفترض الإشتراك في ملكيته إذا أثبت أحد المالكين أنه كان قد بنى ملكه، ثم بنى بعد ذلك المالك الآخر مستترا ببناء الأول.

فإذا تحقق هذان الشرطان افترض الاشتراك في ملكية الحائط الفاصل لمالكي البنائين حتى مفرقهما، حتى أعلى جزء من البناء المنخفض، ولكن هذه القرينة يمكن إثبات عكسها، فيجوز لأي من المالكين أن يثبت عكسها، فيجوز لأي من المالكين أن يثبت إنه قد بنى الحائط كله في ملكه وعلى نفقته، أما إذا لم يتحقق شرط القرينة، فعلى من يدعي الاشتراك في ملكية الحائط أن يثبت ذلك وفقا للقواعد العامة، كأن يثبت مالك الأرض الفضاء أن الحائط قد أقيم بنفقات مشتركة على جزء من ملكه وجزء من مالك الجار.

فإذا ثبت الاشتراك في ملكية الحائط، سواء بمقتضى القرينة التي أقامتها القانون في المادة (١٠٩١)، أو بدليل أقامه المدعي، فيكون الشيوع في الحائط جبريا، وبالتالي لا يجوز لأي من المالكين طلب قسمته ولا التصرف في نصيبه مستقلا عن العقار الذي يملكه. وهذا الحكم، وإن لم ينص عليه المشرع العراقي صراحة في النصوص التي نظم لها أحكام الحائط المشترك، فإن الغرض الذي أعد له الحائط المشترك يقتضي أن يبقى هذا الحائط في الشيوع دائما، وبالتالي فلا يجوز طلب قسمته أو بيع أحد الشركاء نصيبه فيه مستقلا عن العقار الذي يملكه^(١).

(١) محمد طه البشير و غني حسون طه، المصدر السابق، ص: ١٣٥-١٣٦.

أما إذا لم يكن الحائط المشترك فاصل بين البنائين وقت إنشائه كان يكون في هذا الوقت داخلا في قسم أحد الملكين فصار حدا بين القسمين أو كان هناك بناء قائم بجانبه أرض بنيت بعد ذلك فإنه لا تكون هناك قرينة على أنه حائط مشترك، فيتبع في إثباته القواعد العامة فتقبل بنية الخارج على ملكيته، هذا ما لم يكن هناك سند (Titre) بالملكية العقارية يدخله في أحد الملكين أو ثبت أنه إمتداد لحائط أحدهما على إستقلال بعلامة (Marque) واضحة ويتمدد إشتراك الحائطين بنهاية التصاقهما من جهة العلو^(١).

وقد قضت محكمة تمييز العراق الفدرالي بقرارها المرقم (١٩٨١/٤م/٨٢٤) في (١٩٨١/١٢/٨) بأنه من حق المالك وضع السياج على ملكه وليس لجاره منعه من ذلك والمقصود من السياج ما يكون حائلا يمنع الدخول الى الملك ولذلك يجوز أن يكون من أية مادة ولا ينحصر بمادة معينة^(٢).

عليه يجوز لكل ذي شأن أن يثبت أن الحائط الفاصل هو حائط مشترك، فيثبت أحد الجارين مثلا أنه أقام الحائط مع جاره بنفقات مشتركة، أو أنه كان مملوكا لجاره ملكية خالصة ثم كسب من هذا الجار الاشتراك في الحائط في مقابل عوض دفعه له، أو أن الجار جعل الحائط مشتركا بينهما بغير عوض، كما يجوز للجار أن يثبت الاشتراك في الحائط بطريق التقادم المكسب، بأن يثبت أنه حاز الحائط حيازة مشتركة مع جاره، وتصرف فيه تصرف المالك للحائط المشترك دون أن يكون ذلك مبنيًا على تسامح جاره، وبقي كذلك طول المدة اللازمة للتقادم^(٣).

(١) حامد مصطفى، المصدر السابق، ص: ١٥٣.

(٢) إبراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص: ٣٤٥.

(٣) عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص: ٩٩٠.

