عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

التنظيم القانوني لعقد التخارج في فلسطين

محمد محمود طه بريوش

رسالة ماجستير

القدس – فلسطين

1442 هـ - 2021 م

التنظيم القانوني لعقد التخارج في فلسطين

إعداد

محمد محمود طه بريوش

بكالوريوس قانون / جامعة القدس /فلسطين

المشرف: د. ياسر زبيدات

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة القدس – فلسطين

1442 هـ - 2021 م

جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

إجازة الرسالة

التنظيم القانوني لعقد التخارج في فلسطين

الاسم: محمد محمود طه بريوش

الرقم الجامعي: 21612433

المشرف: د. ياسر زبيدات

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ: 27/ 5/2021 وأجيزت من لجنة المناقشة المكونة من التالية أسماؤهم وتواقيعهم:

1- د. ياسر زبيدات : رئيس لجنة المناقشة التوقيع.....

2- د.محمد خلف : ممتحناً داخلياً التوقيع.....

3- د . اشرف ملحم : ممتحناً خارجياً التوقيع.....

القدس – فلسطين

1442 هـ / 2021 م

الإهداء

الى أمي الحنون ,اطال الله في عمرك, واسدل عليك ثوب العافية , وبقيتي تاجا على رأسي , أنتي من تعبتي , وربيتي , اللهم احفظ امي من كل سوء.

إلى روح والدي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته وجعل الله قبره روضه من رياض الجنة, ابي الحبيب كم اشتاق اليك , كم افتقدك , تمنيت ان تكون موجودا بيننا وانا اناقش هذه الأطروحه , لكي افتخر بك ابي, انت سبب وجودي على هذه الدنيا , ربيتني وعلمتني , و كنت عونا وسندا لي في كل موقف رحمة الله عليك يا ابي.

الى توأم روحي, زوجتي الغالية, رفيقة دربي,المخلصة, الوفية,أروى لا أجد كلمات أستطيع ان أجزيك حقك فيها .

إلى أبنائي ميرا البراء سيدرا إلياس ماسه محمود انتم اغلى من حبات العيون .

إلى العم رزق محمد محمد بريوش (أبو محمد) من كان لي ابا بعد ابي.

الى العم علي أحمد عامر بريوش (أبو ايمن بريوش) من كان لي سندا بعد ابي .

الى طلبة العلم بدون استثناء.

إقرار

أقر أنا مقدم الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة وأي جزء منها لم يقدم لنيل أي درجة عليا لأي جامعة أو معهد.

التوقيع: .....

الاسم الكامل : محمد محمود طه بريوش

التاريخ : 2021/5/27

الشكر والتقدير

أتقدم باسمى ايات الشكر والتقدير الى كل من ساعدني وكان لي عوننا في اعداد هذا البحث، واخص بالذكر الدكتور ياسر زبيدات، لما قدمه لي من نصح وارشاد طوال فترة اعدادي لهذا البحث , فكان خير ناصح , موجها لي بصدق وامانه واخلاص , فكان انسانا بكل معنى الكلمه , فتقف الكلمات عاجزة عن شكره , فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما اتقدم بجزل الشكر وعظيم الامتنان لاعضاء لجنه مناقشه اطروحتي هذه , الدكتور محمد خلف , والدكتور اشرف ملحم , على اسلوبهما الرائع في المناقشه , فشرفت بان اقف امام هامات علميه , وقامات وطنيه , اصحاب الباع الطويل في تخريج اجيال من القانونيين في الجامعات الفلسطينيه , فكل الشكر لكم , وكل الاحترام والتقدير.

كما اتقدم بالشكر الى أعضاء الهيئة التدريسية في جامعتي , جامعة القدس ، لكل ما قدموه لي من علم ومعرفه، طوال فتره دراستي الجامعية سواء في مرحله البكالوريوس او الماجستير.

شكرا لجميع من يقرأ بحثي هذا.

الملخص

عقد التخارج من المواضيع التي لم تنل حظها من البحث العلمي القانوني، وهو عقد مدني بامتياز، فهو عقد يتصالح فيه الورثة على اخراج بعضهم من التركة مقابل بدل معلوم سواء اكان من التركة، اومن مال المتخارج الخاص .

وعقد التخارج كغيره من العقود الناقلة للملكية، بصفته عقد بيع وارث لوارث، فلا بد من محل موجود ومشروع، وقابل للتعامل فيه، ولا بد له من سبب مشروع، وان يكون العقد قائم على تراضي، ولعقد التخارج شروط خاصه، بصفته عقد خاص بين ورثه، وانحصار محله على حصه الوارث في تركه المورث، وان يكون التصرف بعد الوفاة.

وقد تناولت الدراسة لمفهوم التخارج وتعريفه ومشروعيته وتكيفيه القانوني، كذلك اركانه وشروطه وشروطه الخاصه، وتناولت صوره واحواله، ومراتب عقد التخارج من حيث الصحة والفساد والبطلان، وتناول الباحث اثار العقد وانحلاله وانقضائه والاجراءات القضائية المتعلقة بعقد التخاراج.

يهدف الباحث بالدرجه الاولى الى ابراز خصوصية المحل في عقد التخارج والى مناقشة و تحليل النصوص القانونية المنظمه للموضوع في القوانين المقارنه مع تلك الاحكام التي ارساها الفقه الاسلامي حوله يهدف الوصول الى اقتراح نظام قانوني يعالج احكامه في القانون المدني الفلسطيني، لا سيما خلو مجله الاحكام العدليه من نصوص صريحه تعالج الموضوع، ولقد اعتمدت في هذه الدراسه على على بعض النظم القانونيه المقارنه مثل القانون المدني الاردني والسوري والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني مه قواعد الفه الاسلامي، للتوصل من خلالها الى اظهار القواعد الخاصه بهذا العقد وايضا اقتضي التعرف على اصول عقد التخارج الرجوع الى الفقه الاسلامي للاستفادة من فهم تنظيم هذا العقد بوصفه المصدر الاساسي التاصيلي لهذا العقد .

Legal regulation of the exit contract in Palestine

Prepared by: Mohammad Mahmoud Brawish

Supervisor: Dr. Yasser Zebidat

Abstract:

The exit contract is one of the positions that have not been affected by legal scientific research, and it is a civil contract par excellence, it is a contract in which the heirs reconcile to remove some of them from the inheritance in exchange for a known fee, whether it is from the estate, or from the money of the private exited.

The exit contract is like other contracts transferring ownership, as it is a sale contract and an heir to an heir, so there must be an existing and legitimate place that is capable of dealing in it, and he must have a legitimate reason, and that the contract is based on mutual consent, and the exit contract has special conditions, as a special contract between his heirs, And his place is limited to the inheritor's share of the inheritor's inheritance, and that the disposition takes place after death.

The study dealt with the concept of exit, its definition, legality and legal adaptation, as well as its elements, conditions and special conditions, and its forms and conditions, and the ranks of the exit contract in terms of health, corruption and nullity, and the researcher dealt with the effects of the contract, its dissolution, termination, and judicial procedures related to the exit contract.

The researcher aims in the first place to highlight the specificity of the shop in the exit contract and to discuss and analyze the legal texts regulating the subject in the laws in comparison with those provisions established by Islamic jurisprudence around it. Explicit texts dealing with the subject, and I have relied in this study on some comparative legal systems, such as the Jordanian, Syrian and Egyptian civil law and the Palestinian civil law project with the rules of Islamic understanding, in order to reach through it to show the rules for this contract and also requires identifying the principles of the exit contract, referring to the jurisprudence The Islamic Bank is to benefit from the understanding of the organization of this contract as the main original source of this contract.

المقدمة:

عقد التخارج من العقود التي تنظم جانبا من جوانب النشاط الانساني , ويعد عقد التخارج من العقود الناقلة للملكية في فلسطين فيما بين الورثه , وهو ايضا من المواضيع التي لم تنل حظها من البحث القانوني ضمن القانون المدني , لا بل ركزت جل الدراسات حول عقد التخارج ضمن الدراسات الشرعيه في الاحوال الشرعية , لذلك اثر الباحث على اختيار هذا الموضوع و معالجته من ناحيه القانون المدني , اذ لا يخفى على احد ان هذا العقد يعد اولا من العقود الناقله للملكيه , لذلك وجب دراسته من هذه الناحية , وهي التركيز على العقد من حيث اركانه وشروطه , اهم احكامه التي يتميز فيها عن بقيه العقود الناقله للملكيه و وقد كانت الدراسة مقارنه بين القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني بقواعد الفقه الاسلامي المصدر والمنبع لهذا العقد الخاص.

ويهدف الباحث في هذا البحث لابراز خصوصية المحل في عقد التخارج والمحل في عقد التخارج له وجهان فهو يمثل بحصه المتخارج من جهة وبالمقابل الذي يدفعه المتخارج له من جهة اخرى , فبالاضافه للشروط العامه التي يجب توافرها في المحل , فيجب توافر شروط خاصه في محل عقد التخارج , لم توضحا القاوانين المدنيه بل قواعد الفقه الاسلامي من وضحها واعتنى بها , فسنبين في هذا البحث شروط محل التخارج التي اتفق فقها المسلمون عليها , فقد بينا شروط المحل في عقد التخارج الخاصه بمحل عقد التخارج من جانب الحصص , وشروط المحل من جانب البدل , كذلك مع توضيح اركان عقد التخارج الاخرى , ركن الرضا , والسبب , وذلك لتكوين شخصيه وهويه لهذا العقد الذي عانى من الاهمال من جانب الباحث القانوني و وفي ذات الوقت التركيز على الخصوصيه لهذا العقد و وعلى شروطه الخاصه , وصفاته , والنتائج المترتبه عليه.

وعقد التخارج كجزء من علم المواريث وعلم الفرائض في الاسلام , الا انه عقد مدني بامتياز بغض النظر عن منبع هذا العقد , فكغيره من العقود الناقله للملكيه التي عني بها الفقه الاسلامي تنظيما وتهذيبا, والتخارج بين الوارث و الوارث باب من ابواب علم الفرائض المهمه , يكتسب اهميته من علم الفرائض, بالاضافه الى كونه من اهم المسائل التي يحتاجها الورثه للتوفيق فيما بينهم, فقد يحتاجه بعض الورثه لاخراج بعضهم من التركه سيما من كان بعيدا عنهم , وعلى الرغم من اهتمام العلماء بالفرائض , وكثرة التأليف فيها قديما وحديثا , الا ان موضوع التخارج بين الورثه من الموضوعات التي

نادرا ما يتكلون فيها , فمن المحهم بيان صور التخارج و احواله وطريقه تقسيم التركه بعد التخارج , وحلول المتخارج له محل المتخارج بقدرسهام المتخارج في التركه.

اهمية الدراسة:

اولا: الأهمية العلمية-:

الغموض واللبس الذي يكتنف هذا العقد بسبب قله الابحاث القانونيه , وفي ذات الوقت صعوبه تحديد القواعد القانونيه الواجبه التطبيق حتى تاريخ اعداد هذا البحث , فلم يعالج أي نص قانوني موضوع التخارج بشكل مباشر في النظام القانوني الفلسطيني , فلا زال العمل بمجله الاحكام العدليه على انها القانون المدني في فلسطين , والخلط باختصاص القانون المدني ام قانون الاحوال الشخصية بعقد التخارج من حيث التنظيم و والنزاع حوله

ثانيا: الأهمية العملية:

تبرز اهميه عقد التخارج ودوره في انهاء كثير من المشكلات المتعلقه بالمال الموروث , و وارتباطه بالحياه العمليه للانسان , فهو وسيله للصلح ورفع النزاع بين الورثه, كذلك لما له من اهميه اقتصاديه من حفظ الثروة من التبديد , وحركه لرأس المال.

وفي ذات الوقت وبسبب كثرة النزاعات , بخصوص عقد التخارج في المحاكم المختصه في فلسطين , وقله الابحاث العلميه القانونيه حوله في فلسطين.

اشكالية الدراسة :

صعوبه التكيف القانوني والفقهي السليم لعقد التخارج , في ظل غياب النص القانوني الناظم لهذا العقد في فلسطين اسوة بباقي العقود الناقله للملكيه و لما له من خصوصيه خاصه بين هذه العقود.

اهداف الدراسة:

يهدف هذا البحث بالدرجه الى ابراز خصوصية المحل في عقد التخارج , والى مناقشة وتحليل النصوص القانونية المنظمه للموضوع في القوانين المقارنه مع تلك الاحكام التي ارساها الفقه الاسلامي حوله يهدف الوصول الى اقتراح نظام قانوني يعالج احكامه في القانون المدني الفلسطيني,

وقد اقتصر مشروع القانون المدني الفلسطيني على ذكر بعض المواد القليله والتي لم تعالج موضوع التخارج من كافه جوانبه.

ومن المسلمات بانه لا يوجد عقود شرعيه في الفقه الاسلامي , فالاسلام مدني بامتياز فكل العقود المدنيه والتي تناولها الفقه الاسلامي هي عقود مدنيه , الا ان احد اهداف هذه الدراسه ازاله اللبس والغموض حول الشائع بان عقد التخارج عقد شرعي وهذا غير صحيح , وان كانت بعض قواعد الفقه الاسلامي قد عالجت بعض العقود من ناحيه شرعيه , من باب الحلال والحرام , مثل عقد القرض المشوب بالربا , فالقرض حلال الا انه يصبح حراما اذا اقترن بالربا , فالربا بحد ذاته ليس عقدا , وانما شرط مقترن بعقد القرض.

سبب اختيار الدراسة:

سبب اختيار الباحث لهذا البحث هو قله وندرة الابحاث القانونيه التي تناولت عقد التخارج بطريقه قانونيه بصفته عقدا منبثقا من علم الفرائض في الشريعه الاسلامية , ولكثرة شيوع استخدامه في المجتمع الفلسطيني , وبسبب اللبس والغموض الذي يكتنفه.

منهج الدراسة:

اعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي المقارن , من خلال ابراز القواعد الناظمه للموضوع واساسها التشريعي بالرجوع الى الفقه الاسلامي . وتحليل القواعد الناظمه لعقد التخارج مع بعضها , للتوصل من خلالها الى قواعد خاصه بهذا العقد والتعرف على اصول هذا العقد في الفقه الاسلامي وفقا للراجح من المذهب الحنفي , بوصفه المصدر الفقي المعتمد في فلسطين والناظم لهذا العقد.

صعوبه الدراسة:

لقد واجهتني العديد من الصعوبات خلال هذه الدراسة لعدة اسباب-:

1- قله المراجع القانونية بموضوع عقد التخارج.
2- عدم وجود نصوص خاصه بموضوع التخارج في القوانين السارية في فلسطين باستثناء اعطاء الاختصاص للمحاكم الشرعية بتنظيم عقد التخارج.

3- اللبس والغموض في تكييف عقد التخارج وتصنيفه، وصعوبة التعامل مع نزاعات المتعلقة بعقد التخارج في فلسطين وانعدام المصادر والابحاث بهذا الخصوص.

4- ان الرجوع الى كتب الفقه الاسلامي والتي تطرقت لموضوع التخارج مرهق وشاق ويأخذ وقت كبير جدا، وفيه من التكرار وعدم الوضوح، وذلك بسبب قله المراجع القانونية في هذا الموضوع لا بل وندرتها.

5- عدم فهم الاشارة المقتضبة لكتب العقود المسماة في القانون المدني لعقد التخارج في صفحه او صفحتين بشكل عام.

الدراسات السابقة:

اغلب الدراسات السابقة تناولت موضوع عقد التخارج باعتباره جزء من نظام المواريث في الاسلام وباعتباره تصالح بين ورثه، وبين الالفاظ ذات الصلة بموضوع التخارج مثل البيع والقسمة والتبرع، مع الإشارة الى الاحكام الفقهية في باب الصلح والبيع والقسمة والتبرع، ومعظم لا بل جل هذه الابحاث اصلا معنونه في باب المواريث، ويأتي التخارج في احد موضوعات هذه الابحاث او الكتب، وقد لاحظت من خلال دراستي لهذا الموضوع، بان من النادر التطرق في موضوع عقد التخارج للطبيعة القانونية، وماهيه عقد التخارج بصفته عقد مدني، خاضع للمبادئ العامة لعقد البيع، فقد جاءت هذه الدراسات بموضوع التخارج باعتباره من علم الفرائض في الاسلام ومكانته واهميته باعتباره جزء من علوم الفقه الاسلامي، اقتصرت هذه الدراسات على مفهوم التخارج ومشروعيته وصوره واحواله ووذكر بعض المسائل العملية فقط، ولم يأخذ موضوع التخارج المساحة التي يستحقها من الجانب القانوني والميداني والقضائي، ونذكر بعض الدراسات السابقة على سبيل المثال لا الحصر وهي على النحو التالي -:

1- دراسة للباحث ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، موضوعها، التخارج بين الورثة احكامه وصوره في الفقه الاسلامي، مجلة جامعة ام القرى 5 45 ذو القعدة 1429 , وقد تناول تعريف التخارج وبيان الالفاظ ذات الصلة به وتكيف التخارج وبيان احكامه وشروط صحته واثر الدين على عقد التخارج، وصوره.

2- دراسة للباحث مروان القدومي، موضوعها والصلح بطريق التخارج في الميراث، في مجله النجاح للابحاث (العلوم الاسلامية) مجله 24(1) لسنه 2010 , وتناول فيها مفهوم الصلح والتخارج ومشروعيته وصحه التخارج وطريقه تقسيم التركه، ونقض التخارج,

3- دراسة للدكتور صالح احمد اللهيبي، موضوعها عقد التخارج، منشورات جامعة الشارقه , الامارات العربيه المتحدة , 26 سنه 2012 , وقد تناول عقد التخارج على شكل دراسة قانونيه مقارنه في اطار القانون المدني العراقي وقانون المعاملات المدنية الاماراتي، وتناول فيه عقد التخارج الماهية والاحكام والضمان .

4- دراسة رساله ماجستير للطالبة رقيقه شهرزاد أطروحة لنيل شهادة الماجستير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة الجزائر, وقد تناولت الباحثة، ماهيه التخارج ومفهومه وتعريفه، والتكييف الشرعي والقانوني لعقد التخارج ووكذلك شروط صحته وطرق حل مسال التخارج.

5- أطروحة دكتورة، موضوعها عقد التخارج، للدكتور محمد خير ابراهيم وفي جامعة العلوم الاسلامية العالمية، المملكه العربيه السعودية , وقد تناول فيها معنى عقد التخارج وتكيفه ووالالفاظ ذات الصلة به ومشروعيته، كذلك اركانه وشروطه، وصوره، والاحكام الخاصة المتعلقة به وانقضائه، ومجاله في التركات والشركات.

6- دراسة فقهية مقارنه للطالب مهاوش طلب فنيخر الشرفات، موضوعها التخارج في الميراث، جامعه ال البيت، وقد تناول فيها الباحث مشروعية التخارج وحقيقة مقاصده، ومفاهيمه، واحكامه وشروطه وصوره، وتناول الاجراءات التطبيقية للتخارج في المحاكم الشرعية، والتشريعات القضائية والتطبيقات المتعلقة بموضوع التخارج.

خطه الدراسة :

الفصل الاول :- مفهوم عقد التخارج وتكيفه القانوني واركانه وفيه مبحثين.

المبحث الاول :مفهوم التخارج وخصائصه وفيه مطلبين.

المطلب الاول :مفهوم عقد التخارج ومشروعيته .

المطلب الثاني : شروط وخصائص عقد التخارج.

المبحث الثاني :- اركان وشروط صحة عقد التخارج والتكييف القانوني وفيه مطلبين.

المطلب الاول :اركان وشروط صحه عقد التخارج .

المطلب الثاني : التكييف القانوني لعقد التخارج.

الفصل الثاني :- مراتب عقد التخارج واثاره وانحلاله والضمان وفيه مبحثين .

المبحث الاول :مراتب عقد التخارج واثاره وانقضائه وفيه مطلبين .

المطلب الاول :مراتب عقد التخارج .

المطلب الثاني : اثار عقد التخارج وانقضائه وأحكام الضمان فيه .

المبحث الثاني :انحلال عقد التخارج والتطبيقات القضائية وفيه مطلبين .

المطلب الاول :انحلال عقد التخارج وزوال الرابطة التعاقدية .

المطلب الثاني : الاجراءات والتطبيقات القضائي بخصوص بعقد التخارج .

الفصل الاول

مفهوم عقد التخارج وتكيفه القانوني واركانه:

يعد عقد التخارج من العقود المدنية التي يدور حولها اللبس والغموض، باعتباره جزء من علم الفرائض في الاسلام وجزء من علم المواريث، والاختلاف في التكييف القانوني لهذا العقد، وماهيته الحقيقية، لهذا فقد تناولت هذا الفصل في مبحثين، المبحث الاول مفهوم عقد التخارج وتكيفه القانونية، والمبحث الثاني اركان وشروط صحه عقد التخارج .

المبحث الاول: مفهوم التخارج وخصائصه .

وسأتناول هذا المبحث في مطلبين حيث يتناول المطلب الاول مفهوم التخارج ومشروعيته، ويتناول المطلب الثاني خصائصه.

المطلب الاول : مفهوم عقد التخارج ومشروعيته .

اولا : التخارج لغة:

التخارج تفاعل من الخروج كانه يخرج كل واحد من شركته عن ملكه الى صاحبه بالبيع .[1]

ويقال خرج خروجا: برز من مقره، او حاله وانفصل وتخارج الشركاء: خرج كل واحد من شركته عن ملكه الى صاحبه بالبيع.[2]

والتخارج: لفظ مشتق من الخروج وهو صيغه تفاعل والتي تدل على المشاركة، أي ان الطرفين يشتركان في اخراج بعضهم بعضا، فيأخذ بعض الشركاء الدار مثلا، ويأخذ بعضهم الارض .[3]و هو مأخوذ من خرج خروج نقيض دخل، أي: برز من مقره، أو برز من حاله وانفصل، والتخارج هو صلح، والصلح لغة: فهو ان الصلاح ضد الفساد تقول صلح الشيء يصلح ويصلح صلاحا وصلوحا، والصلح بالضم هو مصالحه القوم فيما بينهم وبالكسر السلم، والصلح ايضا اسم من المصالحة وهي

[1] - ابن منظور ، ابو الفضل جمال الدين بن منظور . لسان العرب دار صادر ، بيروت بدون سنه وبدون طبعه ج2 ، ص 251.
[2] - القاموس المحيط ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي ، مكتبه ومطبعة مصطفى الحلبي و اولادة بمصر ، ط2 ، سنه 1952 ، ج1 ،ص 191.
[3] - القاموس المحيط ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي ، مكتبه ومطبعة مصطفى الحلبي و اولادة بمصر ، ط2 ، سنه 1952 ، ج1 ،ص 185 باب الجيم فصل الخاء.

