الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران – 01 – أحمد بن بلة
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية
قسم العلوم الإسلامية

أحكام البناء في الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري

دراسة مقارنة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية

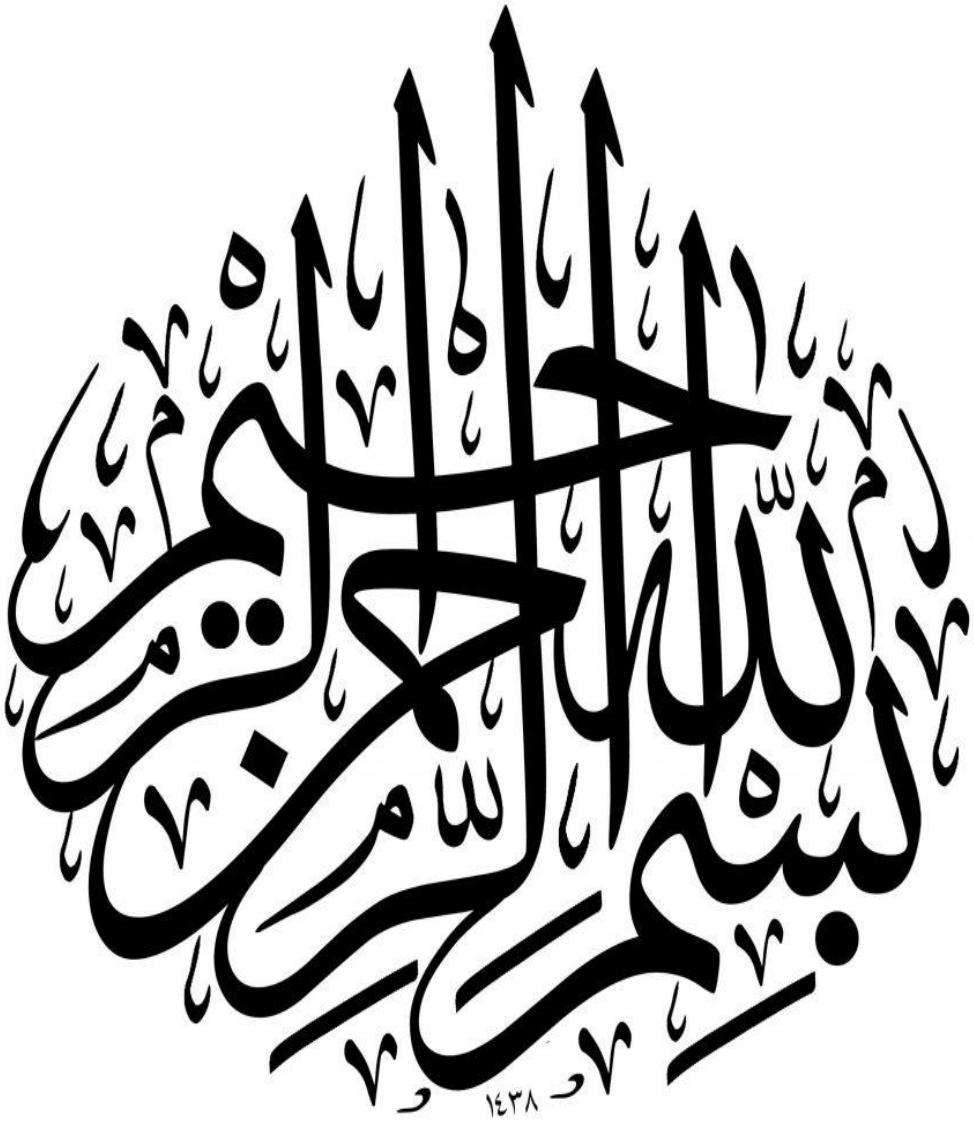
تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالب:
باقل علي

اشراف:
أ. د: أحسن زقور

أعضاء لجنة المناقشة			
الدكتور: الاخضر الاخضري	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران	رئيسا
الدكتور: أحسن زقور	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران	مقررا
الدكتور: طاهري بلخير	أستاذ محاضر (أ)	جامعة وهران	مناقشا
الدكتور: عليان بوزيان	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	مناقشا
الدكتور: لريد احمد محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	مناقشا
الدكتور: نعوم مراد	أستاذ محاضر (أ)	المركز الجامعي مغنية	مناقشا

السنة الجامعية 1441-1442 هـ/ 2020 – 2021م



﴿وَٱلسَّمَآءَ بَنَيۡنَٰهَا بِأَيۡيْدٖ وَإِنَّا لَمُوسِعُونَ ٤٧﴾

سورة الذاريات 47

إهداء

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

إلى إخوتي الكرام أدامهم الله.

إلى الذين عهدت فيهم إشراقة العلم من معلمي و أساتذتي عبر كل أطوار طلب التَّعلُم

﴿ من علمني حرفا صرت له عبداً ﴾

إليكم جميعا أهدي ثمرة جهدي المتواضع هذا

شكـــر

بسم الله الرحمان الرحيم

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

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

و أولى النّاس بالشكر أستاذي الفاضل الدكتور أحسن زقور الذي بذل معي وقتا وجهدا عظيمين، فلم تبخل عليَّ بما أوتي من علم وفضل وحسن توجيه وإرشاد فجزاه الله كل خير وأحسن إليه.

كما أتوجه بخالص شكري إلى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة وكل من تشرفت بالجلوس بين أيديهم متعلما.

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

مقدمـــة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين به نستعين، لمنه علينا بما تحيا به الضمائر وتستهدي به البصائر، وصلِّ اللّهم وسلم على النبي المصطفى الأمين حبيبنا ونبينا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام وعلى آله وصحابته الغر الميامين أمّا بعد:

بعدما استقرت التشريعات على إقرار حق الملكية والسلطات التي تمنح بموجبه، بما يوفر الخصوصية التي تطمئن إليها النفوس وتألفها الطبائع السليمة، والتي تزاحم كثيرا الطبع الاجتماعي الذي فُطر عليه الإنسان، لأن تعارض المصالح من أكثر مظاهر هذين المقومين اللذين يفرضهما المشترك الإنساني، والفصل في هذا التعارض بما يوازن بين المصالح ويمنع الضرر والإضرار، ويكفل الحياة الكريمة للنّاس هو أصل وجود الأنظمة القانونية والتشريعات الربانية بقواعد متباينة الإلزامية، ويتجلى ذلك في مسائل الأبنية التي عمل فقهاء الشريعة الإسلامية على إرساء قواعدها بآراء متباينة حتى في المذهب الواحد، وتبنى المشرع الجزائري بعض أصولها مكيفاً إياها حسب مقتضيات النمط العمراني الحديث والقواعد التنظيمية في مسائل العمران في مفهومه المادي وذلك بشغل الأرض بالبناء واستثمارها.

كما تعد الأبنية جزءا هاما من النظام العمراني وبه تقاس حضارة الدّول غالباً، كونه يمس بجميع جوانب الحياة الاجتماعية والاقتصادية وحتى الأبعاد الثقافية الإنسانية، إضافة أنّه المطلوب الأول في متاع الحياة الدنيا، ممّا يستدعي دراسة تفصيلية في جميع جزئياته ابتداءً من سبيل تحصيله والعقار الذي يقام عليه إلى متطلباته من حيث التخطيط الإنشاء فهندسته والضوابط التي يجب مراعاتها في ذلك، إلى الانتفاع به بما يخدم مصلحة المالك والمجتمع على حد السواء، وصولا إلى الضوابط والأحكام المتعلقة بهدمه متى دعت الضرورة أو المصلحة ذلك، و نشير أنّنا لم نتكلم في بحثنا عن المسائل المتعلقة بالتصرفات القانونية الواردة عليه من بيع وإجارة أو ما تعلق بأهميته من الناحية الاقتصادية، بحيث قصرنا الدّراسة على مجمل القواعد الناظمة له في كل من الفقه الإسلامي بآرائه المتباينة حتى داخل المذهب الفقهي الواحد وكيف وافقها المشرع الجزائري بما يناسب الاستراتيجية المنتهجة في مجال التهيئة والتعمير، خاصة أن مجالها في الغالب هو الملكية العقارية الخاصة سواء كان القائم به هو

المالك أو غير المالك، لكي يشيد البناء يجب أن يُختار له المكان المناسب كي لا يضر ولا يتضرر بالعقار الموجودة به، أو العقارات المجاورة له كتعارض طبيعة النشاط مثلا، ممّا يحيلنا إلى مدى صلاحية العقار لغرض البناء بما يوفر قلة تكاليف الاستفادة من الخدمات العامة، ويراعي الطابع الجمالي، وهذه الشروط سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الجزائري تعد بمثابة القيود العامة، وهناك أيضاً قيود خاصة لا تحيد عن مبدأ الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، مهما كانت طبيعة البناء، فيجب على مالك البناء أن لا يضر بجيرانه ضررا فاحشا بَيِّناً لا يمكن التغافل عنه، وهي المعبر عنها في كل من الفقه الإسلامي والقوانين بمضار الجوار المألوفة وغير المألوفة، وتنجم هذه المضار عن إقامة بناء جديد أو ترميمه أو تعديله، كما لا يشترط في اعتبار الضرر أن يلحق بالعقارات السكنية فقط، بل يتعداها إلى للعقارات المخصصة لمزاولة أنشطة انتفاعية كالإتجار والزراعة والصناعة ...، وكل هذه المسائل عالجها فقهاء الشريعة الإسلامية ففصلوا أحكامها بدقة مع تباين أصول هذه الأحكام ومآلاتها ودواعي ترجيح بعض الآراء عن بعض، ونفس الشيء بالنسبة للتشريع الجزائري الذي يسعي لتحقيق أكبر قدر من النّظام في المجتمع، بحيث يمكن اعتبار مستجدات العمران الحديث بمثابة النوازل التي تُحاكم استناداً إلى تلك الضوابط والأسس التي رسخها الفقهاء بآرائهم المتباينة وكرسها المشرع بما يوافق السياسة العمرانية الحديثة.

أسباب اختيار الموضوع:

استقر اختيارنا على عنونة موضوع البحث بـ: "**أحكام البناء في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ـ دراسة مقارنة ـ**" رغبة منا بتعميق البحث في مسائل العمران، التي تزايدت من خلال رسالة الماجيستر حول " أحكام الحائط المشترك في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري" التي لها صله وطيدة بموضوعنا الحالي كونها عبارة عن جزئية عميقة منه، ويضاف لهذا أسباب أخرى نذكر منها:

- الرغبة في الوقوف على درجة التوافق بين أحكام الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري بالنسبة للمعاملات المالية عموما ونظام علاقات الجوار خصوصا في مسائل البناء.

- اكتشاف مدى فاعلية أحكام الشريعة الإسلامية في إرساء القواعد الكلية لتنظيم أي نمط عمراني وحضاري، بالحفاظ على الحقوق في أبسط معانيها.
- بيان العموم والاستغراق لقواعد رفع الضرر قدر الإمكان، ومراعاته حتى في أبسط تصرفات الإنسان خاصة في تقييد سلطان الملكية.
- بيان أثر الفقه في محاكاته لواقع المتغيرات وتطلعه للمآلات، وفقه الموازنات في محاكمة نوازل البناء الحديث، ممّا يفتح الباب واسعا أمام الاجتهاد الفقهي.
- جمع المسائل والأحكام المتعلقة بالعمران والبناء في مؤلف واحد، خاصة وأنها متناثرة بأبواب متفرقة في مؤلفات الفقه، وقوانين ومراسيم شتى في التشريع الجزائري.

أهمية الموضوع:

- الطبيعة المعمارية الحديثة التي تستجد من الأحداث ما لم يكن معهوداً، إضافة إلى كثافة العلاقات بين الجيران وتباين سبب الخلفية التي تتكرس من خلالها منع المضارة واحترام حقوق الجوار بين المتطلب الديني الأخلاقي والقانوني، وبيان مدى كفاية الأحكام والقواعد التي أرساها فقهاؤنا لتنظيم مسائل العمران والبناء، أم أنه لابد لنا من استقراء الأسس الفقهية لهذه الأحكام ؟.

- معرفة طبيعة الأحكام التي تبناها المشرع الجزائري في هذه المسائل، ومرجعها الفقهي في المسائل الخلافية عند فقهاء الشريعة الاسلامية، ومدى فاعليتها على أرض الواقع وتماشيها مع أنماط البناء الحديث من خلال أحكام وقرارات القضاء.

- البحث في إمكانية إيجاد حلول جديدة بغية تنظيم هذه المسائل، دون التقيد بتطبيق ما هو موجود من الأحكام في كل من القانون والفقه الإسلامي باعتباره مصدر ثان للقاعدة القانونية.

- محاولة بيان واستخلاص منهج الفقهاء في محاكمة المنازعات المتعلقة بمضار البناء على العامة والجيران، وبيان تأصيلها للاستفادة منها في علاج مستجدات ونوازل أنماط البناء الحديث.

– محاولة تبيين الضوابط الأساسية للبناء التي يمكن اعتمادها في إنشاء المدن الجديدة التي تعكف الدّولة على إقامتها، و فتح المجال لتفعيلها بما يواكب تطلعات المدن الذكية مستقبلاً.

البحوث و الدراسات السابقة الموضوع:

من الدّراسات الفقهية السباقة التي عنيت بالأحكام الفقهية للبناء:

– تحقيق كتاب "الإعلان بأحكام البنيان لابن الرامي البناء" وهو عبارة عن دراسة فقهية متخصصة في نوازل الفقه المالكي المتعلقة بالبناء.

– تحقيق كتاب "الجدار لعيسى بن موسى التطيلي"، أو " القضاء بالمرفق ونفي الضرر" وهو أيضاً دراسة في هاته المسائل بالنسبة للفقه المالكي.

– تحقيق كتاب " الحيطان للمرجي الثقفي" يعالج مسائل الأبنية في الفقه الحنفي.

أما أبرز الدراسات الحديثة فكان أهمها:

– " مقاصد الشريعة وتفعيلها في فقه العمارة – نوازل ضرر البنيان في كتاب المعيار المعرب للإمام الونشريسي–" للدكتور حسني خيري طه، الذي كان عبارة عن دراسة مقاصدية جمعت التنظير المقاصدي لمسائل العمارة في كتاب المعيار، حيث غلب عليها استغراق عميق في الجزئيات.

– " أحكام العمران في الفقه الإسلامي" للدكتور أحمد سعيد السعدي، وهي رسالة عني فيها بأحكام اختيار الأرض ومواد البناء و تخطيط البيوت وأحكام الجوار، وتعد بمثابة الدّراسة التي تحاكي مستجدات العمران الحديث بأصوله الفقهية، من حيث متطلبات إقامة البناء و ترميمة، و مسائل الجوار و منع الضرر.

– " البناء وأحكامه في الفقه الإسلامي" أطروحة دكتوراه لـ إبراهيم بن حمد الفايز، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، والتي لم نتمكن من الحصول عليها إلاّ من خلال فهرس موضوعاتها المنشور على الموقع الالكتروني للجامعة.

وبالنسبة للدّراسات القانونية في مجال التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري

– "مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة"، أطروحة دكتورة للباحثة زرارة عواطف كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة، و التي اقتصرت على ما تضمنه القانون المدني الجزائري.

– "قرارات التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري"، مذكرة ماجيستر للباحث لعويجي عبد الله، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، و تناول فيها الباحث مسائل الضبط الإداري في مسائل التعمير.

– "أحكام المرافق المشتركة في المباني السكنية"، للباحثة منال محمد موسى مي، رسالة ماجيستر–كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة.

– "التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقوية"، للباحثة مسكر سهام، أطروحة دكتورة تخصص قانون عقاري وزراعي، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، بينت أهمية انتقال نظام إدارة الملكية المشتركة إلى جمعية الشركاء.

– " استراتيجية البناء على ضوء قانون التهيئة و التعمير الجزائري"، للباحث عربي باي يزيد، أطروحة دكتورة علوم– تخصص قانون عقاري– ، جامعة الحاج لخضر باتنة، حيث بينت السياسة المعتمدة من قبل المشرع في مجال العمران.

– "صفة الاستشارة الفنية في البناء دراسة مقارنة بين التشريع الفرنسي والجزائري"، للأستاذة أسيا أعمر الشريف، مداخلة بملتقى بجامعة المدية.

وبالنسبة لمنهج البحث فقد اقتضت طبيعة الدّراسة أن أمزج بين المنهج الاستقرائي الوصفي المقارن وذلك من خلال:

– عرض أقوال فقهاء الشريعة في المسألة واستقرائها بناءً على تصنيفها باعتبار المظان الكبرى التي أُستُند عليها في آرائهم بغض النّظر عن المذهب الذي ينتمون إليه، مبيِّناً ما اتفقوا فيه، وتفصيل ومناقشة مواضع الخلاف وذكر أدلة كل منهم والقواعد الفقهية المُحْتكم

إليها في الترجيح بين المصالح والمضار، ثم مقارنة تلك الآراء على ما أخذ به المشرع في القوانين والمراسيم المتعلقة بالتهيئة والتعمير، خاصة المرسوم التنفيذي 15-19 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، وأيضاً اعتمادا على التفسيرات التي أخذ بها القضاء إن وجدت، ثم إبراز الأصل المعتمد في ذلك الذي لم يكن ليخرج عن مبدأي قدسية الحق وحسن الجوار، مع ذكر نقاط الاختلاف إن وجدت، وعلى أساسها تتحدد نسبة التوافق بين هذه الأحكام ومناحي الاختلاف، وكان الأسلوب في ذلك هو :

- بيان المعاني اللغوية والاصطلاحية للألفاظ المهمة التي ينبني عليها البحث، وذكر التعاريف المهمة وبيان ما تستغرقه من دلالات، ومحاولة إيجاد حد جامع لها عند الاقتضاء، تسجيل أبرز النتائج المُتوَصل إليها.

- أمّا النّصوص الشرعية فإننا نعزو الآيات القرآنية برقمها إلى سورها، وبالنسبة لتخريج الحديث فنعزوه لمصادر الأكثر صحة فإن لم يوجد فالأقل صحة، دون الوقوف على درجة صحتها كون أغلبها مروي في الصحيحين أو الكتب الستة، وذلك بذكر الكتاب والباب ورقم الحديث.

أمّا أبرز الصعوبات التي واجهتني خلال أطوار البحث هو سوء تقديري لما ينطوي عليه الموضوع، سعة استغراقه للعديد من الجزئيات وتداخلها إضافة إلى دقة المصطلحات عند كل من الفقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، وأحيانا في حملها لأكثر من معنى.

- تشتت المادة العلمية وتفرقها في أبواب عديدة من مؤلفات الفقه الإسلامي.

- صعوبة استقراء المادة العلمية المتوفرة بكتب الفقه الإسلامي في صياغتها وقوة عباراتها ومقامها، وتنزيلها على الدِّراسات الحديثة.

- كثرة المراسيم والقوانين المتعلقة بالتهيئة والتعمير، ومرونتها من حيث التطبيق على أرض الواقع عن طريق جملة من الرّخص والشهادات الإدارية، إضافة إلى الغموض الذي تنطوي عليه صيغ منح المساعدات لتوفير السكن في التشريع الجزائري.

– عدم وضوح طلبات الخصوم وادعاءاتهم خاصة في الأحكام القضائية المتوفرة، وندرة قرارات المحكمة العليا بخصوص الموضوع، التي في الغالب لا تبلغ هذه الدرجة من التقاضي.

إشكالية الدراسة:

إذا كانت مسائل الأبنية تُعْنَى بالتنظيم في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري بأحكام متباينة ابتداءً من إنشائه واختيار العقار الذي يمكن التصرف فيه لهذا الغرض، والشروط التي يجب توافرها فيه بما يضمن عدم الإضرار بالعقارات المجاورة له بالنّظر إلى طبيعة الانتفاع بهذا البناء، أو مخالفة القواعد التنظيمية المكيفة فقها على أنها من المصالح المرسلة، وبيان المسؤولية المترتبة عمن له علاقة بتشييده، ففيما تتمثل هذه الأحكام وما الأسس التي بنيت عليها، وما مدى نجاعتها في تنظيم مسائل البنيان المستجدة، وما نطاق التوافق بينهما باعتبار التنظيم؛ مشتركٌ يفرضه المنطق الانساني؟.

ويتفرع عن هذا التساؤل مجموعة من **الإشكاليات الفرعية** مثل:

ما الضوابط الحاكمة للبناء قبل إقامته في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

ما الضوابط التي تحكم الانتفاع بالبناء على اختلاف هيئاتها والغرض الذي رصدت له؟

ما مدى تأثر المشرع في الأخذ بالآراء الفقهية في مسائل العمران؟

ما هي مشارب وأسس كل من الفقهين، و ما هي نسبة التوافق بينهما؟.

و قد تمت الإجابة عن هذه الإشكاليات وفق خطة تتضمن بابين عالجنا فيهما مايلي:

مقدمة:

الباب الأول: أحكام إنشاء البناء في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وتناولنا تفاصيله في فصلين:

الفصل الأول: البناء والأحكام المتعلقة بإنشائه.

المبحث الأول: ماهية البناء.

المبحث الثاني: ضوابط سابقة لعملية البناء في الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري.

الفصل الثاني: أحكام تشييد البناء.

المبحث الأول: ضوابط البناء خلال مرحلة التخطيط

المبحث الثاني: ضوابط البناء خلال مرحلة التنفيذ

الباب الثاني: أحكام البناء جاهزا بعد إنشائه وجلنا بالبحث في مضمونه في ثلاث فصول.

الفصل الأول: أحكام الأبنية الفردية.

المبحث الأول: الأحكام العامة التي يتقيد بها البناء الفردي.

المبحث الثاني: تأثير علاقة الجوار على الانتفاع بالبناء.

المبحث الثالث: أحكام الأبنية المتلاصقة.

الفصل الثاني: أحكام الأبنية الجماعية (الشيوع الجبري).

المبحث الأول: تأصيل الملكية المشتركة في العقارات المبنية.

المبحث الثاني: كيف تبنى المشرع الجزائري لفكرة المساطحة و الجوار الرأسي؟.

المبحث الثالث: إدارة الملكية المشتركة في العقارات المبنية.

الفصل الثالث: أحكام هدم الأبنية.

المبحث الأول: التأصيل لضوابط الهدم في الفقه الاسلامي

المبحث الثاني: إجراءات الهدم في التشريع الجزائري.

وفي الأخير خاتمة حوت مجموعة من التوصيات التي نأمل من المشرع الجزائري تداركها في التعديلات المقبلة احتياطا لفوضى العمران والتلوث البصري أو السمعي.

وننوه أن هذا الموضوع من المواضيع المسايرة للحياة والحضارات البشرية التي نأمل أن نفتتح بها الباب لغيرنا أن يستدرك أخطاءنا وهفواتنا ويعمق البحث في هذه المسائل.

وفي الأخير أضع هذا العمل بين أيادي أساتذتي الأفاضل راجيا منهم حسن التوجيه لتدارك هفواتنا وعدم تكرارها.

الباب الأول

أحكام انشاء البناء في الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري

الباب الأول:

أحكام إنشاء البناء في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يعتبر البناء حاجة إنسانية غير مقترنة بمجتمع أو زمان أو مكان محدد، فهو عبارة عن انعكاس لحضارة المجتمعات، وشاهد على مستوى الرّقي المتوصّل إليه في جميع الميادين، كما أنّه يَعكس التذوق الفني والأخلاقي والقيم الاجتماعية على مرِّ التاريخ، لذلك ظهرت أنماط عديدة للبناء تباينت بتباين الأمزجة وما تفرضه المعطيات الطبيعية، وهذا ما راعته الشريعة الغراء بأحكام عامة يقتضيها الطبع السليم في العلاقات، دون تحدد نموذج معين لنظام العمارة، تاركة ذلك لاجتهادات الفقهاء والقانونيين بما يواكب كل زمان ومكان، ويحفظ المقومات الأساسية لفقه العمارة بما يوازن بين احتياجات الأفراد واحتياجات المجتمع من جهة أخرى، وللوصول إلى منظومة متكاملة في مجال العمران يجب تكريس تلك الأحكام من أول الشروع فيه بما يراعي المبادئ الأساسية للعمران؛ المتمثلة إجمالاً في إقرار حق الملكية بجميع سلطاته، ومبدأ منع المضارة المنتهكة للخصوصية وصيانة الحرمات، سواء التزم بها الإنسان ديانة وخلقا أو تقررت بسلطان القانون المنظم لحياة الجماعة، لتساير هذه الضوابط عملية البناء إلى غاية الفراغ منها ويصبح المبنى قابلا للانتفاع به حسب الغرض المخصص له، وتبعاً لهذا سنناقش تفاصيل هذا الباب في فصلين:

الفصل الأول نخصه لماهية البناء وأنواعه وكيفية تملكه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وأيضا الضوابط التي تسبقه كمرحلة تأسيسية لما سيترتب عليها من أحكام.

الفصل الثاني نبيِّن الأحكام المتعلقة بتشييد البناء في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري بما يضمن متطلبات السكن الملائم وشروط السلامة والأمن للساكن و للغير.

الفصل الأول: البناء والأحكام المتعلقة بإنشائه

لا شك أن حياة البشر لا تستقر دون توفير حاجتها الأساسية مع مراعاة ترتيبها عند التوسع في الجزئيات، وهذا ما أقرته الشرائع على عمومها وبحثت النُّظم القانونية الحديثة في أساليب إشباعها على الوجه المتاح والنمط الأفضل، ومن بينها الحاجة إلى البناء في شقيه المادي والمعنوي الروحي، وهذا ما يفتح الباب واسعا أمام المعاني التي يستوعبها هذا الاصطلاح بحيث لا يمكن استغراقها جميعا في هذا البحث، مما يستدعي حصر المعاني المقصودة من ورائها إطلاق مصطلح البناء لدى أهل كل فن من الفنون في الاستعمال، وبيان المعنى المراد من سياق الكلام، ثم بيان الجانب الذي يعنينا في موضوع بحثنا و تحديد ماهيته، ثم نسوق الأحكام التي تعتريه قبل الشروع فيه كعملية معمارية.

المبحث الأول: ماهية البناء

كما أشرنا أن للبناء معان عديدة إلاّ أنها في مجموعها إمّا أن تكون ذات دلالة مادية أو ذات دلالة معنوية، و الدلالة المادية هي ما تعني بحثنا، لذا ولبيان ماهية البناء نرى بتحديد مفهومه عند الاستعمال واستخلاص المعنى المراد الذي ينصب عليه البحث في موضوعنا بالمطلب الأول، ثم الإطار العام له بالمطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم البناء

للوقوف على ماهية البناء فهذا يتطلب تعريفة أهل كل فن و هذا لاشتماله على عديد من المعاني لا يمكن تحديد المراد بها إلاّ من سياق الكلام، ثم نحاول الإحاطة بأنواعه في حدود المعنى المراد في بحثنا.

الفرع الأول: تعريف البناء

يرد لفظ البناء بمعان متعددة وكثيرة، حيث يدرك المقصود بها من سياق الكلام، وكذلك أهل الفن فيما تعارفوا عليه فيما يُرَاد بها.

فالبناء عند النحويين هو نقيض الإعراب منقول من هذا البناء المعروف للزومه وثبوته، فحده لزوم أواخر الكلم بحركة أو سكون[1]، وعند اللغويين فيطلق على الأصل المقيس به مثل الممطر وهو خيط البناء الذي يقيس به[2]، ويقال لأساس المعرفة البناء المعرفي، كما يقال للشك البناء على توهم،

---

[1] – عبد الرحمن بن أبي الوفاء محمد بن عبيد الله بن أبي سعيد، كتاب أسرار البلاغة، تحقيق : د فخر صالح قدارة، ط 01. 1995 م، ص 41.

[2] – محمد بن عبد الله بن عبد الله بن مالك الطائي الجياني، (598هـ / 672 هـ)، إكمال الأعلام بتثليث الكلام، تحقيق سعد بن حمدان الغامدي، سنة النشر 1404هـ 1984م، مكان النشر مكة المكرمة – المملكة السعودية، عدد الأجزاء 2، ج 2 باب ما أوله ميم من المثلث المختلف المعاني، ص 649.

وللإحصاء في المعدودات البناء العددي، و في البلاغة البناء الفكري واللغوي، و لعلَّ ما يجمع هذه المدلولات أن البناء اسم لما يُبنى، والجمع بُنْيان[1]، ومنه الأس كقولك : أسست البناء[2].والبُنْيانُ: الحائطُ. الجوهري: والبُنَى، بالضم مقصور، مثل البِنَى. يقال:بُنْيَةٌ وبُنًى وبِنْيَةٌ وبِنًى، بكسر الباء مقصور، مثل جِزْيةٍ وجِزًى، وفلان صحيح البِنْيةِ أَي الفِطْرة. وأَبنَيْتُ الرجلَ: أَعطيتُه بِناءً أو ما يَبْتَني به داره[3].

أمّا مدلول البناء في الاصطلاح فيتباين حسب الاستعمال، والذي يُدْرك مدلوله من خلال سياق الكلام، إلاّ أنّ جُموع المعاني التي يدل عليها تفيد الربط بين أجزاء متفرقة لتصبح واحداً، فيُطلق غالباً على عقد القران أو الزواج[4] وهذا لجمعه بين متفرقين برابط يبيحه الشرع و يُرغب فيه، أمّا في بحثنا هذا فسوف نخصصه لموضوع البناء العمراني رغم أنّ موضوع العمران أوسع من البناء لكونه يشمل كل أنماط البناء وكذلك الصناعة والتجارة والفلاحة[5] وكل ما له علاقة بالنماء، أمّا البناء فهو الذي يُعْقَدُ بالمعاقد أو الأجسام الصلبة ليدل على الرّبط و التركيب بينها للحصول على هيكل واحد مركب، ويتم بالمزج بين مواد معروفة وتختلف باختلاف البيئة والمكان، والنّمط المعيشي للإنسان باعتباره مستقرا في مكان واحد أو دائم الترحال، والذي يقام عقار مملوك ملكية خاصة أو عامة، وتختلف تسميته باختلاف الغرض منه في المنفعة بتخصيصه للسكنى أو لمزاولة نشاط استثماري ما.

ورغم أن غالبية فقهاء القانون يتناولون بالدّراسة مسؤولية مالك البناء، مباشرة ببيان أحكامها دون بيان ماهيته تأسياً بالمبدأ التشريعي الذي يهتم بالأحكام لا بالتعريفات، لكن ممن اجتهد في

---

[1] . محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: د: محمد رضوان الداية ، ط 1، 1410 هـ، دار الفكر المعاصر، بيروت، فصل النون ، ص 145.

[2] . إسماعيل بن حماد الجوهري (ت393هـ)، الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: محمد زكريا يوسف، عدد الأجزاء 6، ط 04، 1990 م، دار العلم للملايين، بيروت، ج 4، باب الصحاح 3، ص 41.

[3] – محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ط 3، دار صادر – بيروت، ، ج 14 ، "بنى"، ص 89.

[4] . محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف ، ج 1، ص 520.

[5] . ياسين الغادي، حكم الأبنية بين الشريعة والقانون، مقال منشور على موقع الدكتور سليم درنوني، نقل يوم 18/ 08/ 2016 م الساعة 01:00 .

إعطاء مفهوم للبناء، الدكتور جلال علي العدوي حيث قال: "كل ما يشيده الإنسان متصلا بالأرض اتصال قرار بحيث يعتبر عقارا بطبيعته، فلا أهمية لنوع المواد المستعملة في البناء ولا للغرض الذي شُيّد البناء من أجله، ولا لكون البناء قد شُيِّد فوق سطح الأرض أم في باطنها و ينطبق الحكم حتى لو كان البناء في طور التشييد[1]"، والملاحظ في هذا التعريف أنه وضع جملة من الضوابط هي:

– أن يكون البناء من صنع الإنسان، وبهذا فلا يُكيف من البناء الكهوف والمغارات التي قد يسكنها الإنسان، أو يشغلها لفترة ما.

– أن يكون متصلا بالأرض اتصال قرار، سواء بباطنها أو فوق سطحها.

– لا يؤخذ بعين الاعتبار المواد المستخدمة في البناء ولو كانت خياما، ولا الغاية التي شيد من أجلها البناء.

كما عرَّفه الباحث عربي باي يزيد بأنه:" أحد أوجه الملكية العقارية يقوم به المالك أو من له حق قانوني في ذلك بالقيام بعملية تشييد بناية أو مجموعة بنايات عن طريق استخدام مواد معينة سواء تم البناء على الأرض أو في باطنها"[2]، و يحسب لهذا التعريف أنه ربط البناء بحق الملكية العقارية على أنه أحد أوجهها، لكن البناء كعملية يعتبر وجهاً من أوجه السلطات التي يمنحها حق الملكية، على الرغم أنّه في باقي التعريف ركز على العملية البنائية، دون البناء في حد ذاته.

كما شذّ المشرع الجزائري في اختصاصه التشريعي، فقام بدورٍ منوط بالفقه في الأصل و عرّف البناء في المادة 2 من القانون 08-15 الذي يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها:" هو كل

[1] . جلال علي العدوي، مصادر الالتزام . دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، دون ط ، 1994 م، المكتبة القانونية الدار الجامعية، ص 374 .

[2] . عربي باي يزيد، استراتيجية البناء في ضوء قانون التهيئة والتعمير الجزائري (أطروحة دكتورة، تخصص قانون عقاري)، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015/2014 م، ص 24.

بناية أو منشأة يوجه استعماله للسكن أو التجهيز أو النشاط التجاري أو الإنتاج الصناعي والتقليدي أو الإنتاج الفلاحي والتقليدي أو الخدمات.

وتدخل البنايات والمنشآت والتجهيزات العمومية في إطار تعريف هذه المادة"[1]، والملاحظ على هذا النّص القانوني أن المشرع الجزائري لم يُعر أهمية لطبيعة البناء أو كيفية استعماله وأيضا عدم الاهتمام بكونه ملكية خاصة أو مرفق عام، إنّما ركزّ على كونه بناية أو منشأة، وهذا يعني أنه يقصد حصراً البناء في شكله النهائي والكامل، بحيث يستطرد بذلك البنايات في طور الانجاز أو عمليات البناء، ونظرا لقصور هذا التعريف عمد المشرع إلى استدراك النقص في المادة 03 من القانون رقم 11- 04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، بإدراج البناء بكونه العملية الرامية إلى تشييد البناية من باب الإضافة حيث نصت: "البناء هو كل عملية تشييد بناية و/ أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني "[2].

والبناء بكونه عملية يصدق على التشييد وأعمال الترميم والإصلاح والصيانة، التي أولاها المشرع الجزائري أهمية كبيرة، لأن موضوع البناء لم يعد عبارة عن احتياج تُفْتَحُ السُّبل على مصراعيها لتحقيقه، وإنما هو عبارة عن استراتيجية بعيدة المدى أملتها التغيرات الحديثة، بسن مجموعة من الإجراءات فيما يخص النّمط العمراني؛ بداية من مظهر البناء إلى المواد المستخدمة فيه.

الفرع الثاني: المصطلحات ذات الصلة أو المرتبطة به

كثيرا ما يرتبط مصطلح البناء بمصطلحات تقاربه في الدلالة إمّا لحملهما تقريبا نفس المعنى مع اعتبار التوسيع والتضيق من حيث الوضع، أو لحملها أحد أوجهه الروحية أو المعنوية، لكنها تفيد معناه الكامل.

[1] . الجريدة الرسمية، العدد 44 2008، المادة 2 القانون 08-15 مؤرخ في 20 جوان 2008 يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها.
[2] – القانون رقم: 11- 04 ، المؤرخ في 17/ 02/ 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

الفقرة الاولى :العمران

العُمْران في اللغة نقيض الخراب[1]، وعَمَرَ النّاس الأرض يَعْمُرُونَها عِمارةً، وهي عامرة معمورة ومنها العُمْران، واستعمر الله النّاسَ ليَعْمُروها، والله أعمر الدّنيا عمْراناً فجعلها تعمر ثمُ يُخَرِّبُها، والعِمارة: القبيلة العظيمة، ويقصد بها جمع البُنى إلى بعضها البعض[2].

أمّا العمران في الاصطلاح فيقصد الإقامة والزيادة، ويقال عَمَرَ الرّجل ماله وبيته، أي جعله آهلاً[3]، و المَعْمَر و هو المسكن الواسع الكبير، ومنه قوله تعالى:" إِنَّمَا يَعۡمُرُ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ مَنۡ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ وَأَقَامَ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَى ٱلزَّكَوٰةَ وَلَمۡ يَخۡشَ إِلَّا ٱللَّهَۖ " التوبة 18.

و قوله أيضا:" أَوَلَمۡ يَسِيرُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَيَنظُرُواْ كَيۡفَ كَانَ عَٰقِبَةُ ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِهِمۡۚ كَانُوٓاْ أَشَدَّ مِنۡهُمۡ قُوَّةٗ وَأَثَارُواْ ٱلۡأَرۡضَ وَعَمَرُوهَآ أَكۡثَرَ مِمَّا عَمَرُوهَا وَجَآءَتۡهُمۡ رُسُلُهُم بِٱلۡبَيِّنَٰتِۖ فَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيَظۡلِمَهُمۡ وَلَٰكِن كَانُوٓاْ أَنفُسَهُمۡ يَظۡلِمُونَ ٩ " الروم 9، فعمارة الأرض تكون بالبنيان وتحسن حاله و كثرة السكان، ونمو الصناعة والتجارة والفلاحة، ونجاح الأعمال والتَمدن[4]، كما يقال أيضاً عمَّر الرّجل إذا طال عُمره، وعمَّره الله بمعنى أبقاه[5]، مثل قوله تعالى:"وَمَا يُعَمَّرُ مِن مُّعَمَّرٖ وَلَا يُنقَصُ مِنۡ عُمُرِهِۦٓ إِلَّا فِي كِتَٰبٍۚ إِنَّ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرٞ ١١ " فاطر 11، و هذا يعني أن التعمير في الأرض يكون بالإقامة فيها بما يدل على ذلك من معالمها، وبهذا فمفهوم العمران أوسع من البناء، وأن العمارة غير محصورة أو متجسدة

---

[1] – مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة بأشراف محمد نعيم العرقسوسي، ط 2، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، 1436 هـ/ 2005م، ص 78.

[2] – أبي الفتح عثمان بن جني، الخصائص، تحقيق: محمد علي النجار، دون ط، د سنة ط، عالم الكتب، بيروت، عدد الاجزاء 3، ج 3، 299.

[3] – محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني أبو الفيض الملقّب بمرتضى الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دون تحقيق، د ط، د سنة ط، عدد الأجزاء / 40 ، ج 13، باب (ع م ر)، ص 129.

[4] – أحمد محمد سعيد السعدي، أحكام العمران في الفقه الاسلامي، ط1، 1431هـ/ 2010 م دار الرواد للنشر، دمشق سورية، ص 23.

[5] – محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني ،أبو الفيض، الملقّب بمرتضى الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 13، ص 128.

في البناء لأنها تتم بالإقامة و الملازمة، بمعنى أن تكون الأرض فيها مأهولة بالبناء الذي يعد دلالة على العمارة.

وتعتبر العمارة وليدة طبع اجتماعي جُبل عليه الإنسان، في عدم قدرته على العيش منفرداً بمعزل عن الجماعة، الذي يوجب عليه نوعا من النّظام و التناسق في العلاقات، و ذلك بالموازنة بين المصالح المتعارضة لتلبية الاحتياجات كحب الاستئثار بالخصوصية، أو مزاولة نشاط استثماري يعود بالنفع على الجماعة، التي قد لا تلبى إلاّ من خلال عملية البناء.

الفقرة الثانية: السكن

السكن من السُكون ويقصد به النزول والاستقرار، و يقال فلان سكن الموضع سكونا إذا نزل به وآنس إليه[1]، وسميت السكين كذلك لما تزيله من حركة المذبوح، والسكينة زوال الرعب و الوقار[2]، وسمي أهل الدار سَكْناً[3]، والمسكن الدار، والسكنى أن يسكن الرجل موضعا بلا كروة كالعمرى[4]، ويعني أيضا الاستيطان أو التوطن بالمكان، ومنه سميت الدّار سكنى أو سكنا، وهذا لما يجده القلب بها من الطمأنينة، وليس من يسكن الدّار بأجرة ساكناً، لافتقاره للاستقرار والهدوء بها، وكذا الوداعة والوقار[5]، إذن فالسكن ذو معنى روحي معنوي أكثر منه مادي، ولعل قرب المعنى بينه وبين البناء من باب أن هذا الأخير سبب لتحصيل السكينة والاستقرار.

---

[1] – أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد، الاشتقاق، ط 3، تحقيق : عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، مصر، ص 284.

[2] – محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ط1، تحقيق: د. محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، دار الفكر، بيروت ، دمشق، 1410هـ، ص 411.

[3] – إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية، ج 1، ص 323.

[4] – أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هنداوي، عدد الأجزاء 11، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م، ج 6، ص 719.

[5] – محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، فصل اللام، ص 411.

الفرع الثالث: أنواع البناء

كما تتعدد المعاني المقصودة من إطلاق البناء، تتعدد أنواعه بالنسبة لمدلوله في البناء المعماري، إذْ اشتملت التعريفات الفقهية والقانونية التي ذكرنها في مضمونها على تقسيم البناء باعتبارات عدة.

الفقرة الأولى: من حيث طبيعة الانتفاع (سكني و استثماري)

رغم أنّ البناء ينتفع به بأساليب عديدة لا حصر لها إلاّ أنّه يمكن تصنيفها على نمطين، وذلك بتخصيصه للسكن أو لمزاولة نشاط استثماري يعود بالربح المادي على صاحبه.

أولا– السكن: من المصدر سكَنَ وهو المأوى أو الفراغ الواقي الذي يقي الإنسان من العوامل الخارجية ويوفر له احتياجاته الضرورية[1]، وهذا النوع من البناء يجب أن يتوفر على نوع من الخصوصية التي تتلاءم وطبيعة الانتفاع، من استئثار بحرمة البيوت واستقرار أسري وتقدير خاص للأضرار المحدقة به، وترجيحا خاصاً عند تعارض المصالح والمفاسد، وفي سبيل تحقيق هذه الخصوصية فإنه إمّا أنّ يُهيأ منفرداً ، أو أن يتكون من مجموعة من الأبنية أعدت طبعا لذات الغرض ويسمى بالملكية المشتركة في العقارات المبنية، وهذا النوع غالبا ما تتكفل الدّولة بإنشائه ومنحه لمواطنيها بصيغ عقود متنوعة.

ثانيا– البناء الاستثماري: هو ذلك المخصص لمزاولة نشاط يعود بالنّفع على مالكه والمجتمع، في حدود المشروعية الفقهية والقانونية، فيُهيأ هذا المبنى بحسب الغرض الذي أعد لأجله، وفي عقارات تناسب طبيعة النشاط المراد مزاولته، غير أنّها لا تستأثر بنفس الخصوصية التي يتطلبها السكن، فحاجة الناس للمأوى ليست كحاجتهم للاتجار والحرف وغيرها، لذلك لا يُغَالى في تقدير الضرر هنا من تكشف أو إقلاق للراحة...، وهذا النّوع من الأبنية تُصنف على عدة أنماط متفاوتة من حيث الضرر الناجم عنها:

[1]. http://www.new7ob.com/vb/pro38217.htm ، يوم 2016/05/29م، الساعة 23:00.

1- الأبنية الصناعية: هي العقارات الصناعية الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية[1]، التي تعني بتحويل مواد أولية أو شبه مصنعة، وهو إمّا أن يكون مملوكاً للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين ويجعلونه على نمطين إما إنتاجي أو خدماتي، وضرر هذا النوع من البناء بالعقارات المجاورة أكبر لذلك يتم تقديره معايير مختلفة.

2- الأبنية التجارية: هو ذلك الوعاء العقاري المخصص لمزاولة نشاط تجاري، سواء تم تأهيله طبقا لسند الملكية أو بموجب عقد كالإيجار أو الامتياز أو مقرر تخصيص تسلمه هيئة عمومية[2].

3- الأبنية المهنية أو الحرفية: و هذا النوع من العقار لا يختلف عن العقار التجاري، ولا يرقى إلى درجة النشاط الصناعي وغالبا ما يقترن بالصناعة التقليدية التي يتقلص انتشارها بعامل الزمن واستغناء النّاس غالبا عما توفره، حيث تم تعريفها بـ :" الصناعة التقليدية والحرف هي كل نشاط إنتاج أو إبداع أو تحويل أو ترميم فني أو صيانة أو تصليح أو أداء خدمة يطغى عليها العمل اليدوي وتمارس بصفة رئيسية ودائمة، في شكل مستقر أو متنقل أو معرضي، وبكيفية فردية أو ضمن تعاونية للصناعة التقليدية والحرف أو مقاولة للصناعة التقليدية والحرف"[3].

4- الأبنية الفلاحية: هي العقارات التي يشيدها الإنسان بهدف ممارسة نشاط فلاحي حيواني مثل الحظائر المخصصة لتربية المواشي والدواجن، أو لتخزين وتحويل المنتجات النباتية مثل المطاحن وأوعية الحفظ والتبريد.

---

[1] . المادة 20 من القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري.

[2] - المادة 7 من المرسوم التنفيذي 15-111 المؤرخ في 03 ماي 2015 المحدد لكيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري.

[3] - اللأمر 01 . 96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، الجريدة الرسمية 03 . الجزائر، الصادرة في 01/14/ 1996.

الفقرة الثانية: من حيث خضوعه للأطر القانونية (منظم قانونا، و فوضوي)

نصنف الأبنية من حيث التزامها بالمعايير القانونية التي تضعها الجهات المختصة بما يناسب سياستها العمرانية إلى نظامية قانونية وفوضوية.

أولا– البناء المنظم أو القانوني: هو ذلك البناء الذي تُراعى فيه المعايير والشروط التي يحددها القانون سواء من حيث الإجراءات أو الموضوع والشكل، المتمثلة في قوانين التهيئة والتعمير التي تخضع لها جميع الأنشطة العمرانية، حتى تتمكن الإدارة من رقابة الحركة العمرانية ومتابعتها، وهو عبارة عن موازنة استحدثها المشرع حفاظا على النظام العام الاقتصادي والاجتماعي في جانبي الحماية والتوجيه، وذلك بعملية توفيقية بين الحق في النشاط العمراني وبين النظام العام العمراني[1]، ومن بينها رخصة البناء و شهادة المطابقة.

ثانيا– البناء غير القانوني: هو الذي لا يُراعى فيه الترخيص قانوني، بمعنى لا يستلهم شرعيته من القانون باستصدار التراخيص القانونية المسبقة لعملية البناء، من قبل السلطات المختصة حيث تنص المادة 41 مرسوم تنفيذي 15-19 مؤرخ في 4 ربيع الأول 1436هـ الموافق 25 يناير 2015م يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها: " يُشترط كل تشيد لبناية جديدة أو كل تحويل لبناية تتضمن أشغالها تغيير مشتملات الأرضية والمقاس والواجهة والاستعمال أو الوجهة والهيكل الحامل للبناية والشبكات المشتركة العابرة للملكية، حيازة رخصة البناء طبقاً لأحكام المواد 49و 52 و 55 من القانون رقم 90-29 المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990م والمذكور أعلاه، مع مراعاة المادة الأولى من هذا المرسوم"، كما يدخل ضمن هذا النوع الأبنية تلك التي يُحترم فيها القانون بشكل جزئي كاتخاذ الإجراءات القانونية باستصدار تراخيص البناء، دون

[1] – عليان بوزيان، النظام العام العمراني في ظل القانون المنظم للترقية العقارية 04/11 ، ملتقى عصرنة العقار، جامعة ورقلة، 2012، ص 12.

الامتثال للجانب التنظيمي أو التقني الذي تحدده قوانين التهيئة والتعمير، من حيث عدم الامتثال لمعايير السلامة والطابع الجمالي الذي يتطلبه النظام العمراني.

ويطلق عليها مختصي علم الاجتماع "الأبنية الفوضوية"، وتعتبر تسمية " فوضوي" حديثة بحداثة الظاهرة في حد ذاتها بالنّظر إلى الحيز العقاري الذي قامت عليه هذه الأبنية، وإمّا بالنظر إلى نوع المواد المستخدمة في عملية البناء كالبناء القصديري، أو مظهره كالأكواخ، أو إلى ما يتفشى في هذه المناطق من ظواهر اجتماعية، فتسمى بالمناطق الموبوءة ، أو الفقيرة ...[1].

الفقرة الثالثة: باعتبار صورته الموجود عليها

باعتبار موضوع البناء لا يخرج عن الإطار العام للملكية وحسب عدد المالكين له، فإنّه إمّا أن يوجد بشكل مفرز متميز، أو شائع بين عدد من المالكين.

أولاً– البناء الفردي المتميز: نقصد به أن يكون البناء مملوكا لمالك واحد، بحيث يملك قراره وعلوه وسُفْلُه دون أن يشاركه فيه غيره، وهذه هي الحالة العادية المفترضة للبناء ويعطي صاحبه سلطات مكتملة من حيث النطاق والخصائص.

ثانيا– البناء المملوك ملكية شائعة: يكون البناء مملوكا بين عدد من الملاك[2]، ممّا يفرض قيودا على السلطات الممنوحة لصاحبه بفعل الوضع القانوني والمادي، وأن التوسع في هذه السلطات قد يضر بمصلحة باقي الشركاء، خاصة إذا ما تعلق الأمر بسلطة التصرف.

[1] – مشنان فوزي، البناء الفوضوي ومشكلة التهيئة والتعمير، رسالة ماجيستر في علم الاجتماع الحضري، جامعة منتوري قسنطينة، 2009/2008، ص. ص 11. 17.

[2] – حسب ما جاء تعريفه في مقتضى المادة 713 القانون المدني: "إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم الدليل على خلاف ذلك".

ثالثا– البناء الشائع شيوعاً جبرياً: هذا النوع من البناء هو المنتشر في وقتنا الراهن وبكثرة، ويمليه واقع الحال بالنسبة للعمارات أو ملكية الطوابق والشقق، والمعبر عنها في الفقه الإسلامي بملكية العلو والسفل، بحيث تكون الحصص في البناء مفرزة ومقسمة، غير أن الوضع العام للبناء يفرض عليهم نوعا من الاشتراك في مرافق البناء، ممّا يحد من نطاق سلطات مالك البناء في هذه الحالة أيضاً، لكنها أخف محدودية من النوع الشائع، والتي نظم المشرع الجزائري أحكامها في القسم لخامس من الباب الأول، الكتاب الثالث من القانون المدني، إذْ عرّف هذا الوضع في المادة 743 منه " الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية، التي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص و نصيب في الأجزاء المشتركة".

الفقرة الرابعة: باعتبار البعد القَيْمي و الفكري

يقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

أولاً– البناء الأثري: الآثار هي العقارات والمنقولات، أو المعالم التي تنطوي على مصلحة وطنية من الناحية التاريخية والفنية وعلم الآثار[1]، والتي تعتبر من القيميات أو الأشياء القيمية في مفهوم القانون والتي لا تقوم مقام بعضها البعض في التعامل[2]، تخرج عن دائرة تملكها للأفراد الطبيعيين، حيث تكون ملكاً للدولة بمقتضى نص القانون ولانطوائها على مصلحة عامة[3]، وحاصل الجمع بين البناء والآثار يفرض إعطاء مفهوم للأبنية الأثرية التي تعكس موروثا ثقافيا متوارث من جيل لجيل، يمكن تعريفها "أنها تلك الأبنية المستقرة بحيز ثابت، ذات البعد الحضاري والتاريخي، وتكون عقارات أثرية بطبيعتها إذا كان اتصالها بالأرض اتصال قرار، أو عقارات أثرية بالتخصيص وهي المنقولات المرصودة لخدمة

[1] – المادة 1 الأمر 67-281 المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن والآثار التاريخية والطبيعية.

[2] – حسب مفهوم المخالفة لنص المادة 686 من القانون المدني.

[3] – المادة 688 القانون المدني.

العقار الأثري"، وهي المقصودة في الأمر 67-281 المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن والآثار التاريخية و الطبيعية في المادة 3/ 1 التي جعلت ملكيتها تابعة للدولة بعد التثبت من القيمة الأثرية لها[1].

ثانيا– البناء العادي: هي تلك الأبنية ذات الاستعمال السكني أو الاستثماري، دون أن يكون لها أي بُعْد أو إيحاء حضاري وثقافي، بحيث يمكن أن تكون مملوكة للأفراد، وهذا ما يعطيهم تلك المزايا التي يمنحها حق الملكية بصفة عامة من استعمال واستغلال وتصرف.

خلاصة و ضبط لإطار الموضوع:

بعد أن عرفنا البناء باعتبارين إمّا على أنه عبارة عن عملية تشييد وإنجاز لهياكل يصح الانتفاع بها، وهذا يستوجب أن تكون هذه العملية على وجه لا يتنافى ومقصود الشارع الحكيم طيلة هذه المرحلة، وطبقا للقواعد المقررة من قبل المشرع الجزائري، ابتداءً من اختيار موقعه إلى تخطيط البناء، والمواد المستخدمة فيه، وضوابط هذه العملية ووقتها، والإمكانيات المادية والبشرية المستخدمة، أو أنّه عبارة عن منشأة يصح انتفاع بها على الوجه المشروع دون إضرار بالغير من العامة أو الجيران الملاصقين وغير الملاصقين، الذين من شأنهم التأثُّر لحد ما بالسلطات المخولة للمالك، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة البناء ومكانه ونوع الغرض المخصص له في الفقه الإسلامي والتقنينات التي أوردها المشرع الجزائري، بحيث لا تخرج عن الإطار العام لها، وسنخص في دراستنا لموضوع البناء السكني والاستثماري الذي يكون مالكه شخصا طبيعياً وليس الشخص الاعتباري، لنستبعد بذلك الأبنية التي تعتبر من المرافق العامة.

---

[1] – تنص المادة 1/3 الأمر 67-281 المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن والآثار التاريخية و الطبيعية:" تمتلك الدولة جميع الأشياء المنقولة والعقارات بالتخصيص التي تنطوي على مصلحة وطنية أكيدة من الناحية التاريخية و الفنية والأثرية الموجودة في أو تحت الأرض العقارات التي يملكها أشخاص طبيعيون أو معنويون تابعون للقانون الخاص".

المطلب الثاني: حكمه وموضوعه العام

لما كان البناء شأنا من شؤون الدنيا واحتياجاتها، بما يراعي مقصد الشارع الحكيم في جلب المصالح بما يحفظ على النّاس كلياتهم، وبما ينسجم واستعمال الإنسان للوسائل المتاحة في تلبية احتياجاته ككل، مع العلم أن الأبنية يمكن أن تكون أوعية لأشياء وممارسات متباينة إمّا في إنشائها ابتداءً أو يتغير بحكم طارئٍ ما، وهذا ما يستدعي بيان حكمه من خلال النصوص الشرعية الواردة بشأنه، ثم نبين موضوعه العام

الفرع الأول: حكم البناء

تعددت النصوص الشرعية الواردة في حكم البناء إمّا بالنص عليه صراحة أو بما يكون من مقتضاه، إلاّ أنها تباينت في دلالتها حول حكم البناء، حيث لا يتبين الحكم الأصلي إلاّ باستقرائها، إذْ يرد الحكم تارة من باب الإباحة و الترغيب، و هو الشائع بكثرة في آيْ القرآن الكريم و بإعمال مقاصد الشريعة، و تارة يرد بألفاظ التنفير و الكراهية؛ و يغلب هذا في الأحاديث النبوية الشريفة، ومن هنا يتعين علينا مناقشة حكم البناء من خلال هذين المعيارين:

الفقرة الأولى– النصوص المرغبة في البناء: وردت عديد آي القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة ترغب بالبناء العمراني كمظهر من مظاهر الاستخلاف في الأرض.

أولا: من آي القرآن

إذا تفحصنا النّصوص القرآنية التي ورد فيها لفظ البناء أو لفظ البيوت، وجدناها مصحوبة بالتذكير أنّها من نعم الله الواجب شكرها، مثل قوله تعالى:" وَٱذۡكُرُوٓاْ إِذۡ جَعَلَكُمۡ خُلَفَآءَ مِنۢ بَعۡدِ عَادٖ وَبَوَّأَكُمۡ فِي ٱلۡأَرۡضِ تَتَّخِذُونَ مِن سُهُولِهَا قُصُورٗا وَتَنۡحِتُونَ ٱلۡجِبَالَ بُيُوتٗاۖ فَٱذۡكُرُوٓاْ ءَالَآءَ ٱللَّهِ وَلَا تَعۡثَوۡاْ فِي ٱلۡأَرۡضِ مُفۡسِدِينَ ٧٤ " سورة الأعراف 74، و قال القرطبي أنّه أُستدل من هذه الآية على جواز البناء الرفيع كالقصور ونحوها، وأنّها تخرج مخرج الطيبات من الرزق والزّينة التي أحَلَها الله

تعالى لعباده[1]، وبدورنا نعقب على هذا بإشكالية تغير حكم البناء بتغير درجته في الزّينة والبهاء والعظمة؟، ونرجح أن هذا القول نابع من إشكال حدود الترف في العيش، لكون المباني أحد مظاهره وليس كأصل لحكم البناء.

قوله تعالى أيضا:" وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنۢ بُيُوتِكُمۡ سَكَنٗا وَجَعَلَ لَكُم مِّن جُلُودِ ٱلۡأَنۡعَٰمِ بُيُوتٗا تَسۡتَخِفُّونَهَا يَوۡمَ ظَعۡنِكُمۡ وَيَوۡمَ إِقَامَتِكُمۡ ۙ وَمِنۡ أَصۡوَافِهَا وَأَوۡبَارِهَا وَأَشۡعَارِهَآ أَثَٰثٗا وَمَتَٰعًا إِلَىٰ حِينٖ ﴿٨٠﴾". سورة النحل 80، في الآية تعديد لنعم الله على عباده في البيوت لما فيها من السكينة والاستقرار، وراحة الجوارح[2]، و في ذلك دليل على عموم إباحة البناء دون التقيد بحد معين فيه أو أحد تفاصيله.

ثانيا– من الأحاديث النبوية الشريفة: كثيرا ما ترد أحاديث السنة النبوية المطهرة، تارة بالحث على العمارة وتارة أخرى بألفاظ التنفير والحث على عدم إنفاق المال في العمران والبناء رغم الخلاف في صحتها:

– عن عثمان بن عفان . رضي الله عنه .، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لَيْسَ لِابْنِ آدم حَقٌ فِي سِوَى هَذِهِ الخِصَال: بَيْتٌ يَسْكُنُه، وَ ثَوْبٌ يُوَارِي عَوْرَتَه، و جَلَفُ الخُبْزِ و الماء".[3]

– عن نافع بن عبد الحارث . رضي الله عنه . عن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:" أَرْبَعٌ مِنَ السَّعَادَة: المَرْأَةُ الصَّالِحَة، وَ المَسْكَنُ الوَاسِعْ، الجَارُ الصَالِحْ وَ المَرْكَبُ الهَنِيءْ، وَ أَرْبَعٌ مِنَ الشَقَاوَة: الجَارُ السُوءْ، و المْرْأَةُ السُوءْ، و المسْكَنُ الضَّيِّقْ، و المَرْكَبُ السُوءْ"[1].

---

[1] – أبو عبد الله محمد بن أحمد شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق هشام سمير البخاري، دون ط، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423 هـ-2003 م، ج 7، ص 239.

[2] – القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 10، ص 125.

[3] – محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، تحكيم و تعليق : محمد ناصر الدين الألباني، اعتناء: ابو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، ط 1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، كتاب الزهد، باب ما جاء في الزهادة في الدنيا، رقم الحديث 2341، ص 528.

– عن حبة و سواء ابني خالد أنّهما قالا:" أَتَيْنَا رَسُولَ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ و سَلَّمْ، وَهُوَ يَعْمَلُ عَمَلاً أَو يَبْنِي بِنَاءً فَأَعَنَّاهُ عَلَيْه، فَلَمَا فَرَغَ دَعَا لَنَا"[2].

الفقرة الثانية– النّصوص الشرعية المنفرة من البناء: كما سبق الإشارة أن نصوص القرآن الكريم لا تدل بصريح العبارة على التنفير من البناء، لكننا نلمس ذلك جلياً في كثير من الأحاديث النّبوية الشريفة المنفرة منه؛ وتُكَرِه إنفاق المال فيه، لما فيه من الاغترار بالدّنيا وطول الأمل بها، ومن هذه الأحاديث التي سأذكرها ركزت على الصحيح أو ما كان مشهورا منها:

– عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِذَا أَرَادَ اللهُ بِعَبْدٍ شَراً خَضّرَ لَهُ فِي اللَّبِنِ والطِينْ حَتَى يَبْنِي"[3]، اخضر له بمعنى بارك له، رواه الطبراني والحديث ضعيف، قال عنه الإمام الطبراني لم أجد من ضعفه[4].

– عن أنس ابن مالك قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "النَّفَقَةُ كُلُّهَا فِي سَبِيلِ الله إِلاَّ البِنَاء فَلَا خَيْرَ فِيهْ"[5].

---

[1] – الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، صحيح ابن حبان، ترتيب ابن بلبان، تحقيق وتخريج وتعليق: شعيب الأرنؤوط، ط2، مؤسسة الرسالة ، بيروت، 1414ه/1993م، عدد الأجزاء 9، ج9، كتاب النكاح، رقم الحديث 4032، ص 340.

[2] – أخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط – عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421 ه – 2001 م، ج25، ص 187.

– صحيح ابن حبان، كتاب الزكاة، باب ما جاء في الحرص و ما يتعلق به، حديث 3242.

[3] – الحافظ ابي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق وتخريج: حمدي عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ج2، ص 185.

– الإمام الحافظ شهاب الدين ابن حجر العسقلاني رحمه الله تعالى، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط 2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، عدد الأجزاء 11، ج 5، رقم الحديث: 1755، ص 153.

– الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة 807، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، طبعة دار الفكر، بيروت، طبعة 1412 هـ/ 1992م، مجلد 4، ص 82.

[4] – الطبراني، المعجم الكبير، ج 5، هامش الحديث 1755، ص 153.

[5] – سنن الترمذي، ج 4، رقم الحديث: 2472، ص 651.

– عن حارثة بن مضرب قال أتينا خبابا نعوده فقال لقد طال سقمي . ولولا أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (لاَ تَمَنَّوا المَوْت) لتمنيته. وقال : (إِنَّ العَبْدَ لَيُؤْجَرُ فِي نَفَقَتِه كُلِّهَا إِلاَّ فِي التُّرَابْ) أو قال (فِي البِنَاءْ)[1].

– عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: مرّ علينا رسول الله صلى الله عليه و سلم ونحن نعالج خُصّاً لنا، فقال:" ما هذا؟" ، فقلنا:" خص لنا وَهَى، نحن نصلحه، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم:" مَا الأَمْرُ إِلاَّ أَعْجَلُ مِنْ ذَلِكْ"[2] ، وفي سنن أبي داود ورد الحديث بلفظ: مرّ بي رسول الله صلى الله عليه و سلم وأنا أطَيِّن حائطا لي أنا وأمِّي فقال:" مَا ذَا يَا عَبْدَ الله؟ "، فقلت يا رسول الله شيء لي أصلحه، فقال:" الأَمْرُ أَسْرَعُ مِنْ ذَلِك"[3].

– عن أنس بن مالك، أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوما فرأى قبة مشرفة، فقال: "مَا هَذِهْ"، قال له أصحابه "هَذِهِ لِفُلَانْ" – رجل من الأنصار– قال: فسكت وحملها في نفسه، حتّى إذا جاء صاحبها يسلم عليه في النّاس أعرض عنه، صنع ذلك مراراً، حتّى عرف الرجل الغضب فيه والإعراض عنه، فشكا ذلك إلى أصحابه، فقال:" وَ الله إني لأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم"، قالوا:" خَرَجَ فَرَأَى قُبَّتَكْ"، فرجع الرّجل إلى قبّته فهدمها حتّى سواها بالأرض، فخرج رسول الله صلى

– الامام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (849 – 911 هـ)، الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، د ط، د سنة ط، دار الفكر للطباعة و النشر، بيروت، ج 4، رقم الحديث: 9322 ص 180.

[1] – محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني المشهور بابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحكيم وتعليق: العلامة المحدث ناصر الدين الألباني، اعتناء أبو عبيدة مشهور حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط 1، دون سنة ط، باب البناء والخراب، رقم الحديث: 4163، ص 692.

[2] – سنن ابن ماجة، المرجع السابق، باب البناء و الخراب، رقم الحديث: 4160، ص 692.

– أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق عبد العزيز الخالدي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، عدد الأجزاء 3، ج 03، كتاب الأدب، باب ما جاب في البناء، رقم الحديث: 5236، ص 363. و صحيح عند الألباني في طبعة أخرى.

[3] – سنن أبي داود، ج 03، كتاب الأدب، رقم الحديث: 5235، ص 263.

الله عليه و سلم ذات يوم فلم يرها فقال: "مَا فَعَلَتِ القُبَّة"، قالوا شكا إلينا صاحبك إعراضك عنه، فأخبرناه فهدمها، فقال:" أَمَا إِنَّ كُلَّ بِنَاءٍ وَبَالٌ عَلَى صَاحِبِه إِلاَّ مَالاَ، مَالَا، يَعْنِي مَا لَا بُدَّ مِنْهُ".[1]

الفقرة الثالثة: استقراء و ترجيح

يقتضي الخروج بحكم للبناء محاكمة النّصوص السابقة بمقتضى دلالة النّص، قبل غيرها من طرق الاستدلال، فالآيات القرآنية لا تدل صراحة على وجوب اتخاذ البيوت والمساكن والمباني، وكذلك هي الأحاديث السابقة الحاثة على البناء التي لا تدل بصريح العبارة في قوة دلالة ألفاظها على الإلزام بالبناء وضرورته، وأنّ الترغيب الوارد بها من قبيل إظهار نعمة الله الواجب شكرها، نظرا لما يوفره من الاحتماء بها من المؤثرات الطبيعية كالبرد والحر وستر العورات، الاستقرار الذي يُسْتعان به على طاعة الله والتقرب إليه، بل وجعله ممّا يجب توفيره للمطلقة على حسب المستطاع، وأيضاً ممن تجب النّفقة عليهم في قوله تعالى:"أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ ... ﴿٦﴾ الآية 6 سورة الطلاق، خير استدلال يتضمنه التساؤل:" أين كان يسكن النبي صلى الله عليه وسلم، وأين سكن صحابته الكرام رضي الله عنهم ؟."، ولعل الجواب عن هذا السؤال كفيل ببيان حكم البناء في شرعنا الحنيف.

كما أنّ الأحاديث المنّفرة منه لا نجدها في صريح النهي، الذي يدل على عدم جواز المنهي عنه، المنافي ومقصود الشارع الحكيم بعدم إباحة منتفع به وضروري لحياة الإنسان وتيسيرها، وإنّما انصب النَّهي عن البناء الزائد عن الحاجة والغلو فيه، بما يكون مدعاة للتفاخر والتباهي والترف، ممّا يُعِين على الاغترار بالدّنيا وطول الأمل والتعلق بها، بمعنى أنّه يجب التوسط فيما لا بدّ منه للأهل والضيافة وهو مقصد مطلوب في الأمور كلها في شريعتنا السمحاء.

[1] – سنن أبي داود، المرجع السابق، رقم الحديث: 5237، ص 363.

وبعد مناقشتنا للنّصوص المذكورة سلفاً نأتي لمحاولة استخلاص الحكم الأصلي للبناء، فاستصحاباً لقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد نص أو عارض يقضي بغير ذلك، إلاّ أنّ إباحة البناء لا يعني ثبوته في جميع الأبنية، فقد يتغير بتغير المقصد منه أو بالنّظر إلى مآله، بحيث يمكن أن يكون بمنزلة الواجب إذا ما تعلق بالأمر بخدمة مقاصد الشريعة السمحاء مثل بناء المساجد لأداء العبادات وبناء الحصون والأربطة للدفاع[1]، لأنها تحفظ مقاصد الشريعة الضرورية من الدين والنفس، ويؤيد هذا فعله عليه أفضل الصلاة والسلام بعدما هاجر إلى المدينة، حيث قام ببناء المسجد النبوي الشريف، الذي منه يتم تسيير أمور دولة الإسلام، كما يكون البناء أيضا مندوباً، إذا كان فيما ييسر على المسلمين قضاء حوائجهم كالأسواق التي يُسْتقر بها للاتجار والتكسب ومزاولة الحرف مثلا، وكذا المرافق العامة التي ينتفع بها عامة المسلمين، و يمكن أن يكون محظوراً، مع تمييز نوعين من الحظر، فقد يكون منهياً عنه لذاته أو بالنّظر لاستعماله، فأمّا الأول مثل حظر البناء على المقابر عموما[2]، لعدم جواز الانتفاع بها في جميع الأوجه عدا الاحتشاش[3] ، وبناء القبور كونها ليست مواضع مباهاة أو زينة[4]، حتى و إن احتج بعضهم بذريعة تمييز القبر عن باقي القبور، وأيضا البناء على أرض الغير الذي يأخذ أحكاما سنفصلها فيما هو آت، أما النوع الثاني من الحظر فيتعلق باستعمال البناء لمْنهِيٍ عنه شرعاً، كدور السُكْرٍ أو غيرها من الأفعال المنهي عنها، بمعنى أنّ تخصِيص البناء لهاته الممارسات فحكمها الشرعي لا ينصرف للبناء في حد ذاته.

---

[1] – عمر سليم، على حاشية فقه العمران(نسخة منشورة على موقع http://draftsman.wordpress.com/2014/05/2 /، دون ط، دون دار ط، ص 07 .

[2] – محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المقنع، ط 1، دار ابن الجوزي، 1428 هـ، ج 2، ص 249.

[3] – على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني د ط، دار الكتب العلمية، لبنان، ج 2، ص 295.

[4] – أبو الطاهر ابراهيم بن عبد الصمد التنوخي المهداوي، التنبيه على مبادئ التوجيه، تحقيق: د- محمد بلحسان، ط 1، دار بن حزم، لبنان، 1428هـ – 2008م، ج 2 ، ص 693.

الفرع الثاني: الإطار العام لموضوع البناء

يتحدد الإطار العام للبناء ببيان موضوعه أو الوعاء الذي تنصب وتشيد عليه المباني، ثم بيان كيفية تحصيله في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، خاصة في ظل ما أملته المستجدات الحديثة لتطور مفهوم الدّولة وتوسع نطاق تدخلها لتوفير حاجيات الأفراد، بحيث غالبا ما تباشر بنفسها عملية البناء بعقود مقاولاتية وتوزعها على مواطنيها بصيغ مختلفة حسب البرامج المنتجة في سياستها.

الفقرة الأولى: موضوعه

يتطلب بحث موضوع البناء بغض النّظر عن طبيعة الدّراسة الإحاطة بأطره العامة من حيث تصنيفه ضمن الأشياء ومدى قابليتها للنقل من مكان لآخر دون تلف (العقار، والمنقول)، والمعيار الثاني المتمثل في كونه واحداً من أوجه التصرف الواردة على حق الملكية الخاصة.

أولا: العقار

يقصد بالعقار لغةً كل ما له أصل وقرار مثل الأرض والدّار[1]، كما يطلق أيضا على متاع البيت فيقال: بيت كثير العقار أي المتاع[2].

أما اصطلاحاً فالعقار عكس المنقول، وهو محل خلاف فقهاء الشريعة في مدلوله بين موسع ومضيق، فبعد اتفاقهم بأن الأراضي من العقارات اختلفوا فيما عداها من البناء والأغراس، وتبعا لذلك جاءت تعريفاتهم كالآتي:

---

[1] – علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1405 هـ، ص 196.

– السيد بن علي بن المطرز المغرب في ترتيب المعرب، ناصر بن عبد ، تحقيق: محمود فاخوري و عبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، ط 1، 1979 م، ج 2، ص 74.

[2] – ابن سيده، المخصص، تحقيق خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1 ، 1996 م، عدد الأجزاء: 05، ج 2 ، ص 10.

أ: العقار عند المالكية هو كل ما لا يمكن نقله وتحويله أصلا، أو أمكن نقله وتحويله مع تغير هيئته وصورته عند النقل[1]، ليشمل الأبنية وكل ثابت من مرافقه من أبواب وسلالم ورفوف[2] والشجر وذهب الحنابلة أيضا إلى ذات الرّأي تقريبا بجعل العقار يشمل كلا من الأرض والدّور (المباني)، دون ذكر للغراس[3]، حيث ورد لابن قدامة المقدسي في المغني :" ... أنّه يُتصور غصب العقار من الأراضي والدّور، ويجب ضمانها على غاصبها ..."، بينما نجد في كشاف القناع أنّه يقصد بالعقار الأرض فقط :" ويشترط أن يكون المبيع وما بمعناه شقصاً مشاعاً مع شريك ولو مكاتباً من عقار ويعني الأرض، قسمة إجبار..."[4].

ب: أمّا العقار عند الأحناف فينحصر في الأرض، لتعذر تحويلها أو نقلها من مكان لآخر[5]، أما البناء و الأغراس فلا تندرج ضمنه حيث ورد في المادة 2 من مرشد الحيران: "كل ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله "[6].

ونخلص بأن الأبنية تعتبر عقاراً عند فقهاء المالكية، دون الحنفية الذين يحصرون العقار في الأرض التي يقام عليها البناء، أمّا المشرع الجزائري فقد أخذ موقفا وسطا بين الرأيين الفقهيين من جهة، وأكثر تأييدا لرأي فقهاء المالكية، من خلال المادة 683 قانون مدني التي تنص:" كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول.

---

[1] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1985 م، ج 4، ص 47.

[2] – شهاب الدين عبد الرحمان بن عسكر لبغدادي المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، كتبه: أحمد مصطفى قاسم الطنطاوي، دار الفضالة القاهرة، دون ط، ص 144.

[3] – موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي و الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط 3، 1417هـ – 1997م، عدد المجلدات 15، ج 7، كتاب العصب، ص 364.

[4] – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، تحقيق :محمد أمين الضناوي، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط 1، 1418هـ/ 1997 م، عدد الأجزاء 5، ج 3، كتاب الشفعة، ص 359.

[5] – ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق وتعليق: الشيخ أحمد عادل عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، 2002 م، عدد الأجزاء 13، ج 6، ص 552.

[6] – محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية ، ط 2 ، 1308 هـ، ص 4.

غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص"، ويستفاد من النّص أنّ معيار التفرقة بين العقار والمنقول هو القابلية للنقل دون تلف، أي دون قلع وهدم وتفتيت، ليندرج ضمنها الأرض والمباني وكذا الأشجار، وإلى هنا تقريبا هو نفس رأي فقهاء المالكية، غير أن للمشرع الجزائري تكييفا آخر أورده في الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر، التي تحتم علينا تصنيف العقار إلى نوعين:

عقارات بطبيعتها: هي الأشياء المادية التي تكون لها بالنّظر إلى جوهرها موقع ثابت غير متنقل، كالأراضي والمناجم والنباتات المتأصلة في الأرض والأبنية على اختلافها من بيوت ومنشآت فنية كالجسور والأفران وغيرها[1]، ويعتبر عقاراً تلك الأبنية المتصلة بالأرض اتصال قرار، سواء أنشأت في باطن الأرض أو فوق سطحها، ولا يمكن نقلها دون تلف ولو أعدت لمدة قصيرة كالمعارض مثلاً[2]، وتعتبر جميع أجزائه عقارات رغم قابليتها للفصل.

عقارات بالتخصيص: الأصل فيها أنها ليست بعقارات بل منقولات، لكنها أخذت صفة العقار، بحكم رصدها لخدمته، وضامنة لاستمرارية استغلال العقار بطبيعته، إذْ تُعد استثناء من أصل العقارات بطبيعتها وهذا ما أشار إليه المشرع في المادة 2/683 قانون مدني جزائري، بحيث يشترط لكي تأخذ المنقولات هذا الوصف شرطان هما:[3]

– أن تكون والعقار بطبيعته لمالك واحد، أو ما يسمى بوحدة الملك وبهذا يُستبعد المستأجر والمنتفع وغيرهما.

[1] – د: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان، عدد الأجزاء 12،ج 8، ص 13.

[2] – أحمد محمد الرفاعي، المدخل إلى العلوم القانونية، جامعة بنها، كلية الحقوق، 2007/ 2008، ص 116 .

[3] – السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج 8 ، ص 14.

– أن تكون مخصصة لاستثمار العقار ولخدمته، بحيث تأخذ حكم متمماته، وتستبعد بذلك المنقولات المخصصة لخدمة مالك العقار[1].

وأيَّد هذه المسألة فقهاء الأحناف معلِّلين وصف البناء والأغراس بكونها تأخذ حكم العقار بالتبع في بعض العقود والتصرفات الشرعية، لكونها متصلة به اتصال قرار وثبات[2].

ثانيا: الملكية.

لا ينفك موضوع البناء عن الحقوق العينية الأصلية، إذ تعد أهم الحقوق بما يمنحه لصاحبه من سلطات واسعة ومجتمعة، يجليها حق الملكية الذي ينصب على عقار بطبيعته أو عقار بالتخصيص، ويتميز عن غيره من الحقوق بكونه حقا دائماً جامعاً ومانعاً[3]، إذْ يختص صاحبها بكل من سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولا يتقيد إلاّ إذا تعلقت به حقوق للغير من مجموع عامة النّاس، أو أشخاص على وجه التحديد كحق الارتفاق، وتميَّزت تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية للملكية أو الملك في تركزها على أقوى سلطة يمنحها الحق العيني (حق الملكية)، المتمثلة في التصرف لأنه تمامها وكمالها ومن بين هذه التعريفات:

– " هو تمكين الإنسان شرعا بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة، ومن أخذ العوض أو تمكنه من الانتفاع خاصة"[4].

---

[1] – محمد طه بشير و غني سحنون طه، الحقوق العينية، الجمهورية العراقية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بدون ط، بدون سنة ط، عدد الأجزاء 2، ج1. ص 16.

[2] – محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، لبنان، 1988 م، ص 65.

[3] – محمد طه بشير و غني سحنون طه، الحقوق العينية، ج 2، ص 43 – 44.

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

- " القدرة الشرعية على التصرف"[1].
- " الملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف إلاّ لمانع"[2].

وأصل ما حَدَّه الفقهاء في هذا الشأن أنهم لا يرون بالفرق بين الملك والملكية، من منطلق علاقة الإنسان بالمال في الشريعة الغراء، إذ أن كلاهما يؤديان نفس المدلول، وشرطهم في ممارسة هذه السلطات هو المسوغ الشرعي، وإلى هذا ذهب الدكتور مصطفى الزرقا في تعريفها بأنها:" استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلا أو حكما"[3].

و يعرفه أيضا بأنه: "اختصاص جائز شرعا يسوِّغ صاحبه التصرف إلاّ لمانع"[4]، لكنهم يفرقون بين الملك التام والملك الناقص.

الملك التام: يقع على ذات العين ومنافعها[5]، بمعنى أن صاحبه يملك الرقبة والمنفعة مجتمعين، وهذا يخوله سلطات موسعة بالنسبة لها إلاّ ما يتنافى منها مع المسوغ الشرعي.

الملك الناقص: هو ملك أحد الأمرين دون الآخر، إمّا بملك الرقبة أو المنفعة[6]، والذي يسميه الإمام الزركشي بالملك الضعيف[7]، وهذا لضعف قبض المالك فيه، إذْ له إمّا المنفعة أو العين.

وحتى المشرع الجزائري في القانون المدني ركز في تعريفة لحق الملكية على أوسع السلطات التي يمنحها هذا الحق لصاحبه بما لا يتعارض مع ما تقضي به القوانين والأنظمة، في المادة 674 :

---

[1]- ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار المعرفة، لبنان، د ط، 1399 هـ، ج 1، ص 218.

[2]- زين العابدين ابن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، د ط، 1980م، ج 1، ص 346.

[3]- مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ط 6، 1965 م، ج 3، ص 101.

[4]- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط 2 ، بيروت، دار القلم، 1425هـ/ 2004 م، ج 1، ص 333.

[5]- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 64.

[6]- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 75.

[7]- الإمام الزركشي، المنثور في القواعد(فقه شافعي)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ط1، 1421هـ/ 2000م، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 2، ص 319.

"الملكية هي حق المتمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة"، ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعطي أهمية لتقسيمات الملكية، من حيث كمال التصرف، الذي اعتبر أصلاً مطلقاً بالنسبة للمالك ويتقيد استثناءً في حال تعارضه مع المصلحة العامة التي تقررها المصالح المعنية، أو المصلحة الخاصة للأفراد الطبيعيين[1]، مثل حالة انحصار العقار التي تقتضي تقرر حقوق الارتفاق وحالة الملكية الشائعة، وباعتبار أن البناء لا ينفك عن موضوع الحقوق العينية الأصلية ذات النطاق الأوسع فيما تمنحه من سلطات لصاحبها متمثلة في:

1- الاستعمال: لم يرد لفقهاء الشريعة تعريف خاص لماهية الاستعمال كسلطة يقتضيها حق الملكية، أمّا فقهاء القانون فقد تباينت آراؤهم بين مركز على شخص المالك ومركز على كيفية الاستعمال، فيعرفه الدكتور السنهوري: "إذا استعمل المالك الشيء بشخصه سمي هذا استعمالا"، ويقول أيضا في نفس السياق: "الاستعمال: يخول حق الملكية صاحبه أن يستعمل الشيء في كل ما أعد له هذا الشيء، في كل ما يمكن أن يستعمله"[2].

ويعرفه الدكتور محمد حسين قاسم بأنه: "استخدام الشيء فيما أعد له بحسب طبيعته، من ذلك مثلا أن يسكن المالك منزله، أو يركب سيارته أو أن يزرع أرضه"[3].

ويعرفه الأستاذين محمد طه البشير و الدكتور غني سحنون طه بأنه: "استخدام الشيء فيما يتفق و طبيعته للحصول على منافعه فيما عدا الثمار، شريطة عدم استهلاك الشيء نفسه،كأن

[1] – المادة 690 القانون المدني.

[2] – السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، ج 08 ـ ص 496 ـ 497.

[3] – محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط 1، 2005م، عدد الأجزاء 2، ج 1، ص 27.

يركب المالك دابته أو سيارته، أو يسكن داره، أو يلبس ثيابه، أو يقرأ كتابه، إلى غير ذلك من وجوه الاستعمال"[1] .

ومن هذه التعاريف نخلص أن شروط الاستعمال هي :

ـ استخدام الشيء فيما أعد له، أو بحسب طبيعته.

ـ أن يكون الاستعمال في الأصل صادرا من المالك.

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

ولأنه سلطة مقررة للمالك فكان له استعمال الشيء بكل أوجهه المتاحة، له أن يبلغ بالشيء حد إتلافه[2]، ما لم يكن هناك مانع كلي أو جزئي يقيد من حريته، مثل حالة الاستيلاء المؤقتة التي تفرضها بعض الظروف الأمنية، أو بتدخل السلطة لتفرض على المالك الاستعمال مثل المبدأ الذي يقضي بخدمة الأرض، و يمكن للمالك أن يُخَوِل هذا الحق كلية أو بعض أوجهه لشخص آخر.

2- التصرف: عرف الفقهاء التصرف بتعريفات عديدة، وأغلبها لم تخرج عن المفهوم اللغوي له، والذي يقصد به تغيير الشيء و تحويله من وجهه الأول إلى وجه آخر[3]، وتجدر الإشارة أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية القدماء لا تجد لهم تعريفا للتصرف، عدا الذي قال به الإمام السرخسي بأن: "التصرف كلام وهو فعل اللسان فحده ما حد سائر الأفعال، وتحقيق الفعل ينتقل من فاعل في محلٍّ

[1] – محمد طه بشير وَ غني سحنون طه، الحقوق العينية، ج1، ص 46.

[2] – السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، ج 08 ، ص 497 .

[3] – محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان، ط 3، ج 09، ص 189.

ينفعل فيه، فهذا يكون حد التصرف باللسان، وإذا صدر من أهله في محله تحقّق به وجوده، ثمّ قد يمتنع نفوذه شرعا لمانع، فيتوقف على زوال ذلك المانع"[1].

أمّا بالنسبة لفقهاء القانون فلم يخرجوا عن المضمون الذي ذكره الإمام السرخسي في نسب التصرف للقول أو الفعل، وممّا جاء من التعريفات:

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

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

- التصرف المادي: إهلاك الشيء بما تقتضيه طبيعته و حسن التصرف فيه".[2]

- د : محمد حسين قاسم: "لمالك الشيء الحق في التصرف فيه، وتصرفه في هذا الشيء قد يكون تصرفا ماديا أو قانونيا.

... بالإضافة إلى حق المالك في التصرف المادي في الشيء الذي يرد عليه حقه، له أيضا حق إجراء كافة التصرفات القانونية في حقه الوارد على هذا الشيء، سواء أدى هذا التصرف القانوني إلى زوال حقه كليا أو تقييده ".[3]

- د: مصطفى الزرقا : في ذكره لخصائص الملكية و قابليتها للتصرف إلا لمانع: "...وهذا المانع يتصور بالنسبة إلى التصرف الفعلي كالاستهلاك، أو التصرف القولي كالبيع، والصلح عنها، و وقفها"[4]

---

[1]- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، د ط، دار المعرفة بيروت ، لبنان، 1993 م، ج 13 ، ص 154.

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

[3] - محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية. ج 1. ص 31.

[4]- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام ، ج 1، ص 322.

بعد ذكرنا لهذه التعاريف مقتصرين على الأهم فيها قبل المهم في حدود ما يقتضيه موضوع البحث، بأن ما يميز حق التصرف بحسب هذه الحدود:

ـ الأصل فيه أن يصدر عن المالك.

ـ أن يؤدي التصرف إلى زوال حق الملكية أو تقييده وهو التصرف القولي، أو أن يكون التصرف بإهلاك الشيء محل الملكية، وهو التصرف المادي أو الفعلي عند الدكتور مصطفى الزرقا.

كما ننوه أن الدكتور السنهوري يدرج التصرف المادي الذي يؤدي إلى استهلاك الشيء و إتلافه ضمن سلطة الاستعمال، و يخص بالتصرف التصرف القانوني الناقل للملكية أو حق عيني آخر[1]، و يميز بين التصرف في الملكية الذي ينقلها إلى الغير و لا تعود له إلا بسبب جديد من أسباب الملك، و التصرف في عنصر من عناصرها بحيث لا ينقل الملكية إلى الغير بل يسترد ملكه، وفي الغالب يسترد العنصر الذي تصرف فيه[2].

3 ـ الاستغلال: يعتبر الاستغلال أحد السلطات التي يمنحها حق الملكية للمالك، و يقصد به القيام بالأعمال التي يراد بها الحصول على ثمار الشيء الطبيعية أو الاصطناعية ونتائج استخدامه (المنتجات)[3]، بحيث نجد أن هذا الحق يمتد إلى كل ما يمتد إليه نطاق حق الملكية[4]، بهذا يوصف الاستغلال بأنه نوع من أنواع الاستعمال؛ مُنْصَّب على ثمار الشيء و منتجاته.

[1]– السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ، ج 8. ص 501.

[2]– المصدر السابق، ج 8 ، ص503.

[3]– علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، ص 81.

[4] – السنهوري، الوسيط، ص 501 .

الفقرة الثانية: كيفية تحصيل الأبنية

الحصول على البناء يرتبط ارتباطا وثيقا بالملكية، المكرسة في الفقه الإسلامي إلاّ لمانع شرعي، باعتبارها من الأموال التي جُبل الإنسان على حب الاستئثار بها، والمحمي دستوريا[1] من قبل المشرع الجزائري، لهذا نقول بأن أسباب التملك لا تختلف عن أسباب الحصول على البناء، مع وجود جملة من التفاصيل في كثير من جوانبها سواء في الفقه الإسلامي أو التقنين الجزائري.

أولا: التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت(الإرث و الوصية)

لا تكون هذه التصرفات ناجزة في حياة المورِث أو الموصي، مع احترام قواعد الشرع فيما تعلق بالأنصبة والنِسب، وحدودها وشروطهما، طبقا لما هو معمول به في قانون الأحوال الشخصية الجزائري المستمدة غالبية أحكامه من الشريعة الإسلامية، وأحالنا المشرع عليه في المادة 774 من القانون المدني فيما يخص التركة، والمادة 775 ق.م فيما يخص الوصية.

ثانيا: الإحياء

يعد إحياء الأرض الموات من أسباب التملك المقررة شرعا في الفقه الإسلامي استناداً لحديث المصطفى صلى الله عليه وسلم:" من أحيا أرضّاً ميتة فهي له"[2]، لكن اختلف فقهاء الشريعة في المقصود بالأرض الموات، بين من نظر إليها من باب السياسة الشرعية فيما يخص قربها من العمران، وبين مركز على خصائصها و قابليتها للاستغلال، والذي أخذ في التشريع الجزائري منحى آخر بالنّظر إلى السياسة التي تنتهجها الدولة.

---

[1]- المادة 64 من الدستور " الملكية الخاصة مضمونة".

[2]- سنن الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، كتاب الأحكام، باب ما ذُكر في إحياء الموات، ج 3، رقم الحديث: 14450 ، ص 326.

أ– في الفقه الإسلامي: تباينت أراء المذاهب الفقهية بشأنه.

1– الأحناف: يعرفون الموات بأنها الأرض البعيدة عن العمارة ولم يبلغها الماء، إذْ لا تحدث العمارة إلاّ به[1]، أو "هي الأرض التي لا منفعة فيها لانقطاع الماء عنها أو لغلبة الماء عليها وما يشبه ذلك ممّا يمنع الزراعة، وسمي بذلك لبطلان الانتفاع به"[2]، يلاحظ على التعريفين بأنهما يستندان في تعليل عدم المنفعة من الأرض أو سبب عدم إحيائها؛ بانقطاع الماء عنها فآل بها الأمر جافة معدومة الخصوبة بلا زرع، أو أنّ المياه اجتاحتها وغمرت سطحها فتعفنت الزروع التي بها، وهذا لغياب التجفيف عنها، لكن هذه العّلة تحكي واقع حال بالنسبة لبلاد أو منطقة مخصوصة يتعذر معها نمو بعض أنواع الزرع إذا كانت الأرض مغمورة بالماء، وربما يكون سبب عدم الانتفاع بها أن تكون مغطاة بالرمال، فهل توصف الأرض هنا بأنها من الموات ؟، لهذا لا نعتقد أن العلة محمولة على العموم، إذا أخذنا في الحسبان حاجة بعض الزرع للنمو في وسط مائي مثل الأرز، و هنا يمكن أن يكون من باب الإحياء غمر الأرض بالمياه، وكذلك نبات الزينة الذي يحتاج للرمال من أجل النمو، فيصبح الغمر بالرّمل من باب الإحياء، لأنها صارت منتفعا بها، لذلك يستحسن تعريف الموات كما جاء في رد المحتار بأنها: "الأرض الموات لبطلان الانْتفاع بها، وغير المملوكة التي لم يعرف مالكها، وإلاّ صارت في حكم اللقطة بالنسبة للإمام، فإن ظهر مالكها تُرد إليه"[3].

---

[1]– أبي عبيد الله القاسم، كتاب الأموال، ط 1، 1409 هـ–1989م، تقديم و دراسة وتحقيق د: محمد عمارة، دار الشروق، بيروت، ص 381.

[2]– أبي محمد بن محمود بن أحمد العيني المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرّامفوري، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1411 هـ– 1990 م، عدد المجلدات: 12، ج 11 ، ص 314.

[3]– محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، ط خاصة، 1423 هـ– 2003 م، دار عالم الكتب بيروت، لبنان، عدد الأجزاء 13، ج 10 ، ص 03.

2- المالكية: يعرفون الأرض الموات تعريفا أقرب إلى المعنى اللغوي بأنها "مالا روح فيه، وأنّها الأرض التي لا مالك لها ولا منفعة فيها"[1]، و دليل موتها أنّها لم تُعْرف من أحياء العرب ولا منتجعاتهم ولا مرعاهم، ولا يدل عليها أي شيء من آثار الاختصاص بملكيتها بالرّعي أو السكن أو الزرع[2]، ولو غابت عنها معالم الإحياء بطول الزمن[3]، ولعل أقوى حجة على عدم الاختصاص بها، هو بُعْدها عن أماكن العمران و خُلُوها من معالم العمارة مسبقاً، ولا يشترط للإحياء إذن الإمام[4]، فيتم بحفر البئر غير المخصصة للكلأ و الرعي والحرث وغرس الشجر والبناء[5] وشتى ما يحتاجه ليسكن، أو ما تقضي به العادة والعرف في إحياء الموات.

3- الشافعية: الموات هي الأرض التي لا مالك لها، أو تلك التي انطمست عنها آثار العمارة التي تجعلها في حكم الأرض المملوكة حيث قال الإمام الشافعي رحمه الله:" والموات شيئان، موات ما قد كان عامراً لأهله معروفا في الإسلام، ثمَّ ذهبت عمارته فصار مواتاً، فذلك كالعامر لأهله لا يُمْلك إلاّ بإذنهم، و الموات الثاني ما لا يملكه أحد في الإسلام يُعْرف ولا عمارة مَلِك في الجاهلية إذْ لم يُمْلَك،

---

[1]- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق الأستاذ محمد بوخبزة، عدد الأجزاء 14، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1994 م، ج 11، ص 147.

[2]- أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1999م، عدد الأجزاء: 15، ج 10 ، ص 490.

[3]- الشيخ محمد الأمير، شرح التحرير، تحقيق ومراجعة الشيخ محمد محمود ولد محمد الأمين، دار يوسف بن تاشفين و مكتبة الإمام مالك، الجمهورية الإسلامية الموريتانية و الإمارات العربية المتحدة، ط 1، 1428 هـ- 2008م، عدد الأجزاء 2، ج 2 ص554.

[4]- الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم، و يليها مقدمات بن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام، للحافظ أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1415هـ – 1994 م، عدد المجلدات 4، ج 4، ص 473.

[5]- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج 6، ص 147-148.

فذلك الموات الّذي قال رسول الله صلى الله عليه سلم :" من أحيا مواتا فهي له"[1]، و يدخل في حكم الأرض المعمورة حريمها الّذي يمكن من تحقق الانتفاع بها[2]، ولا يشترط إذن الإمام للإحياء[3].

4- الحنابلة: تُعَّرف الموات بأنها الأرض الخراب الدارسة[4]، أو المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم، حتى و إن قربت من عامر لم تتعلق به مصلحته[5]، غير أن جواز الإحياء فيها له تفصيل، فإذا كانت هذه الأرض الموات مملوكة من قبل ولم وجد فيها أثر للعمارة من قبل، فهذا يصح تملكه بالإحياء، أمّا لو عُلِم تملكها من قبل، فيجب التفريق بين ما حصل به التملك، فإن كان بعقد من شراء وعطية فلا يصح تملكه بالإحياء إلاّ من أربابه السابقين، أمّا الموات التي مُلكت بالإحياء ثم تركت حتى دثرت، فإذا عُرِف مالكها الأصلي فلا يصح تملكها بالإحياء، لأن النّص على إحياء الموات مقيد بعدم تعلق حق المسلمين به من جهة، ومن جهة أخرى أنَّ الأموال لا يزول عنها الملك بالترك، أمّا الأرض الموات التي لا يُعرف مالكها الأصلي لطول زمن اندثارها فيصح تملكها بالإحياء[6].

---

[1]- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، اعتناء حسان عبد المنان، دون ط، دون سنة ط، بيت الأفكار الدولية، الرياض، السعودية، باب إحياء الموات، ص 660 .

[2]- محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين وعمدة المفتين، اعتناء محمد محمد طاهر شعبان، دار المناهج، بيروت، ط 1، 1426 هـ- 2005 م، ص 315.

[3]- أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين ومعه المنتقى السوي في ترجمة الإمام النووي ومنتقى اليُنبوع فيما زاد عن الروضة من الفروع، لجلال الدين السيوطي، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود و الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، ط خاصة 1423هـ- 2003م، عدد الأجزاء 8، ج 4 ، ص 344 .

[4]- أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط 3 ، 1417هـ – 1997م، عدد المجلدات 15، ج 8، ص 145.

[5]- شرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد الحجاوي، شرح منصور بن يونس البهوتي، زاد المستقنع في اختصار المقنع في فقه أحمد بن حنبل الشيباني، دار الكتب العلمية بيروت، ط 2، 1414 هـ – 1994 م، ص 61.

[6]- ابن قدامة، المغني، ص 146 -147.

ب- في التشريع الجزائري:

إحياء الموات في التشريع الجزائري لا يتماشى واستراتيجية الدولة في مفهومها الحديث، التي نأت عنه هذا التصرف القانوني كسبب للملكية وذلك لاعتبارات عديدة لا حصر لها، وأخذت الأرض الموات مسمى الملكية العامة وأملاك الدولة، والتي نظم المشرع أحكامها في القانون رقم 90 – 30 مؤرخ في أول ديسمبر 1990م يتضمن قانون الأملاك الوطنية، معدل ومتمم بالقانون 08– 14 مؤرخ في 20 يوليو 2008 [1]، حيث نصت المادة 2 منه: "تشتمل الأملاك الوطنية على مجموع الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة، وتتكون هذه الأملاك الوطنية من :

الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة.

الأملاك العمومية والخاصة التابعة للولاية.

الأملاك العمومية والخاصة التابعة للبلدية.

ويقصد بالأملاك الوطنية العمومية تلك التي لا يمكن أن تكون ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها من جهة، وأيضا تلك الأملاك الوطنية الخاصة الأخرى غير المصنفة ضمن الأملاك العمومية التي تؤدي وظيفة امتلاكية ومالية"[2]، وفي ظل هذه النّصوص القانونية تصبح جميع الأراضي الموات ملكاً للدولة، ممّا يعني عدم قابلية تملك الأشخاص الطبيعيين لها في جميع الأحوال حسب ما تشير إليه المادة 1/4 من القانون السالف الذكر التي تنص:" الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف فيها ولا التقادم ولا الحجز، ويخضع تسييرها لأحكام هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في النّصوص التشريعية الخاصة"، غير أن عدم القابلية للتصرف لا يعني بالضرورة عدم إمكانية الإحياء، وإنّما يخص عدم القابلية للتملك أصلاً من طرف الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتبارية، ماعدا بعض

[1]- ج ر 44 مؤرخة في 03 أوت 2008.

[2]- المادة 2 من قانون الأملاك الوطنية.

الحالات الاستثنائية، وخير دليل على ذلك تلك النصوص المتعلقة بالأراضي الفلاحية أو القابلة للفلاحة، تماشيا مع أحكام الصندوق الوطني للثورة الزراعية، حيث رخص المشرع استصلاحها من طرف الخواص، وذلك باعتماد معيارين في هذا الشأن حسب القانون رقم 83 – 18 مؤرخ في 13 أوت 1983 م المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية[1]:

1- معيار وصف الأرض الموات: جاء نص المادة 4 من القانون 83 – 18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، فيما يخص حيازة الملكية باستصلاح الأراضي "... تنصب حيازة الملكية بالاستصلاح على أراض تابعة للملكية العامة والواقعة في المناطق الصحراوية أو المنطوية على مميزات مماثلة وكذا على الأراضي الأخرى غير المخصصة التابعة للملكية العامة والممكن استخدامها للفلاحة بعد الاستصلاح.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب مرسوم".

يظهر أن هذا النّص يوافق الفقه الحنفي فيما يخص تعريفهم للموات، حيث يجعل الأرض محل الإحياء أو الاستصلاح هي الأراضي الصحراوية الجدباء وذلك لغياب الماء عنها غير الصالحة للزرع عموما، سواء وقعت بالجبال أو بالمنخفضات، باستثناء الموات التي غالبا ما تكون محل ملكية خاصة[2]، أمّا المناطق الداخلية فلا يمكن أن تكون مشمولة بهذا النّص كونها ذات طبيعة تختلف عن طبيعة المناطق الصحراوية، بحكم موقعها الجغرافي، إذْ قد تكون عملية الاستصلاح متيسرة بالنّظر إلى مميزاتها الجغرافية، كونها أرض ذات خصوبة طبيعياً وغير المملوكة للخواص، وهي المعروفة عندنا بأرض البايلك[3].

[1]- ج ر ، رقم 34 مؤرخة في 16 أوت 1983م، القانون رقم 83 – 18 مؤرخ في 13 أوت 1983 م المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية.

[2]- عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر- العقار-، دار هومة ، الجزائر، ط 7، 2013، ص 42.

[3]- عمار علوي المرجع السابق ص 42، " حيث قدرت مساحة هذه الأراضي في المناطق الداخلية حوالي 9 ملايين هكتار بمنطقة القبائل"

2- معيار أعمال الاستصلاح: يعتبر الاستصلاح (الإحياء) من الأعمال التي يقوم بها الأشخاص بناءً على تنظيم تعده الجماعات المحلية وأخذ رأي المصالح المختصة، حيث تتوقف العملية على ما تم الاتفاق عليه بين المستصلح ومصالح الفلاحة وفق برنامج يحدد معايير الاستصلاح، ويعتبر بمثابة الشرط الفاسخ الذي تتوقف عليه حيازة أو ملكية الأراضي المستصلحة[1] عن طريق التنظيم، ويقصد بالاستصلاح جعل الأرض قابلة للاستغلال الفلاحي برفع مستوى خصوبتها بأي عمل من شأنه تحقيق ذلك، غير أنّ عملية الإحياء وكونها تخدم غاية مشروع الثورة الزراعية جعلت المشرع يقسم أعمال الإحياء إلى نوعين:

- **أعمال استصلاحيه أصلية**[2]: تتمثل فيما يقوم به الشخص المُستصلِح من تصرفات تَصُب مباشرة في زيادة خصوبة التربة، مثل وصلها بالماء سواء مناطق بعيدة باستعمال تقنيات مختلفة ومتجددة حسب إمكانيات متوفرة لكل زمن أو منطقة، أو بشق الآبار، أو أعمال التهيئة والتنقية مثل تسويتها لتتناسب مع نوع معين من الزراعة، أو بإزالة الحجارة والأعشاب الضارة، كما تتم أيضا بأعمال الغراسة و التحوِيط أيضاً التي تهدف إلى حماية المزروعات مثلا.

- **أعمال استصلاحيه تبعية:** لا تعد من صلب أشغال الاستصلاح[3]، لكنها تسهل عمل المُستصلِح، وتهدف إلى تقريب تواجده من الأرض المستصلحة، أو أعمال الحفظ والصون، ببناء الهياكل المخصصة لذلك كالبيوت العائلية المخصصة للسكن والمزارع وغيرها، وأُعتبرت أعمال الإحياء من قبيل أعمال تابعة للملكية وليست سببا للملكية، بما فيها الأبنية المشيدة على الأرض، ويلحق حكمها حكم الأرض المملوكة إلاّ إذا قام الدليل على خلاف ذلك طبقا للقواعد المعمول بها فيما يخص أحكام الالتصاق بالعقار حسب نص المادة 782 قانون المدني:" كل ما على الأرض أو تحتها

[1]- المادة 5 – 6 القانون رقم 83 – 18 مؤرخ في 13 أوت 1983 م المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية.

[2]- المادة 8/ 2 من القانون رقم 83 – 18 مؤرخ في 13 أوت 1983 م المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية.

[3]- المادة 9 من القانون رقم 83 – 18 مؤرخ في 13 أوت 1983 م المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية.

من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأقامه على نفقته، ويكون مملوكا له.

غير أنّه يجوز أن تقام البينة على أن أجنبيا أقام المنشآت على نفقته، كما يجوز أن تُقام البينة على أنّ صاحب الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وفي تملكها".

ثالثا: الحيازة

يقصد بها في اصطلاح الفقهاء أنّها القبض بما يُقْبض به مثل الهبة[1]، وأغلب ما ذهب الفقهاء إليه بأن الحيازة قبض الشيء عن طريق وضع اليد، فتثبت له بالتصرف فيه مدة من الزمن، وهي دليل على الملك لا ناقلة له[2]، والحيازة غالبا ما تدخل من باب التسامح وحُسن النية، سواء بِعلم أصل المُلك أو الجهل به، ولقد اشترط المشرع الجزائري في التقنين المدني هذا الشرط أيضا لتمامها في المادة 808 التي تنص:" لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الغير على أنّه مجرد رخصة أو على عمل يتحمله على سبيل التسامح.

وإذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها التباس، فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلاّ من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب"، كما تنبني الحيازة على عامل الزمن بالدّرجة الأولى في القبض والسيطرة الفعلية على المال المحِيز ومباشرة الحائز لسلطات مقررة في الأصل للمالك، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة

[1]- يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق : سالم محمد عطا، و محمد علي معوض، دار الكتب العلمية بيروت، د ط ، 2000 م، عدد الأجزاء 9، ج 7، ص 231.

[2]- علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام، ضبط وتصحيح: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1998م ، ج 2، ص 415 – 418.

816 /1 قانون مدني :" لا تزول الحيازة إلاّ إذا حال مانع وقتي دون مباشرة الحائز للسيطرة الفعلية على الحق".

رائعا: الشُّفعة

تعتبر كأحد أسباب الملكية عموماً والبناء بوجه خاص، بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، لكنهم اختلفوا في مدلولها ومُستحِقيها، وأيضا في ضبط محلها، فكيف تثبت ولمن تثبت؟.

فأمّا عن آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول مدلول الشفعة باعتبار من يثبت له حق الشفعة، فكان إجماعهم على أنها ثابتة للشريك، ومُخْتلف فيها بالنسبة للجار، إذْ يُقصد بها عند فقهاء المالكية استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه[1]، بناءً على اعتبار عدم المشاحة ومن باب حسن المعاملة، ونفس المدلول عند الحنابلة حتى حال المشاحة بقولهم:" هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه بعوض مالي بثمنه الذي استقر عليه العقد"[2]، فيما لم يقسم بين الشركاء[3] كأصل عام، و يحمل الشريك مسمى الجار[4] وهو المقصود في قوله صلى الله عليه وسلم: "الجار أحق بسقبه"[5]، والسقب أو الصقب يعني القرب والملاصقة.

---

[1]- علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2 ص 178.

[2]- منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع في شرح زاد المستنقع، و معه حاشية نفيسة للشيخ محمد بن صالح العثيمين، دار المؤيد مؤسسة الرسالة، المملكة العربية السعودية، د ط، د س ط، ص 431.

[3]- أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجمّاعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، تحقيق: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، و د عبد الفتاح محمد الحلو، ط 3، 1417 هـ/ 1997 م، دار عالم الكتب للنشر و التوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، عدد الأجزاء 15، ج 7، ص 435.

[4]- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج 3، 360.

[5]- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم و سننه و أيامه، شرح و تصحيح و تحقيق: محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية و مكتبتها، الروضة، القاهرة، ط 1، 1400هـ، عدد الأجزاء 4، ج 2، كتاب الشفعة، ص 168.

أما الشافعية فيعرفونها بناء على اعتبار الغلو في المشاحة واستحقاقها قضاءً للشريك أصالة وللجار اللصيق تبعاً[1]، وتشمل العقار دون المنقول، بحيث لا يقطعها طول غياب الشفيع، لكن يقطعها علمه الذي يعد بمثابة إقرار بيع شريكه لغيره[2].

ويكمن الخلاف فيما ورد ذكره بشأن مفهوم الشفعة، بأن الرأي الأول استند على أنّها أخذ وبالتالي فيأخذها الشفيع إلزاماً على المشتري في حال توفر سببها شأنها شأن القصاص في رأي الإمام مالك والشافعي وأحمد[3]، وهذا يعني ثبوتها قضاءً للشريك في حال تبين مبررها، أمّا فقهاء الأحناف فيرون أنها استحقاق يثبت بعد الرأي والمشيئة، ولو دل السكوت على خلاف ذلك، كما يدل أخذ المال المشفوع على البيع المُبتدأ [4].

أمّا المشرع الجزائري فكان أقرب لرأي فقهاء الأحناف في تعريفه للشفعة بكونها أحد أسباب اكتساب الملكية سواء في حال تعدد الشفعاء أو تفردهم بكونها مجرد رخصة للحلول محل المشتري في بيع العقار وليست حقاً، حيث ورد نص المادة 794 ق م:" الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية"، كما تثبت في ملك الرقبة إذا أُريد بيعه والعقار المشاع وحق الانتفاع[5]، أي أنّها ثابتة في العقار أو الحقوق المتعلقة بالعقار.

---

[1]- علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح المزني، تحقيق: علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، تقديم و تقريظ: د. محمد بكر إسماعيل و د. عبد الفتاح أبوسنة، ط 1، دار الكتب العلمية بيروت، 1414هـ/ 1994م، ج 7، ص 226_ 227.

[2]- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق و تخريج: د فوزي رفعت عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، ط 1، 1422هـ/ 2001 م، عدد الأجزاء: 11، ج 5، ص 5.

[3]- محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 185.

[4]- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 9، ص 319.

[5]- المادة 795 من القانون المدني الجزائري.

خامسا: العقد

تأخذ العقود بالنّظر إلى التأصيل الشرعي حكم الإباحة، شأنها في ذلك شأن جميع المعاملات المالية، إلاّ إذا اعترتها شروط قد تغير من حكمها، وهو ما سنناقشه فيما يخص تفاصيلها، ونظرا لأن الوقت الراهن أولى أهمية كبيرة للعقار الذي يقام عليه البناء أكثر من البناء نفسه في السوق العقارية، الأمر الذي حتم على الدّولة التدخل لتوفيره للمواطنين، عن طريق مجموعة من الصيغ المختلفة، وذلك باتساع في مجال عقود تحصيله بما يتماشى والسياسة المنتهجة في الجزائر خاصة لتوفير الأبنية السكنية خدمة لمآرب اقتصادية واجتماعية وبيئية، وهذا ما يستوجب معرفة السياسة التي انتهجتها الجزائر في مجال التهيئة والتعمير، من خلال المديريات التي تنطوي عليها المديرية العامة للسكن متمثلة في[1]:

– مديرية السكن العمومي الإيجاري، وتضم مديريتين فرعيتين الأولى مختصة بالبرمجة والدراسة المالية، والأخرى لمتابعة الانجازات.

– مديرية السكن الترقوي، وتضم هي الأخرى مديريتي البرمجة والدّراسة المالية، وأيضا مديرية المتابعة.

– مديرية السكن الريفي وامتصاص السكن الهش وإعادة تأهيل الإطار المبني، وتضم مديريتي، المديرية الفرعية للسكن الريفي والمديرية الفرعية لامتصاص السكن الهش وإعادة الإطار المبني.

– مديرية التسيير العقاري وتضم المديرية الفرعية لمتابعة المنح والتنازل عن الأملاك العقارية الإيجارية، والمديرية الفرعية لتنشيط التسيير العقاري ومتابعته.

ونميز بين حالتين تساعد فيها الدولة المواطنين لتوفير هذه الخدمة، تتمثل الأولى في منح البناء جاهزاً، والأخرى بمنح مساعدة مالية لصاحب هذا الحق لإنشائه، ويكون هذا البناء إمّا موجها للسكن أو لمزاولة نشاط حرفي أو مهني أو تجاري.

[1]– المادة 2 من قرار وزاري مشترك مؤرخ في 6 أكتوبر 2016، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة السكن والعمران والمدينة في مكاتب.

01: السكن الاجتماعي

تمثلت في كل من السكن العمومي الإيجاري والسكن المنجز في إطار البيع بالإيجار، والسكن التساهمي الذي لم يعد معمولا به حالياً، وتعتبر هذه الأنماط وليدة معطيات اجتماعية وليست بناءً على استراتجية اقتصادية[1]، وتشترك هذه الصيغ من العقود في أنّها موجه إلى الطبقات الضعيفة الدخل بالأساس، فتُمنح السكنات جاهزة لمستحقيها، إضافة إلى السكن الريفي والسكن عن طريق تجزئة الأراضي اللّذان يمنحان في إطار المساعدة على البناء.

أ: عقود البناء الجاهز: في سبيل توفير حق السكن للمواطنين جاهزا استعملت الدولة عدد من العقود المختلفة التي غالبا ما يكون فيها البنك كوسيط، بواسطة نشاط الترقية العقارية الهادف إلى تطوير الأملاك الوطنية[2]، وهذا من خلال سكنات اجتماعية موجهة لذوي الدخل الضعيف أو ترقوية، وتخرج في الفقه الإسلامي تقريبا مخرج الإجارة المنتهية بالتمليك، حسب مضمون المادة 02 من المرسوم التي تسمح للحائز المستأجر بتملك المسكن بعد انقضاء مدة الإجارة، وتُعَرَف في الفقه الإسلامي وبالنّظر إلى حداثة نشأتها على أنّها:" عقد بين طرفين يؤجر فيه أحدهما لآخر سلعة معينة مقابل أجرة معينة يدفعها المستأجر على أقساط خلال مدة محددة، تنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لآخر قسط بعقد جديد"[3]، والملاحظ في هذا العقد أنّه عقد بيع مؤجل النفاذ إلى حين استنفاذ الثمن عن طريق أقساط بدل الإيجار وهو ما ينسجم مع مضمون المادة 08 من الأمر 01-105 التي تنص على: " يجب أن يسدد المستفيد مبلغ ثمن المسكن في كل الحالات، بعد خصم مبلغ الدفعة الأولى على مدى مدة لا تتجاوز عشرين سنة.

---

[1] – لمياء فالق، السكن التطوري في مدينة خنشلة – الانعكاس على المجال وعلى الانتاج السكني- ، رسالة ماجيستر في التهيئة العمرانية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2006، ص 27.

[2] – المادة 2 من القانون 86- 07 المتعلق بالترقية العقارية

[3] – خالد بن عبد الله بن براك الحافي، الاجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الاسلامي، دون ناشر، ط 2، 1421 هـ، ص 30.

يتم تسديد المؤجل وفق أقساط تبين المبلغ الواجب دفعه شهريا موزعة على المدة المتفق عليها".

- **السكن العمومي الإيجاري:**

يندرج هذا النوع من السكن في إطار مساعدات الدّولة لفئات الأسر المعوزة التي لا تسمح لها إمكانياتها من توفير السكن، حسب ما يقرره المرسوم التنفيذي 08- 142 المؤرخ في 11 مايو 2008 الذي يحدد قواعد منح السكن العمومي الإيجاري[1]، ويشترط في المستفيد مجموعة من الشروط المؤكدة لحاجة طالب السكن، وعدم توفره على الإمكانيات اللازمة لذلك بما يحقق العدالة الاجتماعية، وأهمها أنّه لم يسبق لهم الاستفادة من عقار ذو استعمال سكني على سبيل التملك التام[2]، إضافة إلى شهادة تثبت عدم تجاوز الدخل الشهري لقيمة معينة[3]، حيث يراعى في إنجاز هذه السكنات مجموعة من المعايير الاقتصادية والمواصفات التقنية، ويعمل على إدارتها ديوان الترقية العقارية.

- **السكن المنجز في إطار البيع بالإيجار:**

نظمت هذه الصيغة من السكن بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01- 105 المؤرخ في 23 أفريل 2001 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، حيث يجتمع في هذه الصيغة كل من عقدي البيع والإيجار، موجهة أساسا إلى الفئات المتوسطة

---

[1] – أومحمد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر على ضوء أحكام القانون 11_ 04 ، رسالة ماجيستر في قانون العقود، جامعة مولود معمري – تيزي وزو- 2015، ص 25.

– نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 08_ 142المؤرخ في 11 ماي 2008 الذي يحدد قواعد منح السكن العمومي الايجاري، "يقصد بالسكن العمومي الإيجاري في مفهوم هذا المرسوم، السكن المموّل من طرف الدولة أو الجماعات المحلية، والموجه فقط للأشخاص الذين تمّ تصنيفهم حسب مداخيلهم ضمن الفئات الاجتماعية المعوزة والمحرومة التي لا تملك سكنا أو تقطن في سكنات غير لائقة و /أو لا تتوفر لأدنى شروط النظافة.

كما يمكن إستعمال السكن العمومي الإيجاري لتلبية حاجيات محلية ناتجة عن ظروف استثنائية أو ذات منفعة عامة مؤكدة .

[2] – المادة 03 من المرسوم التنفيذي 08_ 142 الذي يحدد قواعد منح السكن العمومي الايجاري.

[3] – المادة 4 المرسوم التنفيذي 08- 142، الذي يحدد قواعد منح السكن العمومي الايجاري.

