The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Babylon / College of Law

The exception in the drafting of civil law texts

(A comparative study with Islamic jurisprudence)

PhD thesis

Introduction to the Council of the College of Law / University of Babylon

It is part of the requirements for obtaining a PhD in Law/Private Law

by the student

Esraa Khudair Mazloum Al-Shammari

Supervised by

Dr. Dameer Hussain Al-Maamouri

civil law professor

1444 AH **2022 AD**

جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل / كلية القانون

الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني

(دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي)

أطروحة دكتوراه

مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل

وهي من متطلبات نيل درجة دكتوراه في القانون / القانون الخاص

من قبل الطالبة

إسراء خضير مظلوم الشمري

بإشراف

الدكتور ضمير حسين المعموري

أستاذ القانون المدني

١٤٤٤هـ ٢٠٢٢م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿إِنّا بَلَوْناهُمْ كما بلوْنا أصْحاب الْجنّةِ إِذْ أقْسمُوا

ليصْرِمُنّها مُصْبِحِين (١٧) ولا يسْتثْنُون (١٨) ﴾

صدق الله العلي العظيم

القرآن الكريم

سورة القلم

آية ١٧_١٨

الشكر والامتنان

بعد شكر الله عزّ وعلاّ ، أتوجه في هذه الاسطر القليلة بالشكر والامتنان الى أساتذتي الافاضل ، أساتذة كلية القانون جامعة بابل الذين غرفنا من علمهم في سنوات دراستنا في البكالوريوس والماجستير والدكتوراه ، ولكل العمادات المتعاقبة على إدارة هذه الكلية المعطاء ، وعمادتها الحالية ممثلة بالأستاذ الدكتور ميري كاظم الخيكاني ، كما أشكر الأساتذة الافاضل الذين تعاقبوا على أدارة قسم القانون الخاص في الكلية ورئيس القسم الحالي الدكتور خيري الدين كاظم ، والشكر موصول الى استاذي القدير الاستاذ الدكتور منصور حاتم محسن الانسان الكبير خلقاً وعلماً .

كما اتقدم بالشكر والترحيب الى الأساتذة الافاضل اعضاء لجنة المناقشة المحترمين على تفضلهم بقراءة الاطروحة وتكبدهم عناء السفر في هذا اليوم الاستثنائي من حياتي .

و لابد من ارجاع الفضل الى أهله وإسدائه لمن كان له معروف عليَّ في كتابة هذه الاطروحة وإثراءها والذي تفضل بالإشراف عليها ، وقد أخرت ذكره من باب ذكر الخاص بعد العام يفيد مزية في الخاص عند الاصوليين ، فله الشكر وله الدعاء ، فقد لقيت منه كرم التعامل ، ورحابة الصدر ، وطيب اللقيا ، فضلاً عن الملاحظات العلمية الدقيقة والمفيدة في الجانبين القانوني والفقهي ، فقد كان أستاذاً متكاملاً أستاذي الفاضل الاستاذ الدكتور (ضمير حسين المعموري)، أسأل الله أن يجزل له الخير والعطاء ، وأن يوفقه لصالح القول والعمل ، وان يبارك له في وقته وذريته وماله ، فلن أوفيه حقه في أسطر معدودات ، ويكفي أن يتلمس ثمار توجيهاته بين طيات هذه الاطروحة .

والشكر كله لمن ساندني في انهاء هذا العمل ، السند حينما تعثر الطريق زوجي الغالي (الاستاذ عباس فاضل الخفاجي) ، ولعائلتي الكريمة ودعوات أمي وأبي ومساندتهما ، أخوتي وأخواتي ، أطفالي قرة العين (زها_علي _تيم _فراس) .

والشكر موصول الى زملائي الاعزاء و الى موظفي مكتبة كلية القانون جامعة بابل وجامعات كربلاء وبغداد والنجف الاشرف والقادسية ومكتبات العتبات المقدسة والمكتبة المركزية في كربلاء المقدسة ، فلهم شكري وامتناني.

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١ – ٧
الباب الاول : الإطار العام للإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني	٨_١١٥
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للإستثناء	٩ – ٧٦
المبحث الأول : مفهوم الإستثناء	١٠–٤٨
المطلب الأول : تعريف الاستثناء	١١–٢٨
الفرع الأول : المعنى الاصطلاحي للإستثناء	١١–١٩
الفرع الثاني : اركان الإستثناء و أدواته	١٩ –٢٤
الفرع الثالث : موقع الإستثناء من القاعدة العامة	٢٤_٢٨
المطلب الثاني : مصادر الإستثناء	٢٨ –٣٩
الفرع الأول : التشريع	٢٩ –٣٤
الفرع الثاني : العرف	٣٤–٣٧
الفرع الثالث : مبادئ الشريعة الاسلامية	٣٧ –٤٠
المطلب الثالث: مسوغات الإستثناء	٤٠–٤٨
الفرع الأول : المسوغات الفلسفية	٤١ –٤٤
الفرع الثاني : المسوغات العملية والواقعية	٤٥_٤٨
المبحث الثاني : شروط الإستثناء وتمييزه عما يشتبه به	٤٩ –٧٦
المطلب الأول : شروط الإستثناء	٤٩ –٦٤
الفرع الاول : شرط الاتصال	٥٠–٥٥
الفرع الثاني : شرط المماثلة	٥٥–٦١
الفرع الثالث : شرط عدم الإستغراق	٦١–٦٤
المطلب الثاني : تمييز الإستثناء عما يشتبه به	٦٥–٧٦

الفرع الاول : تمييز الإستثناء عن التخصيص	٦٥_٦٨
الفرع الثاني: تمييز الإستثناء عن التقييد	٦٨-٧٠
الفرع الثالث : تمييز الإستثناء عن الشرط	٧٠-٧٧
الفصل الثاني : الإطار المفاهيمي للصياغة	٧٨ -١١٦
المبحث الأول : مفهوم الصياغة	٧٩ -٩٧
المطلب الأول : تعريف الصياغة	٨٠-٨٣
الفرع الأول : معنى صياغة النص الاستثنائي	٨٠ -٨١
الفرع الثاني : معنى النص الاستثنائي	٨١-٨٤
المطلب الثاني : انواع صياغة النص الاستثنائي	٨٤-٩٦
الفرع الأول : الصياغة المستثناة المرنة	٨٤ -٨٩
الفرع الثاني : الصياغة المستثناة الجامدة	٩٠-٩٧
المبحث الثاني: أساليب صياغة الإستثناء	٩٨ -١١٦
المطلب الأول : الإستثناء المتزامن	٩٨-١٠٣
الفرع الأول: معنى الاستثناء المتزامن	٩٩_١٠٠
الفرع الثاني : تطبيقات الإستثناء المتزامن	١٠١- ١٠٢
المطلب الثاني: الإستثناء اللاحق	١٠٤-١١١
الفرع الأول : معنى الإستثناء اللاحق	١٠٥-١٠٦
الفرع الثاني : تطبيقات الإستثناء اللاحق	١٠٦-١١٢
المطلب الثالث: الإستثناء المفرغ	١١٢_١١٥
الفرع الاول: معنى إلاستثناء المفرغ	١١٣_١١٤
الفرع الثاني : تطبيقات الإستثناء المفرغ	١١٤_١١٦
الباب الثاني: الإطار الوظيفي للإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني	١١٧-٢٠٧
الفصل الاول : دور الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني	١١٨-١٥٦
المبحث الاول : دور المشرع في صياغة الإستثناء	١١٩_١٣٩
المطلب الاول : تخصيص القاعدة القانونية	١١٩-١٢٧

الفرع الاول: تعريف التخصيص	١٢٠-١٢٤
الفرع الثاني : دور الإستثناء في تخصيص القاعدة القانونية.	١٢٤-١٢٨
المطلب الثاني : تحقيق العدالة	١٢٨-١٣٧
الفرع الاول : تعريف العدالة	١٢٨-١٣٣
الفرع الثاني: دور الإستثناء في تحقيق العدالة	١٣٤-١٣٩
المبحث الثاني : دور القضاء في صياغة الإستثناء	١٤٠_١٥٥
المطلب الاول : دور العرف في صياغة الإستثناء	١٤١_١٤٨
الفرع الاول : تعريف العرف الإستثنائي	١٤٢_١٤٤
الفرع الثاني : تخصيص النص بالعرف	١٤٤_١٤٩
المطلب الثاني: دور المصلحة على الإستثناء	١٤٩_١٥٥
الفرع الاول: تعريف المصلحة	١٥٠_١٥٢
الفرع الثاني: مدى الارتباط بين المصلحة والإستثناء	١٥٢_١٥٦
الفصل الثاني : دلالة الإستثناء واحكامه في صياغة نصوص القانون المدني	١٥٧_٢٠٧
المبحث **الاول: دلالة الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني**	١٥٨-١٨٠
المطلب الأول : دلالة الإستثناء على منطوق النص	١٥٩-١٦٦
الفرع الأول : الإستثناء الصريح	١٥٩- ١٦١
الفرع الثاني : الإستثناء الحكمي	١٦١-١٦٦
المطلب الثاني : دلالة الإستثناء على مفهوم النص	١٦٧-١٧٥
الفرع الأول : مفهوم الموافقة	١٦٩_١٧٢
الفرع الثاني : مفهوم المخالفة	١٧٢_١٧٦
المطلب الثالث : مسائل الإستثناء	١٧٦_١٨٠
الفرع الاول :الإستثناء المتعقب لجمل متعددة	١٧٦_١٧٩
الفرع الثاني: تخصيص قاعدة الإستثناء من النفي اثبات	١٧٩_١٨٠
المبحث الثاني : احكام الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني	١٨١_٢٠٨
المطلب الأول : الإستثناء لا يجوز التوسع فيه	١٨١_١٩٢
الفرع الأول : الاصل عدم التوسع	١٨٢_١٨٥
الفرع الثاني : الإستثناء التوسع في مورد الإستثناء	١٨٥_١٩٢

المطلب الثاني : الإستثناء لا يجوز القياس عليه	١٩٢_٢٠٢
الفرع الأول : مفهوم القياس	١٩٣_١٩٧
الفرع الثاني : القياس على الإستثناء	١٩٧_٢٠٢
المطلب الثالث : العدول الى الإستثناء	٢٠٢_٢٠٧
الفرع الاول : المقصود بالإستحسان	٢٠٢_٢٠٤
الفرع الثاني : الاستحسان جزء من الإستثناء	٢٠٤_٢٠٧
الخاتمة	٢٠٨-٢١١
المصادر والمراجع	٢١٢-٢٢٥
ملخص الأطروحة باللغة الإنكليزية	٢٢٦_٢٢٧

الملخص

يعد الإستثناء تقنية قانونية لا يكاد يخلو منها فرع من فروع القانون بصورة عامة ، والقانون المدني بصورة خاصة ، إذ لا يخلو بابٌ من ابوابه من استثناء يرد على موضوع ما على الاصل العام في القاعدة القانونية التي تنظم تلك الحالة . إذ إن عملية الإخراج من القواعد العامة التي يمارسها المشرع اصبحت تلازم التشريعات القانونية بكافة اصنافها ، فمن غير المألوف أن نجد قاعدة عامة تؤسس لحكم معين لا يرد عليها استثناء من هيمنة الاصل في تلك القاعدة العامة . والتي يختلف فيها المبرر التشريعي باختلاف الحالة المستثناة ، حتى بات الاستثناء في نصوص القانون المدني جزءً من بناء النص وضرورة لصياغته بشكل يستوعب ما يعجز عنه الاصل العام ويجعل من النص اكثر مرونة في مواجهة المتغيرات والظروف.

والاستثناء ضرورة تفرضها صياغة القاعدة القانونية ، فالمشرع يبين ضمن القاعدة العامة ما يتعلق بإخراج شخص له صفة معينة أو واقعة لها حكم محدد ، ليأتي الاستثناء مخرجاً الشخص أو الواقعة أو الحالة من الحكم العام للقاعدة . وهنا يبتعد المشرع عن انشاء قواعد مستقلة تعالج تلك الحالات المستثناة ، وبالتالي يتفادى التضخم التشريعي ، على اعتبار أن الصياغة تقتضي بقاءها في ظل القاعدة العامة ، مما يضفي مرونة على النص وجعله أكثر استيعاباً للكثير من الحالات والاوضاع التي انفردت بظروف خاصة كانت محل اعتبار لدى المشرع دعته الى استثنائها .

وإذا كان الإستثناء يكتسب أهمية خاصة في القانون بصورة عامة ، فإن أهميته في نطاق القانون المدني تتجسد بوجه خاص ، بحكم كثرة المصالح المتعارضة فيه فالإستثناء يرتبط بفلسفة القاعدة القانونية والغاية منها . لذا تهدف دراسة الاستثناء في نطاق القانون المدني الى تأصيل الاستثناء وبيان ماهيته و مسوغاته وشروطه ، عن طريق توضيح الإطار المفاهيمي للاستثناء في القانون المدني مسلطين الضوء على دراسة أهم وأبرز هذه الاستثناءات القانونية وجدواها، لكونها خروجاً عن القاعدة العامة اذ قد تكون _ان صح التعبير_ وسيلة للثغرات التي قد تستغل . لذا استعان المشرع بصياغة الاستثناء وفقاً لأساليبه الخاصة التي ينماز بها عن غيره من الاساليب وبخصوصية تتأتى من استخدام أدوات الاستثناء المحددة صراحة أو حكماً ، بغية تخصيص نصوص القانون المدني العامة تحقيقاً للعدالة المرجوة من اللجوء الى الاستثناء.

الى جانب ما يتسم به الإستثناء من أحكام خاصة و متفرده تعزز من دوره الوظيفي . وبعد استيفاء البحث الجانب النظري سنورد العديد من التطبيقات على اختلاف انواعها لنستقي فلسفة المشرع من إيراد الإستثناءات .

مقدمة

بسم الله كامل الصفات بلا إستثناء ، والصلاة والسلام على أشرف خلقه الذي استثناه من الخلق أجمعين فاصطفاه بالرسالة وأيده بالنبوة ، وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين .

أولاً : أهمية الدراسة

تكتسب دراسة الإستثناء كأسلوب يلجأ إليها المشرع لإخراج حالات معينة من حكم القاعدة العامة بأهمية خاصة ، و تتعدد **أهمية** دراسة الإستثناء :

١ . الأهمية اللغوية :

يعد الإستثناء موضوعاً لغوياً مهماً ، إذ شغل حيزاً من أهتمامات العلماء اللغويين ، فلا يخفى أن فكرة الإستثناء تجد مصدرها في مباحث أهل اللغة ، ومنهم انتقلت الى الفقهاء المسلمين والقانونيين . وبما أن دراسة القانون لا تتم بمعزل عن دراسة اللغة العربية ، بوصفها بوابة الدخول للأفكار القانونية ، من هنا تتأتى ضرورة وأهمية دراسة الإستثناء من الناحية اللغوية والإلمام بأنواعه وأدواته وأركانه ؛ لأن القانون كبقية العلوم يستعين باللغة لإيصال الأفكار وترجمتها ، وهذا يتطلب فضلا عن معرفة قواعد اللغة ، قدرة رجل القانون وهو الشخص الذي تربطه علاقة بالقاعدة القانونية سواء كان من واضعيها أمْ الساهرين على تطبيقها أمْ الدارسين لها ، والذي لا يخرج عن المشرع والقاضي والمحامي والفقيه والباحث العلمي ، على اختيار الكلمات والادوات التي تكفل لصياغة الإستثناء أداء وظيفته بدقة وتحديد ، فالمشرع يحتاج عند صياغة القاعدة القانونية أن يكون ملماً بأدوات صياغته الإستثنائية ، وكذلك القاضي عندما يطبق القاعدة القانونية يجب أن يكون على دراية بالإستثناءات الواردة على المادة التي يروم تطبيقها ، حتى نكون امام حكم قضائي صحيح ، فضلاً عن المحامي الذي يدافع عن خصمه تجاه الخصم الآخر بحاجة الى أن يكون ملماً بالاستثناء حتى تكون دفوعه ومطالبه صحيحة ، فضلاً عن الإستاذ الجامعي وهو بصدد إعطاء المعلومات القانونية ، أن يكون محيطاً بالإستثناءات الواردة عليها حتى تكتمل المعلومة القانونية ، والباحث القانوني كذلك ، كل هؤلاء الأشخاص الذين تربطهم علاقة دائمة ومباشرة بالقانون ويهتمون به أكثر من غيرهم .

٢. الأهمية الفلسفية :

الإستثناء من المواضيع الفلسفية المهمة . فصياغة القاعدة القانونية في الغالب تتضمن إستثناءً يحد من قاعديتها لأغراض متعددة يراها المشرع أجدر بالإخراج وأوفق بالغرض . والمشرع يتبنى فلسفة الإستثناء ضمن أطر معينة وبحالات خاصة . وبصدد أشخاص معينين ووقائع محددة ، محاولاً تحقيق الاستقرار القانوني للعلاقات في إطار المصالح المتعارضة والمتزاحمة .

من هنا تتأتى أهمية الإستثناء كوسيلة يستعين بها المشرع لتوسيع مدى النصوص القانونية في شمول وقائع وإخراج أخرى لا يمكن أن يشملها النص القانوني ، وترتيب آثار عليه لا يمكن أن تترتب إلاّ من خلال الإستثناء ، نظراً لدوره في استكمال البناء القانوني للنص وإضفاء المرونة عليه ، انطلاقاً من كون أن الواقع المعاش متباين الجوانب متشـــعب النواحي متجدد المظاهر ، بينما التشـــريع موحد الصياغة أنموذجي القالب حبيـــس النصوص . لذا كانت القواعد القانونيــة في حاجة دائمة إلى أن ايراد إستثناءات عليها ، بحيث تتابــع المظاهر اللامتناهية لحياة الافراد من دون التعرض للبناء اللفظي للنص العام ، وإنما ينصب الإستثناء على الحكم فقط ، فتطبيق الإستثناء يسهل من الوصول الى غاية التشريع وفلسفة المشرع من إيراده ، وصولاً الى تحقيق التوازن القانوني .

٣. الأهمية القانونية :

موضوع الإستثناء من الموضوعات المهمة في جانبيه النظري والتطبيقي . إذ يحتاج القانوني لمعرفة الإستثناءات لتخريجها من الأصل العام للقاعدة القانونية ، والاستفادة منه في كل مناسبة نص فيها المشرع على الإستثناء لتطويعه في مصلحة تطبيق القانون بالشكل الذي يحقق عدالة أكثر للحالة محل الإستثناء . فالمشرع يستند في وضع القاعدة القانونية بشقيها العام والاستثنائي على أسس معينة وضوابط محددة. وبالنظر لتناول المشرع للإستثناءات بصيغة أحكام غالبا ، فإن البحث فيه يقتضي وضع التطبيقات في كل جزئية أو مورد لنستقي من خلالها الاحكام الإستثنائية محاولين فرزها وتبيانها.

كما تتجلى أهمية موضوع الإستثناء عند تأمل القواعد القانونية ذات الإستثناء ، إذ نلاحظ انها لا تعطي حكماً واحداً ، بل إننا نكون امام حكمين عام واستثنائي ، وكل ذلك مراعاة لمقاصد التشريع ، مع حرص المشرع على تحقيق المصالح المبتغاة منه ، فليس إستثناء حكم من

قاعدة يعني مخالفتها ، وليس في ذلك إخلال بقاعدية القاعدة ، بل هو تأكيد لحكمها الخاص ودليلها الخاص.

٤. الأهمية الفقهية :

يرتبط الفقه الاسلامي بعلم الاصول ارتباطاً وثيقاً ، فالأحكام الفقهية مبنية على أصول ، أو على قواعد وضوابط يسير عليها الفقيه في إصدار الاحكام ، وقد بحث علماء الاصول موضوع الاستثناء ضمن دلالات الالفاظ في موضوع الخاص ، وتحديداً كأحد الادلة المتصلة في تخصيص العام ، وتتمثل أهمية التخصيص بالإستثناء في الفهم السليم للنصوص العامة التي قد لا تكون شاملة لكل الافراد التي يتناولها اللفظ ، وأن كان ظاهرها العموم ، إذ أشتهر لدى الاصوليين قاعدة " ما من عام إلا وقد خص ماعدا الفاظاً قليلة "[١] ، لذا تكمن أهمية الاستثناء بالعطف على ما تقدم في تخصيص جملة العام ، إذ لولا الإستثناء لكان الحكم الخاص داخلاً في حكم العام ، لذا كان تخريج القواعد الفقهية عند ورود المستثنيات من القواعد من أهم المشاكل التي تواجه الفقيه ، فإذا أراد تخريج حكم مسألة على قاعدتها عرض لذهنه احتمال أن تكون هذه المسألة من المسائل المستثناة من القاعدة ، وهو أمر يؤثر على صحة التخريج بلا شك .

لذا فالأصولي يحتاج لمعرفة الإستثناء الواردة على القاعدة الفقهية ، لتخريجها من القاعدة الكلية حتى يضبط المسائل المنتشرة ويضمها الى بعضها البعض فيعطيه تصوراً واضحاً عن هذه الإستثناءات ، وكما يقول القرافي " كل فقيه لم يخرج على القواعد فليس بشيء"[٢] ، كما تعين الاصولي على فهم مقاصد الشريعة وأسرارها وأهدافها العامة ، فأهمية الإستثناء تكمن محاولة توظيفه في معرفة دلالة النصوص على الاحكام .

ثانياً : جوهر فكرة الدراسة

تتجلى فكرة البحث في محاولة استجلاء ما يكتنف الإستثناء من غموض حول مفهومه ابتداءً ، في محاولة لبيان اهم القواعد القانونية بغية بيان ما استثني منها من مسائل ، عن طريق تجميع بعض الإستثناءات في نصوص القانون المدني ، الذي يحظى بذاتية تميزه عن بقية فروع القانون ، لذا فإن ذلك يقتضي معرفة متى يلجأ المشرع الى إستثناء حالات معينة من حكم

([١]) العلامة ابن محمد الحسيني الزبيدي ، اتحاف السادة المتقين بشرح اسرار احياء علوم الدين، المجلد ٢، المطبعة الميمنية ، ١٨٩٣بلا مكان نشر ، ص٢٥٢.

([٢]) ابو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي ، الذخيرة ، تحقيق محمد حجي ، الجزء الاول ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤ ، ص٥٥.

القاعدة العامة ، مع بيان واجب الدقة والحيطة عند تطبيق القاعدة القانونية او تطبيق الإستثناء ، وهذا يتطلب معرفة الحدود الفاصلة بين تطبيق الاصل أو تطبيق الإستثناء ، مع بيان الغرض الجوهري الذي دعى المشرع الى اللجوء الى إستثناء فرض معين من حكم القاعدة العامة ، وفيما إذا تحققت الفائدة أو الغاية من اللجوء الى الاستثناء ، وهذا كله مرهون بتوافر الاحكام الخاصة في الإستثناء وبيان تأصيله وتحديد الضوابط التي يتقيد بها ، حتى تتكامل هذه التقنية التشريعية كمتكأ يلجأ إليه المشرع لأسباب عديدة قد تكون استجابة لمتطلبات العدالة أو حسن النية أو استقرار المعاملات المالية ، كما قد تقتضي طبيعة التعامل استثناء حالات معينة من حكم الاصل ، وهذا ما سنحاول جمعه وبيانه .

من خلال إبراز دور الإستثناء في الصياغة التشريعية ، فالمشرع محكوم بضوابط وأحكام معينة للإخراج ، وإلا فعمومية القاعدة قد تلحق ضرر أو ظلم عند تطبيقها ، لذا يقتضي أن ننظر إليه بوصفه انعكاس الجنبة الاخرى للقاعدة في اتساعها وتنوعها واحتمالاتها وتحملاتها اشكالا متعددة .

ثالثاً : مشكلة الدراسة

تعد خاصية العموم من أهم خصائص القاعدة القانونية ، إلا أن صفة العموم ليس على إطلاقها فغالباً ما تقترن القاعدة القانونية بالإستثناء على صفة العمومية ، والقانون بصفة عامة والقانون المدني بصفة خاصة يمتاز بوجود إستثناءات كثيرة تتقابل مع صفة العموم تطرح بدورها إشكاليات اهمها ، ما مبررات وجود هذه الإستثناءات ؟ وماهي الفائدة أو الجدوى من بقاء الاستثناءات في القانون المدني بمعنى آخر هل هنالك حاجة حقيقية وفعلية لوجود الإستثناءات .وهل تتعارض مع عمومية القاعدة القانونية وجبريتها ؟ وهل إن هذه الإستثناءات تشكل خروجاً غير منضبط أم أن المشرع احاط هذا الخروج بضوابط تحفظ الحقوق والمراكز القانونية؟

وماهية الاغراض التي يروم المشرع تحقيقها من وراء الإستثناء ، وهل للإستثناء احكام خاصة ؟ وهل يجوز التوسع في الحالات المستثناة ؟ أو القياس عليها ؟ الى جانب البحث عن الدور الذي يلعبه الاستثناء في صياغة القاعدة القانونية ؟ سواء في نطاق المادة الواحدة أمْ القانون أمْ مع قانون آخر .

هذه وغيرها من التساؤلات التي تثيرها اشكالية البحث والتي سنحاول الاجابة عليها ، كون أن صعوبة البحث تكمن في عدم وجود دراسات قانونية متخصصة في مسائل الإستثناءات

المدنية ، وترددها في مواطن متفرقة بين اللغة والفقه الاسلامي الذي كثرت فيه الاختلافات الفقهية وصعوبة تتبع جميع الآراء ، مما يقتضي ضرورة الالمام بجزئيات البحث عن طريق البحث في كل جزئية للكشف عن قصد المشرع تارة ؟ والاستخدامات اللغوية اخرى ؟ ورأي علماء الاصول تارة أخرى ، مع تضمين كل ما تقدم بأهم التطبيقات الواردة في القانون المدني .

رابعاً : أسباب اختيار الدراسة

يعد الإستثناء تقنية تشريعية وأسلوباً من اساليب الصياغة التشريعية ، وقد خصصنا موضوع الإستثناء في نطاق القانون المدني لعدة أسباب منها :

١. إن المشرع العراقي أقرن غالبية النصوص المدنية بالإستثناءات ، فأخذت بدورها مساحة كبيرة من القانون ، لذا فإن البحث عن أسباب تعددها والغايات المتوخاة من ورائها كان القصد من الاختيار .
٢. الرغبة في بيان حقيقة العلاقة بين الشق العام والإستثنائي للقاعدة القانونية ، بما يؤدي الى محاولة طرح تنظير للإستثناء في إطار قانوني وفقهي مناسب.
٣. بيان خصوصية الإستثناء والتي تتأتى من خصوصية الجهة التي تسنه ، والتي تتوافق مع خصوصية العلاقات المتعارضة في نطاق القانون المدني ، والتي تستوجب معرفة كيفية صياغته ، وأساليب هذه الصياغة ودورها في ترجيح الإستثناء على القاعدة العامة .
٤. البحث في مسوغات المشرع من إيراد الإستثناء ، وهو بحثٌ عن الغاية التي حاول تبنيها في كل مرة خرج فيها عن الاصل العام ، وأسباب هذا الخروج ، لذا فإن البحث فيه يعد بحثا عن أسباب التشريع والحكمة المنشودة منه .
٥. معرفة الأسباب الجوهرية التي دعت المشرع الى إستثناء حالات معينة أو افراد عن القاعدة العامة.
٦. الوقوف على الأسس والأساليب المعتمدة من قبل المشرع في صياغة الإستثناء ، والتعرف على احكامه القائمة على ضوابط موضوعية تمنع تفاقم خطر الآثار الجانبية له.
٧. البحث في الإستثناء يشكل دافعاً في للبحث فيه في المجال القانوني ، لكونه موضوعاً غنياً بالبحث اللغوي والاصولي ، وبخاصة في نطاق القانون المدني . فمعظم الفقهاء تناولوا فكرة الإستثناء على سبيل الاجمال بين الموضوعات المختلفة . لذا اجتهدنا ببسط هذه الفكرة من خلال تتابع المحتوى العلمي للبحث .

خامساً : منهجية الدراسة

سنعتمد في دراستنا للإستثناء في نطاق القانون المدني على اعتماد المنهج الاستقرائي (التأصيلي) و الوصفي (التحليلي) والمقارن كونه المنهج الملائم لطبيعة البحث ، فمن خلال المنهج الاستقرائي حاولنا تأصيل الاستثناء من خلال بيان فلسفة المشرع من سن الاستثناء ، من خلال دراسة مفردات هذه الأطروحة ، بتتبع المعلومات المتعلقة بمادة موضوع البحث من مظانها ، أما المنهج الوصفي الذي يعتمد على تقصي الحقائق ومعرفة الاسباب الكامنة وراء كل ظاهرة ، فعمدنا الى وصف وجمع الآراء والحقائق سواء كانت فقهية أمْ قانونية ، أما المنهج المقارن فسنتخذ مقارنة احكام القانون المدني العراقي بأحكام القوانين المدنية المتقاربة له كالقانون المدني المصري وأراء فقهاء المسلمين محوراً للبحث ، من خلال بيان مذاهب العلماء فى المسائل الخلافية _ما امكن_ ، و ذلك عن طريق عرض الإستثناءات و من ثم تحليلها و بيان أحكامها و مبرراتها ، بغية الوصول الى حلول لإشكاليات البحث التي آثرناها عن هذا الموضوع ، مع الإشارة الى احكام المحاكم في هذا الجانب.

سادساً : خطة الدراسة

نعرض في هذا الموضع لخطة كتابة الأطروحة والتي سنحاول من خلالها معالجة الموضوع والتي سنبينها بالتفصيل وعلى النحو التالي :

سنقسم عنوان الاطروحة الموسومة بـــ" الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني " دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي"، على بابين ، سنقدم في الباب الاول المعنون بـــالإطار العام للإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني ، والذي فرعناه على فصلين سنعرض في الفصل الاول الى الاطار المفاهيمي للإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني ، والذي وزعناه على نطاق مبحثين ، سنتناول في المبحث الاول ، مفهوم الإستثناء ، في حين سنبين شروط الإستثناء وتمييزه عما يشتبه به في المبحث الثاني .

أما الفصل الثاني فسنعرض من خلاله الى الاطار المفاهيمي للصياغة والذي سنتناوله من خلال مبحثين ، سنعرض في المبحث الاول لمفهوم الصياغة ، ثم سنعرج على بيان أساليب صياغة الإستثناء في المبحث الثاني .

أما الباب الثاني المعقود تحت عنوان الإطار الوظيفي للإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني ، سنوزعه على فصلين ، سنبين في الفصل الاول دور الإستثناء في

صياغة نصوص القانون المدني ، والذي سنقسمه على مبحثين سنعقد المبحث الاول لبيان دور المشرع في صياغة النص الاستثنائي ، أما المبحث الثاني فسنخصصه لبيان دور القاضي في صياغة النص الإستثنائي .

أما الفصل الثاني من الباب الثاني فسنبين من خلاله دلالة الإستثناء واحكامه في صياغة نصوص القانون المدني ، والذي سنعرض فيه وعلى مدار مبحثين سنقدم في المبحث الاول دلالة الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني ، في حين سندرس احكام الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني في المبحث الثاني .

وسنختم الاطروحة بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات ، التي انتهى إليها البحث .

والله ولي التوفيق

الباب الاول

الإطار العام للإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني

تمهيد وتقسيم:

يحظى الإستثناء في صياغة القاعدة القانونية بأهمية من أوجه متعددة . فالبحث في الإطار العام للإستثناء يساعد في بيان مفهومه و الكشف عن فلسفة المشرع وغاياته من اعتماد الإستثناء في النص ، ومن ثم تحديد موارده ، التي تغنينا لاحقا من التطبيق العشوائي أو غير المنضبط للقواعد القانونية ، والذي ينعكس أثره في التطبيق الواقعي للإستثناء بعد التأكد من توافر شروطه التي يلزم وجودها أبتداءً وانتهاءً ، ليحفظ للإستثناء مشروعيته ومسوغاته ، مما يساهم في عدم تداخل الاستثناء مع غيره ، و يقيه من التلابس الي يفقده خصوصيته واستقلاليته . كما أن الإستثناء يحدد نطاق القاعدة القانونية وبالتالي نتمكن من معرفة حدودها . وكل ما تقدم رهين الصياغة الجيدة للنصوص الإستثنائية والتي تساهم بشكل كبير في الرصانة والإحاطة ، سيما أن الإستثناء يدخل وبشكل جوهري في بناء النصوص وتركيبها . فهو ضرورة تفرضها صياغة النص العام ، بما يضفي مرونة على النص يجعله أكثر استيعاباً للحالات التي تكون القواعد العامة غير قادرة على استيعابها ضمن الاصل العام ، مما يتطلب إخراجها من عمومية القاعدة بما يحفظ لها تطبيقاً خاصاً روعي فيه أحوال معينة تطلبت هذا الإخراج مراعاة للتوازن بين الحقوق والمراكز القانونية .

في ضوء ما تم ذكره سنبحث الإطار العام في صياغة نصوص القانون المدني من خلال فصلين ، سنعرض في الفصل الاول الإطار المفاهيمي للإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني ، أما الفصل الثاني فسنخصصه لدراسة الإطار المفاهيمي للصياغة الإستثنائية .

الفصل الاول

الإطار المفاهيمي للإستثناء

تمهيد وتقسيم:

نريد من الإطار المفاهيمي المصطلحات والمفاهيم التي ترتبط بالإشكالية أو الموضوع البحثي ، أذ أن تحديد المفاهيم تعد من مقتضيات البحث العلمي الضرورية . فالمفاهيم تعد من الكليات التي تتصف بالعموم وتعدد المصاديق ، كما تعد بمثابة الركيزة الاساسية التي يستند إليها البحث . وتأتي أهمية ذكر المفاهيم وتعريفاتها من كثرة المدلولات المحتملة للمصطلح الواحد ، و نتيجة لاختلاف القرائن الدالة على معنى دون غيره ، والحجج التي تساق لها ، أو نتيجة لعدم اتفاق الفقهاء على مدلول واحد ، و لموضوع بحثنا خصوصية في تحديد مفهومه تقتضي الاهتمام والتدقيق . إذ يعد واحد من أهم مواضيع اللغة العربية كما أبدى النحاة أهتماماً بالغ الأهمية به ، ومنهم أنتقل الى علماء اصول الفقه الذين لم يدخروا جهداً في دراسته ومناقشته ، فقدموا اجتهادات قمينة بالبحث ، مستفيدين من معانِ النحو وجزئياته وكلياته في تأصيل وتحديد المقصود منه.

وبما أن المفاهيم بحسب ما يقرره المنطق أما أن تكون مفاهيم مترادفة تحمل نفس المعنى ، وأما يكون بينها تباين واختلاف بحيث يكون لكل مفهوم معنى يختص به دون الآخر، وأما يكون بين المفاهيم نحو من التداخل والاشتراك على الرغم من الاختلاف في التركيب اللغوي[1] . لذا يقتضي منا أن نحدد ذاتية كل مفهوم من خلال البحث في ما يتميز به من آثار من خلال المقابلة والمخالفة بين المفاهيم المتقاربة . فالإستثناء قد يلتبس مع بعض الأوضاع الأخرى مما يؤدي بدوره الى اللبس والتداخل ، ولفك هذا التداخل يجب تمييز الإستثناء عن بعض ما يشتبه به أو يتقارب معه الى حد الأختلاط أو التداخل أو اللبس .

في ضوء ما تقدم فأن دراستنا تقتضي أن نتناول هذا الفصل على مدار مبحثين ، سنعرض في المبحث الاول لمفهوم الإستثناء ، أما المبحث الثاني فسنخصصه لبحث ضوابط الإستثناء وتمييزه عما يشتبه به من أوضاع .

([1]) محمد رضا المظفر ، المنطق ، تعليق الشيخ غلام رضا الفياضي ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، بلا سنة ، ص٥١_٥٢.

المبحث الاول

مفهوم الإستثناء

الإستثناء كأصل مصطلح أنتقل من النحويين الى أهل اللغة فأشبعوه بحثاً ومناقشة ، ثم أستعار الأصوليون المصطلح ، بما له من مدلول ، وأًصلوه في أبحاثهم الفقهية [1]، وعلى الرغم من أن الإستثناء كتقنية لا يخلو منها فرع من فروع القانون ، إلا أن القانونيين لم يبحثو فلسفة الإستثناء وأحواله ومقتضياته . و دراسة الإستثناء كتقنية يلجأ إليها المشرع عند صياغة نصوص القانون تجد أصلها في دراسة فلسفة المشرع من وجود الإستثناءات القانونية والغاية المتوخاة منها ، وتجد أطارها العام في ما يتوجب على المشرع التقيد به عند صياغة نصوص القانون عامة ، والقانون المدني خاصة من شروط تضمن عدم عشوائية هذا الخروج عن القاعدة العامة الى الإستثناء ، وإحاطته بما يضمن شرعيته ويحقق الغاية منه .

وانطلاقاً من هذا يتعين علينا أن نحدد مفاهيم البحث ، مراعين في هذا المفهوم الصحيح للمصطلح ، بغية وضع إطار مرجعي نستخدمه في التعامل مع المشكلة الخاصة بالبحث ، من خلال ضبط حقيقة دلالة الإستثناء اصطلاحاً تلافياً للبس والغموض والتناقض .

في ضوء ما ذكر ، سنقدم تعريف الإستثناء في المطلب الاول ، ثم سنعرج على بيان مصادر الإستثناء في المطلب الثاني ، أما المطلب الثالث فسنخصصه لبحث مسوغات الإستثناء .

([1]) د. خديجة الدالاتي ، الاستثناء عند علماء اصول الفقه ، بحث منشور في مجلة التراث العربي ، دمشق ،٢٠١٣، ص١.

المطلب الاول

تعريف الإستثناء

الإستثناء أسلوب لغوي . وله شأن في إستنباط الاحكام الشرعية من النصوص الواردة فيها . وهو صورة من صور الترابط بين الأحكام النحوية والفقهية ، بالنظر الى إن المعاني الاصطلاحية دائماً ما تكون في ظل المعنى اللغوي . لذا عني علماء الاصول بإستقراء الاساليب والتراكيب العربية ومفرداتها ، واستمدوا من هذا الاستقراء ضوابط وقواعد لغوية [1] يمكن عن طريقها التوصل الى فهم الاحكام من النصوص سواء القانونية او الشرعية فهماً صحيحاً ودقيقاً . من هنا تتأتى ضرورة بيان المعنى اللغوي للإستثناء مما يساعد بدوره على بيان معناه في علم النحو لأن النحويين تلقوا الإستثناء من أهل اللغة ودرسوا دوره في تركيب النصوص .

في ضوء ما تقدم ، سنبين المعنى الاصطلاحي الإستثناء في الفرع الاول ، ثم سنعرض لاركان الإستثناء وأدواته في الفرع الثاني .أما الفرع الثالث فسنخصصه لبيان موقع الاستثناء من القاعدة العامة ، وكما يلي :

الفرع الاول

المعنى الاصطلاحي للإستثناء

يرتبط النص القانوني باللغة بشكل بديهي ، لأن اللغة ضرورية لكل عمل يتصل بالتعبير عن الأفكار أو عن الآراء ، فالمشرع يحتاج اللغة لصياغة النصوص القانونية ، والقاضي يحتاج اللغة لكتابة الأحكام ، لذا فأن لعلاقة النص القانوني بمباحث اللغة الأثر البين في تحديد تعريف الإستثناء ومساره الذي يسير عليه وفقاً لما تقتضيه. ومن خلال تتبع العلاقة بين القاعدة النحوية واللغوية والقانونية ، والاضافات التي أضافها كلاً منهم الى الاستثناء نتعرف على وجه التأثير الذي تركه كل منهم والفائدة التي عادت عليه .

---

(1) القواعد الاصولية اللغوية "هي قواعد وضعها العلماء لكيفية استنباط الاحكام من النصوص الشرعية ، وهذه القواعد مستمدة من اساليب اللغة العربية او من الاحكام الشرعية وعللها ومن مبادئ الشريعة واصولها الكلية "، ويتم اللجوء الى هذه القواعد في فهم النصوص الشرعية وفهم النصوص القانونية على السواء ، وطرق دلالة الالفاظ على المعاني وكيفية التأويل ونحو ذلك ، لمزيد من التفاصيل ينظر د. هشام ابراهيم توفيق ، الوجيز في علم اصول الفقه ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، مصر ،٢٠١١، ص٢٠٩.

أستنادا لما تقدم سنبين في هذا الفرع المعنى في الاصطلاح اللغوي والنحوي للإستثناء في المقصد الاول ، وسنخصص المقصد الثاني لبيان المعنى في اصطلاح الاصوليين والفقهاء ، وأخيراً سننتناول المعنى في اصطلاح فقهاء القانون في المقصد الثالث ، وكما يلي :

المقصد الاول

المعنى في الإصطلاح اللغوي والنحوي

تعددت دلالة الإستثناء عند اللغويين والنحويين . لذا يقتضي منا التوقف عند أهل اللغة لبيان معنى الإستثناء لديهم ، ثم نعطف على بيان المعنى عند النحاة ، من خلال الفقرتين التاليتين:

أولا : المعنى اللغوي للاستثناء

أختلفت أساليب اللغويين في بيان معنى الإستثناء ، إلا أنهم لم يختلفوا في معناه والمراد منه ، لذا سنذكر أهم أقوالهم بما يتناسب مع المقام .

أشتقت كلمة الإستثناء من مادة (ثني) وثنى الشيء ثنياً أي صرفته عن حاجته [١]، فالإستثناء لغة مأخوذ من الثني وهو رد الشيء الى بعض أركانه ، قال تعالى﴿ **أَلَا إِنَّهُمْ يَثْنُونَ صُدُورَهُمْ**﴾[٢] ، وأستثنى الشيء أي أخرجه من قاعدة عامة أو حكم عام [٣]، كما ذكروا للثني معاني أخرى تدور حولها منها العطف والكف والصرف والرد [٤]، وأهم أستعمالات مادة ثني في اللغة ما يفهم منها معنى الصرف و الإخراج . وقد عرفه رأي من اللغويين " إخراج الشيء من الشيء ؛ لولا الإخراج لوجب دخوله فيه، وهذا يتناول المتصل حقيقة وحكماً، ويتناول المنفصل

---

(١) ينظر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، تحقيق (أحمد عبد الغفور عطار) ، الجزء السادس ، الطبعة الرابعة ، دار العلم للملايين ،بيروت ١٩٨٧، ص ٢٢٩٤-٢٢٩٥. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، تحقيق مكتب تحقيق التراث مؤسسة الرسالة ، باشراف محمد نعيم العرقسوسي ، الطبعة السادسة ، مؤسسة الرسالة ، دمشق ، ١٩٩٨، ص ١٢٩٧.

(٢) آية (٥) سورة هود.

(٣) د. ابراهيم مدكور ، المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوازرة التعليم العالي والبحث العلمي (مجمع اللغة العربية) ، جمهورية مصر العربية ، ١٩٩٤، ص٨٨.

(٤) إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي ، مصدر سابق ، ص٢٢٩٤-٢٢٩٥..

حكماً فقط "[1] . كما عرفه رأي آخر "بأنه إخراج ما بعد إلا أو احدى أخواتها من أدوات الإستثناء من حكم ما قبله [2] .

كما عرفه رأي آخر من اللغويين بأنه " إيراد لفظ يقتضي رفع ما يوجبه عموم اللفظ ، أو رفع ما يوجبه اللفظ"، فمن الأول قوله تعالى﴿ قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة﴾ [3] ، ومن الثاني قوله القائل " والله لأفعلن كذا إن شاء الله "[4] .

ثانيا : المعنى النحوي للاستثناء

أما مدلول الإستثناء عند النحاة فالأصل أن الاخير مصطلح أطلقه النحاة على أحد أبواب النحو إذ لا يخلو كتاب نحوي من ذكر الإستثناء ، و ما يميز الوقوف على قول النحويين انهم وأن استعاروا الإستثناء بمعنى الإخراج من أهل اللغة إلا انهم بحثوه من ناحية كونه جزءً أو عنصرً في تكوين النص[5] . وعرفه رأي " الإخراج بـــ إلا أو أحدى خواتها لما كان داخلاً في الحكم السابق " [6] . كما عرفه رأي آخر" ما خرج على قواعد ظواهر النظام الجُملي في العربية ، تلك الظواهر التي حاول النحاة تعميمها وصبغها بصبغة الشمولية والإطراد" [7].

يتبين من خلال تعاريفهم انهم بحثوا الإستثناء بمعنى الإخراج ، والمقصود بالإخراج هنا إخراج ما بعد الأداة (إلا) مما دخل الذي قبلها فيه ، ومعنى هذا أن الإستثناء هو إخراج المستثنى

([1]). علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني ، التعريفات ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ١٩٨٣، ص٢٣.

([2]) مصطفى الغلاييني ، جامع الدروس العربية ، الجزء الاول ، الطبعة الثلاثون ، المكتبة العصرية ، بيروت ،١٩٩٤، ص١٢٧.

([3]) آية ١٤٥ سورة الانعام.

([4]) أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي ، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، تحقيق : عدنان درويش - محمد المصري ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٨، ص٩١.

([5]) لمزيد من التفاصيل ينظر د. أشرف عبد البديع عبد الكريم ، الدرس النحوي النصي في كتب اعجاز القران الكريم ، مكتبة الاداب ، القاهرة ، ٢٠٠٨.

([6]) عباس حسن ، النحو الوافي ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مكتبة المحمدي ، بيروت ، ٢٠٠٧، ص٢٤٦. مصطفى الغلاييني ، مصدرسابق ، ص١٢٧.

([7]) د. وفاء محمد علي السعيد ، الإستثناء على القاعدة النحوية ، الطبعة الاولى ، دار غيداء للنشر والتوزيع ، الاردن ،٢٠١١، ص١٥.

مما دخل فيه المستثنى منه [1] . وهذا الإخراج مذكوراً أو مقدرٌ بـــــــــإلا أو إحدى أدوات الإستثناء ، فشمل بذلك الإستثناء المتصل والمنقطع [2].

يتضح مما سبق إجماع النحاة على أن معنى الاستثناء هو الإخراج، وهذا المعنى الاصطلاحي متفق مع التفسير اللغوي للإستثناء وأن هذا الإخراج لم يكن موجوداً قبل أداة الإستثناء ، ومعنى ذلك أن ما أُخرج كان داخلاً في حكم المخرج منه قبل الإستثناء .

المقصد الثاني

المعنى في أصطلاح الاصوليين والفقهاء

أفرد الأصوليون مباحث خاصة بالاستثناء لأهميته ، بل عدوه أهم المخصصات المتصلة وأوضحها دلالة ، كما اختلفوا عن الفقهاء في نظرتهم للإستثناء . لذا سنعرض لكلاهما من خلال الفقرتين الاتيتين :

أولا : المعنى الاصولي للإستثناء

استعار فقهاء الأصول الإستثناء بمعنى الإخراج إلا انهم اختلفو الى اتجاهين ، الاتجاه الاول: **بحثوا الإستثناء بمعنى الإخراج** إذ أستعار أصحاب هذا الاتجاه المصطلح بما له من مدلول من النحويين فعرفه رأي بأنه " إخراج شيءٍ ما مما أدخلت فيه شيًئا آخر "[3] . في حين عرفه فخر الدين الرازي بأنه " ما لا يدخل في الكلام إلا لإخراج بعضه بلفظه و لا يستقل بنفسه" [4] . كما عرفه رأي بأنه " إخراج ما دخل لغة لا قصداً في مفهوم اللفظ العام بـــ إلا أو احدى أخواتها"[5] .

([1]) د. كاظم ابراهيم كاظم ، الإستثناء في التراث النحوي والبلاغي ، الطبعة الاولى ، عالم الكتب ، لبنان – بيروت ، ١٩٩٨ ، ص٢١.

([2]) محمد بن يوسف بن احمد ، شرح التسهيل المسمى تمهيد القواعد بشرح تسهيل الفوائد ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، دراسة وتحقيق د. علي محمد فاخر واخرون ، المجلد الخامس ، دار السلام ، بلا سنة ، ص٤.

([3]) أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق :الشيخ أحمد محمد شاكر، الطبعة الاولى ، منشورات دار الآفاق الحديثة /بيروت ، ١٩٨٠.

([4]) ينظر محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، المحصول في علم الاصول ، تحقيق طه جابر فياض العلواني جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ، ١٤٠٠ ه ، ص٣٧. بنفس المفهوم عرفه د. اكرم بن محمد بن حسين اوزيقان ، الاستثناء عند الاصوليين ، دار المعارج الدولية ، الرياض ، ١٩٩٨، ص ٢٨.

([5]) شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، دار الكتب العلمية ، بيروت –لبنان، ١٩٨٦، ص ١٥.

أما رأي آخر فقد عرف الإستثناء بأنه " إخراج بعض الجملة منها بلفظ إلا أو ما يقوم مقامها ، ويجب اتصالها بالمستثنى منه عادة "[1].

كما عرف رأي آخر الإستثناء بأنه " هو إخراج شيء من الكلام ، ولولا الإستثناء لدخل ذلك الشيء فيه لغة ، ويكون بإلا وهي الغالب ، أو بإحدى أخواتها ، وهي :غير، وسوى، وحاشا، وعدا، ولا يكون، ولا سيما، وغيرها" [2] ، ويلاحظ على هذه التعريفات انها قدمت الاستثناء بمدلول الإخراج فأقتربت من التعريف اللغوي اكثر من التعريف الاصطلاحي . إذ اقتصرت على الاستثناء الحقيقي فقط بأدوات الإستثناء المحددة لغة . وتارة قصرته على الإستثناء المتصل دون المنقطع .

في حين ذهب الاتجاه الآخر الى بحث الإستثناء بمعنى **التخصيص**[3] باعتبار أن من طرق استنباط الاحكام ما يسمى بـ دلالات النصوص التي من انواعها اعتبار المعنى الذي وضع له اللفظ ومنها اللفظ العام الذي يراه جمهور الأصوليين كثيرا ما يراد به بعض أفراده اعتماداً على دليل يصرفه عن عمومه سواء كان مستقلاً مثل النص المستقل المقترن بالعام والعرف والعقل أم غير مستقل وهذا الدليل هو **المخصص** الذي يكون جزء من النص الدال على العموم كالإستثناء[4]، لذا عرفه رأي بأنه " كلام ذو صيغ محصورة تدل على ان المذكور فيه لم يُرد بالقول الاول " [5]،

([1]) ابو منصور جمال الدين الحسن بن يوسف الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول ، تحقيق عبد الحسين محمد علي البقال ،الطبعة الثالثة، مطبعة الاداب ، النجف الاشرف ، ١٩٧٠، ص١٣٢. بنفس المعنى اورده نجم الدين ابي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم ابن سعيد الطوفي ، شرح مختصر الروضة ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ، الجزء الثاني، الطبعة الثانية طبع وزارة الشؤون الاسلامية والاوقاف ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٩٨، ص٥٨٠. محمد حسن هيتو ، الخلاصة في اصول الفقه ، الطبعة الاولى ، دار الضياء ، الكويت ، ٢٠٠٥ ، ص٦٦ .

([2]) د. محمد مصطفى الزحيلي ، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي ، الجزء الثاني، الطبعة الثانية ، دار الخير ، دمشق- سوريا ، ٢٠٠٦، ص٦٩.

([3]) في حين ذهب رأي الى تعريف التخصيص بالإخراج فجمع بين المفهومين حينما عرف التخصيص بأنه "إخراج بعض الافراد عن شمول الحكم العام ، بعد ان كان اللفظ في نفسه شاملا له لولا التخصيص" .الشيخ محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، الطبعة الاولى ، منشورات الفيروز ابادي ، قم ، ٢٠٠٦، ص١٠١.

([4]) رأي جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والظاهرية والحنابلة باستثناء الحنفية الذين يرون ان الاستثناء لا يعد تخصيصا لانهم يشترطون في الدليل ليكون مخصصا للعام ان يكون مستقلا عن جملة العام مقارنا له في الزمان بأن يردا في وقت واحد ، واذا لم يكن مقارنا للعام بل متراخيا عنه فلا يعدوه تخصيصاً بل نسخ أي رفع للحكم ، للمزيد من آراء الفقهاء وتوجهاتهم ينظر د.محمد أديب صالح ، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي ، المجلد الثاني، الطبعة الرابعة ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٩٣، ص٩٥ -١٠١. الشيخ محمد ابوزهرة ، اصول الفقه ، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٥٨، ص١٦٢ومايليها .

([5]) القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي ، الُعدة في أصول الفقه ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٤٢٣، ص٤٠٦.

كما عرفه رأي آخر بأنه " قول ذو صيغ مخصوصة محصورة دال على ان المذكور فيه لم يُرد بالقول الاول "[1] ، وينتقد التعريفين المتقدمين بأنهما جعلوه تعريفاً لأداة الإستثناء مع المستثنى .

مما سبق يمكن القول إن تعريف الأصوليين للاستثناء لم يكن واحداً ، بل متبايناً بحسب رؤية كل منهم لدلالة الإستثناء ووظيفته في الحكم الفقهي ، بين مفهوم النحاة الذي يفيد الإخراج. بأدوات الاستثناء كالقرافي مثلاً، ومنهم من قال إنه (صيغ مخصوصة) أي تخصيص .

ونرى أن مفهوم الاستثناء لدى الاصوليين احتمل المعنيين التخصيص والاخراج ، فمن نظر الى الكل فهو إخراج ، ومن نظر الى الجزء فهو تخصيص كونه يندرج تحت ادلة التخصيص المتصلة ، إذ فعلاقة الاستثناء بمدلولي الإخراج والتخصيص علاقة الكل بالجزء .

ثانيا : المعنى الفقهي للإستثناء

أما الإستثناء عند الفقهاء فقد افترقوا في نظرهم إلى مدلول الإستثناء عن الأصوليّين ، إذ يطلقونه على معنى أعمّ من الاصوليين ، فهو يشمل كلّ ما يقتضي المغايرة والمخالفة لكلام سابق ، إما بإخراج بعض أفراده كلية أو بتقييدها ولو بكلام مستقل ، لذا فإن مدلول الاستثناء لدى الفقهاء يتضمن مدلولان ، الاول : مدلول عرفي للإستثناء ، والثاني: مدلول وضعي للإستثناء ، و المدلول العرفي على نوعين ، الاول قد يرد بصيغة **المدلول العرفي العام** للإستثناء ، فيدخل فيه كل مخالفة لكلام متقدم على وجه يدل على صرفه عن ظاهر مدلوله في الأفراد أو الأحوال ، وهذا المدلول مرادف لمصطلح التخصيص عند الأصوليين ، وأما **المدلول العرفي الخاص** فهو **الإستثناء بالمشيئة** كما في قول " أن شاء الله " لا يوجد فيه معنى الإخراج المتقدم ، بل تأكيد وزيادة يقين لما سبقه ، والفقهاء يستعملون قول: "إن شاء الله" في كلامٍ إنشائي أو خبري ، وهذا النوع ليس استثناءً حقيقيّاً بل هو من متعارف الناس [2]، إذ ذهب رأي الى القول " : اشتهر في عرف أهل الشرع تسمية التعليق بمشيئة الله تعالى خاصة إستثناءً " نحو عبارة أن شاء الله [3]. و التقييد بالمشيئة يسمى استثناءً شرعياً [4]، لاشتهاره في عرف الشرع ، حتى ان بعض المحققين سمى كلمة المشيئة استثناء لصرفها الكلام عن الجزاء والثبوت حالا من حيث التعليق بما لا يعلمه

([1]) ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى من علم الأصول ، تقديم د. احمد زكي حماد ، دار الميمان ، الرياض- السعودية ، ص٤٨٤.

([2]) للمزيد ينظر د. عمار كامل عبد الوهاب الخطيب ، مناهج الاصوليين في تخصيص العام بالإستثناء ، ص٣٩.و د. كاظم ابراهيم كاظم ، مصدر سابق ، ص٢٤.

([3]) 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، ص٩٢.

([4]) وقد شرع الله تبارك وتعالى هذا النّوع من الإستثناء ، فقد قال لنبيه صلوات الله عليه وآله وسلم: قوله تعالى﴿ وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ۝ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ﴾ " آية (٢٣) سورة الكهف .

الا الله ، ولأن مشيئة الله لا يعلمها احد ، ومادام الامر كذلك فلا يبنى عليها الحكم ، وهذا النوع من الإستثناء يخرج من نطاق دراستنا القانونية ، لأن الإستثناء بالمشيئة جائز في اليمين ولا يجوز في غير اليمين كالعتق والطلاق والنذر[١].

أما **المدلول الوضعي** للإستثناء ؛ فهو مرادف لمدلول الإستثناء عند الأصوليين وهو الإستثناء بإلا وأخواتها. والفقهاء وإن كانوا يطلقون الاستثناء بالمعنى الوضعي المماثل لإطلاق الأصوليين ، غير أنّ له إطلاقاً عرفياً عندهم .

لذا عرف رأي من الفقهاء الإستثناء [٢] بأنّه " عبارة عن لفظ متصل بجملة ، لا يستقل بنفسه ، دالّ بحرف (إلا) أو (إحدى) أخواتها على انّ مدلوله غير مراد مما اتصل به ، ليس بشرط ولا صفة [٣] ولا غاية" [٤]. في حين عرفه رأي آخر بأنه " تخصيص بعض الشيء من جملته أو إخراج مما أدخلت فيه شيئا آخر"[٥]، إلا أن النحويين اعتادوا أن يسموا الاستثناء ما كان من ذلك بلفظة: حاشا، وخلا، وإلا ...، وأن يجعلوا ما كان خبراً من خبر نحو: اقتل القوم ودع زيدا، مسمى بأسم التخصيص لا الإستثناء. وهو في الحقيقة سواء[٦] ، إذ ذهب رأي الى القول " يقصد بالتخصيص الإستثناء من الاصل العام ، أو القاعدة العامة" [٧].

لذا نخلص الى أن مدلول الإستثناء عند الفقهاء أوسع من الاصوليين فهو يشمل الاستثناء الحقيقي والحكمي أي الاستثناء المتصل والمنفصل .

---

(١) للمزيد ينظر شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ، العقد المنظوم في الخصوص والعموم ، تحقيق د. احمد الختم عبد الله ، الطبعة الاولى ، الجزء الثاني ، دار الكتبي ، مصر ، ١٩٩٩، ص١٨٥ومابعدها.

(٢) علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دار ابن حزم ، الطبعة الاولى، ٢٠٠٣ ، ص٤١٨.

(٣) عرفها الشوكاني "والمراد بها هنا (المعنوية) على ما حققه علماء البيان لا مجرد النعت المذكور في علم النحو ".حمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني ، ارشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول ،ص ١/١٥٣.

(٤) عرفها فخر الرازي بقوله: ((غاية الشيء نهايته وطرفه ومقطعه) وهي أن "حكم ما بعدها يخالف ما قبلها"، انظر .محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر فياض العلواني ، الجزء الثالث، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض ، ١٤٠٠، ص٦٥.

(٥) ابو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، الإحكام في أصول الأحكام ، الجزء الرابع ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، تقديم د. إحسان عباس ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، بلا سنة ، ص١٠.

(٦) ابو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر ، تقديم: د. إحسان عباس ، الجزء الرابع ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، ص١٠.

(٧) د. فتحي الدريني ، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي،الطبعة الثالثة ، مؤسسة الرسالة ، دمشق ، سوريا ،٢٠١٣ ، ص٤٦٧.

المقصد الثالث

الإستثناء في أصطلاح الفقه القانوني

على الرغم من كثرة الإستثناءات الواردة في القانون المدني ، إلا أننا نلاحظ قلة الدراسات القانونية المتخصصة في موضوع الإستثناء ، لذا حاولنا جاهدين البحث عن مفهوم الإستثناء لديهم فهم لا يخرجون عن معناه لدى علماء اللغة والنحو والأصول في ذلك . فبحث الإستثناء بمدلوله المتمثل بالإخراج عن القاعدة القانونية العامة هو احد أهم مقومات صياغة النص القانوني السليم ، بوصف أن تقنية الاستثناء جاءت مكملة للقاعدة القانونية لتخرج منها اشخاصاً أو وقائع معينة مراعاة لعلة تشريعية معينة أراد المشرع إخراجها لمصلحة أجدر بالرعاية و الإعتبار ، لذا عرفه رأي بأنه " إخراج بعض المسائل الجزئية من حكم القاعدة الكلية، لرعاية مصلحة عامة وهو ما يطلق عليه في عرف علماء الاصول (الاستحسان) "[١]، ونستشكل على هذا التعريف بأنه قرب الإستثناء من الاستحسان على الرغم مما بينهما من فارق .

ومنهم من يرى أنه يرد بمعنى " التخصيص ويعني أنه إذا ذكر شيء ما بشكل خاص ، فإن هذا التخصيص يفيد إستبعاد ما عداه ، وبعبارة أخرى إذا نص القانون أو العقد على أسماء أشخاص أو أشياء معينة ، جاز تقدير انعقاد النية على إستثناء غير ما ذكر "[٢] ، نجد ان هذا التعريف ركز على المعنى الثاني للاستثناء (التخصيص) ، في حين هنالك من يرى أن الإستثناء ورد على خلاف الاصل العام لمواجهة ظروف إستثنائية تعجز القواعد العامة عن إيجاد الحلول لها ، لذا فالخروج عن القواعد العامة هو خلاف الأصل المتعارف والمقرر بحكم القانون ، ذلك إن الإستثناء " معناه ترك القاعدة والولوج الى قاعدة اخرى مغايره لها "[٣]. كما عرف الإستثناء رأي آخر بأنه " خروج مسألة أو واقعة معينة عن حكم القاعدة العامة لضرورة أو مصلحة تقتضي ذلك " [٤]، ويؤخذ على هذا التعريف بأنه استخدم لفظ (الخروج) وهو ارادي بينما يأتي الإستثناء بمعنى الإخراج وهو الإجبار على الخروج من الاصل العام الى الإستثناء .

---

(١) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ،الجزء الاول ، الطبعة الخامسة، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة، ص٣٥٤.

(٢) محمود محمد علي صبره ، المشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٩ ، ص٢٠٧.

(٣) ياسر عسكر زيدان ، دور القضاء في تحريك الدعوى الجنائية والحكم فيها ، دار النهضة العربية - القاهرة ، ٢٠١٢، ص ١١.

(٤) د. عادل شمران الشمري و علي شمران الشمري ، فلسفة الاستثناء في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة العاشرة ، العدد الثالث ، ٢٠١٨، ص١٢٠.

ويجب التأكيد على نقطة اساسية مفادها أن هذا الإخراج يجب ان لا يفهم بمعنى الإلغاء او الترك للقاعدة العامة ، و أنما لهذا الاخراج شروط [1] تقدر لمعالجة الوضع الإستثنائي ، لذا فهو قيد على عمومية القاعدة العامة من حالات محددة ومقيدة تأتي على شكل منهج علاجي في حالات إنحسار سريان القاعدة العامة او التخفيف من حدتها أو التضيق من تطبيقها. وهذا يعني إن الاستثناء يفترض سبق وجود قاعدة عامة يرد عليها ، إذ أن هنالك علاقة وطيدة بين الإستثناء والقاعدة ، إذ تستغرق الاخيرة القاعدة الإستثنائية في معناها المجمل أو إطارها العام .

واستحضار التعاريف السابقة واعتماد مناهجها يدعونا للقول بأن الإستثناء هو إخراج حكم القاعدة العامة عن عمومه بهدف إرادة بعض افراده (الحكم المستثنى) مراعاة لمصلحة ما ، بأي عبارة تدل على الإخراج. ونقصد بأي عبارة تدل على الاخراج شمول الإستثناء الحقيقي والمعنوي .

الفرع الثاني

أركان الإستثناء وأدواته

أن الحديث عن الاستثناء ، أو معرفة تفاصيله لا يكتمل مالم يتم الالمام بأركانه وأدواته ، التي لابد منها في تركيب الجملة القانونية السليمة . والتي تلقي بظلالها على سلامة النص القانوني . لذا يتبين ان للإستثناء أركان ثلاثة يلزم توافرها لنكون امام جملة إستثنائية . وتناول هذه الاركان لا يتم بمعزل عن ادواته ، حيث ان للاستثناء أدوات مخصوصة ومحددة .

لذا سنبحث في هذا الفرع اركان الإستثناء في المقصد الاول ، ثم نعرج على بيان أدوات الإستثناء في المقصد الثاني .

المقصد الاول

أركان الإستثناء

تتكون جملة الإستثناء من أركان ثلاثة وهي[2] :

([1]) (ستكون محور المبحث الثاني).

([2]) 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

الركن الاول : المُستثنى مِنه :

يعرف المستثنى منه بأنه " الاسم الذى يختص بالحكم الذى يسبق أداة الاستثناء سبقاً ملفوظاً به أو مقدّراً سياقياً" [١]، كما عرف بأنه هو الاسم المذكور او الملحوظ الذي ينطبق عليه حكم المتكلم ويطرح منه المستثنى [٢]. وهو الاسم الذي يقع قبل إلا ويشتمل في معناه على ما بعدها ، ويعتبر المستثنى منه ركن أساسي في الجملة الاستثنائية ، والمستثنى منه أي اسم يمكن أن يقع في موقع قبل أداة الإستثناء ، ومن الجدير بالذكر أن المستثنى منه يمكن أن لا يكون ظاهرًا ، فيمكن أن يتم اعتبار المستثنى منه ضميراً مستتراً . وينقسم أسلوب الإستثناء من جهة المستثنى منه إلى نوعين : الاول : استثناء تامّ ؛ إن كان المستثنى منه موجوداً. والثاني : استثناء ناقص ؛ إن كان المستثنى منه غير موجود [٣].

الركن الثاني : أداة الإستثناء :

هى الواسطة التى تربط بين المستثنى والمستثنى منه ، فتحدد العلاقة المعنوية بينهما ، وهى معنى المخالفة فى الحكم ؛ ولهذا فإنها تفيد معنى النفى. وهذه الأداة هي التي بوساطتها يُستثنى الاسم الذي بعدها ممّا قبلها ، وتعد أداة الإستثناء الركن الثاني من أركان الجملة الإستثنائية ، و أداة الإستثناء النقطة الفاصلة بين المُستثنى والمُستثنى منه ، وهي التي تحدد كلاهما ، ففي الغالب تقع أداة الإستثناء في منتصف الجملة حتى تقوم بفصل الاسم المستثنى منه عن المستثنى.

وتنقسم أدوات الإستثناء فى الجملة العربية من حيث البنية الصرفية من جهة أقسام الكلمة إلى أربعة أقسام : وقد تكون حرفاً وقد تكون أسماً وقد تكون فعلاً والمترددة بين الحرف والفعل[٤] (سنبينها في موضعها).

الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩١، ص٢١_ عباس حسن ، النحو الوافي ، مصدر سابق ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص٣١٥.

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

([٢]) مصطفى محمود الازهري ، تيسير قواعد النحو للمبتدئين ، الطبعة الاولى ، دار العلوم والحكم ، مصر ، ٢٠٠٤ ، ص٢٥٣.

([٣]) د. فاضل صالح السامرائي ، معاني النحو، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الأردن ، ، ٢٠٠٠، و٢٤٦. إبراهيم إبراهيم بركات ، مصدر سابق ، ص١٥٧_١٥٨.

([٤]) بدر الدين محمد بن ابي بكر بن سليمان البكري الشافعي ، الاعتناء في الفرق والاستثناء ، المصدر السابق ، ص٢١ عباس حسن ، النحو الوافي ، مصدر سابق ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص٣١٥. ابراهيم إبراهيم بركات ، المصدر السابق ، ص١٥٨_١٥٩.

الركن الثالث : المستثنى :

وهو الاسم المُخرج عن حكم ما قبله وهو الذي يأتي بعد الاداة ، فيخالف ما سبقها فى حكمه ، ويدور فى هذه المخالفة نفيا أو إثباتا ، إذ تقوم الاداة بنفي فعل المشاركة عنه فيما سبقها من فعل . ويعرف المستثنى بأنه اسم منصوب يذكر بعد (إلا) او احدى اخواتها يخالف ماقبلها في الحكم مخرج من جنس المستثنى منه [١]. وهو الركن الثالث من أركان الجملة الاستثنائية ، ويعتبر المستثنى هو الْمخرج ب (إِلَّا) أَو إِحدى أخواتها بشرط الإفادة فإِن كان بعضاً فمتصل وإِلا فمنقطع[٢] ، والمستثنى منه هو المخرج منه والمستثنى هو الخارج وهو على ضربين[٣] متصل (يكون فيه المستثنى من جنس المستثنى منه) ، ومنقطع (وهو الذي يكون فيه المستثنى من غير جنس المستثنى منه) [٤].والمُستثنى حقيقة عُرفية في القسمين على سبيل الاشتراك ، وأَما صيغة الإستثناء ، فحقيقة في الْمتصل مجاز في الْمنقطع ؛ لأَنّها موضوعة للإِخراج ، ولا إخراج في المنقطع ، لإِنَّ معنى الإِخراج هو المنع عن الدخول و حد الإستثنَاء المنقطع هو أَنْ يذكر شيء بعد إلا وأَخواتها غير مخرج بالمعنى المذكورِ ومعنى غير مخرج يتناول أَمرين أَحدهما أَن لا يكون داخلا في صدرِ الكلام. والثَّاني أَنْ يكون داخلًا فيه لكن لا يخرج عن عين ذلك الحكم [٥].

---

(١) مصطفى محمود الازهري ، مصدر سابق ، ص٢٥٣. ابراهيم إبراهيم بركات ، مصدر سابق ، ص١٥٨_١٥٩.

(٢) عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، همع الهوامع في شرح جمع الجوامع ،الجزء الثاني ، تحقيق عبد الحميد هنداوي، المكتبة التوفيقية – مصر، بلا سنة ، ص٢٤٨.

(٣) الاستثناء عند النحويين نوعان .متصل ومنقطع: فالأول :ما كان فيه المستثنى بعضًا من المستثنى منه؛ نحو :سقيت الأشجار إلا شجرة .والثاني :ما لم يكن فيه المستثنى بعضًا من المستثنى منه؛ نحو : اكتمل الطلاب إلا الكتب. وليس معنى انقطاعه أنه لا صلة له بالمستثنى منه، ولا علاقة تربطهما ارتباطًا معنويًا؛ فهذا خطأ بالغ لا يكون في أساليب الاستثناء مطلقًا؛ وإنما معناه انقطاع صلة" البعضية "بينهما؛ فلا بد أن يكون هناك نوع اتصال معنوي يربط بينهما، ولهذا تؤدي أداة الاستثناء فيه معنى الحرف" :لكن"، ينظر د. عباس حسن ، النحو الوافي ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص٣١٨.

(٤) محمّد بن الحسن الرضي الاسترآبادي ، شرح الرضيّ على الكافية ، تحقيق وتصحيح يوسف حسن عمر ، الجزء الثاني ، مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام ، بلا مكان ، بلا سنة ، ص٧٩. بدر الدين محمد بن ابي بكر بن سليمان البكري الشافعي ، الاعتناء في الفرق والاستثناء ، المصدر السابق ، ص٢١، حمود بن حميد الصوافي ، القواعد في النحو والإعراب، الجزء الثاني ، حسين المؤمن ، نظرية الاثبات (القواعد العامة والاقرار واليمين مدنيا وجنائيا وشرعا وقانونا) ، الجزء الاول ، منشورات مكتبة المثنى ، ١٩٤٨، ص١٢٧، مصطفى الغلاييني ، الجزء الثالث، مصدر سابق ، ص١٢٧.

(٥) سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ، شرح التلويح على التوضيح ،الجزء الثاني ، مكتبة صبيح ، مصر ، بدون تاريخ ، ص٥٦_٥٨. مصطفى محمود الازهري ، مصدر سابق ، ص٢٥٤.

المقصد الثاني

أدوات الإستثناء

يتبين من خلال تعاريف الأصوليين أنهم يريدون بالإستثناء الأدوات اللفظية المخصوصة ، وهي ما تعرف بأدوات الإستثناء وهي بحسب ما ذهب علماء المجمع اللغوي[١] يمكن أن يتم تقسيمها إلى مجموعات ثلاث وهي :

المجموعة الأولى : الحروف

تحتوي المجموعة الاولى على جميع الأدوات التي يمكنها أن تقوم بفعل الاستثناء لما يأتي بعدها ، ولكن لا تحتوي على أي كلمات تقوم بذلك بل تقوم بتلك الوظيفة مجموعة من الحروف ، اهمها حرف (**إلا**) ، فهو ينفي مشاركة ما بعده فيما قبله من فعل في الجملة ، فهو حرف باتفاق، وأصل ادوات الإستثناء[٢].

ويقتضي الوقوف عند (إلا) ، وذلك لكثرة استعمالها ، كما سُمِّيت بـ (أم) ادوات الإستثناء فهي صالحة لأنواع الإستثناء[٣] المختلفة من متصل، ومنقطع[٤] ، ومفرّغ ولكي نحدد صورة (إلاّ) التي للاستثناء علينا أن نميّزها عن غيرها مما يأتي على صورتها. فهناك (الاّ) الاسمية التي تأتي بمعنى (غير) فهي صفة لما قبلها ويُشترط فيما قبلها أنْ يكون نكرة أو معرّفا بـ (ال) الجنسية، وأن يكون جمعاً ، كما في قوله تعالى: ﴿ **لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا** ﴾[٥] فـ (إلاّ) في الآية الكريمة

---

(١) المجامع اللغوية العربية هي مؤسسات علمية بحثية تعنى بالمصطلح وشؤون التعريب واللغة في جميع مجالات المعرفة الانسانية ، ويضطلع المجمع اللغوي في الوقت الحالي بعمل المعاجم اللغوية وبحث قضايا اللغة ووضع المصطلحات العلمية واللغوية وتحقيق التراث العربي ، هنالك اربع مجامع لغوية عربية ، اقدمها مجمع دمشق عام ١٩١٨، ومجمع القاهرة تأسس ١٩٣٢ومقره القاهرة، ومجمع بغداد ١٩٤٥، ومجمع اللغة العربية الاردني ١٩٧٦. للمزيد انظر عيسى اسكندر المعلوف ، المجامع العلمية في العالم ، مجلة المجمع العلمي العربي ، دمشق ، الجزء الرابع ، المجلد الاول ، ١٩٢١، ص٩٧ومايليها .

(٢) شهاب الدين ، القرافي ، الاستغناء فى أحكام الاستثناء ،تحقيق د. طه محسن ، ط ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص١٠٣.

(٣) الاستثناء عند النحويين نوعان .متصل ومنقطع: فالأول :ما كان فيه المستثنى بعضًا من المستثنى منه؛ نحو :سقيت الأشجار إلا شجرة .والثاني :ما لم يكن فيه المستثنى بعضًا من المستثنى منه؛ نحو : اكتمل الطلاب إلا الكتب. وليس معنى انقطاعه أنه لا صلة له بالمستثنى منه، ولا علاقة تربطهما ارتباطًا معنويًا؛ فهذا خطأ بالغ لا يكون في أسالب الاستثناء مطلقًا؛ وإنما معناه انقطاع صلة" البعضية "بينهما؛ فلا بد أن يكون هناك نوع اتصال معنوي يربط بينهما، ولهذا تؤدي أداة الاستثناء فيه معنى الحرف" :لكن"، ينظر د. عباس حسن ، النحو الوافي ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص٣١٨.

(٤) أحمد بن الحسين بن الخباز ، توجيه اللمع ، دراسة وتحقيق د. فايز زكي محمد دياب، الطبعة الثانية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - جمهورية مصر العربية ، ٢٠٠٧، ص٢١٤.

(٥) أية ٢٢ سورة الانبياء .

ليست اداة إستثناء وانما صفة والوصف ليس بها وحدها وانما بها وبتاليها ، فضلاً عن ذلك هناك صورة اخرى لـ (إلاّ) المركبة من (إنْ) الشرطية و (لا) النافية ، كما في قوله تعالى: ﴿**وَإِلاَّ تَصْرِفْ عَنِّي كَيْدَهُنَّ أَصْبُ إِلَيْهِنَّ** ﴾ [1] فـ (إلاّ) في الآية ليست للإستثناء، وانما للشرط[2].

المجموعة الثانية : الأسماء

تعتمد مجموعة الأسماء كذلك على قيامها بنفي الفعل الذي يسبقها عما بعدها ، وهي تتكون من مجموعة من الكلمات مثل كلمة (غير) ، فهي تنفي أو تستثني ما بعدها عن المشاركة في الفعل السابق لها ، واسم سوى،وسواء فهو كذلك يقوم باستثناء ما بعده عن المشاركة فيما قبله من أفعال[3] . و كل اسم من أدوات الإستثناء الاسمية يصلح في ذاته لأشياء كثيرة، منها الإستثناء، وغيره ؛ فلا يتعين للإستثناء إلا إذا اقتضى السياق ذلك ؛ وتحققت أركان الاستثناء بوجود المستثنى منه، أو بعدم وجوده إن كان الكلام مفرغاً ، فلا بد من النظر لحاجة السياق أولًا ، وتلحق بيد بـ (غير وسوى) وهي ليست أصليّة بأدوات الإستثناء ؛ إذ يُشترط في استعمالها كأداة إستثناء أن يكون الإستثناء منقطعاً [4] .

المجموعة الثالثة : الأفعال

تعد هذه المجموعة الأكثر انتشاراً واستخداماً بين الناس ، وتلك المجموعة تحتوي على بعض الأفعال التي من شأنها أن تنفي أو تستثني اللاحق لها عن المشاركة في الفعل السابق لها ، ومن تلك الأفعال فعل (**خلا وعدا** و **حاشا**) ، ومعناها غير فلان ، وتلك الأفعال يمكنها أن تستثنى من بعدها عن مشاركته في الفعل الذي سبقها في الجملة [5] ، والاإستثناء بـ الادوات (خلا و عدا و حاشا) لا تستعمل إلا في الإستثناء المتصل التام ، مثبتاً جاء او منفياً، أما الإستثناء المنقطع، أو المفرّغ، فلا يقع بها . وهذه الالفاظ ملازمة لصيغة الماضي فلا تتصرف الى مضارع او أمر. فإن سُبقت بـ (ما) المصدرية بإستثناء (حاشا) فهي افعال وما بعدها يكون واجب النصب على الإستثناء على أنها مفاعيل للأفعال التي خرجت للاستثناء، وفاعل هذهِ الافعال ضمير مستتر وجوباً تقديره (هو) نحو: (أحترمُ الرجالَ ما عدا المنافقَ) و (وصل القومُ حاشا أبا

---

(1) آية ٣٣ سورة يوسف.
(2) الحسن بن قاسم المرادي ، الجنى الداني في حروف المعاني ، تحقيق د. فخر الدين قباوه، أ .محمد نديم فاضل ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان ، ١٩٩٢ ، ص٥١٣.
(3) محمود بن عبد الرحمن ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء ، شمس الدين الأصفهاني ، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب ، المحقق: محمد مظهر بقا ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى، دار المدني، السعودية ، ١٩٨٦، ص٢٥١.
(4) د. عباس حسن ، النحو الوافي ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص٣٤٣و٣٤٩.
(5) ينظر ابي بشر عمرو بن عثمان بن قنبر ، الكتاب (كتاب سيبويه)، تحقيق وشرح عبد السلام محمد هارون ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، مكتبة الخانجي ، القاهرة ، ١٩٨٨، ص٣١٠.

زيدٍ). أمّا اذا جاء ما بعد هذه الادوات مجروراً فهي حروف جر نحو (مات الناسُ عدا ذي عِلم) [1]. ومن الامثلة على عدا المقرونة بما نص المادة ٦٤ من القانون المدني العراقي التي عرفت الاشياء المثلية في الفقرة الاولى ثم استثنت في الفقرة الثانية الاشياء القيمية من وصف الاولى "٢. **وما عدا** ذلك من الاشياء فهو قيمي". وتعرب عدا فعل ماض للإستثناء .

ومن الافعال (**ليس ولا يكون**)، وهذان الفعلان ضُمِّنا معنى الإستثناء بشرط ان تسبق (لا) النافية دون غيرها الفعل (يكون). ولابد ان يكون هذا النوع من الإستثناء تاماً متصلاً نحو: (نجح الطلابُ ليس زيداً) و (نجح الطلابُ لا يكون زيداً). ومن المترددة بين الحروف والافعال (عدا وخلا العاريتان من ما) . ومن مجموع الحرف والاسم (لاسيما ولما) [2].

إلا ان (**إلا**) هي أم الباب اختيرت مصب الحديث الأصولي واللغوي ، وهي أصل أدواته لعموم استعمالها فيه ، وما يقال فيها ينصرف الى بقية أدوات الإستثناء بإستثناء الأسماء التي هي (غير وسوى وسواء) لأنها اوصاف تأخذ حكم الوصف عند الاصوليين[3] .

نستنتج أنّ أدوات الإستثناء تسعة وهي : (إلّا، غير، سوى ، خلا، حاشا ، عدا ، ليس ، لا يكون ، بيد) وهي مختلفةٌ ، فبعضها حرفٌ ، وبعضها اسمٌ وبعضها فعلٌ .

الفرع الثالث

موقع الإستثناء من القاعدة العامة

تمثل القاعدة القانونية [4] الوحدة التي يتكون منها النظام القانوني ، فالأخير ما هو إلا مجموعة قواعد قانونية ، لذا فأن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين وهما الفرض (الواقعة

---

(1) د. عباس حسن ، النحو الوافي ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص٣٥٣.

(2) شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ، الاستغناء في الإستثناء ، مصدر سابق ، ص٢٩. محمود بن عبد الرحمن ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء ، شمس الدين الأصفهاني ، مصدر سابق ، ص٢٥١. محمد عبد الشافي مكاوي ، كتاب الاستثناء في النحو العربي ، طبع اكاديمية مكاوي ، بلا مكان طبع وبلا سنة ، ص١٠.

(3) شهاب الدين القرافي ، الاستغناء في احكام الاستثناء ، ص١٠٣، ابو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى ، مصدر سابق ، ص٢٥٧.

(4) تعرف القاعدة القانونية بأنها " قاعدة تحكم سلوك الافراد في المجتمع ، وانها ملزمة وتعترف السلطات العامة بهذه الصفة الالزامية ، فهي تشكل ثابتة وسط التنوع الذي يفرضه على القاعدة القانونية " نقلا عن جان لوك اوبير ، مدخل الى علم الحقوق ، الطبعة الاولى، مطبعة الهلال ، بيروت ،٢٠١٠، ص٢٥. وتقابلها مصطلح القاعدة الشرعية ، التي تشترك معها في الغاية وهي تنظيم الحياة الاجتماعية بابعادها المختلفة، مع وجود فارقين جوهريين ؛ أولهما أن القاعدة القانونية هي وضع بشري خاص يتم وفق اجراءات تشريعية محددة ، اما القاعدة الشرعية فهي نص من الوحي، لذا فالحكم الأصولي يمثل إرادة الله التشريعية ، وثانيهما أن القاعدة القانونية تختص بعلاقات الناس ومعاملاتهم العملية، اما القاعدة الشرعية فتضيف إلى ذلك علاقة الإنسان بربه.

الاصلية) والحكم (الحل أو المنطوق) ، ومنها تتكون الصياغة النموذجية للقاعدة القانونية ، والغالب أن تتضمن كل مادة من مواد القانون قاعدة قانونية واحدة ، أي فرضاً واحداً وحكماً واحداً ، ولكن قد تتضمن مادة من هذه المواد أكثر من قاعدة قانونية ، أو قد تتضمن حكما ، وثم ترد عليه إستثناءات لغرض معين ، وبما ان صياغة القاعدة القانونية عامة تطبق على الجميع دون إستثناء تحقيقا لمبدأ سيادة القانون وتحقيقا للمساواة والعدل بين الافراد وبالتالي تحقيق الاستقرار في المعاملات ، إلا أن هذا الاصل قد ترد عليه إستثناءات متعددة فيتم ايراد حالات ومسائل معينة بأحكام خاصة تختلف عن حكم القاعدة العامة تحقيقا لمصالح متعددة لا تتحقق إلا بإستثنائها من حكم الاصل [1].

و تقتضي ضرورة البحث أن نبين عنصر الفرض و الحكم من القاعدة القانونية . ليتضح موقع الإستثناء منها، فما هو عنصر الفرض والحكم ؟

في ضوء ما ذكر سنقسم هذا الفرع الى مقصدين ، سنخصص المقصد الاول لبحث عنصر الفرض ، في حين سنعقد المقصد الثاني لبحث عنصر الحكم .

المقصد الاول

عنصر الفرض

يقصد بعنصر الفرض في القاعدة القانونية " هو توافر حالة بشروط معينة" [2].
ويمكن ان نقول ان الفرض " هو الواقعة التي إن حصلت يرتب عليها القانون أثراً معيناً وتمثل الشرط الأساس لتطبيق القاعدة القانونية أي إذا تحققت واقعة معينة فإنَّ الحل والحكم يجب أن يُتبع" [3]. وهذه الواقعة إما أن تكون وقائع طبيعية تحدث دون تدخل الإنسان، وإما وقائع قانونية تحدث بتدخل الإنسان، وهذه إما أن تكون تصرفات قانونية تتم بإرادته أو أعمالاً مادية تقع بغير إرادته. والفرض غالباً يبدأ ب(إذا) أي أنَّ هناك طرحاً للفرض يعقبها الحكم القانوني أو الحل ، نحو نص المادة(١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ " فـإذا لم يوجد نص

كما ان للقاعدة الشرعية ثلاثة عناصر: الفرضية ، والحكم ، والنسبة الواقعية بينهما، وتتصف بالعقلانية والانسجام مع الفطرة السليمة. للمزيد ينظر صباح محمد البرزنجي ، عناصر القاعدة الشرعية ، بحث منشور في مجلة إسلامية المعرفة، بحوث ودراسات ، العدد ٩٣ ، السنة الرابعة والعشرون ، ٢٠١٨ .

(1) د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القانون، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت ، ١٩٧٢ ، ص ٨٩_٩٨. د. د. عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون ، شركة العاتك ، القاهرة ، المكتبة القانونية _بغداد ، ٢٠١١، ص٣٥_٣٦.

(2) محمد حسين منصور ، المدخل الى القانون (القاعدة القانونية)، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت_لبنان ،٢٠١٠ ، ص١٧.

(3) د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ،مطبوعات المجمع العلمي العراقي، ١٩٩٤ ، ص١٥٦.

تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ..." .وليس بالضرورة أن يأتي الفرض بصيغة شرطية تبدأ ب(إذا) فقد ترد بصيغة مسبوقة بكلمة (كل) أو (من) أو (كل من) . ولا يشترط أن يكون الفرض في البداية عند صياغة النص القانوني ويليه الحكم ، وانما قد يكون الحكم يأتي في بداية النص القانون ويليه الفرض، مثل نص المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى " يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سببٍ أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام والآداب". فبطلان العقد هو الحكم أو (الحل) تقدم على الفرض في هذه المادة[١] . وهذا الحال ينطبق على الاستثناء الذي يأتي في سياق المادة الواحدة او لاحقا عليها ، محاولا إخراج الفئة المستهدفة من الاستثناء .

والسؤال هنا هل يتحقق وجود الاستثناء في عنصر الفرض ؟

نعتقد أن الاجابة على هذا السؤال بالإيجاب فالإستثناء من الممكن ان يقع في عنصر الفرض من القاعدة القانونية ، ولإيضاح ذلك نضرب المثال التالي ، فلو قلنا (كل عقد إلا الباطل _صحيح) فجملة الاستثناء المكونة من المستثنى (الباطل) والمستثنى منه (العقد) وأداة الإستثناء (إلا) واقعة في منطقة الفرض. وكما يقول الفقهاء أن الإستثناء معيار العموم ، بمعنى أن اللفظ إذا كان يصلح أن يستثنى منه فإنه عام[٢] ، فإذا أردنا أن نختبر لفظًا هل هو عام أم لا فإننا نستثني منه ، فإن صح الإستثناء كان اللفظ عام وإلا فلا[٣]. وهذا الكلام يصح سواء كان الإستثناء في منطقة الفرض أو الحكم ، نحو (كل قاتل إلا المكره _معاقب بالإعدام) فجملة الاستثناء المكونة من المستثنى (المكره) والمستثنى منه (القاتل) واداة الاستثناء (إلا) واقعة في عنصر الفرض مما يعني إمكانية ورود الاستثناء في هذه العنصر.

---

(١) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٩٥.

(٢) أختلف الأصوليون في تعريف العام واحتوت مؤلفاتهم على كثير من التعريفات، ولعل أبرزها تعريف فخر الدين الرازي "هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد". أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي أصول السرخسي، تحقيق الشيخ أبو الوفاء الأفغاني، دار المعرفة للطباعة والنشر -بيروت -١٩٧٣ ، ص ١٢٤.

(٣) أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي ، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، مصدر سابق ، ص٢.

المقصد الثاني

عنصر الحكم

الحكم هو الأثر الذي رتبه المشرع على الواقعة [١]. أي النتيجة التي ترتبها القاعدة على الفرض وقد تكون سلبية أو ايجابية [٢]. وهو عنصر في القاعدة القانونية ، يضع معياراً لسلوك الافراد ، إذ يبين لكل شخص ما يجب أن يفعله وما يجب ألا يفعله . ويتسم الحكم أو كما يسمى المنطوق بأن يرد مسبوقاً بفعل يجب أو يجوز أو بمجرد استعمال فعل في صيغة المضارع أو الماضي او المستقبل (في حالة ما اذا كان يتعلق بإجراءات لن تتم إلا في تاريخ لاحق لبدء العمل بالقانون).

ويلاحظ أن المادة من مواد القانون لا تمثل دائماً قاعدة واحدة ، فقد تتضمن المادة الواحدة عدة قواعد قانونية . وقد يحدث العكس فتكون القاعدة القانونية الكاملة موزعة على مادتين أو اكثر من مواد القانون ، وهذا على وجه الخصوص شأن المواد التي تتضمن تعريفات قانونية ومواد الإحالة التي تحيل على المكان الذي يمكن أن نجد فيه الحكم [٣]. لذا يتبين أن الحكم هو أحد عناصر القاعدة القانونية ، فلا تخلو قاعدة منه ، فهو الأثر المترتب أو المجيب على الفرض .

أما عن موقع الإستثناء لدى الاصوليين ، فقد ذهب **جمهور الفقهاء عدا الحنفية** [٤] إلى إن الإســـتثناء من أدلة التخصيص المتصلة .

بينما ذهب **الحنفية** [٥] إلى انه ليس منها وسبب الخلاف هو إن التخصيص عند الحنفية لا يكون إلا بدليل مستقل مقارن، و بذالك فهم يعرفون التخصيص بأنه : قصر العام على بعض إفراده بدليل مستقل مقارن . والاستثناء ليس دليلاً مستقلاً، فإذن ليس هو من أدلة التخصيص. وإما الجمهور فالتخصيص يكون بدليل مستقل وغير مستقل فلإستثناء عندهم من أدلة التخصيص ، فان

---

(١) محمد حسين منصور ، المدخل الى القانون (القاعدة القانونية)، مصدر سابق ، ص١٧_١٨.

(٢) د. منذر الشاوي ، دخل في فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص١٥٤.

(٣) سنوضح ذلك اكثر عند بحث اساليب الاستثناء (الاستثناء اللاحق).

(٤) ينظر محمد جواد مغنيه ، علم اصول الفقه في ثوبه الجديد ، دار العلم للملايين ،بيروت ، ١٩٧٥ ، ص١٦٨.حمد 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، ص٢٩٧.ابو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد (ابن أمير حاج)، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ،دار الكتب العلمية ، ١٩٨٣ ، ص٢٩١. عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، همع الهوامع في شرح جمع الجوامع ،الجزء الثاني ، ص٢٤٨.. تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي _ ابن النجار الحنبلي شرح الكوكب المنير، الجزء الثالث، الطبعة الثانية ، تحقيق، محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان ، ١٩٩٧ ،ص٢٤٧.

(٥) زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم الحنفي ، كشف الأسرار وفتح الغفار بشرح المنار، المعروف بمشكاة الأنوار في أصول / المنار، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١، **ص٣٠٦.**

قيل : إن قصر اللفظ على بعض إفراده حاصل بما هو مستقل وبما هو غير مستقل بالاتفاق بين الجمهور والحنفية ، غاية ما هنالك إن الحنفية اصطلحوا على تسمية القصر بالدليل المستقل تخصيصاً ، والقصر بالدليل غير المستقل بياناً ، فهذا يجعل الخلاف لفظياً ، ونعتقد أن الراجح هو قول الجمهور .

ونطرح التساؤل ذاته . هل يقع الاستثناء في منطقة الحكم من القاعدة القانونية ؟

الإجابة عن هذا التساؤل تجيب عنه غالبية نصوص القانون المدني المتضمنة وجود إستثناء يرد على الاصل العام في القاعدة القانونية ، فالاستثناء غالباً ما يكون في منطقة الحكم وقلما يرد في منطقة الفرض ، وما يؤكد ذلك أن الإستثناء إخراج من الاصل العام وهذا الإخراج متحقق بصورة اكبر في منطقة الحكم فيكون للحكم شقان ، شق عام ينطوي تحته الاصل العام للقاعدة القانونية الذي اجاب عن الفرض ، وشق إستثنائي مخرجاً شخصاً أو واقعة أو حالة من الاصل العام .

المطلب الثاني

مصادر الإستثناء

لا يشترط لتحقق ظاهرة معينة أن تستند في وجودها الى سبب واحد ، ففي عالم الطبيعة نلاحظ العديد من الظواهر التي تتعدد اسبابها ، هذا ما يسري في عالم التشريع القانوني أيضاً [١]. فالمصدر يمثل الاصل الذي يرجع اليه الشيء ، والذي تستمد منه القاعدة القانونية صفة الالزام في التطبيق[٢] ، ويذهب رأي الى تعريف المصدر بأنه الاصل الذي يسهم في تكوين مادة القاعدة او مضمونها [٣] .وبالنسبة لموضوع بحثنا الاستثناء فأن مصادره تتنوع ، فبوصف الإستثناء قاعدة قانونية فقد نجد أن النص التشريعي مصدره تارة ، واخرى العرف ، واحياناً مبادئ الشريعة الاسلامية ، وأحيانا اخرى مبادئ العدالة[٤] ، بدلالة المادة الاولى من القانون

([١]) د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص ٢٦.

([٢]) د. عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص٧٨. د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مبادئ اساسية لمدخل العلوم القانونية ، الطبعة الخامسة ، مكتبة دار السلام القانونية الجامعة ، النجف الاشرف ، ٢٠١١، ص٥٨.

([٣]) د. احمد شوقي عبد الرحمن ، المدخل للعلوم القانونية ، مشأة المعارف ، مصر – الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٦٧.

([٤]) تأتي قواعد العدالة ، ووفقاً للقانون المدني العراقي ، في المرتبة الرابعة بوصفها مصدراً من مصادر القانون الرسمية ، إلا اننا سنتناولها بوصفها مصدراً للاستثناء وغاية المشرع من صياغة الاستثناء عند تطرقنا لدور المشرع في صياغة الاستثناء في الفصل الاول من الباب الثاني .

المدني العراقي[1] ، والتي حدد من خلالها المشرع العراقي مصادر القاعدة القانونية والتي هي نفسها مصادر الإستثناء .

لذا سنحاول استجلاء مصادر الأستثناء من خلال ثلاثة فروع ، سنطرح في الفرع الاول التشريع ، ثم سنلحقه في الفرع الثاني بالعرف ، و الفرع الثالث فسنخصصه لبيان مبادئ الشريعة الاسلامية ، وكما يلي :

الفرع الاول

التشريع

يراد بكلمة التشريع معنيين : معنى عام يقصد به عملية وضع أو سن القاعدة القانونية في نصوص تنظم روابط الاشخاص في المجتمع من قبل السلطة المختصة وفقاً للإجراءات المقررة ، وهو بهذا المعنى يعد مصدراً رسمياً القانون[2] . أما المعنى الخاص للتشريع فيقصد به النص الذي يصدر من السلطة العامة المختصة بسنه في الدولة المتضمن قاعدة قانونية أو اكثر صيغت في النص صياغة فنية مكتوبة [3]. وهو بهذا المعنى صورة من صور القانون . والتشريع ممثلاً بالنص التشريعي المصدر الأساسي في الكثير من الظواهر القانونية ومنها الإستثناء ، وبما ان الإستثناء من وضع المشرع حصراً . لذا فما يميز التشريع كمصدر للإستثناء الى جانب كونه المصدر الاصلي العام للقانون ، انه يرد بصيغة مكتوبة ويصاغ بصياغة فنية دقيقة ، مصبوباً في لغة بعيدة عن التعقيد والإبهام مما يضفي على النص الدقة والتحديد في المضمون والوضوح في المعنى[4] .

فلو تتبعنا نصوص القانون المدني قلما نجد نصاً أو مادة قانونية لا يرد عليها إستثناء تشريعي يقيد من النطاق الشخصي والموضوعي للقاعدة القانونية ، وهذا يمثل اصلاً و ظاهرة بحد

---

(1) والتي نصت على :
1 . تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها.
2. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.
3 . وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.

(2) د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، ص٥٩

(3) د. عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص ٨٤_٨٥.

(4) د. عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص . د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، ص ٦٠_٦١.

ذاته ، فعندما ينص القانون بنصوص واضحة و بدلالة أدوات الإستثناء عليه لعدة مقتضيات تختزلها المصلحة التشريعية في صيانة الحقوق وحماية الظاهر في المعاملات وحفظ التوازن [١] ، وتتعدد تطبيقات الإستثناء التشريعي بتعدد المصالح التي يحاول المشرع حمايتها وتقنينها في كل مرة يستثني فيها شخص أو واقعة ما من القاعدة العامة ، منها ما جاء في المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ [٢]" ٣ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الاهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد (**غير**) ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " ، فما جاء في الفقرة الثالثة من المادة أعلاه هو إستثناء من القاعدة العامة الواردة في نفس المادة بفقرتها الثانية " 2 - فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل "، فنقصان الاهلية هنا سبب للبطلان و سبب الإستثناء لحماية ناقص الاهلية الذي لا يلتزم (إستثناءاً) سوى برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد [٣].

كما وقد يستثني المشرع لمصالح متعددة منها ما يتعلق بـــحماية الطرف الضعيف مثلاً فيستثنيه رعاية له فالطابع الإنساني للقاعدة القانونية يفرض نفسه ، إذ يدخل البعد الإنساني للقاعدة ضمن العوامل التقنية المرافقة لإعمالها [٤]، فقواعد العدالة والاخلاق تلهم المشرع في صياغة النص ، كما هو الحال في المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي و التي تنص على انه : " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " ، إستثناءً من الاصل العام الوارد في المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي التي نصت في فقرتها الأولى على أنه " ١- اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله **إلا** بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي" [٥].

([١]) د. محمد عبد الظاهر حسين ، الفقه الاسلامي المصدر الرئيسي للتشريع ، ، دار النهضة العربية ، لقاهرة ، ١٩٩٩، ص٧٩.أ. مصطفى الزرقا ، محاضرات في القانون المدني السوري ، محاضرات القاها على طلبة الدراسات العليا، معهد الدراسات العربية العالمية ، جامعة الدول العربية ، ١٩٥٤، ص٢٢.

([٢]) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

([٣]) تناظرها المادة (١٤٢ -٢) من القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨. والتي نصت على "١. وفى حالتى ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فأذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل . ٢. ومع ذلك لايلزم ناقص الأهلية ، اذا ابطل العقد لنقص اهليته ان يرد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد . ".

([٤]) د. مصطفى العوجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، مؤسسة يحسون – دار المنال ، بيروت - لبنان ، ١٩٩٢، ص ٢١.

([٥]) تناظرها المادة (١٤٧من القانون المدني المصري) والتي نصت على أنه " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه و لا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون" . كما قضت محكمة النقض المصرية في حكم بموجب الطعن المرقم (٥٥٢٧) لسنة (٨١) قضائية جلسة (٢٠١٨/٤/١٧) الدائرة المدنية القاضي بأنه إذا

فالمشرع يأخذ دوماً بنظر الاعتبار الطابع الانساني للقاعدة القانونية للحد من موضوعية القاعدة وصفتها المجردة المطلقة ، فإذا كانت القاعدة القانونية تفرض على المدين أن يعيد الدين بكامله الى الدائن إلا أن تقسيط الدين وارد ، أما بنص القانون وأما بتخويل القاضي[1] الذي يأخذ بنظر الاعتبار إعسار المدين ووضعه المالي ، فالمادة (٣٩٢) من القانون المدني العراقي بعد أن وضعت القاعدة العامة بأن لا يجوز للمدين ألزام الدائن بقبول الإيفاء الجزئي وأن كان الدين قابلاً للتجزئة ، عادت وأستثنت حالة الإعسار بأن يمنح القاضي للمدين مهلاً لإيفاء الدين بأقساط طويلة أو قصيرة بحسب مقتضى الحال[2]. كما نستطيع تلمس المصالح والاعتبارات الانسانية والابعاد الاخلاقية لبعض الإستثناءات القانونية التي يحاول من خلالها المشرع مراعاة بعض الأشخاص ، إذ استثنى المشرع بعض الأموال الضرورية لمعيشة الانسان وتأمين سكنه مع عائلته الى جانب الاثاث الضروري ، الى جانب إستثناء جزءً من دخل المدين[3].

في ضوء ما ذكر يتضح إن المشرع يستثني حالات من حكم القاعدة العامة يختلف فيها المبرر في كل مرة ، ويؤكد الاخير متكأه التشريعي بنص صريح ومكتوب بدلالة حفظ الاوضاع القانونية وحماية الاستقرار والأمان القانوني المنشود من صياغة النص المستثنى .

كانت الظروف الاستثنائية التي مرت بها البلاد بسبب ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ وملابساتها من مخاطر لم تكن متوقعة الحدوث ولا قبل للخصم بدفعها أو التحرز منها من شأنها أن تعد من حالات القوة القاهرة التي يترتب عليها وقف ميعاد الطعن في الأحكام ، وكان قد صدر عن وزارة العدل تبعاً لذلك الكتاب الدوري رقم ٥ لسنة ٢٠١١ معتبراً أن هناك قوة قاهرة منعت المتقاضين من الطعن على الأحكام في المدة من ٢٦ / ١ / ٢٠١١ حتى ٧ / ٢ / ٢٠١١ وإذ صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ ١٩ / ١ / ٢٠١١ وكان الطاعن قد أودع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة مصدره الحكم في ٢١ / ٣ / ٢٠١١ فإن الطعن يكون قد أقيم في الميعاد القانوني بحسبان أن المدة المشار إليها في كتاب وزارة العدل قد وقف سير الميعاد خلالها. نقلاً عن/ علاء رضوان، هل يجوز تعطيل المواعيد الإجرائية القضائية بحجة التصدى لتفشى "كورونا"؟.مقال منشور على الموقع الالكتروني:- https://www.youm7.com/story/2020/3/29 تاريخ الزيارة (٢٠٢٠/٥/٦).

(١) مراعاة للدواعي الانسانية في ظل جائحة كورونا اصدر مجلس القضاء الاعلى قراراً بايقاف المدد القانونية ، إذ بادر بإصدار بيانه المرقم ٤١/ ق/أ في ٦ / ٤ / ٢٠٢٠ والذي قضى فيه " ايقاف سريان المدد القانونية الخاصة بالطعون في الاحكام ، واعتبار التعطيل فترة انقطاع للدعاوى ...". على الرغم من المادة ١٧١ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ والتي جاءت بنص عام مفاده أن " المدد المعينة لمراجعة الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق بالطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن اذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية ".

(٢) والتي نصت على "اذا كان الدين حالاً فليس للمدين ان يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلاً للتبعيض".

(٣) تنص المادة (١٣٧٢) ١. يكون للديون الآتية ، بقدر ما هو مستحق منهما في الستة الشهور الاخيرة، حق امتياز على جميع اموال المدين من منقول وعقار:
....ب–المبالغ المستحقة عما صرف للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس ودواء.
ج–المبالغ المستحقة في ذمة المدين لمن تجب نفقتهم عليه.

ويجب أن لا نغفل أن الإستثناء التشريعي وان كان الاصل في الاستثناء من وضع المشرع . فقد يخول الاخير إرادة الاطراف دور في تنظيم علاقاتهم ، وفي هذه الحالة يتحدد أساس الإستثناء بما يخوله النص القانوني للإرادة من حرية في التدخل لإستثناء شخص معين أو حالة معينة من الخضوع للأصل العام ، إلا اننا يجب أن نؤكد على نقطة أساسية مفادها أن العلاقة بين القاعدة القانونية وإرادة الأفراد تختلف باختلاف الأحوال فأما أن تفرض القاعدة القانونية نفسها بصورة مطلقة دون أن تتوقف على إرادة الأفراد ، وأما أن يقتصر عملها على معاونة إرادة الأفراد . في الحالة الاولى يوجد نظام قانوني واحد لا يتغير يعرف بـــــــ (القواعد الآمرة)[١] والتي تعد قواعد إلزامية يجب التقيد بها تحت طائلة بطلان الأعمال التي تحصل بصورة مخالفة لها نظراً لإتصالها الوثيق بالمصالح الاساسية في المجتمع ، وبالتالي لا يسمح المشرع للإفراد أن يخرجوا عليها[٢] ، وفي الحالة الثانية يعمد القانون الى إعمال التنظيم الذي وضعه أصحاب الشأن والذي يعرف بـــــــ (القواعد المكملة)[٣] ، أي التي تصلح كمرجع يستهدون بها عند الضرورة أو يُرجع إليها عند عدم لحظها من قبلهم في تعاملاتهم ، فنطاق الإستثنائية هنا يقتصر على القواعد المفسرة فقط لمصلحة الأطراف ، دون القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز مخالفتها بأية حال[٤]. لذا فـــــإن الإستثناء لا يجوز أن يخالف القواعد الآمرة في ما تقرره من أحكام وهي بدورها تؤدي الى استكمال البناء القانوني وإضفاء المرونة عليه وتزوده بالفاعلية التي تضمن له الإستجابة لمختلف الظروف والحاجات التي لا يجدي معها في حماية حقوق الخصوم القاعدة العامة الأساسية أو قد يكون من شأن إعمالها ان تعرض مصالحهم للخطر[٥].

ويطرح التساؤل هنا . هل ان الاستثناء من النظام العام ؟

الإجابة عن على هذا التساؤل تقتضي التفرقة بين عدة فرضيات منها ، اولا ، هل ان جميع النصوص الإستثنائية الواردة في القانون المدني من النظام العام أمْ بعضها ؟ ثانيا ، هل يجوز الاتفاق على خلاف الإستثناء؟

---

(١) كنصوص المواد التي تتذيل بعبارة " ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " كالمواد (١٦٧-٣و١٤٦) .

(٢) د. مصطفى العوجي ، مصدر سابق ، ص ٣٣. د. سعيد سليمان جبر ، د. محمد سامي عبد الصادق ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الاولى ، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة ، بلا سنة طبع . ص٧٠.

(٣) د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص٢٣١ . عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، ص٥٥.

(٤) ينظر د.سعيد سليمان جبر ، د.محمد سامي عبد الصادق ، المدخل للعلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص٧٠. د. مصطفى العوجي ، مصدر سابق ، ص ٣٣.

(٥) محمد احمد حسن خلف الله ، الإستثناء واثره على عقدي البيع والايجار ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ،٢٠٠١، ص١٥.

بالنسبة للفرضية الاولى نرى ان الاستثناء هو قاعدة قانونية بالتالي فأن كان قاعدة آمرة فهو ملزم بل واجب التطبيق عند تحقق فرضه ، فـارتباط فكرة النظام العام بالقواعد القانونية يرجع الى تقسيم القاعدة القانونية الى قاعدة آمرة وأخرى مكملة ، فالقاعدة الآمرة ، هى القاعدة التى تنعدم معها سلطان إرادة الأفراد بشأنها بمعنى أنه لا يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالفها .والقاعدة المكملة ، هى القاعدة التى يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالفها. بالتالي فالنصوص المنظمة للعلاقات المالية بين الافراد تخرج من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافها حينما يسمح المشرع للأفراد بتنظيم علاقاتهم التعاقدية بالاتفاق (المكملة). أما النصوص الاخرى المتعلقة بالتنظيم القانوني بصورة عامة (الآمرة) ، فنرى انها تعد من النظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على خلافها [١].

أما الفرضية الثانية فنرى الاصل إن الإستثناء من النظام العام[٢] ، والإستثناء الاتفاق على خلافه ، لكن هذا الاتفاق مشروط بتخويل المشرع وإجازته للأفراد بتنظيم اتفاقاتهم التعاقدية بشكل يضمن تنفيذ التزاماتهم دون ارهاق او تعسف.

ومن تطبيقات الإستثناء الإرادي الذي يترك فيه للأفراد حرية إستثناء حالات معينة في الدخول في أتفاقاتهم ما جاء في المادة (٩٢) من القانون المدني العراقي[٣] ، والتي بينت الأصل في دفع العربون وهو أن العقد يصبح باتاً لا يجوز للأطراف العدول عنه ، ألا إنها عادت وأستثنت حالة وجود أتفاق بين الأطراف المتعاقدة لتؤكد أن هذا الأتفاق إذا ورد على خلاف الأصل (البتات) فأنه يؤخذ بما جاء في الأتفاق (جزء من العدول) [٤]، ولاشك أن لهذه الالفاظ دلالتها الواضحة على أننا بصدد قاعدة مكملة يحق للأفراد الاتفاق على ما يخالفها [٥] ، وكذلك نجد الأساس الإرادي

---

(١) مثال نص المادة (١٠) من القانون المدني العراقي " لا يعمل بالقانون **الا** من وقت صيرورته نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع **الا** اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام او الآداب".

(٢) نصت المادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ ١. يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلاً.
٢. ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالاهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية. تقابلها المادة ١٣٥ من القانون المدني المصري النافذ.

(٣) والتي نصت على "١. يعتبر دفع العربون دليلاً على إن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه **إلا** إذا قضى الإتفاق بغير ذلك".

(٤) انظر المادة (٢/٩٢)" فإذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول ، فأن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضه رده مضاعفاً " .

(٥) د.سعيد سليمان جبر ، د.محمد سامي عبد الصادق ، المدخل للعلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص٧٧.

للإستثناء من خلال نص المادة ٣٩٨ من القانون المدني التي تقضي بأن " نفقات الوفاء على المدين إلا اذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك "، فالحكم هو ان نفقات الوفاء على المدين ويجوز للمتعاقدين ان تكون بموافقة القانون على الدائن مثلاً ، فالاتفاق سوف لا يعلق حكم القاعدة القانونية بل هو استعمال لإجازة منحها القانون للإفراد بحيث أن صحة الاتفاق تجد أساسها في إجازة القانون ، فالمشرع بعد أن حدد المبدأ في القاعدة القانونية أعطى رخصته للأفراد بأن يعقدو اتفاقاتهم وفق القانون وبحمايته وأجازته[١] .

والى جانب ما تقدم كذلك يعد من تطبيقات الإستثناء الإرادي أو ما يصطلح عليه بالإتفاقي المواد التي تتذيل بعبارة " **إلا** أذا اتفق على خلاف ذلك " ، كالمواد (٢٩٨-٢)[٢] المتعلقة بالالتزام التخييري والتضامن بين الدائنين[٣] ، ولعل العلة من ذلك أن النص القانوني ما هو إلا وسيلة للتعبير عن إرادة أنسانية ، هي المعنية بموضوع الألتزام [٤] .

نخلص مما تقدم أن التشريع يعد مصدر رسمي للاستثناء ، فالاخير ماهو إلا قاعدة قانونية تجد سندها في إرادة المشرع في الخروج على القاعدة العامة .

الفرع الثاني

العرف

يقصد بالعرف اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بانها ملزمة . وقد يطلق اصطلاح العرف على القواعد القانونية ذاتها التي تنشأ من اعتياد الناس على مثل هذا السلوك ، فالاصطلاح ذاته يستعمل احياناً بمعنى المصدر ، ويستعمل احياناً اخرى بمعنى القواعد التي تستمد من هذا المصدر [٥] .

---

(١) د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١١، ص١٥٤.

(٢) انظر "٢. واذا اطلق خيار التعيين فهو للمدين، **إلا** اذا قضى القانون او اتفق المتعاقدان على ان الخيار يكون للدائن".

(٣) انظر المادة ٣١٥ " لا يكون الدائنون متضامنين **إلا** اذا كان هناك اتفاق على ذلك او كان القانون ينص على تضامنهم".

(٤) د. مصطفى العوجي ، مصدر سابق ، ص ٢٣.

(٥) د.حسن كيره ، المصدر السابق ، ص ٢٧٢ .

و يلعب العرف دوراً في إكمال نقص النصوص القانونية ، إذ مهما كان المشرع دقيق التعبير، لا يستطيع الإحاطة بجميع الحلول المتصورة لمشاكل المجتمع ، كما لن يستطيع أن يضع حلولاً لكل المنازعات المقبلة ولكنه يضع القواعد العامة ويدع التفصيلات للفقه والقضاء وما يجري عليه العمل ، فالقواعد القانونية ليست جميعها من ابداع المشرع ، إذ أن اكثرها من القواعد العرفية [١]. فالتشريع رغم الصياغة الدقيقة والحرص الذي يبذل في جعله كاملاً في الوفاء بحاجة المجتمع إلا ان المقولة الازلية الخالدة تبقى سارية المفعول في ان" النصوص متناهية والحوادث في المجتمع غير متناهية ، وما هو متناه لا يحكم أو يضبط ما هو غير متناه"[٢].

لذا نجد أن المشرع يخول اللجوء الى العرف بحسب ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم أو عقودهم ، فيترك له الحكم في المسألة بوصفه اكثر انسجاماً وإرادة الافراد . وأما من المسائل ما يقصد المشرع تركه لحكم العرف بوصفه اكثر تعبيراً لإرادة العاقدان فيكون العرف مكملاً للتشريع ، وهنالك من النصوص ما تحيل الى العرف بوصفه معاوناً للتشريع كتنظيم مسألة معينة تترك لإرادة الطرفين ، كما هو الحال في تسليم المبيع أو مكان دفع الثمن خلافاً للقاعدة العامة في ذلك [٣]، وقد سلك المشرع العراقي هذا المنحى بإعطائه العرف أهمية خاصة واعتبره مكملاً للتشريع ومعاوناً [٤] له بالإضافة الى صريح المادة الاولى من القانون المدني العراقي.

وهنا يكون تقرير القاعدة القانونية بصورة عامة والإستثنائية بصورة خاصة بحسب الواقع العملي والذي يأخذ بنظر الاعتبار النظام الاجتماعي السائد في نطاق أقليمي فتعمل القاعدة الإستثنائية على المحافظة عليه وتحريم كل ما من شأنه أن يعرض الاستقرار والواقع المتعارف للخطر ، لذا فأن اهم ضوابط الرجوع الى العرف هو ان لا يخالف النظام العام والآداب العامة ومراعاة طبيعة العرف ان كان عاماً أو خاصاً [٥] .

والسؤال الذي يمكن طرحه هنا هل العرف مصدر في وجود الإستثناء؟

---

(١) فريد فتيان ، مقدمة القانون المدني ، شركة النشر والطباعة العراقية ، بغداد ، ١٩٥٤، ص٤٢.
(٢) د. محمد اديب صالح ، مصدر سابق ، ص٤٣٣. د. سليمان الناصري ، مصدر سابق ، ص ٧٨.
(٣) د. سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية- مصر ، ٢٠١٠، ص٩٠. د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠٥، ص١١٦-١١٤. د .محمد ذكي عبد الواحد ، ود .محمد محمد ابو زيد ، مبادئ القانون، ....، ٢٠١٠، ص ١٢٣.
(٤) بدلالة المواد (١٦٢-١٦٤-٥٨٥-٥٨٦-٥٨٧) الى جانب الكثير من المواد التي تؤكد دور العرف المكمل والمعاون للتشريع .
(٥) د. يوسف حسن يوسف ، مدخل لعلم القانون ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٣، ص٦٥.

أن للعرف هذه الصلاحية فالنصوص القانونية وان كانت مجعوله من المشرع على موضوعاتها المقدرة لها في الحالات المعينة لها ، لكن تخويل المشرع للقاضي أو المتداعين بالرجوع الى العرف بوصفه الوسيلة العقلائية للتحقق من موضوع التنازع وامكانية الخروج عنه ما هو الا تعبير عن امضاء المشرع لهذه الوسيلة ، فالعرف فرض سلطته المصدرية كثيراً في ميدان المعاملات المالية ، إذ أن من مرونة القانون مراعاته اعراف الناس [١] . لذا فالظاهر لا يوجد ما يمنع من الرجوع الى العرف ، إذ إن هذا الاختلاف لا يعبر عن التباين في ضابطه في التحقق من وجود استثناء ما او تخصيص عرفاً ، إذ أن غاية ما تقتضيه الظروف والمتغيرات هو تبدل مصاديق الموضوع ذو المفهوم المحدد والمطرد [٢].

كما وهنالك تطبيقات أخرى للعرف في نطاق الإستثناء منها التعامل نحو ما جاء في المادة (١٤٢) "١. ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام " ، فالقاعدة العامة (نسبية أثر العقد) التي تقتضي بـأنصراف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام ، إلا أن المادة اعلاه أشارت الى إستثناء يرد على القاعدة العامة يخرج الخلف العام من أثر العقد فلا ينصرف إليه.

الى جانب ما تقدم قد يصحب هذا الخروج إجازة من المشرع للأفراد بحكم الظروف المحاطة بهم بالخروج عن النصوص والقاعدة العامة ، وهذا ما نتلمسه بوضوح في المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي النافذ[٣] فشراء الوكيل للأموال التي عهد إليه بيعها موقوفاً على إجازة الموكل ، أما إذا باع الوكيل او المشتري دون أن يخبر المتعاقد معه بصفته كوكيل فأن العقد لا يلزم الموكل ولا تعود حقوقه إليه ، لكن المشرع عاد وأستثنى حالة ما إذا كان المتعاقد مع الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو يستوي عنده الأمران (أي يتعاقد مع وكيل او موكل) ، حيث يحق له عندها الرجوع على أي منهما و لأيهما أن يرجع عليه ، فالقانون منع الوكيل من شراء الأموال التي أوكل

---

(١) الشاطبي الموافقات ، ص ص٤٩٣. د. محمد محمود محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ٨.

(٢) الشيخ محمد صنقورعلي ، الجزء الثاني ، ص٣٢٣. عباس قاسم مهدي الداقوقي ،ص٢٤٧.

(٣) والتي نصت على " إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلاً ، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه ، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل ، فله أن يرجع على أي من الموكل أو الوكيل ، ولأيهما أن يرجع عليه ".تقابلها المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري ، والتي تنص على انه : " اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد انه يتعاقد بصفته نائباً ، فان اثر العقد لايضاف الى الاصيل ، دائناً او مديناً ، الا اذا كان من المفروض حتماً ان من يتعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده ان من يتعامل مع الاصيل او النائب".

إليه أمر بيعها ، فإذا تخطى هذا المنع رغم ذلك كان مسؤولاً ليس فقط عن مصاريف إعادة البيع وإنما أيضاً عن نقص في قيمة البيع وذلك جزاء على أخلاله بالمنع [١] .

مما تقدم يتبين أن هنالك تفويض لصلاحية العرف من الإرادة الضمنية للمشرع ولا يوجد أي شك بأن العرف عامة و الإستثنائي خاصة ينتفع من قوة القانون ، وفي هذه الحالة يعد الاخير مساعد اضافي للعرف الذي يستمد منه القوة ، فإذا كان التشريع تعبيراً صريحاً عن إرادة المشرع فأن العرف تعبيراً ضمنياً عن هذه الإرادة [٢]، في ضوء مصالح الناس واطرادهم عليه.

لذا نخلص الى إن للعرف دور لا يمكن إنكاره في انشاء الإستثناء ، وما تعارف عليه الناس يندرج هنا كمسوغ عملي لتقنين الإستثناء وفق الضوابط العرفية .

الفرع الثالث

مبادئ الشريعة الاسلامية

تعد مبادئ الشريعة الاسلامية من المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون المدني العراقي بعد العرف كمصدر ثانٍ قدمته المادة الاولى [٣] وهذا لا يقدح بالأخير ، فالعرف غالباً لا يخرج عن مبادئ الشريعة الاسلامية [٤]، ويقصد بمبادئ الشريعة الاسلامية المبادئ المستقرة في الفقه الاسلامي ، لان الشريعة الاسلامية تضم احكاماً اعتقادية ووجدانية وعملية ، والمقصود بالأحكام العملية الاحكام المنظمة للروابط الاجتماعية . ويعتبر الفقه الاسلامي علم من علوم الشريعة الاسلامية ، العلم المتوافر على تنظيم الروابط الاجتماعية ، وهو لذلك يقابل القانون الوضعي في وظيفته ونطاقه . لذا فإن المراد بمبادئ الشريعة الاسلامية هي القواعد الكلية التي اقرها الفقه الاسلامي أو الرأي الغالب فيه [٥].

([١]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء السابع ، المجلد الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٦٢٨.

([٢]) جان لوك أبير ، ترجمة وتقديم د. شفيق محسن ، مدخل الى علم الحقوق ، الطبعة الاولى ، دار ومكتبة الهلال ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص٧٦. د. محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية –نظرية الحق) ، الجزء الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت –لبنان ، ٢٠١٢ ، ص ٢٨٤.

([٣]) والتي نصت على

"1 . تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها.

2. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ."...

([٤]) د. اسامة الحموي ، مبادئ الشريعة الاسلامية ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية ، الجمهورية العربية السورية، ٢٠١٨،ص٢.

([٥]) د. عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص١٤٨.

و الشريعة الإسلامية لا يزال لها الأثر الكبير في صياغة القانون المدني [١]، و تقرير القواعد القانونية المنظمة للمعاملات بين الأفراد ، والمقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية التي تأثر في القانون المدني ليس هي الفقه الإسلامي كله ، وإنما هي المعاملات الواردة فيه فقط ، فقد فصل الفقهاء بين العبادات والمعاملات وقالوا بأن المعاملات هي وحدها القابلة للتطور وإ بداء الرأي فيها ، أما العبادات فهي الثوابت غير القابلة للتغيير. كما انها تمثل المبادئ العامة في المذاهب المختلفة ، وهي لا تختلف من مذهب الى آخر، مما يؤكد الارتباط الوثيق الصلة بين الإستثناء والمبادئ العامة الشرعية والتشريعية ، إذ لا يخلو مبدأ عام من الخروج عليه بالمستثنيات ، والذي يؤدي بدوره الى تغييراً في المصالح أو الاحكام المترتبة في موضوع ما ، حيث ترد القاعدة العامة وعليها الإستثناء المتفرع عنها والمرتبط بها .

إلا ان هنالك أمرين يجب مراعاتهما عند الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية ، الاول : أن هذا الرجوع يجب أن يتقيد في حالة عدم وجود نص في التشريع ولا في العرف ، ويكون في جميع المسائل دون التقيد بمسألة دون أخرى ، والثاني: أن مبادئ الشريعة الاسلامية التي يرجع اليها عند عدم وجود نص أو عرف انما هي المبادئ العامة أي الاحكام الكلية والاساسية دون الاحكام التفصيلية التي تختلف من مذهب الى آخر ، ودون التقيد بمذهب معين بشرط ألا يؤخذ من المبادئ إلا بما يكون غير متعارض مع المبادئ العامة في التقنين المدني[٢].

ولعل السؤال الذي يطرح هنا هو ما مدى تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على نصوص القانون المدني العراقي ذات الاستثناء ؟

يمكننا تتبع هذا التأثير من خلال استقراء مواد القانون المدني التي وردت فيها استثناءات منها ، فعلى سبيل المثال نلاحظ أن المشرع أخذ بالإرادة الباطنة كقاعدة عامة طبقاً للمادة (١٥٥) من القانون المدني[٣] ، حيث يعتد المشرع لقيام العقد بتطابق الإرادتين لا بتطابق التعبيرين عنهما ، في حين إعتمد الإرادة الظاهرة كاستثناء حماية لمصالح معينة و تحقيقاً لاستقرار المعاملات ، متأثرا بالنزعة الموضوعية التي اتسمت بها أحكام الشريعة الإسلامية ،

---

(١) كنظرية الظروف الطارئة المأخوذة من نظرية العذر ومبدأ حسن النية ، قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ولا تركة إلا بعد سداد الديون، وخيار الرؤية ، وغيرها."

(٢) . د. توفيق حسن فرج ، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية - مصر ،١٩٥٩- ١٩٦٠، ص١١٥.- د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص٤٧٣.د.سليمان الناصري ، مصدر سابق ، ص٧٥. د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص١٣٠. د .محمد ذكي عبد الواحد ، ود. محمد محمد ابو زيد ، مصدر سابق ، ص١٣٣. د. السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص٧٩.

(٣) التي نصت على ان "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني "، بمعنى تغليب الإرادة الحقيقية . اما إذا تعذرت الحقيقة فيصار إلى المجاز.

منها مسألة تفسير العقد الذي يكون بناءً على الإرادة الظاهرة في حال تضمن العقد عبارات واضحة في العقد فلا يجوز الانحراف عنها طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني العراقي النافذ[١]. الى جانب القاعدة الفقهية العامة "لا ينسب لساكت قول"، فالتعاقد بالسكوت استثناءً من قاعدة لا ينسب الى ساكت قول ، لكن قد يتحقق الرضا بتعبير من جانب الموجب والسكوت من جانب الموجه إليه الإيجاب بما يدل على الرضا أستثناءا ، فجاءت القاعدة الفقهية التالية تتمة للقاعدة الفقهية السابقة وهي: "ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان." [٢].

و يظهر التأثير الواضح لمبادئ الشريعة الإسلامية من خلال عرض تطبيقات الإستثناءات الشرعية في نطاق عقد البيع أذا وقع الايجاب والقبول بين المتبايعين فقد تم البيع ، بإستثناء حالات نهى عنها الشارع ومنها بيوع العربون والفضولي وبيعتين في بيعة[٣]. أما التطبيقات الاخرى من الاستثناءات الشرعية في نطاق عقد الايجار مثلا إجارة الشيء لمستأجره مدة تليها تصح لإتصال المدتين واتحاد المستأجر ، كما لو أجر منه سنتين في عقد واحد بإستثناء مسألتين تأجير الشخص ملكه ثم باعه لآخر في المدة ثم اراد المشتري أن يؤجره للمستأجر مدة تليها لم يصح بلا خلاف وأذا استأجر داراً مدة ثم اجرها مدة ايجاره لآخر وأراد أن يستأجر من المالك مدة تلي ما استأجره لم يصح لخروج العين من يده وعدم اتصال الانتفاع[٤].

لذا نخلص الى أن القواعد الاستثنائية قد تأثرت تأثراً واضحاً بمبادئ الشريعة الإسلامية ، شأنها في ذلك شأن القواعد العامة ، فالشريعة الاسلامية عرفت المستثنيات على القواعد الكلية وبحثتها تفصيلياً حتى باتت ان تطغى على الاصل العام لكثرتها ، وتقتضي الإشارة الى أن في حالة ما اذا نجم خلاف قانوني في التطبيق بين احكام القاعدتين العامة والإستثنائية او اعترى النقص احكام النصوص او القواعد الاستثنائية ، فأنه يتم اللجوء الى القواعد العامة في القانون المدني بوصفها ذات الولاية العامة في التطبيق .

---

(١) والتي نصت على "لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح.".

(٢) انظر المادة ٨١ من القانون المدني العراقي المعدل رقم ٤٠ لسنة١٩٥١ والتي نصت على " ١. لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قولاً.٢. ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل او اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط. تناظرها المادة (٩٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

(٣) بدر الدين محمد بن ابي بكر بن سليمان البكري الشافعي ، الاعتناء في الفرق والاستثناء ، مصدر سابق ، ص٤٦٥ومايليها .

(٤) بدر الدين محمد بن ابي بكر بن سليمان البكري الشافعي ، الاعتناء في الفرق والاستثناء ، المصدر السابق ، ص٦٨٨.

لذا فالإستثناء بعد تقريره عن طريق احد مصادره الشرعية او التشريعية ان يقدر بقدره بوصفه سبيلاً محدداً ومشروعاً في الحالات الواجب فيها مراعاته في نطاقه المحدد ، تطبيقاً للقانون او لضرورة ملجئة أو لحاجة ملحة دعت اليه سداً لذريعه او تخفيفاً على الناس .

ولكن برغم ما تقدم يجب ألا تفوتنا الإشارة إلى ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور العراقي النافذ لعام 2005 قد نصت على " الاسلام دين الدولة الرسمي ، وهو مصدر أساس للتشريع أ. لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام.".

وبموجب ما تقدم فـــ لا يجوز أن يصدر أي تشريع مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، وذات الكلام يصح في الحكم المستثنى والمستثنى منه على حد سواء. بخلاف ذلك يمكن الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا على التشريع المخالف بعدم الدستورية ، ومن ثم إلغاء العمل به. فالنص العام والإستثنائي على حد سواء يجب لزاما أن يوافق أحكام الشريعة الغراء استنادا لما جاء في الدستور من كون دين الدولة هو الدين الاسلامي ، ونأمل أن يصل القائمون على أمر التشريع إلى أن يكون تطبيق التشريع في حقيقة الأمر إلا تطبيق لشرع المولى عز وجل .

المطلب الثالث

مسوغات الإستثناء

أن الإستثناء كتقنية يلجأ إليها المشرع لإخراج حالات معينة أو أشخاص محددة من حكم القاعدة العامة ، يكون لمسوغات كثيرة ممكن ردها الى امرين ، الاول المسوغ الفلسفي الذي نتتبع فيه نية المشرع ومقاصد التشريع للإستدلال على وجود الغاية الإستثنائية.

أما المسوغ الثاني وهو الواقعي أو العملي والذي يحاكي فيه المشرع إرادة الاطراف وظروف التعاقد وطبيعة المعاملات فيخرج حالات معينة من الحكم العام ، فالمشرع قد يعطي إمكانية معينة تسمح بالإخراج عن النصوص القانونية التي تحكم العلاقات بين الإفراد في المجتمع ، فيخرجون في بعض الحالات بحكم الظروف المحيطة بهم عن أحكام القاعدة العامة بحدود القواعد المفسرة او المكملة [1].

في ضوء ما ذكر ، سنعرض المبررات الفلسفية في الفرع الاول ، يليه المبررات الواقعية في الفرع الثاني ، وكما يلي :

([1]) د.عادل شمران الشمري وعلي شمران الشمري ، مصدر سابق ، ص١٢٤.

الفرع الاول

المسوغات الفلسفية

يرتبط مفهوم الإستثناء بفلسفة القاعدة القانونية والغاية منها . أن البحث في فلسفة التشريع ومبررات المشرع في اللجوء الى الإستثناء يقتضي منا البحث في غاية التشريع وبناء النص وصياغته ، فلجوء المشرع الى الإستثناء وأن كان شائعاً في الاستعمال القانوني ومألوفاً نظراً لدوره في استكمال البناء القانوني للنص وإضفاء المرونة عليه أو تزويده بالفاعلية التي تضمن له الاستجابة لمختلف الظروف والحاجات التي لا تسعفه القاعدة العامة في توفير الحماية المطلوبة لحقوق الأفراد في ظل القاعدة العامة ، أو من المفهوم الآخر قد يؤدي إعمالها الى تعريض مصالح الأفراد للخطر ، من هنا فأن الإستثناء يجد سنده في إرادة المشرع في الخروج على القاعدة العامة ، لأن المشرع ما دام قد قرر الإستثناء فقد عدل عن تطبيق القاعدة العامة وأتجه بإرادته وفقاً لشروط (سنعرض لها لاحقا) الى إستثناء جزء من الأصل العام واجتزائه منه ، بحيث ينصرف أثر الإستثناء الى الجزء المستثنى فقط (الذي لم ينصرف إليه الأصل العام) ويمتد نطاق الحكم العام الى أجزاء النص الاخرى غير المستثناة [١].

بالتالي فأن كل ما يرد من إستثناءات على الأصل الغالب أو العام يملك المشرع وحده تقريرها ، فقد تكون مسوغات المشرع هو التخفيف من حدة القاعدة العامة أو قد يروم التضييق من نطاق تطبيقها نزولاً لأعتبارات الإستعجال وخطر التأخير ودفعاً للأضرار المحدقة التي تهدد الحق والمراكز القانونية القائمة ، مما يؤدي بدوره الى ضبط التوازن بين المصالح المتعارضة في المجتمع [٢].

ولما كانت فلسفة القانون تهدف الى تحديد الغاية المثلى للقانون وتوجيهه نحو بلوغ هذه الغاية [٣] ، نجد أن التنظيم القانوني للحالات معرض الحاجة غير متناهي ، ومن ثم يصعب على المشرع أن يضع حكماً لكل حالة على حده ، فكما يقال " ان النصوص تتناهى والوقائع لا تتناهى " [٤] . لذا فأن صياغة القاعدة العامة بشكل عام يؤدي الى تنظيم هذه الحالات غير المتناهية ومن ثم الى توحيد الحلول القانونية وبالتالي لا يحصل اختلاف ولا نكون أمام تناقض في الاحكام

---

(١) محمود محمد علي صبره ، المشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية ، مصدر سابق ، ٥٧ وما يليها .

(٢) محمد احمد حسن خلف الله ، مصدر سابق ، ص١٦.

(٣) د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون دراسة مقارنة ، المنشورات الحقوقية ، صادر ، بيروت- لبنان ،١٩٩٩ ، ص١٩.

(٤) محمد ابو زهرة ، اصول الفقه ، ص٢٦١.

القضائية ، مما ينسحب بدوره على النظام القانوني برمته ما دام الجميع يخضع لحكم القانون أو القاعدة العامة [١] .

ولكن يجدر بنا أن نشير إلى أننا لا نعني بعمومية القاعدة القانونية وتجريدها ضرورة تطبيقها على كافة أفراد المجتمع أو على كل أنواع العلاقات أو في كل زمان ومكان ، إذ لا يمنع القانون من أن يكون عاماً ومجرداً أن يكون نطاقه محصوراً في طائفة محددة من الأشخاص أو العلاقات أو أن ينحصر تطبيقه في زمان معين أو مكان معين[٢] ، فهذا المفهوم لا يخل بمبدأ المساواة بين أفراد المجتمع والتي تتحقق بقدر المستطاع ، لأن القانون عند تنظيمه لعلاقات الأفراد إنما يقيم أحكامه على أساس الوضع الغالب والمألوف في الحياة ، دون أن يدخل في اعتباره الحالات الإستثنائية التي قد لا يكون تطبيق القانون في مصلحتها . ولذلك كان من الضروري أن يؤكد القانون بمبدأ المساواة في بعض الحالات الاستثنائية من أجل تحقيق هدفه العام وهو كفالة أمن واستقرار المجتمع ، ولعل المثال الواضح لما نقوله ، أن القانون يحدد سن الرشد بثمانية عشرة سنة ميلادية كاملة ، وبالتالي فهو يفترض أن كل من يصل لهذه السن يكون قد اكتمل نضجه العقلي ، بما يسمح لأن يُعترف بأهليته القانونية عملاً بالغالب الأعم ، ولكن لا يوجد ما يمنع من وجود حالات إستثنائية لا يكتمل فيها النضج العقلي قبل هذه السن أو حالات استثنائية أخرى يكتمل نضجها العقلي قبل هذه السن ، وجميع تلك الحالات لا يلتفت إليهم القانون ، وإنما يقيم حكمه على الغالب والمألوف في الحياة ، وإلا لو راعى كل حالة على حدة وترك الأمر للسلطة التقديرية للقضاء لانتهى الأمر إلى الفوضى وعدم استقرار المعاملات[٣] .

لذا فعلى المشرع ان يراعي المباني الفلسفية في الاستثناء القائم على فكرة **التجزئة والإفراد** ، وهي النظرُ إلى الوقائع ضمن ملابساتها التشخيصية المميزة بينها، فلا بدَّ أن ينظر المشرع إلى الواقع بحسب طبيعته المجزأة ، ليُجريَ الحكمَ على كل جزء بمفرده ، وكل فرد بحدتِه ؛ من أجزاءِ الواقع وأفراده ، فالحكم عام مجرد ، والواقع أعيان مشخصة متمثلة في أفراد من الناس ، وأفعال تصدر عنهم ، وأحداث ونوازل فردية وجماعية تتوالى على الزمن ، فيجب على المشرع أن يراعي في تطبيق الحكم المتقرر في ذهنه كليًّا ، أن يكون نظرُه إلى الواقع بحسب

([١]) د. محمد حسن قاسم ، مبادى القانون (المدخل الى القانون)، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠١٠، ص١٦.

([٢]) د. سعيد سليمان جبر ، د. محمد سامي عبد الصادق ، مصدر سابق ، ص١٩- الشيخ علي حب الله ، دراسات في فلسفة اصول الفقه والشريعة ونظرية المقاصد ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار الهادي ، بيروت- لبنان ، ٢٠٠٥، ص١٩.

([٣]) محمود جمال الدين زكي ، دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1969 ، ص١١. د. محمد عبد الوهاب خفاجه ، مبادئ القانون ، الطبعة الحادي عشر، دار الهناء ، مصر، ٢٠٠٧- ٢٠٠٨، ص٣١.

طبيعته المجزأة إذ إنَّ بعض الأفراد والأجزاء من الواقع ، قد تحيط بها ظروف وملابسات تجعل إجراء الحكم العام المجرد عليها مفضياً إلى الحرج والمشقة والظلم ، وربما إلى الفساد ، فيتعطل مقصد الحكم من تحقيق المصلحة المبتغاة، وتنعدم المساواة بين الحكم والتطبيق ، أي بين القاعدة القانونية والواقع المتغير زمانياً ومكانياً [١].

مثال ذلك: الأصل إباحة تصرف الإنسان في ما منح من حقوق و إباحات ؛ كتصرفه في حدود ملكيته مثلا ، بيد أنه إذا ظهر منه إساءة في استعمال حقه، وتعسف في توظيفه ، يمنع منه وإن كان في الأصل مباحاً، وهذا ضرب من الإستثناء يؤكده في كل واقعة على سبيل التجزئة والإفراد، مع ادراك ملابسات الوقائع المجزأةِ، كما هو الحال في تشريع الحقوق والإباحات . فهي لم تشرع لتكون وسائل للإضرار والتعسف ، فمادام الأمر كذلك يمنع المباح إذا كان استعماله في بعض الوقائع مناقضاً لمقصِد الشرع فيه [٢]، انطلاقا من ان " كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده ؛ فهو باطل"[٣].

لذا فحتى يحقق الاستثناء غرضه الفلسفي من تحقيق مآله فيكون بدراسة طبيعة الوقائع في أحوال فاعليها ، وفي علاقاتها مع غيرها من الأوضاع وفي ظروفها الزمانية والمكانية ، وبناء على هذه الدراسة يقدّر المشرع ما إذا كان يغلب على الظن أن الحكم سيحقق مقصده من المصلحة فيجريه كما هو، أو ما إذا كان يغلب على الظن أنه لا يحقق مقصده بل قد يفضى إلى مفسدة ؛ فيلجأ إلى إستثناءه بشكل يتناسب وتلك الواقعة المعروضة تأجيلاً أو تعديلاً أو تغييراً ، بحسب مقتضى الحال.

ومن الجدير بالذكر بعد بيان مبررات الاستثناء ان نجيب على بعض الانتقادات التي توجه للاستثناء . فقد يدعى بأنه تحيز لفئة معينة دون اخرى ، ويمكننا الرد على هذا الاتهام بأن غاية الإستثناء تحقيق العدل الذي قد اغفله الاصل العام فيأتي الإستثناء ليتدارك ويعالج الحالات الخاصة التي من شأن تطبيق القاعدة العامة عليها تلقى تعسفاً وحيفاً ، كما أن وصف الإستثناء بأنه هدم للأصول العامة بهدف إيجاد ثغرة لغرض تحقيق مصلحة خاصة ، فـهذا الكلام

---

(١) .د. محمود صالح جابر والسيد عمر مونة ، الاجتهاد الاستثنائي وأثره في فقه التطبيق ، بحث منشور في "المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية"، المجلد الخامس، العدد (٢/ب)، ٢٠٠٩، ص٢٠.

(٢) عز الدين بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت ، الجزء الثاني ، ص١٤٤.

(٣) عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي ، الاشباه والنظائر ، الجزء الاول ، الطبعة الأولى دار الكتب العلمية ، ، ، ١٩٩٠ ، ص٢٨٥. ابي عبد الله محمد بن مكي العاملي ، القواعد الفوائد في الفقه و الأصول و العربية ، تحقيق السيد عبد الهادي الحكيم ، الجزء الثاني ، المفيد ، قم _ايران ، بلا سنة ، ٢٤١.

غير دقيق فالأصل العام لا يهدم بالاستثناء بل العكس ، فالأخير يتوشح الاول بالدقة والصحة والعدل بما يحفظ له التوازن بين المصالح المتعارضة في نطاق المعاملات المالية .

أما عن وصف الاستثناء بأنه تحايل على القواعد العامة فغير سليم لان القواعد العامة باقية على حالها دون مساس بعموميها ، و دخول الاستثناء عليها جاء تلطيفاً وتخفيفاً بصدد حالات خاصة ، تلافياً لإيرادها في مواد مستقلة مما يخلق لاحقاً تضخماً تشريعياً ، وهذا ما يحاول المشرع تلافيه عند صياغة القواعد القانونية العامة والإستثنائية .

بيدَ أنَ ما تقدم لا ينفي خطورة الإستثناء ، وخطورة التعامل به ، فبِقدر أهميَّته وفائدته يعظم خطرُ الخطأ فيه ، إذا ما تصدى من لم يتأهَّل له ، وإذا خلا من ضوابطه ؛ فهو عندئذ سيؤدي الى تعطيل الاحكام ، والانفلات من الأحكام بدعوى الإستثناء.

لذا فأن أمكننا إيراد أهم المسوغات الفلسفية من وجود الإستثناء تكون بمقتضى ما يلي :

١. إبراز محاسن التشريع ومقاصد المشرع فعموم النص أو القاعدة يخصصه الإستثناء بغية تلافي الضرر أو فوات المصلحة فقد يكون الإستثناء أرفق واوفق من عمومية النص و أكثر عدالة .
٢. خصوصية بعض الاشخاص والوقائع التي تتطلب هذا الخروج عن القاعدة القانونية ، فإستثناء شخص او واقعة ما من عمومية النص جاء بالنظر لما يتمتع به هذا الشخص أو تلك الواقعة من وضع خاص تطلب هذا الخروج الذي يمكننا تسميته بالعادل .
٣. المعالجة والتدارك فقد يصيغ المشرع القاعدة العامة ، ثم يورد لاحقاً الإستثناء عليها بغية معالجة وضع ما أو تدارك حالة ما كان الأجدر إخراجها من الحكم العام .
٤. الوقوف على علل التشريع والاخيرة بحسب مقتضى الحال متعددة ومتجددة ، وهذا يتطلب من المشرع عند صياغته للنص أن يحدد الهدف أو الغاية منه ، فالسياسة التشريعية تستدعي وضوح الأساس المنطقي لاقتراح التشريع وبيان علته.
٥. إزالة التناقض بين المسائل المتشابهة التي تندرج تحت القاعدة ، فإستثناء حالة أو شخص يمنع بدوره حالة الالتباس أو التناقض فيفرد الحكم الخاص مراعاة لأسبابه الخاصة ، حائلاً دون تناقض النصوص القانونية .
٦. التخفيف من قاعدية القاعدة القانونية وإلزاميتها بإخراج حالات أو اشخاص لمصلحة إستثنائية أجدر بالرعاية وأوفق بالغرض ، دون الإخلال بالغاية التي شُرع من أجلها الحكم العام .

الفرع الثاني

المسوغات العملية والواقعية

إلى جانب المسوغات الفلسفية للإستثناء والتي تتصل بغاية التشريع وصياغة المشرع فأن هنالك مبررات فرضها الواقع العملي المعاش ولعل أبرز هذه المسوغات هي :

المقصد الأول

استقرار الاوضاع القانونية

الأصل أن القوانين تصدر لتبقى ، ولتطبق الى مدى زمني لامتناهً ، ولكن تطبيقها رهيناً بقدر حسن الصياغة و حسن الاختيار من بين الاجتهادات الفقهية والقانونية المتناسقة مع توجهات المجتمع وحاجاته ، مما يكسب القانون حظه من الثبات والاستقرار والاحترام في نفوس المخاطبين [١]، فـ القاعدة القانونية توصف بأنها عامة تطبق على جميع الأفراد ، إلا أن هذه الصياغة العمومية للقاعدة قد لا تحقق الاستقرار القانوني المأمول من النص المصاغ ، فالصياغة الجيدة هي التي تكون واضحة المعنى وتكون مؤدية للغرض منها، معبرة عن الواقع الاجتماعي ، ودليل ذلك الوضوح ، هو تحقق استقرار القاعدة التشريعية الذي هو نتاج توافق صياغة القاعدة القانونية مع الأفكار والتصورات والأغراض التي تسعى إلى تحقيقها ، فكلما كانت القاعدة واضحة في صياغتها ، غير عصية في فهمها من الإنسان الاعتيادي كلما عاشت هذه القاعدة مدة أطول ، وحتى وأن تغيرت الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية المحيطة بالقاعدة القانونية ، فأن تدخل المشرع سيكون بإجراء بعض التعديلات التي تستوعبها هذه التغييرات دون أن يمس صلب الصياغة المستقرة أو يبقي على الجزء الأكبر من هذه الصياغة ، وخير مثال على ذلك القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، إذ على الرغم من تغير أنظمة الحكم عليها وباختلاف فلسفتها ، إلا أنها ما زالت باقية وكل ما يفعله المشرع لتحقيق مواكبتها مع التطورات هو التعديل فيها فقط دون المساس بجوهرها [٢].

لذا فأن المشرع قد يستثني لمبررات معينة (لعل اهمها ما نحن بصدده) ، شخصاً ما أو واقعة من الحكم العام لإشاعة الاستقرار القانوني وتحقيق الأمان القانوني المبتغى من العيش في ظل

([١]) د. سعد خليفة العبار ، التعارض بين النصوص ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق –جامعة بنغازي، منشورات جامعة بنغازي، العدد التاسع عشر ، ٢٠١٦، ص١٥٣.

([٢]) د. علي احمد حسن اللهيبي ، قواعد صياغة النص التشريعي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية / كلية القانون، جامعة بغداد ، العدد الاول ، ٢٠١٩، ص٥١.

القانون ، وبالتالي تتحقق العدالة المنشودة ، فالأخيرة تقتضي المساواة بين الأفراد داخل المجتمع وقد لا تتحقق بخضوع الجميع المخاطبين لحكم القاعدة العامة إذا جاءت بصيغة عامة تشمل كل الاشخاص والحالات على حد سواء ، ففي بعض الاحيان قد يكون من الظلم خضوع شخص أو حالة الى الأصل العام ومن العدل أن يستثنى منها[١]. فعلى سبيل المثال " قاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية" ، قد تنافي العدالة فيما لو كان الحائز ليس بمالك ، والتي يتضح فيها استقرار المعاملات المالية بشكل واضح ، اذ قد يتملك شخص مالاً يعود للغير دون سند بوضع اليد ، وهذا امر ترفضه الشريعة الاسلامية رفضاً قاطعاً ، وينافي العدالة التي تنادي بها هذه الشريعة من وجوب اعطاء كل ذي حق حقه ، وان لا يحرم احد من ملكه **الا** بزعم شرعي ، لكن لمبررات اهمها استقرار التعاملات قد تقر القوانين الوضعية هذه الاوضاع الاستثنائية (ان صح التعبير) . انطلاقا من ان استقرار المعاملات غاية من غايات القانون وهدف مباشر يسعى الى تحقيقه ، بل ان الاستقرار هو الغاية الاولى التي يسعى القانون الى تحقيقها[٢].

المقصد الثاني

تلافي التضخم التشريعي

يراد بالتضخم كثرة النصوص التي تحكم مسألة معينة ، بحيث توجد نصوص قانونية لاتطبيق لها في الواقع وتؤدي الى ارباك العمل بنصوص اخرى ، ويمكن القول بأن هنالك تضخماً في القواعد القانونية كلما كان هنالك تكاثراً في النصوص القانونية في القانون الواحد أو قوانين مختلفة التي يمكن تطبيقها على مسألة واحدة . لكن مفهوم التضخم يمتد ليشمل كل الحالات التي يكون فيها حجم التشريع كبيراً بشكل غير مبرر أو كان يحوي نصوصا مكررة أو متعارضة ، أو وجود مجموعة من الإستثناءات التشريعية على القاعدة القانونية بحيث تطغى على الاصل العام للقاعدة [٣].

إلا ان إيراد المشرع للقاعدة القانونية والإستثناء عليها يساهم بشكل عملي في جمع النصوص القانونية وعدم تشتتها وسهولة الرجوع الى الأصل والإستثناء ، فالقانون ينظم العديد من الحالات غير المتناهية و التي تقابلها النصوص غير المتناهية إلا أن هذا التنظيم القانوني حتى

---

(١) د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص١٧.

(٢) علي حميد كاظم الشكري،استقرار المعاملات المالية ، إطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٤، ص٩٢ و١١٣..

(٣) د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، د. عبد الله فاضل حامد ، تضخم القواعد القانونية التشريعية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، السنة السادسة ، العدد ٢٣ ، ٢٠١٤، ص١٤٧_١٤٨.

يخرج الى التطبيق لا بد أن لا يصطدم بعتبة التناقض أو التشتت ، وهذا ما يحاول المشرع أن يتلافاه . لذا يلجأ المشرع لصياغة النصوص القانونية بمصطلحات دقيقة وهي بالتأكيد أهم وأعقد مشكلة تواجه المشرع والمخرج الطبيعي هو تحصينه كصائغ للنصوص بوسائل لغوية وقانونية لا تحتمل أكثر من معنى ولا تأول بما يعتبر تناقض في النصوص [١] . وهذه الصياغة في الإستثناء تمتاز بخصوصية كونها محددة بأدوات معينة سلفاً .

لاسيما ان شكلية النص القانوني بما تعنيه من إيراد القاعدة القانونية ثم بيان الإستثناءات الواردة عليها لم تأتي اعتباطاً ، وإنما جاءت وفق رؤية تنظيمية وتشريعية دقيقة ، فجاءت الإستثناءات بعد القاعدة العامة لتخرج منها أشخاص وحالات لعلة تشريعية تختلف من مادة الى أخرى بحسب الحالة محل المعالجة التشريعية والمصلحة الفردية [٢]. فتعدد العلل وتنوع المصالح يساعد بدوره على ترك مساحة للمشرع لتدارك ما قد ينشأ في المستقبل من استثناءات تشريعية دون إخلال بالقاعدة القانونية العامة. مع مراعاة تلافي التضخم التشريعي بضرورة التخفيف من الإستثناءات التي يوردها المشرع على القواعد القانونية لأنها وجه من وجوه التضخم في القواعد القانونية.

المقصد الثالث

تحقيق التوازن بين الافراد

أن موضوع التوازن مرتبط بالقاعدة القانونية ، لأنه يعد معياراً للعدل والإنصاف ووسيلة للحفاظ على الحقوق من أجل تحقيق العدالة التعاقدية ، كما أن لمفهوم التوازن مفهومين الاول ينسحب الى مرحلة خلق القاعدة القانونية أو أنشائها ، أما المفهوم الثاني للتوازن هو الذي يهدف الى حماية الطرف الضعيف في العقد من خلال مراعاة ظروف كل حالة على حدة [٣] .

([١]) د. علي احمد حسن اللهيبي ، مصدر سابق ، ص ٥٥.

([٢]) د. عكاشه محمد عبد العال ود. سامي بديع منصور ، المنهجية القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت-لبنان ، ٢٠٠٩، ص ٥٨.

([٣]) للمزيد من التفاصيل ينظر د. حسن عبد الباسط جميعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية (دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الامارات العربية والقوانين الاوربية مع الاشارة الى القوانين الانجلو امريكية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٦ ، اسامة رشيد مجيد ، دور القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للالتزامات العقدية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، ٢٠١٨، ص١٥-١٧.

والمفهوم الاول للتوازن هوما نعنيه هنا لاسيما أن تشعب المصالح يستوجب ترجيح بعضها لغايات واعتبارات متعددة ، ويتولى المشرع مهمة الترجيح بين تلك المصالح عن طريق الموازنة بين المصالح المتعارضة التي تستهدف تعيين ما هو أقرب الى العدالة وأقوم للحق ، وأنفع للأفراد ، فالنظر في طبيعة المصالح بما يضمن دقة الترجيح بينهما لإستثناء بعضها أمر في غاية الاهمية والدقة ، لاسيما عندما تتعارض هذه المصالح فيما بينها فلا بـــد من التفضيل بينها وترجيح بعضها على بعض ، ولتحقيق الاستقرار في المجتمع وبما يتناسب مع هدف القانون من تنظيم العلاقات بشكل يحقق التوازن بين المصالح عن طريق ترجيح احدى هذه المصالح ، بإخراجها من سياق العمومية وإفرادها بوضع إستثنائي يتوائم مع خصوصيتها ، ومن البديهي أن هذا الترجيح له قواعده ومعاييره ، بوصفه وضعاً غير طبيعي كان لابـد أن توضح له حلول ، وهذه الاخيرة لا تخرج عن شيء واحد وهو ترجيح أحد الحقين على الآخر من خلال المفاضلة بينهما وفقاً لمقتضيات العدالة والانصاف والاستقرار القانوني للعلاقات المتعارضة بحسب كل حالة ومتقتضاها ، وهذا الترجيح يفرز بطبيعة الحال حالة الإستثنائية التي نحن بصددها [1].

فتنظيم العلاقات القانونية يقتضي ترجيحاً لبعض المصالح ، بفرض أن القواعد القانونية تحوي جملة من المصالح قد تتساوى في الأهمية ، أو قد يسبق احدهما الآخر في الصراع المصلحي ، وهنا يتدخل المشرع وفقاً لمتطلبات المصلحة الاجدر بالرعاية والغاية الأوفق الى أن يستثني من الأصل العام للقاعدة القانونية حالة أو شخص او واقعة لدواعٍ متعددة

فـــ التوازن إذن يفترض وجود تعارض بين المصالح مسبقاً ، فيتدخل المشرع مستعيناً بالإستثناء كوسيلة لإعادة التوازن بين الأفراد ، وكما نوهنا سابقاً فأن هذا الترجيح الذي يمارسه المشرع في نطاق الإستثناء يجب أن لا يعارض قاعدة آمرة . كذلك بذات المفهوم وارد في نطاق الفقه الاسلامي ، إذ يذهب رأي من الاصوليين الى أن" اذا تعارض نصان قاطعان فلا سبيل الى الترجيح ... وكما لا يجوز التعارض والترجيح بين نصين قاطعين فكذلك في علتين قاطعتين" [2]، فالإستثناء كأسلوب يلجأ إليه الشارع والمشرع عند وجود تعارض مانعاً من الإلغاء الكلي للقاعدة العامة حافظا لها ألزاميتها وعموميتها بما لا يخل بها محققاً التوازن بين المصلحة المبتغاة من القاعدة العامة والمصلحة المستثناة منها [3] .

([1]) د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، نظرية ترجيح السند الافضل في تزاحم الحقوق ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٤، ص١٣.

([2]) ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى من علم الأصول ، الجزء الثاني ، ص٧١٢.

([3]) للمزيد ينظر : أسماء عبد النور ، قواعد الترجيح بين المصالح المتعارضة في الفقه الاسلامي وتطبيقاتها المعاصرة ، الطبعة الاولى ، دار العاصمة ، الرياض ، ٢٠١٤، ص٥١.

المبحث الثاني

شروط الاستثناء وتمييزه عما يشتبه به

الإستثناء يفيد معنى الإخراج ، وهذا الإخراج من المنطقي أن يحاط بشروط تكفل عدم عشوائيته . فصياغة المشرع للقاعدة القانونية بشقيها الحكم والفرض تكتمل بصياغة شقي الحكم العام والإستثنائي . والإستثناء بوصفه تقنية تشريعية يدخل في صلب القاعدة القانونية وتركيبها فيرتب آثار من غير الممكن ترتيبها لولا الصياغة الإستثنائية بشرطها وشروطها . لذا فإن النص التشريعي الإستثنائي يجب أن يخضع عند صياغته لهذه الشروط ، سيما أن من أهم مبررات الصياغة الإستثنائية هي المعالجة أو التدارك ، وهذا يتطلب انتهاج الأسلوب الذي حدده المشرع للعمل بمقتضى القاعدة العامة أو الاستثنائية .

ومن المفهوم المخالف لما تقدم فأن عدم الاحاطة بشروط الإستثناء يؤدي الى عدم تحقيق الغاية المبتغاة من فلسفة الإستثناء ، كما أن أقتران الإستثناء بشروط يؤدي الى ضبط مداه وتوفير المزيد من الاحترام والعدالة من خلال التقيد بما أستثني من النص دون أن أو تختل المعاملات المالية أو الأمان القانوني . وبتحديد شروط للإستثناء ينجلي غموضه ويصبح بالأمكان تمييزه عما يشتبه به من أوضاع قانونية تقترب منه كثيراً لولا بعض الاختلافات التي تميز بينهم .

أستنادا لما تقدم سيكون تقسيم هذا المبحث على مطلبين ، سنبحث في المطلب الاول شروط الإستثناء ، وسنتناول في المطلب الثاني تمييز الإستثناء عما يشتبه به من أوضاع قانونية متقاربة معه.

المطلب الاول

شروط الإستثناء

تمهيد وتقسيم:

هنالك شروط للإستثناء يلزم مراعاتها عند صوغ ألفاظ القاعدة و تطبيقاتها . فما يؤثر في صياغة القواعد الإقتصار على موضوع القاعدة . وإطلاق المراد من القاعدة دون قيود او شروط ، ولذا كانت القواعد أشمل من الواقع في الحقيقة ، بل تعدى ذلك إلى أن تعم أكبر من

معناها الذي صيغت من أجله [١]، فكانت تحتاج إلى جهد في إستثناء عمومها وضبطها بالشروط المعتبرة ، وهذه الشروط لا تجعل القاعدة تفقد عمومها بل تضبط حدودها بما لا يخل بالأخير بل يتكامل معها ، وتناول الفقهاء المسلمون هذه الشروط بشيء من الدقة فلم يدخروا جهداً في إيرادها ، إذ أشترط علماء الفقه والنحو [٢] لصحة الإستثناء شروط أختلفو في عددها ، كما لم يتفقوا على حدود كل شرط منها ، سنعرض لما هو متفق عليه عندهم ، ثم نبين آراء الاصوليين وحججهم .

في ضوء ذلك سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع ، سنعرض في الفرع الاول الى شرط الاتصال ، ثم سنعرج في الفرع الثاني شرط المماثلة ، واخيراً سنبين شرط عدم الاستغراق في الفرع الثالث ، وكما يلي :

الفرع الاول

شرط الإتصال

يراد بشرط الاتصال في الإستثناء لدى الاصوليين عدم الانقطاع بحيث يكون الكلام الذي بعد اداة الإستثناء متصلاً بما قبله (أي يكون المستثنى متصلا بالمستثنى منه ، ولا يفصلهما أي فاصل) ، بمعنى آخر عدم تراخي الزمن بين النطق بالمستثنى منه والمستثنى ، ويقصد بالإستثناء المتصل " المقترن المذكور في النص الذي اشتمل عليه اللفظ العام دون أن يتراخى عن العام في الورود" [٣] ، كما عرف الاستثناء المتصل بأنه "جزء من الكلام المشتمل على العام ولا يستقل بنفسه ، بل يتعلق معناه بالعام ويكون مقارنا له" [٤]. بمعنى ان يكون اللفظ الاول منه يتناول الثاني ويكون الاخير جزءً من الاول [٥]. فلا يجوز الفصل بينهما بالزمن فصلاً تقتضي العادة بأن يكون الكلام الثاني غير مرتبط بالكلام الاول ، فالعادة هي الحاكمة عليه فما يعتبر في العادة اتصال عد كذلك ، والا فلا ، فأن قضت العادة بعدم الفصل فلا يضر ذلك ، كأن يكون التأخير لشهر أو سنة او

---

(١) د. حمد قبلان عواد بطي العازمي ، التقييد واثره في القواعد الفقهية ، أطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الشريعة ، الجامعة الأردنية ، ٢٠١٨، ص٧٩.

(٢) ومما اشترطه النحاة ان لا يكون المستثنى منه مجهولاً فلا يصح استثناء معلوم من مجهول ولا إستثناء مجهول من مجهول ، واذا كان المستثنى منه مجهولاً لم يكن كذلك ، كما اشترطو أن لا يكون الإستثناء في كلام موجب ويقع بعد إلا. ينظر الحسن بن قاسم المرادي ، الجنى الداني في حروف المعاني ، تحقيق د. فخر الدين قباوه، أ .محمد نديم فاضل ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان ، ١٩٩٢، ص٥١١

(٣) بدران ابو العينين بدران ، مصدر سابق ، ص١٥٥.

(٤) د. جواد احمد البهادلي ، مصدر سابق ، ص ٨٧.

(٥) بدر الدين محمد بن ابي بكر البكري الشافعي ، الاعتناء في الفرق والاستثناء ، مصدر سابق ، ص ٣٨٢ - بدران ابو العينين بدران ، مصدر سابق ، ص١٦٣.

الى آخر المجلس الذي وقع فيه الكلام [١]. والاتصال المقصود هنا الحقيقي والحكمي ، فالأول ان يكون المستثنى عقب المستثنى منه مباشرة. والثاني ان يحصل فاصل اضطراري كالعطاس والسعال ونحوهما ، فيحكم له بالاتصال ويصح الإستثناء [٢].

وعلى هذا فالإستثناء المتصل يراد به " ان تحكم على جنس ما حكمت عليه اولاً بنقيض ما حكمت به اولاً "[٣]، فمتى ما اختل احد هذين القيدين كان الإستثناء منقطعاً ، فاذا قلت بعتك البيت إلا حديقته ، فالحديقة من جنس البيت وحكمت أولاً بالبيع ، وعلى الحديقة بعدم البيع ، وهو نقيض البيع فهذا متصل . والإستثناء المتصل قد يتصل لفظياً أو زمانياً ، واللفظي يشمل كل ما يتصل بالكلام ، أو يفيد التضييق من مدلوله ، أما المتصل زمانياً فيعني منذ صدور الاصل العام فهو مواكب له في الزمان [٤].

و ذهب الى اشتراط الاتصال جمهور اهل العلم من الامامية[٥] والشافعية [٦] والحنفية[٧]. وحجتهم في ذلك أن تأخير المستثنى بخلاف (اتفاق اهل اللغة) لأنه جزء من الكلام يحصل به إتمام المعنى ، فإذا أنفصل لم يكن إتماماً [٨]، والدليل على ذلك أن الإستثناء تابع فاشتراط إتصاله

---

(١) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني ، أرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول ، المحقق الشيخ أحمد عزو عناية ، ، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، الجزء الاول ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب العربي ، دمشق ، ١٩٩٩م، ص٣٦٣_ د. محمد ابو النور زهير ، أصول الفقه ، تصحيح د. عبد الله ربيع عبد الله ، الجزء الاول ، المجلد الاول ، المكتبة الازهرية للتراث – الجزيرة للنشر والتوزيع ، مصر، ٢٠١٨، ص٢٧٠.

(٢) سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ، شرح التلويح على التوضيح ، الجزء الثاني ، مكتبة صبيح ، مصر ، بدون تاريخ ، ص٥٤.

(٣) أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش)، مصدر سابق، ٣٨٣.

(٤) الشيخ فاضل الصفار ، مصدر سابق ، ص٢١٣

(٥) جمال الدين ابو منصور الحسن بن سديد الدين يوسف بن المطهر الحلي ، مبادى الوصول الى علم الوصول ، تحقيق عبد الحسين محمد علي البقال ، الطبعة الاولى ، مطبعة الاداب ، النجف الاشرف ، ١٩٧٠، ص١٣٢_١٣٣. نجم الدين أبي القاسم جعفر بن الحسن بن يحيى بن سعيد الهذلي (المحقق الحلّي) ، معارج الاصول ، المجلد الاول ، المحقق: محمد حسين الرضوي ، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ، قم ، ص٩٣.

(٦) شمس الدين محمد بن عثمان بن علي المارديني الشافعي ، الانجم الزاهرات على حل الفاظ الورقات ، تحقيق محمد السيد عثمان ، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان ، ١٩٧١، ص١٠٩-١١٠. أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ، ،الجزء الرابع ، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - الشيخ على محمد معرض ، الجزء الرابع دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، بلا سنة ، ص٥٣.

(٧) علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي ، كشف الأسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي ، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧، ص. ، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، الجزء الخامس، الطبعة الثانية ، دار الفكر-بيروت ، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م ص٥٠٥.

(٨). ابو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، المستصفى في علم الاصول ، مصدر سابق ، ص٢٥٨.حمد 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،

كسائر التوابع ، ولأنه لو جاز إنفصاله لما أنعقد بيع ولا أستقر طلاق ولا غير ذلك من العقود ، لجواز أن يبايع الشخص أو يطلق ثم بعد حين يستثني بذكر شرط فيزول لزوم العقد [١].كما اشترط الاتصال فقهاء الحنابلة [٢] والمالكية [٣] . كما أن القائلين بعدم جواز الفصل طرحو عدة أدلة من القرآن _لا محل لذكرها جميعا منعاً للإسهاب_ إذ يرون أنه يفضي الى عدم استقرار الامور والتخبط فيها فلا تتم عقود ولا تثبت معاملات ، ومثل هذا لا يصح ان يكون مقصوداً لعاقل فضلا عن الشارع لذلك لم يجز الفصل في الإستثناء طلباً للإستقرار[٤].

وخالفهم في ذلك وجوز تأخير الاستثناء وله أدلته ابن عباس [٥]، وأستدل أبن عباس بقياس الإستثناء على غيره من المخصصات بجامع أن كلا إخراج لبعض ما دل عليه الكلام السابق ، وغير الإستثناء كالمخصص المنفصل لا يشترط فيه الإتصال بالمخصص فالإستثناء كذلك لا يشترط فيه الإتصال[٦] ، ونوقش هذا الدليل من وجهين ، **الاول** : هذا قياس مع الفارق فالمخصص المنفصل مستقل بنفسه عن الكلام السابق فجاز فيه الإنفصال ، أما المخصص المتصل فهو غير مستقل ومرتبط بالكلام السابق ولا ينفك عنه لذا لم يجز فصله ، **الثاني** : هذا الدليل منقوص بالصفة والغاية لأن كل منهما مخصص متصل ومع ذلك يشترط فيهما الإتصال بما قبلهما اتفاقاً [٧].

١٤١٩هـ ، ص ١٢٣ وعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي ، مصدر سابق ، ص٣٣٧ ، الإمام علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ص١٢٣.

(١) انظر نجم الدين ابي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم ابن سعيد الطوفي ، مختصرشرح الروضة ، ص٥٨٩. العلامة د.محمد ابو النور زهير، مصدر سابق، ص٢٧١.

(٢) ابي البقاء محمد بن احمد بن عبد العزيز الفتوحي المصري الحنبلي ، شرح الكوكب المنير (مختصر التحرير في اصول الفقه)، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت-لبنان، ١٩٧١، ص٣٨٤-٣٨٥.البهوتي ، كشاف القناع ، ص٢٣٨.

(٣) شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، الجزء الثاني ، دار احياء الكتب العربية ، لبنان ، بدون سنة نشر ، ص ١٢٩ .

(٤) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني ، أرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، مصدر سابق، ص٣٦٤.

(٥) هو : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب ، القرشى ، الهاشمى ، أبو العباس ، ابن عم رسول الله ، لقب بترجمان القرآن ، من أجل الصحابة علمًا ، وفقهًا ببركة دعاء النبى له بالفقه فى الدين ، والعلم بالتأويل ، توفى سنة ٦٨ه, أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني ، الاسَامِي والكنى ، المحقق: عبد الله بن يوسف الجديع ، الجزء الاول ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الأقصى - الكويت ، - ، ١٩٨٥، ص١٢٦.

(٦) اختلف النقل عن أبن عباس فنقل عنه جواز التأخير لشهور و الى سنة ، كما نقل عنه جواز التأخير مادام المتكلم بالمستثنى منه حياً. ويرى الغزالي بأنه " لا يصح عنه النقل إذ لا يليق ذلك بمنصبه وان صح فلعله اراد به : اذا نوى الاستثناء اولا ثم اظهر نيته بعدها " ينظر المستصفى من علم الاصول ، ص٤٨٥.

(٧) ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الاصول ، المصدر السابق ، ص٤٨٥. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني ، أرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، مصدر سابق ، ص٣٦٤. العلامة د. محمد ابو النور زهير ، مصدر سابق ، ص٢٧٢ وما بعدها.

كما جوز الفصل الحسن البصري [1]، فقد أجاز أن يكون الإستثناء منفصلاً ما دام في مجلس العقد. إلا أن ما يشترط للإستثناء من الاتصال يقصد منه المعتاد ، فلا يضر الفصل بينه وبين المستثنى منه بسؤال أو سكوت لأن تلك الأمور ضرورية ، كما يشترط له أن ينوي الإستثناء[2] قبل تكميل المستثنى منه وهو الأصح من مذهب الشافعي [3]. فالاتصال هنا المقصود به العادي لا الحسي [4] أي بما يعد اتصالاً عادة فأن أنفصل أو تأخر على وجه لا يدل على أن المتكلم قد أستوفى غرضه من الكلام كالإنقطاع بعارض كسعال او عطاس فأنه لا يقدح في الإتصال عادة وإلا كان لغوا [5]. وعرف الاستثناء المنفصل بأنه " مـا يدل على المعنى الخاص دون افتقار الى ذكر العام معه "[6] ، أي يتأخر وروده عن العام [7] . يتبين ان الاستثناء المنقطع نوعان : الاول المنقطع الذي لا يمكن اتصاله ، و الذي لا يمكن اتصاله هو الذي لا يمكن اخراج الوصف المتعلق به من الوصف المتقدم ، واما الذي يمكن اتصاله هو الذي يكون الوصف المثبت له مخرجاً من الوصف المتقدم [8].

ونرى أن الراجح هو رأي الجمهور القائل بإشتراط الاتصال لأن به تتحقق الغاية من الإستثناء وبخلافها يؤدي الى عدم الاستقرار والفوضى في التعاملات ، كما أن القول بجواز الإستثناء المنفصل يترتب عليه التلاعب بأحكام الشريعة ، وابطال التصرفات الشرعية.

---

(1) هو : الحسن بن يسار البصرى ، أبو سعيد ، تابعى ، إمام أهل البصرة ، وحبر الأمة فى عصره ، ولد بالمدينة ، وشب فى كنف على بن أبى طالب عليه السلام ، توفى الحسن البصرى – رحمه الله ، سنة ١١٠هـ.

(2) اشترط اصحاب المذاهب الاربعة من الحنفية والمالكية ، والشافعيّة ، والحنابلة لصحة الاستثناء القصد ، سواء أكان الاستثناء حقيقياً، بإلاّ أو إحدى أخواتها، أم عرفياً، بإن شاء الله ونحوه. فلا يفيد الاستثناء الحالف إلا أن يقصد معنى الاستثناء أي: حل اليمين، لا أن يقصد مجرّد التبرك، أو لم يقصد شيئاً. وكذا لا بد أن يقصد التلفظ به، فلو جرى الاستثناء على، لسانه سهواً لم ينفعه. وقد اتفقوا أيضاً على صحّة هذا القصد إن تحقّق في أول النطق بالكلام المشتمل على الاستثناء، أو في أثنائه وقبل الفراغ منه. أمّا إن وجدت النّيّة بعد الفراغ منه فهي صحيحةٌ عند الحنابلة بشرط الاتّصال. أمّا المالكيّة، والشّافعية فلكلٍّ منهم قولان: الأوّل وهو المقدّم عند المالكيّة، ومقابل الأصحّ عند الشّافعيّة: أنّ النّيّة صحيحةٌ وينحلّ بها اليمين أو الطّلاق بشرط الاتصال كما تقدّم، والقول الثاني، وهو غير المقدم عند المالكية وهو الأصح عند الشافعية: أنّ القصد بعد الفراغ لا يصحّ، فتنعقد اليمين، ويقع الطّلاق. أمّا الحنفية فقد صرحوا بعدم اشتراط القصد في الاستثناء بالمشيئة، فيكون عدم اشتراطه في الاستثناء بإلا وأخواتها من باب أولى. وهو ظاهر المذهب. للمزيد ينظر الشيخ ابي البقاء محمد بن احمد بن عبد العزيز الفتوحي المصري الحنبلي ، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق ، ص٣٨٥. العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مصدر سابق ، ص١٣٠.

(3) نجم الدين ابي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم ابن سعيد الطوفي ، مختصر شرح الروضة ، ص٦٠٣.

(4) د. بديعة غلاييني ، مصدر سابق ، ص٣٥٠.

(5) عبد الرحمن الجزيري ، مختصر الفقه على المذاهب الاربعة ، المجلد الاول ، اختصره وعلق عليه الشيخ ابراهيم محمد رمضان ، دار القلم ، بيروت- لبنان ،١٩٩٢، ص٦٣. أ. بدران ابو العينين بدران ، بيان النصوص التشريعية طرقه وانواعه ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٩، ص١٩٢.

(6) د. جواد احمد البهادلي ، مصدرسابق ، ص٩٢

(7) بدران ابو العينين بدران ، مصدر سابق ، ص١٥٩.

(8) شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، مصدر سابق ، ص٣٦١-٣٦٢.

أما عن دور هذا الشرط في نطاق القانون فيمكن ان نسميه ب(شرط التلازم) فـ الإستثناء يتطلب وجود نص تشريعي ملازم له ومتصل به ، وبمعنى آخر أذا وجد هذا النص القانوني وجد الاستثناء واذا انعدم النص ينعدم الاستثناء ، واصطلح الاصوليون على تسمية المتصل بالتلازم [١] وهو ما يمتنع انفكاكه عقلا عن موضوعه وهو نوعان بين وغير بين ، وللبين اطلاقان ، بين بالمعنى الاعم وبين بالمعنى الاخص ، أما غير البين فهو ما احتاج اثبات الملازمة فيه الى دليل ، ويراد بـ المعنى الاعم " ما يلزم تصوره وتصور الملزوم وتصور النسبة بينهما الجزم بالملازمة ، فلا يكفي تصوره للانتقال الى اللزوم ، بل لابد من تصور النسبة حتى يحصل الجزم بالملازمة والوصول الى نتيجة "[٢]، اما التلازم بمعناه الخاص فهو "ما يلزم من تصور ملزومه تصوره بلا حاجة الى توسط آخر "[٣].

ونرى أن التلازم بين الاستثناء والنص التشريعي هو تلازم بيِّن بالمعنى الاخص ، لأن ادوات الاستثناء وضعت للإخراج ، ولازم هذا الإخراج باللزوم البين بالمعنى الأخص ، إن يكون المستثنى محكوماً بنقيض حكم المستثنى منه [٤]، لأنه يجب وجود نص تشريعي إستثناء مترتب عليه يتمثل بالحكم (القاعدة القانونية).ويستعمل الاصوليون مصطلح التلازم مقابل نوع من الاقيسة المنطقية وهو القياس الإستثنائي المتصل [٥]. لذا فالتلازم بين الإستثناء والنص التشريعي يعني ان هنالك نص يقرر أمر ما ، ويقرر إخراج امر آخر منه ، والاخير كما تقدم بيانه قد يرد فيه الإستثناء صراحة كما هو الحال في غالبية نصوص القانون المدني العراقي ، نحو المادة (١٣١) والتي جاءت بإستثناء متلازم ومتصل مع الاصل العام للنص "٢ – كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام او للآداب **و(إلا)** لغا الشرط

([١]) اللازم هو ما يمتنع انفكاكه عقلا عن موضوعه . وهو نوعان بين وغير بين ، وللبين اطلاقان ، بين بالمعنى الاعم وبين بالمعنى الاخص ، اما غير البين فهو مااحتاج اثبات الملازمة فيه الى دليل . محمد رضا المظفر ، المنطق، مصدر سابق ، ص ١٠٣.

([٢]) السيد كمال الحيدري ، شرح كتاب المنطق ، الجزء الاول ، دار المرتضى ، بيروت ، ٢٠١١، ص٤٠٧. ومثال البين الاعم لزوم الوضوء لوجوب الصلاة، فلا بد من تصور وجوب الصلاة وتصور الوضوء وتصور توقفها عليه من اجل ان نحكم بالملازمة بينهما .

([٣]) ومثال البين الاخص اذا تصورت النار تتصور الحرارة مباشرة دون حاجة الى توسط شيء آخر نظير انتقال الذهن من اللفظ الى معناه بمجرد تصور اللفظ لوجود علاقة بينهما. ينظر السيد كمال الحيدري ، المصدر السابق نفسه ، ص٤٠٦.

([٤]) محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٩٤.

([٥]) يعرف بأنه الذي تذكر نتيجته في أحد مقدمتيه إما بعينها أو بنقيضها وسمي إستثنائياً لاشتماله على أداة الإستثناء وهي (لكن (وهو قياس مركب من مقدمتين، إحداهما شرطية، والأخرى [استثنائية] ، وهو ضربان متصل ومنفصل ينظر أبو زكريا يحيى بن موسى الرهوني تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السول ، المحقق: د. الهادي بن الحسين شبيلي ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي، الإمارات ،٢٠٠٢ ، ص٢٧٣.عبد الكريم عينات ، أسلمة المنطق ، الارغانون الارسطي بين يدي الغزالي ، الطبعة الاولى ، دار الامان ، الرباط ، ٢٠١٣، ص٤٠.

وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً.".أو قد يتضمن النص التشريعي الحكم دون النص على الإستثناء صراحة وهنا يقع على عاتق القاضي استنباط الإستثناء من القاعدة ، وفي نصوص اخرى يفهم كذلك من عبارات النص خروج المشرع من الاصل العام الى الاستثناء كدلالة المادة (٦٣) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ والتي نصت على " يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله"[١]. فلفظ يعتبر نلاحظ من خلاله ان المشرع قد خالف طبيعة الاشياء وتقسيمها الى منقولات وعقارات من خلال إستثناء المنقول المخصص لخدمة العقار من مفهوم المنقول وعده عقاراً والتعامل معه على هذا الاساس عند التنفيذ عليها .

مما تقدم نلاحظ ان الإستثناء غير مستقل في وجوده القانوني ، إذ يأتي في سياق يتلازم فيه مع نصوص تعالج مصاديق وحالات واشخاص نظمها المشرع ، ومن ثم أورد الإستثناءات عليها .

الفرع الثاني

شرط المماثلة

يقصد بشرط المماثلة ان يكون فيه المستثنى من جنس المستثنى منه ، والذي عبّر عنه بالإستثناء من الجنس[٢]، بمعنى أن يكون المستثنى ممّا يدخل تحت المستثنى منه ، وأكد رأي آخر [٣] بأنه يقصد بشرط المماثلة أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه وإلا كان الإستثناء منقطعاً والذي يكون المستثنى من غير جنس المستثنى منه [٤] . لذا فان الخروج الذي يراد بالإستثناء المنقطع قد يراد به ألا يكون داخلاً في صدر الكلام اصلاً ، وقد يراد به الدخول في صدر الكلام [٥]. لذا فالإستثناء المنقطع هو " الإستثناء الذي يفصل الكلام الآتي بعد إلا عن معنى وصفه ما

---

(١) نظيرتها المادة٢/٨٢ من القانون المدني المصري النافذ رقم١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٢) جمال الدين ابو منصور الحسن بن سديد الدين يوسف بن المطهر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول ، ص ١٣٣، ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، مصدر سابق ، ص٤٨٦ - محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر فياض العلواني ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ،الرياض، ١٤٠٠، ص٥٤٦.

(٣). أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، العدة في أصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٥٧٣.

(٤) محمد جواد مغنيه ، علم اصول الفقه في ثوبه الجديد ، الطبعة الاولى ، مصدر سابق ، ص١٧٩.

(٥) محمد خالد الاتاسي ، شرح المجلة ، الجزء الاول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٧١ ص١٠٦.

قبلها ، وان كان كلاً منهما من غير نوع الآخر ، ويكون ذلك في كل موضع حسن ان يوضع فيه مكان إلا الاداة فيعلم حينئذ انقطاع معنى الثاني عن معنى الاول [١].

أما عن حده فهو عبارة عن ان تحكم على غير جنس ما حكمت عليه اولاً ، أو بخلاف (نقيض) ما حكمت به اولاً ، بمعنى آخر إذا أريد باللفظ العام بعض انواعه ، ثم استثني النوع الآخر منقطعاً ، وان كان الجنس واحداً [٢] ، فذا قلت بعتك الارض إلا الدار ، فالحكم وان وقع بالنقيض على الدار الذي هو عدم البيع ، لكن الدار ليس من جنس الارض فكان الاستثناء منقطعاً [٣].

ولكن السؤال الذي يطرح هنا هل أن الإستثناء من غير الجنس هو الإستثناء المنقطع ؟

ذهب غالبية الفقهاء الى عدم التفريق بينهما ، إلا ان القرافي مضى إلى الفرق بينهما بالقول ، إن الإستثناء المنقطع ينقسم على قسمين:

الأول : ما يكون المستثنى من غير جنس المستثنى منه كقولك رأيت أخوتك إلا ثوبا، فهذا إستثناء منقطع وإستثناء من غير الجنس في نفس الوقت.

الثاني : ما يكون المستثنى من جنس المستثنى منه كقولك رأيت أخوتك إلا زيدا ولم يسافر. فهذا إستثناء منقطع لكنه إستثناء من الجنس.

وهذا يعني أن الإستثناء من غير الجنس أحد أنواع الإستثناء المنقطع [٤].

كما إنّ الفقهاء اختلفوا في صحّة الاستثناء من غير الجنس ، فذهب الآمدي[٥] الى اختلاف العلماء في صحّة الإستثناء من غير الجنس ، بين من جوزه [٦] ومن منعه [٧] ، فذهب الامامية الى ان الإستثناء من غير الجنس جائز على الأقوى بشرط بقاء شيء بعد إسقاط قيمة المستثنى من

---

(١) بدران ابو العينين بدران ، مصدر سابق ، ص١٥٩.

(٢) شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، مصدر سابق ، ص٣٥٩. د. فاضل صالح السامرائي ، مصدر سابق ، الجزء الثاني ، ص٢٤٧.

(٣) تقتضي الاشارة ان بعض النحاة جعل الاستثناء من غير الجنس و الاستثناء المنقطع أمرا واحد ، وبالمقابل هنالك من يرى ان بينهما عموما وخصوصا مطلقا ، ومعنى ذلك انه كلما كان الاستثناء من غير الجنس فهو منقطع ولا يلزم في كل منقطع ان يكون غير الجنس . القرافي ، ص٣٨٢.

(٤) شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ، الاستغناء في الإستثناء ، مصدر سابق ، ص٣٥٩.

(٥) علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ص٤٢٠.

(٦) منهم الحنفية : ينظر اصول السرخسي ،ج٢ ص ٣٨.

(٧) حمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني ، ارشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول ، ص ٣٦١.

المستثنى منه[١]، كما ذهب الشافعية [٢] إلى صحّة الإستثناء المنقطع ، ولكن بالنظر إلى ما يقع من الاشتراك في المعنى بينهما، كما قال الشافعي: إنّه لو قال القائل: (عليّ مائة درهم إلا ثوبا) فإنّه يصحّ ، ويكون معناه (إلا قيمة ثوب) لاشتراكهما في ثبوت صفة القيمة لهما ، وكما قال أبو حنيفة في استثناء المكيل من الموزون وبالعكس . والى نفس المعنى ذهب رأي من الحنابلة " القائل بصحة الإستثناء من غير الجنس أن أراد صحته مجازاً فلا نزاع فيه وأن أراد صحته حقيقة ممنوع وكذلك أن عرفنا الإستثناء بأنه قول متصل يدل على أن مدلوله غير مراد بالأول لا يصح إستثناء غير الجنس أيضاً لأن أحد الجنسين لا يصح أن يكون مراداً من لفظ الآخر حتى يكون الإستثناء دليلاً على عدم إرادته منه ، أما جوازه مجازاً فلا نزاع فيه فقول المجوزون بالإستثناء من غير الجنس إحتجوا على جوازه بأنه قد وقع في القرآن واللغة كثيراً والوقوع دليل الجواز وبيان الوقوع قوله تعالى﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ [٣] ، والتجارة ليست من جنس المال لأن المال هو الأعيان والتجارة التصرف في تلك الأعيان ."[٤]. لذا جميع ما ذكر إستثناء من الجنس فبان بذلك كله صحة الإستثناء من غير الجنس وفي جواب ذلك يتعين حمله على المجاز والإتساع محل نزاع لأن ما ذُكر من دليل الامتناع قاطع والقاطع مقدم على المحتمل ، وإن جميع ما ورد في الآية أعلاه فتقديرها إلا أن تكون أموالاً ذات تجارة و أما كونه في تجارة فهو إستثناء مال من مال وهو إستثناء من الجنس[٥] ، فالإخراج بإلا أو إحدى أخواتها ، مخرج للتخصيص ونحوه ، والمراد بالمخرج " تحقيقاً " المتصل ، وبالمخرج" تقديراً " المنقطع، [٦].وهناك من يرى[٧] " أنّ المسألة لا تتحمّل أكثر من أن يقال فيها إنّ هذا اللون من التعبير يرجع في صحته وصحّة الأخذ به والاعتماد عليه إلى المتعارف عليه في المجتمعات ، ففي بعض المجتمعات لا يوجد شيء من هذا التعبير، وفي مجتمعات أُخرى يوجد شيء منه مع الاختلاف في

---

(١) أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي (العلامة الحلي ، مختلف الشيعة ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي ، بقم المقدسة ، الجزء السادس ، ١٤١٥ه، ص ٥٣.

(٢) ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، مصدر سابق ، ص٤٨٦.

(٣) آية (٢٩).سورة النساء.

(٤) سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي ، شرح مختصر الروضة ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٨٧، ص٥٩١.

(٥) سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي ، شرح مختصر الروضة ، المصدر السابق ، ص٥٩١ ، ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، مصدر سابق ، ص٤٨٧.

(٦) أبو محمد بدر الدين حسن بن قاسم بن عبد الله بن عليّ المرادي المصري المالكي ، توضيح المقاصد والمسالك بشرح ألفية ابن مالك، ، شرح وتحقيق عبد الرحمن علي سليمان ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي ، - ٢٠٠٨ ، ص٥٦٩.

(٧) العلامة الشيخ عبد الكريم الحائري ، محاضرات في اصول الفقه القاها على طلبة كلية العلوم الاسلامية ، جامعة أهل البيت ، منشورة على الموقع الالكتروني

https://abu.edu.iq/islamic-sciences/courses/general-lessons/principles-jurisprudence-2/26

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٤/٤ الساعة ١١ مساءا .

لون الصياغة من مجتمع لآخر، ومجال الإفتقار لهذا هو المعاملات والمرافعات ، أمّا في النصوص الصادرة في عصر التشريع فحسابها حساب ما كان متعارفاً عليه اجتماعيّا آنذاك لأنّ المشرّع المقدّس لم يبتدع له طريقة خاصة في عبائره الشرعيّة ، والطريق إلى هذا هو دراسة اللغة الاجتماعيّة لذلك العصر في تركيباتها ودلالاتها".

بقي ان نشير الى مسألة مهمة اختلف فيها كلام العلماء وهي تسمية المنقطع أستثناءً هل هو من باب الحقيقة أمْ المجاز؟

يمكن تلخيص الاجابة عن هذا السؤال من خلال الآراء التالية :

الرأي الاول : أستثناء حقيقي ، ومنهم من قال ان مشترك بينهما اشتراكاً لفظياً أي ان الإستثناء في اصل وضعه اللغوي يدل على الإستثناء المتصل ويدل أيضا على الإستثناء المنقطع [١].

الرأي الثاني : إستثناء مجازا. لأنه لا إخراج فيه لشيء ضرورة أن المستثنى لم يكن داخلاً [٢].كما أن اللفظ الداخل على الشيء فقط غير دال على ما يخالف جنس مسماه.

الرأي الثالث: انه لا يسمى استثناءا لا حقيقة ولا مجازا وهذه الاراء ترجع في جملتها الى عرض الادلة في مسألة اشتراط كون المستثنى من جنس المستثنى منه ، فالذي يشترط ذلك يحمل الإستثناء من غير الجنس على المجاز، والذي لا يشترطه يحمله على الحقيقة ، مع ان المانعين حصروا الإستثناء في (إلا) فقط وفي معنى الإستثناء في اللغة [٣].

وهنالك رأي يرى ان الخلاف في هذه المسألة لفظي ، لان الذين منعوه لم يمنعوه كلياً ، وانما قالو ليس من الإستثناء الحقيقي لان اداة الإستثناء فيه بمعنى لكن فهو الى الاستدراك اقرب منه الى الاستثناء [٤]، أو معنى العطف ، فأنه مجاز و الكلام بحقيقته لا يحمل على المجاز إلا اذا تعذر حمله على حقيقة الإستثناء لأنه سيكون بمعنى آخر[٥] .

---

(١) ينظر في هذه الاراء أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص٣٦٩.

(٢) ابي بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي ، اصول السرخسي ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ،ص٤٢. العلامة د. محمد ابو النور زهير ، المصدر السابق ، ص ٢٦٧.

(٣) : شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، العقد المنظوم في الخصوص والعموم ، تحقيق: د. أحمد الختم عبد الله ، الجوء الاول ، الطبعة الأولى، دار الكتبي - مصر ، ١٩٩٩، ص١٩٢.

(٤) ابي بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي ، اصول السرخسي ، المصدر السابق ،ص٤٢- ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الاصول ، مصدر سابق ،ص ١٧٠.

(٥) كما في قوله صلى الله عليه واله وسلم (لاتبيعو الطعام بالطعام الا سواء بسواء) فهو استثناء منقطع بمعنى لكن ، فتعذر حمل اللفظ على حقيقة الاستثناء ، وان كان محمولا على حقيقة الاستثناء فهو استثناء بعض الاحوال اي لاتبيعو الطعام بالطعام الا في حالة التساوي في الكيل فيكون توقيتا للنهي بمنزلة الغاية ، كما ويثبت بهذا النص حرمة الربا الحرمة المؤقتة في المحل دون المطلقة ، لغاية وهي حالة المساواة والاخيرة تتحقق بالمعيار الشرعي وهو الكيل ، ينظر اصول السرخسي، مصدر سابق ، ص ٤٣ . الشافعي ، الام/ الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص١٥.

واخيراً ، بغية تحقيق الفرق بين الإستثناء المتصل والمنقطع ، ومنعاً من اللبس فأن الفرق بينهما يحصل بأمرين يتحقق بوجودهما ان الإستثناء متصل وان اختل واحد منهما فهو منقطع ، **الاول** ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه ، فإن كان من غير جنسه فهو منقطع . أما **الثاني** ، ان يكون الحكم على المستثنى بنقيض الحكم على المستثنى منه فإن كان الحكم على المستثنى ليس نقيض الحكم على المستثنى منه فهو منقطع ولو كان المستثنى من جنس المستثنى منه ، فلانقطاع الإستثناء قسمان ، احدهما الحكم على غير جنس المستثنى منه ، الثاني ، الحكم بغير النقيض [١].

بقي أن نشير الى امر مهم لم يتطرق له النحويين [٢] ولا الاعرابيين ، واشار اليه القرافي في (كتابه الاستغناء في الإستثناء) [٣] وهي حالة الإستثناء المشتمل على المتصل والمنقطع في جملة واحدة ، وما المرجح لذلك ؟ وهل تمتنع المسألة ؟

الجواب ، يرى الاصوليين ان لا فرق بين القسمين (المتصل والمنفصل) من ناحية القرينة على مراد المتكلم ، وانما الفرق بينهما من ناحية انعقاد الظهور في العموم ، ففي المتصل لا ينعقد للكلام ظهور إلا في الخصوص ، وفي المنفصل ينعقد ظهور العام في عمومه ، غير ان الخاص ظهوره اقوى ، فيقدم عليه من باب تقديم الاظهر على الظاهر او النص على الظاهر .

لذا فأن الاستثناء المتصل ينضم المستثنى للمستثنى منه بضميمه تصلح لان تكون قرينة تصرفه عن ظهوره الابتدائي الاولي ، وإلا فالإستثناء مادام متصلاً فأن ظهوره مراعى ، فأن انقطع من دون ورود قرينة على خلافه استقر ظهوره الاول ، وانعقد الكلام عليه ، وان لحقته القرينة الصارفة تبدل ظهوره الاول الى ظهور آخر حسب دلالة القرينة ، وانعقد حينئذ على الظهور الثاني فيقدم عليه من باب انه قرينة عليه كاشفة عن المراد الجدي [٤].

أما في نطاق القانون فيمكن ان نسمي شرط المماثلة بشرط التحديد

الإستثناء بمقتضى مفهومه المتعلق بالإخراج يستلزم تحديد وفرز الأشخاص والوقائع المستثناة حتى يتم إخراجها من غير أن يتزعزع النظام القانوني أو تنهار المعاملات المالية أو

---

(١) محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد أبو الثناء شمس الدين الأصفهاني ، شرح مختصر ابن الحاجب ، مصدر سابق ، ص٢/٢٤٩.

(٢) قسم علماء النحو الاستثناء الى متصل ومنقطع ، إذ يكون المعنى الاول شاملا فيكون متصلا ، او غير شامل فيكون منفصلا. ينظر أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي ، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش)، ص ٥٠٦.

(٣) ص٥٠٣ من الكتاب اعلاه.

(٤) الشيخ محمد رضا المظفر ، مصدر سابق ، ص١٠٤-١٠٥.

يختل الأمان القانوني والثقة ، لذا يقتضي تحديد هذا الخروج بضوابط مزدوجة تمارس دور الفرز التشريعي في نطاق القاعدة العامة لشخص أو مجموعة أشخاص أو لواقعة أو مجموعة وقائع ثم تعليق هذا الفرز التشريعي بتحقق شروطه حتى يتم إستثناءه ، وهذا التعليق للإستثناء على تحقق هذه الشروط غالباً ما يتم وفق صياغة جامدة ، بما لا تدع مجالاً للقاضي في ممارسة سلطته التقديرية ولا يكون أمامه إلا تطبيق النص المستثنى ، وقد أخذ المشرع العراقي بهذا الضابط عندما حدد ضوابط للخروج عن الأصل العام للقاعدة القانونية في المواد (٥٨٩-٥٩١-٥٩٢) فالأصل في التشريع المدني عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه في النيابة العادية (تعاقد الشخص مع نفسه) والنيابة المركبة (نائب عن طرفي العقد) إلا أن الإستثناءات التشريعية الواردة على هذا الأصل العام نضرب لها مثالين ، الأول ما ورد بشأن بيع النائب لنفسه وهو ما نصت عليه المادة (٥٨٨) " ١. يجوز للأب الذي له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده وله أن يشتري مال ولده لنفسه ، بمثل قيمته وبغبن يسير لا فاحش ". والتي قيدت الخروج عن الأصل العام في عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه في حالة ولاية الأب إستثناءً بشروط وهي بأن يكون الشيء محل البيع أو الشراء بمثل قيمته هذا الشرط الاول ، والشرط الثاني أكثر تسامحاً بأن يكون بغبن يسير ، وبتحقق هذين الشرطين من الممكن أن يكون الإستثناء صحيحاً بشرطه وشروطه [1] ، والثاني ما ورد في المادة (٥٩٠) "١.لا يجوز للوصي المختار من قبل الأب أو الجد أن يبيع مال نفسه لليتيم ، ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم ، إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم وبإذن من المحكمة ".

كذلك إستثنت هذه المادة الوصي من قاعدة عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه بشرطين : **الشرط الاول** : بأن يكون هذا البيع أو الشراء في مصلحة اليتيم ، **والشرط الثاني** :إستحصال أذن المحكمة ، كما نصت المادة ١٢٨٩"

١. يجوز للاب ان يرهن رهناً تأمينياً ما له عند ولده الصغير وان يرتهن مال ولده لنفسه ويجوز له ان يرهن مال ولده بدين على نفسه ، وبدين على الصغير واذا رهنه بدين نفسه فهلك ، لا يكون ضامناً.٢. ولا يجوز لغير الاب من الاولياء رهن ماله عند المحجوز ولا ارتهان مال المحجوز لنفسه وله بإذن من المحكمة رهنه عند اجنبي بدين على المحجور"، وهذا استثناء واضح من تعاقد الشخص مع نفسه يتعلق برهن الأب ماله عند ولده او مال ولده الصغير لنفسه او لدينه ولا يكون ضامنا .

([1]) انظر كذلك المادة ١٠٣ " الاب والجد إذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما بمثل القيمة أو بيسير الغبن صح العقد ونفذ .٢. أما إذا عرفا بسوء التصرف فللقاضي أن يقيد من ولايتهما أو أن يسلبهما هذه الولاية ". تقابلها المادة ١٠٤- ١٠٨من القانون المدني المصري .

يتضح من خلال النصوص أعلاه أن المشرع أحاط الخروج على قاعدة عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه في الأمثلة المتقدمة بضوابط أو شروط ينبغي توفرها أبتداءً بعد أن فرز طائفة من الأشخاص المحددين (الاب والجد والوصي) والوقائع المحددة حتى يكون بالإمكان الخروج على الأصل العام بمقتضى تقنية الإستثناء.

الفرع الثالث

شرط عدم الإستغراق

يقصد بشرط عدم الاستغراق وجوب أن يكون المستثنى غير مستغرق للمستثنى منه ، فأن كان مستغرقاً له بحيث لم يبقى منه شيء من أفراده كان الإستثناء لغواً وكان العبرة بما نطق به [١] ، لأنه إذا كان مستغرقاً كان باطلاً وعد لغواً واستقر الكلام المتقدم عليه من جميع مقتضاه لأَنَّ استثناء الكل ليس برجوع بل هو استثناء فاسد ، وعده البعض رجوعاً لا إستثناء ولأن الإستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وفي إستثناء الكل لا يتوهم بقاء شيء يجعل الكلام عبارة عنه فلو أقر شخص أن عليه عشرة الآف إلا عشرة لزمته العشرة لأنها رفع الإقرار والإقرار لا يجوز رفعه [٢].

أما عدم صحة الإستثناء المستغرق فلإفضائه الى العبث وكونه نقيضاً كلياً للكلام ورجوعاً عن الإيجاد الى العدم فعلى هذا يلغو الإستثناء ويلزم المستثنى ، ولكن بعد أتفاق العلماء على ما تقدم اختلفو في المقدار الذي يبقى بعد الإستثناء على آراء ثلاثة:

الرأي الاول : أن الإستثناء لا يحد بحد فلو بقى بعد الإستثناء واحد فقط كان الإستثناء صحيحاً وهو رأي جمهور العلماء من الفقهاء والمتكلمين [٣].

الرأي الثاني : يشترطون أن يكون الباقي بعد الإستثناء النصف أو أكثر من النصف فيجوز إستثناء المساوي والأقل ولا يجوز إستثناء الأكثر من النصف كالثلثين [٤].

---

(١) العلامة د. محمد ابو النور زهير ، مصدر سابق ، ص ٢٧١ .
(٢) جمال الدين ابو منصور الحسن بن سديد الدين يوسف بن المطهر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول ، ص١٣٣، ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، مصدر سابق ، ص ٤٨٦. محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ، مصدر سابق ، ص٥٠٥. ابو زكريا يحيى بن موسى الرهوني ، تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السول في اصول الفقه لابن الحاجب المالكي ، الجزء الثاني ، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل ، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان ، ١٩٧١، ص١٢٧-١٢٨.
(٣) نقلا عن الحسن بن يوسف بن علي المطهر ، العلامة الحلي ، مبادى الوصول الى علم الوصول ، ص١٣٣.
(٤) وهو رأي للحنابلة . ينظر ابو الوليد الباجي ، احكام الفصول في احكام الاصول، تحقيق عبدالمجيد تركي ، المجلد الاول ، الطبعة الاولى دار الغرب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٨٦.

الرأي الثالث : يشترط أن يكون الباقي بعد الإستثناء أكثر من النصف ، فيجوز إستثناء الأقل من النصف ولا يجوز إستثناء النصف ، كما لا يجوز إستثناء الأكثر من النصف ، وهو رأي للحنابلة [١] ، ومع خلاف الفقهاء بين الإستثناء القليل من الكثير أو إستثناء الكثير يرى صاحب الروضة " أن المنع من إستثناء الأكثر إذا صرح بعدد المستثنى منه ، أما إذا لم يصرح به فهو جائز بالإتفاق "[٢]. في حين نقل الغزالي عن القاضي قوله "ولقد نصرنا في مواضع جوازه والاشبه انه لايجوز ، لان العرب تستقبح استثناء الاكثر ، الا أن الاول يرى انه استثناء صحيح وان كان مستكرها فأن قال علي عشرة الا تسعة فلا يلزمه باتفاق الفقهاء الا درهما ، ولا سبب له الا انه إستثناء صحيح ، وان كان قبيحاً ، لكن يصح"[٣] ، واحتج الحنابلة بأنّ أئمة اللغة أنكروا أن يكون إستثناء الأكثر جائزاً لغةً ، منهم الزّجّاج قال " لم يأت الاستثناء إلاّ في قليلٍ من الكثير"[٤].

أما عن دور شرط عدم الاستغراق في القانون فيمكن تسميته بشرط المعلومية

فالاستثناء لا يكون مستغرقاً اذا كان معلوماً علماً كافياً ، فجهالة المستثنى لا يصح معها الإستثناء ، لذا فأن صياغة المشرع للإستثناء تستوجب أن يكون المستثنى معلوماً علماً كافياً ، إذ يقتضي ذلك من باب أولى تحديده ، ومسألة العلم بالإستثناء مزدوجة فهي تفضي الى أن المشرع يجب أن يصوغ النص المستثنى بصياغة واضحة ومعلومة مما سيسهل بدوره على القاضي الفصل في النزاعات المستقبلية ، كما أن إستثناء أحد المتعاقدين لجزء من العقد يجعل من العقد مستقبلاً

---

(١) ابو الوليد الباجي ، احكام الفصول في احكام الاصول ، تحقيق وتقديم عبد المجيد تركي ، المجلد الاول ، الطبعة الاولى ، دار الغرب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٨٦، ص٢٨٢ . القاضي أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، العدة في أصول الفقه، حققه وعلق عليه وخرج نصه ، د أحمد بن علي بن سير المباركي، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، بدون ناشر وبدون مكان نشر ، ـ ١٩٩٠ ، ٥٧٠.

(٢) الطوفي ، مختصر شرح الروضة ، مصدر سابق ، ص٥٩٢.

(٣) ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، مصدر سابق ، ص٤٨٨.

(٤) هنالك جانب من الفقهاء يضيفون شرط التلفظ بالاستثناء منهم الشّافعيّة إذ اشترطوا للاستثناء أن يتلفّظ به بحيث يسمع غيره ، وإلاّ فالقول قول خصمه في النّفي، وحكم بالوقوع إذا حلف الخصم على نفي الاستثناء ، هذا فيما يتعلّق به حقّ الغير، أمّا فيما عداه فيكفي أن يسمع نفسه ، إن اعتدل سمعه ولا عارض، ولم يظهر للحنابلة تعرّضٌ لصفة النّطق المعتبرة في الاستثناء، غير أنّهم فرّقوا في نيّة الاستثناء بالقلب بين أن يكون المستثنى منه المنطوق به عامّاً، كقوله: ابيع عقاراتي ، واستثنى بقلبه واحد ، ؛ لأنّ قوله «عقاراتي» اسمٌ عامٌّ يجوز التّعبير به عن بعض ما وضع له، وبين أن يكون نصّاً فيما يتناوله لا يحتمل غيره كالعدد، فلا يرتفع بالنّيّة ما ثبت باللّفظ، كقوله: عقاراتي الأربع أو الثّلاث بعت، فلا يقبل استثناؤه ظاهراً، وقيل لا يقبل ولا باطناً. وعند الحنفيّة الصّحيح أنّه إذا تكلّم بالبيع واستثنى فلا بدّ أن يكون استثناؤه مسموعاً، والمراد ما شأنه أن يسمع، بحيث لو قرّب شخصٌ أذنه إلى فمه يسمع استثناءه، ولو حال دون سماع المنشئ للكلام صممٌ أو كثرة أصواتٍ. وفي قول الكرخيّ من الحنفيّة ليس من شرط صحّة الاستثناء أن يكون بلفظٍ مسموعٍ ويقول الحنفيّة أيضاً: إنّ الاستثناء بالكتابة صحيحٌ، حتّى لو تلفّظ بعقد وكتب الاستثناء موصولاً، أو عكس، أو أزال الاستثناء بعد الكتابة لم يقع العقد. للمزيد ينظر عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣ ، ص٦٧.

معلوماً وخالٍ من النزاع ، وهذا ما يتوخى المشرع تحقيقه من السماح للإفراد بتضمين تعاملاتهم إستثناءات تنظم العقد المبرم بينهم وفقاً لمتطلباتهم .

فلو أفترضنا في العقود مثلا الإستثناء فيها باطل اذا كان مبهماً ، لذا يجب أن يكون المستثنى من العقد معلوماً علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذ أشتمل العقد على بيان الشيء المستثنى وأوصافه الأساسية بحيث يمكن معرفته [١] ، وانما امتنع الاستثناء من المجهول ؛ لأن الفائدة في الإستثناء إخراج الثاني مما دخل فيه الأول ، فإن كان المستثنى منه مجهولاً فلا يتحقق ذلك ؛ لأنه لا يدل بظاهره على دخول المستثنى فيه حتى يخرج منه وامتنع أيضا أن يكون المستثنى مجهولاً ؛ لأنه لإيهامه لا يعلم قدره ، فلا يتبين المستثنى ، والإستثناء إنما وضع لإبانة المراد وإزالة اللبس[٢]. وهذه مسألة خولها المشرع لقاضي الموضوع يستخلصها من ظروف التعاقد وطبيعة الشيء المستثنى ، وإلا يكون من حق الطرف صاحب المصلحة مثلاً نقض العقد بدعوى عدم علمه به حال أثباته الوقوع في غلط جوهري طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني [٣] ، وفي معرض كلامنا على شرط العلم فأن من استولى على مال غيره كان ضامنا له اما لحديث على اليد او للسيرة العقلائية ، الا انه يستثنى من ذلك نحوان يد الامانة ويد الاحسان فلا يضمنان [٤].

لذا فأننا أمام فرضيتين ، **الأولى : إذا كان الإستثناء معلوماً** نحو أن يستثني البائع جزء من المبيع كحديقة الدار أو جزء من الارض ، فإذا ذكر صراحة في العقد فأن المشتري للشيء المستثنى يكون عالماً به بالتالي يكون الإستثناء حجة عليه يترتب عليها سقوط حقه في طلب النقض أو الإبطال لعدم معلومية الإستثناء[٥].

أما **الفرضية الثانية للأستثناء بعد العلم هي الجهالة** ، كأن يستثني الشخص شيئاً غير معلوم كأن يقول بعتك هذه البيوت أو البضاعة أو إلا بعضها ، فهنا لا يصح الإستثناء ولا يصح العقد ، ويتضح الأمر بدلالة ما روي عن جابر بن عبد الله عن الرسول (ص) أنه " نهى عن

---

(١) انظر المادة ١٢٨من القانون المدني العراقي "يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالاشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات، او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف.

2. على انه يكفي ان يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر" .

(٢) محمد بن يوسف بن احمد ، شرح التسهيل المسمى تمهيد القواعد بشرح تسهيل الفوائد ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص٥. شهاب الدين القرافي ، الاستغناء في أحكام الاستثناء ، مصدر سابق ، ص ٣٧٤.

(٣) انظر المادة ١١٧ من القانون المدني العراقي المعدل النافذ رقم٤٠لسنة١٩٥١.

(٤) باقر الايرواني ، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، مؤسسة الفقه للطباعة والنشر، ايران ، ١٤٢٨ ه، ص١٤٥_١٤٦.

(٥) احمد محمد ، مصدر سابق ، ص٢٩.

المحاقلة [١] والمزابنة [٢] والمخابزة [٣] وعن الثنيا **إلا أن يعلم** " ، والثنيا كما أوضحنا سابقاً يراد بها الإستثناء ، لذا فلا يصح البيع لان المستثنى مجهول[٤] .

لذا نخلص الى أن البيع والإستثناء منه يتمثل من الناحية القانونية بما يلي :

١. أذا كان الإستثناء معلوماً على نحو أن يستثني البائع داراً من الدور أو موضعاً معيناً من الارض أو جزء محدد من البضاعة صح بالاتفاق .
٢. اذا كان الإستثناء مجهولاً كأن يستثني البائع شيئاً غير معلوم لم يصح البيع ، ففي الاجارة يستلزم حتى تنعقد الاجارة بوصفها تمليك للمنفعة أن تكون معلومة ، وبالتالي تخرج الاجارة المجهولة بسبب الابهام واللبس الموجب للمنازعة.

وبغية اكمال هذا الشرط فإن معلومية الإستثناء يجب أن تستكمل بأمكانيته لأن المفهوم المخالف للأمكان هو أستحالة الواقعة أو الشخص محل الإستثناء ، فإذا كانت الواقعة المستثناة مستحيلة أنتفى حصوله ويشترط هنا أن تكون الاستحالة مطلقة (سواء مادية او قانونية) وقائمة منذ البداية ، أما الاستحالة الطارئة فلا تؤثر على صحة الإستثناء لكنها قد تؤدي الى تخلفه لاحقاً ، مما سيؤثر بطبيعة الحال على الالتزامات الناتجة عن الإستثناء لأن وجوده دائماً مظنة تحقيق المصلحة التي قصدها المشرع.

يتضح مما سبق ليكون الاستثناء صحيحاً من الناحية القانونية يجب أن يتم النص عليه بشكل صريح وواضح ومحدد وإلا يكون باطلاً ، فالاستثناء يجب ان يكون واضح لا يشوبه أي لَبس أو غموض ، الأمر الذي ينعكس أثره على المخاطب بالقاعدة القانونية والمطبق لها . ويتحقق ما تقدم عندما يصاغ الإستثناء بصورة متلازمة مع النص العام وبطريقة واضحة . فكلما كان معلوماً ومحدداً وممكناً بما يمنع النزاع مستقبلاً ، لأن الصياغة الغامضة ستؤدي الى جهالة الاستثناء .

---

(١) يقصد بالمحاقلة " أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم .
(٢) يقصد بالمزابنة " بيع التمر بالتمرة كيلاً .
(٣) يقصد بالمخابزة البيع بالثلث والربع واشباه ذلك . ينظر محمد بن ادريس الشافعي ، الرسالة ، ص٣٣٢ومابعدها.
(٤) مجد الدين أبو السعادات المبارك الشيباني الجزري ابن الأثير ، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق : عبد القادر الأرنؤوط ، الطبعة الأولى ، الجزء (١و٢) ، مطبعة الملاح ، ١٩٦٩ ، ص٥٠٧ومابعدها.

المطلب الثاني

تمييز الإستثناء عما يشتبه به

تمهيد وتقسيم:

هنالك العديد من الافكار القانونية التي تتداخل وتقترب من بعضها البعض حتى يكاد يخلط بينها لو لا بعض جوانب الاختلاف التي تشكل الفارق بين وضع قانوني وآخر ، وفي نطاق موضوعنا (الإستثناء) كذلك لا يخلو الأمر من تشابه وتداخل مع بعض الموضوعات الاخرى التي تقترب منه ، والتي تتماثل في بعض جوانبها مع الاستثناء ، لذا سنحاول أن نسلط عليها الضوء متلمسين جوانب التشابه والاختلاف بغية عدم الوقوع في الخلط والأشتباه .

لذا سنبحث في التخصيص لنستجلي اوجه التشابه والاختلاف بينه وبين الاستثناء ، كما سنعرض للتقييد لنتبين اوجه التشابه والاختلاف كذلك ، لتتضح الحدود الفاصلة بينهما . واخيرا سنعرض للشرط للوقوف على مدى التشابه والاختلاف بينه وبين الاستثناء .

في ضوء ما ذكر سنقسم هذا المطلب المخصص لبيان تمييز الإستثناء عما يشتبه به الى فروعين سنبحث في الفرع الاول تمييز الإستثناء عن التخصيص ، وسنعرض في الفرع الثاني تمييز الإستثناء عن التقييد . اما الفرع الثالث فسنعقده لبيان تمييز الاستثناء عن الشرط .

الفرع الاول

تمييز الإستثناء عن التخصيص

ان التمييز بين الإستثناء والتخصيص[1] يعد أمراً مهماً نظراً للتشابه الكبير بينهما . فقد بينا عند تعريف الاستثناء ان الاخير يعد من ادلة التخصيص المتصلة ، إلا ان ما تقدم لا ينفي وجود اختلافات بينهما ، إذ كلاً من التخصيص والاستثناء له مدلوله الخاص ، لذا لابد ان نميز بين الاستثناء والتخصيص من خلال بيان اوجه الشبه والاختلاف بينهما ، من خلال المقصدتين التاليين .

([1]) تقتضي الاشارة الى ان التخصيص غير التخصص اذ يعرف التخصيص بأنه "إخراج بعض الافراد عن شمول الحكم العام ، بعد أن كان اللفظ في نفسه شاملا له لو لا التخصيص " ، اما التخصص فهو أن يكون اللفظ من اول الامر –بلا تخصيص –غير شامل لذلك الفرد غير المشمول للحكم. نقلا عن محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، تحقيق صادق حسن زاده المراغى، الطبعة الاولى ، منشورات الفيروزي ، قم، ٢٠٠٦، ص ١٠١.

المقصد الاول

أوجه الشبه

١. كلاهما يردان بمعنى الإخراج على النحو السابق ذكره ، فالإستثناء إخراج والتخصيص إخراج بعض ما تناوله الخطاب بدليل يقتضي أن يصرف العام عن عمومه الى إرادة بعض ما يشمله [١].

٢. أنّ التخصيص يدخل على القاعدة التي لها صفة العمومية ، كذلك الحال في الإستثناء فهو يدخل على القاعدة العامة ذات النطاق الشمولي او العمومي للحد من عموميتها ، لأنّ التخصيص على ما عرف صرف اللفظ عن جهة العموم إلى جهة الخصوص ، وما لا عموم له لا يتصوّر فيه هذا الصرف. وأمّا ما يتصوّر فيه الشمول والعموم فيتصوّر فيه التخصيص والإستثناء[٢] ، كما أن كل ما لا يتطرق إليه معنى التعميم لا يلحقه معنى التخصيص فإنهما معنيان متعاقبان على التناقض لا يثبت أحدهما إلا حيث يتصور ثبوت الثاني [٣].

٣. أن الإستثناء جزء من كل (التخصيص) ، فـ الاستثناء من المُخَصِّصات المتصلة عند الجمهور، ، إذ يعد الإستثناء أحد اساليبها الى جانب الشرط والصفة والغاية والبدل فالعلاقة بين التخصيص والإستثناء هى العموم والخصوص المطلق ، فكل إستثناء تخصيص ، وليس كل تخصيص إستثناء ، وهذا يعنى أن التخصيص أعم من الاستثناء فهو فرق ما بين العام والخاص [٤] .

٤. أن التخصيص يقع بواسطة الادلة الشرعية اللفظية واللبية كالإجماع والعقل والسيرة ، وغالباً ما يقع قبل وقت العمل بالعام ، كما هو الحال في الإستثناء[٥].

---

(١) علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دار ابن حزم ، الطبعة الاولى، ٢٠٠٣ ، ص ٤٠٧. شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، مصدر سابق ، ص٢٣.د. محمد كمال الدين امام ، مصدر سابق ، ص ٢٦٢.

(٢) فاضل الصفار ، المهذب في اصول الفقه " تطبيق للقواعد الاصولية على الشريعة والقانون" ، الطبعة الاولى، مؤسسة الفكر الاسلامي ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠، ص٢١٥. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص٣٥٢.

(٣) الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ، مصدر سابق ، ص١٤٦.

(٤) جمال الدين ابو منصور الحسن بن سديد الدين يوسف بن المطهر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول ، ص١٢٩+١٣٠. ، الرازى ، المحصول ، ص.١/٣٩٧ د. أكرم بن محمد بن حسين ، مصدر سابق ،ص٣٤.

(٥) آية الله فاضل الصفار ، مصدر سابق ، ص٢١٩، ص ٢١، ابو الوليد الباجي ، احكام الفصول في احكام الاصول، ص٢٦٧.

المقصد الثاني

أوجه الاختلاف

١. يختلف الإستثناء عن التخصيص في أن الاول يراد به إخراج شخص أو واقعة من الاصل العام للقاعدة القانونية ، أما الثاني فيراد به قصر العام على بعض افراده [١] أي أن حكم العام يبقى لكنه خاص في بعض افراده في حين الامر مختلف في الإستثناء إذ يكون للشخص أو الواقعة حكم مخالف للقاعدة العامة [٢].

٢. أن التخصيص أوسع من الإستثناء إذ يصح بدليل منفصل ، والإستثناء لا يصح إلا متصلًا، لإنه يعد جزءً من الكلام كما تمهد والتخصيص لا يمتنع انفصاله كالإستثناء فإن الانفصال يخرجه عن كونه إستثناء عند الاحناف [٣].

٣. يشترط في التخصيص اللفظ أن يتعلق بالحكم لا باللفظ العام ، بينما الإستثناء يرد على عنصري الفرض و الحكم في القاعدة القانونية [٤].

٤. التخصيص لا يختص بعبارة ، أما الإستثناء يختص بأدوات مختصة ، كما أن التخصيص يجوز بسائر الأدلة :الشرع والعقل، والإستثناء يقع باللفظ أو حكماً [٥] .

٥. يفارق الإستثناء التخصيص في أَنَّه يشترط اتصاله ، وأَنَّه يتطرق إلى الظاهرِ، والنص جميعاً ، بينما التخصيص لا يتطرق إلى النص أَصلاً ، كما لا يشترط اتصاله [٦].

٦. أن الإستثناء بالنظر لإرتباطه في القاعدة العامة فيكون من جنسها ، فالإستثناء يدخل على القاعدة العامة ويخرج بعض افرادها من الخضوع لحكمها ، أما التخصيص فيؤدي الى قصر العام على بعض افراده.

٧. يشترط في التخصيص التعارض الظاهري بين النص العام وبين الدليل المُخصص ، أما الإستثناء فصياغته لا تشترط التعارض بين الاصل العام في القاعدة والمستثنى منها [٧].

---

(١) بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي الزركشي، البحر المحيط في اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٣٢٦. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص٣٥٠.

(٢) ومن النصوص القانونية الواردة في القانون المدني بخصوص التخصيص المادة ٩٣١ والتي نصت على " يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به وتعميمها بتعميمه ..." .

(٣) الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ، مصدر سابق ، ص١٤٧.

(٤) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص٣٥٢.

(٥) أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، العدة في أصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٥٧١.

(٦) بو حامد محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى ، مصدر سابق ، ص٢٥٧.

(٧) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص٣٥٢.

٨. كما أن من عناصر التخصيص أن يكون الحكم قابلاً للتخصيص ببعض افراد العام دون البعض الاخر والا يكون باطل ، أما في الإستثناء فأن الحكم المستثنى يخرج من الاصل العام شخص أو واقعة محددة ومعينة لمسوغ يقتضي ذلك الخروج.

٩. الإستثناء لا يستقل بنفسه فأنه مالم يسبق صدر الكلام فلا يتحقق الإستثناء مفيداً ، أما التخصيص فأنه يستقل بنفسه وان لم يسبقه الكلام ويكون مفيداً لحكمه [١].

الفرع الثاني

تمييز الإستثناء عن التقييد

أن التمييز بين الاستثناء والتقييد يستلزم بيان تعريف التقييد ابتداءً ثم الانتقال الى بيان أوجه الالتقاء والاختلاف بينه وبين الاستثناء ، للتقييد لدى علماء الاصول تعريفات متعددة تتشابه جزئياً من حيث المعنى مع بعض الاختلافات ، إذ تدور كلها حول دلالة اللفظ على الماهية مقيداً بقيد يقلل من شيوعه فهو يقابل المطلق ، كما في تعريف ابن قدامة بأنه " اللفظ المتناول لمعين أو غير معين موصوف بأمر زائد على الحقيقة الشاملة لجنسه "[٢] ، فالتقييد عند الفقهاء أرادوا به ما يفرضه المكلف على نفسه او على غيره بالتعاقد ونحوه من شروط والتزامات هي بالاصل غير ملزمة [٣]. في حين عرفه الزحيلي للتقييد بأنه " هو اللفظ الخاص الذي تناول فرداً معيناً بالوضع أو بقيد خارجي يخرجه عن الشيوع" [٤].

نجد بأن هذه التعاريف للمقيد في مقابل المطلق قريبة من التقييد الذي نقصده ، وهو عدم إجراء القاعدة على إطلاقها ، بل هناك وصف معين أو غير معين زائد على ما توجبه القاعدة ، يمنع من إطلاقها ، فخرج هذا اللفظ عن الاطلاق ، واصبح من قبيل المقيد.

لذا ترى الباحثة ان التقييد اوسع مدى من الاستثناء فهو فيمنع تطبيق المطلق بشكل كامل ، أما الإستثناء فأخص منه ، فهو لا يمنع تطبيق الاصل العام على غيره من الحالات المستثناة .

ومن خلال العرض الانف الذكر ان هنالك فروقا جوهرية بين الإستثناء والتقييد ، لذا لابد أن نميز بينهما ، من خلال بيان اوجه الالتقاء والاختلاف بينهما ، من خلال المقصدتين التاليين .

---

(١) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ، أصول السرخسي ، مصدر سابق ، ص٣٩. ابو الوليد الباجي ، احكام الفصول في احكام الاصول، ص٢٥١.

(٢) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، روضة الناظر وجنة المناظر ، تحقيق عبد العزيز السعيد ، الطبعة الثانية ، مطبعة جامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض ، ص٢٦٠.

(٣) علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، مصدر سابق ، ١٠٦.

(٤) د. محمد مصطفى الزحيلي ، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي ، مصدر سابق ، ص٤٠.

المقصد الاول

أوجه الشبه

يلتقي كلا من التقييد والإستثناء في المواضع التالية :

١. أن معنى (الإخراج) وارد في المصطلحين وهو المعول فيهما ، فقد سبق وبينا أن الإستثناء هو إخراج المستثنى منه من جملة الإستثناء ، وكذلك التقييد يأتي بمعنى الإخراج فيخرج القاعدة عن عمومها او اطلاقها بإخراج بعض فروعها عن العموم المطلق ، وبدون الإستثناء والتقيد تكون القواعد عامة والاحكام عامة على الكل .

٢. الإستثناء والتقييد إخراج بعض من كل ، وهذا الإخراج بإرادة الشارع والمشرع ، فإنه لم يُرد جميع الأفراد ، وإنما أراد بعض الأفراد دون بعضها الآخر بإخراجه ، وهذا الإخراج سواء كان استثناء أو تقييدا مقصود من بداية ورود النصوص المقيدة والمستثناه.

٣. ومن أوجه الاتفاق بين الاستثناء والتقييد أن هذا الإخراج لا يصح إذا تم إخراج الكل من كل المستثنى أو من كل المقيد ، وهذا مما يلغي ويعطل عمل الإستثناء والتقيد كأن لم يكن [١].

٤. يلتقيان بأن كلاهما يجب الالتزام به ، ففي المقيد لا يصح ان يهمل القيد فيعدل بالنص الى الاطلاق ، بل بتقليص القيد على ما قيد من مطلق اللفظ الذي يراد به تقييد أحكامه دون غيرها [٢]، والإستثناء يكتفي بإستثناء حكم القاعدة على بعض الأفراد أو حالة دون غيرها.

٥. كلاً من التقييد والإستثناء لا يقدحان في عمومية القاعدة او كليتها ، فكلاهما يكمل بعضه بعضا فلا تستقل النصوص عن الأخرى ، فهي متفقة ولا قدح في كلية القواعد بالتقييد والاستثناء وغيرها ، بل من المحافظة على كليتها ضبط وحصر مقيدها [٣] فالتقييد ضابط لعدم اختلالها وتوازنها مع الوقائع الغير متناهية.

---

(١) د.حمد قبلان عواد بطي العازمي ، التقييد وأثره في القواعد الفقهية ، مصدر سابق ، ص٣١.

(٢) . حمد عبيد الكبيسي ، اصول الاحكام وطرق الاستنباط في التشريع الاسلامي ، دار السلام ، دمشق ، ٢٠٠٤، ص٣٥٧.

(٣). ابو الوليد الباجي ،احكام الفصول في احكام الاصول ، مصدر سابق ، ص٢٨٥. د. حمد عبيد الكبيسي ، المصدر السابق ، ص٤٢.

المقصد الثاني

أوجه الاختلاف

١. يشترط في الإستثناء ركنه الأساسي ؛ وهو الإتصال والإرتباط بين ركنيه وهما المستثنى والمستثنى منه ، أما التقييد فلا يشترط فيه هذا الإرتباط و الإتصال في القيد والمقيَّد ، فقد يكون هذا التقييد مستقلاً عن النص المراد تقييده ، وقد يكون مرتبطاً ومتصلاً به ، كما في تقيد القرآن بالقرآن أو السنة بالسنة الخ.

٢. التقييد أعم وأشمل من الإستثناء ، لا يخرج الإستثناء بعض الحالات او الاشخاص من حكم الاصل في القاعدة العامة دون أن يمنع تطبيقها على الحالات الاخرى غير المستثناة ، أما التقييد فيمنع تطبيق المطلق بشكل كامل ، فالواجب ان يعمل بالمقيد مع تقييده [١].

٣. المقيد يدل على الماهية ولكنها مقيدة بوصف او حال او غاية او شرط او بعبارة عامة مقيدة بأي قيد من القيود يقلل من شيوعها من غير ملاحظة عدد ، أما الإستثناء يخرج الحكم من القاعدة العامة دون أي وصف زائد [٢].

٤. أن الإستثناء يرد على العام كمخصص منفصل متصل وهو بيان وتخصيص للكلام الاول [٣]، أما المقيد فهو يرد على المطلق وغالباً ما يكون التقييد وصفاً.

٥. .الفاصل الدقيق بين المقيد و الإستثناء ، أن الاخير هو إخراج لبعض الأفراد عن حكم العام ، كما أن هناك تعارض بين حكم الإستثناء كمخصص والعام ، أما التقييد فهو قصر الحكم على نوع معين من أفراد المطلق ، كما أن لا تعارض بين حكم المقيد وحكم المطلق ، بل يحمل المطلق على المقيد بشروط معينة.

الفرع الثالث

تمييز الإستثناء عن الشرط

للتمييز بين الاستثناء والشرط بالغ الاثر في وضع النقاط الفاصلة بينهما ، من خلال تعريف الشرط ، ثم بيان نقاط الإلتقاء والاختلاف بينهما .

فتعريف الشرط حظي بإهتمام فقهاء المسلمين والقانونيين ، وهذا ما أفرز بدوره اختلاف في تعريف الشرط عند العلماء الاصوليين [١]عن تعريفه في نطاق القانون ، فقد عرفه

([١]) د.محمد اديب صالح ، مصدر سابق ، ص ١٩٧.

([٢]) محمد ابو زهرة ، اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص١٧٠.

([٣]) علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، مصدر سابق ، ص ٢٩٠ .

جانب في الفقه الامامي بأنه " ما يلزم من عدمه العدم دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده الوجود أم لا " [٢] ، يلاحظ بأنه يركز على خصيصة مهمة من خصائص الشرط ألا وهي خصيصة الزيادة عن أصل العقد ، وذلك بالنص (لايلزم من وجوده الوجود) حيث إن الشرط يلزم من عدمه العدم ، وبمعنى آخر إن عدم وجود الشرط يقتضي عدم وجود المشروط ، ولا يلزم من وجوده الوجود ، وبمعنى آخر إن وجود الشرط لا يعني دائما وجود المشروط ، كما عرفه العلامة الحلي بأنه "مايتوقف عليه تأثير المؤثر "[٣]، و عرفه الغزالي بأنه " ما لا يوجد المشروط دونه ولا يلزم أن يوجد المشروط عنده" [٤] ، ويذهب كاشف الغطاء الى " أن الظاهر حسب المتفاهم العرفي هو أن الشرط في القاعدة ، هو بمعنى الزامه بشيء في ضمن عقد ومعاملة او أمر آخر، بمعنى ان يكون الزامه غيره بشيء ، أو التزامه لغيره بشيء مربوط بشيء آخر ، وليس معنى الشرط مطلق الإلزام والإلتزام " [٥] .

والشرط لدى الاصوليين على اربعة اقسام ، شرعي وعقلي ولغوي وعادي ، وما يعنينا هنا هو الشرط اللغوي المراد به صيغ التعليق بـــ " إن " ونحوها من أدوات الشرط، وهو ما يذكر في أصول الفقه في المخصصات للعموم، بوصفه مخصصاً، إذ يسمى شرطا من حيث الاسم، وهو سبب من حيث المعنى والحكم؛ لأنه ينطبق عليه تعريف السبب؛ لأنه يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته[٦]. لذا فإنَّ وَاضِعَ اللُّغَةِ رَبَطَ هَذَا الشَّرْطَ بِمَشْرُوطِهِ أَيْ جَعَلَ هَذَا الربْطَ اللَّفْظِيَّ دَالًّا عَلَى ارْتِبَاطِ مَعْنَى اللَّفْظِ بَعْضِهِ بِبَعْض [٧].لذا عرفه رأي بالقول" أن الشرط اللغوي في اصطلاح النحاة ما دخل عليه أحد الحرفين إن وإذا أو ما يقوم مقامهما من الأسماء والظروف

---

(١) تقتضي الاشارة الى أن للشرط تقسيمات كثيرة باعتبارات مختلفة منها تقسيم فقهاء المسلمين الشروط الى نوعين (شرعية وجعلية) الاولى ليست محل دراستنا ، واما الجعلية فقد قسموها الى ثلاثة انواع (شروط تقييدية وتعليقية وأضافية)، كما أختلفو في الاصل في الشروط الجعلية الى رأيين الاول الاباحة والرأي الثاني الحظر ولكلا أدلته ومناصريه للمزيد ينظر ، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب، الجزء التاسع ، دار الفكر، بيروت ، ص ٢٦٢ - ٢٧٩؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تصحيح: عبد الحليم محمد عبد الحليم، وعبد الرحمن حسن محمود ، الجزء الثاني ، دار الكتب الحديثة، القاهرة ، ٢٠٠٤، ص٢٠٢.

(٢) مرتضى بن محمد أمين الأنصاري ، المكاسب ، الجزء السادس، الطبعة الثانية ، مطبعة باقري قم ، ايران ، ١٩٩٩، ص ١٣.

(٣) جمال الدين ابو منصور الحسن بن سديد الدين يوسف بن المطهر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول ، ص١١٣٧.

(٤) ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الاصول ، مصدر سابق ، ص

(٥) د. عباس كاشف الغطاء ، المنتخب من القواعد الفقهية ، الطبعة الثانية ، منشورات مؤسسة كاشف الغطاء العامة ، النجف الاشرف ، العراق، بالتعاون مطبعة صبح للطباعة والتجليد ، لبنان- بيروت، ٢٠١٣، ص١١٧-١١٨.

(٦) ابو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنياوي ، الشرح الكبير لمختصر الأصول من علم الأصول، الطبعة: الأولى ، مكتبة الشاملة، مصر ، ٢٠١١ ، ص٢٨٦

(٧) أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي ، الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء الاول ،مصدر سابق ، ص ٥٩.

الدالة على سببية الأول ومسببية الثاني"[1]. وأدوات الشرط كثيرة ومنها :إن المخففة - إذا - إذْ ما - لو - لولا - أنى - حيثما - متى - مهما - كيفما - مَنْ - ما - أي - أين – أيان[2] .

في حين يقصد بالشرط في القانون كوصف في الإلتزام " الأمر المستقبل المشروع غير المحقق الوقوع الذي يترتب عليه وجود الالتزام "[3] ، وما نبحثه هنا هو شرط التقييد والذي يعرف " كل ما يشترطه الطرفان المتعاقدان لتحديد علاقاتهما وتعيين التزاماتهما وحقوقهما الناشئة عنها" [4] ، كما عرفه رأي آخر بأنه " ذلك الشرط الذي يدرجه المتعاقدون في اتفاقاتهم وتصرفاتهم القانونية والذي يكون الهدف منه تحديد مضمون التصرف وتقييده على وجه دون آخر لذلك يأخذ هذا الشرط شكل بند في العقد، وتتمثل في أعباء معينة أو التزامات محددة تفرض على أحد طرفي التصرف أو كليهما " [5].

وللإحاطة والتوضيح سنتناول أوجه الشبه والاختلاف التي تميز بين كل من الشرط والإستثناء ، من خلال المقصدين التاليين.

المقصد الاول

أوجه الشبه

يشتبه كل من الشرط والإستثناء في عدد من النقاط أهمها :

١. جمعت الفقه الاسلامي بين الإستثناء والشرط تحت تسمية (الثنيا) ويقصد به البيع بالشرط والإستثناء ، مما يدل على سبق الفقه الاسلامي القانون الوضعي في هذا الخصوص ، أما

([1]) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه، مصدر سابق ، الجزء الرابع ، ص٤٤١

([2]) محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني ، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، المحقق: محمد مظهر بقا ، الجزء الثاني ، الطبعة: الأولى ،دار المدني، السعودية ، ١٩٨٦ ، ص٢٩٨_ ابو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنياوي ، الشرح الكبير لمختصر الأصول من علم الأصول ، مصدر سابق ، ص٢٨٧.

([3]) تنص المادة ٢٨٦ من القانون المدني العراقي المعدل النافذ على أن " العقد المعلق هو ما كان معلقاً على شرط واقف او فاسخ 2 .ويشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا محققاً ولا مستحيلاً ". تقابلها المادة٢٥٦ من القانون المدني المصري .

([4]) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني (احكام الالتزام)، بغداد ، ١٩٨٠، ص ١٥٨.

([5]) د .إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ، الطبعة الاولى ، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت ، 1998 ، ص3 .

في نطاق القانون فقد عرف" فكرة الأثر الرجعي للشرط" [١] وأورد المشرع عليها عدة إستثناءات (٢٨٩/٢[٢] و٢٩٠[٣] و٤٣٤ [٤]) يتبين من خلالها أن الشرط والإستثناء يتفقان مع المنطق القانوني السليم [٥].

٢. يحقق الشرط كما الإستثناء مصلحة لمن يتقرر له ، لأن القول بخلاف ذلك سيؤدي الى أن يبقى المطلق على أطلاقه ، والعام على عمومه ، كذلك الإستثناء فلولاه لما تحققت مصلحة المستثنى من تخصيصه ، ولهذا وردت قاعدة "المُستثنى شرطاً كالمُستثنى شرعاً " . إذ أن وجود الشرط والإستثناء يشجع على أبرام العقود.

٣. يحد كلاً من الشرط والإستثناء من الآثار القانونية التي تترتب على العقد المقترن بالشرط أو الإستثناء على حد سواء ، فيقيد المطلق ، ويستثنى العام ويعدان قيداً على القاعدة القانونية .

٤. هنالك علاقة مشتركة بين الشرط والإستثناء وتتجلى هذه العلاقة فيما يعرف الفقهاء قاعدة "الأصل في الشروط الحظر" ولكنهم يجيزون شروطاً على سبيل الإستثناء أستدلالاً بقول الرسول الاعظم " المسلمون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او أحل حراماً "، والمقصود بالشرط هنا ، ما يقتضيه العقد أو يؤكد مقتضاه أو يكون جارياً به العرف والعادة او ما كان فيه نفع لاحد المتعاقدين [٦] ،

([١]) . والتي نصت عليها المادة (٢٩٠ من القانون المدني العراقي) " اذا تحقق الشرط واقفاً كان او فاسخاً استند اثره الى الوقت الذي تم فيه العقد " تقابلها المادة (٢٧٠) مدني مصري

([٢]) . والتي نصت على " ان اعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط." تقابلها (٢٦٩ مدني مصري)

([٣]). والتي تنص "... **الا** اذا تبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط . تقابلها المادة ٢/٣٨١ مدني مصري .
" 2 . ومع ذلك لا يكون للشرط اثر رجعي اذا اصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن بسبب اجنبي لا يد للمدين فيه. ".

([٤]). 2.ففي دعوى الدين المؤجل تبدأ المدة من وقت حلول الاجل وفي دعوى الدين المعلق على شرط من وقت تحقق الشرط".

([٥]) يرى رأي في الفقه " أن القول بالاثر الرجعي للشرط سواء نظر اليها كأصل أوبوصفها فكرة قائمة على المجاز او الافتراض القانوني لايخل الامر باعتبارها مبدأ اواستثناء عند الاتفاق عليه بل هي فروق محددة فكل طريقة تقرر أصلا ثم تستثني منه وتكاد ان تتفقان على حدود الاصل والاستثناء . د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد ، الجزء الثالث ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٨، ص٦٩.

([٦]) ينظر المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي
" ١. يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة.
٢. كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للآداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً ".

ولا يخالف النظام العام أو الآداب العامة [١].

٥. كلا من الشرط والإستثناء يعد من المخصصات ، ففي الشرط انتفاء الحكم عند عدم الشرط انما جاء من تخصيص الشرط فأفاد حكماً مخالفاً لغة مثل الإستثناء إلا ان الإستثناء مفيد للحكم المخالف في المنطوق والشرط في المسكوت [٢]. فالتخصيص للكلام في المشروط أنما هو من باب الإستثناء للالتزام [٣].

٦. **الشرط بيان تغيير** بمعنى انه يبين ان الكلام غير موجب في الحال ، وكونه تغييراً ان الشرط يغير الصيغة عن ان تكون ايقاعاً في الحال الى التعليق ، أي ينعقد الحكم عند وجود الشرط فلهذا كان بيان تغيير ، كذلك الاستثناء فيعد بيان تغيير حيث يبين ان ما خرج من حكم العموم لم يكن المتكلم قد اراد شمول حكمه له ولم يرد تكليف المكلف به لا في الماضي ولا في الحاضر ولا في المستقبل [٤].

٧. يشترط الاتصال في الشرط والإستثناء لأن الاخير جارٍ مجرى الشرط ؛ لأنه إذا انفصل عما قبله لم يعد ، بمعنى لأن الشرط والإستثناء متى تفرقا بقدر المجلس لم يصح [٥].

المقصد الثاني

أوجه الاختلاف

يبقى الإستثناء والشرط أوضاعاً لها مداليلها الخاصة فلا يقدح بالتشابه من وجود الاختلاف الذي يعزو إليه التفريق بين ما يعد إستثناءً وما يعد شرطاً ، ولعل أهم نقاط الاختلاف هي :

---

(١) جاء في قرار للقضاء العراقي مفاده " عقد الإيجار المستثنى من قانون إيجار العقار والذي يتضمن اتفاق اعلى أن يتضاعف بدل الإيجار إذا بقي المستأجر شاغلا للمأجور بعد إنتهاء مدة العقد، دون موافقة المؤجر التحريرية، فإن هذا الاتفاق يعتبر ملزما للمستأجر دون حاجة لإنذار رسمي بذلك؛ لأنه لا يخالف النظام العام ، ويفهم من هذا القرار بأنه يقرر صحة الشرط الذي يتضمن اتفاقا على زيادة ال اجرة بمرور مدة معينة في حالة إذا بقي المستأجر شاغلا للمأجور. انظر قرار محكمة التمييز الإتحادية ، المرقم / 2641 الهيأة الاستئنافية عقار 2008 / ، في٢٠٠٨/١١/١١، .منشور في النشرة القضائية ، العدد الخامس، 2009 ، ص28 .

(٢) د. حمد عبيد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٩. أ. بدران ابو العينين بدران ، مصدر سابق ، ص٢١٢.

(٣) مهدي الحائري اليزدي ، الحجة في الفقه تقريرات وتحصيلات من الدراسات آية الله السيد حسين الطباطبائي البروجردي ، المجلد الاول (مباحث الالفاظ)، الطبعة الاولى ، منشورات حسينية عمادزاده ، اصفهان ، ١٣١٩، ص١٦٥.

(٤) أبى بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي ، الجزء الثاني ، ص٣٥.
د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص ٣٦٩.

(٥) أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، العدة في أصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٥٦٦. محمد ابو النور زهير ، مصدر سابق ، ص٢٧١.

١. **من ناحية المصدر**: يجد الشرط مصدره في إرادة الافراد في تضمين عقودهم شروطاً تعدل من التزاماتهم ، لذا فالشرط أمر خارجي تضعه الإرادة بغية أستكمال عناصر تكوين الإلتزام يترتب عليه وجود الإلتزام (شرط واقف) أو زواله (شرط فاسخ) بحسب الاحوال ، أما الإستثناء فيجد مصدره في إرادة المشرع في إستثناء أشخاص أو وقائع من الاصل العام كأصل وقد يعزو المشرع بمقتضى ترخيصه الى الأفراد لإستثناء حالة معينة بغية تنظيم تعاقداتهم تلافياً لما قد ينشأ مستقبلاً من النزاعات ، لذا فالإستثناء مصدره أوسع لأنه من وضع المشرع فيشمل جميع مصادر الالتزام .

٢. **من ناحية الصياغة** :أن الإستثناء بوصفه من وضع المشرع فأن صياغته تكون واضحة ودقيقة ولا تحتمل التأويل ، بدلالة الصياغة الجامدة لغالبية النصوص الاستثنائية . أما الشرط فلأن مصدره ارادة الاطراف فغالباً ما تكون صياغته غير دقيقة وتحتاج الى اللجوء التفسير والكشف عن نية الاطراف ، ٤بوهنا يرجع القاضي الى نية الاطراف وطبيعة العقد وهذه المسألة من المسائل الموضوعية التي لا تخضع الى رقابة محكمة التمييز .

٣. **من ناحية النطاق** : يعد نطاق الشرط أوسع من نطاق الإستثناء فالشرط يشمل القاعدة القانونية كلها ، بخلاف الإستثناء فهو يرد على جزء من القاعدة يخرجه من نطاقها العام ، لذا فغالباً ما نلاحظ تصدر الشرط بداية القاعدة على نحو " يشترط ..." وان جاز تأخيره، أما الإستثناء فهو غالباً ما يرد في نهاية القاعدة محاولاً إخراج المستثنى بالنظر الى أن الإخراج يتوقف على وجود المخرج منه ابتداءً (المستثنى منه)[١].

٤. **من ناحية العقود** : يجد الإستثناء مجاله الطبيعي في جميع انواع العقود المدنية ، على العكس من الشرط فبعض العقود يصح تعليقها على شرط ، دون البعض الآخر التي لا يصح تعليقها على شرط وأن جاز إستثناءها ، لذا فمجال الإستثناء أوسع من ناحية العقود التي يرد عليها مقارنة بالشرط.

٥. **يجوز تقديم الشرط على الجزاء وتأخيره لكون معناه تعليق** الجزاء فلا يبطل بالتقديم والتأخير ، أما الإستثناء فيجوز تقديمه في النفي (لعدم الاخلال بالمعنى ولان حذف المستثنى منه في النفي جائز) ولا يجوز تقديمه في الاثبات لأن الإستثناء جعل بعض

---

(١) جمال الدين ابو منصور الحسن بن سديد الدين يوسف بن المطهر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول ، ص١٣٨.

الاشياء مصروفاً عن المعنى الذي دخل فيه سائره فلو جاز تقديمه على المستثنى منه لبطل هذا المعنى[١].

٦. الفرق بين قاعدتي الشرط والإستثناء في الشريعة ولسان العرب في أن الشرط لا يجوز تأخير النطق به في الزمان ويجوز في الإستثناء ذلك على قول وأن الإستثناء لا يجوز في الشريعة ولا في لسان العرب أن يرفع جميع المنطوق به ويبطل حكمه [٢].

نخلص في نهاية هذا الفصل الى جملة من المفترضات التي يتضمنها الإستثناء ولعل اهمها :

١. التناسق بين المعنى اللغوي والنحوي فكلاهما يدوران حول المعنى اللغوي لمادة "ثنى" بمعنى الإخراج ، وهذا هو المدلول السائد لدى أكثر النحاة والأصوليين فيما ظهر لنا .
٢. يجب أن يسبق الاستثناء القاعدة العامة ، بمعنى آخر يجب أن يرد الأصل العام ثم يأتي الإستثناء ليخرج الحالة محل الإستثناء لعلة ما ، وهذا الكلام ينسحب بدوره على القاعدة اللغوية والقاعدة الفقهية.
٣. الإستثناء بالنظر الى ماهيته بمعنى الإخراج قد يرد صراحة يستدل عليه من خلال أدواته المحددة كما في الإستثناء الحقيقي او اللفظي ، أو قد يستخلص ضمناً كما في الإستثناء الضمني أو الحكمي .
٤. يعد الإستثناء أحد وسائل تخصيص العام [٣] ويطلق عليها الأصوليون المخصصات المتصلة (وهي التي لا تستقل بنفسها في إفادة التخصيص ، وإنما تكون جزءاً من النص المشتمل على العام ، والمخصصات المتصلة عند الجمهور أربعة وهي : الإستثناء المتصل ، والصفة ، والشرط ، و الغاية) ، وعلى ذلك فالإستثناء من المخصصات المتصلة غير المستقلة ، أما الإستثناء الحكمي فيندرج تحت أدلة التخصيص المستقلة المنفصلة كالعرف والعقل والنص والقياس وحكمة التشريع [٤] .

---

(١) أ. بدران ابو العينين بدران ، مصدر سابق ، ص٢١١-٢١٢.
(٢) ابو العباس شهاب الدين احمد ابن ادريس بن عبد الرحمن المالكي القرافي ، انوار البروق في انواء الفروق ، تحقيق د. محمد احمد السراج و د. علي جمعة محمد ، المجلد الاول ،الجزء الاول ، دار السلام ، بلا سنة ، القاهرة مصر ، ص١٩٢ .
(٣) أختلف الأصوليون في تعريف العام واحتوت مؤلفاتهم على كثير من التعريفات ، ولعل أبرزها تعريف فخر الدين الرازي " هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد". ينظر أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، أصول السرخسي ، مصدر سابق ، ص ١٢٤.
(٤) محمد احمد شحاتة حسين ، مصدر سابق ، ص٢٠٧.

٥. ضرورة أن يشتمل الإستثناء على مسوغات وعلل تبرر الخروج من الأصل العام ، وتتنوع بين مبررات فلسفية نتتبع من خلالها قصد المشرع من إيراد الإستثناء وأخرى عملية وواقعية تتماشى مع الواقع العملي.

٦. لزوم ضبط الإستثناء بشروط تحدد نطاقه وتبين حدوده ، بما لا يخل بالغاية المتوخاة من تشريعه ، ومنعا من استخدامه في حالات بصورة غير منتظمة وتحقيقاً لمصالح فردية .

٧. أن تداخل الإستثناء مع اوضاع قانونية اخرى قد يشكل تلابس وتخالط ، لذا لزاماً ان نميزه بين الاقرب له لتوضيح الامور التي تتشابه وتختلف حتى تستبين فكرة الإستثناء بصورة واضحة.

الفصل الثاني

الإطار المفاهيمي للصياغة

تمهيد وتقسيم:

تعد الصياغة من الوسائل الفنية الضرورية لإنشاء القاعدة القانونية فهي علماً وفناً قائما بذاته . وهي بمثابة حجر الاساس في صناعة النصوص التشريعية وفق معايير وضوابط خاصة تحقق الاستقرار القانوني وتنسجم مع القيم والمبادئ القانونية العامة و حاجات المجتمع بغية تحقيق التوازن بينها بما يضمن مواكبة التغيرات والتطورات والحاجات الانسانية المتجددة ، والمشرع يراعي هذه المعطيات والتي تستوجب اتباع تقنية معينة وهي الصياغة القانونية ، التي تعنى بوضع انسب ادوات التقنية التشريعية ، بغية احتواء واقع الحاجات الضرورية في المجتمع ، فالمشرع ينبغي عليه أن يسن التشريع و يصوغه بصورة دقيقة من ناحية الشكل والمضمون حتى يحقق النص التشريعي الغاية المتوخاة منه ، بوصف النص أداة أو وسيلة لتحقيق هدف أو غاية اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية ، وهذا يتطلب أن يكون لدى المشرع من باب أولى تصور مسبق عن هذا الهدف أو هذه الغاية بغية تنظيمها ، فالسياسة التشريعية تفترض إدراك الواقع المعاش في المجتمع ووضع تصور أو خطة لتنظيم هذا الواقع بعد دراسته وتحديد ما يراد تنظيمه بواسطة القانون والقاعدة القانونية ستكون الأداة التي تحقق الهدف المنشود لهذه السياسة [1]، والتكنيك التشريعي يتجلى في ضمان مهايأة القاعدة مع الاهداف التي يجب ان تحققها وكذلك ضمان النتائج التي تترتب على القاعدة ، ويبرز دور التكنيك التشريعي في تحويل الاهداف العامة الى قواعد قانونية من خلال حبسها في أطر وصياغات ثابتة[2].

وعطفاً على ما تقدم فأن النصوص القانونية بشقيه الاصل والاستثناء خاصة له خصوصية في ذاتها تجعل من صياغتها أكثر حبكة ودقة بسبب احكامها الخاصة ، وهذه الخصوصية تنعكس بشكل كبير على طرق وأساليب صياغة النصوص الإستثنائية ، فصياغة الاخيرة وأن كانت تخضع لقواعد الصياغة العامة ، إلا انها تنفرد بجملة من الخصائص لابد أن يلتزم بها المشرع .

([1]) د. عكاشة محمد عبد العال ود. سامي بديع منصور ، مصدر سابق ، ص٦٩. د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٤٠٦ ، د.منذر الشاوي، مدخل في فلسفة القانون ، الطبعة الاولى ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١١، ص١٠٩-١١٢.

([2]) د.منذر الشاوي، مدخل في فلسفة القانون، ص ١١٣-١١٤.

في ضوء ما ذكر يقتضي تحديد الإطار المفاهيمي للصياغة ، ان نقسمه الى مبحثين سنعرض في المبحث الاول مفهوم الصياغة ، في حين سنخصص المبحث الثاني لبيان أساليب صياغة الاستثناء.

المبحث الاول

مفهوم الصياغة

أن المشرع عندما يصدر حكماً انما يواجه بذلك تقابلاً بين المصالح التي يقوم بالموازنة بينها [١] ، لذا يجب أن يتم صياغة التشريع بأسلوب علمي منسق ودقيق[٢] ، والمشرع يقوم بفرض فلسفته عند صياغة التشريع[٣]، لذا ينبغي عليه أن يصوغه وفق أسس منطقية سليمة ترتقي به الى المستوى المطلوب منه أن يحققه في ضوء المصلحة المرجوة من التشريع عامة كانت أمْ خاصة ، وذلك من خلال صياغة التشريع صياغة قانونية جيدة وواضحة ، وفق معايير محددة منها المرونة والنسبية وقابلية النص للتفسير المتطور، وهذا يشكل دور بارز في بناء النصوص التشريعية و تحديد طبيعة النص القانوني من حيث المرونة والجمود ونطاق سريانه على حالات واقعية متعددة ، في ضوء الحكمة من التشريع .

لذا فالسؤال هنا ماهي خصوصية صياغة النص الاستثنائي ؟ هذا ما سنحاول الاجابة عليه بعد ان نبين ابتداءً ما هو النص المستثنى .

مما تقدم . سنتناول مفهوم الصياغة الى مطلبين سنبين في المطلب الاول تعريف الصياغة ، في حين سنعقد المطلب الثاني لدراسة انواع صياغة النص الاستثنائي.

---

(١) د. جلال علي العدوى ، المراكز القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، مصر، ١٩٨٨، ص٥.

(٢) إن صياغة النصوص التشريعية على نوعين ، صياغة تفصيلية كما هو الحال في صياغة القوانين وفق أسلوب الاتجاه إلانكلوسكسوني ، و صياغة معيارية كما هو الحال في القوانين المتأثرة بالاتجاه اللاتيني. ومن البديهي أن يؤثر أي من إلاسلوبين في طبيعة التشريع وطريقة تفسيره وتطبيقه ، إلا إن الصياغة التفصيلة لم تعد تواكب الطرق الفنية في الصياغة على خلاف الصياغة المعيارية التي تعد من أحدث أنواع الصياغة التشريعية، بالنظر لما تتميز به من مزايا تتلاءم مع التطور المتسارع في الحياة . للمزيد ينظر أمنه فارس حامد ، معايير الصياغة التشريعية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ،جامعة بابل ، ٢٠١٧ ، ص٣٨ ومايليها _ علي احمد حسن اللهيبي ، قواعد صياغة النص التشريعي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية / كلية القانون، جامعة بغداد ، العدد الاول ،٢٠١٩..

(٣) د.حسن علي ذنون ، فلسفة القانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٥ ،

المطلب الاول

تعريف الصياغة

تعد الصياغة عموماً بمثابة المظهر الخارجي للتشريع ، إذ ان أي تشريع يتكون من عنصرين اساسين هما الجوهر والشكل ، ويمثل الجوهر المحتوى الذي تشتمل عليه القاعدة القانونية من وقائع الحياة الاجتماعية ، أما الشكل فهو الصورة التي اعطاها المشرع لهذا الجوهر ليصبح صالحاً للتطبيق عملياً ، فالصياغة بصفة عامة الاداة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي الى الحيز الخارجي [1]، وهنا يكون للمشرع الدور في ما يسمى بفن الصياغة للتشريعية الذي يتم من خلاله معرفة التشريعات الصالحة في ضوء السياسة التشريعية للدولة ، في مقابلة الفن التطبيقي والذي يقصد به معرفة حقيقة الوقائع والمراكز [2]، وذلك بإعطائها الوصف القانوني الصائب لها وتطبيق القواعد القانونية عليها . لذا فأن للصياغة الإستثنائية اهمية بالغة فهي ضرورية للكشف عن النصوص الإستثنائية من جهة ، ومن جهة اخرى يتوقف عليها تحقيق الغرض الذي وضعت من اجله ، فكلما كانت الصياغة الإستثنائية معبرة عن مضمون النص كلما كان تطبيقها فعالاً وبذلك تكون قد حققت الغاية المرجوة منها.

في ضوء ما ذكر ، سنقسم هذا المطلب المعنون بتعريف الصياغة الى فرعين ، سنبحث في الفرع الاول معنى صياغة النص الاستثنائي ، في حين سنخصص الفرع الثاني معنى النص الاستثنائي.

الفرع الاول

معنى صياغة النص الاستثنائي

لم يعرف مؤلفو وكتاب القانون صياغة النص المستثنى ، ولعل مرد ذلك أن الصياغة القانونية للقاعدة القانونية تستوعب صياغة الاصل والإستثناء عليها ، فالإستثناء ما هو إلا قاعدة قانونية ، وبالنظر لخصوصية الإستثناء واحكامه الخاصة حاولنا تعريف صياغة الإستثناء في ظل الصياغة العامة مع إبراز خصوصية الصياغة الإستثنائية ، وبالرجوع الى تعريف الصياغة

([1]) د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية للعقود ، الطبعة الثالثة ، دار نصر ، مصر ، ٢٠٠٨، ص١٥.محمد اقبال ياسين المشهداني ، لغة القانون، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للغات والاداب ، العدد الاول ، ٢٠٠٩، ص٦٧٢.

([2]) تعرف المراكز القانونية بأنها مجموعة من المكنات والواجبات المتقابلة التي يقررها القانون لمواجهة المصالح المتقابلة للاشخاص والجماعات للمزيدعن هذا الموضوع ينظر د.جلال علي العدوى ، مصدر سابق ، ص٧.

بصورة عامة لاحظنا تأرجح تعاريف الفقهاء في بيان معنى الصياغة بين من ركز على ابراز الناحية الفنية منها ، بخلافه من ركز على ابراز الناحية العلمية لها ، وبين هذا وذاك من الآراء سنحاول ان نسلط الضوء على اكثرها دقة وشمولية لمعنى الصياغة ، وله علاقة بموضوع الاطروحة والاقرب لها جرياً لبيان فلسفة المشرع عند صياغة نصوصه بإستثناء أشخاص أو قائع أو حالات من الحكم الشخصي أو الموضوعي للقاعدة القانونية ، من هنا فقد عرفها رأي بأنها " مجموعة الوسائل التي يمكن بها تحويل اهداف السياسة القانونية الى قواعد قانونية مصبغة بشكل قابل للتطبيق على الواقع العملي " [1] ، وفي تعريف قريب من الاول عرفها رأي بأنها "مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الافكار القانونية والاحكام التشريعية بطريقة تيسر تطبيق القانون من الناحية العملية وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب لفظية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية " فهي بمثابة تحويل المادة الاولية التي تتكون منها القاعدة القانونية الى قواعد منضبطة ومحددة من ناحية الشكل والموضوع وكاملة اذا انتهى طريقه يتم من خلالها التعبير عن مضمون قاعدة فهي تمثل الشكل الذي يخرج فيه ومن خلاله جوهر القاعدة القانونية [2].

اذا فالصياغة عنصر اساسي في تكوين وبناء النص اذ تمنحه الشكل العملي مما يصلح معه للتطبيق . وللصياغة التشريعية اهمية من جانبين ، الاول : الجانب العملي انشاء القاعدة القانونية . الناحية الثانية : المتمثلة بالجانب التطبيقي او تطبيق القاعدة ، وتمتاز الصياغة التشريعية بشقيها الاصل والاستثناء بالصفة الوقائية والتي تعني ان مهمة الصائغ هي صياغة النص يحول دون حدوث المشكلات والتقاضي ، إذاً فإن الصياغة ليست مجرد الاعتناء بالجانب الشكلي والاجرائي بل هي من مكونات النص القانوني ، اذا فان صياغته بلغة بسيطة و مألوفة و بألفاظ لا تترك مجالاً للتعبيرات المتعارضة كما ينبغي صياغته باستعمال المفردات التي لا يكون لها اكثر من مفهوم [3].

والسؤال هنا هل هنالك تعارض بين الصياغة العامة والصياغة الإستثنائية ؟ بمعنى آخر هل ان عمومية القاعدة تتعارض من ناحية الصياغة مع الإستثناء ؟

بداية يقصد بعمومية القاعدة القانونية أنها لا توجه إلى شخص معين بالذات أو إلى واقعة معينة بالذات ، وإنما تحدد الشروط التي يلزم توافرها لكي تنطبق القاعدة ، فإذا توافرت هذه

([1]) دكتور عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٤١٢_٤١٣.

([2]) د. محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، بغداد ، ١٩٧٩، ص١٠٣_١٣٩.

([3]) علي احمد حسن اللهيبي ، قواعد صياغة النص التشريعي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية/ كلية القانون (جامعة بغداد) ، العدد الاول ، ٢٠١٩ ، ص٦٣.

الشروط في شخص معين أو واقعة معينة انطبقت القاعدة[١]، إلا ان المشرع يرى أن بعض الاشخاص أو الوقائع بحاجة خاصة الى تنظيم خاص استثناءً من التنظيم العام فأنه يستثنيها في ضوء المصلحة التي يراعي تقدمها ، دون اخلال بـ العمومية والتجريد . إذ يعدان صفتان متلازمتان للقاعدة القانونية و جزءً من صياغتها .وقد يلجأ المشرع الى اضافة تفصيل أو إستثناء حالة ما بما يخرج هذه الحالة أو الشخص من عمومية وتجريد النص. والعلاقة بين الصياغة الاستثنائية والعامة علاقة جزء بكل ، فالصياغة الاستثنائية هي ذاتها الصياغة بمفهومها العام مع بعض الخصوصية التي تمتاز بها الاولى بسبب خصوصية الفرض محل الاستثناء ، والذي ينعكس على خصوصية الحكم المستثنى لسبب يعتبره المشرع اجدر بالإخراج من النص العام .

نخلص مما تقدم ان الصياغة كمفهوم هو ذاته إلا ان تعاملها مع النص الإستثنائي يحظى بخصوصية تراعى فيه ما يتمتع فيه الاستثناء من مفهوم الإخراج وفق شروطه ، مع الأخذ بنظر الاعتبار خصوصية استخدام ادوات الإستثناء المحددة عند الصياغة ، وتمام توافر أركان الإستثناء حتى يتحقق مفهوم الإخراج على النحو الذي ذكرناه سابقا .

الفرع الثاني

معنى النص الاستثنائي

تعامل فقهاء القانون مع النص القانوني إلا انهم لم يعرفوه ، وغالبا ما يطلقون لفظ النص ويريدون به المادة القانونية ، لذا فإن تعريف النص التشريعي حديث عن تعريف المادة القانونية ، والنص من الممكن أن يتضمن قاعدة قانونية واحدة أو اكثر ، او تتوزع القاعدة القانونية على اكثر من نص تشريعي ، وقانوناً الاصل في كل نص قانوني إن المشرع انما يسوقه ليدل به على حكم خاص ، ويصوغ عباراته صياغة واضحة للدلالة على مضمون هذا الحكم [٢].

فالنص يتضمن لفظا يراد به معنيين : الاول يراد به " مجموعة من الالفاظ (الكلمات) تمت صياغتها في جملة مفيدة أو اكثر لبيان قضية ما بغض النظر عما إذا كانت تلك الالفاظ عامة أمْ خاصة ، مطلقة أمْ مقيدة ، مجملة أو مفصلة ، قطعية كانت دلالتها أمْ ظنية"[٣].

([١]) د. سعيد سليمان جبر ، د. محمد سامي عبد الصادق ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الاولى ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص١٧. د. محمد عبد الوهاب خفاجي ، مصدر سابق ، ص٣١ ومابعدها .

([٢]) د. عادل يوسف الشكري ، ود. جواد احمد البهادلي ، فن صياغة النص في البحث الشرعي والقانوني وآليات اخراجه ، الطبعة الاولى ، كتاب قاصدك ، قم –ايران ، ٢٠٢٢، ص ٤٧.

([٣]) د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، الطبعة السادسة، مؤسسة قرطبة، بغداد، ١٩٧٦، ص٣٣٨.

أما المعنى الثاني للنص وهو المعنى الاصطلاحي له ويعرفه الاصوليين " هو مالا يحتمل إلا معنى واحداً أو هو ما لا يحتمل التأويل ويقابله الظاهر وهو أسم لكلام ظهر المراد منه للسامع بنفس الصيغة ويكون محتملاً للتأويل أو التخصيص "[١]، كما عرفو النص بأنه " ما أزداد وضوحاً عن الظاهر بقرينة تقترن باللفظ من المتكلم ودل بنفس صيغته على المعنى المقصود أصالة من سياقه ويحتمل التأويل ويقبل النسخ والتخصص"[٢]، كما عرفه رأي بأنه " اللفظ الواضح المعنى المسوق له بواسطة السوق له زيادة على ظهوره بمجرد سماعه مع احتمال التخصيص إن كان عاماً والتأويل إن كان خاصاً "[٣].

فالقانون كما هو معروف يتألف من عدد من النصوص أي المواد ، وكل مادة تحمل حكماً واحداً على الاقل ، و معنى ذلك ان المادة أو النص هي أصغر وحدة لغوية مستقلة في قانون و تتضمن قاعدة قانونية ، أي فرضاً وحكماً ملزماً ، والقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ نص في المادة الاولى منه علي ان "١. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها "، كما ان ليست كل النصوص التشريعية واضحة الدلالة وصريحة بحيث لا يمكن الاجتهاد فيه [٤]. وبدلالة المادة الثانية من القانون المدني العراقي المعدل النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ أكدت على أن " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص "، إذ ان بعض الفاظ النصوص التشريعية جاءت مطلقة تحتاج الى تقييد أو عامة تحتاج الى تخصيص أو إستثناء [٥].

نخلص الى أن تعريف النص القانوني المستثنى ، كذلك لا يخرج عن مفهوم النص بصورة عامة ، إلا ان خصوصيته تتأتى من خصوصية الاشخاص المستثنين من الاصل العام ، أو الحالات المستثناة بأحكام خاصة لدواع معينة ، أو لخصوصية وقائع معينة اراد المشرع إخراجها بنص إستثنائي ضمن النص العام الظني أو لاحق عليه ، وسواء ضمن نفس القانون أو قانون آخر .

([١]) علي بن محمد بن علي السيد الزين ابو الحسن الحسيني الجرجاني ، التعريفات ، الطبعة الاولى ، دار الفكر ،بيروت-لبنان ، ٢٠٠٥، ص٩٦.

([٢]) أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، أصول السرخسي ، ص١٦٤. محمد ابو زهره ، مصدر سابق ، ص ١٢١. د.هشام ابراهيم توفيق ، الوجيز في علم اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٢٢٨.

([٣]) ابن امير الحاج ، التقرير والتحبير (شرح التحرير للكمال بن الهمام)، الجزء الاول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣، ص١٤٦.

([٤]) ينظر القاضي عباس قاسم مهدي الداقوقي ، الاجتهاد القضائي ،مفهومه وحالاته ونطاقه ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص١٠٣.

([٥]) نقلا عن محمد حسين كاشف الغطاء بما نصه "وبالجملة فهذه القواعد الثلاث ترجع الى قاعدة واحدة وهي تقديم النص على الظاهر والاظهر على الظاهر " ، تحرير المجلة، الجزء الاول ، مؤسسة الامام الصادق عليه السلام ، ص١٣٧.

أضف الى ذلك أن النص الاستثنائي نطاق تطبيقه قد يتسم بأنه أوسع او أضيق من النص العام في بعض الحالات ، على اعتبار ان المعالجات القانونية التي يتبناها المشرع في سن النص الاستثنائي جاءت بهدف إخراج فئات معينة من النص العام لأسباب كثيرة الغاية المتوخاة منها كذلك تتعدد . فقد يكون الهدف من النص الإستثنائي تحقيق العدالة عن طريق إعادة التوازن الى العلاقات التعاقدية أو بغية تحقيق الاستقرار القانوني أو رفع الظلم الخ.

المطلب الثاني

انواع صياغة النص الاستثنائي

أن تعدد اساليب الصياغة التشريعية في نطاق القانون المدني ، أضفى بضلاله على تنوع أساليب صياغة الإستثناء ، فالصياغة التشريعية لا ترد بأسلوب واحد محدد ، فلكل نوع من النصوص التشريعية معايير معينة تصاغ بها كانت نتاج انواع هذه الصياغة بشقيها المرن والجامد ، لذا فأن الصياغة التشريعية تمارس دورين ، الدور العام يتمثل بكونها أداة لتقييم السلوك القانوني العام المجرد الذي يظهر في القاعدة القانونية عند صياغتها ، إما الدور الخاص للصياغة التشريعية فيتمحور بكونها صياغة مرنة أو جامدة ، فالقواعد القانونية أما أن توضع لتنظيم واقعة محددة تحديداً كاملاً ، وعندئذ تتخذ القاعدة عند تطبيقها طابعاً جامداً وموضوعياً ، وأما أن توضع بحيث تترك مجالاً لتقدير القاضي بسبب أنها تنظم وقائع غير محدودة أو متغيرة تخضع لتأثير الحياة الاجتماعية وتتغير بحسب الظروف فتتخذ طابعاً مرناً ، ومما لاشك فيه ان قدر كبير من قدرة القاعدة على تحقيق الغرض منها يتوقف على حسن صياغتها باختيار المناسب من انواعها والامثل من ادواتها لتحقيق المقصود [1].

ولمعرفة طبيعة النصوص التشريعية المستثناة يقتضي منا بحث النوعين المتقدمين ومعرفة موقع الصياغة الاستثنائية فيما إذا كانت قابلة للتفسير أو إنها ذات تطبيق مباشر لا تقبل التفسير أو ألاجتهاد.

مما تقدم نلاحظ أن الصياغة تتنوع وتختلف ادواتها باختلاف الغرض من القاعدة القانونية ، لذا سنستعرض انواع صياغة النص التشريعي المستثنى من خلال فرعين سنعقد الفرع الاول لبيان الصياغة المستثناة المرنة ، في حين سنخصص الفرع الثاني لدراسة الصياغة المستثناة الجامدة.

---

[1] انظر: د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٢٥٥. فارس حامد عبد الكريم ، فكرة المعيار القانوني وتطبيقاتها في القانوني المدني ، ص١٣ وما بعدها.

الفرع الاول

الصياغة المستثناة المرنة

وتعرف الصياغة المرنة بانها الصياغة التي لاتضع حلاً ثابتاً للقواعد القانونية وانما تراعي الظروف والملابسات وتعطي القاضي سلطة تقديرية ومرونة كاملة بصدد تطبيقه لحكم القاعدة القانونية ، فيتم صياغة النص المستثنى وفق هذه الطريقة بصورة غير محكمة أو بطريقه معيارية تترك المجال في تقدير القاضي حسب الظروف والملابسات ، وأن يعاب عليها عدم الاستقرار الاجتماعي إلا انه بمالها من مرونة هي اكثر استجابة لمقتضيات العدالة المتغيرة .

و تكون الصياغة مرنة إذا كانت تتمكن من الاستجابة لمتغيرات الظروف وتفريد الحالات ، وتتيح بالتالي للمطبق حرية التقدير وإمكانية المواءمة ، فهي تقتصر على وضع الفكرة تاركة ما يدخل فيها لتقدير من يقوم على تطبيق القاعدة التشريعية ، فهذا الضرب من ضروب الصياغة يمنح المطبق قدراً واسعاً من المرونة والسلطة التقديرية ، فيجعل من دوره دوراً ايجابياً ، ومثالها القاعدة التشريعية التي تترك للقاضي السلطة التقديرية في تحديد التعويض الذي يمنح للمضرور [1]، إذ تسمح للقاضي بأن يطبق القانون تماشياً ومسايرة مع التغييرات التي تطرأ في المجتمع ، إذ يتم تطبيق النص القانوني في ضوء العوامل الذاتية والموضوعية لكل حالة ، لذا فأن أهم مميزات الصياغة المرنة تحقيقها للعدالة.

من هنا فأن الإستثناء المرن في القانون المدني ما هو إلا تطبيق للصياغة المرنة التي حاول من خلالها المشرع ترك مساحة للقاضي المدني للاجتهاد الشخصي ، بإعطائه فرصة للتوسع في مجال السلطة التقديرية للقاضي عند تطبيقها وتفسيرها حسب مقتضيات العدالة والحاجات الاجتماعية المتطورة . ومن تطبيقات الصياغة المرنة اطلاق المشرع الإستثناء دون تحديد مدة زمنية معينة ينتهي بإنتهائها ، مما يترتب عليه بقاء الإستثناء مـــا بقي النص الذي بين احكامه ، ومثل هذا الإستثناء يسري في كل زمان ، ويبقى نافذاً منطبقاً على الحالات المماثلة في كل وقت ، لدواع متعددة بتعدد الحالات محل الإستثناء. فتراخى الإستثناء الذي يرد على القاعدة العامة الى فترة زمنية غير محددة قد تطول أو تقصر ، يمكن تسميته بالإستثناء المرن غير المحدد ، وهو الإستثناء الذي يخرج فيه المشرع الحالة محل الإستثناء دون تحديد مدة زمنية معينة لهذا الخروج ، فيبقى هذا الإستثناء ما بقي النص الذي بين احكامه ، فيسري في كل زمان ، ويبقى نافذاً

([1]) ينظر كل من د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص٩١. محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، مصدر سابق ، ص.15

، منطبقاً على الحالات المشابهة في كل وقت [1]، ولا يخفى ان غالبية النصوص الإستثنائية تكون غير محددة المدة ، ولعل هذا النوع من الصياغة المرنة يحاول من خلالها المشرع اعطاء سلطة تقديرية أوسع للقاضي في تقدير الوقائع وضبط امكانية الخروج عنها حتى لا تتزعزع المعاملات ويختل الامان القانوني [2]. بالتالي فأن فلسفة المشرع في عدم تحديد مدة محددة للإستثناء هو اضفاء المرونة على النص الاستثنائي وتوسيع مداه ، فالقاعدة العامة – كما اسلفنا – شاملة في عمومها ، وتحدد من خلال الإستثناء الوقائع والاشخاص التي تخرجهم من هذا العموم ولكن دون تحديد زمن معين لهذا الخروج ، بحيث تستوعب صياغة الإستثناء معنى الإخراج دون اختلال القاعدة أو تصدع عدالتها .

لذا نرى أن عدم تحديد المشرع لمدة معينة لدواع مختلفة منها الخشية من ان ينجم عنها ضرر يلحق بأحد اطراف التعاقد ، أو قد يكون بهدف التسيير والتسهيل عليهم بمنحهم مدة زمنية مفتوحة لتدارك تنفيذ التزاماتهم التعاقدية . وبالتالي هذا يعبر عن جوهر العدالة التي يحاول المشرع تحقيقها من خلال الخروج المنضبط عن الأصل العام دون تحديد مدة معينة ليتسنى اعتماد منهاج توازني لحقوق الطرفين والتزاماتهما ، وتشريع الإستثناء غير المحدد المدة يأتي بصدد غايات أو أسباب معينة يحاول المشرع حمايتها .

وفي مقابل ما تقدم هنالك العديد من النصوص المحددة المدة والتي حاول المشرع ضبط حدودها منعاً تحقيقاً للعدالة ومنعاً من اهدار حقوق الافراد ، فبعض العقود ترد على اشياء لا تحتمل بقاءها بمدة غير محددة ، وأكدت محكمة التمييز الاتحادية هذا التوجه في قرار لها جاء فيه " ان عقود الايجار التي تبرم وفق القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ تنتهي بانتهاء المدة المحددة بالعقد ، ولا تجدد تلقائياً إلا ما أستثني بنص خاص ، حيث ان اموال الدولة تؤجر بالمزاد العلني _كقاعدة عامة _إلا ما **استثني** منها بنص خاص "[3]. إلا ان ما يعاب عليها ما يطرحه تطبيق هذه النصوص المرنة من ازدواجية الحلول في كل مرة تطبق فيها هذه القواعد فالقاضي يطبق النص المرن في حالة مختلفة عن الاخرى في كل مرة. مما يؤدي لاحقاً الى تهديد استقرار المعاملات والمراكز القانونية . إلا أنه ينبغي أن نشير الى أن الصياغة المرنة لا تصلح لجميع المواد ، فثمة حالات تكون الحاجة الى الاستقرار أجدر بالرعاية من اعتبارات الملاءمة على سبيل المثال مبدأ

---

[1]) د.عادل شمران الشمري ، م.علي شمران الشمري ، مصدر سابق ، ص١٢٤-١٢٥.

([2]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار احياء التراث العربي ، بيروت _لبنان ، بلا سنة ، ص٩١_٩٢.

([3]) قرار رقم ٣٦٤٥/ الهيئة الاستئنافية /٢٠١١ تاريخ القرار ٢٠١١/١٠/١٠، نقلا عن القاضي لفته هامل العجيلي ، مصدر سابق ، ص١٨٧.

التشدد في احترام ميعاد استحقاق الحقوق والالتزامات سواء بواسطة العقد أو العادات أو القانون ، ذلك أن الطمأنينة الواجبة للدائن يقابلها طمأنينة واجبة للمدين [1]. وغالبا ما يستعمل المشرع في الصياغة المرنة طرقاً مختلفة منها :.

أولا : بيان اتجاه القاعدة القانونية بشقيها الاصل والاستثناء.

قد يكتفي المشرع ببيان إتجاه القاعدة ويترك للقاضي تطبيقها وفقاً للظروف ، وتندرج تحت هذا الطريقة جميع النصوص التي يجوز فيها للقاضي ان يحكم وفقاً للظروف ، مثال المادة (٢٥٣) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ والتي نصت على "إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم (**إلا**) اذا قام به المدين نفسه وامتنع عن التنفيذ **جاز** للمحكمة بناءً على طلب الدائن ان تصدر قراراً بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتنعاً عن ذلك ".

إذ يتضح من خلال النص اعلاه ان للمحكمة بناءً على طلب الدائن وعند توافر شروط معينة، أن تفرض غرامة تهديدية او ما يعرف بالإكراه المالي ، و يرتبط الحكم بالغرامة التهديدية وجوداً وعدماً مع امكانية تنفيذه من قبل المدين أي تكون شخصيته محل اعتبار لتحقق التنفيذ العيني ، فتصدر قراراً بالزام المدين بالتنفيذ العيني لالتزامه خلال مدة معينة تحددها ، وبدفع مبلغ معين اذا فاتت تلك المدة عن كل مرة يخل فيها بالتزامه اوعن كل وحدة زمنية يتأخر فيها عن التنفيذ.[2].

كما أن هنالك ما يعرف بـ(مهلة الميسرة) وهي مهلة يمنحها القاضي للمدين الذي يمر بظروف صعبة تجعله غير قادر على الوفاء في الميعاد المحدد بشرط ألا يلحق بالدائن ضرر جسيم ، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في منح المدين نظرة الميسرة ، فهو حر أن يمنحه أو يمنعه من ذلك ، وكذلك هو حر في تحديد مدة نظرة الميسرة بشرط أن تكون معقولة ، كما أن له الحرية في أن يمنح المدين أجلا واحدا يسدد في خلاله أو آجال يسدد فيها . **والأصل** في نظرة الميسرة أن المدين يجب عليه الوفاء بدينه في الميعاد المتفق عليه ، إلا أنه إذا استدعت حالته الرأفة به ، ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم ، ولم يمنع من التأجيل نص في القانون ، يجوز للقاضي ، بهذه الشروط الثلاثة ، أن يمنح المدين أجلاً أو آجالا معقولة يفي فيها بدينه ، وقد نصت الفقرة

([1]) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٢٥٨_٢٥٩.

([2]) د. عبد المجيد الحكيم - ا. عبد الباقي البكري ، أ .محمد طه البشير ، القانون المدني –احكام الالتزام ، الجزء الثاني ، العاتك – القاهرة ، المكتبة الوطنية- بغداد ،٢٠١٠، ص٣٥-٣٧.

الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨النافذ [١]عليها صراحة إذ نصت : " على أنه يجوز للقاضي في **حالات استثنائية** ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو أجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم " ، فنظرة الميسرة ، يراد بها التخفيف من عبء التزام المدين الجدير بالرأفة ، وهي تخفف العبء من حيث الإفساح في أجل الوفاء ، كما تخفف الظروف الطارئة العبء من حيث تحديد مقدار الدين ، كما أن نظرة الميسرة من القواعد الاستثنائية المقرر العمل بها شرعاً إذ يجب على المدين إيفاء ديونه إذا كان موسراً، فإن كان معسراً فيمهل إلى وقت اليسار ، وإن كان مماطلاً في الوفاء ، وله مال يفي بدينه للحال، حبسه الحاكم ، لقوله صلّى الله عليه وسلم "لَيُّ الواجد ظلم ، يحل عرضه وعقوبته"[٢] ، والا فقد اجمع علماء الامة على ان ابراء المدين افضل في حقه ، وهذا استثناء من قاعدتي التخيير بين الابراء والنظرة وان الواجب افضل من المندوب [٣]، وهو ما قننه المشرع العراقي والمصري بالنص على الابراء[٤] وعلى نظرة الميسرة .[٥]

ثانيا : منح القاضي سلطة تكميل او تعديل العقد استثناءً.

قد يعطي المشرع للقاضي سلطة تكميل او تعديل ما يكون بين المتعاقدين من علاقات قانونية ، ويدخل في هذه الطريقة النصوص التي تجيز للقاضي ان يبذل نشاطا يوفق بين مصالح الطرفين او يكمل اتفاقهما ، ومن أمثلة الصياغة المرنة الإستثنائية في نطاق القانون المدني نص المادة (٢/١٤٦)[٦] والتي نصت على " على انه اذا طرأت حوادث **إستثنائية** عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ". الى جانب المادة (٩١)[٧] من القانون المدني العراقي النافذ المعدل .

([١]) تناظرها المادة (٢/٣٩٤) من القانون المدني العراقي .

[٢]) د. وهبة بن مصطفى الزحيلي ، الفقهُ الإسلاميّ وأدلَّتهُ ، الجزء السادس ، الطبعة الرَّابعة ، دار الفكر - سوريَّة - دمشق ، ص٥١٧.

[٣]) شهاب الدين ابي العباس احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي ، انوار البروق في انواء الفروق ، الفرق ٤٨ج٢، ص١٨-١٩

[٤]) تنظر المواد م٣٧١و٣٧٢ من القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩.

[٥]) تنظر المواد ١٥٧ /٢ و٢٥٥ و٢٧٢ و ٣٤٦ من القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩.

([٦]) تناظرها المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري.

([٧]) والتي نصت على " الاتفاق الابتدائي ...لا يكون صحيحا **إلا** اذا حددت المسائل الجوهرية ..." . تناظرها المادة (٩٥) من القانون المدني المصري.

الى جانب ما تقدم قد يصحب هذا الخروج إجازة من المشرع للأفراد بحكم الظروف المحاطة بهم بالخروج عن النصوص والقاعدة العامة ، وهذا ما نتلمسه بوضوح في المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي النافذ[١] فشراء الوكيل للأموال التي عهد إليه بيعها موقوفاً على إجازة الموكل ، أما إذا باع الوكيل او المشتري دون أن يخبر المتعاقد معه بصفته كوكيل فأن العقد لا يلزم الموكل ولا تعود حقوقه إليه . لكن المشرع عاد وأستثنى حالة ما إذا كان المتعاقد مع الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو يستوي عنده الأمران (أي يتعاقد مع وكيل او موكل) ، حيث يحق له عندها الرجوع على أي منهما و لأيهما أن يرجع عليه ، فالقانون منع الوكيل من شراء الأموال التي أوكل إليه أمر بيعها ، فإذا تخطى هذا المنع رغم ذلك كان مسؤولاً ليس فقط عن مصاريف إعادة البيع وإنما أيضاً عن نقص في قيمة البيع وذلك جزاء على أخلاله بالمنع [٢] .

ومن تطبيقات الصياغة الاستثنائية المرنة في القانون المدني العراقي الإعذار فلم يحدد المشرع مدة لإعذار المدين المتأخر عن تنفيذ التزامه كشرط لاستحقاق التعويض[٣] ، وهذا ما بينته المادة (٢٥٦) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ والتي نصت على "لا يستحق التعويض **(إلا)** بعد اعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك"، ثم تبعها المشرع العراقي بإستثناء حالات معينة من الاعذار بنص صريح بينتها المادة (٢٥٨) والتي اشارت الى " لا ضرورة لأعذار المدين في الحالات الآتية:

أ – اذا اصبح تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ممكن بفعل المدين وعلى الاخص اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل وكان لا بد ان يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون ان يتم او كان الالتزام امتناعاً عن عمل واخل به المدين.

ب – اذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل واخل به المدين.

ج – اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

د – اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه.

---

(١) والتي نصت على " إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلاً ، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه ، **إلا** إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل ، فله أن يرجع على أي من الموكل أو الوكيل ، ولأيهما أن يرجع عليه ".تقابلها المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري ، والتي تنص على انه : " اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد انه يتعاقد بصفته نائباً ، فان اثر العقد لايضاف الى الاصيل ، دائناً او مديناً ، الا اذا كان من المفروض حتماً ان من يتعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده ان من يتعامل مع الاصيل او النائب".

(٢) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص ٦٢٨.

(٣) في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه " ان التعويض يعتبر اثرا من اثار الفسخ ولايجوز طلب التعويض إلا مع الفسخ " رقم القرار ١١٢/الهيأة الاستئنافية /٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/٢/٢٢، نقلا عن القاضي لفته هامل العجيلي ، مصدر سابق ، ص ١٦٦.

الفرع الثاني

الصياغة المستثناة الجامدة

قد تصاغ القاعدة القانونية في صورة محددة جامدة لا تترك مجالاً لسلطة القاضي التقديرية ، إذ تقيده تقييداً صارماً . وتعرف هذه الصياغة بالجامدة وهي الصياغة التي تضع حلاً ثابتاً للقواعد القانونية لا يتغير بتغير الظروف والملابسات ، ولا تعطي للقاضي سلطة تقديرية بصدد تطبيقه لحكم القاعدة القانونية على المنازعة المعروضة امامه ، بل يطبق النص تطبيقا آلياً ، وبمقتضى الصياغة الجامدة يتم التعبير عن حكم القاعدة بطريقة محكمة لامجال للتقدير في فهمها . وغالبية النصوص الإستثنائية من هذا النوع من الصياغة التي تقتضي حلاً واحداً ثابتاً لا يتغير مهما كانت الظروف والملابسات المحيطة بالواقعة أو الفرضية محل الإستثناء ، فالمشرع كما بينا هو من يصوغ القاعدة بشقيها الاصل والإستثناء بالتالي فقد يلجأ الى هذا النوع من الصياغة عند سن الإستثناء ، إذ يمثل هذا النوع من الصياغة الاستقرار القانوني للقاعدة القانونية الجامدة والتي تعرف بانها " قاعدة ذات صياغة ثابتة المضمون وغالباً ما تكون كمية ، لا تتغير ولا تتبدل إلا بإرادة المشرع ، وهي تحول دون وجود سلطة تقديرية للقاضي سواء بصورة مطلقة أمْ بصورة نسبية " ، وان اللجوء الى الصياغة الجامدة يكون لتأكيد الافضلية ، اذ ستحسم دقائق وتفصيلات المشاكل العملية ، فيستقر التعامل ويطمئن الاشخاص [1] . و يذهب رأي الى القول بأن " هذه القواعد الجامدة التي تضع للمسألة حلاً واحداً ثابتاً لا يتغير مهما تغيرت الظروف والملابسات ، والتي تقف في بعض المسائل عند رقم معلوم لا تحيد عنه ، قد نكون في حاجة اليها في قليل من الحالات لاستقرار التعامل وثباته على وتيرة واحدة ، ولكن لا يجوز الاكثار من مثل هذه القواعد الجامدة فأنه تقف عقبة في طريق التطور ، وخير منها معايير مرنة يضعها المشرع هاديا للقاضي يسترشد بها هذا فيما يعرض عليه من الاقضية ، ولا يتقيد فيها بحل واحد لا ينحرف عنه ، بل تتغاير الحلول وتتفاوت بتغاير الظروف والملابسات "[2].

كما أن من شأن الصياغة الجامدة تطبيق النص التشريعي ضماناً لتحقيق الحكمة او المصلحة المتوخاة منه ، وذلك يستلزم أن تتضمن كل قاعدة قانونية جامدة أن يتم تحديد نطاقها بدقة بالغة وبعبارات واضحة لا تحتمل أكثر من معنى . مما يجد مطبق القاعدة التشريعية نفسه مضطراً

([1]) ينظر د. محمد شتا ابو سعد ، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة ، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة ، العدد ٤٠٦ ، السنة السابعة والسبعون ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص ١٢٣ – ١٢٤ ، نقلا عن علي حميد كاظم الشكري ، مصدر سابق ، ص٥٣.

([2]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، مصدر سابق ، ص٨٩_٩٠.

لتطبيق الحل (الحكم) بمجرد توافر الفرض بصورة تلقائية ، ومثالها القاعدة التي تتضمن مواعيد وأرقام محددة كالقاعدة التي تحدد مدد التقادم وسقوط الحقوق. والصياغة الجامدة كما تكون للأصل فأنها تسري على الإستثناء الذي يصاغ وفق آلية معينة وادوات خاصة .

واهم مميزات الصياغة الجامدة سواء ما تعلق منها بالأصل أو الإستثناء ما يلي:

١. الوضوح والتحديد فـ الصياغة الجامدة لعبارات النص الإستثنائي جاءت محددة بصورة قطعية وواضحة وبالتالي فهي تمنح القاضي دوراً سلبياً وضيقاً.
٢. تحقق العدل المجرد من خلال وحدة الحكم على جميع افراد النموذج التشريعي .
٣. تتميز الصياغة الجامدة بالدقة في تحديد الفرض والحكم الذي يعرض له النص القانوني.
٤. كما تتسم السهولة في التطبيق وتحقيق الاستقرار الاجتماعي .

الا ان ما تقدم من مميزات لا ينفي وجود بعض المثالب على هذا النوع من هذه الصياغة ولعل اهمها :

١. عدم اعطاءها دوراً ايجابياً للقاضي يترتب عليه مجافاتها للعدالة غالبا ، إذ تجعل من عمله عملا آلياً يقتصر على تطبيق القانون وبالتالي فهي تغلق باب الاجتهاد القضائي. وهذا مايتماشى مع صياغة الاستثناء التي تتسم بعدم جواز القياس عليه كما سيتضح لاحقا.
٢. تتسم هذه الصياغة بالجمود، مما يحول دون مواكبتها لتطور الحياة الاجتماعية وتغيرها ، وعجزها عن مسايره الظواهر الاجتماعية المتطورة [١]. وذلك ما يؤكد ان صياغة الإستثناء من صنع المشرع حصرا كونه قاعدة قانونية ارتأى عدم التوسع في تفسيرها .
٣. عدم مراعاتها للاختلافات الفردية التي يزخر بها الواقع ، مما جعل البعض يصفها بأنها تحقق المساواة ولكن لا تحقق العدل [٢].فتحقيق القاعدة الإستثنائية المساواة بين افراد النموذج التشريعي المخرج من الاصل العام يؤكد ما تقدم . وبالتالي فهي تحقق الاستقرار على حساب العدل . ويكون ذلك في عدة حالات اهمها ما يلي :

اولا: المعيار الكمي (التعبير بالأرقام)

قد يحدد المشرع في بعض النصوص القانونية مدد زمنية معينة يحاول من خلال تخصيص النص بمدة معينة ضبط حدودها ومنع استغلالها على الحالات المتشابهة أو المستجدة . وبموجب هذا الأسلوب يتم التعبير عن حكم القاعدة التشريعية برقم معين وهو ما يسمى بإحلال الكم محل الكيف ، فهو من الأساليب التي تستخدم أرقام معينة عند صياغة النصوص التشريعية

---

(١) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٢٥٥.
(٢) صغيّر بن محمد الصغيّر، ضوابط الصياغة وسن القوانين " دراسة مقارنة" ، الطبعة الاولى ، دار ١١ الالوكة ، المملكة العربية السعودية ،٢٠١٧، ص ٦٥.

فهو من طائفة المعايير الجامدة للصياغة التشريعية ومن ثم يضفي عليها صفة الجمود بما يقيد سلطة القاضي [1] ، وتكتسب المدد أو الآجال اهمية كبيرة في اطار القانون المدني ، لما ترتبه من نتائج خطيرة عند عدم مراعاتها حتى يصل الامر الى المساس بالحق الموضوعي وبالتالي إهداره أو سقوطه ، لذا تحدد هذه المدد بأوقات زمنية معينة يجب القيام بالعمل القانوني خلالها ويمنع العمل به بعد انقضائها ، ويرمي المشرع من وراء ذلك الى تحقيق هدفين اساسيين ، الاول حسن سير المعاملات المدنية واستقرار المراكز القانونية ، والثاني ، تحقيق الصالح العام والخاص في نفس الوقت ، ونظراً لأهمية المدد وما يترتب من جزاء على فواتها أو عدم مراعاتها ، وبالنظر لأهمية تلك المدد وتعلقها بحقوق المتعاقدين ، لذا فهي تُعد مدد حتمية ويترتب على تجاوزها أو عدم احترامها سقوط الحق ، وتتمسك المحكمة في ذلك من تلقاء نفسها لتعلق الامر بالنظام العام ، بما تتفق مع المنطق وتحقق العدالة ، فالمشرع يحرص على حماية المتعاقدين ، وعدم الحاق أي ضرر بهم ، وهذا يؤدي بلا شك الى اطمئنان جميع الاطراف وبالتالي استقرار المعاملات المالية ، لذا شرع الإستثناء كوسيلة قانونية تقتضي توفير حماية خاصة للحالة محل الإستثناء ، لذا يعرف هذا الاسلوب من أساليب الصياغة الجامدة بـ الإستثناء المحدد المدة والذي نعرفه بأنه الإستثناء الذي يحدد القانون له مدة محددة ، لا يسري فيها الإستثناء بعد انتهاء هذه المدة ، لذا فأن عنصر الزمن في هذا الاسلوب من أساليب الإستثناء له دور مهم في بيان نشوء الإستثناء وانتهاءه ، فتحديد الوقت الذي يجب فيه استعمال الإستثناء الذي قرره القانون في مواعيد حتمية لابد ان يتم العمل خلالها ، وإلا كان باطلاً عديم الاثر ، كونها من النظام العام.[2] . ونظرا لأهمية الزمن ودوره الجوهري في الصياغة الإستثنائية وما يترتب عليه من نتائج في حال عدم مراعاته ، حيث جعل المشرع بعض المدد القانونية مكسبه للحق[3] والبعض الآخر مسقط للحق ومنها ما يؤدي الى الوقف أو الانقطاع اذا ما توافر سبب من الاسباب التي حددها القانون.[4].

والمشرع حينما يتعرض للزمن فإنه يفترض فيه أن يحرص على تحديده بدقة ، ففي مجال التعاقدات أو الالتزامات يتم تحديد يوم وساعة الأجل المضروب للتنفيذ أو لانتهاء مدة الخيار[5] أو الفسخ[1] وفي نطاق الالتزامات ففي العقود مثلا يجب تحديد موعد تسليم المبيع خلال

---

[1] انظر: د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص٢٤٩. د. محمد عبد الوهاب خفاجي ، مبادئ القانون ، مصدر سابق ، ص٨١-٨٢.

[2]) د. عبد المجيد الحكيم ، وا.عبد الباقي البكري ، وأ.محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص٣٢٤.

[3]) انظر المواد ٤٢٩-٤٣٤) من القانون المدني العراقي

[4]) انظر المواد في وقف التقادم (٤٣٥-٤٣٦)، والمواد (٤٣٧-٤٣٩) في انقطاع التقادم

[5]) انظر المادة ٧٣٠" ١. مدة الخيار تعتبر من وقت العقد. ٢ .ابتداء مدة الاجارة تعتبر من وقت سقوط الخيار، **(الا)** اذا اتفق المتعاقدان على غير ذلك.".

وقت معين حتى يتمكن المشتري من تحديد غايته من ابرام العقد[٢]، الخ ، فهي قواعد جامدة احل المشرع بها الكم محل الكيف ولم يعطي للقاضي سلطة تقديرية في تحديد أو إستثناء سن آخر.

ومن النصوص الاستثنائية الجامدة الكمية في القانون المدني العراقي نص المادة (١١٦٤)التي تصدر مقدمتها لفظ (استثناء) على الاصل العام في التشريع المدني من ان حيازة المنقول بحسن نية و سبب صحيح تكون موجبة لعدم سماع دعوى الملك على الحائز من احد [٣] . والإستثناء الذي نحن بصدده هو حالة خروج المنقول من يد صاحبه بسبب الضياع أو السرقة أو خيانة الامانة ، إذ يستطيع صاحب المنقول استرداده حتى لو كان بيد حائز حسن النية ، وهذا الإستثناء محدد بمدة زمنية معينة وامدها (ثلاث سنوات) من تاريخ فقدان حيازة المنقولات المسروقة أو الضائعة ، وبانقضاء المدة المذكورة لا يكون من حق صاحبه استرداده من يد حائزه .وذهب الى نفس الإتجاه المشرع المصري الذي قيد كذلك مدة استرداد الحيازة بثلاث سنوات ، كما ضيق من حالات الاسترداد بحصرها في حالتي السرقة والضياع [٤].

وفي السياق ذاته نص المادة (٧٢٤) " ليس لمن لا يملك **إلا** حق الادارة أن يعقد اجارة قد تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، فإذا عقدت الاجارة لمدة اطول من ذلك انقصت المدة الى ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بغيره."، فالمادة عالجت حالة الشخص صاحب حق الادارة بإبرام عقد الايجار لمدة محددة بمقتضى النص اقصاها ثلاث سنوات .

أما في نطاق الفقه الاسلامي فلعل المثال البارز على الإستثناء المحدد المدة هو بيع السلم المستثنى من عقد البيع والذي يعرف بأنه" بيع موصوف في الذمة بثمن مقبوض بمجلس العقد بلفظ السلم". فالأصل في بيع السلم التأجيل ، فهو يقوم على تأخير تسليم السلعة المباعة من قبل البائع للمشتري في الزمن المعلوم والمحدد، مع تسليم الثمن في مجلس العقد ؛ لأنه لا يجوز بيع الدين بالدين ، فهو بيع منهي عنه شرعا بالإجماع [٥]، فقيمة السلع والبضائع قد تختلف من

---

[١]) انظر المادة ٥٨٢ من القانون "اذا اشترط البائع ان يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد كان للمشتري مع ذلك ان يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر، **(الا)** اذا نص في العقد على ان الفسخ يقع دون اعذاره وفي كل حال لا يجوز للمحكمة ان تمنع المشتري أي اجل.

[٢]) انظر المواد ٥٣٦-٥٤٨ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.

[٣]) والتي نصت على " **استثناء** من احكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا كان قد اضاعه او خرج من يده بسرقة او غصب وخيانة امانة ان يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة".

[٤]() تقابلها المادة ٩٧٧ من القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

[٥]) بدر الدين محمد بن ابي بكر البكري الشافعي ، الاعتناء في الفرق والاستثناء ، مصدر سابق ، ص ٤٣٤. زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ، تحقيق زهير الشاويش ، الجزء العاشر ، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان ، ١٩٩١ ، ص١٠٧.

زمن الى آخر من ناحية كونها منضبطة بـ الوصف المتفق عليه، وعدم تواجدها في زمن معين أو اختلاف صفاتها يجعل البيع على شيء مجهول وهذا غير جائز ، إذ يؤدي الى اضطراب المعاملات والخلاف بين المتعاقدين ، عليه فأن أثر الزمن يظهر بوضوح في تحديد وقت تسليم السلعة ، حتى يتم قضاء الالتزام الواجب في ذمة البائع ، وأيضا للسلامة من بيع المعدوم المنهي عنه شرعاً .

أما في نطاق الاجارة فيذهب الفقهاء الى ان الاستئجار للعمل لمدة محددة (كيوم أو شهر أو سنة) ليس للأجير ان يشتغل بشيء غير ذلك ، واستثنى الفقهاء زمن الطهارة والصلوات فرائضها وسننها ، ليس في مقابله حط شيء من الاجرة.[1]

يتبين مما تقدم أن للتصرفات والافعال من الناحيتين الشرعية والقانونية أحكام تتعلق بالظرف الزمني الذي تقع فيه ، ومع التحليل نجد في الأمثلة المذكورة أن لكل فعل مطلوبين اثنين ، المطلوب الاول الفعل ، والمطلوب الثاني هو الزمن الملابس له أي يجب أن يحدث الفعل ، ويجب أن يحدث في الزمن المحدد والمخصص له لكي يحدث أثره الشرعي أو أثره القانوني المترتب عليه.

ثانيا : معيار الحصر التعبير بشروط

وهو من الاساليب التي تجرد القاضي من السلطة التقديرية بإستثناء الشروط التي رسمها المشرع في صياغته للنصوص الاستثنائية خاصة ، فهي ذات طابع مادي لا تحتمل إدخال فروض اخرى او القياس على فروض موجودة . ومن امثلته صياغة نص المادة ٧٦١ /٢ [2]من القانون المدني العراقي التي جاءت استثناءً على الاصل العام في المادة موجب المادة ٧٧٥ من القانون المدني[3]. لذا يتطلب لإعمال الإستثناء المنصوص في المادة المتقدمة والمتعلق بالشرط المانع من الايجار عدة شروط يجب توفرها ابتداءً.

---

[1]) بدر الدين محمد بن ابي بكر البكري الشافعي ، الاعتناء في الفرق والاستثناء ، المصدر السابق ، ج٢ص ٦٩١. زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق ، ج٥ص ٢٦٠.

([2]) والتي نصت على " منع المستأجرين من ان يؤجر للغير يقتضي منعه من التنازل عن الايجار وكذلك العكس ، على انه اذا كان المأجور عقاراً انشئ فيه مصنع او متجر، واراد المستأجر ان يبيع الشيء المنشأ ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود القيد المانع ان تحكم بإبقاء الايجار اذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق "، تناظرها المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري .

([3]) إذ نصت في فقرتها الأولى " للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول ، وله كذلك أن يتنازل لغير المؤجر عن الإجارة كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره "

وكذلك المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي والتي نصت على " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك.". وبالرجوع الى المادة ٣ – ٢٥٩ " ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل الغير المشروع[١]. إذ نلاحظ ان المادة ٣/٢٥٩ خصصت الاصل العام بشرط.

كما نصت المادة ١٠٥٠ من القانون المدني العراقي " لا يجوز أن يحرم احد من ملكه، (**إلا**) في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً."، وهو ما أكده قرار لمحكمة التمييز العراقية [٢].

ثالثا : استيفاء شكل معين

قد يفرض المشرع استيفاء مظاهر خارجية محددة ، مثال ذلك نص المادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي والتي نصت "١. لا تتم الهبة في المنقول (**إلا**) بالقبض ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة أو دلالة "[٣] ، فهذه كذلك نص جامد حيث يتعين استيفاء شكل معين في عقد الهبة وفي عقد الوعد بالهبة حيث لا ينعقدان إلا بورقة رسمية ولا توجد سلطة تقديرية في ذلك .

نخلص بعد عرض انواع الصياغة أن النص القانوني عموما يجب ان يتضمن عبارات عامة مرنة ومجردة ، فعنصر المرونة وعامل الجمود ، أو ما يسمى بالتغيير والثبات ، يجب ان يكون هناك تفاعلا بينهما لأن غاية وجود القانون تحقيق المساواة (العدل) والانصاف (العدالة) و بدونهما لا يتحقق السلم ولا الاستقرار ولا الثبات . كأن يتضمن النص القانوني عبارات عامة. ولتجنب عامل الجمود أو الثبات في النص القانوني لأن تطورات الحياة السريعة اوجبت تطوير النصوص القانونية بما يلبي حاجات المجتمع لأن العديد من النصوص القانونية – وبفعل عامل

---

(١) تناظرها المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٢) والذي جاء فيه "لا يجوز ان يحرم احد من ملكه الا في الاحوال التي نص عليها القانون وبالطريقة التي ترسمها المادة ١٠٥٠ من القانون المدني." رقم الحكم ، ٢٠١٢/٣٦٦ وقرار آخر بنفس المضمون بالرقم ٥٤٢٧ في ٢٠١٢/١/١٠ نقلا عن القاضي لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، الطبعة الاولى ، مطبعة الكتاب ، العراق ،٢٠١٣، ص٤٢.

(٣) تناظرها المادة (٤٨٨) من القانون المدني المصري والتي نصت على" تكون الهبة بورقة رسمية والا وقعت باطلة مالم تتم تحت ستار آخر " الى جانب نص المادة٤٩٠ " الوعد بالهبة لا ينعقد الا بورقة رسمية "،

الزمن والمتغيرات - تحتاج اما الى الالغاء او التعديل او الاستثناء والتطوير وهذه سنة الحياة ، فالحياة تتحرك والنصوص يجب ان تساير هذه الحركة [١].

في المقابل كذلك يجب أن يتضمن النص القانوني عبارات جامدة ومحددة على سبيل معين يرسمه المشرع ، وهذا ما عليه نصوص القانون المدني العراقي والتي تتنوع بين نوعي الصياغة المرنة والجامدة إلا أن غالبية النصوص الاستثنائية تندرج تحت نوع الصياغة الجامدة . و المشرع يعمد ويحرص الى جعل النص الاستثنائي نصاً واضحاً ودقيقاً ومعبراً عن الإرادة الحقيقية من وراء صياغته ، والنص الاستثنائي وان كان يعتبر نصاً قانونياً تسري عليه جميع الاحكام التي تتعلق بسن وصياغة النصوص القانونية ، إلا أنه يتميز بطبيعة خاصة تجعل من قواعد صياغته اكثر تعقيداً ودقة واكثر خضوعاً لقواعد معينة [٢] تهدف الى جعل النص الاستثنائي ضامناً لحقوق الافراد. لذا فأن على المشرع عند سنه لنص إستثنائي أن يلتزم بما يلي :

١. يجب على المشرع أن يعتني بالجانب اللغوي والكلمات والمصطلحات التي يستخدمها لإخراج النص الإستثنائي ، والتي يجب أن تكون على مستوى من الدقة والوضوح ، منها استخدام أدوات الإستثناء المحددة لغة .
٢. كما يجب على المشرع ان يستعمل اساليب الصياغة التي تتماشى وخصوصية النص الإستثنائي المراد صياغته ، وهي في الاعم الغالب صياغة جامدة .
٣. على المشرع أن يلتزم بالأحكام الخاصة التي تعتبر بمثابة مبادئ تحكم النص الإستثنائي ، بالتالي يجب أن ينسجم النص الإستثنائي مع الاحكام التي تحكمه ، والتي اهمها عدم التوسع في تفسيره وعدم القياس عليه .
٤. واخيراً يجب أن يكون النص الاستثنائي متماشياً مع القاعدة العامة فهو جزءً لا يتجزأ عنها ويكملها بتخصيصها ، ويجب أن لا يفهم معنى الإخراج بمفهوم الاختلاف بل العكس ما هو إلا إعطاء النص العام خصوصية اكثر في التطبيق على الحالة الاستثنائية .

نستنتج ان الإستثناء لا يخرج عن وصف القاعدة القانونية ، فهو بالتالي لا يعدو إلا أن يكون جزءً لا يتجزء منها ، وهو بهذا الوصف سيحوز كل اشكال الصياغة المعروفة بوصف ماهيته القاعدية . ولو فاضلنا بين الصياغة المرنة والجامدة في نطاق موضوعنا (المتخصص بدراسة الاستثناء في صياغة نصوص القانون المدني) ، بداية نؤكد أن لكل منهما

---

(١) د. منذر الفضل ، عنصر الثبات وعامل التغيير في النصوص القانونية ، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى ٢٠١٤، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١/١٢ . الساعة ال١٠ مساءا .

https://www.hjc.iq/view.2594/

(٢) هذا ما سيتم بيانه في الباب الثالث الموسوم بالأحكام الخاصة للاستثناء .

غايته التشريعية وفق المصالح التي يحاول المشرع حمايتها ، بحسب المناسب منها لتحقيق غرض القاعدة القانونية بطريقه مثلى.

و نرى انطلاقاً من عدم توسيع دائرة الإستثناءات المرنة في نطاق القانون المدني وضبط حدودها ، فإن عدم تحديدها بالمطلق أمر غير مرغوب به في مجال القانون المدني كونه قانون موضوعي ينطلق من القواعد العامة في صياغة نصوصه وقلما يورد إستثناءات محددة بغايات تشريعية ضيقة النطاق كونها تتعلق بأشخاص أو حالات أو وقائع محددة ، والحال إن الصياغة المرنة وأن كانت مطلب مهم في الصياغة التشريعية فهي تستوعب فرضيات كثيرة وتوسع من مديات النص ، إلا انها قد تتسبب في تفسير النصوص تفسيراً واسعاً بما يؤدي الى ضياع فحوى الحكم المبتغى من النص ، من خلال افساحها المجال لمراعاة الفروق الفردية ،اذ يتنافى مع المساواة توحيد الحكم بين المختلفين في الظروف ، فلا يجوز جمعهم في حكم واحد ، بالتالي فهي تحقق العدالة الواقعية ، لذا يقتضي التعامل مع النصوص المرنة بشيء من الدقة والحيطة والحذر بما يحافظ على وحدة الحكم وتماسكه .

لذا فأن الصياغة الجامدة تكون اكثر مناسبة في صياغة الإستثناءات لأن الأمر يحتاج الى ثبات واستقرار وحيث يسمح للمضمون بإحكام وتحديد ، كونها تحقق العدل من خلال المساواة النظرية بين افراد النموذج التشريعي والحكم المقرر لهم اعتماداً على الوضع الغالب دون اعتداد بما قد يكشف عنه الواقع من اختلافات فردية في بعض الاحيان .

المبحث الثاني

أساليب صياغة الإستثناء

أن تعدد اساليب الصياغة التشريعية في نطاق القانون المدني ، أضفى بضلاله على تنوع صياغة 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 الإستثناء 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 الشارع والمشرع في نطاق القاعدة الفقهية أو القانونية الواحدة ، ويسمى بالإستثناء المتزامن ، أو أن لا يقترن به مخصصه في نفس الكلام ، بل يرد في كلام آخر مستقل قبله أو بعده ، ويسمى بالإستثناء اللاحق ، لذا فأن الإستثناء لاحقاً على القاعدة أو معاصراً لها ، أما أن يكون سابقاً عليها فلا يكون إلا بنص في القواعد العامة الجديدة يسمح ببقاء القواعد الخاصة [1]، 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 سنعالج هذا المبحث المتعلق بدراسة اساليب صياغة الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني على ثلاثة مطالب ، نفرد المطلب الاول لدراسة الإستثناء المتزامن ، ثم سنبين في المطلب الثاني الإستثناء اللاحق ، واخيرا نبحث الاستثناء المفرغ في المطلب الثالث .

المطلب الاول

الإستثناء المتزامن

قد يرد الاصل والإستثناء في سياق واحد متزامن ضمن قاعدة قانونية واحدة تتضمن حكماً عاماً مرجحاً عليه استثناءً لمصلحة اكثر اعتباراً . هذا ما يعرف بـالإستثناء المتزامن وهو الغالب في صياغة نصوص القانون عموماً ونصوص القانون المدني على وجه الخصوص ، في

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

حين نجد ان هنالك تطبيقات اقل ظهوراً من الاول للإستثناء اللاحق متناثرة بين ثنايا القانون المدني والقوانين الاخرى سنبينها في موضعها .

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

الفرع الاول

معنى الإستثناء المتزامن

نعني بالإستثناء المتزامن . الإستثناء الذي يتزامن مع صدور القاعدة العامة و يتصل بها ، ففي هذا الاسلوب الإستثنائي يقرر المشرع القاعدة العامة والإستثناء عليها بشكل متزامن ومتصل مع بعضهم البعض دون تخلل فاصل زمني ، فيرد الإستثناء على القاعدة العامة نفسها وبالتالي يكون له صفة الاستمرار معها ، ويكون ذلك عندما ينص المشرع في مادة قانونية واحدة على الاصل والاستثناء مقارناً له ، إذ يتناول الاصل واقعة معينة ويرد المشرع عليها الإستثناء لضرورات معينة تقتضيها المصلحة المحمية بالإستثناء [1] .

ويعمد المشرع الى هذا النوع من الإستثناء مستنداً الى العديد من الاسباب ، مبتعداً عن الغاء القاعدة العامة أو 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

([1]) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص٣٥٣، د.عادل شمران الشمري وعلي شمران الشمري ، مصدر سابق ، ص١٢٥.

النصوص والقواعد القانونية وتعددها وكثرتها وركاكة الصياغة أحياناً[1] . لذا فأن اسلوب الصياغة المتزامن للإستثناء مع القاعدة العامة يحصن القانون من كل ما تقدم بيانه من مشكلات الصياغة والتنفيذ لاحقاً .

لذا فأن مقتضيات شكلية الصياغة التشريعية أو ما يعرف بالبنية الطوبوغرافية للنص والتي يقصد بها بيان ما اذا كان النص قد ورد في فقرة واحدة أو على عدة فقرات أو مقاطع ، والتي يترتب عليها نتائج اساسية تستخدم في المعالجة أو التقسيم فالغالب إن النص الذي يرد في فقرة واحدة يعبر عن تنظيم واحد عن مبدأ ، والإستثناء عليه ، فهذا النص الذي جاء في جملة واحدة يعبر بوضوح عن نية المشرع في بناء ابعاداً معينة ، والغالب ان المشرع عندما يضع النص في فقرتين أو اكثر فأنه يعمد على وضع القاعدة في الفقرة الاولى والإستثناءات على القاعدة وحدود هذه الإستثناءات فيما يلي من الفقرات [2].

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

وترى الباحثة أن الاساس الفلسفي لهذا الإخراج في الإستثناء المتزامن أن وحدة الفرض لا تعني وحدة الحكم ، وبما أن الاستثناء يتواجد في كلا منطقتي القاعدة القانونية ، فسنكون امام حكمين أو قاعدتين حكم عام وحكم إستثنائي ، إلا 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 ، مرجحاً المصلحة الاجدر بالرعاية متخذاً من الاستثناء وسيلة لإخراجها وإفرادها بحكم خاص أقرب للعدالة .

ولعل مصداق ذلك لدى الاصوليين (ما من عام إلا وقد خص)[3]، وللتخصيص كما بينا اساليب متعددة منها الإستثناء والشرط والغاية ، والقواعد الفقهية والمشرع عند وضعه للقاعدة العامة أذا توفر لديه مبرر لترجيح مصلحة على اخرى فأنه يلجأ الى تخصيصها من خلال إستثناءها واخراج الشخص أو الواقعة بشكل متزامن مع تشريع الاصل .

---

(1) د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، ، مصدر سابق ، ص١٥١ - د. علي احمد حسن اللهيبي ، مصدر سابق ، ص ٥٥.

(2) ا. د عكاشة محمد عبد العال وأ.د سامي بديع منصور ، مصدر سابق ، ص٧٢.

(3) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول ، مصدر سابق ، ج١، ص٣٩٧.

الفرع الثاني

تطبيقات الإستثناء المتزامن

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

الصورة الاولى : الإستثناء من الاصل العام للقاعدة

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

ومن التطبيقات القانونية على الإستثناء المتزامن نص المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على " إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقداً مستقلاً (**إلا**) إذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً " . يتبين من خلال النص تقدير المشرع عند صياغته لنظرية انتقاص العقد بأن يصوغ **القاعدة** اذا كان العقد معيباً في شق منه (باطل) و صحيحاً في شق آخر، فان الشق المعيب هو فقط الذي يبطل ، و يبقى الشق الصحيح سليماً قائماً و منتجاً لآثاره. والإستثناء ، اذا تبين ان العقد لم يكن ليبرم دون شقه الباطل ، فإن هذا العقد يبطل بأكمله وصحيحاً في شق آخر ، فإن الشق المعيب هو فقط الذي يبطل ، ويبقى الشق الصحيح سليماً قائما ومنتجا لآثاره ، في مادة واحدة بصورة متزامنة القاعدة والإستثناء .

الى جانب اعتماد المشرع لهذا الاسلوب من الصياغة في مواد عديدة منها نص المادة (151) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ والتي نصت " ٢. أما إذا أقر الغير هذا الوعد فان إقراره لا ينتج اثراً (**إلا**) من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة أو دلالة ان يستند الاقرار الى اليوم الذي صدر فيه الوعد"، وفي قرار لمحكمة التمييز أكدت فيه تطبيق احكام المادة آنفة الذكر [١].

([١]) قرار محكمة التمييز بالرقم ٤٥٨٧ في ٢٠١٢/١١/٢١ ، نقلا عن القاضي لفته هامل العجيلي ، مصدر سابق ، ص٦٣_٦٤.

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 ضرراً ، فأن جبار أي هدر لا ضمان فيه [١]، وقد اخذ المشرع العراقي بالقاعدة المتقدمة في النص المتقدم ذكره بـــ"جناية العجماء جبار ، فالضرر الذي يحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه ..." ، إلا ان القاعدة المتقدمة أردفت بإستثناء متصل بها يتمثل ببذل الحيطة وعدم التقصير والتعدي حينما نص "....(**إلا**) إذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر " وبنفس الإستثناء المتقدم المادة ٢٢٣ بفقرتيها الثانية والثالثة والمادة (٢/٢٢٤) والمادة (٢/٢٢٦) [٢].

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

أما المادة ٢٨٨ فقد نصت على ان " العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ (**إلا**) 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 استناداً لما تقضي به احكام المادة ٢٨٨ من القانون المدني [٣].

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 (**إلا**) اذا صرح الدائن بذلك.

فالأصل في التضامن السلبي إذا أبرأ الدائن احد المدينين يسقط الدين عنه فقط دون بقية الدائنين بإستثناء ما إذا 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

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

([٢]) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ،مصادر الالتزام ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ١٩٧٧، ص٥٨٩_ ٥٩٠

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

على البائع مستثنياً بصورة متصلة بالحكم العام حالة حدوث الهلاك بعد إعذار 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 (**إلا**) اذا حدث الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع ....".

واخيراً في عقد الهبة نص المادة ٦٠٣ من القانون المدني العراقي النافذ "١. لا تتم الهبة في المنقول (**إلا**) بالقبض ويلزم في القبض اذن الواهب صراحة أو دلالة."، كذلك تضمن النص بعدم تمام انعقاد الهبة في المنقول ، بإستثناء القبض مع أذن الواهب الصريح أو الضمني متزامناُ مع الاصل العام .

الصورة الثانية : الإستثناء ضمن الاصل العام للقاعدة

كما يمكن أن يرد الإستثناء ضمن الاصل العام للقاعدة ، وفي هذه الحالة يستثني المشرع من الاصل للقاعدة القانونية ثم يعود للأصل بعملية عكسية إخراجية ، ومثال ذلك المادة (١٢٩) من القانون المدني المعدل النافذ[1]، والتي اجازت التعامل في الأشياء المستقبلية إستثناءً ، 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 إستثناء على الإستثناء الوارد في الفقرة الأولى ، وبالتالي يرجعنا إلى الأصل الذي يقضي بالتعامل في الأشياء الموجود وقت التعاقد والمقدور على أداءها.

ومن التطبيقات أيضاً نص المادة ١٨٤ من القانون المدني المعدل النافذ والتي نصت على "
١ – لا تلزم الارادة المنفردة صاحبه (**إلا**) في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك.
٢ – ويسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام (**إلا**) ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام.".

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

([1]) نصت المادة ١٢٩ من القانون المدني 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.

المطلب الثاني

الإستثناء اللاحق

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

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

وقد تضمن التشريع المدني العراقي العديد من النصوص القانونية تبين اعتماد المشرع لهذا النوع من الإستثناء كونه يتعلق بالسياسة التشريعية التي يتبناها المشرع ومواكبته للتطورات القانونية ، فالسياسة التشريعية تفترض ادراك الواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي في المجتمع ووضع تصور أو خطة أو سياسة لتغيير أو تبديل أو تنظيم هذا الواقع ، بعد تحديد هدف معين او غاية معينة يراد تحقيقها بعد دراسة هذا الواقع وتحديد ما يراد تبديله أو تغييره أو تنظيمه بواسطة القانون ، والقاعدة القانونية الإستثنائية اللاحقة ستكون الأداة التي تحقق الهدف المنشود أو بالأحرى الأداة التنفيذية للسياسة القانونية [1].

في ضوء ما ذكر سنتناول الإستثناء اللاحق من خلال فرعين ، سنعرض في الفرع الاول الى معنى الإستثناء اللاحق ، ثم سنقدم التطبيق في نطاق القانون والفقه الاسلامي في الفرع الثاني :

([1]) تعرف السياسة التشريعية بوصفها مكنة وفن تحديد الاهداف التي يجب ان يحققها القانون ، نقلا عن د. منذر الشاوي ، مدخل الى فلسفة القانون ، ص١١٠.

الفرع الاول

معنى الإستثناء اللاحق

نقصد به الإستثناء الذي يكون فيه الاصل العام في قاعدة قانونية والإستثناء عليها في قاعدة قانونية اخرى ، تحيل إليها ، سواء في نفس القانون أو في قانون آخر ، بغية إكمال حكم القاعدة القانونية . و الإستثناء اللاحق يتحقق فيما اذا لحق الإستثناء الاصل العام في نص آخر أو فقرة اخرى ، وقد يكون لفظياً عندما يرد الاصل العام أو الغالب وثم يرد الإستثناء المنفصل في مورد آخر (نص آخر) منفصلا عنه وخارج منه ، أما ورود الإستثناء المنفصل في وقت آخر مختلف زمانياً عن ورود الاصل العام[١] .

إذاً فالإستثناء اللاحق نوعان : احدهما : إستثناءً يلحق القاعدة العامة في نفس المادة القانونية بفقرة اخرى ، ونوع لاحق للقاعدة العامة لكن بمادة اخرى سواء في نفس القانون أو قانون آخر ، ولا يخلو أن يكون بـــإلا أو غير ذلك من أدوات الإستثناء .

أما الغاية او الحكمة وراء ورود الإستثناء المنفصل متأخراً ، نعتقد انها بسبب مواكبة المشرع للتطورات والتغيرات والضرورات التي تؤدي الى إستثناءه حالات أو اشخاص أو وقائع بغية تحقيق مصالح كلية مهمة وضرورية لإستقرار المعاملات والنظام القانوني .

إلا 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 أو في بعض هذه العناصر ، بحيث يتحتم الرجوع اليها لمعرفة احكام المسألة موضوع الإحالة أو بعضها ، فلا تكون القاعدة القانونية في هذه الحالة قابلاً للتطبيق والاستخدام بذاتها ، ولا تتحقق هذه المكنة إلا بالرجوع الى القاعدة القانونية المنفصلة _المحال إليها_ ، الامر الذي قد يؤدي الى عدم عدالة القاعدة القانونية لاحتمال عدم الإحاطة بنصوص التشريعات المحال إليها [٢].

ونرى خلاف الرأي المتقدم فالقاضي يجتهد في الإحاطة بالإستثناءات الواردة على القواعد القانونية قبل تطبيقها ، كما إن رقابة المحاكم الاعلى درجة كذلك ستتحرى من عدالة الحكم القضائي ، بالتالي فأن فرضية الرأي المتقدم لا تنهض في مواجهة سياسة الإستثناء في تحقيق مراده بإخراج في كل فرضية تقتضي هذا الإخراج سواء في المادة ذاتها أو في مادة اخرى أو حتى في قانون آخر ، كما ان تنظيم مسألة معينة تنظيماً عاماً في قانون ما أو عدة قوانين ، من شأن هذا التنظيم العام أن يخل بسهولة الوصول للقانون ، ولكن الذي يحقق سهولة هذا الوصول هو

---

(١) الشيخ فاضل الصفار ، مصدر سابق ، ص٢١٤-٢١٥.

(٢) الرأي للقاضي الدكتور سري محمود صيام ، صناعة التشريع ، شركة ناس ، ٢٠١١، ص١٦٨، مشار اليه لدى ، احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي ، مصدر سابق ، ص٥٣.

وجود تنظيم خاص يحتوي على كافة عناصر المسألة محل التنظيم ، فإذا اورد المشرع تنظيماً خاصاً بمسألة قانونية محددة وردت الإشارة إليها بصفة عامة في قانون آخر ، فأنه يتعين طرح الإشارة العامة وتطبيق التنظيم الخاص _الإستثناء_ وذلك تطبيقاً لقاعدة ان الخاص يقيد العام .بالتالي يحقق ما تقدم اتساق وانسجام بين القواعد القانونية بما يحقق عدالتها ويمنع التعارض بينها

.

الفرع الثاني

تطبيقات الإستثناء اللاحق

قد يرد النص العام والإستثناء 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 أو استثناء قانون دولة بقانون دولة اخرى مهما كانت الصلة قوية بين القانونين ، لأنه يتعارض مع السيادة ، ومع ذلك قد يسترشد القاضي بقوانين بلد آخر إذا أراد تخصيص أو إستثناء النص العام بغير النص كالمصلحة وغيرها ، سيما أن القاضي يخصص عموم النص القانوني اذا تعارض مع معاهدة أو اتفاقية تكون دولته طرفاً فيها ، وله أن يخصص عموم النص بكل مبرر مشروع تقضي به العدالة أو المصلحة العامة أو العرف أو الاتفاق الحاجة الماسة والضرورة [1]، في ضوء ما ذكر يتخذ الإستثناء اللاحق صورتين :

الصورة الاولى : قد يرد الأصل والإستثناء في نطاق قانون واحد .

وهو الاكثر وروداً ، سواء كان الاصل والإستثناء في مادة واحدة أو في مادتين ، ولعل من اوضح مصاديق الإستثناء 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 ، (**إلا**) إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك مع مراعاة احكام المادة ٨٧٤". إذ استثنت حالتي الاتفاق والعرف لاستحقاق الاجرة واردفت الإستثناء بمراعاة احكام المادة (٨٧٤)[2]، وبالرجوع

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

([2]) 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.

اليها يتبين إستثناءها 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 والإستثناء 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 أو الرهان ، إذ قرر المشرع بطلانه كحكم عام[١] ، إلا انه عاد واستثنى في المادة اللاحقة مباشرة حالة الرهان المعقود بين المتبارين شخصياً في الالعاب الرياضية ، واكمل بإمكانية تدخل المحكمة لتخفيض مبلغ الاتفاق اذا كان مبالغاً فيه ، كما استثنت اوراق النصيب المرخصة [٢].

وفي تطبيق آخر للإستثناء 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 استثناءً طلب زوال الارتفاق عن الجزء المتعلق به .

أما في نطاق قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ فقد نصت المادة ٣٠ منه على نهي ولي الصغير من التصرف بمال الاخير بإستثناء 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 **(إلا)** بموافقة دائرة رعاية القاصرين وبالطريقة المنصوص عليها في هذا القانون"[٣] .

([١]) 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.

([٢]) 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.".

([٣]) كذلك المواد ٤٢ و٤٣ من القانون نفسه جاءت باستثناءات

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

وهو أقل وروداً من النوع الاول ، وفيه ينص المشرع على الاصل في القانون المدني والإستثناء عليه في قانون آخر كقانون التنفيذ أو الاثبات أو قانون رعاية القاصرين ، والمثال البارز لهذه الصورة من الإستثناء اللاحق نص المادة (١٠٦) [١] 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 أساسه 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 اهلاً للتعاقد مالم يقرر القانون عدم اهليته أو يحد منها ، والصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الإذن بمنزلة البالغ سن الرشد ، وبدلالة المادة (٩٩) من القانون المدني العراقي واحكام الإذن حسب المادة (٩٨) من القانون المدني العراقي التي اشترطت أن يكون من قبل الولي وبترخيص من المحكمة ويسلم مال مقدر على سبيل التجربة في العمل التجاري بأذن مطلق أو مقيد ، على أن يكون الصغير المميز قد اكمل الخامسة عشر من العمر ، كما إن للمحكمة اصدار الإذن عند امتناع الولي عن الإذن [٢].

إلا أن 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 عاماً وتزوج بأذن المحكمة يصبح كامل الاهلية إستثناءً من معيار السن القانوني (سن الرشد) المحدد بإكمال الثامنة عشرة من العمر ويكون بمواجهة المسؤولية وخارجاً عن الحماية القانونية للقاصر ولا تنطبق عليه احكام قانون رعاية القاصرين وان منحته جواز الاهلية الكاملة التي يتمتع بها اقرانه البالغين سن الرشد طبقاً للقانون المدني [٣].

---

(١) والتي نصت "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة".

(٢) 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".

(٣) بيد ان ما ذكرناه 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 بالأحوال الشخصية مثال ذلك ما جاء في القرار التمييزي لمحكمة استئناف بغداد / الرصافة بصفتها التمييزية والمرقم ١٦٠٩ /ه.أ/٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٩/٦ والذي قضى بـ"... ان

كما يعد قانون ايجار العقار العراقي المعدل النافذ رقم ٥٦ لسنة٢٠٠٠ إستثناءً من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، فقد تضمن قانون ايجار العقار العراقي احكاما خاصة بوصفه قانون إستثناءً من القانون المدني وهذا التشريع الهدف منه تكميل القواعد التي نظمها القانون المدني ، الامر الذي يجعل من عقد الايجار بفضل هذا القانون الإستثنائي عاماً ببعض قواعده الاصلية وعاماً 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 أن القانون استثنى من نطاق سريانه بحسب نص المادة الاولى[١] 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 أشخاصاً أو هيئات.

لذا تميزت تلك النصوص الإستثنائية بخصوصية نطاقها الذي تدور فيه دون خروج عليه ، وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها[٢] " 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 ." [٣].

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

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

(١) تنص المادة الاولى بفقرتها الثانية من 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.

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

(٣) 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.".

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 ، إلا اذا كان قانون الاجنبي يورث العراقي عملاً بمبدأ المعاملة بالمثل ، وهنا أحال المشرع المدني الى القانون الاجنبي للبحث في مسألة توريثه للعراقي من عدمها [١] .

كما اكدت محكمة التمييز الاتحادية الاستثناء اللاحق من خلال ايراد الاصل في القانون المدني والإستثناء في الاتفاقية التي انضم إليها 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".[٢].

واكدت محكمة استئناف كربلاء الموحدة هذا التوجه في قرار لها اكدت فيه الإستثناء الوارد في القوانين الخاصة بصفته إخراجاً من القاعدة العامة وتخصيصاً لها [٣].

ومن تطبيقات الإستثناء اللاحق في الفقه الاسلامي ما ذكره الفقهاء بأنه " يدخل في بيع العقار واجارته كل ما ليس بمنقول" [٤] 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 ، إلا ان الفقهاء استثنوا المفتاح وهو مصداق للإستثناء المنفصل أو اللاحق .

---

(١) 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.".

(٢) 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

(٣) 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.

(٤) بدر الدين محمد بن ابي بكر بن سليمان البكري الشافعي ، الاعتناء في الفرق والاستثناء، مصدر سابق ، ص ص ٦٩١ -ابو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٥ص ٢١١.

نخلص مما تقدم أن ظاهرة إستثناء 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 أو بيع ملك الغير أو بيع الحقوق المتنازع عليها وغير ذلك ، وهذا مفاده أن الحكم الخاص يقيد الحكم ولا يلغيه سواء ورد الحكم الخاص في تشريع قديم أمْ حديث أو 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 الإستثناء ، فالقوانين الخاصة بأحكام إستثنائية لا تلغى ضمناً إلا بقوانين إستثنائية مثلها [1].

وأخيراً نرى من خلال ما تقدم أن الإستثناء اللاحق اقل ظهوراً في صياغة نصوص القانون المدني مقارنة بالإستثناء المتزامن ، فالأخير هو الاكثر ظهوراً من الاساليب الاخرى للإستثناء 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 الإستثناء المتزامن يستند الى الفلسفة التي يتبناها المشرع ابتداءً وبشكل مسبق في تقرير الاصل والإستثناء عليه .

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

النتيجة الاولى : ان العام اذا دخل عليه مخصص سواء لفظي أو عقلي (لبي) فيجب حينئذ العمل بالإستثناء لان هذا ما يحكم به العرف استناداً الى الظهور ، أو استناداً الى القرينة العقلية تخلصاً من الوقوع في مشكلة الدليل الإستثنائي الخاص ، أو التناقض في الاحكام .

---

(1) د. جلال محمد ابراهيم ، د. محمد حسام محمود لطفي ، مصدر سابق ، ص١٤٢، هامش ٢٤٣.

النتيجة الثانية : أن النص العام يبقى حجة في الافراد التي لم يستثنيها الخاص ، لأن العام كان حجة فيها قبل مجيء الخاص فيبقى على حجيته لوجود المقتضي وانعدام المانع ، وهذا ما عبروا عنه بالقول بأن العام حجة في غير مورد التخصيص [1].

نخلص مما تقدم أن الصياغة التشريعية لنصوص القانون المدني اعتمدت كلا النوعين بما يتناسب مع الفرض ، ففي أحوال يرى المشرع أن يورد الاصل والإستثناء عليه مباشرة في مادة واحدة دون فاصل ، وفي فروض أخرى يجيب عليها المشرع إلا أنه يؤخر الإستثناء عليها في مواد لاحقه أو يخصص قاعدية القاعدة في قانون خاص لاحق ، لذا فلكلا من الأسلوبين مجال عمله .

المطلب الثالث

الإستثناء المفرغ

تمهيد وتقسيم :

مصطلح الإستثناء المفرغ ، مصطلح نحوي يرتب حكماً يتمثل بعدم عد هذا النوع من الإستثناء إستثناءً حقيقياً ، وانما يطلق عليه استثناءً مجازاً ، ويشهد القانون المدني العديد من النصوص التي تندرج تحت هذا النوع من الإستثناء .

إلا أن الإستثناء المفرغ يخرج من مجال دراستنا لأنه لا يعد إستثناءً حقيقياً ، بالتالي لا يترتب عليه مفهوم الإخراج من القاعدة على النحو الذي بيناه ، إلا اننا سنعرض له من باب اكتمال الفكرة وعدم الخلط بينه وبين الإستثناء بمفهوم الإخراج ، ولورود تطبيقات كثيرة منه في نطاق القانون المدني .

مما تقدم ، سنقدم هذا المطلب المعنون بالإستثناء المفرغ في فرعين ، سنعرض في الفرع الاول الى معنى الإستثناء المفرغ ، في حين نعطف ذكر التطبيقات في نطاق القانون في الفرع الثاني .

([1]) الشيخ فاضل الصفار ، مصدر سابق ، ص٢١٥.

الفرع الاول

معنى الإستثناء المفرغ

يعرف النحاة الإستثناء المفرغ أو الناقص بأنه" **وهو ما لم يذكر فيه المستثنى منه " بمعنى** حذف فيه المستثنى منه [١]. والمستثنى المفرغ: هو الذي ترك منه المستثنى منه ، ففرغ الفعل قبل إلا وشغل عنه بالمستثنى المذكور بعد إلا، نحو: ما جاءني إلا زيد [٢] . فهو يعنى نقض الحكم المذكور عن كل ما عدا المستثنى ، مع ملاحظة أن نقض النفى إثبات. إذا فالإستثناء المفرغ هو أن يكون ما قبل (إلا) طالبا لما بعدها ، لكونه لم يستوف ما يقتضيه ، فتقول : ما رأيت إلا رجلين [٣]. 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، كعدم (إلا) في الحكم، يعني: لا في الوجود ؛ لأنها ملفوظٌ بها، وإنما المراد به الحكم. هذا هو الإستثناء المُفرَّغ[٤].

كما ذهب رأي الى القول "ويقصد بـ المفرغ مصطلح اريد به النمط الذي فرغ فيه العامل لما بعد (الا)" [٥] ، وقد سمي هذا الإستثناء 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 [٦].

لذا فالإستثناء المفرغ لم يذكر فيه المستثنى منه فلا عمل لــ (إلا) بل يكون الحكم عند وجودها مثله عند فقدها [٧]، وشرطه لا يقع في كلام موجبٍ [٨] ، بل يكون مسبوقاً بنفيٍ أو شبهه،

---

(١) د. فاضل صالح السامرائي ، مصدر سابق ، الجزء الثاني ، ص٢٤٨.
(٢) علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني ، كتاب التعريفات ، مصدر سابق ، ص٢١٣.
(٣) إبراهيم إبراهيم بركات ، مصدر سابق ، ص١٥٨.
(٤) د. عباس حسن ، النحو الوافي ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص٣١٧. أحمد بن عمر الحازمي، شرح ألفية ابن مالك، ص٦٠، منشور على الموقع http://alhazme.net تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٤/١٦ الساعة ال١٠ مساءا
(٥) د. كاظم ابراهيم كاظم ، مصدر سابق ، ص٣٨.
(٦) شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، مصدر سابق ، ص١٥١.
(٧) 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.
(٨) بهاء الدين عبد الله بن عقيل العقيلي المصري الهمداني ، شرح ابن عقيل ، الجزء الثاني ، الطبعة العشرون ، دار التراث ودار مصر للطباعة ، القاهرة ، ١٩٨٠، ص٢١٩.

وانما يستثني ب(الا) ويكون الكلام غير تام. ولذلك ابن مالك شرط في حد الإستثناء: أن يكون مفيداً ، فلو لم يكن مفيداً قال: لا يسمى: إستثناءً ، خرج عن لسان العرب [١].

لذا يجب ان يكون المستثنى بـ (إلا) 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 أن يكون الكلام منفياً أو شبه منفي مثل ما ومنه في النهي ولا[٢] والاستفهام الانكاري.

و الإستثناء المفرغ يفيد القصر وتعرب إلا اداة حصر وليس اداة إستثناء [٣] ، والقاعدة عند اهل اللغة للتمييز بين الإستثناء والقصر يكون من خلال حذف اداة النفي وأداة الإستثناء فإذا تم المعنى يكون حصراً وإلا إستثناءً ، اضافة الى ان جملة الإستثناء مثبتة غير منفية ، أما الحصر يشترط به النفي أو شبهه ، كما أن الإستثناء ينفي التعميم ، أما الحصر فيفيد التخصيص ، والإستثناء تتوفر فيه الأركان الثلاثة (المستثنى منه وأداة الإستثناء 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 [٤].

ومصطلح المفرغ استخدمت امامه مصطلحات اخرى مثل الحصر والقصر والاختصاص وهنالك من يرى[٥] ان انها اوسع دلالة من المفرغ.

الفرع الثاني

تطبيقات الإستثناء المفرغ

يذهب اللغويين الى أن الإستثناء المفرغ هو المسبوق بنهي أو نفي أو استفهام ، وإذا تتبعنا نصوص القانون المدني نجد ان المشرع قلما يلتجأ الى هذا النوع من الصياغة الذي يخرج عن مفهوم الإستثناء ، 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

---

(١) 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.

(٢) الشيخ. مصطفى الغلاييني ، مصدر سابق ، ص١٣٤.

(٣) د. فاضل صالح السامرائي ، مصدر سابق ، الجزء الثاني ، ص٢٤٨

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

(٥) د. كاظم ابراهيم كاظم ، مصدر سابق ، ص٤٠

إذا اعتبرت كذلك وفقاً للقواعد التي قررها القانون ..."، فـ (إلا) هنا مسبوقة بأداة النفي (لا) فتعرب هنا أداة حصر وليس اداة إستثناء ، 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 إستثناء مسبوقة بنفي .

وفي سياق الإستثناء 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 "[1]، 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 إلا اذا شرطت "١. **لا** تجب الفائدة في القرض ، **إلا** اذا شرطت في العقد."، هذه الصيغة الخاصة بالنهي قصرت على حالة الاشتراط كما أن 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 الإستثناء المفرغ مسبوقة بجزم في المادة (٢٦٨) من القانون المدني وهي " إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه **(إلا)** حرمان الدائن من هذه الميزة".

في حين وردت اداة الإستثناء (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

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

الدين وجزء من الفائدة فان التكييف القانوني لهذه العلاقة هو انعقاد حوالة دين بين المتداعين وفق المادة ٣٤١ من القانون المدني [١].

كما عالجت المادة١٠٧٠ ما يتعلق بقسمة المال الشائع فالأصل في القانون المدني ان لكل شريك طلب قسمة المال الشائع مالم يكن هنالك شرط أو نص ، وبكل الاحوال يجب ان لا تتجاوز المدة ٥ سنوات حتى مع وجود الاتفاق فلا ينفذ **(إلا)** 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 أو 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 أو نهي فإن **(إلا)** لا تعد إستثناءً بالمفهوم الذي فصلناه وتعرب بحسب موقعها في الجملة ، بالتالي فالإستثناء المفرغ لا يعد إستثناءً بالمفهوم الذي بيناه سابقاً .

نخلص بعد بيان أساليب الإستثناء الى أن تعدد هذه الاساليب بتعدد الغايات والعلل التي يحاول المشرع حمايتها ، ساهم في اضفاء المرونة على النصوص القانونية بغية استيعاب حالات أو اشخاص أو وقائع جديدة بما يحفظ لها خصوصيتها . لذا نلاحظ اعتماد المشرع اسلوبي الاستثناء المتزامن واللاحق ولكل من أساليب الإستثناء مجال عمله . فقد يرد الإستثناء مع القاعدة العامة أو لاحقاً عليها بحسب الاحوال .

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

الباب الثاني

الإطار الوظيفي للإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني

تمهيد وتقسيم :

تنطلق دراسة الإطار الوظيفي للإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني من دراسة الوضع الإستثنائي الذي يراعيه المشرع والذي يكون محكوماً فيه وهو بصدد سن القاعدة القانونية بشقيها العام والإستثناء ، فخصوصية الإستثناء حتما تضفي خصوصية على صياغته ، وهذه الخصوصية تتأتى من جانبين الاول ، الدور الذي يلعبه الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني ، والذي يمثله دورين ، دور للمشرع في صياغة النصوص الإستثنائية ، والدور الآخر للقضاء الذي يمارس هو الآخر دوراً في صياغة النصوص الاستثنائية .

أما الجانب الثاني فيتمثل بدراسة دلالة الإستثناء فيما اذا كانت دلالة منطوق أمْ مفهوم ، كما يتمحور الإطار الخاص للإستثناء حول الاحكام الخاصة التي يمتلكها الإستثناء دون غيره ، مما تشكل بدوره سمة بارز له ، تحدده وتقيده في آن واحد .

لذا فأن دراسة الإطار الخاص للإستثناء تتمثل فيما يشكل خصوصية له دون غيره ، فيما يعد بصورة خاصة ومنفردة أحكاماً خاصاً بالإستثناء ، واساليباً تشكل السمة الغالبة له .

في ضوء التمهيد سنقسم هذا الباب الى فصلين ، سنبحث في الفصل الاول دور الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني ، ثم سنعرض في الفصل الثاني لدراسة دلالة الإستثناء واحكامه في صياغة نصوص القانون المدني .

الفصل الاول

دور الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني

تمهيد وتقسيم :

أن صياغة الإستثناء تكون في ظل الجهة التي سنت الإستثناء وأخرجته من النطاق العام للقاعدة القانونية ، والتي من خلالها زاول الإستثناء وظيفته . إذ من خلال الإستثناء يتم التحديد الكامل لنطاق القاعدة القانونية ومعرفة حدودها التشريعية ، و المشرع له الدور في صياغة النص الإستثنائي بما يكفل تخصيصه للنص القانوني ، وهذا التخصيص للنص يجب أن يحقق غايته المتسمة بالعدالة ، فغاية وجود الإستثناء هو مراعاته التوازن الذي يختل بتطبيق القاعدة العامة فيخصصها من خلال إخراج شخص أو واقعة أو حالة معينة تحقيقاً للعدالة المرجوة من النص . وتارة اخرى يترك للقاضي مساحة معينة ليمارس دوراً محدداً رسمه له المشرع ابتداءً مع بعض الصلاحيات التي يمارسها في نطاق النص القانوني بما يكفل مراعاته للأعراف السائدة في حالة عدم وجود النص او تخصيصه بالعرف ، وفقاً لما يستقر عليه العمل وما تفرضه المصلحة .

في ضوء ذلك فأننا سنتناول من خلال هذا الفصل المنعقد لبيان دور الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني من خلال توزيعه على مبحثين سنبحث في المبحث الاول ، دور المشرع في صياغة الإستثناء ، والمبحث الثاني ، دور القضاء في صياغة الإستثناء .

المبحث الاول

دور المشرع في صياغة الإستثناء

تمهيد وتقسيم :

لعل كل ما تم بيانه فيما سبق من الإطروحة ينصب هنا كمعين للمشرع في صناعة النص الاستثنائي من خلال تخصيص القاعدة القانونية ابتداءً . بغية تحديد نطاقها العام والإستثنائي ، والتي لا يكفي تخصيصها مالم تحقق الغاية من الإستثناء او جوهره وهو تحقيق العدالة ، وصولاً الى تطبيقه على الحالة الإستثنائية .

اي ان المشرع وهو بصدد صياغة الإستثناء يجب أن يأخذ في الحسبان إن الاخير يمارس دوراً مزدوجاً في إطار القاعدة القانونية ، يتجلى الدور الاول في تخصيص القاعدة القانونية ابتداءً للغرض الاستثنائي ، ويتمثل الدور الثاني في تحقيق الإستثناء الغاية التي وجد من اجلها والتي تتمحور في تحقيق العدالة .

والنقطة الجوهرية التي ننطلق منها هنا ان هذين الدورين يمارسهما المشرع عند إنشاء القاعدة القانونية أي عند صياغتها ، إذ لابد له من أن يراعيهما حتى تحقق القاعدة القانونية الهدف الذي وجدت من اجله ، مما يضفي عليها طابع المرونة و يخفف من قاعديتها .

في ضوء ما عُرض سنبحث دور المشرع في صياغة الإستثناء ، من خلال مطلبين سنعرض في المطلب الاول تخصيص القاعدة القانونية ، أما المطلب الثاني فسنخصصه لبيان تحقيق العدالة.

المطلب الاول

تخصيص القاعدة القانونية

بينا ان الإستثناء يأخذ مفهومي الإخراج والتخصيص ، فالأول اوسع يشمل الإستثناء والتخصيص ، والإستثناء كأحد أدلة التخصيص المتصلة يمارس في نطاق القاعدة القانونية دور التخصيص للأصل العام فيها ، والقائم بدور التخصيص هو المنشئ للقاعدة القانونية وهو المشرع ، ويتمثل دوره عند صياغة الإستثناء في تخصيص عموم القاعدة القانونية ، ومن خلال التخصيص يخرج المشرع الفئة المستهدفة من الإستثناء .

ونظرا لاختلاف آراء الفقهاء في تحديد مفهوم التخصيص ، يقتضي ان نحدد معنى التخصيص ليتسنى لنا معرفة دور الإستثناء في تخصيص القاعدة القانونية العامة .

في ضوء ذلك ، سنبحث تخصيص القاعدة القانونية من خلال فرعين ، سنبحث في الفرع الاول ، تعريف التخصيص ، اما الفرع الثاني فسنبحث من خلاله دور الإستثناء في تخصيص القاعدة القانونية.

الفرع الاول

تعريف التخصيص

أنقسم علماء الأصول في تعريف التخصيص[١] إلى أتجاهين :

الاتجاه الاول : تزعمه فقهاء الحنفية ، إذ أتفقوا على تعريف التخصيص بأنه " قصر العام على بعض أفراده بدليل مستقل مقترن"[٢]، والدليل الذي دل عليه هو المخصص ، واشترط الحنفية أن يكون المخصص مقارناً للعام ، ومستقلاً عن الكلام الذي ورد فيه ، فإن لم يكن مقارناً للعام كان ناسخاً لا مخصصاً ، وكذلك إن لم يكن مستقلاً عن لفظ العام ، كالإستثناء ؛ لا يسمى مخصصاً ، وإنما يسمى صرف العموم به عن عمومه وقصره على بعض أفراده قصراً وهو دليل القصر [٣] .

الاتجاه الثاني ويمثله الجمهور ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى تعريف التخصيص بتعريفات كثيرة ، منها تعريف العلامة الحلي بأنه " إخراج بعض ما تناوله الخطاب عنه وهو اما بمتصل أو منفصل"[٤]. و ذهب رأي آخر الى إن التخصيص " إفراد الشيء بالذكر في اصطلاح الأصوليين تقول خصص فلان الشيء بالذكر إذا أفرده ، واللفظ الخاص هو الذي ينبئ عن أمر

---

(١) أنّ التخصيص لغة مصدر "خصَّص" ، وهو الانفراد بالشيء، وأنّ الخاص والخصوص يفيد نفس المعنى لكنه يختلف باعتبار مقابله ؛ فالخصوص يقابل العموم ، والتخصيص يقابلِ التعميم ، والخاص يقابلِ العام .للمزيد ينظر د.عمار كامل عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص١٩.

(٢) ينظر : زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم الحنفي ، كشف الأسرار وفتح الغفار بشرح المنار، المعروف بمشكاة الأنوار في أصول / المنار، ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١ ،ص٣٠٦.

(٣) نقلا عن الشيخ محمد ابو زهرة ، مصدر سابق ، ص١٦٣.

(٤) جمال الدين ابو منصور الحسن بن سديد الدين يوسف بن المطهر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول ، ص١٢٩.

يجوز إدراجه مع غيره تحت لفظ آخر ." [1] ، و يجوز دخول التخصيص فى جميع ألفاظ العموم من الأمر والنهي والخبر.

وعند الرجوع الى مذهب الجمهور و الحنفية في التخصيص ، يلاحظ بأنه لا خلاف بينهم في أن التخصيص قصر العام على بعض أفراده بدليل [2]، غير أنهما يختلفان في **صفة** الدليل الذي يتم به التخصيص ، فالجمهور لا يشترطون في الدليل الذي يتم به التخصيص المقارنة ولا الاستقلال ، بل يرون أن صرف العام عن عمومه وقصره على بعض أفراده يعتبر تخصيصاً مطلقاً ، سواء أكان الدليل الصارف مستقلاً ، أمْ غير مستقل ، وسواء أكان موصولاً في العام بالذكر أمْ منفصلاً عنه ، إلا انهم يشترطون فيه إذا كان منفصلاً عن العام أن لا يتأخر وروده عن العمل به كان نسخاً للعام ، لا تخصيصاً له ؛ لأن التخصيص بيان أنَّ المراد من العام بعض أفراده والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة قطعاً [3].

أما فقهاء الحنفية فيشترطون في الدليل الذي يتم به التخصيص أن يكون مستقلاً عن جملة العام ، مقارناً له في الزمان ، بأن يردا عن الشارع في وقت واحد ، وأما إذا كان الدليل مستقلاً ولكنه لم يكن مقارناً للعام ، فلا يسمى قصر العام بواسطته على بعض أفراده تخصيصاً ، بل نسخاً ، وأما إذا كان الدليل غير مستقل ، كالإستثناء ، والشرط ، والغاية ، والصفة ، فلا يسمى صرف العام عن عمومه بواسطته تخصيصاً، بل يسمى قصراً ؛ لأنه لا بد للتخصيص عند الحنفية من معنى المعاوضة ، وليس في الاستثناء والصفة ونحوهما ذلك[4].

([1]) عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ١٩٩٧، ص١٤٥.

([2]) وهذا الالتقاء بين اسلوب الاستثناء واسلوب القصر جعل الكثير من الاصوليين يدرجهما تحت عنوان واحد وهو مفهوم الحصر ، في حين افرد بعضهم الاخر كل واحد منهم بمبحث خاص للمزيد ينظر محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، مصدر سابق ، ٩٣.

([3]) ينظر محمد جواد مغنيه ، علم اصول الفقه في ثوبه الجديد ، دار العلم للملايين ،بيروت ، ١٩٧٥ ، ص١٦٨.حمد 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، ص٢٩٧.ابو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد (ابن أمير حاج)، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ،دار الكتب العلمية ، ١٩٨٣ ، ص٢٩١. عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، همع الهوامع في شرح جمع الجوامع ،الجزء الثاني ، ص٢٤٨.. تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي _ ابن النجار الحنبلي ، شرح الكوكب المنير، الجزء الثالث، الطبعة الثانية ، تحقيق، محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان ، ١٩٩٧ ،ص٢٤٧. فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، مصدر سابق ، ص . للمزيد ينظر محمد اديب صالح ، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي ، المجلد الثاني ، الطبعة الرابعة ، المكتب الاسلامي ، بيروت_دمشق ، ١٩٩٣، ص٨٣ .

([4]) علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ،مصدر سابق، ص٣٠٦.

وتجدر الإشارة الى ان الأصوليون اختلفوا كذلك في المخصص ، هل هو إرادة المتكلم ، أو الدليل على الإرادة على قولين ذكرهما الزركشي [1] : أَحدهما: أَنَّه إرادة المتكلم ؛لأَنَّ التخصيص وقع بِه . والثاني: أَنّه الدليل على الارادة.

والحق أن المخصص حقيقة هو: المتكلم ، لكن لما كان المتكلم يخصص بالإرادة أسند التخصيص إلى إرادته ، فجعلت الإرادة مخصصة ، ثم جعل ما دلّ على إرادته وهو الدليل اللفظي ، أو غيره مخصصاً في الاصطلاح. والمراد هنا إنما هو الدليل. ، فيقول: المخصص للعام إما أَنْ يستقل بنفسه فهو المنفصل ، وإما أَلا يستقل ، بل يتعلّق معناهُ باللفظ الّذي قبله ، فالمتصل. اقسامه .. الإستثناء "[2].

إذا فالإستثناء كما تقدم بيانه أحد المخصصات المتصلة فيقع التخصيص به ، وبغية استعارة هذه الفكرة لنطاق القانون نجد ان التخصيص يقع بإرادة المشرع فهو المخصص لعمومية القاعدة القانونية وشمولها.

وبعد استقراء التعاريف المتقدمة للتخصيص نلاحظ اختلاف الأصوليون في كون الإستثناء يعتبر تخصيصاً أمْ لا يعتبر، وقد تمثل هذا الخلاف في أتجاهين أساسيين:

الأتجاه الأول : أن الإستثناء دليل من أدلة التخصيص المتصلة ، وهو مذهب الجمهور من الامامية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية [3].على أن الجمهور قد اعتمدوا في هذه المسألة على النقل عن أهل اللغة وعلمائها وهم الذين أجمعوا على أن الاستثناء من الجملة يعُد مخرجاً لبعض ما كان داخلاً فيها وجزءً من مشمولاتها .

الأتجاه الثاني : أنّ الإستثناء لا يعد دليلاً من أدلة التخصيص ، وهو مذهب أكثر الحنفية ، فقد ذهبوا إلى أن الإستثناء مجرد صفة ، والحال أن التخصيص عندهم لا يكون إلا بدليل مستقل مقترن ، فخرج الإستثناء عن أن يكون مخصصاً ؛ لأنه من المخصصات المتصلة عند الجمهور بينما لا يرى الحنفية شيئاً اسمه المخصصات المتصلة [4]، وذهبو إلى أن الأدلة غير المستقلة غير

([1]) نقلا عن : أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ،الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص٣٦٦.

([2]) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، ا لبحر المحيط في أصول الفقه ، مصدر سابق ، الجزء الرابع، ص ٣٦٦.

-([3]) ينظر محمد بن ادريس الشافعي ، الرسالة ، تحقيق احمد محمد شاكر ، بلا مطبعة وبلا سنة، ص٦٠. علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، مصدر سابق ، ص٣٥٠. ابو الوليد الباجي ، احكام الفصول في احكام الاصول، مصدر سابق ، ص ٢٧٩. ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى من علم الأصول ، مصدر سابق ، ص١٧٩. بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي الزركشي، البحر المحيط في اصول الفقه ، الطبعة الاولى ، الجزء الرابع ، ١٩٩٤، ص٤٩.

([4]) ينظر: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ، أصول السرخسي ، دار المعرفة – بيروت، ص٣٥. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ، مصدر سابق ، ص٣٠٦.

مخصصة ، وإنما يعدونها مقيدة فقط ؛ لعدم استقلالها في إعطاء المعنى ، وتعلقها بما سبقها من كلام ، والتخصيص والتقييد يختلفان في أن التخصيص تصرف في المعنى الذي تناوله اللفظ العام لغة وبيان شموله اللغوي ، وأما التقييد فهو تصرفٌ فيما سكت عنه اللفظ ، وكذلك التخصيص يعمل فيه بالأصل ، وهو العام بعد تخصيصه ، أما التقييد فلا يعمل فيه بالأصل المطلق مستقلاً، وإنما يعمل به مع قيده [١]، في حين يسمي الحنفية التقييد غير المستقل قصراً ، وهو مصطلح أطلقوه على المستقل حين لم يعد مخصصاً ، وأما الجمهور فلا يفرقون بين القصر والتخصيص ؛ وذلك لعدم تمييزهم بين المخصصات المستقلة، وغير المستقلة كما تقدم بيانه [٢].

في حين ذهب رأي متفرد [٣] الى ان الاستثناء من اللفظ العام على ضربين ، استثناء يقع به التخصيص واستثناء لايقع به التخصيص ، وحقيقة الاستثناء الذي يقع به التخصيص كلام ذو صيغ مخصوصة دال على ان المذكور فيه لم يرد باللفظ الاول .

و نرجح مذهب الجمهور، لتناسبه مع فقه اللغة.

أما عن اهمية التخصيص في المجال القانوني فللتخصيص أهمية في تطبيق النصوص القانونية ، واستنباط الاحكام ، فالمشرع عموماً والمشرع المدني خصوصاً يحاول من خلال القاعدة القانونية ان يأمر بالقيام بعمل او عدم القيام به مردفاً إياه بإستثناء يخفف من الامر أو النهي بما يتناسب مع الحالة الإستثنائية الخاصة ، لذا يذهب رأي في معرض حديثه عن قاعدة الإستثناء في التشريع بأن " يقصد بالتخصيص الإستثناء من الاصل العام ، أو القاعدة العامة " [٤]."والتخصيص او بالأحرى الإستثناء من القاعدة العامة أو الاصل العام هو ضرب من التوفيق بين مقتضى القاعدة النظرية العامة المجردة ، وبين مقتضى الحياة الواقعية ، يعتبر في الواقع خطة أو منهجاً تشريعياً اصولياً مستبصراً من مناهج الاجتهاد بالرأي ، يعالج غلو التطبيق الآلي ، وسوء نتائجه التي تجافي العدل ، والمصلحة الحقيقية ، نتيجة للتجهل بالواقع وظروفه ، مما يتصل بمستقبل حياة الناس اجتماعياً أو اقتصادياً أو سياسياً أو غير ذلك "[٥].

كما أن لتخصيص القاعدة اشكال متعددة فقد يخصص المشرع القاعدة القانونية بمدة معينة وقد يطلق المدة ، وفي الحالة الاولى يرد الاستثناء المتعلق بإخراج شخص أو واقعة معينة خلال مدة زمنية محددة بمقتضى نص تشريعي ، وعلى خلاف ما تقدم قد يرد الإستثناء

---

(١) د. محمد كمال الدين امام ، اصول الفقه الاسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية –مصر ، ٢٠١١ ص٢٦٠.

(٢) د. محمد اديب صالح ، مصدر سابق ، ص١٠٠_١٠١.

(٣) ابو الوليد الباجي ، احكام الفصول في احكام الاصول ، مصدرسابق ، ص٢٧٩.

(٤) . د. فتحي الدريني ، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ، مصدر سابق ، ص٦١٤.

(٥) . د. فتحي الدريني ، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ، مصدر سابق ، ص٦٣٦.

بأسلوب عدم تحديد مدة زمنية للإخراج ، وفي الحالة الثانية يكون مقتضى النص تخويلاً للقاضي بحسب ظروف وملابسات كل دعوى بتقدير الانسب . ولتحديد المجال الزمني الذي يخرج فيه المخاطب من القاعدة القانونية من عهدة الامتثال في الإتيان بما أمر به أهميته القانونية في تحديد مدى التزامه وما يترتب عليه من تبعات قانونية ، محددة بالنطاق الزمني الذي خصصه المشرع للإخراج بحسب كل حالة معرض الإستثناء ، ونظير ذلك قد يورد المشرع الحكم دون تحديد مدة زمنية محددة ، لعدة دواعٍ منها التيسير على المتعاقدين ، وفسح المجال لهم بما يحقق غرضهم من التعاقد ، أو تنظيم امورهم المالية ، نظرا لخطورة الجانب المالي في المعاملات وما يولده من الخلافات ، لذا فأن تخصيص مدة محددة من عدمه من صلاحية المشرع خاصة ، كونها مدد حتمية تعد من النظام العام ، ولكن السؤال الذي يطرح هنا هل وجود مدة محددة للإستثناء يؤثر عليه ؟ وما مدى هذا التأثير ؟

نرى ان تخصيص الإستثناء بمدة محددة يأتي بحسب مقتضيات السياسة التشريعية وتحقيق الحكمة من النص لدواع معينة يفوت الغاية منها بانتهاء المدة ، فينحو المشرع نحو تحديد مدد معينة خارج القواعد العامة هو لتحقيق غاية الإخراج التي يروم المشرع تحقيقها ، بالتالي فأننا نكون أما فرضتين : الاولى أما أن يتم استغلال الاستثناء لمصلحة المستفيد منه ، وهنا تتحقق غاية الاستثناء ، ويأخذ دوره ، وأما ان لا تستغل المدة التي خصصها المشرع للإخراج من قبل المستفيد منها وهنا نكون أمام إستثناء معطل (أن صح التعبير) لا أثر له ، وانما بقيت القاعدة العامة مطبقة بعموميتها دون استعمال تخصيصها.

الفرع الثاني

دور الاستثناء في تخصيص القاعدة القانونية

القاعدة القانونية لا تكون قاعدة مالم تطبق بشكل عام على جميع الاشخاص الذين ينضوون تحت حكمها ، وإذا لم تطبق هذه الاحكام بتجرد طبقا لنصوصها فلن تكون هنالك قواعد قانونية ، والقانون المدني كغيره من القوانين تضمن الكثير من النصوص التي تجسد هذه العمومية ، ولكن هذه العمومية ليست مطلقة ، وكذلك خاصية التجريد ، فالنصوص الإستثنائية تخصص هذا العموم ، فالوظيفة الدلالية العملية للإستثناء هي تخصيص الكلام . فنجد مصداق هذا أن النصوص بينها علاقة تأثير وتأثر فبعض منها مخصص للبعض الآخر . فلزم في بناء الاحكام وتفسير النصوص وقراءتها مراعاة ذلك والعمل بمقتضاه واستنباط الاحكام منه ، وبذلك تتحقق

خصوصية الاستثناء وتفرده بالحكم [1]، يفهم من ذلك ان العمومية لم تعد تتصف بالإطلاق ، لأنها اصبحت تخاطب مجموعة من الاشخاص أو الوقائع أو الحالات ، كما أن القاعدة القانونية قد تصدر متعلقة بشخص معين بصفته ، كما قد يصدر المشرع قواعد قانونية تتعلق بشخص معين بالذات ، كالتشريعات التي تخصص اشخاص أو وقائع معينة تمهيداً لإخراجهم من العمومية [2].

ويذهب رأي الى " عدّ القواعد الاستثنائية أو التشريعات المتعلقة بأشخاص أو احوال معينة قواعد قانونية ناقصة ، إلا انها قواعد قانونية من الناحية الشكلية دون الموضوعية لأنها لا تتضمن قواعد عامة مجردة ، وانما هي مجرد تطبيقات للقاعدة القانونية المقررة في القانون الاعلى [3]. إلا اننا لانعتقد بصحة هذا الرأي فالقواعد الإستثنائية هي قواعد قانونية بالمعنى القانوني ، وليس مجرد تطبيقات للقواعد العامة ، فالتطبيق لا يخرج عن مفهوم الاصل العام للقاعدة ، أما الاستثناء فيخرج الحكم من الاصل العام للقاعدة فنكون امام قاعدة بحكمين عام وإستثنائي . فدور الإستثناء إذا يتجلى في الحد من عمومية القاعدة ابتداءً لكن ليس بمفهوم تقليل مداها بل العكس يمارس الإستثناء دور التخصيص من خلال توسيع مديات النص القانوني ، والدليل على ما تقدم ان القاعدة القانونية في الشق العام باقية بعموميتها من ناحية الحكم . أما ورود الإستثناء عليها فأنه لا يقلل من تلك العمومية ، بل العكس هو يحاول أن يوسع مدى النص من خلال التخصيص بإعطاء الحالة محل الاستثناء خصوصية معينة من نطاق العمومية والتجرد بإضافة التخصيص لها ويكتمل بذلك بناء النص القانوني السليم بمداه الواسع . فنكون امام حكمين للقاعدة القانونية حكم عام يشمل كل مالم يستثنى ابتداءً ، وحكم خاص يشمل المستثنيين من الحكم دون المساس بمن لم يستثنى ، وهنا اصبح النص من خلال التخصيص واسع النطاق يشمل من لم يستثنى ابتداءً ومن استثنى انتهاءً .

بالتالي فسيكون للتخصيص الدور البارز في تحقيق المساواة بين أفراد المجتمع بقدر المستطاع لأن القانون عند تنظيمه لعلاقات الأفراد إنما يقيم أحكامه على أساس الوضع الغالب والمألوف في الحياة ، دون أن يدخل في اعتباره الحالات الإستثنائية التي قد لا يكون تطبيق القانون في مصلحتها . والمثال الواضح لما تقدم ، أن القانون يحدد سن الرشد بثمانية عشر سنة ميلادية ، وبالتالي فهو يفترض أن كل من يصل لهذه السن يكون قد اكتمل نضجه العقلي، بما يسمح لأن يعترف بأهليته القانونية عملاً بالغالب الأعم .ولكن لا يوجد ما يمنع من وجود حالات

([1]) ابي الطيب مولود السريري ، القانون في تفسير النصوص ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت_لبنان ، ٢٠٠٦، ص٢٣٦_٢٣٧.

([2]) د. عزيز جواد هادي ، دروس في المدخل لدراسة القانون ، مطبعة نورالعين ، الوزيرية- بغداد ، ٢٠٠٩-٢٠١٠، ص١١.

([3]) د. عزيز جواد هادي ، مصدر سابق ، ص ١٢-١٣.

إستثنائية لا يكتمل فيها النضج العقلي قبل هذه السن أو حالات إستثنائية أخرى يكتمل نضوجها العقلي قبل هذه السن ، وجميع تلك الحالات لا يلتفت إليهم القانون ، وإنما يقيم حكمه على الغالب والمألوف في الحياة ، وإلا لو راعى كل حالة على حدة وترك الأمر للسلطة التقديرية للقضاء لانتهى الأمر إلى الفوضى وعدم استقرار المعاملات [1] ، لذا فأننا نعتقد بأن وجود الإستثناء يدعم من وجود العمومية بتخصيصها بالحالات الإستثنائية فتكتمل بذلك المعالجة القانونية للحالة محل النص المستثنى . فالقاعدة القانونية غالباً ما يردفها المشرع بالإستثناء بغية التخفيف من غلو القاعدة وجورها عند تطبيقها أو تنظيمها ورفع التناقض او التعارض وموازنة الحقوق وترجيحها ، من هنا فأن إستثناء المشرع واقعة أو شخص أو حالة بإحدى صيغ الخصوص والتي قد يوردها المشرع من خلال الامر بفعل معين ، أو النهي عنه لمقتضيات معينة ، لأن الاحكام عموماً القانونية منها والتكليفية اكثرها قائم على طلب الفعل وطلب الكف [6].

ومن النصوص القانونية ذات الدلالة على التخصيص نص المادة المادة (٢/٩٣٠) من القانون المدني العراقي والتي نصت على " ويشترط ان يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلاً ، وأن لم يكن مأذوناً." فهو نص عام وارد في القانون المدني خصصه نص المادة (١٩٦) من قانون التسجيل العقاري والتي نصت على " يشترط أن يكون الموكل والوكيل كاملي الاهلية".

وفي السياق ذاته نص المادة (٨٩) من القانون المدني العراقي النافذ والتي نصت " **لا** يتم العقد في المزايدات **(إلا)** برسو (المزايدة) ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو بإقفال المزايدة دون أن ترسو على احد، هذا مع عدم الإخلال بالاحكام الواردة في القوانين الاخرى[2]". مما يعني ان القوانين الاخرى المتعلقة في المزايدات خصصت من هذا النص المتقدم بوجوب الرجوع إليها أولا.

أما المادة (٩٣١) من القانون المدني العراقي كذلك خصصت النص العام في الوكالة بنصها على " يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به وتعميمها بتعميمه فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق له وبالخصومة في كل حق له، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم.". والمادة (٣٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم لسنة ١٩٥٩ والتي نصت " ثانياً: لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الإجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق".

([1]) انظر : محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص ، نزيه المهدي ، المرجع السوابق ، ص21 .
د. سعيد سليمان جبر ، د. محمد سامي عبد الصادق ، مصدر سابق ، ص.١٩

([2]) نظيرتها المادة ٩٩ من القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

أما في نطاق الفقه الاسلامي فمن المسائل الواردة لدى الفقهاء المسلمين على سبيل التخصيص منها في نطاق عقد البيع " كل ما جاز رهنه جاز بيعه ولا عكس "[١]، **إلا** في مسائل :

١. اذا رهن المسلم المصحف من كافر صح ويوضع عند عدل. [٢]

٢. رهن السلاح جائز من الحربي ويوضع عند عدل ، ولم يصح بيعه منه .[٣]

ومن التطبيقات أيضا " لا يصح توكيل الصبي **إلا** في مسألة وهي : الإذن في دخول الدار وإيصال الهدية .[٤] ، كما ان من الاصول العامة في الفقه الاسلامي ان " كل ما صح بيعه صحت اجارته " [٥] وما لا فلا ، واستثنى العلماء مسائل منها :

١. الحر لا يصح بيعه وتصح اجارته ان اجر نفسه [٦].

٢. الوقف لا يصح بيعه مع عدم تعطل منافعه وتصح اجارته [٧] .

كذلك في القاعدة المقابلة لها " ما صحت اجارته صح بيعه **إلا** في مسائل :

١. فلا يجوز ان يجعل الاجرة شيئاً يحصل بعمل الاجنبي كاستئجار قاطف الثمار بجزء منها بعد القطاف ، كما لو استأجر باقة ورد لشمها لم يصح وبيعها يصح [٨].

٢. استئجار الطعام للأكل أو الشمع ليشعله لا يصح والبيع يصح .

---

[١]) بدر الدين محمد بن ابي بكر البكري الشافعي ، الاعتناء في الفرق والاستثناء ، المصدر السابق ، ص٤٤٣.

[٢]) زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، الجزء الثالث ، المصدر السابق ، ٣٤٥.

[٣]) بدر الدين محمد بن ابي بكر البكري الشافعي ، الاعتناء في الفرق والاستثناء ، مصدر سابق ، ص٤٤٣

[٤])ابو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، مصدر سابق ، ص ٤/٢٩٨ - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصدر سابق ، ص٢/٢١٨.

[٥]) بدر الدين محمد بن ابي بكر بن سليمان البكري الشافعي ، الاعتناء في الفرق والاستثناء، مصدر سابق ، ص ص٦٨٧.

[٦]) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء الخامس، دار الفكر، بيروت ،١٩٨٤، ص ٢٩٠.

[٧]) المصدر السابق ، ص ٣٩٩.

[٨]) ابو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الاسلامي ١٧٧، ١٩٩١، ص١٧٧.

نخلص الى ان المشرع عند وضع القاعدة القانونية يحاول التخفيف من قاعديتها لكن ليس بمعنى تقليل مداها بل العكس ، إذ ان من خلال تخصيص النص يساهم في توسيع مدى النص مع الحفاظ على عمومية الاصل العام للقاعدة القانونية مع إستثناءاتها المخرجة منها .

المطلب الثاني

تحقيق العدالة

تعد العدالة من المباني المهمة في نطاق القانون ، أن لم تكن المقصد الاهم ، فالمشرع يسعى جاهدا بكل الوسائل الى تحقيقها ، بما فيها اللجوء الى الإستثناء ، أذ تتميز العدالة بأن لها دوراً مهما في تكوين القاعدة القانونية ، فالمشرع عند وضعه للنص القانوني يجب عليه أن يراعي قواعد العدالة فهي متلازمة مع القاعدة القانونية تلازماً لا يقبل الفصل .

وهذا السعي الى تحقيق العدالة يطرح تساؤل عن ماهية المستوى من العدالة الذي يحاول المشرع تحقيقه من خلال صياغته للنص الإستثنائي ، وما هو الدور الذي يلعبه الإستثناء في صياغة النص القانوني بغية تحقيق العدالة .

هذا ما سنحاول بيانه من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين ، سنبحث في الفرع الاول مفهوم العدالة ، اما الفرع الثاني فنخصصه لبيان دور الإستثناء في تحقيق العدالة .

الفرع الاول

تعريف العدالة

يهدف الإستثناء في الاساس الى تحقيق العدالة [1]، فمفهوم العدالة أو بعبارة أدق _عدالة الملائمة_ تقابل العدل ، والعدل هو المطابقة للقانون ، أما عدالة الملاءمة فتتطلب الخروج على عموم القاعدة بالنسبة إلى الحالات الخاصة لكي يتلاءم القانون مع مقتضيات الواقع

([1]) العدالة اصطلاح غامض تشعبت الآراء في التعريف به واختلطت هذه التعاريف بفكرة القانون الطبيعي عند الرومان واليونان ، ومع ذلك فقد اشارت الى قواعد العدالة اغلب القوانين ومنها القانون العراقي والمصري، وقد اخذ بعض فقهاء الشريعة الاسلامية برأي مقارب لرأي الرومان واليونان فالعدالة عندهم التوسط بين الافراط والتفريط ، غير ان اغلبية فقهاء المسلمين قد فهمو العدالة على انها العقل وحكمة التشريع وهذا هو اساس المصالح المرسلة عند مالك والاستحسان عند ابي حنيفة للمزيد ينظر، فريد فتيان ، مصدر سابق ، ص٥٠.

[1]، فالعدالة تهتم بالظروف الخاصة لكل حالة ، فهي ارادة دائمة دائبة لإيتاء كل ذي حق حقه [2]، ويذهب رأي " الى أن العدالة شعور أخلاقي يستلهمه القاضي في أثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يأذن له القانون في ذلك بنص إستثنائي صريح ، وقد يحصل أن قواعد عامة ، إذ تطبق على حالة معينة تصير ظالمة وتؤدي الى ضرر أو التزام لا مبرر له ، حينئذ تتدخل العدالة لإزالة هذا التعارض بين القاعدة القانونية والحالة الخاصة (محل الإستثناء) فتعدل من القاعدة بأن تخفف من شدتها أو لا تطبقها كلها أو بعضها ، وتصوغ منها قاعدة جديدة توائم الحالة الخاصة" [3].

لذا فأن مبادئ العدالة نمت لإكمال أو سد النواقص الموجودة في القانون العادي ومعالجة مواطن الضعف في الاجراءات المتبعة فيه ، إذ بإمكانها ان تكمل او تلطف من شدة القواعد القانونية [4]، فـــالمفروض " أن كل قانون يتوافق مع العدالة إذا استوفى الشروط الصحيحة المطلوبة لإقامته ، لأنه مادام عاماً فهو يحترم المساواة ، وأن الفلاسفة يرجعون العدالة الى المساواة ، والمقصود بالعدالة هنا ليست العدالة المجردة ، فالعدالة فكرة اجتماعية يفرضها عيش الانسان في المجتمع ، وهي بمعناها العام أو الشمولي هي الإنسجام والتوافق بين الانسان والمجتمع وبين الانسان والانسان" [5].

ولعل فلسفة وجود الاستثناء قد تجد اساسها في العدالة وهي في الشريعة الاسلامية ظهرت في الرأي مستندة الى العقل وحكمة التشريع المستمدة من روح النصوص ومن تطور الحياة الاجتماعية [6] ، لذا فأن مبادئ الشريعة الاسلامية جاءت لتحقيق العدل فكل ما تضمنته من احكام انما شرع لمصالح العباد وهي احكام عادلة لان مصدرها المولى عز وجل ، وسيكون الحل الذي تمليه الشريعة الاسلامية متفقاً مع مبادئ العدالة .

فالعدل [7] مندمجاً في التشريع الاسلامي نفسه نصاً وروحاً ومقصداً [1]،فكما أن إرادة الفرد تخضع للقانون ، فإن القانون وهو نفسه إرادة إنسانية ينبغي أن يكون معبراً عن العدالة ، ووسيلة

([1]) د. ثروت أنيس الأسيوطي ، مبادئ القانون ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٤، ص٩٤ .
([2]) د.علي حافظ ، أساس العدالة في القانون الروماني ، مطبعة لجنة البيان العربي ، القاهرة ، ١٩٥١، ص١.
([3]) د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص٢١٧-٢١٩.
([4]) د. عبد المجيد الحكيم ، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلو امريكي ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ١٩٩١، ص١٢٩.
([5]) د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص٢٨٢.
([6]) د. عبد المجيد عباس ، اصول القانون ، الطبعة الاولى ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٧، ص١٧٨- فريد فتيان ، مصدر سابق ، ص ٥٠.
([7]) أكثر الكتاب الذين كتبوا في العدالة ، خلطو بين مصطلحي العدل والعدالة, فتارة يستعملون العدل مريدين به العدالة وتارة يقصدون العدل ولكنهم استعملوا العدالة، بينما يذهب رأي الى عدم وجود فارق بين العدل والعدالة في

المشرع للوصول إلى العدالة هي التفكير العقلي السليم المجرد عن العواطف والمصالح ، والمشرع لا يجب أن يضع القوانين على أساس مصالحه أو مصالح الطبقة التي ينتمي إليها ، بل على أساس العقل وحده فهو المعيار الصحيح للعدل والأخلاق، ومعيار العقل هنا لا يعني ما يدركه الإنسان بما يشع في عقله من ضوء، بل ما جاء في الشرائع السماوية التي انزلها الله عز وجل,فالله لا يأمر بشيء إلا لأنه حسن بحسب العقل ، ولا ينهي عن شيء إلا لأنه قبيح في نظر العقل، والعدل هو شيء حسن والظلم هو شيء قبيح ، أي أن نظام العدل يأتي من الله ومعياره الحسن والقبح العقليين .[٢]

ونحن نذهب مع هذا الرأي ، فلا يمكن تخيل وجود قانون يفرض على الافراد تصرفات غير عادلة ، لكن يمكن ان تحدث لاعدالة في بعض الحالات نتيجة تطبيق قاعدة مجردة ، وهذا هو ثمن عمومية القاعدة ، من هنا كان دور العدالة هو تصحيح القانون عندما يتبين جوره بسبب عموميته ، فـــ" ليست العدالة إلا **إستثناء** يورده قانون الله أو قانون العقل على ما يضعه الانسان من قواعد عامة لو طبقت على حالات معينة لأدت الى مخالفة قانون الله او قانون العقل " [٣] . فالإستثناء إذن تتطلبه مقتضيات العدالة ومراعاة الحالات الخاصة ، ولهذا فقد دونت الكثير من مبادئ العدالة في نصوص تشريعية ، واصبحت عندها مصدراً رسمياً تحتل مركز الصدارة بين المصادر الاخرى التي تسبق العدالة في تسلسلها . كما تسنى للقضاء في كثير من الاحيان تطبيق قواعدها في الحالات التي لا تحكمها المصادر الاخرى التي تسبق قواعد العدالة في تسلسلها ، فأجتهد في صياغة بعض النظريات والافكار ، كإقامة المسؤولية التقصيرية على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس ، والقاضي عندما يجتهد ليلتمس حلولاً مستوحاة من قواعد العدالة عليه أن يبتعد عن التأثر بأفكاره الخاصة ، وأن يعتمد في كل ذلك على اعتبارات موضوعية عامة تحقيقاً للعدالة [٤] ، مستخدماً طرق التفسير المختلفة .

العصور التي سبقت العصر الحديث،إذ ظهر التمييز بينهما في مطلع العصر الحديث ليراد بالعدل العدل المجرد وبالعدالة الشعور بالإنصاف الذي يملي حلولاً تأخذ في الاعتبار الملابسات الخاصة ودقائق الظروف ، حيث قال أرسطو أن بالرغم من أن العدل والعدالة كلاهما خير،إلا أن العدالة هي أحسن، لأنها مع كونها عدلاً، فليس هو العدل القانوني ، بل هو تصحيح للعدل القانوني المتحرج، انظر اسماعيل نامق، العدالة واثرها في القاعدة القانونية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١ ، ص٨٦.

(١) .محمد ذكي عبد الواحد ، ود.محمد محمد ابو زيد ، مصدر سابق ، ص١٣٦، احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي ، مصدر سابق ، ص٨١.

(٢) محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص١٥٨ومابعدها .

(٣) للمزيد من التفاصيل ينظر د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص ٢١٨.

(٤) د.عزيز كاظم جبر ، مبادئ أساسية لمدخل العلوم القانونية ، الطبعة الخامسة ، مكتبة دار السلام القانونية ، النجف الاشرف ،٢٠١٩ ، د. سليمان الناصري ، مصدر سابق ، ص٩١.

ويدخل في ذلك القياس حيث يطبق على الحالات غير المنصوص عليها نفس الحكم الوارد في الحالة المنصوص عليها لاتحاد العلة او الحكمة [١]، وكل ما تقدم ينطبق على النص الإستثنائي كون ان القاعدة القانونية بشقيها الفرض والحكم وبخصيصتها العمومية والتجريد يتخللها القاعدة الإستثنائية التي هي قاعدة فرعية _ أن صح التعبير _.

لذا فإن العدالة التشريعية تعني "إصدار السلطة المختصة بالتشريع القواعد القانونية بما يحقق الامن القانوني للمجتمع الذي تطبق فيه "[٢].

وهذا الامن[٣] لا يتحقق مالم يراعي المشرع العدالة في الاحكام الصادرة ، فالعدالة في حقيقتها من مستلزمات تنفيذ الحكم ، أي أنه يلزم من تنفيذ الحكم تحقيق العدالة.

وفي نطاق موضوعنا المتخصص بدراسة الإستثناء ، فيجب على المشرع مراعاة ان يتوافق الحكم الإستثنائي مع العدالة في اطار ارتباط حكمي بين الحكم والاخلاق السليمة ، وهنالك من يرى إن هذا الارتباط الضروري للقانون بمبدأ مراعاة العدالة كونه ينطوي في حقيقة الامر على مراعاة الاخلاق السليمة [٤].

والسؤال هنا هل للعدالة مراحل تمر بها ؟ وماهي هذه المراحل ؟ واين تقع مرحلة الاستثناء في تحقيق العدالة ؟

بداية ان العدالة التشريعية في نطاق التشريعات تمر بمراحل عديدة من حيث .

اولا : سن هذه التشريعات من السلطة المختصة .
ثانيا: وضعها موضع التنفيذ وتطبيقها على المخاطبين بأحكامها ، من قبل السلطة التنفيذية .

واخيرا تطبيق هذه التشريعات في المخاصمات امام القضاء[٥] حال وجود منازعة ناتجة عن العلاقة التي تنظمها هذه التشريعات [١].

---

(١) د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص١٣٢.
(٢) احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي ، مصدر سابق ، ص١٨.
(٣) للمزيد عن هذا الموضوع يراجع د. وليد محمد الشناوي ، الامن القانوني ومبادئ سن القانون الجيد ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد ٥٦ ، ٢٠١٤،
(٤) البروفيسور روبرت الكسي ، تعريب الدكتور كامل فريد السالك ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت _لبنان ، ٢٠١٣، ١٢٩_١٣٠.
(٥) لذا فإن القاضي عند استخلاصه لمبادئ قواعد العدالة بمقتضى ترخيص المشرع عند إستثنائه حالات خاصة او اشخاص معينين يجب عليه أن يراعي أمرين ضروريين :

فالعدالة في شكلها الفلسفي تدور في فلك الحقائق الاعتبارية (الوصفية)، مثال ذلك مبدأ عدم الاضرار بالغير، مبدأ تقره العدالة في جوهرها وهي في ذلك تتفق مع الحقائق العقلية ، أما كيف تتم صياغة هذا المبدأ فهذا الامر يتفق مع العدالة في شكلها، لذلك يمكن أن يصاغ على أشكال مختلفة مثال ذلك : لا ضرر ولا ضرار(الضرر يزال) [٢].

أما عن الاجابة عن الشق الثاني من السؤال ، فالاستثناء كما بينا سابقا يقع في منطقتي الفرض و الحكم في القاعدة القانونية ، لذا فأن تحقيقه للعدالة يرجع الى هذه المنطقة أي عند سن القاعدة القانونية ، لذا فأن على المشرع مهمة أن يصدر قانون بصورة عادلة ، وذلك بمراعاة ظروف المجتمع الذي ستنظم القاعدة علاقاته ، وذلك بأن يأتي التشريع ليحقق الاستقرار القانوني ولو نسبياً بين العلاقات التي ينظمها ، وان يأتي متفقاً مع الثقة المشروعة للمخاطبين به، فالمشرع في تحقيقه للأمن القانوني وفقاً لمتطلبات العدالة أنما يعكس ما يحتاجه المجتمع حسب ظروف الواقع والقيم السائدة فيه ، فلا شك في انه يحقق العدالة ، بالتالي إذا حاد التشريع عن تجسيده لهذه القيم فلا يحقق غايته [٣].

فالواقع أن مبادئ العدالة تدخل ضمن المصادر المادية أو الحقيقية للقاعدة القانونية ، فهي عامل من العوامل الاجتماعية، شأنها شأن القيم الدينية والاخلاقية ، التي تتفاعل مع العوامل الطبيعية والاقتصادية والسياسية لتكوين المادة الأولية لقواعد القانون. ورجوع المشرع إليها ال يعدو أن يكون اعتداداً بالعوامل الاجتماعية اليت تسهم في تكوين جوهر القاعدة. فالعدالة كمصدر من مصادر القانون، تؤدي وظيفة قانونية وهي أنها تتخذ أساساً للمطالبة بحقوق جديدة، لم يكن لها سند في القانون قبل تطبيق مبادئ العدالة[٤].

الأمر الأول : يجب على القاضي ، عند اجتهاده برأيه ، إلا يستند إلى أفكاره ومعتقداته الخاصة ، وإنما إلى أفكار ومعتقدات الجماعة التي ينتمي إليها ، فمن واجبه أن يستبعد أفكاره ومبادئه التي تصطدم مع أفكار المجموع الذي يعيش فيه .

الأمر الثاني : يتعين على القاضي ألا يتستر تحت ستار قواعد العدالة للخروج على المبادئ الأساسية التي يقرها القانون الوضعي ، إذ أن مبادئ العدالة مصدر احتياطي لا يمكن اللجوء إليه إلا في حالة عدم وجود نص في المصادر الأخرى للقانون ، إذ لو وجد النص لما اصبح هنالك محل للأخذ بقواعد العدالة ولو كان غير عادل ، لان وظيفة القاضي اعمال القانون وليس انشائه ، لأنه لا اجتهاد في مورد النص ، ينظر فريد فتيان ، مصدر سابق ، ص٥٥.-د. السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص٨١. د. سعيد سليمان جبر ، د.محمد سامي عبد الصادق ، المدخل للعلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص١٦٨. د.سليمان الناصري ، مصدر سابق ، ص ٩١-٩٢.

(١) احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي ، مصدر سابق، ص٥.

(٢) د أياد مطشر صيهود ، العدالة جوهر قانون العلاقات الخاصة الدولية ، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد ١٥، السنة ٢٠١٧ ، ص ١٤.

(٣) احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي ، مصدر سابق ، ص٦.

(٤) عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل الى علم القانون، مصدر سابق ، ص١٦٠.

ويتضمن القانون المدني العراقي نصوصا عن العدالة [1] اضافة الى جعلها مصدراً رسمياً من مصادره في مادته الاولى كما اسلفنا ، ويمكن القول إنه ، من أجل إضفاء الشرعية بشكل عملي ، نصت المادة ٢ من القانون المدني على (قواعد العدالة) كمصدر لملء أي فجوة قانونية إذا لم تجد المحكمة أحكاماً ملائمة للتطبيق في القانون نفسه أو في القانون العرفي أو في الشريعة الإسلامية . وهذا هو مصدر شرعية كل من العدالة الفردية والجماعية، لذا فأن تأمين العدالة بين الافراد وحفظ التوازن بين مصالحهم يملي ضمان عدم حصول تعدٍ أو أستئثار أو خداع في التعامل ، فالعدالة الاجتماعية تفرض أن يحصل التعاقد بين الأفراد برضاهم ووفقاً للقانون ومراعاة لمبادئ الإنصاف وحسن النية التي تعد من ركائز هذه العدالة [2].

([1]) المادة (٨٦) والتي نصت "٢. واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم ، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة." والمادة ١٤٦ /٢و١٥٠و٢١٢و٩١٠و٩١٢.

([2]) د. مصطفى العوجي ، المصدر السابق ، ص ٢٦. د أياد مطشر صيهود ، مصدر سابق ، ص٣٢. اسماعيل نامق ، مصدر سابق ، ص٥١ ومايليها .

الفرع الثاني

دور الإستثناء في تحقيق العدالة

يعد الإستثناء أسلوب يلجأ إليه المشرع لإخراج حالة من الاصل العام للقاعدة القانونية ، في حين تعد العدالة مصدراً من مصادر القانون ، من هنا فأن العدالة تتدخل في سن القواعد القانونية بشكل صريح و مباشر ، في حين يصل الإستثناء الى مبتغاه بصورة صريحة أو ضمنية ، آنية أو لاحقة على الاصل العام لعدة اعتبارات يستلزم فيها أن تكون عادلة. إلا أن هذا المصدر مازال لا يمثل حقيقة محددة فالإحالة إليه لا تمدنا كما يرى رأي بقواعد قانونية بالمعنى الصحيح ، والاحالة من قبل المشرع لا تعني إلا إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يصل الى حسم النزاع المعروض وحتى لا يعد مرتكبا لجريمة انكار العدالة [١]، فوصف قواعد العدالة بانها قواعد متغيرة ، معنى ذلك انها لا ترشد الى حلول قاطعة ثابتة ، وانما يتجلى اثرها في التخفيف من صرامة الاحكام ، كما انها قواعد يشوبها التشتت ، ويكتنفها الغموض ، ولا يجمع قواعدها موطن واحد ، فيتعذر التعرف عليها ، لتغاير حدودها بتغاير الظروف ، ويصعب الالمام بأحكامها . إلا انها قواعد ملزمة لاقترانها بجزاء ادبي يتمثل بزجر المجتمع يوقع عند مخالفتها [٢]، كما من البديهي أن المشرع لا يمكنه أن يدرك بعقله كل الأمور ويحيط بكل الاحتمالات ، فلذلك نجد المشرع في أغلب دول العالم إن لم تكن جميعها ، تارة يضع نصاً غامضاً، وقد يسكت عن البت في أمر معين ، وأحيانا ينظم مسالة معينة تنظيماً دقيقاً شاملاً لكل جوانبها، ولكن يطرأ ظرف معين يجعل تطبيق النص غير ملائم أو لا يحقق العدل. ويذهب رأي الى القول [٣] " ان القوانين مفيدة ، لكنها ليست عادلة مطلقا ، ولايمكن ان تكون كذلك ". لذا قد يتقدم الاستثناء محاولا ارجاع الامور الى نصابها من خلال إخراج الحالة محل الاستثناء من عموم القاعدة عند اختلال عدالتها .

وقبل الغور في دور الإستثناء في تحقيق العدالة ، يجب أن نبين جواب التساؤل حول مستوى العدالة التي يسعى المشرع الى تحقيقها ، هل هي عدالة مثالية ؟ أمْ عدالة واقعية ؟ أمْ عدالة اخلاقية ؟

فقد ذهب رأي من الفقه الى وجوب اخضاع القاعدة القانونية للمثل العليا لكي تصبح واجبة التطبيق قانونا ، ومن هنا لابد لتكوين القاعدة القانونية من عنصر مثالي فوق العنصر الواقعي فإخضاع الواقع للمثل العليا هو العدالة وموافقتها عليه يعطيها صفة الواجب أي يجعله قانونياً [٤].

---

(١) د. السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص٧٨١.
(٢) الاستاذ عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص١٨٥.
(٣) رأي للاديب اناتول فرانس نقله عنه د. منذر الشاوي ، مدخل الى فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص١٩٥
(٤) د. حسن كيره ، مصدر سابق ، ص١٩٠.

في حين ذهب رأي آخر الى أن العدالة المثالية والاخلاقية يصعب على أي مشرع تحقيقها ، فالعدالة بمفهومها المثالي تحتاج الى امكانيات ووسائل يعجز اي نظام قانوني وطني أو دولي تحقيقها أو الحصول عليها ، كما أن العدالة الاخلاقية الناتجة عن المذاهب الدينية تتمتع بتأثير روحاني بما تملكه من تأثير على الانسان بالتالي كذلك تعد من المقاصد التي ليس بإمكان المشرع تحقيقها . أما العدالة بالمفهوم القانوني فقد اخذ المشرع بالعدالة الواقعية والتي تعني الاخذ بالاعتبار الظروف والملابسات ويتولى القاضي تطبيقها محققاً بذلك المساواة بين الافراد ورفع الظلم عنهم بصورة تتفق ومقتضيات تحقيقها . فالاستثناء ما هو إلا قاعدة قانونية بالتالي تحقق العدالة الواقعية[١].

نخلص الى أن العدالة الواقعية هي التي يسعى المشرع الى تحقيقها كونها تدخل ضمن الممكن بالنسبة للمشرع ، أذ يصبح بإمكان المشرع استخدام وسائل تمكنه من تحقيق العدالة بمفهومها القانوني ، وهو ما اكده رأي في الفقه بالقول ان العدالة هي " التعبير الصادق عن الشعور بالمساواة الحقيقية والسعي الى تأكيدها في واقع الحياة ، او هي امتلاء النفس بالشعور بالمساواة الواقعية التي تكترث بالظروف الخاصة والجزئيات الدقيقة وتقتضي التماثل في المعاملة للحالات المماثلة في ظروفها وتفصيلاتها" [٢].

أما العدالة بالمفهوم القانوني فقد اخذ المشرع بالعدالة الواقعية والتي تعني الاخذ بالاعتبار الظروف والملابسات ويتولى القاضي تطبيقها محققاً بذلك المساواة بين الافراد ورفع الظلم عنهم بصورة تتفق ومقتضيات تحقيق التنمية .

ونرى أن العدالة المثالية والاخلاقية يصعب على أي مشرع تحقيقها ، فالعدالة بمفهومها المثالي تحتاج الى امكانيات ووسائل يعجز أي نظام قانوني وطني أو دولي تحقيقها أو الحصول عليها ، كما ان العدالة الاخلاقية الناتجة عن المذاهب الدينية تتمتع بتأثير روحاني بما تملكه من تأثير على الانسان بالتالي كذلك تعد من المقاصد التي ليس بإمكان المشرع تحقيقها .

نخلص الى أن العدالة الواقعية هي التي يسعى المشرع الى تحقيقها كونها تدخل ضمن الممكن بالنسبة للمشرع ، أذ يصبح بإمكان المشرع استخدام وسائل تمكنه من تحقيق العدالة بمفهومها القانوني ، وهو ما اكده رأي في الفقه بالقول ان العدالة هي " التعبير الصادق عن الشعور بالمساواة الحقيقية والسعي

([١]) ينظر د. منذر الشاوي ، مدخل في فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص ٢٠٠_٢٠١.

([٢]) د.عبد الباقي البكري ,مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل إدراكها,مجلة العلوم القانونية . والسياسية ,كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، دار العربية، بغداد، ١٩٨٤.ص١٨٤.

الى تأكيدها في واقع الحياة ، أو هي امتلاء النفس بالشعور بالمساواة الواقعية التي تكترث بالظروف الخاصة والجزئيات الدقيقة وتقتضي التماثل في المعاملة للحالات المماثلة في ظروفها وتفصيلاتها" [1].

وللعدالة بالوصف المتقدم ثلاثة عناصر لها دور فاعل في تحقيقها وهذه العناصر هي : المساواة ، والاستحقاق والتبادل ، فالمساواة تعني اعطاء الناس فرص متساوية ، فالمشرع عندما يسن قاعدة قانونية، لا يأخذ في الاعتبار سوى الحالات العامة ، مع إيراد بعض الإستثناءات يدرجها على القاعدة العامة في بعض الأحيان مراعياً العدالة في الحالتين ، اما الاستحقاق فقد جاء إستثناء على المساواة لأن المساواة إذا كانت حسابية فلا تتناسب مع نظام الحياة والطبيعة ، فالتفضيل لا يتوافق مع المساواة ، بمعنى ان المساواة ذاتها لا تتفق مع نظام الحياة ، ذلك أنها إذا وجدت فلا بد أن يكملها الاستحقاق لضمان سير عجلة التطور، أما عن عنصر التبادل فإذا كان الاستحقاق قد جاء إستثناء على المساواة ، فإن المبادلة تأتي لإصلاح الخلل في المساواة ، فمصدر المبادلة يكمن في الإرادة والاختيار ، بمعنى جريان عملية المبادلة بين الأفراد بمحض إرادتهم ، وهذا ما يعبر عنه بـ" العدالة التبادلية" الذي تحكم العلاقات بين الناس سواء كانت هذه العلاقات إرادية كالعقد أو غير ارادية كالعمل غير المشروع ، فالعدالة التبادلية مكملة للعدالة التوزيعية ، ولا تظهر الفائدة منها إلا بعد أن تكون العدالة التوزيعية "المساواة " قد تحققت بالفعل ، كما أن الفائدة من العدالة التوزيعية لا تستمر إلا عن طريق العدالة التبادلية.[2].

لذا فإن دور الإستثناء في تحقيق العدالة جاء إستثناءً من عنصر المساواة وتحقيقا لعنصر الاستحقاق (وهي ان يعطى كل انسان ما يستحقه)، ويتجسد بصورة خاصة بمراعاة المشرع الحالات الفردية عند صياغة الإستثناء ، كما أن العدالة ترتبط مع النص القانوني دائماً ، والإستثناء هو الجزء الذي يمثل منطقة الحكم في النص القانوني ، لذا بات واضحاً ان ارتباط الإستثناء بالعدالة ودوره في تحقيقها يمثل انعكاساً لحكمة التشريع وغاية المشرع .

وهو ما يؤكد أن العدالة تعد غاية يسعى المشرع الى تحقيقها متوسلاً بكل الوسائل الممكنة لتحقيقها بما فيها الإستثناء ، بالمقابل فأن الإستثناء يعد الوسيلة التي يستنجد بها المشرع لتحقيق هذه الغاية ، فبعد أفول نجم القانون الطبيعي بمفهومه التقليدي حديثاً تحت وطأة الاتجاهات القانونية الوضعية ، اخذت العدالة صورة اخرى فبعد ان كانت هدفا يسعى له القانون اصبحت مصدراً له ترمي الى تعديل

([1]) د.عبد الباقي البكري ,مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل إدراكها,مجلة العلوم القانونية . والسياسية ,كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، دار العربية، بغداد، ١٩٨٤.ص١٨٤.

([2]) إسماعيل نامق حسين، مصدر سابق,ص ٧٢. د. منذر الشاوي ، مدخل الى فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص ١٩٩.استاذنا د. حسون عبيد هجيج وفخري جعفر احمد ، فلسفة العدالة القانونية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي ، السنة الحادية عشر ، العدد الاول ، ٢٠١٩، ص٢٢٦_٢٢٧.

الاحكام القانونية وتوسيعها فأضحت معيناً احتياطياً ومكملاً يعول عليه عند نقصان القانون الوضعي ، وهي لهذا السبب اصبحت عاملاً اساسياً ومهماً في تطوير القانون [1].

أما عن دور الإستثناء في تحقيق العدالة فتجد مصاديقها من خلال عرض بعض التطبيقات التي اوردها المشرع في نطاق القانون المدني منها المادة ٢١٢ من القانون المدني العراقي ، والتي نصت على " ١. الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها. ٢. فمن احدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسؤول على الا يجاوز في ذلك القدر الضروري ، **و(إلا)** اصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة" .

فالبحث في مسؤولية محدث الضرر في حالة الدفاع الشرعي ، يقتضي معرفة ما اذا خرج المشرع عن القواعد العامة أمْ التزم بها حينما أقر حالة الدفاع الشرعي ؟ وفي حالة خروجه عن القواعد العامة ؟ هل كان قصده هو تحقيق العدالة ؟

الاجابة عن هذا التساؤل بالإيجاب فالمشرع خرج عن القواعد العامة في المسؤولية المترتبة في حالة الدفاع الشرعي بشرط مراعاة التناسب بين الاعتداء والدفاع الشرعي ، مستثنياً (مخرجاً عنها) حالة عدم مراعاة التناسب بفرض التعويض طبقا لمقتضيات العدالة ، فإعمال القواعد العامة في المسؤولية ينجم عنه ضرر او ظلم مما يسوغ الخروج عنها ، والاخير يتجلى بحالة الدفاع الشرعي استنادا لقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات" .

لذا نتوصل الى نتيجة مفادها لولا إستثناء المشرع لحالة الدفاع الشرعي لترتبت مسؤولية المدافع ولهدر حقه الشرعي في الدفاع عن نفسه ضد الاعتداء عليه ، وهذا يعبر عن جوهر العدالة التي اراد المشرع تحقيقها عن طريق خروجه عن القواعد العامة في المسؤولية المدنية .

وفي تطبيق آخر لدور الإستثناء في تحقيق العدالة نص المادة (٩١٠) من القانون المدني العراقي النافذ [2] "١. اذا كان العمل الموكول الى العامل يمكنه من معرفة عملاء رب العمل أو الاطلاع على سر اعماله ، كان للطرفين ان يتفقا على الا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد ان ينافس رب العمل ، ولا ان يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته . ٢. **(غير)** انه يشترط لصحة هذا الاتفاق: أ – ان يكون العامل بالغاً رشده وقت ابرام العقد.

([1]) د. رياض القيسي ، علم اصول القانون ، الطبعة الاولى ، بيت الحكمة، بغداد ، ٢٠٠٢، ص٢٣٧.

([2]) نود الاشارة الى ان نصوص القانون المدني الخاصة بأحكام عقد العمل قد قيد العمل بها بعد صدور قانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ ، حيث نظم كل مايتعلق بالعمل والعمال ابتداءا من التعريفات والاحكام وحقوق والتزامات العامل ورب العمل وصولا الى انقضاء العقد وتسوية النزاعات الناشئة عنه عن طريق محكمة العمل .

ب – وان يكون القيد مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل ، على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة.
ج – والا يؤثر هذا الاتفاق في مستقبل العامل من الناحية الاقتصادية تأثيراً **ينافي العدالة.**
د – وان يقرر العقد للعامل تعويضاً عن هذا القيد الوارد على حريته في العمل يتناسب مع مدى هذا القيد.
3. ولا يجوز ان يتمسك رب العمل بهذا الاتفاق اذا فسخ العقد او رفض تجديده دون ان يحدث من قبل العامل ما يبرر ذلك، كما لا يجوز له التمسك بالاتفاق اذا وقع منه ما يبرر فسخ العامل للعقد.

نجد ان المشرع في المادة (٩١٠) اعلاه قد استثنى في حالة وجود اتفاق بين العامل ورب العامل بشرط لا يؤثر على مستقبل العامل الاقتصادي بما يعد منافيا للعدالة ، إذ جعل من العدالة هنا معياراً للإستثناء ، ومن المفهوم المخالف أي بخلاف مقتضيات العدالة فلا يجوز استثناء الاتفاق ، فدور الإستثناء في تحقيق العدالة جاء مراعاة لحالة العامل الاقتصادية كونه في مركز اضعف من رب العمل مما يخل بالتوازن في العلاقة بينهما والذي يحاول المشرع تلافيه من خلال تقوية جانب العامل وصولاً الى تحقيق علاقة قانونية متوازنة وفقاً لمعايير العدالة.

ونرى ان خروج المشرع هنا جاء ليؤكد تحقيق العدالة من خلال إعادة التوازن الى العلاقة القانونية مستعينا بأسلوب الإستثناء ، هذه الاستعانة القائمة على مراعاة الظروف في التطبيق انتجت اثرها فيما بعد في تحقيق النص العدالة المبتغاة منه .

ويبقى التساؤل الأخير ، هل ان الإستثناء دائما يحقق العدالة ؟

بداية لا ننكر خطورة الإستثناء فيما لو تمت صياغته بطريقة غير محكمة أو شاملة وهنا سيوصف الحكم الإستثنائي بعدم العدالة ، مما يقتضي معه تدخل المشرع لتلافي عدم عدالته ، سواء عن طريق إعادة صياغته ، أو تخويل القاضي بمراعاة مبادئ العدالة وفق ظروف الدعوى وملابساتها ، ويمكننا تلمس عدم عدالة نص المادة ١٣٨ /٣ ، التي عالجت حالة ناقص الاهلية ولم تشمل عديم الاهلية رغم ان إستثناءه أجدر وأولى . كما ان المادة ٢٣٤ بفقرتيها الاولى والثانية شملت ناقص الاهلية فقط وابعد من ذلك لم تلزمه برد ما كسب من الدفوع له دون حق ولو كان سيء النية ، والنص بهذه الصيغة غير عادل . لذا فأننا نعتقد ان استخدام المشرع للإستثناء كتقنية تشريعية جاء لتلافي حالات عدم عدالة النصوص العامة أو توسيعها أو تخصيصها . فالإستثناء اذا يفترض فيه ان يكون عادلاً كونه جاء لمعالجة حالات خاصة أو اشخاص محددة أو وقائع معينة بغية إخراجها من الإطار العام للقاعدة الاصلية .

وهنالك من يرى[1] ان هذا المصدر مازال لا يمثل حقيقة محددة فالإحالة اليه لا تمدنا كما يرى بقواعد قانونية بالمعنى الصحيح . فوصف قواعد العدالة بانها قواعد متغيرة ، معنى ذلك انها لا ترشد الى حلول قاطعة ثابتة ، وإنما يتجلى اثرها في التخفيف من صرامة الاحكام ، كما انها قواعد يشوبها التشتت ، ويكتنفها الغموض ، ولا يجمع قواعدها موطن واحد ، فيتعذر التعرف عليها ، لتغاير حدودها بتغاير الظروف ، ويصعب الالمام بأحكامها . إلا انها قواعد ملزمة لاقترانها بجزاء ادبي يتمثل بزجر المجتمع يوقع عند مخالفتها [2]، كما من البديهي أن المشرع لا يمكنه أن يدرك بعقله كل الأمور ويحيط بكل الاحتمالات ، فلذلك نجد المشرع في أغلب دول العالم إن لم تكن جميعها ، تارة يضع نصاً غامضاً ، وقد يسكت عن البت في أمر معين، وأحيانا ينظم مسالة معينة تنظيماً دقيقاً شاملاً لكل جوانبها ، ولكن يطرأ ظرف معين يجعل تطبيق النص غير ملائم أو لا يحقق العدل.

([1]) د. السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص٧٨١.

([2]) الاستاذ عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص١٨٥.

المبحث الثاني

دور القضاء في صياغة الإستثناء

يلعب القضاء دوراً اكيداً في ابتكار قواعد ومبادئ جديدة ، ليست إلا وليدة الجهد المبذول من القضاء ، بما يسهم في نشوء وظيفة جديدة للقضاء وهي "وظيفة الحض على التشريع" فتنفيذ القانون الذي يشرف عليه القضاء ، يوفر الفرصة لإدراك مدى قصور بعض القواعد القانونية عن مسايرة الواقع المعاش[١]. ويتمحور دور القضاء في صياغة الإستثناء وفقاً للمتعارف عليه بين الناس وما استقروا عليه من المعاملات ، عند عدم النص أو تخويل المشرع ، وفقا للمصلحة المرجاة من النص الاستثنائي ، بما يضمن تطبيق الإستثناء بصورة عادلة . خاصة ان البحث في المسائل القانونية من قبل القضاء يستدعي غالبا تطبيق قاعدة قانونية معينة بعد تحديد مضمونها ، وعملية التحديد في نطاق النص القانوني تتم وفقاً لمنهجية معينة ، تبدأ أولا بتحديد المحكمة الإطار التشريعي الوارد فيه النص القانوني العام والإستثنائي ، فالأخير لا يمكن عزله عن الإطار التشريعي الوارد فيه ولا عن سائر النصوص الواردة ضمن الاطار نفسه وإلا فقد وظيفته ، مما يؤدي الى حلول لا تأتلف مع مجمل الوضع القانوني الذي جاء متمماً لتنظيمه ، لذا يجب على القضاء تحديد ابعاد النص ومضمونه العملي من خلال ربط النص القانوني بالإطار التشريعي الوارد ضمنه حتى يعطي للقاعدة القانونية الاثر الذي يعبر عن إرادة المشرع من وضعها ضمن الإطار التشريعي ، بغية إعمال حكم القانون ، فالإستثنائية لا تعني اخضاع البعض لتطبيق نصوص القانون ، وتعفي البعض الآخر ، دون سند موضوعي يبرر هذا التمايز ، فالتطبيق الانتقائي سيؤدي الى الفوضى وعدم الاستقرار وضياع ثقة المخاطبين بالنص ، لذا فالقضاء يعمد الى تحديد المعنى اللغوي للكلمات الواردة في النص بحيث تعطيها المفهوم العام والصحيح ، وبتمام ما تقدم تبرز الفكرة التي تشكل المحور الاساسي للقاعدة القانونية فتنصرف المحكمة الى تطبيقها على الوقائع المعروضة امامها ، كما تعتمدها في الحل القانوني للمسألة المطروحة امامها ، واخيراً تنظر المحكمة في تطبيق هذا النص القانوني الإستثنائي على الواقعة المعروضة امامها ، وتقدر ما اذا كانت فعلا هذه القاعدة هي المناسبة أمْ لا [٢].

وبتمام ما تقدم سنعرض لدور القضاء في صياغة الإستثناء من خلال تقسيمه الى مطلبين ، سنبين في المطلب الاول لدور العرف في صياغة الاستثناء ، في حين سنخصص المطلب الثاني لدور المصلحة في صياغة الإستثناء.

([١]) جان _لوك اوبير ، مدخل الى علم الحقوق ، مصدر سابق ، ص١١٢ومابعدها .

([٢]) د. مصطفى العوجي ، القاعدة القانونية ، مصدر سابق ، ص ١٦٩-١٧٣.

المطلب الاول

دور العرف في صياغة الإستثناء

يمارس العرف في ظل القانون المدني دورين : اولهما دور المكمل للتشريع ، ويعني وجوب رجوع القاضي إليه والحكم بمقتضاه بشرط عدم وجود نص قانوني ووجود عرف اكتمل فيه ركناه المادي والمعنوي ، وثانيهما دور المساعد للتشريع ، إذ قد تحيل النصوص اليه تنظيم مسائل معينة أو يلجأ اليه لضبط معيار أو يستعان به لتفسير نية المتعاقدين تقديرا من المشرع بأن العرف أقدر من التشريع على الوفاء بالغرض الذي ينشده [١].

الى جانب ذلك فأن للعرف دوراً لا يقل اهمية في نطاق التشريع الاسلامي ، فلقواعد العرف مدخليه في نطاق مسائل علم اصول الفقه وخاصة مباحث دلالات الالفاظ ، ودور العرف اللغوي خاصة في تلك الدلالات ، وكذلك مباحث حجية الظهور، كما أن لقواعد العرف مدخليه أيضا في نطاق تشخيص موضوعات الاحكام الشرعية التفصيلية [٢]، وبما أن الإستثناء كما بينا احد المخصصات المتصلة فيكون للعرف دور في بيان الإستثناءات الخارجة عن الاصل العام وفق هدي مصالح الناس وحاجاتهم ، إذ ان من مصالح الناس ان يقروا على ما ألفوه وتعارفوه واستقر عليه امرهم[٣]. وهنا يأتي دور القضاء في البحث عن العرف الإستثنائي في الواقعة المعروضة امامه ليتسنى له تطبيقه عند خلو النص العام أو اجازه المشرع له ذلك وفق الاعتبارات التي بيناها سابقاً .

مما تقدم ، للإحاطة بدور العرف في صياغة الإستثناء ، سنعرض لتعريف العرف الإستثنائي في الفرع الاول ، ثم نبين تخصيص النص بالعرف في الفرع الثاني.

([١]) ا.عبد الباقي البكري وا. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٣، ص١٤٥.

([٢]) ينظرد. سليمان الناصري ، المدخل للعلوم القانونية ، المكتب الجامعي الحديث، مصر ، ٢٠١٠ ، ص٨٦. المستشار عباس قاسم مهدي الداقوقي ، مصدر سابق ، ص٢٤٠ ومابعدها .

([٣]) د. محمد محمود محمد الجمال ، تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨، ص١١.

الفرع الاول

تعريف العرف الإستثنائي

يتضمن القانون العديد من الاعراف التي تشكلت واضفى عليها القانون بدوره الغطاء القانوني الذي حولها لاحقاً من مجرد اعراف الى قانون ملزم ، نتيجة لدور العرف في تحقيق مصالح الناس ، نظراً لارتباطه بالمصالح ، إذ يعتبر مظهراً من مظاهر مرونة التشريع من خلال القدرة على استيعاب ما يستجد من المصالح [١].

ونقصد بالعرف الإستثنائي هو ما اعتاده الناس وألفوه في تعاملاتهم خروجاً على الاصل العام في القاعدة ، فشكل إستثناءً عليها خصص من عمومها ، مما ألجأ المشرع الى تضمين القواعد العامة بإستثناءات عرفية ملزمة للأفراد .

فالمشرع مهما كان دقيق التعبير لا يستطيع الإحاطة بجميع الحلول المتصورة لمشاكل المجتمع ، كما لن يستطيع أن يضع حلولاً لكل المنازعات المقبلة ، ولكنه يضع القواعد العامة ويدع التفصيلات للفقه والقضاء وما يجري عليه العمل ، وهنا يمارس الإستثناء المستقر عرفيا دوره ويتحول الى عرف مستقر ملزم ، فالقواعد القانونية ليست جميعها من ابداع المشرع ، إذ أن اكثرها من القواعد العرفية [٢]، و يخول المشرع اللجوء اليها بحسب ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم أو عقودهم ، لذا يترك للعرف الذي جاء بإستثناء يتلائم مع حاجات الناس ومتطلباتهم بالحكم في المسألة بوصفه اكثر انسجاماً وإرادة الافراد . وأما من المسائل ما يقصد المشرع تركه لحكم العرف ، فيكون العرف هنا مكملاً للتشريع ، وهنالك من النصوص ما تحيل الى الاستثناء المستقر عرفياً بوصفه معاوناً للتشريع ، كما هو الحال في تسليم المبيع أو مكان دفع الثمن خلافا للقاعدة العامة في ذلك [٣]. كما ان المشرع قد يرى في الإستثناء العرفي ما يحقق اغراض مختلفة ، كما هي في حالة احالته لتحديد دلالة بعض العبارات التي قد تثير بعض الصعوبات في التطبيق ، وقد يقدم العرف على حكم القواعد المكملة وقد يخرج العرف على حكم بعض القواعد الامرة وهنا يسمى بالعرف المخالف للتشريع [٤]، وقد سلك المشرع العراقي هذا المنحى

([١]) د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون ، الجزء الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية، ، ص٢١٣. د. عبد الرزاق الفحل ، مصدر سابق ، ص١٠٩.

([٢]) فريد فتيان ، مصدر سابق ، ص٤٢.

([٣]) د. سليمان الناصري، مصدر سابق ، ص٩٠. د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص١١٦-١١٤. د. محمد ذكي عبد الواحد ، ود. محمد محمد ابو زيد ، مصدر سابق ، ص ١٢٣.

([٤]) د. السيد محمد السيد عمران ، الاسس العامة في القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت_لبنان ، ٢٠٠٢، ص٧٤.

بإعطائه العرف اهمية خاصة واعتبره مكملاً للتشريع ومعاوناً [١] له بصريح المادة الاولى من القانون المدني العراقي . ومن اهم ضوابط الرجوع الى العرف هو ان لا يخالف النظام العام والآداب العامة [٢] .

كما اتفق الاصوليون على اعتبار العرف والاخذ به في كثير من الاستعمالات[٣]،ولذا قال القرافي " واما العرف فمشترك بين المذاهب ، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها "، ومن أهم هذه الاستعمالات :

أولا : كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه الى العرف ، وفيه قال الفقهاء [٤]، لأن مثل هذه الاشياء المطلقة أن حكم فيها الشارع بحكم واحد تفصيلي يصاب الناس بالتعقيد والجهد ، وان هو شرع احكاماً كثيرة كثرت التكاليف على الناس وضاقوا ذرعا بضبطها وحذفها ، وكان انتقاصا من الشريعة التي وضعت على اساس متين وهو قلة التكاليف ، لذا يعتبر العرف فيه رفع الحرج والمشقة عن الناس، والتيسير عليهم بما ألفوه من أعراف وعادات أوجدتها الحاجات المتجددة ، واعتبار هذه الأعراف والعادات لسد حاجة الناس إليها، وبذلك تصبح نظاماً حاكماً من الصعب التخلي عنها، وفي نزع الناس عن أعرافهم وعاداتهم إيقاع لهم في حرج شديد، لأنها أصبحت طبعاً لهم ، فعندما سئل الغزالي عن اليهودي إذا اجر نفسه مدة معلومة ما **حكم السبوت التي تتخللها إذا لم يستثنها فإن استثناها فهل تصح الإجارة** ؛ لأنه يؤدي الى تأخير التسليم عن العقد . فأجاب " إذا اطرد عرفهم بذلك كان اطلاق العقد كالتصريح بالإستثناء ، كإستثناء الليل في عمل لا يتولى إلا بالنهار " [٥].

ثانيا : يستغنى عن الألفاظ وهي الاصل في التعبير عن المعاني ، بالعادات الجارية بين الناس ، إذ قال رأي " تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأحوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما" ، يستثنى من المنافع بحكم العرف كأوقات الصلاة واوقات الاكل والشرب والليل فأنه مستثنى

([١]) بدلالة المواد (١٦٢-١٦٤-٥٨٥-٥٨٦-٥٨٧) الى جانب الكثير من المواد التي تؤكد دور العرف المكمل والمعاون للتشريع .

([٢]) د. يوسف حسن يوسف ، مصدر سابق ، ص٦٥.

([٣]) وتقتضي الاشارة الى ان العرف في اصول الفقه يختلف عن العرف في القانون الوضعي ، لان الركن المعنوي وهو الشعور بالالزام غير معتبر عند الاصوليين ، لانه أثر او نتيجة لاعتباره شرعا ، وفي هذا الصدد ذهب رأي الى القول أن " العرف عند رجال القانون يختلف عنه عند فقهاء الشريعة الاسلامية الذين يرون ان العرف هو مجرد الاعتياد على مسلك معين ، فعنصرالالزام لا تأثيرله عند رجال الشريعة الاسلامية في تكوين الاعراف حتى من يفرق منهم بين العادة والعرف لا ينظر الى هذا العنصر بل يجعل احدهما اعم من الاخر وان كلاهما له تأثير في الاحكام ، وهذا امر طبيعي إذ الالزام أثر من اثار العرف ، لان شأن القاعدة كونها ملزمة ينظر د. حسنين محمود ، العرف والعادة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار القلم ، دبي ، ١٩٨٨، ص٣٤.

([٤]) جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، ١٩٩٠، ص٩٨.

([٥]) نقله عنه السيوطي جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، في الاشباه والنظائر ، المصدر السابق ، ص٩٩.

من مدة الاستئجار للخدمة ، الا الاوقات التي جرت العادة بالاستخدام فيها فأن الالفاظ منزلة عليها كأنه صرح بها من جهة ان دلالة العرف عليها كدلالة اللفظ [١]، وقول آخر "مطلق العقد يتقيد بالمتعارف"[٢].

نخلص الى ان العرف عامة والإستثنائي خاصة دوراً في صياغة النصوص ، فالأصل العام للقاعدة من الممكن أن يستثنى منه ما استقر عرفياً .

الفرع الثاني

تخصيص النص بالعرف

للعرف دور في تخصيص النص ، بمعنى آخر ان العرف يمارس دور الإخراج من النص مخصصاً إياه في الحالة محل الاستثناء ، ويتمحور دور القضاء في البحث عن العرف الاستثنائي المخصص للنص العام . إذ يذهب الاصوليين الى ان موقع العرف من الإستثناء موقع المخصص المستقل من المتصل ، فالعرف احد المخصصات المستقلة ، ويقصد بها مالا يكون جزءً من النص الذي ورد فيه اللفظ العام ، في حين ان الإستثناء أحد المخصصات المتصلة [٣] . والسؤال هنا كيف يمارس العرف دور التخصيص للنص ؟

الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي التفريق بين نوعي العرف . فتخصيص الإستثناء للعرف يختلف بحسب نوع العرف وهو نوعين أما ، قولي أو عملي ، وعلى التفصيل التالي :

أولا : تخصيص النص بالعرف القولي

يقصد بالعرف القولي أو اللفظي " هو ان يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين بحيث يصبح ذاك المعنى هو المفهوم المتبادر منها الى اذهانهم عند الاطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية "[٤].وهو نوعين : أما أن يكون مقارناً للعام ، وأما أن يكون طارئاً بعده ، وبالنسبة

---

(١) ابي محمد عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام السلمي ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، تدقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية، لبنان ، ١٩٧١ ، ص٨٣-٨٥.

(٢) شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، مصدر سابق ، ص٣٨ومجلة الأحكام العدلية

(٣) د. محمد اديب صالح ، مصدر سابق ، ص٨٥ ومابعدها .

(٤) مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، الجزء الاول ،الطبعة الثانية ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠٤- ص٨٧٥. ابو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى من علم الأصول ، ٣٤٧. د. فتحي الدريني ، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ، مصدر سابق ، ص٥٩٠.

لتخصيص عام النص بالعرف القولي المقارن ، ذهب الأصوليون [١] " أن العرف القولي إذا كان سابقاً للعام أو مقارناً له ، فإنه يجوز تخصيص عام النص به " ، بقصره على بعض أفراده بالعرف ، و بصورة أخرى تفسير النص العام ضمن نطاق المعنى العرفي له وتنزيله عليه عند الخلو عن القرائن، فالعرف إذا كان مشتهراً في زمن بحيث يعلم أن اللفظ إذا أطلق كان المراد ما جرى عليه دون غيره فهو مخصص ، فالناس لا يفهمون إلا ما جرى التعارف عليه بينهم[٢]، ونقل الجويني عن مسلك الشافعي في ذلك ، إذ قال: "أن التخصيص إذا جرى موافقا لما يصادف ويلقى في مستقر العرف ؛ّ فالشافعي لا يرى الاستمساك بالمفهوم فيه ويصير إلى حمل الاختصاص على محاولة تطبيق الكلام على ما يلقى جاريا في العرف "[٣]، ومن الأمثلة على تخصيص عام النص بالعرف القولي ، البيع بالمعنى اللغوي هو المبادلة في المال وغيره ، وبالمعنى الشرعي مبادلة المال بالمال في حين يؤخذ البيع على المعنى الذي هو في عرف الشارع لا المعنى اللغوي فيخصص به العموم ، كذلك الحال في النقد اذ ينصرف الى النقد الغالب للبلد حملا للفظ على معناه العرفي فيخصص العام بالعرف[٤]. "فالعرف القولي يؤثر في اللفظ اللغوي تخصيصاً وتقييداً وإبطالاً"[٥].

بينما ذهب البعض الآخر[٦] إلى عدم التخصيص به، وحجتهم أن العرف القولي الطارئ يخصص أقوال الناس وعقودهم، فخطاب الناس فيما بينهم في المعاملات وغيرها فينزل على موضوعاتهم ، كنقد البلد في الشراء والبيع إذا أرادوه ، وإلا عُمل بالعام ، ولا يحال اللفظ عن حقه إلا بدليل"، فمن وقف أرضه على أولاده يكون الوقف للذكور دون الإناث ، لتعارف الناس على إطلاق لفظ ولد على الذكر دون الأنثى على الرغم من أن كلمة ولد وضعت لتدل على الذكر والأنثى.

ويمكننا القول بأن العرف القولي يقوى على تخصيص عام النص ، لأن أول ما يتبادر إلى الذهن هو المعنى العرفي وليس المعنى اللغوي .

---

(١) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ، ج٢، ص٥٢١. علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في اصول الاحكام ، ج٢، ص٥٣٤

(٢) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ، ج٢، ص٥٢٣. الشوكاني ، حمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني ، ارشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول ، ص٣٧٤.

(٣) الجويني، ابو المعالي عبد الملك ، البرهان في أصول الفقه ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1997، ص ١٧٧. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ، ج٢، ص٥٢٣.

(٤) د. محمد اديب صالح ، مصدر سابق ، ص٨٨_٨٩.

(٥) أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق ، ج١، ص١٧٤. الفرق الثامن والعشرون بين قاعدة (العرف القولي يقضى به على الألفاظ ويخصصها وبين قاعدة العرف الفعلي لا يقضى به على الألفاظ ولا يخصصها.).

(٦) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ، ج٢، ص٥٢٢.

ثانيا : تخصيص النص بالعرف العملي

العرف العملي يقصد به ما تعارف عليه الناس وجرى عليه العمل عندهم سواء اكان عاماً أو خاصاً [١]. سواء في الافعال العادية أو المعاملات ، كاعتياد الناس تعطيل بعض ايام الاسبوع عن العمل[٢]، واختلف الأصوليون في تخصيص عام النص بالعرف العملي ، الى اتجاهين : الاتجاه الاول : يمثله جمهور الحنفية وجمهور المالكية والامامية [٣]، إذ يذهبون الى جواز تخصيص عام النص بالعرف العملي ، واستدلوا بأن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم وجود النص، ثم إن العرف من مصادر الفقه الإسلامي، وهو حجة فيما لا نصّ فيه، واستنبطت منه قواعد فقهية كثيرة في مقدمتها " العادة محكمة "[٤]، وقالوا أيضاً : "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"[٥].أذ ذهب رأي الى القول ان " الحكم قد يذكر في الدليل مرتبطاً بحالة خاصة ،ولكن العرف يفهم ان هذه الحالة مجرد مثال عنوان عام وان الحكم مرتبط بذلك العنوان العام ، وهذه التعميمات وتلك التخصيصات تقوم في الغالب على اساس ما يسمى بمناسبات الحكم والموضوع ، حيث ان الحكم له مناسبات ومناطات مرتكزة في الذهن العرفي بسببها ينسبق الى ذهن الانسان عند سماع الدليل التخصيص تارة والتعميم اخرى ، وهذه الإنسباقات حجة لأنها تشكل ظهورا للدليل ، وكل ظهور حجة وفقاً لقاعدة حجية الظهور "[٦].

ومن الامثلة على سلطان العرف وتأثيره في احكام التصرفات ، ان مقتضى عقد الايداع ان يحفظ الوديع الوديعة بنفسه في حرز مثلها عرفاً ، وان لا يودعها غيره ، لأن مبنى الايداع على الثقة الشخصية بالوديع نفسه ، على أن الفقهاء سوغوا للوديع على سبيل الإستثناء أن يحفظ الوديعة بواسطة من في عياله من زوجة أو ولد كبير أو أجير خاص ، ولا يعتبر بذلك مقصراً في الحفظ عرفاً ، فلا يضمن الوديعة اذا تلفت أو سرقت عندهم بشرط ان يحفظها عند من يحفظ مقلها عند مثله عرفاً كالعقد عند زوجته والخيل عند سائسه وإلا ضمن لتقصيره [٧].

([١]) د. محمد اديب صالح ، مصدر سابق ، ص٨٥ وما بعدها . د. فتحي الدريني ، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ، مصدر سابق ، ص٥٩١.

([٢]) مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مصدر سابق ، ص ٨٧٧.

([٣]) ينظر : محمد امين افندي ابن عابدين ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، تحقيق محمد العزازي ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت_لبنان ، بلا سنة ، ص١٥٤_١٥٥، السيد محمد باقر الصدر ، دروس في علم الاصول ، مصدر سابق ، ص١٧٤. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ، ج٢، ص٥٢١. علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في اصول الاحكام ، ج٢، ص٥٣٤. محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٢٧٤. .

([٤])جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، مصدر سابق ، ص٨٩.

([٥]) محمد امين افندي ابن عابدين ، مصدر سابق، ص١٥٥. أبى بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، اصول السرخسي، مصدر سابق ، ص١٦٨.

([٦]) السيد محمد باقر الصدر ، دروس في علم الاصول ، مصدر سابق ، ص١٧٤.

([٧]) مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مصدر سابق ، ص ٨٨٧.

الاتجاه الثاني : جمهور الشافعية الحنابلة ، وبعض الحنفية ، والقرافي من المالكية [١]، يرى عدم جواز التخصيص بالعرف.

والراجح هو الرأي الاول فالعرف الصحيح يستند إلى أصل عام من أصول الشريعة يشهد له بالاعتبار وبذلك " يرتقي العرف بحكمه إلى قوة النص التشريعي الملزم "[٢]، لذا جاز تخصيص عام النص به، وذهب رأي الى القول" ان فقهاء القانون كفقهاء الشريعة متفقون على تخصيص العموم بالعرف كما في الوكالة الواردة في الفاظ عامة فلا يجوز للوكيل ان يتصرف تصرفا مضرا بالموكل [٣].

لذا يمكن القول بأن :

١. إستثناء عام النص بالعرف يتلائم مع قصد الشارع المشرع في حرصه على فهم النصوص بمراعاة اعراف الناس في الالفاظ والمعاني ومدلولات الخطاب ، والامر ذاته ينسحب على القانون فالمشرع كذلك يحرص على وضع الاعراف في الاعتبار . وبالتالي يبعد عن القانون صفة الجمود ويجعله قادر على مواكبة التطور في كل العصور[٤].

٢. إستثناء عام النص بالعرف لا يؤدي (كما ذهب البعض) إلى نسخ النص الشرعي ولا إلى تعطيله وهدمه، ولا إلى تبديل أحكام الشريعة، لأن العرف الذي يخصص عام النص هو العرف الصحيح الذي لا يصطدم مع النصوص الشرعية القطعية ، كذلك الحال في نطاق القانون فلا يلغي العرف النصوص التشريعية المكملة بل يقتصر على مجرد استبعاد تطبيقها دون الامتداد الى الغائها ، كونه ادنى مرتبة من التشريع ، ولأن قيام عرف مخالف لتلك النصوص انما يحل محل اتفاق الافراد وتراضيهم على خلافها، كما أن الحكم الخاص يقيد الحكم العام سواء كان الحكم الخاص تشريع أو عرف أو كان الحكم العام تشريع أو عرف [٥]. فالقاعدة العامة أن الأمين لا يضمن ما في يده من مال أخذه من الغير لإصلاحه إذا هلك بدون تعد منه، أو تقصير في الحفظ، ولكن الفقهاء من مختلف المذاهب أفتوا بتضمين الأجير المشترك ، وهذا إستثناء من عموم القاعدة لجريان العرف بذلك من أجل المحافظة على أموال الناس من التلف والضياع [٦].

([١]) ينظر : ابو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، المستصفى، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص١١١. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي القرافي، شرح تنقيح الفصول،مصدر سابق ، ص٢١١. تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي ، الإبهاج في شرح المنهاج ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية -بيروت ، ١٩٩٥ ، ص١٨٠.

([٢]) د. فتحي الدريني ، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ، الطبعة الثانية ، الشركة المتحدة للتوزيع ، سوريا _دمشق ، ١٩٨٥، ص٥٨٢. نصت المادة ١٦٣من القانون المدني العراقي على
"١. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص".

([٣]) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص٣٦٤.

([٤]) د. محمد اديب صالح ، المصدر السابق ، ص٩١.

([٥]) د. السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص٧٦.

([٦]) نجم الدين ابي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم ابن سعيد الطوفي ، شرح مختصر الروضة ،ج٣، ص١٩٦

كما أن بعض الاحكام الإستثنائية قد اباحتها اعرافا عملية وصريحة ولولاها ما كانت فالشارع نهى ان يبيع الانسان ما ليس عنده ولكن الناس تعارفوا على الاخذ بالإستثناء في عقد الاستصناع وجرى تعاملهم به ، إستثناء من النص بتحريم بيع المعدوم نظرا لتدعيم العرف له ، وهذا العرف لم يلغ النص العام ولكنه استثنى منه أو خصصه في هذا الموضوع بالذات ، وابقى الحكم لكل بيع معدوم وسواه[١].

كما ان تطبيقات العرف في النظرية الاسلامية قد سبقت القوانين الوضعية في بناء وتفسير التصرفات والعقود في ضوء لغة عصرها ،ومن امثلتها لما هاجر الرسول الى المدينة أقر بعض اعرافها السائدة التي ترخص بيع السلم إستثناءً من نهيه عن بيع المعدوم لأن اهل المدينة لا يستغنون عنه في تعاملاتهم مما شكل عرفاً عندهم ، واذا كان اقرار الرسول سنة ثبت بها حكم السلم المستثنى من بيع مالا تملك إلا إن الإقرار في ذاته توجيب الى العمل بالأعراف الصحيحة والعادات السوية رفعاً للحرج عن شؤون الناس العملية ،وتأكيدا على تغيير الاحكام الفقهية بناء على تغيير الواقع العرفي [٢].

ومن التطبيقات العرفية الاستثنائية في نطاق القانون المدني العراقي حق الارتفاق والمسيل والمجرى والشرب تحمل ملك الغير بعبء استثنائي تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة واقراراً للأعراف المتواترة بشأنها .

ومن تطبيقات الإستثناء العرفي أن يستثني المشرع حالات معينة استناداً الى العرف المتسامح به ، فالمؤجر مثلاً لا يضمن للمستأجر العيوب التي لا تحول دون الانتفاع بالمأجور أو لا تنقص منه إلا شيئاً طفيفاً أو كانت العيوب متسامحاً فيها ، وهذا ما أكدته المادة (٧٥٦) من القانون المدني العراقي " 1– يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به ، أو تنقص من هذا الانتفاع انقاصاً كبيراً ، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها " [٣] .

فدليل الإستثنائية هنا أن العرف جرى على التسامح ببعض العيوب في المأجور مقيداً بعدم الانتقاص من منفعة المأجور المبتغاة من وراء إبرام عقد الإيجار .

لذا يمكننا القول ان للعرف اسلوب تلقائي في تكوين القواعد الاستثنائية العملية ، لأنه لو بقى الحكم الاصلي على ما كان عليه دون الاعتداد بالأعراف القائمة الصحيحة شرعاً وقانوناً للزم منه المشقة والحرج على الناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التيسير ، وهو ما يؤكده رأي بالقول " أن

---

(١) أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، أصول السرخسي ، ج٢، ص٢٠٣.

(٢) جعفر السبحانى التبريزي، أُصول الفقه المقارن فيما لا نصّ فيه (دراسة متواضعة لأحكام الموضوعات الّتي لم يرد فيها نصّ من الكتاب و السنّة)، الطبعة الاولى ، مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام ، قم ، ١٤٢٥ ه، ص٣١٩.

(٣) تقابلها المادة ٥٧٥ من القانون المدني المصري .

العرف يقع من مصادر الشريعة موقع المصلحة التي تبنى عليها الاحكام ويأخذ مالها من حجية ويستمد الالزام بأحكامها من قوة عليا هي قوة الله تعالى "[1].

لذا فأن قواعد القانون أيا كان مصدرها تعتبر قواعد اصلية في نطاق تطبيقها الاصلي ، ويمكن ان تعتبر قواعد احتياطية أو تكميلية خارج هذا النطاق ، فالحكم الخاص يقيد الحكم العام ، سواء كان الحكم الخاص تشريعاً أو عرفاً أو كان الحكم العام تشريعياً أو عرفياً [2].

نخلص الى ان ارتباط الإستثناء بالعرف يكون من خلال التخصيص ، فالإستثناء يخرج من خلال العرف حالة معينة من الحكم العام لها عن طريق تخصيصها ، وكما وضحنا سابقاً فأن ارتباط كل من مفهومي الإستثناء والعرف يكون من خلال التخصيص ، وصولاً الى إخراج الحالة محل الإستثناء.

المطلب الثاني

دور المصلحة في صياغة الإستثناء

يسعى المشرع عند قيامه بسن القواعد القانونية الى حماية مصلحة ما ، فالتشريع ليس مجرد أداة من ادوات القهر ولكنه وسيلة لتحقيق المصلحة التي يشيع بها العدل [3]، وتعد المصلحة مبنى الاحكام ويقصد بالمصلحة بوجه عام هي كل ما يجلب نفعاً ويدفع ضرراً ، وبغية إعطاء كل مصلحة دورها لابد من مراعاة التناسب بما يكفل عدم إهدار مصلحة مع اخرى ، وغالباً ما يحدد المشرع المصلحة الاولى (الإستثنائية) وفق فكر المشرع وقيم المجتمع ، مراعيا التناسب بين المصالح بواسطة اساليب يحافظ من خلالها على المصلحتين دور إهدار ، فالسياسة التشريعية تفترض أن تكون غاية النصوص هي حماية مصلحة معينة ، والمشرع عند صياغته الإستثناء يكون محدداً بهدف معين ، لذا لا نجد نصا يخلو من مصلحة مع اختلاف اهميتها. وللمصلحة في الاصطلاح الاصولي انعكاسات مهمة على المصلحة في الاصطلاح القانوني فهي إحدى الأصول المرجعية لتحديد الأحكام الإجتهادية لدى عدد من المذاهب الفقهية ، إذ تعتبر اساس الاحكام الشرعية والقانونية ، فكل نص قانوني موضوعي او اجرائي يستهدف تحقيق مصلحة عامة أو خاصة واحدة أو متعددة ، وكل حكم مرتبط بحكمه دعت الى تقريره ، كما ان لكل تصرف من التصرفات مقاصده ومصالحه .

([1]) مصطفى وعبد الحميد الجمال ، مصدر سابق ، ص٣٤١.

([2]) د. السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص ٧٨.

([3]) احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي ، مصدر سابق ، ص٨.

في ضوء ما ذكر ، سنعرض دور المصلحة في الإستثناء للمصلحة من خلال تقسيمه الى فرعين ، سنبين في الفرع الاول تعريف المصلحة ، أما الفرع الثاني فسنعقده لبيان مدى الإرتباط بين المصلحة والإستثناء.

الفرع الاول

تعريف المصلحة

المصلحة لغة يراد بها المنفعة معنى ، فهي تطلق على المنفعة حقيقة ، وعلى اسبابها مجازاً ، ويقترب المعنى الاصولي لها من المعنى اللغوي ، باعتبار المصلحة درء مضرة وجلب نفعة ولكن بتخصيص لا يعرفه عموم اللفظ في اللغة [١].فقد عرفها الإمام الغزالي : عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ، لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع... "[٢].

أما تعريف المصلحة في القانون ، فقد وردت للمصلحة تعاريف عدة على وفق الغاية المرجوة منها أو حسب العنصر المكون له ، فقد عُرِفت بوصفها عنصراً من عناصر الحق بأنها (الحق مصلحة مادية أو ادبية يحميها القانون)، وعرف اهرنج المصلحة بأنها " كل ما يشبع حاجة مادية أو معنوية لشخص ما فالحاجة المادية تتمثل في حماية المصلحة في الحياة ومصلحة السلامة البدنية ، و مصلحة حماية اعضاء الجسم للسير على وفق المجرى الطبيعي ، أما الحاجة المعنوية فتتمثل في حماية الشرف والاعتبار" .

لذا تعد المصلحة المقصد العام من تشريع الاحكام و تحقيق مصالح الافراد ، جلباً للنفع لهم ودفعا للضرر عنهم ، فلكل حكم ثلاثة امور مرتبطة به ، الامر الاول، الوصف الظاهر المنضبط كالبيع والايجار الخ ، وهو علة القياس الذي لا خلاف في مشروعيته ، الامر الثاني، ما في الفعل الذي تعلق به الحكم من منافع أو ضرر ويعبر عنه بالمصالح والمفاسد أو حكمة التشريع ، وهذا ما تبنى عليه علة القياس ، أما الامر الثالث ، فهو ما يترتب على التشريع في المستقبل من جلب منفعة او دفع مضرة وهو ما يطلق عليه مقصد التشريع ، والامور الثلاثة المتقدمة هي سمة ملازمة لكل الاحكام ، فما من حكم إلا

([١]) (بمعنى يقصد بالمصلحة دفع ضرر او جلب نفع يقصده الشارع ، لا مطلق النفع والضرر) ، ينظر د. محمد كمال الدين امام ، مصدر سابق ، ص١٩٨.

([٢]) ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى في علم الأصول ، مصدر سابق ، ص١٧٤.

وقرر لرعاية مصلحة او درء مفسدة [١]، فالمصلحة تصلح حجة في التشريع اذا توافر بالنسبة لها المناسبة العامة (أي الدخول تحت المقاصد الشرعية)، بشرط ان تكون ملائمة لأصول وكليات الشريعة أو التشريع ، " فإذا كانت المصلحة ملائمة لأصل كلي من اصول الشرع أو لأصل جزئي جاز بناء الاحكام عليها "[٢].

حيث أكد ما تقدم رأي بالقول: "اعلم أنَّ الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة تجمع كل قاعدة منها علة واحدة ، ثم استثنى منها ما في ملابسته مشقة شديدة أو مفسدة تربى على تلك المصالح ، وكذلك شرع لهم السعي في درء مفاسد في الدارين أو في أحدهما تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربو على تلك المفاسد، وكل ذلك رحمة بعباده ونظر لهم ورفق، ... وذلك جار في العبادات والمعاوضات وسائر التصرفات"[٣].

فالإستثناء حين توجد مقتضياته ، سنة تشريعية مطلوبة ، يجب على المجتهد والقاضي أن ينحو نحوَه ، ويتلمَّس مقاصِد الشرع في الأحكام ، فهو يمثل وجهاً من وجوه الكمال بالنظر لمراعاته لاختلاف الاحوال ، ولذلك فالحكم الذي ثبت لهذا المستثنى يحقق مصلحة تناسبه، وهو ما اكده رأي بالقول " واعلم أن قول الفقهاء : ان هذا الحكم مستثنى عن قاعدة القياس ، أو خارج عن القياس ، أو ثبت على خلاف القياس ، ليس المراد به انه تجرد عن مراعاة المصلحة حتى خالف القياس ، وانما المراد به انهُ عُدل به عن نظائره لمصلحة اكمل واخص من مصالح نظائره... والغرض ان كل خارج عن القياس في الشرع في غير التعبدات فهو لمصلحة اكمل واخص [٤].

وفكرة المصلحة في القانون المدني هي المعيار للوقوف على فلسفته ، والاساس الذي يستند عليه لحسم المشاكل القانونية ، فلا يوجد نص دون مصلحة يحميها ويوفر الغطاء القانوني لحمايتها . لذا فالمصلحة الإستثنائية تقتضي توافر شروط معينة منها :

١. وجود المصلحة الاستثنائية أو الخاصة في الحكم.
٢. ورود نص خاص يفيد مراعاتها أو اعتبارها .
٣. ان لا يرد نص خاص يمنع الاخذ بها او يلغيها .

([١]) د.هشام ابراهيم توفيق ، الوجيز في علم اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٢٧٧-٢٧٨. د. محمد كمال الدين امام ، مصدر سابق ، ص ١٩٧.

([٢]) ابو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ، الجزء الثامن ، ص٨٥.

([٣]) عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، مصدر سابق ، ص١٦٢.

([٤]) سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي ، شرح مختصر الروضة في اصول الفقه ، الجزء الثاني ،مصدر سابق ، ص ٤٧٧.

لذا فإن كمال القانون يبطل فرض وجود المصلحة لم ينص المشرع على مراعاتها أو إستثناءها من دون أن يشملها بحكم خاص إستثنائي [١].

الفرع الثاني

مدى الارتباط بين المصلحة والإستثناء

مما لاشك فيه ان غالبية الإستثناءات ان لم يكن جميعها القانونية منها والشرعية سندها المصلحة بوصفها مصدر النفع للأشخاص ومصدر المرونة للتشريع ، فلا يوجد نص قانوني يخلو من تحقيق المصلحة ، وكما يسميها الفقهاء سواء الضرورية منها أو الحاجية أو التحسينية [٢]، تلك المصلحة التي من اجل الوصول إليها يخرج المشرع عن الاصل العام للقاعدة القانونية دون ربطها بمدة معينة حتى تكتمل وتتكامل تحقيقها ، وهو ما يؤكده رأي في الفقه من " أن المستثنى أنما استثني لأجل مصلحته الشرعية المعتبرة في العقد الصحيح ، فإذا لم توجد تلك المصلحة بطل الإستثناء ، ولم يبق إلا الاصل فيرد إليه ، والشرع لم يستثني الفاسد فهو مبني على العدم وله اصل يرجع اليه "[٣].

وتتعدد التطبيقات المصلحية الاستثنائية منها الرخص والبدائل كإستثناءات رعاية للمصالح الحاجية[٤] ، وقد قسمت الى اربع حالات :

الحالة الاولى : ما شُرع من الاحكام لعذر شاق استثناء من اصل عام مشروع يقتضي المنع بشرط الاقتصار على مواضع الحاجة فيه .

الحالة الثانية :ما استثني لعذر مجرد الحاجة ولو لم يكن شاق وان جاز بعد زوال من اصل عام يقتضي المنع كبيع السلم وبيع العرايا بخرصها تمراً ورد الصاع من الطعام في مسألة بيع المصراة .

الحالة الثالثة : ما وضع عن الناس من التكاليف أو الاعمال الشاقة التي تحملها من قبلنا مصداقاً لقوله تعالى ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ ﴾[5].

([١]) الشيخ فاضل الصفار ، المهذب في اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٣٤٢.

([٢]) ينظر الشيخ فاضل الصفار ، المهذب في اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٣٣٨. د. فتحي الدريني ، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ، مصدر سابق ، ص٤٦٧.

([٣]) أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي ، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش)، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص ٣٩.

([٤]) ويقصد بالمصلحة الحاجية كل مايدفع او يرفع حرجا عن الناس ، ومشقة بالغة غير مألوفه في حياتهم ، ولاسيما في معاملاتهم ، إذ يخصص بها الاصل العام وتقدم في الاعتبارعلى ماتقضي به القواعد العامة عند التطبيق على مسألة معينة ينظر د. فتحي الدريني ، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ، مصدر سابق ، ص٤٦٨.

([٥]) سورةالنساء آية ٢٨.

الحالة الرابعة : ما كان من المشروعات توسعة على العباد مطلقا لكي يقضون اوطارهم وينالون حظوظهم [1].

والمتأمل على المستوى الفني للتطبيقات الاستثنائية بمجال المعاملات المالية الناشئة عن الفقه الاسلامي والمستمدة من الشريعة الاسلامية يراها في جوهره قواعد عامة ، وأن استند قائل الى انها احكام إستثنائية لاشك في طبيعتها ، لكن لما لا تفهم تلك المعاملات المدنية الاستثنائية الاسلامية على انها مستثنيات شرعية ذات احكام خاصة يبررها نص الشارع صراحة عليها تقنينا لدورها على المستوى الواقعي رفعا للحرج عن المتعاقدين وسدا للذرائع ، لذا وصف السنهوري احد العقود الإستثنائية قائلاً " أن السلم هو بيع المعدوم رخص فيه إستثناءً من عدم جواز بيع المعدوم للحاجة اليه وجريان التعامل فيه على ان للسلم شروطاً وقيوداً تخرجه عن ان يكون مطلق بيع المعدوم وتكسبه سمة خاصة تجعله إستثناء مقيداً في حدود ضيقة"[2].

والسؤال هنا هل من الممكن تقديم المصلحة على النص ؟

هنالك رأيان في هذا الصدد ، الاول ، يذهب الى ان الشريعة والتشريع نصوص ومصالح او مقاصد ومن هنا يفضي الى الاقرار باستحالة تعارض النصوص للمصلحة ، أو عبثية الافتراض ، وبخلافه فان المصلحة تعد مصلحة غير حقيقية ، لذا فهنالك من يرى من المستحيل تقديم المصلحة على النص لان النص هو الاصل والمصلحة تابعة له وملحقه به ، كما أن الاستدلال بالمصلحة اجتهاد والاجتهاد من شروطه ان يكون قائماً ومشيداً على النص أي اقترانه بدليل [3]، ناهيك عن أن اهم شروط المصلحة عدم مخالفتها للنص ، وأبعد من ذلك عدم مخالفتها لمصلحة أهم منها ، ملائمة أخص من مطلق المناسبة العامة ، إلا ان هنالك رأي متفرد يرى بإمكانية تقديم المصلحة على النص ، وهو رأي الطوفي والذي مهد لفكرته بذكر الأدلّة التي يعتمدها الفقيه في الاجتهاد [4]، وبعد هذا التمهيد يقول" وهذه الأدلّة

([1]) إبراهيم بن موسى الشاطبي ، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق وشرح عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، الجزء الاول، ص٣٠١-٣٠٧.

([2]) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص٢٢٠.

([3]) ابو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ، الجزء الثامن ، ص٨٥. ، ص٢٣١٣

([4]) وهي لديه تسعة عشر دليلاً ، يعتبرها أدلّة الشرع ، أولها :الكتاب، وثانيها :السنة، وثالثها :إجماع الأمة، ورابعها :إجماع أهل المدينة، وخامسها :القياس، وسادسها :قول الصحابي، وسابعها :المصلحة المرسلة، وثامنها :الاستصحاب، وتاسعها :البراءة الأصلية، وعاشرها :العوائد، الحادي عشر :الاستقراء، الثاني عشر :سد الذرائع، الثالث عشر :الاستدلال، الرابع عشر :الاستحسان، الخامس عشر :الأخذ بالأخف، السادس عشر :العصمة، السابع عشر :إجماع أهل الكوفة، الثامن عشر :إجماع العشرة، التاسع عشر :إجماع الخلفاء ، كاشفاً عن كون بعضها مما هو متّفق عليه بين المذاهب؛ وبعضها الآخر مما هو مختلف فيه، ثم يستدلّ على تأصيل مرجعيّة المصلحة بحديث لا ضرر ولا ضرار، ويصنف الطوفي بأنه أوّل مَن عارض إجماع الامة في منع تقديم المصلحة على النص. ينظر نجم الدين سليمان

التسعة عشر أقواها النص والإجماع ، ثم هما إما أن يوافقا رعاية المصلحة أو يخالفاها ؛ فإنْ وافقاها فبها ونعمت ، ولا تنازع ؛ إذ قد اتفقت الأدلّة الثلاثة على الحكم ، وهي: النصّ ؛ والإجماع ؛ ورعاية المصلحة المستفادة من قوله (لا ضَرر ولا ضرار) [1]؛ وإنْ خالفاها وجب تقديم المصلحة عليهما بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتيات عليهما والتعطيل لهما، كما تُقدّم السنّة على القرآن بطريق البيان". فيرى أنّ العلاقة بين النصّ والمصلحة تسمح للمصلحة بتخصيص النصّ . أما كيف ان المصلحة تصلح لتخصيص النصوص أو تفسيرها، فيوضح بأن النص والإجماع إما لا يكون فيهما ضرر أو يكون ، فإذا لم يكن فيهما ضرر البتة فالأمر واضح ، وإذا كان فيهما ضرر فإن حديث نفي الضرر الوارد عن النبي (ص) يصلح للتخصيص والاستثناء ؛ جمعاً بين الأدلّة ، فما دامت الشريعة قد بُنيت على المصالح وراعتها لزم تقديم المصالح على النصّ تقديمَ بيانٍ، وليس العكس بقوله " وتقرير ذلك أن النص والإجماع إما أن لا يقتضيا ضرراً ولا مفسدة بالكلية ، أو يقتضيا ذلك ، فإن لم يقتضيا شيئاً من ذلك فهما موافقان لرعاية المصلحة، وإن اقتضيا ضرراً فإما أن يكون مجموعَ مدلوليهما أو بعضَه ، فإن كان مجموعُ مدلوليهما ضرراً فلا بد أن يكون من قبيل ما استثني من قوله عليه الصلاة والسلام" :لا ضرر ولا ضرار "وذلك كالحدود والعقوبات على الجنايات، وإن كان الضررُ بعضَ مدلوليهما فإن اقتضاه دليل خاص اتبع الدليل فيه، وإن لم يقتضه دليلٌ خاصٌّ وجب تخصيصهما بقوله عليه الصلاة والسلام : " لا ضرر ولا ضرار " جمعاً بين الأدلة [2].

وبذات الفكرة عرض رأي آخر لموقف المصلحة من النص بالقول " انها اذا تعارضت معه في ابواب المعاملات والعادات التي تتغير مصالحها اخذ بها ... واما اذا كانت المصلحة المستفادة من النص لا تتغير فلا يترك النص اصلاً ، واما غير المعاملات كالعبادات والمقدرات فلا سبيل الى عمل المصلحة فيها ، والاحكام هنا لا تتغير إلا اذا الجأتنا الضرورة الى شيء اخذ به مقدراً بقدرها "[3].

أما عن تطبيق الفكرة في نطاق القانون فنجدها اكثر نهوضا وجدلية عند وجود نصوص قانونية لا تواكب الواقع ، فالواقع بقوته ونفوذه قد ينشى أثراً يقيد أثر تطبيق النص القانوني ، فيصبح تمسك الافراد بهذا الواقع قانون يفرض نفسه وسلطته على سلطة المحكمة والتي من مهامها ليس فقط تطبيق القانون ، وانما تطبيقه بما يخدم الواقع المعاش في ضوء المصالح المتجددة ، حتى يكون الاحكام القضائية

بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي ، التعيين في شرح الاربعين ، المحقق: أحمد حَاج محمّد عثمان، الطبعة الأولى ، مؤسسة الريان (بيروت - لبنان)، المكتَبة المكيّة (مكّة - المملكة العربية السعودية) ، ١٩٩٨، ص ٢٣٧.

([1]) قنن المشرع العراقي هذه القاعدة في نص المادة (٢١٦) " ١. لاضرر ولاضرار ، والضرر لايزال بمثله ...".

([2]) نجم الدين سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي ، التعيين في شرح الاربعين ، المصدر السابق ، ص٢٣٨.

([3]) محمد مصطفى شلبي ، تعليل الاحكام ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامع الازهر ، مطبعة جامعة الازهر ، مصر ، ١٩٤٧، ص٣٢١_٣٢٢.

صحيحة وموائمة للواقع وأكثر قناعة للأشخاص ، فما يعد مصلحة في زمان و مكان معين قد لا يعد في زمان و مكان آخر ، فهي منوطة بالشخص الذي يقدر حاجته و هو الذي يحددها .

كما ان ذات المصلحة قد تتعارض مع مبادئ قضائية أو ما يطلق عليه في القضاء العراقي المبادئ التمييزية فنجد ان محكمة التمييز تعدل عن مبدأ سابق بمبدأ جديد مراعاة لمصلحة خاصة جديدة.

ومن تطبيقات المصلحة في نطاق القانون المدني نظرية التعسف في استعمال الحق والتي نظمها المشرع في المادة ال(٧) منه [١]، والمادة ٢٩٤ ايضا التي راعت ترتيب المصالح [٢].

وفي نطاق الفقه الاسلامي هنالك الكثير من القواعد الفقهية التي راعت مصالح الناس ورفعت عنهم الحرج منها قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) ، الواردة في المادة ٢١ من المجلة ، فالضرورة من الامور المرخصة لإجراء الفعل الممنوع وشرط هذا الترخيص هو قيام الاضطرار (وهو الحاجة الشديدة) ورخصة الاضطرار على ثلاثة انواع وهي :

١. الاضطرار المبيح من قبيل الإستثناء من التحريم كإباحة اكل الميتة أو قتل الحيوان إذا تيقن للمرء الهلاك .
٢. نوع لا تسقط حرمته ولكن يرخص فيه ، فالرخصة تغير **حكم** الفعل وهو المؤاخذة ولا تغير وصفه ، كإتلاف مال المسلم شريطة ان يكون الاكراه تاماً أو ملجئاً .
٣. نوع لا يباح ولا يرخص اصلاً لا بالإكراه التام ولا بخلافه كقتل المسلم فالقاعدة لا تتناول هذا النوع بل هو مستثنى منها [٣].

الى جانب قواعد اخرى راعى فيها الفقهاء مصالح الناس منها قاعدة (الحاجة تنزل منزل الضرورة عامة كانت أمْ خاصة) [٤].

([١]) – 1من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان.
– 2ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية:
أ – اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير.
ب – اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
ج – اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة. تناظرها المادة ٥ من القانون المدني المصري النافذ.

([٢]) " يفترض في الاجل انه ضرب لمصلحة المدين **الا** اذا تبين من العقد او من نص في القانون او من الظروف انه ضرب لمصلحة الدائن او لمصلحة الطرفين معا".

([٣]) نقلا عن القاضي عمر كركوكلي ،، انارة الطريق الى قواعد الحقوق ، دار الانصاري ، حلب _سوريا ، ١٩٩٤، ص١٩٩_٢٠٠.

([٤]) المادة ٣٢ من مجلة الاحكام العدلية

كما ذكروا الفقهاء المسلمين عددا من القواعد الفقهية مراعين فيها المصالح حال تعارضها منها " لا ضمان على مؤتمن " وفي عبارة " لا ضمان على صانع ولا على اجير " يشمل الاجير المشترك كالخياط والنجار الخ ، ومع ذلك قضي بضمانهم إستثناءً رعاية لمصلحة اصحاب المواد بالقول (لا يصلح الناس **إلا** ذلك)[1].

ويبقى التساؤل عن ماذا لو اجتمعت المصلحة مع الإستثناء لكن لم تحقق العدالة ؟

إذا رجعنا الى المادة ٢٣٩ من القانون المدني العراقي والتي نصت على " إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل او لم يقبل ويعتبره الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا امره (**الا**) اذا تبين من الظروف ان للدافع مصلحة في دفع الدين أو انه لم يكن عنده نية التبرع".

نلاحظ ان المشرع العراقي ذكر حالة انتفاء نية التبرع في العبارة الاخيرة من المادة اعلاه بعد الكلام عن على وجود مصلحة للدافع في دفع الدين ، وأورد هذه المادة بعد المواد التي تتكلم على قضاء دين الغير ، ويذهب رأي الى ان هذا مخالف للمنطق ، فانتفاء نية التبرع هو الاصل في رجوع من قضى دين الغير على المدين ، أما الحالات الاخرى (قضاء الدين بأمر المدين ووجود مصلحة للدافع) فليست الا تطبيقات لهذا الاصل ، وعليه فنص المادة ٢٣٩كان يجب ان يسبق نص المادة ٢٣٦ ، فيضع القاعدة العامة في عدم رجوع الدافع مع الإستثناء الذي هو المصلحة (انتفاء نية التبرع)، ثم تأتي المواد الاخرى بتطبيقات لانتفاء نية التبرع وبذلك يستقيم التفكير القانوني ، ويسود فيه المنطق ويسهل الالمام بالقاعدة مع مستثنياتها [2].

في ضوء ما تقدم نذهب الى ان المصلحة في نطاق موضوعنا الإستثنائي تقدم على المصلحة العامة في النص وان كان كلاهما يجد سنده في النص لكن بحسب ما يعرف بفقه الاولويات وقواعد الحاكمية[3] ، واذا انتهينا الى هذه النتيجة يتبين مدى الارتباط بين الاستثناء والمصلحة منه ، فالأول مرتبط بالثاني ارتباط السبب بالنتيجة ، فلا يوجد إستثناء بلا مصلحة ، بل ان الغرض الحقيقي والمهم للإستثناءات في القانون المدني وغيره من القوانين هو المصلحة المبتغى تحقيقها من الإستثناء .

---

(1) نقلا عن د. جواد احمد البهادلي ، مصدر سابق ، ص١٠٠.

(2) د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٦٤٩.

(3) يعرف فقه الاولويات بأنه العلم بالأحكام الشرعية التي لها حق التقديم على غيرها بناء على العلم بمراتبها وبالواقع الذي يتطلبها . للمزيد عن هذا الموضوع راجع محمد الوكيلي ، فقه الاولويات دراسة في الضوابط ، الطبعة الاولى ، المعهد العالمي للفكر الاسلامي ، هيرندن _فيرجينيا ، ١٩٩٧، ص٣١.

الفصل الثاني

دلالة الإستثناء وأحكامه في صياغة نصوص القانون المدني

تمهيد وتقسيم :

لاشك أن الغاية المتوخاة من تشريع القواعد القانونية هو تنظيم العلاقات في المجتمع ، والمشرع يراعي في سبيل تحقيق هذا الغاية المصلحة المعتبرة من النص والتي يراها انها اجدر بالرعاية وأوفق بالإخراج عن القاعدة العامة ، من خلال إخراج عدد غير محدد من الحالات الإستثنائية بصورة عامة ، او شمول عدد من الاشخاص لإستثناءهم من الاصل العام ، لذا فالإستثناء من القاعدة العامة له احكام رسمها المشرع واهتدى القاضي بتطبيقها وفق الغايات المتعددة محل الإخراج ، إذ تحكم الإستثناء قاعدة " الإستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه" والتي تعد قاعدة بديهية منطقية اطلقها فقهاء الشريعة الاسلامية و تبناها فقهاء القوانين و التي اصبحت عرف قانوني و قضائي راسخ ، الى جانب ان سلطة القضاء في نطاق احكام الاستثناء بمقتضى تخويل المشرع له ، كما ان احكام الإستثناء لا تكتمل دون بيان العدول الى الاستثناء عند عدم النص من خلال دور الاستحسان او موقعه من الإستثناء ، اذ ان الاول لا يخرج عن كونه جزء من الإستثناء أو صورة من صوره .

وبعد هذا التمهيد سنقسم هذا الفصل المعنون بدلالة الإستثناء واحكامه في صياغة نصوص القانون المدني الى مبحثين ، سنعرض في المبحث الاول لبيان دلالة الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني ، ثم سنعطف في المبحث الثاني لدراسة احكام الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني .

المبحث الاول

دلالة الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني

تعرف الدلالة بأنها انتقال الذهن من معنى الى معنى آخر ويكون منشأ الانتقال الى المعنى الآخر هو المعنى الاول [١] ، وتقتضي صياغة النص الاستثنائي أن نبين دلالة الإستثناء فيما اذا كانت دلالة منطوق أمْ مفهوم [٢] ومجال عملها ، سيما وان اقوال علماء الاصول والنحو اختلفت في دلالة الاستثناء فيما أذا عدت دلالة مطابقيه [٣]أمْ التزاميه [٤] ، إلا أن مفهوم الإخراج يقتضي ان يكون من الثبوت نفي ، ومن النفي ثبوت ، فهذه الصيغة دالة بالوضع والمطابقة على النفي ان كان الإستثناء من اثبات ، أو دالة بالمطابقة على الاثبات ان كان الإستثناء من نفي ، مع ان العلماء انما يقولون هو مفهوم من جملة المفهومات ويعدون مفهوم الإستثناء مع الغاية والصفة والشرط والزمان والمكان والعدد وغير ذلك من المفهومات ، واذا عدوه من المفهوم كانت دلالة اللفظ عليه التزاماً لا مطابقة ، لأن المفهومات كلها من باب دلالة الالتزام ، فدلالة اللفظ عليه حينئذ من باب دلالة اللفظ على لازم مسماه ، لا من باب دلالة اللفظ على نفس مسماه ، فهو حينئذ دلالة التزام لا دلالة مطابقة [٥].

بدلالة ما تقدم ذكره سيكون توزيعنا لدلالة الإستثناء على صياغة نصوص القانون المدني الى مطلبين سنعرض في المطلب الاول الى دلالة الإستثناء على مفهوم النص ، في حين سنعقد المطلب الثاني لبيان دلالة الإستثناء على منطوق النص ، في حين سنعقد المطلب الثالث لبحث مسائل الاستثناء .

---

(١) الشيخ محمد صنقور علي ، المعجم الاصولي ، الجزء الثاني ، ص١١٠.

(٢) وضع علماء أصول الفقه معيارًا عامًا يقسم الدلالة إلى دلالة لفظية، ودلالة غير لفظية .

١- الدلالة اللفظية: هي تلك التي تعتمد النص أو اللفظ، سواء أكان ذلك في محل النطق (دلالة المنطوق)، أم كان في غير محل النطق (دلالة المفهوم) (دلالة مفهوم الموافقة والمخالفة). واللفظية: إما أن تعتبر بالنسبة إلى كمال المعنى الموضوع له اللفظ، أو إلى بعضه: فالأول: دلالة المطابقة، والثاني: دلالة التضمن.

ب- والدلالة غير اللفظية: - فهي دلالة الالتزام، هي أن يكون اللفظ له معنى، وذلك المعنى له لازم من خارج، فعند فهم مدلول اللفظ من اللفظ، ينتقل الذهن من مدلول اللفظ إلى لازمه، ولو قدر عدم هذا الانتقال الذهني، لما كان ذلك اللازم مفهوما ينظر علي بن محمد الآمدي ، الاحكام في أصول الاحكام ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص١٥.

(٣) تعرف دلالة المطابقة وهي دلالة اللفظ الموضوع لمعنى على تمام معناه ، وسميت الدلالة مطابقة لان اللفظ مطابق للمعنى فلا يزيد احدهما على الاخر ولا ينقص منه . مثل لفظ العقد موضوع شرعا وقانونا لمجموع الايجاب والقبول ، وبالتالي تكون دلالته على مجموع الايجاب والقبول مطابقة ينظر علي بن محمد الآمدي ، الاحكام في أصول الاحكام ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص١٥.

(٤) تعرف دلالة الالتزام بأنها " دلالة اللفظ على معنى خارج عن المعنى الموضوع له ولكنه لازم له ولاينفك عنه في الذهن او في خارج الذهن او كليهما . بالنسبة للمثال السابق دلالة العقد على الحقوق والالتزامات المترتبة عليه دلالة التزامية. ينظر علي بن محمد الآمدي ، الاحكام في أصول الاحكام ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص١٥.

(٥) محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص ٧٨_٧٩ و شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، مصدر سابق ، ص٤٧٢_٤٧٣.

المطلب الاول

دلالة الإستثناء على منطوق النص

بغية توظيف الاحكام من النصوص يستوجب عدم التوقف عند الفاظ القاعدة القانونية ، بل يجب أن يذهب إلى ابعد من ذلك ، وهو توسيع مضمون النصوص في جميع اتجاهاتها الممكنة ، فالغالب كما يذهب الى ذلك رأي من الفقه " أن يتضمن النص أكثر من مبدأ يكون أحدها صريحاً ويكون الآخر ضمنياً يمكن إظهاره بطريق الإستنتاج ، ثم ان ربط النصوص بعضها ببعض يؤدي الى أن يأخذ بعضها طابع القواعد العامة في حين يأخذ بعضها الآخر طابع الإستثناء "[١].

فالنصوص تحكمها الأَلفاظ ، والاخيرة ظروف حاملة للمعاني ، والمعاني المستفادة منها تارة تستفاد من جهة النطق وَالتصريح ، وتارة من جهة التعريض والتلويح[٢]، ويعرف المنطوق " ما فهم من دلالة اللفظ قطعا في محل النطق "[٣] ، والإستثناء تارة يرد على ملفوظ به ، وهو الاكثر ، وتارة يرد على غير ملفوظ به ، بل يكون واردا على ما هو يجوز أن يعرض لمدلول اللفظ ، وأن لم يكن منطوقا به ، ولا لازما لما نطق به [٤].

لذا يتبين مما تقدم ان دلالة الإستثناء على منطوق النص دلالتان ، النوع الاول دلالة الإستثناء الصريح أو اللفظي ، ويعرف النوع الثاني بدلالة الإستثناء الضمني أو المعنوي ، نبينها من خلال الفروع التالية :

الفرع الاول

الإستثناء الصريح

المفترض ان يكون لكل نص قانوني معنى صريح تدل عليه عباراته ومفرداته ويتبادر الى الذهن من الوهلة الاولى ، أي بمجرد سماعه او قراءته ، فالمشرع انما يسوق النص القانوني لحكم قصد تشريعه به ، ومن ثم يسوغ الفاظه وعباراته بالشكل الذي تدل دلالة واضحة عليه ، وبالتالي اذا كانت إرادة المشرع واضحة جلية في عباراتها قاطعة صريحة في دلالتها على حكم معين ، تعين الالتزام بما

([١]) نقلا عن د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٥٣١.

([٢]) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، مصدر سابق ، ص١٢١.

([٣]) علي بن محمد الامدي، الاحكام في اصول الاحكام، ج٣ ، ص٦٦. محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص ٧٩.

([٤]) شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، ص٤٨٤.

هو مستفاد منها على هذا النحو من دون أن يمتلك من يفسر نص القانون أو يطبقه لذلك دفعاً ولا تعطيلاً [١].

والصريح هو كل لفظ يكون واضح المعنى بين المراد ، وحكمه هو العمل بمقتضاه مالم يقم الدليل على خلاف ذلك [٢]، وبهذا المعنى نكون امام ما يعرف بالإستثناء الصريح أو اللفظي ، والذي يكون بوسائل لغوية محددة سلفاً ويوردون له الألفاظ التّالية : إلاّ ، وغير، وسوى ، وخلا ، وعدا ، وحاشا ، وبيد ، وليس ، ولا يكون. ، فإذا كان الإخراج يتعلق بإحدى أدوات الإستثناء المحددة في اللغة فنكون امام استثناء صريح ، كما ذهب القرافي الى أن القول :" وأما الاستثناء فهو مصدر في نفسه، تقول استثنى ، يستثني، إستثناءً[٣] ، فهو إستثناءً صريحا عندما يرد بلفظ الإستثناء ومشتقاته نحو نص المادة (٢/٥٦) من القانون المدني العراقي المعدل بصدد تنظيم عمل المؤسسات والتي نصت على " ويجوز ان ينص في هذه الارادة على **إستثناء** المؤسسة من قيود الاهلية " ، والى جانب المادة ١١٦٤ والتي نصت " **إستثناءً** من احكام المادة السابقة ". والمادة (٣/١٠٥٣) والتي نصت " **ويستثنى** من احكام الفقرتين ".

وقد عرف الآمدي المنطوق الصريح بأنه " ما فهم من دلالة اللفظ قطعاً في محل النطق "[٤]، كما عرف بأنه " ما دل على معنى مفصل متعين ولا يحتمل التأويل "[٥]. ومن المتفق عليه ان الاصل عدم التأويل ، وان العمل بالمعنى الظاهر من النصوص واجب ، ولا يسوغ العدول عن هذا الظاهر إلا بدليل يقتضيه [٦].

والاصل في النص الإستثنائي أن يصاغ بالشكل الذي يدل بعبارته الصريحة دلالة واضحة على الحكم المستفاد منه ، فيثبت الحكم بعبارة النص ذاتها ولا يترك المجال في تطبيقه للتقدير والتأويل ، وبالتالي لا يفسح المجال للاختلاف والنزاع حول مفهوم النص وتضارب الآراء حول العمل به [٧]. لذا يمتاز هذا النوع من الإستثناء بدرجة عالية من الوضوح وسهوله في التطبيق ، ولا يحتاج الى الاجتهاد الذهني لإدراكه ومعرفته .

([١]) نقلا عن د.عادل يوسف الشكري ، د. جواد احمد البهادلي ، مصدر سابق ، ص ٥١.
([٢]) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، مصدر سابق ، ص ٦٦.
([٣]) شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي/القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، مصدر سابق ، ص٢٠.
([٤]) علي بن محمد الامدي ، الاحكام في اصول الاحكام ، ج٣ ، ص٩٣.
([٥]) بدران ابو العينين بدران ، مصدر سابق ، ص٩٨.
([٦]) بدران ابو العينين بدران ، المصدر السابق ، ص٩٨ هامش رقم ٢.
([٧]) د.عادل يوسف الشكري ، د. جواد احمد البهادلي ، مصدر سابق ، ص ٥٢. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، مصدر سابق ، ص ٧٣.

وللأصوليين تقسيمات للاستثناء الصريح اكثر دقة [1]، إذ يقسمون الإستثناء الصريح قسمين ، القسم الاول في الإستثناء في الاحكام ، والقسم الثاني الاستثناء من الصفات ، والقسم الاول ضابطه الاستثناء من الافعال المنطوق بها . وما كان في معناها ، نحو : كل احد مكرم إلا عمراً ، فهذا حكم لم يشعر اللفظ بانه سبب لغيره مما سبق الكلام ، ولا شرط فيه ، ولا مانع منه .

أما القسم الثاني (الإستثناء من الصفات) ، ضابطه هو ان تذكر موصوفا بصفة ، ثم تستثني نوعا من تلك الصفة ، او متعلقا من متعلقاتها ، أو تستثنيها بجملتها عن موصوفها ، وهنا يشكل الاستثناء من الصفة والإستثناء من الحكم . والاستثناء من الصفات يجوز أن يؤتى فيه بلفظ دال على إستثناء الكل من الكل في الظاهر. أما الإستثناء من الذوات فلا يجوز ان يؤتى فيه بلفظ دال على إستثناء الكل من الكل ، بأن يستغرق المستثنى للمستثنى منه ، بخلاف الاستثناء من الصفات فإنه يجوز ان يؤتى فيه بلفظ دال على إستثناء الكل من الكل في الظاهر [2] ، وفي هذا المقام يشكل الإستثناء من الصفة والإستثناء من الحكم ، والفرق بين المعنيين ، انك استثنيت بعض موصوفات الصفة عن الموصوفين ، فهو الإستثناء من الحكم ، نحو كل عقد صحيح إلا الباطل ، فقد استثنيت بعض الموصوفين وهو (الباطل) عن (عقد) الموصوف الاول ، اما الاستثناء من الصفة فهو على ثلاث انواع أما ان يقع الاستثناء في جملة الصفة ، واما ان يقع في بعض انواع الصفة ، واما ان يقع في بعض متعلقات الصفة ، وان استثنيت جملة الصفة وتركت الموصوف بغير تلك الصفة المذكورة مشيرا الى ضدها ، فهو الاستثناء من الصفة ، نحو مررت بالمتبايعين الا المتبايعين ، فترفع صفة التبايع من موصوفها بجملته ، او مررت بمستأجريك الا زيداً ، فذكرت اثنين ، واستثنيت احدهما فبقي الآخر، اما اذا استثنيت بعض انواع الصفة او متعلقاتها ، ولم تتعرض لبعض افراد الموصوف البتة ، فالفرق أظهر[3]. أما اذا استثنيت بعض انواع الصفة أو متعلقاتها ، ولم تتعرض لبعض افراد الموصوف البته فالفرق اوضح ، وانما جاء اللبس من جهة التعرض لبعض افراد الموصوف ،وهو شأن الاستثناء من الحكم .

ولعل من تطبيقات الإستثناء الصريح ما نصت عليه المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي على "يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار **(إلا)** اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته".

([1]) تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي،شرح الكوكب المنير، الجزء الثالث، مصدر سابق ، ص٣٣٧.

([2]) ابو العباس شهاب الدين احمد بن ادريس ، انوار البروق في انواع الفروق ، الجزء الثالث ، الفرق الثالث والستون والمائة بين قاعدة الاستثناء من الذوات وبين قاعدة الاستثناء من الصفات ، مصدر سابق ، ص ١٦٧_٢٠٣.

([3]) شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، مصدر سابق ، ص٤٨٦_٤٨٧.

فنص المادة اعلاه يدل بعبارته دلالة واضحة وصريحة على الإستثناء بدلالة أداة الإستثناء (إلا) الواردة في سياق النص.

الفرع الثاني

الإستثناء الضمني

الإستثناء لدى الفقهاء أعم من النحويين وهذه النتيجة تقودنا الى ما قرره ابن حزم حين قال " الإستثناء تخصيص بعض الشيء من جملته ، أو إخراج شيء مما ادخلت فيه شيئا آخر" ، إلا أن النحويين اعتادوا ان يسمو بالإستثناء ما كان من ذلك بلفظ حاشا وخلا وإلا وما عدى وما سوى وان يجعلوا ما كان خبرا مستثنى من خبر ، كقولك أجر البيت ودع المشتمل ، مسمى بأسم التخصيص لا الإستثناء ، وهما في الحقيقة سواء [١]، لذا فأننا سنعتمد طريقة الفقهاء في تقرير الإستثناء (لأن الإستثناء لدى الاصوليين لابد فيه من ادوات معينة وهي إلا واخواتها) ويدخل فيه الإستثناء الضمني ، والذي يتحقق عن طريق اطلاق حكم يفهم منه إستثناء شيء من شيء آخر[٢] ، ولا يستخدم فيه أدوات الإستثناء وانما يكون بإدلة مستقلة ومنفصلة و هي العرف والنص والعقل والقياس وحكمة التشريع [٣] ، فالإستثناء يدل دلالة غير صريحة فيعرفه رأي بأنه " ما دلالته لا بصريح صيغته ووضعه "[٤] ، كما ذهب رأي آخر وهو بصدد تعريف الإستثناء حينما قال إنه " إخراج مسألة فقهية يظهر دخولها في القاعدة الفقهية من حكم القاعدة **بأي عبارة** تدل على ذلك"[٥] ، وهو بذلك وسع من منطوق الإستثناء بعدم قصره على ادواته فقط بل يحصل بأي عبارة تدل على إخراج بعض المسائل وليس مشروطاً بعبارة معينة فشمل بذلك الإستثناء الصريح والحكمي.

كما يطلق على الإستثناء الضمني الكناية وهو غير واضح الدلالة على المعنى المراد ، وحكمه هو الاخذ بالنية والارادة الباطنة [٦]، والنص غير الصريح هو " ما دل على معنى مع احتمال دلالته على

([١]) علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، الجزء٤ ، ص٤٢٩.
([٢]) خديجة الدالاتي ، الاستثناء عند علماء اصول الفقه ، بحث منشور في مجلة التراث العربي ، دمشق ،٢٠١٣، ص١٣٠.
([٣]) محمد احمد شحاته حسين، الصياغة القانونية لغة وفناً ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠١٥، ص٢٠٧. الرازي ، مصدر سابق ، ص٣/٣٧.
([٤]) علي بن محمد الامدي ، الاحكام في اصول الاحكام ، ج٣ ، ص٩٠.
([٥]) د. عبد الرحمن بن عبد الله ، المستثنيات من القواعد الفقهية ، بحث منشور في مجلة جامعة ام القرى ، الجزء السابع عشر ، العدد الرابع والثلاثون ، ٢٠٠٥، ص ٢١.
([٦]) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، مصدر سابق ، ص ٦٦.

غيره" ، والمراد به ما يحتمل التأويل ، والتأويل في اصطلاح الاصوليين يقصد به " صرف الكلام عن معناه الظاهر منه وارادة معنى آخر غير الظاهر منه " [١].

لذا فأن الإستثناء الضمني يحتاج الى الاجتهاد العقلي لأجل التوصل إليه ، فهو ليس واضحاً كما في الإستثناء الصريح إذ يتوجب الجمع بين النصوص والإستدلال عليه ، وهذا ما يسبب صعوبة في تطبيقه ، كأن يرد التصرف مثلاً على عين فيها حق للغير، كبيع الدار المؤجرة ، فإن الإجارة لا تنقطع بذلك ، والبيع صحيح ، فكأن البيع ورد على العين بإستثناء منفعتها مدّة الإجارة فترة العقد ، وهذا الإطلاق قليل في متعارف الفقهاء والأصوليين ، فالإستثناء الحكمي لا يشترط فيه الإتصال مباشرة مع النص العام في أطار عملية الإخراج ، فالنص يأتي مطلقاً دون إستثناء ثم يرد الإستثناء في نص آخر ليتولى عملية الإخراج .

كما هو الحال في إشارة القانون المدني في المادة (٨١) "١. لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قولاً " ، إلا إنها عادت وأستثنت حالة وجود التعامل " ٢. ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين وأتصل الايجاب بهذا التعامل ..." [٢] ، ودليل الاستثنائية هنا السكوت إذ أن لطبيعة التعامل دور في عدّ السكوت تعبيراً عن الارادة في حالة إذا صاحبه ظروف ملابسة.

مثال ذلك نص المادة (٩٥) من قانون رعاية القاصرين[٣] " يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته " فلم ينص المشرع على استثناء ظاهر ، إلا ان هناك عبارة أو كلمة تقتضي دلالة النص على المعنى (الحكم) المراد مراعاتها وهي (مالم يستند الى تاريخ سابق)[٤].

كما ان من خواص القاعدة القانونية أنها يجب أن تكون مزودة بالقوة التي تفرض احترامها وتوجب إطاعتها ، لذا كان الإجبار او القهر عنصرا أساسيا في القاعدة القانونية ، والذي يملك سلطة ممارسة القهر هي الدولة ، و من هنا تقررت قاعدة " لا يجوز للشخص ان ينتصف لنفسه بنفسه" ، إلا ان هنالك احوالاً إستثنائية يجوز فيها للشخص ان ينتصف لنفسه بنفسه ، كما في حالة الدفاع الشرعي ، إذ يجوز المشرع لمن هوجم في حياته أو في ماله ان يتولى الدفاع عن نفسه مستعملاً القوة المادية التي تكفل

---

(١) بدران ابو العينين بدران ، المصدر السابق ، ص ٩٨.
(٢) تناظرها المادة ٩٨ من القانون المدني المصري .
(٣) رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ النافذ.
(٤) د.مصطفى ابراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، مصدر سابق ، ص٧٣.

له حماية حياته أو ماله ، الى جانب حالتان إستثنائيتان ، وهما حالتا (الحق في الحبس)[١]، و(الدفع بعدم التنفيذ)[٢].

ومن الجدير بالذكر أن الإستثناء الضمني لدى علماء الاصول يدخل ضمن ما يعرف لديهم بالإستثناء غير المنطوق ، باعتبار المعنى المسكوت عنه ، فلا يغتر بأنه غير منطوق به حتى يقال ان المستثنى ليس من جنس ما هو منطوق به ، وهو على ثمانية ابواب ، وهي الإستثناء من الاسباب والشروط والموانع ، والمحال والازمنة ، والبقاع ، والاحوال ، ومطلق الوجود ، ويسميه ارباب علم البيان ، الاستثناء من أعم العام[٣] ، ولعل الاستثناء من الاسباب يمكن الاستدلال عليه بأن ما يرد بعد إلا يلزم وجوده الوجود. ومن معنى الجملة يكون الإستثناء واقع في الاسباب . أما الإستثناء من الشروط يستدل عليه من خلال ان ما يذكر بعد (إلا) لا يلزم من وجوده الوجود ويلزم من عدمه العدم ، وبهاتان الخصيصتان يعرف يعرف السبب وبالأخرى يعرف الشرط . نحو قوله (ص)" لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل "، فلا يلزم من وجود ما ذكر بعد (إلا) ثبوت البتة ، فلا يلزم صحة وقوع البيع عند التماثل .ونحو لا عقد إلا بالتراضي .

أما الإستثناء من المانع فيذكر فيه وجود المانع بعد (إلا) ، ويقدم النفي قبل (إلا) ، وتقضي بعد (إلا) في المانع العدم ، ويعرف المانع بأنه يلزم من وجوده العدم . فتحقق السبب وتوافر شروطه لكن لا يترتب عليه الحكم لوجود مانع بناء على قاعدة " إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع " نحو إذا باع الراهن المال المرهون لا ينفذ البيع بحق الدائن المرتهن في الفقه الاسلامي ، مع ان كون المرهون ملكاً للراهن يقتضي نفاذه ولكن كون المرهون محبوسا عند الدائن المرتهن توثيقا وضماناً لدينه يقتضي عدم نفاذ البيع بحقه ، وإلا زالت الحكمة من انشاء الرهن ، وعلى هذا الاساس يقدم المانع [٤]. وكما لو باع ناقص الاهلية ماله بدون اذن وليه يكون العقد موقوفاً على اجازة الولي رغم ان بيعه مع كونه مالكاً للمبيع يقتضي نفاذ العقد ، ولكن كونه ناقص الاهلية مانع من ذلك لحكمة هي حماية مصلحته ، لذا يقدم المانع على المقتضى [٥]. ونحو ما تسقط الزكاة إلا بالدين . ونحو لا ينعقد البيع إلا بالتسجيل .

---

(١) ينظر المادة (٢٨٠و٢٨١) من القانون المدني العراقي ، تناظرها المادة (٢٤٦) من القانون المدني المصري المعدل النافذ.

(٢) ينظر المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي ، تناظرها المادة (١٦١) من القانون المدني المصري المعدل النافذ.

(٣) شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، مصدر سابق ، ص٤٨٤و٥٢٤.

(٤) د. وهبة بن مصطفى الزحيلِي ، الفقه الاسلامي وادلته ، مصدر سابق ، الجزء السادس ، ص ٣٠٨.د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص٢٥٦.

(٥) تنظر المادة ٩٧ من القانون المدني العراقي "... ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان اذن بذلك وليه او اجازه اما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء".

أما الإستثناء من المحال فضابطه ان كل معنى عام اخرجت منه نوعاً أو شخصاً فهو إستثناء من المحال ، فأن كل معنى كلي هو جزء ذلك النوع وذلك الشخص ، لأنه جزؤه ، فكل شخص أو نوع فهو محل لأعمه الذي هو جنسه أو نوعه أو صنفه ، كالمأمور بعتق رقبة يخرج عن العهدة بسعد أي شخص من اشخاص العبيد ، لوجود ذلك الكلي في كل شخص منها وهو مفهوم الرقبة ، وحينئذ قد يكون الآمر يكره بعض تلك المحال ولا يؤثر تشخيص ذلك الكلي في ذلك المحل فيستثنيه عن ذلك الكلي فيقول اعتق رقبة إلا زيداً وعمراً وخالدا. فيتجنب المأمور تلك المحال التي يكرهها الآمر.

فالأشخاص التي استثناها الآمر انما استثناها من الاشخاص ، فكأنه يقول شخص هذا الكلي في أي شخص شئت إلا في التي استثنيها لك ، فهو إستثناء متصل من غير الملفوظ باعتبار المعنى المسكوت عنه فلا يخل بان ذلك غير منطوق به حتى يقال ان المستثنى ليس من جنس ما هو منطوق به [1].

أما الإستثناء من الازمنة فضابطه ان يكون المذكور بعد إلا زماناً ، أو لا يتم إلا بالزمان أو صفة الزمان ، نحو قوله تعالى ﴿ **إِن لَّبِثْتُمْ إِلاَّ عَشْرًا**﴾ [2].ويكون إستثناءً متصلاً من الجنس ، ويكون من غير المنطوق به .

أما الإستثناء من البقاع فضابطه ان يكون الواقع بعد إلا أسم مكان او شيء لا يصح إلا بالمكان ، فمتى وقع بعد إلا شيء من ذلك علم أن المستثنى منه بقاع ، فيعلم أنه الإستثناء من البقاع ، نحو سرت إلا امامك وإلا يسارك ، إلا فرسخاً إلا ميلاً ، وكسابقه يكون استثناءً متصلاً من الجنس ، ويكون من غير المنطوق به .

أما الإستثناء من الاحوال فضابطه ان تقع بعد إلا حالة وما يمكن ان تكون حالة ، فيعلم ان الاستثناء وقع من الاحوال ، مثال قوله تعالى﴿ **أُوْلَٰٓئِكَ مَا كَانَ لَهُمْ أَن يَدْخُلُوهَآ إِلَّا خَآئِفِينَ** ﴾ [3].أي لا يدخلونها في حال من الاحوال إلا في حالة الخوف ، فهو إستثناء متصل من الاحوال ، من غير منطوق به، وكذلك قوله تعالى ﴿ **إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا** ﴾ [4] في آية القذف فإنه إستثناء منقطع ، أي لكن إن تابوا من قبل أن التائبين هم القاذفون. فتعذر حمل اللفظ على حقيقة الإستثناء فإن الثابت لا يخرج من أن يكون قاذفاً ، وإن كان محمولاً على حقيقة الإستثناء هو إستثناء بعض الأحوال: أي وأولئك هم الفاسقون في جميع الأحوال إلا أن يتوبوا ، فيكون هذا الإستثناء توقيتاً بحال ما قبل التوبة فلا تبقى صفة الفسق بعد التوبة لإنعدام الدليل الموجب لا لمعارض مانع كما توهمه الخصم.

---

(١) شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، مصدر سابق، ص٥٢٢.
(٢) أية ١٠٣ سورة طه .
(٣) آية ١١٤ سورة البقرة .
(٤) آية ٥ سورةالنور.

وقوله: لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء إستثناء لبعض الأحوال أيضا: أي لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا حالة التساوي في الكيل [١] .

أما الإستثناء من مطلق الوجود وهو أعم مما تقدم ذكره من الابواب التي يقع الإستثناء فيها من غير المنطوق ، ويقصد به الإستثناء من مطلق الوجود لا من موجود بعينه [٢]، مثل قوله تعالى ﴿ ان هي إلا اسماء سميتموها انتم وآبائكم﴾ [٣]. اذ ان معنى الآية المبالغة في تحقير الاصنام وانها اسماء فقط وليس بعد الاسماء شيء، فسلب منها مطلق الوجود إلا موجوداً هو اسم .

تأسيسا على ما تقدم يتضح أن الاصل في النص الإستثنائي أن المشرع يسوقه ليدل به على حكم خاص ، لذا يستلزم أن يصاغ بطريقة بحيث يدل بعبارته دلالة صريحة واضحة على المعنى والحكم المستفاد منه ، فيثبت الحكم بمنطوق النص وعبارته ذاتها بالشكل الذي لا يترك المجال في تطبيقه للنزاع وتضارب الافهام .

لذا نخلص مما تقدم بيانه مستعينين برأي من الفقه الى " أن الحكم العام يتخصص بالدليل المتصل اتصالاً لفظياً أو زمانياً ، أما اللفظي يرد فيه التخصيص بالإستثناء صراحة بدلالة ادوات الإستثناء ، أما التخصيص الزماني فيقصد به حكم العقل باختصاص الواجبات أو الالتزامات ، فالحكم العقلي هو من يستثني ، وهذا الإستثناء يفهمه الشخص منذ صدور الدليل العام والتفاته الى معناه ، فهو مواكب له في الزمان ، لأنه لا يتوقف على بيان من المشرع او الشارع ، لذا سمي بالمخصص اللبي اي العقلي بخلاف الاول فأنه يتقوم باللفظ لذا سمي باللفظي ويشمل هذا التخصيص كل ما يتصل بالكلام أو يفيد التضييق من مدلوله " [٤].

---

(١) أبى بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي ، الجزء الثاني ، ص٤٣.
(٢) للمزيد ينظر شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، مصدر سابق ، ص٤٩٣_٥٥٩.
(٣) آية ٢٣ سورة النجم .
(٤) الشيخ فاضل الصفار ، مصدر سابق ، ص ٢١٣_٢١٤.

المطلب الثاني

دلالة الإستثناء على مفهوم النص

نعني بدلالة الإستثناء على مفهوم النص [١]. دلالة اللفظ من طريق مناط الحكم أو علته لا من طريق العبارة أو الاشارة ، أي المعنى الذي يفهم من دلالة النص المستثنى و الذي يفهم من روحه ومقصده ، لان الحكم الثابت بها لا يتأتى فهمه من اللفظ وحده ، كما في عبارة النص واشارته وانما يفهم من اللفظ بواسطة مناطه وعلته [٢]، ويعرف الاصوليين المفهوم بأنه " ما فهم من اللفظ في غيره محل النطق"[٣]، كما عرف بأنه " انتفاء طبيعي الحكم المنطوق على ان يكون هذا الانتفاء مدلولاً التزامياً لربط الحكم في المنطوق بطرفه"[٤] ، وسمي مفهوما لا لأنه مفهم غيره ، إذ المنطوق ايضا مفهوم ، بل لأنه مفهوم مجرد لَا يستند إلَى منطوق، فلما فهم مِن غير تصريح بالتعبير عنه سمي مفهوماً [٥].

ودلالة الاستثناء على المفهوم متحققة ، فقد ذهب رأي الى القول " وأما (إلا) الإستثنائية فلا ينبغي الشك في دلالتها على المفهوم ، وهو انتفاء حكم المستثنى منه عن المستثنى ، لأن (إلا) موضوعة

---

(١) يقسم علم المنطق المفاهيم الى نوعين مفهوم كلي ومفهوم جزئي ، ويقصد بالمفهوم الكلي بأنه مالا يمتنع فرض صدقه على كثيرين ، بمعنى أخر هو كل لفظ او مصطلح يجوز العقل صدق مفهومه على اكثر من واحد في الذهن سواء وجد له الافراد في الخارج او لا ، ويقسم المفهوم الكلي الى قسمين ، الاول ما ليس له فرد في الخارج على الاطلاق ، والثاني مالا يوجد له الا مصداق واحد قابل للانطباق عليه ، لذا فأن المفهوم الكلي بوصفه اصلا توجد له مصاديق عديدة في الخارج لكي ينطبق عليها ، واستثناءا فان هنالك بعض المفاهيم الكلية ليس لها الا مصداق واحد ، او يمتنع ان يكون لها مصداق خارجي اساسا . اما المفهوم الجزئي فهو ما يمتنع فرض صدقه على كثيرين ، بمعنى آخر هو كل مالا يصدق الا على فرد واحد ، وله اصطلاحان منطقي وفلسفي ففي اصطلاح المنطقي فيعتبر مفهوم إضافي بمعنى انه كلي بإضافة إلى ما تحته من الأفراد وجزئي بالإضافة لما فوقه من الأجناس مثل مفهوم إنسان فهو كلي بالنسبة إلى الأفراد وجزئي بالنسبة إلى الحيوان . واما في الاصطلاح الفلسفي فهو الجزئي الحقيقي او المصاديق الخارجية ، وعلى هذا الأساس فالمفهوم الجزئي هو المفهوم الذي يقطع النظر عن الواقع الخارجي و يوجد في الذهن هو ويمتنع فرض صدقه على الكثيرين، لذا يتضح مما تقدم ان المفهوم في علم المنطق غير المقصود من دلالة اللفظ لدى الاصوليين اعلاه .
ينظر د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، مصدر سابق ، ص ٧٧_٧٩. السيد كمال الحيدري ، مصدر سابق ، ص٢٣٨.

(٢) محمد ابو زهرة ، مصدر سابق ، ص١٤٣. د. وهبه الزحيلي ، اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص ١٦٠. د.هشام ابراهيم توفيق ، الوجيز في علم اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٢١٥.

(٣) علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص٦٦.

(٤) السيد محمد باقر الصدر ، دروس في علم الاصول ، شرح وتعليق ، الشيخ ناجي طالب آل الفقيه العاملي ، الجزء الاول ، الحلقة الثانية ، الطبعة الاولى ، دار احياء التراث العربي ، بيروت _لبنان ، ٢٠٠٤، ص١٥٧.

(٥) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ، المكتبة الشاملة الحديثة، الجزء الخامس ،١٩٩٤، ص١٢١..

للإخراج وهو الإستثناء ، ولازم هذا الإخراج باللزوم البين بالمعنى الأخص أن يكون المستثنى محكوماً بنقيض حكم المستثنى منه . ولما كان هذا اللزوم بينا ظن بعضهم ان هذا المفهوم من باب المنطوق"[1].

و الاستدلال على المفهوم [2] يكون عن طريق مفهوم الموافقة و مفهوم المخالفة وهو عند شراح القانون طريقاً من طرق تفسير النصوص لاستخراج الاحكام القانونية من مظانها، فكما يستخرج الحكم القانوني من النص عن طريق دلالة المنطوق ، فانه كذلك يستخرج هذا الحكم بواسطة دلالة المفهوم التي هي دلالة اللفظ على حكم قانوني لم يذكر في النص التشريعي ، أي سكت عنه المشرع، وعند الاخذ بالمفهوم في تفسير النصوص القانونية يلاحظ أنه معتبر بنوعيه الموافق والمخالف ، ذلك ان دلالة المفهوم دلالة عامة، فقد تشمل مفهوم الموافقة فتكون دلالة على حكم موافق لحكم المنطوق، أو تشمل مفهوم المخالفةِ فتكون فيه دلالة على حكم المخالف لحكم المنطوق ومعاكس له، وهذان المفهومان يمثلان طريقاً معتبراً في تفسير النصوص القانونية ومعرفة دلالاتها . وعلى أي حال، فأن الاخذ بالمفهوم بنوعية وإعماله في تفسير النصوص الى جانب المنطوق، يمثل حقيقة ما قصده المشرع العراقي في قانونه المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في الفقرة الاولى من مادته الاولى، حيث نص: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها".

لذا تقتضي تتبع دلالة الإستثناء على مفهوم النص عرض المفهومين ليتسنى لنا معرفة دلالة الإستثناء في خانة أي من المفهومين المتقدمين ، وهذا ما سنحاول معرفته من خلال تقسيم عنوان المطلب الموسوم بـ دلالة الإستثناء على مفهوم النص عل مدار فرعين سنعرض في الفرع الاول مفهوم الموافقة ، ثم سنبين في الفرع الثاني مفهوم المخالفة .

([1]) محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٩٤.

([2]) اما المفهوم في الاستخدام اللغوي والمنطقي لدى المعاصرين فيقصد به مجموع الصفات والخصائص التي تحدد الموضوعات التي ينطبق عليها اللفظ او المصطلح ، ويصفونه على سبيل التجوز بأنه (ما صدق) المصطلح _باصطلاح المناطقة ، وانما هو في الواقع معنى اللفظ المطابق الذي يشكل الصفات المشتركة بين الما صدقات ، والمقصود بما صدق او ما صدقات اللفظ الافراد الذين يطلق او ينطبق عليهم ذلك اللفظ ، للمزيد ينظر د. هيثم بن فهد بن عبد الرحمن الرومي ، الصياغة الفقهية في العصر الحديث ، الطبعة الاولى ، دار التدمرية ، الرياض ، ٢٠١٢، ص٢١٤_٢١٥.

الفرع الاول

مفهوم الموافقة

تعد دلالة المفهوم الموافق من أساليب تفسير النصوص الشرعية والقانونية ، ويقصد بالاستدلال بمفهوم الموافقة " ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت موافقاً لمدلوله في محل النطق،" [١] .ويسمى أيضا فحوى الخطاب ولحن الخطاب ، فترادف لحن الخطاب و تنبيه الخطاب وفحواه ومفهوم الموافقة لمعنى واحد وهو إثبات حكم المنطوق به للمسكوت عنه بطريق الأولى [٢]، وهو ان يكون الحكم فيه موافقا لحكم المنطوق في الوجوب والتحريم [٣] ، وتكون دلالة النص اذا كانت عبارة النص تدل على الحكم في واقعة بعبارته ، ويفهم من النص هذا الحكم في واقعة اخرى لتحقق موجب الحكم فيه، ويسمى مفهوم الموافقة للتوافق بينها وبين ما تدل عليه العبارة [٤] . وهو عند الحنفية يسمى دلالة النص ، ويقصدون بهذا ما ثبت بمعنى النص لا اجتهاداً ولا استنباطاً [٥].

أما السؤال عن امكانية تخصيص مفهوم الموافقة. فقد اختلفت الآراء بصدده الى رأيين : ذهب الرأي الاول[٦] الى عدم امكانية تخصيص مفهوم الموافقة بقولهم " الثابت بدلالة النص لا يحتمل التخصيص" .

في حين ذهب الرأي الثاني[٧] الى امكانية تخصيص مفهوم الموافقة. وذهب رأي الى القول " ما تقدم من جواز التخصيص بالمفهوم الموافق بالقول " فلو كان مكان المفهوم دلالة منطوقية كانت مقدّمة على العام ومخصّصة له ، فهكذا الدلالة المفهومية إذ لانتقص الثانية عن الأُولى وليس إحداهما أقوى من الأُخرى ، بل ربما يكون المفهوم أقوى ولا يُساق الكلام إلا لإفهامه ". وأضاف " نعم ربما يشترط كون

---

(١) علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، مصدر سابق ، ص٦٦ . شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج، التقرير والتحبير ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص١١٢.

(٢) ابو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق ص٥٤.

(٣) الشيخ فاضل الصفار ، المهذب في اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨.

(٤) محمد ابو زهرة ، مصدر سابق ، ص ١٤١ _ ١٤٣.

(٥) أبى بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، اصول السرخسي ، الجزء الاول ، ص٢٤١.

(٦) عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي ، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص٢٥٢. أبى بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، اصول السرخسي ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص٢٥٤.

(٧) محمد جواد مغنيه ، علم اصول الفقه في ثوبه الجديد ، مصدر سابق ، ص١٨٦. بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، البحر المحيط ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص٥٠٥. أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، مصدر سابق ، الجزء الثاني ، ص٣٢٨.

المفهوم أخص مطلقاً لا عموماً من وجه وهو شرط زائد ، لأنّه ليس من شرائط كون المفهوم مخصصاً ، بل هو من شرائط كلّ مخصص ، سواء أكان لفظياً أو مفهومياً. وبما انّ المفهوم هو الحكم غير المذكور لموضوع مذكور الحكم ، وبما انّ حكمه موافق مع الحكم الوارد في المنطوق وُصِفَ بالموافقة"[١].

وأكد رأي بأنه " لا كلام في تخصيص العام بالمفهوم الموافق مثال قوله تعالى: ﴿ أُوفوا بالعقود﴾[٢] عام يشمل كلّ عقد يقع باللغة العربية وغيرها، فإذا ورد دليل على اعتبار أن يكون العقد بصيغة الماضي فقد قيل: إنه يدل بالأولوية على اعتبار العربية في العقد، لأنه لما دل على عدم صحة العقد بالمضارع من العربية فلئن لم يصحّ من لغة أُخرى فمن طريق أولى. ثمّ قال: ولا شك أنّ مثل هذا المفهوم إن ثبت فإنه يخصّص العام المتقدم ، لأنه كالنص أو أظهر من عموم العامّ فيقدم عليه"[٣].

ونعتقد بصحة الرأي الثاني القائل بتخصيص مفهوم الموافقة عند الإبقاء على الملفوظ، وعدمه عند نقض الملفوظ ؛ لأن فيه جمع بين الدليلين، والجمع أولى من إعمال احدهما . كما أنه على قول من قال إن دلالته لفظية ؛ فلا شك .في جواز تخصيصه[٤].

والسؤال عما اذا عد دلالة الإستثناء على مفهوم موافقة هي ذاتها القياس أمْ انها تختلف عنه ، نعرض لآراء الفقهاء والتي لا تخرج عن رأيين :

الاتجاه الاول: التفريق بين مفهوم الموافقة والقياس

فيعدون مفهوم الموافقة في حالتي المساواة (مساواة العلة بين المقيس والمقيس عليه) والاولوية (أي ان العلة في المقيس اقوى منه في المقيس عليه) اسلوباً من اساليب التفسير في المنصوص عليه . أما القياس على اطلاقه فانه يستخدم في حالة عدم وجود النص، "ويسمى هذا الطريق من طرق الاستدلال القياسي الجلي، سواء أكان ذلك في حالة المساواة أم في حالة الاولوية ، لان المساواة أو الاولوية بين المنطوق والمفهوم الموافق له تكون ظاهرة ويمكن تحصيلها بمجرد فهم اللغة من غير توقف على اجتهاد او استنباط ، وذلك بخلاف الامر في القياس الخفي)[٥] ، ثم انه في حالة عدم النص، فقد جاء بالقياس طريقاً لاستنباط الحكم ، فيكون المراد بالقياس هنا هو القياس الخفي الذي لا يظهر بمجرد معرفة اللغة

---

(١) الشيخ محمد حسين الحاج العاملي ، إرشاد العقول إلى مباحث الأصول، القسم الثاني مباحث الالفاظ ، الجزء الثاني ،مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام ، قم ، ٢٠٠٣ ، ص٦٠٤.

(٢) آسة ١ سورة المائدة.

(٣) محمد رضا المظفر ، اصول الفقة ، مصدر سابق ، ص١١٩.

(٤) د. وليد محمد سعد البنا ، القول الرائق فيما يتعلق بالمفهوم الموافق ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد الرابع والثلاثون ، الجزء الثاني ، ٢٠١٩ ، ص٨٧٤_٨٧٥.

(٥) سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، الجزء ١ ، المطبعة العالمية ، مصر ، ١٩٥٣ ، ص٢٠٨ .

وفهم اساليبها بل يحتاج الامر هنا الى جهد وتحليل واستنباط ، وليس القياس الجلي بالمفهوم المتقدم[١]، فيتضح ان هذا يختلف عن القياس على اطلاقه ، كما ان العلة في القياس لا تدرك بمجرد معرفة الالفاظ ومعانيها ، وانما تحتاج في ادراكها الى الاجتهاد والرأي .

لذا نخلص ان هذا الاتجاه يفرق بين مفهوم الموافقة في (حالتي الاولوية والمساواة) ، وبين القياس على اطلاقه ، فالعلة المشتركة في القياس بين المقيس والمقيس عليه ، لابد في ادراكها من الرأي والاجتهاد ، فلا يكفي فهم اللغة ، بينما يلاحظ ان العلة المشتركة بين المنطوق والمسكوت (في حالتيّ الاولوية والمساواة) لا تحتاج في ادراكها الى رأي واجتهاد ، بل يكفي فهم اللغة ، أضف الى ذلك ان إعمال المفهوم الموافق كأسلوب من اساليب تفسير النص لاستخراج الحكم منه ، يكون في حالة وجود النص وقيامه ، بينما في القياس يكون في حالة عدم النص .

الاتجاه الثاني: عدم التفريق بين مفهوم الموافقة والقياس :

إذ يعدون الاستنتاج بطريق القياس هو ذاته مفهوم الموافقة . وهو ان يستنبط المفسر حكماً غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه لاتحادهما في العلة [٢]، فالنص قد يدل على بعباراته والفاظه على حكم معين لعلة استوجبت هذا الحكم . فإذا وجدت حالة لا يتناولها هذا النص بمنطوقه ، ولكنها تشترك مع الحالة المنصوص عليها في العلة التي استوجبت الحكم ، فأن الحكم الثابت للحالة المنصوص عليها يثبت كذلك للحالة غير المنصوص عليها لاتحاد العلة في الحالتين[٣] ، وهذا ما يسمى بالقياس[٤] ، ومعناه أنه أذا كانت هناك قاعدة مقررة لحالة معينة وكانت هناك حالة لم ينص على حكم لها ، ولكن تتوافر فيها نفس العلة التي أدت الى وضع النص للحالة الاولى جاز للمفسر أن يطبق حكم الحالة الاولى على الحالة الثانية [٥].

يلاحظ ان هذا الاتجاه يختلف عن سابقه الذي يقوم على التفريق بين مفهوم الموافقة والقياس، ونرى ان الاتجاه الاول الذي يقوم على التفريق بين القياس على اطلاقه وبين مفهوم الموافقة ، هو ما ينسجم مع مقررات قواعد التفسير عند الفقهاء ، تلك القواعد التي تربطها لغة التنزيل ، دون ان يكون في ذلك اهمال للمصطلحات العرفية عند تعارضها مع الفاظها ، فاللفظ ذو الدلالة العرفية في الاصطلاح يراعى عند التفسير، ويقدم معناه على معنى اللفظ العادي ، وفي حصر القياس الخفي بحالة عدم وجود النص ، تحديد واضح للمجال الذي يمكن ان يفيد منه المفسر، اذا عرضت له حالة نص عليها

---

[١] سليمان مرقس ، المصدر السابق نفسه ، ص٢٢٨.
[٢] د. عبد الرزاق احمد السنهوري ود. احمد ابو ستيت ، اصول القانون ، مصدر سابق ، ص٢٤٥.
[٣] محمد ابو زهرة ، مصدر سابق ، ص١٤٤. د. عكاشة محمد عبد العال ود. سامي بديع منصور ، مصدر سابق ، ص٦١.
[٤] لناعودة للقياس في احكام الاستثناء .
[٥] د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٥٣٢.

القانون ، او عرضت اخرى لم ينص عليها القانون ، كما ان الحيطة المطلوبة عند الاستنباط بالقياس فيما لا نص فيه ، تكون مطلوبة عند تفسير النص الموجود بطريق مفهوم الموافقة في حالتيه من المساواة أو الاولوية ، لأن المُفسر أو القاضي يستخرج حكماً يشترك مع المنطوق بعلة واضحة ، لا يحتاج إدراكها الى جهد وأعمال رأي للاستنباط ، وانما يكفي لذلك معرفته باللغة ، أما الاصوليون فمتفقون غالبا على جواز التخصيص بمفهوم الموافقة[١].

ومثال دلالة الإستثناء على مفهوم الموافقة المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي والتي نصت على " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي (**إلا**) التي تنشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ،..." [٢].

الفرع الثاني

مفهوم المخالفة

يعد مفهوم المخالفة من دلالات استنباط الاحكام من نصوص الشريعة والقانون على أساس لغوي ، والإستثناء يدخل ضمن مفردات مفهوم المخالفة الى جانب مفهوم الحصر ، أذ يذهب رأي من الاصوليين الى أن (إلا) تدل على الحصر قطعاً ، والمراد من الحصر هو تحديد الحكم وحصره بموضوع خاص أو بحالة من حالات الموضوع [٣]، ومن تعريفات فقهاء الاصول لمفهوم المخالفة " ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفاً لمدلوله في محل النطق، "[٤] ، أي يكون حكم المفهوم مخالفاً لحكم المنطوق ويسمى بدليل الخطاب ، لأن الخطاب بظاهره يدل عليه [٥].ومن المعاصرين من عرفه بأنه " دلالة الكلام أو الالفاظ على نفي الحكم الثابت للشيء المذكور عن المسكوت عنه ، لعدم توافر قيد من قيود المنطوق".[٦].

ويعرفه فقهاء القانون بأنه " استنباط إرادة جديدة لم يصرح بها التشريع ، إرادة مغايرة للإرادة التي تجلت في الحالة التي نص عليها ، أي قاعدة ثانية ذات مضمون يخالف مضمون القاعدة التي وضعها

---

(١) ينظر محمد جواد مغنيه ، علم اصول الفقه في ثوبه الجديد ، مصدر سابق ، ص١٨٦.علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ص٧١.

(٢) تناظرها المادة (٢/٢١٧) من القانون المدني المصري.

(٣) فاضل الصفار ، مصدر سابق ، ص٢٥٦.

(٤) علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، مصدر سابق ، ص ٦٩.

(٥) الشيخ فاضل الصفار ، مصدر سابق ، ص٢٣٨.

(٦) د. هشام ابراهيم توفيق ، الوجيز في علم اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٢١٩.

التشريع "[1]. أو هو عبارة عن العملية التي يمكن بمقتضاها استنباط نية المشرع وغاياته واهدافه من النصوص التي يضعها وايضاح ما غمض من حكم ورد في نصوص التشريع ومعرفة ما يشوب هذا النص من قصور وكيفية حل التناقض الذي ربما يكون قد حدث فيما بين نصوص التشريع "[2].

كما عرف رأي الاستدلال بطريق المخالفة بأنه " إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها ، أما لاختلاف العلة في الحالتين ، واما لاعتبار الحالة المنصوص عليها إستثناءً من الحالة التي لم ينص عليها "[3]، ومؤداه أن اقتصار النص على حالات معينة يوجب تطبيق عكس حكمه على الحالات الاخرى التي لا يشملها هذا النص ، أي أن حكم ماسكت عنه الشارع يكون مخالفا لحكم ما ورد النص بشأنه ، ويقوم هذا النوع من الاستدلال على فكرة أنه لما كان التشريع قد نظم حالة معينة على نحو معين لا جرم يلزم القول أن الحالة المختلفة يجب أن تلقى تنظيماً مختلفاً ، وأن الحالة العكسية يجب أن تلقى تنظيماً عكسياً [4].

لذا فأن تناول مفهوم المخالفة على اساس من فلسفة التقييد في التشريع فضلاً عن اصله اللغوي ، ذلك لأنه يعد منهجاً اصولياً يقصد اصلاً الى بيان قصد الشارع والمشرع الذي يرمي الى تحقيق مصلحة او دفع مفسده، بغية الوصول الى بيان وفهم روح التشريع، من خلال استقراء القيود الواردة في النص من وصف أو شرط، او غاية ، أو عدد، أو إستثناء وما لهذه القيود من دلالة، فتقييد الحكم بقيد من القيود المذكورة، ما هو في واقع الامر إلا تقييد للحق الناشئ عنه وضابط لممارسة سلطاته بما يحقق العدل والمصلحة ويحمي القيم العليا للتشريع ، وانه لمن الخطأ منهجياً أن نبحث في مفهوم المخالفة محتكمين الى القواعد اللغوية للنص المستثنى فقط ، دون ايضاح للصلة الوثيقة بينها وبين روح التشريع[5].

فالمشرع حين يورد نصاً في واقعة معينة ويقيد الحكم المترتب على ذلك النص بالإستثناء ، فان ذلك يوحي بأن القيد هو المعتبر في تشريع الحكم ، فإذا انتفى ذلك القيد دلّ على ثبوت نقيض الحكم القانوني في الواقعة نفسها، وهذا ما يقضي به المنطق التشريعي وعرف اهل اللغة، ومنطق الناس في معاملاتهم، كل ذلك في إطار من أحقاق الحق وتوطيد مبدأ العدل ، ورفع الظلم[6].

إلا أن الاستدلال بطريق المخالفة يؤخذ عليه بكونه ليس من طرق الاستدلال المنطقي بل هو مجرد تخمين يقوم على اساس سكوت المشرع . ويذهب رأي الى " أن ثمة حالة يجمع الشراح فيها على

([1]) نقلا عن د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٥٣٦.
([2]) د. عباس الصراف وجورج حزبون ، المدخل الى علم القانون ، ص٥٨.
([3]) د. محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص٤٠٦.
([4]) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٥٣٣_٥٣٤.
([5]) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، مصدر سابق ، ص ٦٦.
([6]) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص٤٢٢.

صحة الاستدلال بطريق المخالفة ، وذلك عندما يضع المشرع قاعدة تخالف المبادئ العامة ، إذ يجوز في هذه الحالة الاستدلال بأنه في الحالات التي لم ينص عليها يجب أن تطبق القواعد العامة المخالفة للقاعدة الخاصة ، بل إن كثيرا من الشراح يقصرون استعمال طريقة الاستدلال بمفهوم المخالفة على هذه الحالة وحدها ، لذا يجب لإمكان استعمال طريقة مفهوم المخالفة أن يكون من المؤكد أن التشريع أراد قصر الحكم الوارد بالنص على الحالات التي ورد النص عليها ، والتي تقتضي تنظيماً خاصاً بها تنفرد به دون سواها ، وعندئذ فقط لا ضير أن يستنتج بمفهوم المخالفة أن ما عدا هذه الحالات يأخذ حلاً عكسياً" [١] ، لذا لا بد من ضميمة تضم اليه، وهو يجب ان يُكِّمل بما يدل على ان المشرع كان يتحتم عليه لضرورة منطقية أو قانونية ، أن يورد حلاً للمسألة التي سكت عنها ، إذا لم يكن يريد ان تكون هذه المسألة خاضعة لتنظيم عكسي ، لأن هذه الطريق من طرق الاستدلال على الاحكام كثيرة الخطورة ويجب عدم التوسع فيها لان المفهوم المخالف ليس نوعاً من التفسير الواسع، وانطلاقا من أن الإستثناء لا يجوز التوسع فيه فهو يدخل ضمن هذا المفهوم . و ما تقدم لا ينفي حقيقة ان العمل بمفهوم المخالفة أمر مشروع ومعتبر في اللغة والشرع ، وان ايراد قيد في النص الذي يراد به التشريع ، لابد ان يكون له غاية وحكمة ، تستوجب مراعاة القيد ومعرفة الحكم عند تخلف ذلك القيد ، ولاشك أن الحكم عند تخلف القيد سيكون مغايراً أو مناقضاً للحكم عند ورود القيد ، وإلا لما كان من ايراد القيد معنى [٢].

الى أننا نميل الى ما ذهب إليه الدكتور السنهوري[٣] بقوله " انما يلاحظ ان هذا الطريق من طرق الاستنتاج كثير الخطورة ، لأن نص القانون قد يكون وارداً على سبيل التمثيل لا الحصر ... واضاف"...وهذا الطريق من طرق الاستنتاج لا يكون مأمون العاقبة إلا اذا كان النص خاصاً بحالة استثنائية ، إذ القاعدة أن الإستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه ".

أما موقف الاصوليين من التخصيص بمفهوم المخالفة فقد اختلفوا عدة أراء و تفصيلات [٤].
والسر في هذا الخلاف كما يذهب إليه رأي [٥]" أنه لما كان ظهور المفهوم المخالف ليس من القوة بحيث يبلغ درجة ظهور المنطوق أو المفهوم الموافق ، وقع الكلام في أنه أقوى من ظهور العام فيقدم عليه، أو أن العام أقوى فهو المقدم، أو أنهما متساويان في درجة الظهور فلا يقدم أحدهما على الآخر، أو أن ذلك يختلف باختلاف المقامات. والحق أن المفهوم لما كان أخص من العام حسب الفرض فهو قرينة عرفاً على

---

(١) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٥٣٦.
(٢) د. عدنان ابراهيم عبد ، مدى حجية المفهوم المخالف ونماذج من تطبيقاته في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، بحث منشور في مجلة الدراسات الفقهية والقضائية ، العدد الثالث ، ٢٠١٦ ، ص ١١٢.
(٣)د. عبد الرزاق احمد السنهوري ود. احمد ابو ستيت ، اصول القانون ، مصدر سابق ، ص٢٤٧.
(٤) ينظرابي القاسم الخوئي الغروي ، تقرير بحث النائيني ، اجود التقريرات - ، المجلد الأول في علم الأصول ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص٥٠١.
(٥) محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص١٢٠.

المراد من العام، والقرينة تقدم على ذي القرينة وتكون مفسرة لما يراد من ذي القرينة ، ولا يعتبر أن يكون ظهورها أقوى من ظهور ذي القرينة.". [١] ومنهم ذهب الى جواز التخصيص بمفهوم المخالفة[٢] ، نظرا لكونه دليلاً شرعياً عارض دليلاً شرعياً مثله ، وفي العمل بهما جمع بين الدليلين [٣]، ومنهم من ذهب الى التفصيل بين صورتين : الاولى ان يكون المفهوم المخالف اخص ، والمنطوق اعم . وهنا يجب تقديم المفهوم وتخصيص العام به . أما الصورة الثانية فهي ان يكون بين المفهوم والمنطوق عموم من وجه ، وفي هذه الحالة نقل عن النائيني "ربما يقدم المفهوم ، وربما يقدم العام "وأضاف " ولربما يسقطان معاً "[٤].

لذا فأن دلالة الإستثناء على حكم المستثنى تكون بمفهوم النص المخالف ذلك لأن القدر الذي يتكفله منطوق النص إنما هو مجرد إثبات الحكم سلباً أو ايجاباً للمستثنى منه ، وأما إثبات نقيض ذلك الحكم الثابت للمستثنى فهو إنما يكون بالمفهوم ، من جهة كونه من لوازم انحصار سنخ الحكم بالمستثنى منه ، وهذا هو الرأي المشهور لدى الاصوليين [٥]، لأن ادوات الإستثناء وضعت للإخراج ، ولازم هذا الإخراج باللزوم البين بالمعنى الأخص ، أن يكون المستثنى محكوما بنقيض حكم المستثنى منه ، وهو ما نتبناه بدورنا.

لذا فأن المفهوم المخالف ، بما هو منطق تشريعي ، يعتبر ما يستنبط عن طريقه حكماً ثابتاً بالنص نفسه كالحكم الثابت بالمنطوق على السواء ، بالتالي يستفاد من النص حكمان منطوق ومفهوم مخالف [٦].

ومن اهم تطبيقات مفهوم المخالفة بيع السلم وهو بيع شيء غير موجود بالذات وقت التعاقد بثمن مقبوض في الحال ، والسلم بيع للمعدوم رخص إستثناءً ، كما أقره القانون بشرطين الاول ، ان

([١]) أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص٣٢٨.

([٢]) باستثناء الحنفية حيث لم يعتبروه طريقا من طرق التفسير في النصوص القرانية والاحاديث النبوية ، وبعبارة عامة لم يعتبروه طريقا من طرق فهم الاحكام ، واستدلوا لذلك بأدلة . للمزيد ينظر محمد ابو زهره ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ ومابعدها .

([٣]) محمد حسين الحاج العاملي، ارشاد العقول إلى مباحث الأصول ، الجزء ٢ ،ص ٦٠٨.

([٤]) محمد جواد مغنيه ، علم اصول الفقه في ثوبه الجديد ، مصدر سابق ، ص١٨٧_١٨٨.

([٥]) كقول (لا اله الا الله) تدل على نفي الالوهية ، بمنطوق النص ، وتثبتها لله تعالى بالمفهوم ، ذلك ان (الا) وضعت لإخراج مابعدها من حكم ماقبلها ، مما يعني ان مابعدها غير داخل في حكم ماقبلها ، ولا تدل بالوضع اللغوي على ان ما بعدها يحكم عليه بنقض ما قبلها ، وانما يدل عليه العقل . نقلا عن م. عقيل رزاق نعمان السلطاني ، مفهوم الاستثناء عند الاصوليين مع التطبيقات الفقهية ، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية ، جامعة الكوفة ، العدد السابع والستون ، ٢٠١١، ص٢٢.

([٦]) د. فتحي الدريني ، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ، مصدر سابق ، ص٣٣٩.

يكون ممكن الحصول في المستقبل كبيع المحصول الزراعي قبل اوانه ، وثانيا ، ان يعين بنوعه او صنفه أو بأوصاف تعينه تعيينا نافيا للجهالة الموجبة للخصومة والضرر[1] ، ومن النصوص القانونية التي اكدت مفهوم المخالفة بقيد الحصر أو الإستثناء نص الفقرة الثانية من المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي والتي نصت "... الأصل في الكلام الحقيقة ، اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز "، وهي تعني بمنطوقها بوجوب حمل الكلام على معناه الحقيقي ، لان هذا هو الاصل ، فلا يجوز صرف الكلام عن المعاني الحقيقية الموضوعة لألفاظه ، ويدل المفهوم المخالف على انه لا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على المعنى الحقيقي .

المطلب الثالث

مسائل الإستثناء

هنالك العديد من المسائل المثارة في باب الإستثناء والتي شكلت خلافاً بين اللغويين والاصوليون في تخريجها ونسبتها ، والتي تلقي بظلالها على صياغة النص القانوني الإستثنائي وفهم المراد منها ، من هنا ارتأينا ضرورة إيرادها بشيء من الاختصار منعا للإسهاب ، للوقوف على دلالة بعض القواعد الفقهية او اللغوية في باب الإستثناء مع بيان المرجح منها ، بغية اكتمال فكرة البحث في الإستثناء.

وعطفا على ما تقدم بيانه فأننا سنعرض لمسائل الاستثناء من خلال فروعين ، سنخصص الفرع الاول لبحث الإستثناء المتعقب لجمل متعددة ، ثم سنعقد الفرع الثاني تخصيص قاعدة الإستثناء من النفي اثبات .

الفرع الاول

الإستثناء المتعقب لجمل متعددة

أن الإستثناء المتعقب لجمل متعددة أو الإستثناء المتعدد فرضية متحققة ، ولسائل أن يسأل ، هل يتعين في هذا الفرض العودة الى أصل الكلام أو على الإستثناء الذي يلي قبله ؟ او نفرق بين أن يكون بينهما حرف عطف أمْ لا ؟

([1]) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، مصدر سابق ، ص ٦٦.

بمعنى إذا وجد في المسألة اكثر من حكم ثم جاء الإستثناء ، فهل يرجع الإستثناء للمسألة الأخيرة ، أمْ يرجع للجميع؟

يحكم هذه المسألة رأيان :

الرأي الاول : رأي جمهور العلماء :

ومنهم المالكية [١] ، والشافعية [٢] والحنابلة [٣] والامامية [٤]. إذا يذهبون الى القول بأن تعقب الإستثناء جملًا رجع الإستثناء إلى جميعها. وهنالك رأي فصل القول [٥] " بان تعدد الإستثناء (أي تعدد المستثنى مع اتحاد الجملة)، اذا كان بحرف عطف الجميع راجعاً الى المستثنى منه نحو قول (لفلان علي عشرة إلا اربعة وإلا ثلاثة)، وان كان بغيره فكذلك (يعود على المستثنى منه) أن كان الثاني اكثر من الاول نحو (له علي عشرة إلا ثلاثة إلا اربعة) إو مساويا له (له علي عشرة الا ثلاثة إلا ثلاثة) وإلا عاد الى الاول لقربه وان لم تكن الإستثناءات متعاطفة ، لأن للقرب رجحان وهذا ما عُلم من كلام العرب.". إذ القاعدة : أن القرب في لسان العرب يوجب الرجحان وعود الحكم عليه دون ما هو بعيد.

والبعض الآخر من الفقهاء[٦] اختار عود الإستثناء على الجميع لكنهم اشترطوا لهذا العودِ جملة شروط منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف عليه . ومن هذه الشروط المتفق عليها :

أولا: أن تكون الجمل معطوفة.

ثانيا: أن يكون العطف بالواو الجامعة فأما إن كان بـــ(ثم) اختص بالأخيرة .

ثالثا: ان لا يتخلل بين الجملتين كلام طويل فإن تخلل اختص بالآخرة كما لو قال وقفت على أولادي على ان من مات منهم وأعقبت فنصيبه بين أولاده للذكر مثل حظ الاثنين وإن لم يعقب فنصيبه للذين في درجته فإذا انقرضوا فهو مصروف إلى اخوتي إلا أن يفسق واحد منهم فيختص الإستثناء بالأخوة.

---

(١) ابو الوليد سليمان بن خلف الباجي ،احكام الفصول فى أحكام الأصول ، مصدر سابق ، ص٢٨٣.
(٢) عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، البرهان في أصول الفقه ، المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة،الجزء الاول ، الطبعة الأولى ،دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ١٩٩٧، ص١٤٠. أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي، الاحكام في أصول الأحكام ، الجزء الثاني ، ص٣٠٤.
(٣) القاضي أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء ، العدة في أصول الفقه ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص٥٧٨.
(٤) محمد جواد مغنيه ، علم اصول الفقه في ثوبه الجديد ، الطبعة الاولى ، مصدر سابق ، ص١٨٦.
(٥) جمال الدين ابو منصور الحسن بن سديد الدين يوسف بن المطهر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول ، ص١٣٥.
(٦) للمزيد ينظر أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ،الجزء الرابع ، مصدر سابق، ص٤١٨. تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي ، الإبهاج في شرح المنهاج ، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية -بيروت ، ١٩٩٥، ص١٥٤.

الرأي الثاني : رأي الحنفية :

يذهب فقهاء الحنفية الى أن حكم الإستثناء بعد جمل متعددة يرجع إلى أقرب المذكورين[١].أي الجملة الاخيرة فقط . وذهب الرازي الى تبني هذا الرأي [٢].

و القاعدة عند العرب انهم لا يجمعون بين إلا وحرف العطف ، فإن حرف الإستثناء يقتضي الإخراج والمباينة في الحكم ، وحرف العطف يقتضي الضم والمجانسة في الحكم ، فالجمع بينهما متناقض ، لأنه يلزم ان يجتمع النقيضان فيما دخل عليه إلا وحرف العطف ، وان يكون له الحكم المتقدم ، وان لا يكون له ذلك الحكم [٣].

كما أن كلام الشخص اذا أدار بين الالغاء والإعمال ، كان حمله على الإعمال والإعتبار أولى ، وهو مصداق قاعدة " إعمال الكلام اولى من أهماله "[٤].

كما أن للنحويين رأيين في حكم الإستثناء المتعقب لجمل متعددة :

الرأي الاول : أن الإستثناءين يرجعان الى الاول المستثنى منه ، وحجتهم ان العطف يقتضي التشريك [٥]. فيكون الثاني مخرجاً ، كما كان الاول ويتعين منه وهو الاول قياسا على العطف ، و المعطوفات وان كثرت فأن العطف أنما هو على الاول[٦] .

الرأي الثاني : الإستثناء الثاني راجع الى الذي قبله ، فيكون وهو اولى من الرأي الاول لأن فيه ترجيح القرب على البعد ، وعدم الانقطاع في الإستثناء [٧]، وهو الراجح .

---

(١) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ،ارشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، مصدر سابق ، الجزء الاول ، ص٣٧٢. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي ، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية، مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع ، -٢٠٠٢، ص٩٤_٩٥. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، اصول السرخسي ، الجزء الثاني ، مصدر شابق، ص٤١.

(٢) بو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي، المحصول ، مصدر سابق ، الجزء الثالث ، ص٥٥.

(٣) شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ، الاستغناء في الإستثناء ، مصدر سابق ، ص٢٤٢.

(٤) انظر المادة ١٥٨ من القانون المدني العراقي المعدل النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٥) أبى محمد عبد الله جمال الدين بن يوسف أبن أحمد بن عبد الله بن هشام، الأنصاري، المصري ، مغني اللبيب عن كتب الأعاريب ، حققه وفصله محمد محيي الدين عبد الحميد ، الجزء الأول ، منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي ، قم - إيران ١٤٠٤ هـ - ص١١٧.

(٦) نقله عن سيبويه أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص٤٠٨.

(٧) للمزيد من التفاصيل ينظر شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، مصدر سابق ، ص٤٧٥_٤٧٦.

نخلص بعد عرض مذاهب العلماء في الاستثناء المتعدد أن الراجح هو المذهب الأول للجمهور القائلين بعودِ الاستثناء إلى جميع الجمل ؛ ونعتقد أن المشرع العراقي تبنى هذا الاتجاه ، وهو ما يؤكده نص المادة ١٣١ /٢ من القانون المدني العراقي والتي نصت على " ١. يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه **أو** يلائمه **أو** يكون جارياً به العرف والعادة. ٢. كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين **أو** للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً **او** مخالفاً للنظام العام او للآداب **(وإلا)** لغا الشرط ".

ومن التطبيقات القانونية على الإستثناء المتعاقب نص المادة (٢١٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على : " ٢ – فمن احدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه **أو** عن غيره كان غير مسؤول على الا يجاوز في ذلك القدر الضروري ، **و(إلا)** اصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة.

وفي نفس السياق المادة ٢٢٤ من القانون المدني العراقي والتي نصت :

" ٢. أما الضرر الذي يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة لطمة يدها رأسها فيضمنه **(إلا)** اذا ثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه.

نخلص الى إن الإستثناء الوارد عقب جملتين أو اكثر معطوفة فأنه يعود على كل الجملة .

الفرع الثاني

تخصيص قاعدة الإستثناء من النفي اثبات

اتفق الجمهور على أن الإستثناء من الإثبات نفي ، وأما الإستثناء من النفي إلى أنه إثبات ، واضحت قاعدة مفادها " أن الإستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي" [1].

أما فقهاء الحنفية [1] فذهبوا إلى أن الإستثناء لا يكون إثباتاً وجعلوا بين الحكم بالإثبات والحكم بالنفي واسطة وهي عدم الحكم ، فقالوا مقتضى الإستثناء بقاء المستثنى غير محكوم عليه لا بالنفي ولا بالإثبات.

([1]) انظر جمال الدين ابو منصور الحسن بن سديد الدين يوسف بن المطهر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول ، ص١٣٤. أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي، الاحكام في أصول الأحكام ، الجزء الثاني ، ص٣٠٨. تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي ، الإبهاج في شرح المنهاج ، الجزء الثاني، مصدر سابق ، ص١٥٠. تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي، شرح الكوكب المنير ،الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص٣٣٨.

فالمستثنى تارة يكون حكماً نحو (ما باع الدار إلا زيداً) وتارة يكون سبباً نحو (لا ضمان إلا بالغصب) ، وتارة أخرى يكون مانعاً نحو (لا تسقط الاجرة عن المستأجر إلا بالتسديد) ، وتارة يكون شرطاً (لا ينعقد الرهن التأميني إلا بالتسجيل). وبالنسبة للحكم فهو ثمرة السبب ، والمترتب عليه ، ولا يقصد به أن يترتب عليه غيره من جهة انه حكم . أما السبب فهو الذي يلزم من وجوده الوجود ، ومن عدمه العدم لذاته .

أما الشرط فهو ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته ، لذا فأن القول بأن الإستثناء من النفي اثبات ليس على اطلاقه ، وان هذا العموم ليس مراداً بل يريدون ماعدا الشروط ، فقول (لا ينعقد الرهن التأميني إلا بالتسجيل) ، حكمنا بعدم صحة الرهن التأميني عند عدم التسجيل الذي هو شرط ، ولا نحكم بوجود صحة الرهن عند وجود التسجيل ، لأنه شرط.

وكذلك قول الرسول (ص)" لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل " ، لذا يظهر أن اطلاق الفقهاء ان الإستثناء من النفي اثبات محمول على ماعدا الشروط [٢].

نخلص في نهاية هذا المبحث الى أن دلالة الإستثناء على منطوق النص اخذت مساحة أكبر من دلالته على مفهوم النص ويتضح ذلك من خلال إستقراء نصوص القانون المدني . إذ يتبين أن دلالة الإستثناء على المنطوق الصريح للنص أكثر ظهوراً في صياغة النص المدني ويحميه في مواجهة غموض النص غير الصريح أو تلابس الإستثناء مع غيره . لكن لا يمكن إنكار دلالة الاستثناء على مفهوم النص والذي يدرجه غالبية علماء الاصول الإستثناء ضمن مفهوم المخالفة.

([١]) محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، اصول السرخسي ، الجزء الثاني ، مصدر شابق، ص٤١.
([٢]) نقلا عن شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، مصدر سابق ، ص٤٦٥_٤٦٧.

المبحث الثاني

احكام الإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني

يشكل الإستثناء ظاهرة قانونية خاصة ، تنماز بإحكامها الإستثنائية وأساليبها الخاصة ، مما يضفي عليه خصوصية تحدد من خلاله مداه ، فالنص الإستثنائي يخرج بدوره من احكام القواعد العامة لتنفرد بجملة احكام مميزة وفريدة تمنح الاستثناء خصوصية في مواجهة القواعد العامة .

وتتجلى بصورة رئيسية في ناحية تفسير النص الإستثنائي ، فلا يسوغ تفسيره تفسيراً واسعاً ، اذا لا يجوز التوسع في تفسير الإستثناء ، كذلك لا يجوز القياس على النص الإستثنائي ، بوصفه جاء على خلاف الاصل ابتداءً .

كما ان العدول الى الإستثناء في حالة خلو النص يمثل حقيقة الإستثناء الذي جاء بالأصل مراعاة لحالات خاصة يرى المشرع ضرورة عدم ادراجها بالأصل العام ، وإلا منيت بالظلم وعدم العدالة .

في ضوء ما ذكر سنبحث في احكام الإستثناء من خلال ثلاثة مطالب ، سنبين في المطلب الاول الإستثناء لا يجوز التوسع فيه ، في حين سنعقد المطلب الثاني لبيان الإستثناء لا يجوز القياس عليه ، فيما سنبحث في المطلب الثالث العدول عن الإستثناء .

المطلب الاول

الإستثناء لا يجوز التوسع فيه

تختلف طريقة تفسير النصوص التشريعية باختلاف مجال القانون محل التفسير مرة ، او باختلاف القواعد القانونية العامة او الثانوية (القاعدة الاستثنائية) مرة اخرى ، إذ يجب تفسير النص الإستثنائي بشكل ضيق بحيث لا يتم التوسع في معناه بطريقة ينأى بها عن تحقيق العدالة المنشودة من الإستثناء ، إذ لا يخفى ان تفسير النصوص يدخل في باب الاجتهاد في دائرة النصوص ، فمهمة تطبيق القاعدة المجردة على الحالة الخاصة المولدة للدعوى يكشف عن اكثر المهمات وضوحاً وهي مهمة تفسير القاعدة القانونية [1].

([1]) جان لوك اوبير ، ترجمة شفيق محسن ، مدخل الى علم الحقوق ، مصدر سابق ، ص١١١.

ومما لاشك ان الصياغة الجيدة للإستثناء تعني العمل على تقليل احتمال الرجوع الى قواعد التفسير ، إذ يجب ان يكون المشرع على مراعياً خصوصية هذه القواعد وحريصاً على صياغتها بما لا يقبل التوسع في تفسيرها أو القياس على احكامها ، ويعضد عمل القاضي بترجيحها في كل فرضية يكون فيها أمام إستثناء ، كما ويجب ان لا يعدل عن تطبيق الإستثناء متوخياً الدقة والحذر في تطبيقه .

في ضوء ما ذكر ، سنعرض في الفرع الاول الى الأصل عدم التوسع ، أما الفرع الثاني فسنبين فيه التوسع في مورد الإستثناء.

الفرع الاول

الاصل عدم التوسع

لعل من أهم خصائص القاعدة القانونية هي العمومية والتجرد ، فلا يوجد قانون يعالج كل الحالات الفردية ، فالقانون يشرع إجمالاً لمعالجة موضوع أو موضوعات معينة ، وللعمومية في نطاق الإستثناء معنى خاص فعندما يقال ان القاعدة عامة قد يعني أنها أصلية اي ترد عليها إستثناءات [١]، وبالتالي تطبق النصوص الإستثنائية في اضيق نطاق بلا توسع في تفسيرها أو القياس على احكامها [٢]. والعمومية بطبيعتها تستلزم التفسير، إذ أن صياغة النص إجمالاً تكون بشروط ومحددات عامة دون الخوض في جزئيات الموضوع ، فمن المستحيل على المشرع الإحاطة بالتفاصيل ، إذ أن البحث في الجزئيات يعني الحكم على النص أو عموم القانون بالقصور ، ويقيناً أن العمومية خير من القصور المحقق ابتداءً ، سيما أن أي قانون لا يمكن أن يحوي بين جنباته كل الجزئيات ، وعمومية النص المتفق على منطقيته ابتداءً تستلزم بالضرورة معالجة الحالات الفردية من خلال إستثناءها ، بتفكيك النص إلى جزئيات وعبارات وفقرات ، وهذه المعالجة قد تكمن في التفسير ، الذي يتجسد بالعمل على نقل النصوص من حيث هي كائنة إلى ما يجب أن تكون ، بتحويلها من نصوص نظرية إلى تطبيقات عملية . فالتفسير ليس كما يعتقد البعض انه ينهض مع غموض النص أو قصوره ، لكنه ينهض أيضاً مع عموميته ، فهو أداة للتنفيذ ووسيلة لبث الروح في النصوص المجردة ، لذا ذهب رأي الى القول " نعني بالتفسير بيان معاني الالفاظ ودلالتها على الاحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص [٣]. والتفسير بهذا

([١]) لذا لا نتفق مع الرأي الذي يذهب الى عد قوانين ايجار العقار في العراق وايجار الاماكن في مصر تشريعات عامة تحل محل القواعد العامة في القانون المدني ، خصوصا ان ازمة السكن لن تنفرج في القريب العاجل ، بوصفها من الازمات التي يغلب عليها الطابع الاقتصادي ، نظرا لارتباطها بارتفاع الاسعار ، ينظر د. سليمان مرقس ، شرح قانون ايجار الاماكن ، الجزء الاول ، الطبعة التاسعة ، مطبعة السلام ، شبرا ، ١٩٩٠، ص١٢-١٦.

([٢]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ود. احمد ابو ستيت ، اصول القانون ، مصدر سابق ، ص٢٤٧.

([٣]) د. محمد اديب صالح ، مصدر سابق ، ص٥٩.

المعنى يدخل في صميم عمل القاضي ، بلحاظ أن جلّ عمله لا كُله الفصل في النزاع المعروض عليه ، وهذا الفصل يقتضي فهم صحيح ، قوامه ألفاظ النص وعباراته في ظل الظروف التي وضع بها ، فحصيلة جمع الثوابت والمتغيرات وتحليلها على النحو الصحيح تنتج تطبيق أفضل للقانون مستوحى من فهمه وروحه وملابساته[١] . ومن خلال التفسير يتم تحديد نطاق ومعنى القاعدة القانونية لرسم حدود تطبيقها عمليا ، واستخلاص الحدود التي تضمنتها للعلاقات القانونية المختلفة ، ذلك بإيضاح غامضها وتفصيل مجملها وتخصيص عمومها [٢].

والتفسير الذي نعنيه هنا هو التفسير الواسع ، هو التفسير الذي يتجاوز المعنى الحرفي ويمتد الى دلالة المفهوم ، فمن التفسير معرفة دلالات الالفاظ على الاحكام ، فليس كل نص تكون دلالته على الحكم بعبارته ، بل بغير العبارة من طرق الدلالة على الحكم متعدد من اشارة ودلالة واقتضاء ، ومن خلال التفسير يتم ادراك معاني الالفاظ في حالات عمومها وخصوصها [٣]. فالنص الوارد على سبيل الاطلاق يمكن تفسيره تفسيراً واسعاً طالما أن ألفاظ النص المراد تفسيره كانت تحتمل هذا التوسع في التفسير. مثال ذلك نص المادة ٢٠٤ من القانون المدني العراقي" كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر **(غير)** ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض"[٤]، فإن هذا النص يمكن تفسيره تفسيراً واسعاً ليشمل جميع أنواع الأعمال الغير المشروعة والتي تسبب ضررا للغير سواء كان منصوص عليه في القانون أمْ غير منصوص عليه وسواء كان السبب الضرر للغير شخصاً طبيعياً أمْ معنوياً (اعتبارياً) [٥] . بإستثناء ما ورد في المواد السابقة فأنه يخصص العموم .

إلا ان كل ما تقدم يتعلق بالقاعدة العامة ، أما القاعدة الاستثنائية فيجب عدم التوسع في تفسير الإستثناء ، حتى يمكن تحديد مداه وحتى لا يتفاوت نطاقه باختلاف الاشخاص والاحوال ، إذ يقتضي نطاق الإستثناء بعد تقريره ان يقدر بقدره ولا يتوسع في تفسيره ، بمعنى ان يستعمل الاستثناء بوصفه سبيلاً مشروعاً ومعلوماً ومحدداً في الحالات الواجب فيها مراعاته . وبناءً على ذلك يجب أن يكون الإستثناء مقدراً بقدره دون تجاوز لا يختلف باختلاف من يتصف به ويتحقق في الاشخاص والوقائع الواحدة بدرجة سواء أو بتفاوت يسير ، وان يكون مرتبطاً بسبب معين عند ترتيب حكمه حتى يأتي منضبطاً معروفاً حقيقة بحيث يسهل التعرف عليه ، ويقتضي أن تكون هنالك ملائمة بين حكم الإستثناء والحالة المنطبق عليها ، وهذا الاساس يعين المشرع على استخدام احكام الاستثناء بطرقه السليمة حتى يكون بقدر الحاجات المتجددة ، وبالتالي لا تختلف حقائقه في احواله المختلفة لتحقيق غايته ، وتسعفنا هنا

---

(١) محمود محمد علي صبره ، المشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية ، مصدر سابق ، ص٥١-٥٢.
(٢) د. علي علي منصور ، المدخل للعلوم القانونية والفقه الاسلامي ، بلا دار تشر ، بلا مكان ، ١٩٧١، ص٢٢٦.
(٣) د. محمد اديب صالح ، مصدر سابق ، ص٦٠_٦١.
(٤) تقابلها المادة ١٦٣من قانون المدني المصري والتي تنص" كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ".
(٥) عباس قاسم مهدي الداقوقي ، مصدر سابق ، ص ٢١٠ .

قاعدة (الضرورات تقدر بقدرها) [1]. فـالإستثناء الذي قرره المشرع لأجل غاية معينة ، وبه أجاز للضرورة إستثناءً يستلزم ان يكون بقدر الضرورة فلا يزيد عليها وإذا زاد في ذلك يرجع الامر الى ما كان عليه ، كما أن هناك قاعدة فقهية تقول (الضرورات تبيح المحظورات) فالممنوع شرعاً يباح عند الضرورة ، وهذا الجواز الشرعي إستثنائي يقدر بقدره [2].

لذا نرى أن جعل الإستثناء محدود يأتي من كونه يعالج اوضاعاً إستثنائية خاصة وضيقة النطاق بدلالة عدم جواز التوسع فيها ، فالقاضي يتقيد بحرفية النص الخاص ويحكم بمقتضاه ، لأنه لامجال للاجتهاد فيه بسبب ان دلالته على الحكم قطعية ، وكل قطعي الدلالة لامجال للاجتهاد فيه ، وهذا هو المراد من المادة الثانية من القانون المدني العراقي " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص "، وليس المراد كل نص قانوني من المواد القانونية لان دلالة بعض المواد على المعنى المراد للمشرع ظنية أو غامضة تحتاج الى الاجتهاد لتحديد المعنى المراد[3] ،

وأبعد من ذلك فأن يمكن للمحكمة الانحراف عن المعنى العادي للألفاظ اذا كان ذلك المعنى من شأنه ان يؤدي الى معنى عبثي ، على نحو ما جاء فيما يعرف بـ (القاعدة الذهبية) ، لكن هل يقتصر تطبيق هذه القاعدة فقط عندما تكون الالفاظ محل شك ؟ أمْ من الممكن تطبيقها عندما يكون المعنى العادي واضحاً لكن نتيجته عبثية ؟

قبل الاجابة على السؤال ينبغي مراعاة ما يلي عند تفسير النص بموجب القاعدة الذهبية:

١. الالتزام بالمعنى النحوي والعادي للفظ.
٢. اذا ادى المعنى العادي الى تفسير متناقض أو عبثي أو عدم ملائم مع باقي نصوص التشريع ، يمكن تحوير المعنى العادي لتجنب ذلك التناقض أو العبث أو عدم الملائمة ، وذلك عن طريق النظر الى التشريع ككل .

في الحالة الاولى اذا كان المعنى محل شك فيفضل التفسير غير العبثي على التفسير العبثي ، أما الحالة الثانية أي عندما يكون المعنى واضحاً لكن نتيجته عبثية فتستخدم القاعدة دون توسع [4]، يؤخذ على هذه القاعدة انها لم تحدد معياراً واضحاً للعبثية .

([1]) د. محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية ، الجزء الاول، الطبعة الرابعة ، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان ، ١٩٩٦ ،ص ٢٣٩. د. محمد مصطفى الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار الفكر ، دمشق ، ٢٠٠٦ ، ص٢٨١.محمد احمد حسن خلف الله ، مصدر سابق ، ص٣٧.

([2]) د. محمد مصطفى الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، الجزء الاول، المصدر السابق ، ص٢٧٦.

([3]) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، مصدر سابق ، ص٦٠.

([4]) نقلا عن محمود محمد علي صبره ، المشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية ، مصدر سابق ، ص٥٧.

وعطفا على قاعدة الإستثناء لا يجوز التوسع فيه فأن الإستثناء من الافضل أن يحدد بحدود معينة منعاً للاجتهاد والقياس الذي يفقد النص القانوني الغاية التي وجد من اجلها ، لذا يجب الاعتدال في حالات الإستثناء فالاستخدام العشوائي قد يمنى بنظام قانوني متزعزع وغير مستقر ولا يمكن ضبطه ، مما يشكل خطراً على التعاملات المدنية .

واخيرا نرى ضرورة عدم التوسع في إيراد الإستثناءات ، وتحديدها في مواردها الخاصة ، مما يقتضي معه أن النصوص الإستثنائية لا يصح مد مفهومها الى حالات أخرى ، وإلا فلن تبقى قاعدة عامة ، لكن هل هذا الكلام على إطلاقه ، هذا ما يجيب عنه الفرع القادم.

الفرع الثاني

الإستثناء التوسع في مورد الإستثناء

أن التفسير الواسع للنصوص لا يسوغ في كل الحالات فهنالك من الحالات ما يمتنع فيها تفسير النصوص تفسيراً واسعاً ، ولعل محل بحثنا الإستثناء المثال الابرز لما يعرف بالتفسير الضيق ، فالنصوص الإستثنائية يجب ان تفسر تفسيرا ضيقا والوقوف عند حد المعنى الحرفي المستفاد من منطوق عباره النص والفاظه فقط ، دون البحث عن روح النص وفحواه [١]، ويقصد بـالتفسير الضيق ذلك التفسير الذي يهدف الى اجراء تصحيح لتعبيرات المتعاقدين ، بتخصيصها أو الحذف منها ، بمعنى آخر يقوم القاضي بتهذيب العبارات ليعود بها الى النطاق الحقيقي الذي يتعين ان تكون فيه [٢].

والتفسير بمعناه الضيق يشمل إزالة الغموض الذي قد يعتري نصوص التشريع فالتفسير عملية عقلية علمية للكشف عن المصلحة التي تحميها الإرادة التشريعية ، وعليه فإن التفسير وفق هذا المفهوم لا يرد إلا على المصدر الذي يأتي باللفظ والمعنى معا، فهو يتناول القواعد التشريعية لأن هذه القواعد تأتي على شكل نصوص مكتوبة صادرة في صورة رسمية من السلطة المختصة[٣] ، ونرى أن المفسر ملزم بأن يفسر النص القانوني بما يتوافق مع إرادة المشرع، وعليه فإنه لا بد وأن ينحصر عمل المفسر في حدود التفسير الضيق لا الواسع ، ذلك أن ممارسته لعملية التفسير بمعناها الواسع يخشى معه أن تحل إرادة المفسر محل إرادة المشرع وما قد يترتب على ذلك من تعديل النصوص القانون وتعطيلها تحت

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ود. احمد ابو ستيت ، اصول القانون ، مصدر سابق ، ص٢٤٧.أ.د عكاشه محمد عبد العال أ.د سامي بديع منصور ، مصدر سابق ، ص ٥٨.

(٢) د. عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، رسالة دكتورة مقدمة الى كلية القانون جامعة الاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص١٠٩.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، د. احمد ابو ستيت ، اصول القانون ، مصدر سابق ، ص٢٣٦. د. محمد الصغير بعلي ، المدخل للعلوم القانونية ،النظرية القانون ونظرية الحق ،الجزائر ، ص ١٨٠ .

غطاء التفسير، الأمر الذي يفقد النص القانوني صفتي الثبات والاستقرار ومن ثم زعزعة ثقة المواطنين بالقانون، وعليه يقتصر التفسير وفق هذا المفهوم على تفسير النص الإستثنائي ، كما تثير مسألة الاختيار بين المعنى الاساسي الضيق للكلمة ومعناها العام الواسع صعوبة كبيرة للقاضي عند تفسيره النص التشريعي ، والاصل انه اذا كان النص محل شك ، يمكن البحث عن نية المشرع والغاية منه ، فإذا كان النص يتعارض مع الغاية من التشريع ، يمكن اللجوء الى معرفه معناه الفرعي أو السياقي على حسب الغاية منه ، لكن التعرف على الغاية من التشريع لا يكون دائماً امراً سهلاً ويمكن افتراض التوصل الى الرأي نفسه في وقائع مماثلة [١].

و يمكن الاستدلال على التفسير الضيق من خلال عبارات والفاظ النص المراد تفسيره ايضا ، من خلال الرجوع إلى نوع التشريع الذي ورد فيه النص المراد تفسيره[٢] ، فعلى سبيل المثال النصوص التشريعية الواردة في قوانين ايجار العقار لا يمكن التوسع في تفسيرها باعتبار أنها قد جاءت مقيده لحق مالك العقار في التصرف بعقاره الذي يملكه ومن ثم لا يمكن التوسع في تفسير نصوصه الإستثنائية. إذ أن النصوص المؤقتة هي نصوص إستثنائية وردت على خلاف الأحكام العامة المقررة في عقد الإيجار ، فإنه من الواجب عدم التوسع في تفسيرها شأنها في ذلك شأن كل نص استثنائي[٣] . لاسيما أن النص لا يشرع لزمان محدد إلا استثناءا ، إذ الأصل فيه سريان أحكامه لأجل غير محدد .

لذا فأن اهم مجالات الاخذ بالتفسير الضيق(**الخاص يقيد العام)** ويقصد بمبدأ " الخاص يقيد العام " انه إذا ورد نص في قانون خاص ، وورد نص في قانون يتعارض معه في قانون يمثل الشريعة العامة ، تكون الاولوية لتطبيق ما ورد في القانون الخاص ، ومالم يرد فيه نص في القانون الخاص يتم الاحتكام فيه الى ما ورد في الشريعة العامة ، مثال ذلك اذا ورد نص في قانون العمل ينظم مسألة ما ، وورد نص حول المسألة نفسها في القانون المدني .

وهذا ما اكدته محكمة استئناف واسط في قرار لها جاء فيه " إن الإستثناءات التي ترد على القواعد العامة عموماً يجب ان تفسر في أضيق نطاق و الإستثناء لا يجوز التوسع بتفسيره أو القياس عليه و ...."[٤].

وفي قرار لمحكمة النقض المصرية[١] جاء فيه " أن القاعدة المقرر في قضاء النقض – إجازة بيع مستأجر المصنع أو المتجر بالجدك . استثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه . وجوب توفر صفة

---

(١) محمود محمد علي صبره ،المشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية ، مصدر سابق، ص١٩٣.
(٢) المستشار عباس قاسم مهدي الداقوقي ، المصدر السابق ، ص ٢١٠ .
(٣) عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني ، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء الايجار والعارية ،الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت-لبنان، ص٨٩١.
(٤) قرار صادر عن محكمة استئناف واسط بصفتها التمييزية بالرقم ١/حوالة/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٣/١٩غير منشور .

المصنع في المكان المؤجر ، وأنه يشترط لتطبيقه أن يكون المكان المؤجر مستغلاً لممارسة الأعمال ذات الصفة التجارية و التى ينطبق عليها وصف المصنع أو المتجر دون سواها من الأماكن التى لا يمارس فيها هذا النوع من النشاط ، وإذ كان من المقرر أن الإستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه "[٢].

لذا يجب الاعتدال في تفسير النصوص الاستثنائية لان التفسير الواسع قد يمنى بنظام قانوني متزعزع وغير مستقر ولا يمكن ضبطه ، مما يشكل خطرا على التعاملات المدنية ، كما نرى ان جعل الإستثناء محدود بمورد الإستثناء يأتي من كونه يعالج اوضاعاً إستثنائية خاصة وضيقة النطاق بدلالة عدم جواز التوسع فيها ولا القياس عليها .

و عدم التوسع في تفسير النصوص الإستثنائية ، وضرورة إيرادها في مواردها الخاصة ، يتأتى من كون المشرع عموما يتبنى النهج التشريعي الصريح ، من خلال صياغاته للنصوص القانونية بعبارات صريحة ، لذا فأن التوسع في حالات الإستثناء مازال امر محل نظر ، مع ذلك هنالك من يرى امكانية التوسع في الإستثناء في بعض تطبيقاته ، ويتوافر سند لذلك اذا كان الحكم متعدد الاجزاء حال توافر الارتباط بينها ، ويعضد ذلك قاعدتي المشقة تجلب التيسير ، واذا ضاق الامر اتسع [٣].

فقاعدة (المشقة تجلب التيسير) وردت في المادة الـ(١٧) من المجلة فهي قاعدة اساسية تطبق في كل نواحي الحياة ، وتعني هذه القاعدة ان الصعوبة تعتبر سبباً للتسهيل ويلزم التوسيع في وقت الضيق ، كما في تجويز الفقهاء بيع السلم على خلاف القياس دفعا لحاجة الناس ، ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدة تليها في الترتيب اوردتها المجلة في مادتها الـ(١٨) (أذا ضاق الامر اتسع) واضافت الى ذلك شروحاً لها بعبارة (يعني انه اذا ظهرت مشقة في امر يرخص فيه ويوسع) [٤]، وفي قول الشافعي" بُنيت الأصولُ على أنَّ الأشياء إذا ضاقت اتّسعت" . يريد بالأصول قواعد الشريعة، وبالاتساع الترخيص الخارج عن الأقيسة واطراد القواعد، وعبر بالضيق عن المشقة ، فهذا يشير إلى أن الإستثناء والعدول عن القاعدة العامة بطريق التوسيع حال وجود موجبها ؛ رسم تشريعيٌّ ينبغي اتِّباعه حال نظره في المسائل

([١]) الطعن رقم ١٦٦٢٩ لسنة ٨٥ قضائية- جلسة ٢٧/٠٦/٢٠١٨دائرة الاجارات .

([٢]) نصت المادة ٥٩٤ من القانون المدنى المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ منه على: " إذا كان الأمر خاصاً بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضى بإبقاء الإيجار إذا قدم المشترى ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق " إنما هو استثناء من الأصل المقرر وهو التزام المستأجر باحترام عقد الإيجار فيما نص عليه من حظر التنازل عن الإيجار اقتضاه حرص المشرع على استبقاء الرواج التجارى متمثلاً في عدم توقف الاستثمار الصناعي أو التجاري في حالة اضطرار صاحبه إلى التوقف عنه . تقابلها المادة

([٣]) احمد محمد حسن خلف الله ، مصدر سابق ، ص٣٨.

([٤]) نقلا عن القاضي عمر كركوكلي ، مصدر سابق ، ص_١٩٦ _١٩٨.

المعروضة[1] ،وفي تطبيق هذه القاعدة يوجد مجال واسع في حالات الضيق فيتعين التخفيف كما في الاحوال العامة كالحروب والزلازل والفيضانات ، والمثال البارز عليها في نطاق القانون المدني نص المادة ٢/١٤٦ من القانون المدني العراقي [2] الذي يشكل إستثناءً على الاصل العام العقد شريعة المتعاقدين ، إلا ان التطبيق العملي افرز واقعاً طبق فيه هذا الإستثناء بمثابة اصل عام في الكثير في المناسبات على الرغم من حقيقته الإستثنائية .

ويثبت بناء على ذلك ان احكام الإستثناء في حقيقة امرها إعمال للنصوص بأوسع مدى في الحالة المستثناة في إطار المعقولية دون تعسف في تقديرها ،على نحو يمكن معه القول بأن مبدأ المشروعية يتسم بالمرونة ويتسع مداه في الحالات الإستثنائية ، مما يؤدي الى احلال الشرعية الاستثنائية محل الشرعية العادية ، لذا ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن " من المقرر قانوناً انه مع قيام القانون الخاص لا يرجع الى احكام القواعد العامة ، إلا فيما فات القانون الخاص من الاحكام ولا يجوز إهدار القانون الخاص بذريعة إعمال قاعدة عامة لما في ذلك من منافاة صريحة للغرض الذي وضع من اجله القانون الخاص "[3].

فهذا التوسع في مورد الإستثناء يثير التساؤل عما اذا وجدت ظروف غير عادية تخل بسير الحياة عامة، كما لو حصلت بعض الكوارث الطبيعية أو الاضطرابات الداخلية أو الحروب الخارجية وغير ذلك من الظروف غير المتوقعة والتي لا يمكن دفعها، فهل من شأنها ان تؤدي الى تطبيق هذا النص الإستثنائي ؟ وهل يمكن لنا ان نعد (فايروس كورونا) باعتباره وباء عالمي وذات تأثير على مرافق الحياة كافة إستثناءً ؟ خصوصاً وان الجهات المختصة في العراق والعالم قد اتخذت من الاجراءات الكثير بحيث ترتب عليها شل حركة مؤسسات الدولة كافة ومن بينها المحاكم، وكذلك تقييد حركة الخصوم في التنقل وممارسة حقهم في مراجعة المحاكم المختصة.

الاجابة على هذا التساؤل في ظل عدم وجود نص خاص أو احكام تعالج المسألة المطروحة، هو توظيف القواعد العامة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل النافذ، من اجل سد النقص الحاصل في هذا المجال، من خلال اعتبار ان ما يتخذ من اجراءات في ظل

([1]) نقلا عن العز ابن عبد السلام - عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، الجزء الثاني ، ص١٩٦.

([2]) نصت المادة ١٤٦" من القانون المدني العراقي المعدل النافذ ١. اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي.٢. على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

([3]) طعن رقم ٥١٠ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٣/١١/٢٢ س٥٤ ص١٢٨٩ نقلا عن محمد علي صبره ، مصدر سابق ، ص ١٩٥.

انتشار فايروس كورونا ظرف طارئ غير متوقع من شأنه خلق استحالة نسبية، وبالتالي قوة قاهرة تمثل مانع حقيقي يستحيل معه على المدعي ان يطالب بحقه ، ومع تحقق هذا الظرف العام والقهري المتمثل بـ (جائحة كورونا) بموجب الامر الديواني رقم (٥٥) لسنة (٢٠٢٠) ، ما كان امام مجلس القضاء الاعلى إلا اصدار بيان بتاريخ (٢٠٢٠/٤/٦)، قرر فيه ايقاف سريان المدد القانونية الخاصة بالطعون في الاحكام، كما اعتبر فترة التعطيل هي فترة انقطاع بالنسبة للدعاوى.[١] .

ونتفق مع من يرى بان العدالة تقتضي بانه في حال وجدت ظروف غير اعتيادية إستثنائية تخل بسير الحياة بصورة عامة ، كما في حالة الاعتداء الخارجي أو الاضطرابات الداخلية أو وقوع الكوارث الطبيعية أو انتشار الأوبئة ، وغير ذلك من المظاهر القاهرة ، فإن سريان المدد تقف الى حين زوال المانع المذكور، فالقوة القاهرة توقف المواعيد الحتمية ، ومن ثم لا يسري الميعاد في حق من لا يستطيع اتخاذ الاجراء ، وبالتالي يضل الميعاد موقوفاً طوال فترة قيام المانع ، ويتم حساب المدة السابقة على تحقق سبب الوقف ويضاف اليها المدة اللاحقة على زواله بما يؤدي الى استكمال الميعاد الذي يتطلبه القانون [٢]، إذ من غير المنطقي أن تحث المواطنين والشعب بأسره علي ملازمة مساكنهم (حظر التجوال) وفي نفس الوقت تسري المواعيد في حق من يطلب منه إتيان عمل إجرائي يشترط حدوثه في مدة ما، أو طعن علي حكم ما بدأ سريان ميعاد الطعن عليه، (وهذا ما حصل فعلاً مع وجود جائحة كورونا) فإذا ما وقعت القوة القاهرة التي تحمل معنى الظروف الطارئ فأنها تحول بين الملتزم بالميعاد وصاحب المصلحة في العمل المحتم اتيانه فيه وبين تنفيذ التزامه ، ومن ثم توقف تلك المواعيد الى حين زوال السبب .

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة دمياط الابتدائية في ١٨ اكتوبر ٢٠٢٠ حكما بتخفيض القيمة الإيجارية بسبب فيروس كورونا واعتبار الاجراءات التي تم اتخاذها من مجلس الوزراء موجباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة بشأن ايجار قاعة افراح .

كما اصدرت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (١٢٠٧٩) لسنة (٨١) قضائية جلسة (٢٠١٢/٥/٣)، إذ كان البين من الكتاب الدوري رقم ٥ لسنة ٢٠١١ الصادر عن وزارة العدل أن هناك قوة قاهرة منعت المتقاضين من الطعن على الأحكام في المدة من ٢٠١١/١/٢٦ حتى٢٠١١/٢/٧ مما

---

[١]) والذي نص على ما يأتي " نظراً للظرف الذي يمر به البلد بسبب انتشار فايروس كورونا وتعطيل الدوام الرسمي تقرر ما يأتي :-ايقاف سريان المدد القانونية الخاصة بالطعون في الاحكام والقرارات طيلة فترة تعطيل الدوام الرسمي ابتداءاً من تاريخ ٢٠٢٠/٣/١٨ بسبب انتشار فايروس كورونا على ان يستأنف في يوم بدء الدوام الرسمي بعد زوال الحظر.تعتبر فترة تعطيل الدوام الرسمي فترة انقطاع للمرافعة لكافة الدعاوى لحين زوال السبب ، بيان مجلس القضاء الاعلى ٤١/ق/أ في ٢٠٢٠/٤/٦. وحسناً فعل مجلس القضاء الاعلى (في الوقت الحالي على الاقل) حين اصدر هذا البيان وذلك لمنع الاجتهادات النظرية بشأن مدى توافر حالة وقف المدد القانونية للطعون في الاحكام من عدمه، كما قطع الطريق امام المحاكم المختصة في هذا الشأن، وكذلك من اجل طمأنة الخصوم في المحافظة على حقوقهم.

[٢]) د. احمد الهندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الثاني، دار المعارف الجديدة ، ١٩٩٥ ص١٧٤.

لازمه وقف سريان كافة المواعيد الإجرائية المتعلقة بالطعن على الأحكام وكان مؤدى وقف سريان ميعاد الاستئناف خلال تلك المدة المشار إليها عدم احتسابها ضمن ميعاد الاستئناف الذي سرى من صدور الحكم المستأنف في ٢٠١٠/١٢/٢٨ بحيث يحسب هذا الميعاد على أساس إضافة المدة السابقة على وقف سريان الميعاد للمدة اللاحقة لزوال سبب هذا الوقف وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يحتسب المدة التي وقف سريان ميعاد الاستئناف خلالها على ما سلف بيانه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبيب ، كما قضت في حكم اخر بموجب الطعن المرقم (٥٥٢٧) لسنة (٨١) قضائية جلسة (٢٠١٨/٤/١٧) الدائرة المدنية، القاضي بأنه إذا كانت الظروف الاستثنائية التي مرت بها البلاد بسبب ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ وما لابسها من مخاطر لم تكن متوقعة الحدوث ولا قبل للخصم بدفعها أو التحرز منها من شأنها أن تعد من حالات القوة القاهرة التي يترتب عليها وقف ميعاد الطعن في الأحكام وكان قد صدر عن وزارة العدل تبعاً لذلك الكتاب الدوري رقم ٥ لسنة ٢٠١١ معتبراً أن هناك قوة قاهرة منعت المتقاضين من الطعن على الأحكام في المدة من ٢٦ / ١ / ٢٠١١ حتى ٧ / ٢ / ٢٠١١ وإذ صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ ١٩ / ١ / ٢٠١١ وكان الطاعن قد أودع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة مصدره الحكم في ٢١ / ٣ / ٢٠١١ فإن الطعن يكون قد أقيم في الميعاد القانوني بحسبان أن المدة المشار إليها في كتاب وزارة العدل قد وقف سير الميعاد خلالها .[١]

وفي فقه النوازل فأن الحكم الشرعي يدور في فلك المصالح المرعية ، والتي تجعل من فقه الموازنات مسلكا في هذا الشأن ، جلبا للمصالح ودرءً للمفاسد ، فغلق بعض المرافق والحد من حركة الناس وفرض حظر التجوال فيه مفاسد بلا شك ، لكنه يدرء مفسدة أشد وأكبر وهي انتشار الوباء بصورة يعجز النظام الصحي للدولة عن معالجته مما يعرض النفوس للهلاك ، فتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد .[٢].

وبالرجوع الى قانون ايجار العقار رقم ٥٦ لسنة٢٠٠٠ المعدل النافذ بوصفه قانوناً إستثناءً من القانون المدني نص في المادة الثانية على "١. يمتد عقد الايجار بعد انتهاء مدته مادام المستأجر شاغلا العقار ومستمرا بدفع الاجرة طبقا لأحكام القانون ، مع مراعاة احكام الفقرة ١٤ من المادة السابعة عشر منه .٢. **تستثنى** من حكم الفقرة (١) من هذه المادة العقارات المعدة للسكنى المبنية حديثاً و اكتمل بناءها بعد ١٩٩٨/١/١ او بعده وتكون مدة نفاذ عقد الايجار فيها وفق اتفاق الطرفين .".[٣]

---

[١]) ينظر الموقع الالكتروني https://www.youm7.com/story/2020/3/29
تاريخ الزيارة (٢٠٢٠/٥/٦).

[٢]) احمد ربيع الازهري ، القواعد الفقهية الضابطة للعقل الفقهي في زمن النوازل (نازلة الكورونا نموذجا)، وزارة الاوقاف المصرية، القاهرة، ٢٠٢٠، ص٧-١٤.

[٣]) المتتبع لقرارات يجد ان المحاكم العراقية لم تتخذ موقفا موحدا تجاه العقارات المبنية بعد ١٩٩٨/١/١منها الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف في الكرخ الاتحادية العدد (٥عقار /٢٠١٥) في ٢٠١٥/١/١١وجاء فيه " يخضع عقد ايجار

يتضح أن المشرع قد أخذ بـــ امتداد الايجار لمدة غير محددة وبنفس شروط الايجار الاصلي [١]، فعلى الرغم من ان مدة الايجار تكون غالبا محددة بموجب العقد المبرم ، بينما انتهاء المدة المعينة لا ينهي عقد الايجار مادام المستأجر باقياً في المأجور ومستمرا على دفع الاجرة وموفيا بكافة التزاماته القانونية ، فإن قانون ايجار العقار النافذ قضى بـامتداد الايجار وبقاء المستأجر في المأجور دون الحصول على موافقة المؤجر او حتى لو عارض في بقاء المستأجر بعد انتهاء المدة المحددة في العقد لان بقاء المستأجر في المأجور حق مستمد من القانون وليس من العقد [٢]، فالمشرع فرض إرادته وقيد حرية الأفراد في تحديد المدة ، وإذا كان الغرض من الامتداد القانوني حماية المستأجر في ظروف يعتقد المشرع ضرورة التدخل فيها وفرض إرادته على إرادة المؤجر، إلا إننا نرى إن هذا التدخل من الناحية الواقعية أدى إلى مشاكل كثيرة ، لذا كان الاجدر بـ المشرع ترك العلاقة الإيجارية لإرادة المتعاقدين ، وعدم التوسع في الامتداد القانوني كونه حكماً إستثنائياً يعالج ظروف وأزمات اجتماعية واقتصادية وعدم التدخل إلا في ظروف إستثنائية عامة ولمدة محدودة على أن تقوم بمعالجة الظروف الإستثنائية وإعادة التوازن من جديد ، وعدم إطلاق التمديد القانوني للمدة إلى حد يصل إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني ، كما لا يؤدي موت المستأجر الى انتهاء عقد الايجار بل يبقى ممتداً امتداداً قانونياً لمصلحة من كان مقيما معه سواء كان من ورثته أو من الاشخاص الذين يحق لهم السكن معه .[٣]

نخلص مما تقدم أن ظاهرة إستثناء 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

العقارات المشيدة حديثا والتي اكتمل بناءها في ١٩٩٨/١/١ او بعده الى القانون المدني العراقي وينبغي مراعاة مدد التنبيه الواردة في المادة٧٤١من القانون المدني عند طلب التخلية ".بينما نجد تطبيقات قضائية اخرى منها قرار محكمة استئناف الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية العدد (٥٧٧/م/٢٠١٠) في ٢٠١٠/٦/٢٨ الذي لم يعتبر عقد الايجار للدار المشيدة بعد ١٩٩٨/١/١ مستثنى من قانون ايجار العقار ويخضع للقانون المدني ،وانما اعتبر ان العقد ينتهي بانتهاء مدته على وفق الفقرة٢ من المادة (٣) وهذا الاتجاه لا يعتبر هذه العقارات مستثناة من احكام ايجار العقار وانما الامر يتعلق بالامتداد القانوني وتبقى خاضعة لكافة الاحكام الاخرى الواردة في قانون ايجار العقار .والفرق بين هذين الاتجاهين هو قراءة نص القانون قراءات مختلفة ، فالاتجاه الاول جعل احكام العقد تخضع للقانون المدني لأنه عدها من العقارات الخاضعة لقانون ايجار العقار ، بينما الاتجاه الثاني عدها من العقارات الخاضعة لقانون ايجار العقار .ونرى انها تخضع لقانون ايجار العقار بدلالة المادة الاولى منه التي وردت مطلقة دون استثناء.

([١]اما المشرع المصري فقد أقر بموجب قانون إيجار الأماكن رقم ٢١ لسنة ١٩٤٩عدم السماح للمؤجر طلب تخلية المكان المؤجر ولو عند انتهاء المدة المتفق عليها في العقد إلا لأسباب معينة، نص عليها القانون.

[٢]() د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة (البيع –الايجار- المقاولة)، العاتك - بيروت ، المكتبة الوطنية – بغداد ، ٢٠١٧-٢٠١٨، ص ٢٥٦.

[٣]()) د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع –الايجار-المقاولة) ، الطبعة الثانية ، العاتك - مصر ، لمكتبة الوطنية – بغداد ،١٩٩٩، ص٢٩٦.

يخصص الحكم العام ولا يلغيه سواء ورد الحكم الخاص في تشريع قديم أمْ حديث أو في التشريع ذاته الذي ورد فيه الحكم العام ، ولذا يقال " ان النص على الإستثناء لا يتناقض مع وجود القاعدة العامة ، بل بالعكس يؤيدها ، وكذلك النص على قاعدة عامة لا يتناقض مع وجود الإستثناء" [١]، إلا انها لا يخفى او يتعارض مع القواعد العامة تحول الكثير من النصوص الإستثنائية الى نصوص عامة في مجال تطبيقها بفعل الواقع العملي ، مما افرز بدوره حكمين ، احدهما اصلي ، والثاني حكم اصلي ايضا لكن في حدود مجال تطبيقه ، لذا كان الحكم الثاني إستثناءً من الاول ظاهراً أو شكلاً ، إلا أن في الحقيقة والمضمون حكم اصلي ورد تخفيفاً وتلطيفاً ، فكان بمثابة رخصة من المشرع تحت مسمى النصوص الإستثنائية التي جاءت على خلاف القياس .

المطلب الثاني

الإستثناء لا يجوز القياس عليه

يحظى القياس بأهمية خاصة بين علماء اصول الفقه[٢] ، ويرجع هذا الاهتمام المتزايد الى عدة اعتبارات منها ان القياس يمنح النص صفة الاستمرار والدوام مع وقائع الاشخاص ومشاكلهم غير المتناهية ، إذ يعد ضرورة تشريعية تقتضيه كثرة الحوادث وقلة النصوص [٣].

فقد يلجأ القاضي إلى الاستنتاج بطريق القياس بإعطاء نفس الحكم الخاص بواقعة نص عليها المشرع لواقعة اخرى لم ينص عليها وذلك لاتحادهما في العلة [٤] ، وعليه تفترض هذه الطريقة وجود حكم منصوص عليه في حالة معينة محددة ووجود حالة أخرى ليست من نوع الحالة المنصوص عليها ، ولكن العلة واحدة ، لذلك تقاس الحالة الثانية على الحالة الاولى وتأخذ حكمها عن طريق القياس ، ويتضح من تلك العملية القضائية في الأغلب صورة من صور القياس المنطقي المعروف بالقياس الشرطي وهذا القياس يكون ذا مقدمة كبرى (القاعدة القانونية)، ومقدمة صغرى هي القضيـة ، ونتيجة هو حكم القاضي [٥]، مثل اعتبار التعاقد مع معتوه موقوفا قياساً مع الطفل الصغير نظراً لاّتحاد العلة [٦]، وهي فقدان

([١]) د. جلال محمد ابراهيم ، د. محمد حسام محمود لطفي ، نظرية القانون ، بلا دار نشر ، ١٩٩٤-١٩٩٥، ص١٤٢، هامش ٢٤٣. مشار اليه لدى محمد احمد حسن خلف الله ، مصدر سابق ، ص٤٠.

([٢]) باستثناء الامامية فلا يأخذون بالقياس ينظر الحسن بن يوسف بن علي بن محمد بن مُطهّر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول ، مصدر سابق ، ٢١٤.

([٣]) د. محمد بن عمر ، من الاجتهاد في النص الى الاجتهاد في الواقع ،الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان ، ٢٠٠٩، وص٨٧.

([٤]) محمود محمد علي صبره ، المشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية ، مصدر سابق ، ص٩٠.

([٥]) د.علي جمعة محارب دور الاجتهاد القضائي ، بحث منشور في مجلة القضاء ، العدد٤٦ ، السنة ١٩٨٨، ص٨٢.

([٦]) انظر المادة ١٠٧ "المعتوه هو في حكم الصغير المميز".

الأدراك والإرادة عند كلاهما ، على أنه يتوجب على القاضي توخي الحيطة والحذر عند اللجوء للاستنتاج بطريق القياس حتى ينتهي التفسير للوصول إلى أحكام تغاير في جوهرها الاحكام القانونية المقيس عليها ، ولذلك يلتزم القاضي بالتحقق من وجود التشابه أو الاتحاد في العلة بين الحالتين ثم التأكد من أن حكم الحالة المنصوص عليها ليس حكمًا استثنائياً ، وإلا كان هذا الحكم وارداً على خلاف القياس ، والقاعدة هنا أن : " ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه ." [١].اي ما ثبت " من الْأَحكام بِالنص الْوارِد " على خلاف الْقيَاس فغيره لَا يُقاس عليهِ "[٢].

لذا تقتضي منهجية البحث بيان القياس ابتداءً لنتعرف على الاشكاليات التي يطرحها القياس على المستثنيات وهل هنالك امكانية للقياس عليها ؟ هذا ما سنحاول بيانه من خلال الفرعين القادمين ، اذ افردنا الفرع الاول لبيان القياس ، فيما سنبحث اشكالية القياس على الإستثناء في الفرع الثاني .

الفرع الاول

مفهوم القياس

يأخذ القياس في النصوص المدنية دوراً مهماً ، كذلك الامر في النصوص الشرعية له دور في استنباط العلل من الالفاظ ، وقد تعددت تعريفات القياس في اصول الفقه والمنطق ، فقد عرفه الاصوليين تعاريف عدة تدور حول الحاق امر غير منصوص على حكمه بأمر آخر منصوص على حكمه لاشتراك بينهما في علة الحكم[٣] ، لكن ما يهمنا هو القياس القانوني الذي يعد وسيلة عملية لاستكمال ما يشوب القانون من نقص عن طريق ايجاد حل لمسألة لم ينظمها القانون[٤] ، وذلك عن طريق استعارة الحل الذي قرره القانون مماثلة لها ، فالقياس ما هو الا وسيلة لتوسيع النص وارجاع الجزئيات الى الكليات .وقد عرفه رأي بأنه " استدلال بعلة حكم (منصوص عليه) مسألة على وجوده في مسألة مشابهة تتوفر فيها هذه العلة "[٥].

وينقسم القياس بدوره الى نوعين رئيسين الاول ، **القياس بالموافقة** : وينقسم بدوره الى نوعين فرعيين وهما القياس العادي ، و القياس من باب اولى ، وهو أن تكون هناك حالة منصوص على حكمها، وتكون العلة في المقيس اقوى منه واكثر توافراً في المقيس عليه، فيطبق الحكم في الحالة المنصوص

---

(١) نص المادة ٣ من القانون المدني العراقي . و هذه المادة نقلها المشرع من المادة (١٥) من مجلة الأحكام العدلية.
(٢) أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا ، الطبعة الثانية، دار القلم - دمشق / سوريا – ١٩٨٩، ص١٥١.
(٣) محمد ابو زهرة ، اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص ٢١٨.
(٤) د. منذر الفضل ، أصول القانون الفرنسي و البريطاني ، دراسة مقارنة مع القانون الأسلامي، مطبعة وزارة التربية، اربيل، ٢٠٠٤ ، ص٢٣٢.
(٥) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص١١٣.

عليها على الحالة التي لم ينص عليها وسكت عنها المشرع، ويكون هذا التطبيق من باب اولى ، أي ان علة تطبيق الحكم على الحالة المسكوت عنها اولى من الحالة المنطوق بها في النص[١].دون التعرض لبيان أن موطن اعمال القياس وتطبيقه هو عند عدم وجود النص وغيابه . والثاني **القياس بمفهوم المخالفة** ، ومن المصاديق على مفهوم المخالفة نص المادة ٨٤ " إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد."[٢] ، فمفهوم المخالفة لهذا النص اذا لم يحدد الموجب موعد للقبول فلا يلتزم تجاه القابل ، وكذلك نص المادة (٥٤٧) " إذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري ، يهلك على البائع ولا شيء على المشتري **(إلا)** اذا حدث الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع ..." .[٣]، فيستنتج من مفهوم المخالفة من هذا النص ان هلاك المبيع بعد التسليم يكون على المشتري ولا شيء على البائع ، لذلك وجب تفسير النصوص تفسيراً ضيقاً ، إذ الإستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه.

أما بالنسبة لصور القياس فيقسم بالاستناد الى العلة الى ما يلي :

اولا : القياس الجلي او القطعي

يعرف القياس الجلي عند الاصوليين بأنه ما تبادرت علته الى الفهم عند سماع الحكم [٤]. أما عند فقهاء القانون فقد عرفه رأي بأنه القياس الذي تكون فيه العلة في الفرع اكثر وضوحاً منها في الاصل ، فيطبق حكم الاصل على الفرع من باب اولى [٥] بمعنى ادق ان يوجد حالتين حالة منصوص عليها وحالة غير منصوص عليها ، فينسحب حكم الحالة المنصوص عليها الى الحالة غير المنصوص عليها من باب اولى ، كما سمي بالقطعي بالنظر الى ان ثبوت علة الحكم في المقيس امر قطعي ، ومن المصاديق عليه نص المادة (٧٦٢) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ والتي نصت على " أياً كان المأجور يجب على المستأجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الايجار، فان سكت العقد وجب عليه ان يستعمله بحسب ما أعد له ووفقاً لما يقتضيه العرف."، يفهم من خلال النص انه يجوز اعطاء هذا الحكم لحالة احداث المستأجر هدم للمأجور ، ناهيك ان علة الحكم اكثر تحققاً في هذه الحالة من حالة الاستعمال غير العادي .

---

[١] د. عبد الرزاق احمد السنهوري ود. احمد ابو ستيت ، اصول القانون ، مصدر سابق ، ص٢٤٥.

[٢] تناظرها المادة ٩٣ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ .

[٣] تناظرها المادة ٤٣٧ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ .

[٤] تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي، شرح الكوكب المنير ، مصدر سابق ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص٣٧٩.

[٥] عبد الحي حجازي، مصدر سابق ، ص

ثانيا : القياس المساوي

وهو القياس الذي تكون فيه العلة مساوية في الظهور في الفرع والاصل ، مما يترتب عليه المساواة في الحكم نظرا لمساواتهما في العلة ، كأن تكون هنالك نص مقرر لحالة معينة وكان هنالك حالة لم ينص على حكم لها ، ولكن تتوافر فيها العلة ذاتها المبررة للنص الاول ، فيطبق النص الاول على الثاني من غير ترجيح [١]، مثل نص المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي [٢] الذي اجاز للقاضي ان ينقص مقدار التعويض الذي يحكم به على المدين اذا كان الدائن قد اشترك بخطئه في احداث الضرر ، الا انه لم ينص على حالة ما اذا كان هنالك سببا اجنبيا قد اشترك مع خطأ المدين في احداث الضرر ، وبما ان العلة في الحالة الاولى هي عدم جواز الحكم بالتعويض على المسؤول الا في حدود مساهمته في احداث الضرر ، وهذه العلة متحققه في الحالة الثانية ، فيطبق حكم الحالة الاولى عليها .

الصورة الثالثة : القياس الادنى :

هو القياس الذي يكون الاصل اولى بالحكم من الفرع لان العلة فيه اقوى ، ومن المفهوم المخالف أن تكون العلة في الفرع ادنى أو اضعف من علة الحكم من الاصل، اي انه اقل ارتباطاً بالحكم من الاصل [٣].

الصورة الرابعة : القياس العكسي

هو القياس الذي بموجبه يتم اعطاء حالة غير منصوص على حكمها في القانون حكماً مخالف او عكسيا لحالة منصوص عليها في القانون لاختلاف العلة في الحالتين ، وهنا يفترض وجود نص في القانون يقرر حكماً لحالة خاصة ولعلة معينة ، مع وجود حالة اخرى غير منصوص عليها وتختلف عن الحالة الاولى في العلة ، فيطبق بشأنها المفهوم المخالف لحكم الحالة الاولى لاختلاف الحالتين في العلة ، كما في المادة (٧) من القانون المدني العراقي ، والتي نصت على " ١. من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان." فمن المفهوم المخالف للنص اذا استعمل الشخص حقه استعمالاً جائز فلا ضمان عليه .

والسؤال هنا هل بالإمكان التخصيص بالقياس عند من يقول به ؟

---

(١) د.هشام ابراهيم توفيق ، مصدر سابق ، ص١٠٧.

(٢) والتي نصت على " يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض او الا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سوء مركز المدين.".تناظرها المادة ٢١٦ من القانون المدني المصري النافذ.

(٣) د.هشام ابراهيم توفيق ، مصدر سابق ، ص١٠٦.

اختلف الاصوليون فى جواز تخصيص عموم اللفظ بالقياس إلى عدة أراء :

الرأي الاول : يجوز تخصيص عموم اللفظ بالقياس ، وهذا ما ذهب إليه أكثر الحنفية[١]، وبعض المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

الرأي الثانى: لا يجوز تخصيص عموم اللفظ بالقياس [٥].

الرأي الثالث: يجوز تخصيص عموم اللفظ بالقياس الجلى دون الخفى. إذ لا خلاف بين الاصوليين القائلين بالقياس فى جواز التخصيص بالقياس القطعى الذى يكون فيه حكم الاصل الذى يستند إليه الفرع مقطوع به ، وعلته منصوصة، أو مجمع عليها ، وهى موجودة فى الفرع قطعاً [٦].

وذهب رأي[٧] الى القول " فإنَّ بعض أَنواع القياس يجب تقديمه على عموم النص، وهو ما إذا كان حكم الأَصل الذي يستند إليه حكم الفرع مقطوعا به، وعلته منصوصة أَو مجمعاً عليها مع تصادقهما في الشرع منْ غيرِ صارف قطعاً ، فهذا النوع من القياس لا أَوفق الخلاف فيه في أَنَّه يخصص به عموم النص ، فيجب إستثناء هذه الصورة من ترجمة المسأَلة".

أما الخلاف عندهم فيكون فى جواز التخصيص بالقياس الظني . وسبب الخلاف هو الموازنة بين العموم والقياس فمن يرى أن دلالة العام على أفراده قطعية يقول: بعدم جواز تخصيص عموم اللفظ بالقياس .ومن يرى أن دلالة العام على أفراده ظنية يقول بجواز تخصيص عموم اللفظ بالقياس[٨] .

---

(١) ينظر محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ،أصول السرخسي ، مصدر سابق ، ج١، ص١٤٤. علاء الدين شمس النظر أبو بكر محمد بن أحمد السمرقندي ، ميزان الأصول في نتائج العقول ، حققه وعلق عليه وينشره د. محمد زكي عبد البر، مطابع الدوحة الحديثة، قطر الطبعة الأولى، ١٩٨٤ ،ص٢٩٣. أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، مصدر سابق ، ص٢٨٧.

(٢) أبو عبد الله محمد بن أحمد الحسني التلمساني ،مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول ،المحقق: محمد علي فركوس، المكتبة المكية ، الطبعة: الأولى ، مكة المكرمة، مؤسسة الريان - بيروت ، لبنان، ١٩٩٨ ،ص٥٣٦.

(٣) أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، مصدر سابق ، الجزء الثاني ، ص٣٣٧.

(٤) تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي، شرح الكوكب المنير ، مصدر سابق ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص٣٧٨.

(٥) الحسن بن يوسف بن علي بن محمد بن مُطهّر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول ، مصدر سابق ، ١٤٤.

(٦) عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص٤٩٢.

(٧) عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص٤٩٦.

(٨) ينظر في هذا الخلاف عياض بن نامي بن عوض السلمي ،أصُولُ الِفقهِ الذي لا يَسَعُ الفَقِيهِ جَهلَهُ ، مصدر سابق ، ص٣١٥.

أما عن شروط القياس في الفقه القانوني فقد اشترط للقياس عدة شروط منها:

١. أن لا يكون للفرع (المقيس) نص خاص به ، وهو الحالة الطارئة التي لا نص على حكمها ويراد الوصول الى حكم فيها ، وبخلافه لو كان له حكم فلا فائدة ترجى من القياس اذا تطابق الحكمان ، وان اختلفا يكون القياس باطلاً ، إذ لا قياس في مواجهة النص [١].

٢. أن يكون الاصل (المقيس عليه) علة يمكن ادراكها بالعقل بحيث تستند عليه في مد حكم الاول الى الثاني ، فالأصل هو الحكم الذي ورد فيه النص.

٣. أن تكون العلة الموجودة في الفرع مساوية على الاقل للعلة الموجودة في الاصل ، وبخلافه اذا تفاوتت فلا يصح القياس لان القياس مع الفارق لا يصح [٢].

٤. أن يكون الاصل (المقيس عليه) قد ورد بشأنه نص وإلا يكون هذا الحكم قد جاء على وجه الاختصاص ، فالأصل قد تفرد بحكم خاص فيجب ان يقتصر عليه ولا يقاس غيره عليه ، فما ثبت استثناءا عن الاصول والقواعد العامة لا يجوز التوسع فيما جاء على سبيل الإستثناء ، لأن القياس للتوسيع وغالباً الإستثناءات من الاصول تكون للضرورة والضرورات تقدر بقدرها ، لذا ما جاء إستثناء لا يقاس عليه غيره.[٣].

نخلص الى ان القياس بالمفهوم المتقدم لا يشمل الإستثناء ، إذ أن الإستثناء كما تقدم لا يقاس عليه ، لكن هل هذا الكلام يؤخذ على اطلاقه أمْ هنالك احتمالية للقياس على المستثنيات ؟ هذا ما يجيب عنه الفرع القادم .

الفرع الثاني

القياس على الإستثناء

إذا كان للقياس ما يبرره في النصوص المدنية ، فإن ذلك يقتصر على القواعد العامة فقط ، فلا يمتد القياس الى موارد الإستثناء ، لأن لا قياس على نص إستثنائي تطبيقاً لقاعدة أن الإستثناء لا يقاس عليه[٤] ، وهذه القاعدة لا تقتصر على النصوص المدنية فقط ، بل تشمل فروع القانون برمته ، لكن السؤال هنا هل ان تطبيق هذه القاعدة تجري على اطلاقها ؟

---

(١) د. عبد الرزاق الفحل ، المدخل لدراسة الانظمة ، الطبعة الثانية ، دار الافاق ، جدة ، ١٩٩٣، ص٩١.

(٢) نقلا عن د. عامر عاشور عبد الله ، القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد (١٥) ، (العدد (٥٢)، (السنة (١٧)، ٢٠١١، ص٥٨.

(٣) د. عبد الرزاق الفحل ، مصدر سابق ، ص٩١. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص١١٦.

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ود. احمد ابو ستيت ، اصول القانون ، مصدر سابق ، ص٢٤٧.

الجواب عليه يقتضي ابتداءً البحث في طبيعة النصوص القانونية فيما اذا كانت نصوص إستثنائية يمنع القياس عليها ، أمْ انها نصوص أصلية عامة ، وبعد البحث في طبيعتها نكون امام فرضتين ، الاولى انها نصوص اصلية تضع شروط على تطبيقها أو تحدد مداها فهي نصوص اصلية أو عادية **يجوز** القياس عليها ، وأما الفرضية الثانية انها نصوص إستثنائية تمثل انقطاعاً للسير الطبيعي لنصوص اخرى عامة ، بمعنى تشكل انقطاعاً لاستمرارها وتتابعها المنطقي فأنها تعد نصوص إستثنائية **لا** يجوز القياس عليها .

أما عن موقف المشرع العراقي من القياس غير واضح ، فهو لم يسكت حيال القياس و يدع امره إلى الفقه ، و لم يأت بقاعدة ايجابية تبيح الأخذ به ، و لو اراد المشرع أن يُعد القياس مصدراً للأحكام يجب العمل بما دلَّ عليه ، لكان قد نص على ذلك صراحة في المادة الأولى من القانون المدني التي خصصها لتعداد المصادر التي ترجع إليها المحاكم في إستنباط أحكامها، أمْ ان المشرع العراقي أراد الأخذ بالقياس بدلالة نهيه عن الأخذ به في حالة معينة فقط عندما تشذ القاعدة الإستثنائية عن المبادئ العامة فلا يجوز القياس عليها في الحالات المشابهة للحالة التي وردت بشأنها هذه القاعدة الإستثنائية ، ولربما يكون قد اجاز القياس انطلاقاً من مفهوم المخالفة لنص المادة الثالثة من القانون المدني العراقي ،و نعتقد بأن المشرع العراقي عامة أجاز الأخذ بالقياس بوصفه قاعدة خاصة ، و عند تطبيق حكم حالة منصوص عليها في التشريع على حالة أخرى مشابهة لها في العلة ، ولكن غير منصوص عليها في التشريع أي قياس حالة ورد بشأنها نص على حالة لم يرد بشأنها نص لإشتراك الحالتين في العلة، ولكن يبقى الإستثناء لا يجوز القياس عليه ، وعندما تكون هناك قاعدة إستثنائية واردة على خلاف الأصل (المبادئ العامة) فلا يجوز القياس عليها و التوسع في تطبيقها على الحالات المشابهة.

ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني العراقي اجاز الرجوع للفقه الإسلامي في تفسير القانون ، و طالما أن الفقه الإسلامي قد أجاز القياس [1]، فإن للقاضي العراقي القياس في المسائل المدنية ، ما عدا القياس على المستثنى ، فلا يقاس عليه لأنه لا يجوز التوسع في تفسيره ، و لأن ما جاء خلافاً للأصل العام هو بمثابة منحة يقتصر بها على مواضع منحها ، ولكن المشكلة في هذه الحالة هي كيفية التعرف عما إذا كان الحكم المنصوص عليه حكماً خاصاً مقصوداً بذاته على هذا النحو من التخصيص و التفريد فلا يجوز فيه القياس[2]، ويذهب رأي الى القول " أن الملاحظ في القوانين الحاضرة إن نصوصها

([1]) بأستثناء الفقه الامامي والظاهري راجع جمال الدين ابو منصور الحسن بن سديد الدين يوسف بن المطهر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول ، ص١٤٤.

([2]) د. عامر عاشور عبد الله ، مصدر سابق ، ص٧٢-٧٣.

كللها معللة ، وإن القياس يجري فيها ، والاصل فيها ان تكون معللة ، لأنها من عمل الناس ، فلابد من باعث على شرعيتها ، وتعرف العلة فيها ، وهذا الكلام على اطلاقه بالنسبة للقوانين المدنية "[1].

والسؤال هنا عن مدى صحة قاعدة المستثنى من القياس لا يقاس عليه ؟

وبالنسبة لموقف الفقهاء من القياس فقد اختلفت اراء الفقه في القياس على المستثنيات ، ويرجع هذا الخلاف الى مسألة القياس على الخارج عن القياس ، ونطاق الاحكام والاثار او التطبيقات المترتبة عليه ، ففي **رأي الامامية** القياس بجميع أنواعه لا عبرة به عند معشر الإماميّة أصلاً ، فلو ثبت بالدليل حكم لموضوع (سواء كان) موافقاً للقياس أمْ مخالفاً ، فالحكم يقتصر به على موضوعه و لا يتعدّى إلى غيره سواء عرفت علّة الحكم أو لم تعرف ، و سواء كانت ظنية أو قطعية، نعم، لو كانت العلّة منصوصة كما لو قال: حرمت الخمر لإسكارها، أمكن -عند بعضهم تسرية الحرمة إلى غير الخمر من المسكرات و إن لم يسم خمراً ، أما من يقول بالعمل بالقياس و حجيته فلا ريب أنّه لو ثبت عندهم حكم في مورد على خلاف القياس لدليل ، فإنّه يقتصر على مورده و ما عداه يبقى على حكم القياس ، و نظير هذا لو ثبت حكم على خلاف القاعدة ، فإنّه يقتصر فيه على دليله ، و يرجع في أمثاله إلى حكم القاعدة ، فمثلا ثبوت الشفعة حكم مخالف لقاعدة السلطنة ، فيقتصر فيه على مورده و هو عدم تعدّد الشركاء ، فلو تعدّدوا فلا شفعة [2]

.

أما موقف **الاحناف** ان القياس يقتضي اصل يقاس عليه ، أما الاستثناء فليس أصلاً ويمتنع القياس عليه ، لذا فأن المنافع ليس اموالا عندهم فهي لا تدخر لوقت الحاجة وتحدث شيئاً فشيئاً لكنها متقومه بالتعاقد كما في الاجارة غير أن الاجارة ثبتت على خلاف القياس أي بالإستثناء لحاجة الناس فلا يجوز قياس تقويم المنافع بغصبها على تقويمها بالعقد و الاتفاق وايضاً اذا ثبت تحمل الدية على العاقلة على خلاف القياس لم يجز تحميل الواجب في الموضحة على سبيل القياس ،حيث لا يقاس على الثابت إستثناء والاصل ان يتحمل الانسان نتيجة فعله لا نتيجه فعل غيره [3].

أما **الشافعية** فيرون جواز اجراء القياس على الاصل الثابت بالإستثناء أو على سبيل الترخيص ذلك ان الإستثناء أو الخروج على القواعد الشرعية ليس إلا استناداً لقاعدة اخرى غير القاعدة المستثنى منها ، وسبب ذلك ان قواعد الشرع برمتها تتلاقى في قضايا عامة ، لكن كل قاعدة انفردت بخاصية تخالف خاصية القاعدة الاخرى وتلك الخصائص مبناها على التغيير والاختلاف ، ومن هنا فأنهم يوجبون الضمان على من غصب منفعة وتتقوم عندهم بالعقد او بالتعدي والاستيلاء عليها بغير اذن مالكها ، وكذا فأن العاقلة تتحمل الدية وما دون ارش الموضحة وبالتالي لا يصح الحاق القياس على القياس

([1]) محمد ابو زهرة ، اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص ٢٣٤.
([2]) الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، الجزء الاول ، المصدر السابق ، ص١٣٨.
([3]) الزنجاني ، تخريج الفروع على الاصول ، مسائل الربا المسألة السابعة ص١٨٣-١٨٥.

الوارد بالإستثناء أي تعدي الاصل المقرر في الإستثناء المقيس عليه الوارد فيه النص الى الفرع المقيس الذي لا نص على حكمه لاشتراكهما في علة الحكم .

وعند الترجيح بين الآراء المتقدمة نرى ان رأي الامامية و الاحناف أكثر دقة فهم يمنعون القياس على الخارج عن القياس مما يدعم قاعدة ان الاستثناء لا يقاس عليه ، ويؤكد فكرة ان التطبيقات العملية الإستثنائية من القواعد العامة اصبحت اصولاً عامة وفقا للنصوص الوارد بشأنها واستجابة لتطور الحياة والمعاملات ، لذا فأن المستثنيات في حقيقتها لا يجوز القياس عليها في حالات مماثلة بغية تقرير إستثناءات اخرى عليها ، وبخلافه تعم الفوضى ، و بمعنى آخر اذا كان حكم الاصل معدولاً عن القياس فلا يجوز ان يقاس عليه ، وهذا ما اكدته المادة ٣ من القانون المدني العراقي "ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه."، المنقولة حرفياً عن مجلة الاحكام العدلية في المادة (١٥) [١] ، و إن المقصود بهذا المادة هو عند اعطاء واقعة معينة حكماً إستثنائياً على خلاف مقتضى الأحكام العامة السارية على أمثاله، لحكمة خاصة به ، فمثل هذا لا يقاس عليه غيره ، بعبارة اخرى، أن القاعدة الإستثنائية التي تشذ عن المبادئ العامة لا يجوز التوسع في تطبيقها على الحالات المشابهة للحالة التي وردت بشأنها هذه القاعدة الإستثنائية فالشفعة تثبت على خلاف القياس، لأنها تؤدي إلى تملك الشفيع للعقار المشفوع جبراً على المشتري، و تملك ملك الغير من دون رضاه غير جائز في الأصل، لأن الأصل هو الرضائية في عقد البيع ، لذا لا يقاس على الشفعة صورة أخرى من صور التملك بدون التراضي[٢].
خلافاً لما ذهب اليه الشافعية في جواز القياس على المعدول عن القياس .

ونرى اذا كان للقياس ما يبرره فيما يخص القواعد العامة فسنكون امام تناقض بين التوسع في التفسير من خلال القياس وبين الإستثناء الذي يمثل اصلا خروجا عن القاعدة العامة ، إلا انه على الرغم من ذلك قد نجد إستثناء يقاس عليه كما في نص المادة ٢/١٤٦ وغيرها [٣].

وهنالك رأي[٤] متفرد يذهب الى ان المستثنى من قاعدة القياس منقسم إلى ما عقل معناه وتسمى (معقولة المعنى)، وإلى ما لم يعقل وتسمى تعبدية .

([١]) محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، الجزء الاول ، المجمع الفقهي للتقريب بين المذاهب الاسلامية ، ص ١٣٧.
([٢]) نصت المادة ١١٢٨ من القانون المدني العراقي النافذ على "الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة.".
([٣]) والتي نصت "على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".
([٤]) محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي ، مذكرة في أصول الفقه ، الطبعة الخامسة ، مكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة ، ٢٠٠١ ، ص٣٣٣.

فالأول : يصح أن يقاس عليه ما وجدت فيه العلة كإستثناء العرايا للحاجة ، فلا يبعد قياس العنب على الرطب في ذلك إذا تبين أنه في معناه، وكإباحة أكل الميتة للمضطر صيانة لحياته يقاس عليه بقية المحرمات إذا اضطر إليها.

والثاني : لا يصح فيه القياس كشهادة خزيمة وقوله ﷺ لأبي بردة : اذبحها ولن تجزئ عن أحد بعدك (هذا حاصل ما ذكره المؤلف مع أن القياس على الأول خالف فيه كثير من العلماء).

واخيراً نؤكد على نقطة مفادها إذا كان حظر القياس فى النصوص الاستثنائية لا يعني حظر التفسير الموسع ، إلا أنه من العسير وضع الحدود الفاصلة بين ما يعد قياسا وما يكون مجرد تفسير موسع لنص إستثنائي يحقق مقصود المشرع منه ، ولا مناص من ترك ذلك الى القاضي المدني ، لكن المشرع يمكنه المساهمة فى سد الطرق التى تؤدي الى القياس فى تفسير النص الإستثنائي ، وذلك عن طريق تفادي النصوص الاستثنائية الواسعة التى تفتح المجال للتفسير الواسع ، باعتماده مثلا الصياغة الجامدة _وهو ما فعله في غالبية النصوص كما قدمنا _ والتي يمكن أن تكون منفذاً لاستثناءات لا تدخل فى قصد المشرع عند إصدار النص ، ليتلافى من خلال ما تقدم الإستثناء غير المضبوط بأحكامه ، لذا فيجب ان لا يتعدى الإستثناء التطبيقات المقرر لها ولا يقاس عليها أو يتوسع مداه لغيرها من الحالات ، ووفقاً لما تقدم تبقى التشريعات الإستثنائية على صفتها مهما طالت مدتها ، ولا تحل محل القواعد العامة أو تلغيها ، وإلا لما أبقت النصوص الإستثنائية على قاعدة عامة في القانون.

المطلب الثالث

العدول الى الإستثناء

ان العدول الى الى الاستثناء فرضية تتحقق من خلال اللجوء الى الاستحسان ، والذي يعد مصدر لاستنباط الأحكام الشرعية عند غياب النصوص وعجز ما يسبقها من مصادر. وقد توسع فيه الأحناف والمالكية وعدوه مصدراً من مصادر التشريع . ومن عارض الاستحسان الشافعية [١]، والامامية [٢] قد أجمعوا على رفضه وعدم حجّيته فيما إذا كان مبتنياً على الوجوه الظنّيّة التي تنقدح في النفس ويستحسنها عقل الإنسان من دون أمارة ودليل شرعي . وكذلك الشافعية [٣] ، وحجتهم أن الاستحسان من أعمال العقل وربما خضع للهوى وكان نسبياً، فما يعده البعض قبيحاً عده آخرون غير قبيح ، وبحثنا للاستحسان هنا بوصفه جزءً من الإستثناء عند من أخذ به جاء منعاً من الخلط بينهم فالاستحسان كما

---

(١) أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، أصول السرخسي ، ج ٢، ص ٢٠٢ ـ ٢٠٤؛

(٢) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، كتاب الخلاف ، تحقيق: السيد علي الخراساني والسيد جواد الشهرستاني والشيخ مهدي طه ، إشراف: الشيخ مجتبى العراقي الجزء الثالث ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ،١٩٩٠ ، ص٤٦٠.

(٣) بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، البحر المحيط، مصدر سابق ، الجزء الثامن ، ص٩٥.

سيتبين في وجه منه إستثناء . إذ يذهبون الى القول إذا عرضت مسألة ولم ينص على حكمها ، أو يجمع عليه ، فللنظر لمعرفة الحكم فيها جهتان مختلفتان : احدهما ظاهرة تقتضي حكماً معيناً ، واخرى خفية تقتضي حكماً آخر ، يكون قد اجتمع في المسألة قياسان : قياس خفيت علته لدقتها وبعد ادراكها ، وقياس ظهرت علته لوضوحها في الذهن من اول وهلة ، فإذا رجح المجتهد القياس الخفي على القياس الجلي فعدل عن الجلي الى الخفي فهذا العدول هو الاستحسان [١] ، فيدرج المجتهد المسألة المعروضة تحت قاعدة عامة أو اصل كلي ، فإذا وجد المجتهد دليلاً خاصاً يقتضي إستثناء هذه الجزئية من الاصل الكلي ، والعدول بها عن الحكم الثابت لنظائرها الى حكم آخر ، للدليل الخاص الذي ظهر له، فإن هذا العدول الإستثنائي يعبر عنه بالاستحسان ، والدليل الذي اقتضاه هو وجه الاستحسان والحكم الثابت به هو الحكم المستحسن ، أي الثابت على خلاف القياس ، والقياس هنا يراد به الاصل الكلي أو القاعدة العامة [٢] .

إلا أن للغموض الذي اكتنف حقيقة الاستحسان ابلغ الأثر في حصول الاختلاف حول مضمونه الحقيقي او مظهره الاستثنائي ، وبغية التوصل الى معرفة وكنهة الاستحسان يقتضي منا التوقف عند تعريفه ، ثم بيان موقعه الحقيقي من الإستثناء ، وهو ما سيكون محور دراستنا في الفرعين القادمين .

الفرع الاول

المقصود بالإستحسان

عرف الاستحسان رأي من الفقهاء بأنه" العدول في مسألة عن مثل ماحكم به في نظائرها الى خلافه لوجه اقوى "[٣]، والوجه المقتضي للعدول، هو مدرك العدول هو كلُّ ما يتضمن تحقيق مقصود الشرع يشمل جميع أنواع الإستثناء ؛ مما كان مدركه العدل والمصلحة ، أو كان استحسان الضرورة أو العرف، إذ لا شك أن وجه المصلحة والعدل هو مقصود الشرع في ذلك الحكم [٤]، ويذهب الشيخ ابو زهرة الى القول ان هذا التعريف من أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان عند الحنفية ، لأنه يشمل كل انواعه ويحدد لبه ، وهو مجيء الحكم مخالفا لقاعدة مطردة ، لأمر يجعل الخروج من القاعدة اقرب الى الشرع من التمسك بالقاعدة ، فيكون الاعتماد عليه اقوى استدلالاً في المسألة من القياس [٥] .

([١]) د. احمد محمود الشافعي ، اصول الفقه الاسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان ، ٢٠٠٢، ص١٥٧.

([٢]) د. عبد العزيز رمضان سمك ، اصول الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص٢٤٤.

([٣]) عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، الجزء الرابع ، ص٤٤.

([٤]) محمود صالح جابر وعمر مونة ، مصدر سابق ، ص٦١٩.

([٥]) الشيخ محمد ابو زهرة ، مصدر سابق ، ص٢٦٢.وانظر د. فاروق عبد الله كريم ، الاستحسان ونماذج تطبيقاته في الفقه الاسلامي ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان ، ص٢٢.

فيما ذهب رأي الى خلاف ما تقدم إذ يرى ان الاستحسان ليس عدولاً الى اقوى الدليلين كما ظن الكثير من الاصوليين لان المفروض ان الحكم الاصلي أما بنص صريح عام أو بقاعدة شرعية عامة ، وأن العدول الى الحكم الإستثنائي ليس لكون دليله اقوى وإنما لأن الواقعة المعنية بهذا الحكم لها خصوصيتها وظروفها الإستثنائية بحيث لو طبق الحكم الاصلي لأدى الى قيام حرج مرفوض شرعاً أو فوات مصلحة مقصودة شرعاً [١]. فيما عرف الاستحسان رأي آخر بأنه " إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الإستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته "[٢]، ويتبين من خلال هذا التعريف ان بأن الاستحسان إستثناء وترخص .

لاسيما أن الاستحسان إذا في اكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل [٣] لذا عرفه رأي بأنه " الاخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي " [٤]، بمعنى ان الاستحسان تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، فحينما يؤدي اطراد الاخير الى حرج ومشقة يستثنى موضع الحرج ، وبين أن إستثناء موضع الحرج معلوم في الشرع ثم ذكر جملة من الإستثناءات منها القرض فأنه ربا في الاصل لأن الدرهم بالدرهم الى اجل ، ولكنه ابيح لما فيه من الرفق والتوسعة على المحتاجين [٥].

في حين سبق وان بينا عند تعريف الإستثناء ان هنالك رأي من الفقه المعاصر يذهب الى القول بأن الإستثناء هو" اخراج بعض المسائل الجزئية من حكم القاعدة الكلية ، لرعاية مصلحة عامة وهو ما يطلق عليه في عرف علماء الاصول (الاستحسان)" [٦]، لذا فاستناداً لهذا الرأي فأن الإستثناء والاستحسان شيئاً واحداً ، كما عرف الاستحسان بأنه "عملية اجتهادية عقلية تستهدف ترجيح العمل بدليل الحكم الإستثنائي على العمل بدليل الحكم الاصلي في واقعة معينة اذا وجده المجتهد احسن بمعيار شرعي"[٧]، وهو تعريف قريب من تعريف لفقيه آخر للاستحسان بأنه " استثناء مسألة جزئية من اصل عام لدليل خاص يقتضي ذلك الإستثناء سواء كان نصاً أو اجماع أو ضرورة أو عرف أو مصلحة أو غيرها [٨]، وذهب رأي آخر بأنه " إستثناء خاص من قاعدة ، اقتضاه دليل شرعي صحيح"[٩].

---

(١) د.مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص ١٧٠.
(٢) تعريف لابن العربي ورد لدى ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي ، الاعتصام للشاطبي ، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي ، الطبعة الأولى ، دار ابن عفان، السعودية ، ١٩٩٢ ، ص٥٣٨.
(٣) . د. فتحي الدريني ، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ، مصدر سابق ، ص٦٢٧.
(٤) د. فاروق عبد الله كريم ، مصدر سابق ، ص٣٣.
(٥) إبراهيم بن موسى الشاطبي ، الموافقات في أصول الفقه ، تحقيق وشرح عبد الله دراز، الجزء الثاني ، دار المعرفة، بيروت، ص٥٣.
(٦) د .مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص ٣٥٤.
(٧) المصدر السابق ، ص١٦٤.
(٨) د. زكي الدين شعبان ، اصول الفقه الاسلامي ، ص١٥٦.
(٩) مشار اليه لدى د. فاروق عبد الله كريم ، مصدر سابق ، ص٥١.

ولست أقصد هنا إلى سرد للتعريفات ، لكني آثرت بيان حقيقة الاستحسان من وجه نظر الفقهاء مع اختلاف مذاهبهم ، "وكلها -تعريفات الاستحسان- تتجه إلى قصر الاستحسان على أمر واحد وهو يكون في مسألة جزئيَّةٍ، في مقابل قاعدة كلية ، فيلجأ إليه لكيلا يؤدي الاغراق في الأخذ بالقاعدة الابتعاد عن الشرع في روحه ومعناه " [١].

وبناءً على ذلك فإن الاستحسان يطلق ويراد به احد امرين :
الاول : القياس الذي خفيت علته في مقابلة القياس الذي ظهرت علته .
الثاني : استثناء مسألة جزئية من اصل كلي ، أو قاعدة مقررة لدليل خاص يقتضي هذا الإستثناء سواء كان هذا الدليل نصاً أو اجماعاً أو عرفاً أو مصلحة أو غير ذلك [٢].

الفرع الثاني

الاستحسان جزء من الإستثناء

يتم اللجوء الى الاستحسان لاستنباط أو بناء الاحكام إستثناءً من القواعد العامة عندما تسكت ولا تساعد في الوصول الى الحكم المطلوب للمشكلة محل النزاع ، لذا فأن الظروف الإستثنائية تقضي بالعدول بالقضية من حكمها العادي الى حكم إستثنائي لمبرر يكون اقوى من الاول يبرر العدول ، فإذا عرضت مسألة تندرج تحت اصل كلي ، او قاعدة عامة تقتضي حكما معينا في المسألة ، لكن يوجد دليل خاص من نص أو اجماع أو غيرهما يقتضي إستثناء هذه المسألة من الحكم الكلي الثابت لأمثالها فإن عدول المجتهد عن الحكم الكلي الثابت لأمثال هذه المسألة الى حكم آخر بمقتضى الدليل الخاص يسمى إستحساناً ، والحكم الثابت به حكماً مستحسناً ، أي ثابتاً على خلاف القياس ، أو على خلاف القاعدة العامة [٣].

والمقصود بالإستثناء الاستحساني مطلق المغايرة بين الحكم وقاعدته العامَّة التي كان ينبغي أن يدخل فيها على مقتضى الأصل ؛ بينما استوجب الاقتضاء التبعيّ أن يُعدَل بتلك الواقعة عن الحكم الأصلي في ظرف معين إلى حكم استثنائي ، يكون أقرب إلى تحقيق مقصود الشَّرع فيه ويدخل في ذلك أحكام الرُّخص والضَّرورات، وما ينبني على سدِّ الذريعة والاستحسان. لذا ذهب رأي الى ان المراد بالإستثناء هنا "هو عدول بواقعة في ظروف معينة ؛ وَفق الاقتضاء التبعي عن حكمها الأصلي، الثابت بموجب

---

(١) محمد ابو زهرة ، اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٢٦٢.
(٢) د. احمد محمود الشافعي ، مصدر سابق ، ص١٥٧-١٥٨.
(٣) فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، المحصول في علم أصول الفقه ، الجزء السادس، تحقيق د. جابر فياض العلواني ، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٢، ص١٢٤_١٢٥.

قاعدة أو عموم ، على نحو يحقق مقصود الشرع منها، يكون هذا العدول حينها ؛ أقربَ إلى المصلحة والعدل"[1].

لذا فأن المفاهيم التي حددت الإستحسان بترجيح دليل إجتهادي على آخر نظير له. و ما يُقصد به هو المقابلة بين الدليل الإجتهادي وحكم النص، أي العمل على تخصيص عموم النص بالأدلة والقواعد الإجتهادية. وبذلك فإن للإستحسان فائدة علمية. فالقياس بخلاف الإستحسان لم يوضع في قبال النص ، بل هو مستمد من روحه ليطبق على ما لا نص فيه، وأن المصلحة مستمدة من روح المقاصد لتطبق على حادثة لم يرد ذكرها بنص ولا أمكن ربطها به على نحو القياس، وكذا العرف ليس مستمداً بدوره من النص ولا القياس. فهذه الأدلة هي أدلة إجتهادية حينما لا يكون هناك نص في الحادثة، لذا فنحن هنا إزاء فعل جديد لا يمكن رده إلى مجرد القياس أو المصلحة أو العرف، وهي التي وُضعت أساساً بعيداً عن أن تكون في تماس من التأثير على حكم النص تبعاً لمفاهيمها المعروفة. وبتعبير آخر، على الرغم من أن الإستحسان قائم فعلاً على تلك المبادئ الإجتهادية لا غيرها، إلا أن له وظيفة جديدة لا تتضمن تلك المبادئ ، ألا وهي التضييق من المساحة التي يمكن أن يشغلها حكم النص فيما لو ترك وحاله. فعلى الأقل لا يقتصر الإستحسان على ابراز الإستثناء والترجيح من القواعد العامة للأدلة الاجتهادية فيما لا نص فيه كالقياس ، وانما يضاف اليه ما يدخل ضمن الإستثناء الخاص بعموم النص الشرعي، أي أن الدليل الإجتهادي - كالمصلحة مثلاً - يعمل على تخصيص النص، فيدخل هذا ضمن عنوان الإستحسان[2] .

هكذا فطبقاً للوظيفة الجديدة يصبح للإستحسان أدوار متعددة عن القائلين به كما يلي:

1- الإستحسان عبارة عن ترجيح دليل إجتهادي على آخر مثله، كترجيح القياس الخفي على الظاهر.

2- الإستحسان عبارة عن إستثناء لقاعدة عامة إجتهادية بدليل إجتهادي اخر، فيعمل على تخصيص هذه القاعدة أو الحاكمية عليها، كتخصيص القياس بالمصلحة أو العرف، أي حاكمية أحد هذين الأخيرين للأول. وهو ما يعرف بالعدول بحكم المسألة عن نظائرها.

3- الإستحسان عبارة عن إستثناء لعموم النص بدليل إجتهادي ، فيكون الدليل مخصصاً لهذا العموم أو حاكماً ومقدماً عليه [3].

لذا يمكن القول أن الاستحسان جزء من الإستثناء ، فالأخير نطاقه اوسع من الاول فكل قاعدة فقهية لابد أن يرد عليها إستثناء وهذا في قانون العقل ممكن وفي الواقع المعاش موجود ، كما أنه يرفع

([1]) .د. محمود صالح جابر والسيد عمر مونة ، مصدر سابق ، ص١١.

([2]) عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الاسلامي فيما لانص فيه ، الطبعة السادسة ، دار القلم الكويت ، ١٩٩٣، ص٧٥_٦٩.

([3]) إبراهيم بن موسى الشاطبي ، الموافقات في أصول الفقه ، تحقيق وشرح عبد الله دراز، الجزء الاول، دار المعرفة، بيروت، ص٣٩.

حرج العمل بالنصوص العامة مما دفع البعض الى القول " أن الاستحسان يطلق على كل نصوص الشارع **المستثناة** من قاعدة عامة أو نص عام [١]. إلا أن الإستثناء ليس هو الاستحسان فقط ، بل هو جزء منه، وهو شاملٌ لأحكام الضَّرورات والرُّخصِ وغيرِ ذلك ممَّا كان فيه عدولٌ عن حكمِ الأصلِ كائناً ما كان سببه ؛ كل ذلك يتضافر ويتجمع ليُشكل هذا المفهوم الشامل للاجتهاد الاستثنائي ، وهو العملية الاجتهادية التي توصلُ إلى أحكام استثنائيَة ، اقتضته ظروف معيَّنة ، فوجه الإستثناء في الاستحسان إنَّ الاخير هو عدول عن الحكم الأصليّ في مسألةٍ إلى حكم آخر، وهذا العدول يمثِّل الاستثناء بوضوحٍ، يتغيَّا تحصيل مقصود الشرع في تلك الواقعة؛ من تحقيق المصلحة والعدل؛ فالوقائع تعرِض لها -عند التطبيق- ظروف وملابسات تقوم كالدلائل على حكمها، وقد تقتضي المصلحةُ استثناءَ بعض أفراد القاعدة العامة ، أَنْ تلبست بقرائن استوجبت هذا الاستثناء ، وفي الغالب نجد مُدرك العدول في الاستحسان المصلحة، وغالباً ما يكون العدول والإستثناء في الاستحسان من أصل المنع غالباً ، فيقضي بالإباحة ، أو من الواجب يرفعه ويرخِّص فيه [٢].

ومن التطبيقات الفقهية على الاستحسان للاب بيع مال ولده القاصر من نفسه وبيع ماله من ولده القاصر ، استثناءً من قاعدة اشتراط تعدد العاقد في العقد _عدم جواز صدور الايجاب والقبول من شخص واحد _ذلك رعاية لمصلحة القاصر، واذا ظفر الانسان بجنس (صنفه ونوعه) حقه بمال من ظلمه ، فأنه يستقل بأخذه فيقوم مقام القابض والمقبض لمسيس الحاجة [٣]

وقد ذخرت التطبيقات بالعديد من التصرفات الاستحسانية ، والتي تعد جزءً من الاحكام الإستثنائية ومظهراً ايجابياً لها ، حيث يتم العدول عن موجب القياس والتعميم تحقيقاً للمصلحة ودفعاً للمضرة ، ومنها القاعدة العامة " أن يكون المبيع موجوداً لدى البائع وقت انشاء العقد" مصداقاً لقوله (ص) " لاتبع ما ليس عندك " ورخص في السلم ، بمعنى إستثنى جواز بيع المعدوم في السلم وهو بيع شيء آجل محدد بالوصف بثمن عاجل لورود نص يقتضيه وهو قوله (ص) "من اسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم "[٤].

ومن التطبيقات القانونية المستندة الى الاستحسان منها : للاب بيع مال ولده القاصر من نفسه وبيع ماله من ولده القاصر ، إستثناء من قاعدة اشتراط تعدد العاقد في العقد وعدم جواز صدور الايجاب

([١]) احمد محمد خلف الله ، مصدر سابق ، ص٩٩.

([٢]) .د. محمود صالح جابر والسيد عمر مونة ، مصدر سابق ، ص١٥.

([٣]) عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الاسلامي فيما لانص فيه ، مصدر سابق ، ص٧٣..د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، ص١٧١_١٧٢.

([٤]) جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي ، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، الطبعة الأولى ، الجزء الرابع ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٥٢٨_٥٢٩

والقبول من شخص واحد ذلك رعاية لمصلحة القاصر ، كما استحسنوا في خيار الشرط فأجازوه لورود نص خاص يجيزه القياس معه ، لأن القاعدة العامة المقررة تقضي بلزوم العقود بمجرد تمامها [١].

كما ويمكن القول ان جميع التعديلات القضائية والتشريعية رعاية للعدالة أو المصلحة العامة ترجع الى تطبيق الاستحسان الذي هو اصلها ومنها : تعديل الالتزام بتعديل الشرط الجزائي الذي هو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو التأخر فيه ، فهو تقدير اتفاقي للتعويض قبل وقوع الضرر ، فإذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، في هذه الحالة للقاضي بطلب من المدين تخفيض الشرط الجزائي الى حد يتلائم مع حجم الضرر الناجم عن عدم التنفيذ او التأخير [٢]. وكذلك تعديل الالتزام لإزالة أو تخفيف الضرر الناشئ عن الظرف الطارئ ، وكذلك تعديل الالتزام بسبب الاستغلال ، الى جانب تعديل شروط عقد الإذعان (سبق بيانها)، ومن امثلته ايضا العفو عن الغبن اليسير في المعاملات المالية ، ترجع جميعها الى العمل بالاستحسان الثابت بالمصلحة الراجحة.

كما قد يرجع الاستحسان الى العرف ، ويكون في هذا النوع في كل مسألة جرى العرف فيها على خلاف ما يقتضيه القياس والاستحسان في هذا النوع مثل جواز وقف المنقول اذا تعارف الناس عليه كالكتب النافعة مع ان الاصل العام في الوقف أن يكون مؤبداً ، والكتب عرضة للهلاك في زمن ما ، فلا يتحقق فيها التأبيد طبقاً للأصل العام فلا يجوز وقفها ، فالعدول عن عدم جواز وقف الكتب –إستثناء -الى وقفها استحسان عرفي لان العرف جرى بوقف الكتب [٣].

نخلص الى ان الاستحسان عند القائلين به في حقيقة الامر هو إستثناء بوجه شرعي ، فالعدول هو الإستثناء ، والوجه المقتضى الدليل الاقوى ، هو مدرك العدول هو كلُّ ما يتضمَّن تحقيق مقصود الشرع والذي يشمل جميع أنواع الاستثناء ؛ مما كان مدركه العدل والمصلحة ، أو كان استحسان الضرورة أو العرف ، إذ لا شكَّ أنَّ وجه المصلحة والعدل هو مقصود الشرع في ذلك الحكم.

([١]) نصت المادة ٥٠٩ من القانون المدني العراقي المعدل رقم ٤٠ لسنة١٩٥١ على " يصح ان يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة ، ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية الى المشتري ، سواء كان الخيار للبائع او للمشتري او لهما معاً او لأجنبي.".

([٢]) اشارت المادة ١٧٠ من القانون المدني العراقي الى الشرط الجزائي :
1 . يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام ١٦٨ و٢٥٦ و٢٥٧ و٢٥٨ 2. .ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا ثبت المدين ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة 3. .اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة **الا** اذا ثبت ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأً جسيماً.

([٣]) د. احمد محمود الشافعي ، مصدر سابق ، ص١٦٣. د. عبد العزيز رمضان سمك، مصدر سابق ، ص٢٤٩.

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة الموسومة " بالإستثناء في صياغة نصوص القانون المدني" دراسة مقارنة ، نخلص الى أن القواعد العامة في القانون المدني واجبة التطبيق مالم تكن هنالك أحوال أو مسوغات يرى معها المشرع ضرورة إخراج بعض احكامه العامة وإحلال نصوص استثنائية لمعالجة حالات خاصة لمسوغات أولى وأوفق .

وهذه مجموعة من النتائج والتوصيات :

النتائج :

هنالك مجموعة من النتائج نورد أهمها :

١. يعد الإستثناء أسلوباً من الاساليب التي يستعملها المشرع في صياغة النص القانوني ، كتقنية لزيادة حبكة النص بما يستوعب الفرض والحكم الإستثنائي ، المبني على علل اوجبت تشريعه ، وتفوقت على القاعدة العامة وتقدمت عليها .
٢. تحديد مفهوم الإستثناء بمعنى الإخراج ، والأخير أوسع من الاول إذ يشمله ويشمل التخصيص بالصفة والغاية والشرط ، والادلة المنفصلة العقلية والسمعية .
٣. الإستثناء قاعدة قانونية تنضم بضميمه الى الاصل العام ، فتتشكل معه مخرجاً قاعدة قانونية توصف بالعدالة والشمولية والتوازن .
٤. يقع الإستثناء في منطقتي الفرض و الحكم من احدى شقي القاعدة القانونية ، لذا يرتبط بها وجوداً وعدماً ، ويشكل معها وحدة متكاملة في الاجابة عن الفرض ، مما يساهم في التقليل من القواعدية .
٥. تتمثل الحاجة في إيراد الإستثناءات في القانون المدني ، بغية استيعاب فرضيات لا تستوعبها القاعدة العامة ، وأبعد من ذلك قد تكون قاعدة جائرة إذ لم تتضمن إستثناءات تخرج اشخاصاً أو وقائع أو حالات من الاصل العام للقاعدة القانونية ، وبالتالي يتلافى المشرع إيراد قواعد مستقلة تعالج تلك الحالات الفردية وبالتالي يبتعد عن ظاهرة التضخم التشريعي ، فضرورة الصياغة تقتضي بقاءها في ظل القاعدة العامة .
٦. للإستثناء شروط مختلف عليها بين فقهاء الاصول ، إلا أنهم متفقون على شرطي الإتصال وعدم الاستغراق .

٧. العديد من الإستثناءات القانونية أصبحت قواعد قانونية عامة في نطاق تطبيقها وتحصنت ضد صفة الاستثنائية بمرور الزمن منها نص المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي ، مما يؤكد ما خلصنا اليه من أن الإستثناء يوسع من مديات النص وليس العكس ، لذا فالتأمل على المستوى الفني الدقيق في النصوص الاستثنائية وبخاصة المستمدة من الفقه الاسلامي يجدها في جوهرها قواعد عامة .

٨. خصوصية صياغة الإستثناء تتأتى من الصياغة الجامدة لغالبية النصوص التي لا تعطي للقاضي سلطة في إدخال إستثناءات معينة ، او إخراج أخرى ، أو القياس عليها ، فـ القاضي المدني يطبق النص الإستثنائي في ضوء المصلحة المراد تحقيقها منه ، والتخويل أو الاجازة التي يحملها من المشرع ، وان كان الاصل ان المشرع هو من يصوغ الاستثناء ، إلا ان إستثناءً القاضي قد ينشئ إستثناء من الاعراف المستقرة أو المصالح الاولى بالترجيح .

٩. للإستثناء دور مهم في اضفاء المرونة على القاعدة القانونية وجعلها أكثر استيعابا للعديد من الاوضاع والحالات التي تكون القواعد العامة عاجزة عن معالجتها ، نظراً لانفرادها بظروف تكون محل اعتبار لدى المشرع .

١٠. خصوصية الاستثناء والمعالجة للحالات الخاصة والضرورات المقدرة بقدرها يضعنا امام القاعدة التي تحكم الإستثناء والتي تنص " الإستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه"، لكن ليس على إطلاقها كما بينا في متن الاطروحة.

١١. الدور الذي يلعبه الإستثناء في نطاق القانون المدني يتمثل في تخصيص القاعدة القانونية والحد من جبريتها ، وتلطيفها بما يسمح بإخراج أشخاص معينين منها او حالات معينة او وقائع ، وهذا التخصيص غالباً ما يحقق العدالة التي من المؤمل أن يتوشح بها النص القانوني الاستثنائي .

١٢. أن الصياغة الحالية للنصوص الاستثنائية في نطاق القانون المدني ، تعد صياغة جيدة ، فهي تحدد الأصل والإستثناء عليه أما مباشرة ضمن الاصل العام ، أو بصورة لاحقة عليه محيلة الاستثناء الى الاصل العام المخرج عنه ، كما أنها صياغة متوازنة موزعة بين الاستثناء الصريح والإستثناء الضمني بما يكفل التنوع والتجانس .

١٣. عالج المشرع كثرة الإستثناءات في القانون المدني من خلال وضع الضوابط لصياغة الإستثناء للخروج من الاصل العام مما أصبح معه مورد الإستثناء واضح بمستوى القاعدة العامة لا يختلط بها ولا يتداخل معها .

التوصيات :

هنالك مجموعة من التوصيات نتوجه بها للمشرع العراقي نورد أهمها :

١. ندعو القائمين على التشريع بصياغة القوانين صياغة محكمة وواضحة لا تحتمل التأويل ، وهذا يتطلب إسناد مهمة التشريع الى متخصصين بحيث يقوموا بصياغة القواعد القانونية صياغات واضحة .
٢. من المهم الاستعانة بمنجزات الدرس الاصولي ، كما نأمل من المشرع العراقي الاستعانة بفقهاء اللغة وفقهاء القانون عند صياغته للنصوص الإستثنائية ، لتكوين قواعد قانونية أكثر دقة ومرونة لتحقيق الغاية التي وجد من أجلها الإستثناء ، إذ أن خطر اللجوء الى الإستثناء أو تعدده يعظم بقدر فائدته ، إذا ما تقحمه مَن لم يتأهل له ، وإذا خلا من شروطه ، فهو حينئذ يوصل إلى تعطيل التشريع ، والانفلاتِ من أحكامه ، بدعوى الاستثناء.
٣. إعطاء القضاء مساحة أكبر في نطاق المصلحة المحمية بالإستثناء ، والذي سيحقق غاية مزدوجة الاولى تتمثل بتعزيز الحماية الممنوحة للفرض محل الإستثناء ، والثانية الحصول على احكام تتسم بالعدالة والموضوعية .
٤. ندعو المشرع للإنفتاح على الشريعة الإسلامية من خلال منحها مساحة أكبر في التطبيق ، فإيراد نصوص قانونية توافق مبادئ الشريعة الإسلامية التي جاءت بالإستثناءات وصاغتها يحفظ الحقوق ويصونها ، مما يبرز ريادة شريعتنا وعلو سمة التيسير ومسايرتها تطور المعاملات في احكامها . بما يؤكد صلاحها لإيجاد الحلول لكل ما يستجد من قضايا .
٥. نقترح على المشرع توسيع مديات بعض النصوص الإستثنائية من خلال شمول صياغتها لفئات اخرى ، فبعض النصوص الاستثنائية جاءت بحماية خاصة لبعض الاشخاص والتي كان من الاجدر بالمشرع أن يشمل معهم فئات اخرى ؛ لأن العلة من الإستثناء متوفرة كذلك فيهم ، مثال ذلك نص المواد ٣/١٣٨ من القانون المدني العراقي التي قررت حماية ناقص الاهلية ، إلا أن من الأجدر كذلك شمول عديم الاهلية من باب أولى لأن مصلحته أولى بالحماية ، لذا نقترح على المشرع العراقي إعادة صياغة المادة بالشكل التالي :(ومع ذلك لا يلزم عديم الاهلية وناقصها إذا بطل العقد لعدم أو نقصان أهليته أن يرد (**غير**) ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد) ، وكذلك و٢٣٤ بفقرتيها التي لم تكن عادلة بالشكل التالي " اذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص أو عديم الاهلية فلا يكون ملزماً إلا برد ما كسب إذا كان حسن النية " .

٦. منح القضاء سلطة تقديرية لمعالجة بعض الاحوال الجديرة بالتدخل القضائي لتحقيق التوازن بين العلاقات ، فقد بينا أن غالبية النصوص الاستثنائية جاءت نصوصا جامدة مقيدة لسلطة القاضي ، مثال ذلك المادة (٥٤٦) من القانون المدني العراقي ، لذا نقترح تعديلها بالشكل التالي (...ولكن لا يكون للمشتري الحق في الفسخ ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع **(إلا)** اذا كان النقص أو الزيادة جسيماً " ، ومصطلح جسيماً ورد في القانون المصري ، وهو اكثر دقة من النص العراقي كونه منح القاضي سلطة تحديد النقص وبيان نسبة الجسامة ، كونه يهدف قدر الإمكان الى المحافظة على العقد وبالتالي استقرار المعاملات .

٧. ندعو المشرع لمراجعة النصوص الإستثنائية وإعادة صياغة البعض الآخر منها ، فالصياغة الجيدة للنصوص الإستثنائية في القانون المدني لا ينفي وجود أستثناءات لا داع لذكرها أو تعتبر من قبيل الإستثناء الحكمي والتي تشكل صعوبة في تحديد الإستثناء وتطبيقه ، أو تعددها كالمواد المتعلقة بجناية الحيوان من المادة (٢٢١_٢٢٣_٢٢٤_٢٢٦)، أو فرضتها ظروف معينة بوصفها انعكاساً لها ، مما يقتضي الرجوع الى القواعد العامة ، فالتشريع عمل انساني لا يخلو من النقص .

واخيرا الحمد لله الذي يسر بفضله وكرمه تمام هذه الاطروحة

المصادر

اولا : القران الكريم

ثانيا: المعاجم اللغوية

١. أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي ، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، تحقيق : عدنان درويش - محمد المصري ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٨.
٢. إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، تحقيق (أحمد عبد الغفور عطار) ، الجزء السادس ، الطبعة الرابعة ، دار العلم للملايين ، بيروت ١٩٨٧.
٣. علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني ، التعريفات ، ضبطه وفهرسه محمد بن عبد الحكيم القاضي ، مشترك بين دار الكتاب المصري بالقاهرة ، ودار الكتاب اللبناني- بيروت ،١٩٩١.
٤. علي بن محمد بن علي السيد الزين ابو الحسن الحسيني الجرجاني ، التعريفات ، الطبعة الاولى ، دار الفكر ، بيروت-لبنان ، ٢٠٠٥.
٥. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، تحقيق مكتب تحقيق التراث مؤسسة الرسالة ، باشراف محمد نعيم العرقسوسي ، الطبعة السادسة ، مؤسسة الرسالة ، دمشق ، ١٩٩٨.

ثالثا: الكتب اللغوية

١. إبراهيم إبراهيم بركات ، النحو العربي ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، دار النشر للجامعات ، مصر ـ بلا سنة ، ص١٥٧.
٢. د. ابراهيم مدكور ، المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوازرة التعليم العالي والبحث العلمي (مجمع اللغة العربية) ، جمهورية مصر العربية ، ١٩٩٤.
٣. ابي بشر عمرو بن عثمان بن قنبر ، الكتاب (كتاب سيبويه)، تحقيق وشرح عبد السلام محمد هارون ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، مكتبة الخانجي ، القاهرة ، ١٩٨٨.
٤. بهاء الدين عبد الله بن عقيل العقيلي المصري الهمداني ، شرح ابن عقيل ، الجزء الثاني ، الطبعة العشرون ، دار التراث ودار مصر للطباعة ، القاهرة ، ١٩٨٠.
٥. عباس حسن ، النحو الوافي ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مكتبة المحمدي ، بيروت ، ٢٠٠٧.
٦. د. كاظم ابراهيم كاظم ، الإستثناء في التراث النحوي والبلاغي ، الطبعة الاولى ، عالم الكتب ، لبنان – بيروت ، ١٩٩٨.
٧. عيسى اسكندر المعلوف ، المجامع العلمية في العالم ، مجلة المجمع العلمي العربي ، دمشق ، الجزء الرابع ، المجلد الاول ، ١٩٢١.
٨. د. فاضل صالح السامرائي ، معاني النحو، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الأردن ، ، ٢٠٠٠.
٩. مصطفى الغلاييني ، جامع الدروس العربية ، الجزء الاول ، الطبعة الثلاثون ، المكتبة العصرية ، بيروت ،١٩٩٤.

١٠. الشيخ محمد صنقور علي البحراني ، المعجم الاصولي ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، منشورات الطيار ، بلا مكان طبع ، ٢٠٠٧.
١١. د. وفاء محمد علي السعيد ، الإستثناء على القاعدة النحوية ، الطبعة الاولى ، دار غيداء للنشر والتوزيع ، الاردن ،٢٠١١.

رابعا : الكتب القانونية

١. د .إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ، الطبعة الاولى ، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت ،1998 .
٢. ابي الطيب مولود السريري ، القانون في تفسير النصوص ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت_لبنان ، ٢٠٠٦.
٣. د. احمد الهندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الثاني، دار المعارف الجديدة ، ١٩٩٥.
٤. احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي ، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع ،الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٨.
٥. د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية للعقود ، الطبعة الثالثة ، دار نصر ، مصر ، ٢٠٠٨.
٦. د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠٥.
٧. اسماعيل نامق، العدالة واثرها في القاعدة القانونية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١.
٨. د. السيد محمد السيد عمران ، الاسس العامة في القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت_لبنان ، ٢٠٠٢.
٩. أ. بدران ابو العينين بدران ، بيان النصوص التشريعية طرقه وانواعه ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٩.
١٠.د. توفيق حسن فرج ، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية - مصر ،١٩٥٩- ١٩٦٠.
١١.د. ثروت أنيس الأسيوطي ، مبادئ القانون ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٤.
١٢.د. حسنين محمود ، العرف والعادة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار القلم ، دبي ، ١٩٨٨.
١٣.جان لوك أبير ، ترجمة وتقديم د. شفيق محسن ، مدخل الى علم الحقوق ، الطبعة الاولى ، دار ومكتبة الهلال ، بيروت ، ٢٠١٠.
١٤. د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع –الايجار-المقاولة) ، الطبعة الثانية ، العاتك - مصر ،
١. لمكتبة الوطنية – بغداد ،١٩٩٩.

٢. د. جلال علي العدوى ، المراكز القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، مصر، ١٩٨٨.
٣. د. جلال محمد ابراهيم ، د. محمد حسام محمود لطفي ، نظرية القانون ، بلا دار نشر ، ١٩٩٤-١٩٩٥.
٤. د. رياض القيسي ، علم اصول القانون ، الطبعة الاولى ، بيت الحكمة، بغداد ، ٢٠٠٢.
٥. روبرت الكسي ، تعريب الدكتور كامل فريد السالك ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت _لبنان ، ٢٠١٣.
٦. د. سعيد سليمان جبر ، د. محمد سامي عبد الصادق ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الاولى ، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة ، بلا سنة طبع.
٧. د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة (البيع –الايجار-المقاولة)، العاتك - بيروت ، المكتبة الوطنية – بغداد ، ٢٠١٧-٢٠١٨.
٨. د. سليمان الناصري ، المدخل للعلوم القانونية ، المكتب الجامعي الحديث، مصر ، ٢٠١٠
٩. د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون دراسة مقارنة ، المنشورات الحقوقية ، صادر ، بيروت- لبنان ، ١٩٩٩.
١٠.د. سليمان مرقس ، شرح قانون ايجار الاماكن ، الجزء الاول ، الطبعة التاسعة ، مطبعة السلام ، شبرا ، ١٩٩٠.
١١.محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة، الجزء الاول ، مؤسسة الامام الصادق عليه السلام .
١٢.د. عادل يوسف الشكري ، ود. جواد احمد البهادلي ، فن صياغة النص في البحث الشرعي والقانوني وآليات اخراجه ، الطبعة الاولى ، كتاب قاصدك ، قم –ايران ، ٢٠٢٢.
١٣.عباس قاسم مهدي الداقوقي ، الاجتهاد القضائي ،مفهومه وحالاته ونطاقه ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ .
١٤.د.عبد الباقي البكري ,مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل إدراكها,مجلة العلوم القانونية . والسياسية ,كلية القانون والسياسة,جامعة بغداد,دار العربية,بغداد ,١٩٨٤.
١٥..عبد الباقي البكري وا. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٣.
١٦.د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القانون، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت ، ١٩٧٢.
١٧.. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، د. احمد ابو ستيت ، اصول القانون (المدخل لدراسة القانون) ، مطبعة لجنة الترجمة ، القاهرة ، ١٩٥٠.
١٨.د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد ، الجزء الثالث ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٨.
١٩.د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء السابع ، المجلد الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤.
٢٠.د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار احياء التراث العربي ، بيروت _لبنان ، بلا سنة.
٢١.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت-لبنان.
٢٢.د. عبد الرزاق الفحل ، المدخل لدراسة الانظمة ، الطبعة الثانية ، دار الافاق ، جدة ، ١٩٩٣.

٢٣.د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، نظرية ترجيح السند الافضل في تزاحم الحقوق ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٤.
٢٤.د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني (احكام الالتزام)، بغداد ، ١٩٨٠.
٢٥.د. عبد المجيد الحكيم - ا. عبد الباقي البكري ، أ .محمد طه البشير ، القانون المدني –احكام الالتزام ، الجزء الثاني ، العاتك – القاهرة ، المكتبة الوطنية- بغداد ،٢٠١٠.
٢٦.د. عبد المجيد الحكيم ، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلو امريكي ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ١٩٩١.
٢٧.د. عبد المجيد عباس ، اصول القانون ، الطبعة الاولى ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٧.
٢٨.د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ،مصادر الالتزام ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ١٩٧٧.
٢٩.د. عزيز جواد هادي ، دروس في المدخل لدراسة القانون ، مطبعة نور العين ، الوزيرية - بغداد ، ٢٠٠٩-٢٠١٠.
٣٠.د.عزيز كاظم جبر ، مبادئ أساسية لمدخل العلوم القانونية ، الطبعة الخامسة ، مكتبة دار السلام القانونية ، النجف الاشرف ،٢٠١٩ .
٣١.الشيخ علي حب الله ، دراسات في فلسفة اصول الفقه والشريعة ونظرية المقاصد ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار الهادي ، بيروت- لبنان ، ٢٠٠٥.
٣٢.د.علي حافظ ، أساس العدالة في القانون الروماني ، مطبعة لجنة البيان العربي ، القاهرة ، ١٩٥١.
٣٣.د. عكاشه محمد عبد العال ود. سامي بديع منصور ، المنهجية القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت-لبنان ، ٢٠٠٩.
٣٤.عمر كركوكلي ،، انارة الطريق الى قواعد الحقوق ، دار الانصاري ، حلب _سوريا ، ١٩٩٤.
٣٥.القاضي لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، الطبعة الاولى ، مطبعة الكتاب ، العراق ،٢٠١٣.
٣٦.د. سعيد سليمان جبر ، د. محمد سامي عبد الصادق ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الاولى ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
٣٧.د. سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية- مصر ، ٢٠١٠.
٣٨.سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، الجزء ١ ، المطبعة العالمية ، مصر ، ١٩٥٣.
٣٩.فريد فتيان ، مقدمة القانون المدني ، شركة النشر والطباعة العراقية ، بغداد ، ١٩٥٤.
٤٠.السيد كمال الحيدري ، شرح كتاب المنطق ، الجزء الاول ، دار المرتضى ، بيروت ، ٢٠١١.
٤١.محمد احمد شحاته حسين، الصياغة القانونية لغة وفناً ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠١٥.
٤٢.د. محمد بن عمر ، من الاجتهاد في النص الى الاجتهاد في الواقع ،الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان ، ٢٠٠٩.
٤٣.د .محمد ذكي عبد الواحد ، ود .محمد محمد ابو زيد ، مبادئ القانون، ....،٢٠١٠.

٤٤.محمد حسين منصور ، المدخل الى القانون (القاعدة القانونية)، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت_لبنان ،٢٠١٠.
٤٥.د. محمد حسن قاسم ، مبادى القانون (المدخل الى القانون)، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠١٠.
٤٦.د. محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية –نظرية الحق) ، الجزء الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت –لبنان ، ٢٠١٢.
٤٧.محمد خالد الاتاسي ، شرح المجلة، الجزء الاول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٧١.
٤٨.د. محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، بغداد ، ١٩٧٩.
٤٩.د. محمدين عبد القادر محمد ، المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الاول –نظرية القانون ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢.
٥٠.د. محمد عبد الظاهر حسين ، الفقه الاسلامي المصدر الرئيسي للتشريع ، ، دار النهضة العربية ، لقاهرة ، ١٩٩٩.
٥١.د. محمد عبد الوهاب خفاجه ، مبادئ القانون ، الطبعة الحادي عشر، دار الهناء ، مصر، ٢٠٠٧-٢٠٠٨.
٥٢.محمد فهيم درويش ، اصول وقواعد العدالة المدنية ، الطبعة الاولى ، النسر الذهبي للطباعة ، مصر ، ٢٠٠٧.
٥٣.د. محمد محمود محمد الجمال ، تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨.
٥٤.محمود جمال الدين زكي ، دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1969 .
٥٥.محمود محمد علي صبره ، المشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٩.
٥٦.د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، الطبعة الثالثة ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ٢٠٠٩.
٥٧.د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الصلة بين علم المنطق والقانون ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٨٦.
٥٨.. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، الجزء الاول ، الطبعة الخامسة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة.
٥٩.أ. مصطفى الزرقا ، محاضرات في القانون المدني السوري ، محاضرات القاها على طلبة الدراسات العليا، معهد الدراسات العربية العالمية ، جامعة الدول العربية ، ١٩٥٤.
٦٠.د. مصطفى العوجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، مؤسسة يحسون – دار المنال ، بيروت - لبنان ، ١٩٩٢.
٦١.د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١١.
٦٢.د. منذر الفضل ، أصول القانون الفرنسي و البريطاني ، دراسة مقارنة مع القانون الأسلامي، مطبعة وزارة التربية، اربيل، ٢٠٠٤.
٦٣.. ياسر عسكر زيدان ، دور القضاء في تحريك الدعوى الجنائية والحكم فيها ، دار النهضة العربية - القاهرة ، ٢٠١٢.

٦٤.د. يوسف حسن يوسف ، مدخل لعلم القانون ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٣.

خامسا: الكتب الفقهية

١. ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي ، الاعتصام للشاطبي ، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي ، الطبعة الأولى ، دار ابن عفان، السعودية ، ١٩٩٢.
٢. ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي ، كتاب الموافقات ، تحقيق ، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، الطبعة الأولى ، الجزء الاول ، دار ابن عفان ، ١٩٩٧.
٣. إبراهيم بن موسى الشاطبي ، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق وشرح عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، الجزء الاول.
٤. شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف ابن امير الحاج ، التقرير والتحبير (شرح التحرير للكمال بن الهمام)، الجزء الاول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣.
٥. ابي البقاء محمد بن احمد بن عبد العزيز الفتوحي المصري الحنبلي ، شرح الكوكب المنير (مختصر التحرير في اصول الفقه)، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت-لبنان، ١٩٧١.
٦. ابو العباس شهاب الدين احمد ابن ادريس بن عبد الرحمن المالكي القرافي ، انوار البروق في انواء الفروق ، تحقيق د. محمد احمد السراج و د. علي جمعة محمد ، المجلد الاول ،الجزء الاول ، دار السلام ، بلا سنة ، القاهرة _مصر .
٧. ابو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي ، الذخيرة ، تحقيق محمد حجي ، الجزء الاول ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤ .
٨. ابو القاسم الموسوي الخوئي الميرزا محمد حسين الغروي النائيني ، **أجود التقريرات** ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، مؤسسة صاحب الامر، قم،١٩٣٣.
٩. ابو المعالي عبد الملك الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1997.
١٠. ابو الوليد الباجي ، احكام الفصول في احكام الاصول، تحقيق عبدالمجيد تركي ، المجلد الاول ، الطبعة الاولى دار الغرب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٨٦.
١١. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تصحيح: عبد الحليم محمد عبد الحليم، وعبد الرحمن حسن محمود ، الجزء الثاني ، دار الكتب الحديثة، القاهرة، ٢٠٠٤.
١٢. ابو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى من علم الأصول ، تقديم د. احمد زكي حماد ، دار الميمان ، الرياض- السعودية .
١٣. ابو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الاسلامي ١٧٧، ١٩٩١.

١٤.ابو زكريا يحيى بن موسى الرهوني ، تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السول في اصول الفقه لابن الحاجب المالكي ، الجزء الثاني ، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل ، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان ، ١٩٧١.
١٥.ابو منصور جمال الدين الحسن بن يوسف الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الاصول ، تحقيق عبد الحسين محمد علي البقال ،الطبعة الثالثة، مطبعة الاداب ، النجف الاشرف ، ١٩٧٠.
١٦.احمد ربيع الازهري ، القواعد الفقهية الضابطة للعقل الفقهي في زمن النوازل (نازلة الكورونا نموذجا)، وزارة الاوقاف المصرية، القاهرة، ٢٠٢٠.
١٧.د. احمد محمود الشافعي ، اصول الفقه الاسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان ، ٢٠٠٢.
١٨.أسماء عبد النور ، قواعد الترجيح بين المصالح المتعارضة في الفقه الاسلامي وتطبيقاتها المعاصرة ، الطبعة الاولى ، دار العاصمة ، الرياض ، ٢٠١٤.
١٩. العلامة ابن محمد الحسيني الزبيدي ، اتحاف السادة المتقين بشرح اسرار احياء علوم الدين، المجلد ٢، المطبعة الميمنية ، ١٨٩٣بلا مكان نشر .
٢٠.أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، أصول السرخسي ، تحقيق الشيخ أبو الوفاء الأفغاني، دار المعرفة للطباعة والنشر -بيروت -١٩٧٣.
٢١.أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ،الجزء الرابع ، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - الشيخ على محمد معرض ، الجزء الرابع دار الكتب العلمية بيروت- لبنان ، بلا سنة.
٢٢.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.
٢٣.أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق :الشيخ أحمد محمد شاكر، الطبعة الاولى ، منشورات دار الآفاق الحديثة /بيروت ، ١٩٨٠.
٢٤.أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ، الطبعة الاولى ، دار الكتبي ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٤ .
٢٥.أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب، الجزء التاسع ، دار الفكر، بيروت.
٢٦.أبو محمد بدر الدين حسن بن قاسم بن عبد الله بن عليّ المرادي المصري المالكي ، توضيح المقاصد والمسالك بشرح ألفية ابن مالك، شرح وتحقيق عبد الرحمن علي سليمان ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي ، - ٢٠٠٨.
٢٧.ابو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر ، تقديم: د. إحسان عباس ، الجزء الرابع ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت.
٢٨.أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي ، الُعدة في أصول الفقه ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٤٢٣.
٢٩.القاضي أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، العدة في أصول الفقه، حققه وعلق عليه وخرج نصه ، د أحمد بن علي بن سير المباركي، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، بدون ناشر وبدون مكان نشر ، - ١٩٩٠ .

٣٠.ابي محمد عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام السلمي، تدقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية، لبنان ، ١٩٧١.
٣١.أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي (العلامة الحلي ، مختلف الشيعة ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي ، بقم المقدسة ، الجزء السادس ، ١٤١٥ه.
٣٢.د. اسامة الحموي ، مبادئ الشريعة الاسلامية ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية ، الجمهورية العربية السورية، ٢٠١٨.
٣٣.د. اكرم بن محمد بن حسين اوزيقان ، الاستثناء عند الاصوليين ، دار المعارج الدولية ، الرياض ، ١٩٩٨.
٣٤.الحسن بن قاسم المرادي ، الجنى الداني في حروف المعاني ، تحقيق د. فخر الدين قباوه، أ .محمد نديم فاضل ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان ، ١٩٩٢.
٣٥. باقر الايرواني ، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، دار الفقه للطباعة والنشر، ،
٣٦.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.
٣٧.بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي الزركشي ، البحر المحيط في اصول الفقه ، الطبعة الاولى ، الجزء الرابع ، ١٩٩٤.
٣٨.حمد عبيد الكبيسي ، اصول الاحكام وطرق الاستنباط في التشريع الاسلامي ، دار السلام ، دمشق ، ٢٠٠٤.
٣٩.جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، ١٩٩٠.
٤٠.جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي ، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، الطبعة الأولى ، الجزء الرابع ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٩٥.
٤١.زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ، تحقيق زهير الشاويش ، الجزء العاشر ، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان ، ١٩٩١ .
٤٢.زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم الحنفي ، كشف الأسرار وفتح الغفار بشرح المنار، المعروف بمشكاة الأنوار في أصول / المنار، ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١.
٤٣.الشيخ سعد الغنامي ، شرح الحلقة الاولى للسيد محمد باقر الصدر ، تقريرات العلامة السيد كمال الحيدري ، دار المرتضى ، بيروت –لبنان ، ٢٠١١.
٤٤.شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ، الاستغناء في الاستثناء ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان، ١٩٨٦.
٤٥.شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ، العقد المنظوم في الخصوص والعموم ، تحقيق د. احمد الختم عبد الله ، الطبعة الاولى ، الجزء الثاني ، دار الكتبي ، مصر ، ١٩٩٩.
٤٦.شهاب الدين ، القرافي ، الاستغناء فى أحكام الاستثناء ، تحقيق د. طه محسن ، ط ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٨٢.

٤٧.شهاب الدين ابي العباس احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي ، انوار البروق في انواع الفروق ، تحقيق خليل المنصور ، الجزء الثالث ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨.
٤٨.شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، الجزء الثاني ، دار احياء الكتب العربية ، لبنان ، بدون سنة نشر.
٤٩.شمس الدين محمد بن عثمان بن علي المارديني الشافعي ، الانجم الزاهرات على حل الفاظ الورقات ، تحقيق محمد السيد عثمان ، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان ، ١٩٧١.
٥٠.شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء الخامس، دار الفكر، بيروت ،١٩٨٤.
٥١.صغيّر بن محمد الصغيّر، ضوابط الصياغة وسن القوانين " دراسة مقارنة" ، الطبعة الاولى ، دار ١١ الالوكة ، المملكة العربية السعودية ،٢٠١٧.
٥٢.د. عباس كاشف الغطاء ، المنتخب من القواعد الفقهية ، الطبعة الثانية ، منشورات مؤسسة كاشف الغطاء العامة ، النجف الاشرف ، العراق، بالتعاون مطبعة صبح للطباعة والتجليد ، لبنان- بيروت، ٢٠١٣.
٥٣.عبد الرحمن الجزيري ، مختصر الفقه على المذاهب الاربعة ، المجلد الاول ، اختصره وعلق عليه الشيخ ابراهيم محمد رمضان ، دار القلم ، بيروت- لبنان ،١٩٩٢.
٥٤.عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، همع الهوامع في شرح جمع الجوامع ،الجزء الثاني ، تحقيق عبد الحميد هنداوي، المكتبة التوفيقية – مصر، بلا سنة .
٥٥.عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣ .
٥٦.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.
٥٧.د. عبد الله بن محمد الطيار، د. عبد الله بن محمد المطلق ، د. محمد بن إبراهيم الموسى ، الفقه الميسر، الجزء العاشر ، الطبعة الاولى ، دار الوطن للنشر، الرياض - المملكة العربية السعودية ، ٢٠١١ - ٢٠١٢ .
٥٨.عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، روضة الناظر وجنة المناظر ، تحقيق عبد العزيز السعيد ، الطبعة الثانية ، مطبعة جامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض .
٥٩.د. عبد العزيز رمضان سمك ، اصول الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩.
٦٠.. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، الطبعة السادسة، مؤسسة قرطبة، بغداد، ١٩٧٦.
٦١.عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ، البرهان في أصول الفقه، تحقيق:صلاح بن محمد بن عويضة ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان، ١٩٩٧.
٦٢.عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الاسلامي فيما لانص فيه ، الطبعة السادسة ، دار القلم الكويت ، ١٩٩٣.

٦٣.علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دار ابن حزم ، الطبعة الاولى، ٢٠٠٣.
٦٤.علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي ، كشف الأسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي ، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧.
٦٥.عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت
٦٦.فاضل الصفار ، المهذب في اصول الفقه " تطبيق للقواعد الاصولية على الشريعة والقانون" ، الطبعة الاولى، مؤسسة الفكر الاسلامي ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠.
٦٧.د. فاروق عبد الله كريم ، الاستحسان ونماذج تطبيقاته في الفقه الاسلامي ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان.
٦٨.د. فتحي الدريني ، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ، الطبعة الثانية ، الشركة المتحدة للتوزيع ، سوريا _دمشق ، ١٩٨٥.
٦٩.د. محمد ابو النور زهير ، أصول الفقه ، تصحيح د. عبد الله ربيع عبد الله ، الجزء الاول ، المجلد الاول ، المكتبة الازهرية للتراث – الجزيرة للنشر والتوزيع ، مصر، ٢٠١٨.
٧٠.محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي ، مذكرة في أصول الفقه ، الطبعة الخامسة ، مكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة ، ٢٠٠١.
٧١.محمد امين افندي ابن عابدين ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، تحقيق محمد العزازي ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت_لبنان ، بلا سنة.
٧٢.محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، الجزء الخامس، الطبعة الثانية ، دار الفكر-بيروت ، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢.
٧٣.د. محمد أديب صالح ، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي ، المجلد الثاني، الطبعة الرابعة ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٩٣.
٧٤.محمد ابو زهرة ، اصول الفقه ، دار الفكر العربي ، بيروت ، ١٩٥٨.
٧٥.محمد الوكيلي ، فقه الاولويات دراسة في الضوابط ، الطبعة الاولى ، المعهد العالمي للفكر الاسلامي ، هيرندن _فيرجينيا ، ١٩٩٧.
٧٦.محمد باقر الصدر ، دروس في علم الاصول ، شرح وتعليق ، الشيخ ناجي طالب آل الفقيه العاملي ، الجزء الاول ، الحلقة الثانية ، الطبعة الاولى ، دار احياء التراث العربي ، بيروت _لبنان ، ٢٠٠٤.
٧٧.محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ، أصول السرخسي ، دار المعرفة – بيروت،.
٧٨.محمد بن ادريس الشافعي ، الرسالة ، تحقيق احمد محمد شاكر ، بلا مطبعة وبلا سنة.
٧٩.محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري ، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد ، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى ، مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣ .

٨٠.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.
٨١.محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر فياض العلواني، الجزء الثالث، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ، ١٤٠٠.
٨٢.محمد جواد مغنيه ، علم اصول الفقه في ثوبه الجديد ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٥.
٨٣.محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، الطبعة الاولى ، منشورات الفيروز ابادي ، قم ، ٢٠٠٦.
٨٤.د. محمد كمال الدين امام ، اصول الفقه الاسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية – مصر ،٢٠١١.
٨٥.د. محمد مصطفى الزحيلي ، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي ، الجزء الثاني، الطبعة الثانية ، دار الخير ، دمشق- سوريا ، ٢٠٠٦.
٨٦.د. محمد مصطفى الزحيلي. ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الطبعة الاولى ، دار الفكر - دمشق ، ٢٠٠٦.
٨٧.مجد الدين أبو السعادات المبارك الشيباني الجزري ابن الأثير ، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق : عبد القادر الأرنؤوط ، الطبعة الأولى ، الجزء (١و٢) ، مطبعة الملاح ١٩٦٩.
٨٨.مرتضى بن محمد أمين الأنصاري ، المكاسب ، الجزء السادس، الطبعة الثانية ، مطبعة باقري قم ، ايران ، ١٩٩٩.
٨٩.د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ،الجزء الاول ، الطبعة الخامسة، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة.
٩٠.مهدي الحائري اليزدي ، الحجة في الفقه تقريرات وتحصيلات من الدراسات آية الله السيد حسين الطباطبائي البروجردي ، المجلد الاول (مباحث الالفاظ)، الطبعة الاولى ، منشورات حسينية عمادزاده ، اصفهان ، ١٣١٩.
٩١.نجم الدين ابي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم ابن سعيد الطوفي ، شرح مختصر الروضة ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ، الجزء الثاني، الطبعة الثانية طبع وزارة الشؤون الاسلامية والاوقاف ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٩٨.
٩٢.محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، المحصول في علم الاصول ، تحقيق طه جابر فياض العلواني جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ، ١٤٠٠ ه .
٩٣.محمد حسن هيتو ، الخلاصة في اصول الفقه ، الطبعة الاولى ، دار الضياء ، الكويت ، ٢٠٠٥.
٩٤.د. محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية ، الجزء الاول، الطبعة الرابعة ، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان ، ١٩٩٦.
٩٥.د. محمد مصطفى الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار الفكر ، دمشق ، ٢٠٠٦ .
٩٦.محمود مصطفى عبود هرموش ، القاعدة الكلية (إعمال الكلام اولى من اهماله واثرها في الاصول)،الطبعة الاولى ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت- لبنان ، ١٩٨٧.

٩٧. نجم الدين سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي ، التعيين في شرح الاربعين ، المحقق: أحمد حَاج محمّد عثمان، الطبعة الأولى ، مؤسسة الريان (بيروت - لبنان)، المكتَبة المكيّة (مكّة - المملكة العربية السعودية) ، ١٩٩٨.
٩٨.د. هشام ابراهيم توفيق ، الوجيز في علم اصول الفقه ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، مصر ،٢٠١١.
٩٩.د. هيثم بن فهد بن عبد الرحمن الرومي ، الصياغة الفقهية في العصر الحديث ، الطبعة الاولى ، دار التدمرية ، الرياض ، ٢٠١٢.
١٠٠. د. وهبة بن مصطفى الزحيلي ، الفقهُ الإسلاميّ وأدلَّتهُ ، الجزء السادس ، الطبعة الرَّابعة ، دار الفكر - سوريَّة – دمشق، ١٩٨٦.

سادسا : البحوث القانونية

١. د أياد مطشر صيهود ، العدالة جوهر قانون العلاقات الخاصة الدولية ، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد ١٥، السنة ٢٠١٧ .
٢. د. حسون عبيد هجيج وفخري جعفر احمد ، فلسفة العدالة القانونية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي ، السنة الحادية عشر ، العدد الاول ، ٢٠١٩.
٣. خديجة الدالاتي ، الاستثناء عند علماء اصول الفقه ، بحث منشور في مجلة التراث العربي ، دمشق ،٢٠١٣.
٤. د. عادل شمران الشمري و علي شمران الشمري ، فلسفة الاستثناء في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة العاشرة ، العدد الثالث ، ٢٠١٨.
٥. د. عامر عاشور عبد الله ، القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد (١٥) ، (العدد (٥٢)، (السنة (١٧)، ٢٠١١.
٦. د. عبد الرحمن بن عبد الله ، المستثنيات من القواعد الفقهية ، بحث منشور في مجلة جامعة ام القرى ، ، الجزء السابع عشر ، العدد الرابع والثلاثون ، ٢٠٠٥.
٧. د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، تضخم القواعد القانونية التشريعية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، السنة السادسة ، العدد ٢٣ ، ٢٠١٤.
٨. د. عدنان ابراهيم عبد ، مدى حجية المفهوم المخالف ونماذج من تطبيقاته في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، بحث منشور في مجلة الدراسات الفقهية والقضائية ، العدد الثالث ، ٢٠١٦.
٩. م. عقيل رزاق نعمان السلطاني ، مفهوم الاستثناء عند الاصوليين مع التطبيقات الفقهية ، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية ، جامعة الكوفة ، العدد السابع والستون ، ٢٠١١.
١٠.د. علي احمد حسن اللهيبي ، قواعد صياغة النص التشريعي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية / كلية القانون، جامعة بغداد ، العدد الاول ،٢٠١٩.

١١.د. علي جمعة محارب دور الاجتهاد القضائي ، بحث منشور في مجلة القضاء ، العدد٤٦ ، السنة ١٩٨٨، ص٨٢.
١٢.د. سعد خليفة العبار ، التعارض بين النصوص ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق –جامعة بنغازي، منشورات جامعة بنغازي، العدد التاسع عشر ، ٢٠١٦.

١٣. محمد اقبال ياسين المشهداني ، لغة القانون، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للغات والاداب ، العدد الاول ، ٢٠٠٩.
١٤. د. محمود صالح جابر والسيد عمر مونة ، الاجتهاد الاستثنائي وأثره في فقه التطبيق ، بحث منشور في "المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية"، المجلد الخامس، العدد (٢/ب)، ٢٠٠٩.
١٥. د. وليد محمد الشناوي ، الامن القانوني ومبادئ سن القانون الجيد ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد ٥٦ ، ٢٠١٤.

سابعا : الرسائل والاطاريح

١. أمنه فارس حامد ، معايير الصياغة التشريعية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ،جامعة بابل ، ٢٠١٧.
٢. د. حمد قبلان عواد بطي العازمي ، التقييد واثره في القواعد الفقهية ، أطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الشريعة ، الجامعة الأردنية ، ٢٠١٨.
٣. د. عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، رسالة دكتورة مقدمة الى كلية القانون جامعة الاسكندرية ، ٢٠٠٣ .
٤. علي حميد كاظم الشكري،استقرار المعاملات المالية ، إطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٤.
٥. محمد احمد حسن خلف الله ، الإستثناء واثره على عقدي البيع والايجار ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ،٢٠٠١.
٦. محمد مصطفى شلبي ، تعليل الاحكام ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامع الازهر ، مطبعة جامعة الازهر ، مصر ، ١٩٤٧.

ثامنا : 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.

تاسعا : القرارات القضائية

١. قرار صادر عن محكمة استئناف واسط بصفتها التمييزية بالرقم ١/حوالة/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٣/١٩غير منشور .
٢. الطعن رقم ١٦٦٢٩ لسنة ٨٥ قضائية- جلسة ٢٧/٠٦/٢٠١٨دائرة الاجارات.محكمة النقض المصرية . .

عاشرا : المواقع الالكترونية

١. العلامة الشيخ عبد الكريم الحائري ، محاضرات في اصول الفقه القاها على طلبة كلية العلوم الاسلامية ، جامعة أهل البيت ، منشورة على الموقع الالكتروني

https://abu.edu.iq/islamic-sciences/courses/general-lessons/principles-jurisprudence-2/26

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٤/٤ الساعة ١١ مساءا .

٢. د. منذر الفضل ، عنصر الثبات وعامل التغيير في النصوص القانونية ، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى ٢٠١٤، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١/١٢ . الساعة ال١٠ مساءا .

/https://www.hjc.iq/view.2594

٣. أحمد بن عمر الحازمي، شرح ألفية ابن مالك، ص٦٠، منشور على الموقع http://alhazme.net

Summary

The exception is a legal phenomenon that is hardly devoid of a branch of law in general, and of civil law in particular, as not one of its chapters is devoid of an exception that responds to a subject on the general principle in the legal rule that regulates that case, as the process of exclusion is one of the general rules. It is not uncommon to find a general rule that establishes a specific rule for which there is no exception from the dominance of the original in that general rule, in which the legislative justification differs according to the different case that is excluded, until the exception in the texts of the civil law became part of the The construction of the text and the need to formulate it in a way that accommodates what the general original cannot and makes the text more flexible in the face of changes and circumstances.

The exception is a necessity imposed by the formulation of the legal rule, for the legislator explains within the general rule what is related to the expulsion of a person with a certain quality or a fact that has a specific ruling, so that the exception comes out of the general rule of the rule, and here the legislator moves away from establishing independent rules that deal with those excluded cases, and thus avoids legislative inflation , given that the wording requires that it remain under the general rule, which lends flexibility to the text and makes it more accommodating for many cases and situations that were unique to special circumstances that were considered by the legislator, which called him to exclude them.

If the exception acquires a special importance in the law in general, its importance within the scope of civil law is embodied in particular, by virtue of the large number of conflicting interests. Therefore, the study of the exception in civil law aims to clarify the nature of the exception and establish its source and controls, by clarifying the conceptual framework of the exception in

civil law. The light is on the study of the most important and most prominent of these legal exceptions and their feasibility, as they are a departure from the general rule, as they may be (so to speak) a means for loopholes that may be exploited, because the exception is considered a sub-rule or complementary to the general rule