" الضرر المتسامح به المفهوم والمصادر"

Tolerable damage concept and sources""

أ.د عبد المهدي كاظم ناصر
كلية القانون –جامعة القادسية
abdulmahdi.naser@qu.edu.iq

الباحثة: بنين خالد مظهر حسين
كلية القانون –جامعة القادسية
law23.mas01@qu.edu.iq

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٤/٣/٥ **تاريخ قبول النشر ٢٠٢٤/٧/١٦**

الملخـص:

ان القاعدة العامة في القوانين المدنية إقامة المسؤولية المدنية عند توافر اركانها الا انه قد يتم التسامح بالضرر والذي يعتبر مناط المسؤولية ومدارها مما ينتج عنه التسامح بها هي الأخرى نتيجة للتسامح بالضرر، والذي يعد أحد اهم أركانها فتنتفي المسؤولية كلها او في جزء منها.

الكلمات المفتاحية: الضرر، التسامح، المسؤولية المدنية، التعويض العادل

Abstract

The general rule in civil laws is to establish contractual or tortious civil liability when its elements are present. However, damage which is seen as the focus and scope of liability, may be tolerated, and this leads to the exemption from the civil liability itself as a consequence of tolerating the damage, which is one of its most important pillars, so all or part of the liability.

Keywords: damage, tolerance, civil liability, fair compensation

مقدمة

أولا: مدخل تعريفي لموضوع الدراسة: ان المسؤولية المدنية تترتب عند تحقق الضرر الذي يصيب الاشخاص سواء كان في التصرفات القانونية ام في الوقائع المادية، فتثار عندئذ المسؤولية العقدية او التقصيرية تجاه المقصر لحساب المتعرض للضرر وهذا ما يعتبر قاعدة اساسية تتخلل القانون المدني في جميع اجزاءه، الا انه ولاعتبارات عملية في التصرفات القانونية واخرى انسانية او اجتماعية في الوقائع المادية وردت فكرة التسامح ببعض الاضرار في العديد من ثنايا نصوص القانون المدني العراقي اي ان المشرع لا يرتب المسؤولية المدنية عند تحقق بعض الاضرار ويتم التغاضي عنها، وهذه الاستثناءات تكاد تشكل نظرية عامة لأضرار تسامح بها القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة، وقد وردت فكرة التسامح على شكل نصوص تشريعية تتمثل وظيفتها اما في اعفاء المتسبب بالضرر بصورة كاملة من المسؤولية المدنية او تعمل على التخفيف والتسهيل من هذه المسؤولية المترتبة عليه، فلا يتم النظر الى الضرر بحد ذاته وانما تتداخل معه العديد من الاعتبارات عند ترتب المسؤولية المدنية على ذلك الضرر، وتتمثل هذه الاعتبارات في الغاية او المبرر الذي يكمن وراء التسامح، فقد تكون الغاية الاساسية منه

التسهيل من الاثار القانونية لبعض العقود سعيا من المشرع في المحافظة عليها من الفسخ او البطلان او التوقف او زعزعة المراكز القانونية للأطراف عموما، ساعيا في كل ذلك الى تحقيق اكبر قدر من الاستقرار والاطمئنان على صعيد المعاملات المالية او قد تتمثل الغاية في المحافظة على العلاقات الاجتماعية بين الناس والمحاولة في عدم التأثير سلبا عليها، وغايات اخرى انسانية تنظر الى الظروف الذاتية الخاصة بالمسؤول عن الضرر الذي يكون بحاجة الى تعامل خاص عند النظر الى الخطأ الصادر منه.

ثانيا: اهمية موضوع الدراسة: تنطلق اهمية موضوع الدراسة انطلاقا من اهمية الضرر كركن اساس لقيام المسؤولية المدنية واهمية هذه المسؤولية التي تعتبر الطريق لإعطاء كل ذي حق حقه وبموجبها يتم جبر الضرر وتعويض المتضرر، ورغم اهمية الضرر في ذلك الا انه قد يتم التسامح به ومن ثم التسامح بالمسؤولية المدنية الناتجة عنه، ورغم الدراسات الواسعة التي حظي بها كلا من الضرر والمسؤولية المدنية الا انه لم توجد دراسة تخصصت بالضرر المتسامح به المؤدي الى التسامح بالمسؤولية المدنية بصورة كاملة او في جزء منها، كما ان اهمية الموضوع تكمن ايضا في ان العديد من المختصين ينظرون الى فكرة التسامح في الاضرار بأنها خاصة في حالة مضار الجوار فقط اي في القيود المقررة لمصلحة الجوار (التسامح في الاضرار المألوفة بين الجيران) ولكن في الحقيقة يكون التسامح بالضرر اوسع من ذلك، فقد وردت في العديد من مواضيع القانون المدني ولها تطبيقات عديدة فيه، كما ان اهمية الموضوع تكمن في اهمية التسامح ذاته الواجب ابداءه في التصرفات القانونية والوقائع المادية، فمثلا لتقدم المجتمعات وحاجة الافراد الى التعامل فيما بينها باستمرار برزت الحاجة الى اضفاء نوع من المرونة تقابل تلك المسائل لسيادة جو من الثقة في التعامل بين الاشخاص وتشجيعهم على ابرام مختلف التصرفات القانونية، واما في الوقائع المادية فأهمية التسامح تكمن في اهمية الاستقرار في العلاقات الاجتماعية بين الاشخاص فتتطلب هذه العلاقات ايضا نوعا من المرونة من خلال ابداء التسامحات فيما بينهم والتغاضي عن بعض الاضرار.

ثالثا: اشكالية موضوع الدراسة: تتمثل اشكالية الموضوع في عدم قدرة المشرع على حصر جميع الحالات القانونية والتطبيقات التي وردت فيها فكرة التسامح ببعض الاضرار، وسن نظرية عامة لهذه الاضرار تجمع فيها تلك التطبيقات تحت مظلة واحدة، وجل ما وجد في النصوص التشريعية تطبيقات متناثرة في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة، وازاء هذا الغموض التشريعي فإن الدراسات القانونية هي الاخرى لم تضمن الضرر المتسامح به في ابحاثها القانونية مما ادى الافتقاد الى مفهوم هذا الضرر وماهيته وبيان نوع الاضرار الداخلة تحت غطاءه مما ينتج عنه العديد من الاشكاليات التي يرتبط ايضاحها بمعرفة المفهوم القانوني للضرر المتسامح به، كما ان تناثر تلك التطبيقات يؤدي الى صعوبة الوقوف على الاساس القانوني لهذا النوع من الضرر، فيقف وراء التسامح العديد من الجهات التي تكون مسؤولة عنه وبحسب مصدر ذلك التسامح، وبذلك تتعدد الاسس القانونية له لعدم ظهور التسامح من مصدر واحد.

رابعا: الاسئلة البحثية: ينتج عن موضوع الدراسة العديد من الاسئلة البحثية والتي تتبلور بسؤال مركزي مفاده، ما المقصود بالضرر المتسامح به؟ ويتفرع عن السؤال المركزي عدة اسئلة فرعية تتمثل في ما يأتي:

١. ماهي خصائص الضرر المتسامح به؟

٢. ماهو المصدر القانوني للضرر المتسامح به؟ وهل يتمثل هذا المصدر بالضرر ام بالتسامح؟

خامسا: منهجية البحث: سنعتمد في بحثنا لموضوع الدراسة على المنهج الاستقرائي المقارن من خلال مقارنة القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بالقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والقانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ وتعديلاته، لأجل الاحاطة بموضوع الدراسة والوقوف على تنظيم فكرة التسامح بالأضرار في تلك القوانين بأعتبارها قوانين ذات صلة بالقانون المدني العراقي، بالإضافة الى ظهور عديد من ملامح التسامح في هذه القوانين بصورة واضحة وجلية.

سادسا: هيكلية موضوع الدراسة: سنعتمد في دراستنا على الخطة الثنائية للمباحث والمطالب وذلك بتقسيمها الى مبحثين يختص المبحث الأول بدراسة مفهوم الضرر المتسامح به والذي بدوره ينقسم الى مطلبين يختص المطلب الأول بدراسة تعريف الضرر المتسامح به واما المطلب الثاني سنبحث به خصائص الضرر المتسامح به، واما المبحث الثاني سيتناول بالبحث مصادر الضرر المتسامح به وينقسم هو الاخر على مطلبين يتمثل الأول بدراسة المصدر المباشر للضرر المتسامح به واما المطلب الثاني فيقع تحت عنوان المصدر غير المباشر للضرر المتسامح به، ومن ثم سنختم البحث بأهم النتائج والمقترحات التي توصلت اليها الدراسة.

المبحث الأول: مفهوم الضرر المتسامح به

باعتبار ان التسامح بالضرر خروج عن الاصل العام لقواعد المسؤولية المدنية فيقتضي ذلك بيان مفهوم هذا الاستثناء ومضمونه بشكل دقيق، وازاء افتقار هذا المصطلح للدراسات التي تبين مفهومه، فيجب علينا بيان مفهوم الضرر المتسامح به من خلال تعريفه وتسليط الضوء على معناه الدقيق ليساعدنا هذا المفهوم على بيان مستوى الاضرار التي تقع تحت غطاءه، وما اذا كان يتميز بجملة من الخصائص التي تساعدنا على الوقوف بصورة اكثر دقة ووضوح على مفهوم هذا النوع من الضرر، لذا سنقسم هذا المبحث الى فرعين نتناول في المطلب الأول البحث في تعريف الضرر المتسامح به، واما المطلب الثاني فيختص بالبحث في خصائص الضرر المتسامح به.

