



جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



التنازل عن الحق في الميراث -التخارج-

مذكرة نهاية الدراسة ضمن متطلبات لنيل شهادة ماستر حقوق
تخصص: أحوال شخصية

إشراف الدكتور :

بوبكر الصديق بن يحي

إعداد الطالب :

قارة توفيق

لجنة المناقشة

رئيسا

*. د/أ لعروسي سليمان

مشرفا و مقرا

*. د/أ بوبكر الصديق بن يحي

مناقشا

*. د/أ معيزة عيسى

الموسم الجامعي: 2017/2018م-1438/1439هـ

﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا

وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ سورة النساء الآية 128

شكر و تقدير

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده،
الحمد لله الذي شرح لي صدي وحل عقدة من لساني
ليفقه قولي، الحمد لله على أن وفقنا إلى إتمام هذا
العمل بعونه وقوته، به نستعين وعليه نتوكل.

كما أقدم شكري إلى أستاذي الكريمين، الدكتور:
بوبكر الصديق بن يحيى والدكتور معيزة عيسى على
تقديم العون والنصح والتوجيه، في إنجاز عملنا هذا
واللذان لم يبخلوا علينا أبداً في ذلك،

إهداء

نهدي هذا العمل إلى الوالدة الكريمة خاصة، وإلى
العائلة الكريمة عامة الإخوة والأخوات، الزوجة والأولاد،
وإلى كل المعلمين والأساتذة في كل الأطوار وإلى
كل الزملاء والأصدقاء.

حققت

مقدمة

حدد الله عز وجل في كتابه الكريم فرائض الميراث لعظمتها، وترك البعض من التفاصيل، وفي ذلك حكمة من الله، فجاءت آيات المواريث في سورة النساء في الآيتين الحادية عشر والثانية عشر في بداية السورة، وفي الآية الأخيرة السادسة والسبعون بعد المائة، هذه الآيات جاءت مفصلة للفروض والأنصبة الخاصة بالمواريث، وترك الأمور الثانوية للسنة النبوية وإجماع العلماء، وعن أمثلة ذلك نذكر التخارج أو ما يصطلح عليه التنازل عن الحق في الميراث، ويقصد به في معناه الواسع أن يتصالح أحد الورثة مع آخر أو مع بقيةهم على نصيبه في الميراث مقابل شي معلوم يقدمونه له كمقابل، هذا وفق ما جاءت به معظم الكتب الفقهية والقانونية الدارسة لهذا الموضوع، إلا أن المشرع الجزائري رغم تناوله لموضوع الميراث في قانون الأسرة الجزائري في الكتاب الثالث في المواد من 126 إلى 183 لم يتطرق إلى موضوع التخارج وأحكامه، ولهذا عند دراستنا لهذا الموضوع نعتمد على كتب الفقه الإسلامية تطبيقاً لنص المادة 222 من نفس القانون التي تنص على: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، هذه المادة تحيلنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الأمور والمواضيع التي لها علاقة بالأسرة إذا لم ينص القانون على كيفية معالجتها، حيث درسنا في هذا الموضوع إلى مفهوم التخارج من خلال التطرق إلى تعرفه ومشروعيته وتكييفه الفقهي والقانوني، والشروط الواجب توفرها في محل عقد التخارج، وممن ناحية ثانية إلى دراسة صور التخارج وأثره في نقل الملكية بما أنه عقد شبيه بالبيع.

أسباب اختيار الموضوع:

إن الأسباب التي دفعتني إلى اختيار موضوع التخارج تتنوع بين أسباب ذاتية وأخرى موضوعية

أما الأسباب الشخصية فتنبع من:

- أهمية الموضوع وميولي إلى علم الميراث.

- محاولة الوصول إلى مدى فعالية تطبيق التخارج في الواقع

أما الأسباب الموضوعية فتعود إلى:

- عدم تطرق المشرع الجزائري لهذا الموضوع رغم أهميته.
- باعتباره موضوع جديد بالنسبة لطلبة الأحوال الشخصية .
- ندرة الدراسات المتخصصة وقلة المراجع والأبحاث في هذا المجال.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية موضوع التخارج في

- كونه يفك النزاعات التي قد تطراء أثناء تقسيم التركات.
- يسهل عملية تقسيم الإرث.
- يستفيد كل وارث من الشيء الذي يرغب فيه من التركة بعد التفاهم والتراضي.
- يزرع روح الأخوة بين الورثة.

أهمية الموضوع

تكمن أهمية موضوع التخارج في:

- 1- كونه يفك النزاعات التي قد تطراء أثناء تقسيم التركات، وذلك أنه يتيح المجال للورثة في اختيار الحصة التي يرغب فيها وذلك بتقديم بدل التخارج
- 2- يسهل عملية تقسيم الإرث، حيث أن الورثة لهم مجال واسع في التبادل بينهم أو التنازل عن بعض الحقوق من طرف أحدهم للآخر في مقابل أن يكون له يود أخذه من التركة، فهذه العملية تخلق نوع من الحرية بين الورثة في تقسيم الإرث وذلك بعد التفاهم والتراضي.
- 3- يستفيد كل وارث من الشيء الذي يرغب فيه من التركة بعد التفاهم والتراضي، إذ نجد أنه في حال ما كانت التركة مكونة من عدة عروض أي منة عقارات ومنقولات ونقود، ورغب احد الورثة في حصة معينة أو غرض ما دون الآخر وبعد التفاهم والتراضي مع بقية الورثة

يستطيع أن يأخذ الحصاة التي يرغب في أخذها بشرط التنازل عن باقي الحصص أو بعضها على حسب مقادير الأنصبة

من هنا نطرح الإشكالات التالية: الإشكالية الرئيسية في هذا العمل هي

- ما المقصود بالتخارج؟ وخاصة حين تكون دراسة الموضوع في الجامعات الجزائرية لان التشريع الجزائري لم يتطرق إلى موضوع التخارج ولم يذكره نهائياً ثم حين الإجابة عن مقصود التخارج تنتج إشكالات فرعية كمعرفة - كيف تتم القسمة في التخارج؟ و ما مدى شرعية التخارج وماذا يعد؟

ومن الصعوبات التي واجهتنا نذكر ما يلي:

- 1 قلة المراجع والأبحاث المتخصصة في هذا الموضوع، إذ نجد أنه يوجد شح كبير في المصادر والمراجع والكتب والأبحاث سواء العلمية أو الدينية التي درست هذا الموضوع .
- 2 الأسلوب المتبع في الكتب الفقهية التي درست هذا الموضوع نجده صعب الفهم نوعاً ما وخاصة الألفاظ التي يصعب فهمها ومعرفة المدلول الحقيقي لها إلا بعد القراءة المتكررة والاتصال بأصحاب الاختصاص من أئمة ورجال الدين أو رجال القانون المتخصصين في علم الميراث كالموثقين مثلاً.

المنهج المتبع

واعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج التحليلي الذي يقوم على جمع المعلومات والقواعد واستغلال الأحكام المتعلقة بالموضوع، من خلال عرض مختلف آراء الفقهاء، والمسائل المتعلقة بالتخارج وتفسيرها وشرح طريقة حساب الأنصبة

كما اعتمدنا المذهب الوصفي في بعض الأحيان في معرفة طبيعة التخارج مع تحديد الشروط الواجب توفرها لصحة عقد التخارج.

وقد درسنا هذا الموضوع في فصلين: حيث أنجزنا وفق طريقة ممنهجة ومدروسة حيث تكون من فصلين رئيسيين وكل فصل ينقسم إلى مبحثين وكل مبحث إلى مطلبين وفصل حسب

خطة البحث

أعطينا كل فصل عنوان يتناسب طبيعة دراسة الموضوع حيث يكون متسلسل سلس في الدراسة حيث درسنا الأهم فالمهم

الفصل الأول بعنوان أحكام التخارج يندرج تحته مبحثين المبحث الأول تحت عنوان مفهوم التخارج والمبحث الثاني في عنوان شروط محل عقد التخارج.

أما الفصل الثاني يتضمن صور التخارج وأثره في نقل الملكية وتناولناه من خلال مبحثين، المبحث الأول تطرقنا فيه إلى صور التخارج، و يتطرق المبحث الثاني إلى تبين أثر التخارج في نقل الملكية و ضماناته.

الفصل الأول

أحكام التخرج

تمهيد

تطرقنا في هذا الفصل إلى دراسة أحكام التخارج وذلك بعد تقسيمه إلى مبحثين المبحث الأول تحت عنوان مفهوم التخارج درسنا من خلاله تعرف التخارج اللغوي والاصطلاحي وكذا مدى مشروعية التخارج من الناحية الفقهية من جهة ومن الناحية القانونية من جهة أخرى، أما المطلب الثاني درسنا التكييف الفقهي والقانوني للتخارج.

وفي المبحث الثاني درسنا فيه شروط محل عقد التخارج التي تنقسم بدورها إلى شروط عامة عالجاها في المطلب الأول وشروط خاصة دارسناها في المطلب الثاني .

المبحث الأول : مفهوم التخارج

تناولنا في مبحثنا هذا والذي يندرج تحت مطلبين إلى تعريف التخارج في المطلب الأول وفي المطلب الثاني تناولنا مشروعية التخارج، سنتطرق في المطلب الأول إلى معنى التخارج من الناحية اللغوية والاصطلاحية ، وذلك بالاستعانة بمعاجم اللغة العربية وكتب الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية، وعن تمييز مدى مشروعية التخارج من الكتاب والسنة ونقوم بتحديد ذلك بإتيان حديث من السنة كدليل للمشروعية، أما في المطلب الثاني ندس التكييف الفقهي والقانوني للتخارج، الفرع الأول ندرس في التكييف الفقهي للتخارج، فمنهم من صنفه عقد صلح وهناك من كيفه على انه عقد قسمة أو عقد بيع، أما الفرع الثاني سندرس فيه التكييف القانوني للتخارج التكييف القانوني للتخارج الذي نجد فيه اختلافات في تكييفه بين التشريعات العربية، لهذا قمت بتخصيص عنوان لتحديد ثمره الاختلاف في هذا الفرع

المطلب الأول: تعريف التخارج ومشروعيته

فقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول تحت عنوان تعريف التخارج لغة واصطلاحاً، سنحاول من خلاله توضيح معنى التخارج من الناحيتين اللغة والاصطلاحية وبيان الألفاظ ذات الصلة بمعناه، أما الفرع الثاني يحمل عنوان مشروعية التخارج نقدم من خلاله مجموعة من الدلائل والبراهين كحجة على مشروعيته، من خلال إتيان بعض الآيات القرآنية كدليل على مشروعية التخارج، كما سنقوم بعرض دليل جواز مشروعيته من السنة وذلك من كتاب الصلح من باب الصلح حتى نؤكد أن التخارج جائز شرعاً

الفرع الأول: تعريف التخارج

هناك العديد من التعاريف لمصطلح التخارج وقد اكتفيت بإتيان البعض منها :

1-تعريف التخارج لغة: خرج من الموضوع خروجاً ومنخرجاً، ووجدت الأمر مخرجاً أي

مخلصاً، واستخرجت الشيء من خلصته من ترابه 1، وهناك من عرفه كذلك على انه قد

يكون (المخرج) موضوع الخروج يقال خرج مخرجاً حسناً وهذا مخرجٌ، وجمع الخراج

2.(أخراج)

وعرفه البعض على انه التخارج في اللغة والمخارجة : تفاعل من الخروج، يقال:أخرج كل

واحد منهم نفقة على قدر نفقة صاحبه، وتخرج الشركاء: خرج كل واحد من شركته من ملكه

إلى صاحبه بالبيع، وتخرج الورثة: خرج بعضهم عن نصيبه منها بالبيع والصلح ونحوه 3

والخروج نقيض الدخول، ومنه قوله تعالى:﴿ذلك يوم الخروج﴾ سورة ق، آية 42، أي يوم

يخرج الناس من الأجداث، ولذلك فإنه يطلق على يوم الخروج يوم البعث أي يوم يبعثون

فيخرجون من الأرض، ويحدث التخارج بين الشركاء وأهل الميراث، وذلك بأن يكون المتاع بين

الورثة أو شركاء لم يقتسموه، وهو في يد بعضهم دون بعض فلا بأس أن يتبايعوه فيخرج

أحدهم من الشركة أو التركة، وهذا هو أصل مبحث التخارج في التركة

تعريف التخارج الاصطلاحي :

التخارج عند علماء الفرائض معناه الاصطلاحي هو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه

من التركة بعوض معلوم، أي أن يتعاقد أحد الورثة أو بعضهم مع البعض الآخر على النزول

1- أحمد بن محمد علي الفيومي، المصباح النير، تحقيق يحي مراد مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، دط، دس، ص 116.

2- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الجيل، دب، دط، دس، ص 72.

3- أنصر لسان العرب، المجلد الرابع، ص 53-54 ، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج 2، ص 20، المعجم الوسيط ج 1،

ص 224، جميعها (خرج).

عن نصيبه من الميراث مقابل شيء معلوم يأخذه، سواء كان هذا الشيء المعلوم من داخل
التركة أو من خارجها 1

وقال الجرجاني: أن التخارج في الاصطلاح هو مصالحة الورثة على إخراج بعض منهم
بشيء معين من التركة 2

وفي رد المختار: تصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء من التركة عين
أو دين 3

وفي السراجية: هو "تصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم من التركة أو
من غيرها "

وعرفه المناوي: "بأنه بيع وارث نصيبه أو جزء منه لوارث آخر، أو مصالحة الورثة على شيء
من التركة" 4

و هناك من عرفه أيضا على أنه: أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث مقابل
شيء معلوم من التركة أو من غيرها، سواء كان هذا التصالح من كل الورثة أو بعضهم 5.

ومن مجمل التعريفات نجد أن معنى التخارج فيما يدور على أن يتصالح أحد الورثة أو
بعضهم مع البعض الآخر منهم، أو مع أحدهم على ترك نصيبه في الإرث نظير مال يؤدي
للخارج من التركة أو غيرها.

1- هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، ط 2007، ص 1، ص 194.

2- الجرجاني، التعريفات، ص 75.

3- ابن عابدين، رد المختار ج 2، ص 811

4- المناوي، التوقيف، ص 164

5- محمد مصطفى شلي، أحكام الموارث بين الفقه والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دن، ص 366

الفرع الثاني: مشروعية التخرج

نتبن مشروعية التخرج من الكتاب والسنة، ذلك لأنهما المصادر الأساسية للقوانين العربية عامة والقانون الجزائري خاصة، من اجل ذلك قسمنا هذا الفرع إلى قسمين، الأول مشروعيته من الكتاب، والثاني مشروعيته من السنة.

من الكتاب :

ويتجلى ذلك في قوله تعالى: ﴿لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس﴾ سورة النساء الآية (114). فالدليل في الآية هو فضل الصلح وجوازه عموماً في كل شيء يقع فيه النزاع والتخاصم بين الناس، حيث نقيس ذلك على التنزع في الميراث والصلح فيه.

و كذلك قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير﴾ سورة النساء الآية (128).

في الآية دليل على مشروعية الصلح، حيث نجد أن المولى سبحانه وتعالى أعطي صفة الخير للصلح، ولا يعطي هذا الوصف إلا ما هو مشروع ومأذوناً وإلا ما وصف بالخيرية، و التخرج يعتبر نوع من الصلح أو التصالح بين الورثة.

من السنة:

نجد الدليل على مشروعية التخرج من السنة هو ما جاء في حديث رواه الزَيْلَعِيُّ قوله: روي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه صالح تماضر بنت الأصبغ الكلبية زوجة عبد الرحمان بن عوف في مرض موته، ثم مات وهي في العدة فورثها عثمان عن الصحابة أجمعين - مع ثلاثة نسوة أخريات فصالحوها على ربع ثمنها على ثلاثة ثمانين ألف دينار أو درهم 1 ،

1-جامع المفصولين، ابن قاضي سماوه، المطبعة الأزهرية بمصر، ط1، 1300هـ

وهو صريح في جواز التخرج بين الورثة، لأن ذلك كان محضراً من الصحابة من غير نكير من أحدهم، فكان كالإجماع على جواز التخرج.

وما رواه أبو هريرة رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال "الصلح جائز بين المسلمين ﷺ أنه قال "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً"1

المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للتخرج

ندرس في هذا المطلب فرعين الفرع الأول خصصناه لدراسة التكييف الفقهي للتخرج نوضح فيه آراء الفقهاء والاختلافات على التكييف الفقهي واتجاهات البض منهم والفرع الثاني خصصناه لدراسة التكييف القانوني للتخرج نوضح فيه اختلاف الفقهاء في تكييفهم للتخرج، إذ نجد أن هناك من كیفه على أنه عقد صلح والبعض الآخر كیفه على أنه عقد بيع أو عقد قسمة، وسنبين ذلك من خلال عرضنا على الفرع الثاني لهذا الاختلاف وما هي ثمرة الاختلاف في التكييف القانوني للتخرج الذي أدى بالفقهاء إلى اختلافهم في التكييف.

الفرع الأول: التكييف الفقهي للتخرج

التخرج أصلاً من المواضيع الفقهية ومنه أخذت القوانين مفهوم التخرج وشروطه وأحكامه، لاكتنا نجد أن بعض كتب الفقه الإسلامي قد أوردت تعريف فقط، ثم انتقل إلى فرضيات المخارجة دون أن تبين شروط المخارجة بوضوح وأحكام المخارجة والتزامات المتخارج والمخارج له 2، والبعض عم على التخرج وصفه صلحاً ذلك أنه لا يحدث إلا بين الورثة وأغلب الحالات للورثة عند قيامهم بتوزيع التركة تحصل الخصومات بينهم، ووضح لنا أن زوجة عبد الرحمن بن عوف (تماضر) كان قد طلقها زوجها في مرض موته، فاختلف

1- حاشية البناي على شرح الرزاقى علي خليل، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ط1307هـ

2- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان ج7، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1426هـ ص399-403.

الصحابة، هل تستحق حصة من ميراث زوجها أم لا ؟ وبعد الخلاف تصالح الورثة معها وإن لم تصل الخصومة إلى القضاء¹، وعلى هذا الأساس نجد أن هناك تعميماً لاستخدام (الصلح) متى ما نكر (التخرج)²، وهذا الاتجاه لانجده صحيحاً دائماً.

وهذا الاتجاه اتبعه بعض الكتاب ممن كتب في الفقه الإسلامي من الفقهاء المحدثين وذكر انه: "يصح الصلح عن حصة الورثة في التركة وتطبق أحكام البيع ويسمى هذا الصلح مخارجة، والخلاصة أنه يشترط عند الحنفية كون التركة معلومة ولا يشترط أن يكون المتخرج بمقدار الحصة تماماً، لأن هذا العقد بيع، والعلم بالمبيع شرط لإمكان التسليم ولا يلزم كون الثمن مساوياً لقيمة المبيع، ولكن يشترط أن يكون المتخرج عالماً بنصيبه من التركة خشية الغرر، ويشترط أيضاً التقابض فيما هو عقد صرف لعدم الوقوع في الربا"³

والوجه منه أن الصلح عموماً جائز بين المسلمين، ما لم يحرم حلالاً أو يحلل حراماً، والمسلمون على شروطهم وما اتفقوا عليه، ما وافق الحق منها، و التخرج في حقيقته واصله نوع من صلحٍ واتفاق، يقوم على التراضي بين الورثة، وهذا ما يدل على جوازه⁴، فهذه الأدلة جميعاً تتدل على جواز التخرج بين الورثة في الموارث إذا اتفقوا وتراضوا، ولم يكن فيه هضم لحق بعضهم، وإسقاط له بدون إذنه ورضاه.

وبما أن الأصل في التخرج الجواز وقد شرع لما فيه من المصلحة والتسهيل على الورثة ، حيث قد يكون بعضهم مسافر أو ساكناً في بلد آخر، أو لا يريد الإبقاء على حصته مشاعاً في حصصهم وغير ذلك من الأسباب التي تتفق للناس وهو عقد معاوضة، أحد بديله نصيب الوارث في التركة، والبديل الآخر هو المال المعلوم الذي يدفع للوارث المخرج (الخارج) .

1- شمس الدين السر خسي ، كتاب المبسوط، المجلد 10، ج 2، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ-1993، ص 136

2- المصدر السابق نفسه ص 135

3- د وهيبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ط 3، دار الفكر، دمشق، 1996، ص 324-325 أدلته

4- نيل الأوطار ج 5، 304-305، مزيل الملام من حكام الأنام، وتعليق المحقق عليه، ص 116-117.

فإذا تم تملك الوارث العوض المعلوم الذي أعطيه، وزال ملكه عن نصيبه في التركة انتقل إلى بقية الورثة الذين اصطلح معهم.

والتعامل بين الورثة بطريق التخرج يوفر عليهم وقتا وجهدا وما لا كثير، حيث يكون البيع بين الورثة سهلا ميسورا، وليس معقد ومكلف كما لو تم بعد انتقال ملكية مال المورث لكل وارث، وخاصة في العقارات لما فيها من إجراءات معقدة لنقل الملكية من تشهير وما إلى ذلك..

