الطبيعة القانونية لإنقاص المقابل في القانون المدني-دراسة مقارنة-

أ.م.د. حسين عبيد شعواط

. الباحث عبدالله ساجت لفته سلطان

The legal nature of reducing compensation in civil law - a comparative study -

الكلمات الافتتاحية :
الطبيعة، القانونية، إنقاص، المقابل، القانون، المدني.
Keywords :
Nature, legal, decrease, contrast, law, civil.

Abstract: This study examines the problem of determining the legal nature of reducing consideration, as one of the legal systems granted by the legislator to the creditor in cases that obstruct the contract and make it impossible to complete its implementation in an agreed manner, but it did not receive sufficient care in organizing it so that its legal nature was revealed, specifically in the Iraqi civil law and law The Egyptian civil society did not take into account the size of the development that resulted in the contractual bond remaining in an incomplete or defective manner, compared to the French civil law that it regulated, which was reflected in defining the legal nature of reducing the consideration, as legal jurisprudence differed, as there are those who considered it an amendment to the contract, when reviewing the consideration It is one of the elements of the subject matter of the contract, while there are those who consider it a compensation that the creditor deserves, while there are those who consider it a special penalty corresponding to what is executed by the debtor. The desired part of its implementation in part, and thus aims to avoid annulment of the entire contract, and this is consistent with the general rules in contracts. It is the principle to implement it and the exception to its annulment, because the annulment has negative effects on the contracting parties in particular and on the national economy in general, especially if there are important contracts. It is not in the interest

to cancel it because of the consequences of its continuation in terms of moving and circulating capital and stimulating production and employing manpower.

الملخص

تبحث هذه الدراسة مشكلة تحديد الطبيعة القانونية لإنقاص المقابل، باعتباره أحد الأنظمة القانونية التي منحها المشرع للدائن في الحالات التي تعترض العقد وتجعله متعذر إكمال تنفيذه بشكل متفق عليه، ولكن لم يحظى بالعناية الكافية في تنظيمه بحيث تبين طبيعته قانونية وعلى وجه التحديد في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري، لم يراعا حجم التطور الذي جراء على الرابطة العقدية في بقائها بشكل ناقص أو معيب، قياسا بالقانون المدني الفرنسي الذي تولى تنظيمه، مما انعكس على تحديد الطبيعة القانونية لإنقاص المقابل، حيث اختلف الفقه القانوني، فهناك من اعتبره تعديل للعقد، عند مراجعة المقابل وهو احد عنصري محل العقد، في حين هناك من اعتبره تعويض يستحقه الدائن، بينما هناك من اعتبره جزاء خاص يقابل ما هو منفذ من قبل المدين، وجاءت أهمية دراسة هذه أداة قانونية لما توفره من المحافظة على العقد بشكل جزئي يتناسب مع تطلعات المتعاقدين في تحقيق الأهداف المنشودة من تنفيذه بشكل جزئي، وبذلك يهدف إلى تجنب فسخ العقد بأكمله، وهذا ما يتفق مع القواعد العامة في العقود هو الأصل تنفيذه والاستثناء فسخها، لما يلقي الفسخ من آثار سلبية على المتعاقدين بصورة خاصة وعلى الاقتصاد الوطني بالصورة العامة، خاصة إذا كانت هناك العقود المهمة ليس من المصلحة فسخها لما يترتب على بقائها من تحريك وتداول رؤوس الأموال وتنشيط الإنتاج وتشغيل الأيدي العاملة.

المقدمة

أولاً/جوهر فكرة البحث:

يسعى المشرع على تنفيذ العقد بأي وسيلة كانت، لأن الأصل في العقد تنفيذه، والاستثناء فسخه، فالعقد يبرم بين المتعاقدين بهدف تنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات ، وعدم التنفيذ يؤدي إلى الإخلال بالمراكز القانونية وعدم استقرارها وتضيع الوقت والجهد والمال، فضلاً عن المساس بالوظيفة الاقتصادية للعقد، لهذا وضع المشرع لمعالجة هذه الآثار عدة الأنظمة القانونية منها إنقاص المقابل، الذي يعمل على تخفيض من التزامات الدائن، الذي لم يتمكن من الحصول إلا على قسم ما تعهد له به المدين، بما يوازي قيمة ما لم يتم تنفيذه من التزامات التي أخذها المدين على عاتقه، على أن يؤخذ بالاعتبار، الضرر الذي قد يصيب الدائن الذي لم يحظى على كامل ما وعد به المدين والذي قد يجاوز قيمة الأشياء التي امتنع المدين عن إجرائها، من أجل تحديد نسبة هذا التخفيض (إنقاص المقابل)[1]، ويعتبر الطريقة المناسبة لاستعادة التوازن التعاقدي في حالة عدم تنفيذ العقد بشكل كامل، وتسمح لأحد المتعاقدين(الدائن) الذي كان ضحية عدم التنفيذ، بأن يقييم النقص في التنفيذ، وغاية من تشريع إنقاص المقابل هو المحافظة على الرابطة العقدية قدر الإمكان ولو بصورة جزئية متى ما كان التنفيذ غير الكامل قد يحقق الغاية المنشودة

من التعاقد، أو إذا كنا بصدد العقود المهمة التي ينتج عن فسخها أضرار تفوق كثيراً ما ينتج عن معالجة خللها. ونظراً لأهمية هذه الأداة القانونية اختلفت الآراء الفقية حول طبيعتها بين من اعتبارها تعديل للعقد يمارسه الدائن متى ما نفذ المدين التزامه بشكل غير كامل، وهناك من اعتبرها تعويض يستحقه الدائن، في حين هناك من اعتبرها على أنه جزاء خاص يطلبه الدائن في مرحلة تنفيذ العقد بشكل معيب أو ناقص.

ثانياً/ أهمية البحث:- تتجلى أهمية هذا البحث في جانبين أحدهما نظري والآخر عملي، يتمثل الجانب النظري في تحديد الطبيعة القانونية لإنقاص المقابل في القانون المدني، في الوقت الذي لا توجد دراسة متخصصة تعالج هذا الأمر، ويتم ذلك من خلال الاطلاع على موقف القوانين المدنية محل المقارنة وموقف الفقه من هذا الموضوع. أما الجانب العملي فإن يتمثل في بقاء الرابطة العقدية بن الأطراف المتعاقدة لو بشكل جزئي، وحماية مصالحهما، وتحديد طبيعته يساعد الأطراف على تمسك به بهدف تجنب الآثار السلبية للفسخ، بالإضافة إلى أن إنقاص المقابل يضيف على العلاقة التعاقدية نوعا من الاستقرار، فضلاً عن عما يلقي على الاقتصاد الوطني من آثار ايجابية.

ثالثاً:- إشكالية البحث:- تتمثل إشكالية هذا البحث في عدة أسئلة في مقدمتها ما هي الطبيعة القانونية لإبإنقاص المقابل في القانون المدني؟ ما نوع التصرف القانوني الذي يمتلكه الدائن عند المطالبة بإنقاص المقابل؟ ما هي الطبيعة الخاصة لإنقاص المقابل في القانون المدني؟.

رابعاً- منهجية البحث:- يقتضي دراسة هذا البحث أن ننهج منهجاً تحليلياً مقارناً، فيقوم على تحليل النصوص القانونية التي تضمن إنقاص المقابل لتحديد طبيعته قانونية والآراء الفقيه التي يستفاد منها في بيان الطبيعة القانونية، فدراستنا ستكون مقارنة بين القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل والقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، في تحديد الطبيعة القانونية لإنقاص المقابل في القانون المدني.

خامساً- خطة البحث:- يقتضي للأجابة على تلك الأسئلة تقسيم هذا البحث على مطلبين، تعرضنا في الأول منها الطبيعة العامة لإنقاص المقابل في القانون المدني، ينقسم على فرعين، نبحث في الفرع الأول فيه إنقاص المقابل بوصفه رخصة، وفي الفرع الثاني إنقاص المقابل بوصف حق، ونناقش في المطلب الثاني الطبيعة الخاصة لإنقاص المقابل في القانون المدني، وينقسم على ثلاثة فروع ، نبحث في الفرع الأول فيه إنقاص المقابل هو تعديل العقد، وفي الفرع الثاني نتناول فيه إنقاص المقابل هو تعويض للدائن، أما الفرع الثالث نبحث فيه إنقاص المقابل هو جزاء خاص، وقد اختتمنا هذا البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج وأهم ما نراه من مقترحات.

المطلب الأول :الطبيعة العامة لإنقاص المقابل في القانون المدني :فإنقاص المقابل وسيلة أعدها القانون لحماية الدائن، فهو ليس مخطئاً وبالتالي يجب أن لا يضار من التنفيذ غير الكامل للعقد، إلا أنه من غير الصحيح النظر إلى إنقاص المقابل بوصفه وسيلة فقط دون تحديد المركز القانوني الذي يتواجد فيه الدائن والذي يخوله إنقاص المقابل وما يترتب عليه

من آثار قانونية معينة. ويأتي في مقدمة المراكز القانونية الحق ثم يوجد بجانبه مراكز قانونية أخرى كالحرية والرخصة لما يجمعها من عامل مشترك يتمثل في القدرة أو الإباحة في التصرف على وجه معين، وسنقتصر البحث على الرخصة والحق التي يتردد مركز الدائن بينهما في تحديد الطبيعة العامة لإنقاص المقابل. أما الحرية فهي خارج نطاق بحثنا لأنها تعتبر الإمكانية أو القدرة المتاحة لكافة الأشخاص في عمل شيء ما، ولا تنحصر بالدائن فقط دون غيره، فالحرية التعاقد هي حرية مكفولة للجميع.

