إشكالية تكييف عقد الاستصناع

في القانون المدني العراقي

(دراسة مقارنة)

Problematic of adaptation the Al-Istisnaa contract in Iraqi civil law

(Acomparative study)

م. م اياد كاظم سعدون

Ayad Kadhim Saadoon

الجامعة التقنية الجنوبية / المعهد التقني – ناصرية

الكلمات المفتاحية (التكييف، الأستصناع، عقود)

(Contracts، AI-istisnaa،The adaptation)

Email- ayadsaadun@stu.edu.iq

الملخص

من المواضيع التي لها صلة في المجال الصناعي والتجاري و بالخصوص بعد التوسع الكبير الحاصل بهما هو موضوع عقد الاستصناع، حيث اتسعت دائرة نشاطهما وأصبحت أكثر المشاريع تقوم على فكرة العمل وتجهيز متطلبات ذلك العمل وتسليمه بشكل كامل، وبالتالي اختلطت فكرة تكييف هذا العقد ما بين كونه عقد عمل أو عقد مقاولة، كما وقد يترتب على العقد انتقال لملكية الشيء المصنوع وقد يكون الانتقال يحتاج الى شكلية معينة حينها هل ينتقل هذا العقد الى خانة العقود الناقلة للملكية كعقد البيع، كما وان المشرع لم يفرد نصوص خاصة بعقد الاستصناع كما هو الحال في عقد البيع و الايجار و المقاولة الأمر الذي شكل صعوبة في تكييف هذا العقد، وكذلك الحال عند الفقهاء المسلمين اختلفوا ايضاً في تكييفه بين عقد البيع أو الإجارة أو اعتباره عقد مركب، ولكي يتمكن هذا العقد من القيام بدوره في تنظيم العلاقات الناشئة عنه بشكل قانوني واضح لابد من بيان آراء فقهاء القانون والشرع بخصوصه.

الكلمات المفتاحية (التكييف، الاستصناع، عقود)

Abstract

One of the topics that are relevant in the industrial and commercial fields،especially after the great expansion that took place in them،is the subject of the istisna`a contract، as the scope of their activities expanded and became more projects basedon the idea of work، preparing the requirements of that work and delivering it completely، and thus the idea of adapting this contract mixed between being a contract a work or a contracting contract، as the contractmay entail a transfer of ownership of the manufactured thing، and the transfer may need a certain formality at the time. Renting and contracting the matter that made it difficult to adapt this contract، and the same is true of Muslim judges who also differed in its adaptation between the sale or lease contract or considering it a complex contract، and in order for this contract to play its role in regulating the relationships arising from it in clear legal way، it is necessary to state the opinion of jurists the law and law regarding it.

Kay words: (The adaptation، Al-istisnaa،Contracts)

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الأنبياء والمرسلين أبي القاسم محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين. وبعد

نبتدئ بحثنا المتواضع والموسوم (إشكالية تكييف عقد الاستصناع في القانون المدني العراقي) بمقدمة تتمثل بالفقرات التالية:

أولاً- أهمية موضوع البحث وسبب اختياره:

يتمتع عقد الاستصناع في ميدان الصناعة بأهمية كبيرة خاصة مع شراسة المنافسة بين الشركات التجارية وما يترتب على هذه المنافسة من سعي تلك الشركات إلى تضمين سلعها مواصفات لا تتمتع بها سلع الشركات الأخرى مما يتطلب بطبيعة الحال ان يتم إنتاج تلك السلع بطريق التوصية بين الشركات التجارية والمصانع التي تنتجها.

ومع هذا الدور الذي يلعبه الاستصناع في ميدان الصناعة فانه مع ذلك لم يلقَ اهتماماً من لدن الغرب، فلم يصل المشرع الغربي إلى تقنين عقد الاستصناع إلا في وقت قريب جداً، اذ نجد من النظم الوضعية ما لم تتناول هذا الموضوع ولم تعطِ له أية أهمية بالتنظيم كما في فرنسا وغيرها.

فعقد الاستصناع وتزامناً مع التطور الإنساني السريع والنمو الحضاري واتساع النهضة الصناعية بات من الموضوعات الهامة التي يجب الالتفات إليها وتكييفها تكييفاً دقيقاً حتى يؤدي دوره كتنظيم قانوني يحكم العلاقات التي تنشأ بين القطاعين التجاري والصناعي والتي تتصف بالتوصية الشرائية. ولهذه الأسباب، ولغياب التنظيم القانوني الدقيق لعقد الاستصناع في النظام القانوني العراقي اخترنا البحث في هذا العقد لتوضيح تكييفه القانوني.

ثانيا- مشكلة البحث:

ان مشكلة البحث تتمثل في الإجابة عن السؤال الآتي: ما هو التكييف القانوني لعقد الاستصناع ؟ ويتفرع عن هذا السؤال الأسئلة الفرعية التالية:

- ما هو الاستصناع ؟
- هل ان الاستصناع مواعدة أم عقد ؟
- ما هو التكييف الشرعي لعقد الاستصناع ؟

ثالثا- أهداف البحث:

نهدف من خلال هذا البحث إلى تسليط الضوء على تكييف عقد الاستصناع من خلال الوقوف عند آراء فقهاء الشريعة والقانون التي قيلت في تكييفه، ودعوة المشرع العراقي إلى معالجة عقد الاستصناع في تنظيم قانوني خاص يكفل حماية حقوق طرفي العقد، ويوفر الضمانات الكفيلة بتنفيذ الالتزامات التي تترتب على عاتق أي منهما.

رابعا- صعوبات البحث:

برزت أثناء كتابة البحث بعض الصعوبات منها انعدام القرارات القضائية المتعلقة بعقد الاستصناع مما استلزم بالتالي الاكتفاء بتسليط الضوء على الآراء الفقهية والنصوص القانونية ومحاولة تحليلها وتفسيرها.

خامسا- منهجية البحث:

سوف نتبع في كتابة بحثنا هذا المنهج المقارن والتأصيلي، إذ سوف نعتمد على المنهج التأصيلي في استقراء آراء الفقهاء المسلمين وآراء فقهاء القانون، مع بيان موقف القانون المدني العراقي وبعض التشريعات المدنية الأخرى بالمنهج مقارن.

سادسا- هيكلية البحث:

سيشمل البحث حسب الخطة الموضوعة له بمبحثين: نتطرق في المبحث الأول إلى ماهية عقد الاستصناع في مطلبين، المطلب الأول نحاول فيه تعريف عقد الاستصناع من خلال بيان تعريفه في الاصطلاح اللغوي والشرعي والقانوني، وفي المطلب الثاني سوف نستعرض أهم خصائص عقد الاستصناع وفي مقدمتها نقله للملكية. أما المبحث الثاني فسنتناول فيه تكييف عقد الاستصناع في مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى تكييف عقد الاستصناع وفق المنظور الشرعي، وفي المطلب الثاني نناقش عقد الاستصناع وفق المنظور القانوني. وأخيراً سنستعرض في خاتمة البحث أهم النتائج التي توصلنا إليها من هذا البحث، والتوصيات التي خرجنا بها ونرى ضرورة تبنيها.

المبحث الأول

ماهية الاستصناع

نخصص هذا المبحث لدراسة ماهية عقد الاستصناع من خلال تعريفه لغة واصطلاحاً، والذي سيقودنا إلى استنباط أهم خصائصه.