المطلب الأول: تعريف الضرر المتسامح به

لم يورد تعريف تشريعيا للضرر المتسامح به، فلم ينص القانون المدني العراقي ولا التشريعات محل المقارنة على تعريفه ولا يعد ذلك عيبا على المشرع لأن ذلك ليس من وظيفته بل من وظيفة الفقه لأن المشرع لو وضع تعريفا لأدى ذلك الى جمود المفهوم وعدم مواكبته للحالات التي تستجد في المستقبل.

وجل ما جاء في هذه التشريعات فيما يخص التسامح الذي ينفي المسؤولية المدنية فهو ذكر لفظة

التسامح في بعضا من تطبيقاته كما في التسامح الذي يكون مصدره العرف في عقد الايجار فلم ينص القانون المدني العراقي على التسامح بلفظه الصريح سوى في هذا الحالة وذلك بقوله (يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به او تنقص من هذا الانتفاع نقصا كبيرا، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها) [١].

كما أن قانون النقل قد أشار الى لفظة التسامح عندما حدد النقص المتسامح به الحاصل في الوزن والحجم في الشيء محل النقل وذلك في الفقرة (٢) من المادة (٤٤) منه [٢]، والتي تقابلها المادة (٢٤٢) من قانون التجارة المصري، كما عاد هذا القانون وذكر التسامح عند تقدير التعويض عن الهلاك غير الكلي وذلك في الفقرة (٢) من المادة (٥١) [٣] وذلك وفقا للنقص المتسامح به في المادة (٤٤) والتي تقابلها المادة (٢٤٧) من قانون التجارة المصري.

ويعتبر هذا كل ما ذكره المشرع فيما يخص التسامح اما باقي تطبيقات الموضوع محل الدراسة، فلم ينص بشكل صريح على لفظة التسامح فيها وانما اكتفى ببيان عدم ترتب المسؤولية المدنية بحق محدث الضرر، متخذا في ذلك سبيل الاعفاء من هذه المسؤولية او التخفيف منها.

اما بالنسبة لتعريف الضرر المتسامح به قضاءً، فلم نجد تعريف للضرر المتسامح به في القضاء العراقي والمصري لأن وضع التعريفات ليس من عمل القضاء بقدر بيان حالات التسامح وبيان احكامه وعليه فلم يكن موقفه بعيدا عن موقف التشريع، فلم نجد تعريفا للضرر المتسامح به وانما وجدنا فقط وجود هذا التسامح في العديد من احكام القضاء بوصفها تطبيقا للضرر المتسامح به وحتى لو صدرت قرارات قضائية بخصوص تطبيقات الضرر المتسامح به العديدة فأن هذه القرارات لم تبين ماهية او معنى الضرر المتسامح به سوى في تطبيق واحد من هذه التطبيقات الا وهو الضرر المتسامح به في علاقات الجوار فقد عمدت هذه القرارات على بيان الضرر الذي يجب على المالك التحرز منه وعدم الحاقه بجاره والا ترتبت مسؤوليته المدنية، وفي هذا الشأن جاء في احد قرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية بأنه (الضرر اليسير مغتفر وللمالك ان يتصرف في ملكه تصرفا لا يضر بجاره ضررا فاحشا)[٤].

وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بأن (الجار ملزم بتعويض جاره عما يصيبه من الضرر وذلك متى كان الضرر فاحشا ومتجاوزا الحد المألوف بين الجيران) [٥]، اما المحاكم الفرنسية فقد عرفت الاضرار غير المألوفة بأنها (الاضرار التي تجاوز في خطورتها المضار البسيطة التي يجب على الجيران تحملها عادة دون تعويض) [٦]، ومن مفهوم المخالفة لهذه القرارات يتبين لنا بأن الضرر المتسامح به في علاقات الجوار هو الضرر اليسير المغتفر الذي يتحمله الجار عادة دون ان يصل الى حد نمن الجسامة.

اما تعريف الضرر المتسامح به حصرا فلم نجد سوا تعريفا واحدا له من قبل المحاكم الفرنسية فوصفته بأنه (الضرر العادي الذي يمكن تحمله) [٧].

اما الموقف الفقهي من تعريف الضرر المتسامح به فقد تم تعريفه بأنه (الضرر المغتفر الذي لا يمكن التحرز من وقوعه) [٨]، ولا شك بأنه تعريف منتقد باقتصاره على الضرر اليسير البسيط في حين ان الضرر المتسامح به أوسع من ذلك.

اما باقي التعريفات فقد اختلفت باختلاف المحل الذي يرد عليه التسامح ففي عقد الايجار عُرف الضرر المتسامح به بأنه (عدم مسؤولية المؤجر تجاه المستأجر عن العيوب الموجودة في العين المؤجرة والتي جرى العرف على عدم ضمانها) [٩]، ويؤخذ على هذا التعريف بأنه مقتصر على عقد الايجار أولا ومقتصر على مصدر واحد من مصادر الضرر المتسامح به الا وهو العُرف، ومن ثم فإن هذا التعريف مقتصر على ايضاح اثار التسامح وان بيان أثر الشيء لا يوضح ماهيته.

اما في الجوار فقد عُرف بأنه (كل ضرر يعد نتيجة طبيعية لحالة الجوار)[١٠]، وقد عُرف أيضا بأنه (الضرر الذي لا يمكن تجنبه لعدم مجاوزته الحد المألوف الذي يقره العرف والذي يجب على الجار تحمله)[١١]، ويؤخذ على التعريفين الاخيرين بأنهما جاءا في تطبيق واحد من تطبيقات الضرر المتسامح به وهي حالة الجوار فقط في حين ان هناك الكثير من التطبيقات لهذا الضرر فنحتاج الى تعريف شاملا لكل تلك الحالات، بناءً على مما سبق فيمكن القول بأن كل التعريفات اعلاه كانت غير كافية لبيان مفهوم الضرر المتسامح به لكونها غير جامعة وغير مانعة فمن حيث كونها غير جامعة لأنها لا تتضمن بيانا كافيا لكل أفراد المصطلح المراد تعريفه الا وهو الضرر المتسامح به في حين يجب ان يكون التعريف مبينًا لحقيقة المعرف وكاشفاً عن كل غموض قد يعتريه ومشتملا على كل عناصره فلم تبين تلك التعريفات صفات وخصائص الضرر التي تستخلص من تعريفه حيث ان هذه التعريفات تشير الى الضرر المتسامح به اليسير فقط دون اي اشارة الى جسامة الضرر الذي من الممكن التسامح به، اما البعض الاخر من هذه التعريفات اقتصرت على المحل الذي وردت فيه فقط دون شمولها لباقي التطبيقات للضرر المتسامح به.

اما كونه غير مانع فلأنه فيه من العموم ما يسمح بدخول غير افراد المعرف في التعريف فعندما عرف الضرر المتسامح به بأنه الضرر الذي لا يمكن التحرز من وقوعه او عندما عرف بحسب المحل الذي يرد عليه كما أشرنا سابقا فأن هذه التعريفات تشير الى ضالة الضرر ويُسره مما يجعل التعريف غير مانعا بدخول الضرر المألوف والضرر اليسير تحت مظلة هذا التعريف.

وعليه فأن بالإمكان وضع تعريف للضرر المتسامح به بأنه: كل ضرر يعف المشرع محدثه من المسؤولية المدنية كليا او جزئيا مراعاة لاعتبارات متعددة يراها المشرع جديرة بالاعتبار سواء كان الضرر يسيرا او جسيما.

المطلب الثاني: خصائص الضرر المتسامح به

من خلال التعريف السابق يمكننا ان نستخلص خصائص معينة للضرر المتسامح به تتمثل في الاتي:

أولا: الضرر المتسامح به استثناءً من الأصل: ان الاصل قيام المسؤولية المدنية عند تحقق ضررا لأحد المتعاقدين في العلاقات التعاقدية فتثار عندئذ المسؤولية العقدية، او تحقق الضرر لأحد الاشخاص في الوقائع المادية فتثار المسؤولية التقصيرية وهذا يعتبر الاصل في التشريعات المدنية، الا ان الاستثناء هو عدم ترتب المسؤولية المدنية على هذه الاضرار او تترتب هذه المسؤولية لكنها تتضمن اعفاء في جزء منها، فيرتب المشرع مسؤولية مخففة على محدث الضرر، وعليه فالقاعدة العامة قيام المسؤولية المدنية والاستثناء عدم قيام هذه المسؤولية او تخفيفها[١٢].

ويتجلى لنا هذا الاستثناء من خلال التطبيقات المؤيدة له فالمشرع العراقي وكذلك المصري قد أقرا مسؤولية المؤجر عن جميع العيوب الموجودة في المأجور التي تحول دون انتفاع المستأجر بها او تنقص من هذا الانتفاع نقصا كبيرا لكنه وبنفس النص عاد واستثنى العيوب التي جرى العرف على التسامح بها من هذه المسؤولية بقولهما "ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف على بالتسامح فيها" فالأصل هو ضمان المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد من عيوب في المأجور ويلتزم بتسليم العين في حالة صالحة للانتفاع بها من قبل المستأجر [١٣].

وكذلك ضمان العيوب الخفية في عقد البيع فالبائع مسؤول عن ضمان العيوب التي تظهر في المبيع كقاعدة عامة في ضمان العيوب الخفية الا انه غير مسؤول عن ضمان العيوب اليسيرة التي لا يلتفت اليها التجار وارباب الخبرة او التي لا تفوت غرض صحيح.