المسالمة بعد المنازعة، والموافقة بعد المخالفة والشقاق ,[4] و التخارج تفاعل من الخروج ويقال تخارج القوم اذا اخرج كل واحد منهم نفقه على قدر نفقه صاحبه، وتخارج الشركاء، خرج كل واحد من شركته عن ملكه الى صاحبه بالبيع، والتخارج ان يأخذ بعض الشركاء الدار بعضهم الارض ,[5] ويقال : تخارج الورثة اذا خارج بعضهم بعضا، فدافع المال الذي سيحل في المخارجة محل الوارث في حقه الارثي هو مخارج: (بصيغه الفاعل)، والوارث الذي اخذ البدل وخرج من التركة : مخارج (بصيغه المفعول) او خارج .[6]

والتخارج إخراج كل واحد من الرفقة نفقة على قدر نفقة صاحبه، كذا في " الصحاح "، وشرعا: إخراج بعض الورثة عما يستحقه في التركة بمال يدفع إليه وسببه طلب الخارج من الورثة عند رضى غيره، وشرطه أن لا تكون التركة مشغولة بالدين كلها أو بعضها، وأن يكون ما أعطاه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس، وشرطه عند البعض أيضا أن تكون أعيان التركة معلومة بأنها من أي جنس عند الصلح.[7]

ثانيا : التخارج اصطلاحا :

ان التخارج في الاصطلاح هو مصالحه الورثه على اخراج بعض منهم يشيء معين من التركه .[8]

وهو ايضا ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث مقابل شيء معلوم يدفع له من التركه او من غيرها , فهو تنازل احد الورثه عن حصته لواحد من الورثه بعينه او لجميع الورثه وذلك لقاء مال يدفع اليه .[9]

ولقد تفرد علماء الحنفية بتعريف التخارج عن غيرهم من الفقهاء فقد عرفوه : (ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بشي معلوم). [10]سواء كان هذا الشيء المعلوم جزءا من التركه ام من غيرها .[11]

---

[4] - مروان القدومي. مجله جامعه النجاح للأبحاث (العلوم الاسلامية) مجله 24 (1) 2010 ، الصلح بطريق التخارج في الميراث ،ص 308.

[5] - القاموس المحيط ، الفيروز ابادي .،مؤسسه الرسالة ، ط4، 1994 ، ص ، 238.

[6] - مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، ط2 ، ج1 . سنه 2012، ص 620.

[7] - شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: 855هـ) دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان ط1، ج10 ، ص38.

[8] - علي بن محمد الجرجاني , معجم التعريفات . تحقيق: محمد الصديق المنشاوي . دار الفضيله . القاهرة , بدون طبعه , سنه 2004 , ص 48 .

[9] - ابو اليقضان عطيه الجبوري , حكم الميراث في الشريعه الاسلاميه , دار حنين , عمان , 1995 , ص299.

فهو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه من التركة بعوض معلوم، بمعنى ان يتعاقد الورثة او بعضهم مع بعضهم الاخر على النزول عن نصيبه من الميراث مقابل شيء معلوم يأخذه سواء كان هذا الشيء المعلوم من داخل التركة او من خارجها، فهو تنازل احد او الورثة او اكثر لاحد الورثة او اكثر عن كل نصيبه من التركة او جزء منه (تخارج كلي او جزئي – يفصل لاحقا –) لقاء مال يدفع له او لهم , ولقد تفرد علماء الحنفية بتعريف التخارج عن غيرهم من الفقهاء فقد عرفوه : (ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بشي معلوم)[12] .

هذا ويجوز في التخارج ان يخرج واحد او اكثر من الورثة عن نصيبه من التركة الى اخر منهم، او الى باقيهم، وان يكون البدل في التخارج مالا يعطى للمتخارج من التركة او من غيرها ,[13] و التخارج هو أخذ بعض الورثة مالاً معلوماً من الورثة الآخرين مقابل حصصهم الإرثية، والخروج من التركة نوع من أنواع الصلح,[14]وهذا يعني: أن يخرج أحد الورثة من التركة، أو من بعضها، مقابل مال يأخذه إما من التركة او من غيرها , فهو أن يتصالح بعض الورثة على قدر معلوم في نظير أن يترك حصته فيها، سواء أكان التصالح مع الورثة مجتمعين أو مع بعضهم، على أن يحل البعض الذي أعطاه قدرا معينا من المال محله في حصته، وسواء أكان الورثة قد صالحوه على. [15]

وعرفه الدكتور محمد يوسف موسى : (ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من نصيبه في الميراث نظير شيء معين من التركة او من غيرها),[16]وقد تفرد الدكتور الزرقا بتعريف خاص به واعتبره عقد بيع كسائر عقود البيع: (هو اتفاق الورثة على ان يخرج بعضهم من الميراث في مقابل بدل معلوم معين من التركه او غيرها).[17]

---

[10] - االقاضي زادة افندي : شمس الدين محمد بن قودر ،نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار ،وهي تكمله شرح فتح القدير للامام كمال الدين السيواسي المعروف بابن همام ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص461.

[11] - الزيلعي تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق احمد عناية ، دار الكتب العلميه ، بيروت ، ط1، ج5، ص508.

[12] - االقاضي زادة افندي : شمس الدين محمد بن قودر ،نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار ،وهي تكمله شرح فتح القدير للامام كمال الدين السيواسي المعروف بابن همام ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص461.

[13] - المهندس محمد موسى حمادة قنيبي ، الميراث في الشريعة الإسلامية، ط3، الكويت ، سنه 2008، ص 180.

[14] - د. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، عمان و الاردن ، سنه 2010 ،، ج 4 ص40

[15] - مذكرة مقدمه لنيل شهادة الماستر اكاديمي ، الطالبة رقيق شهرزاد ، بعنوان التنازل عن حق الميراث (التخارج) جامعه محمد بوضياف – الجزائر - المسيلة ، 2018/2017 ، ص 8. وهذا تعريف الدكتور محمد ابو زهرة من كتابه احكام التركات و المواريث . دار الفكر العربي . القاهرة . ص231-232.

[16] - ، د. محمد يوسف موسى ، التركه والميراث في الاسلام ، جامعة الدول العربيه ، معهد الدراسات العربيه العاليه ، ص 374.

[17] - مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، ط2 ، ج1 . سنه 2012، ص 620.

وعلم الفرائض هو : (احد العلوم الاسلاميه وهو العلم الذي يعتى باحوال تركه الميت من حيث قسمها على مستحقيها , وهو علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث .) .

وقال العلامة علي بن محمد بن علي الجرجاني الحنفي : التخارج في الاصطلاح : مصالحه الورثة على اخراج بعض منهم بشيء معين من التركة . وجاء في العناية: هو ان يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم . وعرف ابن عابدين التخارج اصطلاحًا فقال: هو في الاصطلاح تصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء من التركة عينًا أو دينًا.

وفي تعريف اخر: هو اتفاق الورثة على ان يخرج بعضهم عن حقه في الميراث مقابل شيء معلوم من التركة[18]، او من غيرها .

والتخارج عند علماء الفرائض هو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه من التركة بعوض معلوم، بمعنى أن يتعاقد الورثة أو بعضهم مع بعضهم الآخر على النزول نصيبه من الميراث مقابل شئ معلوم يأخذه سواء كان هذا الشيء المعلوم من داخل التركة أو من خارجه جزء معين من التركة نفسها أم صالحوه على مال قدموه له خارج الترك.[19]

ثالثا : تعريف عقد التخارج قانونا :

وعرفته المادة (636) من الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية لقدري باشا : (التخارج : هو ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم من التركة او من غيرها، وهو جائز عند التراضي).

وقد نظم القانون المدني الاردني احكام التخارج في المواد (539 الى 542) ضمن احكام عقد البيع

وقد عرفه القانون المدني الاردني في المادة (539) : (يجوز للوارث بيع نصيبه في التركة بعد وفاة المورث لوارث اخر او اكثر بعوض معلوم، ولو لم تكن موجودات التركة معينه ويسمى هذا مخارجه).

والمادة (540) مدني اردني : (1- ينقل عقد المخارجة حصه البائع الارثية الى المشتري ويحل محل البائع في استحقاق نصيبه من التركة) .

2- لا يشمل عقد المخارجة كل مال يظهر للميت بعد العقد، ولم يكن التخارجان على علم به وقت العقد .

3- لا يشمل التخارج الحقوق التي للتركة على المتخارجين او على احدهم، ولا الحقوق التي عليها لهم او لاحدهم .)

المادة 541 : (لا يضمن البائع للمشتري غير وجود التركة وثبوت حصته الارثية إذا جرى العقد دون تفصيل مشتملات التركة)

---

[18] - د. عارف خليل ابو عيده . الوجيز في الميراث ، دار النفاش ، عمان ، ط1، سنه 1992، ص 138.

[19] - هاني طعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن ، ط 1.، سنه 2007 ص 194.

والمادة (542) مدني اردني: (على المشتري اتباع الاجراءات التي يوجبها القانون لنقل كل حق اشتملت عليه الحصه الارثية محل التخارج.)

وعرفت المادة (314) من قانون الاحوال الشخصية الاردني المؤقت لسنه 2010 : (هو ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم).[20]

وقد عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني موضوع التخارج في المواد (499 الى 504) .[21]

فقد عرفته المادة (499) : (التخارج بيع الوارث نصيبه في التركة بعد وفاة المورث لوارث آخر أو أكثر بعوض معلوم ولو لم تكن موجودات التركة معينة.)

مادة (500):(ينقل عقد التخارج حصة البائع الإرثية إلى المشتري ويحل محل البائع في استحقاق نصيبه من التركة.

2. لا يشمل عقد التخارج كل ما يظهر للميت بعد العقد، ولم يكن المتخارجان على علم به وقت العقد.

3. لا يشمل التخارج الحقوق التي للتركة على المتخارجين أو على أحدهم، ولا الحقوق التي عليها لهم أو لأحدهم.)

مادة (501) : (لا يضمن البائع للمشتري غير وجود التركة وثبوت حصته الإرثية إذا جرى العقد دون تفصيل مشتملات التركة.)

---

[20] - قانون الاحوال الشخصيه الاردني المؤقت , رقم 36 . لسنه 2010.
وعرفه قانون الاحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنه 1953في المادة (304) : (1- التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم .
2- إذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبهم وحل محله في التركة .
3- إذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم، فإذا كان المدفوع لهم من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبائهم، وإن كان المدفوع من مالهم، ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بنسبة ما دفع كل منهم.).
أما المشرع المصري فقد تعرض للتخارج في قانون المواريث رقم 77 لسنه 1943 في المادة(48) :(التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم).
وفي القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنه 1980 المعدل بالقانون رقم 15 لسنه 1996 نصّ في المادة (516) أنه : "من باع تركة أو حصة فيها دون تفصيل لمشتملاتها لا يضمن إلا ثبوت وراثته لما باع ما لم يتفق على ذلك "
وعرفه المشرع العراقي في قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنه 1971مادة (246) : (يقصد بالتخارج اتفاق جميع أو قسم من الورثة أو أصحاب الانتقال على إخراج بعضهم من الميراث أو الانتقال بعوض معلوم من التركة أو غيرها) .
وجاء في التشريع القانون المدني الإماراتي رقم 5 لسنه 1985 في المادة (594) أن : "المخارجة هي بيع الوارث لنصيبه في التركة بعد وفاة المورث لوارث آخر أو أكثر بعوض معلوم ولو لم تكن موجودات التركة معينة" وفي المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أن التخارج هو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم، والتخارج عقد معاوضة ثنائي الطرف يشبه القسمة أو البيع .
كما نص قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم 28 اسنه 2005 المادة 356 على ان : (التخارج : هو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه المعلوم لديه من التركة لبعضهم الاخر مقابل شيء معلوم.).
[21] - مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنه 2012.

مادة (502): (إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ما لم يكن عقد البيع قد اشترط صراحةً عدم الرد.)

مادة (503) : (يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.).

مادة (504): (1.على المشتري اتباع الإجراءات التي يوجبها القانون لنقل كل حق اشتملت عليه الحصة الإرثية محل التخارج.

2. لا يسري التخارج في حق الغير إلا من تاريخ استيفاء المشتري للإجراءات المنصوص عليها في الفقرة السابقة.)

كما عرفه بعضهم على أنه تنازل أحد الورثة عن حصته لواحد من الورثة بعينه أو لجميع الورثة وذلك لقاء مال يدفع إليه.[22]

اما العلماء المعاصرون فقد اختلفوا في تعريف التخارج، ومنهم الامام محمد ابو زهرة فقال: ((هو ان يتصالح بعض الورثة على قدر معلوم في نظير ان يترك حصته فيها، سواء اكان المتصالح مع الورثة مجتمعين ام مع بعضهم، على ان يحل البعض الذي اعطاه قدرا معينا من المال محله في حصته، وسواء اكان الورثة قد صالحوه على جزء معين من التركة نفسها، ام صالحوه على مال قدموه له خارج التركة)).[23]

وبما ان مجله الاحكام العدلية هي القانون المدني المطبق في فلسطين فان المجلة لم تتطرق الى تعريف للتخارج ابدا بالرغم من ان عقد التخارج عقد مدني بامتياز الا ان علي حيدر عرفه في شرحه المجلة بانه : (اخذ بعض الورثة مالا معلوما من الورثة الاخرين مقابل حصصهم الارثيه والخروج من التركه نوع من انواع الصلح.).[24]

[22] - أبو اليقضان عطية الجبوري، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، دار حنين، عمان، 1995 ، ص 299.
[23] - محمد ابو زهره : احكام التركات والمواريث . دار الفكر العربي . سنه 1963 ، ص 265.
[24] -د . علي حيدر . علي المرجع السابق . ط1، ج4، ص 13.

ويقول الدكتور ابو زهره معلقا على سبب عدم ذكر موضوع المخارجة في مجله الاحكام العدلية : (والمجلة لم تبحث عن المخارجة مع انها عقد مدني بامتياز، وان كان متعلقا بحق ارثي من حقوق الاحوال الشخصية الخارجة عن موضوع المجلة).[25]

رابعا : مشروعية التخارج وحكمه :-

اولا : حكم عقد التخارج.

التخارج من العقود الجائزة شرعا، ان حصه الورث في الميراث حق ثابت، ويثبت هذا الحق له ويملكه بمجرد وفاة مورثه، ومن قواعد الملكية العامة في الاسلام ان من كان له حق او مال فانه يجوز له بيعه او التنازل عنه او هبته او وقفه، الى غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية، اذا كان مكلفا مختارا، والحصه في الميراث من جمله الملكية التي يجوز للوارث ان يتصرف بها في جميع وجوه التصرف .[26]

ويجوز في عقد التخارج ان يخرج واحد او اكثر من الورثة عن نصيبه في التركة الى اخر منهم او الى اكثر, و بعض الفقهاء عمّم على التخارج وصفه صلحاً ذلك أنه لا يحدث إلا بين الورثة وأغلب حال الورثة عند قيامهم بتوزيع التركة حصول الخصومات بينهم .[27]

الا ان التخارج قد يكون تصرفا وقائيا قبل حدوث النزاع للتصالح على التركه، او قد يكون علاج وحلا ورفعا لنزاع قد وقع بين الورثه .

وكل هذا جائز شرعا اذا توافر فيه التراضي بين المتصالحين، ولأنه عقد قسمه او عقد بيع، فان وقع على ان يأخذ الخارج شيئا من التركة كان عقد قسمه، وان وقع على قدر من المال يدفعه احد الورثة او كلهم كان عقد بيع، وكل منهما مشروع، فاذا كان صورة احدهما اخذ حكمه في الجملة .[28]

وهذا الاتجاه اتجهه بعض الفقهاء المعاصرين في كتبهم حيث ذكروا أنه : يصح الصلح عن حصة الوارث في التركة وتطبق أحكام البيع ويسمى هذا الصلح مخارجة، فيشترط عند الحنفية كون التركة

---

[25] - مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، ط2 ، ج1 . سنه 2012، ص 621.

[26] - د. محمد سمارة ، احكام التركات والمواريث في الاموال والاراضي ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الاردن، سنه 2002، ص 318.

[27] - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج20 ص136 .

[28] - القاضي. احمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركه بين الفقه والقانون، مكتبه دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط2، عمان الاردن بدون سنه ص 601.

معلومة ولا يشترط أن يكون المتخارج بمقدار الحصة تماماً لأن هذا العقد بيع، والعلم في المبيع شرط لإمكان التسليم ولا يلزم كون الثمن مساوياً لقيمة المبيع ولكن يشترط أ يكون المتخارج عالماً بنصيبه من التركة خشية الغرر ويشترط أيضاً التقابض فيما هو عقد صرف لعدم الوقوع في الربا.[29]

ذهب الحنفية إلى جواز التخارج مطلقاً سواء كان ما أعطوا المخارج قليلاً أو كثيراً،[30] واستدلوا بالأثر المروي عن ابن عباس رضي الله عنهما، انه قال : (يتخارج الشريكان واهل الميراث، فيأخذ هذا عينا وهذا دينا، فان توي لاحدهما لم يرجع على صاحبه).[31]

وذهب المالكية إلى جواز التخارج إذا كان المخارج أخذ قدر ميراثه أو أقل من ذلك، أما إذا أخذ أكثر من ميراثه فلا يصح له ذلك .[32]

ذهب الشافعية إلى جواز التخارج إذا وقع الصلح على معرفة من المصالح والمصالح بحقوقهم، أو إقرار بمعرفتهم بحقوقهم وتقابض المتصالحان قبل أن يتفرقا، أما إذا وقع على غير معرفة منهما بمبلغ حقهما أو حق المصالح منهما فإن الصلح لا يصح في ذلك. [33]

ذهب الحنابلة إلى عدم التخارج مع الجهل بالمصالح به، أما مع العلم بالمصالح به من كلا الطرفين فيكون التخارج جائزاً. [34]

فهو عقد جائز باتفاق الفقهاء فقد شرع بما فيه مصلحه للورثة والتسهيل عليهم، لفض نزاع او للوقاية من حدوث نزاع وهو معمول به من وقت الصحابة رضوان الله عليهم حتى الان .

ويتضح مما سبق بان الحكمه من عقد التخارج هو المصلحه، فحيثما وجدت المصلحه وجد شرع الله، ومن الواضح بان للعقد التخارج منافع كثيرة، وتحقيق لمصلحه بين الورثه بالحفاظ على روابط الدم وصله الرحمه، كذلك في حفاظ على تركه المتوفي من التفتت لانه احيانا بقاء التركه في يد واحده يحافظ على القيمه الاقتصادية والماليه بين الاشخاص، وفي نفس الوقت يكون عقد التخارج سببا

---

[29] - الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط1دار الفكر ، سنه 1996، ج، 6 ص202 .

[30] - الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج5 ص49 .

[31] - ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج 4، ص 46. ومعنى توى: أي هلك واضمحل , عمدة القاري شرح صحيح البخاري , كتاب الصلح , باب الصلح بين الغرماء واصحاب الميراث وامجازفه في ذلك .

[32] -الامام مالك، المدونة الكبرى، ج4 ص362 .

[33] - الامام محمد بن ادريس الشافعي , الام , تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب , دار الوفاء للطباعه والنشر , مصر , ط1 , سنه 2001 , ج3 , نقلا عن رقيق شهرزاد مرجع سابق . ص 221.

[34] - ابن قدامه المقدسي , المقتع والشرح الكبير , ط2 , نقلا عن مروان القدومي , مرجع سابق , 315.

لحركه راس المال الاقتصاديه باعتباره عقد من عقود المعاوضه والبدل، مما ينشط الحركه التجاريه في المجتمع.

وان مقاصد التخارج شرعت لرفع الحرج، وتحقيق العداله في تقسيم الميراث، وتحقيقا لكرامه الانسان وصيانه حقوقه، ونشر الرحمه والمحبه بين الورثه.

ثانيا : مشروعية التخارج .

والحكمة من مشروعيه التخارج هو نشر الرحمة بدل النزاع وجلب المنفعة والمصلح للورثة ولاستقرار روابط وعرى الاسرة الفلسطينيه، ودرء المفاسد، وفيه خير وصلح بين احبه، واذا ما وظف توظيفا صحيحا ففيه تجنب لاتباع الهوى في تقسيم الميراث، بالابتعاد عن الاستيلاء والتخجيل والجهل والخوف في تقسيمه وخاصه مع الاناث، فهو وسيله شرعيه بالتراضي والتسامح في قسمه الميراث، ويعد جوهر المسامحة والتغافل بين الورثة من اهم قواعد الصلح في التخارج.

كذلك المقصد من مشروعيه التخارج، هو تحقيق العدل في توزيع الميراث، فهو عقد رضائي من حيث الاصل يفرغ بقالب شكلي لاهميته من حيث المحل والاغلب ان يكون اموال غير منقوله ومن حيث القيمه الاقتصاديه، كما ان الورثه قد يحب كل منهم ويكره ان تكون حصه جزء معين، فتحقيقا للعدالة قد يكون التخارج الوسيلة المثلى في حصول كل وارث على ما يحب من التركة بطريق التراضي ومن ثم التسامح والتغافل عن فروق القيمة بين هذه الحصص.

مشروعيته من كتاب الله :-

وقد دل على جوازه من القران الكريم قوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا).[35]

الوجه من الآية : أنَّ الله تعالى بين أنه لا يجو ز لأحدٍ أن يأخذ مال أخيه، إلاَّ أن يكون عن تراضٍ واستحقاقٍ، وهذا يدلُّ بعمومه على مشروعية التخارج ؛ لأَنه قسمةٌ ومعاوضة بين الورثة عن تراضٍ منهم، وهو يدل على مشروعية التخارج لأنه تقاسم أو معاوضة أو تنازل بين الورثة برضاهم جميعا.[36]

---

[35] **سورة النساء اية 29**

[36] **- رقيق شهرزاد المرجع السابق، ص 14.**

وقوله تعالى : (لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا).[37]

فالآيُة دليلٌ على فضل الصلح وجوازه عمومًا في كلِّ شيءٍ يقع فيه النزاع والتخاصم ين الناس، والتخارج نوع من الصلح ؛ قال القاضي أبو الوليد بن رشدٍ المالكي – رحمه اللهُ – : ((وهذا عام في الدماء والأموال والأعراض، وفي كلِّ شيءٍ يقع التداعي والاختلاف فيه بين المسلمين))، وفي هذه الآية دليل على فضل الصلح وجوازه في كل شيء يقع فيه نزاع.

مشروعيته من السنه البنيوية:-

أما من السنة النبوية فما روى عن أم سلمة – رضي الله عنها – قالت (جاء رجلان من الانصار يختصمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة، فقال رسول الله صل الله عليه وسلم :إنكم تختصمون إلي، وانما أنا بشر، لعل بعضكم ألحن بحجته – أو قد قال :لحجته – من بعض فإني أقضي بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً، فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعه من النار يأتي به إسطاما في عنقه يوم القيامة، فبكى الرجلان، وقال كل واحد منهما :حقي لأخي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أما اذا قلتما فاذهبا، فاقتسما، ثم أسهما، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه)[38] والحديث دليل على جواز الصلح في المواريث، فالنبي صل الله عليه وسلم أمر الرجلين أن يرجعا فيصطلحا فيما بينهما ويقتسما ويتوخيا الحق والعدل .

وعن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صل الله عليه وسلم أنه قال : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالا أو أحل حراماً [39].

وهذه دلالات واضحة من السنه الغراء على أن الصلح جائز بين المسلمين، ما لم يحرم حلالاً أو يحلل حراماً والمسلمون على شروطهم وما اشترطوا عليه والتخارج في حقيقته، هو صلح واتفاق بالتراضي بين الورثة وهذا يدل على جوازه .

---

[37] - سورة النساء ، ايه 114.

[38] اخرجه الامام احمد ،وصححه محققو مسند الامام احمد بن حنبل ،وابو داود في سننه ،كتاب القضاء ،باب في القاضي اذا أخطأ ،ح(3583).

[39] ابو داود سليمان بن الاشعب السيجستاني ،سنن ابي داود ،كتاب القضاء ،باب في الصلح ،تح :رائد صبري بن ابي علفة ،دار الحضارة للنشر والتوزيع ،الرياض ،ط2 ،2015 ،ص453.

ومن ما ورد عن الاثر من الصحابة رضوان الله عليهم قول ابن عباس رضي الله عنه: (يتخارج الشريكان وأهل الميراث، فيأخذ هذا عينا وهذا دينا ،فإن نوى لأحدهما لم يرجع على صاحبه).

