

المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة

أ.م.د. اسماء صبر علوان

أ.م.د. شروق عباس فاضل

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ذي الفضل والاحسان ، والصلاة والسلام على الهادي الامين خاتم المرسلين سيدنا محمد (صل الله عليه وآله وسلم) وعلى آله الطيبين الطاهرين واصحابه المنتجبين .. الجوار ضرورة اجتماعية لازمة ، والجوار بحسب طبيعته الجغرافية خط تماس يرتبط به الانسان مع غيره ارتباطاً سلوكياً على مدى الزمن ، ومن ثم فإن العلاقات الاجتماعية التي تنشأ في نطاق الجماعة هي بالطبع من اجل التعاون والتعايش معاً . لذلك فإن هناك مضاراً مألوفة قد تحدث بين الجيران لا بد من استيعابها وتحملها ، واخرى غير مألوفة، ويبدو ان السبب في نشأة هذه المضار، الاختلاف في المزاج والافكار والاديان والمذاهب وحتى الاتجاهات السياسية في بعض الاحيان ، بحيث يدخل في هذا الارتباط الميداني كل ما تعارف عليه المجتمع من اختلافات ، ومنازعات سواء أكان ذلك على المستوى العرقي، ام الواقع الاجتماعي ، او الديني ، او المذهبي ، او السياسي، او الاقتصادي .

ونتيجة لهذه الخلافات التي من شأنها ان تحدث مضاراً غير مألوفة بين الجوار... تقوم المسؤولية المدنية وهي مدار بحثنا، ومن الجدير بالاشارة ،اننا قد لانجد لفكرة الجوار احكاماً وضوابط في المجتمعات البدائية، إذ تقوم على اساس الملكية المشتركة (ملكية القبيلة او العشيرة) ، ومن ثم فإن الاسرة هي صاحبة الملكية دون سواها ، وان لكل اسرة حرية العيش في عزلة عن العائلات المجاورة ، حيث كان التلاصق امراً نادراً، واذا ما نشبت نزاعات فإن القوة هي الفصيل الاساسي لحل هذه المنازعات .

ونتيجة للتطورات الهائلة التي تشهدها الحياة بمختلف جوانبها والتقدم التكنولوجي واختراع الآلة ، فقد ادى ذلك الى زيادة حجم الخلافات والمضايقات ما بين الجيران . حيث ان الآلة تعني الحركة ، والحركة تعني الضجيج ، وامام هذه المضار والاضطراب التي اصبحت لها دوراً بارزاً في حياتنا كان لا بد من السعي لايجاد تشريعات وضعية تهدف الى تنظيم علاقه بين الجيران وتحديد حقوق والتزامات كل من المالك والجار ، للحد او التقليل من تلك المنازعات.

اضافة لذلك فمن الضروري تطوير هذه القواعد لتلائم مقتضيات الحياة العصرية ، وتحقيق التوازن بين الحقوق المتجاورة .

ومن هذا المنطلق تنأت أهمية البحث في موضوع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة وماتسببه هذه المضار من خطر على الفرد والبيئة ككل ، حيث احاطت البيئة بكل مظاهر التلوث وبات الجار مهدداً ليس فقط في طلبه للهدوء والسكينة والسلامة ، بل حتى في حياته . وفي الوقت ذاته قد ركب المرء جادة الصواب ، ففي شغف الحصول على مزيد من حياة الترف والرفق ، وبدافع الانانية ، اصبحت مغالياً في استعمال حقوقه لدرجة انه بات لا يأبه بالمضار غير المألوفة التي تلحق بالجار .

هذا ... ويتأرجح موضوع البحث بين القدم ، والتجدد ، حيث نادى الفقه الاسلامي به قبل اربعة عشر قرناً من الزمن باعتبار ان الجوار واقعة طبيعية واجتماعية في آن واحد ولا يخلو منها مكان ولا زمان ، فلا يمكن ان يعيش فرد بمعزل عن مجتمع يؤيه إلا بالقليل النادر .

ثم ان الاسلام ، ومن خلال تعاليمه ، ومنهجه الاخلاقي ، والتربوي للجوار ، وما اوحاه الله جلّ ثناؤه للنبي الاكرم (ص) في التخطيط التربوي والاجتماعي السليم ..سعى الى ان يترابط الجيران ترابطاً حميماً ، وان يتحمل كل فرد مايصدر من أذى الآخر ، وان يحسن كل منهم الى الآخر ، وبذلك نصل الى فرض المسؤولية على عاتق الجماعة ، بحيث يتحمل جميع افراد دائرة المجتمع الاسلامي هذه المسؤولية ، ويتحقق التوازن المنشود.

هذا ... وقد اشتملت خطة البحث على اربعة فصول يتصدرها مبحث تمهيدي للتعريف بحق الملكية وكان في خمسة مطالب . تناولنا في الفصل الاول التحديد القانوني للمضار غير المألوفة . وكان مدار البحث في

الفصل الثاني الاساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، اما الفصل الثالث فقد تناولنا فيه شروط قيام المسؤولية ، وخصصنا الفصل الرابع للحديث عن أحكام المسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة . اما خاتمة البحث فأوجزنا فيها اهم النتائج والتوصيات .
واخيراً فهذا الجهد يضاف إلى المكتبة القانونية راجين ان يكون ذا منفعة للدارسين ولذوي الاختصاص . وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين .

المبحث التمهيدي

التعريف بحق الملكية

يقتضي التعريف بحق الملكية بيان التطور التاريخي لهذا الحق ، وتوضيح مفهومه وخصائصه ونطاقه ، اخيراً الاشارة إلى موقف الشريعة الاسلامية من الملكية الخاصة . عليه نقسم الكلام عن هذه المواضيع على المطالب الآتية :-

المطلب الأول

(التطور التاريخي لحق الملكية)

بادئ ذي بدء نقول ان حق الملكية مرّ بمراحل تاريخية متعددة بدأت بالملكية الجماعية (ملكية القبيلة) ثم تطور الامر إلى الملكية العائلية ومنها إلى الملكية الفردية الذي استمر حقبة من الزمن إلى ان صدر اعلان حقوق الانسان في اعقاب الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ ، حيث اكد الاعلان على ان الملكية حق مقدس لا يجوز المساس به . وبهذا الاعلان اصبحت الملكية في طليعة الحقوق الطبيعية للانسان(١).
إلا ان هالة التقديس التي احاطت بحق الملكية فترة من الزمن تزعزعت بفعل التطور الهائل للمفاهيم الاقتصادية والاجتماعية والفكرية في المجتمع . حيث بدأت الافكار تنادي بالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، فلم يعد هذا الحق مطلقاً للأفراد بل ان له وظيفة اجتماعية يطلب من المالك القيام بها في ضوء حماية القانون له ، ويفقد هذا الحق الحماية القانونية متى ما خرج عن الحدود المرسومة له في القوانين والانظمة(٢).

ويترتب على قولنا ان للملكية وظيفة اجتماعية نتائج منها مايلي :-

اذا ما تعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فان الاخيرة هي التي ترجح وهذا ما نراه في الاستملاك الذي يعرف بأنه (نزع ملكية العقار والحقوق العينية المتعلقة به للنفع العام ولقاء عوض عادل يعين بموجب القانون)(٣) .

اضافة إلى ما تقوم به الدولة باعمال فوق سطح الارض وتحتها للمنفعة العامة دون الحق في المعارضة بدعوى الملكية .

قد يتعارض حق الملكية مع مصلحة خاصة هي اولى بالرعاية من مصلحة المالك ، فهذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم ، كما في حالة وجوب امتناع المالك عن القيام بعمل يسبب ضرراً غير مشروع للغير(٤) . كما انه يجوز للغير التدخل بشكل ايجابي في انتفاع المالك بملكه ليتجنب ضرراً اشد من الضرر الذي يصيب المالك نفسه (كما في حق المجرى وحق المسيل وحق المرور)(٥). كما ان الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية قد تقتضي كذلك اجبار المالك القيام باعمال ايجابية لمصلحة الغير كما في (ملكية العلو والسفل)(٦) .

(١) ينظر: كولان وكابيتان وجوليودولامور اندير ، المطول في القانون المدني، ج٢، باريس، ١٩٥٩، ف٢٩ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٨، حق الملكية ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٦٩ ، ص ٥٥٤ . د. محمد شريف عبد الرحمن ، حق الملكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٣ .

(٣) المادة الاولى من قانون الاستملاك رقم (٨٤) لسنة ١٩٧٠ الملغي . اما قانون الاستملاك الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ فقد تعدد المشرع عدم ايراد تعريف للاستملاك وعدم الاشارة إلى انه لا يكون إلا للمنفعة.

(٤) ينظر بهذا المعنى نص المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي.

(٥) للمزيد ينظر : المواد (١٠٥٢ - ١٠٥٨ - ١٠٥٩) من القانون المدني العراقي .

(٦) للمزيد ينظر : المادة (١٠٨٥) من القانون المدني العراقي .

وجدير بالذكر ان جدلية انكار الرأي القائل بان الملكية حق مطلق يجب ان لا يقودنا إلى القول ان الملكية وظيفة اجتماعية ، فهذا الوصف الاخير للملكية ينكر فكرة الحق ذاتها ، بل ان الصواب هو ان للملكية وظيفة اجتماعية (١) .

المطلب الثاني

مفهوم حق الملكية

الملكية لغة/ (ملك) المرأة تزوجها و (المملوك) العبد و (ملكه) الشيء (تملكاً) جعله ملكاً له(٢) . الملكية اصطلاحاً / تنص المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي على انه : " الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعةً واستغلالاً ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة " . وبذلك فان الملكية في نظر المشرع العراقي حق يخول صاحبه التصرف في ملكه عيناً ومنفعةً واستغلالاً بجميع التصرفات الجائزة .

وقد اقتبس المشرع العراقي هذا النص من المادة (١١) من مرشد الحيران . ومن الملاحظ ان المشرع هنا حاول التوفيق بين الفقه الاسلامي والقوانين الغربية ، ولم يكتب له النجاح في كثير من الاحيان بسبب ايراد نصوص متعارضة في المسألة الواحدة لاختلاف طبيعة المصدر وصياغته الفنية(٣) . ومن اهم الانتقادات التي وجهت لهذا النص :-

ان المشرع العراقي نقل حرفياً نص المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي من المادة (١١) من مرشد الحيران متأثراً بالفقه الحنفي وبذلك انكر الوظيفة الاجتماعية للملكية . ان المشرع هنا ما زال متمسكاً بالصفة المطلقة للملكية حيث قرن الملكية بصفة الاطلاق ، وهذه الصفة قد نبذتها الكثير من التشريعات بسبب التطور الاجتماعي والاقتصادي للواقع العملي . ومع ذلك فقد تدارك الامر في نهاية المادة بتقييد الاطلاق بلزوم ان تكون التصرفات جائزة قانوناً . اورد المشرع في صدر المادة (١٠٤٨) عبارة (الملك التام) وقد يتصور للوهلة الاولى ان المشرع العراقي قد ميز بين الملك التام والملك الناقص ، ولكنه لم يفعل ذلك على الرغم من نقل هذه العبارة (الملك التام) من مراجع الفقه الاسلامي التي تميز بين المصطلحين(٤) . اغفل المشرع العراقي في النص بيان طبيعة وماهية حق الملكية حيث اقتصر على ايراد عناصره . من خلال ما تقدم يمكن تعريف حق الملكية بأنه الحق الذي من شأنه ان يتصرف صاحبه فيما يملك بجميع التصرفات الجائزة عيناً ومنفعةً واستغلالاً .

(١) د. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٨ .

(٢) محمد بن ابي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ص ٦٣٢ .

(٣) منذر بن الحسين الفضل ، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الاسلامية والقانون العراقي ، وزارة الاعلام ، ١٩٧٧ ، ص ١١٦ .

(٤) الملك التام ، هو الملك الذي يجتمع فيه للمالك ملكية الرقبة والمنفعة في ذات الوقت ، فيكون للمالك السلطات الثلاث (الاستعمال - الاستغلال - التصرف) .

اما الملك الناقص ، فهو الملك الذي ينص على الرقبة وحدها او المنفعة وحدها . للمزيد ينظر: الشيخ علي السائيس ، ملكية الافراد ومنافعها في الاسلام ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٢٠٣ .

المطلب الثالث

خصائص حق الملكية

يخول حق الملكية المالك جميع السلطات التي يقتضيها هذا الحق من استعمال واستغلال وتصرف . فهو حق جامع ، كما ان هذه السلطات ينفرد بها المالك وحده فهو حق مانع ، والمالك يستطيع مباشرة جميع السلطات بصورة ثابتة مادام الشيء (محل حق الملكية) باق فهو حق دائم . وحق الملكية اضافة إلى ذلك من اقوى واوسع الحقوق العينية نطاقاً فهو حق عيني اصلي ، وسنتناول هذه الخصائص تباعاً.

اولاً / حق الملكية حق عيني

يعرف الحق العيني وفقاً للمادة (٦٧/ف١) من القانون المدني العراقي بأنه ((سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين)) .

فهو حق يرد على شيء معين بالذات ويستطيع المالك الاحتجاج بهذا الحق تجاه الكافة . كما ان الصفة العينية لحق الملكية تعطي المالك ميزة التتبع واسترداد ملكه في اي يد يكون ولو كان في يد غاصب (١).
وجدير بالذكر ان الحقوق العينية الاصلية والتبعية قد وردت في القانون المدني العراقي على سبيل الحصر (٢) .

ثانياً / حق الملكية حق مطلق

تعد صفة الاطلاق في الفقه التقليدي من اهم خصائص حق الملكية . فكان حق الملكية مطلقاً من حيث المضمون والاستعمال . حيث ان المالك حر في ممارسة السلطات التي يخولها له حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف دون قيد او شرط . بمعنى آخر ان ممارسته لحق الملكية وفقاً لما يروق له وحسب تقديره (٣) .

وهذه النظرة لحق الملكية تعد انعكاساً لسيادة المذهب الفردي الذي يضع حرية الفرد ومصالحته في مقدمة القيم التي يهدف القانون إلى حمايتها .

بيد ان هذه النظرة بدأت بالانكماش امام المذاهب الاجتماعية حيث انتشرت القيود التي تحد من حق الملكية لمصلحة المجتمع ولمصلحة الافراد . واصبحت الملكية اضافة إلى كونها حق فان لها وظيفة اجتماعية (٤) . ويذهب جانب من الفقه إلى ان معنى صفة الاطلاق هنا ان صاحب هذا الحق يمارس حقه دون حاجة إلى تدخل احد ، فحق الملكية يمكن الاحتجاج به قبل الكافة (٥) .

ثالثاً / حق الملكية حق دائم (Perpetuel)

يتصف حق الملكية ايضاً بأنه حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك ، الذي يعد محلاً لحق الملكية وليس بالنسبة إلى شخص المالك . وعليه فحق الملكية باق مادام الشيء باق لم يهلك ، فالملكية باقية ودائمة لا تزول ، رغم ان شخص المالك لا يبقى واحداً على الدوام . فالملكية تنتقل من شخص لآخر (٦) . وانتقال الملكية يكون بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع او الهبة ... الخ . وقد تنتقل بالوفاة إلى ورثة المالك . تبعاً لذلك فان حق الملكية حق لا يسقط بعدم الاستعمال ، ولا يسقط بالتقادم .

كما ان توقيت حق الملكية بمدة معينة غير جائز ، لان التوقيت يتنافى مع طبيعة حق الملكية التي تقتضي الدوام (٧) .

كما لا يجوز ان تقتصر الملكية بأجل واقف كالاتفاق على ان ملكية الشيء لا تنتقل للمشتري إلا بعد انقضاء الاجل المحدد وكذلك الحال بالنسبة للأجل الفاسخ . وهذا الاتفاق يتنافى كذلك مع طبيعة حق الملكية .

(١) كاظم حسن الربيعي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، ط ١ ، مطبعة العسكري ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٢٦

(٢) ينظر المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي .

(٣) د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١٠ ، ص ٢٩ .

(٤) د. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص ٣٨ ؛ د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

(٥) د. غني حسون طه ، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي ، دراسة مقارنة ، حق الملكية ، ج ١ ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٧ ، ص ٥٢ ؛ شاكور ناصر حيدر ، الموجز في الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٧٤ .

(٦) د. محمد شريف عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٧٤ .

(٧) د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص ٥٢ .

اما عن الشرط الفاسخ فيمكن اقتران حق الملكية بشرط فاسخ ذلك ان تحقق الشرط الفاسخ يعني ان الملكية لم تعد منذ البداية . اما اذا تخلف الشرط الفاسخ فان الملكية تستقر للمشتري بصورة نهائية(١) كما ان صفة الديمومة التي يمتاز بها حق الملكية تجعله قابلاً لأن يرد على اشياء قابلة للاستهلاك واشياء غير قابلة للاستهلاك . على عكس الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية فهي لا ترد إلا على اشياء غير قابلة للاستهلاك ، لان هذه الحقوق تستلزم ارجاعها لصاحبها عند انتهاء مدتها مع ضرورة المحافظة على اصلها(٢) . كما ان صفة الديمومة التي يمتاز بها حق الملكية يمكن النظر اليها من حيث استعمال الحق ، فوجود الحق مستقل عن استعماله ، بالتالي فهو لا يسقط بعدم الاستعمال . وهذا ما يميز حق الملكية عن بقية الحقوق العينية الاصلية حيث تزول بعدم الاستعمال .

وجدير بالذكر ان الدعوى التي تحمي حق الملكية وهي دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم(٣) . وقاعدة عدم سقوط حق الملكية بعدم الاستعمال لا تقوم على اساس من جوهر الملكية وانما هي من بقايا صفة الاطلاق التي كانت تتميز بها الملكية فيما مضى(٤) .

رابعاً / حق الملكية حق مانع (Exclusif) يعد حق الملكية من اوسع الحقوق العينية نطاقاً ، وعليه فان قصره على صاحبه يكون ابلغ اثرأ . فلمالك الشيء وحده ان يستأثر بجميع مزاياه ، فهو حق مقصور على المالك دون غيره . وقد حرص المشرع المصري على التأكيد على هذه الصفة في المادة (٨٠٢) من القانون المدني(٥) . اما تعريف المشرع العراقي لحق الملكية والذي استمده من المادة (١١) من مرشد الحيران فلم ترد فيه مثل هذه الصيغة الواضحة في قصر الملكية على صاحب الحق وحده . ومما لاشك فيه ان للمالك في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ان يستأثر بجميع مزايا الشيء وليس لغير المالك التصرف بالشيء او استعماله او استغلاله دون رضاه . ولكن هذا القول لا يحول دون ان يستفيد الغير من هذا الحق اما بالاتفاق او تبعاً لنص القانون ، فللمالك ان يرتب حقوقاً للغير عن طريق الايجار او الاعارة ، كما له ان يرتب حق منفعة للغير او حق ارتفاق .

خامساً / حق الملكية حق جامع (Total) فهو من اقوى واوسع الحقوق العينية لانه يخول صاحبه السلطات الثلاث (الاستعمال والاستغلال والتصرف) وتترتب على ذلك نتيجتان :- النتيجة الاولى / ان المالك لا يطلب منه إلا ان يثبت حق ملكيته بكافة طرق الاثبات ، وتبعاً لذلك فمن يدعي ان له حق في ملك الغير ان يثبت ذلك ، كما لو كان له حق منفعة او حق رهن ... الخ . النتيجة الثانية / هناك بعض الحقوق التي تتفرع عن حق الملكية تتسم بسمة التوقيت كحق المنفعة وحق الاستعمال وحق السكنى ، فمثل هذه الحقوق تنقص من سلطات المالك ولا بد من ارتداد هذه السلطات اليه بانقضاء هذه الحقوق .

المطلب الرابع

نطاق حق الملكية

نعني بالنطاق ، الوعاء الذي يرد عليه حق الملكية ، فهو يشمل الشيء وعناصره الجوهرية وثماره ، ومنتجاته ، وملحقاته ، والعلو والعمق إلى الحد المفيد في التمتع به ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٤٩) من القانون المدني العراقي : " ١- مالك الشيء يملك كل ما يعد في حكم العرف من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون ان يهلك او يتلف او يتغير . ٢- ملكية الارض تشمل ما فوقها علواً ، وما تحتها سفلاً إلى الحد المفيد في التمتع بها " .

