التنفيذ الشخصي للمقاولة دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي

م. د أمير صلاح نصر الاعرجي

كلية القانون جامعة الامام جعفر الصادق

Amir.salah@sadiq.edu.iq

تاريخ الاستلام: ١٥-٤-٢٠٢٢

تاريخ قبول النشر: ٤-٨-٢٠٢٢

المستخلص.

عندما تكون صفات المقاول او شخصه محل اعتبار في عقد المقاولة، يكون المقاول ملزما بتنفيذ التزامه بشكل شخصي سواء أكان القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وفي بعض الأحيان يتعرض المقاول لظروف تمنعه من تنفيذ التزامه بنفسه كالحجر عليه او افلاسه، الأمر الذي يسبب خللا في تنفيذ العقد وينتج آثارا معينة تلقي بظلالها على المقاول ورب العمل، ويختلف التنفيذ الشخصي للمقاول في القانون المدني العراقي عن الفقه الإسلامي من حيث النطاق والحكم وهو ما تناولناه في هذا البحث من خلال المقارنة بينهما.

الكلمات المفتاحية: المقاول، التنفيذ الشخصي، الإعسار، الإفلاس، الحجر

Abstract:

When the qualities of the contractor or his person are taken into consideration in the contracting contract, the contractor is obligated to personally implement his obligation, whether it is to do an act or refrain from doing an act. Sonetiwr the contractor is exposed to cireumstanees that preuent him from carrying out obligatim solt, such as furbidding insolvency whie causes a defect in the implementation at the contract as well. Certain effects ther cast a shadow on the contractor and the employer, and the personal implementation of the contractor in the Iraqi civil law differs from Islamic jurisprudence in terms of scope and judgment, which is what we discussed in this research paper through the comparison between them.

Keywords: contractor, personal execution, insolvency, stone receivership - contract receivership - guard - civil liability.

المقدمة

أولا: التعريف بموضوع البحث

إن العقد اما ان تنصب اهميته بالنسبة للمتعاقدين على اساس الموضوع او يكون فيه الصفات الشخصية او ذات المتعاقد هو جوهر العقد وهذا ما يسمى بالاعتبار الشخصي في العقد (التنفيذ الشخصي) وهو مدار بحثنا والذي يتطلب ان ينفذ المقاول بنفسه مضمون العقد إذ ربما يتعرض المقاول لظروف معينه أثناء فترة تنفيذ العقد مثل الإفلاس أو الحجر تؤثر في تنفيذه، الأمر الذي يوجب ان توضع لهذا العقد أحكام خاصة تختلف عن احكام عقد المقاولة ذي الطابع الموضوعي، حيث تثار فكرة الاعتبار الشخصي بصدد تبرير الحلول القانونية المختلفة

المتعلقة بالعقد وتوجب ضرورة تنفيذ المقاول لالتزاماته الناتجة عن العقد وبالتالي يفرض عليه عدم التنازل عن عقده أو أن يتعاقد بخصوصه من الباطن وألا يعد مسؤولاً بذلك الإخلال.

ثانيا: أهمية البحث

تتركز أهمية البحث في هذا الموضوع حول الآثار الناتجة عن الظروف التي تطرأ على المقاول الذي يكون ذاته او صفاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، وتثير مسألة عدم قدرته على التنفيذ الشخصي كما في حالة الإفلاس والحجر على المقاول؛ لما لهذا الموضوع من خصوصية في فقه المعاملات الإسلامي والقانون المدني الوضعي.

ثالثا: مشكلة البحث

تتمحور مشكلة بحثنا حول عدم قدرة المقاول على التنفيذ الشخصي لعقد المقاولة ليطرح التساؤل الآتي: ما هو الأثر الناتج عن عدم قدرة المقاول على التنفيذ الشخصي عندما تكون صفاته الشخصية او ذاته محل اعتبار؟ وما هو موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من ذلك؟

رابعا: منهج البحث

لمعالجة اشكالية البحث تناولنا موضوع التنفيذ الشخصي للمقاول بالاعتماد على المنهج التحليلي للنص القانوني من خلال تفكيك وتحليل النص من اجل تحديد حكم الاعتبار الشخصي وأثره في عقد المقاولة كذلك اعتمدنا على المنهج المقارن بين القانون المدني العراقي ومواقف الفقه الإسلامي بعده مدرسة واحدة لا مذاهب محددة.

خامساً: خطة البحث

تناولنا موضوع البحث في ثلاثة مطالب الأول بحثنا فيه مدى **التزام المقاول بالتنفيذ الشخصي** والثاني **أثر إفلاس المقاول على تنفيذ التزامه الشخصي اما الثالث فبحثنا فيه أثر حجر المقاول على تنفيذ التزامه الشخصي**

المطلب الأول

مدى التزام المقاول بالتنفيذ الشخصي

لكي يقوم المقاول بتنفيذ التزامه الشخصي محل الاعتبار لابد من تحديد مدى التزامه، وهذا الالتزام عادة يظهر في الالتزام بعمل وبهذا يصبح التزام المقاول في بعض الحالات التزاما ببذل عناية، وفي حالات اخرى التزاماً بتحقيق غاية ولتحديد مدى التزام المقاول بالتنفيذ الشخصي نحتاج لبحثه في فرعين الاول نتناول فيه مدى الالتزام في القانون الوضعي وفي الثاني مدى الالتزام في الفقه الاسلامي.

