

تحديد الاساس لفانوفى للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوف دراسة تحليلية استنادية في القانون المقارن، وفقه الشريعة الاسلامية

الدكتور أبو زيد عبد الباقي
أستاذ القانون المدني المساعد
بجامعة النجف للعلوم والكليات

تمهيد

١- أهمية البحث:

كان للتطور الواضح في الحياة الحديثة، الذي واكب اختراع الآلة، آثاراً اجتماعية بعيدة المدى في إبراز المشاكل التي يمكن أن تثور بين الجيران في علاقاتهم التي يفرضها الجوار، حيث لا مناص من تحمل كل منهم لقدر من المتاعب والمضايقات — أو ما يطلق عليه مضار الجوار التي لا يمكن تفاديها — تفرضه ظروف الحياة المشتركة، التي لا يستطيع شخص الفكاك منها. كسماع بكاء طفل، أو الضجيج الناشئ عن إقامة حفل في مناسبة من المناسبات، أو استيقاظ الجار المبكر، أو نومه المتأخر، وما قد يترتب عليه أحياناً من اقلق لراحة جيرانه. فهذه كلها اضرار مألوفة ينبغي التسامح فيها.

ولكن من المتفق عليه انه اذا كان تحمل الضرر المألوف أمراً لا مفر منه، حيث تقتضيه طبيعة الجوار، فان هذا الضرر اذا تجاوز الحد المألوف فلا يرغم الجار على تحمله، بل تترتب مسؤولية محدثة عنه قانوناً. كمن يقيم مصنعا لدباغة الجلود فيؤدي الى انتشار الروائح الكريهة، أو من يستغل داراً للخيلة، أو مسرحاً يسبب ازعاجاً غير مألوف للجيران وهكذا..

وإذا كان الوضع قد استقر على تقرير المسؤولية عن الاضرار غير المألوفة، إلا أن الخلاف لازال قائماً حول أساسها القانوني.

ولذلك فقد رأينا أن نقوم بمحاولة فقهية — ندرك منذ البداية مدى صعوبتها (١) — للوقوف على الأساس الصحيح لهذه المسؤولية. والبحث في هذه المسألة يقتضي أن نعرض في شأنها لبعض القوانين لنقف على الحلول التي أخذ بها المشرع، إذا كانت هناك حلول تشريعية، وإن نعرض لموقف الفقه، والتمضاء في هذه المسألة. وقد اخترنا كلا من القانون الفرنسي، والقانون المصري، والقانون الكويتي موضوعاً لهذه الدراسة، مع العناية بما يتضمنه فقه الشريعة الإسلامية من أحكام في هذه المسألة.

٢ — النصوص القانونية:

من الملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يورد نصاً بالمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة. وإن هذه المسؤولية — كما سنعرض تفصيلاً — تعتبر من خلق القضاء.

أما المشرع المصري فقد أورد نصاً صريحاً في شأن هذه المسؤولية هونص المادة ٨٠٧ من القانون المدني الذي يقرر: «١ — على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار».

«٢ — وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار، إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له. ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق».

كما أن المشرع الكويتي المدني قد قرر هذه المسؤولية في نص المادة ٣٠ د/ باعتبارها إحدى حالات التعسف التي نصت عليها هذه المادة التي تجرى على النحو التالي:

(١) انظر في مدى صعوبة القول بأساس سليم تماماً لهذه المسؤولية:

DEMOGUE (René), Traité des obligations en général, T. 4, Paris, 1924, P. 411., STARCK (B.), Essai d'une théorie générale de la responsabilité Civile. Considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Th. Doc., Paris, 1947, P. 163, BALISE (J.B.), Responsabilité et obligations Coutumières dans les rapports de voisinage - R.T.D.C., 1965 P. 263.

يكون استعمال الحق غير مشروع، اذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية و بوجه خاص :

أ — إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة.

ب — اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالجار.

ج — اذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير.

د — اذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف.

وفي الشريعة الاسلامية وردت بعض النصوص في مجلة الاحكام العدلية (المواد من ١١٩٧ الى ١٢١٢) وفي مرشد الحيران (المواد من ٥٧ الى ٦٣)، تتعلق بمسئولية الجار عما يلحقه بجاره من ضرر فاحش.

وكما أشرنا لازال الخلاف قائما حول الاساس القانوني لهذه المسئولية برغم استقرار الأخذ بها. وهو ما يدعونا الى البحث عن هذا الأساس.

وان كنا نلاحظ أن أهمية الوقوف على هذا الأساس تختلف في القانون الفرنسي عنها في القانونين المصري والكويتي، اذ أنها في الأول لازمة لتبرير أحكام القضاء التي قررت رجوع الجار على جاره حيث لانص، بينما هي في القانونين، المصري والكويتي تتمثل في تفسير هذا الرجوع، «أي لتكييفه وبيان صلته بالانظمة القانونية المعروفة» (٢). وما قد يؤدي اليه ذلك من اختلاف في شروط المسئولية.

٣ — خطة البحث :

مادام بحثنا سينصب أساساً على تحديد الأساس القانوني للمسئولية عن مضار الجوار. فنحن نرى تقسيمه الى فصلين، وخاتمه على النحو التالي:

الفصل الاول: ونعرض فيه عرضاً انتقادياً للنظريات التي تؤسسها على فكرة الخطأ.

الفصل الثاني: ونبحث فيه النظريات التي تقيمها على أساس موضوعي.

خاتمة: ونوجز فيها ما انتهينا اليه في شأن تحديد اساس هذه المسئولية.

(٢) جيل الشرفاوي — الحقوق العينية الأصلية — الكتاب الأول (حق الملكية) ١٩٧٣ — فقرة ٢٧.

الفصل الأول

النظريات التي تؤسسها على فكرة الخطأ

٤- تقسيم :

كانت فكرة الخطأ، ولا تزال، وستظل الى وقت غير قصير، ملاذ كثير من الفقهاء، وسنداً يلجأ اليه القضاء، لتبرير كثير من الحلول القانونية.

لذلك، فليس غريباً أن نجد من قال أن أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة انما يكمن في نظرية الخطأ.

ولكن اذا كان فريق كبير من الفقه، وأحكام عديدة في القضاء قد اتجهت الى ذلك. الا أن الخطأ كان عند البعض خطأ واجب الاثبات، وفقاً لنص المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي، أي الخطأ بمفهومه الشخصي. وحتى هؤلاء قد اختلفوا فيما بينهم كما سنعرض تفصيلاً. بينما يمثل الخطأ عند فريق آخر في الاخلال بالتزامات الجوار، وان كان هؤلاء قد اختلفوا — فيما بينهم — في تحديد هذه الالتزامات.

واتجه فريق ثالث، الى القول أن أساس المسؤولية، التعسف في استعمال الحق باعتباره صورة من صور الخطأ، وفقاً للرأي الراجح، أو باعتبار التعسف نظرية ذات كيان خاص.

وأخيراً، ذهب فريق رابع، الى اعتبار أن أساس المسؤولية الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس (١/١٣٨٤ مدني فرنسي).

وسنفرد لكل من هذه النظريات مبحثاً مستقلاً، موضحين مدى صحة كل منها.

المبحث الأول

الخطأ بمفهومه الشخصي اساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

٥- تطور الفكرة، تقسيم:

حاول بعض الفقه الفرنسي الاستناد الى نص المادة ١٣٨٢ من القانون المدني متلمسين فيه أساساً للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، وإن كان الاستناد الى هذا النص قد مر بدوره بتطور واضح، يمكننا أن نحدده في مفاهيم ثلاثة لفكرة الخطأ. وإن كنا نبادر الى القول ان من استقرارنا، وتحليلنا للفقه، والقضاء الفرنسي، نلاحظ أن هذه المفاهيم ليست منفصلة تماماً، ولكنها متداخلة، ولازلنا نلاحظ حتى اليوم من يقول بأي منها، فهي لا تمثل مراحل، تقابل فترات زمنية، كما هو المألوف.

وهذه المفاهيم الثلاثة، يمكن اجمالها فيما يلي:

المفهوم الأول: وهو المفهوم التقليدي لفكرة الخطأ الشخصي كأساس للمسؤولية.

المفهوم الثاني: ويقصد به الخطأ بمفهومه المادي الذي يتمثل في الاعتداء المادي على

الجسم أو المال immissio.

المفهوم الثالث: ويعني الخطأ، لا بمفهومه التقليدي، وإنما الخطأ هنا يتمثل في رفض

تعويض المضرور. ونرى أن نخصص لكل من هذه المفاهيم الثلاثة، مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

الخطأ بمفهومه التقليدي أساس للمسؤولية

٦- تقسيم:

سنعرض لموقف كل من القضاء، والفقه، من الخطأ الشخصي كأساس للمسؤولية

في فرعين على التوالي:

الفرع الأول

الاستناد إلى نص المادة ١٣٨٢ مدني فرنس، وتوسع القضاء في تفسيره

٧- إذا كان نص المادة ٥٤٤ من القانون المدني الفرنسي يقرر أن لمالك الشيء أن

ينارس عليه سلطاته بصورة مطلقة، مادام لا يخالف في ذلك القوانين أو اللوائح. إلا أن هذا

لايعني أن المالك — ويستوي معه في ذلك أي شخص آخر، كالمستأجر، أو المنتفع — يمكنه أن يمارس هذه السلطات خروجاً على القواعد العامة، في المسؤولية التقصيرية. ولهذا نجد أن القضاء قد قرر مسؤولية الجار، في مواجهة جاره، استناداً إلى نص المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي.

ومن المعلوم أن هذا النص يقرر أن: «كل فعل، أيا كان، يلحق ضرراً بالغير، يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر، أن يعرضه».

ولكن إذا كان القضاء قد استند الى هذا النص في تقرير مسؤولية الجار عما يلحق جاره من مضار، فالتنا نلاحظ، أنه قد مر في ذلك بتطور واضح في الاستناد اليه، يمكننا عرضه في مرحلتين على النحو التالي:

٨ — المرحلة الأولى: وتتمثل في تطبيق نص المادة ١٣٨٢ بحسب ماوضع له:

يستلزم تطبيق نص المادة ١٣٨٢ تحقق أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية. ولذلك نجد أن القضاء الفرنسي في البداية، حينما استند الى هذا النص، لتقرير مسؤولية الجار، عما يلحق جاره من مضار، كأن يستلزم وقوع خطأ من جانبه، يؤدي الى تحقق الضرر. وقد قضت أحكام عديدة في هذا الصدد، بأنه متى ثبت خطأ الجار، سواء أكان ذلك عمدياً (٣)، أو كان متمثلاً في الإهمال، أو عدم التبصر، الذي أدى إلى إلحاق الضرر بجاره، فإنه يسأل، وفقاً لنص المادة ١٣٨٢ (٤).

Cour d'appel, Colmar 2, Mai 1855 - D - 1856 - 2 - 9.

(٣)

وقد قضى هذا الحكم بمسؤولية الجار الذي أقام مدخنة في ملكه، دون مراعاة الاحتياطات الراجية، فاصداً إلحاق الضرر بجاره، وانظر في نفس المعنى: Cass. 9, Juin 1896 - S - 1897 - 1 - 25.

Req. 14, Juill. 1875 - S - 1875 - 1 - 352, Cass. 27, Nov. 1844 - S - 1844 - 1 - 811, Cass. 8, Juin. 1857 - S - 1858 - 1 - 305, Req. 19, Avril 1905 - S - 1905 - 1 - 256, Cass. 18, Fev. 1907 - S - 1907 - 1 - 77, Cass. 29, Mai 1937 - D.P - 1937 - 393.

(٤)

وقد قضى هذا الحكم بمسؤولية طبيب عن استخدامه جهازاً للأشعة، يؤدي عند تشغيله الى حدوث تشويش بالاجهزة الكهربائية، المعدة للبيع في محل مجاور. وقد ثبت أن هذا الطبيب لم يراع الاحتياطات الواجبة عند تشغيل هذا الجهاز، لمنع الضرر الواقع على الجار، أو حتى التقليل منه. كما قضى بمسؤولية مالك الحيوانات التي يستخدمها في الصيد، عن اتلافها للمزروعات المجاورة، نظراً لأنه لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنعها من ذلك:

Req. 9, Fév. 1923 - D - 1923 - 1 - 68, Req. 4, Avril 1922 - S - 1922 - 1 - 340, Cass. 7, Mars 1923 - D - 1926 - 1 - 31, Cass. 30, Janv. 1929 - S - 1929 - 1 - 135.

وبطبيعة الحال، أن تطبيق الاحكام التي يتضمنها نص المادة ١٣٨٢، يعد أمراً بديهياً، لا يحتاج الى نقاش. فمادام الجار قد ارتكب خطأ ما، تمثل في اهماله، أو عدم تبصره، مما أدى الى الحاق ضرر بجاره على نحو، أو على آخر. فلاشك في تطبيق قواعد المسؤولية عليه وفقاً للأحكام التي يتضمنها نص هذه المادة.

ولكن التساؤل الذي ثار منذ فترة طويلة، تمثل في مدى امكان مساءلة الجار عما يلحق جاره من مضار، برغم اتخاذه كافة الاحتياطات الممكنة، لمنع وقوع الضرر على جاره بحيث لا يمكن أن ينسب إليه أدنى اهمال، أو تقصير. أي لا ينسب اليه ارتكاب خطأ ما، كمن بنى مدخنة في عقاره متخذاً كافة الاحتياطات الواجب مراعاتها، ومع ذلك فان ماتنفسه من دخان قد ألحق الضرر بالجار. وكمن يقيم مصنعاً، ويتبع في انشائه القواعد الفنية اللازمة. ومع ذلك فان ما يحدثه من ضوضاء، أثناء تشغيله، تؤدي الى الحاق الضرر بالجيران.

ففي مثل هذه الحالات يبدو نص المادة ١٣٨٢، بحسب ما وضع له، نصاً قاصراً، لا يمكن تطبيقه في شأنها، نظراً لما يستلزمه هذا التطبيق من ضرورة وقوع خطأ، أي انحراف في السلوك (٥).

ولذلك حاول القضاء — من جانبه — التوسع في تفسير نص المادة ١٣٨٢، توسعاً يمكنه من تطبيقه على مثل هذه الحالات. وهو ما يؤدي الى الانتقال الى المرحلة الثانية من مراحل تطبيق نص المادة ١٣٨٢.

== أما اذا ثبت أنه قد اتخذ الاحتياطات اللازمة فلا يسأل بالرغم من وقوع هذه الأضرار، انظر في ذلك :

Cass. 21 Août 1871 - S - 1871 - 98, Req. 3, Fèv. 1880 - S - 1880 - 454, Cass. 18, juin 1878 - S - 1879 - 460, Req. 19, Mars 1883 - S - 1883 - 1 - 205, Req. 11, Mai 1853 - S - 1853 - 564.

وقد حذا بعض القضاء المصري حذو القضاء الفرنسي: ف قضى بأن المالك الذي أقام مدخنة في ملكه، لاستعمالها بما يعود عليه من نفع، ولكنه أساء اختيار موضعها، فأدت الى الأضرار بالجار، يكون قد ارتكب خطأ يسأل عنه وفقاً لقواعد المسؤولية عن الخطأ الشخصي. استئناف مغلط ٢٥ نوفمبر ١٨٨٠ — المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٦ — ص ٨.

(٥) VERCESCO, Etude générale sur les restrictions apportées à la propriété foncière, Th. Doc. Paris, 1901, P. 50.

٩- المرحلة الثانية، التوسع في تفسير نص المادة ١٣٨٢، وظهور فكرة الضرر غير المؤلف:

نظرا للتوسع الصناعي الهائل، وما أدت اليه المنشآت الصناعية الجديدة من مضار تمثلت اما في الضوضاء الناشئة عنها، أو الروائح الكريهة التي تنفثها، أو التهديد بخطر اشتعال الحرائق في العقارات المجاورة. أخذ القضاء الفرنسي، من جانبه، يتوسع في تفسير نص المادة ١٣٨٢ توسعاً يمكنه من تطبيقه، على تلك المضار التي تقع للجيران، برغم عدم وقوع خطأ من جانب ملاك هذه المنشآت الصناعية. يدفعه الى ذلك الضرورات العملية، التي خلقتها الأوضاع الجديدة، وما تفرضه العدالة، من ضرورة حماية الجيران. وللقضاء في ذلك بعض السوابق، لعل أهمها توسعه في تقرير مسؤولية رب العمل، عما يقع للعمال من حوادث — قبل صدور قانون العمل في ٩ أبريل ١٨٩٨ — حتى لو لم يثبت خطأه وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية (٦).

وقد أخذ توسع القضاء هذا عدة مظاهر، لعل أهم مايلفت النظر منها أن القضاء لم يركز على فكرة الخطأ كثيراً، وإنما جاء في بعض أحكام المحاكم، وجوب احترام المالك — عند استعمال ملكه — لحقوق الملاك المجاورين. كما جاء في بعضها الآخر (٧) أنه لا يجوز للمالك، وهو بصدد ممارسة سلطاته على مايملك، أن يلحق ضرراً بجيرانه، ولو كان في ممارسته هذه، ملتزماً بحدود القوانين، واللوائح.

وهكذا، بدأت فكرة الضرر، تطفئ على فكرة الخطأ، في أحكام القضاء الفرنسي، وإن كان ذلك قد تحقق بصورة تدريجية. ففي البداية كان القضاء يميز بين الأضرار المادية، والأضرار الأدبية، التي تقع للجار، فكان يعرض الأولى دون الثانية (٨) ولكن سرعان

(٦) CAPITANT, Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne cause aucun dommage du Voisin, R. Critique, 1900, P. 156 et S. et P. 228 et S. et sut. P. 176.

(٧) انظر في الإشارة الى هذه الاحكام، مقالة باليز في المجلة الفصلية، السابق الإشارة اليها — ص ٢٦٤ هوامش (٤) و(٥).

(٨) كابيتان — مقالته في المجلة الانتقادية السابق الإشارة اليها — ص ١٧٧، رسالة فيرسكو — المرجع السابق — ص ٦٣.

ما فقدت هذه التفرقة أهميتها في أحكام القضاء، التي اضطرت بعد ذلك على تقرير مسؤولية الجار، متى تجاوزت المضار الناشئة عن استغلاله لما يملك، حدود المضايقات المألوفة، التي يتسامح فيها الجيران عادة.

ومن هنا، ظهر اصطلاح الضرر غير المألوف — في أحكام القضاء — حالاً محل اصطلاح الخطأ للقول بمسؤولية الجار، عما يلحق جاره من مضار. ففُضِيَ بمسؤولية مالك مصنع لتجفيف الجلود عن الروائح الكريهة، التي يسببها للجيران، لتجاوزها حدود المضار المألوفة (٩)، برغم اتخاذ كل الاحتياطات الواجبة لمنع انتشار هذه الروائح. وقضى أيضاً بمسؤولية مستأجر مصنع عما يلحقه الغبار، والدخان الناتج من تشغيل المصنع من أضرار غير مألوفة بجيرانه (١٠) كما قضى بمسؤولية الجهة المالكة لمدرسة عن الأضرار التي تقع لمالك فندق مجاور، من أضرار تجاوزت الحد المألوف، متمثلة في الضوضاء، التي يحدثها صعود ونزول، عدد كبير من تلاميذ المرحلة الأولى، حوالي ثمان مائة مرة يومياً (١١) كما قضى بمسؤولية مستغل بيت للدعارة عن الأضرار المادية التي تقع لجيرانه من جراء هذا الاستغلال، متمثلة في نقص قيمة المنازل المجاورة له، الناشئة عن وجوده بينها، الى جانب الأضرار الأدبية، التي تقع للجيران، ولا يؤثر في هذه المسؤولية، الترخيص الصادر من جهة الإدارة بهذا الاستغلال (١٢). كما قضى بمسؤولية مستغل المسرح، عما تحدثه ضوضاء الجمهور، وسياراتهم من مضار للجيران (١٣). كما قضى لصالح الجيران بمسؤولية مستغل دار لعلاج

(٩) Rêq. 14, fév. 1910 - D - 1910 - 1 - 256.

(١٠) Bordeaux, 15 juill. 1845 - S - 1847 - 2 - 537, Paris, 19 Avril 1893 - D - 1893 - 2 - 124.

بينما قضى بعدم المسؤولية متى كانت الروائح الكريهة، والدخان المتصاعد من المصنع لا تمثل إلا أضراراً عادية، لا تجاوز المألوف. مما ينبغي على الجيران التسامح فيه. أنظر في ذلك:

Montp. 26, juin 1912 - S - 1913 - 2 - 55, et la note, Cass. 28, Janv. 1971 - Bull. Civ - 1971 - 2 - No 35, P. 25, Cass. 28, Avril 1971 - Bull. Civ. - 1971 - No. 162, P. 113.

(١١) Paris 9, déc. 1904 - S - 1905 - 2 - 175 et D - 1905 - 2 - 32, Req. 20, fév. 1849 - S - 1849 - 346, Metz 25, Août 1863 - S - 1864 - 2 - 57.

(١٢) Cass. 27, Août 1861 et Cass. 3, déc. 1861 - D - 1861 - 1 - 351

(١٣) Req. 24, Avril 1865 - D - 1866 - 1 - 169.

المرضى من الدرجة المتأخرة جداً عن الأضرار المتمثلة في خشية الإصابة بالمرض، أو تلك المتمثلة في نقل العدوى فعلاً إليهم (١٤). كما قضى بمسئولية مرفق السكك الحديدية، عما تحدثه القطارات من مضار غير مألوفة للجيران الذين تقع مساكنهم بالقرب من مسارها، تتمثل في الضوضاء التي تحدثها حركة القطارات، أو خطر الحريق، من جراء الشرر المتطاير منها (١٥).

ونلاحظ أن القضاء المصري، في ظل القانون المدني القديم — الذي لم يكن يتضمن نصاً خاصاً يحكم هذه المسئولية — قد جارى القضاء الفرنسي، في القول بمسئولية الجار، عما يلحق جاره من أضرار غير مألوفة (١٦) وإن كان القضاء المصري، قد حاول أن يستند في تأسيس هذه المسئولية الى قواعد العدل والانصاف، في بعض الأحكام، بينما استندت أحكام أخرى الى نص المادة ٣٨ الفقرة الثانية/ ٦٠ الفقرة الثانية، التي كانت تمنع المالك من هدم الحائط الذي يستند به ملك الجار دون عذر قوي. بينما استندت أحكام أخرى الى العرف، ووجدت في أحكام الشريعة الاسلامية — التي تعتبر عرفاً للبلد — أنه لا يجوز للجار أن يأتي في ملكه عملاً من شأنه أن يلحق ضرراً بجاره (١٧). وسنعرض — تفصيلاً — لموقف الشريعة الاسلامية من هذه المسألة فيما بعد (١٨).

وبرغم الاتجاه الغالب في القضاء، الى التوسع في تفسير نص المادة ١٣٨٢، على

(١٤) Limoges 5, fév. 1902 - D - 1902 - 2 - 95.

(١٥) Bordeaux 21, juin 1859 - D.P. - 1859 - 2 - 187.

(١٦) استئناف مختلط في ٦ أبريل ١٩٠٥ - ١٧ - ص ١٨٩، أسبوط الابتدائية في ١٦ مارس ١٩٢٥ - المحاماة - رقم ٦٢٣ - ص ٧٦٠. بينما قضت بعض المحاكم بعدم المسئولية، متى كانت المضار تافهة، استئناف مختلط ٣٠ إبريل ١٩٠٢ - ١٥ - ص ٢٦٤، أشار الى هذه الأحكام محمد كامل مرسي في مؤلفه الملكية والحقوق العينية - ج ١ - الطبعة الثالثة ١٩٣٣ - هوامش (١)، (٢)، (٣) من ص ٢٧١.

(١٧) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - فقرة ٢٨١، عبد المنعم البدر اوي - شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية - الطبعة الثانية ١٩٥٦ - فقرة ٨٥.

(١٨) انظر مايلي، فقرة ٣٩ وما بعدها.

النحو السابق، فإن بعض الأحكام القليلة، قد ترددت في القول بتطبيق هذا النص على تلك الحالات، التي لا تستظهر فيها ركن الخطأ (١٩).

الفرع الثاني موقف الفقه من الخطأ الشخصي كأساس للمسئولية

١٠ — موقف الفقه الفرنسي من توسع القضاء في تفسير نص المادة ١٣٨٢، اتجاهان:

إذا كان القضاء قد توسع، في تفسير نص المادة ١٣٨٢، توسعاً أدى الى تطبيق أحكامها في حالات لم توضع لها أصلاً. فإن التساؤل يثور عن موقف الفقه الفرنسي من القضاء في هذه المرحلة؟!

بالرغم من أن الفقه الفرنسي، قد حاول — من جانبه — التوفيق بين المبادئ القانونية المستقرة، وما انتهى اليه القضاء، من تعويض الجار، عن ممارسة جاره لحقوقه، على ملكه المجاور — وبصفة عامة، كل شخص يترتب له حق ما على العقار — عما يلحقه من ضرر من جراء ذلك. لأن ممارسة المالك لحقوقه، مقيدة بعدم الاضرار بجيرانه (٢٠).

الا أن هذا الفقه، قد اختلف، فيما بينه، في إيجاد الأساس القانوني السليم، الذي يستند اليه. ومناطق هذا الاختلاف يكمن في وجود تعارض بين مصلحتين كل منهما تحتاج الى الحماية. فمن ناحية المالك — ومن محل محله — نجد أن المشرع قد قرر له سلطة مطلقة، في ممارسة حقوقه على ما يملك، وفقاً لنص المادة ٥٤٤ من القانون المدني. ومن ناحية أخرى، فإن للجار — بدوره — مصلحة تقتضي الا يقع عليه ضرر، من جراء ممارسة جاره لسلطاته هذه.

فالفقه اذن يسلم بوجود حماية الجار، شأنه في ذلك شأن القضاء. الا أنه انقسم، فيما بينه الى اتجاهين، اتجاه مؤيد للوسيلة التي استند اليها القضاء، والتي تتمثل في التوسع

(١٩) Paris 13, Août 1872 - D - 1873 - 2 - 220, Cass. 11 Nov. 1896 - S - 1896 - S - 1897 - 1 - 273, Cass. 4, Déc. 1849 - S - 1850 - 1 - 33.

(٢٠) LAURENT, Principes de droit civil, T. 6, 1871, P. 183, BUDRY - LA CONTINERIE et CHUVEAU, Traité théorique et pratique de droit civil (des Biens) 3^{eme} éd. T. 6., 1905. P. 165.

AUBRY et RAU, Droit Civil Français, T. 6 (Par ESMEIN), 1951, P. 466.

في تفسير نص المادة ١٣٨٢، باعتبارها أساس هذه الحماية، ولا يزال هذا الاتجاه يدافع عنها حتى اليوم بزعامة الاستاذين هنري، وليون مازو. واتجاه معارض لها، يحاول البحث عن أساس آخر، أكثر قبولاً، وأكثر اتفاقاً مع المبادئ القانونية العامة. وسنعرض لكل من هذين الاتجاهين فيما يلي.

١١ - (أ) الاتجاه المؤيد لمسلك القضاء، في تفسير نص المادة ١٣٨٢:

خطى مسلك القضاء المتمثل في توسعه في تفسير نص المادة ١٣٨٢، على النحو السابق، بتأييد بعض الفقه، الذي يحاول أن يوائم بين اجتهاد القضاء، وبين فكرة الخطأ، التي يستلزم النص تحقيقها، لاعمال أحكامه (٢١).

ولذلك نجد أن الاستاذ Vanden Bossche، ومن بعده الاستاذين هنري، وليون مازو (٢٢)، قد ذهبوا الى أن أساس المسؤولية هو نص المادة ١٣٨٢، بما يتضمنه من استلزام ركن الخطأ. ويوضحون ذلك، بأنه لا يمكن مساءلة الجار، عن كل الأضرار، التي تلحق جاره من استغلاله لعقاره - كصاحب مصنع، أو محل، أو ورشة.. الخ - والا كان معنى ذلك اصابة مثل هذا الاستغلال، بالتوقف الكامل. لأن من شأن استغلال هذه المنشآت - وبرغم اتخاذ كل الاحتياطات الممكنة - أن تحدث بعض المضايقات للجيران. وللتوفيق بين مصلحة كل من الجارين ميز القضاء بين نوعين من الأضرار، أضرار مألوفة، وينبغي على الجار أن يتحملها تسامحاً، حتى تستقيم العلاقات الاجتماعية، وحتى تتمكن المشروعات

(٢١) اشار اليه فيرسكوفي رسالته السابق الاشارة اليها - ص ٨٧.

(٢٢) MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.), Traité théorique et pratique de la responsabilité Civile., T. I, 6^{eme} éd. 1965, No. 620.

ومن مؤيدي هذا الاتجاه:

YOCAS (Cosmas F.), Les troubles de voisinage. Th. Doc. Paris, 1964, P. 49.

وكذلك بودرى لاكونتري، وشوفي - المرجع السابق - فقرة ٢١٥ - ص ١٦٣

وقارن: SAVATIER (R.), Traité de la responsabilité Civile en droit Français T. 1 (les sources de la responsabilité civile), Paris, 1939, No 71. P. 91.

وقارن تعليق لالو، على حكم ليموج في ٢٠ يونيو ١٩٢١ - دالوز ١٩٢٢ - ٢ - ٤٩. وقارن من الفقه المصري أستاذنا الدكتور توفيق فرج - الحقوق العينية الأصلية ١٩٨٠ - فقرة ٦٣ وفقرة ٦٤.

الاستغلالية، والصناعية منها على وجه الخصوص، من أداء دورها، بما يعود على المجتمع بالنفع العام.

وعلى ذلك، ففي حدود الأضرار المألوفة — وهي مسألة يقدرها قاضي الموضوع (٢٣) — لا يعتبر أن الجار قد ارتكب خطأ ما. ومن ثم، فلا مسئولية.

ولكن، لا يجوز من ناحية أخرى، إجبار الجار على تحمل المضايقات التي تتجاوز هذا الحد. ومن ثم، فمتى تجاوزت المضار حداً معيناً، كان ذلك من قبيل الخطأ، الذي يسأل عنه الجار.

نخلص — مما سبق — الى أن أساس المسئولية عند هؤلاء الفقهاء الخطأ، الذي تنص عليه المادة ١٣٨٢. ولكن تحديد هذا الخطأ، لا يكون الا بالنظر الى مدى الضرر الذي وقع. فاذا كان الضرر قد تجاوز الحد المألوف، تحقق الخطأ، وبالتالي تتحقق المسئولية. أما اذا لم يتجاوز الضرر هذا الحد، فلا خطأ، وبالتالي، فلا مسئولية.

