الكلية لا تتحمل أي مسؤولية على ما يرد في هذه المذكرة من آراء

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ }

سورة المائدة الآية -01-

و قال تعالى:

{ وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً }

سورة الإسراء الآية -34-

وقال تعالى:

{ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا }

سورة الأنعام الآية -152-

الشكر و العرفان

الحمد و الشكر لله أولاً له الحمد و الشكر، بفضله تعلمنا و بأمره أتممنا، و لأن شكر العباد من شكر الله نتوجه بالشكر و التقدير لأستاذنا الفاضل الدكتور محمد باوني، الذي تفضل بقبول الإشراف على رسالتنا، و أفادنا بتوجيهاته و نصحه و إرشاداته ، فنسأل الله تعالى أن يثيبه و يتقبل منه، و أن يرفع درجته في الدنيا و الآخرة.

كما نخص بالشكر الأستاذ زوايي حكيم على جهوده و عطائه اللامحدودين، عبارات الشكر لا تفيك حقك و لكن ندعوا الله العلي القدير أن يثبت أجرك.

شكراً جزيلاً ♡

الإهداء

إلى أمي ثم أمي ثم أمي...

و إلى أبي.

إلى جدي و جدتي.

إلى إخوتي و أخواتي: أمير، وائل، ضحى و روفيا .

إلى عماتي و أعمامي.

إلى كل فرد في العائلة، و إلى الأقربون قلباً لا دماً .

إلى كل طالب علم.

إليكم جميعاً أهدي ثمرة جهدي و سهري.

ملاك

إلى أمي وأبي.

إلى أخوتي وأخواتي.

إلى زوجي وابني المنتظر.

إليكم جميعاً أهدي ثمرة جهدي.

حكيمة

قائمة المختصرات:

ج ر : جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ص : صفحة

د ط : دون طبعة

د د ن : دون دار نشر

د ت ن : دون تاريخ نشر

د ب ن : دون بلد نشر

د/ : دكتور

مقدمة

المقدمة:

1- التعريف بموضوع البحث و أهميته:

للإنسان حاجات لابد من إشباعها ليستطيع الحياة على وجه يليق بآدميته، و هو يستمد العناصر اللازمة لهذا الإشباع من الطبيعة التي تحيط به و من الأشخاص الذين يعيشون معه، فالطبيعة تقدم له الأشياء التي يحتاج إليها في حياته من مأكل و ملبس و مأوى، و الأشخاص يقدمون له الخدمات أو الأعمال التي لا يستطيع أن يقوم بها بنفسه، و يعمل القانون على تنظيم حصول الإنسان على هذه الأشياء و الخدمات، بطريقة تقرب بين الحاجات المتماثلة و المتشابهة و توفق بين الرغبات المتعارضة، و تمنع من استغلال الإنسان لأخيه الإنسان.

و لتحقيق مصالح الإنسان المختلفة و إشباع حاجاته أجاز المشرع إبرام العقود و التي تعد وسيلة ناجعة للوفاء بهذا الغرض و تبادل المنافع و تداول الأموال.

و هناك عدة عقود تستعمل في المعاملات المختلفة، و من هذه العقود عقد المقاولة الذي برز في المعاملات الحرفية و المهنية و العمرانية و التجارية و الصناعية، و انتشر انتشاراً واسعاً في ميادين الأشغال و إقامة المنشآت و تم تنظيمه في التشريعات المدنية، حيث نظمت أحكام عقد المقاولة و أدرجتها ضمن طائفة العقود الواردة على العمل.

و قد تولى المشرع الجزائري تنظيم هذا العقد في الفصل الأول من الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل، ضمن الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات و العقود، و ذلك في المواد 549-570 من القانون المدني.

و لعقد المقاولة أهمية عملية كونه من العقود المحققة للحاجات الاقتصادية و المشاريع الإنشائية و العمرانية، و هذا بالنظر إلى تعدد أشكال و صور هذا العقد و تنوع الأعمال التي يرد عليها، من حيث طبيعتها و حجمها و نوعها، أما من حيث طبيعة العمل فقد يكون مجرد عمل لا يتعلق بشيء معين و هو عندئذ قد يكون عملاً مادياً كنقل الأشخاص و الطبع و النشر، أو عملاً علمياً كعلاج الطبيب لمريضه، أو عملاً قانونياً

كمرافعة المحامي عن موكله، و قد يكون عملاً متصلاً، فيتنوع تبعاً لوجود الشيء أو عدمه، فإما أن يكون الشيء موجوداً وقت العقد فيوجده المقاول بمادة من عنده أو من

عند رب العمل كخياط يخيط بدلة قماش، و إما أن يكون الشيء موجوداً وقت التعاقد فيرد العقد عليه كبناء موجود يهدمه المقاول، و أما من حيث حجم العمل فيتفاوت من أعمال صغيرة كعمل النجار و الحداد و غيرها من الأعمال، إلى المقاولات الكبيرة التي تنصب عادة على تشييد المباني و المنشآت و إقامة المشاريع الكبيرة كالجسور و السدود و الطرقات و غيرها من أعمال و أشغال كبرى.

كما قد تتنوع هذه الأعمال من حيث الطبيعة و النوع، فهناك مقاولات البناء، و عقود الأشغال العامة، وعقد النقل، و عقد النشر، و هذه المقاولات ينفرد كل واحد منها بخصائص معينة، مما يضفي على مواجهة الحالات المتزايدة و المتطورة لهذا العقد مكانة مهمة جداً في عالم العلاقات القانونية.

2- **دوافع اختيار الموضوع:**

أما سبب اختيار بحث التنظيم القانوني لعقد المقاولة في التشريع الجزائري، أُسس على عدة دوافع منها الشخصية و تكمن في الرغبة في معرفة أحكام هذا العقد، و الوقوف على مفهومه و تحديد كيفية انعقاده و الآثار التي يرتبها و الأسباب التي ينتهي بها.

أما عن الدوافع العلمية لاختيار هذا الموضوع، فترجع إلى أن أحكام عقد المقاولة مفرقة بين عدة أنظمة قانونية مما يتطلب جمعها في نظام دراسي واحد وفق خطة علمية و منهجية بحث مترابطة و منسجمة.