الفرع الأول

مدى التزام المقاول بالتنفيذ الشخصي في القانون الوضعي

عندما يكون التزام المقاول محل الاعتبار التزاماً ببذل عناية مثل التزام المحامي والتزام الطبيب بعلاج مريضه، يعتبر كل منهم قد قام بالتزامه الشخصي إذا بذل ما يقوم به الشخص المعتاد، ولكن في بعض الاحيان قد يتفق المتعاقدين على معيار آخر يختلف عن معيار الشخص المعتاد، أو قد تكون طبيعة التعاقد تعبر عن أن المدين عند التعاقد اتجهت ارادته الى أن يكون التزاماً يبذل فيه العناية التي اعتاد بذلها في شؤونه الخاصة[1]، وأن هذا الاتجاه يفرض في الغالب على المقاول المتصف بالاعتبار الشخصي.

فعندما تراعى شخصية المقاول أو احدى صفاته وقت التعاقد وكان واجبه بذل العناية المطلوبة لتنفيذ التزامه، وجب على المدين السير بالاتجاه الذي يقوم به عادة في اموره الخاصة[٢]؛ وذلك لأن الدائن عند التعاقد علم بالصفات الخاصة بالمدين والتي تفوق عادة صفات الشخص العادي فضلا عن ذلك فإن المقاول يهتم في تحديد الاتجاه الواجب الاتباع لطبيعة العمل واهميته إذ لكل عقد ظروفه الخاصة بحيث تؤثر تأثيرا مباشرا في تحديد العمل الذي يقوم به الشخص المعتاد[٣].

وعندما يكون التزام المقاول محل الاعتبار التزاماً بإنجاز عمل معين اي تحقيق غاية كالتزام المقاول ببناء منزل أو التزام الرسام برسم لوحه فنية، فيكون تنفيذ التزامهم يجب أن يكون على الطريقة المتفق عليها، وبهذا لا تبرأ ذمة المدين ان لم يحقق الغاية المطلوبة عند تنفيذه الالتزام؛ لأن في هذا النوع من الالتزامات يحصل فيه توافق بين محل الالتزام والغاية التي يهدف الدائن تحقيقها فيصبح تحقيق الغاية هو محل التزام المدين، فاذا لم يحقق تلك الغاية المحدده لا يعتبر المدين قد نفذ التزامه[٤].

وفي بعض الأحيان يتعهد المقاول مثلا بعدم العمل لدى رب عمل آخر ينافس رب العمل الاول عندما يكون التزام المقاول محل اعتبار، وهذا ما يعرف بالامتناع عن عمل، ويكون الالتزام فيه هو التزام بالامتناع عن عمل مع ارتباط هذا الالتزام بشخص المدين وذاته وناشئ عن عقدٍ متصف بالاعتبار الشخصي، وبهذا يجب على المدين عدم الاخلال بالتزامه بالامتناع عن العمل المتفق عليه، فإذا كان التزامه مختلا جاز للدائن أن يطالب بإزالة مخالفته للالتزام مع التعويض أن كان له مبرر[٥].

بناء على ما تقدم يكون مدى التزام المقاول يتحدد في القيام بعمل والامتناع عن القيام بعمل والاول يتحدد في بذل العناية او تحقيق الغاية.

الفرع الثاني

مدى التزام المقاول بالتنفيذ الشخصي في الفقه الاسلامي

نجد بعض فقهاء الفقه الاسلامي يتجه الى أن الالتزام بعمل صوره كثيرة ولا تحصى كالالتزام بنقل بضاعة أو إصلاح آلة أو صنع شيء من الأشياء أو إجراء عملية جراحية لمريض، ويدخل فيه التزام الاجير بالقيام بالعمل المستأجر عليه بشكل عام[٦].

في حين يتجه جانب من الفقهاء المتقدمين الى تقسيم الالتزام بعملٍ الى نوعين: الاول الالتزام بنتيجة محددة والثاني الالتزام بوسيلة إذ ذهب للقول إن قيام المدين بالعمل الذي يؤدي لتحقيق نتيجة معينة هو التزام بتحقيق نتيجة ومثال على ذلك المقاول الذي يلتزم بإقامة بناء محدد، وفي هذا النوع من الالتزام تكون النتيجة محددة بعينها، ولايكون نشاط المدين الذي يبذله لتحقيقها الا اعتبارها وسيلة ليست هي محل الالتزام، وبعدم تحقق النتيجة يكون المقاول مسؤولاً، أما الالتزام بوسيلة فيكون محله قيام المدين بعمل يحتاج فيه المدين الى بذل العناية التي تم الاتفاق عليها مثل التزام الطبيب، فهو غير ملزم بشفاء المريض وإنما بذل العناية المتوافقة مع الأسس العلمية في مجال الطب، فمحل الالتزام في هذا النوع هو العناية التي ينبغي على الطبيب أن يبذلها في علاج المريض، أما النتيجة وهي الشفاء فتظل خارجية عن العقد لأنها لا تتوقف على ارادة الطبيب وإنما خاضعة لإرادة

