مجلة كلية القانون والعلوم السياسية العدد (١٢)

المسؤولية المدنية عن المضار الفاحش للجوار

م.م. حسن عباس جمال العبيدي

الجامعة العراقية – كلية الآداب

المستخلص

الجوار ضرورة اجتماعية والقانون اعطى للمالك حرية التصرف في ملكه إلا أنَّ هنالك قيود تفرض على المالك من اهمها التزامات الجوار وهي عدم الاضرار بالجار ضرراً فاحشاً ، وإن الاضرار العادية يمكن التجاوز عنها والتسامح فيها، وهذا الضرر يخضع لعدة اعتبارات في تقديره وبتحقق هذا الضرر فان ذلك يعرض محدثه للمسؤولية المدنية التي تفرض عليه التعويض المناسب للمتضرر. ولا شك في أنّ أضرار الجوار كانت وما تزال في مقدمة المسائل القانونية التي نالت اهتمام الباحثين القانونين بالدراسة , فموضوعاتها ما هي إلا ترجمة حية لواقع الحياة في المنازعات اليومية بين الجيران وأحكامها تمثل الحلول القانونية . وإذا كان الفكر القانوني المعاصر قد استقر على تقرير مبدأ المسؤولية المدنية عن الضرر الفاحش , فان الفقه الإسلامي قد عرف المسؤولية عن هذا الضرر ، فالباحث في كتب هذا الفقه يجد أنّ الفقهاء المسلمين عبروا عنه بالمصطلح نفسه . وبذلك يمكن القول إنّ موضوع البحث قديم ومتجدد ، ويعتبر من الالتزامات ذات الطبيعة الخاصة التي تفرضها علاقات الجوار.

Abstract

The neighborhood is a social necessity, and the law has given the king the freedom to dispose of his property, but there are restrictions imposed on the owner, the most important of which is the obligations of neighborhood, which is not to harm the neighbor with outrageous harm, and that ordinary harms can be overlooked and tolerated, and this harm is subject to several considerations in his estimation. An updater of civil liability, which imposes appropriate compensation on him. There is no doubt that the harms of the neighborhood were and are still at the forefront of legal issues that have attracted the attention of legal researchers in the study. Their topics are nothing but a vivid translation of the reality of life in daily disputes between neighbors and their rulings represent legal solutions. And if contemporary legal thought has settled on establishing the principle of civil liability for gross harm, then Islamic jurisprudence has defined responsibility for this damage, so the researcher in the books of this fiqh finds that Muslim jurists expressed it in the same term. Thus, it can be said that the topic of research is old and renewed, and is considered one of the special obligations imposed by neighborly relations

المقدمة

حق الملكية من الحقوق التي تخول المالك بأن يتمتع فيها بكامل الحرية في التصرف بملكه بموجب القانون إلا أنَّ هذه الحرية ليست مطلقة في جميع الاحوال ، إذ ترد عليها قيود يتحتم بموجبها على المالك الالتزام بها ، وإلا تترتب عليه المسؤولية . ومن ابرز هذه القيود هي التزامات الجوار ، حيث أنَّ للمالك الحق في استخدام ما يملك بشرط عدم الغلو في استخدامه لحقه الى حد يلحق الضرر الفاحش أو غير المألوف الى جاره ، وإلا تحققت مسؤوليته تجاه جاره نتيجةً لما تسبب به من ضرر لهم ، كما إنَّ حق الملكية يتقيد بعدم مغالاة المالك في استعمالما يملك استعمالاً يضر بجاره ضرراً يجاوز الحد المألوف ، لذا يجب على المشرع أنَّ يقف على مسافة واحدة من جميع اشخاصه ومن هم مشمولون بولايته ويسعى لتحقيق المساواة واقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة .

اهمية البحث :

ومساءلة المالك عما يسببه لجيرانه من ضرر موضوع مهم بالنظر لما يثيره من صعوبات نظرية وعملية وخير دليل على ذلك ما تقدمه علاقات الجوار السيئة من معين لا ينضب للدعاوى اما القضاء ، فالمالك متى ما تجاوز حدود الحق أو تعسف في استعمال حقه فهو يسأل بمقتضى القواعد العامة إذا تجاوز الحدود الموضوعية لحقه.

اهداف البحث:

إنَّ وجود القانون كقاعدة سلوكية اجتماعية إنما يعزى لحماية الحقوق ووضع حدود لها وأنّه لا يمكن تصور حماية قانونية مطلقة للحق دون قيود أو حدود فيكون بالتالي كفالة القانون لحق شخص يحيى وسط مجموعة من الاشخاص بشكل مطلق ، سيؤدي هذا القول حتماً الى انتهاك حقوق اناس اخرين مما سيترتب عليه عموم الفوضى وعدم الاستقرار ، وهنا يبرز دور القانون في عموميته وتجريده ، وبالتالي تتجلى بذلك اهمية البحث من خلال هذا المنطلق .

اشكالية البحث:

تبرز اشكالية البحث في بيان ماهية الضرر الذي يوجب المسؤولية هل هو أي ضرر أم لابد أنَّ يكون ضرراً فاحشاً أو غير مألوفاً؟ واذا حصل الضرر فما هو الاساس القانوني الذي يبرر التعويض عن هذا الضرر؟ وعند حصول الضرر الفاحش فما هو الاثر الذي يترتب عليه؟ .

منهجية البحث :

سنتبع في في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن ، حيث يتم تحليل التشريعات ذات العلاقة بموضوع البحث ومحاولة تطويع الاحكام الواردة فيها على نحو يسهم في بناء اساس قانوني سليم للمسؤولية عن المضار الفاحش للجوار .

المبحث الاول
مفهوم مضار الجوار

لابد من التعرف على ماهية مضار الجوار التي يترتب عليها المسؤولية ،فأغلب الاحيان يمارس المالك فيما يملكه وفي حدود ملكيته كل ما يخوله القانون له من استغلال واستعمال ، ولا توجد سوء نية أو قصد الاضرار بالآخرين ، إلا أنَّه بالرغم من ذلك إذا كان الضرر فاحشاً أو غير مألوف يترتب على محدث الضرر المسؤولية وعليه لابد من بيان ما هو الضرر الموجب للمسؤولية وما هو معيار هذا الضرر . وعليه نقسم المبحث الى مطلبين:

المطلب الاول: ماهية مضار الجوار .

يعيش الانسان بطبيعة في مجتمعات تتطلب التجاور فيما بينهم ونتيجة لهذا التجاور تنشأ بطبيعة الحال الالتزامات فيما بينهم يكون منها ما هو اخلاقي كالاحترام والتقدير المتبادل وتحمل ما قد يلحق بهم من اضرار ناشئة عن علاقات الجوار ما دام أنّها من قبيل الاضرار العادية المألوفة ، وقد جرى التعبير عن هذه الالتزامات بما يعرف بالالتزامات الجوار. وعلى الرغم من انها فكرة قديمة حيث نادت بها الشريعة الاسلامية السمحاء[١]، وعرفها القانون المدني الفرنسي القديم(١٨٠٤م) ، فإنها لم تتخذ اهمية خاصة إلا في العصر الحديث بفعل التطور في كافة مجالات الحياة وازدياد النشاط الاقتصادي وكثرة المصانع التي تبعث الضوضاء وانبعاث الغازات السامة والروائح الكريهة وغير ذلك مما يؤذي الجيران ويقلق راحتهم .

وبدأت الاضرار التي يلحقها المتجاورون ببعضهم البعض تخرج عن الحد العادي وتؤدي الى حدوث اضرار غير متوقعة وغير قابلة للتحمل لذا كان لا بد من البحث عن اطار تشريعي لهذه المضار بما يضمن حقوق المتجاورين وعدم الاضرار بهم. ومن هنا ظهرت نظرية مضار الجوار غير المألوفة ، والتي استمرت في التطور حتى اصبح لها طابعها الخاص واستقلاليتها في القواعد العامة في المسؤولية المدنية[٢].

وقد أَورد القانون المدني العراقي نصوصاً خاصة بالتزامات الجوار كما هو الحال في اغلب التشريعات العربية[٣]، فقد نص عليها بالمادة (١٠٥١/ ف١) على أنَّه : (لا يجوز للمالك أنَّ يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً ، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أو قديماً) وبالنظر للنص نجد أنَّ المشرع اشترط أنَّ يكون الضرر فاحشاً في حين لم يبين ما المقصود به ، ولهذا يتعين الرجوع الى الفقه الاسلامي الذي اقتبس منه المشرع هذا المعيار ، والضرر الفاحش كما عرفته المادة (١١٩٩) من مجلة

(١) فقد روي عن النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) قوله : (ما زال جبريل يوصني بالجار حتى ظننت أنَّه سيورثه) صحيح البخاري ، باب كتاب الآداب ، باب الوصاة بالجار ،ج٨، ص١٠ ، رقم الحديث ٦٠١٤، والى غير ذلك من النصوص بهذا الشأن .

(٢) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد /٨ حق الملكية ، الطبعة الثالثة الجديدة ، نهضة مصر ، بلا سنة طبع ، ص ٦٩٤.

(٣) نص القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م عليها بالمادة (٨٠٧) .

الاحكام العدلية ((هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أي يجلب له وهناً ويكون سبب انهدامه)) ، أما الضرر غير الفاحش فهو الذي يؤدي الى منع أو تعطيل المنافع التي لا تعتبر من الحوائج الاصلية كسد الهواء والنظارة ومنع دخول ضوء الشمس ، أما سد الضوء بالكلية فهو ضرر فاحش .