وقد قضت محكمة تمييز إقليم كردستان وبقرارها تحت الرقم ٧/الهيئة المدنية/١٩٩٥ تاريخ القرار ١٧/٤/١٩٩٥ (الثابت من وقائع الدعوى ومحضر الكشف الجاري من الملكين موضوعي الدعوى كانا مسجلين بإسم مالك واحد ومأتهما واحد وبعد إقرار الملك الموحد والقسمة وأجراء المعاملات التصرفية عليها، سجل قسم مفرز من الملك الموحد والقسمة وأجراء المعاملات التصرفية عليها، سجل قسم مفرز من الملك بإسم المدعي في السجل العقاري ومثبتة مساحته و خارطته، وأن مساحة الجدار الفاصل بين الملكين لا تدخل ضمن مساحة الملك العائد للمدعي بل يعتبر حائطا مشتركا وليس له حق المطالبة بملكيته^(١).

(١) القاضي كيلاني سيد أحمد، كامل المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان، العراق للسنوات ١٩٩٣-٢٠١١، الجزء الأول مقررات الهيئات المدنية والموسعة والعامّة، قسم القانون المدني، الطبعة الأولى، مطبعة الحاج هاشم، أربيل، ٢٠١٢، ص: ٢٥٥.

المطلب الأول

التزامات المالكين والتزامات الشريكين

التزامات المالكين

لكل من المالكين في الحائط المشترك أن يستعمله الاستعمال المعد له بقدر ما لشريكه من ذلك، ويعرف الاستعمال المعد له الحائط من قوة بنائه وسمكه وإرتفاعه والموضوع الذي هو فيه من البنائين ومن الواد الإنشائية التي يبين منهما .

فالحائط القوي السميك يتحمل من غير إستعماله البناء عليه ما لا يتحمله الحائط الضعيف أو الرقيق المبني من الخشب أو الطين، كما إن الحائط الواقع في أصله وهكذا، ومع هذا فإن أحد المالكين مقيد بنوع الإستعمال الذي للمالك الآخر.

فإذا كان أحدهما قد وضع عليه جسورا فليس للآخر أن يحفر فيه مدخنة أو ممرا للهواء فكل منهما مقيد بما يتحمله الحائط لا يتجاوزه أو يزيد فيه إلا بإذن الآخر.

ولما كانت قوة الحائط على التحمل قد لا تعرف إلا بتقرير مهندس أو خبير فإن مثل هذا التقرير هو الذي يرفع الخلاف بين الجارين عند وقوع نزاع، ومع ذلك فإن لأحد المالكين أن يعلي هذا الحائط إذا كان له مصلحة في تعليته دون أن يستأذن الآخر بشرط أن لا يلحق به ضررا بليغا^(١).

ولكل ما هو مذكور أعلاه يبين بأن إذا كان حق كل شريك مشتت هو حق ملكية على الشيء الشائع كله ، فإن مقتضى ذلك أن لكل شريك مشتت كافة سلطات المالك، فله الإستغلال والتصرف^(٢).

(١) حامد مصطفى، المصدر السابق، ص: ١٥٦.

(٢) الدكتور نبيل إبراهيم سعد، المصدر السابق ، ص: ١٠٥-١٠٦.

وإذا أحدث الجار زيادة البناء على الحائط أو تعليته بإذن الشريك أو بلا إذنه لتحقيق مصلحة جدية ظاهرة فإن عليه أن يتزيد فيه ما يصون قوته ويجعله يتحمل البناء والتعلية دون أن يفقد شيئاً من قوته كأن يدعمه بإسناد من البناء أو يقوي أساسه ويرممه ويخصصه على أن يتحمل وهذه نفقات كل ذلك ولا يحق له أن يطالب شريكه بشيء منها. وقد خول القانون الشريك ما هو أوسع من ذلك للإستفادة من الحائط الفائدة الكاملة فجعل له أن يهدم الحائط ويعيد بنائه على نفقته بحيث يفي بالقصد الذي يبتغي من إعادة بنائه. وله زيادة على ذلك أن يزيد من عرض الحائط من جهة أرضه بقدر سمكه الأول مشتركاً كما كان من قبل ومازاده من الباقي من ملكه يكون له خاصة ولاحق له في مطالبة شريكه بشيء من نفقات بنائه الجديد وقد أعطى القانون للشريك الذي لم يتكلف بتعلية الحائط أو تجديده حقا جدياً اقتبس منه القانون من المادة ٨١٦ من القانون المصري الذي أخذها من المادة ٦٦٠ من القانون الفرنسي.