المطلب الأول: تعريف الاستصناع

لغرض تحديد معنى الاستصناع لابد من توضيح مقاصده اللغوية، فضلاً عن معناه في اصطلاح الفقه الإسلامي والاصطلاح القانوني.

أولاً- تعريف الاستصناع في الاصطلاح اللغوي:

الاستصناع لغة مصدر (استصنع) وهو على وزن صيغة استفعل التي تدل على الطلب والسؤال فضلاً عن معانٍ أخرى، نقول: " استصنع الشيء: طلب منه ان يصنعه له"[١] ويقال: اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً ان يصنع له خاتماً [٢].

وقد وردت الصناعة في القرآن الكريم في موارد عدة، منها قوله تعالى مخاطباً نبيه نوحاً عليه السلام: (وَاصْنَعِ الْفُلْكَ بِأَعْيُنِنَا وَوَحْيِنَا وَلَا تُخَاطِبْنِي فِي الَّذِينَ ظَلَمُوا إِنَّهُمْ مُغْرَقُونَ وَيَصْنَعُ الْفُلْكَ وَكُلَّمَا مَرَّ عَلَيْهِ مَلَأٌ مِنْ قَوْمِهِ

(١) لويس معلوف، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، الطبعة التاسعة عشرة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، (د.ت.)، ص٤٣٧.
(٢) ابن منظور، لسان العرب، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٩، ص٤١٩.

سَخِرُوا مِنْهُ)[١] وقال جل وعلا في ذكر داود عليه السلام: (وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِتُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ).[٢]

والواضح من التعريف اللغوي ان الاستصناع هو ان يطلب من صانع ان يعمل له شيئاً ما ويصنعه مما هو من حرفته وصناعته[٣]، فإذا أضفنا إلى ذلك ما يجعل هذا الطلب محققاً لغاية الطرفين بان يتفق الطرفان على تحديد مواصفات المصنوع والثمن الذي سيدفعه الطالب فهذه صورة عقد الاستصناع.[٤]

ثانياً- تعريف الاستصناع في اصطلاح الفقه الإسلامي:

أورد فقهاء الأحناف في بيان معنى الاستصناع تعاريف متقاربة، حيث قال السمرقندي: " هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"[٥].

وقال الكاساني: "... الاستصناع طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً"، وقال أيضاً: " أما صورة الاستصناع: فهي ان يقول إنسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما: اعمل لي خفاً، أو آنية من أديم، أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم".[٦]

وجاء في مرشد الحيران ان المقصود بعقد الاستصناع "هو طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع" [٧]، أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت الاستصناع في المادة ١٢٤ بأنه: "عقد مقاولة مع أهل الصنعة على ان يعملوا شيئاً فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع"، ومن المعاصرين عرفه أبو سنة " ان يطلب من الصانع عمل شيء مادته من عنده على وجه خاص" [٨].

وفي رحاب الفقه الأمامي، عرفه السيد الهاشمي بأنه: " اتفاق مع أرباب الصنائع على عمل شيء معين للمستصنع كالثوب والسرير والباب ونحوها، ويكون العين والعمل كلاهما على الصانع، فإذا كانت العين من المستصنع كان إجارة، وان كان ما يريده المستصنع جاهزاً بالفعل يأخذه منه كان بيعاً وشراءً ".[٩]

وعرفه القمي:" المقصود بعقد الاستصناع هو ان يجيء طالب إلى صاحب صنعة ويستملك منه عدداً مما يصنعه فيقع العقد بينهما على ان يصنع له العدد المتوافق عليه بثمن ".[١٠]

---

(١) سورة هود، الاية ٣٧و٣٨
(٢) سورة الانبياء، الاية ٨٠
(٣) د.كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي مصدر سابق، ص ٥٤.
(٤) د.محمد رأفت سعيد، عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة،الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٢، ص٣٠
(٥) تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي (المتوفى سنة ٥٣٩هـ)، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٤٠٥، ص٣٦٢.
(٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني (المتوفى سنة٥٨٧)، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢، ص٨٤.
(٧) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا (١٢٣٧-١٣٠٦هـ)، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ١٨٩١: ص٧٤.
(٨) د. احمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الازهر، ١٩٤٧م، ص١٣١.
(٩) قراءات فقهية معاصرة، آية الله السيد محمود الهاشمي (ولد سنة ١٣٦٧هـ)، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مركز أهل البيت للفقه والمعارف الإسلامية، قم المشرفة، ٢٠١١، ص٢٤٩.
(١٠) كلمات سديدة في مسائل جديدة، الشيخ محمد المؤمن القمي، (ولد سنة ١٣٥٦هـ)، الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرفة، ١٤١٥هـ، ص١٩٩.

يتضح مما سبق ان ما أورده فقهاء الشريعة في بيان معنى الاستصناع من تعاريف تكاد تجمع على ان الاستصناع هو طلب صناعة شيء ما، تكون مواده من عند الصانع، لقاء ثمن معين.

ثالثاً- تعريف الاستصناع في الاصطلاح القانوني:

تنص المادة ٦٤٦ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على ان: "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئاً أو ان يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر"وتنص المادة ٦٤٧ منه على انه: " ١- يجوز ان يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على ان يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. ٢- كما يجوز ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ".

ان الصورة التي رسمها المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة ٦٤٧ والتي أجاز فيها للمقاول تقديم العمل والمادة معاً تنطبق على عقد الاستصناع في مدلوله الفقهي، فحتى وان لم يرد الاستصناع باسمه فان تعريفه الفقهي يتوافق مع ما جاء في هذا القانون.

أما قانون الموجبات اللبناني لسنة ١٩٣٢ فقد نصت المادة ٦٢٤ منه على ما يأتي: "... وعقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل...". كما نصت المادة ٦٥٨ 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. على انه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلا فرعا، كان هناك بيع لا إستصناع ".

ويلاحظ من نص المادتين أعلاه ان المشرع اللبناني قد ساوى بين المقاولة والإستصناع، في حين سارت غالبية القوانين العربية على اعتبار الاستصناع ضرباً من ضروب المقاولة، هذا من جانب. ومن جانب آخر اعتبر المشرع اللبناني ان عقد الاستصناع الذي تشكل المادة التي يقدمها الصانع فيه الموضوع الأساسي مصداقاً من مصاديق عقد البيع، سعياً منه لحل الصعوبات الناشئة عن تعهد الصانع بتقديم المواد والعمل معاً.[١]

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ فقد نص في المادة ٨٦٤ على أنّ: " المقاولة عقد به يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به الطرف الآخر". كما نصت المادة ٨٦٥ على انه: " ١- يجوز ان يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على ان يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول أو يستعين بها في القيام بعمله، ويكون المقاول أجيراً مشتركاً.٢- كما يجوز ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ويكون استصناعاً ".

يظهر من نص الفقرة الثانية من المادة ٨٦٥ ان القانون المدني العراقي قد تميز عن باقي القوانين العربية بان أفرد عقد الاستصناع بالذكر، وذلك يعود إلى تأثره بمجلة الأحكام العدلية، وهذا ما دفع بعض الباحثين [٢] إلى اعتبار عقد الاستصناع من العقود المسماة في القانون المدني العراقي.

المطلب الثاني: خصائص عقد الاستصناع

---

(١) موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، الجزء السابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧: ص١٦٣.

