

التكيف القانوني لعقد الاستصناع (دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي)

م.م. حسين نجف بخور

l.hussein.najaf@gmail.com

مستخلص البحث:

رغم الدور الذي يلعبه عقد الاستصناع في ميدان الصناعة، إلا أنه لم يلقَ الاهتمام من لدن القوانين، فجاء تكيفه منافياً لطبيعته الخاصة، فهو عقد يتعهد فيه الصانع بتقديم العمل والمادة معاً. لذلك حاولنا في هذا البحث أن نستعرض الآراء الفقهية التي تناولت هذه المسألة؛ للوصول إلى التكيف الدقيق لهذا العقد.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد، صلى الله عليه، وعلى آله الطيبين الطاهرين وسلم تسليماً كثيراً، وبعد.

أولاً- التعريف بموضوع البحث:

يلعب عقد الاستصناع دوراً مهماً في ميدان الصناعة، خاصة مع شراسة المنافسة بين الشركات التجارية، وما يترتب عليها من سعي تلك الشركات إلى تضمين سلعتها مواصفات لا تتمتع بها سلع الشركات الأخرى المماثلة لها في النشاط، وهذا ما يتطلب بطبيعة الحال أن يتم إنتاج تلك السلع بطريق التوصية بين الشركات التجارية والمصانع التي تنتجها. ورغم هذا الدور الذي يلعبه عقد الاستصناع في ميدان الصناعة، إلا أنه مع ذلك لم يلقَ اهتماماً من لدن الغرب، فلم يصل المشرع الغربي إلى تقنين عقد الاستصناع إلا في وقت قريب جداً. كما أن التشريعات العربية لم تول هذا العقد ما يستحقه من اهتمام، فجاء تكيفه منافياً لما يتمتع به من طبيعة خاصة يتميز بها عن سائر العقود المسماة الأخرى، مما انعكس على الأحكام التي تنظم هذا العقد.

ثانياً- أهمية البحث:

تكمن أهمية موضوع البحث في أن عقد الاستصناع وتزامناً مع التطور الإنساني السريع، والنمو الحضاري، واتساع النهضة الصناعية، بات من الموضوعات الهامة التي يجب الالتفات إليها، وتكييفها بدقة، حتى يؤدي دوره كتنظيم قانوني يحكم العلاقات التي تنشأ بين القطاعين التجاري والصناعي والتي تتصف بالتوصية الشرائية. فالمصانع كبيرة كانت أم صغيرة بحاجة إلى تنظيم قانوني يحمي حقوق أصحابها، وحقوق المتعاملين معها من تجار وغيرهم، وطالما أن عقد الاستصناع يمثل العلاقة القانونية للتعامل بمثل هذا النمط، فإن من الضروري العناية بهذا العقد وتنظيم أحكامه بالصورة التي تحفظ حقوق المتعاملين به. ولهذه الأسباب؛ ولغياب التنظيم القانوني الدقيق لعقد الاستصناع في النظام القانوني العراقي، اخترنا البحث في هذا العقد محاولة منا لوضع تكيف قانوني دقيق ينسجم مع الطبيعة الخاصة لهذا العقد.

ثالثاً- مشكلة البحث:

بناءً على ما تقدم، فإن مشكلة البحث تتمثل في الإجابة عن السؤال الآتي: ما هو التكييف القانوني لعقد الاستصناع، وهل أصاب المشرع العراقي في إلحاق عقد الاستصناع بعقد المقولة؟ أم ان الطبيعة الخاصة لهذا العقد تفصح عن ذاتيته واستقلاليته التي تستدعي بالضرورة إخضاعه إلى نظام قانوني يكفي للإحاطة بكل الالتزامات التي تترتب على انعقاده.

رابعاً: الدراسات السابقة:

الواقع أننا لم نعثر - بقدر ما بذلنا من جهد - على دراسات قانونية متخصصة حول تكييف عقد الاستصناع، وجميع الدراسات التي ألفت الضوء على هذا العقد هي دراسات متخصصة في الفقه الإسلامي مع مقارنة بسيطة مع بعض القوانين الوضعية، وجميع هذه الدراسات افتقرت إلى بيان تكييف هذا العقد في القانون العراقي، فضلاً عن افتقارها إلى بيان رأي المذهب الأمامي في هذا الصدد.

خامساً- منهجية البحث:

سوف نتبع في كتابة بحثنا المنهج التأصيلي، والمنهج المقارن، إذ سوف نعتمد على المنهج التأصيلي في استقراء آراء فقهاء القانون والفقهاء المسلمين، مع إجراء دراسة مقارنة مع القانون العراقي وبعض التشريعات الأخرى.

سادساً- خطة البحث:

أما فيما يتعلق بخطة البحث، ولغرض الإحاطة بتكييف عقد الاستصناع، فسوف نعتمد خطة البحث الآتية:

تمهيد: التعريف بعقد الاستصناع.

المطلب الأول: تبعية عقد الاستصناع

الفرع الأول: إلحاق عقد الاستصناع بعقد البيع.

الفرع الثاني: إلحاق عقد الاستصناع بعقد المقولة.

الفرع الثالث: تكييف عقد الاستصناع تبعاً لقيمة المادة والعمل.

المطلب الثاني: استقلالية عقد الاستصناع

الفرع الأول: الطبيعة الخاصة لعقد الاستصناع.

الفرع الثاني: آثار ذاتية عقد الاستصناع.

تمهيد

التعريف بعقد الاستصناع

الاستصناع لغة من صنع، وصنعه: يصنعه صنعاً، فهو مصنوع. يقال: اصطنع فلان خاتماً، إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً. واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه. والصناعة: حرفة الصانع، وعمله الصناعة. والصناعة: ما تستصنع من أمر.⁽¹⁾ وقد وردت الصناعة في القرآن الكريم في موارد عدة، منها قوله تعالى مخاطباً نبيه نوحاً (عليه السلام): «وَاصْنَعُ الْفُلْكَ بِأَعْيُنِنَا وَوَحْيُنَا وَلَا تَخَاطِبُنِي فِي الَّذِينَ ظَلَمُوا إِنَّهُمْ مُغْرَقُونَ وَيَصْنَعُ الْفُلْكَ وَكَلَّمَا مَرَّ عَلَيْهِ مَلَأَ مِنْ قَوْمِهِ سَخِرُوا مِنْهُ»⁽²⁾، وقال جل وعلا في ذكر داود عليه السلام: «وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِتُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ»⁽³⁾. والواضح من التعريف اللغوي ان الاستصناع هو ان يطلب من صانع ان يعمل له شيئاً ما ويصنعه مما هو من حرفته وصناعته⁽⁴⁾، فإذا أضفنا إلى ذلك ما يجعل هذا الطلب محققاً لغاية الطرفين، بان يتفق الطرفان على تحديد مواصفات المصنوع والتمن الذي سيدفعه الطالب فهذه صورة عقد الاستصناع.⁽⁵⁾ ويقترب من التعريف