وما روي عن عبد الرحمن بن عوف طلق امراته تماضر بنت الاصبغ الكلبية في مرض الموت ثم مات وهي في العدة، فورثها عثمان بن عفان مع ثلاثة نسوة اخريات فصالحوها على ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين الف درهم وقيل دينار، وقيل مئه الف درهم .[40]

ويدل هذا على انه اذا كان بين الورثة مال وهو في يد بعضهم دون البعض فلا باس ان يتبايعون بينهم.

فجميع هذه الأدلة من القران والسنه والاثر عن الصحابة وما الفه الناس وأقره العرف في تقسيم او حل نزاع او أي صلح يخص تركه المتوفي تدل على جواز التخارج بين الورثة في المواريث إذا اتفقوا وتراضوا ولم يكن فيه هضم لحق بعضهم أو إسقاط له بدون إذنه ورضاه وان كان في التخارج على اغلب الظن التسامح والتجاوز عن القيم الحقيقية لقيم التركة وبدل التخارج.

والان تأتي مشروعيه التخارج من خلال القوانين الذي نظمته في معظم البلاد العربية من خلال نصوص واضحه، اما بواسطه القوانين المدنية او من خلال قانون الاحوال الشخصية، اما في فلسطين لم يتم تنظيمه حتى الان من خلال قانون معين، ولم يأتي ذكر عليه في مجله الاحكام العدلية، ويطبق عليه النظرية العامة في عقد البيع وان لم يوجد نص في المجلة الراجح من المذهب الحنفي .

وتاتي كذلك مشروعيته، من مشروعيه نظام المواريث في الاسلام، والميراث اصطلاحا : هو انتقال مال الغير، الى الغير على سبيل الخلافة، او هو حق قابل للتجزؤ ثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك لقرابه بينهما او نحوه .[41]

فعلم الميراث يعرف من يرث ومن لا يرث وولما كان التخارج بين ورثه فهو وعقد مدني وابتكار اسلامي متفرع عن علم الميراث .

والتخارج بين الورثة باب من أبواب علم الفرائض المهمة، يكتسب أهميته من أهمية علم الفرائض ؛إضافة إلى كونه من أهم المسائل التي يحتاجها الورثة للتوفيق فيما بينهم ؛ فقد يحتاجه بعض الورثة

---

[40] - المرغياني شرح بداية المبتدء , ج3 , ص 200 مأخوذ هن مروان القدومي , مرجع سابق ص 311.

[41] - - عبد الله بن محمود الحنفي الموصلي ، الاختيار ، تحقيق الشيخ زهير عثمان ، بيروت ، ج5، ص 85.

لإخراج بعضهم من التركة، سيما من كان بعيداً عنهم ؛ كالزوجة التي يتزوجها مورثُهم أحياناً في آخر حياته، من أجل خدمته والعناية به ؛ وقد يحتاجه الورثة من باب التصالح بينهم على قسمة التركة التي تكون عقاراً لا يقسم قسمة عادلة بين الورثة إلاَّ ببيعه وكسر قيمته ؛ أو يكون بين بعض الورثة أحياناً توافق، فيحتاجون إلى إخراج من لا يتوافقون معه من التركة بطريقة شرعية عادلة .

ويرى الباحث بان عقد التخارج لا يعد بذاته ضمن علم الميراث، الا انه طرأ عليه لاحقا لا بل هو عقد مدني شرع ونظم من خلال علم الميراث بطريقه مدنيه وفقا لقواعد الفقه الاسلامي في المعاملات.[42]

فشرع علم المواريث لتنظيم الواقع الاجتماعي للمسلمين ووتوزيع الثروة الاقتصادية، وتحقيقا لرغبه التملك عند الانسان، وخشيه التغول بين الناس وانتشار الطمع وتحقيق العداله بين الناس فشرع الله نظام المواريث، وجاءت مشروعيه التخارج من مشروعيه نظام المواريث في الاسلام فهو عقد مشروع وفيه منافع كثيرة .

خامسا : حالات التخارج :

لا يخرج التخارج عن ان يكون احد حالتين، اما ان يكون تخارجا من كل اعيان التركه، واما ان يكون من جزء من التركه .

اولا :- التخارج الكلي :

وهو ان يتخارج احد الورثة عن كامل حقه في تركه مورثه لاحد الورثة او بعضهم مقابل عوض مالي معلوم معين من التركة او غيرها . وبعد قبض العوض المتفق عليه لا يعود للمتخارج أي حق في تركه مورثه، وان حقه ينتقل للمتخارج له ان كان واحدا، ولهم ان كانوا اكثر من وارث .[43]

وان التطبيق العملي لهذا النوع من التخارج يتمثل بتخارج احد الورثة عن جميع حصصه الارثية في كل التركه، سواء بمقابل او بدون مقابل على شكل التبرع كتخارج الجد والجدة لأبناء ابنهما المتوفي، فيتم تنظيم حجه تخارج لدى المحكمة المختصة ببدل تخارج رمزي ويقر في العادة المتخارج في هذه الحالة بقبض كامل الثمن .

---

[42] -فإنَّ المواريث في الإسلام من أهم فروع علم الشريعة ؛ يحتاجها كل مسلم ، لمعرفة نصيبه في تركة مورثه ، وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية ، ومن أدق مباحث علم الفرائض : التخارج بين الورثة والتصالح فيما بينهم على إخراج بعضهم من التركة مقابل شيءٍ يدفع له من التركة أو من غيرها ؛ وهو من المسائل التي يحتاجها الورثة دائماً ؛ لقسمة التركات فيما بينهم ، وإخراج من لا يرغبون في بقائه معهم حين تكون التركات من العقارات ، والأشياء التي إذا قسمت على قواعد المواريث تضرر الورثة بذلك.

[43] - إبراهيم راشد محمد الشديفات . علم الميراث التطبيقي ، دار يافا العلمية ،عمان الاردن . ط 1، سنه 2007 . ص 177

يقصد بالخروج الكلي من التركة هو أن يخرج المتخارج من التركة كاملة وتكون بعدة صور :

1- أن يتصالح الورثة مع أحدهم على أن يترك لهم حصته ويأخذ بدلها جزءا معينا من التركة كأن يتصالح معهم عن قطعه ارض على بيت سكني مثلا، فتحل المسالة الشرعية الارثية على اعتبار أن المتصالح موجودا بين الورثة ثم تطرح سهامه من المسألة وتقسم على باقي الورثة كل حسب سهامه .

مثاله : ماتت وتركت : زوج، أم، عم وصالح الزوج العم والأم على نصيبه من التركة

مقابل ما في ذمته للزوجة من مهر.

فتطرح سهام الزوج وتقسم على باقي الورثة حسب سهامهم .

ويظهر هنا فائدة دراسة التكييف القانوني لعقد التخارج فبالنظر لهذا المثال وهذه الحالة نجد بان الموضوع جوهرة قسمه مال مشترك عن طريق الصلح بالتخارج فتحقق عنصرا القسمة في هذا العقد و الفرز من ثم المبادلة المقترنة بالبيع .

2- إذا تخارج وارث واحد مع وارث واحد آخر على أن يترك له نصيبه كاملا في التركة ففي هذه الحالة يحل المتخارج له محل المتخارج ويضاف له نصيبه في التركة الى المسالة الشرعية الارثية وتضاف إلى سهام المتخارج له :

مثال :مات وترك : ابنين وبنت، فتخارج أحد الابنين مع أخته على كامل نصيبها، في هذه الحالة يحل الأخ المتخارج محل أخته، فتضاف سهامها إلى سهامه .

3- أن يكون الصلح بكل سهام المتخارج من المسالة الشرعية الارثية إلى بقية الورثة بالتساوي فيما بينهم على ان يقوم الورثة بدفع مبلغ بالتساوي للوارث الخارج : فتقسم سهام المتخارج على بقيه الورثة بالتساوي، ومثاله : ماتت وتركت : زوجا وابنا وبنتا، فصالح الزوج على جميع حصته بقية الورثة على عدد رؤوسهم.

فاذا تخارج الوارث مع جميع الورثة على مال غير التركة، فإما ان يكون قد دفعوا للمتخارج مبلغا، بنسبه سهامهم في الميراث، او يكونوا قد دفعوا بالتساوي فيما بينهم دون النظر الى سهام كل واحد

منهم، او يكون كل واحد منهم قد اسهم في البدل الذي دفعوه بقدر اقل، او اكثر مما يقابل سهامهم في الميراث، وفي كل حاله يكون الغرم بالغنم.[44]

4- أن يكون الصلح بكل سهام المتخارج المسالة الشرعية الارثية إلى بقية الورثة على نسب مختلفة لكل وارث .

5- ان يدفع كل الورثة لوارث مقابل خروجه من التركة من مالهم الخاص كل حسب نسبه سهامهم في التركة .

ثانيا : التخارج الجزئي :

وهو ان يتخارج احد لاحد الورثة الباقين عن كامل حقه في جزء معين من التركة، كقطعه ارض، او بيت، او محل تجاري، او مركبه، وبعد التخارج وقبض الثمن لا يعود للمتخارج أي حق في العين المتخارج عنها، وان حقه ينتقل للمتخارج له : ان كان واحدا او لهم ان كانوا اكثر من وارث .[45]

وصلح احدهم عن بعض الأعيان صحيح، ولو لم يذكر في صك التخارج ان في التركة دينا ام لا فالصك صحيح.[46]

وذلك ان لوجود باقي حصص الوارث في كل اجزاء التركة حتى وان وجد على هذه التركة دين ضمانه لسداده فالدين مقدم على الوصية وتوزيع حصص الورثة .

ويقصد بالخروج الجزئي أن يخرج المتصالح بجزء من نصيه في التركة، على أن يبقى وارثا في الأجزاء الأخرى وهو بعدة صور :

1- أن يكون التخارج بالبعض المحدد نسبيا من سهام المتخارج من الفريضة كالنصف، أو الربع مثلا إلى بقية الورثة : على عدد رؤوسهم أو على نسب مختلفة مثلما (رأيناه في المطلب الأول)، ويأخذ الوارث المتخارج من الفريضة ما تبقى له من سهمه النصف مثلا .[47]

وهذا النوع من التخارجات هو الاكثر شيوعا في التطبيق العملي في المحاكم الشرعية، عدا كونه طريقه لتصالح الورثة على التركة الا انه وسيله سهله لقسمه التركة بينهم فكل وارث يصبح متخارج ومتخارج

[44] - محمد مصطفى الزحيلي ، القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المذاهب الاربعة ، دار الفكر ، دمشق، سنه 2006، ط1، ج1و ص543،
[45] - الشديفات، المرجع السابق، ص 177
[46] - ابن عابدين ، الحاشية ، المرجع السابق ج2 ، ص 385.
[47] - رقيق شهرزاد , مرجع سابق , 35.

له في نفس الوقت في الاجزاء المشتركة من التركة لتخصص جزء معين منها لكل وارث، مع العلم بان التخارج الجزئي يكون بنفس اجراءات التخارج الكلي، حيث الغالب فيه يكون قسمه رضائية بين الورثة قائم على اساس المبادلة والمقايضة بين حصصهم الارثية فيما ال اليهم من تركه وخاصه في الاموال غير المنقولة، وان بدل التخارج في هذا النوع من التخارج يكون الحصص الارثية للوارث المتخارج في الجزء المعين له من القسمة مقابل التخارج عن حصصه في الجزء المعين والمخصص للمتخارج له في التركة، وهذا النوع من التخارج لا ينشيء الالتزامات جديده، وانما يكون كاشفا لوضع كان موجودا اصلا بالميراث.

ولما اعتبرت جل التشريعات العربية بان التخارج سواء اكان كلي او جزئي هو بيع وارث لوارث، يلجا الى هذا النوع من التخارج بتسجيل عدة حجج تخارج خاص ببين الورثة ويكون قيمة البدل صوري وفي الحقيقة يكون عبارة عن عقد قسمه بين الورثة، ويكون بذلك كل وارث قد تنازل للوارث الاخر عن حصصه في الجزء المعين له وبالعكس.

ولا يوجد ما يمنع من ان تنظم جميع التخارجات الخاصة او الجزئية بين الورثة ويكون كل وارث متخارج ومتخارج له في نفس الحجه مع تعيين كل جزء مخصص لكل وارث من التركة.

صور وحالات اخرى لعقد التخارج :-

اولا : كون بعض التركة دين على الغير.

إذا كان بعض التركة المتخارج فيها دينا على الناس، وصالح الورثة أحدهم على أن يخرجوه من الدين ويكون لهم عند حصوله، فحكم التخارج في هذه الصورة مختلف فيه بين الفقهاء، فهناك قولان :

القول الأول : هو رأي الحنفية والحنابلة والشافعية في الأظهر، حيث اتفقوا على أنه لا يجوز التخارج في هذه الحالة لعدم القدرة على التسليم ولأنه بيع الدين من غير من هو عليه (الدائن) . [48]

فالحنفية ذهبوا الى القول: ان التركة اذا كانت دينا على الناس، وتخارج بعض الورثة منها على قدر من المال اخذه، وترك التركه، وما لها من ديون لباقي الورثة، فان التخارج لا يجوز، على مقتضى

[48] - رسالة ماجستير ، مذكرة مقدمه لنيل رسالة الماستر اكاديمي ، اعداد رقيق شهرزاد ، بعنوان التنازل عن حق الميراث التخارج ، جامعه محمد بوضياف ، الجزائر كليه الحقوق والعلوم السياسية ، سنه 2018/2017 ، ص 30 .
الورثة بالتوقف عن مجينه

القياس، وذلك لأنه تمليك الدين لغير من عليه الدين، اذا ان مقتضاه ان الجزء الذي كان يخص الوارث المتخارج من الدين قد ملكه لغيره، والديون لا تقبل التمليك لغير من عليه، ولان حوالة الحق لا تجوز عندهم، بينما تجوز حواله الدين وهناك اذا حصل ذلك بطل التخارج في حصته في الدين وتعدى البطلان الى الكل، لان الصفة واحدة والعقد اذا فسد في بعض المعقود فسد في الكل. .[49]

واستثنوا من هذا الحكم ثلاثة صور يجوز التخارج فيها مع وجود الدين على التركة لما فيه المصلحة ودفع الضرر عن بقيه الورثة وهي :-

2- أن يكون التخارج بشرط إبراء الغريم من الدين، لأنه حينئذ يكون إسقاطا أو تمليك الدين مما هو عليه وهو جائز شرعا. [50]

3- أن يكون التخارج بصورة الحوالة فيحيل الوارث المخرج المخارِج بنصيبه على الغريم فالحوالة حينئذ جائزة بإجماع أهل العلم شرط أن يكون الدين المحال به ثابتا ولازما، وأن يكون معلوما ومستقرا لا يعتريه تلف أو فوات لأي سبب كان لان عدم الاستقرار يؤدي إلى سقوط الدين، وأبرز مثال على هذا المحاصيل الزراعية. وأن يكون الدين أيضا مما يجوز بيعه أو الإعتياض عنه، وأخيرا أن يكون مماثلا للمال المحال عليه في الجنس والصفة والقدر (فيما يشترط فيه التماثل لمنع الربا) .

4- ان يعجل الورثة قضاء نصيب الوارث أو الموصى له المخارج من الدين متبرعين فحينئذ يجوز التخارج مع وجود الدين، لأنه إذا استوفى ليس للمخارج فيه حق. [51]

القول الثاني: ذهب المالكية والشافعية (في المعتمد عندهم في المذهب) إلى جواز التخارج ولكن بشروط، فإن تحققت هذه الشروط جاز الصلح وإن تخلف منها شرط واحد عد التخارج باطلا أو لم يصح .

ويشترط لجواز التخارج في هذه الحالة الشروط التالية :

1- أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه .

---

[49] - المرغيناني ، الهداية، مرجع سابق ج3 ، ص198.

[50] - د. الغامدي ناصر بن محمد بن مشري ، التخارج بين الورثة احكامه وصوره في الفقه الاسلامي ، بحث علمي ، جامعه ام القرى ، مكة المكرمة ، المملكة العربية السعودية ، سنه 1429 ه.ص 198.

[51] - وزارة الأوقاف الكويتية ، الموسوعة الفقهية، تخارج تسوية، المرجع السابق، ص 13

2- أن يكون المدين حاضرا مكلفا مقرا بالدين .

3- أن يكون الدين حالا مستقرا .

4- أن يكون العوض المدفوع من المخارج نقدا .

5 - أن يباع الدين بغير جنسه، أو بجنسه متساويا، لا أنقص ولا أزيد. [52]

ويرى الباحث ان مثل النوع من التصرف لا يعد تخارجا لا بل حواله حق مدنيه ينطبق عليه احكام الحوالة وليس عقد التخارج.

ثانيا : الصلح على الوصية.

والصلح جائز على الوصيه كما هو على الميراث بأقل أو أكثر من قيمتها، اوصى رجل بثلث ماله، وكات الموصي فصالح الوارث الموصى له من الثلث بالسدس جاز الصلح .[53]

الا ان الموصى له لا يعامل معامله الوارث في عقد التخارج، فاذا وجد موصى له وكان بعض الورثة يردون شراء حصته لا يعد ذلك تخارجا بل عقد بيع عادي .

فاشترطت قواعد الفقه الاسلامي والقانون المدني في البلاد العربية على حصر اطراف عقد التخارج بالورثة، وحيث ان الموصى له صحيح يملك جزء من التركة على المشاع الا انه لا يعد وارثا بل خلفا عاما للمورث، فاذا ما اراد بيع او شراء اجزاء اخرى من التركة يعد ذلك بيع عاديا يتم تنظيمه وفق القانون اما في الدوائر الرسمية او بالتسليم وعلى خلاف عقد التخارج بين ورثه فان تنظيمه يكون وفقا للشكل الذي رسمه القانون ولا يكون الا بين ورثه .

المطلب الثاني: شروط وخصائص عقد التخارج.

الفرع الاول : الشروط الخاصة في عقد التخارج :-

بالإضافة للأركان العامه الموضوعية في عقد التخارج والتي سنوضحها لاحقا فلا بد من توافر شروط خاصه في عقد التخارج وهي على النحو التالي :-

اولا : ان يكون التصرف بين ورثه:

---

[52] - ناصر بن محمد الغامدي، المرجع السابق،ص 205

[53] - ابن عابدين , الحاشية ,المرجع السابق ج5, ص642.

أن يكون التصرف قد حدث بين الورثة، فلا يعتبر تخارجا إذا كان التصرف قد قام به غير الورثة، فلا يعد التصرف تخارجا الا اذا كان المتخارج والمتخارج له من الورثة حصرا وفي هذه الحالة لا يهم أن يكون مقدار حصصهم في تركة مورثهم، ويذكر البعض يجب ان يكون وارثين لمورث واحد والا كان التصرف ليس تخارجا ,[54] فلا يعد التصرف تخارجا الا اذا كان المتخارج والمتخارج له من الورثة حصرا، ولا يهم بعد ذلك مقدار حصصهم في تركه مورثهم.[55]

فالذي يملك حق التخارج هو الوارث الشرعي، سواء اصلاة او بواسطة الوكالة، وان يكون متمتعا باهليه التعاقد، بان يكون عاقلا بالغا مميزا، غير محجور عليه، على تراضي، او صبيا مأذونا بالتصرف .

فاذا تم التخارج بين وارث واجنبي فلا يعد ذلك تخارجا بل يعد عقد بيع حيث لا تنطبق عليه الاحكام الخاصة بعقد التخارج، بل يطبق عليه احكام عقد البيع، ولكن اذا تم البيع لأجنبي كان قام وارث ببيع جميع حصصه الارثية المشاعية لأجنبي كان ذلك بيعا للتركة وليس تخارجا وبيع التركة اوسع واشمل من التخارج لأنه يسمح ببيع الحصه لأي انسان.

ان بيع وشراء الموصى له في التركة لاحد الورثة لا يعد تخارجا، لان النصوص صريحه لحصر هذا العقد بين الورثة، والموصى له ليس بوارث، ويمكن شراء الموصى له او بيعه للموصى به في التركة لاحد الورثة الاخرين ولكن يكون بيعا عاديا وليس تخارجا .

ولكن فقهاء اخرين كالدسوقي يعتبرون الموصى له بمقام الوارث ويجوز ان يكون احد اطراف التخارج فقال : (فلا يعد تخارجا التصرف بين مورث واجنبي عن التركة، كما لا يهم أن يكون المتخارج له شخص أو أكثر، الذي يملك حق التخارج هو الوارث الشرعي، او الموصى له بشيء من التركة او وكيلهما الشرعي او وليهما او وصيهما الشرعي) [56].

ويرى الدكتور الزرقا بجواز تصرف الوارث بحصته لاجنبي واعتبار ذلك تخارجا .[57]من باب الحلول محل الوارث المتخارج في سهامه الارثية , ويذكر البعض ان هؤلاء الوارثين يجب ان يكونوا وارثين لمورث واحد وإلا فان التصرف ليس بتخارج,[58] أي يجب ان يكون المتخارجيين الورثة المباشرين

---

[54] - د. عبد الخالق حسن احمد ، عقد البيع ،ج3، منشورات اكاديميه شرطه دبي 2008 ص 289.

[55] - د. عباس العبودي ، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني ، البيع والايجار ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط1، 2009، ص 205.

[56] - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردري ، محمد بن عرفه الدسوقي ، مكتبه التقدم العلميه في مصر، 1331 ه ، توزيع دار الفكر بيروت ماخوذ من التخارج بين الورثه احكامه وصوره في الفقه الاسلامي ، د . ناصر بن محمد بن مشري الغامدي / استاذ مشارك في قسم القضاء وكيل كليه الشريعه جامعه ام القرى في مكه المكرمه بدون طبعه ولا سنه ص 200

[57]- مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ، مطبعه الف باء ، الاديب دمشق ، ط9، ج1، سنه 1967، ص 556.

[58] - د. عبد الخالق حسن احم ، عقد البيع ، منشورات اكاديميه شرطه دبي ، ج3 ، سنه 2008 ، ص 193.

للمتوفي، وليس بعد المناسخات، مثلا لو توفي شخص ثم توفي شخص اخر من ورثته وورثه اشخاص اخرون، فلا يصح التخارج بين ورثه المتوفي الاول والمتوفي الثاني، لأنه وفي الحقيقة بان التركة تختلف وان كان لورثه المتوفي الثاني أيلولة لهم من تركه المتوفي الاول عن طريق مورثهم المباشر المتوفي الثاني .

فاذا جرى بيع بين وارث من ورثه الثاني او العكس لا يعد تخارجا وانما عقد بيع عادي، وذلك ان الوارث للمتوفي الثاني بعيد نسبيا عن تركه المتوفي الاول .

فالأصالة، يقصد بها أن يكون كل من المخارج والمخارِج أحد الورثة المعنيين بالتخارج ،العائد عليهم نفعه وأثره، أي أن يكون المخارج هو الوارث والمخارج له وارث اخر.
اما الانابة، وتشمل المأذون له بالتصرف نيابة عن الأصيل وهو الوصي والوكيل والولي الشرعي.[59]

ويرى الباحث واعتمادا على النصوص الفقهية والمعمول به ومن طبيعة هذا العقد بان اطراف هذا العقد هم الورثة فقط فلا يصح ان يكون الموصى له او الاجنبي عن العقد طرفا في عقد التخارج، لان الشخص محل اعتبار في هذا العقد، فقد يكون الاجنبي او الموصى له غير محل ترحيب عن الورثة، مما تنتفي معها فكره ان عقد التخارج عقد تصالح بين الورثة فهم أي الورثة قد يبيعون او او يشترون من الاجنبي او الموصى له وفقا لمصالح اقتصاديه ولكن على شكل عقد بيع ووفق احكام عقد البيع وليس عقد التخارج .