فإذا احدث رجل بناءً يسد به شباك بيت جاره وصار لا يقدر على القراءة معها من الظلمة فله أنَّ يكلفه برفعه (م/١٢٠١)[٤] من مجلة الاحكام العدلية ، ويقابله الضرر غير المألوف في القانون المصري ومعيار الضرر غير المألوف يستفاد من نص المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري ، ومن اجل تحديد كون الضرر مألوفاً أو غير مألوفاً يرجع القاضي الى العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للأخر ، والغرض الذي خصصت له[٥]، ويرى بعض الفقه أنَّ الضرر غير المألوف اوسع نطاقاً من الضرر الفاحش[٦]، ونرى خلاف ذلك فبالرغم من تشابه المعنيين ، حيث أنَّ كلاهما يصبان في معنى واحد وهو الاضرار الجسيمة التي يصعب تحملها وتؤدي الى إستحالة الاستمرار في ظل هذا الضرر المتسبب به الجار، إلا إنّ الضرر الفاحش قد لا يقتصر على المعيار الموضوعي في اعتبار الضرر وإنما قد يتمثل في المعيار الشخصي ، فيراعى في تحديد مضار الجوار غير المألوفة طبيعة العقارات وما يسود في هذه المدينة من اعراف وتقاليد كذلك يكون لظرفي الزمان والمكان الاهمية البالغة في تحديد الضرر فضلاً عن الغرض الذي خصص له العقار ،وهو معيار موضوعي والعبرة في ذلك بحالة الشخص المعتاد ، في حين أنَّ للضرر الفاحش بالإضافة الى ما تقدم قد ينظر اليه من معيار شخصي فقد يصاب الشخص المصاب بأمراض تنفسية أو يعاني من ضيق في التنفس بالضرر الفاحش اكثر من الشخص العادي من جراء الغازات أو الابخرة والروائح التي يتسبب بها احد الاشخاص لجاره ، وعليه يكون الضرر الفاحش في مفهومه هذا اوسع نطاقاً من الضرر غير المألوف.

المطلب الثاني: شروط مضار الجوار

ويشترط لتطبيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة توافر شرطين اساسيين هما:

أنَّ تكون هذه الاضرار ناجمة عن علاقات الجوار.

لتحديد الاضرار الناجمة عن علاقات الجوار لا بد من بيان صفة الجوار

(٤) وقد عرفت المادة (٥٩) من مرشد الحيران الضرر الفاحش وميزت بينه وبين الضرر غير الفاحش بقولها : (الضرر الفاحش ما يكون سبباً لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الاصلية أي المنافع المقصودة من البناء ، وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الاصلية فليس بضررٍ فاحش)). وقد ذهبت محكمة التمييزالاتحادية الى أنَّ ما يعتبر ضرراً فاحشاً في الشريعة الاسلامية يمكن اعتباره كذلك في ظل القانون العراقي (قرار رقم ٨٣٠ /ص/٩٦٨ في ١٤/٥/ ١٩٦٨ م).

(٥) ينظر ا– محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، ج/١ العاتك لصناعة الكتاب ، المكتبة القانونية ، بدون سنة نشر ، ص ٧٢.

(٦) ينظر د. شروق عباس فاضل ،د. اسماء صبر علوان ، مضار الجوار غير المألوف ، بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية ، وعلى الرابط الاتي : https://www.iasj.net.

التـي تتسـبب بهـذه الاضـرار ، لذلـك نتنـاول بيـان صفـة الجـوار .

صفة الجوار :

ينقسم مفهوم الجوار الى الجوار من حيث الاشخاص ومن حيث الاموال :

اولاً: مفهوم الجوار من حيث الاشخاص :

يتضمن الجوار من حيث الاشخاص توفر صفة الجوار للطرفين الشخص المتضرر والشخص المسؤول عن الضرر على حد سواء ويكون الجوار بحسب ما متعارف عليه من حيث تجاور الاشخاص سواء في السكن أم في العمل فكل شخص مجاور لآخر هو بحكم الجوار ، إلا أنَّ المشرع لم يوضح صفة الجوار حيث نص في المادة (١٠٥١) عند حديثه عن مضار الجوار اقتصرها على المالك فقط دون غيره ممن يشغل العقار سواء كان مؤجراً أم منتفعاً منه ، فقد لا يكون مسبب الضرر هو المالك وانما من يشغل العقار هو من تسبب بالضرر لجاره ، بحكم استغلاله له ولا ذنب للمالك في احدث هذا الضرر، متأثراً بما اخذت به التشريعات العربية الحديثة[٧]، فلم يحدد ما إذا كانت الاحكام متعلقة بمضار الجوار تقتصر على الاشخاص المالكين دون غيرهم ، وانما اشار بعبارة الجار، والجار قد يكون مالكاً أو غير مالك للعقار ولكنه يحجزه بصورة شرعية ومن ثم فان الاحكام المتعلقة بمضار الجوار غير المألوفة تشمل الاشخاص المالك وغير المالك للعقار، سواء كان مدعياً أم مدعى عليه لان المسؤولية المدنية في هذه الحالة تستند الى حالة الجوار بصرف النظر عما اذا كان للجار صفة اخرى غير المالك للعقار[٨]. لهذا يجب أنَّ تكون فكرة الجوار غير المألوفة مرتبطة بنوع النشاط الصادر منه بغض النظر عن من كان شاغلاً للعقار مالكاً أو غيره ، ويبدو أنَّ استعمال المشرع لمصطلح المالك كان في وقت كانت فيه الملكية تمثل الوضع القائم وإنَّ المضار غير المألوفة لم تكن بالخطورة التي ظهرت في الوقت الحاضر، وعليه يجب التوسع في مفهوم الجوار ليشمل كل من يشغل العقار دون الاقتصار على المالك .

ثانياً : مفهوم الجوار من حيث الاموال .

ويقصد بالأموال هنا الاملاك العقارية ويكون بهذا المعنى عقار كل من المسؤول عن الضرر مجاوراً لعقار المتضرر ، فهل يشترط أنَّ يكون التجاور متلاصق للعقارين أم لا يشترط ذلك، وهل للاسبق في التملك الحق ام لا ؟ .

كانت فكرة الجوار بمفهومها التقليدي قاصرة على الجوار الملاصق[٩]، إلا أنَّ الاخذ بالمفهوم التقليدي لصفة الجوار في نطاق الاضرار الناجمة عن التلوث البيئي لا يتناسب وطبيعة هذه الاضرار فالأدخنة والغازات السامة من المصانع الكيميائية لا تطال فقط الجوار الملاصق لها بل قد تتجاوزهم الى مجاورين بعيدين نسبياً عن الجار مسبب الضرر ، الامر الذي دفع بالفقه الى التوسع في معنى مفهوم الجوار[١٠].

(٧) انظر المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري .

(٨) ينظر ،علي فيلالي ،الالتزامات ، الفعل المستحق للتعويض ،ط ٣، ٢٠١٥ م ، موقم للنشر ، الجزائر ، ص ٢٦٢-٢٦٣ .

(٩) وهو ما اشارت اليه المادة (١٠٥١/ف٢) بقولها : (وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره من جراء حفر أو اعمال اخرى تحدث بالعين المجاورة له أنَّ يتخذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر...).

(١٠) ينظر، عمار محمد الشيخلي ، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة الناجمة عن التلوث البيئي (دراسة=

وعليه فقد يتحقق الضرر ولو لم تكن العقارات متلاصقة أو هي بعيدة بعض الشيء طالما أنَّ المسافة لا تمنع وقوع الضرر ، ولذلك يجب عدم حصر المسؤولية عن مضار الجوار بالتلاصق المطلق للعقارات(١١)، وإنما الذهاب بمفهوم ذلك الى كل ضرر يتسبب به سواء أكان من الغازات المنبعثة أو الروائح الكريهة ... الى غيرها من الامثلة التي تلحق اضراراً غير مألوفة بسبب جوارها لسكان المدينة أو الحي بالرغم من أنّها غير متلاصقة بمساكنهم وبالتالي يستحقون التعويض عليها .

وقد يثار في هذا الموضوع مسائلة اثر الاسبقية في التملك هل لها اعتبار في منع المسؤولية ام لا ؟ وفكرة الاسبقية بمعناها أنَّ يكون محدث الضرر هو الاسبق في التملك وممارسة النشاط وفيما بعد ذلك يسكن الجار المتضرر ويكون لاحقاً لوجوده ، فهل يمكن القول بأن الجار المتضرر كان على علم بما يمارسه الجار من نشاط قد يتسبب له بضرر وبالرغم من ذلك قبل بالسكن بجواره ، وبعبارة اخرى هل يمكن القول بقبول الجار ضمناً بهذا الضرر باعتباره مألوفاً ، وقد اثارت هذه المسألة خلافاً حاداً في الفقه والقضاء المقارن الى اتجاهات مختلفة ، فمنهم من يرى بعدم امكانية المطالبة بالتعويض عن الاضرار على اعتبارهم قد علموا بالأضرار الناتجة عن سكناهم هنا وبدى أنَّ الضرر مألوف لديهم وكذلك كانوا على علم بالضرر مسبقاً ، فقد اعتبر ذلك موافقه ضمنية بالضرر ، وقد اخذت بعض المحاكم العربية بهذا الاتجاه(١٢).

وذهب اتجاه اخر الى رفض فكرة الاسبقية المنفردة واستبدالها بفكرة أسبقية الاستغلال الجماعي ، ويقصد بهذه الفكرة أنَّ طبيعة الضرر مألوفاً أو غير مألوف يكون بحسب الحال على طبيعة المنطقة التي يسكنها الجار المتضرر ، ومعنى الاسبقية الجماعية للاستغلال تكون عائقاً امام الجار المتضرر على اعتبار أنَّ الضرر أصبح مألوفاً من مجموع ما يقطن في المنطقة أو الحي ، وبالتالي فإنّه إذا عمد عدد كبير من الملاك الى ممارسة نشاط معين بحيث يغلب على هذا الحي ذلك الطابع فلا يجوز للمالك الذي يأتي بعد ذلك ويسكن الحي أنَّ يشكو من الاضرار التي تلحق به من الجيران، غير أنَّ هذا الرأي لم يلق تأييداً لدى جانب من الفقه حيث لا يمكن الاخذ به بصورة مطلقة إذ أنَّه يتيح الفرصة للشخص السابق في التملك أو الاستغلال في فرض ارادته على الجار الطارئ بحيث يضطر لأن يختار نوع الاستغلال الذي سلكه من سبقه وإلا عليه أنَّ يتحمل اضراره دون الحق في الرجوع عليه ، كما أنَّ القول بأن الجار قد ارتضى ضمناً تحمل هذه الاضرار قول غير منطقي فالأصل في التعبير عن الارادة هو التعبير الصريح، والاستثناء هو التعبير الضمني(١٣).

