مسؤولية المالك عن مضار الجوار في القانون المدني العراقي - (دراسة مقارنة)

د. مثنى محمد

الملخص :

يتناول هذا البحث موضوعين مهمين (ألاول هو التمييز بين الضرر الفاحش والضرر غير المألوف والثاني هو ألاساس القانوني لمسؤولية المالك في القانون العراقي) ، ولقد تم تقسم هذا البحث على ثلاثة أقسام ، ألاول خصص لدرسة مسؤولية المالك في القانون العراقي ، وفي هذا المبحث وجدنا ان مسؤولية المالك تثور في حالة واحدة وهي حالة ألاضرار بالجار ضررا فاحشا .

ولقد تم تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب ألاول يتناول مسؤولية المالك في القانون العراقي . أما المطلب الثاني فقد خصص لتعريف وتقدير الضرر الفاحش في القانون العراقي . وفي هذا المطلب وجدنا أن المشرع العراقي أستقى مصطلح (الضرر الفاحش) الفقه الاسلامي ، إذ جاء النص على الضرر الفاحش في المادة (1199) من مجلة الاحكام العدلية والمادة (59) من مرشد الحيران . والمطلب الثالث فقد تناول شروط تحقق مسؤوليةالمالك في القانون العراقي .

أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه موضوع مسؤولية المالك في القانون المصري . وقد قُسِّم هذا المبحث على مطلبين الاول خصص لموضوع تقدير الضرر غير المألوف ورأينا أن معيار الضرر غير المألوف يختلف عن معيار الضرر الفاحش الذي أخذ به المشرع العراقي . والمطلب الثاني أفرد لبيان شروط تحقق مسؤولية المالك في القانون المصري . والمبحث الاخير بحث موضوع ألاساس القانوني لمسؤولية المالك في القانون العراقي والمصري ، وبحثنا فيه إتجاهات الفقهاء ومن ثم بينا الرأي الصائب . أما الجزاء المترتب على قيام مسؤولية المالك فقد تم بحثه في المطلب ألاخير من المبحث الثالث .

Abstract

This paper deals with two distinct themes (the first is the distinction between the damage obscene and the damage is not uncommon and the second is the legal basis for the responsibility of the owner in Iraqi law), and has been divided this research into three categories, the first devoted to study the owner's liability in Iraqi law, and in this topic and found that the responsibility Owner arise in one case, a case of damage to the neighbor incredibly harmful.

We have been divided on this topic deals with three demands, the first responsibility of the owner in Iraqi law. The second requirement has been allocated to identify and assess damage obscene in Iraqi law. In this demand, we found that the Iraqi legislature drew the term (damage obscene) of Islamic jurisprudence, as mentioned in the text of the damage in obscene material (1199) issue of judicial verdicts and Article (59) of guide Hieran. The third requirement has dealt with verification requirements Mswolipamalik in Iraqi law. The second section we dealt with the subject of responsibility of the owner in Egyptian law. The section on this topic demands the first devoted to the subject of damage assessment is not uncommon and we saw that the criterion of damage is not uncommon for different criterion of damage that was taken by the super-Iraqi legislature. The second demand was singled out to indicate the conditions check the owner's liability in Egyptian law. The last section discuss the legal basis for the responsibility of the owner in the Iraqi and

Egyptian law, and we discussed trends of scholars and then Pena view is correct. The penalty resulting from the responsibility of the owner that has been discussed in the latter requirement of Section three.

المقـدمة

هناك نوعين من القيود القانونية التي تفرض على المالك وهو يستعمل حق ملكيته، النوع الاول ، وهي القيود المقررة رعاية لمصلحة عامة التي يرد معظمها في تشريعات خاصة ، مثل نزع الملكية للمنفعة العامة . أما النوع الثاني ، فهي القيود المقررة رعاية لمصلحة خاصة . والملاحظ ان القيود المقررة رعاية لمصلحة خاصة يرد معظمها على الملكية العقارية ومنها التزامات الجوار . وتقضي هذه ألالتزامات بان المالك له الحق بأستغلال ملكه وأستعماله والتصرف به ، بشرط أن لا يؤدي هذا الاستعمال والاستغلال والتصرف الى أصابة الجار بضرر يؤدي الى قيام مسؤولية المالك.

ويتفق الفقه والقضاء على أن حق الملكية حقٌ جامع ، بمعنى أنه يخول المالك سلطات جامعة ، من أستعمال وأستغلال وتصرف . كما أن حق الملكية بأعتباره حقا عينيا هو حق مطلق . ألا أن ذلك لايعني أن حق الملكية لاتحده أي حدود . فصفة ألاطلاق بهذا المعنى لم تعد تنسجم مع التطورات الفقهية وألاجتماعية . فما يراد بألاطلاق هنا هو أن حق الملكية حقا عينيا وسلطة مباشرة يقررها القانون لشخص على شيء معين . وهذه السلطة يمارسها صاحبها دون حاجة الى تدخل أحد . ولذلك فقد أتفقت أغلب التشريعات المعاصرة على تقييد حق الملكية بقيود معينة . فتارة ترد هذه القيود حماية لمصلحة عامة ، وتارة أخرى تكون هذه القيود رعاية لمصلحة خاصة .

وتعد مسؤولية المالك عن مضار الجوار نتيجة طبيعة للقيود المقررة رعاية لمصلحة خاصة . فالمالك له الحرية المطلقة في أستعمال ملكه وأستغلاله والتصرف به ، بشرط عدم الحاق الجار بضرر يؤدي الى قيام مسؤولية المالك . وفي موضوع مسؤولية الجوار تثور مسألتان هامتان:

ألاولى تتعلق بماهية الضرر الذي يؤدي الى قيام مسؤولية المالك ؟

الثانية تتعلق بألاساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية المالك ؟

لقد وجدنا ان الموضوع غير مبحوث في أطار قانوني واحد ، كما أنه يحتاج الى تحليل القواعد العامة لوضع الحل المناسب لما يعرض فيه من مسائل قانونية، ولقد حاولنا دراسة هذا الموضوع في ظل قانونين هما ، القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري . إذ نظم المشرع العراقي التزامات الجوار في المادة (1051) من القانون المدني العراقي ، وأخذ المشرع بمعيار (الضرر الفاحش) ، في حين أن المشرع المصري نظم التزامات الجوار بالمادة (807) من القانون المدني ، وأخذ بمعيار (الضرر غير المألوف) لقيام مسؤولية المالك .

ولقد وزعنا الموضوع على ثلا ثة مباحث ، فبينا في المبحث ألاول مسؤولية المالك وشروط تحققها في القانون المدني العراقي . وتناولنا في هذا المبحث شروط تحقق مسؤولية المالك ، وتقدير الضرر الفاحش . أما المبحث الثاني فتناولنا فيه مسؤولية المالك في القانون المدني المصري ، وبحثنا فيه شروط تحقق مسؤولية المالك ، وتقدير الضررَ غير المالوف في القانون المدني المصري . وفي المبحث ألاخير تناولنا ألاساس القانوني لمسؤولية المالك والجزاء المترتب على ذلك ، وبحثنا فيه أتجاهات الفقهاء في بيان ألاساس القانوني لمسؤولية المالك والرأي الصحيح لمسؤولية المالك في القانونين المدنيين المصري والعراقي. ثم انهينا البحث تضمنت أهم ما توصلنا اليه من نتائج وبعض التوصيات .

المبحث ألاول

مسؤولية المالك وشروط تحققها في القانون المدني العراقي

يلتزم المالك تجاه جاره بما ورد في النصوص التشريعية ، ويقضي هذا الالتزام بأن (لا يلحق الجار بجاره ضررا فاحشا) . فالمالك يكون مسؤولا وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية أذا ثبت أنه أرتكب خطاءا ترتب عليه ضرر لغيره.كما أن المالك يعد مسؤولا أذا أستعمل حقه أستعمالا غير مشروع وفقا لأحكام نظرية التعسف في أستعمال الحق .

فالمالك حر في أستغلال ملكه على النحو الذي يريده بهدف الحصول على كافة المزايا الممكنة من الشيء . وعلى الملاك المجاورين أن يتحملوا ما قد ينجم عن هذا الاستعمال من مضايقات ومضار طالما كانت مضارا عادية ليس بأمكان المالك أن يتحاشاها . ولكن

أذا تجاوز المالك في أستغلال حقه الى حد ألاضرار بالجار فأن المالك يسأل عندئذ عن هذا الضرر .

والسؤال الذي يطرح هنا ، هو هل يباح للمالك أن يستعمل حقه بصورة مطلقة من غير قيد ولا شرط ؟

إن المبدأ الذي يلتزم المالك بموجبه هو (وان كان المالك حر في أستغلال حقه كما يشاء ألا أنه لايجوز للمالك أن يستعمل حقه أستعمالا يضر بالجار) . ولذلك تذهب اغلب التشريعات على وضع أحكام معينة وخاصة بحالة الجوار الى جانب القواعد المنصوص عليها طبقا لإحكام نظرية التعسف في أستعمال الحق ، ومنها القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري .

المطلب ألاول

تحديد مسؤولية المالك في القانون المدني العراقي

قبل الخوض في تحديد مسؤولية المالك في القانون المدني العراقي ، لابد من تحديد وتمييز الحالة التي نحن بصددها وهي حالة (الاضرار بالجار ضررا فاحشا) عن الحالات الاخرى التي تشتبه بها .

فطبقا لنص المادة (1051) من القانون المدني العراقي ، فأن المالك يكون مسؤولا تجاه جاره أذا أصيب الجار بضرر فاحش . بمعنى أن مسؤولية المالك تجاه الجار تنهض في حالة واحدة فقط وهي حالة (ألاضرار بالجار ضررا فاحشا) . إذ نصت المادة على أنه (1- لايجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بالجار ضررا فاحشا . والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثا او قديما - 2- وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر او اعمال اخرى تحدث في العين المجاورة ان يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر وله ان يطلب وقف الاعمال او اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة في النزاع . 3- وأذا كان يتصرف في ملكه تصرفا مشروعا فجاء آخر وأحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه) .

وأول ما يلاحظ على نص المادة (1051) أن مسؤولية المالك هنا تعد مسؤولية خاصة دعت اليها ضرورة وجود تنظيم خاص يفض التعارض بين مصالح الملاك المتجاورين في أستعمالهم لحقوق ملكياتهم على نحو ما يرغبون . كما يراعى أن الفكرة الواجب أن

يقوم عليها هذا التنظيم هو وجوب أن يتحمل كل جار ضررا يسيرا من المضايقات التي لا مفر من التسامح فيها بين الملاك المتجاورين ، وألا غلت أيدي الملاك عن استعمـــال حقوقهم[1]. ولكن ليس على الجار أن يتحمل من ألاضرار ما يجاوز هذا الضرر. فالمنطق والعدل يقضيان بأن أستعمال المالك لحقه يجب أن لايترتب عليه الحاق أذى أو ضرر فاحش بحقوق غيره من الملاك .

لذا فأن المشرع أذا كان قد أوجب على المالك في الفقرة ألاولى من نص المادة (1051) من القانون المدني العراقي بأنه (لايجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بالجار ضررا فاحشا) فهذا يعني أن المالك لايسأل عن أي ضرر وأنما يسأل فقط عن الضرر الفاحش ، لأنه لو سئل المالك عن كل ضرر يلحق جاره بسبب أستعمال حقه في الملكية لأصبح المالك في حرجا شديد . إذ لإيأمن الملاك مهما بلغ حرصهم في أستعمالهم من ان يترتب على هذا ألاستعمال قدر من الضرر للجيران . ولهذا يجب أن يتحمل كل منهم قدرا من ألاضرار التي يفرضها الجوار ويمكن التسامح فيها وهي ألاضرار غير الفاحشة[2]. فالمعيار الذي وضعه المشرع العراقي ليرتب عليه مسؤولية المالك هو (الضرر الفاحش) فما كان ضررا فاحشا ترتبت عليه مسؤولية المالك .

والسؤال الذي يطرح هو ما المقصود بالضرر الفاحش وكيف يتم تقديره ؟ هذا ما سوف يتبين لنا في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

تعريف و تقدير الضرر الفاحش

جاء النص على الضرر الفاحش في المادة (1051) من القانون المدني العراقي ، إذ نصت الفقرة ألاولى منها على أنه (لايجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بالجار ضررا فاحشا ، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثا أو قديما) ، وقد أخذ المشرع العراقي مصطلـــح (الضرر الفاحش) من نص المادة (1199) من مجلة الاحكام العدلية ، والمادة (59) من مرشد الحيران . وقد عرفت المادة (1199) الضرر الفاحش بقولها (هو كل ما يمنع الحوائج ألاصلية يعني المنفعة ألاصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، أو يضر بالبناء أي يجلب له وهنا ويكون سبب إنهدامه). أما المادة (59) من مرشد الحيران فقد عرفت الضرر الفاحش وميزت بينه وبين الضرر غير

الفاحش بقولها (الضرر الفاحش ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج ألاصلية أي المنافع المقصودة من البناء) .

وهنا ينبغي التفرقة بين حالة التعسف في أستعمال الحق المنصوص عليها بالمادة (7) من القانون المدني العراقي وحالة الضرر الفاحش المنصوص عليها بالمادة (1051). ففي الحالة الاولى وضع المشرع معايير معينة لمسؤولية المالك وهي (قصد ألاضرار بالغير ، أذا كانت المصالح التي يرمي اليها هذا ألاستعمال لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر ، وأذا كانت المصالح التي يرمي هذا ألاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة) . وهذه ألاحوال تختلف عن حالة الضرر الفاحش . فالمشرع لم يتطلب في نص المادة (1051) أن يقصد المالك ألاضرار بجاره . بمعنى آخر أن المالك يكون مسؤولا تجاه جاره حتى وأن لـــم يقصد ألاضرار به طالما ترتب على فعله ضرر فاحش .

كما أن المالك يكون مسؤولا تجاه الجار حتى وأن كانت المصالح أكبر وليس أقل ، أو كانت تتناسب مع المصالح . فالمعيار هو وجود الضرر الفاحش إذ طالما ترتب على فعل الجار ضرر فاحش كان المالك مسؤولا عن هذا الفعل تجاه الجار ، وألا فأن المالك لايكون مسؤولا ألا أذا كان الضرر الذي أصاب الجار ضررا فاحشا .

فالمالك طبقا لنص المادة (1051) من القانون المدني العراقي يكون مسؤولا عن الضرر الفاحش وإن كان يستعمل حق ملكيته . ولكنه في هذا الاستعمال لم يرتكب أي خطأ ، فلم يخالف المالك اللوائح والقوانين ولم يخرج عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ولم يفرض القانون أي خطأ في جانبه . كما أن المالك يكون مسؤولا حتى وأن لم يتعسف في أستعمال حقه . فلا هو قصد ألاضراربالجار ولا كان للمالك مصلحة ترجح رجحانا كبيرا على مصلحته[3]. ومعيار الضرر الفاحش الذي تطلبه المشرع العراقي أبلغ وأدق في المعنى من معيار (الضرر غير المألوف) المنصوص عليها في المادة (807) من القانون المدني المصري .

وبالجمع بين نص المادة (1051) من القانون المدني العراقي ونص المادة (1199) من مجلة ألاحكام العدلية والمادة (59) من مرشد الحيران . يمكن القول بانه يشترط لتحقق الضرر الفاحش توافر شرطين أساسيين :

ألاول : أن يكون من شأن الضرر حرمان الجار من منافع السكن ألاصلية .

الثاني : أن يؤدي الضرر الى ضعف البناء أو أنهدامه .

فالمالك يكون مسؤولا طبقا لنص المادة (1051) من القانون المدني العراقي ، أذا ترتب على فعل المالك ضررفاحش بصورتيه السابقتين . ويخضع تقدير ما يعد ضرر فاحشا لسلطة القضاء .

أما الضرر غير الفاحش فقد عرفته المادة (1201) من مجلة الاحكام العدلية بأنه ما (يؤدي الى منع او تعطيل المنافع التي لاتعتبر من الحوائج ألاصلية كسد الهواء والنظارة ومنع دخول الشمس) . ولا بد من القول بأنه ما يعد من المنافع ألاصلية اوغيرألاصلية يخضع للسلطة التقديرية للقاضي[4].

فأذا ترتب على فعل المالك حرمان الجار من السكن كان الضرر فاحشا ، وأذا ترتب على فعل المالك أنهدام أو تصدع البناء كان الضرر فاحشا . كما يعد ضررا فاحشا أذا ترتب على فعل المالك حرمان الجار من أستغلال منزله بتأجيره مثلا ، أوأدى الضرر الى تقليل قيمة منزل الجار أذا رغب بالبيع بحيث أدى الضرر الى تقليل قيمته بشكل كبير . أو ترتب على فعل المالك أصابة دار جاره بأضرار جسيمة ترتب عليها قيام الجار بتصليحات باهظة التكاليف . في كل هذه ألاحوال يعد الضرر الذي يلحق بالجار ضررا فاحشا يوجب مسؤولية المالك ويكون مسؤولا تقصيريا تجاه الجار .

ومعيار الضرر الفاحش خير في تقديرنا من معيار(الضرر غير المألوف) المنصوص عليه في المادة (807) من القانون المدني المصري. ويتضح ذلك في عدم وجود تعريف معين ومحدد للمقصود بالضرر غير المألوف أولا ، وعدم وجود معيار محدد للتفريق بين ما يعد ضررا مألوفا وآخر غير مألوف ثانيا.

كما ان ما يمكن أن يعد ضررا فاحشا طبقا لنص المشرع العراقي لايمكن أعتباره ضررا غير مألوف في القانون المصري للأختلاف الجوهري بينهما . فعلى سبيل المثال أذا كان هناك جار ملاصق لنادي ليلي أو ملهى أو دار يستغل لأغراض غير مشروعة . لايمكن أعتباره ضررا غير مألوف طبقا لنص المادة (807) من القانون المدني المصري ، أذا كانت السمة الغالبة في هذا المكان وجود الملاهي والنوادي الليلية بصورة كبيرة . في حين تعد هذه الحالة ضررا فاحشا طبقا لنص المشرع العراقي في المادة (1051) ، ذلك أن المشرع العراقي أقام المسؤولية على المالك تجاه جاره أذا تحقق الضرر الفاحش

ولا أعتبار أذا كان الضرر مالوفا أو غير مألوف، فالعبرة هي بوجود الضرر الفاحش . والسبب في أختلاف الحكم يرجع الى الاساس الذي بني عليه هذين النصين .