اما المسؤولية التقصيرية فالأصل قيام هذه المسؤولية عند تكامل اركانها الثلاث المتمثلة بكلا من الضرر والخطأ والعلاقة السببية بينهما وهذه ما أكدته المواد المتمثلة في الفقرة الاولى من المادة (١٨٦) والمادة (٢٠٢) والمادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي [١٤].

وبموجب هذه النصوص التشريعية فإن محدث الضرر مسؤول عن عمله غير المشروع الا اننا نتلمس الخروج عن هذه القاعدة في العديد من نصوص القانون المدني ومنها عدم مسؤولية المدافع عن نفسه في الدفاع الشرعي عند توافر شروط هذا الدفاع وكذلك عدم مسؤولية المالك عن الاضرار اليسيرة التي تصيب جاره، او يكون الاستثناء بشكل اعفاء جزئي من المسؤولية التقصيرية كما في حالة مسؤولية عديم التمييز وناقص الاهلية او المسؤولية المدنية المخففة في حالات الضرورة وتكمن وراء هذا الاستثناء الكثير من المبررات القانونية والإنسانية والواقعية، فأن الطابع الاستثنائي للضرر المتسامح به نجد أساسه في القانون، فيتخذ الضرر المتسامح به استثناءه بنص في القانون[١٥]حتى وأن اختلف مصدر التسامح بعد ذلك كأن يكون الاتفاق او العرف فلا بد من ان يسمح القانون بذلك.

ثانيا: التسامح قد يكون وقائيا او علاجيا: ان توافر كافة اركان المسؤولية المدنية امر لا بد منه للتسامح بالضرر، إلا انه قد يختلف التعامل مع ذلك الضرر بحسب نظرة المشرع له وبحسب نوع

الضرر، وذلك اما بعده ضرر غير موجب او غير مستحق لقيام المسؤولية او ضرر موجبا لها، فيكون التسامح وقائيا حينما يعد الضرر غير مستحقا للمسؤولية، فعلى الرغم من توافر اركان هذه المسؤولية ووجود الضرر الا ان المشرع عندما يتسامح به فإنه لا يرى فيه الضرورة التي تستحق اقامة المسؤولية وارباك المراكز القانونية من اجلها، وذلك لضآلة الضرر وقلته التي تكاد تنعدم بالنظر الى حجم المسؤولية المدنية لو ترتبت عليه، فلا ينظر الى الضرر ليسره وبساطته فتنتفي أهميته وكأنما لم يقع فعلا، فيكون التسامح في هذه الحالة تسامحا وقائيا من قيام المسؤولية المدنية لعدم وجود استحقاقا لها، ويتجسد ذلك في الاضرار اليسيرة التي تصاحب التصرفات القانونية كما في حالة الاضرار اليسيرة الناتجة عن العيوب الخفية في عقدي البيع والايجار او في الوقائع المادية كما في حالة التسامح بالأضرار المألوفة بين الجيران، في حين يكون التسامح علاجيا حينما يكون الضرر مستحقا وله من الاهمية التي تستوجب قيام المسؤولية المدنية لكونه ضررا مؤثرا ويستحق التعويض عنه، فبعد ان تحقق الضرر واستوجب المسؤولية عنه وكان الضرر في صورة تستحق ان يُحاسب عليها المسؤول ويعوض عنها المتضرر، ومع ذلك يتسامح به المشرع لوجود المبرر القانوني الذي يفرض هذا التسامح، فيكون التسامح في هذه الحالة علاجيا بعد ان توفرت اركان المسؤولية المدنية وبرز الضرر بشكل واضح ومؤثر وذا اهمية من الناحية القانونية التي تفرض المسؤولية المدنية عند وصول الضرر الى مرحلة تستحق التعويض، كما في حالة الاضرار الجسيمة المتسامح بها في حالة الدفاع الشرعي والضرورة والضرر الناتج عن التسامح مع عديم التمييز او ناقص الاهلية.

ثالثا: التسامح قد يكون بكل الضرر او في جزء منه: ان الضرر المتسامح به يتخذ صورتين من التسامح فهو اما يكون تسامح كلي متمثلا بالإعفاء الكامل من المسؤولية المدنية وان هذا الاعفاء يعني عدم قيام المسؤولية على محدث الضرر بأي شكلا من الاشكال، فيكون الاعفاء من المسؤولية المدنية تارة بدافع استقرار التعاملات بين الاشخاص وتسهيلها فما يتسامح به اطراف العقد من عيب طفيف او يسير انما يكون بغية تحقيق استقرار التعامل فيما بينهم، وتارة اخرى يكون دافعها الانسانية والعلاقات الاجتماعية بين الجيران التي تقتضي تحمل الاضرار الطفيفة من الاخرين طالما تحتمها متطلبات العيش المشترك بينهم[١٦] او يكون بدافع وجود مبرر قوي للإعفاء من هذه المسؤولية كما في اعفاء المدافع عن نفسه من المسؤولية المدنية في الدفاع الشرعي .

والتسامح الجزئي يعني ان تكون المسؤولية المدنية غير كاملة والتعويض فيها يكون مخففا، ينقص عن المطلوب الاصلي بالنسبة للمتضرر، فالمسؤولية المدنية لا تنعدم تماما في التسامح الجزئي حيث يبقى محدث الضرر مسؤولا عما سببه للغير من ضرر ولكنه مسؤول بجزء من هذا الضرر[١٧]، كما في حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي وفي التعويض العادل في كلا من مسؤولية عديم التمييز او ناقص الاهلية وحالة الضرورة، وان التسامح الجزئي يقترب كثيرا من فكرة التعويض العادل وهي فكرة يمتلك فيها القاضي ملائمة التعويض بالاعتداد بمركز المضرور ومحدث الضرر[١٨] فقد كان سائدا في التعويض ان

يقوم على المساواة بين التعويض وقيمة الضرر الواقع فعلا[١٩] وان التعويض يجب ان لا يتجاوز قدر الضرر من ناحية ويشترط الا يقل عنه من ناحية أخرى[٢٠]الا انه تم اللجوء الى التعويض العادل للتخفيف من حدة التعويض الكامل الذي يراعي فيه القاضي كون الفعل الضار غير متعمد وهدف هذا التعويض هو جبر المتضرر وليس عقاب المسؤول، فطالما كان التعويض يرتبط بالضرر فإنه يجب ان يكون متناسبا معه[٢١] .

وعليه فإن التعويض العادل الذي لا يتسنى ان يكون مساويا للضرر يجسد فكرة الضرر المتسامح به الجزئي الذي تكون المسؤولية المدنية فيه على وجه من التخفيف، فيعد اعفاء المتسبب بالضرر جزئيا صورة من صور التسامح، وبالتالي فإن استيعاب الضرر المتسامح به لتلك الصورتين من التسامح يجعله ضرر غير موجب للتعويض في حالة الاعفاء الكامل من المسؤولية المدنية، وذات تعويض جزئي غير مساوي للضرر في حالة التخفيف من تلك المسؤولية.

رابعا: قد يكون الضرر المتسامح به يسيرا او جسيما: قد يتبادر الى الذهن عند سماع الضرر المتسامح به ان هذا النوع من الضرر يقصد به الضرر اليسير الذي ليس له اهمية كبيرة فتتم التسامح به على اساس يُسره وتفاهته وضآلة الضرر الذي تعرض له الشخص، ولكن مفهوم الضرر المتسامح به أوسع من هذه الفكرة فمن الممكن ان يكون الضرر المتسامح به ضرر جسيم له مبرراته القانونية التي ادت الى التسامح بالمسؤولية الناجمة عنه.

وعليه فإن الضرر المتسامح به قد يكون ضرر يسيرا او جسيما، والضرر اليسير المتسامح به هو الضرر البسيط الضئيل الذي لا يكون على درجة من الاهمية التي تستوجب قيام المسؤولية المدنية عنه، فهو ضرر يلحق المتضرر لكنه ضرر بسيط لا يؤثر عليه، وعليه فإن التشريعات تتسامح مع هكذا اضرار ليُسرها كما في الضرر اليسير المتسامح به في المعاملات المالية لكونها اضرار يسيرة لا تؤثر على هذه المعاملات كما في عقدي البيع والايجار، ففي عقد البيع لا يضمن البائع العيوب اليسيرة، ويضمن البائع العيب الجسيم فقط وهو العيب الذي ينقص من ثمن المبيع بحسب رؤية التجار وارباب الخبرة والذي يفوت غرض صحيح وعليه فإن مجرد وجود العيب في المبيع بحيث لا ينقص القيمة او المنفعة لا يعتد به كسبب لضمان البائع[٢٢]فلا يؤثر على منفعة المشتري من العقد فيتسامح القانون بالمسؤولية المدنية عن هكذا اضرار تلحق المتعاقد الاخر ليُسرها وضآلتها.