ذلك بأن جعل للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكاً في الجزء المعلى إذا هو دفع نصيبه مما أنفق عليه وقيمة ما يخصه من الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إذا كانت هناك زيادة. وبهذا يكون للجار شريكاً في جزء الأرض التي أضافها جاره من ملكه الى أرض الحائط الأصلية وفي الجزء أو الزيادة التي عليه لها الحائط وإذا إمتنع الباقي من إشتراك جاره في الزيادة من الحائط على هذا الوجه كان لهذا أن يراجع المحكمة لإجباره على ذلك^(١).

(١) حامد مصطفى، المصدر السابق، ص: ١٥٦.

التزامات الشريكين

التزامات أحد الشريكين في الحادث تجاه الآخر هي سلبية. فليس للشريك كما رأينا أن يستعمل الحادث في غير ما أعد له بطبيعته أو بالقصد ليس له أن يحملة أكثر مما يتحمل عادة أو أن يحدث فيه زيادة أو تلبية إلا وفق الأحوال المتقدمة وليس له أن يهدم الحادث لأي سبب كان من إتفاق مع شريكه. إلا إذا أراد أن يفعل ذلك على نفقته كما سبق. ويجب أن يستند مع هذا الى عذر قوي يبرر الهدم كأن يخشى سقوط الجدار إذا أبقاه على حاله أو يريد أن يجعله في قوة الأبنية التي أنشأها من البناء والأثقال^(١).

كما ليس للشركاء فيها حق التصرف في الحصة أو ترتيب حقوق عينية عليها أو حجزها إلا مع العقار الذي هي من ملحقاته^(٢).

أما إذا لم يعد الحادث المشترك صالحا للغرض الذي أعد له خصص له عادة وأراد الشريكان هدمه وإعادة بنائه أو لصدعه كانت النفقة التي تصرف عليه مشتركة بينهما مناصفة كما ورد في القانون المدني العراقي (م/١٠٨٧)، أما إذا أراد أحدهما بناءه وأبى الآخر ولا خوف من السقوط الحادث فإن النفقة تكون على الثاني إلا أن يكون البناء مشرفا على الانهدام وخيف سقوطه فإن الأبى منهما يجبر على الموافقة على البناء وتكون النفقة على الهدم والبناء مناصفة بينهما كما جاء في القانون المدني العراقي (م/١٠٨٨)^(١).

(١) حامد مصطفى، المصدر السابق، ص: ١٥٦.

(٢) محمد أحمد عيسى، المصدر السابق، ص: ٥٣.

وأما إذا إنهدم الحائط بلا هدم فأراد أحد الشريكين إعادة بنائه وأبى الآخر فإن الأبى يجبر على البناء، وللآخر أن يقوم بإعادة بناء الحائط بإذن المحكمة. يرجع على شريكه الأبى بنصيبه من نفقات البناء (١٠٨٨/٢) وأما إذا بنى بلا إذن لا من المحكمة ولا من الشريك فإنه لا يرجع بشيء وقد أخذ القانون هذا الحكم من نص المادة (٧٧٢) من مرشد الحيران ولكنه عدل فيها على نحو المتقدم^(١).

حيث نصت مادة ٧٧٢ من مرشد الحيران (إذا هدم الشريكان الحائط المشترك بينهما أو إنهدم هو بنفسه فإن كان لهما عليه حمولة يجبر الأبى على البناء مطلقا سواء كانت عرصة الحائط عريضة أم لا. وإن لم يكن لهما عليه حمولة لا يخبر الأبى لو عرصة عريضة، يجبر لو غير عريضة لعدم إمكان القسمة.