بناءً عليه، سنقسم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول سنتناول فيه إنقاص المقابل بوصفه رخصة، أما الفرع الثاني سنتطرق فيه إلى دراسة إنقاص المقابل بوصفه حق.

الفرع الأول : إنقاص المقابل بوصفه رخصة : وقبل الخوض في بيان أن إنقاص المقابل بوصفه رخصة لا بد من الوقوف برهة على تحديد المقصود بالرخصة، ويتحدد وصف الرخصة بأنها مركزاً قانونياً يقرها القانون ويرتب عليها آثاراً محددة وليس بوصفها قدرة مادية محضة كالقيام شخص بدعوة صديقه على الغداء من قبيل أعمال المجاملة، أو كونها مزاولة حق من الحقوق كالحيازة التي من خلالها تكسب الملكية، فما يهمنا من الرخصة هو باعتبارها مركزاً قانونياً يقرها القانون ويرتب عليها آثاراً محددة[٢]. وإن تعريف الرخصة غير مستقر عند الفقهاء في تحديد مفهوم لها إلا أنه هناك من اعتبر الرخصة خيار وعرفها بأنها ((هي الخيار الممنوح لشخص معين، والذي بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانوني وفقاً لمصلحته، وفي حدود هذه المصلحة، فهي نوع من حق الاختيار مستمد من القانون بأن يغير مركزه القانوني))[٣]. وهناك من من اعتبرها حرية حيث عرفا بأنها((مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة))[٤]. ويتضح مما تقدم، من تلك التعاريف أنها أخذت تخلط بين الرخصة والخيار حيث أن الرخصة تمثل مركز قانوني مستقل أما الخيار ما هو إلا استعمال لهذه الرخصة ومن جهة أخرى تتخلف الحرية عن الرخصة، حيث أن الحرية إباحة عامة تكون فيه البدائل غير محدودة ولا مقيدة إلا بعد الإضرار بالغير، أما الرخصة تكون فيه البدائل محددة عكس الحرية، إلا أن الرخصة لها مفهوم ذاتي ومستقل حيث تستمد وجودها من القانون، وتكون ممارستها من خلال تعبير صاحبها عن إرادته المحضة في التأثير على مراكز الغير القانونية القائمة من خلال تغيرها أو محوها أو إنشاء مراكز قانونية جديدة له المصلحة فيها. بعد هذا العرض الموجز، نبين مدى إمكانية اعتبار إنقاص المقابل رخصة للدائن فلو لاحظنا المادة (٥٤٣) على سبيل المثال من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ التي نصت بأنه ((إذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أو المذروعات التي ليس في تبعيضها ضرر أو من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملة أو بسعر الوحدة ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً، كان المشتري مخيراً، إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجد بحصته من الثمن، وإذا ظهر المبيع زائداً فالزيادة للبائع))[٥]. ويتضح من هذا النص أن الجواز الممنوح للدائن في الاختيار بين طلب إنقاص المقابل أو طلب الفسخ، يعبر عن مركز قانوني يكون للدائن بمقتضاه، أن يتمتع في الاختيار بين بدائل محددة له سلفاً بنص القانون فله أما إنقاص المقابل وإما الفسخ

وهي مقررة سلفاً وبنص القانون. فهذه الرخصة في الاختيار ما هي إلا تعبير عن ذلك الخيار الذي يمنحه القانون للدائن، ويكون بمقتضى الرخصة أن يحدث الدائن تعديلاً في مركزه القانوني وفقاً لمنفعته أو مصلحته[٦]. يتضح أن إنقاص المقابل جاء نتيجة رخصة التي منحها القانون للدائن في اختياره وهذا لا يؤثر في المركز القانوني للمدين، إذ إن المدين يبقى ملتزم بإكمال التزامه، ولكن ما يحصل أن الدائن يختار بين بدائل محدودة استناداً إلى نص القانون الذي حددها وهو المقصود بالرخصة التي تمنح للدائن لتحقيق مصلحته الظاهرة والمشروعة.

إن القول إنقاص المقابل بوصفه رخصة محل نظر، إذ إن الرخصة ما هي إلا مركزاً قانونياً يتوصل الدائن من خلالها في الوصول إلى الحق وهي بذلك تعبر عن حرية الاختيار المستمدة من القانون والتي تسمح للدائن في أن يعدل مركزه القانوني سواء في إنشاء أو تعديل أو إنهاء[٧]. في حين نبحث عن تحديد وصف اختيار الدائن إنقاص المقابل بعد الاختيار أما قبل أن يختار الدائن أحد المطلبين المحددين عند تنفيذ المدين التزامه بشكل غير كامل قانوناً أما إنقاص المقابل أما الفسخ، أنما يملك رخصة أباحها القانون للدائن، وبعد أن يتم اختيار إنقاص المقابل ينتقل المركز القانوني للدائن من صاحب رخصة في الاختيار إلى صاحب حق. ومجال تطبيق الرخصة يكون في مرحلة إنشاء المراكز القانونية، وليس في مرحلة آثار (تنفيذه) هذه المراكز هذا من جهة، ومن جهة أخرى،لا يمكن تطبيق الرخصة في كل الحالة يكون فيها خيار بين أمرين ما لم يكن الخيار مصدره القانون[٨]. في حين نجد إنقاص المقابل يكون بعد تنفيذ العقد ونشوء حق للدائن في المطالبة المدين بإكمال التزامه ونكون في مرحلة آثار العقد وليس إنشاء أو إبرام العقد هذا من جانب، أما الجانب الأخر ليس دائما يكون إنقاص المقابل مصدره نص قانوني حتى يمكن القول بأنه رخص للدائن باعتباره ليس من النظام العام، قد يوجد اتفاق بين المتعاقدين على تطبيقه فلا يكون أمام الدائن خيارين أو ثلاثة[٩]. يتضح أن إنقاص المقابل قد يتصف بأنه رخصة للدائن لكن هذا الأمر قبل اختيار الدائن أحد الخيارين وهما الإنقاص أو الفسخ، وعند اختيار ينتقل من مركز الدائن من صاحب رخصة إلى صاحب الحق، فتكون رخصة مجرد مركز قانوني لغرض الوصول إلى الحق، كون إنقاص المقابل يتمسك به بعد تنفيذ العقد وهو ما يتطلب تحديده عند اختياره من قبل الدائن في تخفيض التزامه، لذلك لا يمكن القول بأن إنقاص المقابل هو رخصة، لذا ذهبت الاتجاهات الفقهيه في البحث عن طبيعة أخرى لإنقاص المقابل، وهذا ما سنبحثه في الفقرة التالية.

الفرع الثاني: إنقاص المقابل بوصفه حق: إن القول إنقاص المقابل بأنه حق للدائن يتطلب بيان المقصود بالحق، فإن وجود فكرة الحق لا يعبر عن الصياغة القانونية باعتباره أداة أو وسيلة فنية بل يعبر عن حقيقية من الحقائق القانونية الرئيسية[١٠]. والحق يكون في مقدمة المراكز القانونية للعلاقة الوثيقة بينه وبين القانون، ولا يقوم القانون إلا لحماية الحقوق وما يقابلها من واجبات، باعتباره وسيلة القانون في ترتيب العلاقات الاجتماعية، فالحق هو الرابطة التي ينظمها القانون، ولا يمكن تصور المجتمع المنظم يوجد فيه الحق ما لم يقره القانون ويحميه، فإذا وجد القانون وجد الحق[١١]. هناك عدة تعاريف للحق في

