معيار "عدم التناسب الظاهر بين التكلفة التي يتحملها المدين والفائدة التي يجنيها الدائن" بوصفه مانعا من التنفيذ العيني للالتزام في النظام القانوني الفرنسي

يوسف شندي

قسم القانون المدني، كلية الحقوق، الجامعة العربية الأمريكية – فلسطين

yousef.shandi@aaup.edu

ملخص

يتناول هذا البحث موضوع التنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية الواردة في المادتين (1221 و1222) من التقنين المدني الفرنسي، اللتين تمّ استحداثهما بموجب "المرسوم رقم 2016 – 131 بتاريخ 2016/2/10، المعدل لقانون العقود، الأحكام العامة وإثبات الالتزامات". وبموجب هاتين المادتين، فقد تم ترسيخ قاعدة عامة في مجال العقود، وهي وجوب تنفيذ الالتزامات التعاقدية تنفيذا عينيا بوصفه الأصل، ثم استحدثت المادة (1221) استثناء هاما على هذه القاعدة، وهي السماح للقاضي برفض طلب الدائن تنفيذ الالتزام عينا، إذا تحقق من وجود "عدم تناسب ظاهر بين تكلفة التنفيذ العيني التي يتحملها المدين مقارنة بالفائدة التي يجنيها الدائن منه".

هذا الاستثناء هو في حقيقة الأمر عبارة عن معيار يسمح باستبعاد التنفيذ العيني في ظروف معينة، لذلك جاء هذا البحث لدراسة هذا المعيار وتحليله وفقا لآراء الفقه واجتهادات القضاء الفرنسي، من خلال بيان الأسباب الدافعة إلى ترسيخ هذا المعيار، وبيان كيفية تطبيقه أمام القضاء وضوابط ذلك وقيوده.

الكلمات الدالة: العقد، التنفيذ العيني، الالتزام، القانون الفرنسي، التعسف، حسن النية.

المقدمة

لقد استحدث "المرسوم الفرنسي رقم 2016 – 131 بتاريخ 2016/2/10م، المعدل لقانون العقود، الأحكام العامة وإثبات الالتزامات" ـ استحدث المادتين (1221 و1222) من التقنين المدني لتنظيم أحكام التنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية. فقد جاء في المادة (1221) أنه: "يستطيع الدائن بالالتزام، بعد توجيه إعذار، القيام بالتنفيذ العيني إلا إذا كان هذا التنفيذ مستحيلا، أو وجد عدم تناسب ظاهر بين تكلفته بالنسبة للمدين حسن النية والفائدة التي يجنيها الدائن منه"[1]. وجاء في المادة (1222) أنه: "بعد توجيه الإعذار، يستطيع الدائن أيضا، خلال مدة وتكلفة معقولة، القيام بالتنفيذ بنفسه، أو القيام بعد حصوله على إجازة مسبقة من القاضي بإزالة ما تم إقامته انتهاكا لذلك، ويستطيع مطالبة المدين بدفع قيمة التكاليف المدفوعة لتحقيق هذا الغرض"، "ويستطيع ـ أيضا ـ أن يطلب من القضاء إلزام المدين بتقديم المبالغ الضرورية لهذا التنفيذ أو لهذه الإزالة"[2].

بموجب هاتين المادتين، فقد تم ترسيخ قاعدة عامة في مجال العقود، وهي وجوب تنفيذ الالتزامات التعاقدية تنفيذا عينيا بوصفه الأصل، وأعطت المادة (1221) الدائن، بعد إعذار المدين، حق إجبار مدينه على التنفيذ العيني لالتزاماته التعاقدية إذا لم يقم بذلك طوعا. بل أجازت المادة (1222) للدائن أن يقوم بالتنفيذ بنفسه أو من خلال الغير، على حساب المدين، عند امتناع هذا الأخير عن تنفيذ التزاماته.

وبالرغم من إحداث هاتين المادتين لبعض التغييرات على التنظيم القانوني السابق لتنفيذ الالتزامات التعاقدية، فإنها لم تكن تغييرات جذرية، بل جاءت معظمها ترسيخا للاتجاهات السابقة في القضاء الفرنسي والتي كانت تأخذ بالتنفيذ العيني

1. تم استحداث هذا النص بموجب المرسوم الفرنسي رقم 2016-131 بتاريخ 2016/2/10، وقد تمت إضافة تعبير "حسن النية" بموجب قانون الاعتماد رقم 2018-287 بتاريخ 2018/4/20، المادة (10) 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 son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

2. « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnable, 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 ».

للالتزامات التعاقدية كأصل عام[3]. مع ذلك، فإنّ المادة (1221) قد حملت تغييرا جوهريا، يتمثل في استحداث استثناء جديد على تنفيذ الالتزامات التعاقدية تنفيذا عينيا، وبموجبه يستطيع القاضي أن يرفض التنفيذ العيني الذي يطلبه الدائن إذا تحقق من وجود "عدم تناسب ظاهر بين التكلفة التي يتحملها المدين والفائدة التي يجنيها الدائن منه". وهذا الاستثناء هو في واقع الأمر عبارة عن "معيار" أسند تطبيقه للقاضي، للتخفيف من غلواء الدائن في طلب تنفيذ الالتزام عينا عندما يكون هذا الطلب مجحفا للمدين، بل منافيا للعدالة أحياناً. وقد جاء استحداث هذا الاستثناء أو المعيار لسببين: الأول هو سعي المشرع الفرنسي إلى تغيير اتجاه بعض السوابق القضائية المنتقدة بشدة، والتي كانت تأمر بالتنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية، دون اعتبار لدرجة الإرهاق ومقدار التكلفة التي يتحملها المدين في سبيل ذلك. والثاني هو تحديث الأحكام الخاصة بالتنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية، متبعة في ذلك اتجاه بعض الأعمال الدولية، كمبادئ اليونيدروا والمبادئ الأوروبية لقانون العقود، وعدد من القوانين، كالقانون المدني الألماني، والتي ترسخ جميعا استثناءات مماثلة للاستثناء الفرنسي الوارد أعلاه.

وبالتالي، فتتمثل إشكالية هذا البحث في دراسة هذا الاستثناء الجديد في القانون الفرنسي، وتحليله وفقا للآراء الفقهية والسوابق القضائية، بغية الاستفادة منه في الدول العربية والتي تأخذ – معظمها ومنذ زمن بعيد – باستثناء مماثل في قوانينها المدنية، ولكن لا يتسع المجال لعقد مقارنة بينها وبين الاستثناء الوارد أعلاه في القانون الفرنسي. ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة أسئلة، أهمها: ما المقصود بمعيار "عدم التناسب الظاهر"؟ وما هي المسوّغات التي دفعت المشرع الفرنسي إلى ترسيخه؟ وما مدى انسجام ترسيخ هذا الاستثناء مع الاتجاهات القانونية الدولية والوطنية؟ وكيف سيؤثر ذلك في الاتجاهات القضائية الفرنسية السابقة على ترسيخه؟ وما دور القاضي والأطراف في تطبيق هذا المعيار؟

سنجيب عن هذه الإشكالية والأسئلة المتفرعة عنها، اعتمادا على المنهج الوصفي التحليلي، وقد ارتأينا تقسيم موضوع الدراسة إلى مبحثين؛ نخصص الأول لدراسة الأسباب الدافعة إلى ترسيخ معيار "عدم التناسب الظاهر"، ونخصص الثاني لبيان كيفية تطبيق هذا المعيار.

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

المبحـث الأول: الأسباب الدافعة لاعتماد معيار "عدم التناسب الظاهر":

إنّ الإحاطة بالأسباب الدافعة إلى ترسيخ معيار "عدم التناسب الظاهر" في فرنسا، يقتضي ابتداء بإظهار السياق العام لاعتماد هذا المعيار، لذلك سنقوم بتناول ترسيخ مبدأ التنفيذ العيني واستثناء عدم التناسب الظاهر في مطلب أول، ثم نعرض مسوّغات ترسيخ هذا الاستثناء في القانون الفرنسي والقوانين المقارنة في مطلب ثان.

المطلب الأول: ترسيخ مبدأ التنفيذ العيني، واستثناء عدم التناسب الظاهر:

نتناول في هذا المطلب ترسيخ مبدأ التنفيذ العيني (الفرع الأول)، ومن ثم نشرح استثناء "عدم التناسب الظاهر" (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ترسيخ مبدأ التنفيذ العيني:

لقد رسخ المرسوم الفرنسي الجديد مبدأ التنفيذ العيني في جميع أنواع الالتزامات، وخصص، لهذا الغرض، المادتين (1221 و1222) من التقنين المدني، لذلك سنقوم باستعراض كلا المادتين على انفصال.

أولاً: التنفيذ العيني من المدين (المادة 1221):

رسخت المادة (1221) مبدأ التنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية[4]، وأعطت الدائن حق إجبار مدينه على ذلك إذا لم يقم بذلك طوعا. وبالتالي فإنّ التنفيذ العيني هو حق ممنوح للدائن، يستطيع ممارسته حسب مصلحته. ويثبت هذا الحق للدائن، بوصفه الأصل بصرف النظر عن طبيعة الأداء المطلوب تنفيذه[5]، ويطبق من الآن فصاعدا، سواء كان التزاما بدفع مبلغ نقدي، أو بتسليم شيء، أو بنقل حق عيني، أو قياما بعمل، أو امتناعاً عن عمل، وذلك خلافا لما كان عليه الوضع سابقا سندا للمادة (1142) القديمة من التقنين المدني الفرنسي، التي كانت تجيز التنفيذ العيني الجبري فقط في الالتزام بنقل حق

4. « 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 » : Fabre-Magnan M., « Droit des obligations : 1-Contrats et engament unilatéral », 4e éd. Thémis droit PUF, Paris 2016, no 677, p. 725.

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

عيني، في حين كانت تمنع ذلك في الالتزامات بالقيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل، بحيث كانت تكتفي بالحكم للدائن بالتعويض[6].

ولا يشترط لممارسة الدائن لحقه بالتنفيذ العيني[7]، أن يثبت من جهة أنه قد أصابه ضرر من جراء الإخلال بالتنفيذ الحاصل؛ كون التنفيذ العيني هو حق للدائن يستطيع المطالبة به استقلالا عن أي ضرر[8]، وهذا هو الاختلاف الأساسي عن المسؤولية العقدية التي تتطلب من الدائن إثباتاً بأنه قد أصابه ضرر من جراء إخلال المدين بالتنفيذ حتى يحكم لمصلحته. ولا يتوقف حق الدائن بطلب التنفيذ العيني من جهة أخرى، على إثبات صدور خطأ من جانب المدين، أو إثبات أنّ إخلالا جوهريا أو جسيما قد حصل نتيجة الاخلال بتنفيذ الالتزام[9]، وذلك على خلاف الفسخ القضائي الذي يتطلب ذلك[10].