(٢) د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني دراسة مقارنة (بحث)، مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والأربعون، ٢٠١٢: ص٢٣٩.

بعد ان وقفنا عند معنى الاستصناع يتضح لنا ان من أهم خصائصه هو نقله للملكية بمقابل عوض، كما انه عقد رضائي من حيث الأصل وملزم للجانبين، وسنبين فيما يأتي خصائص عقد الاستصناع تباعاً.

أولاً- عقد الاستصناع من العقود التي ترد على الملكية:

العقود التي ترد على الملكية هي العقود التي يلتزم فيها احد طرفي العقد بنقل ملكية شيء معين إلى الطرف الآخر[١]. وحيث 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 عقد الاستصناع عقد ناقل للملكية.

ويلاحظ ان القانون المدني العراقي عالج عقد الاستصناع ضمن العقود التي ترد على العمل، وهذا يعني ان المشرع العراقي لم يراعِ ما يترتب على عقد الاستصناع من نقل للملكية.

وعقد الاستصناع ناقل للملكية بمقابل عوض وهو شبيه بالبيع في هذه الخصيصة، لذلك ذهب البعض - كما سيأتي تفصيله لاحقاً - إلى عدّ الاستصناع نوعاً من أنواع البيوع، والحقيقة ان عقد الاستصناع يتميز عن البيع من حيث ان البيع يقع على الملكية، في حين ان عقد الاستصناع يرد على الملكية والعمل في آن واحد، فالصانع الذي يمتلك أرضاً يتعهد ببنائها بمواد من عنده فإنما يبرم عقد إستصناع يلتزم فيه بالعمل الذي يستوجبه بناء المنزل فضلاً عن التزامه بنقل ملكية ما تؤل إليه الأرض بعد بنائها، أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك فانه يبرم عقد بيع يلتزم بموجبه بنقل ملكية المبيع.

وان كان رأينا هذا قد جاء مخالفاً لما يذهب إليه غالبية الفقه من ان عقد إنشاء المباني يعد بيعاً متى ما قدم المتعهد بالبناء المادة والأرض من عنده، إلا ان ما ذهبنا إليه له ما يبرره، فاعتبار مثل هذا العقد بيعاً يبتعد عن طبيعة هذا العقد ويغفل عنصراً أساسياً في تكوينه ألا وهو العمل، مما حدا المشرع الفرنسي إلى إصدار قانون ٣ يناير ١٩٦٧ الذي انشأ بموجبه عقداً جديداً له أحكامه الخاصة التي خرج فيها المشرع الفرنسي عن أحكام القواعد العامة كما مزج بين أحكام عقد البيع وأحكام عقد المقاولة[٢]، وقد اعتنق هذا المذهب جانب من الفقه المعاصر[٣]، وطالما ان عقد إقامة المباني بمثل هذه الصورة لا يعد مقاولة محضة ولا بيعاً محضاً، فلا جرم انه يعد ضرباً من ضروب الاستصناع.

ثانياً- عقد الاستصناع من العقود الرضائية:

العقد الرضائي: هو ما ينعقد بمجرد التراضي لحظة اقتران القبول بالإيجاب، فلا يشترط في انعقاده إتباع شكل مخصوص يحدده القانون.[٤]

وعقد الاستصناع عقد رضائي من حيث الأصل، إذ يكون عقداً تاماً بمجرد تراضي الصانع والمستصنع على مواصفات العين المصنوعة والثمن.

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، مطبعة نهضة مصر، مصر، ٢٠١١ م، ص١٥.

(٢) د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، الجزء الاول، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨، ص٥٥

(٣) ينظر د. علاء حسين علي، عقد بيع المباني على الإنشاء، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١١، ص٦١. وينظر أيضاً د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، مصدرسابق، ص٢٣٩.

(٤) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، الجزء الأول، المجلد الأول، ص١٥٠.و ينظر د.ضرغام فاضل حسين العلي،التأصيل القانوني لمركز مدير الشركة المفوض(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة،المجلد١، العدد١، سنة ٢٠٢٠، ص١٥١.

غير ان الرضائية غير كافية لوحدها لانعقاد عقد الاستصناع في الحالات التي يستوجب القانون فيها إتباع شكل معين. فعقد الاستصناع ينقلب عقداً شكلياً إذا ورد على عقار، ودليلنا على ذلك ان القانون المدني العراقي قد نص في المادة ٥٠٨ منه على ان " بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون"، كما انه نص في المادة ٦٠٢ على انه " إذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة ان تسجل في الدائرة المختصة ".

وكلاً من البيع والهبة عقود ترد على الملكية، واشتراط القانون تسجيلهما في دائرة التسجيل العقاري في حالة ورودهما على عقار يبرر لنا استقراءً ان نضع قاعدة عامة مفادها ان جميع العقود الناقلة للملكية والتي ترد على عقار هي عقود شكلية، وحيث إننا انتهينا إلى ان عقد الاستصناع يمكن ان يرد على عقار وبما ان الاستصناع

من العقود الناقلة للملكية، لذلك فان عقد الاستصناع - حسب رأينا - يخضع لذات الشكلية التي استوجبها القانون لانعقاد البيع والهبة في حالة وروده على عقار، على اعتبار إن الشكلية ركن في هذا العقد و ليس للإثبات[١]

كذلك نرى ان عقد الاستصناع الذي يرد على المكائن والسيارات يخضع بالنسبة للشكلية لأحكام قانون كتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨ حيث قضت الفقرة الثانية من المادة ٣٠ بأنه: " لا تنعقد التصرفات القانونية على الماكنة إلا بتسجيلها لدى دائرة الكاتب العدل المختصة"، وينسحب اعتقادنا بشكلية عقد إستصناع إذا ما ورد على صناعة السيارات؛ وذلك بناءً على ما تقرره الفقرة السابعة من القسم الخامس من قانون المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ " لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة التسجيل المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة ٣ ثلاثة من هذا القسم إلا ما استثنى بقانون"، والفقرة الثالثة المشار إليها نصت بأنه: "عند انتقال ملكية المركبة إلى شخص آخر بأحد أسباب التملك فعلى المالك السابق والمالك الجديد أو من ينوب عنهما قانونا الحضور أمام ضابط التسجيل والاعتراف بنقل الملكية وعلى ضابط التسجيل ان يوثق نقل الملكية في حاسبة التسجيل بعد دفع الرسم المقرر من كلا الطرفين" .

ثالثاً- عقد الاستصناع من عقود المعاوضة:

يطلق وصف المعاوضة على " العقد الذي يأخذ فيه كل من العاقدين مقابلاً لما يعطي ويعطي مقابلاً لما يأخذ " ولابد ان يكون العوض الذي يأخذه المتعاقد أو يعطيه ذا قيمة مالية تدخل ذمته المالية أو تخرج منها بحيث تزيدها عنصراً أو تنقصها منه [٢].

والاستصناع يعد عقد معاوضة بالنسبة لكل من الصانع والمستصنع، فالصانع يعطي العين المصنوعة في مقابل اخذ الثمن، والمستصنع يدفع الثمن في مقابل اخذ العين المصنوعة.

وينبني على ان الاستصناع من عقود المعاوضة انه يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، لذا يقتضي لصحته ان تتوافر في طرفيه أهلية الأداء والتي تعرف بأنها: " صلاحية الإنسان لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به القانون ويحميه"[٣]، وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من القانون المدني العراقي على ان " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ".