وهذا الاتجاه الفقهي، لا يزال حتى اليوم، يجد له صدى في أحكام القضاء الحديثة (٢٤)، بالرغم من أن سهام النقد قد وجهت اليه من جانب كبير من الفقه. وهو مانع من له في الفقرة التالية.

(٢٣) Cass. 3, Déc. 1964 - J.C.P. - 1965 - 2 - No 14289 et Note H. BULTE et Note M.F. Jaubert sur cass. 27, juin 1973, - J.C.P. - 1975 - 2 - No 18014, Cass. 3, Nov. 1977 - D - 1978 - 434 et Note Français CABALLERO.

وحكم محكمة النقض المصرية في ١٣ فبراير ١٩٦٩ — الطعن رقم ١٩، السنة القضائية ٣٥ — مجموعة أحكام محكمة النقض — السنة ٢٠ — العدد الأول ص ٣١٧ رقم ٢١.

(٢٤) Cass. 30, Nov. 1961 - D - 1962 - 168, Cass. 12, Janv. 1966 - D - 1966 - 473. Cass. 31, Janv. 1966 - D - 1966 - 375.

(ويتعلق هذا الحكم بالأضرار غير المألوفة التي تقع لجيران شخص يقطن مجموعة كبيرة من الكلاب تراوح ما بين ٦٠ الى ٨٠ كلباً، تحدث ضجيجاً عالياً يباهاها المستمن).

Cass. 18, mai 1966 - Bull. Civ. 1966 - 2 - No. 589 et. Comp Cass. 3, Janv. 1969 - J.C.P. - 1969 - 2 - No. 15920 et la note. Cass. 3, Janv. 1969 - Bull Civ. 1969 - 2 - No. 5, Toulouse 17, Mars 1970 - J.C.P. 1970 - 2 - No. 16534. et. Note M.D.,

Cass. 5, Déc 1973 - J.C.P. 1975 - 2 - No. 18115 et Note Michel DESPAX, Trib. gr. inst. Béziers 15, Mars 1972 - J.C.P. 1973 - 2 - No. 17358 Bis.

١٢- (ب) الاتجاه الفقهي المعارض للتوسع في تفسير نص المادة ١٣٨٢:

إذا كان الفقه — في مجموعه — يسلم بضرورة مساءلة الجار، عما يقع لجاره من مضار غير مألوفة إلا أن جانباً كبيراً منه لا يرى في نص المادة ١٣٨٢ الأساس الصحيح لهذه المسؤولية، وفقاً للتوسع الذي قال به القضاء، وأيده بعض الفقه على النحو الذي عرضناه.

لذلك نجد الاستاذ كابيتان في مقالته بالمجلة الانتقادية (٢٥)، قد انتقد بشدة المسلك السابق للقضاء، الذي توسع في تفسير نص المادة ١٣٨٢ الى حد اهداره لركن الخطأ. مقررراً أنه لا يمكن التسليم به، ولا يمكن قبوله، ولا شك أن جهوداً غير عادية، قد بذلت من جانب من فسروه، حتى يصلوا الى القول به أساساً لهذه المسؤولية، على هذه الصورة المصطنعة.

كما يرى مع كولان (٢٦)، أن الاستناد الى نظرية الخطأ، أمر لا يمكن التسليم به، لأن المسؤولية على أساس الخطأ، تستلزم، وقوع خطأ — أي انحراف في السلوك — يؤدي إلى تحقق الضرر، مع توافر علاقة السببية بينهما. ومن يمارس سلطاته على ما يملك، في حدوده المشروعة، لا يعد مرتكباً لخطأ ما، ولو تحقق لجاره ضرر ما. لأن الأصل أن للمالك — كما يقرر نص المادة ٥٤٤ مدني — أن يمارس سلطاته، على ما يملك بصورة مطلقة مادام لا يخالف اللوائح، أو القوانين.

Cass. 14, Déc 1966 - D - 1967 - 197, Cass. 29, Juin 1977 - D - 1978 (Inform. Rap).
- 35, et Bull. Civ. 1977 - 2 - No. 168, P. 118, Cass. 31, Janv. 1979 - D - 1979
(Inform. Rap) - 287, Cass. 25, Oct. 1978 - D - 1979 (Inform. Rap) - 133,
Versailles 21, Sept. 1978 - D - 1979 (Inform. Rap) - 160, Cass. 8, Mai 1979 - D -
1979 (Inform. Rap) - 470, Cass. 7, Juin 1974 - D - 1974 (Inform. Rap) - 207.

أما إذا اثبت للمحكمة، أن المضار لا تجاوز الحد المألوف، الذي يتسامح فيه الجيران عادة، فلا مسؤولية
انظر على سبيل المثال:

Cass. 11, Fév. 1976 - Bull. Civ. 1976 - 2 - No. 51, P. 40 et D - 1976 - Somm. P. 40,
Cass. 6, Déc. 1978 - D - 1979 (Inform. Rap) - 199.

(٢٥) السابق الاشارة اليها — ص ١٨٠، وفي نفس المعنى رسالة فيرسكو — المرجع السابق ص ٨٠

(٢٦) COLIN (Ambrois) et CAPITANT (Henri), Cours élémentaire de droit civil
Français. T. 1, 11^{eme} éd. Par (Léon de la MORANDIER), 1947, No. 1025.

وفي نفس الاتجاه DE PAGE (Henri) et DEKKERS (René), Traité élémentaire de droit
civil Belge, T. 5, 2^{eme} éd. Bruxelles, 1975, No. 933.

كما انتقد ليات Leyat في رسالته (٢٧) ما اتجه اليه الأستاذان مازو، نقداً شديداً خلاصته، أنه لا يجوز الربط بين مدى الضرر، والخطأ للقول بالمسئولية، لأن التعويض ليس عقوبة، ينظر فيها الى مدى الجرم الذي ارتكب. والتميز بين درجات الضرر، مسألة تعني المضرور — لا المسئول — لتأثيرها في تقدير التعويض، لا في تقرير المسئولية.

و يذكر الفقيهين الكبيرين، بما سبق أن قالاه — في موضع آخر — من التأكيد على عدم الربط بين الخطأ، ومدى الضرر، للقول بالمسئولية، وكيف انهما قد انتقدا هذه الفكرة عندما قال بها اسمان (٢٨).

ثم يضيف أن نص المادة ١٣٨٢، لا يتعلق بحدوث الضرر في ذاته، وإنما يعني بوقوع الخطأ، ويرتب المسئولية على هذا الخطأ وحده. ومن ثم فإن المسئولية — وفقاً لنص المادة ١٣٨٢ — لا تقوم بمجرد تحقق الضرر، ولو كان جسيماً، وإنما تقوم لوقوع خطأ أدى الى هذا الضرر.

و ينتهي ليات الى أن من شأن الاعتداد بمدى الضرر للقول بالمسئولية، أن يؤدي الى القول بهدم فكرة الخطأ كأساس للمسئولية، واحلال فكرة الخطر محلها (٢٩).

كما ذهب ستارك (٣٠) — بدوره — في نقد نظرية الاستاذين مازو الى القول، أما أن يكون هناك خطأ ينشأ عنه ضرر أيا كانت درجته، فتتحقق المسئولية، أو لا يكون. أما القول بالضرر المتجاوز عنه، اذا لم يبلغ حداً معيناً، فأمر غير مقبول.

LEYAT (Paul) La responsabilité dans les rapports de voisinage, T., Doc., (٢٧) Toulouse, 1936, P. 122.

PLANIOLE (Marcel) et RIPERT (Georges) et ESMEIN (Paul), Traité pratique (٢٨) de droit civil Français, T. 6 (obligations), 1952, No. 540.

(٢٩) ص ١٢٩ من رسالته المشار اليها .

STARCK (B.), Essai d'une théorie generale de la responsabilité Civile (٣٠) considérée en sa double fonction de garantie de la peine privée. Th. Doc., 1947, P. 185.

و يستند ستيفاني (٣١) النظرية، لما تؤدي اليه من خلط بين الخطأ والضرر الناشئ عنه. ويرى باليز (٣٢) أن هذه النظرية لا يمكن قبولها، ومن ثم، فلا يمكن الاقتناع بماذهب اليه القضاء، من أن أساس المسؤولية الخطأ، في حدود الضرر غير المألوف. اذ كيف يستقيم الأمر بالقول ان للمسؤولية الواحدة أساسين هما الخطأ، والضرر غير المألوف !.

١٣ - خلاصة:

نخلص — مما سبق — الى أن مسلك القضاء، الذي توسع في تفسير نص المادة ١٣٨٢، لا يمكن اعتبارها أساساً للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، والفقهاء المؤيد له، قد تعرضوا للنقد الشديد، الذي تركّز في عدم التسليم بالقول بتحقيق الخطأ — أهم شروط تطبيق هذا النص — منظوراً اليه من خلال مدى الضرر الناشئ عنه. فليس منطقياً أن يعتد بالسبب، من خلال النتيجة التي يؤدي إليها.

لذلك، نجد أن الفقهاء قد حاول البحث عن مفهوم آخر لفكرة الخطأ، يصلح أساساً لهذه المسؤولية. وهو ما يؤدي بنا الى الانتقال الى المطلب الثاني من هذا البحث.

المطلب الثاني

الخطأ يتمثل في الاعتداء المادي immissio على ملك الجار

١٤ - تمهيد:

حاول البعض أن يحدد للخطأ مفهوماً خاصاً، عند القول باعتباره أساساً للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة. وقد تمثلت هذه المحاولة في نظرية الخطأ المتمثل في الاعتداء المادي، على ملك الجار. وسنعرض فيما يلي لمضمون هذه النظرية، ثم لموقف الفقهاء والقضاء منها.

(٣١) STEFANI (Pierre), La nature de la responsabilité en matière de troubles de voisinage., Th. Doc. Montp. 1941, P. 39.

(٣٢) في مقالته في المجلة الانتقادية السابق الإشارة إليها — ص ٢٦٩.

١٥- مضمون النظرية:

من أهم أنصار هذه النظرية كروزيل (٣٣)، وليات (٣٤)، وإن كان يرجع إلى هذا الأخير فضل إبرازها والدفاع عنها، كما أيدها الاستاذان مازو، باعتبارها تمثل تطوراً لنظريتهما السابق عرضها (٣٥).

و يتلخص جوهر هذه النظرية في أن أساس المسؤولية هو نص المادة ١٣٨٢ مدني، كما قرر أنصار نظرية الخطأ من قبل، وأن عناصر المسؤولية من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية التي يستلزمها تطبيق نص المادة ١٣٨٢ متحققة هنا. ولكن للخطأ مفهوم يختلف عن مفهوم التقليدي المتمثل في الإهمال وعدم التبصر. فهو ينصرف إلى الاعتداء المادي على ملك الجار، بمعنى أن الضرر الذي يقع للجار يجب أن يتمثل في اعتداء مادي، يخرج به الجار من الحيز المادي للملكه، مخترقاً الحيز المادي للملك جاره. كما لو غرس نباتات في ملكه، مراعيًا المسافة القانونية، ومع ذلك امتدت جذورها إلى ملك الجار، أو اخترق الدخان المتصاعد من مدخنة المصنع، الملك المجاور وانتشر فيه، وكذلك الغبار، أو الروائح الكريهة، أو تطاير قطع الحجارة على ملك الجار.. فإذا حدث شيء من ذلك، كان بمثابة اعتداء مادي على ملك الجار، تحقق به ركن الخطأ في المسؤولية، وفقاً لنص المادة ١٣٨٢.

وقد ذهب ليات إلى أن لهذه النظرية، أصل في القانون الروماني. فقد قال بها الفقيه البيان (٣٦) كما أنها انتقلت، بعد ذلك، إلى الفقه، في ظل القانون الفرنسي القديم، وقال بها دوما وبوتيه (٣٧) كما أنه رأى في نص المادتين ٥٤٤ و ٦٧٤ من القانون الفرنسي تأثراً بها.

(٣٣) الذي أوردها ضمن سلسلة من المقالات، حول المسؤولية المدنية نشرت في المجلة العامة للقانون عامي ١٩١٩ و ١٩٢٠. أشار إلى ذلك ليات في رسالته - المرجع السابق - ص ١٩٨، وهامش ٢٣٧ من نفس الصفحة.

(٣٤) الرسالة السابق الإشارة إليها - ص ١٥٨، ومابعداها.

(٣٥) MAZEAUD (H. J. et L.), Leçons de droit civil, T. 2, 3^{eme} éd. 1966, No. 1341.

ومطول المسؤولية لمازوتانك - المرجع السابق - فقرة ٦٢٠ - ٢

(٣٦) في رسالته السابق الإشارة إليها - ص ١٦١، ومابعداها.

(٣٧) المرجع السابق - ص ١٦٧، ومابعداها.

ومع ذلك، فإنه يذهب الى أن المسؤولية لا تتحقق، الا اذا تجاوز الضرر حداً معيناً من الجسامة. أي كان ضرراً غير مألوف (٣٨).

١٦ — موقف الفقه، والقضاء من هذه النظرية:

نستطيع أن نقرر أن هذه النظرية لم يكتب لها النجاح، على الرغم من أنها لم تعد من يؤيدها من الفقه الحديث، وعلى وجه الخصوص الاساتذة مازو. كما أنها وردت في كتابات بعض الفقهاء (٣٩)، إلى جانب أنها وجدت مجالا لها، في بعض أحكام القضاء (٤٠).

ولكن، لم يكتب لها النجاح — كما أشرنا — حيث انتقدها جانب كبير من الفقه، امثال اهرنج، وريبير، وديموج، وستيفاني، وستارك.

ولعل أهم ماوجه اليها من نقد يتركز في أنها لا تصلح للقول بتحقيق المسؤولية، في كثير من حالات مضار الجوار، التي لم يختلف أحد على القول بالمسؤولية عنها. كالضوضاء التي تسبب ازعاجاً للجار، أو الروائح الكريهة، التي تصيبه بالأذى، أو الضوء المبهر الذي يسبب له المضايقات، والضرر الذي يلحق الجيران من وجود مصحة مجاورة للأمراض المعدية، مخافة انتقال الميكروبات المعدية إليهم. ففي مثل هذه الحالات يصعب القول بوجود اعتداء مادي على ملك الجار، نظراً لأنها ليست أشياء مادية ملموسة، وانما هي عبارة عن طاقة، أو موجات، أو جراثيم، لا يمكن ادراكها بالعين المجردة، حتى يقال أنها تمثل اعتداء مادياً على ملك الجار (٤١). بل لقد ذهب البعض إلى القول أن الدخان المتصاعد، أو الغبار

(٣٨) المرجع السابق ص ٢١٨.

(٣٩) ومنهم اهرنج، ومازو، وبراكس، وريبير، وستيفاني، وستارك. وان كان بعضهم قد انتقدها نقداً شديداً، وخصوصاً اهرنج.

(٤٠) انظر في استعراض هذا القضاء، وتحليله، رسالة ليات — المرجع السابق — ص ٢١٧، وما بعدها.

(٤١) IHRING, Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt de voisins. T. 2, 1893, P. 127 et 128. Trad. Meulenaere.

وقد نقل هذا النقد عن اهرنج معظم الفقهاء، ومنهم على سبيل المثال ستيفاني — الرسالة السابق الإشارة اليها — ص ٤٨، وستارك — الرسالة السابق الإشارة اليها — ص ١٨٧. وكذلك:

PRAX (André), Propriété et jurisprudence, contribution à l'étude de rapports de voisinage, th. doc. Montpellier, 1933, P. 93.

المشار الذي يسبب مضايقات للجار، يعتبر - بخروجه من ملك الجار - من الأشياء المتروكة، أي لا مالك لها، ومن ثم، يصعب القول بمسئولية الجار عنها (٤٢).

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن هناك بعض حالات الاعتداء المادي على ملك الجار، التي لا ينكرها أحد، لا تجوز المطالبة بالتعويض عنها لتفاهتها، كتنساقط الأوراق الجافة من أشجار الجار على ملك جاره. وهو ما أكدته أنصار النظرية أنفسهم عند قولهم أن المسئولية لا تتحقق الا اذا تجاوز الضرر الحد المألوف.

ونحن نعتقد أن أنصار هذه النظرية، يتفقون مع أنصار نظرية الخطأ، الذين توسعوا في تفسير نص المادة ١٣٨٢، في استلزام أن يكون الضرر غير مألوف، حتى يطبق النص. ولكنهم يختلفون عنهم فيما وراء ذلك. اذ يعتبرون أن لركن الخطأ مفهومين، في خصوص المسئولية عن مضار الجوار، يتمثل في الاعتداء المادي وحده على ملك الجار. ومتى تحقق هذا المفهوم مع تحقق الضرر، عند حد معين، مع توافر علاقة السببية، تترتب المسئولية عن مضار الجوار.

و يترتب على هذا، انهم يضيفون من نطاق المسئولية، فهي لا تتحقق - عندهم - الا في حالة الاعتداء المادي وحده، الذي ينبغي أن يؤدي الى تحقق ضرر غير مألوف. مع أن الاعتداء المادي ليس وحده هو الذي يؤدي الى الحاق الضرر بالجار (٤٣). وان كانوا في نفس الوقت يتعارضون مع انفسهم فيما يمكن اعتباره من قبيل الاعتداء المادي، من حالات مضار الجوار. فيدخلون في نطاقه حالات من المضار، لا يمكن اعتبارها من قبيل الاعتداء المادي، وهي وان كانت حالات لا ينكر أحد اعتبارها من مضار الجوار، الا أنها تبين الى أي مدى، تتسم هذه النظرية بعدم الدقة فهي، في تقديرنا، تعتبر تكراراً لنظرية الخطأ بمفهومه الشخصي، ولكن في صورة ممسوخة (٤٤).

وهكذا نخلص الى أن فكرة الاعتداء المادي، لا تصلح أساساً للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة.

(٤٢) ستيفاني - الرسالة السابق الإشارة إليها - ص ٤٩.

(٤٣) قارن في هذا المعنى، رسالة ستيفاني - المرجع السابق - الإشارة السابقة.

(٤٤) ومع ذلك انظر مطول المسئولية لمازوتانك - المرجع السابق - فقرة ٦٢٠ - ٢ حيث يرى الاستاذان مازوتانك أنها تعتبر - على عكس ما ترى - تطويراً لهذه النظرية.

المطلب الثالث

أساس المسؤولية الخطأ متمثلاً في رفض التعويض عند بیکار

١٧ — مضمون نظرية الأستاذ بیکار:

ذهب الأستاذ بیکار (٤٥) الى أن للشخص أن يمارس سلطاته، على ما يملك، على النحو الذي يشاء. مادام يلتزم الحدود القانونية لهذه الممارسة، حتى لو انطوى ذلك على استعمال استثنائي لما يملكه، قد يؤدي الى الاخلال بالتوازن، الذي ينبغي أن يسود بين الملاك المتجاوزين. وهو ما يستلزم تعويض الجار، عما يلحقه من ضرر غير مألوف، في هذه الحالة.

ويرى الأستاذ بیکار أنه لا يجد أساس المسؤولية بالتعويض، في هذه الحالة، متمثلاً في نص المادة ١٣٨٢، اذ لا يمكن نسبة خطأ الى الجار، الذي مارس سلطاته في الحدود القانونية. وانما يمثل الخطأ — عنده — في رفض تعويض جاره، عن الضرر غير المألوف الذي لحقه، من جراء استعماله الاستثنائي للملكة.

وهكذا، تتركز نظرية بیکار في أن نشاطاً غير خاطئ، يمارسه صاحب الحق، يؤدي بالضرورة، الى إلحاق ضرر غير مألوف بجاره. ولا يمكن تفادي هذا الضرر، الا بالتوقف عن هذا النشاط تماماً، وهو أمر غير ممكن نظراً لأهمية هذا النشاط. ومن ثم، فلا طريق سوى طريق التعويض، الذي ينبغي أن يقتصر بممارسة النشاط ذاته. فاذا لم يدفع التعويض لجاره كان هذا هو الخطأ بعينه.

فأساس المسؤولية عند بیکار، الخطأ الذي يتمثل في رفض التعويض عن الضرر، هذا التعويض الذي ينبغي أن يكون مقارناً لممارسة النشاط ذاته.

(٤٥) PLANIOL et RIPERT et PICARD, Traité pratique de droit civil, T. 3, 2^{eme} éd., 1952, No 471.

ومع ذلك انظر ما ذهب اليه الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي من نسبة هذا الرأي الى الأستاذ ريبير مشيراً في ذلك الى مؤلفه في القاعدة الخلقية — فقرة ١٢٢ مع أن ريبير لم يتعرض — في هذه الفقرة بالذات — للكلام عن أساس المسؤولية عن مضار الجوار — محاضراته في المسؤولية التقصيرية عن حوادث السيارات وغيرها من الأشياء الخطرة، تأسيساً على حراستها، وعلى مباشرة الضرر أثناء استعمالها. القاهها على طلاب الدراسات العليا في كلية الحقوق والشرعة بجامعة الكويت في العام الجامعي ١٩٧٢/١٩٧٣، هامش (١) من ص ٤٦ (مذكرات على الآلة النسخة).

١٨ - نقد النظرية:

لأنعتقد أن واحداً من الفقهاء، قد وافق الاستاذ بيكار، على ما قال به. بل إن فكرته هذه قد تعرضت للنقد الشديد، لأنها تجعلنا ندور في حلقة مفرغة. فعنده أن أساس المسؤولية الخطأ المتمثل في رفض تعويض الجار، عند استعمال الشخص لما يملكه استعمالاً استثنائياً. وهنا يثور التساؤل وما هو أولاً أساس الالتزام بالتعويض عن الاستعمال الاستثنائي أو غير المألوف؟ (٤٦) أن بيكار يسلم أنه ليس الخطأ — اذ لا خطأ في ممارسة النشاط — اذن ماهو الأساس؟ «أن من يرفض تعويض الغير لا يمكن اعتباره مخطئاً الا اذا كان هناك في الأصل خطأ يستند اليه التزامه بالتعويض» (٤٧).

و يرى البعض (٤٨) أن بيكار قد أخذ بنظرية الخطر من حيث لا يدري، للقول بضرورة تعويض الجار. فجوهر مايقول به يكمن في هذه النظرية، لاني نظرية الخطأ، فليس هناك مايعرف بالخطأ المتمثل في عدم التعويض.

١٩ - خلاصة:

نخلص — مماسبق — الى أن نظرية الخطأ الشخصي، لا تصلح أساساً للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة. وأنها لم تنجح على أي مفهوم من المفاهيم التي قال بها أنصارها.

ولذلك، فقد ظل البحث عن هذا الأساس قائماً بين انصار نظرية الخطأ، الذين ظلوا على اخلاصهم لها، لا يريدون الفكاك من أسرها. ولذلك رأينا بعضهم يتجه — في اطار هذه النظرية — الى أن أساس المسؤولية هو الاخلال بالتزامات الجوار، بينما ذهب البعض الآخر الى أنه التعسف في استعمال الحق. وذهب فريق ثالث الى أن هذا الاساس يكمن في الخطأ المفترض افتراضاً لايقبل اثبات العكس، أي في نظرية حراسة الأشياء.

وسنعرض لكل ذلك تفصيلاً في المباحث الثلاثة التالية.

(٤٦) عبد الرزاق السهوري — الوسيط في شرح القانون المدني — ج٨ (حق الملكية، مع شرح مفصل للأشياء والأموال) ١٩٦٧ — فقرة ٤٣٦، ستيفاني — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ٤٦، دي باج وديكرز — المرجع السابق — فقرة ٩٣٣.

(٤٧) عبد المنعم البدر اوي — المرجع السابق — فقرة ٨٤.

(٤٨) ليات — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ٩١، بوكاس — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ١١٦.

المبحث الثاني مدى اعتبار التزامات الجوار أساساً للمسئولية

٢٠ — تمهيد، وتقسيم:

نظراً لما وجه من نقد، الى نظرية الخطأ بالمفهوم الشخصي. فقد حاول جانب من الفقه البحث عن أساس آخر للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة، تلمسوه فيما اطلقوا عليه التزامات الجوار. وان كانوا قد اختلفوا في تحديد نوع هذه الالتزامات. فنجد بعضهم قد وجدها فيما اطلق عليه شبه العقد، واعتبر أن التزامات الجوار، هي التزامات شبه عقدية. بينما وجدها آخرون في النصوص القانونية، فهي التزامات قانونية. وأخيراً، وجدها فريق ثالث، في العرف، فهي التزامات عرفية.

وسنعرض لمدى صحة هذا الأساس، بالنظر الى هذه الأنواع الثلاثة. وموقف كل من الفقه الفرنسي، والمصري منها. ونبادر الى القول أن الفقه المصري لم يعرض لما يسمى بالالتزام شبه العقدي، وانما عرض فقط للالتزام القانوني، والالتزام العرفي. كما نلفت النظر الى اننا قد فضلنا بحث فكرة التزامات الجوار، في نطاق نظرية الخطأ، لأننا نعتقد — كما سنعرض تفصيلاً (٤٩) — أنها، أياً كان نوع الالتزام، تنضوي تحت فكرة الخطأ.

ونعرض فيما يلي، للالتزام شبه العقدي، ثم للالتزام القانوني، وأخيراً للالتزام العرفي. وذلك في المطالب الثلاثة التالية.

المطلب الأول

أساس المسئولية التزام شبه عقدي Quasi - Contrat

٢١ — الرأي القائل بهذه الفكرة، وحججه:

نقل الاستاذ كابيتان في مقالته عن مضار الجوار (٥٠)، عن بوتييه فكرته في اعتبار الجوار «شبه عقد ينشئ التزامات متبادلة بين الجيران. أي بين ملاك، أو حائزي العقارات

(٤٩) مايلي — فقرة ٢٥ وفقرة ٢٧.

(٥٠) في المجلة الانتقادية — السابق الاشارة اليها — ص ١٥٦.

المتجاورة، كل في مواجهة الآخرين» (٥١) فكان الجيران قد ارتبطوا — فيما بينهم — بشبه عقد يلزم كلا منهم ألا يلحق الضرر بالآخرين. وقد ذكر الاستاذ ريبير في رسالته أن الاستاذ بلانيول، قد ردد هذه الفكرة من جديد، في مؤلفه الوجيز في القانون المدني (٥٢). وقد تأثر بوتيه بهذه الفكرة — على حد قول ريبير (٥٣) وهو يصدد الكلام عن بعض الالتزامات الناشئة عن الجوار، كتلك المتعلقة بفصل الحدود، أو الحائط المشترك، أو تحديد المسافة الواجب تركها، عند غرس النباتات. وانتهى من ذلك الى وضع قاعدة عامة، مقتضاها ان من شأن الجوار أن يلزم كل جار أن يستعمل ملكه بطريقة لا تضر بجاره» (٥٤).

كما ردد هذه الفكرة فيرسكو في رسالته (٥٥)، حينما ذهب — بدوره — الى أن المشرع قد أنشأ رابطة شبه عقدية بين الجيران بعضهم وبعض، بحيث يلتزم كل منهم تجاه الآخر، ببعض الالتزامات، دون وجود اتفاق سابق بينهم، استناداً الى نص المادتين ٦٥١ و ١٣٧٠ من القانون المدني الفرنسي. وتتحقق مسئولية الجار نحو جاره، متى أخل بأي من هذه الالتزامات. ويشتت هذا الاخلال، بمجرد اثبات الجار للضرر الذي لحقه من جاره، دون حاجة الى أي اثبات آخر، أي دون حاجة الى اثبات خطأ هذا الجار.

و يبدو أن الاستاذ ديموج — بدوره — يأخذ بنفس الفكرة، اذ يرى أن العلاقات الجوارية هي أقرب ما يكون إلى شبه عقد Elle est fort proche des quasi-contrat (٥٦).

نخلص — مما سبق — الى أن بعض الفقه قد وجد في فكرة شبه العقد، الأساس القانوني للمسئولية عن مزار الجوار غير المألوفة، استناداً الى نص المادتين ٦٥١ و ١٣٧٠ من

(٥١) "Le voisinage est un quasi - contrat qui forme des obligations réciproques entre les voisins, c'est-à-dire entre les propriétaires et les possesseurs d'heritages contigus les uns aux autres." POTHIER, Traité du contrat de société, Appendice 2, Du voisinage, éd. Bugnet, T.4, No. 230.

مشاراليه في مقالة كابيتان — المرجع السابق — ص ١٥٦

(٥٢) PLANIOL, Précis de droit civil, T. 1, No. 1070 et S.

(٥٣) في رسالته السابق الإشارة اليها — ص ٢٦٤.

(٥٤) رسالة ريبير — المرجع السابق — ص ٢٦٤ المشار اليها.

(٥٥) السابق الإشارة اليها — صفحات ٤٨، ٤٩، ٩٣.

(٥٦) مطول الالتزامات — المرجع السابق — ج ٤ — فقرة ٧٢٥.

القانون المدني الفرنسي. وبالرجوع الى هذين النصين نجد أن المادة ٦٥١ تقرر أنه: «يخضع القانون الملاك لالتزامات مختلفة، كل منهم نحو الآخر، استقلالاً عن أي اتفاق» (٥٧). بينما تقرر المادة ١٣٧٠ أنه «تنشأ بعض الالتزامات دون حدوث أي اتفاق بين الملتزم، والملتزم له. وبعضها يقرره القانون، بينما يترتب بعضها الآخر بفعل شخصي من جانب الملتزم. والأولى هي الالتزامات التي تترتب دون دخل للإرادة فيها، كذلك التي تترتب بين الجيران...» (٥٨).

وما يتضمنه هذان النصان من أحكام، ينتهي أنصار النظرية إلى القول باستخلاص مبدأ عام يقوم بين الجيران مقتضاه، الالتزام بعدم اضرار أي منهم بالآخر.

ولكن، الى أي مدى كان حظ هذه الفكرة من القبول؟! في الواقع، لقد تعرضت فكرة شبه العقد الى نقد شديد، من جانب كبير من الفقه. وهو ماسنعرض له في الفقرة التالية.

٢٢ — النقد الذي وجه الى فكرة شبه العقد:

لعل من أهم عوامل ضعف فكرة شبه عقد الجوار، كأساس للمسئولية، بل فشلها تماماً هو انكار الأستاذ كاييتان نفسه لها. فبعد أن نقلها عن بوتيه — على نحو ماسبق — قرر أنه ليس صحيحاً اعتبار التزامات الجوار ناشئة عن شبه عقد. نظراً لأن شبه العقد يستلزم كما عرفه بوتيه نفسه في موضع آخر (٥٩) فعلاً ارادياً، من جانب شخص، يرتب على عاتقه بعض الالتزامات، لمصلحة آخر. بينما لا دخل للإرادة، فيما يترتب على الجوار من التزامات.

Art. 651: "La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention". (٥٧)

Art. 1370: "Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé". (٥٨)

Les uns résultent de l'autorité seule de la loi, les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins..."