(١) د. يوسف محمد عبيدات ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، ط١ ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، ٢٠١١ ، ص ٢٥ .
(٢) ينظر : المواد (٧٧٢ ، ٨٦٠ ، ١٢٥٤ ، ١٢٥٦) ، من القانون المدني العراقي .
(٣) د. السنهوري ، الوسيط ، حق الملكية ، ج ٨ ، فقرة ٣٣٠ ، ص ٦٦٨-٦٦٩ .
(٤) د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص ٢٨ .
(٥) تنص المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري على ان : " لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه " .

فنطاق حق الملكية يشمل الشيء المملوك وكل ما يعد من عناصره الجوهرية . ومعيار تحديد العناصر فيما اذا كانت جوهرية او غير جوهرية يكمن في امكانية فصل هذه العناصر عن الشيء دون هلاك وتلف (١) . كما لا ينحصر حق الملكية بالشيء ذاته وانما يمتد ليشمل ثمار الشيء ومنتجاته (٢) . وكذلك يمتد نطاق الملكية ليشمل الملحقات وهي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء واستغلاله كالعقار بالتخصيص وحقوق الارتفاق ... الخ . كما لا يقتصر حق الملكية على سطح الارض فقط وانما يشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد للتمتع بها علواً وعمقاً (٣) . عليه فمن حق المالك استخدام الفضاء الذي يعلوه في اقامة البناء والغراس ، كما من حقه منع الغير من استعمال هذا العلو . كما له استعمال ما تحت سطح الارض من طبقات ، فله حفر الآبار ومد الانابيب . واستعمال المالك للعلو والسفل مفيد بالحد المفيد للتمتع به ، وعبرة (الحد المفيد للتمتع به) (٤) قيدت مرة بالعرف ، ومرة اخرى حسب طبيعة الاشياء . وهذا الكلام لا يغنينا عن القول ان ملكية الارض يمكن ان تكون منفصلة عن ملكية ما فوقها او ما تحتها بمقتضى الاتفاق او بحكم القانون (٥) . وأحسن المشرع العراقي عملاً عندما قيد نطاق حق الملكية من حيث العلو والسفل لان الاخذ بمبدأ امتداد الملكية إلى علو وعمق غير محددين لا يتفق مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية .

المطلب الخامس

موقف الشريعة الاسلامية من الملكية الخاصة من بين الوسائل التي يعتمد عليها الاسلام في تخطيطه للمنهج الاخلاقي ، تأكيد العلاقات الانسانية بين افراد المجتمع وادخال العلاقة الانسانية في النسيج الديني بالطريقة التي يستحق الانسان بها في الجانب الايجابي ثواب الله تعالى ، وفي الجانب السلبي عقابه ، كما في علاقة الجوار . فأراد الاسلام ان يحول المسألة من اجتماعية جامدة إلى اخرى تتصل بالعنوان الروحي للانسان و تتحرك في خط القرب إلى الله تعالى حيث ترتفع علاقته بجاره إلى موقع القرب من الله وقد تنحدر به إلى مواقع البعد عن الله عز وجل ايجاباً هناك وسلباً هنا . وقد أكد الفقه الاسلامي من خلال قواعده الغراء على منع الضرر ، ودرء المفساد ، في استعمال الانسان لملكه (لا ضرر ولا ضرار) ، (درء المفساد اولى من جلب المنافع) . وفي هذا الصدد انقسم الفقه على ثلاثة طوائف في النظرة إلى الملكية الخاصة . فذهب جانب إلى اطلاق حق الملكية ، وجانب اخر إلى تقييد حق الملكية ، وجانب ثالث يدعو لتقييد حق الملكية بدرجة معينة من الضرر وهي (الضرر الفاحش) (٦) .

اولاً / مذهب اطلاق حق الملكية ويمثل هذا المذهب رأي عند (فقهاء الامامية والحنفية والشافعية) . فللمالك حسب هذا الرأي حرية التصرف في ملكه دون قيد او اجبار ، بشرط ان يكون الملك خالصاً له لا يتعلق به حق للغير (٧) .

- (١) د. يوسف محمد عبيدات ، مرجع سابق ، ص ٢٧ .
- (٢) ينظر : المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي . وللمزيد ينظر ايضاً : فقه العقود / ج ١ لسماحة اية الله السيد كاظم الحسيني الحائري ، ط ٣ ، مطبعة خاتم الانبياء ، قم ، ص ٣٢ .
- (٣) د. محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون الاردني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠ ، ص ٤٧ .
- (٤) ينظر نص المادة (١٠٤٩ / ٢) من القانون المدني العراقي : " ٢ - ملكية الارض تشمل ما فوقها علواً وما تحتها سفلاً إلى الحد المفيد في التمتع بها " .
- (٥) كما هو الحال بالنسبة لمواد المناجم والمحاجر ، حيث تعد المواد المعدنية الموجودة بالمناجم والخامات التي توجد في المحاجر عدا مواد البناء من اموال الدولة . للمزيد ينظر : د. محمد شريف عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٩٢ .
- (٦) د. عبد الرحمن علي حمزة ، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، ٢٠٠٦ ، ص ١١٨ .
- (٧) للمزيد ينظر : فقه العقود لسماحة السيد كاظم الحسيني الحائري ، مرجع سابق ، ص ٤٤ .

ويستند هذا الرأي إلى حجة مفادها ان المالك حر التصرف في ملكه ، وتقيد هذا الحق ، انقاص لاصل الملكية ، كما ان عدم الاضرار بالجار يستند إلى الوازع الديني ، وهذا الاخير يغني عن تدخل القضاء (١) . واخيراً يمكن القول ان المنافع المتبادلة بين الجيران تجعلهم اكثر حرصاً على عدم الاضرار ببعضهم البعض .

ثانياً / مذهب تقيد حق الملكية

ويمثله (بعض الشافعية واحمد ومالك) . وحسب هذا الرأي فانه يمنع التصرف الذي يقصد من ورائه الاضرار بالجار . كما ضيقوا ايضاً من التصرف حيث يمنع المالك من استعمال ملكه اذا ماكان هذا الاستعمال يسبب ضرراً للمالك نفسه .

وقد استدل اصحاب هذا الرأي بالآيات القرآنية الكريمة (٢) والاحاديث النبوية الشريفة التي تؤكد على ضرورة ان يتصف الجار بحسن الخلق والدين في التعامل مع جاره ومنع الاضرار به (٣) .

ثالثاً / مذهب تقيد الملكية بعدم الاضرار بالجار ضرراً فاحشاً

وهو مذهب (المتأخرين من الحنفية ورواية عن ابي يوسف وبعض الشافعية) .

وتبعاً لذلك فلا بد من التفرقة بين الضرر الفاحش والضرر غير الفاحش، حيث منعوا الاول دون الثاني دون الاخذ بنظر الاعتبار نية المالك ، هل يقصد الاضرار بالجار او لا يقصد ذلك (٤) .

عليه فالجار يكون مسؤولاً عن الاضرار الفاحشة التي تلحق بجاره ديانةً وقضاءً . اما الاضرار غير الفاحشة وهي التي جرى العرف على التسامح بها ، فلا يكون الجار مسؤولاً عنها .

وقد عرف الضرر الفاحش بأنه الضرر الذي يمنع الحوائج الاصلية (اي المنفعة الاصلية المقصودة) (٥) .

وقد استدل اصحاب هذا الرأي على ان الضرر الفاحش يمنع الانتفاع تماماً او ينقص من الانتفاع ، وهذا قد يؤدي إلى التعارض بين امرين (ضرر المالك في تقيد ملكه ، والاضرار بالجار ضرراً فاحشاً) .

مما سبق يمكننا القول ان الشريعة الاسلامية الغراء اعترفت بالملكية بنوعيتها (العامة والخاصة) ، إلا انها اقامت الملكية الخاصة على اساس ان الملك لله وحده وما الانسان إلا مستخلف في الارض ((انفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه)) (٦) ، وقد منح جلّ ثناؤه الملكية الخاصة لعباده في اطار ما فرضه من قيود وما رسمه من حدود ، إلا ان هذا القول لا يعني اطلاق العنان للمالك في التصرف بملكه كيف يشاء دون ان يراعي في تصرفه مصلحة المجتمع او مصلحة غيره من الملاك في التصرف باملاكهم .

فقد اكد القرآن الكريم على ترسيخ مبدأ التكافل الاجتماعي بين المسلمين وجعل من الاخوة مبدأً جوهرياً يحكم المجتمع ومنه تنفرع بقية المبادئ التي تهدف إلى اقامة مجتمع متماسك البنیان ، فالاسلام دين وقانون غايته حسن التنظيم الاجتماعي والسمو بالنفس البشرية ، وبذلك فان حق الملكية لم يتم تقييده فقط لغرض تحقيق النفع العام بل قد تكون مصلحة الغير اولى بالرعاية في تقيد مصلحة المالك نفسه ، فيلتزم الجار مثلاً بعدم الاضرار بجاره ضرراً فاحشاً او غير مألوف . وقد امرنا جلّ ثناؤه في كتابه الكريم إلى الاحسان بالجار ((وبالوالدين احساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب ...)) (٧) .

ووردت احاديث كثيرة عن الرسول الكريم (صلى الله عليه واله وسلم) يحث على رعاية الجار وحسن معاملته كقوله (صلى الله عليه واله وسلم) : ((مازال جبرائيل يوصيني بالجار حتى ظننت انه سيورثه)) (٨) . ((قال لقمان حملت الجندل والحديد وكل حملٍ ثقيل فلم احمل شيئاً أثقل من جار السوء)) .

(١) ابن حزم الظاهري ، المحلى ، دار الافاق الجديدة ، بيروت ، ١٣٥٠ هـ ، ج ٩ ، ص ١٠٦ .

(٢) سورة البقرة ، الآية (٢٣١) ، سورة النساء ، الآية (١٢) ... الخ .

(٣) د. عبد الرحمن علي حمزة ، مرجع سابق ، ص ١٢٧ .

(٤) كمال الدين محمد الاسكندري الملقب بابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ط ٢ ، المطبعة الاميرية ، مصر ، ١٣١٦ هـ ، ج ٥ ، ص ٥٠٦ .

(٥) المادة (١١٩٩) من مجلة الاحكام العدلية .

(٦) سورة الحديد ، الآية (٧) .

(٧) سورة النساء ، الآية (٣٦) .

(٨) سليمان بن الاشعث السجستاني ، سنن ابي داود ، ط ١ ، ج ٢ ، ص ٦٣١ .

. وعنه ايضاً (صلى الله عليه واله وسلم) : ((من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليحسن إلى جاره)) (١) .
وعن الامام علي (عليه السلام) : ((ما تأكدت الحرمة بمثل المصاحبة والمجاورة ، سل الجار قبل الدار))
(حريم المسجد اربعون ذراعاً والجوار اربعون داراً من اربعة جوانبها)) (٢) .
وعن الامام الصادق (عليه السلام) : ((حسن الجوار يعمر الديار ويزيد في الاعمار)) . وعن الامام
الكاظم (عليه السلام) : ((ليس حسن الجوار كف الاذى ولكن حسن الجوار الصبر على الاذى)) (٣) .

الفصل الاول

التحديد القانوني للمضار غير المألوفة بين الجوار
الانسان كائن اجتماعي لا يمكن ان يعيش إلا في نطاق الجماعة لذا فالعلاقات تنشأ بينه وبين غيره من افراد
جنسه من اجل التعاون والتعايش معاً وبالطبع فان العلاقات الاجتماعية بين الافراد ولاسيما الجوار اصبحت
واقعا اجتماعياً متطوراً بتطور الزمان والمكان والظروف الاخرى المؤثرة على الجوار .
عليه فان هناك مضاراً مألوفة واخرى غير مألوفة بين الجوار وان لهذه الاخيرة مدلولاً خاصاً يختلف
الضابط في تحديدها باختلاف الظروف المحيطة.

لذلك سوف نقسم الكلام على ثلاثة مباحث ، نبحت في الأول مدلول الجوار ، وفي المبحث الثاني حقيقة
المضار غير المألوفة ، أما المبحث الثالث فقد خصصناه لدراسة الضابط في تحديد المضار غير المألوفة .

المبحث الأول

مدلول الجوار

لبيان المدلول القانوني للجوار لابد لنا من تحديد صفة الجار ، وهذه الصفة تنطبق على الشخص المتضرر
(الجار المتضرر) و (الجار المسؤول) . كما يتطلب الامر بيان طبيعة الاموال فهل ينطبق الجوار على
العقار ام على المنقول ، لذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين ، سنبحث في المطلب الأول ، الجوار
الشخصي ، اما المطلب الثاني فقد خصص لبيان مدلول الجوار من حيث الاموال .

المطلب الأول

الجوار الشخصي

الجوار (٤) من خلال ما تطرق اليه موضوع البحث رابطة بين طرفين هما محدث الضرر (الطرف
المسؤول) والمضرور (الطرف الذي لحقه الضرر) .
ويتطلب الامر منا تحديد مدلول الجار من حيث الاشخاص لاسيما ان حق الملكية باعتباره حقاً عينياً اصلياً
فانه مرتبط بالشخص طبيعياً أو معنوياً (٥) .
خصوصاً ان لفظ الجار قد ورد في المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي مطلقاً لم يرد عليه تحديد .
وعليه ينبغي علينا ان نبحت مسألتين لتحديد صفة الجار ، المسألة الاولى ، تتعلق باعمال البناء وما ينجم
عن هذه الاعمال من اضرار تلحق بالجار ، والمسألة الثانية ، تتعلق بالاضرار الناجمة عن العين
المؤجرة .

الفصل الثاني

الاضرار الناجمة عن الالات المستخدمة في البناء

قد يؤدي استخدام الوسائل الحديثة والالات في البناء وتشبيد المساكن إلى الحاق اضرار جسيمة بالجار وهنا
يدق التساؤل عن الشخص الذي يعد مسؤولاً هل هو رب العمل ام المقاول ؟
وللاجابة عن هذا التساؤل لابد من الاشارة إلى ان الفقه والقضاء قد اختلفا في تحديد الجار في هذه الاعمال
، فقد ذهب فريق إلى القول ان لفظ الجار (صفة الجار) الذي ورد بنص المادة (١٠٥١) من القانون

(١) رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الايمان ، باب الحث على اكرام الجار والضيف ولزوم الصمت ، رقم ٤٨ .

(٢) البحار ، ج ٧٤ ، ص ١٥١-١٥٣ ، المصحف المفسر ، التفسير المعين للواعظين والمتعظين ، محمد هويدي ، ص ٨٤ .

(٣) الكافي ، ج ٢ ، ص ٦٦٧ ؛ البحار ، ج ٧٧ ، ص ٧٢ ، المصحف المفسر ، مرجع سابق ، ص ٨٤ .

(٤) للجوار معان عديدة في اللغة لا تخرج عن معنى الالتصاق والقرب ومنها المجاورة في السكن ، ابن منظور ، لسان العرب
العرب ، دار المعارف ، القاهرة ، ط ١ ، بدون سنة نشر ، ص ٦١٧ .

(٥) د. عبد الرحمن علي حمزة ، مرجع سابق ، ص ٧٢-٧٣ .

المدني العراقي ، لا يمكن ان ينصرف إلى المقاول ، ذلك ان الرجوع على المقاول يكون وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية (١) .

وعلى الجار المتضرر الرجوع على رب العمل او على كليهما (رب العمل والمقاول) . والحجة التي يسوقها هذا الرأي تتمثل في ان رب العمل هو الذي يملك زمام امور العمل والبناء ومن ثم تقام مسؤوليته وفقاً لنظرية مضار الجوار غير المألوفة.

اما الفريق الاخر ، فانه يذهب إلى قصر صفة الجار على المقاول ذلك ان المقاول هو من يدير ويستخدم المعدات والالات اثناء البناء والتشييد .

ومن ثم يُسأل المقاول في هذا الفرض وفقاً لنظرية مضار الجوار غير المألوفة (٢) .

الفـرـع الثـانـي

الاضرار الناجمة عن شغل المأجور

كما اثار تحديد صفة الجار في حالة ايجار العين المؤجرة خلافاً في اوساط الفقه والقضاء ، فهل تنطبق الصفة على المؤجر ام المستأجر ؟

يرى البعض ان صفة الجار تقتصر على الملاك المتجاورين فقط ، عليه فالمسؤولية لا يمكن ان تترتب إلا على مالك العقار ، اما البعض الاخر فيذهب إلى ان صفة الجار لا تقف عند مالك العقار فقط بل يجب ان تمتد إلى كل من يشغل العقار سواء كان مالكا ام غير مالكا (٣) .

فصفة المالك غير لازمة لقيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة فالصفة الضرورية واللازمة هي صفة الجار (٤) .

عليه فالمستأجر يكون مسؤولاً عن الاضرار التي تلحق بالجار والناجمة عن استعماله وشغله للمأجور ، ويعد هذا الرأي هو الاقرب لقواعد العدالة والاكثر انسجاماً مع المسؤولية الناجمة عن مضار الجوار غير المألوفة ، إذ يجب ان ينظر للجار كواقعة قانونية وليس كذمة مالية ، وهنا تتحقق الحماية التي تبتغيها المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي .

وعليه فان اعطاء مدلول ثابت ومحدد للجوار يعد أمراً في غاية الصعوبة لان فكرة الجوار هي فكرة مرنة ومتغيرة ولا يمكن اخضاعها لمعيار ثابت ، ذلك ان النشاطات المختلفة تعطينا تناقضات عملية (٥) .

المطلب الثاني

مدلول الجوار من حيث الاموال

لتحديد مدلول الجوار من حيث الاموال وبمعنى اخر (نطاق الجوار) لابد لنا ان نطرح التساؤل الاتي :-

هل يشمل الجوار العقارات فقط دون المنقولات ام انه يشمل الاثنين معاً على السواء وللإجابة عن هذا التساؤل فإن هناك رأي يذهب إلى التقييد في تحديد الجار من حيث الاموال ورأي اخر يرى ضرورة التوسع في مفهوم الجار .

الفريق الأول / قصر صفة الجوار على العقارات فقط

لقد عرف بعض الفقهاء الجوار بالتلاصق بين العقارات ، ومنهم من قال انه اجتماع لعدة عقارات في مكان واحد (٦) . عليه فقد ذهب هذا الفريق إلى القول ان صفة الجوار تشمل العقار على اعتبار ان العقار هو كل كل شيء له مستقر ثابت ومن ثم تنشأ حالة الجوار بفعل التلاصق والتجاور (١) .

(١) د. محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى ، ١٩٨٥ ، ص ٤٦٦ .

(٢) (Cass civ:10-1-1988, G.p.68,1, 163.)

اشار اليه : د.عبد الرحمن علي حمزة ، مرجع سابق ، ص ٧٤ .

(٣) د. طلبة وهبة ، النظام القانوني لحق الملكية ، بدون مكان نشر ، ١٩٨٧ ، ص ١٠٢ .

(٤) عبد الوهاب محمد عبد الوهاب ، المسؤولية عن الاضرار الناجمة عن تلوث البيئة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ٥٣١ .

(٥) مروان كساب ، المسؤولية عن مضار الجوار ، ط١ ، مطبعة جون كلود ، الاشرفية ، لبنان ، ١٩٩٨ ، ص ٢٠ .

(٦) السيد عبد الوهاب عرفة ، الشامل في حق الملكية والحقوق العينية الاصلية والتبعية ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٨ .

كذلك ينظر : مراد محمود حسن ، التكييف الشرعي والقانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ١٠٤ .

وهذا الاتجاه ينظر إلى العقار استناداً إلى القيمة الاقتصادية حيث تكون العقارات أكثر قيمة من المنقولات ، وهذه النظرة أصبحت محلاً للانتقاد حيث نجد ان بعض المنقولات كالسفن والطائرات أصبحت لها قيمة اقتصادية كبيرة قد تفوق العقارات ، كما ان هذه المنقولات باتت تشكل جزءاً مهماً من الثروات ، الامر الذي تطلب من المشرع التدخل لحماية الثروات المنقولة (٢) .

الفريق الثاني / الجوار يضم العقار والمنقول على السواء

يمضي هذا الفريق في القول ان حالة الجوار يجب ان تشمل العقار والمنقول على السواء ذلك ان المشرع في نص المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي لم يفرق بين العقار والمنقول ، كما ان الاضرار قد تصيب الجار من جراء المنقول وليس فقط بفعل العقار ، وهذا ما نلمسه خصوصاً في وقتنا الحاضر وبفعل الظروف الاستثنائية التي يمر بها بلدنا العراق وهي حالة وجود المولدات الكهربائية ومدى حجم الاضرار الناجمة عنها وما تسببه من تلوث للبيئة بحيث ينعكس سلباً على حياة وصحة الفرد .

