

تحمل تبعه الهلاك قبل التسليم في عقد المقاولة في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -

عبد السلام أحمد بني حمد*

ملخص

تتلخص الدراسة حول مسألة تحمل تبعه الهلاك قبل التسليم في عقد المقاولة، فالقانون المدني الأردني لم ينظم الأحكام المتعلقة بتحمل تبعه الهلاك في عقد المقاولة تنظيمًا كليًا كما في التشريعات المدنية المقارنة، فمن يتحملها، وقد تميّز في معالجة تلك المسألة بطريقة مختلفة عن غيره من التشريعات المقارنة، حيث ميّز بين يد الأمانة ويد الضمان كمعيار لترتيب تلك الالتزامات على كلا الطرفين متأثرًا بأحكام الفقه الإسلامي، وتبين أن تحمل تبعه الهلاك تتحدد وتختلف على مقتضى ما إذا كان الهلاك قد حصل بفعل المقاول أو بفعل رب العمل، أو بسبب أجنبي، وفي الخاتمة؛ توصلت الدراسة لأبرز النتائج والتوصيات.

الكلمات الدالة: العقد، تحمل التبعة، إعدار.

المقدمة

أصول مهنته وصناعته، سواءً قدمت له المواد من صاحب العمل⁽²⁾ أو من قبله، وأن يبذل في إنجاز العمل العناية اللازمة وفقًا للمدة المتفق عليها، ويجب تسليم المقاول محل عقد المقاولة لصاحب العمل بموجب التزامه بالتسليم بموجب عقد المقاولة، في المكان والزمان المتفق عليه، أو وفق قواعد الصناعة.

وتُعدّ مسؤولية المقاول هنا مسؤولية عقدية، فإذا هلك الشيء أو تلف أو نحو ذلك، فعندئذ يقع عبء الإثبات على صاحب العمل، فيتوجب عليه أن يثبت أن المقاول لم يبذل في حفظ الشيء عناية الشخص المعتاد، وأن إهماله هو الذي ترتب عليه هلاك الشيء أو تلفه، ومن حق المقاول أن يثبت بأنه بذل عناية الشخص المعتاد، ليرى مسؤوليته، أو يثبت أن الهلاك أو التلف كان بسبب أجنبي لا يدل له فيه، ذلك أن عبء إثبات السبب الأجنبي يقع على عاتق المقاول، إذ هو لا يتخلص من المسؤولية عن عدم التسليم إلا بإثبات السبب الأجنبي، وكذلك يقع على ربّ العمل عبء إثبات أن المقاول قد تسبب قصور خبرته الفنية في جعل المادة أو بعض منها تالفة لا تصلح للاستعمال، إذ يتوجب في المقاول أنه تتوافر فيه الخبرة الفنية اللازمة، وللمقاول من جانبه أن يبرر مسؤوليته، بأن يثبت أنه قد قام بجميع واجباته وفق أصول الحرفة وما تقتضيه حسن النية في تنفيذ العقد، أو أن جعل المادة غير صالحة للاستعمال لا يرجع إلى قصور فني من قبله، بل يرجع إلى خطأ من صاحب العمل أو الغير.

عرّفت المادة (780) من القانون المدني الأردني المقاولة بأنها: (عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه أن يصنع شيئًا أو أن يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر) كما عرّفت مجلة الأحكام العدلية عقد الاستصناع⁽¹⁾ في (م124) بأنه: (عقد مقاولة مع أهل الصناعة، على أن يعملوا شيئًا، فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع)، فعقد المقاولة من العقود الرضائية المتبادلة أي أنّه يكفي لانعقاده توافق إرادتين إلى إنشائه دون حاجة إلى أي إجراء آخر، ودون حاجة إلى إفراغ التراضي في شكل خاص، إذ أنّه يترتب منذ إبرامه التزامات متقابلة تقع على عاتق كلا المتعاقدين، بحيث يكون كلّ منهما دائنًا ومدينًا في نفس الوقت، كما ويعتبر عقد المقاولة من عقود المعاوضة، أي أنه يحقق منفعة لجميع أطرافه، بحيث يأخذ كل منهم مقابلًا لما يقدمه، وذلك على اعتبار أن التراضي في عقد المقاولة يقع على عنصرين جوهريين: الأول: الشيء المطلوب صنعه، أو العمل المطلوب تأديته من المقاول، والثاني: الأجر الذي يتعهد به ربّ العمل.

والالتزام الرئيسي الذي يجب على المقاول القيام به هو إنجاز العمل طبقًا لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع

* العلوم القانونية، كلية الدراسات الأمنية، أكاديمية الشرطة الملكية، الأردن. تاريخ استلام البحث 2015/6/29، وتاريخ قبوله 2015/11/4.

مشكلة البحث

ترتكز مشكلة الدراسة حول مسألة تحمل تبعة الهلاك قبل التسليم في عقد المقاولة، فالقانون المدني الأردني لم ينظم الأحكام المتعلقة بتحمل تبعة الهلاك في عقد المقاولة تنظيمًا كليًا كما هو الحال في التشريعات المدنية المقارنة، فعلى عاتق من تقع ومن يتحملها، كما قد يقع اختلاط بين تبعة هلاك الشيء وتبعة هلاك العقد، مما قد يثير اللبس، لذا لا بد من التمييز بينهما لمنع الالتباس في تطبيق الأحكام، كما عالج مسائل وسكت عن أخرى، وأحال بعضها إلى القواعد العامة، وانفرد بأحكام مخالفة لما استقر عليها أغلب التشريعات المقارنة، هذا ويمكن إعادة صياغة مشكلة الدراسة في الإجابة عن الأسئلة التالية:

- 1- بما أنّ تحمل التبعة مرتبطة بالهلاك فما مفهومها؟ وما هو الفرق بين تحمل تبعة هلاك الشيء وتحمل تبعة هلاك العقد، في القانون المدني والفقه الإسلامي؟
- 2- ما هو أثر الإعذار على تحمل تبعة الهلاك؟ فهل يمكن بالإعذار أن تتحول يد المقاول على الشيء من يد أمانة إلى يد ضمان، فيضمن هلاكها إذا هلكت بسبب أجنبي؟ وهل تنتقل بالإعذار تحمل تبعة الهلاك من المقاول إلى صاحب العمل؟
- 3- وكذلك الحال فيما إذا هلك الشيء بفعل صاحب العمل، أو بسبب عيب في المادة التي ردها للمقاول، فهل يتحمل صاحب العمل تبعة الهلاك؟
- 4- في الحالة التي يحتبس المقاول الشيء - والذي قدم مادته من قبله - لحين استيفاء الثمن، ثم هلك هذا الشيء بيده، فمن يتحمل تبعة الهلاك المقاول أم صاحب العمل؟
- 5- ما هو مفهوم السبب الأجنبي وأثره على تحمل تبعة الهلاك في القانون المدني والفقه الإسلامي؟
- 6- في حالة الاستحالة الجزئية، هل ينقضي الالتزام كلياً أم يقع جزئياً بقدر حجم الاستحالة؟ وما مصير التزام صاحب العمل بدفع الأجر، هل ينقضي أم يظل واجب التنفيذ؟

أهمية الدراسة

يبدو للوهلة الأولى أن هذا الموضوع بات موضوعاً تقليدياً استنفدت أهميته لكثرة ما كتب فيه، غير أنه ونظراً لأنّ الدراسات السابقة اهتمت بنظرية تحمل التبعة في عمومها وتطبيقاتها في العديد من العقود فإن موضوع هذه الدراسة قاصر على تحمل التبعة قبل التسليم في عقد المقاولة، وكان الدافع الرئيسي من وراء هذه الدراسة هو تباين الاختلافات التشريعية في القوانين المدنية، وكذلك حال الاختلافات الفقهية في الفقه الإسلامي

حول هذا الموضوع، كما أن عقود المقاولة (الاستصناع) لم تعد تُعقد لحياكة ثوبٍ أو خرز نعلٍ أو صنع إناء، بل أصبحت تعقد لبناء شركات عملاقة تُشيد عمارات تتطحن السحاب، وحظائر ضخمة تصنع الطائرات، والبواخر والغواصات.

أهداف الدراسة

الموضوع لم يبحث بطريقة تفصيلية في القانون المدني الأردني من قبل، بالرغم من أنه يمسّ كثيرًا من القضايا المنظورة أمام المحاكم بشكل تكثر الحاجة إليه، لذا تهدف الدراسة إلى:

1. أن يعالج الباحث هذه المشكلة من خلال الاجابة عن الاسئلة السابقة.
2. أن يبين الباحث الآثار المترتبة عن تبعة الهلاك قبل التسليم.
3. أن يعزز الباحث المسائل القانونية بأحكام القضاء، وآراء الفقه في كل مسألة.

منهجية الدراسة

سنتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي، حيث سنحلل النصوص التي تناولت الموضوع ونصفها، مسترشدين بما جرى عليه العمل أمام القضاء وخاصة محكمة التمييز الأردنية، ومستعينين بآراء الفقه القانوني، وبأحكام الفقه الإسلامي باعتباره أحد المصادر الرئيسية للقانون المدني، ورغم أن الدراسة تنصبّ على القانون المدني الأردني، إلا أننا سنشير إلى موقف القانون المقارن كلما اقتضت الضرورة ذلك، من أجل الوقوف على جوانب القصور في القانون المدني الأردني بهدف تلافيتها أو لاثبات الميزة لهذا القانون.

خطة الدراسة

ولبحث ما تقدّم سوف نقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى:

المطلب الأول: مفهوم تحمل تبعة الهلاك.

المطلب الثاني: هلاك الشيء بفعل المقاول.

المطلب الثالث: هلاك الشيء بفعل ربّ العمل.

المطلب الرابع: هلاك الشيء بسبب أجنبي.

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها، ووضع الحلول المقترحة لتلافيها.

المطلب الأول: مفهوم تحمل تبعة الهلاك

إن مسألة تحمل التبعة (question de risque) في عقد المقاولة قد يثير اللبس في بعض الحالات، فعلى عاتق من تقع

الهلاك، وهنا تجتمع في جانب المقابل تبعة هلاك العقد وتبعة هلاك الشيء.

وما نود الإشارة إليه هنا هو أن الهلاك والتلف يتفقان في أن كلا منهما ضرر مادي يلحق الشيء فيكون غالباً فناء الشيء وفساده بما لا يصلح معه للانتفاع المقصود منه، ويختلفان في أن التلف يمكن معه تحويل الشيء أو إعادة تصنيعه أو إزالة سبب الفساد عنه ثم الانتفاع به، فيكون الضرر فيه أقل من الهلاك الذي لا يكون الشيء معه صالحاً للانتفاع إلا إذا كان هلاكاً جزئياً لا يؤثر على الباقي، على أن هناك من يرى أنه ليس هناك فرق بين الهلاك والتلف فكلاهما واحد⁽⁶⁾.

أما القضاء الأردني فقد فرق بينهما حول الأثر المترتب عن كل منهما، فقد جعل الأثر المترتب عن هلاك محل الالتزام بسبب أجنبي هو انفساخ العقد، أما الأثر المترتب عن تلفه هو الحكم بالتعويض، ذلك دلالة على أنه بالتلف يمكن معه تحويل الشيء أو إعادة تصنيعه، وذلك على عكس الهلاك.

وفي قرار لمحكمة التمييز الأردنية جاء فيه: "إذا هلك محل الالتزام أو صار الوفاء به مستحيلًا راجعاً إلى سبب أجنبي عن المدين كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير، انفسخ العقد وأعيد المتعاقدين إلى حالتهم قبل العقد فإذا استحال ذلك لتلف محل الالتزام يحكم بالتعويض"⁽⁷⁾.

وقد ميّز القانون المدني الأردني بين يد الأمانة ويد الضمان كمعيار لترتيب تلك الالتزامات على كلا الطرفين متأثراً بذلك بالفقه الإسلامي، وعليه سنعمد في تطبيق أحكام تحمل تبعة الهلاك في عقد المقاولة في القانون المدني الأردني وفقاً لهذا المعيار، فقد نصّت المادة (284): (من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جردها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل أو بالقيمة)⁽⁸⁾.

الفرع الثاني: تحمل تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي

الأصل العام في الفقه الإسلامي في تحمّل تبعة هلاك الشيء الناجم عن قوة القاهرة، يختلف بحسب اختلاف طبيعة العقود التي تنشأ منها الالتزامات، فيما إذا كانت يد المدين على الشيء يد أمانة أم هي يد ضمان، فقد ميز بين يد الأمانة ويد الضمان كمعيار لترتيب تلك الالتزامات على كلا الطرفين.

حيث يقرر الفقهاء المسلمون إلى أنه متى اجتمع لشخص الملك والحيازة، فإنّ هلاك الشيء يعود عليه وحده، أمّا إذا انفصل الملك عن الحيازة، فالفقه الإسلامي يميّز بين أن تكون يد الحائز يد ضمان، وبين أن تكون يد أمانة، وفي كلا

ومن يتحملها؟ كما أن الهلاك المقصود به هنا ليس الهلاك الذي يقع قبل أو وقت انعقاد العقد، فهذا يؤدي إلى انعدام العقد، إنما البحث يدور حول الهلاك الحاصل بعد انعقاد العقد، وقبل التسليم، وقد يقع اختلاط بين تبعة هلاك الشيء وتبعة هلاك العقد، مما يتعذر تحديد المسؤولية، لذا يحسن بنا أن نشير بإيجاز مغني إلى التمييز بين تبعة هلاك الشيء وتبعة هلاك العقد في القانون المدني (الفرع الأول) وإلى تبعة الهلاك أيضاً في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحمّل تبعة الهلاك في القانون المدني

التبعة تعني تحمّل الخسارة الناتجة عن قوة القاهرة (la force majeure) أو سبب أجنبي، وهي نوعان في الفقه القانوني: أولاً: تبعة هلاك الشيء (le risque de la chose)، والأصل هنا أنّ التبعة يتحملها المالك⁽³⁾، والاستثناء من ذلك إذا كان الشيء محلاً للالتزام بنقل حق عيني في عقد ملزم للجانبين فالتبعة على المدين بالتسليم⁽⁴⁾.