(٥٩) نقل كاييتان تعريف بوتيه لشبه العقد، الذي أورده في مؤلفه — المقدمة العامة للعرف — فقرة ١١٥، وفي مؤلفه في نظرية الالتزامات — فقرة ١١٣ من الجزء الثاني — ص ٥٦. انظر هامش (١) ص ١٥٦ من مقالة كاييتان في المجلة الانتقادية — السابق الإشارة اليها.

فالجوار واقعة مادية، لادور للارادة فيها، بينما شبه العقد يستلزم لوجوده فعلا ارادياً من جانب شخص الملزم به (٦٠). ويؤكد هذا تعريف المشرع نفسه لشبه العقد في نص المادة ١٣٧١، الذي يقرر أن شبه العقد هو فعل ارادي محض من جانب الشخص (٦١)

ومن ناحية ثانية، فإن الاستناد الى نص المادتين ٦٥١، ١٣٧٠ المشار اليهما، استناد في غير موضعه. نظراً لأن هذين النصين لايتعلقان الا ببعض الالتزامات التي تقوم بين الجيران وتتعلق بما يسمى بحقوق الارتفاق القانونية، وهي التزامات محددة في القانون على سبيل الحصر.

وعلى ذلك، فهذان النصان، لا يقرران مبدأ عاماً يطلق عليه التزامات الجوار (٦٢).

ويضاف الى ذلك أن فكرة شبه العقد ذاتها فكرة متقدمة من أساسها، ولا يأخذ بها الانفر قليل من الفقه، برغم نص المشرع عليها في المادة ١٣٧١. فمعظم الفقه يفضل فكرة العقد بما تتضمنه من التزام من الجانبين، عل فكرة شبه العقد، التي تقوم على فكرة الالتزام من جانب واحد (٦٣).

وهكذا، نلاحظ أن فكرة شبه العقد كأساس للالتزام، لم يكتب لها النجاح، ولعل ضعفها الواضح، هو ما جعل بوتيه نفسه، لا يتكلم عنها بعد ذلك، في مؤلفه في الالتزامات (٦٤) كما يبدو أن بلانسيول قد عدل عنها، في الجزء الثاني من مطوله في الالتزامات، إذ عرض لفكرة الالتزام القانوني كأساس للمسئولية، ولم يتكلم عن الالتزام شبه العقدي (٦٥).

(٦٠) رسالة ريبير - المرجع السابق - ص ٢٦٦.

(٦١) نص المادة ١٣٧١ على أن:

"Les quasi - contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers..."

(٦٢) كولان، وكابيتان، ودي لامورا نديير، المرجع السابق - فقرة ١٠٢٤، رسالة براكس - المرجع السابق - ص ٩٦.

(٦٣) كولان، وكابيتان، ودي لامورا نديير - المرجع السابق - نفس الاشارة، رسالة براكس - المرجع السابق - ص ٩٧.

(٦٤) ذكر ذلك ريبير في رسالته - المرجع السابق - ص ٢٦٧.

(٦٥) انظر في الاشارة الى ذلك، رسالة ريبير - المرجع السابق - ص ٢٦٥، رسالة براكس - المرجع السابق -

لكن اذا كان أنصار فكرة الالتزام شبه العقدي، لم يتمسكوا بها كثيراً لتهافتها الواضح، الا أن بعضهم، تمسك بصورة أقوى بفكرة الالتزام القانوني. وهي مانع عرض له فيما يلي.

المطلب الثاني أساس المسؤولية التزام قانوني

٢٣- تقسيم:

ازاء عدم نجاح فكرة الالتزام شبه العقدي، كأساس للمسؤولية. اتجه بعض الفقه إلى القول بأساس آخر، يتمثل في التزام قانوني، يقوم بين الجيران، قوامه الامتناع عن كل مامن شأنه إلحاق ضرر غير مألوف بالجار.

وسنعرض لهذه النظرية، في كل من الفقه الفرنسي، والفقه المصري، موضحين مدى سلامتها.

٢٤- نظرية الالتزام القانوني في الفقه الفرنسي، وحجج أنصارها:

نلاحظ أن أنصار هذه النظرية، هم أنفسهم الذين سبق أن رددوا فكرة الالتزام شبه العقدي (٦٦)، وفي مقدمتهم الأستاذ كاييتان. فإذا كان كاييتان قد أبدى عدم اقتناعه بفكرة الالتزام شبه العقدي، الا أنه دافع عن نظرية الالتزام القانوني، التي استند في الأخذ بها إلى ما جاء على لسان بوتييه من أن «الجوار يفرض على الجيران، أن يستعمل كل منهم ملكه بطريقة لا تضر بجاره» (٦٧) ووجد تأكيداً لهذا القول، في نص المادتين ٦٥١ و١٣٧٠ السابق الإشارة إليهما. إذ يمكن — في رأيه — أن يستخلص مما يتضمنانه من أحكام، مبدأ عام قوامه عدم الاضرار بالجوار. وبعبارة أوضح أنه يقع على الجار عند استعماله لحقه، التزام

== هامش (١) من ص ٩٧. ونلاحظ أن الأستاذ ديموج لم يكن مقتنعاً بها تماماً، ولعل هذا يتضح من قوله «أن التزامات الجوار هي أقرب ما يكون إلى شبه العقد».

(٦٦) وذلك باستثناء الأستاذ ديموج، الذي انتقد نظرية الالتزام القانوني، برغم أنه من مؤيدي فكرة الالتزام شبه العقدي، في الحدود التي أشرنا إليها — انظر موطوله السابق الإشارة إليه — فقرة ٧١٧.

(٦٧) "Les voisinage oblige les voisins a user chacun de son héritage de manière qu'il ne nuise à son voisin".

بالامتناع عن عمل مقتضاه، عدم الاضرار بالجار، وهو التزام قانوني يقرره نص المادتين ٦٥١ و١٣٧٠ بصورة ضمنية (٦٨).

و يترتب على وجود هذا الالتزام، أنه متى لحق الجار ضرر من جاره، فإنه يستحق التعويض وفقاً لنص المادتين ١١٤٥ و١١٤٧ من القانوني المدني. ولا يلتزم الجار المضروب الا باثبات تحقق الضرر، فترتب مسؤولية جاره بقوة القانون، ولا يملك التخلص من هذه المسؤولية الا باثبات السبب الأجنبي.

كما وجد أنصار النظرية في تطبيقات القضاء، سنداً لهم، حيث جرت أحكامه على تقرير مسؤولية الجار، عما يلحق جاره من ضرر، ولولم ينسب اليه خطأ ما، استناداً الى وجود التزام على عاتقه، يقتضي عدم الاضرار بجاره (٦٩).

و يرى الاستاذ كاييتان في القول بوجود هذا الالتزام، ما يمثل حلاً تلمية الضرورات العملية و يتفق مع العدالة (٧٠).

هذه — في ايجاز — نظرية الالتزام القانوني، التي قال بها كاييتان في مرحلة من مراحل حياته، وان كان قد عدل عنها بعد ذلك (٧١) فما مدى تقبل الفقه الفرنسي لها ؟ هذا مانبحثه فيما يلي.

٢٥ — موقف الفقه الفرنسي من نظرية الالتزام القانوني، كأساس للمسؤولية:

تعرضت هذه النظرية للنقد الشديد، من جانب الفقه الفرنسي. و يعتبر الأستاذ ريبير من أشد خصومها، فقد كرس كل علمه — على حد قول البعض (٧٢) لهدمها. وقد ردد الفقهاء من بعده ذات الحجج التي استند اليها في هذا الهجوم، وان كان بعضهم قد أضاف اليها حججاً أخرى كالاستاذ ستارك.

(٦٨) مقالة كاييتان في المجلة الانتقادية — المرجع السابق — ص ١٦٥.

(٦٩) انظر الأحكام التي استند اليها كاييتان في استخلاص هذا الالتزام، مقالته السابق الاشارة اليها — ص ١٨١ وما بعدها.

(٧٠) مقالته السابق الاشارة اليها — ص ٢٤٥.

(٧١) عدل الأستاذ كاييتان عن القول بهذه النظرية في مؤلفه مع كولان. انظر كولان، وكاييتان ودي

لاموراندير — المرجع السابق — ج ٤ — فقرة ١٠٢٤.

(٧٢) ستارك — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ١٧٦.

وتتركز أهم نواحي نقد هذه النظرية، فيما يلي:

فمن ناحية، ليس صحيحاً أن نص المادتين ٦٥١، ١٣٧٠ يمكن أن يستخلص منهما مبدأ عام بالتزام قانوني، مضمونه عدم الاضرار بالجار، لأن هذين النصين — كما سبق القول — وردا في خصوص ما يسمى بالارتفاقات القانونية. وهي ارتفاقات محددة على سبيل الحصر. ولو أراد المشرع أن يضع التزاماً على عاتق صاحب الحق، عند استعمال حقه، استعمالاً مشروعاً، لنص على ذلك صراحة، ولما ترك الأمر على هذا النحو. فما قال به كابتان هو محض افتراض لا أساس له (٧٣).

ومن ناحية ثانية، ان الاستناد الى هذين النصين — وهو كما أشرنا استناد غير صحيح — يؤدي الى التضيق من نطاق المسؤولية عن مزار الجوار، فيقصرها على المسؤولية التي تقوم بين ملاك العقارات، دون غيرهم من أصحاب الحقوق الأخرى (٧٤) حيث أنهما قد وردا في خصوص الملكية العقارية. وهو أمر لا يمكن قبوله.

ومن ناحية ثالثة، أنه لو كان صحيحاً أن التزاماً بالامتناع عن عمل قوامه عدم الاضرار، يقع على عاتق الجار لكان الجزاء، لا مجرد التعويض، وانما ازالة الضرر ذاته، وفقاً لنص المادة ١١٤٣ (٧٥) وهو حل قد يستحيل الأخذ به، لأن من شأنه أن يؤدي الى شلل تام للاستغلالات الصناعية، التي تمثل أهمية بالغة في حياة المجتمع من كافة جوانبها الاجتماعية والاقتصادية (٧٦).

ومن ناحية رابعة، أننا حتى لو سلمنا جدلاً، بوجود التزام يقع على عاتق الجار، بالامتناع عن عمل، مقتضاه عدم الاضرار بالجار. أفلا يعني الاخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب تطبيق نص المادة ١٣٨٢، أي التحقق، بمقتضاه، المسؤولية التقصيرية. ومن ثم، يكون للجار الحق في نفي هذا الخطأ — وفقاً للقواعد العامة — على عكس مايقول به

(٧٣) ريبير — الرسالة السابق الإشارة إليها — صفحات ٢٨٠ و ٢٨٢ و ٢٨٣، بلانول، وريبير، وبيكار — المرجع السابق — فقرة ٤٦٩.

(٧٤) ستارك — الرسالة السابق الإشارة إليها — ص ١٧٧.

(٧٥) ستارك — الرسالة السابق الإشارة إليها — ص ١٧٨.

(٧٦) ديموج — المرجع السابق — فقرة ٧١٧.

كابيتان، من تطبيق نص المادتين ١١٤٥ و ١١٤٧ اللتين ترتبان المسؤولية بقوة القانون، ولا يملك المدين التخلص من هذه المسؤولية، الا باثبات السبب الأجنبي، نظرا لأن نطاق تطبيق هذين النصين انما هو التزام عقدي يقوم بين دائن ومدين، وهو ما يختلف عن نطاق مسؤولية الجار، عما يلحق جاره من ضرر (٧٧).

وأخيراً، لا يجوز الاستناد الى أحكام القضاء، للتدليل على صحة هذه النظرية، لأن الفهم الصحيح لهذا القضاء، يؤدي الى القول، أنه لا يتضمن التزاما بعدم الاضرار بالجار فهو يتعلق بالجار المضرور نفسه، لا بالجار المسئول عن مضار الجوار.

وتفصيل ذلك، انه اذا كان من المسلم به وجوب تحمل الجار للمضار الجوارية المألوفة، فقد كانت أحكام القضاء ترفض تعويض الجار المضرور، متى كان الضرر مما ينبغي التسامح فيه ولم تكن تحكم لصالحه، الا متى تجاوزت المضار الحد المألوف (٧٨). فالأمر اذن يتعلق بالتزام سلبي يقع على الجار، الذي ينبغي عليه ان يتحمل الضرر المألوف، ولا يقضي لصالحه الا اذا تجاوزت المضار هذا الحد.

فهذا القضاء الذي استندوا اليه للقول بوجود التزام بعدم الاضرار بالجار، لم يكن في حسبانهم — اذن — القول بهذا الالتزام.

وهكذا، لم تنجح نظرية الالتزام القانوني كأساس للمسؤولية في الفقه الفرنسي، ولعل أكبر دليل على فشلها — بالاضافة الى ماسبق — يتمثل في عدول صاحبها عنها بعد فترة قصيرة، ولم يعد لها اثر يذكر في الفقه والقضاء الفرنسي في الوقت الحاضر (٧٩).

(٧٧) ليات — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ١٤٧ و ١٤٨.

(٧٨) ريبير — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ٢٨٢، وفي نفس المعنى بوكاس — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ١٢٣.

(٧٩) بوكاس — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ١٢٤. ومع ذلك انظر تعليق MARNIERRE على حكم النقض الفرنسي الصادر في ١٨ يولية ١٩٧٢ — دالوز ١٩٧٤ — حيث يردد فكرة الالتزام القانوني من جديد، وفي نفس الاتجاه التعليق على نقض فرنسي ٢٥ اكتوبر ١٩٧٢ — دالوز ١٩٧٣ — ٧٥٦.

٢٦ - نظرية الالتزام القانوني في الفقه المصري، أنصارها وحججهم:

برغم أن نظرية الالتزام القانوني، لم تنجح كأساس للمسئولية في القانون الفرنسي — على نحو ما سبق — إلا أن لهذه النظرية في الفقه المصري أنصارها (٨٠) وان كانوا يجدون في نصوص القانون حجة لهم، لا تقوم على مجرد الافتراض، وإنما تتمثل في نص صريح هو نص المادة ٨٠٧ من القانون المدني الحالي (٨١). الذي يقرر بصورة واضحة أنه: ١- «على المالك الا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار» ٢- «وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب ازالة هذه المضار، اذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر، والغرض الذي خصصت له. ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق».

يرى أنصار النظرية، أن أساس المسئولية يتمثل في التزام قانوني، تقرر بمقتضى هذا النص حيث رسم المشرع «حداً على حق الملكية، لا يجوز للمالك أن يجاوزه، هذا الحد هو المضار المألوفة للجوار، التي لا يمكن تجنبها. أما اذا تجاوز المالك هذا الحد بأن غلا في

(٨٠) السنهوري - الوسيط - ج٨ (المرجع السابق) - فقرة ٤٣٧. «ومع ذلك فهو لا يستبعد تأسيس هذه المسئولية على فكرة تحمل التبعة، كما سندكر تفصيلاً فيما بعد. انظر مايلي - فقرة ٧١»، عبد المنعم البدر اوي - المرجع السابق - فقرة ٨٥ - ص ١١٢، عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - الطبعة الثانية - ١٩٦٤ - فقرة ٥٨ - ص ٩١، توفيق فرج - المرجع السابق - فقرة ٦٣. بينما يرى أستاذنا الدكتور جيل الشراوي بعد استعراضه للرأين السائدين في الفقه المصري، حول أساس هذه المسئولية - اللذين يدوران حول فكرتي التعسف في استعمال الحق، والالتزام القانوني - أن الخلاف بينهما لا أهمية له. مادام الأمر في النهاية، ينتهي الى تأسيس هذه المسئولية على فكرة الخطأ، لأن الغلو في استعمال حق الملكية سواء اعتبرناه خروجاً على حدود الحق، أو تعسفاً في استعماله هو خطأ موجب للمسئولية - مؤلفه في الحقوق العينية الأصلية - المرجع السابق - فقرة ٢٧ - ص ٨٢.

(٨١) وكانت أحكام القضاء في ظل القانون المدني القديم تستند في تقرير المسئولية الى نص المادة ٣٨ الفقرة الثانية - ٦٠ الفقرة الثانية التي بمقتضاها لا يكون لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً، اذا كان يرتب على هذا الهدم حصول ضرر للجار المستر ملكه بحائله دون عذر قوي. وإلى نص المادة ٣٠ الفقرة الثانية - ١٥ الفقرة الثانية التي بمقتضاها تنبع في حق الارتفاق «شروط العقد الذي ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد». وان كان يرجع ذلك في النهاية، الى فقه الشريعة الاسلامية على اعتبار أن هذين النصين مأخوذان عنه. أنظر محمد كامل مرسي - المرجع السابق - فقرة ٢٨١، وما سبق - فقرة ٩ وهامش ١٦ و ١٧.

استعمال ملكه، إلى حد يضر بالجار ضرراً يجاوز المضار المألوفة فانه يكون قد خرج على حدود حقه، والخروج عن حدود الحقوق هو فعل خاطيء يستوجب المسؤولية» (٨٢).

فجوهـر هذا الرأي أن أساس المسؤولية التزام قانوني، يتمثل في نص المادة ٨٠٧ من القانون المدني، مقتضاه ألا يغلو المالك في استعمال حقه، إلى حد يضر بجاره ضرراً غير مألوف. ويرتب الفقه على هذا، لتحقيق مسؤولية الجار، أن يرتكب خطأ، ينشأ عنه ضرر.

وان كان يسلم أن الخطأ، ليس هو الخطأ العادي — لا وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، ولا وفقاً لقواعد التعسف في استعمال الحق — وانما يأخذ وضعاً خاصاً يتمثل في الغلو في الاستعمال (٨٣).

ولكن، ما المقصود بالغلو في الاستعمال، الذي يمكن أن نعتبره انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، أي خطأ بالمعنى المعروف تحقق بمقتضاه المسؤولية؟.

في الواقع، ان أنصار هذا الرأي، لم يستطيعوا تحديد المقصود بالغلو في الاستعمال، أي تحديد الخطأ الذي يرتب المسؤولية، الا من خلال الضرر الذي يصيب الجار. ولذلك نجد أن الأستاذ السهوري — رحمه الله — يذهب إلى أن «معنى الغلو هنا هو أن يصيب المالك، في استعماله لحق ملكيته، الجار بضرر غير مألوف» (٨٤) ولذلك ينتهي إلى أن الشروط الواجب توافرها لتقرير المسؤولية، ترجع كلها إلى فكرة الغلو في الاستعمال ومعيارها الضرر غير المألوف، الذي يصيب الجار. الذي يتحدد — بحسب نص المادة ٨٠٧ — وفق اعتبارات مختلفة منها العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له.

نخلص — مما سبق — إلى أن أنصار نظرية الالتزام القانوني، في الفقه المصري، ينتهون إلى أن نص المادة ٨٠٧، يضع حداً لاستعمال حق الملكية، يمثل الخروج عنه خطأ

(٨٢) عبد المنعم البدر اوي — المرجع السابق — فقرة ٨٥ — ص ١١٢، والمراجع المشار إليها في هامش (٨٠) من هذا البحث.

(٨٣) توفيق فرج — المرجع السابق — فقرة ٦٤ — ص ١١٥.

(٨٤) الوسيط — ج ٨ (المرجع السابق) — فقرة ٤٢٨، وفي نفس المعنى، عبد المنعم فرج الصده — فقرة ٥٩، عبد المنعم البدر اوي — المرجع السابق — فقرة ٨٦.

يوجب المسؤولية. فهم ينتهون اذن الى أن أساس المسؤولية ليس سوى الخطأ، الذى يتمثل في الغلو في الاستعمال، ويحددون الغلو في الاستعمال، من خلال ما يصيب الجار من ضرر غير مألوف.

٢٧ — رأينا في نظرية الالتزام القانوني، من خلال مايقول به الفقه المصري، نقد:

بعد أن عرضنا لنظرية الالتزام القانوني كأساس للمسؤولية. وكيف أن الفقه، والقضاء قد هجرها، بينما لازالت تلقى تأييداً من جانب كبير في الفقه المصري، استناداً الى نص المادة ٨٠٧. والسؤال الذي يثور الآن عن مدى صحة هذه النظرية، وهل هي حقاً تصلح أساساً للمسؤولية عن مضار الجوار في القانون المصري؟! .

نحن نعتقد أن ماذهب اليه بعض الفقه المصري من أن أساس المسؤولية، التزام قانوني يقرره نص المادة ٨٠٧ مدني، قول غير دقيق. نظراً لأن النص القانوني، لا يصلح أن يكون أساساً للمسؤولية. فهو قد يكون مصدراً للمسؤولية، التي يلزم أن يكون لها مصدر من المصادر. وقد يتمثل هذا المصدر في التشريع، أو غيره، من مصادر القانون الأخرى المعروفة. ومن هنا نستطيع أن نقول ان نص المادة ٨٠٧ مصدر لمسؤولية الجار.

أما أساس هذه المسؤولية، فهو أمر مختلف تماماً. اذ يقصد به التأصيل الفني للمسؤولية، ومحاولة ردها الى نظام من الانظمة القانونية المعروفة، أو خلق نظام مناسب، يمكن نسبتها إليه، اذا استعصى ردها الى أي من هذه الأنظمة (٨٥).

ويفرق الاستاذ الدكتور محمد لبيب شنب (٨٦) بين مصدر المسؤولية، وأساس المسؤولية بقوله أن المصدر يقصد به «السبب الذي يلزمنا بتعويض الضرر الحاصل للغير...»

(٨٥) انظر بحثاً لنا بعنوان «مدى مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن» — مجلة الحقوق، التي تصدرها كلية الحقوق — جامعة الكويت — السنة السادسة — العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٢ (القسم الثاني من البحث) فقرة ٤٠.

(٨٦) في رسالته — المسؤولية عن الأشياء، دراسة في القانون المدني المصري، مقارناً بالقانون الفرنسي — من حقوق القاهرة ١٩٥٧ — فقرة ٢٣٢.

وفي نفس المعنى، رسالة ابراهيم طه الفياض — مسؤولية الادارة عن أعمال موظفيها في العراق، مع الاشارة الى القانونين المصري، والفرنسي — من حقوق القاهرة ١٩٧٣ — ص ٤٥٧.

و يرى «أن مصادر القانون لا تخرج منطقياً عن الإرادة والقانون» (٨٧) أما أساس المسؤولية، فيقصد به «السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين» .

نخلص — مما سبق — الى أن أساس المسؤولية، أمر يختلف عن مصدرها. وهو مايؤدي بنا الى القول أنه لا يوجد مايسمى بالالتزام القانوني كأساس للمسؤولية. والقول بغير ذلك، يؤدي الى اعتبار نصوص القانون، أو غيرها من مصادر القاعدة القانونية هي أساس لكل مسؤولية، وتنهزم بذلك النظم القانونية المعروفة، كالخطأ، وتحمل التبعة، وغيرهما من الأفكار التي بذل الفقه في سبيل استخلاصها جهوداً مضنية لتأصيل المسؤولية.

ولعل هذا ما استشعره الفقه القائل بهذه النظرية. ولذلك رد أساس المسؤولية الى فكرة الخطأ. ولكن هل الخطأ يعتبر حقاً أساس هذه المسؤولية، في القانون المصري؟!.

لقد رأينا — فيما سبق — كيف أن الفقه لم يستطع تحديد فكرة الاستعمال المغالى فيه — وهو ما يمثل الخطأ في رأيهم — الا من خلال الضرر غير المألوف، الذي يصيب الجار.

فالمسؤولية، لا تتحقق — في الواقع — لأن انحرافاً عن مسلك الشخص المعتاد قد حدث من جانب الجار، وانما لأن أضراراً غير مألوفة قد أصابت جاره، من استعماله لحقه رغم اتخاذه كل الاحتياطات الممكنة لتفادي الضرر. فأين الخطأ إذن؟ — ان الأمر في تقديرنا، يخرج عن نطاق نظرية الخطأ برمتها، ويدخل في نطاق نظرية الضرر، أو تحمّل التبعة، على ما سنعرض تفصيلاً فيما بعد. والقول بغير ذلك يؤدي إلى الخلط من جديد بين فكرتي الخطأ، والضرر، على نحو ما قيل به في الفقه الفرنسي، وهو ما عرضنا له من قبل، وانتقدناه (٨٨).

(٨٧) انظر، محمد لبیب شنب — الرسالة السابق الإشارة اليها — فقرة ٢٣٢ المشار اليها. وانظر في تقسيم الالتزامات من حيث مصدرها مؤلف المرحوم الدكتور عبد الحی حجازي — النظرية العامة للالتزام، وفقاً للقانون الكويتي — الجزء الأول (المصادر الإرادية) — المجلد الأول (نظرية الالتزام، وتحليل العقد) — ١٩٨٢ فقرة ٤٨. (من مطبوعات جامعة الكويت).

(٨٨) انظر ما سبق — فقرة ١٢، و فقرة ١٣.

٢٨ — خلاصة:

نخلص — مما سبق — الى أن نظرية الالتزام القانوني، لم تنجح في القانون الفرنسي، كأساس للمسئولية. كما أنها — في تقديرنا — لا تصلح، في القانون المصري — برغم وجود نص المادة ٨٠٧ — أساساً لهذه المسئولية. كما أن رد نص المادة ٨٠٧ الى فكرة الخطأ، للاستناد إليها كأساس لهذه المسئولية، لا يحل لنا المشكلة نظراً لأن المسئولية هنا تخرج عن نطاق هذه الفكرة.

و يبقى بعد ذلك، ان نظل، في محاولة البحث عن أساس لهذه المسئولية!.

المطلب الثالث أساس المسئولية التزام عرفي

٢٩ — مضمون هذا الرأي، وحجج أنصاره:

ذهب بعض الفقه الفرنسي (٨٩)، والقضاء المصري، في ظل القانون المدني القديم، الى اعتبار العرف، أساساً للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة.

ويستند أصحاب هذا الرأي — في فرنسا — إلى مانقله دوما، واعتمده بوتيه من بعده، عن الفقيه الروماني البيان، من وجوب عدم الاضرار بالجار، باعتباره مبدأ عاماً، يرجع الى الأعراف القديمة (٩٠)، وان كان بوتيه — على نحو ما سبق — قد حاول أن يرده الى التزام قانوني.

وقد وضح أثر هذا العرف القديم، في الاعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي، عند بحث المسائل التي تتعلق بوضع القيود على حق الملكية لصالح الجيران. وان كان القانون قد صدر خلوأ من نص يقرر مبدأ عاماً بعدم الاضرار بالجار، الا أنه تضمن تنظيمأ بالارتفاقات القانونية استمدت أحكامه من هذا العرف (٩١).

(٨٩) ليات — الرسالة السابق الاشارة إليها — ص ١٥٢، مقالة باليز في المجلة الفصلية — المرجع السابق — فقرة ٣٢، ومابعدھا.

(٩٠) ليات — الرسالة السابق الاشارة إليها — ص ١٥٢ — ١٥٣.

(٩١) ليات الرسالة السابق الاشارة إليها — ص ١٥٣، باليز — المقالة السابق الاشارة إليها — فقرة ٣٤.

هذا، الى جانب أن بعض أحكام القضاء — برغم خلو القانون من نص عام يقرر عدم الاضرار بالجوار — لم تترد في القضاء بمسئولية الجار، عما يلحقه من مضار غير مألوفة، استناداً إلى العادات العرفية القديمة، وكانت تعتبر خرق هذه الأعراف، خطأ يستوجب تطبيق نص المادة ١٣٨٢ من القانون المدني (٩٢).

كما أن القضاء المصري، في ظل القانون المدني القديم — الذي لم يكن يتضمن نصاً يقرر هذه المسئولية — كان يجرى على تقرير المسئولية، عن المضار غير المألوفة، استناداً إلى قواعد الشريعة الاسلامية، باعتبارها عرفاً للبلد (٩٣).

٣٠ — تقديرنا لهذا الرأي:

لانعتمد في صحة هذا الرأي، الذي يمكن أن يوجه إليه النقد، كما وجه الى نظرية الالتزام القانوني من قبل. فالعرف لا يصلح أساساً للمسئولية، وان كان يمكن أن يكون مصدراً للقاعدة القانونية، وفارق كبير بين المصدر، والأساس، على نحو ما بينا من قبل (٩٤)

ولعل هذا مادعا القضاء الفرنسي، الى ارجاع المسئولية، عند انتهاك القواعد العرفية، الى الخطأ، الذي يستلزم تطبيق نص المادة ١٣٨٢. أي أنه يعود من جديد الى القول بالخطأ، أساساً لهذه المسئولية، وهو ما انتقدناه.

أما القضاء المصري، في ظل القانون المدني القديم، فلم يكن — في تقديرنا — يؤسس المسئولية على العرف كما يقال. وانما كان يطبق أحكام الشريعة الاسلامية، ولمعرفة الأساس الذي كان يستند اليه هذا القضاء، يلزم أولاً، تحديد الأساس الذي يأخذ به فقه الشريعة الاسلامية، عند تقرير المسئولية عن مضار الجوار، ومتى حددنا هذا الأساس، كان هو عينه، الأساس الذي استند اليه القضاء المصري القديم. وهو ما سنعرض له تفصيلاً فيما بعد (٩٥).

(٩٢) ليات — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ١٥٥.

(٩٣) محمد كامل مربي — المرجع السابق — فقرة ٢٨١، عبد المنعم البدراوي — المرجع السابق — فقرة ٨٥.

(٩٤) ماسبق — فقرة ٢٧.

(٩٥) انظر مايلي — فقرة ٤٣.

واذا كان العرف لا يصلح أساساً لهذه المسؤولية، الا أنه تبقى له أهميته التي لا تنكر، في تحديد مضمون الالتزام بها، ومدها. وهذا، ماوعاه المشرع المصري في القانون المدني الحالي، حينما اعتد — في نص المادة ٨٠٧/٢ — بالعرف كأحد العناصر التي يجب مراعاتها، عند تقدير مدى اعتبار الضرر مألوفاً، فلا تتحقق المسؤولية، أو غير مألوف فتتحقق (٩٦).

المبحث الثالث

التعسف في استعمال الحق أساس المسؤولية

٣١ — تهديد، وتقسيم:

ذهب بعض الفقه، والقضاء الفرنسي، الى أن المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، تجد أساسها في فكرة التعسف في استعمال الحق. وهو ما اتجه اليه بعض الفقه المصري أيضاً، في ظل القانون المدني القديم، والحالي. كما أنه مسلك المشرع الكويتي الصريح بعد صدور القانون المدني، وهو ما كان يراه الفقه، في ظل تطبيق أحكام المجلة.

ونرى قبل أن نعرض لمدى صحة هذا الاتجاه، أن نتكلم، بصورة موجزة، عن فكرة التعسف، من حيث ماهيتها، وتطورها التاريخي، بالقدر الضروري، الذي يخدم هذه الدراسة.