3- **الإشكالية :**

مما يطرح إشكالية تتمحور حول: ما مدى خصوصية عقد المقاولة و كفاية النظام التشريعي له ؟ و ما هي النقائص التي تخللت التنظيم القانوني لهذا العقد ؟

4- **المنهج المتبع:**

و للإجابة على إشكالية البحث، اعتمدنا على المنهج المركب، الذي يحمل في طياته المنهج التحليلي و يتجلى ذلك من خلال إخضاع النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولة إلى عملية تبسيط و تجزئة، ثم استخلاص لأهم الأحكام القانونية، إلى جانب

المنهج الوصفي الذي يظهر بشكل واضح في التعاريف، و كذا المنهج المقارن الذي يبرز بوضوح في تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود المشابهة.

5- **أهداف الدراسة:**

و يستهدف البحث الوصول في النهاية إلى تحقيق أهداف علمية و أخرى عملية، تتمثل الأهداف العلمية في جمع شتات الموضوع و التعرف على مختلف الأحكام التشريعية المنظمة لعقد المقاولة.

أما الأهداف العملية فتتلخص في محاولة إجراء تحليل قانوني للنصوص المنظمة لعقد المقاولة للوصول إلى نتائج معينة.

6- **الدراسات السابقة:**

و بالنسبة للدراسات السابقة، فتوجد عدة مصنفات و رسائل جامعية، نذكر منها أطروحة ماجستير لتوفيق زيداني بعنوان التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، إلا أن دراسته لهذا العقد اقتصرت على القانون المدني، في حين تطرقنا لتنظيم هذا العقد على ضوء كل من القانونين التجاري و الإداري، إلا أن هذا الموضوع مازال يحتاج البحث و الدراسة.

7- **التصريح بالخطة:**

و قد تم تقسيم موضوع الدراسة إلى فصلين، على النحو الآتي:

الفصل الأول: مفهوم عقد المقاولة.

- ✓ **المبحث الأول:** معنى عقد المقاولة.
- ✓ **المطلب الأول:** تعريف عقد المقاولة.
- ✓ **المطلب الثاني:** خصائص عقد المقاولة.
- ✓ **المبحث الثاني:** الطبيعة القانونية لعقد المقاولة.
- ✓ **المطلب الأول:** المقاولة من العقود الخاضعة للقانون الخاص.
- ✓ **المطلب الثاني:** المقاولة من العقود الخاضعة للقانون العام.
- ✓ **المبحث الثالث:** تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود المشابهة.
- ✓ **المطلب الأول:** تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود الواردة على العمل.
- ✓ **المطلب الثاني:** تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود الأخرى غير الواردة على العمل.

الفصل الثاني: أحكام عقد المقاولة.

- ✓ **المبحث الأول:** إنشاء عقد المقاولة.
- ✓ **المطلب الأول:** أركان عقد المقاولة.
- ✓ **المطلب الثاني:** طرق إبرام عقد المقاولة.
- ✓ **المبحث الثاني:** آثار عقد المقاولة.
- ✓ **المطلب الأول:** الالتزامات المترتبة عن عقد المقاولة.
- ✓ **المطلب الثاني:** جزاء الإخلال بالالتزامات المترتبة عن عقد المقاول.
- ✓ **المبحث الثالث:** أسباب انتهاء عقد المقاولة.
- ✓ **المطلب الأول:** الأسباب العامة لانتهاء عقد المقاولة.
- ✓ **المطلب الثاني:** الأسباب الخاصة لانتهاء عقد المقاولة.

خاتمة.

الفصل الأول: مفهوم عقد المقاولة

- ✓ **المبحث الأول:** معنى عقد المقاولة
- ✓ **المبحث الثاني:** الطبيعة القانونية لعقد المقاولة
- ✓ **المبحث الثالث:** تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود المشابهة

تعد العقود بصفة عامة وسيلة قانونية لتمكين الإنسان من الحصول على احتياجاته، بما فيها عقد المقاولة الذي يؤدي دوراً كبيراً في مجال الصناعة و الأشغال والحرف والبناء والتشييد وغير ذلك من الأعمال.

حيث يصنف هذا العقد ضمن طائفة العقود المسماة التي منحها المشرع إسماً خاصاً، وتكفل ببيان القواعد المنظمة لها، من خلال وضع مجموعة من النصوص القانونية ضمن أحكام التشريع المدني و التجاري و الإداري، مما يجعله يتميز بنظام قانوني مستقل عن غيره من العقود الأخرى، حيث حدد معنى هذا العقد (المبحث الأول)، و الطبيعة القانونية لهذا العقد (المبحث الثاني)، بالإضافة إلى تمييزه عن غيره من العقود المشابهة (المبحث الثالث) مما يتطلب تفصيل هذه المباحث كما يلي:

المبحث الأول: معنى عقد المقاولة

أدرج المشرع عقد المقاولة ضمن أحكام القانون المدني وعرفه و بين خصائصه المميزة له مما يتطلب استعراض تعريف هذا العقد لغةً، قانوناً وفقهاً ثم بيان الخصائص التي يتميز بها، و هذا ما يجعل المبحث مقسماً إلى مطلبين إثنين كالآتي:

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة

- ✓ **الفرع الأول:** التعريف اللغوي لعقد المقاولة
- ✓ **الفرع الثاني:** التعريف القانوني لعقد المقاولة
- ✓ **الفرع الثالث:** التعريف الفقهي لعقد المقاولة

المطلب الثاني: خصائص عقد المقاولة

- ✓ **الفرع الأول:** عقد رضائي
- ✓ **الفرع الثاني:** عقد ملزم للطرفين
- ✓ **الفرع الثالث:** عقد معاوضة
- ✓ **الفرع الرابع:** عقد ينفذه المقاول باستقلالية
- ✓ **الفرع الخامس:** عقد زمني

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة

هناك تعاريف لغوية(الفرع الأول) و قانونية (الفرع الثاني) وأخرى فقهية (الفرع الثالث) ينبغي الوقوف على كل منها.

الفرع الأول: التعريف اللغوي لعقد المقاولة

عقد المقاولة مصطلح مركب من كلمتين: عقد(أولاً) ومقاولة (ثانياً) مما يتعين الوقوف على تعريف كل منهما.

أولاً-العقد لغة: هو الضمان والعهد، وجمعه العقود، عاقدته أوعقدت عليه فتأويله أنك ألزمته وذلك باستيثاق، وتعاقد القوم تعاهدوا[1]، وقوله تعالى:

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ"[2].