ثانياً: تبعة هلاك العقد (Le risque du contrat) في العقود الملزمة للجانبين يتحملها المدين الذي استحال تنفيذ التزامه، ومثال ذلك الوديعة بأجر، فإذا هلك الوديعة بسبب أجنبي خسر المودع لديه أجرة الإيداع، أمّا في العقود التي لا تتضمن نقلاً للملك الملزمة لجانب واحد، فالدائن هو من يتحمل التبعة، فإذا هلك الوديعة فإنّ المودع (الدائن) يخسر الشيء.

فتحمل تبعة العقد لا تعني دائماً تحمّل تبعة هلاك الشيء، فيجب التمييز بين تبعة هلاك الشيء، وتبعة انفساخ العقد الملزم للجانبين إذا استحال تنفيذ أحد الالتزامات المتقابلة، ففي عقد المقاولة إذا هلك الشيء الذي عهد به إلى المقابل لإصلاحه، قبل ردّه إلى ربّ العمل، فليس للمقابل أن يطالب بأجرة عمله، أو برد نفقاته، ويكون بذلك قد تحمّل تبعة العقد، أي الخسارة الناتجة عن انفساخ العقد، بعد استحالة تنفيذ التزامه، ولكنه لن يتحمل تبعة هلاك الشيء، أي الخسارة التي تتمثل في ضياع قيمة الشيء، بل إن هذه التبعة تقع على ربّ العمل وهو المالك⁽⁵⁾، ما لم يحدث الهلاك بفعل ربّ العمل، فعندها يستحق المقابل أجره كاملاً.

وقد تجتمع التبعتان، تبعة هلاك العقد وتبعة هلاك الشيء، فيتحملها شخص واحد دون أن يختلطاً، ففي عقد المقاولة، إذا هلك الشيء المقدم مادته من قبل المقابل بسبب أجنبي، قبل تسليمها إلى ربّ العمل، تحمّل المقابل تبعة العقد بوصفه مديناً بالتسليم وبتمكين ربّ العمل من الشيء، فلا يكون له أن يطالب رب العمل بدفع الأجرة، كما يتحمّل المقابل خسارة العين ذاتها بهلاكها، فهو الذي يتحمّل بوصفه مالاً تبعة هذا

بترخيص من الشارع ولم يكن القصد منها تحقيق مصلحة للحائز ولم تكن قد أتت على سبيل التوثيق، فالأجير المشترك يتسلط على الشيء بإذن المؤجر، وهو يحوزه لمصلحته، الأول للحفظ والثاني لتنفيذ ما فوض القيام به، وبالتالي كانت يده على ما قبضه يد أمانة، ولكن في المقابل متى كانت الحيازة لتحقيق مصلحة للحائز كأن تأتي الحيازة على سبيل التوثيق، فإن يد الحائز تكون يد ضمان.

ولكن سواء أكانت اليد على الشيء يد أمانة أو يد ضمان فإنها ليست ثابتة، فقد تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان، ويد الضمان ربما تتحول إلى يد أمانة، فكما ذكرنا أن يد الأجير المشترك على الشيء هي يد أمانة، فإذا فرط أو قصر في حفظ الشيء فتلف أو هلك، فإن يده تتحول على الشيء من يد أمانة إلى يد ضمان، حيث يضمن للمؤجر قيمة الشيء أو مثله، أما إذا هلك الشيء بأفة سماوية أو بفعل الغير فعليه أن يثبت ذلك لتبقى يده على الشيء يد أمانة، فإذا أثبت ذلك فإنه يهلك على ماله.

ولكن هل يجوز لرب العمل أن يشترط الضمان على الأجير المشترك⁽¹²⁾ فيما لا يجب ضمانه؟ وكذلك العكس؟ تبين أن آراء الفقهاء المسلمين حول هذه المسألة، حيث يرى البعض بأنه لا يجوز لرب العمل أن يشترط الضمان على الأجير فيما لا يجب عليه ضمانه، لأن شرط الضمانة في الأمانة باطل، لمنافاته لمقتضى العقد، وكذا لا يجوز اشتراط نفي الضمان عن الأجير فيما يجب فيه عليه الضمان، ويفسد العقد بهذا الاشتراط لمنافاته لمقتضى العقد، وللصانع أجر المثل، لا المسمى، لأنه إنما رضي به لإسقاط الضمان عنه، هذا ما نص عليه الحنفية والمالكية وهو أحد وجهين عند الحنابلة⁽¹³⁾، وعند الحنابلة وجه آخر فقد سئل الإمام أحمد عن اشتراط الضمان ونفيه، فقال: المسلمون على شروطهم؛ قال ابن قدامة: وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه⁽¹⁴⁾.

المطلب الثاني: هلاك الشيء بفعل (بخطأ) المقاتل

لم ينظم القانون المدني الأردني الأحكام المتعلقة بتحمل تعية الهلاك في عقد المقاوله تنظيمًا شاملاً كغيره من التشريعات المدنية المقارنة، بل إن بعض التشريعات أفرد لها أحكاماً منفصلة نظراً لما لها من أثر على تنفيذ الالتزامات⁽¹⁵⁾، على عكس المشرع الأردني الذي أدرج أحكامها ضمن التزامات المقاول، لذا يحسن بنا أن نشير إلى الأحكام المتعلقة في تلك المسألة في التشريعات المدنية وفي الفقه الإسلامي، لاستخلاص الأحكام التي سكت عنها القانون المدني الأردني

الحالتين تثار مسألة تحديد من يتحمل تبعه هلاك أو تلف الشيء المحيز الذي يأتي بأفة سماوية أو بفعل الغير، واستناداً إلى ذلك نتلخص أحكام نظرية تبعه الهلاك في الفقه الإسلامي كما يأتي:

أولاً: اقتران الملك بالحيازة، ومثال ذلك: (حصاني عندي) فالتبعة تكون على المالك، أي إذا هلك الشيء في يد ماله فهو الذي يتحمل تبعه هلاكه مطلقاً.

ثانياً: افتراق الملك عن الحيازة، والأمر فيه تفصيل:

1- فتكون اليد على الشيء إذا هلك يد ضمان في الحالات الآتية: أ- إذا حدد مقابل للشيء كما في المبيع يهلك في يد البائع قبل التسليم، ب- إذا جاءت الحيازة على سبيل التوثيق كيد المرتهن (ويقابل الدين عند الحنفية)، ج- إذا جاءت الحيازة لسبب غير مشروع كيد الغاصب على المغصوب، ففي جميع هذه الحالات فتقع تبعه الهلاك على الحائز لا على المالك، فيتحمّل ما يحدث للشيء من هلاك أو تلف ومهما كان سببه سواء حدث الهلاك أو التلف (بفعله أو تقصيره، بأفة سماوية أو بفعل الغير) فيتحمّل الخسارة على أساس تحمّل التبعة، ف ضمان اليد يتوجب على الحائز إعادة الشيء المحوز بالحالة التي كان عليها عند بدء الحيازة.

2- وتكون اليد على الشيء يد أمانة في الحالات الآتية:

إذا لم يُحدد مقابل للشيء.

إذا لم تأت الحيازة على سبيل التوثيق.

ج- إذا كانت ترجع لسبب صحيح، وتنحصر مسألة الحائز على ما يحدثه بفعله أو تقصيره.

ففي جميع هذه الحالات تقع تبعه الهلاك على المالك لا على الحائز، كيد الوديع، ويد المستأجر على المأجور⁽⁹⁾.

فالفرق بين يد الأمانة ويد الضمان يظهر في نطاق الالتزام بالحفظ، فمتى كانت اليد يد أمانة، فإن الحائز لا يضمن إلا فعله أو تقصيره، فإذا قام بما أدى إلى تلف أو تعيب المحيز كان ضامناً، ويكون الضمان في هذه الحالة إما ضمان إتلاف وإما ضمان يد، أما إذا هلك الشيء أو تعيب بفعل الغير أو بأفة سماوية فإن الحائز - متى كانت يده يد أمانة - لا يضمن شيئاً من ذلك، وتكون التبعة حينها على المالك، هذا إذا كانت اليد يد أمانة، أما إذا كانت يد ضمان فإن الحائز يضمن فعله أو تقصيره ضمان إتلاف، ويضمن ما يأتي بأفة سماوية أو بفعل الغير ضمان "تلف" أي ضماناً مترتباً على يد ضمان⁽¹⁰⁾.

لكن مما يثير التساؤل هنا؛ متى تكون اليد على الشيء يد أمانة ومتى تكون يد ضمان؟ خضعت هذه المسألة لنقاش متباين بين المذاهب الفقهية⁽¹¹⁾، خلصت إلى أن اليد تكون يد أمانة إذا جاءت بولاية شرعية أي بإذن صاحب الحق أو

حول هذا الموضوع.

حيث نصت المادة (2/665) من القانون المدني المصري بأنه: (أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يُسلم الشيء، أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلى خطأ منه، وجب عليه أن يعرض رب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة للعمل)⁽¹⁶⁾.

والذي يتبين لنا من حكم المادة (2/665) أنه إذا هلك الشيء محل العمل بعد انجازه وقبل تسليمه لرب العمل بخطأ من المقاول أو ما يعادل الخطأ، بأن يكون رب العمل قد أعذر المقاول بتسليم الشيء محل العمل فلم يفعل، فعندئذ يتحمل المقاول تبعة هلاك الشيء محل العمل، ويتحمل أيضاً تبعة العقد فيخسر أجره لقاء العمل الذي قام به ونفقات عمله، ويحق لرب العمل فضلاً عن ذلك المطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضى.

فإذا تعاقد رب العمل مع نجار (المقاول) على صنع أثاث، وقبل أن يسلم النجار الأثاث احترق المكان فاحترق الأثاث، وكان نشوب الحريق بفعل خطأ من جانب المقاول، كأن قام بإشعال المدفئة دون أن يراعي بذلك قواعد السلامة العامة، فتطايرت ألسنة اللهب إلى مواد سريعة الاشتعال، فاحترق الأثاث محل العمل، فإن التبعة هنا يتحملها المقاول فيما قدمه من عمل ومادة، ويتحملها أيضاً المقاول إذا قدمها رب العمل وليبان ذلك نفرض أولاً: أن المقاول هو الذي قدم الخشب لصنع الأثاث، فمادام رب العمل لم يتسلم الأثاث ولم يقبل العمل فإن تبعة الهلاك كلها تقع على المقاول، فهو لا يأخذ أجر عمله ولا ما أنفقه فيه، لأن رب العمل لم يفد من هذا العمل شيئاً، فيتحمل بذلك تبعة هلاك العقد، وهو أيضاً يتحمل تبعة هلاك المادة (الشيء) التي قدمها فلا يستطيع أن يرجع بقيمة الخشب على رب العمل، لأنه لم يسلم الشيء إليه وإذا فرضناه بائعاً للمادة المصنوعة على خير تقدير له وقد انتقلت ملكية هذه المادة إلى رب العمل بمجرد صنعها، فلا يزال كبائع يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم كما تقضي القواعد العامة، الفرض الثاني: أن رب العمل هو الذي قدم الخشب لصنع الأثاث، فإن تبعة هلاك العقد تقع على المقاول أيضاً فيما يتعلق بأجر عمله ونفقاته، ولا يستطيع أن يطالب بها رب العمل لأن هذا الأخير لم يفد شيئاً من عمل المقاول فلا يتحمل لا الأجر ولا النفقات، ويضمن أيضاً الخشب الذي قدمه رب العمل فيتحمل تبعة هلاك الشيء (الخشب)، لأن يده قد تحولت على الخشب الذي قدمه إليه رب العمل بفعل خطئه من يد أمانة إلى يد ضمان لتقصيره في حفظ الأثاث، ما لم يثبت المقاول أن الهلاك قد وقع بفعل حادث لا يمكن التحرز منه.

أما في القانون المدني الأردني فقد جاء في المادة (2/783): (وإذا كان صاحب العمل هو الذي قدّم مادة العمل وجب على المقاول أن يحرص عليها وأن يراعي في عمله الأصول الفنية وأن يردّ لصاحبها ما بقي منها فإن وقع خلاف ذلك فتلفت أو تعيبت أو فقدت فعليه ضمانها)⁽¹⁷⁾.

والذي يبدو لنا أن يد المقاول على الشيء هي يد أمانة فإذا هلك أو تلف ذلك الشيء قبل تسليمه لرب العمل بسبب أجنبي لا يمكن التحرز منه، وراعى في عمله الأصول الفنية، فإن هلاكه على المالك، حيث تبقى يده على الشيء يد أمانة لا يد ضمان⁽¹⁸⁾، فإذا قدم من قبل المقاول فإنه يتحمل هلاكه، أما إذا قدم من قبل صاحب العمل فإن الأخير هو من يتحمل هلاكه بصفته مالِكاً له ويد المقاول كانت عليه يد أمانة، ولكن إذا هلك الشيء قبل تسليمه بفعل ما يتولد عن المقاول وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بالتعدي أو بالتقصير كأن لم يراعي الأصول الفنية في الصنعة، فإن يده على الشيء تتحول من يد أمانة إلى يد ضمان، وبالتالي يتحمل تبعة هلاكه، فإذا قدم المقاول مادة العمل (الشيء) فإنه يتحمل تبعة هلاك العقد وتبعة هلاك الشيء فهو يخسر أجره ونفقات عمله وقيمة الشيء، أما إذا قدمها رب العمل فإن المقاول ملزم برد قيمة الشيء إليه وتعويضه عما يتولد عنه من ضرر.

