مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL

Volume 88
Issue 88 *Year 35, Issue No. 88 October 2021*

Article 6

2021

In-kind Execution of Contractual Obligations: Rule and Exceptions under the UNIDROIT Principles and the French Civil Code

Yousef Mohammed Shandi Dr.
Associate Professor of Civil Law - Arab American University - Jenin, Palestine, yousef.shandi@aaup.edu

Follow this and additional works at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law

Part of the Civil Law Commons

Recommended Citation

Shandi, Yousef Mohammed Dr. (2021) "In-kind Execution of Contractual Obligations: Rule and Exceptions under the UNIDROIT Principles and the French Civil Code," *مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL*: Vol. 88: Iss. 88, Article 6.
Available at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law/vol88/iss88/6

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL by an authorized editor. The journal is hosted on Digital Commons, an Elsevier platform. For more information, please contact rakan@aaru.edu.jo, marah@aaru.edu.jo, u.murad@aaru.edu.jo.

In-kind Execution of Contractual Obligations: Rule and Exceptions under the UNIDROIT Principles and the French Civil Code

Cover Page Footnote

Dr.Yousef Mohamed Mahmoud Shandi Associate Professor of Civil Law - Arab American University - Jenin, Palestine yousef.shandi@aaup.edu Abstract

This article is available in مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law/vol88/iss88/6

In-kind Execution of Contractual Obligations: Rule and Exceptions under the UNIDROIT Principles and the French Civil Code

Yousef Mohamed Mahmoud Shandi

Associate Professor of Civil Law - Arab American University - Jenin, Palestine

yousef.shandi@aaup.edu

Abstract

This research deals with the principle of in kind execution of contractual obligations and the exceptions thereto under the 2016 UNIDROIT Principles and the provisions of the French Civil Code created by decree of 10 February 2016, which amends the Law on Contracts and General Provisions and Proof of Obligations. Both the UNIDROIT Principles and the French civil law establish the principle of in kind execution; it applies to all types of contractual obligations. Nevertheless, the UNIDROIT Principles state five exceptions to this principle, namely: when performance is impossible in law or in fact; when performance is unreasonably burdensome or expensive; when the party entitled to performance may reasonably obtain performance from another source; when performance is of an exclusively personal character; or when the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time. Also, the French Civil Code includes similar exceptions to the obligation to perform in kind, namely, if the in kind execution is impossible, and if there is an apparent in proportionality between the cost the good faith debtor would endure and the benefit the creditor would achieve from the in kind execution.

This research aims to analyze and compare the provisions on in kind execution under the UNIDROIT Principles and French Civil Law, in order to identify the extent to which they are harmonious or different. Accordingly, the principle of in kind execution of contractual obligations, including the conditions of its application is analyzed in the first chapter. The second chapter tackles the exceptions to this principle, in terms of concept, conditions of application, the judge's authority and the parties' freedom to exclude them.

Keywords: Contractual Obligations, Unidroit Principles, French Civil Code, Performance, Debtor, Creditor.

التنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية:
القاعدة والاستثناءات في مبادئ اليونيدروا والتقنين المدني الفرنسي*

يوسف محمد محمود شندي

أستاذ القانون المدني المشارك – الجامعة العربية الأمريكية – جنين، فلسطين

yousef.shandi@aaup.edu

ملخص البحث:

يتناول هذا البحث مبدأ التنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية والاستثناءات الواردة عليه في مبادئ اليونيدروا لسنة ٢٠١٦، وأحكام التقنين المدني الفرنسي المستحدثة بموجب المرسوم الصادر بتاريخ ١٠/ ٢/ ٢٠١٦ والمعدل لقانون العقود والأحكام العامة وإثبات الالتزامات. فبعد أن رسخ كل من مبادئ اليونيدروا والتقنين المدني الفرنسي مبدأ التنفيذ العيني باعتباره الأصل في جميع أنواع الالتزامات التعاقدية، أوردت المبادئ خمسة استثناءات على وجوب التنفيذ العيني، وهي: إذا كان التنفيذ العيني مستحيلاً بالقانون أو بالواقع، وإذا كان التنفيذ العيني يتطلب جهوداً ونفقات غير معقولة، وإذا كان يمكن للدائن الحصول على التنفيذ العيني بطريقة أخرى، وإذا كان التنفيذ مبنياً على الاعتبار الشخصي، وإذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني خلال مدة معقولة. في المقابل، أورد التقنين المدني الفرنسي استثناءات مماثلة على وجوب التنفيذ العيني تتمثل في منع الدائن من طلب التنفيذ العيني إذا كان التنفيذ العيني مستحيلاً، وإذا وجد عدم تناسب ظاهر بين التكلفة التي يتحملها المدين حسن النية مقارنة بالفائدة التي يجنيها الدائن منه.

لذلك يسعى هذا البحث إلى تحليل ومقارنة الأحكام المتعلقة بالتنفيذ العيني في الالتزامات التعاقدية والاستثناءات الواردة عليه في مبادئ اليونيدروا والتقنين المدني

* استُلم بتاريخ ٢٠٢٠/٦/٢٩ و أجيز للنشر بتاريخ ٢٠٢٠/١٠/٢١.

الفرنسي، بغية التعرف على مدى الانسجام أو الاختلاف بينهما. وبناء عليه، سيتم في المبحث الأول تحليل مبدأ التنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية وتحديد شروط تطبيقه، وسيتم في المبحث الثاني تحليل هذه الاستثناءات والوقوف على مدلول المفاهيم الواردة فيها، واستخلاص شروط تطبيقها، وتحديد سلطة القاضي بشأنها، ومدى حرية الأطراف في استبعادها.

الكلمات المفتاحية: الالتزامات التعاقدية ، مبادئ اليونيدروا ، القانون المدني الفرنسي ، التنفيذ ، المدين ، الدائن.

المقدمة

تناولت مبادئ اليونيدروا لسنة ٢٠١٦ (المبادئ)[١]، موضوع التنفيذ العيني تحت عنوان "الحق في التنفيذ" في المواد (٧ , ٢ , ١-٧ , ٢ , ٥)[٢]، رسخت بموجبها مبدأ "التنفيذ العيني

(١) مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية الصادرة عن معهد روما لتوحيد القانون الخاص، هي مبادئ ذات طابع إرشادي واختياري لا إلزام في تطبيقها كقاعدة عامة، وتعتبر جزءاً من قانون التجار، ولكن رغم صفتها الاختيارية إلا أنها متبعة بكثرة في حكم مسائل التجارة الدولية سواء من قبل الأطراف المعنيين أنفسهم أو القضاء الوطني للدول أو قضاء التحكيم الداخلي والدولي، بل وتعتبر مصدر إلهام للمشرعين الوطنيين في تحديث قوانينهم الداخلية بما يتلاءم مع واقع التجارة الدولية. وقد قام بصياغة هذه المبادئ، عدد كبير من الخبراء في مجال التجارة الدولية، يمثلون معظم الأنظمة القانونية دون أن تكون لهم صفة رسمية من حكوماتهم، بهدف وضع قواعد مشتركة لعقود التجارة الدولية مستنبطة من معظم الأنظمة القانونية حول العالم. وقد صدرت حتى الآن أربع نسخ لهذه المبادئ في السنوات: ١٩٩٤، ٢٠٠٤، ٢٠١٠، والنسخة الحالية ٢٠١٦. وتتكون المبادئ بصيغتها الحالية من ديباجة وأحد عشر فصلاً. انظر باللغة العربية حول هذا الموضوع: أمين دواس وآخرون، شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية ٢٠١٠، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٧.

(٢) لقد جاءت هذه المواد مرتبة في المبادئ كالآتي: تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من النقود (٧ , ٢ , ١)، تنفيذ الالتزام غير النقدي (٧ , ٢ , ٢)، الإصلاح والاستبدال (٧ , ٢ , ٣)، الغرامة القضائية (٧ , ٢ , ٤)، تغيير الوسائل (٧ , ٢ , ٥).

ويلاحظ أن مبادئ اليونيدروا لم تتناول ضمن موضوع "الحق في التنفيذ" مسألة التنفيذ بمقابل، ولكنها تناولته ضمن موضوع التعويض، على أساس أن تنفيذ الالتزام قد يصبح غير ممكن أو غير مجد للدائن بحيث لم يعد يحقق الفائدة التي يرجوها من العقد، فيتم التنفيذ بمقابل من خلال حصول الدائن على مقابل مالي عن عدم تنفيذ الالتزام عيناً.

للالتزامات العقدية"، ويتطابق هذا المبدأ إلى حد كبير مع التنفيذ العيني الجبري للالتزامات العقدية الوارد في المادتين (١٢٢١ و ١٢٢٢) من التقنين المدني الفرنسي، اللتين تم استحداثهما بموجب المرسوم رقم ٢٠١٦-١٣١ بتاريخ ١٠/ ٠٢/ ٢٠١٦ المتعلق بتعديل قانون العقود، والأحكام العامة وإثبات الالتزامات.

ويطبق مبدأ التنفيذ العيني للالتزامات العقدية في المبادئ والتقنين الفرنسي على جميع أنواع الالتزامات. وقد اتبعت المبادئ في هذا الإطار(٣)، من جهة، الاتجاه القانوني والقضائي الفرنسي السابق على صدور هذا المرسوم، والذي كان يأخذ بالتنفيذ العيني للالتزامات العقدية كأصل عام(٤)، واتبعت من جهة أخرى نهج المادتين (٢٨ و ٤٦) من اتفاقية فيينا للبيوع الدولية اللتين رسختا مبدأ التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، مع الاختلاف بينهما في أن المادة (٢٨) من اتفاقية فيينا لا تلزم المحكمة بإصدار حكم بالتنفيذ العيني إلا إذا كان قانونها الوطني يجيز لها ذلك في عقود بيع مماثلة غير خاضعة للاتفاقية(٥)، في حين أن المبادئ

(٣) انظر المادة (١ , ٣) من المبادئ.

(4)Y.-M. Laithier, «La primauté du droit à l'exécution en nature offert au créancier», RDC 2005, 161.

(٥) تنص المادة (٢٨) من اتفاقية فيينا للبيوع الدولية على أنه: "إذا كان من حق أحد الطرفين، بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية، أن يطلب من الطرف الآخر تنفيذ التزام ما فإن المحكمة غير ملزمة بإصدار حكم بالتنفيذ العيني إلا إذا كان بوسعها أن تقوم بذلك بمقتضى قانونها فيما يتعلق بعقود بيع مماثلة لا تشملها هذه الاتفاقية". وقد علق الدكتور أمين دواس على هذه المادة، بقوله: "لقد جاء هذا النص ليتناغم مع نظام الكومن لو (Common Law) الذي لا يقر عموماً التنفيذ العيني في مجال عقد بيع البضائع إلا عندما لا يكون التعويض كافياً، لجبر الضرر. وحتى في الدول التي تتبنى نظاماً قانونياً آخر، كالنظام اللاتيني، والتي تسمح بطلب التنفيذ العيني، فإن الطرف غير المخل في عقد البيع الدولي للبضائع قليلاً ما يتمسك بتنفيذ الطرف الآخر (المخل) لالتزامه عيناً؛ بسبب ما يتضمنه هذا الحق من إضاعة للوقت والمال. وعوضاً عن ذلك، فإن هذا الطرف غير المخل يلجأ عادة إلى طلب التعويض كونه أسرع في جبر الضرر الذي أصابه جراء عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته بموجب العقد، ما يعني بالنتيجة أن نص المادة (٢٨) سيكون قليل الأهمية في التطبيق العملي. ومن ناحية أخرى، فإذا كان العقد ينطوي على تسليم بضائع نادرة، كلوحة فنية، أو آلة مصممة بمواصفات خاصة، فإنه يجوز طلب التنفيذ العيني في هذه الحالة في ظل كل من النظامين: الكومن لو واللاتيني، وبالتالي في ظل الاتفاقية عادة"، أمين دواس، اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٠ بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في ضوء أحكام

– كما جاء في شرحها – تأخذ بمبدأ التنفيذ العيني في جميع الحالات، ولا تترك أي سلطة تقديرية للمحكمة في هذا الصدد، بمعنى أنه يجب على المحكمة أن تأمر بالتنفيذ العيني دائماً إلا إذا وجدت أحد الاستثناءات المنصوص عليها في المبادئ (٦).

ولكن خروجاً على مبدأ التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، فإن المبادئ والتقنين الفرنسي الجديد قد نصا صراحة على العديد من الاستثناءات على التنفيذ العيني، وقد شملتها المبادئ في خمسة استثناءات واردة في المادة (٧, ٢, ٢)، وهي تتفق إلى حد كبير مع الاستثناءات الواردة في المادة (١٢٢١) من التقنين المدني الفرنسي الجديد.

وبالتالي، تتمثل إشكالية هذه الدراسة في بحث وتحليل الأحكام الناظمة للتنفيذ العيني والاستثناءات الواردة عليه في مبادئ اليونيدروا والتقنين الفرنسي الجديد، بغية شرح وتحديد مدلول المفاهيم الواردة فيهما، والتعرف على مدى الانسجام والاختلاف بين الأحكام الواردة فيهما، من خلال الإجابة على مجموعة أسئلة أهمها: كيف رسخت مبادئ اليونيدروا والتقنين الفرنسي الجديد مبدأ التنفيذ العيني، وكيفية تطبيقه في تنفيذ الالتزامات النقدية وغير النقدية، وشروطه؟ ما هي الاستثناءات على حق الدائن في طلب الدائن التنفيذ العيني، وما هي مبررات كل منها، وكيفية تطبيقه وقيوده؟

سنقوم بالإجابة على هذه الأسئلة عن طريق تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع في مبادئ اليونيدروا والتقنين الفرنسي الجديد وتطبيقاتها القضائية، والمقارنة بينها، مع الإشارة في بعض المواضع إلى اتجاه القانونين المصري والإماراتي بهذا الخصوص.

وتحقيقاً للفائدة المرجوة، ارتأينا تقسيم هذه الورقة إلى مبحثين، نتناول في الأول **"ترسيخ مبدأ التنفيذ العيني للالتزامات العقدية"**، ونتناول في الثاني **"الاستثناءات على التنفيذ العيني للالتزامات العقدية"**.

القضاء والفقه، عمادة البحث العلمي – الجامعة العربية الأمريكية – جنين، ٢٠١٣، ص ٢١٨.

(٦) انظر شرح المبادئ، المادة (٧, ٢, ٢) بند ٢.

المبحث الأول

ترسيخ مبدأ التنفيذ العيني للالتزامات العقدية

تنص المادة (٧ , ٢ , ٢) من المبادئ على أنه: "إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه غير دفع مبلغ من النقود، يستطيع الدائن إلزامه بتنفيذه ..."[٧]. وتنص المادة (١٢٢١) من التقنين الفرنسي: "يستطيع الدائن بالالتزام، بعد توجيه إعذار، القيام بالتنفيذ العيني ..."[٨]، وجاء في المادة (١٢٢٢) من ذات القانون أنه: "بعد توجيه الإعذار، يستطيع الدائن أيضاً، خلال مدة وتكلفة معقولة، القيام بالتنفيذ بنفسه، أو القيام بعد الحصول على ترخيص مسبق من القاضي بإزالة ما تم إقامته انتهاكاً لذلك، ويستطيع مطالبة المدين بدفع قيمة المبالغ المدفوعة لتحقيق هذا الغرض". "ويستطيع أيضاً أن يطلب من القضاء إلزام المدين بتقديم المبالغ الضرورية لهذا التنفيذ أو لهذه الإزالة"[٩].

وبناء عليه، نتناول **حق الدائن في طلب التنفيذ العيني** في المطلب الأول، ونعرض **اختلاف التنفيذ العيني للالتزام العقدي بحسب طبيعة الالتزام** في المطلب الثاني، ونبحث **شروط التنفيذ العيني الجبري للالتزام غير النقدي** في المطلب الثالث.

(7) « A défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution… ».

(٨) تم استحداث هذا النص بموجب المرسوم الفرنسي رقم ٢٠١٦-١٣١ بتاريخ ١٠/ ٢/ ٢٠١٦، وقد تم إقراره بموجب قانون الاعتماد رقم ٢٠١٨-٢٨٧ بتاريخ ٢٠/ ٤/ ٢٠١٨، المادة (١٠) منه:

« Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature …».

(9) « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. ».

Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction ».

المطلب الأول:

حق الدائن في طلب التنفيذ العيني

تجسيداً لمبدأ القوة الملزمة للعقود، يجوز للدائن إجبار مدينه على تنفيذ التزامه العقدي عيناً إذا لم يقم بذلك طوعاً(١٠). ويحق للدائن ممارسة هذا الحق باعتباره الأصل حسب ما يراه محققاً لمصلحته، ولا يستطيع القاضي منعه من ممارسته طالما توافرت الشروط التي يفرضها القانون لذلك. ويثبت هذا الحق للدائن في جميع أنواع الالتزامات(١١): سواء كان التزاماً بدفع مبلغ من النقود أو بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل(١٢).

ولا يتوقف طلب الدائن بالتنفيذ العيني(١٣) على إثبات أن ضرراً قد أصابه من جراء عدم التنفيذ(١٤)، أو إثبات صدور خطأ من جانب المدين، أو أن إخلالاً جوهرياً قد حصل نتيجة

(10) « L'exécution forcée du contrat permet ainsi de donner toute sa force au principe du respect de la parole donnée et donc à la force obligatoire du contrat » : M. Fabre-Magnan, Droit des obligations : 1-Contrats et engament unilatéral, 4e éd. Thémis droit PUF, Paris 2016, no 677, p. 725.

(11) D. Mazeaud, « L'exécution en nature dans la réforme du droit des contrats », D 2016, 2477.

(١٢) هذا خلافاً لما كان عليه الوضع سابقاً في التقنين الفرنسي قبل التعديل الجديد، استناداً للمادة (١١٤٢) من التقنين المدني القديم والتي كانت تجيز التنفيذ العيني الجبري فقط في الالتزام بنقل حق عيني، في حين كانت تمنع ذلك في الالتزامات بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، ولم تكن تجيز للدائن في هذه الالتزامات سوى المطالبة بالتعويض إذا لم ينفذ المدين التزامه العيني طوعاً: فقد كانت صيغة المادة (١١٤٢) من التقنين المدني الفرنسي القديم على النحو الآتي:

«Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts ».

حول تطبيق هذه المادة: انظر:

N. Molfessis, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », RDC 2005, p. 37 ; J. Mestre, Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat, in le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993, p. 91, spéc. 93 ; B. Fages, Droit des obligations, 8e éd. LGDJ 2018, no 295 s., p. 252 s.

(١٣) في حال عدم التنفيذ، يستطيع الدائن اللجوء إلى الجزاءات الأخرى المنصوص عليها في المادة ١٢١٧ من التقنين المدني الفرنسي.

(14) Civ. 3e, 6 mai 1980, no 78-16390, Bull. civ. III, no 91 : « L'action tendant à l'exécution d'une obligation contractuelle n'est subordonnée à l'existence d'un préjudice » ; dans le même sens Civ.

عدم التنفيذ(١٥).

وتعطي المادة (٧,٢,٥) من المبادئ الدائن الحق في تغيير الوسائل(١٦)، ولكن ذلك محصور استخدامه حسب الفقرة الأولى من هذه المادة بالالتزامات غير النقدية، كون الالتزام بدفع مبلغ من النقود هو دائماً ممكن، ولا يوجد بديل عن النقود إلا النقود. وبناء عليه يستطيع الدائن العدول عن طلب التنفيذ العيني للالتزام غير النقدي، واختيار بدلاً منه التنفيذ بمقابل أو الفسخ مثلاً، خصوصاً عندما يكون محل الالتزام قياماً بعمل ولم يعد هذا التنفيذ ممكناً أو مجدياً للمدين أو أنه مبني على الاعتبار الشخصي للمدين ويرفض المدين التنفيذ العيني(١٧). ويستطيع الدائن ممارسة هذا الحق حسب شرح المبادئ، حتى لو اختار التنفيذ العيني ابتداء، فإنه من غير العدل إعطاؤه هذه الوسيلة فقط، فقد يصبح المدين في وضع لا يستطيع معه تنفيذ التزامه، أو أن عدم قدرته على التنفيذ لم تظهر إلا خلال سير الإجراءات.