الله تعالى[٧]، كما نجد ان البعض يذهب ايضا إلى أن التزام الطبيب والختان والحجام هو التزاماً ببذل عناية، اذ يلتزم كل منهم بأن يقدم العناية اللازمة لذلك بحسب ما يقتضه الوجدان والفن ولايسأل إلا إذا أهمل أو تعدى في ذلك، فإن قام بعمله بجهد وحيطة وحذر لا يضمن الضرر، ولكن فضلا عن ذلك ربما يتعرض أي منهم للانتقاد بالتقصير لأنه لم يستعمل الأساليب الحديثة التي يحددها الطب الحديث على اساس انه إذا لم يثبت بعد رواجها وفائدتها بلا ضرر بصورة جيدة، وهكذا فإن الطبيب المعالج كالطبيب المتجدد كلاهما معرض للنقد والانتقاد من الناحية العملية[٨].

ولا يمكن تصور الالتزام بالامتناع عن عمل في الفقه الاسلامي كالتزام مباشر وإنما يكون من الالتزامات غير المباشرة الناتجة على التزام مباشر اذ يرى بعضهم بهذا الخصوص عدم ورود ما يبيح أن يكون الامتناع عن فعل موضوعاً مباشراً للالتزامات العقدية في الاجتهاد الفقهي، ومثال على ذلك تعاقد اثنين على أن لا يفتح أحدهما محلاً تجاريا في جانب محل الآخر، أو كاتفاق اصحاب نوع من المعامل مع أحدهما أن يغلق معمله لينحصر الإنتاج به لقاء مقابل شهري يدفعونه إليه كما يجري اليوم بين اصحاب المطاحن، ونحو ذلك من الموضوعات السلبية في التعاقد. وإنما يكون الامتناع موضوعاً غير مباشر في الالتزام العقدي فيكون من لوازم العقد ومتطلباته بحسب المبادىء الشرعية العامة وأن يذكر بشكل صريح في العقد، فهي توضع لحماية الحقوق والاموال ومنع التعدي أما الامتناع عن فعل مدني سائغ فهو غير معتبر لأن من المقرر لدى فقهائنا أن الإنسان لايلزم بتحمل الضرر وأن وفى به، والامتناع عن عمل مدني مشروع هو ضرر لصاحبه[٩].

وبناء على ما تقدم نجد أن الالتزام بالامتناع عن عمل في الفقه الاسلامي لا يتوافق مع القوانين المدنية الوضعية اذ جعلت القوانين الوضعية محل الالتزام بالامتناع هو ملزم ومجاله واسع في الالتزامات التعاقدية بشكل أجازت للمقاول محل الاعتبار بالالتزام به على العكس من الفقه الإسلامي الذي لم يقر هذا الالتزام بشكل مباشر.

وعلى العكس من ذلك نجد توافقا بين الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية بخصوص الالتزام بعمل إذ غالبا مايكون التزام المقاول محل الاعتبار هو التزاماً بالقيام بعمل سواء كان التزاماً ببذل عناية أم بتحقيق غاية في كلاهما.

المطلب الثاني

أثر إفلاس المقاول على تنفيذ التزامه الشخصي

لابد لنا قبل ان نبحث في أثر إفلاس المقاول على تنفيذ التزامه الشخصي ان نبين المعنى العام للإفلاس ومن ثم أثره في القانون الوضعي وفي الفقه الإسلامي وكالآتي:

الفرع الاول

المفهوم العام للإفلاس والإعسار

يمكن تعريف الإعسار بأنه: (الحالة التي يصبح فيها المدين ما يدين به اكثر من قيمة امواله الحالة)[١٠] وعرف ايضا بأنه: (الحالة المالية للمدين الناتجة عن التعاكس والتنافر بين مجموعة عناصر الجانب الايجابي والسلبي لذمته المالية وهي حالة واقعية تتمثل بعدم التوازن المالي الواضح بين ديون المدين وحقوقه المالية، وتتأسس على فكرة العلاقة بين الديون والحقوق

إذ يصبح المدين معسرا كلما زادت ديونه على حقوقه)[١١]، في حين عرف البعض الإعسار على أساس حكم المحكمة وذلك بأنه: نظام قانوني يتم على أساسه الحجر على مدين تزيد ديونه المستحقة على أمواله ويصدر حكم من المحكمة بحجره بناء على طلب مقدم من المدين نفسه أو من الدائن له، والموافقة على هذا الطلب مرهونة بقناعة المحكمة[١٢] وما يلاحظ على هذه التعاريف أنها تتفق على فكرة واحدة وهي أن الإعسار هو زيادة دين المدين المستحق الاداء على حقوقه، ولكن نجد أن التعريف الأخير زاد على ما تقدم وجوب تقديم الطلب من قبل المدين للحكم بالإعسار وهذا ما نراه الأصلح من التعريفات السابقة.