ولكن مما يثير التساؤل هنا وفقاً لحكم هذه المادة: هل يمكن بالإعذار أن تتحول يد المقاول على الشيء من يد أمانة إلى يد ضمان، فيضمن هلاكها إذا هلك بسبب أجنبي؟ وهل من الممكن أن نعتبر هذه الحالة إذا تحققت أن الشيء قد هلك بفعل المقاول؟ كأن يقوم صاحب العمل بإعذار المقاول بأن يسلم الشيء ولم يفعل ثم هلك بسبب أجنبي؟.

بالرغم من أن المشرع الأردني لم ينص صراحة على مثل هذا الحكم كما فعلت التشريعات المقارنة، فإنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق مثل هذا الحكم في القانون المدني الأردني وفقاً لنص المادة (786) والذي جاء فيها: (يضمن المقاول ما تولّد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أو تقصيره أم لا وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه)⁽¹⁹⁾. حيث تتحول يد المقاول على الشيء بعد إعذاره بالتسليم من قبل صاحب العمل من يد أمانة إلى يد ضمان، وذلك بالاستناد إلى لفظ (تقصيره) واعتبار أن الشيء قد هلك بفعل المقاول بعد الإعذار، بالرغم من أنه هلك بسبب أجنبي.

فالتقصير وفق القانون يتحقق بعد إعذار المدين عند إخلاله بالالتزام، حيث يعرف الإعذار بأنه: "إجراء يوجهه أحد طرفي الالتزام إلى الطرف الآخر ينبه به إلى أنه مقصر في القيام بما

يؤمر إلا بعمل فيه صلاح، وعمل التلميذ منسوب إليه، وإلى عدم الضمان، إذا كان بفعل غيره، وهو القياس. وذهب ابن أبي ليلى تضمين الأجير المشترك مطلقاً في جميع الأحوال (25). وإذا وجب الضمان على الأجير المشترك، فإن كانت العين هلكت بعد العمل فالمكتري بالخيار: إن شاء ضمّنه قيمته معمولاً، ويحطّ الأجرة من الضمان، وإن شاء ضمّنه قيمته غير معمول ولم يكن عليه أجرة. وإن كان الهلاك الموجب للضمان حصل قبل العمل ضمن قيمته غير معمول. وهو لم يعمل شيئاً يستحقّ أجراً عليه. وهذا ما اتّجه إليه الجمهور. وكذلك إذا هلكت العين هلاكاً لا يوجب الضمان فإن الأجير المشترك لا يستحقّ أجراً لأنّ الأجر يُستحقّ بالتسليم بعد الفراغ (26).

المطلب الثالث: هلاك الشيء بفعل (بخطأ) رب العمل

إذا كان الهلاك الذي وقع قبل التسليم بسبب خطأ رب العمل، أو بما يعادل الخطأ كأن يعذره المقاول ليتسلم الشيء (مادة العمل) بعد إنجازه فلم يفعل حتى هلك الشيء أو كان سبب الهلاك عيباً في المادة التي سلّمها للمقاول. فمن الذي يتحمّل تبعه الهلاك في تلك الحالة، المقاول أم ربّ العمل؟

أجابت الفقرة الثالثة من المادة (665) من القانون المدني المصري على هذا التساؤل بنصّها: (إذا كان ربّ العمل هو الذي أعذر أن يتسلم الشيء، أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعاً إلى خطأ منه أو إلى عيب في المادة التي قام بتوريدها، كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق في الأجر وفي التعويض عند الاقتضاء) (27).

وفقاً لأحكام هذه المادة فإن الذي يتحمّل تبعه الهلاك هو ربّ العمل، وذلك لأنّ خطؤه هو الذي تسبّب بهلاك الشيء (مادة العمل)، أو عيب في المادة التي قام بتوريدها - وذلك ما لم يكن المقاول قد علّم أنه ينبغي أن يُعلّم بالعيب وفقاً لأصول الصنعة - فيتحمّل بذلك: أولاً: تبعه هلاك الشيء *le risque de la chose* فإذا قدّمت المادة من المقاول، فيتوجّب دفع قيمتها له، وإذا كان رب العمل هو من قدم المادة فإنه يلزم بدفع الأجر كاملاً للمقاول دون أن يرجع عليه بقيمة المادة الذي وردها إليه، حيث يتحمّل ثانياً: تبعه هلاك العقد *le risque de la contrat*، فيلزم بدفع الأجر كاملاً للمقاول في الحالتين وفق المتفق عليه، أو وفق ما تفرضه أصول الصنعة أو الحرفة، فيتحمّل كامل الخسارة ربّ العمل وحده، في هذه الحالة.

إذا كان المقاول هو الذي قدّم الخشب أو القماش، ثم هلك الأثاث أو الثوب بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسليم، فإنه يجبر على دفع الأجر كاملاً للمقاول كما لو كان قد تسلّم الشيء،

يتوجب عليه ودعوته للقيام به خلال مدة محددة وإلا تعرض لتحمل نتائج قانونية (20)، وما دام أنه تأخر في تنفيذ هذا الالتزام المتمثل بتسليم العمل محل الالتزام بعد إنجازه لصاحب العمل بعد إعداره، فإنه يعتبر بذلك مقصراً في تنفيذ التزامه، وبالتالي يتوجّب أن يتحمل نتائج تقصيره منها ضمان تبعه هلاك الشيء. ومما يعزّز هذا الموقف ما أخذ به القضاء الأردني في هذا الجانب، فهو لم يبتعد كثيراً عما ذهب إليه الفقه القانوني في تعريفه للإعذار، ففي قرار لمحكمة التمييز الأردنية جاء فيه: (الإعذار هو: وضع المدين في حالة التأخر في تنفيذ التزامه الذي تعهّد به، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي لجعل المدين بهذا الوضع القانوني، بل لا بد من إعداره) (21). وفي قرار آخر لها جاء فيه بأنه: (يضمن المقاول ما تولّد عن فعله ضرر أو خسارة سواء أكان ذلك بتعديه أو تقصيره أم لا ما لم يكن ناجماً عن حادث لا يمكن التحرّز منه وفقاً لأحكام المادة (786) من القانون المدني، إلا أنّ استحقاق الضمان إنما يكون بعد إعدار المدين وفقاً لمطالبات (م361) من ذات القانون ما لم ينص القانون أو العقد على غير ذلك ويكون ذلك في حال رفض المقاول التنفيذ العيني) (22).

وفي هذا الصدد يعلق الدكتور الحكيم قائلاً (23): يترتب على إعدار الدائن مدينه أن تقع تبعه هلاك الشيء محلّ الالتزام على عاتق المدين، بعد أن كانت على الدائن، حيث أنّ يد المدين يد أمانة، فلا يضمن الهلاك ولكن بعد إعدار الدائن لمدينه بوجوب تسليم الشيء محلّ الالتزام، تتحوّل يد الأمانة إلى يد ضمان، وتصبح عندئذ يد المدين يد ضمان، فيضمن هلاك الشيء الذي في عهده. والأساس في نقل تبعه الهلاك بعد الإعدار إلى المدين قرينة مقتضاها أنه لو كان المدين قد قام بالتنفيذ بمجرد إعداره، فسلم الشيء إلى الدائن، لما هلك الشيء بهذا الحادث المفاجئ (24).

أما في الفقه الإسلامي، فقد اتفق الفقهاء على أن الأجير المشترك إذا تلف عنده المتاع بتعدّد أو تفريط جسيم: يضمن، أما إذا تلف بغير هذين ففيه تفصيل في المذاهب: فالصاحبان (ابو يوسف ومحمد) والحنابلة اعتبروا التلف بفعله سواء كان عن قصد أو غير قصد، أو بتقصير أو دونه، موجباً للضمان، حفظاً لأموال الناس. ومثل ذلك إذا كان التلف بغير فعله. وكان من الممكن دفعه كالسرقة العادية والحرق العادي. وإلى ما ذهب بعض متأخري المالكية. وهو قول الشافعية. ومتقدموا المالكية ونفر ذهبوا إلى عدم التضمنين. وهو قول الشافعية أيضاً. وذهب أبو حنيفة إلى الضمان إذا كان التلف بفعله، أو بفعل تلميذه، سواء قصد أو لا؛ لأنّه مضاف إلى فعله، وهو لم

قواعد العدالة والإنصاف تقتضي ذلك.

ولكن لحلّ هذه المسألة وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني، يجب أن نفرق بين حالتين: الحالة الأولى: التي يقدّم فيها المقاول مادّة العمل من قبله، ففي مثل هذه الحالة إذا هلك الشيء أو تلف بفعل صاحب العمل قبل التسليم، فإنه يعد قابضاً له فيتحمل هلاكه أو تلفه، وذلك استناداً لحكم المادة (501) من القانون المدني الأردني والذي جاء فيها: (1- إذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشتري اعتبر قابضاً للمبيع ولزمه أداء الثمن). فالمقاول يُعدّ بائعاً للمادّة بالإضافة إلى كونه مقاولاً وإن كان البيع هنا معلق على شرط واقف هو تمام صنع المادّة⁽³¹⁾، فيلزم الأخير نتيجة فعله دفع قيمة الشيء أو مثله⁽³²⁾، لتحمل تبعة هلاك الشيء، وهي بذلك تنتفي مسؤولية المقاول من الضمان، وبما أن صاحب العمل قد اعتبر قابضاً للمبيع إذا هلك بفعله فإنه ملزم أيضاً بدفع الأجر كاملاً للمقاول وفقاً لحكم (م793) من نفس القانون، حيث يتحمل بذلك تبعة هلاك العقد.

أما في الحالة الثانية: والذي يقدّم فيها صاحب العمل مادّة العمل للمقاول ثم هلك بفعل صاحب العمل، أو بسبب عيب في المادّة نفسها، فإن الشيء يهلك على صاحب العمل إذا أثبت المقاول أن الشيء قد هلك أو تلف بفعله، فيتحمل صاحب العمل تبعة هلاكه أو تلفه، وينتفي بذلك الضمان عن المقاول، وذلك استناداً لنص المادة (261) من القانون المدني الأردني، والذي جاء فيها: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن ... فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك).

وبمفهوم المخالفة يكون رب العمل ملزماً تجاه المقاول بالأجر وأية نفقات أخرى وفقاً للقواعد العامة، وهو ما نصّ عليها المشرع اللبناني صراحةً في المادة (672) من قانون الموجبات والعقود والذي جاء فيها: (في الحالة التي لا يقدم فيها الصانع إلا عمله أو صنعته، لا يكون مسؤولاً عن الهلاك بسبب قوّة قاهرة. ويمكنه أن يطلب أجره إذا كان الشيء قد هلك لعيب في المواد أو كان صاحب الأمر قد استلمه أو كان متأخراً عن استلامه).

ومما يثير التساؤل أيضاً: الحالة التي يحتبس المقاول الشيء لحين استيفاء الثمن كأحد الضمانات التي منحها القانون للدائن (المقاول) لاستيفاء حقه ثم هلك هذا الشيء بيده، فمن يتحمل تبعة الهلاك المقاول أم صاحب العمل؟ نصت (م677) من قانون الموجبات والعقود اللبناني بأنه: (يحق للصانع أن يحبس المنشأ وسائر الأشياء التي استلمها من صاحب الأمر للقيام بالعمل، إلى أن يدفع له البذل أو الأجر وما يكون قد

ويتحمل هو وحده الخسارة الناجمة عن الهلاك، وإذا كان ربّ العمل هو الذي ورّد الخشب أو القماش، فإنه، وقد هلك الشيء بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسليم أو كان الهلاك بسبب عيب في الخشب أو القماش الذي ورده، يتحمل وحده هنا أيضاً الخسارة، ويجب عليه أن يدفع الأجر كاملاً للمقاول، ولا يرجع بشيء عليه عن الخشب أو القماش الذي ورده له⁽²⁸⁾.

ولكن ما هو موقف القانون المدني الأردني في هذه المسألة، فهل تبنى هذا الموقف في أحكامه، بأن جعل تحمّل تبعة الهلاك تنتقل بالإعذار من المقاول إلى صاحب العمل؟ وكذلك الحال فيما إذا هلك الشيء بفعل صاحب العمل، أو بسبب عيب في المادّة التي وردها للمقاول، فهل يتحملها صاحب العمل؟

جاء في المادة (792) من القانون المدني الأردني بأنه: (يلتزم صاحب العمل بتسليم ما تمّ من العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرّفه فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تعديه أو تقصيره فلا ضمان عليه)⁽²⁹⁾.

والذي يتبيّن لنا أن المشرع الأردني قد اعتبر تسلم العمل بعد إنجازه إلى صاحب العمل أحد الالتزامات الواقعة على المقاول، فيجب الإلتزام به وفقاً لأحكام القانون لتنتفي بذلك مسؤولية المقاول من أي تبعة، ولكن حتى تنتفي مسؤولية المقاول بالتسليم يجب أن يدعو صاحب العمل لاستلام العمل، وهذه الدعوة هي بمثابة إعدار لصاحب العمل يثبت بها المقاول إخلال ربّ العمل في التزامه المتمثل في تأخّره باستلام الشيء (محلّ العمل)، فإذا هلك بعد دعوته (إعداره) يكون حجة عليه بإثبات تقصيره بالاستلام، فيتحمل تبعة الهلاك، باعتبار أنّ الشيء قد هلك بفعل صاحب العمل قبل تسلمه، فيلتزم بدفع قيمة مادّة العمل للمقاول إذا كان الأخير هو من قدّمها، ويلتزم أيضاً بدفع الأجر المتفق عليه للمقاول، ويكون بذلك قد تحمّل صاحب العمل تبعة هلاك العقد، وهي تعد تطبيقاً لنصّ المادة (322، 323) من نفس القانون⁽³⁰⁾.