المذهب التقليدي والحديث. فعرف الحق وفق المذهب التقليدي بأنه ((سلطة يعترف بها القانون بغرض حماية مصالح ذاتية يسعى صاحب الحق إلى تحقيقها))[١٢].أما تعريف الحق وفقاً لمفهومه الحديث عرفه الفقيه الفرنسي دابان بأنه ((ميزة يقررها القانون ويحميها لشخص ما يكون له بمقتضاها التصرف فيما هو مملوك أو مستحق له))[١٣]. ويتضح من هذا التعريف أن الحق له ثلاث خصائص من تسلط واستئثار وحماية قانونية. كما عرف الحق بأنه ((مركز قانوني يخول صاحبه ميزة الاستئثار بشيء أو أداء معين. ويكفل له السلطات اللازمة لاقتضاء هذه الميزة))[١٤] وهذا التعريف يسلط الضوء على جوهر الحق وهو الاستئثار الذي من خلاله تظهر العلاقة بين الحق والقانون. ويميز بين الاستئثار المشروع والاستئثار غير المشروع مثل استئثار الغاصب[١٥]. ويتضح مما سبق. من هذه التعاريف هناك توجد عوامل مشتركة بين تلك التعريفات. يمكن إرجاعها إلى عنصرين فالأول أن الحق هو مركز القانوني. لا وجود له دون سند من القانون. والعنصر الثاني أن الحق ميزة قانونية يستمتع صاحبها. أيا كان أسلوب التعبير شكل صريح عن هذه الميزة كما في الاتجاه الحديث في تعريف الحق أو كان أسلوب التعبير بالإشارة لمظاهر الحق من سلطة أو إرادة وهذا هو الاتجاه التقليدي. بعد هذا العرض الموجز. يتبين إن إنقاص المقابل هو حق يكون للدائن أن يتمسك به ولو نلاحظ على سبيل المثال نص المادة (٢/٧٥٤) من القانون المدني العراقي التي نصت على أن ((فإذا ترتب على هذا التعرض أن حرم المستأجر فعلاً من الانتفاع الواجب بعقد الإيجار- تبعاً للظروف- أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتضى)) [١٦]. يتضح من هذا النص أو حتى النصوص القانونية التي تضمنت إنقاص المقابل جعلته حقا مقررا للدائن على حساب المدين فيكون له الحق الرجوع على المدين بقيمة ما أنقصه بما أنه يعتبر حقاً للدائن. عند المطالبة به فأنه يعتبر التزاماً على عاتق المدين. وما يستدل على أن إنقاص المقابل حق في تضمنه عناصر الحق المتمثلة تتمثل بالاقتضاء والحماية القانونية. فالاقتضاء لا يكون إلا بين شخص وشخص آخر. لأنه يفرض التزام على شخص آخر بإداء معين[١٧]. وهذا ما يمكن تصوره في إنقاص المقابل الذي لا يطبق إلا بين المتعاقدين ويفرض التزام على المدين استراجاع جزء من المقابل الذي لا يقابله شيء. والتسلط يعني القدرة على التصرف في محل الحق الذي يتمثل بالأداء المطلوب من قبل المدين. وهذه القدرة من مقتضيات الاستئثار[١٨]. بمعنى إن الدائن يكون له حق شخصي في أن يتصرف في الجزء غير المنفذ من العقد من قبل المدين فله أن يطالب إنقاص المقابل أو عدم المطالبة به أو حتى يبري المدين عن الجزء غير المنفذ أو يتنازل عن المقابل الذي دفعه كاملاً للمدين. أما الحماية القانونية لحق الدائن فتعني نقل الاستئثار أو الاقتضاء من حالة واقعية إلى حالة قانونية بتدخل القانون. وتعد من أهم وسائل حماية الحق لدعوى القضائية. وإنقاص المقابل يكون حقاً محمياً بالدعوى القضائية التي يشترط أن ترفع خلال المدة المعينة وهذا نلاحظه في نص المادة (٢/٥٤٦) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصت على أن ((وعلى كل حال لا تسمع دعوى المشتري أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشتري تسليماً فعلياً))[١٩]. ونرى إن الحق في إنقاص المقابل يثبت أما بنص في القانون أو بمقتضى اتفاق

الطرفين المتعاقدين على تطبيقه في الأغلب، ولا يثبت بالإذن العام بواسطة المشرع كما في الرخصة أو الحرية.

إذا كان إنقاص المقابل بوصفه حقا فما هو نوعه، وعلى اعتبار نطاق موضوعنا يتعلق بالحقوق المالية، فتنقسم إلى حقوق عينية أو شخصية أو معنوية، لا يمكن القول بأن حق الدائن في إنقاص المقابل حقاً معنوياً لأن محله يكون معنويا، أما الحق العيني وأن كان الدائن يملك سلطة في إجازة العقد أو فسخه تشبه الحق العيني كونه سلطة مباشرة تنصب على العين محل موضوع العقد تمكنه وضع اليد وسيطرة على تلك العين إلا أنه لا يمكن اعتبار إنقاص المقابل من الحقوق العينية لأنها واردة على سبيل الحصر[٢٠] ولم يكن من بينهما، فلا يتبقى أمامنا سوى الحق الشخصي[٢١]. واستناداً لما سبق، لا نرى شخصية الحق في إنقاص المقابل وأن كانت خصائص الحق الشخصي موجودة فيه من وجود طرفي الرابطة دائن ومدين ومحل التنفيذ هو التزام المدين إذ لا يمكن للدائن الحصول على حقه إلا بواسطة المدين، إلا أنه الحق الشخصي في العلاقة العقدية يتجلى دوره في مطالبة المدين بتنفيذ التزاماته. إما الحق في إنقاص المقابل فالهدف من تشريعه لدفع الضرر الذي قد يلحق بالدائن ليس من المقتضى الأصلي للعقد وإنما من مخالفة المدين لمقتضاه. ونعتقد بأن الحق في إنقاص المقابل من الحقوق الإرادية المحضة والتي بمقتضاه يتمكن الدائن صاحب الحق من التأثير على المراكز القانونية بالتعديل أو إنشاء أو الإنهاء سواء كانت السابقة أو اللاحقة بإرادته المنفردة. دون توقف على إرادة المدين الذي يمارس الحق في مواجهته، وإنما عليه الامتثال والخضوع، وتكون إرادة الدائن لها دور السيادة في ذلك، وحتى القاضي لا يمكن له أن يرفض إعمال هذا الحق وإنشاء أثره ويكون حكمه مقرراً لا منشأ، ويكون محل هذا الحق مجرداً أو شيئاً معنوياً يتمثل في إنشاء أثر معدل أو تعديل أو إنهاء في المراكز القانونية للغير ولا يتضمن صفات الحق الشخصي من سلطة اقتضاء أو تسلط على شيء[٢٢]. ويمكن القول إن إنقاص المقابل يتميز بمضمون المجرد فهو لا يعطي حقاً شخصياً كما في الحق الشخصي ولا شيئاً معنوياً كما في الحق المعنوي، أنما يتمتع الدائن في إنقاص المقابل بمركز قانوني مجرد[٢٣]. ويمكن اعتبار إنقاص المقابل من الحقوق المنشئة المعدلة الذي يسمح لدائن في تعديل مراكز قانونية موجودة من قبل، فللدائن طلب إنقاص المقابل عند تنفيذ العقد بشكل غير كامل يكون من قبيل تعديل مركز قانوني موجود من قبل ولا يخلق مركزا جديداً ، فيكون له الحرية في أن يستخدم إنقاص المقابل أو يطلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق بالمقابل، والمدين يكون في حالة خضوع وامتثال للدائن نتيجة تنفيذ غير كامل للعقد، فعليه أن يتحمل نتيجة ذلك التنفيذ في قبول طلب الدائن في إنقاص المقابل، ويمكن اعتباره عاملاً أمنياً يضمن سلامة التجارة القانونية.

المطلب الثاني : الطبيعة الخاصة لإنقاص المقابل في القانون المدني : تحديد الطبيعة الخاصة لإنقاص المقابل محل الخلاف فهناك من يعتبر إنقاص المقابل تعديلاً للعقد، وهناك من يعتبره تعويضاً للدائن، في حين هناك من يعتبره بأنه جزاء خاص لا بد من الوقوف على طبيعته وتحديدها.

لذا سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع، الفرع الأول سنتناول فيه إنقاص المقابل هو تعديل للعقد، أما الفرع الثاني سنتطرق فيه إلى إنقاص المقابل هو تعويض للدائن، أما الفرع الثالث، سيخصص إلى دراسة إنقاص المقابل هو جزاء خاص.

الفرع الأول : إنقاص المقابل هو تعديل للعقد : الأصل أن العقد هو شريعة المتعاقدين، وحسب القواعد القانونية العامة، يكون من غير الجائز، تعديل هذا العقد من قبل أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة دون موافقة الطرف الآخر أي لا بد من اتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون، وهذا ما عبرت عنه المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي التي تقول ((١- إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي))[٢٤]. وعلى القاضي احترام القوة الملزمة للعقد، لا يجوز له أن يتدخل في مضمون العقد بالتعديل والتغيير[٢٥]. بيد أن هذه القاعدة ورد عليها جملة من الاستثناءات، فسمحت لأطراف المتعاقدة الاتفاق على تعديل العقد ونقضه ذلك لأن العقد يعتبر عمل إرادي ومصدره الإرادة، فأنها تملك حق نقضه أو تعديله، وأيضاً سمح المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد على سبيل الاستثناء لاعتبارات تتعلق بالعدالة[٢٦].فنطاق تعديل العقد ينصب على كيفية تنفيذ التزام أو على كم الالتزام أو إلغاء شرط من شروطه أو بند من بنوده، وأيضاً قد ينصب على وقف تنفيذ العقد بصورة مؤقته أو على عنصر الزمن في العقد وذلك بإنقاص منه أو مده[٢٧]. ولما كان تعديل العقد هو عدم تنفيذ العقد حسب ما اتفق عليه في البداية، فقد ذهب رأياً إلى أن إنقاص المقابل يعتبر تعديلاً للعقد، وذلك لأن الدائن بإرادته المنفردة يستطيع أن يطلب تعديل أحد بنود العقد المتعلق بالمقابل، ويرى أن هذا الحق لم يعطى بصورة مطلقة وإنما أخضعه لرقابة القاضي، فإنقاص المقابل لا يتم بمجرد إبداء الدائن رغبته بذلك، لأن تحديد مقدار الإنقاص ومدى توفر شروطه يخضعان لسلطة القاضي الذي يلتزم بدوره التقليدي بالتأكد من الوقائع وإعطائها مفاعليها القانونية دون أن يتخذ دور المعدل للعقد في أحد بنوده[٢٨]. والمشرع قد خرج على هذا المبدأ في عدة الحالات، كالنصوص التي أخذت تنظم نظرية الاستغلال، نظرية الظروف الطارئة التي تجيز إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وعقود الإذعان[٢٩]. ويرى هذا الرأي أن موضوع تعديل العقد يتوقف على المقابل المالي الذي يحظى به الدائن، فيكون تعديل للعقد إذا كان يوازي أو يعادل ما فقده الدائن من منفعة أما إذا كان تعويض للدائن عما أصابه من ضرر فلا وجود لفكرة تعديل العقد. وهناك من يرى[٣٠] أن إنقاص المقابل حق يستمد الدائن من ذاتية العقد، فإن كان المعروف لا يجوز تعديل العقد أو فسخه من قبل أحد طرفي العقد إلا برضا الطرف الآخر إذا كان العقد الصحيح لازماً، ونلاحظ أن العقد قد يكون لازما طرفي العقد يغدو غير لازم بالنسبة للدائن (المشتري) عند اكتشافه في المبيع العيب الخفي، وبالتالي له الحق في أن يطلب تعديل العقد دفعاً، للضرر الناشئ عن العيب غير المستحق الذي لا علم له به. وهناك من يرى إنقاص المقابل تعديل للعقد بناءً على فقدان الجزئي للسبب الذي يوجد في حالة فقدان أو نقص أحد العناصر الموضوعية المحددة في العقد كالفرض الخاص بنقص الشيء المعقود عليه، كون الأمر يتعلق دائما بالبحث عن المقابل الرضائي[٣١]. ونتيجة لذلك يمتلك الدائن حق تعديل أحد