ومن الممكن ان يكون الضرر المتسامح به ضررا جسيما ففي العادة يتركز الحديث عن التسامح بالضرر اليسير البسيط الذي يكون على شيء من الضآلة الا ان التسامح بالضرر الجسيم موجود ايضا، وعلى الرغم ان التسامح بالضرر الجسيم قد يبدو امر غريبا او غير مقبول في بعض الاحيان الا انه يمكن ان يكون له بعض المبررات او المسوغات في سياقات معينة، ويتجسد الضرر الجسيم في الكثير من تطبيقات الضرر المتسامح به ومنها الضرر المتسامح به في حق الدفاع الشرعي، فالمدافع عن نفسه او غيره قد يصيب الشخص المتجاوز بضررا جسيما اذا كان بقدر الضرر الذي تعرض له ورغم جسامة

الضرر الا انه القانون يتسامح بالمسؤولية المدنية مع المدافع عن نفسه لوجود مبررا قانونيا لهذا التسامح كون الشخص المتعد هو من قام بهذا الفعل غير المشروع في بادى الامر، وحتى عند مجاوزة القدر الضروري لحق الدفاع الشرعي فقد يتسبب المدافع بضرر جسيم مقابل ضرر اقل جسامة من المتجاوز الا ان القانون لا يُسأل المدافع بكامل المسؤولية المدنية وانما يتسامح بجزءً من هذا الضرر لأن المدافع كان بموقف حرج وبضغط نفسي وعقلي ولأن الشخص المتضرر هو من تجاوز وهو المتسبب بهذا الموقف فمن العدالة الا يُسأل المدافع بكامل المسؤولية، ولأن اعتداء المعتدي يعتبر ظرفا مخففا لمسؤولية المدافع لما ينطوي فعله على استفزاز من الطرف المعتدي فيعد خطأ مشتركا بين الاثنين[٢٣]

المبحث الثاني: مصادر الضرر المتسامح به

بالرغم من اختلاف المصادر القانونية للضرر المتسامح به الا أنه يبقى الشرط الأساسي لهذا النوع من الضرر ان ينص القانون عليه وأن اختلف هذا المصدر فلا بد أن ينص القانون على ذلك، وعند الكلام عن هذه المصادر فأن ذلك يعني الكلام عن نوعين منها يتمثل الأول في المصدر المباشر اما الثاني فيعرف بالمصدر غير المباشر، ويقصد بالأول الأساس الذي ظهر بموجبه هذا الضرر والمصدر الذي حدده الا ان هذا الأساس أكتفى ببيان حالات او تطبيقات الضرر المتسامح به ووضع معايير عامة لتحقق التسامح من عدمه الا انه اغفل عن بيان مقدار التسامح الجزئي في حالات التعويض العادل بالإضافة الى حاجة التأكد من تحقق المعايير الموضوعة للتسامح الى سلطة أخرى لاختلاف هذه المعايير من واقعة الى أخرى مما أدى الى ظهور مصادر اخرى للضرر المتسامح به تعرف بالمصدر غير المباشر لتغطية تلك الجوانب الغامضة في المصدر المباشر وعليه سنخصص المطلب الأول لدراسة المصدر المباشر للضرر المتسامح به اما المطلب الثاني فيختص ببحث المصدر غير المباشر له.

المطلب الأول: المصدر المباشر للضرر المتسامح به

يقصد بالمصدر المباشر للضرر المتسامح به البحث في الأسس القانونية المباشرة التي حددت حالات وتطبيقات هذا النوع من الضرر أي الإشارة الى المواطن التي توجد فيها إمكانية للتسامح بالضرر، ولا بد من الإشارة الى انه وان اختلفت هذه المصادر فيبقى شرط النص على التسامح في القانون شرطا قائما للتسامح بالضرر وفيما يلي توضيح مفصل لكلا من هذه المصادر على حدة:

أولا: التسامح التشريعي: يقصد بالتسامح التشريعي ان يكون الضرر الذي قرر القانون التسامح فيه محددا من قبل التشريع أي ان الحالة المقرر التسامح فيها يكون أساسها ومصدرها المباشر من القانون ويقضي القانون في ذلك لضرورات عملية وأخرى قانونية يراها اجدر بالحماية ولم يقتصر هذا النوع من الأساس في بيان تلك الحالات وأنما وضع معايير معينة تكون الفاصل بين تحقق التسامح من عدمه، ومن ضمن الحالات التي تم تحديدها من قبل المشرع التسامح في العيوب الخفية في عقدي البيع والايجار فجاء التسامح في هذه الحالات بطريقة مبينة من قبل المشرع فعند القول بأنه يوجد تسامح في المسؤولية المدنية عن العيوب الخفية فالمشرع هو الذي حدد حالة التسامح عندما قرر عدم مسؤولية البائع

عن العيوب الخفية التي لا ترقى الى مستوى نقصان ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او لا يرقى الى مستوى تفويت غرض صحيح من المبيع وكذلك الحال في العيوب الخفية في عقد الايجار عند قيام المشرع بأعفاء المؤجر من المسؤولية المدنية عن العيوب الخفية التي لا تحول من الانتفاع بالعين المؤجرة او التي لا تنقص من هذا الانتفاع نقصا كبيرا.

وكذلك قد أشار المشرع الى حالات أخرى تعتبر تطبيقات للضرر المتسامح به كما الدفاع الشرعي وحالة الضرورة فعند كلام المشرع عن الدفاع الشرعي فأنه يبين لنا أوجه الدفاع بصورة كاملة، فقد حدد المشرع العراقي الدفاع الشرعي بالنفس دون المال على العكس من موقف المشرع المصري عندما شمل المال بالدفاع الشرعي أيضا بالإضافة الى بيان صحة الدفاع الشرعي من خلال تحديده بالقدر الضروري للخطر الذي تعرض له المدافع[٢٤].

اما بالنسبة لحالة الضرورة فقد بين المشرع صور الضرورة المتمثلة بإزالة الضرر الأشد بالأخف وتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام وتنفيذ امر من رئيس تجب طاعته، بالإضافة الى بيان شروط كلا من هذه الصور، فأن الصورة الأولى حددها المشرع بنفس المضطر ونفس غيره بالإضافة الى قصر الضرورة بالضرر المحدق الذي يزيد كثيرا عن الضرر الذي سببه والاشارة الى ان يكون التعويض مناسبا دون تحديد هذا التناسب تاركا ذلك الى القضاء وكذلك الحال في الصورة الأخرى من صور حالة الضرورة.

ثانيا: التسامح العرفي: ونعني بالتسامح العرفي ان يكون العرف هو مصدر وأساس التسامح مع بعض الاضرار التي تلحق بالأشخاص نتيجة لاعتياد الناس على هكذا اضرار ولا يكون العرف مصدرا الا للضرر اليسير الذي يعتاد عليه الناس في معاملاتهم وعلاقاتهم او كان أصلاح الضرر لا يستدعى الا نفقات يسيرة[٢٥] تحقيقا لاستقرار المعاملات والعلاقات الاجتماعية بينهم[٢٦] ففي عقد الايجار لا يضمن المؤجر العيوب التي يتسامح بها العرف، وقد جاء التسامح العرفي بشكل صريح في كلا من القانون المدني العراقي والمصري وذلك بحسب المادة (٧٥٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٥٧٦) من القانون المدني المصري السالفتان الذكر بعد ان حدد المشرع كيفية ضمان العيوب الخفية ثم عاد واستثنى العيوب التي يتسامح بها العرف بقوله ((ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها)) اما المادة (١٧٢١) من القانون المدني الفرنسي فأنها لم تذكر بشكل صريح التسامح العرفي الا ان تشير الى ضمان كل العيوب التي تنقص من الاستعمال وما عداها يسير متسامح به بين الناس.

وكذلك التسامح بالضرر الذي يلحق الجار في مضار الجوار المألوفة ويقصد بالتسامح العرفي في نطاق الجوار بأنه جميع العادات والتقاليد التي اعتاد عليها الجيران وقواعد المجاملة والذوق التي يجب مراعاتها بينهم والتسامح فيما يحصل بينهم[٢٧] وان المشرع العراقي عندما نص على الضرر الفاحش فأنه لم يضع معيارا لتحديد هذا الضرر لذا فإن تقدير ذلك خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، واما المشرع المصري فعندما نص على الضرر المألوف فقد وضع لذلك عدة معايير وضوابط لتحديده في الفقرة (٢)

من المادة (٨٠٧) منه، متمثلة في العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة الى الاخر والغرض الذي خصصت له، فأحدى هذه الضوابط او المعايير هو العرف، وفي اطار عدم وضع معايير للتوصل الى الضرر الفاحش في القانون المدني العراقي فإن لا مانع من استخدام القضاء العراقي لنفس المعايير المتبعة في القانون والقضاء المصري، خصوصا بعد ان وجدت العديد من القرارات القضائية العراقية التي تؤكد اتباع هذه المعايير[٢٨] وان ما يهمنا في هذا الموضع هو دور العرف بوصفه احد المعايير المتبعة في تحديد الضرر الفاحش من عداه في العلاقات الاجتماعية بين الجيران ففي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه (اذا كانت النافذة التي احدثها المالك في داره العليا تطل على سطح الملك المجاور له فينبغي سد هذه النافذة التي احدثها المالك لأن السطح من المرافق الاساسية نظرا لما تعارفت عليه الناس في المحل المنظور فيه الدعوى واستعمال الناس حجة يجب العمل به)[٢٩] فالعرف هنا احد المعايير المستخدمة من قبل القضاء العراقي لتحديد الضرر الفاحش من عداه وقول محكمة التمييز بأن "استعمال الناس حجة يجب العمل به" تمكننا من القياس بها على ان متى ما كان استعمال الناس لشيء ما يسبب ضرر يسير متعارف عليه بين الناس فأنه يؤدي الى التسامح به في علاقات الجوار فيكون العرف احد مصادر الضرر المتسامح به.

اما المشرع الفرنسي فإنه لم يحدد معايير تحدد الضرر الفاحش او غير المألوف وترك تقدير ذلك للقضاء والذي تولى بدوره الاخذ بالعديد من المعايير التي اعتمدها المشرع المصري وكان العرف أحد هذه المعايير التي اخذ بها القضاء الفرنسي[٣٠].