الدخل[1]؛ الذين يجب أن تتوافر فيهم شروط منصوص عليها في المادة 07 من نفس المرسوم، ويلتزم المتعهد بالترقية العقارية بالمعايير المحددة في دفتر الشروط، إلى حين تسليمه للمستفيد بالصيغة المنصوص عليها قانوناً، وتقديم جميع الضمانات المكفولة في عقد البيع[2].

ب: المساعدة على انجاز سكن: تمثلت هذه الصيغة في السكن الريفي الذي يهدف إلى التنمية الريفية بالدرجة الأولى، وتحسين ظروف النشاط الفلاحي السائد، الذي يعد أحد شروط الحصول على هذه المساعدة، إضافة إلى عدم بلوغ قاطنيه عدداً معينا من السكان[3]، واستحدث المشرع الجزائري هذه الصيغة من السكن بموجب المرسوم التنفيذي 10- 235 المؤرخ في 05 أكتوبر 2010 الذي يحدد مستويات المساعدة المباشرة الممنوحة من طرف الدولة لاقتناء سكن جماعي أو بناء ريفي، ومستويات دخل طالبي هذه السكنات وكذا كيفيات منح هذه المساعدة.

ويُعرف السكن الريفي على أنّه: "سكن اجتماعي موجه للطبقة ذات الدخل الضعيف، أو عديمة الدخل، تقيم بالوسط الريفي، ويتم تمويله عن طريق تقديم إعانات بشكل نهائي دفعات بحسب تقدم الأشغال"[4]، وتأخذ هذه الصيغة من السكن شكلين رئيسيين:

- **سكن ريفي مشتت:** يطغى على هذا النوع من السكن طابع عدم الانتظام، لأنّه لا يتطلب حاجيات الرّفاهية، وموجه بالأساس إلى قاطني الأرياف ممن يملكون أو يحوزون أراضي صالحة للبناء، وهو الأكثر انتشاراً في الجزائر، والأكثر تكيفا مع معطيات الحياة الريفية.

---

[1] – أومحمد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر على ضوء أحكام القانون رقم 11/ 04، رسالة ماجيستر في قانون العقود، جامعة مولود معمري – تيزي وزو- ص 26.

[2] – حمليل نوارة، عقد البيع بالإيجار، مجلة الباحث، جامعة باتنة، عدد 5 ، 2007، ص 24

[3] – عثمان فكار، تطور السكن الريفي: دراسة سوسيو مجالية للمجال السكني لمنطقة "بني ورتلان"، شمال غرب سطيف، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة، كلية العلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص 41.

[4] – آسية هتشان، السكن الريفي كآلية للتنمية، (دراسة قانونية)، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس، عدد1، ، ص 152.

- **سكن ريفي تجمعي:** موجه بالأساس إلى قاطني الأرياف ممن لا يملكون أراضي أصلا، أو أراضي غير صالحة للبناء، لهذا فهو يقام على أراضي الأملاك الوطنية أو أملاك البلدية، وبحيث يكون للمستفيد التكفل بنفسه من عملية البناء بعد الحصول على قطعة أرضية ومساعدة مالية من طرف الدولة، ويشترط في السكنات عناية هندسية تمكن تسهيل إمدادات الغاز والكهرباء وشبكة الصرف الصحي مع مراعاة الجانب الجمالي[1]، وينقسم بالنظر إلى كثافة الوحدات السكنية إلى مجمعات ريفية ذات كثافة سكانية معتبرة، تجعل طابع الريف تقريبا لا يكاد يظهر عليها، وشبه مجمعات ريفية أقل كثافة من ناحية الوحدات السكنية، بحيث لا يتجاوز عددها بالمجمع 20 وحدة سكنية، و هو أكثر تناسبا مع المناطق الريفية الجبلية.

02: السكنات الترقوية

هذا النوع من السكنات ذو مواصفات اقتصادية وتقنية تنسجم مع المؤهلات المادية لطالبيه، والذين لا يسمح لهم القانون باقتناء سكنات اجتماعية، بحيث لا يشترط في هذا النوع إلاّ القدرة على الدفع[2]، وما يميز هذا العقد أنّه من العقود المركبة التي تجمع عددا من العقود وعدداً من المتعاقدين، فيجمع غالبا بين عقدي البيع من خلال الرابطة القانونية بين المستفيد والمرقي العقاري، وذلك بتوفير مجموعة من الإجراءات المتعلقة بالوثائق والشروط الإدارية، وكذا عقد المقاولة متمثلا في المنشأة المشيدة، بتوفير مجموعة من المعايير الفنية في السكن، ويمكن تقسيمه بحسب الدعم المالي من طرف الدولة إلى مدعم وغير مدعم:

أ- السكن الترقوي المدعم: ارتبطت هذه الصيغة بمفهوم الترقية العقارية الحديثة، من خلال بناء مجمعات عقارية معدة أساسا للاستعمال السكني من جهة، يتحصل عليها المواطنون إمّا عن طريق

[1] - هذه الصيغة كي تتماشى مع البرنامج الخماسي 2015/ 2019، التي أعلنت عنها وزارة السكن، يوم 03 / 02/ 2015، www .mhu.gov.dz

[2]- بوستة إيمان ، النّظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر (رسالة ماجيستر في قانون الأعمال)، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2009/2008، ص 17.

البيع أو الإيجار، ومن جهة أخرى انجاز مكاتب و محلات ذات استعمال مهني، والذي نص عليه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي 10- 235 المؤرخ في 2010/10/05 المحدد لمستويات المساعدة الممنوحة من الدولة لاقتناء سكن جماعي أو بناء سكن فردي، ومستويات دخل طالبي السكن، وكيفية منح هذه المساعدة، حيث عرفته المادة 2 منه على أنّه:" السكن الترقوي المدعم هو سكن جديد ينجزه متعهد بالترقية العقارية وموجه للبطالين المؤهلين للحصول على المساعدة المباشرة التي تمنح في إطار هذا المرسوم.

يجب أن ينجز المتعهد بالترقية العقارية، السكن الترقوي المدعم طبقا لخصائص تقنية وشروط مالية تحدد بموجب قرار مشترك بين الوزارتين المكلفين بالسكن و المالية ".

وما تجدر الإشارة إليه في هذه الصيغة من السكن أن الدّولة هي من تتكفل بدفع بعض المساعدة المادية لطالبيه عن طريق منح إعانات للمرقي العقاري باسم المستفيد، تماشياً وسياسة متبعة حسب متطلبات كل عصر.

ب- السكن الترقوي العمومي: عرف في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 14-203 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المحدد لشروط وكيفية اقتناء السكن الترقوي العمومي "السكن الترقوي العمومي هو مشروع عقاري ذو صالح عام، ويستفيد من إعانة الدولة ويخصص للأشخاص الذين حدد دخلهم في المادة 8 أدناه.

وتتكفل الدّولة بإنجازه وتضمن الاستفادة من هذه الصيغة من السكن لكل طالب مؤهل.

وبهذه الصفة، لا يخضع السكن لكيفيات البيع كما هو منصوص عليها في أحكام المادتين 27 و28 من القانون 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432هـ الموافق لـ 17 فبراير 2011

والمذكور أعلاه"، وتتميز هذه الصيغة أنها تمنح للمستفيد حرية اختيار الوحدة السكنية، وأيضا مكان محل الانجاز الذي يريده[1]، هذا نظرا للامتياز الذي يعطيه شرط القدرة على الدفع وفق المقرر قانونا.

[1] – أومحمد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر على ضوء أحكام القانون 11/ 04 ، مذكرة ماجيستر في قانون العقود، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015، ص 26 .

المبحث الثاني:

ضوابط سابقة لعملية البناء في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تقتضي مباشرة عملية البناء وإنشائه التقيد بكثير من الضوابط الشرعية للحفاظ على الخصوصية من جهة ومقتضيات الصالح العام من جهة أخرى، والتي تكون دائرة بين الالتزام الديني والالتزام الخُلقي، إضافة إلى عدد من الإجراءات التي يفرضها المشرع وهي وليدة النظرة الحديثة للدولة ولا تحيد عن حماية وحفظ النظام العام، وتسري هذه القيود في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري خلال جميع المراحل العملية لإنشاء البناء، بداية من موقعه أو الأرض التي يقام عليها إلى غاية الاكتمال الكلي للمنشأة، مع العلم أن هذه القيود تختلف باختلاف طبيعة الغرض الذي أعدّ له، وهذا ما سنعالجه في مطلبين؛ الأول نخصصه لضوابط البناء من حيث الموقع، والتي إن توافرت ستمهد لمرحلة أخرى تتمثل في ضوابط البناء من حيث ملكية الأرض التي سيقام عليها البناء.

المطلب الأول: أحكام البناء من حيث موقعه

كثيرا ما يلاحظ أنّ ضوابط البناء دائرة بين ما يعطيه الحق من امتيازات لصاحبه، وبين الطبع الاجتماعي الذي جُبِل عليه الإنسان، لما يفرضه من قيود تتماشى ومقتضى الحياة الجماعية، إذْ أنّ أساسها تارة يكون شخصياً محكوم بالوازع الدِّيني الخلقي ويكون أكثر تجلياً في الفقه الإسلامي، بينما يكون أساس عملية البناء غالبا في الوقت الراهن حرية التصرف في الملك على الوجه المشروع، وهو المُكرس قانونا في جميع التشريعات بما فيها التشريع الجزائري، وتختلف أيضا باختلاف الغرض الذي رصد له البناء، بداية من اختيار الأرض التي يقام عليها البناء والمواد المستخدمة فيها إلى غاية تخطيطها، وتدور بين الضوابط الخلقية والضوابط المقررة بسلطان القانون والقضاء بتكريس منع الضرر في حال عدم الارتداع بوازع ديني خلقي.

الفرع الأول: الضوابط الخلقية الدينية للتعمير

تتأسس هذه الضوابط انطلاقا من سِمات القاعدة الدينية أو الخلقية التي تهدف إلى تحسين علاقة الإنسان بربه وعلاقته مع نفسه، والتي يفترض أن ينبني عليها حكم البناء بصفة عامة، بحيث يُنظر إليه بأنّه وسيلة لتيسير العيش بما يحقق الأمن والاستقرار وستر العورات، ويقي أذى البرد والحر، وليس هدفا أو غاية، لهذا يُقْتَصر فيه على ما هو من الضرورات دون تكلف أو مزايدة بما يحقق فعلا عمارة الأرض، لتتلخص هذه الضوابط في كلٍّ من الحاجة، وعدم الإسراف و منع الضرر ابتداءً.

الفقرة الأولى: الحاجة

سبق الإشارة أن البناء تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة، وبالنسبة لتصنيفه في باب كليات الشريعة الثلاث فيمكن أن يندرج ضمن الضرورية والحاجية والتحسينية[1]، حسب الحاجة إلى البناء سواء باعتبار شخصي للأفراد، أو باعتبار موضوعي عام متعلق بمجموع الأمة في حاجتها إلى بناء المرافق العامة، بما يحقق إشباع متطلبات الحياة ويُسْهم في بناء الحضارات، غير أنه يجب التمييز بين نوعين من الحاجة.

النوع الأول: حاجة تكون ابتداءً ومنطلقها دين الوسطية والاعتدال وعدم الغلو، تستخلص ممّا ورد بالأحاديث المنفِرة من البناء على سبيل جعله وسيلة يُستعان بها في حفظ مقاصد الشريعة وليس هدفا في حد ذاتها، وهذا ما يجعل الحاجة إليه وفيه على مراتب كليات الشريعة، بحيث نقتصر على الضرورات بما يراعي مقاصد الشريعة من حفظ الدّين والنّفس والنّسل والعقل والمال، وغالبا ما يكون للبناء دور كبير وفعّال فيها، كبناء دور العبادة والعلم التي تسهم في نشر الدّين، والأبنية المعدَّة للسكن

[1] – حسني خيري طه، مقاصد الشريعة وتفعيلها في فقه العمارة– نوازل ضرر البنيان في كتاب المعيار المعرب للإمام الونشريسي أنموذجا–، سلسلة الرسائل العلمية نحو تفعيل مقاصد الشريعة (2)، ط 1، دار الكلمة للتوزيع و النشر، القاهرة، مصر، 1438 هـ/ 2017م ، ص 109.

من أجل تشجيع حفظ النسل، والمشافي ودور التطبيب التي تحفظ النّفس والعقل، وأيضا الأبنية المعدّة للانتفاع التي تسهم بدور فعال في تنمية الأموال وتيسير تداولها.

وأمّا الحاجي منه؛ فبما يحقق الراحة والسكينة وستر العورات، ورفع الضيق والحرج في المساكن، وبما يُسْهم في تيسير ومرونة الأنشطة المُمَارسة في البناءات المرصودة للانتفاع من باب التوسعة على أهلها، وانتظام أمورهم.

أما التحسيني فيأتي في باب التكميلي ولعله يتجلى في التّعلي والزخارف، من باب إظهار الحسن والزينة، وسيكون تفصيلها في ضابط عدم الإسراف.

النوع الثاني يتجلى بإعمال فقه الموازنات الذي يتطلب مُكنة فقهية للترجيح عند تعارض المصالح وتراكم المفاسد، إذْ تتقرر الحاجة هنا ابتداءً بمقتضى سلطان الملكية وضرورة حسن معاملة الجوار، وعدم إطلاق العنان لحرية التصرف في الملك إلاّ في حدود الضرورة، بحيث يستغنى عنه خاصة إذا كان بموضع من شأنه الإضرار بالغير أو بمنافعهم، كالحاجة للبناء في موقع محصور بأراضي للغير لا ينتفعون بها على هذا الوجه، وأضر البنيان بمنفعتهم جراء تزايد الدخول والخروج[1]، أو تعليته لدرجة أن يمنع الريح و الشمس عن أندر الجيران[2]، خاصة إذا لم تظهر منفعة من رفع بنيانه[3]، و قد يرقى هذا المنع إلى درجة إقراره قضاءً، إذا تزايد الضرر وخرج عن الحد المألوف الذي يمكن تَقَبُلُه والذي سيكون لنا فيه تفصيل فيما هو آتٍ.

[1] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، مجلد 11، ص 50.

[2] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، مجلد 11، ص 38.

[3] – عيسى بن موسى التطيلي كتاب الجدار، دراسة و تحقيق: د– إبراهيم بن محمد الفايز، ط 1، سلسلة أحكام البنيان 2، دار روائع الكتب للنشر والتوزيع، 1417هـ/1996 م، ص 179.

الفقرة الثانية: عدم الإسراف

يعتبر عدم الإسراف والاعتدال ضابطا عاما ساريا في جميع أمور المسلمين، ويقصد به عدم مجاوزة الحد فيما هو مباح ابتداءً، والتّوسع في تحصيل المرغوبات والملّذات بأي حال من الأحوال[1]، وهو ما يُستشف من النّهي عنه بمواضع عديدة في القرآن الكريم كقوله تعالى:"وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمۡ يُسۡرِفُواْ وَلَمۡ يَقۡتُرُواْ وَكَانَ بَيۡنَ ذَٰلِكَ قَوَامٗا ٦٧" الفرقان 67.

و قوله تعالى أيضاً:" يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ خُذُواْ زِينَتَكُمۡ عِندَ كُلِّ مَسۡجِدٖ وَكُلُواْ وَٱشۡرَبُواْ وَلَا تُسۡرِفُوٓاْۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلۡمُسۡرِفِينَ ٣١" الأعراف 31.

ويتجلى ضابط عدم الإسراف في البناء خصوصاً وبوضوح تام في حديث أنس بن مالك، أنّ رسول الله صلى الله عليه و سلم خرج يوما فرأى قبة مشرفة، فقال: "مَا هَذِهِ"، قال له أصحابه "هَذِهِ لِفُلَانٌ" – رجل من الأنصار– قال: فسكت و حملها في نفسه، حتّى إذا جاء صاحبها يسلم عليه في النّاس أعرض عنه، صنع ذلك مراراً، حتّى عرف الرّجل الغضب فيه و الإعراض عنه، فشكا ذلك إلى أصحابه، فقال:" وَ الله إِنِي لأُنْكِرُ رَسُولَ الله صَلَى الله عَلَيْهِ وَ سَلَمْ"، قالوا:" خَرَجَ فَرَأَى قُبَّتَك"، فرجع الرجل إلى قبّته فهدمها حتّى سواها بالأرض ، فخرج رسول الله صلى الله عليه و سلم ذات يوم فلم يرها فقال: "مَا فَعَلَتِ القُبَّة" ، قالوا شكا إلينا صاحبك إعراضك عنه، فأخبرناه فهدمها، فقال:" أَمَا إِنَّ كُلَّ بِنَاءٍ وَبَالُ عَلَى صَاحِبِهِ إِلاَّ مَالَا، مَالَا، يَعْنِي مَا لَا بُدَّ مِنْهُ"[2]، وفي الحديث إلى جانب النّصوص الأخرى المنفرة من البناء دليل صريح على عدم جواز الانشغال به، وأن يقتصر المسلم على الضروري والحاجي منه، وهذا لتتعود النفوس على الزُّهد فيه، وتنشغل بما هو أهم من ذلك مما فيه صلاح الفرد والمجتمع، كما يسري عدم الإسراف في جميع مراحل البناء فيما يخص السعة والتهوية

[1] – محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، دون ط، دار سحنون للنشر و التوزيع، تونس 1997م، عدد الأجزاء 30، ج 8، ص 123.

[2] – سنن أبي داود، رقم الحديث: 5237، ص 363.

والاستنارة، التي تلبى بها حاجات المساكن اليومية من لوازم العيال والأولاد والضيف[1]، إضافة إلى ما يُحْتاج إليه من وسائل أو حيوانات يستعين بها على العيش والكسب و الاستقرار.

الفقرة الثالثة: منع الضرر

يقصد بالضرر المساس بحق أو مصلحة مشروعة، أو "هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية"[2]، وعليه فإن كل مساس بأي حق أو مصلحة يتسبب في الحيلولة دونهما أو تقليص نطاق ما يخوله من سلطات، يُكيَف على أنّه من الضرر الواجب درؤه، ومن هنا تطرح العديد من التساؤلات حول طبيعة الضرر الذي يُكَيَف بأنه يبلغ حد التَّجني على الحقوق والمصالح المقررة شرعا، ثم ما آليات دفع الضرر؟.

وتجدر الإشارة أنّ التشريعات لم تُعَرِّف الضرر ولم تحُده بحد، هذا لأن وظيفة المشرع هي وضع الأحكام وليس من مهامه التعريف والتكييف كونه من اختصاص الفقه، لكن المشرع الجزائري اكتفي بوصفها في حدود علاقة الجوار جاعلاً منه نوعين، ضرر مألوف وغير مألوف، وهذا ما يستنتج من المادة 691/ 2 قانون مدني التي تنص:" وليس على الجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار غير المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، طبيعة العقار، وموقع كل منهما بالنسبة للآخر، والغرض الذي خصص له"، والأصل في منع الضرر بالنسبة للمرافق، يستند لما رُوِيَ عن عمرو بن يحي المازني عن أبيه، أنّ رسول

[1] – شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، دون تحقيق، دون ط، دار المعرفة للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت ، لبنان، عدد الأجزاء 31، ج 15، ص 130.

[2] – سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجيستر في العقود و المسؤولية المدنية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1982 م، ص 40.

الله صلى الله عليه و سلم قال:" لا ضرر ولا ضرار"[1]، رواه الدّارقطني عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها[2]، و رغم الخلاف في صحة الحديث[3] إلاّ أن الفقهاء الذين لم يأخذوا به كحديث لم يستبعدوه كقاعدة فقهية[4]، وقال الإمام الشوكاني رحمه الله :" أنّه قاعدة من قواعد الدِّين تشهد له كليات وجزئيات"[5]، وهذا لتأيُده بحديث قتيبة بن سعيد عن النبي صلى الله عليه و سلم أنّه قال: "من ضارّ أضرّ الله به، و من شاق شاقَّ الله عليه" و هو حديث حسن[6]، ورواه ابن ماجة عن أبي صرمة[7]، وممّا جاء في شرح الحديث أنّ الضرر والضِّرار لهما نفس المعنى وتُكُلِّمَ بهما جميعا من باب التأكيد،

---

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

[2] – علي بن عمر الدّارقطني، سنن الدّارقطني، بتذييل: التعليق المغني على الدّارقطني، للمحدث العلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط 1 ، تحقيق و ضبط و تعليق: شعيب الأرنؤوط، وحسن عبد المنعم شلبي، وعبد اللّطيف حرزالله، وأحمد برهوم، 1424هـ/ 2004 م، ج 5، كتاب الأقضية و الأحكام، رقم الحديث 4539، ص 408.

[3] – علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى : 628هـ)، بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، ط1، تحقيق: د. الحسين آيت سعيد، عدد الأجزاء : 6، دار طيبة – الرياض، 1418هـ-1997م، ج 3، باب ذكر أحاديث أنها مرسلة، ص 20.

[4] – تاج الدين عبد الوهاب ابن علي ابن عبد الكافي السبكي، الأشباه و النظائر، ط 1، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1411 هـ/ 1991 م، ج 1، قاعدة 5 ، "الضرر يزال"، ص 42.

– زكريا الأنصاري، أنسى المطالب في شرح روض الطالب، ط 1، تحقيق: د محمد محمد تامر، عدد الأجزاء 4، دار الكتب العلمية بيروت، 1422هـ، 2000 م، ج 2، ص 219.

– علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي (ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط 1، دار إحياء التراث العربي بيروت ـ لبنان، ج 5، ص 194.

[5] – محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من اسرار منتهى الأخبار، تحقيق: أبو معاذ طارق عوض الدين محمد، عدد الأجزاء 12، دار ابن عفان ، القاهرة، مصر، ج 7، باب الصلح، ص 84.

[6] – سنن أبي داود، كتاب القضاء، رقم الحديث 3635، ص 652.

[7] – سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، رقم الحديث: 2332، ص 400.

أي وكأنّه قال لا يضر أحد ابتداءً، ولا يضره وإن ضره فليصبر[1]، وفسَّره البعض بأنه لا يلزم أحد الصبر على الضرر[2]، وقيل أنّ الضّرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة[3]، وعليه فإنّ الزيادة في المبنى هي زيادة في المعنى، وقال بعضهم أنّ الضرار هو الذي يأتيه كلا الجاران بعكس الضرر وهو الصادر عن أحدهما، وأن الضرر ابتداء الفعل أمّا الضرار فهو الجزاء عليه[4]، وللضرر أقسام عدة على اختلاف اعتباراته أوردها الدكتور حسني خيري طه بصدد البنيان[5] :

- فباعتبار الشمول ينقسم إلى عام يقع على جميع أو أغلب أفراد المجتمع، وخاص يقع على فرد أو طائفة محددة منهم.
- أمّا باعتبار المشروعية فينقسم إلى ضرر مشروع لا يحرم إيقاعه بالمكلف، وآخر غير مشروع وهو المنهي عنه لرجحان المفسدة فيه.
- أمّا باعتبار محله فينقسم إلى ضرر مادي يقع على شيء محسوس، كالجسم والمال، وضرر آخر معنوي يقع على المشاعر والأحاسيس الإنسانية.

غير أنَّ العديد من الدّراسات الحديثة اهتمت بتكييف الضرر على نوعين: ضرر مألوف يُتَغاضى عنه، وضرر غير مألوف يبلغ حدا من الجسامة بحيث لا يُحْتمل ولا يمكن السكوت عنه،

---

[1] – أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، د ط، تحقيق سالم محمد عطا– محمد علي معوض، عدد الأجزاء 9، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 8، باب القضاء بالمرفق، ص 190.

[2] – برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم المعروف بابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام، تخريج وتعليق: الشيخ جمال مرعثلي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1416 هـ/ 1995 م، ج 2، فصل في نفي الضرر و سد الذرائع، ص 277.

[3] – أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، و هو شرح لأرجوزة الحكام، د 1، ضبط و تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، عدد الأجزاء 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ/ 1998 م، ج 2، ص 557.

– أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 59.

[4] – مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي الأشري، ط 1، دار ابن الجوزي ، المملكة العربية السعودية، 1421 هـ/ 2001م، مادة" ضرر "، ص 542.

[5] – حسني خيري طه، مقاصد الشريعة و تفعيلها في فقه العمارة (نوازل ضرر البنيان في كتاب المعيار للونشريسي انموذجاً)، ص 126.

ويلجأ إلى القضاء لدفعه حسب ما جاء في غالبية الدِّراسات الحديثة، كونه أهم رادع يتجلى أثره على الواقع و بحلول وقائية هو الوازع الديني والخلقي، لِمَا له من دور هام في منع الضرر ابتداءً على سبيل الوقاية، هذا ما يورده الفقهاء بقولهم:" يلزم دَيّانة لا قضاءً"[1]، أو كقولهم "يمنع ولا يُقضى به "أو كقولهم: " لا يُقضى به على من أباه"[2].

وغالبا ما يكون الكلام عن الضرر في البنيان أو التعمير، عندما يقترن بالمشاحة ولا مناص من منعه إلاّ قضاءً لتجاوزه الحد المألوف ممّا يمكن التجاوز فيه والسكوت عنه، لكننا هنا بصدد بيان ذلك الذي ينطلق من نظرة ذاتية، بُغية تحقيق غاية دينية خُلقية من باب حسن الجوار وبره، الذي أوصى به المصطفى عليه الصلاة والسلام، فعن عائشة رضي الله عنها أنّه قال:" مَازَالَ جِبْرِيلُ يُوصِينِي بِالجَارْ حَتَى ظَنَنْتُ أَنَّهُ سَيُوَرِثُهُ"[3]، كما يُمْتنع عن الإضرار بالغير هنا تنزهاً و تورعاً عن أكل أموال النّاس بغير حق، هذا لأن الغلو في المباحات مطية إلى المحظورات مصداقا لقوله صلى الله عليه و سلّم:" لاَ يَحِلُّ مَالُ اِمْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ"[4]، ولا يستفاد من الحديث حقيقة عدم أكل أموال النّاس فقط، وإلاّ فإن هذا يصدق حصرا على الغصب وما شاكله من أساليب الاحتيال في الاستبداد والانتفاع بأموال الغير، بل يتعداه إلى أكثر من ذلك بتقليص منفعته أو الحد من حريته في الاستبداد والتصرف في ماله الخاص، كالبناء بموقع لا تدعو الضرورة صاحب الأرض إلى بنائه، خاصة إذا كان يُخْشى تعاظم ضرر هذا البناء بسد ريح أو ضوء عن منافع الغير أو تضييق حق المرور المُكتسب لجاره،

---

[1] – محمد أمين الشهيد المعروف بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 11، باب الدعاوى، ص 68.

[2] – الشيخ محمد الأمير، الإكليل في شرح مختصر خليل، تصحيح و تعليق: أبو الفضل عبد الله الصديق الغماري، د ط، د سنة ط، مكتبة القاهرة، مصر، ص 358.

[3] – أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم و سننه و أيامه، شرح و تصحيح و تحقيق: محب الدين الخطيب، ط 1، 1400هـ، المطبعة السلفية و مكتبتها، الروضة، القاهرة، عدد الأجزاء 4، ج 4، كتاب الأدب، رقم الحديث 6014، ص 94.

[4] – أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424 هـ/ 2004 م، عدد الأجزاء 11، ج 6، كتاب الغصب، رقم الحديث: 11545، ص 166.

إلاّ أن يكون هذا عن تراضٍ من الجارين، لأن المسلم ممنوع من الإضرار بالغير حتى ولو بالنية والقصد[1]، ولعله المقصود في الشق الأول من حديث الضرر، في قوله صلى الله عليه وسلم:" لاَ ضَرَرَ"، أي ارتداع ذاتي عن إيقاعه بالغير، حيث ورد في النوادر و الزيادات :" عن ابن نافع عن مالك في المجموعة فيمن له ممر في حائط لرجل إلى مال له، ورأى ذلك الحائط، ولم يكن الحائط محظَّرا، فأراد ربّه تحظيره وأن يجعل عليه بابا، قال: ليس له ذلك إلاّ برضا صاحب الممر فيه لأنه إذا جعل هكذا لم يدخل صاحب الممر متى شاء، وقد يأتي ليلاً فلا يفتح له، ويقال لا تُفتح في مثل هذه الساعة لأحد، وإذا كان مطراً لم يقعد ينتظر صاحب الطريق فما أرى ذلك إلاّ برضا صاحب الممر.

قال: ولو حظر على الحائط حظيرة، ولم يجعل عليه باباً يغلق؟، قال: إذا حظر وجعل له بابا يدخل منه ويخرج ولا يُغْلق فيوشك أن يأتي من له الممر فيه، فإذا رأى الحائط محظّرا لم يمرَّ وقد يطول هذا ويتشاحن هذا، و يجعل على ذلك الباب بابا، و يصير صاحب الممر يُكلف البينة على الممر"[2].

فلو استقرأنا هذا النّص لأعرب لنا عن مجموعة من القواعد المُكرسة لمبدأ منع الضرر ابتداءً وانطلاقاً من التزام خُلقي وقائي يراعى فيه تغير حال النّاس، لمّا كان تحظير الحوائط في أصل وجودها تردع أصحاب النفوس التقية في الأصل، حتى وإنْ تقرر لهم حق على هذه الحوائط من باب الارتفاق من مجرى ومرور ومسيل، إضافة إلى أن البناء بهذا الشكل خاصة إذا لم تكن له ضرورة مُلِّحة فوجوده بهذا الشكل يفضي إلى تصادم الحقوق فيما تغلب فيه المشاحة بين النّاس، ويقل فيه مبدأ البذل والعطاء خاصة إذا تقررت بعامل الزّمن.

الفرع الثاني: الضوابط القضائية لعملية التعمير

تتمحور الضوابط التي تتقرر قضاءً بمنع الضرر في جميع أوجهه في مسائل التعمير ابتداءً ويقضى به إذا أصّر مُحْدِثه على بقائه، ممّا يعني أن هذه الضوابط لا تتقرر إلاّ في حالة وقوع ضرر جسيم لا

[1] – ابن جزي، القوانين الفقهية، ط جديدة، دار الفكر، بيروت، لبنان ، 1430 هـ/ 2009 م، ص 291.
[2] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات ، مجلد 11، ص 57– 58.

يمكن التساهل فيه، وهذا نظراً لمساسه بحق أو مصلحة مقررة على الوجه المشروع، وإذا وضعنا في الحسبان أن كل عملية بناء جديدة لها أثرها على أرض الواقع، بحيث تصطدم غالباً قدسية وسلطان حق الملكية بقيد عدم الإضرار بالغير، وليس المقصود هنا عموم الضرر، وإنّما طائفة منها فقط تُسمى بالأضرار غير المألوفة والتي تباينت آراء الفقهاء في تحديدها وهذا ما يتجلى من خلال التسمية "الضرر غير المألوف" التي يغلب عليها خاصية مرونة معاييره والمتراوحة بين معايير شخصية وأخرى موضوعية، لأنّ نفس الضرر قد يكون مألوفا تحت ظروف معينة بينما لا يمكن اعتباره كذلك في غيره من الظروف، وهذا يرجع إلى طبيعة الغرض الذي رصد له البناء في بادئ إنشائه.

ويُعَرَّف بأنّه:" الضرر الفاحش هو ما يكون سببا للهدم، وما يوهن البناء سبب له، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، ويمنع الحوائج الأصلية، أي المنافع المقصودة من البناء"[1]، ويتقرر هذا القيد ليطال التصرف كأوسع سلطة من السلطات التي يمنحها حق الملكية استناداً لقوله صلى الله عليه و سلم: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارْ"، بمعنى أنّ حرية التصرف في الملك ليست مبرراً للإضرار بالغير، ولعلها المقصود في الشق الثاني من الحديث "لا ضرار"، والذي يكون بناءً على الغلو في المشاحة بما يحول دون الطابع الاجتماعي الذي جُبل عليه الإنسان، حيث جاء في المادة 58 من مرشد الحيران: "إذا تعلق حق الغير بالملك فليس للمالك أن يتصرف فيه تصرفا مضراً إلاّ بإذن صاحب الحق"[2]، أمّا مجلة الأحكام العدلية في المادة 1199: "كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء بأن يجلب له وهناً أو يكون سببا في انهدامه"[3]، بمعنى أن الضرر المتقرر قضاءً يجب أن يحمل جملة من المعايير ليُتعتبر كذلك بالنسبة للعقارات المتجاورة، أضف إلى ذلك أن جملة من هذه الضوابط تتقرر حتى حال عدم تمحض الضرر بشخص على وجه التحديد، كما في حالة زيادته عما

[1] – محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط 2 ، 1308 هـ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، المادة 59 ص 11.

[2] – محمد قدري باشا، مرشد الحيران ، ص 11.

[3] – علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط خاصة، 1423هـ/2003 م، مجلد 3، ص 62.

يتحمله الجيران عادة عن بعضهم البعض، أو بأن يصيب العامة بالتضييق عليهم في سكناهم أو مرورهم أو قطع منافع عقاراتهم بالكامل أو الانتقاص منها[1]، وأحيانا تتقرر قيود بناءً على اعتبارات تقدرها المصالح المختصة من باب رؤية استراتجية في المحافظة على مصلحة عامة، أو إرث ثقافي ضارب في عمق التاريخ، أو حماية للبيئة بما يجب أن يعكس البعد الحضاري والإنساني للمجتمع، وكلها تُكَيف فقهاً على أنّها من باب السياسة الشرعية[2]، ومن شروط هذا الضرر أن يكون محقق الوقوع في الحال أو المآل[3]، وأن لا يقترن بالتعدي بمعنى أنّه يكون ناشئ عن الاستعمال العادي والمشروع (أحقية التصرف في الملك) وإلاّ اعتبر من باب التعسف في استعمال الحق، وهذا ما يستدعي الوقوف على معايير اعتبار الضرر، ثم تكييف المشرع لها.

الفقرة الأولى: معايير اعتبار الضرر المتقرر قضاءً

من جملة الضوابط التي تُراعى في اعتبار الضرر وتقديره بأنّه قد جاوز الحد الذي يُمكن تحمله، حسبما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/691 القانون المدني: "وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار غير المألوفة، غير أنّه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخرين، والغرض الذي خصصت له"، بمعنى أن معايير اعتبار الضرر في التشريع الجزائري ليس صنفا واحداً كما كرسته آراء فقهاء الشريعة.

[1] – ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 292.

[2] – خالد عزب، السياسة الشرعية وفقه العمارة (الحدود الفاصلة و المشتركة)، مجلة مراصد 16، مكتبة الاسكندرية

[3] – أبو بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الاندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ط1، تحقيق محمد عبد السلام محمد، دار الأفاق العربية، القاهرة، 1432هـ/ 2011 م، باب الضرر وسائر الجنايات، ص 103.

– شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 17، ص 91.

أولاً– العرف: العرف بصفة عامة هو: "ما استقر في النّفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[1]، أمّا في مجال البنيان فيقصد به ما اعتاد النّاس على تكيفه واعتباره ضرراً لا يُمكن السكوت عنه، وللعرف دور كبير في إخراج تكييف معيار عدم الأُلْفَة بمعيار شخصي، خاصة وأنّه الجانب الغالب بالنظر إلى التسمية، فيضفي عليه نوعا من الموضوعية، بمعنى أنّ الضرر غير المألوف هو ما اتفق عليه مجموع الناس بأنّه كذلك[2]، أو ما جرى به العمل[3] وتقرر بعامل الزمن، سواء بعرفٍ خاص أو عام، ويراعى في ذلك الحضر والبدو والمدن والأرياف والقرى.

ثانيا– مواقع العقارات: يقصد بمواقع العقارات بالنسبة لبعضها البعض من حيث المسافات الفاصلة بينها بما من شأنه أن يزيل الضرر، إذ لا يمكن إحداث بناء عالٍ من شأنه أن يُتكشف منه على خصوصيات الآخرين، أو إقامة بناء نفعي في محيط سكني يبعث نتن الريح كعمل الدباغ، أو زيادة ضوضاء ينتهك الهدوء كعمل الرحى، أو إحداث حانوت أو فندق يكثر تردد الناس عليه في زقاق غير نافذ[4]، كما أنّ مواقع العقارات لا تتكرس فقط في حالة الجوار الأفقي، أو العقارات السكنية الفردية، بل يتعدى إلى حالة الجوار الرأسي كما هو شأن العقارات المبنية المشتركة، أو ما يعرف بملكية الطوابق والشقق أو العمارات، وهي أنماط أملتها ظروف الحياة العصرية لشُح العقار، والتي تستند في تأصيلها إلى أحكام العلو والسفل في الفقه الإسلامي، وتجدر الإشارة أنّ الضرر الواجب منعه ليس المتعلق بالخاصة من الناس فقط كالجيران، بل يتعدي إلى عقارات الملك العام المرصودة للمنفعة العامة،

---

[1] – الجرجاني، التعريفات ، ص 149.

– زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر، وبحاشيته نزهة النواظر على الأشباه والنظائر، للمحقق: محمد أمين ابن عمر المعرف بابن عابدين ، ص 101.

– عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوتة، العرف حجيته وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة –دراسة نظرية تأصيلية–، ط 1، المكتبة المكية، مكة المكرمة، السعودية، 1418 هـ/ 1997 م، ج 1، ص 93.

[2] – و هو المقصود في التعريف بعبارة: "جهة العقول السليمة" بحيث يخرج من ذلك ما وقع من باب الأهواء، أو التعسف.

[3] – عبد الكبير العلوي المدغري، ما جرى به العمل نموذج من تراثنا القضائي، مخطوط القصر الملكي العام ، الرباط، ص 38.

[4] – منصور بن يونس ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، ط 1، عدد الأجزاء 4، دار عالم الكتب، بيروت لبنان، 1417 هـ/ 1997 م، ج 3، ص 115.

سواء كانت مبنية كالمساجد والمشافي والمدارس...، أو مهيأة حسب طبيعة الانتفاع كمساحات التنزه والطرقات.

ثالثا– الغرض الذي رصد له العقار: هذا الضابط نص عليه المشرع الجزائري إضافة إلى معيار طبيعة العقارات، لكن المشرع أوردهما بصيغة عطف أحدهما على الآخر، وكأنّهما معيارين مختلفين عن بعضهما البعض، وهذا ربما لأن المشرع نقل النّص حرفيا من المشرع المصري في المادة 807 قانون مدني، إلاّ أنّ الفصل بينها كمعيارين متميزين عن بعضهما البعض، لم يرد له مبرر مقنع لدى شُرَّاح القانون[1]، بحيث كُيِّف أحدهما من ناحية أحكام العلو والسفل (أحكام المساطحة)، والآخر بحسب نوع المباني بأن أُعدت للسكن أو للانتفاع، أي أنّ العقارات المعدة للانتفاع السكني تحتاج نوعا من الهدوء والسكينة، بعكس تلك الأبنية المعدة للانتفاع التي كثيراً ما يكثر بها ضرر الأصوات الذي تنتجه الآلات المستخدمة في طبيعة الأشغال، وأيضا ضرر الروائح التي قد تنبعث منها، وفي الحقيقة ما هذا المعيار إلاّ تكريس فعلي للموضوعية بالنسبة لمعيار عدم أُلفة الضرر.

الفقرة الثانية: تكييف المشرع الجزائري لهذه الضوابط

أما بالنسبة لهذه الضوابط في التشريع الجزائري فقد كانت مكرسة تقريبا في المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 مؤرخ في 14 ذي القعدة1411 هـ موافق لـ 28 مايو 1991م المتعلق بالقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، ومن خلاله يتضح أن هذه الضوابط على نوعين، الأولى مقررة لمصلحة البناء، والأخرى مقررة لمصلحة العقارات المجاورة، وهذا بالنظر إلى الاستراتيجية المتبناة في الطابع المعماري الحديث من خلال اعتمادها على نظام الأبنية المشتركة أو العمارات.

[1] – السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 699.

– مثنى محمد، مسؤولية المالك عن مضار الجوار في القانون المدني العراقي، مقال منشور بمجلة كلية التراث الجامعة، العراق، العدد 7، ص 132.

أولا: ضوابط مقررة لمصلحة البناء

تتجلى هذه الضوابط غالبا بالنسبة للأبنية ذات الاستعمال السكني، وهذا لنفي الضرر عنها في الحال والمآل، حيث نصت المادة 3 من المرسوم المذكور أعلاه: "إذا كان البناء أو التهيئة مقررة في أرضية معرضة للأخطار الطبيعية مثل الفيضانات والانجراف وانخفاض التربة وانزلاقها والزلازل والجرف، يمكن رفض رخصة البناء أو التجزئة، أو منحها بالشروط الخاصة التي تتطلبها القوانين والتنظيمات المعمول بها"، وهذا النوع من القيود فيه نفي لضرر قد يحيق بالمبنى بفعل عوامل طبيعية لا يد للإنسان فيها، إلاّ إذا اتخذ الباني الاحترازات القبلية والمضادة أو التي من شأنها التخفيف من آثار هذه الأخطار، بما يزيد من متانة وصلابة البناء ويلائم طبيعة الأرض التي سيقام عليها البناء، وهذا باستشارة ومراقبة ومتابعة أهل الاختصاص من مهندسين ومستشارين فنيين، وأيضاً نصت المادة 4 من ذات المرسوم:" إذا كانت البناءات نظراً لموقعها يمكن أن تتعرض لأخطار جسيمة، يتسبب فيها الضجيج على الخصوص، يمكن رفض رخصة البناء، أو منحها مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة في القوانين و التنظيمات المعمول بها"، و هذا يعني التصدي الضرر قبل الترخيص بإقامة البناء، وتم أيضاً تكريس ذلك جليا في القانون 04- 20 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004، المتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة[1].

ثانيا: ضوابط مقررة لمصلحة الغير

الغير هنا لا يُقصد به شخص طبيعي أو معنوي على وجه التحديد، إنما يتوسع حسب المصلحة المراد تحقيقها من قيود البناء، والتي من شأنها أن تفضي رفض رخصة البناء أو التجزئة جملة وتفصيلاً، بما يناسب درجة الخطورة، أو أن تُقبل شريطة اتخاذ التدابير الاحترازية لذلك، كما قد يراعي

[1] – جريدة رسمية، عدد 84 لسنة 2004.

في المصلحة حفظ البيئة[1]، وربما قد يراعى فيها حفظ التراث الضارب في عمق التاريخ[2]، والذي من شأنه أن يعكس ثقافة وعراقة وأصالة منطقة أو هوية مجتمع، ربما حفظ شواهد تاريخية لأحداث هامة، بل أنّ للمشرع الجزائري تدابير احترازية تتعلق بمحيط حقل رؤية على مسافة معينة[3]، وأُضفيت الحماية القانونية أيضاً على المجموعات الريفية أو الحضرية، كالقصبات والقصور والقرى والمجمعات السكنية التقليدية التي تكون مسكونة والمكيفة على أنّها قطاعات محفوظة[4]، وفي بعض الأحيان تتقرر قيود لحفظ الطابع الجمالي للمدن بما يتماشى واحتياجات السكان من شروط ومعايير تقنية تتعلق بالارتفاق كالطرق ومرائب السيارات مثلاً[5].

كما تتقرر هذه الضوابط مراعاة لمصالح اقتصادية، كحماية العقارات الفلاحية، أو السياحة على اختلافها سواء كانت ساحلية[6] أو بغيرها من المناطق ذات الطابع السياحي[7] الذي من شأنه أن يكون له عائدات اقتصادية يراها أهل الاختصاص على أنّها كذلك.

---

[1] – المادة 5، المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 مؤرخ في 14 ذي القعدة1411 هـ موافق لـ 28 مايو 1991م المتعلق بالقواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء.

– قانون رقم 03- 05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424هـ الموافق لـ 19 يونيو 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

– اقلولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، ص 35.

[2] – المادة 7، المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 مؤرخ في 14 ذي القعدة1411 هـ موافق لـ 28 مايو 1991م المتعلق بالقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء.

– القانون 98- 04، المؤرخ في 15 جوان 1998، المتعلق بحماية التراث الثقافي.

[3] – المادة 17 القانون 98- 04، المؤرخ في 15 جوان 1998، المتعلق بحماية التراث الثقافي.

[4] – المادة 41 القانون 98- 04، المؤرخ في 15 جوان 1998، المتعلق بحماية التراث الثقافي.

[5] – المادة 8، المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 مؤرخ في 14 ذي القعدة1411 هـ موافق لـ 28 مايو 1991م المتعلق بالقواعد العامة للتهيئة و التعمير والبناء.

[6] – قانون 02- 02 مؤرخ في 22 ذي القعدة 1422هـ الموافق لـ 05 فبراير 2002، و المتعلق بحماية الساحل وتثمينه.

[7] – القانون 03- 03 المؤرخ في 16 ذي الحجة 1423هـ الموافق لـ 17 فبراير 2003، المتعلق بمناطق التوسع والمناطق السياحية.

المطلب الثاني: أحكام الأرض التي يقام عليها البناء

لو نظرنا إلى الأرض التي يقام عليها البناء، لوجدنا أن الحكم يختلف بالنّظر إلى عدة اعتبارت، خاصة في الفقه الإسلامي، فهناك من قسمها باعتبار الوضع الأمني، أي البناء في دار الحرب ودار السلم أو إلى أراض صلح و أراضي عنوة، وربما إلى أراض مباحة وأرضي محظورة باختلاف نوع وسبب الحظر[1]، سواء لتعلق حق آخر به كحالة الشيوع، أو محل نزاع أو لاعتبار إرادة جارية فيه أصالة كالأوقاف وأماكن النسك، ونفس الأمر يذكر إمّا على سبيل التفصيل أو على سبيل العموم في التشريع الجزائري، لكن هذه الأحكام في مجملها تكون مضبوطة في الغالب بضابط عام ومستوعب لشتات الجزئيات المذكورة وهو الملكية، بمعنى أنّه إمّا أن يقام البناء بأرض مملوكة وهذا هو الأصل، وإمّا أن يقام البناء على أرض الغير وهو استثناء.

الفرع الأول: الأصل (الأرض المملوكة)

بما أن البناء يعتبر من قبيل التصرفات المادية، والذي يعتبر أقوى السلطات التي يمنحها حق الملكية، والأصل أنّه لا يثبت إلاّ لمن ثبتت له صفة الملك، وعليه فإن أي تصرف يأتيه صاحب الملك في أرضه فهو مقرر له بحكم جميع الشرائع الربانية بما فيها الشريعة الإسلامية[2] والقانون[3]، لأن الملكية ثمرة الإحراز[4]، والسلطات المخولة على حق الملكية غايتها في جميع أوجهه على اختلافها، وهذا هو الأصل في مقتضى الشمولية والتمكين من الانتفاع بسلطان الشارع[5] كأهم الخصائص لحق الملكية،

---

[1] – أحمد محمد سعيد السعدي، أحكام العمران في الفقه الإسلامي، ص- ص 101 – 142.

[2] – على الخفيف، الملكية في الشريعة الاسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي مدينة نصر، 1416هـ/ 1996 م، ص 48.

[3] – حسب نص المادة 677/ 1 قانون مدني:" لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلاّ في الأحوال و الشروط المنصوص عليها في القانون، غير أنّ للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل".

[4] – أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الفقه الاسلامي، ص 74.

[5] – شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي القرافي، الفروق، ج 3، الفرق 180، ص 190.

غير أنّه ورغم الاعتراف بهذه الخصائص لحق الملكية والامتيازات الممنوحة لصاحبه، إلاّ أن ذلك لا ينفي عنها الدّور الاجتماعي، لكونها حق اجتماعي قبل أن يكون حق فردي، وهذا على اختلاف فلسفة التشريعات في إقرارها بين مضيق وموسع[1]، ويتجلى هذا الدّور من خلال جملة من القيود المقررة عليه إمّا لصالح الخواص أو لاعتبارات يقتضيها النظام العام، وعلى أساسها قد يمنع صاحب البناء من بناء منشأة في أرضه أو فرض قيود على هذه المنشأة.

أمّا بالنسبة للقيود المقررة لمصلحة الخواص فتتعلق بالأساس في منع الضرر عنهم، بأن يحول دون انتفاعهم بعقاراتهم المجاورة على الوجه المشروع، كتعلية البناء بحيث يمنع الحوائج الضرورية عن عقاراتهم المجاورة من ضوء وهواء، أو تعطيل منفعتها كبيت نار وسط حوانيت العطارين، وهذا بدوره كقيد لحرية صاحب الأرض في بنائها وإن حملت وجها من الضرر على العقارات المجاورة نظراً لتباين وجه الانتفاع بها من طرف المالكين المجاورين له، وهذا ما قال به جمهور فقهاء المالكية كابن حبيب وابن القاسم، وقول العتبي عن ابن عاصم، حيث جاء في كتاب الجدار: "وقال ابن حبيب: سألت أصبغ عن أرض لرجل في وسط أرضين لقوم ينتجعها بالحرث والحصاد على فدان من لم يحرث فدانه لتلك السنة، فأراد أن يتخذ بنيانا في أرضه تلك، فمنعه أصحاب الفدادين المحيطة به وقالوا يطرق علينا ويضرّ بنا في فداديننا إذا نحن حرثنا. هل يُمنع وما أراد من البناء في أرضه؟. قال: لا يمنع من ذلك وهو يمر إلى أرضه من حيث كان يمرُّ مرة من هذه الأرض إذا لم تزرع، ومرة على هذه الأخرى إذا زرعت تلك ، ويُمنع من أن يضرَّ بالقوم في زروعهم. قال: قلت: فإن أراد كل رجل ممن حوله أن يغلق على أرضه ببنيان أو تحضير بستان، كيف يصنع صاحب الأرض المتوسطة؟. قال يُمنع القوم ممّا ذكرت حتى يجتمعوا على ممرٍ يتركونه من أرض من شاء منهم، فكذلك على من كان هذا المتوسط يختلف على أرضه إلى أرض نفسه. قلت: فإن اختلفوا في هذا الممر؟. فقال المتوسط لهم: أتركوا لي ممرا واسعا

– بحيث يتجلى هذا من خلال تعريفه للملكية: "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة، يقضي تمكين من يُضاف إليه انتفاعه بالمملوك، والعوض عنه من حيث هو كذلك".

[1] – على الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ص 13.

يحملني وماشيتي وجميع حوائجي، و أَبَى القوم من ذلك، فقال لي يحكم عليهم بمثل الممر الذي كان له في أرضهم من قبل البنيان، منه على كمال ...، وكذلك إذا أراد هو البنيان وحده، ولم يريدوا هم بنيان أرضهم وتركوها للحرث والزرع كما كانت، واحتاج من المنافع في دخوله إلى أرضه وخروجه منها إلى أكثر ممّا كان يحتاج أولا، إذا كان يختلف إليها للحرث فقط، فإنه يُمنع من البنيان لأن هذا استحقاق لأكثر من حقه"[1].

فمن خلال استقراء ما جاء في هذه النازلة يمكن أن نستشف بأن لصاحب الأرض الحق في التصرف في أرضه بالوجه الذي يراه مناسباً، حتى وإن اختلف أعراض العقارات المجاورة، كأن يُرصد المتوسط منها للبناء، ويستغل المجاورين لأرضه عقاراتهم للزراعة والحرث، فهذا لا ضير فيه بشرط عدم تقصد الإضرار بهم، وأن لا يبالغ في حرية التصرف بالبناء، وله عليهم حق الممر كأحد حقوق الارتفاق الناجمة عن انحصار عقاره، على أقصر السبل وأقلها تكلفة، وبالوجه المعهود قبل الانتفاع، حتى لو كان التردد إلى البناء أكثر من الزرع.

أمّا عن القيود المقررة لمصلحة العامة فإمّا أن تتعلق بحقوق الارتفاق كالبناء في الطريق بحيث يفضي ذلك إلى قطعها بالكلية أو الانتقاص منها بما ينغص على المارة انتفاعهم بها وللشريعة الغراء أحكام مفصلة في هذا الباب سيأتي بيانها[2]، وربما لاعتبارات أخرى يسمح بغيرها من أنواع التصرف والانتفاع عدا البناء وهذا لكونه يشكل خطورة عليه[3]، ويحول دون اعتبارات أخرى لا تتماشى مع الاستراتيجية التي تراها السلطات المعنية أنّها كذلك، وتخدم مصالح على الصعيد الاقتصادي والثقافي والاجتماعي، المكفولة بأحكام القانون 90-29 مؤرخ في 14جمادى الأولى 1411هـ الموافق لـ 1

[1] – عيسى ابن موسى التطيلي، كتاب الجدار، ص 294.

[2] – سنتناول هذه الأحكام بالتفصيل في بيان أحكام الضرر الواجب درؤه في الفقه الاسلامي.

[3] – مثل البناء على أرض هي عرضة لانزاق التربة، وفي أمكان عرضة لأن تغمر بالمياه، و على أساسها يمكن رفض رخصة البناء حسب ما تقضي به المادة 4 المرسوم التنفيذي 91- 175 مؤرخ في 14 ذي القعدة 1411هـ الموافق لـ 28 مايو 1991.

ديسمبر1990 يتعلق بالتهيئة والتعمير، معدل ومتمم بالقانون 04- 05 مؤرخ 14 عشت 2004.

الفرع الثاني: الاستثناء (البناء في أرض الغير)

يقصد بالغير كل من لم يثبت له حق الملكية في الأرض المراد شغلها بالبناء[1]، بغض النّظر عن غرضه من المبنى سواء كان موجه للانتفاع أو للسكن، وتحديدنا للغير بهذا المفهوم إنّما ليستوعب كل تصرف بالبناء في عقار لم تثبت ملكيته للمُتصرف، لأن هذا التصرف ينتج عن عدة اعتبارات، إمّا لعامل القرابة الذي يَحُد من المشاحة كمن يبني في أرض زوجته[2]، أو ينتج ذلك عن حالة الالتصاق بحيث لا يستقيم البناء وفق الضوابط التقنية المقررة في عملية البناء إلاّ باقتطاع جزء من أرض الجار، إمّا عن حسن نِيَّةٍ أو عن سوء نية[3]، أو أن يكون عنصر التعدي واضحا في حال انتفاء الأسباب السابقة كالغصب مثلاً، وربما يكون البناء بناءً على المبالغة في تصرف قانوني سابق، كبناء أرض مستأجرة أو مُعارة، وفي كل الأحوال المذكورة فإن هذا الوضع يصطدم بمصالح متعارضة في حال إرادة رد الحقوق إلى أصحابها، لأنه ومن الناحية العملية نصطدم بحق صاحب الأرض في المطالبة بحقه[4]، خاصة وأن القانون المدني يَسْتصحب قرينة الأصل للتصرف في الملك بحيث جعل كل منشأة أقيمت

---

[1] – لم نجد فيما بحثنا تحديدا للمقصود بالغير، وهذا ربما لكون الأمر ليس بالغ الأهمية من الناحية العلمية، خاصة و أنّه يُكيف ابتداء في باب التعدي، لكن حقيقة الأمر أن الأثر يختلف بحسب طبيعة شخص الغير، المُعْتَدى على ملكيته، خاصة وأنّ نظام الدولة الحديث يلغي مسمى الأرض المباحة.

[2] – عبد الملك ابن حبيب ابن سليمان الأندلسي القرطبي المالكي، الأحكام، تحقيق د: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط 1، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، قطر، 1435هـ / 2014 م، ص 75.

[3] – ننبه بأن الأصل في كل هذه الحالات هو استصحاب قرينة براءة الذمة، حسن النية في جميع الأحوال ما لم يتبين العكس، وهذا أصلٌ ثابت في الفقه الإسلامي، وأقره المشرع الجزائري في نصوص عديدة من القانون المدني: المواد 785، 824 ، 825.

[4] – حيث قال الإمام ابن حارث:" ليس لأحد أن يحدث في ملك قوم حدثا، ولا يُسَوَغ من أجل أنّه لا ضرر فيه، بل يُقطع ضرراً كان أو غير ضرر".

– أبو العباس العباس أحمد ابن يحي الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، تحقيق جماعة من الفقهاء بإشراف د. محمد حجي، د ط، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، المغرب، 1401هـ/ 1981م. ج9، ص 55.

على أرض فهي لصاحب الأرض[1]، ما لم يَتَبين عكس ذلك بموجب القانون أو الاتفاق، وهذا ما أقره المشرع الجزائري من خلال نص المادة 3/675 قانون مدني:" ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو تحتها"، هنا يجب التنويه أنّه قد يتدخل القانون ليمنع تملك بعض ما على سطح الأرض لأسباب تقتضيها المصلحة العامة، أو أن يكون سبب انفصال الملكية راجعا إلى الاتفاق كمن استأجر أرضا ليشغلها ببعض التصرفات المادية مدة من الزمن، بحيث لا تحول تلك التصرفات دون ملكية الأرض، وأمام كل هذه الفروض والمعطيات؛ ما الحلول التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية حيالها، وما موقف المشرع الجزائري منها؟.

سنجيب عن هذا التساؤل باعتماد معيار الشخص الطبيعي والاعتباري[2]، أي الأرض التي تكون غير مملوكة لأشخاص طبيعيين، والأرض لم يتم الاختصاص بها.

الفقرة الأولى: الأرض غير المملوكة

أولا– في الفقه الإسلامي: يقصد بالأراضي المباحة التي لم تعمر قط[3]، أو التي سلمت من الاختصاص،[4] ولا مالك لها ولم يستأثر بها أحد بعمل من أعمال العمارة كالغرس والبناء والتحجير،

---

[1] – المادة 782 قانون مدني:" كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى تعتبر من عمل صاحب الأرض، وأقامه على نفقته، ويكون مملوكا له".

[2] – و هي عبارة عن حيلة قانونية اعتمدها معظم التشريعات الحديثة لأنه نجاعتها في الواقع، خاصة فيما يتعلق بالمحافظة الأملاك التي يشترك في الجميع، وليس لأحد الاستئثار بها.

[3] – شمس الدين بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي، اعتناء: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ/ 1997 م، ج 2، باب إحياء الموات، ص 474.

– محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار في شرح منتهى الأخبار، قدم واعتنى وخرج أحاديثه: رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، لبنان، دون ط، 2004م ، باب إحياء الموات، ص 1081.

[4] – محمد بن أحمد بن غازي العثماني، شفاء الغليل في شرح مختصر خليل، تحقيق د: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للطباعة والنشر و الدراسات، مصر، ط1، 1429هـ/ 2008م، ج 2، ص 953.

أو تلك التي كانت معمورة و اِندرست عنها آثار العمارة[1]، والمكيفة على أنها من أملاك الدولة وفق التشريع الجزائري، غير أنّه يجب التمييز بين ما خرج عن الاختصاص بمطلقه كالأراضي الموات، وبين ما سلم من الاختصاص لاشتراك العامة في منفعته، كالطرق والساحات العامة.

أمّا الأرض الموات التي ليست من مرافق البلد[2]، فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز عمارتها بالبناء الحرث والغرس وغيرها، بل إن بعضهم من رأى بندب إحيائها والترغيب فيه[3]، وهذا لاندراجه تحت رؤية مقاصدية متمثلة في خلافة الأرض بعمارتها[4]، وهذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: " مَنْ أَحْيَاَ أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَه، وَ لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَق"[5]، وعن سمرة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال:" مَنْ أَحَاطَ حَائِطاً عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ"[6]، إذن فالتملك بالإحياء أمر متفق عليه بناءً على الحديثين المذكورين في هذا الشأن لدى الفقهاء، لكنهم اختلفوا في شرط الإذن المسبق من إمام الرعية على ثلاثة أراء.

الرأي الأول: ذهب إلى جواز الإحياء من دون إذن الإمام بدليل عموم النص والترغيب بالإحياء، وهو رأي جمهور فقهاء الشافعية متى كان مسلماً[7]، وكذلك الحنابلة[1]، وأصل قولهم ما ورد

---

[1] – خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، تحقيق أحمد حاد، دار الحديث، القاهرة، د ط، 1426هـ/ 2005م، باب إحياء الموات، ص 211.

[2] – هي تلك المناطق غير المملوكة، والقريبة من مناطق العمران، بحيث يستعملها الناس للاحتطاب والرعي وغيرها ممّا فيه منافعهم، بحيث يشترك عامة المجتمع في منفعتها، دون أن يحق لأي منهم التصرف فيها.

[3] – أحمد محمد سعيد السعدي، أحكام العمران في الفقه الإسلامي، ص 106.

[4] – حسني خيري طه، مقاصد الشريعة و تفعيلها في فقه العمارة، ص 110.

[5] – الموطأ، ج2، كتاب الأقضية، باب القضاء في عمارة الموات، ص 743.

– رواه البخاري، باب إحياء الموات، رقم الحديث 2210، ص

[6] – أبي علي الحسن بن علي بن نصر الطوسي، مختصر الأحكام مستخرج الطوسي على جامع الأحكام، تحقيق : أنيس بن أحمد بن طاهر الأندونوسي مكتبة الغرباء الأثرية – المدينة المنورة، ط1، 1415 هـ، ج 3، ص 30.

[7] – الشافعي، الأم ، كتاب إحياء الموات، ص 660.

– يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين و عمدة المفتين، كتاب إحياء الموات، ص 315.

في الحديث السابق ذكره في سنن البيهقي بباب من أحيا أرضاً فهي له بعطية رسول الله صلى الله عليه و سلم دون السلطان، فعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمن أحيا من موات الأرض شيئا فهو له، وليس لعرق ظالم حق"[2]، وذهبوا في تقسيمهم للموات على قسمين، قسم لم يجر عليه مُلك، ولا وجود لأثر العمارة عليه، وقسم آخر هو ما جرى عليه ملك مالك وآل به الأمر داثراً بحيث صار في حكم المُحَّجر[3]، وهذا يتطلب أحكاماً خاصة يراعى فيها عامل القِدم ومعرفة مالكها الأول، أمّا بالنسبة لأذن الإمام والذي ليس بشرط في الغالب فيجري في أرض الفيء التي تتطلب أحكاما خاصة لما ورد بالسنة التقريرية في إقطاع النبي صلى الله عليه و سلم أرض العقيق لبلال بن الحارث، والتي قال له فيها خليفة المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه في زمنه:" إنّ رسول الله صلى الله عليه و سلم لم يُقطِعك لتحيزه عن النّاس، إنّما أقطعك لتُعمِّر، فخذ منها ما قدرت على عمارته، وردَّ الباقي"[4]، والأمثلة على ذلك كثيرة ممّا قضى به أئمة المسلمين في زمنهم في إقطاعهم لأراضي الفيء[5].

الرأي الثاني: يشترط إذن الإمام في الإحياء مطلقاً، وهذا رأي الأحناف لأن الغالب في تحصيل هذه الأراضي يكون بالغلبة و الفتوحات، و بالتالي فالاختصاص بها يحتاج إلى إذن إمام[6]،

---

[1] – شرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد الهجاوي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع– مختصر المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، شرح العلامة: يونس بن منصور البهوتي، ج 2، باب إحياء الموات ، ص 260.

[2] – السنن الكبرى، للبيهقي، ج 6، باب إحياء الموات، ص 237.

[3] – ابن قدامة المقدسي، المغني ، ج 8، كتاب إحياء الموات، ص 146.

– تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح و زيادات، مع حاشية المنتهى، لعثمان بن أحمد بن سعيد النجدي (الشهير بابن قائد)، تحقيق: د– عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 1419هـ/ 1999 م، ج 3، باب إحياء الموات، ص 269.

[4] – ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، كتاب إحياء الموات، ص 153.

[5] – عبيد القاسم ابن سلام، كتاب الأموال، باب الاقطاع، ص ص 365 – 373.

[6] – أحمد محمد سعيد السعدي، أحكام العمران في الفقه الاسلامي، ص 108.

إضافة إلى حديث : "لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ"[1]، و الحديث معلول السند، و فيه ضعف من حديث معاذ[2]، ولعّل هذا الاستدلال من باب الأخذ بالأحوط لما قد يسفر عنه الإحياء من نزاع، بحيث يعمل الإمام على تحري و قيافة إن كانت الأرض مواتاً، و له في ذلك واسع النّظر في الإذن بإحيائها.

الرأي الثالث: يشترط إذن الإمام فيما قرب من أماكن العمران، واعتاد النّاس على غلبة التشاحح فيه[3]، فبالنسبة لما كان بعيدا عن العمران فحجته عدم اشتراط الإذن هو عموم الحديث السابق، أيْ الجواز ابتداءً من غير إذن الإمام، أمّا ما قرب من أماكن العمارة فإنه يأخذ حكم مرافقها في حاجة النّاس إليه للرعي والاحتطاب والصيد[4] وهو حد القُرْب، لأنّها من حِمى الإمام إذْ يحتاج إليها لرعي إبل الصدقة،[5] وفي إحرازها بالإحياء مضرة بأهل البلد بالتضييق على مرافقهم، حيث قال الناظم:

و افتقر الأحيا للإذن إن قرب ... ... إلاّ في ما شاء به الإمام دب[6]

---

[1] – أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، دار قتيبة (دمشق –بيروت)، ط 1، 1412هـ – 1991م، ج 9، باب إحياء الموات، ص 8.

[2] – جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعى الحنفي، نصب الراية لأحاديث الهداية، مع حاشية: بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تصحيح وإشراف: محمد عوامة، عمل: حسن عبجي، مؤسسة الريان، بيروت، ط 1، 1418هـ/ 1997م، ج 4، كتاب إحياء الموات، رقم الحديث: 7522، ص 290.

[3] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، مجلد 11، ص 210.

[4] – أبي محمد عبد الوهاب بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ/ 1998م، ج2، كتاب الصلح، ص 175.

[5] – أبي محمد بن عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تقديم وتخريج أحاديثه: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، القاهرة، ط 1، 1429هـ/ 2008 م، ج 3، ص 241.

[6] – الشيخ الحاج محمد باي بلعالم، إقامة الحجة بالدليل شرح على نظم ابن بادي لمختصر خليل، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 1428هـ/ 2007 م، ج 4، ص 180.

أمّا لو أحيا ما قَرب من العمران دون إذن الإمام و تبيّن له ذلك، فله واسع النّظر و التقدير في إبقائها لمُحييها أو نزعها منه مع إعطائه القيمة منقوصاً[1]، وهو رأي يوازن الآراء الثلاثة التي سبق ذكرها؛ لكن من ناحية أثر الإحياء.

ثانيا– في التشريع الجزائري: بالنسبة للتشريع الجزائري لا يوجد ما يُسمى بالأرض الموات غير المملوكة، لأن هذا الأخير مع اعترف على غرار باقي القوانين الأخرى بالملكية الخاصة، إلاّ أنّه لم يطلق لها العنان في تحصيلها بحيث كيَّف أن كل الأراضي غير المملوكة للخواص بأنها عبارة عن ملكية تابعة للدولة الجزائرية، تحت مسمى الأملاك الوطنية[2]، ومخرجة إياها عن نطاق تملك الأشخاص لها في جميع الأحوال وبجميع أسباب الملك، بموجب قانون رقم 90- 30 مؤرخ في ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، معدل و متمم بالقانون 08-14 مؤرخ في 20 يوليو 2008م، حيث نصت المادة 1/4: "الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا للحجر، ويخضع تسييرها لأحكام هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في النصوص التشريعية الخاصة.

الأملاك الوطنية الخاصة غير قابلة للتقادم ولا للحجر ماعدا المساهمات المخصصة للمؤسسات العمومية الاقتصادية، و تخضع إدارة الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة والتصرف فيها لأحكام هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في النصوص التشريعية الأخرى"، وهذا يعني أن المشرع الجزائري كيّف الأملاك الوطنية على تصنيفين:

- **أملاك وطنية عامة:** و تكون تابعة للدولة أو الولاية أو البلدية[3]، وتكون عمومية إمّا طبيعية كشواطئ البحر وقعره، والمياه على اختلافها ومجاريها...، أو اصطناعية كالموانئ و السكك الحديدية

[1] – أبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، ج 9، ص 319.

[2] – المادة 3 قانون رقم 90- 30 مؤرخ في ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، معدل ومتمم بالقانون 08-14 مؤرخ في 20 يوليو 2008م

[3] – المادة 2 و 13 قانون الأملاك الوطنية.

والطرق والمنشآت الفنية ...[1]، بحيث أوردها المشرع الجزائري على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وأنّها تخضع إلى ثلاث قواعد متمثلة في عدم القابلية للتملك عن طريق التقادم، ولا تقبل الحجز، كما أنّها غير قابلة للتصرف.

- **أملاك وطنية خاصة:** من خلال نص المادتين 17 و 18 قانون الأملاك الوطنية يتضح أن الأملاك الوطنية الخاصة عبارة عن أملاك تابعة للمجموعة الوطنية، والتي لم تأخذ من الصفات ما يجعلها متميزة عن الملكية الخاصة من منقولات وعقارات، وتكون هي الأخرى تابعة للدولة أو الولاية أو البلدية، بمعنى أنها ليست في منأى عن كل أو بعض السلطات المخولة بموجب الملكية الخاصة، بحيث جعلها المشرع الجزائري قابلة للتملك حيازة، بموجب قانون رقم 83- 18 مؤرخ في 13 أوت 1983م المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، بحسب بُعْد استراتيجي يهدف إلى استصلاح الأراضي الزراعية، بمعنى أنّه يُمكن أن يُصطلح عليه بالإحياء الموجه (إحياء ذو بُعد زراعي)، كما يمكن إن تُوَجَه هذه الأملاك إلى نوع آخر من التصرف وهو إنجاز مشاريع ذات بُعْد استثماري اقتصادي يتماشى مع ما تنحاز الدولة إلى تبنيه من الانفتاح على التغيرات الاقتصادية الحديثة، والذي أقره المشرع الجزائري بموجب الأمر 08-04 المؤرخ في سبتمبر 2008 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية[2]، والتي تكون مُسيرة من طرف أشخاص طبيعية أو اعتبارية (ويسمون أيضا بأشخاص القانون الخاص)، حسب مضمون المادة 3 من الأمر السالف ذكره[3]، الذين تعتمدهم الدولة أو الإدارة لتسيير مرافقها، وفي كلا الحالتين فإن استعمال المشرع الجزائري لهذين النمطين من استغلال الأراضي الموات لا يكون ناقلا

[1] المادتين 15-16 قانون الأملاك الوطنية.

[2] - معدل بالقانون 11-11 مؤرخ في 08 يوليو 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-10 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ومعدل بالأمر رقم 15-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015.

[3] - تغريبت رزيقة، الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 27- 28 أفريل 2011.

للملكية، فرغم أنّه تجاوز حدود الاستعمال والاستغلال، إلاّ أنّه لا يرقى إلى درجة التصرف القانوني الناقل للملكية.

ويبدو أن المشرع في هذه الحالة كان أقرب إلى رأي الفقه الحنفي بشأن إحياء الأرض الموات، غير أن الفقه الحنفي جعل من إذن الإمام ناقلاً لملكية الأرض المُحْياة دون تحديد لوجه عمارتها، بينما جعل المشرع إذن أو ترخيص السلطات المختصة لعقد امتياز اِستصلاح الأراضي الزراعية، أو استثمارها وتسييرها بما ينسجم وقوانين التوجيه العقاري تصرفاً مشروطاً[1] غير ناقل للملكية.

الفقرة الثانية: الأرض المملوكة للغير

الأرض المملوكة هي تلك التي تتواجد بمناطق العمران أو تدخل في حكمه، غير أنّه في مسألة شغْلها بالبناء يجب أن نفرق بين ما كان مملوكاً ملكية عامة وما كانت مملوكة ملكية خاصة، وهذا في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، خاصة أن الإشكال على أرض الواقع لا يتعلق بمرحلة البناء، إنّما يستعصي بالنسبة لمآل البناء بعد إقامته وإلى من تؤول ملكيته.

أولا– ما كان ملكية عامة: ويمكن أن يُصطلح عليه أيضاً بالبناء على المرافق العامة، كالطرق والساحات ...، والتي تقرر حق الانتفاع بها لعامة السكان، دون حق التصرف فيها ببيع أو هبة، بل لا يحق حتى للدولة أو أجهزتها التصرف فيها بمثل ذلك[2]، إلاّ بإيجاد البديل لها عن وجه انتفاع آخر يكون مناسباً يحقق المنفعة العامة، ويؤمر بهدم الأبنية المحدثة فيه من باب السياسة الشرعية.

[1] – الأمر 08-04 المؤرخ في سبتمبر 2008 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية

[2] – أحمد سعيد السعدي، أحكام العمران في الفقه الإسلامي، ص 102.

1- بالنسبة للفقه الإسلامي: أكثر ما حظي باهتمام الفقهاء من بين هذه المرافق هو الطريق العام[1] و باحات المساجد، إذْ شغلهما بالبناء أو التضييق منهما يكون ضرراً جليا ظاهرا للعيان، ولا يمكن أن يخرج بأحكام استثنائية عن الإطار العام للتعدي كونها ملكية للجميع، دون الحاجة إلى بذل الجهد والنّظر في قيافة ذلك، إضافة إلى تشديد النبي صلى الله عليه وسلم في النّهي عن التضييق منها، فعن الحكم بن الحارث السلمي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " مَنْ أَخَذَ مِنْ طَرِيقِ المُسْلِمِينَ شِبْراً جَاءَ بِهِ يَحْمِلُهُ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينْ"[2]، في رواية عند البخاري:" مَنْ ظَلَمَ مِنْ الأَرْضِ شَيْئاً بِغَيْرِ حَقِهِ خُسِفَ طَوَقَهُ سَبْعِ أَرَاضِينْ"[3]، والظاهر أنّ محل النهي هنا ينصرف إلى مخاطبة ذوي النفوس السليمة والضمائر الحيّة، الذين تردعهم القواعد الدينية والخلقية، لكن كيف سيكون الأمر في حال طغى عكس ذلك، والأمثلة من واقعنا المَعِيش لهذه الحالة كثيرة، وهذا ما اختلف فيه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى رأيين في المسألة:

الرأي الأول: هو رأي الجمهور من الأحناف والحنابلة، فكان أكثر كلامهم عن الطريق الخاص، و فصلوه بأحكام تتماشى وطبيعة الدعاوى الموجودة أمامهم[4]، لكنهم أقروا في جميع الأحوال

---

[1] – فرق فقهاء الشريعة بين الطريق الخاص والطريق العام، باعتبار من يمر فيه، فكان خاصاً (السكة الخاصة أو غير النافذة) ما كان منها ممرا لقوم يحصون أي معدودين، في ملكهم الخاص أو مفضي إليه.

– ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 9، باب الحقوق، ص 425.

– ابي زيد القيرواني ، النوادر و الزيادات، مجلد 11، ص 49.

[2] – نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الفكر، بيروت – 1412 هـ، ج 4، باب فيمن غصب أرضا، ص 312.

[3] – صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب من ظلم شيئا من الأرض، رقم الحديث:2452 ، ص193.

[4] – المرجي الثقفي، كتاب الحيطان – أحكام الطرق والسطوح والأبواب ومسيل المياه والحيطان في الفقه الاسلامي–، تحقيق محمد خير رمضان يوسف، دار الفكر المعاصر، بيروت،ط1، 1414هـ/ 1994م ، ص ص 83 – 89.

بمشروعية بقاء الطريق على الحد الذي يكفل لهم الانتفاع الأمثل بها من غير حرج[1]، أو فيما يتعلق بمسألة بناء المسجد على الطريق الواسع[2]، فعن ابن هريرة قال: "قَضَى النَبِيُّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ إِذَا تَشَاجَرْتُمْ فِي الطَرِيقْ الميتاء بِسَبْعَةَ أَذْرُع"[3]، وقال بهذا الرأي جمهور الشافعية وذكر السيوطي رحمه الله : "ما شرع فيه هذه الأيام من هدم الأبنية المحدثة في الشوارع وحريم المساجد هل يجوز أم لا. الجواب: نعم هو جائز بل واجب"[4].

الرأي الثاني: أصحاب هذا الرأي بعض المالكية كابن القاسم وابن وهب وأصبغ[5]، ومتقدمي الشافعية، إلى أن الأصل في البناء بالطريق عموما غير جائز، ودائر في الحكم بين التحريم والكراهة، ابتداءً كما ورد في كتاب الجدار:" قال ابن عبدوس: سئل ابن كنانة عن الأفنية و الأزقة بين الدّور في المدائن و الأسواق و القرى، هل يترك للناس أن يضيقوها و يزيدوا منها في دورهم أو يعمل الرجل بها حانوتا؟، قال: ليس لأحد أن يضيق فناءً ولا زقاقاً، ولا رحبة عن منافع النّاس وربما زادوا بالمدينة الصخرة أو الشيء اليسير فيأمر الإمام بكسره إلاّ أن يزيد الشيء الذي لا يضر بأحد مثل الشيء يفعله في جداره فلا يضر بأحد فيترك وما ينفعه ممّا لا يضر بأحد"[6]، ونخلص أن أصل قولهم هو جواز البناء بالطريق الواسع بشرط عدم الإضرار بالغير، وهو يشبه قول الشافعية في مسألة التضييق من الطريق بإشراع الرواشن أو الأجنحة أو السباط مثلاً، حتى لو كان بناء على صلح وهو جواب الإمام

---

[1] – زين الدين بن إبراهيم ابن محمد المعروف بابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، للأمام عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، و معه الحواشي المسماة: منحة الخالق على البحر الرائق، ضبط وتخريج الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1428هـ/ 1997 م، ج 6، باب الحقوق، ص 229.

[2] – ابن نجيم، الأشباه والنطائر، ص 337.

[3] – صحيح البخاري، ج 2، كتاب المظالم، باب: إذا اختلفوا في الطريق، رقم الحديث 2473، ص 200.

– محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج 5، باب الصلح وإحياء الموات، ص 292.

[4] – أحمد محمد سعيد السعدي، أحكام العمران في الفقه الإسلامي، ص 103، نقلا عن الحاوي للفتاوى للسيوطي، باب إحياء الموات، ج 1، 170.

[5] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، مجلد 11، ص 48 – 49.

[6] – عيسى بن موسى التطيلي، كتاب الجدار، ص 262.

الشافعي رحمه الله: "ولو أشرع جناحا على طريق نافذة فصالحه السلطان أو رجل على ذلك لم يجز ونظر إن كان يضّر ترك ، وإن ضرّ قطع"[1]، غير أنّنا لا نأخذ بهذا الجواب من باب القياس، لأن البناء ليس كإشراع الرّواشن والأجنحة والسباط بالنّظر إلى سهولة وصعوبة قلعه ووضعه، لكن يمكن القياس عليها في بعض أنماط البناء الحديث التي لا تتطلب قدراً من الصعوبة، مثل الهياكل المركبة.

ومن خلال ما اتجهت إليه بعض آراء فقهاء المالكية والشافعية نقول أن هذا الاستثناء يتعلق ببناء قائم في متسعٍ لطريق العام أو فناءٍ لكنه لا يضر بهم، وليس بجواز البناء الابتدائي به، وكأنه استصحاب لأصل بقاء الحال على ما هو عليه.

2- بالنسبة للتشريع الجزائري: أمّا شغل مثل هذه الأماكن من الناحية القانونية بالبناء فلا يثير كثيراً من الحبر، لأن كل عملية بناء تحتاج أولا إلى مجموعة قبلية من الإجراءات الإدارية والتنظيمية، والتي تتم عموما في إطار حق الملكية، وفي غير هذا النطاق يعتبر البناء فوضوياً، وانتهجت الدولة الجزائرية مجموعة من الأساليب ذات البعد الاستراتيجي في القضاء عليه، إمّا عن طريق تسوية الوضعية في إطار مخطط التجزئة[2]، وفق مجموعة من الشروط التي تصب في مجملها بالحفاظ على النظام العام والطابع الجمالي للمدينة، وإمّا بالهدم وترحيل القاطنين له.

ثانيا: البناء على الملكية الخاصة للغير

لما كان الأصل هو عدم حِلِّ مال المرء إلاّ عن طيب نفسه كما سبق الإشارة إلى ذلك، وأن كل تعَدٍ يوجب الضمان طبقا لقواعد رفع الضرر في الفقه الإسلامي لما رُوِيَ عن سمرة بن جندب قال:

[1] – الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح المزني، ج 6، باب الصلح، ص 376.

[2] – المادة 15 من قانون 08- 15 المؤرخ في 20 يوليو 2008، يحدد قواعد مطابقة البنايات، وإتمام انجازها.

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " عَلَى اليَّدِ مَا أَخَذَتْ حَتَى تُؤَدِيَه"[1]، ولعل حديث المصطفى عليه أفضل الصلاة و السلام يُبّين معيار حسن النية عند التعدي، وهذا ما يؤيده حديث عائشة رضي الله عنها قالت، قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:" مَنْ بَنَى فِي رِبَاعِ قَوْمٍ بِإِذْنِهِمْ فَلَهُ القِيمَة، وَ مَنْ بَنَى بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَهُ النَّقْض"[2]، وذهب المشرع الجزائري إلى ذلك في المادة 124 القانون المدني الجزائري الموجب لتعويض الضرر، وذلك كأثر للحماية القانونية التي يحظى بها حق الملكية[3]، وعلى هذا الأساس سوف نعالج مسألة البناء في أرض الغير باعتبار حسن النية من عدمها.

الحالة الأولى– البناء في أرض الغير بحسن نية: يقصد بحسن النية لغة، حسن المقصد والعزيمة في أداء الأمور وشتى الأعمال ببلوغ الوسع في تحصيلها[4]، أمّا في اصطلاح القانون وبالتحديد في البناء بأرض الغير فيقصد به التصرف في ملك الغير، مع انصراف قصده إلى القيام بعمل هو حق له وليس اعتداء[5]، وهذا استناداً إلى نص المادة 824 قانون مدني: "يفرض حسن النية لمن يحوز حقاً وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلاّ إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم"، وينبغي التنويه أن الفقه الإسلامي في اعتبار حسن النية يكون مستبعدا، أي أن كل بناء بأرض الغير محمول على التعدي، ما لم يكن ذلك بأرض موات أو بناء على إذن سابق بالتصرف مبالغ فيه، أو مغلوط التكييف، ربما بناءً لعدم الوضوح والدقة في رسم معالم الحدود، أو الشراء من غير المالك، البناء بشبهة التملك.

---

[1] – أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط 3، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، 1424 هـ/ 2004 م، عدد الأجزاء 11، ج 6، كتاب الغصب، رقم الحديث: 11519، ص 158.

– سنن ابن ماجة، باب العارية، رقم الحديث: 2400، ص 409، وفي الإرواء أنه ضعيف

[2] – الحافظ الكبير علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، ج 05، رقم الحديث: 4599، ص 436.

[3] – من خلال نص المادة 677 قانون مدني:" لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلاّ في الأحوال و الشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل ومنصف".

[4] – محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق : د. محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر ، دار الفكر – بيروت ، دمشق، الطبعة الأولى ، 1410، ص 528.

[5] – خدروش الدراجي، أحكام البناء في التشريع الجزائري، مقال علمي بمجلة المفكر، بسكرة، العدد 13، ص 357.

أمّا المشرع الجزائري فقد اعتمد حسن النية كأصل في كل الأمور بما فيها المعاملات المالية، ولا تزول عنه هذه الصفة إلاّ من يوم علمه بالتعدي على ملك الغير حسب مضمون نص المادة 825 قانون مدني: "لا تزول صفة حسن النية من الحائز إلاّ من الوقت الذي يعلم فيه أنّ اعتداء على حق الغير، ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته بعريضة افتتاح الدعوى، ويعد سيء النية من اغتصب حيازة الغير بالإكراه"، واستمد المشرع الجزائري هذا الفرض من قرينة البراءة الأصلية في الفقه الإسلامي[1] .

رغم أنّ عملية البناء في مُستهلها لا تثير الكثير من الإشكاليات، إذْ يمكن لصاحب الأرض أن يتجنب البناء قبل أن يشغُر أرضه ولو بأقل الخسارة، لكن يكون الأمر تعقيدا في حال اكتمال هذه الأبنية، بحيث يكون لا مناص من اللجوء إلى التسوية، وهنا يجب التفريق بن مسألتي ما إذا كان العقار المشغور بالبناء ملكا لشخص اعتباري أو طبيعي، ويكون إمّا بسبب شبهة الملك، أو الموقع الطبيعي للعقار كحالة الالتصاق، أو بناءً على تصرف مأذون فيه مغلوط أو مفرط كحالتي الإعارة والإجارة.

أ– البناء بشبهة الملك: تثار هذه المسألة كثيرا في الفقه الإسلامي، والتي تُكيَّف على أنّها من باب حسن النية وليس من باب التعدي، والتي أوردها فقهاء الشريعة في مسائل عديدة من أبواب الفقه، خاصة بالنسبة لباب إحياء الموات وكذا الغصب والاستحقاق، ومن حالات البناء بحسن نية على أرض الغير، أن يشتري الشخص أرضاً فيقوم ببنائها ثم يتبن بعد ذلك أنها ليست للبائع، كشرائها من

[1] – محمد بن حمزة بن محمد، شمس الدين الفناري (أو الفَنَري) الرومي، فصول البدائع في أصول الشرائع، تحقيق: محمد حسين محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، 2006 م - 1427 هـ، ج 1، ص 149.

– أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي، تحقيق: د سيد عبد العزيز – د عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، ط 3، 1418 هـ / 1998م، ج 2، 632.

– أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الظفري، الوَاضِح في أصُولِ الفِقه، تحقيق: الدكتور عَبد الله بن عَبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط1، 1420 هـ - 1999 م، ج 2، ص 68.

غاصب مثلاً[1]، أو أن يرث أرضا أو عرصةً وأنفق فيها للبناء ثم تبين أنها ليست للمورث، بحيث يكون تصرف الرجل فيها من قبيل ما لا يعمله الرجل إلاّ في ملكه، وبهذا نكون أمام احتمال تصرف بحسن نية ناجم عن عدم استحقاق مسبق، ومن المعلوم أن العقارات هي من الأشياء التي تزيد قيمتها بالاستعمال بعكس المنقولات، وبالتالي فما مآل هذه المباني والمنشآت، خاصة أننا لو أعملنا نص الحديث الموجب لإرجاع ما أخذته اليد بغير وجه حق، إذ في إرجاع الأرض مع البناء وهو قائم مضرة بصاحب البناء لِمَا تكبده من عناء الإعمار، وعلى فرض نقض صاحب البناء لما أنشأه مضرة به، حتى في حال أمكن الانتفاع بأنقاض البناء، وقد يتضرر صاحب الأرض بقلع البناء وقد يفضى ذلك إلى نقصان قيمتها، خاصة إذا وضعنا في الحسبان ما تكلفه عمليات البناء الحديث وكذا عمليات الهدم، وبالتالي ننتقل من حالة التعدي على المالك إلى تعدٍ على الملك.

فكان رأي فقهاء الشافعية والحنابلة في حالة الغصب، إبقاء البناء على الحالة التي هو عليها، على أن يتحمل الغاصب الذي حمل الباني على الشراء بقيمة الأرض والبناء[2]، وهناك رأي آخر يقول بأن يرجع الباني على الغاصب بقيمة الأرض، ويتصالح مالك الأرض والباني على القيمة أو العقار ككل، على أنّه عقد جديد بحيث تتَقرر ملكية الأرض مع البناء وهو قائم جميعاً، إلى أحدهما[3].

بينما اشترط فقهاء المالكية أن يغرم صاحب الأرض قيمة البناء قائماً[4] كونه أولى بالملك، أو أن يدفع الباني قيمة الأرض[5]، وإلاّ كانا شريكين بقدر قيمة الأرض والبناء، ويبين هذا الوجه للاستحقاق مع الأولوية في إعطاء الخيار من خلال ما جاء في المعونة بمسألة من أحيا مواتا أو ابتاع خراباً:" ...

---

[1] – أورد فقهاء الشريعة الإسلامية هذا في أبواب متعددة من أبواب الفقه كإحياء الموات والغصب والضمان.

[2] – هذا هو الرأي المختار لدى الحنابلة.

– ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 7، كتاب الغصب، 356.

[3] – الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي، ج 7، كتاب الغصب، ص 168- 170.

[4] – القرافي، الذخيرة ، ج 8، باب الغصب و الاستحقاق، ص 263

[5] – المدونة الكبرى، ج 4، كتاب الغصب، فيمن استحق أرضاً و عمل المشتري فيها عملاً، ص 190- 191.

وإنّما قلنا أن المستحق يبدأ بالخيار لأنه أقوى سبباً لكون الأرض له و المشتري أو المحيي عمّر في شبهة ملك فكان صاحب الملك مقدما عليه، و إنّما قلنا يعطيه قيمة البناء قائماً لأنّه لم يتعد في البناء فيه فيطالب بالقلع، و إنّما دخل على أنّه يبني في ملكه فلم يكن ظالما بل كان لبنائه حرمة.

وإنّما قلنا: أنّه إذا بذل القيمة لزم الثاني أخذها لأن الضرر زال عنه بالاستحقاق بحصول القيمة، وإنّما قلنا أنّ القيمة تكون وقت الحكم لأن ما قبل ذلك لم يجب أخذها للمستحق"[1]، وأصل هذا الرأي هو ما قضى به عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فيما ورد عنه: "أن جاء رجل إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه فاستقطعه أرضاً، فأقطعها إياه فغرسها وعالجها حتى أحيا فيها، ثم جاء قوم بقطيعة من النبي صلى الله عليه وسلم قد كان أقطعهم تلك الأرض قبل هؤلاء، فاختصموا في ذلك إلى عمر ابن الخطاب في خلافته فقضى عمر أن يُعطوا الرجل الذي عمل فيها قيمة ما أحيا فيها ويُخرجوه من أرضهم، فقالوا ليس عندنا ما نعطيه، فقضى أن يعطيهم الرجل قيمة الأرض بيضاء ليس فيها شيء، فقال ليس عندي، فقضى أن يكونوا فيها شركاء، هؤلاء بقيمة الأرض، وهذا بقيمة ما أحيا فيها"[2].

أمّا الأحناف فقد كانوا أكثر وقوفا عند فحوى قوله صلى الله علية وسلم: "عَلَى اليَّدِ مَا أَخَذَتْ حَتَى تُؤَدِيَهُ"[3]، بحيث جعلوا للمالك الحق في أخذ أرضه، حتى لو بُنِيَت وغرست، وعلى الغاصب ما أفضى نقصاً، في قيمة الأرض من جراء البناء و الغرس[4].

---

[1] – أبي محمد عبد الوهاب بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 2، كتاب الغصب و التعدي، ص 197.

[2] – عيسى بن موسى التطيلي، كتاب الجدار، ص 238.

[3] – سبق تخريجه.

[4] – موفق الدين أبي محمد، عبد الله ابن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي، المقنع ومعه الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة المقدسي، ومعهما: الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، الجيوة، مصر، ط 1، 1404هـ/ 1993 م، ج 15، كتاب الغصب، ص 148.

أمّا بالنسبة للبناء بحسن نية وبشبهة الملك في التشريع الجزائري فقد نص عليه في المادة 785 القانون المدني: "إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784، يعتقد وبحسن نية أنّ له الحق في إقامتها، فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة و إنّما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت هذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها.

غير أنّه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية ولكن تسديدها مرهق لصاحب الأرض، جاز له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل"، فحسب مقتضى النّص القانوني نجد أن المشرع الجزائري كان أقرب إلى رأي الجمهور خاصة الفقه المالكي، في رؤية مقاصدية لحفظ المال، بأن أقر إبقاء المنشآت نظراً لما لها من أهمية في زيادة قيمة العقار، بحيث جعل الحق في التعويض إمّا حسب الأصل لصاحب المنشآت من طرف صاحب الأرض، طبقا للحماية القانونية المقررة لحق الملكية وحسب القدرة والاقتضاء أو الطلب (الاتفاق والصلح) من مالك الأرض لصاحب المنشآت، وهذا ما اتجه القضاء إلى تأييده، حسب قرار المحكمة العليا- الغرفة العقارية، في ملف رقم 643997 بتاريخ: 2011/03/10، بخصوص البناء في أرض الغير بحسن نية، تحت مبدأ: " يجب تحت طائلة نقض وإبطال القرار المطعون فيه، إبراز حسن نية مقيم منشآت في أرض الغير"[1]، وتجدر الإشارة أنّ من أسباب البناء في أرض الغير بشبهة الملك، ذكرها فقهاء القانون على سبيل المثال لا الحصر[2]:

- من يبني أرضاً يعتقد أنّه ورثها[3]، وهذا لاتفاق فقهاء الشريعة وفقهاء القانون على أن الميراث من أسباب اكتساب حق الملكية، فإذا كان المـُورث قد اكتسبه بشبهة.
- الحيازة القانونية المتوافرة على ركنيها المادي والمعنوي[1]، بحيث يمارس الحائز سلطة فعلية على العين.

[1] – مجلة المحكمة العليا الجزائر، قسم الوثائق ، سنة 2011، عدد 1، الغرفة العقارية، ص 141.

[2] – خدوش الدارجي، البناء في ملك الغير في التشريع الجزائري، مجلة المفكر، بسكرة، عدد 13، ص 358.

[3] – رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارئ، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، د ط، جامعة بنها، مركز التعليم المفتوح، ص 153

- البناء الذي يسبق التصرف القانوني كحالة الوعد بالبيع، بحيث يعتقد الباني أنه سيصبح مالكا لمحل الوعد[2].

و الأمثلة على ذلك من نماذج البناء بحسن نية بأرض الغير عديدة، كالبناء بأرض الوقف، وبناء الشفيع في الأرض المشفوع فيها وكذا الاعتماد الإيجاري[3].

ب: حالة الإذن المغلوط: يتجلى البناء بحسن نية من خلال الإذن المغلوط أو زيادة عن الحد المأذون به، لدى الفقهاء من خلال حالتي من استعار أو استأجر أرضا ليبنيها، وأورد فقهاء الشريعة هذين الحالتين ضمن مباحث الإجارة والإعارة، حسب ما يقتضيه شكل وطبيعة البناء في زمانهم، بحيث لا يحتاج إلى تعقيد في الإجراءات الإدارية إلاّ فيما يخص الضرر وكذلك الجانب التقني والفني، حيث اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز تأجير الأرض أو إعارتها لأجل البناء[4]، غير أنهم اختلفوا في مآل هذا البناء بعد انتهاء العقد، مع العلم أن كلاً من هذين العقدين يردان على منفعة العين لا على العين، فكان اختلاف آراء الفقهاء من نواحي عدة:

ب-1- إذا كان البناء المنفعة المقصودة من العقد: بمعنى أن يذكر البناء كوجه للانتفاع في تكوين العقد، فإذا ذكر البناء في العقد فيرى فقهاء الأحناف في الأصل المعتمد أنّه على المستأجر تسليم الأرض فارغة بعد انتهاء مدة الإجارة[5]، ويغرم له المؤجر القيمة مقلوعا[6]، وكذلك الحنابلة[1]، أمّا الشافعية فقالوا بلزوم قيمة البناء قائما إلاّ إذا اشترط القلع يوم العقد[2].

---

[1] – محمد طه بشير و د: غني سحنون طه، الحقوق العينية، ص 202.

[2] – خدوش الدارجي، البناء في ملك الغير في التشريع الجزائري، مجلة المفكر، بسكرة، عدد 13، ص 358.

[3] – خدوش الدارجي، البناء في ملك الغير في التشريع الجزائري، ص 360.

[4] – أحمد محمد سعيد السعدي، أحكام العمران في الفقه الإسلامي، ص 118،

[5] – حافظ الدين النسفي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج7 ،كتاب الإجارة، ص 519.

[6] – أبي محمد بن محمود بن أحمد العيني المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرّامفوري، البناية في شرح الهداية، ج 9، باب الاجارة، ص 305.

ب-2- إذا ما كان عقد الإعارة و الإجارة محدد المدة: وهذه المسألة اختص بها فقهاء المالكية حيث ميزوا هاته العقود إذا كانت محددة المدة أو غير محدد، وإذا ما كانت المدة قصيرة أم طويلة، حيث قالوا بجواز استئجار الأرض للبناء مقابل السكن لمدة معلومة، فإذا انقضت المدة فلصاحب الأرض دفع قيمة البناء مقلوعا بعد محاسبته بأجرة القلع وإخلاء الأرض، أو يأمره بإخلاء الأرض، فإن لم تكن له قيمة بعد نقضه أخذه مجاناً[3].

أمّا إجارة وكراء الأرض للبناء لمدة طويلة، فقد اختلفوا فيها لعدم احتمال مآل البناء بها كيف سيصير[4]، من إمكانية انزلاق تربتها، وجفاف مائها ونقع بئرها إلى غير ذلك من الاعتبارات التي يوليها المستأجر أهمية، وقد يدخل في طول المدة عدم تحديدها كالتأجير مشاهرة، بحيث عمد المستأجر إلى البناء بعد إذن المؤجر أو ما يقوم مقام الإذن كالبناء بعلمه ولم ينهه أو يمنعه، فيُحمل منه ذلك على إقرار التصرف، أو كحالة من بنى بأرض زوجته بعلمها ولم تنكر عليه، وكذلك الشركاء أو غيرهم، فله قيمة بنائه منقوضاً[5]، بينما رأى البعض بأن المدة الطويلة التي تتجاوز مدة الحيازة كتسعين سنة، فإنه ليس للمستأجر قيمة البناء ولا الغرس، قائماً أو منقوضاً، ولا حق له في نقضه وقلعه[6].

الحالة الثانية- حالة سوء النية: تُعد حالة سوء النية للبناء في أرض الغير انتهاكاً صارخاً لحق الملكية العقارية، غير أنّه قد يتعذر إثباته و هذا لاستصحاب قرينة البراءة الأصلية بالنسبة للباني على أرض

---

[1] – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج 2، كتاب الإجارة، ص 256.

[2] – أبي إبراهيم إسماعيل ابن يحي ابن اسماعيل المصري المزني، مختصر المزني في فروع الشافعية، وضع حواشيه محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1419هـ/ 1998 م، باب العارية، ص 159.

[3] – خليل بن اسحاق الجندي المالكي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ضبط و تصيح: أحمد بد عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات و خدمة التراث، د ط، 1429هـ / 2008م، ج 6، باب الإجارة، ص 494.

[4] – أبي محمد بن خنتاش المسيلي، نهاية المرام في تيسير مطالعة الاحكام، ص 268.

[5] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 10، كتاب العارية، ص 465.

– محمد بن أحمد بن غازي العثماني، مختصر خليل ومعه شفاء الغليل في شرح مختصر خليل، ج 2، ص 844.

[6] – أبي عبد الله محمد الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، د تحقيق، المطبعة الكبرى ببلاق مصر المحمية، 1317 هـ، ج 5، كتاب العارية، ص 183.

الغير، لكن ما أقره فقهاء الشريعة الإسلامية و كذا فقهاء القانون من آثار مترتبة على البناء في أرض الغير، و التي تنتهي بمثابة حقوق مكتسبة إمّا لصاحب الأرض أو لصاحب البناء ممّا قد يسفر عن سوء نية أحدهما.

أ: من يكون سيء النية؟

هنا يجب التمييز بين سوء نية الباني وسوء نية صاحب الأرض، وهذه المسألة أثارها فقهاء المالكية بالنظر إلى التفصيلات التي أوردوها بشأن آثار البناء في أرض الغير، بالنظر إلى مقصد الشريعة الغراء في حفظ المال، أمّا عن سوء نية الباني فتناولها الفقهاء في مسائل الغصب والاستحقاق وهو المتوقع في مثل هذه الحالة، لإمكانية عدم تقفي وتبيُّن سوء النية وادعاء الحيازة إذا طالت مدة التصرف في أرض الغير، حتى أُعْتُقِد أنّه المالك، وبلغت عشرين سنة مع إثبات الجهل بأصل الملك لمن هو؟[1]، لكن ماذا لو ثبت العكس وكان صاحب الأرض هو سيء النية باستغلال مقصد حفظ المال لمصلحته [2]والاستحواذ على منشآت أقامها غيره على أرضه بحسن نية؟.

حظيت هذه الحالة بنوع من التفصيل في مؤلفات الفقه المالكي خاصة وأن المسألة مبنية في الأصل على عدم الرضا والمشاحة[3]، وأنّ هذا الفرض مستبعد ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، بحيث نقل عن الإمام مالك :" إذا بنيت في أرضه وهو حاضر يراك ثم نازعك فلك قيمة ما أنفقت لأن الأصل عدم الرّضا، قال ابن القاسم: ذلك في فيافي الأرض حيث لا يظن أن تلك الأرض ملك لأحد، ولو بنى أيضاً في مثل ذلك المكان الذي يجوز إحياء مثله وصاحبه ينظر، ثمّ جاء ليخرجه، فلا يخرجه إلا بقيمته مبنياً...، وأمّا من دخل على أرض رجل بمعرفته متعدياً فإنّه يهدم بنيانه ويقطع

[1] – منصور بن ادريس التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 2، فصل في حكم الحوز، ص 411.

[2] – يتضح ذلك من مبدأ الموازنة في استحقاق الحقوق من خلال ما قضى به عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، في ادعاء أرباب الأرض التمسك بحقهم فيها، بعدما صارت مُحياة، ودعوى محيي الأرض عدم امتلاك قيمة الأرض بياضاً، وبذلك كان القضاء باشتراكهما في الأرض على حالها دون قلع أو هدم أو ردم، بحسب القيمة.

[3] – القرافي، الذخيرة ، ج 8، باب الغصب و الاستحقاق، ص 263.

غرسه، إلاّ أن يُحب صاحب الأرض أن يغرم ثمن نقضه وغرسه بعد أن يُطرح مقلوعا، وليس للذي تعدى أن يأبى ذلك"[1].

عند استقرائنا للنّص السابق وجدنا أن القاعدة في سيء النية هي معاملته على نقيض ما نوى، لكن هذا ليس مسوغاً في جميع الأحوال لسقوط حق الملكية منه، وإلاّ كنّا بصدد حالة غصب أخرى من طرف صاحب البناء والغرس، لهذا قضى فقهاء المالكية باستحقاق البناء والغرس قائماً كجزاء عن سوء نية صاحب الأرض والتي قد تكون أكبر من قيمته منقوضاً، لأن عملية الإحياء والبناء كانت تتم أمامه وبحضوره، ولم يقم بادعاء حق ملكيته إلاّ بتمام الإحياء والعمارة.

أمّا المشرع الجزائري فقد تناول البناء بسوء نية في أرض الغير من خلال المادة 784 قانون مدني: "إذا أقام شخص منشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنّها ملك لغيره دون رضا صاحبها، فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت، إزالة تلك المنشآت على نفقة من أقامها، مع التعويض عن الضرر إذا اقتضى الحال ذلك، أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها أو قيمتها في حالة الهدم، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب وجود المنشآت بها.

ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق ضررا بالأرض، إلاّ إذا اختار صاحب الأرض استبقاءها طبقا لأحكام الفقرة السابقة"، من خلال نص المادة يتجلى أنّ ما أضفاه المشرع زيادة على آراء فقهاء الشريعة الإسلامية السابق ذكرها أنّه جعل أجل السنة من يوم العلم بإقامة تلك المنشآت حق المطالبة بنزعها، لكن انقضاء الأجل لا يعني سقوط حقه في المطالبة باسترداد أرضه.

[1] – القرافي، الذخيرة ، ج 8، باب الغصب و الاستحقاق، ص 263.
– مالك ابن أنس إمام دار الهجرة، المعونة ج2، كتاب الغصب والتعدي باب الاستحقاق، ص 193.
– عيسى بن موسى التطيلي ، كتاب الجدار ، ص 243.

ويبدوا أن المشرع الجزائري كان أقرب إلى رأي فقهاء المالكية، وما الاختلاف في التكييف إلاّ للاختلاف في طبيعة الأعباء المتكبدة في أعمال البناء وإقامة المنشآت، بحيث أُعطي لصاحب الأرض الأولوية في الخيار قبل صاحب المنشآت الحق في استبقائها مع دفع قيمتها، أو قيمتها في حالة الهدم، أو دفع ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك المنشآت، لكن هذا يثير إشكالية كيفية تقدير القيمة ووقتها[1]، بمعنى أنّنا أمام احتمال نقصان قيمة المنشآت بعد استعمالها بمعزل عن الأرض المقامة عليها، إضافة إلى إشكال رفض صاحب الأرض بقاء تلك المنشآت و البناءات على أرضه، فهل يحق له رفع دعوى طلب إزالة المنشآت بعد أن تتقرر له ملكية الأرض، خاصة إذا كانت ممّا يُفوت منفعته بعد نقضه، وأن بقاء البناء على حاله؛ هو ضرر آخر لاحق بعد ثبوت التعدي على أرضه، أي أنّه تعدٍ آخر جديد؟، وهل يترتب على الضرر اللاحق بالأرض حق المطالبة بالتعويض؟.

طبقاً للقواعد العامة في تعويض الضرر الذي يقدر على أساس ما لحق من خسارة وما فات من كسب، والذي يكون على عاتق المتسبب فيه حسب المادة 124 قانون مدني، المحدد لأساس المسؤولية عن الأعمال الشخصية، فإنّه يحق لصاحب الأرض أن يرفع دعوى إزالة المنشآت من أرضه، وأن مجال إثبات الضرر جراء البناء في أرضه موَّسع لكونه واقعة مادية، غير أنّنا لم نجد من الاجتهادات القضائية ما يمكن تعضيد أو نفي به هذا الرأي، لكن في حالة عدم كفاية الأدلة لإثبات الضرر وعدم اقتناع القاضي بها فإنّه يُرَّجَح تكييفه بأنّه من التعسف في استعمال الحق حسب نص المادة 124 مكرر قانون مدني.

ب: حالات التعدي بسوء نية: يتجلى التعدي أو البناء في أرض الغير، في حالات لا حصر لها، وما أورده كل من فقهاء الشريعة وفقهاء القانون إلاّ من باب المثال لا على وجه الحصر، وأنّه إمّا أن يرد على كامل أرض الغير أو على جزء منها.

[1] – حتى وإن كانت العقارات تزيد قينتها بالاستعمال عكس المنقولات، إلاّ أن هذا لا ينفي التغير بعوامل عدة أهمها طبيعة النشاط، ومدى تلاؤمه مع المكان المخصص لهذا النشاط، حسب ما تقضي به استراتيجيات الاقتصاد.

ب–1. التعدي كلياً: هذه الحالة هي التي وردت أكثر في المؤلفات الفقهية، وتم تِبْيانها بكل وضوح من خلال الأحكام السابق ذكرها، في أبواب الغصب والاستحقاق

أمّا عن صور سوء النية المُكيفة في التشريع الجزائري على أنها بناء في أرض الغير، مع علم الباني أو مقيم المنشآت بعدم أحقيته في ذلك، البناء على منشآت غيره خلال فترة الشهر بالمحافظة العقارية، أو أن تكون تلك الأرض محل المطالبة بحق في دعوى مرفوعة أمام القضاء، أو الاقتطاع من الطريق والبناء به[1]، وكذلك بناء الشريك في الأرض المشاعة بما يزيد عن حصته، إلى غيرها من الحالات المستحدثة التي تثيرها سياسة الدّولة المنتهجة في التوجيه العقاري الحديث، غير أن المشرع الجزائري أوردها أصالة في الأحكام المتعلقة بالالتصاق بالعقار كسبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية، وهذا لا يعني أنّ التعدي على ملكية الغير بالبناء تثار فقط في مثل هذه الحالة.

ب–2. حالة الالتصاق و التعدي جزئيا: تثور هذه الحالة كثيراً خاصة بالنسبة لأنظمة البناء الحديث وما يتطلبه من تعقيد من الإجراءات الفنية والإدارية، ويُقصد بالالتصاق اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر ومملوكين لمالكين مختلفين، دون اتفاق بينهما على الاندماج، ويجب في الاندماج أن يجعلهما شيئاً واحداً بحيث يتعذر الفصل بينهما دون تلف[2]، وعُرِّف أيضاً بأنّه واقعة قانونية خالصة لأن الاتحاد بين شيئين واقعة مادية يرتب القانون عليها آثارا معينة باكتساب مالك الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعي[3]، ويلاحظ على هذا التعريف بأنه اقتصر على تكييف الالتصاق هل هو واقعة مادية أم قانونية؟، ولم يضع حداً له وهذا ربما يرجع إلى اختلاف تكييف

[1] – خدوش الدراجي، أحكام البناء في ملك الغير في التشريع الجزائري، ص 361– 362.

[2] – السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 9، أسباب كسب الملكة، ص 243.

[3] – جمال الحاج ياسين، الالتصاق الصناعي –دراسة مقارنة–، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2001 ص 53.

الالتصاق عند الفقهاء، فمنهم من يراه على أنّه امتداد للملك الأصلي، ومنهم من يراه على أنه ملكية مستقلة عن الملك الأصلي[1].

وتجدر الإشارة أن هناك نوعين من الالتصاق، التصاق طبيعي ينشأ بفعل عوامل طبيعية، أوردها المشرع الجزائري في المواد من 772 ق م إلى 781 ق م بحيث قد يكون من تراكم الطمي بفعل ما تطرحه مياه النهر، أو الأرض التي ينكشف عنها البحر، أو البحيرات أو البرك التي يحولها البحر من مكانها، فتكون الأرض التي تكونت من هذا الطمي تصبح ملكا لصاحب الأرض المجاورة وهو سبب من أسباب الملكية بحكم الالتصاق الطبيعي للعقارات.

أمّا الالتصاق الصناعي هو الذي يكون بفعل الإنسان وتدخله، وهو أكثر ما يثير المنازعات على أرض الواقع، وهي التي تناول المشرع الجزائري أحكامها في المواد من 782 – 791 قانون مدني، والتي تكلمت في مجملها عن بناء في أرض الغير كلها أو بعضها بمنشآت مملوكة للباني، أو لصاحب الأرض أو لشخص أجنبي في ثلاث صور، الأولى تتمثل بأن يقيم مالك الأرض منشآت بمواد بغيره[2]، والثانية أن يقيم صاحب المنشآت بمواد مملوكة له وعلى نفقته بأرض غيره[3]، أمّ الصورة الأخيرة بأن يقيم الشخص منشآت بمواد مملوكة لغيره وعلى أرض غيره[4]، وهذه الحالات كلها أوردها المشرع الجزائري لإبقاء حق صاحب الأرض في أسبقيته لامتلاك المنشآت مقابل تعويض كلٍ من مقيم البناء أو صاحب المنشآت (المالك الفرعي)[5] أو مالك المواد التي بُنيت بها، لأن وجه التعدي كان صارخا على جميع الأرض، وهذا استنادا إلى قوة حق الملكية التي تعطي قرينة ابتدائية أن كل تصرف

[1] – جمال الحاج ياسين، الالتصاق الصناعي –دراسة مقارنة– ، منشورات حلب الحقوقية بيروت، لبنان، ط1،2001 ، ص 53.
– نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية احكامها ومصادرها، ط 1، منشاه المعارف الإسكندرية، 2001 ص 304

[2] – المادة 782 قانون مدني جزائري.

[3] – المادة 783 قانون مدني جزائري.

[4] – المادة 784 قانون مدني جزائري.

[5] – حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني– الحقوق العينية الأصلية، د ط، منشأة المعارف، مصر، ص 396.

يرد عليها هو من صنع المالك لها، حيث أقرها المشرع الجزائري في المادة 782/ 1: "كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صحاب الأرض وأقامه على نفقته ويكون مملوكاً له"، و يستمد المشرع هذه القرينة من قاعدة أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها علوا وما تحتها عمقاً، والتي استوحى أحكامها من المشرع المصري[1]، بمعنى أن ملكيتها مقررة لصاحب الأرض ما لم يتبين عكس ذلك.

[1] – السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 9، ص 261.

الفصل الثاني: أحكام تشييد البناء

بعد استيفاء الشروط العامة للبناء والمتعلقة عموماً بصفة من يرد البناء، تأتي مرحلة الشروع فيه والتي تأخذ أحكاماً دقيقة، لأن عملية البناء عبارة عن انعكاس لأي حضارة قامت أو ستقوم، باعتباره قاسماً مشتركاً بينها ودليلاً على عراقة وأصالة فكرها، فكثيراً ما نجده يعكس القيم والضوابط التي أسس عليها ويلبي الاحتياجات بحسب مقتضيات كل عصر وحضارة، جمعها الماوردي في شروط استيطان الأمصار من خلال خمسة أمور:

الأول: أن يسكنها أهلها طلباً للسكون والدعة.

الثاني: حفظ الأموال فيها من استهلاك وإضاعة.

الثالث: صيانة الحريم والحرم من انتهاك ومذلة.

الرابع: التماس ما تدعو الحاجة إليه من متاع وصناعة.

الخامس: التعرض للكسب و طلب المادة[1].

ثم أردف ذلك بأن "عدم وجود هذه الشروط كلها أو بعضها يجعل منها مواطن ليست للاستقرار، وأنّها قيعة و دمار"، ويبدوا أن ما أورده الماوردي لا يختص بأمة أو مجتمع دون سواه، ولا ينحصر في زمان محدد، لأنها تخص أي مجتمع إنساني، والفقه الإسلامي بدوره أقرّ هذه الشروط محفوفة بجملة من الضوابط بما يشبع حاجة النّاس إليه، ويحفظ التوازن بين قدسية حق الملكية والطبيعة الاجتماعية للإنسان لتعذر وجوده بمعزل عن الجماعة، وساير المشرع الجزائري عملية تشييد الأبنية بضوابط تماشت وطبيعة أنظمة البناء الحديث، سواء بالنسبة للأبنية المشتركة أو الأبنية الفردية، وتسري

[1] – أبو الحسن علي بن حبيب البصري الشافعي المعروف بالماوردي، تسهيل النظر وتعجيل الظفر بأخلاق الملك و سياسة الملك، تحقيق محي الدين هلال السرحان، مراجعة حسن السعاتي، دار النهضة العربية ، بيروت، 1981م، ص 161.

هذه الضوابط في جميع مراحل البناء؛ ابتداء من مرحلة التخطيط بضوابط مقررة للمصلحة العامة وحقوق الارتفاق، لتأتي في أعقابها مرحلة التنفيذ التي يغلب عليها ضوابط تقنية لتوخي المضار الناشئة عن مباشرة البناء وكذا مضار الجوار التي يتحكم بها غالبا الغرض الذي أُعِدّ له البناء، لتختتم بمرحلة الرقابة على مدى الالتزام بهذه الضوابط، وسنفرد لكل مرحلة من المراحل مبحثاً خاصاً نعالج فيه تفاصيلها.

المبحث الأول: ضوابط البناء خلال مرحلة التخطيط

من المُسَلَّمِ به أنّ أيَّ خطوة في حياة الإنسان لابدَّ أن تُسبق بمرحلة التخطيط، وهذا هو شأن البناء في جميع العصور والحضارات على اختلافها وتباينها في القيم والمبادئ التي تحكمها، التي كان مقصدها الأول حفظ خصوصية الأفراد وحقوقهم، لأن هذه الضوابط ارتبطت ارتباطا وثيقاً بالوظائف الأساسية لمبتغى الإنسان في التصرف بملكيته العقارية بالبناء، والتي سايرها كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري حسب ما يمليه فقه الواقع والتطور الحاصل، ولأن العمران في الفقه الإسلامي ارتكز على أسس شرعية وضوابط و قيم حضارية إسلامية تناثرت في مسائل فقهية شتى بكتب الدعاوى والصلح والتزاحم في الحقوق ...، إمّا بأحكام عامة أو تفصيلية تحاكي النوازل المطروحة أمام الفقهاء للفصل فيها قضاءً أو تَبَيُّناً لحكم الشرع فيها، موازنا مع حركية العمران من جهة وما يتطلبه حرية التصرف بالملكية من غير الإضرار بالغير من جهة أخرى، وبقواعد كلية مستغرقة لكل زمان ومكان، بما يحقق للنّاس سكينتهم وأمنهم وصيانة خصوصياتهم وحفظ أموالهم، مراعياً اختلاف الأعراف في كلّ عمران قائم أو بناءٍ ناشئ، واستنادا لتلك القواعد العامة يمكن أن نعالج ضوابط تشييد البناء كمسألة مهمة تتعلق بموقع المبنى، بما يحكمه من ضوابط عامة لتشيده مقررة من باب السياسة الشرعية، ويراعى فيها ضمان الحد الأدنى من التزود بالضروري للمعاش وضمان الاستمرارية لتوفير حاجياتهم للمدى البعيد والقريب.

