الاحتراز لمضار الجوار قبل البناء في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

Precaution against the harms of the neighborhood before building in Islamic jurisprudence and Algerian legislation

باقل علي- طالب دكتورة علوم
جامعة وهران1 - الجزائر
bakkeali@gmail.com

إشراف: أحسن زقور- أستاذ التعليم العالي
جامعة وهران1 - الجزائر
البريد الإلكتروني

تاريخ الارسال: 2019/11/05	تاريخ القبول: 2020/10/10	تاريخ النشر: 2022/01/25

ملخص :

بنيت مضار الجوار في المباني على معيار عدم الألفة المتسم بالمرونة و الشخصية، ممّا يُعَسر من جبرها و تدارك آثارها، ممّا يستدعي البحث كيف احتاط لها فقهاء الشريعة الاسلامية و ما الضوابط الاحترازية قبل الشروع في عملية البناء، و كيف تبنى المشرع الجزائري بالتأصيل لتلك القواعد بما ينسجم و النمط المعماري الحديث؟.

ليكون الجواب ما سيُسفر عنه استقراء عديد النوازل في الفقه الإسلامي على اختلاف المذاهب الفقهية و كذلك النّصوص القانونية من خلال الوقوف على أكثر دواعي مضار الجوار المتمحورة غالبا في موقع البناء و الغرض الذي أُعِدّ له البناء و تحديد طبيعة الضرر المحدق بالجار سواء في شخصه أو في منفعته، إضافة إلى ما يجب مراعاته من شروط تقنية تتعلق بارتفاعه و توجيهاته التي تضمن له التهوية و الاستنارة المناسبة، لنخلص أن أصل الخلاف الفقهي **شرعاً** أو قانون**ياً في** هذه المسائل قائم على جدلية ما يعنى بالرعاية في حال تصادم سلطان الملك و حق الجوار.

الكلمات المفتاحية: بناء؛ الجوار؛ ضرر غير مألوف؛ تعلية؛ تعارض المنافع.

***المؤلف المرسل: باقل علي- طالب دكتورة**

Abstract:)

The harmfulness of the neighborhood in buildings is based on the criterion of non-familiarity characterized by flexibility and personal, making it difficult to repair and correct its effects, which calls for calls for how the jurists of Islamic law and precautionary precautions were taken before the construction started, and how did the Algerian legislator adopt these rules, including Carillons and modern architectural style?

The answer will be the result of extrapolation in many cases of Islamic jurisprudence on different doctrines as well as legal texts by identifying the most damaging aspects of neighborhoods often centered on the construction site and the purpose for which the construction was prepared and determining the nature of the damage suffered by the neighbour in addition to what must be taken into account the technical conditions related to height and the advice that ensures ventilation and illumination to conclude that the origin of the legal dispute is legitimately or in these matters is based on the controversy of precaution in the event of a collision between the sovereignty of the king and the right of neighbour.

Keywords: building; neighbourhood; unusual damage..

مقدمة:

تعتبر قاعدة رفع الضرر من أكثر القواعد التي يقتضيها الطبع الاجتماعي للإنسان، و أكثر ما يُجَليها مضار الجوار غير المألوفة التي لا تأخذ شكلا محددا لاتسامها بمعيار مرن يتماشى و النظم العمرانية زماناً و مكاناً، و أصل الخلاف حول نطاقها في جدلية الإجابة عن السؤال: أيٌّ أولى أن يُعْنى به؛ حرية التصرف في الملك أم الحفاظ على علاقة الجوار؟، يُضَافُ إليه أنّ إزالة الضرر دائر بين الالتزام الديني الأخلاقي و الالتزام القانوني القضائي، مما يقتضي العمل بمبدأ: "أن التصدي للأسباب أخف حِملا من علاج المُسَبَبات"، و هذا الذي أسفر عنه استقراء آراء الفقهاء في كثير من نوازل زمانهم المتماشية و النمط العمراني آنذاك، و سار المشرع الجزائري على حذوها في تشريعاته التي تحترز لمضار الجوار

قبل حدوثها، ليكون الإشكال المطروح، ما دواعي مضار الجوار غير المألوفة و كيف يحترز منها عند كل من فقهاء الشريعة و التشريع الجزائري؟.

وإعمالا للمنهج الاستقرائي التحليلي ارتأينا معالجة هذا الإشكال من خلال بيان أسباب مضار الجوار التي غالبا ما ترجع إلى أصلين، الأول يتعلق بطبيعة الغرض الذي أعدّ له البناء، والثاني يهتم بالمواصفات التقنية المتعلقة بهندسة البناء وتوجيهه، بحيث يمكن من خلالهما تكريس قاعدة الاحتياط مضار الجوار قبل وقوعها والتي تستوعب جميع أنماط العمران على اختلافها.

المطلب الأول: تعارض الغرض الذي أعدت له الأبنية المتجاورة.