وإن كان لأحدهما عليه حمولة دون الآخر وأراد صاحب الحمولة البناء وأبى الآخر يجبر الأبى مطلقا سواء كانت عرسته عريضة أم لا وإن أراد الآخر وأبى صاحب الحمولة يجبر الأبى لو عرسته غير عريضة ولا يجبر له عريضة لإمكان القسمة، وفي كل موضع يجبر منه الأبى إذا بنى الآخر بلا إذن القاضي لا يرجع على الأبى بشيء وإن بنى بإذن القاضي يرجع على الأبى بما يخص حصة من المصاريف وله منع الأبى من الإنتفاع بالحائط ووضع حمولته عليه حتى يأخذ منه ذلك)^(٢).

(١) حامد مصطفى، المصدر السابق، ص: ١٥٧.

(٢) محمد قدرى باشا، المصدر السابق، ص: ٢٤٩.

ونظرا لأهمية تحديد الأراضي تحديدا ماديا فإن القانون يخول كل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما. ويتم ذلك عن طريق وضع علامات مادية ظاهرة تبين حدود كل منهما، كوضع فواصل الطوب او الحديد ومد خطوط مستقيمة بين هذه الفواصل.

وعلى ذلك فإن لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما، وذلك لأنهما يشتركان معا في الحد الفاصل بينهما بصرف النظر عن مقدار ما يملكه كل منهما، إذا كان الحد الفاصل بين المالكين.

الأصل أن يتم الإتفاق على الحدود الفاصلة ووضع العلامات الظاهرة عليهما فيما بين الملاك المتجاورين، وإلّا كان لأي منهما أن يرفع دعوى وضع الحدود، ويقوم القاضي بتطبيق مستندات الملكية على الطبيعة ووضع علامات مادية للحدود^(١).

(١) الدكتور محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص: ٦٧.

المطلب الثاني

تقسيم الحائط المشترك

يلتزم الشريك في الشيوخ الإجباري بالبقاء في حالة الشيوخ، فليس له طلب القسمة، كما لا يكون له أن يتصرف في حقه على المال الشائع منفصلاً عن العقار الذي أعد له هذا المال لخدمته في حالة ما إذا كان المال الشائع تابعاً للعقار كما يلتزم الشريك في الشيوخ الإجباري، كما في الشيوخ العادي، بالمساهمة في نفقات إدارة المال الشائع وحفظه^(١).

ويقبل الحائط المشترك القسمة التامة إلا بتركه لأحد الشريكين مقابل ثمن يدفعه للشريك الآخر وعند ذلك لا يكون للشريك البائع حق إستعمال الحائط وإنما يستفيد من ظله ومع ذلك فله أن يتفق مع البائع على أن يبقى على الحائط جدوعه ومبانيه ويسجلا هذا الإتفاق، والطريقة الثانية لإزالة الشيوخ في الحائط هي إقتسام قاعة في حالة الإنهدام، وعند ذلك تكون حصة كل منهما ملحقة بملكه، ولما كانت المادة (١٠٩٢) من قانون المدني العراقي قد نصت على أنه لا يجبر الجار على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه فإن ما بينهما يبقى خالياً حتى يقيم أحدهما أو كلاهما حائطاً له في ملكه، إلا أنه يجب التستر بحاجز من الخشب أو غيره بقي نظر أحد الجارين إلى داخل دار الآخر كما تقدم^(٢).

(١) الدكتور محمد حسين قاسم، المصدر السابق، ص: ١٧٩.

(٢) حامد مصطفى، المصدر السابق، ص: ١٥٦.

المبحث الرابع

الحائط الفاصل الغير المشترك

المبحث الرابع الحائط الفاصل الغير المشترك

بعد شرح موضوع الحائط المشترك، كان لابد التطرق إلى الحائط الفاصل الغير المشترك وذلك لمعرفة الفرق بينهما وعدم خلطهما، حيث نصت المادة (١٠٩٢ ف١) من القانون المدني العراقي بأنه:-

"لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ولا على ان يعطيه جزءاً من حائطه، أو من الأرض القائم عليها الحائط إلا في حالة المنصوص عليها في المادة (١٠٩٠) ^(١).