ثانياً- المقاولة لغةً: المفاوضة و المجادلة، و منه قولهم: قاوله في الأمر مقاولةً إذاً فوضه و جادله، و تقاولوا في الأمر: تفاوضوا.

و تطلق أيضاً على إعطاء العمل للآخر[3].

الفرع الثاني: التعريف القانوني لعقد المقاولة

عرف المشرع الجزائري المقاولة من خلال المادة 549 من القانون المدني بالنص على أن: (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر)[4].

---

[1] _ ابن منظور، محمد ابن مكرم، لسان العرب، د ط، دار صادر، بيروت، ص 298.

[2] – سورة المائدة، الآية 1.

[3] _ الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، الطبعة الثالثة، دار الفكر، بيروت، 1994 ص 641، ابن منظور، لسان العرب، ص 345.

[4] – المادة 549، من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ص 124.

ومثاله: أن يتعهد شخص ببناء منزل أو إنشاء مصرف أو مسقى أو صنع أثاث أو إحضار فرقة مسرحية أو تشييد جسور و ترميمها أو طبع الكتب والمجلات أو نشر الإعلانات أو عرض الأفلام السينمائية أو إقامة الحفلات الموسيقية وألعاب السيرك، و عموماً فإن أهم أنواع هذه المقاولات هي مقاولات البناء على أن أحكام المقاولات ليست مقصورة على المقاولين فحسب بل تسري على العمال و الصناع متى كانوا يؤدون أعمالهم بالمقاولة كالنجارين والبنائين أو الخياطين والحرفيين المختلفين وأصحاب المنتجات الصناعية والأعمال الفنية[1].

ويعتبر التعريف الذي أتت به المادة 549 من القانون المدني القاعدة العامة في تحديد مفهوم المقاولة، غير أنه إذا تعاقد المقاول مع الدولة أو إحدى الهيئات ذات الطابع الإداري فإن قانون الصفقات العمومية هو القانون الواجب التطبيق، حيث تنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أن:

(الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات).

ويقصد بالمصلحة المتعاقدة الدولة أو أحد هيئاتها حسب المادة 6 من نفس المرسوم و التي تنص على :

(لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة،

- الجماعات الإقليمية،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

[1] – محمد لبيب شنب، أحكام عقد المقاولة، الطبعة الثانية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 14.

– المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

و تدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة")[1].

الفرع الثالث: التعريف الفقهي لعقد المقاولة

بالرجوع إلى الفقه نجد أنه قد حاول وضع تعريف شامل لعقد المقاولة، ومن بين هذه التعاريف الفقهية التي تناولت عقد المقاولة إخترنا تعريفين لما يتميزان به من دقة ووضوح، أحدهما ذكر أن (المقاولة هي ذلك العقد الذي عن طريقه يتعهد شخص يقال له المقاول أو مؤجر العمل في مواجهة شخص آخر يقال له رب العمل أو العميل، بأن ينفذ عملاً مقابل أجر، مستقلاً عنه ودون أن تكون له صفة تمثيله)[2].

أما التعريف الثاني فقد ذكر أن: (المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بصنع شيء، أو أداء عمل لحساب الطرف الآخر لقاء أجر، و مستقلاً عن إدارته و إشرافه).

فمن خلال هذين التعريفين يتضح أنهما يتفقان على خلاف التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري، على أن قيام المقاول بالعمل لصالح رب العمل، يكون بصورة مستقلة و من دون تبعية أو خضوع لإشرافه و إدارته، و عليه يمكن استخلاص تعريف لعقد المقاولة بأنه ذلك العقد الذي يتعهد فيه شخص بأن يقوم بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر دون أن يخضع لإدارته و إشرافه[3].

---

[1] _ المواد 2،6، من المرسوم الرئاسي رقم 15–247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ص 3.

[2] _ توفيق زيداني، (التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، باتنة، 2010، ص 9.

[3] – توفيق زيداني، المرجع السابق، ص 14.

المطلب الثاني: خصائص عقد المقاولة

يخلص من التعريف الذي أتت به المادة 549 من القانون المدني و التعاريف الفقهية أن المقاولة عقد رضائي (الفرع الأول) وعقد ملزم للطرفين (الفرع الثاني) و أنها من عقود المعاوضة (الفرع الثالث) بالإضافة إلى أنها عقد ينفذه المقاول بإستقلالية (الفرع الرابع) و أنها من العقود الزمنية (الفرع الخامس).

الفرع الأول: عقد رضائي

فلا يشترط لإنعقاده شكلاً خاصاً[1]، بل يكفي تطابق الإرادتين إيجاباً و قبولاً، فالإرادة في هذا النوع من العقود تكفي بذاتها و مجردة عن أي ظرف يكتنفها لإنشائها، و سواء حصل التراضي باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو باتخاذ أي موقف آخر لا يدع مجالاً للشك في الدلالة على المقصود[2].

و بناءً عليه نجد أن شرط الكتابة في عقد المقاولة لا ضرورة له إلا في إثباتها، مع العلم أن المشرع لم يورد قواعد خاصة في إثبات عقد المقاولة، مما يعني أن هذا الأخير يخضع في إثباته للقواعد العامة، و يترتب على ذلك أنه إذا كان إنعقاد المقاولة أو شرط من شروطها محل نزاع، فإنه يقع على من يتمسك بذلك عبء إثبات ما يدعيه وفقاً للقاعدة المقررة في الإثبات و هي "البينة على المدعي" فإن المدعي دائماً عليه أن يثبت دعواه و متى ثبتت تقرر الحق.

الفرع الثاني: عقد ملزم للطرفين

ترتب المقاولة منذ نشأتها التزاما على عاتق كل من طرفيها، فيقع على عاتق المقاول إنجاز العمل المطلوب منه و يلتزم رب العمل بدفع الأجر المستحق عن هذا العمل و يترتب على هذه الخصيصة التبادلية نتائج فيما يتعلق بالفسخ و الدفع بعدم

---

[1] – انظر: القرار، صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، رقم 263265، مؤرخ في 8 جوان 2002، المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، العدد الأول، 2003، ص21.

[2] – د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، د ط، النظرية العامة للإلتزامات، العقد و الإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 55.