وإذا أراد الدائن التنفيذ العيني، فيجب أن يطلب ذلك صراحة من القاضي، ويلزم القاضي عند توجيه هذا الطلب أن يحكم بالتنفيذ العيني الجبري إذا توافرت شروطه، وطالما أنه يتفق مع أحكام المادتين (1221 و1222). في المقابل، لا يستطيع القاضي فرض التنفيذ العيني الجبري من تلقاء نفسه ما دام أنّ الدائن لم يطلبه، لأنّ التنفيذ العيني هو فقط مجرد خيار ممنوح للدائن يستطيع ممارسته أو عدم ممارسته حسب ما يراه محققا لمصلحته. إلاّ أنّ التنفيذ العيني الجبري يتطلب أن يقوم الدائن بتوجيه إعذار مسبق للمدين، يطلب منه تنفيذ التزامه طوعا، فإذا استجاب المدين ونفذ التزامه عينا بعد الإعذار، فلا يجوز للدائن رفض التنفيذ العيني الذي يعرضه المدين إلاّ إذا كان لديه مبرر مشروع لرفض ذلك[11]. وعلى كل حال، فإنّ

6. حول تطبيق المادة (1142) من التقنين المدني الفرنسي قبل التعديل لسنة 2016، انظر :

Molfessis N., « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », RDC 2005, p. 37 ; 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, p. 91, spéc. 93 ; Fages B., « Droit des obligations », 8e éd. LGDJ 2018, no 295 s., p. 252 s.

7. في حال عدم التنفيذ، يستطيع الدائن اللجوء إلى الجزاءات الأخرى المنصوص عليها في المادة (1217) من التقنين المدني الفرنسي.

8. Civ. 3e, 6 mai 1980, no 78-16390, Bull. civ., III, no 91:

تقول محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم أن: "دعوى التنفيذ العيني للالتزام التعاقدي لا تتوقف على وجود ضرر". انظر في ذات الاتجاه أيضا:

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

9. Civ. 3e, 22 mai 2013, no 12-16217 : JCP 2013, 974, no 11, obs. Grosser P. ; RJDA 5/14, no 408 ; RDC 2014, 22, obs. Laithier Y.-M.,

يقول الكاتب في هذا الصدد أن: "الالتزام التعاقدي يمكن أن يكون محلا للتنفيذ العيني استقلالا عن خطورة الاخلال بالتنفيذ الحاصل".

10. Article (1224) du code civil.

11. Civ. 3e, 27 mars 2013, no 12-13734, Bull. civ. III, no 40 ; 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, Dalloz, 2017, p. 131.

توجيه الإعذار ليس من النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على أنّ حلول أجل التنفيذ يعدّ بذاته إعذارا، وهذا الشرط صحيح لا غبار عليه[12]. ويرى البعض أنّ متطلب توجيه الإعذار الواجب توجيهه للمدين قبل طلب التنفيذ العيني، هو تطبيق لمبدأ حسن النية؛ كونه من جهة يعطي فرصة أخيرة للمدين لتنفيذ التزاماته طوعا، وفي الوقت نفسه إثبات عدم التنفيذ الحاصل من المدين[13].

ثانيا: التنفيذ العيني على حساب المدين (المادة 1222):

تجيز المادة (1222) للدائن، بعد توجيه إعذار للمدين، القيام بنفسه أو من خلال الغير، بالتنفيذ العيني للالتزام الذي امتنع المدين عن تنفيذه، وكذلك القيام بهدم المخالفة التي تمت أو إزالتها انتهاكا لشروط العقد، وذلك على حساب المدين. وقد ميزت المادة السابقة بين حالتين:

الحالة الأولى، تتعلق بالالتزام بالقيام بعمل (ويدخل في هذه الفئة الالتزام بنقل حق عيني)، فقد أجازت هذه المادة للدائن استخدام ما يسمى بخيار الاستبدال أو البدل le remplacement[14] عن طريق قيامه بالتنفيذ العيني بنفسه أو من خلال الغير، على حساب المدين. فإذا كان محل العقد عبارة عن أشياء معينة بالنوع (المثليات)[15]، يجوز للدائن بعد إعذار المدين الحصول على التنفيذ العيني من مورد آخر، عن طريق إبرام صفقة بديلة خلال مدة معقولة وسعر معقول، ودون حاجة لإذن مسبق بذلك من القضاء، وذلك على خلاف ما كان عليه الوضع سابقا (المادة 1144 القديمة من التقنين المدني الفرنسي)، فقد كان يشترط الحصول على إذن مسبق بذلك من القضاء إلا في حالة الضرورة أو الاستعجال. ويشترط النص أن يتم إبرام الصفقة البديلة ضمن مدة معقولة وسعر معقول، ومراعاة المعقولية في الحالتين تخضع للرقابة القضائية، ولا شك أنّ هذا القيد

12. وتسير في هذا الاتجاه مثلا المادة (219) من القانون المدني المصري، والمادة (257) من القانون المدني العراقي.

13. Chantepie G. et Latina M., « La réforme du droit des obligations – commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil », éd. Dalloz 2016, nº 634, p. 549 :

يقول الكاتب: "هذا ما يفسره متطلب حسن النية الذي يجب أن يحكم تنفيذ العقد. في هذه المرحلة، يجب على الدائن منح مدينه فرصة أخيرة للوفاء بالتزاماته، حتى لو لم يكن تنفيذا كاملا ولكن على الأقل دون عواقب وخيمة بالنسبة له. لذلك تظهر الحاجة لتوجيه تنبيه أخير - يثبت ــ أيضا ــ عدم التنفيذ الحاصل - قبل الشروع بإجراءات التنفيذ، حتى لو تعلق الأمر بمجرد تأخر في التنفيذ".

14. 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.

15. يكون الوفاء - كقاعدة عامة - في الأشياء المعينة بالذات، بتقديم ذات الشيء المتفق عليه، وذلك خلافا للأشياء المعينة بالنوع (المثليات) حيث لا يعد الوفاء بغيرها التزاماً بدلياً أو تخييرياً، وإنما تنفيذا عينياً طالما كان بالجودة نفسها المتفق عليها في العقد، أو كان متوسط الجودة في حال عدم وجود اتفاق.

يضيق من استخدام هذه الوسيلة البديلة في التنفيذ العيني. ولتقدير التكلفة المعقولة، فيجب على المدين مقارنة سعر الصفقة البديلة مع سعر التنفيذ. والغاية من اشتراط أن يأتي ذلك ضمن مدة معقولة وشروط معقولة، هي "سعي المدين إلى المحافظة على درجة من التوازن الاقتصادي بين التنفيذ، وفقاً لما تمّ الاتفاق عليه ابتداء، والتنفيذ الذي تم من خلال الغير"[16]. ونود في هذا الصدد إيراد ملاحظتين على التنظيم القانوني للصفقة البديلة الواردة في المادة (1222) من التقنين المدني الفرنسي: الملاحظة الأولى هي أنّ هذه المادة لم تشترط فسخ العقد لإمكانية إبرام الدائن للعقد البديل، وهذا على خلاف المادة (7-4-5) من مبادئ اليونيدروا، التي اشترطت فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ حتى يستطيع الدائن إبرام العقد البديل، بل إنّ المادة السابقة من المبادئ قد وضعت قرينة قانونية تفترض وقوع الضرر بالدائن من جراء عدم التنفيذ العيني للمدين، وأنّ قيمة هذا الضرر تتمثل في الفرق بين السعر المتفق عليه في العقد الأصلي، والسعر في العقد البديل، لهذا تمّ اشتراط أن يكون إبرام الصفقة البديلة قد جاء خلال مدة معقولة وسعر وشروط معقولة، تجنبا لتعسف الدائن وغشه، لهذا فإنّ التنظيم القانوني الفرنسي للصفقة البديلة يشوبه النقص من هذه الناحية. والملاحظة الثانية هي أنه يجب أن يكون المحل في العقد البديل مشابهاً تماما للعقد الأصلي، من حيث الطبيعة والنوع والكمية؛ لأنه من دون هذا التشابه فلا يمكن إجراء مقارنة موضوعية وحقيقية بين المحل في العقد الأصلي والمحل في العقد البديل، وقد راعت المادة السابقة من القانون الفرنسي ذلك؛ كونها تتحدث عن الأشياء المعينة بالنوع (المثليات).

ويدخل ـ أيضا ـ ضمن نطاق تطبيق المادة (1222) من التقنين المدني الفرنسي، حالة 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 نفسه بإقامة البناء، أو بإصلاح العطل في المركبة، أو التعاقد مع الغير للقيام بهذا العمل. وفي الحالتين السابقتين، يستطيع الدائن، بإرادته المنفردة، استخدام هذه الطريقة بديلا عن التنفيذ العيني للمدين، ولا يستطيع القاضي منعه من ذلك طالما تمّ احترام الشروط التي يفرضها القانون وهي: توجيه إعذار للمدين، واحترام مدة مناسبة حتى يستطيع المدين التنفيذ العيني إذا أراد ذلك، وأن تكون نفقات التنفيذ البديل معقولة، ويتحمل المدين هذه النفقات المعقولة.

الحالة الثانية، وتتعلق بالالتزام بالامتناع عن عمل، فيجوز للدائن القيام بنفسه أو من خلال الغير، بهدم المخالفة التي تمت أو إزالتها، انتهاكا لشروط العقد (مقارنة مع المادة 1143 القديمة من التقنين المدني الفرنسي)، ولكن يجب على الدائن، وقبل

16. A. Aynès, « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », Dr. et patr., juin 2016, 49 s., spéc. P. 50.

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 أنّ الدائن لم يكن محقا في ذلك، وكذلك تجنبا لتعسف الدائن[17]، وهو ما دفع المشرع – كما جاء في التقرير المرفوع إلى رئيس الجمهورية – إلى "السير خطوة إلى الوراء من خلال اشتراط الحصول على إذن مسبق من القضاء". ويرى بعضهم أنه يجب الأخذ بالتنفيذ العيني الذي يسوّغ الهدم أو إزالة المخالفة انتهاكا لشروط العقد، ومهما كانت التكلفة التي يتحملها المدين جراء ذلك، عندما يشكل الانتهاك، اعتداء على حق الملكية[18].