وذهب رأي الى التفرقة بين امرين الأول أنَّ يكون الاستغلال الضار سابقاً لاستثمار

=تحليلية مقارنة)، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية على الشبكة الدولية للمعلومات وعلى الرابط :https://www.asjp.cerst..

(١١) ينظر، اسماء مكي ، المسؤولية عن مضار غير المألوفة ، دكتوراه علوم القانون خاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ٠١، ٢٠١٦، ص٣٥.

(١٢) عبد الرحمن علي حمزة ، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٦ م ، ص ٤٦٦.

(١٣) د. اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الاصلية ، ١٩٦٩ ، بدون مكان نشر ، ص ١٣٤.

الجار لأرضه ، والثاني أنَّ يكون الاستغلال الضار سابقاً على تملك الجار المتضرر لأرضه وهذه الاسبقية تحول دون المسؤولية ، وقد انتقد هذا الرأي لأنه يؤدي الى الغاء التفرقة التي بدأ فيها ، حيث يتحمل المالك الحالي للأرض المجاورة للمصنع مثلاً وقت انشائه النقص في قيمة الارض فيكون البائع أي المالك السابق من يتحمل الضرر(١٤) . وذهب رأي اخر الى التفرقة على أساس الاضرار التي يمكن إزالتها والاضرار التي لا يمكن إزالتها ، ففي الاولى يجب على المالك المتسبب بالضرر ازالتها ، وأما بالنسبة للأضرار التي لا يمكن إزالتها فيعفى فيها المالك من المسؤولية على أنَّ تكون المضار غير مألوفة وظاهرة غير مخفية(١٥).

وقد اخذ المشرع العراقي بمبدأ الأسبقية ونص في المادة (١٠٥١/ الفقرة ٣) منه على أنَّه : (وإذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً ، فجاء آخر وأحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه أنَّ يدفع ضرره بنفسه) ومن خلال هذا النص يبدو أنّ المشرع العراقي قد اخذ بمبدأ الاسبقية ، وما يفهم من العبارة الاخير من هذا النص أنَّ للمالك اللاحق أنَّ يزيل الضرر بنفسه ، وانما اريد منها أنَّ على من يتضرر أنَّ يدفع ضرره بنفسه أي إنّ شاء اتخذ من الاحتياطات ما هو كفيل بدفع الضرر عنه ، وإنَّ شاء تحمل الضرر(١٦).

ومن كل ذلك نرى أنَّ المشرع قد وفق بالأخذ بمبدأ الاسبقية في التملك إلا أنَّ القول بالأخذ به بشكل مطلق يؤخذ عليه إذ لابد من أنَّ تكون ظاهرة غير مخفية عندها يمكن القول بعدم المسؤولية ، ولكن كيف الحال إذا تعمد المالك إخفائها أو التستر عليها أو أنَّ المضار غير ظاهرة بحيث لا يستطيع الشخص المعتاد التعرف عليها ففي هذه الحالة لا يمكن القول بإعفاء المالك من المسؤولية .

كما أنَّ مضار الجوار لا تقتصر على العقارات فقط بل تتعدى الى نطاق الاموال المنقولة ايضاً وكما هو الحال في انتشار مولدات الكهرباء في الاحياء السكنية ببلدنا العزيز نتيجة لرداءة واقع الطاقة الكهربائية ، وكما معلوم لما تتسبب به هذه المحركات التي تعمل بالديزل من اصدار ضوضاء وتلوث بيئي اثناء عملها والأمثلة كثير على ذلك منها الآلات والمكائن والسفن والطائرات ...وغيرها من المنقولات.

ب- وقوع الضرر الفاحش (غير المألوف).

المراد بالضرر غير المألوف هو الضرر الذي يزيد عن الحد المعهود فيما يتحمله الجيران عادةً بعضهم من بعض بحكم الجوار ، فاذا زاد عن هذا كان ضرراً غير مألوف ،يوجب التعويض عنه (١٧).

ووفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية يشترط لقيامها أنَّ يكون هنالك ضرر قد لحق بالغير سواء كان ضرراً جسيماً أو يسيراً ، إلا أنَّ الامر يختلف بالنسبة لنظرية

(١٤) د. عبد المنعم البدراوي ، الحقوق العينية الاصلية ، ط٢، ١٩٧٢،بدون مكان نشر ، ص ١٢٤-١٢٥.
(١٥) عبد الحميد عثمان محمد ، احكام حق الملكية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨م، ص ٩٩-١٠٠.
(١٦) محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، مصدر سابق ، ص٧٨.
(١٧) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، طبعة دار النهضة العربية ، ج٢، فقرة ٤٢٩ ، ص٦٩٦.

مضار الجوار غير المألوفة إذ يشترط لها أنَّ تكون المضار المدعاة تشكل اعباءً غير مألوفة أي تتجاوز الحد المألوف والمتسامح فيه بين الجيران . وقد اكدت المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي على وجوب أنَّ يكون الضرر غير مألوف بتعبيرها عنه بأنّه ((الضرر الفاحش)) بقولها : (١- لا يجوز للمالك أنَّ يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً ، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أو قديماً)[١٨]، ومن خلال النص يتضح أنَّ المشرع العراقي لم يضع معياراً محدداً للضرر الفاحش ، وبذلك يكون قد فسح المجال واسعاً لاجتهادات الفقه والقضاء في الحكم لكل حالة على حده ، كما أنَّ المشرع المصري بيّن في المادة (٨٠٧/ ف٢) أنَّ يراعى في تحديد معيار الضرر (العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة للآخر ، والغرض الذي خصصت له ....).

وفي هذا الصدد في شرحه لهذه المادة يقول الاستاذ السنهوري ما نصه ((فنرى من ذلك أنَّ معيار الضرر غير المألوف ، معيار مرن ويواجه الحاجات المتغيرة ويستجيب لمقتضيات كل منها وهو معيار موضوعي لا معيار ذاتي فلا حاجة لحالة الجار الذاتية ، وإنّما العبرة بحالة الشخص المعتاد وهو شخص من اواسط الناس يزعجه ما يزعج الناس ويتحمل ما جرى العرف أن يتحمله بين الجيران)[١٩].

ويرى جانب من الفقه الى عدم الاخذ بالظروف الشخصية والاكتفاء بالجانب الموضوعي ، فمثلاً عامل القماش والجلد تتأثر صناعته بالدخان المتصاعد من معمل قريب يقع على مقربة من هذا المصنع ، أو الشخص المصاب بأمراض تنفسية فجميعهم من حقهم ازالة الضرر ، لذلك لا بد من الاعتداد بالظروف الشخصية قانوناً ، أي أنَّ هنالك اعتبارات قانونية توجب عدم الاخذ بها ، إلا أنَّ الخلق والمروءة والتسامح يفرض الاخذ بها احياناً[٢٠]، فقواعد العدالة والانصاف تتطلب الاخذ به .

(١٨) والضرر الفاحش وفقاً لمجلة الاحكام العدلية الذي نصت عليه بالمادة (١١٩٩) : (هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية ، يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى ...).

(١٩) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص٦٩٧.

(٢٠) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ،حق الملكية ، ج١، ١٩٦٠-١٩٦١ م ، ص ٨٩.

المبحث الثاني
الاساس القانوني لمضار الجوار الفاحش

يقصد بأساس المسؤولية ، الاسباب والاعتبارات التي تدفع المشرع الى القاء عبء التعويض عن الضرر على عاتق شخص معين ، وبالرغم من اتفاق شراح القانون المدني على اختلاف شرائعهم القانونية ، على أنَّ المالك مقيد في استعمال ملكه بعدم إلحاق الضرر بجاره من شأنه قيام المسؤولية المدنية في حال مجاوزته للحد المسموح به ، إلا أنَّهم اختلفوا في تحديد الاساس القانوني الذي تبنى عليه هذه المسؤولية ، فهو يستعمل ملكه في حدود حقه ، ولا يصدر منه تعدٍ على ملك جاره ، فضلاً عن أنَّه لم يصدر تقصير منه في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع هذا الضرر ، كما أنَّه لا يقصد في استعماله في حدود ملكه ايقاع اضرار بالغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة ، ولكن مع ذلك تقوم المسؤولية التقصيرية في حال مجاوزة الاضرار المترتبة على فعله الحد المتسامح فيه بين الجيران .

وقد اختلف الفقه القانوني في تحديد الاساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية عن مضار الجوار في اتجاهات شتى ، فذهب البعض الى أنَّ الاساس هو نظرية التعسف في استعمال الحق أو (اساءة استعمال الحق) ، وذهب اخرون الى أنَّ الاساس هو نظرية الخطأ ، وذهب رأي ثالث الى أنَّ الاساس هو نظرية تحمل المخاطر أو تحمل التبعية ، وغيرهم ذهب الى أنَّ الاساس هو التزام قانوني أو عرفي ، ولكل منهم رأيه ووجهة نظره ، ونتناولها بالمطالب الاربعة الاتية :

المطلب الاول: التعسف في استعمال الحق

ويطلق عليها ايضاً مصطلح مرادف هو (اساءة استعمال الحق) وهذه النظرية ليست وليدة اليوم والامس القريب بل هي فكرة قديمة[٢١] .

ويرى فريق من فقهاء القانون (سالي وجوسران) الى أنَّ اساس المسؤولية عن مضار الجوار هو تعسف المالك أو غلوه في استعمال حقه فيسأل عن هذا التعسف أو الغلو أو اساءة استعمال حقه ويعوض المتضرر عن هذا الضرر[٢٢]، واستند انصار هذا الاتجاه في وجهة نظرهم الى القول أنَّ نظرية التعسف في استعمال الحق تقوم على فكرة وسط بين المذهب الفردي المطلق الذي يقول بحرية المالك في التصرف في ملكه من جهة، والمذهب الاجتماعي الذي يلغي الحقوق اساساً ويجعل للملكية وظيفة اجتماعية من جهة اخرى ، فهي تعترف بالحق وبحرية المالك في استعماله لتحقيق مصالح مشروعة ، ولكنها تقيده من حيث منعه من التعسف في استعماله ، وبذلك تؤمن

(٢١) ينظر د. ابراهيم صالح حسن ، مضار الجوار غي المألوفة واساسها القانوني ، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية وعلى الرابط : https://www.iasj.net.

