المعالجات التشريعية للتنفيذ العيني القسري أو الجبري في القانون المقارن

أ.د.وليد خالد عطية
جامعة البصرة – كلية القانون

Legislative Treatments of Forced or Compulsory Specific Enforcement in Comparative Law

Prof. Dr. Walid Khalid Attia
University of Basra – College of Law

المستخلص: يعد التنفيذ العيني القسري أو الجبري أحد أبرز الجزاءات التي رسمها القانون لغرض ضمان احترام وتنفيذ الوعود التعاقدية. زد على ذلك، تحقيق العدالة التعاقدية بين أطراف العلاقة التعاقدية الناشئة عن إرادة المتعاقدين. ويعكس في الوقت نفسه مبدأ القوة الملزمة للعقد. فهو لا يهدف إلى تعويض الدائن بسبب إخلال المدين بالتزاماته أو وعوده، بل يهدف إلى تحقيق الأداء العيني، ويلزم المدين بتنفيذ عين ما التزم به.

لا يخفى أن التنفيذ العيني القسري أو الجبري يعمل كجزاء على تحقيق مصلحة الدائن المتوقعة عند إبرام العقد وهو الحصول على الموعود به عيناً، ما يحقق عملية أداء المدين لعين ما التزم به تجاه الدائن. وليس العدول إلى شيء آخر بدلاً منه. وفي المقابل، سيؤدي ذلك إلى جعل التنفيذ العيني القسري أو الجبري في مقدمة الجزاءات التعاقدية الناشئة عن الإخلال بالعقود في بعض التشريعات، وتحفظ تشريعات أخرى من هذه الأسبقية لاسيما اقتران القانون بالتحليل الاقتصادي وما ترتب عليه من حضور فكرة الإخلال الفعال بالعقود، ما يستبعد التنفيذ العيني القسري أو الجبري بصفته جزاء أصلي والاعتماد على التعويض في ذلك.

الكلمات المفتاحية :- التنشريع , التنفيذ العيني القسري , التنفيذ العيني الجبري , القانون المقارن

Abstract; Compulsory specific performance is one of the most prominent penalties prescribed by law to ensure respect for and fulfillment of contractual promises. Furthermore, it achieves contractual justice between the parties to the contractual relationship arising from their mutual consent. It also reflects the principle of the binding force of contracts. Its aim is not to compensate the creditor for the debtor's breach of obligations or promises, but rather to achieve specific performance, obligating the debtor to deliver exactly what they committed to.

It is clear that compulsory specific performance serves as a penalty to secure the creditor's anticipated interest at the time of the contract's conclusion, namely, receiving the promised item in kind. This ensures the debtor fulfills their obligation to the creditor precisely as promised, rather than substituting something else for the original. Conversely, this will lead to some legal systems prioritizing specific performance as a primary contractual penalty for breach of contract, while others, particularly those based on economic analysis, will refrain from this priority. This is especially true given the inclusion of the concept of effective breach of contract, which excludes specific performance as a primary penalty and relies instead on compensation.

Keywords: Legislation, Specific Performance, Compulsory Performance, Compulsory Specific Performance, Comparative Law

المقدمة

يعد التنفيذ العيني القسري أو الجبري أحد أبرز الجزاءات التي رسمها القانون لغرض ضمان احترام وتنفيذ الوعود التعاقدية. زد على ذلك، تحقيق العدالة التعاقدية بين أطراف العلاقة التعاقدية الناشئة عن إرادة المتعاقدين. ويعكس في الوقت نفسه مبدأ القوة الملزمة للعقد. فهو لا يهدف إلى تعويض الدائن بسبب إخلال المدين بالتزاماته أو وعوده، بل يهدف إلى تحقيق الأداء العيني، ويلزم المدين بتنفيذ عين ما التزم به.

وعلى الرغم من وحدة الهدف المتمثل بإجبار المدين على تنفيذ عين ما التزم به جبراً. ولكن، تختلف القوانين في طريقة معالجة وتنظيم التنفيذ العيني القسري أو الجبري. ونقطة الخلاف بينها ترتكز على أن بعضها تجعله الجزاء الأصلي، في حين الأخرى تجعله جزاء احتياطياً لا يُلجَأ إليه إلا بعد نفاذ الجزاء الأصلي. وفي ذات القوانين نفسها تختلف التشريعات في الطريقة التي تتبعها في معالجة التنفيذ العيني القسري أو الجبري. إذ أن بعضها ترسم له صورة تعبر عن أنه القاعدة الأصل ولكن ترد عليها استثناءات. والبعض الآخر يتبع في المعالجة والتنظيم على مضمون الالتزام التعاقدي. ولكن، لا تضع تشريعات أخرى أهمية ملحوظة للتنفيذ العيني القسري أو الجبري وتطلق العنان للمحكمة بوصفه وسيلة تقديرية قد ترفضه أو تقبله. إضافة إلى ذلك، تعتمد تشريعات أخرى على النماذج المختلطة التي أوردناها أعلاه، وهو توجه يحظى بالمقبولية في بعض التشريعات وكذلك اتفاقيات عقود البيع الدولية.

فرضية البحث :وتتجلى فرضية أو مشكلة البحث حول مدى تحقق مصلحة الدائن في التنفيذ العيني القسري أو الجبري؟ ومدى أسبقية التعويض النقدي عليه؟

وتتفرع من هذه الأسئلة السابقة، أسئلة عديدة فرعية تتمحور حول النقطة الأساسية التي تم ذكرها أعلاه.

أهمية البحث :لا يخفى أن التنفيذ العيني القسري أو الجبري يعمل كجزاء على تحقيق مصلحة الدائن المتوقعة عند إبرام العقد وهو الحصول على الموعود به عيناً، ما يحقق عملية أداء

المدين لعين ما التزم به تجاه الدائن. وليس العدول إلى شيء آخر بدلاً منه. وفي المقابل، سيؤدي ذلك إلى جعل التنفيذ العيني القسري أو الجبري في مقدمة الجزاءات التعاقدية الناشئة عن الإخلال بالعقود في بعض التشريعات، وتحفظ تشريعات أخرى من هذه الأسبقية لاسيما اقتران القانون بالتحليل الاقتصادي وما ترتب عليه من حضور فكرة الإخلال الفعال بالعقود، ما يستبعد التنفيذ العيني القسري أو الجبري بصفته جزاء أصلي والاعتماد على التعويض في ذلك.

منهج البحث :سنعتمد في هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن القائم على تماثل المراكز القانونية والمصطلحات القانونية بين الأنظمة محل الدراسة. وهي، أنظمة القوانين المدنية من جهة، وأنظمة القانون العام الأنكلو–أمريكي من جهة أخرى. والاعتماد في الوقت نفسه على القرارات القضائية في القانون المقارن، إذ تعد المرآة الصادقة للتعبير عن طريقة معالجة التنفيذ العيني القسري أو الجبري في نظام قانوني معين.

بناءً على ذلك، سنعتمد على خطة علمية لمعالجة البحث، تقوم على مبحثين اثنين، وعلى الشكل الآتي:

المبحث الأول :المعالجات التشريعية للتنفيذ العيني القسري أو الجبري في القوانين المدنية.

المبحث الثاني :المعالجات التشريعية للتنفيذ العيني القسري أو الجبري في أنظمة القانون العام الأنكلو–أمريكية.

المبحث الأول: المعالجات التشريعية للتنفيذ العيني القسري أو الجبري في القوانين المدنية

وتتوزع المعالجات التشريعية للتنفيذ العيني القسري أو الجبري في القوانين المدنية الى قاعدة أصل مع وجود استثناءات، وتنفيذ عيني قسري أو جبري بناءا على مضمون الالتزام. وعليه، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين. وعلى الشكل الاتي:

المطلب الأول: التنفيذ العيني القسري مع وجود استثناءات

القانون المدني الألماني BGB – القاعدة العامة[1]. يبدأ هذا القانون من مبدأ أن الدائن له الحق في الحصول على حكم قضائي بالتنفيذ. ولا ينص القانون المدني على هذا المبدأ بشكل مباشر، لكن العديد من مواده تفترض وجوده. فعلى سبيل المثال، تنص المادة 241 § CC على أن للدائن الحق في "مطالبة المدين بالتنفيذ" (eine Leistung von dem Schuldner zu fordern). إذ يهتم القانون المدني بتحديد حق الدائن أكثر من تحديد وسيلة الانتصاف التي يتم بها تنفيذ هذا الحق؛ لكن لا شك أن حق الدائن في التنفيذ يُعتبر بمثابة حق في الحصول على حكم قضائي بالتنفيذ، أو ما يُعرف بـ Leistungsklage[2].

ومن المغري، بالنسبة لمحامي من دول القانون العام، أن يُقارن بين Leistungsklage والحكم بالتعويض Schadenersatz [3]، ويُترجم المصطلح الأخير إلى "تعويض". ولكن مثل هذه الترجمة قد تكون مضللة، لأن الجملة الأولى من المادة 249 § CC توضّح أن الالتزام الرئيسي على المدين الذي يتحمّل مسؤولية Schadenersatz هو إعادة الحالة التي كانت ستوجد لو لم تحدث الظروف التي أدّت إلى الالتزام بالتعويض[4].ويُشار إلى هذا الالتزام عادةً باسم Naturalherstellung، ويُقارن بالالتزام بدفع تعويض مالي، وهو الالتزام الذي يُعبّر عنه بعبارةErsatz in Geld في المادة 250 § CC، وبعبارات مشابهة في مواضع أخرى[5].

ومع ذلك، فإن المصطلحات ليست متسقة تماماً، إذ توجد مواضع تُستخدم فيها تعبيرات مثل Schadenersatz أو Schaden zu ersetzen للإشارة أساساً إلى التعويض المالي، أي إلى "التعويض" بالمعنى المستخدم في القانون العام (Common Law). وهذا هو الحال، على سبيل المثال، في المادة 280 § CC الفقرة 1، التي تنص على الحالة التي يصبح فيها التنفيذ

(1) للاطلاع على وجهة نظر مماثلة في القانون النمساوي، انظر Gschnitzer IV 1 § 859 no. B 11 2.
(2) Enneccerus and Lehmann 10; Zweigert and Kötz 181. Cf. CC § 283; cf. § 284 par. 1 ("Claim for Performance").
(3) G. H. treitel. remedies for breach of contract. P51.
(4) Enneccerus and Lehmann § 18; cf. Austrian CC § 1323.
(5) CC § 249 sent. 2; 251 para. 1.

مستحيلاً بسبب ظروف يتحمّل المدين مسؤوليتها. في مثل هذه الحالة، يكون المدين ملزماً بجبر الضرر الناتج عن عدم التنفيذ ("تعويض الضرر الناتج عن عدم التنفيذ")، ومن الواضح أن المقصود هنا هو التعويض المالي. وينطبق نفس الأمر في المادة 286 § CC الفقرة 2، التي تتناول حالة التأخير في التنفيذ من قبل المدين. فإذا لم يكن لهذا التنفيذ أي أهمية للدائن، يمكنه رفضه والمطالبة بـ Schadenersatz، والذي يجب أن يكون تعويضاً مالياً بشكل واضح. كما أن أحكام المواد 325 §§ CC و326، التي تمنح الدائن في العقود التبادلية أو الملزمة للجانبين خيار المطالبة بـ Schadenersatz أو إنهاء العقد في حالات الاستحالة أو التأخير التي يتحمّل المدين مسؤوليتها، تشير أيضاً بوضوح إلى التعويض المالي. وعلى الرغم من أن Schadenersatz لا يُعدّ معادلاً دقيقاً لمفهوم "التعويض" في القانون العام، فإن مصطلح Herstellung أو "إعادة الحالة" الوارد في المواد 249 §§ CC و250 لا ينبغي ترجمته بدقة على أنه إعادة الحالة المعنية أو تحقيق الوضع الذي كان سيحدث لو لم يقع الإخلال بالواجب. فقد يشير إلى ذلك، لكنه أوسع نطاقاً، ويشمل التنفيذ البديل بغير المال، مثل: تسليم بضائع أخرى تعادل تلك التي كانت محل العقد، في حال تم التصرف بالبضائع الأصلية بشكل لا رجعة فيه[1].وفي مثل هذه الحالة، يبدو أن مطالبة الدائن تكون بـ Schadenersatz وليس بـLeistung (لأن التنفيذ أصبح مستحيلاً)؛ لكن بقدر ما قد يُلزم الحكم البائع بتسليم بضائع فعلية وليس مجرد دفع مبلغ مالي، فإنه يُشبه إلى حد كبير حكم التنفيذ العيني في القانون الأنكلو أمريكي أكثر من كونه حكماً بالتعويض.

والجدير بالذكر، توجد في القانون المدني الألماني استثناءات، أذ أن المبدأ العام في القانون الألماني، وهو أن وسيلة الانتصاف تكون عبر التنفيذ القسري، لكنه يخضع لعدد من الاستثناءات.

(1) Enneccerus and Lehmann 92; Zweigert and Kötz 181–2; for a similar view under Austrian CC § 1323 see Klang VI § 1323 no. 13.

أول هذه الاستثناءات ليس ذا أهمية كبيرة في قانون العقود. ويظهر في حالات الإصابة الشخصية أو الضرر بالممتلكات، حيث يمارس الدائن خياره [1]في المطالبة بالمبلغ المالي اللازم لإعادة الحالة التي كانت ستوجد لو لم يُرتكب الخطأ، بدلاً من المطالبة بـ Herstellung. ويجوز للدائن الذي يحصل على حكم بهذا المبلغ أن يستخدمه لأي غرض؛ فهو غير ملزم باستخدامه لإعادة الحالة.

أما الاستثناء الثاني، فينشأ من عدد من الأحكام التي تنص على أن للدائن الحق في تحديد فترة إنذار إضافية أو مهلة إضافية، Nachfrist. فإذا أخفق المدين في الامتثال لإشعار أو إنذار صحيح من هذا النوع، يجوز للدائن المطالبة بالتعويض المالي، أذ في بعض الحالات، يكون التعويض المالي هو الوسيلة الوحيدة المتاحة [2]، لكن يُستبعد فيها الحق في المطالبة بالتنفيذ.

والاستثناء الثالث ينشأ في الحالات التي يكون فيها التنفيذ الفعلي أو إعادة الحالة مستحيلاً (لكن لا تُعتبر الاستحالة عذراً قانونياً): في هذه الحالات، تكون المطالبة الوحيدة الممكنة هي بـ Schadenersatz، وغالباً ما تكون تعويضاً مالياً [3]، لكن من الممكن أن تكون في شكل بضائع بديلة.

والاستثناء الرابع يظهر عندما تكون إعادة الحال عيناً غير كافية لتعويض الدائن.[4] وقد يحدث ذلك، على سبيل المثال، عندما يتضرر شيء يدرّ أرباحاً: ففي هذه الحالة، إصلاح الضرر لا يعوّض الطرف المتضرر عن خسارة الأرباح أثناء فترة الإصلاح.[5]

والاستثناء الخامس ينشأ عندما تكون تكلفة إعادة المدّعي إلى الوضع الذي كان سيكون عليه لولا الإخلال تنطوي على جهود أو نفقات غير معقولة (CC § 251 الفقرة 2)، أو عندما تؤدي

---

(1) G. H. treitel. remedies for breach of contract. P52.
(2) CC §§ 250, 326 par. 1; cf. CC § 283
هذا يمنح الدائن الحق في تحديد مهلة للأداء بعد صدور الحكم. بالنسبة لمبدأ تحديد المهلة بموجب القانون النمساوي، CC § 918 and in Swiss law CO art. 107.
(3) German CC §§ 251, 280, 325; Austrian CC § 920; Swiss CO art. 97 par. 1.
(4) CC § 251 par. 1; Enneccerus and Lehmann 91.
(5) G. H. treitel. remedies for breach of contract. P53.