وفيما يخص التشريع العراقي فلم ينظم القانون العراقي احكاماً خاصة لحالة إعسار المقاول إذ نجده استعمل مصطلح الإعسار بالمادة (٣٦) من قانون الشركات[١٣]، كما واستعمل المشرع العراقي مصطلح الإعسار كذلك في المادة ٣٦/ أولا – أ ب من القانون التجاري[١٤]، الا أن المادة ٣٣١/ أولا من قانون التجارة النافذ قد استثنت الباب الخامس من القانون التجاري رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الخاصة بالإفلاس والصلح الواقعي من الالغاء لوقت تنظيم أحكام الإعسار بقانون، ولكون المشرع العراقي لم ينظم أحكام الإعسار لحد الآن بقانون فإن الخلط بين الإعسار والإفلاس لازال موجودا؛ لذا نتمنى من المشرع أن يصدر قانون يتم على أساسه توحيد الأحكام القانونية المختصة بحالة التوقف عن تسديد الديون سواء كانت مدنية أم تجارية تحت مسمى الإعسار على وفق المادة ٣٣١/ أولا من قانون التجارة النافذ واستناداً لقانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ الذي نبه الى هذا الخلط فأوصى باستبعاد نظام الافلاس التجاري وتوحيد الاحكام الخاصة بالمدين المعسر سواء كان تاجرٍ ام غير تاجرا، وصياغتها في قواعد قانونية تهدف الى تصفية اموال المدين تصفية جماعية في اطار المصلحة العامة.

ونجد في الوقت ذاته استخدم المشرع العراقي مصطلح الافلاس في القانون المدني بالمادة ٢٧٠ والمادة ٢٩٠ ونظم احكامه في المواد ٢٧٠-٢٧٩ من القانون المدني تحت مسمى الحجر على المدين المفلس، والبعض يعتبر ان استخدام المشرع عبارة المدين المفلس لم يكن المشرع العراقي موفقاً فيه عندما وصف المدين بالمفلس، وإنما كان حري به أن يصفه بالمعسر؛ ذلك لأن الافلاس اضحى في مصطلح القانون وصفاً يطلق على الإعسار في دائرة المعاملات التجارية[١٥]، ونود الإشارة هنا الى أمر سلطة الائتلاف[١٦] الذي اكد على العمل بنظام الإفلاس الوارد في قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ إذ ذكر في المادة الاولى منه ان قانون الافلاس يعني الباب الخامس من قانون التجارة لسنة ١٩٧٠ وتخصيص قضاة للنظر بطلبات شهر الإفلاس والصلح وبهذا حسم الخلاف بخصوصية الإفلاس بالمسائل التجارية بوجود قانون ينظم الإفلاس.

وبهذا يختلف الإعسار عن الافلاس، فالإعسار يوجب النظر الى حقوق المدين وديونه وموازنة كل منها بالآخر أما معيار الافلاس هو توقف المدين التاجر عن أداء ديونه بغض النظر

عما إذا كانت حقوقه تفوق أو تقل عن ديونه الحالة ككل، كذلك يفرق الإعسار عن الافلاس في أن القضاء بالإعسار أمر جوازي للمحكمة في حين يتعين عليها الحكم بإشهار الافلاس عندما يتحقق لديها توقف المدين التاجر عن الدفع وليس لها في هذا الأمر أي سلطة تقديرية، فلم يفرض القانون المدني على المحكمة اشهار إعسار المدين متى ثبت لها توافر شروط الإعسار، بل جعل على المحكمة قبل إشهار إعسار المدين أن تضع امامها كل الظروف المحيطة به سواء كانت هذه الظروف عامة أو خاصة، فتأخذ بنظر الاعتبار موارده المستقبلية ومقدراته الشخصية ومسؤوليته عن الاسباب التي اوصلته للإعسار ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المادية؛ وبذلك تستطيع المحكمة الترفق بالمدين أو اخذه بالشدة بحسب الظروف في كل حالة على حدة[١٧].

وبناء على ما تقدم سنستعمل مصطلح الإفلاس في بحثنا عند الحديث عن المقاول وعمله كونه تاجرا وعمله تجاريا على وفق المادة الخامسة من القانون التجاري.

الفرع الثاني

إفلاس المقاول في القانون الوضعي

الإفلاس عندما يرتبط بالاعتبار الشخصي تكون صفة اليسار من الصفات الجوهرية في التعاقد بشكل يجعل أثره يختلف من عقد إلى آخر، فالعقود ذات الطابع الشخصي يختلف تأثرها بالإفلاس عن العقود ذات الطابع الموضوعي، ففي العقود ذات الطابع الموضوعي لا ترفع يد المدين المفلس عن ماله بل يبقى قائماً على ادارته، ويبقى دائنو المدين المفلس كل منهم مستقل عن الاخر ويقوم كل دائن على مصلحته بنفسه، ولكل دائن ان يحجز على اموال المدين، ما كان موجودا منها قبل الإفلاس وما استجد بعده، ولكل دائن ان يبادر قبل غيره الى الحصول على حقه من اموال المدين، فإذا لم يتمكن الدائنون الاخرون من مزاحمته عند التوزيع، فربما يستوفي حقه كاملا لوحده[١٨].