المطلب الأول: ضوابط التخطيط للبناء في الفقه الإسلامي

تتراوح ضوابط تخطيط البناء بين المقررة للمصلحة العامة، وأخرى مقررة لمصلحة البناء في حد ذاته، بحيث تضمن لها تموقعاً يُسهل من إمدادها بالضروري للمعاش من الماء والقدرة على الكسب خاصة إذا توسط مجتمع آهل بالسكان، حيث أرسى الفقه الإسلامي هذه القواعد بناءً على حاجيات إنسانية وقيمٍ مجتمعية تراعى فيها مقاصد الشريعة على اختلافها وبالتدرج، مميزة بين أحكام الأبنية المخصصة للسكن والمخصصة للانتفاع، وحتى ما رصد منها للترفيه وإن شابه الانتفاع بوجه من الوجوه، إذ يجب في تخطيط الأبنية والمدن تحديد مقاصدها الضرورية والحاجية والتحسينية، وحتى في حال دعت الضرورة إلى تغيير المنشئات لما يستوعب مستجدات أخرى كالتوسعة والتهيئة، كما يكون على الحاكم أو عامة المسلمين في بنائهم للأمصار مراعاة بعض الأمور الضرورية للمصلحة العامة، وحددت فقهاً على أنّها ستة شروط وأنّها حاجة إنسانية ومجتمعية، وأن هذه الشروط من شأنها أن تجعل أهلها في استقرار يقتضي استدامة المكوث به من غير زوال، إلاّ لعارض يحول دون ذلك.

إحداها: سعه المياه المستعذبة.

والثاني: إمكان الميزة المستمدة.

والثالث: اعتدال المكان الموافق لصحة الهواء والتربة.

والرابع: قربة ممّا تدعو الحاجة إليه من المراعي والاحطاب.

والخامس: تحصين منازله من الأعداء و الزّعار.

والسادس: أن يحيط به سواد يعين أهله بموارده[1].

[1] – الماوردي، تسهيل النظر وتعجيل الظفر بأخلاق الملك وسياسة الملك، ص163.

وتوفير هذه الحقوق يقتضي وجود آلية تنظيمية توازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة متى اقتضى الترجيح، خاصة بالنسبة للمرافق الضرورية للأبنية كحقوق الارتفاق، وما يتعلق بأحكام الكنيف ومهارق السقوف والميازيب بتطوير ما هو قائم منها وفيما هو قيد الإنشاء، بما يُنمي قوة الرّابطة بين الفرد والمجتمع في تلبية الاحتياجات المختلفة الملائمة لكل زمان ومكان، وفي نفس الوقت يحافظ على علاقات الجوار، والتي ضابطها الأساسي عدم الإضرار وإن اختلفت الاعتبارات باختلاف الزمان والمكان والقيم العرفية والتراثية والبيئية، وعلى هذا الأساس فإن أي عمران ناشئ يتحدد تخطيطه بكل المؤثرات التي تعتبر من حوائج الناس عموماً، وأبرزها الطريق و المياه، ثم الأمن و السكينة.

الفرع الأول: الطريق

حاجة الناس للانتفاع بعقاراتهم لا تتسنى إلاّ بالتوصل إليها رواحا وغُدواً، وبطبيعة الحال هذا لا يكون متاحا دائما فقط على عقاراتهم الخاصة، بل يتحتم الاستطراق إليها من خلال ملك عام أو خاص، ولهذا فإن للطرق دوراً بارزا في الربط بين أجزاء أي مدينة أو محيط عمراني، إذْ يعتبرها علماء الاجتماع والباحثين في الحضارات أنّها امتداد للقيم الروحية[1]، ولها تأثير بالغ الأهمية في تخطيط الأبنية، لذا فهناك اتفاق بين الفقهاء في منع كل ما يضر بها ضرراً محضاً ولا خلاف في عدم جوازه بالإطلاق لوضوح المضرة منها، كتلك المضيقة من سعتها ببناء ونحوه، وهذا لعموم النّهي عن التضييق من سعة الطريق حتى أنّ فقهاء المالكية[2] والأحناف[3] اعتبروا الطرق والأفنية والمراح أمام الدور من الأعيان التي لا تقبل القسمة لتعطل منفعتها إذا قمست، وأيضا أجمع الفقهاء على إبطال كل تصرف مادي يعيق

[1] – محمد عبد الستار عثمان، المدينة الاسلامية، سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، عالم المعرفة، الكويت، رقم 128، ص 150.

[2] – مالك بن انس امام دار الهجرة، المدونة الكبرى، ج 4، كتاب القسمة الثاني، ص 307.

[3] – برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني لمسائل المبسود والجامعين والسير والنوادر والزيادات والفتاوى والواقعات، تخريج و اعتناء: نعيم أشرف نور أحمد، ط1، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، بيروت، لبنان، 1424هـ/2004م، ج 11، كتاب القسمة، ص 140.

حركة المرور بها في جميع الأحوال، وهذا ما يجعل للطريق أهمية بالغة في تخطيط العمران وفق منهج مقرر في مذاهب الفقه على اختلافها، كما تتأثر به توجيهات البناء في أبوابها ونوافذها وكواها، سنتبينها جلياً من خلال أنواع الطريق.

الفقرة الأولى: الطريق العام

هو الذي تكون منفعته للعامة على حد السواء وتكثر به حركة مرتاديه ذهاباً وإياباً، بحيث جُعِل إنشاؤها وإصلاحها من مهام إمام الرعية ومن بيت مال المسلمين، وبسعة قدر احتياج الناس إليها[1]، حيث ورد في هذا الباب: "قال عيسى بن موسى أخبرني جدي عمر بن يوسف قال سألت محمد بن تليد عن الطريق يفسد على أهل القرية، فيريد بعضهم إصلاح الطريق ويأبى بعضهم، أيجبرون على ذلك أم لا؟. قال الطريق لا يحكم بها على أحد بإصلاحها إلاّ من تطوع وإنّما إصلاحها على بيت مال المسلمين"[2]، فلما كان إنشاء و إصلاح الطريق العام من مهام إمام الرعية بالدرجة الأولى؛ كان بالضرورة اعتبرها في أي تخطيط عمارني، بما يلائم حاجيات السكان بالتوصل إلى مصالحهم ودفع الضرر عنهم، ويجب أن لا تكون هذه الطرق مطية لتكشف العورات بتمكين السكان من تفادي ذلك بالتنكيب عنها في حالة السِّلم، أمّا عرضها وسعتها فيتحدد بقدر الحاجة إليها وإن كان الأصل أنّها مخصصة لمرور النّاس ومشمولة بقوله صلى الله عليه و سلم: "إذا اختلفتم في الطريق جُعِل عرضه سبعة أذرع"[3]، غير أن هذا الحد من عرض الطريق قد يتغير بتغير الغرض المنشود منها، حيث قال "عيسى بن موسى: وحدثني جدي، عن عمر بن يوسف قال: سألت محمد بن تليد عن حديث النبي صلى الله عليه وسلم في حد الطريق. فقال: ما كان من طريق الأقدام فسبعة أذرع، فإن كان أقل من ذلك زيد فيه من أرض النّاس حتى يكون سبعة أذرع، وما كان من

[1] – خالد غزب، فقه العمارة الإسلامية، در النشر للجامعات، القاهرة، مصر، ط 1، 1417هـ/ 1997 م، ص 25.

[2] – عيسى بن موسى التطيلي، الجدار ، ص308.

[3] – مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 3، كتاب المساقاة ، رقم الحديث 1213، ص 1232.

طريق المواشي والأبقار فعشرون ذراعا. وهكذا ذكر العلماء وليس النبي صلى الله عليه وسلم في حديث"[1].

ويدل الحديث وقول عيسى ابن موسى السالف ذكره أنّ سعة الطريق تتحدد باعتبار مقدار الحاجة إليها، وأن حد السبعة أذرع المقرر في الحديث النبوي الشريف هو الحد الأدنى من السعة، بما يلائم احتياجاتهم في زمانهم، فإذا تغير الحال وأملى الواقع تغيير وسائل المرور كما هو عليه الوقت الحالي فهذا يقتضي ضرورة التوسعة بما يلائم الحاجة، وهو ما يدل عليه قول ابن كنانة من المالكية: "فيترك للنّاس من سعة الأزقة والطريق بقدر ما يمر فيه أوسع وأعظم شيء يمر في أزقتهم فلا يضر بذلك مثل البعير بأعظم ما يكون من المحامل وبالعجلة ونحو ذلك ممّا ينتفع به و ليس في ذلك عندنا قدر للانتفاع، قال ابن حبيب: وتقضي ذلك إذا كان إنشاء وابتداء بالدور فتكون الأزقة على ما قال ابن كنانة، وأمّا غير ذلك فلا"[2].

ونظرا لانتفاع جموع النّاس بها فهي تخرج كلية عن نطاق التصرفات على اختلافها، من بيع أو هبة ...[3]، لأنها مثل الحبس لا يحق الاستئثار بمنفعتها، ولم يغفل فقهاء الشريعة عن أخذ احتياطات الحالة الاستثنائية كحالة العدوان على المدن ومناطق العمران، بحيث ضربوا لذلك حسابا في عملية تخطيط الطرق، عن طريق ما يسمى بالمداخل المنكسرة بالنسبة للقلاع والحصون، فتُصَمم بطريقة تضطر المعتدي عليها أن يتوجه في اتجاه معين، بحيث يسهل إيقافه والتصدي له، أو على الأقل عرقلته مدة من الزمن كي يتمكن من بداخل المدينة من الاحتياط للوضع إمّا هربا أو التهيؤ للدفاع[4]، وفي كلٍ من حالتي السلم و الحرب يتأكد لنا دور الطرق العامة في تخطيط المدينة بما يضمن انسجام

[1] – ابن الرامي البناء ، الإعلان بأحكام البنيان، ص 193.

[2] – ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان، ص 193.

[3] – ابن أبي زيد القيرواني، الثمر الداني في شرح رسالة ابي زيد القيرواني، د ط، د تحقيق، د دار طبع، ص 463.

[4] – حسني خيري طه، مقاصد الشريعة و تفعيلها في فقه العمارة، ص 148.

وتوافق الحاجيات الاجتماعية والتسويقية (اقتصادية) لسكانها[1]، باختلاف المدينة والعرف السائد فيها و طبيعة أكثر الأنشطة الممارسة فيها، كما تتأثر الطرق بالانسجام العمراني اتساعا وارتفاعا كما بيّنه فقهاء الشريعة في أبواب كثيرة تتعلق برفع الضرر وعدم التعدي على بحق القرار الخاص بها[2]، إذْ أن إخراج الرواشن[3] والساباط[4] الملاصقة للدور الذي يُبْنَى فوق الطريق كالبوابات المعروفة في عصرنا الحالي، فهي محل خلاف آراء فقهاء الشريعة في اتخاذها.

الرأي الأول: جواز اتخاذ الرواشن بشرط عدم الإضرار بالغير

أجاز فقهاء المالكية إخراجها وإشراعها[5]، وكذلك الأحناف بأن وردت الأحكام المتعلقة به في مسائل التنازع، والتنازع فيه يعني أنّه من الحقوق المتقرر اكتسابها[6]، واشترط أصحاب هذا الرأي أن يكون ارتفاعها بقدر يسهل مرور الفارس معتليا فرسه رافعا رمحه، كحالة الساباط بين الدارين[7]، ويبقى هذا القيد لازماً حتى لو حِيز الروشن أو الساباط بعامل القدم وأضر بالمارة.

---

[1] – محمد عبد الستار عثمان، المدينة الإسلامية، ص 157.

[2] – استنادا إلى قاعدة حكم الأهوية، حكم ما تحتها.

[3] – الروشن وهو الجناح المتصل بالبناء، و يكون معلقاً فقط من جهة الاتصال.

[4] – "الساباط: هو السقيفة بين حائطين و الطريق بينهما".

– محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د تحقيق، د سنة ط، ص 235.

[5] – شهاب الدين القرافي، الذخيرة، ج6، ص 184.

[6] – الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، المعروفة بالفتاوى العالمكرية، ضبط وتصحيح: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1421هـ/ 2000 م، ج 4، باب في دعوى الحائط، ص 111.

– ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 12، باب مسائل الحيطان، ص 67.

– أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري، التجريد للقدوري، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، د محمد أحمد سراج، د علي جمعة محمد، دار السلام – القاهرة، ط 2، 1427 هـ - 2006 م، ج 6، مسألة: 14629، ص6925.

[7] – أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان و التحصيل والشرح و التوجيه و التعليل في مسائل المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية، لمحمد العتبي القرطبي، تحقيق أحمد الحبابي، ط1، دار العرب الاسلامي، بيروت لبنان، 1405هـ/ 1975 م، ج 9، ص 224.

ورفعاً للضرر بما يحمي مصلحة كل من المارة وصاحب الساباط إن كان ساباطه قائماً، يرى بعض أهل النظر ممن لهم حنكة و دراية بالعمران بأن تحفر الأرض تحته دون ضرر بالطرق أو هدمه، إلى أن يتسنى مرور الراكب تحته رافعا رأسه[1]، ونفس الأمر بالنسبة لفقهاء الشافعية إذ كان مرتفعا بحيث لا يضر بالمارة[2]، حيث قالوا: "كل ما يضر المار في مروره كإخراج روشنٍ أو ساباط أي سقيفة على حائطين والطريق بينهما، فإن لم يتضرر المار به بأن رفعه بحيث يمر تحته الشخص التام الطويل مع حمولة على رأسه وبحيث يمر تحته المحمل على البعير إذا كانت الطريق ممر فرسان وقوافل جاز ذلك"[3].

الرأي الثاني: عدم جواز اتخاذ ما يضر بالطريق ابتداءً، و رفع ما أضر منها

رأى فقهاء الشافعية فقالوا بعدم جواز التصرف أصلاً في الطريق النافذ بجميع التصرفات المحدثة على الطريق و التي تضر بالمارة من بناء دكة أو غرس شجرة، كما يحرم المصالحة على إنشائه بين ساكني هذا الدرب[4]، فإن كانت الأجنحة والساباط قديمة وأصبحت تضر بالمارة كاضطرارهم للانحناء للمرور تحتها، يحق للإمام مصالحته لرفع الضرر فإن أبى قطع بجميع الأحوال[5]، وبهذا يمكن القول أن الفقه الشافعي لم يختلف مع الفقه المالكي في مسألة رفع الضرر عن المارة.

– يحي ابن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في المذهب الشافعي، ط 1، دار المناهج للنشر و التوزيع، بيروت، لبنان، عدد الاجزاء 14، 1421هـ/ 2000م، ج 6، كتاب الصلح، ص 255.

– منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج 3، الصلح وأحكام الجوار، ص 115.

[1] – الونشريسي، المعيار ، ج 8، باب نوازل الضرر و البنيان، ص431.

[2] – يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين و عمدة المفتين، باب الصلح، فصل التزاحم في الحقوق المشتركة، ص 261.

[3] – أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 3، ص 439.

[4] – الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ألى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، كتاب التفليس، فصل التزاحم في الحقوق المشتركة، ص 237.

– محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، كتاب الصلح، ص236 .

[5] – الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي و هو شرح المزني، ج 6، كتاب الصح، ص 375.

أمّا فقهاء الحنابلة فقالوا بمنع كل ما من شأنه الإضرار بالمارة[1]، بحيث يمنع مطلقا كل التصرفات من إخراج جناح، أو ساباط بين دارين يستوفي جميع الطريق، وكذلك بناء دكة للجلوس بها، وإخراج الميزاب ولو لم يضر بالمارة[2].

وحديثنا عن الطرق العامة و نحن بصدد دراسة أحكام البناء ليس من باب الحشو وإنّما لما له من دور بارز في تخطيط المباني بغض النظر عن طبيعة المنفعة المرجوة منها، فهي تعتبر بمثابة المنافذ الرئيسية للمدينة وبواباتها، بحيث تخطط على مواضع اتصال بين منافذ المدينة الرئيسية والفرعية[3]، وهذا ما ميزّ غالب المدن التي أقيمت في كنف الحضارة الإسلامية وعلى مبادئها، بحيث يكون المسجد أهم محاورها وغالباً ما تؤدي الطرق الرئيسية إليه، وهو بدوره يتوسط المدينة لما له من أهمية دينية وتعليمية وسياسية، ويأخذ هذا الدور في الوقت الراهن الهياكل و المرافق التي أنيطت بها هذه المهام.

ولأن الطرق العامة ملك الجميع ولهم حق الارتفاق بها، فإنّ لها أهمية في تحديد مداخلها، ومدى الاعتداد بادعاء ضرر التكشف بين الجيران الناتج عن تقابل الأبواب والنوافذ ومداخل البيوت، وبهذا لا يصح الغلو في ادعاء الخصوصية، كون حاجة الناس فيه للمرور هي أكثر المصالح المعتبرة في هذا الباب، تجعل الباني يحتاط لذلك في تخطيط بنائه بما يراه ملائماً لدرء الضرر عن نفسه و بيته.

الفقرة الثانية: الطريق الخاص

سمي طريقاً خاصا اشتقاقاً من الاختصاص، وهو أقرب إلى أن يكون محل حيازة أو تسلط من المُختص به، وبناءً على هذا أُختُلِف في تسميتها بين الفقهاء بالنظر لاعتبارين:

---

[1] – بن قدامة المقدسي، المغني، ج 7، كتاب الصلح ، ص 31.

[2] – عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج 5، باب الصلح، ما يجوز فعله في الطريق و ما لا يجوز، ص 151.

[3] – محمد عبد الستار عثمان، المدينة الإسلامية، ص 158.

الاعتبار الأول: استند أهل هذا الرأي في تسميتهم إلى منتهى الطريق وعدد المارين بها، لذلك كان من بين المسميات كالسكة غير النافدة، أو الطريق غير النافذ أو غير السابل، وكلها تدل على عدم اختصاص العامة بالمرور بها، وأن المارين بها أو مستعمليها قلة يُحْصَوْن[1]، ويرى البعض أنها تلك التي تكون مغلقة من أحد الطرفين[2]، يعبر عنها متقدمي فقهاء المالكية بأفنية الدور[3]، لكن التساؤل المطروح حول التسمية بأن يقصد بعدم النفاذ الانسداد، وهل الانسداد فعلي بوسائل مادية كبنائه مثلا؟، أم انسداد في الاستعمال كأن لا يكون موصولا بطرق عامة.

الاعتبار الثاني: وهو اعتبار الملكية وتبناه فقهاء المالكية بأن الطريق الخاص اقرب إلى الملك الشائع بين أرباب الدور المؤدي إليها[4]، وهو رأي بعض فقهاء الأحناف حيث عرفوا السكة الخاصة، بالمملوكة غالبا[5]، والتي تكون في ملك إنسان ما[6].

ورغم أن فقهاء المالكية و بعض الحنفية هم من تصدروا هذا الرأي تصريحاً، إلاّ أنّنا نجد من فقهاء الشافعية والحنابلة ميولا إلى هذا الرأي وذلك بالسؤال لمن تعود ملكية الطريق الخاص ؟، بحيث تمحورت الإجابة عن هذا السؤال في رأيين:

---

[1] – الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج 5، باب القسمة، ص 381.

[2] – محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، د تحقيق، دار الفكر، لبنان، ط 2، 1398هـ/ 1978 م، ج 5، 166.

[3] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 48.

[4] – وهذا من خلال اشتراط الاذن بالتصرف فيه بين أهل الدور الذي ورد في جل مؤلفات فقهاء المالكية بأبواب متفرقة كالشركة والقسمة.

[5] – ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج 6، باب الحقوق، ص 230.

– الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج 6، الباب 11، جناية الحائط و الجناح، ص 40.

[6] – محمود بن احمد العيني الشهير بناصر الإسلام الرامفوري، النيابة في شرح الهداية، ج 7، باب الحقوق، ص 390.

الرأي الأول: يرى أنصار هذا الرأي بأن الطريق بمثابة الملك الناقص، بمعنى أنّ عينه مملوكة لجميع أهله ولا حق لهم في التصرف المطلق فيه، بدليل عدم جواز غلقه لما تقرر فيه من الصالح العام، وإلى هذا اتجه فقهاء المالكية [1]، وأيضا الحصكفي من الحنفية[2]، ويبدو أن هذا الرأي استند على فكرة المرفق العام، حيث قال ابن حبيب قال اصبغ:" وقضى عمر بالأفنية لأرباب الدّور، فالأفنية دور الدور كلها مقبلها و مدبرها ينتفعون بها ما لم يضيق طريقا أو يمنع مارة أو يضّر بالمسلمين،..."[3]، وحتى إن اختص المنتفعون بالطريق الخاص فهذا لا يخول لهم غلقه أو سده، وبالتالي فهذا يعني أنه كذلك باعتبار أن غالبية مستعمليه هم من ساكني تلك الدور، وبالتالي لا يقتضي منع غيرهم من التوصل به إلى طريق عام بين الحين والآخر وهو المقصود من قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه في عدم الإضرار بالمسلمين.

الرأي الثاني: يرى أنصار هذا الرأي أن الطريق الخاص، هو ملك من تقرر لهم حق المرور به، أو من لاصقه جداره دون أن ينفذ إليه بابه، والطريق غير النافذ جميعه شركة بين أهل الدور وليس فقط الجزء الذي نفذ إليه بابه، وهذا الرأي الراجح لدى فقهاء الشافعية[4]، ويُكيِّفه أيضا فقهاء الأحناف في حكم الملك الشائع الذي لا يجوز التصرف فيه بغير إذن الإمام أو نائبه، الذي يقرر الضرر في الحال والمآل[5].

---

[1] – محمد بن أحمد ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، د ط، د تحقيق، باب الشركة، ص 368.

– أبي القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي، فتاوى البرزلي جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، تقديم وتحقيق: أ د محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 2002، ج 4، ص 363.

[2] – عبد الرحمان بن أحمد بن محمد بن نافع، أحكام الجوار في الفقه الاسلامي، دار الأندلس الخضراء، جدة، ط 1، 1416هـ/ 1995م، ص 227.

[3] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 9، كتاب القضاء و نفي الضرر، ص 47.

[4] – يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 3، باب التزاحم في الحقوق، ص 442.

– الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح المزني، ج 6، كتاب الصلح، ص 377.

[5] – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 3، كتاب الصلح، ص 115.

وتبياننا لمفهوم الطريق الخاص وإن اختلفت معايير تسميته، إلا أنّه لم يخرج عن مضمون الاختصاص سواء في ملكيته رقبةً، أو في تسبيله بين من ينفذ إليه مداخل بيوتهم، دون منع الغير من الارتفاق به، وهذا يعني أن سلطانهم فيه أوسع وخصوصيتهم فيه غير محدودة، إذْ يمكن ادعاء انتهاكها والتعدي عليها حتى في ابسط التصرفات، وبالتالي فتصرفهم فيه يكون مبني على وجوب مراعاة حسن العلاقات الجوارية في جميع أوجهها، بحيث لا يحق التصرف فيه بتصرف مادي دون إذن البقية[1]، وعلى شرط ألا يكون تصرفه ضاراً بهم في الحال و المآل، كإخراج روشن أو جناح، أو إشراع ساباط، أو فتح باب أو كوة ونحوها إلاّ إن حيزت بعامل القدم ورأي فقهاء المالكية في النازلة يجلي ذلك:" ... في رجل له دار ظهرها في زقاق لقوم غير نافذ، ففتح الرجل باب داره نحو هذا الزقاق، وبقي كذلك نحو ثلاثة أعوام، ثم باع القوم دورهم، فأراد مبتاعوها إغلاق الباب المحدث، واحتجوا بأن ذلك كان للبائعين منه القيام به، وأنّه قد حل محلهم، فجاوبني ابن عتاب: ليس للمبتاعين فيه كلام ولا اعتراض، وأنّما كان الكلام فيه للبائعين، فإذا لم يفعلوا حتى باعوا فهو رضا منهم إن شاء الله عزّ وجل" وهذا قول ابن حبيب و مطرف وابن الماجشون أصبغ [2].

وأيضاً روى عبد الملك ابن الحسن عن ابن وعب: "فيمن له دار بسكة نافذة أو غير نافذة فطلب أن يحول باب داره من موضع إلى موضع آخر من داره هو أرفق به فمنعة جاره الذي يلي داره وقال: بين بابي و بابك مجلس لي ومربط لدابتك ومنزل لأحمالي وأنا في سترة إن فتحت بابي، فإذا أدنيت بابك مني زال عني هذا، فقال الآخر إنما أفتح في جداري فلا حجة لك علي، قال إن كانت السكة غير نافذة وقد فتح بابا قبال باب جاره حتى يكون الداخل والخارج، ومن خلف الباب يعينه أو كان الفتح قريبا من جاره، وكان مضرا به ضررا بينا يُعرف فليمنع منه، وإن كانت طريقا سالكة

[1] – مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا، فصل حقوق المعاملات الجوارية، ص12.
حيث جاء نص المادة 58:" إذا تعلق حق للغير بالملك، فليس للمالك أن يتصرف فيه تصرفا مضرا إلاّ بإذن صاحب الحق".

[2] – أبي الأصبع عيسى ابن سهل بن عبد الله الأسدي، الإعلام بنوازل الأحكام المعروف بالأحكام الكبرى، تحقيق د: نورة محمد عبد العزيز التويجري، ط 1، 1415 هـ/ 1995م، د دار ط، د بلد ط، ج 2، ص 804.

وسكة واسعة حتى يكون هو وغيره من المارة في الفتح في داره والمرور بها والنّظر سواء ولا يضّر به في غير ذلك لم يُمنع من الفتح"[1].

ونفس الرأي بالنسبة لفقهاء الأحناف [2]، سواء بفتح كوة جديدة، أو زيادة أخرى[3]، وكذلك فقهاء الشافعية في إعمالهم للأخذ بالأحوط، فيما ضرورة الإذن بالتصرف في كل ما كان مشتركاً[4].

أمّا فقهاء الأحناف فلا يرون بجواز الاستطراق بفتح باب أو طاقة في طريق غير نافذ إلاّ للضرورة، وأن لا يجري ذلك مجرى العادة فيكثر الاستطراق به[5].

و خلاصة أثر الطريق على تخطيط المباني ما أورده الفقهاء بشأن الطريق سواء كانت عامة أو خاصة، سابلة أم غير نافذة، ما هو إلاّ إرساء للمبادئ العامة لها بما يتماشى وحركية النمو العمراني في زمانهم، أمّا وبعد أن اهتم المسلمون بالعمران وجعلوه معلماً دالاً على نسبة ما توصلوا إليه من حضارة، فقد أخذ أبعاد تنظيمية أخرى منطلقاً من الجبلة الاجتماعية، مُكّيفاً إياها بأبعاد استراتجية تتماشى حسب الطبيعة المناخية لأماكن العمران، وذلك لتكون أكثر استنارة بنور الشمس، وتوجيه البناء بحيث لا يتضرر من الرياح، ويستفيد من أكبر قدر من التهوية، وهذا من باب الإدراك بقيمتها كشرايين للحركة والتنقل بين مختلف أجزائها، مع الأخذ بعين الاعتبار وسائل التنقل المعتمدة عندهم، حيث نلمس تأثر تخطيط الطرق بالعوامل المناخية من خلال الاتجاهات التي أخذتها لتتماشى مع حركة الشمس، أو مقاومة المؤثرات المناخية كالبرد والريح، وهذا حسب طبيعة المنطقة من ناحية

---

[1] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج11، كتاب القضاء و نفي الضرر، ص 44.

[2] – ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج 7، باب التحكيم ، ص 49.

[3] – الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج 4، باب دعوى الحائط، ص 112.

[4] – الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي و هو شرح المزني، ج 6 ، باب الصلح، ص 393.

[5] – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج 3، باب الصلح و أحكام الجوار، 116.

البرودة والحرارة [1]، أمّا من ناحية الاتساع والضيق فإن لجهاز الحسبة الدّور الرئيسي في ذلك، بحيث يعتبر بمثابة الجهاز الإداري الذي قامت عليه الدولة الإسلامية في منع المناكير قبل تفشيها، لاسيما بالنسبة لأحكام الطرق الخاصة وغير النافذة لما لها من دورٍ كبير في توجيه مداخل الأبنية وأيضاً مناور الضوء، وكوى التهوية، وبيان كيفية رفع الضرر بما يوازن بين مصالح الجيران فيما تعلق بها من منازعات.

الفرع الثاني: الشوارع و الرحاب

الشوارع جمع شارع ويقصد بها السُّبُل التي يسلكها النّاس للتوصل إلى مأربهم[2] وليست كالطرق، أما الرّحاب فهي مساحات خالية تتخلل الأبنية وتستعمل لأعراض شتى، وتكون على قدر من السعة بما يتناسب وهذه الأغراض[3]، وهي عبارة عن نقطة التقاء مجموعة من الشوارع والسكك والأزقة، ونظراً لهذه الميزة استعملت الرحاب في التجارة، وسميت غالبا بأسماء ما يباع فيها[4]، وتستفيد أيضا الشوارع والرحاب من نسبة معينة من التضليل وذلك بإقرار إشراع الرواشن والأجنحة من البناء على نحو لا يضرّ بالمارة، ولم يرد في الشرع نهي عن استعمالها إلاّ من حيث المنع الابتدائي للضرر أو الموازنة بين المصالح و المفاسد.

الفرع الثالث: الأسواق

إنّ إشباع النّاس لاحتياجاتهم اليومية لا تتأتى إلاّ من خلال سلوك اجتماعي باحتياج بعضهم إلى ما في أيدي بعض والذي يتحقق من خلال المعاملات المالية التجارية، وفي أماكن خاصة

---

[1] – محمد عبد الستار عثمان، المدينة الإسلامية، ص 112– 119.

[2] – أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، د ط، د سنة ط، ص 162.

[3] – الماوردي، الأحكام السلطانية و الولايات الدينية، تحقيق: د– أحمد مبارك البغدادي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1409هـ/ 1989م، ص 203.

[4] – محمد عبد الستار عثمان، المدينة الإسلامية، ص 172.

(الأسواق) حتى لا يتكبد النّاس عناء البحث عنها، ولهذا النشاط وهذه الأماكن تأثير كبير على تنظيم المباني في الفقه الإسلامي، بما يلبي حاجيات السكان دون الإضرار بهم.

ومن منطلق ضرورة أن تنعقد هذه الأسواق في أماكن خاصة، يتم حيازة أجزاء منها إمّا بالسبق إليها من طرف التجار أو بتخصيصها من طرف ولي الأمر لأشخاص أو مصالح معينة، وبما أنها أماكن لا يتردد عليها الجميع حظيت بنوع من الخصوصية، بما يتلاءم و توزيع مكاني يلائم سكان المحلة أو العمران من حيث سهولة التوصل إليه، إضافة أنّ الأنشطة الممارسة في السوق تتطلب نوعا من الموارد في التصنيع تؤدي إلى الإضرار بمن جاورها سواء من المارة أو السكان وربما تتناقض وطبيعة أنشطة صناعية أو تجارية أخرى وكأفران النّار ومدابغ الجلود والمذابح، ممّا يتطلب وجوده البعد عن السكان حتى لا يتأذوا من ريحها ودخانها، ومن أمثلة المدن القائمة على أحكام الشريعة الإسلامية كالقاهرة تعتمد نوعاً من التنظيم تجعل السكان بمنأى عن ضررها المعتمد على مبدأي التجاور والتخصيص[1]، حيث أن هذه الأحكام مبنية في الأصل على منع الضرر ومن باب السياسة الشرعية، ومعتمدة على نظام الحسبة في التطبيق.

الفرع الرابع– تدبير المياه: إنّ لتدبير مجاري المياه أهمية كبيرة في حفظ مقصد النّفس، وتحديداً حفظ السلامة الجسدية للإنسان، إذْ أدرجها فقهاء العصر الحديث ضمن حقوق الارتفاق التي تتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر[2]، و هي على نوعين أحدهما مياه الشرب(حق المجرى) والثاني مياه الصرف (حق المسيل).

[1] – خالد غزب، فقه العمارة الإسلامية، ص 59– 60.

[2] – محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 86.

أولاً: مياه الشرب (حق المجرى)

تعرف فقهاً وقانوناً بحق الشرب أو حق السقي، ويقصد به النصيب من الماء المخصص لسقي زرع أو شجر أو لشرب حيوان أو إنسان أو منفعته من وضوء وغسل[1]، حيث بيّن فقهاء الشريعة نظامه بأحكام متماشية مع واقع الحال في زمانهم استنادا إلى تغليب مصلحة خاصة راجحة على أخرى مرجوحة، لكنها أرست القواعد الأولية التي على أساسها يمكن استخلاص واقع المتغيرات بما يناسب كل زمن و مكان من خلال الموازنة بين الحاجيات والمصالح، بما يجعل هذا الحق مستساغا لكل من هو في حاجته، وأخذ بهذا المبدأ كل فقهاء الشريعة مع اختلاف بسيط في درجة المشاحة.

فرأي فقهاء المالكية[2]، والشافعية[3] بأن المشاحة أساسٌ للاختصاص بعينه، والبذل والسخاء واجباً على مالكه وحقاً لمن كان في حاجة للشرب أو سقي ماشيته أو زرعه مع مراعاة قواعد العدالة وأولوية مالكه في الحاجة إليه، إذ لا يمنع فضل الماء عن المحتاج إليه سواء كان مقيماً أو عابرا للسبيل استنادا إلى حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنّه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ثَلَاثٌ لَا يُمْنَعْنَ، المَاءُ وَ الكَلَأُ وَ النَّار"[4]، لكن هذا الحديث حُمِلَ على ما كان منها في البراري والصحاري التي لم يتم الاختصاص بها، بعكس القرى والأرضين التي عرفها أهلها واقتسموها وعرف كل إنسان حقه، فله أن يمنع كلأها عند الإمام مالك إذا احتاج إليه[5]، وهذا يعني أنّ ضابط أولوية حاجة مالكه

[1] – محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 87.

[2] – الونشريسي، المعيار، ج 8، ص 35.

[3] – الخطيب الشربيني ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 2، كتاب إحياء الموات، ص 359.

[4] – أبي عبيد القاسم بن سلام، كتاب الأموال، تقديم و تحقيق: د – محمد عمارة، دار الشروق، بيروت، ط 1، 1409هـ/ 1989م، باب حمى الأرض ذات الكلأ و الماء، ص 386.

[5] – مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ج4، كتاب حريم الآبار، ص 469.

قاعدة للمشاحة في الماء، وكل ما كان الأصل فيه أن يكون سابلاً بين الجميع، بينما توسع بعض الحنابلة في المسألة إلى حد جواز إحياء الأرض بمياه مملوكة للغير (أرض شاربة منه)[1].

أمّا غالبية الأحناف[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] فقد ضيقوا من هذا الحق أدرجوه ضمن المسائل التي تبنى على المشاحة لا على البذل والتبرع، بأن يكون محلا للعقد وبالتالي تطبق عليه أحكامه، وجوَّزوا الشفعة فيه للشرب وسقي المواشي دون سقي الزرع[5].

ولما كان حق الشرب مقرراً لعامة المسلمين فإن وصوله إليهم لا يتسنى دائما على أملاكهم، فقد يضطر من أراد توصيله لمُلكه إلى الارتفاق بملك غيره، إما بقناة أو مجرى فوق الأرض، فليس له ذلك إلاّ برضا صاحب الأرض المُرتفق بها أو مصالحته عليه بعوض، على أن يتولى تخطيطها أهل المعرفة تجنبا لضررها أو بأقل ضرر و قدر من التكاليف[6].

ولأن تدبير مياه الشرب تعتبر منفعة مشتركة في جميع المذاهب على اختلاف درجات إقرار الانتفاع به ولو كان مملوكا للغير، فإن لتوزيعه وإصلاح مجاريه أحكاماً نظَّمها فقهاء الشريعة الإسلامية بما يضمن استمرارية هذا المرفق استناداً للأصل بأنّ كلّ ملكٍ مشترك فهو كذلك بالنسبة للريع والنفقات، إلاّ أنّ نكول بعض الشركاء عن عناء إصلاح وترميم الملك المشترك قد يرتب أحكاماً متراوحة بين إجبارهم عليه أو التخلي عن أنصبتهم فيه، أم أن هناك حلولاً أخرى؟.

---

[1] – علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 6، باب إحياء الموات، ص 270.

[2] – زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 7، باب إحياء الموات ، ص 242.

[3] – محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، كتاب الاجارة ص 292.

[4] – علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، كتاب الصلح، ص 892.

[5] – علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1405 هـ/ 1984 م، ج 3، كتاب الشرب، ص 318.

[6] – حسني خيري طه، مقاصد الشريعة و تفعيلها في فقه العمارة، ص 393.

أجاب عن هذا فقهاء المالكية ممّا ورد في المدونة:" قلت: أرأيت إن كانت قناة بيننا ونحن أشراك، فاحتاجت القناة إلى الكنس، فقال بعضنا نكنس وقال بعضنا لا نكنس، وفي ترك الكنس ضرر بالماء وانتقاص ما حالهم، قال: إن كان في مائهم ما يكفيهم، أمر الذين يريدون الكنس أن يكنسوا ويكون لهم فضل الماء الذي زاد بالكنس دون الذين لم يكنسوا، وذلك أني سمعت مالكاً، وسُئل عن قوم بينهم ماء فقلَّ ماؤهم فكان لأحدهم نخل يسيرة، فقال الذي له النخل اليسيرة: في مائي ما يكفيني ولا أعمل معكم، فقال مالك: يقال للآخرين اعملوا فما جاء من فضل الماء عن قدر ما كان له كان لكم أن تمنعوه إلاّ أن يعطيكم حصة من النفقة، ويكون له من الماء على قدر حصته"[1]، ويتضح أنّ امتناع الشريك عن المساهمة في إصلاح القناة لا يحول دون نصيبه، لكن يمنعه الزيادة التي حدثت بفعل إصلاح القناة.

أمّا عند فقهاء الأحناف[2]، و الشافعية[3]، وكذلك الحنابلة[4] فأحالوا ذلك إلى الأحكام المتعلقة بالشركة إذا كانت مشتركة، والأحكام المتعلقة بالعقد كأن تكون محل عقد إجارة مثلاً حيث نصت المادة1308 من مجلة الأحكام العدلية:" إذَا احْتَاجَ الْمِلْكُ الْمُشْتَرَكُ لِلتَّعْمِيرِ وَالتَّرْمِيمِ فَيَعْمُرُهُ أَصْحَابُهُ بِالِاشْتِرَاكِ بِنِسْبَةِ حِصَصِهِمْ"، و أيضاً تحال لأحكام الإجارة إذا كان المجرى محل للإجارة.

ثانياً: مياه الصرف (حق المسيل)

يقصد بحق المسيل: "حق صرف الماء الزائد عن الحاجة، أو غير الصالح، بإرساله في مجرى على سطح الأرض أو في أنابيب حتى يصل إلى مستودعه ومستقره"[5]، وهو أيضاً أحد حقوق الارتفاق التي

---

[1] – الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 4، كتاب حريم الآبار، ص 471.

[2] – ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 6، كتاب الشركة ، ص 512.

[3] – محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، كتاب إحياء الموات، ص 302.

[4] – علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، باب الصلح، ص 900.

[5] – محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 91.

تتقرر نتيجة انحصار العقار، التي لها انعكاس ذو أهمية كبيرة في تنظيم العمران، حيث حظيت لدى فقهاء الشريعة بعديد المسائل التنظيمية في هذا الباب إذ خُصَّت لها مجموعة من الضوابط الخاصة على غرار حق الملكية والقيود الواردة عليه بما يتماشى والنوازل المطروحة أمامهم ، بحيث نجد هذه الضوابط والأحكام تحددت بمعياري طبيعة المياه المسالة ونوع الضرر الناتج عنها، ويمكن أن تختصر تفصيلات هذا المعيار والأحكام المتعلقة بها في الفقه المالكي من خلال ما جاء في كتاب الجدار: "قال العتبي: سُئل سحنون عن رجل بنى في زنقة ليست بنافذة، ولقوم في الزنقة مختلف هل يجوز للذي بنى في الزنقة أن يخرج ماءه في الزنقة من ماء المطر وغير ذلك، فقال ليس له أن يحدث على القوم ما يضر بهم وأن يخرج الماء في مختلفهم، إلاّ أن يكون ذلك قديما قبل أن يبني وكان مجرى مائه فله ذلك، وإلاّ فليس أن يخرج ماءه.

قيل له: فهل له أن يفتح كوة في سكك المسلمين فيخرج ماءه في السكة؟، قال: لا، قيل له: فله أن يخرج ماء المطر في سكك المسلمين؟، قال: نعم، فله أن يخرج ماء المطر لأن هذا من الضرر الذي لا يوجد منه بد، وهو أمر غالب"[1]، والملاحظ في الجواب أنّ ضابط المنع من الإضرار بالغير هو قدرة الإنسان على توقعه والاحتراز منه، فإمّا أن تكون من مياه المطر التي لا يد له فيها، وإمّا أن تكون من مياه الصرف المستعملة، والتي هي من صنع الشخص ابتداءً، فوجب عليه التدبير له بما يزيل ضررها، خاصة إذا كانت هذه القنوات تجري على ملك الغير من عامة النّاس كمستعملي الممرات والسكك، أو من الخاصة كالجيران.

1- **أنواع مياه الصرف:** ولهذا كُيِّفت المياه السابلة في هذه المجاري فهي على نوعين:

النوع الأول- ماء الغسالات: هذا النوع ناجم عن الاحتياج اليومي للإنسان وهي مجاري الدّور السابلة بمياه غير صالحة للاستعمال وبالأحرى مستعملة في الغسيل والتنظيف، وربما كانت مياه قذرة فكان من أعراف النّاس أن لا تُجْرِيهَا على سطح الأرض، بل بباطنها وبوسائل تتماشى وحدود التطور

[1] – عيسى بن موسى التطيلي، كتاب الجدار، القضاء في معارق السقوف و معارج الدور، ص 152.

الذي وصل إليه الإنسان، وهي الُمعبّر عنها فقهاً بالبالوعة والكنيف[1]، لذلك أحاطها فقهاء الشريعة بمجموعة من الأحكام من حيث إنشائها وإصلاحها وتحويلها.

النوع الثاني– ماء المطر: هناك نوع ثاني من المجاري فهو ناجم عن ظواهر طبيعية كنزول المطر ولا يحمل أيَّ ضرر في ذاته ولا على السلامة الجسمانية للإنسان لعدم حمله أي قذارة ويكون في مواسم محددة من السنة، غير أنّها يمكن أن تلحق ضرراً بالغا بالدور بالنّظر إلى كميته، فيعمد النّاس إلى الحيلولة دون ضررها بصرفها في قنوات أو ما يسمى بالميازيب[2] أو بمهارق السطوح، ولأن مياه المطر التي لا يمكن التحرز منها لا من جهة كمية الماء الجارية في الميازيب ولا من جهة وقتها، قضيَ بجواز إخراجها في سكك المسلمين[3]، كما لا يمنع مُصرفه من اتخاذ ما يحول دون ضرره على الجار وجدرانه وهو قول العتبي من المالكية[4]، غير أن هذا الرأي ليس مستقراً في حال ما تعارض دفع ضرر ماء المطر مع سلطان الملكية، كتصريف الماء على ملك الجار أو ملك مشترك كجدار بأن يحمل عليه سقفاً يُسيل ميازيبه، إذ وجدت آراء أخرى لدى فقهاء المالكية وافق كلٌ منها رأياً لدى بقية المذاهب الأخرى.

الرأي الأول: يجوز له إجراء ماء المطر بملك جاره ما لم يضر

تسري هذه الأحكام على الملك الخاص للجار وأيضاً على الملك المشترك كالجدار يكون سترة بين دارين مثلاً[5]، ويؤمر قضاءً بإزالة ما أضر منها بجدران الجار[6] وهذا قول عيسى ابن دينار من فقهاء

---

[1] – هما عبارة عن قنوات تجري ببطن الأرض ويُصرف فيها الخلاء و الأقذار، من ماء الوضوء والاغتسال.

[2] – "الميزاب: او المزراب، هو انبوبة من قصدير أو حديد و نحوه، تركب من جانب البيت من أعلاه، ليتصرف منها ماء المطر المجمع فوق السقف". يحي ابن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في المذهب الشافعي، ج 6، كتاب الصلح، هامش ص 253.

[3] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 144.

[4] – عيسى بن موسى التطيلي، كتاب الجدار ، القضاء في معارق السقوف و معارج الدور، ص 154.

[5] – نعوه أن حالة الاشتراك قد تكون فعلية بأن يشترك الجاران في الجدار الفاصل بينهما رقبةً و منفعة، و قد تكون حكمية كأن يتقرر لأحدهما ملكية رقبة الجدار و يتقرر للآخر حق الارتفاق به بالتزام خلقي أو قضائي.

[6] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 144.

المالكية [1]، وأيضا بعض الأحناف[2]، والقديم عند الشافعية[3]، واستثناءً عند الحنابلة[4] في حال تقرر حق المسيل لأحد الجيران على ملك الآخر، بأن يكون محل صلحٍ أو بيعٍ أو حيازة تقررت بعامل القِدم، وفي هذه الحالة لا يجوز لصاحب حق المسيل أن يغيره على حاله إلاّ إذا انتفى الضرر كتحويل الميزاب إلى قناة، لأن القناة تجري تحت الأرض والميزاب على وجه الأرض، وظاهر هذا التغيير أنّه زيادة في ملك صاحب الأرض ولا ضرر فيه عليه، وقد أسس هذا الرأي عند فقهاء الشافعية[5] على حالة تعسف صاحب العقار المجاور في منع جاره مسيل الماء، إذا كان ذلك لا يضر به وبملكه، فإن أبى تقرر حق المسيل قضاءً[6]، بدليل ما روي:" أن الضحاك و محمد بن مسلمة اختلفا في خليج، أراد الضحاك أن يُجريه في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحاك: لم تمنعني؟ وهو لك منفعة، تشرب به أولاً وآخراً ولا يضرك، فكلم فيه الضحاك أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فدعا عمر ابن الخطاب محمد بن مسلمة، فأمره أن يُخلي سبيله، فقال محمد: لا، فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه؟ وهو لك نافع، تسقي به أولاً و آخراً وهو لا يضرك، فقال محمد: لا، فقال عمر: و الله ليمرّن به و لو على بطنك، فأمره عمر أن يمرّ به ففعل الضحاك"[7].

---

[1] - عيسى بن موسى التطيلي، كتاب الجدار ، القضاء في معارق السقوف و معارج الدور، ص 154.

[2] – المرجي الثقفي ، كتاب الحيطان، الفصل الخامس، ص 152.

–الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج 4، باب دعوى الطريق و المسيل، ص 105.

[3] – يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 3، كتاب الصلح ، ص 454.

[4] – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج 3، باب الصلح و أحكام الجوار، ص 119.

[5] – يحي ابن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في المذهب الشافعي، ج 6، كتاب الصلح، ص 259.

[6] – بن قدامة المقدسي، المغني، ج 3 ، كتاب الصلح، ص 27.

[7] – الموطأ، ج2، كتاب الأقضية، باب القضاء بالمرفق، رقم 33، ص 746.

الرأي الثاني: لا يجوز له أن يسيل ماءه على ملك جاره إلاّ بإذنه

هذا قول مطرف و ابن الماجشون[1]، والجديد في المذهب الشافعي[2]، والأصل عند الأحناف استنادا إلى قوة سلطان حق الملكية بحيث لا يجوز التعرض له بأي وجه من وجوه التصرف من قبل الغير إلاّ برضا أهله[3]، أو أن يستحقه بثمنه كالايجار والبيع وغيره، بشرط أن يكون محل المياه المُسالة فيه معلومة الكم و الطبيعة[4]، وقالوا بعدم جواز ارتفاق المسيل بملك الجار حتى لو لم يكن في الارتفاق ضرر بالجار كأن تكون داره واسعة لا يضر سقوط ماء الميازيب بها، وليس له تغيير أو تعديل حق مجرى مكتسب إلاّ في حدٍّ ما تقرر له، كتحويل الميزاب أو زيادة الماء الجاري به كإلقاء الثلج مثلاً.

الرأي الثالث: هو رأي وسط بين الرأيين السابقين، بمعني طريق لتوخي ضرران؛ ضرر التعدي على الجار بصرف ماء المطر في ملكه وضرر تهدم بنائه، فيحتال له بأن يهدم جداره ويقدمه إلى ملكه ويرفع عليه السقف ليسقط ماءه عليه حتى يخرجه خارجاً[5]، غير أنّ ابن حبيب ومطرف وقول آخر لابن الماجشون لم يروا بذلك لأنه مستحق لموضع الجدار وليس موضع الساقية[6].

2- **أحكام مياه الصرف:** تتباين هذه الأحكام من حيث الإنشاء و إصلاحها.

أ- انشاء قنوات الصرف: ما يلاحظ على ماء الغسالات على الرغم من قلتها إلاّ أنها مستمرة بقدر حاجة الإنسان يوميا إلى الاغتسال والوضوء، لهذا فضررها واضح وغير مألوف ولو حيز

---

[1] - أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، كتاب القضاء في البنيان، ص 103.

[2] - يحي ابن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في المذهب الشافعي، ج 6، كتاب الصلح، ص 258.

[3] - عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ - 1998م، عدد الأجزاء 4، ج1، باب ما يحدثه الرجل في الطريق، ص 360.

[4] - ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني، ج 8، ص 60.

[5] - ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 135.

[6] - عيسى بن موسى التطيلي، كتاب الجدار ، القضاء في معارق السقوف و معارج الدور، ص 155.

بعامل القدم[1]، خاصة إذا أخرجت لطريق العامة (على سطح الأرض)[2]، واختلف الفقهاء فيها ثلاثة آراء.

الرأي الأول: مبني على منع الضرر.

تقلد هذا الرأي فقهاء المالكية والحنفية[3] الذين اعتبروا ضرر الكنيف عموما بأنّه من الضرر المعتبر و الواجب قطعه بأي حال ودون الالتفات لمن طاله من عامة المسلمين أو خاصتهم، بل يقضى يقطعه حتى لو كان قديما[4]، ولا يكون قدمه حجة على المتضرر منه، كما لا يصح أن تكون منفعتها محل عقد محدد المدة وقالوا بعدم جواز استئجار مجرى يبس ليسيل فيه ماء ميزابه فيه أو استأجر ميزابا ليسيل فيه غسالته أو بالوعة ليصب فيها بوله والنجاسات، ولا يجوز كذا في المحيط لو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوءه[5].

ولفقهاء المالكية تفصيل في المسألة لاجتماع ضرران في هذه المجاري، أحدهما الروائح الكريهة و الآخر الإضرار بجدران المباني نتيجة الرطوبة، وضررها بيِّن لا خلاف فيه إن أحدثت القنوات على الطرقات بحيث تضر بالسالكين، أو أسندت بالجدر حتى و إن دعت الحاجة إليها فيتضرر منه المارة والسكان على حد السواء، فأمّا السكان يلحق الضرر ببيوتهم بهز جدرانهم والتسبب في وهنها وانبعاث الريح النتن إليهم، فجاء في المعيار:" سئل السيوري عن صاحب السفلي أحدث مرحاضا

---

[1] – مجلة الأحكام العدلية، فصل بيان حق المرور و المجرى، المادة 1048، ج1، ص 236.

[2] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 144.

[3] – بابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج 6، باب الحقوق، ص 395.

– بناصر الإسلام الرامفوري، النيابة في شرح الهداية، ج 7، كتاب الحقوق، ص 388.

[4] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1405 هـ/ 1985 م، ج 5، الباب الثاني توابع الملكية، ص 591.

[5] – الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، ج 4، فصل ما يفسد العقد فيه، ص 441.

محتاجا إليه فمنعه صاحب العلو فقال تحدث ما يضر بأصل الحائط من البلل والأزبال فيؤول الضرر إلى العلو.

فأجاب: لصاحب العلو أن يمنعه كلَّ ما أضر به"[1]، وأجاب أيضاً أبي زيد فيمن أحدث مرحاضا خارجاً إلى الشارع، بأن له ذلك إذا كان في الطريق من السعة مالا يضر بالسالكين[2].

و قال صاحب التحفة فيما له مضرة بجدران البنيان:

كالفرن و الباب و مثل الأندر .... أو ما له مضّرّة بالجدر.

كما يتوقف صرف الماء عبر قناة تخرج من الدار إلى قناة تمر في ملك الجار أو رجل آخر على رضا هذا الأخير وليس له ذلك إلاّ بإذنه[3]، وله ذلك أيضاً إذا كانت له قناة ملاصقة لدور جيرانه وليس لهم في الزائغة التي تمر بها ممر أو نافذة، ولكن لم يجري فيها شيء من ماء الغسلات أو العَذِرة دهراً من الزمن، ثم بدا له أن يصرف فيها ذلك [4]، فيمنع ضررها الذي يلحق بالمارة كإحداثها في الشوارع لتبيُّنه[5]، ونفس الحكم بالنسبة للسواقي التي توصل الماء إلى الفدادين، حتى لو صنعت بطريق واسع، لكنها أضرت بمستعمليه حسب جواب البرجيني من المالكية[6]، فكان هذا بمثابة الإجماع من فقهاء المالكية بمنع ضرر مجاري المياه في جميع الأحوال متى كان الضرر معتبرا ومحققاً [7]، حيث قال صاحب التحفة فيما يحدث من ضرر الرائحة:

و ما بنتن الريح يؤذي يمنع .... فاعله كالدبغ مهما يقع

---

[1] – الونشريسي، المعيار، ج 8، باب نوازل الضرر و البنيان، ص 440.

[2] – الونشريسي، المعيار، ج 8، باب نوازل الضرر و البنيان، ص 445.

[3] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 133.

[4] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 109.

[5] – الونشريسي، المعيار، ج 8، باب نوازل الضرر و البنيان، ص 445.

[6] – الونشريسي، المعيار، ج 8، باب نوازل الضرر و البنيان، ص448.

[7] – علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 2، باب الضرر و سائر الجنايات، ص561.

الرأي الثاني: أولوية سلطان حق الملكية

تقلده فقهاء الشافعية فتناولوا مثل هذه المسائل في أحقية الجار بإجراء ماء المطر من سطحه إلى سطح غيره لا على أو إلى الطريق، والقول المشهور عندهم بعدم جواز إجرائه إلاّ برضا صاحب السطح[1]، أو أن يجري ذلك مجرى العقد بالبيع أو الإعارة أو الإجارة مع بيان مسائله الجوهرية بيانا كافيا نافيا للجهالة في جميع أوجهها[2]، رغم أنّه يتعارض مع فعل النبي صلى الله عليه وسلم، حيث أنّه نصب بيديه الشريفتين ميزابا في دار عمه العباس[3]، فعن يعقوب بن زيد أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج يوم الجمعة، فقطر ميزاب عليه للعباس فأمر به فقلع، فقال العباس: قلعت ميزابي و الله ما وضعه حيث كان إلاّ رسول الله صلى الله عليه و سلم بيده، فقال عمر رضي الله عنه: "والله لا يضعه إلاّ أنت بيدك ثمّ لا يكون لك سلم إلاّ عمر" قال :" فوضع العباس رجليه على عاتقي عمر ثمّ أعاده حيث كان"[4].

الرأي الثالث: الاحتيال للضرر

يرى فقهاء الحنابلة بمنع الكنيف المضر بالمارة والميزاب الموهن للجدران، إلاّ أن يحتال له صاحبه في منع ضرره، ببناء حاجز يمنع خروج الأوساخ إلى سطح الطريق بالنسبة للبالوعة والكنيف، أو بناء حائل محكم يمنع هز الجدران التي قد تتوهن من ذلك[5]، وهذا هو الرأي الراجح المحاكي لواقعنا الحالي.

---

[1] – ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 7، ص 27.

[2] – أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 3 ،كتاب التزاحم في الحقوق، ص 455.

– محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، كتاب الإجارة، ص 292.

[3] – محمد الخطيب الشربيني ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، 1415هـ/ 1985م، ج 2، فصل الصلح، ص 307.

[4] – أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج 6، كتاب الصلح ، ص 109.

[5] – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 4، ص 124.

ب- نفقات إصلاح الميسل المشترك: بالنسبة لإصلاح المسيل في الفقه الإسلامي يمكن اعتبار الفقه المالكي هو من تَفَرّد بالتفصيل في أحكامها انطلاقا من مبدأ الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، وأنّ نطاق التقييد فيه ضيق إلى حد ما، إذْ نجد أن مسؤولية الكنس تتحقق في كل من حق المجرى وحق المسيل، كما تترتب أيضا على النفايات غير السائلة.

فقهاء المالكية: تباينت آراؤهم في كيفية الكنس وطبيعة ما يكنس، فأمّا المراحيض فقال ابن القاسم بأن كنسها على عدد الجماجم (الأفراد المستعملين لها)، وقال أصبغ أنّها تُكنس على قدر الأنصبة والحقوق[1]، أمّا القناة فعلى قدر الحاجة إلى الكنس وفيها قولان:

القول الأول: هو قول ابن القاسم[2] ويحيى[3]، بحيث إذا كان لابد من إصلاحها لانهيارها، فإنّهم يجبرون على الإصلاح فيها بالسوية على قدر الأنصباء.

القول الثاني: هذا القول في حال عدم وجود ضرورة ملحة للكنس، وهو قول سحنون ويحيى بن عمر، مجيبين عن سؤال:" في قناة تجري تحت أربع دور فانسدت فأرادوا إصلاحها، هل يصلح كل واحد منهم ما في داره أو يشتركون في نفقتها؟، قال سحنون يصلح الأول ما في داره ثم يصلح الأول والثاني مع الثالث، ثم يصلحون كلهم مع الرابع لأن ماء الأول قد سلك فيها كلها فهو يصلح مع كل واحد، و هذا إن كان ماء الدور يجري في القناة، فإن كانت لرجل واحد تجري في دور هؤلاء فإن إصلاحها على الذي هي له دونهم"[4]، ويستنتج أن إصلاح القناة هو بنسبة استفادة كل واحد من الشركاء فيها

[1] – أبي ريد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 17.
[2] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 133.
[3] – أبي ريد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 18.
[4] – أبي ريد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 18.

فقهاء الشافعية[1] **و الحنابلة**[2]، فقد أرجعوا إصلاح المجرى والمسيل إلى طبيعة الحق الغالب فيها هل هو حق لله أم الانسان، أو حق مشترك بين الخالق والمخلوق، ثم إلى الأحكام المتعلقة بالمنافع المشتركة في حال ما كانت عامة، وإلى أحكام العقد في حال ما كانت محلاً للعقد، وإلى أحكام حق الارتفاق (الملك الناقص)، بأن يتقرر إعمارها على مالك الرقبة وإصلاحها على مالك المنفعة.

فقهاء الأحناف فقالوا بأن طريق الماء إذا انسد بطين فتنقيته على صاحب الميزاب، لأن ذلك حصل بتسييله الماء[3].

وخلاصة أثر تدبير المياه على تخطيط المباني أن ما أورده فقهاء الشريعة الإسلامية من أحكام تخص هذا الباب له علاقة وطيدة بمقصد حفظ النفس، بجلب حق الشرب الذي تتوقف عليه حياتهم وحياة زروعهم ومواشيهم، أو بصرف ما له علاقة بالطهارة الجسدية و نظافة محيطه المتمثلة في المياه المستعملة و الفضلات بواسطة قنوات الصرف وهو نظام في غاية الدقة أهتم به المسلمون في بناء كل الحضائر التي ظلت معالمها شاهدة على مستوى عال من الرقي في الفكر الإنساني، يشيد بتفاعل فقهاء الشريعة مع نوازل ومستجدات واقعهم، بما يزاوج بين حقوق الطريق وتدابير المياه في وقت واحد وبتوزيع متجانس، دون ضرر بحقوق الجيران في أشخاصهم و ممتلكاتهم بتوهين أبنيتهم أو تضر بالمارة، سواء بالتضييق عليهم أو أذيتهم برائحة النتن الجارية في القناة، لذلك يُعْمَل على حفظها وترسيخ أحكامها على الواقع بنظام الحسبة و ذلك استهداء بآراء عُرَفَاءِ البناء وأهل الاختصاص في التخطيط، والذي يُسمي مقاصدياً باستغلال المتاحات في تحقيق المصالح[4]، بحيث يوجه العمران إلى إيجاد محيط

---

[1] - يحي ابن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في المذهب الشافعي، ج 6، كتاب الصلح، ص – ص 258- 260.

[2] – أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء، الأحكام السلطانية، تصحيح و تعليق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، د ط، 1421هـ/ 2000م، ص 300- 306.

[3] – المرجي الثقفي، كتاب الحيطان، ص 154.

[4] – حسني خيري طه، مقاصد الشريعة و تفعيلها في فقه العمارة، ص 402.

يساعد على الاستقرار الأمني والنفسي للعامة والخاصة على حد سواء، وإشباع أكبر قدر من الحاجيات.

المطلب الثاني: ضوابط مرحلة التخطيط في التشريع الجزائري

ساير المشرع الجزائري المستجدات الحديثة في العمران وذلك إدراكاً منه بأنّه الوجه الحضاري لكل دولة، حيث إرتكز كل بناء يراد إنشاؤه إلى حق الملكية أولا، ثم مجموعة القواعد التي تعتبر بمثابة القيود المقررة عليه بما لا تحول دون الوظيفة الاجتماعية له وفق نظام يحدده نمو وحركية العمران، وتسمى هذه العملية ذات الرؤية المستقبلية بالتخطيط العمراني الذي يساير التطور العام للأفكار حول مفهوم الإقليم والمدينة باعتماد أدوات تتيح التحكم فيه، لذلك عمد المشرع إلى إصدار ترسانة من القوانين والمراسيم هدفها ضبط عملية البناء والتعمير؛ بداية من إعداد المخطط لكيفية شغل الأراضي إلى غاية الجانب التقني والهندسي للبناء الذي يستوجب أن يسبق بمجموعة من الإجراءات التنظيمية ذات أبعاد سياسية واقتصادية واجتماعية، ولا ننسى أن ذلك مرّ بمراحل عديدة في الجزائر تستدرك نقص سابقتها بحسب ما أملاه الواقع بخصوص أعمال البناء، وهذا بالموازاة مع ما يشهده النمو الديمغرافي عبر ربوع الوطن، إلى أن صدر القانون 90-29 المؤرخ في 1990/12/01 م المتعلق بالمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، ذو التوجه الجديد والاستراتيجي[1] الذي يحدد شروط مخططات التعمير وأدوات التهيئة العمرانية، بما يسمح بتوفير متطلبات الحياة الصحية والخدماتية عن طريق إخضاع الوعاء العقاري المبني وغير المبني لجملة من القواعد التنظيمية، الذي أصدرته الجزائر كحل ترقيعي بعد التّفلت الأمني الذي تسبب في انتشار العديد من المباني الفوضوية، ليتم تعديله

[1] – غواس حسيبة ، الآليات القانونية لتسيير العمران (رسالة ماجيستر في القانون العام فرع الإدارة العامة – القانون و تسيير الإقليم)، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012/2011 م، ص 11.

بموجب القانون رقم 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بالتهيئة و التعمير[1]، وتبني المشرع الجزائري لهذه الاستراتيجية في العمران ما هو إلاّ إذعان لما فرضه الواقع من متغيرات، وأضحى من حق السلطات المعنية أن تمنع التصرف في حق الملكية بالبناء إذا ما كان يمس بالسلامة والأمن العمومي[2]، وننوه أيضاً أنّ العقار أضحى مادة مُشِّحة في السوق وأصبح البناء لا يساوي شيئاً مقارنة بالأرض المقام عليها، بحيث صار الشيوع الإجباري في الأبنية النمط الغالب على المحيط العمراني أكثر من البناءات الفردية، والذي يكون أكثر استقراراً من جهة منازعات الأفراد، وكل هذه المعطيات نظّم المشرع الجزائري أحكامها فيما تتعلق بأدوات التهيئة والتعمير التي هي عبارة عن عملية تنظيرية تتم من خلال إعداد كل من المخطط التوجيهي للتهيئة والتعميرPDAU وأيضا مخطط شغل الأراضيPOS، الذيْن تزامنا مع فترات فرضت منطقها في التأثير على السياسة التشريعية في مجال العمران، حيث وصفها البعض على أنّها انتقال من التعمير المركزي إلى التعمير التشاوري، الذي تكتفي فيه الدولة بالمراقبة [3]؛ وذلك باستحداث أدوات التهيئة والتعمير التي تحدد الاستراتيجية المتبناة في تهيئة الأراضي المعنية بالتعمير وإعطاء التفاصيل المعمارية الحضرية، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 4 ربيع الثاني 1436 هـ الموافق لـ 25 يناير 2005، يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها.

الفرع الأول: المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير

نتيجة غياب البعد الاستراتيجي في المخطط العمراني الموجه والذي كان معمولا به سابقا، والمتميز بسلبيات عديدة سواء من الناحية الإجرائية أو التكتيكية[4] ، تمَّ اِسْتحداث المخطط التوجيهي

[1] – ج ر عدد 51 صادر في 15 أوت 2004.

[2] – المادة مرسوم تنفيذي 91-175 مؤرخ في 28 ماي 1991 يحدد القواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء.

[3] – رفيقة سنوسي، أدوات التهيئة والتعمير بين التشريع و التطبيق (مذكرة ماجيستر)، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011/2010، ص 33.

[4] – عربي باي يزيد، استراتيجية البناء في ضوء قانون التهيئة والتعمير الجزائري (أطروحة دكتورة، تخصص قانون عقاري)، ص 74.

للتهيئة والتعمير كبديل عنه، والذي عُرِّف في نص المادة 16 من القانون 29/90 بأنه:" أداة للتخطيط المجالي و التسيير الحضري، يحدد التوجهات الأساسية للتهيئة العمرانية للبلدية أو البلديات المعنية آخذا بعين الاعتبار تصاميم التهيئة ومخططات التنمية ويضبط الصيغ المرجعية لمخطط شغل الأراضي".

يلاحظ من خلال التعريف أن المشرع الجزائري اعتمد في سياسته التعميرية على دراسة مؤهلات المجال العقاري المـُراد تعميره، سواء البيئية منها أو الاجتماعية والثقافية والتراثية والاقتصادية، والتي تعتبر البلديات محورها الفعال والرئيس، فرادى وجماعات متى اقتضت مصالحها ذلك، وهذا لتحقيق التوازن في السكن والخدمات، وعلى أساسها يتحدد توزع السكنات ومركزة المصالح والنشاطات، وأيضاً تحديد مواقع التجهيزات الكبرى والهياكل الأساسية[1] ذات النفع العام، كما تتحدد أيضا الأولويات العقارية التي يراد حمايتها، وهذا بناءً على نظرة توَقعية للنتائج المتعلقة بتوسع السكان وفق ما يتماشى ومخطط شغل الأراضي في أفق عشرين (20) سنة مستقبلاً[2]، حيث يعتمد المخطط على استبعاد كل الأراضي ذات الأبعاد الأخرى باستثناء التعمير والقابلة للتعمير والمكيفة وفق القوام التقني للأملاك العقارية[3] ، ولأن عملية إعداد مخطط التوجيه العقاري ليست بالسهلة ولا يتسنى من خلال ما تقدمه الهيئات اللامركزية، هذا ما جعل المشرع الجزائري ينص على إلزاميته بالنسبة للبلديات بموجب نص المادة 24 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري:" يجب تغطية كل بلدية بمخطط توجيهي للتهيئة والتعمير، يتم إعداد مشروعه بمبادرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت مسؤوليته"، فبالنظر إلى الأهمية البالغة لنجاح تطلعات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير؛ جعله المشرع الجزائري من مهام وسلطات رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت إشرافه[4]، كإجراء وقائي في

[1] – عربي باي يزيد، استراتيجية البناء في ضوء قانون التهيئة و التعمير الجزائري(أطروحة دكتورة ، تخصص قانون عقاري)، ص 77.

[2] – اقلولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري– أهداف حضرية و وسائل قانونية–، ص 69.

[3] – المادة 3 قانون 90/ 25 المتضمن التوجيه العقاري.

[4] – المواد 107– 112 من قانون 11–10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية.

مجال العمران[1] يعمل على مراقبة النشاط العمراني للأفراد وتوجيهه بما يكفل حفظ النظام العام والمرافق العامة، ويتم إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير من خلال عملية إحصائية وتكييفيه لما يغطيه من مساحات عقارية وذلك بتقسيم الأراضي إلى:

أ- قطاعات معمرة: هي تلك المساحات العقارية التي تم شغلها بالبناء، وتحتوي على مساحات فاصلة كحدائق أو فضاءات خضراء، ومزودة كليا أو جزئيا بالمرافق الضرورية[2].

ب- قطاعات مبرمجة للتعمير: هي مساحات عقارية غير معمرة لكنها مبرمجة للتعمير مستقبلاً[3]، في آجال معينة قصيرة أو متوسطة مقدرة بعشر (10) سنوات[4]، وهي نصف المدة التطلعية للمخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير.

ج- قطاعات التعمير المستقبلية: وهي القطاعات التي تستوفي المدة التطلعية للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، والمكيفة حسب جدول الأولويات على المدى البعيد[5].

د- قطاعات غير قابلة للتعمير: هي تلك المناطق التي تستهدف أولويات أخرى غير التعمير، وربما يكون منع التعمير بها حماية لمن أراد التعمير كأن تكون هذه المساحات عرضة للأخطار الطبيعية كانزلاق التربة، وربما يكون منع التعمير بهذه الأراضي يستهدف حماية مجالات أخرى اقتصادية مثل مناطق الثروات الطبيعية المحمية[6]، أو ذات بعد آخر فلاحي بحيث يكون لصاحبها الحق في البناء ولكن بنسب محددة [7]، وربما حماية للثروة الوطنية ذات البعد الثقافي والتاريخي[1]، أو حتى سياحية[2]،

---

[1] – عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط 2، 2007، ص 155.

[2] – المادة 20 قانون 90/ 25 المتضمن التوجيه العقاري.

[3] – المادة 21 قانون 90/ 25 المتضمن التوجيه العقاري.

[4] – اقلولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري- أهداف حضرية و وسائل قانونية-، ص 71.

[5] – اقلولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري- أهداف حضرية و وسائل قانونية-، ص 71.

[6] – اقلولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري- أهداف حضرية و وسائل قانونية-، ص 71.

[7] – https://digiurbs.blogspot.com/2012/11/pdau.html- يوم 2017/09/15. توقيت 14:00.

إضافة إلى دراسة إمكانية تحديد معالم الطرق الرئيسية وكيفية توصيل الماء الشروب ومياه التطهير، وحتى المهيئات الخدماتية ذات المنفعة العامة[3]، ومن خلال هذه الصلاحيات المخولة للقائمين على تطبيق المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والقيود القانونية التي يفرضها، بغية الوصول إلى تحديد التوجهات الأساسية للتهيئة والتعمير في البلدية فهو بذلك يؤدي دوراً مهماً في الوقاية من كثير الأضرار التي يتسبب فيها مُرِيد البناء خاصة تلك الناتجة عن الموقع إمّا حماية للبناء نفسه أو الغير أو حماية للمرافق العامة، لأنه يُمَّكن برمجتها من خلال نظرة تطلعية مسبقة، وإرساء البُنى التحتية على مستوى المساحات المعمرة أو القابلة للتعمير، ويتطلب إنجاز هذا المخطط استيفاء جملة من الإجراءات القانونية والمحددة في المرسوم التنفيذي 91/ 177 المؤرخ في 28 ماي 1991م الذي يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه، والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي 05/ 317 المؤرخ في 10 سبتمبر 2005 ، حيث حصر حملة الإجراءات في مرحلتين:

الفقرة الأولى: مرحلة إعداد المخطط

كما سبق الإشارة أن رئيس البلدية هو المخول قانوناً لمراقبة المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير بما ينسجم والموارد العقارية المتاحة، ولذلك يتعين عليه جرد الأملاك العقارية التابعة للدولة ومجموعاتها الإقليمية وهو ما يسمى بالمحفظة العقارية[4]، التي تعود ملكيتها إليها بالاكتساب أو عقود المعاوضة كالشراء أو الشفعة، وحتى نزع الملكية للمنفعة العامة، و على أساسها يتحدد النظام العمراني و نمط البناء المتاح سواء للمؤسسات أو للأفراد.

---

[1] – قانون 98- 04 مؤرخ في 15جوان 1998 يتعلق بحماية التراث الثقافي.

[2] – المادة 22 قانون 90/ 25 المتضمن التوجيه العقاري.

[3] – غواس حسينة، الآليات القانونية لتسيير العمران، ص 18.

[4] – بلمرابط حنان، سلطات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران (رسالة ماجيستر في القانون العام فرع الإدارة الإقليمية)، جامعة قسنطينة 1- كلية الحقوق، 2013/2012م، ص 15.

وضماناً لواقعية وانسجام أكثر للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير وعلى الصعيد الوطني، يجب أن يتوافق مع مخططات تقنية أخرى مثل المخطط الوطني لتهيئة الإقليم (S.N.A.T) وهو ذو استراتيجية وطنية لتحقيق تنميةٍ مستدامة، وأيضاً المخططات الجهوية لتهيئة الإقليم (S.R.A.T) الذي يبحث في الخصوصيات المتماثلة للقطاعات والمكملة لبعضها البعض، موازاة مع مخطط تهيئة الإقليم الولائي (P.A.W) الذي يعد الترتيبات الخاصة على مستوى الولاية، ويتم كل هذا طبعاً باستشارة مجموعة من المصالح وجوباً، والمتمثلة في المديريات الولائية المكلفة بالتعمير والفلاحة والرّي والتنظيم الاقتصادي، النقل والأشغال العمومية، المباني والمواقع الأثرية، البريد والمواصلات، البيئة، التهيئة العمرانية، السياحة توزيع الطاقات، النقل وتوزيع الماء والصناعة وترقية الاستثمارات[1]، وتسند مهام التخطيط إلى مكاتب الدّراسات الخاصة أو التابعة للدولة التي تتوفر لها الكفاءة المهنة والإمكانيات التقنية، حسب ما تقضي به إجراءات المنافسة في المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي من خلالها يتسنى إضفاء الحلول الأنجع في مجال الاستشارة الفنية.

وبعد التوصل إلى قرار بموجب مداولة المجلس أو المجالس الشعبية البلدية وكذا المصالح والإدارات ذات العلاقة، يتم تبليغه إلى الوالي للمصادقة عليه[2]، أو الوزير المكلف بالتعمير مع وزير الداخلية في حال كان المخطط يشمل عدة بلديات من ولايات مختلفة[3]، ليتم نشره بمقر المجلس بهدف تبليغه إلى المصالح المعنية وأيضا بعض المؤسسات والهيئات العمومية مثل مديريات التجارة والفلاحة، الرّي، النّقل الأشغال العمومية ...، وذلك تفعيلاً لمبدأ المشاركة والتشاور من خلال إبداء رأيها حول المخطط

[1] – اقلولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري– أهداف حضرية و وسائل قانونية–، ص 80.

[2] – المادة 3 مرسوم تنفيدي 177/91 مؤرخ في 28 ماي 1991 معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي 05- 317 يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه، ومحتوى الوثائق المتعلقة به.

[3] – المادة 4 مرسوم تنفيدي 177/91 مؤرخ في 28 ماي 1991 معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي 05- 317 يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير و المصادقة عليه، ومحتوى الوثائق المتعلقة به.

التوجيهي للتهيئة والتعمير[1]، أو ما يسمى بالتعمير المشاركاتي[2] لأنه كلّما اتسعت دائرة الحوار والتشاور حول المخطط التوجيهي كلّما كان أنجع لتحقيق الأهداف المرجوة منه، وفي حال لم تبد هذه المصالح رأيها في مهلة محددة أُعْتُبر رأيها موافقا[3]، كما أن التشاركية ليست حكراً على الهيئات والمؤسسات وحدها بل يمكن للمواطنين إبداء رأيهم حول المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، وكل ما يتعلق ببيئتهم العمرانية، إما بطريقة مباشرة أو من خلال العمل الجمعوي[4]، وهذا لكونهم أدرى باحتياجاتهم المجتمعية والتنموية، ويتسنى ذلك من خلال آليتين هما:

أولاً– الإقصاء العمومي: بين المشرع الجزائري كيفية تطبيق عملية الإقصاء من خلال المادتين 10و11 من المرسوم التنفيذي 177/91 مؤرخ في 28 ماي 1991 معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي 05- 317 يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه، ومحتوى الوثائق المتعلقة به، حيث تتحدد مدة هذه المرحلة بـ 45 يوما ابتداءً من مدة 60 يوما المقررة في المادة 9 من المرسوم التنفيذي ذاته، وذلك بأن يصدر رئيس المجلس الشعبي البلدي قرار يعرض فيه:

– يحدد المكان أو الأماكن التي يمكن استشارة موضوع المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير فيه أو فيها.

– يعين المفوض المحقق أو المفوضين المحققين

– يبين تاريخ انطلاق مدة التحقيق وتاريخ انتهائها.

---

[1] – المواد 6-7 مرسوم تنفيدي 177/91 مؤرخ في 28 ماي 1991 معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي 05- 317 يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه، ومحتوى الوثائق المتعلقة به.

[2] – بلمرابط حنان، سلطات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران، ص 18.

[3] – غواس حسينة، الآليات القانونية لتسيير العمران ، ص 21.

– المادة 3 مرسوم تنفيدي 177/91 مؤرخ في 28 ماي 1991 معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي 05- 317 يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير والمصادقة عليه، ومحتوى الوثائق المتعلقة به.

[4] – بلمرابط حنان، سلطات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران، ص 19.

– يحدد كيفية إجراء التحقيق العمومي.

وخلال هذه المدة حصراً يتعين على رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يفتح سجلاً خاصاً مرقم وموقع من طرفه يسجل فيه وفق ترتيب متتالي الملاحظات والاعتراضات المكتوبة والمتعلقة بإعداد المخطط، ليتم إخطار المحقق أو المفوض العقاري بها شفاهة أو كتابياً[1].

ثانيا– الإعلان و الإشهار: يتسنى من خلال هذه العملية للمواطنين معرفة أفاق التطور العمراني للإقليم الذي يقطنونه، لذلك يتعين على البلديات نشر المخطط التوجيهي في الأماكن المخصصة لإعلام المواطنين[2]، وهذه أداة تكون ذات فاعلية في الإلزام باحترامه، كما يتسنى الإعلام أيضا من خلال ما يمنحه القانون من حق المواطنين في حضور مداولات المجلس الشعبي البلدي أو الاطلاع على المحاضر المتعلقة بها[3].

الفقرة الثانية: مرحلة المصادقة على المخطط

باعتبار لامركزية البلدية إدارياً وعدم استقلاليتها باتخاذ القرار الإداري في مجال العمران، فهذا يستوجب الرجوع إلى السلطات الوصية للمصادقة النهائية على مخططات التهيئة والتعمير التي تصبح بمثابة القرار الإداري، وهذا طبعا بعد استيفاء الإجراءات القانونية للعملية التحضيرية للمخطط، ثم بعدها يُحَال الملف للجهة المختصة قانوناً، إمّا الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير أو وزير الداخلية

[1] – المادة 12 مرسوم تنفيدي 177/91 مؤرخ في 28 ماي 1991 معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي 05- 317 يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و المصادقة عليه، و محتوى الوثائق المتعلقة به.

[2] – بلمرابط حنان، سلطات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران ، ص 21.

[3] – المادة 14 قانون 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية.

والجماعات المحلية، بما يتناسب والإقليم الذي يشمله المخطط أو بحسب الكثافة السكانية للبلديات[1]، بحيث يجب أن يتضمن ملف المصادقة على المخطط وجوباً الوثائق التالية:

– مداولة المجلس الشعبي البلدي المعني أو المجالس الشعبية البلدية المعنية.

– سجل الإقصاء العمومي ومحضر قفله، والنتائج المستخلصة من قبل المفوض المحقق أو المفوضين المحققين.

– الوثائق المكتوبة والبيانات للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير المبينة في المادة 17 من المرسوم التنفيذي 91/ 177، من تقرير مفصل و وثائق بيانية مرجعية.

وبعد استيفاء هذه الشروط القانونية والمصادقة عليه من قبل الجهات المختصة؛ ليصبح بمثابة القرار الإداري الذي لا يمكن مراجعته إلاّ بقرار من الجهات التي صادقت عليه[2]، وهذا بعد تبليغه إلى كل من[3]:

– الوزير المكلف بالتعمير

---

[1] – المادة 27 قانون 90/ 29 يتعلق بالتهيئة والتعمير، معدل بالقانون 04/ 05 مؤرخ في 14 عشت 2004 :" يصادق على المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير وحسب الحالة وتبعا لأهمية البلدية أو البلديات المعنية:

– بقرار من الوالي بالنسبة للبلديات أو مجموعة من البلديات التي يقل عدد سكانها عن 200000 ساكن.

– بقرار من الوزير المكاف بالتعمير، مشترك حسب الحالة مع وزير أو عدة وزراء بالنسبة للبلديات أو مجموعة من البلديات التي يفوق عدد سكانها 200000 ساكن ويقل عن 500000 ساكن.

– بمرسوم تنفيذي يتخذ بناءً على تقرير من الوزير المكلف بالتعمير بالنسبة للبلديات أو مجموعة من البلديات التي يكون عدد سكانها 500000 ساكن فأكثر.

تضبط كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

[2] – المادة 18 مرسوم تنفيدي 177/91 مؤرخ في 28 ماي 1991 معدل و متمم بموجب المرسوم التنفيذي 05- 317 يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و المصادقة عليه، ومحتوى الوثائق المتعلقة به.

[3] – المادة 16 مرسوم تنفيدي 177/91 مؤرخ في 28 ماي 1991 معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي 05- 317 يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير و المصادقة عليه، ومحتوى الوثائق المتعلقة به.

- الوزير المكلف بالجماعات المحلية.
- مختلف الأقسام الوزارية المعنية.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو رؤساء المجالس الشعبية البلدية المعنية بالمخطط.
- رئيس المجلس الشعبي الولائي المعني أو رؤساء المجالس الشعبية الولائية.
- المصالح التابعة للدولة المعنية بالتعمير على مستوى الولاية.
- الغرف التجارية.
- الغرف الفلاحية.

الفرع الثاني مخطط شغل الأراضي

نظَّم المشرع الجزائري مخطط شغل الأراضي من خلال القانون 90- 29 في القسم الثالث من فصله الثالث، وبيّن المرسوم التنفيذي 91- 178 المؤرخ في 28 ماي 1991 م إجراءات إعداده والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، و المعدّل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي 05- 318 المؤرخ في 10 سبتمبر 2005، وعدل أيضاً و تمم بموجب المرسوم التنفيذي 12- 146 المؤرخ في 05 أفريل 2012، حيث اعتبر المشرع الجزائري مخطط شغل الأراضي بمثابة الأداة المُفَصلة للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير حسب نص المادة 1/31 من قانون 90- 29 :" يحدد مخطط شغل الأراضي بالتفصيل، في إطار توجيه المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، حقوق استخدام الأراضي والبناء"، وقد ظهر هذا المخطط كآلية تشريعية في ظل نقائص عديدة عرفتها المدن على المستوى المحلي أفضت إلى عدم التحكم بالتهيئة الجزئية التي تخدم وتوافق الأهداف الكبرى للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير[1]، ممّا جعل مخطط شغل الأراضي كأداة تفصيلية لما جاء به المخطط

[1] – عربي باي يزيد، استراتيجية البناء في ضوء قانون التهيئة و التعمير الجزائري، ص 27.

التوجيهي للتهيئة والتعمير، وفي ظله يغطي غالبا المساحة العقارية التي يتربع عليها تراب البلدية الواحدة (لامركزية)، ويحدد تفصيلا قواعد وحقوق استخدام الأراضي والبناء، وبهذا يكون أداة استرشادية للأفراد في مجال التعمير ويخدم مصالحهم الشخصية بما يتماشى والسياسة المنتهجة في مجال التعمير، التي تعمل الجماعات المحلية على تكريسها ويهدف إلى[1] :

- يحد بصفة مفصلة الشكل الحضري بالنسبة للقطاع أو القطاعات المعنية، حقوق البناء واستعمال الأراضي.
- تعيين الكمية القصوى والدنيا من البناء المسموح به المعبر عنها بالمتر المربع من الأرضية المبنية خارج البناء أو بالمتر المكعب من الأحجام وأنماط البنايات المسموح بها واستعمالاتها.
- يضبط القواعد المتعلقة بالمظهر الخارجي للبنايات.
- يحدد المساحة العمومية والمساحات الخضراء والمواقع المخصصة للمنشآت العمومية ذات المصلحة العامة، وكذلك تخطيطات ومميزات طرق المرور.
- يحدد الارتفاقات.
- يحدد الأحياء والشوارع والنُّصُب التذكارية والمواقع والمناطق الواجب حمايتها وتجديدها وإصلاحها.
- يعين مواقع الأراضي الفلاحية الواجب وقايتها وحمايتها.

كما حدد القانون 04- 05 المتم و المعدل للقانون 90- 29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، الأراضي المعرضة لأخطار الكوارث الطبيعية والانزلاق، التي يُحظر البناء بها أصلا إلاّ باستخدام تقنيات خاصة.

[1] – المادة 31 قانون 90- 29 يتعلق بالتهيئة و التعمير، معدل و متمم.

أمّا عن إعداد مخطط شغل الأراضي فهو يتم أيضاً بمبادرة رئيس المجلس الشعبي البلدي أو المجالس الشعبية البلدية وتحت أشرافهم ومسؤوليتهم[1]، بحيث يُعْهد بالمهمة إلى مكاتب الدّراسات الخاصة و في إطار الأحكام المتعلقة بالصفقات العمومية إذا كان المخطط يشمل تراب بلدية واحدة، أمّا لو شمل المخطط تراب عدة بلديات فتتولى المهمة مؤسسة عمومية مشتركة[2]، حيث تعمل هذه الأخيرة على اختيار الأرضية وتحديد المشاريع ذات الأهمية الكبرى وضبط قوانين البناء المناسبة لها، وفي حال عدم وجود الأرضية، تتكفل المصالح التقنية للبلدية تحت إشراف ومراقبة مديرية التعمير والبناء، وذلك بإجراء دراسة جيوتقنية يتم فيها تعريف نوعية التربة ومختلف الطبقات الجيولوجية، وتحديد قدرة التحمل ومسافة تغليف الأساسات [3]، وبعدها يتم إجراء عملية الرفع الطوبوغرافي المحدد لتفاصيل الأرضية وكيفية توصيل الارتفاقات الإدارية الممكنة عليها من شبكات الماء والكهرباء والغاز[4]، وأيضا الوثائق الرسومية التي تبين خارطة توزيعها، وتسمى هذه العمليات التي يتم إفراغها في مجموعة من المذكرات والتقارير بالقسم البياني[5] لمخطط شغل الأراضي، لتُتْبع أيضا بالقسم البياني الذي يحتوي على مذكرة تلاؤم بين مخطط شغل الأراضي والمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، وأيضا القواعد المطبقة على أنواع البناء المسموح به من المحظور[6]، ويتم هذا بعد إجراء المداولة المتعلقة بالمخطط[7]، التي تتضمن تذكيرا بالحدود المرجعية للمخطط بما يوافق المخطط التوجيهي للتهيئة

---

[1] – المادة 34 للقانون 90- 29 المتعلق بالتهيئة و التعمير

[2] – المادة 1/6 المرسوم التنفيذي 91- 178 المؤرخ في 28 ماي 1991 يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها.

[3] – http://www.mouwazaf-dz.com/t9891-topic ، يوم 27/ 2018/09، التوقيت : 21:00.

[4] – هواري سعاد، مخططات شغل الأراضي بين المنظومة القانونية والتطبيقات الميدانية حالة " الدقسي عبد السلام، سركينة و تافرنت" مدينة قسنطينة.(رسالة ماجيستر في التهيئة العمرانية)، جامعة الاخوة منتوري _ قسنطينة، 2015، ص 20.

[5] – بلمرابط حنان، سلطات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران، ص 33.

[6] – إسماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري ، دار هومة، الجزائر ، 2015، ص 182.

[7] – المادة 2/6 المرسوم التنفيذي 91- 178 المؤرخ في 28 ماي 1991 يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها.

والتعمير المتعلق به، إضافة إلى ما تعلق بإجراءات التشاركية والتشاور من قبل الإدارات العمومية والهيئات والمصالح والجمعيات...، سواء باستشارة ومشاركة وجوبية[1] أو تخييرية في إعداد المخطط[2]، وتتم هذه الإجراءات في حدود الآجال القانونية المنصوص عليها في المواد 7- 13 من المرسوم التنفيذي 91- 178 المؤرخ في 28 ماي 1991م يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها، وتُخْتتم هذه الإجراءات بمرحلة أخرى تتمثل في المصادقة على مخطط شغل الأراضي، وهذا بعد أن يُحَول المخطط وكذا سجل التحقيق ومحضر المداولة والنتائج التي خلص إليها المحقق إلى الوالي المختص إقليميا ليدلي برأيه ملاحظاته في مدة 30 يوماً وإلا أُعْتبر رأيه موافقاً[3]، ثم و بموجب مداولة يصادق على المخطط مع الأخذ بعين الاعتبار جميع نتائج التحقيق والملاحظات المقدمة من طرف الهيئات الاستشارية والوالي أو الولاة المختصين [4]، وبعد المصادقة يأتي دور الجمهور لإبداء رأيه وملاحظاته في أجل 60 يوم وهي فترة تعليق المخطط على مستوى المجلس[5]، مبيناً فيه و بدقة مايلي[6]:

- تاريخ بدء عملية التصرف.
- المكان أو الأماكن التي يشملها المخطط.

---

[1] – المادة 7 المرسوم التنفيذي 91- 178 المؤرخ في 28 ماي 1991 يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها.

[2] – المادة 2 المرسوم التنفيذي 91- 178 المؤرخ في 28 ماي 1991 يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها.

[3] – المادة 14 المرسوم التنفيذي 91- 178 المؤرخ في 28 ماي 1991 يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها.

[4] – المادة 16 المرسوم التنفيذي 91- 178 المؤرخ في 28 ماي 1991 يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها.

[5] – المادة 36 قانون 90- 29 يتعلق بالتهيئة و التعمير، معدل و متمم.

[6] – قوراري مجدوب، الحماية القانونية للجوار من منظور عمراني بيئي – دراسة مقارنة- (أطروحة دكتورة علوم تخصص: قانون عام)، جامعة أبي بكر بلقايد-كلية الحقوق و العلوم السياسية-، تلمسان ، 2015/2014 م، ص 77.

- قائمة الوثائق البيانية التي يتكون منها الملف.

المبحث الثاني: ضوابط عملية البناء خلال مرحلة التنفيذ

يرتكز كل بناء يراد إنشاؤه إلى حق الملكية أولا، ثم مجموعة القواعد التي تعتبر بمثابة القيود المقررة عليه بما لا تحول دون الوظيفة الاجتماعية له، سواء تقررت هذه القيود لمصلحة عامة المسلمين أو خاصتهم، وأهم هذه القواعد هي "لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة "العرف"، إضافة إلى قاعدة أخرى "حيازة الضرر" يقتضيها عامل السبق في البناء، بما يعطي هذا الأخير على الباني بعده من امتيازات، بحيث يُقضى ببقاء ما كان على ما هو عليه وإن تسبب في أضرار للباني بعده، لأن الباني الأول لم يقصد الضرر ويفترض في الباني الأخير أن يعلم به قبل البناء أو كان من المفروض أن يعلم، وهذا ما يضعه أمام فرصة إمكانية الاحتياط له، والمراد بالمصلحة الخاصة هنا ليس المصلحة المقررة لمُريد البناء وإنّما المصلحة للأبنية المتجاورة، و بمعنى أدق ضوابط علاقة الجوار ومدى تأثر إنشاء المباني بها، في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، غير أن القانون يشترط بعض القيود المنبثقة عن استراتيجيات العمران الحديثة من خلال عملية الترخيص بالبناء، وبهذا يتحتم علينا أولاً ضبط مفهوم الجوار ثم القيود التي يفرضها على البناء، وكذلك الترخيص بالبناء في التشريع الجزائري.

المطلب الأول: قيد الجوار

اختلفت المفاهيم والتصورات حول المقصود بالجوار لدى كل من الفقه الإسلامي وفقهاء القانون بين تصور قديم وحديث أملته تغيرات نمط الحياة الاجتماعية والاقتصادية.

الفرع الأول: ماهية الجوار

حمل اصطلاح الجوار العديد من المعاني سواء في الفقه الاسلامي أو عند فقهاء القانون، و إن كان المعنى الشائع في إطلاقة يثير إشكالية المدى الذي يطاله من حيث القرب المكاني، و هذا ما يدفعنا لبيان مدلوله في كل من الفقهين الاسلامي و القانوني.

الفقرة الأولى: مدلول الجوار في الفقه الإسلامي

لم يستقر الفقه على تحديد معنى الجوار ونطاقه، وحمل العديد من المعاني ذات المدلول المتقارب، فغلب على بعضها الاعتبار المادي كالملاصقة في المسكن وهي ما يدل عليه حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" لاَ يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ" قال فنكس القوم فقال أبو هريرة:" مَالِي أراكم عنها معرضين؟، والله لَأَرْمِيَنَهَا بَيْنَكُمْ"[1].

كما يستعمل أيضا باعتبار نفسي فيقصد به المساكنة والعهد والأمان، لذلك يطلق على كل من الزوجين أنّه جار للآخر، بحيث أن كل واحد منهما يجير و يمنع الأذى عن الآخر[2].

ويقصد به أيضا الشريك بالعقار[3]، غير أنّ هذا فقط للاستعمال غير الشائع وفيه دلالة على المقاربة وليس للوضع، وبهذه تم تأويل حديث النبي صلى الله عليه وسلم:" الجَارَ أَحَقُ بِصَقَبِهِ"[4]، لمن قال بحق الشفعة للشريك دون الجار.

وفي جميع هذه الاستعمالات نجد أنّها حملت دلالة القرب بالمسكن، لكن الفقهاء اختلفوا في حده بالنّظر إلى عدة اعتبارات فكانوا على رأيين:

الرأي الأول: يقصد بالجار الملاصق و فقط

أخذ بهذا الرأي بعض فقهاء الأحناف، معلّلين ذلك بحديث استحقاق الجار حق الشفعة، بحيث أن مستحقها هو الجار الملاصق وهو المقصود في الحديث الشريف، وليس الجار المقابل بحيث لا تثبت الشفعة إلاّ لاتصال ملك أحدهما بملك الآخر، وهذا لانعدام الشركة فيه الذي هو أصل

[1] – صحيح البخاري، ج 2، رقم الحديث 6613، ص 195.
[2] – عبد الرحمان بن احمد بن محمد بن فايع، أحكام الجوار في الفقه الاسلامي، ص 23.
[3] – ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 4، ص 438.
[4] – صحيح البخاري، ج 2، رقم الحديث: 2258، ص 128.

الشفعة[1]، ويتقرر للجار المقابل فقط حق الارتفاق، لكن ما يؤخذ على هذا الرأي أنّه لا يحدد مفهوم الجار، وإنّما يبين الجار المستحق للشفعة حتى وإن كان نص الحديث عن عموم الجار.

الرأي الثاني: يقصد بالجار كل مقارب بالمسكن

أصل هذا الرأي هو حقيقة الدلالة اللغوية لمعنى الجار، فكل شيء قارب شيئا فهو جار، وهو ما أخذ به أغلب الفقهاء، لكن لكل منهم دليله في ذلك.

فاخذ أبي حنيفة بهذا الرأي[2] واستدل صاحباه (أبو يوسف و محمد) بالأحاديث المرغبة في صلاة الجماعة في المسجد، حيث روي عن النبي صلى الله عليه و سلم مرفوعاً: "مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ فَلَمْ يُجِبْ فَلَا صَلَاةَ لَهُ إِلاَّ مِنْ عُذْرٍ"[3]، وفي رواية عن على رضى الله عنه قال : "مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ مِنْ جِيرَانِ المَسْجِدْ. وَ هُوَ صَحِيحُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ، فَلَمْ يَجِبْ فَلَا صَلاةَ لَهُ"[4]، وعن علي رضي الله عنه موقوفاً قال: "مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ فَهُوَ جَارُ"[5]، وحين نجمع بين ما دلت عليه الأحاديث نجد أن حدّ الجوار هو امتداد صوت الآذان في الدّور، بمعنى آخر نقطة يُسمع منها المؤذن للصلاة، لكن نجد أن هذا معيار غير ثابت وغير دقيق نظراً لاختلاف ذلك من مؤذن لآخر، وأيضاً قد يتحكم فيه موقع المسجد من حيث الارتفاع و الانخفاض بين الدور.

---

[1] – شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج14، ص 97.

[2] – ابن حجر العسقلاني رحمه الله تعالى، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 4، باب عرض الشفعة على صاحبها، ص 511.

[3] – سنن ابن ماجة، باب فضل صلاة الجماعة، رقم الحديث 793، ص 150.

– محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي بيروت، ط 2، 1405 ه – 1985 م، ج2، ص 259.

[4] – أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج 3، باب ما جاء في التشديد في ترك الجماعة، ص 57.

[5] – ابن حجر العسقلاني رحمه الله تعالى، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 10، ص 447.

أمّا الشافعية والحنابلة[1] فقد استدلوا بحيث أبي هريرة رضي الله عنه أنّ رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: "إِنِي نَزَلْتُ مَحَلَةَ قَوْمٍ وَ إِنَّ أَقْرَبَهُمْ إِلَيَّ جِوَاراً أَشَدُّهُمْ لِي أَذَى"، فبعث النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمراَ وعلياً يصيحون على أبواب المساجد:" أَلَا إِنَّ أَرْبَعِينَ دَاراً جَارٌ"[2].

كما استدل المالكية أيضاً بالحديث السابق، غير أنهم حملوه على التكرم و الاحترام[3]، وقالوا بأن كل من الملاصق والمقابل جار ما لم يفصل بينهم فاصل كبير كسوق مثلاً، ويمكن أن يُستدل لهذا الرأي أيضا بحديث عائشة رضي الله عنها قالت: يا رسول الله، إنّ لي جارين، فإلى أيٍ منهما أُهدي؟، قال:" إلى أَقْرَبِهِمَا مِنْكَ بَاباً"[4].

و خلاصة القول في الرأيين أن كل منهما استند إلى قواعد اللُّغة العربية ذات المعاني العديدة في تحديد المقصود بالجار إمّا وضعاً أو استعمالاً أو حملاً، إضافة أنّ الأحاديث الشريفة وفضلا عن ضعفها من ناحية الأسانيد، لم ترد في بيان المقصود بالجار وإنما من باب حقوقه تجاه العباد وواجباته تجاه سماع نداء الصلاة، وأمام تضارب الآراء رجح بعضهم العودة إلى العرف كونه ضابطاً لكل مالا ضابط له من الناحية اللغوية ولم يرد به على وجه البيان شرعٌ، حيث قال الإمام الشوكاني:" والأَوْلَى أن يُرجع في تحديد معنى الجار إلى الشرع فإن وجد بأنّه يكون إلى حد كذا من الدور أو من مسافة الأرض، كان العمل به متعيناً، وإن لم يوجد يُرْجع إلى معناه لغة أو عرفاً، ولم يأت في الشرع أن الجار هو الذي بينه وبين جاره مقدار كذا، ولا ورد في لغة العرب أيضاً ما يفيد ذلك، بل المراد بالجار في

[1] – بن قدامة المقدسي، المغني، ج 6، ص 124.

[2] – نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج 8، باب ما جاء في أذى الجار، ص 309.

[3] – محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ج4، باب أحكام الوصايا، ص 433.

[4] – ابن حجر العسقلاني رحمه الله تعالى، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 4، باب أي الجوار أقرب، ص 512.

اللغة المجاور ويطلق على معان"[1]، كما رجح ابن قدامة أيضاً أن يُرجع إلى ضابط العرف في تحديد المقصود بالجار وإن أخذ معنى القرب من الناحية اللغوية[2].

الفقرة الثانية: مدلول الجوار عند فقهاء القانون

يرى فقهاء القانون أن تدخل الدولة في النظام المعماري الحديث زاد صعوبة حد الجار تحديدا دقيقاً، إذْ هناك من أذعن لصعوبة إيجاد تعريف دقيق للجوار بفعل الإشكاليات العملية التي تطرحها مسألة الأضرار المختلفة[3]، في حين يرى آخرون أنّه أضحى من الواجب إعطاء مدلول أوسع لمفهوم الجوار بحيث لا يعقل حصره في الأشخاص أو التلاصق بين العقارات بل يجب أيضاً أن يستوعب الأنشطة الصناعية والتجارية التي تتأثر ببعضها البعض، و بمعنى أدق؛ التجاور الذي يستغرق الأموال أيضاً والمتعدية حدود التلاصق للعقارات إذ من الممكن أن يطال الضرر مساحة تتعدى هذه الحدود؛ لتطال المستوى الدولي الذي تسعى الدول إلى تكريسه من خلال إضفاء نوع من القيود على الأنشطة ذات الأضرار البيئية و الذي صادقت الجزائر بموجبه على معاهدة دولية في هذا الإطار[4].

أمّا في بحثنا فسنركز على مفهوم الجوار بالمعنى الضيق في حدود فروع القانون الخاص، ومن بين الذين عرَّفوا الجوار بأنّه: " النطاق أو الحيز المكاني أو الجغرافي الذي يتجاوز فيه الأشخاص و الأموال أياً كانت طبيعتها و سواء كانت متلاصقة أو غير متلاصقة، والذي يتحدد بالمدى الذي يمكن أن يصل إليه أذى الأنشطة المجاورة، ويختلف تبعاً لذلك من حالة لأخرى بحسب هذه الأنشطة"[5]، وهذا

---

[1] – محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الدراية والرواية من علم التفسير، اعتناء يوسف الغوش، دار المعرفة بيروت ، لبنان، ط 4، 1428هـ/ 2007م، ص 464.

[2] – بن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، كتاب الوصايا، ص 537.

[3] – مروان كساب، المسؤولية عن مضار الجوار، ط1، طباعة جون كلود أنطوان الحلو، الأشرقية، لبنان، ص 20.

[4] – المرسوم الرئاسي 03- 275 المؤرخ في 14 عشت 2003، يتضمن المصادقة على معاهدة الصداقة وحسن الجوار بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و مملكة اسبانيا.

[5] – عطا سعد محمد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار – دراسة مقارنة–، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص 98.

أيضاً ما أيده أبو زهره بكلامه في هذا السياق عن تأثير علاقة الجوار على حق الملكية وأنّه من أهم القيود الواردة عليها حيث قال:" أمّا حقوق الجوار فتقوم على منع الضرر بالجار ضررا بيناً فاحشا في سبيل انتفاع الشخص بملكه، ففي الواقع تقيد لانتفاع المالك بعقاره بقيد أن لا يضر بجاره"[1].

والملاحظ على هذه التعاريف أنّها حصرت معنى الجوار في زاوية ضيقة جداً وهي المدى الذي يمكن أن يطاله الضرر جراء تصرف النّاس في ممتلكاتهم، بحيث بدل أن تنبي علاقة الجوار على قيم خلقية بدل معايير مادية، ورغم ذلك فإن هذه الرؤية يمكن أن يستوعبها رأي فقهاء الشريعة الإسلامية الموسعين لمدلول الجوار.

الفرع الثاني: القيود التي تفرضها علاقة الجوار (ضوابط لمصلحة الجار كشخص وأثرها في تخطيط المباني وأنشائها)

تتجلى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية في أَوَّج معالمها خاصة بالنسبة لعلاقات الجوار، إذْ حفها الشارع الكريم بعديد الضوابط الخلقية القائمة على الإكرام وحسن المعاملة وكف الأذى في الأصل، ثم أقرها فقهاء الشريعة الإسلامية بضوابط قضائية محورها الرئيس منع المضارة، فعن أبي شريح العدوي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَ اليَوْمِ الآخِرْ فَلْيُكْرِمْ جَارَهُ، وَ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَ اليَوْمِ الآخِرْ فَلْيُكْرِمْ ضَيْفَهُ جَائِزَتَهُ"[2]، و الحث على إكرام الجار هو من باب التوصية الملحة به المقررة لكل إنسان إلاّ أنها تتعاظم بمقام علاقة الجوار، غير أنّ هذا لا ينفي وجود أحكام أخرى تتعلق بحالة التنازع في الحقوق مبنيةٌ على منع الضرر و المضارة ، خاصة في ظل تعاظم المدن والتجمعات السكنية؛ لهذا فكثيراً ما تختل قدسية علاقة الجوار بفعل تصادم الحقوق وتزاحم المصالح وتلتقى المفاسد، بحيث يصعب تطبيق القواعد الفقهية في هذه المسائل اعتماد على

[1] – محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 112.

[2] – صحيح البخاري، ج 4، باب من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يؤذ جاره ، رقم الحديث: 6019.، ص 95.

فقه الموازنات لمنع الضرر، بل يتعدى الأمر فتاوى الفقهاء إلى الاستعانة بأهل النظّر والاختصاص في مسائل العمران والبناء، لكون بعض مواصفات الضرر التي تلحق بالجيران سواء في انتهاك خصوصياتهم أو الإضرار بأملاكهم أو التعرض لمنافعهم صعبة الفصل فيها، ممّا يوجب منعه قضاءً بعد ثبوته قبل حدوثه، و يقضى بإزالته في حال وقوعه منعاً الضرر في جميع أوجهه استناداً إلى قوله صلى اللّه عليه و سلم: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارْ"[1]، لكن كثيراً ما يكون منع الضرر الناجم عن تصرف صاحب الحق في ملكه هو ضرر في حد ذاته، لهذا تعددت الآراء الفقهية حتى في المذهب الواحد، وهذا ما سنفصله ببيان شروط اعتبار الضرر ثم بيان تفاصيل أوصافه التي تخرجه عن الحد المألوف.

الفقرة الأولى: شروط اعتبار الضرر

نظرا لمرونة معايير اعتبار الضرر فهذا ما يجعل مسائله اجتهادية غير مقيّدة، حيث كيّفها فقهاء الأحناف على أنّها تلك التي تمنع الحوائج الأصلية[2]، إلاّ أنّ النوازل المطروحة على فقهاء وقضاة الشريعة الغراء تم محاكمتها من خلال ثلاث نواحي متمثلة في مسائل القدم والحداثة ثم من حيث تحققه، ثم من حيث استمراريته.

أولا: حيازة الضرر من حيث الحداثة و القدم

إنّ القول بلزوم أن يكون الضرر المعتبر شرعاً محدثاً يدفعنا إلى السؤال عن مدى سلطان القضاء في منع الضرر القديم، بما لا يفتح المجال للاحتجاج بأسبقية التملك ودوره في نفي المساءلة عن الضرر الحادث[3]، مع العلم أنّه يدخل في حكم المحدث تلك الأبنية الخربة التي درست بعامل الزمن [1]، وصار

---

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

[2] – علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ج 2، ص 214.

[3] – إبراهيم صالح عطية حسن، مضار الجوار غير المألوفة و أساسها القانوني، مقال بمجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، مجلد 2، اصدار 4 ، 2013، ص 181.

تجديدها بحكم الإنشاء الجديد[2]، وهذا ما سنحاول تقَّفِيه من خلال استقراء الفقهاء ببيان الضرر الحادث والضرر القديم.

01- الضرر الحادث: إن القول بمنع حرية التصرف في الملك التي تكون سبباً في الإضرار بالغير ما هو إلاّ ضرر بهذا الأخير، لهذا تباينت آراء فقهاء الشريعة حتى بالمذهب الواحد إلى ثلاثة أراء.

الرأي أول- يمنع الضرر الحادث متى كان معتبراً في جميع أوجهه: تقلد هذا الرأي متأخري المالكية و الحنابلة، وقالوا بمنع الضرر المحدث قضاء، بعكس القديم الذي صار بمنزلة المألوف لصاحب البناء الجديد وأصبح محيزاً للمتسبب فيه بفضل عامل السبق في البناء[3]، بحيث قالوا بأنه يحرم على الجار أن يحدِث في ملكه ما يضر بجاره، كمن استحدث مدبغة أو دكان حدادة أو قصّارة أو تنور أو حمام، لأن ذلك يخرج عن نطاق التصرف العادي في الملك ويصل به حد التعدي[4] الموجب للضمان[5]، وبهذا فإنّه يجب في كل إرادة متجهة إلى إقامة بناء مراعاة طبيعة العقارات المجاورة، خاصة إذا كانت هذه الأخيرة معدة للانتفاع السكني، بحيث لا يحق لمُريد البناء أن يحدث عليهم أي نوع من أنواع الضرر[6]، في انتهاك خصوصياتهم من تكشف أو بأن يجعل بيوتهم آيلةً للتهاوي جراء أشغال

---

[1] – الونشريسيي، المعيار، ج 09، ص 09.

[2] – احمد بن خلف بن وصول الطليطلي، متخب الحكام وبيان ما عمل به من سير الحكام، تحقيق: أ. د: حميد لحمر، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1429هـ/ 2008م، ص 137.

[3] – أبي عبد الله محمد ابن إبراهيم اللّخمي المعروف بابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان، تحقيق و دراسة فريد بن سليمان، المركز الجامعي للنشر، 1999 م، ص 58.

[4] – نصر الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، دراسة و تحقيق: أ. د / عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ط 1، على نفقة المحقق، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، 1420 هـ/ 1999 م، ج 1، كتاب الصلح، ص 775.

[5] – البهوتي، كشاف القناع، ج 3، ص 116.

[6] – عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي، الإعلان بنوازل الأحكام المعروف بالأحكام الكبرى ، ج 2، ص 816.

– عبد الله ابن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي، الكافي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 1، 1418هـ/ 1997 م، دار هجر للطباعة و النشر، عدد الأجزاء 6، ج 3، ص 285.

– ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 7، ص 31.

البناء والحفر، أو من خلال طبيعة الغرض الذي رصد له البناء ابتداءً كبناء رحى من شأنها الاستمرارية في هز الحيطان، أو بناء حمام أو فرن لتسبيك المعادن[1]، يبعث بنتن الريح والدخان دون انقطاع، وهي تصرفات من شأنها إنقاص قيمة الدّور المجاورة لها نقصاناً فاحشاً، ونفس الشيء بالنسبة لمن أراد أن يبني في أرضه ما يقطع به نفع جاره كتعلية بناء لاصق بالأندر بحيث يمنع الريح عنها، وهذا عند يحي بن يحي عن ابن القاسم لما لها من ضرورة للمعاش، وشأنها شأن الطريق إذ لا يجوز لأحد التضيق منها بأي حال من الأحوال، بينما لا يرى ابن الماجشون ومطرف وأصبغ بذلك[2]، و في هذا قال صاحب التحفة:

و محدث ما فيه للجار ضرر محقق يُمنع من غير نظر.

كالفرن و الباب و مثل الأندر أو مالـه مضرَّة بالجـدر[3].

بينما اشترط بعض الحنابلة من إذن صاحب الحق أو نائبه كأداة قبلية يُحْتج بها على مدعي الضرر بحيث لو أُستؤذِن الجار من قِبل صاحب الحق في تصرف من شأنه الإضرار به وأقره فليس له أن يدعي ضرره فيما بعد، ويستأذن الحاكم فيما هو حق للعامة[4]، واستقراء هذا الرأي في مسائل الأبنية بأبواب الفقه يجده قد اتسم بالبعد الوقائي، بحيث جعل الإذن كسابق لأي تصرف؛ ليكون حجة على من يدعي الضرر بعد إقراره للتصرف.

– عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط 2، مكتبة المعارف– الرياض،1404هـ –1984م، ص 343.

[1] – أبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، تقديم د: علي علي لقم، اعتناء: أبو الفضل الدمياطي أحمد بن علي، ط 1، المركز الثقافي المغربي، الدار البيضاء، المغرب، ج 9، ص 322.

[2] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، مجلد 11، ص 38– 39.

[3] – أبو بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، باب الضرر وسائر الجنايات، ص 103.

[4] – عثمان أحمد النجدي الحنبلي، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، تحقيق: الشيخ حسين محمد مخلوف، ط 1، دار محمد، السعودية، 1417هـ/ 1997م، ج 2، ص 530.

الرأي الثاني– جواز التصرف في الملك على الإطلاق: استند إليه متقدموا المالكية الشافعية ابن قدامة من الحنابلة ذلك[1]، كونه تصرف في خالص الملك حسب ما تقتضيه حرية التصرف فيه، وفي منعه من ذلك إضرار به، وبهذا نكون أمام ضرر متقابل و بالتالي يدفع أكبرهما[2]، و نُسِب هذا القول إلى الإمام مالك، وقول أشهب من متقدمي المالكية[3]، لأنّ ضرر صاحب الحق في منعه من التصرف في ملكه أولى من الضرر بالجار، فلم يروا بالحد من حرية التصرف في الملك وإن أضّر بالغير، وقالوا بأنّه لا يُمْنع من ذلك لأنّه تصرف في خالص ملك لم يتعلق به حق للغير[4] كالملك المشترك مثلا[5]، إلاّ إذا تجلّت نية قصد الإضرار بالجار في ابتداء البنيان، خاصة إذا تجسد الضرر في الصوت كمن نصب في ملكه أرحية أضرت بمسامع الجار و رأسه من جراء جعجعتها و دورانها[6]، أو كمن يبني حماما بين الدّور السكنية، لتتصادم المصالح بين الأبنية المعدة للانتفاع والأبنية المعدة للسكن التي تنفرد بطابع المبالغة الخصوصية، بل و أكثر من ذلك فقد تتضارب المصالح حتى بالنسبة للأبنية المعدة للانتفاع حسب طبيعة الغرض كبناء فرن خبز لا غنى عن اضرام النّار لنضجه وسط باحة العطارين يحتاج لطف الجو.

الرأي الثالث– جواز التصرف في الملك بشرط الاحتراز للضرر: تقلد هذا الرأي فقهاء الأحناف فاشترطوا لحرية التصرف عدم الإضرار بالجار[7]، يجري الأمر كذلك في مرافق الدّار كإخراج

---

[1] – ابن قدامة، المغني ، ج 8، باب احياء الموات، ص 181.

[2] – أبو القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي، فتاوى البرزلي، ص 359.

[3] – أبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، ج 9، ص 323

[4] – أبي الحسين يحي ابن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في المذهب الشافعي، اعتناء محمد قاسم النوري، ط 1، ج 6، ص 265.

[5] – ابي إبراهيم إسماعيل بن يحي بن إسماعيل المصري المزني، مختصر المزني في فروع الشافعية، ، ص 147.

[6] – أبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل و نتائج لطائف التأويل في شرح المدونة و حل مشكلاتها، ج9، ص 322.

[7] – سمش الدين محمد بن أحمد المنهاجي الاسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين و الشهود، ط 2، مصورة عن الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، د سنة ط، ج 1، ص 171.

الرواشن والأجنحة، ما لم يتعلق بها ملك الغير[1]، من الخاصة كالجيران أو العامة، الذين تقرر حقهم في ممر أو طريق مثلاً أو مجرى ماء...[2] ، بمعنى أنّه وجب رفع كل ضرر حادث بخلاف القديم الذي استقر وصار مخيزاً، وإن اختلفا في الحدوث فإنّ ذلك يثبت بالبينة والبرهان، وأصل البينة في حدّ القديم هو ما لا يحفظ الأقران وراءه و هي أقصى مدة حفظه بين الناس في العادة[3].

بينما أخد المالكية أيضا بهذا الرأي في المسائل التي يقع فيها الضرر على الساكنة بما يوهن أبنيتهم، فيمنع على الإطلاق كإحداث الحمام على الديار إذا كان ضرره بيّناً على ساكني الدُّور المجاورة ويثبته أهل الخبرة في ذلك[4]، فيمنع من أراد البناء قبل حدوث الضرر لأنه صار بمنزلة الضرر المحقق، كما يمنع أيضا الضرر الذي يكون فيه انتهاك للخصوصية بالتكشف على البيوت، حتى لو من أعلى صوامع المساجد[5]، ورأى صاحب المعيار باتخاذ احتياطات تحول دون ضرر الصوت خاصة فيما هو ضروري للمعاش، كصوت الحيوانات وحفيف حركتها فيما ورد عنه:" وسئل عمن أحدث خلف بيت جاره رواء لدابة صغيرة، فاشتكى صاحب الدّار ضرر الدّابة.