ولذلك، سنعرض لنظرية التعسف بصورة عامة في مطلب أول. ثم نتكلم بعد ذلك عن مدى امكان اعتبارها أساساً للمسؤولية، في القوانين موضوع البحث. فنعرض لذلك في القانون الفرنسي في مطلب ثان. وفي فقه الشريعة الاسلامية، والقانون المصري القديم، والقانون الكويتي في مطلب ثالث. ثم في القانون المصري الحالي في مطلب رابع. ثم نوضح موقفنا من هذا الاتجاه في مطلب خامس.

(٩٦) وهو ما يأخذ به الفقه الفرنسي أيضاً. سنارك — الرسالة السابق الاشارة إليها — ص ١٩١ — ١٩٢.

المطلب الأول

نظرية التعسف في استعمال الحق : مضمونها، وتطورها

٣٢ — مضمون نظرية التعسف:

إذا كان الخطأ يتمثل في انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، فإن هذا الانحراف قد يقع عند مباشرة رخصة من الرخص، كما قد يقع عند استعمال حق من الحقوق. ولكن كان الفقهاء في القرن الماضي، يفرقون بين الرخصة، والحق، من حيث الوقوع في الخطأ. فيتحقق خطأ الشخص — عندهم — إذا انحرف عن مسلك الشخص المعتاد، وهو بصدد استعمال رخصة من الرخص (٩٧) كالسير، والتعاقد، والتقاضي — والنشر...، بينما لا يتحقق الخطأ عند استعمال حق من الحقوق، كحق الملكية، إلا إذا تجاوز صاحبه الحدود المرسومة له. أما إذا لم يتجاوز هذه الحدود، فلا محل لمساءلته، ولو لحق الغير ضرر من استعمال حقه. فصاحب حق الملكية له أن يستعمله، ويستغله، ويتصرف فيه. ولكن إذا اعتدى على ملك جاره بأن جار على جزء منه فاستغله، أو تصرف فيه، يكون قد خرج عن حدود حقه، مستوجباً المساءلة.

ولكن هذه النتيجة التي توصل إليها الفقهاء في القرن الماضي، لم تكن مقبولة، في حالة الشخص الذي يستعمل حقه في حدوده المرسومة، ولكنه ينحرف في استعماله، عن سلوك الشخص المعتاد، بحيث يلحق ضرراً بغيره. أفلا يمكن أن ينسب إلى هذا الشخص خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية؟!.

من هنا برزت فكرة التعسف في استعمال الحق، لتضيف إلى صور الخطأ، صورة أخرى. فأصبح الخطأ يتحقق عند الانحراف عن مسلك الشخص المعتاد، ليس فقط عند استعمال رخصة من الرخص، وعند الخروج عن الحدود المرسومة للحق. وإنما يتحقق، أيضاً، بالنسبة للشخص الذي ينحرف عن مسلك الشخص المعتاد، عند استعماله لحقه، بالرغم من عدم خروجه عن الحدود المرسومة لهذا الحق (٩٨).

(٩٧) انظر في التفرقة بين الحق والرخصة، السهوري — الوسيط، ج ١ — الطبعة الثانية ١٩٦٤ — فقرة ٥٤٤، مؤلفنا — المصادر غير الإرادية للالتزام في القانون المدني المصري ١٩٨١ — ص ٤٢.

(٩٨) السهوري — الوسيط، ج ١ المرجع السابق — نفس الموضوع — مطول المسؤولية لماز ووتانك — المرجع السابق — فقرة ٥٥٠.

وقد وجد الفقه أن أظهر صورة لذلك الانحراف، تتمثل في قصد الاضرار بالغير كمن يقيم في ملكه جداراً مرتفعاً، لا يقصد من ورائه سوى حجب الضوء، والهواء عن جاره، وإما أنه يقصد الى تحقيق مصلحة غير جدية، أو غير مشروعة. كمن يقيم منزلاً للدعارة، ومن يضع على حدود ملكه أوتاداً من الحديد، حتى يجبر إحدى شركات الطيران، التي تمتلك الأرض المجاورة لأرضه، على شراء هذه الأرض، بالثمن الذي يحدده. وهو ما عرف بالتعسف في استعمال الحق.

٣٣ — تطور النظرية، وانتشارها:

أضحت فكرة التعسف في استعمال الحق — على هذا النحو — نظرية مستقرة، في الفقه، والقضاء الفرنسي، وإن كنا نجد جذورها ممتدة منذ القديم. فقد عرفت في القانون الروماني، في بعض التطبيقات، التي قال بها بعض الفقهاء، كالفقيه جايوس، وبول، والبيان (٩٩)، ومنه انتقلت الى القانون الفرنسي القديم.

أما الشريعة الإسلامية السمحة، فقد عرفت كمنظرة عامة تنصرف الى كافة الحقوق (١٠٠). فالقرآن الكريم، قد نهى في أكثر من موضع فيه عن التعسف (١٠١).

(٩٩) مطول المسئولية لمازوتانك — المرجع السابق — فقرة ٥٥٥.

(١٠٠) مع ملاحظة أن فقه الشريعة الإسلامية لم يعرف النظريات العامة، على النحو المعروف في الفقه الوضعي. وإنما كان الفقهاء يستنبطون الحلول من الحوادث الفردية من واقع الحياة اليومية — راجع بحث المرحوم الأستاذ عيسوي أحمد عيسوي — نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي — مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي يصدرها أساتذة كلية الحقوق — جامعة عين شمس — السنة الخامسة — العدد الأول ١٩٦٣ — ص ١. ويرى الأستاذ محمد أبو زهرة — رحمه الله — أن مصطلح التعسف في استعمال الحق، في القوانين الوضعية، يرادف مصطلح المضارة في استعمال الحق، في فقه الشريعة الإسلامية، وهو تعبير القرآن الكريم. ويرى أن مصطلح المضارة أدق من مصطلح التعسف، لأن التعسف يتحقق إذا ترتب على استعمال الحق ضرر مقصود للغير، أو كانت الفائدة التي تنال صاحب الحق قليلة بالنسبة للضرر اللاحق بالغير، فاعترض على ذلك بأن التعسف لا يجتمع مع الحق، فهما نقيضان لا يجتمعان. وأن الحقوق في الشريعة الإسلامية تثبت مقيدة بعدم الضرر... فالحق في أدق معانيه في الفقه الإسلامي، يجب أن يكون مأذوناً فيه من الشارع — راجع بحثه، اساءة استعمال الحق — مجلة إدارة قضايا الحكومة — السنة الخامسة — العدد الثالث ١٩٦١ — ص ٨٢ وما بعدها، وقارن في ذلك نقد بلانيول لنظرية التعسف، مايلي هامش (١٠٥).

(١٠١) كقوله تعالى: «فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان». من سورة البقرة — الآية ١٧٨. وقوله تعالى: «وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة». من سورة البقرة — الآية ٢٨٠.

كما نرى ذلك في السنة النبوية الشريفة (١٠٢). ومن أحكامهما استمد فقهاء المسلمين أسس النظرية، وتوسعوا في تطبيقاتها (١٠٣)

ولكن انتشار المذهب الفردي، في القرن التاسع عشر، أدى الى احتجاب النظرية في فرنسا لبعض الوقت. فهذا المذهب — كما نعلم — يقوم على أن للأفراد حقوقاً مطلقة، سابقة على دخولهم الجماعة. ومن ثم، فلا مجال للقول بتعسف في استعمال الحق. فالأفراد أحرار، يستعملون حقوقهم على النحو الذي يرونه، دون أن يقيد ارادتهم في ذلك قيد من القيود، مادمو في ذلك لا يخرجون على الحدود المادية لهذه الحقوق.

ومع أقول نجم المذهب الفردي، عادت النظرية الى الظهور من جديد. فمن منتصف القرن التاسع عشر، بدأ القضاء الفرنسي يأخذ بها (١٠٤) ويرجع الفضل في ازدهارها ورسوخها كنظرية عامة الى الفقيهين سالي، وجوسران، اللذين جمعا الأحكام القضائية المتناثرة، وكونا منها نظرية عامة، واضحة المعالم والحدود.

ومع ذلك، ثمان هذه النظرية لم تسلم من النقد، وكان أشهر خصومها الفقيه الفرنسي الكبير بلانيول، الذي ذهب الى انكار فكرة التعسف من أساسها. فهو يقرر في عبارة مشهورة عنه «إن الحق ينتهي حيث يبدأ التعسف» (١٠٥).

ولكن، يجب أن نلاحظ أن بلانيول لا يقر فكرة الحقوق المطلقة. وكل ما في الأمر أنه يرى أن ما يطلق الفقه عليه عبارة التعسف في استعمال الحق هو خروج عن حدود الحق، فهو ينكر التسمية، ولا ينكر الحكم (١٠٦).

(١٠٢) كقول الرسول صلى الله عليه وسلم وهو يوصي معاذ بن جبل «أوصيك بتقوى الله وصدق الحديث، ووفاء العهد، وأداء الأمانة، وترك الخيانة، وحفظ الجار، ورحمة اليتيم، ولين الكلام، وبذل السلام، وخفض الجناح». انظر احياء علوم الدين للغزالي، طبعة ١٣٥٢ هجرية — ح ٢ — ص ١٧٤. وقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام». وقوله: «لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقه». احياء علوم الدين للغزالي — المرجع السابق — ص ١٨٩.

(١٠٣) كقولهم «أن المشقة تجلب التيسير». وقولهم: «أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام»، وقولهم: «أن درء المفساد، أولى من جلب المصالح».

(١٠٤) Colmar 2, Mai 1855 - D - 1856 - 2 - 9, Lyon 18, Avril 1856 - D - 1856 - 2 - 199.

(١٠٥) مطول بلانيول وريبير — ج ٢ — فقرة ٨٤١. "Le droit cesse où l'abus commence".

(١٠٦) السنهوري الوسيط، ١ — (المرجع السابق) — فقرة ٥٥٦، مؤلفنا في المصادر غير الارادية — المرجع السابق — ص ٤٤.

وعلى أي حال، فقد استقرت النظرية — برغم نقد بلانيول لها — وأخذت بها القوانين الحديثة، وانتقلت الى الفقه والقضاء المصريين، في ظل القانون المدني القديم، الذي لم يكن يتضمن نصاً عاماً يقررها، وإن كان قد أورد — في بعض نصوصه — تطبيقات لها، مأخوذة من فقه الشريعة الإسلامية. أما التقنين المدني المصري الحالي، فقد احتفل بالنظرية، ونص عليها في صدر نصوصه، وجعل منها نظرية عامة، مكانها الباب التمهيدي (٥م) لآبَابِ المسؤولية التقصيرية وحدها، نظراً لأن لها — على حد قول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (١٠٧) — «من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع».

كما أن القانون الكويتي، قد عرف هذه النظرية، من خلال التطبيقات الواردة لها في مجلة الاحكام العدلية، التي وإن لم يوجد فيها نص صريح على الأخذ بها، إلا أنها تضمنت تطبيقات عديدة لها. أما القانون المدني الكويتي الجديد، فقد نص على الأخذ بها صراحة في المادة الثلاثين منه.

٣٤ — تأصيل نظرية التعسف:

إذا كان التعسف — على النحو السابق — يتمثل في انحراف عن سلوك الشخص المعتاد، عند استعمال حق من الحقوق، بالرغم من التزام صاحبه الحدود المرسومة له، مما يلحق الضرر بغيره. فهو لا يعدو أن يكون صورة من صور الخطأ التقصيري. ومن ثم، تطبق في شأنه قواعد المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي. ولا يغير من هذا الفهم اتجاه المشرع المصري الى النص على نظرية التعسف في الباب التمهيدي من القانون المدني، فهو كما ذهب الأستاذ الدكتور السنهاوري بحق «لم يرد أن يقيم المبدأ على غير أساسه القانوني، فالتعسف في استعمال الحق ليس الا صورة من صورتَي الخطأ التقصيري.. فيدخل بذلك في نطاق المسؤولية التقصيرية» (١٠٨).

-
- (١٠٧) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي — ١ — الباب التمهيدي — ص ٣١ وما بعدها.
(١٠٨) السنهاوري — الوسيط، ح ١ (المرجع السابق) — فقرة ٥٥٧، وفي نفس المعنى، عبد المنعم البدرأوي — المرجع السابق — فقرة ٨٢، جميل الشرفاوي — دروس في أصول القانون — الكتاب الثاني، نظرية الحق، ١٩٦٦ — ص ٢٨٠، منصور مصطفى منصور — مذكرات في المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق ١٩٦٢ — ص ٢٩٨، حسين عامر وعبد الرحيم عامر — المسؤولية المدنية التقصيرية — والعقيدة —

واذا كان هذا هو الرأي الراجح في مصر، وفي فرنسا، إلا أن هناك بعض الفقه يذهب الى استقلال نظرية التعسف، عن المسؤولية التقصيرية (١٠٩). وسنعرض تفصيلاً لهذا الرأي في الفقه المصري عند بحث مدى اعتبار التعسف أساساً للمسؤولية عن مضار الجوار في ظل القانون المدني الحالي (١١٠).

هذه هي نظرية التعسف في استعمال الحق، في خطوطها العريضة، فهل تصلح أساساً للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة؟ هذا ما نبينه فيما يلي، ثم نورد ملاحظتنا في شأنها سواء ما تعلق بموقف الفقه، أو مسلك المشرع.

المطلب الثاني

مدى امكان اعتبار التعسف اساساً للمسؤولية في القانون الفرنسي

٣٥ — تقسيم:

سنبحث — فيما يلي — الرأي القائل أن التعسف أساس المسؤولية عن مضار الجوار في القانون الفرنسي، ثم نعرض للنقد الذي وجه الى هذا الرأي.

٣٦ — مضمون الرأي، وتأييد بعض القضاء له:

ذهب بعض الفقه الفرنسي (١١١) الى أن أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، ليس سوى التعسف في استعمال الحق. فلا يجوز أن يقتصر الأخذ بهذه النظرية على

الطبعة الثانية ١٩٧٩ — فقرة ٣٠٨ و فقرة ٣٠٩، حسن عكوش — المسؤولية المقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد — الطبعة الثانية ١٩٧٠ — فقرة ٤٣ — ص ١٠١. ولعل هذا مادعا الاستاذ مصطفى مرعي أن يطلق عليها في مؤلفه عن المسؤولية المدنية مصطلح «الخطأ تحت ستار الحقوق».

(١٠٩) انظر ريبير — القاعدة الخلقية (المرجع السابق) — فقرة ٩٦. وفي استعراض هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي بشيء من التفصيل، انظر رسالة محمد شوقي السيد — التعسف — في استعمال الحق — القاهرة ١٩٧٩ — فقرة ٨٠ وما بعدها. ويقول بهذا في الفقه المصري الاستاذ الدكتور حسن كيره وسنسط رأيه تفصيلاً فيما بعد. انظر مابلي، فقرة ٤٥ (أ) و (ب).

(١١٠) انظر مابلي، فقرة ٥١.

(١١١) كولان، وكابيتان، ودي لاموراندبير — المرجع السابق — فقرة ١٠٢٥. ونلاحظ أن الاستاذ كابيتان قد عدل هنا عما سبق أن قال به في مقالته بالمجلة الانتقادية، السابق الاشارة اليها من أن أساس المسؤولية التزام قانوني على النحو الذي عرضناه تفصيلاً. انظر ماسبق — فقرة ٢٤ وهامش رقم ٧١.

تلك الحالات التي يقصد فيها الشخص مجرد الاضرار بالغير، أو يهدف منها الى تحقيق مصلحة غير جدية، أو غير مشروعة. وانما ينبغي أن يمتد تطبيقها — ليشمل — الى جانب هذه الحالات — حالة الجار الذي لا يقصد الى الاضرار بجاره، وانما يهدف، بمباشرة سلطاته على مايملك الى تحقيق مصلحة جدية، ومشروعة. وان كان في مباشرته لهذه السلطات، قد الحق بجاره أضراراً غير مألوفة، بالرغم من اتخاذه كل الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع هذه الأضرار، نظراً لأن طبيعة الاستغلال الذي يقوم به، تؤدي الى عدم امكان تجنب هذه المضار. كما لو كان يستغل مصنعا لصباغة الجلود، فيؤدي الى انتشار الروائح الكريهة، التي تلحق أضراراً غير مألوفة بالجيران.

و ينتهي أصحاب هذا الرأي الى القول بضرورة تطبيق نص المادة ١٣٨٢ على المالك، الذي تؤدي ممارسته لسلطاته على مايملك، الى الحاق اضرار غير مألوفة بجيرانه رغم اتخاذه لكافة الاحتياطات اللازمة لمنع هذه الأضرار، باعتبار ذلك من قبيل التعسف في استعمال الحق.

وقد وجد هذا الرأي، بعض الصدى في أحكام القضاء الفرنسي، التي ذهب بعضها (١١٢) الى أن المالك يعتبر متجاوزاً للحدود المرسومة لممارسة حقه، متى الحق ضرراً غير مألوف بجاره. ومن ثم، يتحقق التعسف في استعمال الحق.

٣٧ — نقد هذا الرأي:

تعرض هذا الرأي الى النقد، من جانب كبير من الفقهاء في فرنسا. ولعل أهم أوجه هذا النقد تتمثل في أن أصحاب هذا الرأي قد خلطوا بين نظرية التعسف في استعمال الحق، والتزام الجار، بعدم الحاق الضرر غير المألوف بجاره، باعتبار هذا الأخير أحد تطبيقات التعسف في استعمال الحق. والحقيقة أنه غير ذلك.

(١١٢) Req. 3, Janv. 1887 - D.P. - 1889 - 1 - 39 et S - 1887 - 1 - 263, Trib. de marseille 10, Mars 1905 - S - 1905 - 2 - 149, Req. 5, Déc. 1904 - D - 1905 - 1 - 77, Cass. 20, Janv. 1964 - D - 1964 - 518, Req. 16, Juin 1913 - S - 1914 - 1 - 266

وانظر كذلك أحكاماً أخرى أشار اليها الاستاذ ريبير في المجلة الانتقادية.

Ripert (ex. doc. Abus des droit) R. Critique - 1911 - P. 148.

فاذا كان أغلب الفقه والقضاء قد استقر على أن التعسف في استعمال الحق ليس الا صورة من صور الخطأ، المتمثل في الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد، عند ممارسة الحق، برغم عدم الخروج عن الحدود المادية المرسومة لهذا الحق. سواء تمثل هذا الانحراف في قصد الاضرار بالغير، أو في قصد تحقيق مصلحة غير جدية، أو غير مشروعة. فهل الحالة التي نحن بصدددها، تتفق وهذا التصوير؟ في الواقع لا. فحالتنا تتمثل في أن الجار حين يمارس نشاطه، لا ينحرف عن مسلك الشخص المعتاد، فهو يتخذ كل الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر على جاره، أي أنه لم يرتكب خطأ ما (١١٣) هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، فانه في ممارسته لنشاطه، لا يقصد الاضرار بجاره، كما أنه لا يهدف الى تحقيق مصلحة تافهة، أو غير مشروعة. وانما هو على العكس من ذلك، لا يهدف — من نشاطه — الى الاضرار بجاره بدليل اتخاذه لكل الاحتياطات التي من شأنها منع وقوع الضرر، كما أنه يهدف الى تحقيق مصلحة جدية، ومشروعة.

اذن، فلا مجال للقول بالتعسف على أي معيار. فالتعسف ينطوي على خطأ، ولا وجود لهذا الخطأ. كما أنه يقوم على معايير معينة، لا تدرج الحالة التي نببحثها تحت أي منها. والقول بغير ذلك من شأنه أن يجعل من نظرية التعسف، نظرية غامضة، غير معروفة المعالم، والحدود (١١٤).

٣٨ — خلاصة:

نخلص — مما سبق — الى أن نظرية التعسف لا تصلح أساساً للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الفرنسي. وأن ماوجه اليها من نقد هناك، كان له أثره الواضح، في ضرورة البحث عن أساس آخر لهذه المسئولية.

(١١٣) رسالة ريبير — المرجع السابق — ص ٢٥٤-٢٥٥، رسالة ستيفاني — المرجع السابق — ص ٤٥، مطول بلانيول، وريبير، وبيكار — المرجع السابق — فقرة ٤٧٠. وانظر كذلك:

STARCK, Domaine et fondement de la responsabilité sans faute - R.T.D.C. 1958 - No. 9, Rapport de M. le Conseiller référendaire Fabre sur cass. 18, juill. 1972 - J.C.P. - 1972 - 2 - No. 17203, et Note E.S. de la MARNIERRE au D - 1974 - 73.

PATRICK Girod, La réparation du dommage écologique, Th. Doc. Paris, 1974, (١١٤) P. 91.

وبلانيول، وريبير، وبيكار — المرجع السابق — فقرة ٤٧٠.

المطلب الثالث

التعسف أساس المسؤولية في فقه الشريعة الاسلامية وفي القانون الكويتي، والقانون المصري القديم!

٣٩ — تمهيد، وتقسيم:

انتهينا — فيما سبق — الى أن فقه الشريعة الاسلامية، قد عرف التعسف في استعمال الحق ونهى عنه. وان كان يتجه الى تفضيل استخدام مصطلح المضارة في استعمال الحق — كما أشرنا من قبل (١١٥) لكونه أدق في التعبير عن الفكرة.

ولكن، اذا كان فقه الشريعة، قد عرف الفكرة كنظرية عامة، تنطبق على كافة الحقوق، فان التساؤل يثور عن مدى امكان اعتبارها أساساً للمسئولية عن مضار الجوار. وهو مانع عن له فيما يلي، وان كنا نرى وجوب بحث مدى وجود الالتزام بعدم الاضرار بالجوار في فقه الشريعة قبل أن نبحث في أساسه. ثم نتكلم عن تأثير فقه الشريعة على القانون الكويتي، في ظل تطبيق أحكام المجلة، كما نعرض لهذا التأثير على الفقه، والقضاء المصري، في ظل القانون المدني القديم. وذلك في الفقرات الآتية:

٤٠ — (١) مدى وجود الالتزام بعدم الاضرار بالجوار في فقه الشريعة الاسلامية:

دعت الشريعة الاسلامية السمحة، في مواضع عديدة، الى اكرام الجار، والنهي عن الحاق الضرر به، وخصوصاً ما كان منه فاحشاً. فقد جاء في قوله تعالى: «و بالوالدين احساناً، وبذي القربى واليتامى والمساكين، والجار ذي القربى والجار الجنب» (١١٦). كما وردت عن الرسول الكريم، أحاديث كثيرة تحض على حسن معاملة الجار، وعدم ايذائه. كقوله صلى الله عليه وسلم: «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه». وقوله: «لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقه» أي شوره. كما أن في الفقه

(١١٥) انظر ماسبق هامش رقم (١٠٠).

(١١٦) سورة النساء — الآية ٣٦

الاسلامي، قواعد شرعية كثيرة تدعو الى منع الضرر، ودرء المفساد، كقاعدة «لا ضرر، ولا ضرار» (١١٧) وقاعدة «درء المفساد، أولى من جلب المنافع» (١١٨).

وإذا كان هذا هو الوضع، فما هو موقف فقهاء الشريعة من مسألة إلحاق الضرر الفاحش بالجار. وهل يحق للمالك أن يمارس حقوقه على ما يملك بصورة مطلقة، ولو أدى ذلك إلى إلحاق الضرر الفاحش بجاره؟

لقد فرق الفقهاء بين الجزاء الديني، والجزاء القضائي الديني. فلا خلاف بينهم في أن من يباشر سلطاته على ما يملك يأثم، ويتعرض للجزاء الأخروي، إذا الحق بجاره ضرراً فاحشاً. ولكنهم اختلفوا في مدى إمكان منعه من هذا التصرف بحكم القضاء. وتمثل هذا الاختلاف في آراء ثلاثة على النحو التالي (١١٩):

الرأي الأول: وهو قول أبي حنيفة، والشافعي، وبعض الحنابلة، وبه أخذ الشيعة ويذهب إلى أن الجار لا يبعد قد أساء حقه، ولو ترتب على فعله ضرر بغيره. ومن ثم، فلا يجوز منعه قضاء، من مباشرة سلطاته، على ما يملك. لأن القياس يقتضي أن يكون المالك منتفعاً بملكه انتفاعاً كاملاً من كل الوجوه، فكل منع من هذا الانتفاع يكون فيه مخالفة للأحكام الثابتة، بمقتضى الشرع (١٢٠).

(١١٧) المادة ١٩ من مجلة الأحكام العدلية.

(١١٨) المادة ٣٠ من مجلة الأحكام العدلية، وانظر أيضاً المواد ٢٠ و ٢٧ و ٣١ من المجلة.

(١١٩) انظر استعراضاً تفصيلياً لهذه الآراء في بحث المرحوم الاستاذ أبو زهرة في مجلة إدارة قضايا الحكومة السابق الإشارة إليه - ص ١٠٤ وما بعدها. وبحث المرحوم الاستاذ عيسوى أحمد عيسوى في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السابق الإشارة إليه - ص ١٠٧ و ١٠٨، رسالة عبد السلام داود العبادي - الملكية في الشريعة الإسلامية، طبيعتها، ووظيفتها، وقيودها، دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية - من كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر - القسم الثاني - طبعت في الأردن ١٩٧٥ - فقرة ٤٧٠ وما بعدها، صبحي محمضاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - ح ١ - الطبعة الثانية ١٩٧٢ - ص ٣، عبد المجيد مطلوب - التزامات الجوار، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي - مستخرج من مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد الثاني، ١٩٧٦ - السنة الثامنة عشرة - ص ٤٩٤ وما بعدها.

(١٢٠) الكاساني (الامام علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني الحنفي) - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - ح ٦، الطبعة الثانية ١٩٧٤، دار الكتاب العربي ببيروت - ص ٢٦٣ - ٢٦٤

الرأي الثاني: وهو لمالك، وبعض الخنابلة، وأبي يوسف من أصحاب أبي حنيفة، والظاهرية...

ويذهب الى أن الضرر الفاحش يمنع (١٢١) ويعد مستعمل الحق مسيئاً لاستعماله. وحجة هذا الرأي أن الضرر الفاحش، يؤدي الى منع الانتفاع تماماً، أو على الأقل يؤدي الى نقصه نقصاً كبيراً. كسد الهواء، والضوء. وهذا من شأنه أن يؤدي إلى التعارض بين أمرين. أحدهما، ضرر المالك في تقييد ملكه، وثانيهما ضرر الجار ضرراً فاحشاً بعدم الانتفاع بملكه. ولاشك أن الضرر الاكثريدفع بالضرر الأقل.

الرأي الثالث: ويقترّب من الرأي الثاني، وهو لمحمد. ويذهب الى أن الضرر المعتبر ضرراً يدفع، ولو كان غير فاحش، لأن الانتفاع بالملك يستلزم الا يؤدي الجار جاره أياً كان الضرر، مادام ضرراً دائماً، وغير يسير. أما الضرر غير الدائم، أو اليسير، فهو لا يعتبر اساءة لاستعمال الحق.

ويلاحظ أن الرأيين الثاني، والثالث يقتضيهما الاستحسان، لأنهما يتجهان الى الأخذ بمقاصد الأحكام، والغايات من الشرع الاسلامي، التي تتمثل في رفع المضار، وجلب المصالح.

وقد رجح بعض الفقهاء في المذهب الحنفي رأي أبي حنيفة. أما المتأخرون منهم فقد أخذوا بالرأي الثاني. وهو ما نرجحه، نظراً لأن حق الملكية، ليس حقاً مطلقاً، وإنما له وظيفة اجتماعية (١٢٢) ومن ثم، وجب أن يتقيد بعدم الاضرار بالجار ضرراً فاحشاً.

وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية. فنصت في المادة ١١٩٧ منها على أنه: «لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً، الا اذا كان ضرره لغيره فاحشاً». وبعد أن قررت

(١٢١) الزيلعي (الامام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي) - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - ج ٤، الطبعة الثانية - ص ١٩٦ (دار المعرفة بيروت).

(١٢٢) الاستاذ محمد أبوزهرة - البحث السابق الاشارة اليه - ص ١٠٥، عبد المجيد مطلوب - البحث السابق الاشارة اليه - ص ٤٩٩، رسالة عبد السلام داود العبادي - المرجع السابق - فقرة ٤٦٧.

هذا المبدأ، وضعت أحكاماً تفصيلية لالتزامات الجوار في باب خاص بعنوان «في حق المعاملات الجوارية» في المواد من ١١٩٨ الى ١٢١٢ (١٢٣) .

كما أن مرشد الخيران قد تضمن نصوصاً تعالج نفس المسألة، هي نصوص المواد من ٥٧ الى ٦٣ منه. وهي في مجملتها تتضمن نفس الأحكام (١٢٤) التي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية.

٤١ - (٢) مدى اعتبار فكرة سوء استعمال الحق (التعسف في استعمال الحق) أساساً للمسئولية:

إذا كان الاتجاه الراجح في فقه الشريعة الاسلامية، قد أخذ بمسئولية الجار، عما يلحق جاره من ضرر فاحش — على النحو السابق — فإن التساؤل يثور عن مدى امكان اعتبار فكرة سوء استعمال الحق — أو المضارة في الحق بحسب تعبير الفقه الاسلامي — أساساً لهذه المسئولية.

يرى الفقه أن سوء استعمال الحق، يرتبط بغاية الحق، لابطحوده الموضوعية. ومن ثم، ينبغي على صاحب الحق — عند استعماله — أن يسعى الى تحقيق المصلحة المقصودة منه

(١٢٣) وقد ذكر علي حيدر، (درر الحكام في شرح مجلة الأحكام — ح ٣ — ص ١٢١)، أن مشايخ الاسلام في الدولة العثمانية، من عهد شيخ الاسلام إلى السعود العمادي، قد افترقوا بمذهب أبي يوسف ولهذا فقد أخذت به المجلة. وقد أوردت المادة ١١١٩ من المجلة تحديداً للمقصود بالضرر الفاحش على أنه: «.. هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية المقصودة من البناء، أو يضر بالبناء، بأن يجلب عليه وهناً ويكون سبب انهدامه». كما وضحت المادة ١٢٠١ الضرر غير الفاحش بأنه: «منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية كسد الهواء، والنظارة، أو منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش، لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش..»

(١٢٤) تنص المادة ٥٧ من مرشد الخيران على أن: «للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه، فيعمل حائطه ويبنى ما يريد ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضرراً فاحشاً». كما تنص المادة ٥٩ على أن «الضرر الفاحش ما يكون سبباً لوهن البناء أو هدمه، أو يمنع الحوائج الأصلية. وأما ما يمنع الحوائج التي ليست مقصودة من البناء فليس بضرر فاحش..». كما تنص المادة ٦٠ على أن «يزال الضرر الفاحش سواء كان قديماً أو حادثاً».

شرعاً ويقول الامام الشاطبي في هذا الخصوص: «كل من ابتغى من تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله باطل» (١٢٥).