ونحن بدورنا نؤيد ما ذهب اليه الفريق الثاني ونرى ضرورة التوسع في مدلول الجوار ليشمل العقار والمنقول على حد السواء . فالأخذ بهذا الرأي يتماشى مع قواعد العدالة وروح التشريع ومن اجل تحقيق التوازن الفعلي بين الحقوق المتجاوزة ، وهذا التوازن يعد جوهر نظرية مضار الجوار غير المألوفة .

المبحث الثاني

حقيقة المضار غير المألوفة

تعددت الاراء القانونية والفقهية في تحديد المراد بـ (الاضرار غير المألوفة او المضار غير المألوفة) في اتجاهات شتى . فمنها ما ذهب إلى ان الضرر غير المألوف هو الخروج عن حدود الحق (حق الملكية) ، ومنها ما ذهب إلى ان الاضرار غير المألوفة في حقيقتها ، نية لدى المالك (نية الاضرار) ، في حين قد يعبر عنها بالضرر الفاحش ، وآراء اخرى ذهبت إلى انها اضرار غير مشروعة . عليه نقسم الكلام عن حقيقة المضار غير المألوفة على المطالب الآتية :-

المطلب الأول

الخروج عن حدود حق الملكية

يرى هذا الاتجاه ان الضرر غير المألوف هو الخروج عن حدود الحق (حق الملكية) ، لان المالك مقيد بعدم الغلو في استعمال هذا الحق ، والخروج عن حدود الحق وفقاً لهذا الاتجاه يمثل خطأ ، لانه انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد فيكون عمله غير مشروع في ذاته لانه جاوز حدود ومضمون الحق (٣) ،

او كان يتضمن مخالفة للقيود التي رسمها القانون (كأقامة بناء بغير مراعاة المسافة القانونية ولو كان ذلك بحسن نية) ودون حاجة لاثبات ضرر (٤) .

وقد اخذت آراء اخرى مسلكاً اخر فعبّرت عن هذه الاضرار بأنها تحدث نتيجة الاستعمال المشروع للحق ودون صدور خطأ من الجار او انحراف عن السلوك المعتاد .

المطلب الثاني

نية الاضرار بالغير

ذهب اتجاه في بيان وتحديد المضار غير المألوفة ، في ان الضرر غير المألوف هو استعمال الحق على نحو يضر بالغير (٥) ، سواء كانت نية الاضرار القصد الوحيد ام اقترن بقصد ثانوي . فلو ان المالك زرع اشجاراً كثيفة ، عالية في ارضه لمجرد حجب الضوء عن جاره حتى لو عادت على الارض بالنفع ،

(١) د. محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، ١٩٦٩ ، ص ١٣٨ .

(٢) عبد الرحمن علي حمزة ، مرجع سابق ، ص ٧٨ .

(٣) د.حسن كيرة ، المدخل إلى دراسة القانون / النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٣ ، ص ٧٦ ، الموجز في احكام القانون = المدني / الحقوق العينية الاصلية ، ط ٤ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٨ ، ص ٣٩ .

(٤) المستشار عز الدين الدناصورى ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ج ١ ، ص ١٥٣ ؛ د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط ٣ ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، المجلد الأول ، ج ٨ ، ص ٧٨ ، ج ١ ، ص ٦٩٤ ، هامش ١ .

(٥) المادة (٢/٧) من القانون المدني العراقي ، والمادة (١ / ٥) من القانون المدني المصري .

فيستشف نية الاضرار لديه مادام ان النفع لم يكن مقصوداً في ذاته ، بل جاء تحققه عارضا ، اذا كان القصد الوحيد من غرسها هو مجرد الاضرار بالجار(١) .

المطلب الثالث

الضرر الفاحش

ويعبر ايضاً عن الضرر غير المألوف بالضرر الفاحش (DommageExcessif) الذي يلحق بالغير وينجم عن استعمال الحق . وهو ما اخذت به مجلة الاحكام العدلية في تحديد القيود التي يقيد بها المالك في استعماله لملكه . وما جاءت به المادة (١٠٥١) (٢) من القانون المدني العراقي في تقييد حق المالك في التصرف بملكه.

وقد فُسر الضرر الفاحش بأنه (ما لا يمكن التحرز منه والمرجع في ذلك العرف والظروف المحيطة) . وعرفته المادة (١١٩٩) من مجلة الاحكام العدلية (هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، او يضر بالبناء اي يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه) . اما الضرر غير الفاحش فيؤدي إلى منع او تعطيل المنافع التي لا تعد من الحوائج الاصلية كسد الهواء والنظارة ، ومنع دخول الشمس ، اما سد الضياء بالكلية فهو ضرر فاحش(٣) . وعرفت المادة (٥٩) من مرشد الحيران الضرر الفاحش بأنه (ما يكون سبباً لو هن البناء او هدمه او يمنع الحوائج الاصلية اي المنافع المقصودة من البناء ، او ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الاصلية فليس بضرر فاحش) .

وفي الواقع ان المسألة موضوعية عند التطبيق ، فالقاضي يستنتج من مختلف الوقائع ، بالاستعانة بأهل الخبرة فيما يعد ضرراً فاحشاً وغير مألوف ، وما لا يعد كذلك . والعلة واضحة لان التسامح بين الجيران معروف في مجتمعاتنا قبل الاسلام وبعده ، وهو شرط هام وضروري من شروط الحياة الاجتماعية . والضرر الفاحش غير المألوف هو ما يمنع الجار من الانتفاع بالمنافع الرئيسية لملكه ، وتطبيقاً لهذا التفسير حكمت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية صاحب المصنع عما تحدثه آلات المصنع من تشويش على القاطنين في جواره عند استماعهم إلى اجهزة الراديو (المذياع) لان الاستماع اليها من الامور المألوفة والتشويش عليها يمكن الاحتراز منه باستخدام بعض الآلات المانعة(٤) ، فهذه الآلات منعت الجوار من الانتفاع بما اعتادوا عليه .

وذهب اخرون إلى ان هذه الظروف غير كافية لتقدير ، كونه يعد ضرراً فاحشاً وغير مألوف او عدم كونه كذلك ، وانما لابد من النظر إلى حالة الاضرار الشخصية (المرض العصبي ، او النفسي او حالة الشخص وما جبل عليه الجار من حس مرهف).

وفرق بعضهم بين (المضار الجسمية والعصبية العادية وغير العادية) ، لتحديد ظروف الشخص ومدى تأثير هذه المضار عليه فتعد اضراراً فاحشة بالنسبة للشخص غير السليم واضراراً غير فاحشة للشخص السليم(٥) .

المطلب الرابع

الضرر غير المشروع

يرى هذا الاتجاه ان الضرر غير المألوف هو ضرر غير مشروع (Prejudice illégal) وهو ما جاءت به المادة (١٢٢) موجبات لبناني) و اضافت اليه المادة (١٢٣) الضرر الذي ينشأ عن الاهمال وعدم التبصر . اما المادة (١٢٤) من نفس القانون ، فعبّرت عنه بأنه الضرر الذي يجاوز به الشخص حدود حسن النية او الغرض الذي من اجله منح هذا الحق .

(١) محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني الجديد / الحقوق العينية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ج ١ ، ص ٢٧٥ ؛ د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية / حق الملكية ، ج ١ ، ١٩٦٠-١٩٦١ ، ص ٨٦ .

(٢) تقابلها ف٢ من المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري .

(٣) المادة (١٢٠١) من مجلة الاحكام العدلية . وجاءت المواد التي تليها بأمثلة كثيرة على الضرر الفاحش .

(٤) نقض فرنسي ٢٩/ مايو / ١٩٣٧ .

(٥) د.صلاح الدين الناهي ، مرجع سابق ، ص ٩٩ .

اما في القانون الفرنسي فلا يوجد نص يماثل تلك النصوص ، إذ إن الاحكام الخاصة بهذه المضار غير المألوفة من عمل واجتهاد القضاء وليست من صنع المشرع بالرغم من كثرة التطبيقات حول هذا الموضوع .

الاستنتاج والموازنة :

من خلال العرض السابق لحقيقة المضار غير المألوفة وطرح الآراء المختلفة ، في اعتقادنا ان مصطلح المضار غير المألوفة اوسع نطاقاً وتعبيراً من الضرر الفاحش او الضرر غير المشروع او الضرر الناتج عن عدم التبصر او الناتج عن تجاوز حدود حسن النية وغيرها من المصطلحات ، لانه مصطلح يجمع بين [الضرر النفسي (التوتر - القلق - عدم الاستقرار) والضرر العقلي والضرر في الحواس البشرية والضرر الصحي] .

اضافة إلى ان فكرة الجوار لا يمكن اخضاعها لمقياس ثابت ومحدد فهي فكرة ذات مقياس متغير معيارها غير ثابت ، لان الاشخاص والاشياء تتغير بتغير الظروف المحيطة ، فاصبح التجاور الجغرافي متأثراً بالحروب والكوارث الطبيعية، عليه فان هذا التعبير يتسع كلما سمحت او تغيرت الظروف ، وما تعد مضراً غير مألوف اليوم قد تصبح غير ذلك غداً .

اما مضار الجوار المألوفة Prejudant la norme habituelle

فهي ما لا يمكن تجنبها بين الجيران ولا بد من استيعابها وتحملها ، ولا يلزم الجار فيها إلا بالتعويض احياناً ، فالضجيج والروائح والابخرة الناتجة عن مصنع كائن في منطقة صناعية يكون ضرراً مألوفاً ، اما لو اقيم هذا المصنع في منطقة سكنية فان الضرر يتحول إلى غير مألوف .

وقد قضت محكمة الزقازيق في مصر بأنه (ليس للجار حق مطالبة جاره بتعويض ما تلحق زراعته من ضرر بسبب ظلال الاشجار طالما كان الجار غير متعمد من وراء الزراعة الإضرار بجاره وطالما انه قد اتبع الاصول الزراعية الملحوظة قانوناً او عرفاً في الزراعة او الغرس) (١) .

المبحث الثالث

الضابط في تحديد المضار غير المألوفة

ان الضابط او المعيار في تحديد المضار غير المألوفة هو ضابط مرن يتسع لما قد يستجد من تقدم صناعي وعلمي في المستقبل ، بحيث يجاوز الحد الاعتيادي والمتعارف عليه ، نتيجة لاختلاف طبيعة العقارات وموقعها من عقار لآخر . اضافة إلى الاعراف السائدة، وظرفي الزمان والمكان ، والغرض المخصصة له ، مما له الاثر البالغ في تحديد ما يعد ضرراً مألوفاً من عدمه . وهو ما أقرته التشريعات المدنية (٢) ، واكدته التطبيقات القضائية المختلفة ، ومنها قضاء محكمة التمييز في العراق في احدى قراراتها بأن (تقدير تحقيق الضرر الفاحش (على حد تعبير المشرع العراقي) من عدمه بسبب اطلال الشبائيك على الجار بواسطة خبير له اطلاع بالحالة الاجتماعية للمدعي وعياله ، والمنطقة الواقعة فيها مسكنه والحالة الموقعية للمسكن ، وللمحكمة في سبيل الوقوف على الضرر الفاحش أن تأخذ بمبادئ الشريعة الاسلامية) (٣) .

وتطبيقاً لذلك لابد ان نناقش هذه المعايير في تحديد المضار غير المألوفة في اربعة مطالب نبحت في الأول طبيعة العقارات ، وفي الثاني الاعراف والعادات ، ونخصص الثالث لظرفي المكان والزمان، واخيراً نتكلم في المطلب الرابع عن الغرض الذي خصص له العقار.

المطلب الأول

طبيعة العقارات

ان تقدير الضرر (L'évaluation du dommage) يختلف باختلاف طبيعة العقارات ، فهناك من العقارات ماتستوعب طبيعتها تلك الاضرار فيعد ضرراً مألوفاً ، وهناك عقارات اخرى لا تستوعب طبيعتها تلك الاضرار ، فتعد اضراراً غير مألوفة (كالعقارات السكنية)، فلو كانت طبيعة العقار مصنعة او معملأاو مصبغة تتعدد فيها الآلات والايدي العاملة وتشتد فيها الضوضاء ، فيعد الضرر الناتج عن هذه

(١) قرار محكمة الزقازيق في مصر في ١٩٣٣/١٠/٢٢ .

(٢) على سبيل المثال المادة (١٠٢٧) من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والمادة (٢/١١٤٤) قيود الجوار (من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ وغيرها .

(٣) قرار رقم ١١٦/مدنية ثانية / ١٩٧٣ في ١٩/٣/١٩٧٣ ، ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، ٢٠٠٧ .

الآلات والضوضاء عند ذاك ضرراً مألوفاً بالنسبة لهذا النوع من العقارات ، لكنه غير مألوف بالنسبة إلى مستشفى أو مكان للسكن أو مدرسة(١).

فقد قضي في مصر بان (الجار ملزم بتعويض جاره عما يصيبه من الضرر ولو لم يخالف نصاً من نصوص القانون واللوائح ذلك متى كان الضرر فاحشاً متجاوزاً الحد المألوف بين الجيران فاذا انشأت الحكومة محطة من محطات المجاري على قطعة من املاكها اقلقت ادارتها راحة السكان في حي مخصص للسكن كان لهؤلاء السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما اصابهم واصاب املاكهم من اضرار(٢) . وفي فرنسا (قد عانى المالكون للسكان مضار كبيرة بعد تشييد مطار نيس من اصوات الطيران التي تجاوزت كثيراً الحد المألوف (Bruit in tense) وقد استحصلوا على تعويضات ضخمة لان عقاراتهم هي في الاصل مخصصة للسكن وقد استحدثت الحكومة الفرنسية هذا المطار ضمن تلك المنطقة السكنية متجاوزة الحد المألوف (٣) . وقضي ايضاً بمسؤولية صاحب المسرح عن الاضرار التي تلحق الجيران نتيجة الضجة الليلية التي تحدث عند انصراف المتفرجين ، ومسؤولية صاحب بيت للدعارة عما يحدث من مناظر مؤذية لمشاعر الجيران او عما يسببه وجود هذا البيت من نقص في قيمة العقارات السكنية المجاورة . ومسؤولية صاحب مدرسة عما يحدث من ضرر كبير للفندق المجاور نتيجة صخب التلاميذ ، وبمسؤولية ادارة سكة الحديد عن الاضرار التي تحدث نتيجة انتشار الدخان او تطاير الشرارات النارية من قاطراتها(٤) .

المطلب الثاني

الاعراف والعادات

لا يخفى ما للاعراف والعادات من أثر على تقدير المضار ، فما تعارف واعتاد الناس عليه من ضجة واصوات ودخان تعد مضاراً مألوفاً لهم خاصة في المناطق الشعبية والمزدحمة ، اما اذا لم يتعارف الناس على مثل هذه المضار كما في المناطق الهادئة فيمكن القول بأنها مضار غير مألوفة بالنسبة لهم ، وعلى الجار تحمل ما تعارف الناس عليه اذ انه التزام تفرضه قواعد الجوار والاخلاق .

فقد قضت المحاكم الاردنية بأنه : (على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار وليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وانما له ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف على ان يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر والغرض الذي خصصت له عملاً بالمادة (١٠٢٧) من القانون المدني وعلى المحكمة ان تنتبث من العرف الجاري في المدينة الموجود بها العقار موضوع الدعوى اذا كان يعتبر الضرر الموصوف بتقرير الكشف ضرراً مألوفاً بالمعنى المقصود في المادة (١٠٢٧) من عدمه(٥)

المطلب الثالث

ظرفا المكان والزمان

المضار قد تكون مألوفة في وقت او مكان ، وغير مألوفة في وقت او مكان آخر ، فما يعد ضرراً مألوفاً في الريف قد يعد غير مألوف في المدن ، بالرغم من العدد السكاني الهائل وكثرة العقارات . وما يعد ضرراً مألوفاً في اوقات الازمات والحروب قد يعد غير مألوف في الاوقات الاعتيادية والطبيعية ، وبالعكس ، وهو ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية في العراق في احدى قراراتها حيث قررت رد دعوى المدعي الذي طالب بالتعويض نتيجة لقيام احدى الدوائر الحكومية بوضع الحواجز الاسمنتية لحماية البناية وارواح الموظفين والمواطنين الآخرين ، الامر الذي ادى إلى غلق المنافذ والمداخل المؤدية إلى محله المجاور للبناية وبالتالي

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، ٦٩٧/٨ ؛ انور طلبة ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠١ ، ص ٦٧ .

(٢) استئناف مصر / ١٧ / اكتوبر / ١٩٤٠ ، المحاماة ، ٣٧٦/٢١ / ٨٩١ .

(٣) نقض فرنسي في ٢٩ / مايو / ١٩٣٧ .

(٤) دالوز / ١٠ نوفمبر / ١٩٤٣ / قسم القضاء .

(٥) مبدأ رقم ٣٦٨ منشور في الجريدة الرسمية الاردنية رقم ٦ / حقوق / ١٩٨٦ ، (نظام المعلومات الوطني / التشريعات الاردنية) .

حرمانه من ممارسة عمله بشكل طبيعي مستندة في ذلك للظروف والاقوات التي يمر بها البلد نتيجة لتزايد العمليات الارهابية(١) .

المطلب الرابع الغرض الذي خُصص له العقار

ان الغرض الذي خُصص له العقار (Le but pour Lequel le fonds a été désigné) يدخل في تحديد ضابط او معيار الضرر غير المألوف ، فقد يكون مألوفاً تحت تأثير ظروف معينة وغير مألوف تحت تأثير ظروف اخرى تمنع مثلاً صاحب العقار من استعمال عقاره على نحو تحقيق الهدف منه او من غرض استغلاله بالنظر لمصلحة العقارات المجاورة (٢) . (فالعقار المعد كمستشفى للعلاج يتأثر استغلاله بالضوضاء المتصاعدة من ملك الجار حتى لو عدّ هذا الضرر مألوفاً في تلك المنطقة او لطبيعة الاعراف فيها ، إلا انه بالنسبة لهذه المستشفى يعد ضرراً غير مألوف يجب ازالته او التعويض عنه) .

وتبعاً لذلك فقد يتبادر إلى الذهن تساؤل مفاده : هل ان للظروف الشخصية تأثير على تحديد المضار وكونها مألوفة وعدم كونها كذلك بحيث يجب مراعاة كون العقار معد للعلاج يتأثر قاطنيه (المرضى فيه) بأي ضوضاء متأتية من ملك الجار او يتأثر من ابتلى بمرض عصبي بحيث يؤذيه مالا يؤذي الشخص السليم العادي حتى لو عدت هذه المضار مألوفة في تلك المنطقة ؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول بأن جانباً من الفقه الفرنسي يرى بان الاعتداد بالظروف الشخصية في تقدير مألوفية المضار من عدمها هو اعتداد لا مبرر له وانما لا بد من الرجوع إلى الاعتبارات الموضوعية لتقديرها ، وحيث ان الاخذ بظروف كل شخص سيؤدي إلى توسيع دائرة المضار غير المألوفة على حساب الاعراف والتقاليد وما يعد من مضار مألوفة لاختلاف مزاج الشخص ونفسيته ووضعه الاجتماعي .

ويرى جانب اخر من الفقه الفرنسي ان الاعتداد بهذه الظروف هنا هو اعتداد مبرر ، فالأصل ان هذه الظروف الشخصية لا وزن لها في هذا الشأن ، إلا ان الحال هو انها ظروف موضوعية متعلقة بالعقار ذاته نتيجة اعداده لاستغلال عادي معين لا لإجل ظروف شخصية استثنائية خاصة بملك العقار(٣) ، وهو ما اخذت به محكمة استئناف بيروت في قرار لها (٤) ، حيث ان المدعي وهو محام بالاستئناف اقام دعوى ضد شركة تجارية لوضع حد للاصوات المزعجة الناجمة عن مكيفات تبريد تقلق راحته قرب مكتبه وتمنعه من ممارسة مهنة المحاماة لان هذه المهنة تستوجب الكثير من الراحة والطمأنينة ، حيث ان التشريع اللبناني يعتمد النظرية الشخصية في تحديد المعيار اللازم لتكييف مألوفية الضرر او عدم مألوفيته ، ويراعي كذلك الاجتهاد الفرنسي الحديث مسألة الاعتبار الشخصي ، إذ انه يسعى لتحديد الضرر وفقاً لامكان الاحتمال

لدى كل متضرر على حدة ... فعامل القماش والجلد ، تتأثر صناعته بالدخان المتصاعد من معمل يقع على مقربة من هذه الصناعة ، كما ان مستثمر عيادة طبية وجريح الحرب ، جميع هؤلاء من حقهم المطالبة بازالة الضرر ، علماً ان اعتبارهم الشخصي هو ابعد من الاعتبار الشخصي العادي.