وبناء على ذلك لا يعد التصرف عقد تخارج اذا كان التصرف بين احد الورثه واجنبي تماما عن التركه، وذلك ان مثل هذا التصرف اذا ما تم فانه بيع عادي وليس تخارجا، فان كان على كل التركه

---

[59] - الوصي : هو من عهد إليه الإنسان أموره ليقوم بها بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه ومصالح ورثته، كقضاء ديونه، ورد ودائعه، ورعاية صغاره وغيرها .
الاول: وصي الميت، وهو من يختاره الأب أو الجد أو من له حق الولاية على أولاده القصر وعلى أموالهم بعد وفاته.
الثاني : وهو من يعينه القاضي للإشراف على شؤون القاصر المالية.
اما الوكيل، وهو من يقيمه جائز التصرف مقام نفسه في تصرف جائز معلوم، سواء كان هذا التصرف من حقوق الله أو من حقوق البشر .
الولاية، الولاية الشرعية هي صلاحية الشخص لإدارة شؤون الغير فردا كان أو جماعة وتنفيذ إرادتهم، شرط أن يكون أهلا لذلك بأن يكون بالغا راشدا عاقلا ،والولاية إما أن تكون اختيارية وتأخذ حكم الوكالة، وإما أن تكون إجبارية وهي تفويض الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر أو المحجور عليه لجنون أو عته.
وفي هذه الحاله يجب توافر شروط معينه لصحه التخارج :-
1-ألا يكون في مخارجته ضرر ظاهر للمخارج له، أو غبن بين، لأن تصرفه مقيد بما فيه مصلحة القاصر ومن في حكمه .
2- ألا يكون في مخارجته حط من نصيب القاصر ومن في حكمه، أو إسقاط لبعض حقه لأنه في هذه الحالة يأخذ حكم التبرع، والولي أو الوصي لا يملك حق التبرع من مال القاصر ومن في حكمه.
وهنا يشترط الاذن من المحكمة الشرعية المختصة للولي او الوصي من اجل اجراء وتنظيم عقد التخارج لضمان جلب الحظ والمنفعة للصغير او الموصى عليه او المحجور عليه، الذي يملك حق التخارج هو المالك الشرعي، أو الموصي له بشيء من التركة أو الوكيل الشرعي لهما أو وصيهما الشرعي ؛ ويشترط في المتخارجين أن يكون كل منهما أصيلاً ،أو مأذونا له بالتصرف بوصاية أو وكالة أو ولاية شرعية .

يسمى بيعا للتركه وليس تخارجا، وبيع التركه في الحقيقه اوسع من التخارج لانه يسمح ببيع الحصه لاي شخص ،[60]

ثانيا : ان يرد التصرف على حصص الوارث بكاملها :

وفي بيع المخارجة لا بد ان يقوم الوارث ببيع حصته كامله للوارث الاخر، لان مضمون المخارجة يقتضي اخراج احد الورثة او مجموعه منهم من التركة بحث تنتهي علاقتهم القانونية بهذه التركة الا بالقدر الذي نص عليه القانون .[61]

ويجب لاعتبار التصرف تخارجا ان يرد ذلك التصرف على حصه الوارث (المتخارج) بأكملها، وذلك ان القصد من التخارج او ابعاد الورثة والتخلص منهم بحيث تنتهي علاقتهم بهذه التركة .[62]

ولكي يكون التصرف على حصص الوارث الشرعية بالتخارج لوارث اخر ويجب ان يكون المال المتخارج عنه ثابتا مستحقا شرعا للمخارج، بان يكون مملوكا للمخارج، وفق الاصول الشرعية الصحيحة .

الا ان هذا الامر بحاجه الى تفصيل ويقسم هذا الامر الى حالتين :-

الحاله الاولى : التخارج الكلي العام .

فاذا كان التخارج عاما وكلي يعتبر هذا التصرف تخارجا وخاضعا لأحكام التخارج يجب ان يرد التصرف على جميع الحصص الارثية للوارث المتخارج وتنتهي علاقته بالتركة فيحل المتخارج له محل المتخارج بمقدار نصيبه في كل التركة، فيعد هذا التصرف تخارجا وتسري عليه احكام التخارج سواء اكان المتخارج له وارثا واحدا او اكثر .

ولكن يثور التساؤل اذا قام احد الورثة ببيع جزء من سهامه ونصيبه في كل التركة الى وارث اخر هل يعد ذلك تخارجا ؟

مثلا لو كان وارث يملك مئة سهم من اصل المسالة الارثية الشرعية، واتفق مع وارث اخر ان يبيع منها خمسين سهما شرعيه من نصيبه في كل التركة أي يتنازل عن خمسون سهما، فهنا لا يعتبر هذا التصرف تخارجا، لأنه عكس فكره التخارج وهو ابعاد الوارث المتخارج عن التركة وقطع صلته بها، وانما يعد هذا بيع لحصص ارثيه مشاعيه اجازه القانون وتنطبق عليه احكام عقد البيع كما انه خارج

---

[60] - د . محمد كامل مرسي , شرح القانون المدني , العقود المسماة , عقد البيع وعقد المقايضة , منشاة المعارف , الاسكندرية , سنه 2005, ص 448.

[61] - د . محمد يوسف الزعبي ، شرح عقد البيع في القانون المدني ، مكتبه دار الثقافه للنشر والتوزيع ، الاردن ، عمان ،ط1 ، سنه 2004 ، ص 520.

[62] - د . بلحاج العربي, احكام التركات و المواريث , دار الثقافه و عمان ط1, سنه 2009 , ص 307.

عن اختصاص المحاكم الشرعية في فلسطين بل يكون من اختصاص دوائر التسوية او أي دائرة رسميه اخرى حددها القانون مثل اجراء وكاله دوريه غير قابله للعزل .

الحاله الثانيه :- التخارج الجزئي.

وهي التي يقوم المتخارج ببيع حصصه الارثية ليس في كل التركة وانما في شيء واحد منها، مثل ان يكون للمورث عدة عقارات فيقوم بالتخارج لوارث اخر عن حصصه الارثية في عقار واحد معين لوارث اخر، فان هذا التصرف يعد تخارجا وان لم يكن في كل التركة، حيث انه ورد على كل حصص الوارث في هذا العقار وقطع صلته به، فتحققت فكره التخارج بهذا العقد ويكون اختصاص تسجيل هذا النوع من التخارجات هو المحاكم الشرعية في فلسطين، ويخضع للاحكام العامه لعقد التخارج، فلا فرق في تطبيق الاحكام الخاصه بعقد التخارج سواء أكان التخارج كلي ام جزئي.

اما اذا ورد التصرف على جزء من الحصص في عقار واحد من التركة لا يعد التصرف تخارجا ولا يدخل ضمن اختصاص المحاكم الشرعية ويعد هذا التصرف بيعا عاديا .

ثالثا : ان يتم التصرف بعد وفاه المورث.

وهذا شرط بديهي وذلك ان التصرف في أي تركه قبل وفاة صاحبها هو باطل بطلانا مطلقا، حيث لا يجوز التعامل في تركه انسان على قيد الحياة .

وجاء في القانون المدني الاردني في المادة 2/160: (لا يجوز التعامل في تركه انسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه الا في الاحوال التي ينص عليها القانون .) وقد اخذ بهذه القاعدة لما فيه من ان التعامل بتركه الانسان على قيد الحياه من غرر وجهالة فاحشه ومخالفه للنظام العام وفيه من الاستهتار بالكرامة الإنسانية واستخفاف بأرواح الناس .

ولو اجيز هذا التصرف فان الوارث سيقوم بالمضاربة على حياة مورثه وقد يبتدع اسبابا لا نهاء حياة مورثه ومن ثم سيؤدي به الامر الى حرمانه من الميراث , كما ان الشخص لا يعد وارثا الا بعد وفاة مورثه، ولا تعد الاموال من اموال التركة ما لم يتوفى صاحبها .[63]

فلا بد حتى تكون المخارجة صحيح ومرتبه لأثارها ان يكون البيع قد تم بعد وفاة المورث، فبهذه الوفاة تعرف صفه الوارث، فلا يكون الشخص وارثا قبل وفاة مورثه، لان من شروط الميراث ان تتحقق حياة الوارث عند وفاة المورث .، وقبل وفاة المورث لا يستطيع الوارث ان يبيع حصته في التركة.[64]

---

[63] - د. عدنان السرحان ، العقود المسماة , المرجع السابق ، ص 153.

[64] - د . محمد يوسف الزعبي ، مرجع سابق ، ص 521.

ويقول الدكتور مصطفى الزرقا : (ان التركات التي يخلفها الاموات محفوفه باعتبارات تميزها عن غيرها من الاموال الحقوق في الاحكام الشرعية، ومن ذلك ان الشريعة الاسلامية، وغيرها من الشرائع تمنع صحه التعاقد على تركه مستقبلية،، أي على تركه شخص هو في قيد الحياة .).[65]

رابعا : ان يكون التصرف بعوض معلوم .

ويجب ان يكون هناك عوض كي يوصف العقد بانه تخارج، وبدون هذا العوض لا يكون التصرف تخارجا ويجب ان يكون العوض حقيقيا، [66] فاذا كان العوض تافها او صوريا عد التصرف تبرعا وتطبق عليه احكام الهبه لا التخارج.

ولا يصح ان يكون التخارج بلا عوض، والا فيكون تنازل عن التركة او هبه لها، ويجب ان يكون العوض موجودا، ويصح ان يكون العوض أي مال متقوم سواء بالنقد او العينيات، ولكن بعض القوانين مثل المصري اشترط العوض النقدي في عقد البيع لكي يعتبر بيعا . فقد نصت المادة (418) من القانون المدني المصري: (البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء او حقا مالا اخر مقابل ثمن نقدي)، فاشترط القانون المدني المصري على ان يكون الثمن في عقد البيع من النقد فقط [67].

اما في القانون المدني الاردني فلم يشترط ان يكون العوض نقديا المادة (465) من القانون المدني الاردني البيع بانه: (تمليك مال او حق مالي لقاء عوض), اما في مشروع القانون المدني الفلسطيني فلم يشترط ان يكون الثمن نقديا، فقد نصت المادة مادة (441) : (.1- الثمن هو ما تراضى عليه المتعاقدان في مقابل المبيع) فلم تحدد المادة نوع المقابل.[68]

وقد يكون العوض من مال المتخارج الخاص او من التركة نفسه كما بينا سابقا، والعوض يجب ان يكون معلوما وان لم تكن كل التركة معينه لان عقد التخارج ينطوي بطبيعته على الجزاف حيث يبيع المتخارج حصته في التركة جزاف وفيه نوع من الاحتمالية، لا يشترط ان تكون اعيان التركة معينه، اما المقابل يجب ان يكون معلوما حتى نعتبر التصرف تخارجا ولا يصح التخارج بل يكون العقد فاسدا قابلا للابطال وفق المجلة والمطبقة في فلسطين .

---

[65] - د مصطفى الزرقا ، العقود المسماة .مرجع سابق ، ص 319-320.

[66] - سليم رستم باز . شرح المجلة ، دار العلم للمعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط3 ، سنه 1998 ، ص 731-732.

[67] - القانون المدني المصري , رقم 131 لسنه 1948.

[68] - مشروع القانون المدني الفلسطيني القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 , كما لم ترتب البطلان على عدم ذكر الثمن مادة (442) إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما, الا انه عاد وقال في المادة مادة (444) :(إذا كان الثمن محدداً بنوع من النقود، وكانت له أفراد مختلفة انصرف إلى أكثرها تداولا في مكان البيع.) مما يذهب الى الاعتقاد بان قصد المشرع في المادة (441) قصد به الثمن النقدي.

وقد فصلنا ذلك في موضوع المقابل او الثمن في عقد التخارج .

خامسا : ان لا تكون التركة مستغرقة بدين للغير.

أي أن لا يكون على المورث دينا يستغرق كل التركه لأنه في هذه الحالة يصبح محل العقد منعدما غير موجود، وبالتالي إذا تم التخارج بين الورثة مع علم الطرفين باستغراق الدين لكامل التركة فإن العقد باطل بطلانا مطلقا لانعدام المحل المتعاقد عليه،[69] وهنا فان عقد التخارج لم يكتمل ولم يفيد حكما ولم ينتج اثاره القانونية، فالعقد الباطل لا ينعقد وهو باطل بأصله ووصفه وغير قابل للتصحيح, ويعني هذا الشرط ان التركة اذا كانت مستغرقة بالديون فان الامر سيؤدي الى انعدام المحل ويصبح المحل غير موجود .[70]

ويجب ان يقترن شرط استغراق التركة بالديون بعدم علم اطراف العقد، فاذا كان طرفا العقد على علم بهذه الديون وكانا عالمان بانها تستغرق التركة فان العقد يقع باطلا بطلانا مطلقا لانعدام وجود المحل، وهنا فالعقد الباطل لم يكتمل ولم ينتج أي اثر من اثاره لأنه غير موجود اصلا، فالعقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلا، فهو باطل بأصله ووصفه، وغير قابل للتصحيح .[71]

اما اذا كانت هذه الديون التي تستغرق التركة قد ظهرت بعد العقد والتسليم والتسلم والقبض او اجراء اعمال مادية ظاهرة، من ثم ظهر من يدعي بدين على التركة، ولم يكن المتخارج المتخارج له يعلمون بهذه الاستحقاقات، فإننا نطبق في هذه الحالة احكام ضمان الاستحقاق بالنسبة لعلاقه المتخارج مع المتخارج له .

سادسا : التقابض في المجلس اذا كان التخارج بأحد النقدين عن الاخر .

فاذا كان التخارج عن احد النقدين بالأخر، فيكون العقد صرفا، مخافة الربا يشترط التقابض في مجلس العقد.

سابعا :- الشكلية (التسجيل).

[69] - . بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، دار الثقافة، عمان، ط 1، سنه 2009 ، ص 307

[70] - د. صالح احمد اللهبي ، عقد التخارج , المرجع السابق ، ص 45.

[71] - وجاء في رد المحتار لابن عابدين : (وبطل الصلح والقسمة مع احاطه الدين بالتركة).

الفرع الثاني : خصائص عقد التخارج.

اولا : عقد التخارج عقد رضائي.

الاصل في عقد التخارج انه عقد رضائي ينعقد بمجرد تلاقي الايجاب والقبول أي يكفي التراضي لانعقاده دون صدوره في شكل وقالب معينين، فعقد التخارج موجود من زمن الصحابة رضوان الله عليهم فكان كغيره من العقود ينعقد شفاهة او كتابه صراحة او ضمنا حتى يقوم العقد , لا يتطلب المشرع لانعقاده شكلا خاصا وانما يتم انعقاده بالتراضي بين طرفيه دون حاجه الى انعقاده في شكل خاص، فقد ينعقد شفاهه او كتاب في محرر عرفي او رسمي وهو ف ذات الوقت ليس عقدا عينيا، اذ ينعقد دون حاجه الى تسليم المبيع او دفع الثمن .[72]

الا انه اصبح عقد شكليا بسبب التطور المدني وكثرة وتشابك العلاقات المالية، ولأهمية موضوع عقد التخارج والذي يكون موضوعه في الجل الاغلب تنازل عن حصص ارثيه في اموال غير منقولة، ولأهمية محل عقد التخارج، وما قد يصحب الخلاف حوله من منازعات، وحماية اطرافه من التدليس والغلط والاكراه، اشترط القانون ان يفرغ هذا الرضا بقالب وشكل معين عن طريق الكتابة والتصديق من قبل جهات الاختصاص، وهو المحكمة الشرعية وفقا للقوانين السارية.

ثانيا : عقد التخارج من عقود المعاوضة .

وعقد المعاوضة هو العقد الذي يحصل فيه كل من المتعاقدين على مقابل لما يقدمه والبيع من هذه العقود، فالبائع يقدم المبيع ويحصل على مقابل له وهو الثمن، كما ان المشتري يقدم الثمن ويحصل على مقابل له وهو المبيع.[73]

فعقد التخارج يحصل كل متعاقد على مقابل لما يلتزم به، فالمتخارج (البائع) ينقل ملكيه الحصص الارثية التي تخصه في التركة سواء بشكل عام كلي او خاص جزئي الى المتخارج له، مقابل حصوله على بدل التخارج (الثمن)، والمتخارج له مقابل التزامه بدفع المقابل (الثمن) يحصل على مقابل وهو الحصص الارثية (محل التخارج) أي المبيع .

---

[72] - د. محمود الديب ، عقد البيع بين الشريعة والقانون ، دار الجامعة الجديدة ، مصر بدون طبعه ، سنه 2010 ، ص 22.

[73] - د . محمد يوسف الزعبي ، شرح عقد البيع في القانون المدني ، مكتبه دار الثقافه للنشر والتوزيع ، الاردن ، عمان ،ط1 ، سنه 2004، ص 520.

مع العلم قد يخفي عقد التخارج نيه مستترة وهي نيه التبرع، فقد يقوم احد الورثه بالتخارج والتنازل عن حصصه الارثية الى وارث اخر بمقابل رمزي او يقر بانه استلم بدل الثمن الحقيقي الا انه يكون لم يستلم شيء، ويكون ذلك في مجال عقد التخارج اما بسبب شفقه وعطف كتخارج الجد لا بناء ابنه المتوفي عن حصصه الارثية في تركه ابنه المتوفي، او بدافع الرهبة والاحتيال وحرمان الاناث من الميراث، كان تتخارج الانثى لشقيقها عن حصصها الارثيه في تركه مورثها والدها بسبب ضعها وقله حيلتها او خوفها من شقيقها المتسلط .

ثالثا : عقد التخارج عقد ملزم لجانبين.

ولان عقد البيع ملزم للجانبين يلاحظ ان كل طرف من اطراف التعاقد دائن ومدين في نفس الوقت، فالبائع دائن بالثمن ومدين بنقل ملكية المبيع وتسليمه، والمشتري دائن بتسلم المبيع ومدين بدفع الثمن.[74]

لأنه عقد تبادلي حيث يولد التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، فيصبح كل منهما دائنا ومدينا للآخر في ذات الوقت، فعقد البيع يرتب منذ انعقاده التزامات على عاتق البائع بنقل ملكيه المبيع والتسليم والضمان، كما يرتب ايضا التزامات على عاتق المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع .[75]

ومعنى ان عقد التخارج عقد ملزم لجانبين بانه يخضع لأحكام العقود الملزمة لجانبين من ناحيه تطبيق احكام الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتبعة الهلاك، ولو التزم احد طرفي عقد التخارج دون الاخر لا يجعل منه عقد ملزم لجانب واحد وانما يبقى ملزم لجانبين .

فعقد التخارج يولد التزامات متبادلة بين اطرافه فيصبح كل من المتخارج والمتخارج له دائنا ومدينا في نفس الوقت، فالمتخارج (البائع) مدين وملتزم بنقل ملكية الحصص الارثية والتسليم والضمان – في حال ذكر مشتملات التخارج – وفي نفس الوقت هو دائن بالمقابل المالي لبدل التخارج (الثمن)، والمتخارج له مدين وملتزم بدفع الثمن ودائن بالنسبة للحصص الارثية المتخارج عنها .

ويترتب على اعتبار ان عقد التخارج ملزم لجانبين عدة امور :-

[74] - د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة، مؤسسه الثقافة الجامعية ، ، سنه 1985 ص 29
[75] - د . محمود الديب، عقد البيع بين الشريعة والقانون ، دار الجامعة الجديدة ، سنه 2010 و بدون طبعه ، مصر21

1- اذا لم يقم احد طرفي عقد التخارج بتنفيذ التزامه جاز للطرف الاخر بالدفع بعدم التنفيذ، وجاز له ان يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ الالتزام .

2- يجوز طلب التنفيذ العيني الجبري في حال تخلف احد اطراف العقد عن التزاماته .

رابعا: عقد التخارج عقد ناقل للملكية .

تنتقل ملكيه الحصص الارثية بمجرد انعقاد العقد وفقا للشكل الذي رسمه القانون، حتى ان لم يقع التسليم والتقابض باستثناء الصرف يشترط التقابض في المجلس خشيه الربا، فيثبت الحكم في عقد التخارج بمجرد العقد .

لأنه ينشيء التزام على عاتق المتخارج بنقل ملكية الحصص الارثية، فالالتزام بنقل الملكية يعتبر اثرا مباشرا لعقد التخارج او هو اثر للالتزام بنقل ملكية الحصص الارثية والذي ينشئه عقد التخارج وفي المقابل الاثر المباشر لالتزام المتخارج له تسليم مقابل او بدل التخارج للمتخارج .

وتنتقل ملكيه المنقول المعين بالذات اذا كانت محلا للتخارج بمجرد انعقاد العقد دون حاجه الى اية اجراءات وذلك حتى لو كان دفع بدل التخارج وتسليم الحصص الارثيه في المنقول المعين بالذات مؤجلين وعلى ذلك فان المتخارج له يكون هو المالك للحصص الارثيه للمتخارج بالإضافة للحصص التي يملكها اصلا .

ولكن يثور تساؤل هل يجوز ان يعلق نقل الملكية للحصص الارثية المتخارج عنها للمتخارج له اذا كان دفع الثمن مؤجلا او مقسطا لحين دفع كامل البدل المتفق عليه ؟

يرى الباحث بان عقد التخارج عقد مدني كغيره من العقود المدنية لا بل هو عقد مدني بامتياز، فقد اجازت التشريعات العربية بانه يجوز الاتفاق على تعليق نقل ملكيه المبيع الى المشتري لحين دفع الثمن اذا كان مؤجلا او مقسطا وذلك استثناء على الاصل هو انتقال ملكيه المبيع بمجرد العقد وذلك حفاظا على حقوق البائع، وحيث ان عقد التخارج هو في اغلب حالته هو نقل ملكيه حصص ارثيه في اموال غير منقولة فيجوز ان يشترط في حجه التخارج ان ملكيه هذه الحصص لا تنتقل حتى دفع اخر قسط اذا كان البدل مقسطا او لحين دفع كامل البدل اذا كان مؤجلا .

ويرى الفقه الاسلامي ان حكم عقد البيع هو التمليك والتملك، فتمليك المبيع هو المقصود في عقد البيع، وتملك الثمن هو الوسيلة الى ذلك، ومن ثم فان هذا التطور لاهم خصائص عقد البيع في الفقه

القانوني، قرره فقهاء المسلمين منذ القدم، حيث قرروا ان البيع ناقل للملكية، بحيث يصبح مشتري العقار او المنقول مالكا للمبيع بمجر العقد.[76]

خامسا : عقد التخارج عقد فوري.

والعقد الفوري هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، بحيث يكون تنفيذه بحسب ما يحدده المتعاقدان من وقت، سواء اكان ذلك وقت ابرامه ام تراخى تنفيذه الى اجل او اجال متتابعة .[77]

سادسا : شخصيه العاقدين محل اعتبار.

فالتخارج هو بيع وارث لوارث، فشخصيه العاقدين محل اعتبار في العقد، فاذا لم يكن طرفا العقد من الورثه لا نكون بصدد عقد تخارج وشرط ان يكون محلهها حصص احدهم في تركه مورثهم , واذا كان المحل اي شيء لخر فلا يعد تخارجا لا بل بيعا عاديا ، وانما يكون عقد بيع عادي، كان يكون بين وارث واجنبي .

سابعا :عقد التخارج من العقود الجزافيه .

فهو من العقود الاحتماليه التي يقوم فيها المتخارج لها بشراء حصص ارثيه , مع نوع من الجهاله في محل التخارج وهو الحصص الارثيه , مع العلم بان الورثه غالبا يعلمون التركه علما مجملا شاملا , فشراء حصص ارثيه مشاعيه سواء بشكل كلي او جزئي يعتبر جزافيا .