فأجاب بوجوب زواله وإخراج الدابة منه، فصاح صاحب الدابة، وقال ليس لي غنى عن الدابة، لأن عليها معاشي ولا بد منها، فاستفهم لي أصحاب المعرفة فيما يرفع الضرر عن جاري، فارتفع عرفاء البنيان عن أمره فقالوا يحفر أساسا وينزل فيه قدر القامة خلف الحائط الذي هو صدر البيت، ويرفع

---

[1] – أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي و أبي حنيفة، تحقيق ودراسة: قسم المعاملات _ رسالة دكتوراه– من إعداد الطالب، زكريا عبد الرزاق المصري، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1405 هـ، ج 3، ص 662.

[2] – برهان الدين أبي المعالي محمود ابن صدد ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني لمسائل المبسوط و الجامعين والسير والنوادر والزيادات والفتاوى و الواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله، اعتناء و تقدين و ضبط: نعيم أشرف نور أحمد/ ط 1، إدارة القرآن و العلوم الإسلامية، الرياض، السعودية ، 1424هـ/ 2004 م، عدد الأجزاء 21، ج 16، كتاب الدعاوى والبينات، ص 180.

[3] – ابن عابدين رد المحتار في شرح تنوير الأبصار، ج 12، ص 69.

[4] – القاضي عياض وولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تقديم وتحقيق وتعليق: د– محمد بن شريفة، ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1990 م، ص 92.

[5] – القاضي عياض و ولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، ص 93.

في حفره حائطا من تحت وجه الأرض بخمسة أشبار إلى منتهى السقوف، وعرفوا القاضي بما أمروا به صاحب الدابة، فلما فعل ذلك انقطع الضرر عن صاحب البيت بذلك، قال القاضي رحمه الله يشهد على صاحب الدّابة بذلك لئلا يطول الزمان، و ينتزع الحائط و يستحق المربط بالقدم"[1].

02- الضرر القديم: هو ذلك الذي مرّ عليه زمن دون أن ينكره عليه أحد، أو استحقه صاحبه بعامل السبق في البناء، بالنسبة لقطعه تباينت الاجتهادات في قولين:

القول الأول: رأى بعض فقهاء المالكية بوجوب دفع جميع أنواع الضرر عن المتضرر دون اعتبار سكوته عنه وإن طال وهذا ما ذهب إليه ابن حبيب وابن سهل[2]، بينما حصر أغلب فقهاء المالكية الضرر الذي يُقضى بقطعه في جميع الأحوال، فيما كان سيء الريح كالدباغ والأفران والحمامات وغبار الأنادر[3]، ولا يمكن الاحتجاج بقدمه سواء طال الزمن أو قصر[4]، لأن الاحتجاج بقدمه لا يزيد إلاّ من الظلم والعدوان، كما أن الحيازة تكون في الأملاك لا في الضرر، وصانعها مجبر على إخراجها من وسط السكان، ولا يخرج عن هذا الحكم الضرر القديم الذي دثر وأراد صاحبه إعادته إلى حاله ما لم يطل زمن اندثاره[5].

القول الثاني: لا يقطع الضرر إذا كان قديماً حسب ما تضمنته غالب مؤلفات النوازل الفقهية، بحيث لا تكاد تجد من يقول بوجوب قطع الضرر القديم، خاصة إذا كان هذا الضرر ممّا لا يقطع

---

[1] – الونشريسي، المعيار، ج 9، ص 8.

[2] – الونشريسي، المعيار ، ج 9، ص 42.

[3] – محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، المسالِك في شرح مُوَطَّأ مالك، قراءة وتعليق: محمد بن الحسين السُّليماني وعائشة بنت الحسين السُّليماني، دَار الغَرب الإسلامي، بيروت، ط 1، ، 1428 هـ - 2007 م، ج 6، باب القضاء في المرفق، ص 410.

[4] – سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق: د. محمد أبو الأجفان، ط 1، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان، 1422هـ/ 2002 م، ص 187.

[5] – احمد بن خلف بن وصول الطليطلي، منتخب الحكام و بيان ما عمل به من سير الحكام، ص 137.

المنفعة بالكلية، وكان هذا الرأي أكثر تجليا لدى فقهاء المالكية[1]و الأحناف[2]، حيث أُشْتِرِط لادعاء الضرر عدم مرور المدة التي تحدث بها الحيازة دون تحديد مدة معلومة لها لدى الأحناف قائلين بأن حد القديم هو ما لا يحفظ الأقران وراءه[3]، وفضلا عن تباين آراء الفقهاء في المدة التي يحاز بها الضرر، يجب مراعاة تواجد المتضرر من غيابه عند قيام الضرر:

أ- بالنسبة للمتضرر الحاضر حين قيام الضرر: في هذه الحالة يكون المتضرر عالماً بالضرر، كأن يكون مقيماً مع المتسبب فيه أو مجاوراً له، إلى غيرها من القرائن التي تفيد القطع بعلمه بالضرر، لكنه لا يقوم بالمطالبة برفع الضرر مدة من الزمن بحيث يظهر وكأنّه غير موجود أصلاً، أو يعتبر هذا بمثابة الإقرار منه لهذا الضرر، ثم يدعيه بعدها فهل له ذلك؟ !، و هنا رجع فقهاء المالكية إلى المدة الزمنية المسكوت فيها عن الضرر مع العلم به، غير أنهم اختلفوا في تحديدها فمنهم من حدد المدة بما يزيد عن الثلاثين عاماً[4]، ومنهم من قال بأنّ الضرر فيها يستحق بمرور العشرة أعوام كابن حوير، و منهم من قال بأنّه يستحق بمرور العشرين عاماً كقول أصبغ، وجعلوا من السكوت عليه هذه المدة بمثابة الرّضا به[5]، لأنه لا يعقل الصبر على الضرر كل هذه المدة، إذْ و مهما تغافل الجار عن الضرر الذي لحق به فإنه لن يتجاوز بذلك السنتين أو الأربع سنوات، و هو ما استحسنه سحنون[6]، فإذا زاد عن ذلك فهو بمثابة الإقرار منه.

ب- المتضرر الغائب حين قيام الضرر: قد يعمد أحد الجيران إلى التصرف في ملكه بما فيه ضرر على الجار لكن هذا الأخير لا يدعي الضرر من حينه حتى تمر عليه مدة طويلة تقترب من مدة

---

[1] - أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات ج 11، ص 38.
- الونشريسي، المعيار، ج 9، ص 41.
[2] - علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج3، فصل حق المعاملات الجوارية، المادة 1200، ص 214.
[3] - ابن عابدين رد المحتار في شرح تنوير الأبصار، ج 12، كتاب القضاء، ص 69.
[4] - الونشريسي، المعيار، ج 8 ، ص 446.
[5] - الونشريسي، المعيار، ج 9، ص 42.
[6] - الونشريسي، المعيار ، ج 9، ص 42.

الحيازة، مع أنّه يتوفر له قرينة ما تثبت عدم علمه بوقوع الضرر، كأن يكون في سفر طويل المدة مثلاً[1]، ويلحق به باقي القرائن التي تدل على عدم العلم بالضرر أو عدم تمييزه كالصبي المحجوز عليه أو المولى عليه، أو البكر غير المعنس[2]، فهل له في مثل هذا الحال أن يدعي الضرر بعد ذلك؟!.

هنا أيضا أرجع الفقهاء ذلك إلى اعتبار المدة لحيازة الضرر، فقال مالك وابن الماجشون بأنّه لا يوقت للحيازة لا عشر سنين ولا غيرها[3]، وأن حيازة التّقادم الّذي جاء فيه الأثر بأنّ من حاز على خصمه شيئًا عشر سنين فهو أحقّ به فيما يحُوزُهُ النَّاس من الأموال بعضهم على بعض[4]، بينما رأى غيرهم أنّ العشر سنين هي المدة التي يحاز في الضرر في هذه الحالة، بحيث قال صاحب تحفة الحكام[5]:

و عشرة الأعوام لامرئٍ حضر تمنع إن قام بمحدث الضرر

وذا به الحكـــــم و بالقيــام و قيل بالــــزائد في الأيـــــام

أمّا بالنسبة لغير القادر على تمييز الضرر وادعائه، كأن يكون أصم أبكم ضعيف يعلق غيره على حائطه بناءً بغير إذنه فإنّه يقوم على حقه من الغير القائم بالحسبة، ويزيل عنه الضرر الذي حاق به، ويعيد الحال إلى أصله في كل ما أضر بهذا الضعيف، باستثناء التصرفات غير الضارة كلصق الجار حائطه إلى حائط الضعيف، ولم يتبين أنّ ما أحدثه الجار بعد تحري المحتسب أن في ذلك ضرر[6].

---

[1] – ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ص 90.

[2] – حسني خيري طه، مقاصد الشريعة و تفعيلها في فقه العمارة، هامش ص 136.

[3] – ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام، ص 91.

[4] – محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، المسالِك في شرح مُوَطَّأ مالك،ج 6، باب القضاء في المرفق، هامش ص 410.

[5] – بن عاصم الاندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، فصل مسقط القيام بالضرر، ص 104.

[6] – الونشريسي، المعيار ج 9، ص 54.

كما لم يغفل المشرع الجزائري عن هذا الاعتبار، وذلك من خلال اعتماد مصادر الشريعة الإسلامية كمصدر يستعين به القاضي في حال عدم وجود نص قانوني[1]، وهذا ما يتيح للقاضي الاستعانة بالاجتهادات الفقهية المذكورة من خلال ما يمكن أن يتوصل إليه بموجب سلطته التقديرية فيما هو مطروح أمامه من وقائع مادية وقانونية،، وإضافة إلى ذلك نص المشرع صراحة على أهمية تأثير عامل الوقت في استقرار الحقوق المالية و إن تصادمت بالضرر و هذا ما تجليه المادة 2/709 : "إذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن مترين ، فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على مسافة تقل عن مترين تقاس بالطريقة السابق بيانها أعلاه، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل"، ويستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري أولى أهمية بالغة لعامل الزمن في الحفاظ على العلاقات الجوارية وذلك بالاعتداد بالمدة المحددة لتقادم الحقوق في حيازة ضرر على مالك العقار المجاور حيازة قانونية مستوفية لشروطها القانونية، وذلك لاحتمالين؛ أولهما أن ضرر التكشف من هذا المطل على أقل من هذه المسافة ضرر مألوف له، ولو كان عكس ذلك ما سكت طيلة هذه المدة، خاصة و أن معيار عدم الأُلفة معيار شخصي مرن يختلف من شخص لآخر، مراعيا في ذلك الأعراف والعادات، أما الاحتمال الثاني وهو أن هذا سكوت الجار المُتَكشَف عنه يعتبر بمثابة الإقرار منه لتصرف الجار في ملكه، و هذا الذي كرسه القضاء من خلال اجتهاد المحكمة العليا في قرارها 499305 الصادر بتاريخ: 2009/01/14 تحت مبدأ: "لا يجيز حق ارتفاق المطل المكتسب قانونا بالتقادم لصاحبه فتح مطلات أخرى بدون مراعاة المادة 709 من القانون المدني"، ولهذا إذا تمّ اكتساب الجار لحق المطل على الحدود الفاصلة بين ملكيتهما فإن هذا سوف يحتم على جاره إذا أراد أن يقيم بناءً جديد أن يلتزم بترك المسافة القانونية[2] المقدرة بالمترين وهذا استنادا إلى القواعد المقررة في الفقرة الأولى من النّص القانوني[3].

---

[1] – المادة 1 قانون مدني.

[2] – السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 786.

[3] – المادة 2/709 قانون مدني.

ثانيا: أن يكون الضرر محققاً

المقصود بالضرر المحقق الوقوع هو الذي حاز صفة الضرر كما أشرنا إليه و وقع فعلاً، أو كان حال الوقوع، وبذلك يخرج الضرر المحتمل الذي قد يقع وقد لا يقع[1]، بمعنى أنّه يجوز الاحتجاج بالضرر المستقبلي أو الضرر المحقق بحكم المآل، إذْ يشترط له أن يكون محقق الوقوع بالنظر إلى مسبباته، ومن أمثلته الضرر الذي سينبعث حتما من مدبغة قيد الإنشاء وسط الساكنة، أو تشييد مصنع يتسبب في اهتزاز الجدران و وهنها، وهذا النوع من الضرر مادي، وقد يكون معنويا كرفع وتعلية البناء إلى درجة تكون فيه عورات النّاس في مساكنهم محل تكشف بحكم درجة الارتفاع، حتى ولو تعلق الأمر ببناء مسجد، إلاّ أن يُتَخَذَ من السترة ما يحول دون ضرر التكشف على دور الجيران وأفنيتهم، بحيث يمنع النّاس من الصلاة به حتى يتم له ذلك[2]، وهذا ما ذهب إليه سحنون وحبيب من المالكية:" سأل حبيب سحنون عمن بنى مسجداً على أظهر حوانيت له وجعل له سطحا، فكل من صار إلى السطح رأى ما في دار رجل إلى جانبه، فقام عليه بذلك؟.

فقال: يجبر باني المسجد أن يستر سطح المسجد، و يمنع الناس من الصلاة فيه حتى يتم الستر"[3]، ويثبت الضرر بالبينة على من يدعي ذلك من أهل الاختصاص، ومن لهم خبرة في مجال البناء[4]، وهو المقصود فيما أشار إليه صاحب التحفة بقوله:" محقق يُمنع من غير نظر"، وسواء تعلق بالجيران فقط أو بالعامة كإحداث بناء من شأنه التضييق على المارة[5].

---

[1] – بولقواس سارة، جبر الضرر عن مضار الجوار غير المألوفة، (رسالة ماجيستر، جامعة الحاج لخضر– باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية)، تخصص عقود و مسؤولية، 2013/ 2014، ص 63.

[2] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 79.

[3] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 43.

[4] – جقبوب رضا مالك، أحكام الجوار في الفقه الإسلامي–دراسة مقارنة–(رسالة ماجيستر في العلوم الاسلامية تخصص أصول الفقه)، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، 1422– 1423هـ/ 2001– 2002 م، ص 63.

[5] – منصور بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج 3، ص 115.

– عيسى بن موسى التطيلي، الجدار ، ص 274.

ثالثا: الضرر المستمر المتزايد

يعتبر وصف استمرارية الضرر من أهم مميزات الضرر غير المألوف والفاحش، ولعل أهم ما يجليه هو الغرض الذي رصد له البناء أصالة، خاصة إذا ما كان موجه للانتفاع، فلا يكون الضرر هنا عارضا كالذي لا مناص منه بين الحين والآخر لضرورة أملتها الظروف، وغالبا ما يتجسد هذا الضرر في أضرار سبق الاشارة إلى أغلبها، كضرر الدخان والرائحة وضرر الصوت وضرر التكشف، وعلى معيار استمرارية الضرر أجمع فقهاء المالكية على منعه متى بلغ حداً من الجسامة يتعذر السكوت عنها دون تلك التي يحتاجها صاحب البناء يومياً في معاشه كإشعال النّار لطبخ وتدفئته وغيرها من الاحتياجات حسب ما نقلة ابن عرفة: "وكذا لا يمنع من إحداث صوت ككمد وقصر، إلاّ أن يشتد ضرره ويدوم وإلاّ منع"[1]، وهو أيضاً ما قضى به شيوخ الفتوى بطليطلة بمنع ضرر الكمادين، إذا استضر بهم الجيران، وقلقوا من ذلك لاستمرار ضربهم[2]، لهذا وضع بعض فقهاء المالكية كيوسف ابن يحي وابن آمدين قاعدة تحول دون زيادة الضرر المتقرر المحيز، وهي أنّ الضرر يبقى على حال واحدة ولا يزيد[3].

ونفس المعيار يبني عليه فقهاء الأحناف في منع الضرر، حسب ما يُجَّليه ما ورد في كشاف القناع: "يمنع منه، أي من إحداث ما يضر بالجار، إذا أراد فعله لما تقدم، كما يمنع من (ابتداء إحيائه) ما يضر بجاره، ومن أمثلة ما يضر بالجار (كحفر كنيف إلى جنب حائط جاره) يضره، (وبناء حمام يتأذى بذلك، و نصب تنور يتأذى) جاره (باستدامة دخانه، و عمل دكان قصارة أو حدادة يتأذى بكثرة دقه، وهز الحيطان) من ذلك،(ونصب رحى، وحفر بئر يقطع بها ماء بئر جاره وسقي وإشعال نار يتعديان أيه) أي إلى جاره، (ونحو ذلك) من كل ما يؤذيه (ويضمن) من أحدث بملكه

---

[1] – احمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني، ضبط و تصحيح: الشيخ عبد الوارث محمد علي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ص 386.

[2] – الاعلان بأحكام البنيان، الكلام في ضرر الكمادين وضرر الأرحية، ص62،

[3] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 11، ص 40.

ما يضر بجاره (ما تلف) أي سبب الإحداث لتعديه به، (بخلاف طبخه و خبزه فيه) أي في ملكه على العادة، فلا يمنع من ذلك لأن الضرر لا يزال بالضرر"[1]، بحيث جُمِع في هذا النّص بين معياري الجسامة، والاستمرارية.

الفقرة الثانية: أضرار الجوار التي يحترز منها قبل تشييد البناء

صحيح أن أضرار الجوار غير المألوفة لا تأخذ صوراً محددة على سبيل الحصر، ولهذا أخذت هذه التسمية التي تتسم بمعيار شخصي أكثر منه موضوعي، مما يضفي عليه مرونة تتماشي بانسجام مع أعراف الناس في عمومها وخصوصها، ورغم اجتهاد الفقهاء في إيجاد معايير موضوعية إلاّ أنه بقيت متسمة بالنسبية، بحيث لا تسمو لتكون منطلقاً يتناسب مع التطبيقات المختلفة التي يتعدى فيها حرية التصرف في الملك إلى انتهاك قدسية علاقة الجوار، لذلك أوكل الشرع الحنيف نفي هذه المضار إلى الالتزام الديني أكثر من الالتزام القانوني القضائي، إذْ جعل من منافاة الإيمان أن يخالج الجار حيال جاره عدم أمنه بوائقه، وهذا كله تورعا وتنزهاً تلتزمه الطبائع السليمة، ولكن هذا لا يعقل في طباع كل البشرية لما فطرت عليه من حب التملك والاستئثار، لذلك كان شرعنا شرعاً يستوعب جميع النفوس على اختلافها مخاطبا البشرية جمعاء بما هو أصلح لنظامها، من خلال آراء الفقهاء فيما نزل من نوزال زمانهم، و واكبه المشرع الجزائري في التقنين المدني في المادة 2/691 التي نصت: " وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنّه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخرين والغرض الذي خصصت له"، ويستنتج من النص القانوني أنّه إضافة إلى العرف فإنه يوجد معيارين آخرين موضوعيين في تقدير الضرر غير المألوف، متمثلين في مواقع العقارات والغرض الذي أعدت له، والمتفحص فيهما يجد أنه استناداً إليهما وبناء على قاعدة الاحتياط يمكن توخي عديد الأضرار

[1] – منصور بن ادريس البهوتي، كشاف القناع، ج 3، ص 118.

المعتبرة قبل الشروع في البناء، ولهذا سنخص هذه التدابير الاحترازية في كل من تناقض طبيعة الغرض الذي أعدت له الأبنية المتجاورة ثم حجم البناء وارتفاعه بما يحول دون الضرر، ثم الاضرار بالمنافع.

أولا: تعارض الغرض الذي أعدّ له البناء بما جاوره من أبنية

كثيرة هي أضرار الجوار التي تنتج تلقائياً دون أن يتعمدها محدثها، وإنما تصرف في ملكه تصرفاً محضاً بحسب ما يمنحه سلطان حق الملكية، غير أن الضرر كان نتيجة حتمية لتعارض الغرض الذي أعدت له العقارات المتجاورة سواء في إطاره العام أو الخاص، كأن ينشأ بناءٌ مخصص للانتفاع وسط الساكنة، أو أن تتعارض طبيعة الأنشطة المنتفع بها من حيث ما تتطلبه من خصوصية.

01- إنشاء بناء نفعي وسط الساكنة: تستأثر الأبنية المعدة للسكن بخصوصية فريدة من نوعها، لأن السكن من السكينة التي يتطلبها الاستقرار العائلي، واستئثار بحرمة البيوت كستر الممتلكات عن الانكشاف، إذ من شأن أي مؤثر بسيط أن ينتهك خصوصيتها، لهذا يحتاج تقدير اِعتبار الضرر اللاحق أو المحدق بها تكييفاً خاصاً من الناحية العملية، في حال تعارض المصالح والمفاسد بين الجيران واعتبارها في الحال والمآل، بعكس تلك التي تتطلبها الأبنية المعدة للانتفاع، أو ما يصطلح على غالبها قانوناً بالأبنية الصناعية أو المعدة لاستقبال الجمهور، لذلك فهي تتطلب تصميما خاصا يتناسب والغرض الذي أعدت له ابتداءً، فنتيجة مزاولة الانتفاع تكون هناك أضرار ولو بتقديرات متفاوتة على الناس في حياتهم أو في وهن أبنيتهم، وهذا ما تناوله فقهاء الشريعة الإسلامية من المالكية[1] وكذا الحنابلة[2] والشافعية[3] والأحناف[4] في نوازل إحداث الأرحى والحمامات على السكان لما فيها من مضرة نتيجة الأصوات التي تبعثها الآلات المستعملة والروائح المنبعثة منها وأيضاً النداوة والرطوبة، وهذا الذي

[1] – أبي الحسن علي بن علي الرجراجي، مناهج التحصيل و نتائج لطائف التأويل في شرح المدونة و حل مشكلاتها، ج 9، ص 321.
[2] – ابن قدامة المقدسي، الكافي، ج 3، كتاب الصلح ص 274.
[3] – ابن قدامة المقدسي، الكافي، ج 5، ص 155.
[4] – ابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 8، كتاب القضاء، مسائل شى ، ص 153.

سنناقشه بمزيد من التفصيل بالنسبة لأوصاف الضرر، ونسوق هذه النازلة من الفقه المالكي حيث سئل عنها القاضي عياض: "جوابك رضي الله عنك في دارين متلاصقتين لرجلين أراد أحدهما أن يبني في داره حماما فقال له صاحب الدار الثانية، إن بنيته أضر ذلك بساكني الدار الثانية، وشهد فيه أهل البصر بالبناء، وثبت العقد عند قاضي موضعهما فهل ترى . وفَّقك الله . بعد إثبات هذا العقد أن يباح له البناء حتى يستبين الضرر بعد البناء، أم يمنع من البناء بما ثبت عند القاضي ...

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

وعند استقراء هذه النازلة نجد معيار الضرر المعتبر الذي يجب منعه له شروطا تمثلت في كونه طارئاً، وثابتاً بشهادة أهل الاختصاص، ومن ثم يحكم بإزالته قبل وبعده أو في جميع الأحوال، رغم أن محل تصرف الجار هو في خالص ملكه، ويقاس على الحمام الفرن للحديد وتسبيك الذهب والفضة، وكل ماله مضرة بالجدر هو قول مالك[2]، وهو المتفق فيه بين المذاهب[3]، ويندرج ضمن الإحداث لو كان موضع الفرن أو الرحى أقدم من الدار لكنه كان عطلا وربمّا آل خربا ومرّ عليه زمن طويل، فلصاحب الدار أن يمنع محدثه من ذلك، ولأن ضرر صاحب الفرن أو الرحى في منعه إنشاءه وضرر صاحب الدار في إنشاء الرحى، فالضرر متقابل وإعمالاً لقاعدة الضرر يزال يبيح الفقيه ابن الرامي إنشاء الرحى بشرط أن يبني للجار جدار يزيد في قوة جدرانه أو أن يباعد بين الرحى أو الفرن مقدار ما يزول به الضرر[4].

---

[1] – القاضي عياض وولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام ،كتاب نفي الضرر ، ص 91 .

[2] – الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، ج 09 ، ص 321 .

[3] – أحمد محمد سعيد السعدي، أحكام العمران في الفقه الإسلامي، ص 420.

[4] – الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، ج 09 ، ، ص 63 .

وبالنسبة للقانون المدني فإنه يسرد أمثلة ونماذج عن هذه الأعمال التي تضر بالجيران وجدران المباني في المادة 712 حيث تنص :" يجب أن تنشأ المصانع و الآبار و الآلات البخارية وجميع المؤسسات المضرة بالجيران على المسافات المبينة في اللوائح و بالشروط التي تفرضها "، يستخلص أن المشرع لا يحدد نوعا خاصا من الضرر، بل هو متروك على إطلاقه بشرط أن يكون معتبراً وهذا يثبت طبعا بتقرير من أهل المعرفة بذلك، بل إن المشرع يضع إجراء أولي وقائي احتياطي للتصدي لأغلب الأضرار المحتملة، وذلك باحترام اللوائح والأنظمة ممّا يعني استصدار رخصة من الهيئة الوصية مسبقاً، مثل تلك التراخيص التي تسمح بإنشاء تلك المباني التي تستعمل مكبرات الصوت بشكل مقلق للراحة، أو الملوثة للهواء[1]، بحيث يجب أن لا تخالف المنشآت قواعد المخطط التوجيهي المعماري من تغيير لموقع المشاريع أو الإخلال بالارتفاقات العامة[2]، فإن حدث ضرر لم يكن متوقع وذلك لسوء تقدير أو تبصر، فإنه يظل محكوماً بالقواعد العامة لإزالة الضرر، هذا وفقا لمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر الثاني للقاعدة القانونية[3]، خاصة فيما يخص الأحكام المتعلقة بمواقع حوانيت الدباغة في الفقه الإسلامي[4]، وهذا الذي أيده القضاء في قرار متعلق بالملف رقم 410719 بتاريخ 2007/09/12 م تحت مبدأ: " لا يحق لمالك العقار التمسك بالرخص ومطابقة الأشغال لقواعد العمران قصد إعفائه من مسؤولية مضار الجوار.

تسلم هذه الرخص تحت شرط مراعاة حقوق الغير"[5].

---

[1] – قوراري مجدوب، الحماية القانونية للجوار من منظور عمراني بيئي – دراسة مقارنة– ، ص 206.

[2] – لعويجي عبد الله، قرارات التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري ، رسالة ماجيستر في القانون الإداري و الإدارة العامة ، كلية الحقوق بجامعة باتنة ، 2011 . 2012 م، ص 28 .

[3] – المادة الأولى من القانون المدني.

[4] – الونشريسي، المعيار، ج 9، ص 446.

[5] – مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص ، ص 353.

02- تعارض طبيعة النشاط في الأبنية الانتفاعية: كثيراً ما يعتاد الناس على مزاولة أنشطتهم الصناعية والتجارية في أماكن معروفة يلجأ إليها قاصدوها لتلبية احتياجاتهم اليومية من المأكل والملبس والمتاع كالأسواق مثلاً، إلاّ أن هذه الأنشطة قد تتطلب جواً يلائم خصوصيتها من حيث المساحة والنظافة مثلاً، إذْ أن ما يلزم حوانيت الكسوة ليس ما تتطلبه أفران النار، وممّا أفتيَ به لدى فقهاء المالكية بشأن حكم من له حوانيت لدق النوى في السوق حيث: "سئل أبو بكر بن عبد الرحمان عن قوم لهم حوانيت لدق النوى في سوق عليها دور يضرها وقعه ولهم نحو عشرة أعوام وقد كانوا منعوا وأخرجوا من المدينة، ثم رجعوا إلى عادتهم إلى الآن.

فأجاب: إذا أضروا بالناس وجب زوالهم إلى موضع لا يضر بالناس"[1].

والضرر الذي ينشأ عن تعارض طبيعة الانتفاع نتيجة وحدة الغرض الذي أُعدت له الأبنية، بحيث يقطع الجديد منها منفعة القديم، بخلاف الذي ينقص غلتها الذي هو محل خلاف بين فقهاء المالكية[2]، وهو الذي أفتى به فقهاء الأحناف[3]، لأن منع منفعتها نتيجة تعارض النشاط الممارس في الأبنية هو ضرر محض فإنه يمنع ابتداء كاتخاذ حانوت للطبخ بين البزازين، إعمالا لقاعدة يتحمل الضرر الخاص دفعا للضرر العام[4]، أي الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، ونفس الرأي لدى فقهاء الشافعية على سبيل المثال من باب أن جمع المفارقات لا يصح عقلاً حيث جاء في الأم :" أَرَأَيْت دَبَّاغًا وَعَطَّارًا كَانَا فِي حَانُوتٍ فيه عِطْرٌ وَدِبَاغٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي الْعِطْرَ وَالدِّبَاغَ أَيَلْزَمُك أَنْ تُعْطِيَ الْعَطَّارَ الْعِطْرَ وَالدَّبَّاغَ الدِّبَاغَ "[5] ، وهذا لأن التعارض في طبيعة المنفعة من شأنه أن يحول دون مقصود كليهما أو أحدهما.

---

[1] – الونشريسي ، المعيار ، ج 8، ص 457.

[2] – الونشريسي ، المعيار ، ج 8، ص 468.

[3] – ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 7، ص 492،

[4] – بابن نجيم، الأشباه و النظائر، قاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام، ص 74.

[5] – الشافعي، الأم ، ج 5، باب الاستبراء ، ص 96.

أمّا مثل هذه المسألة في الفقه الحنبلي فلم يتناولها الفقهاء إلاّ من باب عموم النهي عن المضارة بالجار[1]، وفق الضوابط المذكورة آنفاً.

ثانيا: رفع البناء و تعليته على دور الجيران

الاطلاع من علو البناء ينشأ لسببين، إمّا بحكم موقعه كأن يكون بربوة مثلاً أو أن يعمد صاحبه إلى رفعه ويجعل من سطحه مُطَّلعا لما جاوره من الدّور، ولا ينحصر ضرره هنا في الاطلاع فقط بل يتعداه إلى سد الضوء والريح عما جاوره من عقارات مبنية كانت أو غير مبنية كالأنادر مثلاً، وتجدر الإشارة أن القانون لم يورد ضرر التكشف كقيد على ارتفاع البناء إلاّ إذا انطوت عليه القواعد العامة لدفع مضار الجوار، وإنّما وضع له سياقا آخر في باب القيود التقنية والفنية التي سنعالجها لاحقاً فيما نصت عليه أحكام المرسوم التنفيذي 91- 175 المؤرخ في 28 مايو 1991 يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء.

01- ضرر الاطلاع و التكشف: ينشأ ذلك نتيجة ارتفاع موقع البناء أو رفعه.

أ. **البناء بأرض مملوكة تقع بربوة مرتفعة**[2]: بحيث يكون ذلك مطية الإشراف، فهذه المسألة تفرد بها بعض فقهاء المالكية وهذا لكونهم أكثر المذاهب تشديد في منع ضرر الاطلاع ويعتبرونه أكبر ضرراً من منع صاحب الملك من التصرف بمطلق الحرية في ملكه، بعكس بقية المذاهب التي تولي اعتباراً مساويا في أغلب الحالات لهذا الأخير، لهذا انقسمت اجتهادات فقهاء المالكية إلى رأيين:

القول الأول: وهو قول ابن حبيب وأصبغ ومطرف وابن الماجشون وابن حبيب، بأن للشخص أن يبني في مرتفع بأرضه يشرف على دور جيرانه أو مورد قرية، لأن اشراف المكان على الدّور كان قبل

[1] – نصر الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، ج 1، كتاب الصلح، ص 779.
[2] – اللخمي، تبصرة الحكام، ص 261.

البناء، وكان المكان بحد ذاته مُطَلعاً عليهم[1]، لكن لا يمكنه أن يتخذ في هذا المكان كوى يطلع منها عليهم، فلم يروا بمنع رفع البناء وتعليته ولو في مرتفع يشرف منه على دور الجيران، أو أماكن يكثر تردد عيالهم عليها كموارد الماء مثلا[2] ، وهذا ما يستنتج ممّا جاء في النوادر والزيادات: "فيمن بنى على شرف يطل منه على مورد القرية على قدر غَلْوَةٍ أو غلوتين، فإن كان ذلك فعليه فتح بابها إلى المورد، أو كوة فتحها وشبه ذلك مُنِع، فإن كان لإشراف مكانه فقط لم يُمْنَع و إن وجد عنده مندوحة، قالا: وإن كان يطل من بنيانه على دور جيرانه فلا يُمْنع هذا إذا كان ذلك الشرف على دورهم قبل البناء"[3]، حيث يستخلص أنّ عامل السبق للبناء يُعد دليلاً على عدم تَقَصُّد المضارة بالجيران، وهذا الأمر ساري في كل ما أُحْدِثَ و يخشي ضرره، بحيث لا يتقرر الإنشاء أو الإحداث، في حالة تأكد الضرر وصار بمرتبة التحقق على الجار والعامة، خاصة إذا وجد عنه بديلاً، فإن لم يكن عنه مندوحة يُلْجأ إلى الموازنة بين هذه الأضرار و يدفع أكبرها[4].

القول الثاني: وهو قول عيسى ابن دينار، إذ يمنع البناء بهذا المكان إلاّ إذا لم يكن له عنىً عنه، وكان المرتفع لا يصلح لشيء غير البناء[5]، ويبدوا أن هذا المعيار لم ينبني أصالة على منع الضرر في مثل هذا الحال، و إنّما بُنِيَ على حالة الاضطرار التي تجعل الباني دون حاجة للبناء في مثل هذا المكان كمن أراد المضرة بالناس وهو من الضرار المنهي عنه في الحديث السابق شرحه.

ب. تعلية البناء على الجار: بحيث يشرف منه على الجيران وإن نتج عنه أضرار أخرى من سد الريح، ومنع ضوء الشمس، خاصة وأنا نعلم الفوائد الصحية لهذين العاملين على ساكني الدار، وهذا

---

[1] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 38.
– اللخمي، تبصرة الحكام، ج 2، ص 261.
[2] – الونشريسي، المعيار، ج 9، ص 20.
– التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، ص 570.
[3] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 11، ص 38.
[4] – الونشريسي، المعيار، ج 8، فصل من أحدث ما يخشى ضرره، ص 447.
[5] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 77.

ما يجب أن يحسب له حسابه بداية من اختيار موضع البناء إلى تصميمه، والذي تباينت فيه آراء الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول– لا يمنع مطلقا: تقلد هذا الرأي فقهاء بعض الشافعية[1] والحنابلة[2] ومتقدمي المالكية[3]، حيث قال البهوتي:" وله تعلية داره ولو أدى إلى سد الهواء عن جاره"[4] وهذا استناداً إلى مبدأ حرية التصرف في الملك، لأن منع صاحب الأرض من إعلاء بنائه هو عين الضرر الواجب درؤه[5]، ونفس الرأي بالنسبة لسحنون من المالكية ، إلاّ إذا تعلق الأمر بكافر فإنه يمنع من تعلية بنائه على دور المسلمين، وهو قول الأستاذ الطرطوشي:" يمنع الكافر من تعلية بنائه على المسلم"[6]، وهذا لأن شره في التكشف على دور من جاوره من المسلمين لا يُؤمن في الغالب، وذلك بكثرة تردده على هذه الأماكن العالية من بيته لقضاء حوائجه التي قد يصعب تقديرها من حيث وقتها.

بينما ذهب الشافعية أيضاً إلى هذا الرأي مستدلين في ذلك بحرية التصرف في الملك، و أن الضرر المعتبر والواجب دفعه هو الإشراف[7] وليس البناء في ملك مرتفع أو رفع البناء، لأنه تصرف في خالص ملك على العادة، وهذا استنادا إلى قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر"[1].

---

[1] – الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، ص 243.

[2] – شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت – لبنان، ج2، باب حكم ما لو انتدت الاغصان في هواء الجار، ص 202.

– علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 5، باب الصلح، ص 194.

[3] – ابن الرامي البناء ، الاعلان بأحكام البنيان ص 73.

[4] – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق د: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 1، 1421هـ/ 2000م، مؤسسة الرسالة، لبنان، ج3، باب الصلح وأحكام الجوار، ص 422.

[5] – عبد الرحمان بن أحمد بن محمد بن فايع، أحكام الجوار في الفقه الاسلامي، ص 105.

[6] – احمد بن غنيم بن سالم النفراوي ، الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني، ج 2، باب الأقضية و الشهادات، ص 387.

[7] – شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، ط 2، د سنة ط، ط مصورة على نفقه الأديب محمد سرور الصبان، السعودية، ج 1 ، 181.

القول الثاني– يمنع مطلقا: جمهور المالكية و المشهور عند الأحناف، هذا الرأي هو الأصل في قول الإمام مالك والمشهور عند الأحناف[2]، إذْ لا يحق لأحد مسلما كان أم كافراً تعلية بناءه على جاره، خاصة إذا ما تأكد الضرر[3]، لقوله صلى الله عليه و سلم: "لا ضرر ولا ضرار". حيث ورد في المدونة فيما يخص مسألة الرجل يفتح كوة في داره يطل منها على جاره: "قلت: فلو أن رجلاً بنى قصرا إلى جنب داري ورفعها عليّ، وفتح فيها أبوابا وكوى يشرف منها على عيالي وعلى داري، أيكون لي أن أمنعه في قول مالك؟، قال: نعم، يمنع من ذلك وكذلك بلغني عن مالك"[4]، كما يمنع ضرر التكشف حتى لو كان من أعلى صوامع المساجد، لأن الضرر بالصعود إليها متكرر، وهو جواب عن نازلة إحداث الصوامع أعلى الديار[5]، في مقارنة بينها وبين من يصعد لجني ثمار شجرة، بحث يكون الصعود إليها مطية التكشف، فيُحتاط لذلك بالإنذار قبل الطلوع، أمّا الصعود للآذان فهو متكرر حتى في اليوم الواحد، وحتى الإنذار قبل الآذان في حد ذاته يعتبر ضرراً.

القول الثالث– يمنع إذا ما تقصد الضرر: هذا الرأي هو وسط بين الرأيين السابقين، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من متأخري المالكية ومتقدمي الأحناف فاستناداً إلى حرية التصرف في الملك، لا يجب أن يكون مبرراً للإضرار بالجار في التطلع على بيته وكشف عورات سترتها البيوت، والمقصود بالتكشف هنا هو البعد أو المكان الذي يتميز فيه زيد من عمر والذكر من الأنثى والحسن من القبيح[6]، حيث أُنظِم في التحفة:

و إن يكن تكشفاً فلا يقر بحيث الأشخاص تبين و الصور

---

[1] – بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، المنثور في القواعد فقه شافعي، ص 71.

[2] – المرجي الثقفي، الحيطان ، ص 193.

[3] – بابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 8، ص 154.

[4] – مالك بن أنس، المدونة، ج 4، ص 475

[5] – القاضي عياض و ولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، باب نفي الضرر، ص 91.

[6] – التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 2، ص 560.

وحاصل الخلاف الفقهي تمحور حول هذا الرأي بحيث لا أحد من فقهاء المذاهب الأربعة رأى بأن الاطلاع و التكشف ليس من الضرر، لكن اختلفوا في مدى جسامته مقارنة بالحد من حرية التصرف في الملك، لهذا ذهب كثير من متأخري فقهاء المذاهب الأربعة إلى ضرورة الاحتيال للضرر دون تقييد سلطان الملكية، بأن تبنى ستارة تمنع صاحب البناء من الإشراف على جاره في قول مالك وأحمد[1]، أو أن يتخذ الجار المُشْرَف عليه ما يحول دون اطلاع الجار على خصوصيته في ملكه، كأن يبني في ملكة جدار يسد به ضرر الكوى حتى وإن أبطل منفعتها حسب رأي الشافعية[2].

02- حجب الضوء و الشمس وسدُّ الهواء: لا ينجم عن رفع البناء ضرر الاطلاع فقط، بل ينجم عنه أضرار أخرى كسد فضاء الهواء وحجب ضوء الشمس، والذي شملته أحكام مخصوصة في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

أ- الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في الاعتداد بضرر منع الضوء والريح، بين من رآه كضرورة لأنشطة الحياة اليومية، إضافة إلى الفوائد الصحية في منع الرطوبة وتجفيف الهواء داخل الدّور، لكن تعددت الاعتبارات التي على إثرها تباينت الآراء حتى في المذهب الواحد.

المعيار الأول: أخذ بهذا الاعتبار فقهاء المالكية والحنابلة و سبب الخلاف حول أيهما من الضرر، منع صاحب الملك من التصرف في ملكه أم درء الضرر عن الجار؟.

القول الأول: جواز رفع البناء وهذا رأي الجمهور من متقدمي المالكية و الشافعية و الحنابلة.

[1] – شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، جواهر العقود و معين القضاة والموقعين و الشهود، ج 2، ص 172.
– ابن قدامة المقدسي، الكافي، ج 5، ص 161.

[2] – أبي الحسن يحي بن أبي الخير العمراني الشافعي اليمني، البيان في المذهب الشافعي، ص 265.

رأى متقدمي فقهاء المالكية بعدم الاعتداد بضرر منع الريح والشمس، هذا طبعاً إذا لم تتأكد لصاحب البناء مصلحة ظاهرة في رفع بنائه أنها ليست من الضرر[1]، وبهذا أخذ فقهاء الشافعية لمصادفته الملك، وتجنباً لهذا الضرر يُجعل شباك مكان تعلية الجدار[2].

وكذلك قال الحنابلة بجواز تعليه السطح لكن ليس لصاحب الأعلى أن يصعد إليه[3]، ويدل هذا على أن الضرر المعتبر والذي يقضى بمنعه الاطلاع والتكشف، لأنه ضرر محض ولا يلتبس بالحاجة، بعكس منع الهواء والضوء، فهذا ضرر لا يمكن أن يلتفت إليه في معرض حاجة الرجل إلى التصرف في ملكه، و رأى بعضهم أن الضرر الممكن حصوله من سد الضوء والريح هو نقصان أجرة الدار أو ثمنها ولهذا لا يحتج بحديث:" لا ضرر و لا ضرار" في هذا المعرض[4].

القول الثاني: بينما اعتبر بعض فقهاء المالكية من المتأخرين أن هذا ضرر ويُقضى بإزالته، وقالوا: "إذْ لا ضرر أكبر من أن يمنع الإنسان جاره الضوء والريح من غير نفع يعود عليه في ذلك"[5].

المعيار الثاني: و هذا الاعتبار أخذ به فقهاء الأحناف حيث فرقوا بين سد الضوء بالكلية بحيث يكون ذلك مانعاً من مزاولة أي نشاط داخل الدور كالكتابة مثلاً فهذا يمنع، أمّا لو كان في الدّار كوتان ويمكن الكتابة من خلال الأخرى فهذا لا يمنع، ولا يلتفت إلى الباب لأنه يحتاج إلى الغلق في غالب الأحيان[6].

---

[1] – مالك ابن أنس، المدونة ج 4، كتاب حريم الآبار ،ص 476

[2] – يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج 3، كتاب الصلح، باب التزاحم في الحقوق، ص 445.

[3] – ابن قدامة المقدسي، المغني ، ج 7، كتاب الصلح، ص 53.

[4] – منصور بن إدريس البهوتي، كشاف القناع، ج 3، ص 117.

[5] – التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 2 ، ص 570.

[6] – ابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 8، ص 154.

ويبدو أن الاعتبار الذي قال به الأحناف في سد الضوء المانع قضاء الحوائج، وضرب مثال الكتابة لا يَصدُق على وقتنا الحالي لإمكانية الاستنارة بالمصابيح الكهربائية والتهوية بالمكيفات؟ !، إلاّ أذا تُوُسِعَ في مفهوم الحاجة بإيجاد حجج تتماشى و واقع الحال في الفوائد الصحية لهما.

ب– موقف المشرع من رفع البناء: إقرار من المشرع الجزائري بالفائدة العظيمة لنور الشمس ومرور الهواء إلى المساكن، ولما له من ضرورة في التصدي لعدد كبير من الأوبئة التي قد تحدث عند انعدامه، أقرّ المشرع بحرية إحداث المناور في القانون المدني، وكان أكثر حرصاً على ضرورة وصول النور و الهواء في الأبنية الجماعية خاصة عند إنشاء المدن الجديدة والعمارات في ضبط الحجم والموقع، والتي حظيت بتنظيم أحكامها في القسم الثاني من المرسوم التنفيذي 91- 175 المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، حيث نصت المادة 21 منه: " يجب أن تقام البناءات، في ملكية واحدة بكيفية لا تحجب الفتحات التي لا تنير غرف المساكن بأي جزء من العمارة عند الرؤية تحت زاوية تفوق 45 درجة فوق المستوى الأفقي المعتبر اعتماداً على هذه الفتحات.

ويمكن أن تصل الزاوية إلى 60 درجة بالنسبة للواجهة الأقل إنارة شريطة أن يكون نصف عدد الغرف القابلة للسكن تنار من هذه الواجهة.

يمكن فرض مسافة لا تقل عن أربعة أمتار بين عمارتين متجاورتين".

وزاد المشرع حرصا على ضرورة وصول الهواء والنور إلى البنيات ذات الاستعمال السكني كونه الأولى بهذا الامتياز وهذا لملازمة ساكنيها لها بحيث نصت المادة 22 من ذات المرسوم: "يجب أن تتوفر في إنجاز مجموعة عمارات ذات استعمال سكني تشتمل على عشرين مسكنا على الأقل، على الشروط الآتية، ما عدا حالة الاستحالة العائدة لحالة الأماكن و وضعيتها:

- يجب أن يستفيد النصف على الأقل من الواجهة المثقوبة بالفتحات المستعملة لإنارة غرف السكن، من الشمس ساعتين في اليوم على الأقل في السنة.

- يجب وضع كل مسكن بكيفية تجعل نصف عدد غرفه تطل على الواجهة التي تتوفر فيها هذه الشروط.
- لا يمكن أن تحجب الفتحات التي تنير الغرف السكنية بأي جزء من العمارة الذي تمكن رؤيته من هذه الفتحات تحت زاوية تفوق 60 درجة فوق المستوى الأفقي".

أما علو البناء فإنه يتحدد بعرض الطريق العام المفتوح عليه وكذا الأرضية التي يقام عليها كأن كانت مبسوطة أو متحدرة[1]، وإذا حتمت الأوضاع مخالفة القواعد الفنية المنصوص عليها قانوناً أو المتعارف عليها ميدانياً، فإنّ ذلك يكون بقرار من الوزير المكلف بالتعمير بعد استشارة الوالي المختص إقليمياً[2].

ثالثا: الإضرار بمنافع الجار في عقاره المجاور

وهذه المسألة تفرّد به الفقه المالكي والتي بنيت على مدى مشروعية المنافسة في الانتفاع بالعقارات، ومدى اعتبارها من الضرر، وإن أُعْتُبِرَ كذلك فيجب تمييز درجة الضرر على المنفعة، إما بنقصانها أو إبطالها بالكلية.

01- الضرر المنقص للغلة: فأمّا ما ينقصها كإحداث حانوت قبالة الآخر أو رحى قرب الأخرى، إلى غير ذلك من أنواع الانتفاع التي تتزاحم في الاسترزاق بحكم تشابه طبيعة النشاط الممارس فيه، بحيث تعطي لزبائنها الخيار فيمن يقضون عندهم حوائجهم، فهذا عند المالكية لا ضرر فيه، ولا يجب قطعه بحال من الأحوال، لأن ذلك ليس من الضرر المعتبر الذي ينغص على الناس عيشهم، وهو معهود في عرف التجار ويعرف بالمنافسة المشروعة، وهو محتمل لكليها حيث قال صاحب التحفة:

[1] – المادة 23 المرسوم التنفيذي 91- 175 المحدد للقواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء.

[2] – المادة 25 المرسوم التنفيذي 91- 175 المحدد للقواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء.

فإن يكن يضّر بالمنافع كالفرن بالفرن فما من مانع[1]

غير أن هناك رأيا شاذا في المذهب المالكي يرى بأن ضرر نقص المعاش نتيجة المنافسة، في مسائل من أحدث ما يوجب نقصاً في الغلة يُكَيَفُ من الضرر المعتبر، وبه أفتى ابن أبي زعبل وابن عتاب[2].

02- ضرر حادث يقطع المنفعة: أمّا عن الضرر الحادث الذي يقطع منفعة العقار المجاور بالكلية، وذلك بحكم مواقع وطبيعة العقار المجاور كبناء بجوار أنادر، أو رحى أسفل من الآخر أو أعلى منها، كما جاء في النوادر والزيادات:" قال ابن حبيب قال ابن الماجشون فيمن أراد أن ينشئ رحّى في أرضه تحت رحاء لغيره أو فوقها، وذلك مضِّر فليس ذلك له، ويمنع لأنه لَيْسَ عَلَى الأَوَلِ مِنَ الآخِرِ ضَرَرٌ[3]، وقال أُصبغ: لا يمنع من ذلك، وإن كان فيه بعض الضرر على من الساقية فوقه أو تحته، ما لم يكن ضررا مفسدا أو مبطلاً، وأمّا ما فيه الانتفاع والاعتمال فإن كان فيه بعض الضرر فلا يمنع"[4]، ويستنتج من هذا النّص وغيره أنّ الضرر القاطع للمنفعة يختلف باختلاف طبيعة المنفعة، وأنَّ قول الجمهور في أغلبها بعدم المنع وهو قول متقدمي المالكية[5]، بحجة أنّه تصرف في خالص الملك.

أمّا القول الآخر بمنع الضرر القاطع للمنافع، وهو قضاء ابن يونس وابن بطال، وأوردوا لذلك مجموعة من الحجج، كان أقواها ما يتناسب مع فقه واقع كل زمان، هو سد الذرائع أمام المفاسد، بحيث يفضي إباحة هذا النوع من الضرر والتساهل فيه إلى إبطال مقصد تداول المال، بحيث يفضي بأرباب المال والقدرة إلي إبطال أموال كثيرة[6]، كما أنّ من شأن ذلك أن يؤدي بهم إلى التعسف في

---

[1] – ابن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام، ص 103.

[2] – الونشريسي، المعيار، ج 8، نوازل من الضرر و البنيان، ص 458.

[3] – هناك من يورده على انه حديث نبوي، لكن لم نجد له تخريجاً.

[4] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 11، ص 76.

[5] – التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 2، باب الضرر و سائر الجنايات، ص 558.

[6] – الونشريسي، المعيار، ج 8، فصل ما ي يوجب نقصا في الغلة، ص 462.

استعمال الحق، بذريعة حرية التصرف في الملك، وأن الإضرار بالمنافع ليس من الضرر المعتبر شرعاً، خاصة وأنّ الاستدلال بقول من رأى بعدم المنع هو فتوى فقهية ملائمة لزمانهم[1]، وإلى هذا الرأي اتجه فقهاء الحنابلة بضرورة منع الضرر الحادث في بعض أوجهه، وتكون هذه التصرفات في مقام التعدي على ملكية الغير، كإجراء ماء الصرف في أرض الجار[2].

وهذه المسألة في القانون فإنها تكون مشمولة بالقواعد العامة للضرر، والقواعد التنظيمية المتعلقة لمزاولة الأنشطة التجارية سواء التصنيعية منها أو التداولية، والمسافات والضوابط القانونية التي يجب مراعاتها بالنسبة للأوساط السكنية أو الصناعية والتجارية، وهذا ضمانا لسير أفضل للمرفق العام.

المطلب الثالث: قيود فنية و تقنية تتقرر لمصلحة البناء

إذا كان إنشاء الدور بصفة عامة ليس مقصوداً لذاته، وإنّما الغاية منها منفعتها وبالتالي فإن دفع الضرر الذي يطالها هو دفع لضرر ساكنيها، غير أنّنا إذا ما تتبعنا بعض الأحكام الفقهية المتعلقة بالبناء نجدها مقررة له كمنشأة ابتداءً من مرحلة التشييد، والتي تُكَّيف على أنّها ممّا تعلق به حق العامة أو ما يسمى قانونا بالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، وذلك وفق قواعد تقتضيها الجبلة الإنسانية وأيدها الشارع الحكيم بحديث " لا ضرر ولا ضرار" و قاعدة العرف، إضافة إلى قواعد أُخرى يُحتكم إليها فيما نزل من نوازل، وقد أفرزت هذه القواعد مجموعة من الضوابط التقنية التي يجب مراعاتها في عملية البناء وتصب في مصلحته بالدرجة الأولى، وتعتبر بمثابة القواعد العامة التي يشترك فيها كل من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري، غير أنّ المشرع استحدث مجموعة من الوسائل الوقائية في هذا المجال بما يتماشى ومستجدات عصره.

---

[1] – الونشريسي، المعيار، ج 8، فصل ما ي يوجب نقصا في الغلة، ص 463.

[2] – البهوتي، كشاف القناع، ج 3، ص 118.

الفرع الأول: القواعد الفنية العامة

تتمثل هذه القواعد في جملة من القيود المفروضة لمصلحة البناية ككل واتخاذ التدابير الوقائية لمنع ضرره قبل وقوعه، وذلك بعدم رفع الجُدر على بعضها البعض بحيث تتوهن وتصبح آيلة للسقوط، ويحدث ذلك أيضا بغرز الخشب و الأوتاد أو الحفر و غرس الشجر بمحاذاته، وتتباين هذه الأحكام في كل من حالة الاختصاص والاشتراك، التراضي والخصومة، وأيضاً في حالة ما تعلق بها حق للعامة كأن يتضرر بها العامة من المارة في الطرقات أو الخاصة مثل الجيران.

الفقرة الأولى: إمالة الجدار

لا يقتصر إمالة الجدار بكونه عيبا تقنيا فقط بل يتعداه إلى الإضرار بالغير، فمنهم من تناوله من زاوية الحقوق كالفقه المالكي الذي كيَّفه من باب التعدي على هواء الغير، ومنهم من خصه بالذكر في أبواب الجنايات ذات البعد الاجتماعي العام.

أولا: تناول بعض الفقهاء المسألة في باب الجنايات الماسة بالأشخاص وكونه خطرا على المارة، إذ حظي باهتمام واسع وتم إفراده بجل تفاصليه في أبواب وفصول فقهية عديدة خاصة عند فقهاء الأحناف وفقهاء المالكية، وقد تجاذب ما يحيق من خسائر قولان بشأن الضمان.

القول الأول: وهذا الرأي تقلده فقهاء الأحناف[1] وبعض المالكية كأشهب[2]، حيث قالوا بوجوب ضمان ما أصيب من إنسان أو مال دون الحاجة للإشهاد عليه، لأن الإشهاد لا يُعتمد إلاّ في حالة الإنكار، وربما يكون هذا الرأي أقرب إلى اعتماد فكرة الخطأ المفترض.

[1] – أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار السلام، القاهرة، ط 1، 1420 هـ/1999 م، ج 1، باب الجناية ، ص 411.

[2] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 152.

القول الثاني: تقلد هذا القول ابن القاسم عن مالك، وقالوا بضرورة الإشهاد لتقرير الضمان، لأن هذه الدار قد تكون محل عقد رهن أو إجارة، والضمان قد ينتقل إلى الراهن أو المستأجر إذا كان رب الدار غائبا.

وجمعا بين القولين السابقين لا نجد اختلافا إلا من باب الأخذ بالأحوط حيث أنّ القول الأول ركز على ضرورة التعويض والضمان حسب الأصل يكون على رب الدّار، لأن الغالب أن يبني الشخص الدّار ليسكنها أو ينتفع بها بنفسه، أما القول الثاني فأخذ بالاستثناء بحيث أنّه ليس بالضرورة أن يكون كل تقصير تقني في البناء دائماً من صنع المالك، فقد تنشأ عن التزام تعاقدي آخر كتلك التي يلتزم بها الراهن أو المستأجر ودليل ذلك أنّهم أوجبوا غرم ما أفسد سقوطه على الشركاء فيه[1].

وعالج المشرع الجزائري هذه الأحكام في باب المسؤولية عن أشياء غير الحية، وتحديدا مسؤولية حارس البناء[2]، والتي تعددت الآراء الفقهية حول أساسها، بين الخطأ المفترض الذي يقبل إثبات العكس وبين أساس الخطأ الشخصي، ويبدوا أن المشرع الجزائري كان أكثر ميولا إلى الرأي الأول بكون تهدم البناء قرينة على إهمال المالك حسب نص المادة 140/ 2 قانون مدني: "مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه.

ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر، فإن لم يقم بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه".

---

[1] – ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان، ص 153.

[2] – المادة 2/140 قانون مدني.

ثانيا: أمّا من تناول المسألة من باب الحقوق كالمالكية والشافعية فقالوا بعدم جواز التعدي على هواء الغير، ويهدم كل من عرج بناءه إلى هواء الغير سواء قلت فيه النفقة أم كثرت وهو قول ابن القاسم[1]، حتى لا يعارض الاعوجاج بناء الجار في ملكه، وقال الشافعية بأنه ناتج عن اعتياض الهواء دون تقصد من الباني[2]، وتناولتها باقي المذاهب في عموم منع التعدي على ملك الجار وإحداث ما يضر به لأن الهواء تابع للقرار، وهذا قياسا على امتداد أغصان الشجر في هواء الغير[3]، والتي لا يد للشخص فيها فكيف بالبناء الذي هو من عمله؟ !.

أمّا هذا الاعتبار في التشريع الجزائري فهو يعتبر مسألة جوهرية بالنسبة للملف التقني لرخصة البناء والذي يسهر على ضمانها كل من رب البناء والمهندس والمقاول، وفي حدود الالتزامات التي يلتزمون بها تجاه بعضهم البعض، بحيث إذا لم يتطابق المخطط الفني للهيكل مع الواقع، وأن نسبة مطابقة الأشغال من حيث المظهر والسلامة يترتب عليها مسؤولية مقررة قانونا تسمي بالضمان العشري لمخاطر البناء.

الفقرة الثانية: التعلية

إن تعلية البناء يخضع بالدرجة الأولى إلى معايير فنية دقيقة، ذات ضوابط تقنية معروفة لدى أهل الفن وعرفاء البنيان، لكن لا يخفى على أحد أن المبالغة في رفع الجدران فوق بعضها البعض دون التقيد بضوابط يجعل البناء ككل آيلاً للتهاوي وتتباين الأحكام من حيث التنظيم في كل من الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري.

---

[1] – ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان، ص 154.

[2] – يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج 3، كتاب الصلح، باب التزاحم في الحقوق، ص 456.

[3] – عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج 5، ص 149.
– ابن عابدين، رد المحتار، ج 8، ص 155.
– الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي و هو شرح المزني، ج 6، كتاب الصلح، ص 406.
– يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج 3، كتاب الصلح، باب التزاحم في الحقوق، ص 456.

أولا– في الفقه الإسلامي: هذا المعيار أولِيَ اهتماما بالغاً من طرف القضاة والمحتسبين في الفقه الإسلامي، لأن متانة البناء تقوم عليه، ولها دور في تأسيس الأحكام المتعلقة بالطوابق في الأبنية (أحكام العلو و السفل) في حالتي الشيوع الاختياري والشيوع الإجباري وكذا الجدر المشتركة أو الفاصلة، لذلك سنعالج مسألة التعلية في كل من الأبنية الفردية و الأبنية المشتركة.

1– حالة الأبنية المشتركة: تجدر الإشارة أن مصطلح الأبنية المشتركة هو مصطلح قانوني، وليس فقهي لأنه حديث بحسب مقتضى أعراف الناس في البناء بالنسبة لوقتنا الراهن، والذي نظّم نواته الأولى فقهاء الشريعة الإسلامية بالتفاصيل المتعلقة بأحكام العلو والسفل حسب الواقع المعيش في زمنهم، بحيث كان البناء العلوي يرتكز على جدران الأسفل منه ومرهون بوجوده، وزيادة العلو من شأنها إضعاف السفلي، بينما في وقتنا الراهن يقوم البناء بالدرجة الأولى على الأعمدة والركائز والكمرات، وغالبا ما تنفصل ملكية البناء بين عدد من الملاك، غير أنّه لا يمكن الانتفاع بها إلاّ ببقائه شائعاً بينهم وهو ما يعرف قانوناً بالشيوع الإجباري[1]، وغالباً ما تأخذ الدولة على عاتقها إنجاز الأبنية فيه مثل هذه الحالة، لتحول ملكيتها إلى الأشخاص الطبيعيين بعدد من العقود المذكورة في أول هذا البحث، ويكون هذا العقد مقيداً لسلطان حق الملكية خاصة في التصرفات المادية، وهذا حفاظاً على سلامة البناء ككل، بحيث تحدد الأجزاء المشتركة في البناء أو الطبقات والتي تعتبر الهيكل العام الذي يقوم عليه البناء، وأن المساس بجزء من هذه الأجزاء هو مساس بسلامته ككل، فيوهنه ويجعله آيلاً للتهاوي، وهذه الحالة تفرض التزامات متبادلة بين صاحب العلو وصاحب السفل، في حال إقامة بناء جديد أو هدم بناء آيلٍ للانهيار وإقامته من جديد، وبهذا لا نخرج عن الإطار العام للمبحث الأول المتعلق بأحكام إنشاء البناء.

2– حالة الأبنية الفردية: لا تثير تعلية البناء المملوك ملكية فردية مشكلة بالنسبة لكل التصرفات المادية، لأن الشخص إذا أراد تعلية بناءه فالمفروض أنّه اتخذ من أسباب الاحتياط لذلك جل التدابير

[1] – محمد طه بشير و غني سحنون، الحقوق العينية، ج1، ص 133.

اللازمة لذلك من حيث متانة السفل وقدرته على حمل طبقات عديدة، لكن الإشكال أن يتألف البناء من عدة طبقات ويكون سفلها لشخص وعلوها لآخر وتستند ملكية السفل إلى حق القرار ويثبت له حق العلو تبعاً، وقد يصبح العلو هنا قراراً للطبقة التي تعلوه، وهذا النوع من الملكية الذي يتعدد فيه الملاك يحصل غالبا بالعقد أو قسمة المال الشائع، لأن الأصل في الأهوية أنها تابعة للأبنية(حق القرار)، فإذا استقر هذا الوضع بالعقد[1] وقبل الشروع في عملية البناء فإنه سيرتب التزامات متقابلة، ولهذا إذا ارتكز صاحب السفل في انتفاعه وتصرفاته استناداً إلى حق القرار فإنه يحتاط بأن لا يتأثر صاحب العلو من ذلك، دون الإخلال بأجزاء التي تربط بين العلو والسفل، بحيث يجب أن يتخذ صاحب السفل أثناء عملية البناء جميع تدابير المتانة التي تمكن صاحب العلو الانتفاع بعلوه ودون أن يتأثر بناءه، ويستشف ذلك من خلال ما أجمع عليه الفقهاء بإلزامه بضمان ما سقط من بناء صاحب العلو قائماً في حال ثبت تسببه في ذلك[2]، وأيضاً ما يقع على عاتقه من التزامات الصيانة للسقف و الجدران[3] في حال كان البناء قائماً.

أمّا صاحب العلو فإنّه يتقرر له حق القرار على السفل، وأن أغلب تصرفاته من شأنها الإضرار بصاحب السفل، لذلك فإن بناءه يجب أن لا يتعدى ما يقدر السفل على تحمله خاصة فيما يخص الجدران و السقف[4]، فمثلا إذا كان ما يستوعبه السفل هو طابق واحد، فإنّه من الضرر الفاحش أن يبني من تقرر له حق العلو طابقين، رغم أن أصلها تباينت فيه آراء الفقهاء.

الرأي الأول: ليس لصاحب العلو أن يزيد في علوه شيئاً، وبه قال الجمهور على اختلافهم في العِلة:

---

[1] – سنعالج هذه المسألة بمزيد من التفصيل في أحكام الانتفاع بالبناء.

[2] – محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 112.

[3] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 118.

[4] – أحمد بن غنيم بن سالم ابن مهنا النفراوي الأزهري، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، ج 2، ص 384.
– ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 119.

أ: قول سحنون من المالكية[1]، و وافقه آراء المذاهب الفقهية كالحنابلة[2] والشافعية[3]، الأصل في تجويز بيع حق العلو غير المبني هو الوصف الدقيق النافي للجهالة، وزيادة علوٍ لم يكن محل اتفاق مسبق يتناقض مع مبدأ الوفاء بالعهود.

ب: تبنى هذا التعليل فقهاء الأحناف منعاً للضرر[4]، من باب أن تعلق ملك كل من صاحب العلو وصاحب السفل بالآخر[5].

الرأي الثاني: لصاحب العلو أن يزيد في علوه ما شاء حتى لو بلغ به عنان السماء[6]، هو رأي شاذ في الفقه المالكي، بينما أجازه البعض على شرط عدم الإضرار بصاحب السفل كالزيادة الخفيفة التي يرجح فيها رأي أهل الخبرة والنّظر[7]، وقال به الصاحبان من الأحناف لأن الأصل في منع التصرف أنما هو توخياً للضرر، فإذا انتفى الضرر وقام الدليل على ذلك، فهذا يُعِيزُهُ إلى قاعدة أن الأصل في الأشياء الإباحة[8].

ثانيا– في التشريع الجزائري: يبدوا أن المشرع الجزائري لم يغفل هذه الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي باعتبارها مسألة تنظيمية بحتة تبنى على احترام النظام العام ومنع الضرر في جميع الأحوال، تاركا مجال تطبيقه إلى الأحكام التنظيمية المتعلقة برخصة البناء في جانبها التنظيمي والتقني، غير أن نظام العمران الموجه الذي أفرزته المعطيات الحالية لم يَعُدْ يولي اعتبارا فقط للملكية وأن الوضع المتيسر

---

[1] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 123.

[2] – عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، باب أحكام الجوار، ص 343.

[3] – الشافعي، الأم، ج 3، ص 226.

[4] – ابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 8، ص 146.

[5] – محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 113.

[6] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 123.

[7] – عيسى بن موسى التطيلي، الجدار، ص 105.

[8] – محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 113.

للمالك يعطيه الحق في البناء على ملكيته لأي ارتفاع يشاء؛ بل لا بد من التماشي مع الاستراتيجية المسطرة التي تتأثر غالبا بالارتفاقات خاصة الطريق العام منها، وهذا ما نصت عليه المادة 23 المرسوم التنفيذي 91- 175 المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء: "عندما يجب بناء عمارة على حافة الطريق العمومي، فإنّ علّوها لا يمكن أن يتعدى المسافة المحسوبة أفقيا بين كل نقطة منها وبين أقرب نقطة من التصفيف المقابل.

عند وجود حتمية البناء وراء خط التصفيف، يحل هذا التقهقر محل التصفيف، ويكون الأمر كذلك بالنسبة للبناءات العالية المقامة على حافة طريق خاص، والعرض الفعلي للطرق الخاصة يماثل العرض القانوني للطرق العمومية.

ويمكن السماح بمترين عندما يكون العلو المحسوب كما هو مبين أعلاه، لا يمكن من بناء عدد كامل من طوابق مستقيمة، ويسمح بنفس الشيء بالنسبة للجدران والمدخنات والنتوءات وعناصر البناء الأخرى المعترف بضرورتها.

عندما تكون الطرق منحدرة فإن علو الواجهة المقاس في وسطها يمكن أن يتخذ على كامل طول الواجهة، شريطة أن لا يتعدى هذا التسامح في النقطة الأعلى فيها بالنسبة لمستوى الأرض 3 أمتار.

عندما تكون المسافة بين طريقين غير متساويين في العرض أو من مستو مختلف تقل عن 15 مترا، فإن علو البناية المقامة بين الطريقين يحدده الطريق الأكثر عرضا على المستوى الأكثر ارتفاعا، شريطة أن لا يتعدى فائض العلو الناتج بستة أمتار المستوى الذي يسمح به الطريق الأضيق أو المستوى الأكثر انخفاضاً.

عندما تقام بناية في زاوية طريقين غير متساويين عرضاً فإن واجهة الدوران على الطريق الأضيق يمكن أن يكون لها نفس الواجهة المقامة على الطريق الأكثر عرضاً، شريطة ألا يتعدى علو واجهة الدوران مرة ونصف عرض الطريق الأضيق".

الفقرة الثالثة: وضع الخشب على الجُدُر

تتباين أحكام وضع الخشب بحسب طبيعة الملكية التي تكون عليها الجُدُر، ولا تثير إشكاليات تتعلق بالانتفاع إلاّ إذا كانت الجُدر عبارة عن معالم لحدود الأملاك المتجاورة حيث تختلف الأحكام المتعلقة بها بحسب طبيعة ملكيتها بين الشيوع والاختصاص، وهذا ابتداءً من إنشائه في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

أولاً– حالة الاشتراك حقيقة: إذا أنشأ الجدار على أن يكون ملكية مشتركة بين الجارين على أساس الاتفاق بينهما، فإن الانتفاع به يتقرر برقبته ومنفعته، لأن وجوده مبني على المساهمة لكل من الجارين ومبينا لمعالم حدود ملكية كل منهما، ويفترض أن يتضمن الاتفاق في مثل هذه الحالة جميع التفاصيل المتعلقة به من حيث بيان حصص كل من الجارين فيه وأوجه الاستعمال المتاحة عليه، وليس بالضرورة أن يكون الاشتراك دائما أصيلاً في حالة الاتفاق، فقد ينشأ الاشتراك تبعاً بأن ينشأ الجدار مختصا مملوكا ملكية فردية، فيقيمه أحد الجيران لتحويط ملكه وستر خصوصياته، وبعدها يبني الجار بحدود ملكيته ويصير شريكا له في الجدار الفاصل بين ملكيتيهما بعقد مثلا، كدفع نفقات البناء كلها أو جزء منها مثلا أو باتفاق بينهما يوجب الاشتراك، وفي هذه الحالة تخول عليه كل السلطات التي يمنحها حق الملكية مقيدة بمقتضى الاتفاق والغرض الذي أعِدّ له الجدار، وهذه الصورة من الاشتراك المبني على المساهمة تقتضي بيان نسبة حصة كل شريك فيه، ليتحدد على إثرها حدود الانتفاع، كأن يُحمَّل الجدار ما يجعله آيلاً للوهن والسقوط، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري وعمل به القضاء، وبه صدر قرار المحكمة العليا رقم: 338735 بتاريخ 15/ 5/ 2006 م الذي كان مرجعه للمادة 704 من القانون المدني، بمبدأ:" لا يجوز لمالك الحائط المشترك إحداث فتحات فيه أو الانتقاص من علوه أو سمكه أو القيام بأي عمل يمس بمتانته"[1]، رغم أن الأصل فيما أُقِّر أنّه مشترك أن لا ينتفع به

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

الشريك إلا بإذن صاحبه[1] بالنسبة للانتفاع به كلية، و يراعى فيه حدود إذن الشريك[2]، أما الانتفاع بجزء من الجدار من غير إذن الشريك فيشترط فيه أولا عدم الإضرار بالجدار المحظور ابتداءً، أما إن لم يشكل هذا الانتفاع ضررا عليه، فللجار ذلك بشرط أن ينتفع بنصف عرضه أو نصف طوله ويترك النصف الآخر لجاره[3]، بينما يشترط القانون المدني عدم تجاوز الحد المسموح به في الانتفاع، بما يجعل الجدار آيلاً للوهن والسقوط حسب نص المادة 704 :" لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أُعد له"، و تخضع كل أوجه الانتفاع لهذه الشروط، فيشترط في الانتفاع بغرز الخشب مثلاً أن يكون متاحا للشريكين[4] وأن لا يضر بالجدار[5].

ثانياً– حالة الملكية الخاصة في الجدر الفاصلة: الجدار الفاصل ينشأ مختصا ويبقى على ذلك الحال، وأكثر مسألة يثيرها هي مدى جواز انتفاع الجار بجدار جاره الفاصل بين ملكيتيهما العقارية، إذْ أنّ أكثر ما أسال الحبر وتباينت فيه الآراء بين الفقهاء مسألة وضع الخشب على جدار الجار المملوك ملكية خاصة، وهذه مسألة سيأتي تفصيلها في الباب الثاني المتعلق بأحكام البناء كمنشأة، لكن ما يهمنا في هذه الجزئية الآن و الذي لَقِيَ إجماعاً لدى الفقهاء، هو أن الانتفاع بالجدار الفاصل بغرز الخشب يكون في حدود قدرته على الحمل، بحيث لا يُحَّمل فوق طاقته بما يجعله آيلاً للوهن[6].

الفقرة الرابعة: الحفر و الغرس بمحاذاة الجدر

من الأضرار التي يمكن أن تلحق بالبناء نتيجة تصرف الجار في ملكه الخاص تصرفا مادياً، وإن كانت هذه القيود تتعلق بالبناء كمنشأة وليس في مرحلة الإنشاء إلاّ أننا سنورد الأحكام المتعلقة به

---

[1]– الإعلان بأحكام البنيان، ص 48.

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

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

[4] – محمد بن محمد بن عبد الرحمان المعروف بالحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 07 ، ص 118.

[5] – علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 02 ، ص 557 .

[6] – الونشريسي، المعيار ، ج 09 ، ص 176.

من باب أن يحتاط لها مريد البناء، فأمّا حفر البئر أصلا مقيد بقيدين في الفقه المالكي، أولهما يتعلق بحريم البئر والآبار والعيون حين تكون في الفَلوات وحيث لا يملك [1]، والقيود التي ترد عليها هي من أجل المصلحة العامة، ثانيها يتعلق بحفر البئر في ما صار مملوكا ملكية خاصة، وهنا يقيد الحفر بشرط عام وهو عدم الإضرار بالجار ضررا بيناً[2]، ومن صور الضرر حفر الرجل البئر في خالص ملكه وقريبا من الجدار الذي هو شريك فيه، بحيث تضر النداوة بالبناء فتوهنه من أسفله إلى علوه، ولأن هذا الضرر حادث فإنه يمنع قضاءً باتفاق فقهاء المذهب المالكي[3] وفقهاء الحنابلة[4] والشافعية[5]، وكذلك الأحناف رغم أولوية التصرف لصاحب الملك عندهم[6]، إلاّ أنّ ذلك لا يمنع الاحتياط كحالة تبيّن الضرر[7].

أمّا بالنسبة للأشجار فهي الأخرى قد تتسبب في وهن الجدر وهذا لانتشار جذورها تحت الأرض وأغصانها في الهواء، ممّا يجعل الأحكام المتعلقة بها تتأثر بعامل القدم والحداثة لدي المذاهب الفقهية، فإذا سبقت الشجرة وجود الجدار فهذا يقضى بأن يقطع منها كل ما أضر بالجدار ويشمر

---

[1] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11 ، ص 22 ،(من سماع أشهب عن مالك).

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

[2] – مالك ابن انس، المدونة الكبرى، ج 04 ، ص 474 .

– أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11 ، ص 22.

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

[4] – ابن قدامة المقدسي، الكافي، ج3، باب الصلح فيما ليس بمال، ص 275.

[5] – زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 4، باب موجبات الدية و حكم السحر، ص 72.

– زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، د سنة ط، ج 1، باب إحياء الموات، ص 435.

– الشربيني الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 2، باب إحياء الموات، ص 357.

[6] – محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 119.

[7] – عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، ط 1، 1313 هـ، ج 4، ص 195.

حسب فقهاء المالكية إجماعاً[1]، أمّا لو كان البناء أسبق من الشجرة فهذا يتجاذبه قولان من حيث حرية التصرف في الملك و وجوب إزالة الضرر.

القول الأول: تقلد هذا الرأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، فإذا انتشرت الأشجار وزادت أغصانها قطع منها ما أضر بالجدار، وهو قول مطرف وأصبغ وابن حبيب، من المالكية وفقهاء الشافعية[2] بحيث ليس لصاحب الجدار المطالبة بقطع الشجرة كلية[3]، و وجه هذا الاستدلال أن الانتشار أمر مألوف في الشجر من تجدد نموها، بحيث يكون قطع الضرر الذي ازداد فقط أما القديم منه فقد حازه صاحب الشجرة [4]، وهذا معيارا آخر للضرر وهو الضرر المتزايد.

أمّا الحنابلة فيرون بضرورة المحافظة على كل من مصلحة صاحب الشجر ومالك الجدار، بحيث يُتَحَرى إزالة الأغصان الممتدة إلى هواء الجار والمضرة بحيطانها دون القطع، ويضمن ربها ما تلف بسببها، ولا يحتاج المتضرر منها في إزالتها إلى حكم حاكم، غير أنّه يلتزم بتوخي قطعها بقدر الإمكان[5].

القول الثاني: يرى ابن الماجشون عكس ذلك لحيازة صاحب الشجرة حريمها[6]، بحيث يترك ما زاد من انبساطها وانتشارها، وإن أضر بالجدار؛ والعلم بأن هذا من شأن الشجر سيُثنيه عن البناء قريبا منها وقال صاحب التحفة:

---

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

[2] – زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 2، ص 228.

[3] – سليمان بن خلف الباجي، فصول الأحكام ، ص 189 .

[4] – القرافي، الذخيرة ، ج 06 ، ص 176 .

[5] – شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج 2، باب حكم لو امتدت الأغصان إلى هواء الجار، ص 199.

[6] – محنض بابه بن اعبيد الديماطي الموريتاني المالكي، الميسر الجليل في شرح مختصر خليل، تصحيح و مراجعة: أحمد بن التاه بن حمينا، دار الرضوان للنشر، موريتانيا، ط 1، 1424هـ/ 2003م، ج 03 ، ص 252 .

و كل ما كان من الأشجار جنب جدار مبدي انتشار

فإن يكن بعد الجدار وجدا قطع ما يؤذي الجدار أبدا

وحيث كان قبله يشمر و تركه و إن أضر الأشهر [1]

القول الثالث: رأى فقهاء المذهب الحنفي الأخذ بمبدأ الاحتياط بحيث أن من يتصرف متأخرا في ملكه هو من يقع عليه واجب الاحتياط للضرر لأنه متوقع، بحيث يترك المسافة التي تحول دون ذلك، إذ جاء في الفتاوى الهندية: "... في القنية في باب من يتصرف في ملكه رجل اتخذ بستانا وغرس فيه أشجارا بجنب دار جاره قال أبو القاسم ليس في هذا تقدير ويجب أن يتباعد من حائط جاره قدر ما لا يضر بدار جاره كذا في فتاوى قاضي خان رجل له مجمدة فأراد جاره أن يبني بجنبها أتونا لا يمنع عن ذلك والأولى أن لا يفعل كذا في السراجية"[2].

وهذه الحالة لم يورد لها المشرع الجزائري أحكاماً خاصة، لكن يمكن أن تحمل من باب المسؤولية عن الضرر الشخصي في حالة الأبنية الفردية المقرر في المادة 124 قانون مدني: "كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"، والتصرف في المال الشائع تصرفا لا يضر بأصل الملكية أولاً، ولا يضر بباقي الشركاء ثانيا حسب نص المادة 1/714 قانون مدني:" كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستغلها بحيث لا يلحق الضرر بسائر الشركاء".

[1] – أبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي تحفة الحكام في نكت العقود وأحكام، باب ضرر الأشجار، ص 103 .

[2] – الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج 5، ص 374.

الفرع الثاني: تنظيم المشرع الجزائري للضوابط الفنية للبناء

قرر المشرع الجزائري فيما يخص الضوابط التقنية استصدار بعض الوثائق الإدارية المرخصة بعملية البناء، ثم أتبعها بجملة من الإجراءات المصاحبة للعملية كآلية لضمان التطابق مع محتوي هذه التراخيص والشهادات.

الفقرة الأولى: الشهادات والرخص السابقة لعملة البناء

قرر المشرع الجزائري جملة من الرخص والشهادات التي تسبق عملية البناء وهذا من أجل أن يحقق العمران أهدافه الاستراتيجية، والتي تعد بمثابة الحلول الوقائية لما قد ينجر من أضرار سواء المتعلقة بالخاصة أو المتعلقة بالنظام العام، وهنا تتدخل الإدارة بفرض ما تراه ملائما من الاحتياطات التي تتماشى والسياسة المنتهجة في مجال العمران، وهذا من خلال الشروط والإجراءات المتعلقة بكل من شهادة التعمير ورخصة البناء، واللذين سنفرد لكل منهما فقرة خاصة.

أولا– شهادة التعمير: تجدر الإشارة أن هذه الشهادة جوازية أو اختيارية في الحصول عليها لكل طالب لرخصة البناء، لتعتبر بذلك أداة رقابية مسبقة، وهناك من الباحثين من اعتبرها أداة إعلام حول طبيعة الأرض تسبق أي دراسة تتعلق بعملية البناء[1]، وهذا حسب نص المادة 51 قانون 90- 29: "يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي معني قبل الشروع في الدراسات، أن يطلب شهادة التعمير تعين حقوقه في البناء و الارتفاقات التي تخضع لها الأرض المعنية"، وأردف المرسوم التنفيذي 15- 19 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، الملغي المرسوم التنفيذي 91- 176 ، في مادته 2 وفي إطار المادة السالفة الذكر بتعريف شهادة التعمير حيث نصت: "... فإن شهادة التعمير هي الوثيقة التي تسلم بناء على طلب من كل شخص معني، تعين حقوقه في البناء والارتفاقات من جميع الأشكال التي تخضع لها الأرض المعنية"، وبهذا تعتبر شهادة التعمير أداة معلوماتية حول قابلية الأرض

[1] – اقلولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري– أهداف حضرية و وسائل قانونية–، ص 131.

للبناء والمقاييس المعمارية الخاصة المرخص بها من طرف الإدارة في مجال العمران وتحديداً الأرض التي يُراد البناء فوقها، وبذلك تكون بمثابة الوثيقة الإعلامية التي توفق بين الشروط التقنية التي يريدها الباني وما تتطلبه رخصة البناء التي تلي طلب شهادة التعمير، بما يتوافق وتوجيهات مخطط شغل الأراضي (POS)، وأيضاً المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير (PDAU)

كما نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي 15- 19 المؤرخ في 25 جانفي 2015 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، على أن شهادة التعمير يمكن طلبها إمّا من المالك أو موكله أو أي شخص معني، شريطة أن يتضمن الطلب مجموعة محددة من البيانات والمتمثلة في:

- طلب خطي ممضي من طرف صاحب الطلب.
- اسم مالك الأرض.
- تصميم حول الوضعية يسمح بتحديد القطعة الأرضية.
- تصميم يوضح حدود القطعة الأرضية المتواجدة في حدود المحيط العمراني.

ويقوم بإعداد التصميمين مهندس معماري معتمد أو خبير عقاري[1]، يودعهما طالب شهادة التعمير مع الملف كاملاً بمقر المجلس الشعبي البلدي مقابل وصل إيداع[2]، ليقوم المجلس بدوره بدراسة الطلب والتحقيق فيه وقفا للأشكال والإجراءات المحددة قانوناً وبعد استشارة المصالح المعنية [3]، وبعد التحقيق يسلم رئيس المجلس الشعبي البلدي شهادة التعمير لطالبها في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ إيداع الطلب [4]، على أن تحوي الشهادة المعلومات التالية:

- مواصفات التهيئة و لتعمير المطبقة على القطعة الأرضية.

[1] – اقلولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري– أهداف حضرية و وسائل قانونية–، ص 137.

[2] – المادة 3/3 المرسوم التنفيذي 15- 19 المؤرخ في 25 جانفي 2015 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها.

[3] – المرسوم التنفيذي 15- 19 المؤرخ في 25 جانفي 2015 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها.

[4] – المادة 4 المرسوم التنفيذي 15- 19 المؤرخ في 25 جانفي 2015 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها.

- الارتفاقات المدخلة على القطعة الأرضية والموصفات التقنية الخاصة الأخرى.
- خدمة القطعة الأرضية بشبكات من الهياكل القاعدية العمومية الموجودة والمبرمجة.
- الأخطار الطبيعية التي يمكن أن تؤثر على الموقع المعني، وتلك الحدود على الخريطة التي يمكن أن تنقص من قابلية القطعة الأرضية لإنجاز المشروع عليها أو تمنع ذلك، لا سيما:
  - ظهور صدوع زلزالية نشطة على السطح.
  - تحركات القطعة الأرضية (انزلاق ، انهيار، انسياب الوحل، رص، تمييع،...)
  - القطع الأرضية المعرضة للفيضانات.
  - الأخطار التكنولوجية الناجمة عن نشاط المؤسسات الصناعية الخطيرة، وقنوات نقل المنتجات البترولية والغازية وخطوط نقل الطاقة.

أمّا في حال عدم اقتناع صاحب الشهادة بالرد المُبلغ به، أو في حال عدم إبلاغه أصلاً، فله أن يتقدم بطعن أمام الولاية، ليُرد عليه من طرفها في أجل 15 يوماً، وإذا لم يتلقى أي رد إما بتسليم شهادة التعمير أو تسبيب الرفض فيكمن له أن يقدم طعناً أخر أمام الوزارة المعنية[1]، ويمكنه أيضا اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة[2]

ورغم هذه الإجراءات التي تتطلبها شهادة التعمير إلاّ أنها تبقى مجرد وثيقة إعلام دون تكيفها على أنها رخصة تفيد نظام قانوني معين[3]، وهذا لا ينفي عنها أنها محددة الصلاحية بحيث تتحدد

[1] – اقلولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري– أهداف حضرية و وسائل قانونية–، ص 141.

[2] – المادة 6 مرسوم تنفيذي الذي يحدد كيفيات تحضير شهادات التعمير و رخصة التجزئة و شهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك. معدّل و متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 06- 03 المؤرخ في 7 جانفي 2006 ، ومعدل بالمرسوم التنفيذي 09- 307 مؤرخ في 22 سبتمبر 2009م.

[3] – بلمرابط حنان سلطان رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران، ص 98.

بصلاحية مخطط شغل الأراضي أو المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، وفي حال عدم وجود هذين فإن مدة الصلاحية في حدود 3 أشهر[1].

ثانياً– رخصة البناء: من أجل ضمان أكثر لاحترام قواعد التعمير في حدود ما يتماشى وأهداف المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير وأيضاً مخطط شغل الأراضي، استحدث المشرع الجزائري آلية إضافية تجسد هذه المخططات على أرض الواقع وتعد بمثابة الآلية القانونية الوحيدة التي تجعل أنشط البناء مشروعة، أمّا دونها فالبناء ومهما اتخذ من المعايير التقنية والجمالية والتدابير الاحترازية من حيث السلامة والاستعمال العقلاني للعقار فإنه يعتبر بناءً فوضوياً حسب ما تنص عليه المادة 6 من قانون رقم 15/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008م الذي يحدد قواعد مطابقة البنايات و إتمام أنجازها: " يمنع القيام بتشييد أي بناية مهما كانت طبيعتها دون الحصول المسبق على رخصة بناء من السلطة المختصة وفي الآجال المحددة قانوناً "، ممّا يجعل صاحب البناء معرض لتحمل الآثار القانونية للبناء دون رخصة أو إقامة بنايات فوضوية وهو المؤيد في الاجتهاد القضائي حسب ما قضى به مجلس الدولة في القرار رقم: 060718 المؤرخ في 2011/03/31 بمبدأ: "لا يمكن المطالبة بتعويض عن هدم بناء منجز بدون رخصة بناء، تنفيذاً لقرار صادر عن البلدية، إلاّ بعد الطعن في القرار وإلغائه قضائيا"[2]، وبهذا تكون رخصة البناء بمثابة الضمانة الأساسية والفعلية لاحترام قوانين التعمير، وقد بين المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بها في الفصل الثالث من المرسوم التنفيذي رقم 15- 19 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير و تسليمها، ولم يعرف المشرع الجزائري رخصة البناء بل اكتفى بإعطاء مضمونها حسب نص المادة 52 قانون 90- 29 التي نصت: "تشترط رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة مهما كان استعمالها ولتمديد البنايات الموجودة ولتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه أو الواجهات المفضية على الساحة العمومية و لإنجاز جدار صلب للتدعيم والتسييج"، وبهذا تُعَّرف رخصة البناء عند بعض الباحثين في مضمون المادة 41 من المرسوم التنفيذي

[1] - المادة 2/5 المرسوم التنفيذي 15- 19 المؤرخ في 25 جانفي 2015 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير و تسليمها.
[2] - مجلة مجلس الدولة، عدد 12، ص114.

رقم 15- 19 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير و تسليمها على أنها:" القرار الإداري الصادر عن سلطة مختصة قانوناً، تمنح بمقتضاه الحق لشخص طبيعي أو معنوي في إقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم قبل البدء في أعمال البناء التي يجب أن تحترم قواعد قانون العمران"[1]، وهو المشار إليه في المادة 1/52 و2 من القانون 15- 19 التي تنص: " لا يمكن أن يرخص بالبناء إلاّ إذا كان المشروع المتعلق به موافقاً لأحكام مخطط شغل الأراضي المصادق عليه، أو مخطط شغل الأراضي في طور المصادقة عليه والذي تجاوز مرحلة التحقيق العمومي أو مطابقاً لوثيقة تحل محل ذلك.

يمكن أن يمنع الترخيص بالبناء في البلديات التي لا تملك الوثائق المبينة في الفقرة أعلاه إذا كان مشروع البناء غير مطابق لتوجيهات مخطط التهيئة والتعمير/ أو التوجيهات المنصوص عليها تطبيقاً للأحكام المحددة في القواعد العامة للتهيئة و التعمير".

ويلاحظ في التعريف أنّه أُعطي لرخصة البناء مسمى القرار الإداري لتميزها بنفس خصائصه، بكونه صادر من سلطة مختصة وقبلي وذو مضمون معين[2]، ليترتب على ذلك صفة الوثيقة الإدارية (محكومة بقواعد القانون الإداري) وأن المتضرر منه والمطالب بحقه فيها يتوجب عليه اللجوء إلى القضاء الإداري وليس القضاء العادي[3]، وتجدر الإشارة أن الحصول على رخصة البناء يتطلب استيفاء جملة من الإجراءات بداية من الطلب إلى غاية ما يجب أن يتضمنه الملف.

1- طلب رخصة البناء و مضمونها: بما أن الحق في التصرف يعتبر كأقوى سلطة يمنحها حق الملكية خاصة إذا تعلق الأمر بتصرف مادي، فهذا في الأصل لا يتقرر إلاّ من توافر فيه شرط الصفة،

[1] - عزري الزين، قرارات العمران الفردية و طرق الطعن فيها دراسة مقارنة في التشريع الجزائري مدعمة بأحدث قرارات مجلس الدولة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة ، 2005، ص 13.

[2] - محمد الصغير بعلي، تسليم رخصة البناء في القانون الجزائري (مقال بمجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية)، عدد 1، مارس 2007، جامعة تبسة، الجزائر، ص 18.

[3] - اقلولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري- أهداف حضرية و وسائل قانونية-، ص 146.

وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 42 من قانون 15- 19 المحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسلمها، في تحدد المخولين قانونا بطلب رخصة البناء وهم:

- مالك القطعة الأرضية، ويثبت ذلك بموجب وثيقة رسمية تخوله ذلك[1]، أو شهادة الحيازة[2] المسجلة والمشهرة لدى المحافظة العقارية[3].
- الوكيل المفوض من قبل المالك الأصلي بطلب رخصة البناء في حدود ما تقضي به الأحكام العامة لعقد الوكالة.
- المستأجر المرخص له قانونا فيما يتعلق بالأعمال الضرورية للعين المؤجرة، حسب مقتضى عقد الإيجار[4] ما يتفق عليه المتعاقدان بالنسبة للشروط المتعلقة بالعقد.

وإضافة إلى إثبات الصفة بكل من عقد الملكية وشهادة الحيازة أو التوكيل، أو العقد الإداري الذي ينص على تخصيص قطعة الأرض أو البناية أو القانون الأساسي بشخص المعنوي، يتعين على صاحب الطلب دعم ملفه بكل الوثائق المكتوبة والبيانية والخاصة بالبناء[5]، ويشترط المشرع الجزائري أن ينضم الطلب إداريا حسب ما تنص عليه المادة 43 من قانون 15- 19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسلمها، وهذا تسهيلا لدراسته والتحقيق فيه بالشكل اللائق الذي يتماشى وأهداف قواعد العمران، والمتمثلة في ملف إداري يتضمن مراجع رخصة التجزئة بالنسبة للبنايات المبرمجة على قطعة أرضية تقع ضمن تجزئة، إضافة إلى قرارات الضبط الإداري فيما يتعلق بإنجاز البنايات ذات الطابع الانتفاعي.

---

[1] – مثل الدفتر العقاري، أو عقد رسمي يثبت الملكية.

[2] – المادة 42/ 3 من قانون 15- 19المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير و تسلمها.

[3] – اقلولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري- أهداف حضرية و وسائل قانونية-، ص 148.

[4] – المادة 479 قانون مدني.

[5] – المادة 42 من قانون 15- 19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير و تسلمها.

إضافة إلى ملف تقني يتضمن الرسوم البيانية الضرورية المتعلقة بهيكل وشكل البناية وكيفية توصيل الارتفاقات الإدارية إليها من كهرباء وغاز وماء، و وسائل الأمان والسلامة، وملف آخر يتعلق بالهندسة المعمارية يحوي المخططات اللازمة والتي تسمح بتحديد موقع المشروع وضخامته وعدد الطوابق التي يتألف منها، إضافة لكل المواصفات التقنية الرئيسية وشبكات توصيل الطرق وباقي الارتفاقات، مع مذكرة تكشف المقياس الوصفي والتقديري للأشغال وآجال انجازها.

2- إجراءاتها: أول إجراء يتعين القيام به بالنسبة لطلب رخصة البناء هو إيداع الملف أما الجهات الإدارية المختصة بتسليمها والتي حددها نص المادة 45 قانون 15- 19 المحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسلمها، بحيث أوكلت الاختصاص إلى مصالح البلدية لمحل القطعة الأرضية المخصصة للبناء، والممثلة بشخص رئيس المجلس الشعبي البلدي، فيتم إرسال الملف في ثلاث (03) نسخ إلى المصالح المعنية بها بالنسبة للبنايات الفردية، أمّا البنايات ذات الطابع العمومي والتي تحمل صيغة المشروع فتودع في ثمانية (08) نسخ، ليتم بعدها التحقق من الوثائق المطلوبة يتم تسجيل الطلب مقابل وصل استلام مؤرخ و مضبوط بدقة[1].

بعد إيداع الطلب يتم التحقيق فيه وهذا على مستوى المصالح المختصة للهيئة المخولة بذلك سواء البلدية أو الوالي أو الوزير، وأيضاً باستشارة المصالح العمومية المختصة، ولأن إيداع الطلب يتم على مستوى مصالح البلدية فإنّه يتعين إذا كان من اختصاصها التحقيق في الطلب أن يتم ذلك من طرف الشباك الوحيد والذي يعتبر بمثابة الإضافة التي استحدثها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 15- 19 المحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسلمها[2]، مع إمكانية فتحه على مستوى الدوائر بالنسبة للبلديات النائية، وحددت المادة 58 تشكيلته المتكونة من أعضاء دائمين بمثابة الساهرين

[1] - المادة 2/45 من المرسوم التنفيذي 15- 19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير و تسلمها.

[2] - المادة 48 من المرسوم التنفيذي 15- 19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسلمها.

المعنيين باحترام القواعد الأساسية للعمران وفق ما يتماشى ومخطط التهيئة والتعمير وأيضا مخطط شغل الأراضي وهم:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله ليشغل بصفته رئيسا للاجتماع بخصوص الطلب.
- رئيس مفتشية أملاك الدولة أو ممثله.
- المحافظ العقاري المختص إقليميا أو ممثله.
- مفتش التعمير.
- رئيس الإقليم الفرعي للأشغال العمومية أو ممثله.
- رئيس القسم الفرعي للري أو ممثله.

أمّا الأعضاء المدعوين و من باب تكريس لمبدأ التشاور بحيث يمكن أن يحضروا شخصيا أو تمثيلياً وهم:

- رئيس القسم الفرعي للفلاحة أو ممثله.
- ممثل الحماية المدنية.
- ممثل مديرية البيئة للولاية.
- ممثل مديرية السياحة للولاية.
- ممثل مديرية الثقافة للولاية.
- ممثل الصحة و السكان للولاية.
- ممثل الشركة الوطنية للكهرباء والغاز (سونلغاز).

كما يمكن الاستعانة بأي سلطة أو هيئة من شأنها تقديم الإضافة في مجال التهيئة والتعمير، وهذا من باب توسيع دائرة التشاور في الرأي من أجل الخروج بأفضل النتائج، ليتم الفصل في الطلب

في أجل أقصاه ثمانية (08) أيام[1]، وفي بعض الحالات التي يكون فيها تسليم رخصة البناء من طرف الوالي حسب المادة 66 قانون 90-29 و أيضاً المادة 5/49 من المرسوم 15- 19 في المشاريع التالية:

- التجهيزات العمومية أو الخاصة ذات المنفعة المحلية.
- مشاريع السكنات الجماعية التي يفوق عدد سكانها 200 وحدة سكنية ويقل عن 600 وحدة سكنية.
- البنايات المنجزة لحساب الدولة و الولاية و هياكلها العمومية.
- منشآت النقل وتوزيع وتخزين الطاقة وكذا المواد الاستراتيجية.
- اقتطاعات الأرض والبنايات الواقعة في المناطق الساحلية بما تتضمنه من غابات أو تراث وطني ، وثقافي وتاريخي والأقاليم ذات المردود الفلاحي العالي والجيد و التي يحكمها مخطط شغل الأراضي المصادق عليه.

ويكون تسليم رخصة البناء من طرف الوزير المكلف بالتعمير و هذا بعد أخذ رأي الولاة المعنيين[2] في المشاريع التالية:

- التجهيزات العمومية ذات المنفعة الوطنية.
- مشاريع السكنات الجماعية التي عدد سكناتها يساوي أو يفوق 600 وحدة سكنية.
- الأشغال و البنايات و المنشآت المنجزة لحساب الدول الأجنبية أو المنظمات الدولية أو مؤسساتها العمومية و أصحاب الامتياز.
- المنشآت المنتجة و الناقلة والموزعة والمخزنة للطاقة.

---

[1] – المادة 58 من المرسوم التنفيذي 15- 19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير و تسلمها.

[2] – عبان عبد الغني، النظام القانوني لرخصة البناء في ظل المرسوم 19- 15 (مقال)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، العدد2، 2018، ص 234.

و في كل من الحالتين التي يكون فيها تسليم رخصة البناء من طرف الوالي أو الوزير، يتم إرسال الطلب إلى مصالحهم من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي وفي الآجال المحددة قانوناً، وهناك يتم دراسة الطلب من طرف الشباك الوحيد على مستوى الولاية والمحددة تشكيلته بموجب المادة 59 من المرسوم التنفيذي 15- 19 المحدد كيفيات تحضير عقود التعمير و تسلمها، و يتم تبليغ الأعضاء من طرف الوالي بصفته رئيس الشباك الوحيد قبل 5 أيام على الأقل من تاريخ الاجتماع.

و في ختام هذه المراحل وانتهاء التحقيق في الطلب يعرب عن النتيجة بقرار فاصل إمّا موافقةً أو رفضاً، ويتولى تسليم القرار حصراً رئيس المجلس الشعبي البلدي بموجب المادة 51 من المرسوم التنفيذي 15- 19 المحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسلمها وفي أجل 20 يوما من تاريخ إيداع الطلب، كما تخول الإدارة المختصة تأجيل تسليم رخصة البناء وذلك بموجب قرار تأجيل لا تتجاوز مدته السنة حسب نص المادة 53 من ذات المرسوم في حالتين:

- عندما تكون القطعة الأرضية المُراد البناء فوقها محل دراسة أو في طور إنجاز المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير أو مخطط شغل الأراضي.
- في حال ما كان بالطلب نقص للوثائق إلى حين استكمالها.

وتبلغ رخصة البناء مرفقة بالطلب إلى صاحب الطلب والمصالح المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية، ويتم تعليق نسخة على مستوى مقر المجلس الشعبي البلدي، ليتم بعدها مباشرة أشغال البناء وإلاّ اعتبرت لاغية بموجب المادة 3/57 من المرسوم سالف الذكر.

الفقرة الثانية: الإجراءات المصاحبة لعملية البناء

لما كانت عملية البناء عملية فنية بالدرجة الأولى يتم خلالها التجسيد الميداني لعمليات التخطيط على أرض الواقع بما يتماشى والاستراتيجية التي رسمتها الدولة في مجال العمران، فهي تعتمد على عنصري التصميم الذي يكلف به المهندس المعماري وعنصر الانجاز الذي يكون من مهام القائم بالبناء وغالبا ما يُسند إلى المقاول خاصة بالنسبة للبنايات الجماعية كحالة الترقية العقارية والسكنات

الاجتماعية وفق ما تقضي به الأحكام العامة لعقد المقاولة[1] وقانون الصفقات العمومية[2]، ولهذا يعتبر المهندس والمقاول أهم المنشغلين بأعمال البناء، يُضَاف إليها ما استجدته المعطيات الحديثة من ظهور أشخاص آخرين كالمرقي العقاري و المراقب الفني[3]، إضافة إلى عنصر الرقابة التقنية.

أولا– مرحلة التصميم: الالتزام بتسليم بناية جاهزة مطابقة لمقاييس السلامة والعمران إلى صاحب البناء أو المشروع، يقضي جملة من الالتزامات التعاقدية بين المهندس والمقاول ورب العمل، ضمن الأحكام المقررة للمسؤولية المدنية في القانون المدني، والمسماة بالضمان العشري المحددة بالمادة 554 ق م بوضوح في نص: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض، ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

وتبدأ السنوات العشر من وقت تسليم العمل نهائيا.

ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين".

ونظراً لتعلق هذا النوع من العقود بالنظام العام والرؤية الاستراتيجية في المجال العمران، ألزم المشرع الجزائري بوجوب اللُّجوء للمهندس المعماري لكل طالب لرخصة البناء[4]، بغية انجاز بنايات وفق ما تقتضيه المعايير التقنية والفنية المُراعية جانب المتانة والسلامة والجمال الذي ينسجم مع المحيط الخارجي، ومن التزامات المهندس فضلاً عن إعداد تصاميم البناء والتي يجب أن تحترم فيها المعطيات

[1] – يعتبر عقد المقاولة من العقود الواردة على العمل و التي نظم المشرع الجزائري أحكامها في المواد 549– 570 قانون مدني.

[2] – المرسوم الرئاسي 15– 547 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

[3] – بلمختار سعاد، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء (رسالة ماجيستر– عقود و مسؤولية–)، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008م، ص 6.

[4] – المادة 55 قانون 90– 29 المعدل و المتمم بالقانون 04–05 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بالتهيئة والتعمير.

التقنية من حيث طبيعة الأرض وقابليتها للبناء واحترام أصول الفن ومساعدة صاحب البناء أو المشروع، يقع التزام آخر وهو الإشراف على التنفيذ، مع ترتب المسؤولية عن الأخطاء المتعلقة بعملية التصميم، بحيث قضى المشرع الجزائري ببطلان الشروط المتعلقة بالعقد التي من شأنها المساس بهذا المبدأ، وتبطل كل الشروط المُعفية من المسؤولية في مثل التزامات المقاول والمهندس المعماري[1]، على الأقل تلك المتعلقة بالتصميم[2]، وهذا ما أيده القضاء في قرار المحكمة العليا رقم 294119 المؤرخ في 2005/01/19م بمبدأ: "المسؤولية عن تهدم البناء وسلامته تشمل المهندس والمقاول على حد السواء، ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسؤولا إلاّ على العيوب التي أتت منه"[3]. وإضافة إلى ذلك أضفى المشرع الطابع الجزائي كنتيجة للإخلال بالمقاييس الفنية يعتبر من الجرائم الواقعة على العقار[4]، بحيث يرتب عليها القانون الجزاء الواجب حسب درجة الخطورة المترتبة على الإخلال.

ثانياً– مرحلة التنفيذ: في أعقاب مرحلة التصميم تأتي مرحلة التنفيذ التي غالبا ما يُعْهَد بها إلى مقاول[5] بمقتضى عقد المقاولة، وحسب ما تمليه التصاميم الهندسية وتدابير السلامة التي يقتضيها الموقع خاصة فيما يتعلق بمستوى الكثافة واحتياطات المتانة التي يفرضها، وليس بالضرورة أن يُعْهَد بعملية البناء إلى مقاول واحد، فقد يتعدد المقاولون في إنجاز المبنى الواحد كلٌ في حدود اختصاصه[6]، لتكون

---

[1] – المادة 556 قانون مدني التي تنص:" يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري و المقاول من الضمان أو الحد منه".

[2] – المادة 555 قانون مدني.

[3] – مجلة المحكمة العليا، سنة 2005، العدد 1، ص 259.

[4] – الفاضل خمار، الجرائم الواقعة على العقار، ط3، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 64.

[5] – يعرف المقاول بأنه:" شخص يعهد إلية رب العمل بتشييد المبنى و إقامة المنشأة الثابتة الأخرى بناء على ما يقدم له من تصميمات مقابل أجر، و دون أن يخضع في عمله لإشراف و رقابة رب العمل أو غيره".

– غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء(المقاول، مهندس البناء، صاحب البناء)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، سنة 1995م، رقم 04، ص 110.

[6] – وعلي جمال، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري و مقاول البناء عن عيوب المباني المسلمة لصاحب المشروع –دراسة في القانون الجزائري–، https://manifest.univ-

مسؤولياتهم في حدود العمل المقدم من طرفهم، بل إنه في بعض الأحيان يكون المقاول مسؤولا حتى عن رقابة المكونات والتجهيزات الصناعية المستخدمة في البناء[1].

ثالثاً– مرحلة المراقبة التقنية: تتم كل من مرحلتي التصميم والتنفيذ طبعا تحت إشراف السلطات التي رخصت بالبناء حسب ما تقضي به مهام الضبط الإداري في مجال العمران التي لا تنتهي بمجرد تسليم التراخيص الإدارية فتبقى مرحلة تنفيذ بما جاء فيها حبراً على ورق، وإنما يتعين على المستفيد منها تنفيذ بنودها بما اقتضته من أحكام، ويتعين على القائمين والسلطات المعنية بتسليم هذه الرخص أن تتابع وتسهر على تنفيذ أحكام وبنود هذه المقررات الإدارية، إمّا تحت رقابة رئيس المجلس الشعبي البلدي من خلال الزيارات الميدانية والتحقق من المستندات التقنية بمبادرته الشخصية أو بواسطة الأعوان المكلفين ضماناً لتماشى التراخيص مع مخططات التهيئة والتعمير في الواقع، ليتطابق الجانب التقني نصاً و واقعاً، ويسهل صاحب المشروع عملية الرقابة من خلال اللافتة التي يضعها صاحب البناء كآلية للإخطار بانطلاق الأشغال[2].

وقد تتم الرقابة أثناء التنفيذ بواسطة اللجان التقنية حسب ما تقضي به التزامات المراقب التقني أو اللجان التقنية المكلفة بمراقبة أشغال البناء، التي تُعَرَّف في مجال التهيئة والتعمير بأنّها:" التحقق من وجود الوثائق القانونية المكتوبة والبيانية المرخصة للأشغال التي شرع فيها أو مطابقة هذه الأشغال مع الوثائق المسلمة"[3]، ليتعين عليها طبعا محاربة جميع أشكال البنايات الفوضوية إمّا تقنياً وإمّا حماية للمرافق العامة والصحة أو البيئة أو المعالم التاريخية ...، وبيّنَ المرسوم التنفيذي 15-19 المحدد

---

ouargla.dz/documents/Archive/Archive%20Faculte%20de%20Droit%20et%20des%20Sciences%20Politiques/modernisation-immobiliere-2012/waali%20djamel.pdf، ص 8.

[1] – أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، الدار الجامعية ، مصر ، 2003، ص 119.

[2] – الصادق بن عزة، دور الإدارة في تطبيق أحكام العمران في التشريع الجزائري (رسالة ماجيستر– قانون إداري و إدارة عامة)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011 م، ص 143.

[3] – بلمرابط حنان سلطان رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران، ص 102.

كيفيات تحضير عقود التعمير وتسلمها في المادة 90 التي تنص على استحداث لجان على مستوى كل من الوزارة والولاية والبلدية يترأسها القائمون على هذه الهيئات أو ممثلوهم حسب الحالة وتتحدد التشكيلة بموجب قرار من الوزير المكلف بالعمران[1]، تكون مهمتها مراقبة الأنشطة العمرانية ومتابعتها ومواجهة المخالفات المتعلقة بها وفق تقارير دقيقة ومفصلة، لهذا يستوجب لزاما أن يكون من أعضاء اللجنة أشخاص مؤهلين قانوناً وفنيا للقيام بالمراقبة التقنية ومدي مراعاتها لما ينص عليه القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 ماي 2011 الذي يحدد الخصائص التقنية والشروط المالية المطبقة على أنجاز السكن الترقوي المدعم، والمحددة في الملحق رقم1 التي تعتبر بمثابة المرجعية المعتمدة في دراسة وإنجاز المشاريع أو الحد الأدنى الذي يجب توفره في مسكن لائق تلبي المتطلبات المعيشية، بحيث نصت المادة 4 من الملحق على بندين خاصة بجميع الأبنية الفردية منها و الجماعية:

" ...يجب أن تسمح المواصفات التقنية بما يأتي:

- توفير إطار مبني متناسق ومنسجم ومندمج تماما مع موقع البناء.
- تحسين النوعية المعمارية والعمرانية.
- إدراج مفهوم الفاعلية الطاقوية باعتبارها مبدأ تصميم بيومناخي لضمان توفير الطاقة...".

ويتولى هذه الرقابة المهندس المعماري العضو في اللجنة التنفيذية، ليرى مدى توافق البناء المُنْجَز مع التصميم المطروح والمعتبر وثيقة إدارية بملف طلب رخصة البناء الذي وافقت عليه الإدارة المعنية.

الفقرة الثالثة: الشهادة التي تلي عملية البناء

بعد اختتام أشغال البناء يتعين على المستفيد من رخصة البناء التوجه إلى المصالح التي منحتها له، ليصرح بانتهاء عملية البناء التي قام بها [2]، وتحت طائلة الإلزام[1] بالنسبة للبنايات ذات الاستعمال

[1] – المادة 92 من المرسوم التنفيذي 15– 19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير و تسلمها.

[2] – المادة 63 من المرسوم التنفيذي 15– 19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير و تسلمها.

السكني، أمّا بالنسبة للتجهيزات الموجهة للسكن الجماعي أو المستقطبة للجمهور فيتعين أن يرفق التصريح بمحضر تعده الهيئة الوطنية للمراقبة التقنية للبناء (CTC)[2] لتتأكد هذه الأخيرة من مدى تطابق الإنجاز مع الأحكام المقررة في الرّخصة، وتعتبر مطابقة البنايات عملية فنية بالدرجة الأولى، ولعلها العنصر الأكثر فاعلية من الناحية العملية في تجنب البنايات الفوضوية من الناحية التقنية والجمالية، وتحري عنصري السلامة والأمان التي تكفلها الجودة والمتانة الواجب مراعاتها في البناء، وتقوم هذه المصالح بدورها بمنح شهادة المطابقة، التي سنعرج على ماهيتها والسلطة المُخولة بها ميدانيا.

أولا– ماهية شهادة المطابقة: تُعَرَّف عند فقهاء القانون بأنها:

- " الوثيقة الإدارية التي تتوج بها العلاقة بين الجهة مانحة رخصة البناء والمستفيد منها، تشهد فيها الإدارة بموجب سلطتها الرقابية (السابقة والبعدية أو اللاحقة) تؤكد من خلالها مدى احترام المرخص له لقانون البناء والتزامه بالمواصفات تضمنها قرار الترخيص، بناء على الترخيص المقدم لهذا الغرض والمرفق بطلب الترخيص بالبناء، مدعما بالوثائق والمستندات الإدارية والتقنية اللازمة"[3].
- " هي وسيلة من وسائل الرقابة البعدية تثبت إنجاز الأشغال طبقاً للتصاميم المصادق عليها وفقاً لبنود وأحكام رخصة البناء، ويرخص بموجبها فتح الأماكن للجمهور أو السكن حسب نوعية البناء"[4].

---

[1] – المادة 56 قانون 90– 29 المعدل والمتمم بالقانون 04–05 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بالتهيئة والتعمير.

[2] – المادة 66 من المرسوم التنفيذي 15– 19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسلمها.

[3] – عزاوي عبد الرحمان، حالة شهادة المطابقة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجيلالي اليابس – سيدي بلعباس، عدد 4، 2008، ص 156.

[4] – عزري الزين، قرارات العمران وطرق الطعن فيها، ص 67.

من خلال التعاريف السابقة يمكن القول بأن شهادة المطابقة هي التصريح الخطي الصادر من الإدارة بعد تأكدها من احترام المعني بالبناء بحيث يتطابق مع أحكام ومواصفات رخصة البناء المسلمة مسبقاً، أو الإذن الذي يجيز لصاحبه استغلال المبنى، وهذا ما يوضحه نص المادة 65 المرسوم التنفيذي 15- 19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير و تسلمها :" تقوم شهادة المطابقة مقام رخصة السكن أو ترخيص باستقبال الجمهور أو المستخدمين ..."، و أكد المشرع الجزائري على ضرورة هذه الشهادة من أجل الاستغلال المشروع للمباني في المادة 10 قانون 08-15 المتعلق بمطابقة البنايات وإتمام انجازها التي تنص:" يمنع شغل أو استغلال أي بناية إلاّ بعد الحصول على شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون"، وعلى هذا تكون الشهادة بمثابة الترخيص بالاستعمال والاستغلال، وتستثنى من اشتراط شهادة المطابقة الهياكل القاعدية العسكرية والهياكل القاعدية الخاصة[1].

ثانيا– من تخول له رقابة المطابقة؟: بعدما تعرفنا على ماهية هذه الشهادة وأهميتها من الناحية القانونية وأيضا من جانب السلامة والمتانة للأفراد والأموال الخاصة والعامة، يثور السؤال حول الجهة المخولة بالرقابة، خاصة إذا وضعنا بالحسبان أن التأكد من المطابقة هو عملية فنية تحتاج إلى كفاءة من نوع خاص، وما مدى احتراز المشرع الجزائري لهذه الاحتياطات؟.

يبدوا أن المشرع الجزائري أبدى الحرص التام بالنسبة لأهمية شهادة المطابقة، بحيث أسند الأمر للتحقيق فيها إلى لجان من ذوي الآراء الاستشرافية، بحيث لا يتم تسليم هذه الشهادة بموجب قرار إداري فردي، فحددت المادة 66 مرسوم تنفيذي 15-19 المحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسلمها، الأشخاص العمومية التي تستشار عند الاقتضاء مع التأكيد على ضرورة استشارة الحماية المدنية، حيث تجتمع هذه اللجنة بعد تبليغها لإبداء الملاحظات وتسجيلها بالمحضر والتوقيع عليه، ليتم من خلاله دراسة مدى إمكانية تسليم شهادة المطابقة لصاحب البناء، أو إشعاره بالتعديلات

[1] – المادة 01 من المرسوم التنفيذي 15- 19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير و تسلمها.

الضرورية لمطابقة البنايات ليتم تداركها في أَجَلِ ثلاثة أشهر[1]، وإلاّ تعرض صاحب الطلب إلى العقوبات المقررة في القانون كالهدم الجزئي أو الكلي، وهذا بعد إعلامه بعدم إمكانية تسليم شهادة المطابقة، وأنّه يتعين عليه جعل البناء موافقاً للتصاميم المصادق عليها[2]، وفي حالة عدم رضاه بالرد يمكن له الطعن فيه وفقاً لما هو مقرر في المادة 69 المرسوم التنفيذي 15- 19 المحدد كيفيات تحضير عقود التعمير و تسلمها.

[1] – المادة 4/66 من المرسوم التنفيذي 15- 19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسلمها.

[2] – المادة 2/66 من المرسوم التنفيذي 15- 19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسلمها.

خلاصة الباب الأول (أحكام البناء نشأة):

لما كانت حاجة الإنسان للبناء حاجة إنسانية لا تنحصر بمجتمع محدد أو بزمن معين، إذ هو ملازم للوجود الإنساني على هذه البسيطة، لهذا عنيت شريعتنا الغراء بأحكام عامة خاصة خلال مرحلة التشييد، وتنبني جُلُّ هذه الأحكام على قواعد مرنة تناسب كل زمان ومكان، لتكون محفلا لاجتهاد الفقهاء والمختصين، وهذا الذي كان مكرسا في تباين أراء الفقهاء حول تلك القيود سواء التي تتقرر للمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، والتي كانت في غاية التفصيل إذ تم ضبطها بجملة من القواعد الفقهية المبنية على منع المضارة و مراعاة العرف، وتغير الأحكام بتغير طبيعة الغرض الذي أُعدَّ له البناء أصالة، وأفتوا فيه بحسب طبيعة زمانهم في النوازل المطروحة أمامهم، وهذا الذي سايره المشرع الجزائري في جملة من القوانين التي أصدرها بما يتناسب مع التوجهات الحديثة لعمليات التعمير، والتي في جميع الأحوال لم تخرج عن هذه الأقوال بعضها أو في معظمها المكرسة في الفقه الإسلامي.