اللغوي لعقد الاستصناع، ما أورده فقهاء المسلمين من تعريفات، فهو عندهم " اتفاق مع أرباب الصنائع على عمل شيء معين للمستصنع كالثوب والسرير والباب ونحوها، ويكون العين والعمل كلاهما على الصانع " (6) وهو ذات المعنى الذي ذهب إليه شراح القانون، فعرفوه بأنه: " العقد الذي بمقتضاه يتعهد مقاول بان يصنع شيئاً بالمادة التي يقدمها " (7). ورغم أن اغلب القوانين لم تورد الاستصناع باسمه، إلا أنها رسمت صورة تنطبق على عقد الاستصناع بمدلوله الفقهي، فقد نصت المادة 646 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 على أن: « المقالة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر ». وتنص المادة 647 منه على انه: « 1- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. 2- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً » (8). وتميز القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 بان افرد عقد الاستصناع بالذكر، فقد نص الفقرة الثانية من المادة 865 على انه: « كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ويكون استصناعاً ». وكذلك فعل قانون الموجبات اللبناني لسنة 1932 التي نصت المادة 658 منه على انه: « يجوز في الاستصناع ان يقتصر الصانع على تقديم عمله فقط فيقدم صاحب الأمر المواد عند الاقتضاء كما يجوز له أيضاً ان يقدم المواد مع عمله »، إلا ان الملاحظ ان هذه المادة ساوت بين المقالة والاستصناع، وهذا خلاف لما سارت عليه القوانين المقارنة والتي عدت الاستصناع ضرباً من ضروب المقالة. يتضح مما تقدم ان عقد الاستصناع يرد على شيء لا وجود له عند إبرام العقد، مما دفع العديد من الفقهاء المسلمين إلى عدم تجويزه إلا في باب السلم، وهذا ما اجمع عليه فقهاء المالكية (9) والشافعية (10) والحنابلة (11). بل ان فقهاء الإمامية الأقدمون اجمعوا على بطلانه ويتضح هذا من كلام الشيخ الطوسي (قد) حيث قال: « واستصناع الخف والنعل والأواني من خشب أو صفر أو حديد أو رصاص لا يجوز. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة يجوز لان الناس قد اتفقوا على ذلك. فان فعل لم يصح العقد وكان بالخيار ان شاء سلمه وان شاء منعه، فان سلمه كان المستصنع بالخيار ان شاء رده وان شاء قبله »، وقال أيضاً: « دليلنا على بطلانه: أنا اجمعنا على انه لا يجب تسليمها وانه بالخيار بين التسليم ورد الثمن، والمشتري لا يلزمه القبض، فلو كان العقد صحيحاً لما جاز ذلك، ولان ذلك مجهول غير معلوم بالمعاينة ولا موصوف بالصفة فيجب المنع منه » (12). ومن خلال القول الثاني يمكن ان نصل إلى نتيجة مفادها ان علة بطلان عقد الاستصناع هو ان العين المصنوعة مجهولة غير معلومة بالمعاينة ولا موصوفة بالصفة على اعتبار ان عقد الاستصناع إنما يقع على شيء غير موجود وقت التعاقد، وهذا واضح من كلمات الشيخ (قد). وبمفهوم المخالفة يمكن القول ان الاستصناع عقد جائز في المذهب الإمامي إذا عُيِّن تعييناً نافياً للجهالة والغرر، وهذا ما هو عليه اليوم، فالتعامل العرفي بعنوان الاستصناع يأبى وقوع العقد خالياً من أوصاف المصنوع. كما ان قول أبي حنيفة الذي نقله الشيخ (قد) « لان الناس قد اتفقوا على ذلك »، دليل على وقوع عقد الاستصناع في زمان الأئمة؛ لمعاصرة أبي حنيفة للإمام الصادق (ع)، فلو كان هذا العقد غير صحيح لوصل الردع عنه، فلا ريب في كونه أمر عقلائي وواقع في زمان الأئمة وليس من العقود المستحدثة (13). وجوّزه الأحناف على سبيل الاستحسان (14)، بل ان منهم من استند إلى أدلة نقلية، منها قوله تعالى: « حَتَّى إِذَا بَلَغَ بَيْنَ السَّدَّيْنِ وَجَدَ مِنْ دُونِهِمَا قَوْمًا لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا. قَالُوا يَا دَا الْقُرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا. قَالَ مَا مَكْنِي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا » (15). ووجه الاستدلال في هذه الآيات الكريمة ان في هذه القصة ذكر الله تعالى أنهم طلبوا من ذي القرنين ان يصنع لهم السد مقابل مال يعطونه إياه،



الظاهر أنهم كانوا يريدون منه ان يعمل به مواد من عنده لأنهم لم يكونوا يعرفون مم يصنع؛ لقوله تعالى (لا يكادون يفقهون قولاً)، وهو لم ينكر هذه الصيغة، وقوله (ما مكني فيه ربي خير) ليس اعتراضاً على ذلك، بل هو اقتراح لصيغة أخرى أفضل منها؛ ليسر لها عليهم، بان يقدموا ما لديهم من إمكانيات (قطع حديدية، نحاس، أيّ عاملة) ويقدم هو الخبرة والعمل الفني، وحيث لم يرفض القرآن الكريم الطريقة التي اقترحوها ولا أنكرها، فإنها تكون مشروعة.⁽¹⁶⁾ ومنهم من استند في اثبات مشروعيتها إلى السنة النبوية، اذ استصنع النبي (ص وآله) الخاتم والمنبر⁽¹⁷⁾. فعن نافع ان عبد الله حدثه: «ان النبي (ص) اصطنع خاتماً من ذهب ويجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه فاصطنع الناس خواتيم من ذهب فرقى المنبر فحمد الله وأثنى عليه فقال إني كنت قد اصطنعته واني لا ألبسه فنبذه فنبذ الناس»⁽¹⁸⁾. والثاني: عن أبي حازم بن دينار قال: «ان رجلاً أتوا سهل بن سعد الساعدي، وقد امثروا {تجادلوا} في المنبر ممّ عوده، فسألوه عن ذلك، فقال: والله إني لأعرف مما هو، ولقد رأيته أول يوم وضع، وأول يوم جلس عليه رسول الله (ص)، أرسل رسول الله (ص) إلى فلانة، امرأة من الأنصار قد سماها سهل: «مري غلامك النجار، ان يعمل لي أعواداً، اجلس عليهن إذا كلمت الناس». فأمرته فعملها من طرفاء الغابة {إثّل الغابة}...»⁽¹⁹⁾.

المطلب الأول

تبعية عقد الاستصناع

من خلال استقراء آراء غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، نلاحظ إجماعهم على تبعية عقد الاستصناع، وان اختلفوا في منبعه، ومن خلال هذا المطلب سنلقي الضوء على تلك الآراء بثلاثة فروع: نتناول في الفرع الأول إلحاق عقد الاستصناع بعقد البيع، وفي الفرع الثاني إلحاقه بعقد المقاوله، وفي الفرع الثالث نتناول تكييفه تبعاً لقيمة المادة والعمل.

الفرع الأول

إلحاق عقد الاستصناع بعقد البيع

أولاً- وفق المنظور الشرعي:

يرى جانب من الفقه الإسلامي ان الاستصناع عقد بيع، إلا إنهم اختلفوا في طبيعته، فذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁽²⁰⁾ والشافعية⁽²¹⁾ والحنابلة⁽²²⁾، وبعض الإمامية⁽²³⁾ إلى انه بيع سلم. أما فقهاء الحنفية فإنهم مالوا إلى ان عقد الاستصناع بيع على غير وجه السلم، فهو عندهم نوع مستقل من أنواع البيوع له شبه بالإجارة؛ لا اشتراط العمل فيه.⁽²⁴⁾ ويبدو ان مجلة الأحكام العدلية أخذت بالرأي الأخير فعدت الاستصناع بيع مستقل، ويوحى بذلك نص المادة 388 والتي جاء فيها: «إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعاً». وتكييف الاستصناع على انه بيع محل نظر، سواء بالقول انه بيع سلم أو بيع مستقل؛ لأن تكييف الاستصناع على انه بيع سلم يقتضي توافر شروطه ومنها قبض الثمن في مجلس العقد⁽²⁵⁾، وحيث ان السائد عرفاً ان قبض الثمن في عقد الاستصناع يكون بعد مدة من إبرام العقد أو بعد تسليم العين المستصنعة⁽²⁶⁾، فذلك يخرجها من نطاق بيع السلم. وإذا قيل ان عنوان السلم ان لم يصدق على عقد الاستصناع فان ذلك لا يوجب بطلانه كعقد بيع؛ لإطلاق قوله تعالى (احل الله البيع)⁽²⁷⁾، فان هذا يستوجب في حالة بطلان البيع بعد ان يتم الصانع ما عليه، ألا يكون المستصنع مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق بالصانع نتيجة كساد السلعة المصنوعة كونها صنعت بناءً على ذوق ورغبة المستصنع، غير ان المتعارف عليه ان المستصنع يكون مسؤولاً عن ذلك.⁽²⁸⁾



ثانياً- وفق المنظور القانوني:

يرى جانب من الفقه الفرنسي ان عقد الاستصناع هو بيع شيء مستقبل. ويستند هذا الرأي إلى ان المادة 1711 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بان العقد يكون مقاوله إذا كانت المادة مقدمة من رب العمل، ويستخلص من هذا النص بمفهوم المخالفة ان العقد لا يكون مقاوله إذا كانت المادة مقدمة من الصانع، فيكون العقد إذن بيعاً. ويعزز أنصار هذا الرأي رأيهم بان مشروع المادة 1787 مدني فرنسي - وهي تتحدث عن حالتين في الأولى يقدم المادة رب العمل وفي الأخرى يقدمها الصانع- كان يتضمن فقرتين تم حذفهما، قضت أحدهما بان العقد يتمخض مقاوله ان قدم رب العمل المادة من عنده، وقضت الأخرى بأنه يكون بيع شيء بمجرد صنعه متى ما كانت المادة مقدمة من قبل الصانع.⁽²⁹⁾ ويفسر أصحاب هذا الاتجاه حذف هاتين الفقرتين الذي تم من قبل واضعو القانون المدني الفرنسي بأنهم اكتفوا من الناحية الفقهية بان العقد الذي يقدم فيه الصانع المادة بأنه عقد بيع.⁽³⁰⁾ وسأيرت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي لسنة 1980 هذا الاتجاه، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 3 على انه: « تعتبر ببيعاً عقود التوريد التي يكون موضوعها صنع بضائع أو إنتاجها إلا إذا تعهد الطرف الذي طلب البضائع بتوريد جزء هام من العناصر المادية اللازمة لصنعها أو إنتاجها». وهو التكييف الذي قضت به إحدى محاكم الاستئناف الفرنسية في قرار لها جاء فيه: « ان العقد محل النزاع ليس بيعاً بمفهوم اتفاقية الأمم المتحدة، وان الطرف الذي أرسل طلب الشراء في هذه الدعوى قد قدم جزءاً أساسياً من العناصر المادية اللازمة لهذا الصنع أو الإنتاج ».⁽³¹⁾

الفرع الثاني

إلحاق عقد الاستصناع بعقد المقاوله

أولاً- وفق المنظور الشرعي:

ذهب بعض الأحناف إلى عدّ الاستصناع إجارة محضة، قياساً على فعل الصباغ، فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع، وبما ان عمل الصباغ هو إجارة محضة، لذلك فان الاستصناع يعد إجارة محضة كذلك.⁽³²⁾ وانتقد هذا الرأي من جمهور الأحناف « فلا يقاس الاستصناع على استئجار الصباغ لصبغ الثوب فهذا قياس مع الفارق ووجه الفرق هو ان الصبغ (أي عمل الصباغ) اصل والصبغ (أي المادة الخام) آليته فكان المقصود فيه العمل وذلك إجارة وردت على العمل في عين يملكها المستأجر أما هنا في الاستصناع فالأصل فيه هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون ما حدث بين الصانع والمستصنع هو بيع ولما لم يكن للبيع وجود من حيث وصفه إلا بالعمل فأشبهه العقد هنا الإجارة ».⁽³³⁾

ثانياً- في المنظور القانوني:

ذهبت بعض أحكام القضاء في فرنسا إلى ان عقد الاستصناع هو مقاوله دائماً، مستندة إلى ان المادة 1787 مدني فرنسي لا تميز بين ما إذا كان الذي قدم المادة هو رب العلم أو الصانع، فعقد الاستصناع يقع على العمل، لذا فهو عقد مقاوله يلتزم فيه الصانع بعمل الشيء المطلوب، أما المادة فيمتلكها المستصنع تبعاً للعمل، حيث تنتقل ملكية الشيء المصنوع إلى المستصنع دون ان يخرج الاستصناع عن نطاق المقاوله.⁽³⁴⁾ وهذا يعني ان عقد الاستصناع وان كان يرتب على انجاز العمل فيه تملك المستصنع للشيء الذي تم صنعه، إلا ان هذا لا يجعله من العقود التي ترد على الملكية، إذ ان « تملك رب العمل للشيء الذي صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل، والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، وكذلك المقاوله إذا اتخذت صورة الاستصناع بان كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول ».⁽³⁵⁾



ويتفق هذا الرأي مع نظرة القوانين المدنية لعقد الاستصناع، ومنها القانون المدني المصري، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 647 على ما يأتي: « كما يجوز ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ». وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية، فقد جاء في قرار لها: « إذ كان الثابت مما سجله الحكم المطعون فيه أن الطاعن بصفته أقام دعواه بطلب إلزام المطعون ضده بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة العيوب التي ظهرت باللنش الخشبي الذي عهد إليه بتصنيعه والتي تكشف له عقب استلامه وهي عبارة عن آفة حشرية لا يمكن اكتشافها ظهرت في الأخشاب المستخدمة في تصنيع اللنش، وإذ قضت محكمة الموضوع بدرجتها برفض دعواه تأسيساً على أن اللنش موضوع التداعي هو لنش خدمة يعمل داخل الميناء ولا يعتبر سفينة طبقاً لقانون التجارة البحري ولا يخضع لأحكامه ومنها ضمان متعهد البناء خلو السفينة من العيوب الخفية وإنما يظل خاضعاً لأحكام العقد المبرم بين طرفي التداعي والتي خلت من الاتفاق على ضمان المطعون ضده العيوب الخفية التي تظهر باللنش بعد تجربته وتسلمه من قبل الطاعن دون أن تنقضى الحكم القانوني الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفي دعوى التعويض التي تخضع لأحكام عقد المقاولة ومنها ضمان المقاول – المطعون ضده – جودة المواد المقدمة منه المنصوص عليه في المادة 648 من القانون المدني السالف بيانها وذلك وفقاً لأحكام ضمان البائع العيوب الخفية المنصوص عليها في ذات القانون، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه⁽³⁶⁾ وهو يتفق أيضاً مع ما ذهب إليه القانون المدني العراقي، فنجد ان الفقرة الثانية من المادة 864 قررت ذلك صراحة بقولها: « كما يجوز ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ويكون استصناعاً ». وهذا يعني ان المشرع العراقي كغيره من التشريعات المدنية عالج عقد الاستصناع ضمن العقود الواردة على العمل وبالتحديد ضمن عقد المقاولة، وهو بهذا يكون قد أغفل التزام الصانع بنقل الملكية التي تطغي أهميته على الالتزامات الناشئة من تطبيق أحكام المقاولة.

الفرع الثالث

تكييف عقد الاستصناع تبعاً لقيمة المادة والعمل

يرى غالبية شرّاح القانون المدني ان عقد الاستصناع أما ان يكون مقاوله أو بيعاً، ويتوقف ذلك على قيمة العمل مقارنة بقيمة المادة، فلا يعد عقد الاستصناع بيعاً إلا إذا كانت قيمة المواد المقدمة تفوق من حيث القيمة العمل الذي يقدمه الصانع.⁽³⁷⁾ ويستند هذا الرأي إلى قاعدة (الفرع يتبع الأصل)، فإذا كانت المادة هي الأصل تتبعها العمل وكان العقد بيعاً، وإذا كان العمل هو الأصل تتبعته المادة وكان العقد مقاوله.⁽³⁸⁾ ويجد هذا الرأي إرضاءً له في قانون الموجبات اللبناني، وتحديدًا في المادة 658 منه والتي جاء فيها: « يجوز في الاستصناع ان يقتصر الصانع على تقديم عمله فقط فيقدم صاحب الأمر المواد عند الاقتضاء كما يجوز له أيضاً ان يقدم المواد من عنده. على انه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً، كان هناك بيع لا استصناع ». والناظر إلى نص هذه المادة يجد ان المشرع اللبناني قد ساوى بين المقاولة والاستصناع، هذا من جانب، ومن جانب آخر عدّ المشرع اللبناني ان عقد الاستصناع الذي تشكل المادة التي يقدمها الصانع فيه الموضوع الأساسي مصداقاً من مصاديق عقد البيع. ولكن قد تتساوى قيمة المادة والعمل، أو قد تكون لإحدهما قيمة محسوسة على الرغم من انها تقل قيمة عن الأخرى. في هذه الحالة يذهب الفقه إلى ان العقد يصبح خليطاً من بيع ومقاوله، سواء أكانت قيمة المادة اكبر من قيمة العمل أم اصغر منها، فتسري أحكام عقد البيع على المادة، وتنطبق أحكام عقد المقاولة على العمل الذي قدمه الصانع.⁽³⁹⁾ ومن الجدير بالذكر ان أنصار هذا الرأي يميزون بالنسبة إلى العقود التي ترد على إنشاء الأبنية بين ما إذا كانت الأرض التي يقام عليها