(١) تعليق على قرار محكمة التمييز بشأن الشكلية في عقد المساطحة دراسة مقارنة، وداد وهيب لهمود، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة،المجلد١، العدد١٢، سنة النشر ٢٠٢٠، ص١٧٤.
(٢) د.عبدالمجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني،الجزء الأول،الطبعة الرابعة،توزيع المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٧٧،ص٤٨.
(٣) د.غالب علي الداودي، المدخل لدراسة علم القانون، الطبعة السابعة، دار وائل للنشر، الأردن، ٢٠٠٤، ص٢٥٠.

بيد ان القانون العراقي استثنى من هذا الأصل القاصر المأذون من قبل وليه وبترخيص من المحكمة فعده بمنزلة البالغ الرشيد بالنسبة للتصرفات الداخلة تحت الإذن [١]، كما عد قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ في المادة الثالثة منه كل من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية.

ونظراً لاتساع دائرة عقد الاستصناع ليشمل مشاريع صناعية ضخمة لا طاقة للقدرات الفردية على تنفيذها، فان من يأخذ على عاتقه القيام بهذه المشاريع غالباً ما يكون شخصاً معنوياً متمثلاً بالشركات، وبالتالي لابد ان يكون العمل داخلاً في نطاق الغرض الذي من اجله أنشئ الشخص المعنوي.[٢]

رابعاً- عقد الاستصناع من العقود الملزمة للجانبين:

العقد الملزم للجانبين كما يعرفه فقهاء القانون هو: " العقد الذي ينشئ التزامات متبادلة بين الطرفين ولذا تصح تسميته بالعقد المتبادل فكل من طرفيه دائن للثاني ومدين له" [٣].

وحيث إننا انتهينا إلى ان عقد الاستصناع من العقود التي ترد على الملكية، وبما ان هذه العقود على حد قول العلامة السنهوري تجمعها خصائص مشتركة، " ففيها جميعاً يلتزم احد المتعاقدين بنقل ملكية شيء إلى المتعاقد الآخر، ويلتزم في الوقت ذاته بتسليم هذا الشيء وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية. أما المتعاقد الآخر فيلتزم من جهته بدفع المقابل الذي تعهد به في نظير الشيء الذي انتقلت ملكيته إليه إذا كان هناك مقابل"[٤]، لذلك فان عقد الاستصناع من العقود الملزمة للجانبين، على الرغم من ان جانباً من الفقه الإسلامي يرى خلاف ذلك وهذا ما سنتطرق إليه فيما بعد،على ان الالتزامات الناشئة عن عقد الاستصناع باعتباره عقد يرد على الملكية غير كافية لأن تحيط بجميع ما ينشأ عن عقد الاستصناع من التزامات؛ ذلك ان هذا العقد يرد على عين وعمل في الوقت ذاته ولذلك فان عقد الاستصناع ينشئ نفس الالتزامات التي تترتب على قيام عقد المقاولة.

ويلاحظ ان المشرع العراقي أدرج عقد الاستصناع تحت عنوان عقد المقاولة، وعليه فان عقد الاستصناع وفقاً للقانون العراقي يرتب ذات الآثار التي يرتبها عقد المقاولة، وبرأينا فان هذه الآثار لا تحيط بكافة الالتزامات التي تنشأ عن عقد الاستصناع وخصوصاً نقل الملكية، لذلك نرى من الضروري إخضاع عقد الاستصناع إلى الأحكام المشتركة التي تخضع لها العقود التي ترد على الملكية فضلاً عن إخضاعه إلى أحكام عقد المقاولة.

وتأسيساً على ما تقدم فان عقد الاستصناع عقد ملزم للجانبين تترتب عليه آثار عقد المقاولة وآثار العقود الناقلة للملكية في آن واحد، فيلتزم الصانع بانجاز العمل المعهود به إليه طبقاً للمواصفات وفي المدة التي تم الاتفاق عليها، كما يلتزم بنقل ملكية الشيء المصنوع وتسليمه إلى المستصنع، وضمان العمل بعد تسليمه، بالإضافة إلى التزامه بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية.

وكون عقد الاستصناع ينصب على العمل والعين المصنعة، فان ذلك يلزم الصانع بانجاز صنع الشيء المعهود به إليه صناعته، فلا يجوز له تسليم شيء تم صنعه قبل العقد وان كان مطابقاً من حيث الأوصاف، سواء أكان ذلك الشيء من صنعه أم من صنع غيره. أما إذا اتفق الصانع - بعد التزامه بعقد الاستصناع - مع صانع آخر على صناعة الشيء

(١) ينظر المادة ٩٨ والمادة ٩٩ من القانون المدني العراقي.
(٢) د.ضحى محمد سعيد عبد الله، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، مصدر سابق، ص٢٥٢.وينظر حسن علوان لفتة،التأصيل الضوابط القانونية للشركة القابضة(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة،المجلد١، العدد١، سنة ٢٠٢٠، ص٨٣.
(٣) د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص٣١.
(٤) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، الجزء الرابع، ص١٥.

محل العقد، فلا بأس في ذلك؛ لان المطلوب أداء العمل وليس شخص العامل، إلا إذا كانت شخصية الصانع محل اعتبار فلا يجوز للصانع في هذه الحالة تكليف غيره من الصناع صناعة الشيء المطلوب(١).

المبحث الثاني

تكييف عقد الاستصناع

ينطوي تكييف عقد الاستصناع على أهمية كبيرة شأنه في ذلك شأن تكييف باقي العقود، حيث يتوقف عليه تحديد القواعد القانونية التي يخضع لها عقد الاستصناع هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان التكييف الصحيح يتوقف عليه تحديد الالتزامات التي تنشأ عن إبرام عقد الاستصناع، وبالتالي تحديد المسؤولية في حالة الإخلال بتلك الالتزامات.(٢)

وهذه الأهمية دفعتنا إلى الخوض في الآراء التي قيلت في تكييف عقد الاستصناع في الميدانين الشرعي والقانوني بغية التوصل إلى التكييف الدقيق لهذا العقد.

المطلب الأول

تكييف عقد الاستصناع وفق المنظور الشرعي

اختلف الفقهاء المسلمين في تكييف عقد الاستصناع، فاتجهوا في صدد ذلك مذاهب شتى، وقدموا تخريجات متعددة، فقيل انه قسم من أقسام البيع، وقيل انه عقد إجارة، وقيل أيضاً انه مركب من أكثر من عقد، كما قيل انه عقد مستقل عن سائر العقود. وسنبين فيما يأتي ما قيل من آراء أدخلت الاستصناع تحت عنوان عقد آخر.

أولاً- تكييف عقد الاستصناع على انه بيع:

يرى جانب من الفقه الإسلامي ان الاستصناع عقد بيع، إلا انهم اختلفوا في طبيعته فبعض الإمامية مال إلى ان الاستصناع بيع سلم(٣). ومال جمهور الأحناف إلى انه بيع على غير وجه السلم(٤)، فهو عندهم نوع مستقل من أنواع البيوع له شبه بالإجارة؛ لاشتراط العمل فيه(٥).

ويبدو ان مجلة الأحكام العدلية أيدت ان الاستصناع عقد بيع مستقل، ويوحي بذلك نص المادة ٣٨٨ منها والتي جاء فيها "إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعاً".