كثيرا ما يتصرف الشخص في ملكه تصرفاً محضاً بمقتضى ما يمنحه سلطان حق الملكية، ودون تعمد إلحاق الضرر بالغير، غير أن الضرر كان نتيجة حتمية لتعارض الغرض الذي أعدت له العقارات المتجاورة، كأن يُقَامَ بناءٌ مخصص للانتفاع وسط الساكنة، أو أن تتعارض طبيعة الأنشطة المنتفع بها من حيث ما تتطلبه من خصوصة.

الفرع الأول: إنشاء بناء نفعي وسط الساكنة

نظراً لاستئثار الأبنية المعدة للسكن بخصوصية يتطلبها الاستقرار العائلي و حرمة البيوت بسترها عن الانكشاف المنتهك لخصوصيتها، لهذا يحتاج تقدير اِعتبار الضرر اللاحق أو المحدق بها تكييفاً خاصاً في حال تعارض المصالح و المفاسد بين الجيران و اعتبارها في الحال و المآل، بعكس تلك التي تتطلبها الأبنية المعدة للانتفاع التي يصطلح قانوناً بالأبنية الصناعية أو المعدة لاستقبال الجمهور، فوجود هذه الأخيرة وسط السكان ينجم عنه أضرار متفاوتة تنغص على النّاس حياتهم أو توهن أبنيتهم، و هذا الذي تولى بيان أحكامه فقهاء الشريعة الإسلامية من المالكية[1] و كذا الحنابلة[2] و الشافعية[3] و الأحناف[4] في نوازل إحداث الأرحى و الحمامات على السكان لما فيها من ضرر الأصوات التي تبعثها الآلات المستعملة و كذا الروائح المنبعثة منها و أيضاً النداوة و الرطوبة، و الأحكام جمعها ما أجاب به القاضي عياض في سؤاله عن نازلة على هذا النحو: " جوابك رضي الله عنك في دارين متلاصقتين لرجلين أراد أحدهما أن يبني في داره حماما فقال له صاحب الدار الثانية، إن بنيته أضر ذلك بساكني الدار الثانية، و شهد فيه أهل البصر بالبناء، و ثبت العقد عند قاضي موضعهما فهل ترى . وفَّقك الله . بعد إثبات هذا العقد أن يباح له البناء حتى يستبين الضرر بعد البناء، أم يمنع من البناء بما ثبت عند القاضي ...

الجواب: إذا كان الأمر على ما ذكرته في ذلك فله أن يمنع الباني للحمام من بنائه قبل أن يبنيه وبعد أن يبنيه، وهو المشهور في المذهب، وهو الذي كان يعضده الخبر الصحيح فاعلم ذلك وبالله التوفيق "[5].

وعند استقراء هذه النازلة نجد أنّ الضرر المعتبر يمنع قبل البناء وبعده متى حديثا طارئا ثابتاً من أهل الاختصاص، حتى وإن كان تصرف الجار نابعا من سلطان الملك، ويقاس على الحمام الفرن للحديد وتسبيك الذهب والفضة، وكل ماله مضرة بالجدر وهذا قول مالك[6]، والمتفق فيه بين المذاهب الفقهية الأخرى[7]، غير أن إعمال "قاعدة الضرر يزال" يبيح الفقيه العارف بمسائل البناء 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[8].

و بالنسبة للقانون المدني فيشترط ألا تخالف المنشآت قواعد المخطط التوجيهي المعماري من تغيير لموقع المشاريع أو الإخلال بالارتفاقات العامة[9]، و ذلك باشتراط ما تفرضه اللوائح من مسافات قانونية فيما يحول دون أضرار الجوار و النظام العام، و هذا ما يستفاد من نص المادة 712 حيث تنص :" يجب أن تنشأ المصانع و الآبار و الآلات البخارية و جميع المؤسسات المضرة بالجيران على المسافات المبينة في اللوائح و بالشروط التي تفرضها "، و بذلك فالمشرع لم يحدد نوعا خاصاً من الضرر، بل هو متروك على إطلاقه بشرط أن يكون معتبراً ، بل إن المشرع يضع إجراءً احتياطياً للتصدي لأغلب الأضرار المحتملة، و ذلك باحترام اللوائح و الأنظمة ممّا يعني استصدار رخصة من الهيئة الوصية مسبقاً، كتراخيص إنشاء المباني التي تستعمل مكبرات الصوت بشكل مقلق للراحة، أو الملوثة للهواء[10]، فإن حدث ضرر غير متوقع لسوء تقدير أو تبصر، فإنه يظل محكوماً بالقواعد العامة لإزالة الضرر، و هذا وفقا لمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر الثاني للقاعدة القانونية[11]، خاصة فيما يخص الأحكام المتعلقة بمواقع حوانيت الدِّباغة في الفقه الإسلامي[12]، و المُؤيد في القضاء الجزائري في القرار رقم 410719 بتاريخ 2007/09/12 م تحت مبدأ: " لا يحق لمالك العقار التمسك بالرخص و مطابقة الأشغال لقواعد العمران قصد إعفائه من مسؤولية مضار الجوار. تسلم هذه الرخص تحت شرط مراعاة حقوق الغير"[13].

