

محاضرات في
العقود المسماة
(عقد المقاوله)

إعداد الدكتور
زياد طارق جاسم
أستاذ القانون الخاص المساعد
٢٠٢٠-٢٠١٩

عقد المقاولة

تعد المقاولة من العقود المسماة التي عالجها المشرع العراقي في القانون المدني بالمواد (٨٦٤-٨٩٠). ولم يكن العقد معروفاً ابداءً كعقد مستقل عبر التاريخ إنما تطور ليصل لذلك: -

- عرف العقد لدى البابليون مختلطاً مع عقد الايجار ولم يعرف بعقد المقاولة في حينه وعني به البابليون كثيراً.
- وعرف في القانون الروماني بين كونه مختلطاً بعقد الايجار من جهة أو الوكالة من جهة أخرى.
- ولم يعرف العقد لدى المسلمون كعقد مستقل إنما عرفه المسلمون كعقد استصناع ولكنهم اختلفوا في مشروعيته وتكييفه. بين كونه عقد بيع عند تقديم العامل للمواد منه وهو عقد غير لازم بالنسبة له، وبين عقد ايجار إذا كان الصانع قد صنع الشيء من مواد رب العمل، فالمنفعة المقصودة هنا تقوم بالعمل وحده.
- وهذا الموقف هو موقف مجلة الاحكام العدلية قبل صدور القانون المدني.

أولاً: مفهوم عقد المقاولة

للإحاطة بعقد المقاولة لابد من بيان الآتي: -

تعريف عقد المقاولة

- عرف المشرع العراقي في القانون المدني عقد المقاولة في المادة (مادة ٨٦٤) والتي نصت على أنه: (المقاولة **عقد** به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به الطرف الآخر)

ومن هذا التعريف لعقد المقاولة نستخلص جملة من الخصائص هي: -

خصائص عقد المقاولة

أولاً:

انه عقد رضائي، أي انه يكفي لانعقاده توافق الإرادتين بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول وتطابقهما معاً

ثانياً:

إنه عقد ملزم لجانبين حيث يلتزم كل من الطرفين تجاه الآخر

ثالثاً:

إنه عقد من عقود المعاوضة إذ يأخذ كل طرف مقابل ما يعطي للآخر.

رابعاً:

إنه عقد يقع فيه التراضي على عنصرين أولهما الشيء المطلوب صنعه أو العمل المراد تأديته من المقاول مقابل الأجر الذي يتعهد به رب العمل للأول.

خامساً:

إنه عقد يقع فيه التراضي على عنصرين أولهما الشيء المطلوب صنعه أو العمل المراد تأديته من المقاول مقابل الأجر الذي يتعهد به رب العمل للأول.

تكيف عقد المقاولة

بيننا أن عقد المقاولة لم يكن معروفاً بوصفه الحالي:

المرحلة الثالثة:

والقاضي إذا ما أراد وصف عقد المقاولة فلا بد أن يبين عند تفسيره إن الغرض الأساسي والحقيقي الذي اتجهت إليه نية الطرفين هو قيام أحدهما بإنجاز عمل معين مستقلاً وباسمه لحساب المتعاقد الآخر مقابل اجر.

المرحلة الثانية:

ونتيجة للتطورات التي حدثت وللمقتضيات الحاجات وتزايد اشكال المقاولات وصورها والتي تستدعي مرونة التنظيم فقد اخذت غالبية التشريعات بفصل عقد المقاولة عن العمل والايجار، فالايجار يرد على منفعة بينما المقاولة ترد على عمل.

المرحلة الأولى:

القانون الفرنسي ظل عقد المقاولة مختلطاً بعقدي الايجار والعمل فبقيت العلاقة هي علاقة صانع بمستصنع في نطاق الاعمال اليدوية لقراءة مركز الصانع بالنسبة للمستصنع من مركز العامل لرب العمل، بينما الاعمال العقلية التي تكون محلاً للمقاولة فهي بالنسبة للفقهاء والقضاء الفرنسي تعد من عقود الوكالة لينفي عن أصحابها صفة الاجير لرب العمل.