* وبعضهم من قال أن التخرج فاسد على قياس، لأنه بيع المجهول جهالة فاحشة مؤدية للنزاع، فإن الخارج عن حصته في التركة من الورثة، لا يدرى بدقة ما يكون له فيها من المال قبل القسمة، إلا أن الفقهاء اتفقوا على صحة المخارجه هنا استحسانا، بشرط أن ذلك بين الورثة فقط، فإن كان المشتري للحصة خارج عن الورثة لم تصح المخارجه¹، ويعتبر التخرج عقد قسمة أو عقد بيع، فغن وقع على أن يأخذ الخارج شيئا من التركة كان عقد قسمة، وإن وقع على قدر من المال يدفعه أحد الورثة أو كلهم كان عقد بيع، وكل منهما مشروع، فإن كان على صورة أحدهما اخذ حكمه في الجملة²

وأما أقوال الفقهاء في التخرج فقد تعددت آراؤهم فيه واختلفت مذاهبهم على عدة أقوال هي على النحو التالي:

1 . القول الأول: للحنفية، وذهبوا إلى جواز التخرج مطلقا سواء كان ما أعطوا المخارج قليلا أو كثيرا³، واستدلوا بالأثر الوارد عن ابن عباس وبما رواه البيهقي في سننه.

2 . القول الثاني: للمالكية، وذهبوا إلى جواز التخرج إذا كان المخارج أجد قدر ميراثه أو أقل من ذلك أما إذا أخذ المخارج أكثر من ميراثه فال يصح له ذلك⁴، واستدلوا بالأثر وهو ما

¹-الكردي ، أحمد الحجيجي، الأحوال الشخصية ، فلسطين، ص326.

²- داود، أحمد نَجْد علي، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه والقانون، فلسطين، ص601.

³-الزبلي، تبين الحقائق مع الحاشية، ج5، ص49-50.

⁴- مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص362،

رواه البيهقي عن عمر بن أبي سلمه عن أبيه صولحت امرأة عبد الرحمن عن نصيبها ربع الثمن على ثمانين ألفا ويحمل ذلك على أنها كانت عارفة بمقدار نصيبها¹

3 . القول الثالث: للشافعية، وذهبوا إلى جواز التخارج إذا وقع الصلح على معرفة من المصالح ومن المصالح بحقوقهم أو إقرار بمعرفتهم بحقوقهم وتقابض المتصالحان قبل أن يتفرقا فالصلح في هذا جائز أما إذا وقع على غير معرفة منهما بمبلغ حقهما أو حق المصالح منهما فإن الصلح لا يصح في ذلك²،

4 . القول الرابع: للحنابلة، وذهبوا إلى عدم جواز التخارج مع الجهل بالمصالح به، أما مع عدم الجهل بالمصالح به من كلى الطرفين فإن التخارج في هذا يكون جائز³، وهذا القول قريب من مذهب الشافعية، واستدل الشافعية والحنابلة بالأثر وهو ما رواه الشعبي عن شريح أنه قال : أيما امرأة صولحت من ثمنها ولم يتبين لها ما ترك زوجها فتلك الربية كلها⁴

حيث دل عدم جواز التخارج بين الورثة في الأشياء المجهولة، أما الرأي المختار فهو ما ذهب إليه الحنفية القائلون بجواز التخارج مطلقا، لأن الصلح ليس كالبيع في كل شيء بل إن الجهالة بالمصالح به لا تمنع الصلح لأنه لا تفضي إلى المنازعة وهذا بعكس البيع فإن المبيع إذا كان مجهولا فإن المبايع لا تصح لأنها تفضي إلى المنازعة .

وغاية ما يجب مراعاة بقاء الخارج وارثا والاعتداد به من التقسيم كأنه لم يخرج، ويكون التقسيم غير صحيح شرعا لو استبعد من الورثة واعتبر كأنه غير موجود وذلك لما يترتب على استبعادها من المحظورين.

¹ - البيهقي، السنن الكبرى، ج6، ص65

² - الشافعي، الأم، ج3، ص221

³ - ابن قدامه، المغني والشرح الكبير، ج5، ص26، ط2

⁴ - الشافعي، الأم، ج3، ص221 - البيهقي، السنن الكبرى، ج6، ص65

المحظور الأول: ما يترتب على استبعاده من تغيير الأنصباء، كالمثال الآتي : فلو توفيت الزوجة عن زوج و أم و أخ لأب، فتصالح الزوج مع باقي الورثة على أن يأخذ لنفسه ويترك الباقي .

فلو اعتبر الزوج غير موجود، على اعتبار أنه أخذ مقابل نصيبه من التركة وخرج، فإن الأم تستحق ثلث الباقي من التركة ويستحق الأخ لأب الثلثين، أي يكون للأم سهم واحد، وللأخ لأب سهمان وهذا عكس ما كان لهما قبل التخرج، وهو خلاف المجمع عليه من أن الأم لها في هذه الحالة ثلث الكل، ومن ثم يجب اعتبار الزوج المتخرج موجود حتى لا يترتب على عدم وجوده ما ذكر .

المحضور الثاني: ما يترتب على استبعاد الخارج، من استحقاق غير الوارث للميراث، كما لو توفيت الزوجة عن زوج و أم و أخوين لأم وابن أخ شقيق .

إبن الأخ الشقيق لا يستحق شيئاً من التركة، لأنه لم يبقى له بعد سهام أصحاب الفروض ما يستحقه بطريق التعصيب، فإن الخارج أحد الورثة، واعتبر غير موجود عند التقسيم، فإن الفروض حين إذ لا تستغرق كل التركة، ومن ثم يرث إبن الأخ الشقيق بطريق التعصيب مع انه غير وارث قبل التخرج¹

الفرع الثاني: التكييف القانوني للتخرج

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى موضوع التخرج في قانون الأسرة.

حيث انه أورد في المادة 222 منه على انه. " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."²، ومن هذا المنطلق نجد أن التخرج جائز شرعا متى كان عن تراضي.

1- أحمد فراج حسين، قسمة الأملاك المشتركة، ص211 ، مجلة النجاح للأبحاث، العلوم الإنسانية ، مجلد24(1)،2010.

2-قانون الأسرة الجزائري المادة 222

لأنه من قبيل الصلح، فهو لا يكون إلا بالرضا بين الطرفين، وأنه شبيه بالقسمة من جهة أخرى¹، ويعد تقسيم التخرج إلى هذه الحالات الثلاثة، موانع يختلف في حالة ما إذا كان عقد بيع، فإن الورثة المشتريين شأن المشتري الأجنبي، فيكون لهم حقوق وعليهم التزامات، لكن في حالة ما إذا كان التخرج عقد قسمة فإنه لا ينشئ الحقوق والالتزامات، وإنما يكشف عنها و يختلف كذلك في حالة ما إذا كيف التخرج بأنه عقد صلح يرتب الأثران الضمان والغبن²

فهي من النقاط المهمة التي أدى البعض من الباحثين إلى تحديد الفرق فيما إذا كان التخرج عقد صلح أو عقد قسمة، أو عقد بيع فإن تكييفهم على هذا الحال فإنه لا بد من مراعاة الشروط الخاصة بكل حالة منه الحالات التي ذكرناها فالتخرج أنه إما أن يكون عقد صلح بين الورثة لإخراج أحدهم ، ولكنه عقد بيع إذا كان البديل المصالح عليه شيء من غير التركة، ويعتبر عقد قسمة ومبادلة، إن كان البديل المصالح عليه شيء من مال التركة وقد يكون هبة أو إسقاط للبعض إن كان البديل المصالح عليه أقل من النصيب المستحق³، وهذا في الجملة .

ويشترط في كل حالة شروطها الخاصة، وهذا ما سنراه في شروط التخرج في المبحث الثاني وكذا في صور التخرج في المبحث الأول من الفصل الثاني، فكيف أنه عقد بيع في الصورة الأولى، وبعقد قسمة في الصورة الثانية، وبعقد الصلح في الصورة الثانية، في هذه الحالة إذا تم الاتفاق بين الورثة على أن يخرج من التركة، وذلك مقابل شيء معين من مال التركة، فإن ذلك يكون صلحا بطريق عقد القسمة، إذ هو إفراز لما رضي به المتخرج حقا له، وإعادة

1- بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2009، ص307-308.

2- مصطفى إبراهيم الزلي، أحكام الموارث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2006، ص131-132.

3- الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويت، ج18، ط2، 1988، ص5.

قسمة باقي أموال الشركة بين الورثة المتخارج لهم، أما إذا كان البديل المرفوع من خارج الشركة، فإن ذلك أشبه ما يكون بالبيع، للطرف الأول فيه هو الوارث المتخارج، والطرف الثاني هو أحد الورثة أو الباقيون منهم، والعضان هما:

النصيب الأصلي للوارث المتخارج من الشركة، والمال المعلوم الذي إرتضاه بدلاً عنه، ومتر تم هذا الاتفاق مستكملاً شروط صحته، ترتب عليه أثره، وهو تملك الوارث المتخارج له للشيء المتخارج عليه، و انتقال نصيبه في الشركة إلى من دفع له البديل، وعندئذ تجري على هذا الاتفاق أحكام البيع¹

وقد أثيرة العديد من الآراء حول الطبيعة القانونية لعقد التخارج وأكثر هذه الآراء كما لاحظنا سابقاً عند تعريف التخارج كان التركيز على التنازل والصلح، وما مجده هو أن عقد التخارج لا يخرج من أحد الاحتمالات الأربعة الآتية:

الرأي الأول: التخارج هو بيع للحصة

يكون على هذا النحو في أغلب الأحيان ذلك أن الوارث إلى وارث آخر أو أكثر، وهذا البيع قد يكون مقايضة إذا كان مبادلة عين بعين²، أي أن أحد الورثة أخذ عينا مقابل ترك حصته لوارث آخر التي تمثلت أيضا بعين معينة، وقد يكون هذا التصرف صرفاً، وكما نعرف أن الصرف هو بيع ويشمله تعريف القانون المدني العراقي حينما عرف البيع بأنه مبادلة مال بمال³ أما المشرع الإماراتي فعرف البيع بأنه: "مبادلة مال نقدي بمال غير نقدي" 4 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

1- هاني الطعيمات، مرجع سابق، ص 194.

2- في معرفة المقايضة ينظر الدكتور، عدنان السرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط2، ص18، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 26 العدد 49 صفر 1433 هـ، 2012م.

3- المادة 506 من القانون المدني العراقي.

4- المادة 489 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.

قد يؤدي إلى الربا، أما إن كان من عملتين مختلفتين كأن تكون التركة مكونة من الدولار والمقابل الذي قبضه المتخارج هو الدينار أو الدرهم فإن التخارج يكون هنا صرفاً، والشرط لصحته هو القبض في مجلس العقد¹، وهذا ما يذهب إليه الباحث إلى تأييده ذلك أن التخارج يحتمل هذه الفرضيات وهي :

قد يكيف على أنه عقد مقايضة، إذا كان البدلان، حصة التخارج وما دفعه المتخارج له للمتخارج من الأعيان .

قد يكيف التخارج على أنه بيع إذا كانت حصة المتخارج عينا وما قدمه المتخارج له للمتخارج نقداً، أو العكس.

قد يكون 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 أن القسمة هي اختصاص كل شريك (وفي هذا الفرض كل وريث) بجزء مفرز من المال الشائع -التركة - ، و التخارج يطبق عليه نفس الكلام، إذ كل شريك سيختص بجزء مفرز يوازي حصته، والمعياري في ذلك هو أن البديل الذي سيقبضه المتخارج إن كان من التركة فإن العقد قسمة، وإن كان من غير التركة، سواء كان من أحد الورثة أو من بعضهم فهو بيع، ويترتب على ذلك وجوب استيفاء شروط القسمة في الحالة الأولى وشروط البيع في الحالة الثانية².

1- في أحوال التخارج وشرط صحته ينظر الدكتور أحمد فراج حسين، و الدكتور مُجَّد كمال الدين ، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 26 العدد49 صفر 1433هـ، 2012م.

2- د، مُجَّد جبر الألفي و د، مُجَّد عبد المنعم الحبشي، فقه الموارث، ط1، مطبوعات جامعة الإمارات 2000، ص253، المستشار أحمد نصر الجندي، الموارث في شرع القانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص274، د، و د كمال حمدي الموارث والهبة

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

أن تكون أمام حالة شيوع أولاً: وهذا الشرط متوفر إذ أن حالة الشيوخ متحققة و التي أتت بسبب الوفاة .

أن يأخذ المتخارج حصته من أموال الشركة نفسها: أي أن يختص بجزء مفرز منها، أما في الحالة التي يأخذ فيها المتخارج بدل التخارج من غير الشركة كأن يدفع له من أموال المتخارج له أو من أموال المتخارج لهم عندما يكون التخارج لمصلحتهم جميعاً، فإن هذا التصرف سيكشف على أنه بيع أهم شروط البيع هو وجود الثمن¹

الرأي الثالث : التخارج صلح

وهذا الرأي ركزت عليه أغلب التعاريف، لأن نقول أن التخارج صلحاً إذا كان هناك نزاع بين الورثة حول استحقاق أحد الورثة، فقد يتفق باقي الورثة على أن يأخذ هذا الوارث مالاً معيناً ويخرج من الشركة وينزل عن إدعائه بالميراث في باقي الشركة، فإذا لم يكن هناك نزاع في الميراث فلا يمكن القول أنه صلح².

والوصية ، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998، ص123، هامش رقم2، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية، السنة26، العدد49، صفر1433هـ-يناير 2012.

1- المشرع الإماراتي اشترط في الثمن أن يكون نقدياً إذا عرف عقد البيع بأنه: "مبادلة مال نقدي بمال غير نقدي" ولم يشترط المشرع العراقي ذلك في الثمن إذا عرف عقد البيع على أنه "مبادلة مال بمال".

2- د علي هادي العبيدي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص183، هامش رقم2، د عبد الحميد الشواربي، أحكام الشركات في ضوء الفقه والقضاء، بدون مكان الطبع، 1990، ص73-74، د مفتاح عبد القادر بوحوية المسماري، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة عمر المختار، ليبيا، 2006، ص203.

و هذا 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 من أحد النقيدين بالآخر يعتبر بالتقابض في المجلس، غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جادا يكتفي بذلك القبض، لأنه ضمان فينوب عن قبض الصلح" 1.

وقد تنبه المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1975 لهذا الأمر وهو أن التخارج قد يكون صلحاً وقد لا يكون، فبعد أن نظم أحكام التخارج بعد عقد البيع عاد إلى عقد الصلح ونظم صورة من صور التخارج التي تكون صلحاً، إذ أنه نظم الصلح في المواد 722-741 ونصت المادة 737 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 إن صالح بأكثر من نصيبه"، وقد استمدت هذه المادة من المذهب المالكي وتحديدًا المادة 259 من كشروع التقنين المالكي، إذ وضعت الشروط الخاصة بتصالح الوارث المتخارج عما يخصه من الإرث بجزء من التركة 2.

وبذلك فإن التخارج قد يكون صلحاً وقد لا يكون، وحسنا فعل المشرع الإماراتي في قانون الأحوال الشخصية رقم 27 لسنة 2005 عندما لم يحسم هذه المسألة في المادة 357 منه التي نصت على أن "1- التخارج هو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه المعلوم من التركة لبعضهم الآخر مقابل شيء معلوم " ، حيث نلاحظ أنه عرف التخارج على أنه عقد، ولم

1- ابن عابد، رد المختار، الصدر السابق، ص425، مجلة الشريعة القانونية، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة26، العدد49، صفر1433-، يناير 2012.

2- لمزيد من التفاصيل أنظر د، محمد الحبر الألفي و د، محمد عبد المنعم الحبشي، المصدر السابق ص256، مجلة الشريعة القانونية، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة26، العدد49، صفر1433-، يناير 2012.

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

ولا نتفق مع الرأي الذي يقول أن 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 البواعث¹، وهذا لا ينطبق نهائي 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 أن 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 .

1- د عبد الرزاق حسين، النظرية العامة للالتزامات وفقاً لأحكام المعاملات المدنية الإماراتي، ط1، 1994 ص341، و د، عبد الواحد كرم، الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفجر أبو ضبي، دون سنة الطبع، ص389، و د، عبد الحميد نجاشي، شرح قانون المعاملات المدنية، آثار الحق و انقضائه، مكتبة الشارقة 2009، ص283، مجلة الشريعة القانونية، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة26، العدد49، صفر1433-، يناير2012.

المبحث الثاني: شروط عقد التخارج

تناولنا في مبحثنا هذا شروط عقد التخارج والذي دارسناه في مطلبين حيث درسنا في المطلب الأول إلى الشروط العامة لمحل عقد التخارج، وفي المطلب الثاني تناولنا الشروط الخاصة لمحل عقد التخارج، سنتطرق في المطلب الأول إلى الشروط المتعلقة بالحصّة المتخارج عنها، والشروط المتعلقة بالمقابل، وأما المطلب الثاني فتطرقنا إلى دراسة الشروط الخاصة لمحل عقد التخارج، وذلك حسب نوع وطبيعة التركة.

المطلب الأول: الشروط العامة لمحل عقد التخارج

نبين في هذا المطلب شروط محال التخارج والتي أتفق الفقهاء المسلمون على بعضها إلا أنه قد حصل خلاف في بعضها الآخر، ونظراً لكون التخارج من أنواع الصلح وجب توافر بعض أحكام الصلح فيما يتعلق بشروط محل التخارج، أما محل العقد فيجب توافر الشروط العامة وهو أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود، وأن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه¹ لذا نبين

ومن خلال الفرعين الآتيين الشروط المتعلقة بالحصّة المتخارج عنها في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني الشروط المتعلقة بالبدل كالاتي

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالحصّة المتخارج عنها

يتوجب أن يتوافر في الحصّة المتخارج عنها الشروط العامة لأي محل في العقد وكذلك بين الفقهاء المسلمون هذه الشروط للحصّة المتخارج عنها وهي ثلاثة نبينها كالاتي :

1- د عبد المجيد الحكيم، محمد طه البشير، عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام)، ج1 مطبوعات وزارة التعليم العراقي، 1970، ص90، - د عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، ج1، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ط4، 181، -نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، البيع، ج1، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1998، ط1، ص132

-أولاً : أن تكون الحصّة المتخارج عنها موجودة أو قابلة للوجود

الأصل في الفقه الإسلامي أنه يشترط في المحل أن يكون موجوداً فعلاً وقت التعاقد، فإن لم يكن موجوداً وقت التعاقد فالعقد باطل، حتى لو كان محتمل الوجود في المستقبل، وسبب هذا التشدد هو الخشية من الغرر¹ الغرور² لذا وحسب الفقه الإسلامي يتوجب في محل عقد التخارج أ، يتوافر فيه الشروط التي بينها الفقه الإسلامي في تأكيد وجوب وجود المحل في عقد التخارج، والمتمثلة في الحصّة المتخارج عنها، أما في القانون وحسب القواعد العامة لكي ينعقد عقد التخارج صحيحاً ومنتجاً لآثاره و تنشأ عنه التزامات للمتعاقدين، لا بد أ، يكون المحل موجوداً عند إبرام العقد فإذا تبين أن المحل غير موجود أصلاً، أو كان موجوداً لكنه هلك قبل العقد، فلا ينعقد العقد ولا ينشأ عنه التزام على عاتق أي من الطرفين، أما إذا كان المحل موجوداً عند إبرام العقد ثم هلك بعد ذلك فالعقد ينعقد و ينشأ التزام على عاتق الطرفين، ولكن الالتزام ينقضي لهلاك المحل، أما إذا كان الهلاك بفعل البائع كما في عقد البيع مثلاً فعليه التعويض³، ومن ناحية أخرى فإنه يجوز انعقاد إذا كان المحل غير موجود فعلاً ولكن سيوجد في المستقبل إذ جاء في القانون المدني العراقي أنه: (يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة الغرر)⁴، لذا فإن المحل يعتبر ممكناً ما دام وجود الشيء مستقبلاً غير مستحيل في ذاته استحالة موضوعية مطلقة، لذا فإنه وحسب القواعد العمة يجوز أن يكون الشيء المستقبل محلاً للالتزام

1- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، دار الفكر، بدون سنة ودار النشر، ص13، - د عصمت عبد المجيد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2009، ص264.
2- النظرية العامة للالتزامات، ج1، مطبوعات جامعة هيان الخاصة، أربيل، 2011، ص265، - د عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ط2، ص470
3- د عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مطبوعات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، 2011، ط1، ص265، - د عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ط2، ص470.
4- الفقرة 1 المادة 129 من القانون المدني العراقي .

¹، في هذه الحالة فإن العقود العامة تقبل التعامل في الأشياء المستقبلية إذا انتفى الغرر وعين المحل تعييناً نافياً للجهالة، ولكن هذا الكلام في التخارج غير قابل للتطبيق لأن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل وفق المادة (129) الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي لذلك يجب في محل عقد التخارج أن تكون الحصة المتخارج عنها موجودة وجوداً فعلياً ولا يمكن الأخذ بقبالية الوجود.