البناء تعود إلى رب العمل، أم انها تعود إلى المقاول، فهو يعد مقاوله إذا كانت الأرض مملوكة لرب العمل، وان كان المقاول هو الذي جهز المواد الأولية، وبغض النظر عن قيمة المواد الأولية بالنسبة للعمل، أما إذا كانت الأرض التي يقيم عليها البناء تعود إلى المقاول فيعد العقد بيعاً للأرض بالحالة التي ستكون عليها بعد إقامة البناء.⁽⁴⁰⁾ ونحن وان كنا نتفق مع ان العقد الذي يقدم فيه رب العمل الأرض التي يقيم عليها البناء لا يعد استصناعاً بل هو عقد مقاوله، على اعتبار ان الأرض التي يقدمها رب العمل تعد مادة أساسية يستلزمها تشييد البناء، أما المواد التي يقدمها المقاول فان نقل ملكيتها إلى رب العمل لا يعد التزاماً على المقاول، بل ان رب العمل يكسب ملكيتها بفعل الالتصاق. إلا أننا نختلف مع القائلين بان عقد الاستصناع يعد بيعاً إذا كانت الأرض تعود إلى المقاول، فهذا التكييف يبتعد عن طبيعة هذا العقد ويغفل عنصراً أساسياً في تكوينه ألا وهو العمل، فالشخص الذي يمتلك أرضاً يتعهد ببنائها بمواد من عنده، إنما يبرم عقد استصناع يلتزم فيه بالعمل الذي يستوجبه بناء المنزل، فضلاً عن التزامه بنقل ملكية ما تؤول إليه الأرض بعد بنائها، أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك فإنه يبرم عقد بيع يلتزم بموجبه بنقل ملكية المبيع. ولعل ما يساند رأينا ان المشرع الفرنسي قد أصدر في نطاق بيع العقارات تحت الإنشاء قانون 3 يناير 1967 الذي انشأ بموجبه عقداً جديداً له أحكامه الخاصة التي خرج فيها عن أحكام القواعد العامة، كما مزج بين أحكام عقد البيع وأحكام عقد المقاوله⁽⁴¹⁾، وقد اعتنق هذا المذهب جانب من الشراح والباحثين⁽⁴²⁾، وطالما ان عقد إقامة المباني يمثل هذه الصورة لا يعد مقاوله محضة ولا بيعاً محضاً، فلا جرم انه يعد ضرباً من ضروب الاستصناع.

المطلب الثاني

استقلالية عقد الاستصناع

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول الطبيعة الخاصة لعقد الاستصناع، أما الفرع الثاني فنخصصه للحديث عن آثار ذاتية عقد الاستصناع.

الفرع الأول

الطبيعة الخاصة لعقد الاستصناع

تتجلى الطبيعة الخاصة لعقد الاستصناع في محله، فهذا العقد يستلزم من جهة الصانع أمرين مهمين هما: العين والعمل، وهذا ما تتفق عليه جميع الآراء رغم اختلافها في تكييفه. فأراء الفقهاء وان جاءت متباينة في تكييف عقد الاستصناع، إلى أنهم اقرروا هذه الميزة التي ينفرد بها هذا العقد، فمن كيف منهم الاستصناع على انه سلم جاء صريح كلامه ان الاستصناع عقد “يقدم فيه المقاول العمل والمواد معاً”.⁽⁴³⁾ كذلك الحال بالنسبة لمن وصفوا الاستصناع انه بيع، فهو عندهم “بيع عين شرط فيه العمل”⁽⁴⁴⁾، إلا أنهم مع ذلك ذهبوا إلى ان المعقود عليه هو العين، وما ذكر العمل إلا لبيان الوصف فحسب، واستدلوا على ذلك بان المستصنع فيه (العين) “لو جاء مفروغاً عنه لا من صنعه أو من صنعه قبل العقد فأخذه كان جائزاً”.⁽⁴⁵⁾ أما القائلين بان عقد الاستصناع إجارة، فان هذه الميزة قد تجلت في ترجيحهم ان “المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على انه هو المعقود عليه والأديم فيه بمنزلة الآلة للعمل ولهذا يبطل بموت احدهم”⁽⁴⁶⁾، والواضح من هذا القول ان عقد الاستصناع وارد على العين والعمل. وأكد مجمع الفقه الإسلامي الدولي هذه الطبيعة الخاصة لعقد الاستصناع، فقد جاء في قراره المرقم 65 (3/7) بشأن الاستصناع ما نصه: “ان عقد الاستصناع – وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة – ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط”⁽⁴⁷⁾. أما في نطاق القانون، فكما مرّ بنا سابقاً ان القانون العراقي – كغيره من القوانين العربية – في المادة



865 جعلت من تقديم المادة والعمل معاً معياراً لتكليف العقد على انه استصناعاً. وهذا ما أكدته شراح القانون في معرض حديثهم عن العناية اللازمة لانجاز العمل⁽⁴⁸⁾، أو في معرض حديثهم عن المحافظة على الشيء محل العمل⁽⁴⁹⁾. وهذه الميزة التي يتصف بها عقد الاستصناع، في ان محله يتمثل في العين والمادة، دفع بعض باحثي الفقه الإسلامي وشرّاحه إلى تكليف عقد الاستصناع على انه عقد جديد مستقل⁽⁵⁰⁾، وان كان فيه “شبهاً بالإجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل، وشبهاً بالبيع من حيث ان المقصود منه العين المستصنع”⁽⁵¹⁾ فالاستصناع بحسب أنصار هذا الرأي عقد عقلائي يعمه إطلاق قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا أفوا بالعقود»⁽⁵²⁾، ولجوء الفقه إلى تكليفه إجارة تارة وبيعاً تارة أخرى إنما مرده الاستيحاش من عقد جديد يسمى عقد الاستصناع⁽⁵³⁾ وربّ معترض يقول ان الآية الكريمة المتقدمة قاصرة على العقود المتعارفة زمن نزولها، ولا يمتد نطاقها لتشمل العقود المستحدثة⁽⁵⁴⁾، ويرد الفقه هذه الشبهة بالقول: “إن أفوا بالعقود لا تختص بالعقود المتعارفة، والمعاملات المتداولة، بل تشمل كل عقد، لان الظاهر هو الكلام في العقود انها للعموم والشمول، لا لخصوص العقود المعهودة”⁽⁵⁵⁾ ثم ان العقود أفعال اعتيادية، الأصل فيها الإباحة، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: «وقد فصل لكم ما حرم عليكم»⁽⁵⁶⁾، فهي مباحة إن لم ينص على تحريمها⁽⁵⁷⁾، فما دل عليه التراضي ينظر إليه العرف والشرع على انه عقد، لقوله تعالى «إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»، سواء ان يكون التراضي بالقول أو بالفعل⁽⁵⁸⁾ ولا نرى ما يمنع من الناحية القانونية تبني هذا الرأي، بل نعتقد ان من الأولى ان يتمتع عقد الاستصناع باستقلالية تميزه عن باقي العقود؛ لأهمية هذا العقد من جهة، ولاضطراب الآراء التي قيلت في تكليفه القانوني من جانب آخر. فتكليف عقد الاستصناع على انه بيع يتنافى مع قصد طرفي العقد “فلو كان قصد المتعاقدين ان يلتزم المَقُول بتقديم شيء مصنوع إلى رب العمل، لجاز له ان يقدم لرب العمل شيئاً يكون قد صنعه قبل العقد، وهو إذا قدم الشيء المصنوع من قبل، وقبل رب العمل ذلك، فإن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على انه بيع، لا لشيء مستقبل، بل لشيء حاضر”⁽⁵⁹⁾ كما لا يمكن الأخذ بتكليف عقد الاستصناع مقاوله؛ لان عقد الاستصناع يرد على الملكية فينقلها، والقول بان المقاوله تنتقل ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل مع بقائها مقاوله يجعل للمقاوله طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقداً يرد على العمل”⁽⁶⁰⁾ وليس من السليم أيضاً اللجوء إلى قاعدة الفرع يتبع الأصل لتكليف عقد الاستصناع؛ ذلك ان الأساس الذي يرتكز عليه هذا التكليف غير محدد، حيث من الصعوبة تعيين العنصر الأساسي في العقد، ان كان العمل المتفق عليه أم المواد المستخدمة لانجازه⁽⁶¹⁾، كما ان الركون إلى هذه القاعدة يعجز عن معالجة المسائل التي تتعارض فيها احكام المقاوله مع احكام البيع، إذ يتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين، وهو ما يؤدي إلى التحكم في اغلب الأحيان⁽⁶²⁾ وفي ميدان الفقه القانوني لم نجد – على حد علمنا – من يتبنى فكرة استقلالية عقد الاستصناع، إلا رأي انفراد به دافيد في رسالته عن عقد الاستصناع، فهو يرى ان الاستصناع عقد مستقل غير مسمى⁽⁶³⁾ إلا إننا لمسنا من خلال رد جانب من الفقه على ما ذهب إليه دافيد، القبول بفكرة استقلالية عقد الاستصناع، “فلا مانع من القول بأنه هناك عقداً له مقومات تميزه عن غيره هو عقد الاستصناع، ولكن ذلك لا يعني انه عقد غير مسمى، فاسمه معروف وهو (عقد الاستصناع)، ولا يمنع ان يكون عقد الاستصناع هذا ليس إلا مزيجاً من البيع والمقاوله”⁽⁶⁴⁾ نخلص مما تقدم إلى ان الاستصناع هو عقد مستقل له مقوماته الخاصة التي تميزه عن باقي العقود؛ ذلك ان الآراء الفقيهية التي حاولت تكليف هذا العقد لم تستوعب جميع عناصره، فمن جهة لا يتفق البيع مع مضمون عقد الاستصناع الذي يرتب على الصانع التزاماً بصنع الشيء المطلوب، وهو التزام جوهرى لا يمكن إغفاله، ومن جهة أخرى لا يمكن تكليف عقد الاستصناع بأنه مقاوله، وإلا عدّت