تمييز عقد المقاولة من عقد البيع

لا صعوبة في التمييز بين البيع والمقاولة فالبيع ينصب على نقل ملكية شيء أما المقاولة فهي تنصب على القيام بعمل لمصلحة شخص آخر، ولا خلاف أيضاً إذا اقتصر رب العمل على تقديم المادة واقتصر المقاول على تقديم العمل فقط، فالعقد هنا مقاولة (١/٨٦٥)، ويثار الأمر في حالة ما إذا قدم المقاول المادة والعمل معاً، كما لو تعاقد شخص مع نجار لعمل اثاث منزلي على ان يقدم النجار المادة من عنده، والراجح هنا هو أن العقد يعد بيعاً أو مقاولة بحسب نسبة قيمة المادة إلى العمل فإذا كانت قيمة المادة تفوق العمل يكون بيعاً، وإذا كان العمل يفوق المادة يكون مقاولة. ولهذا التمييز أهميته العملية من حيث: -

٢- من حيث سريان الفوائد: في البيع تسري على الثمن من اعدار المشتري بالدفع أو من تسليم المبيع المنتج للثمن إليه، بينما المقاولة لا تسري فيها الفوائد إلا من المطالبة القضائية للأجر

١- من حيث التحلل: يمكن تحلل رب العمل بإرادته في المقاولة أو وقف العمل، بينما في البيع فلا يجوز التحلل بإرادة احد الطرفين

٤- من حيث تحديد الثمن: في البيع يعد العقد باطل ما لم يحدد الثمن، أما المقاولة فلا تبطل ويحدد الثمن من خلال تقدير قيمة العمل ونفقات المقاول

٣- من حيث الامتياز: إذ يكون للبائع امتياز على المبيع ولو كان منقولاً أما المقاول فلا امتياز له على العمل الذي قام به

تمييز المقاوله من العمل

- بالرغم من اتحاد العقدين في أن كلا منهما يرد على العمل، إلا أن لكل منهما قواعد خاصة تختلف جوهرياً عن الآخر وخاصة فيما يتعلق بتحمل التبعة حيث يتحملها المقاول ولا يتحملها العامل وكذلك في خضوع العامل لتشريعات العمل.
- والمعيار الأساس للفرقة هو أنه في عقد العمل يكون رب العمل مسؤولاً تبعياً عن اعمال التابع (العامل) ويخضع لإرادة رب العمل واشرافه وتوجيهه، أما في المقاوله فأن المقاول يكون مستقلاً عن رب العمل ولا يخضع لإشرافه أو توجيهه. (م ٩٠٠) مدني عراقي.

تمييز عقد المقاوله من الإيجار

- يسهل التمييز بينهما فالمقاوله ترد على العمل بينما الإيجار يرد على الانتفاع بالشيء، ومع ذلك قد يصعب التمييز في حالة استخدام المقاول في أداء عمله لأشياء ينتفع بها رب العمل بطريقة غير مباشرة وهو ما قد يحث تداخلاً ملموساً بين كل من عقد المقاوله والعمل.
- فلو اتفق شخص مع شركة نقل على ان تضع احدى سياراتها تحت تصرفه مع السائق لاستخدامها مدة معينة عند قيامه برحلة ما فهل يكون هذا العقد إيجار أم مقاوله محله القيام بنقل المتعاقد للجهات التي يرغب بزيارتها.
- مدار التكيف هنا هو معرفة من يملك السيطرة على السيارة وسائقها خلال الرحلة فإذا كانت الشركة هي صاحبة السيطرة من خلال احتفاظها بتوجيه ورقابة السائق والاشراف عليه يعد العقد مقاوله، أما إذا كانت سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف للراكب فأن العقد إيجار.

ف عند الاختلاط لا بد من التحري من أمرين للتمييز في حالة الاختلاط هما:-

أ- تحري العنصر الذي وقع عليه التعاقد لمعرفة مدى غلبة احد العقدين على الآخر من حيث الرقابة والسيطرة والإشراف.

تحري التزامات الطرفين والتي تؤثر في تكيف العقد بين كونه مقاوله انصب على عمل أو إيجار ارتبط بالانتفاع بشيء ما.

تميز المقاول من الوكالة

كلاهما عقد ينصب على عمل يؤديه الوكيل أو المقاول لمصلحة الغير، لكن يختلفان من حيث أن محل الوكالة تصرف قانوني بينما محل المقاوله عمل مادي، وهو ما يرتب أن المقاول عند قيامه بالعمل لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه بل يعمل مستقلاً وبسمة الخاص، بينما الوكيل يقوم بالتصرف القانون لمصلحة الموكل ويكون نائباً عنه ويمثله في التصرف فينصرف أثره للموكل وتندرج أهمية التمييز من حيث: -