هذه العملية إلى منحه شيئاً أكثر قيمة مما كان يملكه سابقاً. وفي الحالة الأخيرة، لا يمكن للمدّعي المطالبة بإعادة الحالة إلا إذا احتُسب الفرق الذي أصبح فيه في وضع أفضل مثلا نتيجة الإصلاحات التي قام بها المدّعى عليه[1].

والاستثناء السادس يظهر في حالات ما يُعرف بـ Vertragsverletzung الإيجابية، والتي تُعطي الحق في المطالبة بـ Schadenersatz. وبالنظر إلى طبيعة الضرر، فإن هذه المطالبة تكون غالباً (وإن لم تكن دائماً) تعويضاً مالياً[2].

والجدير بالإشارة، أن الأهمية العملية لهذه الاستثناءات. في الواقع، تُعدّ هذه الاستثناءات أكثر أهمية من القاعدة العامة[3]. فغالباً ما يجد الدائن أنه من الأسهل، حتى عندما يكون التنفيذ لا يزال ممكناً، أن يحدّد مهلة، وعند انتهائها يمكنه المطالبة بـ Schadenersatz؛ وفي الواقع، يمكنه القيام بذلك حتى بعد حصوله على حكم قضائي بالتنفيذ (CC § 283). وبما أن القانون ينص صراحةً على أنه بعد انتهاء المهلة لا يمكن للدائن المطالبة بالتنفيذ [4]، فإن المدين يكون محمياً أيضاً، لأنه يتيقّن أن مسؤوليته الوحيدة ستكون دفع التعويض؛ ومن ثم، لا يحتاج إلى أن يبقى مستعداً للتنفيذ[5]، وفي معظم الحالات يُعدّ Schadenersatz وسيلة فعالة للدائن مثل التنفيذ القسري؛ وحتى في الحالات التي لا يكون فيها كذلك، فإن الصعوبات والتأخيرات التي تواجه تنفيذ الحكم بالتنفيذ القسري تقلّل عملياً من جدوى سبيل الانتصاف القانوني هذا.

وأن طرق التنفيذ في القانون المدني الألماني BGB تعتمد طريقة تنفيذ الحكم القضائي على نوع الالتزام الذي يستند عليه. الواقع على الطرف المدين. وعادةً ما يتم التنفيذ ضد أو على الممتلكات؛ لكن لا يُستبعد اللجوء إلى الإكراه الشخصي.

---

(1) CC § 251 par. 1; Enneccerus and Lehmann 91.
(2) Enneccerus and Lehmann 237.
(3) Zweigert and Kötz 183.
(4) CC §§ 250, 326.
(5) G. H. treitel. remedies for breach of contract. P53.

وإذا كان الالتزام هو نقل ملكية منقولات، يمكن تنفيذ الحكم بأخذ المال من المدين وتسليمه إلى الدائن[1]. وفي حالة العقارات والسفن، يمكن إجبار المدين على إخلاء الملكية، ومن ثم يُمكن وضع الدائن في الحيازة (CC Proc. § 885). وفي كلتا الحالتين، تُنفذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم بواسطة موظف من المحكمة.

وإذا كان الالتزام هو القيام بعمل يمكن تنفيذه عن طرق الاستبدال، يمكن للدائن أن يطلب من المحكمة تفويضه بتنفيذ العمل على نفقة المدين؛ كما يمكنه أن يطلب من المحكمة إلزام المدين بدفع تكلفة هذا التنفيذ مقدماً، دون الإخلال بحقه في المطالبة بمصاريف إضافية إذا تجاوزت مبلغ الدفعة المقدمة (CC Proc. § 887). وتُستخدم هذه الطريقة في التنفيذ، على سبيل المثال، لتنفيذ الأحكام التي تقضي بتنفيذ عقد بناء، أو تدفئة أو إنارة مبنى، أو تشغيل مصعد. وتُطبق حتى في الخدمات إذا كانت لا تتطلب مهارات جسدية أو عقلية خاصة[2].أما إذا كان الحكم يتعلق بعمل لا يمكن تنفيذه عن طرق الاستبدال، فيتم التنفيذ عن طريق الغرامات والسجن؛ لكن هذه الطريقة لا تُستخدم لتنفيذ حكم يوجب تقديم خدمات بموجب عقد عمل، وفي عدد كبير من الحالات الأخرى[3].

وإذا قضى الحكم بأن يمتنع المدين عن فعل شيء أو يتحمّل شيئاً، يمكن تنفيذه بالغرامات والسجن إذا خالف المدين شروط الحكم (CC Proc. § 890).

وإذا ألزم الحكم المدين بإصدار إعلان عن إرادة (مثل تسجيل قيد في السجل العقاري)، فإن الحكم يُعتبر منفّذاً ذاتياً، بمعنى أن الإعلان يُعتبر صادراً بمجرد أن يصبح الحكم نهائياً وباتاً (CC Proc. § 894).

أن الميزة الأولى الجديرة بالملاحظة في هذا النظام التنفيذي هي تنوّع وسائل التنفيذ التي يوفّرها القانون. فاستخدام القوة الجسدية أو المادية ضد المدين (والذي يُعتبر عادةً حجة ضد التنفيذ

(1) CC Proc. §§ 883, 884, 897 .
(2)Baumbach and Lauterbach, Zivilprozessordnung(45th ed.)§887no.6;Zweigert and Kötz 184 .
(3) C Proc. § 888; Zweigert and Kötz 184 .

القسري) يُعدّ نادراً نسبياً. وعموماً، تُصمم وسيلة التنفيذ خصيصاً لتتناسب مع طبيعة الحكم المطلوب تنفيذه؛ والاستثناء الوحيد هو استخدام العقوبات الجزائية لتنفيذ حكم يُلزم المدين بالتحمّل أو الامتناع عن فعل شيء. ولا يبدو أن هناك نصاً مماثلاً للمادة 1143 من القانون المدني الفرنسي القديم قبل تعديل عام 2016، والتي تُجيز للدائن، على نفقة المدين، أن يُزيل ما تم فعله بالمخالفة لالتزام تعاقدي بالامتناع عن الفعل[1]. وقد يكون من الممكن أن يقوم الدائن بهذا الفعل بان يسترد النفقات التي تكبّدها في هذا السياق استناداً إلى مبدأ "الفضالة" negotiorum gestio [2].

الميزة الثانية الجديرة بالملاحظة في هذا النظام هي طريقة التعامل مع الأحكام القضائية المتعلقة بالخدمات المستحقة بموجب عقد عمل. فمثل هذه الأحكام تُستثنى من القاعدة العامة التي تقضي بأن الأحكام المتعلقة بأعمال لا يمكن تنفيذها عن طريق الاستبدال تُنفذ بالغرامات والسجن. والنتيجة أن هذه الأحكام المتعلقة بالخدمات لا يمكن تنفيذها إطلاقاً [3]، ويُعدّ سبيل الانتصاف القانوني الوحيد الفعّال هو المطالبة بالتعويض. وأما القانون النمساوي، فعلى الأقل من الناحية النظرية، يتفادى هذا القصور من خلال السماح بالتنفيذ المباشر، حتى عن طريق السجن عندما يمكن إصدار حكم لتنفيذ الالتزامات المتعلقة بالخدمة الشخصية؛ وإذا لم يكن التنفيذ مسموحاً، يتم الامتناع عن إصدار الحكم أصلاً[4]. وفي القانون السويسري، يمكن إصدار حكم بتنفيذ الالتزامات المتعلقة بالقيام بعمل (بما في ذلك الخدمة الشخصية)؛ وفي بعض الكانتونات، يمكن تنفيذ هذا الحكم من خلال فرض عقوبات جنائية في حال الإخلال المتعمّد[5].

[1] ويوجد نص مماثل في قانون الالتزامات السويسري هو Swiss CO art. 98 par. 3

[2] Klang VI § 1323 no. 13.

[3] RG 24 Jan. 1910, RGZ 72, 393, 394.

[4] Klang and Gschnitzer IV 1 § 859 no. B II 1; idem V § 1162 a no. II.

[5] Guhl 63; Oser and Schonenberger V 1 art. 97 no. 22.

والجدير بالذكر، يوجد تباينات في القانون السويسرية، إذ أن الموقف السويسري فيما يتعلق بإمكانية إصدار أحكام بالتنفيذ القسري يُشبه إلى حد كبير ما هو سائد في ألمانيا، رغم وجود بعض الفروقات المهمة. فمن حيث

المبدأ، يمكن للدائن أن يرفع دعوى للمطالبة بالتنفيذ؛ أو بـ Schadenersatz في حالات معينة، أي إذا كان التنفيذ غير ممكن، أو إذا حدّد الدائن مهلة للتنفيذ، أو إذا كانت الحالة تُعفى من شرط تحديد المهلة[1].

وقد يأخذ Schadenersatz شكل تعويض مالي أو Naturalersatz، لكن الشكل الأول هو الأكثر شيوعاً في التطبيق العملي[2]. وتُعدّ القواعد مرنة جداً في التطبيق الفعلي، نظراً للصلاحية الممنوحة للقاضي بموجب القانون السويسري لتحديد طريقة ومدى التعويض[3]. وفي إطار هذه الصلاحية، يمكن للقاضي الجمع بين الشكلين من وسائل الانتصاف إذا كان ذلك مناسباً[4]. وعملياً، القاعدة العامة هي منح تعويض مالي، لأنه أسهل نسبياً في التقييم والتنفيذ [5]

المطلب الثاني: التنفيذ العيني القسري بناءً على مضمون الالتزام

يميز القانون الفرنسي القديم لعام 1804والأنظمة المستندة إليه، مثل القانون الألماني، بين أشكال مختلفة من جبر الضرر (réparation)أو التنفيذ (exécution)فقد تأخذ شكل إعادة الحالة الأصلية التي كانت ستوجد لو لم يقع الخطأ (أي تعويض عيني) (reparation or execution in kind)، أو تعويض الدائن ببديل (التعويض بما يعادل، تنفيذ المعادل) (repair by equivalent, execution in equivalent)، والذي غالباً ما يكون مالياً.

(1) Guhl 63; CO arts. 97, 98, 107, 108.
(2) Guhl 91.
(3) CO art. 43, applied to contracts by CO art. 99 par. 3.
(4) Guhl 91.
(5) Ibid.

وعندما يصبح التنفيذ مستحيلاً، يختلف القانون الفرنسي القديم لعام 1804 عن. القانون الألماني، أذ لا يُقرّ القانون الألماني عموماً بالمسؤولية عن تسليم شيء بديل؛ فمثلاً، إذا فقد المقترض الشيء المُقترض، فإنه يكون مسؤولاً فقط عن دفع تعويض مالي، ولا يُصدر بحقه حكم بتسليم شيء بديل عن الشيء المفقود[1]. واستثناء شبه رمزي لهذه القاعدة، لا أهمية له في قانون العقود، هو إمكانية إلزام المدعى عليه بنشر اعتذار إذا ثبتت إدانته بالاعتداء على شرف المدعي[2]. ويُعتبر هذا أحياناً شكلاً من أشكال (réparation par equivalent) (جبر الضرر بالمعادل أو تعويض بالبديل) بوسائل غير دفع المال.

أما القانون الفرنسي والأنظمة ذات العلاقة، فهي تُقرّ من حيث المبدأ بإمكانية التنفيذ العيني en nature (execution) أو ما يُعرف بـ "التنفيذ المباشر"[3]. ولكن هذا المبدأ العام يخضع لاستثناء مهم، والذي بدوره يخضع لتقييد، مما يجعل الوضع الفعلي معقداً. ومع ذلك، فإن هذه التعقيدات ذات طابع نظري أكثر من كونها ذات أهمية عملية؛ لأن سبل الانتصاف القانونية الأكثر أهمية للطرف المتضرر في الواقع هي المطالبة بالتعويض، وحقه في الامتناع عن التنفيذ وإنهاء العقد.

في الالتزامات بالقيام أو الامتناع عن عمل، ونقل الملكية، اهتمّ القانون المدني الفرنسي القديم لعام 1804، أكثر من أي قانون آخر ربما، بحماية المدين من الإكراه الشخصي المفرط الناتج عن الالتزام[4]. وقد اعتُبر أن الالتزام بدفع المال أقل عبئاً من الالتزام بالإجبار على القيام بفعل أو الامتناع عنه. لذلك ينصّ القانون المدني الفرنسي القديم لعام 1804 في المادة 1142 على أن:

---

(1) Carbonnier IV 279;

ولكن في أوقات الندرة أو تذبذب قيم العملة، لم يتم اتباع وجهة النظر هذه دائمًا.

see Marty and Raynaud II no. 511 p. 557; Cass. civ. 20 Jan. 1953, 1.1953.222.

(2) De page III, no. 98, p. 129.

(3) SC Art. 1184 para. 2 ("to force the other to perform"), Art. 1610 ("to demand... its implementation possession").

(4) Carbonnier IV 285, 571.

"كل التزام بالقيام أو الامتناع عن عمل يتحوّل إلى تعويض في حالة عدم التنفيذ من قبل المدين."

ويُقارن الالتزام بالقيام أو الامتناع عن عمل (المادة CC 1101) بالالتزام بـ (obligation de donner)(الالتزام بنقل حق عيني أو الالتزام بإعطاء)

وغالباً لا يتطلب (الالتزام بنقل حق عيني أو الالتزام بإعطاء) (obligation de donner) "تنفيذاً" بالمعنى التقليدي؛ فهو يُنفذ ذاتياً بمعنى أن الملكية في الأشياء المعينة بذاتها يمكن أن تنتقل بمجرد اتفاق الطرفين [1].صحيح أنه في مثل هذه الحالة، إذا كان المدين لا يزال يحتفظ بمحل العقد، فقد يبقى ملزماً بتسليم الشيء. وقد يبدو للوهلة الأولى أن هذا التزام بالقيام بعمل (de faire)؛ وبالفعل، فإن الالتزام بالتسليم، عندما لا ينشأ عن التزام بنقل الملكية، يُعتبر كذلك.

ولكن عندما ينشأ الالتزام بالتسليم عن(التزام بنقل حق عيني أو الالتزام بإعطاء) (obligation de donner)، فلا يُعتبر خاضعاً للمادة 1142، سواء لأن الالتزام يُنظر إليه كجزء من (الالتزام بنقل حق عيني أو الالتزام بإعطاء) (obligation de donner) أو لأن تنفيذ الالتزام يُستند إلى حق الملكية للدائن وليس إلى العقد[2].

