

January 2012

A Comparative Legal Study within a Civil Law Framework

Saleh Ahmed AL-LUHAIBI

Civil Law, Sharjah University, U.AE., sluhaibi@sharjah.ac.ae

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Civil Law Commons](#)

Recommended Citation

AL-LUHAIBI, Saleh Ahmed (2012) "A Comparative Legal Study within a Civil Law Framework," *Journal Sharia and Law*: Vol. 2012 : No. 49 , Article 1.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/1

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

A Comparative Legal Study within a Civil Law Framework

Cover Page Footnote

Dr. Saleh Ahmed AL-LUHAIBI Assistant Professor of Civil Law, Sharjah University, U.AE
sluhaibi@sharjah.ac.ae

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 أولاً 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

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، وأخيراً 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 لغة واصطلاحاً.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: شروط التخارج.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لعقد 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 يتصلح 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: "تتازل 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 ثمنها 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 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، ص١٧٣.
- (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 ٦٧/٢، والبيهقي في السنن الكبرى/٣٦٢/٧، نقلاً عن د. عبدالله الجبوري ود. عبد الحق حميش، أحكام=

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 ١٠/٥/١٩٧١.

(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 وتحديدًا 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 الأصلي)، فنقول إن الأحكام التي نظمها القانون المدني العراقي لهذا النوع تميزه عن بقية الحقوق العينية الأصلية الأخرى، فنطاقه هو الأراضي الزراعية الأميرية فقط (المملوكة للدولة)، ويجب أن يستغل صاحب حق التصرف هذه الأرض استغلالاً زراعياً فقط نباتياً أو حيوانياً، وما عدا ذلك فإن أي استغلال ثانٍ يعد سبباً لانتهاء حق التصرف، وكذلك أن هذا الحق قابل للانتقال بالوفاة، فإذا توفي صاحب حق التصرف فإن المستحقين لهذا الحق، لانسيهم 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 للانتقال حق التصرف، والمفروض أن يطبق عليها أحكام الميراث طالما كانت من الحقوق القابلة للانتقال، بمعنى أنها من المفترض أن تدخل ضمن تركة المتوفى، 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=

ومما يلحظه الباحث على مكان هذا النص أن المشرع العراقي أورده ضمن النصوص الخاصة بالتسجيل العقاري، مفترضاً أن التخارج لا يتم 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 لسنة ١٩٨٥، 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 - أو عقارات 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 اختلافاً كبيراً 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 لا يصح 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.

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

أما القانون المدني الأردني فقد نصت المادة ٥٣٩ على أنه: (بيع الوارث نصيبه في الشركة بعد وفاة المورث، لوارث آخر أو أكثر بعوض معلوم، ولو لم تكن موجودات الشركة 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 كالاتي (التخارج هو الاتفاق على نقل نصيب أحد الورثة إلى آخر أو أكثر بعوض معلوم، ولو لم تكن موجودات الشركة 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، وسننن لاحقاً الفرق بين بيع الشركة 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 وفقاً للتعريف سوف نتوصل إلى التكييف القانوني لهذا العقد.

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، لا بد 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 مرّ 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 (حصّة الوارث) المتخارج من مجموع تركة مورثه، وهي حصّة 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.

كما نقترح على المشرعين العراقي والإماراتي ما يأتي: (إذا كان المتخارج استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً 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، ووفقاً 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 استوفاه المتخارج والتابعة لهذه الحصة، أما إذا ورد محددًا، بأن استبعد المتخارج بعض الأموال أو المنافع التي استوفاه، فمثل هذا الاتفاق جائز أيضاً .

(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 ١٧/١/٢٠٠٤، 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 و ٢٠٣ و ٢٠٧ لسنة ٢٤ ق شرعي جلسة ٢٢/٥/٢٠٠٤، منشور في مجموعة الأحكام، المصدر السابق، ص ١٠٧.