ولذلك نجد أن الامام الشاطبي يرى أن سوء استعمال الحق هو من باب التعدي بطريق التسبب، وإن مبنى المسؤولية التعدي. ولكنه لا يلتزم بمعيار التعدي عند الاقدمين أي معياره الموضوعي، الذي يقوم على أن التعدي يعتبر عملاً غير مشروع في ذاته، لأنه يتضمن خروجاً على حدود الحق. وإنما يأخذ بالتعدي وفق معيار شخصي، قوامه عناصر نفسية من قصد الاضرار أو مظلنته، أو الاهمال، أو التقصير (١٢٦). وهو ما يقابل الخطأ في القوانين الوضعية.

ولكن الفقهاء المحدثين، لم يقفوا عند معيار التعدي سواء بمفهومه الموضوعي عند الفقهاء القدامى، أو بمفهومه الشخصي، أو الذاتي لدى المتأخرين. لأنه يقصر عن استيعاب كل صور التعسف المعروفة في الفقه الاسلامي من وجهة نظرهم. فبعض حالات التعسف تتحقق بالرغم من أن صاحب الحق، لا يقصد الاضرار، كما لا ينسب اليه الاهمال، أو التقصير، أو مظلنته. وضربوا لذلك مثالا الضرر الفاحش الذي يقع للجار.

ولذلك يرون، أن سوء استعمال الحق ينبني على قاعدة سد الذرائع، في حالات كثيرة وهي قاعدة تهتم بمآلات الأفعال بالدرجة الأولى، أما النظر الى النية، أو التقصير فأمر ثانوي. وينتهي من ذلك الى أن بعض حالات التعسف تعدد بالنتائج لا بالمقاصد (١٢٧)

خلاصة:

نخلص — مما سبق — الى أن فقهاء الشريعة الاسلامية، يرون أن التعسف أساس مسئولية الجار، عما يلحقه إستعماله لحقه بجاره من ضرر فاحش. سواء بالنظر الى النية من

(١٢٥) الامام الشاطبي — الموافقات في أصول الشريعة (شرح وتعليق الاستاذ محمد عبد الله دراز) — ج ٢ — ص ٣٣٣.

(١٢٦) الامام الشاطبي — المرجع السابق — صفحات ٣٤٨ و ٣٥٧ و ٣٥٨.

(١٢٧) بحث المرحوم الاستاذ عيسى أحمد عيسى — المرجع السابق — ص ١١٣، رسالة محمد شوقي السيد — المرجع السابق — فقرة ٩٨، رسالة فتحي الدريني — الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده، ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون — رسالة من كلية الشريعة والقانون — جامعة الازهر (من مطبوعات جامعة دمشق ١٩٦٧) — ص ٢٨٥

قصداً للاضرار، أو مظنته، أو الإهمال، أو التقصير، أو بالنظر إلى نتائج استعمال الحق، وما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر.

ولذلك، نجد بعض الباحثين المحدثين (١٢٨) يذهب إلى تعريف التعسف في فقه الشريعة على أنه انحراف صاحب الحق عن تحقيق غايته. وهو يحدد هذه الغاية بالمصلحة الجدية، والمشروعة. فالتعسف إذن هو انحراف صاحب الحق عن تحقيق مصلحة جدية، ومشروعة.

٤٢ - التعسف أساس المسؤولية عن مضار الجوار في القانون الكويتي:

يتجه الفقه إلى أن أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة - أو الضرر الفاحش بحسب عبارة المجلة - في القانون الكويتي هو التعسف في استعمال الحق. سواء في ظل تطبيق أحكام المجلة، أو في ظل تطبيق القانون المدني الحالي. وسنعرض لهاتين المرحلتين، فيما يلي:

أولاً: في ظل تطبيق أحكام المجلة:

من المعلوم أن أحكام المجلة قد طبقت في الكويت ابتداءً من سنة ١٩٣٨. وقد بينا - فيما سبق - كيف أن المجلة قد تضمنت نصوصاً عديدة، تقرر المسؤولية عما يحدثه الجار من ضرر فاحش لجاره. وعلى الرغم من أن المجلة لم تتضمن نصاً صريحاً يقرر الأخذ بفكرة سوء استعمال الحق، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد وجدوا في هذه الفكرة أساساً للمسؤولية عن مضار الجوار. وهو ما جرى عليه الفقه في الكويت في ظل تطبيق أحكام المجلة (١٢٩).

(١٢٨) رسالة محمد شوقي السيد - المرجع السابق - فقرة ٣٥٦.

(١٢٩) محمد هشام القاسم - مذكرات في الحقوق العينية (حق الملكية) - لطلاب كلية الحقوق والشريعة - بجامعة الكويت في العام الدراسي ١٩٧٣/١٩٧٤، مذكرات على الآلة النسخة - ص ٥٤، ومؤلفه - المدخل إلى علم الحقوق - دمشق ١٩٥٦ - ص ٢٧٦، غنى حسن طه - الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي - دراسة مقارنة (الجزء الأول، حق الملكية) ١٩٧٧ - فقرة ٩٠ - ص ٨١-٨٢ (من مطبوعات جامعة الكويت).

ثانياً: في ظل تطبيق القانون المدني الحالي:

تأثر المشرع الكويتي المدني، بما كان عليه الحال في ظل تطبيق أحكام المجلة، وهو مابداً واضحاً في مسلكه الصريح باعتبار أن أساس المسؤولية عن الضرر الفاحش يكمن في نظرية التعسف في استعمال الحق، التي نص على الأخذ بها صراحة في المادة ٣٠ من القانون المدني، واعتبار الضرر الفاحش أحد تطبيقاتها. وهو ما يتضح بجلاء من نص المادة الذي يقرر أنه:

«يكون استعمال الحق غير مشروع، إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية. وبوجه خاص:

أ — إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة.

ب — إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ج — إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير.

د — إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً، غير مألوف».

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية، تعليقا على هذا النص (١٣٠) أن المشرع وإن كان قد تجنب استخدام اصطلاح التعسف لسعته وإبهامه، إلا أنه قد وضع المبدأ العام في التعسف. فدمغ استعمال الحق بعدم المشروعية إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية. ثم أورد التطبيقات الرئيسية لعدم المشروعية. وأول هذه التطبيقات كون استعمال الحق يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة. فهو يركز على غاية الحق، أو الغرض منه، سواء أكان عدم المشروعية لمخالفة حكم من أحكام القانون، أو النظام العام، أو الآداب.

أما التطبيق الثاني، والثالث فيركز على كون استعمال الحق قد تم بقصد الإضرار بالغير، سواء أكان قصد الإضرار هو الهدف الوحيد — كما ورد في التطبيق الثاني — أو كان قصد الإضرار الهدف الرئيسي، نظراً لتفاهة المصلحة التي تترتب لصاحب الحق من وراء استعماله. فكأن تفاهة المصلحة، تعتبر قرينة على قصد الإضرار بالغير.

(١٣٠) ص ٢٩، وما بعدها.

أما التطبيق الرابع والأخير — وهو ما يعيننا هنا — فينصرف الى أن المشرع الكويتي قد اعتبر استعمال الحق غير مشروع، إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية، تعليقاً على هذا التطبيق الأخير من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق أنه: «تطبيق يخصه الفقه الاسلامي بكيان مستقل، و يوليه كثيراً من الاهتمام، وقد قننته المجلة في المادة ١١٩٨» (١٣١).

وهكذا، يتضح لنا أن القانون المدني الكويتي، قد اعتنق نظرية التعسف في استعمال الحق، شأنه في ذلك شأن التشريعات المدنية الحديثة مستهدياً في ذلك بما وصلت إليه هذه التشريعات في تنظيمها، وبما تضمنه فقه الشريعة الاسلامية من تطبيقات لها.

وقد اعتبر هذا القانون أن أضرار الجوار الفاحشة، أو غير المألوفة (١٣٢) تطبيق من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق (١٣٣) فاعتبر أن استعمال صاحب الحق لحقه استعمالاً من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف، ان هو الا من قبيل الانحراف عن الغرض منه، أو عن غايته الاجتماعية. وهو المبدأ العام الذي وضعه المشرع في صدر المادة ٣٠.

(١٣١) ص ٣٠.

(١٣٢) يفرق الأستاذ الدكتور محمد لبيب شبب بين الضرر الفاحش، والضرر غير المألوف. فيعرف الضرر الفاحش بأنه الضرر الجسيم، الذي يمنع الغير من استعمال حقه، أو يفوت عليه منفعة أساسية يحولها له الحق. أما الضرر غير المألوف، فهو الضرر الذي لم تجر العادة بتحمل الناس له دون شكوى. انظر مؤلفه في الحقوق العينية الأصلية — مذكرات على الآلة الناسخة لطلاب كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت، للعام الجامعي ١٩٨١ — ص ١٣٩.

ونحن نعتقد أن هذه التفرقة لا مبرر لها. فالضرر الفاحش يكون عادة غير مألوف. ومن ثم، يمكن الاكتفاء بوصف الضرر بأنه فاحش، كما فعل فقه الشريعة الاسلامية. أو بكونه غير مألوف، كما فعل القانون الفرنسي، والقانون المصري.

(١٣٣) ونعتقد أنه أراد بذلك أن يحسم الخلاف حول أساس هذه المسؤولية، بانتهاءه الصريح الى الاستناد الى نظرية التعسف، وحتى لا يثور الخلاف حول هذا الأساس، على نحو ما ثار في الفقه المصري، في ظل القانون المدني الحالي. انظر استئناف مستعجل رقم ١٩٨٢/٢ في ١٩٨٢/٢/١٥ — منشور في مجلة المحامي الكويتية — السنة الخامسة — عدد سبتمبر / اكتوبر ١٩٨٢ — ص ٩٥.

وسوف نرجىء ملاحظتنا الانتقادية على مسلك المشرع الكويتي الحالي، الى حين بحث موقف الفقه المصري، في ظل القانون المدني الحالي في مصر، لأن ملاحظتنا عليهما ستكون واحدة (١٣٤).

٤٣ — التعسف أساس المسؤولية في القانون المدني المصري القديم:

يلاحظ أن القانون المدني المصري القديم لم يكن يتضمن نصاً عاماً، يحكم المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة. كما أنه لم يكن يتضمن ما يفيد اعتناقه لنظرية التعسف في استعمال الحق. وكل ما كان يتضمنه في خصوص التزامات الجوار، كان مجرد نص يقرر منع مالك الحائط — الذي يستند به ملك الجار — من هدمه دون عذر قوي (المادة ٣٨ فقرة ٢ / المادة ٦٠ فقرة ٢).

ولكن، رغم هذا الفراغ التشريعي، فإن القضاء المصري لم يتردد في الحكم بمسؤولية الجار، عما يلحقه استعماله لحقه من أضرار غير مألوفة (١٣٥)، مقتضياً في ذلك أثر القضاء الفرنسي (١٣٦)، وأخذاً بالاتجاه الراجح في فقه الشريعة الاسلامية، الذي ذهب الى تقرير هذه المسؤولية، كما سبق أن عرضنا (١٣٧). وهو ما قننته مجلة الأحكام العدلية، وماورد النص عليه في مرشد الحيران.

ولكن، اذا كان لاختلاف في أن القضاء المصري — في ظل القانون القديم — قد أخذ بمسؤولية الجار، عما يسببه لجاره، من مضار غير مألوفة. فإن التساؤل يثور عن الأساس الذي استند إليه هذا القضاء في القول بهذه المسؤولية!

لقد ذهب القضاء المصري القديم، في تقرير أحكامه مذاهب شتى (١٣٨) فاما أنه

(١٣٤) انظر مايلي، فقرة ٥٠.

(١٣٥) انظر في الإشارة الى أحكام عديدة في هذا الموضوع، محمد كامل مرسي — المرجع السابق — فقرة ٢٧٨ — ص ٢٦١، وهوامش صفحات ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣، السنهاوي — الوسيط — ص ٨٠ (المرجع السابق) — هامش (٢) من ص ٦٨٥.

(١٣٦) محمد كامل مرسي — المرجع السابق — فقرة ٢٧٨.

(١٣٧) انظر ما سبق — فقرة ٢٩، عبد المنعم البدر اوي — المرجع السابق — فقرة ٨٥، ص ١١٢، رسالة محمد علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة — من حقوق عين شمس ١٩٧٣، ص ٦٥١.

(١٣٨) محمد كامل مرسي — المرجع السابق — فقرة ٢٨١، عبد المنعم البدر اوي — المرجع السابق — فقرة ٨٥.

كان يكتفي بالقول أن هذا مايجرى عليه العمل في القضاء الفرنسي. أو أن قواعد العدل، والانصاف تقتضي ذلك. واما انه كان يرى في نص المادة ٣٨ الفقرة الثانية/ ٦٠ الفقرة الثانية المشار إليها أساساً لهذه المسؤولية. ولكن جل أحكامه كان يتجه الى الاستناد الى العرف متلمساً في فقه الشريعة الاسلامية، الأساس القانوني لهذه المسؤولية. على اعتبار أن أحكام الشريعة الاسلامية، تعتبر عرفاً للبلد.

ونحن نقف عند هذا الاتجاه الأخير، الذي ذهب الى أن أحكام الشريعة الاسلامية تعتبر أساس المسؤولية، في أحكام القضاء، في ظل القانون المدني المصري القديم. لأن اطلاق القول عل هذا النحو، يكون بلامعنى. ولكن متى حددناه، في ضوء ماسبق ايضاحه، من أن الاتجاه الراجح في فقه الشريعة الاسلامية، قد أخذ بالمسؤولية عن الضرر الفاحش (غير المألوف). وأنه، وجد في فكرة سوء استعمال الحق، أو المضارة في الحقوق (التعسف في استعمال الحق)، الأساس القانوني، الذي يمكن الاستناد اليه، في تقرير هذه المسؤولية. فاننا نستطيع أن نقرر أن أساس المسؤولية في ظل القانون المصري القديم، كان يتمثل في نظرية التعسف في استعمال الحق، على الرغم من خلوهذا القانون، من نص صريح يقرها.

ونحن لانسلم بصحة هذا الأساس، الأمر الذي سنبسط القول فيه في المطلب الخامس، من هذا البحث، عند عرض موقفنا من نظرية التعسف، ومدى اعتبارها — من وجهة نظرنا — أساساً لهذه المسؤولية (١٣٩)

المطلب الرابع

الاتجاه القائل بالتعسف اساساً للمسؤولية في القانون المدني المصري الحالي

٤٤ — تقسيم:

سنعرض للاتجاه القائل أن التعسف أساس المسؤولية، في القانون المصري، من حيث مضمونه، وحجج أصحابه، والنقد الذي وجه اليه، وردهم عليه. في الفقرات التالية.

(١٣٩) انظر مايلي، فقرة ٤٨، ومابعدها.

٤٥ — (أ) مضمون الاتجاه القائل بالتعسف أساساً للمسئولية:

ذهب اتجاه في الفقه المصري يتزعمه الاستاذ الدكتور حسن كيره (١٤٠) الى أن أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، يكمن في نظرية التعسف في استعمال الحق. وان نص المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري ليس سوى أحد تطبيقات نظرية التعسف، التي نص عليها المشرع كقاعدة عامة في المادة الخامسة من هذا القانون.

ولكن اذا كان أصحاب هذا الاتجاه يتفقون من حيث المبدأ — وهو اعتبار التعسف أساس المسؤولية — الا أنهم يختلفون من حيث مدى اعتباره أحد صور الخطأ. فقد ذهب الأستاذ الدكتور كيره الى ان نظرية التعسف، لا تدخل دائرة المسؤولية التقصيرية. ومن ثم،

(١٤٠) اعتنق الاستاذ الدكتور حسن كيره هذا الرأي في رسالته باللغة الفرنسية عن التعسف في استعمال الحق،
La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit Egyptien. Th., Doc.,
Paris 1952, (dect.).

ودافع عنه بعد ذلك في مؤلفاته، أصول القانون، والمدخل الى القانون، والحقوق العينية الاصلية — حق الملكية. وسنعرض في ايجاز شديد، افكاره الاساسية حول هذه المسألة، وبالقدر الضروري الذي يخدم هذا البحث. وفي نفس الاتجاه، محمد علي عرفه — موجز في حق الملكية، وأسباب كسبه — ص ٥٢، منصور مصطفى — حق الملكية في القانون المدني المصري ١٩٦٥ — فقرة ٢٥. وان كان يذهب الى القول أنه وان كان يرى أن الغلو في الاستعمال يعتبر تطبيقاً لفكرة التعسف بوجه عام، الا أنه لا يرى فيه تطبيقاً للمادة الخامسة، هامش (٢) من ص ٦٣. (ويلاحظ أن الأستاذ الدكتور منصور قد عدل عن هذا الرأي، بعد ذلك، وأخذ بفكرة تحمل التبعة كأساس للمسئولية، في بحث له بعنوان «الخطأ في المسؤولية المدنية» القاه على طلاب دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص بكلية الحقوق والشرعة/جامعة الكويت، في العام الجامعي ١٩٧٤/١٩٧٥ (على الآلة النسخة) — انظر فقرة ٤١ من هذا البحث، وعلى وجه الخصوص ص ٩٣ منه)، عبد الفتاح عبد الباقي — محاضراته في المسؤولية عن حوادث السيارات — المرجع السابق.

هامش (١) من ص ٤٦، هشام القاسم — المدخل الى علم الحقوق (المرجع السابق) — ٢٧٦، حيث يرى أن نص المادة ٧٧٦ من القانون المدني السوري المقابل لنص المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري يجد أساسه في نظرية التعسف، ومذكراته في الحقوق العينية الاصلية — المرجع السابق — ص ٥٠. حسين عامر وعبد الرحيم عامر — المرجع السابق — فقرة ٣٣٩، حسن عكوش — المرجع السابق فقرة ٤٥، رسالة محمد علي حنبولة — المرجع السابق — ص ٦٥١، رسالة محمد شوقي السيد — المرجع السابق فقرة ٢٩١، غنى حسون طه — المرجع السابق — ص ٨١، ويرى أن هذا هو أساس المسؤولية عن مضار الجوار الفاحشة التي نصت عليها المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي، التي تقابل نص المادة ٨٠٧ مدني مصري.

فالتعسف ليس خطأ (١٤١) «وانما له أساس ووجود مستقل عن فكرة الخطأ، ويميز عنها» (١٤٢) لأنه «يعني تخلف غاية الحق أو مناقضتها» بينما «يعني الخطأ الانحراف عن السلوك المألوف» (١٤٣). وانه يقرر في نفس الوقت أن التعسف يتحقق «كلما انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته» (١٤٤) .

و يدعم رأيه هذا، بأن التعسف يولد المسؤولية «داخل دائرة المشروعية ورغمما عنها» بينما «يولد الخطأ المسؤولية خارج دائرة المشروعية» (١٤٥).

كما ذهب الى أن التعسف ليس نوعاً متميزاً من الخطأ (١٤٦) وينتهي الى أن المشكلة التي تثيرها فكرة التعسف، مشكلة أولية، وسابقة على مشكلة المسؤولية، وتجاوز في دورها، وجزائها الدور والجزاء التعويضي البحث (١٤٧)، الذي تقتصر عليه فكرة المسؤولية، فدورها وقائي، وعلاجي على السواء. ومن ثم، فان لها كياناً مستقلاً خارج نطاق المسؤولية التقصيرية، فهي نظرية عامة مستقلة، تجد وضعها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق (١٤٨) و يعزو هذا، الى أن فكرة التعسف تتعلق أساساً بتصوير الحق، فهي في حقيقتها وزن لاستعماله على ضوء غايته، مما يجعلها فكرة ملازمة، ومكملة له (١٤٩).

و يرى أن فكرة الانحراف عن غاية الحق هي قوام نظرية التعسف. سواء أكان هذا الانحراف لفساد في الباعث، أو غير ذلك (١٥٠).

(١٤١) مؤلفه المدخل الى القانون - بيروت ١٩٦٧ - فقرة ٣٦١، رسالته السابق الاشارة اليها - ص ١٨٩ - ١٩٠. ويؤيده، محمد علي حنبولة - الرسالة السابق الاشارة اليها - ص ٦٥١.

(١٤٢) المدخل الى القانون - المرجع السابق - ص ٨٩٢.

(١٤٣) نفس المرجع، والاشارة السابقة.

(١٤٤) نفس المرجع، والاشارة السابقة.

(١٤٥) المرجع السابق - ص ٨٩٣.

(١٤٦) المرجع السابق، والاشارة السابقة.

(١٤٧) المرجع السابق - ص ٨٩٨، وقارن في هذا ماورد في المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقاً على نص المادة ٣٠/د - ص ٣١ حيث يبدو تأثر واضعها بأفكار الاستاذ الدكتور كبره.

(١٤٨) المرجع السابق - ص ٨٩٩.

(١٤٩) المرجع السابق - ص ٩٠٤.

(١٥٠) مؤلفه، أصول القانون المدني، الجزء الأول - الحقوق العينية الأصلية (أحكام حق الملكية) ١٩٦٥ - هامش ص ٣٢٤.

خلاصة القول اذن، ان الاستاذ الدكتور كيره، يرى أن فكرة التعسف في استعمال الحق لا تعتبر خطأ، على أي نحو، وانما هي نظرية مستقلة، ولها كيان ذاتي، يخرج عن دائرة المسؤولية. ولذلك، فقد نصت عليها التشريعات التي أخذت بها، في صدر نصوصها التمهيدية، لاضمن النصوص المتعلقة بالمسئولية التقصيرية.

أما الفقهاء الآخرون فهم وان كانوا قد اعتبروا التعسف أساس المسؤولية عن مضر الجوار غير المؤلف، متفقين في ذلك مع الأستاذ الدكتور كيره، الا أنهم لم ينكروا أن التعسف خطأ يدخل ضمن دائرة المسؤولية التقصيرية (١٥١).

(ب) الحجج التي استند اليها أصحاب هذا الرأي:

يستند أصحاب هذا الرأي الى عدة حجج هي، أن المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي، كان يتضمن، بالاضافة الى معايير التعسف معياراً يتعلق بالضرر غير المؤلف. فكان يعتبر أن استعمال الحق يكون غير مشروع «اذا كان من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المؤلف» (١٥٢) واذا كان هذا المعيار لم يرد في المادة الخامسة، التي نصت على التعسف في الصياغة النهائية، فليس معنى ذلك أن المشرع قد عدل عن الأخذ بهذا المعيار، وانما يرجع ذلك الى أنه اكتفى بالتطبيق الخاص الموجود له، الذي نصت عليه المادة ٨٠٧، في خصوص حق الملكية، وهو موطن تطبيقه الرئيسي (١٥٣) هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، فان فقه الشريعة الاسلامية، الذي أخذ عنه القانون المدني الحالي، نظرية التعسف، كان يأخذ بفكرة الضرر الفاحش، مؤسساً اياها على فكرة اساءة استعمال الحق، وقد جراه في ذلك القضاء المصري، في ظل القانون المدني

(١٥١) جميع المراجع المشار اليها في هامش (١٤٠) عدا الدكتور حسن كيرة، ورسالة محمد علي حنبولة.
(١٥٢) كانت المادة السادسة من المشروع التمهيدي للقانون المدني، التي تقابل المادة الخامسة من هذا القانون، تتضمن — الى جانب المعايير الثلاثة للتعسف، التي استقر الاخذ بها في المادة الخامسة — معيارين آخرين حذفاً عند الصياغة النهائية، كان أولهما يتعلق بتعارض الحق مع مصلحة عامة جوهرية. وبتمثل ثانيهما في حالة استعمال الحق استعمالاً من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه، تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المؤلف.

(١٥٣) حسن كيره — رسالته السابق الاشارة اليها — ص ٢٧٣، المدخل الى القانون، السابق الاشارة اليه — ص ٩١٩، حق الملكية، السابق الاشارة اليه — فقرة ٩٨ — ص ٣٢٠.

القديس. ولا يظن عدول المشرع المصري عن هذا الاتجاه، بل على العكس، يستفاد من الاعمال التحضيرية تمسكه بهذا التكييف (١٥٤) من «واقع استقائه أحكام نظرية التعسف من الفقه الاسلامي خاصة، واستهدائه في ذلك باتجاه القضاء المصري (١٥٥).

ومن ناحية ثالثة، ان في الأخذ بنظرية التعسف كأساس للمسئولية عن مضار الجوار، مايغني عن التبريرات الأخرى، التي تقدم في هذا الشأن، وتستهدف للنقد، من جوانب عديدة، كنظرية الخطأ، أو نظرية المخاطر، أو مجاوزة المالك للحق، والخروج عن نطاقه (١٥٦).

٤٦ — نقد هذا الاتجاه من جانب خصومه، ورد أنصاره عليهم:

انتقد أنصار فكرة الالتزام القانوني في الفقه المصري — الذين عرضنا لاتجاههم وانتقدناه (١٥٧) — الرأي السابق القائل بالتعسف أساساً للمسئولية. وتركز نقدهم لهذا الأساس فيما يلي:

ان التعسف في استعمال الحق، ليس الا انحرافاً عن سلوك الشخص المعتاد، عند ممارسة الحق. ومن ثم، فهو خطأ، في حين أن الجار الذي يمارس حقه، مع اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لمنع الاضرار بالجار، لا يرتكب خطأ ما. وهذا النقد، سبق أن تردد في الفقه الفرنسي (١٥٨).

كما أن التعسف في استعمال الحق «معناه مزاولة الحق دون باعث جدي ولا مشروع» بينما يهدف الجار الى تحقيق مصلحة جدية ومشروعة. فمضار الجوار، لا تدخل في المعايير الثلاثة التي نص عليها المشرع في المادة الخامسة، نظراً لأنها ليست تعسفاً في

(١٥٤) حسن كبره — حق الملكية، السابق الاشارة اليه ص ٣٢١.

(١٥٥) حسن كبره — حق الملكية (المرجع السابق) — فقرة ٩٨ — ص ٣٢١.

(١٥٦) المرجع السابق — نفس الموضع.

(١٥٧) ماسبق — فقرة ٢٦ وفقرة ٢٧.

(١٥٨) ماسبق — فقرة ٣٧.

استعمال الحق (١٥٩) وما يدعم ذلك ، أن المشروع التمهيدي ، كان ينص عليها كمعيار من معايير التعسف ، ولكنه حذف في المشروع النهائي (١٦٠).

ويردد البعض — بالاضافة الى ما سبق — ماذكره الاساتذة بلانيول ، وريبير ، وبيكار في الفقه الفرنسي (١٦١) من أننا لو «أردنا أن نوسع من نطاق نظرية التعسف كي ندخل فيها هذه الحالة لأضحت غير واضحة المعالم والحدود» (١٦٢).

وقد رد الأستاذ الدكتور حسن كبيره على هذا النقد بقوله أنه «ليس بمقبول أن يعترض على اقامة مسئولية المالك عن الأضرار غير المألوفة بين الجيران ، على أساس التعسف في استعمال الحق بأن هذه الصورة لا تدخل ضمن المعايير الثلاثة للتعسف الواردة في المادة الخامسة من التقنين المدني ، اذ ليس ثم ما يمنع المشرع من أن يضيف الى هذه المعايير معايير أخرى في النصوص الخاصة بمجالات تطبيقاتها الرئيسية ، كما فعل بالنص على هذه الصورة في المادة ٨٠٧ ، في باب حق الملكية . وليس في هذا التأسيس ما يدعو الى التخوف ، الذي يبديه البعض ، لأن النتيجة العملية — وهي تقرير مسئولية ، المالك عن الأضرار غير المألوفة — واحدة لا تختلف ، باختلاف التكييف والتأصيل» (١٦٣).

و يضيف أنه لا يجوز القول أن حالات التعسف الثلاث تجمعها فكرة فساد الباعث على استعمال الحق ، وهو مالا يتحقق ، في حالة مضار الجوار ، لأن فساد الباعث ليس هو قوام هذه المعايير الثلاثة ، أو على الأقل لا تنحصر نظرية التعسف في هذه الفكرة . ومن ثم يستطيع المشرع اضافة معايير أخرى ، في نصوص خاصة . والواقع ان فكرة الانحراف عن غاية الحق ، هي قوام نظرية التعسف (١٦٤).

(١٥٩) السنهاوري — الوسيط ، حـ (المرجع السابق) — فقرة ٤٢٧ ، و فقرة ٤٣٤ ، عبد المنعم البدر اوي — المرجع السابق — فقرة ٨٣ ، عبد المنعم فرج الصده — حق الملكية — الطبعة الثانية ١٩٦٤ — فقرة ٥٨ ، توفيق فرج — المرجع السابق — فقرة ٦٢ .

(١٦٠) السنهاوري — الوسيط ، حـ (المرجع السابق) هامش (١) من ص ٦٩٤ .

(١٦١) ماسبق — فقرة ٣٧ ، وهامش رقم (١١٤) .

(١٦٢) عبد المنعم فرج الصده — المرجع السابق — فقرة ٥٨ — ص ٩١ .

(١٦٣) مؤلفه — حق الملكية (المرجع السابق) — هامش ص ٣٢٤ ، وفي نفس الاتجاه ، منصور مصطفى منصور —

المرجع السابق — فقرة ٢٥ ، وإن كان قد عدل عن هذا الرأي كما سبقت الاشارة ، انظر هامش (١٤٠) .

(١٦٤) حق الملكية — المرجع السابق — نفس الاشارة السابقة .

٤٧ - خلاصة:

عرضنا - فيما سبق - للاتجاه القائل بالتعسف أساساً للمسئولية، في الفقه المصري، موضحين تأصيل أنصار هذا الاتجاه لفكرة التعسف ذاتها، ومدى اعتبارها إحدى حالات الخطأ التقصيري وبيننا الحجج التي استندوا إليها للأخذ بهذا الأساس. وموقف خصوم الفكرة، وردهم عليهم.

ولنا بعد هذا الاستعراض بعض الملاحظات على فكرة التعسف، كأساس لهذه المسئولية سواء في القانون الكويتي الذي نص عليها صراحة، أو في الفقه المصري. وهو مانخصص له المطلب الخامس من هذا المبحث.

المطلب الخامس

ملاحظتنا على مسلك المشرع الكويتي، والفقه المصري القائل بالتعسف أساساً للمسئولية عن مضار الجوار

٤٨ - تمهيد، وتقسيم:

بعد أن عرضنا لفقه الشريعة الإسلامية، وماسلكه المشرع الكويتي في المادة ٣٠ فقرة د من القانون المدني، وما اتجه إليه بعض الفقه المصري من أن أساس المسئولية عن مضار الجوار، يتمثل في نظرية التعسف في استعمال الحق. نعتقد أنه قد جاء الوقت الذي نبدي فيه ملاحظتنا في شأن هذه النظرية، ومدى اعتبارها أساساً للمسئولية عن مضار الجوار.