ثامنا :- المحل في عقد التخارج محل اعتبار .

أي بانه ينصب على حصص ارثيه في تركه المتوفي، فاذا كان المحل ليس من التركه لا يعد التصرف تخارجا وانما قد يكون أي من التصرفات الاخرى.

تاسعا :- التخارج وسيله سهله لفض النزاعات بين الورثه.

في حال وقوع نزاع بين الورثه، فان عقد التخارج يرفع الخصومه والمنازعه فيما بينهم، فيخرج بعض الورثه ويقطع صلتهم بالتركه، مما ينهي الخصومه بين الورثه ببقاء البعض الاخر فيها وحده دون من تخاصم معه .

---

[76] - د . محمود الديب، عقد البيع بين الشريعه و القانون , المرجع السابق ، ص 18.

[77] - د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار النشر للجامعات المصرية ، ج1 ، سنه 1952، ص 165.

عاشرا : عقد التخارج وسيله صلح بين الورثه .

لا يشترط لاجراء عقد التخارج ان يقع صلح بين الورثه، وانما قد يتم التخارج صلحا بينهم من اجل تقسيم التركه، او بالتراضي على شراء حصص من يرغب فيها، بشكل سهل، ويكون ذلك التصرف مانعا من وقوع نزاع بين الورثه، واجراءا وقائيا قبل النزاع .

الحادي عشر: عقد التخارج من العقود القديمه .

عقد التخارج من العقود القديمه، فعرف من زمن الصحابه رضوان الله عليهم، ابان تطور الدوله المدنيه في الاسلام، وقد نشأ بجانب العقود الاخرى والتي كانت موجوده قبل الاسلام مثل البيع، والاجاره، والقرض المقترن بالربا .

الثاني عشر: لا يتاثر عقد التخارج بظهور مال للميت لا يعلم به المتخارج .

فلا يتاثر عقد التخارج ويبقى صحيحا اذا كان مستوفيا شروطه بظهور اموال جديده للميت بعد ابرام عقد التخارج، فقد نصت المادة 540 من القانون المدني الاردني : (2- لا يشمل عقد المخارجة كل مال يظهر للميت بعد العقد ولم يكن المتخارجان على علم به وقت العقد)، ونصت الماده 500 من مشروع القانون المدني الفلسطيني : (2- لا يشمل عقد التخارج كل ما يظهر للميت بعد العقد، ولم يكن المتخارجان على علم به وقت العقد.).

والسبب في ذلك هو ان هذه النصوص جاءت لمصلحة المتخارج، وان كان عقد التخارج من العقود الاحتمالية والتركه تباع في الغالب دون تحديد موجوداتها، ولكن مع ذلك فان للطرفين تصورا عاما لها وتخمينا لما يمكن ان تحويه من اموال وهو ما يقوم عليه رضاهما عند التخارج، فاذا ظهر بعد التخارج ما لم يكن داخلا في تصور الطرفين او على الاقل تصور المتخارج، فان القول بادخاله في التخارج يؤدي الا اختلال رضا المتخارج الذي ام يكن ليقبل بالتخارج بالعوض الذي قبله لو انه علم بوجود هذا المال من التركه . [78]

[78] د . صالح احمد اللهيبي , مرجع سابق ص 64.

الثالث عشر :لا يتاثر عقد التخارج بالحقوق التي تكون للتركه على المتخارجين او احدهم .

فلا يتاثر عقد التخارج وبيقى صحيحا اذا كان مستوفيا شروطه بوجود حقوق ماليه للتركه على المتخارجين او احدهم ويبقى العقد صحيحا .، فقد نصت المادة 540 من القانون المدني الاردني : (3- لا يشمل التخارج الحقوق التي للتركة على المتخارجين أو على أحدهم ولا الحقوق التي عليها لهم أو لأحدهم)، ونصت الماده 500 من مشروع القانون المدني الفلسطيني : (3- لا يشمل التخارج الحقوق التي للتركة على المتخارجين أو على أحدهم، ولا الحقوق التي عليها لهم أو لأحدهم.).

فقد يكون احد المتخارجين مدينا لمورثه و وبعد وفاة المورث يكون مدينا للتركة، فاذا قام الوارث المدين بالتخارج عن حصصه الارثيه لوارث اخر، فلا يعفيه ذلك من التخلص من هذه الديون، فانه ملزم بتسديد هذا الدين للتركه ويحسم منها نصيبه الشخصي منها وفقا لسهابه ونصيبه في التركه .

على ان هذه القاعدة ليست امرة، فيمكن للبائع ان يشترط على المشتري ان يقوم بوفاء هذا المبلغ للتركه عنه .[79]

الرابع عشر : لا يتاثر عقد التخارج بالحقوق التي للمتخارجين على التركه .

وفيما نحن بصدده اذا كان للمتخارجين او لاحدهم حق تجاه التركه، وهو في نفس الوقت التزام على التركه، فان هذا الحق لا يكون مشمولا بالمخارجه، على ان هذه القاعدة ليست امره فيمكن للمشتري ان يتفق مع البائع بان يكون التخارج شاملا للحقوق التي للبائع على التركه بالاضافة للحقوق التي له فيها.[80]

ومعنى ذلك بان حقوق المتخارجين او احدهما لا تتأثر بعقد التخارج، فلا يجوز للمتخارج له الادعاء بكسب هذه الاموال عن طريق التخارج، اذا كان المتخارج هو الدائن للتركه، ويبقى حق المتخارج قائما بعد اجراء التخارج ودون ان يؤثر فيه، واذا كان المتخارج له هو الدائن للتركه، فيحسم من بدل التخارج، بما يعادل ما تكون حصص المتخارج مدينه للمتخارج له بصفته دائن للتركه.

الخامس عشر : لا يشمل التخارج كل الحقوق ذات الصبغة الشخصيه .

يشمل التخارج الحقوق الماليه سواء اكان التخارج كليا ام جزئيا، ومهما كانت طبيعه محل التخارج سواء اموال منقوله او غير منقوله، حيث ان نية المتخارجين قد انصرفت و وفقا لمجرى الامور وحسب

---

[79] - د . محمد يوسف الزعبي . شرح عقد البيع , مرجع سابق , ص 529.
[80] - نفسه ص 529-530.

تقدير قاضي الموضوع بان موضوع التخارج ومحله هو انتقال حصص ارثيه من ملك المتخارج لملك المتخارج له، ولا تنصرف للامور ذات الصبغه الشخصية .

وذلك لان المتخارج له قد ركز على الحقوق المالية وانصرفت نيته الى تملكها، اما الحقوق غير المالية فنفترض ان النية لم تنصرف اليها، وبالتالي تكون مستثناه من التخارج . [81]

المبحث الثاني: اركان وشرط صحه عقد التخارج والتكييف القانوني

وسأتناول هذا المبحث في مطلبين، المطلب الاول اركان عقد التخارج والمطلب الثاني التكييف القانوني له .

المطلب الاول: اركان عقد التخارج.

عقد التخارج عقد له اركان لا يتم الا بها وذهب الحنفية الى ان للعقد ركنا واحدا فقط وهو الصيغة المؤلفة من الايجاب والقبول الدالة على الرضا .

اما جمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابلة فقد قالوا بان للعقد ثلاثة اركان وهي :-

1- الصيغة: وهي الايجاب والقبول الدال على الرضا .
2- العاقدان: أي اطراف العقد وهما المتخارج والمتخارج له .
3- المحل: وهو الحصه او نصيب الوارث من التركة وبدل التخارج.

ولقد قسمت مجله الاحكام العدلية في باب عقد البيع اركان العقد وشروطه واخذت براي الجمهور مع النص على ان ما لم يرد في المجلة يرجع الى الراجح من مذهب الامام ابو حنيفة، وهذا ما هو مطبق في فلسطين في المحاكم الشرعية صاحبه الاختصاص بنظر كل ما يتعلق بعقد التخارج .

ونصت المجلة (361): (يشترط في انعقاد البيع صدور ركنه من اهله أي العاقل المميز واضافته الى محل قابل لحكمه).

ويمكن اعتبار بان اركان عقد التخارج هي نفسها اركان عقد البيع بشكل عام , الا ان الخصوصية التي يتسم بها عقد التخارج تجعل من طبيعه اركان عقد التخارج ذات خصوصية ايضا فلذلك لا بد من توضيحها وابراز الخصوصيه لها في عقد التخارج :-

---

[81] د. وهبه الزحيلي , العقود المسماة , قانون المعاملات المدنية الاماراتي و القانون المدني الاردني , دار الفكر للطباعة والنشر , ط1 1987 , ص21.

الفرع الاول : الركن الاول التراضي (الصيغة).

وهو تطابق الايجاب والقبول كتعبيرين عن ارادتي اطراف العقد، فهو ارتباط الايجاب بالقبول على وجه يثبت اثره في المعقود عليه، [82].

ويرى الحنفية بان ركن الشي ما يتوقف عليه وجود ذلك الشيء، وعدة صيغه العقد تلاقي الايجاب مع القبول هي ركن الشيء، بحث يكون داخلا في ماهيته، فقصروا ركن العقد على الصيغة، عدو المحل والعاقدان شروطا العقد، لكونهما خارجين عن الحقيقة، ان كان لا يقوم العقد الا بهما .

الصيغة او الايجاب والقبول هي الركن الهام الاساسي في العقد وهي ما يدل على الرضا بين المتعاقدين بالمعقود عليه، والايجاب والقبول يكونان معا صيغه العقد الدالة على اتفاق الطرفين المتعاقدين .[83]

ويظهر من خلال ذلك بان ركن التراضي في عقد التخارج هو تلاقي الايجاب بالقبول لإحداث اثر قانوني هو نقل ملكيه الحصص الارثية مقابل الحصول على البدل بين طرفي العقد شرط ان يكونا من الورثة، على اجراء العقد بنقل الحصص الارثية من المتخارج الى المتخارج له سواء بشكل كلي او جزئي مقابل بدل (ثمن) متفق عليه معلوم فان ركن التراضي في عقد التخارج لا يخرج عن كونه هو نفسه ركن التراضي في عقد بيع .

و**الصورة الاولى للإرادة هو الايجاب** .

والايجاب : العرض الصادر اولا من احد طرفي العقد . سواء صدر من المملك او المتملك، فقول العاقد الاول في البيع هو الايجاب، سواء صدر من البائع او من المشتري، فاذا قال البائع اولا :(بعت) هو الايجاب، واذا ابتدأ المشتري الكلام فقال :(اشتريت) فهو الايجاب .

---

[82] - الدكتور عثمان التكروري و الدكتور احمد سويطي ، مصادر الالتزام _ مصادر الحق الشخصي في ضوء مجله الاحكام العدلية و قانون المخالفات المدنية بالمقارنة مع مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري والقانون المدني الاردني . فلسطين 2016 بدون طبعه ص 48.

جاء في المجلة في المادة 103: (العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما امرا وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول)

وفي المادة (104) : (والانعقاد تعلق كل الايجاب والقبول بالأخر على وجه مشروع يظهر اثره في متعلقهما).

وركن التراضي هو ركن جوهري في عقد البيع ففي حال تخلفه يكون العقد باطلا، فقد نصت المادة (106) من المجلة (البيع المنعقد هو البيع الذي ينعقد على الوجه المذكور وينقسم الى صحيح وفاسد ونافذ وموقوف).

[83] - أ. محمد سلامه ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي من خلال عقد البيع ، طبع بأمر من صاحب الجلالة امير المؤمنين الحسن الثاني ، المملكة المغربية وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، سنه 1994 ، بلا طبع ، ص 55.

فتعبير المتخارج او المتخارج له عن ارادته الأكيدة عن رغبته ببيع حصصه الارثية او من جانب المتخارج له بشرائها في التركة سواء بشكل كلي او جزئي هو ايجاب من طرفه.

وهو التعبير الذي يصدر من احد المتعاقدين متضمنا رغبته الاكيدة في التعاقد مع الاخر فيما لو صدر قبول من الاخير[84]

وقد عرفه مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (75): (الايجاب والقبول كل تعبيرين مستعملين عرفا لإنشاء العقد، واي تعبير صدر اولا فهو ايجاب والثاني قبول)،.

ونصت المادة (1/91) من القانون المدني الاردني على ان الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر اولا فهو الايجاب والثاني قبول)، وهو نفس النص الذي جاء في مشروع القانون، فالإيجاب في عقد التخارج يجب ان يصدر باتا بحث تتوافر فيه شروط الارادة الصحيحة من حيث الوجود، واتجاهها لإحداث اثر قانوني والتعبير عنها، اضافه الى وجوب اشتماله على العناصر الجوهرية او الأركان الاساسية التي تجعله صالحا لان ينعقد به العقد حين يصادف قبولا مطابق، [85].

فيتم الايجاب لإنشاء عقد التخارج بأبداء احد اطراف العقد لرغبته الأكيدة في انشاء علاقة تعاقديه لإحداث اثر قانوني بنقل ملكيه الحصص الارثية، اذا صادف قبولا من احد الورثة في تركه معينه، وقد يكون الايجاب في هذه الحالة اما صريحا بالفظ او الكتابة او الاشارة وقد يكون ضمنيا الا انه يعبر عن ارادة اكيده وباتة ممن صدر منه لإنشاء هذا العقد اذا صادف القبول المطلوب، الا ان مجرد المفاوضة على شروط العقد والثمن وهل هو تخارج كلي او جزئي لا يعتبر ايجابا صحيحا ملزما في عقد التخارج، والمفاوضة او الدعوة الى التعاقد لا ترتب اثرا قانونيا، فكل طرف حر في قطع المفاوضة في أي وقت يريد وكل دعوة الى التعاقد يجوز العدول عنها، ولا يترتب على ذلك أي مسؤولية على اساس ان المفاوضات ذاتها لا يمكن ان تقيم رابطه عقدية بين الطرفين المفاوضين، ولا ترقى الى مصاف التصرف القانوني، [86]

[84] - د. امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2015 ص 80 .
في عقد التخارج هو نفسه في عقد البيع العادي وقد عرفته المجلة في المادة (101) : (الايجاب اول كلام يصدر من احد العاقدين لأجل انشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف).
[85] - د . علي ابو مارية مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي) الطبعة الاولى سنه 2016 ، مطبعه النبراس النية ص 41.
[86] - د. عثمان التكروري و د . احمد سويطي ، المرجع السابق ص 71.

فلو افترضنا بان المتخارج له ابدى رغبه اكيدة بانه يرغب بشراء الحصص الارثيه للمتخارج او العكس فان مجرد عرض فكرة وبدء المفاوضة حول العقد من حيث المقدار كلي او جزئي او من حيث المقابل المادي وكيفيه دفعه ووقت التسجيل فان ذلك كله لا يكون ملزما، حتى يتم الاتفاق على كافه الامور الجوهرية في العقد، فاذا صدر الايجاب بشكل صحيح وبصورة قاطعه فيكون ملزما ولا يسقط الا بحالتين :

1- الاولى ان يرفض من وجه اليه عرض الموجب، او انقضاء المدة التي يسقط خلالها الايجاب فلا تكون مدة الايجاب مفتوحه بلا اجل محدد فأما يكون الايجاب مضروب الى اجل محدد او يفهم من طبيعة التعامل، وفي عقد التخارج اما ان يكون الايجاب محدد بمده معينه لتلقي القبول او يفهم من الطبيعة الخاصة لعقد التخارج، فهو يتم بين ورثه تربطهم صله وعلاقه قرابه ودم فقد يكون تفاهم ضمني ومعروف حول المدة المقبولة لكي يكون الايجاب ملزما حسب العلاقة او العرف والعادة في الحي والقصبة والبلد .
2- وقد يسقط الايجاب اذا انفض مجلس العقد بدون صدور القبول من الطرف الاخر او اذا عاد الموجب عن ايجابه في مجلس العقد وقبل صدور القبول من الجانب الاخر.

وهذا كله مع مراعاة ركن الشكلية في العقد فشرط الشكلية في عقد التخارج شرط انعقاد لا شرط صحه.

وجاء في مجله الاحكام العدلية في المادة (184) : (لو رجع احد المتابعين عن البيع بعد الايجاب وقبل القبول بطل الايجاب فلو قبل الاخر بعد ذلك في المجلس لا ينعقد البيع).

ونصت المادة (96) من القانون المدني الاردني : (المتعاقدان بالخيار بعد الايجاب الى اخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الايجاب وقبل القبول او صدر من المتعاقدين قول او فعل يدل على الاعراض يبطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك).

ونصت المادة (82) من مشروع القانون المدني الفلسطيني : (1- اذا صدر الايجاب في مجلس العقد من غير ان يتضمن ميعاد للقبول فان للموجب ان يعدل عن ايجابه في أي وقت ما لم يصدر القبول مطابق له قبل ان ينفض المجلس 2- اذا لم يعدل الموجب ولكن مجلس العقد انفض بمغادرة الموجب له المكان او بصدور فعل او قول منه يدل على اراضه عن الايجاب فان ذلك يعد رفضا له).

ولكن ما مجلس العقد المقصود في هذه المواد فقد عرفته المادة (181) من مجله الاحكام العدلية بانه: (مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع) وجاء في المادة (182) من المجلة : (بان المتبايعان بالخيار بعد الايجاب الى اخر المجلس .....).

في مجال عقد التجارج ومراعاة لشرط الشكليه فان مجلس العقد المتعبر في عقد التخارج , هو المجلس بوجود اطراف العقد المتخارج او المتخارجون مع المتخارج له او المتخارج لهم في غرفه القضاء (المحكمه الشرعية) وفقا لقانون اصول المحاكمات الشرعيه رقم 31/ لسنه 1959 الاردني النافذ في الضفه الغربيه مع توافر الرضا الكامل والتوقيع على العقد وتوقيع الشهود , وينتهي مجلس العقد بعد دفع الرسم القانوني , وبدون هذا الشكل فلا يكون مجلس عقد التخارج منعقدا وباطل.

الصورة الثانية للإرادة : القبول

اما الصورة الثانية للإرادة هو القبول، وهو الارادة الثانية لا جراء العقد ويصدر القبول من الموجه اليه الايجاب بحيث يعبر فيه عن موافقته ورضاه بما هو موجه اليه .[87]

وقد عرفت مجله الاحكام العدلية المادة (102) بان القبول هو: (القبول ثاني كلام يصدر من احد العاقدين لأجل انشاء التصرف وبه يتم العقد)، أي ان كل كلام جاء بعد الايجاب لإنشاء التصرف وبقصد اتمام العقد سمي قبولا سواء في ذلك اكان المشتري هو المتكلم ام كان البائع .[88]

والقبول يعني الموافقة على الايجاب الصادر من الطرف الاول، وذكر ثانيا، فالمعتبر اذن، الاسبقية في الصدور فقط، سواء جاءت من جهة البائع ام من جهة المشتري في عقد البيع.[89]

ويفهم بان الايجاب والقبول في عقد التخارج قد يصدر من المتخارج او المتخارج له بصفه ان الاول بائع والثاني مشتري، اذا ما كيف التخارج بيعا، فالمتخارج قد يكون صاحب الايجاب بعرض حصصه الارثيه للبيع وقد يكون صاحب القبول اذا عرض عليه احد الورثة بطلب شراء حصصه الارثيه، وهكذا بالنسبة للمتخارج له ايضا، وحيث لم يشترط القانون شكلا معينا للعقد ومنها عقد التخارج حيث ينعقد صحيحا اذا توافرت اركان العقد وشروط صحته بدون ان يصدر في قالب معين وينتج اثاره على الفور، الا ان القانون اشترط ركنا اخر لبعض العقود الا وهو ركن الشكلية، فلكي ينتج عقد التخارج

[87] - د. علي ابو ماريه المرجع السابق ص 44.
[88] - علي حيدر ، شرح المجلة ، المجلد الاول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى 2010 ص 96.
[89] - د. الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته الشرعية ، مرجع سابق ، ج4 ، ص 93.

اثرة القانوني الصحيح ويعتبر نافذا لا بد ان يصدر بطريقه معينه رسمها القانون فلا ينعقد العقد بدونها ويعتبر باطلا لتخلف ركن من اركانه .

شروط صحه الرضى لإجراء عقد التخارج :-

حتى يحدث التقاء واتحاد الايجاب مع القبول لأثره القانوني في عقد التخارج لا بد من توافر عدة شروط :-

1- توافر اهليه الاداء في اطراف عقد التخارج وهي صلاحيه الفرد لإجراء التصرفات القانونية على الوجه الصحيح، ومناطها التمييز، فلا بد توافر اهليه الاداء لدى اطراف عقد التخارج كي ينتج اثرة بشكل قانوني سليم، ولا بد لأطرافه ان يكونوا قادرين على تميز الفعل النافع من الضار، حيث ان عقد التخارج هو تصرف يقع بين النفع والضرر، وفي حال انعدمت الأهلية فيقع التصرف باطلا .

موافقة القبول بالإيجاب، ينعقد العقد ويصح اذا وافق القبول الايجاب، فاذا لم يوافق القبول الايجاب في عقد التخارج في المعقود عليه او في مقداره او في قيمه البدل لا ينعقد العقد .[90]

2- اتصال القبول بالإيجاب، او اتحاد مجلس العقد، أي ان يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد سواء بالأصالة او بالنيابة، وان يكون في مجلس واحد،

وهذه الأهلية يجب توافرها في المتخارج والمتخارج له، فيجب ان يكون كل منهما متمتعا بالصفات التي تسوغ له شرعا .[91] أي ان يكونا بالغين عاقلين غير محجور عليهم .

وبما ان عقد التخارج من عقود المعاوضات وهو دائر بين النفع والضرر اذا كيف بانه عقد بيع فلا يجوز ان يكون احد اطراف العقد عديم الأهلية او ناقصها او محجور عليه او صبي غير مميز .

اما اذا كان عقد التخارج في حقيقته عقد تبرع او هبه فاذا كان التصرف نافعا نفعا محضا للمجنون او عديم الأهلية او ناقصها او الصبي غير المميز فيجوز ان يكون طرفا فيه بعد اخذ اذن المحكمة المختصة وهذا المعمول به في فلسطين .

3- ان تكون الارادة سليمه خاليه من عيوب وعوارض الاهلية وهي على النحو التالي : -

أ- الاكراه

ب- الغبن المقترن بالتغرير

---

[90] - فقد نصت المادة (117) من القانون المدني الاردني: (ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطله).

[91] - الزرقا المرجع السابق ، ج5، ص 48-67.

ت- الغلط

4 – ان يكن طرفا العقد ممن يملكون حق التخارج، والذي يملك حق التخارج هو الوارث الشرعي فاطراف العقد محل اعتبار في عقد التخارج وليس كعقد البيع بشكل عام.

اثر الاكراه على عقد التخارج :-

عرفت المادة (948) من مجله الاحكام العدلية الاكراه : (اجبار احد على ان يعمل عملا يغير حق من دون رضاه بالإخافة ويقال له المكره (بفتح الراء) ويقال لمن اجبره : مجبر، ولذلك العمل : مكره عليه، وللشيء الموجب للخوف : مكره به).

وعرفته المادة (126) من مشروع القانون المدني الفلسطيني: (1- تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الاخر في نفسه دون حق وكانت قائمه على اساس).

وقد عرفه القانون المدني الاردني في الماده (135) :(الاكراه هو اجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملا دون رضاه ويكون ماديا اومعنويا) , والاكراه الذي يعيب الرضا ويعدمه في العقود هو اجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملا دون رضاه فيفسد رضاه فيدفعه للتعاقد، حيث يتولد رهبه في نفسه، وهذا النوع من الاكراه لا يعدم ارادة المكره بل يقتصر اثره على الاختيار، فهو مساس بحريه المتعاقد المكره، ويحمله على القيام بعمل لا يرضاه , اما اذا عدم الاكراه الإرادة، بان يقوم احد المتعاقدين بالقوة بإجبار المتعاقد الاخر على التوقيع على العقد يكون العقد باطلا .