التنفيذ و تبعة الهلاك، حيث أن امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه يجعل الطرف الآخر يدفع بعدم التنفيذ عند مطالبته بتنفيذ الإلتزام أو طلب الفسخ إن لم يقم الطرف الآخر بالتنفيذ و كان هو مستعداً لهذا التنفيذ، كما أن هلاك المحل أو تلفه قبل أن يسلم لرب العمل يقع على عاتق المقاول و أن مطالبة المقاول باستلام المحل و عدم الإستلام من رب العمل يجعله يتحمل تبعة الهلاك دون المقاول[1].

الفرع الثالث: عقد معاوضة

لأن كلا الطرفين المتعاقدين يهدفان من تعاقدهما الحصول على منفعة، مقابل ما يقدمه للطرف الآخر، فالمقاول يقوم بالعمل وقد يقدم المواد اللازمة لهذا العمل، و رب العمل يدفع الأجر المتفق عليه، فلا وجود لعقد مقاولة بدون عوض أو تبرعي[2].

الفرع الرابع: عقد ينفذه المقاول بإستقلالية

تتسم المقاولة بأنها عقد ينفذه المقاول باستقلالية، و ذلك يعني أن المقاول إنما يؤدي العمل الذي التزم به باسمه الخاص، مستقلاً عن إدارة و إشراف رب العمل، أي دون تدخل هذا الأخير في تحديد كيفية التنفيذ أو في إختيار الوسائل اللازمة لتحقيق النتيجة المتفق عليها، بمعنى أن عقد المقاولة يرد على العمل باعتبار نتيجته، لا على العمل بذاته، و هذه هي الخاصية التي تميزه عن عقدي العمل و الوكالة[3].

غير أن هذه الاستقلالية التي يتمتع بها المقاول في أداء عمله لا تمنع أن تعطى له بعض التعليمات، فهو ينفذ العمل وفق الشروط المتفق عليها، كما أنه من حق رب العمل مراقبة حسن سير العمل و لفت إنتباه المقاول إلى أي مخالفة يسجلها في طريقة التنفيذ[4].

---

[1] - فتيحة قرة، أحكام عقد المقاولة، د ط، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص 18.

[2] - د/ عبد الحميد شواربي، موسوعة الشركات التجارية، شركات الأشخاص و الأموال و الإستثمار، د ط، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 1827.

[3] – عبد الرزاق حسين يسين،المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري و مقاول البناء، د ط، د د ن، الاسكندرية، 1987،ص87.

[4] – برجم صليحة، (المقاولة الفرعية)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، الجزائر، 2009، ص 53.

الفرع الخامس: عقد زمني

أي أن الزمن عنصر جوهري فيه بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به العمل، و هذا يعني أن الالتزامات تتقابل فيه تقابلاً تاماً، لا في الوجود فحسب بل أيضاً في التنفيذ، فما تم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر.

ويترتب على ذلك أن الفسخ في هذا النوع من العقود لا يسري بأثر رجعي بل يكون أثره فورياً، بالإضافة إلى أنها المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة[1].

[1] – إبراهيم شاشو، (عقد المقاولة في الفقه الإسلامي)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، العدد الثاني، 2010.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد المقاولة

من المعروف أن عقد المقاولة من عقود القانون الخاص، فقد يكون عقداً مدنياً أو تجارياً، إلا أنه قد يدخل ضمن طائفة العقود الخاضعة للقانون العام أو ما يعرف بالعقود الإدارية إذا ما كان أحد أطرافه الإدارة بوصفها صاحبة السلطة العامة، فعقد المقاولة يستمد صفته من أطرافه، و لتحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد أهمية بارزة في معرفة القانون الواجب التطبيق و كذا الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع في حالة ما إذا ثار، لذا يقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: المقاولة من العقود الخاضعة للقانون الخاص

- ✓ **الفرع الأول:** الصفة المدنية لعقد المقاولة
- ✓ **الفرع الثاني:** الصفة التجارية لعقد المقاولة

المطلب الثاني: المقاولة من العقود الخاضعة للقانون العام

المطلب الأول: المقاولة من العقود الخاضعة للقانون الخاص

توصف العقود في إطار القانون الخاص إما أنها مدنية أو أنها تجارية، و على هذا الأساس تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين، نخصص الفرع الأول لدراسة الصفة المدنية لعقد المقاولة و الثاني لدراسة الصفة التجارية لهذا العقد.

الفرع الأول: الصفة المدنية لعقد المقاولة

قد يوصف عقد المقاولة بأنه عقد مدني تحكمه القواعد الواردة في القانون المدني و التي أدرجها المشرع في الفصل الأول من الباب التاسع المعنون بعقد المقاولة، وهو الأصل العام على اعتبار أن هذا الأخير هو الشريعة العامة واجبة التطبيق على جميع المعاملات.

ويصطبغ عقد المقاولة بهذه الصفة عندما يكون كلا طرفيه و هما المقاول و رب العمل ليسا تاجرين، و لم يقوما بعمل يعتبره القانون التجاري من الأعمال التجارية، كأن يكون موضوع العقد عملاً من أعمال المهن الحرة و مثال ذلك أن يتعاقد شخص مع طبيب لعلاجه، أو مع محام للدفاع عنه[1].

و يتحقق هذا الوصف أيضاً إذا كان أحد أو كلا أطراف العقد تاجرين و لكن المقاولة لم تتعلق بشؤون تجارتهما بل اقتصرت على إشباع الحاجات الخاصة للأطراف كأن يتعاقد شخص مع نجار أو حائك على صنع أثاث أو حياكة ثوب[2].

و يترتب على ذلك أنه في حالة ما إذا تعدد المدينون بالالتزام لا يمكن اعتبارهم متضامنين وفقاً لنص المادة 217 من القانون المدني و التي تقضي بأن: (التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض، و إنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون).

---

[1] – برجم صليحة، المرجع السابق، ص 65.

[2] – د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، د ط، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل، المقاولة و الوكالة و الوديعة و الحراسة، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964، ص 45.

بالإضافة إلى أنه إذا حدث و لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين وفقاً لما جاءت به المادة 119 من القانون المدني.