المقاوله من العقود الناقلة للملكية، وهذا القول يجعل المقاوله والبيع من طبيعة واحدة، وهو ما لا تقره النصوص القانونية، والاعتراف به يقوض الأساس الذي تقوم عليه العقود المسماة.⁽⁶⁵⁾

الفرع الثاني

آثار ذاتية عقد الاستصناع

لما كان عقد الاستصناع عقداً مستقلاً - كما نعتقد - وأنه لا يخضع بالتبعية لأحكام عقد آخر؛ لعدم قابلية أي عقد ان يحيط بجميع عناصره، لذلك نرى من الضروري معالجة أحكامه في تنظيم خاص يجمع بين ثنياه عناصر عقدي البيع والمقاوله معاً، مع مراعاة النقاط الآتية:

أولاً- موقع عقد الاستصناع في القانون المدني:

حيث ان الصانع في عقد الاستصناع يتعهد بصنع شيء معين بمواد من عنده، فهذا يستوجب بالضرورة لتمام العقد ان ينقل ملكية العين المصنعة إلى المستصنع، وبالتالي فان الاستصناع عقد ناقل للملكية، فلا بد لذلك ان يحتل موقعه ضمن العقود المسماة الواردة على الملكية. لذلك نرى ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً بمعالجته عقد الاستصناع ضمن العقود الواردة على العمل، وبالتحديد ضمن عقد المقاوله؛ ذلك انه قد اغفل التزام الصانع بنقل الملكية الذي تطغى أهميته على الالتزامات الناشئة من تطبيق احكام المقاوله. ورغم كون عقد الاستصناع في الأصل عقد رضائي لا يشترط لانعقاده إتباع شكل مخصوص، إلا إننا نرى ضرورة مراعاة الشكلية التي يستوجبها القانون في حالة ورود عقد الاستصناع على عقار، إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 التي نصت على انه: « لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في جائرة التسجيل العقاري ».

كذلك نرى ان عقد الاستصناع الذي يرد على المكائن يخضع بالنسبة للشكلية لأحكام قانون كتاب العدول رقم 33 لسنة 1998 حيث قضت الفقرة الثانية من المادة 30 بأنه: « لا تنعقد التصرفات القانوني على الماكينة إلا بتسجيلها لدى دائرة الكاتب العدل المختصة ». وينسحب هذا الحكم باعتقادنا على عقد الاستصناع إذا ما ورد على صناعة السيارات، وذلك بناءً على ما تقرره الفقرة السابعة من القسم الخامس من قانون المرور رقم 86 لسنة 2004 « لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة التسجيل المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة 3 ثلاثة من هذا القسم إلا ما استثنى بقانون ».⁽⁶⁶⁾

ثانياً- آثار عقد الاستصناع:

ان تنظيم عقد الاستصناع بعده عقداً مستقلاً تنصهر في بوتقته احكام عقد البيع وعقد المقاوله، يترتب عليه الجمع بين آثار كل من العقدين معاً، فيلتزم الصانع باعتباره بائعاً بنقل الملكية، وتسليم المبيع، وضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية، ويلتزم باعتباره مقاولاً بانجاز العمل المتفق عليه، فضلاً عما تقرضه «طبيعة المقاوله ومبدأ حسن النية وقواعد قانون حماية المستهلك من التزامه بالنصيحة والاعلام والتزامه بسلامة رب العمل».⁽⁶⁷⁾ كما يلتزم المستصنع باعتباره مشترياً بدفع الثمن ومصروفات البيع وتسليم المشتري، وباعتباره رب عمل بتمكين الصانع من انجاز العمل. ولكن إعمال احكام عقدي البيع والمقاوله معاً يستدعي معالجة المسائل التي تتعارض فيها احكام العقدين، وكما يأتي:

1- يجوز لرب العمل ان يتحلل من عقد المقاوله ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على ان يعرض المقاول⁽⁶⁸⁾، أما البيع فهو ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة احد الطرفين المنفردة.⁽⁶⁹⁾ وعند الرجوع إلى فقهاء المسلمين نجد تبايناً في آرائهم، فمنهم من ذهب إلى ان عقد الاستصناع يمر بعدة مراحل فيكون عقداً جائزاً في بعضها، وعقداً لازماً في البعض الآخر، فعقد الاستصناع عقد غير



لازم بعد التعاقد وقبل الشروع بالصنع فيكون لكل من العاقدین الخيار بفسخ العقد⁽⁷⁰⁾، وكذلك يبقى الاستصناع محتفظاً بصفة الجواز وعدم اللزوم بعد تمام العمل وقبل رؤية المستصنع له⁽⁷¹⁾، أما بعد الرؤية فيثبت الخيار للمستصنع فقط، أما الصانع فلا يحق له الفسخ، وفي رواية لأبي حنيفة أن للصانع الخيار أيضاً⁽⁷²⁾ ويبدو أن هذا هو مذهب جمهور الأحناف؛ لأن الأصل في الاستصناع عندهم أنه غير جائز قياساً على بيع المعدوم، إلا أنهم جوزوه استحساناً، فبقي اللزوم على أصل القياس⁽⁷³⁾. أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى لزوم عقد الاستصناع لكلا العاقدین (الصانع والمستصنع) منذ بداية التعاقد وحتى نهايته، وهو رأي أبي يوسف صاحب أبي حنيفة⁽⁷⁴⁾، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية، حيث نصت المادة 392 منها على أنه «إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدین الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً». وعليه سار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بقراره المرقم 65(3/7) المشار إليه سابقاً. وصنعة المجلة بهذا الإطلاق يبرره أن واضعها قد لاحظوا التطوير العظيم للصناعة في ذلك الوقت، وتطور نطاق الاستصناع واتساع دائرته، فرأوا أن المصلحة الزمنية والاقتصادية والتعاقدية تقتضيه ولو لم يقل به جمهور فقهاء الأحناف السابقون⁽⁷⁵⁾. ولا يخرج الفقه الأمامي المعاصر عن الاتجاه الثاني كثيراً؛ ذلك أنه يدخل الاستصناع في صور مختلفة، يختلف مدى لزومه تبعاً لاختلافها، فقد ينطبق على عقد الاستصناع مفهوم البيع فيكون عقداً لازماً، وقد لا يكون بعنوان البيع ولكنه مصداق للعقد يوجب على الصانع والمستصنع الوفاء بالتزامات التي أنشأها هذا العقد، وقد لا يكون بين الصانع والمستصنع سوى مجرد مواعدة لا ترتب بحق أي منهما إلزاماً⁽⁷⁶⁾ والراجح في رأينا ما ذهب إليه الاتجاه الثاني من أن عقد الاستصناع هو عقد لازم من لحظة إبرامه وحتى انقضائه بالوفاء، وبالتالي لا يكون لأي من عاقدیه أن يفسخ العقد إلا برضا العاقد الآخر. ويدعم موقفنا هذا العديد من المبررات منها:

أ- أن ما يجري التعامل عليه عرفاً يحقق الصفة التعاقدية للاستصناع، وينبني على ذلك أن الاستصناع باعتباره عقداً يشمل قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، وعليه فلا يحق لأي من طرفي العقد التخلي عن التزاماته إلا برضا الطرف الآخر⁽⁷⁷⁾.

ب- أن منح الخيار للمستصنع يعطي له الشرعية في رفض المصنوع، مما قد يلحق بالصانع ضرراً جسيماً خاصة إذا أنتجت العين المصنوعة بأعداد كبيرة، أو أنها صنعت على نحو معين لا يقبله الآخرون⁽⁷⁸⁾.

ج- أن الاستصناع لو كان عقداً غير لازم لأدى ذلك إلى عزوف أرباب الصناعة عن تلبية حاجات الناس، وخاصة مع دخول الاستصناع مجالات كبيرة لا غنى عنها كصناعة سكك الحديد والجسور والمباني؛ وذلك لعلمهم بقدرة المستصنعين على التحلل من العقد وإن كان مطابقاً للمواصفات المطلوبة، وهذا العزوف ينعكس بدوره على القطاع الصناعي فيصيبه بالشلل⁽⁷⁹⁾.

2- للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولاً، أما في المقولة فلا امتياز للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها⁽⁸⁰⁾.

ومبنى امتياز المقاول أن عمله قد أوجد شيئاً جديداً في ذمة رب العمل، ترتب عليه زيادة في قيمة العقار⁽⁸¹⁾. ومن باب أولى أن يقرر هذا الحق للمستصنع، فهو قد أوجد الشيء المصنوع بأكمله في ذمة رب العمل، فيكون للصانع بلحاظ البيع أو المقولة حق امتياز على الشيء المصنوع، وسواء أكان عقاراً أم منقولاً.

3- في البيع لابد من الاتفاق على الثمن وإلا كان البيع باطلاً⁽⁸²⁾، أما في المقولة فإذا لم يحدد الأجر

لم تكن المقاول باطلة ووجب الرجوع في تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول⁽⁸²⁾، إذ تنص المادة 880 من القانون المدني العراقي على انه: « 1- إذا لم تحدد الأجرة سلفاً أو حددت على وجه تقريبي، وجب الرجوع في تحديدها إلى قيمة العمل ونفقات المقاول. 2- ويجب اعتبار ان هناك اتفاقاً ضمناً على وجوب الأجر إذا تبين من الظرف ان الشيء أو العمل الموصي به ما كان ليؤدي إلا لقاء اجر يقابله ». ونعتقد ان احكام المادة 880 هي الأولى بالتطبيق في حالة سكوت طرفي عقد الاستصناع عن تحديد الثمن أو عن تحديد أي أساس يقوم عليه تقديره؛ تحاشياً لبطلان العقد الذي قد يسبب للصانع ضرراً كبيراً، خاصة إذا كان المصنوع وفق مواصفات خاصة لا يرغب بها الآخرون، وتم إنتاجه بكميات كبيرة.

الخاتمة

انتهينا من خلال بحثنا الموسوم (التكييف القانوني لعقد الاستصناع) لعدة نتائج، خرجنا منها ببعض التوصيات نعرضها أمام المشرع العراقي الكريم.

أولاً- النتائج:

- 1- ان معنى الاستصناع كما أورده فقهاء الشريعة هو طلب صناعة شيء ما تكون مواده من عند الصانع، وهذا المعنى يماثل في فحواه معنى الاستصناع الذي أورده التشريعات المدنية والذي بمقتضاه يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً.
- 2- ان عقد الاستصناع جائز شرعاً، غير ان الفقهاء المسلمين اختلفوا في تخريجه، فمنهم من جوزه في باب السلم، ومنهم من جوزه استحساناً، وقيد آخرون جوازه بتعيين المصنوع تعييناً نافياً للجهالة والغرر.
- 3- ذهب غالبية فقهاء الشريعة والقانون إلى تبعية عقد الاستصناع، إلا أنهم اختلفوا في تكييفه، فتباينت آراؤهم بين تبعيته لعقد الاستصناع أو تبعيته لعقد المقاول، وانتهج قسم منهم منهجاً وسطاً فكيف الاستصناع على انه عقد مختلط من بيع ومقاول.
- 4- ان إلحاق عقد الاستصناع بعقد البيع أو عقد المقاول لا يكفي للإحاطة بكل الالتزامات التي تترتب على انعقاده، كذلك فان تكييفه على انه عقد مختلط من بيع ومقاول يعجز عن معالجة المسائل التي تتعارض فيها احكام البيع مع احكام المقاول، إذ يتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين مما يؤدي إلى التحكم في اغلب الأحيان.
- 5- ان عقد الاستصناع هو عقد مستقل له مقوماته الخاصة التي تميزه عن باقي العقود؛ ذلك ان الآراء الفقهية التي حاولت تكييف هذا العقد لم تستوعب جميع عناصره.
- 6- يعد عقد الاستصناع من العقود الناقلة للملكية، وهذا يحتم بالضرورة ان يحتل موقعه ضمن العقود المسماة الواردة على الملكية، كما انه من العقود الرضائية في الأصل، بيد ان الرضائية لا تكون كافية لانعقاده في الحالات التي يرد فيها هذا العقد على عقار، أو يكون موضوعه صناعة السيارات أو المكنائن.
- 7- ان عقد الاستصناع عقد لازم من لحظة إبرامه وحتى انقضائه بالوفاء، وبالتالي لا يكون لأي من عاقيه ان يتحلل من العقد إلا برضاء الطرف الآخر، وينسجم هذا الوصف مع ضرورة حماية ارباب الحرف والحيلولة دون عزوفهم عن تلبية حاجات الناس.
- 8- ان المشرع العراقي وان كان قد سمى عقد الاستصناع صراحة، إلا انه لم ينظمه بأحكام خاصة، بل عالجه ضمن العقود الواردة على العمل وبالتحديد ضمن عقد المقاول، وبهذا يكون قد اغفل التزام الصانع بنقل الملكية الذي تفوق أهميته الالتزامات الناشئة من تطبيق احكام المقاول.

ثانياً. التوصيات:

- 1- نوصي المشرع العراقي الكريم ان يعالج عقد الاستصناع بعده عقداً مستقلاً، وليس بوصفه صورة من صور عقد المقاولة، وينقله من موقعه في القانون المدني ضمن العقود الواردة على العمل، إلى العقود الواردة على الملكية.
- 2- نوصي المشرع العراقي ان ينظم عقد الاستصناع بأحكام خاصة تجمع بين احكام عقد البيع وأحكام عقد المقاولة، مع معالجة التناقض الذي قد ينجم عن إعمال احكام العقدين معاً.
- 3- نوصي المشرع العراقي ان يخضع عقد الاستصناع لذات الشكلية التي تستوجبها بض القوانين لصحة عقد البيع في الأحوال التي يقع فيها على العقارات أو السيارات أو المكائن، كقانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، وقانون كتاب العدول رقم 33 لسنة 1998، وقانون المرور رقم 86 لسنة 2004.