وقد يكون الاكراه ماديا وقد يكون معنويا، ماديا كان يقوم احد المتعاقدين بالحاق الضرر بالأخر مثل حبسه او ضربه او تجويعه، فيضطر للقبول بالعقد مكرها، وقد يكون معنويا مثل ان يهدد احد العاقدين الاخر بالحاق ضرر به او بشخص اخر .

والاكراه نوعان :- الاكراه الملجيء والاكراه غير الملجيء .

اولا : الاكراه الملجيء.

ويكون الاكراه ملجئا، اذا كان تهديدا بخطر جسيم محدق بالجسم او المال ومثال ذلك التهديد بقتل النفس او باتلاف عضو او الضرب الشديد الذي قد يؤدي الى اتلاف النفس او العضو .[92]

[92] - د. عثمان التكروري و د . احمد سويطي ، المرجع السابق ص 190-191.

فالاكراه الملجيء يكون اثره اكبر في افساد ارادة المكره، ذلك لان وسيلته التهديد بخطر جسيم محدق بالنفس او المال ,[93] والاكراه الملجيء يعدم الرضا ويفسد الاختيار اذ ان له تأثير سواء في التصرفات الفعلية او القولية، فقد نصت المادة (138) من القانون المدني الاردني : (الاكراه الملجيء يعدم الرضا ويفسد الاختيار .....).

ثانيا: الاكراه غير الملجيء :

ويكن التهديد ما دون التهديد في النوع الاول، وهو يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار، فقد جاء في المادة (138) من القانون المدني الاردني :(.....وغير الملجيء يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار).

وجاء في المادة (949) من مجله الاحكام العدليه بان : (الاكراه على قسمين: الاول هو الاكراه الملجيء الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي الى اتلاف النفس او قطع عضو، والثاني هو الاكراه غير الملجيء الذي يوجب الغم والالم فقط كالضرب غير المبرح او الحبس غير المديد .).

حكم عقد التخارج المشوب بالإكراه:

سواء كان ملجيء او غير ملجيء وحيث ان عقد التخارج من التصرفات القولية فقد جاء في المجلة المادة (1006) : (لا يعتبر البيع الذي وقع باكراه معتبر ولا الشراء ولا الايجار ولا الهبه ولا الفراغ ولا الصلح والاقرار والابراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا اسقاط الشفعة، ملجئا كان الاكراه او غير الملجيء، ولكن لو اجاز المكره ما ذكر بعد زوال الاكراه يعتبر .)

فللمكره بعد زوال الاكراه ان يفسخه لدفع الضرر عن نفسه لو شاء [94]و الاكراه سواء كان ملجيء او غير ملجيء فهو معدم للرضا وبما ان الرضا شرط في لزوم العقود والمعاملات المذكورة والاقرار، فتفسد العقود بفوات الرضا ويكون حق الفسخ والامضاء بعد زوال الاكراه عائدا الى المكره .[95]

وقد تكون الإجازة صريحه وقد تكون ضمنيه، فتكون صريحه القول صراحه باجازة العقد، كان يقول المكره قد اجزت العقد، وضمنيه، كان يقبض البائع طائعا راضيا ثمن المبيع من المشتري .

فاذا شاب عقد التخارج وجود اكراه من احد طرفي العقد على الاخر وكان هذا الاكراه هو الدافع على التعاقد بسبب تولد رهبه في النفس من الخوف على النفي او المال، فيكون العقد فاسدا قابلا للفسخ او

---

[93] - علي ابو مارية ، المرجع السابق ، ص 79.
[94] - د . علي حيدر ، المرجع السابق ، ج 2، ص 708.
[95] نفسه ، ص 711.

الإجازة، ويقع عبء الاثبات على من وقع عليه الاكراه، وهذه من الوقائع المادية التي يجوز اثباتها بكافه طرق الاثبات ولكن لا بد من توافر شروط معينه لكي يكون الاكراه معتبرا في عقد التخارج ويكون مفسدا للعقد ,[96] فاذا توافرت هذه الشروط فيكون عقد التخارج عرضه للفسخ او الاجازة بعد زوال التهديد والاكراه، ويكون العقد غير نافذ وموقوف على اجازة المكره .

للاكراه في الفقه الاسلامي ميزة واضحه، فهو اكثر بروزا من سائر عيوب الارادة، لان الاكراه اقرب عيوب الارادة الى الموضوعية وابعدها عن الذاتية وذلك بسبب ما يتصل به من وسائل العنف التي هي اكثر ما تكون وسائل مادية ظاهرة، فاستقرار التعامل هنا لا يتعارض مع احترام الارادة الحقيقية، لا سيما اذا كان الاكراه واقعا من احد المتعاقدين على المتعاقد الاخر كما هو الغالب .[97]

وينظر الفقه الاسلامي الى الاكراه كعيب في الارادة فيجعل الجزاء عليه اشد من الجزاء على عيوب الارادة الاخرى، في المذهب الشافعي يعتبر الاكراه سببا في بطلان العقد، وفي المذهب الحنفي يتردد الجزاء بين فساد العقد وتوقفه، وكلاهما اشد من عدم اللزوم، وظاهر المذهب فساد العقد لا توقفه، اما المذهب المالكي فيجعل جزاء الاكراه عدم لزوم العقد، فيستوي الاكراه في ذلك عنده مع سائر عيوب الارادة .[98]

اثر الغلط على عقد التخارج :-

والغلط : انه حالة تقوم في النفس تحمل على توهم غير الواقع .[99]

---

[96] - 1- ان يكون التهديد غير مشروعا .بان يكون تهديدا او بفعل او عدم القيام بفعل يدفع احد اطراف العقد على ابرامه، وان يكون المكره قاصدا استخدام هذا الاكراه على اجبار الطرف الاخر على ابرام العقد، ويكون باستعمال وسائل يكون من شانها تهديد نفس او مال المتعاقد الاخر، ويجب ان تكون هذه الوسائل غير مشروعه .

2- ان يكون المكره قادرا على تنفيذ اكراهه، فمثلا لو هدد شخص مصاب بالشلل بانه سيقوم بضرب المتعاقد الاخر اذا لم يبرم العقد، فان الاكراه في هذه الحالة غير معتبر، لعدم قدره المكره على تنفيذ تهديده، فقد نصت المادة (1003) من المجلة : (يشترط ان يكون المجبر مقتدرا على ايقاع تهديده، وبناء عليه لا يعتبر اكراه لم يكن مقتدرا على ايقاع تهديه وتنفيذه).

3- ان يبعث هذا التهديد رهبه في النفس من الخوف على الجسم او احد الاعضاء او المال او احد الابناء، بخطر جسيم، ومحدد، فعنصر الخوف عنصر اساسي ليكون التهديد معتبر ومفسد للعقد، فقد نصت المادة (1004) من المجلة : (يشترط خوف المكره من المكره به يعني يشترط حصول ظن غالب للمكره بإجراء المجبر المكره به ان لم يفعل المكره عليه).

4- ان يكون الاكراه بحضور المكره او تابعه يكون الاكراه معتبرا، اما اذا كان في غياب المكره او تابعه لا يعتبر، فقد نصت المادة (1005) من المجلة :(ان يفعل المكره المكره عليه في حضور المجبر او حضور تابعه يكون الاكراه معتبرا واما اذا فعله في غياب المجبر او تابعه فلا يعتبر، ولأنه يكون قد فعله طوعا بعد زوال الاكراه مثلا لو اكره احد اخر على بيع ماله وذهب المكره وباع ماله في غياب المجبر ومن يتعلق به فلا يعتبر ويكون البيع صحيحا معتبرا).

[97] - د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، المجمع العلمي العربي الاسلامي ، منشورات محمد الداية ، بيروت ، مأخوذ عن ، ا ، محمد سلامه المرجع السابق ، ص 457.

[98] - ابي الحسن علي بن عبد الله التسولي ، البهجة في شرح التحفة ،مطبعة مصطفى البابي الحلبي و اولاده ، مصر سنه 1347 هجري، بدون طبعه ، ج2 ، ص 76.

[99] - حسام الدين الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، ج1، مجلد 1 ، المصادر الارادية للالتزام ، ط3 ، سنه 2000، ص 217.

وهو وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الامر على غير حقيقته ويكون هو الدافع الى التعاقد.[100]

وقد يكون الغلط غير مؤثرا في الرضا وقد يكون معدما او معيبا لها .

1- الغلط غير المؤثر في الرضا .

وهو الغلط الذي لا صله له بتكوين الارادة، مثل الخطأ في الحساب او الغلط في شخص المتعاقد اذا لم يكن المتعاقد محل اعتبار، او الغلط في قيمه الشيء اذا لم يصاحبه غبن مقترن بالتغرير .

مثل الغلط في الحساب والكتابه، او في صفه عرضيه، او في قيمه الشيء، او الغلط في شخص المتعاقد او الغط في الباعث على التعاقد .[101]

2- الغلط الذي يعدم الرضا .

ويكون مانعا لانعقاد العقد، مثل الغلط في ماهيه العقد او في الايجاب والقبول، مثل ان يعطي شخص مال الى اخر دينا ويعتقد الاخر بانها هبه فلا يتعقد العقد لعدم مطابقه الايجاب للقبول، كذلك ينعدم الرضا اذا كان غلطا في محل العقد، مثل ان يقوم شخص ببيع سيارة لأخر الا انه في الحقيقة تكون السيارة قد احترقت، كذلك الغلط في شرط من شروط الانعقاد مثل ان يبيع موصى له المال الموصى به ثم يتبن ان الوصية باطله ,[102] فقد نصت المادة (152) من القانون المدني الاردني : (اذا وقع الغلط في ماهيه العقد او في شرط من شروط الانعقاد او في المحل بطل العقد).

3- الغلط المعيب للرضا.

ويكون معه الرضا موجود الا انه معيب، كالغلط في صفه من صفات المحل اذا كانت مرغوبه، او في شخص المتعاقد الاخر او في صفته اذا كانت ذاته او صفته محل اعتبار، او الغلط في القانون كان يقوم شخص ببيع جزء من تركه ميت الا انه تبين بانه ليس بوارث .

---

[100] - د . الصدة ، نظريه العقد ، مرجع سابق ، ص 225.

[101] - د. عثمان التكروري , د. احمد سويطي , مصادر اللالتزام المرجع السابق , ص 218.

[102] - نصت المادة (118) من مشروع القانون المدني الفلسطيني :(إذا وقع الغلط في ماهية العقد، أو في السبب، أو في المحل، بطل العقد.)

حكم عقد التخارج المشوب بالغلط:-

الغلط المانع لانعقاد عقد التخارج ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا اذا انعدمت الارادة وكان الغلط مانعا، اما اذا كانت الغلط معيبا للرضا كان العقد فاسدا قابلا للفسخ او الاجازة .[103]

الفرع الثاني : ركن المحل في عقد التخارج.

يختلف محل العقد عن محل الالتزام، فمحل العقد هو العملية القانونية المراد تحقيقها، واما محل الالتزام فهو الاداء الذي يجب على المدين القيام به، ويتحصل محل الالتزام في عقد البيع بصفه اساسية بالتزام البائع بنقل الملكية او أي حق مالي اخر الى المشتري، وبالتزام المشتري بدفع الثمن الى البائع، ومن ثم فان محل الالتزام في عقد البيع صفه مزدوجة، اذ يتكون من الاداء الذي يلتزم به البائع من جهة، ومن الاداء الذي يلتزم به المشتري من جهه اخرى، ومحل التزام البائع نقل الملكية او أي حق مالي اخر ومحل التزام المشتري بدفع الثمن وكلاهما عمل، الا انهما يردان على شيء هو المبيع في الاول والثمن في الثاني .[104]

والمحل في عقد التخارج بالنسبة للمتخارج هو نقل ملكيه الحصص الرثية للمتخارج له، والمحل بالنسبة للمتخارج له هو دفع بدل التخارج للمتخارج فالمحل في عقد التخارج هو نقل الملكية ودفع البدل .

اولا : المحل في عقد التخارج بالنسبة للمتخارج : -

المحل: - هو نقل ملكية الحصص الارثية الى المتخارج له .

وقد اختلف الفقه الاسلامي في اعتبار محل العقد ركنا فيه ام لا، فقد رأى جمهور الفقهاء بان كل ما يقوم به العقد فهو ركنه، سواء اكان داخلا في ماهيته، او خارجا عنها، وان العقد لا يقوم الا باجتماع الصيغة والعاقدان والمحل فلا يتصور قيام العقد الا بوجودها، ومن هنا اعتبروها اركان للعقد وان لم تكن جزء منه حسب رايهم وهنا يقصدون العاقدان والمحل .

اما عند الحنفية فركن الشيء ما يتوقف عليه وجود الشيء، بحيث يكون داخلا في ماهيته، فقصروا اركان العقد على الصيغة المكونة من الايجاب والقبول الدالين على توافق الارادتين، على انشاء هذا العقد، اما المحل والعاقدان فاعتبروه شروطا للعقد لا ركننا فيه .

---

[103] - نصت المادة 119 من مشروع القانون المدني الفلسطيني: (1.إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه..2- يجوز في عقود التبرعات طلب إبطال العقد دون اعتبار لعلم المتعاقد الآخر بالغلط).

[104] - د . محمود الديب ، عقد البيع بين الشريعه والقانون ، دار الجامعه الجديدة، سنه 2010 ، 69.

والمحل في هذا العقد يختلف عن المحل في العقد بصورة عامه، ويشذ عنه في انه لا يشترط فيه ان يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة كغيره من العقود وذلك ان فيه استثناء، اذ ان كل القوانين وكما مر سابقا اعترفت بصحه العقد واقرته رغم ما فيه من الجهالة، وذلك لظروف واعتبارات معينه، ولكن مع وضع الضوابط الخاصة لهذا العقد .[105]

فالمحل في عقد التخارج هو العمليه القانونية التي قام بها الطرفان وارادا تحقيقها من جرائه فعقد التخارج يولد الالتزام ومحل العقد دائما هو الاثر المباشر الذي يرتب عليه، فمحل التزام المتخارج هو نقل ملكيه الحصص الارثية للمتخارج له، ومحل التزام المتخارج له هو دفع بدل المقابل لقيمه الحصص الارثيه المتخارج عنها (الثمن).

وبالرجوع الى حالات التخارج سواء كان كلي او جزئي، فان التخارج يتم عن حصص مشاعيه سواء اكان في كل التركة في حاله التخارج الكلي فهنا يكون المحل في عقد التخارج هي الحصص المشاعية للمتخارج في كامل التركة، وبدل التخارج سواء اكان من مال المتخارج له الخاص او من التركة .

او يكون المحل في عقد التخارج عبارة عن نقل ملكية الحصص الارثية المشاعية في جزء من التركة في حال كان التخارج جزئي، يوكون بدل التخارج ايضا اما من مال المتخارج له الخاص او من التركة.

ولا بد من القول ان المحل في عقد التخارج صحيح رغم ما فيه من الجهالة المتمثلة بالمجازفة والغرر، ولذلك فان هذا العقد يدخل في العقود الاحتمالية، حيث ان المتخارج والمتخارج له يجازفون في مثل هذه التصرفات .[106]

الا ان هذه الاحتمالية ليس بالمعنى الحرفي كما في عقود التامين مثلا بل الاحتمالية هنا بمعنى البيع الجزافي فيبيع المتخارج نصيبه في التركة حتى ولو لم تكن معينه ويشتري المتخارج له هذه الحصص فقد يربح اقتصاديا وقد يخسر .

ويجب ان تتوافر شروط معينه في الحصص الارثيه المتخارج عنها كي نعتبرها المحل الصحيح في عقد التخارج، كما ورد في مجله الاحكام العدلية بصفتها القانون المدني المطبق في فلسطين وفي الراجح من مذهب الامام ابو حنيفة النعمان .

وحيث ان عقد التخارج عقد ذو طبيعة خاصه، ولم يرد بشأنه أي نص لا في مجله الاحكام العدلية ولا في أي قانون خاص في فلسطين فإننا يمكن ان نحدد الشروط الواجب توافرها في المحل في عقد

[105] - د. عدنان السرحان ، شرح احكام العقود المسماه في قانون المعاملات المدنيه لدوله الامارات العربيه مقارنه بالفقه الاسلامس ، دار وائل للنشر ، الاردن ، بدون طبعه ، سنه 2005، ص 147.

[106] - د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، عقد البيع وعقد المقايضه ، منشاة المعارف ، الاسكندريه ، سنه 2005 ، ص 449.

التخارج بناء على ما ورد بخصوص المحل في العقد بشكل عام كما ورد في المجلة والراجح من مذهب الامام ابو حنيفه، كذلك وفقا للنظرية العامة في عقد البيع، هي على النحو التالي :-

الشرط الاول: ان تكون الحصص المتخارج عنها موجود او قابله للوجود

الاصل في الفقه الاسلامي انه يشترط في المحل ان يكون موجودا فعلا وقت التعاقد، فان لم يكن موجودا وقت التعاقد فاعقد باطل، حتى لو كان محتمل الوجود، بل حتى لو كان محقق الوجود في المستقبل، وسبب التشدد هو الخشيه من الغرر.[107]

يشترط في عقد التخارج ان يكون المحل موجودا وقت التخارج فقد نصت المادة (150) من المجلة : (محل البيع هو المبيع).

اذا ما اتجهت نية المتعاقدين الى التعاقد على شيء معين بالذات يكون موجودا فعلا عندئذ ينبغي ان يكون هذا الشيء موجودا عند نشأة الالتزام واذا اتضح عدم وجوده في هذا الوقت، لا يقوم العقد، وحتى ولو كان الشيء من الممكن وجوده مستقبلا، كالشيء الذي يهلك قبل العقد، سواء اعلم الطرفان بهذا الهلاك ام لم يعلما .[108]

ويشترط وجود المحل فعلا، وقت التعاقد في الفقه الاسلامي، فان لم يوجد فالعقد باطل، حتى لو كان المحل محتمل الوجود، بل حتى لو كان محقق الوجود في المستقبل .[109]

ووفقا لما جاء في الفقه الاسلامي فلا بد من وجود الحصص الارثيه المتخارج عنها وقت ابرام عقد التخارج، فاذا لم تكن موجوده اصلا، او هلت قبل العقد كان عقد التخارج باطلا لانعدام المحل، اما اذا كان المحل موجودا وقت العقد وثم هلك بعد ذلك فالعقد ينعقد وينشأ التزام على عاتق اطلافه، ولكن الالتزام ينقضي لهلاك المحل، اما اذا كان الهلاك بفعل البائع كما في عقد البيع فعليه التعويض.[110]

فمحل البيع والمبيع معناهما واحد فهما كلمتان مترادفتان (رد المحتار) والثمن وان كان موجودا في البيع ويخال انه محل له كالمبيع فبما ان المقصود الاصلي في البيع انما هو البيع فهو وحده محل البيع فقط .[111]

---

[107] - د . عبد الرزاق السنهوري , مصادر الحق في الفقه الاسلامي , ج3 , دار الفكر , بدون سنه ومكان نشر , ص13. ، د. عصمت عبد المجيد ، نظريه العقد في الفقه الاسلامي ، دار الكتب العالميه ، بيروت لبنان ، 2009 . ص 264،

[108] - د. امجد منصور المرجع السابق ، ص 130.

[109] - ا. محمد سلامه . المرجع السابق ، ص 398.

[110] - د. عصمت عبد المجيد بكر. النظريه العامه للالتزام ,ج1 , مطبوعات جيهان الخاصه , اربيل, سنه 2011 , ط1.ص 265.

[111] - علي حيدر ، درر الحكام شرح مجله الاحكام ، المجلد الاول ، دار الثقافه للنشر وو التوزيع سنه 2010 ص 111.

فيجب ان يكون تأكيد وجود المحل في عقد التخارج ووالمتمثلة في الحصه الارثية للمتخارج، فلا بد ان يكون المحل موجودا عند ابرام العقد، لكي ينعقد العقد صحيحا منتجا لأثاره القانونية .

اما اذا كان المحل موجودا عند ابرام العقد ثم هلك بعد ذلك فالعقد ينعقد وينشأ التزام على عاتق الطرفين، ولكن الالتزام ينقضي لهلاك المحل، اما اذا كان الهلاك بفعل البائع كما في عقد البيع مثلا فعليه التعويض.[112]

فقد جاء في المادة (293) من المجلة : (المبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري), فالعقد ينعقد صحيحا في ومرتب اثاره القانونية الا انه ينقضي لهلاك المحل، مثل ان يتم التخارج عن حصص ارثيه في قطعه ارض، وقبل التسليم تنجرف هذه القطعة في النهر مما يجعل التسليم مستحيلا وينعدم المحل , واذا هلك المبيع او المحل في عقد التخارج كان يكون محل التخارج حصص ارثيه في سيارة، فعقد التخارج ينتج اثاره القانونية، ولكن هلكت هذه السيارة وهي بيد المتخارج، فتكون من ماله وينقضي الالتزام لهلاك محل التخارج، فقد نصت المادة (293) من المجلة : (المبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري .).

اما اذا كان محل التخارج موجودا وقت العقد، وتم التسليم، وهلك محل التخارج بيد المتخارج له فلا شيء على المتخارج، ويكون محل التخارج من مال المتخارج له ويهلك باعتباره من ماله الخاص، فقد جاء في المادة (294) من المجلة: (اذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع).

فلو كان محل عقد التخارج عباره عن حصص ارثيه في سفينه، وتسلم المتخارج له هذه الحصص وتمت اجراءات التسجيل لدى الدائرة المختصه بالفعل، من ثم لحادث ما غرقت وهلكت هذه السفينه، فان الخسارة تكون باعتبار هذه الحصص من مال المتخارج له الخاص ولا شيء على المتخارج.

الا انه من غير المتصور في عقد التخارج، ان يكون المحل قابلا للوجود في المستقبل لان محل هذا العقد هو نقل ملكية حصص ارثيه والمتخارج يمتلك هذه الحصص الارثية وقت وفاه المورث، والتعامل بالتركة المستقبلية باطل .[113]

---

[112] - د. عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة للالتزام ، ج1 ، مطبوعات جامعه جيهان الخاصة ، اربيل ، 2011 ط1 ص 265 ، د عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998 ،ط2 ، ص 470.

فالأصل جواز التعامل في الشيء المستقبل طالما اتجهت اليه نيه المتعاقدين ولم يكن مبنيا على غرر، الا ان المشرع قد يتدخل لضرورات معينه يريد المحافظة عليها فيمنع مثل هذا التعامل، كمنع انعقاد الهبه على مال مستقبل كما في القانون المدني الاردني وعدم جواز التعامل في التركة المستقبلية كما جاء في المادة (2/160) من القانون المدني الاردني (2- غير انه لا يجوز التعامل في تركه انسان على قيد الحياه ولو كان ذلك برضاه الا في الاحوال التي ينص عليها القانون).

وبناء على ذلك فان التخارج لا ينعقد اصلا اذا تعلق بتركه مستقبليه، لان التعامل مع تركه انسان على قيد الحياه مخالف للنظام العام حتى لو كان ذلك برضا المورث الحي، وحيث ان محل التخارج هو الحصص الارثية التي يملكها المتخارج في تركه مورثه بعد تحقق الوفاه فمن غير المتصور تحديد هذه الحصص الارثية قبل الوفاة اصلا .