الباب الثاني

أحكام البناء بعد تمامه

الباب الثاني: أحكام البناء بعد تمام بنائه

بعد تمام إنشاء البناء واكتمال جاهزيته للانتفاع به على الوجه المشروع الذي يريده المالك أو بحسب الغرض الذي أعدّ له أصالة، نجد أنّ الانتفاع كثيرا ما يصطدم بجملة من القيود التي تحد من سلطان حق الملكية؛ خاصة سلطة التصرف التي تعتبر أقوى السلطات، إمّا بصرفه على غير مقتضى إرادة صاحبه بكل وجه من الوجوه أو بالحد منه، وهذا لأن الفرد ليس بكيان مستقل عن المجتمع يعيش على مبدأ المصالح المتبادلة، وأيضاً خدمة لمقاصد الشريعة العامة بتكريس جملة من القواعد الفقهية عند فقهاء الشريعة الغراء في المذاهب الأربعة، والمُحتذى بها من قبل المشرع الجزائري حسب ما توصل إليه الفكر الإنساني في مجال العمارة، بحيث يبقى التكييف واحداً في الأصل، ما التغير في الأحكام إلاّ من باب تغير متطلبات كل عصر، وهذا بالموازنة بين المصالح العامة والمصالح الخاصة التي تبلور فكرة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية [1]، مع مراعاة الحق في الخصوصية في حالة الملكية الفردية وحالة الشيوع بنوعيه الإجباري أو الاختياري، في كل من حالتي الرّضا وحالات الخصومة وهذا ما سنعالجه في ثلاثة فصول ، فصل خاص بأحكام الأبنية الفردية وما يتعلق بها من الجوار الأفقي، وفصل خاص بأحكام الأبنية المشتركة أو المساطحة، ونفرد الفصل الأخير للأحكام المتعلقة بهدم البناء.

---

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

- السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج 08، ص 498.

- زيد محمود العقايلة، الحماية التشريعية لحق الملكية، مجلة البحوث و الدراسات، العدد 13، سنة 2012، ص 159.

الفصل الأول: أحكام الأبنية الفردية

يعتبر البناء المنفرد أصلا لكل بناء بغض النَّظر عن عدد مالكيه وحجمه، لأن الأصل في الملكية الاختصاص؛ ولا يكون الشيوع إلاّ بناء على وضع مادي أو اتفاق، غير أن هذا الوضع يرتب جملة من الأحكام بحسب الاعتبارات التي يوجد عليها وجوداً مادياً، خاصة وقد أصبح البناء نمطاً واحداً في جميع أنحاء المعمورة تقريبا لمراعاته نفس المعايير مع تباين هذه الأحكام من حيث عمومها وخصوصها، فأما الاحكام العامة فإمّا أن تتقرر لمصلحة البناء كالارتفاقات مثلاً؛ حسب ما تقضي القيود الإدارية بالنّظر إلى متطلبات النّمط المعماري من معايير السلامة والأمان والرفاه، أو تحد من الانتفاع بالبناء كمنع التعسف في استعمال الحق، وأمّا الأحكام الخاصة فهي ناشئة عن علاقة الجوار الأفقي بأن يكون البناء جديدا أو آيلاً للتوهن يقتضي إعادة بنائه بالكلية، أو اِحتياجه لعمليات ترميم بسيطة من شأنها المساس بحقوق الجيران، وقد تترتب عدد من الحقوق عن هذا الوضع المادي إمّا لمصلحة الباني أو على حسابه لمصلحة جيرانه، وهذا ما سنعالجه من خلال ثلاث مباحث، الأول يتعلق بالأحكام العامة، والثاني يتعلق بتأثير الجوار على الانتفاع بالملك، والثالث يتعلق بما يقتضيه الجوار اللصيق.

المبحث الأول: الأحكام العامة الغالبة التي يتقيد بها البناء الفردي

كثيرا ما يقتضي الانتفاع بالأعيان في مجملها مملوكة كانت أو مخوَّلاً عليها حق الانتفاع فقط، التقيد بقيود تتقرر لمصلحة المجتمع بما يخدم غايتها التشريعية والمشروعة، وتمحورت هذه القيود إمّا بشأن الموضوع وهنا تكون كامتيازات لصاحب البناء أو بشأن طريق الانتفاع لتتجلى كقيود على سلطان حق الملكية، وهذا الذي سنفرده بالدّراسة في ثلاث مطالب، الأول يتعلق بحقوق الارتفاق التي تتقرر لمصلحة العقارات عموما والأبنية الفردية خصوصاً، وأمّا الثاني فسنفرده لمنع التعسف في استعمال حق الملكية، والثالث يتعلق بتناسب التغييرات المادية في البناء مع مخططات التعمير.

المطلب الأول: حقوق الارتفاق

تتقرر على الملكية الخاصة حقوق للغير من أصحاب العقارات المجاورة لها [1]وهذا لانحصارها، بحيث لا يمكن التوصل إلى منفعتها إلاّ على حساب العقارات التي تحصرها، وأُقِرّت حقوق الارتفاق فقهاً وقانوناً، حيث ورد ذكرها في الفقه الإسلامي بأبواب متفرقة من كتب الفقه، وتناولها القانون المدني الجزائري في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الأصلية، وسنبين ماهيته في الفرع الأولى، أما الفرع الثاني فسنبين ما يتعلق به حق الارتفاق المتعلق إما بالمياه و يتفرع عنها ثلاثة حقوق

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

هي حق الشرب أو السقي، حق المجرى، وحق الصرف والمسيل، أو أن تستهدف تمكين الانتفاع بالعقار المحصور الذي ينشأ عنه حق المرور.

الفرع الأول: ماهية الارتفاق

الارتفاق في اللّغة من رَفَقَ ومنه مَرْفَقُ اليد بمعنى الاتكاء[1]، وأمّا في اصطلاح فقهاء الشريعة فهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر[2]، أو تحصيل لمنافع تتعلق بالعقار[3]، إذن فهو حق مقرر بتلاصق العقارات بغض النّظر عن شخص المالك وشخص المنتفع، وهذا في حدود ما يحقق المصالح ويرفع الحرج والمشقة، ويلزم أن يتقرر حق الارتفاق على عقار بطبيعته، ومن خصائص حق الارتفاق أنه حق تابع للعقار لا ينفصل عنه، فيجري عليه ما يجري على العقار من تصرفات قانونية، وبهذا يوصف بأنه حق تقتضيه ضرورة الانتفاع بالعقار كونه تابعا، مع إمكانية تحديد مدته بتوقيت معين، وبالتالي فحق الارتفاق يعتبر حجة على الكافة ولا يقبل التجزئة[4].

بينما يعرفه المشرع الجزائري في المادة 867 من القانون المدني: "الارتفاق حق يجعل حداً لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال"، بهذا فالارتفاق يشتمل على العقار المرتفق والعقار المرتفق به، بحيث تعود منفعته على هذا الأخير، غير أنّه ترد

---

[1] – الفيومي المقري، المصباح المنير، ص 123.

[2] – محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ص 10.

[3] – علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 2، ص 251.

[4] – محمد طه بشير و غني سحنون طه، الحقوق العينية، ج 01 ، ص 320.(بالتصرف) .

على هذا النّص مجموعة من الملاحظات والتي اعتبرت أخطاء نتيجة ترجمة النّص من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية.

01 . يشترط في العقار المستفيد من حق الارتفاق أن يكون مملوكا لشخص آخر، وهذا ما أهمله المشرع الجزائري في المادة 867 القانون المدني، المتضمنة لخصائص حق الارتفاق[1]، بينما كانت الصياغة في النّص باللغة الفرنسية بشكل صحيح .

02 . لم يرد في النّص باللغة العربية عبارة (عام أو للدولة) أمام كلمة (مال) ، بينما وردت هذه العبارة في النص باللغة الفرنسية (un domaine de l'état) [2]، والتي مفادها أن حق الارتفاق يتقرر على العقارات العامة المملوكة للدولة، كما يتقرر على العقارات المملوكة للخواص، وهذا مغزى كونه حجة في مواجهة الكافة، ولكي يكون هناك تطابق في النّص باللغتين العربية والفرنسية، ينبغي أن تكون الصياغة العربية بهذا الاقتراح: "الارتفاق حق عيني من شأنه الحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر، و يجوز ترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا الهدف "[3].

---

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

[2] – المرجع نفسه، ص 180 .

[3] – زيدان محمد شنيتي حميد، حق الارتفاق في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، سنة 2003 . 2004 م ، ص 20 .

أهم ما يجدر بنا الإشارة إليه بأن غاية تقرير حق الارتفاق هو تمكين أصحاب الأملاك من الانتفاع بممتلكاتهم على أحسن وجه ممكن يسراً ونفقةً، وأيضا أن غاية حق الارتفاق هو تحقيق منفعة أو فائدة للعقار المرتفق، وبالمقابل فهو عبء على العقار المرتفق به، ولهذا فهو حق يشمل المنفعة في كل صور الاستعمال الممكنة، وهناك من يخص المنفعة باستعمال واستغلال العقار المخدوم والمقررة لفائدته، وهي تنتقل لفائدة كل مالك للعقار[1].

الفرع الثاني: ما يتعلق به حق الارتفاق

يعد حق الارتفاق حقاً مقرراً للجار باستعمال ملكية جاره العقارية الخاصة فيما لا غنى له عنه، وفي طليعة هذه الحاجيات الرّئيسة المياه عموما إما للسّقي أو للشّرب، وكذلك حاجة النّاس للانتفاع بعقاراتهم المحصورة التي يتعذر عليهم تحصيلها إلا على حساب العقارات المجاورة.

الفقرة الأولى: حقوق الارتفاق المتعلقة بالمياه

لم يتناول فقهاء الشريعة الغراء المسائل المتعلقة بارتفاقات المياه في باب واحد، بحيث نجدها تارة باب الصلح وتارة في أبواب إحياء الموات وتارة في التزاحم في الحقوق غير أنّها تتفق عند قول النبي صلى الله عليه وسلم : "لاَ تَمْنَعُوا فَضْلَ المَاءْ لِتَمْنَعُوا به فَضْلَ الكَلَأْ "[2]، فمن نص الحديث يتضح أنه ليس لأحد الاستئثار بمنفعة الماء وحبسها لنفسه،

[1] – المرجع نفسه، ص 24 ، نقلا عن الدكتور إبراهيم سعد في مؤلفه الحقوق العينية الأصلية، في الصفحة 302 .
[2] – صحيح البخاري، ج 02 ،كتاب الشرب والمساقاة، رقم الحديث: 2354، ص 163.

بعد أخذ حاجته منه فيما كان جارياً ولم يتوصل إليه بمشقة، وبمثل هذا جاء نص المادة 692 قانون مدني: " الأرض لمن يخدمها.

وتعتبر جميع موارد المياه ملكاً للجماعة الوطنية.

تحدد إجراءات تطبيق هذه المادة النصوص الخاصة بالثورة الزراعية والنصوص المتعلقة بالبحث والتوزيع واستعمال واستغلال المياه"[1]، وهذا يعني عدم أحقية الأشخاص الاستئثار بمنفعة المياه لتبقى ملكاً عاماً تحدد الدولة كيفية توزيعه، وفي هذا السياق أيضاً نصت المادة 08 من القانون 83 ـ 17 التي توضح تساوي النّاس في الثروة المائية، وبمقتضاها جاءت حقوق الارتفاق المتعلقة بها للمصلحة الخاصة، ولأن حاجة النّاس للماء تتوزع بين الشرب والسقي والصرف(المجرى)، قابلها تكييف فقهاء الشريعة وكذا القانونيين بحسب الحاجة إليها في الأبنية الناشئة أو تلك التي تكون قيد الإنشاء، سواء للبناء نفسه أو لمرافقه.

أولا– حق الشرب أو السقي: عرفه فقهاء الشريعة بأنّه الحظ أو النّصيب من الماء[2]، وعند فقهاء القانون بأنه حق الشخص في أن يروي أرضه من مِسقاة خاصة مملوكة

– موطأ الإمام مالك، ج 02، باب القضاء في المياه ، رقم الحديث 29، ص 744.

[1] – رغم جدية نص المادة في إقرار حق الارتفاق، إلاّ أنها صياغة لا تتماشى والتوجه نحو اقتصاد السوق.

[2] – شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 23، ص 161.

– ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 5، ص 271.

لشخص آخر[1]، وهذا الحق ينطوي على نوعين من المياه إحداها معدة للاستهلاك اليومي والثاني تلك المعدة لسقي المزروعات والبساتين، وتفاصيل أحكامها ترجع إلى تغليب مصلحة راجحة على مصلحة مرجوحة، بحيث لا يمنع فضل الماء عن المحتاج إليه من المقيمين وعابري السبيل اتفاقاً بين المذاهب[2]، وليس لأهله بيعه في حضر أو في فلات، باستثناء أولويتهم عليه[3]، وبهذا التأسيس صدر قرار المحكمة العليا تحت رقم 53572 في 11/ 05 / 1988 م بمبدأ: " من المقرر قانونا أن موارد المياه تعتبر ملكا للجماعة الوطنية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه غير وجيه، لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما حكموا على الطاعن بالسماح للمطعون ضده بسقي أرضه وبستانه من مجرى المياه المتنازع فيه، يكونون قد طبقوا القانون التطبيق الصحيح، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[4]، ومن خلال هذا يتبن لنا أن حق الشرب يتقرر على العقارات المجاورة لمصلحة الأبنية الفردية بأي حال من الأحوال، فالتزود بماء الشرب

---

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

[2] – أحمد بن يحي الونشريسي، المعيار ، ج 08 ، ص 35.

– علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، ص 160.

– الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي، ج 2، ص 262.

– علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي (ت : 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 6، ص375.

[3] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات ، ج 11 ، ص 06 . 07 . 08.

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

والسقي كأن يكون البيت متوفرا على حديقة مثلاً، هي ارتفاقات تتقرر على حساب العقارات المجاورة تكليفاً، والمعتبرة من القيود الإدارية المقررة على حق الملكية.

ثانيا– حق المجرى: حق المجرى هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر بأرض غيره المياه الكافية لري أرضه المنفصلة عن هذا المورد[1]، ويرى البعض أنّه متعلق بحق الشرب لأن لهذا الأخير النصيب من الماء، وحق المجرى هو موضعه الذي يجري فيه[2]، ويعتبر كأحد الحقوق المقررة على الملكية الخاصة وهذا الحق مقرر في الفقه الإسلامي على الأودية والأنهار التي يتشاحَّ أهلها فيها، وحكمها أن يمسك الأعلى أو الأقرب إليها حاجته منها ثم يرسل إلى الأسفل منه أو الذي يليه[3]، وأقرها أيضاً المشرع الجزائري في المادة 96 من القانون 05- 12 المؤرخ في 14 عشت 2005 المتعلق بالمياه التي تنص:" يجوز لكل مالك أو مستعمل يريد أن يستهلك المياه السطحية التي يحق له التصرف فيها، أن يقيم المنشآت اللازمة لأخذ المياه، على ملكية المحاذي له المقابل، شريطة دفع تعويض مناسب ومسبق.

---

[1] – الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 231.

– عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 75 .

[2] – عبد الله بن عمر السحيباني، حق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة، د ط، د سنة ط، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة القصيم، ص 219.

[3] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 11، ص 25 ـ 28 . 74 .

– ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج 8، باب إحياء الموات، ص 244.

– الماوردي البصري، الحاوي الكبير، ج 16، مسألة قسمة ما اختلفت أجزاؤه من الأرض، ص 255.

– مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، د ط، المكتب الإسلامي، دمشق،1961م، ج 3، ص 347.

ويستثنى من هذا الارتفاق البنايات والفناء والأحواش التابعة للمساكن "، ونجد المشرع الجزائري أكثر تأسيا بالفقه الإسلامي في نص المادة 98 قانون المياه: "يحق لكل مالك استعمال مياه الأمطار التي تسقط على أرضه والتصرف فيه.

ويتعين على مالك العقار السفلي أن يتلقى على أرضه المياه المتدفقة طبيعياً من العقار العلوي، لا سيما مياه الأمطار و الثلوج أو المنابع غير المجمعة"، ويبدو أن المشرع جعل هذا النوع من الارتفاق حالة جوازية للأفراد عموما شريطة أن لا يقع على العقارات الأكثر خصوصية كالمساكن وتوابعها، بما فيها الأبنية الفردية بغض النّظر عن المنفعة المقصودة منها، أو الغرض الذي رصدت له، وقد يكون هذا المجرى مشتركاً أو عاماً.

ثالثا– حق المسيل: يقصد به حق مرور المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة في ملك الغير سواء أكان ذلك الماء مسيلا من البيوت، أو ماء الأمطار أو ماء غير صالح لري الأراضي الزراعية، ويقره فقهاء الشريعة من باب المصلحة في تسييله[1] إلى المصرف العام القريب وذلك باستعمال المصرف الخاص المملوك لجاره أو من خلال أرضه وبغير ضرر[2]، بعد استفاء جاره لحاجته منه[3]، كما يرد الإقرار بهذا الحق في الفقه الإسلامي بالموازاة مع حق المجرى، ونلمسه جليا في أبواب المرافق المتعلقة بالمياه ويشترط في هذا الارتفاق أن لا يكون مصب المياه المصروفة جاريا بالأوساخ من ماء المطر وغيره من

[1] – محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دون ط ، 1988 م ، دار الفكر العربي ، ص 100.

[2] – ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 5، ص 88.

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

مهارق السقوف[1]، والتي أقرها المشرع بالنسبة للعقارات المحصورة في المادة 95 من قانون المياه:" يجوز لمالكي أو مستعملي العقارات الوسيطة الخاضعة لحق الارتفاق المبين في المادة 90 أعلاه، أن يستفيدوا من الأشغال المنجزة برسم الارتفاق المذكور قصد تصريف المياه الداخلة في عقاراتهم أو الخارجة منها، وفي هذه الحالة يتحملون ما يلي:

. دفع نسبة قيمة الأشغال التي يستفيدون منها.

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

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

الفقرة الثانية: ارتفاق يقتضيه تحصيل منفعة العقار (حق المرور)

غالبا لا يتوصل النّاس إلى الانتفاع بعقاراتهم إلاّ عن طريق حق الارتفاق، لكن بعض حقوق الارتفاق تتكرر بشكل مستمر بحيث قد تشكل حكراً على صاحب العقار المرتفق به، وتنشأ عن انحصار العقار أو تلاصق العقارات، لكن إقرارها نابع من فقه الموازنة بين المصالح والمفاسد، فتقدم المصلحة الراجحة على المرجوحة، ويُتحمل الضرر الأخف دفعا للأكبر، ليتجلى ذلك في ارتفاق حق المرور، ويقصد به أن يكون للشخص

[1] – أحمد بن يحي الونشريسي، المعيار ، ج 08 ، باب مسائل المياه و المرافق، ص 405.
– ابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر، باب ما يقبل الإسقاط وما لايقبله، ص 273.
– زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 7، كتاب الشفة ، ص 304.
– إسحاق بن منصور المروزي، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط 1،1425هـ/2002م، ج 9، ص 4837.

الحق في الوصول إلى عقاره وحده أو بمتاعه، ويتقرر له حق المرور فيه[1] إما بعوض كأن يصالح صاحب الأرض التي تقرر عليها الطريق أو بغير عوض، وأقرَّ فقهاء الشريعة هذا الحق عند الضرورة وبأيسر ضرر[2]، كما لو كان لأحد نخلة في أرض رجل، فليس لصاحب الأرض منع صاحب النخلة من المرور إليها ليقضي منها منفعته في جذاذها وتأبيرها وجني غلتها...، وليس لصاحب النخلة أن يجيء بنفر من النّاس يروحون ويجيؤون فيفضي ذلك إلى الإضرار بصاحب الأرض وهو قول ابن القاسم المالكي[3]، وفي هذا سُئِل الإمام مالك رحمه الله عن رجل له أرض ويحوطها أرض للنّاس بها زرع، فأراد صاحب تلك الأرض أن يمر بماشيته إلى أرضه في زرع القوم، فقال: "إن كان ذلك يفسد زرعهم فلهم أن يمنعوه"[4]، ويرى ابن القاسم أن يدخل أرضه ليحش خصب أرضه ولا يمنع من ذلك[5]، ونفس الرأي لفقهاء المذهب الحنفي:" وإذَا كانت الدَّار في طريقٍ ليس بنافذٍ لها فيه بابٌ فاقتسمها أهلها على أن يفتح كلُّ إنسانٍ منهم في ذلك الزُّقاق لنفسه فهو جائز وليس لأَهل الزّقاق منعهم من ذلك؛ لأنّ كلَّ واحد منهم يفتح الباب برفع بعض الحائط ولو رفعوا جميعَ الحائط لم يكن لأهل الزُّقاق منعهم عنْ ذلك ولأنَّ لكلِّ واحدٍ من الشّركاء

---

[1] – محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 101.

[2] – ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، ج 6، باب البيع الفاسد، ص 79.

– ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، ج 10، ص 313.

– علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف، ج 6، كتاب الغصب، ص 229

[3] – ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان، ص 198.

[4] – مالك بن أنس، المدونة الكبرى ، ج 04 ، ص 471.

[5] – ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان، ص 199 .

حقَّ المرور في هذا الطّريق إلى أن يتوصّل إلى ملكه وكلُّ واحدٍ منهم يفتح الباب يريد أن يستوفيَ حقَّ نفسه ولا يريد الزِّيادة على ذلك"[1].

كما يُقِرُ القانون المدني بحق المرور جاعلاً منه رخصة لصاحب الأرض المحصورة عن الطريق العام مع تعويض لصاحب العقار المجاور في نص المادة 693 من القانون المدني: " يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك "، ومسألة انحصار العقار عن الطريق العام مسألة موضوعية خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي ليفصل فيها حسب ظروف الحال[2].

كما يتقرر حق المرور أيضا إذا كان الممر غير الكاف أو غير الممكن، إذا كان يكلف مشاق كبيرة ونفقات باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار[3]، كما يجب أن لا يكون الانحصار ناتجا عن إرادة مالك العقار المحصور كما تقرره المادة 695 فقرة 01 من القانون المدني، فإذا توفرت شروط تقرر المرور بعقار الجار فلا بد أن يكون ذلك بأخف الأضرار الممكنة، بحيث يؤخذ من الجهة الأقرب إلى الطريق العام ولا تكلف أصحاب العقارات المجاورة أضرار جسيمة[4]، وفي ذلك تحقيق لأكبر قدر من المصالح وبأخف ضرر.

---

[1] – السرخسي، المبسوط، ج 15، ص23.

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

[3] – المادة 694 الفقرة 01 من القانون المدني.

[4] – المادة 696 القانون المدني.

المطلب الثاني: منع التعسف في استعمال الحق

يقصد بالتعسف أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له – بعوض أو بغير عوض- أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا، على وجه يلحق بغيره الإضرار أو يخالف حكمة المشروعية، ولذا يعرف بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[1]، ولم يرد عند الأصوليين والفقهاء كلمة (أساء) أو(تعسف) في استعمال الحق، لكنه مصطلح قانوني أُصِّلت له نظرية قائمة بحد ذاتها، ولا وجود لهذه النظرية في غياب الحق إذ تتمحور حوله وتنبثق عنه، بحيث لا يمكن الحديث عن التعسف خارج مجال الحق، وحتى لا يصبح هذا الأخير مساحة للتعبير عن الأهواء، ونشير أن هذه النظرية ارتكزت على مجموعة من الأسس في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، غير أن القانون تبنى تكييفاً يستند إلى معيارين أحدهما شخصي والآخر موضوعي لإثبات التعسف، جاء ذكرها بأحكام تفصيلية بالفقه الإسلامي في أبواب الفقه، أو ضمن قواعد فقهية كبرى، وأمّا المشرع فذكر معاييره في نص المادة 124 مكرر التي تنص: يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

[1] – فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط1، 1387هـ/ 1967م، ص186 .

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة "[1].

الفرع الأول: المعيار الذاتي أو الشخصي

ويقصد به النّظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق إلى التصرف بحقه مفضياً بذلك إلى ضرر أو فساد في الحال أو المآل؛ وذلك أن الباعث على التصرف ظاهرِه المشروعية، لكن حقيقته الإضرار بالغير لغلبة مظنةٍ تُسْفر عن تقصد المضارة[2]، أو كانت نية المتصرف غير مشروعة بحيث لا تتلاءم وطبيعة ما شرع التصرف لأجله في جلب المصالح ودفع المفاسد، فيظهر منها القصد السيء، وفي هذه الأحوال جميعها يتجلى معيار نظرية التعسف الدال على مخالفة مقصود الشارع من إقرار الحق[3]، وله

---

[1] – نشير أن المشرع تناول هذه المادة ضمن أحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية، بعد أن نص عليها قبل التعديل في المادة 41 من القانون القديم ضمن كتاب الأحكام العامة، ولعل هذا ما يحتاج إلى إمعان النظر بالنسبة لما تبناه المشرع الجزائري في نقل هذه النظرية من كتاب الأحكام العامة –أي هذا الموضوع عام – وإدراجه في إحدى صوره، وهو المسؤولية عن الأفعال الشخصية، فهل يعقل إدراج الكل (التصور العام) ضمن أحد أجزائه؟.

[2] – نبَّه إلى هذا المعنى الشاطبي قاصداً بمظنة المضارة أن يترتب على الفعل التعسفي مصالح ضئيلة لا تسوِّغ طلبه وتحصيله أو أن يتغافل القائم بالفعل عن إفضاء تصرفه إلى مآل ضرري مع عدم تعيِّن هذا السبيل في تحصيل مطلوب نفسه، فهو في هذه الأحوال كلها مع ظهور النتائج الضررية للأفعال يجري كأنه كالقاصد إليها وإن لم يقصدها تحقيقاً

– أبي اسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: الشيخ عبد الله وراز، دار الحديث القاهرة، دط، 2005م، ج 3، ص 57، 72.

– أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، تحقيق شرح مولانا السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي، دار الكتب العلمية، لبنان/بيروت، 1405هـ – 1985م ج1، ص43 .

[3] – فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق 468.

شقان يتمثل الأول في تمحض قصد الإضرار والثاني الباعث غير المشروع، وهذا المعيار قد يكيف فقهاً على أنّه من التعدي، لأن الأصل في كل تصرف في الفقه الإسلامي هو أن تدعو إليه حاجة.

الفرع الثاني: المعيار المادي (الموضوعي)

يقصد بهذا المعيار أن يترتب على الفعل التعسفي مآلات اقتضاها اختلال بيِّن في التوازن بين المصالح والأضرار، فقد يترتب عن هذه التصرفات التعسفية أضرار في المآل تتجلى معها صفة عدم المشروعية، وفي ظل هذا المعيار يصبح للتعسف في استعمال الحق آثار جلية تتمثل في غياب مصلحة تقتفى أو بانعكاس مفسدة يفترض دفعها، وحينها تغدو النتائج أمارات تبرز جهة الخروج عن مقتضيات الحق المشروع ابتداءً، مسوِّغة وصف هذا التصرف بعدم المشروعية، وضابطه هو الاختلال البيّن بين مصلحتين فرديتين، بحيث لا يكون ثمة تناسب بينهما.

وجمعاً بين المعيارين يتأكد لنا الدور الوقائي والعلاجي لهذه النظرية، بتوجيه استعمال الحق في مسائل البناء على نحو يفضي إلى تحقيق غايته التي شرع من أجلها، بحيث يتناسب هذا الاستعمال مع بواعثه ونتائجه، ولعلَّ كلا من المعيارين تناولهما الفقه الإسلامي من غير فصل بينهما، حيث يتم استقراء هذه المعايير من خلال القواعد الفقهية منها، "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح"، "يتحمل الضرر الأدنى درءاً للضرر الأشد"، "ما أفضى إلى محظور فهو محظور"، وغيرها من القواعد التي تدل على منع التعسف، بحيث أُعتبر نتيجة خلص إليها جميع الفقهاء انتهاءً لكن بتكييفات مختلفة، مستندين في ذلك إلى فكرة الخطأ ثم الباعث، كنتيجة حتمية ترجع أساساً إلى

الإهمال وعدم الاحتياط، ولهذا المسالك في الوصول إلى هذه النظرية، لأن النتيجة الأخيرة للتعسف هي ضرر يحيق بالغير ولا خلاف بين الفقهاء في منع الضرر أو المضارة، ولهذا سنعرض آراء الفقهاء ومسالكهم وحججهم في ذلك من خلال رأيين في مسائل البناء.

الرأي الأول– مراعاة المآل: تقلد هذا الرأي فقهاء الأحناف[1] المالكية تحت أصل راسخ في أصول الفقه وهو "سد الذرائع"[2]، وذلك بمراعاة مآلات الأفعال فيما تقتضيه تبعياً وتأثيرها على الأحكام من حيث سلامة النتائج المفضية إليها، وأيضاً إعمالاً لمبدأ الاحتياط من كل مقصد فاسد، و تكييفها أيضاً أن المتوقع كالواقع، والضرر في المآل ينزل منزلة الضرر في الحال، وهو الذي عبر عنه الإمام الشاطبي رحمه الله بتحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعي الذي يكون عليه عند تنزيله من حيث حصول مقصده الموضوع الأصلي[3]، وأشار الفقهاء إليه في عدد من الفتاوى المتعلقة بالعمران وأحكام البناء، حيث جاء في المدونة: "– فيمن أراد أن يحدث في أرضه حمامًا أو فرنًا أو رحًى–.

قلت: أرأيتَ إن كانت لي عرصة إلى جانب دور قوم، فأردت أن أحدث في تلك العرصة حمّامًا أو فرنًا أو موضعًا لرحًا فأبى عليَّ الجيران ذلك، أيكون لهم أن يمنعوني في قول

---

[1] – محمد بن بدر الدين بن بلبان الدمشقي، أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1416 هـ، ص 179.

[2] – سد الذرائع ومعناه حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة.
– القرافي، الفروق، الفرق بين قاعدة المقاصد و قاعدة الوسائل، ج3، ص 45.
– محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق : الشيخ أحمد عزو عناية ، دار الكتاب العربي، دمشق –كفر بطنا، ط 1، 1419هـ – 1999م، ج 2، ص 193.

[3] – الشاطبي، الموافقات، ج 4، ص 432.

مالك؟ قال: إنْ كان ما يُحْدِث ضررًا على الجيران من الدّخان وما أشبهه، فلهم أن يمنعوك من ذلك؛ لأنَّ مالكًا قال: يُمْنَع من ضررِ جاره، فإذا كان هذَا ضررًا منعَ من ذلك.

قلت: وكذلك إن كان حدّادًا فاتّخذ فيهَا كيرًا أو اتّخذ فيها أفرانًا يسيل فيها الذهب والفضّة، أو اتّخذ فيها أرحيةً تضرُّ بجدران الجيران أو حفر فيها آبارًا أو كنيفًا قرب جدران جيرانه منعته من ذلك؟

قال: نعم، كذلك قال مالك في غير واحد من هذا في الدّخان وغيره "[1].

في هذا النّص منع التصرف ابتداء لاعتبار ما سيؤول إليه الضرر مآلاً هو تكريس للقواعد الفقهية التي تبنى على هذا الاعتبار، وكرسه القضاء الجزائري في اجتهاد صادر عن المحكمة العليا، في قرارها رقم: 506915 بتاريخ: 2009/04/08م تحت مبدأ: "يدخل تحديد مضار الجوار المألوفة ومدى تجاوزها الحد المألوف، في اختصاص قضاة الموضوع، الذين يراعون العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها"[2].

الرأي الثاني– منع الضرر متى كان محققاً: تقلد هذا الرأي بعض فقهاء المالكية وكذا الشافعية والأحناف، حيث رأوا بأن الغاية التي شرع من أجلها الحق أولى بالرعاية، وتقييد التصرف يكون في حالة الإضرار بالغير، فيكون تقييد التصرف في الحق انتهاء، وهذا ما يستشف ممّا جاء في المبسوط:" وكذلِك عند أبي حنيفة – رحمه اللّه – ليس له أنْ يَفتَح

[1] – مالك بن أنس، المدونة، ج 4، ص 314.

[2] – مجلة المحكمة العليا، عدد خاص للغرفة العقارية – قسم الوثائق – سنة :2010، ص 349.

فيه بابًا، ولا كُوَّةً، ولا يُدْخِل فيه جذعًا لم يكن قبل ذلك إلَّا برضاءِ صاحب العُلوِّ، وعلى قولِ أبي يوسفَ ومحمَّد رحمَهما اللَّه له أنْ يفتح ذلك إذا كان لا يَضُرُّ بصاحب العُلُوِّ فإن كان شيء من ذلك يضرُّ به لم يكن له أن يفعله، وكذلك لم يحفر في سفله بِئرًا، وكذلك لو أراد صاحب العلوِّ أن يحدثَ على علوِّه بناءً أو يضع عليه جذوعًا أو يشرَع فيه كَنِيفًا لم يكن له ذلك في قول أبي حنيفة – رحمه اللَّه – أضرَّ بالسُّفل أو لم يضرّ وعندهما إن أضرّ بالسُّفل منِع من ذلك أو لم يضرّ بالسُّفل لم يمنع.

حجَّتهُما أنّ كلّ واحدٍ منهما إنّما يتصرّف في خالص حقّه فلا يمنع من ذلك إلّا أن يلحق الضّرر بمن له فيه حقّ كالموصى له بالخدمة على الموصِي له بالرَّقبة فإنّه لا يمنع الموصى له بالرّقبة من التّصرّف في ملكه إلّا ما يضرّ بالموصَى لَه بالخدمة وأبو حنيفة – رحمه اللَّه – يقول لصاحب العلوّ حقّ بناء قدر معلوم على بناء السّفل، وإذا أراد أن يزيد على ذلك منع منه كما لو استأجر دابّة ليحمل عليها حملًا معلومًا فليس له أن يحمل أكثر من ذلك، وإن لم يضرّ بالدّابة، وكذلك صاحب الْعلوِّ له حقّ في بناء السُّفل من حيث قرار علوِّهِ عليه وفتح الباب، والكوَّة يوهن البناء، وكذلك حفر البئر في ساحة السّفل يوهن البناء فلا يكون له أن يفعل ذلك إلّا برضا صاحبِ العلوِّ"[1].

وجاء عند فقهاء الشافعية في باب الانتفاع بالمشترك:" فصل ليس للشّريك بغير إذن شريكه تتريب الكتَّابِ من الجدار المشترك بينهما ولا إحداث كوَّةٍ ووتد فيه بكسر التّاء أشهر من فتحها ونحو ذلك مِمَّا يضايق فيه عادة كما ليس له الانتفاع بسائر

[1] – السرخسي، المبسوط، ج 17، ص 91.

المشتركات بغير إذنٍ إمّا بالإذن فله ذلك بشرط أن لا يكون بعوضٍ في مسألة الكوَّة وإلَّا كان صلحًا عن الضّوء والهواء المجرّد ذكَرَه ابن الرِّفْعَة قال وإذا فتح بالإذن فليس له السَّدُّ أيضًا إلَّا به لأنَّه تصرَّف في ملكِ الغير وله الِاستناد وإسناد المتاع إلى جدار شريكه وإلصاق جدار به إذا كان كلّ منهما لا يثْقُلُه ونحو ذلك ممَّا لا يضَايق فيه عادة لأنَّه لا ضرر فيه ولو منع منه لأنَّه عناد محض وهكذا جدار الغير له ذلك فيه وإن منع منه لما ذُكِرَ وهو كالاستضاءة بسراج غيره والاستظلال بجداره"[1].

المطلب الثالث: تناسب التغيرات المادية في البناء مع المخططات العامة للعمران

التغييرات في البناء قد يشمل جانبين إمّا بالإبقاء على طبيعة الانتفاع مع تغييرات مادية كتوسعة البناء وجعله أكثر استضاءة ومقابلة للشمس، وإمّا بتغيير طبيعة الانتفاع أصلا مثل تحويل المسكن إلى حانوت مثلاً، وربما بأن يكون البناء معداً أصالة للانتفاع لكن مع تغيير وجه الانتفاع بمرور الزمن، كتحويل دكان العطر إلى فرن خبز مثلا أو مدبغة، وأول ما تتزعزع به التغييرات الجوهرية في البناء هو نظام المخطط العمراني المرسوم سلفاً لدى الهيئات المختصة، وتتجلى هذه الحالة بأكثر وضوح في القانون بالنّظر لما يتطلبه النمط المعماري الحديث من استراتيجية موجهة تحدد الارتفاقات الأساسية لعملية البناء وكذا توجهات البناء معماريا وفنيا وجماليا، كما تتأثر أيضاً علاقة الجوار بهذه التعديلات والتي قد ينجم عنها أضرار غير مألوفة لم تكن موجودة قبل التغيير، أو أن يتزايد الضرر المألوف ويصبح على غير ذلك الوصف.

[1] – زكريا الأنصاري، أنسى المطالب في شرح روض الطالب، ج 2، ص 223- 224.

الفرع الأول: أحكام تغيير الانتفاع بالبناء في الفقه الإسلامي

بما أن الضوابط الأصلية المقررة للبناء عموما وابتداء تتمثل أساسا في ضابطي الملكية ومنع الضرر بالغير، وهذا ما يفرضه المشترك الإنساني والمكرس فقها وقانوناً حماية للمصلحة العامة والخاصة، وبقي مكرسا بالنّظر إلى ما أملته ظروف وواقع البناء في فترة زمنية معينة، لكن مع تغير واقع الحال في أزمنة اهتمام الشعوب بالمجال العمراني، أضحى من الواجب إضافة ضوابط أخرى تستوعب المعطيات الحديثة، فأمّا ضابط الملكية فإنه عموما يبقى واحداً سواء تعلق الأمر ببناء جديد أو تغيير بناء قائم، ليبقى ضابط منع المضارة الحاكم على التغييرات المادية التي يحدثها الرجل في بنائه، وبما أنّ المِلك هو: "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك"[1]، ويستلزم من ذلك أن التصرف في الملك يكون على مقتضى إرادة الشارع الحكيم، وفق ما يتماشى ومقصد حفظ المال، وهذا غير سارٍ طبعا في مال الشخص فقط بل يتعداه إلى حفظ مال الغير، وينطبق هذا على تحقيق الخلافة في المال بما يبطل أو يضر بالغير من عامة الناس، لأن من يريد إجراء تعديل في بنيانه إلا لأجل الانتفاع به على وجه أفضل وأنسب له، لكن هذا قد يترتب عليه إضرار بالغير، ومن ذلك أن أعمال التعديل والترميم والصيانة التنظير سينجم عنها لا محالة أنقاض للأجزاء المهدمة وغبار وصوت متكرر، يتضرر منه مرتادي المرافق العامة كالطرقات والشوارع وغيرها.

[1] – القرافي، الفروق، الفرق 180، ج 3، ص 1009.

وأول ضابط يتقرر للمصلحة العامة في حق من أراد تغيير أو ترميم بنائه هو عدم التعدي على الأملاك العامة كالطرقات بالتضييق منها كتوسعة البناء بها، أو مد الرفوف إليها، وعلى الرغم من تعدد الآراء حول جواز ذلك من عدمه، وهذا يرجع إلى الأعراف التي سادت فيها تلك المذاهب بما يواكب التطور الحضاري في المجال المعماري المتوصل إليه في أزمنهم، لكن يبقى المتفق فيه بينهم هو عدم التضييق على المارة في السعة والارتفاع[1]، وفي هذا الصدد قال ابن حبيب من المالكية موافقا لآراء في المذاهب الأخرى:" سألت مطرفاً وابن الماجشون عن الرفوف والعساكر التي تظل على الطريق هل يمنع منها عاملها، قال: لا، لم تزل هذه العساكر و الرفوف يتخذها الناس ويظلون بها الطريق فلا نرى أن يمنع منها أحد إذا عملها حتى لا تضر بمن مرَّ تحتها أو حاذاها من راكب أو راجل وصاحب حمل فإن لم تَعْلُ وكانت مشقة تضر بمن مرّ تحتها أو قربها فنرى أن تهدم وينحى الضرر فيها على الناس في طريقهم. وقال ابن حبيب: عن أصبغ مثله"[2].

ومن الضرر أيضاً والناشئ عن التعديل أو التغيير في المبنى ذلك الناجم عن مهارق السقوف إلى سكة المسلمين، وفي هذا قال العتيبي: "سئل سحنون عن رجل بنى في زنقة ليست زنقة بنافذة، ولقوم في الزنقة مختلف هل يجوز للذي بنى في الزنقة أن يخرج ماءه في الزنقة من المطر أو غير ذلك فقال: ليس له أن يحدث على القوم ما يضر بهم وأن يخرج الماء في مختلفهم إلاّ أن يكون قد كان قديما قبل أن يبني، وكان مجرى مائه فله ذلك، وإلاّ

[1] – سبق تفصيل ذلك في محور أثر الطرق على تخطيط المباني.

[2] – عيسى بن موسى التطيلي، الجدار ، ص 148.

فليس له أن يخرج عليهم ماءه"[1]، فمن حيثيات هذه الفتوى نخلص أنّ سلطان حق ملكية البناء لا يخول الإضرار بالغير من عامة المسلمين وذلك بإجراء ماء مهارق سقفه في أزقة المسلمين فتكون أكثر رطوبة وقد يصل الأمر إلى أن تصبح موحلة، وهذا كله من الضرر عليهم في غدوهم و رواحهم بها، ويتوافق هذا أيضاً مع ما جاء لدى فقهاء الحنابلة[2]، وأيضا لدي فقهاء الشافعية[3]، والأحناف [4]، وهذا من باب أن الإضرار بالملك العام يشبه الإضرار بالملك الخاص، ولا فرق بين الإضرار بالعين أو منفعتها.

ومن الضرر أيضا المحيق بعامة المسلمين أن يجعل الرجل أنقاض داره في سكك المسلمين، حيث اشترط فقهاء الأحناف[5] و الشافعية[6] لمن كان في حاجة إلى ذلك أن يرفع نقضه سريعا من طريق المسلمين[7]، أمّا عيسى بن موسى من المالكية قال:" أخبرني محمد بن شبل قال أخبرني يحي بن عون قال: سمعت سحنونا يقول: إذا هدم الرجل داره فليس له أن ينزل نقضه وما هدم في الطريق إذا كان يضر بالمارة، فقيل لسحنون: فكيف يعمل بهذا الهدم؟، قال: يستأجر له موضعاً "[8]، والمستقرأ لهذا النّص في الفقه الإسلامي

---

[1] - عيسى بن موسى التطيلي، الجدار ، ص 153- 154،

[2] – منصور ابن ادريس البهوتي، كشاف القناع، ج 3، ص 111.

[3] – يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج 3، كتاب الصلح ، باب التزاحم في الحقوق، ص 438.

[4] – ابي محمد محمود بن أحمد العيني المعروف بالرامفوري، البناية في شرح الهداية، باب الحقوق ، ص 390.

[5] – علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 5، باب الصلح، ص 190.

[6] – زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 4، ص 342.

[7] – ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج 7، باب التحكيم، ص 32.

[8] - عيسى بن موسى التطيلي، الجدار ، ص 282.

يجد أنّ فقهاء الشريعة كما وضعوا أحكاما خاصة بالبناء وضعوا أحكاما خاصة بالهدم، ارتكزت في أساسها على منع الضرر بالآخرين، بما يكفل لهم السلامة الجسمانية في مرورهم على أحسن وأيسر السبل، وهو مقصد من مقاصد الشريعة في حد ذاته[1]، لأن في استئجار موضع لأنقاض البناء ضرر بصاحبها؛ لكنه أخف مقارنة بالضرر اللاحق بالمارة، ولهذا يتكفل بضمان هذه الأحكام على أرض الواقع جهاز الحسبة وذلك باستشارة أهل النظر والاختصاص من عرفاء البنيان.

الفرع الثاني: التغير المادي للبناء في التشريع الجزائري

يقابل هذا الحكم من الناحية القانونية المكرسة من قبل المشرع الجزائري ضرورة استصدار رخصة قبلية متعلقة بهذه التغييرات المادية، والتي أدرجها المشرع الجزائري ضمن أشغال البناء، سواء بشكل كلي أو جزئي، كتمديد البنايات الموجودة والتغييرات التي تمس الأجزاء الرئيسية من البناء كالحيطان الضخمة أو الواجهات المطلة على الساحة العمومية، أو زيادة في جدران الدعم المستهدفة زيادة متانة البناء أو التسييج[2]، وهو المضمون الذي نصت عليه المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 15- 19 يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها: "يشترط كل تشييد لبناية جديدة أو تحويل لبناية تتضمن أشغالها تغيير مشتملات الأرضية والمقاس، والواجهة والهيكل الحامل للبناية والشبكات

[1] – حسني خيري طه، مقاصد الشريعة و تفعيلها في فقه العمارة، ص 155.

[2] – المادة 52 قانون 90- 29 المتعلق بالتهيئة و التعمير.

المشتركة العابرة للملكية، حيازة رخصة البناء طبقاً لأحكام المواد 49 و 52 و 55 من القانون رقم 90 – 29 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411هـ الموافق أول ديسمبر سنة 1990 م والمذكور أعلاه مع المادة الأولى من هذا المرسوم"، و المستقرأ للنّص المادة يجد أن أي تغييرات مادية وجوهرية في البناء، تمس الجانب الفني أو الجمالي الذي يتماشى ومقتضى الانتفاع الجديد، أو بالإبقاء على نفس طبعة الانتفاع لكن على وجه أفضل، فهي تستدعي استصدار رخصة البناء.

وتجدر الإشارة أنه في وقتنا الراهن كثيرا ما تصدر رخصة البناء لأجل أبنية مُعَدّة للسكن ابتداءً لتسجل لدى المصالح المختصة كذلك ويشار إليها على ذات النحو في الدفتر العقاري، وما إن ينتهي البناء ويكتمل حتى يظهر لصاحبه أن يوجه هذا البناء ككل أو بعض طبقاته خاصة الطوابق الأرضية إلى مقر لممارسة أنشطة تجارية أو انتفاعية أو محلات لاستقبال الجمهور، غالبا ما تكون تلك الأنشطة غير منسجمة تماما مع الموقع، وقد تمس بالصحة العمومية والأمن المروري للسكان والمارة، وهنا تظهر فاعلية رخصة البناء الجديدة كأداة وقائية في هذا الصدد، وقد يحدث تغيير وجه الانتفاع بالبناء دون تغيير مادي في البناء أو القيام بتعديلات جوهرية لا تستدعي ضرورة استصدار رخصة البناء، ولكن هذا لا يعفي من استصدار رخص أخرى تتعلق ببيان طبيعة الاستغلال الجديد أو المحدث، والذي يكون غالبا نشاطا تجارياً يخضع لوصاية المصالح المعنية بالتجارة حسب الاختصاص الإقليمي لها على مستوى الولايات أو الاختصاص المركزي على مستوى الوزارة، بحيث يتم إيداع الملف المتعلق بطلب رخصة الاستغلال، فيتم دراسته على مراحل، تبدأ من مصالح المديرية الولائية للتجارة المعنية بالاشتراك مع المصالح المختصة في حفظ الصحة ومراقبة النوعية من خلال معاينة ميدانية من أهل

الاختصاص لتحري مدى مطابقة المكان لما يتطلبه النشاط من خلال تقرير مفصل، ثم يرسل هذا الملف مرفقاً بنتائج الدّراسة إلى وزارة التجارة لإعادة الدّراسة وإبداء رأيها خلال مدة معينة[1]، ونشير أن هذه القيود تقتضيها المصلحة العامة، وهناك قيود أخرى تقتضيها مصلحة الجوار سوف نعالجها لاحقاً[2]، مع العلم أنه يمكن أن تفضي نتائج التحقيق إلى عدم ملائمة طبيعة الاستغلال مع خصوصية المكان، وبالتالي يتم رفض منح الترخيص بالاستغلال على ذلك النحو المذكور في الطلب.

المبحث الثاني: تأثير علاقة الجوار على الانتفاع بالبناء

نظراً لما تكتسيه علاقة الجوار من قدسية في الفقه الإسلامي خاصة، وما يفرضه الطبع الإنساني بصفة عامة، فإن لها تأثيرا كبيرا في الانتفاع بالبناء كما لها تأثير في إنشائه، ويبقى ضابط التأثير بموجب هذه العلاقة هو الضرر، وإن كان في الفقه الإسلامي يذهب إلى أبعد من ذلك باستناده إلى الورع، لمنافاة توجس الجار مضارة جاره لمقتضى الإيمان الصحيح المناشد مدارج الكمال والسّمو بالنّفس البشرية إلى الوجه الذي ارتضاه رب البرية، وإذا ما حادت النّفس عن هذا الورع بدافع المشاحة فيُكتفي بالتصدي للسلوك المضر دون البحث في خلفيات ذلك، وهو ديدن القانون في هذا التصور الذي يقسم

[1] https://www.commerce.gov.dz/ar/etude-de-la-demande-dautorisation-dexploitation، يوم 2018/06/24، الساعة 22:22.

[2] – من خلال أثر علاقة الجوار على الانتفاع بالبناء.

المضار إلى مألوفة وغير مألوفة، ولهذا يتحتم بيان أوصاف الضرر غير المألوف والناجم عن الانتفاع بالبناء كمنشأة، كما لا يأخذ الضرر صورة محددة وما سنعرضه ليس حصراً بل على سبيل المثال، تاركاً الباب مفتوحاً لإدراج صور أخرى قد يفرضها الزمان والمكان، لكن بالنّظر إلى من يطاله الضرر فإمّا أن يكون الأفراد في ذاتهم أو المباني التي يسكنونها، وتتجسد أغلب الأضرار التي تلحق بالساكنة من أرباب الدور في كل من الصوت والرائحة والتكشف، غير أن البعض منها يكون لا مناص منه لاتصاله بأعمال لا غنىً عنها في المعاش، فيكون لزاماً الصبرُ على الحد المعقول منه والضروري للمعاش.

المطلب الأول: ضرر الصوت

تقتضي القواعد العامة للضرر أن تقوم على فقه الموازنات، بحيث لا يمنع صاحب البناء من أمور تحدث في الغالب من تصرفه المعتاد في ملكه، وعلى هذا الأساس تباينت آراء الفقهاء حول ضرر الصوت بالنسبة لمن قالوا بمنع التصرف في الملك إذا أضر بالجار، سواء في عملية البناء أو بالانتفاع بالبناء جاهزاً، وبغض النّظر عن سبب ضرر الصوت.

الرأي الأول– يمنع ضرر الصوت مطلقاً: أخذ بهذا الرأي الحنابلة[1] والشافعية [1] وجمهور المالكية بكثير من التفصيل والتعمق، كابن فرحون عن ابن عبد الغفور[2]، حيث

[1] – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج 3، ص 113.

– ابن قدامة المقدسي، الكافي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية الاسلامية، دار هجر، الجيزة، ط 1، 1417هـ/ 1997م، ج 3، كتاب الصلح ص 274.

قال بأنه من قضاء شيوخ الفتوى بطليطلة بمنع ضرر الكمادين إذا ما أضروا بالجيران لاستمرارية ضربهم[3]، بما يقلق الراحة الواجب توافرها في السكن، حيث: "سئل السيوري عمن يدق النوى ببيته لبقره ويُبَيِّتُهُم في الشتاء في بيته، فأراد الجار منعه من ذلك، فأجاب: يمنع من دق النوى لأنه يضر بالبناء، وحسّ سماع الضرب يضر بالساكن إلاّ في بعض الأوقات، وإذا تكرر الأمر منع منه، أمّا تبييت البقر في بيت المالك فلا مقال له، وليس عليه في ذلك ضرر"[4]، والنازلة هنا بصدد بناء قائم يكثر فيه صوت دق النوى، كأحد أوجه الضرر الناتجة عن الانتفاع بالبناء، كما يمنع ضرر الصوت حتى لو أريد برفعه ابتغاء وجه الله، كالأذان و التهليل والتسبيح الزائد عمّا عُرِف به النبي صلى الله عليه وسلم والسلف رضوان الله عنهم، ولو كان ذلك في بيوت الله جل وعلا[5]، أو أعلى صوامعها وهو ما أجمع عليه متقدمي ومتأخري فقهاء المذهب المالكي[6]، ويمنع أيضا ضرر الصوت الناتج عن الأبنية التي يكثر تردد الناس إليها، وعدم انقطاعهم عنها في أوقات محددة لأجل قضاء حوائجهم، كالدكاكين والفنادق[7]، التي غالبا ما يكثر جلوس الناس بها، ويصعب الدخول والخروج منها بسبب كثرة الوافدين منها وإليها، ممّا سينغص على

---

[1] – يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 4، ص 351.

[2] – أحمد محمد سعيد السعدي، أحكام العمران في الفقه الاسلامي ، ص 415.

[3] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، الكلام في ضرر الكمادين، ص 62.

[4] – الونشريسي، المعيار ،ج 8، ص 445.

[5] – أبي الاصبغ عيسى بن سهل الاسدي، الإعلان بنوازل الأحكام، ج 2، ص 764.

[6] – الونشريسي، المعيار ، ج 9، ص 23– 27

[7] – الونشريسي، المعيار، ج 9، ص 41.

ساكني الدور المجاورة مكثهم بها، خاصة أنّ مثل هذه الأماكن يتردد عليها الصالح و الطالح.

كما أن المشرع الجزائري أيضا جنح هذا الرأي الفقهي في اعتبار الصوت من الضرر غير المألوف متى بلغ نسبة معينة خاصة في المناطق السكنية والأماكن العامة حسب نص المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 93-184 مؤرخ في 7 صفر 1414 م الموافق لـ 27 يوليو 1993م ينظم إثارة الضجيج: " يقدر مستوى الضجيج الأقصى الذي يمكن قبوله في المناطق السكنية وفي الطريق والأماكن العامة والخاصة بسبيعين (70) دسيبل في النهار(من الساعة السادسة إلى الثانية و العشرين) و بخمسة و أربعين (45) دسيبل في الليل (من الساعة الثانية و العشرين إلى السادسة)".

الرأي الثاني– لا يرى بمنع ضرر الصوت: هذا الرأي هو المشهور لدى فقهاء المالكية حيث أخذ به الإمام مالك [1]، ومتقدمي المالكية ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون وأصبغ، لما سئلوا عن الغسال والضّراب[2]، وأيضاً متقدي الحنفية وأدلتهم:

– إن الصوت لا يضر الإنسان في سلامته البدنية، فلا يخرق الخياشم ولا يؤذي الأحشاء، وهو رأي صاحب الطرار[3]، وليس في ذلك ضرر بالدّار ولا بحيطانها[4].

---

[1] – أبي الاصبغ عيسى بن سهل الاسدي، الإعلان بنوازل الأحكام، ج 2، ص 764.

[2] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 62.

[3] – ابن فرحون، تبصرة الحكام، فصل نفي الضرر وسد الذرائع، ص 259.

[4] – ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج 2، ص 264.

– ليس هذا من الضرر الواجب منعه لأنّه في هذه المسألة يجتمع ضرران، والقاعدة في ذلك أن يُتَحمل الأصغر درءاً للأكبر، ومنع الرجل معاشه والانتفاع بملكه أكبر من الذي يتأذى بدوي الصوت، وبه أفتى كل عبد الرحمان بن مخلد وأبو بكر بن عبد الرحمان في الرجل ينصب رحى في بيته يؤذي دويها جيرانه[1].

– أمّا الأحناف فحجتهم أنه تصرف في خالص الملك[2]، وهو أولى به ولم يتعلق به حق للغير فلِما يمنع؟[3]، وهذا مبني بأن منع المالك من مطلق التصرف في ملكه هو عين الضرر، وأشد من ضرر الصوت.

لكن استقراء هذا الرأي يدفعنا إلى القول بأن معيار اعتبار الضرر هو المساس بالأفراد في أجسادهم وليس بما يقلق راحتهم، وهذا القول على اعتبار زمانهم لأن أغلب هذه الأصوات خفيفة مقارنة بالتي تحدثها آلات البناء وشتى أنواع الانتفاع التي يستخدم فيها محركات وآلات تصدر أصوات تكاد تخرق الأسماع، بل وثبت علمياً تأثر هذه الحاسة بها، فهل يبقى هذا الحكم على حاله؟!.

الرأي ثالث– يراعى فيه عامل الوقت والحاجة منع بالليل دون النهار: توسط أصحاب هذا الرأي بين الرأيين السابقين فلا هو أطلق العنان لهذا الضرر كما في الرأي الأول، ولا هو قيد من حرية التصرف في الملك بالنسبة للتصرفات التي ينجم عنها هذا

---

[1] – الونشريسي، المعيار ، ج9، ص 60.

[2] – شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، ج 15، ص 20.

[3] – حسني خيري طه، مقاصد الشريعة و تفعيلها في فقه العمارة، ص 236.

النوع من الضرر، فجعل الوقت ضابطاً له، فما تتطلبه النّفوس من الركون إلى الرّاحة بأوقات معينة كالليل مثلا[1]، معيارٌ لمنع هذا النوع من الضرر[2]، لأنّ كثرة الحركة والصوت غير المنقطع يمنع النوم، وبهذا قضى الكثير من القضاة في البلدان التي تأخذ بأحكام الفقه المالكي، وقضوا بأن يُتَحايل لضرر الصوت الناتج عن حركة الدواب فيمن أحدث إصطبلاً مجاوراً أو ملاصقاً لبيت جاره[3]، خاصة إذا كانت هذه الدواب ضرورية للمعاش بحيث لا غنى لصاحبها عنها.

عند استقراء هذا الرأي نجده أكثر موازنة بين سلطان الملك، وحق الجوار باعتماد معيار زمني لرفع الضرر، أو الاحتيال له باتخاذ ما يلزم من وسائل متاحة، وفي هذا الرأي التطبيق الأمثل لمنع التعسف في استعمال الحق، لكن هل يستوعب هذا الرأي ما تتطلبه منافع العصر الحديث كأشغال المصانع التي لا تتوقف حركتها الانتاجية بليلٍ أو نهار، خاصة وأن هذا الانقطاع أو التوقف الظرفي فهو إيذان بخسارة مالية فادحة؟.

و إلى هذا الرأي ذهب المشرع الجزائري في تقديره لضرر الصوت واعتباره، من خلال المرسوم التنفيذي رقم 93-184 مؤرخ في 7 صفر 1414 م الموافق لـ 27 يوليو 1993م ينظم إثارة الضجيج، حيث وفضلا عن اعتبار مستوى الضجيج أُعتمد معيار الوقت إذا يجب أن يكون مستوى الضجيج المقبول أخف ليلاً ليتناسب مع سكون

[1] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، الكلام فيمن أحدث اصطبلا لربط الدواب، ص 64.
– الونشريسي، المعيار، ج 9، ص 60.
[2] – أحمد محمد سعيد السعدي، أحكام البناء في الفقه الاسلامي، ص 416.
[3] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، الكلام فيمن أحدث اصطبلا لربط الدواب، ص 66.

الليل[1]، إضافة أنّ هناك مؤسسات ذات طبيعة حساسة ممّا يستدعي الحرس في توفير الخصوصية التي تلائم الغرض الذي أنشأت لأجله مثل المستشفيات والمؤسسات التعليمية، حيث نصت المادة 3 المرسوم التنفيذي رقم 93-184 مؤرخ في 7 صفر 1414 م الموافق لـ 27 يوليو 1993م ينظم إثارة الضجيج: "يقدر مستوى الضجيج الأقصى الذي يمكن قبوله بجوار الأقرب من المؤسسات الاستشفائية أو التعليمية وفي مساحات التسلية والاستراحة، وكذا داخل هذه المؤسسات بخمسة و أربعين (45) دسيبل في النهار (من الساعة السادسة إلى الثانية والعشرين) و بأربعين دسيبل في الليل (من الساعة الثانية و العشرين إلى السادسة)"، ولأن الزيادة عن هذا القدر من شأنه الإضرار و المساس بالغايات التي أنشأت لأجلها هذه الهياكل العمرانية من التطبب والتعليم والراحة.

كما حرس المشرع الجزائري على ضرورة اتخاذ التدابير الاحترازية لضرر الصوت في البناء وقدرتها على كتم الصوت المنبعث منها من خلال تجهيز وإقامة الجدران

[1] - المادة 2 المرسوم التنفيذي رقم 93-184 مؤرخ في 7 صفر 1414 م الموافق لـ 27 يوليو 1993م ينظم إثارة الضجيج.

والأرضيات[1]، وبغض النّظر عن مصدر الضجيج سواء كانت آلات ضاغطة[2]، أو أنشطة انتفاعية تحتاج ممارستها إلى طرق وضرب[3]، وحتى الحيوانات[4].

المطلب الثاني: ضرر الرائحة و الدخان

لو أمعنا النظر في هذه الأضرار؛ سواء الدخان الذي يقطع الأنفاس والرائحة النتنة المؤذية؛ لوَجَدْنا أنّ المتضرر هم الأشخاص ساكني البناء دون أبنيتهم أو جدرانها، والأصل في منعه أن جعله الله تعالى واحدا من عذاب الآخرة في قوله:" فَارْتَقِبْ يَوْمَ تَأْتِي السَّمَاءُ بِدُخَانٍ مُبِينٍ (10) يَغْشَى النَّاسَ هَذَا عَذَابٌ أَلِيمٌ (11)". الدخان 10-11، ولو لم يكن من الضرر لم يجعله الله وسيلة للعذاب، غير أن فقه الواقع يفرض عدم اعتبار كل أنواع الرائحة من الضرر، لاعتبار الحاجة والملازمة ممّا يجعله على درجتين:

الفرع الأول: ضرر ما لا عنى عنه للمعاش

[1] – المادة 8 المرسوم التنفيذي رقم 93-184 مؤرخ في 7 صفر 1414 م الموافق لـ 27 يوليو 1993م ينظم إثارة الضجيج.

[2] – المادة 9 المرسوم التنفيذي رقم 93-184 مؤرخ في 7 صفر 1414 م الموافق لـ 27 يوليو 1993م ينظم إثارة الضجيج.

[3] – المادة 10 المرسوم التنفيذي رقم 93-184 مؤرخ في 7 صفر 1414 م الموافق لـ 27 يوليو 1993م ينظم إثارة الضجيج.

[4] – المادة 11 المرسوم التنفيذي رقم 93-184 مؤرخ في 7 صفر 1414 م الموافق لـ 27 يوليو 1993م ينظم إثارة الضجيج.

فهذا لا غنى للشخص عنه في حياته بحيث لا بد للإنسان منه إشباعاً لحاجياته البيولوجية من طعام وصرف الأذى، الذي لا يندرج ضمن عموم قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة عنه أنّه قال: "من أكل من هذه الشجرة الخبيثة فلا يقرب مساجدنا يؤذينا بريح الثوم"[1]، ومستثنى منه كونه غير مُسْتَدَام الضرر كدخان المطبخ لطهي طعامه والتنور[2]، أو المرحاض والقناة بالدّار مع ضرورة تغطيتها رفعاً لضررها بالجار والمارة[3]، أو بيت نار ينتفع بها على شرط عدم تزايد ضررها وتكثيفه[4].

وهذا لم يرد به نص عند المشرع الجزائري على اعتباره من الأضرار المألوفة التي لا غنى عنها للمتسبب فيها، غير أنه يشترط فيها أن تحاط بالقواعد التنظيمية المتعلقة بالشروط التقنية للبناء وكثافته، كما أن التقنيات الجديدة أضحت من شأنها دفع هذا الضرر دفعا مطلقاً بمصفاة الهواء المركبة في مطابخ المنازل.

الفرع الثاني: ضرر ما ليس بضروري للمعاش

هناك نوع آخر من الدخان والرائحة ذو كثافة عالية ويتميز بالاستمرارية والقابلية للتزايد، كونه ناجم عن تخصيص البناء لأنشطة انتفاعية، ولهذا الضرر أوجه عديدة فمنه

---

[1] – أخرجه مسلم، ج1، حديث : 562، ص 394.

[2] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، الكلام في ضرر الدخان و الحكم فيه، ص 59.
– مالك بن انس، المدونة، ج 4، كتاب القسمة االثاني، ص 314.

[3] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، الكلام في ضرر الرائحة و الحكم فيها، ص 61.

[4] – الونشريسي، المعيار ، ج 9، ص 9.

دخان الحمامات والأفران، وغبار وقشارة الأنادر ونتن دُباغ الدباغين أو روث المواشي والدواب والدواجن وغيرها من المنافع التي تتجدد بتغير الزمان والمكان، كمصانع العصر الحالي ذات الانبعاثات مرتفعة الروائح النتنة بحسب طبيعة المواد والآلات المستعملة في التصنيع، وأيضاً طبيعة الطاقة التي تعمل بها الآلات من حيث النوعية والقدرة، ونجد تقريبا ما يبلغ حدَّ الإجماع من فقهاء المذاهب الأربع[1] على قطع ضرر الدخان والرائحة عند فقهاء المذاهب سواء كان قديماً أو حديثا، متى تجاوز حدّ الضروري للمعاش ويُكَيَّف على أنّه من الضرر الفاحش غير المألوف، ولا يُسْتحَق بالقدم ولا يحاز بطول زمان[2]، وسواء بقي الضرر على حاله أو كان في ازدياد مستمر وهذا هو الأصل في وجوب قطعها[3]، لأن الرائحة المنتنة تخرق الخياشم وتصل إلى الأمعاء وتؤذي الإنسان[4]، وهذه الأحكام تسري على تلك المحدثة منها فقط، أمّا القديم فيبقى على حاله بشرط عدم زيادته[5]، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة المنطقة وأعرافها، فما هو ضرر في المناطق الريفية لا يعتبر كذلك في المدن والمناطق الحضرية مثلاً، وهذا ما أيّده المشرع الجزائري في كل من

---

[1] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، فيمن أحدث اصطبلا لربط الدواب، ص 64.
– ابن عابدين،، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 8، كتاب القضاء، مسائل شى، ص 153.
– منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج 3، ص 116.
– ابن قدامة المقدسي، الكافي، ج 5، ص 155.

[2] – لأن الحيازة فيه لا تزيد إلاّ ظلما و تعديا.
– سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، ص 187.

[3] – المعيار، ج 9، ص 45.

[4] – الونشريسي، المعيار، ج 9، ص 60.

[5] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، الكلام في ضرر الدخان و الحكم فيه، ص 59.

ضرر الصوت والرائحة نجده قد خصهما في المباني المخصصة للانتفاع والمـُعَدّة لمزاولة الأنشطة الانتفاعية التصنيعية، بخلاف تلك التي تنشأ عن عمليات التدوير والتخزين، بحيث تمَّ التركيز فيها على المسافة بالدرجة الأولى وهذا ما يُجَّليه نص المادة 712 قانون مدني :" يجب أن تنشأ المصانع و الآبار و الآلات البخارية وجميع المؤسسات المضرة بالجيران على المسافات المبينة في اللوائح وبالشروط التي تفرضها"، وأكد المشرع على منع الضرر في نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 المؤرخ في 28 ماي 1991 يحدد القواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء : "إذا كانت البناءات نظراً لموقعها يمكن أن تتعرض لأضرار خطيرة يتسبب فيها الضجيج على الخصوص، يمكن رفض رخصة البناء أو منحها مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة في القوانين والتنظيمات المعمول بها".

غير أن هناك من الفقهاء رأى بأن الاحتيال في درء ضررها[1] يقوم مقام قطعه حسب ما يرى به عرفاء البنيان[2]، وهذا الرأي نجده لدى ابن حبيب[3] وعدد كبير من متأخري فقهاء المالكية، لمعاصرتهم تطوراً وصلت إليه الحضارة الإسلامية في مجال العمران آنذاك خاصة في المغرب العربي والأندلس، وهذا الرأي أكثر انسجاما مع ما توصل إليه

---

[1] – أبي محمد بن خنتاش المسيلي، نهاية المرام في تيسير مطالعة الاحكام، اعتناء أبو الفضل الديماطي، ط 1، دار ابن حزم، بيروت، 1432هـ/2011م، ص 172.

[2] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 63.

– الونشريسي، المعيار ، ج 9، 46.

[3] – أبي محمد عبد الله بن عبد الله ابن سلمون الكناني، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، عناية و تحقيق: أ/ محمد عبد الرحمان الشاغول، ط 1، دار الأفاق العربية، القاهرة، 1432هـ/ 2011م، ص 443 .

الانسان من تطورات علمية باستحداث وسائل من شأنها استيعاب الروائح النتنة خاصة تلك المنبعثة من المطابخ و المراحيض ....

المطلب الثالث: ضرر التكشف

التكشف من الكشف ويُقْصد به لغة الإظهار ورفع الحجاب عما سُتِر تَبَيُنُهُ بالبحث والتحري[1]، ويوافق المعنى اللغوي المعنى الاصطلاحي إلاّ فيما يتعلق منها بالسياق من حيث الوضع والحمل والاستعمال، وإذا ما تم ربطه بأضرار البناء فيما تتبين فيه العورات وتُمَيَزُ فيه الأشخاص والصور، فيقصد به:" الأذى الناتج عن التطلع غير المشروع في البنيان التي لا يحل نظر غير أهلها فيها"[2]، ويمكن أن يعتبر من التكشف أيضاً الانكشاف للجار ويحدث هذا من الشخص المتفسخ أخلاقياً خاصة في ظل أنماط البناء الحديثة الذي يستعمل فيه الزجاج المعتم الذي يفقد هذه الخاصة ليلاً، ويعتبر ضرر التكشف من أكثر المسائل التي تقريبا نالت الإجماع بمنعه في جميع الأحوال خاصة إذا تمحض قصد المضارة، في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وتحديدا القانون المدني، وهذا لما فيه من انتهاك الخصوصية والاطلاع على عورات الجيران خاصة وأن هذا الضرر ينشأ غالبا عن تصرف الشخص في ملكه على مقتضى سلطان الملكية أولاً والعادة والعرف ثانياً ممّا يجعل إثبات قصد المضارة أمرا صعباً، خاصة وأنّه يلتبس عادة بتصرفات يصنعها الشخص في بيته.

---

[1] – عبد الرحمن بن أبي الوفاء محمد بن عبيد الله بن أبي سعيد، كتاب أسرار البلاغة، ج 1، ص 30. 100.

[2] – حسني خيري طه، مقاصد الشريعة و تفعيلها في فقه العمارة، ص 127.

الفرع الأول: فتح الأبواب على الطرقات

إن فتح الأبواب يجب أن يخضع لجملة من التدابير الاحترازية لمنع الضرر في جميع أوجهه وضرر التكشف على الخصوص خلال مرحلة تخطيط البناء، ويجب التنويه أنّ فتح الأبواب ابتداءً من أول عملية البناء أو بتعديله يتأثر بعاملي القدم والإحداث، وأيضاً طبيعة الطرق التي سيفتح عليها الأبواب إذا ما كانت نافذة أم غير نافذة.

الفقرة الأولى– فتح الأبواب على الطرق النافذة: سبق أن أشرنا أن الطرق والأزقة والزُّنق النافذة هي السالكة غير المسدودة أو الشارعة والمنتفع بها من عامة المسلمين، وقد أجاز فقهاء المالكية فتح الأبواب إليها سواء كان واسعة أم ضيقة، ورغم تعدد الاعتبارات والأسس التي بنيَ عليها إجازة الاستطراق بالسكك النافذة، حيث أجازها الفقهاء استناداً لمرور النّاس المتكرر بها واعتياد السكان على ذلك، فتُقَدم مصلحتهم كعامة على مصلحة الجار كفرد[1]، لهذا له أن يفتح الباب في بيته وأن يحتاط لضرر التكشف من قبل المارة كيف شاء[2]، أمّا فيما يخص ضرر التكشف الناجم عن تقابل الأبواب فإنه يُدرأ بالتنكيب[3] عن بعضها البعض[4]، دون تحديد لقدر معين من التنكيب لكن بقدر ما يزال به ضرر الاطلاع والتكشف، لأن المقصد هو رفع إزالة الضرر ولا يعقل تقدير الحد من

---

[1] – قاعدة إذا اجتمع ضرران سقط أصغرهما لأكبرهما.

[2] – المدونة، ج 4، كتاب القسمة الثاني، ص 316.

[3] – يقصد بالتنكيب تمييل الباب من موضع لآخر، تجنباً لتقابل الأبواب.

[4] – الونشريسي، المعيار، ج 9، ص 21.

وسائله المشروعة بتعيين مسافة الذراع والذراعين مثلاً [1]، لهذا رأى ابن أبي يزيد بمنع من يفتح باباً يناظر باب جاره[2]، مع العلم أنّه قد يمنع من هذا الضرر إذا ما تقصده ديانة لا قضاءً، كأن لا يكون له حاجة جلية من فتح الباب في طريق نافذ قبالة باب جاره.

أمّا الأحناف فيجيزون فتح الأبواب والنوافذ إلى الطرق النافذة استنادا إلى حرية التصرف في الملك[3]، ويجيز الشافعية[4] والحنابلة[5] ذلك استنادا إلى جواز كل تصرف ما لم يكن في ذلك ضرر بالمارة، وطالما لم يكن في فتح أبواب الدّور إلى الطريق السالكة ضرر على المارة، بل إن الضرر يمكن أن يحيق بصاحب البناء من هذا التصرف، فله أن يحتاط لنفسه من هذا الضرر كيف شاء حسب ما تجري به أعراف النّاس في البناء دون إضرار بالغير.

الفقرة الثانية– فتح الأبواب على الطرق غير النافذة: الطريق غير النافذ هو ذلك الأقرب إلى الطريق المختص إمّا لشخص بعينة أو مجموعة من الأشخاص ينفذون منه إلى بيوتهم، وما يلاحظ على هذا النوع من الطرق هو أن تُغَلَبَ فيه مصلحة ساكنيه على

---

[1] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 45.

[2] – الونشريسي، المعيار، ج 9، ص 63.

[3] – السرخسي، المبسوط، ج 15، ص 21.

[4] – يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 3، باب التزاحم في الحقوق، ص 445.

– عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق وصنع فهارسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، بيروت، ط 1، ، 1428هـ-2007م، ج 6، كتاب الصلح، ص 468.

– شمس الدين بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ألى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 12، باب التزاحم في الحقوق المشتركة، ص 237.

[5] – ابن قدامة المقدسي، المغني، كتاب الصلح، ص 31.

الغير بخلاف الطريق النافذ، لذلك أُجيز فيه إشراع السباط والرواشن والأجنحة ممّا فيه ضرر بالمارة غالباً[1]، لكن ماذا عن ضرر التكشف بين أهل الطريق غير النافذ والناتج عن تقابل الأبواب في عملية تخطيط البناء ابتداءً أو التعديل فيما بعد لاعتبارات يريدها صاحب البناء؟، و هذا ما تباينت آراء الفقهاء فيه.

الرأي الأول: إنَّ أَيَ إحداث في الزقاق غير النافذ فهو متوقف على إذن أهل الزقاق، وهو الذي قال به ابن زرب من المالكية وجرى به العمل بقرطبة[2]، ولهم منعه من ذلك[3]، ونفس الرأي لدى فقهاء الحنابلة[4]، بينما أجازه الشافعية إن صالحه أهل السكة على ذلك بما[5]، وأصل هذا الرأي أن الطريق الخاص وغير النافذ هو بمنزلة المملوك على الشيوع بين أهله.

الرأي الثاني: جواز فتح باب الدّار إلى زقاق غير نافذ حسب رأي بعض الأحناف، وليس للمتضرر منعه وإنّما يقال له استر على نفسك[6]، وأمّا منعه من ذلك فيكون من باب الاستحسان[7]، ولا يقضى به.

---

[1] – سبق الإشارة إليه في أحكام الطريق.

[2] – محمد بن أحمد بن غازي العثماني، شفاء الغليل في حل مقفل خليل، ج 2، باب الشركة، ص 791.

[3] – ابن فرحون، تبصرة الحكام، ص 264.

[4] – ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 7، كتاب الصلح ، ص 32.

[5] – أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 3، كتاب الصلح، ص 444.

[6] – السرخسي، المبسوط، ج 15، باب القسمة ، ص 21.

[7] – عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ ، ج 4، ص 195.

الرأي الثالث: وهو مشهور الامام مالك[1] رأي أشهب من المالكية بحيث لا يرى بفتح باب لم يكن من قبل بأي حال من الأحوال[2]، لأن ذلك من شأنه أن يؤسس للجار حيازة الموضع كمُرْتَفَق له، وهو في ستر إذا ما فتح بابه ولا يتأذى بذلك أحد.

الفرع الثاني: فتح حوانيت قبالة لأبواب الدور

الحوانيت هي الدكاكين التي تعرض فيها السلع للبيع، ومن الطبيعي أن نشاط الباعة يعتمد بالدرجة الأولى على كثرة مرتادي هذه الأماكن، لذلك يقتنص أصحابها أفضل الأماكن لمزاولة أنشطتهم وقد يتخذ البعض من دورهم أو جزء منها أماكن للبيع، مما يجعل هذه الأماكن تعج بحركة مرتاديها وقد يكون في ذلك ضرر على أهل الدُّور المجاورة للحوانيت، مع العلم أنّ هذا الضرر يتفاوت باعتبار نفاذ وسعة الزقاق الذي تفتح إليه، لذلك ارتبطت جميع فتاوي الفقهاء بمدى الاعتداد بالضرر المترتب عن فتح الحوانيت قبالة أبواب الدّور، في معارضتها لحرية التصرف في الملك، فبُنِيت فتاوى فقهاء الشريعة وكذلك المشرع الجزائري إلى أصل واستثناء.

الفقرة الأولى: الأصل (الحق في فتح الحوانيت)

ذهب إلى هذا الرأى جمهور المالكية خاصة متقدميهم[3]، والشافعية[1] وبعض فقهاء فقهاء الحنابلة[2]، استناداً إلى أنّ الأصل في الأشياء الإباحة إلاّ إذا اعتراها عارض يحول

---

[1] – مالك بن انس، المدونة ، ج 4، كتاب القسمة الثاني، ص 316.

[2] – محمد بن أحمد بن غازي العثماني، شفاء الغليل في حل مقفل خليل، ج 2، كتاب الشركة، ص 792.

[3] – مالك بن أنس، المدونة، ج 4، ص 306.

دون تحقيق مقصدها المشروع، أو أن يترتب على ذلك ضرر أكبر من المصلحة المراد تحقيقها، واشترط المالكية أن تُنَكَّبَ أبواب الدكاكين عن أبواب الدُّور، مع العلم أن هذا الحق لا يتقرر إلاّ على السكك النافذة والشوارع الرحبة.

وإلى هذا الرأي اتجه المشرع الجزائري في حرية مزاولة الأنشطة التجارية لكن مع احترام القواعد التنظيمية في هذا المجال وذلك بعدم تعطيل سير المرافق العامة واستمراريته، أمّا مسألة التكشف نتيجة مزاولة النشطة التجارية فقد تصدت لها القواعد المقررة في رخصة البناء، وأيضاً التراخيص الخاصة بفتح محلات تجارية أو صناعية أو حرفية في الأبنية المعدة للسكن.

الفقرة الثانية: الاستثناء (مراعاة دفع ضرر التكشف عن الجار)

لأن مسألة دفع ضرر الحوانيت استثناء من أصل حرية التصرف في الملكية العقارية، كان لزاما أن يتوافر لهذا الاستثناء جملة من الضوابط، التي تباينت أسسها لدى فقهاء المذاهب، حيث رأى بعض فقهاء المالكية أنّ ضرر التكشف بسبب فتح الرجل حوانيت في ملكه يستطرق لزقاق نافذ، قد يُكَيَّف من الضرار بحسب شهادة ذوي الاختصاص والخبرة من عرفاء البنيان، فإن كان هناك ما يحول دون ضرر التكشف وتمكين الرَّجل من

- الونشريسي، المعيار، ج 8، ص 454.

- أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 45.

[1] - شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، ج 1، كتاب الصلح، ص 183.

[2] - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ص 895.

الانتفاع بملكه على الوجه المشروع كالتنكيب مثلاً أُجيز ذلك[1]، وهذا ما يتماشى مع مقاصد الشريعة في درء المفاسد وجلب المصالح.

أمّا الحنفية وجمهور الحنابلة، فأسسوا لهذا الاستثناء من حرية التصرف بالملك بأنه لا يمتد إلى الطريق النافذ والذي لا يجوز لأحد أن يأتيه دون إذن الإمام[2]، لأنه ينوب عن العامة في الدفاع عن خصوصياتهم، وهو الغاية التي وافقها المشرع الجزائري بضرورة استصدار التراخيص القبلية لمزاولة هذه النشاطات بعد إجراء التحقيقات والمعاينات اللازمة لذلك.

الفرع الثالث: فتح الكوى و المناور في البناء

تعتبر الكوى والمناور أهم العناصر التي تزود البيوت بضوء الشمس والهواء اللازم للسلامة الصحية، لذلك تعد عاملاً يحظى باهتمام القائمين على تخطيط البيوت، إذْ تأخذ مسميات عدة حسب عرف الاستعمال كالنافذة والطاق، لكن أغراض كل منها قد يلتبس ببعضه بأن يُراد منه الاستنارة و التهوية كالمناور، و يُعَرَّفُ المنور بأنه:" الفتحة في الجدار التي تعلو قاعدتها من قامة الإنسان المعهودة، ولا يقصد بها إلاّ مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يُستطاع الإطلال منها على العقار المجاور"[3]، أو يراد بها التكشف والتطلع كالكوى، وهذه الأخيرة تكون مطية للضرر على شرط أن يتم إثباته بالبيِّنة وتحري

[1] – الونشريسي، المعيار، ج 8، ص 454.

[2] – حسني خيري طه، مقاصد الشريعة و تفعيلها في فقه العمارة، ص 166.

[3] – رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارئ، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، د ط، جامعة بنها، مركز التعليم المفتوح، ص 70.

الحقائق، حيث أسس فقهاء المالكية لتحري قصد المضارة ممّا قضى به عمر ابن الخطاب رضي الله عنه: "قال ابن القاسم: وقد قال عمر ابن الخطاب، أخبرنا ابن لهيعة أنّه كتب إلى عمر ابن الخطاب في رجل أحدث غرفة على جاره، ففتح عليه كوّى فكتب إليه عمر في ذلك: أن يُوضع وراء تلك الكوّى سرير، أو يقوم عليه رجل، فإن كان ينظر إلى ما في دار الرجل منع من ذلك، وإن كان لم ينظر لم يمنع من ذلك"، ورأى مالك أنّ ما كان من ذلك ضررا مُنِع[1]، وأمّا كوى الضوء والاستنارة التي غرضها الرئيس هو وصول الضوء الشمس إلى غرف الدار، وتصنع في ارتفاع من الجدار بحيث لا يمكن للواقف خلفها أن يرى ما في الخارج دون تَسَوُرٍ، وهذا النوع لا يمنع باتفاق مع اختلاف الأساس في ذلك:

- حيث يؤسسه الشافعية[2] والأحناف[3] بأنه تصرف في خالص ملكه.
- أما المالكية لأنها لا تضر بالجار وفيها منفعة لصاحب الدّار[4]، وأجازه الحنابلة بلا ضرر[5].

أمّا الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري لذات السبب باعتبار أنّ نية صاحب البناء من فتح المناور، هي تصرف غير مضر بالجار وليس من ورائها قصد الإضرار أصلاً[6]،

---

[1] – مالك بن انس، المدونة ج 4، كتاب حريم الآبار ،ص 475

[2] – يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 3، ص 440.

– علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج 6 ، ص 394.

[3] – ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 8، كتاب القضاء، ص 153.

[4] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 71.

[5] – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج 3، باب الصلح وأحكام الجوار، ص 118.

[6] – لا يُكيف هذا التصرف من قبيل التعسف في استعمال الحق المنصوص عليه في المادة 124 مكرر قانون مدني.

موافقاً لرأي فقهاء المالكية في نص المادة 711 قانون مدني:" لا تشترط أية مسافة لفتح المناور، التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها، ولا يقصد بها إلاّ مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يمكن الاطلاع منها على العقار المجاور"، لكن ما يلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد مقاس ارتفاع المترين لتكييف الفتحات في الأبنية على أنها مخصصة للإنارة وليس للاطلاع منها وهي تعد بمثابة الحد الذي لا يمكن الاطلاع منها بالنسبة لمتوسط طول الرجل البالغ إلاّ بالاستعانة بواسطة ما، كأن يعتلي سلما أو كرسيا أو غيره، وهذا ما يجعل خصوصية الجار في منآى عن انتهاكها خلال مباشرة صاحب المنور لأعماله اليومية.

أما بالنسبة للكوى التي غرضها التطلع والتكشف، بحيث أن الاطلاع منها لا يحتاج إلى واسطة ككرسي أو سلم أو سرير مثلاً[1]، ولأن ضرر التكشف على دور الجيران منها حادث لا محالة فلا يهم تقصده المحدث أم لم يقصد به انتهاك خصوصية الجار، فقد تجاذبها بطبيعة الحال في الآراء الفقهية إمّا استناداً لسلطان الملكية أو منع الضرر، والمتأثرين دائما بعامل القدم والحداثة.

الرأي الأول– يمنع ضرر التكشف من خلال الكوة: رأى بعض فقهاء الحنفية[2]، وبعض الحنابلة[3]، بعض فقهاء المالكية[1]، أن ضرر التطلع إلى المواضع التي يُعتدى على

---

[1] – البرزلي، فتاوى البرزلي جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، ج 4، مسائل من الضرر و جري المياه و البنيان...، ص 361.

[2] – ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 8، كتاب القضاء، ص 154.

[3] – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع، ج 3، ص 117.

خصوصيتها كالإشراف منها على مجالس النساء بحيث تتميز فيها الصور، ولا فرق هنا بين المحدث منها والقديم، فصّل هذا ابن عبد الرفيع والفقيه أبو علي ابن عبد السيد، بفتواه في منع إحداث الكوى للاطلاع سواء كان المكان المشرف عليه بيتاً أو ما يقوم مقامه في كثرة التردد عليه بالأهل كالبساتين مثلاً[2]، حيث جاء بالمدونة فيما يخص مسألة الرجل يفتح كوة في داره يطل منها على جاره: " قلت: فلو أن رجلاً بنى قصرا إلى جنب داري، ورفعها عليّ، وفتح فيها أبوابا وكوى، يشرف منها على عيالي وعلى داري، أيكون لي أن أمنعه في قول مالك؟، قال: نعم، يمنع من ذلك وكذلك بلغني عن مالك"[3].

هذا الرأي هو الذي اتجه إليه المشرع الجزائري في مسألة التكشف وانتهاك خصوصية الجار، معتمداً المسافات كقرينة إثبات إضافة إلى اتجاه البناء، بحيث إذا التزم الباني بترك هذه المسافات المحددة قانونا انتفى معها حق المتضرر في المطالبة برفع الضرر، وتترتب هذه المسافة حتى في حق من يريد إقامة بناء جديد[4]، بحيث نصت المادة 1/709 :" لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة مترين، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد فيه المطل أو من الحافة الخارجية للشرفة أو من النتؤ "، لكن ما يؤخذ على هذا النص أن مسافة المترين ليست دائما كفيلة بدفع الضرر، كأن تكون تقام البنايات على أرض وعرة، وهنا قد يُحْتاج لمسافة أكبر.

---

[1] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 101.

[2] – البرزلي، فتاوى البرزلي، ج 4، ص 363.

[3] – مالك بن انس، المدونة، ج 4، ص 475.

[4] – السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8 ، ص 783.

أمّا لو كان المطل منحرفاً بحيث لا يحدث التكشف إلا من مسافة تكاد توصف بالتلاصق، ويقصد بالمطل المنحرف: "هو الذي لا يستطاع الإطلال منه مباشرة على ملك الجار إلاّ بالالتفات يمينا أو شمالا"[1]، وهذا ما يعطي أهمية بالغة للبعد التخطيطي الذي نصّ عليه المشرع في المادة 710: "لا يجوز أن يكون لجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن ستين سنتمترا من حرف المطل، على أن هذا التحريم يبطل إذا كان هذا المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام".

الرأي الثاني– لا يمنع ضرر فتح الكوى: تقلد هذا الرأي بعض فقهاء الشافعية[2] وبعض الحنابلة[3] بحجة أنّه تصرف في خالص الملك، وأقره القاضي أبو إسحاق بن عبد الرفيع من المالكية إذا ما اقترن فتح الكوى بعامل السبق[4]، وأردف الشافعية أن الضرر يتمثل في الإشراف على خصوصيات الغير وهذا هو الواجب درؤه، وليس من فتح الكوى والمناور، حيث جاء في المجموع:" وحكم المشرفة الجواز إذا أمِن الإشراف على عورات المنازل، فإن لم يأمن لم يجبر على سده، بل يؤمر بعدم الإشراف"[5].

---

[1] – رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارئ، الوجيز في الملكية و الحقوق العينية التبعية، ص 70.

[2] – علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج 6 ، ص 394.

[3] – علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج 3، ص 212.

[4] – الونشريسي، المعيار، ج 8، ص 450.

[5] – محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربي السعودية، د ط، د سنة ط، ج 13، كتاب الصلح، ص 92.

الرأي الثالث– اعتبار ما يُطَّلع عليه من الكوى: ينبني هذا الرأي على فقه موازناتي بشكل كبير، بحيث لا هو أطلق العنان لحرية التصرف بالملك بفتح كوى الاطلاع، فيكون ذلك مدعاة لانتهاك الخصوصية، ولا هو تمسك بالدفاع عن الحق في الخصوصية بحيث يكون ذلك مانعاً ومقيداً لحق الملكية فيما يمنحه من سلطات، فاعتمد معيار المكان الذي يطمئن النّاس فيه إلى ممارسة خصوصياتهم مراعياً أعراف كل منطقة، لهذا يرى بعض فقهاء المالكية أن الاطلاع الناتج عن فتح الكوى في البيوت أو من السطوح والذي يقضى بمنعه، هو ذلك الذي يُتَكَشَفُ منه على الدُّور ومحل السكنى والمبيت والمقام ، أما ظهور البيوت وأسطحها فلا يمنع وهو جواب ابن الضابط من المالكية[1]، حتى لو مرّ على هذه الكوى مدة من الزمن دون مدة الحيازة كالخمس والأربع سنوات، وثبت باليمين بأن سكوت المتضرر من فتحها ما هو إلاّ لحسن الجوار دون ترك لحقه[2].

وقال آخرون بأن معيار منع إحداث كوى الاطلاع لا ينحصر في البناء فقط، بل يشمل كل ما يقوم مقامه في كرة التردد عليه بالعيال والأهل، ويأنس النّاس فيه إلى ممارسة خصوصياتهم، كالمشي مع عيالهم والأكل وقضاء الحوائج، ويضع ما أراد في موضعه دون أن يشعر بأنه يتحرز من أحد ولا يدري أن أحدً يراه[3] كالجنات مثلاً، هذا ما يستنتج ممّا جاء في فتاوى البرزلي: "الاطلاع من البنيان على الأصول ثلاثة أقسام: الدور لا خلاف في المنع من الاطلاع عليها، الفدادين والمزارع لا خلاف في إباحة البنيان الذي يطلع منه

[1] – الونشريسي، المعيار، ج 8، ص 449.
[2] – الونشريسي، المعيار، ج 9، ص 37.
[3] – الونشريسي، المعيار، ج 8، حكم فتح الكوى في البرج، ص 451.

عليها، الجنات مختلف فيها. و أُخبر بذلك عن ابن الطلاع، والكروم القريبة كالجنات لا سيما عندنا لكثرة تكرار أهلها بعيالهم عليها"[1].

المبحث الثالث: أحكام الأبنية المتلاصقة (الجدار المشترك)

لا يمكن التحدث عن ملكية خاصة مفرزة دون أن تتصور حدودها وما يفصلها عن ملكية الغير، أي ببيان معالم الحدود التي تفصلها عن الأملاك العقارية المجاورة لها، ولكنها تكون أكثر تفصيلاً في الأحكام إذا تعلق الأمر بالعقارات المبنية، لأنه لا يمكن الفصل بينها إلاّ ببناء الجُدر[2]، بحيث يمكن أن يكون هذا الحائط الفاصل بين ملكيتين عقاريتين مملوكاً لأحد الجارين دون الآخر ويسمى بالحائط الفاصل، ومن خلال الوضع المادي الموجود عليه فإن أقل منفعة للجار فيه هو استتار ملكه به، وبهذا يكون بمنزلة المشترك حكماً، أو أن يكون الجدار الفاصل مشتركا في ملكية العين والمنفعة فيكون الاشتراك حقيقة، وهذان النوعان لا يُتَصَوران فقط في حالة الجوار الأفقي فقط بل يتعداه إلى حالة الجوار الرأسي والذي يكون فيه الأسفل أساسا وقرار للذي يعلوه[3]، ليكون الجدار بهذا الوضع مشتركاً بين أكثر من شخصين بحسب مُلاك طبقات البناء، ولا يخضع في إنشائه للإرادة الاتفاقية للشركاء فيه أو الجيران، ونجد أن غالبية الباحثين في

[1] – البرزلي، فتاوى البرزلي، ج 4، ص 363.

[2] – و يرادفه مصطلح الحائط الذي يقام بمواد البناء المعروفة، رغم أن هذا الأخير (الحائط) قد يراد به معنى أوسع (من الإحاطة بالشيء)، كالبستان و الحديقة و غيرها من المعاني التي تتضح من سياق الكلام.

[3] – ننوه أن طريقة البناء العصرية لا تجعل منها أساسا أوليا لما فوقها بل تولي الأهمية البالغة للأعمدة والروابط.

الموضوع اتجهوا مباشرة إلى إيراد الأحكام والدعاوى المتعلقة به من فقهاء القانون[1] أو فقهاء الشريعة الإسلامية[2]، وأمّا ممن عرفه فقد قصره على حالة الجوار الأفقي دون الجوار الرأسي التي أدرجها فقهاء الشريعة الإسلامية ضمن مسائل أحكام المساطحة أو ملكية الطوابق والشقق أو أحكام العلو والسفل، ومن بين التعريفات الواردة: «الحائط المشترك هو الحائط الفاصل بين عقارين يملكه صاحباه على وجه الشيوع، وينشأ الحائط مشتركا إذا أقامه بين عقاريهما بالاتفاق، أو كان أحدهما قد أقامه ثم شارك فيه الآخر»[3].

لهذا إرتأينا تعريف الجدار أو الحائط المشترك بقولنا: «الحائط المشترك هو الجدار الفاصل بين عقارين مبنيين أو غير مبنيين، إن كان الجوار أفقيا، أو الجدار الذي يكون أساسا لما فوقه من ملك لشخص آخر في حالة الجوار الرأسي ويكون الاشتراك من حين نشأة الجدار، أو تبعا[4]»، و احترزنا في وضع هذا الحد بقولنا "**الجدار**" و لم نقل الحائط احترازا مما قد يندرج تحت مصطلح الحائط، و أمّا " **الفاصل بين عقارين مبنيين أو غير مبنيين**" : أي الغاية من وجود الجدار هو وضع حدود للملكية بالنسبة للعقارات في حال البناء، أو عدمه مثل الأراضي الفلاحية، و أيضاً " **أو أن يكون الجدار أساسا لما فوقه من ملك لشخص آخر في حالة الجوار الرأسي**" و هذه العبارة الأخيرة شاملة لكل أنواع الاشتراك في ملكية الجدار بما فيها أحكام المساطحة(أحكام العلو

---

[1] – مثل الأستاذ السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 989.

[2] – لم نجد لدى فقهاء الشريعة قديما وحديثاً ممن خص الحائط المشترك بتعريف خاص.

[3] – محمد طه بشير وَ غني سحنون طه، الحقوق العينية، ج1 ، ص135.

[4] – سبق و أن اعتمدنا هذا التعريف في مذكرة الماجيستر المعنونة بأحكام الحائط المشترك والمرافق المشتركة في المذهب المالكي والقانون المدني الجزائري، ص 33.

والسفل)، وأيضاً "**يكون الاشتراك من حين نشأة الجدار أو تبعا**" وفي العبارة توضيح لكيفية نشوء الاشتراك.

وبهذا فلا يُتَصور أن نكون بصدد حالة جدار مشترك سواء حقيقة أو حكما إلاَّ إذا تم إقامته على الحدود الفاصلة بين ملكيتين عقاريتين[1]، والتي يشترط أن تكون معلومة وهذا من باب حماية الملكية قضاءً وتوخياً للنزاعات المحتملة، لذلك خولها المشرع الجزائري للمالك حصراً في المادة 703 من القانون المدني: "لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما"، وأيّدها القضاء صدر قرار المحكمة العليا في ملف تحت رقم: 255172 صادر عن الغرفة العقارية تحت المبدأ: " دعوى وضع معالم الحدود مقررة قانونا لمالك العقار، ولا يجوز للحائز العرضي ممارستها"[2]، لكن السؤال المطروح هل من الضروري أن يكون تعيين معالم الحدود بإقامة جدار، و إذا أقامه أحد الجارين هل يمكن للجار أن يكون شريكاً فيه، وكيف يتم إثبات ملكيته في حال التداعي، وما الآثار المترتبة بعد ثبوت الاشتراك؟.

المطلب الأول: كيف يثبت الاشتراك؟

بعد تكيِيفنا للاشتراك بأنه حقيقة أو حكماً، ففي الحالة الاشتراك الحقيقي يخول كلا الجارين ملكية العين وحق الانتفاع، أمّا الاشتراك حكما فقد يخول حق الانتفاع به

[1] – الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، عدد الأجزاء 46، ط 2، 1404 هـ. 1983 م، طباعة ذات السلاسل الكويت، ج 16، ص219.

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

من قبل الجار وفق شروط سنورد تفاصلها لاحقاً، ومما يكون منطقيا في الاستدلال أن ممارسة السلطة على المال تقتضي ملكيته ما لم يتبين عكس ذلك، ولهذا سنبين قرينة الاشتراك ثم الاستثناء عليها.

الفرع الأول: قرينة الاشتراك في الجدار الفاصل

الاشتراك بملكية الجدار الفاصل رقبة وانتفاعاً في حالة الجوار الأفقي إمّا أن يكون أصالة أو تبعاً، ولا يمكن أن يكون ذلك إلاّ بناء على الإرادة الاتفاقية للجارين، ليثور إشكال مدى أحقية الاشتراك فيه إذا نشأ مختصاً وإثبات ملكيته في حال التداعي فيه، بعكس الاشتراك الذي تفرضه حالة الجوار الرأسي بتكييفه من أنواع الشيوع الجبري الذي يتطلب أحكاماً تتماشى والملكية المشتركة في العقارات المبنية.

إذْ الأصل في الملكية أن تكون متميزة مفرزة، غير أنّه بالنّظر إلى بعض الأوضاع المادية يحدث العكس فيكون الاشتراك في الملكية أصلاً ويستثنى منه الملكية المفرزة، وهذا الذي يُجَليه الجدار متى كان فاصلا بين بنائين، فذلك قرينة بأنه مملوك ملكيةً مشتركة بين الجارين ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، وهو المعمول به لدى فقهاء الشريعة الإسلامية فيما نزل من نوازل زمانهم بشأن التداعي في الجدار الفاصل، بحيث أعملوا هذا المبدأ في فتاويهم، وأسّس القضاة به أحكامهم قبل سائر القرائن التي تفيد الاختصاص بملكية الجدار الفاصل[1]، كما أنَّ ذات القرينة أخذ بها القانون المدني الجزائري في نص المادة 707 من القانون المدني الجزائري: "يعد الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلا

[1] – سنوردها بأكثر تفصيل في مسألة التداعي في الجدار.

بين بنائين مشتركا حتى مفرقهما، هذا ما لم يقم الدليل على عكس ذلك "، ويلاحظ أن المشرع وضع لقرنية الاشتراك شرطين هما[1]:

- أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين متلاصقين، أي أن هذه القرينة لا تقوم هي حال وجود حائط فاصل بين عقارين غير مبنيين.
- أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه.

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

الفرع الثاني: هل يمكن أن يكون اشتراك تبعي خارج حدود الإرادة العقدية؟

الأصل أنّه لا يمكن إجبار شخص على معاملة ما، باعتبار ذلك انتقاصا من إرادته، وإقامة جدار مشترك راجع إلى توافق إرادة الجارين، وأقرَّ المشرع الجزائري ذلك بعدم إلزام المالك إشراك جاره في ملكية الجدار الفاصل، بل يعتبر ذلك تعديا على حق الملكية، ولم يرد في القانون المدني الجزائري ما ينص على ذلك، مما يقتضي جوازية الاشتراك بموجب الإرادة المشتركة للجارين، غير أن لفقهاء المالكية رأياً آخر تأسى به التقنين الفرنسي لكن سرعان ما عدل عنه، حيث جاء في المعيار تفصيل في مسألة

[1] – السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج 8 . ص 991.

الإجبار سنحاول استقراءه من نازلة لصاحب المعيار في هذا الشأن[1]:" فيمن أراد أن يبني داراً في عرصة تلاصق داراً لغيره.

و سئل أبوبكر بن وافد عن رجل له دار ولرجل من جيرانه مما يلاصقه عرصته فأراد أن يبني فيها ويضم داره إلى دار الرجل فأبى عليه وقال انك لا تضم حائطك إلى داري وأراد أن يترك بينه وبينه شيئاً من أرض فهل له ذلك أم لا؟، و مع ذلك أنه يقول لحائطي بناء ولا بينة له بذلك.

فأجاب: إن لم يكن للحائط أكلب خارجة إلى العرصة التي يريد صاحبها أن يبنيها ولا كان ما يحدث من البنيان في غاية بناء له يضرّ بجاره في حائطه ومسقط مائه فله البنيان ان شاء الله"، من خلال جواب هذه النازلة نستنتج أن إشراك الجار في الجدار الفاصل مقيد بضوابط وهي:

- أن لا يتعسف صاحب الحائط بمنعه لجاره من الاشتراك في الحائط، وذلك بأن يكون في غنىً عنه وليست له مصلحة جدية في المنع.

- أن لا تلحق مضرة بالجدار الفاصل كزيادة عبء لا يتحمله للحائط، ولا يلحق الجار ضرر بيِّن من جراء الوضع المادي الجديد للجدار.

- أن يكون للجـار مسوغ مقبول في أن يكون شريكا في الانتفاع بالجدار.

[1] - الونشريسي، المعيار، ج 09، ص 40.

وساير المشرع الفرنسي هذا الرأي بإعطائه الحق في طلب الاشتراك في الجدار المملوك للجار، ويقضى بإلزام الجار إشراكه معه، وهو ما نص عليه في المادة 221 : " كل مالك متصل ملكه بحائط له أيضا الحق في أن يجعل الحائط مشتركا كله أو بعضه ، إذا دفع إلى صاحب الحائط نصف قيمته، أو نصف قيمة الجزء الذي يريد أن يجعله مشتركا، ونصف قيمة الأرض المبني عليها هذا الحائط"[1]، ولعل المشرع الفرنسي في صياغته لهذه المادة عمل على مراعاة المصلحة العامة للجيران، والظاهر أنها مصلحة مرجوحة إذا ما قورنت بالضرر اللاحق بالمالك الأول الجدار، لكن المشرع الفرنسي سرعان ما استدرك في تعديل آخر في المادة 38/ 59: " ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه، ولا أن يعطيه جزءا من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط المذكور "[2]، ونجد أن هذه المادة متطابقة مع ما جاء في كتاب مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان الخاص بالمعاملات الشرعية على مذهب الأحناف، في المادة 69:" لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ، ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط "[3].

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

[2] – المرجع السابق، ج 01 ، ص 428 .

[3] – محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ملائما لعرف الديار المصرية وسائر الإسلامية ، ص 13 .

الفرع الثالث: التداعي في الجدار

بما أن توسط الجدار لمبنيين وفصله بينهما قرينة على الاشتراك، فإن الاستدلال بعكس ذلك يحتاج إلى بينة في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، وتعد مسألة إثبات الملكية هنا أمراً فنياً بالدّرجة الأولى، يلزم البث فيها الاستعانة بأهل الخبرة في البناء، حسب ما تقتضيه العادة والعرف كأصل يرجع إليه ما لم يخالف الشرع، لقوله تعالى: "خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ " الأعراف199، والعرف أن يأتي الرجل في جداره المملوك له بمقتضى ملكية البناء، محصورة عند الفقهاء في ستة أشياء هي العقود [1] ويبدوا أنها و القمط شيء واحد[2]، والباب يكون في الجدار، وغرز الخشب، والكوة، والبناء أعلى الحائط، ووجه البناء[3]، وسنبين حجية كل منها في الاستدلال بملكية الجدار الفاصل لأنها ليست على درجة واحدة في الحجية عند فقهاء الشريعة الإسلامية وكيفية تنظيمها من قِبل المشرع الجزائري.

---

[1] – العقود ويقصد بها الاتصال بين الجدر الذي يكون من أول البناء

– أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني، ج 02 ، ص 387.

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

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

– علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة ، عدد الأجزاء 02 ، ج 2 ، ص564 .

الفقرة الأولى: القرينة الرئيسية (العقود أو القمط)

العقود وهو تناكح الأحجار في بعضها، أو تداخل بعض البناء في بعضه[1]، وهي الاتصال الذي يحدث من أول البناء، و **القمط** ما تشد به الأجصاص وتوثق[2].

والعقود غالبا ما نتصورها في الحالة التي يكون فيها الجدار فاصل بين عقارين مبنيين، وتعتبر الأصل الذي يلجأ إليه قبل سائر القرائن[3]، وهو الذي اتفق فيه بين جميع فقهاء المذاهب الأربعة، بدليل ما جاء في أقضية رسول الله، حيث أن رجلان من اليمامة اختصما في حائط، فبعث حذيفة بن اليمان يقضي بينهم فقضي للذي يليه القمط فرجع إلى رسول الله . صلى الله عليه وسلم . فأجبره الخبر فقال "أحسنت "[4]، وقال صاحب التحفة : **و إن تداعيـاه فالقضـاء لمـن إلية العقـود و البنـاء.**

لكن هل يكتفى بوجود هذه القرينة مع اعتبار حالة الاشتراك الحادث تبعاً أم يضاف إليها ما يدعم حجيتها من اليمين وعدد معاقد الاتصال؟.

---

[1] – سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء و الحكام، ص 182.

[2] – محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف ، ج1، ص 312.

[3] – أبي زيد القيرواني، الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني ، ج 02 ، ص 386 .
– القرافي، الذخيرة ، ج 11 ، ص 28 .
– المرجي الثقفي، الحيطان، باب الاتصال في بناء الحائط، ص 49.
– محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين و عمدة المفتين، ص 263.
– منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج 3، ص 122.

[4] – أبو عبد الله محمد بن فرح المالكي القرطبي، أقضية رسول الله . صلى الله عليه و سلم .، ص 104.
– أبي عبد الله مالك بن أنس إمام دار الهجرة، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 2، ص 179.

أولا– هل تلزم اليمين مع وجود قرينة العقود والقمط؟: الأصل أن المسائل المعاملاتية تبنى على الدليل والحجة الملموسة ماديا، لا الالتجاء مباشرة إلى الوازع الديني الأخلاقي، مصداقاً لقوله ـ صلى الله عليه و سلم ـ: "حديث شاهداك أو يمينه ليس له إلا ذلك"[1]؟، ونتيجة ذلك تجاذب المسألة رأيان فقهيان.

القول الأول: تلزم اليمين مع العقد، هو قول أشهب من المالكية[2] والشافعية[3]، لكون العقد عوض شاهد واحد[4]، وعند تكافؤ البيِّنات.

القول الثاني: لا تلزم اليمين لأن النبي ـ صلى الله عليه و سلم ـ قضى بالحائط لمن إليه عقده دون يمين، وهو قول جمهور المالكية[5]، والأحناف خاصة إذا كان الاتصال اتصال تربيع [6]، و كذلك الحنابلة في حال انعدام البينة الداحضة لادعاء الخصم[7].

---

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

[2] – أبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، ج 08 ، ص 140.

[3] – الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، كتاب التفليس، فصل التزاحم على الحقوق المشتركة، ص 240.

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

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

– علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة ، ج 02 ، ص 564.

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

[5] – ابن الرامي البناء ، الإعلان بنوازل الأحكام ، ص 37.

[6] – المرجي الثقفي، الحيطان، باب الاتصال في بناء الحائط، ص 49.

[7] – ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 7، كتاب الصلح ، 40.

ثانياً– هل يلتفت إلى عدد معاقد الاتصال بالبناء؟: تسليماً بالاعتداد ببينة الاتصال الذي يكون من أول البناء كدليل على الاشتراك، فكيف لمن يدعي أنه شريك في الجدار تبعاً، بأن صالح جاره الذي بناه أولا بعوض أو بغير عوض ؟، وأحياناً يمكن وجودها من جهة كلا الجارين، مع تباين أو تساوٍ في عددها، وبالتالي يُحتِم اِدعاء الاشتراك بإقامة البينة؛ فهل يعتد بعدد المعاقد التي تصل الجدار بالبناء؟، وأفرز التساؤل رأيان في المسألة:

الرأي الأول: أصل هذا الرأي يتجلى حديث أبي موسى: "أن رجلين اختصما إلى رسول الله ـ صلى الله عليه و سلم ـ في دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها بينهما نصفين "[1]، بمعنى أن الحق الذي يدعيه اثنان بدون بينة، ولا يمكن أن يكون إلا مملوكا لأحدهما أو كلاهما فهو بينهما، وهذا الذي اعتمده الفقهاء إثبات ملكية الجدار الفاصل بقرينة الاتصال ومعاقد القمط.

فذهب فقهاء المالكية إلى أنّه لا يلتفت إلى عدد العقود والقمط، و إنما يكفي أن تكون من جهة كل من الجارين ليحكم فيه بينهما مع يمين كل منهما، فإن حلفا جميعا فهو بينهما نصفين، أمّا إذا حلف أحدهما ونكل الآخر فهو للحالف[2]، وهذا الذي وافقهم فيه فقهاء الشافعية بحيث لم يوردوا محلاً لعدد العقد في الاستدلال لمن تؤول إليه ملكية الجدار[3] ، وكذلك الحنابلة في استدلالهم على أن مجرد الاتصال الذي يحدث من

---

[1] . محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج 08 ،كتاب الدعاوى و البينات، ص 673. قال عنه المؤلف هو مرسل، رواه الخمسة إلا الترمذي.

[2] . ابن الرامي البناء، الإعلان بنوازل الأحكام ، ص 38.

[3] – أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 2، ص 459.

أول البناء حجة على الاشتراك[1]، وأيضا فقهاء الأحناف حيث قال صاحب الحاشية: "والحائط تارة يثبت بالبينة و البرهان و تارة بغيرهما ... ، وأما ما يثبت بغيرهما فقال في المنتقى: الأيدي في الحائط ثلاث مراتب، إتصال تربيع، واتصال ملازقة ومجاورة، ووضع جذوع ومحاذاة ، فأولاهم صاحب التربيع، فإن لم يوجد فصاحب الجذوع ، فإن لم يوجد فصاحب اتصال الملازقة.

بيانه حائط بين دارين يدعيانه : وإن كان متصلا ببناء أحدهما دون الأخر فصاحب الاتصال أولى ، وإن كان متصلا ببنائهما اتصال تربيع أو ملازقة فهو بينهما، وأن كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر اتصال ملازقة فهو لصاحب التربيع "[2].

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

وخلاصة الأمر المجمع عليه من هذه الأقوال، هو أن هذه المسألة تحتاج للبت فيها أن يستعان بمن لهم خبرة في الاختصاص من أهل البصر، وكما سبق وقلنا أن إدعاء

---

[1] – ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 7، كتاب الصلح ، ص 40.

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

[3] – ابي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات ، ج 09 ، ص 51.

[4] – الونشريسي، المعيار، ج 09 ، ص 37.

الحق يقتضي البينة، استنادا إلى الحديث السالف الذكر وفي حال ادعاء حق من مدعيين، فلا يعدو هذا الحق أن يكون لأحدهما أو لكلاهما.

الفقرة الثانية: القرائن الثانوية

تسمى بمرافق الجدار، ويقصد بها كل الاستعمالات و الارتفاقات التي يمكن للجارين الانتفاع بها، والتي يمكن إحداثها كتصرفات مادية عرضية قد تكون بعد تمام بناء الجدار، من غرز للخشب وفتح للكوى، والأبواب، والبناء أعلى الحائط، ويضاف إليها وجه البناء، مع العلم أنّها ليست على درجة واحدة من الحجية لإثبات الملكية ولا يمكن أن ترقى في الإثبات إلى درجة العقود، بل لا تعتمد كدليل إثبات إلاّ في غيابها، لأنه قد يأتيها المالك في ملكه كما يأتيها الجار في جدار جاره الملاصق له، استناداً إلى إقرار النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لحذيفة بن اليمان في الحديث السالف الذكر، فإذا كانت هذه المرافق كلها أو بعضها من جهة أحد المدعيين ، وليس هناك أي منها للآخر فالجدار لصاحب المرافق لكونها بمثابة وضع اليد[1] ، أما الخلاف إن وجدت من جهتي الجارين، فكان الاعتداء بها كقرائن للإثبات عند وجودها جميعاً أو بعض منها حصراً عند فقهاء المالكية و الأحناف[2] في كل منها.

[1] – ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 7، كتاب الصلح ، ص 41.

– ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان (وهو قول ابن القاسم و ابن شعبان ، و سحنون من المالكية)، ص 40.

[2] – أحمد محمد سعيد السعدي، أحكام العمران في الفقه الإسلامي، ص 437.

أولاً- غرز الخشب: الخشب في الحائط على كيفيتين؛ خشب يستعمل للعقد وخشب يوضع أعلى الحائط بغرض التسقيف، فأمّا المعقودة بعقد البناء فتأخذ حكم العقود في كل ما يوجب ملك الحائط [1]، وأّما الخشب الذي يكون غرضه التسقيف، فهو أمر عارض كما يكون من أول البناء يمكن أن يكون بعده، كما يمكن أن تكون بالسرقة والهبة وبندب الارتفاق بها للجار على قول مطرف و ابن الماجشون [2] ، لذلك لا يحتج بها لإثبات ملكية الحائط، ولكن يقضى بها كارتفاق مقرر للجار عند فقهاء المالكية[3]، والأحناف[4] أو كقيد من قيود الملكية العقارية استنادا إلى مبدأ حسن الجوار أو منع التعسف في استعمال الحق، بينما تثبت به ملكية الحائط عند ابن القاسم[5] إذا كان من جهة واحدة، فلو كانت من جهتي الجارين فهو لهما نصفين[6]، دون أن يلتفت إلى العدد[7]، وهذا منتهى الاستدلال بالقرائن على ملكية الجدار الفاصل بين مبنيين عند

---

[1] – ابي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات ، ج 09 ، ص 52.

– ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 7، كتاب الصلح ، ص 42.

[2] – علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 02 ، ص 565 .

[3] – ابي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات ، ج 09 ، ص 52.

[4] – المرجي الثقفي، الحيطان ، ص 49.

[5]– ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان ، ص 41.

[6] - القرافي، الذخيرة، ج 06 ، ص 181 .

– علاء الدين السمرقدي، تحفة الفقهاء، ج3، باب الشركة، ص 191.

[7] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات ، ج 09 ، ص 51 .

– القرافي، الذخيرة ، ج 06 ، ص 181 .

الأحناف[1]، غير أن لابن الرامي تفصيلا دقيقا في المسألة ولعل ذلك راجع إلى خبرته في مجال البناء ، حيث قال: "و الخشب عندنا تختلف:

– فمنها ما يكون وضعها مبنية موضوعة على الحائط وضعا ليس يحفر لها وتزرق، وإذا كانت الخشب في الحائط على هذه الصورة كان الحائط لمن له عليه الخشب.

– وإن كانت الخشب غير موصولة في الحائط، وإنما وضعها بعد ثبت الحائط وثقب في الحائط وجعلت في الأثقاب فعلى هذا لا توجب ملكاً، وتكون كما روى ابن حبيب عن مطرف "[2].

ثانياً ـ الكوى و الأبواب: بقية القرائن تفرد في الاحتجاج بها فقط فقهاء المذهب المالكي، وكما هو الحال في جل القرائن ينبغي التمييز بين ما هو أصلي يكون من أول البناء وما هو عرضي محدث، والكوة التي تكون من أول البناء مع بناء الحائط، هي التي يعتد بها لإثبات ملكية الحائط، و إن كانت محدثة فهي تحتاج إلى نظر من عرفاء

[1] – المرجي الثقفي، الحيطان، باب الاتصال في بناء الحائط، ص 55.

– الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج 3، ص 107.

[2] – ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان ، ص 41.

البنيان[1]، أما المحدثة بعد البناء مثل كوى الضوء المنفردة والمنقوبة فلا دليل فيها على ملكية الجدار وهذا قول سحنون [2].