ت	المقاوله	الوكالة
١	من حيث الخضوع الإشراف، لا يخضع المقاول لإشراف ورقابة رب العمل ولا يتبع له،	الوكيل يعمل غالباً بإشراف الموكل ويكون تابعا ومسؤولا عنه مسؤولية تبعية.
٢	من حيث المقابل، المقاوله دائما تكون بأجر	الوكالة قد تكون بأجر أو بدونه.
٣	من حيث انصرف الإثر، تصرفات المقاول لا تنصرف اثارها لرب العمل	الوكيل فتصرف اثار تصرفاته للموكل ويلزم بها.
٤	من حيث تحمل الضرر، فالمقاول وحده يتحمل الضرر الناتج عن تنفيذ العمل.	الوكيل فيكون مسؤولاً عن الضرر الذي أصاب الوكيل دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة بشكل معتاد

تمييز المقاوله من الوديعة

كلاهما يرد على عمل يقوم به شخص لآخر، مع فارق أن الوديعة تقع على نوع معين من العمل وهو حفظ شيء لمصلحة المودع ورده إليه عيناً.

ت	المقاوله	الوديعة
١	عقد من عقود المضاربة يعني المقاول من ورائها الكسب حيث تكون دائماً بأجر.	لأصل إن الوديع بلا أجر وغالباً ما يكون زهيدا جداً يكافئ ما يبذله المودع من جهد في حفظ الوديعة دون أن يتبغى الكسب والمضاربة
٢	مسؤولية المقاول اشد من الوديع فهو مسؤول عن سلامة البناء وامتاتته	أن مسؤولية المودع تكون أخف من مسؤولية المقاول فهو مسؤول عن المحافظة على الوديعة
٣	أما المقاوله فالتحلل منها مقيد بالتعويض.	يستطيع المودع والمودع عنده التحلل من العقد قبل انقضاء اجله ما لم يكن الاجر لمصلحة الطرف الآخر

تمييز المقاوله من الشركة

- الشركة بمقتضى ((مادة ٤) اولا - الشركة عقد يلتزم به شخصان او اكثر بان يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال او من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح او خسارة)، قد تكون مساهمة الشريك في الشركة عبارة عن قيامه بعمل يعود بفائدة على الشركة مقابل أن يتقاضى ارباحاً بنسبة معينة، وهنا قد تلبس المقاوله بالشريك، فمشاركة الشريك في حصته مقابل مساهمته في أرباح الشركة وخسائرها فالعقد شركة، أما إذا اشترط الشريك ان يحصل على مقابل للعمل الذي يقدمه أو اشترط حصوله على الأرباح دون تحمل الخسائر فالعقد مقاوله.
- كما أن ما يميز الشركة عن المقاوله هو نية المشاركة التي تكون لدى الشريك والتي تقترن بإرادة باقي الشركاء في التعاون، بينما المقاول لا تكون لديه تلك النية فهمه القيام بعمل مقابل اجر معين.

تمييز المقاوله من الاشغال العامة

المقاوله في الأصل من عقود القانون الخاص فقد تكون عقد مدني أو تجاري أو مختلط (مدنية لرب العمل وتجارية للمقاول)، بينما عقد الاشغال العامة هو عقد إداري من عقود القانون العام، والذي تعهد فيه الإدارة لشخص من اشخاص القانون الخاص للقيام بعمل متصل بعقار مقابل اجر تحقيقاً للمنفعة العامة، وهنا لا بد من ثلاثة شروط هي:

- ١- أن تنصب الاشغال العامة على عقار.
 - ٢- أن يتم لحساب شخص معنوي.
 - ٣- أن يكون الغرض منه تحقيق منفعة عامة ولو لم يتصل العمل بمرفق عام أو مال عام.
- وهذا ما يجعل عدم إمكانية خضوع الاشغال العامة لأحكام القانون المدني إلا في الحدود التي لا يتعارض فيها مع القانون العام، وما يبرر ذلك هو الغرض المقصود وهو تحقيق المنفعة العامة.
- فتكييف عقد الاشغال العامة يتحدد بصفة رب العمل كونه من اشخاص القانون العامة ولا عبرة بصفة المقاول، فالمهم تحديد صفة رب العمل بكونه من اشخاص القانون العام وهذا لا يثير اشكال إذا تعلق الأمر بالدولة نفسها أو بمصلحة ترتبط بصفتها العامة.

يثار الامر بالنسبة للشركات المساهمة وشركات القطاع المختلط فهل يكون العقد هنا عقد اشغال أم مقاوله؟

الراجح في الفقه إخضاع العقود التي تبرم من الشركات المساهمة العامة والمختلطة للقانون الخاص، فالعقود التي تبرمها بقصد انجاز عمل معين بواسطة الغير تعد مقاولات لا اشغال عامة.