فمال المورث حال حياته لا يمكن اعتباره محلا قابلا للوجود يجوز التعامل فيه لمخالفه ذلك للنظام العام، فلا بد من وجود محل العقد وقت ابرام عقد التخارج لكي يكون صحيحا ومنتجا لأثاره وتنشا عنه التزامات على عاتق العاقدين، فلا بد ان يكون موجودا أي ان تكون الحصص الارثية موجوده .

ويبدو ان الفقه الاسلامي يجعل بيع المعدوم باطلا على هذا النحو البالغ من التشدد، امعانا في الخشية من الغرر، وهناك امور ثلاثة يعتبرها الفقه الاسلامي غير مشروعة، ويمعن في تجنبها، وهي الغرر، والربا، وتعدد الصفقة في العقد الواحد .[114]

فقد نصت مجله الاحكام العدلية نص (المادة 363) : (المحل القابل لحكم البيع عبارة عن المبيع الذي يكون موجودا ومقدور التسليم ومالا متقوما، فبيع المعدوم وما ليس بمقدور التسليم وما ليس بمال متقوم باطل .)

ويشترط لكي ينعقد عقد التخارج صحيحا ان يكون موجودا وقت ابرام العقد، ويكون العقد منعدما في حال عدم وجود المحل في الحلات التالية :-

1- اذا كان المتخارج يقصد بالتخارج عن حصص ارثيه كان قد باعها سابقا، من اجل الحصول على بدل التخارج المقابل، فهنا يعتبر عقد التخارج باطلا لانعدام محل التخارج .

---

[113] - لا كما لو تعاقد شخص مع مصنع بلاط على شراء كمية معينه غير مصنعه ففي هذه الحالة يصح العقد لان المحل قابل للوجود وقت التنفيذ وبشكل ناف للجهالة وهذا ما نصت عليه المادة (1/160) من القانون المدني الاردني والتي جاء فيها : (يجوز ان يكون محلا للمعاوضات المالية الشيء المستقبل اذا انتفى الغرر) والمقصود بالغر عدم القدرة على تسليم المحل حين التنفيذ وفي الوقت المتفق عليه

[114] - د . السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص14.

ويجوز للمتخارج له بالرجوع على المتخارج بالتعويض لما لحقه من خسارة وفاته من كسب، ويكون اساس التعويض هنا المسؤولية التقصيرية لانعدام المحل.

2- ان يكون محل التخارج موجود وقت التخارج، ولكن يتلف بعد العقد بخطأ البائع فهنا نفرق بين فرضين :-

أ- ان يكون محل التخارج من الاشياء القيمية، كما ان يقوم المتخارج بعد العقد بإتلاف السيارة التي قام بالتخارج عنها للمتخارج له، فهنا ينفسخ العقد لاستحاله تنفيذ التزام المتخارج، وللمتخارج له المطالبة بالتعويض على اساس المسؤولية التقصيرية عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب .

ب-ان يكون محل التخارج من الاشياء المثلية، وهي لا تهلك فللمتخارج له ان يطلب التنفيذ العيني، عن طريق الحصول على مثل المبيع من الاسواق .

3- ان يتم التخارج عن محل التخارج ويكون موجود وقت العقد ولكن المحل يهلك بعد العقد بقوة قاهرة، وهنا ينفسخ العقد لاستحاله التنفيذ بحكم القانون، ولا يلتزم المتخارج بالتعويض ويسقط عن المتخارج له دفع البدل اذا كان محل التخارج من القيميات .

اما اذا كان محل التخارج من المثليات وهلك بالقوة القاهرة كان هلاكه على المتخارج والتزم بتسليم المبيع للمتخارج له بالحصول عليه من الاسواق.

4- ان يتم التخارج عن مال موجود وقت العقد، الا ان هذا المال هلك جزء منه قبل التسليم ففي هذه الحاله نفرق بين امرين :-

أ – ان يكون الهلاك بقوة قاهرة وهنا يكون المتخارج له بالخيار اما بفسخ العقد او بالإبقاء عليه مع انقاص بدل التخارج، (الثمن) .

ب – ان يكون هلاك محل التخارج بفعل من المتخارج والمتخارج له، فاذا كان بفعل المتخارج سقط البدل عن المتخارج له ويلزم المتخارج بتعويض المتخارج له عن الضرر الذي لحقه، واذا كان الهلاك من المتخارج له كان عليه دفع بدل التخارج كاملا .

ولا يمكن اجراء عقد التخارج في تركه مستقبلية فعقد التخارج يعتبر باطلا اذا تم التعامل مع التركة المستقبلية فان محل العقد أي الحصص الارثية لا تكون موجوده اصلا وغير مقدورة التسليم، وغير وجوده الحصص محل عقد التخارج عنها اصلا فيكون بحكم بيع المعدوم، وبالرغم ان هنا استحاله

الوجود هي استحاله مطلقه لأنه لا يمكن تصور وجود المحل قبل الوفاه، فيجعل من عقد التخارج باطلا وذلك بحكم القانون .

والشريعة الإسلامية الغراء لا تجيز ان يكون الشي المعدوم الذي سيوجد في المستقبل محلا لعقد البيع الا في السلم بشرائط ,[115] ففي الفقه الاسلامي فلا يجوز بيع الشيء المستقبل، لأنه معدوم ولا يخلو من الغرر والمغامرة وكلاهما منهي عنه شرعا، اللهم الا في حالات استثنائية فيجوز فيها بيع الشيء المستقبل، كالسلم والاستصعناع بشرائطهما التي تنفي عنهما الغرر والمقامرة لحاجه الناس اليهما .[116]

فبيع المعدوم باطل عند الحنفية والشافعية والمالكية، ولكن فقهاء المذهب الجعفري والحنبلي وتبعهم في رايهم الفقهاء المحدثون وجدوا ان عله التحريم في الواقع ليست العدم، بل الغرر بسبب عدم القدرة على التسليم فاذا انتفت العله لم يوجد الحكم، فيجوز بيع المال المستقبل لعدم الغرر في ذلك .[117]

اما بخصوص عقد التخارج ونظرا لخصوصيته وشروطه الخاصة، لا يمكن تصور انعقاده بمحل قابل للوجود، وذلك بحكم القانون بمنع التعامل بتركه مستقبله وحتى ولو برضى المورث , فالتركة هي مجموع ما يتركه الانسان عند موته من حقوق وديون، ولا يعتبر للتركة وجود الا من وقت موت صاحبها، اما قبل ذلك فهي تركه مستقبلية .

فان التعامل في التركة المستقبلية مضاربه على حياة المورث، ومخالفه للنظام العام والآداب العامة، وتغري صاحب المصلحة بالتعجيل بموت المورث، ويستثنى من ذلك احكام الوصية، الا انه يجوز العدول عنها حتى قبل الوفاة , فالتعامل في تركه مستقبليه عن طريق التخارج باطل لان المحل غير مشروع، ولا يرد عليه البيع، ولكن القانون لا يحرم التعامل في عقد تكون فيه وفاه الشخص محل اعتبار مثل عقد المرتب مدى الحياة، او التامين على الحياة .

الشرط الثاني: ان تكون الحصه المتخارج عنها معينه قابله للتعيين .

المبدأ في الفقه الاسلامي هو ان المحل يتعين بالعلم به علما مانعا للجهالة الفاحشة ويمنع من حدوث المنازع، فاذا كان مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فسد العقد، والا كان العقد صحيحا لان الشريعة الاسلامية حريصة على سد منافذ النزاع واسبابه بين المتعاقدين .[118]

---

[115] - الشوكاني ، نيل الاوطار ، مرجع سابق مج 3 ، ج5، ص 164-165.

[116] - د ،عبد الناصر العطار ، شرح احكام عقد البيع ، سنه 1984 ، ص5.

[117] - د. طارق كاظم عجيل ، المرجع السابق ، ص 210-211.

[118] - د . عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دار الفكر ، بدون سنه نشر، وبدون مكان نشر ، ج2 ص 62.

لذا يشترط لصحه التخارج في الفقه الاسلامي ان تكون الحصه المتخارج عنها في التركة معلومة، وبسبب ان الفقهاء اعتبروا التخارج صورة من صور الصلح، لذا اوجبوا ان يكون المحل معلوما، اذ لا يجوز بيع المجهول لذا بيع المجهول يتبع نفس الحكم .[119]

اما عند الحنفية فلا يشترط ان تكون اعيان التركة معلومة فيما لا يحتاج الى قبض، لأنه لا حاجه فيه الى التسليم، وبيع مالم يعلم قدره جائز، كمن اقر بغصب شيء فباعه المقر له من المقر جاز وان لم يعرفا قدره، وذلك لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة ودليلهم في ذلك في الاثر عن عثمان في تخارج تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف المذكورة سابقا .[120]

يمكن القول ان المبدأ في الفقه الاسلامي هو ان المحل يتعين العلم به علما مانعا من الجهالة الفاحشة، حتى تنتفي المنازعة فيه بين المتعاقدين ويصح العقد، فان كان مجهولا جهالة مفضية المنازعة فسد العقد.[121]

الى ان صحة التصالح على بمجهول بشرط التحلل، أي يجعل كل واحد من المتصالحين في حل من قبله بإبراء ذمته .[122]

فقد نصت المادة (1547) من المجلة : (يلزم ان يكون المصالح عليه والمصالح عنه معلومين ان كانا محتاجين للقبض او التسليم والا فلا .....).

فاذا كان المبيع معلوما او مقدور التسليم وفقا لهذه المادة يكون الصلح صحيحا، اما اذا كان غير مقدور التسليم، او كان بدل الصلح مجهولا لا يصح الصلح وبالتالي لا يصح التخارج , ومن خلال نص المجلة نجد بانه اذا كان محل التخارج مما يحتاج الى القبض والتسليم فيجب ان يكون معلوما والا بطل التخارج، واذا كان محل التخارج والبدل غير محتاجين للقبض والتسليم فلا يشترط معلوميته لأنه في تلك الحالة تسقط المجهولية ويصح الصلح والعقد.

ووفقا للقواعد القانونية العامة في عقد البيع، فلا بد ان يكون المحل معينا قابلا للتعين وقت التعاقد، علما منافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع، فقد نصت المادة (161) من القانون المدني الاردني (يشترط في عقود المعاوضات المالية ان يكون المحل معيننا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة بالإشارة اليه

---

[119] - ابو حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه الامام الشافعي ، تحقيق احمد فريد المزيد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، سنه 2004 ، ط1 ، 127.

[120] - الامام محمد بن علي محمد الشوكاني ، نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخبار ، تحقيق ابو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد ، دار ابن القيم ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، ج7، ط1، سنه 2005، ص 70 .

[121] - ا، محمد سلامه المرجع السابق ، ص 404

[122] - الشوكاني المرجع السابق ، ج7 ، ص 70..

او الى مكانه الخاص ان كان موجودا وقت العقد او بيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات او بنحو مما تنتفي به الجهالة الفاحشة .) .

الا ان مجله الاحكام العدلية قد اشترطت ان يكون المبيع معلوما عند المشتري فقد نصت المادة (200) من مجله الاحكام العدلية : (يلزم ان يكون المبيع معلوما عند المشتري) .

ونص القانون المدني المصري مادة (419) : (1- يجب ان يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع واوصافه الاساسية بيانا يمكن من تعرفه .2- واذا ذكر في عقد البيع ان المشتري عالم بالمبيع، سقط حقه في طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به الا اذا اثبت تدليس البائع).

وبما ان المحل في عقد التخارج هو نقل ملكية الحصص الارثية المشاعية المتخارج عنها للمتخارج له (المشتري) يجب ان تكون معلومة له، وقد جاء نص اللزوم أي على سبيل الوجوب ويرتب البطلان على في حال التخلف، هذا بحق المتخارج له , اما بخصوص المتخارج فان التخارج باطل اذا ظهرت تركه جديده بعد اجراء العقد، فالحصص الارثية في التركة التي ظهرت بعد اجراء التخارج تبقى من حق المتخارج، وهنى ينقلب التخارج اذا كان كليا الى جزئي، ولكن عن طريق القضاء بدعوى تعديل تخارج كلي الى جزئي، وبما ان التخارج صورة من صور الصلح، لذا لا يجوز التصالح على المجهول، فيجب ان يكون المحل معلوما، وفي حال الاقرار في عقد التخارج بالعلم اليقيني للتركة علما منافيا لكل جهالة فلا يشترط تفصيل مشتملات التركة , الا ان المقصود بالعلم بمحل التخارج في مجال عقد التخارج وهو العلم الكلي العام المجمل لا التفصيلي لما لهذا العقد من خصوصيه بصفته عقد جزافي احتمالي , فلا يشترط فيه التعين النافي للجهاله , الا اذا كانت الجهاله فاحشه وتؤدي حتما لوقوع نزاع .

كذلك جاء في المادة (130) من مشروع القانون المدني الفلسطيني : (1- اذا لم يكن المحل معينا بذاته وجب ان يكون معينا بنوعه او مقداره والا كان العقد باطلا 2- يكفي ان يكون المحل معينا بنوعه اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعين مقداره 3- اذا لم يتفق المتعاقدان على درجه جودة الشيء، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف او من طبيعة المعاملة، التزم المدين بان يسلم شيئا من صنف متوسط .) .

فحسب القواعد العامة يجب ان يكون المحل معلوما من المتعاقدين ومعينا وقت التعاقد او قابلا للتعين بحيث يكون معلوما من المتعاقدين علما كافيا نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع، الا انه فيما

يتعلق بعقد التخارج في وجود ان يكون معينا او قابلا للتعين ان التخارج قد يجري ويتفق الطرفان على تحديد مشتملات التركة وقد لا يتفقوا على تحديد مشتملات التركة، فاذا لم يتفقوا على تحديد مشتملات التركة، فهذا عقد صحيح، وهنا تكون الخسارة على المتخارج له، لان عقد التخارج فيه نوع من المجازفة والاحتمالية النسبية .

ولما كان محل الالتزام في القواعد العامة اما نقل ملكية او أي حق عيني اخر او القيام بعمل او الامتناع عن عمل، يجب ان يكون معينا تعينا نافيا للجهالة الفاحشة، وحسب القواعد العامة فانه يجوز ان يكون الشيء المستقبل محلا للالتزام، في حال انتفاء الغرر، الا ان هذا غير متصور في عقد التخارج، نظرا للطبيعة الخاصة لهذا العقد، وكون المحل هي حصص ارثيه غير قابل للتصرف فيها اصلا بحكم القانون حال حياه المورث .[123]

فتختلف طريقه تعين كل محل التزام وفقا لطبيعته، وحيث اننا في صدد عقد التخارج فان محل التخارج هي الحصص الارثية التي يملكها الوارث في تركه مورثه، وانها قطعا تكون محددة بعدد السهام التي تخصه في المسالة الارثية وتكون وفقا لحجه حصر ارث تكون صادرة عن الجهات المختصة، وانما يقع الخلاف بتعين مقدار ما تساويه هذه السهام والحصص من التركة، ووفقا لما استقر عليه الفقه الاسلامي، ومبدا سلطان الارادة، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبالرجوع اصلا لعقد التخارج كونه صورة من صور الصلح فلا يشترط اصلا ان يكون بدل التخارج مساوية للقيمة السوقية او الحقيقة لحصه التخارج وسهامه في التركة، فان عدم تعيين اعيان التركة لا يكون سببا لإبطال عقد التخارج لعدم تعيين المحل، لان عقد التخارج من العقود الاحتمالية وعقود الغرر، فما دام اقر المتخارج والمتخارج له معرفتهما بأعيان التركة علما تاما منافيا لكل جهالة فلا يشترط ذكر الاعيان، هذا كله لان التخارج اصلا صورة من صور الصلح سواء بالقليل او الكثير .

وخلاصه القول بان المحل في عقد التخارج يختلف عن المحل عن باقي العقد بصورة عامه، ويشذ عنه في انه لا يشترط فيه ان يكون معيننا تعيننا نافيا للجهاله الفاحشه كغيره من العقود، وذلك ان فيه استثناء اذ ان كل القوانين اعترفت بصحه العقد واقرته، رغم ما فيه من الجهاله وذلك لظروف خاصه واعتبارات معينه لكن مع وضع ضوابط خاصه لهذا العقد .

---

[123] - فجاء في المادة (202) من المجلة: (اذا كان المبيع حاضرا في مجلس البيع تكفي الاشارة الى عينه....).
وفي المادة (203) من المجلة نصت في حاله عدم وجود البيع في مجلس العقد على : (يكفي كون المبيع معلوما عند المشتري فلا حاجه الى وصفه وتعريفه بوجه اخر) .

وان المحل في عقد التخارج صحيح رغم ما فيه من الجهاله المتمثله بالمجازفه والغرر ولذلك فان العقد يدخل في العقود الاحتماليه، وحيث ان المتخارج والمتخارج له يجازفونفي مثل هذه التصرفات، لذلك نظمته القوانين بنصوص خاصه، ولكن في نهاية المطاف، اعترفت بصحته واقرته والاساس في ذلك ان بيع المجهول والصلح عنه لا يجوز وذلك اذا امكن معرفه التركه و الوصول اليها، فاذا تقدر الوصول لمعرفتها جاز الصلح على المجهول.

الا انه من الشروط الجوهرية والتي يجب توافرها في محل صالح لعقد التخارج، ان يكون هذا المحل معينا قابلا للتعيين، ويتوقف التعيين والقابلية للتعين على طبيعة الشيء فيما اذا كان شيئا قيميا او مثليا:-

اولا :- ان يكون المبيع (الحصص) في عقد التخارج من الأشياء القيمية .

الاشياء القيمية او الاشياء المعينة بالذات هي ما تتفاوت احادها تفاوتا يعتد به، او لم تتفاوت ولكن انعدمت نظائرها في الاسواق .

وجاء في مجله الاحكام العدلية المادة 146 : (القيمي ما لا يوجد له مثل في السوق او يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة).

فاذا كان محل التخارج من الاشياء القيمية وهي من الاشياء المعينة بذاتها كعقار معين او مجوهرات نادرة او، فاذا كانت هذه الاشياء موجود وقت ابرام العقد فيكفي الاشارة اليها في مجلس العقد .

اما اذا كان المبيع او محل التخارج غائبا عن المجلس، فانه يتم تعينه عن طريق وصفه وصفا نافيا للجهالة، اذا كان مثلا في حصص ارثيه في سفينه . الا ان عقد التخارج يختلف عن غيره من العقود لوجود المجازفه فيه فلا يتشرط ان تكون معلومه علما نافيا لكل جهاله لعدم افضائها لنزاع .

ثانيا :- ان يكون المبيع في عقد التخارج من الأشياء المثلية .

وهي الاشياء التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، فاذا كان محل عقد التخارج من الاشياء المثلية، فيجب ذكر النوع والجنس والوصف، وهذه من الامور والاشياء نادره الحدوث في مجال عقد التخارج، الا في حالات نادره كان يكون المورث تاجرا او اقطاعيا ويوجد في تركته كثير من هذه الاشياء المثلية.

ثالثا : ان تكون الحصص المتخارج عنها قابله للتعامل فيه.

لا خلاف بين فقهاء المسلمين في انه يشترط ان يكون محل التخارج من التركة مالا ممكن التعامل فيه، لذا ذهب فقهاء الفقه الاسلامي الى وجوب ان يكون المال محل للتعامل متقوما فلا يجوز ان

يكون خمرا او خنزيرا او غير ذلك مما لا يعد مالا منتفعا منه شرعا ويجوز فيما عدا ذلك من أي مال يرغب فيه النفوس .[124]

يذهب بعض الفقهاء الى وجوب التمييز بين عدم قابلية المبيع للتعامل، ويتحقق ذلك اذا كان عدم القابلية يرجع الى طبيعة المبيع او الى الغرض الذي خصص له، وبين عدم مشروعية المبيع، ويتحقق ذلك اذا كان المبيع مخالفا لنص في القانون او للنظام العام او الاداب.[125]

لا يكون العقد مكتملا بجميع اركانه ما لم يكن قد وقع على محل مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وهو ما نصت عليه المادة (163) من القانون المدني الاردني بقولها : (1- يشترط ان يكون المحل قابلا لحكم العقد 2- فان منع الشارع التعامل في شيء او كان مخالفا للنظام العام او الآداب كان العقد باطلا).

ونصت المادة (131) من مشروع القانون المدني الفلسطيني : (اذا كان محل التزام مخالفا للنظام العام او الآداب كان العقد باطلا .).

ونصت المادة 135 من القانون المدني المصري : (اذا كان محل الالتزام، مخالفا للنظام العام او الآداب العامة كان العقد باطلا .)

ويكون المحل قابلا لحكم العقد اذا كان قابلا للتعامل فيه، ويكون محل العقد غير مشروعا حسب طبيعته كمياه البحار والهواء الا اذا احرزت، واما يخرج عن التعامل حسب الغرض الذي خصص من اجله مثل المرافق العامة، واما بنص القانون .

وحيث ان عقد التخارج هو عقد بيع ذا طبيعة خاصه، ببيع حصص وارث لوارث اخر من تركه المورث، فماذا لو كانت هذه التركة مما لا يجوز التعامل فيه، مثلا لو كان بعض اعيان التركة قطع اثريه نادرة، وبكم القانون ممنوع على الافراد حيازتها بصفتها جزء من التراث الوطني والانساني، فانه لا يجوز ان تكون محلا للتعاقد ويكون عقد التخارج باطلا لعدم جواز التعامل في محل التخارج اما قانونا واما وفقا لطبيعته .

---

[124] - ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصال ، ، عالم الكتب ، الرياض ، ج7 ، 2003 ، ص10

[125] - د. السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامه للالتزام ، نظرية العقد ، ط2 منشورات الحلبي ، الحقوقيه ، بيروت ، سنه 1988، ص 487 ، هامش1.

ويمكن ان يكون عقد التخارج باطلا لعدم مشروعيه محله اذا كان المحل مخالف للنظام العام والآداب، مثل ان يكون محل التخارج عبارة خمور، فيكون بذلك مخالف للنظام العامة والآداب العامة الا ان هذه الفكرة تختلف من بلد الا اخر، وفي فلسطين تعتبر مخالفه للنظام العام والآداب باعتبار ان الشريعة الإسلامية احد مصادر التشريع وفقا للقانون الاساسي الفلسطيني.

المبدأ العام في الفقه الاسلامي أن يكون المحل ممكن التعامل فيه فالشيء لا يصلح للتعامل فيه إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له الشيء.[126] وبينوا وجوب أن يكون المحل قابلا لحكم العقد وأن يكون موضوعاً له.[127]

فاذا كان المورث قد ترك أموال غير متقومه ولا يمكن التعامل فيها شرعاً فلا يجوز أن تكون محلا للتخارج بين الورثة، والمال يقصد في الاصطلاح الشرعي كل ما يمكن حيازته واحرازه والانتفاع به انتفاعا عادياً، وبذلك يشترط في المال امران يجب أن يتوفر فيه لكي يعتبر مالاً وهي أمكان أحرازه وإمكان الانتفاع به انتفاعا عاديا.[128]

أما المال المتقوم فيقصد به ما كان له قيمة تستوجب تضمين متلفة عند اعتدائه عليه، وذلك بسبب ما منحه الشارع من حماية وجعل له من حرمة، لذا فيتبين أنه يشترط في المال المتقوم توفر امران وهي احراز وحيازة المال فعلا وجواز الانتفاع به انتفاعا مطلقا .[129]

أما في القانون فانه وحسب القواعد العامة يتوجب في المحل والذي يشمل محل عقد التخارج أيضاً أن يكون قابلا للتعامل فيه ومشروعا، فالشيء الذي يرد عليه العقد مما يجوز التعامل فيه فالمسألة يرجع إلى المشروعية وعدم المخالفة للنظام العام والآداب العامة،[130]

ويتوجب في الحصه التي يتم التخارج عنها ان يتوفر فيها شروط قابليه المحل للتعامل وان تكون مشروعا ولا يختلف عقد التخارج عن غيره من العقود في وجوب توافر هذه الشروط .

