الفصل السابع
التنازع في الحقوق المشتركة

ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: التنازع في فتح باب أو نافذة أو غرز خشبة في الحائط المشترك، ووسائل إنهائه.

المبحث الثاني: التنازع في وضع خشبة على الحائط المشترك أو حائط الجار ووسائل إنهائه.

المبحث الثالث: الانتفاع بالحائط المشترك بما سوى ذلك.

المبحث الرابع: التنازع في ملك الحائط المشترك.

obeikandl.com

obeikandl.com

الفصل السابع
التنازع في الحقوق المشتركة

تمهيد

العقار الذي يكون للإنسان إما أن يكون مملوكا له ملكا تاما ليس لأحد فيه حق وحينئذ يجوز له التصرف في ملكه بأي شكل يراه من هدم وإصلاح وفتح باب فيه أو نافذة أو غير ذلك من أوجه التصرف المشروع، حتى ولو كان ذلك يضرّ غيره إلا أن الامتناع عما يؤذي الجار واجب ديانة لقول النبي ﷺ «**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره**»[1].

وإما أن يكون مملوكا له ملكا ناقصا بمعنى أن يكون عقارا أو حائطا مشتركا بينه وبين جاره وهذا الذي يقع فيه التنازع والاختلاف.

---

(1) صحيح البخاري كتاب الأدب من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره (٥/٢٢٤٠) ط/ بيروت. وصحيح مسلم كتاب الإيمان باب الحث على إكرام الجار والضيف (١/٦٨) ط/ الحلبي.

obeikandl.com

المبحث الأول

التنازع في فتح باب أو نافذة في الحائط المشترك.

قد يتنازع الشريكان في الحائط الذي بينهما فيريد احدهما فتح باب في هذا الحائط المشترك بينهما أو غرز وتد فيه.

فإن كان حين قسمة تراضيا على عدم وجود مخرج لأحدهما فإن القسمة تكون باطلة ما لم يكن لصاحب الحصة التي لا مخرج لها مكان آخر يمكن أن يجعل فيه مخرجا.

وظاهر مذهب المالكية المنع مطلقا ولو تراضيا بعد القسمة على خروج من لم يحصل المخرج في نصيبه من المخرج الذي حصل للآخر لوقوع العقد فاسدًا والغالب عدم انقلابه صحيحًا[1].

فإن كان له مخرج وأراد فتح باب آخر أو نافذة في هذا الحائط المشترك.

فإن الفقهاء اتفقوا على أنه لا يجوز لأحدهما فتح باب أو نافذة في الحائط المشترك بينهما بدون رضى شريكه بذلك.

ويشترط في ذلك أيضا ألا يكون في هذا التصرف ضرر على شريكه بأن يكون فتح هذا الباب أو النافذة يضرّ بالحائط بأن يؤدي إلى تصدع جدرانه أو تعرضه للهدم أو غير ذلك.

أو يكون فتح هذه النافذة يكشف ستر جاره الشريك أو غير الشريك.

---

(1) حاشية الدسوقي (٥٠٩/٣).

وكذلك غرز الوتد في الحائط المشترك لا يجوز إلا بإذن الشريك[١].

قال في المغني:

ولا يجوز أن يفتح في الحائط طاقا ولا بابا إلا بإذن شريكه لأن ذلك انتفاع بملك غيره، وتصرف فيه بما يضر به، كما لا يجوز أن يغرز فيه وتدا[٢].

وإذا منع من فعل ذلك فيما له فيه حق فمنعه من فعله في حائط جاره أولى لأنه لا حق له فيه.

وسيلة إنهاء هذا النزاع.

وإذا وقع هذا النزاع والخلاف فيجوز لهما إنهائه بالصلح على فتح الباب أو النافذة في هذا الحائط المشترك ويدفع له عوضا عن هذا الحق.

وقال بعض الشافعية يجوز الصلح بينهما بشرط عدم دفع عوض فدفع العوض في فتح الكوة (النافذة) لا يجوز.

وإلا كان صلحا على الضوء والهواء المجرد ودفع العوض عن هذه الأشياء لا يجوز لأنها ملك للجميع.

---

(1) قال الشافعية: إن الخلاف كما يجري في وضع الخشبة على الحائط المشترك يجري أيضا في وضع الخشبة فيه ففي الجديد لا يجوز بغير إذن الشريك وفي القديم يجوز بغير إذن الشريك مغني المحتاج (١٨٧/٢).

(2) المغني (٥٥٤/٤-٥٥٥).

فإن تصالحا على فتح الباب أو النافذة فيجوز له فتحها حتى ولو كان ذلك يضرّ بشريكه لأن الشريك يكون هو الذي أوقع الضرر على نفسه، إلا إذا كان الشريك لا يعلم ضرر هذا الفتح على الحائط فإنه لا يجوز[1].

(1) يراجع في ذلك، بدائع الصنائع (٦/٢٦٤-٢٦٥)، حاشية رد المحتار (٤/٣٧٣)، الذخيرة للقرافي (٦/١٧٥)، مغني المحتاج (٢/١٨٩)، المجموع شرح المهذب (١٣/٤٠٢-٤٠٣)، روضة الطالبين (٤/٢١٣)، المغني (٤/٥٥٤-٥٥٥).

obeikandl.com

المبحث الثاني
التنازع في وضع خشبة على الحائط المشترك.