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، أو أن يقوم بالتنفيذ بنفسه، ومن ثم مطالبة المدين لاحقا بالنفقات والمصاريف التي تكبدها في سبيل ذلك.

الفرع الثاني: ترسيخ استثناء "عدم التناسب الظاهر":

لقد أوردت المادة (1221) استثناء عاما، يتمثل في منع الدائن من المطالبة بالتنفيذ العيني عند وجود "عدم تناسب ظاهر بين تكلفة التنفيذ العيني التي يتحملها المدين مقارنة بالفائدة التي يجنيها الدائن من ذلك disproportion manifeste (entre le coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier » ولكن لا يطبق هذا الاستثناء إلاّ إذا كان المدين حسن النية[19].

لا شك أنّ ترسيخ هذا الاستثناء، يعد تحديثا مهما في نظام القانون الفرنسي، وتغييرا جوهريا في المسار القضائي السابق على تشريع هذا النص الجديد. فقبل هذا التعديل، كانت محكمة النقض الفرنسية، استنادا إلى القواعد العامة، متشددة جدا إزاء المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه العقدي، فكانت تفرض التنفيذ العيني بشكل صارم ما دام أنّ الدائن قد طلبه، ودون

17. F. Chénedé, « Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations – innovations – perspectives », éd. Dalloz, nov. 2016, nº 28 :121, p. 122.

18. B. Mercadal, « Dossier pratique, Réforme du droit des contrats, ordonnance du 10 février 2016 », éd. Francis-Le Febvre 2016, nº 704.

19. تمت إضافة أنّ هذا الاستثناء لا يطبق إذا كان المدين حسن النية، بموجب القانون الفرنسي :

Loi de ratification nº 2018-287, du 20 avril 2018.

اعتبار لدرجة الإرهاق ومقدار التكلفة التي يتحملها المدين جراء ذلك، طالما أنّ التنفيذ العيني كان ممكنا غير مستحيل[20]. وبناء عليه، قضت بإلزام مقاول بناء على طلب الدائن بهدم منزل لأحد الأشخاص، وإعادة بنائه على نفقته الخاصة بسبب نقص في البناء بمقدار 33 سم عما يفرضه العقد[21]. وقضت ـ أيضا ـ بناء على طلب المالك بإلزام مقاول بهدم منزل وإعادة بنائه على نفقته الخاصة؛ بسبب انحراف إحدى النوافذ عن مكانها، وأن مستوى البناء جاء أهبط قليلا مما كان متفقا عليه في العقد[22]، وقضت أنّ البناء مزاح من مكانه بمسافة ½ متر باتجاه أرض الجار[23]، وقضت بأنّ من حق المؤجر إلزام المستأجر بإزالة جميع الأعمال التي أجراها في العين المؤجرة من دون إذنه، حتى لو كانت هذه الأعمال عبارة عن تحسينات نافعة[24]. هذا التوجه العام لمحكمة النقض الفرنسية كان منتقدا بشدة، وقد كان سببا رئيسا في ترسيخ المشرع الفرنسي لاستثناء عدم التناسب الظاهر وفقاً لما جاء في التقرير المرفوع إلى رئيس الجمهورية والذي جاء فيه "تجنب بعض السوابق القضائية المنتقدة بشدة...".

ومما تجدر الإشارة إليه هنا، هو أنّ معيار عدم التناسب الظاهر، يطبق في جميع أنواع الالتزامات، سواء أكان التزاما بنقل حق عيني، أم قياما بعمل، أم بالامتناع عن عمل، ولا يستثنى من ذلك سوى الالتزام بدفع مبلغ نقدي، والذي يكون تنفيذه ـ دائما ـ ممكناً، والمتمثل بدفع المبلغ المستحق.

20. Civ. 3e, 11 mai 2005, no 03-21136, Bull. civ. III, no 103: CCC 2005, no 187, obs. Leveneur ; RDI 2006, 307, obs. O. Tounafoud ; RDC 2006, p. 323, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2005, 596, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDI 2005, 299, obs. P. Malinvaud ; D. 2005, 1504.

تقول المحكمة في هذا الحكم: "يجوز للطرف الذي لم يحصل على التنفيذ، أن يجبر الطرف الآخر على تنفيذ التزامه العقدي، ما دام ذلك ممكنا".

21. Civ. 3e, 11 mai 2005, no 03-21136 : RTD civ. 2005, 596, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2006, 2, 323, obs. D, Mazeaud ; RD imm 2005, 299, obs. Ph. Malinvaud et 2006, 307, obs. O. Tournafond.

22. Civ. 3e, 16 juin 2015, no 14-14612 : RDC 2015/4, 939, obs. T. Genicon; RTD civ. 2016, 107, obs. H. Barbier.

23. Civ. 3e, 20 mars 2002, no 00-16015 : RTD civ.2002, 333, obs. Th. Revet.

24. Civ. 3e. 18 nov. 1980, Bull. civ., no 177 ; Civ. 3e. 25 janv. 2006, Bull. civ. III, no 20 ; RDC 2006, 818, obs. Veney.

المطلب الثاني: مسوّغات تطبيق معيار "عدم التناسب الظاهر":

سنقوم ببحث مسوّغات الأخذ باستثناء "عدم التناسب الظاهر" (الفرع الأول)، ثم نعرض المفاهيم المقابلة لهذا الاستثناء في بعض القوانين المقارنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسوّغات في القانون الفرنسي:

بالرغم من الموقف المتشدد لمحكمة النقض الفرنسية سابق الذكر إزاء المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه، فإنها كانت تشعر أحيانا بأنّ تمسك الدائن بالتنفيذ العيني بالرغم من الإرهاق الشديد الذي يصيب المدين من جراء ذلك، مقارنة بالفائدة التي يجنيها الدائن منه ـ فيه ظلم وإجحاف بحق المدين. وقد ظهر تردد محكمة النقض في فرض التنفيذ العيني في بعض القرارات إذا وجدته غير عادل ويتنافى مع مقتضيات حسن النية، خصوصا عند وجود "عدم تناسب بين طلب التنفيذ العيني بالنظر إلى خطورة عدم التنفيذ"[25]، أو وجدت الدائن متعسفا في طلب التنفيذ العيني عندما لا تكون له فائدة حقيقية من ذلك. وقد استخدمت محكمة النقض مبدأ حسن النية ونظرية التعسف في استعمال الحق من أجل التخفيف من غلواء الدائن في طلب التنفيذ العيني[26].

أولا: حسن النية:

استنادا لمبدأ حسن النية وعدم عدالة الحكم بالتنفيذ العيني، عند وجود عدم تناسب بين التنفيذ العيني وخطورة عدم التنفيذ، فقد عابت محكمة النقض الفرنسية على قاضي الموضوع في أحد قراراتها، قيامه بالحكم على المدين بهدم بناء على حسابه الخاص، والأمر بإعادة بنائه من جديد، وأنه كان يجب عليه النظر فيما إذا كان هذا الهدم يشكل جزاء متناسبا مع خطورة الإخلال بالتنفيذ وعدم المطابقة الحاصلة أم لا[27].

وبناء عليه، فقد رفض القضاء في عديد من القرارات طلب الدائن تنفيذ الالتزام عينا؛ كونه يتعارض مع العدالة وحسن النية في تنفيذ العقود، فإذا قام المؤجر مثلا بإعادة تأجير العين المؤجرة بحالتها السابقة، فلا يكون حسن النية عندما يطالب

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

26. See, A. Bénabent, « Droit des obligations », Précis Domat, 16e, éd. LGDJ 2017, no 375, p. 302.

27. 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.

المستأجر السابق بدفع تكاليف إعادة تأهيل المأجور حسب شروط العقد"[28]. ويقول الفقية C. Renault–Brahinsky إن "الهدف (من استثناء عدم التناسب الظاهر) هو تجنب الآثار غير العادلة للتنفيذ العيني عندما يكون مكلفا بشكل فاحش للمدين ودون وجود منفعة حقيقية للدائن منه، والذي يكفيه، في مثل هذا الوضع، الحصول على تعويض عادل مع بقائه مناسبا للمدين"[29]. ويطبق هذا الاستثناء خصوصا في مجال البناء، عندما يؤدي هدم البناء وإعادة بنائه إلى تحميل المدين تكاليف باهظة[30].

ثانيا: التعسف في استعمال الحق:

استنادا إلى نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال العقود[31]، فإنّ الدائن يعد مخطئا عندما يستخدم حقه إلى أقصى حد ممكن، دون وجود مصلحة له أو مسوّغ مشروع لذلك. وبناء عليه، فقد عدّ القضاء الفرنسي أن المؤجر الذي يرفض، من دون سبب جدي، الإنهاء المبكر لعقد الإيجار، فإنه يكون متعسفا في استعمال حقه[32]. وقضى ـ أيضا ـ بمنع الرد العيني لخزانات وقود في محطة للمحروقات مدفونة تحت الأرض، في نهاية مدة العقد؛ كون أنّ إخراج هذه الخزانات من الأرض يتطلب القيام بأعمال مكلفة جدا للمدين ودون وجود منفعة حقيقية منه للدائن[33]. وقضى ـ كذلك ـ بعدّ المستأجر متعسفا في استعمال حقه؛ كونه يسعى إلى تحميل المؤجر المسؤولية عن إخلاله بتنفيذ التزامه بالصيانة، وبالتالي لا يستطيع رفض التنفيذ العيني الذي يعرضه المؤجر[34].

لذلك جاء هذا الاستثناء الفرنسي الجديد "عدم التناسب الظاهر"، ليحول دون فرض التنفيذ العيني عندما تكون تكلفته كبيرة أو فاحشة أو قد تؤدي إلى تدهور الوضع المالي للمدين؛ بسبب تعسف الدائن في استعمال حقه[35]. فهذا الاستثناء يعطي

28. CA Paris. 15 févr. 1990, D. 1990, IR, 63.

29. C. Renault-Brahinsky, Mémentos, Droit des obligations, 15e éd. Gualino 2018-2019, p. 136.

30. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, « Droit des obligations », 9e éd. LGDJ 2017, no 880 p. 500.

31. 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, 439.

32. Civ. 3e, 22 févr. 1968 : D. 1968, 608, note Malaurie.

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

34. 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.