فالمشرع المصري تطلب لأعتبار الاضرار غير مألوفة أن يراعي القاضي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للاخر . فأذا ثبت أن الضرر وفقا لهذه المعايير ضررا غيرعادي كان الضرر غير مألوف ويكون مسؤولا تقصيريا تجاه الجار[5]. وألا فالعكس صحيح أي يكون الضرر مألوفا وتنتفي مسؤولية المالك .

فـــي حين أن المشرع العراقي تطلب وجود الضرر الفاحش فقط (بصورتيه) لقيام مسؤولية المالك تجاه الجار ، بغض النظر عن معيار مألوفية الضـــرر أو عدم مألوفيتها. فالضرر يكون فاحشا أذا وجدت احدى هاتين الصورتين (الحرمان من المنافع الاصلية والضعف في البناء) سواء كان هذا الضرر مألوفا أو غير مألوف، ولايهم أذا كان الضرر مطابقا أو غير مطابق للعرف وطبيعة العقارات وغيرها من المعايير التي تطلبها المشرع العراقي .

ولعل البعض قد يعتقد أن الضرر الفاحش لايمكن أن يقع ألا بصورة مادية فقط ، وهو ما يفهم من ظاهر نص المادة (1051) . لأن هذا النص أقتبسه المشرع العراقي من نص المادة (1199) من المجلة. ولابد من القول أن نص المادة (1199) من المجلة أوردت صور الضرر الفاحش وهي (الحرمان من المنافع الاصلية ، والوهن أوالضعف في البناء) .

وفي رأينا ان التعداد السابق لصور الضرر الفاحش هو ليس تعداد على سبيل الحصر . وأنما هي مبادىء عامة لما يمكن أن يقع من حالات للضرر الفاحش، بمعنى آخر أن هذا التعداد على سبيل المثال لا الحصر . ودليلنا في ذلك ما يلي :

1ـ أن النص جاء بالمنافع الاصلية أولا ثم ذكر النص (كالسكنى) ، ومعلوم ان المنافع الأصلية لاتقتصر على السكنى فقط . فالمنافع الاصلية لها صور عديدة لا حد ولا حصر لها ولا يمكن تقييدها بالسكن فقط .

2ـ أورد المشرع في المواد (74 ، 1202 ، 1203) من المجلة صور ا عديدة عدها المشرع ضررا فاحشا بالرغم من أنها لاتقع بصورة مادية . ومن هذه الحالات (الاطلال على مقر النساء) ومقر النساء هو المحل الذي يجلس ويوجد فيه النساء عادة في الدار . فالاطلال (النظر) الى المكان الذي تجتمع فيه النساء عادة ، لايمكن أعتباره ضررا

فاحشا بصورة مادية . لإختلاف طبيعة هذا الضرر عن الضرر الفاحش المادي . وعموما يمكن القول أنه بالجمع بين المادة (1051) من القانون المدني العراقي ، والمادة (1199) من المجلة ، والمادة (59) من مرشد الحيران فأن الضرر الفاحش يتصور وقوعه في صورتين :

ألاولى : وهي الصورة غير المادية التي تتضمن حرمان الجار من المنافع ألاصلية نتيجة فعل جاره .

الثانية : وهي الصورة المادية التي تتضمن أنهدام الدار أو ضعفه بسبب فعل الجار.

أذا يمكن القول بأن الضرر الفاحش لايقع بصورة مادية فقط ، فالضرر الفاحش قد يقع بصورة مادية وقد يقع بصورة غير مادية أستنادا لما تقدم .

نخلص مما تقدم الى أن ما يعد ضررا فاحشا هو ما كان باحدى صوره المنصوص عليها في المادة (1199) من المجلة ، والمادة (59) من مرشد الحيران . وأن الضرر قد يقع بصورة غير مادية كما قد يقع بصورة مادية. لأن المشرع في المجلة ضرب أمثلة لما يمكن أن يعد ضررا فاحشا ، ولم تكن هذه ألامثلة ضررا فاحشا ماديا .

كما أن المعيار الذي أخذ به المشرع العراقي يفضل ويفوق معيار الضرر غير المألوف . أذ أن المشرع المصري لم يضع تحديدا معينا لما يمكن أن يعد ضررا غير مألوف . ولم يضع فارقا للتمييز بين الضرر المألوف وغير المألوف، بخلاف المشرع العراقي[6].

المطلب الثالث

شروط تحقق مسؤولية المالك في القانون العراقي

كما سبق القول فأن الضرر الفاحش لايشترط وقوعه بصورة مادية ، فقد يقع الضرر بصورة أخرى وهي الصورة غير المادية (المعنوية) ، كألاطلالة على مقر النساء في بيت الجار . ومن يستغل بيته لأفعال غير مشروعة ، أو غير أخلاقية يكون قد آذى دار جاره وأضر به ضررا فاحشا، بصورة غير مادية ، يتمثل بألاذى الذي يصيب الجار وعائلته بسمعة سيئة التي تنجم عن هذه ألاعمال بالرغم من أنه لم يلحق بالجار أي ضرر مادي .

وعموما فأنه يشترط لقيام مسؤولية المالك تجاه الجار ، ما يلي :

1- فعل من المالك ، يؤدي الى حدوث ضرر فاحش :

ليس كل ما يصدر من افعال من قبل المالك تجاه الجار يوجب مسؤولية المالك ، بل يجب أن ينتج عن هذا الفعل ضرر يصيب الجار . ولايهم في فعل الجاني أذا كان يقصد احداث الضرر الفاحش بالجار أم لم يقصد ذلك . فلا قيمة قانونية لقصد المالك طالما أنه الحق بفعله ضررا فاحشا بالجار . وليس كل ضرر يصيب الجار يؤدي الى مسؤولية المالك بل يجب أن يكون هذا الضرر (فاحشا) على حد تعبير المشرع العراقي في المادة (1051) من القانون المدني العراقي[7] .

ولايشترط أن يكون هناك خطأ بجانب المالك ، كما أن المفروض ان الشخص في هذه الحالة لايقصد على ألاطلاق الاضرار بالجيران ضررا فاحشا[8] .

ويذهب بعض الفقهاء الى ان ألاصل في المسؤولية المدنية أنها تقوم على ركنين (الخطأ والضرر) وأن الخطأ لا يتكون ألا من فعل يقع مخالف للقانون أو اللوائح أو يقع بسبب ألاهمال غير أنه عندما بدأ العهد الذي كثر فيه أستعمال ألالات الحيثة تغير الموقف وأتجه الى أن الجار ملزم بتعويض جاره عما يصيبه من ضرر ولو لم يخالف في عمله نصوص القوانين واللوائح[9] ، متى كان الضرر الذي أصاب الجار (فاحشا) .

وفعل المالك قد يكون بصورة أيجابية مثل قيام المالك بأستغلال داره لأغراض غير أخلاقية ، وقد يكون فعل المالك سلبيا كألامتناع عن ردم حفرة يكون من شانها أحداث تصدع في دار جاره.

2ـ أن يؤدي فعل المالك الى أصابة الجار بضرر فاحش سواء كان هذا الضرر مادي أو معنوي :

ليس كل ضرر يصيب الجار يستوجب مسؤولية المالك بل لابد أن يكون هذا الضرر (فاحشا) . والضرر الفاحش لايشترط وقوعه بصورة مادية كما ذكرنا بل قد يقع الضرر بصورة معنوية أو غير مادية . فمن يقوم بعمل يؤدي الى تصدع بناء داره الملاصق له ، ويكون آيلا للسقوط ، كمن يقوم بحفر بجانب بيت الجار مما يؤدي الى حدوث أصابة البناء بضعف يكون سبب أنهدامه ، فأنه يعد ضررا فاحشا ويترتب عليه مسؤولية المالك . ومن يقوم بالنظر الى مقر النساء أو ألاطلالة على منزل الجار ، ومن يقوم بأستغلال الدار لأغراض غير مشروعة فأنه يؤدي الى أصابة المالك بضرر فاحش بالرغم من وقوعه بصورة غير مادية ، والمهم هنا هو تحقق (الضرر الفاحش) .

3- أن يكون الضرر الفاحش الذي أصاب الجار ، بسبب فعل المالك . أي أن تكون هناك علاقة سببية بين فعل المالك والضرر الذي أصاب الجار .

يقصد بذلك أن يكون الضرر الفاحش الذي أصاب الجار نتيجة طبيعية ومباشر لفعل المالك[10]. والعلاقة السببية كما ذكرنا تعني أن يكون الضرر نتيجة مباشرة لفعل المالك . فأذا كان هناك سببٌ آخر أدى الى حصول الضرر الفاحش فلا يكون المالك مسؤولا عن أي ضرر وتنتفي مسؤوليته . وأذا ساهم مع فعل المالك سببا آخر وكان وحده كافيا لتحقيق الضرر الفاحش فان ذلك يؤدي الى عدم قيام مسؤولية المالك .