(٢٢) ينظر. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ م ، ص ٣٦٠ . د. عبد المنعم البدراوي ، شرح القانون المدني المصري ، الحقوق العينية الاصلية ، ط٢ ، بند ٨١ ، د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، ج١ ، ص ١٣٧ .

مصلحة المالك من حيث عدم اقامة المسؤولية بمجرد تحقق الضرر[٢٣].

وقد نص المشرع العراقي[٢٤]على نظرية التعسف في المادة (٧) بقولها : (١- من استعمل حقه استعملاً غير جائز وجب عليه الضمان . ٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية : أ-إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير . ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة). ويذهب الاتجاه السائد في الفقه اليوم الى اعتبار الضرر الفاحش (غير المألوف) تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال[٢٥]. إلا أنَّ اراء الفقهاء تعددت بشأن تحديد معيار التعسف في استعمال الحق أي منهما الذي تلجأ اليه وتعتمده لبيان ما إذا كان تصرف الشخص يعتبر عملاً مشروعاً أو تعسف في استعمال حقه ، فذهب البعض الى القول أنّ المعيار هو نية الاضرار التي دفعت الى الفعل الضار ، وذهب رأي اخر الى القول أنّه الاستعمال غير العادي للحق على نحو يتعارض مع الغرض منه ورأى جوسران أنّه التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق[٢٦] ،ورأى أنّ التعسف في استعمال الحق لا يقاس بنية الاضرار فهو خطأ سواء صدر بنية الاضرار أو الاهمال ، ولا يقاس بإنتفاء أو انعدام المصلحة المشروعة فهو خطأ قد يتحقق بالرغم من وجود مصلحة مشروعة ، وبالحقيقة أنَّ هذا الخطأ يعتبر خطأ ذات طبيعة خاصة لأنه يتعلق بروح الحق وغرضه الاجتماعي ولذلك وصفه البعض بالخطأ الاجتماعي[٢٧].

ونظرية التعسف في استعمال الحق اقرها جمهور فقهاء المسلمين ، وتولوا صياغتها بدقة وشمول تفوق ما فعله فقهاء القانون واعتمدوا في تقريرها على مقاصد الشريعة الاسلامية في نشر التسامح وروح الاخوة ورفع الضرر ، مستمدةً من نصوصها الكثير ما يضمن هذه النظرية منها قوله تعالى : (وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا ۖ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا)[٢٨]. ومنها الحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار) وكذلك القاعدة الفقهية (درء المفاسد اولى من جلب المصالح)[٢٩] وغير ها من النصوص الكثيرة في هذا الشأن[٣٠]. وبالنظر الى صور التي اشترط المشرع لتحققها أنَّ تنطبق على نظرية التعسف فلا يمكن تطبيقها على مضار

(٢٣) ينظر. د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق ، مكتبة زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط١،٢٠١٧ م ، ص ٣٧٨.

(٢٤) وهي تنطبق بفقرتها الثانية مع المادة (٥) من القانون المدني المصري .

(٢٥) د- مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج٢ ، المسؤولية المدنية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط٥ ، ٢٠١٦ م . ص٣٢٨ . الاستاذ محمد البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص٧٤.

(٢٦) عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ م ، ص٢٢٩.

(٢٧) د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، الكويت ، سنة ١٩٨٠، ص ٧٢٢.

(٢٨) سورة النساء الاية ٣٦.

(٢٩) ينظر د. محمد صدقي بن احمد بن محمد البورنو،الوجيز في ايضاح القواعد الفقهية ،مؤسسة الرسالة ،ط٥، بيروت –لبنان ،٢٠٠٢م ، ص٢٦٥.

(٣٠) د. ابراهيم صالح عطية ، مضار الجوار غير المألوفة واساسها القانوني ، بحث منشور ، مرجع سابق.

كلية القانون و العلوم السياسية

الجوار الفاحش ، فقد يلحق الجار بجاره ضرراً دون أنَّ توجد نية الاضرار به ، ودون أنَّ يهدف الى تحقيق مصلحة ترجح رجحاناً كبيراً على مصلحة المالك ، وكذلك دون أنَّ تكون له مصلحة غير مشروعة ،فنخرج عن نطاق التعسف في استعمال الحق . ومن خلال النظر في تفاصيل نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية مضار الجوار ، يتبين أنَّ نظرية مضار هي اقل وطئه من نظرية التعسف فهي تتطابق معها من حيث النتيجة وهي الحاق الضرر لذلك يقال أنَّ على المالك أنَّ لا يغلو في استعمال ملكه لدرجة الحاق ضرراً فاحشاً (غير مألوف) بجاره لان ذلك يعتبر تجاوزاً ونظرية التعسف يقال لها اساءة استعمال الحق أو الغلو في الاستعمال ، إلا أنَّها تختلف من حيث السبب أو وقوع الخطأ ' فقد اورد المشرع صور التعسف على سبيل الحصر وهي بجميعها لا تنطبق على نظرية مضار الجوار ولو اوردها على سبيل المثال لكان بالإمكان أنَّ تكون نظرية التعسف كأساس قانوني لمضار الجوار .

ويبدو أنَّ القضاء المصري اخذ هذا المنحى في تطبيقاته واعتبر أنَّ الصور الواردة بنظرية التعسف جاءت على سبيل المثال لا الحصر ، ومن ثم فأن القاضي يتمتع بحرية تقدير الاحوال التي يعتبر فيها صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه من عدمه[٣١]. وبهذا الصدد يقول الفقيه الفرنسي (planiol) (إنَّ الحق ينتهي حيث يبدأ التعسف فالتعسف في استعمال الحق ليس إلا خروجاً عن الحق ، فالعمل الواحد لا يصلح أنَّ يكون في الوقت نفسه متفقاً مع القانون ومخالفاً له)[٣٢].

وبالنظر الى التوسع في فكرة التعسف في استعمال الحق وعدم الاقتصار على الصور التي اوردها المشرع فبالإمكان القول أنَّ تنطبق على مضار الجوار هذه النظرية وبالتالي اعتبارها كأساس قانوني له ، وبخلاف ذلك فمن غير الممكن القول بتطابق نظرية التعسف بصورها على مضار الجوار واعتبارها كأساس له .

المطلب الثاني: نظرية الخطأ

وهو الركن الاول من اركان المسؤولية التقصيرية ، ويعرف بأنَّه الاخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن ادراك[٣٣]، وهذا الالتزام القانوني هو التزام باحترام الكافة وعدم الاضرار بهم وهو التزام ببذل عناية والعناية المطلوبة هي اتخاذ الحيطة والتحلي باليقظة والتبصر في السلوك لتحاشي الاضرار بالغير ، وفي ذلك يختلف الالتزام العقدي عن الالتزام القانوني فالأول يفضي الى المسؤولية العقدية ، اما الاخر فيترتب عن الاخلال به الى المسؤولية التقصيرية ، والالتزام القانوني يتطلب دائماً التزام ببذل عناية ، على

(٣١) في حكم لمحكمة النقض المصري ما نصه ((إنَّ تقدير التعسف والغلو في استعمال المالك لحقه من شؤون محكمة الموضوع كما أنَّ تقدير التعويض الجابر للضرر الناتج عن هذا التعسف هو ما تستقل به محكمة الموضوع متى كان القانون لا يلزمها باتباع معايير معينة في شأنه)) الطعن رقم ٨٨٣ لسنة ٥١ في جلسة ١٩٨٥/٢/٢٨ م ، قرار منشور على موقع محكمة النقض المصرية على الشبكة الدولية للمعلومات وعلى الرابط : https://www.cc.gov.egl.. كما اورده عمار الشيخلي ، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوف الناتجة عن التلوث البيئي ، مرجع سابق .

(٣٢) للتفصيل في ذلك ينظر : د. السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق ، ص٣٦٠-٣٦١.

(٣٣) ينظر. د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ،ج١، مصادر الالتزام ، العاتك لصناعة الكتاب ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة نشر ، ص٢١٥.

خلاف الالتزام العقدي الذي يكون التزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية ، وبناءً على ذلك إنَّ أي استعمال لحق الملكية يتجاوز فيه الجار الحدود التي رسمها القانون لهذا الحق يكون خطأً تقصيرياً يوجب المسؤولية .

وبالنظر الى نظرية الخطأ ومطابقتها على مضار الجوار فإننا نرى من غير الممكن اعتبار نظرية الخطأ هي الاساس القانوني لمضار الجوار ، حيث أنَّ المالك لم يرتكب فعلاً مخالفاً للقانون أو امتنع عن القيام بفعل نص عليه ، وإنما تصرف فيما يملك وضمن حدود ملكه إلا أنَّه تصرف في ملكه وهذا التصرف سبب لجاره ضرراً غير مألوف يوجب عليه المسؤولية كمن يشعل النار في ملكه بموجب حرفته إلا أنَّ خطر الحريق تعدى الى ملك جاره فانبعثت الشرارة اليه وكان سبباً في احداث حريق عنده ، أو كمن يقيم في منزله حفلات راقصة في حي سكني هادئ تحكمه عادات وتقاليد تستنكر ذلك التصرف فإنَّه يكون قد انحرف عن السلوك المعتاد والمألوف فيسأل تجاه جاره عن تعويض الضرر الذي لحقه في اقلاق راحته ومخالفته العادات والتقاليد[٣٤]. والتعويض عن الضرر في مضار الجوار غير المألوفة يكون كاملاً ولو لم يصدر خطأً من المالك في تصرفه وكذلك ولو لم ينحرف عن السلوك المعتاد ومن ثم أنه لا يكون هنالك تعويض عن مضار الجوار إلا إذا كان ضرراً فاحشاً (غير مألوف) وهو بذلك لا يكون مطابقاً لنظرية الخطأ التي تبنى المسؤولية التقصيرية على تكامل اركانها الثلاث (الخطأ ، الضرر ، والعلاقة السببية) وعليه من غير الممكن اعتماد نظرية الخطأ كأساس قانوني لمضار الجوار .