ثالثا: التسامح الاتفاقي: كما هو معروف ان هناك مبدأ مهم يدعم حرية الانسان وارادته في القانون وهو ما يعرف بمبدأ سلطان الارادة ويبنى هذا المبدأ على اعتقاد راسخ يتمثل في وجود حرية طبيعية للإنسان وان التشريعات المدنية تقر بإرادة الانسان وإنها تشرع بذاتها لذاتها ومن المعروف ان مبدأ سلطان الارادة في القانون المدني له اهمية كبيرة ويعد أحد ركائز القانون الخاص[٣١].

ولا شك أن هذا المبدأ يجد نفسه في اطار القواعد القانونية المكملة و المفسرة دون القواعد الامرة، وبما ان العقد شريعة المتعاقدين، فكان لسلطان الارادة النصيب من ان تكون احد المصادر القانونية للتسامح مع المسؤولية المدنية في بعض الاضرار، فإن المسؤولية العقدية ليست من النظام العام فيجور الاتفاق على خلافها[٣٢] والتعديل من احكامها وهذا التعديل اما ان يكون في صورة تخفيف من المسؤولية واما في صورة تشديد منها[٣٣] والذي يهمنا في هذا الموضع هو التخفيف من احكام المسؤولية العقدية فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه بشرط عدم اعفاءه من المسؤولية الناشئة عن غشه أو خطئه الجسيم وفي اعفاء المدين من مسؤوليته المدنية عن التزامه فأن ذلك يعني التسامح بأخلال قانوني وبضرر يلحق المتعاقد الأخر بأتفاق الطرفين وبقبول المتضرر بهذا الضرر اللاحق به جراء التسامح.

ومن صور التخفيف من المسؤولية العقدية التي تحمل في طياتها ضرر متسامح به تتمثل في الضمان الاتفاقي في عقدي البيع والإيجار والذي يهمنا هو الاتفاق على تخفيف الضمان وقد نص القانون المدني العراقي على ذلك في المادة (٥٥٦) منه [٣٤] تقابلها المادة (٤٥٣) من القانون المدني المصري [٣٥].

فالأصل ان البائع يضمن العيوب التي تنقص من قيمة المبيع او تفوت الغرض الصحيح منه إلا ان القانون سمح للمتعاقدين بالاتفاق على تخفيف الضمان لكونها ليست من النظام العام [٣٦] فقد يتفق المتعاقدان على ان لا يضمن البائع العيب الخفي حتى لو ادى الى نقص القيمة او بأي صورة إخرى للتخفيف او يكون الاتفاق بالإعفاء الكامل من مسؤولية البائع من الضمان.

وكذلك الضمان الاتفاقي في ضمان العيوب الخفية لعقد الايجار حيث ان احكام ضمان العيوب الخفية في عقد الايجار ليست من النظام العام ايضا فيجوز الاتفاق على تغييرها تشديدا او تخفيفا او اعفاء [٣٧]، وعليه فأن الأصل ضمان العيوب الخفية في عقدي البيع والايجار بعد ان تتحقق ضوابط هذه العيوب ولكن القانون ترك المساحة للمتعاقدين بالاتفاق على خلاف ذلك بالتخفيف والاعفاء والتيسير على بعضهم البعض فيتحقق في هذه الحالة ضررا متسامح به بعد ان سمح القانون بهذا الاتفاق واتفق الاطراف على وجه التسامح.

المطلب الثاني: المصدر غير المباشر للضرر المتسامح به

بعد ان تم تحديد حالات وتطبيقات الضرر المتسامح به من قبل المصادر المباشرة السابق ذكرها يثور لدينا في هذا الخصوص إشكاليتين تكتنف هذه التطبيقات التي ظهرت من خلال التعرف على وسائل المشرع في طرق تعبيره عن القيم القانونية التي يصبها في النصوص القانونية [٣٨] وأن ذلك يتبين لنا من خلال فن الصياغة التشريعية، وللمشرع في سبيل ذلك طريقتان للصياغة وهما اما الصياغة الجامدة او المرنة [٣٩] وفي النصوص التشريعية الخاصة بتطبيقات الضرر المتسامح به فأن التشريع المدني العراقي والتشريعات محل المقارنة قد اتخذت طريق الصياغة المرنة فكانت صياغة هذه النصوص بصورة اكتفت فيها ببيان الحالات التي يتسامح فيها القانون بالمسؤولية المدنية والنص على شروط كل حالة من هذه الحالات مما تركت بعض الجزئيات التي لم تبينها وتبلورت تلك الجزئيات في اشكاليتين تتمثل الأولى في عدم معرفة حجم التسامح الجزئي الذي أشار اليه القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة عند الإشارة الى التعويض المناسب او العادل، اما الإشكالية الأخرى فتتمثل في أن الأسس المباشرة للضرر المتسامح به قد أشارت الى عدة معايير نتوصل من خلالها الى التسامح بالضرر من عدمه لكنها لم تبين هذه المعايير والضوابط بصورة دقيقة وانما تركت هذه المهمة الى القضاء وذلك نتيجة لمرونة النصوص التي توضح اختلاف هذه المعايير والضوابط من حالة الى أخرى ومن واقعة الى أخرى، وعليه فأن القضاء في هذه الحالة هو الذي يكون مسؤولا عن تحديد كلا من حجم التسامح الجزئي والمعايير المقررة في التسامح وهذا ما يعرف **بالتسامح القضائي** والذي يقصد به ان يكون هذا التسامح بناءً على تخويل

من القانون تشريعيا ويكون للقاضي الدور بسلطته التقديرية ان ينظر في كل حالة على حدة بعد ان يتأكد من امكانية التسامح فيها، وعليه فإننا نلتمس التسامح الذي يكون مصدره القضاء في العديد من تطبيقات الضرر المتسامح به ويكون اما من خلال تحديد حجم التسامح الجزئي او التحقق من المعايير المقررة للتسامح الكلي وعليه سيتم تناول تلك الحالتين في فقرتين لكل منهما وكما يأتي:

اولا: تحديد مقدار التسامح الجزئي: كما وسبق ان ذكرنا بأن التسامح الجزئي يتمثل في التعويض العادل التي اشارت اليه تلك التشريعات ويقع على عاتق القضاء تحديد هذا التعويض بصورة دقيقة والحكم بجزء من التعويض لا يناسب الضرر الذي تعرض له المتضرر أي يتم التسامح بجزء من هذا الضرر كما في التعويض المناسب في حالة الضرورة في صورتيها فقد نص القانون المدني العراقي على الصورة الأولى وهي إزالة الضرر الأشد بالأخف من خلال نص المادة (٢١٣) تقابلها المادة (١٦٨) من القانون المدني المصري' اما الصورة الثانية فهي تحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام فقد نص المشرع العراقي على هذه الصورة من خلال نص المادة (٢١٤) من القانوني المدني العراقي' ولم ينص القانون المدني المصري على هذه الصورة، وفي كلتا الصورتين من صور الضرورة فقد ترك المشرع تحديد كمية الضرر المتسامح به للقضاء وذلك عن طريق إشارة المشرع الى التعويض المناسب والعادل، والذي لا يمكن معرفة حجم هذا التعويض الا عن طريق القضاء وذلك لاختلاف هذا التعويض من حالة الى أخرى، فبالإعفاء الجزئي من التعويض يتبين الضرر الذي تم التسامح به فالقاضي في الصورة الأولى يعمل على تحديد التعويض العادل بحسب حجم الضرر الذي لحق بأحدهم ومدى قلته عن أهمية الضرر الذي تمت الوقاية منه، كذلك في الصورة الثانية فأن القاضي هو الذي يحدد التعويض اذا اضر شخصا ما بمصلحة خاصة في قبال المحافظة على المصلحة العامة ودون توجيه من السلطة العامة.

وفي جميع التطبيقات التي يحال فيها الى التعويض العادل في فأن هذا الامر يكون موكولا الى القاضي وبحسب سلطته التقديرية دون تحديد من قبل المشرع، فالذي يقدر التعويض العادل هو القاضي الذي يملك سلطانا واسعا في تقدير التعويض الذي يتناسب مع العدالة في ضوء ظروف كل حالة على حدة[٤٠] والتعويض الذي يراه القاضي مناسبا هو التعويض الذي يتفق مع ظروف كل حالة على حدة فلقاضي يتمتع بمساحة واسعة في هذه التطبيقات لتحديد التعويض بحسب كل حالة وبحسب طبيعة وظروف كل واقعة تعرض عليه كما في التعويض المناسب في حالة تجاوز القدر الضروري من الدفاع الشرعي فلا يسأل المتجاوز للدفاع بالمسؤولية الكاملة وانما يتم التسامح بهذه المسؤولية في جزء منها وذلك بإشارة المشرع للتعويض المناسب والعادل الذي يكون القاضي مسؤولا في اتجاه تحديد حجم هذا التعويض بحسب ظروف وملابسات كل واقعة، وكذلك التعويض العادل في مسؤولية عديم التمييز او ناقص الاهلية الذي ينظر فيها القضاء الى ظروف كلا من الشخص المتضرر والمسؤول ومن ثم الحكم بتعويض عادل في اطار تلك الظروف.