فأذا توافرت الشروط السابقة الذكر تحققت مسؤولية المالك ، ويكون مسؤولا تقصيريا تجاه الجار عن الضرر الفاحش .

مما تقدم نخلص الى أنه لايشترط لقيام مسؤولية المالك أن يكون هناك خطأ بجانب المالك ولا يشترط يقصد الاخير الاضرار بالجار . فمسؤولية المالك تنهض حتى وأن لم يقصد المالك الاضرار بجاره ، طالما ترتب على فعله ضررا فاحش أصاب جاره . ولكن قيام مسؤولية المالك تجاه الجار ترتبط بضرورة أن يكون الضرر الفاحش هو نتيجة طبيعية لفعل المالك وليس بسببا آخر . هذا وان مسؤولية المالك تجاه الجار تنهض حتى في حالة أذا أصاب الضرر الفاحش الجار الذي ليس ملاصق للمالك .

المبحث الثاني

مسؤولية المالك وشروط تحققها في القانون المصري

أتجه المشرع المصري الى الاخذ بمعيار (الضرر غير المألوف) لقيام مسؤولية المالك في المادة (807) من القانون المدني المصري . وقد أستقى المشرع المصري هذه الاحكام من فقه الشريعة الاسلامية[11]. إذ نصت المادة (807) على أنه (1- على المالك ألا يغلو في أستعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . 2 – ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لايمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة الى الاخر ، والغرض خصصت له . ولايحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون أستعمال هذا الحق) .

من خلال النص السابق يتبين لنا أن المشرع المصري حرم على المالك أن يغلو في إستعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ضررا غير مألوف . فلا تنهض مسؤولية المالك تجاه الجار ألا أذا كان الضرر الذي تسبب به للغير ضررا غير مألوف . فالمضار في القانون المصري على نوعين[12]:

1ـ اضرار عادية أو مألوفة وفقا للعرف وللتعامل فيما بين الناس . وهي التي للجار أن يتحملها ولاتؤدي الى قيام مسؤولية المالك .

2 ـ أضرارغيرعادية أوغيرمألوفة طبقا للعرف وللتعامل بين الناس التي تحكم مسؤولية المالك وهي التي ليس للجار أن يتحملها . ويكون العمل غير مشروع أذا نتج عنه ضرر غير مألوف للجار .

وللقاضي سلطة تقديرية في تحديد ما اذا كان الضرر مألوفا أو غير مألوف ، لأن نص المشرع المصري لم يضع معيارا محددا بين ما يعد ضررا مألوفا أو غير مألوف[13] .

وبناءً على ذلك سوف يقسم هذا المبحث على مطلبين ، ألاول في تقدير الضرر غير المألوف في القانون المصري ، والثاني في شروط تحقق مسؤولية المالك .

المطلب الاول

تعريف و تقدير الضرر غير المألوف

إن الضرر غير المألوف هو الضرر الذي يزيد عن الحد المألوف فيما يتحمله الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار . فأذا زاد على هذا الحد كان الضرر غير مألوف ووجب التعويض عنه . ومن خلال نص المادة (807) يتبين بأن ما يعد ضررا مألوفا في ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهي والمحلات العامة يعد ضررا غير مألوف في ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها وسكنى العلية من الناس . فأذا فتح محل مقلق للراحة في وسط المساكن الهادئة كان في هذا ضرر غير مألوف تجب إزالته[14] .هذا وأن معيار (الضرر غير المالوف) معيار مرن وليس بقاعدة جامدة فيتكيف مع الظروف المختلفة ويواجه الحاجات المتغيرة ، ويستجيب لمقتضيات كل منها ، وهو معيار موضوعي لا معيار ذاتي . فلا أعتبار لحالة الجار الذاتية كأن يكون الجار مريضا أو منشغلا بأعمال تقتضي الهدوء التام ، فينزعج لأية حركة ولو كانت مألوفة ، وأنما العبرة بحالة الشخص المعتاد وهوشخص من أوساط الناس يزعجه ما يزعج الناس عادة

، ويتحمل ما جرى العرف بتحمله فيما بين الجيران[15] . فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعد ضررا غير مألوف بالنسبة اليه ، ولو كان هذا الجار يتحمل أكثر مما يتحمله الشخص المعتاد فيكون له الغنم أو كان يحتمل أقل مما يتحمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغرم .

هذا واذا كان من المتفق عليه ان الضرر الذي يسأل عنه الشخص هو الضرر الذي يتجاوز الحد المألوف ، فأن هناك جدل بين الفقهاء حول مدى امكانية ادخال الظروف الشخصية في الاعتبار . والراجح هو النفرقة بين الظروف العادية والظروف ألاستثنائية . وانه لاينبغي ان تدخل الظروف الشخصية الاستثنائية في الاعتبار ، مثل كون الشخص مريضا . اما بالنسبة للظروف العادية فهي التي تدخل في الاعتبار حتى لو تعلق الامر بظروف خاصة بأستغلال العقار المجاور مثل جعل المنزل دار للأستشفاء[16] .

ـ أعتبارات تقدير الضرر غير المألوف :

وضع المشرع المصري في نص المادة (807) من القانون المدني المصري ، اعتبارات معينة لتقدير الضرر غير المألوف ، و هذه ألاعتبارات[17] هي :

أولا : العرف : فما جرت به العادة أن يتحمله بعضهم من بعض يكون ضررا مألوفا لايوجب مسؤولية المالك . أما ما جرت به العادة على عدم تحمله فلا يكون ضررا مالوفا.

ثانيا : طبيعة العقارات : ويقصد بذلك نوع النشاط الذي يزاول فيه العقار فأذا كان العقار محلا أو مقهى أو فندق يتحمل من الضوضاء أكثر مما يحتمل المسكن الهادىء ، فما يكون ضررا مألوفا بالنسبة الى هذه ألامكنة العامة يعد ضرراً غير مالوف بالنسبة الى المسكن .

ثالثا : موقع العقار : يراد بذلك موقع العقار بالنسبة للضرر نفسه . فصاحب السفل بالنظرلطبيعة موقعه يجب عليه ان يتحمل من العلو ما لايتحمل العلو من السفل بهذا قضى موقع السفل .

رابعا : الغرض الذي خصص له العقار : إن العقار الذي خصص للسكنى الهادئة غير العقار الذي خصص لأغراض تقتضي دوام الحركة وأختلاف الناس عليه . فما يكون ضررا غير مألوف بالنسبة للأول قد يكون ضررا غير مألوف بالنسبة الى ألاخر .

نخلص مما تقدم الى أن المشرع المصري حرم عن الغلو المؤدي الى حدوث ضرر غير مألوف . كما أن المشرع المصري وضع اعتبارات معينة لما يمكن أن يعد ضررا غير مألوف . ألا أنه مما ينبغي قوله هنا هو ان المشرع المصري لم يضع معيارا محدد للتفريق بين ما يعد ضررا مألوفا وبين ما يعد ضررا غير مألوف . ومعيار الضرر غير المألوف الذي نص عليه المشرع المصري معيار موضوعي وليس ذاتي ، فلا عبرة بحالة الشخص وأنما العبرة بحدوث الضرر غير المألوف .

المطلب الثاني

شروط تحقق مسؤولية المالك في القانون المصري

أشترط المشرع المصري شروطا تختلف في موضوعها عن الشروط التي تطلبها المشرع العراقي ، فطبقا لنص المادة (807) من القانون المدني المصري . يشترط لقيام مسؤولية المالك ما يلي :

1ـ غلو المالك في أستعمال حقه : يقصد بالغلو مجاوزة الحدود . والغلو يتصف به كل عمل يحدث ضررا غير مالوف للجار . بمعنى آخر أن يؤدي غلو المالك الى اصابة الجار بضرر غير مألوف . أما أذا أدى غلو المالك في أستعمال حقه الى الحاق الضرر بالجار ولكنه ضرر مألوف وجرى التعامل على تحمله فيما بين الناس، فلا يترتب على ذلك قيام مسؤولية المالك[18] . ويذهب بعض الفقهاء الى أن الغلو هو الضرر الفاحش المنصوص عليه بالمادة(1199) من المجلة[19] .

والذي يبدو أن الغلو ليس هو الضرر الفاحش المنصوص عليه في المادة (1199) السابقة الذكر . فالغلو هو الفعل الصادر من المالك تجاه جاره في حين أن الضرر الفاحش هو النتيجة التي يؤدي اليها فعل المالك . بمعنى آخر أن الغلو هو الفعل وليس الاثر . ودليل ذلك ما ورد في نص الفقرة الاولى من المادة (807) (على المالك ألايغلو في أستعمال حقه الى حد يضر بملك الجار) . فليس الغلو هو المحرم في هذا النص وأنما المحرم هو الضرر غير المألوف الذي يؤدي اليه فعل المالك (الغلو) من أضرار . لأن الغلو لا يؤدي الى قيام مسؤولية المالك مالم يكن من شأنه ألاضرار بالجار ضررا غير مألوف . فالذي يستلزم مسؤولية المالك هو الضرر غير المألوف وليس الغلو في أستعمال الملك لحقه.