قد يتنازع الشريكان في الحائط المشترك فيريد أحدهما وضع خشبة عليه ويمتنع الآخر لخوفه من سقوط هذا الحائط فإن كان وضع الخشبة على الحائط يضرّ بالحائط لضعفه عن حمله لم يجز بلا خلاف بين الفقهاء لقول النبي ﷺ «**لا ضرر ولا ضرار**» سبق.

فإن كان وضع الخشبة على الجدار لا يضر به فلا يجوز ذلك إلا بإذن الشريك وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد وقال الشافعي في القديم[1] يجوز له ذلك بدون إذن منه وهو قول الحنابلة.

فإذا امتنع الشريك أجبر عليه إذا كان الجذع خفيفا ومحل ذلك ما لم يضرّ بالشريك وكانت هناك حاجة لذلك.

الأدلة.

واستدل أصحاب القول الأول الذي قال يشترط إذن الشريك بما يأتي.

(١) قول النبي ﷺ [لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب النفس][1]

---

(1) وليس التعبير بالقديم دليل على ضعفه عنده بل هو منصوص عليه في الجديد أيضا حكاه البويطي عن الشافعي وهو من رواة الجديد وظاهره أن القول القديم له شروط منها أن لا يحتاج المالك إلى وضع الخشبة على الحائط، وأن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدار وأن لا يضع عليه ما لا يحتمله الجدار ولا يضرّ به وأن لا يملك الجار شيئا من جدار البقعة التي يريد تسقيفها وأن لا يملك إلا جدارا واحدًا، مغني المحتاج (١٨٧/٢)، روضة الطالبين (٢١٢/٤).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ لم يحل أخذ المال إلا بالإذن فكذلك الانتفاع بملك الغير لا بد فيه من الإذن ولو كان له فيه حق.

(٢) قول النبي ﷺ «**لا ضرر ولا ضرار**».

وجه الدلالة من الحديث.

أن الانتفاع بملك الغير بدون إذنه ورضاه ضرر عليه إذ فيه الانتفاع بماله بدون رضاه حتى ولو كان هذا الانتفاع لا يضر بالحائط.

(٣) ولأنه انتفاع بملك غيره فلابد له من إذن مالكه كالحمل على بهيمته والبناء في أرضه.

واستدل أصحاب المذهب الثاني الذين قالوا يضع بدون إذن الشريك بما يأتي:

(١) ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ «**لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره**»[٢].

=

(1) السنن الكبرى للبيهقي كتاب الغصب باب لا يملك بالجناية شيئا بروايات مختلفة (٩٧/٦)، قال الزيلعي إسناده جيد وأخرج نحوه عن أنس بإسنادين في الأول مجاهيل وفي الثاني على بن زيد بن جدعان ذكره ابن الجوزي في الضعفاء نصب الراية (١٦٩/٤)، سنن الدارقطني (٢٥/٣).

(2) صحيح البخاري، في المظالم باب لا يمنع جارّ جاره أن يغرز خشبة في جداره (١٧٣/٣) ط الشعب، صحيح مسلم كتاب المساقاة باب غرز الخشبة في جداره (١٢٣٠/٣) رقم (١٦٠٩) ط الحلبي والروايات للحديث في وضع الخشبة في الجدار وليس عليه.

وجه الدلالة من الحديث.

أن النبي ﷺ نهى الجار أن يمنع جاره من وضع خشبة على جداره هو الذي يملكه، وهذا قول بعض العلماء في أن الضمير يعود على صاحب الجدار، وإذا كان لا يجوز منعه من وضع خشبة على الجدار الذي لا يملكه فالقول بوضع الخشبة على الجدار الذي هو في الشريك أولى.

خلافا لما قاله بعض العلماء من أنه لا يمنع جاره من وضع خشبة على جدار ذلك الجار حتى ولو كان يضر به من منع الهواء أو الضوء عنه.

(٢) ولأنه إذا وجب بذل فضل الماء لاستغنائه عنه وحاجة غيره إليه وجب بذل فضل الحائط لاستغنائه عنه وحاجة جاره إليه.

المناقشة والترجيح:

مناقشة أدلة أصحاب المذهب الثاني:

(١) أما حديث أبي هريرة فإنه يحمل على الاستحباب لا الوجوب وإن النهي فيه للتنزيه وحمله بعضهم على إذا ما تقدم الاستئذان.

(٢) وأما الماء فإنه غير مملوك والحائط مملوك ولأن الماء لا تنقطع مادته والحائط بخلافه[١].