وبذلك يبدو لنا جلياً أن المشرع الأردني قد عالج الحالة التي يهلك فيها الشيء بما يعادل فعل صاحب العمل، أما الحالة التي يهلك فيها الشيء بفعل صاحب العمل مباشرة، أو بسبب عيب في المادّة التي قدّمها للمقاول، فإن القانون المدني الأردني لم ينصّ صراحةً على مثل هذا الحكم، لذا بما أنه نصّ صراحةً في المادة (786) من نفس القانون على تحمّل المقاول تبعة هلاك الشيء إذا تلف أو هلك بفعل المقاول، أن ينصّ صراحةً على مثل هذا الحكم إذا تلف أو هلك بفعل صاحب العمل، أو بسبب عيب في المادّة التي قدّمها للمقاول، لأن

وفي أحد المبادئ القضائية لمحكمة التمييز الأردنية جاء فيها: "إن الأجير الذي لعمله أثر يستحق الأجرة عند تسليم المأجور، أما إذا هلك المأجور وهو في حفظ الأجير واستحال تسليمه إلى المستأجر سواء بفعل شخص آخر أو بقوة قاهرة، فإن الأجير لا يستحق الأجرة المتفق عليه"⁽³⁸⁾. والذي يتبين لنا أن القضاء أيضاً قد فرق في هذا الموضوع بين الأجير المشترك، وبين الصانع الذي يقدم المادة من قبله بالإضافة لعمله.

وحول هذه المسألة يعلق الدكتور (السرْحان، 2009) بقوله⁽³⁹⁾: إلا أنه إذا قَدِّمَ المقاوِل عمله إضافة إلى مادة العمل وحبس الشيء بعد صنعه بسبب عدم دفع صاحب العمل للأجر، ففي هذه الحالة نعتقد أنه إذا هلك الشيء بقوة قاهرة فإن الهالك يقع على عاتق صاحب العمل فليس له أن يطالب المقاوِل بقيمة الشيء الهالك وفق ذلك يقع على صاحب العمل تعويض المقاوِل عن قيمة المواد التي قدمها، فما دمنا قد أعطينا المقاوِل حق الحبس فإنه لا يضمن ما نجم عن ذلك من ضرر للشيء المحبوس بقوة قاهرة، فإن ألزمتنا المقاوِل بتحمل قيمة ما استخدم من مواد في تنفيذ العمل نكون بصورة غير مباشرة قد حملناه تبعه الهالك خلافاً للقانون، ونكون بذلك أيضاً قد كافأنا صاحب العمل على خطئه بعدم دفع الأجرة بدلاً من مؤاخذته على ذلك، ويجب على صاحب العمل فوق ذلك أن يدفع الأجر كاملاً.

وما نود الإشارة إليه هو أنه يترتب على انتقال تبعه هلاك الشيء من المقاوِل إلى صاحب العمل أمران: الأول - كما أسلفنا -: أن المقاوِل يستحق الثمن المتفق عليه في العقد، وإن كان صاحب العمل قد دفعه إليه فلا يحق له استرداده منه، والثاني: أنه ينتقل إلى صاحب العمل ما قد يكون للمقاوِل من حق أو دعوى في التعويض على الشيء.

أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي، فإن المستأجر يلتزم بدفع الأجرة للأجير المشترك بعد انقضاء العمل وتسليمه، ما لم يكن بينهما شرط بالتعجيل أو بالتأجيل، وما لم يكن العمل المأجور فيه مما ليس له أثر في العين، كالحمال والسمسار ونحوهما؛ إذ لا يتوقف الأجر فيها على التسليم، فلو هلك المحمول عن رأس الحمال قبل تسليمه، أو هلك الشيء الذي طلب من السمسار بيعه أو شراؤه، استحق أجرة بما عمل، أما ما كان للعمل أثر فيه، كالثوب المطلوب صبغه، فإنه لا أجر له إلا بعد الفراغ من العمل وتسليمه، ما لم يكن هناك شرط مخالف، فلو هلك الثوب قبل التسليم سقط الأجر.

هذا بالنسبة لما كان يعمل بعيداً عن المستأجر، أما إن كان الأجير يعمل في بيت المستأجر أو تحت يده، فقيل: إنه

أسلفه عند الاقتضاء، ما لم يكن العقد يقضي بالدفع في أجل معين، وفي هذه الحال يكون الصانع مسؤولاً عن الشيء الذي يحبسه، وفقاً للقواعد المختصة بالمرتهن⁽³³⁾.

أما في القانون المدني الأردني فقد نصت المادة (787) بأنه: (1- إذا كان لعمل المقاوِل أثر في العين جاز له حبسها حتى يستوفي الأجرة المستحقة وإذا تلفت في يده قبل سداد أجره فلا ضمان عليه ولا أجر له 2- فإذا لم يكن لعمله أثر في العين فليس له أن يحبسها لاستيفاء الأجرة فإن فعل وتلفت كان عليه ضمان الغصب)⁽³⁴⁾.

والذي يبدو لنا أن المشرع الأردني قد ميز بين حالتين: الحالة الأولى: إذا ما كان أثر لعمل المقاوِل في العين كعمل الحمال مثلاً، ففي مثل هذه الحالة إذا تلفت العين أثناء الحبس فلا ضمان عليه لأنه بذلك يعد رب العمل قابضاً لها، وبالتالي يتحمل تبعه هلاكها، ولكن يفقد المقاوِل حقه في الأجر، فيتحمل هو تبعه هلاك العقد، أما في الحالة الثانية: إذا لم يكن للمقاوِل أثر في العين كعمل الخياط مثلاً، فليس له أن يحبسها لاستيفاء أجره، فإذا فعل ذلك فتلفت العين يعد غاصباً لها وعليه ضمان قيمة الشيء أو مثله لصاحب العمل.

إن هذا الحكم - كما سنرى - هو مستنبط من أحكام الفقه الإسلامي ولو تمعنا النظر فيه نجد أن حكم المادة ينطبق على الأجير المشترك - الحالة التي يقدم فيها رب العمل مادة العمل - أما في الحالة التي يقدم فيها المقاوِل مادة العمل من قبله (استصناع) فإن قواعد العدالة تقتضي عكس ذلك تماماً، فطالما أن المقاوِل قد قام بتنفيذ التزامه وفق المتفق عليه، وهذا كلفه الوقت والجهد والمال، فمن المفترض على المشرع بما أنه قد منحه حق الحبس لاستيفاء الثمن وفقاً لأحكام المادة (388) من نفس القانون⁽³⁵⁾، أن يضمن له حقه في الأجر طالما أن الهالك أو التلف في يد المقاوِل كان بفعل تأخر صاحب العمل عن الوفاء بالتزامه الواجب عليه قانوناً (إخلال بالالتزام) فيتحمل تبعه هلاك الشيء، وتبعه هلاك العقد معاً، وأن المقاوِل لم يتعد أو يقصر، وكان مستعداً للوفاء بالتزامه بتسليم العمل، ويمكن أن نعزز هذا الموقف: أولاً: وفق ما نصّ عليه المشرع الأردني في أحكام البيع في (م498) من نفس القانون⁽³⁶⁾ - فالعقد في شق منه عقد بيع - والذي جاء فيها: (يعتبر التسليم حكماً أيضاً: 1- إذا أبقى البائع المبيع تحت يده بناء على طلب المشتري. 2- إذا أُنذر البائع المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع خلال مدة معقولة وإلا اعتبر متسلماً فلم يفعل). ثانياً: يمكن أن نستند أيضاً على (م61) والذي جاء فيها: (الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر)⁽³⁷⁾.

نصت المادة (261) المدني الأردني⁽⁴⁸⁾ بأنه: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك)⁽⁴⁹⁾.

وقد عرّفت المادة (2/19) من دفتر عقد المقاوله الموحد "القوة القاهرة" "Definition of Force Majeure" "بأنها: (إذا تعذر على أحد الفريقين (أو كان سيتعذر عليه) أداء أي من التزاماته التعاقدية بسبب حصول قوة قاهرة، فإنه يتعين عليه أن يرسل إشعاراً إلى الفريق الآخر يعلمه بالحدث أو الظروف التي تشكل القوة القاهرة، وأن يحدّد في هذا الإشغال تلك الالتزامات التي أصبح (أو سيصبح) متعذراً عليه أدائها... ويعتبر الفريق الذي قام بإرسال الإشعار معذوراً من أداء الالتزامات المنوّه عنها طيلة بقاء مفعول القوة القاهرة المانعة له من أدائها". ولكن هل وردت على سبيل هذه الصور على سبيل الحصر أو على سبيل المثال؟.

وحول هذا الموضوع يُعلّق الاستاذ المرحوم السنهاوري بالقول⁽⁵⁰⁾: "يكون السبب الأجنبي عادة أحد هذه الأسباب، ولكن هذا البيان لم يرد على سبيل الحصر كما هو واضح من النص، ويكون هذا السبب (الأجنبي) بوجه عام حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة - وليس ثمة محل للتفريق بينهما - أو خطأ وقع من المضرور أو من الغير، على أن هذا البيان غير وارد على سبيل الحصر، فقد يكون السبب الأجنبي عيباً لاصقاً بالشيء المختلف أو مرضاً خاص المضرور".

وبالتدقيق في صياغة نص المادة (261) تؤيد مع ما ذهب إليه الاستاذ السنهاوري، بأن هذه الصور ليست حصرية، وإنما وردت على سبيل المثال، ومن ثم يمكن أن يضاف إليها أي سبب آخر تتوافر فيه شروط السبب الأجنبي ولا سيما عدم إمكانية التوقع وعدم إمكانية الدفع، ودليل ذلك أيضاً أن القانون المدني الأردني أدرج صورة (الآفة السماوية) والتي استتبطها من الفقه الاسلامي كأحد صور السبب الأجنبي، في حين أن القانون المدني المصري لم يُشر إليها في نص المادة (165) التي تتشابه مع حكم المادة السابقة.

كما ثار أيضاً جدل فقهي بين الفقهاء والشراح حول التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي (Force majeure ou cas fortuit) فهل ذكرت على سبيل الترادف أم أنها مختلفة وأن كل منهما يعد سبباً أجنبياً مستقلاً عن الآخر؟.

ليس هنالك في هذا المقام مجال حول عرض الآراء الفقهية التي تناولت هذا الموضوع بالتفصيل، ولكن نعرضهما بإيجاز⁽⁵¹⁾، فقد ذهب أصحاب الرأي الأول إلى أنهما تعبير

يستحق الأجر بحساب ما عمل، وقيل: لا يستحقه إلا بعد الفراغ من العمل⁽⁴⁰⁾. وعند الظاهرية: "إذا تلف أو هلك المبيع عند الدائن وهو حابس له، فإنما أن يكون الهلاك بأفة سماوية أو بتقصير منه وتعديه فإن هلك بأفة فلا ضمان عليه لأنه احتسبه بحق أما إن كان الهلاك بتعديه وتقصيره فإنه يتحمل تبعة الهلاك حينئذٍ"⁽⁴¹⁾.

المطلب الرابع: الهلاك بسبب أجنبي

سنبين بدايةً بإيجاز مغني مفهوم السبب الأجنبي في القانون المدني والفقه القانوني والإسلامي (الفرع الأول) ثم سنبين أثر السبب الأجنبي على تنفيذ الالتزام قبل التسليم، فإذا كانت الاستحالة تعود إلى سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي، ولا يقع على عاتق المدين التزام بشيء، وذلك لأن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلًا، ولأن عدم التنفيذ لم يرجع إلى فعل المدين وليس بسببه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم السبب الأجنبي

لقد حاول بعض فقهاء القانون وضع تعريف للسبب الأجنبي بقوله: "كل فعل أو حادث معين لا ينسب إليه (للمدعي عليه) ويكون قد منع وقوع العمل الضار مستحيلًا"⁽⁴²⁾. وعرفه البعض الآخر بأنه: "كل أمر لا يد للمدعي عليه فيه، ويكون هو السبب في إحداث الضرر أو هو الذي أدى إلى حدوث الضرر"⁽⁴³⁾. وعرفه البعض بأنه: "إما أن يكون حدثاً لا تمكن نسبته إلى أحد من الناس وتلك هي القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء، وإما أن يكون فعلاً صادراً من الدائن ذاته أو فعل شخص من الغير"⁽⁴⁴⁾.

وفي فقه القانون المدني الفرنسي، يعرفون السبب الأجنبي بأنه: "كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن"⁽⁴⁵⁾. ومنهم من عرفها بمفهوم القوة القاهرة (la force majeure) وعلى أنها: "الواقعة التي تنشأ باستقلال عن إرادة المدين ولا يكون باستطاعته توقعها أو منع حدوثها ويترتب عليها أن يستحيل عليه مطلقاً الوفاء بالتزامه"⁽⁴⁶⁾.

كذلك نجد السبب الأجنبي في نصوص القانون المدني الفرنسي، حيث نصّت المادة (1147) بأنه: (يكون المدين مسؤولاً عن التعويض إذا كان هناك محل لذلك إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخير في التنفيذ وذلك في كل الأحوال ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي ليس من عمله بشرط ألا يكون ثمة سوء نية من جانبه)⁽⁴⁷⁾.

كما ورد السبب الأجنبي في نصوص القانون المدني فقد

يظهر السخط ولا الرضا لأن الرضا لا يثبت بالشك، وإن صرح بالرضا لا يضمن⁽⁵⁸⁾.

والفقهاء المسلمون استعملوا الآفة السماوية للدلالة على النازلة أو الجائحة أو الأمر غير المتوقع حصوله والذي لا يمكن تلافيه كالأمطار الغزيرة والزلازل والصاعقة، وهي مرادفة للقوة القاهرة⁽⁵⁹⁾، ومن أمثلتها ما ذكره الحنفية: "لو وضع أحد جمرة على طريق، فهبت بها الريح، وأزالتها عن مكانها، فأحرقت شيئاً لا يضمن الواضع، وكذا لو وضع حجراً في الطريق، فجاء السيل، ودحرجه، فكسر شيئاً: لا يضمن الواضع؛ لأن جنايته زالت بالماء والريح"⁽⁶⁰⁾، والمشرع الأردني قد استعمل مصطلح الآفة السماوية كضرب من ضروب السبب الأجنبي تأثراً منه بالفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: أثر السبب الأجنبي على الالتزام قبل التسليم

نصت المادة (665) من القانون المدني المصري بأنه:
(1- إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين)⁽⁶¹⁾.
والذي يبدو لنا من أحكام النص أن الشيء لم يسلم إلى رب العمل، ولم يعذر المقاول رب العمل أن يتسلمه، وهلك الشيء قبل التسليم بحادث مفاجئ أثبتته المقاول، ذلك أن عبء الحادث المفاجئ، يقع على عاتق المقاول⁽⁶²⁾، إذ هو لا يتخلص من المسؤولية عن عدم التسليم إلا بإثبات السبب الأجنبي.