ويرى جانب ثالث إلى عدم الاخذ والاعتداد بهذه الظروف الشخصية قانوناً ، اي ان هناك اعتبارات قانونية توجب عدم الاخذ بها ، إلا ان الخلق والمروءة والتسامح يفرض الاخذ بها احياناً (٥) .

الاستنتاج والموازنة

في الحقيقة ان الضابط في تقدير عدم مألوفية هذه المضار هو ضابط موضوعي عند التطبيق ، فلا بد للقاضي ان يوازن بين المصالح ويأخذ بنظر الاعتبار المعايير المطروحة (طبيعة العقار – الغرض المخصص له – الاعراف – ظرفا المكان والزمان – الظروف الشخصية ان استوجب الامر وفقاً لمعيار

(١) قرار رقم ٢١٠ / موسعة مدنية في ٢٨/٥/٢٠٠٧ ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، المحامي علاء التميمي ، ط ٢ ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ١٤٦ .

(٢) د.حسن كيرة ، الموجز في احكام القانون المدني / الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٤٩ ؛ جاد يوسف خليل ، مضار الجوار غير المألوفة ، ط ١ ، دار العدالة ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ١١٣ .

(٣) د. انور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١١ ، العدد ١ ، ص ١٢٠ - ١٢٩ .

(٤) في ١٤ / تموز / ١٩٦٤ .

(٥) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، مرجع سابق ، ص ٨٩ .

الشخص المعتاد ، وما يتحمله من مضار ، وما لا يتحمله) ، وبالأستعانة باهل الخبرة في هذا المجال ليستنتج ما يُعد ضرراً مألوفاً وما لا يُعد كذلك ، وهو ما اكدته محكمة التمييز في العراق في هذا الخصوص حيث قضت بأنه (اذا كان مخزن المياه القذرة العائد للمدعى عليه والذي يطلب المدعي ردمه واقعاً في الطريق العام الفاصل بين داري الطرفين فيلزم ادخال البلدية ... لمعرفة ما اذا كان بالامكان تلافي الضرر دون ردمه بواسطة خبير او اكثر) (١) .

عليه ومما سبق عرضه يمكن القول ان ضابط المضار غير المألوفة هو ضابط مرن يتماشى مع كل حالة على حدة فيتكيف مع الظروف المختلفة والحاجات المتغيرة ويستجيب لمقتضيات الحياة تحقيقاً لمبدأ التعاون وحسن الجوار ، وتقليلاً للمنازعات التي يمكن ان تحدث في المستقبل بين الجيران .

الفصل الثاني

الاساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

يقصد باساس المسؤولية الاسباب والاعتبارات التي تدفع المشرع إلى القاء عبء التعويض عن الضرر على عاتق شخص معين . وقد اختلف الفقه القانوني في تحديد الاساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في اتجاهات شتى ، فذهب البعض إلى ان الاساس هو التعسف في استعمال الحق ، وذهب آخرون إلى ان الاساس هو الخطأ ، وإلى نظرية المخاطر ، ذهب ثالثهم ، وغيرهم إلى نظرية تحمل التبعة التي تقوم على الضرر كأساس للمسؤولية ، عليه يقتضي الكلام عن اساس المسؤولية محل البحث تقسيم الفصل على خمسة مباحث . نتناول في المبحث الأول ، الاساس الأول (التعسف في استعمال الحق) ، وفي الثاني ، عن الخطأ ، والثالث نتناول فيه نظرية المخاطر ، والمبحث الرابع نتكلم عن نظرية تحمل التبعة ، واخيراً الاتجاهات الأخرى في المبحث الخامس .

المبحث الأول

التعسف في استعمال الحق (Abus de droit)
نظرية التعسف في استعمال الحق ليست وليدة اليوم والامس القريب بل هي فكرة قديمة (٢) . فقد ذهب فريق من فقهاء القانون (سالي وجوسران) إلى ان اساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة هو تعسف المالك او غلوه في استعمال حقه ، فيسأل عن هذا التعسف او الغلو او اساءة استعمال حقه ويعوض المتضرر عن هذا الضرر (٣) . وللتعسف صور شتى في مجال المضار غير المألوفة بين الجوار نتناولها في المطالب الثلاثة الآتية .

المطلب الأول

قصد الاضرار بالغير (Intention de nuire)
يعد المالك متعسفاً في استعماله لحقه اذا لم يقصد سوى الاضرار بالغير (الفرع أ من ف ٢ من م ٧ من القانون المدني العراقي) (٤) .
فلا يبغي الجار تحقيق اي منفعة خاصة وانما يرمي الاضرار بغيره وسواء كان هذا القصد الوحيد ام اقترن به قصد ثانوي . وهو اقدم معايير التعسف واكثرها شيوعاً لكثرة تسخير الافراد حقوقهم لمجرد تحقيق مآرب شخصية في الاضرار بالغير .

(١) قرار ٨٨٦ / حقوقية / ١٩٦٣ في ٢١ / ٤ / ١٩٦٣ ، ابراهيم المشاهدي ، مرجع سابق ، ص ٦٩ . وقرار في ١٩ / ٣ / ١٩٧٣ (خبرة) رقم ١١٦ / مدنية ثانية / ١٩٧٦ . والمبدأ رقم ٣٦٨ / حقوق / ١٩٨٥ (القضاء الاردني) ، نظام المعلومات الوطني / التشريعات الاردنية .

(٢) هلالي عبد الله احمد ، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجنى عليه في مجال استعمال الحق ، دراسة مقارنة بالفكر الجنائي الاسلامي ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ، ص ٥١ .

(٣) ينظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٦٠ ؛ د. عبد المنعم البدر اوي ، شرح القانون المدني المصري ، الحقوق العينية الاصلية ، ط ٢ ، بند ٨١ ؛ د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، ص ١٣٧ .

(٤) تقابلها المادة (٥) مدني مصري ، والمادة (٤-٥) مدني ليبي والمادة (٦) مدني سوري ، والمادة (٢٢٦) مدني الماني ، والمادة (١٣٥) من قانون الالتزامات البولوني ، والمادة (٢/١٢٩٥) من القانون المدني النمساوي .

وهذا المعيار هو معيار ذاتي قوامه (نية الاضرار بالغير) لدى صاحب الحق ، ولا يغير من هذا الوصف التعسفي لهذا الاستعمال ما قد يحققه فيما بعد من منفعة عارضة لم يقصدها صاحب الحق اصلاً .
وإذا كان اثبات قصد الاضرار بالغير أمراً عسيراً فإن القضاء كثيراً ما يعتمد في استخلاصه على انعدام المصلحة او تفاوتها لدى صاحب الحق على نحو يضر بغيره قرينة على توفر نية الاضرار .
فالمالك الذي يقيم مدخنة على ارتفاع عال لا يبتغي من وراء ذلك اي منفعة شخصية له وانما قصد بها اذاء الجار فإنه يعد متعسفاً في استعمال حقه^(١). اما اذا اقام هذه المدخنة لنفع يقصده ولكنه وضعها في مكان يلحق الضرر بالجار ، وكان من الممكن ان يتجنب هذا الضرر لو انه اقامها في مكان اخر فإنه لا يكون متعسفاً بل انه قد انحرف في هذا التعسف عن سلوك الشخص المعتاد، وبالتالي فأنا هنا امام حلقة مغلقة تدور وتنتهي عند معيار الخطأ .

وفي هذا الخصوص ايضاً ذهب بعض الشراح^(٢) في فرنسا إلى وجوب التفرقة بين الحرمان من التمتع (La privation d'une jouissance) او الحرمان من الفائدة^(٣) (La privation d'une avantage) وبين الاعتداء على الحق (La lésion d'un droit) ولا يكون المالك مسؤولاً إلا في الحالة الثانية^(٤) .

ويفرق Pitant بين الاستعمال العادي لحق الملكية والاستعمال غير العادي (غير المألوف)^(٥) (L'exercice normal ou anormal du droit de propriété) .

ولم يضع هؤلاء الشراح جميعاً تحديداً للاحوال التي يعد فيها عمل المالك حرماناً من التمتع او من الفائدة او اعتداء على الحق ، او الاحوال التي يكون فيها استعمال حق المالك عادياً ، أو غير عادي^(٦) . والدليل على ذلك ان المحاكم الفرنسية قضت في بعض احكامها بأن للمالك ان يقيم على ملكه مبان مهما بلغ ارتفاعها ولو حجب عن جاره النور ، وبالعكس قضت في احكام اخرى بأنه ليس للمالك ان ينشيء على ملكه آلات يتصاعد منها الدخان وذلك لحرمان الجار من الهواء النقي الذي له حق فيه . فعلى رأي الشراح الذين نحن بصددهم يُعد حجب النور حرماناً من التمتع او منعاً للفائدة ، ويكون الحرمان من الهواء النقي تعدياً ، فلم هذه التفرقة ؟

المطلب الثاني

عدم تناسب المصلحة مع ما يصيب الغير من ضرر
ويُعد صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه كذلك اذا كانت المصلحة التي يرمي اليها قليلة الاهمية إلى ما يصيب الجار من ضرر بسببها

(Les intérêts de celui qui case préjudice sont moindres par rapport à ceux de la victime)

وهذا مانصت عليه المادة (٧ ، الفقرة الثانية ، الفرع ب من القانون المدني العراقي) ، فلا يكفي ان تكون لصاحب الحق مصلحة في استعمال حقه حتى تنتفي عنه شبهة التعسف ، فمن اليسير الادعاء بوجود مصلحة ما ، وان القصد من استعمال الحق تحقيق تلك المصلحة ، ولكن ينبغي ان تكون المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر بسبب الاستعمال^(٧). وفي الحقيقة ان صاحب الحق اما ان يكون غير مبالٍ (indifférent) بما يصيب الناس من ضرر لقاء منفعة قليلة يستحصلها لنفسه ، أو ان يتحایل بأن يخبي نية الاضرار تحت ستار مصلحة محدودة الاهمية يسعى لها صاحب الحق، وهو في كلتا الحالتين

(١) د. انور سلطان ، مرجع سابق ، ص ٧١ ؛ احمد محمد ابراهيم ، القانون المدني معلقاً على نصوصه بالاعمال التحضيرية واحكام القضاء وارااء الفقهاء ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٨ .

(٢) بودري لاكنترى وشوفو

Baudret et Chauveau, 222 , p: 169.

(٣) كما ذهب إلى ذلك بلونديل .

(٤) د.حسن كيرة ، الوجيز في احكام القانون المدني ، مرجع سابق ، ص ٤٠ .

(1) G.Charmont-Les transformations de droit, p.208-209 .

(٦) محمد كامل مرسي ، مرجع سابق ، ص ٣٣١ .

(٧) د. حسن كيرة ، الموجز في احكام القانون المدني ، مرجع سابق ، ص ١٤٠ ؛ د. احمد شوقي عبد الرحمن ، النظرية العامة العامة للحق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٢١٩ .

يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد وأساء استعمال حقه أو تعسف فيه فيتحمل المسؤولية. ومن تطبيقات ذلك مانصت عليه المادة (١٠٩٢/٢) من القانون المدني العراقي : (ومع ذلك ليس لمالك الحائط ان يهدمه مختاراً دون عذر قوي ان كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط) (١). فالمالك الذي يهدم حائطه انما يستعمل حقاً في ملكه ، ولكن اذا كان الهدم دون عذر قوي فان مصلحة الجار الذي يستتر بالحائط ترجح رجحاناً كبيراً على مصلحة المالك في هدم الحائط ، ومن ثم يعد هدم الحائط تعسفاً في استعمال حق الملكية ، يستوجب قيام المسؤولية (٢)، والمعيار هنا معيار موضوعي لاشخصي قوامه (التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق والمنفعة العائدة على صاحب الحق) ، وهذا امر يقدره قاضي الموضوع حسب الظروف .

المطلب الثالث

المصالح غير المشروعة

ويعد صاحب الحق متعسفاً في استعماله كذلك اذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة (او غير شرعية) (٣) (les intérêts illégitimes) (الفرع ج من ف ٢ من المادة ٧ من القانون المدني العراقي) فلا يكفي ان تكون المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع بل يجب ان تكون مشروعة ، لان الحقوق ليس لها قيمة في نظر القانون ألا بقدر ماتحققه من اغراض ومصالح مشروعة ، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق لتحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويجرد عنها حمايتها القانون (٤) ، فمن يطلب اخلاء منزله من المستأجر بحجة حاجته للسكن بعد محاولات زيادة الاجرة زيادة فوق مايسمح به القانون واخفاقه في ذلك يعد متعسفاً في استعمال حقه ، ومن يتخذ داره ملتقى للمشبهوهين أو منزلاً للدعارة يعد متعسفاً في استعمال حقه (٥) .

ويقول الفقيه الفرنسي Planiol (أن الحق ينتهي حيث يبدأ التعسف ، فالتعسف في استعمال الحق ليس الا خروجاً عن الحق ، فالعمل الواحد لا يصلح ان يكون في الوقت نفسه متفقاً مع القانون ومخالفاً له) (٦). واخيراً فان المعيار هنا هو معيار موضوعي مرن (معيار الشخص المعتاد) فليس من السلوك المألوف لأي شخص عادي ان يسعى تحت ستار (انه يستعمل حقه) إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في رقابة استعمال الحقوق .

رأينا في الموضوع

من كل ماتقدم ان نظرية التعسف لا يمكن الاعتداد بها كأساس لقيام المسؤولية عن المضار غير المألوفة ، إذ لاتندرج هذه المضار (كما زعم البعض) تحت هذه الصور المطروحة فقد يلحق الجار بجاره ضرراً غير مألوف دون أن يعتمد الاضرار به ، ولا ان يهدف إلى تحقيق مصلحة ترجح رجحاناً كبيراً على مصلحة المالك ، ودون ان تكون مصالح غير مشروعة ، فنخرج عن نطاق التعسف في استعمال الحق ، وهذا ماكداه الفقيه (Josserand) ((ان المالك الذي يجاوز احد موجبات الجوار لا يكون مرتكباً مايسمى بسوء استعمال الحق)) .

وفي الحقيقة ليس هناك ما يمنع المشرع من ان يطبق هذه المعايير السابقة للتعسف او اي معيار اخر في نص خاص يورده في المجال المناسب لتطبيقه متى تحققت حالة او صورة من صور التعسف .

المبحث الثاني

الخطأ (Faute)

(١) تقابلها المادة (٢ / ٨١٨) مدني مصري .

(٢) د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ص ٨٠ .

(٣) ولم تنحصر صور التعسف في الشريعة الاسلامية في هذه الصور بل اتسعت لتشمل صوراً اخرى كتخلف المصلحة عند صاحب الحق والضرر العام والضرر الفاحش الذي ينجم عن استعمال الحق .

(٤) د. حسن كيرة ، الموجز في احكام القانون المدني ، مرجع سابق ، ص ١٤٢ .

(٥) مازو وتونك ، المسؤولية التقصيرية والعقدية ، ط ٥ ، باريس ١٩٥٧ ، ج ١ ، ص ٥٧٥ .

(٦) ولتفصيل ذلك ينظر : د. السنهوري ، الوجيز ، مرجع سابق ، ص ٣٦٠ - ٣٦١ .

وعدت فكرة الخطأ لمدة طويلة كمبرر قانوني للمسؤولية المدنية ، بحيث استطاعت هذه الفكرة ان تتوافق مع الطابع الذي كان يميز معظم الأنشطة الصناعية .

وتقوم هذه الفكرة على مساءلة مرتكب الخطأ عن تعويض هذا الضرر الذي يصيب الجار ولو كان يسييراً(١) ، وقد نصت المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي صراحةً على الخطأ (Faute):

(Art 1382: Tout Fait quelconque qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer) .

ومنها ايضاً نصوص المواد (٢٠٤) (٢) مدني عراقي و (١٦٣) مدني مصري و (١٦٤) مدني سوري و (١٢١) موجبات لبناني حيث اخذت بنظرية الخطأ .

ومن المعلوم ان الخطأ هو الاخلال بتنفيذ الالتزام عمداً او اهمالاً ويتمثل هذا الخطأ في عدم تحقيق الغاية التي التزم بتحقيقها او عدم بذل العناية اللازمة لتنفيذ الالتزام (٣) ، او هو الاخلال بالالتزام قانوني سابق ، او انحراف عن السلوك المعتاد .

والالتزام القانوني السابق هو الالتزام باحترام حقوق الكافة وعدم الاضرار بهم ، وهو التزام ببذل عناية ، والعناية المطلوبة هي اتخاذ الحيطة والتحلي باليقظة والتبصر في السلوك لتحاشي الاضرار بالغير . بذلك يختلف الالتزام العقدي الذي يقضي الاخلال به إلى المسؤولية العقدية عن الالتزام القانوني الذي يرتب الاخلال به المسؤولية التقصيرية ، لان الالتزام القانوني هو التزام ببذل عناية دائماً ، اما الالتزام العقدي فقد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة او التزاماً ببذل عناية .

بناءً على ذلك ان اي استعمال لحق الملكية يجاوز فيه الجار الحدود التي رسمها القانون لهذا الحق يكون خطأ تقصيرياً يوجب المسؤولية .

فاذا أدار المالك او صاحب الحق محلاً مقلقاً للراحة او مضرراً بالصحة في منطقة لاتدار فيها هذه المحلات او دون مراعاة الشروط القانونية الواجبة (كمحلات الحدادة والسمكرة الخ) فإنه يكون قد ارتكب خطأ يسأل عنه . إلا ان المالك او صاحب الحق لا يرتكب خطأ في استعماله لحقه او ملكه ، ومع ذلك ينحرف في هذا الاستعمال عن الحد المألوف ويضر بجاره ويكون مسؤولاً عن تعويض هذا الجار عن الضرر ولو كان ضئيلاً ، كمن يشعل النار في ملكه بموجب حرفته إلا ان خطر الحريق تعدى إلى ملك جاره فتنبعث الشرارة اليه ويكون سبباً في احداث حريق عنده(٤) ، او كمن يقيم في منزله حفلات راقصة في حي سكني سكني هادئ تحكمه عادات وتقاليده تستتكر ذلك التصرف فإنه يكون قد انحرف عن السلوك المعتاد والمألوف فيسأل تجاه جاره عن تعويض الضرر الذي لحق بالجار نتيجة اقلاق راحته ومخالفته العادات والتقاليد.

وقد دافع الفقهاء الفرنسيان (H.etI Mazeaud) بجدية عن نظرية الخطأ كأساس للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ويعبران عن ذلك (بأن تجاوز الحد العادي في علاقات الجوار يؤلف الخطأ بالمعنى الذي نصت عليه المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي) (٥) رأينا في الموضوع /

من المعلوم ان تعويض الضرر في المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة يكون كاملاً ولو لم يصدر خطأ من المالك بتصرفه ، ولو لم ينحرف عن السلوك المعتاد ، ثم انه لا تعويض عن الضرر في نطاق الجوار إلا اذا كان الضرر غير مألوف ، بذلك نبتعد عن الخطأ كأساس لهذه المسؤولية ، وعليه فلا يمكننا الاعتماد على فكرة الخطأ وتجاوز ذلك نحو خطوة اكثر تقدماً وضماناً لحقوق المتضررين .

المبحث الثالث

نظرية المخاطر او الخطر في حدوث الضرر Théorie des risques

(١) الدناصوري ، مرجع سابق ، ص ١٥٣ .

(٢) ينظر ايضاً المواد (١٨٦ - ٢٠٢) من القانون المدني العراقي .

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ١٩٨٠ ، ص ١٦٥ ؛ د.حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، ج ٤ ، ط ١ ، دار وائل للنشر ، ٢٠٠٦ ، ص ٧٩ .

(٤) د.السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق ، ج ٨ ، ص ٦٨٩ .

(5) Planiol e-L Ripert – traité' de droit civil obligations Tom VIP. 641.

نظراً للتطور التقني والتكنولوجي الهائل الذي شهدته كافة المجالات وتحت تأثير كثير من الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية وتحقيق العدالة في توفير الحماية للمتضرر التي عجزت عنها المسؤولية الشخصية القائمة على الخطأ تعالت المطالبة في تبني اسس اخرى تبتعد عن عنصر الخطأ . فما دام الضرر قد وقع من جراء نشاط معين فصاحب النشاط (وبالذات النشاط الذي يشكل خطورة على المجتمع) هو المسؤول ولو بغير خطأ . فقد اقام البعض المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة على نظرية المخاطر او الخطر في حدوث الضرر .