الفرع الثاني: تعارض طبيعة النشاط في الأبنية الانتفاعية.

ينتقي النّاس غالبا لمزاولة أنشطتهم الصناعية و التجارية أماكن معينة يتم تهيئتها حسب طبيعة النشاط الممارس فيها من حيث المساحة و النظافة ...، تسهلا لقاصديها

تلبية احتياجاتهم دون تعسير عليهم، لكن طبيعة الأنشطة الممارسة المتجاورة قد تتباين فيما بينها في الخصوصية، فما يلزم حوانيت الكسوة ليس ما تتطلبه أفران النار، و ما تتطلبه حوانيت التي يكثر فيها الضرب ليست كدور الضيافة أو الفنادق [14].

أمّا منع المنفعة نتيجة تعارض النشاط الممارس في الأبنية فإنه محل خلاف بين فقهاء المالكية[15] و فقهاء الأحناف[16]، كاتخاذ حانوت للطبخ بين البزازين، إعمالا لقاعدة يتحمل الضرر الخاص دفعا للضرر العام[17]، أي الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف و نفس الرأي لدى فقهاء الشافعية على سبيل المثال من باب أن جمع المفارقات لا يصح عقلا، 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 "[18] ، و هذا لأن التعارض في طبيعة المنفعة من شأنه أن يحول دون مقصود كليهما أو أحدهما، أمّا مثل هذه المسألة في الفقه الحنبلي فلم يتناولها الفقهاء إلاّ من باب عموم النهي عن المضارة بالجار[19]، وفق الضوابط المذكورة آنفاً، غير أنّ فقهاء المالكية تفردوا بتفصيل مسائل الإضرار بمنافع الجار في عقاره المجاور، و المنبثقة عن تكييف الضرر الحادث و أيضاً مدى مشروعية المنافسة في الانتفاع بالعقارات، فهل يمكن اعتبارها من الضرر؟، و إن أُعْتُبِرَ كذلك فما معياره في كلٍّ من انتقاص المنفعة و إبطالها بالكلية؟.

1: الضرر المنقص للغلة.

الضرر المنقص للغلة ينشأ عن المزاحمة في الاسترزاق نتيجة تشابه النشاط الممارس كإحداث حانوت قبالة الآخر يتجر بنفس السلعة أو رحى قرب الأخرى، و هذا يعطي للزبائن الخيار فيمن يقضون عندهم حوائجهم، فهذا عند جمهور المالكية لا ضرر فيه، ولا يجب قطعه بحال من الأحوال، لأن ذلك ليس من الضرر المعتبر المنغص على الناس عيشهم، و هو معهود في عرف التجار بمُسمى المنافسة المشروعة، وهو محتمل لكليها، حيث قال صاحب التحفة:

فإن يكن يضّر بالمنافع كالفرن بالفرن فما من مانع[20].

غير أن هناك رأيا شاذا في المذهب المالكي يرى بمنع ضرر نقص المعاش نتيجة المنافسة، في مسائل من أحدث ما يوجب نقصاً في الغلة يُكَيَفُ من الضرر المعتبر، و به أفتى ابن أبي زعبل و ابن عتاب[21].

2 : ضرر حادث يقطع المنفعة.

قد ينشأ الانتفاع بالعقارات بحكم موقعها أو بحكم طبيعة الانتفاع بها ضرر يحول دون الانتفاع بالعقارات المجاورة لها كبناء بجوار أنادر، أو رحى أسفل من الآخر أو أعلى منها، كما جاء في النوادر و الزيادات:" قال ابن حبيب قال ابن الماجشون فيمن أراد أن ينشئ رحّى في أرضه تحت رحاء لغيره أو فوقها، و ذلك مضِّر فليس ذلك له، و يمنع وقال أُصبغ: لا يمنع من ذلك، و إن كان فيه بعض الضرر على من الساقية فوقه أو تحته، ما لم يكن ضررا مفسدا أو مبطلاً، و أمّا ما فيه الانتفاع و الاعتمال فإن كان فيه بعض الضرر فلا يمنع"[22]،و يستنتج من هذا النّص و غيره أنّ الضرر القاطع للمنفعة يختلف باختلاف طبيعة المنفعة، أن قول الجمهور في أغلبها بعدم المنع، و هو قول متقدمي المالكية[23]، بحجة أنّه تصرف في خالص الملك.