ويذكر البعض أن هؤلاء الوارثين يجب أن يكونوا وارثين لمورث واحد وإلا فإن التصرف ليس بالتخراج^(٣٣)، ويتفق الباحث مع هذا الرأي فلكي يكون التصرف تخرجاً 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 تخرجاً، وإن كان ذلك الوارث البعيد نسبياً عن المتوفى (المورث) قد ورث حصته من والده المباشر مثلاً الذي توفي قبل وفاة جده، أي أن أحد ورثة المتوفى الثاني اشترى حصة من ورثة المتوفى الأول أو العكس صحيح فإن التصرف لا يعد تخرجاً، مثال ذلك أن تشتري زوجة الابن الذي

بالمعروف حقاً على المتقين)، فإن أدركه الموت ولم يوص فإننا نفترض أنه وصى لابن الابن الذي مات أبوه قبله بحصة أبيه (ابن الجد)، لمزيد من التفصيل ينظر، هشام قبيلان، الوصية الواجبة في الإسلام، ط٢، منشورات البحر المتوسط، بيروت - باريس، ١٩٨٥، ص ٨٢.

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 ننتقيد 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 تخرجاً أيضاً، ولا يمكن القول بغير ذلك.

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

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

فإنه ينبغي مراعاة حالات الشبوع 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 نافذاً 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 الشبوع 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).

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 التخرج 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 ننسب إلى أن محل التصرف (محل التخرج) 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 كالاتي: (يجوز تعدد المتخرج لهم في كل حصة المتخرج، 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 بيعاً وليست تخارجاً، أمران الأول: أن التصرف كان لأجنبي وليس لوارث، الثاني: هو أن التصرف كان بجزء من الحصة ولم يكن بالحصة كاملة.

أحكام الهبة وليس التخارج، ويشترط في هذا العوض أن يكون معلوماً، والعوض المعلوم هو ذلك العوض النقدي أو العيني المقدر والمحدد تحديداً واضحاً، وهذا العوض مشروط في التخارج (ولو لم تكن موجودات التركة معلومة)^(٤٧)، وما نجده في قانون المعاملات المدنية الإماراتي انه لم يشترط في التخارج أن يكون البديل نقدياً 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 البديل 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 أيضاً 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 البديل نقدياً 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.

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 المخارجه؛ 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 وحصه 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، ص ١٢٤؛ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧، ص ٩٦؛ د. عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج١، مصادر الالتزام، منشورات أكاديمية شرطة دبي، ط١، ٢٠٠٨، ص ١٢٣.

(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، ص ٤٢٧.

(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 =

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، وتحديداً 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؟

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 وينتو 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 تتعقد بكل ما يدل على مقصود العاقدین 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 وتعددتها)^(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 لا يمكن 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، ص ٢٣.

(٦٥) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دون مكان وسنة طبع، ص ١٥٥.

(٦٦) في هذا المعنى ينظر د. عدنان السرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط ٢، الأفق ناشرون، عمان، ٢٠١٠، ص ١٣٤.

وفي القضاء الأردني، والذي لا يشترط 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 أبو ظبي، وإن كان لا يضيف على عقد البيع شكلاً 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، س ١٣ يناير، ١٩٨٦، ص ١١٧-١٢٣، وكذلك الطعن رقم ٨٠ لسنة ٧ قضائية، مدني، جلسة، ١٩٨٦/٢/٢٦، مجلة العدالة، العدد ٤٨، س ١٣ يوليو، ١٩٨٦، ص ٦٥-٦٧.

(٧٢) قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية، برقم ٧٨٧/تمييز حقوق/١٩٩١، في ١٠/٩/١٩٩١، 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/ بتاريخ ١٩٨٦/١/٣٠، منشورات مجلة نقابة المحامين الأردنية، العدد الخاص بالعام، ١٩٨٦، منشورات عدالة، ص ٥٠٧.

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 آخر 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 صرفاً 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، ط ٢ المصدر السابق، ص ١٧ وما بعدها.

(٧٤) المادة ٥٠٦ من القانون المدني العراقي.

(٧٥) المادة ٤٨٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

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 جميعاً، 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 والهبية والوصية، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٨، ص١٢٣، هامش رقم ٢.

(٧٨) المشرع الإماراتي اشترط في الثمن أن يكون نقدياً 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).

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 وكيف كل عقد على حدة، ولكن ما نجزم به هو أن عقد التخارج هو عقد من العقود الناقلة للملكية، وبسبب أهميته المتأتمية من هذه الطبيعة، كانت الحاجة ماسة إلى تنظيمه بنصوص صريحة وواضحة.

ولا ننفق 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.

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 جميعاً، 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 للقسم الشرعي: (أي بعد توزيع حصص الورثة)، وهذا الأمر سواء القسم 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 نهائياً حتى إذا كانت الشركة مكونة من عقارات، فدائرة العقارات ستقوم بتسجيل العقار باسم الورثة المتخارج لهم دون حاجة لحضور المتخارج، أي أن الحصة ستنتقل ملكيتها بمجرد التراضي وفقاً 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، ص ٢٩١.