و اول من قال بهذه النظرية العلامة (Labbe) فمن ينشأ بفعله او نشاطه في المجتمع مخاطر مستحدثة (Risqué crée) ينبغي عليه ان يتحمل ما ولده نشاطه من مخاطر .

ومن القوانين التي طبقت هذا المعيار القانون السويسري (١) ، حيث اخذ بفكرة الخطر المستحدث Risques nouveau 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 وتجار المواد القابلة للاشتعال ... الخ) (٢) .

واعتمد الفقيه الفرنسي Josserand (٣) معيار الخطر المستحدث في مسألة مزار الجوار حيث يجب التعويض عن الضرر الناتج عن ممارسات تثير الضجيج حتى لو كان هذا التسبب غير معاقب عليه قانوناً انطلاقاً من ان الجار المنتج للضرر يمارس مهنته بصورة طبيعية ومشروعة او ذات مصلحة عامة ولكنه مساهم في خلق الخطر الشاذ فيكون بالتالي مسؤولاً عن هذا الضرر تجاه الجار الذي لم يساهم في العمل الخطر .

المبحث الرابع

تحمل التبعة

نظراً للتطور التكنولوجي التقني الذي اجتاحت كافة ميادين الحياة وصعوبة اثبات الخطأ في جانب المسؤول ، بدأ التحول تدريجياً إلى تقليص دور الخطأ ومن ثم الاستغناء عنه ليتم الاعتماد على عنصر الضرر وعرفت هذه المسؤولية بالمسؤولية الموضوعية (٤) . وتقوم هذه الفكرة (فكرة تحمل التبعة) على مبدأ مفاده ان الضرر قد وقع من جراء نشاط معين ، فصاحب هذا النشاط هو المسؤول عنه ولو بغير خطأ او تعسف (٥) . والهدف الاساسي من فكرة تحمل التبعة سرعة حصول المضرور على التعويض عن الضرر الذي لحق به دون ان يتحمل عبء اثبات خطأ المسؤول .

وأول من نادى بهذه الفكرة العلامة (Labbe) وقرر الاستاذ Saleilles استغناء المضرور عن اثبات خطأ الفاعل واكتفى باثبات الضرر الذي اصابه (٦) وبالتالي ضمان حقوق الكافة . وتتبع من قاعدة (الغنم بالغرم) فمن يجني ثمار نشاطه الضار بالغير ويستفيد منه فعليه تحمل تبعه ما نجم عن هذا النشاط من ضرر للغير ، مادام هو المستفيد من منافع هذا النشاط (٧) . وقد اخذت قوانين كثيرة بنظرية تحمل التبعة منها القانون البلجيكي والسويسري والالمانى وغيرها وخاصة في مجال الاستثمارات الصناعية نتيجة للظروف الاقتصادية والتحويلات السياسية والاجتماعية (٨) .

(١) واخذ به ايضاً القانون البلجيكي والالمانى وغيرهما .

(٢) جبار صابر طه ، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، ١٩٨٤ ، ص ٤١٠ .

(3) Léspritet la relativité des droits

(٤) د. حسن علي الذنون ، المسؤولية المادية ، نظرية تحمل التبعة ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٢١ .

(٥) د. احمد محمود سعد ، استقرار لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، ص ٢٨٠-٢٨١ .

(٦) د. سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، الفعل الضار ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص ٢٢٦ .

(٧) مراد محمود محمود حسن ، مرجع سابق ، ص ٥٣٤ .

(٨) وهو ما ذهب اليه القضاء الفرنسي حيث قضت محكمة باريس (ان مسؤولية مالك الشيء لاتنتج عن قرينة الخطأ بل عن ذلك المبدأ العادل الذي يقضي بأن من يجني منفعة شيء يجب ان يتحمل ما يسببه من ضرر) . وهو ما عبرت عنه ايضاً محكمة لانيو حيث ذهبت إلى انه : (يبدو من العدالة والمنطق ان الضرر الناتج عن شيء يجب ان يتحملة من يجني منفعة

بناءً على ذلك فالجار الذي يصدر منه نشاط يضر بجاره ضرراً غير مألوف عليه الغرم كما كان له الغنم وان لم يرتكب اي فعل مخالف للقانون ولم يتعسف في استعمال حقه وانما يتحمل تبعه نشاطه الذي الحق ضرراً غير مألوف بجاره .

ويقول الفقيه Josserand بهذا الصدد : (ان نشاط الفرد الذي يسبب الضرر للآخرين يجعل من صاحبه مسؤولاً عن هذا الضرر وبدون حاجة إلى البحث عن وجود الخطأ او عدم وجوده ولا محل ايضاً للبحث عن نية الفاعل بل يبحث عن ذات الفعل فاذا كان الانسان يستطيع ان يجلب بنشاطه ربحاً فإنه من العدل والانصاف انيعوض بالمثل الضرر الذي يسببه) (١) .

وفكرة تحمل التبعة ، فكرة تتفق مع قواعد العدالة والانصاف والاخلاق ، ومبدأ حسن النية (٢) .

المبحث الخامس

الاتجاهات الأخرى (الاثرء بلا سبب - حالة الضرورة -
شبة عقد الجوار)

أولاً / الاثرء بلا سبب Enrichissement Sans cause

من الشراح من رتب المسؤولية على أساس الاثرء بلا سبب ومنهم الفقيه Carbonnier (٣). فالمالك قد اثرى على حساب الجار ، وان الجار قد أصابه ضرراً غير مألوف فاصبح فقيراً ، فوجب على المالك المثري ان يرد للجار المفتقر اقل القيمتين (مقدار الاثرء ومقدار الافتقار) (٤) .

ومن الظاهر انه اذا كان من المحقق ان الجار الذي أصابه ضرر غير مألوف قد افتقر فليس من المحقق ان المالك الذي كان مصدر هذا الضرر قد اثرى .

وليس من المحقق ايضاً ، حتى اذا كان المالك قد اثرى ، ان يكون افتقار الجار نتيجة لهذا الاثرء .

ثانياً / حالة الضرورة Nécessité

يرى الفقيه Savatier ان أساس مسؤولية المالك مبنية على حالة الضرورة ، فمضايقات الجوار ضرورة اجتماعية لا بد من تحملها ، ولكن تقدر الضرورة بقدرها .

وان استوجبت الضرورة ان يتحمل الجار الجوار دون تعويض فلا يمكن التعويض عنه ، فمسؤولية المالك هنا مردها مجاوزة حالة الضرورة ، وان الضرورة تقتضي تحمل الضرر المألوف ، فاذا جاوز المالك هذا الحد وأصاب الجار بضرر غير مألوف وجب عليه التعويض ولو لم يجد خطأ في جانبه ، إذ أن تجاوز حد الضرورة هي بعينها الخطأ الذي يستوجب التعويض (٥) .

ثالثاً / شبة عقد الجوار De voisinage au asic contract

ذهب الفقيه Pothier الى ان أساس التعويض هو وجود شبة عقد يطلق عليه شبة عقد الجوار يفرض التزاماً على الجار بأن لا يضر بغيره ضرراً غير مألوف .

وفي الحقيقة انه لا يمكن افتراض وجود عقد بين الجيران واعتباره مصدراً للالتزام اسوةً بالعقد .

وذهب جانب من الفقه المصري في تفسير (ف ١ من المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري) بأن هناك التزاماً على المالك بأن لا يغلو في استعمال حقه ، فأى اخلال لهذا الالتزام يوجب المسؤولية . إلا ان خرق هذا الالتزام لا يشكل خطأ بالمعنى المعروف لان المالك لم ينحرف عن السلوك المعتاد ومع ذلك

هذا الشيء ومن يعرف المخاطر الملازمة لاستعماله) . ينظر : د. اياد عبد الجبار ملوكي ، المسؤولية عن الاشياء ، ط ١ ، ١٩٧٩-١٩٨٠ ، ص ١٨٣ .

(١) جبار صابر طه ، مرجع سابق ، ص ١٨٣ .

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

(3) Droit civil P. 195- Ets .

(٤) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، (مصادر الالتزام - احكام الالتزام - اثبات الالتزام) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٣٢٠ .

(٥) جاد يوسف ، مرجع سابق ، ص ١٣٠ .

الحق ضرراً بالجار ، فمن العدل ان يتحمل نتيجة استعماله لملكه استعمالاً استثنائياً (خروج عن الحد الطبيعي للحق) (١) .

فاذا كان من الممكن الاخذ بهذا الاتجاه في القانون المصري ، إلا انه لا يمكن الاخذ به في القانون الفرنسي لعدم وجود مثل هذا النص ، ثم ان المالك حسب هذا التفسير عندما يخرج عن حدود الحق يُعد مخطئاً فتقوم مسؤوليته بالتالي على أساس الخطأ.

الاستنتاج والموازنة

في الحقيقة ان لكل هذه الاتجاهات والمعايير اسانيداً وحججها، ومع ذلك يمكن القول ان النص القانوني هو الأساس الذي يمكن الركون اليه في فرض مثل هذا الالتزام (الالتزام بعدم الاضرار بالجار ضرراً غير مألوف) او ضرراً فاحشاً (حسب تعبير المشرع العراقي في المادة ١٠٥١ من القانون المدني والمشرع المصري في المادة ٨٠٧ من القانون المدني) . فالمتضمن في نص المادة (١٠٥١) مدني عراقي (١ - لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضرراً بالجار ضرراً فاحشاً ، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً او قديماً . ٢ - للمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر او اعمال أخرى تحدث في العين المجاورة ان يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر وله ايضاً ان يطلب وقف الاعمال او اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة (ريثما تفصل المحكمة في النزاع).

..... يجد ان المشرع قد الزم المالك بأن لا يتصرف في ملكه تصرفاً مضرراً بالجار ضرراً فاحشاً (حسب تعبيره) او غير مألوف.

وفرض المسؤولية على المالك بان الضرر يزال سواء كان حادثاً او قديماً. وللجار المهدد من اعمال جاره ان يتخذ الاحتياطات التي تقيه من الضرر وله ايضاً ان يتخذ ما منحه القانون من إجراءات واحتياطات عاجلة لحين الفصل في النزاع ، بالرغم من ان لكل ذي حق ان يتصرف في ملكه جميع التصرفات الجائزة شرعاً (تصرفاً ومنفعةً واستغلالاً) . فاذا ما الحق ضرراً غير مألوف بالجار عليه تحمل تبعة ذلك .

لذلك فان النص القانوني هو الذي يفرض هذا الالتزام وهو لا يخرج عن كونه مستوحى من فكرة تحمل التبعة . وهو أساس موضوعي مبني على اعتبارات (قانونية - أخلاقية - دينية) . تجمع ما بين قواعد العدالة والانصاف واحترام الحقوق وقواعد حسن الجوار .

وفي حالة غياب النص القانوني (٢) الذي يفرض هذا الالتزام فان قاضي الموضوع يستند في اجتهاده لبيان الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة الى المبادئ العليا (العدالة - الانصاف - قواعد الاخلاق - قواعد حسن الجوار) والتي يفرضها مبدأ حسن النية في التعامل مع الناس كافة في فرض هذا الالتزام وقيام المسؤولية تبعاً للظروف المحيطة .

الفصل الثالث

شروط قيام المسؤولية

بعد ان بحثنا في الفصل الأول التحديد القانوني للمضار غير المألوفة بين الجوار ، وتعرفنا على مدلول الجوار وحقيقة هذه المضار والضابط في تحديدها وكونها مألوفة او غير مألوفة لأعتبارات شتى ، فلا بد لقيام المسؤولية عن هذه المضار غير المألوفة توفر شروطاً معينة تتمثل في صدور نشاط ضار من الشخص وهو يستعمل حقه المشروع يجاوز ما تعارف عليه الجيران في علاقاتهم من شأنه ان يولد ضرراً غير مألوف للغير المجاور له، اضافة إلى كون هذا الضرر ناتجاً عن تجاوز العقارات (واقعه التجاور) . ولذلك سنقسم الكلام عن هذه الشروط على ثلاثة مباحث ، نخصص الأول منها للنشاط الضار ، والثاني نتناول فيه الضرر غير المألوف وأما المبحث الثالث فيتم الحديث فيه عن واقعة تجاوز العقارات .

المبحث الأول

النشاط الضار

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، ٨ / ٧٠٥ ، محمد كامل مرسي ، مرجع سابق ، ص ٣٣٢ .
(٢) ومن الجدير بالإشارة الى ان أساس المسؤولية قد يكون الخطأ ان وصل الامر الى درجة الخطأ ، فلا حاجة للبحث عن أساس اخر . او يكون التعسف في استعمال الجار لملكه اذا تحققت صورة من صور التعسف . للمزيد تراجع الآراء التي سبق عرضها .

أما الشرط الأول فلا بد من أن يصدر من الشخص عملاً غير مألوف وهو يستعمل حقه ويولد ضرراً بالجار وقد عبر عنه البعض بالخطأ وقيل (ليس المقصود به المعنى العادي للخطأ لأن المالك لم يقصد الاضرار بالجار بل يقوم باتخاذ كافة مايتطلبه القانون واللوائح ، ومع ذلك يحدث ضرراً غير مألوف . فالخطأ يأخذ وصفاً خاصاً هنا حسب هذا الرأي يتمثل في غلو المالك في استعمال حقه (المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري) بحيث يجاوز الحد المألوف لأستعمال الحق ، وأجتياز هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجاً على حدود الحق لاتعسفاً في استعماله(١).

وقد سبق القول بهذا الخصوص ان الجار يستعمل حقه استعمالاً طبيعياً ومع ذلك قد يضر بجاره ضرراً غير مألوف يستوجب التعويض دون ان يصدر منه خطأ في استعماله لحقه ، فهو يقصد الحصول على اكبر فائدة ممكنة من ذلك الاستعمال .

وقيل بأن على الجار تعويض جاره عن الضرر الذي اصابه بسبب الاستعمال الاستثنائي لحق الملكية (فعدم التعويض عنه) هو الخطأ الذي يرتب المسؤولية ، وفي النهاية فان هذا الالتزام يقوم على الخطأ حسب هذا التصور .

وفي هذا المجال يمكننا ان نشير إلى ان السببية قد توجد ولا يوجد الخطأ اذ انها انفصلت عن الخطأ واتصلت بالضرر ، وتتحقق المسؤولية لوجود عنصر الضرر(٢) . فقد كان لنضج الوعي الاجتماعي ، والتطور الاقتصادي والصناعي ، ولتيسير حصول المضرور على التعويض الاثر البالغ في توجيه دفة المسؤولية التقصيرية تجاه العدالة عن طريق تخفيف عبء اثبات خطأ مرتكب الفعل الضار او استبعاد عنصر الخطأ كركن من اركان المسؤولية التقصيرية واقامة المسؤولية على عنصر الضرر فقط ، بالتركيز اما على مبدأ تحمل التبعة او اقامتها على اساس نظرية المخاطر او (الخطر في حدوث الضرر) وبالتالي تعويض الشخص عن اي ضرر نتيجة النشاط الخطر(٣) .

واخيراً نقول ان الاستعمال الاعتيادي والمألوف للحق لا يولد اي مسؤولية لان القاعدة الاساسية تقضي بان للشخص ان يستعمل ملكه استعمالاً جائزاً واستغلاله والتصرف فيه بجميع التصرفات(٤) . على ان لا يضر بغيره ضرراً يوجب المسؤولية ، اذ ان عليه واجب الحيطة والحذر والتوقع لما قد يحدثه استعماله لحقه من ضرر بالجار ، باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لمنع حدوث الضرر (٥) ، فعلى سبيل المثال بالنسبة لمولدات الكهرباء المنزلية يجب وضعها في اماكن تمنع وصول الاصوات والروائح والادخنة المضرة بالصحة للدور المجاورة او على الاقل الحد من تلك الاثار السيئة (بالصيانة الدائمة لها ووضعها في اكشاك او صناديق تقلل من الاصوات والاهتزازات الصادرة منها) .

وهذا الاستعمال امر قد يحقق المسؤولية وقد يمنع قيامها اذا عدل الشخص عن ممارسة نشاطه الضار او تدارك حدوث الضرر ، فعلى الصناعي مثلاً ان يتدارك الابخرة والدخان المتسرب من مصنعه والذي من شأنه ان يضر بالعقارات المجاورة ، وعلى من يدير محلات التسجيلات الصوتية ان يستخدمها وفقاً للطرق الصحيحة التي لا تسبب الضوضاء المتمثلة بالاصوات العالية التي من شأنها ازعاج السكان .

المبحث الثاني

الضرر غير المألوف

اما الشرط الثاني فيتمثل في حدوث ضرر من جراء الاستعمال ، والضرر هو روح المسؤولية المدنية والعنصر الاساسي فيها L'essence de la Responsabilité Civile ، والمسؤولية تعني التزاماً بالتعويض ، والتعويض يقدر بقدر الضرر، وبانتقائه تنتفي المسؤولية ولا يظل محلاً للتعويض ، ولا تكون

(١) الدناصوري ، مرجع سابق ، ص ١٥٥ ؛ ينظر ايضاً : بلانيول وريبير وكاربونيه ، د. السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق ، ج ٨ ، فقرة ٥٥١ .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٨٧٣ .

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مرجع سابق ، ص ٢٠٠ .

(٤) من المبادئ التي قررتها محكمة التمييز الاتحادية في العراق (ان من حق المالك التصرف بملكه عيناً ومنفعةً واستغلالاً....

(ينظر القرار رقم ٢٠٦ في ٢٠٠٨/٨/٢١ ، المجموعة المدنية ، علاء التميمي ، ٢٠٠٩ .

(٥) محمد كامل مرسي ، مرجع سابق ، ص ٣٤٨ .

للمدعي المضرور مصلحة في اقامة الدعوى (١). إذ إن من شروط الدعوى شرط (وجود المصلحة) فلا دعوى من غير مصلحة ولا مصلحة ما لم يكن هنالك ضرر قد لحق المدعي(٢) . ولكي يكون بإمكاننا مساءلة الجار وفقاً لقواعد نظرية مزار الجوار غير المألوفة لابد ان يتصف الضرر بصفات معينة ، اذ انه ضرر من نوع خاص فهو ضرر غير مألوف ، ومحقق الوقوع ومستمر ، ولوجود حاجة ملحة للتفصيل في هذا الموضوع أكثر ؛ لذا سنبحث هذه الصفات في المطالب الثلاثة الآتية :-

المطلب الأول

عدم مألوفية الضرر

لابد ان تكون الاضرار غير مألوفة ، بمعنى ان تزيد من القدر الذي تتطلبه ضرورة الجوار ، ثم يترك المجال للقضاء بعد ان يأخذ بنظر الاعتبار العرف والبيئة المحيطة وظروف الدعوى ، فيما اذا كان الضرر ادبياً ، كالضرر الناشئ عن ادارة منزل للممارسات غير الاخلاقية ، او كان الضرر مادياً صادراً عن مصنع او معمل تنبعث منه الروائح الكريهة والادخنة .

عليه فالمسؤولية هنا مرتبطة بحصول ضرر غير اعتيادي (غير مألوف) او ضرر يقلق الراحة (Trouble de voisinage inquiétude) إذ لا تعويض عن المزار المألوفة ، تلك المزار التي تتطلبها حالة الجوار ، ويجب التسامح فيها حتى لا تتعطل اعمال وأنشطة الجيران عند استعمالهم لحقوقهم ، إذ لا يمكن تجنبها لكونها تعد من ضرورات الجوار التي لا مفر منها(٣) .

هذا وان معيار المزار غير المألوفة هو معيار مرن متطور بحيث يستوعب انواع جديدة من المزار التي تجاوز الحد المألوف . وقد عبر المشرع العراقي عن الضرر غير المألوف بالضرر الفاحش (كما مرّ بيان ذلك) متأثراً بالفقه الاسلامي في المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي ، وهو مصطلح مقتبس من مجلة الاحكام العدلية وبالأخص المادة (١١٩٩) ، وقد قضت محكمة التمييز في العراق بأن : (ما يعتبر ضرراً فاحشاً في الشريعة الاسلامية يمكن اعتباره كذلك في ظل القانون العراقي) (٤) .