ولكن حق الدائن بتغيير الوسائل مقيد استخدامه باحترام مبدأ حسن النية والنزاهة في التعامل(١٨)، وبعدم الإضرار بالمصالح المشروعة للمدين، حيث جاء في شرح المبادئ أن

3e, 13 nov. 1997, Bull. civ. III, no 202 ; Civ. 3e, 25 janv. 1995, Bull. civ. III, no 29.

(15) Civ. 3e, 22 mai 2013, no 12-16217: JCP 2013, 974, no 11, obs. P. Grosser; RJDA 5/14, no 408; RDC 2014, 22, obs. Y.-M. Laithier : « une obligation contractuelle peut faire l'objet d'une exécution forcée indépendamment de la gravité du manquement contractuel ».

(١٦) "١- الدائن الذي طلب تنفيذ التزام غير دفع مبلغ من النقود، ولم يقبضه خلال المدة المحددة أو، في حال عدم تحديدها، خلال مدة معقولة، يستطيع التمسك بجميع الوسائل الأخرى. ٢- عندما يكون حكم المحكمة المتعلق بتنفيذ التزام غير دفع مبلغ من النقود لا يمكن تنفيذه جبرياً، يستطيع الدائن التمسك بجميع الوسائل الأخرى".

« 1) Le créancier qui, ayant exigé l'exécution d'une obligation autre que de somme d'argent, ne l'a pas reçue dans le délai fixé ou, à défaut, dans un délai raisonnable, peut se prévaloir de tout autre moyen. 2) Lorsque la décision du tribunal relative à l'exécution d'une obligation autre que de somme d'argent ne peut faire l'objet d'une exécution forcée, le créancier peut se prévaloir de tout autre moyen ».

(17)H. Schelhass, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), in S.VOGENAUER - J. KLEINHEISTERKAMP (eds.), Oxford University Press, New York, 2009, under art. 7.2.5 (PICC), no. 1, p. 809.

(18) Ibid. no 3, p. 810.

"التغيير الإرادي للوسائل من قبل الدائن لا يكون مقبولاً ولا يؤخذ به إلا إذا وفر حماية كافية لمصالح المدين، لأن المدين قد يكون جهز نفسه للتنفيذ، أو بذل جهوداً وأنفق مصروفات في سبيل ذلك. وفي هذه الحالة الأخيرة، يمكن إعطاء المدين مهلة إضافية لتنفيذ التزامه، ويتوقف تحديد هذه المدة الإضافية على صعوبات التنفيذ، فإذا تم منح المدين هذه المهلة، فيحق له تنفيذ التزامه، بشرط أن يأتي ذلك قبل انتهاء المدة الإضافية"(١٩). وقد أخذ التقنين المدني الفرنسي الجديد بذات اتجاه مبادئ اليونيدروا بشأن تغيير الوسائل ولكن بشكل مقتضب، مستخدماً تعبير "الجزاءات غير المتعارضة"، وذلك بنصه في المادة (١٢١٧) على أن: "الجزاءات غير المتعارضة يمكن اجتماعها معاً"(٢٠). وبناء عليه، لا يجوز للدائن مثلاً الجمع بين طلب التنفيذ العيني وفسخ العقد، كون هاتين الوسيلتين لا يمكن جمعهما معاً(٢١). ولكن رغم اتفاق المبادئ والتقنين الفرنسي الجديد حول حق الدائن في تغيير الوسائل، إلا أن تنظيم المبادئ قد جاء أكثر دقة من التقنين الفرنسي، لا سيما من حيث القيود المفروضة على الدائن في ممارسة حقة في تغيير الوسائل، من وجوب احترام مبدأ حسن النية ونزاهة التعامل وحماية المصالح المشروعة للمدين في ممارسة هذا الحق، وهذا يلقي بدوره على القاضي الفرنسي عبء تحديد ضوابط وقيود ممارسة حق الدائن في استخدام الجزاءات غير المتعارضة.

المطلب الثاني

اختلاف طريقة التنفيذ العيني بحسب طبيعة الالتزام

على الرغم من ترسيخ مبادئ اليونيدروا والتقنين الفرنسي الجديد مبدأ التنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية، إلا أن هذا التنفيذ يختلف فيما بين الالتزامات النقدية والالتزامات غير النقدية، ونتناول كلاً منهما على التوالي.

(١٩) توجد شروط مماثلة تقيد الحق في طلب الفسخ في حال التنفيذ المتأخر، انظر الفقرة (٢) من المادة (٧,٣,٢) من المبادئ.

(20) Article 1217 : « les sanctions qui ne sont pas incompatible peuvent se cumuler ».

(21) Civ. 1re, 5 juill. 2005, no 04-15808, Bull. civ. I, no 292.

الفرع الأول
تنفيذ الالتزام النقدي

بالنسبة لتنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من النقود فهو دائماً ممكن ولا يوجد بديل عنه[٢٢]، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية[٢٣]. وقد أشارت إلى ذلك المادة (٧, ٢, ١) من المبادئ والتي تنص على أنه: "إذا لم يقم المدين بسداد دينه بدفع مبلغ نقدي، يمكن للدائن أن يلزمه بذلك"[٢٤]. فقاعدة التنفيذ العيني للالتزام النقدي تطبق على أي مبلغ نقدي مستحق الأداء، وليس فقط على المقابل المالي للالتزام الأصلي، كالثمن في عقد البيع أو قيمة الأجرة في عقد الإيجار، إنما أيضاً على جميع المطالبات التي يكون موضوعها مبلغاً ماليًا ناشئاً عن عقد، كالمطالبة بقيمة الفوائد أو بقيمة التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ، أو قيمة التعويض الاتفاقي أو الغرامات القضائية التي حكمت بها المحكمة لصالح الدائن[٢٥]. وبالتالي لا يوجد مكان للتمييز بين ما إذا كان الالتزام بدفع مبلغ من النقود ناشئاً عن العقد نفسه أو بموجب حكم قضائي أو حتى عن الالتزام بالرد. وكذلك تطبق قاعدة التنفيذ العيني للالتزام النقدي دائماً، بصرف النظر عن قيمة هذا الالتزام النقدي، واستقلالاً عن العملة التي يجب أن يتم الدفع بها، فحق الدائن في طلب تنفيذ

(22)Cass. 1re civ. 9 juill. 2003, JCP 2004, I, 163, no 4 et s. obs. G. Viney ; RTD civ 2003, 709, obs. J. Mestre et B. Fages.

الدائن بالالتزام النقدي يستطيع دائماً التمسك بحقه في الحصول على المبلغ النقدي أو الحصول على تعويض أو فسخ العقد.

(٢٣) تقول محكمة النقض الفرنسية في ذلك:

« Le créancier d'une obligation contractuelle de somme d'argent demeurée inexécutée est toujours en droit de préférer le paiement du prix ou le versement de dommages et intérêts ou la résolution de la convention » :Civ. 1re, 8 juill. 2003, RJDA, II, 2004, no 131.

(24)« A défaut par le débiteur de payer une dette de somme d'argent, le créancier peut en exiger le paiement ».

(25)H. Schelhass, Ibid, under art. 7.2.1 (PICC), p. 781.

الالتزام النقدي يطبق حتى لو كانت العملة أجنبية[٢٦]. ولكن استثناء على قاعدة التنفيذ العيني للالتزام النقدي، كما جاء في شرح المبادئ أن الحق في طلب دفع ثمن السلع والخدمات الواجب تسليمها أو تقديمها، يتم استبعاده، خصوصاً إذا وجدت عادات تفرض على البائع بيع السلع التي لم يقبلها المشتري ولم يدفع قيمتها، ويمكن الرجوع بشأن هذه العادات إلى المادة (١ , ٩) من المبادئ[٢٧]. ولكن إذا كان المبلغ النقدي متحصلاً عن عقد، فلا يمكن المطالبة بتنفيذه حتى لو كان مستحق الأداء، إذا كان الطرف الملزم بالوفاء به يستعمل حقه بالدفع بعدم التنفيذ، لأن الترابط بين الالتزامات والتقابل بينها، يوجب على الطرف الذي يطالب بتنفيذ التزام نقدي، أن يكون قد نفذ التزامه بدوره، أو أن يكون على الأقل في حالات معينة مستعداً للتنفيذ.

الفرع الثاني

تنفيذ الالتزام غير النقدي

تناولت المادة (٧ , ٢ , ٢) من المبادئ موضوع "تنفيذ الالتزام غير النقدي"، حيث جاء فيها أنه: "إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه غير دفع مبلغ من النقود، يستطيع الدائن إلزامه بتنفيذه ...". يظهر من هذه المادة أنها رسخت مبدأ التنفيذ العيني للالتزامات غير النقدية[٢٨]، وأعطت الدائن الحق في إجبار المدين على تنفيذ التزاماته عيناً إذا لم يقم بذلك

(٢٦) انظر شرح المبادئ تحت هذه المادة. ويمكن الرجوع في تحديد العملة الواجب الدفع بها إلى المواد (٦ , ١ , ٩) (٦ , ١ , ١٠) (٧ , ١ , ٤ , ١٢) من المبادئ.

(٢٧) يرى البعض أن القاعدة التي ترسخها المادة (١ , ٢ , ٧) ليست آمرة، ويجوز للأطراف استبعادها أو تقييدها باتفاق مخالف بينهم.

H. Schelhass, Ibid, under art. 7.2.1 (PICC), p. 782.

(٢٨) من التطبيقات العملية على حق الدائن في طلب التنفيذ العيني للالتزام غير النقدي، بشأن طلب تقديم وثائق فنية متعلقة بعقد مقاولة لإقامة بناء، بين شركة بولندية وشركة روسية،

International Court of Arbitration of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian, Federation, Arbitral Award No. 64, 09.04.2008,

طوعاً. وقد اتبعت المبادئ في هذا الإطار نهج القوانين التي تتبع نظام القانون المدني، والتي تأخذ كأصل عام بالتنفيذ العيني للالتزامات العقدية استناداً للقوة الملزمة للعقد(٢٩)، وذلك على خلاف القوانين التي تتبع نظام القانون العام والتي تأخذ كأصل بالتنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض، ولا تأخذ بالتنفيذ العيني للالتزامات غير النقدية إلا استثناء وبشروط خاصة(٣٠)، لا سيما إذا تبين للمحكمة أن التعويض غير مناسب أو غير كاف لجبر الضرر أو لا يحقق العدالة، أو أن محل العقد يتعلق بسلع أو بضائع نادرة أو بمواصفات خاصة(٣١).

وتشمل الالتزامات غير النقدية التي تدخل في نطاق تطبيق هذه المادة، ثلاثة أنواع من الالتزامات هي: الالتزام بنقل حق عيني، والتزام بالقيام بعمل، والتزام بالامتناع عن عمل.

فإذا كان الالتزام يتمثل بنقل حق عيني، كحق الملكية، فإنه لا يثير في الواقع العملي إشكاليات كبيرة، كون تنفيذه غالباً ممكناً(٣٢)، حيث إنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه عيناً بشكل طوعي، يمكن للدائن الحصول على حكم من المحكمة بنقل الحق العيني لصالحه(٣٣).

متوفر على الموقع: http://www.unilex.info/case.cfm?id=1553

(٢٩) انظر المادة (١ , ٣) من المبادئ.

(٣٠) انظر شرح المبادئ بند ١ . القانون الانجليزي لا يسمح بالتنفيذ العيني إلا في حالات استثنائية لما في ذلك من اعتداء على الحرية الشخصية، حول هذا الموضوع، انظر:

R. David, Les contrats en droit anglais, éd. LGDJ 1973, no 447 ; Y.-M. Laithier, Etudes comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat, préf. H. Muir-Watt, LGDJ 2004, no 280 et s.

(٣١) انظر في هذا الاتجاه، أمين دواس، مرجع سابق، ص ٢١٨.

"In principle, in common law jurisdictions of a non-monetary claim is only granted if damages are not adequate, for instance where the sale of property or goods of a unique kind are involved", H. Schelhass, Ibid, under art. 7.2.1 (PICC), No. 2, p. 784.

(٣٢) الالتزام بنقل حق عيني، مثل الالتزام بنقل ملكية المبيع، أو أي حق عيني آخر. فالتنفيذ العيني يكون فيها دائماً ممكناً، ولكن المشكلة في المنقولات المعينة بالذات، كون ملكيتها تنتقل بمجرد إبرام العقد في بعض الأنظمة القانونية، وفي الشيء المعين بالنوع بالإفراز، ما يعني إلزام المدين بالقيام بعمل، والعقارات والمنقولات ذات السجلات الخاصة، تنتقل ملكيتها بالتسجيل، وهذا يقتضي القيام بعمل وهو التسجيل.

(٣٣) وتقول في ذلك محكمة النقض المصرية: "المقرر – في قضاء محكمة النقض – إنه إذا كان الالتزام قابلاً للتنفيذ دون

في المقابل، فإن الالتزامات بالقيام بعمل، تثير صعوبات معقدة، كون الالتزام بالقيام بعمل يفترض اتخاذ سلوك إيجابي من جانب المدين للقيام بالعمل الملزم به[٣٤]، كالتزام رسام برسم لوحة فنية متفق عليها، أو التزام طبيب مشهور بإجراء عملية جراحية، وقد يمس هذا التدخل بشخص المدين عندما يتطلب الأمر تدخل المدين شخصياً في تنفيذ الالتزام[٣٥]، ما يحول دون إجباره على التنفيذ العيني المباشر للالتزام. ويكون ذلك في الالتزامات المبنية على الاعتبار الشخصي بدرجة كبيرة. ففي مثل هذه الحالات، إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه عيناً، فلا يمكن إجباره على التنفيذ العيني بطريق مباشر، كون ذلك يشكل اعتداء على شخصية المدين[٣٦]، فلا يكون أمام الدائن سوى استخدام التهديد المالي (الغرامة القضائية) بأمر من المحكمة أو الشرط الجزائي أو الدفع بعدم التنفيذ، للضغط على المدين لحمله على التنفيذ العيني أو طلب التنفيذ بمقابل أو فسخ العقد. أما إذا كان تنفيذ الالتزام لا يتطلب تدخل المدين شخصياً، فإنه يمكن الحصول على التنفيذ العيني من خلال استبعاد تدخل المدين في التنفيذ، والتنفيذ من خلال الغير على نفقة المدين. ولكن يشترط لذلك أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً ما زال ممكناً ونافعاً ومجدياً للدائن. ويستطيع الدائن القيام بالعمل على حساب المدين في غير الحالات المبنية على الاعتبار الشخصي للمدين، وذلك بقرار من

تدخل من المدين فإن حكم القاضي يقوم مقامه في كل التزام تسمح طبيعته بتنفيذه بغير إرادة المدين – طالما تمسك الدائن بالتنفيذ العيني – وفي هذه الحالة يحل الحكم محل التنفيذ ويغني عنه": نقض مصري، الدوائر المدنية، الطعن رقم ١٤١٢ لسنة ٧٥، جلسة ١٦/ ٠٦/ ٢٠١٤.

(34) W. Jeandidier, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », RTD civ. 1976, p. 700.

(٣٥) نظراً لصعوبات التنفيذ العيني لهذه الالتزامات، كونها تمس أحياناً بشخص المدين وبحريته الشخصية، كعدم إمكانية إجبار العامل على تأدية العمل، وعدم إجبار الفنان على الرسم، فإن المادة (١١٤٢) من التقنين المدني الفرنسي القديم المذكورة سابقاً، كانت تنص على التنفيذ بطريق التعويض في مثل هذه الحالات.

(36) W. Jeandidier, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », RTD civ. 1976, 700; A Lebois, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », JCP 2008, I, 210.

المحكمة وفي حالة الضرورة دون قرار منها(٣٧).

وتجيز المادة (١٢٢٢) من التقنين المدني الفرنسي للدائن، بعد توجيه إعذار للمدين، القيام بنفسه أو من خلال الغير، بالتنفيذ العيني للالتزام الذي امتنع المدين عن تنفيذه، على حساب المدين. فإذا كانت الالتزامات نقل حق عيني أو القيام بعمل، فإن هذه المادة تجيز للدائن استخدام ما يسمى بخيار الاستبدال أو البدل(٣٨)le remplacement عن طريق قيامه بالتنفيذ العيني للالتزام بنفسه أو من خلال الغير، على حساب المدين. فإذا كان محل العقد عبارة عن سلع أو بضائع من المثليات، يجوز للدائن بعد إعذار المدين الحصول على التنفيذ العيني من مورد آخر، عن طريق إبرام صفقة بديلة خلال مدة معقولة وسعر معقول، ودون حاجة للحصول على إذن مسبق بذلك من القضاء، وذلك خلافاً لما كان عليه الوضع سابقاً (المادة ١١٤٤ مدني فرنسي قديم)، حيث كان يشترط الحصول على إذن مسبق بذلك من القضاء إلا في حالة الضرورة أو الاستعجال. ويشترط النص أن يتم إبرام الصفقة البديلة خلال مدة معقولة وسعر معقول، ويخضع ذلك للرقابة القضائية، ولا شك أن هذا القيد يضيق من استخدام هذه الوسيلة البديلة في التنفيذ العيني. ولتقدير التكلفة المعقولة، تجب مقارنة سعر الصفقة البديلة مع سعر التنفيذ من قبل المدين. والغاية من اشترط أن يكون

(٣٧) تقول محكمة النقض المصرية: "ليس للدائن القيام بالتنفيذ العيني على نفقة المدين بغير ترخيص من القضاء وما أجازته المادة ٢٠٩ من القانون المدني للدائن في حالة الاستعجال من القيام بهذا التنفيذ على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء إن هي إلا رخصة منحها المشرع للدائن ملحوظاً فيها مصلحته ولا يمكن مؤاخذته على عدم استعمالها، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اتخذ من عدم قيام المستأجر بالتنفيذ العيني – بإزالة أعمال التعرض من المؤجر – على نفقته أو على نفقة المؤجر بغير ترخيص من القضاء دليلاً على إساءة المستأجر استعمال الدفع بعدم التنفيذ – بالامتناع عن الوفاء بالأجرة – فإنه يكون قد آخذه على قيامه بعمل لا يجيزه القانون أو لا يستلزمه ويكون هذا التدليل من الحكم فاسداً ومنطوياً على مخالفة القانون"، الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠، جلسة ١١/ ١١/ ١٩٦٥، س ١٦، ع ٣، ص ١٠١٨، ق ١٥٩.

(38) M. Faure-Abbad, « Article 1222 : la faculté de remplacement », RDC 2015, 785 ; G. Viney, Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français, in M. Fontaine et G. Viney « Les sanction de l'exécution des obligations contractuelles », Etude de droit comparé, Bruylant 2001, p. 165.

خلال مدة معقولة وشروط معقولة، هي "السعي إلى المحافظة على درجة من التوازن الاقتصادي بين التنفيذ من قبل المدين، وفق ما تم الاتفاق عليه ابتداء، والتنفيذ الذي تم من خلال الغير"(٣٩). ويدخل ضمن تطبيق هذه الحالة أيضاً قيام الدائن بالتنفيذ العيني بنفسه، أو من خلال الغير في حال امتناع المدين عن تنفيذ التزامه بالقيام بعمل عندما لا تكون شخصية المدين محل اعتبار في العقد، كأن يقوم الدائن بنفسه بإقامة البناء أو بإصلاح العطل في المركبة، أو التعاقد مع الغير للقيام بهذا العمل. وفي الحالتين السابقتين، يستطيع الدائن بإرادته المنفردة استخدام هذه الطريقة بديلاً عن التنفيذ العيني من المدين، ولا يستطيع القاضي منعه من ذلك ما دام تم احترام الشروط التي يفرضها القانون، وهي: إعذار المدين بوجوب التنفيذ العيني، واحترام مدة مناسبة حتى يستطيع المدين التنفيذ العيني إذا أراد ذلك، وأن تكون نفقات التنفيذ العيني معقولة. ويتحمل المدين هذه النفقات المعقولة.