وعلى أي حال يملك الدائن، في حالة بيع مال معين بالذات، الحق في أن تنقل له حيازة محل العقد؛ ففي حالة البضائع، يتم ذلك من خلال وسيلة(الحجز الاسترادادي أو الحجز لاسترداد الملكية)(revendication saisie)، أما في حالة العقارات، فيمكن تنفيذ الأخلاء بحق البائع بواسطة موظف من المحكمة، والذي يمكنه بعد ذلك نقل الحيازة الى المشتري [3].

(1) CC art. 1583 and cf. CC art. 1138.
(2) Mazeaud, Leçons II 1 no. 934; De page III, no. 97.
(3) CC Proc. Art. 826 (seizure and claim); Mazeaud, Leçons II 1 no. 936; Carbonnier, IV, 574.

وحيث تكون طبيعة المال أو الملكية بحيث لا يتم نقله بمجرد اتفاق الأطراف، بل يتطلب تحرير صك رسمي، فإن التنفيذ المباشر يكون متاحاً بمعنى أن الحكم القضائي نفسه يمكن أن يُعدّ بمثابة الصك المطلوب إذا امتنع المدين عن تحريره [1]

وأما في حالة بيع بضائع معينة بالنوع أو أشياء مثلية، فإن التزام البائع بالفرز أو بالتخصيص والتسليم يُعدّ التزاماً بالقيام بعمل (obligation de faire)، ولا يمكن تنفيذه مباشرة؛ لكن في هذه الحالة، يحق للمشتري الحصول على حكم قضائي يُخوّله الشراء على حساب البائع [2] ويُعتبر هذا شكلاً من أشكال exécution en) nature) (التنفيذ العيني غير المباشرة)، رغم أن أثره العملي لا يختلف كثيراً عن التعويض. وبالتأكيد، فإن استرداد المبلغ الناتج عن ذلك يُعتبر في القانون الأنكلوأمريكي تعويضاً مالياً. ويبدو أن الموقف الفرنسي لهذه المسألة يستند إلى نتيجة العملية من وجهة نظر الدائن، حيث يحصل (أو يكاد يحصل) على الشيء الذي تعاقد عليه؛ بينما يستند الموقف الأنكلو– أمريكي إلى العملية من حيث تأثيرها على المدين، الذي لا يُجبر فعلياً على القيام بأي شيء (طالما أن الدائن يحصل على البديل على حسابه)، باستثناء دفع المال.

وتُواجه فكرة أن التنفيذ على حساب المدين يُعدّ شكلاً من أشكال (exécution en nature) (التنفذ العيني غير المباشرة)، باعتراض مفاده أن الدائن هو من يتحمّل النفقات في البداية، وقد يواجه خطر عدم قدرته على استردادها من المدين. ولا يبدو أن القانون المدني الفرنسي القديم لعام 1804يتضمن على نص مماثل للنص الألماني، والذي يُجيز للدائن استرداد تكلفة التنفيذ البديل من المدين مسبقاً. كما يختلف القانون المدني الفرنسي القديم لعام 1804عن القاعدة

---

(1) Carbonnier, ibid.

(2) CC art. 1144; Mazeaud, Leçons II 1 no. 934; De Page III no. 97;
لا يوجد نص قانوني مقابل يمنح البائع الحق في إعادة بيع البضاعة في حال إخفاق المشتري في استلامها، لكن يبدو أن هذا الحق معترف به فعلياً.
Houin in Some Comparative Aspects of the Law Relating to Sale of Goods, n. 8, 16 ff., 26 .

الألمانية في أن الدائن، في القانون الفرنسي، يحصل فعلياً على حكم قضائي بالتنفيذ البديل؛ بينما تُعدّ الأحكام الألمانية التي تُجيز التنفيذ البديل وسيلة لتنفيذ حكم قضائي بالتنفيذ الأصلي.

ويعاني (حق الاستبدال) (faculté de remplacement) الفرنسي، مثل نظيرته الألماني، من عيب يتمثل في أنه لا يمكن ممارسته إلا بإذن من المحكمة [1]، إلا في حالات الضرورة القصوى [2] ، وقد ترفض المحكمة استنادا الى سلطتها التقديرية منح الإذن وتحكم بالتعويض بدلاً من ذلك. وفي حالة العقود "التجارية"، يمكن ممارسة هذا الحق دون إذن قضائي مسبق[3].

والجدير بالذكر، أن نطاق المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي القديم لعام 1804 تستند الى القاعدة الرومانية (nemo potest praecise cogi ad factum)، أي "لا يمكن إجبار أحد على القيام بالتنفيذ العيني ". ولا تُميز المادة صراحةً، كما يفعل القانون الألماني، بين الأفعال التي يمكن تنفيذها عن طريق الاستبدال وتلك التي لا يمكن ذلك فيها؛ لكن هذا التمييز موجود فعلياً، حيث تمنع المادة 1142 التنفيذ المباشر للالتزامات من النوع الثاني. ومن ثم، فإنها تمنع التنفيذ المباشر لعقد يلتزم فيه فنان بإكمال وتسليم لوحة، أو لعقد يلتزم فيه عامل بتقديم خدمات، وحتى لعقد يلتزم فيه ممثل بعدم الظهور في مسرحية منافسة [4]. ومن المثير للاهتمام أن مثل هذا التعهد السلبي يمكن تنفيذه مباشرةً في القانون الأنكلو – أمريكي [5]، رغم أن هذه الأنظمة، من الناحية النظرية، تمنح نطاقاً أضيق من القانون الفرنسي للتنفيذ المباشر.

ولا تُطبق أحكام المادة 1142 على جميع الالتزامات بالقيام أو الامتناع عن عمل، وقد تعرضت الصياغة الواسعة للمادة لانتقادات كثيرة[6]. وتظهر استثناءات محددة من هذا النطاق الواسع الظاهر في المادتين التاليتين: 1143 و1144. والجدير بالإشارة، أنه بشأن التنفيذ البديل تمت مناقشة المادة CC 1144 سابقاً في سياق حق المشتري في شراء بضائع مماثلة

(1) Cass.civ. 5 June 1953, D. 1953. 601.
(2) Vasseur, Rev.trim.dr.civ. 1954. 403. 421, 424.
(3) Hémard, Les contrats commerciales no. 254–6.
(4) Cass.civ. 14 March 1900, 1. 1900.1.497; Court of Appeal Paris 21 April 1896, S. 1897.2.9; Carbonnier IV 572.
(5) Under the rule in Lumley v. Wagner (1852) 1 De G.M. & G. 604;
(6) E.g., Zweigert and Kötz 186.

من مكان آخر على حساب البائع. وينطبق نفس المبدأ على التزامات أخرى، مثل الالتزام بإصلاح العقار المؤجر. لكن يُستثنى هذا المبدأ في حالتين:

– الأولى: عندما يكون التنفيذ الموعود لا يمكن استبداله، مثل أن يتعلق بشيء معين بذاته تم هلاكه؛

– الثانية: عندما يتطلب التنفيذ تعاوناً أو تدخلا شخصياً من المدين، مثل وعد ممثل بالتمثيل في مسرحية معينة[1].

في الحالة الأولى، يبدو أن القانون الفرنسي لا يعترف عموماً بإمكانية تنفيذ العقد من خلال إلزام المدين بتسليم شيء بديل، كما هو الحال في القانون الألماني. أما في الحالة الثانية، فإن المادة 1144 تُستثنى على أساس أنها تُقرّ بنوع من (التنفيذ العيني الغير المباشر) (exécution en nature)، وأن الالتزامات من هذا النوع لا يمكن تنفيذها بهذه الطريقة. ويُعدّ هذا التبرير غير كافٍ لتوضيح سبب عدم تحميل الممثل الذي أخلّ بعقده مسؤولية نفقات استئجار ممثل بديل بموجب المادة 1144؛ لكن القانون مستقر على هذا النحو. وبالطبع، يظل الممثل مسؤولاً عن التعويض

وفيما يتعلق بالالتزامات بالامتناع عن عمل Obligations to forbear. تتناول المادة CC 1143 من القانوني المدني الفرنسي القديم 1804 حالات الإخلال بالالتزامات بالامتناع عن عمل، وتنص على أن للدائن الحق في المطالبة بإزالة ما تم فعله خلافاً للاتفاق؛ بدلاً من ذلك، ويمكن للدائن أن يحصل على إذن قضائي لإزالة ما تم إنشاؤه على نفقة المدين. يمكن تطبيق هذا النص، على سبيل المثال، لإلزام المؤجر بهدم منشآت تم تشييدها بالمخالفة لشروط عقد الإيجار، والتي تعيق تمتع المستأجر بالعقار.[2]وكما هو الحال في المادة 1144 CC، فإن

[1] Mazeaud, Traité III no. 2309–2313; cf. the Belgian decision Cass. 12 Sept. 1958, Pas. 1959.1.45.
[2] Carbonnier IV 574.

إصدار الحكم القضائي أمر ضروري، ويجوز للقاضي، وفقاً لتقديره، أن يحكم تعويض بدلاً من التنفيذ العيني.

وعملياً، لا يُمارس هذا التقدير كثيراً عندما يكون التنفيذ العيني للالتزام لا يزال ممكناً من الناحية المادية. (فلا يكون ذلك ممكناً، على سبيل المثال، إذا كان الالتزام بالامتناع عن عمل معين محدوداً بزمن وقد انقضى). أذ تشير المادة 1143 CC إلى إزالة ما تم فعله بالمخالفة للالتزام، ولا يبدو أنها تشمل مجرد منع النشاط البشري الذي لا يمكن "إزالته". ولهذا السبب، لا يمكن تطبيق المادة 1143 على حالة قيام ممثل بخرق عقد يمنعه من الظهور في مسرحية منافسة.

وفيما يتعلق بحيازة العقار، ينشأ استثناء محتمل آخر من مبدأ المادة 1142 CC في الحالة التي سبق ذكرها، وهي عندما يفشل شخص في تسليم حيازة عقار قام ببيعه، أو انتهت مدة إيجاره. وقد يُوصف الالتزام الذي أخلّ به بأنه الالتزام بالقيام بعمل obligation de faire، لكن المحكمة يمكنها رغم ذلك أن تمنح وسيلة الانتصاف المتمثلة في الأخلاء.[1] ولا يعني ذلك أن الموظفين العموميين المكلفين بتنفيذ الحكم القضائي سيكونون مستعدين دائماً لاستخدام القوة الجسدية أو المادية اللازمة لضمان الامتثال الفعلي لأمر المحكمة، وقد أدّى ترددهم أحياناً في ذلك إلى تطوّر وسائل أخرى في القانون الفرنسي للضغط على المدين المتعنت.[2]

واللافت للانتباه، أن المادة 1142 CC من قانون نابليون لعام 1804 تعرضت للنقد، أذ السياسة الأساسية التي تستند إليها المادة 1142 CC، وهي أن من غير المرغوب فيه تنفيذ الالتزامات الخاصة بوسائل تقيد الحرية الشخصية للمدين (على عكس التأثير على ذمته المالية)، تُعدّ معقولة إلى حد كبير. لكن الصياغة الواسعة جداً للمادة، والتي تشير إلى جميع الالتزامات بالقيام أو الامتناع عن عمل، كانت مصدراً للمشاكل غير الضرورية، وهدفاً متكرراً للنقد[3]. ويُلاحظ أن هذه المادة لم تُعتمد صراحةً في قانونين مدنيين في أمريكا الشمالية يستندان

(1) Ibid.
(2) Mazeaud, Leçons III 2 no. 1150 (Law of 21 July 1949).
(3) E.g., De Page III no. 94; Zweigert and Kötz 176.

إلى القانون الفرنسي، وهما قانونا لويزيانا وكيبيك. ويُقيّد نطاق المادة في القانون الفرنسي من خلال الاستثناءات المختلفة التي تم مناقشتها أعلاه، وكذلك من خلال وسيلة طوّرتها المحاكم الفرنسية تُعرف باسم (Astreinte) (الغرامات التهديدية).أن (الغرامة التهديدية) (Astreinte) هي حكم قضائي بالتنفيذ، مقترن بإدانة تلزم المدين بدفع مبلغ ثابت عن كل يوم (أو فترة زمنية محددة) يبقى فيها في حالة إخلال، وهناك نوعان من (الغرامة التهديدية) (Astreinte) مؤقتة ودائمة. وقد أثارت هذه الوسيلة الكثير من الجدل في السابق لكنها أصبحت الآن راسخة تماماً في القانون الفرنسي [1]

الغرامة التهديدية اليومية المؤقتة (Provisional astreinte) هي ببساطة غرامة تهديدية (Astreinte) بملغ يُحدد للدفع عن كل فترة محددة من عدم التنفيذ ولا يُحتسب هذا المبلغ بناءً على الخسارة الفعلية أو المتوقعة للدائن؛ فهدفه ليس تعويض الدائن، بل إجبار المدين على الامتثال للحكم بتنفيذ الالتزام الأساسي. لذلك، يمكن تقدير المبلغ استناداً إلى عوامل مثل قدرة المدين المالية، ودرجة خطئه، ومدى تعنّته الذي يسعى الحكم إلى التغلب عليه[2]. ويُطلق عليها اسم "مؤقتة" لأنها، سواء نفّذ المدين الالتزام أم لا، لا تمنح الدائن حقاً تلقائياً في استرداد المبلغ المحدد. بل يجب عليه تقديم طلب جديد إلى المحكمة لهذا الغرض؛ وفي هذه المرحلة، تخضع الغرامة التهديدية اليومية المؤقتة (Astreinte) للمراجعة أو ما يُعرف بـ "التصفية". وعند إجراء هذه التصفية، يمكن للمحكمة أن تأخذ في الاعتبار الخسارة الفعلية للدائن، بحيث تتحول الغرامة التهديدية اليومية المؤقتة (Astreinte) إلى تعويض فعلي عبر تقليصها إلى مقدار الخسارة التي تكبّدها فعلاً. وعلى العكس، إذا استمر المدين في التعنّت، يمكن زيادة مبلغ الغرامة التهديدية اليومية المؤقتة (Astreinte) بهدف التغلب على تعنّته [3].

[1] Carbonnier IV 579.
[2] Idem IV 574–5; Marty and Raynaud II no. 668, 674; Cass.civ. 20 Oct. 1959, D. 1959. 537.
[3] Carbonnier IV 574–5.

ونظرياً، قد يبدو أن تقليص الغرامة التهديدية اليومية المؤقتة (Astreinte) إلى مقدار الخسارة الفعلية يُفقدها أثرها الإكراهي؛ لكن عملياً، فإن تقدير التعويض عند تصفية الغرامة التهديدية (Astreinte) المؤقتة يميل إلى أن يكون صارماً تجاه المدين. وقد يأخذ بعين الاعتبار خطأ المدين، ليس فقط فيما يتعلق بعدم تنفيذ الالتزام التعاقدي الأصلي، بل أيضاً فيما يتعلق بعصيانه لأمر المحكمة [1] ومن المؤكد أن الغرامة التهديدية (Astreinte) يمكن أن تُثبت قانونياً حتى وإن تجاوزت خسارة الدائن الفعلية؛ ففي قضية بارزة، حُكم على شركة كهرباء بمبلغ 900,000 فرنك (حوالي £900 في عام 1956) لرفضها، بعد عدة أحكام متزايدة بالغرامة التهديدية (Astreinte)، تعديل أعمال تم تنفيذها بالمخالفة لحقوق مالك الأرض. وقد أيدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي، معتبرة أن المحكمة الأولى تصرفت بشكل صحيح في منح هذا المبلغ، رغم أنه لا يرتبط مباشرة بالخسارة التي تكبّدها مالك الأرض[2].