(٨٥) د. عدنان السرحان، العقود المسماة، المصدر السابق، ص ١٥٤.

أما الفرضية الثانية فهي أن التخارج قد جرى بعد أن اختص كل شريك بجزء مفرز يوازي حصته، وإن كانت القسمة غير نهائية كما في المهياة 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 تبين سليم للقاعدة أعلاه، فلو أن الحصص متركرة 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، ص ٥٢٤؛ وينظر المادة ٥٤٠ 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، ص ١٥٥.

أما القانون المدني العراقي فلم يرد بشأنه نص يعالج هذه المسألة، لا بل حتى قانون التسجيل العقاري العراقي لم يعالج هذه المسألة أيضاً 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 كالاتي: (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 وتخيماً لما يمكن أن تحويه من أموال وهو ما يقوم عليه رضاهما عند التخارج، فإذا ظهر بعد التخارج مال لم يكن داخلياً 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.

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 مبلغاً 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 لا يشمل 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 أيضاً 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 يشمل 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، ص ٢٩٢.

(٩٥) د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، مصدر سابق، ص ٥٣٠؛ د. علي العبيدي،

المصدر السابق، ص ١٨٢؛ د. آدم وهيب الندوي، المصدر السابق، ص ٨٥.

(٩٦) ينظر الماد ١٠٥٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على سبيل المثال.

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

المطلب الأول

أحكام الضمان فيما لو أن التخارج جرى دون تفصيل لمشماتل 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 لمشماتل 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 لمشماتل 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 حكيمين هما:

١- عدم ضمان العيوب الخفية^(٩٩)

ذلك أن المتخارج يجري على الحصاة وهو شيء معنوي وليس مادياً، وبالتالي فإن المتخارج لا يعرف بدقة على ماذا تتركز هذه الحصاة 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)، نقلاً عن د. عدنان السرحان، العقود المسماة، مصدر سابق، ص ٢٧١؛ د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص ١٢٣.

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 استحققت 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 استحققت 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 عقداً أو يدفع مقابلاً في هذا العقد إلا بسبب حصوله على هذه الأموال، أي على حصة المتخارج

(١٠٢) د. عدنان السرحان، المصدر السابق، ص ١٥٨.

(١٠٣) في أحكام ضمان التعرض والاستحقاق ينظر المواد من ٥٤٩-٥٥٧ من القانون المدني العراقي وشرحها لدى د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٢٨٣؛ 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.

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 والنص ٥٤١ 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، ص ٥٣٢؛ د. عباس العبودي، المصدر السابق، ٢٠٩؛ د. بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، ط ١، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٩، ص ٣٠٩؛ د. محمود عبدالله بخيت و د. محمد عقلة العلي، الوسيط في فقه الموارث، ط ١، دار الثقافة، ٢٠٠٧، ص ١٧٣.

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 الشركة في أن التخارج يكون بين الورثة حصرياً، أما بيع الشركة فيمكن أن يكون بين أجنبي ووارث.
٤. لا يجوز أن تجري المخارجة بين وارث وموصى له حتى إن كانت حصته بجزء شائع من الشركة؛ 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.

تفصيل 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 كالاتي: (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 المخارجه:

(يجوز تعدد المتخارج لهم في كل حصة المتخارج دون جواز المخارجه 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

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 أيضاً وهو الوحيد الذي نص على عقد التخارج، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بنص صريح يعالج هذه المسألة، ويكون كالاتي: (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.

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 للنشر، 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.

٢٨. د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية، ط٢، مطبوعات جامعة الإمارات، 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 الإمارات العربية مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض القوانين، دار وائل للنشر، الأردن ٢٠٠٥.
٣٢. د. عدنان السرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط٢، الأفق المشرقة ناشرون، عمان، ٢٠١٠.
٣٣. الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دون مكان وسنة طبع.
٣٤. د. كمال حمدي، المواريث والهبية والوصية، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٨.
٣٥. د. محمد جبر الألفي و د. محمد عبد المنعم حبشي، فقه المواريث، ط٢، مطبوعات جامعة الإمارات، ٢٠٠٠.
٣٦. أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، مطبوعات وزارة التعليم العالي العراقية، بغداد، ١٩٨٢.

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.