وكذلك الالتزام بالامتناع عن عمل، فإنه يثير صعوبات أيضاً كونه يفترض اتخاذ سلوك سلبي من جانب المدين بالامتناع عن العمل الملتزم بالامتناع عنه، كاحترام شرط عدم المنافسة(٤٠)، أو شرط الحصرية(٤١). فمثلاً فتح محل تجاري انتهاكاً لشرط عدم المنافسة، يمكن إلزام المدين بتنفيذ هذا الشرط عيناً إذا كان ذلك ممكناً، من خلال إلزامه بالتوقف عن المنافسة غير المشروعة، وبالتالي الأمر بإغلاق المحل التجاري، أي إزالة المخالفة على نفقة المدين، مع حق الدائن في طلب التعويض إذا كان له مقتضى(٤٢). وكذلك الأمر عندما يحدث المستأجر تغييراً ضاراً بالعين المؤجرة بدون إذن المالك، في هذه الحالة، يجوز للمؤجر إلزام

(39) A. Aynès, « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », Dr. et patr. Juin 2016, 49 s., spéc. P. 50: « cette dernière exigence « tend à maintenir une certaine équivalence économique entre l'exécution par le débiteur, qui Celle initialement prévue, et celle opérée par un tiers ».

(40) Com. 3 déc. 1985, Bull. civ. IV, no 286.

(41) Civ. 1re, 16 janv. 2007, Bull. Civ. I, no 19; D 2007, 1119, note O. Gout; JCP G, 2007, I, 161. Obs. M. Mekki.

(42) Soc. 24 janv. 1979, Bull. Civ. V, no 67; D 1979, 619, note Y. Serra.

المستأجر بإعادة العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها[٤٣]. ولكن في بعض الحالات، لايكون التنفيذ العيني ممكناً، كإفشاء السر المهني، فلا يكون أمام الدائن سوى الحصول على تعويض بديلاً عن التنفيذ العيني.

وتجيز المادة (١٢٢٢) من التقنين المدني الفرنسي للدائن، بعد توجيه إعذار للمدين، القيام بنفسه أو من خلال الغير، بهدم أو إزالة المخالفة التي تمت انتهاكاً لشروط العقد (مقارنة مع نص المادة ١١٤٣ مدني فرنسي قديم)، وذلك على حساب المدين. ولكن يجب على الدائن في هذه الحالة وقبل لجوئه إلى الهدم أو إزالة المخالفة، الحصول على إذن مسبق من القضاء يسمح له بذلك. ويعود السبب في اشتراط هذه الإجازة المسبقة من القضاء، إلى خطورة النتائج المترتبة على الهدم أو الإزالة والمتمثلة في صعوبة إعادة الحال إلى ما كانت عليه إذا تبين أن الدائن لم يكن محقاً في ذلك، وكذلك تجنباً لتعسف الدائن[٤٤]، وهو ما دفع المشرع – كما جاء في التقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية – إلى "السير خطوة إلى الوراء من خلال اشترط إذن مسبق من القضاء". ويرى البعض أنه يجب الأخذ بالتنفيذ العيني الذي يبرر الهدم أو إزالة المخالفة انتهاكاً لشروط العقد، ومهما كانت التكلفة التي يتحملها المدين جراء ذلك، عندما يشكل الانتهاك، اعتداء على حق الملكية[٤٥]. وفي الحالتين السابقتين، يستطيع الدائن مطالبة المدين بالمصاريف والنفقات التي تحملها من أجل التنفيذ العيني للالتزام الذي امتنع المدين عن تنفيذه. ويوجد أمام الدائن خياران بهذا الشأن: إما أن يطلب من المحكمة إلزام المدين بدفع النفقات الضرورية للتنفيذ البديل أو الهدم أو الإزالة بشكل مسبق على قيام الدائن بالتنفيذ العيني بنفسه أو بواسطة الغير، وإما القيام بالتنفيذ العيني بنفسه ومن ثم مطالبة المدين لاحقاً على التنفيذ العيني بالنفقات والمصاريف التي تكبدها في سبيل ذلك.

(٤٣) نقض مدني مصري، الطعن رقم ٤٦٢٢ لسنة ٦٣، جلسة ٢٠٠١/٠٦/٠٦، س ٥٢، ع ٢، ص ٨٢٦ ق ١٦٥.

(44) F. Chénedé, Le nouveau droit des obligations et des contrats: consolidations – innovations – perspectives, éd. Dalloz, Nov. 2016, no 28:121, p. 122.

(45) B. Mercadal, Dossier pratique, Réforme du droit des contrats, ordonnance du 10 février 2016, éd. Francis-Le Febvre 2016, no 704.

المطلب الثالث:

شروط التنفيذ الجبري للالتزام غير النقدي

أولا، وجود حالة من حالات عدم التنفيذ: يفترض التنفيذ العيني الجبري، أن المدين لم يقم بتنفيذ التزاماته على الوجه المطلوب، أي يجب أن تتحقق إحدى حالات عدم التنفيذ الواردة في المادة (١,١,٧) من المبادئ، والمتمثلة في عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب أو المتأخر. ويعد عدم التنفيذ بذاته كافياً لإلزام المدين بالتنفيذ العيني الجبري، ولا يشترط للحكم بالتنفيذ العيني أن يكون الدائن قد أصابه ضرر من جراء عدم التنفيذ(٤٦)، لأن الأمر لا يتعلق هنا بالتعويض إنما بمجرد التنفيذ. وكذلك يمكن للدائن دائماً طلب التنفيذ العيني استقلالاً عن مدى خطورة عدم التنفيذ حتى لو تعلق الأمر بجزء بسيط من الالتزام العقدي(٤٧)، وهو ما نصت عليه صراحة المادة (١٢٢١) من التقنين المدني الفرنسي بنصها على أنه: "يحق للدائن لالتزام عقدي، بعد الإعذار، المطالبة بالتنفيذ العيني...". وفي جميع الأحوال، يحق للدائن الذي يطلب التنفيذ الجبري، أن يحصل على تعويض عن الأضرار التي أصابته جراء عدم التنفيذ إلى جانب التنفيذ الجبري.

ثانياً، أن يكون الالتزام مستحق الأداء: فالتنفيذ العيني الجبري، يقتضي أن يكون الالتزام ثابتاً ومستحق الأداء(٤٨)، أي أن موعد تنفيذه قد حان، ولا يوجد سبب أو مبرر مشروع لامتناع المدين عن التنفيذ. وإذا كان الالتزام نقدياً، فيجب أن يكون محدداً أي معلوم المقدار، إضافة إلى كونه ثابتاً ومستحق الأداء.

ثالثاً، أن يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكناً: إذا كان الالتزام بتنفيذ الالتزام النقدي دائماً ممكناً، فإن تنفيذ الالتزام غير النقدي قد يكون غير ممكن بسبب استحالة التنفيذ العيني،

(46) Civ. 3e, 21 juin 2000, Bull. civ. III, no 124.
(47) Civ. 3e, 22 mai 2013, no 12-16217.
(48) J.-Ch. Boulay, « Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance », RD com. 1990, 339.

عندها لا يمكن فرض التنفيذ العيني الجبري[٤٩]، وتعتبر الاستحالة إحدى الاستثناءات على مبدأ التنفيذ العيني الواردة في المبادئ في المادة (٧, ٢, ٢)، والمادة (١٢٢١) من التقنين المدني الفرنسي، وسنتناولها لاحقاً. ولكن حتى لو كان تنفيذ الالتزام ممكناً، يجب أن يأتي طلب التنفيذ العيني من الدائن خلال مدة معقولة وأن لا يأتي متأخراً كثيراً. في المقابل، لا يجوز للدائن رفض التنفيذ العيني الذي يعرضه المدين إلا إذا كان لدى الدائن مبرر مشروع لهذا الرفض، كأن يصبح التنفيذ العيني غير نافع أو غير مجد للدائن، أو أن الدائن استناداً إلى الظروف لم يعد يثق بالمدين.

رابعاً، حق الدائن في طلب التنفيذ العيني باعتباره الأصل وحق المدين في أن يعرضه: استناداً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، يحق للدائن أن يطلب التنفيذ العيني، ومن حق المدين أن يعرضه. ولذلك فإن القاضي لا يستطيع من حيث المبدأ أن يرفض التنفيذ العيني إذا طلب الدائن ذلك، إلا إذا كان لذلك مبرر قانوني (مثلاً الصفة الشخصية للالتزام بالقيام بعمل أو الاستحالة). لذلك فإن المحكمة تلزم بموجب المبادئ بأن تحكم بالتنفيذ العيني متى طلب الدائن ذلك[٥٠]، كون أن طلب التنفيذ العيني هو حق للدائن يحق له ممارسته أو عدم ممارسته[٥١]، ولا تستطيع المحكمة رفضه إلا إذا وجدت إحدى الاستثناءات المنصوص عليها في المادة (٧, ٢, ٢). وكذلك بالمقابل، من حق المدين أن يعرض التنفيذ العيني استناداً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، حتى لو طلب الدائن التنفيذ بطريق التعويض، ولكن ذلك

(49) Civ. 1re, 16 janv. 2007, no 06-13983: Bull. civ. 2007, I, no 19 : D 2007, 1119, note O. Gout ; RTD civ. 2007, 342, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2007, 3, 719, obs. D. Mazeaud, RDC 2007,3, 741, obs. G. Viney ; D 2973, obs. B. Fauvarque-Cosson ; JCP G 2007, I, 161, no 6, obs. M. Mekki.

تقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد إنه : "المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن التنفيذ العيني جبراً عن المدين يستوجب أن يكون هذا التنفيذ ممكناً، وترجع إمكانية التنفيذ العيني إلى طبيعة الالتزام نفسه ومداه والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ": نقض مصري، الدوائر المدنية، الطعن رقم ١٤١٢ لسنة ٧٥، جلسة ١٦/ ٠٦/ ٢٠١٤.

(50) Civ. 3e, 11 mai 2005, Bull. civ. III, no 103; RTD civ. 2005, 596, obs. J. Mestre et B. Fages; RDI 2005, 299, obs. Ph. Malinvaud.

(51) H. Schelhass, Ibid, under art. 7.2.2 (PICC), No 11, p. 786.

مشروط أولاً بأن يكون التنفيذ العيني ما زال مجدياً للدائن، أما إذا لم يعد التنفيذ العيني مفيداً للدائن، فإن القاضي يرفض عرض المدين التنفيذ العيني. وثانياً، إذا كان المدين قد نفذ جزءاً من التزامه تنفيذاً عينياً ولكن هذا التنفيذ كان سيئاً أو جاء متأخراً، بحيث تولد عنه عدم رغبة الدائن في استمرار المدين بتنفيذ التزامه عيناً بسبب فقدان ثقته في المدين، فمثلاً إذا قام المقاول بتنفيذ جزء من التزامه بإقامة البناء المتفق عليه تنفيذاً سيئاً، فإن ذلك يعد مبرراً مشروعاً يجيز للدائن رفض التنفيذ العيني الذي يعرضه المدين(٥٢).

خامساً، مسألة توجيه الإخطار من الدائن إلى المدين: لم تشترط مبادئ اليونيدروا في المادة السابقة صراحة، توجيه إخطار للمدين من أجل ممارسة الدائن لحقه بالتنفيذ العيني الجبري، وذلك على عكس كثير من القوانين الوطنية التي تتطلب في العادة للتنفيذ العيني الجبري، توجيه إخطار أو إعذار من جانب الدائن للمدين لإثبات تقصير هذا الأخير في تنفيذ التزامه(٥٣)، وتعبيراً عن أن الدائن غير متساهل في المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام، فالإخطار يثبت عدم التنفيذ، ولكن استثناء على وجوب توجيه الإخطار، لا حاجة لتوجيه الإخطار في بعض الحالات منها: إذا وجد اتفاق بين الأطراف يقضي بأن مجرد حلول الأجل يعتبر إخطاراً، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بفعل المدين، أو إذا أظهر المدين نيته بأنه لا يريد تنفيذ التزامه أو أنه لا يستطيع تنفيذه مادياً بالنسبة للمستقبل. وعلى عكس مبادئ

(٥٢) لا تسمح محكمة النقض الفرنسية للمدين المخل بالتزامه بأن يفرض على الدائن تنفيذ التزامه عيناً، لا سيما في عقود مقاولات الأبنية، لأن المقاول الذي نفذ البناء على نحو سيّئ رغم إعطائه مهلاً متعددة للتنفيذ، لا يستطيع أن يفرض على الدائن قبول عرض التنفيذ العيني من جانبه. انظر في هذا الإطار:

Civ. 3e, 28 sept. 2005, Bull. Civ. III, no 180: RD imm. 2005, 458, obs. Malinvaud; RTD civ. 2006, 311, obs. J. Mestre et B. Fages; RTD civ. 2006, 129, obs. Jourdain.

(٥٣) تقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد: "لئن كانت المادة ١/٢٠٣ من القانون المدني أوجبت حصول الإعذار عند المطالبة بالتنفيذ العيني إلا أن الإعذار ليس شرطاً لقبول الدعوى وإنما هو شرط للحكم بالتنفيذ العيني، وكان الإعذار هو وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه ويكون ذلك بإنذاره بورقة رسمية من أوراق المحضرين أو ما يقوم مقامه وتعتبر المطالبة القضائية ذاتها إعذاراً"، نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٤١٤ لسنة ٥٣، جلسة ١٩٩١/٠٢/٢٠، س ٤٢، ع ١، ص ٥٢٣، ق ٨٦.

اليونيدروا، فقط فرضت المادة (١٢٢١) من التقنين المدني الفرنسي شرطاً شكلياً لطلب التنفيذ العيني يتمثل في وجوب توجيه الدائن إعذاراً مسبقاً للمدين يطلب منه تنفيذ التزامه طوعاً قبل اللجوء إلى القضاء لطلب التنفيذ العيني الجبري، فإذا استجاب المدين لهذا الإعذار وقام بتنفيذ التزامه عيناً، فلا يجوز للدائن رفض التنفيذ العيني الذي يعرضه المدين إلا إذا كان لدى الدائن مبرر مشروع لرفض ذلك(٥٤)، وبالتالي لا يجوز مثلاً لمستأجر عقار للسكن أن يطالب بالتنفيذ بطريق التعويض إذا تعهد المؤجر بتنفيذ التزامه بإصلاح المأجور تنفيذاً عينياً(٥٥). غير أن توجيه الإعذار ليس من النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على أن حلول أجل التنفيذ يعتبر بذاته إعذاراً. ويرى البعض أن متطلب توجيه الإعذار الواجب توجيهه للمدين قبل طلب التنفيذ العيني، هو تطبيق لمبدأ حسن النية، كونه من جهة يعطي فرصة أخيرة للمدين لتنفيذ التزاماته طوعاً، وفي نفس الوقت إثبات عدم التنفيذ الحاصل من المدين(٥٦).

وعلى الرغم من أن مبادئ اليونيدروا لم تشترط توجية إخطار من أجل التنفيذ العيني، إلا أنها تجيز للأطراف الاتفاق في العقد على عدم جواز التنفيذ العيني الجبري قبل توجيه إخطار للطرف الآخر. وكذلك قد يرى الدائن أن مصلحته تتطلب توجيه إخطار للمدين المخل بالتنفيذ من أجل إثبات عدم التنفيذ الصادر من المدين تحسباً لأي نزاع مستقبلي، أو

(54) Civ. 3e, 27 mars 2013, no 12-13734, bull. civ. III, no 40; J.-S Borghetti, À la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle: la correction de la mauvaise exécution, in Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul, Dalloz, 2017, p. 131.

(55) Civ. 3e, 27 mars 2013, no 12-13734; RDC 2013/3, 890, obs. Th. Genicon, et 903 obs. G. Viney.

(56) G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations – commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, éd. Dalloz 2016, no 634, p. 549: « cela s'explique par l'exigence de bonne foi qui doit présider à l'exécution du contrat. A ce stade, le créancier devrait encore offrir à son débiteur la possibilité de remplir ses obligations, sinon parfaitement, du moins sans conséquences néfastes pour lui. IL semble donc qu'il faille procéder à une dernière mise en garde, valant aussi constat de l'inexécution, avant toute mesure d'exécution, même lorsque l'inexécution ne procède pas d'un simple retard ».

من أجل إعطاء فرصة أخيرة للمدين للتنفيذ العيني إن كان يرغب بذلك. وتوجيه الإخطار للمدين، يسهل على الدائن إثبات تقصير المدين مستقبلاً في حال المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته سواء حصل التنفيذ العيني أو لم يحصل.

سادساً، عدم جواز استخدام وسائل تتعارض مع طلب التنفيذ العيني، فمثلاً لا يجوز طلب التنفيذ العيني وفي نفس الوقت طلب التنفيذ بطريق التعويض أو طلب فسخ العقد. فطلب التنفيذ بطريق التعويض يعد بديلاً عن التنفيذ العيني ويحل مكانه، وبالتالي لا يجوز للدائن التمسك بهما معاً، على أساس أنه لا يجوز التمسك بالشيء ونقيضه في نفس الوقت(٥٧). ولكن لا شيء يمنع الدائن من المطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضى، سواء جاء مع التنفيذ العيني عن التأخر في التنفيذ مثلاً، أو مع التنفيذ بطريق التعويض كون التعويض يأتي هنا لجبر الضرر الذي أصاب الدائن وليس بديلاً عن التنفيذ العيني نفسه، أو الحكم بالتعويض مع الفسخ(٥٨).

(٥٧) وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية بقولها: "إن طلب التنفيذ العيني وطلب التنفيذ بطريق التعويض قسيمان متكافئان قدراً ومتحدان موضوعاً يندرج كل منهما في الآخر ويتقاسمان معاً تنفيذ الالتزام الأصلي فإذا كان الدائن قد طلب رد المال عيناً وثبت للقاضي أن ذلك غير ممكن أو فيه إرهاق للمدين فلا عليه إن حكم بتعويض يراعي في مقداره قيمة المال وقت الحكم وما لحق الدائن من خسارة أو فاته من كسب دون أن يعد ذلك منه قضاء بما لم يطلبه الخصوم": نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٢٢٨ لسنة ٦٧، جلسة ٢٤/ ٠٦/ ٢٠٠١، س ٤٩، ع ١، ص ١١. وتقول محكمة النقض المصرية أيضاً: "إنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض الواجب أداؤه عما قد ينجم من ضرر بسبب "عدم تنفيذ" التزام من الالتزامات المنصوص عليها في العقد المبرم بينهما ويكون التعويض في هذه الحالة تعويضاً عن عدم التنفيذ لا يجوز الجمع بينه وبين التنفيذ العيني، كما يجوز لهما تحديد التعويض الجابر للضرر عن "التأخير في التنفيذ" حيث يجوز الجمع بين هذا التعويض والتنفيذ العيني لأن القضاء بإلزام المدين بتنفيذ التزامه عيناً لا يخل بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير في التنفيذ": نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٨٥٩ لسنة ٧٠، جلسة ١٢/ ٠٦/ ٢٠٠١، س ٥٢، ع ٢، ص ٨٦١ ق ١٧١.

(٥٨) وكذلك، لا يجوز للدائن طلب التنفيذ العيني إذا كان الطرف الآخر يستخدم حقه في الدفع بعدم التنفيذ (٧, ١, ٣)، أو الحق في الإصلاح (٧, ١, ٤ و ٧, ٢, ٣)، أو أن الدائن قد منح المدين مهلة إضافية للتنفيذ (٧, ١, ٥).