يتضح أن هذا النص متعلق في شأن الحائط الفاصل غير المشترك، أي الحائط المملوك ملكية خالصة لأحد الجارين وهما أمرين :-

١- ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه:- فليس للجار ان يجبر جاره على تحويط ملكه أو تسويره، فالمالك حر في تحويط ملكه أو عدم تحويطه. ولمن يريد من الجارين ذلك فله أن يفعل ، ولكن دون أن يجبر جاره على المساهمة في ذلك، فإذا بني حائطاً بينه وبين جاره بناه على نفقته وعليه وحده أن يقوم بصيانته.

٢- ليس للجار أن يطلب الإشتراك في حائط جاره:- فكما لا يجوز للجار أن يجبر جاره المساهمة في الحائط الفاصل الذي أقامه على نفقته، كذلك لا يجوز له أن يجبر الجار في أقام الحائط على الإشتراك معه في هذا الحائط أو في الأرض التي أقام عليها الحائط ولو عرض عليه أن يدفع له نصف النفقات أو حتى كلها.

وقد استنتجت المادة (١٠٩٢ ف١) من حكمها الحالة المنصوص عليها في المادة (١٠٩٠)، وهذه المادة تخول، كما رأينا، الجار الذي لم يساهم في نفقات تعلية الحائط المشترك أن يصبح شريكا في الجزء المعلى إذا هو دفع نصيبه مما أنفق عليه ^(٢).

(١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ص: ٢١٥.

(٢) محمد طه البشير و غني حسون طه، المصدر السابق، ص: ١٣٩.

ولما كان القانون المدني العراقي لا يعطي للجار حقا في أن يطلب الإشتراك في الحائط الفاصل المملوك لجاره ملكا خالصا كما قدمنا فإنه عوض على الجار عن ذلك الحق بحق آخر فإذا كان هناك حائط فاصل مملوك لصاحبه ملكا خالصا فإن الجار إذا كان لا يستطيع إلزام جاره بالإشتراك فيه. يملك على الأقل أن يمنعه من هدم هذا الحائط الذي يستر به إذا لم يكن هناك عذر قوي لهدمه^(١).

فإذا توافر الشرطان السالفا الذكر في موضوع البحث، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك، ولكن هذه القرينة القانونية قابلة كما قدمنا لإثبات العكس. فيجوز لأحد الجارين أن يثبت أن الحائط ملك خالص له، كأن يقدم سندا على تملكه إياه، أو كأن يثبت مثلا أن الحائط كله مقام على أرضه (وملكية الأرض تشمل ما فوقها، وإذا تعارضت القرائن رجح قاضي الموضوع بأبيها يأخذ، ومتى ثبت أن الحائط مشترك، وكان أحد البنائين المتلاصقين أعلى من الآخر، فإن الحائط يعتبر مشتركا إلى الحد الذي يصل إلى قمة البناء الأقل علوا . أما الجزء من الحائط الذي يعلو فوق ذلك إلى قمة البناء الأعلى، فيعتبر ملكا خالصا لصاحب هذا البناء، وهذا هو المعنى المقصود عندما نقول عن الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين، إنه (يعد مشتركا حتى مفرقهما)، ويتبين مما تقدم أن الحائط الفاصل بين بنائين قد يكون مشتركا وقد يكون غير مشترك بل ملكا خالصا لصاحب أحد البنائين^(٢).

لذا ففي الحائط الفاصل الغير المشترك لا سلطة للجار على جاره في إجباره على إقامة حائط أو النزول عن جزء من حائطه أو جزء من أرضه المقام عليها الحائط هذا يتفق مع ما للمالك من سلطة على ملكه^(٣).

(١) محمد أحمد عيسى ، قسمة المال الشائع ، دراسة مقارنة ، المكتبة الوطنية، بغداد، ٢٠١٣، ص:

١٠٠٥.

(٢) عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المصدر السابق، ص: ٩٩٢.

(٣) أحمد فلاح عبد البخيت، المصدر السابق، ص: ٢٩٩.