في حين لو اتصف العقد بالاعتبار الشخصي فيجب التفريق بين ما إذا كانت صفة اليسار محل اعتبار بنظر المتعاقد الآخر او لم تكن كذلك، فإذا كانت صفة اليسار معتبرة في التعاقد فإنه سيترتب على الإفلاس انتهاء العقد لاختلال صفة أساسية في التعاقد، أما إذا كانت صفة اليسار غير معتبرة في التعاقد، أي كان الطابع الشخصي في العقد يرجع إلى اعتبار شخصي آخر فإن العقد سيظل قائماً على الرغم من وقوع الإفلاس[١٩].

وعند اسقاط ماتقدم اعلاه على عقد المقاولة فنجد انه في الاصل لا يترتب على إفلاس المقاول انتهاء عقد المقاولة لأن صفة اليسار لا تعتبر جوهرية في العقد، أما إذا اتصف عقد المقاولة بالاعتبار الشخصي وكانت صفة يسار المقاول أساسية في العقد فإن ذلك اليسار سيرتب اثر طوال مدة العقد، إذ لو تبين بعد العقد بأن المقاول مفلسا وكان رب العمل يعتقد بأنه موسراً فعندئذ لابد من الرجوع الى القواعد العامة لتطبيق احكام الغلط التي ستجعل العقد موقوفاً[٢٠]، لأنه بدون صفة اليسار لم يبرم رب العمل عقد المقاولة مع المقاول المتصف بتلك الصفة، وعندما يؤدي الغلط الى وقف العقد، فإن إنقضاء العقد سيستند الى عدم اجازة العقد الموقوف، فإذا لم يجز الدائن فإن العقد سينتهي دون أن يرتب أثرا قانونيا[٢١]، أما إذا أصاب

المقاول الإفلاس أثناء تنفيذ العقد فسيترتب عليه انقضاء عقد المقاولة بالفسخ لاختلال شرط أساسي في العقد الا وهو صفة يسار المقاول، كما إذا تأثرت الصفات الجوهرية الأخرى محل الاعتبار غير صفة اليسار نتيجة لحالة الإفلاس، فإنه يترتب على ذلك انقضاء عقد المقاولة ايضا[٢٢].

الفرع الثالث

إفلاس المقاول في الفقه الإسلامي

فيما يخص إفلاس المقاول في الفقه الإسلامي نجد أن البعض قد بينّ أن الأجير إذا كان مفلسا وينفق من ماله على مايعمل وعجز عن العمل بسبب إفلاسه كان ذلك عذرا يجيز إنهاء العقد لدفع الضرر عن رب العمل، وأما أن لم يكن على الأجير أنفاق فلا يعد إفلاسه مبررا لإنهاء العقد لأن المطلوب منه العمل وحده ولا ضرر على الغرماء[٢٣]، في حين ذهب آخرون إلى أن إفلاس الأجير لا يؤدي إلى إنتهاء العقد؛ لأن له أن يعمل ويكسب ولاضرر في ذلك على الغرماء[٢٤]، أي أن إفلاس المقاول محل الاعتبار لا يترتب عليه انقضاء عقد المقاولة، وانما ينتهي لأسباب تتعلق بتنفيذ العقد نفسه متمثلة بالضرر الذي يلحق الاطراف نتيجة إفلاس المقاول.

وبناء على ما تقدم نرى أن انتهاء عقد المقاولة في حالة إفلاس المقاول الذي تكون فيه صفة اليسار محل اعتبار في التعاقد هو توجه الفقه الوضعي، على خلاف الفقه الإسلامي الذي لم يربط انتهاء عقد المقاولة باختلال صفة اليسار المعتد بها في العقد وإنما مرجع الانتهاء لديه ما يحدثه إفلاس المقاول من ضرر يصيب رب العمل.

المطلب الثالث

أثر حجر المقاول على تنفيذ التزامه الشخصي

لتحديد إثر الحجر على تنفيذ التزام المقاول الشخصي لابد من بحث المفهوم العام للحجر ومن ثم بيان أثره في القانون الوضعي والفقه الإسلامي وكالآتي:

الفرع الأول

المفهوم العام للحجر

لم يبين المشرع العراقي تعريف الحجر، تاركاً بذلك تعريفه للفقه وقد أورد في المادة ٣/ ج من قانون رعاية القاصرين تعريف المحجور بأنه: <<المحجور هو الذي تقرر المحكمة أنه ناقص الاهلية أو فاقدها>>[٢٥]، اما الحجر فقد عرفه البعض بأنه: منع المدين من التصرف بأمواله[٢٦]، بينما عرفه البعض الآخر بأنه: المنع من مباشرة العقود وباقي الاعمال القانونية[٢٧]، وما يلاحظ على هذين التعريفين بأنهما لم يشيرا لأسباب المنع واشارا الى المنع فقط، ذلك أن المنع يستند الى سبب من أسباب الحجر، وهي اما تعود لأسباب تتعلق بالأهلية أو لسبب التوقف عن دفع الديون وزيادتها على حقوقه، وسنقتصر على السبب الأول لتعلقه بموضوع بحثنا، فيقصد بالحجر على هذا الأساس: هو الحجر على الشخص لفقدان اهليته والذي يرتبط بالاعتبار الشخصي وذلك لأن الحجر ذو طابع شخصي لا موضوعي، والذي سيترتب عليه تغيراً يؤثر على الوفاء بالالتزام اذ يتم الوفاء عن طريق نائب المدين المحجور عليه لا من المدين نفسه ونائب المدين هو وكيله في وفاء الدين، وكالة عامة إذا كان الوفاء من أعمال الإدارة، وبناء على ما تقدم فإن المدين المحجور لا يحق له كقاعدة عامة أن يقوم هو بنفسه بالوفاء، وإنما من يقوم بالوفاء في