المطلب الثالث: نظرية المخاطر أو تحمل التبعة في حدوث الضرر

وتعتمد هذه النظرية على أنَّ المالك كما أنَّ له استعمال ما يملك واستغلاله والانتفاع منه واستثثاره به يكون عليه بالمقابل أنَّ يتحمل ما قد يصيب الغير من أضرار غير مألوفة ولو لم يصدر من المالك أو المستأجر ، أو من الجار بصورة عامة خطأً أو تعسفاً في استعمال حقه[٣٥] أو استعماله لهذا الشيء.

ويرى جانب من الفقه بأنّ هذه النظرية اساسها في فكرة (الغرم بالغنم) التي تقضي أنّ من ينتفع بشيء عليه أنَّ يتحمل مضاره[٣٦].

كما يتجه جانب من الفقه المصري الى القول بأنّ اساس هذه المسؤولية هو فكرة المخاطر أو تحمل التبعة استناداً على فكرة التزامات الجوار، فإذا كان على الجار أنَّ يتحمل ما يعتبر من الاضرار العادية التي لا يمكن تجنبها بالنسبة للجوار وأنَّ يتحمل المالك بالمقابل نتيجة استعماله لحق الملكية ما قد يصيب الجيران من اضرار تتجاوز حدود المألوف ، فالأضرار التي يخلفها الجوار يجب بمقتضى فكرة التضامن بين الجيران

(٣٤) د. شروق عباس فاضل ، د. اسماء صبر علوان ، مضار الجوار غير المألوف ، مرجع سابق ،ص١٦.

(٣٥) عواطف زرارة ، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة ، دكتوراه في الحقوق ، جامعة باتنة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر، ٢٠١٣ ، ص ٢١١.

(٣٦) هالة الحديثي ، المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة ، جهينة للنشر والتوزيع ، الأردن ،٢٠٠٣ م، ص١٧٤، مراد محمد حسن ، التكييف الشرعي والقانوني للمسؤولة المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩م ، ص٥٣٤.

كلية القانون و العلوم السياسية

تحمل تبعاتها معا والتجاوز فيما هو مألوف من الاضرار مع الزام المالك المتسبب بالضرر بتعويض الجار المتضرر(٣٧).

ومن القوانين التي اخذت بنظرية تحمل المخاطر القانون السويسري والبلجيكي والالماني ، حيث اخذ بفكرة الخطر المستحدث ، فكل شخص ملزم وهو يمارس حقه لاسيما في نطاق اشغاله المتعلقة بالاستثمار الصناعي الامتناع عن كل تجاوز على حساب جاره ، بحيث تتحقق المسؤولية على اصحاب المشاريع الذين يترتب على نشاطهم خطر متزايد على من حولهم مثل السكك الحديدية ، والمشاريع الصناعية ، وتجارة المواد القابلة للاشتعال ..الخ)(٣٨).

وفكرة تحمل التبعة فكرة تتفق مع قواعد العدالة والانصاف والاخلاق ومبدأ حسن النية(٣٩). وبالنظر الى تفاصيل هذه النظرية نرى انها تكاد تكون هي الاقرب الى نظرية مضار الجوار ، حيث أنَّ الشخص لم يرتكب خطأً ولم يتعسف في استعماله لحقه وإنما يتحمل تبعة نشاطه الذي الحق ضرراً غير مألوف بجاره فيكون عليه الغرم كما كان له الغنم(٤٠) وهو ما نميل اليه لأنه يكاد يتطابق مع نظرية مضار الجوار ونرى أنه بموجبه يمكن اعادة التوازن بين الطرفين والاكثر ملائمة للواقع العملي وما يتماشى مع قواعد العدل والانصاف .

المطلب الرابع: الالتزام القانوني أو العرفي هو اساس المسؤولية

ويرى جانب من الفقه بأن مسؤولية المالك عما يسببه للجار من ضرر ، تقوم على اساس التزام قانوني يقرره بنص صريح ، وبما أنَّ الملكية ليست حقاً مطلقاً وبالتالي يجب على المالك أنَّ يتقيد بالقوانين ولا يخل بها ابداً لأنها وضعت لتنظم حياة الافراد ، وإنَّ أي إخلال بها يستوجب مسؤولية مرتكب الخطأ، وفكرة الالتزام القانوني تفضي بوجود التزام قانوني على المالك في استعماله لحق الملكية ، وذلك بعدم احداث اضرار قِبل الجيران تتجاوز حدود المألوف ومن ثم يكون الاخلال بهذا الالتزام خطأً يستوجب المسؤولية(٤١).

وبالنظر الى نص المادة (١٠٥١) نرى أنَّ الزم المالك بعدم الاضرار بالجار ضرراً فاحشاً ، وهو التزام ينشأ من مفهوم الجوار الذي يفرض التزامات متبادلة بين الجيران ، إذ ليس للجار المتضرر أنّ يرجع على جاره في الاضرار اليسيرة أو غير الفاحشة ، وفي المقابل يكون له الحق في طلب التعويض عن الاضرار أو إزالتها إذا

(٣٧) هالة الحديثي ،المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة، مصدر سابق ، ص ١٧٦. عبد الرحمن حمزة ، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦م ، ص٣٥٠.

(٣٨) ينظر، جبار صبار طه ، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، ١٩٨٤، ص ٤١٠.

(٣٩) ينظر، فيصل زكي عبد الواحد ، اضرار البيئة في محيط الجوار والمسؤولية عنها ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، القاهرة ، ١٩٨٩، ص ٦٢٨.

(٤٠) ينظر، د. شروق عباس فاضل ، د. اسماء صبر علوان ، مرجع سابق ،ص١٨.

(٤١) فيصل عبد الواحد ،اضرار البيئة في محيط الجوار والمسؤولية المدنية عنها ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، مصر، ١٩٨٨-١٩٨٩م ، ص ٦١١.

كانت فاحشة أو تجاوزت حدود المألوف ، مع مراعاة العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للغير والغرض الذي خصصت له [٤٢] .

الى جانب ذلك استند جانب من الفقه الى القول بأن أساس المسؤولية الموضوعية ناشئ عن مضار الجوار غير المألوفة هو فكرة الالتزام العرفي[٤٣]، وهو التزام جرت عليه العادة منذ القدم بالتزام الجار بعدم احداث مضايقات لجاره تتجاوز حدود المألوف ، فإذا كانت فكرة الالتزام العرفي تستند على العرف كمصدر للقاعدة القانونية وكسلوك اعتاد عليه الافراد والتزموا به ، يفترض فيه إلا يخالف النصوص القانونية الاخرى وكذلك يجب أنَّ لا يتناقض مع النظام العام والآداب العامة .

من خلال ما سبق يتضح أنَّ كل النظريات التي قيلت في تبرير الاساس القانوني لنظرية مضار الجوار فإنَّه لا يمكن اعتمادها إلا في جوانب معينة ومنها نظرية التعسف في استعمال الحق في نظر بعض من يؤيدونها ، إذ يرون أنَّ مضار الجوار ماهي إلا تطبيق من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق ويرون باعتبار مضار الجوار معيار رابع يمكن اضافته لنظرية التعسف لتنطبق عليها بالكامل[٤٤]، وهذا لا يمنع أنَّ يضيف المشرع هذا المعيار أو أي نص خاص يورده في مجال تطبيه المناسب ، ونرى إنه بإضافة معيار لنظرية التعسف يمكن اعتبارها كأساس قانوني ،وإلا فالإمكان اعتماد نظرية التبعية كأساس يصلح لها والتي في اصلها ما هي إلا تطبيق للقاعدة الفقهية (الغرم بالغنم) التي صاغها فقهاء الشريعة الاسلامية ، كما يمكن القول بأن القاعدة الفقهية (درء المفاسد أولى من جلب المصالح) تصلح ايضا كأساس لمضار الجوار ، ويمكن القول بأن الفقه الاسلامي الذي اساسه العدل والانصاف والسماحة، هو معين لا ينضب من الأحكام والقواعد والتطبيقات التي يمكن الاستناد عليها واستخلاص القواعد القانونية بصياغة معاصرة ، لمعالجة الكثير من التطبيقات التي يغيب فيها النص القانوني باعتبار أن الشريعة الاسلامية هي من المصادر الاساسية للقانون .

(٤٢) أ. بالجيلالي خالد ، المسؤولية الموضوعية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة ، بحث منشور في مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية ،العدد الثامن ، جانفي ٢٠١٧ م، الجزائر ، ص٢٤٤.

(٤٣) عبد الرحمن حمزة ، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني) ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ٢٠٠٦م ، ص ٣٣٤.

(٤٤) محمد طه البشر، غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص٧٧.

المبحث الثالث
الاثار القانونية المترتبة على مضار الجوار

إذا تحققت المسؤولية عن الضرر الذي احدثه الشخص لجاره بعد أنَّ تسبب له بضرر فاحش (غير مألوف) ، فماذا يترتب للشخص المتضرر نتيجةً لوقوع الضرر عليه وما هي المسؤولية التي تتحتم على محدث الضرر ، فوفقاً للمادة (١/١٠٥١) من القانون المدني العراقي يكلف المالك بازلة الضرر سواء كان حادثاً او قديماً اذا لم يكن هنالك خسائر توجب التعويض عما تسبب بها للمضرور ، وهذا بالوضع الطبيعي لكن ما العمل في حالة عدم قيام المالك بازالة الضرر وبقي الحال كما هو ، فهنا لا يكون لمن وقع عليه الضرر الفاحش سوى اللجوء الى القضاء والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به ، ونتناول في هذا المبحث مطالبين نخصص الاول لدعوى المسؤولية عن مضار الجوار ونخصص الاخر للتعويض عن مضار الجوار .

