أساليب الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني

ا.د ضمير حسين المعموري د. اسراء خضير مظلوم

الكلمات المفتاحية

الاستثناء _الصياغة التشريعية_الاساليب_القانون المدني

الخلاصة

يعد الاستثناء أسلوبا من الاساليب التي يستعملها المشرع في صياغة النص القانوني ، لزيادة حبكة النص بما يستوعب الفرض والحكم المبني على علل اوجبت تشريعه ، إذ يشكل الاستثناء مع القاعدة القانونية وحدة متكاملة. ، وتتعدد اساليب الاستثناء في نطاق القانون المدني بتعدد علل وجوده ، والتي تفرز تعدد التطبيقات التي اوردها القانون لها مع تعدد الغايات المتوخاة منه . وهذا التعدد قد يرد بصورة متزامنة مع القاعدة القانونية العامة ، او قد يأتي لاحقا عليها سواء في نفس القانون او قانون آخر ، الى جانب اسلوب آخر من الاستثناء ورد بين ثنايا القانون المدني إلا انه يخرج من مفهوم الاستثناء بمعنى الإخراج ويوصف بالاستثناء الناقص او المفرغ .

فدراسة هذه الاساليب الاستثنائية في صياغة نصوص القانون المدني يكشف عن وجود خصوصية عند صياغة النصوص الاستثنائية ، سيما أن هذا التعدد والتنوع يساعدنا في الكشف عن الاستثناءات ، وأيا كان الأسلوب الذي يرد عليه الإستثناء ما يهمنا هو فلسفة المشرع في إيراد الإستثناء والغاية التشريعية التي رام الوصول إليها ، وذلك بمراعاة هذه الاساليب المتقدمة بما يضمن صياغة سليمة وصحيحة للقاعدة القانونية .

Conclusion

The exception is one of the methods used by the legislator in formulating the legal text, to increase the plot of the text to accommodate the

imposition and judgment, which is based on the reasons that necessitated its legislation, and the exception in formulating the legal rule is important from multiple aspects. The study of the exception as a technique that the legislator resorts to when drafting the texts of the law finds its origin in the study of the legislator's philosophy of the existence of legal exceptions and the intended purpose of them. The legislator should take them into account when enacting the legislation so that the legislative text achieves its intended purpose.

The exception with the legal rule constitutes an integrated unit simultaneous or subsequent to the legal rule. Which means that the methods of exception are multiple, and this multiplicity may appear concurrently with the general legal rule, or it may come later on it, whether in the same law or another law, in addition to another type of exception mentioned within the civil law, but it comes out of the concept of exception in the sense of exclusion It is described as an incomplete or empty exception.

Studying these exceptional methods in drafting civil law texts reveals the existence of privacy when drafting exceptional texts, taking into account these advanced methods to ensure a sound and correct formulation of the legal rule.

أساليب الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني

المقدمة

أن تعدد اساليب الصياغة التشريعية في نطاق القانون المدني ، اضفى بضلاله على تنوع أساليب الإستثناء ، بتعدد الغايات المتوخاة منه ، ، فصياغة النصوص لا ترد بأسلوب واحد محدد ، فلكل نوع من النصوص التشريعية معايير معينة تصاغ بها كانت نتاج انواع هذه الصياغة بشقيها المرن والجامد ، من هنا فأن الاستثناء يرد على القاعدة العامة وبالتالي يكون له صفة الاستمرار معها . لذا ينعقد على نحوين ، فقد يقترن المستثنى بالمستثنى منه في نفس الكلام الملقى من المتكلم ونعني به المشرع في نطاق القانونية الواحدة ، ويسمى بالاستثناء المتزامن ، أو أن لا يقترن به مخصصه في نفس الكلام ، بل يرد في كلام آخر مستقل قبله او بعده ، ويسمى بالاستثناء اللاحق ، لذا فأن الاستثناء لاحقا على القاعدة او معاصرا لها ، اما ان يكون سابقا عليها فلا يكون الا بنص في القواعد العامة الجديدة يسمح ببقاء القواعد الخاصة [i]، كما ان هنالك نوع من الاستثناء الذي يخرجه النحويين من مفهوم الاستثناء وهو الاستثناء المفرغ او الناقص ، والذي له تطبيقات عديدة في نطاق القانون المدني ، وأيا كان الأسلوب الذي يرد عليه الإستثناء ، فلا تكتمل الفكرة التي نحن بصددها مالم نورد مصاديق عنها على شكل تطبيقات موزعة في نطاق القانون المدني تعزز وتؤكد ما نذهب اليه .

في ضوء ما ذكر سنبحث أساليب الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني من خلال ثلاثة مباحث ، نفرد المبحث الاول لدراسة الإستثناء المتزامن ، ثم سنبين في المبحث الثاني الإستثناء اللاحق ، واخيرا نبحث الاستثناء المفرغ في المبحث الثالث .

المبحث الاول

الاستثناء المتزامن

قد يرد الاصل والاستثناء في سياق واحد متزامن ضمن قاعدة قانونية واحدة تتضمن حكماً عاماً مرجحاً عليه استثناءً لمصلحة اكثر اعتباراً . هذا مايعرف بـالاستثناء المتزامن وهو الغالب في صياغة نصوص القانون عموما ونصوص القانون المدني على وجه الخصوص ، ، في حين نجد ان هنالك تطبيقات اقل ظهورا من الاول للاستثناء اللاحق متناثرة بين ثنايا القانون المدني والقوانين الاخرى سنبينها في موضعها .

مما تقدم ، سنقدم هذا المطلب المعنون بالاستثناء المتزامن من خلال مطلبين ، سنتناول في المطلب الاول معنى الاستثناء المتزامن ، ثم سنفرد لأهم التطبيقات الواردة في نطاق القانون المدني والفقه الاسلامي لاستجلاء المقصود به في المطلب الثاني تحت عنوان التطبيق في نطاق القانون المدني والفقه الاسلامي .

المطلب الاول

معنى الاستثناء المتزامن

نعني بالاستثناء المتزامن . الاستثناء الذي يتزامن مع صدور القاعدة العامة و يتصل بها ، ففي هذا الاسلوب الاستثنائي يقرر المشرع القاعدة العامة والاستثناء عليها بشكل متزامن ومتصل مع بعضهم البعض دون تخلل فاصل زمني ، فيرد الاستثناء على القاعدة العامة نفسها وبالتالي يكون له صفة الاستمرار معها ، ويكون ذلك عندما ينص المشرع في مادة قانونية واحدة على الاصل والاستثناء مقارنا له ، إذ يتناول الاصل واقعة معينة ويرد المشرع عليها الاستثناء لضرورات معينة تقتضيها المصلحة المحمية بالاستثناء[ii] .

ويعمد المشرع الى هذا النوع من الاستثناء مستندا الى العديد من الاسباب ، مبتعدا عن الغاء القاعدة العامة او تعددها (تضخم نصوص القانون) من خلال وسائل من اهمها وضع القواعد العامة لتنظيم مسائل معينة من دون ان يجعلها قاعدة عامة مطلقة ، بأن يورد المشرع عليها الاستثناءات بما يحقق المصلحة التي يريد تحقيقها والتي قد تتعارض مع المصلحة المتحققة في نطاق القاعدة العامة. وبالتالي يتحصن المشرع من مايعرف بالتضخم التشريعي الناجم عن السياسة التشريعية السائدة في الدولة، فإذا كانت السياسة التشريعية سياسة عامة للتشريع، فتنعكس هذه السياسة على منظومة القوانين المصاغة فتساعد على اتساقها معاً وبالتالي عدم تعارضها ، أما إذا اقتصرت السياسة التشريعية على مجرد معالجات تشريعية لقضايا مختلفة، سنلاحظ تباين أساليب الصياغة القانونية من تشريع لآخر فتظهر مشكلات تضارب التشريعات وتناقض النصوص والقواعد القانونية وتعددها وكثرتها وركاكة الصياغة

أحياناً[iii] ، لذا فأن اسلوب الصياغة المتزامن للاستثناء مع القاعدة العامة يحصن القانون من كل ماتقدم بيانه من مشكلات الصياغة والتنفيذ لاحقا .

لذا فأن مقتضيات شكلية الصياغة التشريعية او ما يعرف بالبنية الطوبوغرافية للنص والتي يقصد بها بيان ما اذا كان النص قد ورد في فقرة واحدة او على عدة فقرات او مقاطع ، والتي يترتب عليها نتائج اساسية تستخدم في المعالجة او التقسيم فالغالب ان النص الذي يرد في فقرة واحدة يعبر عن تنظيم واحد عن مبدأ ، والاستثناء عليه ، فهذا النص الذي جاء في جملة واحدة يعبر بوضوح عن نية المشرع في بناء ابعادا معينة ، والغالب ان المشرع عندما يضع النص في فقرتين او اكثر فأنه يعمد على وضع القاعدة في الفقرة الاولى والاستثناءات على القاعدة وحدود هذه الاستثناءات فيما يلي من الفقرات [iv].

لذا فأن خصوصية هذا النوع من الاستثناء ترجع الى التقدير المسبق من المشرع للحالة محل الاستثناء ، التي يحاول المشرع من خلال الفرض بيان حكمها العام والاستثنائي ، وهذا ينطبق على كلا نوعي الاستثناء سواء الحقيقي او الحكمي . وبحسب غايات المشرع وفلسفته عند صياغة النص .

وترى الباحث أن الاساس الفلسفي لهذا الاخراج في الاستثناء المتزامن أن وحدة الفرض لا تعني وحدة الحكم ، وبما أن الاستثناء يتواجد في كلا منطقتي القاعدة القانونية ، فسنكون امام حكمين او قاعدتين حكم عام وحكم استثنائي ، الا اننا ننوه الى أن ما نحن بصدده لا يعني صدور احكام متعارضة ، بل على العكس من ذلك ، فالمشرع المدني يجمع بين هذه المصالح دون اهدارها ، مرجحا المصلحة الاجدر بالرعاية متخذاً من الاستثناء وسيلة لإخراجها وإفرادها بحكم خاص أقرب للعدالة .

ولعل مصداق ذلك لدى الاصوليين (ما من عام والا وقد خص)[v]، وللتخصيص كما بينا اساليب متعددة منها الاستثناء والشرط والغاية ، والمشرع عند وضعه للقاعدة العامة أذا توفر لديه مبرر لترجيح مصلحة على اخرى فأنه يلجأ الى تخصيصها من خلال استثناءها واخراج الشخص او الواقعة بشكل متزامن مع تشريع الاصل .

ومن الجدير بالذكر أن هذا الاستثناء المتزامن قد يرد من الاصل العام للقاعدة ، وهذا مانلاحظه في غالبية النصوص الاستثنائية ، والتي يحاول المشرع من خلاله حماية مصالح كلية هامة لاتتعلق بنص دون آخر ، وانما تتعلق بجوهر الاستثناء ذاته والغاية منه ، مثال ذلك المادة (١٢٩) " ١. يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر.

٢. **غير** ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل."فالاصل العام يجوز ان يكون محل الالتزام

موجود او ممكن الوجود ، باستثناء حالة التعامل بتركة الانسان وهو مازال على قيد الحياة ، فالمصلحة هنا كلية تتعلق بالنظام العام والاداب العامة .

كما يمكن ان يرد الاستثناء ضمن الاصل العام للقاعدة ، وفي هذه الحالة يستثني المشرع من الاصل للقاعدة القانونية ثم يعود للاصل بعملية بعكسية إخراجية ، أي يقوم بالاستثناء من مورد الاستثناء ومثال ذلك المادة ١٨٤والتي نصت على "

١ – لا تلزم الارادة المنفردة صاحبه (**الا**) في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك.

٢ – ويسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام (**الا**) ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام.".

فالمشرع هنا استثنى احوال معينة من الالتزام بالارادة المنفردة (فالاصل ان الارادة المنفردة لاتلزم صاحبها) ، ثم عاد واستثنى بعملية عكسية حالة وجود ارادتين متطابقتين ، ورجع الى الاصل العام بعدم الالتزام .

المطلب الثاني

تطبيقات الاستثناء المتزامن

للاستثناء المتزامن تطبيقات متعددة في نطاق القانون المدني ، تفوق ما سنراه في الاستثناء اللاحق ، لذا سنسلط الضوء عليها لتمييز الاستثناء المتزامن عن بقية الاساليب الاخرى للاستثناء ، ومن الجدير بالذكر أن هذا الاستثناء المتزامن قد يرد بصورتين وهما :

الصورة الاولى : الاستثناء من الاصل العام للقاعدة

وهذا ما نلاحظه في غالبية النصوص الاستثنائية ، والتي يحاول المشرع من خلاله حماية مصالح كلية هامة لا تتعلق بنص دون آخر ، وانما تتعلق بجوهر الاستثناء ذاته والغاية المتوخاة منه .

ومن التطبيقات القانونية على الاستثناء المتزامن نص المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على " إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، اما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا (**إلا**) اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع

باطلا " يتبين من خلال النص تقدير المشرع عند صياغته لنظرية انتقاص العقد بأن يصوغ **القاعدة** اذا كان العقد معيباً في شق منه (باطل / قابل للإبطال) و صحيحاً في شق آخر، فان الشق المعيب هو فقط الذي يبطل، و يبقى الشق الصحيح سليماُ قائماً و منتجاً لآثاره. والاستثناء ، اذا تبين ان العقد لم يكن ليبرم دون شقه الباطل ، فإن هذا العقد يبطل بأكمله وصحيحا في شق آخر ، فإن الشق المعيب هو فقط الذي يبطل ، ويبقى الشق الصحيح سليما قائما ومنتجا لآثاره ، في مادة واحدة بصورة متزامنة القاعدة والاستثناء .

الى جانب اعتماد المشرع لهذا الاسلوب من الصياغة في مواد عديدة منها نص المادة (151) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ والتي نصت " ٢. اما اذا اقر الغير هذا الوعد فان اقراره لا ينتج اثراً (**إلا**) من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة او دلالة ان يستند الاقرار الى اليوم الذي صدر فيه الوعد"، وفي قرار لمحكمة التمييز أكدت فيه تطبيق احكام المادة آنفة الذكر [vi].

في حين نصت المادة (٢٢١) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ المأخوذة عن الفقه الاسلامي بصدد جناية الحيوان ، فمن القواعد الكلية المقررة في الفقه الاسلامي أن "جناية العجماء جبار" فإذا ما احدث حيوان ضررا ، فأن جبار أي هدر لا ضمان فيه [vii]، وقد اخذ المشرع العراقي بالقاعدة المتقدمة في النص المتقدم ذكره ب"جناية العجماء جبار ، فالضرر الذي يحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه ..." إلا ان القاعدة المتقدمة اردفت بإستثناء متصل بها يتمثل ببذل الحيطة وعدم التقصير والتعدي حينما نص "....(**إلا**) إذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر " وبنفس الاستثناء المتقدم المادة ٢٢٣ بفقرتيها الثانية والثالثة والمادة (٢/٢٢٤) والمادة (٢/٢٢٦) [viii].

وفي السياق نفسه المادة (٢٦٠) من القانون المدني العراقي المعدل والتي نصت على "٢. وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان **الا** من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون".

اما المادة ٢٨٨ فقد نصت على ان " العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ (**الا**) اذا تحقق الشرط." ، وفي قرار لمحكمة التمييز العراقية اكدت فيه ان المدعى عليه لم يخل بالتزاماته ، كما لا يصح معه للمدعي طلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض مادام من غير الجائز له البدء بتنفيذ العقد إلا بعد تحقق الشرط استنادا لما تقضي به احكام المادة ٢٨٨ من القانون المدني [ix].

وكذلك نص المادة (٣٢٦) من القانون المدني المعدل النافذ والتي نصت على :

١ – اذا ابرأ الدائن احد المدينين المتضامنين سقط عنه الدين ولا تبرأ ذمة الباقين **الا** اذا صرح الدائن بذلك.

فالاصل في التضامن السلبي إذا أبرأ الدائن احد المدينين يسقط الدين عنه فقط دون بقية الدائنين باستثناء ماإذا صرح الدائن بإبراء كل المدينين المتضامنين .

والى جانب ما ذكر نص المادة ٥٤٧ من القانون المدني العراقي المعدل التي عالج فيها المشرع حالة هلاك المبيع في يد البائع قبل قبضه من المشتري ، اذ رتب المشرع تبعة الهلاك على البائع مستثنياً بصورة متصلة بالحكم العام حالة حدوث الهلاك بعد اعذار البائع للمشتري في تسلم المبيع ، وقد نصت المادة اعلاه على " ١ . اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري ، يهلك على البائع ولا شيء على المشتري (**الا**) اذا حدث الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع ....".

واخيرا في عقد الهبة نص المادة ٦٠٣ من القانون المدني العراقي النافذ "١. لا تتم الهبة في المنقول **الا** بالقبض ويلزم في القبض اذن الواهب صراحة او دلالة."، كذلك تضمن النص بعدم تمام انعقاد الهبة في المنقول ، باستثناء القبض مع اذن الواهب الصريح او الضمني متزامنا مع الاصل العام .

الصورة الثانية : الاستثناء ضمن الاصل العام للقاعدة

كما يمكن ان يرد الاستثناء ضمن الاصل العام للقاعدة ، وفي هذه الحالة يستثني المشرع من الاصل للقاعدة القانونية ثم يعود للاصل بعملية عكسية إخراجية ، ومثال ذلك المادة (١٢٩) من القانون المدني المعدل النافذ[١]، والتي اجازت التعامل في الأشياء المستقبلية أستثناءا ، والشيء المستقبلي الخارج عن إرادة الإنسان قد يتحقق وقد لا يتحقق بنفس الدرجة ، لأنه ينطوي على عنصر الاحتمال والعقد الاحتمالي ينطوي على المضاربة. إلا انها استثنت التركة في الفقرة الثانية من المادة ١٢٩" (**غير**) أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ". ولو كان برضاه ، هو استثناء على الاستثناء الوارد في الفقرة الأولى ، وبالتالي يرجعنا إلى الأصل الذي يقضي بالتعامل في الأشياء الموجود وقت التعاقد والمقدور على أداءها.

ومن التطبيقات ايضا نص المادة ١٨٤ من القانون المدني المعدل النافذ والتي نصت على "

([١]) نصت المادة ١٢٩ من القانون المدتي العراقي النافذ على :
– 1يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر.
– 2غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل.

١ – لا تلزم الارادة المنفردة صاحبه (**الا**) في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك.
٢ – ويسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام (**الا**) ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام.".

فالمشرع هنا استثنى احوال معينة من الالتزام بالارادة المنفردة (فالاصل ان الارادة المنفردة لاتلزم صاحبها) ، ثم عاد واستثنى بعملية عكسية حالة وجود ارادتين متطابقتين ، ورجع الى الاصل العام بعدم الالتزام .

المبحث الثاني

الاستثناء اللاحق

الاستثناء بصورة عامة سواء كان متزامن او لاحق يقوم المشرع من خلاله بعملية إخراج شخص او واقعة من مورد الاستثناء ، بمعنى آخر فأنه يقوم بعملية عكسية ثم يعود للاصل العام مرة اخرى ، فقد يجد المشرع ان هنالك مصالح جديرة بـــ الرعاية توجب الاستثناء سواء تعلق بشخص او واقعة ، او قد يكون من مقتضيات المصلحة العامة او الخاصة الاجدر بالرعاية والاولى بالاهتمام ، اوفق باخراجها من خلال صياغة الاستثناء بصورة لاحقة على القاعدة العامة .

فالمشرع قد يطلق الاستثناء بصورة لاحقة على القاعدة العامة ، مما يترتب عليه تتبع الاستثناء للنص الاصلي الذي بين احكامه ، ومثل هذا الاستثناء يسري في كل زمان ، ويبقى نافذاً منطبقاً على الحالات المماثلة في كل وقت ، لدواع متعددة بتعدد الحالات محل الاستثناء الاحق.

وقد تضمن التشريع المدني العراقي العديد من النصوص القانونية تبين اعتماد المشرع لهذا النوع من الاستثناء كونه يتعلق بالسياسة التشريعية التي يتبناها المشرع ومواكبته للتطورات القانونية ، فالسياسة التشريعية تفترض ادراك الواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي في المجتمع ووضع تصور او خطة او سياسة لتغيير او تبديل او تنظيم هذا الواقع ، بعد تحديد هدف معين او غاية معينة يراد تحقيقها بعد دراسة هذا الواقع وتحديد ما يراد تبديله او تغييره او تنظيمه بواسطة القانون ، والقاعدة القانونية الاستثنائية اللاحقة ستكون الاداة التي تحقق الهدف المنشود او بالأحرى الاداة التنفيذية للسياسة القانونية [x].

في ضوء ما ذكر سنتناول الاستثناء اللاحق من خلال مطلبين ، سنعرض في المطلب الاول الى معنى الاستثناء اللاحق ، ثم سنقدم التطبيق في نطاق القانون والفقه الاسلامي في المطلب الثاني .

المطلب الاول

معنى الاستثناء اللاحق

نقصد به الاستثناء الذي يكون فيه الاصل العام في قاعدة قانونية والاستثناء عليها في قاعدة قانونية اخرى ، تحيل إليها ، سواء في نفس القانون او في قانون آخر ، بغية إكمال حكم القاعدة القانونية . و الاستثناء اللاحق يتحقق فيما اذا لحق الاستثناء الاصل العام في نص آخر او فقرة اخرى ، وقد يكون لفظيا عندما يرد الاصل العام او الغالب وثم يرد الاستثناء المنفصل في مورد آخر (نص آخر) منفصلا عنه وخارج منه ، أما ورود الاستثناء المنفصل في وقت آخر مختلف زمانيا عن ورود الاصل العام[xi] .

إذا فالاستثناء اللاحق نوعان : احدهما : استثناءا يلحق القاعدة العامة في نفس المادة القانونية بفقرة اخرى ، ونوع لاحق للقاعدة العامة لكن بمادة اخرى سواء في نفس القانون او قانون آخر ، ولا يخلو ان يكون بـــإلا او غير ذلك من ادوات الاستثناء

أما الغاية او الحكمة وراء ورود الاستثناء المنفصل متأخرا ، نعتقد انها بسبب مواكبة المشرع للتطورات والتغيرات والضرورات التي تؤدي الى استثناءه حالات او اشخاص او وقائع بغية تحقيق مصالح كلية مهمة وضرورية لاستقرار المعاملات والنظام القانوني .

الا ان هنالك من يرى خلاف ما تقدم ويرى ضرورة تناول القاعدة القانونية لكافة عناصر المسألة محل التنظيم وتجنب الإحالة في بيان مسألة نظمها الى قواعد اخرى ، سواء في عناصرها كافة او في بعض هذه العناصر ، بحيث يتحتم الرجوع اليها لمعرفة احكام المسألة موضوع الإحالة او بعضها ، فلا تكون القاعدة القانونية في هذه الحالة قابلا للتطبيق والاستخدام بذاتها ، ولا تتحقق هذه المكنة إلا بالرجوع الى القاعدة القانونية المنفصلة (المحال اليها) ، الامر الذي قد يؤدي الى عدم عدالة القاعدة القانونية لاحتمال عدم الإحاطة بنصوص التشريعات المحال اليها [xii].

ونرى خلاف الرأي المتقدم فالقاضي يجتهد في الإحاطة بالاستثناءات الواردة على القواعد القانونية قبل تطبيقها ، كما ان رقابة المحاكم الاعلى درجة كذلك ستتحرى من عدالة الحكم القضائي ، بالتالي فأن فرضية الرأي المتقدم لا تنهض في مواجهة سياسة الاستثناء في تحقيق مراده بإخراج في كل فرضية تقتضي هذا الإخراج سواء في المادة ذاتها او في مادة اخرى او حتى في قانون أخر ، كما ان تنظيم مسألة معينة تنظيما عاما في قانون ما او عدة قوانين ، من شأن هذا التنظيم العام ان يخل بسهولة الوصول للقانون ، ولكن الذي يحقق سهولة هذا الوصول هو وجود تنظيم خاص يحتوي على كافة عناصر المسألة محل التنظيم ، فإذا اورد المشرع تنظيما خاصا بمسألة قانونية محددة وردت الاشارة اليها بصفة عامة في قانون أخر ، فأنه يتعين طرح الاشارة العامة وتطبيق التنظيم الخاص (الاستثناء) وذلك

تطبيقا لقاعدة ان الخاص يقيد العام .بالتالي يحقق ماتقدم اتساق وانسجام بين القواعد القانونية بما يحقق عدالتها ويمنع التعارض بينها .

المطلب الثاني

تطبيقات الاستثناء اللاحق

قد يرد النص العام والاستثناء عليه في قانون واحد ، وقد يكون كل واحد منهما في قانون ، وهذا امر جائز مادام مصدر القانونين سلطة تشريعية في بلد واحد ، ولكن لا يجوز تخصيص او استثناء قانون دولة بقانون دولة اخرى مهما كانت الصلة قوية بين القانونين ، لأنه يتعارض مع السيادة ، ومع ذلك قد يسترشد القاضي بقوانين بلد آخر اذا اراد تخصيص او استثناء النص العام بغير النص كالمصلحة وغيرها ، سيما ان القاضي يخصص عموم النص القانوني اذا تعارض مع معاهدة او اتفاقية تكون دولته طرفا فيها ، وله ان يخصص عموم النص بكل مبرر مشروع تقضي به العدالة او المصلحة العامة او العرف او الاتفاق الحاجة الماسة والضرورة [xiii]، في ضوء ما ذكر يتخذ الاستثناء اللاحق صورتين :

الصورة الاولى : قد يرد الاصل والاستثناء في نطاق قانون واحد .

وهو الاكثر ورودا ، سواء كان الاصل والاستثناء في مادة واحدة او في مادتين ، ولعل من اوضح مصاديق الاستثناء اللاحق في نطاق القانون المدني نص المادة (٨٧٦) ، التي احالت حكم دفع الاجرة الى المادة (٨٧٤) حينما نصت على " يستحق دفع الاجرة عند تسلم العمل ، (**الا**) اذا قضى الاتفاق او العرف بغير ذلك مع مراعاة احكام المادة ٨٧٤". اذ استثنت حالتي الاتفاق والعرف لاستحقاق الاجرة واردفت الاستثناء بمراعاة احكام المادة (٨٧٤)[xiv]، وبالرجوع اليها يتبين استثناءها حالة تقدير الثمن بسعر الوحدة من استحقاق كامل الاجرة وانما بقدر ما انجز من العمل وهذا يتفق مع العدالة .

كما نص المشرع على الاصل العام في مادة والاستثناء عليه في مادة اخرى وهو ما يتجلى بنص المادة ٩٧٥ من القانون المدني العراقي المعدل النافذ والتي بينت من خلال النص العام ، حكم الاتفاق المتعلق بالمقامرة او الرهان ، إذ قرر المشرع بطلانه كحكم عام[xv] ، الا انه عاد واستثنى في المادة اللاحقة مباشرة حالة الرهان المعقود بين المتبارين شخصيا في الالعاب الرياضية ، واكمل بامكانية تدخل المحكمة لتخفيض مبلغ الاتفاق اذا كان مبالغا فيه ، كما استثنت اوراق النصيب المرخصة [xvi].

وفي تطبيق آخر للاستثناء اللاحق في قانون واحد ومادة واحدة مثال نص المادة (١٢٨٠) من القانون المدني المعدل النافذ " ١. اذا جزئ العقار المرتفق به بقي الارتفاق واقعاً على جزء منه . ٢.

(غير) انه اذا كان حق الارتفاق ليس مستعملاً في الواقع على بعض هذه الاجزاء ولا ممكناً ان يستعمل عليها فلصاحب كل جزء منها ان يطلب زوال هذا الحق من الجزء الذي يخصه.". اذ استثنى المشرع كما هو واضح في الفقرة الثانية من المادة اعلاه حالة ما اذا كان الارتفاق الواقع على جزء مجتزء من العقار المرتفق به غير مستعمل ، فهنا اعطى المشرع لصاحب الحق استثناءا طلب زوال الارتفاق عن الجزء المتعلق به .

اما في نطاق قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ فقد نصت المادة ٣٠ منه على نهي ولي الصغير من التصرف بمال الاخير باستثناء الحصول على موافقة دائرة رعاية القاصرين التي تعنى برعاية الصغار ممن في حكمهم والعناية بشؤونهم الاجتماعية والثقافية والمالية ، بحسب اسبابه الموجبة ، والتي نصت " لا يجوز للولي ان يتصرف بمال الصغير **الا** بموافقة دائرة رعاية القاصرين وبالطريقة المنصوص عليها في هذا القانون"[xvii].

الصورة الثانية : ورود الاصل في قانون والاستثناء في قانون آخر.

وهو اقل ورودا من النوع الاول ، وفيه ينص المشرع على الاصل في القانون المدني والاستثناء عليه في قانون آخر كقانون التنفيذ او الاثبات او قانون رعاية القاصرين ، والمثال البارز لهذه الصورة من الاستثناء اللاحق نص المادة (١٠٦) [xviii] التي حاول من خلالها المشرع ايجاد معايير مهمة عند صياغة القاعدة القانونية لتكون اساساً في تحديد المسؤولية المدنية والجزائية، ويعتبر معيار السن القانوني من المعايير المهمة الذي على اساسه ابتنت النصوص القانونية احكامها ، والمشرع العراقي نص على تحديد سن الرشد وهو السن القانوني في المادة (١٠٦) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل (سن الرشد هي ثماني عشر سنة كاملة) .

في حين اعتبرت المادة (٩٣) من القانون المدني العراقي كل شخص اهلا للتعاقد مالم يقرر القانون عدم اهليته او يحد منها ، والصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد ، وبدلالة المادة (٩٩) من القانون المدني العراقي واحكام الاذن حسب المادة (٩٨) من القانون المدني العراقي التي اشترطت ان يكون من قبل الولي وبترخيص من المحكمة ويسلم مال مقدر على سبيل التجربة في العمل التجاري بأذن مطلق او مقيد ، على ان يكون الصغير المميز قد اكمل الخامسة عشر من العمر ، كما ان للمحكمة اصدار الاذن عند امتناع الولي عن الاذن [xix].

الا ان قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ قد جاء في المادة (٣/اولا /أ) في الشق الثاني منه بحالة جديدة وهي كما جاء بالنص "... ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بأذن من المحكمة كامل الاهلية .."، وعليه فأن من اكمل الخامسة عشر عاما وتزوج بأذن المحكمة يصبح كامل

الاهلية استثناءً من معيار السن القانوني (سن الرشد) المحدد بإكمال الثامنة عشرة من العمر ويكون بمواجهة المسؤولية وخارجا عن الحماية القانونية للقاصر ولا تنطبق عليه احكام قانون رعاية القاصرين وان منحته جواز الاهلية الكاملة التي يتمتع بها اقرانه البالغين سن الرشد طبقا للقانون المدني [xx].

كما يعد قانون ايجار العقار العراقي المعدل النافذ رقم ٥٦ لسنة٢٠٠٠ أستثناءً من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، فقد تضمن قانون ايجار العقار العراقي احكاما خاصة بوصفه قانون استثناءا من القانون المدني وهذا التشريع الهدف منه تكميل القواعد التي نظمها القانون المدني ، الامر الذي يجعل من عقد الايجار بفضل هذا القانون الاستثنائي عاما ببعض قواعده الاصلية وعاما في حكمه في الحالات التي تندرج تحت هذا القانون ، إذ أن نطاق قانون ايجار العقار(بحسب المادة الاولى) يشمل العقارات المبنية المؤجرة لأغراض السكنى للعراقيين الواقعة ضمن حدود أمانة بغداد والبلديات ، إلا ان القانون استثنى من نطاق سريانه بحسب نص المادة الاولى[xxi] من القانون اعلاه العقارات المعدة للسكنى التي تؤجرها الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة للعاملين فيها ، كما استثنى العقارات المعدة للسكنى التي تؤجرها الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة التي يصدر وزير المالية بيانا بإستثنائها ، أضافة للعقارات المؤجرة لغير العراقيين أشخاصا أو هيئات.

لذا تميزت تلك النصوص الاستثنائية بخصوصية نطاقها الذي تدور فيه دون خروج عليه ، وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها[xxii] " ان المادة ٥٧ من قانون البنك المركزي العراقي النافذ قد **استثنت** المؤسسات المالية الوسيطة التي يحددها البنك المركزي ببيان من الحد الاعلى لسعر الفائدة المقررة بموجب احكام القانون المدني ... فلا مورد للتمسك بأحكام المادة ١٧٤ من القانون المدني ." [xxiii].

في سياق آخر احالت المواد (١٢٠٣) من القانون المدني العراقي الى قانون التسجيل العقاري والتي نصت "لا يكون الافراغ معتبراً **الا** اذا اجرى وسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للاجراءات المقررة قانوناً. ". والمادة (١٢٨٦) "لا ينعقد الرهن التأميني **الا** بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري...".

كما أحال المشرع الى قانون الاجنبي عندما استثنى في القانون المدني العراقي الشخص الاجنبي من ميراث العراقي ، على الرغم من ان الاصل في القانون ان اختلاف الجنسية بحد ذاته غير مانع من الارث ، الا اذا كان قانون الاجنبي يورث العراقي عملا بمبدأ المعاملة بالمثل ، وهنا أحال المشرع المدني الى القانون الاجنبي للبحث في مسألة توريثه للعراقي من عدمها [xxiv] .

كما اكدت محكمة التمييز الاتحادية الاستثناء اللاحق من خلال ايراد الاصل في القانون المدني والاستثناء في الاتفاقية التي انضم اليها العراق في قرار لها جاء فيه " ان عقد الايجار يدخل في النشاط التجاري الذي يمارسه الدبلوماسي خارج وظيفته الرسمية ويعتبر **مستثنى** من الحصانة القضائية استنادا للفقرة (ا _ج) من المادة ٣١ من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية المصدقة بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٢".[xxv]

واكدت محكمة استئناف كربلاء الموحدة هذا التوجه في قرار لها اكدت فيه الاستثناء الوارد في القوانين الخاصة بصفته اخراجا من القاعدة العامة وتخصيصا لها [xxvi].

ومن تطبيقات الاستثناء اللاحق في الفقه الاسلامي ما ذكره الفقهاء بأنه " يدخل في بيع العقار واجارته كل ما ليس بمنقول" [xxvii] واستثنى العلماء مفتاح الدار ، وفي نطاق القانون فأن العقار حسب ما جاء بالمادة .....والمنقول بدلالة المادة ، فهما مختلفان بالجنس ومنفصلان ، فالمفتاح ليس من جنس العقار ، الا ان الفقهاء استثنوا المفتاح وهو مصداق للاستثناء المنفصل او اللاحق .

نخلص مما تقدم أن ظاهرة أستثناء الاحكام العامة بالأحكام الخاصة المقررة بنطاقها والتي لا يتوسع فيها ، لا تقتصر على التشريعات المتلاحقة ، بل توجد بصدد التشريع الواحد ذاته ، فيما يتضمنه من احكام بعضها عام وبعضها خاص مثل القانون المدني ، الذي توجد فيه القواعد العامة للعقد الى جوار عقد بيع الوفاء او بيع ملك الغير او بيع الحقوق المتنازع عليها وغير ذلك ، وهذا مفاده أن الحكم الخاص يقيد الحكم ولا يلغيه سواء ورد الحكم الخاص في تشريع قديم أم حديث او في التشريع ذاته الذي ورد فيه الحكم العام ، ولذا يقال " ان النص على الاستثناء لا يتناقض مع وجود القاعدة العامة ، بل بالعكس يؤيدها ، وكذلك النص على قاعدة عامة لا يتناقض مع وجود الاستثناء ، فالقوانين الخاصة باحكام استثنائية لا تلغى ضمنا الا بقوانين استثنائية مثلها [xxviii].

وأخيرا نرى من خلال ما تقدم أن الاستثناء اللاحق اقل ظهوراً في صياغة نصوص القانون المدني مقارنة بالاستثناء المتزامن ، فالاستثناء المتزامن هو الاكثر ظهورا من الاساليب الاخرى للاستثناء في نطاق القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١المعدل النافذ . وقد يكون السبب في ذلك هو ما يطرأ من تغييرات في السياسة التشريعية التي يتبناها المشرع لتنظيم نصوص القانون بما يتماشى مع التطورات الاجتماعية المحلية والاقليمية منها والعالمية (كالقوانين الخاصة والاتفاقيات والمعاهدات)، بينما الاستثناء المتزامن يستند الى الفلسفة التي يتبناها المشرع ابتداءا وبشكل مسبق في تقرير الاصل والاستثناء عليه .

فيما يتفقان بأن كلاهما (الاستثناء المتزامن واللاحق) يخرجان من عمومية القاعدة القانونية بعض افرادها عن حكمها ، الا ان الاستثناء المتزامن يمنع من ظهور الاصل العام منذ صدوره (القاعدة القانونية ابتداءا) ، ويوجب التضييق في مدلول النص من اول الامر ، بخلاف الاستثناء اللاحق فأنه لا يمنع من ظهور العام وانما يمنع من حجيته لاحقا ، وهذا يوصلنا الى نتيجتين هامتين :

النتيجة الاولى : ان العام اذا دخل عليه مخصص سواء لفظي او عقلي (لبي) فيجب حينئذ العمل بالاستثناء لان هذا ما يحكم به العرف استنادا الى الظهور ، او استنادا الى القرينة العقلية تخلصا من الوقوع في مشكلة الدليل الاستثنائي الخاص ، او التناقض في الاحكام .

النتيجة الثانية : ان النص العام يبقى حجة في الافراد التي لم يستثنيها الخاص ، لان العام كان حجة فيها قبل مجيء الخاص فيبقى على حجيته لوجود المقتضي وانعدام المانع ، وهذا ماعبروا عنه بالقول بأن العام حجة في غير مورد التخصيص [xxix].

نخلص مما تقدم أن الصياغة التشريعية لنصوص القانون المدني اعتمدت كلا النوعين بما يتناسب مع الفرض ، ففي احوال يرى المشرع ان يورد الاصل والاستثناء عليه مباشرة في مادة واحدة دون فاصل ، وفي فروض اخرى يجيب عليها المشرع الا انه يؤخر الاستثناء عليها في مواد لاحقه او يخصص قاعدية القاعدة في قانون خاص لاحق ، لذا فلكلا من الاسلوبين مجال عمله .

المبحث الثالث

الاستثناء المفرغ

تمهيد وتقسيم :

مصطلح الاستثناء المفرغ ، مصطلح نحوي يرتب حكما يتمثل بعدم عد هذا النوع من الاستثناء استثناءا حقيقيا ، وانما يطلق عليه استثناءا مجازا ، ويشهد القانون المدني العديد من النصوص التي تندرج تحت هذا النوع من الاستثناء .

الا ان الاستثناء المفرغ يخرج من مجال دراستنا لأنه لا يعد استثناءا حقيقيا ، بالتالي لا يترتب عليه مفهوم الإخراج من القاعدة على النحو الذي بيناه ، الا اننا سنعرض له من باب اكتمال الفكرة وعدم الخلط بينه وبين الاستثناء بمفهوم الإخراج ، ولورود تطبيقات كثيرة منه في نطاق القانون المدني .

مما تقدم ، سنقدم هذا المطلب المعنون بالاستثناء المفرغ في مطلبين ، سنعرض في المطلب الاول الى معنى الاستثناء المفرغ ، في حين نعطف ذكر التطبيقات في نطاق القانون في المطلب الثاني .

المطلب الاول

معنى الاستثناء المفرغ

يعرف النحاة الاستثناء المفرغ او الناقص بأنه" **وهو ما لم يذكر فيه المستثنى منه " بمعنى** حذف فيه المستثنى منه [xxx]. والمستثنى المفرغ: هو الذي ترك منه المستثنى منه ، ففرغ الفعل قبل إلا وشغل عنه بالمستثنى المذكور بعد إلا، نحو: ما جاءني إلا زيد [xxxi] . فهو يعنى نقض الحكم المذكور عن كل ما عدا المستثنى ، مع ملاحظة أن نقض النفى إثبات. إذا فالاستثناء المفرغ هو أن يكون ما قبل (إلا) طالبا لما بعدها ، لكونه لم يستوف ما يقتضيه ، فتقول : ما رأيت إلا رجلين [xxxii]. كما ويسمى الناقص المنفي لأنه مسبوق بنفي ، و المستثنى منه ، يُحذف من الكلام ، نحو ما قام إلا زيدٌ ، فحينئذٍ (إلا) وجودها وعدمها سواء ، بمعنى: أنها لا عمل لها ، فتقول: ما قام إلا زيدٌ، قام: فعل، وزيدٌ: فاعل، ما رأيت إلا زيداً، رأيتُ: فعل وفاعل، وزيداً: مفعول به، و (إلا) ملغاة ، ما مررت إلا بزيدٍ ، دخلت الباء على زيد و (إلا) ملغاة، كعَدَمِ (إلا) في الحكم، يعني: لا في الوجود ؛ لأنها ملفوظٌ بها، وإنما المراد به الحكم. هذا هو الاستثناء المُفرَّغ[xxxiii].

كما ذهب رأي الى القول "ويقصد بـ المفرغ مصطلح اريد به النمط الذي فرغ فيه العامل لما بعد (الا)" [xxxiv] ، وقد سمي هذا الاستثناء بالمفرغ لأن ما قبل إلا قد تفرغ للعمل فيما بعدها ولم يشغله عنه شيء ، فإذا فرغت الفعل لما بعد إلا ، عمل فيما بعد إلا ، وزال ماكنت تستثني منه [xxxv].

لذا فالاستثناء المفرغ لم يذكر فيه المستثنى منه فلا عمل لــ (الا) بل يكون الحكم عند وجودها مثله عند فقدها [xxxvi]، وشرطه لا يقع في كلام موجبٍ [xxxvii] ، بل يكون مسبوقاً بنفيٍ أو شبهه، وانما يستثني ب(الا) ويكون الكلام غير تام. ولذلك ابن مالك شرط في حد الاستثناء: أن يكون مفيداً ، فلو لم يكن مفيداً قال: لا يسمى: استثناءً، خرج عن لسان العرب[xxxviii].

لذا يجب ان يكون المستثنى بـ (الا) حسب ما يطلبه العامل قبله ، فمتى حذف المستثنى منه من الكلام فيتفرغ ما قبل الا للعمل فيما بعدها ، كما لو كانت الا غير موجودة ، ويجب ان يكون الكلام منفيا او شبه منفي مثل ما ومنه في النهي ولا[xxxix] والاستفهام الانكاري.

و الاستثناء المفرغ يفيد القصر وتعرب إلا اداة حصر وليس اداة استثناء [xl] ، والقاعدة عند اهل اللغة للتمييز بين الاستثناء والقصر يكون من خلال حذف اداة النفي واداة الاستثناء فإذا تم المعنى يكون حصرا والا استثناءا ، اضافة الى ان جملة الاستثناء مثبتة غير منفية ، اما الحصر يشترط به النفي او شبهه ، كما أن الاستثناء ينفي التعميم ، أما الحصر فيفيد التخصيص ، والاستثناء تتوفر فيه الأركان الثلاثة (المستثنى منه وأداة الاستثناء والمستثنى) ، أما الحصر فأركانه (١. **النفي** أو شبه النفي ، أما النفي فيكون بأداة نفي (ما ، لا ، ليس) ، ويُقصد بشبه النفي الاستفهام الذي خرج إلى النفي ، ٢. المحصور ، ويُقصد به الحكم الذي نريد أن نحصره في المحصور عليه ، ٣ .المحصور عليه ، وهو الاسم الواقع بعد أداة الحصر [xli].

ومصطلح المفرغ استخدمت امامه مصطلحات اخرى مثل الحصر والقصر والاختصاص وهنالك من يرى[xlii] ان انها اوسع دلالة من المفرغ.

المطلب الثاني

تطبيقات الاستثناء المفرغ

يذهب اللغويين الى ان الاستثناء المفرغ هو المسبوق بنهي او نفي او استفهام ، واذا تتبعنا نصوص القانون المدني نجد ان المشرع قلما يلتجأ الى هذا النوع من الصياغة الذي يخرج عن مفهوم الاستثناء ، ومن هذه النصوص نص المادة (١٦) من القانون المدني العراقي التي نصت على " لا تكون الاحكام الصادرة من محاكم اجنبية قابلة للتنفيذ في العراق إلا إذا اعتبرت كذلك وفقا للقواعد التي قررها القانون ..."، فـ (إلا) هنا مسبوقة بأداة النفي (لا) فتعرب هنا أداة حصر وليس اداة استثناء ، بمعنى من الممكن حذف اداة النفي واداة الحصر إلا من القاعدة دون ان يتأثر المعنى فيصح صياغتها بالشكل التالي " تكون الاحكام الصادرة من محاكم اجنبية قابلة للتنفيذ في العراق إذا اعتبرت كذلك وفقا للقواعد التي قررها القانون ..."، .

وكذلك الحال في المادة (٢/١٠٥) من القانون المدني العراقي وهي بصدد الحديث عما يخرج من حدود الإدارة " ...فلا تصح إلا بإذن من المحكمة ..."، فإلا الواردة هنا أداة حصر وليس اداة استثناء مسبوقة بنفي .

وفي سياق الاستثناء المسبوق بنهي نص المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي التي نصت على " لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها **إلا** في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك "[xliii]، فإلا هنا أداة حصر بينت الحالات التي تلزم الارادة المنفردة صاحبها .

ومن المصاديق كذلك نص المادة ٦٩٢ من القانون المدني العراقي النافذ المتعلقة بالفائدة في عقد القرض بالنهي عنها الا اذا شرطت "١. **لا** تجب الفائدة في القرض ، **الا** اذا شرطت في العقد."، هذه الصيغة الخاصة بالنهي قصرت على حالة الاشتراط كما ان نص المادة (٦٩٣) عالجت حالة المقرض المحجور عليه ونهت عن ضمان الشيء محل القرض في حالة تلفه بنفسه دون تدخل المحجور عليه .

كما وردت صيغة الاستثناء المفرغ مسبوقة بجزم في المادة (٢٦٨) من القانون المدني وهي " إذا لم يقصد بالغش **الا** تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه الميزة

في حين وردت اداة الاستثناء (الا) مسبوقة بحرف ليس في نص المادة٣٤١ من القانون المدني العراقي " يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه ، ويلزم المحال عليه بالأداء ولكن ليس له الرجوع على المدين الاصلي (**الا**) اذا اقر المدين الحوالة" ، وهو ما اكدته محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه " ان قيام المدعي بمراجعة المصرف المدعى عليه لتسديد الدين الموثق بالرهن التأميني المترتب بذمة مالكه العقار وثبوت قبول المصرف ذلك واستلامه الدين وجزء من الفائدة فان التكييف القانوني لهذه العلاقة هو انعقاد حوالة دين بين المتداعيين وفق المادة ٣٤١ من القانون المدني [xliv].

كما عالجت المادة١٠٧٠ ما يتعلق بقسمة المال الشائع فالاصل في القانون المدني ان لكل شريك طلب قسمة المال الشائع مالم يكن هنالك شرط او نص ، وبكل الاحوال يجب ان لا تتجاوز المدة ٥ سنوات حتى مع وجود الاتفاق فلا ينفذ الا لخمس سنوات فقط . والنص " لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ...، ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين ، فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير معينة ، **فلا** يكون الاتفاق معتبراً **(الا)** لمدة خمس سنين ، وينفذ شرط البقاء في الشيوع في حق الشريك وفي حق من يخالفه.".

يتضح مما تقدم بيانه اذا سبقت ادوات الاستثناء بنفي او نهي فإن إلا لا تعد استثناءً بالمفهوم الذي فصلناه وتعرب بحسب موقعها في الجملة ، بالتالي فالاستثناء المفرغ لا يعد استثناء.

الخاتمة

في نهاية هذه البحث الموسوم " أساليب الاستثناء في صياغة نصوص القانون المدني"، نخلص الى مجموعة من النتائج والتوصيات نعرضها كما يلي :

اولا : النتائج

نستنتج من خلال دراستنا لموضوع البحث النتائج الآتية :

١. أن المشرع العراقي لم يعرض للاستثناء باسلوب واحد بل تتعدد اساليب صياغة الاستثناء ، بتعدد الغايات والعلل التي يحاول المشرع حمايتها .
٢. ان تعدد اساليب الاستثناء يساهم في اضفاء المرونة على النصوص القانونية بغية استيعاب حالات او اشخاص او وقائع جديدة بما يحفظ لها خصوصيتها .
٣. اعتمد المشرع اسلوبي الاستثناء المتزامن واللاحق ولكل من اساليب الاستثناء مجال عمله فقد يرد الاستثناء مع القاعدة العامة او لاحقا عليها بحسب الاحوال .

ثانيا : التوصيات

بعد أن تناولنا موضوع البحث والنتائج المترتبة عليه يمكننا أن نضع بعض التوصيات التي نرى أهمية الأخذ بها وهي كالآتي :

١. اسناد مهمة التشريع الى متخصصين بحيث يقوموا بصياغة القواعد القانونية صياغات واضحة ، كما يتطلب ايضا اتخاذ الوسائل الكفيلة لتسهيل العلم بالقاعدة القانونية سواء كانت تقليدية او الكترونية .

٢. ندعو المشرع لمراجعة النصوص الاستثنائية وإعادة صياغة البعض الآخر منها ، فالصياغة الجيدة للنصوص الاستثنائية في القانون المدني لا ينفي وجود أستثناءات لا داع لذكرها .

الهوامش

([i]) د. جلال محمد ابراهيم ، د. محمد حسام محمود لطفي ، نظرية القانون ، بلا دار نشر ، ١٩٩٤-١٩٩٥، ص١٤٢، هامش ٢٤٣.

[ii]) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، الجزء الاول ، الطبعة الخامسة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة ، ص٣٥٣، د. عادل شمران الشمري و علي شمران الشمري ، فلسفة الاستثناء في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة العاشرة ، العدد الثالث ، ٢٠١٨ ، ص١٢٥.

[iii]) د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، تضخم القواعد القانونية التشريعية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، السنة السادسة ، العدد ٢٣ ، ٢٠١٤، ص١٥١ - د. علي احمد حسن اللهيبي ، قواعد صياغة النص التشريعي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية / كلية القانون، جامعة بغداد ، العدد الاول ،٢٠١٩، ص ٥٥.

[iv]) . عكاشه محمد عبد العال ود. سامي بديع منصور ، المنهجية القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت-لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص٧٢.

[v]) ١. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني ، ارشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول ، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، تقديم : الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، الجزء الاول ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب العربي ، دمشق، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، ص٣٩٧.

[vi]) قرار محكمة التمييز بالرقم ٤٥٨٧ في ٢٠١٢/١١/٢١ ، نقلا عن القاضي لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، الطبعة الاولى ، مطبعة الكتاب ، العراق ،٢٠١٣، ص٦٣_٦٤.

[vii]) د. محمد مصطفى الزحيلي. ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الطبعة الاولى ، دار الفكر - دمشق ، ٢٠٠٦ ، ص٥٧٠.

[viii]) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ،مصادر الالتزام ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ١٩٧٧، ص٥٨٩_٥٩٠

[ix]) قرار محكمة التمييز بالرقم ١٣٢٨ في ٢٠١١/٩/٢٥ ، نقلا عن القاضي لفته هامل العجيلي ، مصدر سابق ، ص٧٠.

[x]) تعرف السياسة التشريعية بوصفها مكنة وفن تحديد الاهداف التي يجب ان يحققها القانون ، نقلا عن د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١١ ، ص١١٠.

[xi]) فاضل الصفار ، المهذب في اصول الفقه " تطبيق للقواعد الاصولية على الشريعة والقانون" ، الطبعة الاولى، مؤسسة الفكر الاسلامي ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠ ، ص٢١٤-٢١٥.

[xii]) الرأي للقاضي الدكتور سري محمود صيام ، صناعة التشريع ، شركة ناس ، ٢٠١١، ص١٦٨، مشار اليه لدى ، احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي ، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع ،الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٨، ص٥٣.

[xiii]) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص٣٦٧-٣٦٥.

[xiv]) نص المادة ٨٧٤ "١. اذا كان العمل مكوناً من اجزاء متميزة او كان الثمن محدداً بسعر الوحدة ، جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب اجراء معينة عقب انجاز كل جزء او عقب انجاز قسم من العمل يكون ذا اهمية كافية بالنسبة للعمل في جملته ويجوز للمقاول في هذه الحالة ان يستوفي من الثمن بقدر ما انجز من العمل.
2. ويفترض فيما دفع ثمنه ان معاينته قد تمت، ما لم يتبين ان الدفع لم يكن الا تحت الحساب.

[xv]) والتي نصت على" ١. يقع **باطلاً** كل اتفاق خاص بمقامرة او رهان .٢. ولمن خسر في مقامرة او رهان ان يسترد ما دفعه خلال سنة من الوقت الذي ادى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، وله ان يثبت ما اداه بجميع طرق الاثبات القانونية.

[xvi]) نصت المادة ٩٧٦ "١. **يستثنى** من احكام المادة السابقة الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الالعاب الرياضية ، ولكن للمحكمة ان تخفض مقدار هذا الرهان اذا كان مبالغاً فيه 2. **ويستثنى** ايضاً ما رخص فيه من اوراق النصيب.".

[xvii]) كذلك المواد ٤٢ و٤٣ من القانون نفسه جاءت باستثناءات.

[xviii]) والتي نصت "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة".

[xix]) المادة (١/١٠١) من القانون المدني العراقي النافذ على " للمحكمة ان تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الاذن وليس للولي ان يحجر عليه بعد ذلك".

[xx]) بيد ان ماذكرناه لم يجد في التطبيق القضائي طريقا واضحا فقد اختطت محاكم التمييز رؤية جديدة متأرجحة بين الحصول على الحماية القانونية الكاملة لتصرفات من اكمل الخامسة عشر وتزوج بأذن المحكمة والمسؤولية المدنية التي تم اختصارها بالقضايا الخاصة بالاحوال الشخصية مثال ذلك ماجاء في القرار التمييزي لمحكمة استئناف بغداد / الرصافة بصفتها التمييزية والمرقم ١٦٠٩ /ه.أ/٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٩/٦ والذي قضى بـ"... ان المميز (أ) في الخامسة عشر من عمره يعتبر بالغا فيما يتعلق بالاحوال الشخصية ، اما فيما يتعلق بالقضايا المالية والتجارية فأنه يعتبر مازال قاصرا... **https://www.hjc.iq/view**

[xxi]) تنص المادة الاولى بفقرتها الثانية من قانون ايجار العقار رقم ٥٦ لسنة٢٠٠٠ المعدل النافذ على " – 2 تستثنى العقارات الآتية من أحكام الفقرة (١) من هذه المادة وتخضع في إيجارها إلى أحكام القانون المدني أو القوانين الخاصة بها:
أ – العقارات المعدة للسكنى التي تؤجرها الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة للعاملين فيها.
ب – العقارات المعدة للسكنى التي تؤجرها الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة التي يصدر وزير المالية بيانا بإستثنائها.
ج – العقارات المؤجرة لغير العراقيين أشخاصا أو هيئات.

[xxii]) قرار رقم ١٣٣٦ /١٧٣٧ /الهيئة الاستئنافية بتاريخ ٢٠١١/٩/٢١ ، نقلا عن القاضي لفته هامل العجيلي ، مصدر سابق ، ص١٦٤.

[xxiii]) والتي نصت على " لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في اية حال ان يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن اكثر من رأس المال، وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية.".

[xxiv]) تنص المادة (٢٢) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ رقم ٤٠لسنة ١٩٥١ "أ – اختلاف الجنسية غير مانع من الارث في الاموال المنقولة والعقارات ، **غير** ان العراقي لا يرثه من الاجانب **الا** من كان قانون دولته يورث العراقي منه.".

[xxv]) قرار رقم ١٦٤ /الهيئة الموسعة المدنية /٢٠٠٧ بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/١٧، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى (قرارات محكمة التمييز الاتحادية) .https://www.hjc.iq/qview
تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٥/٢٠ الساعة ال١٢

[xxvi]) والذي اكدت فيه "ان التمليك كان استناداً الى مكرمة بدون بدل كونه من حملة الشهادات العليا في حينها وان تمسك دائرة المستأنف بان المستأنف عليه خالف مسقط الرأس كشرط للتخصيص كونه يسكن قضاء الهندية /بابل ، فأن هذا الشرط فضلاً على كونه لا يسري على التمليك للمكرمة المستثنى في حينه من الضوابط.... استناده الى القرار ١١١ لسنة ١٩٩٥ الذي يتمسك به وكيل المستأنف وبفقرته (٤) بخصوص شرط مسقط الرأس حيث تضمن كتاب التمليك انه (بناءً على ما جاء بكتاب ديوان الرئاسة المنحل ذي العدد ٢٢٧١٧ في ١٩٩٥/١٠/٥ والمتضمن بتكريم حملة الشهادات العليا والدرجات الخاصة بقطع أراضي سكنية وبدون بدل إشارة الى كتاب وزارة الداخلية / مكتب الوزير بالعدد ٤٨٩٤ في ١٩٩٥/١٠/٦)، قرار بالعدد ٣٤/ س/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/٢٠ بالدعوى المرقمة ٣٧٥/ب/٢٠٢٠.

[xxvii]) بدر الدين محمد بن ابي بكر بن سليمان البكري الشافعي ، الاعتناء في الفرق والاستثناء ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود ، والشيخ علي محمد معوض ، قدمه د. محمد انيس عبادة ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩١ ، ص ٦٩١ – أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ، تحقيق : الشيخ عادل أحمد عبد الموجود و الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب ، الرياض، ٢٠٠٣. ج٥ ، ص ٢١١.

[xxviii]) د. جلال محمد ابراهيم ، د. محمد حسام محمود لطفي ، مصدر سابق ، ص١٤٢، هامش ٢٤٣. مشار اليه لدى محمد احمد حسن خلف الله ، مصدر سابق ، ص٤٠.

[xxix]) الشيخ فاضل الصفار ، مصدر سابق ، ص٢١٥.

[xxx]) د. فاضل صالح السامرائي ، معاني النحو، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الأردن ، ، ٢٠٠٠، ص٢٤٨.

[xxxi]) علي بن محمد بن علي السيد الزين ابو الحسن الحسيني الجرجاني ، التعريفات ، الطبعة الاولى ، دار الفكر ، بيروت-لبنان ، ٢٠٠٥، ص٢١٣.

[xxxii]) إبراهيم إبراهيم بركات ، النحو العربي ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، دار النشر للجامعات ، مصر ـ بلا سنة ، ص١٥٧، ص١٥٨.

[xxxiii]) عباس حسن ، النحو الوافي ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مكتبة المحمدي ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص٣١٧. أحمد بن عمر الحازمي، شرح ألفية ابن مالك، ص٦٠، منشور على الموقع http://alhazme.net تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٤/١٦ الساعة ال١٠ مساءا

[xxxiv]) د. كاظم ابراهيم كاظم ، مصدر سابق ، ص٣٨.

[xxxv]) شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، مصدر سابق ، ص١٥١.

[xxxvi]) عبد الامام ابي محمد عبد الله جمال الدين بن هشام الانصاري ، اوضح المسالك الى الفية ابن مالك ، تدقيق وتعليق محمد نوري بن محمد بارتجي ، الطبعة الاولى ، دار المغني ، الرياض ، ٢٠٠٨، ص١٧٣.

[xxxvii]) بهاء الدين عبد الله بن عقيل العقيلي المصري الهمداني ، شرح ابن عقيل ، الجزء الثاني ، الطبعة العشرون ، دار التراث ودار مصر للطباعة ، القاهرة ، ١٩٨٠، ص٢١٩.

[xxxviii]) د. عباس حسن ، النحو الوافي ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص٣٢٢. أحمد بن عمر بن مساعد الحازمي ، شرح ألفية ابن مالك ، ص٦٠، منشور على الموقع http://alhazme.net تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٤/٢٢ الساعة ال١١ مساءا.

[xxxix]) الشيخ. مصطفى الغلاييني ، جامع الدروس العربية ، الجزء الاول ، الطبعة الثلاثون ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ١٩٩٤، ص١٣٤.

[xl]) د. فاضل صالح السامرائي ، مصدر سابق ، الجزء الثاني ، ص٢٤٨

[xli]) للمزيد ينظر الشيخ مصطفى الغلاييني ، مصدر سابق ، ص١٣٠ وما بعدها . د.كاظم ابراهيم كاظم ، الاستثناء في التراث النحوي والبلاغي ، مصدر سابق ، ص٣٨-٤٣.

[xlii]) د. كاظم ابراهيم كاظم ، الإستثناء في التراث النحوي والبلاغي ، الطبعة الاولى ، عالم الكتب ، لبنان – بيروت ، ١٩٩٨، ص٤٠.

[xliii]) تناظرها المادة (٢/١٦٢) من القانون المدني المصري النافذ.

[xliv]) قرار محكمة التمييز رقم ٧٠٩ الهيئة المدنية عقار /٢٠١٠ بتاريخ ٢٠١٠/٩/٢٢ نقلا عن القاضي لفته هامل العجيلي ، مصدر سابق ، ص ١٢٨.

المصادر

اولا : كتب اللغة والنحو :

١. عباس حسن ، النحو الوافي ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مكتبة المحمدي ، بيروت ، ٢٠٠٧.
١. علي بن محمد بن علي السيد الزين ابو الحسن الحسيني الجرجاني ، التعريفات ، الطبعة الاولى ، دار الفكر ، بيروت-لبنان ، ٢٠٠٥.

٢. د. فاضل صالح السامرائي ، معاني النحو، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الأردن ، ، ٢٠٠٠**.**

٣. د. كاظم ابراهيم كاظم ، الإستثناء في التراث النحوي والبلاغي ، الطبعة الاولى ، عالم الكتب ، لبنان – بيروت ، ١٩٩٨.
٤. مصطفى الغلاييني ، جامع الدروس العربية ، الجزء الاول ، الطبعة الثلاثون ، المكتبة العصرية ، بيروت ،١٩٩٤.

٥.

ثانيا : الكتب القانونية :

١. احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي ، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع ،الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٨،

٢. د. جلال محمد ابراهيم ، د. محمد حسام محمود لطفي ، نظرية القانون ، بلا دار نشر ، ١٩٩٤-١٩٩٥.

٣. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ،مصادر الالتزام ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ١٩٧٧**.**
٤. عكاشه محمد عبد العال ود. سامي بديع منصور ، المنهجية القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت-لبنان ، ٢٠٠٩**.**

٥. لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، الطبعة الاولى ، مطبعة الكتاب ، العراق ،٢٠١٣**.**

٦. . مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، الجزء الاول ، الطبعة الخامسة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة**.**

٧. د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١١**.**

الكتب الفقهية

١. أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ، تحقيق : الشيخ عادل أحمد عبد الموجود و الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب ، الرياض، ٢٠٠٣.
٢. بدر الدين محمد بن ابي بكر بن سليمان البكري الشافعي ، الاعتناء في الفرق والاستثناء ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود ، والشيخ علي محمد معوض ، قدمه د. محمد انيس عبادة ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩١**.**
٣. فاضل الصفار ، المهذب في اصول الفقه " تطبيق للقواعد الاصولية على الشريعة والقانون" ، الطبعة الاولى، مؤسسة الفكر الاسلامي ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠.

٤. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني ، ارشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول ، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، تقديم : الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، الطبعة الأولى ، دار الكتاب العربي ، دمشق، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٥. د. محمد مصطفى الزحيلي. ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الطبعة الاولى ، دار الفكر - دمشق ، ٢٠٠٦ .

ثالثا : البحوث القانونية

١. د. عادل شمران الشمري و علي شمران الشمري ، فلسفة الاستثناء في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة العاشرة ، العدد الثالث ، ٢٠١٨.

٢. د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، تضخم القواعد القانونية التشريعية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، السنة السادسة ، العدد ٢٣ ، ٢٠١٤.

٣. د. علي احمد حسن اللهيبي ، قواعد صياغة النص التشريعي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية / كلية القانون، جامعة بغداد ، العدد الاول ،٢٠١٩.

رابعا : القوانين

١. القانون المدني العراقي المعدل النافذ رقم ٤٠لسنة ١٩٥١.

٢. القانون المدني المصري المعدل النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٣. قانون ايجار العقار رقم ٥٦ لسنة٢٠٠٠ المعدل النافذ.

خامسا : القرارات القضائية

١. قرار رقم ١٦٤ /الهيئة الموسعة المدنية /٢٠٠٧ بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/١٧، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى (قرارات محكمة التمييز الاتحادية) https://www.hjc.iq/qview.

سادسا: المواقع الالكترونية

١. أحمد بن عمر الحازمي، شرح ألفية ابن مالك، ص٦٠، منشور على الموقع

http://alhazme.net