2- الضرر غير المألوف : لايكفي لتحقق مسؤولية المالك أن يغلو في أستعمال حق، بل لابد أن يترتب على غلو المالك أصابة الجار بضرر غير مألوف . فليس للجار أن يرجع على جاره اذا كان الضرر الذي أصابه مألوفا . فهذه الاضرار لاتؤدي الى قيام مسؤولية المالك ، فأذا تجاوز الضرر الحد المألوف ، قامت مسؤوليته تجاه جاره.

مما تقدم نستنتج أن النهي الوارد في نص المادة (807) من القانون المدني المصري ، ينصب على الضرر غير المألوف وليس على الغلو . كما ان المعيار الوارد في القانون العراقي يختلف عن النص الوارد في القانون المصري في نواحي عدة . فالنص العراقي أكثر دقة وخصوصية بخلاف نص المشرع المصري الذي يكتنفه الغموض . فالمشرع المصري لم يوضح ما يمكن اعتباره ضررا مألوفا أو غير مألوف . كما ان المشرع المصري لم يضع معيارا محددا للتفريق بين الضرر المألوف وغير المألوف .

المبحث الثالث

ألاساس القانوني لمسؤولية المالك والجزاء المترتب على ذلك

بعد توفر الشروط القانونية اللازمة لتحقق مسؤولية المالك التي سبق ذكرها ، نتناول في هذا المبحث ألاساس القانوني لمسؤولية المالك في القانونين المدني والمصري والجزاء المترتب على ذلك . إذ لايوجد رأي فقهي معين ومحدد سواء في العراق او في مصر ، يجمع على أقامة مسؤولية المالك عن مضار الجوار على أساس قانوني معين . وفي هذا المبحث سنحاول الوصول الى الاساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية المالك في القانون المدني العراقي . من خلال عرض أراء الفقهاء والوقوف على الرأي القانوني السليم ، وذلك في المطلب ألاول .

وبعد الوصول الى الاساس القانوني لمسؤولية المالك ، نبين في المطلب الثاني الجزاء المترتب على قيام مسؤولية المالك تجاه جاره . وفي هذا المطلب سنرى أن المشرع العراقي أنفرد بالنص على أجراء قانوني في الفقرة الثانية من المادة (1051) من القانون ، وكما يلي :

المطلب ألاول

الاساس القانوني لمسؤولية المالك في القانون العراقي والمصري

أنقسم الفقه في موضوع ألاساس القانوني عن مضار الجوار على أراء متعددة ومختلفة . بعض هذه ألاراء يستند الى حجج قانونية قوية ، في حين أن البعض الاخر بعيدة كل البعد عن ألاساس القانوني لمسؤولية المالك[20] . ونحن نورد هنا اراء الفقهاء التي تحمل في طياتها حجج قانونية مقبولة وتستند الى أساس قانوني . وهذه ألاتجاهات هي التالية :

ألاتجاه ألاول : يذهب أنصار هذا ألاتجاه الى أقامة مسؤولية المالك عن الاضرار التي تصيب الجار على أساس نظرية التعسف في أستعمال الحق .ويستند أنصار هذا الرأي الى أرادة واضعي القانون المدني الذي أفسح مكانا لمعيار لمضار الجوار، الى جانب المعايير العامة للتعسف . وأن كان هذا المعيار لم يظهر في النصوص التي عالجت نظرية التعسف في استعمال الحق ، فليس معنى ذلك أن المشرع قد عدل عن اعتباره واحدا من معايير هذه النظرية ولكنه أكتفى بتطبيقه على حالة مضار الجوار[21] .

ويذهب فقهاء آخرون[22] الى أن مسؤولية المالك عن مضار الجوار ليست سوى تطبيق لفكرة التعسف في أستعمال الحق . لأن الشريعة ألاسلامية التي تم ألاعتماد عليها في صياغة نظرية عامة للتعسف في أستعمال الحق كانت تعتبر من معايير التعسف في أستعمال الحق معيار الضرر الفاحش بالغير أو الجار .

ألاتجاه الثاني : يذهب أنصار[23] هذا ألاتجاه الى أن مسؤولية المالك ليست تطبيقا لنظرية التعسف في أستعمال الحق . ذلك أن المالك لايعد متعسفا بمقتضى نظرية التعسف ألا أذا توافرت هذه المعايير ، وهي : قصد ألاضرار بالغير ، ورجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا ، وعدم مشروعية المصلحة التي يروم المالك لتحقيقها . ولا يشترط توافرهذه المعايير حتى يتحقق الضرر الفاحش . فالشركة التي تقيم مصنعا يتضرر الجوار من وجوده لاتقصد بذلك ألاضرار بجيرانها . وهي لاترمي الى تحقيق مصلحة غير مشروعة . ومع ذلك ، تكون الشركة مسؤولة عن الضرر الفاحش ، مما يدل على أن لكل تطبيقاته .

وعلى كل فأن أستعمال المالك لحق ملكيته أستعمالا مضرا بالجار ضررا فاحشا إنما هو خطأ موجب لمسؤولية المالك وفق قواعد المسؤولية التقصيرية . لذا يمكن القول أن مسؤولية المالك تقوم على اساس التزام قانوني متعلق بألتزامات الجوار ، تفرضه نص المـادة (1051) من القانون المدني العراقي ، والمادة (807) من القانون المدني المصري .

الاتجاه الثالث : يذهب أنصار[24] هذا الاتجاه الى أن تقييد سلطة المالك بسبب الجوار إنما هو نتيجة طبيعية لإعتبار الملكية وظيفة أجتماعية . وبالتالي فأن مسؤولية المالك تقوم على أساس (ضرورة التضامن الاجتماعي) . ذلك أن التضامن الاجتماعي يجب أن يتمخض لخير الكافة . فلا يستقيم مع هذا التضامن أن لايعبأ المالك بما يترتب على أستعمال ملكه ضرر فاحش لأولئك الذين يعيشون بقربه وجواره . وعلى ذلك فتقرير التزامات الجوار إنما هو في مصلحة الجيران جميعا، وهذا التضامن يتطلب من الجيران التسامح في كثير من الاضرار التي تعتبر نتيجة طبيعية لحالة الجوار . فقد ينشأ من أستعمال المالك لملكه ضرر بالجيران ، فلا بد لهؤلاء من تحمل جانب من الضرر الذي تقتضيه طبيعة الجوار وألا لغلت يد المالك عن أستعمال حقه وتعطلت ملكيته . ولكن أذا تصرف المالك في أستعمال ملكه على وجه يضر بالجيران ضررا فاحشا ، فعندئذ تنهض مسؤوليته قبلهم . فكما ان التضامن يتطلب من المالك ألا يستعمل حق ملكيته بما فيه ضررا فاحشا للجيران ، فأنه يتطلب من الجيران أن يتحملوا الضرر اليسير أو مضايقات الجيران .

المطلب الثاني

تقييم أتجاهات الفقهاء و بيان الرأي الراجح

يتبين من خلال أن أقامــة مسؤولية المالك على اساس نظرية التعسف في أستعمال الحق ، تلقى رواجا كبيرا بين الفقهاء . ذلك أن نظرية التعسف في أستعمال الحق تحتل مكانا بارزا بين نصوص القانون المدني جميعا ، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون،دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع او لقواعد المسؤولية التقصيرية . فنظرية التعسف في أستعمال الحق أذن هي نظرية عامة تنطبق على جميع الحقوق الشخصية والعينية وحقوق الاسرة[25] . وأنها لاتقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه الى القانون العام .

ألا أن قسما كبيرا من الفقهاء أنتقد أقامة المسؤولية على أساس التعسف في أستعمال الحق فذهبوا الى أن الحق لايمكن أن يكون في الوقت نفسه جائز وغير جائز، فالحق ينتهي متى يبدأ سوء الاستعمال . فلا يمكن أن يقال بأن هناك أستعمالا مخالفا للحق ، لأن نفس العمل لايمكن أن يكون في الوقت ذاته مطابقا للحق ومخالفا له . فلا يمكن تطبيق نظرية التعسف في أستعمال الحق في الاحوال التي يستعمل فيها المالك حقه من غير أن يقصد

الضرر بالجار[26] ، مع اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لأنه لايمكن نسبة التقصير أو الخطأ اليه .

والتعسف في أستعمال الحق يتحقق في ثلاث صور :

1- قصد الاضرار : فالمالك يعد متعسفا في أستعمال حقه أذا لم يقصد من هذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير[27] .

2- رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا : ويتحقق ذلك أذا كانت المصالح التي يرمي المالك الى تحقيقها قليلة الاهمية ولا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر .

3- عدم مشروعية المصلحة المراد تحقيقها : وتعد المصلحة غير مشروعة اذا كان تحقيقها مخالفا للنظام العام او الاداب . كأن يخصص المالك منزله لمقابلات مخلة بألاداب .