المطلب الأول: دعوى المسؤولية عن مضار الجوار

عند وقوع الضرر الفاحش وترتب المسؤولية على محدث الضرر فما هي الالية القانونية التي يتبعها المتضرر لكي يعوض خسارته التي تحققت بسبب الضرر الذي اصابه ، وكذلك لحماية حقوقه وصيانتها ، وهذا يتضمن الاطار الشكلي والموضوعي لهذه الاجراءات ، وبالمقابل ماهي الدفوع التي يستند اليها المدعى عليه في دعوى مضار الجوار ، وهذا ما سنتناوله في الفرعين الآتيين :

الفرع الاول : دعوى مضار الجوار .

عند حصول الضرر يلجأ المتضرر عادةً الى طلب إزالة الضرر من قِبل محدث الضرر فإنّ امتنع الاخير ولم يستجب للمتضرر ، لا يبقى للمتضرر سوى اللجوء للقضاء لطلب رفع الضرر أو تعويضه عما اصاب حقه القانوني أو يهدد مركزه القانوني من ضرر، ولأجل قبول أي دعوى لا بد من توافر شروطها الشكلية والموضوعية لقبولها، ولا يتسع المقام للخوض فيها بأجمعها إلا ما يهمنا في بحثنا هو الوقوف على ما له صلة بالموضوع ونتناول في ذلك شروط قبول الدعوى وكذلك الظروف المعتمدة في تقدير الاضرار عند القضاء في الفقرتين الآتيتين :

١. شروط قبول الدعوى .

والتي هي[٤٥]:

أ-الأهلية . ب- الصفة . ت – المصلحة .

أ-الاهلية ، ونصت عليها المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩. وفيها اوجب القانون أنَّ يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى وإلا وجب أنَّ ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق .

ب-الصفة ،وتشترط المادة الرابعة من قانون المرافعات العراقي :

(٤٥) ينظر. د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ،ط٣ ، المكتبة القانونية ، بغداد ،٢٠١١ م ، ص ١١٧.

١-أنَّ تقوم الدعوى على خصم قانوني ،وهو الذي يترتب على اقرار حكم .
٢-أنَّ يكون محكوماً أو ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى(٤٦).

ويقصد بالصفة هو أنَّ يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المعتدى عليه والمطالب بإعادته الى حاله ، فالصفة في الدعوى القضائية لا تثبت إلا للشخص الذي يدعي حقاً لنفسه أو يطالب بمركز قانوني ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ولا تقتصر الصفة على المدعي بل تمتد الى المدعى عليه في جميع الدعاوى بما فيها الدعوى الرامية للحصول على التعويض عن مضار الجوار الفاحش ، إذ تشترط الصفة في الجار المتضرر من الاضرار الفاحشة وكذلك يسري الحال على الجار محدث الضرر ، بغض النظر عن كونه مالكاً أو شاغلاً للعقار(٤٧).

جـ- المصلحة: ويشترط القانون أنَّ يكون حق الشخص في تقديم الدعوى مقيد بضرورة تعلقها بمصلحة قانونية ، أي مستند الى حق مادي أو معنوي سواء تمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، ولهذا قيل أنَّه لا دعوى من غير مصلحة باعتبارها هي مناط الدعوى ، والمقصود بالمصلحة تلك المنفعة أو الفائدة العملية أو الدافع الحقيقي من وراء رفع الدعوى والباعث على تحريكها . وقد نصت المادة السادسة من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنَّه :(يشترط في الدعوى أنَّ يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة ممكنة ومحققة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إنَّ كان هنالك ما يدعو الى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن ويجوز كذلك الادعاء بحق مؤجل على أنَّ يراعي الأجل عند الحكم به وفي هذه الحالة يتحمل المدعي مصاريف الدعوى).ويتضح من النص أنَّ المشرع يعتبر المصلحة اساساً لقبول الدعوى ،ومن خصائص هذه المصلحة أنَّ تكون معلومة وحالة معينة ومصلحة محققة وممكنة .

علماً أنَّ المصلحة المقصودة من وراء رفع دعوى التعويض عن مضار الجوار الفاحشة تتمثل في جبر الاضرار سواء بإزالتها أو التعويض عنها ، غير أنَّه يشترط أنَّ تكون تلك المصلحة قائمة حين رفع الدعوى مع مراعاة الدعوى بإزالة الاضرار التي تقع في المستقبل على أنَّ يكون الضرر محقق الوقوع كأن يشكو المدعي من جدار المدعى عليه الآيل للسقوط ويطالب بجبر الضرر من الجار(٤٨) .

كما إنَّه يحق للجار المضرور اللجوء الى القضاء المستعجل للمطالبة بوقف الاعمال التي من شأن المدعي عليه القيام بها ، فيما إذا كان من المتوقع أن تحدث اضراراً له .

٢- الظروف المعتمدة في تقدير الضرر عند القضاء .

ولكي يتمكن القاضي من انصاف الجار المتضرر لا بد من معايير خاصة لتقدير الضرر باعتباره ضرراً يوجب التعويض أم إنَّه ضرراً مألوفاً بالإمكان تحمله والتسامح فيه من قبل الجار، وقد سبقت الاشارة اليها في بيان ماهية الضرر

(٤٦) ينظر. د. آدم وهيب النداوي ، نفس المصدر ، ص ١١٩-١٢٠.
(٤٧) ينظر. سليمي الهادي ، دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري ، بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية وعلى الرابط : https://www.iasj.net.
(٤٨) عبد الرحمن علي حمزة ، مصدر سابق ، ص٤٤٥.

الفاحش ونتطرق لبعضٍ منها بشكل موجز لأهميتها في بروز الضرر الفاحش وهي كلٌ من :

أ-العرف .

وهو اعتماد الناس على سلوك معين وبشكلٍ محدد سواء ايجاباً أو سلباً مع اعتقادهم بإلزاميته[٤٩]. والعرف هو ما يستقر في معاملات الجيران وما تعودوا عليه بينهم بأن بعض المضايقات التي اصبحت من الاعمال الضرورية واليومية ، فهنالك اضرار لا تصل الى حد الخروج عن المألوف والتي بالإمكان أنَّ يتحملها الشخص المعتاد كالضجيج الحاصل بسبب الاعياد والمناسبات العائلية .

والعرف يتأثر بظرفي الزمان والمكان فمثلا ما يعتبر ضرراً مألوفاً في وقت الازمات والحروب قد لا يعد كذلك في الظروف والاوقات الطبيعية ، كذلك ما يعتبر مألوفاً لسكان المدينة قد لا يعد كذلك بالنسبة لسكان الارياف والقرى، لذلك ذهب القضاء العراقي بأن فتح نوافذ مطلة على حديقة الجار يعد ضرراً فاحشاً يجب إزالته ، وإنَّ فتح الشبابيك المطلة على الجار ومقر نسائه تعتبر ضرراً فاحشاً يجب على المتسبب فيه إزالته وإنَّ كانت تربطه علاقة قرابة معه[٥٠] .

ب-طبيعة العقارات وموقع كل عقار بالنسبة للآخر .

كما لا بد أنَّ تكون لدى القاضي قناعة من حيث اعتبار الضرر مألوفاً بحسب طبيعة العقارات ، فالعقارات التي تفرض طبيعة اصدار ضجيج يزداد التسامح فيها وتعتبر مألوفة كالمقاهي والمصانع ، وأما العقارات التي تستدعي طبيعتها الهدوء احتراماً لراحة مرتاديها كالمساكن والمستشفيات والمكاتب العامة ،فهذه لا يمكن أنَّ تشيد في منطقة صناعية لان ذلك يحول دون مطالبة صاحبه لأصحاب المصانع عن الاضرار الناجمة من استغلالها ، لان هذه الاضرار تعتبر مألوفة في مثل هذه المناطق وعلى العكس .

كما أنَّ لموقع كل عقار بالنسبة للآخر وهذا امر مسلم به يقتضي تحمل الجيران لبعض المضار التي تستلزمها الظروف الطبيعية لاستعمال العقار كالأصوات الناتجة عن استعمال الاجهزة الكهربائية المنزلية وكذا لعب الاطفال وخاصةً في العمارات السكنية ، على أنَّ لا يتجاوز ذلك حدود الجار كأنّ يصل الامر الى هدم صاحب الطابق السفلي لجدرانه أو القيام بأي عمل يوهن البناء[٥١]، كما يمنع صاحب الطابق العلوي من اصدار ضجيج في اوقات الليل المتأخر مما يزعج الجار في اوقات الراحة والنوم .

الفرع الثاني : دفوع المدعى عليه في مضار الجوار .

إنَّ الدفوع التي يستند اليها المدعى عليه كثيرة لكن في مضار الجوار هنالك دفوع خاصة بها تميزها عن غيرها من دعاوي المسؤولية المدنية ، كالدفع بسبق

(٤٩) سليمي الهادي ، مرجع سابق ، ص ٣١٠ .
(٥٠) رمضان ابو سعود ، الحقوق العينية الاصلية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، مصر ، ١٩٩٧ م ، ص٦٦.
(٥١) ينظر .احمد فرج حسن ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، ١٩٩٩م ، ص ١١٠.

الوجود والدفع بانتفاء صفة الجار ، والدفع بعدم تجاوز المضار الحد المألوف ، فضلاً عن الدفوع الموضوعية ، كالدفع بالتقادم ، والدفع بانتفاء العلاقة السببية ، والدفع بمشروعية الانشطة ، وبما أنَّ اغلب هذه المواضيع تم التطرق اليها مسبقاً ، لذا نركز على بعضها بالفقرات الاتية :

الدفع بمشروعية النشاط والترخيص الاداري.

قد تكون انشطة الجار محدث الضرر مشروعة وهي في الاغلب كذلك ، إلا أنَّه مع ذلك يصيب الجار ضرراً من جراء استعمال عقاره لمزاولة نشاطه فيه ، فهنا يدفع المدعى عليه بأنَّه استعمل ملكه فيما خصص له فهل تكون عليه المسؤولية لمزاولته نشاطه في حدود ملكه ووفقاً لما اقره القانون؟ .

استقر في الفقه والقضاء على مشروعية الانشطة مصدر الاضطرابات لا تعفي من المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة الناتجة عن سير العمل فيها والتي تجاوزت من حيث شدتها واستمراريتها الحد المتسامح فيه بين الجيران(٥٢).