وعادةً ما يُحدد الحكم الأصلي فترة زمنية تعمل خلالها الغرامة التهديدية (Astreinte)؛ وإذا لم ينفّذ المدين الالتزام بنهاية هذه الفترة، يجوز للدائن أن يطلب تصفية (Astreinte) وصدور الغرامة التهديدية المؤقتة (Astreinte) الجديدة [3]

وأما الغرامة التهديدية النهائية (Definitive astreinte)، كما يوحي اسمها، لا تخضع للمراجعة إلا إذا كان فشل المدين في التنفيذ ناتجاً عن ظروف خارجة عن إرادته. وباستثناء هذه الحالة، يحق للدائن. بحسب هذا النوع من الغرامة التهديدية (Astreinte) ببساطة على أساس مبلغ ثابت يُضرب (عند الاقتضاء) في عدد فترات التأخير المحددة في الحكم[4]. وقد يُحدد هذا النوع، مثل الغرامة التهديدية (Astreinte) ، بمبلغ يفوق الضرر الفعلي الذي تكبده الدائن (أو المتوقع تكبده)[5] ، وبالنظر إلى طبيعته المحددة، يبدو أن له قوة إكراهية أكبر بكثير من الغرامة

---

(1) Carbonnier IV 580.
(2) Cour Riom 10 Dec. 1956, S. 1957. 112, confirmed by Cass.civ. 20 Oct. 1959, D. 1959. 537; cf. Cass.civ. 20 Jan. 1960, J.C.P. 1960.II. 11483.
(3) Cour Riom 10 Dec. 1956, S. 1957. 112, confirmed by Cass.civ. 20 Oct. 1959, D. 1959. 537; cf. Cass.civ. 20 Jan. 1960, J.C.P. 1960.II. 11483.
(4) Marty and Raynaud II no. 668. Mazeaud, Leçons II no. 953.
(5) Cass.civ. 30 June 1964, Gaz. Pal. 1964.2.354.

التهديدية اليومية المؤقتة (Astreinte).ويجب التمييز بين الغرامة التهديدية النهائية (Astreinte) وبين الحكم الذي يُقيّم التعويض الفعلي بمبلغ معين عن كل فترة محددة من عدم التنفيذ؛ فمثل هذا الحكم يُعد تعويضيًا بحتًا، ولا يُقصد به أساسًا أن يكون إكراهيًا، ولا يبدو، من الناحية الدقيقة، أنه يُشكل غرامه تهديدية (Astreinte) على الإطلاق[1].

والجدير بالإشارة، أن استخدام الغرامة التهديدية (Astreinte) يتمثل الاستخدام الرئيسي للغرامة التهديدية النهائية (Astreinte) في قانون العقود هو لضمان تنفيذ الالتزامات بالقيام بعمل أو الامتناع عنه، والتي لا يمكن تنفيذها مباشرةً بموجب المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي؛ مثلًا: إلزام وكيل بتقديم الحسابات، أو إلزام صاحب عمل بمنح شهادة توصية، أو منع ممثل من خرق تعهد بعدم العمل لصالح مسرح منافس، أو إلزام مشتري بضائع باستلامها وفقًا للعقد[2]. ولكن استخدام الغرامة التهديدية (Astreinte) لا يقتصر على هذه الحالات[3]؛ فقد استُخدمت لضمان تسليم محل البيع، حتى عندما كان الحكم بالتسليم متاحًا بالفعل. كما استُخدمت في الحالات التي يمكن فيها إصدار حكم بالتنفيذ، لكن لا يمكن تنفيذه بسبب تردد السلطات العامة في استخدام القوة، خوفًا من أن يؤدي ذلك إلى اضطرابات عامة. وكان هذا هو الوضع بالنسبة للأحكام المتعلقة بحيازة العقارات عند نهاية عقد الإيجار، حتى صدر قانون عام 1949 الذي نص على أنه في هذه الحالات، لا يمكن

أن يتجاوز مبلغ الغرامة التهديدية (Astreinte) المصفاة مقدار الخسارة الفعلية، وبذلك أُزيلت القوة الإكراهية للغرامة التهديدية (Astreinte)[4].

ويمكن أيضًا استخدام الغرامة التهديدية (Astreinte) في الحالات التي تنطبق عليها المادتان 1143 و1144 من القانون المدني الفرنسي لعام 1804. فعندما يكون المبيع من البضائع أو

(1) Capitant, Les grands arrêts de la jurisprudence civile (7th ed.), 378; Marty and Raynaud II no. 668.
(2) Carbonnier IV 575; Mazeaud, Leçons III 2 no. 1025.
(3) Zweigert and Kötz 188.
(4) Law no. 49-972 of 21 July 1949

الأشياء المثلية، ويكون بإمكان المشتري أن يستعيض عنها بشراء بديل على حساب البائع، يكون استخدام الغرامة التهديدية (Astreinte) نادرًا؛ لكن يمكن استخدامها في حالات النقص في السوق لإجبار البائع على التسليم، لأن قدرة المشتري على الحصول على بديل تكون نظرية أكثر منها واقعية. ومن المثير للاهتمام أن هذا النوع من الحالات هو الذي وُصف فيه الحق الألماني الأوسع في التنفيذ العيني بأنه مفيد بشكل خاص[1]، كما توجد بعض الآراء التي تدعم فكرة أن نقص التجهيز يُعد سببًا كافيًا للتنفيذ العيني في القانون الأنكلو–أمريكي [2]. ويمكن استخدام الغرامة التهديدية (Astreinte) حتى لتنفيذ حكم بدفع مبلغ مالي، مثلًا إذا كان المدعى عليه سلطة عامة. لا يمكن تنفيذ الحكم ضدها بالطرق المعتادة[3].

والجدير بالذكر، تعرضت وسيلة الغرامات التهديدية الى الانتقاد، لقد كان مصطلح الغرامة التهديدية (Astreinte) مثار جدل كبير. ومن أبرز الاعتراضات عليها أنها غير مبررة بأي نص في القانون المدني، الذي لا ينص إلا على التعويض؛ وأنها تُعد نوعًا من التحايل على القانون (fraude à la loi)

لتحقيق ما تمنع المادة 1142 من القانون المدني المحكمة من القيام به مباشرة[4]؛ وأنها تُشكل عقوبة على عصيان أمر المحكمة، وهي عقوبة يجب، إن فُرضت، أن تذهب إلى الدولة لا أن تُثري الطرف المتضرر. لهذه الأسباب، لم يعتمد هذا المصطلح في الأنظمة المستندة إلى القانون الفرنسي، مثل لويزيانا وكيبيك؛ مع الإشارة إلى أن هذه الأنظمة لا تتأثر بأحكام المادة 1142، وتملك وسائل فعالة أخرى للتنفيذ المباشر، خصوصًا التنفيذ عن طريق الإكراه الشخصي ضد المدين[5] ومع ذلك، تبنّى القانون الفرنسي وجهة نظر مفادها أن الغرامة التهديدية (Astreinte)، رغم عيوبها، أفضل من الفراغ في وسائل التنفيذ الذي كانت ستتركه المادة

(1) Riegert, 45 Tul.L.Rev. 48, 81 (1970/71).
(2) Corbin § 1146; Treitel 789.
(3) Zweigert and Kötz 189.
(4) Carbonnier IV 579.
(5) Baudouin 570; Jackson (n. 14) 202; Louisiana CC Proc. (West's Louisiana Statutes Annotated, Civil Procedure 4) art. 2502.

1142، حتى في تفسيرها الضيق[1]. وعلى أي حال، أصبحت الغرامة التهديدية (Astreinte) الآن وسيلة راسخة للتنفيذ العيني غير المباشر للالتزامات العقدية، وذلك من خلال ممارسة المحاكم الفرنسية[2]. وقد تم تأكيد وجودها وشرعيتها صراحةً في عام 1972 بموجب تشريع أعلن أنها مستقلة عن التعويض[3]

ولا يبدو أن للغرامة التهديدية (Astreinte) نظيرًا في الأنظمة غير المستندة إلى القانون الفرنسي، رغم أن فكرة منح وسيلة انتصاف للضغط على المدين لتنفيذ التزام لا يمكن تنفيذه مباشرةً ليست غريبة عن أنظمة القانون العام (COMMON LAW)[4].

ولا شك، يتم تنفيذ الأحكام في القانون الفرنسي عن طريق الحجز على ممتلكات المدعى عليه، والتي يمكن تسليمها بعد ذلك إلى المدعي إذا كان محل الالتزام قيام بعمل Obligations to donner [5] وبالمثل، يمكن لمالك العقار الذي حصل على حكم بالحيازة أن يُطرد المدعى عليه فعليًا ويُوضع هو في حيازة العقار[6]. وعندما يُنتج العقد نفسه (كما يحدث غالبًا في القانون الفرنسي) نقلًا للملكية، قد يكون للدائن الحق في حجز محل العقد بموجب ملكيته. وعندما يكون التنفيذ مطلوبًا لالتزام بنقل الملكية، يُعد الحكم نفسه بمثابة نقل الملكية[7]. وفي الحالات الأخرى، يكون رضا الدائن ماليًا، أي من خلال التعويض. أذ يتم التنفيذ من خلال عائدات بيع الممتلكات المحجوزة. أما الإكراه الشخصي على المدين في الالتزامات المدنية الخاصة، فلم يعد معمولًا به منذ عام 1867.[8]

(1) Tunc, Festschrift Riese (Karlsruhe 1964) 397, 404.
(2) G. H. treitel. remedies for breach of contract. P62.
(3) Law no. 72-626 of 5 July 1972; Mazeaud, Leçons II 1 no. 954.
(4) See Lumley v. Wagner (1852) 1 De G. M. & G. 604;
(5) Carbonnier IV 566–7.
(6) Carbonnier IV 574.
(7) Ibid.
(8) Herzog, Civil Procedure in France 558; Cass.crim. 16 Feb. 1960, D. 1960. 243.

وفي القانون المدني العراقي، يتحدد التنفيذ العيني بحسب مضمون الالتزام، إذا كان نقل ملكية أو حق عيني، أو قيام بعمل، أو امتناعاً عن عمل. فإذا كان محل الالتزام نقل ملكية شيء، قد يكون الشيء عقاراً أو منقولاً، إذ إن العقود التي ترد على التصرف في العقار شكلية في القانون العراقي. ومن ثم، لا يتم التنفيذ العيني إلا بتسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري. فإذا قام الطرفان بتسجيل العقد فتنتقل الملكية بمجرد التسجيل .وإذا نكل صاحب العقار ولم يقم بتسجيله في الدائرة المختصة، فإذا كان العقد بيعاً وهو الغالب في التعامل، فقد لا يكون أمام المشتري غير المطالبة بالتعويض.[1] المعتاد أن التعويض في هذه الحالة يُقدَّر بالفرق بين ثمن العقار في التعهد وقيمته وقت النكول، تجسيداً لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1198 لسنة 1977.

وأما إذا كان محل الالتزام نقل ملكية منقول، فإذا كان المنقول مُعيَّناً بالذات، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد. وهذا يعني حصول التنفيذ العيني لهذا الالتزام تلقائياً.[2] وأما إذا كان المنقول مُعيَّناً بالنوع، فإن ملكيته لا تنتقل إلا بالإفراز .فإذا امتنع البائع عن ذلك، جاز للمشتري أن يطلب من المحكمة تخويله هو للقيام بإفراز الشيء أو تعيين خبير لهذا الغرض، بشرط وجود منقولات من هذا النوع لدى البائع. أما إذا لم تكن لديه منقولات من النوع ذاته، فيجوز للمشتري أن يحصل على شيء مماثل من مصدر آخر، ويرجع على البائع بالفرق في الثمن إذا كان هناك فرق في الثمن.[3]

وإذا كان محل الالتزام تسليم شيء، فإذا كان عقاراً فلا مجال للتخلف عن تنفيذه من حيث الأصل، إذ يمكن للدائن أن يطلب إجبار المدين على تسليم العقار، والذي يجري بعد الحكم عن طريق مديرية التنفيذ المختصة، وهذا بشرط أن يكون الالتزام بالتسليم مستقلاً وليس تابعاً لالتزام قبله بنقل حق عيني على العقار .ومن ثم يحصل التنفيذ العيني عن طريق الدائرة المختصة. [4]

---

(1) د .عبد الباقي البكري .شرح القانون المدني العراقي. ج 3. في أحكام الالتزام. تنفيذ الالتزام دراسة مقارنة .مطبعة الزهراء. بغداد. 1971. ص 47.

(2) المادة 247 من القانون المدني العراقي. وكذلك المادة 531 من القانون المدني العراقي أيضاً.

(3) انظر د .علي حسين منهل .نظرية الإخلال الفعّال في العقد دراسة مقارنة في ضوء التحليل الاقتصادي للقانون. ط 1. المركز العربي للنشر والتوزيع. 2020. ص 231 .وانظر كذلك المادة 248 من القانون المدني العراقي.

[1] وأما إذا كان الشيء منقولاً مُعيَّناً بالذات وامتنع المدين عن تسليمه، فإذا كان هذا الشيء موجوداً جاز للدائن اللجوء إلى القضاء للحكم على المدين بتسليم الشيء، وبعد ذلك يودع الدائن الحكم لدى دائرة التنفيذ وهي التي تقوم بأخذ الشيء من المدين وتسليمه إليه، وذلك بعد أن يدلها عليه. وإذا لم يكن الشيء موجوداً، بأن أخفاه المدين ولم يستطع الدائن العثور عليه، أو هلك بخطأ المدين، فالتنفيذ العيني يصبح مستحيلاً ويتحول إلى تنفيذ بمقابل، أي تعويض.[2]

وأما إذا كان محل الالتزام تسليم شيء مِثْلِي، كحِنطة أو أرز أو تمر، وامتنع المدين عن تسليمه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين، بعد استئذان المحكمة أو بدون استئذانها في حالة الاستعجال.[3]وإذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل غير التسليم، فيُنظر إلى شخصية المدين وهل هي محل اعتبار في هذا العمل المطلوب، أي أن العمل لا يكون مُنتِجاً إلا إذا قام به المدين ذاته ولكنه امتنع عن التنفيذ، فالقاعدة أن إجباره على القيام بالعمل غير جائز لما يمثله ذلك من انتهاك لحريته الشخصية إذا فشلت الغرامة التهديدية في ثنيه عن الإخلال.[4]

وأما إذا كانت شخصية المدين ليست محل اعتبار في التنفيذ وامتنع عن التنفيذ، فالتنفيذ العيني الجبري أو القسري يكون ممكناً دائماً، ويمكن للدائن أن ينفذه على نفقة المدين. فإذا تعهد شخص ببناء دار، ولم يقم بتنفيذ ما تعهد به، جاز للدائن أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين. فيقوم ببناء الدار، بواسطة شخص آخر، ثم يقيم الدعوى أمام القضاء طالباً الحكم عليه بجميع ما أنفقه مع التعويض عن الضرر الذي أصابه.[5]

---

[1] د. عبد الباقي البكري، تنفيذ الالتزام. مصدر سابق. ص 52.