(١) د.محمد بن سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مصدر سابق، ص٢٣٤.
(٢) د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة، مصدر سابق، ص٢٣٣.
(٣) ينظر قراءات فقهية معاصرة، السيد محمود الهاشمي، مصدر سابق، ص٢٦٨. وينظر بحوث في الفقه المعاصر، الشيخ حسن الجواهري، مصدر سابق، الجزء الأول، ص٣٦٧.
(٤) المبسوط، شمس الدين السرخسي، مصدر سابق، الجزء الخامس عشر، ص٨٤. وينظر بدائع الصناع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، مصدر سابق، ص٢.
(٥) د.كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص١٣٤.

وتكييف الاستصناع على انه بيع محل نظر، سواء بالقول انه بيع سلم أو بيع مستقل؛ لان تكييف الاستصناع على انه بيع سلم يقتضي توافر شروطه ومنها قبض الثمن في مجلس العقد[١]، وحيث ان السائد عرفاً ان قبض الثمن في عقد الاستصناع يكون بعد مدة من إبرام العقد أو بعد تسليم العين المستصنعة[٢] فذلك يخرجه 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)[٣]، 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.[٤]

ثانياً- تكييف عقد الاستصناع على انه إجارة:

ذهب بعض الأحناف ومنهم أبي سعيد البردعي 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.[٥]

غير ان هذا الرأي مرجوح بنظر جمهور الأحناف " فلا يقاس الاستصناع على استئجار الصباغ لصبغ الثوب فهذا قياس مع الفارق ووجه الفرق هو ان الصبغ (أي عمل الصباغ) أصل والصبغ (أي المادة الخام) آليته فكان المقصود فيه العمل وذلك إجارة وردت على العمل في عين يملكها المستأجر أما ها 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 فأشبه العقد هنا الإجارة".[٦]

في حين يرى البعض الآخر بان الاستصناع إجارة ابتداء بيع انتهاء، فقد جاء في البحر الرائق نقلاً عن الذخيرة "هو إجارة ابتداءً بيع انتهاءً لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل قولهم إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركته"[٧]، فدليل القائلين بهذا الرأي ان موت الصانع يترتب عليه بطلان العقد وهذا الحكم لا يصح إلا في الإجارة، فلو انعقد الاستصناع بيعاً ابتداءً وانتهاءً لما بطل بموت الصانع.[٨]

وعورض هذا الرأي من جمهور فقهاء الأحناف أيضاً بقولهم " ان للإستصناع شبهاً بالإجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل... فلشبهه بالإجارة قلنا يبطل بموت احدهما"[٩]، أي ان الاستصناع ينعقد بيعاً ابتداءً

(١) جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، الشيخ محمد حسن النجفي (المتوفى سنة ١٢٦٦ هـ)، حققه وعلق عليه الشيخ علي الآخوندي، الجزء الرابع والعشرون، الطبعة السابعة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٨١، ص٢٨٩. وينظر أيضاً الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري (المتوفى سنة ١٣٦٠ هـ)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠٠٣، ص٢٧٤.
(٢) كلمات سديدة في مسائل جديدة، الشيخ محمد مؤمن القمي، مصدر سابق، ص٢٠٩
(٣) المصدر نفسه، ص٢٢٦.
(٤) قراءات فقهية معاصرة، السيد محمود الهاشمي، مصدر سابق، ص ٢٦١.
(٥) شرح فتح القدير، كمال الدين ابن الهمام الحنفي، مصدر سابق، ص ٣٥٦.
(٦) د.كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص١٣١.
(٧) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي (المتوفى سنة ٩٧٠هـ)، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧٧، ص٢٨٤.
(٨) المصدر نفسه.
(٩) شرح فتح القدير، كمال الدين ابن الهمام الحنفي، مصدر سابق، ص ٣٥٥.

وانتهاءً ولا يؤثر في ذلك بطلانه بموت احد الطرفين؛ ذلك ان في الاستصناع شبه بالإجارة وهذا ما جعلهيخضع لبعض أحكامها ومنها بطلانه إذا مات احد العاقدين.

ثالثاً- تكييف عقد الاستصناع على انه عقد مركب:

وتصويره المتعارف كما يقول السيد الهاشمي: " بان يكون مشتملاً على توكيل الصانع بشراء مادة الصنع له، فيشتمل على وكالة أولاً ثم شراء للمادة بالوكالة للمستصنع ثانياً، ثم هو أجير على صنعها بالنحو الذي يريده المستصنع بالأجرة المتفق عليها بينهما "[١]. ويفهم من هذا القول ان عقد الاستصناع وفقاً للتصوير المتقدم انه عقد مركب من عقدين هما: عقد الوكالة وعقد إجارة.

وهذا التكييف منتقد برأينا؛ ذلك ان الأخذ به يعني ان المواد اللازمة للصنع والتي يتم شراؤها من قبل الصانع تكون ملكاً للمستصنع، فالصانع قد حلت إرادته بموجب عقد الوكالة محل إرادة المستصنع في شراء تلك المواد لحساب ومصلحة المستصنع، وبالتالي فإذا ما هلكت تلك المواد فان تبعة هلاكها إنما تقع على المستصنع وليس على الصانع، وهذا خلاف المتعارف عليه في عقد الاستصناع.

كما ان رجوع المستصنع عن قصده قبل ان يشرع الصانع بالعمل يلزم المستصنع بأخذ المواد اللازمة للصنع والتي دخلت في ملكه بالشراء وكالة، وهذا خلاف المرتكز العرفي للإستصناع أيضاً[٢].

رابعاً- تكييف عقد الاستصناع على انه عقد مستقل:

يرى جانب من الفقه الاسلامي ان الصحيح في تكييف عقد الاستصناع انه عقد جديد مستقل[٣]، فهو وان كان فيه " شبهاً بالإجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل، وشبهاً بالبيع من حيث ان المقصود منه العين المستصنع "[٤]، إلا انه ليس بيعاً أو إجارة، فهو يمتاز عن البيع الذي محله العين، وعن الإجارة التي محلها العمل، وإنما هو عقد مستقل محله العمل والعين معاً.[٥]

فالاستصناع بحسب أنصار هذا الرأي عقد عقلائي يعمه إطلاق قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[٦]، ولجوء الفقه إلى تكييفه إجارة تارة وبيعاً تارة أخرى إنما مرده الاستيحاش من عقد جديد يسمى عقد الاستصناع.[٧] ولكن لِمَ لا نقول ان الآية قاصرة على العقود المتعارفة زمن نزولها، ولا يمتد نطاقها لتشمل العقود المستحدثة[٨]، ويرد هذه الشبهة الميرزا النائيني بقوله: " إنّ أوفوا بالعقود لا تختص بالعقود المتعارفة، والمعاملات

(١) قراءات فقهية معاصرة، السيد محمود الهاشمي، مصدر سابق، ص ٢٦٤.
(٢) الشيخ عبد المحسن البقشي، الاستصناع، مصدر سابق.
(٣) د.محمد بن سليمان الاشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مصدر سابق، ص ٢٢٧.
(٤) شرح فتح القدير، كمال الدين ابن الهمام الحنفي، مصدر سابق، ص ٣٥٥.
(٥) د.علي محي الدين القرة داغي، عقد الاستصناع بين الإتباع والاستقلال (بحث)، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد الحادي عشر، ١٩٩٣، ص٣٨١.
(٦) سورة الإسراء، الآية ٣٤.
(٧) الشيخ عبد المحسن البقشي، الاستصناع، مصدر سابق.
(٨) كلمات سديدة في مسائل جديدة، الشيخ محمد مؤمن القمي، مصدر سابق، ص٢٢٠.