ومهما كانت التسمية فان هذه المزار يجب ان تكون غير مألوفة ، والاعتبارات التي يعتد بها في تقدير الضرر غير المألوف كلها اعتبارات موضوعية يستنتجها القاضي من الظروف المحيطة بالعقار (العرف – الغرض الذي خصص له – طبيعة العقارات – ظرفا الزمان والمكان) والمسألة هي مسألة وقائع متروكة لقاضي الموضوع .

وفي هذا الخصوص نصت المادة (٩٠٦) من القانون المدني الالمانى على انه : (لا يجبر المالك على ان يتحمل في ملكه الغازات والابخرة والروائح والدخان والقتام (الهباب) والحرارة والضوضاء والاهتزازات ونحوها إلا اذا كان الضرر الناشئ عنها قليلاً تافهاً أو اذا كانت ناتجة من استعمال العقار استعمالاً عادياً على حسب عرف المكان) .

المطلب الثاني

الضرر المحقق

لمساءلة الجار عن مزار الجوار غير المألوفة لابد ان يكون الضرر محققاً اي مؤكداً الحدوث سواء كان حالاً اي وقع فعلاً ، او كان مستقبلاً اذا كان وجوده مؤكداً(٥) ، والضرر المستقبلي هو ذلك الضرر الذي تقوم اسبابه في الحال وتتراخي اثاره إلى المستقبل اي يتراخي وقوعه إلى زمن لاحق غير محقق الوقوع ، وقد يكون للضرر المستقبلي في حالات استثنائية تأثير على مقدار التعويض ؛ إما سلباً او ايجاباً(٦). تنص المادة (٢٠٨) من القانون المدني العراقي على انه : (اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها ان تحتفظ للمتضرر بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة باعادة النظر في التقدير) .

(١) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٢١٢ .

(٢) د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، احكام الالتزام ، ط ٢ ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ١٥٥ .

(٣) عطا سعد حواس ، الاساس القانوني للمسؤولية عن اضرار التلوث ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٢ ، ص ١٢٤

(٤) قرار رقم ٨٣٠/ص/١٩٦٨ في ١٤/٩/١٩٦٨ .

(٥) د.عبد المنعم البدر اوي ، النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨ ، ص ٧٥ ؛ د.عبد المجيد الحكيم

وآخرون ، الوجيز ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٢١٣ .

(٦) د. سليمان مرقص ، مرجع سابق ، ص ٣١٣ .

اما الضرر الاحتمالي فهو قائم على وهم وافترض ، فقد يقع وقد لا يقع ، اذ لا يوجد ما يؤكد حدوثه في المستقبل (١). فهو احتمالي الوقوع إلا اذا وقع فعلاً او صار وقوعه مؤكداً في المستقبل ، ولان الاحكام لا تبني على الافتراض ، فان الضرر المحتمل يكون بمنأى عن التعويض حتى يقع فعلاً (٢). من كل ما تقدم فلكي يسأل الجار عن الضرر غير المؤلف لابد ان يكون محققاً لا احتمالياً ، وهذا الاخير لابد كذلك ان يصيب حقاً او مصلحة مالية مشروعة للمتضرر .

المطلب الثالث

صفة الاستمرارية

اخيراً لابد ان يتصف الضرر بصفة الاستمرارية لكي يمكن مساءلة الجار عن المضار غير المؤلفه أي ان يكون مستمراً لا آنياً مفاجئاً ، او مؤقتاً ، او حصل وانتهى .

حيث ان الضرر المؤقت لا يؤلف از عاجاً تجاه الجوار فليس من الأهمية الكافية مساءلة المتسبب للضرر إلا اذا استمر هذا الضرر الذي يؤلف المضار غير المتسامح بها تجاه الجيران والذي اضحى غير محتمل وغير مسموح به كالصوت الناجم عن مكيف هواء ملاصق لشقة الجار (٣) .

وقد اكدت الدراسات ان الامراض الحاصلة في العين والاذن والحنجرة وامراض الاعصاب سببها استمرار الضجيج ولو كان ضئيلاً ، او الروائح المزعجة او المناظر غير المؤلفه او الحالات الأخرى لدى الانسان.

المبحث الثالث

واقعة تجاوز العقارات

يتمثل الشرط الثالث في كون هذه المضار ناتجة عن تجاوز العقارات . فالسبب في قيام المسؤولية عن المضار غير المؤلفه هو واقعة الجوار بين العقارات ، فاذا انتفت هذه الواقعة انتفت المضار .

والتجاوز واقعة طبيعية ، فيزيائية ، اجتماعية لا يخلو منها مكان وزمان ، ذلك ان الانسان كائن اجتماعي بطبعه ، لا يمكنه العيش خارج المجموعة ، وبالرغم من الإيجابيات التي تنتج من حالة التجاور ، فإن بمقابل ذلك هنالك سلبيات تتمثل بالمنازعات والمضايقات التي تحدث بسبب الجوار (٤) .

ولابد من الإشارة في هذا المجال ان التجاور لا يعني بالضرورة التلاصق بين العقارات المتجاورة حتى تقوم المسؤولية وتنشأ عنها هذه المضار غير المؤلفه ، لان هذه الأخيرة تؤثر على الجار ولو لم يكن ملاصقاً لجاره مسبب الضرر غير المؤلف ، فالغازات والابخرة المنبعثة من مصنع قد تؤثر على عدة أشجار مثمرة في عقارات مجاورة للمصنع إلا انها قد لا تكون ملاصقة له . كذلك الأصوات والشرارة الناتجة عن محلات الحدادة والسمكرة تؤثر على العقارات المجاورة وان لم تكن ملاصقة لها ، وما تنتجه المولدات الكهربائية الضخمة من أصوات مزعجة وعالية وابخرة قد تؤثر على العقارات المجاورة إلا انها غير ملاصقة لها ... وهكذا.

اخيراً يقول الفقيه (Ripert) في هذا الخصوص ان واقعة الجوار بين العقارات هي واقعة مادية مستقلة عن شخص المالك واهليته (٥) .

وهو ما أكدته أيضاً مجلة الالتزامات التونسية في الفصل (٩٩-١٠٠) منها (٦) ، لان الغاية من رفع الدعوى دفع ضرر غير اعتيادي ، وهي مصلحة جدية قانونية تتمثل بـ (الحق في الراحة والصحة) . اما الصفة فلا يجب ربطها بالمالك باعتبار ان القانون يمنح صفة القيام لكل متضرر (فهو المدعي بالحق

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٨٦٢ .

(٢) د. صدقي محمد امين عيسى ، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، المركز القومي للاصدار ، ٢٠١٤ ، ص ٢٢٣ .

وقد استقر القضاء الفرنسي والمصري على عدم التعويض عن الضرر غير المؤكد ، ينظر الطعن رقم ٢٢٢٥ بتاريخ ١٩٨٢ ، وينظر حكم محكمة النقض المصرية (... ان احتمال وقوع الضرر لا يكفي للحكم بالتعويض) وهو ما ذهب اليه القضاء العراقي ايضاً . ينظر القرار ١٤٩٢ تمييزية ١٩٧٣ .

(٣) جاد يوسف ، مرجع سابق ، ص ١٠٦ .

(٤) عيسى مصطفى حمادة ، المسؤولية المدنية التقصيرية عن الاضرار البيئية ، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري ، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠١١ ، ص ١٤٣ .

(٥) فاذا لم يكن المالك اهلاً للتقاضي فترفع الدعوى على وليه او وصيه او القيم عليه كذلك صاحب الحق .

(٦) الفصل ٩٩-١٠٠ من مجلة الالتزامات التونسية ، موقع منتدى القانون والقضاء .

أونائبه أو خلفه) مهما كانت علاقته بالعقار سواء كان مالكا أم غير مالك (إلا ان الغالب هو صفة المالك) لإزالة أفعال ضارة صدرت من (المدعى عليه المسؤول المالك أو نائبه أو خلفه) ، أو اتخاذ الوسائل اللازمة لمنع حدوثها ، على ان يثبت ضرراً محققاً لحق بالعقار أو بساكنيه (١). فالقانون يحمي الجار بوصفه متضرراً لا بوصفه مالكا ، فالضرر يمنح الصفة في القيام لا رسم الملكية ، لان الغاية الاساسية هي حماية الجوار من الاضرار غير المألوفة المؤثرة على صحتهم وراحتهم لا حماية ملكهم ، فلا يهم صفة الجار المضروب او المسؤول عن الضرر ، فالجار مهما كانت صفته (مالك - صاحب حق منفعة - مستأجر ... الخ) يحق له المطالبة بدفع هذه المضار او التعويض عنها ، على خلاف المحاولات القديمة التي ربطت مضار الجوار بالملكية فمنحت الحق للمالك فقط .

الفصل الرابع

احكام المسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار

غير المألوفة

تدور المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة وجوداً وعدماً مع الضرر، متى تجاوز الحد المألوف بحيث يوجب التعويض . وبعد الاخير اثر من آثار المسؤولية عن المضار غير المألوفة وجزاؤها . ومصطلح التعويض هو مصطلح واسع فهو لا يقتصر على اصلاح الضرر واعادة الحال إلى ما كان عليه بل يشمل ايضاً المقابل النقدي الذي يدفع للمتضرر لقاء الضرر الذي اصابه . لذلك سوف نقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول ماهية التعويض وصوره . وسيكون مدار البحث في المبحث الثاني عناصر التعويض والعوامل المؤثرة في تقديره ، واما المبحث الثالث فسوف نخصه للحديث عن أثر الرخصة الادارية واسبقية الاستثمار او التملك .

المبحث الأول

ماهية التعويض وصوره

يقتضي الكلام عن التعويض في مجال المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة تحديد مفهوم التعويض لغةً واصطلاحاً وبيان صورته في مطلبين نتناول في الأول ماهية التعويض ونبحث في المطلب الثاني صور التعويض .

المطلب الأول

ماهية التعويض

اولاً/ التعويض في اللغة

لفظ التعويض في اللغة مأخوذ من العوّض : وهي مصدر قولك عاضة عوضاً ، واحد ، اي البذل ، وجمعه اعواض ، نقول عاضه منه وبه ، وعوّضه تعويضاً ، وعأوضه اي اعطاه العوض ، واعتاض وتعوّض ، اي اخذ العوض ، واستعاض ، أي مسألة العوض ، معاوضة ، اي اعطاه إياه ، واعتاضه ، أي جاءه مطالباً للعوض ، نقول : عُضت فلاناً ، واعضته وعوّضته اذا اعطيته بدل ما ذهب منه (٢) .

ثانياً / التعويض في الاصطلاح القانوني

يعد التعويض مقابلاً للضرر الذي اصاب المتضرر سواء كان الضرر عن عمدٍ او عن غير عمد وسواء كان مباشراً او تسبباً . تنص المادة (٢٠٩) من ق.م.ع. على انه : (١- تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح ان يكون التعويض اقساطاً او ايراداً مرتباً ، ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً . ٢- ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف ، وبناءً على طلب المتضرر ان تأمر باعادة الحالة إلى ما كانت عليه او ان تحكم باداء أمر معين او ببرد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض) (٣) .

اشار المشرع العراقي من خلال هذا النص إلى التعويض ، (اثر المسؤولية المدنية) ، وهو مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سينالها الدائن فيما لو نفذ المدين التزامه على النحو

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٩٢٣ .

(٢) مجد الدين الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ط ١ ، دار المأمون ، مصر ، ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٨ م ، ج ٢ ، ص ٣٣٧ - ٣٣٨ .

(٣) تقابلها المادة (١٥٤) من قانون المعاملات المدنية السوداني .

الذي يوجب حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات (١) . او هو جبر الضرر الذي يصيب المضرور محواً او تخفيفاً .

وبما ان الغرض من التعويض في مجال المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة محو الضرر غير المألوف الذي يصيب الجار او ازالته او التقليل من آثاره والناجم من نشاط المالك في ملكه على نحو أضر بجاره . عليه فان هذا التعويض قد يكون في صورة اعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر وهو ما يطلق عليه بالتعويض العيني متى كان ممكناً او في صورة مبلغ نقدي يدفع للجار المتضرر نتيجة النشاط غير المألوف وهو ما يطلق عليه بالتعويض النقدي .

والاصل ان التعويض يدور وجوداً وعدمياً مع الضرر ولا تأثير لجسامة الخطأ فيه ، بل يجب ان يكون التعويض على نحو متوازن مع الضرر دون زيادة او نقصان (٢) .

المطلب الثاني

صور التعويض

الاصل في التعويض وفقاً للقواعد العامة هو التعويض النقدي (٣) (indemnité monétaire) . اما التعويض في المسؤولية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة اذا قام المالك بعمل او نشاط لحق بجاره ضرراً جزئاً هذا العمل ، فالاصل فيه (التعويض العيني) (Indemnité en nature) وقد عبر عنه البعض بالتنفيذ العيني ، ويذهب بعض الفقه إلى التفريق بين التنفيذ العيني ، والتعويض العيني ، فالاول يكون قبل وقوع الاخلال بالالتزام ، والثاني بعد وقوعه . والمنطق القانوني يقضي بأن التعويض هو جزاء الاخلال ولا يتصور إلا بعد وقوع هذا الاخلال وتحقق المسؤولية (٤) ، وقد يصار إلى التعويض النقدي (Indemnité monétaire) في حالات معينة . وقد يجمع بين التعويض العيني او التنفيذ العيني (غير الكافي) والتعويض النقدي او التعويض عن التأخير احياناً .

اولاً / التعويض العيني

يعتبر التعويض العيني افضل انواع التعويض لانه يؤدي إلى اعادة الحال إلى ماكان عليه باصلاح الضرر ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي : (٢ - ... على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان تأمر باعادة الحالة إلى ما كانت عليه ...) .

وجدير بالذكر ان التعويض العيني في المسؤولية التقصيرية يقابل التنفيذ العيني في المسؤولية العقدية ويلزم المدين بالوفاء بما التزم به . فالمالك في المسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار يكون قد أخلّ بالتزام قانوني مضمونه عدم الاضرار بالغير دون وجه حق ، ويمكن ان يتخذ هذا الاخلال صورة قيام المالك بعمل او نشاط يمكن ازالته ومحو اثاره كما لو بنى شخص حائطاً عالياً في ملكه ليسد الضوء عن جاره تعسفاً منه (٥) ، فهنا من حق الجار (المتضرر) ان يطلب هدم الحائط على حساب الجار المسؤول . وهو ايضاً ما قضت به المادة (١٢٠٠) من مجلة الاحكام العدلية في ان 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 (٦) . اما ما اصاب الجار فعلاً من ضرر بسبب الاستعمال الاعتيادي فلا ضمان على المالك بسببه لانه لا يضمن وهو يستعمل ملكه وإن سبب ضرراً للغير ، إلا اذا تعدى او تعمد احداث الضرر إلا انه لو طلب من المتضرر دفع الضرر وامتنع يُعد مسؤولاً منذ ذلك الحين .

ورجوعاً إلى ما ورد في (ف ١ من المادة ١٠٥١) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه : (١ - لايجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضرراً بالجار ضرراً فاحشاً ، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً او قديماً) . فان الضرر الفاحش (وهو ما اتخذه المشرع العراقي للتعبير عن الضرر غير

(١) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، احكام الالتزام ، ج ٢ ، ص ٤٣ .

(٢) د. صدقي محمد امين عيسى ، مرجع سابق ، ص ٤٧ .

(٣) ينظر نص المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي سالفه الذكر .

(٤) ينظر : د. حسن علي الذنون ، الميسوط في شرح القانون المدني ، الضرر ، دار وائل للنشر ، بغداد ، ص ٣٦٥ .

(٥) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٩٦٦ .

(٦) محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، ١٩٣٩ ، ص ١٠٤ ، علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، ط ٣ ، ١٩٤٧ ، ص ٨٠ .

(المألوف) يزال سواء كان قديماً أم حادثاً وهو المسلك الذي سارت عليه محكمة التمييز ، حيث جاء في احد قراراتها انه : (يزال الضرر الناشئ عن بناء غرفة ادى إلى سد شبابيك الجار) (١) .

وفي حالة امتناع المالك عن ذلك ولم يكن ضرورياً ان ينفذ بنفسه جاز للجار المتضرر ان يستأذن المحكمة في ازالة هذه الاضرار على نفقة المدين مسبب الضرر متى كان ذلك ممكناً وبدون اذن في حالة الاستعجال على نفقة المدين (٢) . ويجوز فرض غرامات تهديدية عن كل يوم او وحدة زمنية لايقوم فيها بازالة الضرر او الاعمال المفروضة في قرار الحكم (٣) . ووفقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني (٤) .

كما يمكن ازالة الضرر بمنع حدوثه ، إما بانقاظه إلى اقل حد مستطاع كسد المنافذ المؤدية للضرر او للابخرة السامة عن المناطق السكنية . او تعديل طريقة الاستغلال في المصنع (من حيث الزمان) مثلاً بمنع التشغيل ليلاً او (من حيث المكان) بتغيير موضع الضرر (٥) او بناء فاصل يمنع النظر او الاشراف الاشراف على الجار او تضليل الزجاج مثلاً . كذلك وقف الاعمال التي تؤدي إلى اطلاق الراحة كاتخاذ قرار بايقاف محركات تكيف الهواء متى تجاوزت الحد المعقول وغير ذلك من الاعمال (٦) .

واثر ذلك الحكم يكون للحاضر والمستقبل اما ما حدث من ضرر في الماضي فيعوض عنه تعويضاً نقدياً . ويثور التساؤل هنا عن حكم الضرر الذي لم يقع بالفعل اي الضرر المتوقع في المستقبل ؟

وهذه الحالة يمكن تصورهما كما لو قام المالك المسؤول باعمال حفر في ارضه بالقرب من جدار جاره والتي قد تؤدي مستقبلاً إلى وهن الحائط او سقوطه فهل يمكن هنا ان نمنع الجار من القيام بهذه الحفريات على اساس ان الوقاية خير من العلاج ؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول ان الاصل يكمن بمنع المالك من استعمال حقه ، ليس فقط بالنسبة للاضرار الحالية بل ايضاً بالنسبة للاضرار التي يمكن ان تقع في المستقبل متى كانت في حكم الاضرار المحققة حسب طبيعة الحال ومجريات الامور ، اما اذا كان الضرر المستقبلي مجرد توهم فلا يمكن لنا ان نمنع المالك لان الضرر المستقبلي قد يقع وقد لا يقع (٧) .

وجدير بالإشارة هنا ان القاضي ليس ملزماً بالحكم بالتعويض العيني كما لا يمكن للجار المتضرر التمسك به لان التعويض العيني يتوقف على امكانية القيام به واذا ما تعذر ذلك فيمكن للقاضي الحكم بالتعويض النقدي وهو يمثل الصورة الثانية من صور التعويض والتي سوف نتناولها تباعاً .

ثانياً / التعويض النقدي

الاصل في الجزاء عن الضرر الناشئ في اطار المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة هو التعويض العيني أياً ازالة الاضرار غير المألوفة ، فاذا تعذر ذلك فيصار إلى التعويض النقدي . وهو عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم المدين بالوفاء به عوضاً عن عدم تنفيذ ما التزم به (٨) . وهذا الحكم يعد تأكيداً للقاعدة الفقهية التي تقضي بأنه : (اذا تعذر الاصل يصار إلى البديل) (٩) .

ويتم اللجوء إلى التعويض النقدي متى كان التعويض العيني مرهقاً للمدين او ان ازالة الضرر عيناً يكلف المالك المسؤول نفقات باهضة لا يقدر عليها المدين (ف٢ من المادة ٢٤٦) من القانون المدني العراقي .

ويقع على عاتق القاضي مهمة الموازنة بين مصالح الطرفين ، الطرف المسؤول ، والطرف المتضرر . فلا يمكن الحكم بهدم او غلق مصنع لتجنب الجار الضرر غير المألوف متى كان لهذا المصنع من الاهمية والحيوية من حيث المنتج الذي يقوم بتصنيعه ، اضافة لذلك فانه يقوم بتشغيل عدد كبير من العمال ، فاغلاق

(١) قرار رقم ١٠٣٢ / حقوقية / ١٩٦٥ في ١٩٦٥/٧/٤ . ينظر : ابراهيم المشاهدي ، مرجع سابق ، ص ٩٣ .

(٢) المادة (٢٥٠ / ف١-ف٢) من القانون المدني العراقي .

(٣) المادة (٢٥٣) من القانون المدني العراقي .

(٤) ينظر : د. حسن الذنون ، احكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص ١٦-١٨ .