35. D. Mainguy, « Du coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option » », Droit et patr., oct. 2104, no 240, p. 62. Dans le même sens : C. Renault-Brahinsky, Mémentos, Droit des obligations, 15e éd. Gualino 2018-2019, p. 136 : "يمنع هذا النص، إمكانية تحول قيمة التنفيذ إلى تعسف في استعمال الحق"

القاضي سلطة واسعة في التقدير، تمكنه من رفض التنفيذ العيني الذي يطلبه الدائن، إذا وجد أنّ موقف هذا الأخير أو سلوكه، يكيف أو يتسم بالتعسف في استعمال الحق[36]. ويبين الفقيه الفرنسي Th. Douville وآخرون أنّ "الفكرة هنا هي تجنب السلوك التعسفي للدائن، الذي تكون لديه نية الإضرار بالمدين، ويكون ذلك عندما يدفع الدائن المدين لتحمل تكاليف باهظة للتنفيذ، مع أنه لم يصب، في الواقع، بأي ضرر أو بضرر قليل جدا "[37]. لذلك كان الهدف من ترسيخ استثناء "عدم التناسب الظاهر" وفقاً لما ورد في التقرير المقدم لرئيس الجمهورية، تعليقا على المادة (1221) سابقة الذكر أنه يهدف إلى: " تجنب بعض السوابق القضائية المنتقدة بشدة: عندما يكون التنفيذ العيني مكلفاً جدا للمدين من دون وجود فائدة حقيقية منه للدائن، وبالتالي يظهر أنه من غير العادل، ومن غير المسوّغ، فرض التنفيذ العيني، عندما يكون الحكم بالتعويض للدائن ملائما لاستيفاء حقه مقابل تكلفة أقل بكثير. ويستند النص المقترح إلى التعسف في استعمال الحق"[38]. ويجمل الفقيه الفرنسي A. Bénabent اعتماد القضاء في فرنسا على مبدأ حسن النية ونظرية التعسف في استعمال الحق لرفض التنفيذ العيني في حالات معينة بقوله: "يقيم الاتجاه القضائي الحديث على واجب النزاهة وحسن النية، فكرة أن الدائن يجب أن يستعمل حقوقه استعمالا "متحضرا" وليس "استبداديا": بالتالي يعتبر تعسفا وتعارضا مع حسن النية القيام باستخدام حقه لأهداف أو غايات خارجة عن اقتصاديات العقد، بطريقة تشكل نوعا من "الانحراف في السلطة الناشئة عن العقد"[39].

يتبين من جميع القرارات القضائية السابقة، أنّ محكمة النقض الفرنسية قد استخدمت مبدأ حسن النية ونظرية التعسف في استعمال الحق، للتخفيف من غلواء الدائن في طلب التنفيذ العيني، استنادا إلى قاعدة أنّ الدائن يجب أن يستخدم حقه بطلب التنفيذ العيني من دون تعسف، وأنّ الالتزامات التعاقدية يجب أن تنفذ بحسن نية، وهذا الواجب مفروض على المدين وعلى الدائن على حد سواء. فإذا كانت القاعدة أنّ مطالبة الدائن بالتنفيذ العيني للالتزام، لا يشكل بذاته انتهاكا لمبدأ حسن النية أو تعسفا في استعمال حقه، فإنّ إصرار الدائن على طلب التنفيذ العيني، في بعض الحالات، قد يكيف على أنه انتهاك لمبدأ حسن النية أو تعسف في استعمال الحق، ويكون ذلك مثلا إذا كان الدائن سيء النية، أو أنه كان يقصد من التمسك

36. 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 ».

37. Th. Douville et autres, La réforme du droit des contrats – commentaires article par article, éd. Gualino, 2016, p. 223.

38 . جاء في ذات التقرير أنّ الغاية من ذلك هي تأطير سلطة القاضي التقديرية، وتوفير درجة أعلى من الاستقرار القضائي.

39. A. Bénabent, « précité, nº 375, p. 302 et 303.

بالتنفيذ العيني إلى الإضرار بالمدين، أو تحميله تكاليف ونفقات غير متناسبة، أو أنّ ذلك يتطلب من المدين بذل جهود غير معقولة لا تتناسب البتة مع ما يصيب المدين من ضرر جسيم من التنفيذ العيني، ودون أن يحقق الدائن من ذلك أية منفعة، أو مجرد منفعة يسيرة مقارنة بالضرر الذي يصيب المدين من جراء ذلك، أو وجدت المحكمة أنّ الحكم بالتنفيذ العيني في حالات معينة غير عادل.

ولكن بالرغم من أهمية المسوّغات السابقة لرفض التنفيذ العيني الذي يطلبه الدائن في بعض الحالات، استنادا لمبدأ حسن النية ونظرية التعسف في استعمال الحق، فإنّ ذلك يبقى غير كاف؛ لأنها تبقى حالات فردية يصعب تحديدها بدقة، أو القياس عليها، بل يصعب التوقع بشأنها، ومن هنا تأتي أهمية ترسيخ استثناء عدم التناسب الظاهر بوصفه استثناء عاما يمكن اعتماده بشكل دائم.

الفرع الثاني: المسوّغات في القانون المقارن:

سنقوم بتناول هذه المسوّغات على الصعيد الدولي وفي القوانين الوطنية على التوالي.

أولاً: على الصعيد الدولي:

لقد أخذت كل من مبادئ اليونيدروا لسنة 2016[40]، والمبادئ الأوروبية لقانون العقود، بمفاهيم مشابهة إلى حد كبير لمعيار "عدم التناسب الظاهر" سابق الذكر، من شأنها منع التنفيذ العيني في حالات معينة. فقد نصت المادة (7-2-2) من مبادئ اليونيدروا بشأن "تنفيذ الالتزام غير النقدي" على أنه: *"إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه عبر دفع مبلغ من النقود، يستطيع الدائن إلزامه بتنفيذه، إلا إذا كان التنفيذ، أو إذا اقتضى الحال، أو كانت وسائل التنفيذ تتطلب جهودا أو نفقات غير معقولة"*[41].

استنادا إلى هذه المادة، فإنه لا يجوز فرض التنفيذ العيني إذا تطلب جهودا غير معقولة أو نفقات غير متناسبة. وقد جاء في شرح المبادئ تعليقا على هذه الفقرة أنه: "في ظروف خاصة، لا سيما عندما تتغير الظروف بعد إبرام العقد، فإنّ تنفيذ العقد، وإن كان لا يزال ممكنا، غير مستحيل، إلاّ أنّ تنفيذه يصبح مكلفا بدرجة كبيرة إلى حد أنّ فرض تنفيذه يتعارض

40 مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية الصادرة عن معهد روما لتوحيد القانون الخاص، هي مبادئ إرشادية ذات طابع اختياري، وقد صدرت أربع نسخ من هذه المبادئ في السنوات: 1994، 2004، 2010، والنسخة الحالية 2016.

41. « 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 … b) l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables… ».

مع مبدأ حسن النية (المادة 1-7)"[42]. فإذا غرقت حاملة نفط في عرض البحر نتيجة عاصفة قوية، فإنه، وإن كان بالإمكان تعويم السفينة، فإنّ طالب النقل لا يمكنه إلزام الناقل بتنفيذ عقد النقل، إذا كان ذلك يتطلب إنفاق مبالغ كبيرة، تفوق بكثير قيمة البترول. وقد جاء في شرح المبادئ ـ أيضا ـ أنّ: "تعبير "أو حسب مقتضى الحال" يأخذ بالحسبان أنه في نظام القانون العام، فإنّ المحكمة هي التي تراقب التنفيذ العيني للالتزام وليس الدائن. وبالتالي، في حالات معينة، لا سيما في حال التنفيذ على دفعات تمتد عبر الزمن، فإنّ المحاكم في هذا النظام، ترفض التنفيذ العيني، أو عندما يتطلب تنفيذ الالتزام عينا جهودا كبيرة".

ويفترض تطبيق هذا الاستثناء أنّ تنفيذ الالتزام عينا لا يزال ممكنا، ولكن إذا أصبح تنفيذ الالتزام مكلفاً جدا للمدين، ويتطلب منه بذل جهود غير معقولة، لا سيما عند تغير الظروف، فإنّ طلب الدائن تنفيذ الالتزام عينا يصبح متعارضا مع مبدأ حسن النية، ما يمنع هذا الأخير من المطالبة به.

وتقدير الجهود والنفقات غير المعقولة، يتم اعتمادا على معيار اقتصادي[43]، من خلال عقد مقارنة اقتصادية ومالية، ما بين تنفيذ العقد على النحو المطلوب وتأثير ذلك في مراكز الأطراف. فإذا كانت النفقات لا تتناسب بحال من الأحوال، مع الفائدة التي يجنيها الدائن من تنفيذ الالتزام، أو أنّ المدين لا يحقق أية فائدة من العقد، فيتم رفض التنفيذ العيني، وبخلاف ذلك، يمكن للدائن إلزام المدين بالتنفيذ العيني. كما يؤخذ بالاعتبار عند تقدير الجهود والنفقات غير المعقولة بمبدأ حسن النية، إلى جانب المعيار الاقتصادي. ولكن تطبيق هذا المعيار، يثير مع ذلك بعض الصعوبات، لا سيما عندما يكون محل العقد سلع أو خدمات ذات مواصفات متفردة أو خاصة[44]. وبالنسبة للمبادئ الأوروبية لقانون العقود، فإنها تضع ـ كذلك ـ استثناء

[42] شرح المبادئ تحت المادة (7-2-2)، رقم 3 (ب). وشرح مبادئ اليونيدروا هو شرح أو تفسير رسمي مرفق بنصوص مواد المبادئ تحت كل مادة لغرض تسهيل فهمها من الأشخاص المهتمين بها، قام واضعوا المبادئ أنفسهم بإعدادها.

43. 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. 7.2.2 (PICC), No. 25-28, p. 789 and 790.

44. انظر حول هذا الموضوع :

H. Schelhass, Ibid, under art. 7.2.2 (PICC), No. 29, p.790-792.

على التنفيذ العيني للالتزام، فتستبعد التنفيذ العيني عندما يتطلب ذلك "بذل المدين جهودا ونفقات غير معقولة، أو عندما يكون بإمكان الدائن الحصول بشكل معقول على تنفيذ الالتزام بوسيلة أخرى"[45].

ثانيا: موقف بعض التشريعات العربية والأجنبية:

لقد أخذ القانون المدني المصري باستثناء مماثل لاستثناء "عدم التناسب الظاهر" في القانون الفرنسي، وذلك في المادة (203) منه، فقد جاء فيها: "1- يجبر المدين بعد إعذاره ... على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا. 2- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما". وقد طبقت محكمة النقض المصرية هذا الاستثناء في عدد كبير من القرارات، جاء في أحدها: "مفاد النص في المادتين 1/147، 2/203 من القانون المدني ... أنّ للدائن طلب تنفيذ التزام مدينه عينا 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 ألاّ 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 بوصفه مشروعا استثماريا يستهدف الربح في ذاته، وقد استقر الفقه والقضاء على أنه يتعين أن تناسب التزامات المؤجر مع الأجرة، وإلا كان إلزامه بتنفيذ الإجارة عينا إرهاقاً وعنتاً يوجب إعمال الفقرة الثانية من المادة 203 من القانون المدني"[46].