[2] د. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. ج2. أحكام الالتزام. الناشر العاتك لصناعة الكتاب. بلا سنة طبع. ص8. د. محمد جمال الدين زكي. الوجيز في النظرية العامة للالتزامات. ط3. مطبعة جامعة القاهرة. 1978. ص743

[3] المادة 248 من القانون المدني العراقي.

[4] المادة 250 من القانون المدني العراقي.

[5] د. عبد المجيد الحكيم. أحكام الالتزام. مصدر سابق. ص9.

وإذا كان محل التزام المدين المحافظة على الشيء، فعليه أن يبذل العناية اللازمة في المحافظة عليه وهي العناية التي يبذلها الرجل المعتاد. فإذا بذل هذا القدر من العناية كان مُنفِّذاً لالتزامه ولو لم يتحقق الغرض المقصود. ولكن قد تكشف الظروف أن المدين إنما أراد أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي أعتادها في شؤونه الخاصة، لا العناية التي يبذلها الشخص المعتاد. في هذه الحالة، إذا بذل المدين هذا القدر من العناية، فإنه يعتبر مُوفياً بالتزامه.[1]

وإذا كان محل التزام المدين امتناعاً عن عمل وقام به، أصبح التنفيذ العيني الجبري مستحيلاً بخطأ المدين بالنسبة للماضي. مثال ذلك أن يتعهد تاجر بعدم منافسة تاجر آخر ثم يفتح متجراً لمنافسته. في هذه الحالة، يجوز للدائن الالتجاء إلى القضاء لإزالة ما وقع والحصول على تعويض مناسب.[2]

والجدير بالتنويه، أن التنفيذ العيني الجبري في حالة الالتزام بامتناع عن عمل يتحول في أغلب الأحيان إلى تعويض. ولكن يبقى إجبار المدين على التنفيذ العيني ممكناً في الغالب بالنسبة للمستقبل.[3]

وفي القانون المدني المصري يعتمد التنفيذ العيني هو الآخر على مضمون الالتزام، فإذا كان الالتزام يتعلق بنقل حق عيني أو إنشائه على شيء، فإن تنفيذ هذا الالتزام يختلف باختلاف ما إذا كان الشيء منقولاً أو عقاراً :فإذا كان الشيء منقولاً، وكان مُعيَّناً بذاته ومملوكاً للمدين، اعتُبِر الالتزام مُنَفَّذاً بمجرد نشوئه.[4] وأما إذا كان الشيء مُعيَّناً بنوعه فحسب، فلا ينتقل الحق العيني إلا بإفراز الشيء. وإذا، فتنفيذ المدين لالتزامه بنقل الحق العيني في هذه الحالة يقتضي منه أن يقوم بإفراز الشيء.[5]

---

(1) المادة 2/251 من القانون المدني العراقي.
(2) المادة 252 من القانون المدني العراقي.
(3) د. عبد المجيد الحكيم. أحكام الالتزام. مصدر سابق. ص10
(4) د. إسماعيل غانم. في النظرية العامة للالتزام. ج2. أحكام الالتزام والأثبات .1967. ص 16.
(5) د. أسماعيل غانم. أحكام الالتزام. مصدر سابق. ص16

وأما إذا كان الشيء عقاراً فلا يكفي أن يكون مُعيَّناً بالذات حتى ينتقل الحق العيني الأصلي إلى الدائن. ومن ثم، لا يعتبر مُنَفَّذاً بمجرد نشوئه .بل لا بد من تسجيل التصرف المُنشئ له. بمعنى آخر، تسجيل التصرف في الدائرة المختصة.[1]

وإذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل، لا يكون المدين قد نفذ التزامه ألا إذا حقق النتيجة المطلوبة منه فعلا. وذلك إذا كان التزامه بتحقيق نتيجة. وأما إذا كان التزامه هو التزام بوسيلة، يكون المدين قد نفذ التزامه إذا بذل العناية المطلوبة، وحتى ولو لم تتحقق النتيجة المطلوبة. [2]

وفي كثير من الحالات لا تكون لشخصية المدين أهمية خاصة بالنسبة للدائن. كما لو التزم مقاول بإقامة بناء، فإن ما يهم الدائن هو إقامة البناء، فإذا نكل المدين عن القيام بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، كما يجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء.[3]

ولكن في بعض الحالات الأخرى تكون لشخصية المدين أهمية خاصة عند الدائن وذلك طبقاً لطبيعة الالتزام أو اتفاق المتعاقدين. كما لو التزم فنان برسم لوحة فنية أو إحياء حفلة موسيقية أو غير ذلك. في هذه الحالة يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين. وفي نفس الوقت فإن المدين لا يُقهر على تنفيذ التزامه بنفسه لأن في ذلك اعتداء على حريته الشخصية.[4]

وأما إذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل، فإن مجرد قيامه بذلك العمل يُعتبر إخلالاً بالالتزام ويرتب مسؤوليته، ويكون بذلك ملزماً بالتعويض .ولكن ليس معنى ذلك أن التنفيذ العيني يصبح مستحيلاً، في كل الأحوال، استحالة مادية بمجرد إخلال المدين بالتزامه. فقد يكون التنفيذ العيني ممكناً بالنسبة للمستقبل عن طريق إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام.[5]

---

(1) د. أسماعيل غانم. أحكام الالتزام. مصدر سابق. ص17
(2) د. سمير عبد السيد تناغو. أحكام الالتزام والأثبات. منشأة المعارف. 2005.ص235
(3) المادة 209 من القانون المدني المصري
(4) المادة 208 من القانون المدني المصري
(5) د. أسماعيل غانم. أحكام الالتزام. مصدر سابق. ص18

لمبحث الثاني: المعالجات التشريعية للتنفيذ العيني القسري أو الجبري في أنظمة القانون العام الانكلو –أمريكي

وتتبع أنظمة القانون العام الانكلو –أمريكية في معالجة التنفيذ العيني القسري أو الجبري الى اعتباره وسيلة انتصاف تقديرية. وكذلك، بعض منها يعتمد المنهج أو النموذج المختلط في معالجة التنفيذ العيني القسري أو الجبري. وبناءا على ذلك، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين. وعلى الشكل الاتي:

المطلب الأول: التنفيذ العيني القسري كوسيلة انتصاف تقديرية

في الأنظمة القضائية التابعة للقانون العام (COMMON LAW)، تُعد الوسائل المعتادة لسبل الانتصاف الناشئة عن الإخلال بالعقد هي: الدعوى للمطالبة بمبلغ متفق عليه، عندما يكون الإخلال متمثلًا في عدم دفع ذلك المبلغ؛ والدعوى للمطالبة بالتعويض، عندما يكون الإخلال متمثلًا في عدم تنفيذ التزام آخر. أما التنفيذ العيني للالتزامات من النوع الثاني، فهو متاح فقط على نحو استثنائي. وعندما يُطلب التنفيذ العيني لالتزام إيجابي بالقيام بعمل أو نقل شيء، يسمى سبيل الانتصاف القانوني حينها أمرًا أو حكمًا بالتنفيذ العيني (specific performance)؛ أما إذا كان الالتزام سلبيًا، أي بالامتناع عن القيام بشيء، فيسمى سبيل الانتصاف التنفيذ العيني حينها أمرًا قضائيًا بالمنع أو الزجر (injunction). ولا يُستخدم هذا التمييز دائمًا بدقة، إذ تُصدر أحيانًا أوامر منع إلزامية (mandatory injunctions) لتنفيذ التزامات إيجابية.

ولا تزال وسيلتا التنفيذ العيني والمنع تُسمّيان "سبل إنصاف " (equitable remedies)، لأنهما نشأتا في محكمة الإنصاف (Court of Chancery)؛ وغالبًا ما تُقابلان بسبيل انتصاف التعويض في القانون العام، والتي كانت متاحة سابقًا فقط في محاكم القانون العام. ورغم أن الفصل بين محاكم القانون العام ومحاكم الإنصاف لم يعد قائمًا، فإن التمييز القديم بين وسائل الإنصاف ووسائل القانون العام لا يزال له بعض الأهمية.

وبشكل عام، لا تُمنح وسائل الإنصاف كحق تلقائي، بل تُمنح فقط بناءً على تقدير المحكمة. لذا، فإن المبدأ العام في القانون الأنكلو – أمريكي هو أن التنفيذ العيني يُعد وسيلة انتصاف تقديرية. وكما أُشير سابقًا، فإن الدعوى للمطالبة بمبلغ متفق عليه، رغم أنها تُعد نوعًا من التنفيذ العيني، لا تُعتبر دعوى للتنفيذ العيني ولا وسيلة إنصاف إنشائية. فهي ليست وسيلة انتصاف تقديرية، بل تُمنح كحق تلقائي؛ رغم أنها أكثر تقييدًا إلى حد ما من سبل انتصاف التعويض.

ويُعد عصيان أمر المحكمة بالتنفيذ العيني أو أمر المنع ازدراءً للمحكمة، ويُعاقب عليه بالغرامات (تذهب إلى الدولة) والسجن. ولا يزال هذا الأسلوب التقليدي لضمان الامتثال لتلك الوسائل يؤثر على نطاق استخدامها حتى اليوم، رغم توفر وسائل أخرى لضمان تنفيذ أوامر المحكمة. أما الحكم بالتعويض، فيمكن دائمًا تنفيذه دون إكراه شخصي، عن طريق الحجز على ممتلكات المدين. أما الطريقة القديمة لتنفيذ مثل هذا الحكم عن طريق الإكراه الشخصي على المدين، فقد أصبحت شبه منقرضة[1].

والجدير بالذكر، أن مبدأ كفاية التعويض، إذ ينطلق القانون الأنكلو– أمريكي من مبدأ مفاده أن التنفيذ العيني للعقد لا يُؤمر به إلا عندما يكون التعويض (أو وسائل الانتصاف الأخرى في القانون العام) غير كافية لحماية الدائن. وقد تم تبني هذا المبدأ في الأصل لتقليل النزاع بين محاكم القانون العام ومحاكم الإنصاف، حيث كانت الأخيرة تدّعي حق التدخل فقط عندما لا تستطيع الأولى تقديم وسيلة انتصاف مرضية. وفي هذا السياق، يجب التأكيد مجددًا على أن الإجراء الذي يحصل فيه الطرف المتضرر على بديل ويطالب الطرف المُخلّ بتكاليف ذلك، يُعتبر في القانون الأنكلو– أمريكي مجرد خطوة نحو التعويض، وليس تنفيذًا عينيًا. فإن كان بإمكان الدائن الحصول على الرضا بهذه الطريقة، فإن محكمة الإنصاف لا تتدخل (وعمومًا لا

[1] لقد تم تقييد السلطة المحدودة للحبس التي كانت قائمة في إنكلترا بموجب المادة 5 من قانون المدينين لعام 1869، بشكل أكبر بموجب المادة 11 من قانون إدارة العدالة لعام 1970.

تتدخل). لذلك، فإن العقود المتعلقة ببيع الأسهم في الشركات، أو البضائع أو الأشياء المثلية والمتوفرة في السوق بسعر يمكن تحديده، لا تُنفذ عادةً تنفيذًا عينيًا.[1]

ولكن محكمة الإنصاف تدخلت في نوعين من القضايا: القضايا التي يكون فيها الضرر من نوع يصعب تقدير التعويض عنه؛[2] والقضايا التي يكون فيها للمدعي مصلحة معترف بها في الحصول على الشيء ذاته المتعاقد عليه، وليس مجرد بديل يمكن شراؤه بواسطة التعويض المالي. والحالة النموذجية التي يُؤمر فيها بالتنفيذ العيني هي تلك التي لا يمكن فيها الحصول على بديل مرضٍ؛ مثلًا: إذا كان محل العقد أرضًا أو منزلًا، أو بضائع قيمية مثل الموروثات أو الأعمال الفنية العظيمة، أو ربما بضائع "فريدة تجاريًا" مثل السفن أو الآلات التي لا يمكن الحصول عليها بسهولة من مكان آخر.[3]

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، وسّعت المحاكم نطاق وسيلة التنفيذ العيني إلى ما بعد هذه النقطة، وجعلتها متاحة حتى للمشترين الذين يحتاجون إلى توريد فعلي للبضائع أو الأشياء المثلية بشكل عاجل، أو الذين لا يمكنهم فعليًا الحصول على بديل.[4] وقد تم تأكيد هذا الاتجاه من خلال المادة 2–716 من القانون التجاري الموحد (UCC)، والتي تنص على أن: "يجوز إصدار حكم بالتنفيذ العيني عندما تكون البضائع قيمية أو في

ظروف مناسبة أخرى." وتُعد هذه المادة مؤشرًا على الاتجاه المتزايد لدى المحاكم الأمريكية نحو إصدار أحكام بالتنفيذ العيني دون أن تسأل أولًا ما إذا كان التعويض وسيلة انتصاف "كافية"؛ فالتركيز أصبح على مدى ملاءمة التنفيذ العيني، وليس على مدى "كفاية" التعويضات.[5]

---

[1] Corbin § 1146; Treitel 786.
[2] Corbin § 1142; Treitel 787; cf. Indian Specific Relief Act, 1877 s. 12(d)
[3] Corbin §§ 1142, 1143, 1146; Treitel 788–9.
[4] Corbin § 1142.
[5] في الواقع، لم تُسجل سوى حالات قليلة من التنفيذ العيني بموجب المادة 2-716 من القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC)، ويُفترض أن السبب في ذلك هو أن وسيلة الانتصاف المعروفة بـ "التغطية" والمنصوص عليها في المادة 2-712 من نفس القانون تُعد عادةً أكثر ملاءمة.

ويُظهر هذا الاتجاه أيضًا مصير بعض الأحكام التشريعية التي في بعض الولايات الأمريكية التي استندت إلى مشروع القانون المدني الذي أعدّه David Dudley Field لولاية نيويورك عام 1865، لم يُعتمد هذا القانون في نيويورك، لكنه اعتُمد في عدد من الولايات الأخرى. وقد نصّ ذلك القانون في الأصل على أنه يمكن إجبار المدين على التنفيذ العيني عندما لا يوفر التعويض المالي وسيلة انتصاف "كافية"[1]. ولا تزال هذه الصيغة سارية في ولاية مونتانا[2]، كما اعتُمدت أيضًا في قانون التنفيذ العيني الهندي (Indian Specific Relief Act)، الذي تستند بعض أحكامه إلى قانون Field[3]. لكن هذه الصيغة أُلغيت في ولايات أخرى كانت قد اعتمدت قانون Field، مثل كاليفورنيا، وداكوتا الشمالية، وداكوتا الجنوبية. أما في ولاية ماريلاند، فهناك نص تشريعي صريح يُفيد بأن التنفيذ العيني لا يجوز رفضه لمجرد أن المدعي لديه وسيلة انتصاف "كافية" بموجب القانون[4]. ويتجه الاجتهاد القضائي في ولايات أخرى نحو نفس الاتجاه[5].