هذه الحالة هو نائبه ووفقا لما تحدده المحكمة المختصة[٢٨]، بحيث لا يؤثر ذلك الحجر على أي من المتعاقدين في العقود ذات الطابع الموضوعي ولا يؤدي الى انتهائها، في حين على العكس من ذلك في العقود ذات الطابع الشخصي، حيث يحتاج الوفاء أن يقع بمعرفة المتعاقد محل الاعتبار، بحيث لا يمكن وفاء الالتزام بواسطة غيره عندما يتم الحجر على المدين نتيجة اختلال الاعتبار الشخصي.

الفرع الثاني

حجر المقاول في القانون الوضعي

إذا أردنا اسقاط مفهوم الحجر الذي تقدم بيانه في الفرع السابق فإن حجر أي من أطراف عقد المقاولة ذا الطابع الموضوعي غير مؤثر على العقد وبالتالي لا يؤدي إلى انتهاء العقد على اعتبار امكانية اتمام العمل من قبل وكيل المحجور. وعلى العكس من ذلك في عقد المقاولة ذي الطابع الشخصي فعندما تكون شخصية المقاول محل اعتبار بالعقد وكان القصد منه أن ينفذ العمل بنفسه فإن الحجر عليه للجنون والعته دون السفه والغفلة ينتهي معه العقد لاختلال الاعتبار الشخصي في العقد[٢٩]؛ لأن تنفيذ العقد يتطلب معرفة المتعاقد محل الاعتبار، ففي حال اصابة المقاول بالجنون او العته ستنعدم الاهلية؛ كونه محجور لذاته حيث يكون فاقد التمييز وبالتالي يترتب عليه إنقضاء عقد المقاولة؛ لذلك ينتهي عقد المقاولة لاختلال الاعتبار الشخصي بسبب الحجر، اما في حالة السفه والغفلة فلا داعي لإنتهاء عقد المقاولة لأن اهليتهما ناقصه كالصبي المميز وليست معدومه وبالتالي يمكن استمرار العقد مادام قادرا على ذلك؛ لأن المقاول وان كان ناقص الاهلية فيكون من الممكن استمرار العمل الداخل ضمن صنعته حتى ولو كان قاصراً، الإ إذا كانت الاهلية الكاملة محل اعتبار لدى رب العمل.

نود الإشارة هنا الى أن انتهاء العقد سيرتب آثاراً ترتبط بالأجر وبالمادة التي يكون قد سلمها رب العمل ولعدم وجود نص قانوني، فإنه من الممكن اعتماد الاحكام الخاصة بعجز المقاول على حالة إنتهاء عقد المقاولة لحجر المقاول محل الاعتبار كون الحجر وقع خارجا عن ارادته.

الا أن المقاول ربما يكون من الاشخاص المعنوية على شكل شركة مثلا فإن المشرع العراقي عالج حالة إفلاس الشريك أو الحجر عليه في الشركة التضامنية أو المشروع الفردي بالمادة ٧٠/ ثالثا من قانون الشركات وقرر استمرار الشركة بين الشركاء الآخرين وتصفية حصة الشريك المحجور عليه، ولم يذكر حالة إفلاس أو حجر الشريك الذي قد تكون شخصيته محل اعتبار لدى المتعاقدين وبالتالي يؤدي إلى اضعاف الثقة بالشركة وابتعاد المتعاملين معها؛ ذلك انها مستندة للسمعة التجارية والمكانة المالية التي يتمتع بها الشركاء.

الفرع الثالث

حجر المقاول في الفقه الإسلامي

فيما يتعلق بحجر المقاول في الفقه الإسلامي يرى البعض ان عدم الأهلية الذي يمنع من اعتبار الرضا شرعاً بالإيجاب وقت نشوئه لا يمنع من وقوع العقد العرفي وكذا الحال باستمراره، إذ لا يجب جعل الحجر شرعاً مانعا من تحقق الاتفاق العرفي، بل هو مانع عن تأثير العقد شرعاً أما إذا كان الحجر بسبب الجنون أو عدم التمييز فمنع تحقق الاتفاق العرفي يكون صحيحا[٣٠].