المتداولة، بل تشمل كل عقد،لان الظاهر هو اللام في العقود انها للعموم والشمول، لا لخصوص العقود المعهودة ".[١]

ثم ان العقود أفعال اعتيادية، الأصل فيها الإباحة، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ)[٢]، فهي مباحة ان لم يُنص على تحريمها[٣]، فما دل عليه التراضي ينظر إليه العرف والشرع على انه عقد، لقوله تعالى: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)، سواء ان يكون التراضي بالقول أو بالفعل[٤].

ويبدو ان مجلس الفقه الإسلامي الدولي قد اقر هذا التكييف في قراره المرقم ٦٥ (٣/٧) بشأن الاستصناع، فقد جاء فيه: " ان عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط"، فإشارته إلى ان محل عقد الاستصناع يشمل العمل والعين معاً دليل على قبوله فكرة استقلالية عقد الاستصناع؛ ذلك ان القائلين باستقلال عقد الاستصناع إنما استندوا على اعتبار المعقود عليه هو العين المطلوبة بالإضافة إلى عمل الصانع.

والمحصلة ان الفقه الإسلامي لم يتفق على مقال واحد في تكييف عقد الاستصناع، بل اختلفوا في ذلك اختلافاً شديداً، فمنهم من يرى الاستصناع عقد بيع، ومنهم من عده إجارة، وكيفه البعض الآخر على انه عقد مركب، في حين استقر آخرون على ان عقد الاستصناع عقد مستقل.

ومن بين هذه الآراء الفقهية برز رأيان، ذهب الرأي الأول إلى ان عقد الاستصناع عقد بيع مستقل يشترك مع غيره من عقود البيع الأخرى بخصائص عامة، وينفرد عنها بخصائصه الذاتية. وذهب الرأي الثاني إلى ان عقد الاستصناع عقد مستقل عن سائر العقود المسماة المعهودة، له كيانه الخاصة وأركانه الخاصة وأحكامه الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى.

المطلب الثاني

تكييف عقد الاستصناع وفق المنظور القانوني

من الملاحظ ان النظم القانونية لم تولِ عقد الاستصناع أهمية خاصة، مما أدى إلى غياب التنظيم القانوني الخاص، فنجدها قد عالجته ضمن عقد المقاولة ولم تنظم أحكامه على انفراد، وهذا ما جعله يتأرجح بين المقاولة والبيع، فثار خلاف فقهي بصدد تكييفه وظهرت عدة آراء سنحاول في هذه اللمحة بيان أهمها.

أولاً- عقد الاستصناع هو بيع شيء مستقبل:

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى ان العقد الذي تكون فيه المادة مقدمة من قبل الصانع لا يكون مقاولة؛ وذلك استناداً إلى المفهوم المخالف لنص المادة ١٧١١ من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بان العقد يكون مقاولة إذا كانت المادة مقدمة من الصانع، وعليه فان العقد يكون بيعاً وليس مقاولة[٥].

(١) فقه الامام جعفر الصادق عرض واستدلال، الشيخ محمد جواد مغنية (المتوفى سنة ١٤٠٠هـ)، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مؤسسة انصريان للطباعة والنشر، قم المشرفة، ١٤٢١هـ، ص١٤.
(٢) سورة الأنعام، الآية ١١٩.
(٣) د.كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص٢٩.
(٤) فقه الإمام جعفر الصادق عرض واستدلال، الشيخ محمد جواد مغنية، مصدر سابق، ص١١.
(٥) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، الجزء السابع، المجلد الأول، ص٢٥.

غير ان هذا الرأي انتقد على اعتبار ان تكييف عقد الاستصناع انه بيع يجيز للصانع ان يقدم للمستصنع شيئاً يكون قد صنعه قبل العقد، بيد ان هذا يعتمد على قبول المستصنع وبالتالي فان ملكية الشيء المصنوع من قَبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على انه بيع، لا لشيء مستقبل، بل لشيء حاضر.[١]

ثانياً- عقد الاستصناع هو مقاولة:

يذهب هذا الرأي إلى ان عقد الاستصناع يقع على العمل لذا فهو عقد مقاولة يلتزم فيها الصانع بعمل الشيء المطلوب، أما المادة فيتملكها المستصنع تبعاً للعمل حيث تنتقل ملكية الشيء المصنوع إلى المستصنع دون ان يخرج الاستصناع عن نطاق المقاولة[٢].

وهذا يعني ان عقد الاستصناع وان كان يترتب 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 المقاولة إذا اتخذت صورة الاستصناع بان كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول[٣].

ويتفق هذا الرأي مع نظرة القوانين المدنية لعقد الاستصناع[٤] ومنها القانون المدني المصري، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤٧ على ما يأتي: " كما يجوز ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ".

وهو يتفق أيضاً مع ما ذهب إليه القانون المدني العراقي، فنجد ان الفقرة الثانية من المادة ٨٦٥ 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 اغفل التزام الصانع بنقل الملكية الذي تطغي أهميته على الالتزامات الناشئة من تطبيق أحكام المقاولة.

أما القول بان المقاولة تنقل ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل مع بقائها مقاولة، فان هذا يجعل للمقاولة طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقداً يرد على العمل، فانتقال ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل لا يعني إطلاقاً ان المقاولة أصبحت تنقل الملكية،وإنما يعني ذلك ان المقاولة اندمجت في عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر، وهذا العقد الآخر الذي نقل الملكية أما ان يكون بيعاً إذا كان المقابل مبلغاً من النقود أو مقايضة إذا كان المقابل من غير النقود[٥].

ويتضح ذلك جلياً من اضطرار المشرع العراقي إلى تطبيق بعض الأحكام الخاصة بالبيع، فالمقاول الذي يتعهد بتقديم المادة فضلاً عن العمل يكون مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل، وهذا ما قضت به المادة

(١) د.طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، مصدر سابق، ص٥٤.
(٢) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، الجزء السابع، المجلد الأول، ص٢٤.
(٣) د.محمد لبيب شنب، شرح أحكام المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢٥. نقلاً عن توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني العراقي (رسالة)، جامعة الحاج لخضر، ٢٠١٠.
(٤) ينظر الهامش رقم (٣) ص (١٨)
(٥) د.طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، مصدر سابق، ص٥٢.

٨٦٦ من القانون المدني العراقي، فالمقاول في هذه الظروف يعد "بائعاً للمادة فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية"[١].

وبناء على ما تقدم نجد ان المشرع العراقي لم يكن موفقا في إيراده عقد الاستصناع ضمن عقد المقاولة، فلا يمكن بأي حال من الأحوال ان تكون علاقة عقد الاستصناع بعقد المقاولة هي علاقة الفرع بالأصل وبالتالي اعتباره نوعاً من أنواع المقاولة كما ذهب البعض[٢]؛ ذلك ان التزامات الصانع في عقد الاستصناع تفوق التزامات المقاول، إذ يقوم الصانع - عطفاً على تعهده بتقديم المادة والعمل معاً- بدورين في آن واحد، دور المقاول الذي يتعهد بتقديم العمل، ودور البائع الذي يتعهد بتقديم المادة.

ثالثاً- تكييف عقد الاستصناع تبعاً لقيمة المادة بالنسبة إلى قيمة العمل:

يرى غالبية شرّاح القانون المدني ان عقد الاستصناع أما ان يكون مقاولة 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[٣].

ويستند هذا الرأي إلى قاعدة (الفرع يتبع الأصل)، فإذا كانت المادة هي الأصل تبعها العمل وكان العقد بيعاً، وإذا كان العمل هو الأصل تبعته المادة وكان العقد مقاولة[٤].

ويجد هذا الرأي إمضاء له في قانون الموجبات اللبناني، وتحديداً في الفقرة الثانية من المادة ٦٢٤ التي قالت: "على انه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلا فرعا، كان هناك بيع لا إستصناع".[٥]

ولكن قد تتساوى قيمة المادة والعمل، أو قد تكون لإحداهما قيمة محسوسة على الرغم من أنها تقل قيمة عن الأخرى، فان العقد يصبح خليطاً من بيع ومقاولة، 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.[٦]

ولم يسلم هذا الرأي من سهام النقد، على اعتبار ان الأساس الذي يرتكز عليه هذا التكييف غير محدد حيث من الصعوبة تعيين العنصر الأساسي في العقد، ان كان العمل المتفق عليه أم المواد المستخدمة لانجازه[٧]، كما ان هذا الرأي يعجز عن معالجة المسائل التي تتعارض فيها أحكام المقاولة مع أحكام البيع[٨]، إذ يتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين وهو ما يؤدي إلى التحكم في اغلب الأحيان.[٩]

(١) د.جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، (د.ت)، ص٣٨٨. وينظر د.سعيد مبارك وآخرون، الموجز في العقود المسماة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، (د.ت)، ص٤٢٢.
(٢) ينظر د.ناصر احمد إبراهيم النشوي، عقد الاستصناع التكييف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٧، ص٣٨٨.
(٣) د.سليمان مرقس، عقد البيع، مكتبة النهضة، بغداد، ١٩٦٨،ص٣٢.
(٤) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، الجزء السابع، المجلد الأول، ص٢٦.
(٥) موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص١٦٣.
(٦) د.جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مصدر سابق، ص٣٧١.
(٧) د.محمد لبيب شنب، شرح أحكام المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص٢٥.
(٨) للوقوف على المسائل التي تتعارض فيها أحكام المقاولة مع أحكام البيع ينظر سعيد مبارك وآخرون، الموجز في العقود المسماة، مصدر سابق، ص ٤٠٣.
(٩) د.علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء دراسة قانونية، مصدر سابق، ص٥٢.

ومن الجدير بالذكر ان أنصار هذا الرأي يميزون بالنسبة إلى العقود التي ترد على انشاء الأبنية بين ما إذا كانت الأرض التي يقام عليها البناء تعود إلى رب العمل أم أنها تعود إلى المقاول، فهو يعد مقاولة 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 يقام عليها البناء تعود إلى المقاول فيعتبر العقد بيعاً للأرض بالحالة التي ستكون عليها بعد إقامة البناء.(١)

ونحن وان كنا نتفق مع ان العقد الذي يقدم فيه رب العمل الأرض التي يقام عليها البناء لا يعد استصناعاً بل هو عقد مقاولة؛ 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 اننا نختلف مع القائلين بان العقد يعد بيعاً إذا كانت الأرض تعود إلى المقاول، فهذا التكييف يبتعد عن طبيعة هذا العقد ويغفل عنصراً أساسياً في تكوينه ألا وهو العمل.

رابعاً- تكييف الاستصناع على انه عقد مستقل:

انفرد بهذا الرأي دافيد في رسالته عن عقد الاستصناع، وسنبين ما ذهب إليه في تكييف عقد الاستصناع نقلاً عن العلامة السنهوري والدكتور كاسب البدران؛ لتعذر الحصول على نسخة معربة من تلك الرسالة.

ينقل لنا العلامة السنهوري رأي دافيد في تكييف عقد الاستصناع بقوله: " وهناك رأي يذهب إلى ان الاستصناع ليس مقاولة ولا بيعاً، بل هو عقد غير مسمى (دافيد في عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧)"(٢).

ويؤكد ما ذهب إليه دافيد الدكتور كاسب البدران بقوله: " فعقد الاستصناع عند دافيد له طبيعته الخاصة ويختلف اختلافاً كبيراً عن العقود الأخرى فهو عقد مستقل".(٣)

وناقش العلامة السنهوري ما ذهب إليه دافيد، فقال: " ولا 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 والمقاولة"(٤)، ويبدو ان السنهوري ساير دافيد فيما ذهب إليه وانتهى إلى ان عقد الاستصناع هو عقد مسمى مستقل له كيانه الخاص، فهو مزيج من البيع والمقاولة.

وبعد ان استعرضنا الآراء الفقهية التي قيلت في تكييف الاستصناع، لا يسعنا إلا ان نرجح تكييف عقد الاستصناع على انه عقد مستقل له مقوماته الخاصة التي تميزه عن باقي العقود، ذلك ان هذه الآراء الفقهية لا تستوعب جميع عناصر هذا العقد، فمن جهة لا يتفق البيع مع مضمون عقد الاستصناع الذي يرتب على الصانع التزاماً بصنع الشيء المطلوب وهو التزام جوهري لا يمكن إغفاله. ومن جهة أخرى لا يمكن تكييف عقد الاستصناع بأنه مقاولة، وإلا اعتبرت المقاولة من العقود الناقلة للملكية، وهذا القول يجعل المقاولة والبيع من طبيعة واحدة، وهو ما لا تقره

(١) د.جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مصدر سابق، ص٣٧١.
(٢) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، الجزء السابع، المجلد الأول، ص٢٧.
(٣) د.كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ١٣٦.
(٤) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، الجزء السابع، المجلد الأول، ص٢٤.

النصوص القانونية، والاعتراف به يقوض الأساس الذي تقوم عليه العقود المسماة،[1] كما ان أحكام المقاولة لوحدها لا تحيط بجميع الالتزامات الناشئة عن عقد الاستصناع، حيث يترتب على قيام الصانع بدور البائع في عقد الاستصناع التزامه بنقل الملكية وضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق والتي لا يكفي التنظيم القانوني لعقد المقاولة ان يحيط بها.

وبناء على ما تقدم ومع ما يتمتع به عقد الاستصناع من أهمية فلابد من ان يحظى بتكييف قانوني يناسبه، وعدم إخضاعه لأحكام عقد آخر لا تحيط بجميع عناصره، ولا يمكن تحقيق ذلك بدون الاعتراف باستقلاليته.

فلا مناص لنا إذن من القول ان عقد الاستصناع هو عقد مستقل مسمى تندمج في بوتقته عناصر عقدي البيع والمقاولة، لذا ندعو المشرع العراقي إلى معالجة أحكام عقد الاستصناع في تنظيم خاص ضمن العقود الواردة على الملكية، خاصة وان المشرع العراقي قد سمى عقد الاستصناع إلا انه لم يجعل له نصوصاً قانونية خاصة ينفرد بها عن غيره من العقود المسماة.

الخاتمة

انتهينا من خلال هذا البحث المتواضع والموسوم (إشكالية تكييف عقد الاستصناع في القانون المدني العراقي) لعدة نتائج، خرجنا منها ببعض التوصيات نعرضها أمام أنظار المشرع العراقي.

أولاً- الاستنتاجات:

أ- في المبحث الأول والخاص بماهية الاستصناع توصل الباحث إلى النتائج التالية:

١- ان معنى الاستصناع كما أورده فقهاء الشريعة هو طلب صناعة شيء ما، تكون مواده من عند الصانع لقاء ثمن معين، وهذا المعنى يماثل في فحواه معنى الاستصناع الذي أوردته التشريعات المدنية والذي بمقتضاه يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً.

٢- ان عقد الاستصناع من العقود الناقلة للملكية بمقابل عوض، كما انه من العقود الرضائية في الأصل، غير ان الرضائية غير كافية لوحدها لانعقاده في الحالات التي يستوجب القانون فيها إتباع شكل معين. فضلاً عن ذلك فان عقد الاستصناع عقد معاوضة ملزم للجانبين.

ب- في المبحث الثاني والخاص بتكييف عقد الاستصناع توصل الباحث إلى النتائج التالية:

١- ان إلحاق عقد الاستصناع بعقد البيع أو عقد المقاولة لا يكفي للإحاطة بكل الالتزامات التي تترتب على انعقاده.

٢- ان تكييف عقد الاستصناع على انه عقد مختلط بين بيع ومقاولة يعجز عن معالجة المسائل التي تتعارض فيها أحكام البيع مع أحكام المقاولة، إذ يتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين مما يؤدي إلى التحكم في اغلب الأحيان.

٣- الراجح ان عقد الاستصناع هو عقد مستقل له مقوماته التي تميزه عن باقي العقود، يجمع بين جنباته عناصر عقدي البيع والمقاولة.

---

(١) د.علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، مصدر سابق، ص ٥٦.(١)) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، الجزء السابع، المجلد الأول، ص٢٤.

٤- 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 المقاولة، وبهذا يكون قد اغفل التزام الصانع بنقل الملكية الذي تفوق اهميته الالتزامات الناشئة عن تطبيق أحكام المقاولة.

ثانيا- التوصيات:

أ- نوصي المشرع العراقي ان يعالج عقد الاستصناع باعتباره عقداً مستقلاً، وليس بوصفه صورة من صور عقد المقاولة، وينقله من موقعه في القانون المدني العراقي ضمن العقود المسماة الواردة على العمل، إلى العقود المسماة الواردة على الملكية.

ب- نوصي المشرع العراقي ان ينظم عقد الاستصناع بأحكام خاصة تجمع بين أحكام عقد البيع وأحكام عقد المقاولة، مع معالجة التناقض الذي قد ينجم عن إعمال أحكام العقدين معاً.

ج- نوصي المشرع العراقي ان يُخضع عقد الاستصناع لذات الشكلية التي تستوجبها بعض القوانين لصحة عقد البيع في الأحوال التي يقع فيها على العقارات أو السيارات أو المكائن، كقانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، وقانون كتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨، وقانون المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤.

قائمة المصادر والمراجع بعد القرآن الكريم

أولاً- كتب اللغة:

١. ابن منظور، لسان العرب، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٩٩.
٢. لويس معلوف، المنجد في اللغة والادب والعلوم، الطبعة التاسعة عشرة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لبنان، (د.ت.).

ثانياً- كتب الفقه:

١. د.احمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الازهر، ١٩٤٧.
٢. الشيخ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن بخيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٧٧.
٣. الشيخ شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء الثاني عشر، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٤ه.
٤. الشيخ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠٠٣.
٥. الشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢.
٦. الشيخ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٤٠٥هـ.
٧. الشيخ كمال الدين بن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ١٣١٦ه.

٨. الشيخ محمد المؤمن القمي، كلمات سديدة في مسائل جديدة، الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرفة، ١٤١٥ه.
٩. الشيخ محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق عرض واستدلال، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مؤسسة انصاريان للطباعة والنشر، قم المشرفة، ١٤٢١ه.
١٠. الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، حققه وعلق عليه علي الآخوندي، الجزء الرابع والعشرون، الطبعة السابعة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ٢٠٠٣.
١١. د. محمد رأفت سعيد، عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٢.
١٢. د.محمد سليمان الأشقر وماجد محمد أبو رخية ومحمد عثمان شبير وعمر سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٨.
١٣. محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ١٨٩١.
١٤. السيد محمود الهاشمي، قراءات فقهية معاصرة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مركز أهل البيت للفقه والمعارف الإسلامية، قم المشرفة، ٢٠١١.

ثالثاً- الكتب القانونية:

١. د.جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، (د.ت.).
٢. د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢.
٣. د.سعيد مبارك وطه الملا حويش وصاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، (د.ت.).
٤. د.سليمان مرقس، عقد البيع، مكتبة النهضة، بغداد، العراق، ١٩٦٨.
٥. د.طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠٠٨.
٦. د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، مطبعة نهضة مصر، مصر، ٢٠١١.
٧. د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، توزيع المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٧٧.
٨. د.علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء دراسة قانونية، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١١.
٩. د.غالب علي الداودي، المدخل لدراسة علم القانون، الطبعة السابعة، دار وائل للنشر، الأردن، ٢٠٠٤.
١٠. د.كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار صالح للنشر والتوزيع، الدمام، السعودية، ١٩٨٤.
١١. د.محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤.
١٢. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، الجزء السابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.
١٣. د.ناصر احمد ابراهيم النشوي، عقد الاستصناع التكييف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٧.

رابعا- الرسائل والبحوث والمقالات:

١. توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني العراقي (رسالة)، جامعة الحاج لخضر، ٢٠١٠.
٢. حسن علوان لفتة،التأصيل الضوابط القانونية للشركة القابضة(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة،المجلد١، العدد١، سنة ٢٠٢٠.
٣. دافيد فرانسكوا، عقد الاستصناع، رسالة دكتوراه من باريس مطبوعة على الآلة الكاتبة، مكتبة المعهد الفرنسي بالقاهرة، ١٩٣٧
٤. د.ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني دراسة مقارنة (بحث)، مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والأربعون، ٢٠١٢.
٥. د.ضرغام فاضل حسين العلي،التأصيل القانوني لمركز مدير الشركة المفوض(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة،المجلد١، العدد١، سنة ٢٠٢٠.
٦. الشيخ عبد المحسن البقشي، الاستصناع (مقال)، مجلة الفقاهة، العدد السادس، ١٤٢٨ه.
٧. د.علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع بين الإتباع والاستقلال (بحث)، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد الحادي عشر، ١٩٩٣.
٨. وداد وهيب لهمود تعليق على قرار محكمة التمييز بشأن الشكلية في عقد المساطحة دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة،المجلد١، العدد١٢، سنة النشر٢٠٢٠.

خامساً- القوانين:

١. قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، الوقائع العراقية، العدد ١٩٩٥، أيار ١٩٧١.
٢. قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠، الوقائع العراقية، العدد ٢٧٧٢، أيار ١٩٨٠.
٣. قانون الكتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨، الوقائع العراقية، العدد ٣٧٥٣، كانون الأول، ١٩٩٨.
٤. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، الوقائع العراقية، العدد ٣٠١٥، أيلول ١٩٥١.
٥. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، الوقائع المصرية، العدد ١٠٨، تموز ١٩٤٨.
٦. قانون المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤، الوقائع العراقية، العدد ٣٩٨٤، حزيران ٢٠٠٤.
٧. قانون الموجبات والعقود اللبناني، صدر في ١٩٣٢/٣/٩.