وكذلك يعتد بالباب في غياب القرائن التي سبق ذكرها، فيؤول الحائط عند ادعائه هنا لمن حاز الباب بالغلق، وهو قول ابن القاسم وسحنون وأشهب وابن نافع[3]، وإن كان له غلقان يلي كل واحد منهما غلقا ، فهو بينهما نصفان [4].

ثالثاً ـ وجه البناء: نظراً لضعف هذه القرينة فقد تذيلت الترتيب بعد سائر القرائن، وفوق ذلك تباينت الآراء في كون وجه البناء حجة أم لا، لأنها تتأسس على المادة التي يُصنع منها الجدار، وحالة اليسر والإقتار بالنسبة للمدعيين، حيث قال سحنون :"إذا كان حائط بين داري رجلين ووجه البناء لأحدهما وإلى الآخر ظهر البناء وليس لأحد منهما من العقد شيء فهو بينهما نصفان "[5]، ويدل ذلك أنه لا عِبرة بوجه الحائط حسب رأيه، ويرى ابن شاس واللّخمي أن الحائط لمن إليه وجه البناء [6].

---

[1] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات ، ج 09 ، ص 52.
– القرافي، الذخيرة ،ج 06 ، ص 181 .

[2] – ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان ، ص 41 ، نقلا من كتاب الإقرار لابن سحنون .

[3] – ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان ، ص 41.

[4] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11 ، ص 100.

[5] – المصدر نفسه، ج 11 ، ص 100.
– لأبي الوليد بن رشد القرطبي ، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبة، ج 09 ، ص 221 .

[6] – أبن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان ، ص 45 .

رابعاً . السترة أعلى الجدار: تبقي السترة أعلى الجدار آخر القرائن حجة على ملكيته، وكون الادعاء فيها لا يختلف عن الادعاء في الجدار، فلو تضمنها الادعاء لوحدها فيسدل لإثبات ملكيها بالقرائن التي يستدل بها في الجدار، أو أن تدعى مع الجدار كواحد من أشكال الانتفاع بالجدار.

أما حالة النزاع بشأن ملكية الجدار الفاصل بين مبنيين عند المشرع الجزائري فقد تكفل بالتصدي لها ابتداءً من خلال إلزامية رخصة البناء، المتضمن الملف التقني الذي يحوي مخطط البناء فيبن الأجزاء التي يتضمنها البناء أضف إلى ذلك ما يتطلبه أنماط البناء الحديث من المتانة وغلاء التكاليف خاصة بالنسبة لوسائل الاتصال بين الجدر من الاسمنت المسلح وما يحتوى عليه ممّا يجعل البناء كتلة واحدة ولا يُعتمد على الجدران كأساسات أو كمكون رئيسي لهيكل البناء، وبالتالي فإن قرائن من تؤول إليه الملكية ليست بالأمر العسير على عرفاء البنيان، وهذا الذي لم نصادفه خلال عملية البحث عن تطبيقات قضائية في قرارات المحكمة العليا، المتعلقة بالتنازع في ملكية الجدار الفاصل وذلك لعدم بلوغها هذه الدرجة من القضاء أولاً، أو لإمكانية الفصل خارج أسوار القضاء.

المطلب الثاني: أثر التلاصق في الأبنية

لتلاصق الأبنية آثار متباينة بالنّظر لطبيعة الملكية في الأجزاء المتلاصقة في حالة التجاور الأفقي (الجدار المشترك أو الفاصل)، فتارة يفرضها سلطان الحق في حال كان الجدار الفاصل مشتركاً أصالة أو تبعاً، أما لو كان الجدار مختصاً فإن الانتفاع به من قبل الجار يكون أساسه الإذن المسبق الذي تفرضه قدسية علاقة الجوار، وتسري هذه

الأحكام في إنشائه ابتداءً كالانتفاع به على الوجه المشروع، أو التصرف فيه مادياً كهدمه لإعادة بنائه إلى غاية قسمته.

الفرع الأولى: أحكام الانتفاع بالأجزاء المتلاصقة (الجدار)

تتباين صور الانتفاع بين كونه مملوكا ملكية خاصة أو ملكية مشتركة، لأحقية الانتفاع بالعين على وجه يريده المالك ما لم يخالف القواعد العامة لسلطان الحق وما لم يكن في ذلك ضرر بالغير، وهذا ديدن إقرار حرية الملكية الخاصة أصلاً، ولذا نعالج كيفية الانتفاع بالجدار في كل من حالة الاختصاص و الاشتراك.

الفقرة الأولى: حالة الاشتراك

يعد الانتفاع حقاً مقررا للمالك بمقتضى صفته كمالك، غير مقيد إلا بما تقتضيه المصلحة العامة من غير إضرار بالجيران، حيث جاء نص مجلة الأحكام العدلية في المادة 1192: " كلّ يتصرف في ملكه كيفما شاء، لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال ... "[1]، وتعلق حق الغير بالبناء يتجلى إما في المصلحة العامة التي تتجلى في قوانين التهيئة والتعمير والانصياع لمخططاتها التوجيهية، حسب ما تقتضيه رخصة البناء التي تمنحها السلطات المختصة، والمكيفة فقها من باب السياسة الشرعية لمصلحة عامة المسلمين، وقد يتقيد الانتفاع بعدم الإضرار بالجار أو الشريك في ملكيته ضررا بيناً ويضمن بقاء الجدار قائما بين الشريكين كعين منتفع بها على الوجه

[1] – علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الحكام، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط خاصة، 1423هـ/2003 م، ج3، كتاب الشركات، باب بيان المسائل المتعلقة بالحيطان و الجدران، ص 201.

المشروع، والذي كرسه فقهاء الشريعة الإسلامية من خلال قيدين وهما إذن الشركاء لبعضهم في الانتفاع عند فقهاء الحنابلة [1] والشافعية[2]، وأيضا عدم المضارة [3]، كأن يستقل بالانتفاع به دون الآخر[4]، أو أن ينتهك خصوصية جاره بفتح كوة مشرفة أو طاق أو باب ونحو ذلك[5]، وهذا الذي أقره المشرع الجزائري في نص المادة 704 القانون المدني بعدم تجاوز الحد المسموح به في الانتفاع، بما يجعل الجدار آيلاً للوهن والسقوط حسب: "لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أُعد له وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته"، وما يؤخذ على النّص أنّه عطف حمل العوارض على الاستعمال في عمومه من الناحية اللغوية[6]، وكان الأحرى به أن يسوقه على سبيل المثال.

---

[1] - بن قدامة المقدسي، المغني، ج 7، ص 34.

[2] – محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين وعمدة المفتين، فصل التزاحم في الحقوق المشتركة، ص 262.

[3] – خليل بن إسحاق الجندي المالكي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ج 06، ص 371.

– فخر الدين الحسن بن منصور الاوزجندي الفرعاني قاي خان، الفتاوى الخانية، دون تحقيق، مجلد 3، باب الحيطان والطرق ومجاري الماء، ص 238.

[4] – يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 3، كتاب الصلح، باب التزاحم في الحقوق، ص 438.

[5] – ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان، ص 78 .

– ابن قدامة المقدسي، المغني ، ج 7، ص 45.

– ابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 8، كتاب القضاء، ص 147.

[6] – تضمنت الصياغة اللغوية عطف العام على الخاص.

ونشير أنَّ كل أوجه الانتفاع تخضع لهذه الشروط، وهذا الذي كرسه القضاء في اجتهاده وبهذا صدر قرار المحكمة العليا رقم: 338735 بتاريخ 15/ 5/ 2006 م الذي كان مرجعه للمادة 704 من القانون المدني، بمبدأ:" لا يجوز لمالك الحائط المشترك إحداث فتحات فيه أو الانتقاص من علوه أو سمكه أو القيام بأي عمل يمس بمتانته"[1]، وتجدر الإشارة أن بعض التصرفات المادية بالجدار من تكون ذات مآلات غير متوقعة قد يتوجس منها الجاران خيفة بالنظر إلى تكلفتها كالتعلية التي تتطلب أحكاماً خاصة سواء تمت مباشرة فوق الجدار القائم، أو أن تستلزم إعادة بنائه من جديد، والتي يلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يولوها بكثير من الاهتمام بالنّظر إلى نمط البناء العمراني السائد في زمنهم، بعكس المشرع الجزائري الذي أسهب في تفصيل مسألة التعلية بالنظر إلى مستلزمات البناء في العصر الحالي، ومكانة الأرض التي تقام عليها هذه الأبنية في السوق العقارية وتجاوزها حدود المشاحة المعقولة في الطلب.

أولاً: التعلية دون إعادة بنائه

إن جدية المصلحة شرط في أَيَّ تصرف بالحائط المشترك من أحد الشركاء، وهي القاعدة العامة بالنسبة للتصرف بشكل عام، وإلا عُدَّ من قبيل العبث أو التعسف مع أخذ معايير التعسف بعين الاعتبار، ويشترط أيضاً أن لا يكون الضرر اللاحق بالجار ضررا بليغا كأن يكون بناء الجار مستندا على هذا الجدار، دون جبر الجار بتحمل نفقات التعلية الذي قد يكون تكليفا بما لا يطاق، وهذا الذي يمكن أن نستسقيه من غاية

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

الشريعة الغراء، فيكون على صاحب المصلحة القيام بالأعمال اللازمة لجعل الجدار يتحمل الجزء المعلى دون فقدان أي شيء من متانة الجدار، هذا في حالة كان الجدار صالحا وقادر على تحمل التعلية ويشهد بذلك أهل البصر[1]، حيث قال الشافعية بعدم إجبار الشريك على العمارة[2] ويُقاس عليه التعلية كإحدى صورها، واشترط الحنابلة[3] والمالكية[4] الإذن من الجار، واشترط الأحناف أن لا يكون في ذلك ضرر بالجدار نفسه أو الشريك في ملكية الجدار[5]، وهذا الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 1/705 : "للمالك إذا كانت له مصلحة جدية 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 قادرا على حمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من متانته"، وبهذا يمكن القول بأن شروط تعلية الجدار المشترك هي:

- أن تخضع التعلية للإرادة المشتركة للشركاء، دون جبر من لا يريدها عليها.
- أن لا يكون في التعلية ضرر بالجدار أو الشريك.
- أن يتخذ من الإجراءات المستلزمة للتعلية كل شروطها.

---

[1] – سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، ص 183.

[2] – يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين وعمدة المفتين، فصل التزاحم في الحقوق المشتركة، ص 262.

[3] – ابن قدامة المقدسي، المغني ، ج 7، ص 34.

[4] – خليل بن إسحاق الجندي المالكي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ج 06، ص 371.

[5] – ابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 8، كتاب القضاء، ص 147.

– يكون الجزء المعلى من نصيب الباني، ولا يلغي حق الشريك في الجزء الأصلي من الحائط.

ثانياً: استلزام التعلية لإعادة بناء الجدار

إذا كان الجدار غير قادر على حمل التعلية، ويتطلب ذلك إعادة بنائه من جديد، فهنا نكون بصدد فرضين، الأول يكون بتراضي الجارين على إعادة البناء، وهذا لا يثير أي إشكال لا من الناحية الفقهية ولا من الناحية القانونية، أمّا الفرض الثاني فيريد أحد الشريكين إعادة بنائه ويأبى الآخر ولا يمكن حمله على هذا التصرف وبالمقابل لا يمكن حرمانه حقه الانتفاع بالجدار المشترك، فهذه المسألة في الفقه الإسلامي يمكن أن تُعاز إلى التصرف في الجدار المشترك في عمومه، والتي لم نجد لها تفصلاً إلاّ في الأحكام العامة للعمارة والتي تفرد بها فقهاء المالكية حيث قال صاحب التحفة:

فأن يكن مشتركا فمن هدم دون ضرورة بناءه التزم

بمعنى أن من أراد هدم الجدار دون ضرورة توجب ذلك لزمه إعادته على الحال التي كان عليها عند فقهاء المالكية[1]، وهذا ضمن القواعد العامة للضمان بحق من أتلف مال غيره، ويُلْحق بحالة عدم الضرورة أن تكون المصلحة في الهدم لإعادة التعلية لأحد الجارين دون الآخر، أمّا الحنابلة فيرون بجبر الشريك على العمارة، لأن في ذلك ضررا على من

[1] – التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 2، ص 562.

يريد إعادة البناء بمجاورة الآبي له[1]، بينما يجيزه فقهاء الشافعية على أن يكون الجزء المُعلى في نصيب من تفرد بالعمارة[2]

أما المشرع الجزائري جعل نفقات الهدم وإعادة البناء كلها على عاتق الشريك الذي أراد ذلك، ولو دعت الحاجة إلى زيادة سمك الجدار فإنها ستكون في أرضه لأنه أدعى حاجة إلى الانتفاع بالجدار، فيكون ذلك في حدود ملكيته إلا إذا تعذرت هذه الزيادة بأن تكون كذلك فيمكن أن تكون من أرض الشريك في حدود الاستطاعة، فإذا تمت التعلية فإن الجزء المعلى سيكون ملكا خالصا لمن قام بها، بينما سيبقى الجزء غير المعلى من الجدار ملكا مشتركا بينهما من غير أن يكون له الحق في المطالبة بالتعويض عما زاد في قيمة الجدار من تقويته وإعادة بنائه (المادة 705/ 2)، كما أعطى المشرع الحق للجار الذي لم يساهم في التعلية فقط أو إعادة البناء مع التعلية، بأن يصبح شريكا في الجزء المعلى شرط أن يدفع نصف نفقات التعلية أو إعادة البناء من أسفل مع دفع قيمة الأرض التي وقعت فيها زيادة السمك إن وجدت[3]، ويمكن أن يتقرر هذا الاشتراك في الجزء المُعلى عن طريق القضاء[4]، لأنه أصل مرتبط بالاشتراك في أسفله.

---

[1] – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج 3، ص 121.

[2] – محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين وعمدة المفتين، فصل التزاحم في الحقوق المشتركة، ص 263.

[3] . المادة 706 ، القانون المدني الجزائري.

[4] – محمد طه البشير و غني سحنون طه، الحقوق العينية الأصلية، ص 138 .

الفقرة الثانية: الانتفاع بالجدار الفاصل

الانتفاع الجدار المشترك حكما (الجدار الفاصل) إمّا أن يكون من مالك الجدار رقبة، أو من الجار المُخَول له حق الارتفاق به فقط، فالانتفاع مقرر لمالك الرقبة بمقتضى إباحة التصرف في الملك استناداً لقدسية الحق، حيث أن لمالك العقار الانتفاع به مطلقا، ولا يتقيد الانتفاع إلاّ للضرورة ملحة، كحالة الضرر البين بالغير تعديا أو تعسفا أو إهمالاً[1] في الحال أو المآل[2]، وذلك لرجحان مصلحة تقررت لجاره لقوله صلى الله عليه وسلم:" لا ضرر و لا ضرار".

أمّا انتفاع الجار بجدار جاره اللصيق مستند إلى حق الارتفاق، وأصله حديث أبي هُرَيْرَة رَضي اللهُ عَنهُ أَن النَّبِي – صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسلم – قَالَ: «لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَة عَلَى جِدَاره.» قَالَ: فَنَكس الْقَوْم. فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَة:« مَا لي أَرَاكُم عَنْهَا معرضين ؟، وَالله لَأَرْمِيَنَهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ"[3]، أَي: لأرميَّن هَذِه السّنة بَين أظْهركُم، وتفسير الحث بتمكين الجار جاره من غرز خشبه في جداره نجده يتأرجح بين الندب الذي أُبتدأ به الحديث والوجوب الذي حرص أبو هريرة –رضي الله عنه– على تقريره، وهذا الذي كان محل خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية، و سايره المشرع الجزائري في التقنين المدني.

---

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

[2] – التسولي، البهجة في شرح التحفة ، ج 02 ، ص 555.

[3] – صحيح لبخاري، ج 2 ، رقم الحديث :6613 ، ص 195.

– موطأ الإمام مالك،كتاب الأقضية ، ص 529.

أولاً– ندب الانتفاع: تقلد جمهور المالكية[1] ومتأخري الشافعية[2] ندب انتفاع الجار بالجدار الفاصل المملوك لجاره من باب حسن الجوار، لأن للجار حق وراء حق الأخوة في الإسلام يثبت له بالمجاورة، كما دلّ عليها القرآن والسنة النبوية في معرض الوصية بالجار في ديننا الحنيف، ما لم يكن ذلك ذريعة لانتهاك حق الملكية، ولهذا حُمِل حديث غرز الخشب في جدار الجار على الندب لا على الوجوب، وخرجوا الأمر في نص الحديث من باب الوصية بالجار والإحسان إليه، وأيضا من باب العرف والعادة، لأن أبي هريرة أقسم بأن تَسْتَتِبَ هذه السنة بين الصحابة، بقوله: "مالي أراكم عنها معرضين؟، والله لأرمين بها بين أكتافكم "، وذلك لإعراض النّاس عنها، وهم القوم الذين عايشوا النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ، خاصة أن الجدار مالٌ خاص للجار، ولا يحل أخذ شيء منه إلا بطيب نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم: " لَيْسَ فِي المالِ حَقٌ سِوَى الزَّكَاة" رواه البيهقي[3]، وهذا الأصل الذي مقاس لكل أوجه الانتفاع، لهذا ذهب أغلب الفقهاء إلى أن الحكم بغرز الخشب في جدار الجار واجب ديانة لا قضاءً، هذا النوع من الانتفاع هو الوحيد الذي يندب فيه انتفاع الجار بجدار جاره، وهو الرأي المختار لجمهور المالكية حيث رُوِيَ عن ابن نافع وأشهب فيما روي عن مالك: " ... إن ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم على الوصية بالجار والترغيب في ذلك ولا يقضى به، وقد كان بن المطلب يقضي به عندنا، وما أراه إلا دلالة على المعروف وإني لفي شك منه، وقال عنه ابن

---

[1] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات على ما في المدونة، ج 11 ، ص 53 . 54 .

[2] – يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين وعمدة المفتين، فصل التزاحم في الحقوق المشتركة، ص 261.

[3] – أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج 04، كتاب الزكاة، رقم الحديث 7242، ص 141
– محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ج 08، ص 177.

القاسم: لا يقضى به وإنما هو على المعروف" [1]، ونُقِل أيضاً لابن حبيب من الواضحة قال:" قلت لمطرف وابن الماجشون : أرأيت كلما طلب الإنسان من جاره من فتح باب، أو إرفاق بماء، أو فتح طريق في غير موضعه وشبه ذلك كله.

فقال لي : سبيل ذلك كله على وجه الخشبة، يغرزها في جدار جاره وهو ما ينبغي فعله على وجه الرغبة و الخير وليس مما يقضي به الحاكم على أحد "[2].

ونخلص من حجج هذا الرأي أن الجدار المملوك ملكية فردية للجار، مما يعني أحقيته بالتصرف فيه حسب مقتضى الحق وغاية من وجوده أصلاً، ورغم هذا فإن أقل منفعة للجار فيه هي استتار ملكه به وبيان معالم حدود ملكيته، ممّا يعني إقرار الملكية الفردية للجدار وتخويل الجار بعض منافع الجدار، وبه أخذ صاحب المختصر لدرجة أتى على ذكره في باب الشركة حيث قال:

و ندب الإرفاق بماء لجار كذا لخشبة أعرا الجدار[3].

ثانيا– وجوب تمكين الجار من الانتفاع: القول بوجوب الانتفاع لا يعني أن ينتفع الجار بالجدار المملوك لجاره على وجه الوجوب وبنفس سلطان الملك، بل يقضى على الجار أن يمكن جاره من الانتفاع بجداره، وهذا الوجه في جميع صوره يستند إلى نظرية منع

---

[1] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات على ما في المدونة، ج 11، ص 53 . 54 .

[2] – أبي زيد عبد الرحمان بن عبد القادر الراشدي المجاجي الجزائري (ت سنة 1020 هـ)، التعريج والتبريج في ذكر أحكام المغارسة والتصيير والتلويج، دراسة وتحقيق خالد بوشامة، دار الناشرون، الجزائر، ط 01، (1426 هـ . 2005 م)، ص 356 .

[3] – محمد باي بلعالم، إقامة الحجة بالدليل . شرح على نظم بن بادي لمختصر خليل، ج 04 ، ص 29.

التعسف في استعمال الحق وعدم الانحراف بالحق عن غايته[1]، أو بوجه غير مشروع[2]، كأن يمارس الشخص فعلاً مشروعا في الأصل ليخالف حكمة المشروعية[3]، ورغم حمل بعض الفقهاء للمسألة على الوجوب إلاّ أنهم لم يتنكروا للإذن المسبق من صاحب الجدار وأولويته في الانتفاع به، وأن لا يكون في ذلك ضرر عليه، فذهب الأحناف[4] ، والحنابلة[5] ومتقدي الشافعية[6] إلى هذا الرأي المتجلي في عدم الاعتداد بوجود الخشب على الجدار الفاصل قرينة على ملكيه في حال التنازع، حيث جاء في الأم:" ... أحلفتهما و أقررت الجذوع بحالها وجعلت الجدار بينهما نصفين، لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل بالجذوع بأمره وغير أمره"[7]، وقيده بعضهم بالحاجة[8] كمن ليس بإمكانه

---

[1] – فتحي الرديني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 349.

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

[3] – أبي عبد الله محمد بن ابي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (691- 751هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن احمد الحمد، دار علم الفوائد، د ط، د سنة ط، ص310.

[4] – أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري، التجريد للقدوري، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، (أ. د محمد أحمد سراج/ أ. د علي جمعة محمد)، دار السلام – القاهرة، ط 2، 1427 هـ - 2006 م، ج 6، مسألة: 14633، ص 2967.

[5] – منصور بن إدريس البهوتي، كشاف القناع، ج 2، ص 119.

[6] – أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق وتعليق الدكتور محمد الزحيلي، ط1، دار القلم، دمشق، 1417 هـ/1996 م، ج 3، كتاب الصلح، ص 294.

[7] – الشافعي، الأم ، ج 3، ص 225.

[8] – بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي – الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة – جمهورية مصر العربية، ط1، 1415 هـ - 1995 م، ج 13، مسألة 1796: وضع الخشب على جدار الجار، ص 199.

التسقيف إلا إذا ارتفق بجدار جاره وليس في ذلك ضرر على صاحب الجدار، لما ذكره القاضي وأبو الخطاب بأنه لا يجوز إلا لمن ليس له إلا حائط واحد ولجاره ثلاثة وقد يتعذر التسقيف على الحائطين غير المتقابلين[1]، و يمكن جبره قضاءً بتمكين المالك جاره من وضع جذوع على جداره، ومنهم من يقول: "إن الجار يجبر على تمكين جاره من وضع الخشب"[2].

أمّا هذا الحكم فيستشف عند بعض فقهاء **المالكية** حتى في حال التداعي وثبوت أن الجدار الفاصل مملوكا ملكية فردية لأحدهما [3]، وموضع الأخشاب حق للجار وإن انكسرت إحداها رد مثلها وهو قول ابن القاسم أشهب وسحنون وابن عبد الحكم من المالكية [4]، ويدعم هذا الرأي ما كان يقضي به ابن عبد المطلب من المالكية في وجوب غرز الخشب في جدار الجار[5]، ربما يمكن أن يُحمل ذلك على كونه قاضيا يقضي بحسب سلطته التقديرية التي أملت عليه أن المنع ما هو إلاّ منع للتعسف في استعمال الحق، التي كان يُحَّكم فيها ضابط العرف حسب ما رجحه العلامة بن أبي زيد القيرواني[6]، أي أنّ المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

---

[1] – ابن قدامة المقدسي، الكافي، ج 3، ص 679.

[2] – أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري، التجريد للقدوري، ج 6، مسألة: 14633، ص 2967.

[3] – القرافي ، الذخيرة ، ج 11 ، ص 29.

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

[5] – ابن الرامي البناء ، الإعلان بأحكام البنيان، ص 53.

[6] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 11، ص 54.

كما جاء أيضاً في نازلة أوردها صاحب المعيار:" سئل عن رجل كانت له خشب في حائط رجل أدخلها بإذن منه، ثم إن الذي له الحائط وقع بينه وبين الذي له الخشب شحناء، فقال: أخرج خشبك من حائطي، قال مالك ليس ذلك له، على مثل هذا يخرجها على وجه الضرر، لكن ينظر في ذلك "[1].

وخلاصة هذا الرأي أنّه ترسيخ لنظرية التعسف في استعمال الحق، المقيدة للحق ابتداءً إعمالاً لمجموعة القواعد الأصولية والفقهية كمراعاة المآل وسد الذرائع، لأن الاختلال بيِّن في التوازن بين المصالح التي شرعت الحقوق لأجلها[2]، يُجَلِي عدم المشروعية في استعمال الحق[3] ضابط الاختلال البيّن بين مصلحتين فرديتين، بحيث لا يكون ثمة تناسب بينهما، وهذا الذي تبناه به المشرع الجزائري في صورتين بالمادة 124/2-3 مكرر من القانون المدني:بنص: «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: ....

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

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

---

[1] – أحمد بن يحي الونشريسي، المعيار المعرب، ج 09 ص 175.

[2] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات،ج3، ص38.

[3] – لا تكون هناك مصلحة تقتفى تلازمها مفسدة يفترض رفعها أو دفعها، وحينها تغدو نتائج الفعل أمارات تبرز جهة الخروج عن مقتضيات الحق المشروع ابتداء.

ثالثا– المصالحة على الانتفاع والأولوية به: إذا كان الجدار الفاصل مملوكا لأحد الجارين، ومكّن الجار جارة من الانتفاع بجداره دون عوض كالوصية وبالإقرار، وقد يكون انتفاع الجار بالجدار عن عوض كإجارة أو بيع حق انتفاع مثلا، وهذا سبيله في الفقه الإسلامي هو العقد مع بيان محل العقد بيانا كافيا نافيا للجهالة في جميع أوجهها[1]، بتسمية العقد ومحله والشرط المقترنة به، وقال ابن وهب عن مالك " هو أمر رغب فيه رسول الله ـ صلى الله عليه و سلم ـ، وقال ابن القاسم: إذا أذن له فليس له أن يرجع فينزعه إلاَّ بيَّن أن له بها عذراً ولم يرد الضرر في نزع ذلك، فإن كان لغير عذر أو لغير حاجة إلا لما هاج بينه وبينه فليس له قلع ذلك. قال مالك : لا ينزعه إلا إذا احتاج إلى جداره لأمر لم يرد به الضرر"[2].

غير أنّ بعض الفقهاء يتنزه عن العوض في حمل الجذوع على جدار الجار لما فيه من منافاة قدسية علاقة الجوار، وأنهم يرون بوجوب تمكن الجار حمل جذوعه على جدار جاره مع مراعاة أولية منع الضرر على اخذ العوض عن ذلك[3]، ولهذا يمكن أن نقول أن تمكين الانتفاع عن غير عوض هو الأصل وأخذ العوض عن حمل الجذوع استثناء منه ولا يجب أنْ يُتوسع فيه.

---

[1] – مالك بن أنس، المدونة، ج 03 ، باب الإجارة و الجعالة، ص 442.
– محمد باي بلعالم، إقامة الحجة بالدليل شرح على نظم بن بادي لمختصر خليل، ج 04 ، ص 154.
– المرجي الثقفي، الحيطان، ص 37.
– يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين وعمدة المفتين، فصل التزاحم في الحقوق المشتركة، ص 262.

[2] – الشيخ محمد باي بلعالم، النوادر والزيادات، ج 11 ، ص 93.

[3] – منصور بن إدريس البهوتي، كشاف القناع، ج 2، ص 119.

أمّا أكثر ما يُسيل الحبر في مسألة المصالحة على الانتفاع بالجدار الفاصل المملوك، هو احتياج صاحب الجدار إلى الانتفاع به بمفرده أو على وجه آخر، مما يضطره إلى الرجوع في هبته أو عاريته للجدار لضرورة ما؛ غير متقصد للإضرار، فإذا كان عدوله مبرر ولم يقصد الإضرار، فما مآل لزوم هذا العقد وفي هذا تباينت آراء الفقهاء إلى قولين:

الرأي الأول: يرى بعض فقهاء المالكية مثل ابن القاسم و مالك[1] بجواز العدول عن هبة أو إعارة الجدار إذا كان لذلك مبرر مقنع ولم يقصد صاحبه الإضرار بالجار في قوله: "إلا أن يحتاج إلى حائطه ليهدمه أو لينتفع به فهو أولى به"[2]، وهو قول محمد ابن رشد، وأشهب من المالكية، وقال ابن وهب عن مالك "هو أمر رغب فيه رسول الله ـ صلى الله عليه و سلم ـ، وقال ابن القاسم: إذا أذن له فليس له أن يرجع فينزعه إلاَّ بيَّن أن له بها عذراً ولم يرد الضرر في نزع ذلك، فإن كان لغير عذر أو لغير حاجة إلا لما هاج بينه وبينه فليس له قلع ذلك. قال مالك : لا ينزعه إلا إذا احتاج إلى جداره لأمر لم يرد به الضرر"[3]، أمّا جمهور الشافعية فقد أجازوا الرجوع مطلقاً في اعارة الجدار[4].

الرأي الثاني: بينما يرى الأحناف[5] والحنابلة[6] وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من المالكية أن الرجل إذا أقر لجاره بأن يرتفق بوضع خشبه على جداره، فكان ذلك منه

---

[1] – خليل بن إسحاق الجندي المالكي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ج 6، ص 374.

[2] – أحمد بن يحي الونشريسي، المعيار ، ج 09 ، ص 175.

[3] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11 ، ص 93.

[4] – يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين وعمدة المفتين، فصل التزاحم في الحقوق المشتركة، ص 262.

[5] – المرجي الثقفي، الحيطان، ص 115.

[6] – منصور بن إدريس البهوتي، كشاف القناع، ج 2، ص 119.

بمنزلة الإقرار الذي لا رجعة فيه سواء طال الزمان أو قصر، احتاج إليه أم لم يحتج إليه[1]، إلا أن يتهدم الجدار ثم يعيده صاحبه، في هذه الحالة لا يكتسب المعار هذا الحق بوضع خشبه إلا بعارية مبتدأه[2].

و هذه المسألة لم يورد المشرع الجزائري لها تفصيلا، لكن يمكن إحالتها إلى الأحكام العماة للعقد و التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين حيث نصت المادة 106 قانون مدني: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

الفرع الثاني: إعادة بناء الجدار المشترك أو الجدار الفاصل

الأصل أن عمارة المال المشترك عموما، والجدار المشترك في خصوصه تقتضيها أن تكون هناك حاجة ملحة إلى إعادة العمارة، وعلى عاتق الشركاء حسب الأصل بحيث يتحمل الجاران نفقات وأتعاب إعادة البناء أو ترميم الجدار المشترك الفاصل بين عقاريهما، لكن قد يأبى أحد الشريكين إعادة بناء الجدار الفاصل، وهنا اختلفت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى إجبار الشريك على العمارة.

الرأي الأول– يجبر الشريك على العمارة: تقلد هذا الرأي بعض فقهاء المالكية، والحنابلة، والشافعية في القديم، ولكلٍ دليله في هذا الرأي.

---

[1]. أحمد بن يحي الونشريسي، المعيار، ج 09 ، ص 176.

[2]. أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 11 ، ص 94.

أ– قال بعض المالكية: "ويقضى على الشريك فيما لم يقسم أن يعمر أو يبيع"[1]، وهو نفس قول الشافعية في وجوب دفع ضرر الأملاك المشتركة بصيانتها من التعطيل[2].

ب– الأحناف: "فإذا انهدم حائطهما المشترك أو سقفهما المشترك، طالب أحدهما صاحبه ببنائه معه أجبر الممتنع منهما لما تقدم، فإن امتنع أخذ الحاكم من ماله النفقة وأنفق عليه مع شريكه بالمحاصة، وإن لم يكن له عين أو نقد وكان معه متاع باعه –أي باع الحاكم متاعه– ، وأنفق منه على حصته مع الشريك، كوفاء دين الممتنع منه، فإن لم يكن له نقد ولا عوض، اقترض الحاكم عليه وأنفق على حصته"[3].

حاصل الجمع بين التفصيلين مع اتفاقهما في الأساس بإجبار الشريك على العمارة، هو أن رأي فقهاء المالكية بإجبار الشريك الآبي للعمارة أن يبيع ممن يُعمر، والذي قد ينتهي باستحقاق الشريك الذي دعى للعمارة كل الجدار بعد إعمال حق الشفعة[4]، أما تفصيل الأحناف فهو مخرج على حكم المديان المفلس[5]، وفي كلا القولين رجحت مصلحة بقاء الجدار قائماً.

---

[1]– أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب كانو، نيجيريا، د ط، 1420هـ/ 2000م، ص 109.

[1]– محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين وعمدة المفتين، فصل التزاحم في الحقوق المشتركة، ص 450.

[3] – منصور بن إدريس البهوتي، كشاف القناع، ج 2، ص 121.

[4] – الشفعة هي استحقاق لمال الشريك بثمنه.

[5] – عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج5، ص 195.

وإلى هذا الرأي اتجه المشرع الجزائري بحيث ألزم الشريكين بتحمل أعباء البناء ونفقات الترميم متى اقتضتها ضرورة بقاء الجدار وكان للجارين مصلحة قوية وجدية في بقائه قائماً وفاصلا بين عقاريهما كأن تستند مبانيهم إليه، حتى لو اقتضت الحاجة إعادة بنائه من جديد، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/704 قانون مدني: "فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له، فإن نفقة ترميمه و إعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه "، ومقتضى ذلك أن لكل منهما أن يجبر الآخر على المساهمة في النفقات الضرورية لاستعمال الحائط المشترك في حدود الغرض الذي أعد له، بناءً على الاشتراك في الملكية وأن المصلحة من الترميم تعود عليهما معا.

الرأي الثاني– لا يجبر على العمارة مع الشريك: تقلد هذا الرأي جمهور المالكية والشافعية في الجديد و الأحناف، ويعود السبب في رفض العمارة من أحدهما إلى أن تكون مصلحة الترميم أرجح لأحدهما من الآخر، أو لعدم قدرة الآبي تحمل النفقات أو بدون مبرر مقنع، حيث قالوا بعدم الإجبار على الإصلاح وإنما يصلح من أراد في حقه[1]، وتذرع أهل هذا الرأي بأنه لا يمكن جبر الإنسان على إصلاح ملكه[2]، وأنَّ طالب العمارة كما يتضرر بامتناع الشريك عن التعمير معه، فهذا الأخير يتضرر بتكليفه[3].

[1] – القرافي، الذخيرة ، ج 06 ، ص 185.

[2] – زين الدين بن إبراهيم ابن محمد المعروف بابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج 7، باب التحكيم، ص 56.

[3] – يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 3، ص 450.

غير أن عدم إجبار الشريك على العمارة مع جاره لا يمنع من إصلاح الجدار المشترك أو الفاصل ولو تم ذلك على حساب خصوصية الجار، باتفاق فقهاء المالكية والأحناف[1] بحيث يُقضى بوجوب تمكين المالك الانتفاع بجداره في حالة الترميم الذي قد يتعذر عليه إلاّ بضرر جاره، بحيث لا يُرمم الجدار دون ولوج بيت جاره، فنكون بين ضررين لا ينتفي أحدهما إلاّ على حساب الآخر، حيث جاء في مسير الجليل: " وقضى على الجار بالإذن في دخول جاره في داره لإصلاح جدار أو طره كما في شس وطره وتجليده بالطين هذا إن احتاج لذلك، وإلا فله منعه، ونحوه كخشبة يغرزها، وكذا كل من وقع له شيء في دار رجل، فعليه أن يأذن له في أخذه، أو يخرجه له، وكذا لو وقعت دابة لا يستطيع أخذها إلا ربّها، ولو كره دخول مريد الإصلاح، وقال له: "صف لي إجراء ما تريد وأما أنت فلا تدخل" فله ذلك، وإن منعه دخول الطين من بابه فتح بابا في حائطه يدخل منه ما يحتاج له، و يعجن الطين في داره ثم يدخله في دار جاره، فإذا تم العمل سدّ ذلك المحل"[2].

إذن فالضوابط تمثلت في الحاجة للإصلاح وضرورتها، بحيث تكون مصلحة الجار في خصوصية داره، مرجوحة بالنظر لحاجة رب الجدار للإصلاح، فإذا أمكن رفع الضرر بدون انتهاك خصوصية الجار، فهذا أولى كأن يتولى هو الترميمات على نحو يتم اتفاقاً بينهما، فإذا استحال الترميم كون الضرر بالجار لا ينحصر في التعدي على الخصوصية

[1] – زين الدين بن إبراهيم ابن محمد المعروف بابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج 7، باب التحكيم ، ص 57.

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

– إلى هذا الرأي ذهب فقهاء الأحناف بنفس التكييف.

فقط بل يتعداه إلى أكثر من ذلك، مثل الأوساخ الناجمة عن عملية الترميم أو ضرر بالبناء، فلرب الجدار أن يستعمل طرق بديلة قد تكون أكثر تكلفة كالطريقة المذكورة في النص، ومع مراعاة تجنب الإضرار بقدر الإمكان.

ولم نجد عند المشرع الجزائري ما يقابل هذا الرأي الفقهي، رغم أن القواعد العامة تقضي بعدم جبره عن التخلي عن ملكه وحقه في الانتفاع[1]، خاصة إذا لم يثبت أنّ وهن الجدار راجع إلى خطأ أي منهما.

الفرع الثالث: قسمة الجدار الفاصل

غالبا ما تنتفى منفعة الأموال بالقسمة، بحيث يستحيل تحصيل منفعتها إلاّ ببقائها على حالها وتُصبح مصلحة الحفاظ عليها كما هي أدعى للحفظ من مصلحة انتفاع الشركاء بها، وفي المقابل يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم جبر الشريك على البقاء في حالة الشيوع، واستنادا لهذين القاعدتين اختلف آراء الفقهاء في القول بقسمة الجدار المشترك دون الجدار الفاصل لأن هذا الأخير مستنده الارتفاق والوصية بالجار، لأن القسمة تصرف مادي يفترض فيه أن يخول من مالك للعين، ثم تعددت الآراء في كيفية القسمة و صفتها للقائلين بها.

الفقرة الأولى– أقول الفقهاء في قسمة الجدار: مرجع اختلاف أقوال الفقهاء في قسمة الجدار المشترك، هو مدى إمكانية الانتفاع به مقسوماً.

[1] – المادة 708 من القانون المدني.

الرأي الأول: لم يرى بقسمة الجدار المشترك للضرر، وهذا رأي بعض فقهاء المالكية رغم أنه لم يسمع للإمام مالك قول في أمر قسمة الجدار[1]، لعدم تحصيل النفع منه بقسمته، بل أُعتبر ذلك من الضرر الذي لابد من دفعه[2]، وذهب ابن القاسم وقال ابن حبيب برأيه إلى أن كل مالا يمكن الانتفاع به بقسمته كالحمام والفرن والرحى والبئر والساقية والدّكان والجدار والطريق والشجرة[3]، و استقراء هذا الرأي القائل بمنع القسمة لأنه ليس بكبير العرصة، ولا يمكن قسمته دون ضرر، وبهذا يمكن حصر أسباب المنع فيما يلي:

أ . القسمة الممنوعة هي قسمة العين المشتركة (الرقبة)، بحيث تنتفي منفعتها مقسومة.

ب . القسمة المنطوية على ضرر بالعين المشتركة ويلزم عنها ضرر بالشركاء تكون محظورة، أما لو أمكن ذلك كأن يحتال في زيادة سمكه على طوله مثلاً جازت القسمة[4].

بمعنى أنّ الضرر المانع للقسمة فهو ذلك الذي يرمي إلى إبطال منفعة المقسوم أو إتلاف جزء من منفعته، أو يجر إلى تغيير صفة الانتفاع بالمقسوم قبل القسمة[5]، وهذا

---

[1] – مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج 04 ، ص 317 .

[2] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 224.

[3] – سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، فصول الأحكام، ص 178.

[4] – القرافي، الذخيرة ج 07 ، ص 193.

[5] – مازن صباح مصباح، و نعيم سمارة المصري، قسمة الأعيان – دراسة فقهية مقارنة– الجامعة الإسلامية العالمية . ماليزيا، مجلة الإسلام في آسيا، المجلد 7 ، العدد 2 ، ص 175.

الضرر إما أن يلحق بكل الشركاء أو بعضهم لأن القسمة فوتت منفعة[1]، إعمالا لقاعدة " الضرر يزال"، وهذا الذي أجمع عليه بين الفقهاء عندما يكون الضرر بيِّناً جراء القسمة كأن يكون على الجدار بناء ومرافق[2].

إلى هذا الرأي ذهب القانون المدني الجزائري، حيث لم يرد أي نص قانوني يتناول قسمة رقبة الجدار المشترك، باستثناء ما تعلق بقيود حق الملكية العقارية، وكأنه نوع من أنواع الشيوع الجبري، شأنه شأن الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية والتي لا تعطي للمالك إلا حق الاستعمال دون المساس بالغرض الأصلي الذي رُصدت له، ولا يمكن أن تطالها القسمة العينية، بل أُعتبر أنه نوع خاص من الشيوع الجبري له أحكامه الخاصة[3]، كما يدعم هذا الرأي عدم وضوح موقف المشرع من إمكانية قسمة الجدار المشترك أو منعها، في نص المادة 707 القانون المدني: "يعد الحائط الذي يكون من وقت إنشائه فاصلا بين بنائين مشتركا حتى مفرقهما، هذا ما لم يقم الدليل على عكس ذلك"، فكلمة مفرقهما قد تشمل القسمة أو تهدم البناء ككل وإعادته من جديد.

---

[1] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، ط 2/ 1405هـ/ 1985م، ج 05، ص 658.

[2] – ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان ، ص 50.

– الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، باب التزاحم في الحقوق، ص 247.

[3] – السنهوري، الوسيط في القانون المدني ، ج 08 ، ص 988.

الرأي الثاني: يرى جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الأحناف بجواز قسمة الجدار المشترك متى أمكن ذلك وطلبه الشركاء من غير ضرر[1]، واشترط بعضهم إجماع الشركاء في طلب القسمة كأشهب من المالكية[2]، ورأى البعض بأن يجبر على القسمة من أباها عند التنازع تحصيلا للانتفاع بالملك كجمهور المالكية[3] والحنابلة[4] الأحناف[5] والشافعية[6].

وجمعاً بين الرأيين نجد أنّه لا تعارض بينهما، إذْ نخلص أن القسمة متوقفة على نفي الضرر، فيمكن القسمة إذا لم يكن هناك ضرر بالجارين أو الجدار المشترك، أما إذا كان من غير الممكن نفي الضرر، انتفت القسمة.

---

[1] – القرافي، الذخيرة ، ج 07 ، ص 192 .
– الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، باب التزاحم في الحقوق، ص 246.
– ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج 7، باب التحكيم، ص 57.
– ابن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج 7، باب الصلح، ص 53.

[2] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11 ، ص 225.

[3] – القرافي، الذخيرة ،ج 06 ، ص 185.

[4] – بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج 7، باب الصلح، ص 54.

[5] – ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 8، كتاب القضاء، ص 146.

[6] – الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، باب التزاحم في الحقوق، ص 247.
– أبي نصر القاضي شريح بن عبد الكريم بن احمد الروياني، روضة الحكام وزينة الأحكام، تحقيق محمد بن أحمد بن حاسر السهلي (رسالة دكتورة)، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1419 هـ، ص 243.

أما فيما يخص قسمة الجدار، فربطه فقهاء المالكية بطبيعة الدعاوى المتعلقة به، سواء بادعائه كله[1] أو ادعاء جزء منه مع انعدام قرينة الاختصاص بملكيته، والإشكال في ادعاء بعض الجدار، بحيث رأي الإمام مالك بأن يقسم الجدار بينهما على قدر دعواهما فيه[2]، بينما رأى غيره أن من ادعى نصف الجدار فلا دعوى له في النصف الآخر، وبهذا فيكون لمن ادعاه كله ثلاثة أرباع الجدار، ولمدعي النصف ربعه، وهذا شأن جميع الدعاوى[3]، في حين رأى عيسى بن دينار أن الجدار يكون بينهما نصفين، لأن دعواهما في شيء هو بأيديهما جميعا، كالثوب يتنازع فيه الرجلان وهو بأيديهما حتى يصلا إلى القاضي، حيث تتكافؤ البيِّنات، فيقضى به بينهما نصفين[4].

الفقرة الثانية: صفة القسمة عند القائلين بها

إذا ما انتفت عوارض قسمة الجدار المشترك وأمكن ذلك من غير ضرر بالجدار أو الجارين، فقد تقررت القسمة لكن بالنسبة لصفتها فهي الأخرى كانت محل خلاف الآراء الفقهية عند القائلين بها، فهل يقسم طولا أم عرضا، و هل يقسم قائما أم أنقاضا بعد الهدم؟.

---

[1] – لو قال كل منهما أنه ملكية خاصة له مع تكافؤ بيِّنة بوجود العقود من جهة كل واحد منهما، فيقضى به بينهما نصفين، في قول كل من ابن القاسم و ابن حبيب و ابن الماجشون، (الإعلان بأحكام البنيان، ص 38).

[2] – أبي مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان الأندلسي القرطبي المالكي، الأحكام ، ص 89.

[3] – أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، ج 12 ،باب الشركة، ص 13.

[4] – ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان، ص 39.

أولاً– عند الفقهاء المالكية: اختلف فقهاء المالكية قسمة الجدار المشترك طولا أم عرضاً، على ثلاثة أقوال:

القول الأول : رآى بعض الفقهاء بقسمة الجدار المشترك طولا لا ارتفاعا من أوله لآخره كأن تكون أحدهما الجهة الغربية منه وللآخر الجهة الشرقية، ويُقترع بينهما في تحديد النصيب[1]، وقال بهذا ابن القاسم وصفة القرعة "أن يُكتب اسم كل واحد منهما في رقعة و تؤخذ كل رقعة في كوز من طين أو شمع، ثم ترمى كل بندقة في جهة، فمن حصل اسمه في جهة ملكها، و قيل تكتب الأسماء و تكتب الجهات، ثم تخرج أول بندقة من الأسماء، ثم ترمى أول بندقة في أي جهة من الجهات، فيعطى من خرج اسمه في تلك الجهة التي خرجت له من البندقة"[2].

القول الثاني: رأى عيسى بن دينار بقسمة الجدار بينهما عرضا فيأخذ كل واحد منهما نصف عرض الجدار مما يليه، خاصة إذا كان سمكه يسمح بذلك[3].

القول الثالث: رأى الفقيه أبو الحسن اللخمي في القولين السابقين أنهما حالة مؤقتة وليست بقسمة جميع الجدار، بل قسمة لأعلاه فقط بينما تبقى جملة الجدار على أصل

---

[1] – القرافي، الذخيرة، ج 07 ، ص 194.

[2] – ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان ، ص 51.

[3] – المصدر نفسه، ص 51.

الشركة الأولى، ولا تحدث القسمة إلا إذا انهدم الجدار فيقتسمان أرضه ويأخذ كل واحد منهما نصف عرضه مما يليه[1]، لنخلص أنّ القسمة في طول الجدار أو عرضه بأنها قسمة مؤقتة غير باتة، إلى أن تتم القسمة النهائية التي تكون بقسمة أصل الملك (الأرض التي يقام عليها الجدار)، والتي تتم بعد هدم الجدار.

ورغم أن المشرع الجزائري لم ينص على كيفية قسمة الجدار المشترك، لأن مسألة التنازع والقسمة تتصدى لها رخصة البناء ابتداءً، إلاّ أننا نجده أقرب إلى هذا الرأي في إقراره لنفي المشاحة نهائيا، و يتجلى ذلك من خلال نص المادة 2/705 بحيث يقتضي أن يكون السمك الزائد في أرض من أراد تعلية الحائط المشترك.

ثانياً– عند الجمهور: يرى فقهاء الشافعية[2] و الأحناف[3] والحنابلة[4] من باب التراضي عن القسمة فقسمة الجدار المشترك تكون على حسب ما يتراضى عليه الشريكان وباتفاقهما لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما، مع تمييز نصيب كل منهما عن الآخر بما يدل على الفصل والاختصاص بملكية جزئه.

---

[1] – محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، التاج و الإكليل لمختصر خليل، عدد الأجزاء 06، دار الفكر، 1398 هـ، بيروت لبنان ، ج 05 ، ص 149.

[2] – أبي نصر القاضي شريح بن عبد الكريم بن احمد الروياني، روضة الحكام وزينة الأحكام، ، ص 245.
– أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 3، ص 256.

[3] – ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 6، ص 267.

[4] – بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج 7، باب الصلح، ص 55.

الفصل الثاني: أحكام الأبنية المشتركة (الشيوع الإجباري)

لما أضحى العقار مادة مشحة في السوق ومن غير السهل تحصيله، وأمام تدخل الدولة لتوفير السكن لمواطنيها وبصيغ مختلفة، بقي النمط واحداً في هيئته لاستعاب الطلب المتزايد عليه، وهو ما يتجلى في نظام ملكية الطوابق والشقق، بحيث أضحى النمط الأكثر شيوعا في الوقت الراهن وصارت الأبنية بهذا النوع تلامس عنان السماء، لكن هذا النوع من البناء على حداثته في الهيئة التي بلغها، إلاّ أننا نجد له أصولاً فيما توصل إليه الإنسان في الحضارات التي عرفها، بحيث عني الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه بهذا النوع من الأبنية في أبسط صوره بمسمى ملكية العلو والسفل، ليتعبه المشرع الجزائري بالأحكام تتماشى وما وصل إليه النمط المعماري في الوقت الراهن، ولهذا نتناول تفاصيل هذه الأحكام في مبحثين الأول نخصه بتأصيل أحكام الملكية المشتركة في الفقه الإسلامي والثاني لأحكامها في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: تأصيل الملكية المشتركة في العقارات المبنية

تعود أصول هذا النمط من الأبنية إلى الأحكام المتعلقة بملكية العلو والسفل وما يرتبه من قيود على الملكية والسلطات التي يمنحها، وعنيَ فقهاء الشريعة الغراء على اختلاف مذاهبهم بتفصيل أحكام هذا النوع من الأبنية لما فيه من أهمية بالغة بالنسبة لعلاقة الجوار أولاً وضمان استمرار بقاء الأملاك (مقصد حفظ المال) ثانياً، خاصة وأن بقاء الطبقات مرهون ببقائها جميعاً، وأن أيَّ إحداث بها قد يؤول دون أيٍ منها، لأن الأعلى ترتب له حق القرار على الذي أسفل منه، وتأتي هذه الأحكام كاستثناء على مبدأ أصيل في الفقه الإسلامي والتشريعات القانونية على اختلاف مدارسها وأصولها، وهو أن من ملك الأرض ملك باطنها وما فوقها ولو بلغ عنان السماء[1]، وتبعاً لذلك سنبين أساس ملكية العلو والسفل، ثم الآثار المترتبة عليه.

المطلب الأول: أساس ملكية العلو و السفل في الفقه الإسلامي

تتمثل ملكية العلو والسفل في الفقه الإسلامي أو ما يسمى بحالة الجوار الرأسي في أن تعلو البيوت بعضها البعض، أو تكون الدار الواحدة لكن كل طبقة منها تعود لمالك آخر، ويعود أصل إقرار هذا النوع من الأبنية إلى ما يشمله الحق العيني الأصلي من حق القرار على الأرض وحق التّعلي عليها، أو الهواء والفضاء الذي تشغله الأرض المملوكة.

[1] – بن عاشور صليحة، نظرية الملكية بين التشريع الاقتصادي الإسلامي و القانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مارس 2006، ص 9.

الفرع الأول: كيف ينشأ نظام الأبنية المشتركة؟

ينشأ نظام الطبقات غالبا عن الأسباب التي يقتضيها الملك، وغالباً بقسمة التركة والوصية، بحيث تُصبح بعدها طبقات البناء مستقلة بين عدد من المالكين لها، فيستقل كل مالك بطبقة من البناء أو جزء من الطبقة الواحدة، وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بملكية العلو والسفل، ويقابله من الناحية القانونية ملكية الطوابق والشقق، وتعد الأحكام التي أوردها هذا الأخير تطويراً للأصول التي أوردها فقهاء الشريعة الغراء، وتبنى المشرع الجزائري مُسمى الشيوع الجبري في البناء مسايرة لما تعرفه أنماط البناء الحديث، وترجع أحكام هذه المنظومة إلى فكرة ملكية فضاء العقار والتصرف فيه (فكرة المساطحة).

الفقرة الأولى: أساس فكرة المساطحة

تعود الفكرة إلى إشكال ما يرتبط بملكية الأرض تبعاً من حيث العمق والعلو، أم أنهما من عناصره الجوهرية، غير أنّ علوّها ينتقد يستبعد من هذا التكييف لقابلة الانفصال عنها دون تلف[1]، وأيضاً بحجة أن الأرض أصلٌ والفضاء فرع عنها، وبهذا يكون ملكية الأصل والفرع لشخص واحد ما لم يثبت خلاف ذلك إما بوجود نص أو إرادة المالك للفصل بينهما وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 675 قانون

[1] – عقيل فاضل الدهان، و زينب حسين عبد ابقادر، أحكام فضاء العقار في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، مجلة جامعة كربلاء ، المجلد 9، العدد الأول، 2009، ص 53.

مدني:" مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير.

وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً و عمقاً.

ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها".

ومفاد النّص أن المشرع الجزائري أقرّ بفكرة التبعية بالنسبة لملكية السفل وحق التعلي، إذ يمكن أن تثبت هذه الأخيرة استقلالا لشخص آخر غير مالك الأرض، ويمكن أن يحدد القانون نسبة محددة لهذا الحق التبعي، كأن يشترط مسافة محددة للحفر، أو مسافة محددة لعلو الأبنية في مناطق ذات مواصفات مخصوصة، ويتم تكريسها عن طريق في شكل تراخيص وتعليمات أو قرارات إدارية تصدرها الهيئات المخولة بذلك مثل اصدار رخصة البناء بعد استشارة الهيئات المختصة، ويبدو أن ما نص عليه المشرع الجزائري في تكريسه لفكرة التبعية ما هو إلاّ استجابة لمتطلبات البناء الحديث، خاصة مع إمكانية شغل فضاء العقار بعدد من الأبنية يضاعف بشكل لا محدود مساحة الأرض المقام عليها الطابق السفلي، وبهذا يكون من اليسير التصدي لعديد المشاكل الناجمة عن شح العقار في السوق وعدم استطاعة الأفراد تلبيته.

كما تعتبر فكرة التعلي أصلاً أصيلا في الفقه الإسلامي حيث أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أن ملكية العلو لازمة عن ملكية أصله ما لم يتبين العكس، وجاء ذلك في عديد من النّصوص والقواعد الفقهية، وممّا أورده فقهاء المالكية في الذخيرة للقرافي: "حكم الأهوية حكم ما تحتها فهواء الوقف وقف وهواء الطلق طلق وهواء الموات موات

وهواء المملوك"[1]، وكذلك الحنابلة :" ... لأن العلو تابع للقرار فيثبت فيه حكمه"[2]، أمّا الشافعية: "... لأن الهواء تابع للقرار؛ فكما يلزم تفريغ القرار إذا شغله ملكه؛ فكذلك الهواء التابع له"[3]، أمّا الأحناف:"... لأنّ العلوَّ بماله من القرار التحق بالعقار "[4].

ويرد على هذا الأصل استثناء بموجبه تصبح ملكية الأرض لشخص وعلوها لشخص آخر، والذي يثبت له في الحد المعقول بموجب أسباب التملك خاصة العقود الناقلة للملكية، ولقد تباينت أراء فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن تملك العلو دون أن يكون هناك طابق أرضي يقوم عليه العلو، وكأن الخلاف الفقهي مرده إلى إشكالية من أين يبدأ العلو هل يبدأ مباشرة من سطح الأرض وبالتالي يكون حكمه كحكم بيع الأرض، أم أنّه لابد من وجود سفل من البناء يوجب حق التعلي؟، و هذا ما أسفر عن رأيين:

الرأي الأول: يعتبر هذا الرأي نتيجة الخلاف عند فقهاء الشريعة في مسألة بيع حق العلو، بحيث هو جائز في عمومه استناد إلى تكريس فكرة التبعية وأن العلو لا يقصد

---

[1] – القرافي، الذخيرة، ج 6، كتاب إحياء الموات ، ص 147.

[2] – زين الدين المَنَجَّى بن عثمان بن أسعد ابن المنجى التنوخي الحنبلي، الممتع في شرح المقنع، دراسة وتحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسدي – مكة المكرمة، ط 3، 1424 هـ – 2003 م، ج1، باب اجتناب النجاسات، ص 322.

[3] – أحمد بن محمد بن علي الأنصاري أبو العباس نجم الدين المعروف بابن الرفعة، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، ط 1، 2009 م، ج 10، باب الصلح، ص 79.

[4] – أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العيادي الزبيدي اليمني الحنفي، الجوهرة النيرة في شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية، دون تحقيق، دار الكتب العلمية، 2006 م، ج 3، كتاب الشفعة، ص 68.

به فضاء العقار وإنما علو البناء أو الطبقة المتصلة بالأرض، لذلك لا يجيز فقهاء الحنفية بيع حق التعلي على بناء لم ينشأ بعد، أو على بناء مزمع إقامته[1]، وإلاّ عُدّ من قبيل بيع المعدوم لعدم وجود حق القرار، حيث جاء في المادة 293 من مرشد الحيران: "لا يجوز بيع العلو دون السفل إلا إذا كان العلو قائماً فلو سقط لا يجوز بيعه بل يبطل"[2]، وانعدام الطبقة السفلى يعني أنه بيع للهواء والهواء معدوم وبالتالي لا يصح البيع.

الرأي الثاني: أمّا الجمهور فيجيزون بيع حق التعلي ولو لم يكن البناء قائماً، شريطة أن يبدأ حق التعلي من سطح طبقة معينة لا من ظهر الأرض، وأن يكون البيع معلوما نافياً للجهالة في كل أوجهها، فيذكر بداية حق التعلي ومنتهاه، بتسمية عدد الطوابق التي سيرفعها فوق سطح البائع صاحب السفل، وأيضا المادة المستعملة في بناء الطوابق كي لا تحدث ثقلا لا يحتمله السفل، وهذا ما دلت عليه عديد النصوص في مؤلفات جمهور الفقهاء القائلين بالجواز، حيث جاء في الذخيرة :" (فصل) وتكتب في بيع الأهوية ابتاع فلان بن فلان ما فوق سقف البيت القبلي من داره، التي بموضع كذا وهو البيت الذي بابه إلى ناحية كذا ليبني عليه المبتاع غرفة يكون بناء جدارها بالآجر أو بالحجر والجبس وارتفاعه كذا وعرضه كذا ومفتح بابها إلى ناحية كذا في داخل كذا إلى جانب كذا أو المحجة وفرشها كذا وكذا جائزة من خشب غلظ كل خشبة كذا وطولها كذا ويفرشها بالواح صفتها كذا وتكمل العقد "[3].

---

[1] – ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، ج 5، ص 58.

[2] – محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ج 1، ص 47.

[3] – القرافي، الذخيرة، ج 10، ص 329.

وقال الشافعي رضي الله عنه : "ولو اشترى علو بيت على أن يبني على جدرانه ويسكن على سطحه أجزت ذلك إذا سمينا منتهى البنيان لأنه ليس كالأرض في احتمال ما يبنى عليها"[1].

أمّا الحنابلة فحملوا حكم بيع الهواء على محملين الأول وهو أنه في حكم بيع المعدوم ولكن عُدِل عنه إلى رأي الجمهور حيث جاء في المبدع في شرح المقنع: "فإن كان البيت غير مبني لم يجز في أحد الوجهين، ذكره القاضي وغيره لأنه بيع العلو دون القرار فلم يجز كالمعدوم "وفي الآخر يجوز" جزم به في المحرر والوجيز وصححه في الفروع لأنه ملك للمصالح فجاز له أخذ العوض عنه كالقرار وشرطه "إذا وصف العلو السفل" ليكون معلوما ويصح فعل ذلك صلحا أبدا وإجارة مدة معلومة أيضا "[2].

ونجد فقهاء القانون أقرب لرأي الجمهور، فتبعا للأشكال السابق يرى بعض فقهاء القانون أن تسمية حق العلو لا تصدق من الناحية العقلية وإنما هو تعبير تصويري بحجة أن العلو لا يعدو كونه هواءً، والهواء غير مملوك لفرد من آحاد النّاس ولا يمكن وضع حدود له يتبين من خلالها أنه مملوك لشخص معين[3]، لتصبح ملكية العلو لا تعدو حق المالك في استعمال الفراغ الذي يعلو أرضه استعمالا معقولاً، فاختاروا تسمية فضاء

[1] – الماوردي، الحاوي الكبير، ج 6، كتاب الصلح ص 411.
– يحي بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج 13، باب الحجر، ص 402.
[2] – إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، الممتع شرح المقنع، ج 4، باب الصلح، ص 167.
[3] – لا يمكن إحراز الهواء، ولا يمكن اعتباره من الأموال .

العقار كبديل عنها[1]، لكن جميع الآراء على اختلاف التأصيل والتفريع خلصت إلى فكرة مفادها أنّه يمكن وضع حدٍ لامتداد التبعية بين الأصل والفرع بناء على الاتفاق أو النص، وأمّا عن حكم بيعه دون وجود الطبقة المتصلة بالأرض فيمكن أن نعيزه إلى الأحكام المتعلقة بشروط المحل في جميع العقود بحيث يجب أن يكون موجوداً أو قابلا للوجود مستقبلاً كما نصت المادة 93 قانون مدني: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا ومحققاً "، وهو ما يسمى بالبيع على الوصف بحيث يكون وصف الفضاء المبيع الذي سيوجد مستقبلاً بمثابة الموجود حالاً، كما يشترط أيضاً عدم وجود مانع قانوني أو طبيعي يحول دون اقتضاء فضاء العقار فيصبح بمثابة بيع المعدوم، كأن لا تسمح طبيعة الأرض جيولوجيا بإقامة أكثر من طابق واحد، أو أن يلزم القانون وبموجب نصوص خاصة عدم تجاوز البناء الطبقة الأرضية كتلك الأراضي التي تكون بمقربة من المطارات أو التي تمر فوقها أسلاك توصيل الكهرباء ذات الضغط العالي من التدفق.

الفقرة الثانية: هل حق التّعلي حق ملكية أم حق انتفاع

استناداً لفكرة التبعية (الفرع يتبع الأصل) فإن ملكية القرار تتبعها ملكية العلو في حالة ما إذا كان المالك لهما شخصا واحداً، وبالتالي فإن حق التعلي هو حق ملكية يخول صاحبه السلطات الثلاث من استعمال واستغلال وتصرف[2]، غير أنّه إذا تقرر حق

[1] – عقيل فاضل الدهان، و زينب حسين عبد القادر، أحكام فضاء العقار في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، ص 54.

[2] – حسن كيرة ، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، ص 88.

التعلي لشخص آخر غير صاحب السفل، فهنا محل الخلاف في تكييفه على أنه حق ملكية أم حق انتفاع؟.

عند الرجوع إلى فكرة التبعية في الفقه الإسلامي، وفي نص المادة 3/675 قانون مدني: "ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة ملكية ما فوقها أو ما تحتها"، فهذا يورد عديد من الإشكاليات، و أولها هو أنّ حق التعلي في التقنين الجزائري يمكن أن يبدأ من سطح الأرض، وليس بالضرورة من علو الطبقة الملاصقة للأرض، أمّا المسألة الأخرى فتتعلق بطبيعة القاعدة القانونية، فهي قاعدة مكملة تجيز العدول عن الأصل إلى الاستثناء في حكم ملكية فضاء العقار أو حق التعلي عن طريق الاتفاق أو بحكم القانون، وهي بمثابة القرائن البسيطة والقابلة لإثبات العكس، والمسألة الثالثة والتي فيها إجابة عن إشكالية تكييف التعلي بأنه حق ملكية أم حق الانتفاع، فنقول لما كان نشوء هذا الحق مبني على الإرادة الاتفاقية للأطراف كأن يبيع من علوه قدرا معيناً كعشرة الأذرع مثلاً مع تحديد مادة البناء وثقلها التي يقام بها العلو[1]، أو بناء على مقتضى الوضع المادي ، فكان الأحرى أن يرجع إليهما في التكييف، حتى وإن كانت هذه المسألة تحظى بتفصيل دقيق في الفقه الإسلامي يجليها الخلاف الفقهي بشأن حق مشتري العلو في إعادة بنائه إذا تهدم السفل، فإذا اقتضت الإرادة التعاقدية بين مالك السفل من انتقل إليه حق التعلي، فإذا اقتضت طبيعة التمليك أن يباشر متملك العلو بنفسه لهذا الحق فهو حق انتفاع، أمّا لو اقتضت أن

[1] – أبي سعيد خلف بن أبي القاسم القيرواني، تهذيب مسائل المدونة، تحقيق وتعليق: محمد الأمين ولد محمد سالم بان الشيخ، ط 1، الإمارات العربية المتحدة، 1423هـ/ 2002م، ج 3، كتاب بيع الغرر و الملامسة، ص 234.

يباشر من آل إليه حق العلو بنفسه أو غيره فهذا يكيف على حق منفعة[1]، أمّا لو نشأ حق التعلي عن واقعة قانونية كالميراث بأن أصاب أحد الورثة نصيبه من الميراث في الطبقة العلوية للدار وكان حظ الآخر في سفلها، فإن هذا يكيف تكييفا آخر غير التكييف الذي يقتضيه الالتزام التعاقدي، بحيث أن لمن آلت إليه الملكية بهذا الشكل مباشرة سلطانه عليها بنفسه أو يمكن منها غيره ما لم يتقيد ذلك بحق الشفعة، وهذا ما يكيفها على أنه حق منفعة.

الفرع الثاني: أثر المساطحة على ملكية السقف

لأن الجوار مساطحة حالة تجعل بناء صاحب العلو ومبنى صاحب السفل كتلة واحدة يرتهن بقاء العلو بمتانة السفل، ويرتهن بقاء السفل بثقل العلو فلا يجب أن يبلغ حدا من الثقل يوهن السفل، ويجعل السطح بين البنائين ذو تكييف خاص في الفقه الإسلامي، على اعتبار أن هذا النوع من الملكية هو شائع بين مالكيه شيوعا جبرياً في مفهوم التقنينات الحديثة والتي سنأتي على ذكر تفاصيلها في بقية البحث.

الفقرة الأولى: ملكية السقف في الفقه الإسلامي

بما أن السقف يعتبر بمثابة الحد الفاصل بين مجموعات الأبنية الطابقية، فهو يعتبر السماء بالنسبة لصاحب السفل والأرض لصاحب العلو، فالأصل فيه أن يكون مشتركاً

[1] – القرافي، الفروق، ج 1، الفرق الثلاثون: بين تمليك الانتفاع وبين قاعد تمليك الانتفاع وبين قاعدة تمليك المنفعة، ص 205.

لكونه بمثابة الشيء في يديهما، مالم تشهد بينة بأنه ملكية خاصة لأحدهما دون الآخر وهذا رأي فقهاء الشافعية[1] والحنابلة[2]، والملاحظ أن رأيهم استند على استصحاب قرينة الأصل في الاشتراك، أي أنّ توسط السقف للملكيتين فهو مشترك بينها كالحائط المشترك تماماً، إلى أنّ السقف أصعب من حيث إثبات أنّه ملكية خاصة لصاحب السفل أو لصاحب العلو، وأن قرينة الاشتراك الرئيسية المتمثلة في اتصال السقف ببنائهما قائمة لكليهما، والقرائن الثانوية بحسب ترتيبها لا يتأتى وجودها بالسقف، مما يستدعي اللجوء إلى اليمين وهو قرينة تتوقف حجيتها في تحقيق العدالة على درجة الورع لدى المتخاصمين، كما أنّه لا يُحتمل قيام مثل هذه الخصومة في ملكية السقف إلاّ إذا أتى أحد المالكين تصرفات عليه من شأنها المساس بالبناء ككل، وهذا الذي قد يأخذ تكييفاً آخر يتعلق بقيود سلطان الملك في مثل حالة هذا النمط العمراني.

بينما يرى فقهاء المالكية وبعض الحنابلة[3] أن السقف ملكية خالصة لصاحب السفل ولصاحب العلو الانتفاع به وليس لصاحب العلو أن يعدو حد الانتفاع المعقول بالزيادة في البنيان ورفعه[4]، وبهذا قال أيضاً فقهاء الشافعية بحجة أنه يمكن لصاحب العلو أن يصنع أرضية لعروه غير سقف صاحب السفل، كأن ينقب في الجدار وتوضع فيه

---

[1] – الامام الشافعي، الأم، ج3، كتاب الصلح، ص 226.
– أبو الحسن الماوردى، الحاوي الكبير، ج 6، ص 869.

[2] – ابن قدامة، المغني، ج 4، ص 564.

[3] – – علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي (ت : 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 6، باب الشفعة، ص 191.

[4] – القرافي، الذخيرة ، ج 6 ، باب احياء الموات، ص 186.

رؤوس الخشب[1]، ولمن أراد بيع أو تأجير سقفه للبناء عليه أن يحدد قدر الارتفاع الذي يمكن أن يتحمله السقف أو الجدار، بخلاف الأرض التي تتحمل كل شيء[2]، ويرى فقهاء الأحناف أن السقف يندرج ضمن ملكية السفل بالتبع شأنه في ذلك شأن حق التعلي[3].

إذن فالملاحظ أن هناك إجماعا من فقهاء المذاهب الأربعة بأن ملكية السقف ليست مهمة بقدر المنفعة المرجوة من وجوده المادي، بمعنى أن سلطان الملك فيه مقيد بما تقرر عليه من حق القرار لصاحب العلو، وهذا الأخير أيضاً مقيد بعدم الأضرار بصاحب السفل، لهذا يكيفه بعض الفقهاء من بأنه مرتفق لصاحب العلو لا غير، وما يخول عليه حصرا هو حق الانتفاع به على الوجه المشروع الذي لا يضر بالغير وبأصل الملكية [4].

لنخلص من استقراء هاته الآراء إلى إمكانية القول أن السقف ليس ملكية خالصة سواء لصاحب السفل أو صاحب العلو، وكأنه حق انتفاع مُخول لكليهما لا أكثر وفي الحدود المعقولة التي لا تضر بالبناء ككل، وهذا الذي يتماشى ومقصد الشريعة في حفظ الأموال، بأنها غير مقصودة لذاتها ولكن الغاية منها تحقيق منفعتها.

---

[1] – زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 2، ص 229.

[2] – زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 2، ص 415.

[3] – المرجي الثقفي، الحيطان، الفصل الثامن ، ص 138.

[4] – بن قدامة المقدسي، المغني مع الشرح الكبير، ج 5 ، ص 47 ، 48.

– محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل، 5ج، ص 144.

– الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ألى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 4 ، ص 399.

الفقرة الثانية: ملكية السقف في التشريع الجزائري

رغم أنّ المشرع الجزائري لم يأتي بالنّص على ملكية العلو والسفل وهذا تماشيا مع الطبع الاجتماعي للمجتمع في توخيه لهذا النوع من العقود ولا تقع إلاّ من باب قسمة التركة، لكنها غير مستبعدة الوقوع بالنّظر إلى المزايا التي توفرها في ظل شح العقار، ممّا يستدعي إيجاد تكييف خاص وضوابط خاصة، لكن لا يعني ذلك انعدام أية تكييف لها، لأن المشرع الجزائري ساير غيره من القوانين فيما وصل إليه النّمط المعماري الحديث، حيث تولى المشرع الجزائري بيان الأحكام المتعلقة بالسقف، وجاء على ذكرها في القسم الخامس من الباب الأول بالكتاب الثالث حول الحقوق العينية الأصلية، ونعلم أن الأبنية المشتركة تتقسم أجزاؤها بين مملوكة ملكية خاصة و مملوكة ملكية شائعة، وكيَّف المشرع الجزائري السقف بأنه من الأجزاء الخاصة التي ينتفع بها استقلالاً، حيث نصت المادة 744 قانون مدني جزائري : "تعتبر أجزاء خاصة، أجزاء العقارات المبنية أو غير المبنية والمملوكة بالتقسيم لكل واحد من الملاك الشركاء بغرض الاستعمال الشخصي والخاص.

وتعدّ أجزاء خاصة:

- كل من تبليط الأرض و الأرضية، و التغطية.
- الأسقف و الأحواش، باستثناء الجدران الأساسية في البناء....".

ونشير أنّ المشرع الجزائري لم يُفْرِد السقف بأحكام خاصة ضمن تلك المتعلقة بأحكام ملكية العلو والسفل التي لم يتناولها المشرع الجزائري في باب مستقل على غرار غيره من

التشريعات العربية الأخرى التي كيَّفَت ملكية السفل والعلو أنّها نظام مستقل عن ملكية الطبقات والشقق، أو نظام الأبنية المشتركة[1]، لكن أياً من الفقهاء لم يتنكر لهذه الأحكام في أصالتها للفقه الإسلامي، والمتماشية مع ما توصل إليه النمط المعماري الحديث، والتي تحدد أساسا كيفية تعامل مالكي العقار وبيان التصرفات التي يأتونها فيه، سواء الأجزاء المشتركة منها أو الأجزاء الخاصة، بحيث تتباين هذه الأحكام في تكيفها بأنها ذات طبيعة تعاقدية اتفاقية أو ذات طبيعة تأسيسية تنظيمية، أو أنه من قبل عقود الإذعان[2].

والملاحظ أن المشرع الجزائري في تكييفه أن السقف من الأجزاء الخاصة، قد لا يحمل ذلك على أنه موافقة صريحة لما جاء في آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك لأن مدلول السقف يختلف عن معنى السطح من حيث الاستعمال في كل زمن، وعُرْف النّاس في البناء عموما وأهل الفن خصوصاً، حيث يعتبر السقف في عرف استعمالنا بأنه تلك الطبقة التي المتصلة مباشرة بإنارة الدّار والتي تكون أدنى من التغطية، أمّا سطح الدّار فهو الفضاء الذي يعلوها، وهذا ما يُستفاد ممّا ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 745 متأسيا بغيره من الأنظمة القانونية العربية التي ميزت بين ملكية العلو والسفل والملكية المشتركة في العقارات المبنية، التي جعلت السطح من الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية بحيث يتعذر على جميع الملاك في الشيوع الجبري أن يختص بها أو يتفرد بها في الاستعمال، حيث نصت: "تعتبر أجزاء مشتركة، أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي

[1] – أورد عدد من شراح قوانين الدول العربية باستقلالية نظام الأبنية المشتركة، عن الأحكام المتعلقة بالعلو والسفل التي تنسب حصرا إلى فقهاء الشريعة الإسلامية.

[2] – سيأتي بيانها في تكييف الملكية المشتركة في العقارات المبنية.

يملكها على الشيوع كافة المالكين المشتركين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم في كل حصته لاستعمال أو منفعة جميع المالكين المشتركين أو لأكبر عدد منهم.

و تعد أجزاء مشتركة مايلي: ...

- الرواق الخارجي، والدرابيز والأسطح ولو خصصت كلها أو بعضها أو بعضها للاستعمال الخاص من طرف شريك واحد".

المطلب الثاني: آثار ملكية العلو و السفل

لم ينص المشرع الجزائري قانوناً وبصفة مستقلة على ملكية العلو والسفل ولا الأحكام المتعلقة بها إلا فيما تضمنته أحكام الملكية المشتركة في العقارات المبنية، وهذا لا يرجع إلى انعدام هذا النّظام ولكن لندرته في المجتمعات الجزائرية، أمّا التشريعات التي اعتمده كنظام مستقل فقد استمد أحكامه من الفقه الإسلامي مع الإشارة أنَّ بقاءه ضمن التقنين ما هو إلاّ مسايرة لمخلفات النّظام القديم، بعد أن صارت ملكية الطبقات والشقق النمط الأكثر شيوعاً[1]، وأكثر ما يرتبه هذا النظام من أحكام؛ الالتزامات المتبادلة بين صاحب السفل وصاحب العلو من أجل بقاء البناء كعينٍ منتفع به على الوجه المشروع دون إهداره، فضلا عن القيود التي تفرضها علاقة الجوار والتي تستهدف الأشخاص.

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، ص 1009.

الفرع الأول: التزامات صاحب السفل

إذا كان نظام ملكية الطبقات يُقَّسم البناء إلى أجزاء مفرزة وأجزاء مشاعة، فإنه ينعكس في شكل قيود والتزامات تُفرض على سلطان حق الملكية، وقد اتفق شُرَّاح القانون أنه يقع على عاتق صاحب السفل التزامان، الأول يتمثل في صيانة السفل وترميمه من أجل الإبقاء على العلو، و الثاني يتمثل في إعادة بناء السفل إذا تهدم.

الفقرة الأولى: ترميم السفل و صيانته

تهدف الصيانة والترميمات الضرورية إلى بقاء البناء كعين منتفع بها خاصة الأجزاء التي يقوم عليها العلو من جدران رئيسية وسقف، الأعمدة الرئيسية، والكمرات...، ليظل هذا السفل قادراً على حمل عبء العلو، بحسب ما تقرر في الاتفاق الذي نشأ به، ويلتزم بها صاحب السفل أو شاغله متى دعت الضرورة إلى ذلك، لأن العزوف عن القيام بهذه الالتزامات المهددة لصاحب العلو في سلامته وسلامة البناء ككل، تجعله أمام تقصير يستلزم تدخل سلطان القانون أو المخول بذلك لعلاج الوضع المادي قبل وقوع الضرر، وهذا الذي كرسه فقهاء الشريعة من خلال أحكام تتعلق بمدي إمكانية إجباره على القيام بالتزاماته، وهذا ما كان محل خلاف بين فقهاء الشريعة.

القول الأول– يجبر صاحب السفل على الترميم: هذا رأي كل من فقهاء المالكية[1]، والحنابلة[2]، بحيث يستندون في رأيهم على مراعاة الحالة المادية لصاحب السفل، بحيث إذا

[1] – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3، ص 365.

[2] – البهوتي، كشاف القناع، ج 3، ص 415.

كان بصدد حالة يسر مادي من غير إقتار، فإنه يجبر على القيام بأعمال الصيانة للسُّفل، ليتمكن صاحب العلو القرار عليه والانتفاع بعلوه من غير ضرر أو خشية الضرر، فإن أبى صاحب السفل؛ فلصاحب العلو أن يبنيه ويمنع صاحب السفل الانتفاع به حتى يغرمه ما أنفق وهو رأي ابن القطان من المالكية[1] وكذلك في رأي للأحناف[2]، وقال ابن وهب أنّه يؤمر بالبناء أو أن يبيع ممن يبني[3]، وحجة أصحاب هذا الرأي أن الحق هنا مقيد ويقوم عليه ملك صاحب العلو فكان ضمان بقاء البناء هو المصلحة الرّاجحة والتي يجب أن يُعنى بها.

القول الثاني– لا يجبر على ترميم وصيانة سفله: ذهب الأحناف إلى هذا الرأي بحيث لا يتقرر الإجبار إلاّ من الحاكم[4]، وكذلك الشافعية في الجديد لأن في إجباره إضراراً به من حيث أريد منفعة طالب البناء[5]، والأصل في عدم إجبار المالك على إصلاح ملكه.

الفقرة الثانية: إعادة بناء السفل إذا تهدم

انهدام السفل إمّا أن يكون بعارض سماوي أو بأن يكون للإنسان يد فيه، فإن كان انهدام السفل بتعدٍ من أحدهما مثلاً، وجب على المتعدي منهما إعادة بنائه، تطبيقا

---

[1] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 123.

[2] – الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، ج3، الباب العاشر دعوى الحائط، ص 103.

[3] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 122.

[4] – ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، ج7، كتاب التحكيم، ص 57.

[5] – الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، فصل التزاحم في الحقوق المشتركة، ص 247.

للقواعد المتعلقة بوجوب ضمان التعدي، والتي أيدها التشريعات الحديثة[1]، أمّا في الإلزام بإعادة بنائه لانهدامه دون أن يكون لأحد يدُ فيه فاختلف فقهاء الشريعة على قولين.

القول الأول– يجبر صاحب السفل على إعادة بنائه: قال بهذا الرأي فقهاء المالكية[2]، وفي رواية عن فقهاء الحنابلة[3] لتعلق حق العلو عليه، فيلتزم ربه بإعادة بنائه حتى يصير أرضاً يمكن بناء العلو عليها[4]، لأن الاتفاق في إقرار هذا النوع من الملكية معلق على شرط السلامة، ولذلك فصاحب السفل مخير بين البناء أو البيع ممن يبني[5]، ولما يتقرر ذلك فإن لفقهاء المالكية أراء مختلفة تساير نوازل زمانهم في نمط وكيفية البناء، والتي تتمحور حول تعليق البناء العلوي من أجل تمكين صاحب السفل من إعادة بنائه من جديد، واختلفوا على من يكون التعلق، فقال ابن القاسم أن الدعائم والتعليق على صاحب السفل، وقال أصبغ وابن أبي جعفر الديماطي أنّه على صاحب العلو لأنه من أول البيع كان الحمل معينا للمالكين، وعندما يرث البناء فهو عارض يخرج عن حدود ما

---

[1] – المادة 124 قانون مدني.

[2] – القرافي ، الذخيرة، ج 6، ص 185.

[3] – عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 1، باب أحكام الجوار، ص 343.

[4] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات ، ج 11، ص 227.

[5] – أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط 1،1423 هـ – 2003 م، ج 2، كتاب التزاحم في الحقوق، ص 807.

أُتفق عليه، فلا يتحمل التعليق غير المالك، بينما قال ابن شعبان أن التعليق والبناء على صاحب العلو[1].

القول الثاني– لا يجبر صاحب السفل على إعادة بنائه: ذهب إلى هذا الرأي فقهاء الشافعية[2]، وكذلك الأحناف[3] وإلا فلصاحب العلو أن يبنيه ويمنع صاحب السفل الانتفاع بسفله حتى يغرمه ما أنفق، ولا يكون بذلك متبرعاً.

الفرع الثاني: التزامات صاحب العلو

بما أن هذا النوع من الملكية مقيد دائماً بأن تكون السلطات المخولة عليه في حدود ما يضمن بقاء البناء كعين منتفع بها على الوجه المشروع، إلاّ أن هذا التقييد يظهر جليا في إرادة صاحب العلو الزيادة في علوه، فمن الفقهاء من قيد الحق ابتداءً وقال بعدم جواز زيادة العلو إلاّ في الحد الذي أُقِرَّ عليه هذا النظام من الملكية ببادئ الأمر، وهذا

[1] – ابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، ص 125.

[2] – شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، حاشيتان قليوبي: على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، لبنان، 1419هـ – 1998م، ج 2، فصل التزاحم في الحقوق المشتركة عموما، ص 395.

[3] – ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج 4، كتاب الوديعة ، ص 236

هو قول الجمهور من الأحناف[1]، وكذلك الشافعية بحجة أنه من الثقل الموهن للبناء[2]، والحنابلة بحجة أنه خروج عن الوصف الأول[3].

بينما رأى جمهور المالكية بتقييد حق التعلي انتهاء وذلك بمنعه إذا تمخض عنه ضرر بصاحب السفل، كزيادة بيِّنة توهن الجدار[4] .

خلاصة:

الملاحظ على هذا النوع من الملكية عموماً سواء في الفقه الإسلامي أو بالنسبة للتشريعات التي أخذت به على أنه نظام آيل للزوال، أنّه يقوم أساساً على فكرة الارتفاق وهذا ما تجليه الالتزامات المتبادلة بين صاحب السفل وصاحب العلو، إذ أنّ كلاهما يملك الطبقة التي آلت إليه ملكية تامة ومستقلة عن الطبقة الأخرى، وما القيود المفروضة على سلطان الملكية هنا إلاّ من قبيل الوضع المادي الموجود عليه البناء، بحيث تتقرر هذه الحقوق على عقار لمنفعة عقار آخر[5]، لذلك كانت التصرفات التي يأتيها كل منهما على ثلاثة أنحاء[6]:

---

[1] – محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة البخاري أبو المعالي، المحيد البرهاني أعظم ، ج 17، ص 342.

[2] – يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 3، ص 454.

[3] – عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج1، ص 343.

[4] – خليل بن إسحاق الجندي المالكي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ج 6، ص 369.

[5] – أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 86.

[6] – علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 110.

النوع الأول: التصرفات الضارة ضررا محظا، كأن يأتي أحد الجارين أعمالا من شأنها أن توهن البناء، وهذا الصنف مجمع عليه بين الفقهاء بمنعه، تماشياً ومنطوق حديث النبي صلى الله علية و سلم في منع الضرر.

النوع الثاني: التصرفات التي يأتيها أحدهما في ملكه ولا تضر بالبناء ولا توهنه، وحتى لو ترتب عليها ضرر بالجار كإقلاق مؤقت للراحة، فهي تندرج ضمن أضرار الجوار المألوفة والتي لا يمكن التحرز منها، وهذا أيضا لا خلاف بين الفقهاء في إباحتها.

النوع ثالث: هو دائر بين الإباحة والحظر، فلا يعلم من أنّه ضار ضررا محضاً ولا أنّه من قبيل التصرفات المعتادة، كأن يفتح صاحب السفل في جداره كوة، اعتقادا من أنّه لا ضرر فيها على البناء ككل، أو أن يصنع صاحب العلو في بيته شيئا يزيد في ثقل علوه، وسبب تعلق هذا النوع محكوم بقاعدتي " الأصل في الأشياء الإباحة" وقاعدة " منع الضرر" أو "الضرر يزال"، وبذلك فحكمها يحتاج أن يُفْضيَ فيه عارف بأمور البناء، مراعيا في ذلك واقع الحال الذي يعاينه أهل النّظر، بحيث لا يكون احتمال الضرر مسوغا لمنع التصرف، وكما لا يكون لسلطان الملك مسوغ لإيقاع الضرر أيضاً.

المبحث الثاني: كيف تبنى المشرع الجزائري لفكرة المساطحة و الجوار الرأسي؟

لم يخرج المشرع الجزائري بهذه الفكرة عن نطاق حق الملكية، والتي تكون على حالتين إمّا مفرزة بأن تكون معلومة الحدود ويختص بها مالك واحد، وإمّا شائعة بأن يتعلق جزء نسبي في شيء مملوك لأكثر من مالك، بمعنى أن تشيع النسبة المملوكة في

كامل الشيء، ويمكن أن تؤول الملكية الشائعة إلى مفرزة بعد القسمة، غير أن هناك نوعا آخر من الملكية الشائعة غير قابل للقسمة، بل يجب بقاؤها في حالة الشيوع من أجل ضمان استمرارية الانتفاع بها وسماه بعض الفقهاء بحالة الشيوع الجبري، لأن الاشتراك هو الحالة التي أُرِيدت من البناء ابتداءً والتي تختص بالبناء دون سائر العقار[1]، والتي تناولها المشرع الجزائري في هذا الإطار ضمن مسمى "الملكية المشتركة في العقارات المبنية".

المطلب الأول: ماهية نظام الملكية المشتركة في العقارات المبنية

يتطلب منا الوقوف على ماهية هذا النمط المعماري في البناء الحديث والذي حفه المشرع الجزائري بأحكام خاصة في القانون المدني وعدد من المراسيم، ان نعرفه أولا ثم تحديد طبيعته القانونية.

الفرع لأول: تعريفه

يعتبر هذا النظام في البناء امتداداً لملكية العلو السفل، لكن وجه الخلاف بينهما يكمن بأنّ هذا الأخير يملك كل مالك طابق أو شقة بما حوته من جدران وأسقف وأرضية ملكية خاصة، أمّا في نظام الملكية المشتركة في العقارات المبنية فهي تعني بهيكل البناء ومكوناته الرئيسية وتكييفه بأنه مشترك، أمّا ما بداخل الشقة فهو من الأجزاء الخاصة[2]، لذلك يوصف بأنه اتفاق يرمي إلى التعايش داخل العقار المبني المشترك بحيث

[1] – و هذا لأن الأراضي الشائعة يمكن أن تتحول إلى مفرزة بالقسمة العينية أو قسمة المهايأة.

[2] – محمد طه بشير و غني سحنون طه، الحقوق العينية، ج1، ص 150.

يتقلص الغلو في الخصوصية وكذلك سلطان حق الملكية بما يبقى على الوجود المادي للبناء.

بينما عرفها المشرع رغم أنّ التعريفات ليست من أولوياته بقدر اهتمامه بالأحكام في المادة 743 قانون مدني: "الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو المجموعة العقارات المبنية، والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة"، وهذا النّص منقول عن الفقيه الفرنسي Christian Atias jean[1] والمستوحى من التشريع الفرنسي، لتكون بذلك من أنماط الملكية الجماعية في مبني يضم عدد من الطوابق والمُلاك، وتقسم أجزاؤها إلى أملاك خاصة وأجزاء مشتركة تتقيد فيها سلطة التصرف، وهذا يعني أن تجمع بين الملكية الخاصة والملكية الشائعة سواء كان مبنىً واحدا أو مجمعا سكنيا يتألف من عدد من العمارات، ويقابلها عند فقهاء الشريعة الإسلامية المزج بين نوعي الملك التام والملك الناقص، لكن ما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري كيَّف نمط البناء هذا بأنّه حالة قانونية تنشأ بموجب القانون وقد تكون خارج حدود الاتفاق والإرادة العقدية، بعكس ما يكون عليه الحال في ملكية العلو والسُّفل أو نظام ملكية الطبقات والشقق، ويعطي هذا الوصف للمشرع الجزائري ضمن هذا الإطار تحديد الأجزاء المفرزة منها والأجزاء المشتركة ويُبَيِّن الأحكام المتعلقة في التصرف بها وحدودها.

[1] -Christian Atias jean-louis brgel et al, lexique droit immobilier dalloz , 2eme edition 1994, p 59.

الفرع الثاني: طبيعته القانونية

يُكيَف نظام الملكية المشتركة في العقارات المبنية ضمن أصناف الشيوع الجبري في القسم الخامس من كتاب الحقوق العينية الأصلية، واعتبر هذا النوع من الملكية قديما قائما على فكرة الارتفاق[1]، الذي يرى بأن حقوق الملاك على الأجزاء المشتركة حقوق متبادلة مادامت هذه الأجزاء غير خاصة وغير قابلة للفرز، لكنها تغيرت إلى نظام الملكية المشتركة في العقارات المبنية، بحيث تتحد الأجزاء المشتركة والخاصة للبناء وأساليب الانتفاع بها وضوابطها، وهذا يقتضي وجود نظام تسييري هيكلي إداري بما يكرس مبدأ التعايش الاجتماعي في العقار المبني فيما تعلق بالأحكام العامة، أمّا بعض الأحكام الخاصة فلا ضير أن تخضع لاتفاق المالكين في الشيوع الجبري فيما يتعلق باستعمال أجزاء البناء عن طريق ما تقرره جمعية الشركاء وفق نظامها الداخلي بما يوفر الاستقرار والسكينة، مثل سن بعض الشروط المتعلقة بحظر بعض السلطات كجلب الحيوانات الخطرة إلى المساكن، أو فرض شروط تتعلق بنقل الملكية للغير كالبيع والمقايضة، بتسبيق حق الشفعة لمن شاء من الجيران[2]، وهذا تنزهاً عن دخول الغرباء واستحداث علاقات جديدة مع الغير، إضافة إلى كل الشروط التي يمكن استيعابها تحت مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية والمكرسة قانونا في المادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا

[1] – محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني– الحقوق العينية الأصلية، مشأة المعارف، ص 487.

[2] – الشفعة هي استحقاق ما عند الشريك بثمنه، لكن يمكن أن يتقرر هذا الحق للجار حسب بعض الآراء الفقهية وكذلك التوجهات القانونية.

يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"، بحيث تهدف هذه الشروط إلى استقرار الوضع المادي للبناء أولاً، ثم استقرار علاقة حسن الجوار.

المطلب الثاني: تكييف أجزاء البناء في هذا النوع من الملكية

لما فرض الواقع نظام الملكية المشتركة في العقارات المبنية كامتداد لفكرة ملكية العلو والسفل، خاصة وأن هذا النظام لم يعد في إمكانه استيعاب الطلب المتزايد على الأبنية في السوق العقارية، ممّا أفضى إلى ظهور العمارات الضخمة ذات القدرة الاستيعابية لأكبر عدد من الطبقات والشقق، وبغض النّظر عمن يقع عبء إنشائها سواء تكفلت الدولة ذلك عن طريق مؤسساتها أم الخواص، فإن أصلها مبني على التوسع في فكرة الارتفاق والتقليص من سلطان حق الملكية، وأيضاً بعد أن قصر نظام ملكية العلو والسفل عن استيعاب النّمط المعماري الحديث بأن كان أكثر داعٍ للنزاع بين الشركاء ويعود ذلك لاتساع دائرة المشاحة بسبب الاختصاص بملكية الأجزاء التي يتكون منها الهيكل الأساسي للبناء، فأضحى من الواجب تعديل هذه الأحكام بما يحول دون ما تطرحه من إشكالات عديدة، وذلك بتقسيم أجزاء البناء إلى شائعة ومفرزة لأن هذا النظام يفرض ازدواجية بين الملكية الشائعة والملكية الخاصة، وعلى الرغم أنّه ينشأ عن واقعة ما كالميراث أو تصرف قانوني كالعقود التي تستفيد منها الأفراد في الحصول على سكنات في صيغ مختلفة[1]، إلاّ أنّه هذا لا يحول دون الملكية التامة لأبنيتهم[2]، ولا يحول

[1] – سبق الإشارة إليها في الفصل الأول من الباب الأول.

[2] – تنص المادة 714 قانون مدني:" كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بسائر الشركاء".

أيضا دون سلطان حق الملكية وإن قيد نطاقها ورسم له حدوداً، وهذا ما جعل فقهاء القانون يختلفون في تحديد الطبيعة القانونية لهذا النظام، فمنهم من اعتبره ذو طبيعة عقدية منشئة لالتزامات عينية[1]، وبعضهم يكيفه على أنّه عقد إذعان تترتب أثاره بمجرد قبوله، وبمجرد أن يصبح الشخص مالكاً مهما كان سبب التملك فإنه يصبح خاضعا لأحكامها[2]، ومنهم من يراه أنه عقد ذو طبيعة تأسيسية أقرب إلى القرار الإداري[3]، ولم تسلم هذه الآراء من النقد بطبيعة الحال، لتنتهي برأي توفيقي بينهما معتبرا هذا النظام ذو طبيعة مزدوجة عقدية وتنظيمية [4].

المطلب الثالث: أثر هذا التكييف

الأثر الطبيعي لنظام الملكية المشتركة في العقارات المبنية هو تحديد الأجزاء الخاصة والأجزاء المشتركة، بحيث لا يُتوصل إلى الانتفاع بالأجزاء الخاصة إلاّ مرورا أو استناداً بالأجزاء المشتركة التي يحق لجميع الملاك استعمالها في حدود الغرض الذي أُعدت له.

الفرع الأول: الأجزاء المفرزة

نصت المادة 744 قانون مدني والتي توافق ما جاء في نص المادة 3 مرسوم 83- 666 مؤرخ 12 نوفمبر 1983 معدل بالمرسوم التنفيذي 94- 59 مؤرخ في 07

---

[1] – شدراوي جورج، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، د ط، 2002، ص 114.

[2] – عفيف شمس الدين، ملكية الطوابق والشقق والشاليهات والأبنية المفرزة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2007، ص 80.

[3] – قريدة محمد، نظام الملكية العقارية المشتركة، ص 220.

[4] – زيادة طارق، دراسات في الفقه والقانون، دار الشمائل للطباعة والتوزيع، ط 1، طرابلس، لبنان، 1990، ص 156.

مارس 1994م[1]: "تعتبر أجزاء خاصة، أجزاء العقارات المبنية أو غير المبنية بالتقسيم لكل واحد من الشركاء بغرض الاستعمال الشخصي أو الخاص.

و تعد أجزاء خاصة:

- كل من تبليط الأرض والأرضية والتغطية
- الأسقف والأحواش باستثناء الجدران الأساسية في البناء.
- الحواجز الداخلية وأبوابها.

---

[1] – تنص المادة من المرسوم: "تتضمن الأجزاء الشائعة بالنسبة إلى كل من محل من المحلات المانعة المشمولة في جسم من البناية الجماعية لكن بشرط وجود الأشياء المذكورة أجزاء فيها مايلي خاصة:

1) البلاطات و الأرضيات المبلطة و الأرضيات الخشبية و جميع التلبيسات بصورة عامة.

2) سقوف البيوت أي الألواح الخشبية و ما يغطيها من جبس المقولبات الناتئة و الزخارف التي يمكن أن تزين بها السقوف و قطع النجارة التي يمكن أن تجمل بها.

3) الجدران الداخلة بأنواعها.

4) الأبواب المسطحة و المداخل الخاصة ، و النوافذ التي على شكل أبواب.....

5) الطلاء الداخلي للجدران السميكة و الجدران الفاصلة.

6) الأنابيب و القنوات أو الخطوط الداخلة المخصصة للاستعمال في المحل دون غيره لتوزيع الماء و الغاز و الكهرباء و لصرف المياه المستعملة و النفايات.

7) الأجهزة و الصنابير و الأقفال و اللواحق التابعة لها.

8) التجهيزات الصحية لبيوت الاستحمام و بيوت النظافة و المراحيض.

9) تجهيزات المطابخ و أحواضها.

10) التجهيزات الفردية الخاصة بالتسخين و الماء الساخن الموجود داخل المحل الخاص.

11) الخزانات الحائطية و حافظات الثياب.

12) كل ما يهم الزخرفة الداخلية و التأطير، و رفوف المداخن و المرايا و الطلاء و الخشبات و الصناديق.

13) و بشكل عام كل ما هو مندرج داخل المحلات مما هو مخصص لاستعمال ساكنها لا غير".

- أبواب المساطح والنوافذ والأبواب النافذة و مغالق الشبابيك والمصارع أو الستائر وتوابعها.
- قضبان النوافذ والدرابيز الحديدية للشرفات.
- الطلاء الداخلي للحيطان، والحواجز مهما كانت.
- الأنابيب الداخلية ومنحنيات التوصيل الخاصة بالأجهزة من مجموع الحنفيات واللوازم المتصلة بها.
- إطار وأعلى المداخن والخزائن، والخزائن المموهة.
- الأدوات الصحية للحمامات والمغسلة والمرحاض.
- أدوات المطبخ.
- الأدوات الخاصة بالتدفئة والماء الساخن التي يمكن أن توجد المحل الخاص.

وتعتبر مشتركة بين الشركاء المتجاورين الحواجز أو الحيطان الفاصلة في المحلات الخاصة دون الجدران الأساسية للبناء".

وحددتها أيضا المادة 2 مرسوم 83- 666مؤرخ 12 نوفمبر 1983 معدل بالمرسوم التنفيذي 94- 59 مؤرخ في 07 مارس1994م على سبيل الإجمال: "الأجزاء الخاصة التي يملكها مقسمة كل شريك في الملكية والمخصصة له دون غيره، أي المحلات التي تشملها حصة أو حصصه مع جميع المرافق التابعة له".

والملاحظ أنّ هذه الأجزاء أجزاء خاصة بنص القانون وتتميز بعدم اعتبارها من العناصر الأساسية الهيكلية، فلا يقوم ولا يرتكز عليها البناء متعدد الطوابق، لذلك فهي مفرزة إفرازا كلياً بحيث لا يتطرق إليها اشتراك، ولا ضير في استقلال المالك بها، وهذا

ناتج عن اختصاص المالك بطبقة أو شقة، وكل ما تحتويه هي عبارة عن أجزاء خاصة ومُعدة للانتفاع الخاص، وبذلك تخول عليها كل السلطات التي يمنحها حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف، لكن ما حدود هذه السلطات بين أن الممارسة الشخصية وأن يمارسها غير المالك في الشيوع؟.

الفقرة الأولى– الانتفاع الشخصي من المالك في الشيوع الجبري: بما أن صفة المالك للأجزاء المفرزة في حالة الشيوع الجبري أو نظام الملكية المشتركة في العقارات المبنية لم تنتفي عنه فهذا يمنحه كل السلطات المخولة له قانوناً من استعمال واستغلال وتصرف[1]، فله أن يسكنها ويمارس فيها حقه في الخصوصية، وله استعمالها كيف ما شاء، دون قيد أو شرط سواء من الشركاء في نظام الملكية المشتركة أو أشخاصها المعنويين مثل الجمعيات العامة، باستثناء تلك القيود المهددة لمتانة العقار أو تلك القيود الاتفاقية بموجب التوقيع على دفتر الشروط الخاص باكتساب صفة المالك على الشيوع في هذا النظام أو الخاص بجمعية الشركاء، الأمر الذي يوجب على الشركاء عدم خرقها.

فمثلا بالنسبة لسلطة التصرف المادي أعمال الترميم، مثل التزيين بدهان أو إضافة ملحقات خاصة بذلك فهي حق لمالك الجزء المفرز ولا يشترط فيها إلاّ منع الضرر بالجيران، سواء كان الضرر ماديا مثل تعطل الكهرباء بالمبنى ككل أو معنوياً كالضوضاء الناتجة عن أعمال التعديل، لذلك يستحسن أن يتفق الشركاء في هذه الحالة على القيام بأعمال الترميم بالتزامن وقبل أن يشعلها أهلها بالسكن أو الانتفاع، تفاديا لضوضاء

[1] – رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية أحكامها وضوابطها، ص 128.

التعديل والأوساخ والغبار الناجم عنها، ويمكن لجمعية الشركاء أن تسهم في إعداد وتنظم وقت الصيانة وكيفيتها من خلال عمليات إحصائية دورية، مع تقدير لمتطلباتها التقنية والزمانية، غير أن هذا قد يصطدم بالحالة المادية للشركاء سواء في الإعسار أو الإيسار، فضلا عن ضرورة تدابير الصيانة في حالات الاستعجال القصوى.

كما لا تتقيد سلطات المالك طبعاً إلاّ إذا نجم عنها ضرر بالبناء وجعله آيلاً للتوهن، كإحداث تغييرات على عناصر رئيسية في المبنى الملتبسة في تكييفها بالأجزاء المشتركة، كما لا يمكنه إجراء تعديلات وتغييرات من شأنها تغيير واجهة المبني أو أي تغيير جزئي من شأنه المساس بالطابع الجمالي له[1]، وذلك بعدم انسجام التغييرات مع الشكل الكلي للبناء مثل إضافة نوافذ أو توسيعها في شقة دون باقي الشقق، أو إحداث تغييرات من شأنها المساس بتوصيلات الماء والغاز والكهرباء إلى غيراها من الارتفاقات الحديثة، وهي قيود تفرضها المصلحة في بقاء البناء على حالة وبحسب الغرض الذي أُعدّ له استناداً لقاعدة منع الضرر، ويمكن أن تتقرر قيود أخرى تتعلق غالبا بالسلامة الصحية والأمنية، كما تكون هناك التزامات أخرى مثل عدم إمكانية تحويل بناء معد للسكن إلى بناء ذو نشاط انتفاعي كمكتب أو عيادة مثلا، يكثر تردد الناس عليها إلاّ بناءً على التراخيص الإدارية وطبقاً للإجراءات المعمول بها قانونيا[2]، كما يمنع أيضاً تربية الحيوانات

[1] – دروازي عمار، آليات إدارة الملكية العقارية المشتركة وحمايتها في التشريع الجزائري (رسالة ماجيستر)، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008/ 2009، ص 36

[2] – و ذلك باستصدار رخصة تحول بناء مخصص للسكن إلى نشاط انتفاعي تصادق عليها الهيئات المخولة قانوناً ، بما يسمى بكشف التغييرات التي طرأت على الملكيات (CC3).

الخطيرة، والتي من شأنها إحداث ضوضاء وإقلاق للراحة، فضلاً عن الروائح الكريهة، والتي قد تمس بالسلامة الجسدية للسكان مثل الكلاب العقورة.

الفقرة الثانية– الانتفاع من غير المالك في الشيوع الجبري: الانتفاع بالجزء المفرز في الملكية المشتركة في العقارات المبنية من قبل غير المالك يعني تمليك حق المنفعة أو الانتفاع عن عوض أو عن غير عوض بصفة دائمة أو مؤقتة، إذْ وبمقتضى سلطان الملكية فله أن ينتفع بها شخصياً أو يمكن غيره من ذلك سواء بعوض أو عن غير عوض، كأن يهبها أو يرهنها أو يؤجرها، كما له أن يصبح في هذا الجزء المفرز من البناء مالكاً على الشيوع[1]، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك استنادا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"[2] أو لم يكن هناك نص قانوني يقضي بخلاف ذلك، مثل تدخل القانون في بعض صيغ البناء لمنع تأجير مسكنه إلاّ بناء على تراخيص من سلطات معينة كالنقابات مثلا[3].

غير أن لفقهاء الشريعة في نقل حق الانتفاع بالأجزاء المفرزة آراء مختلفة خاصة بالنسبة للتأجير والرهن والبيع لغير المسلم نظراً لما قد يترتب على ذلك من ضرر، فكانوا على رأيين:

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 1019.

[2] – المادة 106 قانون مدني.

[3] – المادة 150 المرسوم 76– 146 يحدد النظام النموذجي للملكية المشتركة في العقارات المبنية.

الرأي الأول– القائلون بالجواز: ذهب جمهور فقهاء المذاهب من المالكية[1]، وكذلك الأحناف[2]، والشافعية[3]، إلى جواز تمليك المنافع أو حق الانتفاع إلى غير المسلم في وسط مُحاط بالمسلمين، ويستدلون في جواز التعاملات المالية مع الكافر، إلى عموم النُّصوص المتعلقة بهذا الباب، كقوله تعالى: " ۞ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ... " 275 سورة البقرة، إضافة إلى تعامل النبي صلى الله عليه وسلم بكثير من المعاملات المالية مع كفار قريش واليهود وهم على غير دين الإسلام، خاصة بالنسبة للمعاملات التي تقتضي في شخص المتعامل معه بعض الصفات مثل المروءة والأمانة، بمعنى أن يكون شخص المتعامل معه محل اعتبار، يضاف إليها بالنسبة للمساكن طبيعة ما جاورها.

الرأي الثاني– القائلون بالمنع: بالنسبة للقائلين بالمنع، فلا يُقصد بالمنع ما مُقتضاه الحرمة وإنما منع للكراهة ، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة وهو رأي لابن تيمية رحمه الله[4]، وأصل هذا الرأي يعود إلى عدم إمكانية توخي شرهم في الجوار، إضافة إلى ما يقومون به من طقوس شركية في مساكن المسلمين أو في أوساطهم بمقتضى حقهم بنقل الانتفاع إليهم في مدة الإجارة ، أو أثناء الرهن....

---

[1] – مالك بن أنس، المدونة ج 3، ص 522.

– ابي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 7، ص 152.

[2] – الزيلعي، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق، ج 6، ص 29

[3] – الشافعي، الأم، ج 4، ص224.

[4] – ابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، تحقيق و تعليق: أبو براء يوسف بن أحمد البكري و أبي أحمد بن شاكر توفيق العاروري، رمادي للنشر، المملكة العربية السعودية، ط1، 1418هـ/1997م، المجلد 1، ص 584.

استقراء و ترجيح: إذا تتبعنا حجج الرأيين وجدنا أنّ أدلة الجمهور أرجح من أدلة الحنابلة، لأن المصلحة الراجحة هنا حفظ مقصد المال بتداوله في المجتمع، لكن لا يمكن نفي أن تحول المضار التي احترز منها فقهاء الحنابلة دون هاته العقود المشروعة في الأصل، فما بالك إذا أبرمت هذه العقود لتستعمل الأجزاء المفرزة لأغراض غير مشروعة، وإن كانت المسألة هي الأخرى محل خلاف بين الفقهاء انطلاقاً من إشكالية من يتحمل وزر الغرض غير المشروع[1]، هل المباشر للعمل غير المشروع أم المالك الذي أَجَّر داره لمثل هذه الأفعال خاصة إذا اِقترن ذلك بعلمه لها.

الفرع الثاني: الأجزاء المشتركة

نصت المادة 745 قانون مدني: "تعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية والغير مبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاكين المشتركين بالنسبة لكل واحد منهم في كل حصة لاستعمال أو منفعة جميع الملاكين المشتركين أو لأكبر عدد منهم

وتعد أجزاء مشتركة ما يلي:

- الأرض والأفنية والبساتين والجنائن والمداخل
- الجدران الأساسية في البناء وأدوات التجهيز المشتركة بما فيها أجزاء الأنانبيب التابعة لها والتي تمر على المحلات الخاصة
- الخزائن وغلاف ورؤوس المداخل المعدة للاستعمال المشترك

[1] – منال محمد موسى مي، أحكام المرافق المشتركة في المباني السكنية، رسالة ماجيستر – كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، 1436 هـ، ص 42- 43.

- الرواق الخارجي والدرابيز والأسطح ولو خصصت كلها أو بعضها للاستعمال الخاص من طرف شريك واحد
- المحلات المستعملة للمصالح المشتركة
- القاعات الكبرى وممرات الدخول والدرج والمصاعد

وتعد حقوق بالتبعية للأجزاء المشتركة ما يلي:

- حق تعلية العمارة المعدة للاستعمال المشترك أو المحتوية على عدة محلات تكون أجزاء خاصة مختلفة
- الحق في بناء عمارات جديدة بالأفنية أو البساتين أو الجنائن التي تكون أجزاء مشتركة".

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قسم الأجزاء المشتركة إلى أجزاء مشتركة رئيسية وأجزاء مشتركة تبعياً، فالأصلية منها هي تلك الأجزاء المرصودة لغرض خاص يمكن جميع الشركاء من الانتفاع بها في حدود هذا الغرض ومن غير ضرر بباقي الشركاء، وهذا التحديد من المشرع الجزائري لا يُفهم منه حصر للأجزاء المشتركة، ولكن ساقها على سبيل المثال بما يواكب حركية وتجدد النمط العمراني، والقاسم المشترك بين هذه الأجزاء المكيفة على أنها أجزاء مشتركة، فهي إمّا أن يرتكز عليها البناء لأنها من الأجزاء الداخلة في تكوينه وتتوقف عليها متانته؛ والمساس بها هو مساس بسلامته، وإمّا لعدم إمكانية الاختصاص بمنفعتها كالمداخل الرئيسية، وهي حالة من الشيوع الإجباري والدائم غير القابل للقسمة، وكأن المتقرر على هذه الأجزاء ما هو إلاّ حق انتفاع لا يحول دون انتفاع

باقي الشركاء أو الإضرار بهم أو بالأجزاء المشتركة[1]، وهذا ما يتجلى من خلال نص المادة 749 قانون مدني: "لكل شريك في الملكية الحق في أن يتمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته، كما له أن يستعمل وينتفع بحرية بالأجزاء الخاصة والمشتركة، بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية أو يلحق ضررا بما أعد له العقار"، وبهذا يكون للمالك في الشيوع الجبري أن يستعمل الأفنية دون إذن من باقي الشركاء، وله استعمال المدخل الرئيسي ذهاباً وإياباً في أي وقت، كما له لزق توصيلات الغاز والماء والكهرباء والصرف الخاصة ببيته إلى التوصيلات الرئيسية، ويلازقها بالجدران الرئيسية، متى كانت غير ضارة بمتانة البناء، أو مُخِلة بالطابع الجمالي له.

أما الأجزاء المشتركة تبعياً فتتمثل حسب نص المادة 745 قانون مدني فيما يلي:

- حق تعلية العمارة المعدة للاستعمال المشترك أو المحتوية على عدة محلات تكون أجزاء خاصة مختلفة
- الحق في بناء عمارات جديدة بالأفنية أو البساتين أو الجنائن التي تكون أجزاء مشتركة.

والملاحظ أن الصفة المشتركة بين هذه الحقوق أنه تتمثل في حق إمكانية إقامة منشآت جديدة، وهو تصرف مادي يتعدى نطاق السلطات المعهودة في الأملاك الشائعة غالباً، وهذا لا يتفق مع مقتضى الغرض الذي رصد له البناء، فحق التعلية العمارة أو المحلات هنا يطرح عديد التساؤلات المتعلقة بحدود وضوابط هذا التصرف

[1] – السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 1021.

ومدي إمكانية ضبطه بالمراسيم المتعلقة بمنح التراخيص الإدارية في هذا الشأن، إضافية إلى إشكال من تؤول إليه ملكية الأجزاء الجديدة، بعد أن كان أصلها معداً للانتفاع المشترك؟.

وإضافة إلى ضوابط سلطة استعمال الأجزاء المشتركة، هناك قيود أخرى تتعلق بسلطة التصرف[1]، ونظرا لخطورة هذه السلطة في شقيها المادي والقانوني على الملكية المشتركة، فقد كان المشرع الجزائري أكثر تضيقاً وذلك بنص المادة 747 قانون مدني: "لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلاً لدعوى التقسيم أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة"، ونصت أيضا المادة 13 مرسوم 83-666 مؤرخ 12 نوفمبر 1983 معدل بالمرسوم التنفيذي 94- 59 مؤرخ في 07 مارس1994م: " لا يجوز إدخال أي تغيير على الأشياء المشتركة ولا على الخدمات المشتركة مثل المصاعد وقنوات توزيع الماء والغاز والكهرباء، إلاّ بموافقة الشركاء الآخرين"، ويظهر التصرف المادي كسلطة بشكل جلي عند وقوعه على الأجزاء المشتركة تبعياً، والتي اشترط له المشرع الجزائري إجماعاً كلياً أو غالبياً من الشركاء والذي يتباين بحسب خطورة التصرف.

[1] – التصرف في مفهوم القانون وكسلطة ترد على حق الملكية، هو تحويل الشيء، وإما أن يكون في هيئته كالتغيير المادي أو إعدام الشيء باستهلاكه، و إمّا أن يكون بنقل ملكية الشيء محل الملكية، ويسمى بالتصرف القانوني أو الناقل للملكية.

المبحث الثالث: إدارة الملكية المشتركة في العقارات المبنية

باعتبار الملكية المشتركة للعقارات المبنية حالة قانونية تنشأ عن تعدد الملاك لمبنى واحد، والسلطات المخولة عليها مقيدة بحقوق باقي الشركاء، وبغية تحقيق هذا الضبط بما يحول دون تقيد سلطان الحق ودون إهدار البناء ككل، كان لزاما أن تُضبط هذه التصرفات من قبل جهاز حيادي تُوكل إليه مهام الإدارة، والتي يفترض أن تكون بالإجماع وموافقة جميع الشركاء[1]، سواء تعلق الأمر بتكوين هذه الهيئة أو محل اختصاصها في التسيير وشتى المهام المنوطة بها، ولأن حصول الإجماع بالكلية من المالكين جميعا غير مستساغ عقلاً وواقعا، استحدث المشرع الجزائري ما يسمى بجمعية الشركاء أو الشاغلين وأعطاها الشخصية المعنوية بموجب المادة 756 مكرر2 قانون مدني: " تشكل جماعة الشركاء في الملكية أو الشاغلين لها جمعية تتمتع بالشخصية المعنوية.

تتولى الجمعية إدارة العقار والمحافظة عليه وكذا تسيير الأجزاء المشتركة"، مما يعني أن لها الحق في الاسم والاستقلال بالذمة المالية وأهلية التقاضي، وهذا للقيام بمهام الإدارة على الوجه اللازم، الأمر الذي يقتضي بيان كيفية إنشاء هذه الجمعية ثم تفصيل وظيفتها.

المطلب الأول: صفة القائم بإدارة الملكية المشتركة (إنشاء جمعية الشركاء)

يحتاج الاشتراك في العقارات المبنية إلى التنظيم من أجل حسن تسييره والحفاظ عليه للانتفاع به على الوجه المطلوب، لذلك نص المشرع الجزائري على ضرورة إنشاء جمعية

[1] – نص المادة 715 قانون مدني:" تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك".

الشركاء بعدد من النصوص القانونية، حيث بيّن كيفية إنشائها ومن يتكفل بتنفيذ قراراتها ودورها في إدارة الملكية المشتركة.