فالراجح المذهب الأول وقد نص كثير من الفقهاء على تصحيحه[٢] وقطع به جماعة من الشافعية وغيرهم وعلى الرأي الراجح فلا بد من رضى الشريك المالك، فإن رضي بلا عوض فهو عارية إن كان الحائط خاصا به يرجع فيها قبل وضع الجذوع على الحائط والبناء عليها قطعا

---

(1) المجموع شرح المهذب (١٣٤/٦)، بدائع الصنائع (٢٦٤/٦)، الذخيرة (١٨٥/٦)، روضة الطالبين (٢١٣/٤-٢١٤) المغني (٥٥٥/٤).

(2) كصاحب المهذب والجرجاني والشاشي.

وبعد ذلك على الأصح وإذا رجع بعد البناء لا يتمكن من قلع هذه الجذوع مجانا وفيه وجهان للشافعية أصحهما أن يخيّر بين أن يبقي هذه الجذوع بأجرة وبين أن يقلع ويضمن أرش النقص كما لو أعار أرضا للبناء، والوجه الثاني ليس له إلا الأجرة ولا يملك القلع أصلا، لأن ضرر القلع يصل إلى ما هو ملك المستعير.

وإذا رفعها صاحبها لم يملك إعادتها بغير إذن جديد على الأصح، وكذلك إذا سقط الجدار فبناه مالكه لأن الإذن تناول مرة واحدة.

إنهاء هذا النزاع.

فإن صالحه على وضع الخشبة على الحائط فيجوز[1] ذلك الصلح وينتهي به النزاع على أن يدفع له عوضا مقابل الوضع إن قلنا بعدم إجباره على السماح له بوضع الخشب على الجدار.

والقولان يجريان في الشريك كما يجريان في الجار بل في الشريك أولى.

---

(1) ولا بد حينئذ عند إتمام الصلح أن تكون الأخشاب معلومة فيقول صالحني على أن أضع هذا الأخشاب بكذا فإن أطلقا ذلك ولم يقدراه بمدة معلومة كان ذلك تبعا لمغارز الجذوع، وإن قدراه بمدة كان إجارة تنقضي بانقضاء المدة هكذا ذكره الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق والقاضي أبو الطيب من الشافعية وقال ابن الصباغ لا يكون ذلك بيعا بحال لأن البيع يتناول الأعيان وهذا الصلح على وضع الخشب لا يملك به الواضع شيئا من الحائط الذي يضع عليه، ولأنه لو كان بيعا لملك جميع الحائط ولكان يملك أخذ الأنقاض إذا انهدم وهذا لا يقول به أحد. فإن أقر صاحب الحائط لصاحب الخشب أن له حق الوضع على جداره لزم ذلك في الحكم فإن تقدمه صلح لزم ظاهرا وباطنا وإن لم يتقدمه صلح لزم في الظاهر دون الباطن. المجموع (١٣/٤٠١-٤٠٢).

المبحث الثالث

الانتفاع بالحائط المشترك بما سوى ذلك.

وأما الانتفاع بالحائط المشترك بما لا يقع فيه ضرر على الشريك ولا يقع به ثقلا على الحائط فإنه يجزز استقلالا بدون إذن من الشريك وذلك كإسناد المتاع إلى الحائط أو الاستناد إليه ولا يمنعه شريكه ولا جاره لأنه عناد محض فإن امتنع عن نفع شريكه بما لا يضره يجبر على قسمته بينهما تحصيلا للانتفاع بالملك.

وقال أصبغ من المالكية: لا يقسم إلا عن تراض وبالقرعة لتوقع الضرر في قسمة الجدار، وكذلك الخلاف بين صاحب العلو والسفل وأما عمارة الجدار المنهدم فقيل يجبر على الإصلاح وقيل لا[1].

---

(1) بدائع الصنائع (٦/٢٦٤-٢٦٥) الذخيرة (٦/١٨٤-١٨٥) روضة الطالبين (٤/٢١٣-٢١٤)، المجموع (١٣/٤٠٧-٤٠٨)، مغني المحتاج (٢/١٨٩)، المغني (٤/٥٥٥)، القوانين الفقهية (ص٢٩١).

obeikandl.com

المبحث الرابع
التنازع في الملك الحائط المشترك.

فإن تنازعا في أصل الحائط فإن كان العقد لهما فإن الجدار بينهما لاستوائهما في السبب بعد أيمانهما.

فإن كان لأحدهما فيه كُوة (نافذة) مفتوحة وليس لأحدهما بينة فإن الجدار لمن فيه مرافقة فإن كانت الكوة لهما فهو بينهما، فإن كان لأحدهما فيه خشب ولا عقد لأحدهما لمن عليه حمله، وإن كان حملهما عليه فهو لهما، وخالف سحنون من المالكية في ذلك وسبب الخلاف هل الحمل دليل على الملك أم لا[1].

ولهما التصالح على قسمته بينهما إذا تراضيا على ذلك ولم يكن لأحدهما بينة تثبت ملكه حسما للتراع بينهما.

فإن كان فتح الباب والكوة على طريق المسلمين فإنه يجوز ذلك إذا لم يضرّ بالمارين في الطريق فإن أضر فلا يجوز والأمر يرجع في تقدير ذلك للحاكم أو ولي الأمر.[2]

والله أعلم

---

(1) الذخيرة (١٨١/٦).

(2) المراجع السابقة.