-ثانياً: أن تكون الحصة المتخارج عنها معينة أو قابلاً للتعيين :

المبدأ في الفقه الإسلامي هو أن المحل يتعين بالعلم به علماً مانعاً للجهالة الفاحشة ويمنع من حدوث المنازعة، فإذا كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد العقد وإلا كان العقد صحيحاً لأن الشريعة الإسلامية حرصه على سد منافذ النزاع أسبابه بين المتعاقدين ²، لذا فإنه يشترط لصحة التخارج في الفقه الإسلامي أن تكون الحصة المتخارج عنها في التركة معلومة، وبسبب أن الفقهاء اعتبر أن التخارج صورة من صور الصلح، لذا أوجبوا أن يكون المحل معلوماً، إذ لا يجوز البيع المجهول لذا يتبع نفس الحكم، فقد ذهب الشافعية ³، إلى عدم جواز عقد الصلح عن المجهول، بنما ذهب المالكية ⁴، والحنابلة ⁵، إلا أنه تعذر الوصول إلى معرفة التركة يجوز التخارج عن المجهول، أما إذا لم يكن من التعذر الوصول لم يكن من

1- د عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص62، - د عصمت عبد المجيد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص271.

2- د عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، الصدر السابق، ص62، - د عصمت عبد المجيد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص 271.

3 - أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2004، ط1، ص167.

4- العلامة شمس الدين بن محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي عن الشرح الكبير، ج3، دار إحياء المكتب العربية، مصر، بدون سنة نشر، ص310.

5 - موفق الدين أبي محمد بن عبد الله القدسي الصالح الحنبلي، الكافي، ج3، تحقيق د. عبد الله بن محسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية بدار هجر للطباعة والنشر، بدون مكان وسنة النشر، ص674.

التعذر الوصول إليها فلا يجوز التخارج إلا بعد العلم به، والمشهور عند الحنابلة¹، عدم جواز الصلح عن المجهول مطلقا سواء تعذر علمه أو لم يتعذر ودليل الصلح عن المجهول عند عدم استطاعة العلم به، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجلين اختصما في المواريث "اقتسما وتوخيا الحق إستهما ثم تحالا"².

أما عند الحنفية³، فلا يشترط أن تكون أعيان التركة معلومة فيما لا يحتاج إلى قبض، لأنه لا حاجة فيه إلى التسليم، وبيع ما لم يعلم قدره جائز، كمن أقر بغصب شيء فباعه المقر له من المقر جاز وإن لم يعرف قدره، ذلك لأن هذه الجهالة لا تقضي إلى المنازعة ودليلهم في ذلك أثر عثمان في تخارج تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف فقد طلقها عبد الرحمن تطلقه ثالثة فيمرض موته فتوفي وهي في عدتها، وأنكر ورثة عبد الرحمن بن عوف إرثها لكونها قد باننت منه قبل موته⁴، وعلى الرغم من ذلك تم التخارج بينهم رغم مجهولية الحصة للوارث لكونها قد باننت وحصل خلاف بين الورثة، ويرى الإمام الشوكاني إلى حصة التخارج على المجهول بأن يكون صورته الصلح عن معلوم بمجهول بشرط التحلل، أي يجعل ظل واحد من المتصالحين في حل من قبله بإبراء ذمته⁵.

1- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج5، دار الكتاب العربي، بدون سنة طبع، ص25.

2- الإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزري، سنن أبي داود تحقيق الشيخ خليل المأمون شيخنا، ج3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001، ط1، ص407. - الإمام الحافظ أبي حسن مسلم، ج2، دار الطيبة للنشر، الرياض، 2006، ط1، ص818. - الإمام محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، ج3، دار طوق النجاة، دون مكان وسنة الطبع، ص180.

3- الإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تحقيق الدكتور أحمد عزو عناية، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2000، ط1، ص509.

4- الإمام ظفر أحمد العثماني التنهاوي، إعلاء السنن، ج12، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1415هـ ط3، ص41.

5- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من إصرار ملتقى الأخيار، ج7، تحقيق أبو معاد طارق بن عوض الله بن محمد، دار ابن القيم، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2005، ط1، ص70.

أما إذا أتينا إلى القانون وحسب القواعد يتوجب أن يكون المحل معلوماً من المتعاقدين ومعيناً وقت التعاقد أو قابلاً للتعيين، بحيث يكون معلوماً من المتعاقدين علماً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع¹، وقد نص القانون المدني العراقي²، على هذا الشرط في وجوب أن يكون محل الالتزام معيناً نافياً للجهالة الفاحشة، إلا أنه في هذه الجزئية فيما يتعلق بعقد التخارج في وجوب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، أن التخارج قد يجري ويتفق الطرفان على تحديد مشتملات التركة وقد لا يتفقوا على تحديد مشتملات التركة، فإذا لم يتفقوا على تحديد مشتملات التركة مثل التخارج من تركة مكونة من 24 سهم فتخارج الزوجة على 3 سهم من 24 سهم لمصلحة الابن دون أن تحدد له أو تتكفل وجود سيارة في التركة أو عقار فيها فهذا أيضاً تخارج دون تحديد لمشتملات التركة وهو صحيح شرعاً وقانوناً وهنا تكون الخسارة للمتخارج له فقد يحصل على السيارة ضمن موجودات التركة وقد لا يحصل على أي شيء من تلك السيارة أنها غير موجودة أصلاً، ولهذا يعد عقد التخارج من العقود الاحتمالية، وهو صحيح مع ذلك استثناء من شروط تعيين المحل الغير معين تعيناً نافياً للجهالة الفاحشة.

-ثالثاً: أن تكون الحصة المتخارج عنها قابلة للتعامل فيها

المبدأ العام في الفقه الإسلامي أن يكون المحل ممكن التعامل فيه فالشياء لا يصلح للتعامل فيه إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له الشيء³، وبينوا وجوب أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد وأن يكون موضوعاً له⁴، لذا فإنه لا خلاف بين فقهاء المسلمين في إنه يشترط أن يكون محل التخارج من التركة مالياً ممكن التعامل فيه، لذا ذهب فقهاء الفقه الإسلامي إلى وجوب أن يكون المال محل للتعامل متقوماً فلا يجوز أن يكون خمراً و خنزيراً أو غير ذلك مما لا يعد مالياً منتقماً منه شرعاً ويجوز فيما عدا ذلك من أي مال ترغب فيه

1- د عبد المجيد الحكيم، محمد طه البشير، عبد الباقي البكري، مصادر الالتزام، ج1، ص97، - ص181.

2- الفقرات (1-2-3) المادة 128، القانون المدني العراقي.

3- د عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، المصدر السابق، 93.

4- د عصمت عبد المجيد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص274.

النفوس¹، فإذا كان المورث قد ترك أموال غير مقومة ولا يمكن التعامل فيها شرعاً فلا يجوز أن تكون محلاً للتخارج بين الورثة، والمال يقصد في الاصطلاح الشرعي كل ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً عادياً، وبذلك يشترط في المال أمران يجب التوفر فيه لكي يعتبر مالاً وهي إمكان إحرازه وإمكان الانتفاع به انتفاعاً عادياً² أما المال المنقول فيقصد به ما كان له قيمة تستوجب تضمين مُتْلَفِهِ نَد اعتدائه عليه وذلك بسبب ما منحه الشارع من حماية وجعل له من حرمة، لذا فيتبين أنه يشترط في المال المنقول توفر أمران الإحراز و حيازة المال فعلاً وجواز الانتفاع به انتفاعاً مطلقاً³.

أما المنافع والذي يعرف اصطلاحاً بأنه الفائدة التي تحصل باستعمال العين، فكما أن المنفعة ستحصل من الدار بسكناها و تحصل من السيارة بركوبها⁴، و التي قد يكون مصدرها إما الإجارة أو الإعارة أو الوقف أو الوصية لأحد بالمنفعة⁵، والذي يختلف عن المال في أنها لا يمكن حيازتها لأنها تتجدد بتجدد الأوقات وتحدث آناً باكتسابها، كما في السكنى فاننتفاعها يوماً يختلف عن يوم آخر وكذلك ساعة عن ساعة أخرى، لذا فإن منافع الأعيان أعراض ساعة فساعة عند طلبها واكتسابها وهي قبلها تكون معدومة، وإذا وجدت فإنها وجدت لتفنى حال وجودها، وإذا كانت كذلك لم يكن حيازتها ولا إحرازها، ومن ثم لا تكون مالاً لأن المال يمكن حيازته⁶، وهذا ما

-
- 1- محمد أمين الشهير ابن عابدين، رد المختار على الدر ، المختار شرح تنوير الأبصار، ج7، دار علم الكتب، الرياض، 2003، ص10.
 - 2- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 2008، ص28.
 - 3- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المصدر نفسه ص، 34.
 - 4- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج39، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1988، ط1، ص101.
 - 5- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام (إخراج جديد)، ج1، دار القلم، دمشق، 2004، ط2، ص350.
 - 6- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المصدر نفسه ص، 31.

ذهب إليه الحنفية¹، أما الشافعية²، والحنابلة³ والمالكية⁴، فيذهبون إلى اعتبار المنافع أموال وأنه ليس لازماً أن يكون المال محرراً ويجاز بنفسه، ذلك أن المنافع يحاز بأصله ومحلّه ومن ثم لا يمكن لأحد أن ينتفع إلا بإذن صاحبه، والنافع يمكن أن تنتقل ملكيتها بعدة طرق باعتبارها مستقلة ومنفصلة عن مصادرها والذي من الممكن أن يملك منفعة العين دون العين ذاته⁵، والذي يهم هنا في اعتباره محل للتخارج إمكانية انتقاله بالوصية أو بالميراث، فالمنافع فالمنافع يمكن أن تنتقل، والفقهاء المسلمين مختلفين في انتقال المنافع إلى الموصى له أو إلى الورثة ومن ثم إمكانية التعامل فيها واعتبارها محلاً للتخارج، فذهب الحنفية⁶، إلى أن المنافع يمكن أن يتم الإيضاء بها إلا أنها لا تكون مطلقة إذ تنتهي بوفاة الموصى له، وأنها لا تقبل التوارث إلا ورثة الموصى له، أما التوارث للمنفعة فقد ذهب الحنفية إلى أن المنافع لا تورث بل تنتهي بوفاة المورث، ولا تنتقل إلى ورثته بأي حال عندهم، ذلك لأن انتقال الشيء من مالك إلى مالك آخر لا يتصور إلا ببقائه و المنافع لا بقاء لها، لان ما يوجد منها في حياة مالكا ينعدم بوفاته، ومن ثم لا يتصور انتقال المعدوم، واستثنوا ذلك حقوق المرور والشرب والمسيل و التعلّي، فذهبوا إلى انتقالها بالورثة، وإن كانت من قبيل المنفعة، وذلك أنها جرت مجرى الأموال في دوامها وبقائها لاصقة بالعقار، فثبت فيها التوارث.

1- الإمام سراج الدين عمر بن زين الدين بن نجم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ج3، تحقيق أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، 2002، ط1، ص483.

2- شمس الدين محمد بن خطيب الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار المعرفة لبنان بيروت، 1997، ط1، ص5.

3- العلامة الشيخ مصطفى السيوطي الرحباني، طالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج3، منشورات مكتب الإسلام، دمشق، بدون سنة النشر، ص3.

4- ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، ج3، المصدر السابق، ص9.

5- الشيخ على الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، مصر 2013، ص147.

6- الإمام كمال الدين بن عبد الواحد المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح القدير، ج10، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2003، ط1، ص519.

أما المالكية¹ و الشافعية² و الحنابلة³، فيرون أن الوصية بالمنفعة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة، من جهة قد يكون الملك للمنفعة ويقصد بالانتفاع، والذي يستدل بحسب ما تدل عليه العبارات والقرائن، و إذا تم الإيضاء بها فإنها لا تنتهي بوفاة الموصى له ويجري فيها التوارث هذا إذا كانت الوصية بملك المنفعة، أما الإيضاء بالانتفاع فإنها تكون من قبيل الإباحة ولا تكون مقيدة بحياة الموصى له فتنتهي بوفاة الموصى له ولا تجري فيها التوارث، والفرق بين المنفعة والانتفاع أن الانتفاع المقصود منه أن الشخص بنفسه أما المنفعة فهي أشمل وأعم فيباشرها بنفسه ويمكن لغيره الانتفاع بها كإجارته فيتصرف تصرف المالكين في حدود العقد فكل من ملك المنفعة ملك الانتفاع وليس كل من ملك الانتفاع ملك المنفعة⁴، أما في القانون فإنه وحسب القواعد العامة يتوجب في المحل والذي يشمل محل عقد التخارج أيضاً قابلاً للتعامل فيه ومشروعاً، فالشيء الذي يرد العقد مما يجوز التعامل فيه في المسألة يرجع إلى المشروعية وعدم المخالفة للنظام العام و الآداب العامة⁵، إذ نص القانون المدني العراقي في المادة(21)على أنه "

1- كل شيء لا يخرج من التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية.

1- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج7، تحقيق د، محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1994، ط1، ص37.

2- الشيخ عبد الله بن شيخ حسن الكوهنجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، ج3، تحقيق عبد الله الأنصاري، طبعة الشؤون الدينية بدولة قطر، بدون سنة نشر، ط1، ص101.

3- شرف الدين أحمد بن موسى بن سالم المقدسي، الإقناع لطالب الانتفاع، ج3، تحقيق د، عبد الله بن عبد المحسن التركي، بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية بدار هجر، دار هجر للطباعة، طبعة السعودية على نفقة خادم الحرمين الشريفين ملك فهد بن عبد العزيز، السعودية، رقم تسلسل الإصدار 117، بدون سنة نشر، ص157.

4- د، مولاي عبد السلام علوي لبغيتي، العقد على المنافع وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، بيروت لبنان، 2011، ط1، ص83،-الموسوعة الفقهية الكويتية، ج39، مصدر سابق، ص102.

2- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية ."، وحسب هذه المادة يتوجب في الحصة التي يتم التخارج عنها أن يتوفر فيها شروط قابلية الحل للتعامل وأن تتكون مشروعاً ولا يختلف عن عقد التخارج في وجوب توافر هذه الشروط.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمقابل

في التخارج لابد من وجود مقابل يدفعه المتخارج له لمصلحة المتخارج، ويجب توافر عدة شروط في هذا المقابل بوصفه الوجه الثاني للمحل، وهذه الشروط تضيي خصوصية للمقابل، وهي أن يكون المحل موجوداً، أو قابلاً للوجود وأن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه، و القبض للمقابل (البذل) في مجلس العقد، ويتبين أن محل التزام المتخارج له لا يختلف عن محل الالتزام المتخارج، وحتى في الفقه الإسلامي يلزم أن يكون البذل مالا منقولاً منتقلاً به مقدوراً على تسليمه، فلا يصح أن يكون البذل مجهولاً جنساً أو صنفاً أو قدراً، ولا أ، يكون مما لا يصلح عوضاً في البيع، هذه في الجملة إذ يجوز عند الحنفية¹، والحنابلة²، أن يكون العوض مما لا يحتاج إلى تسليم، وكان لا سبيل إلى معرفته، فإنه يجوز أن يكون البذل مجهولاً، لذا تجنباً للتكرار نكتفي في بيان شروط والذي قد يكون من نفس التركة أو من أموال المتخارج له الخاصة خارج التركة والذي لا يختلف عن شروط محل التزام المتخارج، إلا أنه اشترط الفقهاء المسلمين فيما إذا كان التخارج يعتبر صرفاً أن يكون هناك التقابض بين المتخارجين في المجلس، كالتخارج عن أحد النقدين بالآخر، وكذا فيما إذا على المتخارج عنه والمتخارج عليه في علة الربا، وهذا الشرط متفق عليه أصلاً بين الفقهاء

1- الإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، المصدر السابق، ص509.

2- موفق الدين الحنبلي، الكافي، ج3، المصدر السابق، ص274.

إجماعاً¹، مع الاختلاف في التفصيل، وتجنباً للتكرار نكتفي بهذا، ونبين تفاصيل هذا الشرط في الشروط الخاصة في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة لمحل عقد التخارج

بين فقهاء المسلمين عدة حالات للتخارج بحسب نوع التركة التي يرد عليها التخارج وفصلوا وبينوا عدة شروط يجب أن تتوافر في التركة أو البديل وبخلافها يؤدي إلى حدوث محذور شرعي يجب تجنبه، والغاية هي عدم ظهور وحدوث الربا في التخارج ذلك أن التركة غالباً ما تكون من الأموال التي تعد ربوية ويجب أن لا يكون هناك تماثل فيما التزم به أطراف العقد وهذه الأموال ستة وهي ما جاء في حديث عبادة بن صامت - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم "الذهب بالذهب والفضة بالفضة والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواءً بسواءٍ يداً بيدٍ فإذا اختلفت فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيدٍ"²، وسائر أهل العلم والفقهاء يؤكدون أن الربا لا يختص بهذه الأصناف الستة فقط بل يتعداها في معناها، وهو الذي يشاركه في العلة، لأن القياس دليل شرعي فيجب استخراج علة هذا الحكم وإثباته في كل موضوع وجدت فيه علة³، وقد ورد بشيء من تفصيل هذه الحالات مستلزم فيها شروط خاصة عند الحنفية و المالكية، بعكس الشافعية و الحنابلة، الذين لم يفصلوا شروطها، لذا من خلال هذا المحل نبين الشروط الخاصة بحسب نوع المحل سواء من ناحية التركة المتخارج عنها أو من ناحية البديل المقابل لهذا التخارج، ونظراً لكون فقهاء الحنفية و المالكية قد توسعوا في هذه الشروط بخلاف الشافعية والحنابلة، لذا سيتم توضيحها لديهم من دون الإشارة إلى الحالات التي لم يوضحها غيرهم، وذلك من خلال النقاط الآتية

1- الغمام فخر الدين عثمان بن غلى الزيغلي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، المصدر السابق، ص509.

2- الإمام الحافظ أبي حصن مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج2، كتاب المساقات باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، دار الطيبة للنشر، الرياض، السعودية، 2006، ط1، ص744.

3- د وليد محمد علي كرسون، شبهة الربا وأثره في عقد البيع و المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ط1، ص32.

أولاً: إذا كانت التركة ذهباً أو فضة

إذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه في التركة وكانت موجوداتها ذهباً أو فضة والمقابل أيضاً ذهباً أو فضة أيضاً فذهب الحنفية¹، إلى بيان تفصيل هذه الحالة فقالوا أنه إذا كانت التركة ذهباً فأعطوه فضة، أو كانت فضة وكان المقابل ذهباً جاز التخارج، سواء كان ما أعطوه أقل من نصيبه أو أكثر، لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس، فلا يعتبر هنا تساوي، ولكن يشترط القبض في المجلس لكون العقد كيف على أنه صرفاً-بيع-، ولكن إذا كان الوارث الذي في يده بقية التركة جاحداً وجودها في يده يكتفي في ذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والذي هو عندنا التخارج، والأصل في ذلك أنه متى تجانس القابضان، بأن كان أحدهم قبض أمانة و الآخر قبض ضمان ناب أحدهما مناب الآخر أما إذا اختلفوا فالمضمون ينوب عن الغير، أما إذا كان الذي في يده التركة مقراً، فإنه لا بد من تجديد القبض، وهو الانتهاء إلى ما كان يمكن الانتهاء من قبضه، لأنه قبض أمانة، ولا يمكن عن قبض الصلح أو التخارج فيما إذا كان البدل في التركة المكونة من ذهب وفضة بأن كان من كليهما كأن يكون مقداراً منه ذهباً ومقداراً منه فضة فيصح التخارج سواء إن كان بدل التخارج كثيراً أو قليلاً²، لأن ما يأخذه من الذهب يعتبر مقابل نصيبه من الفضة وما يأخذه من الفضة يعتبر مقابلاً من الذهب فاختلف الجنس³.

أما في حالة ما إذا كانت التركة ذهباً وفضة وكان المقابل من أحد النقدين فلا يجوز التخارج، بمعنى أن تكون التركة فضة والمقابل فضة أو كانت التركة ذهباً والبدل المعطى ذهباً أيضاً، يشترط أن يكون ما أعطى له أكثر من حصته من ذلك الجنس، ليكون نصيبه بمثله، والزيادة

1- الإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، المصدر السابق، ص509. -محمد أمين الشهير ابن العابدين، تكملة رد المختار، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، بدون سنة الطبع، ص184. - العلامة أحمد الطحاوي الحنفي، حاشية الطحاوي على الدر المختار، ج3، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1975، ص359.

2- علي حيدر دار الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الرابع، دار الثقافة، عمان الأردن، 2010، ط1، ص43.

3- منير القاصي، شرح المجلة، ج3، مطبعة العاني، وزارة المعارف العراقية، 1948، ط1، ص358.

تتكون في مقابل حقه من بقية التركة احترازاً عن الربا، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه لأنه يعتبر صرفاً في هذا القدر، فإذا كان ما أعطوه مساوياً لنصيب المال المتخارج عنه، أو كان أقل منه بطل التخارج لوجود الربا، لأنه إذا كان البديل مساوياً تبقى الزيادة من غير جنس البديل أقل من نصيبه تبقى الزيادة من جنس ذلك، و من غير جنسه خالياً من العوض، فيكون ربا، وتعذر تجويزه بطريق المعاوضة للزوم الربا، ولا يصح تجويزه بطريق الإبراء عن الباقي، لأن الإبراء عن أعيان باطل، و كذلك يبطل التخارج إن كان نصيبه مجهولاً لاحتمال الربا على تقديرا، يكون البديل مساوياً له أو أقل ، فكان هذا الأرجح والأولى، و كل بيناه من الإبطال حالة عدم المساواة تكون في حالة التصادق، أما في حالة المناكرة أي إنكار وراثته فالصلح¹ جائز لكونه مدفوع لغرض قطع المنازعة ولافتداء اليمين أو لحمله على أخذ عين الحق في قدر المأخوذ وإسقاط الحق في الباقي، و أجازوا أيضا في حالة ما إذا كانت التركة فضة أو ذهباً و المقابل من العروض سواء ما أعطوه أقل من نصيبه أو أكثر.