هوامش البحث

- 1- ينظر: لسان العرب، ابن منظور، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1999، ص419.
- 2- سورة هود، الآية: 37، 38.
- 3- سورة الأنبياء، الآية: 80.
- 4- د. كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار صالح للنشر والتوزيع، الدمام، السعودية، 1984، ص54.
- 5- د. محمد رأفت سعيد، عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2002، ص30.
- 6- قراءات فقهية معاصرة، آية الله السيد محمود الهاشمي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مركز أهل البيت للفقه والمعارف الإسلامية، قم المشرفة، 2011، ص249. وينظر بهذا المعنى كذلك: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص2.
- 7- دافيد فرانسكو، عقد الاستصناع، رسالة دكتوراه من باريس مطبوعة على الآلة الكاتبة، مكتب المعهد الفرنسي بالقاهرة. نقلاً عن د. كاسب عبد الكريم البدران، مصدر سابق، ص54.
- 8- ينظر كذلك: قانون المعاملات المدنية السوداني (المادة 379)، القانون المدني الجزائري (المادة 550)، قانون الالتزامات والعقود المغربي (المادة 766 بدلالة المادة 723)، القانون المدني اليمني (المادة 874)، القانون المدني السوري (المادة 613 بدلالة المادة 612)، القانون المدني التونسي (المادة 873 بدلالة المادة 828)، القانون المدني الليبي (المادة 646 بدلالة المادة 645)، القانون المدني الأردني (المادة 781 بدلالة المادة 780)، القانون المدني الإماراتي (المادة 873 بدلالة المادة 872)، القانون المدني الكويتي (المادة 662 بدلالة المادة 661)، قانون المعاملات المدنية العماني (المادة 627 بدلالة المادة 626)، القانون المدني القطري (المادة 683 بدلالة المادة 682)، القانون المدني البحريني (المادة 585 بدلالة المادة 584).
- 9- ينظر: المدونة الكبرى، الإمام مالك بن انس، رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ، ص18.

- 10- ينظر: الأم، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق د. رفعت فوزي عبد المطلب، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2001، ص 271.
- 11- ينظر: المغني، ابن قدامة المقدسي، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1997، ص 398.
- 12- الخلاف، الجزء الثالث، كتاب السلم، مسألة 33، طبعة جديدة، مطبعة مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرفة، 1411هـ، ص 215.
- 13- الشيخ عبد المحسن البقشي، الاستصناع، مقال منشور في مجلة الفقه، العدد السادس، 1428هـ، تاريخ الدخول 2016/4/25.
- <http://www.alfaqaha.net/home/art381.html>
- 14- ينظر: المبسوط، شمس الدين السرخسي، الجزء الثاني عشر، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1324هـ، ص 138. تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1405.
- 15- سورة الكهف: الآيات 93، 94، 95.
- 16- د. محمد سليمان الأشقر ود. ماجد أبو رحية ود. محمد عثمان شبير ود. عمر سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 227.
- 17- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، المجلد الأول، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2003، ص 422.
- 18- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، 1998، ص 1146.
- 19- المصدر نفسه، كتاب الجمعة، باب الخطبة على المنبر، ص 183.
- 20- ينظر: المدونة الكبرى، الإمام مالك بن انس، رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ، ص 18. وجاء فيها: “قلت) ما قول مالك في رجل استصنع طستاً أو توراً أو قمقماً أو قلنسوة أو خفين أو لبداً أو استنحت سرجاً أو قارورة أو قدحاً أو شيئاً مما يعمل الناس في أسواقهم من أنياتهم أو امتعاتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصنّاع... (قال) أرى في هذا انه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلاً بعيداً وجعل ذلك مضموناً على الذي يعمل بصفة معلومة وليس من شيء بعينه يريه يعمل منه ولم يشترط ان يعمل رجل بعينه وقدم رأس المال أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين ولم يضرب لرأس المال أجلاً فهذا السلف جائز وهو لازم للذي عليه يأتي به إذا احل الأجل على صفة ما وصفاً”.
- 21- ينظر: الأم، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق د. رفعت فوزي عبد المطلب، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2001، ص 271، والتي جاء فيها: “ولا بأس ان يسلفه في طست أو تور من نحاس احمر، أو ابيض أو شبه، أو رصاص، أو حديد، ويشترطه بسعة معروفة، ويصفه بالثخانة، أو الرقة، ويضرب له أجلاً كهو في الثياب، وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة والشرط لزمه، ولم يكن له رده”.

- 22- ينظر: المغني، ابن قدامة المقدسي، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1997، ص 398. وجاء فيها: "أن اسلم في الأواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها، كالاسطال القائمة الحيطان والطسوت، جاز، ويضبطها بذلك كله".
- 23- ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، الشيخ حسن الجواهري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة دار الذخائر، بيروت، 1419، ص 367. وجاء فيه: "وأن كان هذا الكلي عبارة عن صنع شيء معين إلى أجل معين فهو بيع الاستصناع الذي هو قسم من السلم". وينظر كذلك: قراءات فقهية معاصرة، مصدر سابق، ص 268.
- 24- المبسوط، شمس الدين السرخسي، مصدر سابق، الجزء الخامس عشر، ص 84. وجاء فيه: "اعلم بان البيوع أنواع أربعة بيع عين بثمن وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل والعين هو الصبغ بيع فيه وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع فالمستصنع فيه مبيع عين".
- 25- جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، الشيخ محمد حسن النجفي، الجزء الرابع والعشرون، الطبعة السابعة، دار احياء التراث العربي، لبنان، 1981، ص 289. وينظر ايضاً الفقه على المذاهب الاربعية، عبد الرحمن الجزيري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 274.
- 26- كلمات سديدة في مسائل جديدة، محمد المؤمن القمي، الطبعة الاولى، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، المشرفة، 1415هـ، ص 209.
- 27- المصدر نفسه، ص 226.
- 28- قراءات فقهية معاصرة، السيد محمود الهاشمي، مصدر سابق، ص 261.
- 29- ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المجلد الاول، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، مطبعة نهضة مصر، مصر، 2011، ص 24.
- 30- أستاذنا د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني (انعقاد العقد)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2013.
- 31- قرار رقم 157 في 25 أيار 1995. منشور على موقع منتدى المحامين العرب، تاريخ الدخول 2016/4/8.
- <http://www.mohamoon-montada.com/default.aspx?Action=Display&ID=17212&Type=3>
- 32- شرح فتح القدير، الشيخ كمال الدين بن الهمام الحنفي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316هـ، ص 356.
- 33- د. كاسب عبد الكريم البدران، مصدر سابق، ص 131.
- 34- د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، الجزء السابع، ص 24.
- 35- د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام المقاول في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 25. نقلاً عن توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاول على ضوء احكام القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة الحاج لخضر، 2010.
- 36- قرار رقم 7472 في 2015/9/2. منشور على موقع دار القضاء العالي محكمة النقض المصرية. تاريخ الدخول 2016/4/8.

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.asp
X.