نحن نعتقد أن نظرية التعسف، لا تصلح أساساً لهذه المسئولية، سواء في فقه الشريعة الإسلامية، أو في القانون الكويتي، أو في القانون المصري. وسنعرض لما نراه بشيء من التحليل والتفصيل في الفقرات التالية:

٤٩ - التعسف لا يصلح أساساً للمسئولية في فقه الشريعة الإسلامية:

إذا كان من المقبول أن يفهم التعسف على، أنه من قبيل التعدي بالتسبب، سواء بالمعيار الموضوعي، أي مجاوزة الحدود المشروعة للحق، أو بالمعيار الشخصي، الذي يستلزم

قصد الاضرار، أو مظنته، أو الإهمال، أو التقصير. لأن في التعدي معنى المسلك المييب للشخص، سواء تحقق ذلك بمجرد اتيان الفعل المادي في ذاته، أو اقترن بالنية، أو بمجرد الإهمال. وهو ما اتجه إليه الفقهاء المتأخرون، ومنهم الامام الشاطبي.

فمن غير المقبول ما يراه المحدثون من الفقهاء، من رد التعسف الى قاعدة سد الذرائع، حتى تستوعب حالات أخرى، يرونها - تعسفاً - من قبيل التعسف. وأبرزها حالة الضرر الفاحش الذي يلحق الجار، فيضيفون الى معيار التعدي، الاعتداد بنتيجة ممارسة الحق، فإذا كانت هذه النتيجة ضارة كان ذلك من قبيل التعسف.

لأننا لانعتقد في سلامة هذا النظر، ولا يجوز رد فكرة التعسف، الى قاعدة سد الذرائع، لمجرد محاولة تطويعها، لاستيعاب بعض الصور التي تنأى بطبيعتها عن فكرة التعسف، وأبرزها حالة الضرر الفاحش، التي نحن بصدددها. فمن غير المقبول تطويع الأفكار المستقرة على نحو معين، يغير مضمونها، حتى تستوعب ما لا يدخل أصلاً في نطاقها.

ولذلك، نحن نرى أن فكرة التعسف هي - كما فهمها فقهاء الشريعة القدامى منهم والمتأخرون - تعني انحرافاً في سلوك الشخص، سواء بمعناه المادي وحده، أو بالمعنى الشخصي. ولا يجوز التوسع فيها، فيما وراء ذلك. ومن ثم، نصل الى أن الضرر الفاحش، الذي يلحق الجار، لا يمجّد أساسه، في فكرة التعسف، وفقاً لهذا المفهوم، لأنه لا ينطوي على مسلك معيب، على أي نحو، فالمسئولية لم تترتب الا بالنظر الى النتيجة الضارة.

ومن ثم، ينبغي - في تقديرنا - وجوب البحث عن أساس آخر لهذه المسئولية، يستقي من فقه الشريعة، يكون أكثر دقة. ولعل في فكرة تحمل التبعة، وهي من الأفكار المعروفة في فقه الشريعة الاسلامية، ما يمثل هذا الأساس الملائم، وهو ما سنزيده ايضاحاً فيما بعد، عند عرضنا لهذه الفكرة (١٦٥).

٥٠ - التعسف لا يصلح أساساً للمسئولية في القانون الكويتي، نقد مسلك المشرع:

نحن لانعتقد في سلامة مسلك المشرع الكويتي، الذي أقام المسئولية على أساس التعسف بالنص على الضرر الفاحش، غير المألوف، على أنه صورة من صور التعسف في

(١٦٥) انظر مايلي - فقرة ٧٢.

الفقرة (د) من المادة ٣٠ من القانون المدني. والواقع أنها ليست كذلك، بل هي لا تمت الى التعسف متى سلمنا أن التعسف، يعني سلوكاً معيباً للشخص عند ممارسة حقه.

ولعل فيما جاء بالمذكرة الايضاحية، تفسيراً لهذا النص ما يكون سنداً لنا فيما نقول: اذ جاء فيها — على نحو ما أوردنا (١٦٦) — أن المشرع قد دمج استعمال الحق بعدم المشروعية اذا انحرف به صاحب الحق عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية.

واذا كان المشرع قد أورد في الفقرات أ وب وج من هذا النص، ما يعتبر تطبيقاً لهذا المبدأ. فانه قد انحرف عن ذلك، حينما أورد حالة الضرر الفاحش غير المألوف في الفقرة (د). فهذه الصورة الاخيرة، لا تتضمن انحرافاً من جانب صاحب الحق، أي مسلماً معيباً ينافي الغرض من استعماله، أو يتعارض مع وظيفته الاجتماعية

ومن ثم، فلا يسعنا الا أن نقرر أن المشرع الكويتي، حينما اعتبر التعسف أساساً للمسئولية عن الضرر الفاحش غير المألوف، قد جانبه التوفيق.

٥١ — التعسف لا يصلح أساساً للمسئولية في القانون المدني المصري الحالي:

نحن لانرى التعسف أساساً للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة، في القانون المدني المصري الحالي. ولذلك فنحن لسنا مع الاتجاه القائل به في الفقه المصري. ونرى لتوضيح موقفنا منه أن نميز بين طائفتين من أنصاره.

الطائفة الأولى: وهي تلك التي تسلم بأن التعسف، ليس الا حالة من حالات الخطأ. والرد عليها جد يسير. فمادام التعسف خطأ، أي انحرافاً عن مسلك الشخص المعتاد، فهو لا يصلح أساساً للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة. لأننا جميعاً نسلم بأن الجار يستعمل حقه في حدوده المشروعة، متخذاً كل الاحتياطات، التي يتخذها الشخص المعتاد لتجنب الاضرار بجاره، مستهدفاً مصلحة جدية، ومشروعة. فأين التعسف اذن؟!.

أما الطائفة الثانية: وهي تلك التي تعتبر التعسف لا يندرج في نطاق المسئولية التقصيرية، كما لا تعتبره حالة من حالات الخطأ على أي وجه. وتنتهي الى كونه ذا كيان

(١٦٦) ماسبق — فقرة ٤٢ (ثانياً).

مستقل فنستطيع أن نضيف الى ماوجه لفكرتهم من نقد، من خصوصها (١٦٧)، نقداً آخر نأخذه من تعريفهم لها. فقد رأينا أنهم يذهبون الى أن الانحراف عن غاية الحق هو قوام نظرية التعسف (١٦٨). ولا يسعنا الا أن نتساءل عن معنى ذلك ! الا يعني مسلماً معيماً من جانب صاحب الحق، ينحرف به عن الغاية المقصودة منه؟ — وهل يعني الخطأ شيئاً آخر غير ذلك؟! وحتى اذا سلمنا بأن المعايير الثلاثة الواردة في نص المادة الخامسة من القانون المدني المصري لم ترد على سبيل الحصر، الا ينبغي على المشرع، اذا أراد أن يورد حالة أخرى — في تطبيق خاص لفكرة التعسف — أن تكون داخلية في نطاق الفكرة ذاتها «الانحراف عن غاية الحق»! — فهل ما يأتيه الجار من نشاط متخذاً، كل الاحتياطات الواجبة لمنع الاضرار بجاره، مستهدفاً مصلحة جديده، ومشروعة، يعتبر انحرافاً عن غاية الحق حتى يقال أن التعسف أساس المسؤولية؟! — لانتقد.

٥٢ — خلاصة:

نخلص — مما سبق — الى أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تصلح — في تقديرنا — أساساً للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة. سواء في القانون الفرنسي، أو في فقه الشريعة الاسلامية، أو في القانون المصري. كما أن المشرع الكويتي المدني، لم يحالفه التوفيق حينما اعتبرها صراحة أساس هذه المسؤولية في المادة ٣٠/د. ولقد انتهينا — من قبل (١٦٩) — الى أن هذا هو الاتجاه الراجح في الفقه الفرنسي. وبذلك، فلازلنا في حاجة الى البحث عن أساس مناسب لهذه المسؤولية.

المبحث الرابع

تأسيس المسؤولية على الخطأ المفترض في الحراسة

٥٣ — تمهيد:

عرضنا — فيما سبق — للجهود التي بذلها الفقه، والقضاء، في محاولة ليجاد أساس سليم للمسئولية عن مضار الجوار. وقد تركزت هذه الجهود حول رد هذه المسؤولية، الى فكرة

(١٦٧) انظر ماسبق — فقرة ٤٦.

(١٦٨) ماسبق — فقرة ٤٥ (أ).

(١٦٩) ماسبق — فقرة ٣٧.

الخطأ الواجب الاثبات. يستوى في ذلك القائلون بالخطأ الشخصي، مع القائلين بالتعسف في استعمال الحق، مع أنصار فكرة التزامات الجوار.

ولكن فكرة الخطأ الواجب الاثبات، لا تصلح — على نحو ما عرضنا — أساساً لهذه المسؤولية. ولعل هذا مادعا البعض، الى محاولة الخروج عن نطاق هذه الفكرة — وان كان لم يجرؤ على الخروج عن اطار نظرية الخطأ ككل — ليقول بالخطأ المفترض، افتراضاً لا يقبل اثبات العكس، أساساً لهذه المسؤولية، أخذاً بفكرة حراسة الأشياء، التي استخلصها القضاء الفرنسي، من تفسيره لنص المادة ١/١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي.

وسنعرض، فيما يلي، لهذه النظرية، ومدى سلامتها.

٥٤ — نظرية حراسة الأشياء كأساس للمسؤولية:

ذهب الأستاذ بيسون في رسالته عن حراسة الأشياء (١٧٠)، إلى أن أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، يكمن في فكرة الحراسة. ومن ثم، ينطبق نص المادة ١/١٣٨٤ في خصوص هذه المسؤولية. وهو ما يؤدي الى القول أن مجرد تحقق الضرر غير المألوف للجار، يؤسس المسؤولية على خطأ مفترض، افتراضاً لا يقبل اثبات العكس.

وقد طبق الأستاذ بيسون نظريته هذه، على مستغلي المنشآت الصناعية، على وجه الخصوص، الذين يفرض عليهم التزامهم بالحراسة، أن يتخذوا كل الاحتياطات اللازمة لتفادي الاضرار بالجوار. فاذا أصاب الجار ضرر غير مألوف برغم هذه الاحتياطات — كتسرب الغازات الكريهة، أو الدخان، أو الغبار. الخ فيتعين عليهم تعويضه، وفقاً لما يفرضه عليهم الالتزام بالحراسة (١٧١).

ويعترف الأستاذ بيسون، أن قضاء المحاكم يتجه الى تأسيس المسؤولية على فكرة الخطأ واجب الاثبات، ويطبق نص المادة ١٣٨٢ وفقاً لذلك. الا أنه يرى أن التفسير الصحيح لهذا القضاء، يكون في رحاب نظرية الحراسة — أي الخطأ المفترض — لا في رحاب

(١٧٠) BESSON (André), La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses, Th., Doc. Dijon, 1927, P.P. 127, 128.

(١٧١) بيسون — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ١٢٨.

الخطأ الواجب الاثبات (١٧٢) وعلى ذلك فقد أيد تلك الاحكام النادرة التي أسست المسؤولية على فكرة الحراسة، وأخذت بالخطأ المفترض، وفقاً لنص المادة ١٣٨٤/١ (١٧٣)

وإذا كان بيسون يعتبر بحق قد سلط الضوء على هذه النظرية، الا أنه لم يكن أول القائلين بها. فقد سبقه الى ذلك الاستاذ ديموج كما أشار هو نفسه (١٧٤). والأستاذ سافاتييه (١٧٥). كما أن الأستاذ هنري مازو قد أثار نقاشاً حول مدى امكان الأخذ بها، الا أنه انتهى الى رفضها (١٧٦).

٥٥ - تقدير النظرية:

إذا كانت نظرية الحراسة — بما تتضمنه من خطأ مفترض — تعتبر خطوة في طريق الافلات من أسر نظرية الخطأ الواجب الاثبات، وهو ما جعلها الى وقتنا الحاضر، ذات أثر، في بعض أحكام القضاء الفرنسي القليلة (١٧٧)، التي تستند إليها كأساس للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة.

الا أنها تعرضت للنقد الشديد، من جانب كبير من الفقه، من عدة جوانب، تتركز حول عدم توافر شروط المسؤولية على أساس الحراسة. ونعرضها فيما يلي:

فمن جانب، أثر التساؤل عن المقصود بالشيء، الذي يحدث الضرر، في مضار الجوار غير المألوفة. وهل يقصد به الشيء ذاته كآلات المصنع التي تسبب الضوضاء، أو

(١٧٢) المرجع السابق ص ١٢٧.

(١٧٣) المرجع السابق — ص ١٢٨. ولم يكن القضاء يعنق نظرية الحراسة، كأساس للمسؤولية عن مضار الجوار، باستثناء أحكام قليلة، صدرت في هذا الشأن خلافاً للاتجاه القضائي السائد وهي:

BORDEAUX, 14 Mars 1911 - S - 1913 - 2 - 257. SEINE, 1 er Avril 1919 - G. Trib. 1919 - 355. LIMOGES, 20 juin 1921 - D - 1922 - 2 - 49 et Note critique de H. LALOU.

(١٧٤) هامش (٢) من ص ١٢٨ من الرسالة السابق الإشارة إليها.

(١٧٥) في تعليقه على حكم النقض الصادر في ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ — دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٦٩.

(١٧٦) MAZEAUD (H.), La faute dans la garde, H. I. D. C. 1925, P. 824.

(١٧٧) PARIS, 22 janv. 1936 - G.P. 1936 - 1 - 274, Trib. de gr. inst. Bayonne. 14, Dec. 1970 - J.C.P. - 1971 - 2 - No. 16665 et Note BONNAIS. Cass. 25, Oct. 1972 - D - 1973 - 756 et Note Critique.

Cass. 8, Mars 1978 - D - 1978 - 641 et Note LARROUMET Christian.

الروائح الكريهة، أو الغبار، أو الدخان، وكالآلة الموسيقية، بما تصدره من أصوات تزعج الجيران. أم ما يخرج من هذا الشيء. فيكون الشيء هو ذات الضوضاء، أو الروائح الكريهة، أو الغبار. لقد ذهب البعض الى حد القول أنه لو كان المقصود المعنى الثاني، لأصبحت حارساً أسأل، وفقاً لنظرية الخطأ المفترض عن الضوضاء، والموجات الصوتية، والدخان المتصاعد الى طبقات الجو (١٧٨).

ومن جانب آخر، اذا اعتبرنا أن المقصود بالشيء هو ما يخرج من المصدر لا المصدر ذاته فكيف يستقيم القول أن على الحارس أن يلتزم بابقاء الشيء تحت سلطته الفعلية — وهو التزام بتحقيق نتيجة، وليس مجرد التزام ببذل عناية — حتى لا يفلت زمامه من يده، وهو ما يقتضيه منطق نظرية الحراسة. مع ما هو معلوم من أن الجار الذي يستغل منشأته، أو مصنعه، لا يتصور أن يترتب عليه التزام بابقاء الدخان، أو الغبار، أو الروائح الكريهة، أو غيرها، تحت سلطته الفعلية، وعدم اخراجها. فمثل هذا الالتزام لم يقل به أحد لأنه التزام بمستحيل. ولو قيل به، لكان معنى ذلك توقف الاستغلال تماماً (١٧٩) ولذلك فهو يتخلص منها بارادته، فلا محل للقول اذن أن الشيء قد أفلت من رقبته (١٨٠).

ومن جانب ثالث، ان نظرية الحراسة — وهي تفترض حدوث الضرر بفعل الشيء — لا يتصور الأخذ بها في حالة مضار الجوار غير المألوفة، في تطبيقات عديدة، يحدث فيها الضرر غير المألوف بفعل الانسان، لا بفعل الشيء. كالضوضاء الصادرة من تلاميذ مدرسة فتسبب ازعاجاً غير مألوف للسكان المجاورين، والضرر الذي يحدث لجيران بيت مستغل للدعارة. فالفعل هنا لتلاميذ المدرسة لا للمدرسة ذاتها، وللمدير الذي يستغل البيت لالبيت

(١٧٨) ستارك، في رسالته السابق الإشارة اليها — ص ١٨٦، وقارن رسالة ليات — المرجع السابق ص ١٠١ وص ١٠٢. وفي الرد على هذا النقد، انظر مقالة باليز السابق الإشارة اليها — ص ٢٧٠، حيث يرى أن هذا النقد لم تعد له أهمية، منذ أن استقر القضاء على الاعتداد بما يخرج عن الشيء، لا بالشيء ذاته، حينما اعتبر أن الشخص يكون حارساً للسلاح المستعمل بالرغم من أن الضرر يقع من المذوف الثاني.

(١٧٩) رسالة ستيفاني — المرجع السابق — ص ٦٢، وقارن في هذا المعنى، رسالة ليات — المرجع السابق — ص ١٠٩.

(١٨٠) مقالة هنري مازو في المجلة الفصلية — المرجع السابق — ص ٨٢٥، وفي نفس المعنى، رسالة بوكاس — المرجع السابق — ص ١١٢ وص ١١٣، رسالة ليات — المرجع السابق — ص ١٠٨.

الدعارة ذاته. أي أن الفعل لشخص من الأشخاص لاشيء من الأشياء (١٨١). فالمسئولية التي تترتب — اذا تحققت شروطها — تكون مسئولية عن فعل شخص، لا عن فعل شيء.

ومن جانب رابع، ان التعويض، وفقاً لنظرية الحراسة، يختلف عن التعويض في حالة مضار الجوار غير المألوفة. فبينما يتقرر التعويض — وفقاً لنظرية الحراسة — عن الضرر الذي يحدث للغير، بفعل شيء من الأشياء ايا كانت درجة هذا الضرر. نجد أن التعويض عن مضار الجوار، لا يكون الا عن الضرر غير المألوف، أي يلزم أن يكون الضرر قد بلغ حداً من الجسامة، لا يتسامح الجيران فيه عادة (١٨٢).

وأخيراً، يرى البعض (١٨٣) أن الأخذ بنظرية الحراسة كأساس للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة، قد جاء من جانب القضاء الذي أخذ بها اضطراراً، نظراً لعدم تمكنه من تأسيس هذه المسئولية على فكرة تحمل التبعة، التي لم يستقر لها الوضع في القضاء، مع أنها اكثر ملاءمة من غيرها من الأفكار الأخرى، مما اضطره الى الأخذ بأقرب الأفكار إليها، أي فكرة الخطأ المفترض، افتراضاً لا يقبل اثبات العكس، وفقاً لنظرية الحراسة.

وهكذا، لم تنجح نظرية الحراسة — بما نقول به من خطأ مفترض، افتراضاً لا يقبل اثبات العكس — كأساس للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة.

٥٦ — خلاصة رأينا في النظريات التي تؤسس المسئولية على فكرة الخطأ:

تعرضنا في هذا الفصل لجميع النظريات، التي قيل بها في محاولة تأسيس المسئولية، على فكرة الخطأ. وانتهينا في بحثنا لها بحثاً تحليلياً انتقادياً، أنها تدور حول الخطأ الواجب الاثبات، والخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس. وان الخطأ على أي من المفهومين لا يصلح أساساً لهذه المسئولية. وان كان لفكرة الخطأ المفترض ميزة في هذا المجال، تتمثل في

(١٨١) رسالة ستيغاني — المرجع السابق — ص ٦٥.

(١٨٢) مطول مازووتانك — المرجع السابق — فقرة ٦١٨. ومع ذلك انظر تعليق لارومي Larrommet السابق الإشارة اليه على نقض فرنسي ٨ مارس ١٩٧٨ — دالوز ١٩٧٨ — حيث يرى في ص ٦٤٤ وهو يصدد تأييد الأخذ بفكرة الحراسة، أنه لا تعارض بين التعويض عن الضرر غير المألوف، وتطبيق نص المادة ١/١٣٨٤.

FARGE (F.), Le voisinage industriel, Th. Doc. Grenoble, 1923 P. 30

(١٨٣)

أنها تقدمت بنا خطوة نحو الافلات من أسر النظرية الخطأ بمفهومها التقليدي. وهو ما مهد الطريق للخروج من أسر النظرية برمتها، حين يستدعي الأمر ذلك. فبرغم ما لنظرية الخطأ من عراقة لا ينكرها أحد، إلا أنها باتت تعجز عن تأصيل كثير من الحلول القانونية. ولا نستطيع أن نقنع أنفسنا بجدوى التمسك بها في تلك الحالات، وهو مادعا أنصارها الى القول بالخطأ المفترض، وما يستتبعه حتما من افتراض علاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر (١٨٤). ولم يكن ذلك إلا نوعاً من التحيل، في محاولة للابقاء على النظرية — من حيث الظاهر — مع تطويعها للملاءمة الظروف المتغيرة. ففكرة الخطأ المفترض ذاتها كأساس للمسئولية عن الأشياء، موضع نقد شديد، حيث يحاول البعض اقامة هذه المسئولية، لاعلى خطأ مفترض، وانما على فكرة تحمل التبعة، أو المخاطر اعمالا لقاعدة الغرم بالغنم (١٨٥).

ولكن لماذا لانسمي الأشياء باسمائها الحقيقية. فاذا كان للمسئولية الشخصية الخطيئة نطاقها وشروطها، التي لا ينكرها أحد، فما الذي يمنع من القول بمسئولية موضوعية، خارج نطاق فكرة الخطأ، تكون لها شروطها أيضاً.

هذا ما نحاول بحثه فيما يلي، لعلنا نجد فيه الأساس المنشود لهذه المسئولية التي نحن بصدددها.

(١٨٤) احمد حشمت ابوستيت — نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ١٩٤٥ — فقرة ٤٩٥، السهوري — الوسيط، ح ١٠ (المرجع السابق) — فقرة ٦٧٣.

(١٨٥) انظر في ذلك بحثا لزميلنا الدكتور ابراهيم طه الفياض بعنوان «محاولة في تحديد معالم الأساس القانوني للمسئولية عن الأشياء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والفقه والقضاء المدني — مجلة الحقوق، التي تصدرها كلية الحقوق — جامعة الكويت — السنة الخامسة — العدد الاول، فبراير ١٩٨١ — ص ٣٥، وانظر على وجه الخصوص ص ٦١. وقارن ما ذكره الدكتور بشرى جندى في خصوص مسئولية حارس الأشياء المنصوص عليها في المادة ١٧٨ مدني مصري، حيث يرى أن النص يتضمن قاعدة موضوعية، لأن مقتضى الخطأ المفترض جواز اثبات عكس القرينة، بينما الوضع في ظل هذا النص يتمثل في أن الالتزام الذي يقع على الحارس هو التزام بنتيجة، وليس التزاما بوسيلة، اذ تتحقق المسئولية بمجرد تحقق الضرر. بحثه بعنوان «تحمل التبعة في المسئولية غير العقدية» — مجلة ادارة قضايا الحكومة — العدد الثالث — السنة الثالثة عشرة ١٩٦٩ — فقرات ٨٢، ٨٣، ٨٤ على وجه الخصوص، وقارن محاضرات الاستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، في المسئولية عن حوادث السيارات.. المرجع السابق — ص ٤٣٨

الفصل الثاني

النظريات التي تأخذ بالأساس الموضوعي للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة

٥٧- تمهيد ، وتقسيم :

انتهينا — في الفصل السابق — من استعراض الاتجاهات التي حاولت تأسيس المسؤولية على فكرة الخطأ. ورأينا كيف أن أيا منها لم يسلم من النقد.

ولذلك، فقد حاول جانب آخر من الفقه، البحث عن أساس هذه المسؤولية بعيداً عن فكرة الخطأ تماماً، متجهين الى موضوع هذه المسؤولية، لعلهم يقفون من خلاله على الأساس السليم لها.

ونعتقد أن أفكار أنصار المسؤولية الموضوعية، قد تلاقت جميعها حول الأخذ بنظرية تحمل التبعة، أو نظرية المخاطر، كأساس لهذه المسؤولية. وإن اختلفت وسائلهم في الوصول الى هذا الأساس.

فبينما نجد الأستاذ ريبير يذهب الى أن أساس هذه المسؤولية عدم الاختلال بالتوازن — الذي ينبغي أن يسود بين حقوق الجيران — بسبب الاستعمال الاستثنائي للحق. وإن كان يربط هذه الفكرة بنظرية المخاطر، ويرى أن هذه النظرية تكمل فكرته.

أما الأستاذ جوسران، فقد وجد في نظرية المخاطر — دون ربطها بأفكار أخرى — الأساس الصحيح لهذه المسؤولية.

كما أن البعض كالأستاذ تانك، قد حاول الربط بين فكرتي المساواة في نطاق القانون الخاص، والمساواة أمام الاعباء، والتكاليف العامة في نطاق القانون العام، للقول بأساس لهذه المسؤولية. ونعتقد أن هذه الفكرة لا تختلف كثيراً، عما قال به الأستاذ ريبير،

من ضرورة تحقيق المساواة بين الجيران، أو عدم الاختلال بالتوازن الذي ينبغي أن يسود بينهم. ولذلك سنبحثهما معاً في إطار واحد.

بعد هذا الاستعراض العام لأفكار أنصار الأساس الموضوعي، نرى بحث افكارهم تفصيلاً في مباحث أربعة، على النحو التالي:

المبحث الأول: وتكلم فيه عن عدم الاختلال بالتوازن بين حقوق الجيران، بسبب الاستعمال الاستثنائي للحق. وفقاً لأفكار ريبير مع الإشارة الى فكرة الاستاذ تانك في مبدأ المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة.

المبحث الثاني: ونخصه لعرض نظرية المخاطر، أو تحمل التبعة للاستاذ جوسران وهي أيضاً ماقال به الاستاذ ريبير، اضافة الى فكرته في عدم الاختلال بالتوازن.

المبحث الثالث: في أهمية، ومبررات الأخذ بنظرية تحمل التبعة.

المبحث الرابع: ونبين فيه مدى امكان الأخذ بنظرية تحمل التبعة، كأساس للمسئولية في القوانين موضوع البحث.

المبحث الأول

نظرية عدم الاختلال بالتوازن بين حقوق الجيران بسبب الاستعمال الاستثنائي للحق

٥٨ — مضمون النظرية:

تنسب هذه النظرية عادة الى الاستاذ ريبير، باعتباره قد اهتم بها، واعتنقها في رسالته (١٨٦) الا انه — في الحقيقة — لم يكن أول القائلين بها، فقد سبقه الى ذلك — كما ذكر هو نفسه (١٨٧) — كل من الفقيه لاييه، واهرنج، وهوريو.

(١٨٦) التي سبقت الإشارة إليها — ص ٣٣٠، وما بعدها، وفي تعليقه على نقض فرنسي ١٨ فبراير ١٩٠٧ — دالوز ١٩٠٧ — ١ — ٣٨٥.

(١٨٧) ذكر الاستاذ ريبير في رسالته — المرجع السابق — ص ٣٩٨ — ٣٩٩ أن لاييه واهرنج، وهوريو قد قالوا بهذه النظرية قبله، وعرض اجمالاً لأفكارهم في شأنها.

وتتلخص النظرية في أن حق الملكية ليس حقاً مطلقاً، وإنما ترد عليه القيود لمصلحة الملاك الآخرين. وحقوق الملاك في ذلك حقوق متساوية. ومن ثم، فيجب على كل شخص أن يستخدم حقه، وفقاً للشروط العادية للنشاط الانساني، حتى يتمكن غيره — بدوره — من ممارسة حقوقه. ومتى تمت هذه الممارسة، في صورتها العادية فلن تثار مشكلة المسؤولية، نظراً لعدم تحقق الضرر لأي من الملاك.

أما إذا استعمل الشخص حقه استعمالاً استثنائياً، أو غير عادي، فإن هذا الاستعمال، يؤدي الى اهدار التوازن الذي ينبغي أن يسود بين حقوق الملاك المتجاورين، وهو ما يستدعي التزام هذا الشخص، بالتعويض، دون اعتبار لكونه ارتكب خطأ، أو لم يرتكب (١٨٨). فأساس المسؤولية هنا، يكمن في ضرورة المحافظة على التوازن بين الحقوق، فإذا ما أهدر هذا التوازن — نتيجة الاستعمال الاستثنائي لأي من هذه الحقوق — لزم التعويض، حتى يستقيم من جديد.

٥٩ — تقدير النظرية:

برغم أن هذه النظرية، لازالت تجد من يؤيدها في الوقت الحاضر (١٨٩)، إلا أن أغلب الفقه الفرنسي قد انتقدها. وقد تركز هذا النقد، حول الفكرة التي تنبني عليها النظرية، وهي فكرة الاستعمال الاستثنائي للحق، الذي يؤدي الى الاخلال بالتوازن.

فمن ناحية، يذهب الفقه الى أن التفرقة بين الاستعمال العادي، والاستعمال الاستثنائي للحق، تفرقة لم يأخذ بها نص المادة ٥٤٤ من القانون المدني، وهو بصدد الكلام عن سلطة المالك، على ما يملك.. كما أن القضاء — بدوره — لم يجز هذه التفرقة، وهو بصدد

(١٨٨) المرجع السابق — ص ٣٣٤.

Note RAYMOND Guy sur Cass. 22, Oct. 1964 - D - 1965 - 344.

(١٨٩)

وقد أشار المعلق الى تأثير قضاء مجلس الدولة الفرنسي، بهذه الفكرة، وهو بصدد تقرير مسؤولية الدولة عما يحدث للجيران، من أضرار ناشئة عن استخدامهم، لمرافقها الحيوية.

Rapport de M. le Conseiller FABRE Référéndaire sur cass. 18, juill, 1972 - J.C.P.
- 1972 - 2 - No. 17203.

تقرير التعويض عن مضار الجوار، وإنما اعتد فقط بالضرر غير المألوف لا بالاستعمال غير المألوف (١٩٠).

ومن ناحية ثانية، بفرض التسليم بوجود التفرقة بين الاستعمال العادي، والاستعمال الاستثنائي للحق. فعلى أي معيار يمكن أن تجرى؟ (١٩١). أن الاستاذ ريبير نفسه يعترف بصعوبة هذه التفرقة، و يرى أنه لا مناص من ترك سلطة تقديرية واسعة، للقضاء في هذا الخصوص، الذي يجب عليه أن يعتد بظروف الزمان والمكان، مع استبعاد الظروف الشخصية للجيران (١٩٢). ولاشك أن ترك المسألة — على ما لها من هذه الأهمية — لتقدير القاضي، قد يؤدي الى اختلاف الحلول، واهدار الحقوق، لا الى تحقيق توازنها، الذي تهدف اليه النظرية.

فكأن مبني النظرية ذاته — الاستعمال الاستثنائي — يرجع تحديده الى تقدير القاضي، وهو ما لا يمكن قبوله.