وهذه المعايير السابقة لاتنطبق على حالة مضار الجوار ، فالمالك قد يستعمل حق ملكيته دون أن يقصد الاضرار بالجار ضررا فاحشا . كما أنه المالك قد يعمل على تحقيق مصلحة جدية ومشروعة . وانه قام باتخاذ كافة الاحتياطات لمنع الاضرار بالجار . ومع ذلك ادى استعماله لحق ملكيته الى اصابة الجار بضرر فاحش[28] .

ولابد من القول أن من حالات مضار الجوار ما ينطوي على قصد ألاضرار بالغير فيدخل تحت حكم نظرية التعسف في أستعمال الحق . ولكن ألاستناد الى هذه النظرية لا يفسر لنا مسؤولية المالك عن مضار الجوار الفاحشة بموجب نص المادة (1051) من القانون المدني العراقي . حتى لو كان يرمي من وراء أستعماله لحق ملكيته تحقيق مصلحة جدية ومشروعة ، بل وحتى لو ثبت أنه قد قام بكل ألاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر . فالمالك في هذه الحالة يكون مسؤولا لإخلاله بالتزام فرضه القانون، لا لتعسفه في أستعمال الحق . فأستعمال المالك لحق ملكيته أستعمالا يضر بالجار ضرر فاحشا إنما هو خطأ موجب لمسؤولية المالك وفق قواعد المسؤولية التقصيرية .

يضاف الى ما تقدم أن معيار الضرر الفاحش يتضمن عنصران :

ألاول: عنصر غير مادى وهوالحرمان من المنافع الاصلية .

الثاني : عنصر مادي وهو ما يؤدي الى وهن أو ضعف بالبناء .

وهذه المعايير تختلف عن المعايير الواردة في نظرية التعسف في أستعمال الحق ، الواردة سابقا .

كما ان معيار الضرر الفاحش يمتاز بكونه معيار موضوعي لا ذاتي ، فلا أعتبار لحالة الجار الشخصية . كأن يكون الجار مريضا أو ضعيف ألاعصاب . فالمهم هو وقوع الضرر الفاحش بغض النظر عن شخص المتضرر . في حين أن معيار نظرية التعسف في استعمال الحق في بعض الحالات يكون ذاتيا لاموضوعيا ، أي العبرة فيه بحالة الشخص وليس بحدوث الضرر . مثل حالة (قصد ألاضرار بالغير) المنصوص عليها في الفقرة ألاولى من المادة (7) من القانون التي نظمت نظرية التعسف في استعمال الحق ، إذ أن العبرة هي بحالة الشخص المتضرر وليس بوقوع الضرر . وهو يؤيد رأينا في أن المشرع فرق بين نظرية التعسف في أستعمال الحق والتزامات الجوار وجعل لكل منهما احكاما ومعايير وشروط تختلف كل واحدة عن ألاخرى .

من جهة أخرى فأن تأسيس مسؤولية المالك على فكرة (التضامن ألاجتماعي) ، لايبدو دقيقا خصوصا أذا ما علمنا أن فكرة (التضامن ألاجتماعي) أذا كانت تفسر لنا الطبيعة القانونية لحق الملكية ، فأنها لاتصلح أن تكون اساسا لمسؤولية المالك تجاه الجار عن الضرر الفاحش . إذ لا يمكن القول بأن ألاساس القانوني لمسؤولية المالك يكمن في (ضرورة التضامن ألاجتماعي) ، لأن ضرورة التضامن ألاجتماعي هو الهدف غير المباشر الذي يقصده المشرع في كل تشريع بشكل عام . بمعنى ان ضرورة التضامن ألاجتماعي لايمكن أن يعد ألاساس القانوني لمضار الجوار بشكل خاص ، لأنه غاية كل تشريع . وما دام ألامر كذلك فيجب أستبعاد نظرية التعسف في أستعمال الحق وفكرة (التضامن ألاجتماعي) كأساس لمسؤولية المالك .

والذي نراه هو ان مسؤولية المالك تقوم على اساس التزام قانوني تفرضه المادة (1051)، فالنص القانوني يفرض التزاما على المالك بألايضر بجاره ضررا فاحشا وهو ما يؤخذ صراحة من نص المادة (1051). وبهذا يتميز القانون العراقي عن القانون الفرنسي الذي أغفل النص على هذه الحالة . وبموجب النص السابق فأنه يجب على كل مالك ألايستعمل ملكه أستعمالا مضرا بالجار ضررا فاحشا . وهذا ألالتزام هو التزام سلبي إذ يوجب على كل مالك ألامتناع عن بعض ألاعمال، وتنهض مسؤولية المالك أذا أرتكب المالك عملا أدى الى حدوث ضرر فاحش للجار ويقع على الجار عبء أثبات وقوع الضرر من المالك .

إذا مسؤولية المالك عن الضرر الفاحش تقوم على أساس ألالتزام القانوني الوارد في المادة (1051) من القانون المدني العراقي وليس على أساس التعسف في أستعمال الحق أو التضامن ألاجتماعي . ذلك أن المشرع العراقي وكذلك المشرع المصري فرق بين نظرية التعسف في أستعمال الحق المنصوص عليها في المادة (7) والتزامات الجوار المنصوص عليها بالمادة (1051) القانون المدني العراقي ، وجعل لكل منهما أحكام مختلفة ، وخصّ كل منهما بشروط وعناصر مختلفة . ولا يوجد أساس قانوني آخر من الممكن أن تقوم عليه مسؤولية المالك .

فالمشرع العراقي أورد قيدا على حرية المالك بألايتصرف في ملكه تصرفا مضرا بالجار . ورتب المشرع العراقي بعد ذلك النتيجة المنطقية على ما فرضه من التزام القانوني وهو ازالة الضرر الفاحش. أذن مسؤولية المالك تقوم على أساس التزام قانوني بموجب نص المادة (1051) من القانون المدني العراقي ويقضي هذا ألالتزام بعدم أصابة الجار بضرر فاحش . وفي حالة حدوث ذلك فأنه يترتب عليه التعويض ويكون المالك الذي الحق بجاره ضررا فاحشا قد خرق التزامه القانوني وخالف القانون .

المطلب الثالث

ألاثر المترتب على قيام مسؤولية المالك

بعد أن توافرت الشروط اللازمة لقيام مسؤولية المالك التقصيرية تجاه الجار ، فأن ذلك يؤدي أيقاع الجزاء المنصوص عليه قانونا . وهذه الجزاءات يمكن تلخيصها بألاتي :

1- ألاجراء الوقائي : أنفرد المشرع العراقي بالنص على ألاجراء الوقائي في نص الفقرة (2) من المادة (1051) من القانون المدني العراقي ، أذ نصت على أنه (للمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر او اعمال اخرى تحدث في العين المجاورة ان يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر وله أيضا ان يطلب وقف الاعمال او اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة فـــي النزاع).

في هذا النص أعطى المشرع العراقي للجار الحق في إتخاذ الاجرءات التي تحول دون وقوع الضرر . ولايوجد مقابل لهذا النص في التشريع المدني المصري. وبموجب هذا النص للمالك الحق في أقامة دعوى على الجار الذي يقوم باعمال من شأنها الحاق الضرر

الفاحش بملك الجار حتى تفصل المحكمة في النزاع الحاصل[29] . كما أن من حق الجار أن يلزم جاره بأن لايحدث في ملكه ما يؤدي الى أحداث أضرار في العين .

ويشترط للقيام بهذا ألاجراء ما يلي :

آ ـ ان يكون هناك خطر أو ضرر فاحش يهدد ملك الجار ، سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا .

ب ـ أن يقوم الجار بأتخاذ مايلزم بالقدر المناسب لدفع الضرر فقط .

ج ـ أذا فشل المالك في دفع الضرر الفاحش بعد اخذه كل ألاحتياطات اللازمة لدفع الضرر ، فيكون للجار رفع دعوى على المالك يطالب فيها وقف ألاعمال المسببة للضرر الفاحش .

د ـ أذا كان من شان رفع الدعوى على المالك ان تتاخر المحكمة في فصل النزاع ، وكان الضرر الفاحش محدقا بالجار ، فيكون من حق ألاخير القيام بصورة عاجلة بدفع الضرر ، كما لو قام المالك بحفر في منزله وأدى ذلك الى تصدع بيت الجار. فيكون من حق ألاخير القيام بردم الحفرة باذن المالك أو بغير أذنه في حالة ألاستعجال . ومن ثم يكون من حقه رفع دعوى على المالك للمطالبة بدفع تكاليف ردم الحفرة أو التعويض بحسب ألاحوال .

2ـ التنفيذ العيني : أذا تحقق وقوع الضرر الفاحش وتوافرت الشروط اللازمة السابقة الذكر ، فعندئذ تنعقد مسؤولية المالك ويجب عليه إزالة الضرر . وأزالة الضرر الفاحش قد تكون عينا أو عن طريق التعويض بحسب ألاحوال . والمطلوب هو إزالة الضرر الفاحش بأي وجه كان ، ولا يشترط إزالة مصدر الضرر . واذا لم يمكن إزالة الضرر إلا بأزالة مصدره فعندئذ يجب إزالة الضرر ومصدره[30] .