و بالتالي يجب على الدائن أن يعذر المدين بوجوب الوفاء بالتزامه قبل أن يطلب الفسخ، فالإعذار شرط من شروط التنفيذ العيني و هو كذلك شرط من شروط التعويض القضائي، و قد نص المشرع على الشكل الذي يتم به الإعذار في المادة 180 من القانون المدني التي تقرر أنه: (يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، و يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر)[1].

و يتضح من هذا النص أن الوسيلة الأولى للإعذار هي الإنذار، و الإنذار ورقة رسمية من أوراق المحضرين، و يقوم مقام الإنذار أي ورقة رسمية أخرى يظهر منها بوضوح رغبة الدائن أن ينفذ المدين التزامه كصحيفة الدعوى أو محضر الحجز الذي يسبق التنفيذ...إلخ، كما يجيز النص السابق إمكان الإعذار عن طريق البريد[2]. فإن بقي الإعذار دون نتيجة حق للدائن اللجوء إلى القضاء المدني باعتباره الجهة المختصة نوعياً طبقاً لنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و إقامة دعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدين أي المدعى عليه وفقاً للمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[3].

و يتعين على كل المدعي إثبات ما يدعيه و على المدعى عليه إثبات التخلص منه، بجميع طرق الإثبات باعتبار أن عقد المقاولة يخضع للقواعد العامة في الإثبات و

---

[1] – المواد119،180،217، من الأمر رقم 75–58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ص 30 ،45، 55.

[2] – د/ سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام و الإثبات، د ط، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009،ص 247.

[3] – المواد 32،37، من القانون رقم 08–09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008، ص 13 ،15.

أن يتقيد بالقواعد المقررة في المادة 323 من القانون المدني وما يليها و التي تلزم الإثبات بالكتابة إذا كانت قيمة العقد تزيد عن 100,000 دج[1].

و تنتهي القضية على مستوى المحكمة بصدور حكم ابتدائي غير قابل للتنفيذ إلا إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل[2].

الفرع الثاني: الصفة التجارية لعقد المقاولة

يتحقق هذا الوصف إذا كان كل من المقاول و رب العمل يمارسان عملاً تجارياً، فالمقاولة تكون تجارية بالنسبة لرب العمل إذا كان تاجراً و أبرم العقد لحاجات تجارته، و التاجر وفقاً للمادة الأولى من القانون التجاري هو كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجارياً و يتخذه مهنة معتادة له، و بالتالي تكون عملاً تجارياً بالتبعية وفقاً للمادة 4 من القانون التجاري و التي تنص على أنه:

(يعد عملاً تجارياً بالتبعية :

- الأعمال التي يقوم بها التاجر و المتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره،

- الالتزامات بين التجار)[3].

و تكون تجارية بالنسبة للمقاول إذا كان العمل المطلوب منه تجارياً وفقاً لنص المادة 2 من القانون التجاري و التي تناولت الأعمال التجارية المنجزة في شكل مقاولات و التي تدخل ضمن طائفة الأعمال التجارية بحسب الموضوع، و قد صنفها المشرع كما يلي:

- كل مقاولة لتأجير المنقولات أو العقارات،
- كل مقاولة للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح،
- كل مقاولة للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض،

---

[1] – د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 43.

[2] – برجم صليحة، المرجع السابق، ص 66.

[3] – المواد 1، 4، من الأمر رقم 75–59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل و المتمم، ج ر عدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، ص 1، 3.

- كل مقاولة للتوريد أو الخدمات،
- كل مقاولة لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتوجات الأرض الأخرى،
- كل مقاولة لاستغلال النقل أو الانتقال،
- كل مقاولة لاستغلال الملاهي العمومية أو الانتاج الفكري،
- كل مقاولة للتأمينات،
- كل مقاولة لاستغلال المخازن العمومية،
- كل مقاولة لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة، أو الأشياء المستعملة بالتجزئة،
- كل مقاولة لصنع أو شراء أو بيع و إعادة بيع السفن للملاحة البحرية)[1].

و من نتائج اعتبار عقد المقاولة عقداً تجارياً خضوعه مبدئياً لقواعد القانون التجاري، فإن سكت هذا الأخير عن حكم مسألة معينة وجب الرجوع إلى القانون المدني و أعراف المهنة عند الإقتضاء[2].

كما يطبق على الطرفين نظام الإفلاس و التسوية القضائية في حالة التوقف عن دفع الديون التي حل أجلها[3].

و إذا تعدد المدينون كانوا متضامنين دون حاجة إلى اتفاق خاص إذ يُفترض التضامن في المسائل التجارية[4].

و يقضي العرف التجاري بأنه لا حاجة لتوجيه إعذار للمدين المتخلف عن دفع ديونه، فهذه الأخيرة مستحقة بمجرد حلول الأجل، لكن إن تم هذا الإعذار فيجوز توجيهه

---

[1] – المادة 2، من الأمر رقم 75–59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل و المتمم، ج ر عدد101، المؤرخة في 19 ديسمبر1975، ص 2.

[2] – المادة 1 مكرر، من الأمر رقم 75–59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، ج ر عدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، ص 1.

[3] – د/ فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية– التاجر–الحرفي– الأنشطة التجارية المنظمة–السجل التجاري، الطبعة الثانية، دار ابن خلدون، د ب ن، 2003، 55.

[4] – د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 69.

شفاهة أو بمجرد خطاب عادي و ليس من الضروري القيام به عن طريق محضر قضائي، نظراً لما تتطلبه التجارة من سرعة في التعامل[1].

و في حالة ما إذا ثار نزاع يمنح المشرع للمدعي ثلاث خيارات فيما يتعلق بالجهة المختصة إقليمياً، فيؤول الاختصاص للجهة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد، أو المحكمة التي تم الاتفاق على الوفاء في دائرة اختصاصها، أو محكمة موطن المدعى عليه[2].

أما بالنسبة للاختصاص النوعي، فإن الجزائر رغم اعتناقها لقانون تجاري مستقل إلا أنها في المجال القضائي تبنت وحدة القضاء بدلاً من مبدأ التخصيص[3]، فالمحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام، تختص بالفصل في كل النزاعات سواء كانت مدنية أو تجارية[4]، حتى و إن وجد داخلها أقسام كالقسم المدني و القسم التجاري و القسم العقاري، فهذه الأقسام ليس لها كيان مستقل و إنما تم إنشائها من باب تقسيم العمل بين القضاة.