المبحث الثاني

الاستثناءات على حق الدائن بطلب التنفيذ العيني للالتزامات العقدية

على الرغم من ترسيخ مبدأ التنفيذ العيني للالتزامات العقدية كأصل عام، إلا أن مبادئ اليونيدروا والتقنين الفرنسي الجديد قد نصا صراحة على العديد من الاستثناءات على التنفيذ العيني، وقد شملتها المبادئ في خمسة استثناءات واردة في المادة (٧ , ٢ , ٢) حيث تنص على أنه: "إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه غير النقدي، يستطيع الدائن إلزامه بتنفيذه، إلا إذا كان: أ- التنفيذ مستحيلاً بالقانون أو بالواقع؛ ب- التنفيذ أو، إذا اقتضى الحال، وسائل التنفيذ تتطلب جهوداً أو نفقات غير معقولة؛ ج- بإمكان الدائن الحصول بشكل معقول على التنفيذ بطريقة أخرى؛ د- التنفيذ يقوم بدرجة كبيرة على الاعتبار الشخصي؛ أو هـ- إذا لم يطلب الدائن التنفيذ خلال مدة معقولة، من اللحظة التي علم، أو كان من واجبه العلم، بعدم التنفيذ"[٥٩]. وتتفق هذه الاستثناءات الخمسة إلى حد كبير مع الاستثناءات الواردة في المادة (١٢٢١) من التقنين المدني الفرنسي، والتي تنص بدورها على أنه: "يستطيع الدائن بالالتزام، بعد توجيه إعذار، القيام بالتنفيذ العيني إلا إذا كان هذا التنفيذ مستحيلاً أو وجد عدم تناسب ظاهر بين تكلفته بالنسبة للمدين حسن النية والفائدة التي يجنيها الدائن منه"[٦٠]. وبناء عليه، تسمح المبادئ والتقنين الفرنسي برفض طلب الدائن التنفيذ العيني

(59)« A défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution, sauf lorsque:
a) l'exécution est impossible en droit ou en fait;
b) l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables;
c) le créancier peut raisonnablement en obtenir l'exécution d'une autre façon;
d) l'exécution présente un caractère strictement personnel; ou
e) le créancier n'exige pas l'exécution dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution ».

(٦٠) المرسوم الفرنسي رقم ٢٠١٦-١٣١ بتاريخ ١٠/ ٢/ ٢٠١٦، وقد تمت إضافة تعبير "حسن النية" بموجب قانون الاعتماد رقم ٢٠١٨-٢٨٧ بتاريخ ٢٠/ ٤/ ٢٠١٨، المادة (١٠) منه، وقد أصبحت صيغة النص الجديد على النحو الآتي:

« Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre

Shandi: ??????? ?????? ?????????? ?????????: ??????? ???????????? ?? ????? ?????????? ???????? ?????? ???????

إذا كان تنفيذ الالتزام مستحيلاً، أو إذا تطلب التنفيذ العيني في المبادئ "نفقات وجهوداً غير متناسبة أو غير معقولة" أو وجد في التقنين الفرنسي "عدم تناسب ظاهر بين تكلفة التنفيذ العيني التي يتحملها المدين مقارنة بالفائدة التي يجنيها الدائن من ذلك". وقد تم إسناد تطبيق هذه الاستثناءات للقاضي من أجل التخفيف من غلواء الدائن في طلب التنفيذ العيني في بعض الحالات التي يكون فيها هذا الطلب مجحفاً بالمدين بل وأحياناً منافياً للعدالة.

ويلاحظ أن هذه الاستثناءات على التنفيذ العيني الواردة في المبادئ والتقنين الفرنسي، قد جاءت على سبيل الحصر، ولكن بعض المفاهيم الواردة في هذه الاستثناءات هي على درجة كبيرة من الاتساع بحيث يصعب ضبطها(٦١). وإذا تحقق أحد هذه الاستثناءات، فلا يجوز فرض التنفيذ العيني، وإذا تعلق أحد هذه الاستثناءات بجزء فقط من الالتزام، فإن هذا الاستثناء يطبق فقط على هذا الجزء وحده دون الباقي، إلا إذا كان الالتزام غير قابل للتجزئة، عندها يطال الاستثناء كامل الالتزام وليس الجزء منه فقط(٦٢)، كاستحالة جزء من الالتزام دون الباقي، أو تعلقت الاستحالة بدفع إحدى الدفعات دون باقي الدفعات. ويكون الالتزام غير قابل للتجزئة، إذا كان الدائن يفقد كل فائدة من تنفيذ الالتزام إذا لم يتم تنفيذ الالتزام كاملاً، بالنظر إلى مضمون العقد(٦٣). فالدائن قد لا تكون له ثمة مصلحة من تنفيذ الجزء المتبقي من الالتزام في حال الاستحالة الجزئية مثلاً، كون أن مصلحة الدائن لا تتحقق إلا بتنفيذ كامل الالتزام.

وسنقوم بشرح هذه الاستثناءات على التنفيذ العيني في ثلاثة مطالب مستقلة، نتناول في الأول حالة الاستحالة، ونبحث في الثاني الحالة التي يتطلب فيها التنفيذ العيني جهوداً غير معقولة أو نفقات غير متناسبة، ونعرض في الثالث باقي الحالات المتمثلة في العقد البديل أو الصفة البديلة ووجوب أن يأتي الطلب خلال مدة معقولة.

---

son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

(٦١) في تفصيل ذلك في المبادئ، انظر: H. Schelhass, Ibid, under art. 7.2.2 (PICC), No. 13, p.787.

(62) Ibid. No. 14.

(63) Ibid.

Published by Arab Journals Platform, 2021

المطلب الأول

الاستحالة

نبحث في هذا المطلب مفهوم الاستحالة بوجه عام في الفرع الأول، ثم نتناول حالة الاستحالة المعنوية التي تتحقق عندما تكون شخصية المدين محل اعتبار لدى الدائن بدرجة كبيرة في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مفهوم الاستحالة بوجه عام

جاء في الفقرة (أ) من المادة (٧ , ٢ , ٢) من المبادئ، أنه لا يمكن فرض التنفيذ العيني إذا كان مستحيلاً بالقانون أو بالواقع. وفي ذات الاتجاه، تنص المادة (١٢٢١) من التقنين المدني الفرنسي على منع الدائن من المطالبة بالتنفيذ العيني إذا كان مستحيلاً[٦٤].

ولم يحدد كلا النصين السابقين المقصود بالاستحالة، ولا متى يكون تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وماذا تغطي الاستحالة، ولم يتطرق كلاهما أيضاً إلى سبب الاستحالة، ولا إلى اللحظة التي تتحقق فيها الاستحالة. وبالتالي يرى البعض أن الاستحالة الواردة في الفقرة السابقة من مبادئ اليونيدروا، تشمل جميع حالات الاستحالة الممكنة، سواء كانت استحالة موضوعية أو استحالة شخصية، استحالة مبدئية أو استحالة لاحقة، استحالة كلية أو استحالة جزئية، استحالة دائمة أو استحالة مؤقتة[٦٥]. أما المقصود بالاستحالة في التقنين الفرنسي، فيجمع الفقه على أنها تشمل ثلاثة أنواع من الاستحالة: الاستحالة المادية، والاستحالة القانونية، والاستحالة المعنوية عندما تكون شخصية المدين محل اعتبار لدى

(64)Article 1221 : « le créancier d'une obligation peut … en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible… ».
(65)H. Schelhass, Ibid, under art. 7.2.2 (PICC), No. 20, p. 788.

الدائن(٦٦). ولا شك أن حالات الاستحالة الثلاث الواردة في التقنين الفرنسي تتطابق تماماً مع حالات الاستحالة الواردة في مبادئ اليونيدروا، مع ملاحظة أن مبادئ اليونيدروا قد أوردت حالة الاستحالة المعنوية في نقطة مستقلة منفصلة عن حالتي الاستحالة القانونية والواقعية (المادية) وذلك نظراً لخصوصيتها(٦٧).

ونحن نرى أن الاستحالة المقصودة في هذا الصدد سواء في المبادئ أو في التقنين الفرنسي، هي الاستحالة اللاحقة على إبرام العقد، ويفهم ذلك ضمناً كون الفصل السابع من المبادئ يتحدث عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي، وكون المادة السابقة في التقنين الفرنسي تنظم أحكام التنفيذ العيني للالتزام العقدي، وكلاهما يفترض إذن أن العقد قد أبرم صحيحاً. أما الاستحالة السابقة على إبرام العقد، فإنها تمنع من قيام العقد أصلاً ولا تكون هناك حاجة للحديث مطلقاً عن عدم التنفيذ. والواقع أن الاستحالة بالمعنى الوارد أعلاه، قد تدخل ضمن حالات القوة القاهرة إذا توافرت شروطها(٦٨). أما إذا كانت الاستحالة المادية تعود إلى أحد أطراف العقد، بفعل إيجابي أو سلبي من جانبه، فإنه يتحمل نتائج عدم التنفيذ(٦٩). ومن الأمثلة العملية على الاستحالة المادية التي تعود إلى الدائن، ما قضت به إحدى المحاكم بشأن قيام مستأجر طائرة ببيعها إلى شركة أخرى بموافقة المالك، ولكن البائع لم يستطع

(٦٦) لقد جاء في تقرير رئيس الجمهورية المتعلق بالمرسوم لسنة ٢٠١٦ الذي استحدث المادة ١٢٢١ من التقنين المدني الفرنسي: "أن المرسوم يشير بهذه الصيغة إلى الاستثناءات التي رسخها القضاء، وأنه لا يمكن فرض التنفيذ العيني إذا كان مستحيلاً، وأن الاستحالة يجب تفسيرها بشكل واسع بحيث تشمل الاستحالة المادية، والاستحالة القانونية، والاستحالة المعنوية، خصوصاً عندما يمس التنفيذ العيني بالحرية الفردية للمدين":

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25, disponible sur Légifrance: https://beta.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539

(٦٧) الفقرة (د) من المادة (٧, ٢, ٢) من المبادئ.

(٦٨) في العلاقة بين الاستحالة الواردة في المادة (٢, ٢, ٧) مع القوة القاهرة، انظر:

H. Schelhass, Ibid, No. 22, p 788.

(٦٩) في الاستحالة الراجعة إلى أحد أطراف العقد، انظر: Ibid. No. 23.

تنفيذ التزامه بشطب الطائرة من السجل الرسمي في بلد البيع، كون المشتري قد قام بإبرام عقد بيع ثان مباشرة مع مالك الطائرة، فقررت المحكمة إعطاء تعويض للبائع الأول، كون أن سلوك المشتري أدى إلى استحالة تنفيذ هذا البائع لالتزامه(٧٠). وكذلك التزام البائع ببيع سيارة جديدة من نوع معين، ولكن توقف المصنع عن إنتاج هذا الموديل من السيارات(٧١)، وهلاك المبيع المعين بالذات، واحتراق المصنع الذي يقوم بالإنتاج، وتصفية الشركة أو إفلاسها، وغير ذلك من الحالات(٧٢)، تكون فيها الاستحالة مادية.

أما الاستحالة القانونية، فقد تتحقق بصدور قوانين أو أنظمة في الدولة تحول دون الاستيراد أو التصدير لبعض المواد اللازمة للإنتاج أو التصنيع، أو منع تصدير بعض المواد بشكل كامل أو لدول معينة، أو اتفاق دولي بفرض حصار اقتصادي على دولة ما، أو رفض السلطة منح ترخيص أو رخصة ما، أو أن محل العقد قد أصبح مع الوقت ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام. وكذلك توجد استحالة قانونية إذا كان التنفيذ العيني يمس بالحقوق المكتسبة للغير وكان الغير حسن النية(٧٣)، أو كان الدائن متعسفاً في طلبه(٧٤)، حيث لا

(70) ICC International Court of Arbitration, Arbitral Award, 09.10.2006, http://www.unilex.info/case.cfm?id=1177 متوفر على الموقع:

وقضت محكمة التحكيم في هذه القضية أن: "الاستحالة لا تلغي العقد".

(71) Com. 5 oct. 1993, no 90-21146, Bull. civ. IV, no 313.

في هذه الحالة، يلزم البائع بأن يدفع للمشتري تعويضاً يعادل قيمة السيارة في الوقت الحاضر.

(٧٢) على سبيل المقارنة، فقد اعتبرت محكمة النقض المصرية من حالات الاستحالة المادية، تبديد كمية الذهب حيث قضت: "لما كان الحكم قد بين واقعة الدعوى بما تتوافر به كافة العناصر القانونية لجريمة التبديد التي دان بها الطاعن... استحالة التنفيذ العيني بالنسبة لكمية الذهب موضوع الدعوى الماثلة لتبديدها، ومن ثم لم يبق سوى التنفيذ بطريق التعويض بموجب الحكم المطعون فيه".

نقض جنائي مصري، الطعن رقم ٥٣٩ لسنة ٤٧، جلسة ٠٩/ ١٠/ ١٩٧٧، س ٢٨، ع ١، ص ٨١٨، ق ١٧٠.

(73) Civ. 1re, 27 nov. 2008, no 07-11282 : Bull. civ. I, no 269.

ومن الأمثلة على ذلك أن يكون المال موجودا بيد الغير بسند قانوني صحيح وكان الشخص حسن النية، وكذلك تأجير عقار لشخص ثالث فإنه يعتبر من حالات الاستحالة المادية التي تمنع التنفيذ العيني:

Civ. 1re, 27 janv. 2008, no 07-11282, RDC 2009/2, 613, obs. J. B. Seube.

(74) Civ. 1re, 19 nov. 1996, Bull. civ. I, no 404.

يكون أمام الدائن في مثل هذه الحالات سوى المطالبة بالتعويض أو استخدام وسيلة أخرى مناسبة كحقه في فسخ العقد إذا توافرت شروطه.

وقد تم التفريق في شرح المبادئ، بين الاستحالة في القانون والاستحالة في الواقع التي تمنع التنفيذ العيني، وهي فقط الاستحالة التي لا تمس بصحة العقد(٧٥)، كرفض السلطة إعطاء رخصة أو تصريح دون المساس بصحة العقد، وبالتالي لا تجعل العقد باطلاً، بحيث يبقى نص المادة (٧,٢,٢) مطبقاً، ولكن لا يمكن فرض التنفيذ العيني، إنما يحق للدائن التمسك بوسائل أخرى لاقتضاء حقه(٧٦). أما الاستحالة التي تمس بصحة العقد، كرفض السلطة إعطاء تصريح أو رخصة بموجب قوانينها الوطنية، فإنها تجعل العقد باطلاً(٧٧)، وبالتالي لا تثور مشكلة التنفيذ بشأنها.

والاستحالة قد تكون دائمة أو مؤقتة. فإذا كانت دائمة فإنها تؤدي إلى منع الدائن من طلب التنفيذ العيني، أما إذا كانت الاستحالة مؤقتة، فإنها تمنع الدائن من المطالبة بالتنفيذ خلال مدة الاستحالة فقط، فإذا زال سبب الاستحالة، فإن الدائن يسترد حقه في طلب التنفيذ العيني.

وتقدير مدى تحقق الاستحالة سواء المادية أو القانونية تعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وفق ما يتراءى له من ظروف القضية ومتى أقام قضاءه على أسباب سائغة(٧٨).

بشأن استحالة التنفيذ العيني برد ممتلكات سبق الاستيلاء عليها للمنفعة العامة، وقد تم بيعها إلى أفراد حسني النية فإنه يستحيل ردها إلى أصحابها الأصليين: نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٥٨١ لسنة ٦٧، جلسة ٢١/ ٠٣/ ١٩٩٩، س ٥٠، ع ١، ص ٤٤٢ ق ٨٦.

(٧٥) الفقرة ٤، البند أ، من المادة ٦,١,١٧ من المبادئ.

(٧٦) المادة ٣,١,٣ والفقرة ٤ من المادة ٧,١,٧ من المبادئ.

(٧٧) المادة ٦,١,١٧ من المبادئ.

(٧٨) تقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد: "من المقرر أن الأصل وفقاً لما تقضي به المادتان ٢٠٣/ ١، ٢١٥ من

وينتج عن الاستحالة وفق المبادئ، أنها تمنع الدائن من طلب التنفيذ العيني ولكن لا تمس بصحة العقد، فالعقد يبقى قائماً وصحيحاً، ولكن لا يمكن طلب تنفيذه.

الفرع الثاني

الاستحالة المعنوية المتمثلة في الصفة الشخصية للتنفيذ بدرجة كبيرة

جاء في الفقرة (د) من المادة (٧ , ٢ , ٢) من المبادئ، أنه لا يمكن فرض التنفيذ العيني إذا كان تنفيذ الالتزام يقوم بدرجة كبيرة على الاعتبار الشخصي، وهو ذات الاستثناء الذي أخذت به المادة (١٢٢١) من التقنين المدني الفرنسي(٧٩)، والذي يعبر عنه الفقه بالاستحالة المعنوية.

تبرير هذا الاستثناء كما جاء في شرح المبادئ هو أن التنفيذ الجبري يمس بالحرية الشخصية للمدين، وأن فرض التنفيذ الجبري في مثل هذه الحالة يؤثر في العادة سلباً على جودة الأداء(٨٠)، وكذلك فإن الرقابة على تنفيذ الالتزامات المبنية بشكل كبير على الاعتبار الشخصي، تواجه في الواقع العملي صعوبات جمة يصعب تخطيها(٨١).

القانون المدني هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ولا يصار إلى عوضه أو التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني، وإن تقدير تحقق تلك الاستحالة مما يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة": نقض مدني مصري، الطعن رقم ٢٤٦٩ لسنة ٥٧، جلسة ١٦/ ٠٥/ ١٩٩١، س ٤٢، ع١، ص ١١٢٩، ق ١٧٦.

(٧٩) انظر سابقاً تحت مانع الاستحالة، ص ١٧ وما بعدها.

(٨٠) شرح المبادئ. لا يجوز التنفيذ العيني الجبري في حال الالتزام بالقيام بعمل عندما يمس تنفيذ الالتزام بشخص المدين، والذي هو حق أساسي (دستوري)، حيث لا يجوز إجبار شخص على تنفيذ التزامه من خلال الاعتداء على شخصه. وفي هذا الصدد تقول الأستاذة Fabre-Magnan:

« Il faut aussi comprendre la condition de possibilité de l'exécution par rapport à la liberté individuelle. Forcer quelqu'un à faire ou à ne pas faire quelque chose contre son gré suppose en effet une forme de contrainte physique sur la personne qui peut porter atteinte à sa liberté individuelle. On peut en outre penser qu'un débiteur contraint à faire quelque chose ne le fera pas de façon satisfaisante » : M. Fabre-Magnan, Droit des obligations : 1- Contrats et engament unilatéral, 4e éd. Thémis droit PUF, Paris 2016, no 679, p. 727.

(٨١) انظر:

H. Schelhass, Ibid, under art. 7.2.2 (PICC), No. 42, p. 794.

وقد استنبطت المبادئ هذا الاستثناء خصوصاً من المادة (١١٤٢) من التقنين المدني الفرنسي قبل التعديل، فقد كان القضاء يستند إلى هذه المادة لمنع التنفيذ العيني الجبري للالتزام إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار كبير في العقد، أو كان التنفيذ العيني يتطلب تدخل المدين شخصياً(٨٢)، وكان الالتزام هو قيام بعمل(٨٣). وفي ذلك تقول محكمة النقض الفرنسية، إن القيد على التنفيذ العيني يتحقق: "عندما يكون عدم التنفيذ متعلقاً بشخص المدين في الالتزامات بالقيام بعمل"(٨٤). ومن الأمثلة على الالتزامات التي تقوم على الاعتبار الشخصي: التزام أستاذ جامعي مشهور بإلقاء محاضرة لصالح جهة معينة، أو التزام فنان مشهور بإقامة حفلة موسيقية، أو خروج الممثل على المسرح، أو الرسام المشهور الذي يمتنع عن تكملة رسم اللوحة الفنية(٨٥). ولن يغير نص المادة (١٢٢١) الجديد من التقنين المدني الفرنسي شيئاً على ما هو مذكور أعلاه.

ويتوقف تطبيق هذا الاستثناء بشكل أساسي على تفسير مصطلح "الصفة الشخصية

(82)A. Lebois, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », JCP 2008, I, 210; W. Jeandidier, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », RTD civ. 1979, 700.

(٨٣) لا يطبق هذا الاستثناء إلى الالتزام بالقيام بعمل، ولا يطبق أبداً – كما جاء في شرح المبادئ – على الالتزام بالامتناع عن عمل.

(84)Civ. 2e, 20 janv. 1953, JCP 1953, II, 7677, note P. Esmein; dans le même sens Civ. 14 mars 1900, DP, I, 497, Rapp. Rau, concl. Desjardins, note Planiol.

Le même sens les projets européens. Article 9:102 PECL: « Le créancier d'une obligation autre que de Somme d'argent a droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse ». C'est la condition not (c) qu'elle ne consiste pas « à fournir des services ou réaliser un ouvrage présentant un caractère personnel ou dépend de relations personnelles ».