أمّا القول الآخر بمنع الضرر القاطع للمنافع، و هو قضاء ابن يونس و ابن بطال بحجة سد الذرائع أمام المفاسد، بحيث يفضي إباحة هذا النوع من الضرر و التساهل فيه، إلى إبطال مقصد تداول المال، و يُفضي بأرباب المال و القدرة إلى إبطال أموال كثيرة[24]، و أن التذرع بحرية التصرف في الملك مطية التعسف في استعمال الحق، و القول أنّ الإضرار بالمنافع ليس من الضرر المعتبر شرعاً ولا يترتب عليه المنع من التصرف، هو فتوى فقهية ملائمة لزمانهم[25] حيث كانت النفوس ما تزال على الفطرة، و إلى هذا الرأي اتجه فقهاء الحنابلة، بضرورة منع الضرر الحادث في بعض أوجهه، و تكون هذه التصرفات في مقام التعدي على ملكية الغير، كإجراء ماء الصرف في أرض الجار[26].

أمّا هذه المسألة في القانون فإنها تكون مشمولة بالقواعد العامة للضرر، و القواعد التنظيمية المتعلقة لمزاولة الأنشطة التجارية سواء التصنيعية منها أو التداولية، و المسافات و الضوابط القانونية التي يجب مراعاتها بالنسبة للأوساط السكنية أو الصناعية و التجارية، و هذا ضمانا لسير أفضل للمرفق العام.

المطلب الثاني: رفع البناء و تعليته على الجيران

لا ينحصر ضرر ارتفاع البناء في الاطلاع عما جاوره من الدّور، فقط بل يتعداه إلى سد الضوء و الريح عما جاوره من عقارات مبنية كانت أو غير مبنية كالأنادر مثلاً، و تجدر الإشارة أن القانون لم يورد ضرر التكشف كقيد على ارتفاع البناء إلاّ إذا انطوت عليه القواعد العامة لدفع مضار الجوار، و إنّما وضع له سياقا آخر في باب القيود التقنية و

الفنية حسب ما نصت عليه أحكام المرسوم التنفيذي 91- 175 المؤرخ في 28 مايو 1991 يحدد القواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء.

الفرع الأول: ضرر الاطلاع و التكشف

يترتب هذا الضرر نتيجة ارتفاع موقع البناء أو رفعه، **و هو** من أضرار الجوار المعتبرة التي لاقت إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية و أيدها التشريع الجزائري و الاجتهاد القضائي؛ لانتهاكها للخصوصية.

1- البناء بأرض مملوكة تقع بربوة مرتفة: قد يكون الموقع مطية الإشراف، فهذه المسألة تفرد بها بعض فقهاء المالكية[27] و هذا لكونهم أكثر المذاهب تشديد في منع ضرر الاطلاع و يعتبرونه 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: لا يمنع من البناء. و هو قول ابن حبيب و أصبغ و مطرف و ابن الماجشون و ابن حبيب، بأن للشخص أن يبني في مرتفع بأرضه يشرف على دور جيرانه أو مورد قرية، لأن إشراف المكان على الدّور كان قبل البناء، و كان المكان بحد ذاته مُطَلعاً عليهم[28]، لكن لا يمكنه أن يتخذ في هذا المكان كوى يطلع منها عليهم و إلاّ عُدت من قبيل التعسف في استعمال الحق سواء كان المُطَلَعُ دورهم أو ما يكثر ترددهم عليه بالعيال كمورد الماء أو البساتين[29]، وهذا ما يستنتج ممّا جاء في النوادر و الزيادات :" 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 و شبه ذلك مُنِع، فإن كان لإشراف مكانه فقط لم يُمْنَع و إن وجد عنده مندوحة، قالا: و إن كان يطل من بنيانه على دور جيرانه فلا يُمْنع هذا إذا كان ذلك الشرف على دورهم قبل البناء"[30]، حيث يستخلص:

أنّ عامل السبق للبناء يُعد دليلاً على عدم تَقَصُد المضارة بالجيران، و هذا الأمر ساري في كل ما أُحْدِثَ و يخشي ضرره، بحيث لا يتقرر الإنشاء أو الإحداث.

في حالة تأكد الضرر و صار بمرتبة التحقق على الجار و العامة، خاصة إذا وجد عنه بديلاً، فإن لم يكن عنه مندوحة يُلْجأ إلى الموازنة بين هذه الأضرار و يدفع أكبرها[31].

القول الثاني: بمنع البناء بهذا المكان ما لم يكن له عنىً عنه، و كان المرتفع لا يصلح لشيء غير البناء[32]، قول عيسى ابن دينار، و يبدوا أن هذا المعيار لم ينبني أصالة على منع

الضرر في مثل هذا الحال، و إنّما بُنيَ على حالة الاضطرار التي تجعل الباني في حاجة بمثل هذا المكان.

2- تعلية البناء على الجار: لا ينجم عن تعلية فقط ضرر الإشراف على الجيران، فقد يتعداه لسد الهواء و منع ضوء الشمس، الذين يوفران فوائد صحية عديدة لساكني الدار، و هما أمران يجب اعتبارهما من أول البناء من حيث موقعه و توجيهه و تصميمه، رغم تباين آراء الفقهاء:

القول الأول: لا يمنع مطلقا.