وإزالة الضرر الفاحش تتخذ صورا مختلفة بحسب ظروف كل حالة . فأذا أمكن رفع ضرر البالوعة القريبة من ملك الجار او المدخنة أو الشباك المطل على مقر النساء ، بأحكام بناء البالوعة بالسمنت أو بنقل الماكنة من مكانها الى مكان آخر أو توجيه فوهة المدخنة توجيها آخر أو وضع ستارة على الشباك ، حكم القاضي بذلك . وكثيرا ما تكون أزالة الضرر الفاحش غير كافية للتعويض عن الضرر تعويضا كاملا . إذ هي تكفل منع الضرر في المستقبل ولكنها لا تعوض الجار عما أصابه من ضرر في الماضي . ففي

هذه الحالة يحكم القاضي بألازالة وبتعويض نقدي عما أصاب الجار من ضرر في الفترة السابقة على إزالة الضرر إذا كان هناك مقتضى لذلك[31] .

والتنفيذ العيني يتخذ صورا شتى ، فهو يتدرج من ألامر بتعديل في طريقة ألاستغلال الى ألامر بتحديده نسبيا من حيث الزمان (بمنع التشغيل ليلا مثلا) او المكان (بتغيير موضع المحل مثلا) ، الى الحكم بوقف جزء منه ، الى الحكم بأزالته كليا وغلق المحل او المصنع . والقاضي ليس مجبرا على اجابة الجار المتضرر الى ألازالة الكلية او الغلق ، وأنما هو يقضي بما يراه مناسبا طبقا للصالح العام من جزاء عيني او نقدي . فضلا عن الجار المتضرر يكون في هذه الصورة متعسفا في حق طلب الازالة الكلية او الغلق. إذ في غالب الاحوال لا تتناسب البتة مصلحته التي يقصدها من ورائه مع ما يصيب المستغل والاستغلال من ضرر الازالة[32] .

وينبغي أن يلاحظ في هذا الشأن الى أنه ليس للجار المستجد أن يتضرر من مجاورته لجار يسبقه اذا لحقه ضررفاحش من النشاط الذي يمارسه الجار القديم، مالم يكن النشاط الصادر من الجار القديم او السابق غير مشروع ، فعندئذٍ يحق للجار اللاحق أن يتضررمن فعل السابق ويكون ألاخير مسؤولا تقصيريا تجاه جاره، وهذا ما يفهم من نص الفقرة (3) من المادة (1051) من القانون المدني العراقي ، التي جاء فيها (إذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفا مشروعا ، فجاء آخر وأحدث بجانبه بناءً وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه) فمفهوم المخالفة لهذا النص هو أن الجار السابق أذا تصرف في ملكه تصرفا غير مشروع فأنه يكون مسؤولا تجاه الجار عن الضرر الفاحش الذي يلحق به نتيجة هذا ألاستعمال[33] .

ويؤخذ على أتجاه المشرع هذا أنه يؤدي الى فرض أرادة الجار السابق على الجار اللاحق .

أما في التشريع المصري فقد ذهب اغلب الفقهاء الى أنه ينبغي التفرقة بين النشاط السابق إذا كان جماعيا ، بحيث يترتب عليه صبغ المنطقة الموجود بها بنشاط معين كأن يجعلها منطقة صناعية أو منطقة تجارية ، فالضرر فيي هذه الحالة يعد ضررا مألوفا لايسأل عنه الجار السابق . أما أذا أتصف النشاط السابق بالفردية ، فلا تؤثر أسبقية النشاط في وصف الضرر غير المألوف وقيام المسؤولية عنه[34] ، ويذهب بعض الفقهاء الى أن العبرة في

تحديد هذه المضار تكون بطبيعة الذي توجد فيه هذه العقارات ونوع الاستغلال المعد له ومدى اعتباره مألوفا في هذا الحي طبقا للعرف السائد[35] .

والذي نراه هو ألاخذ بهذا الرأي كونه أصوب من الرأي ألاول . إذ لايجوز الحكم بمشروعية أو عدم مشروعية الفعل الصادر من الجار السابق ألا بعد التاكد من طبيعة هذا النشاط ومدى ملائمته لطبيعة الحي أو المكان الذي هو فيه .

3- التعويض النقدي : يحكم القاضي بالتعويض للأضرار الفاحشة التي لحقت الجار في الماضي . فيلتزم المالك بتعويض الجار عن الخسارة التي لحقته وعن الكسب الذي فاته. ويذهب بعض الفقهاء[36] الى أن الضرر قد يدوم زمنا معينا ، فيجوز للقاضي ان يحكم بتعويض نقدي عن كل مدة زمنية يدوم فيها الضرر ، كأن تكون عن كل يوم او اسبوع او شهر او اكثر من ذلك .

نخلص مما تقدم الى أن المشرع العراقي أنفرد بالنص على ألاجراء الوقائي في الفقرة الثانية من المادة (1051) ، فيسمح للجار قبل وقوع الضرر الفاحش ان يطالب بأيقاف الضرر اذا كان يتهدد ملكه . كما أن من الجار مطالبة المالك بالتنفيذ العيني أو التعويض بحسب ألاحوال .

والذي نراه هو أعطاء الحق للمتضرر بالمطالبة بأيقاع الغرامة التهديدية في حالة أستمرار المالك بألاعمال التي تؤدي الى ألحاق الضرر الفاحش بالجار .

وعموما أذا ساهم الجار مع فعل المالك في أحداث الضرر فأن المالك لايكون مسؤولا عن جميع ألاضرار التي تصيب الجار . بل يسأل فقط في حدود مسؤوليته عن الضرر الفاحش .

الخاتمة

ألاستنتاجات : من خلال ما سبق بحثه نستنتج ما يلي :

أولا ـ أن معيار الضرر الفاحش المنصوص عليه في المادة (1051) من القانون المدني العراقي ، يتكون من عنصرين أحدهما مادي وألاخر معنوي ، وبناءً على ذلك فأن الضرر الفاحش قد يقع بصورة مادية وقد يقع بصورة معنوية بحسب ألاحوال . ومن الخطأ القول أن الضرر الفاحش يقع بصورة مادية فقط .

ثانيا ـ يختلف معيار الضرر الفاحش الذي أخذ به المشرع العراقي ، عن معيار الضرر غير المألوف المنصوص عليه في القانون المدني المصري . إذ أن لكل من المعيارين أحكام وشروط يختلف كل منهما عن ألاخر .

ثالثا ـ أن معيار الضرر الفاحش الذي أخذ به المشرع العراقي ، يفوق ويفضل معيار الضرر غير المألوف الذي أخذ به المشرع المصري . لأن هناك تعريف محدد ومعين للضرر الفاحش . كما أن المشرع في مجلة ألاحكام العدلية وضع معيارا محددا لما يمكن أن يعد ضررا فاحشا . بخلاف المشرع المصري الذي سكت عن تعريف معيار الضرر غير المألوف ، ولم يضع معيارا محددا لما يمكن ان يعد ضررا غير مألوف .

رابعا ـ يشترط لقيام مسؤولية المالك ، توافر الاركان اللازمة لدعوى المسؤولية التقصيرية . وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما .

خامسا ـ تقوم مسؤولية المالك على أساس التزام قانوني بموجب نص المادة (1051) من القانون المدني العراقي . وطبقا لهذا ألالتزام فأن المالك يلزم بأن لايلحق بجاره ضررا فاحشا .

سادسا ـ فرق المشرع العراقي بين نظرية التعسف في أستعمال الحق ، وبين التزامات الجوار . وجعل لكل منهما معايير تختلف كل واحدة عن ألاخرى . فالمشرع العراقي نص على نظرية التعسف في أستعمال الحق في المادة (7) من القانون المدني العراقي ، أما التزامات الجوار فقد نص عليها في المادة (1051) من القانون .

سابعا ـ يترتب على قيام مسؤولية المالك تجاه جاره، الحكم على ألاول بأيقاف الضرر الفاحش ، وأزالة مصدره أذا كان ذلك ممكنا . والحكم عليه بالتعويض عن الضرر الفاحش الذي لحق بجاره .

ـ التوصيات :

من خلال ما تقدم بحثه ، نوصي بألاتي :

أولا ـ النص بشكل صريح على حالة ألاضرار غير المادية الفاحشة التي تلحق بالجار، ليكون النص شاملا للأضرار المادية وغير المادية .

ثانيا ـ تعديل نص المادة (1051) من القانون المدني العراقي ، بحيث يتمكن القاضي من فرض الغرامة التهديدية في حالة تعنت المالك وأمتناعه عن أزالة الضرر الفاحش .

ثالثا ـ ألاخذ بالمعايير الواردة في نص المادة (807) من القانون المدني المصري، لتحديد الضرر الفاحش . إذ لايوجد ما يمنع من ألاخذ بهذه المعايير في قانوننا ، ولايعني ذلك ألاخذ بمعيار الضرر غير المألوف .

رابعا ـ أعطاء الحق للجار بالقيام بالتصليحات الضرورية ، على نفقة جاره أذا أبطيء المالك في القيام بهذه التصليحات ، أو في حالة ألاستعجال .

