مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية ٢٠٢٦ المجلد ١٦/ العدد ١

# عقد الاستصناع في ضوء القواعد العامة للعقود في القانون المدني
## دراسة مقارنة

**زينب عبد الكاظم حسن عكلة**
باحث دكتوراه في القانون الخاص
كلية القانون/ جامعة بابل

البريد الإلكتروني Email : lyl87304@gmail.com

**الكلمات المفتاحية:** عقد الاستصناع، العقود المختلطة، الصانع والمستصنع.

**كيفية اقتباس البحث**
عكلة ، زينب عبد الكاظم حسن ، عقد الاستصناع في ضوء القواعد العامة للعقود في القانون المدني دراسة مقارنة،مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية، كانون الثاني ٢٠٢٦،المجلد:١٦ ،العدد:١ .

**هذا البحث من نوع الوصول المفتوح مرخص بموجب رخصة المشاع الإبداعي لحقوق التأليف والنشر ( Creative Commons Attribution ) تتيح فقط للآخرين تحميل البحث ومشاركته مع الآخرين بشرط نَسب العمل الأصلي للمؤلف، ودون القيام بأي تعديل أو استخدامه لأغراض تجارية.**

مفهرسة في Indexed
IASJ

مسجلة في Registered
ROAD

# Istisna' Contract in Light of the General Rules of Contracts in Civil LawA Comparative Study

**Zeinab Abdel-Kadhim Hassan Akla**
PhD Researcher in Private Law
College of Law/University of Babylon

**Keywords** : Istisna‘ contract, hybrid contracts, manufacturer and purchaser.

**How To Cite This Article**
Akla, Zeinab Abdel-Kadhim Hassan, Istisna' Contract in Light of the General Rules of Contracts in Civil LawA Comparative Study, Journal Of Babylon Center For Humanities Studies, January 2026,Volume:16,Issue 1.

**This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/**

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

**Abstract:**

The contract of Istisna‘ constitutes a hybrid contract, combining elements of both sale and construction contracts. Under this arrangement, the manufacturer (sāni‘) undertakes to produce a specific item or perform a defined work according to agreed-upon specifications and deliver it to the purchaser (mustasni‘) in exchange for an agreed price. The distinctive feature of this contract lies in its composite legal nature, which complicates its precise classification under conventional civil law frameworks.

In Iraqi civil law, Istisna‘ has not been regulated as an independent contract; rather, it is merely referenced under the provisions governing construction contracts, without a clear delineation of the parties' obligations or the contract's legal effects. This legislative gap generates ambiguity regarding legal disputes over delivery, payment, defect

liability, and transfer of ownership, leaving the contract's classification oscillating between a sale and a construction contract.

Accordingly, there is an urgent need to enact specific legal provisions for Istisna' contracts. Such regulation should define its independent legal nature, clarify the obligations of the manufacturer and the purchaser, organize formal requirements in special cases such as real estate or machinery, determine remedies for breach, and address unforeseen circumstances that may impede performance. A comprehensive legal framework for Istisna' would enhance transactional stability, protect the parties' rights, reduce disputes arising from its hybrid nature, and align with contemporary economic and industrial developments.

**الملخص**

يُعد عقد الاستصناع من العقود المختلطة، إذ يجمع بين عناصر عقد البيع وعقد المقاولة، حيث يلتزم الصانع بصنع شيء أو أداء عمل محدد وفقاً لمواصفات متفق عليها، وتسليمه للمستصنع مقابل ثمن محدد. وتتبع خصوصية هذا العقد من طبيعته القانونية المركبة، مما يصعب تكييفه بدقة ضمن التشريعات المدنية التقليدية. وفي القانون المدني العراقي، لم يُنظَّم عقد الاستصناع بشكل مستقل، واكتفى المشرع بالإشارة إليه ضمن أحكام عقد المقاولة، دون تحديد التزامات الأطراف أو أثر العقد القانوني بوضوح. ويترتب على هذا الفراغ التشريعي غموض في موقف القانون من النزاعات المتعلقة بالتسليم، ودفع الثمن، وضمان العيوب، ونقل الملكية، مما يجعل تصنيفه بين البيع والمقاولة متأرجحاً.

من ثم، تظهر الحاجة الملحة لإدراج أحكام قانونية خاصة لعقد الاستصناع، تشمل: تحديد طبيعته القانونية المستقلة، وتوضيح التزامات الصانع والمستصنع، وتنظيم شكلية العقد في الحالات الخاصة مثل العقارات والمكائن، وتحديد الجزاءات المترتبة على الإخلال، ومعالجة الظروف الطارئة التي قد تعيق تنفيذ الالتزامات. يضمن تنظيم عقد الاستصناع قانونياً استقرار المعاملات وحماية حقوق الأطراف، ويحد من النزاعات الناتجة عن طبيعة العقد المختلطة، ويوفر إطاراً قانونياً واضحاً يتوافق مع التطورات الاقتصادية والصناعية الحديثة.

**المقدمة**

**أولاً : موضوع البحث**

يُعد عقد الاستصناع من العقود ذات الطبيعة الخاصة التي نشأت استجابة لحاجة الإنسان إلى الحصول على منتجات أو منقولات أو مبانٍ وفق مواصفات محددة لا تتوافر في المنتجات الجاهزة. فهو عقد يبرم بين شخص يطلب صناعة شيء محدد، وآخر يتولى صناعته مقابل

عوض متفق عليه. ويكتسب هذا العقد أهمية متزايدة في المعاملات المعاصرة، خصوصاً في الصناعات والمشروعات التي تتطلب وقتاً ومجهوداً أو تجهيزات خاصة، كصناعة الآلات أو إنشاء المباني أو تصنيع المركبات.

وما يميز عقد الاستصناع عن غيره من العقود التقليدية – وبالأخص عقد البيع – أن محل الالتزام فيه لا يكون موجوداً وقت التعاقد، وإنما يتم تصنيعه لاحقاً وفق الشروط المتفق عليها. وهو بذلك يمثل وسيلة مرنة تحقق مصلحة كل من الصانع والمستصنع؛ فمن جهة الصانع، يضمن له العقد تسويق إنتاجه مسبقاً بما يوفر له الاستقرار المالي ويجنبه مخاطر الكساد أو الخسارة، ومن جهة المستصنع، فإنه يضمن الحصول على منتج مطابق لرغباته ومواصفاته الخاصة، مع إمكانية متابعته مراحل التنفيذ بما يقلل من احتمالات الغرر أو التدليس.

ورغم هذه الأهمية العملية، فإن عقد الاستصناع لم يحظَ بالاهتمام التشريعي الكافي في العديد من القوانين المدنية، ومنها القانون المدني العراقي، حيث يُترك تنظيمه في الغالب إلى القواعد العامة أو الاجتهادات الفقهية. ومن هنا تبرز الحاجة إلى بحث علمي يتناول تكييف هذا العقد وبيان طبيعته القانونية، مع الاستئناس بالتجارب التشريعية المقارنة، والدعوة إلى تنظيم قانوني خاص يضمن تحقيق التوازن بين طرفيه ويوفر الحماية اللازمة لحقوقهما.

**ثانياً: أهمية البحث**

تتجلى أهمية هذا البحث في تسليط الضوء على عقد الاستصناع من خلال دراسة آراء الفقهاء ومواقف القوانين المقارنة، وصولاً إلى تقديم مقترحات يمكن أن تسهم في دفع المشرع العراقي نحو وضع إطار قانوني واضح لهذا العقد.

**ثالثاً: إشكالية البحث**

تتمثل الإشكالية القانونية لهذا البحث في القصور التشريعي للمشرع العراقي في تنظيم عقد الاستصناع، إذ لم يسن أحكام مستقلة لهذا العقد المختلط بل اكتفى القانون المدني العراقي بتطبيق القواعد العامة للعقود على عقد الاستصناع، الأمر الذي يخلق غموضاً حول هذا العقد ويدفع إلى عدم وضوح الحقوق والالتزامات بين الأطراف، ويجعل حماية مصالح المستصنع والصانع غير مضمونة بشكل كافٍ، مما يستدعي ضرورة سن أحكام قانونية خاصة تواكب خصوصية هذا العقد المختلط ويضمن الاستقرار القانوني للمعاملات القائمة عليه.

**رابعاً : منهج البحث**

سنعتمد في هذا البحث على المنهج التحليلي في دراسة النصوص الفقهية والقانونية ذات الصلة، ولا نقف عند دود المنهج التحليلي بل سوف نعتمد على الدراسة المقارنة من خلال المقارنة بين

نصوص القانون المدني العراقي والمدني المصري والفرنسي لعقد الاستصناع أو ما يماثله من عقود.

**خامساً : هيكلية البحث**

يقع هذا البحث الموسوم بـ (عقد الاستصناع في ضوء القواعد العامة للعقود في القانون المدني دراسة مقارنة) في مبحثين رئيسين: سنخصص المبحث الأول للبحث في مفهوم عقد الاستصناع، ونقسمه على مطلبين: سنتناول في الاول التعريف بعقد الاستصناع، وسنتناول في المطلب الثاني خصائص عقد الاستصناع .

أما المبحث الثاني فسنخصصه للبحث في اثار عقد الاستصناع وسيتم تقسيمه على مطلبين أيضا: سنبحث في الاول التزامات الصانع(البائع)، وسنبحث في المطلب الثاني التزامات المستصنع ( المشتري) .

وسنختتم البحث بخاتمة تتضمن أبرز النتائج التي سنتوصل إليها، مقرونةً بجملة من المقترحات التي نأمل أن تسهم في سد الفراغ التشريعي القائم بشأن هذا العقد.

## المبحث الأول

## مفهوم عقد الاستصناع

يحظى عقد الاستصناع بأهمية متنامية في المجال الصناعي والاقتصادي، لما يوفره من إطار قانوني ينظم عملية صناعة الأشياء أو إنشائها وفقاً لمواصفات محددة يضعها طالب الصنعة، مقابل عوض يتفق عليه مسبقاً. وعلى الرغم من هذا الدور الحيوي الذي يؤديه العقد في ميدان الصناعة والمعاملات التجارية، إلا أنّ المشرّعين لم يولوه العناية التشريعية الكافية؛ إذ ما زالت بعض القوانين الوضعية تخلو من أي تنظيم خاص له، وهو ما ينسحب كذلك على موقف المشرّع العراقي الذي لم يتناول عقد الاستصناع تنظيماً وتشريعاً، مكتفياً بتركه في دائرة القواعد العامة. ومع التسارع الملحوظ في النمو الاقتصادي وتطور حاجات الصناعة والأسواق، بات عقد الاستصناع من الموضوعات التي تفرض نفسها على الساحة القانونية، وأصبح من الضروري إعادة النظر لضبط العلاقات الناشئة بين أطرافه.

وللبحث في مفهوم عقد الاستصناع فسنقسم هذا المبحث على مطلبين وكما يلي:-

**المطلب الأول : التعريف بعقد الاستصناع .**

**المطلب الثاني : خصائص عقد الاستصناع .**



Journal Of Babylon Center For Humanities Studies 2026 Volume :16 Issue : 1
(ISSN): 2227-2895 (Print) (E-ISSN):2313-0059 (Online)

## المطلب الأول

## التعريف بعقد الاستصناع

يعرف العقد بشكل عام بموجب نص المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي على أنه : "**ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه**" [١] .

فالعقد ما هو إلا توافق أو ارتباط بين ارادتين أو اكثر بقصد تحقيق اثار قانونية معينة، وهذه الاثار هي انشاء التزام او نقله او تعديله او انهاؤه [٢] .

أما بالنسبة لتعريف عقد الاستصناع بصفة خاصة فلم يرد في القوانين المدنية المقارنة نص صريح يضع تعريفاً لعقد الاستصناع، وإنما اكتفى المشرّعون بالإشارة إليه في سياق تنظيمهم لعقد المقاولة. ففي القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، نصت المادة (٨٦٥) على ما يلي: "١- **يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول أو يستعين بها في القيام بعمله، ويكون المقاول أجيراً مشتركاً. ٢- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً، ويكون استصناعاً.**"

ويُستفاد من الفقرة الثانية من هذه المادة أنّ المشرّع العراقي قد أفرد عقد الاستصناع بالذكر، غير أنه لم يمنحه استقلالاً تشريعياً كاملاً، بل عده صورة من صور عقد المقاولة.

أما القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، فقد نص في المادة (٦٤٧) على أنه: "**يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً.**"

وفي السياق ذاته، نصت المادة (١٧٨٧) من القانون المدني الفرنسي المعدل رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦على أنّه: "**عندما يتم تكليف شخص ما بالقيام بعمل معين، يجوز الاتفاق على أن يقدم عمله أو صناعته فقط، أو أن يقدم المواد أيضاً.**" [٣].

يتبين من النصوص المشار إليها أنّ الصورة التي رسمها كلٌّ من المشرّعين المصري والفرنسي – والتي أجازا فيها للمقاول تقديم العمل والمادة معاً – تُجسِّد حقيقة عقد الاستصناع في مدلوله الفقهي، حتى وإن لم يرد ذكره صراحة باسمه، إذ إن جوهر التعريف الفقهي يتوافق تماماً مع ما ورد في هذه النصوص[٤] .

ومن خلال المقارنة، يتضح أنّ المشرّع العراقي قد أفرد عقد الاستصناع بالذكر صراحة، وعدّه صورة من صور عقد المقاولة، بينما اكتفى كل من المشرّعين المصري والفرنسي بالإشارة الضمنية إليه دون تسميته صراحةً "عقد استصناع". وبذلك يمكن القول إنّ القوانين المقارنة لم

تتناول عقد الاستصناع بالتنظيم المستقل، كما فعلت بالنسبة إلى العقود المسماة الأخرى، وإنما تركته يندرج في إطار عقد المقاولة دون أن تفرد له أحكاماً خاصة، وقد ترتب على هذا الموقف غياب وضوح الطبيعة القانونية لعقد الاستصناع، إذ ظل يتأرجح بين كونه عقد مقاولة من ناحية، أو عقد بيع من ناحية أخرى، الأمر الذي يثير الحاجة إلى دراسة أعمق لتكييفه وإبراز خصوصيته بين العقود المدنية.

اما من الناحية الفقهية فهناك من عرف عقد الاستصناع على أنه : " **عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر** " [٥] . وعرف اخر عقد الاستصناع قي ضوء تعريف عقد المقاولة بقوله : " **عقد به يتعهد احد الطرفين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر، فإذا تعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا، كان العقد عقد استصناع** " [٦] .

فعقد الاستصناع – في مدلوله الفقهي – هو عقد بيع ينعقد بين المستصنع (المشتري) والصانع (البائع)، بحيث يلتزم الأخير، بناءً على طلب الأول، بصناعة شيء محدد أو الحصول عليه عند حلول أجل التسليم، على أن تكون مادة الصنع وتكلفة العمل من عهدة الصانع نفسه، وذلك مقابل ثمن يتفق الطرفان على مقداره وكيفية سداده، سواء كان حالاً أو مقسطاً أو مؤجلاً. وقد أجاز الفقه هذا العقد بوصفه نوعاً خاصاً من البيع المرتبط بالصناعة أو الإنشاء. أما إذا كانت مادة الصنع مقدَّمة من المستصنع لا من الصانع، فإن العقد يخرج عن وصف الاستصناع، ويُعد في هذه الحالة عقد إجارة على العمل، لا عقد استصناع بالمعنى الدقيق [٧] .

ويذهب جانب من الفقه إلى أنّ عقد الاستصناع يمكن تكييفه إمّا على أنّه عقد بيع أو عقد مقاولة، ويتوقف ذلك على معيار القيمة بين العمل والمادة. فإذا كانت قيمة المادة تفوق قيمة العمل الذي يقدمه الصانع، فإن العقد يُعد بيعاً[٨]، استناداً إلى القاعدة الفقهية القائلة بأن الفرع يتبع الأصل؛ فالمادة هنا هي الأصل والعمل تابع لها، أما إذا كانت قيمة العمل هي الغالبة، فإن العقد يُعتبر مقاولة، وتكون المادة مجرد تابع للعمل[٩]. غير أنّ هذا التكييف يثير إشكالاً عندما تتساوى قيمة المادة والعمل، أو عندما تكون لإحداهما قيمة محسوسة وإن كانت أقل من الأخرى؛ ففي هذه الحالة يصبح العقد خليطاً من البيع والمقاولة معاً، فتُطبق أحكام عقد البيع على المادة، وتسري أحكام عقد المقاولة على العمل الذي يقدمه الصانع [١٠].

وفي مقابل هذا الرأي، يرى آخر أنّ عقد المقاولة ذاته لا يختلف في حقيقته عن عقد الاستصناع، وأنّ الاستصناع لا يعدو أن يكون صورة من صوره، وخاصة عندما يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً[١١]. وقد جرى العرف القانوني الحديث على استخدام مصطلح "عقد المقاولة" بدلاً من

"عقد الاستصناع" الذي كان شائعاً في الفقه الإسلامي، الأمر الذي جعل مفهوم المقاولة أكثر شمولاً بحيث يضم داخله عقد الاستصناع[١٢] .

وبناءً على ما تقدم، يمكن القول إنّ عقد الاستصناع يجمع بين عنصرين أساسيين: عنصر الملكية وعنصر العمل. فالصانع إذا كان يملك أرضاً وتعهد ببنائها بمواد من عنده، فإن العقد يُعد عقد استصناع، إذ يلتزم فيه بالعمل المتمثل في البناء، وبنقل ملكية ما ينتج عن هذا البناء. أما إذا أنشأ البناء لحسابه ثم عرضه للبيع لاحقاً، فإن العلاقة هنا تخرج من نطاق الاستصناع وتدخل في نطاق عقد البيع[١٣] .

وعليه، فإن موقف المشرّع العراقي حينما أدرج عقد الاستصناع ضمن عقد المقاولة لم يكن موفقاً؛ إذ لا يمكن اعتبار العلاقة بينهما علاقة فرع بأصل؛ لأن التزامات الصانع في عقد الاستصناع تتجاوز التزامات المقاول في عقد المقاولة. فالصانع يلتزم في آن واحد بتقديم العمل – كالمقاول – وتقديم المادة – كالبائع – وهو ما يمنح عقد الاستصناع طبيعة مزدوجة.

وعقد الاستصناع يتم كسائر العقود بتوافق إرادتين متقابلتين تهدفان إلى إنشاء التزام أو تعديله أو إنهائه. ومن ثمّ، فإنه يقوم على أركان ثلاثة هي: الإرادة (الرضا)، والمحل، والسبب. فإذا تخلف أي ركن من هذه الأركان كان العقد باطلاً، أما إذا شاب أحدها عيب من عيوب الإرادة، فإن أثر ذلك يتوقف على جسامة العيب وما إذا كان من شأنه إبطال العقد أو قابليته للإبطال.

## المطلب الثاني

## خصائص عقد الاستصناع

يتمتع عقد الاستصناع – شأنه شأن باقي العقود – بمجموعة من الخصائص التي تميزه وتحدد طبيعته القانونية، ويمكن بيانها على النحو الآتي:

**أولا:– عقد ناقل للملكية**

العقود الناقلة للملكية هي تلك التي يلتزم فيها أحد الطرفين بنقل ملكية شيء، سواء كان معيناً بالذات أو بالنوع، إلى الطرف الآخر[١٤] . وبما أنّ الصانع في عقد الاستصناع يتعهد بصناعة شيء محدد بمواد من عنده، فإن ذلك يستوجب بالضرورة انتقال ملكية العين المصنوعة إلى المستصنع عند تمام العقد وتسليم المبيع.

ومن ثمّ، يعد عقد الاستصناع عقداً ناقلاً للملكية، مما يجعله قريباً من عقد البيع ويُعتبر – في أحد تكييفاته – نوعاً من أنواع البيوع، غير أنّ القانون المدني العراقي عالج عقد الاستصناع ضمن العقود التي ترد على العمل، ولم يراعِ ما يترتب عليه من أثر ناقل للملكية.

**ثانيا:- عقد مسمى**

العقد المسمى هو الذي تناوله المشرّع بالتسمية والتنظيم في نصوص خاصة، بخلاف العقد غير المسمى الذي يظل خاضعاً للقواعد العامة. وبالنظر إلى القانون المدني العراقي، يتضح أنّ المشرّع قد أشار إلى عقد الاستصناع ضمن أحكام عقد المقاولة، ما يفيد أنّه اعتبره صورة من صوره، دون أن يمنحه تنظيماً مستقلاً[١٥] .

ومن ذلك، فأن عقد الاستصناع من العقود المسماة بالنظر إلى ذكره الصريح في نصوص القانون.

**ثالثا:- عقد رضائي**

الأصل في العقود أنها رضائية، أي تنعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكل خاص، ما لم يقرر القانون استثناءً[١٦]. وهذا ما كرسته المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي بقولها: "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه". وهو ذات ما نصت عليه المادة (٨٩) من القانون المدني المصري.

وبناءً عليه، فإن عقد الاستصناع يعد عقداً رضائياً ينعقد بمجرد تراضي الصانع والمستصنع على مواصفات العين المصنوعة والثمن، دون حاجة إلى إجراءات شكلية خاصة.

**رابعا:- عقد ملزم للجانبين**

العقد الملزم للجانبين هو الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة طرفيه، كما في البيع والإيجار. فمثل في عقد البيع يوجد التزامات متبادلة ومتقابلة بين البائع والمشتري فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وبالمقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن . وكذلك في عقد الايجار فيلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة وفي مقابل ذلك يلتزم المستأجر بدفع مقابل هذا الانتفاع من العين المؤجرة [١٧] .

وعقد الاستصناع من هذا القبيل، إذ يلتزم الصانع بإنجاز العمل وفق المواصفات المتفق عليها، وتسليم العين المصنوعة ونقل ملكيتها وضمانها، في حين يلتزم المستصنع بدفع الثمن وفق ما تم الاتفاق عليه ومن ثمّ، فإن يجمع بين آثار عقد المقاولة وآثار العقود الناقلة للملكية في آن واحد.

**خامسا:- عقد محدد**

العقد المحدد هو الذي يعرف فيه كل من الطرفين عند إبرامه مقدار ما يعطيه وما يأخذه، بصرف النظر عن تعادل القيمتين، مثل: عقد البيع، فإذا باع شخص سيارة لمتعاقد اخر بمبلغ محدد فأنه يعرف قيمة السيارة ومقدار الثمن الذى حصل عليه مقابل بيعها للمشتري، وكذلك المشترى يعرف وقت إبرام العقد مقدار الثمن الذي يلتزم بدفعه ويعرف قيمة المبيع الذي سيأخذه من المشتري . ولهذا فالعقد المحدد لا يتعلق بالتعادل بين قيمة ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، ولهذا ففي المثال

السابق يعتبر العقد عقد محدد حتى ولو كانت قيمة السيارة تزيد أو تنقص عن المبلغ المحدد في العقد [١٨] .

وبالنظر إلى عقد الاستصناع، فإن الصانع يعرف وقت التعاقد طبيعة العمل المطلوب ونوع المادة والالتزامات المترتبة عليه، كما يعلم المستصنع مقدار الثمن الواجب دفعه مقابل ذلك. وعليه، يُعد الاستصناع من العقود المحددة.

**سادسا:- عقد معاوضة**

عقود المعاوضة هي تلك التي يلتزم فيها كل طرف بتقديم مقابل لما يأخذه، على خلاف عقود التبرع التي لا يلتزم فيها أحد الأطراف بعوض[١٩] .

وبما أن الصانع في عقد الاستصناع يلتزم بصناعة وتسليم العين، في مقابل الثمن الذي يدفعه المستصنع، فإن العقد يعد من عقود المعاوضة.

ومن خلال ما تقدم، يتضح أنّ عقد الاستصناع يتميز بجملة من الخصائص التي تجعله متداخل بين عقود متعددة؛ وبذلك يمكن القول إن عقد الاستصناع يمثل عقداً ذا طبيعة قانونية خاصة ومختلطة، إذ يجمع بين عناصر البيع والمقاولة معاً. وهذه الطبيعة المركبة هي التي أوجدت صعوبة في تكييفه بشكل دقيق في التشريعات المدنية المقارنة، ومنها التشريع العراقي، الأمر الذي يستدعي إفراد تنظيم قانوني خاص يراعي خصوصيته ويحدد آثاره بوضوح.

وانطلاقاً من تحديد هذه الخصائص، يصبح من اللازم الانتقال إلى دراسة آثار عقد الاستصناع، من خلال بيان الالتزامات المتقابلة المترتبة على عاتق كل من الصانع والمستصنع.

## المبحث الثاني

## آثار عقد الاستصناع

تأسيساً على ما تقدم يُعد عقد الاستصناع من العقود الملزمة للجانبين، إذ يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه، فهو من جهة يرتب على عاتق الصانع (البائع) التزامات تتماثل مع ما يترتب في عقد المقاولة وعقد البيع في آن واحد، ومن جهة أخرى يفرض على المستصنع (المشتري) التزامات تقابلها. فالصانع يلتزم بإنجاز العمل وفقاً للمواصفات المتفق عليها وفي المدة المحددة، فضلاً عن التزامه بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية. وفي المقابل، يلتزم المستصنع بدفع الثمن المتفق عليه وما قد يستلزم من مصاريف، بالإضافة إلى التزامه باستلام محل العقد.

وبذلك، فإن الطبيعة القانونية لعقد الاستصناع تجمع بين خصائص عقد المقاولة بوصفه عقد عمل يهدف إلى إنجاز محل محدد وفق طلب المستصنع، وبين خصائص عقد البيع باعتباره

ناقلاً للملكية، الأمر الذي يجعل دراسة آثار هذا العقد تتطلب الوقوف على التزامات الصانع (البائع) من جانب، والتزامات المستصنع (المشتري) من جانب اخر .

## المطلب الأول

## التزامات الصانع (البائع)

يترتب على الصانع، بموجب عقد الاستصناع، جملة من الالتزامات الأساسية، يأتي في مقدمتها الالتزام بتنفيذ محل العقد وفق الشروط والمواصفات المتفق عليها، إلى جانب التزامه بالتسليم في الميعاد المحدد، وأخيراً التزامه بالضمان، سواء ضمان التعرض أو الاستحقاق أو ضمان العيوب الخفية. وهذه الالتزامات تماثل في جوهرها ما يقع على عاتق البائع في عقد البيع والمقاول في عقد المقاولة، مما يقتضي الرجوع إلى أحكام هذين العقدين لبيان مضمون التزامات الصانع، في ظل غياب نصوص خاصة في القانون المدني العراقي تنظم عقد الاستصناع بشكل مستقل.

**أولاً: الالتزام بتنفيذ محل العقد**

يلتزم الصانع بإنجاز العمل محل العقد وفقاً للأوصاف والشروط التي حددها المستصنع. وقد تتباين طبيعة هذا العمل بحسب موضوع الاستصناع، إذ قد يتعلق بإنشاء شيء غير موجود ابتداءً، فيتحمل الصانع مسؤولية توفير المواد اللازمة أو الاعتماد على ما يقدمه المستصنع. كما قد ينصب العمل على شيء موجود مملوك للمستصنع، فيقتصر دور الصانع على إتمام عمليات التصنيع أو التحسين. وفي بعض الحالات قد يكون العمل عملاً مجرداً غير مرتبط بمحل مادي، كما في الأعمال الذهنية أو الفنية[٢٠].

ولم تتضمن النصوص القانونية أي تحديد خاص للعمل كركن في المقاولة، مما يستدعي تطبيق القواعد العامة فيما يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوافر في العمل وأنواع العمل. فتقتضي القواعد العامة أن يتوافر في العمل ثلاثة شروط أساسية:

١. أن يكون العمل ممكنًا؛ فلا يجوز أن يكون العمل مستحيلاً استحالة مطلقة، سواء كانت مادية (كتكليف شخص بصنع دواء يعالج جميع الأمراض) أو قانونية (كالتعاقد مع محامٍ للطعن بعد فوات المدة القانونية).

٢. أن يكون العمل معينًا أو قابلاً للتعيين: فيجب أن يكون العمل محدداً تحديداً كافياً من حيث طبيعته وأوصافه، أو على الأقل قابلاً للتحديد كما في التعاقد على بناء مستشفى يتضمن أوصافاً معينة.

٣. أن يكون العمل مشروعًا : يشترط أن يكون العمل مشروعاً غير مخالف للقانون أو النظام العام أو الآداب، فلا يجوز الاستصناع لإنجاز عمل غير مشروع كتشيد مكان مخصص لأعمال

غير قانونية [٢١] .

**ثانياً: الالتزام بالتسليم في مدد دورية**

يعد التسليم ركناً جوهرياً في عقد الاستصناع، ويُقصد به تمكين المستصنع من حيازة محل العقد حيازة فعلية تمكنه من ممارسة سلطاته عليه كمالك. وقد عرّف القانون المدني العراقي التسليم في المادة (٥٣٦) بأنه "حصول المشتري على المبيع بالتخلية على وجه يتمكن به من قبضه دون حائل" [٢٢].

ويستفاد من ذلك أن التسليم يتطلب عنصرين: الأول هو وضع محل العقد تحت تصرف المستصنع بما يبيح له الحيازة والانتفاع دون عائق فاذا وجد عائق يحول بين الدائن وحيازة المحل والانتفاع به، فيكون هنا المدين مخلاً بتنفيذ التزامه بالتسليم، والثاني هو إخطار الصانع للمستصنع بتمام وضع المحل تحت تصرفه، ويكفي في ذلك الإخطار بأي وسيلة مناسبة[٢٣] .

ويجوز ان يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كانت المنقولات في حيازة الدائن قبل العقد أو كان قد استبقى المنقولات في حيازته بعد العقد لسبب آخر غير الملكية وله صورتان :-

أولاً: إذا كانت المنقولات في حيازة المدين قبل العقد عن طريق الإجارة أو الوديعة أو العارية أو الرهن الحيازي، ثم يقع العقد فيستمر المدين حائزاً للمنقولات ولكن لحساب نفسه، أي أن التسليم يتم بمجرد تغير نيته المدين في الحيازة .

ثانياً : أن تبقى المنقولات في حيازة الدائن بعد البيع ليس بصفته مالكاً للشيء بل كمستأجر له أو مرتهناً له أو مودعاً لديه أو مستعيراً له[٢٤] .

أما فيما يخص تحديد الزمان والمكان الذي يجب فيه التسليم فيجب التسليم في الزمان والمكان المتفق عليه في العقد، وبخلاف ذلك اعتبر ذلك اخلال بالالتزام بالتسليم وكان للدائن وفقا للقواعد العامة ان يطالب بعد اعذار المدين بتنفيذ التزامه بالتسليم ان يطلب من القضاء تنفيذ التزام المدين جبراً عليه وقد تم ذلك عن طريق الحكم عليه بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه عن التسليم . كما قد يتم ذلك عن طريق ايداع المنقولات في مكان غير مكان الدائن على ذمة المدين، واذا كانت المنقولات مما يسرع اليه التلف أو مما يكلف نفقات باهضه عند ايداعه فيحق للدائن أن بيعه بعد استئذان المحكمة أو بدونها عند ضرورة ويودع الثمن في خزانة المحكمة [٢٥] .

ومن خلال ما سبق نجد أن الالتزام بالتسليم في عقد البيع يمكن الاستفادة منه لتفسير الالتزام بالتسليم في عقد الاستصناع، فالصانع يلتزم بتسليم المحل المتفق عليه الى المستصنع في الزمان

والمكان المتفق عليه في العقد ويجب التسليم من دون احداث أي تغير في محل العقد لا بالزيادة أو النقص .

**ثالثاً: الالتزام بالضمان**

يُعد الالتزام بالضمان من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الصانع في عقد الاستصناع، وهو التزام مستمد من أحكام عقد البيع، حيث يلتزم الصانع بضمان عدم التعرض، وضمان الاستحقاق، وأخيراً ضمان العيوب الخفية، وذلك على التفصيل الآتي:

**١- ضمان عدم التعرض**

يقصد بضمان عدم التعرض التزام الصانع بالامتناع عن أي عمل يحول دون تمكين المستصنع من الانتفاع الكامل بمحل العقد، سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً. ويشمل هذا الضمان التعرض الصادر من الصانع ذاته، إذ يُحظر عليه الإتيان بأي فعل يمنع المستصنع من مباشرة سلطاته على محل العقد، سواء بالاستعمال أو الاستغلال أو التصرف. أما تعرض الغير، فلا يكون الصانع مسؤولاً عنه إلا إذا كان تعرضاً قانونياً يستند إلى حق ثابت وقت التعاقد أو انتقل من الصانع ذاته إلى الغير[٢٦] .

**٢- ضمان الاستحقاق**

يقوم ضمان الاستحقاق على التزام الصانع بضمان خلو محل العقد من أي حق ثابت للغير، سواء كان حق ملكية أو غيره من الحقوق العينية، بحيث يضمن الصانع للمستصنع استقرار ملكيته أو حيازته لما تم الاتفاق عليه. وتظهر مسؤولية الصانع في عدة صور منها:

**أ.** إذا اخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق فتدخل البائع فيها ولكنه فشل في دفع ادعاء الغير.

**ب.** إذا اخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، ولكن البائع لم يتدخل فيها وصدر حكم لمصلحة الغير المتدخل .

**ت.** إذا اخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ولم يتدخل الاخير، ثم تصالح مع الغير في هذه الدعوى وأقر له بحقه أو ببعض حقه، ولم يثبت البائع أن الغير غير محق في دعواه

**ث.** إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، وخسر المشتري الدعوى ولم يثبت البائع أن تدخله كان يؤدى إلى رفض هذه الدعوى.

**ج.** إذا اعترف المشتري للغير بالحق الذي يدعيه من دون رفع دعوى، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .

ففي جميع هذه الفروض، يكون للمستصنع الرجوع على الصانع إما بالتعويض أو بطلب التنفيذ

بمقابل، وفقاً لما تنص عليه القواعد العامة [٢٧].

**٣- ضمان العيوب الخفية**

واخيراً يلتزم الصانع بضمان العيوب الخفية التي من شأنها أن تُنقص من قيمت المحل أو تجعله غير صالح للغرض المقصود. ويتحقق هذا الضمان بتوافر شروط معينة[٢٨]، هي:

أ.أن يكون العيب خفياً: أي غير ظاهر، ولم يكن المستصنع عالماً به وقت التعاقد، حتى مع بذل عناية الشخص المعتاد في الفحص.

ب.أن يكون العيب مؤثراً: أي أن يؤثر على قيمة المحل أو على إمكانية الانتفاع به بصورة جوهرية، بحيث لا يشمل الضمان العيوب البسيطة أو التافهة.

ت.أن يكون العيب قديماً: أي موجوداً وقت التعاقد أو قبل التسليم، أو أن يكون سببه قائماً قبل التسليم وظهر لاحقاً.

ويترتب على ثبوت هذه الشروط أن يكون للمستصنع الخيار بين المطالبة بإصلاح العيب، أو إنقاص الثمن، أو فسخ العقد إذا كان العيب جوهرياً[٢٩].

من خلال ما تقدم، يتضح الطبيعة المركبة لهذا العقد، إذ يجمع بين أحكام عقد البيع في جانب نقل الملكية وضمان خلو المحل من التعرض أو الاستحقاق أو العيوب، وبين أحكام عقد المقاولة من حيث الالتزام بإنجاز العمل وفقاً للمواصفات. وبالتالي فإن الضمان في عقد الاستصناع يعد وسيلة أساسية لحماية المستصنع وضمان استقرار معاملاته، ويُكرّس في الوقت ذاته مبدأ التوازن العقدي بين طرفي الاستصناع.

## المطلب الثاني

## التزامات المستصنع ( المشتري)

يرتب عقد الاستصناع على عاتق المستصنع (المشتري) مجموعة من الالتزامات المقابلة لالتزامات الصانع، وتتمثل أهم هذه الالتزامات في: الالتزام بدفع الثمن والمصاريف، والالتزام بتسلّم محل العقد. وهذه الالتزامات، وإن وردت في نطاق عقد الاستصناع، فإنها في جوهرها لا تختلف كثيراً عن التزامات المشتري في عقد البيع، ذلك أن الاستصناع، بوصفه عقداً ملزماً للجانبين، يستمد في بنيته القانونية كثيراً من خصائص البيع والمقاولة معاً. ومن ثم، فإن تحديد التزامات المستصنع لا يمكن أن يتم بمعزل عن القواعد التي تحكم التزامات المشتري في عقد البيع، باعتبارها المرجع العام الذي يمكن القياس عليه في غياب نصوص خاصة تنظم عقد الاستصناع في التشريعات المدنية.

**أولاً: الالتزام بدفع الثمن والمصاريف**

يُعد الثمن ركناً جوهرياً في عقد الاستصناع، شأنه في ذلك شأن عقد البيع، إذ لا ينعقد العقد بدونه. وقد عرّف المشرع العراقي الثمن بأنه "ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة" [٣٠]، كما عرّفه الفقه بأنه: "مبلغ من النقود يلتزم المشتري بدفعه للبائع لقاء نقل ملكية المبيع"[٣١] . وهو بذلك يمثل المقابل المالي لالتزام الصانع بإنجاز محل العقد ونقله إلى المستصنع .

ولكي يُعد المقابل ثمناً، لا بد من توافر شروط معينة، تتمثل فيما يأتي:

١. أن يكون الثمن جدياً حقيقياً: أي أن تتجه إرادة الطرفين إلى الالتزام به فعلاً، بحيث لا يكون صورياً أو رمزياً. وغالباً ما يكون هذا الثمن متناسباً مع القيمة السوقية للمنقولات محل العقد.

٢. أن يكون الثمن نقدياً: أي أن يُدفع بمبلغ من النقود حصراً. فإذا كان المقابل أوراقاً مالية أو بضائع أخرى، نكون بصدد عقد مقايضة أو توريد. أما إذا كان المقابل المدفوع خدمات، فإننا أمام عقد غير مسمى يختلف عن البيع والاستصناع[٣٢] .

٣. أن يكون الثمن محدداً أو قابلاً للتحديد: فيلزم أن يُحدد صراحة في العقد، أو أن يكون قابلاً للتعيين من خلال الرجوع إلى السعر المتداول في السوق أو ما جرى عليه التعامل بين الطرفين.

أما فيما يتعلق بمكان دفع الثمن، فالقاعدة أن يتم الوفاء في موطن المدين (المشتري) أو في مكان محل عمله إذا كان الالتزام متصلاً به، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. أما من حيث زمان دفع الثمن، فقد يكون حالاً يستحق عند إبرام العقد، أو مؤجلاً إلى أجل محدد، أو مقسطاً على دفعات دورية. فإذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً، تبدأ مدة الأجل أو استحقاق الأقساط من تاريخ تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق مخالف. غير أنه إذا تأخر تسليم محل العقد باتفاق الطرفين، فلا يجوز للصانع أن يطالب بالثمن قبل التسليم، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك[٣٣].

**ثانياً: الالتزام بالتسلّم**

يقوم الالتزام بالتسلّم على عاتق المستصنع، ويتمثل في وجوب استلام محل العقد بعد إنجازه من قبل الصانع. والتسلم يعني وضع المحل تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها دون عائق، ولو لم يقم باستلامها استلاماً مادياً، طالما أن الصانع قد أعلمه بذلك. إلا أنه في الغالب يقوم المستصنع باستلام المحل فعلياً وبالاستيلاء المادي عليها، فإذا امتنع عن ذلك، عُدّ مقصراً في تنفيذ التزامه، رغم أن الصانع يكون قد أوفى بالتزامه بتسليم محل العقد.

ويجوز للصانع أن يجبر المستصنع على تنفيذ التزامه بالتسلّم إذا امتنع عن الاستلام، لما لهذا الالتزام من أهمية عملية وقانونية، إذ قد يكون تسلم المستصنع للمبيع محققاً لمصلحة الصانع،

كإخلاء المكان الذي تشغله المنقولات. كما أن للتسلم آثاراً قانونية مهمة، منها بدء سريان مدة سقوط الدعاوى المتعلقة بالعجز أو الزيادة في المنقولات، وكذلك بدء مدة سقوط دعوى ضمان العيوب الخفية، والتي لا تبدأ إلا من تاريخ التسلم الفعلي من جانب المشتري.

ويُحدد العقد زمان التسلّم ومكانه، وفي الغالب يطابق زمان ومكان التسليم. فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف، وجب أن يتم التسلّم فوراً بعد التسليم، مع مراعاة الوقت اللازم لنقل المبيع. أما مكان التسلّم فيكون حيث توجد المنقولات وقت التعاقد، ما لم يتفق على غير ذلك.

ويتحمل المستصنع جميع نفقات التسلّم، بما في ذلك مصاريف النقل والتفريغ والعوائد الجمركية وغيرها، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يُلزم الصانع بتحملها. وإذا امتنع المستصنع عن التسلّم في الزمان والمكان المحددين، اعتُبر مخلاً بالتزامه، ويكون للصانع في هذه الحالة، وبعد إعذار المشتري، الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني، أو طلب فسخ العقد، فضلاً عن المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى[٣٤].

يتضح من خلال ما سبق أن التزامات المستصنع (المشتري) في عقد الاستصناع لا تختلف في جوهرها عن التزامات المشتري في عقد البيع، إذ يقوم المشتري بالوفاء بالثمن والمصاريف والتسلّم، بينما يلتزم الصانع بإنجاز محل العقد وتسليمه مطابقاً لما تم الاتفاق عليه. ومن ثم فإن إخلال المستصنع بالتزاماته، سواء بعدم دفع الثمن أو بالامتناع عن التسلّم، لا يترتب عليه فقط الإضرار بالصانع، بل قد يؤدي كذلك إلى تعطيل الغرض من العقد ذاته. وهذا ما يبرر تمسك التشريعات المدنية والفقه المقارن بضرورة تحديد هذه الالتزامات بدقة، بما يحقق التوازن العقدي ويحافظ على استقرار المعاملات.

## الخاتمة

بعد أن انتهينا من بحث موضوع **(عقد الاستصناع في ضوء القواعد العامة للعقود في القانون المدني )** توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات والتي سنحاول بيانها في ما يلي :-

### أولاً :- الاستنتاجات

١.أن عقد الاستصناع هو عقد يتعهد بموجبه أحد الطرفين (الصانع) بصنع شيء أو أداء عمل محدد وفقاً لشروط معينة، وذلك لقاء أجر يلتزم الطرف الآخر (المستصنع) بدفعه.

٢.إن عقد الاستصناع، شأنه شأن باقي العقود المدنية، يتمتع بخصائص متعددة، فهو عقد مسمى يرد ضمن العقود المدنية، وهو كذلك عقد رضائي يتم بتوافق إرادتين دون حاجة إلى شكل خاص إلا في الحالات التي يتطلبها القانون، كما أنه عقد ملزم للجانبين ينشئ التزامات متبادلة

على عاتق طرفيه، إضافة إلى كونه عقد معاوضة محدد، حيث يتم تحديد حقوق والتزامات كل من الصانع والمستصنع منذ إبرام العقد.

٣.أن المشرع العراقي وكذلك المشرع المصري والفرنسي قد عالجا عقد الاستصناع في إطار أحكام عقد المقاولة، دون أن يضعا له تنظيماً قانونياً مستقلاً أو أحكاماً خاصة به. وقد أدى هذا الاتجاه إلى غموض في تحديد طبيعته القانونية، إذ جعل العقد يتأرجح بين اعتباره من قبيل عقد المقاولة تارة وعقد البيع تارة أخرى، مما أوجد فراغاً تشريعياً يؤثر على استقرار المعاملات.

٤.إن عقد الاستصناع يتميز بمجموعة من الخصائص التي تجعله متداخلاً بين عدة عقود، بحيث يمثل عقداً ذا طبيعة قانونية خاصة ومختلطة، إذ يجمع في آن واحد بين عناصر عقد البيع وعقد المقاولة. وهذه الطبيعة المركبة هي التي أدت إلى صعوبة تكييفه بدقة ضمن التشريعات المدنية المقارنة، بما في ذلك التشريع العراقي، الأمر الذي يفرض ضرورة إفراد تنظيم قانوني خاص لعقد الاستصناع، يراعي خصوصيته ويحدد بوضوح التزامات الأطراف وآثاره القانونية، بما يضمن استقرار التعاملات وحماية مصالح المتعاقدين.

٥.إن عقد الاستصناع، بوصفه أحد عقود القانون الخاص، يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، حيث يتم انعقاده بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين يتمثل في إنشاء التزامات متبادلة أو تعديلها. ومن ثم فإن أركان العقد الأساسية تتمثل في: الرضا: الذي يعبر عن توافق إرادة الطرفين، المحل: وهو العمل أو الشيء المراد صنعه، السبب: وهو الغاية المشروعة للعقد. وإذا انتفى أي ركن من هذه الأركان، كان العقد باطل.

٦.يعد عقد الاستصناع من العقود الملزمة للجانبين، إذ تترتب عليه التزامات متبادلة، فهو يرتب في ذمة الصانع التزاماً بإنجاز العمل المعهود إليه طبقاً للمواصفات المتفق عليها وخلال الأجل المحدد، بالإضافة إلى التزامه بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية. وفي المقابل، يرتب العقد على عاتق المستصنع (المشتري) التزاماً بدفع الثمن والمصاريف، فضلاً عن التزامه بتسلم المبيع أو الشيء المصنوع في الزمان والمكان المحددين بالعقد.

**ثانياً :- المقترحات**

١.نقترح على المشرع العراقي معالجة عقد الاستصناع باعتباره عقداً مستقلاً بذاته، وليس مجرد صورة من صور عقد المقاولة، وذلك بنقله من موقعه الحالي في القانون المدني العراقي ضمن العقود المسماة الواردة على العمل، إلى قسم العقود المسماة الواردة على الملكية والعمل معا، انسجاماً مع طبيعته .ونقترح النص التالي:( عقد الاستصناع هو عقد مسمى مستقل، يلتزم

بموجبه الصانع بصنع شيء محدد وفقاً لمواصفات متفق عليها وتسليمه إلى المستصنع خلال أجل معين مقابل ثمن محدد، وتنتقل ملكية المصنوع إلى المستصنع بمجرد تسليمه) .

٢.نقترح بوضع أحكام خاصة لعقد الاستصناع تجمع بين قواعد عقد البيع وقواعد عقد المقاولة، مع معالجة التناقضات التي قد تنشأ من تطبيقهما معاً، وبما يحقق التوازن بين اعتباره بيعاً للمستقبل ومقاولة في التنفيذ. ونقترح النص التالي:( تسري على عقد الاستصناع أحكام عقد البيع فيما يتعلق بنقل الملكية وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، كما تسري عليه أحكام عقد المقاولة فيما يتعلق بتنفيذ الصنع ومدة الإنجاز، وذلك بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة هذا العقد) .

٣.ندعوا المشرع العراقي بإخضاع عقد الاستصناع لذات الشكلية التي يفرضها القانون على عقود البيع في الحالات التي يرد فيها على عقارات أو منقولات معينة تستلزم التسجيل كوسيلة لحماية الملكية، مثل السيارات أو المكائن. ونقترح النص التالي : ( إذا كان محل عقد الاستصناع عقاراً أو منقولاً، وجب أن يُبرم العقد بالشكل الذي يتطلبه القانون لنقل ملكية هذه الأموال، ويُسجل وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، وإلا كان العقد باطلاً) .

٤.نوصي بإلزام الصانع بضمان مطابقة المصنوع للمواصفات المتفق عليها، وذلك إلى جانب ضمان العيوب الخفية، تحقيقاً لطمأنينة المستصنع. ونقترح النص التالي: (يلتزم الصانع بأن يكون المصنوع مطابقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد، ويُسأل عن كل إخلال بالمواصفات ولو لم يكن عيباً خفياً) .

**الهوامش**

(١) . بموجب نص المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة ٨٩ من القانون المدني المصري على أنه : " يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة مايقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد "، والمادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي
Article 1101 : "Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations".

(٢) . د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٥٠ .

(3). Article 1787 : "Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière".

(٤) . اياد كاظم سعدون، إشكالية تكييف عقد الاستصناع في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد السابع، المجلد ١، ص ١٤٥ .

(٥) . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء ٧ المجلد ١، مطبعة نهضة، مصر، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٧ .

(٦) . د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانون والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩، ص ٣٩٤ .

(٧) . صادق راشد شمري، العمل المصرفي الاسلامي واساسياته، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٢، ص ٢٠٥ .

(٨) . سليمان مرقس، عقد البيع، مكتبة النهضة، بغداد، ١٩٦٨، ص ٣٢.

(٩) . د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، المجلد الأول، مصدر سابق، ص ٢٦.

(١٠) . د. جعفر الفضلي الوجيز في العقود المدنية، العائك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٣٧١.

(١١) . د. نايف بن جمعان الجريدان، أحكام العقود المدنية دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤، ص ١٧٧ .

(١٢) . د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٣٩٤ .

(١٣) . اياد كاظم سعدون، مصدر سابق، ص ١٤٦ .

(١٤) . د. سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ١٥ .

(١٥) . د. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٨ .

(١٦) . د. سمير عبد السيد تناغوا، مصدر سابق، ص ١٥ .

(١٧) . د. سعيد سعد عبد السلام، مصدر سابق، ص ٤١ .

(١٨) . د. سمير عبد السيد تناغوا، مصدر سابق، ص ١٧ .

(١٩) . د. سمير عبد السيد تناغوا، المصدر نفسه، ص ١٧ .

(٢٠) . د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، العقود المسماة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨، ص ٤١٠.

(٢١) . د. جعفر الفظلي، الوجيز في العقود المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٩٥ .

(٢٢) . وتقابلها المادة ٤٣٥ من القانون المدني المصري ونصه: " يوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك " . وتقابلها المادة ١٦٠٤ من القانون المدني الفرنسي

Article 1604 : " La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur."

(٢٣) . د. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٢٦١.

(٢٤) . د. رمضان أبو السعود، المصدر نفسه، ص ٢٦١.

(٢٥) . د. جعفر الفظلي، مصدر سابق، ص ٩٥ .

(٢٦) . د. أسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٨، ص ١٦٨ .

(٢٧) . د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٢٦٦ – ٢٦٧ .

(٢٨) . ينظر المادة ٥٥٨ – ٥٥٩ من القانون المدني العراقي، وتقابلها المواد ٤٤٧ – ٤٤٩ من القانون المدني المصري، وتقابلها المواد ١٦٤١ – ١٦٤٩ من القانون المدني الفرنسي .

(٢٩) . د. أسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١٩٣.

(٣٠) . ينظر المادة ٥٢٦ فـ١ من القانون المدني العراقي، ولا يوجد نص مقابل في القانون المدني المصري والفرنسي .

(٣١) . د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٢٦٧ .

(٣٢) . د. رمضان محمد أبو سعود، مصدر سابق، ص ٤٨ وما بعدها .

(٣٣) . د. سعيد مبارك وآخرون، مصدر سابق، ص ٧٦–٧٧ .

(٣٤) . د. رمضان محمد أبو سعود، مصدر سابق، ص ٤٨ وما بعدها.

**قائمة المصادر والمراجع**

**أولاً :– الكتب القانونية**

١.أسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٨ .

٢.جعفر الفظلي، الوجيز في العقود المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٩٥ .

٣.جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١ .

٤.رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠ .

٥.سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ .

٦.سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، العقود المسماة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨ .

٧.سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩ .

٨.صادق راشد شمري، العمل المصرفي الاسلامي واساسياته، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٢.

٩.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء ٧ المجلد ١، مطبعة نهضة، مصر، القاهرة، ٢٠١١.

١٠.عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨ .

١١.عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانون والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩ .

١٢.كمال الدين جمعة بكرو، عقد الاستصناع وصوره المعاصرة، دراسة فقهية تحليلية، الطبعة الأولى، دون ذكر دار النشر، ٢٠١٧ .
١٣.نايف بن جمعان الجريدان، أحكام العقود المدنية دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤ .

**ثانياً :- البحوث القانونية**

١.اياد كاظم سعدون، إشكالية تكييف عقد الاستصناع في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد السابع، المجلد ١ .
٢.حسين نجف بخور، التكيف القانوني لعقد الاستصناع ( دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي )، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والأبحاث جامعة ذي قار / كلية الحقوق .

**ثالثا :- القوانين**

١.القانون المدني العراقي المعدل رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٢.القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٣.القانون المدني الفرنسي المعدل رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ .

**List of Sources and References**

**I. Legal Books**

1.Ismail Ghanem, Notes on Named Contracts: The Contract of Sale, Dar Al-Kitab Al-Arabi Press, Egypt, 1958.
2.Jaafar Al-Fadhli, A Concise Guide to Civil Contracts, Al-Atik Publishing, Cairo, [n.d.], p. 95.
3.Jamil Al-Sharqawi, General Theory of Obligation: Sources of Obligation, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1981.
4.Ramadan Abu Al-Saud, Explanation of Named Contracts: Sale and Exchange Contracts, Dar Al-Matbou'at Al-Jami'iya, Alexandria, 2000.
5.Saeed Saad Abdel-Salam, Sources of Civil Obligation, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2003.
6.Saeed Mubarak, Dr. Taha Al-Mulla Huwaish, and Dr. Sahib Ubaid Al-Fatlawi, Named Contracts, Legal Library, Baghdad, 2018.
7.Samir Abdel-Sayed Tanagwa, Sources of Obligation, Al-Wafa Legal Library, Alexandria, First Edition, 2009.
8.Sadiq Rashid Shamri, Islamic Banking and Its Fundamentals, Dar Al-Yazouri for Scientific Publishing and Distribution, Amman, 2022.
9.Abdel-Razzaq Al-Sanhouri, Al-Waseet in Explanation of Civil Law, Part 7, Volume 1, Nahda Press, Cairo, Egypt, 2011.
10.Abdel-Majid Al-Hakim, Dr. Abdel-Baqi Al-Bakri, and Dr. Mohamed Taha Al-Bashir, A Concise Guide to the Theory of Obligation: Sources of Obligation, Legal Library, Baghdad, 2018.
11.Ismat Abdel-Majid Bakr, Contract Theory in Islamic Jurisprudence: A Comparative Study with Legal Jurisprudence and Contemporary Laws, Dar Al-Kutub Al-Ilmiya, 2009.

12.Kamal Al-Din Jumaa Bakro, The Istisna' Contract and Its Contemporary Forms: An Analytical Jurisprudential Study, First Edition, [Publisher Not Mentioned], 2017.
13.Nayef Bin Jumaan Al-Jaridan, Provisions of Civil Contracts: A Comparative Study, Law and Economics Library, Riyadh, 2014.

**II. Legal Research Papers**

1.Iyad Kazem Saadoun, The Problem of Adapting the Istisna' Contract in Iraqi Civil Law, published in Maysan Journal for Comparative Legal Studies, Issue 7, Volume 1.
2.Hussein Najaf Bakhour, Legal Adaptation of the Istisna' Contract (A Comparative Legal Study with Islamic Jurisprudence), published in Journal of Law for Studies and Research, University of Thi-Qar, College of Law.

**III. Legislation**

1.Iraqi Civil Code, amended by Law No. 40 of 1951
2.Egyptian Civil Code, Law No. 131 of 1948.
3.French Civil Code, amended by Law No. 131 of 2016.