و على هذا الأساس فإن عُرضت على القاضي المدني دعوى تجارية، فلا يجوز له أن يقضي من تلقاء نفسه بعدم الاختصاص النوعي، و إنما جرى العمل على أن للقاضي الخيار بين إحالة القضية أمام القسم التجاري لنفس المحكمة و إما الفصل فيها، و يكون حكمه صحيحاً على اعتبار أن المحاكم هي جهات قضائية لها الولاية العامة[5].

و متى انعقدت الخصومة جاز للطرفين إثبات ادعاءاتهما مهما كانت قيمة الالتزام، بكل الطرق بما فيها البينة و القرائن تكريساً لمبدأ حرية إثبات المعاملات التجارية بدليل ما جاء في المادة 30 من القانون التجاري أنه: (يثبت كل عقد تجاري:

---

[1] – برجم صليحة، المرجع السابق، ص 68.

[2] – انظر المواد 37،39، من القانون 08-09، السابق ذكره.

[3] – نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، د ب ن، د ت ن، ص 49.

[4] – انظر المادة 32، من القانون رقم 08-09، السابق ذكره.

[5] – برجم صليحة، المرجع السابق، ص 68.

1. بسندات رسمية،
2. بسندات عرفية،
3. بفاتورة مقبولة،
4. بالرسائل،
5. بدفاتر الطرفين،
6. بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها)[1].

و تنتهي القضية على مستوى المحكمة الابتدائية بصدور حكم مشمول بالنفاذ المعجل حتى و لو كان قابلاً للاستئناف أو المعارضة، فيجوز تنفيذه قبل أن يصبح نهائياً[2].

و قد يكون لعقد المقاولة طابع مختلط، و يتحقق ذلك عندما تتوفر فيه طبيعة العمل التجاري من جانب طرف و طبيعة العمل المدني من جانب الطرف الآخر، فإذا ثار نزاع يقتضي الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العمل بالنسبة للمدعى عليه في القضية، فإن كان العمل تجارياً بالنسبة له حق للمدعي الخيار بين القسم المدني و القسم التجاري، أما إذا كان العمل مدنياً فلا يجوز للمدعي سوى رفع دعواه أمام القسم المدني.

فلو فرضنا أن عقد المقاولة عقداً تجارياً بالنسبة للمقاول و مدنياً بالنسبة لرب العمل، و ثار نزاع بينهما استوجب مقاضاة رب العمل للمقاول كان هذا الأخير مخيراً بين رفع دعواه أمام القسم المدني أو القسم التجاري، أما إن كان رافع الدعوى هو المقاول كان ملزماً بعرضها على القسم المدني التابع للمحكمة المختصة.

[1] – المادة 30، من الأمر رقم 75–59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل و المتمم، ج ر عدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، ص 9.

[2] – نادية فضيل، المرجع السابق، ص 51.

المطلب الثاني: المقاولة من العقود الخاضعة للقانون العام

إن إنجاز المقاول لعمليات البناء لفائدة الإدارة يتم في إطار عقد إداري يخضع لتنظيم قانوني خاص يختلف عن العقود العادية المحددة في القانون الخاص، و يكون هذا العقد الإداري في شكل صفقة عمومية إذا بلغت قيمته مبلغ محدد مسبق في تنظيم الصفقات العمومية[1].

و قد قدم المشرع الجزائري تعريفاً للصفقات العمومية المتعلقة بالأشغال و ذلك من خلال إظهار هدفها و تحديد قيمتها المالية الدنيا، فقد بينت الفقرة الثالثة من المادة 29 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام هدف صفقة الأشغال المتمثل في قيام المقاول ببناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها، في ظل احترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع.

و اشترطت المادة 13 من نفس المرسوم ضرورة تجاوز مبلغ صفقة الأشغال 12.000.000 دج لكي تخضع لقانون الصفقات العمومية[2].

و يسمى العقد في هذه الحالة بعقد الأشغال العامة و الذي تناوله الفقه بتعاريف متعددة، فقد عرف بأنه:

(عبارة عن اتفاق بين الإدارة و أحد الأفراد أو الشركات، بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب خص معنوي عام، و بقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه، و وفقاً للشروط الواردة بالعقد)[3].

---

[1] – بختي سهام، (التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، الجزائر، 2014، ص 11.

[2] _ المواد 29، 13، من المرسوم الرئاسي رقم 15–247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ص 4،7.

[3] – د/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 114.

كما عُرف أيضاً بأنه: (هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه المقاولون تجاه الإدارة، بتنفيذ الأشغال ذات المصلحة العامة و المتعلقة بالعقارات و بالمقابل تلتزم الإدارة بدفع الثمن المتفق عليه)[1].

و من خلال هذه التعاريف يمكننا أن نستخلص أنه يشترط لكي نكون بصدد عقد أشغال عامة ثلاثة شروط:

- أن ينصب على عقار (بناء، طريق، سد)، ذلك أن المنقول لا يصلح محلاً لعقد الأشغال العامة (مثل إصلاح و صيانة سيارات الإدارة...).
- أن يكون الشغل العام لحساب الإدارة العامة المتعاقدة حتى و إن كان العقار ملكية خاصة، مثل دهن مساكن خاصة محاذية لطريق عمومي في إطار عملية إدارية لتنظيف المحيط.
- أن يهدف لتحقيق المنفعة العامة[2].

و بالتالي فإن تكييف عقد بأنه من عقود الأشغال العامة يتحدد تبعاً لصفة رب العمل إذ يشترط فيه أن يكون شخصاً من أشخاص القانون العام، أما صفة المقاول فلا أهمية لها في هذه العملية[3].

و بناءً على ذلك، فإن المنازعات المتعلقة بتنفيذ صفقة الأشغال و القائمة بين الإدارة و المقاول تخضع لقواعد القانون الإداري و يؤول الاختصاص بالنظر فيها للقضاء الإداري و ذلك بموجب نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي اعتمدت المعيار العضوي معياراً وحيداً لإسناد الاختصاص[4].

---

[1]_ Ahmed Mahiou , Cours d'institutions administratives, 3éme édition , Office des publications universitaires, Alger, 1981, p 234.

[2] -د/ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، د ط، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2005، ص 22.

[3] – برجم صليحة، المرجع السابق، ص 63.