تقلد هذا الرأي فقهاء بعض الشافعية[33]، و الحنابلة[34]، و متقدمي المالكية[35]، استناداً إلى مبدأ حرية التصرف في الملك، و أن منع صاحب الأرض من إعلاء بنائه هو عين الضرر الواجب درؤه[36]، حيث قال البهوتي:" و له تعلية داره و لو أدى إلى سد الهواء عن جاره"[37] ، غير أن بعض فقهاء المالكية يمنعون تعلية البناء على دور المسلمين إذا كان مُحْدِثه كافرا، و هو قول الأستاذ الطرطوشي:" يمنع الكافر من تعلية بنائه على المسلم"[38]، و هذا لأن شره في التكشف على دور من جاوره من المسلمين لا يُؤمن في الغالب من تردده على هذه الأماكن العالية من بيته، لقضاء حوائجه التي قد يصعب تقديرها من حيث وقتها.

أمّا فقهاء الشافعية فقالوا أيضاً بالمنع استناداً لحرية التصرف في الملك، و أن الضرر المعتبر و الواجب دفعه هو الإشراف[39] و ليس البناء في مرتفع أو رفع البناء، و هذا إعمالاً لقاعدة "الضرر لا يزال بالضرر"[40].

القول الثاني: يمنع مطلقا. جمهور المالكية و المشهور عند الأحناف.

أصل هذا الرأي قوله صلى الله عليه و سلم: "لا ضرر ولا ضرار"، و هو قول الإمام مالك و المشهور عند الأحناف[41]، إذْ لا يحق لأحد مسلما كان أم كافراً تعلية بناءه على جاره خاصة إذا ما تأكد الضرر[42]، حيث ورد في المدونة بخصوص مسألة الرجل يفتح كوة في داره يطل منها على جاره: "قلت: فلو أن رجلاً بنى قصرا إلى جنب داري، و رفعها عليّ، و فتح فيها أبوابا و كوى، يشرف منها على عيالي و على داري، أيكون لي أن أمنعه في قول مالك؟، قال: نعم، يمنع من ذلك و كذلك بلغني عن مالك"[43]، و يمنع ضرر التكشف حتى لو كان من أعلى صوامع المساجد، لأن الضرر بالصعود إليها متكرر، و هو جواب عن نازلة إحداث الصوامع أعلى الديار[44]، في مقارنة بينها و بين 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، و حتى الإنذار قبل الآذان، في حد ذاته يعتبر ضرراً.

القول الثالث: يمنع إذا ما تقصد الضرر.

ذهب جمهور الفقهاء من متأخري المالكية و متقدمي الأحناف إلى التوسط بين الرأيين السابقين، فحرية التصرف في الملك لا يجب أن يكون هذا مبرراً للإضرار بالجار، في التطلع على بيته و كشف عورات سترتها البيوت، و المقصود بالتكشف هنا هو البعد أو المكان الذي يتميز فيه زيد من عمر و الذكر من الأنثى و الحسن من القبيح[45]، حيث أُنظِم بالتحفة:

و إن يكن تكشفاً فلا يقر بحيث الأشخاص تبين و الصور

يمكن أن يتلخص الخلاف الفقهي تمحور حول هذا الرأي بإجماع فقهاء المذاهب الأربعة بأن الاطلاع و التكشف من الضرر المعتبر، لكن اختلفوا في مدى جسامته مقارنة بالحد من حرية التصرف في الملك، لهذا رآى متأخري فقهاء المذاهب الأربعة بالاحتيال للضرر دون تقييد سلطان الملكية، كأن تبنى ستارة تمنع صاحب البناء من الإشراف على جاره في قول مالك و أحمد[46]، أو يتخذ الجار المُشْرَف عليه ما يحول دون اطلاع الجار على خصوصيته في ملكه، كأن يبني في ملكة جدار يسد به ضرر الكوى حتى و إن أبطل منفعتها حسب رأي الشافعية[47].

أما هذه المسألة في القانون فإنها تضبط بأحكام ابتدائية فضلا عن ضابط الملكية و ضابط منع الضرر، بحيث يتم دراسة كل هذه المسائل مسبقا وفق ما تتضمنه ملفات طلب رخصة البناء (الملف الإداري ، و الملف المتعلق بالهندسة المعمارية، و الملف التقني) و التي يتم دراستها من قبل الهيئات المعنية بتسليم هذه الرخصة التي يُقدم إليها الطلب حسب ما تقضي به المادة 48 مرسوم تنفيذي رقم 15 – 19 مؤرخ في 25 يناير 2015، يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير و تسليمها، يضاف إليها ما تقرره الأحكام المتعلقة بالمسافات القانونية لإحداث الكوى و النوافذ و المطلات، و التي يجب مراعاتها بالنسبة لمن أراد إقامة بناء جديد، حيث نصت المادة 1/709 :" لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة مترين، و تقاس 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، و هنا قد يُحْتاج لمسافة أكبر.