ثانيا: التحقق من المعايير المقررة للتسامح الكلي بحسب ظروف كل واقعة: كما ذكرنا بأن التشريعات المدنية تركت مهمة البحث بالمعايير التي تقرر التسامح بالضرر من عدمه الى القضاء لكي يتم البحث في هذه المعايير على حدة بالنسبة لكل واقعة وبحسب ظروفها ولأن القضاء هو الأقرب لملابسات الواقعة المطروحة، ولما كان القانون مجموعة من القواعد الصماء فإن القاضي هو الذي يستطيع تحريكها عن طريق فكرة المعايير في كثير من الاحوال [٤١]، وربما قد يسأل البعض عن علاقة هذه المعايير بالتسامح؟ وهل ان مجرد البحث من قبل القضاء في هذه المعايير يجعله أساسا ومصدرا غير مباشر للضرر المتسامح به؟ ان الجواب على مثل هكذا تساؤل يكون في توضيح معين وهو أن المشرع يضع عدة معايير للتسامح بالضرر وأن توفر هذه المعايير هي التي تؤدي الى التسامح بالمسؤولية المدنية وغياب هذه المعايير يجعل الضرر محمي بالمسؤولية المدنية ويدين المتسبب به وفي اطار أهمية هذه المعايير فأن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة تركت تحديد هذه المعايير الى القضاء للأسباب التي ذكرناها سابقا وبذلك يكون القضاء هو المصدر غير المباشر لهذا التسامح بعد ان حددته تلك الأسس المباشرة وعليه يتجسد تدخل القضاء في البحث بهذه المعايير في عدة تطبيقات للضرر المتسامح به كما في التسامح بالمضار المألوفة من مضار الجوار الذي يعد العرف أساسها المباشر حيث تشير المادة(١٠٥١) من القانون المدني العراقي الى معيار الضرر الفاحش ولم يحدد هذا القانون الأساس الذي يعتمد عليه في تحديد الضرر الفاحش من عدمه انما ترك هذه المهمة للقضاء وبحسب كل واقعة، لذا فأنه يقع على عاتق القضاء البحث في كل واقعة على حدة لتمييز الضرر الفاحش من عداه وبذلك يكون القضاء المصدر غير المباشر للضرر المتسامح به من خلال وصف الضرر بالمألوفية التي تنفي عنه المسؤولية، الا ان كما سبق وقلنا فأن المشرع العراقي لم يضع معايير معينة لمعرفة الضرر الفاحش من عداه وبذلك تكون مهمة القضاء اكبر واصعب في البحث عن هذه المعايير أولا ومن ثم التحقق من خلالها ان كان الضرر فاحشا ام يسيرا وقد ذهب قضاء محكمة التمييز الى بيان عدة معايير في تقدير الضرر لكونه فاحشا من عدمه وهي كلا من الرجوع الى الحالة الاجتماعية للمدعي المضرور، وموقع العقار وحالته الموقعية المتمثلة بالغرض المخصص له، كذلك بأمكان المحكمة ان تستعين بما حدده فقهاء الشريعة الاسلامية من المعايير التي تستخدم في تحديد الضرر الفاحش من اليسير [٤٢].

كما ان القضاء العراقي قد عمل على اعتماد ذات المعايير التي نص عليها المشرع المصري ففي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه الاعتماد على الغرض المخصص من العقار لتقدير الضرر فيما إذا كان فاحشا من عدمه [٤٣]، وهذا ما يؤكد دور القضاء في البحث بالمعايير التي تتخلل تطبيقات الضرر المتسامح به للتوصل الى التسامح بالمسؤولية المدنية او ترتبها.

اما القضاء المصري فقد وضع المشرع له عدة معايير لتحديد الضرر المألوف من عدمه فيقع على عاتق القضاء البحث في كل واقعة على حدة للتحقق من الضرر الحاصل فيها والبحث في مدى مألوفيته

للتسامح به او بترتب المسؤولية عنه، وعليه فقد ذهب القضاء الاداري في مصر الى وصف الضرر بكونه فاحش غير مألوف استنادا للغرض الذي خصص له العقار فكان قرار المحكمة ان مستندا الى المعايير المتروكة للقضاء من قبل المشرع للتميز بين الضرر المألوف من غير المألوف [٤٤].

اما موقف المشرع الفرنسي المتمثل في عدم ايراد معايير تحدد ان كان الضرر فاحشا ام يسيرا فقد ترك تقدير ذلك للقضاء ايضا فأصبح على عاتقه البحث عن هذه المعايير وتكييفها بحسب ظروف كل واقعة للتأكد من تحقق الضرر المتسامح فيه من عداه الذي بدوره استخدم ذات المعايير التي اعتمدها المشرع المصري فقد ذهب قضاء محكمة النقض الفرنسية في قرار لها الى اعتبار الضرر الناجم عن احتراق الفحم ضررا متسامحا به بالاستناد الى موقع العقار والغرض المخصص له [٤٥].

وكذلك يعتبر القضاء مصدرا غير مباشر عند التسامح بالضرر المتحقق في العيوب الخفية في عقد الايجار فيضمن المؤجر العيوب التي تحول دون الانتفاع او تنقص منه[٤٦] وذلك بحسب نص المادة (٧٥٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٥٧٦) من القانون المدني المصري[٤٧] وفيما عدا تحقق هذا المعيار فأنه يعتبر ضرر متسامح به، وهذا الضابط يختلف بحسب نوع المأجور وطبيعته، فيترك للقضاء امر تحديد الانتفاع الاصلي من المأجور لكي يتم معرفة هل ان العيب الخفي يحول دون هذا الانتفاع ام لا، وايضا يترك للقاضي تحديد النقص الكبير الذي يحول دون الانتفاع لان المشرع لم يحدد هذا النقص بمعيار معين كما فعل في عقد البيع.

اما القانون المدني الفرنسي فكانت المادة (١٧٢١) منه تحدد التزام المؤجر عن كل العيوب والنواقص في الشيء المأجور والتي تحول دون استعماله حتى ولو لم يكن يعلم بها المؤجر عند ابرام عقد الإيجار والتي تركت للقضاء مهمة البحث في العيب والنقص الذي يؤثر في الاستعمال والذي يكون مختلف بحسب كل مأجور وطبيعته والغرض من استعماله، وكذلك الحال في معايير او ضوابط التسامح بالعيب الخفي وهي كلا من نقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة والذي يختلف من حين الى اخر ومن مبيع الى اخر او تفويت الغرض الصحيح منه الذي يختلف من مبيع الى اخر وبحسب طبيعة كل مبيع.

اولا: الاستنتاجات

١. توصلنا الى انه لا توجد نظرية عامة للتسامح بالضرر في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة، وجل ما وجد في هذه القوانين نصوص متفرقة تقر بهذا التسامح وتضمّنه، دون وجود نص عام يشمل كل الحالات تحت تنظيم عام وشامل لها.

٢. بأمكاننا ان نعرف الضرر المتسامح به بأنه: كل ضرر يعف المشرع محدثه من المسؤولية المدنية كليا او جزئيا مراعاة لاعتبارات متعددة يراها المشرع جديرة بالاعتبار سواء كان الضرر يسيرا او جسيما.

٣. انتهينا الى ان أثر التسامح بالضرر يقع على المسؤولية المدنية، فإن التسامح بالضرر الذي هو أحد اركان المسؤولية المدنية يؤدي الى التسامح بها هي الأخرى والذي يختلف بحسب مستوى التسامح وهو اما تسامحا كليا او جزئيا.

٤. اتضح لنا اتصاف الضرر المتسامح به بالاستثنائية وبناء على ذلك فلا بد من ينص القانون عليه، ومن ثم يعمل نص القانون على تقسيم مصدر التسامح الى مصادر مباشرة وأخرى غير مباشرة، بعضها خاصة بتحديد الضرر والبعض الاخر خاص بتحديد التسامح.

ثانيا: المقترحات

١. نقترح على المشرع العراقي تنظيم الضرر المتسامح به في نظرية عامة، وذلك للتخلص من الغموض والقصور التشريعي الذي يكتنف فكرة التسامح بالضرر، وذلك من خلال وضع نصوص تشريعية خاصة به في كلا من التصرفات القانونية والوقائع المادية ليكون له السبق في تنظيم هذا الضرر كأستثناء على قيام المسؤولية المدنية ويكون التنظيم كما يلي:

أ–نقترح ان يكون تنظيم الضرر المتسامح به في التصرفات القانونية بعد النص على الضرر كركن من اركان المسؤولية العقدية فيلتحق به الاستثناء وهو الضرر الذي يتم التسامح به على ان يكون نص المادة بالشكل الاتي: (لا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع على الاخر في الضرر اليسير المتسامح به ما دام ذلك الضرر لم يصل الى حدا من الجسامة، وأن معيار تلك الجسامة يتحدد بحسب نوع العقد وموضع الضرر منه).

ب–وأما تنظيم الضرر المتسامح به في الوقائع المادية فهو الاخر يأتي في صورة استثناء على الضرر كركن للمسؤولية التقصيرية، على ان يكون النص بالشكل الاتي: (ومع ذلك فهناك اضرارا متسامح بها في هذا الموضع والتي تكون اضرارا يسيرة لا قيمة لها، او قد تكون اضرارا جسيمة يتم صرف النظر عنها تحقيقا للعدالة أو ملافاة لضرر أكثر جسامة من مراعاة لمصلحة اخرى جديرة بالحماية التشريعية، على أن المعيار الذي تحدد به هذه الجسامة يختلف من واقعة الى اخرى وبحسب موضع الضرر).

الهوامش

(١) الفقرة الاولى، المادة (٧٥٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، تقابلها الفقرة (١) من المادة (٥٧٦) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ التي نصت على أنه ((يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، او تنقص هذا الانتفاع انقاصا كبيرا ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها))

(٢) نصت الفقرة (٢) من المادة (٤٤) من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ على أنه ((اذا كانت وثيقة النقل تشمل عدة اشياء مقسمة الى مجموعات او طرود، فيحدد النقص المتسامح فيه على اساس وزن كل مجموعة او طرد اذا كان الوزن معينا على وجه الاستقلال في وثيقة النقل او كان من الممكن تعيينه)) تقابلها المادة (٢٤٢) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩والتي نصت على أنه ((واذا كانت وثيقة النقل تشمل عدة اشياء مقسمة الى مجموعات او طرود حدد النقص المتسامح فيه على اساس وزن كل مجموعة او كل طرد اذا كان الوزن معينا على وجه الاستقلال في وثيقة النقل او كان من الممكن تعيينه)).