في الشرح السابق لم يفرق الحنفية مقابل التخارج من التركة ذاتها عن هذا المقابل من غيرها وهذا ما فعله الملكية²، فقسموا مقابل التخارج إلى قسمين:

1 إذا كان التخارج من التركة ذاتها وكانت التركة مكون من الذهب و الفضة، وتخرج أحد الورثة لمصلحة وارث آخر، مثلاً زوجة مات زوجها فصالحها الابن على ما يخصها من التركة، فإذا أخذت ذهباً من التركة قدر حصتها من الذهب أو أقل، ولكن يشترط أن يكون

1- ينقسم الصلح إلى ثلاثة أقسام : القسم الأول صلح عن إقرار وهو الصلح الواقع بعد إقرار المدعي عليه بالمدعي به صراحة أو حكماً كأن يطلب المدعي عليه من الدائن الصلح فإنه أقر بالدين حكماً، أما القسم لثاني من الصلح فهو صلح إنكار والذي يقع بعد إنكار المدعي عليه بما يطلب منه، و القسم الثالث صلح عن سكوت ، الواقع أن بعد سكوت المدعي عليه. منير القاضي، شرح المحلة، المصدر نفسه، ص339. وهذه الأقسام تطبق على التخارج لكونه في بعض صورته نوعاً من الصلح حسب مذاهب الفقهاء.

2- ابن عرفة السدوقي المالكي، حاشية الدسوقي، ج3، المصدر السابق، ص315. - الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994، ط1، ص377.

الذهب الذي أخذت منه حاضراً كله، لأن النوع الذي أخذت منه لو كان غائباً ترتب على ذلك صورة ممنوعة وهي اشتراط تعجيل الثمن في بيع الشيء الغائب بيعاً لازماً، وإذا أخذت ذهباً من التركة زائداً على حضاها ديناراً واحداً فقط، فتكون قد أخذت نصيبها من وباعت لباقي الورثة حظها من الدراهم والعرض بالدينار الزائد، فاجتمع في البيع والصرف دينار لأنه لا يجوز أن يجتمع البيع والصرف في أكثر من دينار ويشترط في هذه الحالة أن تكون التركة كلها من عرض ونقد وحاضرة، وكذلك إذا صولحت بذهب من ذهب التركة وكان ما أخذته يزيد عما يخصها من الذهب أو أكثر من دينار جاز التخارج سواء إن قلت الدراهم التي تستحقها عن صرف الدينار، أو قلت قيمة العروض التي تستحقها من صرف الدينار، وسبب جواز هذه الحالة هو لاجتماع البيع والصرف في دينار واحد فقط أما إذا زادت عن دينار واحد فلا يجوز جمع البيع والصرف فيها، وهذه الحالات يشترط أن تكون التركة معلومة وحاضرة، وإذا كانت الدراهم وقيمة العروض أكثر من دينار واحد مقابل الذهب منع الصلح لأنه يؤدي إلى اجتماع البيع والصرف في أكثر من دينار واحد.

2- أما في حال ما إذا كان بدل التخارج من غير التركة وكانت التركة ذهباً أو فضة

وتخارج الورثة بذهب من غير ذهب التركة، أو من فضة من غير فضة التركة، فلا يجوز هذا التخارج، قل ما أخذته من نصيبها أو أكثر، لأنه يبيع الذهب والفضة بذهب أو فضة، وهو ربا فضل¹، وفيه ربا النسيئة²، أن غابت التركة كلها أو بعضها، أو إذا كانت التركة

1- يقصد بربا الفضل إتحاد شطري علة الربا من القدر وهو الكيل أو الوزن (عند الحنفية) أو المثنية والطعم عند (الشافعية) مع الجنس، د عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، دار الفكر للطباعة، بدون مكان وسنة النشر، ص187. وهذا النوع تحدث زيادة مشروطة بين الأموال العينية المتجانسة سواء كانت تقاس بمقياس الوزن أو الكيل وهذه الزيادة في احد العوضين مقابل الآخر الذي هو من نفس جنسه، د فرات شاكر وتوت، العقود المستثناة من التفاضل الربوي في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت الأهلية، العدد1، المجلد1، 2004، ص300.

2- يقصد بربا النسيئة-النساء- إتحاد أحد شطري علة الربا أما المكيل أو الوزن (عند الحنفية) أو المثنية والطعم (عند الشافعية)، أو الجنس، د عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص189. ويسمى أيضاً بربا القرض التي تكون بزيادة مالية على مبلغ القرض بسبب تأجيل زيادة وفاء الدين لوقت معلوم، فرات شاكر وتوت، العقود المستثناة من التفاضل الربوي في الشريعة الإسلامية، المصدر السابق، ص300.

ذهباً، عرضاً جاز الصلح بذهب غير ذهب التركة، أو بفضة من غير فضة التركة، بشرط أن لا يجتمع البيع و الصرف في دينار واحد.

أما الشافعية والحنابلة فإنهم لم يفصلوا مثل الحنفية والمالكية في هذه الحالة مما يتوجب الرجوع إلى أحكام الصلح لكون التخارج لدى مذاهب الفقه الإسلامي نوع من أنواع الصلح، فالشافعية¹، يفرقون في التخارج بين ما إذا كان الصلح بين الورثة عن إقرار أو إنكار، فإن كان عن إقرار وكانت التركة من الذهب أو الفضة والبديل من غير هذا الجنس، ثبت فيه أحكام البيع، كاشتراط القبض غن اتفاق المتخارج عنه والمتخارج عليه في علة الربا، واشتراط التساوي إذا كان جنساً ربوي وهذا كما في الذهب والفضة، أما الصلح عن الإنكار فهو باطل عندهم، إلا أنهم يستثنون الصلح عن الإنكار ما بين الورثة، لكن بشرط أن يعطي للمتخارج له من نفس التركة لا من غيرها، فإذا كانت ذهباً أو فضة يشترط التساوي لوجود علة الربا.

أما الحنابلة² فلم يذكروا شروط خاصة للتخارج بحسب نوع محل التخارج إنما طبقة عليه أحكام الصلح ففي حالة ما إذا كان البديل في جنس نفسه كالذهب والفضة فإن كان بقدره فهو استيفاء له، وغن كان دونه فهو استيفاء لبعضه وترك للبعض الآخر، إما على سبيل الإبراء أو على سبيل الهيبة، وإذا كان الصلح على الإنكار فلا يجوز أن يأخذ أكثر من حقه إذا كان مكن جنس حقه لأن فيه ظلماً بأخذه.

1- الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991، ط3، ص201، - الإمام الحافظ أبي زكرياء محي الدين بن شرف النووي، المجموعة، شرح المذهب ج10، إدارة الطباعة المنبرية، طبعة على نفقة كبار علماء الأزهر، بدون سنة ومكان نشر، ص306.

2- الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991، ط3، ص201، - الإمام الحافظ أبي زكرياء محي الدين بن شرف النووي، المجموعة، شرح المذهب ج10، إدارة الطباعة المنبرية، طبعة على نفقة كبار علماء الأزهر، بدون سنة ومكان نشر، ص306.

ثانياً: إذا كانت التركة من العقارات أو العروض

ذهب الحنفية¹ إلى أنه إذا كانت التركة عقاراً أو عروضاً فتخارج الورثة أحدهم منها بمال أعطوه إياه، جاز التخارج سواء كان ما أعطوه أقل من حصته أم أكثر، لأنه أمكن تصحيحه بيعاً والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن، ولا يصح جعله إبراء، يكون الأعيان غير المضمونة لذا لا يصح، ولا يشترط معرفة مقدار حصته من التركة، إذ هذه الجهالة لا تفسد البيع لأنها لا تفضي إلى نزاع لأن المبيع هنا لا يحتاج غلى تسليم، أما إذا تم التخارج وكان البديل من الفضة أو الذهب، فحكمه كما بينا سابقاً، في أنه لا يجوز التخارج إلا أن يكون ما أعطى له أكثر من حصته من ذلك الجنس، ليكون نصيبه بمثله، والزيادة تكون في مقابل حقه من بقية التركة احترازاً عن الربا، فإن تساوياً بأن يكون مساوياً لنصيبه فإنه لا يجوز لوجود شبه الربا.

أما المالكية² فذهبوا إلى أنه إذا كان بدل التخارج من نفس التركة وكانت التركة مكونة من العروض، وصالح الورثة بعرض من العروض، جاز التخارج مطلقاً، سواء أكان ما أخذه قدر نصيبه أم أقل أو أكثر، وفي حالة ما إذا كان بدل التخارج من خارج التركة وكانت التركة عروضاً وصالحه الورثة بذهب من غير ذهب التركة، أو بفضة من غير فضة التركة، فلا يجوز هذا الصلح، سواء قل ما أخذه عن نصيبه أو كثر، وإذا كانت التركة عروضاً أيضاً وصالح الورثة الزوجية بعرض من غير عروض التركة جاز هذا الصلح بشرط أن تكون التركة للمتصالحين ليكون الصلح على معلوم، وإن تكون التركة جميعها حاضرة حقيقة في العين أو حكماً في العرض، بأن كانت قريبة الغيبة بحيث يجوز النقد فهو في حكم الحاضر، وأن يكون

1- الإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيعلي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، مصدر سابق ص509. - محمد أمين الشهير بابن العابدین، تكملة رد المختار، ج2، المصدر السابق، ص184. - احمد الطحاوي، حاشية الطحاوي، ج3، المصدر السابق، ص359.

2 - ابن عرفة السدوقي المالكي، حاشية الدسوقي، ج3، المصدر السابق، ص315. - الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994، ط1، ص377.

الصلح من إقرار، وأن يقر المدين بما عليه إن كانت التركة دين، وأن يحضر وقت الصلح إذ لو غاب لاحتمل الإنكار، وأن يكون مكلفاً.

-ثالثاً: إذا كانت التركة من النقود والدرهم والدنانير وغيرها

في هذه الحالة تكون التركة عبارة عن نقود من جنس واحد (كالعملة الجزائرية والمصرية والعراقية والأمريكية) فإذا كان بدل التخارج من جنس آخر كأن يكون من غير العملة المكونة للتركة، صلح التخارج، سواء كان قليلاً أو كثيراً، ذلك على أنه يبيع على خلاف الجنس المكونة منه التركة، فلا يكون التساوي فيه معتبراً، إلا أنه يشترط أن يتم التقابض في المجلس لكونه صرفاً¹ وهذا ما أجمع عليه الفقهاء بدون خلاف².

-رابعاً: إذا كانت أعيان التركة مجهولة و التخارج على المكيل والموزون أو غير مكيل

وموزون

أختلف فقهاء المذهب الحنفي³ الذين انفردوا ببيان هذه الحالة، فذهب بعضهم إلى أنه إذا كان من المكيل أو الموزون فإن التخارج فيه لا يجوز شرعاً لاحتمال أن يكون فيه ربا، بأن يكون في التركة مكيل أو موزون من جنسه، أي يكون نصيب المتخارج مثل بدل المتخارج المقدم من المتخارج له، فيكون في حقه بيع المقدر جزافاً، بينما ذهب رأي آخر إلى أن التخرج في هذه الحالة صحيح شرعاً، لاحتمال أن يكون في التركة من نفس جنس بدل التخارج، وعلى فرض وجود هذا الفرض في التركة، فيحتمل أن يكون نصيبه فيه أكثر مما أخذ

1- علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، المصدر السابق، 43.

2- الإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيعلي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، مصدر سابق ص509. - ابن عرفة السدوقي المالكي، حاشية الدسوقي، ج3، المصدر السابق، ص315. البوهتي، كشاف القناع، ج5، المصدر السابق، ص1626. - الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، المصدر السابق، ص201.

3- الإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيعلي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، المصدر نفسه، ص509. - العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالم كبرى، ج3، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسين عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2000، ط1، ص109. - الإمام كمال الدين بن عبد الواحد المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح القدير، ج8، المصدر السابق، ص466.

أو أقل، فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة ولا عبرة بها، ويبدو أنه هذا هو الصحيح، أما إذا كانت من غير مكيل أو موزون فقبل أنه لا يجوز لأنه بيع مجهول لأن المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذ بالمكيل والموزون، وذهبوا لأن الصلح يجوز لأن الجهالة لا تقضي إلى النازعة لعدم الحاجة إلى التسليم لقيام التركة في يدهم، ولو كانت بعضها في يد المصالح لم يجز في هذه الحالة، ما لم يعلم ما في يده للحاجة إلى التسليم، ونرجح الرأي الثاني في جواز التخارج فيما إذا كانت التركة من المكبل أو الموزون ذلك لأنه فيه احتمالات عدة فقد لا يكون التركة من نفس جنس بدل التخارج، حتى لو وجد فيحتمل أن يكون أكثر أو أقل من التركة، ولما في هذه الحالة من تيسير للوثة في جواز هذه الحالة.

-خامسا: التقابض في المجلس-

عقد التخارج في بعض الحالات قد يتمثل البدلين أي حصة المتخارج والبدل الذي يدفعه المتخارج له، في هذه الحالة يتوجب توافر شرط التقابض قبل الافتراق بالأبدان بين المتعاقدين، لكونه يتوفر فيه معنى الصرف في أنه بيع النقد بالنقد جنساً بجنس أو بغير جنس، أي بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو بيع الذهب بالفضة مصوغاً أو نقداً¹، وهذا الشرط اشترطه الفقهاء فيما إذا كان التخارج يعتبر صرفاً أن يكون هناك تقابض بين المتخارجين في المجلس، كالتخارج عن أحد النقيدين بالآخر، وكذا فيما اتفق المتخارج عنه والمتخارج عليه في علة الربا، وهذا الشرط متفق عليه أصلاً بين الفقهاء إجماعاً²، ومعنى هذا الشرط أن يكون قبض البدلين جميعاً قبل مفارقة أحد المتعاقدين للآخر افتراقاً بالأبدان، منعاً في الوقوع في ربا النسيئة، فإن افتراق المتعاقدين قبل قبض العوضين أو أحدهما، فسد

1- د وهبي الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج4، دار الفكر، دمشق سوريا، 2009، ط1، ص404.

2- الإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيعلي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، المصدر نفسه، ص509. - ابن عرفة السدوقي المالكي، حاشية الدسوقي، ج3، المصدر السابق، ص310. - شمس الدين محمد بن خطيب الشريبي، مغني المحتاج، ج2، المصدر السابق، ص232. - ابن قدامه، المغني ويلي الشرح الكبير، ج5، المصدر السابق، ص25. - تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي، منتهى الإرادات في جمع المقنع، ج2، المصدر السابق، ص451.

العقد عند الحنفية، وبطل عند غيرهم، ويفسر الافتراق بالأبدان هو أن يفترق العاقدان بأبدانها عن مجلس العقد فيتجه هذا في جهة وهذا في جهة، أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر، بحيث يبعد أحدهما عن الآخر ولم يسمع كلامه فينقطع بذلك الترابط بينهما، فإن بقيا في مجلسهما لم يبرحا عنه، لم يحصل الافتراق وإن طال مجلسهما لانعدام الفارق بالأبدان، وكذلك ليحصل التفرق بالأبدان إنما في المجلس أو أغمي عليهما أو قاما من المجلس فذهبا معاً في جهة واحدة أو طريق واحد و مشيا ميلاً أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه، فلا يعتبران متفرقين، الآن العبرة بتفريق الأبدان ولم يحصل ذلك، أو يمكن اعتبار العرف في معرفة معنى التفرق¹، وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع والذي من الممكن أن يؤدي إلى وقوع المتخارجين في الربا المحرم في الشريعة الإسلامية إلا أن أي من التشريعات المقارنة التي عالجت التخارج لم تتطرق لأي حكم فيما يتعلق بهذا الشرط بما في ذلك المشرع الجزائري .

1- د وهي الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المصدر السابق، ص404.

الفصل الثاني

صور التخارج وأثره في تنقل

الملكية

تمهيد

درسنا في هذا الفصل صور التخارج وأثره في نقل الملكية بين المتخارج والمتخارج له حيث قسمناه إلى مبحثين، المبحث الأول بعنوان صور التخارج درسنا خلاله مطلبين المطلب الأول بعنوان صور التخارج حسب المذاهب الفقهية ووضحنا فيه كل صورة على حدا والمطلب الثاني بعنوان كيفية تقسيم التركة بعد التخارج.

أما المبحث الثاني تحت عنوان آثار التخارج في نقل الملكية وضمائنه مقسم إلى مطلبين المطلب الأول تحت عنوان انتقال الملكية من عدمها بين المتخارجين، والمطلب الثاني بعنوان الضمانات في عقد التخارج.

المبحث الأول: صور التخارج

سنتناول في مبحثنا استعراض لصور التخارج، وسندرس ذلك بالتفصيل عن طريق أمثلة نتطرق لها على حسب كل صورة على إحدى التي ستوضح لنا هذه الصور وبعدها نضيف أمثلة تطبيقية لتسهيل الفهم لعمليات التخارج وكيفية القيام بها، ومن خلال البحث والدراسة التي قمنا بها ، اتضح لنا أم معظم الفقهاء قد قسموا التخارج إلى ثلاثة صور، اعتمدنا لدراسة هذه الحالات إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول تحت عنوان صور التخارج حسب الذاهب الأربعة، والمطلب الثاني كيفية تقسيم التركة بعد التخارج.

المطلب الأول: صور التخارج حسب الذاهب الأربعة

لم ترد صور مفصلة للتخارج عند الشافعية والحنابلة، وإنما ورد ذلك مفصلاً عند الحنفية والمالكية مع الاختلاف في الاتجاهات، ولا تظهر هذه الاتجاهات إلا بذكر كل مذهب على حدة.

الفرع الأول : صور التخارج عند الحنفية والمالكية

أولاً: عند الحنفية: إذا تخارج الورثة مع أحدهم عن نصيبه في التركة على شيء من المال يدفعونه له، فلذلك تختلف الصور بحسب نوع البدل الذي يدفعون، وبحسب نوع التركة وذلك كما يلي:¹

1 إذا كانت التركة عقاراً أو عرضاً، لأخرج الورثة أحدهم منها بمال أعطوه إياه، جاز التخارج سواء كان ما أعطوه أقل من حصته أو أكثر، لأنه أمكن تصحيحه بيعاً، والبيع

1- الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، ج11، تخارج- تسوية ص7

يصح بالكثير أو القليل من الثمن، ولا يصح جعله إبراءً لأن الإبراء من الأعيان الغير المضمونة لا يصح.¹

ولا يشترط معرفة حصته من التركة، إذ الجهالة هنا لا تفسد البيع، لأنها لا تقضي إلى النزاع لان المبيع هنا لا يحتاج إلى التسليم.

2 - إذا كانت التركة ذهباً فأعطوه فضة، أو كانت فضة وأعطوه ذهباً جاز الصلح أيضاً، سواء أكان ما أعطوه أقل من نصيبه أو أكثر، لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس، فلا يعتبر التساوي، لكن يشترط القبض في المجلس لكونه صرفاً² غير أن الوارث الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً وجودها في يده يكتفي بذلك القبض، لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح، والأصل في ذلك أنه متى تجانس المقبضان، بأن يكون قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما مكان الآخر، أما إذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره، وإن كان الذي بيده بقية التركة مقراً فإنه لا بد من تجديد القبض، وهو الانتهاء إلى ما كان يتمكن من قبضه، لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح.³

3 - وإن كانت التركة دراهم ودنانير، وبديل الصلح كذلك دراهم ودنانير، جاز الصلح كيفما كان، صرفاً للجنس إلى خلاف جنسه كما في البيع، لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفاً.⁴

4 - وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك من العروض والعقارات، فصالحوه على أحد النقدين فلا يجوز الصلح، إلا أن يكون ما أعطي له أكثر من حصته من ذلك

1- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج11، تخارج- تسوية، ص7

2- ابن عابدين ج4، ص481، بدون سنة النشر

3- الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص8.

4- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج11، تخارج- تسوية، ص9.

الجنس، ليكون نصيبه بمثله، والزيادة تكون في مقابل حقه من بقية التركة احترازاً عن الربا، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه، لأنه صرف في هذا القدر¹، فإن كان ما أعطوه مساوياً لنصيبه أو كان مساوياً لنصيبه بطل الصلح لوجود الربا، لأنه إذا كان البديل مساوياً تبقى الزيادة من غير جنس البديل خالية عن العوض، فيكون ربا، وإن كان البديل أقل من نصيبه تبقى الزيادة من جنس ذلك ومن غير جنسه خالياً من العوض، فيكون ربا، وتعذر تجويزه بطريق المعاوضة للزوم الربا، ولا يصح تجويزه بطريق الإبراء عن الباقي، لأن الإبراء عن الأعيان باطل .

وكذلك يبطل التخارج إن كان نصيبه مجهولاً لاحتمال الربا، لأن الفساد على تقدير أن يكون البديل مساوياً له أو أقل، فكان أرجح وأولى بالاعتبار.