وبشأن تطبيق هذا الاستثناء في القانون المصري، قضت محكمة النقض أنه:"... ولم يقصد به إجبارها على أداء عين ما التزمت به باعتبار أن التزام المطعون ضدها الناشئ عن العقد هو توريد منتجاتها إلى الطاعن ليقوم بتوزيعها وهو التزام يقتضي تدخلها ولا يمكن إجبارها على تنفيذه عيناً ولا تسمح طبيعته بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني ولا يغني عنه": نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٤١٢ لسنة ٧٥، جلسة ١٦/ ٠٦/ ٢٠١٤.

(85)Affaire Whistler, Cass. Civ. 14 mars 1900, DP 1900, I, 497, note M. Planiol.

بدرجة كبيرة" "caractère strictement/éminemment personnel"، فالسوابق القضائية الفرنسية تأخذ بمفهوم ضيق في تفسير هذا المصطلح(٨٦). ويرى الفقه الفرنسي كذلك أن الاستحالة المعنوية الواردة في المادة (١٢٢١) سابقة الذكر تتحقق عندما تكون الصفة الشخصية للمدين ذات اعتبار كبير لدى الدائن، وفي هذه الحالة يمنع التنفيذ العيني الجبري كونه يشكل اعتداء على الحرية الشخصية للمدين باعتباره شخصاً طبيعياً(٨٧). وفي ذات الإطار، فقد جاء في شرح المبادئ أن الاتجاه الحديث يقصر تفسير هذا المصطلح على التنفيذ المتفرد exécution à caractère unique، ولكن لا يطبق على الالتزامات التي تتحملها إحدى الشركات. ولتفسير ذلك، فإن النشاط المعتاد للمحامي والجراح والمهندس، لا تشملها هذه العبارة ولا تدخل ضمن هذا الاستثناء، كون التزاماتهم يمكن تنفيذها من قبل أشخاص آخرين من نفس التخصص ولديهم خبرة مماثلة. ولكن يكون للتنفيذ الصفة الشخصية عندما لا يكون بالإمكان الإيعاز لشخص آخر بالتنفيذ، أو عندما يتطلب تنفيذ الالتزام اختصاصاً متفرداً في مجال فني أو علمي معين، أو إذا كان تنفيذ الالتزام يتعلق بعلاقة سرية وشخصية بين الأطراف(٨٨).

بناء على ما سبق، يجب تفسير مفهوم الالتزام الذي يقوم بدرجة كبيرة على الاعتبار

(86)W. Jeandidier, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », RTD civ. 1976, 700.

(87)J. Le Bourg et C. Quézel-Ambrunaz, « Article 1221: l'exécution forcée en nature des obligations », RDC 2015, 782, spéc. 783: « atteinte à une liberté fondamentale du débiteur – personne physique »

(88)« La portée exacte de cette exception dépend essentiellement du sens de la phrase "caractère strictement personnel". La tendance moderne vise à limiter Ce concept aux exécutions à caractère unique. L'exception ne s'applique pas aux obligations assumées par une société. Les activités habituelles d'un avocat, d'un chirurgien ou d'un ingénieur ne sont pas non plus couvertes par cette phrase parce qu'elles peuvent être exécutées par d'autres personnes ayant la même formation et la même expérience. Une exécution revêt un caractère strictement personnel si elle ne peut être déléguée et si elle exige des compétences individuelles de nature artistique ou scientifique, ou si elle implique une relation confidentielle et personnelle ».

الشخصي بشكل ضيق وحصري، ويتم تقديره في كل حالة على حدة، من أجل تحديد ما إذا كان التنفيذ العيني ممكناً أم لا(٨٩).

ولتوضيح ما سبق، فقد ورد في شرح المبادئ، أن التزام مكتب هندسي بتصميم وتقديم خرائط لبناء عشر بنايات، يمكن فرض التنفيذ العيني فيه لأنه يمكن لهذه الشركة تفويض الأمر لإحدى الشركات المنافسة لتأدية هذه المهمة، أو الاستعانة بمهندس من خارج الشركة. ولكن على العكس من ذلك، تنفيذ التزام مهندس مشهور ومعروف عالمياً لتصميم مبنى لإحدى المحافظات أو البلديات على نمط حديث يعبر عن مدينة في القرن الواحد والعشرين لا يمكن فرضه على المهندس، لأن هذا التصميم له صفة التفرد ويحتاج إلى تخصص وخبرة نادرة جداً(٩٠). وكذلك لا يجوز مثلاً إلزام رسام برسم لوحة ذات مواصفات خاصة(٩١).

وإذا لم يقم المدين طوعاً بالتنفيذ العيني للالتزام الذي يقوم بدرجة كبيرة على الاعتبار الشخصي، فلا يمكن إجباره على التنفيذ العيني الجبري المباشر، كون ذلك يمثل اعتداء على حريته الشخصية، إنما يمكن فرض غرامة قضائية عليه لدفعه لتنفيذ التزامه عيناً بطريق غير مباشر(٩٢)، وإذا أصر المدين على عدم التنفيذ، فإنه يمكن للدائن فسخ العقد لعدم التنفيذ

(89) A. Lebois, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », JCP 2008, I, 210.

(90) « 4. Au contraire, l'exécution de l'engagement pris par un architecte mondialement connu de dessiner une mairie qui incarne l'idée d'une ville du 21ème siècle ne peut être imposée parce qu'elle revêt un caractère tout à fait unique et parce qu'elle requiert des compétences très spéciales".

انظر أيضاً في هذا الإطار:

H. Schelhass, Ibid, under art. 7.2.2 (PICC), No. 44, p. 795.

(91) Civ. 3e, 15 déc. 1993, Bull. Civ. III, no 174: RTD civ. 1994, 588, obs. J. Mestre; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud.

٩٢ تتمثل الغرامة القضائية في مبادئ اليونيدروا أو الغرامة التهديدية في القانونين المصري والفرنسي، في قيام القاضي بفرض غرامة مالية على المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه للضغط عليه وحمله على تنفيذه، ويقدرها القاضي في العادة بمبلغ جزافي أو بمبالغ مالية متتالية عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة زمنية أخرى يتخلف فيها المدين عن تنفيذ

مع حقه في طلب التعويض، أو الحصول على التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض(٩٣)، وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية أيضا(٩٤).

التزامه. ويوجد اختلاف كبير في شروط وأحكام هذه الغرامة وأنواعها بين المبادئ والقانون المصري والقانون الفرنسي، بل واختلاف أيضاً عن اتجاه بعض القوانين التي ترفضها أصلاً، ولا يتسع المقام لذكرها هنا. وقد تناولت المبادئ الغرامة القضائية في المادة (٧ ,٢ ,٤)، ونظم القانون المدني المصري الغرامة التهديدية في المادة (٢١٣) حيث جاء فيها: "١- إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك. ٢- وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة". أما القانون الفرنسي الجديد، فرغم نصه في كثير من مواده على الغرامة التهديدية إلا أنه لم يضع لها تنظيماً خاصاً، بل تطبق بشأنها النصوص الواردة في قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ، خصوصاً المادة (١٣١-٢) والتي ميزت بين نوعين من الغرامة التهديدية: الغرامة المؤقتة والغرامة النهائية. وتجدر الإشارة إلى أن قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والمعدل بالقانون رقم ١ لسنة ١٩٨٧) لم يأخذ بالغرامة التهديدية إلا في المادة (١٠٦٨) بشأن "الكفالة بالنفس (ضمان الوجه)"، حيث جاء في الفقرة الأولى منها أن: "١- الكفالة بالنفس (ضمان الوجه) تلزم الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له فإن لم يفعل جاز للقاضي أن يقضي عليه بغرامة تهديدية وله أن يعفيه منها إذا أثبت عجزه عن إحضاره".

(٩٣) إذا لم يحصل الدائن على التنفيذ العيني للالتزام، وإذا رغب في ذلك، يحق له الحصول على التنفيذ بمقابل مالي من خلال التنفيذ بطريق التعويض. أما إذا قام المدين بتنفيذ التزامه متأخراً، فيكون من حق الدائن الحصول على تعويض عن هذا التأخر في التنفيذ. وتحديد قيمة المقابل المالي لعدم التنفيذ، تدخل ضمن جزاءات عدم التنفيذ للالتزامات العقدية.

أما آليات تنفيذ الالتزامات المالية بمقابل، فتطبق عليها الأحكام المتعلقة بتنفيذ الالتزامات بدفع مبلغ نقدي، من خلال التنفيذ الجبري بدفع مبلغ نقدي، أو الحجز على أموال المدين واقتضاء حق الدائن منها. وتطبق هذه الأحكام على جميع الالتزامات النقدية حتى المتعلقة بالغرامة التهديدية التي تمت تصفيتها من قبل القاضي وقيمة التعويض عن الضرر.

(٩٤) جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أنه: "إذا كان تنفيذ الالتزام يقتضي تدخل المدين ذاته، فلا يملك القاضي إجبار المدين على تنفيذه، وإنما يلجأ إلى التهديد المالي إذا طلبه الدائن وفقاً لنص المادة ٢١٣ من القانون المدني، فإن لم يطلبه الدائن، أو طلبه وأجابه القاضي ولم ينتج، ففي كل هذه الأحوال التي يأبى فيها المدين تنفيذ التزامه الذي يقتضي تدخله شخصياً، وكلما صار التنفيذ العيني مستحيلاً لأي سبب، فلا مناص من الالتجاء إلى التنفيذ بطريق التعويض": نقض مصري، الدوائر المدنية، الطعن رقم ١٤١٢ لسنة ٧٥، جلسة ١٦/ ٠٦/ ٢٠١٤.

المطلب الثاني

جهود غير معقولة أو نفقات غير متناسبة

جاء في الفقرة (ب) من المادة (٧ , ٢ , ٢) من المبادئ، أنه لا يمكن فرض التنفيذ العيني إذا تطلب ذلك جهوداً غير معقولة أو نفقات غير متناسبة(٩٥). وقد ورد في شرح المبادئ

(٩٥) وقد أخذت باستثناء مماثل لمبادئ اليونيدروا، المبادئ الأوروبية لقانون العقود، حيث تجيز رفض التنفيذ العيني عندما يتطلب ذلك "بذل المدين جهوداً ونفقات غير معقولة، أو عندما يكون بإمكان الدائن الحصول بشكل معقول على تنفيذ الالتزام بوسيلة أخرى":

Les PECL excluent l'exécution en nature lorsque celle-ci comporte pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables (art. 9 :102(2) b) ou lorsque le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen (art. 9 :102 (20) d).

كما أخذ باستثناء مماثل، القانون المدني المصري في المادة (٢٠٣) حيث جاء فيها: "... ٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً". وقد طبقت محكمة النقض المصرية هذا الاستثناء في عدد كبير من أحكامها، حيث جاء في أحدها: "مفاد النص في المادتين ١٤٧/ ١، ٢٠٣/ ٢ من القانون المدني ... أن للدائن طلب تنفيذ التزام مدينه عيناً وله أن يعرض القيام به على نفقة المدين على أن يكون التنفيذ من أيهما بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وما يقتضيه العرف فإذا عدل عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بطريق التعويض فيشترط أن ينطوي التنفيذ على إرهاق للمدين وهو يعني العنت الشديد أو الخسارة الفادحة ولا يكفي فيه مجرد العسر والضيق والكلفة وعلى ألا يلحق الدائن من وراء ذلك ضرر جسيم، على أنه لا يجوز النظر عند بحث الإرهاق الذي قد يصيب المدين أو الضرر الجسيم الذي قد يلحق الدائن إلى أساس شخصي لا يتعدى الملاءة المادية بل يجب أن يتناول البحث ما يتعلق باقتصاديات المشروع وعائده باعتباره مشروعاً استثمارياً يستهدف الربح في ذاته وقد استقر الفقه والقضاء على أنه يتعين أن تناسب التزامات المؤجر مع الأجرة وإلا كان إلزامه بتنفيذ الإجارة عيناً إرهاق وعنت يوجب إعمال الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ من القانون المدني": نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٨٨٦ لسنة ٥٤، جلسة ٠٩/ ٠٥/ ١٩٩١، س ٤٢، ع ١، ص ١٠٤٨، ق ١٦٨. ويقابل هذه المادة في القانون المدني المصري، المادة (٣٨٠) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته، حيث نصت في فقرتها الثانية على استثناء مماثل وبنفس الصيغة تقريباً. وكذلك الحال في القانون المدني الألماني، حيث تسمح الفقرة الثانية من المادة (٢٧٥) منه، للمدين أن يرفض تنفيذ أدائه، إذا كان ذلك يتطلب نفقات، بالنظر إلى طبيعة العلاقة التعاقدية ومبدأ حسن النية، غير متناسبة بدرجة خطيرة بالمقارنة مع المنافع التي يجنيها الدائن من التنفيذ:

Article $275 al. 2. BGB: « le débiteur peut refuser du fournir la prestation, si celle-ci nécessite une dépense qui, compte tenu de la nature du rapport d'obligation et du principe de bonne

تعليقاً على هذه الفقرة أنه: "في ظروف خاصة، لا سيما عندما تتغير الظروف بعد إبرام العقد، فإن تنفيذ العقد وإن كان لا يزال ممكناً غير مستحيل، إلا أن تنفيذه يصبح مكلفاً بدرجة كبيرة إلى حد أن فرض تنفيذه يتعارض مع مبدأ حسن النية الوارد في المادة (١ , ٧)". وهو ذات الاتجاه الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها، حتى قبل صدور المرسوم الجديد، حيث كانت ترفض التنفيذ العيني الذي يطلبه الدائن إذا كان يتعارض مع مبدأ حسن النية، لا سيما عند وجود عدم تناسب بين التنفيذ العيني وخطورة عدم التنفيذ[٩٦]، حيث قضت في أحد قراراتها بفسخ حكم قاضي الموضوع الذي قضى فيه بإلزام المدين بهدم بناء على حسابه الخاص والأمر بإعادة بنائه من جديد، وأنه كان يجب عليه أن ينظر فيما إذا كان هذا الهدم يشكل جزاء متناسباً مع خطورة الإخلال بالتنفيذ وعدم المطابقة الحاصلة أم لا[٩٧]. وكذلك قضت بمنع الرد العيني لخزانات وقود في محطة للمحروقات مدفونة تحت الأرض، في نهاية مدة العقد، نظراً للتكلفة الباهظة لاستخراجها، ودون وجود فائدة حقيقية منه للدائن[٩٨]. وقضت أيضاً بأن قيام المؤجر بإعادة تأجير العين المؤجرة بحالتها السابقة فلا يكون حسن النية عندما يطالب المستأجر السابق بدفع تكاليف إعادة تأهيل المأجور حسب شروط العقد"[٩٩]. بل أكثر من ذلك، فقد اعتمدت محكمة النقض الفرنسية على نظرية التعسف في استعمال الحق[١٠٠]، من أجل رفض التنفيذ العيني

foi, est gravement disproportionnée par rapport à l'intérêts du créancier à l'exécution lors de la détermination des efforts pouvant être exiges du débiteur, il faut aussi apprécier si l'obstacle à la fourniture de la prestation lui est imputable ».

حول تطبيق هذا الاستثناء، انظر:

M. Fromont et J. Knetsch, Droit privé allemand, 2e éd. LGDJ 2017, no 256.

(96) Civ. 3e, 21 janv. 2016, no 15-10566: JCP G 2016, doctr. 345, 6, obs. P. Grosser.

(97) Civ. 3e, 15 oct. 2015, no 14-23612: D. 2015, 2423, note C. Dubois; D. 2016, 566, 140, obs. M. Mekki; JCP G 2016, 51, note M. Béhar-Touchais; RTD civ., 2016, 107, obs. H. Barbier, et 140, obs. P.-Y. Gautier; RDI 2016, 27, obs. D. Tomasin.

(98) Com. 18 févr. 1992, no 87-12844: RJDA 5/92, no 474.

(99) CA Paris. 15 févr. 1990, D. 1990, IR, 63.

(١٠٠) حول استخدام نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال العقود، انظر:

J. Mestre, Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance, Mélanges Raynaud 1985,

عندما يكون مرهقاً للمدين ودون أن تكون للدائن فائدة حقيقية منه(١٠١). وقد تم ترسيخ هذه الحلول بموجب المرسوم الفرنسي لسنة ٢٠١٦ في المادة (١٢٢١) من التقنين المدني، والتي تجيز للقاضي رفض التنفيذ العيني الذي يطلبه الدائن عند وجود "عدم تناسب ظاهر بين التكلفة التي يتحملها المدين للتنفيذ العيني مقارنة بالفائدة التي يجنيها الدائن منه". فالغاية من استثناء "عدم التناسب الظاهر" الوارد في هذه المادة(١٠٢)، هو: "تجنب الآثار غير العادلة للتنفيذ العيني عندما يظهر بأنه مكلف للمدين بشكل فاحش ودون وجود منفعة

439.

(101) Civ. 3e, 27 mars 2013, no 12-734, Bull. civ. III, no 40: RDC 2013, 974, obs. J.-P. Seube; RTD civ., 2013, 603, obs. H. Barbier; RDC 2013, 903, obs. G. Viney; RDC 2013, 890, obs. T. Genicon.

(١٠٢) حول هذا الموضوع، انظر:

P. Grosser, «L'exécution forcée en nature », AJCA 2016, 119; M. Faure-Abbad, « Article 1122: la faculté de remplacement », RDC 2015, 784; Y.-M. Laithier, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles - Articles 1217 à 1231-7 », JCP 2015, supplément au no 21, p. 47 ; J. Le Bourg et C. Quézel - Ambrunaz, « Article 1221 : l'exécution forcée en nature des obligations », RDC 2015, 782 ; O. Sabard, « Les sanctions de les inexécutions du contrat : exception d'inexécution/exécution forcée », LEDC 2016, 3 ; « Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ? », in Ph. Stoffel-Munck (dir), Réforme du droit des contrats et pratiques du droit des affaires, Dalloz 2015, p. 97 ; L. Leveneur, « La réforme du droit des obligations », JCP N 2015, 1236, no 24 ; P. Chauviré, « Les dispositions relatives aux effets du contrat : in « la réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance - thèmes et commentaires », Dalloz 2016, p. 43 s, spéc. 56-57 ; P. Grosser, « observations sur l'inexécution du contrat » in observation sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », Dir. J. Ghestin, LPA, 3-4 sept. 2015, no 176-177, p. 78 s; Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », RDC 2016, 42 ; M. Mekki, « Fiche pratique : l'exécution forcée en « nature » sauf si… », Gaz. Pal. 5 juill. 2016, no 25, p. 16 et s.

كان الاقتراح في مشروع القانون هو استبعاد التنفيذ العيني الذي يطلبه الدائن إذا كان هذا التنفيذ يحمل المدين (تكلفة ظاهرة غير معقولة coût manifestement déraisonnable) ولكن الفقه انتقده بشدة: انظر حول هذا الموضوع:

D. Mainguly, « Du « coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option » », Dr. et patr. 2014, no 240, p. 60 ; Th. Genicon, «Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature », Dr. et patr. oct. 2014, no 240, p. 63 ; M. Mekki, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet de l'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Gaz. Pal. 30 avril 2015, no 120, p. 37, spéc. No 10 ; F. Chénedé, Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations – innovations – perspectives, éd. Dalloz, nov. 2016, no 28 :111, 185.

حقيقية منه للدائن، والذي يكفيه في مثل هذا الوضع الحصول على تعويض عادل مع بقائه مناسباً للمدين"[١٠٣]. وتبرز أهمية هذا الاستثناء بشكل خاص في مجال البناء، كون القيام بهدم البناء وإعادة بنائه تحمل المدين تكاليف باهظة[١٠٤].