والرخصة الادارية هي اجازة تمنح من الجهات المختصة تخول صاحبها حق مزاولة لنشاط معين بموجب القانون ، والمقصود بالرخصة الادارية ، الحصول على إذن مسبق من جهة ادارية قبل ممارسته لنشاط بحيث يحضر ممارسته قبل الحصول على هذا الاذن(٥٣). والسؤال الذي يطرح هل لهذه الرخصة ما يمنع المسؤولية عن المالك في حالة تسببه بضرر فاحش لجيرانه ، كالمحلات المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة ؟ إذ غالباً ما يحتج المالك بأنَّه يزاول نشاطه ضمن حدود القانون وبموجب إذن منه ، إلا أنَّه لا يمكن القول أنَّ الرخصة الادارية تحول دون المسألة . وذهب جانب الفقه والقضاء في مصر الى القول إنَّ منح هذا الترخيص الاداري للمالك لممارسته مهنة معينة أو استغلاله لنشاط معين يعفي المالك من المسؤولية عن مضار الجوار الفاحش لان هذا الترخيص لا يمنح إلا بعد دراسة وتخطيط ، إلا أنَّ هذا الرأي لم يلق تأييداً وقبولاً في اواسط الفقه والقضاء لمنافاته قواعد العدالة ، إذ أنَّ الجار المتضرر ما يحمله على تقبل الضرر الفاحش عليه خصوصاً إذا كانت الغاية من منح الترخيص هو حماية المصلحة العامة وليس المصلحة الخاصة للأفراد عند منحهم الترخيص(٥٤). كما أنَّ الترخيص الاداري هو مجرد تدبير وقائي يهدف الى حماية المصلحة العامة ، أما مصلحة الجيران فينبغي على المالك مراعاتها من تلقاء نفسه ومن ثم فلا شأن لهذا الترخيص بحقوق الغير الذي يكون له الحق في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر متى تجاوز الحد المألوف والمتسامح به بين الجيران(٥٥). كما لا يمكن القول أنَّ الجهة الادارية تعطي ترخيصاً بالأضرار بالجار فكل ما تمنحه هو ترخيص بمزاولة النشاط ذاته دون أنَّ يؤثر ذلك على النتائج المترتبة عليه ، فتلك النتائج ليست من صلاحيات الجهة الادارية أنَّ ترخص بإحداثها .

(٥٢) ا.د. كحيل كمال ، الطيبي احمد ، دفوع المدعى عليه في دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية وعلى الرابط : https://www.iasj.net.

(٥٣) د. محمد جمال جبريل ، الترخيص الاداري –دراسة مقارنة – ، بدون مكان وسنة نشر ، ص٨٩.

(٥٤) د. شروق عباس فاضل ، مرجع سابق، ص٧٤ .

(٥٥) البشير بن اسماعيل ، الدفع بوجود الترخيص الاداري لرد دعوى المدعي برفع مضار الجوار ، بحث قانوني منشور على موقع القانون المغربي على الشبكة الدولية للمعلومات وعلى الرابط الاتي : http://www.a/ wallaw.com٧

وقد نص القانون المصري صراحةً على عدم جواز الاخذ بالترخيص الاداري كمانع للمسؤولية وذلك في المادة (٨٠٧ /الفقرة ٢)[٥٦]بقوله : (ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق) أي دون طلب إزالة المضار إذا تجاوزت الحد المألوف[٥٧].

ولم يورد المشرع العراقي نصاً مماثلاً إلا أنَّه بالرغم من ذلك فان من المسلم به أنَّ الترخيص الاداري لا يحول دون قيام المسؤولية المدنية على المالك بسبب الاضرار التي تسبب بها[٥٨]، فقد جاء النص بإزالة الضرر الفاحش مطلقاً ولم يقرر المشرع استثناءات عليه ، فالضرر الفاحش يزال سواء أكان مرخصاً به من جهة ادارية أم لا[٥٩].

كما أنَّه استناداً للقاعدة التي تتضمن (بأن كل من يضر بغيره يتحمل تبعة اعماله) وذلك استناداً لمبادئ الشريعة الاسلامية الغراء وقواعد الانصاف والعدالة والاخلاق تبعاً للظروف المحيطة وعنصرا المكان والزمان[٦٠].

وقد اخذ القضاء العراقي بعدم تأثير الرخصة الادارية على وقوع المسؤولية حيث صدر قرار من محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم (٢٥١٣/ الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠١٧ والذي نص على أنَّه : (منح اجازة تأسيس ونفاذ هذه الاجازة لا يمنع من ايقاف العمل في ذات المشروع في حال ثبوت مخالفة صاحب المشروع لأحكام القانون والانظمة المرعية وعدم الامتثال لتطبيق قانون حماية وتحسين البيئة النافذة)[٦١] . وعليه فأنَّه لا اثر للرخصة الادارية من وقوع المسؤولية وهذا ما يوافق مبادئ العدالة والانصاف .

من كل ذلك نرى ما ذهب اليه الفقه والقضاء جدير بالأخذ به وذلك لان المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة تقوم على اساس الضرر وليس على اساس الخطأ [٦٢]، ولهذا لا يمكن للجار المدعى عليه الدفع بأنَّه استعمل حقه استعملاً مشروعاً دون تعسف ودون قصد الاضرار بالغير وانه احترام القانون واتخذ جميع الاحتياطات اللازمة .

الدفع بعدم تجاوز المضار الحد المألوف .

وقد تطرقنا الى موضوع الضرر غير المألوف في موضوع شروط مضار الجوار ، إلا إنَّه لأهمية الموضوع ولأنه غالباً ما يدفع المدعى عليه به ، وكذلك لأنه توجد سعة في الموضوع إذ أنَّ الضرر المألوف لا يترتب عليه المسؤولية إلا إذا تجاوز الحدود المألوفة ، فالحياة المشتركة بين الناس غالباً ما تكون هنالك قدر معين من الاضرار قبل نهايته لا يكون للجار حق التضرر منه

(٥٦) وقد نص القانون المدني السوري رقم٨٤لسنة ١٩٤٨م بنص مماثل بالمادة (٧٦٦) كما نص عليه القانون الاردني بالمادة (١٠٢٧).

(٥٧) عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الاصلية ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢ م، ص ٦٢.

(٥٨) محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٧٩.

(٥٩) د. درع حماد عبد ، الحقوق العينية الاصلية ،دار السنهوري ، بيروت ، لبنان ،٢٠١٨ م، ص ٧٤.

(٦٠) د. شروق عباس فاضل ، مرجع سابق ،ص٢٧.

(٦١) قرار منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى ، وعلى الرابط الاتي : https://www.hjc.iq

(٦٢) عطا سعد محمد الحواس ، المسؤولية المدنية عن اضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١م ، ص ٥٦٤.

، وأن التسامح بين الجيران يفرض على الجار أن يتحمل جاره الحد الذي تدعو اليه ضرورة جوار ، وفكرة الضرر غير المألوفة فكرة نسبية وليست مطلقة ومن ثم فإنه يجب توافر ظروف معينة حتى يمكن القول بعدم مألوفية الضرر .

والضرر غير المألوف يختلف من مكان الى آخر ومن زمان الى اخر ايضاً ، وهذا الامر يترك لسلطة القاضي في تقديره ، حيث يراعى في ذلك العرف بطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر، وعليه أنَّ يتكيف مع الظروف المختلفة ويواجه الحاجات المتغيرة ويستجيب لمقتضيات كل منها(٦٣). وينبغي دراسة الظروف والاعتبارات من جميع الجهات ولا يكتفي بالاعتبارات الموضوعية وإنما حتى الشخصية منها ، في تقدير كون الضرر مألوفاً أو غير مألوف إذ قد يكون ضرراً مألوفاً للشخص العادي إلا أنه لا يعد كذلك للشخص الذي يعاني من أوضاع خاصة به سواء كانت صحية أو اجتماعية ..الخ.

الدفع بانتفاء العلاقة السببية .

وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية فانه يمكن للمدعى عليه أنَّ يدفع مسؤوليته بنفي العلاقة السببية أي اثبات السبب الاجنبي الذي يشمل (الافة السماوية أو القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ، وخطأ المتضرر) وذلك وفقاً للمادة (٢١١) من القانون المدني العراقي ، إلا أنَّه بالنسبة للمسؤولية في مضار الجوار الفاحش يختلف الامر ، حيث إنَّه لا يمكن للمدعى عليه أنَّ يدحض مسؤوليته بأثبات انتفاء العلاقة السببية ، لأن الحادث الذي يعتبر قوة قاهرة يشترط فيه أنَّ يكون غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع وهذا الشرط ليس له مجال في مضار غير المألوفة لان سبب حدوثها يكون متوقع وممكن الدفع(٦٤)، كما لا يمكن للجار المدعى عليه أنَّ يدفع مسؤوليته كلياً أو جزئياً بإثبات أنَّ الضرر يرجع الى خطأ الغير إذ تقوم مسؤوليته كما مر بنا سابقاً على اساس الضرر وليس على اساس الخطأ ، وقد اخذ الفقه المصري(٦٥) بذلك حيث يرى إنَّ رب العمل لا يمكن دفع مسؤوليته عن مضار الجوار غير المألوفة بإثبات خطأ المضرور وذلك نظراً للطبيعة الخاصة والمستقلة لمضار الجوار غير المألوفة ، والتي تجد اساسها في فكرة تحمل التبعة ، غير أنَّه بالمقابل يمكن للجار المدعى عليه أنَّ يدفع مسؤوليته عن مضار الجوار كلياً أو جزئياً بإثبات خطأ المضرور ، فالتقصير والاهمال في اخذ الاحتياطات والتدابير اللازمة من جانب الجار المضرور من اجل تفادي الاضرار يتيح للمدعى عليه امكانية دفع مسؤوليته بقدر مساهمة المضرور في وقوع الضرر بشرط أنَّ تكون هنالك علاقة سببية بين خطأ المضرور والضرر الذي لحق به(٦٦)، ويقع عبء إثبات خطأ المضرور على عاتق المدعى الذي حدث منه الضرر فإذا اثبت خطأ المضرور ساهم جزئياً في احداث

(٦٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية ، ج٣ ، نهضة مصر ، مصر ، ٢٠١١م ، ص٦٦٧.