- 37- د. سليمان مرقس، عقد البيع، مكتبة النهضة، بغداد، 1968، ص 32.
 - 38- د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، الجزء السابع، المجلد الأول، ص 26.
 - 39- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، (د.ت.)، ص 371.
 - 40- المصدر نفسه.
 - 41- استاذنا د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 89.
 - 42- ينظر: د. علاء حسين علي، عقد بيع المباني على الإنشاء، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، 2011، ص 61. د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد 49، 2012، ص 239.
 - 43- بحوث في الفقه المعاصر، مصدر سابق، الجزء الأول، ص 341.
 - 44- الميسوط للسرخسي، مصدر سابق، الجزء الخامس عشر، ص 84.
 - 45- المصدر نفسه، الجزء الثاني عشر، ص 139.
 - 46- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، الشيخ فخر الدين الزيلعي الحنفي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1314 هـ، ص 124.
 - 47- موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي، تاريخ الدخول: 2016/4/29.
- <http://www.iifa-aifi.org/1852.html>
- 48- ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، الجزء السابع، ص 69. حيث جاء فيها: “إذا قدم الماقل مادة العمل كلها أو بعضها وكان للمادة قيمة محسوسة، فإن العقد يكون مزيجاً من بيع ومقاولة، سواء كانت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل أو أقل، ويقع البيع على المادة وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامه عليه.”
 - 49- ينظر: استاذنا د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، الطبعة الأولى، دار السنهوري، لبنان، 2016، ص 123. حيث جاء فيها: “أن الماقل باعتباره بائعاً، أنجز العمل أو لم ينجزه، هو من يتحمل تبعه هلاك المادة التي قدمها ... كذلك يتحمل الماقل باعتباره مقاولاً، تبعه العقد، لأن هلاك المادة التي قدمها، أدى إلى استحالة انجاز العمل.”
 - 50- د. محمد سليمان الأشقر وآخرون، مصدر سابق، ص 227.
 - 51- د. علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع بين الإتياع والاستقلال، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد الحادي عشر، 1993، ص 381.
 - 52- سورة الإسراء: الآية 34.
 - 53- الشيخ عبد المحسن البقشي، مصدر سابق.
 - 54- كلمات سديدة في مسائل جديدة للقمي، مصدر سابق، ص 220.
 - 55- فقه الامام جعفر الصادق عرض واستدلال، الشيخ محمد جواد مغنية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مؤسسة انصريان للطباعة والنشر، قم المشرفة، 1421 هـ، ص 14.
 - 56- سورة الانعام: الآية 119.
 - 57- د. كاسب عبد الكريم البدران، مصدر سابق، ص 29.

- 58- فقه الامام جعفر الصادق عرض واستدلال، مصدر سابق، ص 11.
- 59- أستاذنا د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 88.
- 60- د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 24.
- 61- د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص 25.
- 62- د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص 52.
- 63- دافيد فرانسكو، مصدر سابق.
- 64- د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 24. أستاذنا د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 91.
- 65- د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص 56.
- 66- تنص الفقرة الثالثة المشار إليها بأنه: « عند انتقال ملكية المركبة إلى شخص آخر بإحدى أسباب التملك فعلى المالك السابق والمالك الجديد أو من ينوب عنهما قانوناً الحضور امام ضابط التسجيل والاعتراف بنقل الملكية وعلى ضابط التسجيل ان يوثق نقل الملكية في حاسبة التسجيل بعد دفع الرسم المقرر من كلا الطرفين ».
- 67- أستاذنا د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاول، مصدر سابق، ص 103.
- 68- وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 885 من القانون المدني العراقي بقولها: « لرب العمل ان يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على ان يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه أو انه أتم العمل ». وأكدت محكمة التمييز بقرارها المرقم 236/م 975/1 بتاريخ 1975/8/6 والذي جاء فيه: « لرب العمل ان يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه شريطة ان يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل ». أشار إليه المصدر نفسه، ص 454.
- 69- د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 23.
- 70- يتضح هذا الاتجاه من كلمات الكاساني حيث قال: « واما صفة الاستصناع فهي انه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل ». ينظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ص 87.
- 71- المصدر نفسه.
- 72- شرح فتح القدير، مصدر سابق، ص 356.
- 73- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ص 87.
- 74- ينظر: شرح فتح القدير، مصدر سابق، ص 356. وقد حضي هذا الرأي بتأييد الفقه الحنفي المعاصر. ينظر على سبيل المثال: د. علي محي الدين القرة داغي، مصدر سابق، ص 393. د. محمد سليمان الأشقر وآخرون، مصدر سابق، ص 236. د. مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 1420هـ، ص 25. د. ناصر احمد النشوي، عقد الاستصناع التكيف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به (دراسة فقهية تأصيلية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 482.
- 75- د. مصطفى الزرقا، المصدر نفسه.
- 76- كلمات سديدة في مسائل جديدة، مصدر سابق، ص 204.
- 77- المصدر نفسه، ص 227.
- 78- قراءات فقهية معاصرة، مصدر سابق، ص 251.

- 79- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مصدر سابق، ص 236.
 - 80- د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 24. وينظر: المواد 1376، 1378، 1379 من القانون المدني العراقي.
 - 81- أستاذنا د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، مصدر سابق، ص 386.
 - 82- ينظر المواد: 526، 527 من القانون المدني العراقي.
 - 83- د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق ص 24.
- مصادر البحث**
- القرآن الكريم**
- أولاً- الكتب:**
- 1- الشيخ ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1997.
 - 2- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، (د.ت.).
 - 3- الشيخ حسن الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة دار الذخائر، بيروت، 1419.
 - 4- د. سليمان مرقس، عقد البيع، مكتبة النهضة، بغداد، 1968.
 - 5- الشيخ شمس الدين السرخسي، المبسوط، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1324هـ.
 - 6- صحيح البخاري، كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، 1998.
 - 7- د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني (انعقاد العقد)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2013.
 - 8- د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، الطبعة الأولى، دار السنهوري، لبنان، 2016.
 - 9- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
 - 10- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المجلد الاول، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، مطبعة نهضة مصر، مصر، 2011.
 - 11- د. عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار صالح للنشر والتوزيع، الدمام، السعودية، 1984.
 - 12- الشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.
 - 13- الشيخ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1405.
 - 14- د. علاء حسين علي، عقد بيع المباني على الإنشاء، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، 2011.
 - 15- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، المجلد الأول، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2003.
 - 16- الشيخ فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1314 هـ.

- 17- الشيخ كمال الدين بن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316هـ.
- 18- الإمام مالك بن انس، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ.
- 19- الشيخ محمد المؤمن القمي، كلمات سديدة في مسائل جديدة، الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الاسلامي، قم المشرفة، 1415هـ.
- 20- الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق د. رفعت فوزي عبد المطلب، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2001.
- 21- الشيخ محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق عرض واستدلال، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مؤسسة انصريان للطباعة والنشر، قم المشرفة، 1421هـ.
- 22- الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، الجزء لرابع والعشرون، الطبعة السابعة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1981.
- 23- د. محمد رأفت سعيد، عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2002.
- 24- د. محمد سليمان الأشقر ود. ماجد أبو رخية ود. محمد عثمان شبير ود. عمر سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
- 25- د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام المقاوله في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 26- الشيخ محمد ن الحسن الطوسي (قد)، الخلاف، الجزء الثالث، كتاب السلم، مسألة 33، طبعة جديدة، مطبعة مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرفة، 1411هـ.
- 27- السيد محمود الهاشمي، قراءات فقهية معاصرة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مركز أهل البيت للغة والمعارف الإسلامية، قم المشرفة، 2011.
- 28- د. مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 1420هـ.
- 29- د. ناصر احمد النشوي، عقد الاستصناع التكليف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به (دراسة فقهية تأصيلية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- ثانياً- الرسائل والبحوث والمقالات:
- 1- توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاوله على ضوء احكام القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر، 2010.
- 2- دافيد فرانسكوا، عقد الاستصناع، رسالة دكتوراه من باريس مطبوعة على الآلة الكاتبة، مكتبة المعهد الفرنسي بالقاهرة، 1937.
- 3- د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والأربعون، 2012.
- 4- الشيخ عبد المحسن البقشي، الاستصناع، مقال منشور في مجلة الفقه، العدد السادس، 1428هـ، تاريخ الدخول 2016/4/25.

-
- 5-د. علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع بين الإلتباع والاستقلال، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد الحادي عشر، 1993.
- ثالثاً- المواقع الالكترونية:
- 1- موقع مجلة الفقه : www.alfaqaha.net.
 - 2- موقع منتدى المحامين العرب : www.mohamoon-montada.com.
 - 3- موقع محكمة النقض المصرية : www.cc.gov.eg.
 - 4- موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي : www.iifa-aifi.org.
-

Hussein Najaf Bakhor
l.hussein.najaf@gmail.com

Abstract:

Although the role played by Istisna'a contract in the field of industry, however, it did not find the attention of the laws. So its conditioning came different from its own nature, it is a contract in which the maker undertakers to do the work and provide material together. Therefore we tried in this research to review the jurisprudence opinions that addressed this issue to reach the exact conditioning of this contract.