(٥) د. حسن كيرة ، الموجز في احكام القانون المدني ، ص ١٥٣ .

(٦) قرار رقم ٢٦٢ في ١٩٤٠/٦/٢٦ ، محاكم بيروت .

(٧) د. عبد الرحمن علي حمزة ، مرجع سابق ، ص ٤٤٤ .

(٨) د. طلبة وهبة خطاب ، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، دار الفكر العربي ، ص ٢١ .

(٩) المادة (١٥٣) من مجلة الاحكام العدلية .

المصنع يؤدي إلى ارهاق المالك واحداث ضرر جسيم لا يتناسب مع الفائدة التي تعود على الجار المتضرر، فهنا يكتفى بالتعويض النقدي مع اتخاذ التدابير الممكنة والمستطاعة لتقليل حدوث الاضرار . حيث اكدت محكمة التمييز في قرار لها على ان : (تسرب المياه إلى دار الجار يعتبر ضرراً يستوجب التعويض) (١) .

وما قضت به المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات العربية المتحدة في (تعويض المدعي عن الاضرار التي اصابته نتيجة الاصوات المستمرة والحرارة المتصاعدة من اجهزة التكييف الخارجية التابعة لمؤسسة فيها) (٢) .

وجدير بالقول انه لا بد لاستحقاق التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه اعذاره اي انذاره بأنه متأخر في التنفيذ تأخراً يرتب عليه القانون بعض الاثار مالم ينص القانون على غير ذلك (م٢٥٦م-م٢٥٧م - م٢٥٨م مدني عراقي .

واذا استمر الضرر فترة زمنية يجوز الحكم بالتعويض عن كل وحدة زمنية يستمر فيها (كل يوم او اسبوع... الخ) (٣).

المبحث الثاني

عناصر التعويض والعوامل المؤثرة في تقديره

في نطاق المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة يتعين البحث في عناصر التعويض والعوامل المؤثرة في تقديره تقسيم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الأول عناصر التعويض والثاني يخصص للعوامل المؤثرة في تقديره .

المطلب الأول

عناصر التعويض

من المعلوم ان تقدير التعويض عن الضرر يخضع للقواعد العامة المقررة في القانون المدني . عليه فان التعويض في اطار المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت ، إذ تنص م(٢٠٧) من القانون المدني العراقي على انه : (تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط ان يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع).

والمراد بالضرر هنا الخسارة اللاحقة التي تصيب المضرور (الجار) . اما الكسب الفائت فانما يكون جراء حرمانه من منافع الاعيان المقومة بالمال والتي جرده الفعل الضار من الانتفاع منها(٤) . كمن ينوي بيع عقاره وبسبب كثرة محلات الحدادة والغسل والتشحيم المجاورة للعقار او المقاهي التي يتجمع فيها عدد من الناس عدل الكثير عن شرائه وقلّت قيمة هذا العقار بالنسبة لامثاله في مناطق اخرى .

وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض الفرنسية : (بأن تسبب المنشأة الصناعية بانسياب المياه الملوثة إلى الاراضي المجاورة يجعلها مسؤولة عن تعويض الخسارة اللاحقة باصحاب الاملاك المجاورة والتي تمثلت في فقدانهم الاستمتاع بملكهم وتعويضهم عما فاتهم من كسب بسبب فسخ بعض المستأجرين لعقود ايجارهم من هذه الاملاك وعزوف الآخرين عن التأجير)(٥)

هذا عن تعويض الضرر المادي . اما التعويض عن الضرر الادبي فهو عنصر قائم بذاته لا يتضمن عنصري (الخسارة اللاحقة والكسب الفائت) ويمثل ترضية كافية للمضرور يقدر بالنقود في ضوء ظروف كل حالة . وقد كان لاجتهاد المحاكم الفرنسية واللبنانية دور كبير في الحكم بالتعويض عن هذا الضرر .

واذا كان الضرر الادبي مستمراً فقد يحكم بازالة موقع الضرر غير المألوف (٦) ومثاله الضرر الناتج عن العمل المنافي للاخلاق والحشمة وخدش الحياء ، كخروج اشخاص من النوادي الليلية وما يعترتهم

(١) قرار رقم ١١٣٨ / حقوقية / ١٩٦٤ في ١٩٦٤/٩/٣ . ينظر : ابراهيم المشاهدي ، مرجع سابق ، ص ٨٦ .

(٢) قرار في ٢٠٠٩/٦/١٤ ، موقع دار الخليج ، حوادث وقضايا .

(٣) انور طلبية ، مرجع سابق ، ص ٧٠٩ ، د.حسن الذنون ، احكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٣٥ .

(٤) ينظر (ف٢/م٢٠٧) من القانون المدني العراقي .

(٥) يراجع موقع دار الخليج ، حوادث وقضايا . ينظر ايضا: د. السنهوري ، الوسيط ، مصادر الالتزام ، ص ٨٨٦-٨٩٨ .

(٦) المادة (١٣٤) موجبات لبناني ، للمزيد ينظر : جاد يوسف ، مرجع سابق ، ص ٤٥٣ .

نتيجة شرب الخمر وما يصدر عنهم من اقوال مخلة بالاداب والتقاليد واخلاق السكان نتيجة وجود مثل هذه النوادي في المناطق السكنية .

وبمقتضى المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي فان المشرع اعطى الحق للمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي الذي يصيبه في حريته او عرضه او شرفه او سمعته او في مركزه الاجتماعي او اعتباره المالي (١) .

وفي الحقيقة ان هذه المادة لا تستوعب ما ذكرناه من مضار غير مألوفة فلا يحق للشخص تبعاً لذلك المطالبة بأي تعويض عنها لانها لا تمس حريته او عرضه بالذات فهو حق متعلق بشخص الدائن ولا ينقل للغير إلا اذا حددت قيمته وفقاً للفقرة الثالثة من المادة (٢٠٥) من القانون المدني وان مست واصابت الشعور العام والحياء العام . ثم ان المشرع في الفقرة الاولى والثانية من هذه المادة حدد الاشخاص الذين لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي ، مع العلم ان الواقع العملي يشهد كثيراً من التصرفات التي تنافي الاخلاق والاداب حيث تضر بمشاعر الجوار وتمس عاداتهم وتقاليدهم وقد تتفاقم الامور حيث يمتد اثرها إلى السمعة والمركز الاجتماعي للجار مما يستوجب الامر توسيع دائرة التعويض عن هذا الضرر

ومن الجدير بالاشارة هنا ان دعوى الضرر بصورة عامة تسمع حال حصوله ومادام انه مستمر الوقوع . ومن المعلوم ان واقعة الضرر الذي يلحق الجار هي واقعة يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات (الشهود - القرائن - ... الخ) وعلى الجار المتضرر (الدائن) عبء اثبات هذا الضرر لانه المدعي به (البينة على من ادعى) (٢) . وترفع دعوى التعويض عن هذه المضار على الجار المتسبب (المدين بالتعويض) (المدعى عليه) او على نائبه (وكيله او وليه او وصيه او القيم عليه) .

فاذا حكم بالتعويض النقدي فيحدد هذا التعويض بمقدار من النقود او ما يعادل الخسارة اللاحقة والربح او الكسب (الفائت) ولا يجوز الحكم بقدر يتجاوز هذين العنصرين (نسبة الضرر) (٣) . او قد يحكم بالتعويض العيني حسب الاحوال والظروف .

وقد اجاز المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (١٠٥١) للمالك المهدد بالضرر من جرّاء اعمال قام بها جاره ان يطلب اتخاذ تدابير احتياطية عاجلة (Moyens érevén tifs et urgents) لاتقاء الضرر او تقليل اثره في المستقبل على ان يستند الجار (المهدد بالضرر) في طلبه هذا الى اسباب جدية ومعقولة لا مجرد توهم او اعتقاد لاحتمال حصول الضرر . والغرض من هذه الاجراءات هو لتقليل دائرة المنازعات التي من المحتمل ان تحصل في المستقبل ، ولتأكيد مبدأ التعاون بين الجيران .

المطلب الثاني

العوامل المؤثرة في تقدير التعويض

بادئ ذي بدء ، نقول ان تقدير التعويض يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي الذي يمارس دوراً موضوعياً ويقدر ذلك وفقاً لظروف كل قضية أو دعوى (cas par cas) . وجدير بالذكر ان الضرر الذي يستوجب التعويض عنه يجب ان لا يُنظر في تقديره إلى ذات الضرر بل لابد من الاخذ بنظر الاعتبار الظروف المحيطة بصاحبه . فلهذه الظروف الاثر البالغ في تقدير التعويض عن الاضرار التي تصيب الجار والتي ينظر اليها القاضي في كل قضية على حدة في ضوء تطورات ومستجدات الحياة . وعليه فلا بد من ان نستعرض اهم العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الاضرار غير المألوفة في نطاق الجوار ؛ وهي كالآتي:-

اولاً / العرف

ومثلما سبق القول بان معيار الضرر غير المألوف هو معيار مرّن فلا بد من الاستعانة بالعرف اضافة للعوامل الاخرى وذلك لتحديد الضرر وبالتالي تقدير التعويض عنه .

ويقصد بالعرف هو اعتياد الناس على اتباع قاعدة معينة من قواعد السلوك مع اعتقادهم بالزاميتها ، ووجوب احترامها وترتيب الجزاء المادي على مخالفتها (١) . فللعرف دور هام في تقدير الضرر فالذي يُعد

(١) د.حسن الذنون ، احكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

(٢) المادة (٨٦) من مجلة الاحكام العدلية .

(٣) د. حسن علي الذنون ، مرجع سابق ، ص ٢٥٦ .

يُعد مألوفاً في زمن ما قد لا يُعد مألوفاً في غيره . وما يُعد مألوفاً في مكان ما ، قد لا يُعد مألوفاً في مكان آخر . فالضرر الناجم عن المناسبات والافراح قد يكون معتاداً في مجتمع ما وغير معتاد في مجتمع آخر ، خصوصاً اذا ما امتدت الافراح فترة من الزمن تتمثل بعدة ايام .

كذلك للعنصر الزمني دور في تقدير التعويض عن الاضرار والذي يتمثل بفصلي الصيف والشتاء ، فالاضاءة القوية التي تضعها بعض المحلات التجارية بقصد الترويج للبضاعة قد تؤثر على الجيران فقد تتسبب في اذى البصر والاخلال بالرؤية من جهة (٢) ، ومن جهة اخرى تشكل اضراراً غير مألوفة في فصل الصيف حيث يفتح الناس النوافذ المظلة على هذه المحلات بينما لا يُعد الامر كذلك في فصل الشتاء .

ثانياً / طبيعة العقارات

من العوامل التي تؤثر كذلك في تقدير التعويض عن الاضرار نوع العقارات فيما اذا كانت سكنية او صناعية او تجارية وتحدد طبيعة العقارات الصفة العامة التي يتصف بها الحي او المنطقة . فالضرر الناتج من العقارات المخصصة لمحطات الكهرباء والتوليد يُعد مألوفاً يجب تحمله بينما لا يُعد كذلك بالنسبة للعقارات السكنية .

ثالثاً / موقع العقار

قد يكون لموقع العقار بالنسبة لعقار آخر دور في تحديد الاضرار فتلاصق العقارات ، يوجب على اصحابها تحمل قدرأ من الاضرار وبالتالي لا تعويض عنها ولا يتعين على اصحاب العقارات غير الملاصقة تحملها بحيث تستوجب التعويض وقد يتحمل الجار بعض الاضرار بفعل الحياة الطبيعية كالاصوات الناجمة عن الآلات الكهربائية واجهزة التبريد والتدفئة وغيرها باعتبارها اضراراً مألوفة بين الجيران .

رابعاً / الغرض الذي خصصت له العقارات

يُعد هذا العامل من العوامل المؤثرة في تحديد الضرر وبالتالي تقدير التعويض عنه ، وهو التخصيص الذي يعطي للحي او المنطقة طابعاً عاماً يجعل من المألوف تحمل الاضرار . عليه فالعقارات المخصصة للتجارة والصناعة تختلف عن تلك المخصصة للسكن ، حيث تتطلب الاولى الحركة والضوضاء على عكس الثانية التي تستوجب الهدوء والسكينة لكونه مكاناً للسكن او مستشفى للعلاج وهكذا . فما يُعد مألوفاً في الحالة الاولى قد يكون ضرراً غير مألوف بالنسبة للحالة الثانية وبالتالي يختلف التعويض فيما لو أعدّ العقار كمصنع او متجر .

كما ان زيادة الاتصالات عبر الهواتف النقالة ، وانتشار شبكة المعلومات (الانترنت) مما استوجب نصب ابراج لتأمين عمل شركات الهاتف النقال وشبكة الانترنت بشكل اغفل معه مراعاة الشروط التي تفرضها السلامة الصحية والبيئية ووضعها بطريقة عشوائية غير مدروسة في المناطق السكنية مما سبب اضراراً صحية وبيئية على الدور المجاورة فعدت مضاراً غير مألوفاً نظراً للغرض المخصصة له بالنسبة لاماكن وجودها ، مما يؤثر على تقدير التعويض عنها .

المبحث الثالث

اثر الرخصة الادارية والاسبقية في التملك او الاستثمار على المسؤولية

للكلام في اثر الرخصة الادارية والاسبقية في التملك او الاستثمار في اطار المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة يتطلب الامر تقسيم المبحث على مطلبين ، الاول في اثر الرخصة الادارية والثاني في اثر الاسبقية في التملك او الاستثمار نتناولها تباعاً .

المطلب الاول

اثر الرخصة الادارية

الرخصة الادارية (permis) المصطلح الاكثر شيوعاً واستخداماً في معظم الدول العربية وفرنسا كذلك . كما أن هناك مسميات اخرى مرادفة لكلمة الرخصة كمصطلح الاجازة (Lalience) وهو ماتم استخدامه في العراق وخصوصاً في مجالات البناء او فتح المقاهي والمحلات .

(١) د. عوض احمد الزعبي ، مدخل إلى علم القانون ، ط٢ ، اثناء للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠١١ .
(٢) د. ماجد راغب الحلو ، قانون حماية البيئة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٤ ، ص ٢٧٩ .

والمقصود بالرخصة الادارية هو الحصول على اذن سابق من جهة الادارة ، قبل ممارسة نشاط يحظر ممارسته قبل الحصول على هذا الاذن(١) .

ورغم قدسية حق الملكية وعدم جواز المساس به وحرية المالك في استعمال ملكه الا أنه قد يخضع لبعض الضوابط التي تفرضها الادارة في حالة قيام المالك باستغلال معين لنشاط ما .

وعلى الرغم من تقييد المالك بالشروط والاجراءات التي تفرضها الادارة في حاله استغلاله لنشاط ما ، او استعماله ، إلا ان هذا الاستغلال قد يسبب ضرراً للجار . وهنا يثور التساؤل الآتي :-

ما قيمة الرخصة الادارية (الاجازة) الممنوحة للمالك في ممارسة نشاط معين بالنسبة للمسؤولية ؟ ذهب جانب من الفقه والقضاء في فرنسا ومصر الى القول ان منح هذا الترخيص الاداري للمالك لممارسته مهنة معينة او استغلاله لنشاط ما يعفي المالك من المسؤولية عن مضرار الجوار غير المألوفة ، لان هذا الترخيص لا يمنح إلا بعد التأكد والتحقق من توافر شروط معينة لممارسته المهنة (٢) .

إلا ان هذا الرأي لم يلق تأييداً وقبولاً في اوساط الفقه والقضاء لمنافاته قواعد العدالة ، لان الغاية من منح الترخيص هو حماية المصلحة العامة وليس المصلحة الخاصة للأفراد خصوصاً في مجالات الصحة .

عليه فقد تم استبعاد هذا الرأي القديم ، واستقرت الاراء فيما بعد على تقرير مسؤولية المالك عن الاضرار التي تلحق بالجوار جراء ممارسة المالك نشاطاً ما او استغلاله له (٣) .

وهذا ما نجده في الفقرة الثانية من المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري ، اذ تنص على انه : ((ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق)) .

وكذلك تنص المادة (١٠٢٧) من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ : ((على المالك ألا يغلو في استعمال حقه ... ولا يحول الترخيص الاداري الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق ...)) .

وورد ايضاً نفس الحكم في المادة (١١٤٤) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ وغيرها من المواد في التشريعات الاخرى .

اما بالنسبة لموقف القانون المدني العراقي فإنه لم يورد نصاً صريحاً يقابل النصوص آنفة الذكر . الا انه من المعلوم ان المراد من الترخيص الاداري هو ضمان توفر شروط خاصة لمباشرة انواع معينة من الاستغلال ولا يقصد به اباحة الضرر غير المألوف الذي يلحق بالجوار .

وقد تمت الإشارة سابقاً انه في حالة غياب النص القانوني يُعمل بالقاعدة الاساسية التي تقضي (بأن كل من يضر بغيره يتحمل تبعه اعماله استناداً الى مبادئ الشريعة الاسلامية الغراء وقواعد الانصاف والعدالة والاخلاق تبعاً للظروف المحيطة وعنصر المكان والزمان) .

وكان القضاء اللبناني سابقاً في هذا المجال حيث قضت محاكم بيروت (قاضي الامور المستعجلة) : (بأن التعهد بعدم اطلاق الراحة لا يعادل الترخيص الذي تعطيه الادارة والذي يبرر الاستثمار في الاماكن التي تحتاج الى ترخيص مسبق) (٤) .

كما قضت ايضاً : (بأن صاحب المحل المهدد للخطر او المضر بالصحة كعمل او مصنع قد استحصل من الادارة على ترخيص قانوني ويشغله ضمن الشروط المطلوبة ، ولكن الروائح الكريهة وتصادد الدخان او الضوضاء تؤدي الى الحاق الضرر بالجوار ، لاتعصمه من المسؤولية) .

كذلك استثمار مسرح او سينما او مدرسة بترخيص قانوني ضمن الشروط المطلوبة الا أن الضوضاء الناتجة من رواد تلك الامكنة تضر بالجوار لخروجها عن المألوف حيث قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات العربية المتحدة في احد قراراتها : (بأن للجوار طلب ازالة مضرار الجوار اذا تجاوزت الحد

(١) د. محمد جمال جبريل ، الترخيص الاداري - دراسة مقارنة ، بدون سنة ومكان نشر ، ص ٨٩ .

(2) Devill, note , sur.cass. Civ. 27 – 11 – 1844 , S.44, 811 .

اشار اليه د. انور سلطان ، مرجع سابق ، ص ٥١ .

يراجع ايضاً موقع منتديات القانون والقضاء ، القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٧ .

(٣) بالرغم من عدم وجود نص في المجموعة المدنية الفرنسية خاص بمضرار الجوار غير المألوفة ، فقد صدر قانون في ١٩١٧/١٢/١٩ الخاص بالمنشآت الخطرة والمقلقة للراحة والمضرة بالصحة ، حيث نصت المادة (٢) منه على انه ((ان

الترخيص الاداري لا يصادر حق الغير في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن تشغيل المحلات الخطرة او المقلقة للراحة او المضرة للصحة)) وورد بنفس المعنى في القانون ٦٦٣ في ١٩/٧/٧٦ الخاص بحماية البيئة المادة الثامنة منه .

(٤) قرار في ٢٠٠٣/٦/٣٠ ، محاكم بيروت .

المألوف ولو صدر ترخيص من الجهات المختصة) ، فقد اقام المدعيان دعوى ضد احدى المؤسسات المرخص لها طلبا فيها نذب خبير للانتقال الى مقرها في مدينة بالامارات الشمالية لمعاينة المبنى والمعدات والهوائي وموتورات التكييف لتحديد موقفها وبيان الاضرار التي لحقت بهما واشارت الى ان المدعى عليها اقامت مبنى بجوار سكنهما ووضعت مواتير واجهزة تكييف خارجية وهذه المواتير تعمل بصورة دائمة وتحدث ضجيجاً شديداً ومستمرأ كما ركبت هوائياً يصدر اشعاعات مضره ، ثم عدل المدعيان طلبهما الى التعويض النقدي (١) .

وقضت محكمة النقض الفرنسية (٢) بمسؤولية المالك الذي قام بأعمال مضره بالجوار حتى لو كانت هذه الاعمال مرخص بها من الادارة حيث ان المتضرر مقيم بقرب مصنع للزيت وثبت من تقرير الخبراء ان الغبار المنتشر في واجهة منزل المدعي يحتوي على بذور من شأنها مهما كانت كميتها ضئيلة ان تحدث انفعالا عند المدعين الذين اصابهم الازعاج مباشرة .