(٦٤) فيصل زكي عبد الواحد ، اضرار البيئة في محيط الجوار والمسؤولية المدنية عنها ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة عين الشمس ، مصر ، ١٩٨٩م ، ص٧٦٩.

(٦٥) عبد الرحمن علي حمزة ، مرجع سابق ، ص ٤١٦.

(٦٦) شيرين محمد خضير القاعود ، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية الناشئة منها ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ، ب س ن ، ص٣٦٨.

الضرر فإنَّه يعفى من المسؤولية في حدود تلك المساهمة ، وبهذا فإن دعوى المسؤولية عن مضار الجوار تختلف عن دعوى المسؤولية المدنية وحيث أنَّ الاخيرة يمكن للمدعى الدفع بكل ما يقطع العلاقة السببية إلا أنَّه في دعوى المسؤولية عن مضار الجوار لا يمكن للمدعى عليه إلا أنَّ يدفع بإثبات فعل أو خطأ المضرور .

المطلب الثاني: التعويض عن مضار الجوار

التعويض ، هو مقابلاً للضرر الذي اصاب المتضرر سواء كان عمداً أوعن غير عمد وسواء كان مباشراً أو تسبباً ، وهو ما يريده المتضرر في جبر الضرر الذي اصابه ، أو ازالته إنَّ امكن ذلك .

واستناداً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية ، إذا توافرت اركان هذه المسؤولية من خطأ ، وضرر ، علاقة سببية ، ترتب عليها حكمها ،ويجب على المسؤول عنها تعويض المتضرر عن الضرر الذي لحق به ، فالتعويض هو الاثر الذي يترتب عن تحقق المسؤولية ، وهو جزاؤها والهدف الاساسي منه ليس معاقبة المسؤول وإنما جبر الضرر الذي لحق بالمضرور ، وذلك بإزالة الضرر كلياً أو التخفيف من وطأته إنَّ امكن ، أو الحكم بالتعويض لصالح المضرور(٦٧).

ولقد نصت الاحكام الخاصة بالمضار صراحةً على فكرة التعويض عنها حيث نصت المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي على أنَّه : (١- لا يجوز للمالك أنَّ يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أو قديماً). ووفقاً للقواعد العامة التي تنظم طرق التعويض فإنه ينقسم الى نوعين ، التعويض العيني ويتمثل في اعادة الحال الى ما كانت عليه ، والتعويض بمقابل ،وهذا التعويض بمقابل إما أن يكون تعويضاً نقدياً أو غير نقدي .

والاصل في التعويض ووفقاً للقواعد العامة هو التعويض النقدي ، أما بالنسبة للتعويض في المسؤولية الناشئة عن مضار الجوار الفاحشة فيكون الاصل فيه التعويض العيني(٦٨)، ويعتبر التعويض العيني أفضل أنواع التعويض لأنَّه يؤدي الى إعادة الحالة الى ما كان عليه بإصلاح الضرر وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي وهو ما قضت به المادة (١٢٠٠) من مجلة الاحكام العدلية في أنَّ الضرر الفاحش يدفع بأي وجه كان تطبيقاً لقاعدة (الضرر يزال) و (لا ضرر ولا ضرار) وقد تستلزم ازالة الضرر الفاحش منع الاستعمال وقد لا تستلزم ذلك(٦٩).

وقد نصت المادة (١٠٥١/ف٢) من القانون المدني العراقي بوضوح على ذلك حيث نصت على أنَّه : (٢- وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو اعمال اخرى يحدث في العين المجاورة أن يطلب اتخاذ كل ما يلزم

(٦٧) جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما نصه (دعوى التعويض هي الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور عن طريقها الحصول من المسؤول على تعويض الضرر الذي اصابه إذا لم يسلم به قانوناً وأنه يجب أنَّ يثبت أنَّه صاحب الحق الذي وقع الضرر مساساً به وإلا كانت دعواه غير مقبولة) الطعن رقم ٨٨٣٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/١٠/٢٥، منشور على موقع اسرار المحامين على الشبكة الدولية وعلى الرابط الاتي : https://asras.all-up.com/

(٦٨) د. شروق عباس فاضل ، مرجع سابق،ص٧١ .

(٦٩) محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، ١٩٣٩ ، ص١٠٤.

لاتقاء الضرر وله ايضاً أن يطلب وقف الاعمال أو اتخاذ ما تدعوا اليه الحاجة من احتياطات عاجلة ، ريثما تفصل المحكمة في النزاع). فالجزاء هنا هو إزالة المخالفة ، والتعويض عن الضرر كما يكون في الماضي والحاضر فقد يقع ايضاً في المستقبل متى ما كان وقوعه محققاً ، أما إذا كان مجرد توهم بوقوعه فهنا لا يمكن التعويض عنه لأنه قد يقع أو لا يقع .

اما ما يتعلق بالتعويض النقدي فانه يلجأ اليه القاضي متى ما تعذر عليه التعويض العيني ويكون بدفع مبلغ من المال يلتزم المدين الوفاء به عوضاً عن الضرر الذي تسبب به ، وهنالك من الاضرار ما يستحيل معها اعادة الحال الى ما كانت عليه فهنا لا ملجأ للقاضي سوى اللجوء الى التعويض النقدي ، فمن ناحية لا يصلح التعويض العيني عنها إلا للتعويض عن الاضرار المادية ، أما الاضرار الجسدية والمعنوية فلا يمكن فيها التعويض العيني[٧٠]، ومن ناحية اخرى قد يكون التعويض العيني ، واعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر مرهقاً للمحدث الضرر لما يتسبب به من تكاليف باهضه التي قد يتحملها من جراء اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل الضرر. وقد تكون الفائدة من التعويض العيني لا تتناسب والضرر المترتب عليه ، وقد نصت المادة (٢٠٩/ف٢) من القانون المدني العراقي على تعدد صور التعويض بقولها : (ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أنَّ تأمر بإعادة الحال الى ما كانت عليه أو أنَّ تحكم بأداء أمر معين وبرد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض) .

وتقدير التعويض يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي الذي يمارس دوراً موضوعياً ويكون تقديره تبعاً لظروف كل دعوى ، والجدير بالذكر أنَّ الضرر الذي يستوجب التعويض عنه يجب أنَّ لا ينظر في تقديره الى ذات الضرر بل لابد من الاخذ بالظروف المحيطة بصاحبه ، كما ينظر الى الكسب الفائت وتفويت الفرصة فان هذه الظروف لها الاثر بالبالغ في تقدير التعويض عن الاضرار التي تصيب الجار.

(٧٠) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، طبع على نفقة الجامعة المستنصرية ، ١٩٧٦ م، ص ٢٥٦.

الخاتمة

في ختام هذا البحث نرى أنَّ هنالك التزامات تترتب على الجار بحق جيرانه لا تتوقف في اساسها على مبدأ حسن الجوار والعادات والتقاليد التي اغلب مصدرها يكون ما يحمله كل مجتمع من تراث ديني واجتماعي ، وانما ترقى هذه الالتزامات الى التزامات قانونية التي وضع لها القانون حدوداً معينة ، وتتقيد ببعض الشروط . ومن خلال بحثنا هذا توصلنا الى نتائج ووضعنا لها توصيات نجملها بالآتي :

اولاً : النتائج .

- من خلال تفسير المادة (١٠٥١) مدني عراقي ، نرى أن المشرع عبر في النص على محدث الضرر بـ (المالك) ولم يتوسع في مدلول محدث الضرر، كما اقتصر في التزامات الجوار على العقارات دون المنقولات والتي قد تنطبق عليها نظرية مضار الجوار.
- الاختلاف في التكييف القانوني لنظرية مضار الجوار لآراء كثيرة يعطي سعة في الموضوع ، وأن نظرية مضار الجوار تستقل كنظرية تفرض التزاماتها وتترتب عليها المسؤولية المدنية .
- المعيار في اعتبار الضرر مألوفاً ام غير مألوف يرجع الى عدة معايير منها ما هو موضوعي يأخذ به في نظر الشخص العادي ، ومنها ما يعود لاعتبارات شخصية تصيب المتضرر، لذا لا بد من الاخذ في الاعتبار ظروف كل حالة على حده.
- الدفوع في دعوى المسؤولية عن مضار الجوار تختلف عن دعوى المسؤولية المدنية ، ففي دعاوى المضار قد يدفع المدعى عليه بالأسبقية في الاستغلال أو أنَّ الضرر مألوف أو خطأ المضرور .
- لا يمكن الاخذ بمبدأ الاسبقية في الاستغلال على اطلاقه ، كما لا يمكن الاخذ بالرخصة الادارية في دفوع دعوى المسؤولية عن مضار الجوار .

ثانياً : التوصيات .

١. نرى ضرورة تعديل المادة (١٠٥١) وذلك بالتوسع بمفهوم محدث الضرر في مضار الجوار ليشمل بالإضافة للمالك كل من ينتفع أو يشغل العقار ، كما يتوسع في عدم الاقتصار على العقارات دون المنقولات في مضار الجوار فالكثير من المنقولات قد تسبب الكثير من الاضرار للجار .
٢. لا يمكن الاخذ بمبدأ الاسبقية بشكل مطلق وإنما إذا كان الضرر غير ظاهر أو أنَّ المالك الاسبق قد تعمد اخفائه فإنه يجب عدم الاخذ به في هذه الحالة ، كذلك يجب اضافة نص عدم الاخذ بالرخصة الادارية كمانع من المسؤولية كما هو الحال في اغلب القوانين العربية والاجنبية الاخرى .
٣. يجب التوسع في اعتبار معيار الضرر الفاحش ليشمل الى جانب الاعتبارات

الموضوعية الاعتبارات الشخصية ايضاً في اعتبار أن الضرر غير مألوف ، فلا يكتفي بمعيار الشخص العادي لاعتبار الضرر فقط ، وانما هنالك ظروف خاصة بالمتضرر قد لا تكون موجودة بالشخص العادي فمن غير العدالة ان يؤخذ بالاعتبار الموضوعي دون النظر لظروف المضرور الخاصة به .