بنود العقد الخاص بالمقابل، نتيجة مخالفة المدين في عدن تسليم الشيء المتفق عليه في العقد، فعليع يتحمل المدين تبعة تنفيذه غير الكامل. وأما موقف القوانين محل المقارنة، فعلى مستوى القانون المدني العراقي يعرف إنقاص المقابل بشكل واضح ويعتبر أحد خيارات دعوى الضمان أو خيار وحيد في بعض الحالات، وهذا ما عبر عنه في أحد المواد (٥٦٤) التي نصت على أن ((إذا هلك المبيع المعيب في يد المشتري فهلاكه عليه، ويرجع على البائع بنقصان الثمن))، بصفته أداة قانونية تعالج الخلل في التوازن الذي سببه تسليم غير متطابق، لما تفق عليه في العقد للوصول إلى التوازن المطلوب، فضلاً عن إن الإنقاص يعمل دائماً على تخفيض المقابل، ولا يشترط فيه استرجاع جزء غير مطابق أو معيب، لهذا لا يمكن نتصور إنقاص المقابل يعتبر تعديل للعقد في القانون المدني العراقي في ضوء[٣٢]. أما على مستوى القانون المدني المصري لا يعرف إنقاص المقابل وبالتالي لا وجود لفكرة تعديل العقد، حيث جاء في المادة (٤٤٤) منه على أن الدائن إذا اختار بقاء العقد بما هو عليه من استحقاق أو مثقل بتكليف، فإنه يطلب التعويض نتيجة الضرر الذي أصابه، وبالتالي لا يكون هناك مجال لإنقاص المقابل، إنما يكون له أن يطلب التعويض فقط.. وعمل على توحيد أحكام الاستحقاق الجزئي وأحكام العيوب الخفية وذلك في المادتين (٤٤٤، ٤٥٠)، واقتصرا على إعطاء الدائن الخيار في الفسخ أو المطالبة بالتعويض على غرار القانون المدني المصري القديم الذي كان يعرف بشكل واضح دعوى إنقاص المقابل[٣٣]. وأما على مستوى القانون المدني الفرنسي يعتبر إنقاص المقابل حكم تعديل العقد لأن الدائن يطلب تعديل بند في العقد ويكون هذا الخيار حقاً للمشتري وحده دون أن يكون للقاضي عين الاعتبار محاولات البائع في إصلاح لاحق للمبيع، وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٤٤) على أن ((في الأحوال الواردة في المادتين ١٦٤١ و١٦٤٣، للمشتري أن يختار بين إعادة الشيء واسترداد الثمن أو الاحتفاظ بالشيء واسترجاع جزء من الثمن وفقاً لما يقدره الخبراء))[٣٤] ولعل ما يؤيد أن إنقاص المقابل هو تعديل للعقد ما جاء في قرار محكمة التمييز الفرنسية في هذا الشأن ((بأن المشتري عندما يمارس حقه الممنوح بمقتضى المادة (١٦٤٤) من القانون المدني الفرنسي، والمتمثل بإعادة المبيع واسترداد الثمن، فإنه يتخذ صورة الإلغاء. وعندما يمارس حقه الثاني المتمثل بالاحتفاظ بالشيء المبيع واسترجاع جزء من الثمن، فإن هذا الإجراء يؤدي إلى تعديل العقد وإعادة نظر قانونية في العقد عن طريق تخفيض الثمن، وذلك خلافا للإجراء الذي يمارسه في خياره الأول، فهنا يتم الحفاظ على العقد ولكن مع ضرورة إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية))[٣٥]. ويؤخذ على هذا الرأي أن تعميم وصف التعديل على إنقاص المقابل لا يصدق دائماً لأن تعديل العقد يتم رغما على إرادة المتعاقدين، أي لا يستطيع المتعاقدين الاتفاق على إبعاد ومنع سلطة القاضي في تعديل العقد، باعتبارها من النظام العام[٣٦]. أما إنقاص المقابل لا يمكن تطبيقه دون موافقة المتعاقدين بعد قبول الدائن التنفيذ الناقص، فيكون متوقفاً على طلب الدائن. وتعديل العقد يعمل على إعادة التوازن المختل إلى الحد المعقول في العقد، فيقوم تعديل على أحداث تغيير معاكس فالطرف الذي تكون التزاماته مرهقة تخفض إلى الحد المعقول أو زيادة التزامات العاقد الآخر، حتى يعيد العقد توازنه ولا يشترط التساوي بينهم[٣٧]. في حين إنقاص المقابل يعمل فقط

على إنقاص التزامات الدائن لا يكون هناك اتجاهاً عكسياً في زيادة التزامات. كما يلاحظ أن تعديل العقد أغلب موارده تعد من النظام العام وتكون من صلب عمل القضاء، في حين إنقاص المقابل أغلب أحكامه ليست من النظام العام، كالعيوب الخفية والاستحقاق الجزئي أو نقص في التنفيذ وبالتالي يكون للعاقدين الحرية العقدية في الاتفاق على ما يخالفها. فضلاً عن أن تعديل العقد يكون الطرف الآخر مستعد لتنفيذ التزامه العقدي لكن الطرف الآخر يعدل في العقد، أما إنقاص المقابل فهو جاء لسبب أن المدين لم ينفذ التزامه بالصورة المتفق عليها، وبالتالي يطالب الدائن إنقاص المقابل لتحقيق التوازن العقدي . فليس من العدل أن أحد الأطراف يخل بتنفيذ التزامه بشكل جزئي ويبقى الطرف الآخر على التزامه دون إنقاص ما يتناسب مع الإخلال الحاصل من الطرف الأول.

الفرع الثاني : إنقاص المقابل هو تعويض للدائن : الأصل في التنفيذ أن يكون عينياً، إلا عند استحالة التنفيذ مع كونه ممكناً فيصار إلى التعويض[٣٨]. بمعنى كل الطرف في العقد عليه تنفيذ التزامه، ومتى ما أخل بذلك يكون للطرف الآخر، أن يتمسك بأحد الجزاءات كالتنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض. وهناك من يرى بأن ((أنه عندما يقوم المتعاقدان بتنفيذ التزاماتهما المتبادلة فإن العقد يعمل بطريقة طبيعية في إنتاج آثاره المعتادة وبالتالي فلا تثور مسألة الفسخ ولكن عندما يتوقف أحد المتعاقدين عن تنفيذ الأداء الواجب عليه فمن هذا التوقف يصبح التزام المتعاقد الآخر بدون سبب يبرره ، ولذلك من حق هذا الأخير أن يطلب الفسخ أو التعويض))[٣٩]. ذهب رأياً إلى اعتبار إنقاص المقابل على أنه تعويض يستحقه الدائن ويطالب به عما أصابه من الضرر نتيجة تنفيذ المدين التزامه بشكل معيب أو ناقص فكل من إنقاص المقابل والتعويض تجمعهما دعوى واحدة ألا وهي دعوى التعويض[٤٠]. ويعتبرون أصحاب هذا الرأي أن إنقاص المقابل هو تعويض للدائن عندما يرغب في الإبقاء على المعقود عليه المعيب بغض النظر عن جسامة العيب أو عدم جسامته، فله أن يرجع على المدين عما أصابه من ضرر بسبب العيب[٤١]. في حين هناك رأي آخر في الفقه المصري حيث يرى هناك التباسا بين إنقاص المقابل وطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت بالدائن نتيجة التنفيذ غير الكامل للعقد، ويرى أن صدق القول على اعتبار إنقاص المقابل بأنه التعويض في حالة الاستحقاق الجزئي، على أساس أن جزءا من الشيء قد خرج من ملك الدائن، فإن هذا القول لا يمكن تبريره في حالة وجود العيب بأن إنقاص المقابل هو التعويض إلا إذا كان القصد من ذلك طلب التعويض وتقديره وفق القواعد العامة في المسؤولية العقدية[٤٢]. وهذا ما دفع احدهما إلى القول على مشرع إن يصحح من دعوى التعويض إلى دعوى إنقاص البدل أو المقابل على أن يكون تقديره ليس وفق القواعد العامة [٤٣]. أماعلى مستوى القوانين محل المقارنة، فالقانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي لم يعتبرا إنقاص المقابل بأنه التعويض لأنه يؤدي إلى لبس بين دعوى إنقاص المقابل ودعوى التعويض هذا من جانب، ومن جانب الأخر، كل من القانونين المذكورين قد تضمنا نصوصا واضحة تقضي صراحة بأن من حق الدائن في أن يطالب بإنقاص المقابل بالإضافة إلى حقه بالتعويض، مثال ذلك عقد الإيجار، قد يكون إنقاص المقابل غير كافياً على جبر الضرر الذي أصاب المستأجر من وقت إخلال المؤجر بالتزامه،