الفرع الأول: إنشاء جمعية الشركاء

فضلا عن عموم المادة 756 مكرر2 قانون مدني، جاءت نصوص المرسوم 83-666 مفصلة لهذا الإجمال رغم سبقها الزمني حيث نصت المادة 14 منه: "يتولى جماعة الشركاء في الملك أو الشاغلين له إدارة وتسيير العمارة أو المجموع العقاري المشتركة ملكيته"، ويظهر من النّص التشريعي أن المشرع الجزائري أقرّ بجواز إنشاء الجمعية بمجرد إقامة البناء أو حتى قبل البناء فتضطلع الجمعية بالحصول على بناء متعدد الطوابق (عمارة)[1] بالشراء أو الإنشاء، وتكون مهمة الجمعية على سبيل العموم هي الموازنة بين حقوق الشركاء وحفظها من جهة وضمان بقاء الانتفاع الحسن بالملك الشائع من جهة أخرى، خاصة وأنهم لا يستطيعون الخروج من حالة الشيوع بالقسمة كما هو الحال في الشيوع الاختياري[2]، ومن خلال المواد سالفة الذكر فالجمعية تتكون من مجموع الشركاء في البناء أو الشاغلين له، بمعنى إما المخولين بسلطان الملك أو الذين تقرر لهم حق الانتفاع، والشريك هو من اكتسب حصة في الملكية المشتركة بأي سبب من أسباب الملك، ويدخل ضمن هذا النطاق المستأجر في إجارة منتهية بالتمليك كتلك التي تعتمدها الدولة بموجب القانون 81- 01 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات

[1] – السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 1027.

[2] – المادة 723 قانون مدني:" يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية، حيث بينت المادة 1 منه الأملاك القابلة للتنازل، وأن مآلها أن تصبح ملكية تامة ومطلقة للمستفيدين من التنازل حسب ما تنص عليه المادة 23 من القانون السالف ذكره:" تؤول الأراضي المبنية التي هي ملك للجماعات المحلية والمستعملة لعمليات البناء الذاتي إلى المستفيدين منها بمطلق الملكية ..." ، أما عن مصير الأجزاء المشتركة في البناء فإنه يتم إحالتها إلى القواعد العامة في القانون المدني، أما الشاغل فهو ذلك الشخص الممكن من الانتفاع بحصة مفرزة من البناء ذو الاستعمال الجماعي عن طريق عقد الإيجار المنصوص على أحكامه في القانون المدني.

وغرض هؤلاء الشركاء أو الشاغلين من الجمعية هو إدارة الأجزاء الشائعة من البناء حسب ما تقتضيه المصلحة العامة والحفاظ على العمارة[1]، وضمانا لحسن أداء المهام المنوط بالجمعية أكسبها المشرع الجزائري الشخصية المعنوية ومستقلة عن شخصية مالكي البناء أو شاغليه، كما تستقل أيضا في ذمتها المالية عن طريق أدوات تحصيل المال اللازم للتسيير، غير أن الشخصية المعنوية لا تتجاوز حد الإشراف على الإدارة إلى التملك.

ويتصدر أعمال الإدارة من قبل الجمعية هو وضع النظام المحدد لكيفية إدارة الأجزاء الشائعة من البناء، إمّا في شكل لائحة أو في شكل قرارات فردية تكتسب صفها

[1] -تنص المادة 16 المرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية: "تتمثل صلاحية الجمعية في الحفاظ على العمارة وتسيير أجزائها المشتركة، وهي مسؤولة عن الضرار التي تلحق بالشركاء و/ أو الشاغلين ، أو تلحق بالغير بسبب عدم صيانة الأجزاء المشتركة منها ".

الإلزامية بمجرد الموافقة عليها ولا يجوز نقضها أو تعديلها إلا بموجب اتفاق جديد، وذلك عن طريق استدعاء جميع الأعضاء، ويُعدُّ إجراءً وجوبيا لضمان سيرورة نشاط الجمعية بما يناسب العرض الذي أنشأت لأجله حيث نصت المادة 19 المرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية: "تنعقد الجمعية وجوبا مرة في السنة على الأقل، خلال الشهور الثلاثة الموالية لانتهاء السنة الموالية.

ويمكن استدعاؤها كلما كان ذلك ضرورياً"، ويكون الاستدعاء بمثابة الوسيلة الإعلامية للشركاء أو الشاغلين يتم إثباته بالتوقيع عند وصوله إلى المعني، والتسجيل والإشعار بالتسليم[1]، وينسجم هذا الإجراء مع أهمية اتخاذ القرارات بشأن القضايا المطروحة للنقاش والمسجلة بجدول الأعمال التي أُستُدعيَ الشركاء لأجلها[2].

الفرع الثاني: من يتكفل بالسهر على تنفيذ القرارات؟

بعد أن يتداول أعضاء جمعية الشركاء بشأن المسائل المطروحة أمامهم لإبداء آرائهم حولها، والخروج بقرارات تكون محل إجماعهم أو تراها الأغلبية صائبة وناجعة، يجب تنفيذها على أرض الواقع، ورغم تمتع الجمعية بالشخصية المعنوية إلاّ أن هذا لا يمنع تمثيلها بشخص طبيعي يتولى تجسيد القرارات المتخذة متمثلاً في المتصرف الذي لا يمكن

[1] – تنص المادة 20 المرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و تسيير العمارات الجماعية.

[2] – تنص المادة 1/24 المرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و تسيير العمارات الجماعية: " لا تصح مداولات الجمعية قانونا إلاّ في المسائل المدرجة بجدول الأعمال التي تمت من أجلها الاستدعاءات و التبليغات الملاحظة".

أن يكون هو أو من يمت له بقرابة مباشرة كالزوج مثلا أن يترأس الجمعية[1]، حيث يعتبر في هذه الحالة بمثابة الهيئة التنفيذية للقرارات المتخذة.

أمّا عن تعيين المتصرف فهو الآخر ممن يكونون محل مصادقة أغلبية الشركاء في الحالات العادية، وذلك بانتخابه من قبل الأعضاء فإنّها تتقرر بعد حصوله على نسبة ما يزيد عن الثلثين من أصوات الأعضاء الحاضرين جلسة التصويت والمتمتعين بهذا الحق، لأن أجماعهم يعد بمثابة القاعدة التي تفرضها طبيعة الملكية المشتركة في العقارات المبنية وتكريسا لسلطانهم في حق الملكية على أنصبتهم في الأجزاء الشائعة، وأمام قيد الشيوع من جهة وسلطان الملكية من جهة أجرى تعتبر الإرادة الاتفاقية لجميع الشركاء في اختيار من ينوب عنهم، أمّا إذا تعذر ذلك عليهم بأن أخفقوا في الاختيار وتضاربت الآراء لتحول دون أن يحصل أحد المرشحين على النسبة المؤهلة لاعتماده، فإنه يُعين تلقائيا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي لمكان العمارة متى دعت الضرورة إلى ذلك بموجب المادة 756 مكرر3 قانون مدني: " ينتخب المتصرف من طرف الجمعية التي يجوز لها أن تفصله عند الاقتضاء.

وفي حالة التقصير يعين تلقائيا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي للمكان الذي يوجد فيه العقار"، وبين المشرع الجزائري تفاصيل انتخاب المتصرف والمدة التي يُخول فيها صفته تلك؛ حسب مقتضى نص المادة 1/34 مرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية: "يستند تنفيذ قرارات الجمعية إلى

[1] – المادة 2/25 المرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية.

متصرف العمارة المعين عن طريق الاقتراع بأغلبية ثلثي أصوات الأعضاء الحاضرين أو الممثلين بغيرهم لمدة سنتين".

إلاّ أن الوضع المزري الذي آلت إليه العقارات المبنية نتيجة عدة عوامل والتي حالت دون تفعيل الدور الرئيسي لأجهزة الإدارة والتسيير حسب ما يقضي به القانون، نتيجة عدم احترام والجهل بنظام الملكية المشتركة فيما يمنحه من حقوق ويفرضه من واجبات، خاصة وأن غالبية الشاغلين لها، هم عبارة عن مستأجرين لدى دواوين الترقية والتسيير العقاري، وبموجب ذلك العقد تأخذ هذه الأخيرة على عاتقها الالتزامات المتعلقة بالحفظ والصيانة لأن لها صفة المالك لهذه العقارات، الأمر الذي يجعل الشاغل لها في وضعية من التسيب حتى تجاه الإخطار بالوضع، فضلا عن تقاعس دواوين الترقية العقارية وتماطلها في اتخاذ ما يلزم من تدابير الحفظ المستعجلة بسبب التعقيدات الإدارية، إضافة إلى اللبس الذي يقع فيه الشاغل من جهة تحديد صفته كمالك في المآل للأجزاء الخاصة أم أن صفة الشاغل ستبقى على حالها، وأمام هذا الوضع المتأزم عمد المشرع الجزائري إلى استحداث نظام قانوني استثنائي لتعيين المتصرف من خلال المرسوم تشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 7 رمضان عام 1413 الموافق أول مارس سنة 1993 يتعلق بالنشاط العقاري، الذي ينص في المادة 25 منه : "يمكن أن تنفذ إدارة الملكية المشتركة بعناية أحد المالكين المشتركين على الأقل، بصرف النظر عن أحكام المادتين 756 مكرر 2 و756 مكرر 3 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه.

ويخول هذا المالك المشترك المعني ممارسة الصلاحيات الراجعة لهيئات الملكية المشتركة بغية ضمان المحافظة على البناية وتسييرها فيما يخص الأجزاء المشتركة حسب الشروط المحددة

في نظام الملكية المشتركة"، وتبعا لهذا التعيين الاستثنائي يكون المتصرف هنا بمثابة المتطوع، وربما يتولى هذا المنصب بناء على الخبرة، خاصة وأن هذه الحالة تكون بالنسبة للعقارات الصغيرة ذات الأهمية المحدودة[1]، ولهذا فإن التزامه يكون في حدود عناية الرجل العادي، أي ما يبذله في عناية ماله الخاص، ولا يكون مسؤولاً مثل المتصرف المحترف، باستثناء الأخطاء الجسيمة، لهذا فهو يمارس مهامه إلى حين تنصيب جمعية الشركاء وتعيين متصرف محترف حسب ما نصت عليه المادة 3/26 المرسوم تشريعي رقم 93-03يتعلق بالنشاط العقاري: "لا ينتهي التخويل المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 25 أعلاه، إلاّ بتطبيق نظام الملكية المشتركة كما حددته المواد 743 إلى 772 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 و المذكور أعلاه المتضمن القانون المدني والنصوص اللاحقة"، حيث تنتهي مهام هذا الأخير بعد إعذاره لتصفية كل المسائل العالقة في أجل شهر من تنصيب الجمعية، ويتم إخطار المحكمة المصدرة للأمر من أجل إعلامها بنهاية طريقة التسيير الاستثنائي وذلك بإرسال نسخة من الإعذار[2].

الفرع الثالث: دور جمعية الشركاء

بعد إنشاء الجمعية وتحديد كيفية الوصول إلى الأهداف المرجوة منها، وانتخاب شخص المتصرف وفق القواعد التي قررها القانون ونسبة رضا أعضاء الجمعية التي أعربت

[1] – شعلي سفيان، الملكية العقارية المشتركة (رسالة ماجيستر في القانون الخاص)، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2008/2007، ص 149.

[2] – المادة 45 مكرر 1و2 مرسوم تنفيذي 94-59 مؤرخ في 7 مارس 1994 المعدل و المتمم للمرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير البنايات الجماعية.

عنها أصواتهم، إذ وبمجرد تعيين المتصرف فإنه يضطلع بمهام تنفيذ القرارات التي تخرج بها الجمعية من مداولاتها الدّورية أو الاستثنائية، وبالتالي يكون وكيلا عن الشركاء في الحفاظ على الأجزاء المشتركة حسب ما تجمع عليه الجمعية[1]، وتبعا لاكتسابه صفة الوكيل يتعين عليه السهر على ضمان الهدوء بالعمارة وأمنها ونظافتها وصيانة الأجزاء المشتركة خاصة الترميمات الضرورية منها[2]، ويقوم أيضا بتسجيل انشغالات ذوي الحق في العقار المبني من أجل جدولتها للمناقشة في الجلسات التي تعقدها الجمعية.

كما ننوه أن عملية الحفاظ على البناء ككل الأجزاء المشتركة بصفة خاصة، يحتاج إلى نفقات يتم تحصيلها من الشركاء أو الشاغلين، لهذا فإن للمتصرف دوراً آخر غير الدور التنظيمي؛ فهو يضطلع بإدارة الشؤون المالية للجمعية، فيكون بمثابة المحاسب وأمين خزنتها المالية، فيقوم بإعداد الميزانية وطرحها على الجمعية، وبعد مصادقة هذه الأخيرة عليها يتولى المتصرف تحصيل إيراداتها بصفة عادية حسب المادة 3/40 مرسوم 83-666 : "يمسك جميع وثائق الجمعية وخاصة منها ما يلي:

- جميع الاتفاقيات والأوراق والمراسلات والتصاميم والوثائق المتعلقة بالعمارة وجماعة الشركاء في الملك و / أو الشاغلين له.

[1] - تنص المادة 37 المرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية: "يعد المتصرف العون أو المفوض الذي ينوب جمعية الشركاء في الملك و/ أو الشاغلين له ، وهو بهذه الصفة يخضع لأحكام المادة 571 وما بعدها من القانون المدني".

[2] - تنص المادة 40 المرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية.

- دفاتر الجمعية وخاصة منها الدفاتر التي تتضمن المحاضر والقطع الملحقة بها والتي هو مؤهل بتسليم نسخ أو مستخرجات منها والتصديق على مطابقتها للأصل.
- الوثائق التي تهم التسيير المحاسبي.
- القائمة التي يتولى إعدادها وضبطها باستمرار والتي تتضمن الشركاء في الملك و/ أو الشاغلين له مع ذكر الحصص التي يملكونها.
- يتولى تحضير الميزانية التقديرية التي تقرها الجمعية ويتولى تنفيذها.

وبهذه الصفة فهو مطالب بمايلي:

- قيام جميع الشاغلين للمحلات بالفعل أم لا بدفع الحصة المترتبة عليهم لتغطية النفقات الناجمة عن الصنف الأول من الأعباء.
- قيام الشركاء في الملك بدفع مبلغ تقديري خاص في مطلع السنة المالية لتنفيذ قرارات الجمعية التي لها صلة على الخصوص بأشغال الصيانة والترميمات الكبرى وأعمال التحسين وزيادة لمحلات الخاصة وعمليات الإعلاء أو إعادة البناء".

وفي ذات الدور المالي وإبان عملية التحصيل لديون الشركاء له أن يجبرهم على تسديد التزاماتهم المالية، ويلجأ إلى القضاء إذا اقتضي الأمر حتى في ادعاء ضد أعضاء الجمعية بصفته ممثلا لكيانها المعنوي، وأيضاً يمكنه الاعتراض على المعاملات المالية التي يعقدها الشركاء أو الشاغلين بشرط أن يتم ذلك في الآجال التي يسمح بها القانون[1]، والتي من شأنها أن تكون أساسا لاستقرار المعاملات المالية الصحيحة في أصلها.

[1] – المادة 43 المرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية.

إضافة إلى الدور المالي في الظروف العادية، يلتزم المتصرف أيضا في حالة الاستعجال باتخاذ التدابير الضرورية والعاجلة التي يتطلبها الحفاظ خاصة على الأجزاء المشتركة وتأمينها عن الأضرار التي يمكن أن تتسبب فيها للغير، وهذا باستدعاء الشركاء جميعا على وجه السرعة المطلوبة من أجل تحصيل النفقات المالية اللازمة للحيلولة دون الخطر المحدق[1].

ويلتزم المتصرف أمام الجمعية بتقديم كشوف العمليات التي قام بها خلال السنة المالية من حيث التحصيل والنفقات وكيفية التسيير وتحديد الأولويات التي يجب أن يُعنى بها وذلك في الشهور الثلاثة الموالية التي تعقب السنة المالية المقفلة[2]، ويُعَدُّ التقرير بمثابة قرينة البراءة عن حسن تسيره الذي من شأنه أن يمنحه إمكانية تجديد صفته كمتصرف.

المطلب الثاني: موضوع إدارة الملكية المشتركة في العقارات المبنية

يتمحور موضوع إدارة الشيوع الجبري في نظام الأبنية المشتركة في العقارات المبنية حول آليات ضمان استمراريته بما يحقق الغاية المرجوة منه، وذلك بتحديد الأعباء هذا النظام، ثم من يضطلع بمهام الإدارة قبل إنشاء الجمعية

[1] – المادة 41 المرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية.

[2] – المادة 44 المرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية.

الفرع الأول: أعباء نظام الملكية المشتركة

لأن مقصد حفظ المال مقصدٌ ساري في الطباع السليمة التي تقتضيها الجبِّلة البشرية، لهذا تتجه النفوس إلى اتخاذ ما يلزم من وسائل استجلاب الأموال والحفاظ عليها بمقتضى اكتساب صفة المالك، وهي القاعدة المعمول بها في الملكية الخاصة فضلا عن الشائعة، غير أن الوضع في البناء الخاص المنفرد يعطي نوعا من الحجة لصاحبه في عدم صيانته، بذريعة من غير المعقول إجبار الشخص على إصلاح ملكه، لكن حالة الشيوع تفرض منطقا مغايراً، وهذا لتعلق حقوق الغير به، إذا لا يجب إهدار البناء ككل من أجل تكريس حرية التصرف بالملك لشخص واحد، إذ من المنطقي أن يلتزم الشريك في الشيوع الإجباري بالشروط التي يفرضها الوضع المادي للبناء فيما يخص النفقات وتكاليف تجهيزه، وأمام هذه الموازنة جعل المشرع الجزائري التكاليف التي يتطلبها بقاء البناء قائما على درجات متفاوتة، وهذا طبعا بالنسبة للأجزاء المشتركة وليس تلك المتعلقة بالأجزاء المفرزة.

الفقرة الأولى: الصنف الأول من التكاليف

بما أن ملكية الأجزاء الشائعة تعود للمالكين بحيث يتقرر لهم حق الانتفاع جميعا، فإنّهم بالضرورة يتحملون نصيبا من تكاليف الإدارة والتسيير، وهذا النوع من التكاليف جعله المشرع الجزائري على عاتق الشركاء والشاغلين، وهذا بالنّظر إلى حجمها وبساطتها حيث نصت المادة 1/46 مرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية: "الأعباء من الصنف الأول مرتبطة بالتسيير العادي والترميمات الصغيرة للأجزاء المشتركة".

وأتى المشرع الجزائري عليها تفصيلاً في المادة 47 من نفس المرسوم: "يتحمل هذه الأعباء جميع الشاغلين للمحلات بالفعل أم لا.

وتشمل خاصة مايلي:

1- الراتب المخصص للمتصرف والنفقات اللازمة لسير العمارة، وأجرة البواب أو البوابين المستخدمين الذين يمكن أن يوظفهم المتصرف والتكاليف المرتبطة بذلك.

2- دفع مبالغ استهلاك الماء والكهرباء بالنسبة إلى الأجزاء المشتركة العامة، ونفقات العدادات العامة وكذلك فائض الماء الذي يتأتى من الفرق بين حساب العداد العام ومجموع بيانات حسابات بقية العدادات الخاصة أو المشتركة ونفقات سير صيانة العتاد الخاص بمحطة الضبط الزائد وترميمه

3- شراء المواد والأوعية اللازمة لصيانة بوابات الدخول والسلالم، وأقفالها وسطوحها.

4- مصاريف صيانة المصاعد والقوة والمحركة، ونفقات صيانتها (تشحيم وصيانة الملافيف والبكرات والحبال).

مصاريف السير الحسن وتوابعه

5- نفقات صيانة وإصلاح مؤقتة إنارة المداخل والمساطح وجميع المحلات والأجزاء المشترك استعمالها.

6- دفع مبالغ التأمين الذي يغطي حوادث العمل والحوادث التي يتسبب فيها مستخدموا إدارة العمارة للغير.

وجميع النفقات التي تستلزمها الترميمات الصغيرة في الأجزاء المشتركة".

والملاحظ على هذا النوع من الأعباء أنها متجددة وبصفة دورية، ولا تمس بأصل البناء، وهي متعلقة بطبيعة الاستعمال المعتاد للبناء، لذلك جعلها المشرع على عاتق المالك أو الشاغل الفعلي بحكم أنّه المباشر الفعلي لتكاليف الاستعمال.

الفقرة الثانية: الأعباء من الصنف الثاني

هناك صنف من التكاليف التي يتطلبها نظام الملكية المشتركة في العقارات المبنية تبلغ حداً من الإرهاق المادي يعجز شاغلوا بعض الأجزاء عن تكبدها، خاصة إذا كان مستأجرا فقط خُوِّل له حق الانتفاع فقط، وأمام منطق لا عقلانية أن يتكبد الشاغل أعباء تفوق قدرته المالية وصفة انتفاعه بالبناء، جعلها المشرع الجزائري على عاتق المالك كمبدأ حسب المادة 2/46 مرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية، وتولى بيانها تفصيلا في نص المادة 49 من ذات المرسوم:" يتحمل هذا الصنف الأخير من الأعباء الشركاء في الملك دون غيرهم.

وتشمل خاصة ما يلي:

1- نفقات الترميم باختلاف أنواعه المتعلقة بالجدران الضخمة (عدا الإصلاحات الصغيرة المتعلقة بهذه الجدران من داخل الشقق والمحلات) والسقف الخارجي والسطح، والواجهات والشرفات والمقصورات ورؤوس المداخن، وقنوات الماء والغاز والكهرباء (باستثناء الأجزاء المخصصة من هذه المنشآت للاستعمال الخاص في كل شقة أو محل) وأنابيب المواسير، وصرف مياه الأمطار والمياه المستعملة، وميازيب تفريغ الأقذار (باستثناء الأجزاء المخصصة منها للاستعمال الخاص في كل شقة أو محل وبوابات الدخول والابهاء

والسلالم وأقفاص السلالم والمساطح، وجميع المحلات المخصصة لخدمة العمارة دون غيرها.

2- الأشغال أو الترميمات التي تستلزمها الاهتلاك في القنوات والذي لا يمكن تحديد أسبابه بدقة.

3- نفقات تبييض الواجهات بما في ذلك نفقات طلاء الدرابيز وعوارض دعم الشرفات والنوافذ وألواح النوافذ الخارجية وستائر كل شقة على الرغم من أنّ هذه الأشياء ملك خاص.

4- نفقات صيانة وترميم المواسير وصناديق نفايات العمارة.

5- نفقات صيانة وترتيب محلات مشمولة الأجزاء المشتركة العامة بما في ذلك نفقات الطلاء.

6- نفقات تنصيب وترميم منشآت الإنارة في الأجزاء المشتركة.

7- نفقات صيانة وتعويض القنوات بالنسبة للأجزاء الرئيسية باستثناء القنوات الخاصة في المباني الجماعية.

8- فك المصاعد وأجهزة التسخين وإصلاحها كلها أو جزء منها و كذلك توابعها.

9- الضرائب والرسوم المحتملة بأي صورة من الصور التي ستخضع لها جميع الأشياء والأجزاء المشتركة العامة في المجموع العقاري.

10- مبالغ التأمين ضد الحريق والحوادث والمسؤولية المدنية وأضرار المياه وغير ذلك من الأخطار".

وعند إجراء استقراء في منطوق النّص نجد المشرع قد صاغ هذه التكاليف على سبيل المثال وليس حصراً، مما يضفي عليها نوع من المرونة المسايرة لتجدد أنماط البناء،

ومع أن المشرع جعل التكاليف في الأصل على عاتق المالك، فهذا يطرح تساؤل: ماذا لو تكبد الشاغل هذه النفقات؟، ولعل الإجابة تقتضي فتح المجال لعدد من الاحتمالات التي دفعت بالشاغل إلى دفع مثل هذه التكاليف، التي منها ما يرجع إلى علمه ومنها ما يرجع إلى جهله بالقانون.

أولا: يكون الشاغل عالماً بأن التكاليف ليست من التزاماته

هذه الحالة نكون أمام فرض الاتفاق أو فرض الفضالة، فإذا كان الفرض الأول فلماذا لم ينص المشرع الجزائري عليه، وهو الذي يحترم الإرادة العقدية لأطرافه، أم أنّه اكتفى بذكر الأصل تصديا فقط للنزاعات التي قد تقوم بشأن هذا الصنف من التكاليف.

أمّا إذا دفع الشاغل هذه التكاليف وهو يعلم أنها ليست من التزاماته ولكن دفعه لهذه التكاليف إمّا لضرورة تقتضي التعجيل بها كالترميم للجدران الرئيسية، فهل يعطيه هذا الحق في استرجاع النفقات التي تكبدها من المالك، أم أنه يمكنه أن يقتصها من بدل الإيجار إذا كان الشاغل الفعلي مستأجراً.

ثانيا: يدفع الشاغل التكاليف عن جهل

ما تثيره هذه الحالة هو البحث عن سبب عدم علم الشاغل بأن التكاليف ليست من التزاماته، خاصة وأنّنا نعلم أن الإخطار بهذه التكاليف هو من مسؤولية المتصرف وهو المعني بجمع النفقات من الملزمين بها.

ونشير أن ما أورده المشرع الجزائري بالنسبة لأحكام هذه النفقات التي تتطلبها الأجزاء المشتركة، ليست بالحديثة تماما في بل لها أصولها في الفقه الإسلامي بما يساير حركية العمران آنذاك فكل جزء جعله المشرع الجزائري على عاتق المالك دون الشاغل له أصل يرجع إليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية في تناولهم لمسائل متعلقة بأكرية الدُّور وعيوبها، لكن قبل ذلك علينا أن نتبين القاعدة التي تحكم التكاليف المشتركة وأساسها الذي تبنى عليه، خاصة وأن هذه النفقات تتجه نحو عملية الإصلاح بالدّرجة الأولى أو استمرارية منفعة البناء فيما يتعلق بحقوق الارتفاق، ونحن نعلم أنّ القاعدة في صيانة الملك ترجع بالأساس إلى إرادة المالك، لأنه لا يجبر الشخص على صيانة ملكه لكن الأمر يختلف بالنسبة للأعيان المشتركة، وهذا ما نتبينه من قول فقهاء المالكية في مسائل البئر أو العين بين الشريكين تهور البئر أو تغور العين أو ينهدم جدار بينهما فيأبى أحدهما العمل وفي السفلي ينهدم ويأبى الآخر، حيث وجدنا للمسألة عدة شروط من خلالها يُعْدل فيها من الأصل إلى الاستثناء.

1- أن يترتب عن عدم النفقة خسارة منفعة العين المشتركة: ويستخلص هذا من قول سحنون وابن القاسم: "وإن كان بينها طلع أو شجر بثمره في أرض لهما فإن من أبى العمل يُخْبر على ما أحب أو كره أو يبيع ممن يعمل"[1].

ويُستخلص من ذلك أنه لا يُلتفت إلى حق المالك في عدم إصلاح ملكه، مقارنة بضرر إهدار العين المشتركة.

[1] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات ، ج 11، ص 13.

2- تعلق مصالح ضرورية وأكيدة للغير به: وذلك بأن يرتهن وجود الكل بقيام الجزء حيث قال سحنون وابن كنانة وابن نافع و المغيرة: "إنّما هذا في البئر ليس عليه حياة من زرع زلا نخيل ولا غيره، فأمّا بئر عليه حياة من نخل أو زرع فيهور فيأبى أحدهما أن يعمل فإنه يُجْبر أن يعمل أو يبيع ممن يعمل كالعلو لرجل والسفل لآخر فإنه يُجبر أن يعمل أو يبيع ممن يعمل وإلاّ بيع عليه"[1].

ومنطلق هذا الشرط أنّه لا ضرر يفوق هلاك العين المشتركة لهذا يُحْمَل الشريك على تكبد نفقات الترميم أو إعادة البناء إذا تطلب الأمر، أو يبيع ممن يحل محله في القيام بالترميمات الضرورية والخضوع لمقتضى الشيوع الجبري، ويجبر على ذلك بكل الوسائل المتاحة وهو قول أشهب عن مالك بأن يضرب حتى يعمل أو يبيع ممن يعمل.

3- الإذعان لمقتضى الوضع المادي للشيوع الجبري في تكاليفه: القاعدة العامة أن التكاليف في الملك الشائع تساوي نسبة الحصة المشاعة أو نسبة الفائدة التي تعود على الشريك، لكن بالنسبة لحالة الشيوع الجبري يختلف الأمر فالنفقات تكون بحسب ما أعدت له الأجزاء المشتركة وليس بالنظر إلى استعمالها[2]، رغم انتقاد بعض فقهاء القانون لهذا الرأي من باب عدم تحقيقه للعدالة[3]، لكن يُرد على ذلك بأن العدالة أمر نسبي في

[1] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات ، ج 11، ص 13.

[2] – مراد محمود حيدر، ملكية الطوابق والشقق وأحكامها والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، ص 331.

[3] – السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 1357.

الأوضاع وأن الطبع الاجتماعي يفرض عليهم التسامح لا المشاحة، وهذا الذي أصل له فقهاء المالكية من خلال آرائهم في كنس القناة تجري بالأثقال في أفنية الدور:

" سئل أصبغ عن قوم لهم مجرى ماء وهم فيه أشراك ولبعض الناس عليه أجنة كثيرة ولبعضهم جنان أو جنانان فارتدمت الساقية، كيف تُكنس أعَلى الجماجم أم على الأنصبة ؟، قال: بل على الأنصبة والحقوق ولا تباع كالشفعة وحق القاسم ولا أقول فيه بقول ابن القاسم أنه على الجماجم ولا أعلم شيئا من هذا يكون على الجماجم إلا في كنس المراحيض لأن الانتفاع بها سواء ولا يحاط فيه بعلم ذلك معرفة.

وابن القاسم يرى في المرحاض الكنس على من له رقبة البئر أو على قدر أملاكهم في رقبته، قال أصبغ : فإن انسدت الساقية وبعضهم ينتفع بأعلاها وبعضهم بأسفلها، فقال الأسفلون للأعلون اكنسوا معنا لأنها إذا اجتمعت من عندنا أضرت بكم، وقال الأعلون لا حاجة لنا بالكنس ولا ضرر علينا، قال أرى أن يكنسوا معهم لأن ماءهم و وسخهم فيها كلها، قال فإن انسدت في الأعلى لم يكن على الأسفلين عون الأعلين في الكنس لأنهم لا ماء لهم في أعلاها"[1].

الفرع الثاني: دور المرقي العقاري في تنظيم الملكية المشتركة

أصبحت الدولة في الوقت الراهن تنتهج في مجال التعمير سياسة الترقية العقارية كآلية توجيهة للنشاط العقاري في مجال السكن وحمايته من خلال القانون رقم 04-11

[1] – أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات ، ج 11، ص 16-17.

مؤرخ في 11 ربيع الأول 1432 الموافق لـ 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، حيث ومن خلال هذا التنظيم القانوني الذي يمكن أشخاص طبيعيين أو معنويين من اكتساب صفة المرقي العقاري، والتي بمقتضاها يبادرون إلى انجاز المشاريع السكنية وتأهيلها وترميمها، حسب مقتضى قوانين التهيئة والتعمير، ويقوم بإنجازها بموجب عقود المقاولة، يقوم بعدها بنقل ملكية ما أنجزه كليا أو جزئيا عن طريق البيع[1] المسبوقة بعقود حفظ الحق، أو عقود البيع على التصاميم، وهذه الالتزامات مفترضة قبل اكتمال البناء لتعلقها باكتساب الصفة أولاً، ثم الشروط المتعلق بالتعاقد مع المكتتبين الراغبين في الحصول على السكنات بشتى الصيغ.

وعند اكتمال المنشآت محل العقد فإن تسليم المحال لأصحابها يجب أن يتقيد أيضا بضوابط الملكية المشتركة مما سيرتب التزامات أخرى غير إقامة المنشآت وترميمها على عاتق المرقي العقاري و المتعلقة بتسيير هذه المشاريع، و التي تناولها المشرع في الفصل الخامس من قانون الترقية العقارية، والمتمثلة في تحديد نظام الملكية المشتركة، ثم ضمان انتقال النظام الإداري إلى الجهات المخولة بذلك.

[1] – المادة 25 القانون رقم 04-11 مؤرخ في 11 ربيع الأول 1432 الموافق لـ 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

الفقرة الأولى: تحديد نظام الملكية المشتركة

بعد توقيع المشتري لعقد البيع فهذا يقتضي أنّه على رضاً تام من قبول النظام المحدد لها سواء بما منحه من امتيازات أو بما فرضه من قيود، بعد بيان نصيبه فيها، ففضلا عن الأحكام المقررة في القانون المدني المبينة للأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة في نظام الشيوع الاجباري للأبنية المشتركة، فإن المرقي العقاري يلتزم بإعداد نظام الملكية المشتركة للمباني التي شيدها مع بيان جوانبها التقنية والمالية حسب نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 14-99 المؤرخ في 2جمادى الأولى 1435هـ الموافق لـ 4 مارس 2014 المحدد نموذج الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية: " ... يلتزم المرقون العقاريون المعتمدون قانوناً، على أساس نظام الملكية المشتركة، موضوع هذا المرسوم، بإعداد نظام الملكية المشتركة لبناياتهم الجماعية، قصد تحديد كل البيانات القانونية والتقنية والمالية المتعلقة بها، وكذا الأعباء والالتزامات التي على المقتنين أن يلتزموا بها أثناء اكتتاب عقد البيع الخاص بأملاكهم العقارية".

وما يلاحظ أن المشرع عطف هذا النص القانوني رغم محدوديته في التفاصيل المتعلقة بالأبنية المشتركة، الأمر الذي يطرح إشكال فائدة النص القانوني، رغم أن أنماط البناء من الناحية التقنية لم تتغير كثيرا باستحداث نظام الترقية العقارية إلاّ فيما يخص نظام الشبكات للارتفاقات الإدارية التي تسير بوتيرة جد سريعة لاحتواء الأخطار الناجمة عنها، وإلغاؤه للأحكام المتعارضة في هذا المرسوم مع تلك الصادرة في المرسوم 83-

666 المحدد للقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية، بمعنى أن هناك إلغاء جزئي وليس كلي، وإذا تتبعنا أوجه التعارض نجدها حصرت في آليات التسيير وليس المسائل الجوهرية المحددة للأجراء المشتركة والأجزاء الخاصة وكذا نطاق السلطات المخولة عليها، وبهذا يكون التزام المرقي العقاري بوضع الأدوات والآليات لتسيير الأملاك العقارية المقترحة للبيع، خاصة تلك المتعلقة بالأعباء وتصنيفها ومدى ضرورتها بما ينسجم ونمط الأبنية المنجزة من قِبل المرقي العقاري في مختلف الصيغ التي يعتمدها للتعاقد مع زبنائه، فضلا عن الأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني، بحيث ألزم المشرع الجزائري المرقي العقاري في المادة 61 من قانون رقم 11- 04 مؤرخ في 14 ربيع الأول 1432هـ الموافق لـ 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية في نصها:" يتعين على كل مرق عقاري إعداد نظام الملكية المشتركة وتوضيح كل البيانات القانونية والتقنية والمالية الخاصة به.

ويجب عليه خصوصا توضيح الأعباء والواجبات التي يلتزم بها المقتنون عند الاكتتاب في عقد بيع عقار ما.

كما يجب على المرقي العقاري توقع وإنجاز المحلات الضرورية لإدارة الأملاك ومسكن البواب، بعنوان الأجزاء المشتركة.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عند الحاجة عن طريق التنظيم".

ومن خلال تخويل المشرع للمرقي العقاري إدارة الشيوع الإجباري الذي تم إنجازه من طرفه، ولأنه أدرى بالأجزاء المشتركة وضرورتها من خلال معرفته بحال المكتتبين لدية ووضعيتهم، فكان أهلاً لصياغة النظام الذي تدار به حالة الشيوع في المرحلة الأولى من تسليمه للمكتتبين إلى حين أن يتم تعيين الأجهزة المكلفة بالإدارة خلال مدة سنتين من تسليمها [1]، وبهذا يمكن القول أن المرحلة السابقة لنقل الملكية فعليا تكون استثناء لنظام الإدارة الأجزاء المشتركة التي تكون بناء على التشارك وإبداء الرأي، بحيث أنّه يتعين على المكتتبين الإذعان للنّظام التسييري الذي يحدده المرقي العقاري خلال فترة مؤقتة، ولعل ما عمد إليه المشرع الجزائري من خلال هذا الإجراء هو عين الصواب لتكون جمعية الشركاء التي ستنشأ بعد ذلك ذات هدف إداري لوضع قائم.

الفقرة الثانية: ضمان انتقال النظام الإداري إلى الجهة المخولة بذلك

بعد تولي المرقي العقاري مهام إدارة الشيوع الإجباري في الأبنية التي أنجزها خلال فترة مؤقتة والتي تكون في العادة من حين إمضاء العقد إلى حين انعقاد الاجتماع الأول للجمعية[2]، حيث يتم تسليم المهام وتسيير الموقع إلى متصرف الجمعية الذي تم انتخابه

[1] – المادة 62 القانون رقم 04-11 مؤرخ في 11 ربيع الأول 1432 الموافق لـ 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

[2] – مسكر سهام، إلتزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقوية –أطروحة دكتورة تخصص قانون عقاري و زراعي، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2016/2015، ص 363.

من الشركاء أو الشاغلين بموجب عقد موثق[1]، وعلى إثره يتم تحويل كل الحسابات المالية والتنظيمية التي تم إعدادها سلفاً، ولعل المرحلة المؤقتة إجراء ذو مصلحة مزدوجة لكل من المرقي العقاري في تدارك العيوب التي قد تطرأ على ما شيده من مباني بتغيير ما يجب تغييره وتقصي أنجع السبل للتسيير، أمّا فيما يخص الشركاء أو الشاغلين فإن هذه المرحلة تفيدهم في اكتساب الخبرة وتقصي مزايا وعيوب آليات التسيير التي اعتمدها المرقي العقاري خلال المرحلة المؤقتة، ممّا يعطيه رؤية أوضح عن آليات التسيير التي سيعتمدها بإنشاء جمعية الشركاء المستحدثة، إضافة إلى معرفة الشركاء والشاغلين لبعضهم البعض ممّا سيضفي حسن انتخاب المتصرف الجديد وأعضاء الجمعية.

[1] – المرسوم التنفيذي 14-99 المؤرخ في 2جمادى الأولى 1435هـ الموافق لـ 4 مارس 2014 المحدد نموذج الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية

الفصل الثالث: ضوابط هدم البناء

قبل أن تبين ضوابط الهدم يتوجب علينا الوقوف على مدلوله، فالهدم في اللغة بكسر الهاء الهِدْم ويُقصد به الكِساء الخَلَقُ، والجمع أهدام، والهَدْم: مصدرُ هدمتُ الشيءَ أهدِمه هدْماً، والمصدر الهَدْم، وما يَسقُط منه هِدْمٌ. وهُدِمَ الرّجُل، إذا دار رأسُه في البحر، فهو مهدوم[1].

أمّا الهِدْم اصطلاحاً: ما سقَط من حائطٍ إذا هدمتَه، ويقصد به أيضاً الإسقاط كقولك: هَدَمْتُ في الإناءِ حتى مَلأْته أي حلَبْت، وهَدَم يهدِم هَدْماً[2]، وهَدَمَ البناءَ أيْ أسقطه ونقضه. وتهدّم البناء: سقط شيئًا فشيئًا[3]، والهَدَم: ما وَقَع من الهَدْم، ويدل على انفصال أجزاء الشيء عن بعضها البعض، لانحلال الرّابطة بينها[4].

---

[1] – ابن دريد، الاشتقاق، ج 1، ص 138.

[2] – أبو عمرو إسحاق بن مرّار الشيباني، كتاب الجيم، تحقيق: إبراهيم الأبياري، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، ج 1، ص 225.

[3] – إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية، ج 2، باب هدم، ص 246.

[4] – عبد الرزاق حسين يسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، دار الفكر العربي، الإسكندرية 1987 م، ص 698.

والتهدم في مسائل العمران والبناء يقصد به تفككه وانفصاله عن الأرض سواء كان التفكك كليا أو جزئياً[1]، ونشير أن الهدم هو إسقاط البناء بفعل الإنسان، أمّا لو سقط من تلقاء نفسه أو من غير هدم فهذا يسمى انقضاضا [2].

من خلال التعاريف المذكورة تبيَّن عدم إمكانية إطلاق لفظ الهدم دون استبعاد يدّ للإنسان فيه، أو بمعزل عن سببيته في ذلك؛ سواء أن بفعل إيجابي كالتحطيم أو بسلوك سلبي كالامتناع عن اتخاذ تدابير بقائه قائما ومتيناً، وذلك بتركه عرضة للوهن والاندثار، لتكون إزالة بسبب توهنه بعامل الزمن، أو لاعتلاله بخلل إنشائي أو تعرضه لقوة قاهرة، ضرورة لا مناص منها لكونه عرضة للانهيار في أي لحظة وغير آمنة على الأنفس والأموال المجاورة لها، ممّا يوجب إزالتها حفاظاً على الأرواح والأموال، وهذا الذي حفه الفقه الإسلامي بضابط السلامة ومنع المضارة، وحذا بحذوه المشرع الجزائري بجملة من التدابير القانونية والتقنية.

المبحث الأول: التأصيل لضوابط هدم البناء في الفقه الإسلامي

من المسائل التي عني فيها فقهاء الشريعة الإسلامية بقاعدة دفع الضرر قدر الإمكان مسائل البناء، خاصة في توخي المخاطر التي قد تنشأ عن تهالكها أو عدم اتخاذ تدابير المتانة أثناء بنائها ممّا يوجب نقضها تفاديا لأضرارها على العامة والخاصة، كما

[1] – محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية عن حوادث انهيار البناء أثناء وبعد التشييد و التأمين عليها، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، د سنة ط، ص 166.

[2] – الخليل بن أحمد الفراهيدي، معجم العين، تحقيق: د. مهدي المخزومي و د. ابراهيم السامرائي، د ط، د سنة ط، سلسلة المعاجم و الفهارس، دار و مكتبة الهلال، بيروت، ج 1. باب الهاء، ص 405.

نشير أن هدم الأبنية في الشريعة الإسلامية يتجاذبه حكمان من حيث المشروعية، فأمّا غير المشروع كأن يعمد الشخص إلى هدم بناء غيره إمّا عن قصد أو بخطئه، فهذا يدخل في باب التعدي ولا يعنينا كثيرا في بحثا، أمّا الهدم المشروع فهو الذي من صلب الموضوع المدروس، فهو ينبثق في الأصل من شرعية إقامة المباني المراد هدمها متى اقتضت المصلحة ذلك، الأمر الذي يدفعنا للبحث عن موجبات الهدم التي تتأسس على فكرتي الضرورة والمصلحة و محترزاته.

المطلب الأول: موجبات الهدم

إذا كان تهدم البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض كليا أو جزئياً، ويحدث هذا الانفكاك إما بتدخل من الإنسان أو بعوامل تخرج عن إرادته، كأن يعمد رب البناء إلى هدمه لتهاويه توخيا لضرره، كما قد يكون الهدم بأمر من الحاكم والمحتسب حفاظا على المصلحة العامة لخلل في إنشائه.

الفرع الأول: أن يهدم البناء لتهاويه

لعامل الزمن دور كبير في تغيير الطبيعة المادية للأشياء فيجعلها غير صالحة للانتفاع بعد أن كانت كذلك، وبالنسبة للبناء فإنه يأتي على الجدران والأسقف فيعيبها بفعل ما يعتريها من عوامل طبيعية كالرطوبة والإمطار والحرارة تجعلها عُرضة للاهتراء، فيقلص من متانتها لتكون أكثر خطراً على ساكنيها والجيران والمارة، لذلك رأى فقهاء المالكية بضرورة هدمها تجنباً لضررها، حيث قال العتبي: "قال يحي سألت بن القاسم؛ عن جدار بين دار رجل ودار جاره مال ميلا شديدا حتى خيف عليه انهدامه، أترى للسلطان إذا

شكا جاره وما يخاف من أذاه وضرره أن يأمر صاحبه أن يهدمه، قال: نعم واجب عليه أن يؤمر بهدمه"[1].

ويرى الفقهاء بضرورة الهدم حتى في غياب رب الحائط، حيث قال ابن سحنون: "سأل شجرة سحنوناً: عمن شكا إلى الحاكم أن لجاره غرفة مائلة أو حائطا؟، فقال: إذا كان ذلك مخوفا بيناً فأنف الضرر عن النّاس غاب رب الحائط أو حضر"[2].

كما أخذ فقهاء الأحناف بهذا الرأي [3]، وكذلك فقهاء الشافعية[4] والحنابلة[5] في سياق وجوب إصلاح الأملاك المشتركة، ويمكن أن يستشهد بها على وجوب نقض البناء الآيل للسقوط، وفي هذا إعمال لقاعدة دفع الضرر قدر ما أمكن بسبب تهالك الأبنية، لأنها إن تركت على حالها كانت خطراً على العامة والخاصة في أرواحهم وممتلكاتهم وحتى مرافقهم.

وفضلاً عن الوقاية من ضرر تهدم البناء بتعجيل هدمه وفق ما تقضي به أعراف أهل الفن في الحفاظ على الأرواح والأموال؛ يجب أن لا يجعل أنقاض الهدم في طريق العامة فيضيق عليهم مرورهم، وفي هذا قال سحنون من المالكية : "إذا هدم الرجل داره فليس له أن ينزل نقضه وما هدم في الطريق إذا كان يضر بالمارة.

---

[1] – عيسى بن موسى التطيلي، الجدار ص 230

[2] – عيسى بن موسى التطيلي، الجدار ص 231.

[3] – ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج 7 ، باب التحكيم ، ص 51.

[4] – أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 3، كتاب التزاحم في الحقوق، ص 450.

[5] – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 3، ص 121.

قيل لسحنون: كيف يعمل بهذا الهدم، قال: يستأجر له موضعاً"[1]، في هذا إعمال لقاعدة "الضرر لا يزال بضرر مثله" فالرهبة في النفوس الجيران والمارة من خشية السقوط، ليست أقل من منع المرور أو تعسيره.

ونشير أنّ فقهاء الشريعة في تحاشيهم لحالة تهاوي الأبنية لم يبينوا من له سلطة تقدير متانة البناء التي على أساسها تتقرر إمكانية هدم البناء، غير أنّه يظهر أن لكل ذي مصلحة المطالبة بهدم البناء الآيل للسقوط إمّا من صاحب البناء ذاته أو من الحاكم أو المحتسب، لتكون المطالبة بالحق من كل ذي مصلحة بمثابة الإشهاد المؤكد لوجوب الضمان في حال تهدم البناء وأدى إلى هلاك الأرواح و الممتلكات[2].

أمّا بالنسبة لمتانة الأبنية وتقرير سلامتها على الأنفس والأموال في التشريع الجزائري فقد بين أحكامها في الفصل الخامس من المرسوم التنفيذي 15-19 مؤرخ في 25 يناير 2015 يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، الخاص بأحكام البنايات الآيلة للانهيار، والتي يدور حكمها بين الترميم أو الهدم بحسب السلطة التقديرية لرئيس البلدية التي يوجد بها البناء الواهن، أو أن يأمر بذلك وفقاً للأحكام الخاصة بطبيعتها إذا ما كانت هذه البنايات مصنفة على أنها معالم أثرية[3]، لكن يبدو أن المشرع الجزائري بنصه

---

[1] - عيسى بن موسى التطيلي، الجدار ص 272.

[2] - تباينت آراء الفقهاء حول ضمان تبعة تهدم البناء، بين مشترط لإنذار المالك أو من يقوم مقامه، وبين مفترض لوجوب الضمان بإنذار أو بغير إنذار.

[3] - المادة 86/ 1. 4 المرسوم التنفيذي 15-19 مؤرخ في 25 يناير 2015 يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها.

على هذه الأحكام كانت موجهة حصرا إلى الأبنية الفردية والمملوكة للخواص، بينما نجده أغفل وبشكل لافت الأبنية المملوكة للأشخاص المعنويين أو تلك الأبنية الطابقية الجماعية، وهذا ما نلمسه من خلال تلكم الإجراءات والتدابير الاحترازية التي يخاطب بها صاحب الملكية، فيما يخص تبليغ محضر المعاينة وإخطاره بضرورة الهدم، وما يجب القيام به في حالات الاستعجال التي تتعارض وعدم القدرة المادية لصاحب الملكية لكي يتحمل نفقات الهدم.

فإذا ما رأى رئيس البلدية من خلال زياراته الميدانية بنفسه أو من ينوب عنه من اللّجان أو الأشخاص المفوضين للقيام بهذه المهام تحت إشرافه وسلطته، فإنّه يتعين عليه إصدار قرار يوضح فيه درجة الخطورة من خلال عملية المعاينة التي قام بها شخصيا أو الأشخاص المكلفين بذلك، واستنادا لذلك يقرر إلزام صاحب الملكية بالترميم أو بالهدم ويحدد أجلاً لتلك الأشغال[1]، وفي حال نزاع مع كل ذي مصلحة بشأن الخطورة فإنه يتعين تعيين خبيراً من أهل الفن والنّظر المختصين في مجال البناء، بحيث يعدُّ هذا الأخير تقريراً مفصلاً يشخص فيه حالة البناء مبيِّناً وجه الخطورة ودرجتها، ليقدمه للمصالح التقنية بالبلدية، فتستعين به هذه الأخيرة في تأسيس قرار الهدم الموجه لصاحب الملكية، فإذا هو عزف عن ذلك فإن التقرير يوجه إلى الجهة القضائية التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار المعني بالهدم، ليقضى فيه بعد ثمانية أيام من إيداعه بأمانة الضبط،

[1] - المادة 1/87 المرسوم التنفيذي 15-19 مؤرخ في 25 يناير 2015 يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها.

ويصدر رئيس المجلس الشعبي البلدي بالموازاة قرار منع الإقامة بالمبنى الآيل للانهيار[1]، وذلك بعد تقديرها لشدة الخطر المحدق وغير المتوقع.

أمّا في حالة الخطر الوشيك والتي تستدعي التدخل العاجل، بحيث يكون ضرر انهيارها بمثابة المحقق، فهذا يحتم على السلطات الوصية اتخاذ كل تدابير حفظ أمن الممتلكات والأنفس في أسرع وقت ممكن كتسييج البناء الآيل للانهيار غلق المداخل المؤدية إليه أو بمحاذاته إلى المدى الممكن أن يَطَالَهُ خطر التهدم، مع الإشارة أن هذه التدابير يجب أن تسبق بقرار من رئيس المجلس الشعبي البلدي بإخلاء المبنى و الأمكنة.

إضافة إلى هذه التدابير وطبقا لقواعد العدالة وأن الغرم في الأصل يقع على عاتق مالك الشيء، فهذا يقتضي أنّ نفقات الهدم من معدات وآلات ونفقات نقل أنقاض البناء إلى أماكن مخصصة ليُنتفع بها بوجه آخر من أوجه الانتفاع، فالأصل أن تقع على عاتق مالك المبنى، غير أن عملية الهدم قد تتعرقل بسبب هذه التكاليف التي لا يطيقها صاحب المبني مِمَّا يدفعه إلى اختلاق عديد المنازعات الرّامية لنقض قرار الهدم والتي تستهلك وقتا يؤثر في زيادة خطر الانهيار، وهذا لأن إنذار رئيس البلدية لصاحب الملكية هو من قبيل حفظ الأمن العام[2]، يقابله دفاع مستميت من صاحب الملكية في حفظ حقوقه يبين فيه اغتناؤه عن عملية الهدم أو أنّه يمكن اتخاذ تدابير أخرى غير الهدم، خاصة إذا لم يكن له مسكن إلاّ البناء الآيل للانهيار، ممّا يعني تكبده لنفقات أخرى كاستئجار لمسكن بصفة وقتية، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يأخذ بعين الاعتبار

[1] - المادة 2/87 المرسوم التنفيذي 15-19 مؤرخ في 25 يناير 2015 يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها.

[2] - المادة 4/88 المرسوم التنفيذي 15-19 مؤرخ في 25 يناير 2015 يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها.

هذه التداعيات ويأتي بما يشبه الحل غير المدروس في المادة 89 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر والتي تنص: "في حالة عدم تنفيذ صاحب الملكية للتدابير الواردة في المادتين السابقتين، تدفع البلدية مبلغ المصاريف المترتبة عن تنفيذ الأشغال التي أمر بها رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحصيلها في مجال الضرائب المباشرة دون الإخلال بتطبيق العقوبات التي ينص عليها قانون العقوبات.

غير أن صاحب الملكية المعني يعفى من تنفيذ هذه الأشغال عندما يتنازل للبلدية عن المبنى الآيل للسقوط".

لكن ما يؤخذ على الحل القانوني أنه انطوى على إجحاف في حق صاحب الملكية، خاصة فيما يتعلق بالفقرة الثانية على الرّغم من جوازيتها في إعطاء الخيار لصاحب البناء في التخلي عن ملكيته العقارية مقابل تجنب مصاريف الهدم، وهو شرط يتسم بعدم المعقولية بالموازاة مع ما تعرفه قيمة العقار وقتنا الراهن، إضافة إلى ما فيه من استغلال للحالة المادية العسيرة للمالك بحيث تجعله بين خياري التخلي عن ملكيته العقارية مقابل تجنب لمصاريف الهدم، لينتهي الأمر في جميع الخيارات التي جاء بها المشرع الجزائري إلى انتهاك حق صاحب البناء المعسر في انتزاع ملكيته فقط مقابل عدم التعرض للعقوبات المقررة قانوناً، الأمر الذي كان على المشرع أن يمعنه النّظر بما يحول دون هذا الانتهاك المُقنن لحق الملكية، إذْ من المفترض والأولى أن يُخير مالك البناء المهترئ بين الهدم أو البيع ممن يهدم ، إذْ أنَّ هذا الخيار فيه موازنة حقيقية بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

إضافة إلى أن عملة الهدم عملية فنية بالدرجة الأولى فكيف يستساغ أن يُعْهد بها إلى مالك البناء والذي قد لا يملك أدنى المكنات المبدئية والتقنية في الهدم دون إحداث أي ضرر، وفي هذا قد يصبح خطر تبعات هدم البناء الآيل للانهيار أشد من خطر التهدم، وفي هذا خروج عن أصل القاعدة في منع الضرر، فالضرر لا يدفع بضرر مساوٍ له أو أشدُ منه، وكان الأحرى أن يتم تعيين مختصين في عمليات الهدم على نفقة معقولة من مالك البناء.

ونخلص أن كلاً من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري توافقا في إلزامية إزالة الأبنية الآيلة للانهيار، لما فيها من الضرر بعامة المسلمين وتغلق حقوقهم بوضعية هذا النوع من الأبنية، وأعطي لكل ذي مصلحة الحق في إعذار مالك البناء بعينه أو ولي أمر عامة المسلمين أو من يعينه للقيام بهذه المهام من محتسبين أو لجان مختصة.

الفرع الثاني: أن يهدم البناء لخلل في إنشائه

قد يقام البناء لكن دون احترام تدابير السلامة والمتانة؛ فيكون واهناً من حين إنشائه، أو يقام دون احترام الضوابط التقنية؛ فتصبح ضرورة إزالته تجنبا لخطورة تهاويه على الأنفس والأموال، كما قد يتهدم البناء بسبب خلل تقني في الانجاز فيصبح مضرا بالصالح العام، وجدير بالذكر أن أسباب انتهاك هذه الضوابط لا حصر لها وتختلف باختلاف نوع البناء وطبيعة غرض إنشائه وتتجدد بتجدد التطورات التي يقتضيها نمط العمران زماناً ومكاناً، ومهما أُسهِب بذكر المخالفات التقنية فإنها على سبيل المثال فقط لا الحصر، إلاّ أنه يمكن الوقوف عليها بحسب مراحل إنشاء البناء، بحيث سنبينها بالنّظر إلى أهميتها في تحديد المسؤولية عن تهدم البناء.

الفقرة الأولى: خلل بسبب الدّراسات السابقة لعملية البناء

كثيراً ما يرجع سبب الخلل إلى الأرضية التي أقيم عليها البناء بأن تكون الأرض هشة لا تسمح طبيعتها الجيولوجية بالبناء عليها[1]، أو البناء بصفة محددة[2]، والتي يُصطلح عليه بالثابت الذي أقيم عليه البناء[3]، إذْ يُفْترض إجراء الدِّراسات الخاصة قبل الشروع بإنجاز أي منشآت عليها من خلال تحليل طبيعتها التكوينية لتحديد إذا ما كانت ملائمة لهذا الغرض ابتداءً، والقدرة الاستيعابية من الكثافة أو الكتلة أو عدد الطوابق التي يمكن إنجازها.

كما قد يتهدم البناء لخلل في التصميم، وذلك لعدم احترام الأصول الفنية المتعارف عليها لدى أهل الاختصاص[4]، عدم احترام ترتيب المواد المستخدمة في البناء أو تجاهل طريقة ربطها ببعضها البعض، لتنسجم والغرض الذي أُعِدَّ له البناء ابتداءً، فعادة ما تتطلب المباني العملاقة دقة في التصميم تتماشى واستقبالها للجمهور، أو مع ثقل المعدات التي يتطلبها الانتفاع بها على الوجه الأكمل.

الفقرة الثانية: أن يكون الخلل أثناء عملية البناء

ينشأ هذا النوع من الخلل لعدة أسباب لا حصر لها ومن أمثلتها:

---

[1] – السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 7، ص 113.

[2] – مثل تلك المنشآت التي تركب بصفة معينة، دون تكبد لأشغال الحفر والاحتياج إلى معدات ثقيلة للبناء والتي يصطلح عليها في وقتنا الراهن بالشاليهات.

[3] – عبد الرزاق حسين يسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، ص 696 – 697.

[4] – عبد الرزاق حسين يسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، ص 699.

– أن يشيد البناء مائلا من الأصل فيعرجه إلى الطريق أو إلى العقار المجار، وبهذا قد ينفى منفعة مرافق الأبنية المجاورة في صورتها البدائية من ساحة الدّار ومربط الدواب ومواضع ارتفاقات الشرب والمسيل، أو ما نابت عنها في الوقت الحديث من مرائب السيارات والساحات المفتوحة في المجمعات السكنية إلى غير ذلك من الارتفاقات الحديثة للماء والصرف والكهرباء والغاز، أو أن يتجاوز بالبناء العلو المسموح به.

– مخالفة المواصفات التقنية التي لا تتلاءم مع غرض إنشائه، كإقامة أبنية يرتادها الناس بكثرة بمعايير أبنية معدة للسكن، أو أن يزيد في المساحة المرخص بها مثل عدم تناسب قاعدة البناء مع ارتفاعه، ويندرج ضمن ذلك كلُّ عملٍ يُكيف بأنّه إخلالٌ بالضوابط المتعلقة بمتانة البناء واستقراره، سواء في تصميمه أو ما تعلق بشروط المتانة.

الفقرة الثالثة: خلل مردُّه المواد المستخدمة في البناء

قد لا تتطابق المواد المستخدمة في عمليات البناء وكذا المنشآت كماً وكيفاً، كاعتماد مواد محظورة في البناء من شأنها التسبب في ضرر بالغير، فقد تكون المواد المستخدمة في البناء غير مستوفية لشروط السلامة، أو تلك المواصفات المتفق عليها من حيث الجودة والرداءة، بحيث يترتب على عدم توافرها خطورة تجعل البناء معيباً بعيب بلغ حدا من الجسامة التي لا يمكن تصحيحها أو التغافل عنها ممّا يقتضي ضرورة هدمه، إذ لولا توافر تلك المقاييس التقنية فإنّها تجعل من البناء خطيراً خاصة بالنسبة المواد المستخدمة في إنجاز الدعائم والركائز، ولا يمكن أن تنصرف هذه المواصفات إلى الدهان ونوعية البلاط مثلاً، ويندرج ضمن ذلك إضافة أي مادة أو نقصانها يترتب عليها وصفه

بأنّه خطر جسيم في البناء ناشئ عن المواد المستخدمة في البناء ما يجعله غير صالح للغرض الذي أُعِدَّ من أجله، كعدم كفاية التهوية التي لا يمكن تداركها بإعادة التهيئة.

الفرع الثالث: أن يهدم البناء لمصلحة

قد يعمد صاحب البناء إلى الهدم اختياراً منه لمصلحة يراها دون أن وجود حاجة تكيَّف على أنّها ضرورة تستدعي الهدم، ولأن الهدم من التصرفات المادية التي يحق للمالك في الأصل ممارستها في ملكه دون التقيد إلاّ بقاعدة منع الضرر الذي يَطَال الخاصة أو العامة، إضافة إلى عدم تَقصُد صاحب البناء بهذا التصرف إلحاق الضرر بالغير كالجار مثلاً، كحالة التعسف في استعمال الملكية العقارية، لهذا تُفترض المصلحة المحضة لصاحب البناء في هدمه، كأن يرغب في تحديث بنائه بشكل يراه أفضل من الناحية الجمالية أو التقنية أو لتغيير طبيعة الانتفاع به، فيهدمه لإعادة بنائه أو أن يتركه بطحا.

لكن الأحكام المتعلقة بالهدم هنا تتضارب فيها آراء الفقهاء بين اعتبارين في حالة ما كان البناء فرديا أو جماعياً، والمعيار في شرعية الهدم يتراوح بين قدسية حق التصرف بالملكية العقارية وقيد مع الضرر بالجار سواء اقترن المنع بالواجب ديانة أو الواجب بالقضاء، ويمكن لهذه الأحكام أن تأخذ منحى آخر عندما يكون البناء مملوكا ملكية عامة للمسلمين أو ما يصطلح عليه قانونا بكون مالك البناء شخصاً معنوياً.

كما يمكن تكييف هذا التصرف بأنّه معلق على محض المشيئة، والذي يكون غالباً غير مدروس العواقب والتداعيات، كون المصلحة منه غير جلية ومن جانب واحد فقط، وهي التي يقدرها صاحب البناء فقط، الأمر الذي يثير إشكال ضبط مفهوم المصلحة من

عملية الهدم بمعيار موضوعي، ويطرح إشكال مدى تمكن المشرع في تدارك ذلك من خلال اشتراط رخصة الهدم؟، وهذا الذي سنجيب عنه لاحقاً.

المطلب الثاني: أثر تهدم البناء (مسؤولية حارس البناء)

للهدم عوامل عدة يمكن تكييفها بعدة اعتبارات، فباعتبار الإرادة تأخذ تصنيفان؛ صنف يقترن بإرادة فاعل (الهدم) وصنف لا يد للإنسان فيه(التهدم)، وباعتبار آخر يتعلق بملكية البناء المهدوم فتأخذ تكييفاً آخر فهدم رب البناء لملكه، ليس كهدم ملك الغير أو هدم ملك هو فيه مالك على الشيوع، لأن هذا الأخير يندرج في باب التعدي الموجب للضمان وإعادة العين المعتدى عليها بالهدم إلى الحالة التي كانت عليها أو بمثلها وحتى بنفس المواد المستعملة في البناء المهدوم تعدياً، بدليل حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كَانَ رَجُلٌ فِي بني إِسْرَائِيلَ يُقَالُ لَهُ : جُرَيْجٌ الرَّاهِب يُصَلِّى ، فَجَاءَتْهُ أُمُّهُ فَدَعَتْهُ ، فَأَبَى أَنْ يُجِيبَهَا ، فَقَالَ : أُجِيبُهَا أَوْ أُصَلِّى ، ثُمَّ أَتَتْهُ ، فَقَالَتِ : اللَّهُمَّ لاَ تُمِتْهُ حَتَّى تُرِيَهُ وُجُوهَ الْمُومِسَاتِ ، وَكَانَ جُرَيْجٌ فِي صَوْمَعَتِهِ ، فَقَالَتِ امْرَأَةٌ : لَأَفْتِنَنَّ جُرَيْجًا ، فَتَعَرَّضَتْ لَهُ ، فَكَلَّمَتْهُ فَأَبَى ، فَأَتَتْ رَاعِيًا فَأَمْكَنَتْهُ مِنْ نَفْسِهَا ، فَوَلَدَتْ غُلاَمًا ، فَقَالَتْ : هُوَ مِنْ جُرَيْجٍ ، فَأَتَوْهُ وَكَسَرُوا صَوْمَعَتَهُ ، فَأَنْزَلُوهُ وَسَبُّوهُ ، فَتَوَضَّأَ وَصَلَّى ، ثُمَّ أَتَى الْغُلاَمَ ، فَقَالَ : مَنْ أَبُوكَ يَا غُلاَمُ ؟ قَالَ : الرَّاعِي ، قَالُوا: نَبْنِي صَوْمَعَتَكَ مِنْ ذَهَبٍ ، قَالَ : لاَ إِلاَ مِنْ طِينٍ "[1]، ولا يستفاد من الحديث

[1] – صحيح البخاري ، ج 02 ، باب: إذا انهدم حائط فليبن مثله ، ص 202.

حصرا ضمان التعدي بالهدم فقط، بل يتعداه إلى مسألة ضمان الضرر الناشئ عن تهدم البناء في الفقه الإسلامي والذي تبنته التقنينات الحديثة ضمن باب الضرر الموجب للمسؤولية وبالتحديد ضمن الأحكام المتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء غير الحية (مسؤولية حارس البناء)، بحيث يشترط لقيامها شرطان، الأول يتمثل في تهدم البناء كلياً أو جزئياً، والثاني يتمثل في حدوث ضرر نتيجة التهدم[1]، سواء كان المتضرر من المارة في جسمه أو ماله بسقوط شيء من البناية كجزء منها أو أداة من أدواتها، أو كان المتضرر من الهدم الجيران كتضررهم في أبدانهم أو ممتلكاتهم أو راحتهم.

و إذا تفحصنا تبعة تهدم البناء وجدناها تترتب في حق من له صفة حارس البناء، الأمر الذي يدفعنا إلى التأصيل لمسؤوليته واختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية فيها و بيان الرأي الذي جنح المشرع الجزائري، ثم أثر تحديد صفة الحارس في ترتيب المسؤولية.

الفرع الأول: التأصيل الفقهي و القانوني لمسؤولية حارس البناء

تبني مُسمى حارس البناء يوجب تحديد الشخص الذي يصدق فيه وصف الحارس سواء كان المالك أو غيره؛ لكي تترتب في حقه المسؤولية عن ضرر التهدم أو الهدم الذي يُفوِت الأنفس والأموال، وما دور إعلان صاحب البناء بخطورة بنائه الآيل للانهيار في تأكيد المسؤولية من نفيها؟، وتبعا لهذا تتحدد المسؤولية عن تهدم البناء من حيث طبيعتها وفي حق من تقوم ضده، في شقيها المدني والجزائي حسب ما دلت عليه عديد الآراء الفقهية وكذا التقنينات الحديثة، خاصة وأنها تنبني جميعا على منع الضرر بغض النظر عن

[1] – السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، ص 1069.

مستندها، بالنسبة لمن اخذ بالنّص أو القاعدة الفقهية أو كدليل من المعقول اقتضته الطبائع السليمة، وساغ المبدأ في كل مسائل العمران من إنشائها إلى هدمها وتهدمها، وهذا أمام حتمية الحفاظ على المصلحة العامة، لأن الضرر المعتبر شرعاً يضع حدا لسلطان الملكية بصفة عامة وفي مسائل البناء بصفة خاصة، وهو ما انعكس في اختلافهم حول مدى وجوب ضمان الضرر لتهدم البناء خاصة إذا نتج عن خلل طارئ، مما يعني أن هذه المسؤولية تختلف في أحكامها بين الخلل المتعلق بالتشييد والخلل الطارئ.

الفقرة الأولى– اعتلال البناء من حين إقامته: اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم أن تبعة الهلاك لتهدم البناء من نفس أو مال واجبة متى كان الخلل المفضي للتهدم أصلياً[1]، لأن تعديه كان إنشائياً الذي كان من المفترض الاحتراز له سلفاً أو تداركه قبل أن يَعْظُمَ خطره، لهذا يرى فقهاء الأحناف بتضمين رب الحائط المائل في جميع الأحوال[2]، أمّا فقهاء المالكية فيركزون على دفع الضرر قبل وقوعه حيث جاء في العتبية: "روى عيسى عن ابن القاسم فيمن بنى مستعليا فعوجه في العلو لو عوجه إلى بناء غيره ثم بنى الذي له الهواء في أرض نفسه فعارضه العوج الذي خرج به إليه جاره، قال: يهدم كل ما خرج في هواء غيره كان ذلك مما تغظم فيه النفقه أو تقل"[3]، ويرى الحنابلة نفس الرأي [4]، وكذلك فقهاء الشافعية خاصة إذا أمال بناءة إلى ملك غيره بحيث

---

[1] – وهبة مصطفى الزحيلي، المسؤولية الناشئة عن الأشياء، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة السابعة، العدد التاسع، 1416هـ/ 1995 م، ص 114.

[2] – ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 8، فصل الحائط المائل، ص 304.

[3] – أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات ، ج 11 ، ص 108.

[4] – مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج 4، فصل فيما يضمن، ص 76.

جاء في الحاوي:" أن يجعل إمالة بنائه إلى غير ملكه إمَّا إلى طريق سابلٍ ، وإمّا إلى ملك مجاورٍ ، فيكون بإمالة بنائه متعدِّيًا لتصَرُّفه في هواءٍ لا يملكه، لأنَّه إن أماله إلى ملك غيره تعدّى عليه، وإن أماله إلى الطّريق لم يستحقَّ منه إلَّا ما لا ضرر فيه كالجناح فضمن ما تلف بسقوطه من نفوسٍ وأموالٍ"[1].

أمّا هذه الأحكام لدى المشرع الجزائري فتأخذ منحى آخر تتعلق بمسؤولية مشيدي البناء، وهذا بالنّظر إلى نمط العمران الحديث المتطلِب لجملة من العقود والعلاقات في إنجازه، الأمر الذي يتطلب دقة في البحث عن علاقة السببية بين الخطأ والضرر، والخلل المفضي إلى التهدم قد يكون ناشئاً عن سوء الدّراسة، أو سوء المتابعة ومعاينة مدى التطابق بين المخطط والإنجاز، وقد يرجع الأمر إلى الانجاز نفسه، وهذا الذي سنتبين أحكامه لاحقا بمزيد من التفصيل، مع العلم أن ما أخذ به فقهاء الشريعة في تضمين مالك البناء هو في الأصل في توجيه الضمان لمن يجب عليه، لكن يمكن أن يجب الضمان في حق غير مالك البناء متى انتفت له علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

الفقرة الثانية– اعتلال البناء لطارئ: قد ينشأ مستقيما وفقا للضوابط المحددة والمتعارف عليها عند أهل الفن، إلاّ أنّه قد يعتريها الوهن بسبب تعرضها لقوة قاهرة أو

– ابن قدامة المقدسي،الشرح الكبير (المطبوع مع المقنع والإنصاف)، ج 15، مألة : و إن مال حائطه فلم يهدمه، ص 324.

[1] – الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح المزني، ج 12، مسألة حائط إذا سقط من دار رجل فأتلف نفوساً، ص 378.

لحادث ما، بحيث لم يؤدي ذلك لسقوطه مباشرة[1] لكن طرأ عليه مَيْلٌ كان سيفضي لا محالة إلى التهدم شيئاً فشيئاً بعد مدة زمنية يمكن توقعها في الغالب، فقد اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة آراء:

الرأي الأول– لا يضمن مطلقا: ذهب فقهاء الشافعية إلى هذا الرأي استنادا لقاعدة "أنّ ما لم يكن مضمونا في أوله لم يكن مضمونا بتغير الحال"[2]، وهو ظاهر قول الإمام الشافعي رحمه الله: "إن مال حائط دار؛ فوقع على إنسان؛ فأتلفه – فلا شيء فيه، وإن أشهد عليه؛ لأنه بناه في ملكه، والميل حادث من غير فعله، وقد أساء بتركه وما وضعه في ملكه فمات به إنسان فلا شيء عليه"[3]، وقياسا على قوله رأى كثير من القضاة وفقهاء المذهب مثل المزني، وقال به أبو سعيد الإصطخري، وأبو عليّ الطبري، والشيخ أبو حامد، وأكثر أصحابه؛ كما قاله القاضي أبو الطيب، بعدم لزوم الضمان في جميع الأحوال حتى لو تقدم إليه في ذلك الوالي[4]، وفي هذا اغتناء لصاحب البناء في التذرع

---

[1] – تنتفي المسؤولية في هذه الحالة لعدم التعدي بالبناء أو التفريط بالصيانة والترميم، إضافة إلى عدم وجود مدة زمنية بين ظهور الخلل (كالصدع و الميل بالجُدر) وبين التهدم يمكن خلالها اتخاذ التدابير اللازمة للحيلولة دون ضرر التهدم، خاصة وأن من موانع قيام المسؤولية المدنية فى القانون المدني القوة القاهرة والحادث المفاجئ

[2] – وهبة مصطفى الزحيلي، المسؤولية الناشئة عن الأشياء، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، ص 116.

– الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل (ت 502 هـ)، بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، ط 1، 2009 م، ج 12، باب وضع الحجر حيث لا يجوز وضعه وحفر البئر، ص 346.

[3] – الماوردي، الحاوي الكبير، ج 12، ص 849.

[4] – أحمد بن محمد بن علي الأنصاري أبو العباس نجم الدين، المعروف بابن الرفعة (ت: 710هـ)، كفاية النبيه في شرح التنبيه، ج 16، باب ما تجب به الدية من الجنايات، ص 29.

بقرينة الغياب التي يمكن على أساسها المساءلة عن فوات الأرواح والأموال بتهدم البناء لعدم تمكنه من التصدي للضرر قبل حدوثه.

الرأي الثاني– يضمن إذا أُعلن وأُشهِد عليه: ذهب إلى هذا الرأي كثير من فقهاء المالكية كأشهب[1] واشترط أن يكون الإعذار ممن خُوِل بذلك كالحاكم والمحتسب ولا يُعتد بإشهاد غيره من النّاس والجيران، أما الحنابلة فيرون بوجوب الضمان متى كان التقدم والإشهاد من كل ذي مصلحة[2]، وهذا أيضاً ما ذهب إليه بعض فقهاء الشافعية كالماوردي وابن الصباغ في تأويلهم لقول الإمام الشافعي بأن عدم الضمان إنما يكون إذا كان ميل الجُدُر إلى ملك صاحب البناء لا إلى ملك الغير أو طريق عام، وأن في الإنذار إمكانية لتدارك الضرر قبل التهدم[3]، ويكفي استدلالاً أن غالب فقهاء الشافعية فتجدهم يتكلمون عن المسألة في باب الجنايات وموجبات الضمان سواء في ضمان الأموال أو الممتلكات التي يستوجبها تهدم الحائط لخلل في إنشائه حيث حكى ابن الصباغ، عن رواية القاضي أبي الطيب: "فيما لو وضع عدلاً على حائط نفسه، فوقع في ملك غيره؛ فأمر بإزالته، فلم يفعل؛ فعثر به إنسان؛ فهلك، أو سقط الحائط إلى الطريق؛ فلم يرفعه حتى تعثر به إنسان، وهلك؛ وكذلك حكاهما الماوردي في مسألة سقوط الحائط [المائل، فقال: إن قلنا: لا يضمن بسقوط الحائط]، فكذلك لا يضمن من تأثر بنقضه إذا لم

---

[1] – شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، تخريج وتحقيق: الشيخ جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، 1423هـ/ 2003، ص 252.

[2] – علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تقديم واعتناء: رائد صبري ابن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، د ط، 2004، ج 2، كتاب الغصب، ص 1070.

[3] – ابن الرفعة، كفاية النبيه في شرح التنبيه، ج 16، باب ما تجب فيه النية من الجنايات، ص 29.

يتمكن من رفعه؛ فإن تمكن؛ فلم يفعل، ضمن. وإن قلنا: يضمن بسقوط الحائط؛ فكذا يضمن من عثر به"[1]، يرجح هذا الرأي في فهم قول الإمام الشافعي من عبارة: "فقد أساء بتركه"، التي قال فيها بعضهم "إن تمكن ضمن، وإلا فلا"، والتي يمكن أن تؤصل لقاعدة مفادها أن الامتناع عن درء المفسدة مع القدرة على ذلك يأخذ حكم الإفساد.

الرأي الثالث– يضمن مطلقا: يرى أشهب من فقهاء المالكية[2] وجموع فقهاء الأحناف[3]، بوجوب ضمان صاحب الحائط المائل كلَّ هالك من مال وأرواح إذا تهدم، خاصة إذا كان الميل شديدا يمكن لأي كان تَبيُنه، حيث جاء في البحر الرائق : "حائط مال إلى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به من نفس أو مال إن طالب بنقضه مسلم أو ذمي ولم ينقضه في مدة يقدر على نقضه "[4]، ويبقى ملزما بالضمان حتى لو حظي بموافقة من القاضي في تأجيل هدمه لسبب ما كأن يكون بعيدا عن ممر الناس، أو يشار عليه من أهل النّظر بغلبة السلامة فيه ثم يتبين عكس ذلك، وهذا الذي ذكره ابن نجيم الحنفي بقوله:" وفيه أيضا رجل أشهد عليه في حائط مائل إلى دار رجل فسأل صاحب الحائط المائل من القاضي أن يؤجله يومين أو ثلاثة أو ما أشبه ذلك ففعل القاضي ذلك ثم سقط الحائط وأتلف شيئا كان الضمان واجبا على صاحب الحائط ولو وجد التأجيل

---

[1] – ابن الرفعة، كفاية النبيه في شرح التنبيه، ج 16، باب ما تجب فيه الدية و الجنايات، ص 31.

[2] – ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، ص 252.

[3] – سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، حققه وعلق عليه: الدكتور ياسين أحمد إبراهيم درادكه، مكتبة الرسالة الحديثة – المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، الطبعة: الأولى، 1988 م، ج 7، ص 465.

[4] – ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 8، ص 402.

من صاحب الدار فوقع الحائط في مدة التأجيل وأفسد شيئا لا يجب الضمان ولو سقط الحائط بعد مدة التأجيل كان ضامنا"[1].

ونخلص من اختلاف الآراء الفقهية الذي انتهى إجماعاً أن تداعي الجدار للانهيار ينجم عنه ضرر لا محالة يستوجب درؤه قدر الإمكان أو الحيلولة دونه بالتسريع في عملية الهدم، ويكون تعديا بالامتناع عن النّقض خاصة إذا ما اقترن بالقدرة على ذلك ممّا يُوجب جبر المالك على الهدم بقوة القضاء والسلطان وهو الذي ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة من الأحناف والمالكية والحنابلة، أو ترك ذلك للوازع الديني في سريرة صاحب البناء لدى فقهاء الشافعية، بهذا التأصيل من فقهاء الشريعة كرّسَه فقهاء القانون بما يقتضيه وجود الجماعة تحت مسمى حراسة الأشياء غير الحية، وتبعاً لفعل الحراسة يتحدد المعني بها سواء كان المالك أو القائم عليه أو من قام بالبناء، والتي ترجع أساساً فيأن الحقوق شرعت لتحقيق المصالح وليس للإضرار بالغير[2]، وتقوم المسؤولية هنا على أساس الخطأ المفترض [3]، إلاّ ما انتفى بسبب أجنبي يخرج عن إرادة من توافرت فيه صفة الحارس، فيكفي أن يثبت مالك البناء ذلك للتملص من مسؤوليته عن الأضرار التي قد

[1] – ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 8، ص 404.

[2] – أحمد فهمي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، ط 3، 1404هـ/1984 م، دار الشروق، بيروت، ص 59.

[3] – توافر قرينة الخطأ لقيام المسؤولية، وهي قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس، لأن مجرد التهدم قرينة على الإهمال في الصيانة من قبل صاحبه، وإصلاح عيوبه

تنجم عنه التهدم، هو ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 140 قانون مدني: "من كان حائزا بأي وجه كان لعقار أو جزء منه أو منقولات حدث فيها حريق لا يكون مسؤولا نحو الغير عن الأضرار التي سببها هذا الحريق إلاّ إذا ثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم.

مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال الصيانة، أو قدم في البناء ، أو عيب فيه.

ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر، فإن لم يقم المالك باتخاذ ذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه".

يلاحظ أنّ المشرع الجزائري أخذ بالرأي الفقهي القائل بوجوب الضمان مطلقا من صاحب البناء، وجعل من الرأي الفقهي القائل بوجوب الإعلان والتقدم ظرفاً مشددا للمسؤولية، غير أنَّ نصَّ المادة اعتراه بعض الغموض في الفقرتين 1و2 منها، بشأن تحديد الشخص الذي تناط به مسؤولية تهدم البناء أو احتراقه فنجده في الفقرة الأولى يتكلم عن الحائز وفي الفقرة الثانية يتكلم عن المالك، مما يوجب التساؤل عن الشخص الذي يناط به جبر الضرر والتعويض عنه.

الفرع الثاني: الصفة في حارس البناء

يقصد بالحارس كل من له سلطة فعلية على البناء، ويملك القدرة على التصرف فيه[1]، من دون تحديد شخص بعينه، وفي الأصل تترتب هذه المسؤولية في ذمة مالك البناء حسب ما ذهبت إليه التقنينات العربية[2] ومنها المشرع الجزائري في المادة 140/ 2-3، مشدداً من مسؤوليته التي تتطلب عناية خاصة من حيث اليقظة والحذر في توخي أن يكون البناء مصدراً للضرر، ولهذا يعتبر وجود الضرر قرينة على تفريط المالك، وكأن القاعدة في هذه الحالة هي الإدانة حتى تثبت انتفاء علاقة السببية بين خطئه وضرر تهدم البناء، أمّا الحارس عند فقهاء الشريعة فهو صاحب الولاية على نقض البناء[3] والذي يفترض في الأصل أن يكون مالك البناء، غير أن الولاية في مفهومها الفقهي الإسلامي يمكن أن تنصرف إلى غير المالك مثل الواقف والراهن والقيم على ناقص الأهلية ...[4]، وهذا يعني أن صفة الحارس عند فقهاء الشريعة أوسع نطاقا منها عند فقهاء القانون.

وبما أن هذا النوع من المسؤولية قائم في كل من الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري على أساس الخطأ المفترض، إذ وبمجرد وقوع الضرر فالمسؤولية تنصرف مباشرة إلى المالك[5]، كونه صاحب السلطة الفعلية على البناء، وتسري في حقه الآراء المذكورة

---

[1] – السنهوري، الوسيط، ج1، ص 1080.

[2] – السنهوري، الوسيط، ج1، ص 1067.

[3] – الحراسة تعني تعهد الشيء و صونه، و صرف الآفات عنه باستمرار.

[4] – وهبة مصطفى الزحيلي، المسؤولية الناشئة عن الأشياء، ص 122.

[5] – المادة 139 قانون مدني

سلفاً عند فقهاء الشريعة من حيث مدى وجوب الضمان، إذْ يفترض فيه اتخاذ كل ما من شأنه الإبقاء على متانة البناء وعدم التواني في أعمال الصيانة والترميم، سواء من الناحية الفنية التقنية أو من حيث جودة المواد المستخدمة في ذلك، فبوصفه مالكاً للبناء يقع على عاتقه واجب الإبقاء على متانة البناء في جميع الأحوال، والإخلال بهذا الالتزام يعرضه للأحكام المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، والتي لا تنتفي إلاّ بنفي علاقة السببية بين خطئه والضرر أو أن يثبت أن الخطأ خطأ الغير، ولأن الخطأ مفترض لا يقع على عاتق المضرور إثباته من جانب المسؤول عنه، فوجود الشيء يقتضي أن يكون له حارس يقوم على شأنه، الضرر الصادر عن الشيء قرينة على إهماله وتقصيره، غير أن هذه القرينة بسيطة وقابلة لإثبات العكس شأنها في ذلك شأن غالبية القرائن القانونية، ولا ينحصر سريان هذه الأحكام فيما يتعلق بالهدم لعارض سماوي؛ أيده تقصير من المالك في اتخاذ تدابير الصيانة والترميم، بل يتعداه إلى الأضرار الناجمة عن عمليات الهدم الإرادي إمّا لمصلحة رآها المالك أو درءاً لضرر تهدمٍ كان سيقع لا محالة بسبب اهترائه وعدم جدوى عمليات الترميم من حيث النتيجة المفضية إليها في المدة المتوقعة لضمان قيام البناء أو لتكلفته الباهظة وغير الملائمة، حيث يتم اعتماد مجموعة من الآليات الفنية والتخطيطية لعملية الهدم، ممّا يوجب الالتزام ببذل العناية الكافية في جميع مراحل العملية واختيار الآلات المناسبة للهدم خاصة تلك المستخدمة في إزالة الأجزاء التي تتطلب عناية خاصة مثل شبكات الارتفاقات الإدارية الحديثة مثل الغاز والكهرباء...، كما يقع أيضاً ضمن نطاق الحراسة في أشغال الهدم اتخاذ تدابير الاحتياط للامتداد المتوقع لضرر أنقاض البناء، وهذا بدوره يقع على عاتق من تتوافر فيه صفة الحارس.

لكن المشرع الجزائري في ذكره لحارس البناء وافتراض مسؤوليته عن الأخطار الناتجة عنه، فهذا لا يقتضي أن يكون المالك فقد يكون متولي العقار بصفة من الصفات، لأنّ المشرع في النّص لم يحدد أيضاً المقصود بالمالك في حالة ما إذا كان شخصاً معنوياً أم شخصاً طبيعياً، إضافة أنه يمكن أن ينطوي البناء على خلل يصعب على المالك تبينه، الأمر الذي يستدعي الانتقال من نظرية الخطأ المفترض إلى نظرية الخطأ الثابت في ترتيب المسؤولية، ومقتضاه عدم ترك الشيء يفلت من السيطرة الفعلية، وحدوث الضرر يستلزم اقتضاءً ارتكاب خطأ في الحراسة، ولا تنتفي المسؤولية إلاّ بإثبات الحارس أنه قام بما يتوجب عليه من العناية في حراسة الشيء، والتي تفرض عليه الخطأ فرضا وتقحمه إياه إقحاماً[1]، وهذا الذي بيّن المشرع أحكامه في النّصوص المتعلقة بالتزامات المقاول في عقد المقاولة[2] وأيضاً التزامات المهندس المعماري سواء في عمليات التصميم والتقييس منفردة، أو أثناء المتابعة للمشروع إلى غاية انتهاء العمل المتفق عليه (الهدم، وإزالة الأنقاض).

ولما اقترنت طبيعة البناء الحديث بسلسلة العقود عبر عدة مراحل، فإنّ المالك وبدرجة كبيرة لا يكون مسؤولا إلاّ في المرحلة التي يتسلم فيها بناءه جاهزاً وينتفع به على الوجه الذي أعدّ له ابتداءً أو أراده المالك تبعاً، أمّا تهدم البناء نتيجة إخلال بالضوابط التي سبق ذكرها في مرحلتي التخطيط وعملية البناء، فهذا ولا شك ينفي صفة الحارس عن المالك؛ لكن هل تنتقل إليهم؟.

[1] – حسين الذانون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج2، الخطأ، ط 1، دار وائل للنشر، 2006، ص 282.

[2] – المواد من 550 – 563 قانون مدني.

تماشياً وقاعدة الغنم بالغرم، فإنّ المسؤولية عن تهدم البناء تترتب في حق المتسبب الرئيس والفعلي عن الضرر سواء بتعديه أو بإهماله، متى ثبت داعي التهدم والمرحلة التي يرجع إليها سبب التهدم، لكي نتبين من يصدق عليه صفة الحارس أو متولي الرقابة، وهذا حتى يتسنى في حقه افْتراض قيام مسؤولية حارس البناء بمجرد حدوث التهدم ما لم يُقِم هذا الأخير دليلا يخلصه من المسؤولية، وأن سبب تهدم البناء لا يد له فيه، وهذا ما دفع فقهاء القانون إلى تمييزها بثلاث أوجه خلاف عن المسؤولية العامة[1] وهي:

- تترتب بناءً على ضرر ينجم عن البناء أو أجزائه أو ملحقاته.
- أنها لا تقع على عاتق الساكن.
- لا ترتفع إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي.

كما نشير أن **الملكية الشائعة في العقارات المبنية** باتت النمط السائد في المحيط العمراني خاصة، يضاف إليها ما يطرحه صيغ السكن المعتمدة من قبل المشرع الجزائري، سواء بالنسبة للإيجارات المنتهية بالتمليك في إطار عقود السكن الترقوي أو الترقوي المدعم أو ضيع السكن الاجتماعي الموجة للطبقات ذات الدخل الضعيف، وهذا ما يطرح التساؤل فيمن له صفة حارس البناء في هاته الحالة، خاصة في الحالات التي يتداعى فيها البناء إلى السقوط وتعجز جمعية الشركاء عن تكبد نفقات الصيانة والترميم، ويصبح الهدم ضرورة لا مناص منها.

[1] – محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية عن حوادث انهيار البناء أثناء و بعد التشييد والتأمين الاجباري عليها، ص 169.

أمّا الحالة التي يتهدم فيها البناء نتيجة إهمال الصيانة فهذا يقتضي أن نحدد الأجزاء غير المرممة والتي أفضت إلى اهتراء البناء الطابقي، فإذا كانت من الأجزاء الخاصة التي يختص بها مالك الشقة أو الطبقة فإنّه يكون هو الحارس والمسؤول عما يحدث من ضرر للأرواح والممتلكات[1]، أمّا الأجزاء المشتركة فهنا يُفترض أن لكل بناء مشترك متعدد الطوابق جمعية تسهر وتقوم على شأنه وفق الصلاحيات المخولة لها بمقتضى القانون أو الاتفاق، وهو بذلك يكتسب صفة الحارس وصاحب السيطرة الفعلية على الأجزاء المشتركة، بحيث يتعين عليه السهر على صيانتها ويكون مسؤولا عن الضرر التي تتسبب فيه للغير، وباعتباره يتمتع بالشخصية المعنوية، فله أن يرجع على المتسبب الفعلي في الضرر الذي لحق بالغير، خاصة إذا رجعت أسباب التهدم إلى خلل إنشائي أو خلل في التخطيط[2].

الفرع الثالث: أثر تهدم البناء على مشيديه

لما كانت قاعدة دفع الضرر قدر الإمكان عن الأرواح والأموال، من أكثر القواعد تكريسا عند فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف حدودها في سباقها مع الحرية التي يقتضيها سلطان التملك، إلاّ أن منتهى آرائهم وصل إلى حقيقة أن الضرر المعتبر شرعاً يضع حدا لسلطان الملكية بصفة عامة وفي مسائل البناء بصفة خاصة، هذا الذي أجمع

[1] – محمدحسين منصور، المسؤولية المعمارية عن حوادث انهيار البناء أثناء و بعد التشييد والتأمين الاجباري عليها، ص 152.

[2] – محمدحسين منصور، المسؤولية المعمارية عن حوادث انهيار البناء أثناء و بعد التشييد والتأمين الاجباري عليها، ص 165.

عليه فقهاء المذاهب بأن يضمن محدثه ما تلف بسببه مطلقاً[1] من الأموال والأرواح، لوجود التعدي بالعمل سواء في كامل البناء أو في بعض أجزائه مثل الشرفات والأجنحة، وعلى السواء أن يحدث ذلك في ملكه أو في ملك الغير من العامة أو الجيران[2]، خاصة وأن أغلب الأخطاء الفنية في عمليات البناء ينتج عنها ميلان الحيطان ممّا تجعل البناء ككل عرضة للسقوط إلى ملك الغير، وبهذا إن لم يكن متعديا على هواء الغير في البناء كان متعديا في حال سقوطه[3]، ممّا يقتضي افتراض وترتب المسؤولية في حق مشيديه.

و يعرف مشيد البناء بأنه: "كل شخص يقوم بدور في عملية البناء"[4]، وبالتالي فهذا المفهوم يستغرق كل من له يد في عملية البناء، سواء كان المالك مهما كان دوره حتى لو قصرت مهامه على القيام بالترتيبات الإدارية كاستخراج التراخيص الإدارية التي يتعين عليه استصدارها قبل الشروع في أعمال البناء، مع أنّ له أدوار أخرى كعدم إدخال تعديلات لا تتماشى والمخطط، إلى حين استلامه للمبنى جاهزا، ويعتبر أيضاً من المشيدين كل من المهندس القائم بعملية التخطيط والتنظيم والمعني بالمتابعة، وأيضاً المقاول الساهر على تجسيد المخطط على أرض الواقع، أو شركات البناء المختصة[5]، وأمام هذه الشبكة من العقود والعلاقات في تشييد بناء قد يشكل خطراً على العامة أو الخاصة،

---

[1] – وهبة مصطفى الزحيلي، المسؤولية الناشئة عن الأشياء، ص 114.

[2] – علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي القاهرة، 2000م، ص 254.

[3] – ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 7، ص 827.

[4] – غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1997، ص 08.

[5] – عبد الناصر عبد العزيز علي السن، المسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء–دراسة مقارنة–، دار الفكر و القانون المنصورة، 2007، ص 23.

اقتضي الأمر وجود نوعين من الضمانات، احدها خاصة بمن لهم اتصال مباشر بعملية البناء، وضمانات أخرى مفترضة، مع العلم أن كل هذه الالتزامات مردها في الفقه الإسلامي إلى بيوع الاستصناع.

الفقرة الأولى: الضمانات الخاصة

لما كان مالك البناء في الغالب ليس نفسه القائم بعملية البناء ويكون هذا أكثر تجليا في الأبنية الطابقية ذات الاستعمال الجماعي، التي تتخطي في تكلفتها المادية التقنية غالبا الذمة المالية للأفراد بحيث يُعْهد بإنجازها إلى شركات مختصة في إطار عقود مختلفة، كان آخرها عقود البوت BOOT أي Build –Own- Operate- Transfer أي البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية، وله عديد من الصور التي تتكيف وطبيعة هذه العقود[1]، أمّا عن أطراف العقد مع السلطة المتعاقدة[2]، وشركة المشروع والمقرضون، المساهمون، المقاول، المشعل والمؤمنون[3]، وأكثر من له علاقة مباشرة بالخلل التقني في البناء من هؤلاء هما المهندس والمقاول، بحيث يتولى أحدهما الجانب التخطيطي التنظيري والآخر يقوم بتنفيذ هذا المخطط على أرض الواقع.

[1] – مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010 م، ص ص 14-24.

[2] – غالبا ما تكون السلطة المتعاقدة بالنسبة للمشرع الجزائري هي الدولة ممثلة بمؤسساتها، وذلك بأن تعهد بإنجاز هده المشاريع إلى ديوان الترقية العقارية.

[3] – مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، ص ص 18-19.

أولا– المهندس: هو شخص مؤهل قانونا لمزاولة مهنة الهندسة، يتولى مهمة الإشراف على المشاريع وتخطيطها وتنسيق أعمال المختصين في الحقول الهندسية المختلفة فيها دون تحديد لتخصصه[1]، ولما اقترن انجاز البناء بطلب رخصة من المصالح المعنية بحيث يتعين إرفاق الطلب بملف الهندسة المعمارية الذي يعتبر انعكاس لمهارات إبداعية في بناء سيتم إنجازه لاحقاً، ويقتضي هذا أن يُعْهد بهذه الدراسة والإشراف على عملية البناء إلى مكتب دراسات متخصص، وبالنظر إلى صفته كمهندس فإنّه يضطلع بمجموعة من المهام في حدود اختصاصه التخطيطي الهندسي المتعلق بالتأسيسات الكهربائية وتوزيعها في أجزاء البناء، وأيضا توصيلات المياه وصرفها، أو الالتزامات الإنشائية المتعلق بدراسة طبيعة الأرضية ومدى صلاحيتها للبناء، يترتب على مخالفتها المسؤولية القانونية والعقدية، بحيث يتعين عليه إعداد المخططات والرسومات الإنشائية التي تفيد في إنجاز البناء، إضافة إلى إعداد تقارير حول وتيرة ومدى مطابقة الأشغال، كما يجب أن تتضمن الدّراسة جملة التدابير الاحترازية لضمان الممتلكات المجاورة بحيث يجب أن تحتوي هذه المخططات على القياسات الدقيقة لتفصيل البناء، وأيضاً تدابير المتانة المشتملة على كثافة الخرسانة المسلحة ونسبة الحديد وأبعاده في جميع أجزاء البناء من أعمدة وكمرات وصولات، وأيضا أقيسة حفر التربية للوصول إلى القشرة التي يمكن أن تستوعب كثافة البناء وقوته، وعليها يمكن إقامة المحاور الأساسية للبناء بحيث يمكن أن تحمل الأجزاء والطبقات في حدها الأقصى، وعلى هذا الأساس فإذا ظهرت عدم جدية الدّراسات

[1] – هشام علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقد المقاولة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط 1، 2009، ص 29.

المسبقة خاصة ما تعلق بالدّراسات الإنشائية لتظهر على البناء عيوب في عدم مقدرته على مقاومة للاجهادات الزائدة المنبثقة عن عوامل خارجية طبيعية كانت أو من فعل الإنسان، وهنا تظهر النتيجة حول متانة البناء لذلك تقررت أن تكون مسؤوليته مسؤولية قانونية مفترضة أساسها نص المادة 554 قانون مدني: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض، وتشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد من المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته"، وفي استعمال المشرع الجزائري لفظة "شيداه" دليل على اِفتراض خطئهما وإعفاء الأطراف الأخرى من المسؤولية، والتي يتجسد فيها التطبيق المحض للقواعد العامة للمسؤولية، والتي تقوم بمجرد اكتشاف عيب من عيوب المهددة لسلامة البناء في متانته، أو حتى تهدمه كليا أو جزئيا، خاصة إذا كانت تلك العيوب خفية يصعب على صاحب البناء أو رب العمل تَبَيُّنها وقت التسلم النهائي للبناء جاهزاً، سواء تعلقت بطبيعة الأرض أو المواد المستعملة في البناء أو عملية البناء في حد ذاتها والتي تولى المهندس بدوره الإشراف عليها، الأمر الذي يعطي للمنتفعين والغير ضمانات يسهل الاستناد إليها في التعويض عن مخاطر عيوب البناء الخفية، غير أن له نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر للتملص من المسؤولية وتعويض الضرر بالرجوع إلى حالتين، الأولى تتعلق بإثبات السبب الأجنبي الذي كان المؤثر المباشر في الإخلال بمتانة البناء أو تهدمه كليا أو جزئياً، أمّا الحالة الأخرى فتتعلق بطبيعة العقد

المبرم بين كل من رب العمل والمقاول والمهندس، في تحديد الالتزامات مسبقا مع وضع شرط جزائي متفق عليه في العقد[1]، كما يمكن للمهندس أيضا أن يتحاشى مسؤولية عدم المتانة أو التهدم الكلي أو الجزئي للبناء إذا ما اِقتصر التزامه التعاقدي على عملية التخطيط فقط دون المعاينة الميدانية لعملية البناء ومدى مطابقته للتصميم[2].

ثانيا المقاول

غالبا ما يُعهد بأشغال البناء إلى مختصين في المجال وهم المقاولين، خاصة انجاز الأبنية الطابقية ذات الاستعمال الجماعي، علما أن عقد المقاولة في أشغال البناء قد يتعدد بحسب متطلبات وأجزاء البناء الحديث، فهناك من يضطلع بأشغال الهندسة الكهربائية، وهناك من يختص بتركيب شبكات المياه والغاز أو تركيب المصاعد وأجهزة التكييف والاتصال، كما قد يعهد بالعملية ككل إلى المرقي العقاري الذي بدوره هو من يتعاقد مع المقاول، أو أن يتعاقد كل هؤلاء تحت إشراف مقاول واحد يلتزم بإنجاز البناية طبقا للمواصفات التقنية المطلوبة والشروط المتفق عليها، وقد تقتضي طبيعة الالتزام التعاقدي بالنسبة للمقاول التعهد بتقديم مادة العمل كليا أو جزئيا، ويكون مسؤولا عن حالات التهدم التي ترجع إلى جودة هذه المادة[3]، خاصة إذا تعهد هو بها ممّا يجعله مسؤولا تعاقدياً عن جودتها من غير افتراض بمقتضى المادة 551 قانون مدني: "إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسؤولا عن جودتها وضمانها لرب

[1] – المادة 183 قانون مدني.

[2] – المادة 555 قانون مدني.

[3] – المادة 550 قانون مدني.

العمل"، وهذا ما يجعله في حكم البائع لها والضامن لعيوبها الخفية[1]، أمّا في الحالة التي ينحصر فيها التزام المقاول بتشييد البناية دون مادة البناء التي يتعهد بها رب العمل، فإنه لا يكون مسؤولا عنها إلاّ إذا اكتشف بها عيبا خلال عملية التشييد أو كان من المفروض أن يعلم حسب خبرته الفنية في الاختصاص، لأن استعمال منتج معيب مع العلم بذلك يعد بمثابة الإسهام في الضرر الذي سيقع لا محالة نظير تهالكها بسرعة أو عدم صلاحيتها للاستعمال، ممّا يوجب في حقه إخطار رب العمل عن عيوب المنتجات المستعملة فور اكتشافها من طرفه[2]، إضافة لو افترضنا أن المادة هي نفسها المتفق عليها ولكن حدث التهدم لسبب يرجع إلى عيب اِعتراها مثلاً، فمن يتحمل تبعة الضرر؟، ويُرجح أن صعوبة اثبات ذلك وراء جعل المسؤولية تضامنية في هذه الحالة.

كما يلتزم المقاول أيضا بضمان جودة عمله الفني ابتداء من تسلمه للمشروع ومباشرة أشغال البناء إلى حين تسليمه النهائي لرب العمل، وإذا ما تم اكتشاف العيب جاز لرب العمل المطالبة بفسخ العقد مع تعويض أثناء سريان المشروع، أو تعويض العيوب بعد تسلمه البناء متى كان العيب واضحا غير منطوي على غش من طرف المقاول[3]، بحيث يتعين عليه تقديم ضمان حسن الانجاز عن جميع العيوب الظاهرة والخفية

[1] – أحمد فواتيح محمد/ وراد رفيقة، مسؤولية المقاول في إنجاز أعمال البناء في القانون المدني الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، عدد 9، جوان 2018، ص299.

[2] – السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 2، 1998م، ص 98.

[3] - أحمد فواتيح محمد/ وراد رفيقة، مسؤولية المقاول في إنجاز أعمال البناء في القانون المدني الجزائري، ص 301.

إضافة إلى حسن سير عناصر تجهيز البناية والتي لا تعد من عناصر التكوين أو الإنشاء[1]، مدة معينة غالبا ما يرجع تحديدها إلى سلطة الهيئة المتعاقدة مع المقاول حسب مقتضى قانون الصفقات العمومية.

الفقرة الثانية: الضمان المفترض

أمام صعوبة إثبات العيب المفضي لتهدم البناء خاصة في الأبنية الحديثة أستحدث نوع آخر من الضمان المفترض يقتضي التضامن في حق مشيدي البناء، فإلى جانب الضمانات الشخصية لمشيدي البناء يلقى على عاتقهم التزام آخر يتمثل في الضمان العشري، والذي ظهر نتيجة صعوبة إثبات السبب الفعلي في تهدم المباني، يقصد به ضمان العمل المنجز في تشييد المباني مدة من الزمن تقدر بعشر(10) سنوات الذين تربطهم برب العمل عقد مقاولة، حسب نص المادة 553 :" يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض، ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسليم العمل نهائيا.

[1] – عايدة مصطفاوي، الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 6، جانفي 2012، ص 265.

ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين"، ولهذا يشترط لقيام هذا الضمان[1]:

- وجود عقد مقاولة حسب أحكام القانون المدني في المادة 549.
- أن يكون محل عقد المقاولة إقامة مباني أو منشآت ثابتة.
- أن يبرم محل عقد المقاولة بين رب العمل (الدائن بالضمان) من جهة، وبين المقاول والمهندس المعماري من جهة أخرى (مدينان بالضمان).

وظهر هذا النّظام نظير تطور العملية المعمارية في الأساليب والتقنيات، مما يؤدي لاستبعاد منتجو هذه المواد من المسؤولية لإمكانية إثبات عيوب منتجاتهم بأدلة ووسائل بسيطة، وهو ما جعل المشرع الجزائري يتناول أحكام هذا الضمان وتفصيلا في القانون رقم 04/11 الذي يحدد القواعد التي تطبق على نشاط الترقية العقارية ونصوصه التطبيقية، الذي يحدد تطبيق نظام المسؤولية العشرية بين المرقي العقاري وجميع المتدخلين من مهندسين ومقاولين و مقاولين فرعيين، بالنسبة للأعمال المشوبة بعيب في التصميم أو الانجاز أو التخطيط، بمقتضى المادة 46 من ذات القانون: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدّراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل بناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جرّاء النوعية الرديئة لأرضية الأساس"، وضمانا لتكريس نظام المسؤولية العشرية الذي يضفي نوع من الجدية والتكامل والعمل التنسيقي بين الأطراف الفاعلين في عملية

[1] - أحمد فواتيح محمد/ وراد رفيقة، مسؤولية المقاول في إنجاز أعمال البناء في القانون المدني الجزائري، جوان 2018، ص 302.

البناء، جاء نص المادة 26 من ذات القانون على عدم إعفاء شهادة المطابقة أو شهادة الحيازة من المسؤولية العشرية، مع العلم أن شهادة المطابقة تعد بمثابة الترخيص بالاستعمال، ويتأتى هذا النظام من خلال إلزام المرقي العقاري بالاكتتاب في جميع التأمينات والضمانات القانونية، بموجب المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 84/12 الذي يحدد كيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري، بهدف توفير الحماية والضمان الكافيين للمكتتبين والمالكين المتواليين على البناية، وهذا ما يجعل المسؤولية العشرية ذات طابع استثنائي تتفق مع خطورة أعمال البناء، بحيث يُكَيف التزام مقاول البناء والمهندس المعماري بأنّه التزام بتحقيق نتيجة، ويثبت الإخلال به لمجرد عدم تحققها المتمخض في تهدم كلي أو جزئي بالمباني، دون حاجة لإثبات الخطأ في حقهما، ولا ينتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي، كما لا يعفي من المسؤولية العشرية أن يثبت اتخاذ المهندس أو المقاول كل الاحتياطات اللازمة لمنع حصول التهدم أو تعيب المباني، أو لبذله عناية الشخص المعتاد[1]، لأن من لوازم افتراض الخطأ إعفاء رب العمل من إثبات علاقة السببية بين خطأ المهندس المعماري ومقاول البناء، وبين الضرر اللاحق بالمباني.

وتوصف المسؤولية العشرية بأنها مفترضة وتضامنية وفق ما يقرره القانون بعد تسليم الأشغال لرب العمل، إذ يتضامن المرقي العقاري مع باقي المتدخلين في عملية البناء

[1] – حجاري محمد، حدود المسؤولية العشرية في ضوء القانون 04/11 المحدد للقواعد الناظمة لنشاط الترقية العقارية، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، عدد 20، ديسمبر 2017، ص 65.

لضمان التعويض عن ضرر تهدم المباني دون التضامن في المسؤولية [1]، وهو ما يعطي صاحب المشروع الحق في رفع دعوى الضمان العشري للمطالبة بالتعويض من جميع المتدخلين، متى توافرت شروطها، ويتعدى الحق في رفعها لكل مالك للبناء في حالة البيوع المتتالية طالما لم تنقضي المدة المقررة قانونا في نص المادة 554 قانون مدني، ابتداء من تاريخ التسليم البناء نهائياً لصاحبه وبالشكل المطلوب والمقبول.

كما يتميز هذا النوع من المسؤولية بأنّه من النظام العام التي لا يحق الاتفاق على مخالفتها، لاعتبارات تتعلق بالصالح العام، بالنظر للخطورة التي يمكن أن ينطوي عليها تهدم البناء حسب مقتضى نص المادة 556 : "يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد منه"، لأن موضوع التزامهما مع رب العمل هو إنجاز المبني من طرف المقاول وفق التصميم الهندسي الذي وضعه المهندس، وخاليا من العيوب التي تهدد بسلامة المبنى أو تحد من منفعته بالنّظر للغاية المرجوة من إنشائه، والإخلال بهذا الالتزام هو إخلال بقواعد التهيئة والتعمير بالدرجة الأولى، لأن ضرر الهدم لا ينحصر في خسائر مادية تحيق برب العمل حصراً بل يتعداه إلى ما جاوره من الأملاك والأرواح وحتى المارة في الطريق العام مثلا ممن لا علاقة لهم بالبناء أو برب العمل، لهذا لا يكيف لضمان العشري من الحقوق الشخصية التي يجوز التنازل عنها قبل وقوع العيب المسبب للهدم.

[1] – صبايحي ربيعة، خصوصيات المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول بعد تسليم المباني في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2013، ص345.

ونشير أن الحق في التعويض عن تهدم البناء المضمون عشريا، هو حق حصري لرب العمل على أساس المسؤولية العقدية، وبموجب العقد الذي يربطه بالمهندس ومقاول العمل، أما الضرر اللاحق بالغير جراء التهدم فتحكمه القواعد العامة المقررة لحراسة الأشياء غير الحية التي سبق تفصيلها.

المبحث الثاني: إجراءات الهدم في التشريع الجزائري

نظرا لخطورة الأضرار التي تنجم عن تهدم البناء، وكذلك ارتباط المسؤولية المترتبة عنه بالحراسة فقد حُفَّ الهدم أو التهدم بمجموعة من التدابير الاحترازية للحيلولة دون تلك الأضرار، سواء في حالة كان البناء آيلا للانهيار بسبب عامل القدم، أو لعارض لا يد للإنسان فيه، خاصة تلك التجهيزات التي تتطلب عناية خاصة كشبكة الكهرباء والماء والغاز ...، وككل العمليات المتعلقة بالنشاط العمراني في مجال حماية الملكية العقارية التي يجب أن تخضع للتنظيم والرقابة المتجسدة في جملة الآليات القانونية التي تناولها المشرع في القانون 90/29 المتعلق بالتهيئة والتعمير الذي يضمن وضع القواعد القانونية والميكانيزمات لضبط أدوات التعمير، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 19/15 المتعلق كيفيات تحديد عقود التعمير وتسليمها، ارتبطت عمليات الهدم سواء الكلي أو الجزئي للأبنية بإجراء قبلي يتمثل في استصدار رخصة لهذا الغرض سواء بمحو أثر البناء القائم تماما أو جزء منه، وذلك لاعتبارات تتعلق بالصالح العام كإمكانية أن تكون البناية واقعة في مكان مصنف أو في طريق التصنيف في قائمة الأملاك التاريخية[1] أو المعمارية أو السياحية أو الثقافية أو الطبيعية، وكذلك البناية الآيلة للهدم التي تكون سند لبنايات مجاورة، كما يمكن أن يكون المبنى محل الهدم له أهمية استراتيجية كأن يكون في وسط المدينة بحي تجاري، ولهذا تعرف رخصة الهدم بأنها وثيقة إدارية تشترط في كل عملية هدم

[1] – القانون 98-04 مؤرخ في 20 صفر 1419 هـ الموافق لـ 15 جوان 1998 المتعلق بحماية التراث الثقافي، جريدة رسمية عدد 44.

والهدف منها ضمان تنفيذها في الظروف الآمنة وبالتقنية المطلوبة، وعليه يمكن تقسيم إجراءات الهدم في التشريع الجزائري إلى إجراءات إدارية، وإجراءات تقنية.

المطلب الأول: الإجراءات الإدارية لعملية الهدم

تتطلب عملية الهدم استصدار ترخيص بذلك بموجب قرار إداري من جهة مختصة تمنح للمستفيد حق إزالة البناء إما كليا أو جزئيا، كما نصت المادة 70 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 المؤرخ في 25 جانفي 2015 المحدد لكيفيات تحضير العقود وتسليمها، على أنّه إجراء إجباري يخص عمليات الهدم المتعلقة بالبنايات إما كلياً أو جزء منها دون الحصول المسبق على رخصة الهدم، لهذا تعرف رخصة الهدم بأنها : "القرار الإداري الصادر من الجهة المختصة، التي تمنح بموجبه للمستفيد حق إزالة البناء كلياً أو جزئيا متى كان واقعا ضمن مكان مصنف أو في طريق التصنيف"[1] ، ويقصد بالتصنيف البنايات ذات البعد التاريخي والانعكاس الثقافي لمتوارث عن الأجيال السابقة، ويهدف هذا الإجراء إلى غايتين[2]، الأولى تتعلق بحماية البناية المحمية بموجب القانون 98- 04، والثانية تتعلق بحماية المصلحة الاجتماعية، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يشترط الصفة في طالب الهدم وفقا لنص المادة 1/72 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 المتعلق بتحضير العقود وتسليها، التي تنص على أنه: "ينبغي أن يتقدم بطلب رخصة الهدم والتي ترفق نموذج منها بهذا المرسوم والتوقيع عليها من طرف مالك البناية الآيلة للهدم، أو

[1] – عزي الزين، قرارات العمران الفردية و طرق الطعن فيها، ص 99.

[2] – عبد الله لعويجي، النظام القانوني لرخصة الهدم في ظل المرسوم التنفيذي 15- 19، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد التاسع، جوان 2016، ص 478.

موكله، أو الهيئة العمومية المخصصة"، يتضح أن المشرع حدد صفة الأشخاص الذين لهم الحق أن يتقدموا بطلب رخصة الهدم، بحصرهم في المالك (مالك البناية الآيلة للهدم)، أو موكله، وكذا الهيئة العمومية المخصص لها البناية، فيشترط على مالك البناية الآيلة للسقوط، تقديم طلب للترخيص له بالقيام بعملية الهدم، حتى تتم العملية وفقا لطريقة مدروسة لا تنجر عنها أضرار لما يجاورها من بنايات، وتثبت صفة المالك إما بنسخة عن عقد الملكية أو شهادة حيازة طبقا لأحكام القانون رقم 29/90 المتعلق بالتوجيه العقاري، مع جملة الوثائق الإدارية التي تثبت صفة طالب الرخصة:

– طلب رخصة الهدم موقع عليها من طرف المعني والذي يكون المالك، أو موكله ، أو الهيئة

العمومية المختصة.

– نسخة من عقد الملكية، أو شهادة الحيازة، أو توكيل في حالة تمثيل الملك، وذلك إعمالا بأحكام التقنين المدني الجزائري.

– نسخة من العقد الإداري الذي يتضمن تخصيص البناية المعنية.

– نسخة من القانون الأساسي إذا كان المالك، أو الوكيل شخصا معنويا[1].

–وثائق تقنية تبين انسجام محل الطلب مع قواعد العمران:

ككل الأنشطة العمرانية فإنه يجب أن لا تتنافى والغرض العام من قوانين التهيئة والتعمير، وهذا ما يتجلى من نص المادة 2/72 من المرسوم التنفيذي رقم19/15 المتعلق

[1] – ديرم عايدة، الرقابة الإدارية على أشغال التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، دار قانة للنشر والتجلي، الجزائر، 2011، ص91.

بكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها يقوم مكتب الدراسات الهندسية المعمارية بإعداد ملف مرفق لطلب الرخصة والمتضمن الوثائق التالية:

- تصميم الموقع على السلم المناسب الذي يسمح بتحديد موقع المشروع.
- مخطط الكتلة يعد على السلم500/1 أو 200/1 من البناية الآيلة للسقوط.
- تقرير أو تعهد على القيام بعملية الهدم في المراحل والوسائل التي يتعين استعمالها بصفة لا تعكر استقرار المنطقة.
- عندما تتواجد البناية على بعد أقل من 3 أمتار من البنايات المجاورة، يجب إرفاق الملف بمحضر خبرة مؤشر عليه من طرف مهندس مدني، يشير إلى الطريقة التي يتعين استعمالها في

عملية الهدم الميكانيكية، واليدوية، والعتاد المستعمل والوسائل التي يجب استخدامها قصد ضمان استقرار المباني المجاورة.

- مخطط مراحل الهدم وآجاله.
- مخططا على سلم100/1 للبناية يحدد الجزء الذي يتعين هدمه، والجزء الذي يتعين الاحتفاظ به في حالة الهدم الجزئي.
- التخصيص المحتمل للمكان بعد شغوره[1] .

[1] – – إقلولي أولد رابح صافية ، قانون العمران الجزائري (أهداف حضرية ووسائل قانونية)، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ،2015 ،ص ص 201و202

الفرع الأول: الإجراءات الخاصة بالإدارة

إن إجراءات إصدار الرخص الفردية المتعلقة بالبناء لا تختلف عن إجراءات إصدار رخصة الهدم، فهي تبدأ بإيداع طلب مرفق بملف لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي، لتباشر إجراءات التحقيق.

الفقرة الأولى: التحقيق في الملف

منح المشرع خاصية التحقيق للشباك الوحيد الذي تم استحداثه بموجب المرسوم التنفيذي 19/15 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، والذي تم فتحه على مستوى البلدية وفقا للمادة 74 منه.