ونقل عن الحاكم أبي الفضل أن الصلح يبطل على أقل من نصيبه في مال الربا في حالة التصادق، أما في حالة التناكر بأن أنكروا وراثته فالصلح جائز، لأنه في حالة المناكرة يكون المدفوع لقطع المنازعة ولافتداء اليمين، أو لحمله على اخذ عين الحق في قدر المأخوذ وإسقاط الحق في الباقي، كما قالوا في الصلح عن الدين بأقل من جنسه .

5 ولو كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك من العروض والعقار فصالحوه على عرض جاز الصلح مطلقاً سواء كان ما أعطوه أقل من بصيبه أو أكثر.

6 وإذا كان أعيان التركة مجهولة والصلح على المكيل والموزون ففيه اختلاف قال المرغيناني : "لا يجوز الصلح لما فيه من احتمال الربا بان يكون في التركة مكيل أو موزون من جنسه، فيكون في حقه بيع المقدر بجنسه جزافاً".

وقال الفقيه أبو جعفر: "يجوز لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس، وإن كان فيها فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك الجنس في التركة أقل مما وقع عليه الصلح فلا يلزم الربا

1- ابن عبيد ج4، ص482، و الدسوقي ج3، ص312. ومغني المحتاج ج2، ص400.

واحتمال أن يكون نصيبه من ذلك اكبر، أو مثل ما وقع عليه الصلح وهو احتمال الاحتمال،
ففيه شبهة الشبهة وليس بمعتبرة."

وقول أبي جعفر هو الصحيح ما في الزيلي وفتاوى قاضي خان

7 وإن كانت أعيان التركة مجهولة وهي غير مكيل أو موزون في يد بقية الورثة، وكان

الصلح على المكيل أو الموزون قيل: لا يجوز لأنه بيع المجهول، لأن المصالح باع

نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذ من المكيل والموزون.¹

والأصح أنه يجوز، لأن الجهالة هنا لا تفضي إلى النازعة لعدم الحاجة إلى التسليم، لقيام

التركة في يدهم حتى ولو كانت في يد المصالح أو بعضها لم يجز الصلح، ما لم يعلم الجميع

ما في يده للحاجة إلى التسليم²

ثانياً : صور التخارج عند الملكية

يفرق الملكية بين أن يكون بدل التخارج من نفس التركة، وبين أن يكون من غيرها

1: إذا كان بدل التخارج من نفس التركة: إذا كانت التركة قد اشتملت على عرض وفضة

وذهب، وصالح الورثة أحدهم عن إرثه، كزوجة مثلاً مات زوجها فصالحها الابن على ما

يخصها من التركة، فإن الصلح يجوز في الحالة الآتية:

1- إذا أخذت ذهباً من التركة قدر حصتها من ذهب التركة أو أقل، أو أخذت دراهم

من التركة قدر حصتها من دراهم التركة أو أقل، وذلك كصلحها بعشرة دنانير أو أقل

والذهب ثمانون عند الفرع الوارث، لأنها أخذت حضاها أي الثمن من الدنانير أو بعضه

فيكون الباقي كأنه هبة للورثة.

ولكن يشترط أن يكون الذهب الذي أخذت منه حاضراً كله، أو تكون الدراهم حاضرة كلها إن

أخذت منها، وسواء حضر ما عدا ذلك من التركة أم غاب، لأن النوع الذي أخذت منه لو كان

1- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج11، تخارج- تسوية، ص10.

2- ابن عابدين ج4، ص481-483، والتكملة لابن عابدين ج2، ص184-187، والزيلي ج5، ص49-52، وتكملة

فتح القدير مع العناية ج7، ص409-413.

بغضه غائباً ترتب على ذلك صورة ممنوعة، وهي اشتراط تعجيل الثمن في بيع الشيء الغائب بيعاً لازماً¹

1-2- إذا أخذت ذهباً من التركة زائداً على حضاها ديناراً واحداً فقط، كصلحها بأحد عشر من الثمانين الحاضرة، لأنها أخذت نصيبها من الدنانير، وباعت لباقي الورثة حضاها من الدراهم والعرض بالدينار الزائد، فجميع ما فيه من البيع و الصرف في أكثر من دينار. ولكن يشترط في هذه الحالة أن تكون التركة كلها من عرض ونقد حاضرة.

1 3 إذا صولحت بذهب من ذهب التركة، وكان ما أخذته يزيد عما يخصها من الذهب أكثر من دينار، جاز هذا الصلح إن قلت الدراهم التي تستحقها عن صرف دينار، أو قلت الدراهم والعروض عن صرف دينار.

وإنما جاز في هذه الحالات لاجتماع البيع و الصرف في دينار واحد فقط، لأنه لا يجوز أن يجتمع البيع و الصرف في أكثر من دينار²، "سبب التفريق بين ما كان دينار وبين ما زاد عنه أن الدينار وما دونه يسير فيتسامح فيه".

2: إذا كان بدل التخارج من غير التركة

إذا كان بدل التخارج من غير التركة فإن حكم الصلح يختلف تبعاً لاختلاف الحالات وهي:

2 ± إذا كانت التركة عروضاً وفضة وذهباً : وصالحها الورثة بذهب من غير ذهب

التركة، أو بضة من غير فضة التركة، فلا يجوز هذا الصلح، قل ما أجدته عن

نصيبها أو أكثر، لأنه بيع ذهب وفضة و عرض بذهب أو فضة .

وهذا ربا الفضل وفيه ربا النسيئة إن غاب التركة كلها أو بعضها ، لأن حكمه حكم النقد إذا صاحبه النقد.

1- جواهر الإكليل ج2، ص10.

2- الدسوقي ج3، ص32.

2 2 - إذا كانت التركة كما ذكر في الصورة السابقة ، وصالحة الورثة الزوجة بعرض من غير عرض التركة جاز هذا الصلح بشروط هي:

2-2-1- أن تكون التركة كلها معلومة للمتصالحين ليكون الصلح على معلوم،

2-2-2- وأن تكون التركة جميعها حاضرة حقيقة في العين أو حكماً في العرض، بأن كانت قريبة الغيبة بحيث يجو النقد فيه فهو في حكم الحاضر.

2-2-3- أن يكون الصلح عن إقرار، وأن يقر المدين بما عليه إن كان في التركة دين.

2-2-4- أن يحضر وقت الصلح، إذ لو غاب لأحتمل إنكاره.

2-2-5- أن يكون مكافئاً.

إذا كانت التركة دراهم وعرضاً، أو ذهباً وعرضاً : جاز الصلح بذهب غير ذهب التركة، أو بفضة من غير فضة التركة بشرط أن لا يجتمع البيع والصرف في أكثر من دينار¹

الفرع الثاني: صور التخارج عند الشافعية والحنابلة

أولاً: صور التخارج عند الشافعية

يفرق الشافعية في تخارج الورثة بين ما إذا كان الصلح بينهم عن إقرار أو عن إنكار، فإن كان عن إقرار، وكان البذل من غير المتصالح عليه كان بيع ثبتت فيه أحكام البيع، كاشتراط القبض إن اتفق المصالح عنه الصالح عليه في علة الربا، أو كاشتراط التساوي إذا كان جنساً ربوياً وغير ذلك. وإن جرى الصلح على بعض المتصالح عنه فهو هو للبعض، وتثبتت فيه أحكام الهبة هذا بالنسبة للصلح عن إقرار.

1- الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج3، ص315-317.

أما الصلح عن إنكار فهو باطل عندهم لكنهم يستثنون من بطلان الصلح عن الإنكار صلح الورثة فيما بينهم للضرورة، لكن يشترط أن يكون ما يعطى للمتصالح من نفس التركة لا من غيرها، ويستوي أن يكون التصالح على تساو أو تفاوت¹

ثانياً: صور التخارج عند الحابلة

لم يذكر الحابلة صوراً للتخارج، وهو يجري على قواعد الصلح العامة التي قد تكون بيعاً أو هبة أو إبراء، ويجوز أن يكون البديل من جنس المتصالح عليه أو من غير جنسه، فإن كان من جنس حقه بقدره فهو استيفاء له، وإن كان دونه فهو استيفاء لبعضه وتركه للبعض الآخر إما على سبيل الإبراء أو على سبيل الهبة. وإن كان البديل من غير جنس المتصالح عليه كان بيعاً تجري عليه لأحكام البيع، وتراعى شروط الصرف إن كان نقداً بنقد و هكذا.²

ويشترط إن كان الصلح عن إنكار أن لا يأخذ المتصالح من جنس حقه أكثر مما يستحق لأن الزائد لا مقابل له، فيكون ظالماً بأخذه، بخلاف ما أخذ بغير جنسه لأنه يكون بيعاً في حق المدعي، لاعتقاده أخذه عوضاً ويكون في حق النكر بمنزلة الإبراء، لأنه دفع المال افتداء ليمينه ورفعاً للضرر عنه³

المطلب الثاني: كيفية تقسيم التركة بعد التخارج

سنتناول في هذا المبحث استعراض كيفية قسمة التركة في كل صورة على حدا، من صور التخارج بالتفصيل، وذلك بإتيان عدة أمثلة تطبيقية توضيحية، ومن خلال البحث والدراسة التي قمنا بها، اتضح لنا أن معظم الفقهاء قد قسموا التخارج إلى ثلاثة صور، ولدراستها بالتفصيل اعتمدنا إلى تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وذلك لطبيعة عناصر المبحث، ولالإلمام

1- روضة الطالبين، ج4، ص193-202

2- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج11، تخارج- تسوية، ص15.

3- المغني ج4، ص529-534،

بجميع نقاطه، بدل أصل الدراسة في مطلبين، تطرقنا في المطلب الأول إلى طريقة تقسيم الإرث في الصورة الأولى للتخارج وفي المطلب الثاني إلى طريقة تقسيم الإرث في الصورة الثانية للتخارج أما المطلب الثالث فهو بعنوان طريقة تقسيم الإرث في الصورة الثالثة للتخارج ذلك استنادا على تقسيم باحثي القانون، إذ نجد أنه جاء في القانون المصري بهذا التقسيم وذلك في نصوص قانون الموارث المصري في الباب الثامن، القسم الخامس المادة 48 من و التي تنص على ما يلي: "التخارج هو أن يتصالح أحد الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم، فإذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة، وإذا تخارج أحد الورثة مع الباقي فكان المدفوع لهم من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبتهم فيها، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص على عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية بينهم."¹، وسنقوم بدراسة كل حالات التخارج على أحكام الشريعة الإسلامية، كون أن المشرع الجزائري أغفل دراسة أحكام التخارج، ولم يشر إليه في قانون الأسرة الجزائري، وهذا ما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك تطبيقاً لأحكام المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على "كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"²، وذلك أن الواقع يثبت أننا نتعرض إلى حالة من حالات التخارج دون أن يكون هناك قانون نستند إليه للفصل في النزاعات في حال وقوعها.

الفرع الأول: طريقة تقسيم الإرث في الصورة الأولى للتخارج

حتى نقوم بشرح طريقة تقسيم الإرث في الصورة الأولى لابد من توضيح ما هي الصورة الأولى لذا ارتأينا أن نقسم مطلبنا هذا إلى فرعين، الفرع الأول تحت عنوان الصورة الأولى للتخارج والفرع الثاني تحت عنوان كيفية تقسيم الإرث للصورة الأولى للتخارج، و المتمثلة في

1- في نصوص قانون الموارث المصري في الباب الثامن، القسم الخامس المادة 48

2- قانون الأسرة الجزائري المادة 222

حالة خروج أحد الورثة لصالح وارث آخر بمقابل خارج عن التركة، وفي هذه الحالة تقسم التركة على الورثة جميعاً ويؤول نصيب المتخارج إلى من دفع له هذا المال من الورثة، لأنه في الواقع قد باع حصته نظير هذا البديل¹، سنوضح أكثر من كيفية توزيع الإرث بين الورثة وذلك عند استعراضنا للفرع الثاني وسنقدم أمثلة تطبيقية.

أولاً: الصورة الأولى للتخارج

تتمثل الصورة الأولى للتخارج في أن يكون بين اثنين من الورثة، على أن يخرج الأول للثاني عن نصيبه من التركة مقابل مقدار من المال، يأخذه الأول من الثاني مقابل نصيبه²، معنى ذلك أن الاتفاق يكون بين وارثين اثنين، يتفقان على أن يخرج أحدهم عن الآخر من التركة وذلك مقابل مال خارج عن التركة فيشمل إذن هذا المقابل أي مال ما عدا مال التركة، والوارث المعني بتقديم هذا المال أي بدل التخارج هو الوارث الذي يأخذ النصيب التنازل عنه -التخارج به-

ثانياً: كيفية تقسيم الإرث للصورة الأولى للتخارج

تتمثل الحالة الأولى للتخارج كما قلنا سابقاً على أن يخرج أحد الورثة عن نصيبه من التركة، على وارث آخر نظير شيء يدفعه له من ماله الخاص، بعيد عن التركة، فإذا كان التخارج بهذه الصورة³، فإنه يتم تقسيم التركة على جميع الورثة، بما فيه المتخارج على فرص وجود جميع الورثة، كأن التخارج لم يتم، فيأخذ كل وارث نصيبه، هذا أولاً، بعد ذلك نقوم بالعملية

1- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، دون طبعة، 2007، ص273.

2- محمد سمارة، أحكام التركات في الأموال والأراضي، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2002، ص319.

3- محمد مصطفى شليبي، أحكام الموارث بين الفقه والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دون طبعة، ص766، أنظر أيضاً محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، د.ب، ج4، ط1، 2009، ص458.

الثانية، حيث يعطى كل واحد سهامه فيها، ما عدا المتخارج و المتخارج له أي الذي أعطى له من ماله الخاص، مقابل خروجه من الشركة، إذن في هذه الحالة لا يعطى نصيب المتخارج، لأن سهمه يعطى للوارث الذي تخارج معه، وبذلك يصبح المتخارج له يحل محل المتخارج، فيستلم التخارج له نصيبان أحدهما: يمثل حصته في الشركة، والتي يحصل عليها عن طريق الإرث فهو يمثل حقه كحق له، والنصيب الآخر يتمثل في حصة المتخارج والتي استحقها بطريق الشراء لأن البديل الذي قدمه مقابل نصيب المتخارج بمثابة الثمن في عقد البيع، هنا وكأنه أبرم عقد بيع بين الطرفين المتخارج و المتخارج له، فمنح البديل للوارث-المتخارج- وفي مقابل ذلك يتنازل هذا الأخير عن حصته في الشركة للمتخارج له، أي أن المتخارج له اشترى نصيب المتخارج من الشركة أو بمعنى المخالفة المتخارج باع نصيبه من الشركة للمتخارج له، هنا يكون الحق للوارث الثاني -المتخارج له- أن يستأثر بالحصة لوحده دون أن يشاركه فيها بقية الورثة أو أي وارث آخر، إلا إذا شاركه وارث آخر في الشراء فإنهم يتملكان الحصة المتخارج عليها بنسبة ما يدفعه كل منهما من ثمنها¹، أي نسبة ما يدفعه كل وارث إلى المتخارج من هذا البديل، وللتوضيح أكثر قمنا باختيار بعض الأمثلة فيما يخص هذه الصورة نقدمها فيما يلي:

مثال 1: توفي عن زوجة و بنت.

اتفقت الزوجة مع البنت على أن تخرج البنت من الشركة مقابل مبلغ من المال تقدمه الزوجة من غير الشركة فالحل يكون كالآتي:

1	4/1	الزوجة
2	2/1	البنت

الزوجة إذن تأخذ 1 سهم.

1- هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث و الوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن ، ط1، 2007،

البنات تأخذ 2 أسهم.

بعد أن أخذ الورثة أنصبتهم نقوم بطرح نصيب البنات التي تخارجة عن التركة مقابل البديل الذي دفعته لها الزوجة، فيكون نصيب الزوجة كالتالي:

$$1 \text{ سهم للزوجة} + 2 \text{ سهم للبنات} = 3 \text{ أسهم}$$

مثال 2: توفي عن زوجة، و أب، و ابن، ثم اتفقت الزوجة مع الابن على أن تأخذ منه مبلغاً من المال مقابل أن تخرج من التركة¹، بنفس الطريقة التي حللنا بها المثال الأول نقوم بالعمليتين التاليتين:

أولاً: نقسم التركة وكأن الزوجة باقية، أي لم يحدث تخارج، فتكون المسألة كالتالي

24		
3	8/1	الزوجة
4	6/1	الأب
17	الباقى عصبة	الابن

إذن - للزوجة 3 أسهم

- للأب 4 أسهم

- لابن 17 سهم

ثانياً: بعد العملية الأولى حيث قسمة التركة على جميع الورثة في افتراض حال وجودهم، نقوم بإعطاء نصيب الزوجة لابن، أي نضيف نصيب الزوجة إلى نصيب الابن لأنها تخارجت

1- بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزائر، ط1، 2009، ص307-308.

بنصيبها إلى الابن، نظير المقابل الذي دفعه لها، فيصبح نصيب الابن بعد التخارج : 17
 سهم + 3 أسهم = 20 سهم من أصل 24 سهم.

فالسبعة عشر سهم هي نصيب الابن من الشركة تحصل عليها عن طرق الإرث قبل التخارج،
 والثلاثة أسهم نصيب الزوجة من الترك تحصلت عليها عن طرق الإرث كذلك قبل التخارج،
 وهي الحصة التي اشتراها الابن من الزوجة مقابل البديل الذي أعطاه إياه، ليحصل التخارج.

مثال 3: توفي عن أم، وأخت لأم، وأخوين شقيقين، وترك 30 فدانا، وتصالحت الأخت مع
 أحد الأخوين على أن تخرج له عن نصيبها من الشركة في نظير ألفين جنيه يدفعها لها¹.

في هذا المثال كذلك نقوم بنفس الشيء نقوم بعمليتين:

أولاً: نقوم بتقسيم الشركة على جميع الورثة كأنه لا تخارج بينهم.

	6	30	
الأم	1	5	6/1
الأخت لأم	1	5	6/1
أخوين شقيقين	4	20	عصبة

فيمنح للأخت التي تخارجت نصيبها وهو السدس المقدر بخمسة أفدنة ، ولأم السدس
 المقدر بخمسة أفدنة أيضاً، وللأخوين الشقيقين باقي الشركة عصبه والمقر بعشرين فدانا
 يأخذونها مناصفاً يكون لكل واحد منهما عشرة أفدنة هذا فيما يخص العملية الأولى.

ثانياً: وبعد توزيع الشركة على كل الورثة، و بإعطاء كل من الورثة نصيبه وبعد أخذ الأخ
 الذي تصالحت معه الأخت نصيبه يضاف له نصيبها من الشركة الذي قد تصالحت معه عليه
 فيصبح نصيبه من الشركة خمسة عشر فدانا، لأن نصيبه الأصلي عشر فدان، نصيف له

1- محمد مصطفى شلي، أحكام الموارث بين الفقه والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دون طبعة، ص367.

خمسة أفدنة نصيب الأخت من التركة الذي تخارجت به مع الأخ الشقيق، مقابل مبلغ من المال أعطاه لها كبديل مقابل نصيبها من أجل أن تباع له حصتها.

مثال 4: توفي رجل عن أم، بنت، ابنين، وترك 600 سهم في شركة واصطلحت الأم مع البنت على أن تعطيهما حقها في نظير مائة جنيه تأخذها من البنت¹ بنفس لطريق كما قما به في الأمثلة السابقة فتكون هنا أيضا عمليتين أو مرحلتين ويكون الحل كما يلي :

6		
1	6/1	أم
1	عصبة بالغير	بنت
4	عصبة بالنفس	ابنين

الأم لها السدس فرضاً و به يكون لها 1 سهم

البنت مع الابنين يأخذان الباقي عصبة ، و بالتالي الابنين البنت يأخذان الباقي عصبة، فالبنت تأخذ 1 سهم

والابنين يأخذان أربعة أسهم.

حي نوضحه بالجدول التالي

/	أم
2	بنت
4	ابنين

فبعد أن تخارجت الأم مع البنت يكون نصيب البنت هو 2 سهم كما هو مبين في الجدول.

1- عبد العظيم شرف الدين، أحكام الميراث و الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، ط1، 2002، ص147.

من خلال هذا الجدول يتضح لنا أنه في الجدول الأول قسمنا التركة على كل الورثة، بما فيه نصيب الأم الذي تخارجت به، ثم في الجدول الثاني، قمنا بمنح نصيب كل وارث من الأسهم، لكن دون نصيب الأم المتخارجة أو كما تسماه ألقها كذلك بالمتصالحة، وبالتالي فنصيب إلام يضاف إلى نصيب البنت، لأن الأم تصالحت مع البنت بمقابل ذلك تمنح البنت لأم بدل عن ذلك من غير التركة فيكون إذن للبنت نصيبين:

-النصيب الأول: الذي حصلت عله البنت عن طريق الإرث كما قلنا سابقاً

-النصيب الثاني: هو الذي تحصل عليه عن طريق التخرج.