[4] – المادة 800، من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، ج ر عدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008، ص 186.

المبحث الثالث: تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود المشابهة

إن الخصائص التي يختص بها عقد المقاولة تجعله يتميز عن غيره من العقود و مع ذلك فقد يلتبس بعقود أخرى تشتبه به سواءً تلك الواردة على العمل أو غيرها من العقود الأخرى غير الواردة على العمل مما يتطلب بيان أوجه الشبه و الاختلاف بين عقد المقاولة و هذه العقود، و على هذا الأساس تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين كالآتي:

المطلب الأول: تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود الواردة على العمل

- ✓ **الفرع الأول:** تمييز عقد المقاولة عن عقد العمل
- ✓ **الفرع الثاني:** تمييز عقد المقاولة عن عقد الوكالة

المطلب الثاني: تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود الأخرى غير الواردة على العمل

- ✓ **الفرع الأول:** تمييز عقد المقاولة عن عقد البيع
- ✓ **الفرع الثاني:** تمييز عقد المقاولة عن عقد الإيجار

المطلب الأول: تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود الواردة على العمل

يعتبر كل من عقد العمل و الوكالة من العقود الواردة على العمل، التي قد يلتبس بها عقد المقاولة و يصعب التمييز بينها، و عليه سنتطرق لتمييز عقد المقاولة عن عقد العمل (الفرع الأول) و كذا لتمييزه عن عقد الوكالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمييز عقد المقاولة عن عقد العمل

لم يُعرف المشرع الجزائري عقد العمل، تاركاً المهمة في ذلك إلى رأي الفقه كما خصه على خلاف العقود الأخرى الواردة على العمل، بقانون خاص[1]، و من بين التعريفات الفقهية المختلفة نذكر هذا التعريف و الذي عرفه بأنه: (عقد يتعهد بمقتضاه العامل بالعمل لصالح صاحب العمل أو المستخدم، تحت إشرافه و توجيهه، مقابل أجر محدد، و لمدة محددة أو غير محددة)[2].

يتضح من هذا التعريف و التعريف السابق لعقد المقاولة أن كلا العقدين يتفقان في أن الأداء الرئيسي لكل منهما هو القيام بعمل معين، بحيث يتعين قبل الفصل في أي نزاع يقوم بشأن هذا العمل أن نحدد ما إذا كنا بصدد عقد مقاولة أم بصدد عقد عمل[3].

و الرأي المسلم به هو أن عقد العمل يتميز عن عقد المقاولة في تخويل رب العمل سلطة توجيه ما يؤدى له من خدمات، بحيث يقوم العامل بأداء ما هو مكلف به تحت إشراف و إدارة رب العمل أي أن يكون العامل في مركز خضوع أو تبعية بالنسبة لرب العمل، أما في المقاولة فان المقاول يقوم بالعمل المعهود إليه مستقلاً فلا يخضع في تنفيذه لأي إشراف أو توجيه من قبل رب العمل فهو الذي يختار وسائل التنفيذ، من أدوات

---

[1] - القانون رقم 11/90، المؤرخ في 21 أفريل 1990، المتضمن علاقات العمل الفردية.

[2] – بشير هدفي، الوجيز في شرح قانون العمل، الطبعة الثانية، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، 2007 ، ص 57.

[3] – أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المقاولة–عقد العمل–الوكالة، الطبعة الأولى، الإسكندرية، د ب ن، 2009، ص 426.

و معاونين، و هو الذي يحدد كيفية هذا التنفيذ و وقته، مادام عمله مطابقاً لما هو متفق عليه في العقد و وفق الشروط المحددة و الأوصاف اللازمة[1].

حيث أخذ الفقه هذا المعيار أساساً للتمييز بين العقدين فهو حرص أن يبرز في تعريف عقد العمل أن العامل يقوم بالعمل تحت إدارة و إشراف رب العمل، كما تدارك النقص الذي اعترى تعريف المشرع لعقد المقاولة و الذي خلا من الإشارة إلى هذه الخاصية.

فعلاقة التبعية هي التي تميز عقد العمل عن عقد المقاولة إذ لا تتوافر هذه التبعية في علاقة المقاول برب العمل، و تبعية العامل لرب العمل قد تكون تبعية فنية تخول لرب العمل توجيه العامل فيما يتعلق بالأصول الفنية للعمل، و قد تكون تنظيمية أو إدارية تقتصر على إشراف رب العمل على الظروف الخارجية التي يتم فيها تنفيذ العمل كتحديد زمانه و مكانه[2].

الفرع الثاني: تمييز عقد المقاولة عن عقد الوكالة

عرفت المادة 571 من القانون المدني عقد الوكالة بالنص على أن:

(الوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه)[3].

و حسب التعريف السابق لعقد المقاولة نجد أنه يتفق مع عقد الوكالة في أن كلاً منهما يرد على عمل يؤديه كل من المقاول و الوكيل لمصلحة الغير، لكنهما يختلفان من

---

[1] - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 21.

[2] – ميثاق طالب غركان، (مسؤولية المقاول عن التنفيذ المعيب للالتزام في عقد المقاولة)، مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني، 2010، ص 215.

[3] - المادة 571، من الأمر 75–58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، ص 172.

ناحية *الموضوع فالعمل في عقد الوكالة هو تصرف قانوني في حين أنه في عقد المقاولة عبارة عن عمل مادي*[1].

و لكن البعض اعتبر أن هذا المعيار غير كاف للتمييز بينهما لأن عقد الوكالة قد يتناول أحياناً أعمالاً مادية كما في الشراء و البيع و أعمال السمسرة، و لذا يؤخذ كمعيار للتمييز مدى تغلب عنصر الأعمال القانونية على الأعمال المادية فيبقى العقد محتفظاً بطبيعة الوكالة و لتوضيح ذلك نستعين بالأمثلة التالية: فالعقد مع المحامي مثلاً يقع خليط من الأعمال المادية و التصرفات القانونية، إلا أن التصرفات القانونية هي الغالبة و بالتالي يغلب فيه عنصر الوكالة، و على العكس فالعقد مع المهندس المعماري إذا تناول خليطاً من الأعمال المادية و التصرفات القانونية فإن عنصر المقاولة هو الغالب[2].