ويشترط لتحقق استثناء "إرهاق المدين" في القانون المصري توافر ثلاثة شروط مجتمعة: أن يكون التنفيذ العيني ممكنا في حد ذاته، غير أن هذا التنفيذ العيني يكون مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، وألاّ يلحق العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض، ضررا جسيما بالدائن. إذا توافرت هذه الشروط الثلاثة مجتمعة، فقد أجاز القانون للمدين الاستعاضة عن التنفيذ العيني بدفع تعويض نقدي للدائن، بشرط ألاّ يلحق من العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضررا جسيما بالدائن

45. 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).

46. نقض مدني مصري، الطعن رقم 1886 لسنة 54، جلسة 1991/05/09، س 42، ع 1، ص 1048، ق 168.

وإلاّ وجب الرجوع إلى الأصل، وهو التنفيذ العيني[47]، ويخضع تقدير ذلك كله لسلطة قاضي الموضوع في كل حالة على حدة. ويجب على المحكمة عند النظر في طلب التنفيذ العيني الموازنة بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين، وتحديد أيهما أولى بالرعاية من الأخرى. فما دام أنّ الأصل هو التنفيذ العيني، فيفترض أنّ الدائن غير متعسف في طلب التنفيذ العيني، ما يوجب على المدين إقامة الدليل على أنّ التنفيذ العيني مرهق له، وأن العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض، لا يلحق ضررا جسيما بالدائن، فإذا تحققت المحكمة استنادا للبينات التي قدمها المدين والظروف المحيطة بالدعوى، أنّ المدين محق في طلبه، وأنّ الدائن يتعسف استعمال حقه في طلب التنفيذ العيني، فإنها تقوم بتطبيق هذا الاستثناء وتستبعد التنفيذ العيني.

ويسير في الاتجاه ذاته ـ أيضا ـ القانون المدني الألماني، فتسمح الفقرة الثانية من المادة (275) منه، للمدين برفض تنفيذ أدائه، إذا كان ذلك يتطلب نفقات، بالنظر إلى طبيعة العلاقة العقدية ومبدأ حسن النية، غير متناسبة بدرجة خطيرة مقارنة بالمنافع التي يجنيها الدائن من التنفيذ[48].

المبحث الثاني: كيفية تطبيق معيار "عدم التناسب الظاهر":

كان الاقتراح في مشروع القانون يستبعد التنفيذ العيني الذي يطلبه الدائن إذا كان ذلك يحمل المدين (تكلفة ظاهرة غير معقولة coût manifestement déraisonnable)[49]، ولكن نظرا للانتقادات الشديدة التي وجهها الفقه إلى هذا المعيار[50]، فقد تمّ الاستعاضة عنه في المادة (1221) من التقنين المدني بمعيار "عدم التناسب الظاهر disproportion

[47] محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 25 و26.

48. Article $275 al. 2. BGB :

"يجوز للمدين أن يرفض تنفيذ أدائه، إذا كان ذلك يتطلب تحمل تكاليف، مع مراعاة طبيعة الالتزام ومبدأ حسن النية، لا تتناسب على نحو خطير مع الفائدة منه للدائن، عند تقدير الجهود التي يمكن أن يبذلها المدين، مع وجوب الأخذ بالاعتبار ــ أيضا ــ فيما إذا كان العائق أمام التنفيذ يعزى للمدين". حول تطبيق هذا الاستثناء، انظر:

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

49. 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.

50. من هذه الانتقادات: أن تكون هذه النفقات غير معقولة مقارنة بماذا؟ هل مقارنة بالضرر الذي يتحمله المدين؟ أم بالقدرة المالية للمدين؟ "ألا يفتح ذلك طريقا يسمح للقضاء بتقدير التوازن العقدي خارج حالة الظروف الطارئة بوصفها الحالة الوحيدة المنظمة تشريعيا والتي يتم الخروج بموجبها عن القوة الملزمة للعقد؟":

manifeste)[51] ، كونه أدق وأسهل في التقدير من المعيار السابق. وبناء عليه، سنتناول هذا المعيار الأخير في مطلبين: نخصص الأول لدراسة أسس تقدير معيار "عدم التناسب الظاهر"، ونخصص الثاني لدراسة سلطة الأطراف بشأن تطبيق هذا المعيار.

المطلب الأول: أسس تقـــدير معـيار "عدم التناسب الظاهر":

يعتمد تطبيق معيار "عدم التناسب الظاهر" بوصفه استثناء على التنفيذ العيني، وعلى السلطة التقديرية للقاضي، ولكن سلطة القاضي في هذا الإطار مقيدة بنوعين من الضوابط: ضوابط متعلقة بتفسير مفهوم "عدم التناسب الظاهر" (الفرع الأول)، وضوابط متعلقة بتقدير معيار "عدم التناسب الظاهر" (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضوابط متعلقة بتفسير مفهوم "عدم التناسب الظاهر":

استنادا إلى المادة (1221)، فإننا نجد اعتمادا على آراء الفقه، أنّ القاضي يلزم باحترام عدة ضوابط وقيود عند تفسيره لمعيار "عدم التناسب الظاهر"، ويمكن استعراض هذه الضوابط كالآتي:

أولاً: إنّ التنفيذ العيني يبقى هو الأصل، والاستثناء هو استبعاد هذا النوع من التنفيذ إذا تحقق القاضي من وجود "عدم تناسب ظاهر" بين تكلفته بالنسبة للمدين، مقارنة بالفائدة التي يجنيها الدائن منه. وطالما أنّ الأمر يتعلق باستثناء، فإنّ القاضي ملزم

F. Chénedé, « Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations – innovations – perspectives », éd. Dalloz, nov. 2016, nº 28 :111, 185.

51. 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.

بتفسيره وفقاً لإرادة المشرع تفسيريا ضيقا وحصريا[52]. ويفهم التقدير الضيق لهذا المعيار أيضا، تأسيسا على نظرية التعسف في استعمال الحق[53]، وهو ما أشار إليه التقرير المرفوع إلى رئيس الجمهورية، وهو ـ كذلك ـ اتجاه محكمة النقض الفرنسية التي كانت تخضع الحق في التنفيذ العيني في حالات معينة للرقابة على التعسف في استعمال الحق[54]. هذا التقدير الضيق، يحول دون قيام القاضي بتقييد حق الدائن بطلب التنفيذ العيني، أو بفرض شروط جديدة لتلبية هذا الطلب، لا يفرضها القانون، كأن يأخذ بالاعتبار ـ مثلا ـ درجة خطورة الإخلال بالتنفيذ، ووجود ضرر ناجم عن ذلك، كشرطين من شروط التنفيذ العيني الجبري للالتزام العقدي[55].

ثانيا: طالما أنّ المشرع نفسه لم يحدد المقصود بمصطلح "عدم التناسب الظاهر" بوصفه معيارا يستبعد التنفيذ العيني، فإنّ تقدير "عدم التناسب" بين التكلفة التي يتحملها المدين من التنفيذ العيني، والفائدة التي يجنيها الدائن منه، يجب أن يكون "ظاهرا" وفقاً لما جاء في المادة (1221)، وهذا يقتضي أن تكون تكلفة التنفيذ العيني التي يتحملها المدين على درجة من الجسامة والخطورة، مقارنة بالفائدة التي يجنيها الدائن منه، لتسويغ استبعاد التنفيذ العيني. وهو ما أكد عليه ـ أيضا ـ التقرير المرفوع إلى رئيس الجمهورية، فقد ذكر فيه أن يكون التنفيذ العيني "مكلفاً جدا للمدين من دون أن يكون للدائن فائدة حقيقية منه extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt". ويكون عدم التناسب ظاهرا بوجه عام: عندما لا يصيب الدائن أيّ ضرر من جراء عدم التنفيذ العيني، أو ضرر يسير مقارنة بالتكلفة التي يتحملها المدين في سبيل ذلك[56]، أو لأنّ الدائن يملك وسائل أخرى لاستيفاء حقه بطريقة أقل تكلفة للمدين، أو لأنّ

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

53. Ibid.

54. 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.

55. P. Grosser, « L'exécution forcée en nature », AJCA 2016, 119, spéc. 1.2.2.

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

التكلفة التي يتحملها المدين فاحشة أو جسيمة لدرجة أنها تقلب اقتصاديات العقد، أو لعدم وجود فائدة حقيقية تعود على الدائن من طلب التنفيذ العيني أمام القضاء[57].

ثالثاً: يبدو أنّ المادة (1221) تعتمد معيارا اقتصاديا في تقدير "عدم التناسب الظاهر"، وهذا يعني أنه يجب الأخذ بالاعتبار المصالح الاقتصادية لكل من الدائن والمدين في العقد، وهذا يفرض على القاضي، عند تقديره لمعيار عدم التناسب الظاهر، النظر إلى مدى المنفعة التي يحققها الدائن من تنفيذ العقد، ومدى تأثير ذلك في المدين من الناحية الاقتصادية. وفي هذا الصدد، يقول الفقيهان G. Chantepie et M. Latina: "يظهر أنّ هذا الاستثناء على التنفيذ العيني يأخذ بالاعتبار المصالح الاقتصادية في القواعد العامة للعقود، ويؤدي إلى تقديرات متعددة. فمن الآن فصاعدا، لا يستطيع القاضي التخفي وراء مبدأ يستبعد الأخذ بالاعتبار مصالح المدين، عندما يطلب الدائن تنفيذ العقد تنفيذا عينيا"[58]. ويضيف الفقيهان ـأيضا ـ أنّ: "الحل المعتمد يكشف ـ بشكل واضح ـ أنه تمّ الأخذ بتأثير المنفعة الاقتصادية الناتجة عن تنفيذ العقد بالنسبة للدائن. هذه المنفعة الشخصية للدائن، تختلف عن المنفعة الاقتصادية الموضوعية الناجمة عن العقد. ولها الفضل في أنها تسمح للدائن باقتضاء حقه، ما لم يتحقق من ذلك في الواقع أية منفعة. وعلى كل حال، فإنه إذا كان عدم التناسب ظاهرا، فيجب على الدائن الاكتفاء بعلاج آخر، كحق فسخ العقد مثلا، مع حصوله على تعويض عن الضرر الذي أصابه"[59].