والمجموع يكون : اثنان أي يكون لها سهمين، السهم الأول عن طريق الإرث والسهم الثاني الذي حصلت عليه من الأم عند التخارج فيكون لها اثنان من ستة ويكون هكذا¹:

$$\text{-قيمة الجزء} = 6/600 = 100$$

$$\text{-نصيب البنت} = 100 \times 2 = 200$$

$$\text{-نصيب الابن} = 100 \times 2 = 200$$

$$\text{-نصيب الابن الثاني} = 100 \times 2 = 200$$

إذن نصيب البنت أصبح 200 سهم، بعدما كان 100، قبل التخارج مع الأم.

نشير هنا إلى أنه في هذا المثال لم يوضحوا ما إذا كان البديل الذي تقدمه البنت من التركة أم من مالها الخاص.

مثال 5:

مات وترك ابنين وبنت ، وترك عقاراً، فإذا تخارجت البنت مع أحد أخويها على أن تترك حصتها في نقابل مبلغ من المال يدفعه لها، فإنها تخرج من التركة ويأخذ أخوها نصيبها من

1-عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص147.

العقار نظير ما دفعه من ماله الخاص¹، في هذه الحالة أيضاً تقسم التركة أولاً على جميع الورثة أولاً ثم بعد ذلك نصيب المتخارج المتمثلة في البنت إلى نصيب الأخ الذي تخارجه معه مقابل البدل، فيصبح نصيب البنت ملك للأخ، فلا يحق للبنت من العقار لأنها باعت حصتها لآخوها مقابل مبلغ من المال أعطاها إياه.

مثال 6:

مات عن زوجة، بنت، 2 إبن، فصالح أحد الأبناء الزوجة على أن تخرج عن نصيبها من التركة مقابل شيء يدفعه لها²، بنفس الطريقة تقوم بقسمة التركة على جميع الورثة بما فيها المتخارج والمتخارج له المتمثلين في الابن والزوجة، ثم بعد ذلك تعطى حصة الزوجة التي تخارجه بها للابن المتخارج له، مقابل البدل الذي قدمه للزوجة، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

بعد التخارج	40	5×8		
0	5	1	زوجة	8/1
7	7		بنت	1
19=5+14	14	7	إبن	عصبة بالغير 2
14	14		إبن	5

هنا نجد أن أصل المسألة هو (8) ثمانية من مقام الزوجة، عند التقسيم الأولي تأخذ الأم سهم واحد المقدر بالثمن، والأبناء يأخذون باقي التركة عصبة والمقدرة بسبعة (7) أسهم، نجد في المسألة انكسار، ولتصحيحها نضرب أصل المسألة في عدد رؤوس الأبناء نحصل على أصل جديد تصح منه المسألة هو أربعين (40)، فيكون للزوجة خمسة (5) سهام، و للبنت سبعة (7) سهام، و لكل واحد من الأبناء أربعة عشر (14) سهم، وبعد أن تصالحت الزوجة مع

1- هاني الطعيمات المرجع السابق، ص195.

2- محمود عبد الله بجيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه المواريث، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط3، 2010،

الابن نعطي الابن المتصالح معه نصيب الأم المقدر بخمسة أسهم فهذا تخرج الأم من التركة لأنه انعدم نصيبها فيها، وأعطي للابن فيصبح نصيب الابن تسعة عشر (19) سهم أي نصيبه المستحق من التركة بالإضافة إلى نصيب الأم الذي تخارجه به، $19=5+14$.

- و البنت لا يتغير نصيبها تبقى محتفظة بسبعة (7) أسهم.

- و الابن الثاني لا يتغير نصيبه أيضاً فيبقى كما هو أي (14) سهم.¹

و تجدر الإشارة إلى أنه في هذا المثال لم يوضح لنا نوعية المقابل الذي يقدمه الابن المتخارج له، للزوجة التي تخارجت معه، إن كان من التركة أم من غير التركة، أي من ماله الخاص، بمعنى أنه يمكن أن يكون بأي من الصورتين.

مثال 7:

توفي عن زوجة، بنت، ابنين، فصالح أحد الابنين أخته على أن تخرج له عن نصيبها من التركة، في مقابل شيء من ماله الخاص²، فإنه يكون الحل كما يلي:

بعد التخارج	40	5×8		
5	5	1	زوجة	8/1
0	7		بنت	1
$21=7+14$	14	7	ابن	عصبة بالغير 2
14	14		ابن	5

1- محمود عبد الله بجيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط3، 2010، ص175.

2- منصور كافي، علم الفرائص (الموارث) في الشريعة والقانون ملحق قانون الأسرة المعدل والمتمم، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، دون سنة، ص135.

- 1 تقسم التركة بين الابنين والزوجة والبنت كأنه لا وجود للتخارج، فيكون نصيب الزوجة 1/8 سهم المقدر بالثمن 8/1، وباقي الأبناء عصبية سبعة (7) أسهم هنا نجد انكسار بين الأبناء فتصحح المسألة بضرب عدد رؤوس الأبناء في أصل المسألة نجد أصل مسألة جديد تصح منه المسألة هو أبعون $(40) = 8 \times 5$.
- 2 تقسم التركة وفق أصل المسألة الجديد نحصل على أنصبة جديدة موزعة كالآتي: الأم خمسة (5) أسهم، البنت سبعة (7) أسهم، ولكل ابن أربعة عشر (14) سهم .
- 3 عند التخارج نعطي نصيب البنت المتخارجة المقدر بسبعة (7) أسهم، إلى الابن المتخارج له، فيصبح نصيبه واحد وعشرون (21) سهماً، بعدما كان قبل التخارج أربعة عشر (14) سهماً، و يبقى نصيب الابن الثاني أربعة عشر سهماً، ونصيب الأم خمسة (5) أسهم.

الفرع الثاني: طريقة تقسيم الإرث في الصورة الثانية للتخارج

خصنا هذا المطلب لدراسة تقسيم الإرث في الصورة الثانية للتخارج، وللقيام بذلك لابد لنا أن نعرف الصورة الثاني من صور التخارج، لنعرف بعد ذلك طريقة تقسيم التركة في هذه الحالة، من أجل ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، الأول تحت عنوان الصورة الثانية للتخارج، والفرع الثاني في عنوان طريقة تقسيم الإرث في الصورة الثانية للتخارج، سنوضح في الفرع الأول حالة تخارج الوارث لصالح باقي الورثة بمقابل خارج عن التركة، نبين فيه كيف يتنازل أحد الورثة عن حصته من التركة، ويقدم هذا الأخير حصته للورثة الذين تنازل لهم، وفي الفرع الثاني سنعرض خطوات وطريقة توزيع الإرث على كل وارث في حالة تنازل أحدهم عن التركة

أولاً: الصورة الثانية للتخارج من بين صور التخارج أن يكون التخارج بين كل الورثة، وواحد منهم، بحيث يخرج من التركة، مقابل مال يدفعه الورثة له من أموالهم الخاصة، لتكون التركة لهم دونه¹

1- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 319-320.

وفي هذه الصورة يكون الاتفاق بين وارثين وأكثر أي أن يتخارج الورثة مع الباقيين على بدل يدفعونه لهم من غير التركة ففي هذه الحالة إما أن يكون دفع كل واحد منهم بحسب نسبة حصته من التركة، كأن يدفع من له الثلث، ثلث البديل، ومن له ربعها يدفع ربع البديل وهكذا، أو أن يكون الدفع بالتساوي بغض النظر عن نسبة الأسهم أو أن يكون كل قد ساهم بقدر أو أكثر مما يقابل سهمه في الميراث¹.

وقد ذهب البعض إلى استخلاص أنه إذا خرج أحد الورثة في نظير مال أخذه من أحدهم حل الثاني محل الأول واخذ نصيبه، فإن خرج من التركة في نظير مال أخذه منهم قسموا نصيبه بينهم بالتساوي إذا لم ينص على نسبة معينة في قسمته².

ثانياً: كيفية تقسيم الإرث في الصورة الثانية للتخارج

حالة أن يتصالح احد الورثة مع سائر الورثة على أن يدفعوا له شيء من المال من غير التركة، أي من مالهم الخاص في مقابل ترك نصيبه فيها لتكون التركة كلها لهم³، وفي هذه الصورة كذلك كالصورة الأولى يتم تقسيم التركة على جميع الورثة كأنه لا وجود للتخارج وبشمل ذلك حتى المتخارج، وبعد ذلك يعطى كل وارث نصيبه من السهام ماعدا الذي خرج فإنه يأخذ فقط بدل التخارج الذي منحه إياه الورثة مقابل تخارجه، ثم يقسم نصيب المتخارج على باقي الورثة حسب الاتفاق الذي أبرم في عقد التخارج إذا وجد هذا الاتفاق، أما إذا لم يوجد اتفاق بينهم، فإنه تقسم الأنصبة بالتساوي بين الورثة سواء أكان ما دفعوه مساوياً أم مختلفاً، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية وأخذ به قانون الميراث المصري⁴، رقم 77 لسنة 1943م، للتخارج وأحكامه في المادة 48 التي ذكرناها سابقاً، فإنه يقسم النصيب بالتساوي

1- محمد إبراهيم الزلي، المرجع السابق، ص129.

2-- عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص150.

3- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص275.

4- أحمد فراج حسين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص321.

بين الورثة سواء كان ما دفعوه أي البذل الذي قدموه إلى الخارج مساوياً أو مختلفاً، حسب مضمون هذه المادة يتضح لنا أن هذا القانون قد تعرض لصور التخارج لكنه لم يوضح نوع البذل إذا كان جزء من التركة أو خارج عن التركة بمعنى من ماله الخاص، وما أشار عليه هذا القانون أنه إذا تم الاتفاق على طريقة تقسيم نصيب الخارج بينهم يؤخذ بذلك الاتفاق، أما إذا لم يتفقوا على طريقة التوزيع، فإنه يوزع النصيب عليهم بالتساوي.

لكن لو ننظر إلى أرض الواقع نجد أنه إذا تم الاتفاق بين الورثة على طريقة توزيع نصيب المتخارج فإنه يطبق الاتفاق وذلك وفق ما اتفق عليه في عقد التخارج، لأن تلك هي رغبتهم التي صدرت عن رضاهم وذلك بغض النظر عن ما إذا كان ما يدفعوه من بدل متساوياً أو مختلفاً، وفي حالة ما إذا لم يتم الاتفاق عن طريقة توزيع البذل التخارج وكان ما دفعوه للورثة متساوياً، وقسم نصيب المتخارج بين الورثة بالتساوي بينهم وذلك تماشياً مع العقل والمنطق، فلا إشكال في ذلك.

لكن لو نتصور في نفس الحالة لم يتم الاتفاق بين الورثة على طريقة التوزيع، وكان ما دفعوه ليس متساوياً في هذه الحالة نطبق نفس القاعدة أي وفق مذهب الحنفية، فيتم تقسيم نصيب المتخارج بالتساوي بينهم، ولكن هذا مخالف لمبادئ العدالة والإنصاف، فهنا يتبين أن مبدأ الحنفية لم يعدل عندما سوى على الحالتين معاً، لأن العدل يقتضي أنه لا يجب التساوي بينهم في النصيب تبعاً للبذل، لأن ذلك معاوضة فعدم نصهم على طريقة التقسيم لا يدل بالضرورة على تطبيق مبدأ الحنفية أي التقسيم لا يدل بالضرورة تطبيق قاعدة القسمة بالتساوي، بل إنه يقسم تطبيقاً لقاعدة «الغرم بالغنم» هذه في حالة عدم الاتفاق، وهذا يعني انه يقسم نصيب الخارج عليهم بنسب أنصبتهم، أشار بعض الفقهاء على قاعدة الحنفية التي ذكرناها سابقاً على أن «التخارج يأخذ حكم البيع، إذا باع لهم الخارج حصته بهذا الثمن تنتقل إليهم ملكية نصيبه، ويقسمونه بينهم كما جاء في عقد التخارج، كما اتفقوا عليه أو بالتساوي في حالة عدم الاتفاق على مقداره»¹.

1- محمد صبحي نجم، محاضرات في الموارث والتركات والوصايا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، 1996، ص70.

وتجدر بنا الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا كان عقد التخارج مبهماً، بمعنى لم يذكر فيه على كيفية توزيع الحصة عنهما، كان توزيعها فيما بينهم بالتساوي، ويتم توزيع الشركة في هذه الحالة على ثلاثة خطوات¹، نشرحها فيما يلي:

أولاً الخطوة الأولى: يتم فيها توزيع الشركة على جميع الورثة، بما فيهم الوارث الذي خرج من الشركة، أو الذي تنازل عن نصيبه من الشركة، وهذا حتى تتمكن من معرفة قيمة نصيبه من الشركة قبل خروجه منها.

ثانياً الخطوة الثانية : تتمثل الخطوة الثانية في انه وبعد حساب نصيب الوارث، نقوم بطرح حصة الوارث المتخارج بحصته من مجموع الشركة

ثالثاً الخطوة الثالثة : يتم توزيع الحصة المتخارج بها، على جميع الورثة بالتساوي إذا لم يشترطوا خلاف ذلك، لأنه في الأصل أن يتم توزيع الشركة بالتساوي على جميع الورثة، لكن استثناء إذا اشترطوا فيما بينهم على أن يكون توزيع الحصة المتخارج عنها دو مراعاة التساوي ما بين الورثة فيما بينهم، لأن التخارج يعتبر عقد من العقود، وهناك حالة أخرى لا يدفع فيها الباقي من الورثة بدل التخارج لا بنسب فروضهم ولا بالتساوي كما في الحالة الثالثة، ولكنه يتم تقسيم نصيب المتخارج بينهم نسبة ما دفعه كل واحد منهم، فمن دفع ثلث البديل اخذ ثلث الحصة المتخارج بها ومن دفع الربع أخذ ربعها وهكذا².

وللتوضيح أكثر قمنا باختيار بعض الأمثلة التطبيقية البسيطة عن هذه الصورة .

مثال 1: توفي عن بنت وابنين، وترك عشر (10) سيارات، وتصالحت البنت مع أخويها على أن تخرج عن نصيبها من الشركة مقابل 5000 دينار يدفعانها إليها من مالهما الخاص

1- محمد سمارة، المرجع السابق، ص319.

2- مصطفى إبراهيم الزلي، المرجع السابق، ص130.

مناصفة¹، فإن نصيبها من التركة يقسم على الأخوين بالسوية بينهما لتساويهما في دفع البذل، ما لم ينص في عقد التخارج على خلاف ذلك، مما يقضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري .

بعد التخارج	5000	5			
0	1000	1	عصبة	بنت	1
2500	2000	2	بالغير	ابن	2
2500	2000	2		ابن	2

هنا نجد أنه بعد القسمة العادية أي قبل التخارج كان نصيب البنت من التركة ألف (1000) دينار، والأخوين ألفين (2000) لكل واحد منهم وبعد التخارج أصبحت البنت نصيبها معدوم والأخوين نصيبهم ألفين وخمسة مائة (2500) دينار لكل واحد منهم لأن نصيب البنت قسم بينهم مناصفة.

مثال 2: ماتت عن زوج، أم، عم، فصالح الزوج بقية الورثة، لحل هذه المسألة نثوم بما يلي نقسم التركة على جميع الورثة، ثم نطرح سهام الزوج من أصل التركة أو يصبح سهام الأم والعم هو أصل المسألة²، ففي هذه الحالة تسلم الأول حصته وحصه الذي خرج من التركة فاتفق أحد الورثة مع آخر على أن يحل محله في نصيبه، وذلك مقابل مال يدفعه له من غير التركة³، ويعني ذلك أنه دفع من ماله الخاص بعيداً عن التركة، إذا تم الاتفاق بين الوارثين على التخارج فإنه هذه الحالة تقسم التركة على الورثة جميعاً ويؤول نصيب المتخارج إلى من دفع له من هذا المال من الورثة، لأنه في الواقع قد باع له حصته مقابل هذا البذل.

1- بلحاج العربي ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2010، ص343.
2- محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، المرجع السابق، ص174.
3- أحمد فراج حسين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص318.

	6	3	
2/1	3	-	زوج
3/1	2	2	أم
عصبة	1	1	عم

أصل المسألة ستة (6): الزوج يأخذ النصف و المقدر بثلاثة (3) أسهم، و الأم تأخذ الثلث و المقدر بسهمين اثنين (2)، و العم يأخذ الباقي عصبة و القدرة بسهم واحد (1). ثم نقوم بطرح سهام الزوج المتخارج من أصل المسألة $3-3=0$ ، فيصبح أصل المسألة الجديد ثلاثة (3)، إذن الثلاثة أسهم الخاصة بالزوج تقسم على باقي الورثة فيكون للأُم سهمين (2) من أصل ثلاثة (3) أسهم و للعم سهم (1) من أصل ثلاثة (3) أسهم هنا نلاحظ أن قيمة السهم قد كبرت ، و تجد الإشارة إلى ان البديل قدمه الورثة من مالهم الخاص بالتساوي بينهم إلى الزوج فهنا تقسم الثلاثة أسهم بين الورثة بالتساوي بينهم، وإذا دفعوا مالهم بنسب سهامهم، فإن النصيب المتخارج عنه يقسم بينهم بنسبة سهامهم

الفرع الثالث: طريقة تقسيم الإرث في الصورة الثالثة للتخارج

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول تحت عنوان الصورة الثالثة للتخارج، و الفرع الثاني في عنوان كيفية تقسيم الإرث في الصورة الثالثة للتخارج، سنتطرق فيه إلى حالة تخارج أحد الورثة عن نصيبه من التركة لصالح باقي الورثة، وكان البديل من ماله الخاص، سنيين خطوات و طريقة العمل في توزيع أنصبة كل وارث إذا صادفتنا مثل هذه الحالة أكثر خلال عرضنا لهذه الصورة عن طريق إتيان عدة أمثلة توضح ذلك.

أولاً: الصورة الثالثة للتخارج

الصورة الثالثة تتمثل في حالة أن يتم التخارج بين كل الورثة وبين أحدهم مقابل شيء معين من التركة، نقداً كان أو عيناً¹، أو حالة اتفاق أحد الورثة مع الباقي على أن يترك حصته ويأخذ بدلها جزءاً معيناً من التركة²، في هذه الصورة يكون الاتفاق بين أكثر من وارثين، بحيث يتنازل أحد الورثة لصالح الباقي عن نصيبه من التركة، وذلك بمقابل يقدمه الورثة الذين تنازل لهم بهذا الإرث، ويكون هذا المقابل جزءاً من التركة.

ثانياً: كيفية تقسيم الإرث في الحالة الثالثة للتخارج

تتمثل طريقة توزيع الإرث في حالة اتفاق أحد الورثة مع الباقي على أن يترك حصته ويأخذ بدلها جزءاً معيناً من التركة، ويكون تقسيم ما تبقى من التركة على باقي الورثة بنسبة أنصبتهم، على فرص وجود الوارث الذي تنازل عن التركة، مع إسقاط نصيبه ويصبح مجموع سهامهم أصلاً للمسألة تقسم التركة فيما بعد³، فيكون المتخارج قد ملك الجزء المعين لنفسه، وتكون باقي التركة لباقي الورثة وحدهم، حينئذ يقسم هذا الباقي بينهم بنسبة سهام كل منهم بعد صرف النظر عن سهام المتخارج وحذفها⁴، فمثلاً تكون التركة سيارة أو منزل وغيرها، في هذه الحالة نقوم بحل المسألة لنعرف سهام كل وارث بما في ذلك الوارث الخارج ثم تستبعد سهام الوارث الخارج ويقسم الباقي من التركة بين باقي الورثة بنسبة سهامهم في حالة وجود الوارث الخارج⁵، وبالأمثلة سنوضح ذلك:

1- محمد سمارة، المرجع السابق، ص321.

2- مصطفى إبراهيم الزلي، المرجع السابق، ص129.

3- عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص147.

4- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع لسابق، ص274.

5- محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص71.

مثال 1: مات وترك أب، و بنت، وزوجة، وترك منزلاً و 4200 دينار، تخارجه الزوجة مع باقي الورثة على أن تأخذ المنزل وتترك نصيبها من المال¹ ، ويكون الحل كالآتي:

أصل المسألة من أربعة وعشرون (24) سهماً وإذا أسقطنا سهام الزوجة وهي ثلاثة (3) أسهم يبقى واحد وعشرون (21) سهماً، فتكون النتيجة كالتالي:

-نصيب للزوجة: $200 = 21 \div 4200$ دينار.

-نصيب الأب: $1800 = 200 \times 9$ دينار.

-نصيب البنت: $2400 = 200 \times 12$ دينار.

- المجموع: 4200 دينار.

200 قيمة السهم	بعد التخارج			
4200	21	24		
-	-	3	8/1	زوجة
1800	9	5+4	6/1 + ع	أب
2400	12	12	2/1	بنت

مثال 2: توفي عن زوج، وبننتين، و أم، والتركة عبارة عن سيارة وقطعة أرض

مساحتها 1250م، وقد تصالح الزوج مع بقية الورثة على أن يستقل بالسيارة نظير حصة من الأرض²، والحل يكون كالتالي:

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص310

2- هاني الطعيمات، المرجع السابق، 195.

125 قيمة السهم	بعد التخارج	عول			
1250	10	13	12	12	
-	-	3	3	¼	زوج
1000	8	8	8	3/2	بناتان
250	2	2	2	6/1	أم

المسألة فيها عول من (12) الى (13)، بعد إسقاط سهم الزوج يصبح أصل المسألة (10)، ولمعرفة مقدار السهم الواحد من قطعة الأرض نقوم بقسمة حجم الأرض على أصل المسألة الجديد، أي بعد إخراج الزوج.