فإذا تعاقد رب العمل مع حائك لصنع ثوب، وقبل أن يسلم الحائك الثوب احترق المكان فاحترق الثوب، وكانت الحريق بقوة قاهرة ولم يثبت تقصير في جانب المقاول، فإن التبعة هنا يتحملها المقاول (الحائك) فيما قدمه من عمل ومادة، ويتحملها رب العمل فيما قدمه من مادة، ولبيان ذلك نفرض أولاً: أن المقاول هو الذي قدم القماش لصناعة الثوب، فمادام رب العمل لم يتسلم الثوب ولم يتقبل العمل فإن تبعة الهلاك كلها تقع على المقاول، فهو لا يأخذ أجر عمله ولا ما أنفق فيه، لأن رب العمل لم يفد من هذا العمل شيئاً، وهو أيضاً يتحمل تبعة هلاك المادة التي قدمها فلا يستطيع أن يرجع بقيمة القماش على رب العمل، لأنه لم يسلم الشيء إليه وإذا فرضناه بائعاً للمادة المصنوعة على خير تقدير له وقد انتقلت ملكية هذه المادة إلى رب العمل بمجرد صنعها، فلا يزال كبائع يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم كما نقضي القواعد العامة، الفرض الثاني: أن رب العمل هو الذي قدم القماش لصنع الثوب، فإن تبعة الهلاك تقع على المقاول أيضاً فيما يتعلق بأجر عمله ونفقاته،

لحدث واحد، أما أصحاب التفرقة -وهو ما نؤيده- قد اعتبر أن هذه الصور لم تذكر على سبيل اللغو أو التزيد أو التكرار، وإلا لاكتفى المشرع بإيراد أحدهما بدلاً من إيرادهما كليهما، بل إن لكل منها مفهومه المحدد الذي يختلف فيه عن الآخر⁽⁵²⁾، إلا أن جميعها تتشابه في الأثر الذي ينتج كل منهما، وهو أن المدين إذا أثبت أن الالتزام أصبح مستحيلاً بفعل قوة قاهرة أو حادث فجائي -وكلاهما غير ممكن التوقع وغير ممكن الدفع- فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى انفساخ العقد وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليه قبل التعاقد.

وبالنسبة لموقف القضاء الأردني من القوة القاهرة والحادث الفجائي لما سبق بيانه، فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية بأن: "القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو الذي لا يد للإنسان في حدوثه ولا يمكن توقعه لا زماناً ولا مكاناً وبنفس الوقت لا يمكن دفعه كالحوادث المرتبطة بالحروب أو صدور تشريعات جديدة أو كوارث طبيعية كالزلازل والعواصف والفيضانات أو الحرائق أو الأوبئة أو ما شابه"⁽⁵³⁾.

كما يعتبر فعل الغير وفعل المتضرر سبباً أجنبي متى تحققت شروط السبب الأجنبي والتس سبق بيانها، فإذا توافرت الشروط كان فعل الغير وفعل المتضرر سبباً معقياً من الالتزام⁽⁵⁴⁾.

أما بالفقه الإسلامي، فقد تناول الفقهاء السبب الأجنبي في مختلف العقود كالرهن والبيع والإجارة ونحوها، وقد تناولها الفقهاء بصور مختلفة وليس تحت مسمى أو نظرية واحد، فلقد تكلموا عن الآفات السماوية وعن الجوائح، وكذلك عن خطأ الدائن، وخطأ الغير.

فقد عرّفوا الآفة السماوية بأنها: "كل أمر من الله أو كل حادث لا صنع للإنسان فيه كالريح والبرد والجراد"⁽⁵⁵⁾. أو هي: "أمر ليس في الإمكان الاحتراز عنه ولا في الوسع توقعه ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً"⁽⁵⁶⁾. أما الجائحة فقد اعتبروها ضرب من ضروب الآفات السماوية: "وهي ما يصيب الثمر من السماء كالبرد أو من آفة كالعفن، والعطش يعتبر جائحة بلا خوف، ومحل الجوائح هي الثمار والبقول"⁽⁵⁷⁾.

أما عن خطأ الدائن (صاحب العمل) فقد تكلمنا عنه آنفاً، أما عن خطأ الغير كصورة من صور السبب الأجنبي، نورد المثال التالي كما جاء في مجمع الضمانات بأنه: "استعار ثوباً من رجل، ثم طلب المعير أن يردّه فقال المستعير نعم هو ذا أدفعه إليك، ثم فرط في الدفع حتى مضى شهر، فسرق من المستعير، قال إن كان المستعير عاجزاً عن الرد وقت الطلب، لا ضمان عليه، وإن كان قادراً على الرد فإن أظهر المعير السخط والكرهية في الامساك ضمن المستعير وكذلك إذا لم

محل الالتزام أو صار الوفاء به مستحيلًا راجعًا إلى سبب أجنبي عن المدين كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير، انفسخ العقد وأعيد المتعاقدين إلى حالتها قبل العقد فإذا استحال ذلك لتلف محل الالتزام يحكم بالتعويض⁽⁶⁸⁾.

ورغم أن هذه المادة السابقة لم تحدد المقصود بالسبب الأجنبي، إلا أن المادة (261) من نفس القانون أجابت -كما بينا آنفًا- فإذا أثبت المقاول أن الشيء قد هلك أو تلف قبل تسليمه لصاحب العمل بسبب أجنبي كان غير ملزم بالضمان ما لم ينص الاتفاق أو القانون بغير ذلك، وهلاك مادة العمل بسبب حادث فجائي أو قوة القاهرة، يكون على من قام بتوريدها سواء كان المقاول أو لصاحب العمل، وذلك بغض النظر عن طبيعة العمل الذي كلف به المقاول، وعلى ذلك إذا عهد إلى مقاول بتشديد بناء بمواد يقدمها من عنده، وانهار البناء قبل تسليمه إلى صاحب العمل بسبب أجنبي، تحمل المقاول تبعة هذا التهدم فلا يستطيع مطالبة صاحب العمل بالأجر المتفق عليه ولا بقيمة المواد التي استخدمت في البناء.

وقد نصت المادة (6/19) من دفتر عقد المقاولات الموحد بأنه: (إذا تعذر الأداء في تنفيذ كل الاشغال بصورة جوهرية لمدة (84) يوماً باستمرار بسبب القوة القاهرة التي تم ارسال إشعار بشأنها بموجب المادة (2/19)، أو لفترات متتالية تتجاوز مجموعها أكثر من (140) يوماً بسبب نفس القوة القاهرة التي تم ارسال الإشعار بشأنها، فعندها يمكن لأي فريق أن يرسل إلى الفريق الآخر إشعاراً بإنهاء العقد. وفي هذه الحالة، يصبح إنهاء العقد نافذاً بعد (7) أيام من تاريخ ارسال الإشعار، ويتعين على المقاول المباشرة باتخاذ الإجراءات للتوقف عن العمل وإزالة معداته، عملاً بأحكام المادة (3/16)⁽⁶⁹⁾. وفقاً لهذه المادة فإن المقاول يستحق تعويضاً على ما تم انجازه قبل وقوع القوة القاهرة.

ولكن في الحالة التي تكون فيها الاستحالة جزئية، هل ينقضي الالتزام كلياً أم يقع جزئياً بقدر حجم الاستحالة؟. في الحالة التي يكون فيها الاستحالة جزئية أو وقتية في العقود المستمرة، فإن الانقضاء هنا يكون بحجم الاستحالة، ويمكن أن نستند في ذلك على المادة (247) من القانون المدني الأردني والذي جاء فيها: (في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين)⁽⁷⁰⁾.

ويشترط لتقرير الانفساخ الجزئي أن يكون هذا الالتزام قابلاً

ولا يستطيع أن يطالب بها رب العمل لأن هذا الأخير لم يقدّر شيئاً من عمل المقاول فلا يتحمل لا الأجر ولا النفقات، أما المادة التي قدمها رب العمل من قماش، فهو الذي يتحمل تبعة هلاكها، لأنه يبقى مالاً لها وهي في يد المقاول، والشيء يهلك على مالكة كما تقض القواعد العامة⁽⁶³⁾.

غير أنه في كل الأحوال يجب مراعاة قاعدة الإعذار، إذ أنه إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي بعد أن قام الدائن بإعذار المدين (المقاول) فإنه يبقى مسؤولاً عن عدم التنفيذ، لأنه يشترط في السبب الأجنبي الذي يقضي الالتزام ويعفي المدين من تبعاته ألا يكون مسبباً بإخلال المدين، إذ يفترض أنه لولا تأخره بعد إعذاره لاستطاع أن يدفع، أو يتوقع ما يدعيه من السبب الأجنبي⁽⁶⁴⁾.

وفي قرار لمحكمة التمييز الأردنية جاء فيه: "... كما يشترط ألا يكون ثمة خطأ في جانب المدين، فإذا سبق السبب الاضطرابي القوة القاهرة أو اختلط خطأ المدين بالقوة القاهرة فقدت القوة القاهرة صفتها المبرئة"⁽⁶⁵⁾.

على أن المادة (2/207) من القانون المدني الكويتي نصت على أنه: (ومع ذلك، لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة)⁽⁶⁶⁾. فالمعنى من ذلك إذا تمكن المقاول من إثبات أن هلاك الشيء كان لا محالة واقع ولو كان قد سلمه إلى صاحب العمل، فهو بهذا يقيم الدليل على أن الهلاك لم ينجم عن خطئه، بل رجع إلى قوة القاهرة تندفع بها التبعة عنه.

القانون المدني الأردني لم ينص صراحة في عقد المقاولات على حكم هذه الحالة كما فعلت التشريعات المقارنة، فإذا حدث الهلاك بسبب أجنبي لا يد للمقاول ولا لصاحب العمل فيه، ففي مثل هذه الحالة من الذي يتحمل تبعة الهلاك؟.

يمكن أن نستند في ذلك إلى حكم المادة (448) من القانون المدني الأردني بأنه: (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه). كما نصت المادة (247) من نفس القانون بأنه: (في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه...) فالأثر المترتب على الالتزام عند تحقق السبب الأجنبي هو انفساخ العقد وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد. وهذا ما أكدت عليه المادة (248) من نفس القانون بأنه: (إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض)⁽⁶⁷⁾.

وفي قرار لمحكمة التمييز الأردنية جاء فيه: " إذا هلك

حضوره أو وضعها بحضوره لم يضمن ما نشأ من غير فعله كسرقة أو تلف بنار مثلاً بلا تقييد⁽⁷³⁾.

وعن أثر السبب الأجنبي على الأجر فقد جاء في مجمع الضمانات للبغداي: "الأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ، فله أن يعمل للعمالة، ومن هذا سمي مشتركاً، والمتاع أمانة في يده، إن هلك بغير عمله لم يضمن، ولا أجر له، عند الحنفية، وعندهما إذا هلك بسبب أجنبي لا يمكن الإحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن"⁽⁷⁴⁾. وعند الظاهرية: "إذا تلف أو هلك المبيع عند الدائن بأفة سماوية وهو حابس له، فلا ضمان عليه لأنه احتبسه بحق، أما إن كان الهالك بتعديه وتقصيره فإنه يتحمل تبعة الهالك حينئذ"⁽⁷⁵⁾.

الخاتمة

بعد أن خالصنا من دراسة تحمل تبعة الهالك قبل التسليم في عقد المقاولة تبين لنا أن تحمل تبعة الهالك وفق أحكام عقد المقاولة يتحدد ويختلف على مقتضى ما إذا كان الهالك أو التالف قد حصل بفعل المقاول أو بفعل رب العمل، أو بسبب أجنبي، ولا نروم في نهاية المطاف العودة إلى تكرار النتائج والتوصيات جميعها التي انطوت عليها تفاصيل هذه الدراسة، وإنما الغاية هي أن نركز في هذه الخاتمة أبرز ما توصلنا إليه وما نراه من مقترحات، وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج

1. تبين لنا أن تحمل تبعة العقد لا تعني دائماً تحمّل تبعة هلاك الشيء، ويجب التمييز بينهما، ففي عقد المقاولة إذا هلك الشيء الذي عهد به إلى المقاول لإصلاحه، قبل رده إلى ربّ العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأجرة عمله، أو برد نفقاته، ويكون بذلك قد تحمّل تبعة العقد، أي الخسارة الناتجة عن انفساخ العقد، بعد استحالة تنفيذ التزامه، ولكنه لن يتحمل تبعة هلاك الشيء، بل إن هذه التبعة تقع على ربّ العمل وهو المالك، ما لم يحدث الهلاك بفعل ربّ العمل، فعندها يستحق المقاول أجره كاملاً، وقد تجتمع التبعتان معاً، فيتحمّلها شخص واحد دون أن يختلطا.
2. لقد ميّز القانون المدني الأردني بين يد الأمانة ويد الضمان كمعيار لترتيب تلك الالتزامات على كلا الطرفين متأثراً بذلك في الفقه الإسلامي وهي ليست ثابتة، فقد تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان، ويد الضمان ربما تتحول إلى يد أمانة، وبالنسبة للمقاول فإن يده على الشيء هي يد أمانة، فلا يضمن إلا إذا تعدّى أو قصر، ويتحقق ذلك إذا لم يبذل

للتجزئة، وذلك وفقاً لأحكام المادة (441) من نفس القانون والتي جاء فيها: (لا يقبل التصرف التجزئة إذا ورد على محل تأباه طبيعته أو تبين من قصد المتعاقدين عدم جوازها) فعند عدم قابلية الالتزام للانقسام والتي لا يمكن فيها تجزئة العقد فإن المحكمة تقضي بانقضاء العقد كلياً وليس جزئياً، ويترتب على تقرير الانفساخ الجزئي أن صاحب العمل يلتزم بالمقابل تجاه المقاول بالجزء المنفذ فقط، فلا يحق للأخير المطالبة بكامل الأجرة المتفق عليها في العقد، بل يستحق بمقدار الجزء المنفذ لمصلحة صاحب العمل فهو يساوي مقدار ما أداه المقاول وما عاد على صاحب العمل من فائدة، ما لم ينص الاتفاق أو القانون على غير ذلك.