أمّا لو كان المطل منحرفاً بحيث لا يحدث التكشف إلا من مسافة تكاد توصف بالتلاصق، و يقصد بالمطل المنحرف :" هو الذي لا يستطاع الإطلال منه مباشرة على ملك الجار إلاّ بالالتفات يمينا أو شمالا"[48]، و هذا 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".

الفرع الثاني: حجب ضوء الشمس و الهواء

رفع البناء لا ينجم عنه حصراً ضرر الاطلاع فقط، بل يتعداه إلى أضرار أخرى كسد فضاء الهواء و حجب ضوء الشمس، و الذي شملته أحكام مخصوصة في كل من الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري.

أولا: الفقة الإسلامي:

اختلف الفقهاء في الاعتداد بضرر منع الضوء و الريح، بين من رآه ضروري لمزاولة أنشطة الحياة اليومية، إضافة إلى الفوائد الصحية في منع الرطوبة و تجفيف الهواء داخل الدّور، لكن تعددت الاعتبارات التي على إثرها تباينت الآراء حتى في المذهب الواحد.

المعيار الأول: ينبني هذا المعيار على الخلاف الفقهي حول تزاحم الأضرار و أيها أولى بدرئه، فهل يمنع صاحب الملك من التصرف في ملكه، أم أن دفع الضرر عن الجار أولى؟.أخذ بهذا الاعتبار فقهاء المالكية و الحنابلة، و الذي تمخض عنه قولان:

القول الأول: جواز رفع البناء وهذا رأي الجمهور من متقدمي المالكية و الشافعية و الحنابلة.

رأى متقدمي فقهاء المالكية و الشافعية بعدم الاعتداد بضرر منع الريح و الشمس لتعارضه مع سلطان الملكية، خاصة إذا تأكد لصاحب البناء مصلحة ظاهرة في رفع بنائه[49]، و قال بعضهم تجنباً لهذا الضرر يُجعل شباك مكان تعلية الجدار[50].

و كذلك قال الحنابلة بجواز تعليه السطح لكن ليس لصاحب الأعلى أن يصعد إليه[51]، و يدل هذا على أن الضرر المعتبر و الذي يقضى بمنعه الاطلاع و التكشف، لأنه ضرر محض ولا يلتبس بالحاجة، بعكس منع الهواء و الضوء، 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 و الريح هو نقصان أجرة الدار أو ثمنها و لهذا لا يحتج بحديث:" لا ضرر و لا ضرار" في هذا المعرض[52].

القول الثاني: بينما اعتبر بعض فقهاء المالكية من المتأخرين أن هذا ضرر و يقضى بإزالته، و قالوا:" إذْ لا ضرر أكبر من أن يمنع الإنسان جاره الضوء و الريح من غير نفع يعود عليه في ذلك"[53].

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 الدار كوتان و يمكن الكتابة من خلال الأخرى فهذا لا يمنع، ولا يلتفت إلى الباب لأنه يحتاج إلى الغلق في غالب الأحيان[54]، و يبدو أن الاعتبار الذي قال به الأحناف في سد الضوء المانع قضاء الحوائج، و ضرب مثال الكتابة، يطرح إشكالية مدى مسايرته لوقتنا الحالي لإمكانية الاستنارة بالمصابيح الكهربائية و التهوية بالمكيفات، أم يفترض التوسع في مفهوم الحاجة لكي تستوعب الفوائد الصحية؟.

ثانيا: موقف المشرع من رفع البناء.

إقرار من المشرع الجزائري بالفوائد العديدة لنور الشمس و مرور الهواء إلى المساكن، و لما له من ضرورة في التصدي لعدد كبير من الأوبئة جراء انعدامه، فقد أباح حرية إحداث المناور في القانون المدني، وكان أكثر حرصاً على ضرورة وصول النور و الهواء في الأبنية الجماعية خاصة عند إنشاء المدن الجديدة و العمارات بضبط الحجم و الموقع و التي جاء بها المرسوم التنفيذي 91- 175 المحدد للقواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء، 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.

و يمكن 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".

كما زاد المشرع حرصا على ضرورة وصول الهواء و النور إلى البنيات ذات الاستعمال السكني كونها الأولى بهذا الامتياز لاستقرار و ملازمة 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 و كذا الأرضية التي يقام عليها كأن كانت مبسوطة أو متحدرة[55]، و إذا حتمت الأوضاع مخالفة القواعد الفنية المنصوص عليها قانون أو المتعارف عليها ميدانياً، فإنّ ذلك يكون بقرار من الوزير المكلف بالتعمير بعد استشارة الوالي المختص إقليمياً[56].