في حين يفرق البعض بين حالتين الاولى إذا كان التعاقد على عمل بذمة المستخدم، فإن الحجر في هذه الحالة لا يؤثر على العقد ويقوم الولي مقام المتعاقد المحجور عليه بتنفيذ العمل المتفق بخصوصه، وإذا كان للمتعاقد اموال كان ملتزما بإتمام العمل من امواله، وأما إذا لم يكن له اموال فيطلب الولي إنهاء العقد لمصلحة المحجور عليه، إذ لا يحق له أن يقترض، وبذلك يتحقق ما يخل بمحل العقد وبالتالي عذراً لإنهائه، والثانية إذا كان عمل المستخدم هو جوهر العقد، وكانت شخصيته محل اعتبار في العمل، فإن العقد ينتهي إذا حجر على المستخدم عندما يكون مشروطاً عمل المستخدم بيده، فيفوت غرض العقد بالحجر لأن تصرفات المحجور عليه ممنوعة فيما فيه معاوضة، وكما أن يده غير ضامنة عند اتلافه سواء بالحال أو بعد انتهاء الحجر هذا ما يتعلق بالمستخدم.، أما فيما يخص رب العمل فإن تم الحجر عليه فيكون حكمه حكم الحالة الأولى من المستخدم والذي لم تكن فيها شخصية المستخدم محل اعتبار في العمل نفسه[٣١]، دون التمييز بين ما إذا كانت شخصية رب العمل محل اعتبار أم لا، على خلاف حالة المستخدم الذي فرق هذا الرأي بين ما إذا كانت شخصيته محل اعتبار فينتهي عقد المقاولة للحجر وبين إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار فإن الحجر لايوثر على العقد.

وبناء على ما تقدم يتبين ان جانبا من الفقه الوضعي يتفق مع جانب من الفقه الإسلامي في مسألة انتهاء عقد المقاولة في حالة حجر المقاول محل الاعتبار، في حين إن بعض فقهاء القانون الوضعي اقتصر انتهاء عقد المقاولة على حالة اصابة المقاول بالجنون أو العته، في الوقت الذي أطلق بعض فقهاء المسلمين انتهاء العقد عندما يكون المقاول محل اعتبار واقتصر بعضهم الآخر على حالة الجنون وعدم التمييز

الخاتمة

بعد دراسة موضوع التنفيذ الشخصي للمقاولة في القانون الوضعي العراقي والفقه الإسلامي، توصلنا لنتائج وتوصيات عدة نجملها بالآتي:

اولا: النتائج

١. يتحقق الاعتبار الشخصي عندما يعد رب العمل شخصية المقاول او صفة من صفاته الجوهرية محل اعتبار بحيث يعتمد انشاء العقد وتنفيذه على ذلك.
٢. اعتبر بعض الفقهاء المسلمين ان الاعتبار الشخصي من المسائل الجوهرية في عقد المقاولة والبعض الآخر اعتبره من حقوق والتزامات عقد المقاولة.
٣. لا يعتد الفقه الإسلامي بالامتناع عن القيام بعمل كمحل اعتبار في عقد المقاولة واكتفى بالالتزام بعمل محدد في حين اخذ القانون الوضعي القيام بعمل او الامتناع عنه كالتزام بالتنفيذ الشخصي لعقد المقاولة.
٤. عندما يحجر المقاول لجنون او عته يؤدي الى انتهاء عقد المقاولة إذا كان المقاول الذي حجر عليه محل اعتبار في التعاقد، وكذلك في حالة إفلاس المقاول فعقد المقاولة ينتهي في هذه الحالة عندما يكون يسار المقاول محل اعتبار على عكس بعض فقهاء الفقه الإسلامي الذين لم يكتفوا بحالة الإفلاس بل اشترطوا الضرر الذي يصيب رب العمل.

ثانيا: التوصيات

١. لحين وضع تنظيم قانوني خاص بحالة حجر وإفلاس المقاول نقترح تطبيق الاحكام الخاصة بعجز المقاول محل الاعتبار عليها الواردة في المواد ٨٨٥ و٨٨٩ من القانون المدني العراقي خصوصا في حالة كون رب العمل قد قام بتسليم المواد للمقاول والاجر المستحق عن الأعمال التي قام بها قبل حجره او إفلاسه ذلك ان حدوثهما يكون في الغالب خارج إرادة المقاول.

٢. نوصي بصياغة نص يبرز الاعتبار الشخصي ودوره في تنفيذ عقد المقاولة واعتباره سببا كافيا لانتهاء عقد المقاولة عند عجز المقاول.

الهوامش

١. المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه:"١- في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو كان مطلوبا منه أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود منه . ٢- ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام إذا هو بذل في تنفيذه من العناية مااعتاده في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قصدا ذلك".

٢. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، احكام الالتزام، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤، ص١٧-١٨.

٣. حمد شوقي، مضمون الالتزام العقدي، تفسير العقد، المطبعة العربية الحديثة، العباسية، مصر، ١٩٧٦، ص١٠١.

٤. اسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج٢، المجلد الأول، وسائل تنفيذ الحقوق الشخصية، ط١، دار القافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص٨٢.

٥. المادة ٢٥٢ من القانون المدني العراقي التي نصت على انه:"إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام جاز لدائن أن يطلب ازالة مأوقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إذا كان له محل".

٦. مصطفى الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج٣، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٩، ص٨٥.