(٣) نصت الفقرة (٢) من المادة (٥١) من قانون النقل العراقي على أنه ((عند تقدير التعويض في غير حالة الهلاك الكلي تراعى قيمة النقص المتسامح فيه وفقا للمادة ٤٤ من هذا القانون)) والتي تقابلها المادة (٢٤٧) من قانون التجارة المصري التي نصت على انه ((اذا هلك الشيء او تلف دون قيمته مبينة في وثيقة النقل، قدر التعويض على اساس قيمته الحقيقية في مكان الوصول وزمانه، الا اذا نص القانون او اتفق على غير ذلك، وفيما عدا حالة الهلاك الكلي ويراعي عند تقدير التعويض قيمة النقص المتسامح فيه وفقا للمادة ٢٤٢ من هذا القانون))

(٤) قرار محكمة التمييز المرقم ٣٣٢/ صلحية/ ١٩٦٧، بتاريخ ٣/٢/ ١٩٦٧منشور في قضاء محكمة التمييز في العراق، المجلد الرابع، المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، بغداد، ١٩٧٠.

(٥) قرار محكمة الاستئناف الاهلية المصرية، ب تاريخ١٧/١٠/١٩٤٠ نقلا عن د. أحمد محمد عطية، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص٨٣.

(٦) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٦/٣/١٩٧٠ نقلا عن حوراء عزيز جبير، ضوابط التمييز بين الضرر الفاحش والاستعمال غير المشروع لحق الملكية في علاقات الجوار، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الاول، ٢٠١٢، ص٢٠٣

(٧) قرار محكمة النقض الفرنسية ب تاريخ٣٠/٢/١٩٩٣ نقلا عن د. سعيد سعيد عبد السلام، مشكلة تعويض اضرار البيئة التكنولوجية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص٧٣.

(8) Catherine Elliott and Frances Quinn Series, Tort of law, seventh Edition, case navigator powerd by lexis Neixs, p96.

اشار اليه شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية، الجزء الاول، دون ذكر الناشر، بغداد، ١٩٦٩، ص٣٨٠.

(٩) د. عادل شمران حميد، التسامح العرفي في العقود، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، المجلد ١٤، العدد٢، ٢٠١٧، ص١٠٣.

(١٠) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة، بغداد، ١٩٥٤، ص٣٧، د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢، ص٦٤.

(١١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الحقوق العينية الاصلية، احكام حق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الاولى، دون ذكر الناشر ومكان الطبع، ١٩٩٠، ص١٠٢

(١٢) ويعرف الاستثناء بأنه ((خروج مسألة او واقعة معينة عن حكم القاعدة العامة لتحقيق مصلحة عامة او لضرورة ومصلحة تقتضي ذلك)) انظر: د. عادل شمران، فلسفة الاستثناء في القانون المدني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة العاشرة، العدد الثالث، ٢٠١٨، ص١٢٠، د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٣٨٩.

(١٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الايجار والعارية، الجزء السادس، بدون ذكر المطبعة، بدون ذكر مكان الطبع، ٢٠٠٦، ص٤٠٠.

(١٤) نصت الفقرة (٢) من المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي (إذا اتلف أحد مال غيره او أنقص قيمته مباشرة او تسببا يكون ضامنا، إذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى) ونصت المادة (٢٠٢) على انه (كل فعل ضار بالنفس من قتل او جرح او ضرب او اي نوع اخر من انواع الايذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر) واما المادة (٢٠٤) فقد نصت على انه (كل تعد يصيب الغير باي ضرر اخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض).

(١٥) حمد سلمان سليمان الزيود، المسؤولية المدنية عن نقل الدم الملوث، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٥٦١.

(١٦) رغد سعد عبد الحسين، التسامح العرفي في القانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة كربلاء- كلية القانون، ٢٠٢١، ص١٨

(١٧) وقد اشارت المادة (١٢٣١) من القانون الفرنسي لسنة ١٨٠٤ الى التسامح بجزء من الضرر بالسماح بالتنفيذ الجزئي إذ نصت (يحق للقاضي في حال تنفيذ التعهد تنفيذا جزئيا يخفض الجزاء المتفق عليه حتى من تلقاء نفسه استفاد الدائن من التنفيذ الجزئي ودون الاخلال بتطبيق احكام هذه المادة وكل نص مخالف يعتبر كأن لمْ يكن)، وفي قرار لمحكمة (Aix) الفرنسية جاء فيه (ان التعويض يهدف الى اصلاح الضرر الذي تحمله المضرور ولا يشترط التساوي بين التعويض ومدى الضرر) نقلا عن د. ابراهيم صالح عطية، العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣، ص٨٣ مما يلحظ من هذا القرار ان الباب ظل مفتوحا للسلطة التقديرية للقاضي ازاء تقدير التعويض وبالصورة التي تحقق العدالة لكلا الطرفين.

(١٨) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٥، ص٥١.

(١٩) محمد حسين عبد العال، تقدير التعويض عن الضرر المتغير، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٣١.

(٢٠) د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٩٧٣.

(٢١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢، ص١٦٢.

(٢٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع، الجزء الرابع، المجلد الأول، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان،٤٦٠، ص د. عباس العبودي، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني، دار الثقافة، ٢٠٠٩، ص١٧٠، د. سليمان مرقس، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مطبعة النهضة، مصر، ١٩٥٥، ص٣٨٣.

(٢٣) د. سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، مصر، ١٩٦١، ص٣٨٦، د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٢٣٠.

(٢٤) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٢٢٣، د. حسن علي الذنون، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٢٣٦، د. عبد المجيد الحكيم، مصادر

الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص٤٣٤، د. خالد جمال احمد حسن، الوسيط في مصادر الالتزام، مؤسسة الكاتب العربية، بلا سنة طبع، ص٢١٤.

(٢٥) أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨، ص٢٤٥.

(٢٦) رغد سعد عبد الحسين، التسامح العرفي في القانون المدني، مصدر سابق، ص١٢.

(٢٧) جاد يوسف خليل، مضار الجوار غير المألوفة، الطبعة الاولى، دار العدالة، بيروت، لبنان،٢٠٠٦، ص١١٠

(٢٨) رغد سعد عبد الحسين، التسامح العرفي في القانون المدني، مصدر سابق، ص٤٨.

(٢٩) قرار محكمة التمييز الاتحادية/ الهيئة الاستئنافية/المرقم/١٢٠٦/ ب تاريخ٢٣/ ١١/ ٢٠٠٦ اشارت اليه حوراء عزيز جبر، ضوابط التمييز بين الضرر الفاحش والاستعمال غير المشروع لحق الملكية في علاقات الجوار، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الاول، ص٧٦.

(٣٠) قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في١١/٥/ ١٩٩٤ جاء فيه (ان دقة أجراس كنسية saurat المواجهة لمنزل الجار والتي تدق اجراسها الساعة السابعة صباحا وهي ما يطلق عليها بدقات التبشير تعتبر دقات ذات سمة دينية على اساس انها تعتبر صدر سابق، ص٩٤.

(٣٠) د. حسن بمثابة العرف المحلي...) اشارت اليه حوراء عزيز جبر، الضرر الفاحش واحكام الضمان عنه في علاقات الجوار، مصدر سابق، ص٩٤.

(٣١) د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، القسم الاول، دار المعارف، الاسكندرية، مصر، ص٤٣.

(٣٢) نصت الفقرة (٢) من المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي والفقرة (٢) من المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري على أنه (وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشا عن غشه او عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه))، اما التشريع الفرنسي فإنه لم يتضمن نصا صريحا حول صحة أو عدم صحة اتفاقات التحديد والاعفاء من المسؤولية العقدية، الا ان بعض نصوص القانون المدني الفرنسي تتعامل مع هذه المسألة في مجالات معينة، كما في حالة ضمان البائع في عقد البيع حيث يجوز للأطراف بموجب اتفاقات خاصة ان تضيف او تقلل من اثر الإلتزامات حيث نصت المادة (١٦٤٣) من المجموعة العقدية الفرنسية التي نصت على أنه((يسأل البائع عن ضمان العيوب الخفية على الرغم من انه لم يكن ليعرفها، ما لم يكن في هذه الحالة قد نص على أنه لن يكون ملزما بأي ضمان)) كما يمكن الاستناد بطريق غير مباشر الى نص المادة (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي عند تعرضها للعقد حيث نصت على أن العقد هو ((اتفاق بين شخصين او اكثر يهدف الى انشاء او تعديل او نقل او الغاء الالتزامات)) كما يمكن ايضا الاستناد الى نص المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على انه((لكل فرد حرية التعاقد او عدم التعاقد، وتحديد محتوى وشكل العقد ضمن الحدود التي يحددها القانون لأن الحرية التعاقدية لا تسمح بالخروج عن قواعد السياسة العامة)) مما اتسع معه المجال للفقه والقضاء للبحث في مدى صحة هذه الاتفاقات.

(٣٣) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص١٧١، د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص١٧٥، د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٣٦٠، د. حسن علي الذنون، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص١٨٠.