ويؤيد الفقه الفرنسي في مجموعه هذا الاستثناء على أساس منع الدائن من التعسف في استعمال حقه في طلب التنفيذ العيني، إما لكون الدائن لديه نية الإضرار بالمدين، أو لكون طلب التنفيذ العيني يحمل الدائن تكاليف باهظة أو فاحشة، ودون أن يصاب الدائن بأي ضرر أو ضرر يسير مقارنة بالضرر الذي يصيب المدين[١٠٥]. ففي مثل هذه الحالات، يكون طلب الدائن التنفيذ العيني نوعاً من التعسف استعمال الحق[١٠٦]. ويقول أحد الفقهاء الفرنسيين في هذا الصدد: "يقيم الاتجاه القضائي الحديث على واجب النزاهة وحسن النية، فكرة أن الدائن يجب أن يستعمل حقوقه استعمالاً "متحضرا" وليس "استبدادياً": بالتالي يعتبر تعسفاً وتعارضاً مع حسن النية القيام باستخدام حقه لأهداف أو غايات خارجة عن اقتصاديات

(103)C. Renault-Brahinsky, Mémentos, Droit des obligations, 15e éd. Gualino 2018-2019, p. 136 : «L'objectif est d'éviter les effets inéquitable de l'exécution forcée lorsque celle-ci est extrêmement onéreuse pour le débiteur et sans réel intérêt pour le créancier qui peut obtenir par des dommages-intérêts une compensation équitable qui reste proportionnée pour le débiteur ».

(104) Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Droit des obligations, 9e éd. LGDJ 2017, no 880 p. 500 : « cette limitation peut relâcher dans le respect du contrat, notamment dans des secteurs tels que la construction où le coût d'une remise en état est souvent vite disproportionnée au dommage que cause au créancier une exécution mal faite ».

(105) Th. Douville et autres, La réforme du droit des contrats – commentaires article par article, éd. Gualino, 2016, p. 223 : « L'idée est ici d'éviter le comportement abusif du créancier qui, animé d'une intention de nuire, voudrait exiger de son débiteur qu'il supporte des coûts excessifs pour s'exécuter, alors même qu'il ne subit aucun préjudice – ou bien un préjudice de très faible ampleur! ».

(106) D. Mainguy, « Du coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option » », Droit et patr., oct. 2104, no 240, p. 62 : « La solution empêchant l'exécution forcée « d'un contrat trop onéreux et conduisant à la ruine » d'un débiteur à la merci d'un « créancier obtus » : dans le même sens : C. Renault-Brahinsky, Mémentos, Droit des obligations, 15e éd. Gualino 2018-2019, p. 136 : Cette disposition évite que la possibilité d'une exécution en valeur ne dégénère en abus de droit ».

العقد، بطريقة تشكل نوعاً من "الانحراف في السلطة الناشئة عن العقد"(١٠٧). وهو بالضبط ما تجسده مبادئ اليونيدروا، حيث ورد في شرحها المثال التالي: إذا غرقت حاملة نفط في (عرض البحر) نتيجة عاصفة قوية، فإنه وإن كان بالإمكان تعويم السفينة، فإن طالب النقل لا يمكنه إلزام الناقل بتنفيذ عقد النقل، إذا كان ذلك يتطلب إنفاق مبالغ كبيرة تفوق بكثير قيمة البترول. وبالتالي فإن استثناء "عدم التناسب الظاهر" في القانون الفرنسي، واستثناء "النفقات غير المتناسبة أو الجهود غير المعقولة" في المبادئ، يعطي كلاهما القاضي سلطة تقديرية واسعة تمكنه من رفض التنفيذ العيني الذي يطلبه الدائن إذا وجد أن موقف أو سلوك الدائن يتسم أو يكيف على أنه تعسف في استعمال الحق(١٠٨)، أو يتعارض مع مبدأ حسن النية، كل ذلك من أجل التخفيف من غلواء استخدام الدائن لحقه في طلب التنفيذ العيني(١٠٩).

وما دام أن رفض التنفيذ العيني يعد استثناء في المبادئ والتقنين الفرنسي، فيجب على القاضي تفسيره تفسيراً ضيقاً وحصرياً (١١٠). ويفهم هذا التقدير الضيق لهذا المعيار أيضاً، من خلال ربط هذا المعيار بمبدأ حسن النية وبنظرية التعسف في استعمال الحق(١١١).

(107) « La jurisprudence contemporaine rattachent à l'obligation de loyauté et de bonne foi, l'idée que le créancier doit faire de ses droits un usage qu'on pourrait qualifier de « civilisé » et non « colonial » : il est abusif et contraire à la bonne foi de vouloir se servir de son droit pour des motifs ou pour un résultat étranger à l'économie normal du contrat, par une sorte de « détournement du pouvoir contractuelle » : A. Bénabent, « précité, no 375, p. 302 et 303.

(108) Ph. Simler, Réforme du droit des obligations, J.-Class. Contrats Distribution, Fasc. 13, spéc. No 68 : « cette restriction qui ouvre au juge un assez large pouvoir d'appréciation, parait néanmoins pertinente. L'attitude du créancier qui s'abstiendrait à demander dans de telles circonstances une stricte exécution confinerait à l'abus ».

(109) Voir, A. Bénabent, Droit des obligations, Précis Domat, 16e, éd. LGDJ 2017, no 375, p. 302.

(110) F. Chénedé, Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations – innovations – perspectives, éd. Dalloz, nov. 2016, no 28 :112, p. 187.

(111) Y.-M., Laithier, Le droit à l'exécution forcée, extension ou réduction ?, in réforme du droit des contrats et pratiques des affaires, Thèmes et commentaires », Dalloz 2015, p. 99-100 ; A. Bénabent, droit des obligations, Précis Domat, 16e, éd. LGDJ 2017, no 372 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stofell-Munck, Droit civil, droit des obligations, éd. LGDJ 2016, no 880 ; B. Fages, Droit des obligations, 6e éd. Manual, LGDJ 2016, no 295 ; L. Andreu, V. Forti et E. Savaux, « Chronique de régime général des obligations », LPA, 1er août 2013, p. 7.

ويشترط التقنين الفرنسي أن يكون "عدم التناسب ظاهراً"، أي على درجة كبيرة من الوضوح والجسامة بحيث يبرر استبعاد التنفيذ العيني، ويكون الأمر كذلك عندما لا يصيب الدائن أي ضرر من جراء عدم التنفيذ العيني، أو ضرر يسير مقارنة بتكلفة التنفيذ العيني التي يتحملها المدين(١١٢)، أو لأن الدائن يملك وسائل أخرى تمكنه من استيفاء حقه بطريقة أقل تكلفة للمدين، أو لأن التكلفة التي يتحملها المدين فاحشة، أو جسيمة لدرجة أنها تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، أو لعدم وجود فائدة حقيقية تعود على الدائن من طلب التنفيذ العيني أمام القضاء(١١٣).

والمعيار المتبع في تقدير عدم التناسب الظاهر في التقنين الفرنسي بين تكلفة التنفيذ العيني التي يتحملها المدين والفائدة التي يجنيها الدائن منه، هو معيار اقتصادي يعتمد على الأخذ بالاعتبار المصالح الاقتصادية الناشئة عن العقد للدائن والمدين على حد سواء(١١٤)، ولهذه الغاية يقوم القاضي بتقدير تكلفة التنفيذ العيني ذاتها بالنسبة للمدين وليس الوضع المالي للمدين بشكل عام(١١٥). وتعتمد مبادئ اليونيدروا هذا المعيار الاقتصادي أيضاً عند تقدير

(112) F. Chénedé, Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations – innovations – perspectives, éd. Dalloz, nov. 2016, no 28, 112, p. 186.

(113) B. Mercadal, Dossier pratique, Réforme du droit des contrats, ordonnance du 10 février 2016, éd. Francis-Le Febvre 2016, no 706, p. 203 : « Le coût peut en être injustifié soit parce qu'il est d'un montant disproportionné avec l'avantage que l'exécution forcée sera susceptible d'apporter au créancier, soit parce que le créancier dispose d'autres moyens moins onéreux pour être rempli de ses droits, soit parce que la dépense imposée au débiteur est excessive par rapport à ce que le contrat peut lui rapporter et en bouleverse l'économie, soit encore parce que l'exécution pourrait conduire à des effets hors de mesure avec l'intérêt du litige ».

(114) G. Chantepie et M. Latina, « précité, no 638, p. 551 : « Il s'agit manifestement d'une percée de la prise en compte des intérêts économiques en droit commun du contrat, qui entraine des appréciations très diverses. Désormais, le juge ne pourra plus se retrancher derrière un principe qui excluait toute prise en compte des intérêts du débiteur lorsque le créancier sollicite l'exécution forcée du contrat ».

(115) N. Dissaux et Ch. Jamin, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Dalloz 2016, p. 130.

النفقات غير المتناسبة أو الجهود غير المعقولة(١١٦)، من خلال عقد مقارنة اقتصادية ومالية ما بين تنفيذ العقد على الوجه المطلوب وتأثير ذلك على مراكز الأطراف. فإذا كانت النفقات لا تتناسب بحال من الأحوال، مع الفائدة من التي يجنيها الدائن من التنفيذ العيني للالتزام، أو أن المدين لا يحقق أي فائدة من العقد، فيتم رفض التنفيذ العيني، وبخلاف ذلك، يمكن للدائن إلزام المدين بالتنفيذ العيني.

كما يؤخذ في الاعتبار أيضاً في تقدير النفقات غير المتناسبة أو الجهود غير المعقولة، مبدأ حسن النية إلى جانب المعيار الاقتصادي. وقد نصت المادة (١٢٢١) من التقنين الفرنسي صراحة على عدم تطبيق معيار عدم التناسب الظاهر لرفض التنفيذ العيني إلا إذا كان المدين حسن النية. ولا شك أن اشتراط حسن النية هو شرط ضروري ولازم، كون أن استبعاد التنفيذ العيني بسبب عدم التناسب الظاهر يضفي على المدين نوعاً من الحماية القانونية، وما دام أن المدين لم يكن حسن النية، فإنه لا يستحق مثل هذه الحماية، والقول بعكس ذلك يجعل المدين يستفيد من غشه وسوء نيته، وهذا يتعارض مع إرادة المشرع من وضع هذا الاستثناء. ويكون المدين سيّئ النية مثلاً، إذا كان يقصد من الامتناع عن التنفيذ العيني لالتزامه العقدي، الإضرار الجسيم بالدائن(١١٧).

ولا يطبق استثناء عدم التناسب الظاهر في التقنين الفرنسي والنفقات غير المتناسبة أو الجهود غير المعقولة في المبادئ، إذا كان رفض التنفيذ العيني يلحق ضرراً جسيماً بالدائن، ففي هذه الحالة يجب على المدين تنفيذ التزامه عيناً بصرف النظر عن قيمة التكلفة التي يتحملها المدين في سبيل ذلك، يسيرة كانت أم فاحشة، ويكون الأمر كذلك إذا أقام الدائن الدليل أمام المحكمة على وجود مبرر مشروع أو مصلحة له من التنفيذ العيني، أو أن المنفعة التي يجنيها من التنفيذ العيني أكبر من التكلفة التي يتحملها المدين في سبيل ذلك. في مثل

(116) H. Schelhass, Ibid, under art. 7.2.2 (PICC), No. 25-28, p. 789 - 790.
(117) M. Fabre-Magnan, précité, no 680, p. 731.

هذه الحالات، يجب على القاضي أن يحكم بالتنفيذ العيني ما دام أنه لا يزال ممكناً بصرف النظر عن درجة الإرهاق أو التكلفة التي يتحملها المدين في سبيل التنفيذ العيني لالتزامه العقدي(١١٨). وهذا الشرط يفرضه المنطق ومقتضيات الأمور، على اعتبار أن الدائن يتمسك بالأصل وهو وجوب التنفيذ العيني للالتزام، وأن الاستثناء على ذلك استناداً لمعيار عدم التناسب الظاهر والنفقات غير المتناسبة أو الجهود غير المعقولة إنما جاء على سبيل الاحتياط فقط.

وأخيراً فإن تطبيق استثناء عدم التناسب الظاهر في التقنين الفرنسي والنفقات غير المتناسبة أو الجهود غير المعقولة في المبادئ لاستبعاد التنفيذ العيني، ليس من النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على خلافه وإلزام الأطراف بالتنفيذ العيني في جميع الأحوال والظروف حتى لو ثبت للقاضي تحقق شروط تطبيق هذا الاستثناء على التنفيذ العيني(١١٩).

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني المصري – والذي أخذت عنه كثير القوانين المدنية العربية – يأخذ باستثناء مماثل لاستثناء الجهود غير المعقولة والنفقات غير المتناسبة في مبادئ اليونيدروا واستثناء عدم التناسب الظاهر في التقنين المدني الفرنسي، حيث جاء في المادة

(118) Ibid.

(119) M. Mekki, « L'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », D 2016, 504 ; La réforme du droit des contrats, commentaire article par article, ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sous la direction de Th. Douville, éd. Gualino 2016, p. 223 ; Ph. Delebecque, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », Dr. et patr., juin 2016, 62, spéc. P. 65 ; F. Chénedé, précité, no 28 :120, p. 188 ; C. Pérés, "Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », JCP 2016, 454 ; A.-S. Choné, J. Darmon et J.-P. Grandjean, « Aménager le droit des contrats », JCP E 2016, 1374, no 43 ; Ph. Malaurie, L. Ayès et Ph. Stoffel-Munck, « Droit des obligations », précité, no 880 ; « La validité de cette clause pourrait être défendue en tant qu'elle constitue un moyen de repartir et d'accepter les risques, ou un moyen de faire échec aux fautes lucratives, ou encore, plus généralement, un indicateur de la valeur ou de l'importance subjective qui le créancier accorde à l'exécution forcée en nature escomptée et qui est (on a pu être la raison de son engagement » : Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution du contrat», RDC 2016, 42.

(٢٠٣) منه أنه: "١- يجبر المدين بعد إعذاره ... على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً. ٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً"(١٢٠). وبناء عليه، فإن التنفيذ العيني المرهق هو تنفيذ ممكن في حد ذاته، وإذا كان الأصل ألا يعتد بهذا الإرهاق كون التنفيذ العيني هو حق منحه القانون للدائن، ولكن ما دام أن هذا التنفيذ العيني يلحق ضرراً جسيماً بالمدين، فقد أجاز القانون لهذا الأخير الاستعاضة عنه بدفع تعويض نقدي للدائن، بشرط ألا يلحق من العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضرراً جسيماً بالدائن وإلا وجب الرجوع إلى الأصل وهو التنفيذ العيني(١٢١). وقد طبقت محكمة النقض المصرية هذا الاستثناء الهام في عدد كبير من أحكامها(١٢٢).

وقد أخذ المشرع المصري باستثناء إرهاق المدين من أجل منع الدائن من التعسف في طلب التنفيذ العيني في بعض الحالات، خصوصاً عندما يصر الدائن على طلب التنفيذ العيني رغم ما يصيب المدين من إرهاق والمتمثل بالضرر الجسيم والخسارة الفادحة جراء ذلك، في حين أنه لا يصيبه من العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضرر جسيم، وليس له مصلحة جدية من التنفيذ العيني، فيكون الحكم له بالتعويض جزاء مناسباً. هذا التطبيق

(١٢٠) تقابل هذه المادة في القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، المادة (٣٥٥/ ٢) من القانون المدني الأردني، والمادة (٣٨٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (٢٠٤) من القانون المدني السوري، والمادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي.

(١٢١) محمد شكري سرور، موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٥ و ٢٦.

(١٢٢) انظر على سبيل المثال: نقض مدني مصري، الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٣ جلسة ١٩٦٨/ ٠٢/ ٢٩ س ١٩ ع ١ ص ٤٢٨ ق ٦٣. الطعن رقم ١٣٠ لسنة ٤٢ جلسة ١٩٧٦/ ٠٥/ ٢٥ س ٢٧ ع ١ ص ١١٧٦ ق ٢٢٤. الطعن رقم ٦٦٦ لسنة ٥٣ جلسة ١٩٨٤/ ٠٥/ ٣٠ س ٣٥ ع ١ ص ١٥١١ ق ٢٨٩. الطعن رقم ٦٣٠٤ لسنة ٦٤ جلسة ٢٠٠٤/ ١٢/ ٢٧ س ٥٥ ع ١ ص ٨٤١ ق ١٥٥.

التشريعي لنظرية التعسف في استعمال الحق(١٢٣)، واعتبارات العدالة(١٢٤)، توجب على المحكمة عند النظر في طلب التنفيذ العيني الموازنة بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين، وتحديد أيهما أولى بالرعاية. وطالما أن الأصل هو التنفيذ العيني، فيفترض أن الدائن غير متعسف في طلب التنفيذ العيني، ما يوجب على المدين حمل الدليل على أن التنفيذ العيني مرهق له، وأن العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض لا يلحق ضررًا جسيماً بالدائن، فإذا تحققت المحكمة استناداً للأدلة التي قدمها المدين والظروف المحيطة بالدعوى، أن المدين محق في طلبه، وأن الدائن بالفعل يتعسف في استعمال حقه في طلب التنفيذ العيني، فإنها تقوم بتطبيق هذا الاستثناء. فالدائن يعتبر متعسفاً في طلب التنفيذ العيني عندما "تغيب المصلحة للدائن، ويجب أن تكون المصلحة الغائبة هي المصلحة الجادة والمشروعة للدائن، أو ما يسمى بالمنفعة الشخصية، أما إذا تحققت هذه المنفعة للدائن من التنفيذ العيني، فلا يعتبر متعسفاً في طلب التنفيذ العيني"(١٢٥). ولا يكفي مجرد العسر والكلفة والضيق من التنفيذ العيني لتحقق معنى الإرهاق، لأنه يدخل ضمن الإرهاق العادي والخسائر المألوفة غير الفادحة التي يمكن أن يتعرض لها أي مدين في سبيل التنفيذ العيني، كارتفاع الأسعار مثلاً أو فرض رسوم أو ضرائب جديدة(١٢٦)، ولا يتحقق الإرهاق كذلك إذا كانت الخسارة التي تلحق بالمدين ليست جسيمة، كأن يصبح في حالة ضيق أو عسر مؤقت، فليس للمدين ترك التنفيذ العيني(١٢٧). إنما المقصود بالإرهاق في هذا الصدد هو الإرهاق الذي ينطوي على

(١٢٣) أمين دواس، القانون المدني-أحكام الالتزام-دراسة مقارنة، ط١، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، ٢٠٠٥، ص ٦٠.

(١٢٤) ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني (آثار الحقوق الشخصية-أحكام الالتزامات)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٢٠٨.

(١٢٥) ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص ٢١٢. عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ٢٦٢

(١٢٦) أمين دواس، المرجع السابق، ص ٦٠.

(١٢٧) محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني-دراسة فقهية وقضائية، جامعة بني سويف-

العنت الشديد، أي الإرهاق الشديد والمشقة والصعوبة والخسارة الجسيمة التي يتحملها المدين في سبيل التنفيذ العيني(١٢٨)، بسبب ظروف هذا المدين أو نتيجة لظروف عامة أو خاصة أخرى(١٢٩). ويخضع تقدير هذا الاستثناء الهام إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة(١٣٠).

المطلب الثالث

العقد البديل أو الصفقة البديلة ووجوب أن يأتي الطلب خلال مدة معقولة

نتناول في هذا المطلب حالة العقد البديل أو الصفقة البديلة في الفرع الأول، ونتناول وجوب تقديم طلب التنفيذ العيني خلال مدة معقولة في الفرع الثاني.

الفرع الأول

العقد البديل أو الصفقة البديلة

جاء في الفقرة (ج) من المادة (٧ , ٢ , ٢) من المبادئ، أنه لا يمكن فرض التنفيذ العيني

كلية الحقوق، ٢٠١٦، ص ٤٢ وما بعدها.

(١٢٨) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الإثبات-آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، فقرة ٤١٠، ص ٧٦٤. عبد الرزاق يس، النظرية العامة للالتزامات وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، ج٢، أحكام الالتزام، مطابع البيان التجارية، دبي، ١٩٩٣-١٩٩٤، ص ١٤٠. عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص ٢٥٧.

(١٢٩) محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام: المصادر-الأحكام- الإثبات، القاهرة ٢٠١٣، ١٣، ص ٤٠٩. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام: المصادر-الإثبات-الآثار-الأوصاف-الانتقال – الانقضاء، تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤، فقرة ٧٨٧، ص ٨٥١ و ٨٥٢. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢، ص ٢٨.