الفرع الثاني: ضوابط متعلقة بتقدير معيار "عدم التناسب الظاهر":

وذلك استنادا إلى آراء الفقه، وأحكام المادة (1221) التي أعطت سلطة واسعة للقاضي في تقدير معيار "عدم التناسب الظاهر"، غير أنّ سلطة القاضي في هذا الإطار، ليست مطلقة، إنما هي مقيدة بمجموعة ضوابط وقيود، من شأنها ضمان تطبيق هذا المعيار وفقاً لإرادة المشرع، ومنعا لشطط القاضي، وأهم هذه الضوابط والقيود:

أولاً: عند تقدير التكلفة التي يتحملها المدين، يجب على القاضي النظر إلى تكلفة التنفيذ ذاتها، وليس إلى الوضع المالي للمدين بشكل عام[60]. ويجب على القاضي بالمقابل، عند تقديره للمنفعة التي يجنيها الدائن من التنفيذ العيني، الأخذ بمعيار

57. B. Mercadal, Dossier pratique, Réforme du droit des contrats, ordonnance du 10 février 2016, éd. Francis-Le Febvre 2016, nº 706, p. 203.

58. G. Chantepie et M. Latina, « précité, nº 638, p. 551.

59. Ibid. nº 638, p. 553.

60. N. Dissaux et Ch. Jamin, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 2016, p. 130.

شخصي لا موضوعي، بمعنى أنه يجب النظر إلى الفائدة الشخصية التي يحققها الدائن نفسه من تنفيذ الالتزام عينا، وليس الاستناد إلى معيار موضوعي[61]، لأنّ التنفيذ العيني قد يكون موضوعيا مفيدا لبعض الدائنين أكثر من غيرهم، ويفهم ذلك ضمنا باعتقادنا من خلال اشتراط أن يكون عدم التناسب ظاهرا بين تكلفة التنفيذ العيني بالنسبة للمدين، مقارنة بالفائدة التي يجنيها الدائن من ذلك، في العقد ذاته. وكذلك يرى بعضهم أنّ فائدة الدائن من تنفيذ الالتزام عينا، يجب ألاّ تقتصر على الفائدة الحالية، إنما الفائدة الإجمالية حتى المستقبلية منها، ويستخلص ذلك من كون النص يذكر الفائدة intérêt للتنفيذ وليس القيمة valeur، ما يعني أنه يجب الأخذ بالفائدة الإجمالية للدائن من التنفيذ العيني[62].

ثانيا: إنّ معيار عدم التناسب الظاهر لا يطبق عندما يلحق رفض التنفيذ العيني ضررا جسيما بالدائن، في هذه الحالة يجب على المدين تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا بصرف النظر عن قيمة التكلفة التي يتحملها المدين لتحقيق ذلك، يسيرة كانت أم فاحشة. وبالتالي إذا استطاع الدائن إقامة الدليل أمام المحكمة على وجود مصلحة له، أو مسوّغ مشروع لديه من التنفيذ العيني، أو أنّ المنفعة التي يجنيها من التنفيذ العيني أكبر من التكلفة التي يتحملها المدين في سبيل ذلك، فيجب على القاضي أن يحكم بالتنفيذ العيني طالما أنه لا يزال ممكنا[63]. وهذا الشرط يفرضه المنطق ومقتضيات الأمور، على اعتبار أن الدائن يتمسك بالأصل، وهو وجوب تنفيذ الالتزام عينا، وأنّ الاستثناء على ذلك استنادا لمعيار عدم التناسب الظاهر، إنما جاء على سبيل الاحتياط فقط.

ثالثا: لا يطبق معيار عدم التناسب الظاهر لرفض التنفيذ العيني إلاّ إذا كان المدين حسن النية. وبالرغم من النص صراحة على ذلك في (1221)، فالمنطق يفرضه؛ لأنّ استبعاد التنفيذ العيني استنادا إلى هذا المعيار، يضفي على المدين نوعا من الحماية القانونية، وطالما أنّ 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، هذا من جهة. وكذلك، فإنّ تطبيق معيار عدم التناسب الظاهر يقوم – كما ذكر أعلاه – على نظرية عدم التعسف في استعمال الحق من جانب الدائن، فكيف يقبل تطبيق هذا المعيار استثناء على سبيل الاحتياط لمصلحة مدين هو أصلا سيء النية؟ بالطبع هذا الأمر غير منطقي،

61. مع هذا الاتجاه:

G. Chantepie et M. Latina, précité, nº 638, p. 553

62. F. Chénedé, précité, nº 28 :112, p. 186.

63. M. Fabre-Magnan, précité, nº 680, p. 731.

ويفتح باب الاحتيال على القانون. ولا شك أنّ حسن نية المدين يسهل على القاضي مهمة تقدير معيار عدم التناسب الظاهر؛ لأنّ القاضي إذا تحقق من سوء نية المدين في حالة معينة، كأن يقصد المدين من عدم التنفيذ العيني الإضرار بالدائن[64]، فإنّ ذلك يستتبع ـ بالضرورة ـ استبعاد تطبيق معيار عدم التناسب الظاهر حتى لو كان متحققا في الواقع. وما دام أنّ حسن النية مفترض قانونا، فإنّ ذلك يقتضي من الدائن حمل الدليل على سوء نية المدين من رفض التنفيذ العيني. في المقابل، فإنه استنادا للقواعد العامة، لا يؤثر حسن نية أو سوء نية الدائن، في المطالبة بحقه بالتنفيذ العيني كقاعدة عامة؛ لأنه، ببساطة شديدة، يطالب بحقه الممنوح له قانونا، ولأنّ الأصل هو تنفيذ الالتزام عينا، والاستثناء هو استبعاده وفقا لمعيار عدم التناسب الظاهر، ولكن قد يستخلص القاضي من سلوك الدائن وتمسكه المتشدد بالتنفيذ العيني بالرغم من تكلفته العالية بالنسبة للمدين، وقلة المنفعة التي يجنيها الدائن من ذلك، أنّ المدين يتعسف في استعمال حقه[65]، ما يسهل على القاضي استخلاص عدم التناسب الظاهر بين التكلفة والمنفعة.

رابعا: بالرغم من الضوابط السابقة، والتي يلزم القاضي باحترامها عند تقدير عدم التناسب الظاهر بين التكلفة للمدين والفائدة للدائن، فإنّ تطبيق هذا الاستثناء، يثير تخوفا من أنّ المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه التعاقدي، قد يحاول دائما التمسك بهذا الاستثناء بادعاء وجود عدم تناسب ظاهر بين التكلفة والفائدة، للتهرب من تنفيذ التزامه عينا[66]، ويعود تقدير هذه المسألة، مرة أخرى، للقاضي، ما يوسع من سلطته التقديرية في هذا الإطار.

المطلب الثاني: سلطة الأطراف بشأن تطبيق معيار "عدم التناسب الظاهر":

سنقوم في هذا المطلب ببيان القيمة القانونية لمعيار "عدم التناسب الظاهر"، وتحديد مدى سلطة الأطراف في الاتفاق على استبعاده (الفرع الأول)، ومن ثم نتناول حق الدائن في تغيير الوسائل (الفرع الثاني).

64. M. Fabre-Magnan, précité, nº 680, p. 731.

65. « 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.

66. M. Fabre-Magnan, précité, nº 680, p. 731.

الفرع الأول: القيمة القانونية لمعيار "عدم التناسب الظاهر":

لقد أثار الفقه الفرنسي تساؤلا هاما بشأن القيمة القانونية لنص المادتين (1221 و1222) من التقنين المدني الفرنسي، خصوصا فيما يتعلق بسلطة القاضي في رفض طلب الدائن بالتنفيذ العيني للالتزام التعاقدي، إذا وجد عدم تناسب ظاهر بين تكلفة التنفيذ العيني التي يتحملها المدين، والفائدة التي يحققها الدائن من ذلك، وفيما إذا كان هذان النصان هما نصين آمرين أم مكملين[67]، وبالتالي مدى جواز اتفاق الأطراف على استبعاد تطبيق معيار "عدم التناسب الظاهر"؟

في الإجابة عن هذا التساؤل، فقد انقسم الفقه الفرنسي إلى اتجاهين: اتجاه يرفض هذا الاستبعاد، واتجاه آخر يجيزه.

أولا: الاتجاه الذي يرفض الاستبعاد:

يرى أنصار هذا الاتجاه[68]، أنّ هذين النصين آمران من النظام العام، ما يمنع الأطراف من استبعاد أحكامهما باتفاق مخالف. ويسوّغ هؤلاء رأيهم على أساس:

- ✓ أنّ الاستثناء الذي يسمح للقاضي برفض طلب الدائن تنفيذ الالتزام عينا عندما يتحقق من وجود عدم تناسب ظاهر بين التكلفة التي يتحملها المدين في سبيل ذلك، مقارنة بالفائدة التي يجنيها الدائن منه، قد جاء تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق، وواجب حسن النية في تنفيذ العقود[69]، وكلاهما آمر؛ لأن مصدرهما القانون.
- ✓ أنّ الاستبعاد الاتفاقي لهذا الاستثناء، يخالف إرادة المشرع الذي يسعى إلى الموازنة بين مصلحة كل من الدائن والمدين[70].

67. أنظر:

H. Barbier, « Les grands mouvement du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD civ. 2016, 247, spéc. p. 253.

68. F. Chénedé, précité, n° 28 :113, p. 187 s.; Ph. Delepecque, L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'exécution du contrat, Dr. et patr., juin 2016, p. 62 s., spéc. P. 65.