(٣٤) نصت المادة (٥٥٦) من القانون المدني العراقي (يجوز للمتعاقدين بأتفاق خاص ان يزيدا في ضمان الاستحقاق او ينقصا منه او ان يسقطا هذا الضمان).

(٣٥) نصت المادة (٤٥٣) من القانون المدني المصري على أنه (يجوز للمتعاقدين بأتفاق خاص ان يزيدا في الضمان او ينقصا منه او ان يسقطا هذا الضمان، على ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه).

(٣٦) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مصدر سابق، ص١٤٢، د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٣٩، د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص٣٢٦.

(٣٧) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية البيع والايجار، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ٢٠١٥، ص٤٦٩، د. سمير عبد السيد تناغو، عقد الايجار، الطبعة الأولى، منشأة المعارف ٢٠٠٩، ص ١٣٣، د. صاحب عبيد الفتلاوي، د. سعيد مبارك، د. طه الملاحويش، الوجيز في العقود المسماة، الطبعة الأولى، العاتك، بيروت، ص٢٧٨، أحمد شرف الدين، عقد الايجار في القانون المدني وقانون ايجار الاماكن المبنية، الهيئة المصرية للكتاب، بدون مكان طبع، ٢٠٠٦، ص١١٦.

(٣٨) د. عبد القادر الشيخلي، فن الصياغة القانونية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص٢٢، د. عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات الصياغة التشريعية، دار الكتب العمية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣، ص٥٥، د. حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١١٩٧١، ص١٨٢.

(٣٩) تكون الصياغة مرنة اذا اكتفت القاعدة القانونية بإعطاء القاضي معيارا مرنا يستهدف به من وضع الحلول المناسبة لكل حالة على حدة من القضايا المعروضة عليه طبقا للظروف والملابسات المختلفة فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة إزاء تطبيق القاعدة القانونية، محمد حسن منصور، المدخل الى القانون، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص٣٤، د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢، ص٢٨٤، ، د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، فن الصياغة التشريعية للقاعدة القانونية الاجرائية، دار السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠٢١، ص٤٦،٤٧

(٤٠) د. محمد شتا ابو سعد، مصدر سابق، ص١٤٦.

(٤١) المصدر نفسه، ص ١٤٨.

(٤٢) قرار محكمة التمييز المرقم/١١٦ بتاريخ ١٩٧٣/٣/١٩ جاء فيه ((ان تقدير الضرر الفاحش على حد تعبير المشرع العراقي من عدمه بسبب اطلال الشبابيك على الجار بواسطة خبير له اطلاع بالحالة الاجتماعية للمدعي والمنطقة الواقع سكنه فيها والحالة الموقعية للمسكن، وللمحكمة في سبيل الوقوف على الضرر الفاحش ان تأخذ بمبادئ الشريعة الاسلامية)) أشار اليه ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، مركز البحوث القانونية، تزارة العدل، بغداد، ٢٠٠٧، ص٤٠.

(٤٣) قرار محكمة التمييز المرقم/١٦٤/ بتاريخ ١٩٧٤/٥/٢٥ جاء فيه (ان استعمال الساحة الخلفية للمالك لتصليح السيارات والساحبات يسبب ضوضاء واصواتا عالية لا تتيح لشاغلي الدكاكين والشقق في العمارة المجاورة من التمتع بالهدوء المطلوب وفي هذا ضرر فاحش بالجار) منشور في النشرة القضائية، السنة الخامسة، العدد الثاني، ١٩٧٤، ص٩٢.

(٤٤) قرار محكمة القضاء الاداري في المنصورة، الدائرة الاولى، المرقم ١١٧٤/ بتاريخ ٢٠٠٥/٢١/٢ جاء فيه (الضوضاء والازعاج الشديد والناجم عن مجاورة الجار لمصنع يقوم بتصنيع قطع غيار السيارات تترتب عليه ترك الجار لمنزله) منشور في النشرة القضائية لسنة ٢٠١٦، اشارت اليه حوراء عزيز جبر، الضرر الفاحش واحكام الضمان عنه في علاقات الجوار، مصدر سابق، ص٩٩.

(٤٥) قرار محكمة النقض الفرنسية جاء فيه ((ان التلوث الناجم عن احتراق مادة الفحم يعتبر ضرر مألوفا ولا يقتضي التعويض عنه بالاستناد لنظرية مضار الجوار حيث ان الضرر قد حصل في منطقة لا يمنع فيها استخدام مادة الفحم لغايات التدفئة)) بتاريخ اشارت اليه عبير عبد الله احمد درباس، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة الناجمة عن تلوث البيئة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة بيرزيت، فلسطين، ٢٠١٤، ص٢٤.

(٤٦) د. صاحب عبيد الفتلاوي، د. سعيد مبارك و د. طه الملاحويش، الموجز في العقود المسماة، مصدر سابق، ص٥٩٤.

(٤٧) نصت المادة (٧٥٦) من القانون المدني العراقي على أنه ((يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به، او تنقص من هذا الانتفاع انقاصا كبيرا...)) وفي المقابل نصت المادة (٥٧٦) من القانون المدني المصري على أنه ((يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به، او تنقص من هذا الانتفاع انقاصا كبيرا...)).

المصادر

أولا: الكتب القانونية

١) د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل، الحقوق العينية الاصلية، احكام حق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الاولى، دون ذكر الناشر ومكان الطبع، ١٩٩٠.

٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٥.

٣) ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، ٢٠٠٧.

٤) د. ابراهيم صالح عطية، العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣.

٥) أحمد شرف الدين، عقد الايجار في القانون المدني وقانون ايجار الاماكن المبنية، الهيئة المصرية للكتاب، بدون مكان طبع، ٢٠٠٦.

٦) د. أحمد محمد عطية، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
٧) أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨.
٨) جاد يوسف خليل، مضار الجوار غير المألوفة، الطبعة الاولى، دار العدالة، بيروت، لبنان،٢٠٠٦.
٩) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة.
١٠) د. حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٧١.
١١) د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، القسم الاول، دار المعارف، الاسكندرية، مصر.
١٢) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة، بغداد، ١٩٥٤.
١٣) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
١٤) حمد سلمان سليمان الزيود، المسؤولية المدنية عن نقل الدم الملوث، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
١٥) د. خالد جمال احمد حسن، الوسيط في مصادر الالتزام، مؤسسة الكاتب العربية، بلا سنة طبع.
١٦) د. سعيد سعيد عبد السلام، مشكلة تعويض اضرار البيئة التكنولوجية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
١٧) د. سليمان مرقس، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مطبعة النهضة، مصر، ١٩٥٥.
١٨) د. سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، مصر، ١٩٦١.
١٩) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢.
٢٠) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد الايجار، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، بغداد، ٢٠٠٨.
٢١) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر،٢٠٠٩.
٢٢) شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية، الجزء الاول، دون ذكر الناشر، بغداد، ١٩٦٩.
٢٣) د. صاحب عبيد الفتلاوي، د. سعيد مبارك، د. طه الملاحويش، الوجيز في العقود المسماة، الطبعة الأولى، العاتك، بيروت.
٢٤) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
٢٥) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتب، بلا سنة طبع.
٢٦) د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.

٢٧) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع، الجزء الرابع، المجلد الأول، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
٢٨) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الايجار والعارية، الجزء السادس، بدون ذكر المطبعة، بدون ذكر مكان الطبع، ٢٠٠٦.
٢٩) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢.
٣٠) د. عباس العبودي، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني، دار الثقافة، ٢٠٠٩.
٣١) د. عبد القادر الشيخلي، فن الصياغة القانونية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.
٣٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات الصياغة التشريعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣.
٣٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية البيع والايجار، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ٢٠١٥،
٣٤) د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، مصدر سابق، ص٣٢٦.
٣٥) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢.
٣٦) محمد حسين عبد العال، تقدير التعويض عن الضرر المتغير، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٣٧) محمد حسن منصور، المدخل الى القانون، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠.
٣٨) د. محمد شتا ابو سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، مصر،١٩٨٤.
٣٩) د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، فن الصياغة التشريعية للقاعدة القانونية الاجرائية، دار السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠٢١.

ثانيا: البحوث القانونية

١) حوراء عزيز جبير، ضوابط التمييز بين الضرر الفاحش والاستعمال غير المشروع لحق الملكية في علاقات الجوار، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الاول، ٢٠١٢.
٢) د. عادل شمران حميد، التسامح العرفي في العقود، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، المجلد ١٤، العدد٢، ٢٠١٧.
٣) د. عادل شمران، فلسفة الاستثناء في القانون المدني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة العاشرة، العدد الثالث، ٢٠١٨.

ثالثا: الرسائل والأطاريح الجامعية

١) رغد سعد عبد الحسين، التسامح العرفي في القانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة كربلاء- كلية القانون، ٢٠٢١.
٢) عبير عبد الله احمد درباس، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة الناجمة عن تلوث البيئة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة بيرزيت، فلسطين، ٢٠١٤.

رابعا: الدوريات والنشرات القضائية

١) قضاء محكمة التمييز في العراق، المجلد الرابع، المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، بغداد، ١٩٧٠.

٢) النشرة القضائية، السنة الخامسة، العدد الثاني، ١٩٧٤.

خامسا: الأنظمة والقوانين

١) القانون الفرنسي لسنة ١٨٠٤

٢) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

٣) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٤) قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣

٥) قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

سادسا: المصادر الاجنبية

1) Catherine Elliott and Frances Quinn Series, Tort of law, seventh Edition, case navigator powerd by lexis Neixs, p96 .