ومن ناحية ثالثة، لعل أخطر ماوجه الى النظرية من نقد، يرجع — في تقديرنا — الى ما يراه الفقه من أن فكرة الاستعمال الاستثنائي لا تعدو أن تكون حالة من حالات الخطأ، بمفهومه التقليدي. فهي لا تعني سوى أن الشخص يمارس حقوقه، بطريقة لا يمارسها بها الشخص المعتاد، أي أنه ينحرف في مسلكه عن مسلك الشخص المعتاد. وهذا هو الخطأ الذي يستلزم تطبيق قواعد المسؤولية الخطئية، وفقاً لنص المادة ١٣٨٢ (١٩٣). وهو ما سلم به ريبير نفسه بعد ذلك، في مؤلفه عن القاعدة الخلقية (١٩٤).

(١٩٠) رساله ليات — المرجع السابق — ص ٨٧، دي باج وديكرز — مطول المسؤولية (المرجع السابق) — فقرة ٩٣٣.

(١٩١) مقالة باليز السابق الاشارة اليها — ص ٢٨٩، دي باج وديكرز — المرجع السابق — فقرة ٩٣٣.

(١٩٢) رسالته السابق الاشارة اليها — ص ٤٠٩.

(١٩٣) دي باج وديكرز — المرجع السابق — فقرة ٩٣٣ المشار اليها، ومع ذلك فهما ينتهيان في فقرة ٩٣٤ الى أن المساواة هي أساس المسؤولية، رسالة ليات — المرجع السابق — ص ٨٨، رسالة بوكاس — المرجع السابق — ص ١٠٧، وقارن في هذا المعنى محاضرات عبد الفتاح عبد الباقي في المسؤولية عن حوادث السيارات.. (المرجع السابق) ص ٤٦.

(١٩٤) المرجع السابق الاشارة اليه، فقرة ١٢٨. ويلاحظ أن ريبير قد عدل نهائياً عن نظريته هذه في أساس المسؤولية عن مضار الجوار، وانضم الى القائلين بالخطأ أساساً لهذه المسؤولية. انظر مؤلفه في القاعدة الخلفية — فقرة ١٢٣. ومايلي، فقرة ٦٥.

ونستطيع — من جانبنا — أن نضيف الى ماسبق أن فكرة المساواة التي ينبغي أن تسود بين الحقوق، والحرص على عدم الاخلال بالتوازن الذي قال به ريبير، ومن سبقوه، لا يصلح أساساً للمسئولية عن مضار الجوار، وانما يصلح باعثاً على تقرير هذه المسئولية. فالمسئولية تتقرر تحقيقاً للمساواة، التي ينبغي أن تسود بين الحقوق، أما الأساس الذي تبنى عليه هذه المسئولية، فهو أمر آخر.

وهكذا، نخلص مما سبق، الى أن نظرية ريبير، في عدم الاخلال بالتوازن لا تصلح بذاتها أساساً للمسئولية. ولذلك فقد ربطها هو نفسه بنظرية تحمل التبعة، واعتبرهما فكرتين متكاملتين، على نحو ماسنعرض في المبحث الثاني من هذا الفصل.

٦٠ — الربط بين فكرتي المساواة في نطاق القانون الخاص، والمساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة، في نطاق القانون العام للقول بأساس المسئولية:

ذهب الاستاذ تانك في مطول المسئولية الذي اشترك فيه مع الأستاذين هنري، وليون مازو، الى مخالفتها في الرأي (١٩٥)، في خصوص أساس المسئولية عن مضار الجوار. فنحن نعلم أن الأستاذين مازو قد ذهبوا الى أن الخطأ أساس هذه المسئولية متى تجاوز الضرر حداً معيناً (١٩٦).

أما الاستاذ تانك فلم ير في الخطأ هذا الأساس. كما تردد وهو بصدد مدى امكان الأخذ بفكرة تحمل التبعة، وان كان قد فضل عدم الاخذ بها، في خصوص هذه المسألة. كما أشار الى امكان الاخذ بفكرة الاثراء بلاسبب (١٩٧) كأساس لهذه المسئولية، وان كان قد نبذها نظراً لأن القواعد التي تحكمها تعتبر قواعد ضيقة.

ولذلك فهو يفضل الأخذ بأساس آخر، استعاره من نطاق القانون العام، يتمثل في فكرة المساواة، التي ينبغي أن تسود أمام الأعباء والتكاليف العامة. وهذه الفكرة من أفكار

(١٩٥) مازو وتانك — مطول المسئولية السابق الاشارة اليه — فقرة ٢/٦٢١.

(١٩٦) ماسبق، فقرة ١١ (أ).

(١٩٧) مازو وتانك — المرجع السابق — فقرة ٢/٦٢١.

القانون العام، وقد قيل بها من جانب بعض فقهاء كآساس لمسئولية الادارة(١٩٨). وتتلخص في أن الادارة، وهي بصدد أداء وظيفتها من أجل الصالح العام، لابد وأن تلحق بعض الاضرار بالمواطنين، الذين يجب عليهم أن يتحملوا هذه الاضرار من أجل النفع العام. وهم في ذلك سواء. أما إذا لحق البعض ضرر استثنائي، أي يجاوز الحد المألوف، الذي يتحمله الجميع، فينبغي على جهة الادارة تعويضه، اعمالاً لمبدأ المساواة بين المواطنين، أمام الأعباء، والتكاليف العامة.

وقد حاول الأستاذ تانك استعارة هذه الفكرة، من نطاق القانون العام، الى نطاق القانون الخاص، وتطبيقها كآساس للمسئولية عن الأضرار التي تلحق الجيران من المنشآت الصناعية التي تعود بالنفع، على الافراد الذين ينبغي عليهم أن يتحملوا الضرر الناشئ عنها متى كان مألوفاً. نظراً لأهميتها، ولما يعود عليهم من نفع من وجودها. أما متى تجاوزت المضار الناشئة عنها الحد المألوف، فإن أصحابها يلتزمون بالتعويض، إعمالاً لمبدأ المساواة هذا.

ولكن ماذهب اليه الاستاذ تانك لايمكن قبوله. فمن ناحية، نحن نعلم أن هذه الفكرة لم يكتب لها النجاح في مجاها الطبيعي نفسه، فكانت مثاراً للنقد من فقهاء القانون العام أنفسهم(١٩٩) كما أن فكرة المساواة ذاتها لاتصلح أساساً للمسئولية، وانما تكون باعثاً على الأخذ بآساس معين، لتحقيقاً للمساواة.

المبحث الثاني

أساس المسئولية نظرية المخاطر، أو تحمل التبعة

٦١ — تمهيد :

تمثل نظرية تحمل التبعة أهمية خاصة منذ أن حل لواءها روادها الاوائل، وفي مقدمتهم سالي وجوسران، محاولين فرضها كمنظريه عامة، تحل محل نظرية الخطأ كآساس للمسئولية.

(١٩٨) انظر في هذه الفكرة تفصيلاً، رسالة ابراهيم طه الفياض — المرجع السابق — ص ٥٦٩، ومابعداها.
(١٩٩) في استعراض وجوه هذا النقد، رسالة ابراهيم الفياض — المرجع السابق — ص ٥٩٠، ومابعداها، رسالة بوكاس — المرجع السابق — ص ١٠٧.

وعلى الرغم من أن أنصار النظرية، لم يوقفوا في فرضها كمنظريّة عامة للمسئولية، إلا أنهم نجحوا، في حلّ المشرع على الأخذ بها في حالات عديدة كأساس للمسئولية. فعرفت المسئولية الموضوعية — أو المسئولية بدون خطأ — في القانون الفرنسي (٢٠٠)، والمصري (٢٠١)، والكويتي (٢٠٢) وإن كان ذلك على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة في المسئولية الخطئية.

(٢٠٠) من التشريعات الخاصة التي أخذت بالمسئولية على أساس تحمل التبعة في القانون الفرنسي نورد الأمثلة الآتية: (أ) المادة ١٥ من القانون الخاص بمسئولية مستغلي المناجم الصادر في ٢١ أبريل ١٨١٠ المادة ٧٤ من القانون الخاص بالمناجم المطبق حالياً في فرنسا). (ب) قانون ٩ أبريل ١٨٩٨ الخاص بحوادث العمل والأمراض المهنية (يتضمنه حالياً قانون التأمينات الاجتماعية الصادر في ٣٠ أكتوبر ١٩٤٦). (ج) قانون ١٠ ديسمبر ١٩١٧ الخاص بالمسئولية عن الأشياء الخطرة، والمقلقة عما تلحقه من أضرار للجيران. (د) قانون ٣ مايو ١٩٢١ الخاص بالمسئولية عند الأضرار الجسدية، والمادية التي تقع للغير من الحوادث الناشئة عن المنشآت العامة، أو الخاصة العاملة في شئون الدفاع القومي. (هـ) قانون ٣١ مايو ١٩٢٤ الخاص بالمسئولية عن الأضرار التي تحدث من استغلال الطائرات (م ٥٣). «وقد أدرج نص هذه المادة في تقنين الطيران المدني والتجاري الصادر في ٣٠ مارس ١٩٦٧». (و) قانون ٨ يولييه ١٩٤١ الخاص بالمسئولية عن الأضرار التي تقع للغير من استغلال المركبات الهوائية «Téléphériques» (ز) قانون ١٢ نوفمبر ١٩٦٥ و ٢٩ نوفمبر ١٩٦٨ المتعلق بالمسئولية عن استغلال السفن الذرية. (ح) قانون ٣٠ أكتوبر ١٩٦٨ ومرسوم ٦ فبراير ١٩٦٩ المتعلق بتطبيق اتفاقية باريس المنعقدة في ٢٩ يولييه ١٩٦٠، بخصوص المسئولية المدنية في مجال الطاقة الذرية. (ط) قانون ١٩٧٦ الخاص بمسئولية أصحاب السفن، عما تسببه من أضرار التلوث، تطبيقاً لاتفاقية بروكسل المنعقدة في ٣ يولييه ١٩٧٥.

(٢٠١) من التشريعات الخاصة التي أخذت بالمسئولية على أساس تحمل التبعة في القانون المصري مايلي: (أ) القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص باصابات العمل، والقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ الخاص بأمراض المهنة، والقوانين اللاحقة عليهما وآخرها القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦. (ب) القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٩ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب (ح) القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ في شأن تنظيم الارشاد بميناء الاسكندرية.

(٢٠٢) كان المشرع الكويتي يأخذ بالمسئولية بدون خطأ في المادة ١٩ مكرر التي أضيفت الى قانون العمل غير المشروع بمقتضى القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧. وبعد صدور القانون المدني الكويتي، ومارتّب على تطبيقه من الغاء قانون العمل غير المشروع أخذ المشرع بالمسئولية بدون خطأ في نص المادة ٢٤٣ من القانون المدني. كما أخذ المشرع الكويتي بمسئولية رب العمل اللاخطئية عن الاصابات التي تحدث للعامل بسبب العمل وفي اثنائه ما لم تكن نتيجة تعمد العامل اصابة نفسه، أو بسبب سوء سلوك فاحش، ومقصود من جانبه (المادة ٦٥ من قانون العمل في القطاع الأهلي رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤).

ونحن هنا — بطبيعة الحال — لن نعرض لنظرية تحمل التبعة، من جميع جوانبها (٢٠٣)، وإنما فقط من زاوية مدى إمكان اعتبارها أساساً للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة. معتمدين في ذلك على أفكار الاستاذين ريبي، وجوسران، ثم نبين موقف الفقه من النظرية كأساس لهذه المسئولية. وماتراه من رد عليهم.

٦٢ — مضمون نظرية تحمل التبعة، كأساس للمسئولية:

ذهب الأستاذ جوسران (٢٠٤) الى أن أساس المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة، لا يتمثل في الخطأ على أي نحو، سواء في صورة الخرج عن حدود الحق، أو الانحراف اثناء استعمال الحق، دون الخروج عن حدوده — وهو ما يطلق عليه التعسف في استعمال الحق — وإنما يقع الضرر، برغم ممارسة النشاط في الحدود المشروعة للحق، وبدون تعسف. وهنا يلزم التعويض، لا للخطأ، وإنما إعمالاً لفكرة أخرى قوامها أن من يفيد من نشاط معين، يلحق

(٢٠٣) انظر في عرض نظرية تحمل التبعة كنظرية عامة:

SALEILLES, Les accidents de travail et la responsabilité civil, Th. Doc. Paris, 1897, JOSSEAND, De la responsabilité du fait des choses inanimées. Th. Doc., Paris, 1897, STARCK, Droit Civil (obligations), 1972 No. 44 et S., LE TOURNEAU, Le responsabilité civil, 2^{eme} éd. 1976, No. 7 et S.

ومطول مازوونانك — المرجع السابق — فقرة ٣٣٩ ومابعد، وخصوصاً نقد النظرية، فقرات ٣٥٠-٣٥٦. وفي الفقه المصري، الوسيط للسنهوري — ح ١ (المرجع السابق) — فقرة ٥١٦، وجيل الشرقاوي — النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول — مصادر الالتزام ١٩٧٦ — ص ٤٤٩. ومحاضرات عبد الفتاح عبد الباقي عن حوادث السيارات. المرجع السابق — ص ٢٨، ومابعد. وبحث بشري جندي عن تحمل التبعة في المسئولية غير العقدية — المرجع السابق — ص ٥٢١، ومابعد. ورسالة محمد نصر رفاعي — الضرر كأساس للمسئولية المدنية في المجتمع المعاصر — رسالة دكتوراه من حقوق القاهرة ١٩٧٨ — ص ٤٢٣ — ومابعد.

(٢٠٤) JOSSEAND, De l'esprit des droits et de leur relativité "Théorie dit de l'abus de droits", 2^{eme} éd, Paris 1939, No. 16, P. 21, et sa note sur Poitiers, 29 janv., 1923 - D - 2 - 1923 - 53.

ضرراً بغيره، عليه أن يتحمل هو نفسه النتائج الضارة، التي تقع للغير بتعويضها. فالغرم بالغنم، كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية (٢٠٥).

و ينتهي الأستاذ جوسران الى أن هذه المسؤولية، مسئولية موضوعية (٢٠٦)، العبرة فيها بالضرر الذي يحدث للغير، لامتسولية شخصية تقوم على الخطأ (٢٠٧) وهي تجد مبرراتها في فكريتي العدالة، والمساواة، التي ينبغي أن تسود في علاقات الجوار (٢٠٨).

ولا تختلف فكرة ريبير في تحمل التبعة التي أوردتها في رسالته (٢٠٩) عما قال به جوسران الا في أن الأول قد ربط بين هذه الفكرة، وفكرته في الاستعمال الاستثنائي التي عرضنا لها. فعنده أن الشخص الذي يارس حقه بطريقة استثنائية، فيلحق ضرراً بغيره، يلزمه تعويضه، فمادام يفيد من نشاطه الاستثنائي هذا، وجب عليه أن يتحمل مضاره التي تقع للجيران، اذ لا يجوز ان يتحمل هؤلاء الجيران تبعة هذا النشاط، والا أدى هذا إلى الاخلال بالتوازن الذي ينبغي أن يقوم بين حقوق الجيران.

(٢٠٥) وان كان المرحوم الشيخ على الخفيف قد ذهب، وهو بصدد تحديد معنى قاعدة الغرم بالغنم في الفقه الإسلامي الى القول أن هذه القاعدة، لا تتفق مع المقصود من نظرية تحمل التبعة في القانون المعاصر. وهو في هذا يقول: «أن معنى هذه القاعدة فيما يراه فقهاء الشريعة — على ما يظهر لي — أن غنم الانسان من مال يستتبع غرامته إذا ما أصاب هذا المال ضرر، وذلك بتحملة ضرره، لا إذا ما أصاب غيره من جرائه ضرر». انظر مؤلفه — الضمان في الفقه الإسلامي — القسم الأول — محاضرات ألفت على طلبه قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية ١٩٧١ (معهد البحوث والدراسات العربية) — ص ٥٩. ويتفق معه في هذا التفسير للقاعدة الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في محاضراته عن المسؤولية عن حوادث السيارات... (المرجع السابق) — ص ٣٧ في نهايتها وهامش (٢) من نفس الصفحة. ويرى أن الاخذ بها في مجال تحمل التبعة انما يكون من قبيل التجوز، بعد تحوير في أصل معناها. وانظر عكس ذلك من يرون للقاعدة نفس معنى تحمل التبعة في الفقه الوضعي، سيد أمين محمد — المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن — رسالة من حقوق القاهرة ١٩٦٤ — ص ٢٥١ — ٢٥٢، مصطفى الزرقا — الفقه الإسلامي في نوبه الجديد، المدخل الفقهي العام — ح ٢، الطبعة السابعة ١٩٦٣ — فقرة ٦٥٠، ص ١٠٢٩.

(٢٠٦) مؤلفه عن روح القوانين ونسبتها — المرجع السابق — ص ٢٠.

(٢٠٧) تعليقه في دالوز — السابق الاشارة اليه.

(٢٠٨) مؤلفه عن روح القوانين — المرجع السابق — فقرة ٢٦١ — ص ٣٥١.

(٢٠٩) السابق الاشارة اليها — ص ٣٣٦ — ٣٣٧.

هذه — في إيجاز — أفكار الأستاذين ريبين وجوسران في الأخذ بنظرية تحمل التبعة كأساس للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة. وقد اعتنقها بعض القضاء البلجيكي، كما أخذ بها كل من القانون الألماني (في المادة ٩٠٦ من التقنين المدني) والقانون السويسري (في المادة ٦٨٤ من التقنين المدني) (٢١٠).

٦٣ — موقف الفقه الفرنسي من تحمل التبعة كأساس للمسئولية، ومانراه من رد عليه:

إذا كانت نظرية تحمل التبعة، قد تعرضت للهجوم عليها، من أنصار نظرية الخطأ، حينما حاول القائلون بها فرضها كنظرية عامة، تحل محل نظرية الخطأ، كأساس للمسئولية التقصيرية. فإنها أيضاً لم تسلم من هذا الهجوم، عند القول بها، كأساس للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة.

ونبادر الى القول أنه إذا كان لدى أعداء النظرية مايرر هجومهم عليها كأساس بديل للخطأ بوجه عام، فإننا لانعتقد أن لديهم هذا المبرر للهجوم عليها، في خصوص اعتبارها أساساً للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة.

ونستعرض أهم جوانب هذا الهجوم، موضحين مانراه من رد عليه.

فمن ناحية، يرى أعداء النظرية، أن المسئولية في القانون الفرنسي تنبني بوجه عام، على نظرية الخطأ. أما نظرية تحمل التبعة، فهي فكرة استثنائية، لا يجوز الأخذ بها، الا في أضيق الحدود، وبمقتضى نص صريح يقررها. وإذا كان المشرع، قد أخذ بها، في بعض الحالات، كحوادث العمل. فلا يعني هذا إنه اراد الخروج على القاعدة العامة، في المسئولية على أساس الخطأ (٢١١).

ونحن نعتقد أن هذا النقد، قد يصلح رداً على القائلين باحلال نظرية تحمل التبعة كنظرية عامة، محل نظرية الخطأ كأساس للمسئولية. الا أنه لا يصلح للهجوم على النظرية

(٢١٠) انظري ذلك — رسالة ليات — المرجع السابق — ص ٧٣.

(٢١١) كابيتان — مقالته في المجلة الانتقادية السابق الاشارة اليها — ص ٢٤٨، ليات — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ٦٧.

كأساس للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة. فنحن نسلم بأنها يمكن أن تقوم إلى جانب نظرية الخطأ، لتسد مافيهما من نقص، في بعض الحالات. ولعل من أبرز هذه الحالات التي رأينا أن الخطأ — على أي وضع — لا يصلح أساساً للمسئولية فيها، حالة مضار الجوار غير المألوفة. فما الذي يمنع من اعتبار هذه الحالة، من حالات المسئولية، التي تتأسس على نظرية تحمل التبعة؟! ولا نعتقد أن عدم نص المشرع على اعتبارها كذلك — في فرنسا على وجه الخصوص — يغير من طبيعتها. فالتأصيل القانوني لمسألة من المسائل، لا يرتبط بارادة المشرع الذي قد يتقاعس، أو يهمل، فالعيب قد يكون في المشرع، لافي الفكرة ذاتها.

وعلى أي حال، فان نظرة الى ما أشرنا اليه منذ قليل من تشريعات خاصة أخذت بالمسئولية على أساس من تحمل التبعة (٢١٢)، تؤكد أن عدد هذه التشريعات في تزايد مستمر، ويستطيع المشرع أن ينص على حالة مضار الجوار غير المألوفة، كما نص على الحالات المشار اليها.

ونضيف الى ماسبق، أن هذا النقد ليس له ما يبرره — في القانون المصري على وجه الخصوص — نظراً لوجود نص المادة ٨٠٧ من القانون المدني، الذي يمكن أن نعتبره — وفقاً لتحليلنا — يستند الى نظرية تحمل التبعة (٢١٣).

ومن ناحية ثانية، يرى بعض أعداء النظرية أن فكرة تحمل المخاطر، تقوم على خطر مستحدث يحتمل أن يلحق ضرراً بالغين، بينما الوضع، فيما يتعلق بمضار الجوار، يختلف عن ذلك. فلا يوجد وضع خطر ينشئه الجار، بحيث يحتمل حدوث أضرار منه. لأن النشاط الذي يمارسه الجار، سواء تعلق بمنشأة صناعية، أو تجارية، أو غيرها معلوم سلفاً، كما أن نتائجه الضارة، معروفة، بل يقينية، لا مجرد نتائج محتملة. ومن ثم يمكن تقديرها مقدماً (٢١٤).

(٢١٢) ماسبق الهوامش ٢٠٠ و ٢٠١ و ٢٠٢.

(٢١٣) انظر مابلي — فقرة ٧١. وهو ما أخذ به الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور في بحثه عن الخطأ — المرجع السابق — فقرة ٤١.

(٢١٤) ستيغفاني — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ٦٧، بوكاس — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ١٠٥، باتريك — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ١٠٣.

وينتهون من هذا الى أن التعويض عن مضار الجوار، كان ينبغي — في ضوء ذلك — أن يكون كاملاً، أي عن جميع الأضرار التي تحدث للجار، لاعت الأضرار غير المألوفة وحدها، اعمالاً للقواعد العامة التي تقضي بالتعويض عن جميع الأضرار (٢١٥).

وهذا الاعتراض — من جانب اعداء النظرية — ليس له، في تقديرنا، ما يبرره. فإذا كانت النظرية، قد قامت على فكرة المخاطر المستحدثة، فإن هذا لا يعني ضرورة أن يكون الشيء مصدر الضرر، في ذاته ينطوي على خطورة معينة، وإنما العبرة بنتائج الضارة، التي تحدث للغير. وهذا هو جوهر النظرية الموضوعية، فكل نشاط انساني اليوم — وهو في تطور مستمر — يعد مصدراً للمخاطر التي لا يمكن تجنبها، فلا أقل من جبر نتائجها الضارة التي تحدث للغير.

أما عن كون النتائج الضارة معروفة، ويمكن تقديرها سلفاً، وهو ما يفرض وجوب تعويضها كاملة، وفقاً للقواعد العامة في التعويض، فإن الرد على ذلك، يرتبط بردنا على النقد التالي.

ومن ناحية ثالثة، يرى أعداء النظرية، أنها تؤدي الى تقاعس الأفراد عن ممارسة حقوقهم مخافة شبح المسؤولية، دون أدنى خطأ يرتكبونه، فالشخص الذي يمارس نشاطه، في حدود حقوقه المشروعة، متخذاً جميع الاحتياطات اللازمة لتجنب الاضرار بالغير، مع الحصول على الترخيص اللازم لمزاولة النشاط، مهتماً اياه لتحقيق مصالحها أهميتها، له، وللمجتمع الذي يعيش فيه. لو الزمناه بتعويض الجار عن المضار التي تقع له من جراء هذا النشاط تأسيساً على نظرية تحمل التبعة لقتلنا الحافز الفردي لديه (٢١٦) نظراً لأن النشاط بدلاً من أن يعود عليه بالفائدة، سيعرضه لمطالبات بالتعويض تكلفه الكثير.

وهذا النقد — بدوره — ليس له ما يبرره. وهو على أي حال نقد وجهه اعداء النظرية اليها كنظرية عامة يمكن أن تحل محل نظرية الخطأ، ولا يقتصر فقط على الاخذ بها، في نطاق المسؤولية عن مضار الجوار.

(٢١٥) دي باج وديكرز — المرجع السابق — فقرة ٩٣٣، بوكاس — الرسالة السابق الاشارة اليها ص ١٠٦، باتريك — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ١٠٤.

(٢١٦) دي باج وديكرز — المرجع السابق — فقرة ٩٣٣ السابق الاشارة اليها — بوكاس — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ١٠٧، جبل الشرفاوي — مصادر الالتزام (المرجع السابق) — ص ٤٤٩.

وردنا عليه — في خصوص موضوعنا — يتضمن شقين:

أولهما : أن القاعدة التي أخذ بها، في نطاق المسؤولية عن مضار الجوار، تقضى بالتعويض في حالة المضار غير المألوفة وحدها. فالأضرار التي جرت العادة بين الجيران على التسامح فيها لا تعوض. أما متى تجاوزت هذه الأضرار الحد المعقود، فلامعنى لتفضيل مصلحة محدث الضرر على مصلحة من وقع عليه. ولعل في الخروج هنا على القواعد العامة في التعويض، التي تستلزم تعويض جميع الأضرار، ما يؤدي الى عدم تقاسم الافراد عن ممارسة نشاطهم. وهو ما نرد به أيضاً على اعتراض اعداء النظرية السابق المتعلق بالخروج على القواعد العامة في التعويض.

وثانيهما: أنه لا محل للتخوف من تقاسم الأفراد، هروباً من شبح المسؤولية، وتفادياً لمطالبات مرهقة بالتعويض، من جانب الجيران المضرورين. نظراً لأن التعويض — كما سبق — لن يكون الا عن الضرر غير المألوف وحده، وهو لن يكون مرهقاً، لجار عادي، يمارس حياته العادية في مسكنه، حيث لا ينتظر منه — في العادة — احداث أضرار غير مألوفة، وحتى اذا حدثت فسيكون جبرها ممكناً.

أما الأضرار غير المألوفة التي تحدث عادة، و يكون جبر الضرر فيها كبيراً، فهي تكون من جار يمارس استغلالاً صناعياً، أو تجارياً. وهذا يستطيع، إذا أراد، تجنب مغبة المطالبات المرهقة بالتعويض أن يلجأ الى التأمين من مسؤوليته (٢١٧) المتعلقة بالنشاط الذي يمارسه، كما هو منتشر في التأمين من المسؤولية ضد الحريق، وغيره.

ففي ظل نظام تأمين المسؤولية، الذي انتشر في الوقت الحاضر، بصورة كبيرة لم يعد هناك ما يدعوا الى الخوف من شبح المسؤولية، على أي أساس تكون.

٦٤ — نظرية ستارك في الضمان، وكيف أنها لا تختلف عن نظرية تحمل التبعة:

يبقى — قبل أن نعرض لأهمية، ومبررات الاخذ بنظرية تحمل التبعة، كأساس للمسؤولية — أن نشير الى فكرة قريبة منها، بل هي في تقديرنا، لا تخرج عنها. قال بها

(٢١٧) ريبير — الرسالة السابق الاشارة اليها — ص ٣٤٣.

الأستاذ ستارك في رسالته (٢١٨) التي حاول فيها أن يقيم نظرية عامة، في المسؤولية المدنية، باعتبارها تؤدي وظيفة مزدوجة هي الضمان، والعقوبة الخاصة. وبدون أن ندخل في تفصيلات نظريته هذه، يمكننا أن نوجز أفكاره، في أنه يرى ضرورة تعويض أي ضرر، يصيب الفرد في حياته، أو جسمه، أو ماله. بصرف النظر عن مسلك مرتكب الفعل الضار، وما إذا كان ينطوي على خطأ أم لا. فإذا ثبت وقوع خطأ من جانبه، فيلتزم، بالإضافة الى ذلك، بمبلغ اضافي، على سبيل العقوبة الخاصة. وهو يبرر الالتزام بضمان الأضرار الجسمانية، والمادية، بما لكل فرد في المجتمع من حق السلامة، الذي ينبغي أن يكفله له القانون.

فهو إذن يهتم بما يصيب المضرور من ضرر، لا بمسلك محدثه. ويوضح ذلك بأن هناك بعض الأضرار تكون مشروعة، إذا كانت تعتبر نتيجة طبيعية، لممارسة حق شخصي معين. فما يلحق الغير من ضرر نتيجة استعمال حق المنافسة المشروعة، وحق الاضراب، وحق النقد، لا يرتب مسؤولية الشخص.

أما الأضرار الجسمانية، والمادية، التي تلحق جسم الشخص، كالقتل أو الجرح، أو تلف الأموال، فتعتبر أضراراً غير مشروعة، بصرف النظر عن كون النشاط الذي أدى إليها مشروعاً، أو غير مشروع، لأن حق الشخص في سلامته، وسلامة أمواله، هو الحد الأدنى الذي ينبغي أن يكفله له القانون (٢١٩).

و يطبق فكرته هذه في نطاق مضار الجوار، مميزاً بين المضار المألوفة، وهذه في نظره تعتبر أضراراً مشروعة، لا يشملها الضمان، لضرورة تحملها، اسهاماً في تحمل اعباء الحياة الاجتماعية المشتركة (٢٢٠) أما الأضرار غير المألوفة فيسأل عنها الجار تأسيساً على فكرة الضمان، بصرف النظر عن مسلكه الشخصي، وما إذا كان ينطوي على خطأ أم لا (٢٢١).

(٢١٨) الرسالة التي أشرنا إليها في مواضع عديدة من هذا البحث.

(٢١٩) انظر في استعراض نظرية ستارك تفصيلاً، محمد نصر رفاعي - الرسالة السابق الإشارة إليها - الفقرات من ٣٧٦ الى ٣٨٠، محمد ابراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - رسالة دكتوراه من حقوق الاسكندرية ١٩٧٢ - الفقرات من ٧٨ الى ٨٢.

(٢٢٠) ستارك - الرسالة السابق الإشارة إليها - ص ١٩٥.

(٢٢١) ستارك - الرسالة السابق الإشارة إليها - ص ١٨٨، ومقالاته في المجلة الفصلية عن نطاق وأساس المسؤولية المدنية بدون خطأ السابق الإشارة إليها - ص ٤٨٧.

هذا، وعلى الرغم من أن ستارك قد انتقد نظرية تحمل التبعة، على اعتبار أنها تجعل مناسط المسؤولية نشاط محدث الضرر، وما يحصل عليه من منفعة من وراء هذا النشاط، بينما تهتم نظريته في الضمان — حسبما يرى — بشخص المضرور نفسه.