فيكون له الحق في أن يطلب التعويض عما فاته من انتفاع بالشيء المأجور عن المدة التي انقضت من وقت بدء التعرض. وبالتالي إذا كان إنقاص المقابل تعويضاً فيكون من غير المعقول أن تمنح هذه النصوص الدائن حق المطالبة بالتعويض إضافة إلى إنقاص المقابل[٤٤]. وهناك قرار لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية تأييد هذا التوجه في حكم لها جاء فيه (((وجد أن الحكم ميز صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة لأن المدعي يطلب في دعواه إصدار الحكم بالفسخ العقد موضوع الدعوى جزئياً فيما يتعلق بالشحنة الثانية المتعلقة بالمحولتين الكهربائيتين فقط والمطالبة بإعادتهما، وتجد هذه المحكمة أن طلب الفسخ الجزئي للعقد غير جائز قانوناً وفق مقتضى أحكام المادة (١٧٧) من القانون المدني وان المدعي له في هذه الحالة المطروحة أما فسخ العقد كلياً مع التعويض أن كان له لذلك مقتضى أو المطالبة بقيمة المحولتين المشار إليهما وحيث إن المدعي لم يسلك الطريق القانوني المتقدم فإن دعواه تكون واجبة الرد))[٤٥]. أما على مستوى القانون المدني المصري، فقد اعتبر إنقاص المقابل تعويض يستحقه الدائن في أغلب الحالات عقد البيع حيث عمل على توحيد بين أحكام ضمان الاستحقاق الجزئي وضمان العيب الخفي، حيث أحالت المادة (٤٥٠) منه إلى أحكام المادة (٤٤٤)[٤٦]. ولعل ما يؤكد هذا حكم محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء فيه ((ووفقاً لحكم المادة (٤٤٤) من القانون المدني إذا اختار المشتري استبقاء المبيع فإنه لا يكون له إلا أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمته معيباً ومصروفات دعوى الضمان إذا اضطره البائع إليها وبوجه عام ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب)) [٤٧]. إن القول بأن إنقاص المقابل هو التعويض، يؤخذ عليه وإن كان مشتركين في أن كليهما جزاءاً مالياً يفرضان عند الإخلال بالتنفيذ العقد وما يشكلان تعويضاً مالياً للدائن، وبالتالي يؤديان إلى النتيجة الاقتصادية نفسها، إلا أن هنالك الفرق بين التعويض وإنقاص المقابل حيث الأخير لا يتحلل إلا عنصرا واحدا ويتجلى بالفرق بين قيمة المعقود عليه وهو سالماً وقيمته وهو معيباً أو ناقصاً، والفرق بين القيمتين ينسب إلى الثمن المسمى، وبهذا الفرق يرجع الدائن على المدين بالنقصان، أما التعويض يتجلى بطبيعة الحال إلى عنصري الخسارة اللاحقة والكسب الفائت[٤٨]. ويختلف التعويض أيضاً عن إنقاص المقابل كونه يفرض عند فسخ العقد، فينظر إليه على أنه الاستثناء وليس القاعدة العامة ، إذ يهدف في الحقيقة لتعويض الدائن عما لحق به من إجحاف وعدم عدالة ويعتبر جزاء يطبق على كل أنواع الإخلال. على عكس إنقاص المقابل تكون أسبابه تكون محددة ويفرض بهدف المحافظة على العقد[٤٩].وأيضاً لا يمكن القول إن إنقاص المقابل بأنه التعويض، لأن هذا الأخير لا يمكن المطالبة به عند تحقق سبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية، في حين الدائن يحتفظ بالحق في إنقاص المقابل، فيكون له الحق في أن يتمسك به حتى عند تحقق سبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية بشرط أن لا يكون الدائن قد صدر منه الخطأ[٥٠]. واستناداً مما تقدم، لا يمكن القول أن إنقاص المقابل يعتبر تعويضاً يستحق للدائن، لكونه نظاماً قانونيا مستقلاً وله هدف يختلف عن التعويض هو المحافظة على العقد قدر الأمكان على عكس التعويض يكون هدفه تعويض الدائن عما لحقة به من أضرار بعد فسخ العقد وزواله، كما ينظر إليه على أنه الاستثناء

وليس القاعدة العامة كونه يعوض الدائن عما لحق من الظلم وعدم العدالة بعد زوال الرابطة العقدية، في حين إنقاص المقابل وسيلة لتحقيق العدالة العقدية بمنع إثراء المدين غير مشروع على حساب الدائن عن طريق إنقاص ما يلتزم به الدائن.

الفرع الثالث : إنقاص المقابل هو جزاء خاص : يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن إنقاص المقابل يعتبر أنه جزاء خاص كونه لا يخضع إلى قواعد التي تحكم نشأة العقد أو فسخه أو تعديله، ولما يتصف بأنه جزاء له الخصوصية والمرونة التي تتصل بالغاية التشريعية من إنقاص المقابل هي الإبقاء على العقد ويعتبر دعوى من نوع خاص حيث تختلف عن باقي الدعاوي التي ترفع وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية[٥١]. ويرى أحد الفقهاء[٥٢] فيما يتعلق بعدم التنفيذ الجزئي الناتج عن القوة القاهرة يكون أمام الدائن عدة الطرق ومنها أن يقبل الجزء الذي نفذ من كامل الأداء، ويطالب بتخفيض التزامه بما يعادل المقدار الذي لم ينفذ. والقول إن إنقاص المقابل بوصفه جزاء خاص، يقربه من التنفيذ العيني من حيث الهدف فكل منها يهدف إلى بقاء العقد، ويختلفان في حيث الموضوع فالتنفيذ العيني لا يطلب الدائن إلا تنفيذ التزامه وفق القواعد العامة، إما إنقاص المقابل يكون هناك تغيير في الأداءات العقد، أي أن المقابل المتفق عليه سيرد عليه التغيير بإنقاصه[٥٣]. أما على مستوى القوانين المقارنة، فالمشرع العراقي في بعض الأمور منع الدائن من رد المعقود عليه واقتصر حقه على المطالبة بإنقاص المقابل[٥٤]، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٥٦) التي نصت على أن ((فإذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد، ثم اطلع المشتري على عيب قديم فيه، فإنه يرجع على البائع بنقصان الثمن..)) . وهذا ما يفسر على أن إنقاص المقابل جزاء كبقية الجزاءات الأخرى التي تكون للدائن عند عدم التنفيذ الجزئي الموجب للضمان. فإن الخيار الممنوح للدائن عند تحقق الحالات التي يتمتع فيها الدائن برد الشيء محل العقد وبين بقائه، فأن اختار بقاء العقد على رغم من وجود العيب الموجب للضمان فيكون إنقاص المقابل له بغض النظر حسن أو سوء النية المدين، فتكون تلك الصفات لها تأثير عند تعويض الدائن بالضمان تجاه المدين[٥٥]. وبهذا يكون إنقاص المقابل لا علاقة له بحسن أو سوء نية المدين بقدر ما يهدف إلى إنقاص من التزام الدائن، هذا ما يفسر على أنه جزاء خاص. لكن نرى من الأجدر على المشرع العراقي لو تم تنظيم إنقاص المقابل بنص واحد يعطي الحق للدائن في طلب إنقاص الممقابل من بقية الجزاءات القانونية الأخرى، بحيث يسهل مهمة تحديد طبيعته. وأما على مستوى القانون المدني المصري على رغم من اعتبار إنقاص المقابل بأنه تعويض يستحقه الدائن في عقد البيع إلا أنه يمكن للدائن مباشرة إنقاص المقابل ويرجع فيها الدائن على المدين يطالبه بنقصان في صورتين الأولى إذا كان الدائن يعلم بالعيب وكان العيب غير جسيم، إذا كان لا يمنع من الإقدام على الشراء بثمن أقل والصورة الثانية هي التي يستحيل فيها رد المعقود عليه من قبل الدائن لسبب لا يرجع إلى المدين كأن يكون قد هلك بخطإ الدائن أو قد يكون تصرف به قبل علمه بالعيب بأي نوع من أنواع التصرفات التي تمنع الرد،أو ظهور عيب جديد بفعل الدائن[٥٦]. وتطبيقات إنقاص المقابل في عقد الإيجار التي تعطي حق طلب إنقاص الأجرة وهذا ما نصت عليه المادة (١/٥٧٧) على أن ((إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان، جاز للمستأجر