وهذا ما ذهب إليه القضاء الأردني، ففي قرار لمحكمة التمييز الأردنية جاء فيه: "إن المستفاد من النصوص أعلاه أنه في حالة الفسخ القضائي يتخلف أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه رغم أن الوفاء ممكناً ويكون العاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ على أن يكون قد أعذر المدين فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه وهو يدخل في حدود الإمكان تضمين أن يستجيب القاضي لهذا الطلب وجاز له أن يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك أما إذا اختار الفسخ فلا يجبر القاضي على إجابته بل يجوز له أن ينظر المدين إذا طلب النظرة مع التعويض عند الاقتضاء ويجوز أن يقضي بذلك من تلقاء نفسه وله كذلك ولو كان التنفيذ جزئياً أن يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف المدين عن تنفيذه إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام على أن للقاضي أن يجيب الدائن إلى طلبه ويقضي بالفسخ مع إلزام المدين بالتعويض⁽⁷¹⁾.

لكن بقي أن نبين أن مسألة تقدير السبب الأجنبي أو القوة القاهرة هي مسألة واقع لا مسألة قانون، تقدرها محكمة الموضوع، وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الأردنية في أحد مبادئها حيث جاء فيها: "من مقتضى توفر عنصر القوة القاهرة أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا بحيث يفرض إلى انقضاء العقد، وأن قيام القوة القاهرة في ظروف تنفيذ العقد هو من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع"⁽⁷²⁾.

وفي الفقه الإسلامي إذا كان الهالك بفعل آفة سماوية أو نحو ذلك، والتي لا يمكن الإحتراز عنها كالحريق الغالب والعدو المكابر فلا يضمن الأجير أو المستصنع في هذه الحالة، لأن الهالك بفعل السبب الأجنبي يعفي المدين من الضمان، وبالتالي فإن هلاك الشيء يهلك على مالكة، سواء قدم مادة العمل من الأجير أو من قبل صاحب العمل فإن هلاكها على من قدمها. فقد جاء في الحاشية: "وإن وضعه ببيته ولو بغير

أن الهلاك أو التلف في يد المقاول كان بفعل تأخر صاحب العمل عن الوفاء بالتزامه الواجب عليه قانوناً، فيتحمل تبعة هلاك الشيء والعقد معاً، وهذا أخذ به جانب من الفقهاء المسلمين وبعض.

6. بعد أن عرضنا حقيقة السبب الأجنبي في كل من القانون المدني والفقهاء الاسلامي خلصنا إلى أنه لا خلاف بينهما حول مفهومه وآثاره، وإن كان هنالك اختلاف بسيط في اللفظ، فالسبب الأجنبي هو كل ما يؤدي إلى هلاك الشيء محل العقد ولا يد للمقاول فيه، فهو يعفيه من المسؤولية إذا أثبت تحققه، فإذا هلك محل الالتزام أو صار الوفاء به مستحيلًا راجعاً إلى سبب أجنبي عن المدين، انفسخ العقد وأعيد المتعاقدين إلى حالتها قبل العقد فإذا استحال ذلك لتلف محل الالتزام يحكم بالتعويض، إلا أن القانون المدني الأردني لم يبين أثر هلاك الشيء قبل التسليم بسبب أجنبي على الأجر والنققات.

7. وخلصنا إلى أنه في الحالة التي يكون فيها الاستحالة جزئية أو وقتية في العقود المستمرة، فإن الانقضاء هنا يكون بحجم الاستحالة، ولكن يشترط القانون لتقرير الانقضاء الجزئي أن يكون هذا الالتزام قابلاً للتجزئة، ويترتب على تقرير الانقضاء الجزئي أن صاحب العمل يلتزم بالمقابل تجاه المقاول بالجزء المنفذ فقط، ووفقاً لأحكام القضاء الأردني لا يحق للأخير المطالبة بكامل الأجرة المتفق عليها في العقد، بل يستحق بمقدار الجزء المنفذ لمصلحة صاحب العمل.

ثانياً: التوصيات

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى بعض المقترحات الآتية:

1. لمعالجة الحالة التي يهلك فيها الشيء بفعل صاحب العمل أو بسبب عيب في المادة التي وردها للمقاول، وأثر ذلك على الأجر والجهد الذي بذله المقاول، نقترح النص التالي: (1- إذا هلك الشيء أو تلف بفعل صاحب العمل أو لعيب في المادة التي قام بتوريدها، كان هلاك المادة عليه وللمقاول الحق في الأجر وفي التعويض إن كان له مقتضى).

2. لمراعاة قاعدة الإعذار عند تحقق السبب الأجنبي في تنفيذ الالتزام بالتسليم، نقترح هذا النص إما في القواعد العامة أو في أحكام عقد المقاولة وهو: (1- إذا استحال على المقاول (المدين) التسليم بسبب أجنبي بعد أن قام صاحب العمل (الدائن) بإعذاره فإنه يبقى مسؤولاً عن عدم التسليم.

عناية الشخص المعتاد، وبالنسبة لعبء الإثبات فإنه يقع على صاحب العمل، فعليه أن يثبت أن المقاول لم يبذل في المحافظة على الشيء عناية الشخص المعتاد، فيلتزم المقاول برد قيمة الأشياء إلى صاحب العمل إذا قدمت من قبل الأخير، كما يلتزم بالضمان إذا لحق صاحب العمل من ضرر، وللمقاول حتى يتخلص من تلك المسؤولية أن يثبت أنه بذل في المحافظة على الشيء عناية الشخص المعتاد، أو يثبت أن الهلاك أو التلف كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، وهذا ما توصلنا إليه أيضاً عند الرأي الغالب في الفقه الاسلامي، حيث اعتبر الفقهاء أن يد الأجير المشترك على الشيء هي يد أمانة، فلا يضمن ما هلك إلا إذا تعدى أو قصر.

3. خلصنا إلى أنه بالإعذار تتحول يد المقاول على الشيء من يد أمانة إلى يد ضمان وبالعكس، حيث تنتقل به تبعة الهلاك، إلا القانون المدني الأردني أن لم يراعي قاعدة الإعذار مع تحقق السبب الأجنبي في تنفيذ الالتزام بالتسليم، أو إفرادها ضمن القواعد العامة، فإذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي بعد أن قام صاحب العمل بإعذار المقاول فإنه يبقى مسؤولاً عن عدم التنفيذ، لأنه يشترط في السبب الأجنبي الذي يقضي الالتزام ويعفيه من تبعاته ألا يكون مسبقاً بإخلاله.

4. تبين أن المشرع الأردني لم يعالج الحالة التي يقدم فيها صاحب العمل مادة العمل للمقاول ثم هلك بفعل صاحب العمل، أو بسبب عيب في المادة نفسها إلا ضمن القواعد العامة وهذا لا يكفي كلياً لمعالجة هذه المسألة، كما هو الحال التشريعات المدنية الأخرى، لأن هلاك الشيء في هذه الحالة يكون على صاحب العمل إذا أثبت المقاول أن الشيء قد هلك أو تلف بفعله، فيتحمل صاحب العمل تبعة هلاكه أو تلفه، وينتفي بذلك الضمان عن المقاول.

5. تبين لنا أنه في الحالة التي لا يكن فيها للمقاول أثر في العين، ليس له أن يحتبسها لاستيفاء أجره، فإذا فعل ذلك فتلفت العين يعد غاصباً لها وعليه ضمان قيمة الشيء أو مثله لصاحب العمل، وتبين أن هذا الحكم مستنبط من أحكام الفقه الإسلامي ولو تمعنا النظر فيه نجد أن حكم المادة ينطبق على الأجير المشترك، أما في الحالة التي يقدم فيها المقاول المادة من قبله (استصناع)، فإن قواعد العدالة تقتضي عكس ذلك تماماً، فطالما أن المقاول قد قام بتنفيذ التزامه وفق المتفق عليه، وهذا كلفه الوقت والجهد والمال، فمن المفترض على المشرع بما أنه قد منحه حق الحبس لاستيفاء الثمن، أن يضمن له حقه في الأجر طالما

من قبله بعد إعدار صاحب العمل بالتسليم ولم يفعل، ونقترح النص الآتي: (يعتبر التسليم حكماً في الحالة التي يقدم فيها المقاول المادة من قبله إذا أعذر المقاول صاحب العمل بدفع الثمن وتسليم الشيء خلال مدة معقولة وإلا اعتبر مستلماً فلم يفعل).

وأخيراً، فإن هذه أبرز النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، ولا ندعي الكمال فيها، وحسبنا أننا نبسط أمامكم هذه الدراسة لتهدوننا إلى الصواب، سائلين المولى عز وجل السداد والنجاح والتوفيق، إنه نعم المولى ونعم النصير.

2- ومع ذلك، لا يكون الهلاك على المقاول (المدين) ولو أعذر، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك عند صاحب العمل (الدائن) لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المقاول (المدين) قد قبل أن يتحمل تبعه السبب (الأجنبي).

3. لمعالجة أثر الحالة التي يهلك فيها الشيء قبل التسليم بسبب أجنبي على الأجر والنفقات، نقترح النص التالي: (إذا هلك الشيء أو تلف بسبب أجنبي قبل تسليمه لرب العمل، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين).

4. لمعالجة الأثر المترتب عن هلاك المادة التي قدمها المقاول

الهوامش

المادة (396) وأيضاً قانون الالتزامات والعقود المغربي، حيث نص الفصل (493) أنه: (بمجرد تمام العقد 00 يتحمل المشتري تبعه هلاك المبيع، ولو قبل حصول التسليم ما لم يتفق على غير ذلك) وهو ما ذهب إليه الظاهرية.

أما بالنسبة لموقف المشرع الأردني: فإن هلاكه قبل التسليم يكون على البائع إذا كان الشيء محل الالتزام غير خاضع لنظام التسجيل، وذلك استناداً لنص (500) من القانون المدني الأردني.

(4) وهذا الاستثناء أخذ به المشرع المصري استناداً لنص المادة (207) من القانون المدني. أنظر: السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، ص784/غانم، النظرية العامة للالتزام، ج2، ص90/حجازي، مرجع سابق، ص27. وأخذ بمثله القانون المدني العراقي في (م428). أما المشرع الأردني فقد اعتبر التسجيل تسليماً معنوياً للمشتري، فيعتبر المشتري متسلاً المبيع حكماً بمجرد التسجيل استناداً لنص (497) من القانون المدني.

(5) غانم، مرجع سابق، الهاش، ص92/السهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، ص212. وانظر: السرحان، شرح القانون المدني - العقود المسماة، ص64.

(6) للمزيد انظر: سلامة، هلاك المعقود عليه، ص38.

(7) تمييز حقوق رقم 72/155 صفحة 1020 سنة 1972، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية، ج3، مجلة نقابة المحامين.

(8) انظر، أيضاً: نص المادة (692) والمادة (764) والمادة (872) والمادة (899) مدني أردني/ وانظر المواد (813، 777) من مجلة الأحكام العدلية.

(9) للمزيد، أنظر: السهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، ص196/الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، ج2، ص54 وما يليها/الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3376/وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب

(1) لم يستخدم الفقهاء لفظ "مقولة" للدلالة على مضمونه في القانون والعرف المعاصر، وإنما عبروا عن مضمون المقولة بالإجارة أو الاستصناع.

(2) للتوضيح: هنالك بعض التشريعات استعملت في عقد المقولة مصطلح "صاحب العمل"، كالقانون المدني الأردني والاماراتي وهو ما سنشير إليه عند الحديث عن الموضوع في القانون المدني الأردني وما يوافقه من التشريعات، وجانب آخر من التشريعات المقارنة استخدمت مصطلح "رب العمل" كالقانون المدني المصري والكويتي، وهو ما سنشير إليه عند الحديث عن الموضوع كما استعملته تلك التشريعات.

(3) فالقانون المدني الفرنسي في المادة (1138) جعل تحمّل تبعه (rescues) الهلاك (la perte) على المشتري وذلك بمجرد تمام العقد - سواء أكانت ناقله للملكية أم لا - وذلك إعمالاً لقاعدة أن العين تهلك على مالكها، فإذا انعقد البيع صحيحاً، وهلك المبيع كلياً وهو في حيازة البائع وقبل أن يسلمه إلى المشتري، فإن الأخير يتحمل تبعه هلاك المبيع، وأن العقد يفسخ بقوة القانون دون الحاجة إلى حكم قضائي أو إعدار، وذلك كله ما لم يكن البائع هو من تسبب في هلاك المبيع، عندها يكون مسؤولاً عن تحمل تبعه هلاك المبيع. على أنه استثنى من ذلك حالة إذا كان في العقد شرط واقف فعند ذلك جعل المشرع الفرنسي في (م1182) تحمل تبعه هلاك الشيء على المالك الذي لم يلتزم بتسليمه إلا عند تحقق الشرط. للمزيد أنظر: حجازي، في البيع ضمان الهلاك، ص13 وما بعدها.

وانظر في فقه القانون المدني الفرنسي:

Planiol et ripert, par esmein T.VIN, P412-414.