(١٣٠) "المقرر في قضاء محكمة النقض أنه عملاً بالمادة ٢٠٣ من القانون المدني فإن المدين يجبر على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، إلا إذا كان ذلك غير ممكن أو فيه إرهاق له... وتقدير ذلك كله يدخل في سلطة محكمة الموضوع، ما دامت أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله"، نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٧٦٣٧ لسنة ٧٥ جلسة ٢٠١٣/ ٠٤/ ٢٣.

إذا كان بإمكان الدائن الحصول بشكل معقول على التنفيذ بطريقة أخرى. وقد جاء في شرح المبادئ تعليق على هذه الفقرة أن: "بعض السلع والخدمات تكون متماثلة، بمعنى أن نفس السلع والخدمات تعرض من قبل أكثر من جهة منافسة. فإذا لم يتم تنفيذ العقد بشأن هذه السلع والخدمات، فإن معظم المتعاقدين لا يريدون تضييع الوقت والجهد بمحاولة الحصول على تنفيذ العقد من قبل المدين، إنما يعملون على إبرام عقود بديلة للحصول على سلع وخدمات مماثلة من جهة أخرى، ثم يطالبون بالتعويض عن عدم التنفيذ. أمام هذا الواقع الاقتصادي، فإن الفقرة (ج) تستبعد التنفيذ العيني عندما يكون بإمكان الدائن الحصول على التنفيذ بطريقة أخرى، فالدائن يستطيع إنهاء العقد وإبرام عقد بديل مع جهة أخرى (٧, ٤, ٥). وكلمة "معقولة" تشير إلى أن مجرد إمكانية التنفيذ بطريقة أخرى لا تكون كافية في هذا الإطار، لأنه لا يمكن التوقع بشكل معقول أن يقوم الدائن بالتعاقد مع مورد جديد في بعض الظروف"[١٣١]. وبالتالي، فإن تطبيق هذا الاستثناء، يتطلب ما يلي:

أولاً، أن يكون بإمكان الدائن الحصول على التنفيذ العيني لنفس السلع والخدمات محل العقد الأصلي من جهة أخرى، أما إذا كان الدائن لا يستطيع الحصول على التنفيذ بسهولة من جهة أخرى من خلال إبرام عقد بديل، أو كان محل العقد يتعلق بسلع أو خدمات ذات مواصفات متفردة أو خاصة، فإن هذا الاستثناء لا يطبق، ويبقى من حق الدائن الحصول على التنفيذ العيني من مدينه الأصلي[١٣٢]. وتطبيقاً لهذه الحالة، فقد قضت إحدى محاكم التحكيم أنه: "بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للالتزام الواجب تنفيذه، فإن الطرف الذي يطلب

(١٣١) وقد ورد في شرح المبادئ مثال على ذلك هو:

"2. A, situé dans un pays en développement où les devises étrangères sont rares, achète une machine de type standard à B, fabricant situé dans le pays X, pays développé. Conformément au contrat, A paie le prix de 100.000 USD avant la livraison. B ne livre pas. Bien que A puisse obtenir la machine d'une autre façon dans le pays X, il serait déraisonnable, en raison de la rareté et du prix élevé des devises étrangères dans son pays, d'exiger de A qu'il agisse dans ce sens. A est par conséquent en droit d'imposer à B la livraison de la machine".

(132) H. Schelhass, Ibid, under art. 7.2.2 (PICC), No. 37, p. 793.

التنفيذ العيني لا يمكنه التوقع بشكل معقول أن يتم التنفيذ من قبل شركة أخرى" كون العقد كان يشتمل على إقامة بناء مع تقديم المواد وأعمال أخرى(١٣٣).

ثانياً، أن يكون بمقدور الدائن الحصول على نفس السلع والخدمات من جهة أخرى في وقت معقول وبشروط معقولة. فالمعقولية لا تتعلق فقط بوقت إبرام العقد البديل، إنما أيضاً بشروط العقد البديل. وبناء عليه، إذا لم يكن بإمكان الدائن الحصول على السلع والخدمات في وقت معقول وبشروط معقولة، فإن هذا الاستثناء لا يطبق، ويحق للدائن مطالبة المدين الأصلي بالتنفيذ العيني. وإذا قام الدائن بإبرام العقد البديل مع جهة أخرى في وقت معقول وبشروط معقولة، فإن المدين في العقد الأصلي، يلزم بتعويض الدائن عن الأضرار التي أصابته من جراء عدم التنفيذ، بما في ذلك الفرق بين السعر في العقد البديل والسعر في العقد الأصلي، إذ قد يكون السعر في العقد البديل أعلى من السعر في العقد الأصلي. وفي جميع الأحوال، إذا أثبت المدين بأن الدائن كان بإمكانه الحصول على التنفيذ العيني للالتزام من جهة أخرى بشروط معقولة، فلا يحق للدائن في هذه الحالة مطالبة المدين بالتنفيذ العيني لالتزاماته، إنما يحق له فقط طلب التعويض. ولكن إبرام العقد البديل لا يمنع الدائن من فسخ العقد استناداً للمادة (٧, ٣, ١)، والحصول على التعويض بفرق السعر بين السعر في العقد البديل والسعر في العقد الأصلي.

وقد تناولت المادة (٧, ٤, ٥) من المبادئ موضوع "إثبات الضرر في حال الصفقة البديلة"، حيث نصت على أن: "الدائن الذي فسخ العقد، وقام بإبرام عقد بديل خلال مدة وشروط معقولة، يمكن أن يحصل على تعويض يغطي الفرق بين السعر المتفق عليه في العقد الأصلي والسعر في العقد البديل، وكذلك الحصول على تعويض عن أية أضرار

(133) The International Commercial Arbitration at the Chamber of Commerce and Industry of Russian Federation, Arbitral Award No. 64/2008 (Polish company, Russian company), 09.04.2009,

متوفر على الموقع: http://www.unilex.info/case.cfm?id=1803

إضافية"[١٣٤]. فهذه المادة تعالج مسألة خاصة تتعلق بإثبات الضرر في حالة قيام الدائن بفسخ العقد وإبرام عقد بديل، من خلال استخدام قرينة قانونية تفترض وقوع الضرر وتحديد معيار حساب قيمته. وقد وضعت هذه القرينة، لمساعدة الدائن في إثبات الضرر في حال إبرام العقد البديل، وهي قرينة تكمل القواعد العامة التي تطبق على إثبات وجود الضرر وإثبات قيمته[١٣٥]. بموجب هذه القرينة، يفترض أن الضرر الذي أصاب الدائن جراء إبرام العقد البديل، يتمثل في الفرق بين السعر الوارد في العقد الأصلي والسعر في العقد البديل. وقد جاء في شرح المبادئ أن هذه القرينة، تتطابق بشكل كبير مع القرينة الواردة في المادة (٧٥) من اتفاقية فيينا للبيوع الدولية. ويشترط لتطبيق هذه القرينة ما يلي:

١ – أن يقوم الدائن بفسخ العقد بسبب عدم التنفيذ، وفقاً للشروط التي تفرضها مبادئ اليونيدروا بهذا الصدد في الفصل السابع (٧, ٣). أما إذا لم يقم الدائن بفسخ العقد، فليس له الحق بصريح نص المادة السابقة، في إبرام عقد بديل، إنما يمكنه استخدام وسائل أخرى، كطلب التنفيذ العيني أو المطالبة بالتعويض.

٢ – أن يقوم الدائن بإبرام عقد بديل بعد الفسخ، ويقوم الدائن بذلك إما استناداً لواجبه بتقليل الضرر الذي يصيبه من جراء عدم التنفيذ قدر الإمكان، أو عندما يسمح له العرف أو العادة بذلك. وبناء عليه، لا تطبق هذه القرينة إذا قام الدائن بنفسه بتنفيذ الأداء الذي تخلف المدين عن تنفيذه، وأدى إلى الفسخ. فعلى سبيل المثال، لا تطبق هذه القرينة إذا قام صاحب السفينة بإصلاحها بنفسه بسبب امتناع صاحب الورشة عن إجراء هذه

(134) « Le créancier qui, ayant résolu le contrat, passe un contrat de remplacement dans un délai et d'une manière raisonnables, peut recouvrer la différence entre le prix prévu au contrat initial et le prix du contrat de remplacement, de même que des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire ».

(١٣٥) وقد جاء في شرح المبادئ بهذا الصدد، أن قرينة افتراض الضرر في حال الصفقة البديلة، تكمل القواعد العامة التي تطبق على إثبات وجود الضرر وقيمته، وجدت المبادئ أنه من المفيد استخدام القرائن التي يمكن أن تساعد الدائن في الإثبات.

الإصلاحات استناداً للعقد المبرم بينهما(١٣٦).

٣- أن يكون المحل في العقد البديل، مشابهاً تماماً للعقد الأصلي، من حيث الطبيعة والنوع والكمية بحيث يتناول سلعاً أو خدمات مشابهة تماماً لمحل العقد الأصلي، إذ بدون هذا التشابه، لا يمكن إجراء مقارنة موضوعية بين المحل في العقد الأصلي والعقد البديل. ونحن نعتقد أن جودة السلعة أو الخدمة، تدخل ضمناً ضمن نطاق تطبيق هذه المادة، كون الجودة تؤدي دائماً إلى تغيير في السعر، وبدون مراعاة مسألة الجودة، لا يمكن إجراء مقارنة فعلية بين السعر في العقد الأصلي والعقد البديل. فإذا كانت السلعة في العقد الأصلي ذات جودة متوسطة، فلا يجوز أن تكون السلعة في العقد البديل من جودة عالية، كون ذلك يؤدي إلى فرق في السعر بشكل كبير. وقد عبرت المادة السابقة عن ذلك باشتراط أن يتم العقد البديل بشروط معقولة.

٤- يجب أن يأتي هذا العقد البديل خلال مدة معقولة وبشروط معقولة أيضاً، وذلك حتى لا يستغل الدائن هذا الظرف، ويثري بشكل غير مشروع على حساب المدين، ويمنع الغش وسوء النية من جانب الدائن. فشرط المعقولية، يضمن قيام الدائن بالإعلان مبكراً عن موقفه إزاء عدم التنفيذ الحاصل، وعدم انتظار تقلب الأسعار لمصلحته أو ضد مصلحته ليقرر عندئذ فسخ العقد أو طلب التنفيذ العيني أو إبرام عقد بديل. ونحن نعتقد أن شرط المعقولية يجب أن يقدر بمعيار موضوعي، من خلال مقارنة موضوعية بين العقدين من حيث المحل والسعر. فالفرق بين السعرين يجب أن يكون معقولاً، ويعني ذلك أن لا يكون السعر في العقد البديل سعراً مرتفعاً بشكل كبير مقارنة بالسعر في العقد الأصلي، ولكن في المقابل، يجب أخذ مسألة ارتفاع الأسعار بين الوقت الذي كان يجب فيه تنفيذ العقد الأصلي وبين وقت إبرام العقد البديل. ويلاحظ أن السعر في العقد البديل، قد يكون أعلى من السعر في العقد الأصلي وهو الفرض الأكثر حدوثاً في الحياة العملية كون الأسعار ترتفع في العادة

(١٣٦) مثال وارد في شرح المبادئ.

باستمرار، وفي هذه الحالة، يلزم المدين بدفع تعويض للدائن يتمثل في الفرق بين السعرين. أما إذا كان السعر في العقد البديل، أقل أو مساويا للعقد الأصلي، فلا يلزم المدين بدفع تعويض للدائن في هذه الحالة كونه لم يصب بأي ضرر من هذه الناحية، ولكن ذلك لا يمنع الدائن من المطالبة بالتعويض عن الأضرار الإضافية التي أصابته من جراء عدم التنفيذ.

٥- يجب في جميع الأحوال، أن يكون العقد البديل الذي يبرمه الدائن، لا يزال مفيداً له ومحققاً لمصلحته، وبدون ذلك فمن حقه الامتناع عن إبرام عقد بديل، وإنما الاكتفاء بفسخ العقد وطلب التعويض عن الأضرار التي أصابته.

وتتقاطع المادة (١٢٢٢) من التقنين الفرنسي الجديد جزئياً مع أحكام الفقرة (ج) من المادة (٧ ,٢ ,٢) من المبادئ، ولكن يبقى مع ذلك كثير من الاختلاف بينهما، فالمبادئ جاءت بأحكام أدق وأكثر تفصيلاً من الأحكام الواردة في المادة السابقة من التقنين الفرنسي، حيث تجيز هذه الأخيرة للدائن أن يقوم بنفسه أو من خلال الغير بالتنفيذ العيني على حساب المدين، وذلك بعد قيامه بإعذار المدين ليقوم بالتنفيذ العيني للالتزام الذي امتنع عن تنفيذه، وتجيز له كذلك القيام بهدم أو إزالة المخالفة التي تمت انتهاكاً لشروط العقد، وذلك على حساب المدين في الحالتين (وقد تمت مناقشة هاتين الحالتين سابقاً ونحيل إليه تجنباً للتكرار)[١٣٧].

الفرع الثاني

وجوب أن يأتي طلب التنفيذ العيني خلال مدة معقولة

جاء في الفقرة (هـ) من المادة (٧ ,٢ ,٢) من المبادئ، أنه لا يمكن فرض التنفيذ العيني بالنسبة للالتزامات غير دفع مبلغ من النقود، إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني خلال مدة معقولة، من اللحظة التي علم أو كان من واجبه العلم بعدم التنفيذ. ويجد هذا الاستثناء

(١٣٧) انظر سابقاً، صفحة ١١ وما بعدها.

تبريره، في حماية المدين من غش الدائن، وفق ما جاء في شرح المبادئ من أن: "تنفيذ العقد يتطلب في العادة تحضيرات وجهوداً كبيرة من جانب المدين. فإذا كانت مهلة التنفيذ قد انقضت ولكن الدائن لم يطلب التنفيذ خلال مدة معقولة، فإن المدين قد يفترض أن الدائن لا يتمسك بالتنفيذ. فإذا ترك الدائن المدين في حالة من الشك حول طلب التنفيذ من عدمه، فإن ذلك قد يكشف عن عدم نزاهة الدائن في إخفاء هذا الأمر، للحصول على مكاسب على حساب المدين، انتظاراً لتقلب ظروف السوق للأفضل لصالحه. لهذا فإن الفقرة (هـ) من هذه المادة تستبعد الحق في طلب التنفيذ إذا لم يطلب التنفيذ خلال مدة معقولة، من اللحظة التي علم فيها الدائن أو كان من واجبه العلم بعدم التنفيذ"(١٣٨).

فهذا الاستثناء هو على درجة كبيرة من الأهمية في الحياة العملية، كونه يوجب على الدائن الذي يطلب تنفيذاً خاصاً، أن يقدم ذلك خلال مدة معقولة من تاريخ اكتشاف العيب أو من الوقت الذي كان يجب عليه اكتشافه، وإذا لم يفعل ذلك خلالها، فإنه يفقد الحق في طلب التنفيذ العيني(١٣٩). والمدة المعقولة، تفرض على الدائن أن يقوم بفحص البضاعة التي تسلمها والخدمة التي تلقاها خلال مدة معقولة أيضاً.

وتحديد المدة المعقولة يعتمد على محل عدم التنفيذ، والظروف المحيطة، والعادات والأعراف، والتعامل السابق بين الأطراف(١٤٠).

ومن التطبيقات العملية على هذه الحالة، ما قضت به إحدى المحاكم، بشأن إبرام عقد

(١٣٨) بشأن قاعدة مماثلة تتناول فقدان الحق في فسخ العقد، انظر الفقرة ٢ من المادة (٧,٣,٢) من المبادئ، حيث تتناول الحالة التي يأتي فيها عرض التنفيذ من قبل المدين متأخراً أو غير مطابق، فإن الدائن يفقد الحق في فسخ العقد إذا لم يرسل إلى المدين إخطاراً بالفسخ خلال مدة معقولة من لحظة علمه أو من اللحظة التي كان يجب عليه العلم بعرض التنفيذ أو بعدم المطابقة.

(١٣٩) ومن هذه الناحية، يقرب هذا الاستثناء من الفقرة (١) من المادة (٣٩) من اتفاقية فيينا، التي توجب توجيه الإخطار بعدم المطابقة خلال مدة معقولة، بعد اكتشاف العيب أو من اللحظة التي كان من الواجب العلم بوجود العيب.

(140)H. Schelhass, Ibid, under art. 7.2.2 (PICC), No. 54, p797..

لبيع مواد صلبة بين شركة روسية وشركة ألمانية، وتم الاتفاق على تسليم البضائع خلال ٧ أشهر، وقد التزم المشتري بتنفيذ التزاماته المتفق عليها في العقد، أما البائع فلم يسلم خلال المدة المحددة سوى كمية قليلة من البضائع المتفق عليها. قامت المحكمة بتطبيق مبادئ اليونيدروا بدلاً من اتفاقية فيينا واجبة التطبيق أصلاً، نظراً لعدم وجود أحكام خاصة في اتفاقية فيينا، تبين شروط ووسائل التصحيح الخاصة التي تلائم طلب المشتري. وبالنتيجة تطبيقاً للمادة (٧, ٢, ٢) من المبادئ، رفضت المحكمة طلب المشتري بفسخ العقد لعدم التنفيذ الخاص، وعلى وجه الخصوص استناداً للقاعدة التي تقضي بوجوب تقديم طلب التصحيح خلال مدة معقولة من تاريخ علمه أو من الوقت الذي كان يجب عليه العلم بعدم التنفيذ[١٤١].

والواقع أن القوانين الوطنية ومنها القانون الفرنسي[١٤٢] والقانون المصري[١٤٣] والقانون الإماراتي[١٤٤]، تأخذ بشرط وجوب أن يقوم الدائن بطلب التنفيذ العيني خلال مدة معقولة، من خلال اشتراطها كقاعدة عامة أن يقوم الدائن بتوجيه إخطار للمدين يطلب فيه التنفيذ العيني، ويهدف الإعذار أو الإخطار من جهة إلى إثبات تقصير المدين بتنفيذ التزامه، وتعبيراً من جهة أخرى عن أن الدائن لا يزال متمسكاً بالتنفيذ العيني وأنه غير متساهل في المطالبة به كونه لا يزال مجدياً له، وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية بقولها: "لئن كانت المادة ٢٠٣/ ١ من القانون المدني أوجبت حصول الإعذار عند المطالبة بالتنفيذ العيني إلا أن الإعذار ليس شرطاً لقبول الدعوى وإنما هو شرط للحكم بالتنفيذ العيني، وكان الإعذار هو وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه، ويكون ذلك بإنذاره

(141) International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Arbitral Award No. 147/2005, 30.01.2007,

متوفر على الموقع: http://www.unilex.info/case.cfm?id=1327

(١٤٢) المادتان (١٢٢١ و ١٢٢٢) من التقنين المدني الفرنسي

(١٤٣) المادة (٢٠٣/ ١) من القانون المدني المصري.

(١٤٤) المادة (٣٨٠/ ١) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

بورقة رسمية من أوراق المحضرين أو ما يقوم مقامه، وتعتبر المطالبة القضائية ذاتها إعذاراً"(١٤٥). وما دام أن مبادئ اليونيدروا لم تشترط توجيه الدائن إخطاراً إلى المدين من أجل طلب التنفيذ العيني، وبالتالي عدم تحقق الغاية من هذا الإخطار والمتمثلة في إثبات تقصير المدين في تنفيذ التزامه وعدم تساهل الدائن في طلب التنفيذ العيني، فإن المبادئ قد أوجدت بديلاً عن توجيه الإخطار والفائدة التي يحققها، من خلال اشتراطها أن يأتي طلب التنفيذ العيني من قبل الدائن خلال مدة معقولة. فلو كانت مبادئ اليونيدروا قد اشترطت توجيه إخطار من أجل الحكم بالتنفيذ العيني، لما كانت هناك حاجة لفرض شرط وجوب طلب التنفيذ العيني خلال مدة معقولة.

(١٤٥) نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٤١٤ لسنة ٥٣، جلسة ٢٠/ ٠٢/ ١٩٩١، س ٤٢، ع ١، ص ٥٢٣، ق ٨٦.