تبعا للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة...)) بالإضافة إلى طلب التعويض في بعض الحالات، وهذا يفسر على أنه جزاء . أما على مستوى القانون المدني الفرنسي بعد تعديله أشار بشكل صريح في إمكانية الدائن أن يختار إنقاص المقابل عند التنفيذ الناقص من قبل المدين من ضمن بقية الجزاءات الأخرى كالتنفيذ العيني والفسخ والتعويض وإضافة إلى إمكانية جمع بين تلك الجزاءات غير المتعارضة مع احتفاظ الدائن في المطالبة بالتعويض، وهذا ما نصت عليه المادة (١٢١٧) من على أن ((يحق للطرف الذي لم ينفذ التعهد حياله، أو أنه قد نفذ بشكل ناقص أن: - يرفض تنفيذ التزامه أو يعلق تنفيذه؛ - يسعى إلى التنفيذ الجبري العيني؛ يطلب تخفيض الثمن؛- يطلب فسخ العقد؛ - يطلب التعويض ...))، هذا يعني إنقاص المقابل جزاء كبقية الجزاءات الأخرى تعالج التنفيذ الناقص أو المعيب[٥٧]. استناداً لما سبق، أن القول بأن إنقاص المقابل جزاء خاص ويختلف عن باقي الدعاوى الأخرى المرفوعة وفقاً للقواعد العامة، لا نؤيد ذلك ما دام مضمون إنقاص المقابل معروفا فلا داعي للقول أنه دعوى من نوع خاص، فهو لا يخرج عن دعوى إنقاص الثمن في عقد البيع ودعوى إنقاص الأجرة في عقد الإيجار وعقد المقاولة. إلا أنه نؤيد أن إنقاص المقابل جزاء كبقية الجزاءات الأخرى التي تظهر للدائن عند تنفيذ العقد من قبل المدين بشكل ناقص أو معيب، فتكون له خصوصية تختلف عن باقي الجزاءات كون الدائن والمدين قطعا شوطاً في تنفيذ العقد، فيكون بقاء العقد أفضل لهم من فسخه وحتى من المطالبة بالتنفيذ العيني كون ما نفذه المدين قد يحقق للدائن الغاية المقصودة من العقد. ولا يمكن تصور أن الدائن يتمسك بإنقاص المقابل ما لم يكن الجزء غير المنفذ من العقد قليل الأهمية بالنسبة ما تم تنفيذه فيفضل الدائن بقاء العقد، والإنقاص من التزامه. كما أن إنقاص المقابل يتصف بالمرونة التي تجعله يعمل على إكمال ما ينقص أو يعجز أي جزاء آخر كالفسخ الجزئي قد لا يمكن تمسك به عندما يكون الدائن غير قادر على إعادة المعقود عليه عند طلب الفسخ، وهو أيضاً له القدرة على أن يعمل مع جنب التعويض إذا كان المعقود عليه فيه نقص أو عيب وصاحبه ضرر يصيب الدائن، كما أن النصوص القانونية الواضحة أخذت تعمل على تميزه عن التعويض عن طريق دعوى إنقاص الثمن أو الأجرة عن دعوى التعويض لما له من الخصوصية.

الخاتمة:-

توصلنا في دراستنا الموسومة بـــ (الطبيعة القانونية لإنقاص المقابل في القانون المدني- دراسة مقارنة-) إلى أهم النتائج لا بد من ذكرها مع أهم المقترحات التي استخلصناه، وعلى النحو الآتي:

أولاً-النتائج:-

١- تبين لنا إلى أن إنقاص المقابل، يعتبر من أحد الحلول التي وضعها المشرع في مواجهة الحالات التي تعترض العقد وتجعله غير كامل التنفيذ، من خلال منح الدائن صلاحية التصرف في تخفيض ما يلتزم به بشكل يتناسب مع حجم الإخلال الجزئي.

٢- اتضح لنا أن الطبيعة العامة لإنقاص المقابل لا يمكن حصرها في الرخصة وصفه بأنه رخصة تكون للدائن عند تنفيذ المدين التزاماته العقدية بشكل معيب أو ناقص، لأن الرخصة في العادة تكون أكثر من خيار واحد فيترك المجال للدائن حرية اختيار أي منهما، بالإضافة إلى أن الرخصة لا يمكن تطبيقها إلى إذا كان مصدر الخيار القانون، في حين إنقاص المقابل قد يكون خيار وحيد الذي يتعين على الدائن أن يطالب به عند توافر أحد موانع الرد، فضلاً على أن مصدر قد يكون اتفاق المتعاقدين فيمكن تطبيقه في الحالات لا يكون للدائن خيار المطالبة بإنقاص المقابل، وما يميزه دائماً أنه يطبق في مرحلة التنفيذ، في حين الرخصة تكون في مرحلة إنشاء المراكز القانونية.

٣- توصلنا إلى أن المشرع أعطى للدائن الحق في طلب إنقاص المقابل في الحالات التي يتعذر فيها إتمام العقد، بأنه يقوم بتخفيض التزامه بشكل يتلاءم مع ما نفذه المدين بشل جزئي أو معيب، وما يميز هذا الحق بأنه يجعل المدين في حالة خضوع وامتثال لأمر الدائن، دون أن يكون له حق رفض باعتباره هو من قصر في عدم إكمال تنفيذ التزامه، وحتى القاضي لا يمكن رفض طلب الدائن في إعمال حق إنقاص المقابل متى ما توافرت شروط تطبيقه في الحالات التي يثبت فيها.

٤- اتضح لنا أن الطبيعة الخاصة لإنقاص المقابل تنحصر في اعتباره جزاء لكن ليس خاص إنما كبقية الجزاءات القانونية الأخرى لكن ما يميزه أنه يطبق بعد تنفيذ العقد بشكل معيب أو ناقص، فيكن هناك تنفيذ في الأساس من قبل المدين لكن ليس هو متفق عليه في العقد، فيعمل هذا جزاء على بقاء العقد مع إنقاص التزام الدائن، ولا يمكن اعتبار إنقاص المقابل تعديل للعقد، لأن التعديل بطبيعة الحال يحتاج إلى موافقة المدين أو لأسباب معينة يقرها القانون فيعطي القاضي صلاحية تعديل العقد لتعلقه بالنظام العام أما إنقاص المقابل هو مجرد حق يمارسه الدائن ولا يحتاج إلى موافقة المدين، كذلك لا يمكن اعتبار إنقاص المقابل هو تعويض، كونه يقوم على تحديد مقدار التفاوت ما بين قيمة الشيء وهو معيب وقيمته وهو صحيح ومقدار الفرق ينسب إلى المقابل المسمى، بينما التعويض يتجلى إلى عنصرين الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، فضلاً عن وجود نصوص قانونية تجيز إنقاص المقابل مع طلب التعويض.

ثانياً- المقترحات:-

أن مجرد نص على إنقاص المقابل من خلال مصطلحات كإنقاص الثمن أو إنقاص الأجرة في النصوص القانونية متفرقة دون تنظيمه بنص عام يبين طبيعته قانونية عند المطالبة به من قبل الدائن، يجعل من تحديد الطبيعة الخاصة أمراً صعباً ، ولذلك ندعو المشرع العراقي إلى الإشارة بصورة صريحة إلى تنظيم فكرتين وهما:

١- الإشارة إلى مكانية الدائن في المطالبة بإنقاص المقابل من ضمن بقية الجزاءات القانونية في معالجة الحالات التي تعترض العقد وتجعله غير كامل التنفيذ، مع حقه بالمطالبة بالتعويض، وهذا ما يسهل تحديد طبيعته قانونية بصفته جزاء قانوني وبشكل الآتي ((يحق للدائن الذي لم ينفذ المدين حياله التزامه بشكل كامل، يكون له أي من الخيارات الآتية: – يرفض تنفيذ التزامه أو يعلق تنفيذ ؛ طلب التنفيذ الجبري العيني الجبري؛ طلب إنقاص المقابل؛ طلب فسخ العقد؛ طلب التعويض عما يترتب من نتائج عن عدم التنفيذ. يجوز الجمع بين الجزاءات غير المتعارض؛ ويجوز إضافة التعويض إليها دائماً)).

٢- تحديد المعيار الذي على أساسه يستطيع الدائن أن يطالب بإنقاص المقابل، وأن يكون في الأساس المعيار الشخصي، عند تقييم ما نفذه المدين من قبل القاضي في ضوء سلطته تقديرية، وهذا ما يحدد الطبيعة العامة لإنقاص المقابل على أنه حق، على أن تكون على النحو بشكل الآتي ((يحق للدائن طلب إنقاص المقابل، في حالة تنفيذ جزء من العقد أو بشكل معيب، على أن يخطر المدين بذلك خلال فترة معينة، ويتم نقصان بمعرفة أهل الخبرة، أما إذا لم يدفع الدائن المقابل بعد، له أن يخفض المقابل بمقدار النقص الحاصل، يخطر مدينه بقراره بأقرب فرصة على أن يوافق المدين بذلك كتابةً)).

المصادر .

---

(١) د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود،ج١، مصادر الموجبات، ط٢، بلا دار طبع، بيروت، ١٩٩٤، ص١٩٨-١٩٩.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة، "دراسة مقارنة مع التعمق في القانون الوضعي والفقه الإسلامي"، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الثانية، ط٢، الكويت، ١٩٨٨، ص٣٣.

(٣) د. عبدالله مبروك النجار، تعريف الحق ومعيار تصنيف الحقوق "دراسة مقارنة في الشريعة والقانون"، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص٥٤-٥٥.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، ج١، ط١، دار إحياء التراث العربي ، بيروت- لبنان، ١٩٩٧، ص٩.