الخاتمة:

بما أن أضرار الجوار غالبا ما تعود إلى التعارض في المصالح، خاصة فيما يتعلق منها بالعقارات المبنية، لأن في تحقيق و تقرير أحد مصالح الجارين نفي لمصلحة الآخر أو انتقاص منها، الأمر الذي حتم على فقهاء الشريعة الإسلامية وضع بعض الضوابط و المعايير التي من شأنها الحيلولة دون وقوع الضرر، بما ينسجم و الواقع المعيش و الذي تجلى من خلال التباين فيما أفتى به المتقدمون و المتأخرون ممن عايشوا تطور فن العمارة الإسلامية و استحدثوا من الوسائل التي يحتالون بها للضرر، خاصة و أن حقل الخصوصية بدأ يتقلص بفعل مستجدات الحياة، و هذا ما انعكس فيما أخذ به المشرع الجزائري من خلال المخططات التوجيهية للتهيئة و التعمير التي لا تلقى التطبيق الحرفي على أرض الواقع، ممّا يَنُم على إعمال كل من الفقه و التشريع لمبدأ الاحتياط للضرر غير المألوف، و أن الضرر ليس نوعا واحد ليتم استيعابه بأحكام توقيفية.

لكن ومع تطور الحياة وإمكانية الاحتراز للضرر خاصة المتعلق بالتهوية والرؤية بعدد من اللآليات الحديثة، وفي المقابل ظهور مضار جديدة كتلك المتعلقة بتركيب أبراج الاتصالات، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري متأخرا في مواكبتها للتصدي لأضرار الجوار الحديثة خاصة وأننا نصدم بصعوبة إثباتها من الناحية العملية، مما يستدعي البحث في

آلية تشريعية إحترازية لتوقيها قبل البناء من خلال دراسات استراتيجية يُنَظر لها مختصون في البيئة وعلم الاجتماع والصحة ...، ويحتويها وينظمها التقنين.

الهوامش

[1] - أبي الحسن علي بن علي الرجراجي، مناهج التحصيل و نتائج لطائف التأويل في شرح المدونة و حل مشكلاتها، تقديم د: علي علي لقم، اعتناء: أبو الفضل الديماطي أحمد بن علي، ط 1، المركز الثقافي المغربي، الدار البيضاء، المغرب.ج 9، ص 321.

[2] - ابن قدامة المقدسي، الكافي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية الاسلامية، دار هجر، الجيزة، ط 1، 1417ه/ 1997م.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، تحقيق و تعليق: الشيخ أحمد عادل عبد الموجود، و الشيخ علي محمد معوض، عدد الأجزاء 13 ، ط خاصة، 2002 م، دار عالم الكتب، الرياض.ج 8، كتاب القضاء، مسائل شى ، ص 153.

[5] - القاضي عياض وولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام ، تقديم و تحقيق و تعليق: د- محمد بن شريفة، ط1، دار الغرب الاسلامي، لبنان، 1990 م، كتاب نفي الضرر ، ص 91 .

[6] - أبي الحسن الرجراجي، مناهج التحصيل و نتائج لطائف التأويل في شرح المدونة و حل مشكلاتها، ج 09 ، ص 321 .

[7] - أحمد محمد سعيد السعدي، أحكام العمران في الفقه الإسلامي، ط1، 1431ه/ 2010 م دار الرواد للنشر، دمشق سورية، ص 420.

[8] -أبي الحسن الرجراجي، مناهج التحصيل و نتائج لطائف التأويل في شرح المدونة و حل مشكلاتها، ج 09 ، ، ص 63 .

[9] - 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، ص 28 .

[10] - قوراري مجدوب، الحماية القانونية للجوار من منظور عمراني بيئي - دراسة مقارنة- ، أطروحة دكتورة قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2015/2014 ، ص 206.

[11] - المادة الأولى من القانون المدني.

[12] - أبو العباس العباس أحمد ابن يحي الونشريسي، المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية و الأندلس و المغرب، تحقيق جماعة من الفقهاء بإشراف د. محمد حجي، د ط، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، المغرب، 1401ه/ 1981م. ، ج 9، ص 446.

[13] - مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص ، ص 353.

[14] - أحمد بن يحي الونشريسي ، المعيار ، ج 8، ص 457.

[15] - أحمد بن يحي الونشريسي ، المعيار ، ج 8، ص 468.

[16] - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 7، ص 492،

[17] - ابن نجيم الحنفي، الأشباه و النظائر، و بحاشيته نزهة النواظر على الأشباه و النظائر، للمحقق: محمد أمين ابن عمر المعرف بابن عابدين،تحقيق د: محمد مطيع الحافظ، د ط، دار الفكر دمشق، قاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام، ص 74.

[18] - أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، اعتناء حسان عبد المنان، دون ط، دون سنة ط، بيت الأفكار الدولية، الرياض، السعودية.، الأم ، ج 5، باب الاستبراء ، ص 96.

[19] - 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 ه/ 1999 م،ج 1، كتاب الصلح، ص 779.

[20] - أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود و الأحكام، ط1، تحقيق محمد عبد السلام محمد، دار الأفاق العربية، القاهرة،1432ه/ 2011 م، ص 103.