مقدار السهم من قطعة الأرض: $1250 \div 10 = 125$ م

- فتكون حصة الأم من التركة بعد التخارج : مائتين وخمسون متر (250م)

أي : $2 \times 125 = 250$ م

- وتكون حصة البنات من التركة بعد التخارج : ألف متر (1000م) لكل بنت

500م، أي: $8 \div 2 \times 125 = 500$ م

مثال 3: ماتت عن زوج، أم، عم شقيق، والتركة ستون (60) فدان ومنزل 1، فيكون الحل كالاتي:

قيمة السهم 20	بعد التخارج				
60	3	6			
-	-	3	2/1		زوج
40	2	2	3/1		أم
20	1	1	ع		عم شقيق

¹- هاني الطعيمات، المرجع السابق، 196.

هنا يكون للزوج النصف، وللأم الثلث، وللعلم الباقي، يكون أصل المسألة من ستة (6)، الزوج له منها ثلاثة (3) أسهم، وللأم سهمين (2)، للأخ الشقيق سهم واحد (1)، هنا إذا صالح الزوج باقي الورثة على أن يخرج بالمنزل، ويتنازل عن القطعة الأرضية، نقوم بطرح سهام الزوج من مجموع سهام باقي الورثة في قطعة الأرض فتكون كالتالي: ($3=3-6$) ويتم حذفها، ثم تقسم باقي التركة وهو ستون (60) فدان على مجموع سهام الباقيين الذي أصبح ثلاثة $(3)=1+2$.

فيكون مقدار السهم الواحد: ستون (60)، يقسم على ثلاثة، نحصل على عشرون (20) أي قيمة السهم الواحد عشرون (20) فدان.

-فنصيب الأم هو: اثنان (2) ضرب عشرون (20) نحصل على أربعون (40) فدان، أي: $20 \times 2 = 40$ فدان.

-ونصيب العم الشقيق هو: واحد (1) ضرب عشرون (20)، نحصل على عشرون (20) فدان، أي: $20 = 1 \times 20$ فدان.

جدر القول أنه لسلامة التوزيع يتم تبيان سهام كل وارث بما في ذلك سهام الوارث المتخارج لمعرفة سهام كل وارث سواء كانت المسألة عادلة أو عائلة أو رديه ثم نطرح سهام المتخارج من مجموع السهام ثم تقسم باقي التركة على مجموع سهام الباقيين، الذي أصبح أصل المسألة الجديد، والنتيجة هو مقدار السهم الواحد، ثم يضرب في عدد سهام كل وارث والنتيجة يكون هو نصيبه من التركة¹.

بمعنى أنه كما قلنا سابقاً يجب أن تبين سهام كل وارث حتى سهام الوارث المتخارج انه يمكن أن نفترض أن الزوج غير موجود في المثال أعلاه على أساس أنه تخارج عن نصيبه من التركة في مقابل المنزل، فلو قمنا في الأول أننا نفترض أن الزوج غير موجود، فتعطى للأم الثلث (3/1) والعم الشقيق نصيبه ما تبقى من التركة، ويكون أصل المسألة ثلاثة (3)، الأم

1- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص319.

تأخذ سهمين، والعم الشقيق يأخذ سهم واحد، و بالتالي يكون نصيب الأم من التركة هو عشرون (20) فداناً، ونصيب العم الشقيق أربعون (40) فداناً، هنا نلاحظ أنه تغير مقدار الأنصبة في افتراض عدم وجود الزوج أي لم نحسب نصيبه من البداية، وفي هذه الحالة يعتبر خطأ في التخارج فقد تغيرت أنصبة الورثة المتخارج لهم ، لذلك لا بد أن نأخذ بما نص عليه الفقهاء، و ذلك بأن نعتبر الزوج موجوداً حتى لو أنه تخارج عن نصيبه في مقابل المنزل، وذلك في البداية قبل تقسيم التركة، وبعدها، أي بعد إعطاء كل واحد سهمه، ثم تأتي مرحلة استبعاد الزوج من التركة، وتتم قسمة باقي التركة على باقي الورثة بنسبة سهام كل منهما من أصل المسألة.

المبحث الثاني: أثر التخارج في نقل الملكية وضماناته

نعالج في هذا المبحث الآثار التي ينتجها التخارج بعد إحدائه، حيث نجد أنها من أهمها هي نقل الملكية، هذا ما سندرسه في الطلب الأول في انتقال الملكية من عدم انتقالها بين المتخارجين، أما المطلب الثاني سننتقل إلى دراسة أحكام الضمانات في عقد التخارج، وذلك وفق ما نص عليه قانون المعاملات المدني الإماراتي كعينة، لتوسعه في هذا الموضوع من جهة، ومن جهة أخرى لأن المشرع الجزائري لم يتطرق لذلك ولا كتب فقهاء الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: أثر انتقال الملكية من عدمها بين المتخارجين

سننتقل في هذا المطلب بعد تقسيمه إلى فرعين : الفرع الأول دراسة انتقال نصيب المتخارج إلى المتخارج له، أما الفرع الثاني ندرس، حلول المتخارج له محل المتخارج في التركة.

الفرع الأول: انتقال نصيب المتخارج إلى المتخارج له

تنص المادة 595-1 من قانون المعاملات المدني الإماراتي على أنه "ينقل عقد المخارجة نصيب البائع في التركة إلى المشتري ويحل محل البائع في هذا النصيب"¹ ويترتب على ذلك ما يلي:

أولاً: أن ملكية الحصة الإرثية تنتقل فور التعاقد من البائع إلى المشتري، وذلك أن محل عقد التخارج يختلف عن العقود الأخرى في أن محله حصة إرثية بمعنى نسب أرقام، مثل 1/2 نصف ، 3/1 ثلث، أو 6/1 سدس، وغيرها وبالتالي تنتقل ملكية هذه الحصة من المتخارج

1- قانون المعاملات المدنية الإماراتي المادة 595 فقرة 1: نجد أنه استعمل كلمة -البائع - يعني أنه رجح أن تكون المخارجة بيعاً، مع العلم أنه لم يأخذ بهذا الوصف في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، وتحديد المادة 356 منه.

على المتخارج له، بغض النظر عن كيفية قسمتها بين المتخارج لهم لو أن التخارج كان لمصلحتهم جميعاً، سواء بعدد الرؤوس أو بحسب أنصبتهم في الميراث¹.

ثانياً: ويذهب رأي إلى وجوب أن يلتزم المتخارج بإتباع الإجراءات القانونية اللازمة لنقل ملكية موجدات الحصة²، 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 الشيوخ، فإن نقل الملكية سينصب على النسب (الأرقام) وبالتالي سيصدر القاضي المختص حجة التخارج بعد إصداره للقسام الشرعي: أي بعد توزيع حصص الورثة، وهذا الأمر سواء القسام أو حجة التخارج جميعها تجري على الحصاص، بمعنى أن كل الحصاص لم تتركز في شيء مادي بعد، كي نلزم المتخارج بإتباع إجراءات قانونية لنقل ملكية هذه الأشياء على المتخارج له، هذه الأشياء ستسجل مباشرة باسم المتخارج له، بالاعتماد على حجة التخارج أو الوثيقة التي تصدر من المحكمة المختصة، ولا تحتاج بعدها للمتخارج نهائياً حتى إذا كانت التركة مكونة من عقارات، فدائرة العقارات ستقوم بتسجيل العقار باسم الورثة لهم دون حاجة لحضور المتخارج، أي أن الحصة ستنتقل ملكيتها بمجرد التراضي وفقاً لقاعدة الرضائية في العقود، حيث أن محل التخارج كان حصة، وليس عقاراً وبالتالي انتقلت ملكيتها بمجرد التراضي وفقاً للقاعد العامة 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 يُشترط أو أنه غير موجود في عقد

1- د. عبد الخالق حسن أحمد، عقد البيع، ج3، منشورات أكاديمية شرطة دبي، 2008، ص291.

2- د. عدنان السرحان، شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدول الإمارات العربية مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض القوانين، دار وائل للنشر الأردن، 2005، ص148.

التخارج عليه¹، ومن هنا نستنتج بعض الاقتراحات لبعض المواد في قانون الأسرة الجزائري في الباب الثالث.

الفرع الثاني: حلول المتخارج له محل المتخارج في التركة

أولاً: ليحل المتخارج له محل المتخارج لابد من توفر عدت شروط

1 يلتزم المتخارج بتسليم الحصة المتخارج عليها إلى المتخارج له أو لهم بمجرد التراضي.

2 إذا كانت الحصة المتخارج عنها موجودة أصلاً تحت يد المتخارج له قبل التخارج فلا

حاجة لقبض جديد، سواء كانت يد المتخارج له أو لهم يد أمانة أو يد ضمان

أما الفرضية الثانية فهي أن التخارج بعد أن اختص كل شريك بجزء مفرز يوازي حصته، وُن كانت القسمة غير نهائية كما في المهياة المكانية وحتى الزمنية، أو كانت التركة مكون 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 تخارج أيضاً ويلزم المتخارج باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل الملكية إلى التخارج له، فإذا كانت أوال التركة منقولات اختلطت بأموال المتخارج وجب عليه إخراجها وفرزها لغرض تسليمها للمتخارج له أو لهم.

3 كما يترتب على ذلك أن المتخارج له أو لهم يصبحون دائنين في الديون التي هي

للتركة على غيرهم، ويجوز لهم مطالبة المدنين واتخاذ الإجراءات القانونية ضدهم²،

وكذلك نصت عليه المادة 540 من القانون المدني الأردني "ينقل عقد المخارجة حصة

البائع الإرثية إلى المشتري ويحل محل البائع في استحقاق نصيبه من التركة".

1- د. أحمد فراج حسين، و د. محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا، دار الأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، 2002، ص 232.

2- د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، مصدر سابق، ص 524. وينظر المادة 540 من القانون المدني الأردني .

4 - 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 آله بالمخارجة، وهذا تبين سليم للقاعدة أعلاه، فلو أن الحصص متمركزة في دار أو في شقة سكنية واتضح أن عليها ضرائب ورسوم للماء والكهرباء، فإن الذي يتحملها هو المتخارج له وذلك في حدود حصتين وليس حصة واحدة¹.

ثانياً: عدم تأثر بعض الحقوق بعقد التخارج

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

1 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 بها²، وكذلك نصت المادة 540 من القانون المدني الأردني "لا يشتمل عقد المخارجة كل ما يظهر للميت بعد العقد ولم يكن المتخارجان على علم به وقت العقد".

ولكن نجد أن عدم علم المتخارج يكفي للقول بعدم انتقال الحقوق منه إلى المتخارج له، وذلك أن هذا النص ورد بالأصل لحماية المتخارج وليس المتخارج له وبذلك تؤيد الرأي القائل بذلك، فحتى إن كان المتخارج له عالماً بهذه الأموال والمتخارج ليس عالم فلا تنتقل ملكيتها³، 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

1- د. عدنان السرحان، العقود المسماة، مصدر سابق، ص155.

2- ينظر المادة 2/595 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي تنص على: "ولم يكن المتخارجان على علم به وقت العقد"،

3- د. عدنان السرحان العقود المسماة، مرجع سابق، ص156.

الأموال، وانتقالها في حالة عدم علم المتخارج بها وإن كان المتخارج له ليس بعالم. أما القانون المدني العراقي فلم يرد بشأنه نص يعالج هذه المسألة.

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 مال وهو ما يقوم عليه رضاهما عند التخارج، فإذا ظهر بعد التخارج مال لم يكن داخلاً في تصور الطرفين أو على الأقل في 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 في التركة.

2- 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، وقيل التقسيم مبلغاً نقدياً لحاجته الشخصية ، ففي هذه الأحوال تكون التركة دائنة وهو مدين، فإذا تخارج هذا المدين لمصلحة المتخارج له، فإنه يجبر بعد الخارجة على التسديد، ولا تعفيه المخارجة من الديون التي عليه لمصلحة التركة ، على أن هذه القاعدة ليست آمرة، وبالتالي قد يتفق المتخارج مع المتخارج له على تحمل الأخير الديون التي بذمة التخارج للتركة¹، وهذا ما أخذ به قانون المعاملات المدنية الأردني، وهو ما ندعو المشرع الجزائري العمل به.

وينبغي عدم الخلط بين انقضاء بعض الديون التي هي على عاتق المتخارج بسبب اتحاد الذمة وعدم انقضائها بالتخارج، و لتوضيح الأمر أكثر نضرب المثال التالي:

1- د محمد يوسف الزعي، مصدر سابق ص529، والمادة 2/595 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 3/540، من القانون المدني الأردني، ود. عبد المنعم البدراوي، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة 1990، ط1، ص432.

لو أن أحد الأبناء اقترض ثلاثة آلاف ديناً من الأب ، ثم توفي الأب وكان له ثلاثة أبناء، بما فيهم المقترض، وتركته تتكون من موجودات 15 ألف دينار، ستكون حصة كل وارث 5 آلاف دينار مضاف إليها ألف دينار من الدين الذي هو على عاتق الابن المدين للتركة، أما البن المدين فستكون حصته 5 آلاف من التركة فقط لان الآف التي تنتقل إليه سقطت بسبب إتحاد الذمة المالية، فهذا الابن أصبح دائن ومدين في نفس الوقت، فلو اتفق هذا الابن مع شقيقه على التخارج فإن الأخ المتخارج له سيحصل على 5 آلاف من التركة، مضاف إلى حصته 2 آلاف دينار من الدين الذي هو في ذمة الأخ المتخارج، فالذي يسقط هو ما انقضى فقط باتحاد الذمة المالية أما التخارج فلا يؤثر على الحقوق التي للتركة عليه (على المدين)، فسوف يلزم المتخارج بدفع ألفي دينار إضافة على التخلي عن حصته من التركة، ولا يستطيع المطالبة بتحميل المتخارج له بها، أما الألف دينار حصته من الدين الذي عليه فقد سقط ولكن ليس بالتخارج، فالتخارج لا يؤثر فيها، وإنما سقطت بإتحاد الذمة.¹

3 الحقوق التي هي للمتخارج أو للمتخارجين على التركة:

هذه الفرضية على عكس الفرضية السابقة، فقد يكون المورث أصلاً مديناً لأحد الورثة أو أن أحد الورثة قام بإقراض التركة مبلغ من المال لحين إتمام إجراءات تحرير التركة، أو هو الذي سدد دين 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 الإدعاء 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.²

1- د. عبد الخالق حس ن، مصدر سابق، ص 292.

2- د. محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة، مصدر سابق، ص 530. و د. علي العبيدي، مصدر سابق، ص 182.

4 كل حق يثبت للوارث بصفته الشخصية وليس بصفته وارثاً:

فكل حق يثبت للوارث المتخارج بصفته الشخصية ومن خارج التركة دون أن يكون من مشتملاتها فلا يشملها التخارج، وهذا الحكم يسري سواء أثبت الحق للوارث المتخارج وبمناسبة تصرف قانوني أبرمه المورث ك مبلغ التأمين عندما يكون المستفيد أحد الأبناء الورثة¹، أو تصرف قانوني أبرمه الغير كوصية أو حق ثبت له من الغير، أو حق من القانون كمبالغ التعويضات المستحقة له من وفاة مورثه المتوفى بحادث عمل، فكل هذه الحقوق تؤول مباشرة إلى ذمة أحد الورثة فإذا تخارج هذا الوارث من التركة لمصلحة المخارج 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 وارثاً².

5 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 انصرفت نيته إلى تملكها، أما الحقوق الغير مالية فنفترض أن النية لم تنصرف إليها، وبالتالي تكون مستثناة من التخارج³، ولكن لا ننسى أن هذه الحقوق المعنوية إن صح التعبير هي ذات قيمة معنوية أيضاً بالنسبة للمتخارج له كونه أحد الورثة، وبالتالي قد يتفق الطرفان على دخولها في التخارج.

1- ينظر المادة 1055 من قانون المعاملات المدنية الأردني ينظر المادة، 1055، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

2- د. عدنان السرحان، العقود المسماة، مصدر سابق، ص157.

3- د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة، مصدر سابق، ص425.

المطلب الثاني: الضمانات في عقد التخارج

إن أحكام الضمانات في عقد التخارج تختلف على أحكام الضمانات في عقد البيع، ذلك أن أحكام ضمان العيوب الخفية وصمانا الاستحقاق قد 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 التركة أو أن التخارج جرى مع الاتفاق على كل التفاصيل لمشتملات التركة، وهذا ما سيتم تناوله في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: أحكام الضمانات فيما لو أن التخارج جرى دون تفصيل لمشتملات التركة

نصت المادة 596 من قانون المعاملات الإماراتي على أنه: "لا يضمن البائع للمشتري غير وجود التركة و ثبوت حصته فيها إذا جرى العقد دون تفصيل مشتملات التركة"¹، كما نصت المادة 541 من القانون المدني الأردني على أنه: "لا يضمن البائع للمشتري غير وجود التركة و ثبوت حصته الإرثية إذا جرى العقد دون تفصيل مشتملات التركة"²، أما المشرع العراقي فلم ينظم هذه المسألة على الرغم من خطورتها، لا في القانون المدني ولا في القانون العقاري، ولعله اكتفى في هذه المسألة بالقواعد العامة التي لا تكفي نهائياً للاعتماد عليها، ذلك لتغير الأحكام فيها.

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

1- قانون المعاملات الإماراتي

2- القانون المدني الأردني

1 عدم ضمان العيوب الخفية:

و يُعرّف العيب الخفي حسب الفقه الإسلامي بأنه: "كل ما يوجب نقصان الثمن نقصاً فاحشاً أو يسيراً".

كما يعرف "ما ينقص المبيع عن التجار وأرباب الخبرة"¹

ذلك أن المتخارج يجري على الحصة وهو شيء معنوي و ليس مادياً، وبالتالي فإن المتخارج لا يعرف بدقة على ماذا تتركز هذه الحصة أي على أي شيء مادي، 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 المغامرة². وعلى ذلك إذا كانت مكونات التركة سيارة مثلاً وتخرج منها أحد الوارثين لمصلحة الوارث الآخر، ثم تبين أن السيارة فيها عيب خفي فلا يستطيع المتخارج له الرجوع على المتخارج حتى إذا أثبت الخفاء والتقدم والتأثير في هذا العيب وهي شروط العيب الخفي، والسبب وفي ذلك هو أن التخارج قد جرى دون بيان لمشتملات التركة، وبالتالي كان المتخارج ليس ضامناً، وفي المحصلة أن المتخارج له سيتحمل ضمان العيب الخفي .

2 ضمان التعرض و الاستحقاق

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 المتخارج له من الرجوع على المتخارج بالضمان لا التعرض ولا الاستحقاق³ .

1- مجلة الأحكام العدلية، المادة 327.

2- د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة، مصدر سابق، ص 461.

3- د. محمد يوسف الزغي، العقود المسماة، المصدر السابق، ص 530.

أما إذا استحقت هذه المنقولات بسبب حق رتبة المتخارج على هذه المنقولات وبعد التخارج استحقت للغير بسبب المتخارج ففي هذه الحالة يضمنها المتخارج

3 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 عليها صراحة¹.

أما ما يضمنه المتخارج للمتخارج له في هذه الحالة فهو:

1-1 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، و الحالة 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 البنية وسوء النية للبائع².

1- د. عدنان السرحان، العقود المسماة، مرجع سابق، ص158.

2- المواد من 549 إلى 557 من القانون المدني العراقي وشرحها لدى د. جعفر الفضلي، المصدر السابق ص273،

فالتخارج ضامن لوجود التركة، لأن التخارج له ما كان ليبرم عقداً أو يدفع ثمناً أو مقابلاً في هذا العقد إلا بسبب حصوله على هذه الأموال، أي على حصة التخارج أو جزء منها، فإن لم تكن هذه التركة موجودة عاد عليه بالمبالغ التي دفعها مع التعويض إذا اقتضى الأمر¹

1-2 يضمن التخارج للتخارج له ثبوت حصته في التركة:

فإذا تخارجه 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 في الثمن، فإن التخارج يضمن للتخارج له الفرق مضاف إليه التعويض إن كان له مقتضى²، 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 التخارج يستطيع أن يعتمد على أحكام الغلط في الرجوع على التخارج 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 ملائمتاً وظروف الحال، كأن يكون البديل الذي قدمه التخارج له للتخارج زهيداً يناسب الثمن ولا يناسب الربع، وهذه المسائل يقدرها القاضي بالاستعانة بالخبراء³

الفرع الثاني: أحكام الضمان عند الاتفاق على التخارج مع تفصيل مشتملات التركة

إذا جرى التخارج ببيان مفردات التركة و مشتملاتها بالتفصيل، فإن الضمان يشمل كل التفاصيل التي تم ذكرها في التخارج، بمعنى أن الضمان سيعود ويشمل العيب الخفي لأي

1- في هذا المعنى ينظر ، د. عباس العبودي ، مصدر سابق، ص209.

2- محمد يوسف الزعي، العقود المسماة، المصدر السابق، ص531.

3- د حسن على الذنوب، ود. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، ج1، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع الأردن 2002، ص108.، وفي قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، المواد من 193 إلى 196 وشرحها لدى د. عبد الخالق حسن، الوجيز شرح قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ج1، ط1، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي ، 2008، ص126. وينظر المادة 122 من القانون المدني المصري، والمادة 153 من القانون المدني الأردني.