وفي إنكلترا، كانت المحاكم في وقت من الأوقات مترددة في الاعتراف بإمكانية التنفيذ العيني لعقود بيع البضائع، إلا إذا كانت البضائع "معينة بالذات" أو "قيمية" بالمعنى الموضح سابقًا[6]. لكن في الآونة الأخيرة، قبلت المحاكم وجهة النظر التي وردت في حكم أسترالي، ومفادها أن التنفيذ العيني يجب أن يُؤمر به عندما يكون الوسيلة الأنسب، حتى وإن كان التعويض يعد وسيلة انتصاف "كافية" وفقًا للسلطات القديمة[7]. فعلى سبيل المثال، يمكن تنفيذ عقد تنفيذًا

(1) Field, Civil Code (Albany 1865) § 1887. For criticism, see Pollock and Mulla (10th ed.) ix.
(2) Montana Code Annotated § 27-1-411; for a similar provision, see Georgia Code (Code of Georgia Annotated Book 12A) § 37-801.
(3) Indian Specific Relief Act 1963 s. 14(1)(a) (replacing s. 21(a) of the Indian Specific Relief Act 1877 which remains in force in Pakistan).
(4) Annotated Code of Maryland art. 16 § 169.
(5) Corbin § 1136.
(6) Treitel 788.
(7) See Beswick v. Beswick [1968] A.C. 58, 88, 102 and the citation ibid. of Coulls v. Bagor's Bagor's Executor and Trustee Co. Ltd. (1967) 40 A.L.J.R. 471.

عينيًا، حتى وإن كان يتعلق بتوريد بضائع أو أشياء مثلية، إذا كانت تلك البضائع نادرة لدرجة أن المشتري لا يستطيع فعليًا الحصول على بديل من مصدر آخر[1]. وإذا استمر هذا

الاتجاه، كما يبدو مرجحًا، فإن القانونين الإنكليزي والأمريكي في هذه النقطة سيتقاربان أكثر، وسيُعاد شرط "عدم كفاية التعويض" إلى وظيفته الصحيحة في القانون الإنكليزي. ومن المنطقي تقييد مطالبة المدعي بالتعويض المالي إذا كان يمكن بذلك وضعه في نفس المركز الذي كان سيكون عليه لو تم التنفيذ الفعلي، لأن الحكم المالي أسرع وأسهل في التنفيذ من الحكم بالتنفيذ العيني، كما أن تنفيذه يُحتمل أن يُسبب مشقة أو إرهاق أقل للمدين. وبهذا المعنى، يُتوقع أن يُطبّق شرط "عدم كفاية التعويض" في القانون الأنكلو – أمريكي بعد أن زال مبرره الأصلي (وهو التنافس بين محاكم القانون العام ومحاكم الإنصاف).

وأن الأسباب التقديرية لرفض التنفيذ العيني حتى مع التسليم بأن التعويض لا يعد وسيلة انتصاف كافية، فإن التنفيذ العيني لا يُؤمر به تلقائيًا. فهو وسيلة انتصاف تقديرية. وهذا لا يعني أن التنفيذ العيني يمكن رفضه بشكل تعسفي؛ فالسلطة التقديرية للمحكمة محكومة بقواعد محددة إلى حد كبير، تُبيّن عددًا من الأسباب التي يمكن بموجبها رفض التنفيذ العيني[2]. بعض هذه الأسباب تُعد أسبابًا مُبطلة مثل التدليس والغلط، لكن البعض الآخر لا يندرج ضمن هذه الفئة، وهو ما يُضفي على فكرة أن التنفيذ العيني وسيلة انتصاف "تقديرية" قوةً خاصة.

فمثلًا، يمكن رفض التنفيذ العيني إذا كان من شأنه أن يُسبب مشقة جسيمة للمدين، كما في الحالات التي تكون فيها تكلفة التنفيذ على المدين غير متناسبة إطلاقًا مع الفائدة التي سيجنيها الدائن[3]؛ أو عندما يُسبب التنفيذ العيني ضيقًا استثنائيًا للمدين نتيجة مصاعب مالية أو مرض[4]؛ أو عندما تكون الصفقة جائرة بشكل فادح[5]؛ أو عندما ترفض المحكمة سلوك المدعي، مثلًا إذا رفض تنفيذ وعد يُشكل بلا شك جزءًا من الصفقة، لكن لا يمكن إلزامه به لعدم

(1) Sky Petroleum Ltd. v. V.I.P. Petroleum Ltd. [1974] 1 W.L.R. 576.
(2) Corbin § 1136; Treitel 790.
(3) Corbin § 1162; Treitel 790. Cf. German CC § 251 para. 2.
(4) Patel v. Ali [1984] Ch. 283.
(5) Corbin § 1164; Treitel 790–1.

وجود دليل كتابي[1]؛ أو إذا قام، في أوقات الكساد الاقتصادي، بفصل موظف خدمه لسنوات طويلة دون سبب[2]. كما يمكن للمحكمة رفض التنفيذ العيني إذا كان من شأنه أن يتعارض مع المصلحة العامة[3].

وتكتسب هذه القيود على قابلية التنفيذ العيني أهمية خاصة عند النظر إليها في ضوء غياب أي نظرية عامة بشأن الغبن أو حسن النية في تنفيذ العقود في القانون الإنكليزي[4].أما في الولايات المتحدة، فيمكن القول إن مثل هذه النظريات بدأت تتسلل إلى القانون العام من خلال بعض أحكام القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC)[5] ، والتي تشترط حسن النية في تنفيذ العقود، العقود، وتُجيز إبطال أو تعديل العقود على أساس عدم المعقولية (unconscionableness)[6].

وغالبًا ما تُطبّق المحاكم هذه الأحكام حتى على العقود التي لا تندرج، من الناحية الفنية، ضمن نطاق القانون التجاري الأمريكي الموحد. وفي بعض الولايات الأمريكية، يُعد مجرد عدم كفاية المقابل، بموجب القانون، سببًا كافيًا لرفض التنفيذ العيني[7]؛ لكن الرأي العام في المحاكم الأمريكية والإنكليزية هو أن عدم كفاية المقابل وحده لا يكفي لحمل المحكمة على رفض التنفيذ

(1) Corbin § 1167; Treitel 791–2.
(2) Economic Grocery Stores Corp. v. McMenany 195 N.E. 747 (1935).
(3) Corbin § 1169.
(4) G. H. treitel. remedies for breach of contract. P66
(5) UCC §§ 1-203, 2-302.
(6) وقد حكم أن ذلك يشمل فرض مبلغ مفرط مقابل السلع أو البضائع، كما في قضية *Jones v. Star Credit Corp.* 298 N.Y.S.2d 264 (1969). أما القرارات القضائية الإنكليزية الحديثة، فقد رفضت الرأي القائل بإمكانية إبطال العقود بسبب "عدم تكافؤ القوة التفاوضية" في مثل هذه الحالات:
see Treitel 320–1 .
(7) Code of Alabama § 8-1-40(1); California CC § 3391; Georgia Code § 37-805; Montana Code Annotated § 27-1-415; North Dakota Century Code Annotated § 32-04-08; South Dakota Codified Laws § 21-9-3.

العيني، بل يجب أن يكون مصحوبًا بسلوك غير عادل أو غير معقول من جانب المدعي[1]. وهذا هو أيضًا موقف قانون التنفيذ العيني الهندي[2].

ولا تؤثر هذه الموانع التقديرية، من حيث المبدأ، على صحة العقد أو على إمكانية الحكم بالتعويض عن الإخلال به؛ بل تؤثر فقط على قابليته للتنفيذ العيني.

والجدير بالإشارة، تُقيّد إمكانية اللجوء إلى التنفيذ العيني بمجموعة من العوامل التي تتعلق بمدى ملاءمة منح هذه الوسيلة من وسائل الانتصاف، وبمدى واقعية تنفيذ حكم المحكمة.

فمثلًا، يُعتبر في القانون الأنكلو – أمريكي أن تنفيذ عقد يُلزم أحد الأطراف بتقديم خدمات ذات طبيعة شخصية، مثل عقد العمل، أمر غير مرغوب فيه. إذ يُعد إجبار العامل على العمل تدخلًا غير مبرر في حريته الشخصية، كما يُعد إلزام صاحب العمل بإعادة موظف تم فصله بشكل غير مشروع نوعًا من الإكراه غير المرغوب فيه في استمرار العلاقة الشخصية[3]. ويُكرّس ويُكرّس هذا المبدأ في أحدث التشريعات الإنكليزية[4]؛ ورغم أن بعض التشريعات تُجيز للهيئات القضائية أن توصي بإعادة توظيف العامل المفصول ظلمًا، فإن هذه التوصية لا يمكن تنفيذها تنفيذًا عينيًا. والجزاء الوحيد لعدم الامتثال للتوصية هو منح تعويض مالي[5]. أما إعادة التوظيف الفعلية، فلا تُتاح كوسيلة انتصاف قانونية إلا في حالات معينة تتعلق بالفصل من منصب عام للمخالفة لشروط التعيين[6]. وباستثناء ذلك، ينطبق هذا المبدأ سواء كانت الوسيلة المطلوبة هي التنفيذ العيني أو الأمر القضائي بالمنع؛ فلا يمكن إجبار العامل على عدم الإخلال بالتزامه بالخدمة، ولا يمكن إجبار صاحب العمل، بوجه عام، على عدم فصل العامل بشكل غير مشروع[7]. لكن صدر أمر قضائي بالمنع في حالة كان فيها صاحب العمل قد تصرف على مضض (تحت ضغط نقابي) في فصل العامل بشكل غير مشروع؛ لأن هذا الأمر

---

(1) Corbin § 1165; Treitel 791.
(2) Indian Specific Relief Act, 1877 ss. 22, 28(a); Indian Specific Relief Act 1963 s. 20(2)(a).
(3) Corbin § 1204; Treitel 792–3.
(4) Trade Union and Labour Relations Act 1974 s. 16.
(5) Employment Protection (Consolidation) Act 1978 ss. 69–71.
(6) Ridge v. Baldwin [1964] A.C. 40.
(7) Whitwood Chemical Co. v. Hardman [1891] 2 Ch. 416.

لم يُجبر الطرف غير الراغب على استمرار العلاقة[1]. ويمكن تنفيذ الالتزام بالامتناع الوارد في عقد تقديم خدمات شخصية عن طريق أمر قضائي بالمنع؛ مثلًا: تعهد المغنية بعدم الغناء لصالح مدير أعمال منافس خلال فترة عملها. فمثل هذا التنفيذ لا يُجبر المغنية على أداء الالتزام الإيجابي نفسه، بل يمنعها فقط من الإخلال بالتزامها السلبي[2].

إذ لا تجبر المغنية على أداء الالتزامات الإيجابي بالغناء، لكن إصدار أمر قضائي بالمنع قد يُشكّل ضغطًا اقتصاديًا كبيرًا يدفعها إلى ذلك. ولهذا السبب، ورغم أن هذا المبدأ يُتّبع عمومًا في الولايات المتحدة، فقد تعرض للنقد هناك[3]، وتم تقييده في اتجاهين: أولًا، يُقال إنه ينطبق فقط على الحالات التي تكون فيها الخدمات المعنية ذات طبيعة "فريدة "؛ وثانيًا، لا يُصدر الأمر القضائي بالمنع إلا إذا كان يترك للمدعى عليه وسيلة معقولة أخرى لكسب العيش[4]. وتوجد مؤشرات على أن القانون الإنكليزي قد يتجه نحو تبني القيد الثاني[5].

وفي ولاية كاليفورنيا، أُدخل قيد إضافي عام 1919، ينص على أن العقد يجب أن يكون مقابل أجر سنوي يزيد على 6,000 دولار أمريكي ((CC § 3423(5))، لكن التضخم أفقد هذا القيد معظم أهميته العملية. وفي بعض الولايات، تحظر التشريعات بشكل عام إصدار أمر قضائي "لمنع الإخلال بعقد لا يمكن تنفيذه عينيًا"، لكن هذه الصيغة لا تمنع على الأرجح تنفيذ الالتزامات بالامتناع من النوع المذكور أعلاه. وقد تم توضيح هذا القيد في قانون التنفيذ العيني الهندي[6]، الذي يستخدم صيغة مشابهة لتقييد إمكانية إصدار الأوامر القضائية بالمنع.

(1) Hill v. C.A. Parsons & Co. Ltd. [1972] Ch. 305.
(2) Lumley v. Wagner (1852) 1 De G.M. & G. 604; Roberts Construction Co. Ltd. v. Verhoeff 1952 (2) S.A. 302 (W.L.D.).
(3) Corbin § 1209.
(4) Ibid
(5) Treitel 780.
(6) Montana Code Annotated § 27-19-103(5); North Dakota Century Code § 32-05-05; South Dakota Codified Laws § 21-8-2(5).

وتنص ما يُعرف بـ "نظرية التبادلية في وسائل الانتصاف"، في صورتها الأصلية، على أنه لا يجوز تنفيذ العقد عينيًا بطلب من أحد الأطراف ما لم يكن بالإمكان، وقت إبرام العقد، تنفيذ العقد عينيًا بطلب من الطرف الآخر[1].والفكرة الأساسية وراء ذلك هي أن المحكمة لا ينبغي أن تأمر أحد الأطراف بالتنفيذ إذا لم يكن بالإمكان ضمان حصوله على الأداء المقابل الذي تعاقد من أجله.

ومن الواضح أن هذا المنطق لا ينطبق إذا كان الأداء المقابل قد تم بالفعل؛ كما أن هناك عددًا كبيرًا من الاستثناءات لهذه القاعدة بصيغتها المبسطة، مما أدى إلى التشكيك الواسع في وجودها، ثم إنكارها لاحقًا في العديد من الولايات الأمريكية[2].

وقد تم رفضها أيضًا في إنكلترا، حيث أصبح من الواضح أن الوقت الحاسم ليس وقت التعاقد، بل وقت نظر الدعوى. ويُعد انعدام التبادلية سببًا لرفض التنفيذ العيني فقط إذا لم تتمكن المحكمة، في وقت النظر، من ضمان تنفيذ التزامات المدعي غير المنفذة[3].

ومن ثم، فإن الرأي العام هو أن التنفيذ العيني يمكن أن يُفرض على طرف حتى وإن لم يكن بإمكانه هو الحصول عليه، طالما أن تنفيذ التزامات الطرف الآخر مضمون بشكل مرضٍ[4]. ولكن بعض الولايات الأمريكية لا تزال تحتفظ، بموجب القانون، بنص يمنع أي من الطرفين من المطالبة بالتنفيذ العيني إذا لم يكن متبادلًا. إذ لا يمكن لطرف في العقد أن يطالب بالتنفيذ العيني ما لم يكن الطرف الآخر قد نفذ التزامه أو يمكن إجباره على تنفيذه[5]، (وفي ولاية واحدة، واحدة، يجب أن يكون الطرف الآخر قد أُجبر فعليًا على التنفيذ[6]).

(1) Fry, Specific Performance (6th ed.) 219.
(2) Corbin § 1180, and see p. iv of the preface to vol. 5 A.
(3) Price v. Strange [1978] Ch. 337, adopting the view of Ames; 3 Col. L. Rev. 1 (1903).
(4) Fry, Specific Performance (6th ed.) 219.
(5) Montana Code Annotated § 27-1-414(2); North Dakota Century Code § 32-04-08; South Dakota Codified Laws § 21-9-4.
(6) Code of Alabama § 8-1-43.