المطلب الثاني

الاسبقية في التملك او الاستثمار

تنص الفقرة الثالثة من المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي على انه : ((واذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً ، فجاء اخر واحد في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه)) .

وطبقاً لهذا النص فإنه لا توجد اشارة الى مدى امكانية الاخذ بالاسبقية في التملك او الاستثمار لتحديد درجة الضرر وهل انه مألوف أم غير مألوف . وهل يمكن التمسك بهذه الفكرة للتخلص من المسؤولية عن الاضرار الناجمة من استغلال المالك لنشاط ما .

حيث وردت كلمة الجار في الفقرة (٣) من المادة أنفة الذكر مطلقة ، لم تبين فيها اذا كان الجار سابقاً أم لاحقاً لممارسة النشاط مصدر الضرر .

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى القول ان الضرر الناجم عن الاستغلال يُعد للجار الطارئ مألوفاً ويعفى بذلك المالك من المسؤولية (٣) .

ويعال انصار هذا الرأي بالقول ان الجار الطارئ او المستجد على علم بالنشاط المستغل ومايصدر عن هذا النشاط من مضار ، ومع ذلك فقد جاور صاحب هذا النشاط ومعنى ذلك انه قبل ضمناً هذه الاضرار . وبالتالي فإن هناك على الاقل خطأ مشترك (Faute commune) بينه وبين المالك القديم اوصاحب حق الاستغلال.

وقد اخذت بعض المحاكم المصرية ، إبان تطبيق القانون المدني القديم بهذا الرأي ، حيث قضت محكمة الاستئناف الاهلية بأنه : ((اذا اقدم شخص على بناء داره قريباً من المعامل فلا يحق له التضرر من وجودها ، لدخان يتصاعد من مداخلها او لقلق تحدثه آلاتها ، لانه جار طارئ عليها ، ولأنه تخير لبناء داره في نقطة ظاهرة العيب ، وعلى ذلك فلا يحق له طلب تعويض من اصحاب هذه المعامل عن شيء من ذلك)) (٤) .

غير ان هذا الرأي لم يلق تأييداً لدى جانب من الفقه حيث لايمكن الاخذ به بصورة مطلقة إذ إنه يتيح الفرصة للشخص السابق في التملك او الاستغلال في فرض ارادته على الجار الطارئ ، بحيث يضطر الثاني لان يختار نوع الاستغلال الذي سلكه من سبقه وإلا عليه ان يتحمل اضراره دون الحق في الرجوع عليه (٥) .

(١) قضاء المحكمة الاتحادية العليا ، الامارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٩/٦/١٤ ، موقع الخليج ، حوادث وقضايا .

(٢) في ٢٢ تشرين الاول ١٩٦٤ ، دالوز وسبراي ، عدد ١٨ ، في ١٢ ايار ١٩٦٥ ، ص ٣٤٤ ، نقض فرنسي في ١٩٥٢/٥/٢٨ .

(٣) انور العمروسي ، التعليق على نصوص القانون المدني ، ط ١ مكتبة جامعة طنطا ، بدون سنة ، ص ١٥ .

(٤) استئناف مصر في ١٩٢٧/١٢/١٠ ، مجلة المحاماة ٨ رقم ٣٢٦ ، ص ٤٩٨ .

(٥) ينظر الفقرة الثالثة من المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي و المادة (١١٤٠) قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

وهذا امر غير مرغوب فيه كما ان القول بأن الجار قد ارتضى ضمناً تحمل هذه الاضرار قول غير منطقي . فالأصل في التعبير عن الارادة هو التعبير الصريح والاستثناء هو التعبير الضمني (١) .

ونتيجة لهذه الانتقادات فقد ذهب رأي اخر الى التفرقة بين امرين :-
الاول / ان يكون الاستغلال الضار سابقاً على استثمار الجار لأرضه .
ثانياً / ان يكون الاستغلال الضار سابقاً على تملك الجار المتضرر لأرضه وهذه الاسبقية تحول دون المسؤولية .

وقد انتقد هذا الرأي ايضاً لانه يؤدي الى الغاء التفرقة التي بدأ فيها ، حيث يتحمل المالك الحالي للأرض المجاورة للمصنع مثلاً وقت انشائه النقص في قيمة الارض فيكون البائع اي (المالك السابق) من يتحمل الضرر (٢) .

وذهب فريق ثالث بأن المالك القديم او صاحب الحق في العقار (مصدر الضرر غير المؤلف) لا يكسب لمجرد قدمه حقاً في ان يعفى من التعويض عما يحدث من ضرر للجيران فتقوم المسؤولية ، ولو كان حلول الجار لاحقاً لوجوده ولا أثر كذلك لعلم الجار بمضار جيرانه ويقضى للأخير بالتعويض (٣) .

اما الرأي الرابع فقد اتجه الى التفرقة على اساس الاضرار التي يمكن ازالتها والاضرار التي لايمكن ازلتها ، ففي الحالة الاولى يلزم المالك بأزالة الاضرار . اما في الثانية فيعفى المالك من المسؤولية بشرط ان تكون هذه المضار غير المؤلفه ظاهرة غير خفية (٤) . على اعتبار ان الجار الطارئ قد قام بالدراسة الكافية وكان عالماً بهذه المضار الا انه ارتضاها بأختياره وكان بإمكانه تجنبها ، فأذا لم يفعل فلا يحق له المطالبة بأزالتها او التعويض عنها .

وعودة الى فقره الثالثة من المادة ١٠٥١ مدني عراقي سألقة الذكر : (واذا كان أحد يتصرف في ملكه....) .

وهو نص مقتبس من المادة (١٢٠٧) من مجلة الاحكام العدلية ، فقد فسرت هذه الفقرة بأن على من يتضرر ان يدفع ضرره بنفسه بأخذ الاحتياطات اللازمة والكفيلة لدفع الضرر عنه وإلا تحمل هذا الضرر . فمن شأن الاسبقية في التملك او الاستثمار ان تعصم من المسؤولية تبعاً لهذا التفسير (٥) . الاستنتاج والموازنة

من خلال ماتم عرضه من آراء سابقة ساقها البحث فيمكننا القول (حسب منظورنا) ان هذه المضار اذا كانت ظاهرة ولا تخفى عن الجار المستجد لو بذل عناية الشخص المعتاد في التحقق من وجودها أو احتمال حدوثها في المستقبل ، يفهم قبوله بتلك المضار وبالتالي لا يستطيع ان يطالب مستقبلاً بأزالتها او التعويض عنها كونه عالماً او باستطاعته ان يعلم بها .

اما اذا كانت هذه المضار غير ظاهرة ، بحيث لا يستطيع ان يعلم بها او تعتمد المالك اخفائها او التستر عليها ازاء الجار المستجد فأن من حق هذا الاخير الرجوع على المالك او صاحب الاستغلال بهذه المضار ولا تعصمه الاسبقية من المسؤولية .

(١) د. أسماعيل غانم ، الحقوق العينية الاصلية ، ١٩٦٩ ، ص ١٣٤ ، ينظر ايضاً محمد السعيد رشدي ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، ط ١ ، ٢٠٠٢ ، ص ١٠١ .

(٢) د. عبد المنعم البدر اوي ، الحقوق العينية الاصلية ، ط ٢ ، ١٩٧٢ ، ص ١٢٤-١٢٥ .

(٣) الدناصورى ، مرجع سابق ، ص ١٥٩ .

(٤) د. عبد الحميد عثمان محمد ، احكام حق الملكية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، ص ٩٩-١٠٠ .

(٥) محمد طه البشير واخرون ، مرجع سابق ، ص ٧٨ .

الخاتمة

من خلال العرض السابق لموضوع البحث توصلنا الى بعض النتائج واوردنا بعض التوصيات وهي كالآتي:-

اولاً / النتائج

للملكية وظيفة اجتماعية بفعل التطور الهائل للمفاهيم الاقتصادية والاجتماعية والفكرية في المجتمع . وقد أكد الفقه الاسلامي من خلال قواعد الغراء على منع الضرر ودرء المفسد في استعمال الانسان لملكه . من الصعوبة اعطاء مدلول ثابت ومحدد للجوار ، حيث ان فكرة الجوار هي فكرة مرنة ، لا يمكن اخضاعها لمعيار ثابت ومحدد . وهناك ضرورة للتوسع في مدلول الجوار ليشمل العقار والمنقول على حد السواء لتحقيق التوازن الفعلي في الحقوق المتجاورة .

تنوعت الآراء الفقهية والقانونية في بيان حقيقة المضار غير المألوفة في اتجاهات شتى . وفي الواقع ان المسألة موضوعية عند التطبيق . إذ لا بد على القاضي ان يستنتج من مختلف الوقائع والظروف وبالاستعانة بأهل الخبرة ما يعد ضرراً غير مألوف وما لا يعد كذلك .

ان الضابط في تحديد المضار غير المألوفة ، هو ضابط مرن يتماشى مع كل حالة على حدة ويأخذ القاضي بنظر الاعتبار المعايير المختلفة المطروحة وبالاستعانة بأهل الخبرة . بحيث يمكن الاستجابة لمقتضيات الحياة تحقيقاً لمبدأ التعاون وحسن الجوار .

النص القانوني هو الاساس الذي يمكن الركون اليه في فرض الالتزام بعدم الاضرار بالجوار ضرراً غير مألوف ، وهو اساس موضوعي مبني على اعتبارات (قانونية - اخلاقية - دينية) تجمع ما بين قواعد العدالة والانصاف واحترام الحقوق وقواعد حسن الجوار .

لا بد لقيام المسؤولية موضوع البحث من صدور نشاط ضار من الشخص وهو يستعمل حقه المشروع يجاوز ماتعارف عليه الجيران في علاقاتهم ومن شأنه ان يولد ضرراً غير مألوف للغير المجاور له إذ لا تعويض عن المضار المألوفة ، اضافة الى كون الضرر محققاً وان يصيب حقاً او مصلحة مالية مشروعة ، متصفاً بالاستمرارية ، اخيراً لا بد ان تكون هناك واقعة تجاوز بين العقارات لتنهض هذه المسؤولية .

الاصل في التعويض في المسؤولية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة هو التعويض العيني ، وقد يصار الى التعويض النقدي في حالات معينة . وتقدير التعويض يتأثر بعوامل وظروف تحيط بالجوار وتخضع المسألة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وفقاً لظروف كل قضية او دعوى على حدة .

ثانياً / التوصيات :-

وضع قواعد خاصة بالمسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة تضمن حقوق الجار المتضرر وبالأخص في ظل التطور التكنولوجي والتقني الهائل .

احلال مصطلح الضرر غير المألوف عوضاً عن مصطلح الضرر الفاحش الذي ورد ذكره في المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي ، كونه مصطلح اكثر دقة وشمولية من مصطلح الضرر الفاحش بحيث يراعى فيه الظروف المحيطة بكل حالة اضافة الى انه قد لا يصل الى درجة كبيرة بحيث يمكن ان يصطلح عليه (بالضرر الفاحش) .

عدم التقيد بالمعنى الحرفي لنص المادة (١٠٥١) مدني عراقي بقصر هذا الالتزام على المالك فقط والذي ورد النص عليه بل يشمل ايضاً كل مستخدم للعقار على وجه الانتفاع بأي شكل من الاشكال .

تفسير المادة (٢٠٥) مدني عراقي بشكل يستوعب كل ضرر ادبي غير مألوف يمس الحياء العام او الشعور العام وعدم قصره فقط على من ذكروا في هذه المادة .

تفعيل نص المادة (٤٨) في فقرتها الثالثة (١)

والسادسة (١)، من قانون ادارة البلديات رقم (١٦٥) لسنة ١٩٦٤ المعدل ، نظراً لكثرة التجاوزات على صعيد الواقع العملي ، بفرض غرامات وعقوبات جزائية اخرى على المخالفين .

(١) وتتص هذه المادة في خصوص صلاحيات المجلس على انه : ((تعيين المحلات للاعمال والمصانع التي قد تكون مصدر للخطر او القلق او الازعاج للجيران بسبب ما ينبعث منها من دخان او ابخرة او غازات او اتربة او روائح او صخب او اهتزاز ، ووضع الشروط التي يجب ان تخضع لها هذه الاعمال او المصانع)) .

نظراً للحاجة الملحة والمستمرة لمولدات الكهرباء الضخمة بسبب الظروف التي يمر بها البلد لا بد من وضع ضوابط وتعليمات بالنسبة لعمل اصحاب هذه المولدات من خلال التزامهم بالصيانة المتجددة والمستمرة وبما يضمن حصول الحد الأدنى من الضرر الذي قد يتولد عنها .
اخيراً نستشهد بقوله (صلى الله عليه وآله وسلم)
جارك ... ثم ... جارك ... ثم ... جارك ... ثم ... اخاك

المراجع

اولاً / مراجع اللغة العربية

١. ابن منظور ، لسان العرب ، دار المعارف ، القاهرة ، ط ١ ، بدون سنة نشر .
٢. مجد الدين الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ط ١ ، دار المأمون ، مصر ، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م ، ج ٢ .
٣. محمد بن ابي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان .

ثانياً / مراجع الفقه الاسلامي

١. ابن حزم الظاهري ، المحلى ، دار الافاق الجديدة ، بيروت ، ١٣٥٠ هـ ، ج ٩ .
٢. الشيخ علي السائيس ، ملكية الافراد ومنافعها في الإسلام ، القاهرة ، ١٩٦٤ .
٣. اية الله السيد كاظم الحسيني الحائري ، ط ٣ ، مطبعة خاتم الانبياء ، قم .
٤. سليمان بن الاشعث السجستاني ، سنن ابي داود ، ط ١ ، ج ٢ .
٥. كمال الدين محمد الاسكندري الملقب بأبن الهمام ، شرح فتح القدير ، ط ٢ ، المطبعة الاميرية ، مصر ، ١٣١٦هـ ، ج ٥ .
٦. ابو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ، صحيح مسلم ، مطبعة الحلبي ، بدون مكان نشر ، ١٩٥٥ .
٧. محمد هويدي ، المصحف المفسر ، التفسير المعين للواعظين والمتعظين .

ثالثاً / المراجع القانونية

١. د. أحمد شوقي عبد الرحمن ، النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٢. د. احمد الزعبي ، مدخل إلى علم القانون ، ط ٢ ، اثراء للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠١١ .
٣. د. احمد محمد ابراهيم ، القانون المدني معلقاً على نصوصه بالاعمال التحضيرية واحكام القضاء وارهاء الفقهاء ، القاهرة ، ١٩٦٤ .
٤. د. احمد محمود سعد ، استقرار لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي ، ط ١ ، دار النهضة العربية .
٥. د. إسماعيل غانم ، الحقوق العينية الاصلية ، ١٩٦٩ .
٦. السيد عبد الوهاب عرفة ، الشامل في حق الملكية والحقوق العينية الاصلية والتبعية ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، مصر ، ٢٠٠٨ .
٧. المستشار عز الدين الدناصورى ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
٨. د. انور العمروسي ، التعليق على نصوص القانون المدني ، ط ١ مكتبة جامعة طنطا ، بدون سنة .
٩. انور طلبة ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الكويت ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠١ .
١٠. د. اياد عبد الجبار ملوكي ، المسؤولية عن الاشياء ، ط ١ ، ١٩٧٩-١٩٨٠ .
١١. جاد يوسف خليل ، مضار الجوار غير المألوفة ، ط ١ ، دار العدالة بيروت ، ٢٠٠٦ .
١٢. جبار صابر طه ، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، ١٩٨٤ .
١٣. د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، ج ٤ ، ط ١ ، دار وائل للنشر ، ٢٠٠٦ .
١٤. د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الضرر ، ج ٤ ، ط ١ ، دار وائل للنشر ، ٢٠٠٦ .

(١) تنص الفقرة (٦) من المادة (٤٨) من نفس القانون على انه : ((منع تشييد المباني التي تؤدي إلى الاضرار بالآخرين او تشويه الشوارع والمنتزهات العامة وتنظيم ومراقبة او منع انشائها او استعمال اي بناء ...)) .

١٥. د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، (مصادر الالتزام – احكام الالتزام – اثبات الالتزام)، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢ .
١٦. د.حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام، ط٢، القاهرة، ٢٠٠٧ .
١٧. د . حسن كيرة ، المدخل الى دراسة القانون ، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٣ .
١٨. د. حسن كيرة ، الموجز في احكام القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، ط٤ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٣ .
١٩. د. حيدر محمد امين عيسى ، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة ، دراسة مقارنة ، ط١ ، المركز القومي للإصدار ، ٢٠١٤ .
٢٠. د. سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، الفعل الضار ، القاهرة ، ١٩٨٩ .
٢١. شاكر ناصر حيدر ، الموجز في الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، ١٩٧١ .
٢٢. د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية / حق الملكية ، ج١ ، ١٩٦٠-١٩٦١ .
٢٣. د. طلبة وهبة ، النظام القانوني لحق الملكية ، بدون مكان النشر ، ١٩٨٧ .
٢٤. د. طلبة وهبة خطاب ، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون – دراسة مقارنة ، ط١، دار الفكر العربي .
٢٥. د. عبد الحميد عثمان محمد ، احكام حق الملكية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ .
٢٦. د. عبد الرحمن علي حمزة ، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، ٢٠٠٦ .
٢٧. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط٣ ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، المجلد الأول ، ج٨ .
٢٨. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٨ ، حق الملكية ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٥٩ .
٢٩. د. عبد المجيد الحكيم ، الاستاذ عبد الباقي البكري ، الاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ١٩٨٠ ، ج١ ، مصادر الالتزام .
٣٠. د. عبد المنعم البدر اوي ، الحقوق العينية الاصلية ، ط٢ ، ١٩٧٢ .
٣١. عطا سعيد حواس ، الاساس القانوني للمسؤولية عن اضرار التلوث ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٢ .
٣٢. علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، ط٣ ، ١٩٧٤ .
٣٣. د.عوض احمد الزعبي ، مدخل الى علم القانون ، ط٢ ، اثراء للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠١١ .
٣٤. عيسى مصطفى حمادة ، المسؤولية المدنية التقصيرية عن الاضرار البيئية ، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري ، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠١١ .
٣٥. د . غني حسون طه ، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي ، دراسة مقارنة ، حق الملكية ، ج١ ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٧ .
٣٦. د . غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، ج١ ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٨ .
٣٧. كاظم حسن الربيعي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، ط١ ، مطبعة العسكري ، بغداد ، ٢٠١٢ .
٣٨. د. ماجد راغب الحلو ، قانون حماية البيئة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٤ .
٣٩. مازو وتونك ، المسؤولية التقصيرية والعقدية ، ط٥ ، باريس ١٩٥٧ ، ج١ .
٤٠. محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، ١٩٣٩ .
٤١. محمد السعيد رشدي ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، ط١ ، ٢٠٠٢ .
٤٢. محمد جمال جبريل ، الترخيص الاداري - دراسة مقارنه ، بدون سنه ومكان نشر .
٤٣. د . محمد شريف عبد الرحمن ، حق الملكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .

٤٤. د. محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، ١٩٨٥ .
٤٥. د. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٨ .
٤٦. محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني الجديد / الحقوق العينية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٤٧. د. محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون الأردني ، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، ٢٠١٠ .
٤٨. مراد محمود حسن ، التكليف الشرعي والقانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ .
٤٩. مروان كساب ، المسؤولية عن مضار الجوار ، ط ١ ، مطبعة جون كلود ، الاشرقية ، لبنان ، ١٩٩٨ .
٥٠. منذر بن الحسين الفضل ، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الاسلامية والقانون العراقي ، وزارة الاعلام ، ١٩٧٧ .
٥١. د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١٠ .
٥٢. هلالى عبد الاله احمد ، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجنى عليه في استعمال مجال الحق ، دراسة مقارنة بالفكر الجنائي الاسلامي ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ .
٥٣. د. يوسف محمد عبيدات ، الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، ط ١ ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، ٢٠١١ .

رابعاً / الاطاريح

- عبد الوهاب محمد عبد الوهاب ، المسؤولية عن الاضرار الناجمة عن تلوث البيئة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٤ .
- خامساً / البحوث القانونية
- انور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١١ ، العدد ١ .
- د.حسن علي الذنون ، المسؤولية المادية ، نظرية تحمل التبعة ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ .
- سادساً / المجموعات القضائية
- ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، ٢٠٠٧ .
- علاء التميمي ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، ط ٢ ، بغداد ، ٢٠٠٩ .