69. انظر في هذا الاتجاه :

F. Chénedé, précité, n° 28 :113, p. 187 s.

70. Ph. Delepecque, L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'exécution du contrat, précité, p. 65.

ثانيا: الاتجاه الذي يجيز الاستبعاد:

هذا الاتجاه، وهو الأرجح والذي يؤيده معظم الفقه الفرنسي[71]، يرى ـ على العكس ـ أنّ هذين النصين مكملان، وبالتالي يجوز للأطراف استبعاد تطبيقهما باتفاق مخالف، بما في ذلك استثناء عدم التناسب الظاهر الوارد أعلاه. ويسوّغ أنصار هذا الاتجاه رأيهم على أساس الاعتبارات التالية:

- ✓ طالما أنّ المادتين السابقتين لم تنصا صراحة على كونهما من النظام العام، بالتالي فإنهما نصان مكملان، ما يعنى جواز الاتفاق على مخالفتهما[72]، سواء بالاتفاق على الأخذ بالتنفيذ العيني في جميع الحالات والظروف حتى لو وجد عدم تناسب ظاهر[73]، أو استبعاد جزاء التنفيذ العيني من أصله لمصلحة المسؤولية العقدية[74].
- ✓ أنّ الشروط المتعلقة بجزاءات الإخلال بالتنفيذ (شروط تعديل المسؤولية، فسخ العقد وغيرهما)، هي عموما قواعد مكملة في فرنسا، وتجوز مخالفتها[75].
- ✓ أنّ مجرد الإشارة في التقرير المقدم لرئيس الجمهورية، إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، وآراء الفقه أيضا، لا يمنع الاستبعاد الاتفاقي لاستثناء عدم التناسب الظاهر بوصفه قاعدة مكملة ليس غير[76]، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على وجوب تنفيذ الالتزام عينا تحت أيّ ظرف، والتأكيد على مبدأ القوة الملزمة للعقد[77].

71 M. Mekki, « L'ordonnance n° 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. Ph. Delebecque, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », Dr. et patr., juin 2016, 62, spéc. P. 65. « 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.

72. M. Mekki, ibid. 504.

73. « 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, précité, p. 223.

74. Ph. Delebecque, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », précité, p. 65.

75. F. Chénedé, précité, no 28 :120, p. 188.

76. 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, n° 43.

77. Ph. Malaurie, L. Ayès et Ph. Stoffel-Munck, « Droit des obligations », précité, n° 880.

- ✓ وقد جاء في رأي أحد الكتاب الفرنسيين بأنّ: "صحة هذا الشرط (المخالف) يمكن تسويغه على أساس أنه يشكل طريقة لتوزيع المخاطر وقبولها، أو طريقة لمنع ارتكاب أخطاء في الجوانب المالية، وكذلك على وجه العموم، يمكن اعتبار مثل هذا الشرط مؤشرا على القيمة أو الأهمية الشخصية التي يوليها الدائن للتنفيذ العيني الذي ينتظره والتي قد تكون السبب في تعاقده"[78].

وترجيحا لأحد الاتجاهين السابقين، فإننا نرجح الاتجاه الثاني، الذي يرى أنّ معيار عدم التناسب الظاهر هو معيار مكمل، ليس من النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على خلافه، سواء باستبعاد تطبيقه أو تقييده. ويعود ترجيحنا لهذا الرأي إلى السببين التاليين: الأول مفاده أنّ المادتين (1221 و1222) من التقنين المدني الفرنسي لم تنصا صراحة على اعتبارهما نصين آمرين، ولا يوجد في صياغتهما ما يوحي بذلك، وهذا يرجح اعتبارهما نصين مكملين. والثاني أنّ استبعاد تطبيق معيار عدم التناسب الظاهر يمكن تكييفه على أنه نوع من شروط تشديد المسؤولية، وهي شروط جائزة عموما، طالما انتفى الغش والخطأ الجسيم، فبموجب هذه الشروط يستطيع الأطراف الاتفاق ـ مثلا ـ على وجوب التنفيذ العيني للالتزام في جميع الأحوال والظروف استقلالا عن جسامة الضرر بالنسبة للمدين، أو درجة عدم التناسب الظاهر بين التكلفة التي يتحملها المدين في سبيل التنفيذ العيني، مقارنة بالفائدة التي يجنيها الدائن منه، بل قد يؤكد مثل هذا الشرط على أهمية التنفيذ العيني بالنسبة للدائن. وفي المقابل، فإننا نرى أنه يجوز للأطراف الاتفاق ـ أيضا ـ على تطبيق استثناء عدم التناسب الظاهر حتى عند عدم تحقق شروط تطبيقه، التي يفرضها القانون بوصفها نوعاً من أنواع التخفيف من المسؤولية، بحيث يتفق الأطراف ـ مثلا ـ على وجوب التنفيذ بمقابل، عند عدم التنفيذ العيني الطوعي للالتزام. وفي جميع الأحوال، فإنّ مثل هذه الاتفاقات، سواء المتعلقة بتشديد المسؤولية أم تخفيفها، تقيد سلطة القاضي التقديرية بشأن التنفيذ العيني.

الفرع الثاني: حق الدائن في تغيير الوسائل:

أوردت المادة (1217) من التقنين المدني الفرنسي أنّ: "الجزاءات غير المتعارضة يمكن اجتماعها معا"[79]. تجيز هذه المادة للدائن ـ من جهة ـ تغيير الوسائل، وتسمح له ـ من جهة أخرى ـ الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة، أما

78. Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », RDC 2016, 42.

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

الجزاءات التي لا تتلاءم مع بعضها البعض، فلا يجوز للدائن الجمع بينها، فلا يجوز للدائن ـ مثلا ـ أن يطالب في الوقت نفسه، بالتنفيذ العيني، وبفسخ العقد؛ كون هاتين الوسيلتين لا يمكن جمعهما معا[80].

ويلاحظ هنا، أنّ القانون الفرنسي لم يتوسع في تنظيم هذا الموضوع بشكل كاف، وذلك خلافا لمبادئ اليونيدروا ـ مثلا ـ التي توسعت في توضيح حق الدائن في تغيير الوسائل، ومسألة مدى إمكانية الجمع بين الجزاءات. فقد جاء في مادتها (7-2-5) أنّ: "1- 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. 2- عندما يكون حكم المحكمة المتعلق بتنفيذ التزام غير دفع مبلغ من النقود لا يمكن أن يكون محلا للتنفيذ الجبري، يستطيع الدائن التمسك بجميع الوسائل الأخرى".

فهذه المادة، تعطي الدائن الحق في تغيير الوسائل، وهذا الحق محصور استخدامه وفقا للفقرة الأولى منها في الالتزام غير النقدي؛ كون الالتزام بدفع مبلغ نقدي، هو ـ دائما ـ ممكن، بل لا يوجد بديل عنه. فبموجب هذا الحق، يجوز للدائن العزوف عن إلزام مدينه بالتنفيذ العيني للالتزام غير النقدي، واختيار ـ بدلا منه ـ جميع الوسائل الأخرى، كطلب فسخ العقد أو التنفيذ بمقابل. وقد أعطي الدائن هذا الخيار؛ نظرا للصعوبات الكبيرة التي يلقاها بصدد تنفيذ الالتزام غير النقدي، لا سيما في الالتزامات بالقيام بعمل، فقد يجد الدائن أن التنفيذ العيني لم يعد ممكنا، أو أنه يتطلب تدخلا شخصيا من المدين، ولكنّ المدين لا يتعاون معه بالمطلق[81]. وقد جاء، في شرح المبادئ في هذا الإطار، أنّ الدائن، حتى لو اختار التنفيذ العيني ابتداء، فإنه من غير العدل إعطاؤه هذه الوسيلة فقط، فقد يصبح المدين عاجزا عن تنفيذ التزامه، أو أنّ عدم قدرة المدين على التنفيذ لم تظهر إلا خلال سير الإجراءات.

وتغيير الوسائل هو حق للدائن، ويخضع لإرادته وتقديره، ولكنّ استخدامه مقيد بعدم الإضرار بالمدين، واحترام مبدأ حسن النية ونزاهة التعامل[82]. وقد ميزت المادة السابقة بين حالتين:

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

81. **Schelhass H.,** 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.

82. Ibid. nº 3, p. 810.

الحالة الأولى: عندما يطلب الدائن التنفيذ العيني للالتزام غير النقدي، ولكنه لا يحصل على ذلك خلال المدة المحددة، أو خلال مدة معقولة في حال عدم تحديدها، فيحق للدائن ـ عندئذ ـ اختيار وسائل أخرى لاقتضاء حقه. والقيد الوحيد الذي تفرضه الفقرة الأولى على حق الدائن بتغيير الوسائل، هو عدم حصول تنفيذ عيني للالتزام خلال المدة المحددة لذلك، أو خلال مدة معقولة في حال عدم تحديدها.

الحالة الثانية: عندما يصدر حكم لمصلحة الدائن بالتنفيذ العيني للالتزام غير النقدي، ولكن يقوم الدائن بتغيير رأيه قبل تنفيذ هذا الحكم، فقد يكتشف أنّ هذا الحكم غير قابل للتنفيذ العيني، أو أنّ المدين لا يستطيع تنفيذ التزامه، أو أنّ الدائن قد حاول تنفيذ الحكم خلال مدة معينة، ولكنه لم ينجح في ذلك، فيحق للدائن تغيير الوسائل. وقد قيدت الفقرة الثانية من المادة السابقة، حق الدائن في تغيير الوسائل في مثل هذه الحالة، بألاّ يشكل ذلك ضررا للمدين، فقد جاء في شرح المبادئ أنّ "التغيير الإرادي للوسائل من قبل الدائن لا يكون مقبولا ولا يؤخذ به إلا إذا وفرت حماية كافية لمصالح المدين؛ كون المدين قد يكون جهز نفسه للتنفيذ، أو بذل جهودا 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 منح المدين هذه المهلة، فيحق له تنفيذ التزامه، بشرط أن يأتي ذلك قبل انتهاء المدة الإضافية"[83].

أما تغيير الدائن اللاحق للوسائل، فيترتب عليه تمديد المدة المحددة للإخطار بالفسخ الوارد في المادة (7-3-2) نتيجة لذلك. فالمهلة المعقولة للإخطار بالفسخ تبدأ بالسريان، في حال التغيير الإرادي للوسائل، بعد أن يصبح لدى الدائن علم، أو كان بمقدوره العلم، بعدم التنفيذ بعد انقضاء المهلة الإضافية الممنوحة للمدين لتنفيذ التزامه. واستنادا للفقرة الثانية من المادة (7-2-5)، فإنّ المدة تبدأ بالسريان بعد أن يكون الدائن قد علم، أو كان بمقدوره العلم بأنّ هذا الحكم القضائي الذي يأمر بالتنفيذ، لا يمكن أن يكون محلا للتنفيذ الجبري.