٧. مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الصادرة عن المؤتمر السلامي بجده، العدد ١٣، ص١٤٥٦، منشور على الموقع الالكتروني، shsmela.ws، تاريخ المشاهدة ٢٨/ ٤/ ٢٠٢٢.

٨. حسن الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر، ج٤، ط١، دار الذخائر، بيروت، ص٢٧٦.

٩. مصطفى الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص٨٦ .

١٠. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج١، مجلد١، دارالكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٣٩٨.

١١. بدر جاسم البدران اليعقوب، اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، جامعة الكويت، ٢٠٠٣-٢٠٠٤، ص١٩٣.

١٢. اسين الجبوري، مرجع سابق، ص٣٦٦.

١٣. قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧.

١٤. قانون التجاره رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

١٥. مصطفى كمال طه، اصول القانون التجاري، ط١أمنشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦، ص٣٠١.

١٦. أمر سلطة الإئتلاف رقم ٧٨، لسنة ٢٠٠٤.

١٧. محمد سامي مدكور، وعلي حسن يونس، الافلاس، دار الفكر العربي، ١٩٦٥، ص١٦.

١٨. مصطفى كمال طه، اصول الافلاس، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٦٢.

١٩. مهدي مشعل جوهرة الحياة، مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد ١، السنه ٣٣، ٢٠٠٩، ص١٣٤.

٢٠. المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي.

٢١. المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي.

٢٢. مهدي مشعل، مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة، مرجع سابق، ص١٣٣ -١٣٥.

٢٣. ابو الحسن علي التسولي، البهجه في شرح التحفه، دار المعرفة، بيروت، ط٣، ١٣٩٧ -١٩٧٧، ص١٧١.

٢٤. شهاب الدين احمد بن محمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص٤٧٥-٤٧٩.

٢٥. قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٢٧٧٢، بتاريخ ٥/ ٥/ ١٩٨٠، ص٦٩٦.

٢٦. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، احكام الالتزام، مرجع سابق،، ص٣٧١.
٢٧. صبحي محمصاني، المبادىء الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والوصايا والمواريث، ط٨، دار العلم للملاين، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢، ص٥٧.
٢٨. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف والحوالة والأنقضاء، ج٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٥٨، ص٦٥٤.
٢٩. مهدي مشعل، مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة، مرجع سابق، ص١٣٩.
٣٠. جعفر المروج، هدى الطالب الى شرح المكاسب، ج٢، ط٢، دار المجتبى، قم، ايران، ١٣٨٣ش، ص٦١٤.
٣١. عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد الفقهية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٨، ص١٥٢.

المصادر والمراجع

اولا: الكتب القانونية

١. احمد شوقي، مضمون الالتزام العقدي، تفسير العقد، المطبعة العربية الحديثة، العباسية، مصر، ١٩٧٦.
٢. بدر جاسم البدران اليعقوب، اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، جامعة الكويت، ٢٠٠٣-٢٠٠٤.
٣. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، احكام الالتزام، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤.
٤. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج١، مجلد١، دارالكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٨.
٥. صبحي محمصاني، المبادىء الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والوصايا والمواريث، ط٨، دار العلم للملاين، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢.
٦. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف والحوالة والأنقضاء، ج٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٥٨.
٧. محمد سامي مدكور وعلي حسن يونس، الافلاس، دار الفكر العربي، ١٩٦٥.
٨. مصطفى كمال طه، اصول الافلاس، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٩. مصطفى كمال طه، اصول القانون التجاري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦.
١٠. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج٢، المجلد الأول، وسائل تنفيذ الحقوق الشخصية، ط١، دار القافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.

ثانيا: كتب الفقه الإسلامي

١. ابو الحسن علي التسولي، البهجه في شرح التحفه، دار المعرفة، بيروت، ط٣، ١٣٩٧ -١٩٧٧.
٢. جعفر المروج، هدى الطالب الى شرح المكاسب، ج٢، ط٢، دار المجتبى، قم، ايران، ١٣٨٣ش.
٣. حسن الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر، ج٤، ط١، دار الذخائر، بيروت.
٤. شهاب الدين احمد بن محمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.
٥. عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد الفقهية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٨.

٦. مصطفى الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج٣، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٩.
٧. هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، دار التعارف، بيروت، لبنان، ١٩٩٦.

ثالثا: البحوث

١. مهدي مشعل جوهرة الحياة، مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد ١، السنه ٣٣، ٢٠٠٩.
٢. مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الصادرة عن المؤتمر الاسلامي بجده، العدد ١٣، منشور على الموقع الالكتروني، shsmela.ws ، تاريخ المشاهدة ٢٨/ ٤/ ٢٠٢٢.

رابعا: القوانين

١. القانون المدني العراقي، رقم ٤٠، لسنة ١٩٥١.
٢. قانون رعاية القاصرين، رقم ٧٨، لسنة ١٩٨٠.
٣. قانون الشركات العراقي، رقم ٢١، لسنة ١٩٩٧.
٤. قانون التجاره، رقم ٣٠، لسنة ١٩٨٤.
٥. امر سلطة الإئتلاف رقم ٧٨، لسنة ٢٠٠٤.