وهناك قرار تمييزي بالعدد (٥٧٩/حقوقية/٥٧) (أربيل حيث قضت (أن المحكمة وإن إنتخبت خبراء وأجرت الكشف بمعرفتهم إلا أنها لم تأخذ بأرائهم حرفيا وذهبت إلى البينة الشخصية و الخارطة في حين أن المنازعة على الجدران لا تثبت بالشهادات إنما تثبت بتقرير الخبراء من البنائين بعد أن يكشفوا على الجدران ويلاحظوا علامات الإشتراك أو الإستقلال في الجدار أو في أساسه ، وإذ أن أحد الخبراء ذكر أنه لا يعرف لمن يعود أحد الجدران فكان على المحكمة أن تنتخب ثلاثة خبراء من المعماريين العارفين في الموضوع والقيام بالكشف الفني على أسس الجدار وسقوفه والنوافذ التي فيه ثم إصدار الحكم المقتضى بما يتظاهر لها في النتيجة-١٣-٤-٥٧)^(١).

حيث يضيف القانون الى الأحكام المتقدمة، حكما آخر بمقتضاه لا يكون لمالك الحائط الذي يستر به الجار أن يهدمه دون عذر قوي فقد جاء في المادة ١٠٩٢ ف٢: "ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط"^(٢).

ويجب حتى تنقيد سلطة المالك في هدم حائطه. أن يكون جاره مستترا بهذا الحائط، فيكون ملك هذا الجار مسور من جهات ثلاث، والجهة الرابعة هي التي يستر فيها بالحائط. أما إذا كان الرابعة هي التي يستر فيها الحائط، أما إذا كان ملك الجار غير مسور إلا من جهتين أو من جهة واحدة^(٣).

(١) المحامي سلمان بيات، المصدر السابق، ص: ٥٠٨.

(٢) محمد طه البشير و غني حسون طه، المصدر السابق، ص: ١٤٠.

(٣) محمد أحمد عيسى، المصدر السابق، ص: ١٠٠٥.

أو كان غير مسور أصلاً ، فلا يمكن أن يقال إنه مستر بالحائط فاصل ثم يجب أن يكون هدم الحائط دون عذر قوي، فإذا كان لدى صاحب الحائط عذر قوي لهدمه، كأن يريد إعادة تشييد بنائه على وضع يختلف عن وضعه السابق و تقتضي إعادة البناء هدم الحائط فمن حقه أن يهدمه حتى لو كان جاره يستتر به، لأن له مصلحة ظاهرة في الهدم، ولا يمكن أن يقال في هذه الحالة ان متعسف في استعمال حقه في هدم الحائط. ويجب أخيراً أن يعود هدم الحائط بضرر محسوس على الجار الذي يستتر به، فإذا كان هذا الجار له أرض فضاء سورها من جهات ثلاث، وإستتر بحائط جاره في الجهة الرابعة، فهدم لحائطه لا يعود في هذه الحالة بضرر محسوس على صاحب الأرض الفضاء.

وظاهر مما تقدم أن منع صاحب الحائط من هدمه، إذا توافرت الشروط الثلاثة للسالفة الذكر، ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق إذ يكون صاحب الحائط قد رمى من هدمه الى تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الجار من ضرر بسببها^(١).

وقد قررت محكمة تمييز العراق بقرارها المرقم (٥٧-ح-١٩٥٥) تاريخ القرار - (١٨/٥/١٩٥٥) القضاء- العدد الثالث -١٩٥٥-ص٩١-٩٢. حيث قضت (إذا كان هناك جدار مشترك بين الأراضى المتجاورة فلاحد الشركاء في هذا الجدار الإدعاء بحق الرجحان في الأرض المفرغة التي يفصلها هذا الجدار)^(٢).

(١) محمد أحمد عيسى، المصدر السابق، ص: ١٠٠٥.

(٢) القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، المصدر السابق، ص: ٤٨.

الختامة

الخاتمة

يتضح من خلال بحثنا أن الحائط المشترك يعتبر شيوعاً إجبارياً، وأن الشخص من الشركاء لهذا الحائط ليس بإرادته وحده ولكلا الطرفين الحق في هذا الحائط في إستعماله، ولا يجوز لأي من الطرفين أو بالأحرى الطرف الآخر إستتر به بيته.