83. توجد شروط مماثلة تقيد الحق في طلب الفسخ في حال التنفيذ المتأخر، انظر الفقرة (2) من المادة (7-3-2) من المبادئ.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث، فقد توصلنا إلى النتائج الآتية:

أولا: إنّ ترسيخ المرسوم الجديد لمعيار "عدم التناسب الظاهر" بوصفه استثناء على التنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية، يعد أحد أهم التعديلات التي أجراها هذا المرسوم على قانون العقود، وقد تمّ الاستناد ـ بشكل أساسي، في ترسيخه ـ إلى مبدأ حسن النية ونظرية التعسف في استعمال الحق، واقتداء بالاتجاهات الحديثة في مجال العقود في بعض الأعمال الدولية والقوانين الوطنية. ولا شك أنّ هذا الاستثناء من شأنه أن يغير اتجاه بعض السوابق القضائية الفرنسية المنتقدة بشدة، والتي كانت تفرض ـ بوجه عام ـ التنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية، طالما أن الدائن قد طلبه، استقلالا عن مقدار الضرر والتكلفة التي يتحملها المدين جراء ذلك. وبالتالي، فإنّ معيار "عدم التناسب الظاهر" سيعمل، من الآن فصاعدا، على تحقيق درجة من التوازن بين المصالح المشروعة لكل من الدائن والمدين على حد سواء، ليس فقط خلال مرحلة إبرام العقد، إنما أيضا خلال مرحلة تنفيذه.

ثانيا: لقد أسند القانون تطبيق هذا المعيار إلى القاضي، ومنحه سلطة واسعة في التقدير في هذا الإطار، وغاية ذلك هي ترك المجال للقاضي للتحقق من مدى توافر شروط تطبيق هذا المعيار في كل حالة على حدة. ولكن بالرغم من سلطة القاضي الواسعة في هذا الصدد، لا سيما تقدير مقدار التكلفة التي يتحملها المدين في سبيل تنفيذ التزامه عينا، مقارنة بالفائدة التي يجنيها الدائن من ذلك، فإنّ سلطته مقيدة بمجموعة ضوابط، من شأنها الحيلولة دون شطط القاضي وعدم خروجه عن إرادة المشرع، ويتمثل أهم هذه الضوابط في عدم تطبيق هذا الاستثناء إلاّ إذا كان المدين حسن النية، وألاّ يلحق تطبيقه ضررا جسيما بالدائن.

ثالثا: يعتمد تطبيق معيار "عدم التناسب الظاهر" على تقدير مالي واقتصادي ما بين تكلفة التنفيذ العيني التي يتحملها المدين والفائدة التي يجنيها الدائن من ذلك، وطريقة التقدير هذه، هي ـ باعتقادنا ـ أدق من معيار "إرهاق المدين" الذي تأخذ به القوانين العربية عموما؛ كونه معياراً فضفاضاً يصعب ضبطه، ولم تتسع الدراسة لعقد مقارنة بين معيار عدم التناسب الظاهر، الوارد في المرسوم الفرنسي، ومعيار إرهاق المدين الوارد في القوانين العربية، والتي يمكن أن تكون محلا لأبحاث مستقبلية.

وختاما، فإننا نوصي المشرع العربي بأن يستبدل بمعيار "إرهاق المدين" الوارد في القوانين المدنية، معيار "عدم التناسب الظاهر"؛ كون هذا الأخير أدق في التعبير، وأسهل في التقدير من المعيار الأول، وأن يضاف في جميع الأحوال شرط إضافي

لتطبيق هذا الاستثناء، على قاعدة وجوب التنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية، وهو أن يكون المدين حسن النية. وكذلك النص صراحة على حق الدائن في تغيير الوسائل، واستخدام الجزاءات غير المتعارضة معا.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب الفرنسية والإنجليزية

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, 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 », Dalloz 2016.
5. Chénedé F., « Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations – innovations – perspectives », éd. Dalloz, nov. 2016.
6. Dissaux N. et Jamin Ch., « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 2016.
7. 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.
8. Fabre-Magnan M., « Droit des obligations : 1-Contrats et engament unilatéral », 4e éd. Thémis droit PUF, Paris 2016.
9. Fages B., « Droit des obligations », 6e éd. Manual, LGDJ 2016.
10. Fages B., « Droit des obligations », 8e éd. Manual LGDJ 2018.
11. Fromont M. et Knetsch J., « Droit privé allemand », 2e éd. LGDJ 2017.
12. 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.
13. Malaurie Ph., Aynès L. et Stofell-Munck Ph., « Droit civil, droit des obligations », 8e éd. LGDJ 2016.
14. Malaurie Ph., Aynès L. et Stoffel-Munck Ph., « Droit civil, Droit des obligations », 9e éd. LGDJ 2017.

15. Mercadal B., Dossier pratique, Réforme du droit des contrats, ordonnance du 10 février 2016, éd. Francis-Le Febvre 2016.
16. 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.
17. Mestre J., « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », Mélanges Raynaud 1985.
18. Renault-Brahinsky C., Mémentos, Droit des obligations, 15 ed. Gualino 2018-2019.
19. Schelhass H., Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), in S.VOGENAUER - J. KLEINHEISTERKAMP (eds.), Oxford University Press, New York, 2009.
20. 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.
21. Viney G., « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *in* M. Fontaine et Viney G. « Les sanction de l'exécution des obligations contractuelles », Etude de droit comparé, Bruylant 2001.

ثانياً: المقالات العلمية

1. Andreu L., Forti V. et Savaux E., « Chronique de régime général des obligations », LPA, 1er août 2013, p. 7.
2. Aynès A., « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », Dr. et patr., juin 2016, 49.
3. Barbier H., « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD civ. 2016, 247.
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, 785.
7. Genicon Th., « Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature », Dr. et patr. 2014, no 240, p. 63.
8. Genicon Th., obs. sous Cass. 3e civ., 16 juin 2015, RDC 2015, 4, 939.

9. Grosser P., « observations sur l'inexécution du contrat » *in* observation sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », Dir. Ghestin J., LPA, 3-4 sept. 2015, n° 176-177, p. 78.
10. Grosser P., « L'exécution forcée en nature », AJCA 2016, 119.
11. Laithier Y.-M., « La primauté du droit à l'exécution en nature offert au créancier », RDC 2005. 161.
12. Laithier Y.-M., « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles - Articles 1217 à 1231-7 », JCP 2015, supplément au n° 21, p. 47.
13. Laithier Y.-M., « Les sanctions de l'inexécution du contrat », RDC 2016, 42.
14. Le Bourg J. et Quézel-Ambrunaz C., « Article 1221 : l'exécution forcée en nature des obligations », RDC 2015, 782.
15. Leveneur L., « La réforme du droit des obligations », JCP N 2015, 1236, n° 24.
16. Mainguly D., « Du « coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option » », Dr. et patr. 2014, no 240, p. 60.
17. Mazeaud D., « L'exécution en nature dans la réforme du droit des contrats », D 2016, 2477.
18. Mekki M., « Fiche pratique : l'exécution forcée en « nature » sauf si… », Gaz. Pal. 5 juill. 2016, no 25, p. 16.
19. 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.
20. 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.
21. Molfessis N., « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », RDC 2005, p. 37.
22. Pérés C., « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », JCP 2016, 454.
23. Sabard O., « Les sanctions de les inexécutions du contrat : exception d'inexécution/exécution forcée », LEDC 2016, 3.
24. Simler Ph., « Réforme du droit des obligations », J.-Class. Contrats Distribution, Fasc. 13.

ثالثاً: التعليقات على القرارات القضائية

1. Barbier H., obs. sous Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, RTD civ. 2016, 140.
2. Barbier H., obs. sous Cass. 3e civ., 16 juin 2015, RTD civ. 2016, 107.

3. Barbier H., obs. sous Cass. 3e civ., 27 mars 2013, RTD civ., 2013, 603.
4. Béhar-Touchais M., note sous Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, JCP G 2016, 51.
5. Dubois C., note sous Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, D. 2015, 2423.
6. Gautier P.-Y., obs. sous Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, RTD civ., 2016, 107.
7. Genicon T., obs. sous Cass. 3e civ., 27 mars 2013, RDC 2013, 890.
8. Grosser P., obs. sous Cass. 3e civ. 22 mai 2013, JCP 2013, 974.
9. Grosser P., obs. sous Cass. 3e civ., 21 janv. 2016, JCP G 2016, doctr. 345, 6.
10. Laithier Y.-M., obs. sous Cass. 3e civ. 22 mai 2013, RDC 2014, 22.
11. Leveneur L., obs. sous Cass. 3e civ., 11 mai 2005, CCC 2005, no 187.
12. Malaurie Ph., note sous Cass. civ. 3e, 22 févr. 1968, D. 1968, 608.
13. Malinvaud Ph., obs. sous Cass. 3e civ., 11 mai 2005, RD imm 2005, 299.
14. Mazeaud D., obs. sous Cass. 3e civ., 11 mai 2005, RDC 2006, 2, 323.
15. Mekki M., obs. sous Cass. 3e civ.,15 oct. 2015., D. 2016, 566, 140.
16. Mestre J. et Fages B., obs. sous Cass. 3e civ., 11 mai 2005, RTD civ. 2005, 596.
17. Revet Th., obs. sous Cass. 3e civ., 20 mars 2002, RTD civ.2002, 333.
18. Seube J.-P., obs. sous Cass. 3e civ., 27 mars 2013, RDC 2013, 974.
19. Tomasin D., obs. sous Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, RDI 2016, 27.
20. Tounafond O., obs. sous Cass. 3e civ., 11 mai 2005, RD imm. 2006, 307.
21. Viney G., obs. sous Cass. 3e civ., 25 janv. 2006, RDC 2006, 818.
22. Viney G., obs. sous Cass. 3e civ., 27 mars 2013, RDC 2013, 903.

The Criterion of the Apparent Mismatch between the Specific Performance Cost Incurred by the Debtor and the Interest Gained by the Creditor as an Impediment for the Specific Performance of the Obligation in the French Law

Yousef Shandi

Civil Law department, Faculty of Law, Arab American University - Palestine

yousef.shandi@aaup.edu

Abstract

This paper dealt with the specific performance of the contractual obligations under the Articles (1221 and 1222) of the French civil law as introduced by (Decree 2016 – 131, dated 10/2/2016 amending the contract law, general provisions and evidence). These Articles reinforce the general rule in contracts, i.e. the contractual obligation shall in principle be specifically performed. However, Article (1221) introduces an important exception to this rule. The judge may refuse specific performance requested by the creditor, if there is "an apparent mismatch between specific performance cost incurred by the debtor and the interest gained by the creditor thereof". This exception is in fact a criterion for excluding specific performance. Therefore, this paper shed the light on this criterion by analyzing it according to the French doctrine and jurisprudence. The paper also discussed the reasons and justifications to establish this criterion, and its judicial application in terms of standards and restrictions, with reference to some problems that may arise in this respect.

Keywords: Contract, Specific Performance, Contractual Obligations, French Law, Abuse, good faith.