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 أن هذه الشروط المقترنة بالعقد ستكون صحيحة¹.

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

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

1- د. محمد الزعبي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص532. و د. بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009، ص309. و د. محمود عبد الله بنحيت و د. محمد عقلة العلي، الوسيط في فقه الموارث ط1، دار الثقافة، 2008، ص173.

خاتمة

خاتمة

على ضوء دراستنا لموضوع التخرج أو التنازل عن الحق في الميراث الذي يعتبر وسيلة ناجعة لتقسيم التركة بين الورثة بالتراضي والتقليل من النزاعات التي تحصل في تقسيم الإرث خاصة إذا كانت التركة مكونة من عقارات ومقولات ونقود .

وبعد التعريف بالتخرج و من حيث ذكر مشروعيته الشرعية والقانونية كأصل عام وتكليفه الفقهي والقانوني على اعتباره صلح أو بيع أو ما غير ذلك، وبعد ذكر الشروط العمدة والخاصة الواجب توفرها في محل عقد التخرج، ليتم بالصورة الصحيحة، وبعد التطرق إلى صور التخرج وأثره في نقل الملكية في الفصل الثاني، توصلنا إلى النتائج التي من خلالها نستطيع الإجابة على الإشكالات المطروحة التي تتمحور حول مقصود التخرج، وما مدى مشروعية التخرج، وكيفية تقسيمه، إذ أنه ومن خلال ما تضمنته هذه الدراسة توصلنا إلى أن التخرج هو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه من التركة بعوض معلوم، أي أن يتعاقد أحد الورثة أو بعضهم مع البعض الآخر على النزول عن نصيبه من الميراث مقابل شيء معلوم يأخذه، سواء كان هذا الشيء المعلوم من داخل التركة أو من خارجها، أما فيما يخص مدى شرعية التخرج، فهو جائز شرعاً على رأي أغلب الفقهاء مع مراعاة الشروط الواجب توافرها، وخاصة التقابض في المجلس لإبعاد الشبه عن الربا، أما عن كيفية قسمة التركة في حال التخرج فهي المذكورة بالتفصيل في المبحث الأول من الفصل الثاني، إذ انه نجد أنه من

الضروري أن يحسب المتخارج في القسمة الأولية ليتعين حقه ثم بعد ذلك يستطيع التخارج عن حقه كله أو جزءه.

إن استغلال التخارج في تقسيم التركة في الميراث يعد طريقة لتقليل عدد الورثة حيث يسهل تقسيم التركة، و لا يكون إلا باتفاق الورثة و بعد تحديد حق كل وارث، ونجد التخارج في المجتمع الجزائري إذا جرى يكون دون أي مقاييس، قد يكون صحيح مطابق لما يجب أن يكون، وقد يكون لا يمد بأية صلة للمنطق أو قواعد الشريعة الإسلامية، إذ نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى ذكر التخارج أو التنازل عن الحق في الميراث، ولا إلى طريقة قسمته ولا مشروعيته، في الباب الثالث من قانون الأسرة، عدى المادة 222 التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بالرغم من ذلك نجد اختلاف بين الفقهاء فهناك من اعتبرها بيع، وكنالك من اعتبرها صلح بين الورثة وهناك من ضمها في قائمة العقود فاعتبرها وصية وهناك من اعتبرها هبة لذا ارتأينا أن نقدم بعض الاقتراحات للمشرع عسى أن تنظم هذه العملية في حال ما إذا استلزم الأمر القيام بها

الاقتراحات:

-مراجعة قانون الأسرة الجزائري وإضافة فصل في الباب الثالث الخاص بالميراث يدرج فيه موضوع التخارج وموضوع المناسخات الذي لم نتطرق إليه في عملنا هذا لأنها من المواضيع المهمة.

من بين المواد التي نقترحها نذكر ما يلي:

-الوارث الخارج لابد أن يضل وضعه عند التقسيم قائماً كأنه لم يخرج

- يترتب على التخارج آثار وهي فرز حصة كل شريك منفصلة ومستقلة عن حصص الشركاء الآخرين في المال المقسوم.
- يجب أن يكون محل التخارج معيناً تعيناً نافياً للجهالة الفاحشة لعدم الوقوع في الغرر
- إذا كانت التركة مكونة من الذهب أو الفضة وتم التخارج على مقابل من نفس الجنس يتوجب أن يكون مساوياً له.
- إذا كانت التركة مكونة من عقارات وعروض وتم التخارج عنها فإن التخارج يكون صحيحاً حتى لو كان أكثر من جنس المتخارج عنها أو أقل أو مساوياً له.
- إذا كانت التركة من النقود والدراهم وغيرها وكان مقابل التخارج من غير العملة المكونة من التركة فإن التخارج صحيح، سواء كان قليلاً أو كثيراً
- في جميع الحالات السابقة يشترط أن يكون هناك تقابض في مجلس العقد.
- و من جهة إذا نظرنا إلى التخارج على أنه عقد فهو عقد ناقل للملكية ويدرج في الكتاب الرابع من قانون الأسرة في الفصل الرابع وتكون الأحكام الختامية في الفصل الخامس .
- لا يشمل التخارج كل مال يظهر للميت بعد التخارج، ولم يكن المتخارج على علم به وقت التخارج
- يبطل التخارج إذا كان للتركة ديون.

1. أحمد بن محمد علي الفيومي، المصباح النير، تحقيق يحي مراد مؤسسة المختار للنشر والتوزيع.
2. محمد بن أبي بكر الرازي، مُختار الصّاح، دار الجيل، دب، ط، دس.
3. لسان العرب، المجلد الرابع.
4. ، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج2.
5. المعجم الوسيط ج1.
6. هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، ط2007، 1.
7. الجرجاني، التعريفات.
8. ابن عابدين، رد المحتار ج2
9. محمد مصطفى شلبي، أحكام المواريث بين الفقه والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دس.
10. جامع المفصولين، ابن قاضي سماوه، المطبعة الأزهرية بمصر، ط1، 1300هـ
11. حاشية البناي على شرح الرزاقى علي خليل، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ط1307هـ
12. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان ج7، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1426هـ .
13. شمس الدين السر خسي ، كتاب المبسوط، المجلد10، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ-1993
14. د وهيبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ط3، دار الفكر، دمشق، 1996
15. نيل الأوطار ج5، 304-305، مزيل الملام من حكام الأنام، وتعليق المحقق عليه.ذ
16. الكردي ، أحمد ألحجيجي، الأحوال الشخصية ، فلسطين.
17. داود، أحمد محمد علي، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه والقانون، فلسطين.
18. الزيعلي، تبين الحقائق مع الحاشية، ج5.
19. مالك، المدونة الكبرى .
20. البيهقي، السنن الكبرى، ج6.

21. الشافعي، الأم، ج3.
22. ابن قدامه، المغني والشرح الكبير، ج5.
23. الشافعي، الأم، ج3، ص221- البيهقي، السنن الكبرى، ج6.
24. أحمد فراج حسين، قسمة الأملاك المشتركة، ص211، مجلة النجاح للأبحاث، العلوم الإنسانية، مجلد24(1)، 2010.
25. قانون الأسرة الجزائري المادة 222.
26. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة لعليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2009.
27. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام المواريث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط2006، 1.
28. الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويت، ج18، ط2، 1988.
29. في معرفة المقايضة ينظر الدكتور، عدنان السرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط2.
30. مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 26 العدد49 صفر 1433هـ، 2012م.
31. المادة 506 من القانون المدني العراقي.
32. المادة489 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة1985.
33. في أحوال التخارج وشرط صحته ينظر الدكتور أحمد فراج حسين، و الدكتور محمد كمال الدين، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 26 العدد49 صفر 1433هـ، 2012م.
34. د، محمد جبر الألفي و د، محمد عبد المنعم الحبشي، فقه المواريث، ط1، مطبوعات جامعة الإمارات 2000.
35. مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية، السنة26، العدد49، صفر1433هـ- يناير 2012.
36. د، و د كمال حمدي المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998.

37. د علي هادي العبيدي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص183، هامش رقم2، د عبد الحميد الشواربي، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، بدون مكان الطبع،1990.
38. د مفتاح عبد القادر بوحوية المسامري، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة عمر المختار، ليبيا،2006.
39. د عبد الرزاق حسين، النظرية العامة للالتزامات وفقا لأحكام المعاملات المدنية الإماراتي.
40. قانون المعاملات المدنية الإماراتي المادة595 فقرة1
41. . عبد الخالق حسن أحمد، عقد البيع، ج3، منشورات أكاديمية شرطة دبي، 2008.
42. عدنان السرحان، شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدول الإمارات العربية مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض القوانين، دار وائل للنشر الأردن،2005.
43. د. أحمد فراج حسين، و د.محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا، دار الأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي،2002.
44. ود. عبد المنعم البدراوي، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة 1990، ط1.
45. قانون المعاملات الإماراتي.
46. لقانون المدني الأردني.
47. د حسن علي الذنوب، ود.محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، ج1، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع الأردن 2002.
48. نصوص قانون المواريث المصري في الباب الثامن، القسم الخامس المادة 48.
49. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر،دون طبعة، 2007.
50. محمد سمارة، أحكام التركات في الأموال والأراضي، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2002.
51. عبد العظيم شرف الدين، أحكام الميراث و الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، ط1، 2002.

52. محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه المواريث، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط3، 2010.
53. منصور كافي، علم الفرائص (المواريث) في الشريعة والقانون ملحق قانون الأسرة المعدل والمتمم، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، دون سنة.
54. حمد صبحي نجم، محاضرات في المواريث والتركات والوصايا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، 1996.

الصفحة	المحتويات
4-2	مقدمة
الفصل الأول: أحكام التخارج	
5	المبحث الأول: مفهوم التخارج
5	المطلب الأول: تعريف التخارج ومشروعيته
6	الفرع الأول: تعريف التخارج
8	الفرع الثاني: مشروعية التخارج
10	المطلب الثاني: التكيف الفقهي والقانوني للتخارج
10	الفرع الأول: التكيف الفقهي للتخارج
15	الفرع الثاني: التكيف القانوني للتخارج
25	المبحث الثاني: شروط عقد التخارج
25	المطلب الأول: الشروط العامة لمحل عقد التخارج
26	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالحصّة المتخارج عنها
34	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالقابل
36	المطلب الثاني: الشروط الخاصة لمحل عقد التخارج
37	أولاً: إذا كانت التركة ذهباً أو فضة
42	ثانياً: إذا كانت التركة من العقارات والعروض
43	ثالثاً: إذا كانت التركة من النقود والدراهم والدنانير وغيرها
43	إذا كانت أعيان التركة مجهولة و التخارج على المكيل والموزون أو غير المكيل والموزون
45	خامساً: التقابض في المجلس
الفصل الثاني: صور التخارج وأثره في نقل الملكية	
48	المبحث الأول: صور التخارج
48	المطلب الأول: صور التخارج حسب الذاهب الأربعة
48	الفرع الأول: صور التخارج عند الحنفية والمالكية

54	الفرع الثاني: صور التخارج عند الشافعية و الحنابلة
56	المطلب الثاني: كيفية تقسيم التركة بعد التخارج
57	الفرع الأول: طريقة تقسيم الإرث في الصورة الأولى للتخارج
67	الفرع الثاني: طريقة تقسيم الإرث في الصورة الثانية للتخارج
73	الفرع الثالث: طريقة تقسيم الإرث في الصورة الثالثة للتخارج
78	المبحث الثاني: أثر التخارج في نقل الملكية
78	المطلب الأول: أثر انتقال الملكية من عدمها بين المتخارجين
78	الفرع الأول: انتقال نصيب المتخارج إلى المتخارج له
80	الفرع الثاني: حلول المتخارج له محل المتخارج في التركة
85	المطلب الثاني: الضمانات في عقد التخارج
86	الفرع الأول: أحكام الضمانات فيما أن التخارج جرى دون تفصيل لمشمات التركة
90	الفرع الثاني: أحكام الضمان عند الاتفاق على التخارج مع تفصيل لمشمات التركة
92	الخاتمة
95	قائمة المراجع
98	فهرس

المراجع

الصفحة	المحتويات
5-2	مقدمة
الفصل الأول: أحكام التخارج	
7	تمهيد
8	المبحث الأول: مفهوم التخارج
8	المطلب الأول: تعريف التخارج ومشروعيته
8	الفرع الأول: تعريف التخارج
11	الفرع الثاني: مشروعية التخارج
12	المطلب الثاني: التكيف الفقهي والقانوني للتخارج
12	الفرع الأول: التكيف الفقهي للتخارج
16	الفرع الثاني: التكيف القانوني للتخارج
23	المبحث الثاني: شروط عقد التخارج
12	المطلب الأول: الشروط العامة لمحل عقد التخارج
26	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالحصة المتخارج عنها
31	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمقابل
32	المطلب الثاني: الشروط الخاصة لمحل عقد التخارج
33	أولاً: إذا كانت التركة ذهباً أو فضة
37	ثانياً: إذا كانت التركة من العقارات والعروض
38	ثالثاً: إذا كانت التركة من النقود والدراهم والدنانير وغيرها
38	رابعاً: إذا كانت أعيان التركة مجهولة و التخارج على المكيل والموزون أو غير مكيل وموزون
39	خامساً: التقابض في المجلس
الفصل الثاني: صور التخارج وأثره في نقل الملكية	
42	تمهيد

43	المبحث الأول: صور التخارج
43	المطلب الأول: صور التخارج حسب الذاهب الأربعة
43	الفرع الأول: صور التخارج عند الحنفية والمالكية
48	الفرع الثاني: صور التخارج عند الشافعية و الحنابلة
49	المطلب الثاني: كيفية تقسيم التركة بعد التخارج
50	الفرع الأول: طريقة تقسيم الإرث في الصورة الأولى للتخارج
59	الفرع الثاني: طريقة تقسيم الإرث في الصورة الثانية للتخارج
64	الفرع الثالث: طريقة تقسيم الإرث في الصورة الثالثة للتخارج
70	المبحث الثاني: أثر التخارج في نقل الملكية و ضماناته
70	المطلب الأول: أثر انتقال الملكية من عدمها بين المتخارجين
70	الفرع الأول: انتقال نصيب المتخارج إلى المتخارج له
72	الفرع الثاني: حلول المتخارج له محل المتخارج في التركة
77	المطلب الثاني: الضمانات في عقد التخارج
77	الفرع الأول: أحكام الضمانات فيما أن التخارج جرى دون تفصيل لمشتملات التركة
80	الفرع الثاني: أحكام الضمان عند الاتفاق على التخارج مع تفصيل لمشتملات التركة
83	الخاتمة
87	قائمة المراجع
92	فهرس

الفهرس

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم

صحيح بخاري

الكتب العامة والمتخصصة

1. أحمد بن محمد علي الفيومي، المصباح النير، تحقيق يحي مراد مؤسسة المختار للنشر والتوزيع.
2. محمد بن أبي بكر الرازي، مُختار الصّاح، دار الجيل، دب، ط، دس ن.
3. لسان العرب، المجلد الرابع، دون بلد الطبع، دون سنة النشر.
4. ، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج2، دون بلد الطبع، دون سنة النشر.
5. المعجم الوسيط ج1، دون بلد الطبع، دون سنة النشر.
6. هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، ط2007، 1.
7. الجرجاني، التعريفات، دون بلد الطبع، دون سنة النشر.
8. ابن عابدين، رد المحتار ج2، دون بلد الطبع، دون سنة النشر.
9. محمد مصطفى شلبي، أحكام المواريث بين الفقه والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دس.
10. جامع المفصولين، ابن قاضي سماوه، المطبعة الأزهرية بمصر، ط1، 1300هـ.
11. حاشية البناي على شرح الرزاقى علي خليل، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ط1307هـ.
12. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان ج7، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1426هـ .
13. شمس الدين السر خسي ، كتاب المبسوط، المجلد10، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ-1993.

14. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ط3، دار الفكر، دمشق، 1996.
15. نيل الأوطار ج5، 304-305، مزيل الملام من حكام الأنام، وتعليق المحقق عليه.
16. الكردي، أحمد الحجيجي، الأحوال الشخصية، فلسطين، دون سنة النشر.
17. داود، أحمد محمد علي، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه والقانون، فلسطين.
18. الزيعلي، تبيين الحقائق مع الحاشية، ج5، دون بلد الطبع، دون سنة النشر.
19. مالك، المدونة الكبرى، دون بلد الطبع، دون سنة النشر.
20. البيهقي، السنن الكبرى، ج6، دون بلد الطبع، دون سنة النشر.
21. الشافعي، الأم، ج3، دون بلد الطبع، دون سنة النشر.
22. ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج5 دون بلد الطبع، دون سنة النشر.
23. الشافعي، الأم، ج3- البيهقي، السنن الكبرى، ج6، دون بلد الطبع، دون سنة النشر.
24. أحمد فراج حسين، قسمة الأملاك المشتركة، ص211، مجلة النجاح للأبحاث، العلوم الإنسانية، مجلد24(1)، 2010.
25. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة لعليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2009.
26. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام المواريث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط2006، 1.
27. الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويت، ج18، ط2، 1988.
28. في معرفة المقايضة ينظر الدكتور، عدنان السرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط2.
29. أحمد فراج حسين، ومحمد كمال الدين، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 26 العدد 49 صفر 1433هـ، 2012م.
30. محمد جبر الألفي و د، محمد عبد المنعم الحبشي، فقه المواريث، ط1، مطبوعات جامعة الإمارات 2000.
31. كمال حمدي المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998.

32. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص183، هامش رقم2، عبد الحميد الشواربي، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، بدون مكان الطبع،1990.
33. مفتاح عبد القادر بوحوية المسماي، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة عمر المختار، ليبيا،2006.
34. عبد الرزاق حسين، النظرية العامة للالتزامات وفقا لأحكام المعاملات المدنية الإماراتي،دون سنة النشر، دون بلد الطبع.
35. عبد الخالق حسن أحمد، عقد البيع، ج3، منشورات أكاديمية شرطة دبي، 2008.
36. عدنان السرحان، شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدول الإمارات العربية مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض القوانين، دار وائل للنشر الأردن،2005.
37. د. أحمد فراج حسين، و د.محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا، دار الأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي،2002.
38. عبد المنعم البدراوي، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة 1990، ط1.
39. حسن على الذنوب، ود.محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، ج1، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع الأردن 2002.
40. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر،دون طبعة، 2007.
41. محمد سمارة، أحكام التركات في الأموال والأراضي، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2002.
42. عبد العظيم شرف الدين، أحكام الميراث و الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، ط1، 2002.
43. محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه المواريث، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط3، 2010.
44. منصور كافي، علم الفرائص (المواريث) في الشريعة والقانون ملحق قانون الأسرة المعدل والمتمم، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر،دون طبعة،دون سنة.

45. أحمد صبحي نجم، محاضرات في المواريث والتركات والوصايا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، 1996.

القوانين

01. قانون المعاملات المدنية الإماراتي المادة 595 فقرة 1 والمادة 985 فقرة 1
02. نصوص قانون المواريث المصري في الباب الثامن، القسم الخامس المادة 48
03. قانون الأسرة الجزائري المادة 222، 2005.

المجلات

01. مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 26 العدد 49، صفر 1433هـ، 2012م

الملخص

يعد التخارج من المواضيع المهمة جداً في مجال الميراث والتي لم تتل حضاها من البحث القانوني في نطاق قانون الأسرة باعتباره جزء من الميراث، ولا في نطاق القانون المدني إذ أنه يعد عقد من العقود الناقاة للملكية.

- وأنه يختلف عن بيع التركة في أن التخارج يكون بين الورثة حصراً، أما بيع التركة يكون بين أجنبي وأحد الورثة.

- وان التخارج يكون لقاء عوض فإن كان بدون عوض فإنه لا يسمى تخارج وإنما هو هبة لهذه الحصة.

- ويجب أن يكون التسليم و التقابض في مجلس العقد حتى نبرا من الربا.

- طبيعة التخارج قد تكون بيع أو قسمة للمال الشائع، فإذا كان البديل الذي سيقبضه المتخارج من غير التركة فهو بيع أما إن كان من التركة فهو قسمة.

- ويكون التخارج صرفاً إذا كان البديل الذي سيقبضه المتخارج نقداً ومكونة

التركة هي أيضاً نقد وهنا يشترط القبض في مجلس العقد ويجب أن يكون

النقدان من جنسين مختلفين، أما إن كانا ن جنس واحد فينبغي الحذر من

مسألة الربا

- وأن أحكام الضمان من العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق، تكون

معطلة إذا جرى التخارج دون تفصيل لمشماتل التركة، وتفعل هذه الضمانات

من جديد، إذا جرت المخارجة مع تفصيل لمشماتل التركة، وتفعل هذه

الضمانات من جديد، إذا جرت المخارجة مع تفصيل لمشماتل التركة، وإذا

جرت الخارجة بعبارات عامة، فإن المخارجة تفسر على أنها جرت دون تفصيل

لمشتملات الشركة، وبالتالي يكون المتخارج غير مسؤول عن هذه الضمانات،
وهنا تكمن خطورة الوضع.

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