وتكمن صعوبة الإشراف القضائي بان التنفيذ العيني يرفض أحيانًا في الحالات التي يكون فيها الطرف ملتزمًا بواجبات مستمرة. وقد قيل إن التنفيذ العيني في مثل هذه الحالات يتطلب "إشرافًا دائمًا من المحكمة، وهو ما كانت المحكمة دائمًا ترفضه"[1].وهذا أحد الأسباب التي تجعل عقود البناء، كقاعدة عامة، لا تُنفذ عينيًا في إنكلترا والولايات المتحدة[2]. وقد تعرض هذا المبدأ للنقد في كلا النظامين، باعتبار أن "الصعوبة" المزعومة في الإشراف مبالغ فيها[3].

وفي الواقع، لم تكن هذه الصعوبة حادة في حالات عقود البناء أو المقاولات التي تم تنفيذها عينيًا على نحو استثنائي؛ كما أن هناك وسائل متعددة دون الحاجة إلى إشراف مباشر من المحكمة لضمان تنفيذ الحكم ضد المدعى عليه المتعنت. فيمكن للمحكمة أن تُعيّن خبيرًا للإشراف على التنفيذ، أو أن تُجيز للمدعي تعيين شخص للقيام بالعمل المطلوب نيابة عن المدعى عليه[4]، أو أن تستخدم وسيلة شائعة في الدول ذات النظام المدني بأن تُجيز للمدعي تنفيذ الالتزام على نفقة المدعى عليه.

وفي الولايات المتحدة، أصبحت المحاكم تستخدم هذه الوسائل بشكل متزايد، وتتجه الآن نحو إصدار أوامر بالتنفيذ العيني في مثل هذه الحالات إذا رأت أن للمدعي مصلحة قوية في الحصول على التنفيذ الفعلي[5]. وفي إنكلترا، لم تعد المحاكم تعتبر "صعوبة الإشراف" مانعًا من من التنفيذ العيني، بل مجرد عامل يُوازن مقابل مصلحة المدعي في الحصول على وسيلة الانتصاف[6]. وقد قدّم قانون التنفيذ العيني الهندي حلًا وسطًا، إذ يستبعد تنفيذ أي عقد "يتطلب "يتطلب أداء واجب مستمر يمتد لأكثر من ثلاث سنوات من تاريخ العقد"[7].

---

(1) Ryan v. Mutual Toutine Association [1893] 1 Ch. 116, 123.
(2) Corbin § 1172; Treitel 796.
(3) Corbin § 1171; Treitel 795.
(4) See, for example, Gibbs v. David (1870) L.R. 20 Eq. 373 (receiver appointed in a rescission action).
(5) Corbin § 1171.
(6) Treitel 795.
(7) Indian Specific Relief Act, 1877 s. 21(g)

ويجب أن يبقى عالقا بالأذهان، تُعد وسيلة التنفيذ العيني من أكثر وسائل الانتصاف مرونة. فيمكن منحها بشروط، مثل ما يتعلق بعملة الدفع[1]؛ أو تُجعل مشروطة بأداء المدعي لالتزامه، أو تقديم ضمان كافٍ لأدائه، أو حتى بموافقته على تعديل العقد[2]. وإذا كانت الكمية الموردة بموجب العقد أكبر أو أقل من المتفق عليها، فيمكن للمحكمة أن تتدخل لتعديل التنفيذ وفقًا لذلك. إذ يمكن للمحكمة، في ظروف معينة، أن تأمر بالتنفيذ العيني مع "تعويض"، أي مع تعديل مناسب في السعر[3]. وفي بعض الحالات، يُمنح الطرف المُخلّ خيارًا بين تنفيذ العقد عينيًا أو إعادة ما حصل عليه بموجب العقد، مع دفع تعويض عن أي خسارة تكبّدها الطرف الآخر[4]. وقد ترفض المحكمة، بناءً على طلب التنفيذ العيني، إصدار الحكم بالتنفيذ، وتكتفي بدلًا من ذلك بالحكم بالتعويض [5].

وأن الاتجاهات الحديثة، في أعقاب تأثّر تطور القانون المتعلق بالتنفيذ العيني بشكل كبير بتاريخه. فمثلًا، القاعدة التي تنص على عدم منح التنفيذ العيني إذا كان التعويض كافي، كانت مبررة في الأصل بعاملين: التنافس بين محاكم القانون العام ومحاكم الإنصاف؛ والتحفظ من استخدام إجراءات "ازدراء المحكمة" (Contempt of Court)، وهي الوسيلة التقليدية لتنفيذ أحكام محاكم الإنصاف، في معالجة الانتهاكات الخاصة، عندما تكون هناك وسائل أقل حدة يمكن أن تحقق العدالة الكافية (ولو غير المثالية) للمدعي.

وقد ازداد هذا التحفظ في القرن التاسع عشر، مع تقليص الحبس بسبب الديون المدنية. وكانت فكرة أن إجراءات الازدراء هي الوسيلة الأساسية للتنفيذ سببًا أيضًا في عدم إمكانية تنفيذ العقود التي تتطلب أداء واجبات مستمرة.

---

(1) Willard v. Taylor 75 U.S. 557 (1869).
(2) Corbin § 1137.
(3) Ibid., § 1160; Chitty §§ 1803, 1804.
(4) Tarry v. Johnston 208 N.W. 615 (1926); Treitel 786.
(5) Corbin § 1161; Chitty I §§ 1804–6.

وفي ذلك الوقت، فشلت المحاكم في استغلال الوسائل البديلة الأقل حدة ولكن الأكثر ملاءمة لتنفيذ الأحكام في مثل هذه الحالات. لكن في الآونة الأخيرة، بدأت أنظمة القانون العام تعترف بوسائل تنفيذ متعددة بعيدًا عن الحبس بسبب الازدراء، مثل:

- أوامر تسليم البضائع؛

- أو منح الحيازة؛

- أو الحجز القضائي؛

- أو السماح بتنفيذ العمل على نفقة المدعى عليه[1].

وفي إنكلترا، يُعد هذا النوع من التفويض أو الترخيص وسيلة لتنفيذ الحكم بالتنفيذ العيني، وليس شكلًا مستقلًا من أشكال الحكم. صحيح أن العقد قد ينص، مثلًا، على أن للمشتري الحق في إزالة الأشياء المشتراة من أرض البائع، وفي هذه الحالة يمكن إصدار أمر قضائي يمنع البائع من التدخل في هذه العملية[2]؛ لكن هذا الأمر لا يُجيز للمشتري تنفيذ العمل على نفقة البائع، بل يمنع فقط البائع من التدخل في ممارسة المشتري لحقوقه التعاقدية. وأما في بعض الولايات الأمريكية، فيمكن الحصول على حكم يُجيز للمشتري تنفيذ هذه الأعمال على أرض البائع، حتى وإن كان العقد ينص على أن البائع هو من يجب أن يقوم بها[3]. وفي العديد من أنظمة القانون العام، يُعد الحكم بنقل الملكية إما منفذًا من تلقاء ذاته (أي بنقل الملكية مباشرة)، أو يمكن تنفيذه بتعيين موظف مختص للقيام بذلك الذي يتمثل بتنفيذ نقل الملكية[4]. وبالنظر إلى توفر هذه الوسائل المختلفة للتنفيذ، بدأت بعض القيود التقليدية على التنفيذ العيني تبدو وكأنها قديمة وغير ملائمة. والاتجاه الحديث هو استبدال هذه القيود بمبدأ يُفترض فيه أن إمكانية التنفيذ العيني

(1) G. H. treitel. remedies for breach of contract. P70
(2) James Jones & Sons Ltd. v. Tankerville [1909] 2 Ch. 440.
(3) E.g., Rector of St. David's Church v. Wood 34 P. 18 (1893).
(4) E.g., United States Federal Rules of Civil Procedure, U.S.C.A. 28 r. 70; English Supreme Court Act 1981 s. 39.

تعتمد على تحقيق توازن بين مصلحة المدعي في الحصول على هذه الوسيلة من وسائل الانتصاف وبين الاعتبارات النظامية والسياسية المقابلة[1]،

المطلب الثاني: النموذج المختلط

أن المقارنة والنموذج الرابع أو المختلط، يكمن في أن التمييز الأساسي بين الأنظمة التي تم تناولها حتى الآن بين أنظمة القانون المدني (CIVIL LAW) التي تعترف من حيث المبدأ بالتنفيذ العيني، وبين أنظمة القانون العام (COMMON LAW) التي تعتبر تنفيذ الالتزامات غير المالية استثناءً وتقديريًا. ولكن في التطبيق العملي، الفجوة بين النهجين ليست كبيرة كما قد يبدو. فمن جهة، فإن قابلية التنفيذ العيني في دول القانون المدني تخضع لاستثناءات مهمة؛ فمعظمها، على وجه الخصوص، يلتزم بمبدأ أن الالتزامات المتعلقة بالخدمات الشخصية لا يمكن تنفيذها عينيًا في نهاية المطاف[2]؛ كما أن أوامر التنفيذ العيني للالتزامات الأخرى قد تكون أحيانًا أكثر صعوبة في التنفيذ من نظيراتها في دول القانون العام؛ وربما الأهم من ذلك، أن الطرف المتضرر في العقد يفضل غالبًا المطالبة بالتعويض المالي، لأنه عادةً أسرع، وبالتالي يُعد وسيلة انتصاف أفضل من حيث الفاعلية. ومن جهة أخرى، بدأت بعض القيود المفروضة على التنفيذ العيني تتلاشى في دول القانون العام، مع تآكل الأسس التاريخية التي كانت تستند إليها. ولا يعني ذلك أن الفروق بين النظامين قد اختفت تمامًا، لكنها أقل مما توحي به النظريات التأسيسية لكل منهما.

ويمكن ملاحظة تضييق الفجوة بين النهجين بوضوح من خلال النظر إلى دول القانون المدني مثل إسكتلندا، لويزيانا، كيبيك، جنوب أفريقيا، وسريلانكا، والتي تعرضت، نتيجة للارتباط السياسي، لتأثير القانون العام. وبالطبع، لم يكن التأثير في اتجاه واحد فقط؛ فمثلًا، النص الوارد

(1) G. H. treitel. remedies for breach of contract. P71
(2) Carbonnier IV 577

في قانون بيع البضائع البريطاني لعام 1979، والذي يمنح المحكمة سلطة إصدار أمر بالتنفيذ العيني، يرجع أصله إلى القانون الأسكتلندي[1]. ولكن في

موضوع وسائل الانتصاف الخاصة، كان الاتجاه الغالب في هذه الدول هو قبول مبدأ القانون المدني في التنفيذ العيني، ثم تقييده على نحو يشبه إلى حد كبير نهج القانون العام. ففي إسكتلندا، يُقال إن هناك "حقًا عامًا" في وسيلة الانتصاف المعروفة باسم "التنفيذ العيني" (specific implement)؛ لكن في الوقت نفسه، يُقال إن هذه الوسيلة المعروفة باسم "التنفيذ العيني" (specific implement) في إسكتلندا هي وسيلة تقديرية، وإن الظروف التي يُرفض فيها هذا التنفيذ تجعل الفارق العملي بين القانون الإنكليزي والقانون الأسكتلندي في هذه النقطة ضئيلًا[2].

وفي جنوب أفريقيا، يُترك الخيار بين التنفيذ العيني والتعويض للطرف المتضرر، ويُقال إن له من حيث المبدأ حقًا في التنفيذ العيني؛ لكن هذا الحق يخضع لقيود تُشبه إلى حد كبير تلك الموجودة في القانون الإنكليزي، حتى إن التنفيذ العيني يُستبعد إذا كان التعويض يعد وسيلة انتصاف كافية[3]. وقد قيل إن المحاكم الجنوب أفريقية، في هذا السياق، "تسترشد بالمبادئ العامة التي تقوم عليها الأحكام الإنكليزية"[4]. وينطبق نفس الموقف في سريلانكا[5].

ويتضمن القانون المدني في ولاية لويزيانا على مزيج من العناصر الفرنسية وعناصر القانون العام. إذ تنص المادة 1986(1) على أن "المحكمة تمنح التنفيذ العيني. إذا طلبه الدائن" في حالات "الإخلال بالتزام بتسليم شيء، أو الامتناع عن عمل، أو تنفيذ سند قانوني". وهذا يُشبه الموقف الفرنسي، باستثناء أنه يشمل الالتزام بالامتناع عن العمل ضمن فئة الالتزامات القابلة

(1) See Treitel, 1966 J.B.L. 211, 216–17.
(2) Walker II 157, IV 281; Smith 855; McKendrick, 1986 S.L.T. 249.
(3) Willie and Millin 88–90; Kerr 398.
(4) Wessels II § 3117.
(5) Weeramantry II 957 ff.

للتنفيذ العيني[1]. ومع ذلك، تنص المادة 1986(1) أيضًا على أنه "إذا كان التنفيذ العيني غير عملي، يجوز للمحكمة أن تحكم تعويضاً للدائن"؛ بينما تنص المادة 1986(2) على أن التنفيذ العيني للالتزام الذي "له محل مختلف" عن تلك الموضحة في المادة 1986(1) يُترك لتقدير المحكمة. وتُجسّد هذه الأحكام المبادئ المعروفة في القانون العام.

أما في كيبيك، فتبدأ المادة 1165 من القانون المدني بإقرار الحق العام في التعويض عن الإخلال بالالتزام، ثم تنص على إمكانية التنفيذ العيني "في الحالات التي تسمح بذلك" (dans les cas qui le permettent). ومن خلال هذه الصياغة، لا يتضح أي وسيلة انتصاف تُعد هي الأصل؛ لكن من خلال السوابق القضائية، يبدو أن التنفيذ العيني يُعتبر استثنائيًا ومقيدًا بنفس الطريقة المعمول بها في دول القانون العام[2]. وقد قيل إن هذه الوسيلة من وسائل الانتصاف أُدخلت "محاكاةً للقانون السائد في إنكلترا"[3].

ويمكن تنفيذ أوامر المحكمة عن طريق إجراءات الازدراء (Contempt) في جميع دول القانون المدني التي خضعت لتأثير القانون العام[4]. وقد تم قبول القيود المستمدة من القانون العام بسلاسة في هذه الدول.

وتدعم أنظمة القانون المدني الرأي القائل إن التصادم بين مبادئ القانون العام ومبادئ القانون المدني في هذا المجال لا يُعد ذا أهمية عملية كبيرة نسبيًا والجدير بالذكر، يتضمن القانون الموحد للبيع الدولي مزيجًا مثيرًا للاهتمام من تأثيرات القانون المدني والقانون العام. يشبه قانون البيع الدولي الموحد (ULIS) أنظمة القانون المدني في اعترافه بأن للمشتري، من حيث المبدأ، الحق في وسيلة الانتصاف المتمثلة في "طلب التنفيذ"[5]. ويعني ذلك أن المحكمة يمكن أن

---

[1] فيما يتعلق بالامتناعات، يبدو أن المادة 1986(1) تذهب إلى مدى أبعد من المادة 1143 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقتصر على الإشارة إلى إتلاف الأشياء أو المخالفة للأشياء التي تم القيام بها بالمخالفة للالتزام. فالالتزام بـ "الامتناع عن القيام بعمل" يمكن تنفيذه عينيًا عن طريق أمر قضائي بالمنع حتى وإن لم يتم ارتكاب أي فعل يمكن إتلافه أو مخالفته

[2] E.g., Guaranteed Pure Milk Co. v. Patry [1957] Q.B. (Que.) 54; Shaw Schools Ltd. v. Fells 1932 S.C. 483; Baudouin 568.