خامسا ـ النص على حالة قيام مسؤولية المالك تجاه الجار عن الضرر الفاحش حتى الجار الذي أصابه ضرر من فعل المالك ليس هو الجار الملاصق للمالك .

سادسا ـ تعديل نص الفقرة الثالثة من المادة (1051) من القانون المدني العراقي ، من خلال ألاخذ بالمعيار الذي يتضمن نوع الاستغلال وطبيعة المكان ، لتحديد الضرر الفاحش الصادر من الجار السابق وتحديد مسؤولية المالك تجاه الجار . وتضمينه نص الفقرة الثالثة من المادة (1051) من القانون المدني العراقي .

المصادر

أولا : الكتب :

1- ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، المسؤولية المدنية بين التقييد وألاطلاق ، دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1980.

2- د. أسماعيل غانم ، الحقوق العينية ألاصلية ، الجزء ألاول (حق الملكية) ، 1958 .

3- . توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية ألاصلية ، الدار الجامعية ، 1988

4- د. حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية ألاصلية ، ألاسكندرية ، منشأة المعارف ، 1988.

5- د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، القسم الثاني ، النظرية العامة للحق ، بيروت ، 1977 .

6- حسن علي الذنون ، الحقوق العينية ألاصلية ، بغداد ، 1954 .

7- حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ، الجزء الاول ، الحقوق العينية الاصلية ، جامعة الدول العربية الدول العربية ، 1964.

8- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 .
9- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثامن (حق الملكية) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004.
10- عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، الطبعة ألاولى ، القاهرة ، 1964.
11- عبد المنعم البدراوي ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ألاصلية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، 1956.
12- علي الخفيف ، الملكية في الشريعة ألاسلامية ، الجزء ألاول ، القاهرة ، 1966.
13- علي الخيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1947
14- عبد السلام داود العبادي ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، القسم الثالث ، بدون سنة طبع .
15- علي حيدر ، درر الحكام ، شرح مجلة ألاحكام ، الجزء الثالث ، بيروت ، بدون سنة طبع .
16- ـ شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق العينية ألاصلية ، الجزء الاول في حق الملكية ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1969.
17- صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية ألاصلية ، بغداد ، 1960.
18- محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته ، عمان ، 1997 .
19- محمد هشام القاسم ، مذكرات في الحقوق العينية ، ط 1 ، الكويت ، 1974 .
20- محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية ، القسم ألاول ، الحقوق العينية ألاصلية ، بغداد ، 1982.
21- محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ألاصلية ، الجزء ألاول ، ألاسكندرية ، منشأة المعارف ، 2004 .
22- رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية ألاصلية ، الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2001.
23- محمد علي حنبولة ، الوظيفة ألاجتماعية للملكية الخاصة ، دراسة مقارنة ، 1974.

24- محمد لبيب شنب ، موجز في الحقوق العينية ألاصلية ، القاهرة ، 1974.
25- محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، 1939 .
26- محمد كمال عبد العزيز ، الوجيز في نظرية الحق ، مكتبة وهبة ، بدون سنة طبع ، ص 260 .
27- منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري ، القاهرة ، 1965.
28- محمد علي عرفة ، حق الملكية ، الجزء ألاول ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1954.

ثانيا : البحوث :

1- أبو زيد عبد الباقي ، تحديد ألاساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، دراسة تحليلية أنتقادية في القانون المقارن وفقه الشريعة ألاسلامية ، مجلة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الثاني .
2- أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة 17 ، العدد الاول .
3- بشرى جندي ، حتمية التطور ألاشتراكي ، في مبادىء القانون المدني ، مجلة أدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث ، السنة 11 ، 1967.
4- محمد أبو زهرة ، أساءة أستعمال الحق ، مجلة أدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، 1961.
5- ألاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء السادس .

ثالثا : القوانين :

1- القانون المدني العراقي رقم 51 لسنة 1959 .
2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1949 .
3- مجلة الاحكام العدلية .

الهوامش :

1- محمد هشام القاسم ، مذكرات في الحقوق العينية ، ط 1 ، الكويت ، 1974 ، ص 40 .

2- شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الاول في حق الملكية ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1969، ص 380.

3- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثامن (حق الملكية) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004، ص 622.

4- عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، 1964، ص 92– 94.

5- وهو مايفهم من خلال نص المادة (807) من القانون المدني المصري .

6- من خلال ما تقدم نخلص الى أن معيار (الضرر الفاحش) يختلف عن معيار (الضرر غير المألوف) ، وتبدو صورة الفرق بينهما من حيث أن كل منهما له مفهوم يختلف كل واحد منهما عن الاخر . وللضرر الفاحش أركان جوهرية لايوجد لها مثيل في الضرر غير المألوف . والنقطة المهمة هي أن الاخذ بمعيار الضرر الفاحش يعني أن مسؤولية المالك تنهض متى تحقق الضرر الفاحش بغض النظر عن مألوفية وعدم مألوفية الضرر .

7- محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية ، القسم الاول ، الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، 1982، ص 71.

8- د. توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الاصلية ، الدار الجامعية ، 1988 ، ص 115 .

9- محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الاول ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، 2004 ، ص 341 .

10- يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية توافر الشروط المنصوص عليها قانونا وهي ، الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. وفي حالة مضار الجوار لايشترط وقوع ضرر من قبل المالك تجاه الجار لكي تتحقق مسؤوليته ، بل يكفي أصابة الجار بضرر فاحش لكي تنهض مسؤولية المالك . ذلك أن نص المادة (1051) من القانون المدني العراقي يفرض التزاما على المالك مقتضاه عدم الاضرار بالجار ووقوع الضرر الفاحش يعني أن الجار أخلّ بهذا الالتزام .

11- علي الخيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1947 ، ص 80 . محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، 1939 ، ص 104 .

12- رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2001، ص 66.

13- د. حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، 1988، ص 147 .

14- الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء السادس ، ص 32 .

15- حسن كيرة ، المصدر السابق ، ص 327 . عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، ص 93 .

16- عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، 94 . حسن كيرة ، المصدر السابق ، ص 150 .

17-منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري ، القاهرة ، 1965، ص 62. محمد علي عرفة ، حق الملكية ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1954، ص 248 . عبد المنعم البدراوي ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، 1956، ص 75 وما بعدها .

18-محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص 350 . رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، المصدر السابق ، ص 65. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص382.

19-محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص 349 .

20-في عرض هذه الاراء أنظر ، السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثامن ، المصدر السابق ، ص 629 وما بعدها . أبو زيد عبد الباقي ، تحديد الاساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، دراسة تحليلية أنتقادية في القانون المقارن وفقه الشريعة الاسلامية ، مجلة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الثاني ، ص 45. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص 324 وما بعدها . ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق ، دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1980 ، ص 89 .

21-بشرى جندي ، حتمية التطور الاشتراكي ، في مبادىء القانون المدني ، مجلة أدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث ، السنة 11 ، 1967، ص 738 . حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ، الجزء الاول ، الحقوق العينية الاصلية ، جامعة الدول العربية الدول العربية ، 1964 ، ص 68 . حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، 1954 ، 36 . د. حسن كيرة ، المصدر السابق ، ص 144 . منصور مصطفى منصور ، المصدر السابق ، ص 62. محمد علي عرفة ، المصدر السابق ، 260.

22-صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، 1960 ، ص 86 . حسن كيرة ، المصدر السابق ، ص 145.

23-د. أسماعيل غانم ، الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الاول (حق الملكية) ، 1958 ، ص 106 . عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، ص 89 – 92 . السنهوري ، المصدر السابق ، ص 631. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص 376.

24-علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، الجزء الاول ، القاهرة ، 1966، ص 127 . شاكر ناصر حيدر ، المصدر السابق ، ص 379 – 380 . محمد علي حنبولة ، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ، دراسة مقارنة ، 1974، 645 . عبد السلام داود العبادي ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، القسم الثالث ، بدون سنة طبع ، ص 53.

25-محمد أبو زهرة ، أساءة أستعمال الحق ، مجلة أدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، 1961 ، ص 82 . د . حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، القسم الثاني ، النظرية العامة للحق ، بيروت ، 1977، ص 1091 .
26-محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص 331. أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة 17 ، العدد الاول ، ص 120 .
27-محمد كمال عبد العزيز ، الوجيز في نظرية الحق ، مكتبة وهبة ، بدون سنة طبع ، ص 260 .
28-توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص 115 .
29- محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته ، عمان ، 1997 ، ص 382 وما بعدها .
30-محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص 352.
31-محمد وحيد الدين سوار ، المصدر السابق ، ص 80 .
32-اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص 136.
33-علي حيدر ، درر الحكام ، شرح مجلة ألاحكام ، الجزء الثالث ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص 234.
34-د. محمد لبيب شنب ، موجز في الحقوق العينية ألاصلية ، القاهرة ، 1974، ص 239.
35-رمضان أبو السعود ، المصدر السابق ، ص 67 . حسن كيرة ، المصدر السابق ، ص 150 .
36-السنهوري ، المصدر السابق ، ص 634.