(٥) ينظر الفقرة الأولى من المادة (٤٣٣) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ التي نصت على ان ((١- إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولا عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف ما لم يتفق على غير ذلك، على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد، لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد...)). والمادة (١٦١٧) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ التي جاء فيها((إذا تم بيع عقار مع تعين محتوى معين للوحدة القياسية وجب على البائع أن يسلم المقدار المعين في العقد للمشتري عند تشبثه بذلك. وإذا استحال عليه الأمر أو إذا لم يتشبث به المشتري وجب على البائع قبول تخفيض نسبي في الثمن)). ينظر القانون المدني الفرنسي بالعربية، دالوز، ط١٠٨، ٢٠٠٩، ص١٥٩٨.

(٦) د. رمضان أبو السعود، الموجز في شرح القانون المدني، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص٤١.
(٧) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة، مصدر سابق، ص٣٩.
(٨) د. عبدالله مبروك النجار، مصدر سابق، ص٥٥.
(٩) ينظر المادة (٥٦٨) في الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (٤٥٣) من القانون المدني المصري والمادة (١٦٤٣) من القانون المدني الفرنسي.
(١٠) د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٦، ص٤٣٣.
(١١) د. إبراهيم فكري، المدخل لدراسة القانون، ، نشر البديع، مراكش، بلا سنة طبع، ص١٨٠ وما بعدها.
(١٢) وهذا هو التعريف الشخصي للحق لذي ينظر إلى الحق من جهة صاحبه، إلا أن ماهية الحق ليس هو قدرة إرادية فقط. ينظر د. حمدي عبد الرحمن، فكرة الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص٣٣. إلا أنه لابد من أن ينظر إلى الحق من موضوعيته، فعرف المذهب الموضوعي الحق بأنه ((مصلحة يحميها القانون)). هو بذلك ينظر إلى الغاية من الحق فتكون عناصر الحق المصلحة العنصر الأول والحماية القانونية العنصر الثاني للحق. ينظر د. نبيل إبراهيم سعد، د. همام محمد محمود، المدخل للقانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص١٣ وما بعدها. وهناك من يجمع بين فكرتي الإرادة والمصلحة في تعريف الحق بأنه ((السلطة الإرادية التي يقررها القانون لشخص من الأشخاص تحقيقاً لمصلحة قائمة يحميها القانون)) فعمل على تغليب الجانب الإرادي على المصلحة دون أن يهمل الأخيرة، والمرة الثانية يسعى إلى تغليب المصلحة على السلطة الإرادية معرفاً الحق بأنه ((مصلحة يحميها القانون بتخويله صاحبها سلطة القيام بالأعمال اللازمة لتحقيق هذه المصلحة)) ينظر. د. مصطفى محمد جمال، د. حمدي عبد الرحمن، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، مكتبة مسيرة الحضارة، مصر، بلا سنة طبع، ص١٠. ينظر أيضاً. د. رمضان أبو السعود، د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٢٥١.
(١٣) Dabin: Le droitn subjectif, paris, 1963,p.129.. أشار إليه. د. عابد فايد عبد الفتاح، الوجيز في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص١٧.
(١٤) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، نظرية الحق، ج٢، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣، ص٢٢٢.
(١٥) د. عابد فايد عبد الفتاح، مصدر سابق، ص٢٢ وما بعدها.
(١٦) ينظر الفقرة الثانية من المادة (٥٧٢) في من القانون المدني المصري النافذ التي نصت على أن ((- فإذا ترتب على هذا الادعاء أن حرم المستأجر فعلا من الانتفاع الذي له بموجب عقد الإيجار جاز له تبعا للظروف أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له بمقتضى))، والمادة (١٧٢٦) من القانون المدني الفرنسي النافذ التي نصت على أن ((إذا حصل على العكس من ذلك إخلال بحق انتفاع لمستأجر عقار أو لمستأجر أرض زراعية بنتيجة دعوى تتعلق بملكية العقار، فإنه يحق لهما تخفيض نسبي لبدل الإيجار شرط أن يتم إعلام المالك بالإخلال والعرقلة الحاصلة)). ينظر القانون المدني الفرنسي بالعربية، مصدر سابق، ص١٦٥٩.
(١٧) د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، ط٥، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤،ص٤٣٨.
(١٨) د. حسن كيره، المصدر نفسه، ص٤٣٩.
(١٩) ينظر المادة (٤٣٤) من القانون المدني المصري النافذ التي نصت على أن ((إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة، فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا نقضت سنة من وقت تسلماً فعلياً)) والمادة (١٦٢٢) من القانون المدني الفرنسي النافذ التي نصت على أن ((يجب أن تقام دعوى البائع ودعوى الشاري لتخفيضه أو لفسخ خلال سنة تبدأ من تاريخ العقد وإلا سقط الحق في إقامتها)) (١٩) ينظر القانون المدني الفرنسي بالعربية، مصدر سابق، ص١٥٩٩.

(٢٠) ينظر المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي تقول ((١- الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الإجارة الطويلة.٢- والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأمين وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز))

(٢١) ينظر الفقرة الأولى من المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصت ((الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين (دائن ومدين) يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل)).

(٢٢) د. منصور حاتم محسن، مفهوم الحق المنشئ "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (٢٧)، العدد (١)، ٢٠١٩،ص١٣٣.

(٢٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة، مصدر سابق، ص٥٧ وما بعدها.

(٢٤) ينظر الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري النافذ التي نصت على أن ((العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون)) والمادة (١١٩٣) من القانون المدني الفرنسي النافذ التي نصت على أن ((لا يجوز تعديل العقود أو الرجوع عنها إلا بالرضا المتبادل للأطراف، أو للأسباب التي يأذن القانون بها)) ترجمة د. نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد " ترجمة عربية للنص الرسمي"، ط١، مطبعة المنتدى، بغداد، ٢٠١٧، ص٤٥.

(٢٥) سلام عبد الزهرة عبدالله الفتلاوي، نطاق العقد "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، مقدمة، إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص٢٩.

(٢٦) أستاذنا الدكتور. عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في الفسخ "دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٧،ص٢٦.

(٢٧) حازم سالم محمد الشوابكة، نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٩، ص ٢٩-٣٠.

(٢٨) يؤيد هذا الرأي في فرنسا (Saleilles)، بند ٢١٢، ص٢٣١ ،أشار إليه. د. عبد الرسول عبد الرضا محمد، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي "دراسة مقارنة"، دار حراء، القاهرة، ١٩٧٤، ص٢٤٩. وأشار إليه أيضاً د. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية "دراسة مقارنة"، ط، دار إقرا، ، بيروت-لبنان، ١٩٨٣، ص٢٠٦. ينظر. عمرو أحمد عبد المنعم دبش، النظام القانوني لضمان العيوب الخفية في إطار القانون المدني المصري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٠٩، ص٤٤٥-٤٥١.

(٢٩) ينظر المواد (١٢٥، ٢/١٤٦، ١٦٧) من القانون المدني العراقي وتقابلها المواد (١٢٩، ٢/١٤٧، ١٤٩) من القانون المدني المصري والمواد (١١٩٥، ١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

(٣٠) يونس صالح قويدر، ضمان عيوب المبيع الخفية "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ١٩٩١، ص١٥٢.

(٣١) شارمو، تعليق على نقض عرائض، ١٧ يوليو ١٩٠٦، المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء، ١٩١١، ص٣٣٧ وما بعدها. نقلاً عن. د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام " العقد- الإرادة المنفردة- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون- مصدران جديدان للالتزام ، الحكم- القرار الإداري"، ط١، مكتبة الوفاء القانونية،، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٤٢٥.

(٣٢) ينظر المواد (٥٤٣، ٥٤٥، ١/٥٤٧، ، ٥٦٢، ٧٤٤، ٢/٧٥١، ٧٥٢، ٢/٨٧٣...) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٣٣) د. عمرو أحمد عبد المنعم دبش، مصدر سابق، ص٤٤٩. أما القانون المدني المصري القديم كان يتفق مع موقف القانون المدني الفرنسي، الذي كان يجيز للدائن عند تحقق حالات التنفيذ الجزئي بين فسخ العقد وبذلك بأن يرجع لما كان عليه قبل التعاقد، أو أن يطلب إنقاص المقابل وتخفيضه وهذا ماعبرت عنه المادة (٣٣٨/٣١٤) من القانون المدني المصري القديم لسنة ١٨٨٣ التي نصت على ((أن المشتري مخير عند تحقق ضمان العيب بين فسخ العقد وبين طلب

نقصان الثمن مع التضمينات في الحالتين)). وهذا يسمح للدائن في أن يعدل بند في عقد، ولهذا يمكن تصور وجود فكرة تعديل العقد في القانون المدني المصري القديم. وكان يفرق بين دعوى التعويض دعوى إنقاص المقابل، ولهذا يعتبرون الدعوى الأخيرة هي طلب تعديل العقد. ينظر. أحمد نجيب الهلالي، حامد زكي، البيع والحوالة والمقايضة، بلا اسم نشر، القاهرة، ١٩٥٤،ص٤٠١. ينظر أيضاً عبد المنعم البدراوي ، عقد البيع، بلا اسم نشر، القاهرة، ١٩٦٠، ص٥٢٦.