[3] Wills v. Central Rly. of Canada (1914) 24 Que. K.B. 102, 107.

[4] Quebec: Baudouin 570; Louisiana: Jackson (n. 14) 220; South Africa: Willie and Millin 90; Scotland: Gloag and Henderson 129.

[5] Arts. 24(1)(a), 30, 41(1)(a), 42.

تأمر البائع بتسليم البضائع، أو إجراء تسليم جديد مطابق، أو حتى، في بعض الحالات، إصلاح العيوب في البضائع.

ومع ذلك، فإن نطاق هذه الوسيلة محدود بقاعدة تنص على أنها غير متاحة إذا "كان من المتعارف عليه، وكان من الممكن بشكل معقول للمشتري شراء بضائع بديلة تحل محل تلك التي يتناولها العقد". وتستند هذه القاعدة إلى اعتبارات مشابهة لتلك التي تؤدي، في أنظمة القانون العام، إلى رفض التنفيذ العيني عندما يكون التعويض وسيلة انتصاف كافية.

كما يُقيّد نطاق هذه الوسيلة في أي دولة معينة بقاعدة تنص على أن المحكمة غير ملزمة (وإن كانت مخوّلة) بأن تأمر البائع بالتنفيذ في قضية خاضعة لـ ULIS إذا كانت هذه الوسيلة غير متاحة بموجب قانونها الداخلي[1].

وأما في ظل أحكام اتفاقية فيينا للبيع الدولي لعام CISG 1980، فأنها تتبنى المبدأ العام في القانون المدني الذي يمنح الطرف المتضرر الحق في طلب التنفيذ. وينطبق هذا الحكم سواء كان الطرف المُخلّ هو البائع[2] أو المشتري[3]. وفي حالة إخلال المشتري، تُتاح وسيلة الانتصاف هذه ليس فقط عند عدم دفع الثمن، كما هو الحال في أنظمة القانون العام، بل أيضًا عند إخفاقه في استلام البضائع أو تنفيذ أي التزام آخر. ومن هذه الزاوية، فإن نطاق وسيلة الانتصاف في الاتفاقية أوسع من نطاقها في ULIS. وينطبق ذلك أيضًا على حق المشتري في مطالبة البائع بإصلاح العيوب.

والأكثر أهمية هو أن اتفاقية فيينا للبيع الدولي لا تستبعد وسيلة "طلب التنفيذ" لمجرد أن الطرف المتضرر كان بإمكانه، بشكل معقول، إبرام عقد بديل. وقد يُعد عدم إبرام مثل هذا العقد إخفاقًا في الحد من الخسارة[4]؛ لكن النتيجة الوحيدة التي تنص عليها الاتفاقية صراحةً هي تقليص

(1) هذا هو إثر المادة 16
(2) Art. 46(1).
(3) Art. 62.
(4) Art. 77.

تعويض الطرف المتضرر[1]، دون الإشارة في هذا الموضع إلى حقه في "طلب التنفيذ". ومن الممكن أن يتأثر هذا الحق بسبب الإخفاق في الحد من الخسارة، استنادًا إلى مبدأ أن الاتفاقية يجب أن تفسر وتهدف الى "تعزيز الالتزام بحسن النية في التجارة الدولية"[2]، لكن هذا الأسلوب في الوصول إلى النتيجة المرجوة قد يكون مصدرًا لكثير من عدم اليقين. ومن المؤسف أن القيد المنطقي على وسيلة الانتصاف، الوارد في ULIS، لم يتم تبنّيه في اتفاقية فيينا. ومع ذلك، تنص اتفاقية فيينا للبيع الدولي صراحةً على وجود قيدين على الحق في طلب التنفيذ: الأول، أن هذه الوسيلة لا تكون متاحة إذا كان الطرف المتضرر قد لجأ إلى وسيلة انتصاف تتعارض مع طلب التنفيذ[3]؛ ويشير هذا أساسًا إلى الحالة التي يكون فيها الطرف المتضرر قد فسخ العقد[4]. الثاني، يتعلق بالحالة التي يُسلّم فيها البائع بضائع لا تتوافق مع العقد؛ في هذه الحالة، لا يمكن للمشتري أن يطلب تسليم بديل إلا إذا كانت المخالفة تُشكّل إخلالًا جوهريًا، وكان المشتري قد قدّم طلبًا رسميًا للحصول على بديل[5].ومن ثم، فإن العيوب الطفيفة لا تُبرّر المطالبة بتسليم بديل، رغم أنها قد تُبرّر، في الحالات المناسبة، مطالبة المشتري للبائع بإصلاح عدم المطابقة عن طريق الصيانة أو الإصلاح[6].

وتُشبه اتفاقية فيينا للبيع الدولي لعام 1980 قانون ULIS في أنها تنص على أنه، حتى عندما يكون للطرف الحق في "طلب التنفيذ"، فإن المحكمة غير ملزمة بإصدار أمر بالتنفيذ العيني ما لم تكن هذه الوسيلة متاحة بموجب قانونها الداخلي[7]. ومن المرجّح أن يؤدي هذا الحكم إلى تقليص كبير في نطاق الحق الذي يبدو واسعًا في الاتفاقية بشأن "طلب التنفيذ".[8]

الخاتمة

(1) Ibid
(2) Article 7; Honnold § 285.
(3) Art. 46(1).
(4) G. H. treitel. remedies for breach of contract. P74
(5) Art. 46(2); for 'fundamental breach', see art. 25.
(6) Art. 46(3);
(7) Art. 28.
(8) G. H. treitel. remedies for breach of contract. P74

وفي خاتمة هذا البحث لا يسعنا إلا أن نسجل أهم النتائج التي توصلنا إليها، وعلى الشكل الآتي:

1. ثبت لنا أن القانون المدني الألماني (BGB) يبدأ من مبدأ أن للدائن الحق في الحصول على حكم قضائي بالتنفيذ العيني القسري .ولا ينص هذا القانون على هذا المبدأ بشكل مباشر، ولكن العديد من مواده تفترض وجوده، كالمادة (241) التي تقرر الالتزام بالأداء العيني.

2. توجد في القانون المدني الألماني استثناءات على مبدأ التنفيذ العيني، تتمثل في : الإصابة الشخصية أو الضرر بالممتلكات، حيث يمارس الدائن خياره في المطالبة بالمبلغ المالي اللازم لإعادة الحالة إلى ما كانت ستكون عليه لو لم يرتكب الخطأ.

3. ثبت لنا أن قيام الدائن بتحديد فترة إنذار إضافية أو مهلة إضافية هي إحدى الاستثناءات الواردة على التنفيذ العيني القسري أو الجبري في القانون المدني الألماني. وكذلك، في الحالات التي يكون فيها التنفيذ الفعلي أو إعادة الحالة مستحيلاً .ومن الاستثناءات الأخرى عندما تكون إعادة الحال عيناً غير كافية لتعويض الدائن . وكذلك، عندما تكون تكلفة إعادة المدعي إلى الوضع الذي كان سيكون عليه لولا الإخلال تنطوي على جهود أو نفقات غير معقولة، كما هو منصوص عليه في المادة (251)الفقرة (2) من القانون المدني الألماني.

4. ثبت لنا أن القانون المدني الفرنسي والقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري تعتمد على معالجة التنفيذ العيني القسري أو الجبري بناءً على مضمون الالتزام، وهو أما قيام بعمل أو امتناع عن عمل أو الالتزام بنقل حق عيني أو الالتزام بإعطاء.

5. ثبت لنا أن أنظمة القانون العام الأنكلو–أمريكية تعد التنفيذ العيني القسري أو الجبري وسيلة استثنائية، لا يجوز اللجوء إليه إلا بعد عدم كفاية التعويض النقدي باعتباره

الجزاء الأصلي. وفي نهاية المطاف، يعد وسيلة انتصاف تقديرية (Discretionary Remedy)قد تقبلها المحكمة أو ترفضها.

6. أن بعض دول القانون المدني تأخذ بالأسلوب المختلط من حيث التنظيم التشريعي للتنفيذ العيني القسري أو الجبري. وتشمل هذه الدول إسكتلندا، لويزيانا، كيبيك، جنوب أفريقيا، وسريلانكا .حيث يقال إن وسيلة التنفيذ العيني في قوانين هذه البلدان هي وسيلة تقديرية، وتترك الخيار بين التنفيذ العيني والتعويض للطرف المتضرر. وتتبع هذه القوانين مزيجاً من العناصر الفرنسية وعناصر القانون العام، كما هو الحال في المادة (1986) الفقرة (1) من القانون المدني في ولاية لويزيانا، وكذلك المادة (1615)من القانون المدني لكيبيك.

7. ثبت لنا أن اتفاقيات عقود البيع الدولية، كاتفاقية فيينا لعام 1980، وقانون البيوع الموحد، يتبعان مزيجاً من تأثيرات القانون المدني والقانون العام الأنكلو–أمريكي في معالجة التنفيذ العيني القسري أو الجبري.

المصادر العربية

1. د. إسماعيل غانم. في النظرية العامة للالتزام. ج2. أحكام الالتزام والأثبات .1967.
2. د. سمير عبد السيد تناغو. أحكام الالتزام والأثبات. منشأة المعارف. 2005.
3. د. عبد الباقي البكري. شرح القانون المدني العراقي. ج 3. في أحكام الالتزام. تنفيذ الالتزام دراسة مقارنة. مطبعة الزهراء. بغداد. 1971.
4. د. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. ج2. أحكام الالتزام. الناشر العاتك لصناعة الكتاب. بلا سنة طبع. د. محمد جمال الدين زكي. الوجيز في النظرية العامة للالتزامات. ط3. مطبعة جامعة القاهرة. 1978.
5. د. علي حسين منهل. نظرية الإخلال الفعّال في العقد دراسة مقارنة في ضوء التحليل الاقتصادي للقانون. ط 1. المركز العربي للنشر والتوزيع. 2020. ص 231.

المصادر الإنكليزية

1. A. L. Corbin, On Contracts (1963).
2. Baumbach and Lauterbach, Zivilprozessordnung (45th ed.)

3. Beswick v. Beswick [1968] A.C. 58, 88, 102 and the citation ibid. of Coulls v. Bagor's Executor and Trustee Co. Ltd. (1967) 40 A.L.J.R. 471.

4. C. G. Weeramantry, Law of Contracts (1967).

5. Capitant, Les grands arrêts de la jurisprudence civile (7th ed.),

6. Cass. civ. 20 Jan. 1953, 1.1953.222.

7. Cass.civ. 14 March 1900, 1. 1900.1.497; Court of Appeal Paris 21 April 1896, S. 1897.2.9; Carbonnier IV 572.

8. Cass.civ. 20 Oct. 1959, D. 1959. 537.

9. Cass.civ. 30 June 1964, Gaz. Pal. 1964.2.354.

10. Cass.civ. 5 June 1953, D. 1953. 601.

11. Cass.crim. 16 Feb. 1960, D. 1960. 243.

12. Chitty on Contracts; 25th ed. by A. G. Guest and others(1983).

13. Cour Riom 10 Dec. 1956, S. 1957. 112, confirmed by Cass.civ. 20 Oct. 1959, D. 1959. 537; cf. Cass.civ. 20 Jan. 1960, J.C.P. 1960.II. 11483.

14. Cour Riom 10 Dec. 1956, S. 1957. 112, confirmed by Cass.civ. 20 Oct. 1959, D. 1959. 537; cf. Cass.civ. 20 Jan. 1960, J.C.P. 1960.II. 11483.

15. D. M. Walker, Principles of Scottish Private Law; 3rd ed. (1983).

16. Economic Grocery Stores Corp. v. McMenany 195 N.E. 747 (1935).

17. F. Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil; 2nd ed. by H. Barta and B. Eccher (1986).

18. Fry, Specific Performance (6th ed.)

19. G. H. treitel. remedies for breach of contract. XFORD.CLARENDON PRESS.1989

20. G. Marty and P. Raynaud, Droit civil II (1962).

21. Guaranteed Pure Milk Co. v. Patry [1957] Q.B. (Que.) 54; Shaw Schools Ltd. v. Fells 1932 S.C. 483; Baudouin 568.

22. H. De Page, Traité élémentaire de droit civil belge II, III;3rd. ed. (1964, 1967).

23. H. Klang and F. Gschnitzer, Commentary on the General Gschnitzer Bürgerlichen Gesetzbuch (1951–78). Vols. I-V. Sound Vol. VI of the above.

24. H., L., and J. Mazeaud, and F. Chabas, Leçons de droit civil II 1, 7th ed. (1985); III 2 no. 746-1046, 6th ed. (1985); no. 1047-1655, 5th ed. (1980).

25. Hill v. C.A. Parsons & Co. Ltd. [1972] Ch. 305.

26. Houin in Some Comparative Aspects of the Law Relating to Sale of Goods

27. J. Carbonnier, Droit civil; 10th ed. (1979).

28. J. O. Honnold, Uniform Law for International Sales underthe 1980 United Nations Convention (1982).

29. James Jones & Sons Ltd. v. Tankerville [1909] 2 Ch. 440.

30. Jones v. Star Credit Corp. 298 N.Y.S.2d 264 (1969).

31. K. Zweigert and H. Kötz, Introduction to the Legal Kötz Equation in the Field of Private Law II; 2nd ed. (1984).

32. L. Baudouin, Le droit civil de la province de Québec (1953).

33. L. Enneccerus and H. Lehmann, Recht der schuldverhalt -nisse; 15th ed. (1958).

34. Lumley v. Wagner (1852) 1 De G. M. & G. 604;

35. Lumley v. Wagner (1852) 1 De G.M. & G. 604;

36. Patel v. Ali [1984] Ch. 283.

37. Price v. Strange [1978] Ch. 337,

38. Rector of St. David's Church v. Wood 34 P. 18 (1893).

39. RG 24 Jan. 1910, RGZ 72, 393, 394.

40. Ridge v. Baldwin [1964] A.C. 40.

41. Riegert, 45 Tul.L.Rev. 48, 81 (1970/71).

42. Roberts Construction Co. Ltd. v. Verhoeff 1952 (2) S.A. 302 (W.L.D.).

43. Ryan v. Mutual Toutine Association [1893] 1 Ch. 116, 123.

44. Sky Petroleum Ltd. v. V.I.P. Petroleum Ltd. [1974] 1 W.L.R. 576.

45. Smith 855; McKendrick, 1986 S.L.T. 249.

46. T. Guhl, The Swiss Code of Obligations; 6th ed. By H. Merz and M. Kummer (1972).

47. Tarry v. Johnston 208 N.W. 615 (1926); Treitel 786

48. United States Federal Rules of Civil Procedure, U.S.C.A. 28 r. 70; English Supreme Court Act 1981 s. 39.

49. Whitwood Chemical Co. v. Hardman [1891] 2 Ch. 416.

50. Willard v. Taylor 75 U.S. 557 (1869).

51. Willie and Millin 88–90; Kerr 398.

52. Wills v. Central Rly. of Canada (1914) 24 Que. K.B. 102, 107.