حيث يتكون الشباك الوحيد من أعضاء دائمين و هم:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثليه رئيسا.
- رئيس القسم الفرعي للتعمير والهندسة المعمارية في البناء أو ممثليه.
- مفتشية أملاك الدولة أو ممثليه.
- المحافظة العقارية المختصة إقليميا أو ممثليه.
- مفتش التعمير.
- رئيس القسم الفرعي للأشغال العمومية أو ممثليه.
- رئيس القسم الفرعي للري أو ممثليه.

أما الأعضاء المدعوون عند الاقتضاء فنذكر منهم:

- رئيس القسم الفرعي للفلاحة أو ممثليه.
- ممثل الحماية المدنية.
- ممثل مديرية البيئة.

- ممثل مديرية البناية للولايات، والثقافة، والصحة، والسكن.
- ممثل الشركة الوطنية للكهرباء والغاز (سونلغاز.)

كما يمكن للشباك الوحيد الاستعانة بأي شخص أو سلطة أو هيئة قصد تنويره وإفادته في أعماله كما أن الأمانة التنفيذية للشباك الوحيد التي تتولاها مصالح التعمير على مستوى البلدية، تستحدث بطاقة إلكترونية متفاعلة للطلبات المودعة، وكذا القرارات المسلمة وتمون قاعدة المعلومات الخاصة بالوزارة المكلفة بالعمران[1].

الفقرة الثانية: الجهات المختصة في تسليم رخصة الهدم

بعد استكمال الملف والنّظر فيه من قبل الشباك الوحيد، تصدر الجهة المختصة والمتمثلة في شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي، رخصة الهدم في شكل قرار إداري من، وهذا ما نستشفه من خلال نص المادة 96 من القانون رقم 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير، حيث "يختص تسلم رخصة الهدم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي"، والتي تنص على هذا الأخير بمنح رخصة الهدم بموجب قرار مستوفي جميع الشروط الشكلية أو الموضوعية المتبعة في إصدار القرارات الإدارية، بحيث لا يجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي أن يرخص بهدم البناء بموجب أمر شفوي أو إذن إداري لم يستوفي على جميع الإجراءات والأشكال المنصوص عليها قانوناً، وإلا اعتبر قراره غير مشروع وقابل للإبطال.

كما تجدر الإشارة أن هذا القرار يصدر بعد أخذ رأي الشباك الوحيد على مستوى البلديات المتكون مصالح الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية

[1] – لعويجي عبد الله، النظام القانوني لرخصة الهدم في ظل المرسوم التنفيذي 19/15، ص 381.

والشخصيات العمومية والمصالح والهيئات التي يتم استشارتها، وهذا ما يميز رخصة الهدم عن رخصة البناء والتجزئة نجد الجهة المعتمدة لاصدارها تختلف عن رخصة الهدم، فنجد أنها تصدر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي لكونه أقرب إلى المحل المراد هدمه وهذا لأولوية في إدراك الخطورة الناجمة عن التهدم، ويمنحه وقت يتلاءم والسيطرة على الوضع في تجنب ما تستهلكه الإجراءات الإدارية من وقت للبت في مثل هذه الطلبات إذا ما تدرجت في السلالم الإدارية.

الفرع الثاني: صدور القرار المتعلق برخصة الهدم

ينحصر اختصاص تسليم رخصة الهدم في سلطة إدارية وحيدة متمثلة في شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي، إما بالقبول أو بالرفض، و لكل حالة أحكامها الخاصة.

الفقرة الأولى: حالة القبول الصريح

طبقا للتشريع المعمول به وبعد استشارة والشخصيات العمومية والمصالح والهيئات، المخولة لإبداء آرائها المسببة بالموافقة على عملية الهدم، على أن يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بتبليغ رخصة الهدم إلى صاحب الطلب (المالك، الوكيل، أو الهيئة العمومية المخصصة)، بحيث لا يمكن لهذا الأخير القيام بأشغال الهدم، إلا بعد (20) يوم من تاريخ الحصول على رخصة الهدم، وبعد تقديم تصريح بفتح الورشة بمقتضى نص المادة 83 من المرسوم التنفيذي رقم19/15 .

الفقرة الثانية: حالة الرفض الصريح

بمقتضى المادة 79 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المادة 69 من القانون رقم 29/90 ، اللتان توجبان تبليغ صاحب الطلب بالرد مهما كان مضمونه، وحتى حالة الرفض التي يجب أن تكون مسببة، وإلا كان مشوب بعيب القصور في التسبيب، ويمكن الطعن فيه سلميا وقضائيا، ومن أسباب الرفض نذكر منها:

– حالة انعدام سند الملكية، أو سند التوكيل، فبهذا تصبح صفة طالب الرخصة منعدمة.

– تخلف إحدى الوثائق التقنية المشترطة عند تكوين الملف المرفق.

– عدم تطابق الوثائق التقنية المصحوبة للطلب مع قواعد العمران، كما هو الحال بالنسبة

للتخصيص المحتمل للمكان بعد شغوره.

ولطالب القرار الذي لم يرضيه الرّد المُبلغ به، أو في حالة سكوت السلطة المختصة في الآجال المطلوبة أن يودع طعنا مقابل وصل استلام لدى الولاية، وفي هذه الحالة يحدد أجال التسليم أو الرفض المبرر في (15) يوم[1]، فإذا لم يبلغ صاحب الطلب بأي رد بعد انقضاء الآجال المنصوص عليها التي تلي تاريخ إيداع الطعن، يمكن له الطعن مرة ثانية لدى الوزير المكلف بالعمران، وفي هذه الحالة تأمر مصالح الوزارة المكلفة بالعمران،

[1] – المادة 82/ 2 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 المؤرخ في 25 جانفي 2015 المحدد لكيفيات تحضير العقود وتسليمها.

مصالح التعمير الخاصة بالولاية على أساس المعلومات المرسلة من طرفها بالرّد بالإيجاب أو الإخطار بالرفض المبرر لصاحب الطلب في غضون (15) يوم من تاريخ إيداع الطلب[1].

وتجدر الإشارة أن مثل هذه الإجراءات تندرج ضمن مرحلة التخطيط لهدم المباني لنجاعة عمليات الهدم، والتي يمكن أن تكييفها فقهاً ضمن سلطة القاضي التقديرية أو المحتسب لتجنب مضار الهدم، والتي يتم تقديرها من طرف المحتسب بعد أخذ رأي عرفاء البنيان وأهل النّظر في تحديد السبيل الأنجع لعمليات الهدم خاصة الاضطراري منه لما تكون البناية آيلة للانهيار.

المطلب الثاني: الإجراءات الفنية والتقنية لعملية الهدم

بعد استيفاء الشروط القانونية لعملية الهدم، والمتمثلة في استصدار الترخيص بالعملية من قبل السلطات المختصة بذلك، والتي يكون مضمونها إعداد الورشة المختصة بهدم البناية إذا ما تمت عملية في شكل عقد مقاولة، بحيث يتم والتأكد من أن المقاول المنفذ متخصص ومؤهل ومرخص له من قبل جهات الاختصاص بمزاولة الأعمال المسندة إليه، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يتناول بأي تفصيل المسائل التقنية للهدم، تاركا الأمر إلى السلطة المخولة بإصدار رخصة الهدم بحيث يتعين عليها فحص الملف التقني الخاص بالعملية وبدقة والتأكد من أن العملية ستتم في أحسن الشروط وبالعناية المطلوبة للحيلولة دون ضرر بالعامة أو الخاصة ، بحيث يتم تجسيد هذه الشروط من خلال بنود

[1] - – المادة 82/ 3-4 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 المؤرخ في 25 جانفي 2015 المحدد لكيفيات تحضير العقود وتسليمها.

عقد المقاولة بين صاحب البناء والمقاول المكلف بالعملية حسب ما يقرر في أحكام القانون المدني، أو من خلال دفتر الشروط الذي تعده السلطة المتعاقدة ويلتزم به المقاول[1]، ولهذا يلتزم كل من رب البناء أو مسؤول الهدم بإعداد خطة تفصيلية لعملية الهدم والإزالة يتم إدراجها ضمن الملف التقني لطلب رخصة الهدم، ويمكن تكييف هذه التدابير إلى تدابير تتعلق بسلامة الأرواح والممتلكات وأخرى فنية.

الفرع الأول: التدابير المتعلقة بالسلامة

تتخذ تدابير سلامة الأرواح والأموال أشكالا غير محددة على سبيل الحصر، لذلك تتسم إجراءاتها بنوع من المرونة بما يتناسب والغاية المرجوة منها، وهذا ما يتم تجسيده في شكل خطط استراتيجية ليتسنى لمصالح البلدية وشرطة العمران لمراقبة الحالة واتخاذ احتياطات السلامة المرورية اللازمة بالنسبة لمرور الأشخاص السيارات والآليات بالمنطقة، حسب ما يتطلبه مخطط موقع المنطقة والشوارع والمسالك المجاورة لمحل الهدم، وأيضا الاحتمالات القصوى لمساقط المبنى المراد إزالته، وعلى صاحب العمل تنفيذ التزاماته التعاقدية، وعلى المقاول المنفذ إنجاز ما التزم به في العقد ويتحمل كل منهما مسئوليته وفقاً للعقد المبرم بينهما، ولأن أعمال الهدم مرتبطة بالصالح العام، فيجب التصريح بافتتاح ورشة العمل كإجراء جوهري يعقب محضر انطلاق الأشغال الذي توقعه السلطة المتعاقدة ومقاولة الهدم، حسب ما تقضي به مراحل انجاز الصفقات، ولضمان السلامة اللازمة للمارة يجب تقديم مخطط يحدد المسالك البديلة من الطرقات العامة والخاصة بما لا

[1] – أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

يعطل حركية المرور، و وضع إشارات المنع والتحذير المرورية أو أشخاص مؤهلين لضبط حركة المرور بوجود أشغال هدم تضر بالمارة، كإقامة حواجز ووضع إنارة تحذيرية ووسائل الحماية اللازمة لحماية وسلامة المارة والعاملين خاصة أثناء الليل، وهذا ما يستدعي ضرورة التعجيل بعمليات الهدم كي لا يتعرقل المرفق العام في الأوساط العمرانية خاصة الحضرية منها، مع ضرورة تفحص جميع الآلات والتجهيزات المستخدمة في الموقع يومياً للتأكد من سلامتها وصلاحيتها، ويجب إيقاف ومنع استخدام أي آلة أو جهاز يرى أن استخدامها بحالتها قد يتسبب في تهديد سلامة العاملين أو الغير في الموقع.

كما يتوجب أيضا اتخاذ تدابير السلامة في طريقة العمل خاصة إذا تبين أنها تشكل خطورة على السلامة الجسدية للعمال والغير وممتلكات الآخرين، بحيث يحق لكل متضرر توجيه المقاول المنفذ أو من يمثله بوقف العمل فوراً حتى يتم اتخاذ إجراءات السلامة المقترحة، والتعويض عن الضرر الذي لحقه[1].

ويضاف إلى التدابير المتعلقة بسلامة الأشخاص تدابير أمنية لسلامة العمال القائمين بعملية الهدم، وهذا طبعا بعد توافر المؤهلات المختلفة لهم سواء من حيث التكوين أو السن القانوني للعمل وغيرها، وأيضاً يجب أخذ تدابير السلامة التي تمنع حوادث العمل وإن كان ولابد فالتخفيف من الضرر كشبابيك منع السقوط أو الارتطام المباشر بالأرضيات، إضافة إلى منع الولوج لمكان الهدم دون لبس السترات والملابس

[1] – المادة 124 قانون مدني.

الخاصة بالسلامة والخوذات[1]، التي تلزم بها المقاولة المسؤولة عن الهدم أو المؤسسة المختصة[2].

الفرع الثاني: التدابير الفنية لعمليات الهدم

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يقنن الجانب التقني لعمليات الهدم تاركاً الأمر إلى السلطة التقديرية للسلطات المعنية بمنح رخصة الهدم ودراسة الملف التقني، سواء تعلق الأمر بالمساكن الفردية التي يشرف أصابها بأنفسهم على عملية الهدم، أو الأبنية الجماعية الآيلة للانهيار والتي توكل عملية هدمها إلى مقاولة مختصة، وتنحصر الاشتراطات الفنية في جملة التدابير المتعلقة بموقع الهدم وما يحيط به، إضافة إلى الآلية المعتمدة في عملية الهدم.

الفقرة الأولى: موقع الهدم

في إطار الدور الاستشاري على مستوى البلديات بموجب المرسوم التنفيذي 15-19 مؤرخ في 4 ربيع الثاني 1436 الموافق لـ 25 يناير 2015 يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، الذي يخول الشباك الوحيد لدى البلديات اِستشارة أي هيئة من

[1] - المادة 6 القانون رقم 88-07 مؤرخ في 7 جمادى الثانية 1408هـ الموافق لـ 26 يناير 1988 يتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل :" يجب أن توفر للعامل الألبسة الخاصة و التجهيزات و المعدات الفردية ذات الفاعلية المعترف بها، من أجل الحماية ، و ذلك حسب طبيعة النشاط و الأخطار".

[2] - المادة 7 القانون رقم 88-07 مؤرخ في 7 جمادى الثانية 1408هـ الموافق لـ 26 يناير 1988 يتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

شأنها التنوير برأيها حيال هذه الرخص والشهادات، ممّا يعطي مصالح البلدية الاستعانة بمكاتب دراسات متخصصة ومعتمدة، لإنجاز مخطط تفصيلي يتم من خلاله تحديد كافة البيانات عن الموقع الذي ستجرى فيه أعمال الهدم الكلي أو الجزئي، وما جاوره من مداخل وممتلكات عقارية، يشكل الهدم خطراً عليها؛ ويمكن أن تطالها أضرار التهدم، بواسطة رفع مساحي معتمد ومدروس بدقة.

وتتطلب أعمال الهدم دراسة أكثر عمقاً ودقة إذا كان المبنى عملية الهدم جزئيا أو ملتصقا بعقار آخر، ممّا يتطلب معاينة فاحصة للجزء السليم وإعداد محضر خاص بذلك وعلى أساسه يتم وضع خطة هدم متكاملة من قبل مهندس إنشائي متخصص بحيث يراعي فصل الجزء السليم عن الجزء المطلوب هدمه بشكل كامل بالأدوات اليدوية الخاصة لذلك، مع تحديد المناطق التي ستحدث بها انهيارات المواد والأنقاض، ثم يستمر الهدم حسب الخطة الموضوعة بحيث لا تحصل انهيارات مفاجئة تؤثر على الجزء السليم أو على سلامة الأرواح أو الممتلكات، ويعتمد المخطط قبل التنفيذ من قبل لجنة دراسة الملف التقني بالشباك الوحيد على مستوى البلدية.

كما يجب وضمن خطة الهدم المتعلقة بالموقع اتخاذ احتياطات الوقاية بتحديد المناطق الخطرة، ومنع مرور الأشخاص، وبيان مسالك مرور العمال، وأخذ بعين الاعتبار مقاييس خاصة للسلامة والصحة مثال الحماية ضد الضجيج والغبار والغازات والأضرار

الكيميائية المختلفة التلوثات ...[1]، وهذا ما يمكن تحقيقه من خلال إخضاع المعدات للفحص وكسب الخبرة من التجارب السابقة للمقاولين ومكاتب الدراسات المتخصصة.

الفقرة الثانية: معدات الهدم

مع العلم أن يمكن أن يحوز المتعهد بعملية الهدم على الخبرة والإمكانيات التي لا يمكن أن تحيط بها المصلحة المتعاقدة علماً، وهذا الذي أطلق فيه المشرع الجزائري العنان للسلطة المتعاقدة في الأخذ بالبدائل المقدمة من طرف المتعهد[2]، شريطة أن تكون هذه البدائل معقولة وأكثر نجاعة في الحفاظ على أمن الممتلكات والأرواح، خاصة وأن العملية تتم بآليتين، إمّا باستخدام المعدات الميكانيكية أو المتفجرات، علماً أن هذه الأخيرة يحصر المشرع الجزائري استعمالها فقط في الصناعات المنجمية ومقالع الحجارة وبترخيص من الوالي المختص إقليمياً، وهي التي سنذكرها استئناسا لاعتمادها في دول أخرى، لا من قبيل الوسائل المعتمدة من قبل المشرع الجزائري.

أ- بالنسبة للهدم باستعمال الآلات الميكانيكية.

أول ما ينبغي التركيز عليه في عملية الهدم هو تحديد مناطق الخطر وممرات الآليات الخاصة بتنفيذ العملية، وكذا مناطق تمركز الجرافات والرافعات وغيرها، إضافة إلى تحديد المسافات الوقائية بين الآليات والمبنى الذي سيهدم، ولهذا يُقْصر استخدام معدات الهدم

[1] - موقع الميزان الالكتروني (البوابة القانونية القطرية)، يوم 2020/01/30.

[2] - المادة 27/ 5 المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

على الأغراض المخصصة لها فقط والتي صممت من أجلها ومنع استخدامها لغير ذلك، بحيث يجب أن تكون هذه الماكنات مطابقة للمقاييس المتعارف عليها والمعمول بها، خاصة بالنسبة للمقاسات وضمانات السلامة، خاصة في حالة الهدم بالشد يجب تحديد الاتجاه المراد هدمه إلية وجعله يميل تدريجياً في الاتجاه المرغوب به وذلك بعد تقدير مركز الثقل بالنسبة للمنشأة.

أمّا في حالة الهدم بواسطة استخدام معدات القطع، إنه أيضا يجب الاعتماد على يتم عمال فنيين متخصصين مع أخذ الحيطة عند استعمال الحرارة من تولد وانبعاث الغازات السامة خلال قص بعض الهياكل، ومن الضروري القيام بدراسات تمهيدية متتابعة قبل استعمالها، حتى لا يحدث انهيار مفاجئ يسبب خطورة على القائمين بالقص.

ب- الهدم بواسطة المتفجرات:

المتفجرات في اصطلاحها ليست نوعا واحداً بحسب تأثيرها وغايتها وطريقة استعمالها، أو بحسب مفهومها العلمي والكيميائي، لكنها تشترك في مسألة أنها ضغط متزايد يشكل عاملا للتدمير[1]، أمّا المشرع الجزائري فلم يعرفها من خلال المرسوم الرئاسي 90- 198 مؤرخ بتاريخ 30جوان 1990 المتضمن التنظيم الذي يطبق على المواد المتفجرة، تاركاً وصف الانفجار للدلالة عليها.

[1] – منتدى المقاومة، دورة لدراسة المواد المتفجرة في 2 ديسمبر 2010.

ونشير إلى إمكانية استعمال هذا الضغط كوسيلة لهدم المباني خاصة العملاقة منها، والذي اعتمدته بعض الدول العربية مثل المغرب وقطر والسعودية، إلا أنه ونظرا للظروف الأمنية التي مرت بها الجزائري، سواء فيما تعلق بمرحلة الاحتلال أو ما بعد الاستقلال، لم يبدر من المشرع الجزائري ما ينم عن استعمال هذه المواد في مثل هذه الأعمال، بحيث يحضر استعمالها مطلقا إلاّ فيما يخص التراخيص باستغلال المواد المنجمية كمقالع الحجارة المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 18- 202 مؤرخ في 23 ذو القعدة 1439 هـ الموافق لـ 5 عشت 2018 يحدد كيفيات إجراء منح التراخيص المنجمية، ويكون ذلك بناء على رخصة من الوزير المكلف بالمناجم أو الوالي بعد استشار وزارة الدفاع و وزارة الداخلية والوزير المكلف بالبيئة.

أما بالنسبة للدول التي تعتمد هذه التقيات في الهدم كالسعودية مثلا ، فإنها تعتمد الأحكام الواردة في المادة 16 من لائحة شروط السلامة لهدم و إزالة المباني الآيلة للسقوط وحفريات الطرق التي تنص: "

1- في حالة الهدم بواسطة المتفجرات يجب العمل بمقاييس السلامة حسب القرار الوزاري رقم 1994 بتاريخ 1386/11/21هـ المبني على الأمر السامي الكريم رقم 6741في 1379/4/10هـ وكذلك الأمر الوزاري رقم (4353) وتاريخ (1398/2/8 هـ) المرفق به الدليل المؤقت لإجراءات الترخيص باستخدام المواد المتفجرة وفق الخطوات التالية

1 – 1: يتم تقديم طلب الحصول على المتفجرات لشرطة المنطقة الواقع المشروع بها على أن يشتمل الآتي:

أ- تقرير من مكتب استشاري مرخص يوضح الحجم الصخري المراد إزالته من الموقع، محدداً به نوع الصخور وأسلوب التفجير ومقدار العبوات اللازمة واحتياطات السلامة المبنية على قرب الموقع من المباني والمرافق العامة.

ب- محضر وقوف ومعاينة من قبل لجنة مشكلة من الجهات المعنية في المنطقة (الشرطة – الدفاع المدني – البلدية) يحدد بُعد الموقع المراد التفجير به عن الشوارع والمباني والمرافق العامة.

ج- صوراً من رخص المفجر أو المفجرين الذين سيقومون بأعمال التفجير سارية المفعول.

د- تعبئة النماذج الخاصة بطلب شراء المتفجرات.

هـ- تعبئة النماذج الخاصة بالكشف على المستودعات يفيد مطابقتها لشروط المستودعات وحجم استيعابها.

و- إقرار خطي ممن سيقوم بالتنفيذ (المقاول المنفذ) يتحمل بموجبه الأضرار المادية أو والبشرية التي قد تحدث لا سمح الله.

ز- صورة صك ملكية الموقع المراد التفجير به.

2 – 1: يرفع الطلب إلى الجهة المختصة بالأمن العام لدراسته وتقدير كمية المتفجرات وإصدار أمر الشراء اللازم.

3 – 1: يتم تخزين المتفجرات ومناولتها واستخدامها تحت إشراف شرطة المنطقة وبموجب محاضر يومية.

4 – 1: تبلغ شرطة المنطقة الجهة التي ستقوم بأعمال التفجير باتخاذ احتياطات السلامة الضرورية ومنها:

أ- استخدام أجهزة قياس الاهتزازات الأرضية عند التفجير بالقرب من الأماكن السكنية والمنشآت الحيوية.

ب- استخدام عبوات قليلة حتى لا تؤثر على المنازل المجاورة إن وجدت.

ج- استخدام الأغطية الشبكية لعدم تطاير الشظايا.

د- وضع العلامات الضرورية التي تنبه إلى وجود أعمال التفجير.

هـ- إعلام الموظفين بموعد التفجير مع إبعادهم عن المنطقة.

ز- عمل دعامات خرسانية للمنازل القريبة جداً من موقع التفجير لمنع تصدعها أو سقوطها.

2- يجب أن يخضع تخزين ونقل المتفجرات واستعمالها حسب القواعد النِظامية المعمول بها في المملكة وطبقاً للتعليمات والإجراءات والمتطلبات الموضحة بالبند السابق، ويحظر القيام بأي أعمال للهدم إلا بعد الحصول على التراخيص اللازمة لذلك من الأمن العام والجهات الأخرى ذات العلاقة.

3- يجب أن تكون المتفجرات المستعملة من نوعية متطورة بحيث لا تؤثر على المنشآت المجاورة.

4- يجب مراعاة أن تتم عمليات الهدم بالتفجير من قبل فنيين متخصصين ومؤهلين ومصرح لهم رسمياً من قبل الجهات المختصة والتأكد من حصولهم على بطاقات أو تصاريح خطية من هذه الجهات تخول لهم القيام بهذه الأعمال، مع اتخاذ اقصى درجات الحذر.

5- يجب أن يشار في أماكن بارزة من المداخل والمخارج بمنع المرور أثناء استعمال المتفجرات وتوضع لافتات تفيد ذلك باللغتين العربية والإنجليزية في جميع الاتجاهات بواسطة أشرطة التحذير بصورة متعددة.

6- يجب إشعار ملاك وساكني المباني المجاورة حتى لا يتسبب التفجير في إصابتهم بالذعر، وأن يتم التفجير نهاراً في الصباح بعد انتهاء ذروة حركة المرور.

7- يجب إخلاء المكان وما جاوره لمحيط دائرة تضمن السلامة العامة.

8- يجب أن يصرح باستخدام المتفجرات لأعمال الهدم أو الإزالة بموجب تصريح كتابي رسمي من الأمن العام والجهات ذات العلاقة ، وأن يتضمن التصريح نوعية وكمية المتفجرات المسموح باستخدامها وطريقة الحصول عليها نظَاماً.

9- يجب الموافقة من قبل الجهات المختصة على خطة التفجير التي سيتم العمل بها من حيث مواقع المتفجرات، وتتابع زمن التفجير بالمنشأ المطلوب إزالته بحيث ينهار المبنى دون أن يشكل خطورة على محيطيه من أرواح وممتلكات.

خاتمة

خاتمـــــــــــــــــة:

فطرة الإنسان على حب التملك من جهة، وحاجته إلى التواجد ضمن الجماعة من جهة أخرى، كانت الدافع الرئيس لوجود الأنظمة التي تحكم العلاقات بين الأفراد قديما وحديثا، وهو الأمر الذي نستشفه جليا الغاية التشريعية لعديد من الأحكام في الفقه الإسلامي بما فيها تلك المتعلقة بتنظيم أحكام البناء حسب متطلبات كل عصر، وحذت التشريعات الوضعية مثل ذلك بما فيها المشرع الجزائري الذي ضمن ترسانة من المراسيم والقوانين، التي تعاقبت واكتسبت من المرونة في كل تعديلاتها وتشريعها ما يحاكي أنماط البناء المستجدة، الذي اتسم بالتوسع في فكرة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية الخاصة، وهذا ما انعكس في مجموعة من الضوابط العامة للبناء التي انعكست في جملة من التطورات التي تجلت في تخطيط المدينة الاسلامية، لشمل هذا التخطيط العمراني جميع جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والحفظ السلامة الصحية والبيئية، بما يؤكد التفاعل بين المعطيات الطبيعية والظروف المعيشية مع القيم الأخلاقية والمبادئ الاسلامية السمحة، إلاّ أنّه في كثيرا من الأحيان تتكرس هذه المظاهر على الواقع في شكل قوانين يحاكي فيها التخطيط وبانسجام بقية العوامل المؤثرة الأخرى عبر عدة مراحل في تاريخ العمران الاسلامي، واستمرت عمليات التخطيط العمراني في التشريعات الحديثة بما فيها التشريع الجزائري بما يواكب المتغيرات التي افرزها الزمن، خاصة فوضى العمران خلال التسعينيات ممّا أدى لضرورة إعادة الهيكلة لمنظومة التهيئة والتعمير في الجزائر، حيث يتم من خلالها وضع الخطط وتحديد الأهداف بما يواكب التنمية المستدامة في جميع المجالات ويواكب أنماط المدينة العصرية ويشبع التوسع العمراني، حيث يتم تكريس هذه الأهداف المستقبلية من خلال المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي، الذين أوكل المشرع إعدادهما والمصادقة عليهما في إطار تشاوري على مستوى البلديات، ليتم تكريسهما من خلال مجموعة ما الرخص والشهادات، وتندرج الضوابط المقررة للصالح العام.

كما انعكس هذا التنظيم في أنماط البناء الحديث الذي عرف نوعا من التعقيد بالنسبة لأعمال البناء والنتائج الممكن أن تسفر عنها مستقبلا لأن عيوب البناء قد لا تظهر إلاّ بعد فترة طويلة ما ينغص اثبات المسؤولية المدنية، الأمر الذي استدعى وجود أحكام خاصة من حيث التشديد فيها، بما يلائم عدد المتدخلين في العملية وأيضا طبيعة العقود في اشغال البناء، ويحقق التعويض العادل للأضرار الناتجة عن عيوب الشيء.

وفي إطار الضوابط الخاصة التي مدارها بين سلطان حق الملكية ومنع المضارة بالجار سواء تنزها دينياً أو يقضى به بسلطان فترتقي إلى مصاف الالتزامات القانونية، وفي خضم هاته المتراجحة والتطور العمراني أصبح يعطى لمفهوم الجوار طابعا خاصا ممّا يعطي تغيراً لخصوصية علاقة الجوار مواكبا لتغير حياة المجتمعات من فترة لأخرى، بما يحول دون نزاعات مضار الجوار غير المألوفة واستحداث نظام الشيوع الجبري كتطوير لنظام العلو والسفل، والتي انتهت إلى أصالة فكرة جعل الجار مسؤولا عن الأضرار التي تلحق جيرانه، بما يسمح باستغلال التطورات التكنولوجي لدرء تلك المضار بغض النظر عن أساس وتكييف تلك المسؤولية سواء في الفقه الاسلامي أو التشريع الجزائري.

كما انتهت الاستنتاجات التي تم تحصيلها خلال جميع تفاصيل البحث في الموضوع أن فقه البناء بما يعكس من قيم ومبادئ هو من قبيل المشترك الانساني الذي تسعى الطبائع السليمة إلى تحقيقها بما يتماشى وأعرافها دون التقيد بنمط محدد، لهذا كانت نسبة التوافق الأحكام المتعلقة البناء كبيرة ابتداءً من إنشائه والانتفاع به إلى غاية هدمه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، حيث لا يكاد تقريبا أن يوجد حكم أخذ به المشرع الجزائري إلاّ و وافق أحد آراء فقهاء الشريعة، حيث أن الشرط الغالب هو جدية المصلحة في كل تصرف بالملكية العقارية بما يكفل تحقيق المصالح الحقيقية للأفراد دون الإخلال بالمصالح العامة التي يكون مرهونة بالسلطات الممارسة عليه من قبل المالك، حتى أمكن تكييف ما استحدثه المشرع من أحكام بمثابة الامتداد لتلك التي وضعها فقهاء الشريعة الاسلامية على اختلاف مذاهبهم، إذْ أن كثيرا من الأحكام وإن لم تستغرق تفصيلا في الفقه

الاسلامي سيقت على سبيل الإجمال (مشمولة بالقواعد العامة) في التشريع الجزائري والعكس، كما نلاحظ سمو الالتزام الديني الخلقي ويغلب في الفقه الإسلامي على الالتزام القانوني، لأنه الأنجع والأكثر فاعلية في تقويم الحقوق قبل تقريرها.

من أبرز التوصيات المقترحة:

- صياغة منظومة عقارية تستجيب للتطلعات المستقبلية في لتحقيق التنمية المستدامة والحماية البيئية ومسايرة مشاريع المدن الذكية وأيضا بالحفاظ على نمطية العمارة الاسلامية.
- اعتماد الدراسات الاستشرافية في اعداد مخططات التهيئة والتعمير والحرس على مراقبة التطبيق الصارم لأشغال البناء بما يتوافق مع هذه المخططات، وتخويل الوكالة الوطنية للتعمير بذلك.
- تعميق البحث في تكنولوجيات البناء بما يتوافق الفكر التكاملي في العمران الاسلامي ويناسب الإمكانيات المتاحة.
- أمّا على صعيد الضوابط الخاصة فإنّ أهم ما يجب إعادة النظر فيه هو حالة الهدم الاضطراري لصاحب الملكية المعسر، حيث انّ ما اعتمده المشرع كان مجحفاً في حقه، خاصة فيما يتعلق بالفقرة الثانية على الرغم من جوازيتها في إعطاء الخيار لصاحب البناء في التخلي عن ملكيته العقارية مقابل تجنب مصاريف الهدم، وهو شرط يتسم بعدم المعقولية بالموازاة مع ما تعرفه قيمة العقار وقتنا الراهن، إضافة إلى استغلال للحالة المادية العسيرة للمالك بتخييره التخلي عن ملكيته العقارية مقابل تجنب لمصاريف الهدم، لينتهي الأمر إلى انتهاك حق صاحب البناء المعسر في انتزاع ملكيته فقط مقابل عدم التعرض للعقوبات المقررة قانون، الأمر الذي كان على المشرع أن يُمْعنه النّظر بما يحول دون هذا الانتهاك المُقنن لحق الملكية، إذْ ومن المفترض والأولى أن يُخير مالك البناء المهترئ بين الهدم أو البيع ممن يهدم ، إذْ أنَّ هذا الخيار فيه موازنة حقيقية بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

تعيين مختصين في عمليات الهدم على نفقة معقولة من مالك البناء، تتماشى والمعايير الفنية التي غالبا لا تكون في متناول الأفراد، لأن خطر تبعات هدم البناء الآيل للانهيار ليست أقلّ خطراً من

تهدمه، وفي هي هذا خروج عن أصل القاعدة في منع الضرر، فالضرر لا يدفع بضرر مساوٍ له أو أشدُ منه.

- أمّا عن أهم توصياتي **للقضاة** المسند إليهم الفصل في هذه في مثل هذه المسائل، الرجوع إلى الأسس المعتمدة في الفقه الإسلامي وتحييثها، وتنزل معاييرها على القضايا المطروحة أمامهم، وذلك استنادا على اعتماد المشرع لمبادئ الشريعة كمصدر ثان للقاعدة الفقهية.

وبالنسبة للأفاق التي أقترحها للبحث والتقنين هو اهتمام المشرع بالمؤلفات الفقهية العتيقة في مجال فقه العمران على اختلاف المذاهب الفقهية، خاصة كتابي "الحيطان" للمرقي الثقفي وكتاب "الإعلان بأحكام البنيان" واعتمادهما كمرجعية يستند إليها في وضع النصوص القانونية المتعلقة بأحكام سلطان الملكية العقارية الخاصة، وذلك باستخلاص القواعد الكلية منه إعادة صياغتها صياغة تكون أكثر عمومية وشمولية تتلاءم ومقتضيات النمط العمراني الحديث والمتطلع إليه، بما يكفل تقليص دائرة النزاعات المتأصلة عن المُشاحة في المعاملات المالية، وترسيخ العدل والإنصاف.

ولأنه لا يخلو عمل من نقائص، فأضع هذا البحث بين أيادي أساتذتي الأفاضل من أجل التصويب والتقويم، وفي الأخير نسأل الله العليم أن يرزقنا علما نافعا عملاً متقبلا، فهو الهادي لسبيل الرشاد والموفق لطريق الحق، فله الحمد والمِنّة وبفضله تتم الصالحات.

الفهارس:

- فهرس الآيات
- فهرس الأحاديث
- المصادر و المراجع
- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات

الآية	السورة و رقم الآية	صفحة الورود
" إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْأَخِرِ وَأَقَامَ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَى ٱلزَّكَوٰةَ وَلَمْ يَخْشَ إِلَّا ٱللَّهَ ۖ "	التوبة 18	17
" أَوَلَمْ يَسِيرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ فَيَنظُرُوا۟ كَيْفَ كَانَ عَٰقِبَةُ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ ۚ كَانُوٓا۟ أَشَدَّ مِنْهُمْ قُوَّةً وَأَثَارُوا۟ ٱلْأَرْضَ وَعَمَرُوهَآ أَكْثَرَ مِمَّا عَمَرُوهَا وَجَآءَتْهُمْ رُسُلُهُم بِٱلْبَيِّنَٰتِ ۖ فَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيَظْلِمَهُمْ وَلَٰكِن كَانُوٓا۟ أَنفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ ﴿٩﴾ "	الروم 9	17
"وَمَا يُعَمَّرُ مِن مُّعَمَّرٍ وَلَا يُنقَصُ مِنْ عُمُرِهِۦٓ إِلَّا فِى كِتَٰبٍ ۚ إِنَّ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرٌ ﴿١١﴾ "	فاطر 11	17
" وَٱذْكُرُوٓا۟ إِذْ جَعَلَكُمْ خُلَفَآءَ مِنۢ بَعْدِ عَادٍ وَبَوَّأَكُمْ فِى ٱلْأَرْضِ تَتَّخِذُونَ مِن سُهُولِهَا قُصُورًا وَتَنْحِتُونَ ٱلْجِبَالَ بُيُوتًا ۖ فَٱذْكُرُوٓا۟ ءَالَآءَ ٱللَّهِ وَلَا تَعْثَوْا۟ فِى ٱلْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴿٧٤﴾"	سورة الأعراف 74	25
" وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنۢ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا وَجَعَلَ لَكُم مِّن جُلُودِ ٱلْأَنْعَٰمِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُّونَهَا يَوْمَ ظَعْنِكُمْ وَيَوْمَ إِقَامَتِكُمْ ۙ وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَآ أَثَٰثًا وَمَتَٰعًا إِلَىٰ حِينٍ ﴿٨٠﴾".	سورة النحل 80	26
"أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ۚ ... ﴿٦﴾	الطلاق 6	29

"وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمۡ يُسۡرِفُواْ وَلَمۡ يَقۡتُرُواْ وَكَانَ بَيۡنَ ذَٰلِكَ قَوَامٗا ٦٧ "	الفرقان 67.	60
" يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ خُذُواْ زِينَتَكُمۡ عِندَ كُلِّ مَسۡجِدٖ وَكُلُواْ وَٱشۡرَبُواْ وَلَا تُسۡرِفُوٓاْۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلۡمُسۡرِفِينَ ٣١ "	الأعراف 31.	60
:" فَارْتَقِبْ يَوْمَ تَأْتِي السَّمَاءُ بِدُخَانٍ مُبِينٍ (10) يَغْشَى النَّاسَ هَذَا عَذَابٌ أَلِيمٌ (11)".	الدخان 10-11	236
"خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ١٩٩ "	الأعراف199	260
" وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ... "	البقرة 275	225

فهرس الأحاديث

الحديث	صفحة الورود
:" أَرْبَعٌ مِنَ السَّعَادَة: المَرْأَةُ الصَّالِحَة، وَ المَسْكَنُ الوَاسِعْ، الجَارُ الصَالِحْ وَ المَرْكَبُ الهَنِيءْ، وَ أَرْبَعٌ مِنَ الشَقَاوَة: الجَارُ السُوءْ، و المرْأَةُ السُوءْ، و المسْكَنُ الضَّيِّقْ، و المَرْكَبُ السُوءْ"	24
:" أَتَيْنَا رَسُولَ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ و سَلَّمْ، وَهُوَ يَعْمَلُ عَمَلاً أَو يَبْنِي بِنَاءً فَأَعَنَّاهُ عَلَيْه، فَلَمَا فَرَغَ دَعَا لَنَا"	25
"إِذَا أَرَادَ اللهُ بِعَبْدٍ شَراً خَضّرَ لَهُ فِي اللَّبِنِ والطِينْ حَتَى يَبْنِي"	25
"النَّفَقَةُ كُلُّهَا فِي سَبِيلِ الله إِلاَّ البِنَاء فَلَا خَيْرَ فِيهْ"	25
" إِنَّ العَبْدَ لَيُؤْجَرُ فِي نَفَقَتِه كُلِّهَا إِلاَّ فِي التُرَابْ " أو قال (فِي البِنَاءْ)	26
عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: مرّ علينا رسول الله صلى الله عليه و سلم ونحن نعالج خُصّاً لنا، فقال:" ما هذا؟" ، فقلنا:" خص لنا وَهَى، نحن نصلحه، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم:" مَا الأَمْرُ إِلاَّ أَعْجَلُ مِنْ ذَلِكْ"	26
: مرّ بي رسول الله صلى الله عليه و سلم وأنا أطَيِّن حائطا لي أنا وأمِّي فقال:" مَا ذَا يَا عَبْدَ الله؟ "، فقلت يا رسول الله شيء لي أصلحه، فقال:" الأَمْرُ أَسْرَعُ مِنْ ذَلِك"	26
عن أنس بن مالك، أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوما فرأى قبة مشرفة، فقال: "مَا هَذِهْ"، قال له أصحابه "هَذِهِ لِفُلَانْ" – رجل من الأنصار– قال: فسكت وحملها في نفسه، حتّى إذا جاء صاحبها يسلم عليه في النّاس أعرض عنه، صنع ذلك مراراً، حتّى عرف الرجل الغضب فيه والإعراض عنه، فشكا ذلك إلى أصحابه، فقال:" وَ الله إني لأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم"، قالوا:" خَرَجَ فَرَأَى قُبَّتَكْ"، فرجع الرّجل إلى قبّته فهدمها حتّى سواها بالأرض، فخرج رسول الله صلى الله عليه و سلم ذات يوم فلم يرها فقال: "مَا فَعَلَتِ القُبَّة"، قالوا شكا إلينا صاحبك إعراضك عنه، فأخبرناه فهدمها، فقال:" أَمَا إِنَّ كُلَّ بِنَاءٍ وَبَالٌ عَلَى صَاحِبِه إِلاَّ مَالاَ، مَالَا، يَعْنِي مَا لَا بُدَّ مِنْهُ"	26
:" من أحيا أرضاً ميتة فهي له"	38
"الجار أحق بسقبه"	46
في حديث أنس بن مالك، أنّ رسول الله صلى الله عليه و سلم خرج يوما فرأى قبة مشرفة، فقال: "مَا هَذِه"، قال له أصحابه "هَذِه لِفُلَانْ" – رجل من الأنصار– قال: فسكت و حملها في نفسه، حتّى إذا جاء صاحبها يسلم عليه في النّاس أعرض عنه، صنع ذلك مراراً، حتّى عرف الرّجل الغضب فيه و الإعراض عنه، فشكا ذلك إلى أصحابه، فقال:" وَ الله إِنِي لأُنْكِرُ رَسُولَ الله صَلَى الله عَلَيْهِ وَ سَلَمْ"، قالوا:" خَرَجَ فَرَأَى قُبَّتَك"، فرجع الرجل إلى قبّته فهدمها حتّى سواها بالأرض ، فخرج رسول الله صلى الله عليه و سلم ذات يوم فلم يرها فقال: "مَا فَعَلَتِ القُبَّة" ، قالوا شكا إلينا صاحبك إعراضك عنه، فأخبرناه فهدمها، فقال:" أَمَا إِنَّ كُلَّ بِنَاءٍ وَبَالُ عَلَى صَاحِبِهِ إِلاَّ مَالَا، مَالَا، يَعْنِي مَا لَا بُدَّ مِنْهُ"	58

60	:" لا ضرر ولا ضرار"
60	"من ضارّ أضرّ الله به، و من شاق شاقَّ الله عليه"
62	:" مَازَالَ جِبْرِيلُ يُوصِينِي بِالجَارْ حَتَّى ظَنَنْتُ أَنَّهُ سَيُوَرِّثُهُ"
62	:" لاَ يَحِلُّ مَالُ اِمْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ"
75	" مَنْ أَحْيا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَه، وَ لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَق"
75	:" مَنْ أَحَاطَ حَائِطاً عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ"
76	"العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمن أحيا من موات الأرض شيئا فهو له، وليس لعرق ظالم حق"
77	"لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ"
81	" مَنْ أَخَذَ مِنْ طَرِيقِ المُسْلِمِينَ شِبْراً جَاءَ بِهِ يَحْمِلُهُ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينْ" :" مَنْ ظَلَمَ مِنْ الأَرْضِ شَيْئاً بِغَيْرِ حَقِهِ خُسِفَ طَوَقَهُ سَبْعِ أَرَاضِينْ"
82	"قَضَى النَبِيُّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ إِذَا تَشَاجَرْتُمْ فِي الطَرِيقْ الميتاء بِسَبْعَةَ أَذْرُع"
84	" عَلَى اليَّدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِيه"
84	"مَنْ بَنَى فِي رِبَاعِ قَوْمٍ بِإِذْنِهِمْ فَلَهُ القِيمَة، وَ مَنْ بَنَى بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَهُ النَّقْض"
101	"إذا اختلفتم في الطريق جُعِل عرضه سبعة أذرع"
112	"ثَلَاثٌ لَا يُمْنَعْنَ، المَاءُ وَ الكَلَأُ وَ النَّار"
138	:" لاَ يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِه" قال فنكس القوم فقال أبو هريرة:" مَالِي أراكم عنها معرضين؟، والله لَأَرْمِيَنَهَا بَيْنَكُمْ"
139	:" الجَارَ أَحَقُ بِصَقَبِه"
140	"مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ فَلَمْ يُجِبْ فَلَا صَلَاةَ لَهُ إِلاَّ مِنْ عُذْرٍ"
140	"إِنِي نَزَلْتُ مَحَلَةَ قَوْمٍ وَ إِنَّ أَقْرَبَهُمْ إِلَيَّ جِوَاراً أَشَدُهُمْ لِي أَذَى"
140	:" أَلَا إِنَّ أَرْبَعِينَ دَاراً جَارٌ"
141	يا رسول الله، إنّ لي جارين، فإلى أيٍ منهما أُهدي؟، قال:" إلى أَقْرَبِهِمَا مِنْكَ بَاباً"
143	"مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَ اليَوْمِ الآخِرْ فَلْيُكْرِمْ جَارَهُ، وَ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَ اليَوْمِ الآخِرْ فَلْيُكْرِمْ ضَيْفَهُ جَائِزَتَهُ"
143	"لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارْ"
205	"لاَ تَمْنَعُوا فَضْلَ المَاءْ لِتَمْنَعُوا به فَضْلَ الكَلَأْ "

233	: "من أكل من هذه الشجرة الخبيثة فلا يقرب مساجدنا يؤذينا بريح الثوم"
257	"حديث شاهداك أو يمينه ليس له إلا ذلك"
259	"أن رجلين اختصما إلى رسول الله . صلى الله عليه و سلم . في دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها بينهما نصفين "
271	«لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَة عَلَى جِدَاره.»
272	" لَيْسَ فِي المالِ حَقٌ سِوَى الزَّكاة"
362	"كَانَ رَجُلٌ فِي بني إِسْرَائِيلَ يُقَالُ لَهُ : جُرَيْجٌ الرَّاهِب يُصَلِّى ، فَجَاءَتْهُ أُمُّهُ فَدَعَتْهُ ، فَأَبَى أَنْ يُجِيبَهَا ، فَقَالَ : أُجِيبُهَا أَوْ أُصَلِّى ، ثُمَّ أَتَتْهُ ، فَقَالَتِ : اللَّهُمَّ لاَ تُمِتْهُ حَتَّى تُرِيَهُ وُجُوهَ الْمُومِسَاتِ ، وَكَانَ جُرَيْجٌ فِي صَوْمَعَتِهِ ، فَقَالَتِ امْرَأَةٌ : لَأَفْتِنَنَّ جُرَيْجًا ، فَتَعَرَّضَتْ لَهُ ، فَكَلَّمَتْهُ فَأَبَى ، فَأَتَتْ رَاعِيًا فَأَمْكَنَتْهُ مِنْ نَفْسِهَا ، فَوَلَدَتْ غُلاَمًا ، فَقَالَتْ : هُوَ مِنْ جُرَيْجٍ ، فَأَتَوْهُ وَكَسَرُوا صَوْمَعَتَهُ ، فَأَنْزَلُوهُ وَسَبُّوهُ ، فَتَوَضَّأَ وَصَلَّى ، ثُمَّ أَتَى الْغُلاَمَ ، فَقَالَ : مَنْ أَبُوكَ يَا غُلاَمُ ؟ قَالَ : الرَّاعِي ، قَالُوا: نَبْنِي صَوْمَعَتَكَ مِنْ ذَهَبٍ ، قَالَ : لاَ إِلاَ مِنْ طِينٍ "

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم.

القوانين

- القانون المدني الجزائري.

- القانون 08-15 مؤرخ في 20 جوان 2008، يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها.

- القانون رقم: 11- 04، المؤرخ في 17/ 02/ 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

- القانون رقم 90 – 30 مؤرخ في أول ديسمبر 1990م يتضمن قانون الأملاك الوطنية، معدل و متمم بالقانون رقم 08 – 14 مؤرخ في 20 يوليو 2008.

- القانون 86- 07 المتعلق بالترقية العقارية.

- قانون 90-29 المؤرخ في 1990/12/01 م الذي يحدد شروط مخططات التعمير.

- القانون رقم 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بالتهية والتعمير.

- قانون 02- 02 مؤرخ في 05 فبراير 2002، و المتعلق بحماية الساحل و تثمينه.

- قانون رقم 03- 05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424هـ الموافق لـ 19 يونيو 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

- القانون 03- 03 المؤرخ في 16 ذي الحجة 1423هـ الموافق لـ 17 فبراير 2003، المتعلق بمناطق التوسع و المناطق السياحية.

- قانون 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية.

- قانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008م الذي يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام أنجازها.

- قانون 98- 04 مؤرخ في 15جوان 1998 يتعلق بحماية التراث الثقافي.

- قانون 05- 12 المؤرخ في 14 عشت 2005 المتعلق المياه.

- القانون رقم 83 – 18 مؤرخ في 13 أوت 1983 م المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية.

- القانون رقم 88-07 مؤرخ في 7 جمادى الثانية 1408هـ الموافق لـ 26 يناير 1988 يتعلق بالوقاية الصحية و الأمن و طب العمل.

- القانون 04- 20 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004، المتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى و تسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة.

- القانون رقم 04-11 مؤرخ في 11 ربيع الأول 1432 الموافق لـ 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 6 أكتوبر 2016، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة السكن و العمران و المدينة في مكاتب.

- المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 مؤرخ في 14 ذي القعدة1411 هـ موافق لـ 28 مايو 1991م المتعلق بالقواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء.

- المرسوم التنفيذي 91/ 177 المؤرخ في 28 ماي 1991م الذي يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و المصادقة عليه و المعدل بموجب المرسوم التنفيذي 05/ 317 المؤرخ في 10 سبتمبر 2005.

- المرسوم التنفيذي 91- 178 المؤرخ في 28 ماي 1991 يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي و المصادقة عليها و محتوى الوثائق المتعلقة بها.

- المرسوم التنفيذي 15-111 المؤرخ في 03 ماي 2015 المحدد لكيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري.

- المرسوم التنفيذي 15- 19 المؤرخ في 25 جانفي 2015 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير و تسليمها.

- المرسوم الرئاسي 03- 275 المؤرخ في 14 عشت 2003، يتضمن المصادقة على معاهدة الصداقة و حسن الجوار بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و مملكة اسبانيا.

– المرسوم التنفيذي 14-99 المؤرخ في 2جمادى الأولى 1435هـ الموافق لـ 4 مارس 2014 المحدد نموذج الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية.

- المرسوم تشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 7 رمضان عام 1413 الموافق أول مارس سنة 1993 يتعلق بالنشاط العقاري.

- المرسوم 83- 666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و تسيير العمارات الجماعية.

- المرسوم التنفيذي 10- 235 المؤرخ في 05 أكتوبر 2010 الذي يحدد مستويات المساعدة المباشرة الممنوحة من طرف الدولة لاقتناء سكن جماعي أو بناء ريفي، و مستويات دخل طالبي هذه السكنات و كذا كيفيات منح هذه المساعدة.

- المرسوم التنفيذي 14-203 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المحدد لشروط وكيفية اقتناء السكن الترقوي العمومي.

- المرسوم التنفيذي رقم 93-184 مؤرخ في 7 صفر 1414 م الموافق لـ 27 يوليو 1993م ينظم إثارة الضجيج.

- المرسوم 76- 146 يحدد النظام النموذجي للملكية المشتركة في العقارات المبنية.

- مرسوم تنفيذي 94-59 مؤرخ في 7 مارس 1994 المعدل و المتمم للمرسوم 83-666 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و تسيير البنايات الجماعية.

- المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

- الأمر 01 - 96 المؤرخ في 10جانفي 1996، الجريدة الرسمية 03 . الجزائر، الصادرة في 1996 /01/14.

- المرسوم التنفيذي 08- 142، الذي يحدد قواعد منح السكن العمومي الايجاري.

- الأمر 08-04 المؤرخ في سبتمبر 2008 المحدد لشروط و كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ، معدل بالقانون 11-11 مؤرخ في 08 يوليو 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، معدل و متمم بالقانون رقم 14- 10 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، و معدل بالأمر رقم 15-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015.

- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 6 أكتوبر 2016، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة السكن و العمران و المدينة في مكاتب.

مؤلفات اللغة:

- أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد، الاشتقاق، ط 3، تحقيق : عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، مصر.

- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، د ط، د سنة ط. المكتبة العصرية.

- محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دون تحقيق، د ط، د سنة ط، عدد الأجزاء / 40 ، ج 13.

- ابن سيده، المخصص، تحقيق خليل إبراهيم جفال، عدد الأجزاء: 05، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 1996 م،

- أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هنداوي، عدد الأجزاء 11، ج 6، دار الكتب العلمية، 2000 م، بيروت.

- أبو عمرو إسحاق بن مرّار الشيباني، كتاب الجيم، تحقيق: إبراهيم الأبياري، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة.

- أبي الفتح عثمان بن جني، الخصائص، تحقيق: محمد علي النجار، دون ط، د سنة ط، عالم الكتب - بيروت.

- إسماعيل بن حماد الجوهري (ت393هـ)، الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: محمد زكريا يوسف، عدد الأجزاء 6، ، دار العلم للملايين، بيروت، ط 04، 1990 م

- الخليل بن أحمد الفراهيدي، معجم العين، تحقيق: د. مهدي المخزومي و د. ابراهيم السامرائي، د ط، د سنة ط، سلسلة المعاجم و الفهارس، دار و مكتبة الهلال، بيروت.

- عبد الرحمن بن أبي الوفاء محمد بن عبيد الله بن أبي سعيد، كتاب أسرار البلاغة، ط 01 . 1995 م ـ تحقيق : د ـ فخر صالح قدارة.

- علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، ط 1، 1405 هـ، دار الكتاب العربي، بيروت.

- محمد بن عبد الله بن عبد الله بن مالك الطائي الجياني، إكمال الأعلام بتثليث الكلام، 598هـ / سنة الوفاة 672 هـ ، تحقيق سعد بن حمدان الغامدي، مكان النشر مكة المكرمة - المملكة السعودية، سنة النشر 1404هـ/ 1984م.

- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ط 3، دار صادر، بيروت لبنان.

- محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: د: محمد رضوان الداية ، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط1، 1410 هـ.

- ناصر بن عبد السيد بن علي بن المطرز، المغرب في ترتيب المعرب، تحقيق: محمود فاخوري و عبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، ط 1، 1979 م.

السياسة الشرعية:

- ابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، تحقيق وتعليق: أبو براء يوسف بن أحمد البكري وأبي أحمد بن شاكر توفيق العاروري، رمادي للنشر، المملكة العربية السعودية، ط1، 1418هـ/1997م.

- أبو الحسن علي بن حبيب البصري الشافعي المعروف بالماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق: د. أحمد مبارك البغدادي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1409هـ/ 1989م.

- أبو الحسن علي بن حبيب البصري الشافعي المعروف بالماوردي، تسهيل النظر و تعجيل الظفر بأخلاق الملك وسياسة الملك، تحقيق محي الدين هلال السرحان، مراجعة حسن السعاتي، دار النهضة العربية ، بيروت، 1981م

- أبي الحسن علي بن محمدبن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية، تحقيق الدكتور أحمد مبارك البغدادي، ط 1، 1409 هـ/1989 م، مكتبة ابن قتيبة ، الكويت.

- أبي عبد الله محمد بن ابي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (691- 751هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن احمد الحمد، دار علم الفوائد، دط، د س ط.

- أبي عبيد القاسم بن سلام، كتاب الأموال، تقديم وتحقيق: د. محمد عمارة، دار الشروق، بيروت، ط 1، 1409هـ/ 1989م.

- أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء، الأحكام السلطانية، تصحيح وتعليق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، د ط، 1421هـ/ 2000 م.

- برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم المعروف بابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تخريج و تعليق: الشيخ جمال مرعثلي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1416 هـ/ 1995 م.

- خالد غزب، فقه العمارة الإسلامية، در النشر للجامعات، القاهرة، مصر، ط 1، 1417هـ/ 1997 م.

- محمد عبد الستار عثمان، المدينة الاسلامية، سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الآداب، عالم المعرفة ، الكويت .

مؤلفات الحديث و أحاديث الأحكام:

- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق عبد العزيز الخالدي، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان.

- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق سالم محمد عطا و محمد علي معوض، عدد الأجزاء 9، دار الكتب العلمية، بيروت. د ط.

- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1423هـ/ 2003 م.

- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم و سننه و أيامه، شرح و تصحيح و تحقيق: محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية و مكتبتها، الروضة، القاهرة، ط 1، 1400هـ؟

- أبي علي الحسن بن علي بن نصر الطوسي، مختصر الأحكام مستخرج الطوسي على جامع الأحكام، تحقيق : أنيس بن أحمد بن طاهر الأندونوسي مكتبة الغرباء الأثرية – المدينة المنورة، ط1، 1415 هـ.

- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، دار قتيبة (دمشق –بيروت)، ط 1، 1412هـ - 1991م.

- الإمام الحافظ شهاب الدين ابن حجر العسقلاني رحمه الله تعالى، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، ط 2.

- الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، صحيح ابن حبان، ترتيب ابن بلبان، تحقيق و تخريج و تعليق: شعيب الأرنؤوط، ط2، مؤسسة الرسالة ، بيروت، 1414هـ/1993م.

- الحافظ ابي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق وتخريج: حمدي عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ج 2.

- الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة 807، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، طبعة دار الفكر، بيروت، طبعة 1412 هـ/ 1992 م.

- جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعى الحنفي، نصب الراية لأحاديث الهداية، مع حاشية: بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تصحيح وإشراف: محمد عوامة، عمل: حسن عبجي، مؤسسة الريان، بيروت، ط 1، 1418هـ/ 1997م.

- علي بن عمر الدّارقطني، سنن الدّارقطني، بتذييل: التعليق المغني على الدّارقطني، للمحدث العلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، تحقيق وضبط وتعليق: شعيب الأرنؤوط، وحسن عبد المنعم شلبي، وعبد اللّطيف حرزالله، وأحمد برهوم، ط 1، 1424هـ/ 2004م.

- علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (ت: 628هـ)، بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، تحقيق: د. الحسين آيت سعيد، دار طيبة – الرياض، ط1، عدد الأجزاء : 6، 1418هـ-1997م.

- مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي الأشري، دار ابن الجوزي ، المملكة العربية السعودية ط 1، 1421 هـ/ 2001م.

- محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، المسالِك في شرح مُوَطَّأ مالك، قراءة و تعليق: محمد بن الحسين السُّليماني وعائشة بنت الحسين السُّليماني، دَار الغَرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1428 هـ/ 2007 م.

- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار في شرح منتهى الأخبار، قدم واعتنى وخرج أحاديثه: رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، لبنان، دون ط، 2004م.

- محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، السلمي الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني المشهور بابن ماجة ، سنن ابن ماجة، تحكيم و تعليق: العلامة المحدث ناصر الدين الألباني، اعتناء أبو عبيدة مشهور حسن آل سلمان ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط 1، دون سنة ط.

- محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي بيروت، ط 2، 1405 هـ - 1985 م.

- محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 01 ، (1399 هـ. 1989 م).

- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- موطأ الإمام مالك، ط 03 (1418 هـ. 1998 م)، رواية أبو مصعب الزهري المدني، عدد الأجزاء 02، تحقيق: الدكتور بشار عواد معروف ومحمود محمد خليل، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

- نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الفكر، بيروت، 1412 هـ.

مؤلفات التفسير:

- أبو عبد الله محمد بن أحمد ، شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق هشام سمير البخاري، دون ط، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423 هـ- 2003 م.

- محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، دون ط، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس 1997 م.

- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الدراية والرواية من علم التفسير، اعتناء يوسف الغوش، دار المعرفة بيروت ، لبنان، ط 4، 1428هـ/ 2007م.

مؤلفات أصول الفقه:

- ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار المعرفة، لبنان، د ط، 1399 هـ.

- أبو الوفاء، علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الظفري، الواضِح في أصولِ الفِقه، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عَبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1420 هـ - 1999 م.

- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي، تحقيق: د سيد عبد العزيز/ د عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، ط 3، 1418 هـ - 1998 م.

- أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي (ت: 684 هـ)، الفروق، ومعه إدرار الشروق على أنوار الفروق، للإمام أبي القاسم قاسم بن عبد الله بن الشاط (ت: 723 هـ)، ضبط وتصحيح الشيخ محمد علي بن حسين المكي المالكي، عدد الأجزاء 04، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01 1418 هـ/ 1998 م.

- أبي نصر القاضي شريح بن عبد الكريم بن احمد الروياني، روضة الحكام و زينة الأحكام، تحقيق محمد بن أحمد بن حاسر السهلي (رسالة دكتورة)، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1419 هـ.

- الإمام الزركشي، المنثور في القواعد، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ/ 2000م.

- انظر أبي اسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: الشيخ عبد الله وراز، دار الحديث القاهرة، د ط، 2005م.

- تاج الدين عبد الوهاب ابن علي ابن عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1411 هـ/ 1991 م.

- زين الدين إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، الأشباه و النظائر، ضم حواشيه وخرج أحاديثه الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ/ 1999م.

- سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، حققه وعلق عليه: الدكتور ياسين أحمد إبراهيم درادكه، مكتبة الرسالة الحديثة، المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، ط 1، 1988 م.

- شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، المكتبة الإسكندرية، ط2، د سنة ط.

- عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوتة، العرف حجيته و أثره في المعاملات المالية عند الحنابلة –دراسة نظرية تأصيلية–، المكتبة المكية، مكة المكرمة، السعودية، ط 1، 1418 هـ/ 1997 م.

- محمد بن حمزة بن محمد، شمس الدين الفناري (أو الفَنَري) الرومي، فصول البدائع في أصول الشرائع، تحقيق: محمد حسين محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2006 م - 1427 هـ.

- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق : الشيخ أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، دمشق، كفر بطنا، ط 1، 1419هـ - 1999م.

- هشام بن سعيد أزهر، مقاصد الشريعة عند إمام الحرمين وآثارها في التصرفات المالية، مكتبة الرشد، ناشرون . السعودية، ط 01 ، 1431 هـ . 2010 م.

مؤلفات الفقه الإسلامي:

أولا: فقه مالكي

- ابن أبي زيد القيرواني، الثمر الداني في شرح رسالة ابي زيد القيرواني، د ط، د تحقيق، د دار طبع.

- ابن جزي، القوانين الفقهية، ط جديدة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1430هـ/ 2009م.

- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، وهو شرح لأرجوزة الحكام، ضبط وتحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، عدد الأجزاء 2، 1418هـ/ 1998م.

- أبو الطاهر ابراهيم بن عبد الصمد التنوخي المهداوي، التنبيه على مبادئ التوجيه، تحقيق: د- محمد بلحسان، ط 1، دار بن حزم ، لبنان، 1428هـ – 2008م.

- أبو العباس أحمد ابن يحي الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، تحقيق جماعة من الفقهاء بإشراف د. محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، د ط، 1401هـ/ 1981م.

- أبو بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ط1، تحقيق محمد عبد السلام محمد، دار الأفاق العربية، القاهرة،1432هـ/ 2011 م.

- أبو عبد الله محمد بن فرح المالكي القرطبي (404 . 497 هـ)، أقضية رسول الله . صلى الله عليه وسلم .، تحقيق أبو عبد الله فارس بن فتحي بن إبراهيم، دار ابن الهيثم، القاهرة، مصر، ط 1، 1427هـ /2002م.

- أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دراسة وتحقيق: أ.د. حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1423 هـ - 2003 م.

- أبي الأصبع عيسى ابن سهل بن عبد الله الأسدي، الإعلام بنوازل الأحكام المعروف بالأحكام الكبرى، تحقيق د: نورة محمد عبد العزيز التويجري، د دار ط، د بلد ط، ط 1، 1415 هـ/ 1995م.

- أبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، تقديم د: علي علي لقم، اعتناء: أبو الفضل الديماطي أحمد بن علي، المركز الثقافي المغربي، الدار البيضاء، المغرب، ط 1.

- أبي القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي، فتاوى البرزلي جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، تقديم وتحقيق: أ د محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 2002م.

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

- أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية، لمحمد العتبي القرطبي، تحقيق أحمد الحبابي، دار العرب الاسلامي، بيروت لبنان، ط1، 1405هـ/ 1975 م.

- أبي زيد عبد الرحمان بن عبد القادر الراشدي المجاجي الجزائري (ت 1020 هـ)، التعريج والتبريج في ذكر أحكام المغارسة والتصيير والتلويج، دراسة وتحقيق: خالد بوشامة، دار الناشرون، الجزائر، ط 01 ، (1426 هـ. 2005 م.

- أبي سعيد خلف بن أبي القاسم القيرواني، تهذيب مسائل المدونة، تحقيق وتعليق: محمد الأمين ولد محمد سالم بان الشيخ، الإمارات العربية المتحدة، ط 1، 1423هـ/ 2002م.

- أبي عبد الله مالك ابن انس(إمام دار الهجرة)، المعونة على مذهب عالم المدينة، تصنيف القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن نصر المالكي، تحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ/ 1998م.

- أبي عبد الله محمد الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، د تحقيق، المطبعة الكبرى ببلاق مصر المحمية، 1317 هـ.

- أبي محمد بن خنتاش المسيلي، نهاية المرام في تيسير مطالعة الاحكام، اعتناء أبو الفضل الديماطي، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1432هـ/2011م.

- أبي محمد بن عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تقديم وتخريج أحاديثه: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، القاهرة، ط 1، 1429هـ/ 2008 م.

- أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، ط 1، عدد الأجزاء: 15، ج 10 ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999 م.

- أبي محمد عبد الله بن عبد الله ابن سلمون الكناني، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود و الأحكام، عناية و تحقيق: أ/ محمد عبد الرحمان الشاغول، دار الأفاق العربية، القاهرة، ط 1، 1432هـ/ 2011م.

- أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق ضبطه وصححه: محمد عبد السلام شاهين، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ/ 1995م.

- احمد بن خلف بن وصول الطليطلي، منتخب الحكام وبيان ما عمل به من سير الحكام، تحقيق: أ. د: حميد لحمر، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1429هـ/ 2008م.

- احمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني، ضبط و تصحيح: الشيخ عبد الوارث محمد علي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان.

- أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب كانو، نيجيريا، د ط، 1420هـ/ 2000م.

- الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم، و يليها مقدمات بن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام، للحافظ أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،. ط 1، عدد المجلدات 4، 1415هـ – 1994 م.

- الشيخ الحاج محمد باي بلعالم، إقامة الحجة بالدليل شرح على نظم ابن بادي لمختصر خليل، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 1428هـ/ 2007 م.

- الشيخ محمد الأمير، الإكليل في شرح مختصر خليل، تصحيح وتعليق: أبو الفضل عبد الله الصديق الغماري، مكتبة القاهرة، مصر، د ط، د سنة ط.

- الشيخ محمد الأمير، شرح التحرير، تحقيق ومراجعة الشيخ محمد محمود ولد محمد الأمين، دار يوسف بن تاشفين ومكتبة الإمام مالك، الجمهورية الإسلامية الموريتانية والإمارات العربية المتحدة، ط 1، عدد الأجزاء 2، 1428 هـ- 2008م.

- الشيخ محمد باي بلعالم، إقامة الحجة بالدليل . شرح على نظم بن بادي لمختصر خليل، عدد الأجزاء 04 ، دار بن حزم، لبنان. ط 01، 1428 هـ / 2007 م.

- القاضي عياض و ولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تقديم وتحقيق وتعليق: د. محمد بن شريفة، دار الغرب الاسلامي، لبنان، ط1، 1990 م.

- خليل بن اسحاق الجندي المالكي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ضبط و تصيح: أحمد بد عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، د ط، 1429هـ / 2008م.

- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، تحقيق أحمد حاد، دار الحديث، القاهرة، د ط، 1426هـ/ 2005م.

- سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، فصول الأحكام و بيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق: د. محمد أبو الأجفان، ط 1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1422هـ/ 2002 م.

- شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الحكام، تخريج و تحقيق: الشيخ جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، 1423هـ/ 2003.

- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق الأستاذ محمد بوخبزة، عدد الأجزاء 14، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1994 م.

- شهاب الدين عبد الرحمان بن عسكر لبغدادي المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، كتبه: أحمد مصطفى قاسم الطنطاوي، دار الفضالة القاهرة، دون ط.

- عبد الكبير العلوي المدغري، ما جرى به العمل نموذج من تراثنا القضائي، مخطوط القصر الملكي العام، الرباط، د ط، د سنة ط.

- عبد الملك ابن حبيب ابن سليمان الأندلسي القرطبي المالكي، الأحكام، تحقيق د: أحمد بن عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط 1، 1435هـ/2014م.

- عيسى بن موسى التطيلي كتاب الجدار، دراسة و تحقيق: د- إبراهيم بن محمد الفايز، ط1، سلسلة أحكام البنيان 2، دار روائع الكتب للنشر و التوزيع، 1417هـ/1996 م .

- محمد بن أحمد ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، عيسى البابي الحلبي وشركاه، تحقيق، دار إحياء الكتب العربية.

- محمد بن أحمد بن غازي العثماني، شفاء الغليل في شرح مختصر خليل، تحقيق د: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للطباعة والنشر والدراسات، مصر، ط1، 1429هـ/ 2008م.

- محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، المختصر الفقهي، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، 1435 هـ/2014 م.

- محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، د تحقيق، دار الفكر، لبنان، ط 2، 1398هـ/ 1978 م.

- محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت لبنان، 1398 هـ.

- محنض بابه بن اعبيد الديماطي الموريتاني المالكي، الميسر الجليل في شرح مختصر خليل، تصحيح و مراجعة: أحمد بن التاه بن حمينا، دار الرضوان للنشر، موريتانيا، ط1، 1424هـ/ 2003م.

ثانيا: فقه حنفي.

- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق وتعليق: الشيخ أحمد عادل عبد الموجود، و الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، 2002 م.

- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، تحقيق شرح مولانا السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1405هـ - 1985م.

- أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، الجوهرة النيرة في شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية، دون تحقيق، دار الكتب العلمية، 2006 م.

- أبي عبيد الله القاسم، كتاب الأموال، تقديم ودراسة وتحقيق د: محمد عمارة، دار الشروق، بيروت، ط 1 ، 1409 هـ-1989 م.

- أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الامام أبي حنيفة النعمان، دار السلام، القاهرة، ط 1، 1420 هـ/1999 م.

- أبي محمد بن محمود بن أحمد العيني المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرّامفوري، البناية في شرح الهداية، دار الفكر ، بيروت، ط 2، عدد المجلدات: 12، 1411 هـ- 1990 م

- أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري، التجريد للقدوري، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، (أ.د. محمد أحمد سراج/ أ.د: علي جمعة محمد)، دار السلام، القاهرة، ط 2، 1427 هـ/ 2006 م.

- أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري، التجريد للقدوري، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، (أ. د محمد أحمد سراج/ أ. د علي جمعة محمد)، دار السلام – القاهرة، ط 2، 1427 هـ - 2006 م.

- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، المعروفة بالفتاوى العالمية، ضبط و تصحيح: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1421هـ/ 2000 م.

- برهان الدين أبي المعالي محمود ابن صدد ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني لمسائل المبسوط والجامعين والسير والنوادر والزيادات والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله، اعتناء وتقديم وضبط: نعيم أشرف نور أحمد/ إدارة القرآن والعلوم الاسلامية، الرياض، السعودية ، ط 1، عدد الأجزاء 21، 1424هـ/ 2004 م.

- زين الدين بن إبراهيم ابن محمد المعروف بابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، للأمام عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، ومعه الحواشي المسماة: منحة الخالق على البحر الرائق، ضبط وتخريج الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1428هـ/ 1997 م.

- سيدي محمد علاء الدين أقري، حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار، عدد الأجزاء 13، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، 1423 هـ ، 2003 م.

- شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، دون تحقيق، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، دون ط.

- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ - 1998م.

- عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط 1، 1313 هـ.

- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1405 هـ/ 1984 م.

- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982 م.

- علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الحكام، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط خاصة، 1423هـ/2003 م.

- فخر الدين الحسن بن منصور الاوزجندي الفرعاني قاي خان، الفتاوى الخانية، دون تحقيق، مجلد 3.

- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود و الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب بيروت، لبنان، ط خاصة، عدد الأجزاء 13 ، 1423 هـ- 2003 م.

- محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية، ط2، 1308 هـ.

ثالثا: فقه شافعي

- أحمد بن محمد بن علي الأنصاري أبو العباس نجم الدين المعروف بابن الرفعة، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، ط 1، 2009 م.

- ابي إبراهيم إسماعيل بن يحي بن إسماعيل المصري المزني، مختصر المزني في فروع الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1419هـ/ 1998 م.

- أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق و تعليق الدكتور محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط1، 1417 هـ/1996 م.

- أبي الحسين يحي ابن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في المذهب الشافعي، اعتناء محمد قاسم النوري، ط 1، دار المناهج للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، عدد الاجزاء 14، 1421هـ/ 2000م.

- أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين و معه المنتقى السوي في ترجمة الإمام النووي و منتقى اليُنبوع فيما زاد عن الروضة من الفروع، لجلال الدين السيوطي، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود و الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، ط خاصة، عدد الأجزاء 8، 1423هـ- 2003 م.

- الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل (ت 502 هـ)، بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، ط 1، 2009 م.

- زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى، أنسى المطالب في شرح روض الطالب، تحقيق: د محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية بيروت، ط 1، 1422هـ، 2000م.

- زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت دط، د سنة ط.

- سمش الدين محمد بن أحمد المنهاجي الاسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، ط 2، د سنة ط، مصورة عن الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية.

- شمس الدين بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي، اعتناء: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ/ 1997 م.

- شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، حاشيتان قليوبي: على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، لبنان، 1419هـ/1998م.

- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق وصنع فهارسه: أ.د: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، بيروت، ط1، 1428هـ-2007م.

- عبيد القاسم ابن سلام، كتاب الأموال، دار الشروق، بيروت، ط1، 1409هـ/ 1989م.

- علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي و هو شرح المزني، تحقيق: علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، تقديم وتقريظ: د. محمد بكر اسماعيل و د. عبد الفتاح أبوسنة، دار الكتب العلمية بيروت، ط 1، 1414هـ/ 1994م.

- محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة ، بيروت، لبنان، د تحقيق، د سنة ط.

- محمد الشربيني الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، 1415هـ/ 1985م.

- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق وتخريج: د فوزي رفعت عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، ط 1، عدد الأجزاء: 11، 1422هـ/ 2001 م.

- محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين و عمدة المفتين، اعتناء محمد محمد طاهر شعبان، دار المناهج، بيروت، ط 1 ، 1426 هـ- 2005 م.

رابعا: فقه حنبلي

- عثمان أحمد النجدي الحنبلي، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، تحقيق: الشيخ حسين محمد مخلوف، دار محمد، السعودية، ط 1، 1417هـ/ 1997م.

- ابن قدامة المقدسي، الكافي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية الاسلامية، دار هجر، الجيزة، ط 1، 1417هـ/ 1997م.

- إسحاق بن منصور المروزي، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1425هـ/2002م.

- تقي الدين أحمد بن محمّد بن عليّ البغدادي المقرئ الأَدَمي الحنبلي، المنور في راجح المحرر، تحقيق: د. وليد عبد الله المنيس، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 1424 هـ/2003 م.

- تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، مع حاشية المنتهى، لعثمان بن أحمد بن سعيد النجدي (الشهير بابن قائد)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ/ 1999 م.

- زين الدين المَنَجَّى بن عثمان بن أسعد ابن المنجى التنوخي الحنبلي، الممتع في شرح المقنع، دراسة وتحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، ط 3، 1424 هـ/ 2003 م.

- شرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد الحجاوي، شرح منصور بن يونس البهوتي، زاد المستقنع في اختصار المقنع في فقه أحمد بن حنبل الشيباني، دار الكتب العلمية بيروت، ط2، 1414 هـ/ 1994 م.

- شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت، لبنان.

- عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط 1، د دار ط، 1498 هـ، 1998 م.

- عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، الرياض، ط 2، 1404هـ/1984م.

- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي (ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان ط 1، 1419هـ.

- محمد بن بدر الدين بن بلبان الدمشقي، أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1416 هـ.

- مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، د ط، المكتب الإسلامي، دمشق،1961م.

- منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع في شرح زاد المستنقع، ومعه حاشية نفيسة للشيخ محمد بن صالح العثيمين، دار المؤيد مؤسسة الرسالة، السعودية، د ط، د س ط.

- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق د: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 1421هـ/ 2000 م.

- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، تحقيق : محمد أمين الضناوي، دار عالم الكتب، بيروت لبنان، ط1 ، 1417هـ/ 1997 م.

- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط 3 ، عدد المجلدات 15، 1417هـ – 1997 م.

- نصر الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، دراسة وتحقيق: أ.د: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، على نفقة المحقق، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، ط1، 1420 هـ/1999 م.

فقه مقارن

- ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي و الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ط1، 1415 هـ/ 1995 م.

- أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة، تحقيق و دراسة: قسم المعاملات –رسالة دكتوراه– من إعداد الطالب، زكريا عبد الرزاق المصري، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1405 هـ.

- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، طباعة ذات السلاسل الكويت، عدد الأجزاء 46، ط 2، 1404 هـ/ 1983 م.

- عبد الرحمان بن أحمد بن محمد بن نافع، أحكام الجوار في الفقه الاسلامي، دار الأندلس الخضراء، جدة، ط 1، 1416هـ/ 1995م.

- عفيف شمس الدين، ملكية الطوابق و الشقق والشاليهات والأبنية المفرزة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2007م.

- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من اسرار منتهى الأخبار، تحقيق: أبو معاذ طارق عوض الدين محمد، دار ابن عفان، القاهرة، مصر.

- محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربي السعودية، د ط، د سنة ط.

- موفق الدين أبي محمد، عبد الله ابن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي، المقنع ومعه الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة المقدسي، ومعهما: الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، الجيوة ، مصر، ط 1، 1404هـ/ 1993 م.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1405 هـ/ 1985م.

دراسات متخصصة:

- أبي عبد الله محمد ابن إبراهيم اللّخمي المعروف بابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان، تحقيق و دراسة فريد بن سليمان، المركز الجامعي للنشر، 1999 م.

- أحمد محمد سعيد السعدي، أحكام العمران في الفقه الإسلامي، دار الرواد للنشر، دمشق سورية، ط1، 1431هـ/ 2010 م.

- المرجي الثقفي، كتاب الحيطان – أحكام الطرق والسطوح والأبواب ومسيل المياه والحيطان في الفقه الاسلامي–، تحقيق محمد خير رمضان يوسف، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط1، 1414هـ/ 1994م.

- حسني خيري طه، مقاصد الشريعة و تفعيلها في فقه العمارة– نوازل ضرر البنيان في كتاب المعيار المعرب للإمام الونشريسي أنموذجا–، سلسلة الرسائل العلمية نحو تفعيل مقاصد الشريعة (2)، دار الكلمة للتوزيع والنشر، القاهرة، مصر ط1، 1438 هـ/ 2017م.

- خالد غزب، فقه العمارة الإسلامية، در النشر للجامعات، القاهرة، مصر، ط 1، 1417هـ/ 1997 م.

- محمد عبد الستار عثمان، المدينة الإسلامية، سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، عالم المعرفة، الكويت.

دراسات مقارنة بين الشريعة و القانون:

- وهبة مصطفى الزحيلي، المسؤولية الناشئة عن الأشياء، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، عدد 9، 1416هـ/ 1995م.

- أحمد فهمي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، بيروت، ط 3، 1404هـ/1984 م.

- خالد بن عبد الله بن براك الحافي، الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي، دون ناشر، ط 2، 1421 هـ.

- زيادة طارق، دراسات في الفقه والقانون، دار الشمائل للطباعة و التوزيع، طرابلس، لبنان، ط 1، 1990م.

- شدراوي جورج، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، د ط، 2002م.

- شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق وطبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، ط 01، 2008 م، دار الشروق القاهرة.

- شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق وطبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق القاهرة، ط 01، 2008 م.

- عبد الله بن عمر السحيباني، حق الارتفاق و تطبيقاته المعاصرة، د ط، د سنة ط، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة القصيم.

- عبد الله بن عمر السحيباني، حق الارتفاق و تطبيقاته المعاصرة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة القصيم د ط، د سنة ط.

- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي القاهرة، 2000م.

- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي مدينة نصر، 1416هـ/ 1996 م.

- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، لبنان، 1416هـ/1996 م.

- علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط خاصة.

- عمر سليم، على حاشية فقه العمران(نسخة منشورة على موقع http://draftsman.wordpress.com/2014/05/2/)، دون ط، دون دار ط.

- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط1، 1387هـ/ 1967م، ص186 .

- فهمي الحسيني، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، لبنان، د ط.

- مازن صباح مصباح، و نعيم سمارة المصري، قسمة الأعيان –دراسة فقهية مقارنة–، الجامعة الإسلامية العالمية. ماليزيا ، مجلة الإسلام في آسيا، المجلد 7 ، العدد 2 .

- محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، لبنان، 1988 م.

- مراد محمود حيدر، ملكية الطوابق والشقق وأحكامها والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، منشأ المعارف الإسكندرية، مصر، د ط (1431 هـ 2010 م).

- مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ط 6، 1965 م.

- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ، ط 2، بيروت، دار القلم، 1425هـ/ 2004م.

- ياسين الغادي حكم الأبنية بين الشريعة و القانون، مقال منشور على موقع الدكتور سليم درنوني، نقل يوم 18/ 08/ 2016 م الساعة 01:00 .

مؤلفات القانون:

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

- أحمد شوقي عبد الرحمان، الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطية، مصر، 2007 م .

- أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، الدار الجامعية، مصر، 2003م.

- أحمد محمد الرفاعي، المدخل إلى العلوم القانونية، جامعة بنها، كلية الحقوق، 2007/ 2008.

- إسماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر، 2015.

- إقلولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري (أهداف حضرية ووسائل قانونية)، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2015.

- الفاضل خمار، الجرائم الواقعة على العقار، دار هومة، الجزائر، ط3، 2006.

- جلال علي العدوي مصادر الالتزام –دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني–، المكتبة القانونية الدار الجامعية، دون ط، 1994 م،

- جمال الحاج ياسين، الالتصاق الصناعي دراسة مقارنة، منشورات حلب الحقوقية بيروت، لبنان، ط 1، 2001م.

- حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، ط 4، 1995م.

- حسين الذانون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج2، الخطأ، ط 1، دار وائل للنشر، 2006.

- ديرم عايدة، الرقابة الإدارية على أشغال التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، دار قانة للنشر والتجلي، الجزائر، 2011.

- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارئ، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، جامعة بنها، مركز التعليم المفتوح.

- رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية أحكامها وضوابطها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2001 م.

- شدراوي جورج، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2002.

- كامل مرسي باشا شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية.

- عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 2، 1998م.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان.

- عبد الرزاق حسين يسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1987 م.

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينة الأصلية دراسة في القانون المدني اللبناني والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية بيروت، لبنان، بدون ط، بدون سنة نشر.

- عبد الناصر عبد العزيز علي السن، المسؤولية الجنائة للقائمين بأعمال البناء –دراسة مقارنة–، دار الفكر والقانون المنصورة، 2007 م.

- عزري الزين، قرارات العمران وطرق الطعن فيها، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2006م .

- عطا سعد محمد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار -دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2011م.

- عفيف شمس الدين، ملكية الطوابق والشقق والشاليهات والأبنية المفرزة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2007.

- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر . 1990 م.

- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2007 م.

- عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر-العقار-، دار هومة، الجزائر، ط 7، 2013.

- عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر-العقار-، دار هومة، الجزائر، ط 7، 2013 م.

- غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.

- محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط 1 . 2005 .

- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية عن حوادث انهيار البناء أثناء وبعد التشييد والتأمين الإجباري عليها، منشأة المعارف الإسكندرية ،د ط، د سنة ط.

- محمد طه بشير و غني سحنون طه، الحقوق العينية، الجمهورية العراقية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بدون ط، بدون سنة ط.

- مروان كساب، المسؤولية عن مضار الجوار، طباعة جون كلود أنطوان الحلو، الأشرقية، لبنان، ط1،

- مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010 م .

- هشام علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقد المقاولة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، 2009.

رسائل و أطروحات علمية:

- مشنان فوزي، البناء الفوضوي ومشكلة التهيئة والتعمير، (رسالة ماجيستر في علم الاجتماع الحضري، جامعة منتوري قسنطينة، 2009/2008 م.

- الصادق بن عزة، دور الإدارة في تطبيق أحكام العمران في التشريع الجزائري (رسالة ماجيستر- قانون إداري وإدارة عامة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011 م.

- أومحمد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر على ضوء أحكام القانون 11-04، (رسالة ماجيستر في قانون العقود))، جامعة مولود معمري – تيزي وزو- 2015م.

- بلمختار سعاد، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء (رسالة ماجيستر- عقود ومسؤولية)، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008م.

- بلمرابط حنان، سلطات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران (رسالة ماجيستر في القانون العام فرع الإدارة الإقليمية)، جامعة قسنطينة1، كلية الحقوق، 2013/2012م.

- بوستة إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، رسالة ماجيستر في قانون الأعمال)، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009/2008م.

- بولقواس سارة، جبر الضرر عن مضار الجوار غير المألوفة، (رسالة ماجيستر، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية)، تخصص عقود ومسؤولية، 2013/ 2014م.

- جقبوب رضا مالك، أحكام الجوار في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة- (رسالة ماجيستر في العلوم الاسلامية تخصص أصول الفقه)، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، 1422-1423هـ/ 2001- 2002 م.

- دروازي عمار، آليات إدارة الملكية العقارية المشتركة وحمايتها في التشريع الجزائري (رسالة ماجيستر)، جامعة الحاج لخضر باتنة 2008/ 2009.

- رفيقة سنوسي، أدوات التهيئة و التعمير بين التشريع والتطبيق (مذكرة ماجيستر)، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011/2010 م.

- زرارة عواطف، عدم التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجيستر، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2007/ 2008 م.

- سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجيستر في العقود والمسؤولية المدنية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الادارية، 1982 م.

- شعلي سفيان، الملكية العقارية المشتركة (رسالة ماجيستر في القانون الخاص)، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2008/2007.

- عثمان فكار، تطور السكن الريفي: دراسة سوسيو مجالية للمجال السكني لمنطقة "بني ورتلان"، شمال غرب سطيف، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الجزائر، 2006/2005 م.

- عربي باي يزيد، إستراتيجية البناء في ضوء قانون التهيئة و التعمير الجزائري (أطروحة دكتورة)، تخصص قانون عقاري)، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015/2014 م.

- غواس حسيبة ، الآليات القانونية لتسيير العمران (رسالة ماجيستر في القانون العام فرع الإدارة العامة، القانون وتسيير الإقليم)، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012/2011م.

- قوراري مجدوب، الحماية القانونية للجوار من منظور عمراني بيئي –دراسة مقارنة– (أطروحة دكتورة علوم تخصص: قانون عام)، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015/2014 م.

- لعويجي عبد الله، قرارات التهيئة و التعمير في التشريع الجزائري، رسالة ماجيستر في القانون الإداري و الإدارة العامة، كلية الحقوق بجامعة باتنة، 2011/ 2012 م.

- لمياء فالق، السكن التطوري في مدينة خنشلة –الانعكاس على المجال وعلى الإنتاج السكني– ، (رسالة ماجيستر في التهيئة العمرانية)، جامعة منتوري، قسنطينة، 2006 م.

- محمد شنيتي حميد، حق الارتفاق في القانون المدني الجزائري، زيدان مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، سنة 2003 / 2004 م.

- مسكر سهام، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقوية (أطروحة دكتورة تخصص قانون عقاري و زراعي)، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2016/2015.

- هواري سعاد، مخططات شغل الأراضي بين المنظومة القانونية والتطبيقات الميدانية حالة "الدقسي عبد السلام، سركينة وتافرنت" مدينة قسنطينة.(رسالة ماجيستر في التهيئة العمرانية)، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2015م.

مقالات:

- ابراهيم صالح عطية حسن، مضار الجوار غير المألوفة وأساسها القانوني، مقال بمجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، مجلد 2، اصدار 4 ، 2013 م.

- أحمد فواتيح محمد/ وراد رفيقة، مسؤولية المقاول في إنجاز أعمال البناء في القانون المدني الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، عدد 9، جوان 2018.

- آسية هتشان، السكن الريفي كآلية للتنمية، (دراسة قانونية)، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس، عدد1.

- بن عاشور صليحة، نظرية الملكية بين التشريع الاقتصادي الاسلامي والقانون، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مارس 2006.

- حجاري محمد ، حدود المسؤولية العشرية في ضوء القانون 04/11 المحدد للقواعد الناظمة لنشاط الترقية العقارية، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، عدد 20، ديسمبر 2017.

- حمليل نوارة ، عقد البيع بالإيجار، مجلة الباحث، جامعة باتنة، عدد 5، 2007.

- خدروش الدراجي، أحكام البناء في التشريع الجزائري، مقال علمي بمجلة المفكر، بسكرة، العدد 13.

- خدوش الدارجي، البناء في ملك الغير في التشريع الجزائري، مجلة المفكر، بسكرة، عدد 13.

- زيد محمود العقايلة، الحماية التشريعية لحق الملكية، مجلة البحوث والدراسات، العدد 13، 2012.

- صبايحي ربيعة، خصوصيات المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول بعد تسليم المباني في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2013م.

- عايدة مصطفاوي، الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 6، جانفي 2012.

- عبان عبد الغني، النظام القانوني لرخصة البناء في ظل المرسوم 19- 15 ، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، العدد2، 2018م.

- عبد الله لعويجي، النظام القانوني لرخصة الهدم في ظل المرسوم التنفيذي 15- 19، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد 9، جوان 2016.

- عزاوي عبد الرحمان، حالة شهادة المطابقة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد 4، 2008.

- عقيل فاضل الدهان، و زينب حسين عبد ابقادر، أحكام فضاء العقار في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، مجلة جامعة كربلاء ، المجلد 9، العدد 1، 2009.

- غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء(المقاول، مهندس البناء، صاحب البناء)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، رقم 04، سنة 1995م.

- قريدة محمد، نظام الملكية العقارية المشتركة، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة قسنطينة، مجلد 3، عدد 5، 2014م.

- مازن صباح مصباح، و نعيم سمارة المصري، قسمة الأعيان – دراسة فقهية مقارنة– الجامعة الإسلامية العالمية . ماليزيا، مجلة الإسلام في آسيا، المجلد 7 ، العدد 2.

- مثنى محمد، مسؤولية المالك عن مضار الجوار في القانون المدني العراقي، مجلة كلية التراث الجامعة، العراق، العدد 7.

- محمد الصغير بعلي، تسليم رخصة البناء في القانون الجزائري مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة، الجزائر، عدد 1، مارس 2007.

- وهبة مصطفى الزحيلي، المسؤولية الناشئة عن الأشياء، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة السابعة، العدد 9، 1416هـ/ 1995 م.

ملتقيات:

- تغريبت رزيقة، الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 27- 28 أفريل 2011.

- عليان بوزيان النظام العام العمراني في ظل القانون المنظم للترقية العقارية 04/11، séminaire-sur-la-modernisation-immobiliere-2012، مجلد 1، 2012.

مواقع إلكترونية:

- http://www.new7ob.com/vb/pro38217.htm ، يوم 2016/05/29 م، الساعة 23:00.

- http://www.law-dz.net، العقار الصناعي في الجزائر، يوم 2016/09/13، الساعة 23:00 .

- https://digiurbs.blogspot.com/2012/11/pdau.html- يوم 2017/09/15. توقيت 14:00.

- http://www.mouwazaf-dz.com/t9891-topic، يوم 27/ 2018/09، التوقيت: 21:00.

- وعلي جمال، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء عن عيوب المباني المسلمة لصاحب المشروع –دراسة في القانون الجزائري–، https://manifest.univ-ouargla.dz/documents/Archive/Archive%20Faculte%20de%20Droit%20et%20des%20Sciences%20Politiques/modernisation-immobiliere-2012/waali%20djamel.pdf.

https://www.commerce.gov.dz/ar/etude-de-la-demande-dautorisation-dexploitation، يوم 2018/06/24، الساعة 22:22.

- وزارة السكن، يوم 03 / 02/ 2015.www .mhu.gov.dz -

- موقع الميزان الالكتروني (البوابة القانونية القطرية)، يوم 2020/01/30.

- منتدى المقاومة، دورة لدراسة المواد المتفجرة في 2 ديسمبر 2010.

مجلة المحكمة العليا:

- مجلة المحكمة العليا الجزائر، قسم الوثائق، سنة 2011، عدد 1، الغرفة العقارية.

- مجلة المحكمة العليا، سنة 2005، العدد 1.

- مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، قسم الوثائق 2010.

- جمال سايس، الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري.

فهرس

الموضوعات

فهرس الموضوعات

مقدمة:	
الباب الأول: أحكام البناء	**11**
الفصل الأول: البناء والأحكام السابقة لإنشائه	12
المبحث الأول: ماهية البناء	13
المطلب الأول: مفهوم البناء	13
الفرع الأول: تعريف البناء	13
الفرع الثاني: المصطلحات ذات الصلة به	16
الفقرة 01: العمران	17
الفقرة 02: السكن	18
الفرع الثالث: أنواع البناء	19
الفقرة 01: من حيث طبيعة الانتفاع	19
أولا: السكني.	19
ثانيا: الاستثماري	19
الفقرة 02: من حيث خضوعه للأطر القانونية	20
الفقرة 03: باعتبار صورته الموجود عليها	22
أولا: البناء الفردي	22
ثانيا: البناء المملوك ملكية شائعة	22
ثالثا: البناء الشائع إجباريا	23
الفقرة 04:باعتبار البعد القيمي	23
أولا: البناء الأثري	23
ثانيا: البناء العادي	24
المطلب الثاني: حكمه وموضوعه العام	25
الفرع الأول: حكم البناء	25
الفقرة 01:النصوص المرغبة في البناء	25

أولا: من آي القرآن	25
ثانيا: من السنة	26
الفقرة 02:النصوص الشرعية المنفرة من البناء	27
الفقرة 03:استقراء وترجيح	29
الفرع الثاني: الإطار العام لموضوع البناء	31
الفقرة 01:موضوعه	31
أولا: العقار	31
ثانيا: الملكية	34
الفقرة 02: كيفية الحصول على الأبنية	40
أولا: التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت	40
ثانيا: الأحياء	40
ثالثا: الحيازة	47
رابعا: الشفعة	48
خامسا: العقد	50
المبحث الثاني: ضوابط تسبق عملية البناء في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.	57
المطلب الأول: أحكام البناء من حيث موقعه	57
الفرع الأول: الضوابط الخلقية الدينية للتعمير	58
الفقرة الأولى: الحاجة	58
الفقرة الثانية: عدم الإسراف	60
الفقرة الثالثة: منع الضرر	61
الفرع الثاني: الضوابط القضائية لعملية التعمير	65
الفقرة الأولى: معايير اعتبار الضرر المتقرر قضاء	67
أولا: العرف	68
ثانيا: مواقع العقار	68
ثالثا: العرض الذي رصد له العقار	69

الفقرة الثانية: تكييف المشرع الجزائري لهذه الضوابط	69
أولا: ضوابط مقررة لمصلحة البناء	70
ثانيا: ضوابط مقررة لمصلحة الغير	70
المطلب الثاني: أحكام الأرض التي يقام عليها البناء	72
الفرع الأول: الأصل (الأرض المملوكة)	72
الفرع الثاني: الاستثناء (البناء في أرض الغير)	75
الفقرة الأولى: الأرض غير المملوكة	76
أولا: في الفقه الإسلامي	76
ثانيا: في التشريع الجزائري	80
الفقرة الثانية: الأرض المملوكة للغير.	82
أولا: ما كان ملكية عامة	82
ثانيا: البناء على الملكية الخاصة للغير	85
01/البناء بحسن نية	86
أ- البناء مع شبهة الملك	87
ب- حالة الإذن المغلوط	91
02/حالة سوء النية	92
أ- من يكون سيء النية	92
ب- حالات التعدي بسوء نية	96
الفصل الثاني: أحكام تشييد البناء	**99**
المبحث الأول: ضوابط البناء خلال مرحلة التخطيط.	100
المطلب الأول: ضوابط التخطيط للبناء في الفقه الإسلامي	101
الفرع الأول: الطريق	102
الفقرة 01: الطريق العام	103
الفقرة 02: الطريق الخاص	107
الفرع الثاني: الشوارع و الرحاب	112

الفرع الثالث: الأسواق	112
الفرع الرابع: تدبير المياه	113
أولا: مياه الشرب	114
ثانيا: مياه الصرف	115
1- أنواع مياه الصرف	117
2- أحكام مياه الصرف	120
المطلب الثاني: ضوابط مرحلة التخطيط في التشريع الجزائري	126
الفرع الأول: المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير	127
الفقرة 01: مرحلة إعداد المخطط.	130
الفقرة 02: مرحلة المصادقة على المخطط	133
الفرع الثاني: مخطط شغل الأراضي	135
المبحث الثاني: ضوابط عملية البناء خلال مرحلة التنفيذ	139
المطلب الأول: قيد الجوار	139
الفرع الأول: ماهيته	139
الفقرة الأولى: مدلول الجوار في الفقه الإسلامي	140
الفقرة الثانية: مدلول الجوار عند فقهاء القانون	143
الفرع الثاني: القيود التي تفرضها علاقة الجوار	144
الفقرة الأولى: شروط اعتبار	145
أولا: حيازة الضرر(القدم والحداثة)	145
01: الضرر الحادث	146
02: الضرر القديم	150
ثانيا: أن يكون الضرر محققا	154
ثالثا: الضرر المسطر المتزايد	155
الفقرة الثانية: أضرار البناء التي يحترز منها قبل تشييد البناء	156
أولا: تعارض الغرض الذي أعد له البناء بما جاوره من أبنية	157

01: البناء في وسط الساكنة	157
02: تعارض طبيعة النشاط في الأبنية الانتفاعية	160
ثانيا: رفع البناء وتعليته على دور الجيران	161
01: ضرر التكشف و الاطلاع	161
02: حجب ضوء الشمس و سد الهواء	165
ثالثا: الإضرار بمنافع الجار في عقاره المجاور	168
01: الضرر المنقص للغلة	168
02: الضرر الذي يقطع المنفعة	169
المطلب الثالث: قيود فنية وتقنيه تتقرر لمصلحة البناء	170
الفرع الأول: القواعد الفنية	171
الفقرة الأولى: إمالة الجدار	171
الفقرة الثانية: التعلية	173
الفقرة الثالثة: وضع الخشب على الجدار	178
الفقرة الرابعة: الحفر والغرس بمحاذاة الجدر	179
الفرع الثاني: تنظيم المشرع الجزائري للضوابط الفنية	183
الفقرة الأولى: الشهادات والرخص التي تسبق العملية	183
أولا: شهادة التعمير	183
ثانيا: رخصة البناء	186
الفقرة الثانية: الإجراءات المصاحبة لعملية البناء	192
أولا: مرحلة التصميم	193
ثانيا: مرحلة التنفيذ	194
ثالثا: مرحلة المراقبة التقنية	195
الفقرة الثالثة: الشهادة التي تلي العملية (المطابقة)	196
أولا: ماهية شهادة المطابقة	197
ثانيا: من تخول له رقابة	198

الباب الثاني: أحكام البناء بعد تمام بنائه	202
الفصل الأول: أحكام الأبنية الفردية	203
المبحث الأول: الأحكام العامة الغالبة التي يتقيد بها البناء الفردي	204
المطلب الأول: حقوق الارتفاق	204
الفرع الأول: ماهية الارتفاق	205
الفرع الثاني: ما يتعلق به حق الارتفاق	207
الفقرة الأولى: حقوق الارتفاق المتعلقة بالمياه	207
الفقرة الثانية: ارتفاق يقتضيه تحصيل منفعة العقار (حق المرور)	215
المطلب الثاني: منع التعسف في استعمال الحق	215
الفرع الأول: المعيار الذاتي أو الشخصي	216
الفرع الثاني: المعيار المادي (الموضوعي)	217
المطلب الثالث: تناسب التغيرات المادية في البناء مع المخططات العامة للعمران.	221
الفرع الأول: أحكام تغيير الانتفاع بالبناء في الفقه الإسلامي	222
الفرع الثاني: التغير المادي للبناء في التشريع الجزائري	225
المبحث الثاني: تأثير علاقة الجوار على الانتفاع بالبناء	227
المطلب الأول: ضرر الصوت	228
المطلب الثاني: ضرر الرائحة و الدخان	234
الفرع الأول: ضرر ما لا غنى عنه للمعاش	234
الفرع الثاني: ضرر ما ليس بضروري للمعاش	235
المطلب الثالث: ضرر التكشف	238
الفرع الأول: فتح الأبواب على الطرقات	239
الفقرة الأولى: فتح الأبواب على الطرق النافذة	239
الفقرة الثانية: فتح الأبواب على الطرق غير النافذة	240
الفرع الثاني: فتح الحوانيت قبالة أبواب الدور	242

الفقرة الأولى: الأصل (الحق في فتح الحوانيت)	242
الفقرة الثانية: الاستثناء (مراعاة دفع ضرر التكشف عن الجار)	243
الفرع الثالث: فتح الكوى و المناور في البناء	244
المبحث الثالث: أحكام الأبنية المتلاصقة (الجدار المشترك)	250
المطلب الأول: كيف يثبت الاشتراك؟	252
الفرع الأول: قرينة الاشتراك في الجدار الفاصل	253
الفرع الثاني: هل يمكن أن يكون اشتراك تبعي خارج حدود الإرادة العقدية؟	254
الفرع الثالث: التداعي في الجدار	257
الفقرة الأولى: قرينة الاشتراك الرئيسية (العقود أو القمط)	258
الفقرة الثانية: القرائن الثانوية	262
أولا: غرز الخشب	263
ثانيا: الكوى و الأبواب	264
ثالثا: وجه البناء	265
رابعا: السترة أعلى الجدار	266
المطلب الثاني: أثر التلاصق في الأبنية	266
الفرع الأولى: أحكام الانتفاع بالأجزاء المتلاصقة (الجدار)	267
الفقرة الأولى: حالة الاشتراك	267
الفقرة الثانية: الانتفاع بالجدار الفاصل	273
الفرع الثاني: إعادة بناء الجدار المشترك أو الجدار الفاصل	281
الفرع الثالث: قسمة الجدار الفاصل	285
الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في قسمة الجدار	285
الفقرة الثانية: صفة القسمة عند القائلين بها	289
الفصل الثاني: أحكام الأبنية المشتركة (الشيوع الإجباري)	292
المبحث الأول: تأصيل الملكية المشتركة في العقارات المبنية في الفقه الإسلامي.	293
المطلب الأول: أساس ملكية العلو و السفل في الفقه الإسلامي	293

الفرع الأول: كيف ينشأ نظام الأبنية المشتركة؟.	294
الفقرة الأولى: أساس فكرة المساطحة	294
الفقرة الثانية: هل حق التعّلي حق ملكية أم حق انتفاع	299
الفرع الثاني: أثر المساطحة على ملكية السقف	301
الفقرة الأولى: ملكية السقف في الفقه الإسلامي	301
الفقرة الثانية: ملكية السقف في التشريع الجزائري	304
المطلب الثاني: آثار ملكية العلو و السفل	306
الفرع الأولى: التزامات صاحب السفل	307
الفقرة الأولى: ترميم السفل و صيانته	307
الفقرة الثانية: إعادة بناء السفل إذا تهدم	307
الفرع الثاني: التزامات صاحب العلو	310
المبحث الثاني: كيف تبنى المشرع الجزائري لفكرة المساطحة و الجوار الرأسي؟	312
المطلب الأول: ماهية نظام الملكية المشتركة في العقارات المبنية	313
الفرع لأول: تعريفه	313
الفرع الثاني: طبيعته القانونية	315
المطلب الثاني: تكييف أجزاء البناء في هذا النوع من الملكية	316
المطلب الثالث: أثر هذا التكييف	317
الفرع الأول: الأجزاء المفرزة	317
الفقرة الأولى: الانتفاع الشخصي من المالك في الشيوع الجبري	320
الفقرة الثانية: الانتفاع من غير المالك في الشيوع الجبري	322
الفرع الثاني: الأجزاء المشتركة	324
المبحث الثالث: إدارة الملكية المشتركة في العقارات المبنية	328
المطلب الأول: صفة القائم بإدارة الملكية المشتركة (إنشاء جمعية الشركاء)	328
الفرع الأول: إنشاء جمعية الشركاء	329
الفرع الثاني: من يتكفل بالسهر على تنفيذ القرارات	330

الفرع الثالث: دور جمعية الشركاء.	334
المطلب الثاني: موضوع إدارة الملكية المشتركة في العقارات المبنية	337
الفرع الأول: أعباء نظام الملكية المشتركة	338
الفقرة الأولى: الصنف الأول من التكاليف	338
الفقرة الثانية: الأعباء من الصنف الثاني	340
الفرع الثاني: دور المرقي العقاري في تنظيم الملكية المشتركة.	345
الفقرة الأولى: تحديد نظام الملكية المشتركة	347
الفقرة الثانية: ضمان انتقال النظام الإداري للجهة المخولة بذلك	349
الفصل الثالث: ضوابط هدم البناء	351
المبحث الأول: التأصيل لضوابط هدم البناء في الفقه الإسلامي	352
المطلب الأول: موجبات الهدم	353
الفرع الأول: أن يهدم البناء لتهاويه.	353
الفرع الثاني: أن يهدم البناء لخلل في إنشائه.	359
الفقرة الأولى: خلل بسبب الدراسات السابقة	360
الفقرة الثانية: أن يكون الخلل أثناء عملية البناء	360
الفقرة الثالثة: خلل مرده مواد البناء	361
الفرع الثالث: أن يهدم البناء لمصلحة	362
المطلب الثاني: أثر تهدم البناء (مسؤولية حارس البناء).	363
الفرع الأول: التأصيل الفقهي و القانوني لمسؤولية حارس البناء.	364
الفقرة الأولى: اعتلال البناء من حين إقامته	364
الفقرة الثانية: اعتلال البناء لطارئ	366
الفرع الثاني: الصفة في حارس البناء.	372
الفرع الثالث: أثر تهدم البناء على مشيديه	376
الفقرة الأولى: الضمانات الخاصة	378
أولا: المهندس	379

ثانيا: المقاول	381
الفقرة الثانية: الضمان المفترض	383
المبحث الثاني: إجراءات الهدم في التشريع الجزائري	388
المطلب الأول: الإجراءات الإدارية لعملية الهدم	389
الفرع الأول: الاجراءات الخاصة بالإدارة	392
الفقرة الأولى: التحقيق في الملف	392
الفقرة الثانية: الجهات المختصة بتسليم رخصة او قرار الهدم	393
الفرع الثاني: صدور القرار المتعلق برخصة الهدم	394
الفقرة الأولى: حالة القبول الصريح	394
الفقرة الثانية: حالة الرفض الصريح	395
المطلب الثاني: الإجراءات الفنية و التقنية لعملية الهدم	396
الفرع الأول: التدابير المتعلقة بالسلامة	397
الفرع الثاني: التدابير الفنية لعملية الهدم	399
الفقرة الأولى: موقع الهدم	399
الفقرة الثانية: معدات الهدم	401
خاتمـــــــــــــة	**408**
الفهارس:	
فهرس الآيات القرآنية	413
فهرس الأحاديث	415
المصادر المعتمدة	419
فهرس الموضوعات	461
الملخص	

الملخص:

عرفت المعمورة حضارات عديدة متوالية، وبقيت ضاربة بعمق أصالتها لأجيال متعاقبة بشواهدها الروحية والمادية، ومن أكثر تلك الشواهد البناء؛ الذي يعد محط اهتمام البشرية جمعاء منذ الأزل والهاجس الأول لكل مبتغي الاستقرار في أي مجتمع من المجتمعات، لذلك جعلت منه الشريعة الاسلامية علماً قائماً بحد ذاته، توظف فيه المبادئ والقيم الاسلامية السمحة في فقه العمران، من خلال مجموعة من الأحكام التي رسخ ضوابطها فقهاء الشريعة الاسلامية، و واكبه المشرع الجزائري أيضا بجملة من الأحكام التي تخدم الاستراتيجية المنتهجة في مجال العمران ككل والبناء على وجه الخصوص، مما دفعنا للبحث عن طبيعة هذه الأحكام والأسس المبنية عليها.

وتتبعنا تلك الأحكام بمعرفة مدلول البناء الذي يطلق على الشروع في انجازه أو بعد اكتماله والانتفاع به، حيث كان مدار احكامه بين قدسية سلطان حق الملكية وحسن الجوار في مفهومه العام والخاص، ابتداء من نية تأسيسه التي تكون بتحقيق مقاصد الشريعة بمقتضى شرعية الحقوق في الحاجة والاعتدال، ثم بعد ذلك تأتي مرحلة اختيار موضع البناء، والذي قد يكون بعقار مملوك أو للغير وهذا الأخير يوجب رد الحقوق لأصحابها مآلا دون ضرر بصاحب البناء؛ خاصة وأن ذلك غالباً ما يحدث بشبهة الملك، وفضلا عن ضابط الملكية يجب أن لا يقام البناء بموقع يضر بالغير كالمارة أو الجيران بسلبهم الحق في خصوصيتهم، أو بالتنغيص عليهم في الانتفاع بعقاراتهم المجاورة أو انتقاص منفعتهم بها لتعارض مقتضى طبيعة الانتفاع بالبناء، حيث كان فقه الترجيح والموازنة بين المصالح والمفاسد في الحال والمآل الحاسم لجزئياتها، وبنفس التأصيل رسخ المشرع الجزائري بواسطة دراسة قبلية لتحديد المناطق العامرة والقابلة للتعمير، واستصدار تراخيص تعني بضرورة عدم تعارض التصرف في الملكية العقارية بالبناء مع الاستراتيجية المنتهجة في مجال التهيئة والتعمير، ومسايرة التنمية المستدامة.

أمّا ما تعلق بتصميم وهندسة البناء فيجب أن يُعنى فيها عامل السلامة على الأرواح والأموال، وإلا أُلزِم المتسبب فيها بتعويض الضرر، و استحدث المشرع نظام الضمان العشري ليلائم صعوبة الاثبات التي تفرضها طبيعة البناء الحديث وكثرة المتدخلين، وإضافة أنّه يجب أن يكون في توجيه البناء وتخطيطه بما لا يتسبب في مضار غير مألوفة للجار خاصة ما تعلق بالتكشف عن عوراته وعياله أو منعه الضوء والهواء، وكانت وسائل التهيئة والتعمير المعتمدة من قبل المشرع الجزائري بمثابة الآلية لتفعيل تلك الأحكام المتماشية وبعض آراء فقهاء الشريعة، لكن يبقى تطبيقها تصدياً لفوضى العمران أمرا يحتاج مزيدا من البصيرة.

وتبقى مضار الجوار غير المألوفة الحاكم على الانتفاع بالبناء بعد اكتماله وجاهزيته لذلك، وحتى لو تغيرت طبيعة الانتفاع بالبناء، وهذه الأحكام متعلقة بالأبنية الفردية، أمّا خالة الشيوع الجبري التي أصل لها فقهاء الشريعة الاسلامية بأحكام العلو والسفل التي ارتكزت على بذل ما يلزم لبقاء البناء الطابقي ككل صالحا للانتفاع به على الوجه المشروع، لأن بقاء الطبقات مرهون بسلامة بعضها ممّا يفرض قيودا إضافية على حرية التصرف والانتفاع، ومع تعاظم هذه الطبقات في الوقت الراهن والأساس القانوني لوجودها، أصبح تلك الأحكام العامة وجود نظام إداري يلبي الاحتياجات ويحفظ البناء الطابقي، دون الاخلال بمتطلبات الخصوصية وأيضا الأحكام العامة، كما قد تؤدي الضرورة أو المصلحة إلى هدم البناء مع مراعاة عدم الإضرار، إلاّ أنّ لم يوفق المشرع الجزائري في استحداث منظومة متكاملة من حيث الجانب التقني للهدم الاضطراري و وسائله.

ويهدف بيان تلك الأحكام إلى فتح آفاق البحث في فقه العمران والبناء لمواكبة الأنماط العمرانية الحديثة ومواكبة التطلعات المستقبلية في المجال.

Abstract :

Our planet has known many civilizations in a row, which has remained deeply rooted in its authenticity for successive generations with its spiritual and material evidence, one of the most constructive, which has been the focus of the attention of all humanity since time immemorial and the first concern of all those who want stability in any society, hence I made it Islamic law is a science in itself, in which the tolerant Islamic principles and values are employed in the jurisprudence of urbanization, through a set of provisions that have been established by the jurists of Islamic law, and also accompanied by the Algerian legislator with a number of provisions that serve the strategy adopted in the field of urbanization. As a whole and constructive in particular, we have been searching for the nature of these provisions and the foundations on which they are based.

We have followed these provisions by knowing the meaning of the building, which is called the initiation of the construction, which is called the completion and use of it, where the course of its judgments between the sanctity of the sultan of the right of property and good neighborliness in its public and private concept, starting with the intention of establishing it, which is to achieve the purposes of **Sharia** under the legitimacy of the rights in need and moderation, and then comes the stage of choosing the place of construction, which may be owned by a property or otherwise, and the latter requires the restitution of the rights of its owners without harm to the owner of the building, especially since this often occurs under suspicion. The king, in addition to the property officer, should not build a site that harms others, such as passers-by or neighbours by depriving them of the right to privacy, or by singing them to use their neighbouring properties or to diminish their benefit to conflict with the nature of the use of construction, where the jurisprudence of weighing and balancing interests The damage sins immediately and the decisive fate of their parts, and in the same routine, the Algerian legislatively established by a tribal study to identify the areas that are old and capable of reconstruction, and the issuance of licenses means that the disposal of real estate property by building should not conflict with the strategy adopted in the field of preparation and reconstruction, and in keeping with Sustainable development.

As for the design and engineering of the building, the safety factor for lives and money must be addressed, otherwise the causative person is obliged to compensate the damage, and the legislator has introduced a ten-year guarantee system to accommodate the difficulty of proof imposed by the nature of modern construction and the large number of participants, In addition, it must be in the direction and planning of the building so as not to cause unusual harm to the neighbor, particularly with regard to the disclosure of his or her eyes or the prevention of light and air, and the means of preparation and reconstruction adopted by the Algerian legislator were the mechanism to activate these provisions in line with Some of the opinions of sharia scholars, but their application in response to the chaos of urbanization is still foresight.

Even if the nature of the use of the building changes, and these provisions is related to individual buildings, the aunt of the algebraic community, to which the jurists of the Islamic sharia are based on higher and lower provisions that were based on I have to do what is necessary to keep the floor building as a whole fit for use in the legitimate way, because the survival of the layers depends on the safety of some of them, which imposes additional restrictions on the freedom of action and use, and with the growing of these layers at the present time and the legal basis for their existence, these are the general provisions The existence of an administrative system that meets the needs and preserves the floor building, without violating the requirements of privacy as well as general provisions, as may lead to the demolition of the building, taking into account the non-harm, however, the Algerian legislator has not succeeded in developing an integrated system in terms of the technical aspect of forced demolition and its means.

This statement identifies the horizons of research in the jurisprudence of urbanization and construction to keep pace with modern urban patterns and keep pace with future aspirations in the field.

ملخص الأطروحة:

لما كان البناء المطلوب الأول من متاع الحياة الدنيا، و مظهرا مجليا للحضارة في قيمها الروحية و الاجتماعية، كان أكثر المعاملات التي تعظم فيها المشاحة بتحصيله و تفاصيل تشييده، ثم الانتفاع به على الوجه الذي تقتضيه المصلحة، إلى غاية الآثار الناتجة عن هدمه اختياراً أو هدمه اضراراً، لهذا تناوله فقهاء الشريعة الإسلامية في المذاهب الأربعة بأحكام متباينة في أصولها حتى بالمذهب الواحد، بين مغدق في إقرار سلطان الملك ومطلقٍ له العنان ما لم يترتب ضرر على العامة أو الخواص، و بين من يرى بتقييد هذه السلطات ابتداءً، وعلى هذا التأصيل كان امتداد تلك الأحكام إلى منظومة التعمير في التشريع الجزائري من خلال عديد القوانين و المراسيم، حيث عمل المشرع الجزائري على استباق عديد الأضرار في شتى المراحل بواسطة الضبط الإداري العمراني، المكرس من خلال الرخص و الشهادات.

الكلمات المفتاحية:

البناء؛ العمران؛ السكن؛ أضرار البناء؛ مخطط التعمير؛ مضار الجوار؛ رخصة بناء؛ رخصة هدم؛ مقرر هدم؛ الضبط الإداري العمراني.

نوقشت يوم 2021/05/25

بتقدير مشرف جدا