(٣٤) القانون المدني الفرنسي بالعربية، مصدر سابق، ص١٦١٥.

(٣٥).Cour de cassation, 3eme Chambre civile, n de pourvoi09-16788,20 octobre 2010, www.légifrance.Gpuv.fr .

(٣٦) سلام عبد الزهرة عبدالله الفتلاوي، مصدر سابق، ص٢٥.

(٣٧) عبد الأمير جفات كروان، تجزئة العقد، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٨ ، ص٥٥.

(٣٨) د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج٢، أحكام الالتزام "مقارنة بالفقه الإسلامي"، ط١، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد، ١٩٦٥، ص١٩.

(٣٩) Capitant, De la cause des obligation N -17..

-أشار إليه. د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد (٧١)، ٢٠٠١. ص١٤٨

(٤٠) د. سليمان مرقس، العقود المسماة، عقد البيع، ط٤، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٠، ص٣٩٢-٣٩٣. ينظر أيضاً محمود عبد الحكم رمضان الخن، التزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، مقدمه إلى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٤، ص٢٧٠.

(٤١) أصحاب هذا الرأي، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع، بلا طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، بلا سنة النشر ص٧٤١. د. محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة في مصر ولبنان، ج١، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥، ص١٥٦.

(٤٢) محمود عبد الحكم رمضان الخن، المصدر السابق، ٢٧٠.

(٤٣) عبد الرسول عبد الرضا محمد، مصدر سابق، ص٢٥١-٢٥٢.

(٤٤) ينظر الفقرة الثانية من المادة (٧٥٤) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصت على أن ((٢- فإذا ترتب على هذا التعرض أن حرم المستأجر فعلاً من الانتفاع الواجب بعقد الإيجار؛ له- تبعا للظروف- أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتضى))، وتقابلها المادة (١٢١٧) من القانون المدني الفرنسي النافذ التي نصت على أن ((يحق للطرف الذي لم ينفذ التعهد حياله، أو أنه قد نفذ بشكل ناقص أن: - يرفض تنفيذ التزامه أو يعلق تنفيذه؛ - يسعى إلى التنفيذ الجبري العيني؛ يطلب تخفيض الثمن؛- يطلب فسخ العقد؛ - يطلب التعويض ...)).

(٤٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١١٦٢/ الهيأة الاستئنافية مقول/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١٢/٢٣، منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الثاني لسنة ٢٠٠٩، ص١٢٠.

(٤٦) ينظر المادة (٤٤٤) من القانون المدني المصري النافذ نصت على أنه ((١- إذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة على أن يرد له المبلغ وما أفاده منه.٢- فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق)).

(٤٧) نقض مصري في ٢٦/يناير/١٩٧٦- مجموعة المكتب الفني، س١٨، ص٢٤٦. مشار إليه من قبل عمروا أحمد عند المنعم دبش، مصدر سابق، ص٤٥٤.

(٤٨) أستاذنا الدكتور. عبد المهدي كاظم ناصر، مصدر سابق، ص٢٢٣.

(٤٩) د. نسرين سلامة محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة "دراسة في القانون الإنجليزي واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠(اتفاقية فيينا)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ، ص٢٩٦.
(٥٠) ينظر المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي النافذ وتقابلها المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري النافذ والمادة (١/١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي.
(٥١) Gross: La nation Dobligation De Garantie Dans Le Droit Des contrts These Nacy, 1964,p.306.
نقلاً عن، عمرو أحمد عبد المنعم دبش، مصدر سابق، ص٤٥٦. ينظر أيضاً بلانيول وريبر، ج ١٠ ، رقم ١٢٥ تالون رقم ٤٤٩، وجلاوس ، ص٣٠٦، رقم ٣٤٤. إشار إليه د. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، مصدر سابق، ص٢٠٧.
(٥٢) كونستناتينكو، ص٢٦ وما بعدها ، فقرة ٧٢، أشار إليه، سيف الدين محمد محمود البلعاوي، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (الفسخ)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٢ ، ص٤٣-٤٤.
(٥٣) عبد الرسول عبد الرضا محمد، مصدر سابق، ص٢٤٢.
(٥٤) ينظر المواد (٥٦٣،٥٦٢ ،٥٦٤ ،٧٥٨) من القانون المدني العراقي النافذ.
(٥٥) دلال تفكير مراد جبل، أثر حسن النية في نطاق الالتزام بالضمان "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٩، ص١١١.
(٥٦) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج٤، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع، مصدر سابق، ص ٧٤٠و٧٤٥.
(٥٧) وأما اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ اعتبرت إنقاص الثمن جزاء أصلي يترتب على المخالفة البائع تنفيذ التزامه بالمطابقة وهذا ما نصت عليه المادة (٥٠) من الاتفاقية التي جاء فيها ((في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد وسواء أتم دفع الثمن أم لا، جاز للمشتري أن يخفض الثمن بمقدار الفرق بين قيمة البضائع التي تم تسليمها فعلاً وقت التسليم وقيمة البضائع المطابقة في ذلك الوقت...)).

المصادر

اولاً- الكتب القانونية:-

١- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، نظرية الحق، ج٢، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣.

٢- د. إبراهيم فكري، المدخل لدراسة القانون، ، نشر البديع، مراكش، بلا سنة طبع.

٣- د. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية "دراسة مقارنة"، ط، دار إقرا، ، بيروت-لبنان، ١٩٨٣.

٤- د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود،ج١،مصادر الموجبات، ط٢، بلا دار طبع، بيروت، ١٩٩٤.

٥- د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، ط٥، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.

٦- د. حمدي عبد الرحمن، فكرة الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.

٧- د. رمضان أبو السعود، الموجز في شرح القانون المدني، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.

٨- د. رمضان أبو السعود، د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.

٩- د. سليمان مرقس، العقود المسماة، عقد البيع، ط٤، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٠.

١٠- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام " العقد- الإرادة المنفردة- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون- مصدران جديدان للالتزام ، الحكم- القرار الإداري"، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

١١- د. عابد فايد عبد الفتاح، الوجيز في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧-٢٠٠٨.

١٢- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج٤، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع، مصدر سابق.

١٣- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع، بلا طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، بلا سنة النشر .

١٤- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، ج١، ط١، دار إحياء التراث العربي ، بيروت- لبنان، ١٩٩٧.

١٥- د. عبد الرسول عبد الرضا محمد، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي "دراسة مقارنة"، دار حراء، القاهرة، ١٩٧٤.

١٦- د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج٢، أحكام الالتزام "مقارنة بالفقه الإسلامي"، ط١، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد، ١٩٦٥.

١٧- د.عبد المنعم البدراوي ، عقد البيع، بلا اسم نشر، القاهرة، ١٩٦٠، ص٥٢٦.

١٨- د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٦.

١٩- د. عبدالله مبروك النجار، تعريف الحق ومعيار تصنيف الحقوق "دراسة مقارنة في الشريعة والقانون"، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠-٢٠٠١.

٢٠- د. محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة في مصر ولبنان، ج١، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥.

٢١- د. مصطفى محمد جمال، د. حمدي عبد الرحمن، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، مكتبة مسيرة الحضارة، مصر، بلا سنة طبع.

٢٢- د. نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد " ترجمة عربية للنص الرسمي"، ط١، مطبعة المنتدى، بغداد، ٢٠١٧.

٢٣- د. نبيل إبراهيم سعد، د. همام محمد محمود، المدخل للقانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

٢٤- د. نسرين سلامة محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة "دراسة في القانون الإنجليزي واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠(اتفاقية فِينَا)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

ثانياً- الرسائل والأطاريح الجامعية:-

١- حازم سالم محمد الشوابكة، نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٩.

٢- دلال تفكير مراد جبل، أثر حسن النية في نطاق الالتزام بالضمان "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٩.

٣- سلام عبد الزهرة عبدالله الفتلاوي، نطاق العقد "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، مقدمة، إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦.

٤- سيف الدين محمد محمود البلعاوي، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (الفسخ)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٢.

٥- عبد الأمير جفات كروان، تجزئة العقد، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٨.

٦- د. عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في الفسخ "دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٧.

٧- عمرو أحمد عبد المنعم دبش، النظام القانوني لضمان العيوب الخفية في إطار القانون المدني المصري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٠٩.

٨- محمود عبد الحكم رمضان الخن، التزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، مقدمه إلى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٤.

٩- يونس صالح قويدر، ضمان عيوب المبيع الخفية "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ١٩٩١.

ثالثاً- البحوث القانونية:-

١- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة، "دراسة مقارنة مع التعمق في القانون الوضعي والفقه الإسلامي"، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الثانية، ط٢، الكويت، ١٩٨٨.

٢- د. منصور حاتم محسن، مفهوم الحق المنشئ "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (٢٧)، العدد (١)، ٢٠١٩،ص١٣٣.

٣- د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد (٧١)، ٢٠٠١.

رابعاً- القرارات القضائية:-

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١١٦٢/ الهيأة الاستئنافية منقول/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١٢/٢٣، منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الثاني لسنة ٢٠٠٩.

خامساً- الماقع الإكترونية:-

1. Cour de cassation, 3eme Chambre civile, n de pourvoi09-16788,20 octobre 2010, www.légifrance.Gpuv.fr .

سادساً-القوانين:-

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٣- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.