وإذا قام أحد الطرفين بعلو هذا فإنه يجب للطرف الذي قام بالعمل أن يتحمل نفقات علو الحائط وحده، وإذا اراد الطرف الآخر الإشتراك في الجزء المعلى فإنه يجب أن يدفع نصف ما أنفقه الطرف الآخر ومن أجل صيانة وتجديد الحائط فإن الطرفين يتحملان كذلك بالمناصفة.

كما ويتضح أيضاً أنه لكلا الطرفين أن يستعمله، فمثلاً إذا وضع أحد الطرفين أخشاباً على الحائط فإنه يجب أن يكون هذا الوضع قاصراً على ما يكون له في هذا الحائط، وأن المشرع العراقي في رأينا كان موفقاً في نص هذا الموضوع ووضعته بشكل جيد، ويستطيع أن نقول دون نقص.

وفي الخاتمة أحمد الله تعالى "عزوجل" الذي عونني ومكنني من إتمام كتابة بحثي، حيث لكل بداية نهاية وخير العمل ما حسن آخره وخير الكلام ما قل ودل وبعد هذا الجهد المتواضع الذي بذلته في كتابة البحث تحت عنوان (الحائط المشترك وإحكامه في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١)، أتمنى أن أكون موفقاً في سردي للمواضع سرداً لا ملل فيه ولا تقصير.

الباحث

الاستنتاجات

- ١- عدم الجواز التصرف في الحائط المشترك مستقلاً عن العقار أو بدونه.
- ٢- لا يجوز طلب القسمة في الحائط المشترك لأن ذلك يخل بالعرض الذي أعد له.
- ٣- جعل المشرع العراقي الحائط المشترك إحدى أنواع الملكية الشائعة.
- ٤ - لإثبات ملكية الحائط المشترك فقد خرج المشرع العراقي عن قاعدة (البينة على من إدعى) وبالعكس فقد وضع قرينة تيسر إثبات الإشتراك في الحائط المشترك مستنداً على مبدأ (قرينة قانونية لإثبات العكس).
- ٥- جعل المشرع العراقي الحائط المشترك من الشيوخ الإجباري.
- ٦- تم إعتبار الحائط المشترك كأحد أنواع القيود التي ترد على حق الملكية.
- ٧- تم تصنيف الحائط المشترك كأحد أنواع الحقوق العينية الأصلية التبعية.

التوصيات

- ١- كان على المشرع العراقي أن ينص صراحة عدم جواز طلب القسمة والتصرف في الحائط المشترك بإعتباره شيوعاً إجبارياً غير قابل للقسمة ويبقى الملك مشاعاً.
- ٢- كان على المشرع العراقي وقبل الخوض في إحكام الحائط المشترك أن يسنن مادة خاصة لتعريف الحائط المشترك أو أن يجعل المادة (١٠٩١) كتعريف أو كبدائية لأحكامه ثم يتواتر بعده المواد الأخرى.
- ٣- كان من الأحسن للمشرع العراقي أن يستعمل كلمة الحائط الفاصل الغير المشترك في المادة (١٠٩٢) من القانون المدني العراقي لمعرفة كونه متعلق بالحائط الفاصل أو الحائط الغير المشترك أو يسنن مواد خاصة ويحدد أحكامه وليس أن يكون متداخلاً مع أحكام الحائط المشترك.

الباحث

المصادر والمراجع

بعد القرآن الكريم

أولاً: قاموس اللغة العربية:

المنجد في اللغة والإعلام ، دار المشرق بيروت ، المكتبة الشرقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.

ثانياً: الكتب القانونية:

- ١- الدكتور أحمد فلاح عبد البخيت، الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٢.
- ٢- إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني، مكتبة بغداد القانونية، بغداد، ٢٠١٠.
- ٣- القاضي جاسم جزاء جافر هورامي الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود ، قسم القانون المدني ، الجزء الثاني/الطبعة الثانية ، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠١٨.
- ٤- حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مقارنة مع القانون المدني المصري والسوري، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، جامعة الدول العربية، مصدر الدراسات العربية، ١٩٦٣.
- ٥- المحامي سلمان بيّات، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠٢٠.
- ٦- عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح قانون المدني جديد (٨) حق الملكية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.
- ٧- عبدالمنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢.
- ٨- علي محمد علي دروبي ، شركة الملك، وفقاً للقانون الوضعي والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية والأدبية بيروت لبنان، ٢٠٠٦.