كما تختلف المقاولة عن الوكالة من حيث شكل العقد، فعقد المقاولة من العقود الرضائية، إذ أن القانون لا يشترط لانعقادها أي شكل، أما الوكالة فيجب أن تبرم ضمن الشروط الشكلية التي يقتضيها القانون، و نقصد بذلك أن الوكالة دائماً ترد في شكل رسمي، بمعنى يجب أن يكون عقد الوكالة كتابي، و يحرر من طرف موظف عمومي أو ضابط عمومي[3]. و كل ذلك بدليل المادة 572 من القانون المدني و التي تنص:

(يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك)[4].

و تظهر أهمية التمييز بين عقدي المقاولة و الوكالة فيما يلي:

---

[1] – د/ عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة: المقاولة–الوكالة–الكفالة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2006، ص 11.

[2] – د/ أسعد دياب، العقود المسماة، البيع– الإيجار– الوكالة، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، د ب ن، 2008، ص 333.

[3] – د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، 103.

[4] – المادة 572، من الأمر 75–58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، ص 172.

1. المقاولة تكون دائماً بأجر و لا تخضع الأجرة فيها لتقدير القاضي و هذا ما تم النص عليه في المادة 559 من القانون المدني بقولها:

(تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك).

أما الوكالة فالأصل فيها أن تكون بغير أجر و إذا كانت بأجر خضع هذا لتقدير القاضي وفقاً لنص المادة 581 من القانون المدني و التي تنص عل أن:

(الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحةً أو يستخلص ضمنياً من حالة الوكيل.

فإذا اتفق على أجر للوكالة، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي.....)[1].

2. المقاولة لا تنتهي بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار بعكس الوكالة التي تنتهي بموت الموكل أو الوكيل.
3. إذا تعدد الوكلاء كانوا متضامنين بالمسؤولية، أما إذا تعدد المقاولون فلا يوجد هناك تضامن في المسؤولية، إلا إذا تم الاتفاق على ذلك[2].

المطلب الثاني: تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود الأخرى غير الواردة على العمل

قد يلتبس عقد المقاولة أيضاً بغيره من العقود غير الواردة على العمل في حالات خاصة، و من أبرز هذه العقود عقد البيع (الفرع الأول) و عقد الإيجار (الفرع الثاني) و لذلك سنحاول تمييز عقد المقاولة عن هذه العقود كما يلي.

[1] - المواد559، 581، من القانون رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، ص 127،134.

[2] – ميثاق طالب غركان، المرجع السابق، ص 215.

الفرع الأول: تمييز عقد المقاولة عن عقد البيع

عرفت المادة 351 من القانون المدني البيع بأنه:

(عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي)[1].

ونستنتج من خلال هذا التعريف و التعريف السابق لعقد المقاولة أن هناك اختلافاً بيناً بين المقاولة و البيع، فالغرض من المقاولة هو إنجاز عمل معين، أما البيع فيقصد به نقل ملكية شيء و هذا ما يميز العقدين أحدهما عن الآخر[2].

فثمة فروض لا يمكن أن تشتبه فيها المقاولة بالبيع و ذلك إذا كان العمل المطلوب من المقاول يتحقق دون أن يترتب على إنجازه دخول حق مالي جديد في ذمة رب العمل، كما لو كان محل العقد هو تنظيف مكان، أو إصلاح آلة أو حياكةُ ثوب من قماش يقدمه رب العمل إلى الخياط، ففي جميع هذه الصور لا يوجد عقد بيع، لأنه لا يوجد شيء تنتقل ملكيته بالعقد من أحد المتعاقدين إلى الآخر، و كل ما يترتب على هذا العقد هو إلزام شخص بالقيام بعمل معين، كالتنظيف، الإصلاح، الحياكة، و مادام هذا الشخص مستقلاً بعمله دون أن يخضع فيه لإشراف أو رقابة من رب العمل، فلا يمكن أن يكون العقد إلا مقاولة.

و إنما تشتبه المقاولة بالبيع، إذا كان محل العقد صنع شيء، و كان الصانع هو الذي يورد المواد اللازمة لذلك، فمن الواضح أن مثل هذا العقد يترتب عليه أثران:

الأول– التزام الصانع بالقيام بالعمل المكلف به و هو الصنع.

الثاني– إنتقال ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل[3].

---

[1]– المادة 591، من القانون رقم 75–58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعددل و المتمم، ص 87.

[2] – د/ أمجد محمد منصور، الوجيز في العقود المسماة ، البيع و الإيجار، الطبعة الأولى، دار البركة للنشر و التوزيع، د د ن، 2007، ص 24.

[3] – د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 20.

الفرع الثاني: تمييز عقد المقاولة عن عقد الإيجار

فالمقاولة حسب تعريفها هي عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، أما الإيجار فقد عرفته المادة 467 من القانون المدني بأنه: (عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة)[1].

فيتشابه عقد المقاولة مع عقد الإيجار في أن كلاً منهما لا يتطلب من المقاول أو

المستأجر أن يؤدي العمل تحت إشراف و إدارة من تعاقد معه، و لكن عقد المقاولة يرد على العمل الذي يقوم به المقاول بينما يرد عقد الإيجار على الانتفاع بالشيء المؤجر، و بالرغم من أن هناك فرقاً بين المقاولة و الإيجار فإن هناك بعض الحالات التي يصعب فيها التمييز بينهما، و لعل أكثر هذه الحالات شيوعاً هي العقود المبرمة بين المستهلكين و مقدمي الخدمات العامة[2].

حيث ثار الخلاف بالنسبة إلى حجز محل في مسرح أو سينما أو ملعب فقد ذهب رأي إلى اعتبار العقد إيجاراً بالنسبة للمقعد و ذهب رأي آخر الى القول بأن العقد هو مقاولة فيما يتعلق بالعمل الذي تقوم به الإدارة، و لكننا نرجح الرأي الأخير لأن العنصر الأساسي في العقد هو عمل الإدارة و الفنانين أم اللاعبين و ليس انتفاع المتفرج بالمقعد إلا تابعاً لهذا العمل[3].

---

[1] – المادة 467، من الأمر رقم 75–58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، ص 112.

[2] – د/ عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني،البيع و الإيجار، د ط، دار الثقافة للنشر و التوزيع، د ب ن، 2009، ص 241،242.

[3] – د/ أسعد دياب، المرجع السابق، ص 422.