الا أنها — فيما نرى — لا تختلف من حيث جوهرها وأثرها عن نظرية تحمل التبعة، فهي في النهاية تقرر المسؤولية بمجرد وقوع الضرر، ودون ربطها بأية شروط أخرى (٢٢٢).

٦٥ — خلاصة:

نخلص — مما سبق — الى أن نظرية تحمل التبعة تعتبر الأساس السليم الذي يمكن أن تبنى عليه المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة. وأنها — في تقديرنا — تعتبر أسلم الأفكار التي سبق لنا مناقشتها، وبيننا أوجه قصورها. ولذلك فنحن نؤيد الأخذ بها كأساس لهذه المسؤولية.

ولا يغير من اقتناعنا هذا أن الأستاذ ريبير، أحد القائلين بها قد عدل عنها بعد ذلك، مؤثراً الانضمام الى القائلين بفكرة الخطأ كأساس لهذه المسؤولية (٢٢٣).

واذا كنا قد وصلنا الى اختيار الأساس المناسب للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، فينبغي علينا أن نبين أهمية، ومبررات الأخذ بهذا الأساس، ومدى امكان الأخذ به في ظل القوانين موضوع البحث.

(٢٢٢) انظر في هذا الاتجاه، رسالة محمد ليبب شنب — المرجع السابق — فقرة ٢٦٧ — ص ٢٩٢، رسالة محمد ابراهيم دسوقي — المرجع السابق — فقرة ٨٤، رسالة ابراهيم الدسوقي أبو الليل — الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات — من حقوق عين شمس ١٩٧٥ — فقرة ٦٤، ص ٩٣، وهامش رقم ١٧٨ من نفس الصفحة، رسالة محمد نصر رفاعي — المرجع السابق — فقرة ٣٨١.

(٢٢٣) في مؤلفه في القاعدة الخلقية — المرجع السابق — فقرة ١٢٣، وانظر ما سبق هامش (١٩٤).

المبحث الثالث أهمية، ومبررات الأخذ بنظرية تحمل التبعة كأساس للمسئولية

٦٦ - تقسيم:

إذا كنا قد انتهينا الى تفضيل الأخذ بنظرية تحمل التبعة كأساس للمسئولية عن مضار الجوار فينبغي أن نوضح أهمية الأخذ بها، ومبرراته. وهو ما نبسطه فيما يلي:

٦٧ - أهمية تأسيس المسئولية على فكرة تحمل التبعة، اعفاء المضرور من الاثبات:

متى سلمنا بنظرية تحمل التبعة كأساس للمسئولية عن مضار الجوار، فإن نتيجة هامة سوف تترتب على ذلك، تتمثل في أن المسئولية تتحقق بمجرد وقوع الضرر للجار، متى كان هذا الضرر غير مألوف. فلا يقع على عاتق المضرور اثبات أية شروط أخرى تتعلق بهذه المسئولية، وهي نتيجة تحقق، بلا شك، مصلحة الجار المضرور. وليس في ذلك افتئات على مصلحة محدث الضرر، الذي لن يسأل الا عن ضرر غير مألوف، يستطيع - إذا أراد - أن يؤمن من مسئوليته عنه. ويبقى على قاضي الموضوع - بماله من سلطة تقديرية - أن يقف على مدى الضرر، وكونه مألوفاً، أو غير مألوف، مستعيناً في ذلك بظروف الزمان، والمكان، وطبيعة الاستعمال، والعرف السائد. وإن كان - وفقاً للاتجاه الراجح - لا يجوز له أن يعتد بالظروف الشخصية، لأي من الجارين، ولا ينبغي أن يكون للأسبقية في الاستغلال، أثر ما على قضائه، كما أن الاذن الاداري بزاولة النشاط لا يؤثر على تقرير هذه المسئولية (٢٢٤).

٦٨ - مبررات الأخذ بنظرية تحمل التبعة كأساس للمسئولية:

لعل من أهم مبررات الأخذ بنظرية تحمل التبعة كأساس للمسئولية، وتفضيلها على غيرها، من الأسس المطروحة، أنها تحقق التوازن بين الحقوق، كما تؤدي الى التضامن الاجتماعي، وهو ما يحقق - في النهاية - العدل بين الأفراد.

(٢٢٤) وقد حسم المشرع المصري هذه المسائل بالنص عليها في المادة ٨٠٧ السابق الإشارة إليها كما أن الفقه، والقضاء الفرنسي - في مجموعه - مستقر في نفس الاتجاه.

(١) فأما عن كونها تحقق التوازن بين الحقوق، أي المساواة التي ينبغي أن تسود بين الحقوق اذا تعارضت. فهو واضح من عدم السماح للشخص بممارسة حقوقه بصورة مطلقة، ولو أدى ذلك الى المساس بحقوق غيره من الجيران. فلم يعد لفكرة الحقوق المطلقة وجود اليوم، وانما أصبح للحق - وأظهر صوره حق الملكية - وظيفة اجتماعية يؤديها. ولذلك ليس بمستغرب أن تفرض القيود على هذه الحقوق لمصلحة بعضها البعض، حتى يظل التوازن قائماً بينها. ولقد رأينا من قبل أن فكرة التوازن هذه - نظراً لأهميتها - قد سيطرت على البعض حتى رأى فيها الأساس القانوني للمسئولية (٢٢٥).

(٢) أما عن كونها تحقق التضامن الاجتماعي، فهو أمر تمليه طبيعة الأشياء، فالجوار يتسم بنوع من التشابك، والحساسية، كما أنه ضرورة، يقتضيها التجمع الانساني لامفر منها. فالانسان الفرد المنزول هو فرض نظري لا وجود له الا في خيالات كتاب الأساطير. وعلى ذلك فوجود الانسان في جماعة يقتضيه أن يحترم حقوق غيره، كما يحترم غيره حقوقه (٢٢٦). واذا حدث تجاوز اقتضته ضرورات الجوار، كسماع بكاء طفل، أو استيقاظ مبكر، أو حفل زواج، فتلك أضرار مألوفة ينبغي التسامح فيها، والتغاضي عنها. أما اذا تجاوزت الاضرار الحدود المعقولة، والمألوفة، فلامفر من المسئولية التي تترتب بمجرد تحقق هذا الضرر غير المألوف.

ولاشك، أن هذا سيؤدي إلى أن يحافظ الجار على حقوق جيرانه، والا تحمل المسئولية. وهو في النهاية سيحقق التضامن الاجتماعي بين هؤلاء الجيران، اذ يحرص كل منهم على الآخر، ان لم يكن طوعية، واختياراً، فخوفاً من شبح المسئولية.

ونظراً لأهمية فكرة التضامن الاجتماعي فقد ذهب بعض الفقهاء (٢٢٧)، الى امكان اعتبارها أساساً للمسئولية، الا أننا في الواقع - برغم مانوليتها من أهمية - لانعتقد أنها يمكن أن تكون هذا الأساس وذلك يرجع الى عاملين. أولهما: أن فكرة التضامن الاجتماعي فكرة

(٢٢٥) ماسبق، فقرة ٥٨.

(٢٢٦) قرب عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - فقرة ٥٨ - ص ٩٠، رسالة محمد علي حنبولة - المرجع السابق - ص ٦٤٩. شاكر ناصر حيدر - الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - ح ١ في حق الملكية - ص ٣٧٨ - ٣٧٩.

(٢٢٧) قرب شاكر ناصر حيدر - المرجع السابق - ص ٣٨٠.

ذات مفهوم أخلاقي، أكثر من كونها ذات مفهوم قانوني. ولذلك فهي من الناحية القانونية غير محددة المعالم. وثانيهما: أننا لو أردنا أن نقف على الجانب القانوني فيها، فقد ننزل إلى دائرة الخطأ من جديد. إذ أن تحليلاً دقيقاً لفكرة التضامن الاجتماعي، يدعونا إلى القول أنها تتضمن التزاماً بامتناع الجار عن كل ما من شأنه الإضرار بجاره، حتى يمكن لهذا التضامن أن يتحقق. فإذا ما أخل الجار بالتزامه بالامتناع عن هذا العمل، أي الحق الضرر بجاره، يكون قد انحرف في مسلكه عن مسلك الشخص المعتاد، أي ارتكب خطأ (٢٢٨). وهكذا، نقع في برائن نظرية الخطأ من جديد، بعد أن وضع لنا أنها لا تصلح على أية صورة أساساً لهذه المسؤولية.

(٣) وأخيراً متى تحققت المساواة، والتضامن الاجتماعي، فإن هذا سيؤدي في النهاية، إلى تحقيق هدف اسمي متمثلاً في فكرة العدل (٢٢٨) الذي يسعى إليه القانون.

المبحث الرابع مدى امكان الأخذ بنظرية تحمل التبعة في القوانين موضوع البحث

٦٩ — تقسيم:

بعد أن انتهينا إلى الأخذ بنظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، من حيث المبدأ. يبقى علينا، أن نوضح مدى امكان الأخذ بها، في ظل القوانين التي نبحثها.

٧٠ — مدى امكان الأخذ بالنظرية في ظل القانون المدني الفرنسي:

من المعلوم أنه لا يوجد — في القانون الفرنسي — نص صريح يقرر هذه المسؤولية، على الرغم من عدم وجود أي خلاف، في الفقه والقضاء، على الأخذ بها. فالمسؤولية إذن ليست محلاً للخلاف، كما أن لنظرية تحمل التبعة، في القانون الفرنسي، أثر واضح. فهي وإن لم تستطع أن تحمل تماماً محل نظرية الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية، إلا أنها أثرت على

(٢٢٨) من المعروف أن القانون يهدف إلى تحقيق العدل، لا إلى تحقيق العدالة، التي تعني تحقيق العدل في حالة خاصة. لأن محاولة تحقيق فكرة العدالة من شأنه إهدار عموم القاعدة القانونية.

المشرع الفرنسي تأثيراً واضحاً، تجلّى في الأخذ بها، في تشريعات خاصة عديدة، أشرنا الى بعضها من قبل.

ولذلك، فيحسن بالمشرع الفرنسي، أن ينص صراحة على هذه المسؤولية، باضافة نص صريح، وواضح، ضمن النصوص التي تحكم التزامات الجوار، بحيث يفهم منه اقامتها على أساس تحمل التبعة. ونبادر الى القول أن هذا النص المقترح لن يكون هو أساس هذه المسؤولية. فالنصوص القانونية — كما أوضحنا من قبل — لا تصلح أساساً للمسؤولية، وانما تكون مصدراً لها.

٧١ — في ظل القانون المدني المصري:

ان الأمر في ظل القانون المدني المصري لا يثير صعوبة كبيرة في تأسيس المسؤولية على نظرية تحمل التبعة. نظراً لوجود نص المادة ٨٠٧، الذي يقرر هذه المسؤولية صراحة — وان كان لنا عليه تحفظات تتعلق بصياغته، نظراً لتأثيرها بفكرة الخطأ — وهو ما أشار اليه الأستاذ الدكتور السنهوري — رحمه الله — بقوله: «فاذا قلنا ان نص المادة ٨٠٧ مدني ينشئ التزاماً قانونياً في جانب المالك، بعدم اصابة الجار بضرر غير مألوف. قامت مسؤولية المالك في هذا القول على اخلال المالك بهذا الالتزام القانوني، فوجب التعويض. ويكون المالك الذي الحق بجاره ضرراً غير مألوف قد خرق التزامه القانوني، فخالف القانون. ولكن هذه المخالفة القانونية ليست «خطأ»، بالمعنى المعروف، فان الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، وهنا لم ينحرف المالك عن هذا السلوك. فهو مسئول، لا لأنه ارتكب خطأ، بل لأنه يتحمل تبعة نشاطه، فهو الذي يفيد من استعماله للملكه استعمالاً استثنائياً، فمن العدل أن يتحمل تبعة هذا الاستعمال والغرم بالغرم» (٢٢٩).

٧٢ — في فقه الشريعة الاسلامية:

انتهينا من بحثنا في فقه الشريعة الاسلامية، الى أن هذا الفقه وان كان يعتنق نظرية التعسف كأساس لهذه المسؤولية، الا أن المسألة — وفقاً لما انتهينا اليه — لا تتعلق

(٢٢٩) الوسيط — ح ٨ (المرجع السابق) — فقرة ٤٣٧ — ص ٧٠٧، وهو ما أخذ به الدكتور منصور في بحثه السابق الاشارة اليه — فقرة ٤١، وانظر تحليله الانتقادي لما ذكره الاستاذ السنهوري، ص ٩٤ — ٩٥ من البحث المشار اليه.

بهذه النظرية. لأن التعسف، في ظل فقه الشريعة الإسلامية، نفس معناه في الفقه الوضعي المعاصر، فهو لا يخرج عن كونه خطأ. بينما هذه المسؤولية، لا تقوم على فكرة الخطأ. كما أن نظرية تحمل التبعة، ليست غريبة عن فقه الشريعة الغراء. فقاعدة الغرم بالغنم من القواعد الشرعية المسلم بها، وهي تعني تحمل التبعة في الفقه الوضعي، وفقاً للاتجاه الراجح في فقه الشريعة الإسلامية. وقد نصت عليها صراحة مجلة الأحكام العدلية في المادة ٨٧ منها (٢٣٠).

ولذلك، فليس من العسير القول بتأسيس المسؤولية عن الضرر الفاحش الذي يقع لمجار على نظرية تحمل التبعة.

٧٣ - في ظل القانون المدني الكويتي، ضرورة تعديل نص المادة ٣٠/د:

لعل المشكلة الحقيقية هي في مدى امكان الأخذ بهذه النظرية في ظل القانون المدني الكويتي الحالي. نظراً لأنه يتضمن نصاً صريحاً يقيم المسؤولية على أساس نظرية التعسف في الفقرة (د) من المادة ٣٠.

ومن ثم، لا يمكننا - في ظل وجود هذا النص الصريح - ان نقرر الأخذ بنظرية تحمل التبعة. ولكن الذي نستطيع أن نقوله أنه نص منتقد فيما يتعلق بالفقرة (د) منه. وينبغي أن تحذف هذه الفقرة من النص، على أن يوضع نص مستقل يقرر المسؤولية عن مضار الجوار تأسيساً على تحمل التبعة.

ونعتقد أن هذا ليس أمراً عسيراً على المشرع الكويتي، الذي اتسمت سياسته التشريعية بصفة عامة في مواضع عديدة من هذا القانون الوليد بالتخفيف من غلواء نظرية الخطأ بمفهومها التقليدي، فأخذ بفكرة الخطأ المادي وحده وهو بصدد تقرير مسؤولية عديم

(٢٣٠) انظر في هذه القاعدة ومعناها، شرح المادة ٨٧ من مجلة الاحكام العدلية على حيدر - درر الاحكام في شرح مجلة الاحكام - المرجع السابق ص ٧٩، شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني - بيروت المطبعة الأدبية ١٩٢٤ - ص ٥٨.

التمييز في المادة ٢/٢٢٧(٢٣١)، كما أخذ بالتزام الدولة بضمان أذى النفس عند تعذر معرفة المستول، أو الضامن في المادة ٢٥٦(٢٣٢)

هذا، الى جانب ما سبق أن أشرنا اليه، من أخذه بالمسئولية اللاخطئية في نص المادة ٢٤٣ من القانون المدني. كما كان يأخذ من قبل بنفس الاحكام الواردة فيها في المادة ١٩ مكرر من قانون العمل غير المشروع(٢٣٣). الى جانب ما تقرره المادة ٦٥ من قانون العمل في القطاع الأهلي فيما يتعلق بمسئولية رب العمل عن اصابات العمل.

وهكذا، نخلص مما سبق، الى أن المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة يمكن تأسيسها على تحمل التبعة في ظل القوانين موضوع البحث.

(٢٣١) انظر في ذلك تفصيلا بحثنا عن مسئولية عديم التمييز، القسم الثاني – المرجع السابق – فقرة ٥٥ و فقرة ٥٦.

(٢٣٢) انظر بحثنا لنا بعنوان «الالتزام بضمان أذى النفس ودور الدولة فيه، في ظل القانون المدني الكويتي» – بحث مقارن (نحت الطبع) في مجلة الحقوق – فقرة ٣٢ وما بعدها.

(٢٣٣) بحثنا في الالتزام بضمان أذى النفس السابق الاشارة اليه – حيث بينا أن نص المادة ٢٤٣ قد وسع في حالات الضمان عما كان عليه الحال في ظل تطبيق نص المادة ١٩ مكرر. انظر فقرة ٢٨ من البحث المشار اليه.

خاتمة

بعد أن وصلنا الى نهاية المطاف في هذا البحث، الذي سلمنا — منذ بدأنا الكتابة فيه — أنه لا يخلو من صعوبة، نظرا لتناوله مسألة بالغة الدقة. ولعل الدليل الواضح على ذلك يبدو من تردد بعض كبار الفقهاء في فرنسا — أمثال كابيتان، وريبير — وهم بصدد البحث عن الأساس السليم للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة. وكيف أنهم قالوا بآراء، ثم عدلوا عنها بعد ذلك. كما أن أستاذنا الكبير الدكتور السنهوري — رحمه الله — لم يحسم المسألة فقال بإمكان تأسيس المسئولية على تحمل التبعة، وبإمكان تأسيسها على الخطأ (٢٣٤) مع أن النتائج عند الأخذ بأي الأساسين جد مختلفة.

وقد عرضنا — خلال البحث — لأهم الأسس المطروحة، والتي أصلناها الى أساسين رئيسين

أولهما : تلك النظريات التي تقيمها على فكرة الخطأ:

وعرضنا فيه لهذه النظريات، سواء ما كان منها، يقيمها على خطأ شخصي واجب الاثبات وقد ضممننا اليهم القائلين بالتزامات الجوار، والقائلين بالتعسف. ونظرا لشعور أنصار نظرية الخطأ، بعدم امكان الوقوف على خطأ في مسلك الجار في هذه المسئولية فقد قالوا بتلسمه من خلال الضرر الذي وقع. فاذا كان غير مألوف فهو الخطأ بعينه، ولا يخفى ما في ذلك من خلط واضح بين فكرتي الخطأ، والضرر، على ما بينهما من اختلاف كبير.

وسواء منها، ما كان يقيمها على أساس خطأ مفترض، افتراضا لا يقبل اثبات العكس استناداً الى مسئولية حارس الأشياء في محاولة للتمسك بالخطأ، مع تجنب عيوبه بقدر الامكان. وقد بينا خطأ هذا الاتجاه، برغم أنه يعتبر خطوة معمودة نحو الخروج عن نطاق فكرة الخطأ.

وهكذا انتهينا الى أن الخطأ لا يصلح أساساً لهذه المسئولية على أي صورة من صوره.

وثانيهما: تلك النظريات التي تقيمها على أساس موضوعي :

وعرضنا من خلاله لمجموعة من الأفكار التي تقيم المسؤولية على أساس موضوعي، بعيداً عن فكرة الخطأ. رآه البعض متمثلاً في عدم الاختلال بالتوازن بين حقوق الجيران بسبب الاستعمال الاستثنائي لهذه الحقوق. أو في محاولة لربط هذه المسؤولية بفكرة المساواة أمام الأعباء، والتكاليف العامة. كما رآها آخرون في نظرية تحمل التبعة — أو المخاطر — وهي النظرية التي وقفنا عندها، وأيدنا الأخذ بها، محاولين الرد على خصومها. وانتهينا الى أنها الأساس السليم لهذه المسؤولية، ووضحنا أهمية الأخذ بها، ومبرراته. كما انتهينا الى امكان القول بها في ظل القوانين التي بحثناها وان كان هذا يستدعي تعديلاً تشريعياً في نص المادة ٣٠/د من القانون المدني الكويتي بحذف الفقرة د، وإيراد نص صريح يقيم المسؤولية على أساس تحمل التبعة، لا على التعسف.

وبعد.. فان كانت لنا في النهاية من كلمة نقولها. فهي أننا لاندعي أن ماوصلنا اليه هو عين الحقيقة. فالحقائق، في مجال العلوم الاجتماعية، تكون دائماً نسبية. وحسبنا أننا حاولنا تسليط الضوء على مسألة تتسم بالدقة، والتعقيد، في محاولة متواضعة للاسهام في البناء القانوني، يدفعنا الى ذلك شرف الغاية ونبل القصد. والله ولي التوفيق.

تم بحمد الله وتوفيقه.

مراجع البحث الأساسية

أولاً، مراجع باللغة العربية:

١ - مراجع عامة

- أبو زيد عبد الباقي مصطفى، المصادر غير الارادية للالتزام في القانون المدني المصري، المنصورة ١٩٨١.
- أبي اسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ح ٢ (شرح وتعليق الاستاذ محمد عبد الله دراز) «بدون تاريخ».
- الزيلعي، الامام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرك كثر الدقائق، دار المعرفة بيروت، ح ٤ (بدون تاريخ).
- الكاساني، الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ح ٦، ١٩٧٤.
- توفيق فرج، الحقوق العينية الأصلية، الاسكندرية، ١٩٨٠.
- جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الاصلية، الكتاب الأول (حق الملكية)، القاهرة ١٩٧٣. النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، القاهرة ١٩٧٦.
- حسن كبيره، أصول القانون المدني، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، (احكام حق الملكية)، الاسكندرية، ١٩٦٥. المدخل الى القانون، بيروت ١٩٦٧.

* سنكتفي هنا ببيان أهم المراجع التي رجعنا اليها، تاركين عدداً آخر، رجعنا اليه في مرات قليلة مكتفين بالإشارة إليه في المواضع المختلفة، التي رجعنا فيها إليه.

- حسين عامر، وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية، والعقدية، الطبعة الثانية، القاهرة ١٩٧٩.
- شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول في حق الملكية، بغداد ١٩٦٩.
- صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، بغداد ١٩٦١.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ح ١، ط ٢، القاهرة ١٩٦٤، ح ٨، القاهرة ١٩٦٨.
- عبد المنعم البدر اوي، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، القاهرة ١٩٥٦.
- عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، الطبعة الثانية، القاهرة ١٩٦٤.
- غنى حسون طه، الحقوق العينية في القانون الكويتي، الجزء الأول، حق الملكية، الكويت ١٩٧٧.
- محمد كامل مرسي، الملكية والحقوق العينية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة ١٩٣٣.
- محمد هشام القاسم، المدخل الى علم الحقوق، دمشق ١٩٥٦. مذكرات في الحقوق العينية (حق الملكية) لطلاب كلية الحقوق والشرعية بجامعة الكويت، في العام الجامعي ١٩٧٣/١٩٧٤ (على الآلة الناسخة).
- محمد لبيب شنب، الحقوق العينية الأصلية، مذكرات على الآلة الناسخة لطلاب كلية الحقوق والشرعية، بجامعة الكويت في العام الجامعي ١٩٨١.
- منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، القاهرة ١٩٦٥.

٢ — رسائل وبحوث :

- ابراهيم طه الفياض، مسؤولية الادارة عن اعمال موظفيها في العراق مع الاشارة للقانونين المصري والفرنسي، رسالة من حقوق القاهرة ١٩٧٣.
- بشرى جندي، تحمل التبعية في المسؤولية غير العقدية، بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة، العدد الثالث، السنة الثالثة عشرة، ١٩٦٩.

- سيد أمين محمد، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الاسلامي المقارن، رسالة من حقوق القاهرة ١٩٦٤.
- عبد السلام داود العبادي، الملكية في الشريعة الاسلامية، طبيعتها، ووظيفتها، وقيودها، دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية (القسم الثاني)، رسالة من كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر طبع في الاردن ١٩٧٥.
- عبد الفتاح عبد الباقي، المسؤولية التقصيرية عن حوادث السيارات، وغيرها من الأشياء الخطرة تأسيساً على حراستها، وعلى مباشرة الضرر أثناء استعمالها، محاضرات في القانون المدني مع التعمق القاها على طلاب دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص بجامعة الكويت في العام الجامعي ١٩٧٢/١٩٧٣.
- عبد المجيد محمود مطلوب، التزامات الجوار، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي، والقانون الوضعي. مستخرج من مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني ١٩٧٦، السنة الثامنة عشرة.
- عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة، العدد الأول ١٩٦٣.
- فتحي الدريني، الحق، ومدى سلطة الدولة في تقييده، ونظرية التعسف في استعمال الحق، رسالة من كلية الحقوق والشريعة، جامعة الأزهر (من مطبوعات جامعة دمشق ١٩٦٧).
- محمد أبوزهرة، اساءة استعمال الحق، مجلة ادارة قضايا الحكومة، السنة الخامسة، العدد الثالث، ١٩٦١.
- محمد ابراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة من حقوق الاسكندرية ١٩٧٢.
- محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، معياره، وطبيعته، في الفقه والقضاء، وفقاً لاحكام القانون المدني المصري، رسالة القاهرة ١٩٧٩.
- محمد علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، رسالة من حقوق عين شمس ١٩٧٤.

- محمد لبیب شنب، المسؤولية عن الأشياء، دراسة في القانون المصري، مقارناً بالقانون الفرنسي، رسالة من حقوق القاهرة ١٩٥٧.
- محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة من حقوق القاهرة ١٩٧٨.
- منصور مصطفى منصور، الخطأ في المسؤولية المدنية، بحث في القانون المدني مع التعمق القاه على طلاب الدراسات العليا بكلية الحقوق والشرعة، جامعة الكويت، في العام الجامعي ١٩٧٤/١٩٧٥ (على الآلة النسخة).

ثانيا : مراجع باللغة الفرنسية:—

I - Oeuvres Généraux:

- AUBRY et RAU et ESMEIN, Droit civil Français, T. 6, 1951.
 BUDRY - LA CONTINERIE et CHUVEAU, Traité de droit civil, Les biens, 1 vol. 3^{ème} éd. 1905.
 COLIN et CAPITANT et DE LA MORANDIERE, Cours élémentaire de droit civil Français T. 1, 11^{ème} éd. 1947.
 DEMOGUE, Traité des obligations en général, T. 4, 1924.
 DE PAGE et DEKKERS, Traité élémentaire de droit civil Belge, T. 5, 2^{ème} éd. Bruxelles, 1975.
 JOSSERAND, De l'esprit des droits et de leur relativité, thèiore dit l'abus de droit, 2^{ème} éd. 1939.
 MAZEAUD et TUNC, Traité théorique et pratique de la responsabilité civil, T. 1, 6^{ème} éd., 1965.
 MAZEAUD (H.L.J.), Leçon de droit civil, T. 2, 3^{ème} éd. 1966.
 PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil Français, T. 3, (Les biens), Par PICARD, et T. 6 (Obligations), Par ESMEIN, 1952
 RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} éd. 1949.
 SAVATIER, Traité de la responsabilité civil, 1939.

II - Thèses:

- BESSON, La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses, Th. Doc. Dijon, 1927.
 FARGE, Le voisinage industriel, Th. Doc. Grenoble, 1923.
 HARPILLARD, Les inconvénients de voisinage, Th., Doc. Paris, 1975 (dect.)
 KIRA, La thèiore de l'abus de droit en droit Français et en droit Egyptien, Th. Doc. Paris, 1952 (dect.)
 LEYAT, La responsabilité dans les rapports de voisinage, Th. Doc. **Toulouse** 1936.

PATRICK, La réparation du dommage écologique. Th. Doc., Paris éd. 1974.
PRAX, Propriété et jurisprudence, contribution à l'étude de rapports de voisinage, Th. Doc. Montpellier, 1933.
RIPERT, De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, Th. Doc., Aix, 1902.
STARCK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, Th. Doc., Paris, 1947.
STEFANI, La nature de la responsabilité en matière de trouble de voisinage. Th. Doc., Montpellier 1941.
VERCESCO, Etude générale sur les restrictions apportées à la propriété foncière Th. Doc., Paris, 1901.
YOCAS, Les troubles de voisinage. Th. Doc., Paris, 1964.

III - Articles:

BALISE, Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage. R.T.D.C. 1965, P. 261.
CAPITANT, Des obligations de voisinage et spécialement obligation qui pèse sur le propriétaire de ne pas causer aucun dommage au voisin. R. Critique, 1900, P. 156 et S., et P. 228 et S.
MAZEAUD (H.), La faute dans la garde. R.T.D.C. 1925, P. 793.
RIPERT, A bus des droits. R. Critique, 1911, P. 148.
STARCK, Domaine et fondement de la responsabilité sans faute, R.T.D.C. 1958, P. 475.

مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية

تصدر عن جامعة الكويت

رئيس التحرير
الدكتور عبد الله الغنيم

صدر العدد الأول في كانون ثاني (يناير) ١٩٧٥

تصل أعدادها الى أبدي نحو ١٢٥٠٠ قارئ

يحتوي كل عدد على حوالى ٢٥٠ صفحة من القطع الكبير تشتمل على

- مجموعة من الأبحاث تعالج الشؤون المختلفة للمنطقة بأقلام عدد من كبار الكتاب المتخصصين في هذه الشؤون
- عدد من المراجعات لطائفة من أهم الكتب التي تبحث في الماحي المختلفة للمنطقة .
- أبواب ثابتة - تقارير - وثائق - بوميات - بيليوغرافيا .
- ملخصات للأبحاث باللغة الانجليزية .

نص العدد ٤٠٠ فلس كويتي أو ما يعادلها في الخارج

الاشتراكات للأفراد سويلاً دياراً كويتياً في الكويت ، ١٥ دولاراً أمريكياً في الخارج (بالبريد الجوي)

للشركات والمؤسسات والدوائر الرسمية : ١٢ دياراً كويتياً في الكويت ، ٤٠ دولاراً أمريكياً

في الخارج (بالبريد الجوي)

منشورات المجلة :

تصدر المجلة أيضاً دراسات مستقلة متعلقة بشؤون المنطقة صدر منها

- ١ - كتاب التكامل الاقتصادي في الخليج العربي (د . محمد هنام خواحكية) ١٩٧٩
- ٢ - كتاب آفاق التنمية الصناعية في دول الخليج العربي (د . عبد الاله أبو عياش) ١٩٧٩
- ٣ - كتاب حقوق الطفل في دولة الكويت (د . بدرية العوضي) ١٩٧٩
- ٤ - كتاب الاحصاءات الاقتصادية في المملكة العربية السعودية (بدوي خليل) ١٩٨٠
- ٥ - دور جريدة فتاة الجزيرة في أحداث عام ١٩٤٨ بمصحاء (سلطان ناجي) ١٩٨٠

لسلسلة وثائق الخليج والجزيرة العربية لعام صدر منها

الكتاب الأول - وثائق الخليج والجزيرة العربية لعام ١٩٧٧ - ١٩٧٩

السنون - جامعة الكويت - كلية الآداب والتربية - الشويخ - دولة الكويت

ص . ب . ١٧٠٧٣ - الحالدية

الهاتف : ٨١٦٨٠٧ - ٨١٦٧٩٩ - ٨١٦٨٢٤

جميع المراسلات توجه باسم رئيس التحرير .