- ٩- الدكتور غني حسون، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي حق الملكية، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٧.
- ١٠- القاضي كيلاني سيد أحمد، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان، العراق للسنوات ١٩٩٣-٢٠١١، الجزء الأول مقررات الهيئات المدنية والموسعة والعامّة، قسم القانون المدني، الطبعة الأولى، مطبعة الحاج هاشم، أربيل، ٢٠١٢.
- ١١- القاضي كيلاني سيد أحمد، الكامل للمبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان العراق للسنوات ٢٠١٢ - ٢٠١٩ الطبعة الأولى، المكتبة الوطنية (٣٧) لسنة ٢٠٢٠، أربيل، ٢٠٢٠.
- ١٢- الدكتور نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها-مصادرها، معارف الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- ١٣- محمد أحمد عيسى، قسمة المال الشائع، دراسة مقارنة، المكتبة الوطنية، بغداد، ٢٠١٣.
- ١٤- الدكتور محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية حق الملكية في ذاته، أسباب كسب الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٦.
- ١٥- الدكتور محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ١٦- محمد طه البشير و غني حسون طه الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية والتبعية الحقوق العينية التبعية، الجزء الأول.
- ١٧- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢.
- ١٨- محمد كامل مرسي باشا، شرح قانون المدني الجديد الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الأموال-الحقوق-حق الملكية بوجه عام، المطبعة العالية، القاهرة ١٣٦٨هـ جري، ١٩٤٩ ميلادي.
- ١٩- القاضي محمد مصطفى محمود، المختار في قضاء محكمة أستاناف أربيل بصفاتها التمييزية القسم المدني، مكتبة هةولير القانونية للطبع والنشر، ٢٠١٧.

ثالثاً: المتون :-

- ١- الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.
- ٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- ٣- مشروع دستور إقليم كردستان العراق سنة ٢٠٠٩

المحتويات

الصفحة	الموضوع
i	آية قرآنية
ii	توصية المشرف
iii	خطة البحث.....
٢-١	المقدمة
٨-٣	المبحث الأول : ماهية الشيوع في الملكية.....
٣	المطلب الأول: ما هي الشيوع بشكل عام وعلاقته بالحائط المشترك.....
٧	المطلب الثاني: الشيوع العادي أو الإختياري والشيوع الإجباري.....
٩	المبحث الثاني: تعريف الحائط المشترك وأحكامه وحالاته.....
٩	المطلب الأول: الحائط المشترك وتعريفه.....
١٢	المطلب الثاني: أحكام الحائط المشترك.....
١٢	النظام القانوني للحائط المشترك.....
١٢	إستعمال الحائط المشترك حسب الغرض الذي أعد له.....
١٤	١- عدم جواز فتح مناور في الحائط المشترك.....
١٥	٢- نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد للحائط المشترك.....
٢٠	المطلب الثالث: حالات تعلية الحائط المشترك.....
٢٠	١- تعلية الحائط دون إعادة بنائه.....
	٢- تعلية الحائط المشترك عن الطريق اعادة بنائه وجواز الأشتراك في الجزء
٢١	المعلي.....
٢٦	المبحث الثالث.....
	٣- الشيوع في ملكية الحائط
	المشترك.....
٣٠	المطلب الأول: التزامات المالكين والتزامات الشريكين.....
٣٠	التزامات المالكين.....
٣٢	التزامات الشريكين:.....
٣٥	المطلب الثاني: تقسيم الحائط المشترك.....
٣٦	المبحث الرابع.....
٣٦	الحائط الفاصل الغير المشترك.....
٤٠	الخاتمة
٤١	الاستنتاجات
٤٢	التوصيات
٤٣	المصادر والمراجع
٤٦	المحتويات