الخاتـــــمة

لقد توصلنا في نهاية هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، نعرضها على النحو الآتي:

أولاً، لقد رسخ كل من مبادئ اليونيدروا والتقنين الفرنسي الجديد، مبدأ التنفيذ العيني للالتزامات العقدية باعتباره الأصل في جميع الالتزامات العقدية، سواء كانت التزامات نقدية أو التزامات غير نقدية. وتلزم المحكمة الحكم بالتنفيذ العيني الذي يطلبه الدائن متى توافرت شروطه، باعتباره الأصل، ولا يجوز للقاضي منعه من ذلك إلا في الحالات التي نصت عليها المبادئ والتقنين الفرنسي على سبيل الحصر. ويستطيع الدائن طلب التنفيذ العيني دون حاجة لإثبات أن ضرراً ما قد أصابه من جراء عدم التنفيذ، أو إثبات وجود خطأ من جانب المدين، أو أن إخلالاً جوهرياً قد حصل نتيجة عدم التنفيذ.

ثانياً، أوردت المبادئ والتقنين الفرنسي عدداً من الاستثناءات على التنفيذ العيني، مرتكزة في ذلك على مبدأ حسن النية ومنع التعسف في استعمال الحق. ورغم الاختلاف بين المبادئ والتقنين الفرنسي في تعداد هذه الاستثناءات وصيغتها، إلا أنهما يتفقان من حيث النتيجة، وأعطى كلاهما سلطة تقديرية واسعة للقاضي في هذا الصدد. فكلاهما يأخذ بالاستحالة باعتبارها استثناء على التنفيذ العيني، سواء كانت مادية أو قانونية أو معنوية، ولكن المبادئ على خلاف التقنين الفرنسي قد أوردت حالة الاستحالة المعنوية كحالة مستقلة، ولكن يتفق كلاهما بعد ذلك على الجزاء وعلى مفهوم الالتزام الذي يقوم على الاعتبار الشخصي للمدين، والذي يتطلب إما تدخل المدين شخصياً للتنفيذ العيني، أو وجود علاقة ثقة أو اختصاص متفرد لدى المدين. وسعى كلاهما لحماية المصالح الاقتصادية المشروعة للدائن والمدين، من خلال إجازتهما للقاضي رفض التنفيذ العيني الذي يطلبه الدائن إذا كان هذا الطلب يشكل إجحافاً بحق المدين، عندما يقتضي التنفيذ العيني تحميله نفقات وجهوداً غير معقولة، أو وجد عدم تناسب ظاهر بين التكلفة التي يتحملها المدين

والفائدة التي يجنيها الدائن من التنفيذ العيني، ولكن بشرط أن يكون المدين حسن النية وأن لا يلحق ذلك ضرراً جسيماً بالدائن. ففي جميع هذه الحالات، يمكن للدائن الذي لم يحصل على التنفيذ العيني، استخدام حقه بطلب الفسخ أو بطلب التنفيذ بمقابل، وباقي الوسائل الأخرى غير المتعارضة. بل أكثر من ذلك، فقد وضع كلاهما بدائل عن التنفيذ العيني من قبل المدين نفسه، إما بالتنفيذ من خلال الدائن نفسه أو من خلال الغير، بما في ذلك حق الدائن بإبرام صفقة أو عقد بديل، مع عدم المساس بحقوق الدائن الأخرى، بما في ذلك حقه في طلب التعويض، والمطالبة بالنفقات التي تحملها في سبيل التنفيذ العيني.

ثالثاً، لقد أعطت كل من مبادئ اليونيدروا والتقنين الفرنسي، الدائن الحق في تغيير الوسائل، مع حصر تطبيقه في الالتزامات غير النقدية، دون الالتزامات النقدية كون تنفيذها دائماً ممكناً. بموجب هذا الحق، يستطيع الدائن أن يطلب التنفيذ العيني، أو العدول عنه إلى الفسخ أو طلب التنفيذ بمقابل أو إبرام صفقة بديلة، ولكن بشرط أن تكون الوسائل التي يستخدمها الدائن متناسبة مع بعضها البعض. أما الوسائل المتعارضة فلا يجوز الجمع بينها، كطلب التنفيذ العيني وفي نفس الوقت طلب فسخ العقد. إضافة إلى ذلك، يجب عند استخدام الدائن لحقه بتغيير الوسائل، أن تكون هذه الوسائل متناسبة مع الظروف، ومراعاة مبادئ حسن النية ونزاهة التعامل، والمحافظة قدر الإمكان على المصالح المشروعة للمدين.

رابعاً، اشترطت مبادئ اليونيدروا في جميع الحالات التي يطلب فيها الدائن التنفيذ العيني، أن يأتي هذا الطلب خلال مدة معقولة، ويختلف هذا الشرط عن الشروط التي تتطلبها المبادئ في الصفقة البديلة والمتمثلة بأن تبرم خلال مدة معقولة وشروط معقولة كذلك. ويعود السبب من اشتراط المبادئ أن يأتي طلب التنفيذ العيني خلال مدة معقولة، إلى أن المبادئ تأخذ بالفسخ بالإعذار دون حاجة إلى صدور حكم قضائي بذلك، ولا توجب على الدائن توجيه إخطار للمدين لطلب التنفيذ العيني، في حين أن التقنين الفرنسي لم يشترط صراحة أن يأتي طلب التنفيذ العيني خلال مدة معقولة، ولكنه اشترط ذلك ضمناً،

من خلال إلزام الدائن كقاعدة عامة بتوجيه إخطار للمدين للتنفيذ العيني، ما يجعل الإعذار في التقنين الفرنسي يحقق الغاية من وجوب تقديم طلب التنفيذ العيني خلال مدة معقولة في مبادئ اليونيدروا.

خامساً، إن معيار إرهاق المدين الذي أخذ به القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي – ومعظم القوانين العربية – يحقق عموماً ذات النتائج التي يحققها معيار النفقات غير المتناسبة والجهود غير المعقولة في مبادئ اليونيدروا، ومعيار عدم التناسب الظاهر بين التكلفة التي يتحملها المدين مقارنة بالفائدة التي يجنيها الدائن من التنفيذ العيني في التقنين الفرنسي، مع ملاحظة أن التقنين الفرنسي قد اشترط لتطبيق معيار عدم التناسب الظاهر أن يكون المدين حسن النية في حين أن القانون المصري والقانون الإماراتي والمبادئ قد خلوا من ذكر شرط مماثل، وكذلك فإن القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدني الإمارتي، قد اشترطا صراحة لتطبيق معيار إرهاق المدين ألا يلحق العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضرراً جسيماً بالدائن، وهذا الشرط غير منصوص عليه في المبادئ والتقنين الفرنسي.

وفي الختام فإننا نوصي بما يلي:

أولاً، أن تضيف القوانين العربية صراحة بشأن معيار إرهاق المدين، شرطاً بأن يكون المدين حسن النية.

ثانياً، النص صراحة في القوانين المدنية العربية على حق الدائن في تغيير الوسائل واستخدام الجزاءات غير المتعارضة معاً.

ثالثاً، أن تأخذ القوانين المدنية العربية بما يعرف بالصفقة البديلة أو العقد البديل، نظراً لما تحققه من فوائد بالنسبة للدائن والمدين، مع اشتراط أن يأتي ذلك خلال مدة معقولة وشروط معقولة، لتجنب سوء نية الدائن وحفاظاً على المصالح المشروعة للمدين.

قائمة المصادر والمراجع

١) المراجع العربية

١) أمين دواس وآخرون، شرح مبادئ الينيدروا لعقود التجارة الدولية ٢٠١٠، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠١٧.

٢) أمين دواس، "اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٠ بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في ضوء أحكام القضاء والفقه"، عمادة البحث العلمي – الجامعة العربية الأمريكية – جنين، ٢٠١٣.

٣) أمين دواس، القانون المدني-أحكام الالتزام-دراسة مقارنة، ط١، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، ٢٠٠٥.

٤) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢.

٥) عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤.

٦) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام: المصادر-الإثبات-الآثار-الأوصاف-الانتقال – الانقضاء، تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.

٧) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الإثبات – آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.

٨) عبد الرزاق يس، النظرية العامة للالتزامات وفقا لأحكام قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، ج٢، أحكام الالتزام، مطابع البيان التجارية، دبي، ١٩٩٣-١٩٩٤.

٩) محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام: المصادر-الأحكام- الإثبات،

القاهرة ٢٠١٣.

١٠) محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

١١) محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني- دراسة فقهية وقضائية، جامعة بني سويف-كلية الحقوق، ٢٠١٦.

١٢) ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني (آثار الحقوق الشخصية-أحكام الالتزامات)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.

٢) المراجع الأجنبية

مراجع عامة:

1) Bénabent A., Droit des obligations, Précis Domat, 16e éd. LGDJ 2017.
2) Borghetti J.-S., À la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle: la correction de la mauvaise exécution, in Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul, éd. Dalloz, 2017.
3) Chantepie G. et Latina M., La réforme du droit des obligations – commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, éd. Dalloz 2016.
4) Chauviré P., Les dispositions relatives aux effets du contrat: in « la réforme du droit des contrats: du projet à l'ordonnance - thèmes et commentaires », éd. Dalloz 2016.
5) Chénedé F., Le nouveau droit des obligations et des contrats: consolidations – innovations – perspectives, éd. Dalloz, Nov. 2016.
6) David R., Les contrats en droit anglais, éd. LGDJ 1973.
7) Dissaux N. et Jamin Ch., Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, éd. Dalloz 2016.
8) Douville Th. (dir) et autres, La réforme du droit des contrats, commentaire article par article, ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, in éd. Gualino 2016.
9) Fabre-Magnan M., Droit des obligations: 1-Contrats et engament

unilatéral, 4e éd. Thémis droit PUF, Paris 2016.
10) Fages B., Droit des obligations, 6e éd. Manual, LGDJ 2016.
11) Fages B., Droit des obligations, 8e éd. Manual LGDJ 2018.
12) Fromont M. et Knetsch J., Droit privé allemand, 2e éd. LGDJ 2017.
13) Laithier Y.-M., Etudes comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat, préf. H. Muir-Watt, LGDJ 2004.
14) Malaurie Ph., Aynès L. et Stofell-Munck Ph., Droit civil, droit des obligations, 8e éd. LGDJ 2016.
15) Malaurie Ph., Aynès L. et Stoffel-Munck Ph., Droit civil, Droit des obligations, 9e éd. LGDJ 2017.
16) Mercadal B., Dossier pratique, Réforme du droit des contrats, ordonnance du 10 février 2016, éd. Francis-Le Febvre 2016.
17) Mestre J., Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat, in le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993.
18) Mestre J., Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance, Mélanges Raynaud 1985.
19) Renault-Brahinsky C., Mémentos, Droit des obligations, 15e éd. Gualino 2018-2019.
20) Sabard O., Les sanctions de les inexécutions du contrat : exception d'inexécution/exécution forcée, LEDC 2016, 3.
21) Schelhass H., Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), in S.VOGENAUER - J. KLEINHEISTERKAMP (eds.), Oxford University Press, New York, 2009.
22) Simler Ph., « Réforme du droit des obligations », J.-Class. Contrats Distribution, Fasc. 13.
23) Stoffel-Munck Ph. (dir), Le droit à l'exécution en nature: extension ou réduction? In Réforme du droit des contrats et pratiques du droit des affaires, Dalloz 2015, p. 97.
24) Viney G., Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français, in M. Fontaine et G. Viney « Les sanction de l'exécution des obligations contractuelles », Etude de droit comparé, Bruylant 2001.

مراجع متخصصة:

1) Andreu L., Forti V. et Savaux E., « Chronique de régime général des obligations », LPA, 1er août 2013, 7.
2) Aynès A., « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », Dr. et patr, juin 2016, 49.
3) Boulay J.-Ch., « Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance », RD com. 1990, 339.
4) Choné A.-S., Darmon J. et Grandjean J.-P., « Aménager le droit des contrats », JCP E 2016, 1374, nº 43.
5) Delebecque Ph., « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », Dr. et patr., juin 2016, 62.
6) Faure-Abbad M., «Article 1222: la faculté de remplacement », RDC 2015, 784.
7) Genicon Th., «Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature », Dr. et patr. 2014, 63.
8) Grosser P., «observations sur l'inexécution du contrat » in observation sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », Dir. J. Ghestin, LPA, 3-4 sept. 2015, nº 176-177, p. 78.
9) Jeandidier W., « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », RTD civ. 1976, 700.
10) Laithier Y.-M., « La primauté du droit à l'exécution en nature offert au créancier », RDC 2005. 161.
11) Laithier Y.-M., « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles - Articles 1217 à 1231-7 », JCP 2015, supplément au nº 21, p. 47.
12) Laithier Y.-M., « Les sanctions de l'inexécution du contrat », RDC 2016, 42.
13) Laithier Y.-M., «Le droit à l'exécution forcée, extension ou réduction? », in réforme du droit des contrats et pratiques des affaires, Thèmes et commentaires », Dalloz 2015, p. 99-100.
14) Le Bourg J. et Quézel-Ambrunaz C., « Article 1221: l'exécution forcée en nature des obligations », RDC 2015, 782.
15) Lebois A., « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel», JCP 2008, I, 210.
16) Leveneur L., « La réforme du droit des obligations », JCP N 2015,

1236, no 24.
17) Mainguly D., « Du « coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option » », Dr. et patr. 2014, no 240, p. 60.
18) Mazeaud D., « L'exécution en nature dans la réforme du droit des contrats », D 2016, 2477.
19) Mekki M., « Fiche pratique: l'exécution forcée en « nature » sauf si… », Gaz. Pal. 5 juill. 2016, no 25, p. 16.
20) Mekki M., « L'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », D 2016, 504.
21) Mekki M., « Les remèdes à l'inexécution dans le projet de l'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Gaz. Pal. 30 avril 2015, n° 120, p. 37.
22) Molfessis N., « Force obligatoire et exécution: un droit à l'exécution en nature? », RDC 2005, p. 37.
23) Pérés C., « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », JCP 2016, 454.

تعليقات على الأحكام القضائية

1) Barbier H., obs. sous Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, RTD civ., 2016, 107.
2) Barbier H., obs. sous Cass. 3e civ., 27 mars 2013, RTD civ., 2013, 603.
3) Béhar-Touchais M., note sous Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, JCP G 2016, 51.
4) Dubois C., note sous Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, D. 2015, 2423.
5) Esmein P., note sous Civ. 2e, 20 janv. 1953, JCP 1953, II, 7677.
6) Fauvarque-Cosson B., obs. sous Cass. 1re civ., 16 janv. 2007, D 2973.
7) Gautier P.-Y., obs. sous Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, RTD civ., 2016, 140.
8) Genicon Th., obs. Sous Cass. 3e civ., 27 mars 2013, RDC 2013/3, 890.
9) Gout O., note sous Cass. 1re civ., 16 janv. 2007, D 2007, 1119.
10) Grosser P., «L'exécution forcée en nature », AJCA 2016, 119.
11) Grosser P., obs. sous Cass. 3e civ. 22 mai 2013, JCP 2013, 974.
12) Grosser P., obs. Sous Cass. 3e civ., 21 janv. 2016, JCP G 2016, doctr. 345.
13) Jourdain, obs. sous Cass. 3e civ., 28 sept. 2005, RTD civ. 2006, 129.

14) Laithier Y.-M., obs. sous Cass. 3e civ. 22 mai 2013, RDC 2014, 22.
15) Malinvaud Ph., obs. sous Cass. 3e civ., 28 sept. 2005, RD imm. 2005, 458.
16) Malinvaud Ph., obs. Sous Cass. 3e civ., 11 mai 2005, RDI 2005, 299.
17) Mazeaud D., note sous Cass. 3e civ., 15 dec. 1993, JCP 1995, II, 22366.
18) Mazeaud D., obs. Sous Cass. 1re civ., 16 janv. 2007, RDC 2007, 3, 719.
19) Mekki M., obs. sous Cass. 1re civ., 16 janv. 2007, JCP G 2007, I, 161.
20) Mekki M., obs. sous Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, D. 2016, 566, 140.
21) Mestre J. et Fages B., obs. sous Cass. 3e civ., 11 mai 2005, RTD civ. 2005, 596.
22) Mestre J. et Fages B., obs. sous Cass. 1re civ., 16 janv. 2007, RTD civ. 2007, 342.
23) Mestre J. et Fages B., obs. sous Cass. 3e civ., 28 sept. 2005, RTD civ. 2006, 311.
24) Mestre J. et Fages B., obs. sous Cass.1re civ., 9 juill. 2003, RTD civ 2003, 709.
25) Mestre J., obs. Sous Cass, 3e civ., 15 dec. 1993, RTD civ. 1994, 588.
26) Planiol M., note sous Cass. civ., 14 mars 1900, DP 1900, I, 497.
27) Serra Y., note sous Cass. soc., 24 janv. 1979, D 1979, 619.
28) Seube J. B., obs. sous Cass. 1re civ., 27 janv. 2008, RDC 2009/2, 613.
29) Seube J.-P., obs. sous Cass. 3e civ., 27 mars 2013, RDC 2013, 974.
30) Tomasin D., obs. sous Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, RDI 2016, 27.
31) Viney G., obs. sous Cass. 1re civ., 16 janv. 2007, RDC 2007, 3, 741.
32) Viney G., obs. sous Cass. 1re civ., 9 juill. 2003, JCP 2004, I, 163.
33) Viney G., obs. sous Cass. 3e civ., 27 mars 2013, RDC 2013/3, 903.

Arabic references are romanized:

1) Amin Dawas wakhrun, sharah mabadi alyiniidrua lieuqud altijarat alduwaliat 2010, altabeat alawlaa, manshurat alhalabi alhuquqiati, Beirut, Lebanon, 2017.
2) Amin Dawas, "atifaqiat al'umam almutahidat lisanat 1980 bishan euqud albaye alduwalii lilbadayie fi daw' 'ahkam alqada' walfiqh", eimadat albahth aleilmii - aljamieat alearabiat al'amrikiat - jinin, 2013.
3) Amin Dawas, alqanun almadinii-'ahkam alialtizami-drasat muqaranati, ta1, dar alshuruq lilnashr waltawziei, ram allah, 2005.
4) Jamil Al-Sharqawi, alnazariat aleamat lilialtizami, alkutaab althaani, 'ahkam alialtizami, dar alnahdat alearabiati, Cairo, 1992.
5) Adel Jabri Muhammad Habib, altanfidh aleayniu liliailtizamat aleaqadiati, dar alfikr aljamieii, Alexandria, 2004.
6) Abdul Razzaq Ahmed Al-Sanhoury, alwajiz fi alnazariat aleamat lilailtizami: almasadiri-al'iithbati-alathar-alawsaf-alaintiqal - alainqida'i,

tanqih 'ahmad midhat almaraghi, munsha'at almaearif bial' Alexandria, 2004.

7) Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhoury, alwasit fi sharh alqanun almadanii, aljuz' althaani, alathibat - athar alailtizami, manshurat alhalabii alhuquqiati, Beirut, 2000.
8) Abdul Razzaq Yassin, alnazariat aleamat lilailtizamat wifqan li'ahkam qanun almueamalat almadaniat lidawlat al'iimarat alearabiat almutahidat alsaadir bialqanun alaitihadii raqm 5 lisanat 1985, ja2, 'ahkam alailtizami, matabie albayan altijariati, Dubai, 1993-1994.
9) Mohamed Hossam Mahmoud Lotfy, alnazariat aleamat lilailtizami: almasadiri-al'ahkami- al'iithbati, Cairo 2013.
10) Muhammad Shukri Sorour, mujiz alaihkam aleamat lilailtizam fi alqanun almadanii almisrii, t 2, dar alnahdat alearabiati, Cairo, 2008.
11) Mohamed Abdel-Zahir Hussein, al'ahkam aleamat lilailtizam fi alqanun almadanii- dirasat fiqhiat waqadayiyatun, jamieat bani suifi-kaliat alhuququ, 2016.
12) Yassin Muhammad Al-Jubouri, almabsut fi sharh alqanun almadanii, aljuz' althaani (athar alhuquq alshakhsiati-'ahkam alailtizamati), dar althaqafat lilnashr waltawziei, Amman, 2011.