[21] - أحمد بن يحي الونشريسي، المعيار ، ج 8، نوازل من الضرر و البنيان ، ص 458.

[22] - أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات ، تحقيق: الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1999 م، ج 11، ص 76.

[23] - علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام، ضبط و تصحيح: محمد عبد القادر شاهين، ط 1، 1998م ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج 2، باب الضرر و سائر الجنايات، ص 558.

[24] - أحمد بن يحي الونشريسي الونشريسي ، المعيار، ج 8، فصل ما ي يوجب نقصا في الغلة، ص 462.

[25] - أحمد بن يحي الونشريسي الونشرسي، المعيار، ج 8، فصل ما ي يوجب نقصا في الغلة، ص 463.

[26] - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، تحقيق :محمد أمين الضناوي، ط 1، 1418ه/ 1997 م، دار عالم الكتب ، بيروت، لبنان.، ج 3، ص 118.

[27] - برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم المعروف بابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام، تخريج و تعليق: الشيخ جمال مرعثلي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1416 ه/ 1995 م.، ص 261.

[28] - أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 38.

- ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 261.

[29] -أحمد بن يحي الونشريسي، المعيار، ج 9، ص 20.

- علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة ، ج2، ص 570.

[30] - أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات، ج 11، ص 38.

[31] - أحمد بن يحي الونشريسي، المعيار، ج 8، فصل من أحدث ما يخشى ضرره، ص 447.

[32] - ابي عبد الله محمد ابم ابراهيم اللخمي المعروف بابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، تحقيق و دراسة فريد بن سلمان، 1999م، مركز النشر الجامعي، ص 77.

[33] - ابي عبد الله محمد ابم ابراهيم اللخمي المعروف بابن الرامي البناء، الاعلان بأحكام البنيان، تحقيق و دراسة فريد بن سلمان، 1999م، مركز النشر الجامعي،ج 2، ص 243.

[34] - 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 امتدت 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، د ت، دار إحياء التراث العربي بيروت ـ لبنان، 1419ه،ج 5، باب الصلح، ص 194.

[35] - ابن الرامي البناء ، الاعلان بأحكام البنيان ص 73.

[36] - عبد الرحمان بن أحمد بن محمد بن فايع، أحكام الجوار في الفقه الاسلامي، دار الأندلس الخضراء، جدة، ط1، 1416ه/ 1995 م. ص 105.

[37] - 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، 1421ه/ 2000 م، مؤسسة الرسالة، لبنان، ج3، باب الصلح و أحكام الجوار، ص 422.

[38] - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج 2، باب الأقضية و الشهادات، ص 387.

[39] - 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، 1421ه/ 2000 م، مؤسسة الرسالة، لبنان، ج 1 ، 181.

[40] - بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، المنثور في القواعد فقه شافعي، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ط 1، 1421 ه/ 2000 م، دار الكتب العلمية ، بيروت.، ص 71.

[41] - المرجي الثقفي، الحيطان – أحكام الطرق و السطوح و الأبواب و مسيل المياه و الحيطان في الفقه الإسلامي- ، تحقيق محمد خير رمضان يوسف، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، لبنان،ط 1، 1414 ه/ 1994م . ، ص 193.

[42] - ابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 8، ص 154.

[43] - الامام مالك، المدونة، ج 4، ص 475

[44] - القاضي عياض، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، باب نفي الضرر، ص 91.

[45] - علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 2، ص 560.

[46] - شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، جواهر العقود و معين القضاة و الموقعين و الشهود، ط 2، د سنة ط، ط مصورة على نفقه الأديب محمد سرور الصبان، السعودية، ج 2، ص 172.

- ابن قدامة المقدسي، الكافي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية الاسلامية، دار هجر، الجيزة، ط 1، 1417ه/ 1997م، ج 5، ص 161.

[47] - أبي الحسن يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في المذهب الشافعي، اعتناء: محمد قاسم النوري، دار المنهاج، د ط، دسنة ط، ص 265.

[48] - رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارئ، الوجيز في الملكية و الحقوق العينية التبعية، د ط، جامعة بنها، مركز التعليم المفتوح، ص 70.

[49] - الامام مالك، المدونة ج 4، كتاب حريم الآبار،ص 476

[50] - 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، ط خاصة 1423ه- 2003 م، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، ج 3، كتاب الصلح، باب التزاحم في الحقوق، ص 445.

[51] - ابن قدامة المقدسي، الكافي ، ج 7، كتاب الصلح، ص 53.

[52] - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، تحقيق :محمد أمين الضناوي، ط 1، 1418ه/ 1997 م، دار عالم الكتب ، بيروت، لبنان، ج 3، ص 117.

[53] - علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 2 ، ص 570.

[54] - ابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 8، ص 154.

[55] - المادة 23 المرسوم التنفيذي 91- 175 المحدد للقواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء.

[56] - المادة 25 المرسوم التنفيذي 91- 175 المحدد للقواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء.