د. صالح أحمد اللهيبي(*)

عقد التخارج

"دراسة قانونية مقارنة في إطار القانون المدني العراقي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي"*

ملخص البحث

يعد عقد التخارج من المواضيع التي لم تنل حظها من البحث القانوني، في نطاق القانون المدني، وركزت أغلب الدراسات الشرعية على جانب الأحوال الشخصية في هذا الموضوع، لذلك آثر الباحث اختيار هذا الموضوع ومعالجته من ناحية القانون المدني، إذ لا يخفى على أحد أن هذا العقد يعد أولاً من العقود الناقلة للملكية، لذلك وجب دراسته من هذه الناحية، وهي التركيز على العقد من حيث أركانه وشروطه وأهم أحكامه التي يتميز فيها عن بقية العقود الناقلة للملكية، وقد كانت الدراسة مقارنة بين القانون المدني العراقي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي مع الاستشهاد ببعض القوانين الأخرى، مثل القانون المدني الأردني والمصري في بعض المواضع.

(*) أستاذ القانون المدني المساعد/كلية القانون – جامعة الشارقة.
* أجيز للنشر بتاريخ ٢٠١١/٥/١٠.

المقدمة

درجت أغلب الدراسات على معالجة موضوع (التخارج) وتناوله ضمن مواضيع الأحوال الشخصية، وابتعد عن معالجة هذا العقد الكثير من المختصين في مجال القانون المدني، تاركين الأمر لقانون الأحوال الشخصية وشراحه.

وبما أن للتخارج جانباً مادياً ذا مسيس مباشر مع المعاملات المدنية، كما أنه عقد أولا وأخيراً وتحديداً من العقود الناقلة للملكية، لذلك آثرنا اختيار هذا الموضوع لمعالجته ضمن هذا البحث من ناحية القانون المدني وسيكون نطاق البحث هو التشريع العراقي بصورة عامة وقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل مقارنة ببعض القوانين المدنية الأخرى مثل المصري والأردني والكويتي في بعض المواضع، ومن ناحية ثانية مقارنة النصوص التشريعية بالاتجاهات الأساسية في الشريعة الإسلامية، مع محاولة عدم التعمق في الآراء الفقهية في الشريعة الإسلامية وذلك لكثرتها وتشعبها، هذا من جهة ومن جهة ثانية لكون البحث دراسة في إطار القانون المدني.

ونجد أن القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ لم ينص نهائياً على هذا العقد كما أن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ لم يعالج هو الآخر هذا العقد نهائياً، ولكننا وجدنا بعض النصوص التي عالجت التخارج في قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل، على عكس القانون الإماراتي ففي بداية الأمر وجدنا بعض النصوص في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل في باب العقود الناقلة للملكية بوصفه صورة

خاصة من هذه العقود، كما أورد قانون المعاملات المدنية الإماراتي نصا آخر ضمن أحكام عقد الصلح، ثم صدر قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل، وتضمن بعض الأحكام الخاصة بمعالجة التخارج، كما أن القانون المدني الأردني تضمن نصوصاً خاصة لمعالجة التخارج، وورد التخارج في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني ضمن العقود الناقلة للملكية من موضوع العقود الخاصة، وسنبتعد في هذا البحث عن المواضيع الخاصة بالتخارج ذات الصلة المباشرة بالأحوال الشخصية، تاركين الأمر فيها لذوي الاختصاص،

أما أهم التساؤلات التي يمكن إثارتها في هذا الموضوع فهي على النحو الآتي:

١- ما معنى التخارج، بوصفه عقداً ناقلاً للملكية؟

٢- ما هي شروطه، وما هو التكييف القانوني لهذا العقد، هل هو (صلح) أم (قسمة للمال الشائع)، أم (تنازل) أم (بيع) أم أنه (صرف) ؟

٣- المحل في هذا النوع من العقود، يكون غير معين تعييناً نافياً للجهالة وفيه جهالة كبيرة، وهي عدم معرفة محتويات الحصة، فهل هذه الجهالة تؤثر في صحة التخارج أم يبقى صحيحاً؟

٤- ما هي أحكام التخارج، بمعنى حقوق والتزامات الطرفين، المتخارج والمتخارج له؟

٥- ما هو حدود الضمان للطرفين؟، بماذا يختلف عن الضمان في القواعد العامة للعقود الناقلة للملكية؟ وهل يضمن المتخارج العيوب الخفية أم لا

يضمنها؟ هل يضمن الاستحقاق للمتخارج له كما في عقد البيع والعقود الناقلة للملكية أم لا؟

٦- ما معنى التسليم في التخارج؟ هل هو تسليم حقيقي؟ أم تسليم رمزي؟ أم أنه غير موجود وليس بالتزام على عاتق المتخارج؟

كل هذه الأسئلة وغيرها من التفاصيل الأخرى سنوضحها في البحث، وهي التي دعت الباحث إلى اختيار هذا الموضوع، وأخيرا فإن الدراسة تم تعزيزها بالقرارات القضائية الحديثة قدر الإمكان، ثم بعد الخاتمة تضمنت الدراسة الكثير من الاقتراحات للقانون المدني العراقي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي التي تبدو جديرة بالأخذ بها، ومن الله التوفيق.

وقد تمت دراسة الموضوع وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: ماهية التخارج.

المطلب الأول: تعريف التخارج لغة واصطلاحاً وموقف الفقه الإسلامي

الفرع الأول: ماهية التخارج لغةً واصطلاحاً.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: شروط التخارج.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لعقد التخارج.

المبحث الثاني: أحكام عقد التخارج.

المطلب الأول: أثر التخارج في نقل الملكية.

الفرع الأول: انتقال نصيب المتخارج إلى المتخارج له.

الفرع الثاني: حلول المتخارج له محل المتخارج في نصيبه.

المطلب الثاني: عدم تأثر بعض الحقوق بعقد التخارج.

المبحث الثالث: الضمان في عقد التخارج.

المطلب الأول: أحكام الضمان فيما لو أن التخارج جرى دون تفصيل لمشتملات التركة.

المطلب الثاني: أحكام الضمان عند الاتفاق على التخارج مع تفصيل لمشتملات التركة.

المبحث ألأول
ماهية التخارج

نعالج في هذا المبحث التخارج لغةً واصطلاحاً في المطلب الأول ونخصص المطلب الثاني لدراسة شروط التخارج، ثم المطلب الثالث يتناول الطبيعة القانونية لعقد التخارج.

المطلب الأول
تعريف التخارج لغةً واصطلاحاً وموقف الفقه الإسلامي

وهذا المطلب قسمناه إلى فرعين الأول لتعريف التخارج لغة واصطلاحاً، والفرع الثاني خصصناه لموقف الفقه الإسلامي من التخارج.

الفرع الأول
ماهية التخارج لغةً واصطلاحاً

التخارج تفاعل من الخروج، يقال تخارج القوم إذا أخرج كل واحد منهم نفقة على قدر نفقة صاحبه، وتخارج الشركاء، خرج كل واحد من شركته عن ملكه إلى صاحبه بالبيع، والتخارج أن يأخذ بعض الشركاء الدار، وبعضهم الأرض(١).

وفي الاصطلاح يعرف التخارج على: "أنه يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث في مقابل شيء معلوم"(٢)، وهذا النص هو الذي أخذ به المشرع المصري في قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ في المادة ٤٨ منه.

كما عرفه بعضهم على أنه: "تنازل أحد الورثة عن حصته لواحد من الورثة بعينه أو لجميع الورثة وذلك لقاء مال يدفع إليه"(٣)، والأصل في جوازه ما روي أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، طلق امرأته تماضر بنت الأصبغ الكلبية في مرض موته، ثم مات وهي في العدة، فورثه عثمان بن عفان رضي الله عنه مع ثلاث نسوة أخر، فصالحوها عن ربع ثُمنها على ثلاثة وثمانين ألفاً، قيل من الدنانير، وقيل من الدراهم. (٤)

---

(١) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط٤، ١٩٩٤، ص، ٢٣٨.

(٢) د. محمود محمد طنطاوي، نظام المواريث في الشريعة الإسلامية، ط١، دون مكان طبع، ١٩٨٩، ص٢٨٨؛ ونفس التعريف نجده لدى المستشار أحمد نصر الجندي، المواريث في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص٢٧٣؛ د. محمود عبدالله بخيت ود. محمد عقله العلي، الوسيط في فقه المواريث، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧، ص ١٧٣،

(٣) د. أبو اليقضان عطية الجبوري، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، دار حنين، عمان، ١٩٩٥، ص٢٩٩.

(٤) أخرجه الدراقطني، ج٤، ص١٢، وسعيد بن منصور في سننه ٢/ ٦٧، والبيهقي في السنن الكبرى/٧/٣٦٢، نقلا عن د. عبدالله الجبوري ود. عبد الحق حميش، أحكام=

وللباحث على هذه التعريفات الفقهية عدة ملاحظات، ذلك أن بعضها ركز على أنه عقد (صلح)، والبعض الآخر عده (تنازلاً)، ولا نتفق على تعاريف عقد التخارج على أنه صلح، ذلك أن الصلح يفترض، أن يسبقه نزاع بين الورثة، إذ يعرف الصلح على أنه عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي(٥)، والحال ليس كذلك في أغلب أحيان التخارج، كما لا نتفق مع من يعرفه على أنه تنازل، ذلك أن أهم خصائص التخارج أنه عقد معاوضة، وهذا ما صرحت به المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي(٦)، أما إن كان العقد بدون مقابل فلا يسمى تخارجاً، وإنما هو هبة حيث إن الهبة هي تمليك مال أو حق مالي لآخر دون عوض(٧).

وإذا انتقلنا إلى القوانين سنجد أن التشريعات العراقية وأهمها القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل لم يتضمن أي نص يعالج التخارج، مع كونه من العقود الناقلة للملكية، وكذلك قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، هو الآخر لم يتضمن نصاً يعالج التخارج، وما وجدناه في

=الوريث والوصايا في الشريعة الإسلامية، ط١، مطبوعات جامعة الشارقة، ٢٠٠٧، ص ١٣٩.

(٥) ينظر المادة ٦٩٨ من القانون المدني العراقي، والمادة ٧٢٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وكذلك ينظر الطعن رقم ٥٤ لسنة ٢٥ "شرعي " جلسة ٢٠٠٤/١٢/١١، منشور في مجموعة الأحكام، تصدر عن المحكمة الاتحادية العليا، في أبو ظبي، السنة السادسة والعشرون، ط١، ٢٠٠٦، ص٦٩٤-٦٩٥؛ وكذلك الطعن رقم ٢٦٦، لسنة ٢٠٠٤، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد١٦، ج١، لسنة ٢٠٠٥، ص٣٣٣.

(٦) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥، منشورات جمعية الحقوقيين، الإمارات، دون سنة طبع، ص ٤٧٠.

(٧) ينظر المادة ٦٠١ من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة ٦١٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، كما سنرى عند معالجة شروط التخارج أن هذا العوض شرط مهم من شروط التخارج.

التشريعات العراقية هو فقط نصوص المواد ٢٤٦-٢٤٨ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل[٨].

إذ نصت المادة ٢٤٦ من هذا القانون على تعريف التخارج ونصت بأنه: (يقصد بالتخارج اتفاق جميع أو قسم من الورثة أو أصحاب حق الانتقال[٩] على

(٨) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية رقم ١٩٩٥ في ١٩٧١/١٠/٥.

(٩) أصحاب حق الانتقال في القانون المدني العراقي هم المستحقون لحق التصرف بعد وفاة صاحبه، وحق التصرف من الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني العراقي وتم تنظيم أحكامه من المواد ١١٦٩-١٢٤٩، وهذا الحق لم يعرفه قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، ومضمون هذا الحق أنه يرد على الأراضي الزراعية وتحديداً الأميرية: (وهي صنف من الأراضي الزراعية معروف في العراق تكون الرقبة فيه دائماً للدولة وحق المنفعة للأفراد)، وقد يقول قائل إن هذا الحق مشابه لحق المنفعة (الحق العيني ألأصلي)، فنقول إن الأحكام التي نظمها القانون المدني العراقي لهذا النوع تميزه عن بقية الحقوق العينية ألأصلية الأخرى، فنطاقه هو الأراضي الزراعية الأميرية فقط (المملوكة للدولة)، ويجب أن يستغل صاحب حق التصرف هذه الأرض استغلالاً زراعيا فقط نباتياً أو حيوانياً ، وما عدا ذلك فان أي استغلال ثان يعد سبباً لانتهاء حق التصرف، وكذلك أن هذا الحق قابل للانتقال بالوفاة، فإذا توفي صاحب حق التصرف فان المستحقين لهذا الحق، لانسميهم ورثة مثلما هو الحال في المواريث وإنما يسمون (أصحاب حق الانتقال) وهو ما عبرت عنه المادة ٢٤٦ من قانون التسجيل العقاري العراقي، فالورثة يختلفون عن أصحاب حقوق الانتقال من حيث التسمية ومن حيث الأحكام، وأهم فرق أن القانون المدني العراقي عد أصحاب حقوق الانتقال من الذكور والإناث إذا كانوا في طبقة واحدة، مثل الأشقاء عدهم متساوون في هذا الحق ولا يأخذ الذكر ضعف حظ الأنثى، ثم قسم القانون المدني العراقي أصحاب حقوق الانتقال إلى أربع درجات، كل درجة تحجب الدرجة التي تليها مع الأخذ بعين الاعتبار بعض الاستثناءات، وفي الدرجة الأولى الأبناء والأحفاد والثانية فيها أبوا الميت وفروعهما، والدرجة الثالثة هم جد الميت وجداته وفروعهم، والدرجة الرابعة الزوج والزوجة (المواد من ١١٨٧-١١٩٩) من القانون المدني العراقي، علماً أننا لا نتفق مع اتجاه المشرع العراقي في أفراد قواعد خاصة لانتقال حق التصرف، والمفروض أن يطبق عليها أحكام الميراث طالما كانت من الحقوق القابلة للانتقال، بمعنى أنها من المفترض أن تدخل ضمن تركة المتوفي، كما تتميز هذه الأراضي بأحكام أخرى، وهي أنه إذا أرادت الدولة استرداد هذه الأرض لحاجتها لها للمنفعة العامة فإن حقها في الاسترداد يسمى (إطفاء حق التصرف)، لا يسمى استملاكاً، وذلك لأنها تملك الرقبة أصلاً، فمن=

إخراج بعضهم من الميراث أو الانتقال بعوض معلوم من التركة أو غيرها ويسجل بالاستناد إلى حجة صادرة من محكمة مختصة)[١٠].

=غير المعقول أن تستملك شيئاً تملكه، وما ينطبق على الإطفاء القوانين الخاصة بالإطفاء وليست قوانين الاستملاك، وأهم فرق بين الاستملاك والإطفاء هو أن الاستملاك يجب أن يكون لقاء مبلغ تعويض مناسب بالسعر التجاري بالسوق، أما الأطفاء فهو لقاء مبلغ رمزي، ثم إن هناك فرقاً أخيراً بين حق التصرف من جهة وحق الملكية والمنفعة من جهة أخرى، وهو أن بيع حق التصرف يسمى في القانون المدني العراقي (بالإفراغ) وليس البيع، وذلك لسبب أن البيع يرد على الملكية التامة أما الإفراغ فهو يرد على المنفعة دون الرقبة ففاقد الشيء لا يعطيه، ذلك أن البائع (المفرغ) لا يستطيع بيع الرقبة لأنها للدولة، لذلك وجدنا أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي قد نص في المادة ١١٠ منه على (حق التصرف) عندما عدد الحقوق العينية الأصلية، وكان متأثراً في ذلك باتجاه القانون المدني العراقي، لكنه لم يبين بعد ذلك بمواد خاصة ماهية هذا الحق وأحكامه مثلما فعل القانون المدني العراقي، وهذا ما دعا بعضهم إلى القول إن قانون المعاملات المدنية الإماراتي يخلط بين حق الملكية وعناصره، د. عبد الخالق حسن، حق الملكية، ط١، منشورات أكاديمية شرطة دبي، ١٩٩٠، ص ١٠؛ علماً أنه وردت بعض الإشارات إلى مثل هذا الحق في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وتحديدا المادة ١٢١١ منه إذ نصت على أنه: (١- من أحيا أو عمر أرضاً من الأراضي الموات بإذن من السلطة المختصة كان مالكا لها ٢- وللسلطة المختصة أن تأذن بإحياء الأرض على أن ينتفع بها فقط دون تملكها)، في القوانين العراقية وشروحاتها التي تناولت حق التصرف ينظر أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، مطبوعات وزارة التعليم العالي العراقية، بغداد، ١٩٨٢، ص٢٧٣، و د. عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني، بغداد، ١٩٥٠، ص٦٧؛ د. فؤاد شجاع سلطان، كريم شجاع سلطان، قوانين الملكية العقارية. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٩٢، ص ١٠٢-١٠٦؛ د.شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩، ص٦٦؛ د. قيس عبد الوهاب الحيالي، ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص١٢٠.

(١٠) تسمى هذه الحجة في العراق، بحجة التخارج، ولا يمكن القول بأن عقد التخارج إذا ورد على حق انتقال فإنه غير صحيح، بحجة أن حق الانتقال يكون في الأراضي الأميرية المملوكة للدولة أصلاً، ذلك أن التخارج هنا سيكون صحيحاً أيضا، لكن هذا التخارج لن ينقل ملكية الأرض (رقبة الأرض)، ولكنه سينقل ملكية حق التصرف نفسه (أي منفعة الأرض) وفقا للقاعدة الشرعية المعروفة (أن فاقد الشيء لا يعطيــه)، كما أن =

ومما يلحظه الباحث على مكان هذا النص أن المشرع العراقي أورده ضمن النصوص الخاصة بالتسجيل العقاري، مفترضاً أن التخارج لايتم أو لا يمكن أن نتصوره إلا بمناسبة انتقال الحصص في العقارات، وهذا التصور غير صحيح، فالمكان الحقيقي للتخارج هو القانون المدني وأحكامه، وتحديداً في باب العقود الناقلة للملكية؛ لأنه عقد ناقل للملكية، وبالتالي يمكن تصوره في العقار وفي المنقول، أي أن نطاق التخارج يشمل العقار والمنقول وكل الحقوق القابلة للانتقال(١١).

أما التشريع الإماراتي وابتداءً من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسة١٩٨٥، قد أورد نصوصاً صريحة عالجت التخارج في المادة ٥٩٤ منه، التي

=هذا الحكم أكدته المادة ٢٤٧ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ التي نصت على أنه: (لا يجوز تسجيل التخارج إلا ضمن معاملة الإرث أو الانتقال)، فهذا الحكم يؤكد أن التخارج صحيح، سواء كان محله أموالاً مملوكة ملكية تامة- وهي ما سماها المشرع معاملة الإرث - أوعقارات عليها حقوق تصرفية فقط وهي ما تسمى معاملة الانتقال-، ثم بعد ذلك نصت المادة ٢٤٨ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ على أنه: (لا تنفذ حجة لتخارج إذا مضى على صدورها خمسة عشر سنة)، وهذه المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم بمعنى لا تقبل الوقف ولا الانقطاع

(١١) ولا يمكن القول بأن هذا التوجه صحيح بحجة أن التخارج لو كان محله منقولاً فإنه سيخضع للقواعد العامة في انتقال الملكية وخصوصاً أحكام عقد البيع، ذلك أن التخارج صحيح أنه يتفق مع عقد البيع، في أن كليهما ناقل للملكية، ولكنه يختلف عنه اختلافا كبيرا إذ إن أهم الفروق هي أن عقد البيع لا يوجد فيه تحديد لشخص البائع أو المشتري، أي أن شخصيتهما ليست محل اعتبار، أما في التخارج فإن هذا العقد يجب أن يصدر من وراث لوارث آخر، أي أنه لايصح إلا بين الورثة، ومن ثم فإن شخصية المتخارج والمتخارج له محل اعتبار هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن البائع في عقد البيع يضمن التعرض والاستحقاق في مواجهة المشتري، أما في عقد التخارج فسنلاحظ أن المتخارج في صورة من الصور لا يضمن التعرض ولا الاستحقاق في مواجهة المتخارج له.

نصت على أن: (المخارجة هي بيع الوارث لنصيبه في التركة بعد وفاة المورث[١٢] لوارث آخر أو أكثر بعوض معلوم ولو لم تكن موجودات التركة معينة)، كما وردت إشارة إلى التخارج في النصوص الخاصة بالصلح في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ونصت المادة ٧٣٧ منه على أنه: (يجوز لبعض الورثة أن يصالح عما يخصه من الإرث بجزء من التركة بشرط حضور المصالح منه – إن أخذ قدر نصيبه منه أو أقل– وحضور التركة كلها إن صالح بأكثر من نصيبه). ثم جاء قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ وعرف التخارج في المادة ٣٥٦ منه على أن: (التخارج هو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه المعلوم لديه من التركة لبعضهم الآخر مقابل شيء معلوم)، وقد نصت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أن: (التخارج هو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم، والتخارج عقد معاوضة ثنائي الطرف يشبه القسمة أو البيع) [١٣].

أما إذا انتقلنا إلى القانون المدني الكويتي على سبيل المثال رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، فنجد أن المادة ٥١٦ منه نصت على أنه: (من باع تركة أو حصة فيها دون تفصيل لمشتملاتها، لا يضمن إلا ثبوت وراثته لما باع ما لم يتفق على غير

(١٢) ولنا على هذا المصطلح (بعد وفاة المورث) ملاحظة هي أن هذه العبارة زائدة ولا داعي لذكرها، لأننا أصلا لا نكون أمام تركة إلا بعد وفاة المورث وأداء حقوقه (الغسل والتجهيز والدفن)، ومن ثم حقوق دائنيه، ودفع الحقوق إلى الموصى لهم، بعد كل ذلك سنكون أمام التركة التي تنتقل إلى الورثة، ولكن ما نجده في هذا النص هو أن المشرع قصد التأكيد على تاريخ البيع ويجب أن يكون بعد الوفاة وليس قبلها.

(١٣) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥، مصدر سابق، ص ٤٧٠.

ذلك). وهذه المادة لم تتضمن تعريفا للتخارج وإنما تضمنت تعريفاً لبيع التركة، وهذا ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي(١٤).

أما القانون المدني الأردني فقد نصت المادة ٥٣٩ على أنه: (بيع الوارث نصيبه في التركة بعد وفاة المورث، لوارث آخر أو أكثر بعوض معلوم، ولو لم تكن موجودات التركة معينة)(١٥).

بعد كل ما تقدم فإن ما يقترحه الباحث على المشرع العراقي، هو إدراج عقد التخارج ضمن مواضيع العقود الناقلة للملكية وأن يكون النص كالآتي (التخارج هو الاتفاق على نقل نصيب أحد الورثة إلى آخر أو أكثر بعوض معلوم، ولو لم تكن موجودات التركة معينة)، وكذلك ما نقترحه على المشرع الإماراتي تعديل نص المادة ٥٩٤ لكي تكون بالشكل السابق، وقد قصدنا من هذا التعريف تجنب الإشكاليات التي ترافق تكييف عقد التخارج هل هو بيع أم صلح أم قسمة أم غير ذلك(١٦).

الفرع الثاني
موقف الفقه الإسلامي

التخارج أصلاً من المواضيع الفقهية ومنه أخذت القوانين مفهوم التخارج وشروطه وأحكامه، لكننا نجد أن بعض كتب الفقه الإسلامي قد أورد التعريف فقط

(١٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ط٣، لسنة ١٩٩٩، ص٣٩٢، وسنبين لاحقا الفرق بين بيع التركة والتخارج عند الكلام على شروط التخارج.

(١٥) هذا النص، هو المصدر التاريخي لنص المادة ٥٩٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(١٦) وقد يقول قائل إنه لا داعي للإسهاب في إيراد التعريف، بحجة أن القوانين لا تعنى بالتعاريف، فنقول أن التعريف مهم وضروري خاصة في هذه الدراسة، لأننا وفقا للتعريف سوف نتوصل إلى التكييف القانوني لهذا العقد.

ثم انتقل إلى فرضيات المخارجة دون أن يبين شروط المخارجة بوضوح وأحكام المخارجة والتزامات المتخارج والمتخارج له[١٧]، وبعض الكتب عمم على التخارج وصفه صلحاً ذلك أنه لا يحدث إلا بين الورثة وأغلب حال الورثة عند قيامهم بتوزيع التركة حصول الخصومات بينهم، ووضح لنا أن زوجة عبد الرحمن بن عوف وهي (تماضر) كان قد طلقها زوجها في مرض موته، فاختلف الصحابة، هل تستحق حصة من ميراث زوجها أم لا؟ وبعد الخلاف تصالح الورثة معها وإن لم تصل الخصومة إلى القضاء[١٨]، وعلى هذا الأساس نجد أن هناك تعميماً لاستخدام (الصلح) متى ما ذكر (التخارج)[١٩]، وهذا الاتجاه لا نجده صحيحاً دائماً.

وهذا الاتجاه اتبعه بعض الكتاب ممن كتب في الفقه الإسلامي من الفقهاء المحدثين وذكر أنه: (يصح الصلح عن حصة الوراث في التركة وتطبق أحكام البيع ويسمى هذا الصلح مخارجة....والخلاصة أنه يشترط عند الحنفية كون التركة معلومة ولا يشترط أن يكون المتخارج بمقدار الحصة تماماً؛ لأن هذا العقد بيع، والعلم بالمبيع شرط لإمكان التسليم ولا يلزم كون الثمن مساوياً لقيمة المبيع، ولكن يشترط أن يكون المتخارج عالماً بنصيبه من التركة خشية الغرر، ويشترط أيضاً التقابض فيما هو عقد صرف لعدم الوقوع في الربا) [٢٠]

(١٧) ينظر على سبيل المثال محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الأمام أبي حنيفة النعمان، ج٧، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٢٦-٢٠٠٥، ص ٣٩٩-٤٠٣.

(١٨) شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، المجلد العاشر، ج٢٠، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤-١٩٩٣، ص١٣٦.

(١٩) المصدر السابق نفسه، ص١٣٥.

(٢٠) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٥، ط٣، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٦، ص٣٢٤-٣٢٥.

المطلب الثاني
شروط عقد التخارج

كي نكون أمام عقد تخارج بالمعنى القانوني الدقيق لهذا العقد، ثم تأتي بعد ذلك آثاره لا بد من وجود شروط في هذا العقد، ولكن قبل معالجة هذه الشروط وبيان تفاصيلها، يجب أن نعلم أن هذا العقد كغيره من العقود، لابد لوجوده من رضا ومحل وسبب(٢١).

ولكن المحل في هذا العقد يختلف عن المحل في العقد بصورة عامة، ويشذ عنه في أنه لا يشترط فيه أن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة كغيره من العقود، ذلك أن فيه استثناءً، إذ إن كل القوانين وكما مرَ سابقاً اعترفت بصحة العقد وأقرته رغم ما فيه من الجهالة، وذلك لظروف واعتبارات معينة، لكن مع وضع الضوابط الخاصة لهذا العقد(٢٢).

كما يجب معرفة أن المحل في عقد التخارج يتمثل في (حصة الوارث) المتخارج من مجموع تركة مورثه، وهي حصة شائعة في أموال المورث كافة، وعليه فهي تشمل كل الحقوق المالية التي انتقلت إلى الوارث المتخارج عند وفاة المورث وكل ما حصل عليه من ثمارها منذ الوفاة، كما تشمل قيمة ما استهلكه من هذه الحقوق والتعويضات أو مبالغ التأمين التي حصل عليها بسبب ما أصاب أموال

(٢١) عليه نحيل إلى المراجع العامة التي تبين أركان العقد.
(٢٢) د. عدنان السرحان، شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض القوانين، دار وائل للنشر، الأردن ٢٠٠٥، ص، ١٤٧.

التركة من أضرار، كما تشمل أيضا ما استوفاه المتخارج من ديون وما باعه من أموال التركة وقيمة ما تبرع به منها، كل هذا ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك [٢٣].

بعد هذا كله، لابد من القول إن المحل في عقد التخارج صحيح رغم ما فيه من الجهالة المتمثلة بالمجازفة والغرر، لذلك فإن هذا العقد يدخل في العقود الاحتمالية، حيث إن المتخارج والمتخارج له يجازفون في مثل هذه التصرفات [٢٤]، لذلك نظمته القوانين بنصوص خاصة، لكن في نهاية المطاف اعترفت بصحته، والأساس في ذلك أن بيع المجهول والصلح عنه لايجوز، وذلك إذا أمكن معرفة التركة والوصول إليها، فإن تعذر الوصول إلى معرفتها جاز الصلح عن المجهول، كما إذا صالحت الزوجة عن صداقها، ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه، ودليل الصلح عن المجهول عند تعذر العلم به:" ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجلين اختصما في مواريث درست: اقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا "[٢٥].

عليه ما نقترحه على المشرع العراقي أن يضع نصا يعالج ركن المحل في عقد التخارج، وذلك لما له خصوصية، ويكون النص كالآتي: (يجب تعيين حصة المتخارج دون تعيين محلها).

(٢٣) د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص ١٨٠.

(٢٤) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٤٤٩.

(٢٥) أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية باب كيف القضاء (٣٥٨٤) ج٣، ص٣٠١، وفيه أسامة بن زيد البتي وهو حسن الحديث (تنقيح التحقيق أحاديث التعليق ٣/٥٤٠)، نقلا عن د. عبدالله الجبوري ود. عبد الحق حميش، المصدر السابق، ص ١٤٠.

كما نقترح على المشرعين العراقي والإماراتي ما يأتي: (اذا كان المتخارج استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئا مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمتخارج له ما استوفاه ما لم يكن العقد قد نص على غير ذلك)[٢٦].

أما فيما يخص الأهلية فعقد التخارج، ووفقا لشروطه هو عقد من العقود الدائرة بين النفع والضرر في أغلب حالاته، وفي كل الأحوال فإن هذه العقود تختلف الأهلية الواجب توافرها فيها باختلاف تكييف العقد نفسه[٢٧]،

علماً أن الأهلية في القانون المدني العراقي هي تمام الثماني عشرة سنة، وفي قانون المعاملات المدنية الإماراتي هي إتمام واحد وعشرين سنة قمرية[٢٨].

كما أن مناط أهلية المتصرف بحصته في التركة ووقت النظر إليها هو وقت صدور التصرف منه، فيكون صحيحاً إن لم يكن محجوراً عليه في حينها، وإن تم الحجر عليه بعد ذلك لخرف الشيخوخة مثلاً[٢٩]، فإن ذلك الحجر المتأخر عن التصرف لا أثر له في إبطال التخارج.

(٢٦) وقد ذكرنا هذا النص للتأكيد على أن التخارج إذا ورد مطلقاً فهو يشمل كل المنافع التي استوفاها المتخارج والتابعة لهذه الحصة، أما إذا ورد محددا، بأنٍ استبعد المتخارج بعض الأموال أو المنافع التي استوفاها، فمثل هذا الاتفاق جائز أيضا .

(٢٧) سنعالج ذلك في الصفحات اللاحقة، حول بيان التكييف القانوني للتخارج.

(٢٨) ينظر المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢/٨٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وينظر الطعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٥ " شرعي "جلسة ١/١٧/ ٢٠٠٤، صادر عن المحكمة الاتحادية العليا/أبوظبي/ منشور في مجموعة الأحكام، السنة السادسة والعشرون، ط١، ٢٠٠٦، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ٨٦.

(٢٩) ينظر الطعون رقم ١٨١ و٢٠٣ و٢٠٧ لسنة ٢٤ ق شرعي جلسة٥/٢٢/ ٢٠٠٤، منشور في مجموعة الأحكام، المصدر السابق، ص ١٠٧.

ونحيل بشأن بقية الشروط في الأهلية وركن السبب إلى القواعد العامة، ولكن لخصوصية عقد التخارج فإن هنالك شروطاً خاصة يجب توافرها في هذا العقد للحكم بصحته، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون التصرف بين الورثة:

فلا يعد التصرف تخارجاً إلا إذا كان المتخارج والمتخارج له من الورثة حصراً، ولا يهم بعد ذلك مقدار حصصهم في تركة مورثهم(٣٠)، كما لا يهم إن كان المتخارج له واحداً من الورثة أو أكثر، ولكن لا نتفق مع من يذهب إلى أن التخارج صحيح إن كان بشراء الحصة من الموصى له بجزء شائع من التركة، على اعتبار أنه في هذه الحالة يعامل معاملة الوراث(٣١)، نقول صحيح إن الموصى له قد تكون حصته في بعض الأحيان أكثر من حصص بعض الورثة منفردة أو مجتمعة، لكن نجد أن النصوص صريحة في حصر هذا العقد بين الورثة، ولا يمكن قبول التعامل مع غير الورثة، ولكن يمكن شراء حصة الموصى له ولا نسمي ذلك بالتخارج وإنما هو شراء للتركة وليس تخارجا، فإذا كان بين الورثة حصراً سميناه عندئذ بالتخارج(٣٢).

(٣٠) د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٩، ص ٢٠٥.

(٣١) هذا ما ذهب إليه الدكتور عدنان السرحان، شرح أحكام العقود المسماة، المصدر السابق، ص ١٥٢.

(٣٢) أما إن حصل التعاقد مع الموصى له (وصية واجبة) وهو من كان محجوباً أصلاً من الورثة بسبب موت أصله قبل وفاة مورثه، فإننا نرى أن التعاقد معه صحيح ويسمى تخارجاً أيضا لعدة أسباب، هي:

١- أن هذا الشخص هو وارث ولكنه حجب وأعيدت له مكانته وفقا لما يعرف بالإرادة المفترضة لمورثه (الجد)، والأصل في ذلك قوله تعالى في سورة البقرة/آية ١٨٠: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين

ويذكر البعض أن هؤلاء الوارثين يجب أن يكونوا وارثين لمورث واحد وإلا فإن التصرف ليس بالتخارج[٣٣]، ويتفق الباحث مع هذا الرأي فلكي يكون التصرف تخارجاً يجب أن يكون للورثة حق في نفس التركة، وأن يكونوا وارثين لمورث واحد، أما قضايا المناسخة، التي تعرف بأنها: (نقل نصيب بعض الورثة بموته قبل قسمة التركة إلى من يرثه منه) [٣٤] ففي هذه الحالة فإن ورثة المتوفى الثاني في أغلب الأحيان لا يكونون هم أنفسهم ورثة المتوفى الأول، فإن الورثة المتأخرين في المسألة الإرثية إن اشترى أحدهم حصص أحد الورثة المباشرين للمتوفى، فإن هذا التصرف لا يعد في هذه الحالة تخارجاً، وإن كان ذلك الوارث البعيد نسبياً عن المتوفى (المورث) قد ورث حصته من والده المباشر مثلاً الذي توفى قبل وفاة جده، أي أن أحد ورثة المتوفى الثاني اشترى حصة من ورثة المتوفى الأول أو العكس صحيح فإن التصرف لا يعد تخارجاً، مثال ذلك أن تشتري زوجة الابن الذي

بالمعروف حقاً على المتقين)، فإن أدركه الموت ولم يوصِ فإننا نفترض أنه وصى لابن الابن الذي مات أبوه قبله بحصة أبيه (أبن الجد)، لمزيدٍ من التفصيل ينظر، هشام قبلان، الوصية الواجبة في الإسلام، ط٢، منشورات البحر المتوسط، بيروت – باريس، ١٩٨٥، ص٨٢.

٢- أن الوارث الذي يأخذ حصته بموجب الوصية الواجبة، لا يأخذ حصته قبل الورثة كما هو حال الموصى لهم العاديين –إن صح التعبير– وإنما هو يدخل مع الورثة في المسألة الإرثية بوصفه وارثاً .

٣- في الوصية الواجبة لا نتقيد سوى بقيد واحد وهو أن حصة هذا الوارث (الذي أخذ حصته بموجب الوصية الواجبة) يجب أن لا تتجاوز الثلث في كل الأحوال.
عليه ما نراه في هذا الصدد أن الاتفاق مع الوارث الذي يأخذ حصته بموجب نظام الوصية الواجبة يعد تخارجاً أيضاً، ولا يمكن القول بغير ذلك.

(٣٣) د. عبد الخالق حسن أحمد، عقد البيع، ج ٣، منشورات أكاديمية شرطة دبي، ٢٠٠٨، ص ٢٨٩.

(٣٤) د. أحمد علي الخطيب، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطابع وزارة التعليم العالي العراقية، ١٩٨٠، ص ١٩٣.

توفى قبل وفاة أبيه تشتري حصة أحد الأبناء المباشرين للمتوفى – شقيق زوجها – فلا يمكن اعتبار هذا التصرف تخارجاً من الابن المباشر إلى زوجة أخيه لكون زوجة الأخ ليست بوارثة لأبي زوجها وإنما هي وارثة لزوجها، والوصف السليم لمثل هذا التصرف هو عده (بيعاً للتركة)، وهذا ما ورد في كتب الفقه الإسلامي في "المناسخات" ونصه:(فإن كان ورثة الميت الثاني يرثون منه خلاف ميراثهم الأول أو ورثوا من الثاني ولم يرثوا من الأول)[٣٥].

وبناءً على ذلك لا يعد التصرف عقد تخارج إذا كان التصرف بين أحد الورثة وأجنبي تماماً عن التركة، وذلك أن مثل هذا التصرف إذا ما تم فإنه بيع عادي وليس تخارجاً، فإن كان على كل التركة يسمى بيعاً للتركة وليس تخارجاً، وبيع التركة في الحقيقة أوسع من التخارج لأنه يسمح ببيع الحصة لأي شخص[٣٦] إلا أن هناك رأياً فقهياً لم يلقَ التأييد يرى أن تصرف الوارث في حصته لأجنبي يسمى مع ذلك تخارجاً[٣٧].

كما أن بيع عين معينة من التركة أو التصرف بدين من ديون التركة التي تكون على الغير، وتصرف الوارث في حدود حصته في هذا الدين، فإن التصرف في هذه الحالة لا يعد بيعاً وإنما هو حوالة دين، وإن كان على عين فهو بيع عادي، ولكن إذا كان الأصل الإقرار بأن تصرف الوارث في عين معينة هو صحيح وجائز

(٣٥) الشيخ الإمام محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، المجلد ٤، ط١، حققه وعلق عليه أحمد محمود ابراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٧-١٩٩٧، ص ٣٩٠.

(٣٦) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ٤٤٨.

(٣٧) د. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ط ٩، مطبعة ألف باء، الأديب، دمشق، ١٩٦٧، ص٥٥٦.

فإنه ينبغي مراعاة حالات الشيوع الإجباري التي قد تأتي باتفاق الأطراف أو بنص القانون[٣٨]، وبالتالي يجب مراعاة شروط التصرف في كل تصرف على حدة، وينبغي قبل كل شيء معرفة ذلك التصرف وتكييفه تكييفاً دقيقاً كي نعرف الشروط، فإذا كان تصرف الوارث مثلاً في حدود حصته من الدين الذي للتركة، وحول حقه لأجنبي عن التركة فإن هذا التصرف هو حوالة حق، وأهم شروطه هو تبليغ المدين الأصلي أو إعلامه كي يكون التصرف نافذا في مواجهته وهكذا بشأن بقية التصرفات.

عليه ما نقترحه على المشرع العراقي والمشرع الإماراتي في هذا الصدد هو إيراد النص الآتي:

(١- بيع التخارج هو بيع الوارث حصته لوارث آخر في نفس التركة أو أكثر.

٢- لمحكمة الموضوع تكييف التصرف الذي قد لا يكون بيعاً في جميع الأحوال. ٣- إذا كان التصرف بين وارث وأجنبي فهو بيع إن كان منصباً على عين معينة، وهو تصرف جائز وصحيح بشرط مراعاة شروط حالات الشيوع الإجباري الناشئ بنص القانون أو اتفاق الورثة بعد وفاة المورث. ٤- وإن كان التصرف على حق من حقوق التركة، فهو حوالة حق أو حوالة دين حسب الأحوال،

(٣٨) انظر المادة ١٠٧١ من القانون المدني العراقي وما بعدها والمادة ١١٨٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، كما أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي أضاف في هذا الشأن المادة ١١٨٣ التي لا يوجد لها مقابل في القانون المدني العراقي، التي نصت على ملكية الأسرة، وأهم حكم في ملكية الأسرة هو ما نصت عليه المادة ١١٨٥ (يجوز لأحد الشركاء بيع حصته لأجنبي، ولكن الأجنبي لا يدخل في ملكيتها إلا برضائه ورضاء بقية شركاء الأسرة).

وينبغي مراعاة شروطها خاصة ما تعلق منها بشروط نفاذها في مواجهة المدين الأصلي أو الغير).

الشرط الثاني: أن يرد التصرف على حصة الوارث بأكملها :

يجب لاعتبار التصرف تخارجاً أن يرد ذلك التصرف على حصة الوارث (المتخارج) بأكملها، ذلك أن القصد من التخارج هو إبعاد الورثة والتخلص منهم بحيث تنتهي علاقتهم بهذه التركة.(٣٩)

وقد ثار التساؤل حول تصرف المتخارج بجزء من حصته وليس بكل الحصة، فهل يعد ذلك التصرف تخارجاً أم بيعاً عادياً؟

هناك رأيان في هذه المسألة:

الرأي الأول: يرى أن ذلك التصرف ليس تخارجاً وإنما هو بيع عادي؛ لأن التخارج جاء لإخراج وإبعاد بقية الورثة أما عند التصرف بجزء من الحصة والإبقاء على الحصة الأخرى فإن ذلك التصرف لا يعد تخارجاً، أما إن كان التصرف بكل الحصة فهو تخارجٌ، ولا يهم بعد ذلك إن كان التصرف بكل الحصة لأحد الورثة فقط، أم أنه كان مجزأً لأكثر من وارث المهم أن ذلك التصرف يؤدي إلى التقليل من الورثة(٤٠).

(٣٩) د. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠٠٩، ص ٣٠٧؛ د.آدم وهيب النداوي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، ص ٨٤.

(٤٠) انظر في هذا المعنى د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص ٥٢٠؛ د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، مصدر سابق، ص ١٨٣.

الرأي الثاني: يرى أن التصرف يسمى تخارجاً وإن كان محل التصرف فهو جزء من حصة الوارث(٤١).

وما نذهب إلى تأييده هو الرأي الأول؛ ذلك أنه الأقرب إلى معنى المخارجة، ولكن كما ذكرنا سابقاً، التصرف بحصة الوارث جميعها إلى أجنبي هو بيع للتركة وهو تصرف صحيح، كل ما هنالك أن أحكام التخارج لا تطبق عليه، مع الأخذ بنظر الاعتبار الشيوع الإجباري، أما تصرف الوارث بجزء من حصته إلى أجنبي فإن ذلك التصرف هو بيع عادي وليس تخارجاً(٤٢)، ثم يجب أن ننتبه إلى أن محل التصرف (محل التخارج) هو حصة وليس عيناً معينة، أي أن الوارث يبيع أرقاماً كالنصف أو الثلث أو الربع وهكذا، ومن ثم هنا يكمن وصف العقد بأنه من العقود الاحتمالية، ذلك أننا لا نعرف هذه الحصة كم تساوي على أرض الواقع وعلى ماذا سوف تجسد، حتى إن كان لدينا تصور عن التركة، فقد يظهر هذا التصور خاطئاً، ويتضح أن موجودات التركة هي غير ما كنا نتصور.

لذلك فإن ما نقترحه على المشرعين العراقي والإماراتي في هذا المجال إيراد نص بعد تعريف المخارجة، ويكون النص كالآتي: (يجوز تعدد المتخارج لهم في كل حصة المتخارج، دون جواز المخارجة في جزء من حصته) .

الشرط الثالث: أن يتم التصرف بعد وفاة المورث:

وهذا الشرط بدهي ذلك أن التصرف في أي تركة قبل وفاة صاحبها هو تصرف باطل بطلاناً مطلقاً، وتحكمنا في هذا الصدد القاعدة الفقهية والقانونية التي

(٤١) د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة، قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر للطباعة والنشر، ط١، ١٩٨٧، ص ٢١.

(٤٢) والسبب في عد هذه الصورة بيعا ً وليست تخارجا، أمران **الأول:** أن التصرف كان لأجنبي وليس لوراث، **الثاني:** هو أن التصرف كان بجزء من الحصة ولم يكن بالحصة كاملة.

تنص على أن: (التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل)[٤٣].

كما أن الشخص لا يعد وارثاً إلا بعد وفاة مورثه، ولا تعد الأموال من أموال التركة ما لم يتوفَ صاحبها[٤٤]، كما أن هناك قاعدة فقهية ثانية نستطيع الاستفادة منها في تقرير إبطال مثل هذا التصرف وهي (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه)[٤٥]،

ذلك أن الوارث لو أجيز له مثل هذا التصرف فإنه في الغالب سيقوم بالمضاربة على حياة مورثه وقد يبتدع أسباباً، لإنهاء حياة مورثه، ومن ثم سيؤدي به الأمر إلى حرمانه من الميراث.

الشرط الرابع: أن يكون التصرف بعوض معلوم:

يجب أن يكون هناك عوض كي يوصف العقد بأنه تخارج، وبدون هذا العوض لا يكون التصرف تخارجاً، ويجب أن يكون ذلك العوض حقيقياً.[٤٦]

إلا إذا كان ذلك العوض تافهاً أو صورياً، عندها لايكون ذلك العوض موجودا، ومن ثم يؤثر الأمر في وصف العقد فقد يعد هبة في أغلب الأحيان وتنطبق عليه

(٤٣) انظر المادة ٢/١٢٩ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢/٢٠٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٢/١٦٠ من القانون المدني الأردني.
(٤٤) د. عدنان السرحان، العقود المسماة، مصدر سابق، ص ١٥٣.
(٤٥) ينظر المادة ٦٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
(٤٦) سليم رستم باز، شرح المجلة، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، ط٣، ١٩٩٨، ص ٧٣١، ٧٣٢، وقد بين الفقهاء المسلمون الكثير من الفرضيات يكون فيها التخارج باطلا، وغير جائز وإن توافرت فيه بقية الشروط في حالة إذا كان العوض والتركة من جنس واحد ويؤدي إلى شبهة الربا، لمزيد من التفصيل ينظر د. جابر عبد الهادي الشافعي، أحكام المواريث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريـــة، ٢٠٠٥، ص ٢٧٧ وما بعـــدها؛ د. أحمد فراج حسين ود. محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا، دار الأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، ٢٠٠٢، ص ٢٣٢.

أحكام الهبة وليس التخارج، ويشترط في هذا العوض أن يكون معلوماً، والعوض المعلوم هو ذلك العوض النقدي أو العيني المقدر والمحدد تحديدا واضحاً، وهذا العوض مشترط في التخارج (ولو لم تكن موجودات التركة معلومة)[٤٧]، وما نجده في قانون المعاملات المدنية الإماراتي انه لم يشترط في التخارج أن يكون البدل نقديا مثلما فعل في عقد البيع[٤٨]، أما القانون المدني العراقي فإن تعريف عقد البيع فيه ينطبق على التخارج ويمكن عد التخارج صورة من صور البيع، والذي عرف البيع على أنه مبادلة مال بمال[٤٩].

وهناك رأي ثانٍ يقول إن هذا الأمر ليس شرطاً، ويذكر أنه من الممكن أن تكون المخارجة بدون مقابل، وذلك في الحالة التي تكون على سبيل التنازل أو الهبة، أو أنها إسقاط إذا كان البدل المصالح عليه أقل من النصيب المستحق[٥٠].

ذلك أن عقد التخارج بطبيعته ينطوي في أغلب الأحيان على بيع الوارث لنصيبه في التركة جزافاً [٥١]، ولا يهم أيضا إن كان العوض المدفوع للمتخارج من التركة أو من غيرها، فقد يدفع المتخارج له للمتخارج مبلغاً نقدياً أو عينياً من أمواله

(٤٧) المادة ٥٩٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة ٣٥٦ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الاتحادي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥، التي نصت على أنه: (١- التخارج هو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه المعلوم لديه من التركة لبعضهم الآخر مقابل شيء معلوم)، وينظر المادة ٥٣٩ من القانون المدني الأردني.

(٤٨) ينظر المادة ٤٨٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الخاصة باشتراط أن يكون البدل نقديا في البيع

(٤٩) ينظر المادة ٥٠٦ من القانون المدني العراقي.

(٥٠) د. عبدالله الجبوري و د. عبد الحق حميش، المصدر السابق، ص ١٤٠.

(٥١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دون سنة طبع، ص ٢٥٨.

الخاصة أو من حصته في التركة، فالتخارج في كل الأحوال صحيح[٥٢]، ولكن الأمر سيختلف من حيث تكييف مثل هذا التصرف [٥٣].

الشرط الخامس: أن لا تكون التركة مستغرقة بالدين للغير:

في الحقيقة هذا الشرط لم نجده في أغلب الكتب التي عالجت عقد التخارج من مؤلفات الأساتذة الأفاضل، ولم يعالجوا هذا الشرط ضمن شروط عقد التخارج، وإنما عالجوه ضمن موضوع أحكام عقد المخارجة ومدى ما يضمنه المتخارج للمتخارج له[٥٤].

بل حتى نصوص القوانين التي عالجت عقد التخارج عالجت هذه النقطة ضمن أحكام التخارج[٥٥]، ولكن هناك من عالج هذا الشرط ضمن شروط التخارج[٥٦].

ويعني هذا الشرط أن التركة إذا كانت مستغرقة فإن الأمر سيؤدي إلى انعدام المحل ويصبح المحل غير موجود، ولكن الأمر يحتاج إلى شيء من التفصيل، فإذا كانت الديون تستغرق التركة وكانت هذه الديون معلومة للطرفين، ومع ذلك جرى التخارج، فإن ما يترتب على ذلك أن العقد يصبح باطلاً بطلاناً مطلقاً لانعدام وجود

(٥٢) د.محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، مصدر سابق، ص٥٢٣؛ د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة، مصدر سابق، ص ٢٠٦، الهامش رقم (١).
(٥٣) هذا ما سنبينه عند بيان التكييف القانوني للتصرف (المخارجة).
(٥٤) د. عدنان السرحان، المصدر السابق، ص١٥٨؛ د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص ٢٠٨؛ د. عبد الخالق حسن، عقد البيع، المصدر السابق، ص٢٩٢؛ د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، المصدر السابق، ص ٥٣٠؛ د.آدم وهيب النداوي، شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ٥٨؛ د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، المصدر السابق، ص١٨٥.
(٥٥) ينظر على سبيل المثال المادة ٥٩٦ من قانون المعاملات المدني الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، والمادة ٥٤١ من القانون المدني الأردني.
(٥٦) سليم رسم باز، شرح المجلة، مصدر سابق، ص٧٣٣.

المحل[٥٧]، وهذا ما جاء صريحاً في كتب الفقه الإسلامي عندما عالجت هذا الشرط، فنصت على أنه: (وبطل الصلح والقسمة مع إحاطة الدين بالتركة)[٥٨].

ولا يمكن معالجة هذا الأمر ضمن موضوع أحكام التخارج؛ لأن هذا الأمر في الحقيقة يدخل في موضوع شروط المخارجة؛ لأن الأحكام تعني أن العقد قد اكتمل أما هنا فإن العقد لم يكتمل بعد ولم ينتج أي أثر من آثاره لأنه غير موجود أصلاً، فالعقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً.

أما إن كانت الديون التي تستغرق التركة قد ظهرت بعد توزيع الحصص على الورثة وتم تجسيد هذه الحصص على أرض الواقع بأشياء مادية وأخذ المتخارج له حصته وحصة المتخارج، ثم بعد ذلك ظهر المستحقون الذين يدعون حقاً على هذه الأشياء لأسباب سابقة على توزيع التركة وأنهم دائنو التركة، وكان المتخارج والمتخارج له غير عالمين بهذه الاستحقاقات، فإننا في هذه الحالة نطبق أحكام ضمان الاستحقاق بالنسبة لعلاقة المتخارج له بالمتخارج[٥٩]، وقد يكون الاستحقاق

(٥٧) د. عدنان السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨، ص ١٦٧؛ د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية، ط٢، مطبوعات جامعة الإمارات، ٢٠٠٠، ص ١٥٥ وما بعدها؛ د. أحمد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧، ص١٢٤؛ د.أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧ ص٩٦؛ د. عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج١، مصادر الالتزام، منشورات أكاديمية شرطة دبي، ط١، ٢٠٠٨، ص١٢٣.

(٥٨) محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، قدم له وقرظه أ.د. بكر إسماعيل، ج٨، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥-١٩٩٤، ص٤٢٧.

(٥٩) إن كان المتخارج ضامناً للمتخارج له التعرض والاستحقاق، لأنه إن لم يعين له مشتملات التركة فهو غير ضامن لا للتعرض ولا الاستحقاق ولا العيب الخفي، بمعنى=

كلياً أو جزئياً، لا بل إننا ندعو إلى الأخذ بحسن نية المتخارج أو سوء نيته، حسب الأحوال، فإذا كان يعلم بسبب الاستحقاق فهو سيىء النية، أما إن كان لا يعلم فإنه حسن النية، وفي كل الأحوال هو مسؤول لكن مبلغ الضمان سيخفف عنه في الحالة الثانية أي عندما يصبح حسن النية (٦٠).

وعليه فإن ما نقترحه على المشرعين العراقي والإماراتي في هذا المجال هو إيراد نص يعالج هذا الشرط وذلك لأهميته، ويكون النص كالآتي:

(١- يجب أن يكون محل عقد التخارج موجوداً وقت العقد. ٢- إذا كان المحل موجودا وقت العقد، ثم استحق بعد العقد نطبق عليه أحكام الاستحقاق، إن كان المتخارج ضامناً للاستحقاق. ٣- فإذا كان المتصرف سيىء النية التزم بإعادة العوض مضافاً إليه ما أحدثه المتصرف إليه من تحسينات نافعة وكمالية على الشيء محل التخارج، بقيمته يوم التسليم للمستحق، وإن كان حسن النية التزم بإعادة العوض وقيمة التحسينات والنفقات النافعة دون الكمالية. ٤- يضمن المتخارج للمتخارج له الأضرار التي نشأت بسبب الاستحقاق الكلي ولحقت به. ٥- تطبق بقية أحكام الاستحقاق الواردة في عقد البيع في حالة الاستحقاق الكلي، بالقدر الذي لا يتعارض مع أحكام التخارج).

= سيكون عقد التخارج صحيحاً بالنسبة لعلاقة المتخارج بالمتخارج له ولكن المتخارج له هو الذي سيتحمل خسارة الأموال لأنه رضي بالدخول في مثل هذا العقد الاحتمالي.

(٦٠) ينظر المواد ٤/٥٣٦ والمادة ٥٤٢، والمادة ١٣٢٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. وفي العراق ينظر د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص١٧٨.

الشرط السادس: الشكلية (التسجيل):

من قراءة النصوص الخاصة التي عالجت عقد التخارج في قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل وتحديداً المادتين ٢٤٦-٢٤٧ التي عرفت التخارج وبينت شروطه، وكذلك النصوص الواردة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥، وتحديدا المادة ٣٥٦، وجدنا أن المشرع العراقي هو الوحيد الذي عالج هذا الشرط صراحة ضمن نصوصه، واشترط على وجوب التسجيل، إذ نصت المادة ٢٤٦ في شطرها الأخير على: (.... ويسجل بالاستناد إلى حجة صادرة من المحكمة المختصة) ثم أضافت المادة ٢٤٧ (لا يجوز تسجيل التخارج إلا ضمن معاملة الإرث أو الانتقال).

أما القانون المدني الأردني على سبيل المثال، فهو الآخر لم ينص على التسجيل ضمن شروط التخارج، ذلك أنه عالج التخارج في نصوص المواد ٥٣٩-٥٤٢ منه، ولكن القانون المدني الأردني وفي المادة ٥٤٢ منه ألزم المتخارج والمتخارج له بإتباع الإجراءات اللازمة لنقل الحقوق التي اشتملت عليها الحصة الإرثية، إذ ورد في المادة ٥٤٢ منه على أنه: (على المشتري إتباع الإجراءات التي يوجبها القانون لنقل كل حق اشتملت عليه الحصة الإرثية).

لكن السؤال الذي يمكن إثارته، أنه في النصوص التي عالجت هذا الشرط، هل نعد التسجيل ركناً من أركان العقد، أم أنه دليل من أدلة الإثبات، بمعنى هل التسجيل نقل عقد التخارج إلى مصاف العقود الشكلية أم أن هذا العقد يبقى عقداً رضائياً، والكتابة هنا هي للتوثيق فقط؟

والعقود الشكلية تعرف بأنها تلك العقود التي يلزم لانعقادها تراضي الطرفين وتوافر شكل معين خاص[٦١]، بمعنى أن التراضي في العقود الشكلية غير كافٍ وإنما يجب أن يظهر التراضي في شكل معين.

والأصل في المعاملات المدنية والعقود عامة، هو مبدأ الرضائية والاستثناء هو الشكلية، لقوله تعالى: (يا أيها الذين أمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) [٦٢]

وقد ورد في تفسير الآية، أنه أمرنا بالكتابة كي لا ننسى، وقد اختلف الفقهاء بعد ذلك، هل الكتابة ركن أم أنها للإثبات فقط؟

الرأي الأول: وهو ما ذهب إليه الطبري وابن جريج إذ قالوا: إن كتب الديون واجب على أربابها، وفرض بموجب هذه الآية.

الرأي الثاني: وهو ما أخذ به الجمهور، إذ قالوا: إن الأمر بالكتابة هو للندب فقط، إذ إن الكتابة في الأموال لإزالة الريب وإذا كان الغريم تقيا فما يضره الكتابةً[٦٣]

(٦١) د.عبد الناصر توفيق العطار، المصدر السابق، ص٣٠؛ د.عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج١، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص٢٠؛ د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢١؛ د.أنور سلطان، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠٠٧، ص١٤.

(٦٢) سورة البقرة، آية ٢٨٢.

(٦٣) أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٣، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، ١٣٨٧ هجري، ١٩٦٧ م، ص٣٨٢.

أما في مجال العبادات في الشريعة الإسلامية فالشكل يجد له مكاناً واضحاً، وذلك بسبب طبيعتها الخاصة، وذلك ما نجده في الصلاة والحج مثلاً، فلا يجوز للمسلم غير العربي أن يصلي ويتلو القرآن بغير اللغة العربية(٦٤).

أما في مجال المعاملات في الشريعة الإسلامية فإننا نتبع القصد ولا أهمية تذكر للشكل بصورة عامة، سواء أكان لفظياً أم كتابياً، إذ ورد في المعاملات المدنية في الشريعة الإسلامية:(أنها تنعقد بكل ما يدل على مقصود العاقدين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى به العرف، أو لم يجر ليس لذلك مقرر سوى ما ذكرنا، لا في شرع ولا في لغة بل يتنوع ويتعدد بتنوع الاصطلاحات وتنوعها، كما في تنوع اللغات وتعددها)(٦٥).

بعد ذلك وفيما يخص التخارج، إذا رجعنا إلى نصوص قانون التسجيل العقاري العراقي والقانون المدني الأردني، سنجد أن هذه النصوص أخذت بالتسجيل بوصفه سبباً لانتقال ملكية العقار، ومن ثم فإن عقد التخارج الوارد على عقار دون تسجيله تتولد عنه سائر الحقوق والالتزامات عدا انتقال الملكية(٦٦) وبالتالي لايمكن عده ركناً من أركان التخارج، فإذا اعتبرناه ركناً فإن معنى ذلك أن التخارج لا يحدث أثره إلا باستيفاء هذا الشكل، والواقع غير ذلك إذ إن الكثير من أحكام التخارج تجري بين الورثة بشكل رضائي دون أن يصل الأمر إلى المحكمة المختصة وبالتالي فإن التخارج ينتج أثره في نقل ملكية حصة المتخارج إلى المتخارج له،

(٦٤) د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص٢٣.
(٦٥) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دون مكان وسنة طبع، ص١٥٥.
(٦٦) في هذا المعنى ينظر د.عدنان السرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط٢، الآفاق ناشرون، عمان، ٢٠١٠، ص١٣٤.

وهذا الاتجاه يوافق اتجاه الشريعة الإسلامية في أخذها بالرضائية في المعاملات المالية، كما أن ما يؤيد ذلك أن النصوص الواردة في القانون المدني العراقي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني والخاصة بقسمة المال الشائع قسمة رضائية لم تشترط أي شرط شكلي لصحة هذه التصرفات، فمن باب أولى أن يكون التخارج غير مشترط فيه ذلك، وإذا وردت نصوص فهي للإثبات فقط(٦٧)، أما إن كانت الحصة فيها عقارات فإن التسجيل الذي يشترط سيكون لصحة التصرف بالعقار وليس خاصا بالتخارج(٦٨)، وأن المشرع العراقي عندما ألزم المحكمة بإصدار (حجة التخارج)(٦٩)، فإن مقصده من ذلك هو توفير دليل من أدلة الإثبات للمتخارج له والمتخارج فيما لو حدث نزاع مستقبلاً(٧٠)، من جهة أخرى فإن قانون التسجيل العقاري نطاقه الطبيعي هو توثيق التصرفات الواردة على عقار فكان من البدهي أن يورد مثل هذا النص بحكم أنه افترض أن المخارجة محتوية وتتضمن عقارات أو حصص عقارية (حقوق عينية عقارية)(٧١).

(٦٧) في أحكام قسمة المال الشائع قسمة رضائية ينظر المواد ١١٧٠ وما بعدها في القانون المدني العراقي، وشرحها لدى الأستاذ محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، مطابع وزارة التعليم العالي العراقي، ١٩٨٢، ص٦٤٥؛ وفي قانون المعاملات المدنية الإماراتي ينظر المواد من ١١٦٠ وما بعدها، وشرحها لدى د. عبد الخالق حسن، حق الملكية، ط١، مطبعة أكاديمية شرطة دبي، ١٩٩٠، ص١٤٣ وما بعدها.

(٦٨) سنوضح الأمر بصورة أكثر تفصيلاً عند بيان الأحكام.

(٦٩) المواد ٢٤٧ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

(٧٠) مثلما هو الحال في مسألة إثبات التصرف القانوني إذا زادت قيمته على خمسة آلاف درهم فقد اشترط قانون المعاملات المدنية الإماراتي على ضرورة إثباته بالكتابة، فتكون الكتابة هنا هي للإثبات وليس للانعقاد، ينظر المادة ٣٥ من قانون الإثبات الإماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢، وكذلك في إثبات الموطن المختار فقد نصت المادة ٢/٨٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: (لا يجوز إثبات الموطن المختار إلا بالكتابة).

(٧١) وما يؤيد وجهة نظرنا هذه في القانون الإماراتي أن كل القوانين المحلية في الإمارات عدا دبي، لم تشترط التسجيل لنقل الملكية وإنما كان التسجيل للتوثيق فقط، كما أن هذه=

وفي القضاء الأردني، والذي لايشترط قانونه المدني ضرورة التسجيل لغرض الانعقاد، ورد في أحد أحكام محكمة التمييز الأردنية أن التسجيل ليس شرطاً للانعقاد، ولا يترتب على تخلفه البطلان إذ ورد فيه: (لا يتفق وحكم القانون القول بأن حجة المتخارج لا تثبت الملكية بين المتخارجين إلا بتسجيلها لدى دوائر الأراضي؛ لأن المخارجة هي نوع من أنواع البيع الناقل للملكية بين الوارث ووارث آخر أو أكثر بحكم المادة ٥٣٩ من القانون المدني)[٧٢].

لذلك فإننا ندعو المشرع العراقي والإماراتي إلى إدراج نصوص صريحة، يكون نصها كالآتي:

=القوانين لم تقرر بطلان التصرف غير المسجل حتى إن ورد على عقار، ينظر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٩ لخاص بإمارة أبو ظبي والقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٢ الخاص بإمارة الشارقة، أما في إمارة دبي فقد كانت نصوص القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٦ في مادته التاسعة واضحة التي نصت على أنه: (يجب أن تسجل في السجل العقاري جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق عقاري أو نقله و تغييره أو زواله، وكذلك النهائية المثبتة لتلك التصرفات ولا يعتد بهذه التصرفات إلا بتسجيلها في السجل العقاري)، وينظر كذلك القرار الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا في أبو ظبي الذي جاء فيه: (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التسجيل الذي تتطلبه نصوص القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٩ والمعمول به في إمارة ابو ظبي، وإن كان لا يضيف على عقد البيع شكلا رسمياً، ولا يعد شرطاً شكلياً لانعقاد البيع ولا يؤدي تخلفه إلى بطلان التصرف، إلا أن نقل ملكية العقار إلى المشتري لا يتم إلا بحصوله)، الطعن رقم ٣٨ لسنة ٧ قضية/مدني جلسة ١٩٨٥/١٠/٢٣، مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل أبو ظبي، العدد ٤٦، س١٣ يناير،١٩٨٦، ص١١٧-١٢٣، وكذلك الطعن رقم ٨٠ لسنة ٧ قضائية، مدني، جلسة، ١٩٨٦/٢/٢٦، مجلة العدالة، العدد ٤٨، س١٣ يوليو، ١٩٨٦، ص٦٥-٦٧.

(٧٢) قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية، برقم ٧٨٧/تمييز حقوق/١٩٩١، في١٩٩١/٩/١٠، منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية، منشورات عدالة، ص ٢٦٠؛ وفي نفس المعنى ينظر القرار الصادر عن محكمة التمييز الأردنية رقم ٤٧٩/تمييز حقوق/١٩٨٥ هيئة عامة/ بتاريخ١٩٨٦/١/٣٠، منشورات مجلة نقابة المحامين الأردنية، العدد الخاص بالعام، ١٩٨٦، منشورات عدالة، ص ٥٠٧.

(١ – لا يمكن إثبات التخارج إلا بحجة تصدر من المحكمة المختصة. ٢– إذا كانت التركة فيها عقارات وحصل فيها تخارج وجب مراعاة القواعد الخاصة بنقل ملكية العقار).

كما أن لنا ملاحظة على قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ في مادته ٢٤٨ التي نص على: (لا تنفذ حجة التخارج إذا مضى على صدورها خمس عشرة سنة)، إذ ما نجده في هذه المادة حكم غريب إذ كيف حكم المشرع بعدم جواز تنفيذ حجة المخارجة مع العلم أنها أصبحت من المحررات الرسمية والمفروض بما ثبت فيها أنه يعد حجة على الكافة ومن الحقوق التي لا تسقط بالتقادم طالما كانت رسمية، إذ إن التسجيل والتقادم لا يجتمعان، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى إلغاء هذا النص فليس له ما يبرره، كما أن لنا تحفظاً على مكان وجود هذه النصوص في التشريع العراقي إذ عالجه المشرع العراقي في قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، مفترضاً أن التخارج لا يتم أو لا يمكن تصوره إلا حينما تكون التركة مكونة من عقارات، وهذا التصور غير صحيح، فالمكان الحقيقي للتخارج هو القانون المدني وتحديداً باب العقود الناقلة للملكية، ومن جهة أخرى فإن التخارج يمكن تصوره في العقار وفي المنقول، لذلك لا داعي لحصره ومعالجته في قانون التسجيل العقاري.

المطلب الثالث
الطبيعة القانونية لعقد التخارج

أثيرت العديد من الآراء حول الطبيعة القانونية لعقد التخارج وأكثر هذه الآراء كما لاحظنا سابقاً عند تعريف التخارج كانت تركز على التنازل والصلح، وما نجده أن عقد التخارج لا يخرج من أحد الاحتمالات الأربعة الآتية :

الرأي الأول: التخارج هو بيع للحصة:

ويكون على هذا النحو في أغلب الأحيان ذلك أن الوارث إنما يبيع حصته إلى وارث آخر أو أكثر، وهذا البيع قد يكون مقايضة إذا كان مبادلة عين بعين(٧٣)، أي أن أحد الورثة أخذ عينا مقابل ترك حصته لوارث أخر التي تمثلت أيضاً بعين معينة، وقد يكون هذا التصرف صرفاً، وكما نعلم أن الصرف هو بيع ويشمله تعريف القانون المدني العراقي حينما عرف البيع بأنه مبادلة مال بمال(٧٤)، أما المشرع الإماراتي فعرف البيع بأنه: (مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي)(٧٥)، على أية حال فإن التخارج يكون صرفا إذا كانت الحصة التي تركها المتخارج هي نقد والمقابل الذي أخذه هو نقد، وفي هذه الحالة ينبغي الحذر من أن النقد إذا كان من نفس العملة فإن الأمر قد يؤدي إلى الربا أما إن كان من عملتين مختلفتين كأن تكون التركة مكونة من الدولار والمقابل الذي قبضه المتخارج هو الدينار أو الدرهم

(٧٣) في معرفة المقايضة ينظر د. عدنان السرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط٢ المصدر السابق، ص١٧ وما بعدها.
(٧٤) المادة ٥٠٦ من القانون المدني العراقي.
(٧٥) المادة ٤٨٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

فإن التخارج سيكون هنا صرفاً، والشرط لصحته هو القبض في مجلس العقد [٧٦].

وهذا ما يذهب الباحث إلى تأييده، ذلك أن التخارج يحتمل هذه الفرضيات وهي:

١. قد يكيف على أنه عقد مقايضة، إذا كان البدلان حصة التخارج وما دفعه المتخارج له للمتخارج من الأعيان.
٢. قد يكيف التخارج على أنه بيع إذا كانت حصة المتخارج عيناً وما قدمه المتخارج له للمتخارج نقدا، أو العكس.
٣. قد يكيف عقد التخارج على أنه صرف إذا كانت حصة المتخارج وما قدمه المتخارج له للمتخارج نقداً أيضاً، لكن في هذه الحالة يجب أن تكون النقود من أجناس مختلفة كما يجب القبض في مجلس العقد، للابتعاد عن شبهة الربا.

الرأي الثاني: التخارج هو قسمة للمال الشائع:

يعد التخارج قسمة للمال الشائع المتأتي من الميراث، إذ إن القسمة هي اختصاص كل شريك (وفي هذا الفرض كل وريث) بجزء مفرز من المال الشائع (التركة)، والتخارج يطبق عليه نفس الكلام، إذ كل شريك سيختص بجزء مفرز يوازي حصته، والمعيار في ذلك هو أن البدل الذي سيقبضه المتخارج إن كان من التركة فإن العقد قسمة وإن كان من غير التركة، سواء أكان من أحد الورثة أو من

(٧٦) في أحوال التخارج وشروط صحته ينظر د. أحمد فراج حسين و د. محمد كمال الدين، المصدر السابق، ص ٢٣٤.

بعضهم فهو بيع، ويترتب على ذلك وجوب استيفاء شروط القسمة في الحالة الأولى وشروط البيع في الحالة الثانية(٧٧).

ما نقصده هنا أن عقد التخارج قد يكيف على أنه قسمة للمال الشائع وفقاً للتصور أعلاه، ويجب على القاضي أن يأخذ به إذا توافرت شروط قسمة المال الشائع وهي:

١. أن نكون أمام حالة شيوع أولاً، وهذا الشرط متحقق إذ إن حالة الشيوع، متحققة والتي أتت بسبب الوفاة.

٢. أن يأخذ المتخارج حصته من أموال التركة نفسها، أي أن يختص بجزء مفرز منها، أما في الحالة التي يأخذ المتخارج بدل التخارج من غير التركة كأن يدفع له من أموال المتخارج له أو من أموال المتخارج لهم جميعاً عندما يكون التخارج لمصلحتهم جميعا، فإن هذا التصرف سيكيف على أنه بيع وأهم شروط البيع هو وجود الثمن(٧٨).

الرأي الثالث: التخارج صلح :

وهذا الرأي ركزت عليه أغلب التعاريف، لكن نقول إن التخارج يكون صلحاً إذا كان هناك نزاع بين الورثة حول استحقاق أحد الورثة، فقد يتفق باقي الورثة

(٧٧) د. محمد جبر الألفي و د. محمد عبد المنعم حبشي، فقه المواريث، ط٢، مطبوعات جامعة الإمارات، ٢٠٠٠، ص٢٥٣؛ المستشار أحمد نصر الجندي، المواريث في الشرع القانون، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص٢٧٤؛ د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المصدر السابق، ٢٠٠٥، ص٢٧٧؛ د. كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٨، ص١٢٣، هامش رقم ٢.

(٧٨) المشرع الإماراتي اشترط في الثمن أن يكون نقديا إذ عرف عقد البيع بأنه: (مبادلة مال نقدي بمال غير نقدي) ولم يشترط المشرع العراقي ذلك في الثمن إذ عرف عقد البيع على أنه: (مبادلة مال بمال).

على أن يأخذ هذا الوريث مالاً معيناً ويخرج من التركة وينزل عن ادعائه بالميراث في باقي التركة، فإذا لم يكن هناك نزاع في الميراث فلا يمكن القول إنها صلح(٧٩)، وهذا ما ورد في كتب الفقه الإسلامي التي أشارت إلى هذه المسألة ولكن بصورة غير مباشرة عند كلامها على التخارج بين الورثة فورد فيها: (ولا يشترط في صلح أحد الورثة أن تكون أعيان التركة معلومة، لكن إن وقع الصلح عن أحد النقدين بالآخر يعتبر التقابض في المجلس، غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفي بذلك القبض؛ لأنه ضمان فينوب عن قبض الصلح)(٨٠).

وقد تنبه المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ لهذا الأمر وهو أن التخارج قد يكون صلحاً وقد لا يكون، فبعد أن نظم أحكام التخارج بعد عقد البيع عاد في عقد الصلح ونظم صورة من صور التخارج التي تكون صلحا، إذ إنه نظم الصلح من المواد ٧٢٢- ٧٤١، ونصت المادة ٧٣٧ منه على أنه: (يجوز لبعض الورثة أن يصالح عما يخصه من الإرث بجزء من التركة بشرط حضور المصالح منه أن يأخذ قدر نصيبه منه أو أقل وحضور التركة لها أن صالح بأكثر من نصيبه)، وقد استمدت هذه المادة من المذهب المالكي وتحديداً المادة ٢٥٩ من مشروع التقنين المالكي، إذ وضعت الشروط الخاصة بتصالح الوارث المتخارج عما يخصه من الإرث بجزء من التركة(٨١)

(٧٩) د.علي هادي العبيدي، العقود المسماة، المصدر السابق، ص١٨٣ هامش رقم٢؛ د.عبدالحميد الشواربي، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، بدون مكان طبع، ١٩٩٠، ص٧٣ -٧٤؛ د. مفتاح عبد القادر بوحوية المسماري، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة عمر المختار، ليبيا، ٢٠٠٦، ص٢٠٣.

(٨٠) أبن عابدين، رد المحتار، المصدر السابق، ص٤٢٥.

(٨١) لمزيد من التفصيل ينظر د. محمد جبر الألفي و د. محمد عبد المنعم حبشي، المصدر السابق، ص٢٥٦.

وبذلك فإن التخارج قد يكون صلحاً وقد لا يكون، وحسناً فعل المشرع الإماراتي في قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ عندما لم يحسم هذه المسألة في المادة ٣٥٦ منه التي نصت على أن (١-التخارج هو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه المعلوم من التركة لبعضهم الآخر مقابل شئ معلوم)، حيث نلاحظ أنه عرف التخارج على أنه عقد؛ ولم يبين طبيعة هذا العقد مثلما فعل في قانون المعاملات المدنية، وهذا أمر جيد، إذ ينبغي أن تترك المسألة للقضاء للبت فيها بعد النظر في ظروف كل حالة على حدة.

وهذا الاتجاه وهو تعريف التخارج بأنه عقد دون تحديد طبيعته هو الأمر الذي ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ به مقتدياً بذلك بالقانون الإماراتي، خلاصة القول وما نذهب إلى تأييده هو الاكتفاء بتعريف التخارج على أنه عقد ولا نرجح كونه بيعاً ولا صرفاً ولا قسمة أو صلحاً، ذلك أن عقد التخارج يحتمل كل هذه الصور ومن الأفضل أن تترك المسألة لقاضي الموضوع يفصل في كل دعوى ويكيف كل عقد على حدة، ولكن ما نجزم به هو أن عقد التخارج هو عقد من العقود الناقلة للملكية، وبسبب أهميته المتأتية من هذه الطبيعة، كانت الحاجة ماسة إلى تنظيمه بنصوص صريحة وواضحة.

ولا نتفق مع الرأي الذي يعد التخارج هو التنازل الذي يعرف بأنه تصرف تبرعي يتنازل فيه صاحب الحق عن حقه، والتنازل يكون بين المدين والدائن، إذ يتنازل صاحب الحق عن حقه لمصلحة المدين بغض النظر عن البواعث[٨٢]، وهذا

(٨٢) د. عبد الرزاق حسين يس، النظرية العامة للالتزامات وفقاً لأحكام المعاملات المدنية الإماراتي، ط١، ١٩٩٤، ص٣٤١؛ د. عبد الواحد كرم، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفجر أبو ظبي، دون سنة طبع، ص ٣٨٩؛ د. عبد الحميد نجاشي، شرح قانون المعاملات المدنية، آثار الحق وانقضائه، مكتبة الشارقة، ٢٠٠٩، ص٢٨٣.

لا ينطبق نهائياً على عقد التخارج ذلك أن الورثة لا تربطهم علاقة دائنية ومديونية تجاه بعضهم البعض فيما يتعلق بالتركة، فالأصل في ذلك أنهم في مستوى واحد، حيث إن سبب استحقاقهم واحد، أما القرابة أو الزوجية، فلا مجال للكلام فيها عن التنازل وقد وجدنا في حينها عندما عرفنا التخارج أن كثيراً من التعاريف قد ذكرت أنه تنازل كان غير دقيق.

المبحث الثاني
أحكام عقد التخارج

نعالج في المطلب الأول من هذا المبحث أحكام عقد التخارج وأهمها هو نقل الملكية، ثم نتناول في المطلب الثاني عدم تأثر بعض الحقوق بعقد التخارج، وخصصنا المطلب الثالث لدراسة أحكام الضمان.

المطلب الأول
أثر التخارج في نقل الملكية

نعالج في هذا المطلب فرعين: أولاهما انتقال نصيب المتخارج إلى المتخارج له، والثاني لحلول المتخارج له محل المتخارج في التركة.

الفرع الأول
انتقال نصيب المتخارج إلى المتخارج له

نصت المادة ٥٩٥ /١ من قانون المعاملات المدني الإماراتي على أنه: (ينقل عقد المخارجة نصيب البائع في التركة إلى المشتري ويحل محل البائع[٨٣] في هذا النصيب)، ويترتب على ذلك ما يأتي:

(٨٣) نجد هنا أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي استخدم عبارة (البائع)، بمعنى أنه رجح أن تكون المخارجة بيعاً، مع العلم أنه لم يأخذ بهذا الوصف في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، وتحديدا المادة ٣٥٦ منه.

١-أن ملكية الحصة الإرثية تنتقل فور التعاقد من البائع إلى المشتري، ذلك أن محل عقد التخارج يختلف عن العقود الأخرى في أن محله حصة إرثية بمعنى أرقام مثل النصف أو الثمن أو السدس، وبالتالي تنتقل ملكية هذه الحصة من المتخارج إلى المتخارج له بغض النظر عن كيفية قسمتها بين المتخارج لهم لو أن التخارج كان لمصلحتهم جميعا، سواء بعدد الرؤوس أو بحسب أنصبتهم في الميراث(٨٤).

٢-ويذهب رأي إلى وجوب أن يلتزم المتخارج باتباع الإجراءات القانونية اللازمة لنقل ملكية موجودات الحصة(٨٥)، ولا نتفق مع الرأي السابق، ونجد أن المسألة تحتاج إلى تفصيل، ذلك أن التخارج إذا جرى قبل تركز حصص الورثة في أعيان، بمعنى لازالت الملكية على الشيوع، فإن نقل الملكية سينصب على الحصص (الأرقام) وبالتالي سيصدر القاضي المختص حجة التخارج بعد إصداره للقسام الشرعي: (أي بعد توزيع حصص الورثة)، وهذا الأمر سواء القسام أم حجة التخارج جميعها تجري على الحصص، بمعنى أن كل الحصص لم تتركز في شيء مادي بعد كي نلزم المتخارج باتباع إجراءات قانونية لنقل ملكية هذه الأشياء إلى المتخارج له، فهذه الأشياء مباشرة ستسجل باسم المتخارج له بالاعتماد على حجة التخارج أو الوثيقة التي تصدر من المحكمة المختصة، ولا نحتاج بعدها للمتخارج نهائيا حتى إذا كانت التركة مكونة من عقارات، فدائرة العقارات ستقوم بتسجيل العقار باسم الورثة المتخارج لهم دون حاجة لحضور المتخارج، أي أن الحصة ستنتقل ملكيتها بمجرد التراضي وفقا لقاعدة الرضائية في العقود، حيث إن محل التخارج كان حصة، وليس عقاراً وبالتالي انتقلت ملكيتها بمجرد التراضي وفقاً

(٨٤) د. عبد الخالق حسن أحمد، عقد البيع، المصدر السابق، ص٢٩١.
(٨٥) د. عدنان السرحان، العقود المسماة، المصدر السابق، ص١٥٤.

للقاعدة العامة في أن العقد ينقل الملكية، وهذه الحصة تعامل معاملة المنقول ولا تعامل معاملة العقار؛ لأنها لم تتركز بعد على شيء مادي وهو العقار، كما أن التسليم يكون قد تم في هذه الحالة.

وبالتالي لا نتفق مع من يذهب إلى أن التسليم لا يشترط أو أنه غير موجود في عقد التخارج[٨٦] فنقول إن التسليم موجود وهو التزام من التزامات المتخارج تجاه المتخارج له أو المتخارج لهم، ولكن صورة التسليم في هذه الحالة هي تسليم حكمي وليس حقيقياً، وهذا قياساً على أحكام عقد البيع، إذ كما نعرف أن التسليم نوعان حقيقي وحكمي، فالتسليم الحقيقي غير ممكن في عقد التخارج في أغلب صوره؛ لأن التخارج ينصب على الحصة، أما التسليم الحكمي فهو الأقرب إلى هذا النوع من العقود، والتسليم الحكمي هو مبرئ لذمة المتخارج[٨٧] عليه ما نقترحه على المشرع العراقي والإماراتي ما يأتي:

(١- يلتزم المتخارج بتسليم الحصة المتخارج عليها إلى المتخارج له أو لهم بمجرد التراضي. ٢- وإذا كانت الحصة المتخارج عنها موجودة أصلاً تحت يد المتخارج له قبل التخارج فلا حاجة إلى قبض جديد، سواء كانت يد المتخارج له أو لهم يد أمانة أو يد ضمان).

(٨٦) هذا ما ذهب إليه د.أحمد فراج حسين ود. محمد كمال الدين، نظام الإرث، مصدر سابق، ص ٣٣٣، هامش رقم ١.

(٨٧) لمزيد من التفصيل في أنواع التسليم ينظر د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، ط٢، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧، ص٩٣؛ وفي القانون الإماراتي ينظر د. عبد الخالق حسن، عقد البيع، المصدر السابق، ٢٠٠٨، ص١٦١.

أما الفرضية الثانية فهي أن التخارج قد جرى بعد أن اختص كل شريك بجزء مفرز يوازي حصته، وإن كانت القسمة غير نهائية كما في المهايأة المكانية وحتى الزمانية، أو كانت التركة مكونة من أعيان وديون على الغير فبعد أن تم توزيع الأعيان على الشركاء أراد أحدهم الخروج من التركة دون انتظار تحصيل الديون، فإذا جرى اتفاق مع بقية الورثة فإن هذا الاتفاق يسمى تخارجاً أيضاً ويلتزم المتخارج باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل الملكية إلى المتخارج له، فإذا كانت أموال التركة منقولات اختلطت بأموال المتخارج وجب عليه إخراجها وفرزها لغرض تسليمها إلى المتخارج له أو لهم.

٣- كما يترتب على ذلك أن المتخارج له أو لهم يصبحون دائنين في الديون التي للتركة على غيرهم، ويجوز لهم مطالبة المدينين واتخاذ الإجراءات القانونية ضدهم(٨٨).

٤- وتطبيقاً لقاعدة(الغرم بالغنم) وطالما أن المتخارج له قد تملك الحصة الإرثية مضافاً إليها حصته الأصلية، فإنه يتحمل الالتزامات كافة عن حصتين الأولى حصته ثم الحصة التي آلت إليه بالمخارجة، وهذا تبيين سليم للقاعدة أعلاه، فلو أن الحصص متركزة في دار أو شقة سكنية واتضح أن عليها بضرائب ورسوم للماء والكهرباء فإن الذي يتحملها هو المتخارج له وذلك في حدود حصتين وليس حصة واحدة(٨٩).

(٨٨) د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، مصدر سابق، ص٥٢٤؛ وينظر المادة٥٤٠ من القانون المدني الأردني التي نصت على: (ينقل عقد المخارجة حصة البائع الإرثية إلى المشتري ويحل محل البائع في استحقاق نصيبه من التركة).

(٨٩) في هذا المعنى ينظر د. عدنان السرحان، العقود المسماة، مصدر سابق، ص١٥٥.

المطلب الثاني
عدم تأثر بعض الحقوق بعقد التخارج

هناك حقوق لا تتأثر بالمخارجة، بمعنى أنها لا تنتقل من المتخارج إلى المتخارج له وهذه الحقوق هي:

١- كل حق يظهر للميت بعد العقد ولم يكن المتخارج على علم به:

علماً أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي وكذلك القانون المدني الأردني قد اشترطا لعدم انتقال هذه الحقوق من المتخارج إلى المتخارج له أن لا يكون المتخارج والمتخارج له على علم بها(٩٠).

ولكن نجد أن عدم علم المتخارج يكفي للقول بعدم انتقال الحقوق منه إلى المتخارج له، وذلك أن هذا النص قد ورد بالأصل لحماية المتخارج وليس المتخارج له، وبذلك نؤيد الرأي القائل بذلك، فحتى إن كان المتخارج له عالماً بهذه الأموال والمتخارج ليس بعالم فلا تنتقل ملكيتها(٩١)، وعليه نجد أن النصوص في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني بحاجة إلى إعادة صياغة، بحيث تركز على عدم علم المتخارج للقول بعدم انتقال ملكية الأموال، وانتقالها في حالة علم المتخارج بها وإن كان المتخارج له ليس بعالم.

---

(٩٠) ينظر المادة ٢/٥٩٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي نصت على: (ولم يكن المتخارجان على علم به وقت العقد)، وكذلك المادة ٥٤٠ من القانون المدني الأردني التي نصت على: (لا يشمل عقد المخارجة كل مال يظهر للميت بعد العقد ولم يكن المتخارجان على علم به وقت العقد)، وفي شرح هذه الأحكام ينظر د. عبد الرحمن جمعة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، ١٩٩٨، ص٥٦٤؛ وفي الإماراتي ينظر د. عبد الخالق حسن أحمد، عقد البيع، مصدر سابق، ص٢٩٢.

(٩١) د. عدنان السرحان، العقود المسماة، مصدر سابق، ص١٥٦.

أما القانون المدني العراقي فلم يرد بشأنه نص يعالج هذه المسألة، لا بل حتى قانون التسجيل العقاري العراقي لم يعالج هذه المسألة أيضا وهو الوحيد الذي نص على عقد التخارج، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بنص صريح يعالج هذه المسألة أسوة بنصوص القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي(٩٢)، ويكون كالآتي: (لا يشمل عقد التخارج كل مال يظهر للميت بعد العقد، ولم يكن المتخارج على علم به وقت العقد).

والسبب في ذلك هو أن هذا النص جاء لمصلحة المتخارج، وإن كان عقد التخارج من العقود الاحتمالية والتركة تباع في الغالب دون تحديد موجوداتها، ولكن مع ذلك فإن للطرفين تصوراً عاماً لها وتخميناً لما يمكن أن تحويه من أموال وهو ما يقوم عليه رضاهما عند التخارج، فإذا ظهر بعد التخارج مال لم يكن داخلاً في تصور الطرفين أو على الأقل تصور المتخارج، فإن القول بإدخاله في التخارج يؤدي إلى اختلال رضا المتخارج الذي لم يكن ليقبل بالتخارج بالعوض الذي قبله لو أنه علم بوجود هذا المال من التركة.

٢- الحقوق التي تكون للتركة على المتخارجين أو على أحدهما:

فقد يكون أحد الورثة مديناً لمورثه وبالتالي أصبح مديناً للتركة، أو أنه اقترض بعد وفاة المورث وقبل التقسيم مبلغاً نقدياً لحاجته الشخصية، ففي هذه الأحوال تكون التركة دائنة وهو مدين، فإذا تخارج هذا المدين لمصلحة المتخارج له، فإنه يجبر بعد المخارجة على التسديد ولا تعفيه المخارجة من التخلص من الديون التي عليه

(٩٢) ينظر نص المادة ٥٤٠ من القانون المدني الأردني، والمادة ٢/٩٥٩ من قانون المعاملات المدني الإماراتي.

لمصلحة التركة، على أن هذه القاعدة ليست آمرة، وبالتالي قد يتفق المتخارج مع المتخارج له على تحمل الأخير الديون التي بذمة المتخارج للتركة[٩٣]، وهذا النص أخذ به قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، وهو ما ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ به.

وينبغي عدم الخلط بين انقضاء بعض الديون التي على المتخارج بسبب اتحاد الذمة وعدم انقضائها بالتخارج، ونسوق المثل الآتي:

لو أن أحد الأبناء اقترض ثلاثة آلاف درهم (أو دينار) من الأب، ثم توفى الأب وكان له ثلاثة أبناء، بما فيهم المقترض، وتركته تتكون من موجودات ١٥ ألف درهم (أو دينار)، ستكون حصة كل وارث من التركة هي ٥ آلاف مضافاً إليها ألف من الدين الذي للتركة على الابن المدين، أما الابن المدين فستكون حصته ٥ آلاف من التركة فقط عكس إخوته لأن الألف الذي انتقل إليه سقط بسبب اتحاد الذمة، فهذا الابن أصبح دائناً ومديناً بنفس الوقت، فلو اتفق هذا الابن مع شقيقه على التخارج فإن الأخ المتخارج له سيحصل على ٥ آلاف فقط مضافة إلى حصته ٦ آلاف، فالذي يسقط هو ما انقضى فقط باتحاد الذمة أما التخارج فلا يؤثر على الحقوق التي للتركة عليه (على المدين) فسوف يلزم المتخارج بدفع ألفي درهم إضافة إلى التخلي عن حصته من الميراث، ولا يستطيع المطالبة بتحميل المتخارج له بها، أما الألف درهم حصته من الدين الذي عليه فقد سقطت ولكن ليس

(٩٣) د. محمد يوسف الزعبي، مصدر سابق، ص ٥٢٩، والمادة ٢/٥٩٥من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة ٣/٥٤٠ من القانون المدني الأردني؛ د. عبد المنعم البدراوي، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص٤٣٦.

بالتخارج، فالتخارج لا يؤثر فيها، وإنما سقطت باتحاد الذمة[٩٤].

٣-الحقوق التي للمتخارج أو للمتخارجين على التركة:

هذه الفرضية هي عكس الفرضية السابقة، فقد يكون المورث أصلاً مديناً لأحد الورثة أو أن أحد الورثة قام بإقراض التركة مبلغا من المال لحين إتمام إجراءات تحرير التركة، أو هو الذي دفع ديناً لغرض فك الرهن الذي كان على أحد الأموال من أموال التركة وغيرها من الفرضيات التي يصبح فيها أحد الورثة دائناً للتركة ثم يتخارج لمصلحة المتخارج له، ففي هذه الحالة فإن التخارج لايشمل حقوق هذا المتخارج معنى ذلك أن المتخارج له لا يستطيع الادعاء بأنه قد كسب ملكية هذه الحقوق بالتخارج، فهذه الحقوق تبقى للمتخارج رغم إجراء التخارج، وهذا الحكم أيضا لا يعد من الأحكام الآمرة لذا يمكن الاتفاق على خلافه[٩٥].

٤- كل حق يثبت للوارث بصفته الشخصية وليست بصفته وارثاً:

فكل حق يثبت للوارث المتخارج بصفته الشخصية ومن خارج التركة دون أن يكون من مشتملاتها فلا يشمله التخارج، وهذا الحكم يسري سواء أثبت الحق للوارث المتخارج وبمناسبة تصرف قانوني أبرمه المورث كمبلغ التأمين عندما يكون المستفيد أحد الأبناء الورثة[٩٦]، أو تصرف قانوني أبرمه الغير كوصية أو حق ثبت له من الغير، أو حق من القانون كمبالغ التعويضات المستحقة له عن وفاة مورثه العامل بحادث عمل، فكل هذه الحقوق تؤول مباشرة إلى ذمة أحد الورثة فإذا

(٩٤) في هذا المعنى ينظر د. عبد الخالق حسن، مصدر سابق، ص٢٩٢.
(٩٥) د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، مصدر سابق، ص٥٣٠؛ د. علي العبيدي، المصدر السابق، ص١٨٢؛ د. آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ٨٥.
(٩٦) ينظر المادة ١٠٥٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على سبيل المثال.

تخارج هذا الوارث من التركة لمصلحة المتخارج له، فإن هذه الحقوق لا تنتقل إلى ذلك المتخارج له، بسبب أنها لم تدخل في التركة وإنما كانت مستقرة في ذمة هذا المستفيد وإن كان عنوانه وارثاً[٩٧].

٥- كل الحقوق ذات الصبغة الشخصية البحتة:

كأوراق الأسرة والأوراق المثبتة للنسب والصور العائلية الأخرى ذات الصبغة الشخصية البحتة وغير المالية، وهذه تقدرها المحكمة المختصة، وذلك لأن المتخارج له قد ركز على الحقوق المالية وانصرفت نيته إلى تملكها، أما الحقوق غير المالية فنفترض أن النية لم تنصرف إليها، وبالتالي تكون مستثناة من التخارج[٩٨]، ولكن لا ننسى أن هذه الحقوق المعنوية إن صح التعبير هي ذات قيمة معنوية أيضاً بالنسبة للمتخارج له كونه أحد الورثة، وبالتالي فقد يتفق الطرفان على دخولها في التخارج.

المبحث الثالث
الضمان في عقد التخارج

إن أحكام الضمان في عقد التخارج تختلف عن أحكام الضمان في عقد البيع، ذلك أن أحكام ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق قد تعطل في عقد التخارج وقد لا تعطل، عكس عقد البيع الذي لا يستطيع البائع اشتراط إعفائه من أحكام الضمان بصورة نهائية وإن اشترط التخفيف من حدتها، ولكن مع ذلك فالأمر يحتاج إلى تفصيل، فالأحكام تختلف فيما إذا كان التخارج جرى دون تفصيل مشتملات

(٩٧) في تفصيل هذه الجزئية ينظر د.عدنان السرحان، العقود المسماة، مصدر سابق، ص١٥٧.
(٩٨) د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة، مصدر سابق، ص٤٦٥.

التركة أو أن التخارج جرى مع الاتفاق على كل التفاصيل لمشتملات التركة، وهذا ما سيتم تناوله في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول
أحكام الضمان فيما لو أن التخارج جرى دون تفصيل لمشتملات التركة

نصت المادة ٥٩٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه:(لا يضمن البائع للمشتري غير وجود التركة وثبوت حصته فيها إذا جرى العقد دون تفصيل مشتملات التركة)، كما نصت المادة ٥٤١ من القانون المدني الأردني على أنه: (لا يضمن البائع للمشتري غير وجود التركة وثبوت حصته الإرثية إذا جرى العقد دون تفصيل مشتملات التركة)، أما المشرع العراقي فلم ينظم هذه المسألة على الرغم من خطورتها، لا في القانون المدني ولا في قانون التسجيل العقاري، ولعله اكتفى في هذه المسألة بالقواعد العامة التي لا تكفي نهائياً للاعتماد عليها، ذلك لتغاير الأحكام فيها.

على أية حال نجد في النصين السابقين الإماراتي والأردني، وعلى فرض أن التخارج بيع وهي الصورة الغالبة للتخارج والأكثر وقوعاً، فإنه في هذه الحالة يستثنى منه إلزام المتخارج من حكمين هما:

١- عدم ضمان العيوب الخفية(٩٩)

ذلك أن المتخارج يجري على الحصة وهو شيء معنوي وليس مادياً، وبالتالي فإن المتخارج لا يعرف بدقة على ماذا تتركز هذه الحصة أي على أي شيء مادي،

(٩٩) ويعرف العيب الخفي حسب الفقه الإسلامي بأنه: (كل ما يوجب نقصان الثمن نقصاً فاحشاً أو يسيراً) كما عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة ٣٢٨ منها بأنه: (ما ينقص المبيع عن التجار وأرباب الخبرة)، كما ورد تعريفه لدى محكمة النقض المصرية بأنه: (الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع)، نقلا عن د. عدنان السرحان، العقود المسماة، مصدر سابق، ص٢٧١؛ د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص١٢٣.

لذلك وصف هذا العقد بأنه احتمالي، اشتمل على الحصة الإرثية جزافاً دون تعيين موجوداتها، وأن المتخارج له قد أقدم على التعامل بهذه الحصة وفي ذلك مخاطرة وشيء من المغامرة (١٠٠).

وعلى ذلك إذا كانت مكونات التركة سيارة مثلاً وتخارج منها أحد الوارثين لمصلحة الوارث الآخر، ثم تبين أن السيارة فيها عيب خفي فلا يستطيع المتخارج له الرجوع على المتخارج حتى إذا أثبت الخفاء والقدم والتأثير في هذا العيب وهي شروط العيب الخفي، والسبب في ذلك هو أن التخارج قد جرى دون بيان لمشتملات التركة، وبالتالي كان المتخارج ليس ضامناً، وفي المحصلة أن المتخارج له سيتحمل ضمان العيب الخفي.

٢- عدم ضمان التعرض والاستحقاق:

لا يضمن الوارث المتخارج للمتخارج له التعرضات القانونية الصادرة من الغير، كما لا يضمن في نهاية المطاف الاستحقاق للغير إذا نجح في دعواه، كما لو أثبت الغير أن بعض موجودات التركة كانت منقولات ضائعة منه أو مسروقة، أو أنه هو الذي اشتراها من الأب عندما كان حياً وأثبت دعواه، ثم حصل على حكم باستحقاقها في مواجهة المتخارج له، ففي هذه الأحوال لا يستطيع التخارج له من الرجوع على المتخارج بالضمان لا التعرض ولا الاستحقاق(١٠١).

أما لو استحقت هذه المنقولات بسبب حق رتبه المتخارج على هذه المنقولات وبعد التخارج استحقت للغير بسبب المتخارج ففي هذه الحالة يضمنها المتخارج.

(١٠٠) د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة، المصدر السابق، ص٤٦١.
(١٠١) د. محمد يوسف الزعبي، المصدر السابق، ص٥٣٠.

٣- **كما لا يضمن المتخارج للمتخارج له يسار المدينين** فيما إذا تضمنت التركة ديوناً للتركة على الغير، وهذا مستنتج من النصوص القانونية العامة، رغم عدم النص عليه صراحة (١٠٢).

أما ما يضمنه المتخارج للمتخارج له في هذه الحالة فهو:

١- يضمن وجود التركة:

وقد ذكرنا سابقاً أن التركة إن كانت غير موجودة أصلاً فإن التخارج يعد باطلاً لانعدام المحل الذي هو ركن من أركان العقد، أما إن كانت التركة موجودة ثم استحقت للغير بالكامل بعد العقد، فإن أحكام الضمان تطبق في هذه الحالة، وقد يقول قائل وما الفرق بين الحالتين؟ نقول إن الفرق مهم وهو أن الحالة الأولى تؤدي بنا إلى الحكم ببطلان العقد، والحالة الثانية تؤدي بنا إلى تطبيق أحكام ضمان الاستحقاق، وبالتالي قد يختلف مبلغ الضمان في الحالتين، فإذا استحقت التركة بالكامل وكان المتخارج سيء النية فقد يحكم عليه بمبلغ تعويض يفوق مبلغه فيما لو كان المتخارج حسن النية، خصوصاً في الدول التي تفرق بين حسن نية وسوء نية البائع (١٠٣).

فالمتخارج ضامن لوجود التركة؛ لأن المتخارج له ما كان ليبرم عقدا أو يدفع مقابلاً في هذا العقد إلا بسبب حصوله على هذه الأموال، أي على حصة المتخارج

(١٠٢) د. عدنان السرحان، المصدر السابق، ص١٥٨.
(١٠٣) في أحكام ضمان التعرض والاستحقاق ينظر المواد من ٥٤٩-٥٥٧ من القانون المدني العراقي وشرحها لدى د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص٢٨٣؛ والمواد من ٥٣٤-٥٤٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ وشرحها لدى د.عبدالخالق حسن أحمد، عقد البيع، مصدر سابق، ١٨١ وما بعدها.

أو جزء منها، فإن لم تكن هذه التركة موجودة عاد عليه بالمبالغ التي دفعها مع التعويض إذا اقتضى الأمر(١٠٤).

٢- يضمن المتخارج للمتخارج له ثبوت حصته في التركة:

فإذا تخارجت الزوجة لمصلحة أحد الورثة على أساس أن حصتها هي الربع، بسبب عدم وجود فرع وارث، ثم بعد التخارج تبين أن هناك فرعاً وارثاً وأن حصتها هي الثمن، فإن المتخارج سيضمن للمتخارج له الفرق مضافاً إليه التعويض إن كان له مقتضى(١٠٥)، أما لو حدث العكس كأن يتخارج الوارث على أساس أن حصته هي الثمن، ثم يتبين أن حصته هي الربع، بسبب أن الفرع الوارث كان ابناً وهمياً، ففي هذه الحالة فإن المتخارج يستطيع أن يعتمد على أحكام الغلط في الرجوع على المتخارج له، ولكن يجب إثبات أن هذا الغلط داخل في نطاق العقد، كأن توضح الزوجة في صيغة العقد أن نصيبها من ميراث زوجها هو الثمن، أو دلت على وجود الغلط ملابسات وظروف الحال، كأن يكون البدل الذي قدمه المتخارج له للمتخارج زهيداً يناسب الثمن ولا يناسب الربع، وهذه المسائل يقدرها القاضي بالاستعانة بالخبراء(١٠٦) .

(١٠٤) في هذا المعنى ينظر د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٢٠٩.
(١٠٥) د. محمد يوسف الزعبي، المصدر السابق، ص٥٣١.
(١٠٦) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٢، ص١٠٨؛ وفي قانون المعاملات المدنية الإماراتي المواد من ١٩٣-١٩٦ وشرحها لدى د. عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ج١، ط١، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، ٢٠٠٨، ص١٢٦؛ وينظر المادة ١٢٢ من القانون المدني المصري، والمادة ١٥٤ من القانون المدني الأردني.

المطلب الثاني
أحكام الضمان عند الاتفاق
على التخارج مع تفصيل مشتملات التركة

إذا جرى التخارج مع بيان مفردات التركة ومشتملاتها بالتفصيل، فإن الضمان يشمل كل التفاصيل التي تم ذكرها في التخارج، بمعنى أن الضمان سيعود ويشمل العيب الخفي لأي مال داخل في التركة وآل إلى المتخارج له بسبب التخارج، كما أن الضمان سيشمل التعرض والاستحقاق بأحكامه العامة، وأي شرط أضافه المتخارج على نفسه في عقد التخارج كأن يكون المتخارج قد ضمن للمتخارج له يسار المدينين للتركة، حيث إن هذه الشروط المقترنة بالعقد، ستكون صحيحة(١٠٧).

عليه ما نقترحه على المشرع العراقي والإماراتي والأردني، هو إيراد النص الآتي:

(لا يضمن المتخارج للمتخارج له غير وجود التركة وثبوت حصته الإرثية فيها إذا جرى العقد دون تفصيل مشتملات التركة)

وقد أوردنا هذا النص المقترح، ذلك أن المادة ٥٩٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والنص٥٤١ من القانون المدني الأردني، قد أوردا لفظي (لا يضمن البائع للمشتري) وقد لاحظنا أن التخارج لا يوصف دائماً بأنه عقد بيع فقد يكون صلحاً أو بيعاً أو قسمة.

(١٠٧) د. محمد يوسف الزعبي، المصدر السابق، ص٥٣٢؛ د. عباس العبودي، المصدر السابق، ٢٠٩؛ د. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، ط١،، دار الثقافة للشر، عمان، ٢٠٠٩، ص٣٠٩؛ د.محمود عبدالله بخيت و د. محمد عقلة العلي، الوسيط في فقه المواريث، ط١، دار الثقافة، ٢٠٠٧، ص١٧٣.

لكن السؤال بعد ذلك هو، أن التخارج إذا جرى بعبارات عامة، هل يفسر على أن المتخارج غير ضامن أم أنه ضامن؟

أغلب حالات التخارج تجري بعبارات عامة، وبالتالي تفسر على أنها جرت دون تحديد لمشتملات التركة، ومن ثم فإن المتخارج لا يضمن للمتخارج له، لا التعرض ولا الاستحقاق ولا العيوب الخفية، وبالتالي يجب أن يكون تحديد مشتملات التركة واضحا صريحاً، للقول بعد ذلك بضمان المتخارج للمتخارج له.

والحمد لله رب العالمين.

الخاتمة

بعد هذه الدراسة، نستطيع الخروج بعده نتائج وتوصيات، هي:

١. التخارج عقد من العقود الناقلة للملكية ومكانه الطبيعي القانون المدني.

٢. يعد عقد التخارج استثناءً من القاعدة العامة المتعلقة بالمحل، حيث إن التخارج صحيح، وإن كان محله غير معين تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، ذلك أن فيه من المجازفة والغرر ما يكفي لوصفه بأنه عقداً احتمالياً.

٣. التخارج يختلف عن بيع التركة في أن التخارج يكون بين الورثة حصرياً، أما بيع التركة فيمكن أن يكون بين أجنبي ووارث.

٤. لا يجوز أن تجري المخارجة بين وارث وموصى له حتى إن كانت حصته بجزء شائع من التركة؛ لأن غاية المخارجة هي التقليل من عدد الورثة بغض النظر عن حصصهم، لكن ممكن أن تجري بين وارث وموصى له بموجب وصية واجبة.

٥. يجب أن يكون التصرف بحصة الوارث بأكملها، ولا يهم بعد ذلك إن كان المتخارج له شخصاً واحداً أو أكثر.

٦. التخارج يجب أن يكون لقاء عوض، فإن كان بدون عوض فإنه لا يسمى تخارجاً، وإنما هو هبة لهذه الحصة.

٧. الشكلية في التخارج ليست ركناً وإنما هي شرط لتوثيق العقد.

٨. التسليم في التخارج أثر من آثار العقد، وهو التزام على المتخارج في مواجهة المتخارج منه، وإن كان هذا التسليم حكمياً وليس مادياً، فهو موجود وصحيح.

٩. الطبيعة القانونية للتخارج قد تكون بيعاً أو قسمة للمال الشائع، فهي بيع إذا كان البدل سيقبضه المتخارج له من غير التركة، وهي قسمة إن كان البدل الذي سيقبضه المتخارج له من التركة، وبالتالي وجب مراعاة شروط التصرف في كل حالة.

١٠. قد يكون التخارج صرفاً إذا كان البدل الذي سيقبضه المتخارج نقداً ومكونات التركة هي أيضاً نقد، وهنا يشترط القبض في مجلس العقد ويجب أن يكون النقدان من جنسين مختلفين، أما إن كانا من جنس واحد، فينبغي الحذر من مسألة الربا.

١١. إذا كان النزاع بين الورثة حول استحقاق أحد الورثة، واتفق الورثة على أن يأخذ مالاً معيناً ويخرج من التركة وينزل عن ادعائه بالميراث في باقي التركة، فإن التخارج يفسر على أنه صلح، ولا يمكن عد التخارج تنازلاً، لأن العلاقة التي تحكم الورثة ليست علاقة دائنية ومديونية، والتنازل لا يكون إلا إذا كان الطرفان أحدهما دائناً والثاني مديناً.

١٢. أحكام الضمان من ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق، تكون معطلة إذا جرى التخارج دون تفصيل لمشتملات التركة، وتفعل هذه الضمانات من جديد، إذا جرت المخارجة مع تفصيل لمشتملات التركة، وإذا جرت المخارجة بعبارات عامة، فإن المخارجة تفسر على أنها جرت دون

تقصيل لمشتملات التركة، وبالتالي يكون المتخارج غير مسؤول عن هذه الضمانات، وهنا تكمن خطورة الوضع، وهذا سبب من الأسباب في وصف هذا العقد من العقود الاحتمالية وعقود المجازفة.

أما أهم التوصيات فهي:

أولاً: ما نقترحه على المشرع العراقي، هو إدراج عقد التخارج ضمن مواضيع العقود الناقلة للملكية وتخصيص نصوص له في القانون المدني، وأن يكون النص كالآتي: (التخارج هو الاتفاق على نقل نصيب أحد الورثة إلى آخر أو أكثر بعوض معلوم، ولو لم تكن موجودات التركة معينة).

ثانياً: وكذلك ما نقترحه على المشرع الإماراتي تعديل نص المادة ٥٩٤، التي عرفت التخارج على أنه بيع، لكي تكون بالشكل السابق، وقد قصدنا من هذا التعريف تجنب الإشكاليات التي ترافق تكييف عقد التخارج هل هو بيع أم صلح، أم قسمة أم صرف أم غير ذلك؟

ثالثاً: ولغرض حسم مسألة التخارج بكل الحصة أم بجزء منها والتي لم تعالج حتى في القوانين التي نظمت المسألة، فإن ما نقترحه على المشرع العراقي والإماراتي في هذا المجال، هو إيراد النص بعد تعريف المخارجة:

(يجوز تعدد المتخارج لهم في كل حصة المتخارج دون جواز المخارجة في جزء من حصته).

رابعاً: ولكون أن المتخارج يملك الحصة محل التخارج، لذلك وجب أن يسلم للمتخارج له كل الحقوق التي حصل عليها بسبب حصته، وما نقترحه في هذا

المجال هو النص الآتي: (إذا كان المتخارج استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئا مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمتخارج له ما استوفاه ما لم يكن العقد قد نص على غير ذلك).

خامساً: المحل في كل عقد مهم جداً، وهو ركن من أركان العقد، ولكنه في عقد التخارج له خصوصية، حيث لايشترط فيه أن يكون معيناً، عليه فإن ما نقترحه على المشرع العراقي والإماراتي في هذا المجال هو إيراد نص يعالج هذا الشرط وذلك لأهميته، ويكون النص كالأتي:

(١- يجب أن يكون محل عقد التخارج موجوداً وقت العقد. ٢- و يجب تعيين حصة المتخارج دون تعيين محلها. ٣- إذا كان المحل موجودا وقت العقد، ثم استحق بعد العقد نطبق عليه أحكام الاستحقاق. ٤- فإذا كان المتصرف سئ النية التزم بإعادة العوض مضافاً إليه ما أحدثه المتصرف إليه من تحسينات نافعة وكمالية على الشيء محل التخارج، بقيمته يوم التسليم للمستحق، وإن كان حسن النية التزم بإعادة العوض وقيمة التحسينات والنفقات النافعة دون الكمالية. ٥- يضمن المتخارج للمتخارج له الأضرار التي نشأت بسبب الاستحقاق الكلي ولحقت بـــه. ٦- تطبق بقية أحكام الاستحقاق الواردة في عقد البيع في حالة الاستحقاق الكلي، كل ذلك إن كان المتخارج ضامناً للمتخارج له).

سادساً: والتسليم في التخارج يتمثل بالتسليم الحكمي وهو مبرئ لذمة المتخارج، عليه ما نقترحه على المشرع العراقي والإماراتي ما يأتي:

(٢- يلتزم المتخارج بتسليم الحصة المتخارج عنها إلى المتخارج له أو لهم بمجرد التراضي.

٢- وإذا كانت الحصة المتخارج عنها موجودة أصلاً تحت يد المتخارج له قبل التخارج فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المتخارج له يد أمانة أو يد ضمان).

سابعاً: القانون المدني العراقي لم يرد بشأنه نص يعالج مسألة استثناء بعض الأموال من عقد التخارج، لا بل حتى قانون التسجيل العقاري العراقي لم يعالج هذه المسألة أيضا وهو الوحيد الذي نص على عقد التخارج، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بنص صريح يعالج هذه المسألة، ويكون كالآتي: (لايشمل عقد التخارج كل مال يظهر للميت بعد العقد، ولم يكن المتخارج على علم به وقت العقد)، علماً أن بعض القوانين اشترطت عدم علم المتخارجين بالأموال التي تظهر للميت بعد العقد، ولكن آثرنا إيراد هذا النص؛ لأنه جاء لمصلحة المتخارج، أكثر منها للمتخارج له.

قائمة المصادر

أولاً : الكتب

١. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط٤، ١٩٩٤.

٢. د. أبو اليقضان عطية الجبوري، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، دار حنين، عمان، ١٩٩٥.

٣. أبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٣، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، ١٣٨٧ هـ، ١٩٦٧م.

٤. المستشار أحمد نصر الجندي، المواريث في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.

٥. د. أحمد علي الخطيب، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطابع وزارة التعليم العالي العراقية، ١٩٨٠.

٦. د. آدم وهيب النداوي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩.

٧. د. احمد فراج حسين ود. محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا، دار الأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، ٢٠٠٢.

٨. د.أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧ .

٩. د. احمد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات،ط١ ، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧.

١٠. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

١١. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، ط١، دار الثقافة للشر، عمان، ٢٠٠٩.

١٢. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، ط٢، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧.

١٣. د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام المواريث، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥.

١٤. سليم رستم باز، شرح المجلة، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، ط٣، ١٩٩٨.

١٥. د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٩.

١٦. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، دار أحياء التراث العربي، لبنان، دون سنة طبع.

١٧. د. عبدالله الجبوري ود. عبد الحق حميش، أحكام المواريث والوصايا في الشريعة الإسلامية، ط١، مطبوعات جامعة الشارقة، ٢٠٠٧.

١٨. د. عبد الحميد الشواربي، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، بدون مكان طبع، ١٩٩٠

١٩. د. عبد الواحد كرم، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفجر أبو ظبي، بدون سنة طبع.

٢٠. د. عبد الحميد نجاشي، شرح قانون المعاملات المدنية، آثار الحق وانقضائه، مكتبة الشارقة، ٢٠٠٩.

٢١. د. عبد الرحمن جمعة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، ١٩٩٨.

٢٢. عبد الرزاق حسين يس، النظرية العامة للالتزامات وفقاً لأحكام المعاملات المدنية الإماراتي، ط١، ١٩٩٤ .

٢٣. د. عبد المنعم البدراوي، والوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

٢٤. د. عبد الخالق حسن، حق الملكية، ط١، منشورات أكاديمية شرطة دبي، ١٩٩٠.

٢٥. د. عبد الخالق حسن أحمد، عقد البيع، ج ٣، منشورات أكاديمية شرطة دبي، ٢٠٠٨.

٢٦. د. عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الأمارات العربية المتحدة، ج١، مصادر الالتزام، منشورات أكاديمية شرطة دبي، ط١، ٢٠٠٨.

٢٧. د. عبد الخالق حسن، حق الملكية، ط١، مطبعة أكاديمية شرطة دبي،١٩٩٠.

٢٨. د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية، ط٢، مطبوعات جامعة الأمارات، ٢٠٠٠.

٢٩. د. عبد الهادي الشافعي، أحكام المواريث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥..

٣٠. د. عدنان السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨،

٣١. د. عدنان السرحان، شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدولة الأمارات العربية مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض القوانين، دار وائل للنشر، الأردن ٢٠٠٥.

٣٢. د. عدنان السرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط٢ الأفاق المشرقة ناشرون، عمان، ٢٠١٠.

٣٣. الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دون مكان وسنة طبع.

٣٤. د. كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٨.

٣٥. د. محمد جبر الألفي و د. محمد عبد المنعم حبشي، فقه المواريث، ط٢، مطبوعات جامعة الأمارات، ٢٠٠٠.

٣٦. أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، مطبوعات وزارة التعليم العالي العراقية، بغداد، ١٩٨٢ .

٣٧. د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٣٨. د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.

٣٩. د. محمود عبدالله بخيت ود. محمد عقلة العلي، الوسيط في فقه المواريث، ط١، دار الثقافة، ٢٠٠٧

٤٠. د. محمود محمد طنطاوي، نظام المواريث في الشريعة الإسلامية، ط١، دون مكان طبع، ١٩٨٩.

٤١. د. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ط ٩، مطبعة ألف باء، الأديب، دمشق، ١٩٦٧.

٤٢. د. مفتاح عبد القادر بوحوية المسماري،أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة عمر المختار، ليبيا، ٢٠٠٦.

٤٣. د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة، قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر للطباعة والنشر، ط١، ١٩٨٧.

ثانياً : القوانين والأعمال التحضيرية للقوانين ومراجع القرارات

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة١٩٥١.

٢. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

٣. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

٤. قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢.

٥. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥.

٦. المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥، منشورات جمعية الحقوقيين، الإمارات، دون سنة طبع .

٧. القانون المدني الأردني.

٨. قانون المواريث المصري رقم ٧٧ لسن ١٩٤٣.

٩. القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.

١٠. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ط٣، لسنة ١٩٩٩.

١١. مجموعة الأحكام، التي تصدر عن المحكمة الاتحادية، أبو ظبي، السنة السادسة والعشرون، ط١، ٢٠٠٦، مطبوعات جامعة الإمارات.

١٢. مجلة جمعية نقابة المحامين الأردنية، منشورات العدالة، العدد الخاص لعام ١٩٨٦.