وقد سار بهذا الاتجاه قانون الموجبات والعقود اللبناني في

- لم ينسب الخبير أي خطأ للمصمم سواء من حيث التصميم أو من حيث مخالفة الاتفاقية، وبأن سبب الانهيار كان هطول كميات كبيرة من الثلوج تتوق قدرة البناء على تحملها، وفقاً لما هو مصمم له، وبأن هذه الكميات فاقت الأرقام التي سجلت خلال العشرين سنة الماضية، فإن استناد محكمة الاستئناف إلى تقرير الخبير والذي أوضح كافة جوانب تقريره يوافق الواقع والقانون". تمييز حقوق رقم 2003/2081 تاريخ 2003/12/10، هيئة خماسية، منشورات عدالة.
- (19) ويقابلها نص المادة (878) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، نص المادة (632) من قانون المعاملات المدنية العماني/ وفي قرار لمحكمة التمييز الأردنية جاء فيه: "إن الحكم الذي ذهب إلى فسخ العقد وإلزام المفاوض بعدم البناء وإعادة الحال إلى ما كانت عليه عند التعاقد ورد المبلغ الذي قبضه من صاحب العمل، واعتبرت المحكمة أن هذا القضاء موافق للقانون الذي يلزم المفاوض بموجب المادة (786) من القانون المدني لضمان ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء كان الضرر ناشئاً عن تعديه وتقصيره أم لا". تمييز حقوق رقم 2012/2370 تاريخ 2012/11/29 (هيئة خماسية) وقرارها رقم 2007/2731 تاريخ 2007/12/12، منشورات عدالة/ وقد نصت المادة (284) من القانون المدني الأردني: (من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جردها أو مات مجهلاً لها كان ضامناً لها بالمثل أو بالقيمة).
- (20) انظر: بني حمد، الإعذار وأثره على التصرف القانوني، ص 29/ ذنون، مرجع سابق، ص 94/ الحكيم، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج 2، ص 46/ الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني، ص 33/ غانم، مرجع سابق، ص 88.
- (21) تمييز حقوق رقم 1996/1544 تاريخ 1996/10/10، وقرارها رقم 1987/1036، عدالة/ وما يعزز ذلك أيضاً نص المادة (284) مدني أردني.
- (22) تمييز حقوق: رقم 2003/3259 تاريخ 2003/12/1، هيئة خماسية، منشورات عدالة.
- (23) الحكيم، مرجع سابق، ص 54.
- (24) البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، ص 60 / غانم، مرجع سابق، ص 93.
- (25) راجع: البدائع 21/4، 212، والهداية 244/3، والفتاوى الهندية 4/ 500، وحاشية ابن عابدين 40/5، والمهذب 415/1، وحاشية القليوبي 81/3، والمغني 106/6 فما بعدها، وكشاف القناع 34/4، وحاشية الدسوقي 28/4، وشرح الخرشي 28/7، والشرح الصغير 41/4، والفرق 30/4. وقد جاء في المحلى: [لا ضمان على أجبر مشترك ولا على صانع أصلاً، إلا ما ثبت أنه تعدى فيه أو أضاعه ولا يسقط ذلك أجره] المحلى 35/9.
- (26) راجع: الفتاوى الهندية 500/4، والمغني 109/6، الموسوعة الشرائع، ج 5، ص 239/ سلامة، مرجع سابق، ص 324/ على أن الظاهرية ذهبوا إلى أن: "تبعة الهلاك تكون على الدائن وهو المشتري لأنهم يأخذون بقاعدة الهلاك على المالك، ويقولون أنه بمجرد تمام عقد البيع صحيحاً يكون المبيع من ضمان المشتري، فيظل مسؤولاً عن الثمن ويدفعه إلى البائع إن لم يكن قد دفعه". أنظر: ابن حزم، المحلى، ج 9، ص 345.
- (10) انظر: الجندي، في المسؤولية التقصيرية-المسؤولية عن الفعل الضار، ص 491/ الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، ص 361.
- (11) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 28، عمود 1، ص 236/ ذنون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج 2، ص 323/ الجندي، مرجع سابق، ص 489.
- (12) تفرق الإجارة (في الأجبر المشترك) عن عقد الاصناعات (الذي هو بيع عين شرط فيها العمل) في أن الإجارة تكون العين فيها من المستأجر والعمل من الأجبر، أما الاستصناع فالعين والعمل كلاهما من الصانع. راجع: الموسوعة الكويتية 294/1.
- (13) راجع: تبیین الحقائق 5 ج/ ص 133، وشرح الدر ج 2/ ص 296، وحاشية الدسوقي ج 4 / ص 28، والمغني ج 6/ ص 118.
- (14) المغني ج 6 / ص 118.
- (15) وذلك كما فعل المشرع اللبناني والمصري والسوري والمغربي والجزائري وغيره.
- (16) ويقابلها نص المادة (631) مدني سوري، والمادة (887) مدني عراقي، والمادة (669) مدني كويتي، والمادة (691) مدني قطري، والمادة (894) مدني يمني، والمادة (568) مدني جزائري/ والمادة (847) موجبات تونسي/ كما نصت (م 671) من قانون الموجبات اللبناني: "في جميع الأحوال التي يقدم فيها الصانع المواد، لا يكون مسؤولاً عن هلاك المنشأ كله أو بعضه بسبب قوة قاهرة. ولكنه لا يستطيع المطالبة بالبدل إذا كان الهلاك قد حدث قبل التسليم ولم يكن صاحب الأمر متأخراً في الاستلام، فتكون المخاطر إذا على الصانع. وفي هذه الحال يجب على الصانع إن يقيم البرهان على حدوث الهلاك بسبب قوة قاهرة إذا كان الهلاك قد حدث قبل استلام صاحب الأمر للشيء.
- ونصت المادة (672): "في الحالة التي لا يقدم فيها الصانع إلا عمله أو صنعته، لا يكون مسؤولاً عن الهلاك بسبب قوة قاهرة. ويمكنه إن يطلب أجره إذا كان الشيء قد هلك لعب في المواد أو كان صاحب الأمر قد استلمه أو كان متأخراً عن استلامه".
- (17) ويقابلها نص المادة (875) من القانون المدني اليمني، والمادة (875) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، ونص المادة (629) من قانون المعاملات المدنية العماني.
- (18) وتطبيقاً لذلك جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية بأنه: "إذا

- (35) حيث نصت المادة (388) من القانون المدني الاردني بأنه:
(لكل واحد من المتعاقدين في المعاوضات المالية بوجه عام
أن يحتبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البذل
المستحق).
- (36) ويقابلها نص (م460) مدني مصري فجاء بها: (إذا هلك
المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري
ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع)
(37) وانظر: تمييز حقوق، 2010/3509 (هيئة خماسية) تاريخ
2010/9/5، منشورات مركز عدالة.
- (38) تمييز حقوق رقم 73/54 صفحة 987 سنة 1973، ج3،
مجلة نقابة المحامين.
- (39) السرحانشرح القانون المدني، العقود المسماة، ص66.
- (40) انظر: الهداية 3 / 233، وحاشية ابن عابدين 39/5،
والفتاوى الهندية 4 / 413، 505، وحاشية الدسوقي 4 / 36،
والمذهب 406/1، وكشاف القناع 27/4
(41) المحلى لابن حزم، 409/8، مسألة رقم 1440.
- (42) انظر: الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني الأردني،
ج1، ص376/ مرقس، سليمان، المسؤولية المدنية،
ص483.
- (43) انظر: الصده، مصادر الالتزام، ص460
(44) غانم، مرجع سابق، الهاش، ص51.
- (45) انظر في فقه القانون المدني الفرنسي:
Aubry et rau, cours de droit civil francaisT.4 P.166.
- (46) للمزيد راجع:
- R.dufourmantelle. la force majeure dans les contrats
civils ou commerciaux et dans les marchés
administratifs..p12.Henri LALOU. La responsabilité
civile. Principes élémentaires et applications
pratiques. 2 édi. Dalloz. P 164.
- (47) حيث نصت المادة (1147) من القانون المدني الفرنسي:
«Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement
de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution
de l'obligation, soit à raison du retard dans
l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que
l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne
peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune
mauvaise foi de sa part.»
وقد اشار القانون المدني الفرنسي أيضاً في المادة (1148)
إلى القوة القاهرة أو الحادث الجبري:
“Par suit d’ une forse majour ou d’un cas fortuity”
(48) كما نصت (م448) من نفس القانون: (ينقضي الالتزام إذا
أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي
لا يد له فيه).
- (49) ويقابلها نص المادة (165) من القانون المدني المصري،
والمادة (211) من القانون المدني العراقي، والمادة (287)
- الكويتية 298/1.
- (27) ويقابلها نص المادة (631) مدني سوري، والمادة (887)
مدني عراقي، والمادة (669) مدني كويتي، والمادة (690)
مدني قطري، والمادة (568) مدني جزائري، والمادة (672)
موجبات لبناني.
- وحول خطأ المضرور (الدائن) في الفقه الفرنسي راجع:
Josserand Droit Civil, "La faute df la victim", T.11.
pp.24.
- (28) أنظر: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج7،
مرجع سابق، ص98.
- وفي مقال سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد باللغة
الفرنسية تحت عنوان: (La Theorie des risqué).
"تبعة هلاك الشيء على الدائن من الوقت الذي يجب فيه
التسليم" =
"Elle met chose que risqué du creancier des l' instant
ou elle a du etre livrée... act".
- (29) ويقابلها نص المادة (884) من قانون المعاملات المدنية
الإماراتي، ونص المادة (638) من قانون المعاملات المدنية
العماني
- (30) فقد نصت المادة (323) من القانون المدني الأردني بأنه:
(يترتب على إعدار الدائن أن يصير الشيء محل الالتزام في
ضمان الدائن إن كان من قبل في ضمان المدين وأن يصبح
للمدين الحق في إيداعه على نفقة الدائن وفي ضمان ما
أصابه من ضرر).
- (31) وقد نصت المادة (684) من القانون المدني القطري المادة
(684): (1- إذا التزم المفاوض بتقديم مواد العمل كلها أو
بعضها، وجب أن تكون هذه المواد مطابقة للمواصفات
المتفق عليها، فإذا لم يتفق على مواصفات، وجب أن تكون
المواد وافية بالغرض المقصود. 2- ويضمن المفاوض ما في
هذه المواد من عيوب، وفقاً لأحكام ضمان العيب في الشيء
المبيع) وهذه دلالة على أن المواد إذا قدمت من قبل المفاوض
فهو يعد بائعاً ومقاولاً في نفس الوقت.
- (32) كما نصت المادة (275) من القانون المدني الأردني: (من
أثلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله إن كان مثلياً وقيمته إن
كان قيمياً وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين)
- (33) كما نص الفصل (886) من قانون الموجبات التونسي فجاء
فيه: (للأجير أن يحبس المصنوع وغيره مما هو للمستأجر
تحت يده لاستيفاء أجرته ومصروفه إلا إذا اقتضى العقد
عدم أداء الأجرة في أجل فيصير الأجير ضامناً فيما حبسه
على مقتضى ما قرر للمرتن بالفصل 602 لكن إذا ثلف
المصنوع بدون تقصير من الأجير سقط حقه في الأجر لأنه
لا يستحقه إلا عند تسليم المصنوع).
- (34) ويقابلها نص المادة (879) من قانون المعاملات المدنية
الإماراتي، ونص المادة (633) من قانون المعاملات المدنية
العماني.

- (60) الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية، ص 346
تبيين الحقائق للزيلعي: 143/6/مجمع الضمانات للبغدادى:
ص 149/ الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الاسلامي
- دراسة مقارنة- ص 37.
- (61) ويقابلها نص المادة (631) مدني سوري، والمادة (887)
مدني عراقي، والمادة (669) مدني كويتي، والمادة (690)
مدني قطري، والمادة (568) مدني جزائري/ والمادة (847)
موجبات تونس/ كما نصت المادة (671) من قانون
الموجبات والعقود اللبناني: (في جميع الأحوال التي يقدم فيها
الصانع المواد، لا يكون مسئولاً عن هلاك المنشأ كله أو
بعضه بسبب قوة قاهرة، ولكنه لا يستطيع المطالبة بالبلد إذا
كان الهلاك قد حدث قبل التسليم ولم يكن صاحب الأمر
متأخراً في الاستلام، فتكون المخاطر إذن على الصانع.
وفي هذه الحالة يجب على الصانع أن يقيم البرهان على
حدوث الهلاك بسبب قوة قاهرة إذا كان الهلاك قد حدث قبل
استلام صاحب الأمر للشيء. كما نصت (م672): في
الحالة التي لا يقدم فيها الصانع إلا عمله أو صنعته، لا
يكون مسئولاً عن الهلاك بسبب قوة قاهرة، ويمكنه أن يطلب
أجره إذا كان الشيء قد هلك لعيب في المواد أو كان
صاحب الأمر قد استلمه أو كان متأخراً عن استلامه.
- (62) ونرى أن المشرع المصري وغيره من التشريعات المقارنة التي
استخدمت لفظ الحادث المفاجيء غير دقيق وشامل،
فالقواعد العامة لديها استخدمت صورة الحادث المفاجيء
كصورة من صور السبب الأجنبي، لذا من المفترض
استخدام لفظ السبب الأجنبي ليشمل القوة القاهرة والآفة
السموية والحادث المفاجيء. راجع: نص المادة (165) من
القانون المدني المصري، والمادة (211) من القانون المدني
العراقي/ وقد نصت المادة (671) الموجبات والعقود اللبناني
بأنه: (...) وفي هذه الحال يجب على الصانع إن يقيم
البرهان على حدوث الهلاك بسبب قوة قاهرة إذا كان الهلاك
قد حدث قبل استلام صاحب الأمر للشيء.
وراجع: حول هذا الموضوع في فقه القانون المدني الفرنسي:
Mazeud, leçons de droit civil tome troisième,
N.1350,p556
حيث يقول:
"Conserver jusqu' a la livraison la chose remise par le
maître obligation de moyens".
- (63) أنظر: السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج7،
مرجع سابق، ص 95.
- (64) الجبوري، مرجع سابق، ص 476/غانم، مرجع سابق،
ص 362.
- (65) تمييز حقوق رقم 75/45، صفحة 1284 سنة 1975، مجلة
نقابة المحامين.
- (66) ويقابلها نص المادة (2/287) من القانون المدني الكويتي،
والمادة (168) من القانون المدني الجزائري.
- من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، والفصل (268) من
قانون الالتزامات والعقود المغربي.
- (50) راجع: السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1،
مرجع سابق، ص 732. /النمر، الحراسة في نطاق المسؤولية
عن فعا الاشخاص، ص 81 وما بعدها.
- (51) للمزيد راجع: الجبوري، مرجع سابق، ص 145 وما بعدها/
الجبني، مرجع سابق، ص 396 /الذنون، المبسوط في
المسؤولية المدنية، ج3، ص 51.
وانظر في فقه القانون المدني الفرنسي:
Carbnnier,Droit Civil Les Obligation T.4 P.242 N.14
ON peut saisir la notion de force majeure ou de cas
fortuity" les deux expressionne sont pratiquement
synonymes".soit dans une definition general, soit a
travers la diversite des applications quelle recouver
savatier obligation.
- (52) فقد ذهب أنصار التفرقة إلى أن القوة القاهرة هي الحدث
الذي ينجم عن ظروف خارجة عن الشيء نفسه، كحدوث
زلزال مثلاً أن فيضان أو جفاف أو هجوم عدو، أو إي حدث
آخر غير متوقع وأجنبي عن الشيء، ويستحيل دفعه عند
وقوعه، أما الحدث الفجائي فهو الحدث الذي ينجم عن
الشيء نفسه كانهيار آلة في مصنع أو انفجار محرك سيارة
أو احتراقها، وأنصار الوحدة يرون أن كلا من القوة القاهرة
والحادث الفجائي حدث لا يمكن توقعه ولا دفعه عند حدوثه
سواء كان ناتجاً عن الشيء نفسه أو خارج عنه. وانظر:
تمييز حقوق رقم 1999/310 التاريخ 1999/4/28، منشورات
عدالة.
وانظر بهذا المعنى في فقه القانون المدني الفرنسي:
Josserand cours,de droit civil.p 241
- (53) تمييز حقوق رقم 1997/1969 تاريخ 1997/7/5،
منشورات عدالة/تمييز حقوق رقم: 2006/3600 تاريخ
2006/2/12: منشورات عدالة.
- (54) وانظر: تمييز حقوق رقم 2010/263 تاريخ 2010/7/17،
منشورات عدالة/ وفي قرار آخر جاء فيه: "إن حوادث أيلول
لعام 1970 تعتبر قوة قاهرة، ولا يترتب على انقطاع عقد
العمل مدة أربعة أشهر بسببها انفساخ للعقد طالما رضي رفا
العقد بالاستمرار بتنفيذه بعد زوال تلك الأحداث". تمييز
حقوق رقم 74/344 صفحة 99، سنة 1975، مجلة نقابة
المحامين
- (55) المغني لابن قدامة: 216/4، الدسوقي على الشرح الكبير:
148/3
- (56) السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج6، مرجع
سابق، ص 178.
- (57) للمزيد راجع: المرجع السابق، ج6، ص 104 وما بعدها
- (58) مجمع الضمانات: ص 66.
- (59) الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين

وبعد اشعار من أي من الفريقين الى الفريق الاخر بذلك الطرف او الحدث: يعفى الفريقان من الاستمرار في اداء أي التزام آخر، ولكن بدون الاجحاف بحقوق أي منهما بخصوص أي اخلال سابق بالعقد. ب- يكون المبلغ الذي يترتب على صاحب العمل ان يدفعه الى المقاول، هو نفس ما يستحق دفعه بموجب احكام (م/6/19) أنفأ، كما لو أن العقد قد تم انشاؤه بموجبها.

(70) ويقابلها نص المادة (273) معاملات مدنية اماراتي

(71) تمييز حقوق رقم 2013/3482 ت 2014/3/5 (هيئة عامة) منشورات عدالة

(72) تمييز حقوق: رقم 82/233 صفحة 1150 سنة 1982، ج5، مجلة نقابة المحامين.

(73) حاشية الدسوقي ج3/ 28

(74) مجمع الضمانات ص27/ فتح القدير ج201/7

(75) المحلى لابن حزم، 409/8، مسألة رقم 1440.

(67) ويقابلها نص المادة (274) معاملات مدنية اماراتي

(68) تمييز حقوق رقم 72/155 صفحة 1020 سنة 1972، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية، ج3، مجلة نقابة المحامين/وفي قرار آخر جاء فيه: "... كما أن المادة (248) من القانون المدني نصت على أنه إذا انفسخ العقد وفسخ أعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض" تمييز حقوق رقم 2013/3482 تاريخ 2014/3/5 (هيئة عادية) منشورات عدالة.

(69) كما نصت أيضاً المادة (7/19) من دفتر عقد المقاوله بأنه: (بالرغم من أي حكم آخر في هذا "الفصل"، اذا نشأ أي حدث أو ظرف خارج عن سيطرة الفريقين (بما في ذلك القوة القاهرة ولكن ليس محصوراً بها) وجعل وفاء أحد الفريقين أو كليهما بالتزاماته التعاقدية مستحيلاً أو مخالفاً للقانون، أو يؤدي بمقتضى القانون الذي يحكم العقد الى اعفاء الفريقين من الاستمرار في اداء أي التزام آخر بموجب العقد. عندئذ،

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب القانونية

البدراوي، ع. (د.ت) النظرية العامة للالتزامات، بيروت: دار النهضة. ص60-65.

بني حمد، ع. (2015) الإعذار وأثره على التصرف القانوني، عمان: دار وائل. ص29-35.

الجبوري، ي. (2001) المبسوط في شرح القانون المدني الأردني- الجزء الأول مصادر الحقوق الشخصية، ط1، عمان: دار الثقافة. ص145-380.

الجندي، م. (2015) في المسؤولية التقصيرية- المسؤولية عن الفعل الضار، عمان: دار الثقافة. ص396-491.

حجازي، ع. (1998) في البيع ضمان الهلاك، الأردن: دار الإسرائ. ص13-30.

الحكيم، ع. (1996) القانون المدني وأحكام الالتزام، ج2، بغداد: دار الكتب. ص46-54.

الحلالشة، ع. (2006) الوجيز في شرح القانون المدني، ط1، الأردن: دار وائل. ص33-35.

ذنون، ح. (2004) الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ط1، ج2، الأردن: دار وائل. ص94-323.

ذنون، ح. (2006) المبسوط في المسؤولية المدنية، ط1، عمان: دار وائل، ص51-55.

الزحيلي، و. (1989) الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق: دار الفكر. ص3376-3378.

الزحيلي، و. (1998) نظرية الضمان في الفقه الاسلامي-دراسة مقارنة- دمشق: دار الفكر. ص37-40.

الزرقا، م. (1964) شرح القانون المدني السوري، دمشق: دار

الحياة. ص54-60.

السرhan، ع. (2009) شرح القانون المدني-العقود المسماة- ط1، عمان: دار الثقافة. ص64-66.

سلامة، م. (2012) هلاك المعقود عليه، الاسكندرية: مكتبة الوفاء. ص38-324.

السنهوري، ع. (1964) الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت: احياء التراث العربي. ج2(ص784-800) ج7 (ص95-100).

السنهوري، ع. (د.ت) الموجز في النظرية العامة للالتزامات، بيروت: دار إحياء التراث. ص212-215.

السنهوري، ع. (د.ت) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، بيروت: منشورات محمد الداية. ص178-196.

الصد، ع. (1960) مصادر الالتزام، مصر: مكتبة مصطفى الحلبي. ص460-470.

غانم، أ. (1967) النظرية العامة للالتزام، القاهرة: مكتبة عبدالله. ص51-362.

الفضل، م. (2006) الوسيط في شرح القانون المدني، ط1، بيروت: منشورات تاراس. ص346-355.

مرقس، س. (د.ت) المسؤولية المدنية، مصر: مطبعة الاعتماد. ص483-488.

النمر، ر. (2015) الحراسة في نطاق المسؤولية عن فعل الاشخاص، ط1، الاردن: دار وائل. ص81-105.

ثانياً: كتب الفقه الاسلامي

البهوتي، م. (1997) كشأف القناع عن متن الإقناع، بيروت: دار الكتب العلمية. ص27-34.

البغداد، أ. (1987) مجمع الضمانات، بيروت: عالم الكتب. ص27-149.

طبقات مختلفة.

مجلة الاحكام العدلية، 1293هـ.

عقد المقاوله الموحد للمشاريع الانشائية، وزارة الاشغال العامة والاسكان، 2010.

مجلة نقابة المحامين الصادرة عن نقابة المحامين الأردنيين - الأردن. منشورات مركز عدالة - الأردن.

رابعاً: المراجع الأجنبية

Aubry et rau (1947) cours de droit civil francais T.4, sixieme edition, Paris, P66-70.

Carbnnier, J. (1992) Droit Civil Les Obligation T.4 Paris, P242-299.

Dufourmantelle, R (1920) la force majeure dans les contrats civils ou commerciaux et dans les marchés administratifs. Paris, P12-20.

Henri, L. (1932) La responsabilité civile. Principes élémentaires et applications pratiques. 2 édi. Dalloz. Paris, P12-20.

Josserand, T. (1959) cours de droit civil positif Français julliot de imorandiere, Paris, P240-300.

Mazeud, J (1973) leçons de droit civil, tome troisieme, Paris, T.4. P556-560.

Planiol, R. (1952) ripert et esmein: traite prateque de droit civil francais, tom6, paris, P241-243.

خامساً: التشريعات المدنية

القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

القانون المدني البحريني رقم (19) 2001.

القانون المدني الجزائري رقم (58-75) لسنة 1975.

لقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.

القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.

القانون المدني القطري رقم (22) 2004.

القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980.

مجلة الالتزامات والعقود التونسية رقم (11) لسنة 2005.

قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.

قانون الالتزامات المغربي رقم (12) لسنة 1913.

قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

من قانون المعاملات المدنية العُماني رقم (29) 2013.

القانون المدني اليمني رقم (14) 2002.

ابن تيمية، أ. (1991) مجموعة فتاوي ابن تيمية، الرياض: دار علم الكتب. ج4 (ص413-500).

ابن حزم، ع. (1973) المحلى، بيروت: دار الفكر. ج8 (ص409-411) ج9 (ص35-345).

ابن عابدين، م. (1992) رد المحتار على الدر المختار، بيروت: دار الكتب العلمية. ص39-42.

ابن قدامة، م. (1984) المغني، بيروت: دار الفكر. ج4 (ص216-217) ج6 (ص106-118).

الحصكفي، م. (2002) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، بيروت: دار الكتب. ص112-120.

الخرشي، م (د.ت) الخرشي على مختصر سيدي خليل، بيروت: دار صادر. ص27-30.

الخفيف، ع (د.ت) الضمان في الفقه الاسلامي، محاضرات القيت على طلبة قسم البحوث والدراسات الاسلامية: جامعة القاهرة. ص30-32.

الدردير، أ. (د.ت) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مصر: منشأة المعارف، ص41-50.

الدسوقي، م. (1996) حاشية الدسوقي، بيروت: دار الكتب العلمية. ج3 (28-148) ج4 (ص28-36).

الزحيلي، و. (1998) نظرية الضمان في الفقه الاسلامي، دمشق: دار الفكر. ص37-40.

الزيلعي، ع. (1977) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، بيروت: دار الكتب العلمية. ص133-143.

الشيرازي، أ. (1996) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط1، دمشق: دار القلم. ص401-415.

القراقي، ش. (1996) أنواع البروق في تهذيب الفروق، الرياض: عالم الكتب. ص40-42.

قليوبي وعميرة. (د.ت) الشرح على منهاج الطالبين للشيخ محي الدين النووي، مصر: مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح، ص81-90.

الكاساني، ع. (1982) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت: دار الكتب العلمية. ص239-242.

مرغيناني، ع. (1977) الهداية مع شرح فتح القدير (تحقيق سعد بن عيسى) بيروت: دار الفكر، ص201-211.

ابن الهمام، ك. (1977) شرح فتح القدير، ط2، بيروت: دار الفكر. ص201-205.

ثالثاً: المدونات والمجلات الفقهية والقانونية

المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ط3، الصادرة عن المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنيين، الأردن، 1992

الموسوعة الفقهية الكويتية، التي تصدرها وزارة الأوقاف الكويتية في

Bearing the Consequent Responsibility for a Loss before the Delivery According to the Construction Contract In the Jordanian Civil Law & Islamic Jurisprudence (Fiqh)
- A Comparative Study -

*Abdelsalam A. Bani Hamad**

ABSTRACT

The study has summarized on the issue of bearing the consequent responsibility for a loss before the delivery according to the construction contract; where the Jordanian civil law did not organize the provisions that related to bearing the consequent responsibility for the loss in the construction contract in fully manner, as organized in the comparative civil legislations; so, whom or who to take the bearing consequent responsibility for the loss, where the Jordanian civil law has been characterized in approaching that matter in such a different manner from other comparative legislations, and differentiated/(sat apart) between the hand of trust and the hand of guarantee as a norm/(criterion)to arrange such obligations upon both contracted parties affected by the Islamic jurisprudence` provisions, it was found that bearing consequent responsibility for the loss is to be determined and it differs depending on; whether the loss has occurred or happened because of the contractor or the "contracting employer" or Due to reasons beyond the contractor`s control (like an out of control unforeseen circumstances), in conclusion; the study has reached a highlights of results and recommendations.

Keywords: Contract, Bearing the Consequent Responsibility, Notice.

* Legal Sciences, Faculty of Security Studies, Royal Police Academy, Jordan. Received on 29/6/2015 and Accepted for Publication on 4/11/2015.