متى يكون محل عقد التخارج غير مشروع :-

---

[126] - د. عبد الر ا زق السنهو ري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج 3 ، دار الفكر ، بدون سنه ومكان نشر ، ص 13 ؛ د. عصمت عبد المجيد ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، 2009 ، ط 1 ، ن 26

[127] -. د.عصمت عبد المجيد ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، 2009 ، ط 1 ، ص 247

[128] - علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة مصر ، 2008 ص 28.

[129] - . نفسه ، ص 34

[130] - د. عمر السيد أحمد عبد الله ، إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الاماراتي دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، 1995 ، ص 148.

والحقيقية يكون المحل في عقد التخارج غير مشروع، اما لان طبيعته تستعصي على الاستئثار به، او لا القانون يحرم التعامل فيه لأسباب تتصل بالنظام العام او الآداب، وسنورد كل صورة من هذه الصور على حدا .

اولا : ان يكون محل التخارج من الاشياء التي تخرج عن التعامل بها بطبيعتها .

وهي الاشياء التي ينتفع بها كل الناس، فلا يمكن ان يكون محلا للتخارج الهواء او اشعه الشمس او الماء الجاري في النهر، فهي اشياء غير قابل للتعامل فيها لكونها اشياء مشتركه بين الناس لا يستأثر بها بمنع الاخرين عنها .

لكن هل من الممكن ان تتحول هذه الاشياء الى اموال يجوز ان تكون محلا لعقد تخارج صحيح ؟

ويرى الباحث وفي الواقع نعم يجوز اذا تم احراز جزء من هذه الاشياء بطريقه قانونيه، دون منع الناس من استخدامها ودون احتكار، كعمل شركه لتعبئه المياه على نهر بترخيص قانوني، او ضغط الهواء وتحريزه في اسطوانات، فهذه تصلح لان تكون محلا قابل بطبيعته لان يكون محلا في عقد التخارج .

فالفكرة في عقد التخارج تقوم على نقل الملكية، وما دامت هذه الاموال محرزه ويجوز نقل حيازتها من شخص لأخر فهو محل صالح للتعامل به في عقد التخارج .

ثانيا: ان يكون محل التخارج من الاشياء التي يجوز التعامل بها بطبيعتها وممنوعه بحكم القانون.

والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي في الحقيقة اشياء قابله للتعامل فيها بطبيعتها، ولكن المشرع اخرجها عن التعامل لاعتبارات ترجع الى المصلحة العامة، وبعبارة اخرى، الى ما يدعى بالنظام العام والآداب,[131] ويتبين بان اجازه القانون لأشياء يجوز التعامل فيها او لا يجوز يكون معياره المصلحة العامة، فاذا كان الشي لا يجوز التعامل به قانونا يكون في ذات الوقت مخالفا للنظام العام والآداب العامة في ذات الوقت .

فاذا كان الشي محل عقد التخارج مما لا يجوز التعامل به قانونا وان كان بطبيعته يجوز التعامل فيه، فيكون عقد التخارج باطلا لعدم مشروعية المحل، مثل ان يكون التخارج عن قطع اثريه كان بحوزه

[131] - . د . طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع ، ج انعقاد العقد ، الحامد ، ط1 سنه 2010 و ص 229 .

مورثهم قبل مماته، فهذه الاموال لا يجوز ان تكون جزء من التركة اصلا، لان التركة هي مال قابل للتعامل فيه مشروع، وهذه الاموال غير قابل للتعامل فيها، والتخارج هو بيع وارث لوارث في تركه المورث سواء بشكل كلي او جزئي .

ونجد ان فكره مشروعيه المحل واضحه وجليه في الفقه الاسلامي [132]، من خلال اشتراط الفقهاء المسلمين في محل العقد ان يكون قابلا لحكمه شرعا .

فاذا لم يقبل عقد التخارج حكمه لا يصح المحل ولا يصح العقد،، وعدم قبول المحل لحكم عقد التخارج قد يكون راجعا الى العلاقة بين المتعاقدين، كان يقوم شخص بالتخارج في تركه شخص لا زال على قيد الحياه، فهذا العقد لا يتم لأنه ورد على محل غير قابل لحكمه، اذا حكمه نقل الملكية، ولا ملكية لاحد في هذه الاشياء لأنه ممنوع التعامل بالتركة المستقبلية قانونا .

وقد اتفق الفقهاء المسلمون و فقهاء القانون المدني، على ان المحل يكون مشروعا قابلا لحكم العقد، والا كان البيع باطلا .

ويرى الباحث بان فكره المشروعية في الفقه والقانون بخصوص المحل في عقد البيع وكذلك عقد التخارج، هي النظام العام والآداب العامة في القانون، والحلال والحرام في الفقه الا ان الفاصل بينهما رقيق فهما وجهان لعمله واحده.

ثانيا : المحل بالنسبه للمتخارج له المقابل في عقد التخارج (الثمن).

الثمن لغة: هو قيمة الشيء .

وهو: ثَمَنُ الشيءِ: ما اسْتحِقَّ به ذلك الشَّيْءُ جمعها: أثْمانٌ وأثْمُنٌ. وأثْمَنَهُ سِلْعَتهُ، وأثْمَنَ له : أعْطاهُ ثمَنها:. والثَّمَنُ: ثمنُ البيع، وثَمَنُ كلّ شيء قيمُته. وشيء ثَمينٌ أَي مرتفعُ الثَّمَن، ... يقال:ثامَنْت الرجلَ في المَبيع أثمانه إِذا قاوَلْته في ثمَنِه وساوَمْته على بَيْعِه واشْترائِه ومنه.[133]

واصطلاحا : الثمن هو المال الذي يلتزم المشتري بأدائه للبائع لقاء حصوله على المبيع .[134]

---

[132] - محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعه الاسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص254.

[133] - الفيروز آبادي، القاموس المحيط ، مرجع سابق ، ج 4 ، ص207.

[134] - د. عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، دراسة مقارنه ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ط1 ، سنه 1975 ، ص 283.

وهو: "هو ما يبذله المشتري من عوض للحصول على المبيع"[135]

وهو : (المال الذي يقابل المبيع، وهو إنما يكون من جانب المشتري).[136]

وقد عرفته المادة 152 من المجلة : (الثمن ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة .).

والذمه : ("وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب له وعليه).[137]

ويقصد بالثمن هي الوسيلة والطريقة المالية باتفاق اطراف العقد من اجل الحصول على المبيع، فقد يتفق اطراف عقد التخارج على حصول المتخارج له عن الحصص المتخارج عنها بدفع وزنا من الذهب مقدر موصوفا بدل هذه الحصص، فالثمن وهو الذهب في هذا الحالة كان هو الوسيلة المالية التي حصل المتخارج له عن الحصص الارثية المتخارج بها بدفعها للمتخارج وفي هذه الحالة التي يكون بدل التخارج هو مبلغ نقدي يتجلى التكيف القانوني لعقد التخارج فيه بانه عقد بيع .

وفي الحقيقة فان المقابل او والبدل في التخارج هو ثمن، أي هو المقابل المالي للحصص الارثية المتخارج عنها، فعقد التخارج يحتاج الى مقابل يدفعه المتخارج له الى المتخارج بوصفه الوجه الثاني للمحل .

والثمن هو عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم المشتري بدفعه الى البائع مقابل انتقال ملكيه المبيع اليه [138] وهو محل التزام المشتري المتخارج له , وعرفه الدكتور مصطفى الزرقا :(الثمن هو المال الذي يقابل المبيع.),[139]وقد عرفت المادة (465) من القانون المدني الاردني البيع بانه: (تمليك مال او حق مالي لقاء عوض),أي يجوز ان يكون العوض او المقابل او الثمن نقدا او عينا، وعليه فانه من غير الممكن في القانون المدني الاردني ان نعتبر احد الشروط الواجب توافرها في الثمن ان يكون نقدا كما هو الحال في القانون المصري والسوري .[140]

---

[135] - الموسوعة الفقهية الكويتية ، مرجع سابق ، ج 35 ، ص 132.

[136] - الزرقا، مصطفى احمد: العقود المسماة في الفقه الإسلامي – عقد البيع ، ص 75 ، ط 1 (دمشق : دار القلم،1420 ه/ 1999 م).

[137] - الشرباصي، أحمد: المعجم الاقتصادي الإسلامي، ص 181 ، ط (دار الجيل 1401 ه/ 1981 م).

[138] - د . طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع ، ج انعقاد العقد ، الحامد ، ط1 سنه 2010 و ص232.

[139] - . مصطفى احمد الزرقا ، عقد البيع ، دار القلم دمشق ، الطبعة الثانية ، سنه ، 2012 ، 75.

[140] - د . محمد يوسف الزعبي ، شرح عقد البيع في القانون المدني ، مكتبه دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان الاردن . ط1 ، سنه 2004 ، ص 164.

وقد نصت المادة (418) من القانون المدني المصري: (البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء او حقا مالا اخر مقابل ثمن نقدي)، فاشترط القانون المدني المصري على ان يكون الثمن في عقد البيع من النقد فقط . [141]

الا ان الحالة الاغلب في صفقات عقود التخارج، أي القيام بدفع مبلغ نقدي للمتخارج، ثمنا لحصصه الارثية، وعادة ما يكون البدل النقدي غير مساوي للقيمة الحقيقة للحصص المتنازل عنها، لكونه في الغالب يكون بالتصالح بين الورثه وقد يكون احيانا على مبالغ قليله.

فالمبيع والثمن عند جمهور الحنفية من الاسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة، فالمبيع في الغالب: ما يتعين بالتعين، والثمن ما لا يتعين بالتعيين،، وهذه القاعدة العامة او الاصل العام يحتمل تغيره في الحالتين بعارض من العوارض، فيصير ما لا يحتمل التعيين مبيعا كالمسلم فيه، وما يحتمل التعيين ثمنا كراس مال السلم اذا كان عينا من الاعيان، وعلى هذا فاعتبار الثمن دينا في الذمة هو الاغلب وذاك عندما يكون الثمن نقودا او اموالا اخرى مثليه ملتزمة بلا تعيين بالذات كالقمح والزيت ونحوهما من كل مكيل او موزون او مذروع او عددي متقارب .[142]

أي انه في عقد التخارج فما يصلح ان يكون محلا معينا للمبيع الا وهو الحصص الارثيه في التركة سواء كانت عقارا او عروضا او ذهبا او فضه او اموال نقديه او سيارات يصح ان يكون ثمنا او محلا للمقابل بدل الحصص الارثيه فهو محل نقدي قابل للتعين .

ومن الملاحظ بان الفقهاء المسلمون وعلى خلاف التشريعات المدنية الحديثة لم يتشرطوا نقدية الثمن، فالقاعدة العامة في الفقه الاسلامي هي ان (كل ما يمكن ان يكون مبيعا امكن ان يكون ثمنا والعكس).[143]

وفي ذات الوقت قد يكون الثمن او المقابل في عقد التخارج هو أي مال متقوم من القيميات مثل الحيوانات او الثياب او أي مال متقوم اخر من غير جنس محل المبيع ونوعه , ويجوز ان يكون الثمن من المثليات مثل القمح والزيت وغيرها ولا يشترط فيها التعيين , فقد جاء في المجلة المادة (243) : (لا يتعين الثمن بالتعيين في العقد .),كما يجوز الثمن في عقد التخارج عن طريق المقايضة، العين بالعين، فان كلا من العوضين يعتبر مبيعا من وجه وثمنا من وجه .[144]

---

[141] - القانون المدني المصري رقم 131 للسنه 1948.

[142] - د . طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع ، ج انعقاد العقد ، الحامد ، ط1 سنه 2010 و ص 233..

[143] - د. وهبه الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ،المرجع السابق ، ج5 ، ص 3372.

[144] - الزرقا ، عقد البيع، المرجع السابق ، ص 78 .

شروط المقابل في عقد التخارج (الثمن):-

اولا : ان يكون مقابل بدل التخارج (الثمن) مسمى مالا متقوما منتفعا به ومقدور التسليم .

اي ان يكون بدل التخارج معلوما مقدارا سواء كان نقدا او عينا، فلو تم ابرام عقد التخارج بدون تسميه الثمن او المقابل كان العقد فاسدا .[145]اما الثمن فلا يشترط ان يكون تقومه لانعقاد البيع، بل لصحته فقط.[146]

ان كل ما امكن ان يكون مبيعا امكن ان يكون ثمنا، ولا العكس، لما راينا ان المال غير المتقوم شرعا ينعقد معه البيع او كان ثمنا، ولا ينعقد لو كان مبيعا .[147]

الا ان القانون المدني الاردني نص المادة (479) رتب البطلان على العقد في حال عدم تسميه الثمن المسمى وذلك ان معلومة الثمن دون تسميته لا تكفي لإزاله الجهالة الفاحشة حيث نصت : (يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوماً، ويكون معلوماً:

1- بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضراً .

2- ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضراً .

3- بان يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ .).

يقول علي حيدر في شرحه للمجلة : (انه اذا بيع المال ونفي الثمن حقيقتا او حكما فالبيع باطل حتى ان قبض المبيع لا يفيد المشتري الملكية، لان نفي الثمن نفي لركن من اركان البيع وهو المال فلا تكون مثل هذه المعاملة بيعا (الدرر) ولا قياس ذلك بالسكوت عن الثمن . [148]

وعليه قد يكون الثمن المسمى مساو للقيمة الحقيقية للمبيع او يكون اكثر او اقل ووالقيمة الحقيقية هي السعر الحقيقي، ما دام قد سمي الثمن في عقد التخارج فيكون المقابل مسمى ويكون العقد صحيحا اذا اكتملت اركانه وشروطه الباقية .

---

[145] - فقد نصت المادة (153) من المجلة : (الثمن المسمى هو الثمن الذي يسميه ويعينه العاقدان وقت البيع وبالتراضي سواء كان مطابقا للقيمة الحقيقية او ناقصا عنها او زائدا عليها .).
ونصت المادة (237) من المجلة :(تسميه الثمن حين البيع واجبه فلو باع بدون تسميه ثمن كان البيع فاسدا).
فاذا تم العقد دون تسميه الثمن كان العقد فاسدا فيجوز تصحيحه بتعين ثمن المثل او بالاتفاق على الثمن لاحقا، اما اذا لم يسمى ونفي الثمن تماما كان العقد باطلا .
ونصت المادة (154) على تعريف ثمن المثل وهو : (القيمة هي الثمن الحقيق للشيء وكذلك ثمن المثل).
[146] - ابن عابدين المرجع السابق ، ج 4 ، ص 104.
[147] - مصطفى الزرقا ، عقد البيع مرجع سابق ، 78.
[148] - علي حيد المرجع السابق ج1 ، ص 197 .

ففي عقد التخارج اذا لم يسمى بدل التخارج فوفقا للمجلة والراجح من المذهب الحنفي يكون العقد فاسدا فيكون المتخارج له (المشتري بالخيار) اما بفسخ العقد، او بالاتفاق مع المتخارج على مقدار بدل التخارج أي تسميه الثمن فاذا تم ذلك ينقلب العقد الفاسد صحيحا .

فاذا كان المقابل غير مقدر او غير مسمى وفقا للقانون الاردني فعقد التخارج باطل والعقد الباطل لا يصحح وهو والعدم سواء .اما وفقا لما هو مطبق في فلسطين فيكون عقد التخارج فاسدا .

ثانيا: يلزم ان يكون الثمن معلوما .

نصت الماد (238) من المجلة : (يلزم ان يكون الثمن معلوما).

والثمن يكون معلوما بمقداره، وبوصفه ويكون معلوما بوصفه كان يقال دينار اردني او جنيه فلسطيني، واذا ما اعتبر نوع من انواع الحبوب ثمنا، مثل حنطه من النوع الاجود او قطن طويل التيله المصري وهكذا، ويكون مقدرا بتحديد القيمة مثل الف جنيه فلسطيني، او طن من القطن المصري طويل التيله .

فاذا لم يعين الثمن ولم يقدر في العقد يكون العقد فاسدا، الا انه يجوز تعينه وتقديره بعد الايجاب والقبول فينقلب العقد من فاسد الى صحيح، ويكون هذا الخيار للمشتري وله ايضا ان يفسخ العقد .

والفقه الاسلامي كالفقه الغربي، لا يجيز ترك تعيين الثمن لمحض ارادة المشتري ولا بيع الشيء بقيمته، دون تحديد ثمن يكون معينا او قابلا للتعيين، ويذهب الفقه الاسلامي في وجوب تعيين المحل الى مدى ابعد من الفقه الغربي، فلا يجيز ان يترك تقدير الثمن الى حكم اجنبي ولا يعتبر الثمن في هذه الحالة قابلا للتعيين بتقدير الحكم، بل يعتبر مجهولا جهالة فاحشة فلا يصح عقد البيع ,[149] فقد نصت المادة 237 من المجلة: (تسمية الثمن حين البيع لازمه فلو باع بدون تسميه ثمن كان البيع فاسدا).

وبالرجوع الى نص المادة (479) من القانون المدني الاردني فتوجب ان يكون الثمن المسمى عند العقد معلوما وتبين هذه المادة بان الثمن المسمى يكون معلوما سواء اكان حاضرا في المجلس ام لا ,وقد رتب القانون المدني الاردني البطلان على عدم تسميه الثمن بان يكون الثمن معلوما لوجود الجهالة الفاحشة في الثمن, وحيث ان عقد التخارج في فلسطين يخضع لقواعد الفقه الاسلامي لعدم

[149] - د . السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج3 ، ص ، 71.

تقنينه وخضوعه للقواعد العامة لعقد البيع للراجح من الفقه الحنفي فأن الفقه الاسلامي قد ميز الثمن عن المبيع في حالتين :

1 – اذا كان النقد سواء كان ذهبا او فضه او اوراق نقديه كان هو احد البدلين في البيع والاخر من غير النقد فيكون هو الثمن والاخر هو المبيع، مثلا شراء قنطار قمح بعشرة دنانير، فهنا القمح هو المبيع والعشر دنانير هي الثمن.

ان النقود عامه من ذهب او فضه او فلوس رائجة، اذا كانت هي احد العوضين في البيع، تعتبر هي الثمن ومقابلها المبيع مطلقا، أي مهما كان نوع مقابلها، سواء دخل حرف الباء عليها، نحو بعتك هذا بدينار، او دخل على مقابلها، نحو بعتك دينارا بهذا .[150]

2 – اذا لم يكن احد البدلين نقدا وكان احدهما اعيان قيميا والاخر اموالا مثلية معينه، فيكون القيميا هو المبيع والمثلي هو الثمن، مثلا شراء دار بعشر قناطير من القمح ففي هذه الحالة الدار هي المبيع والقمح هو الثمن , و الاعيان القيمية اذا قوبلت بأموال المثلية غير المعينة أي الملتزمة في الذمم، فالعبرة في الثمن لمقارنه حرف الباء / فما دخل عليه كان ثمنا، والاخر مبيعا، فلو قال بعتك هذا المتاع بقنطار من السكر فالسكر هو الثمن .[151]

ويترتب على هذا التمييز بين المبيع والثمن في الفقه الاسلامي جمله من الاحكام اهمها :-

1- يشترط لانعقاد عقد البيع ان يكون المبيع مالا متقوما ولا يشترط ذلك في الثمن .
فالثمن لا يشترط تقومه لانعقاد البيع بل لصحته فقط .[152] فقد نصت المادة (211) من المجلة : (بيع غير المتقوم باطل) ونصت في المادة (212) : (الشراء بغير المتقوم باطل).
2- يشترط لنفاذ عقد البيع ان يكون المبيع موجودا في ملك البائع ولا يشترط ذلك في الثمن .
3- لا يجوز تأجيل الثمن في بيع السلم ويجب تأجيل المبيع.
4- مؤونه تسليم الثمن على المشتري ومؤنه تسليم المبيع على البائع .
5- البيع مع عدم تسميه الثمن فاسد، اما مع عدم تسميه المبيع فباطل غير منعقد اما اذا كان المبيع مجهولا فيكون العقد فاسدا، فقد نصت المجلة في المادة (213): (بيع المجهول فاسد

[150] - د. علي حيدر ، المرجع السابق ، ج1، ص 81.
[151] - الزرقا ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 81
[152] - رد المحتار، حاشية ابن عابدين المرجع السابق ، ج4 ، ص 104.

فلو قال البائع للمشتري: بعتك جميع الاشياء التي ملكي وقال المشتري اشتريتها وهو لا يعرف تلك الاشياء فالبيع فاسد).

6- هلاك المبيع قبل التقابض يمنع اقاله البيع، ولا يمنع هلاك الثمن .

7- هلاك المبيع قبل التسليم مبطل للبيع، ولا يبطله هلاك الثمن .

8- لا يجوز تصرف المشتري في المبيع المنقول قبل قبضه، ويصح تصرف البائع في الثمن قبل قبضه .

9- على المشتري تسليم الثمن او ليحق له استلام المبيع، مالم يرضى البائع.[153]

ثالثا: ان يكون قابلا للتعامل فيه .

رابعا: شرط التقابض في حاله الصرف .

صور الثمن في عقد التخارج:-

اولا :- المقابل او بدل التخارج يدفع جمله واحده معجلا :

الثمن يستحق معجلا ما لم يتفق او يتعارف على ان يكون مقسطا او مؤجلا .

والثمن في البيع المطلق يدفع فورا بمجرد تمام العقد ويجب على المشتري تسليمه عند التعاقد اولا قبل تسلم المبيع او المطالبة به ما لم يتفق على خلاف ذلك، فالثمن في البيع المطلق يجب الوفاء به فورا لأنه يستحق بمجرد العقد ويجب على المشتري الوفاء به قبل تسلم المبيع الا اذا كان مقسطا او مؤجلا بموجب اتفاق او عرف .

وجاء في المادة (251) من المجلة: (المبيع المطلق ينعقد معجلا اما اذا جرى العرف في محل على ان يكون البيع المطلق مؤجلا او مقسطا باجل معلوم ينصرف البيع المطلق الى ذلك الاجل).

فقد نصت المادة (483) من القانون المدني الاردني: (الثمن في البيع المطلق يستحق معجلا ما لم يتفق او يتعارف على ان يكون مؤجلا او مقسطا لأجل معلوم).

وحيث ان التخارج هو بيع وارث لوارث، فالأصل في عقد البيع الذي لم يحدد فيه اجل لدفع الثمن ان يكون معجلا، أي دفع دفعه واحده وقت العقد او قبله او في مجلس العقد، ويجوز الاتفاق على نوع

[153] - د. طارق كاظم عجيل ،الوسيط في عقد البيع , المرجع السابق ، ص 234-235.

العملة او النقد او أي بدل او مال يصلح ان يكون دينا في الذمة، وهذا خاضع لمبدأ سلطان الارادة لأطراف العقد والعقد شريعة المتعاقدين، شرط ان لا يخالف النظام العام في فلسطين، مثل ان يكون الثمن عبارة عن نقد لا يجوز التعامل بها قانونا .

ثانيا : ان يدفع الثمن المقابل في عقد التخارج جمله مؤجلا :

فلا مانع ان يتفقا طرفا عقد التخارج على دفع الثمن بعد اجراء عقد التخارج مع تحديد اجل وموعد معلوم، بالرغم من ان المحاكم الشرعية حين تنظيم حجه التخارج تسال المتخارج تبين له حول قبضه قيمه بدل التخارج , فاذا اقر تفهمه المحكمه بانه لم يبقى له أي حق في ذمه المتخارج له ويقر بذلك، الا ان هذا الاقرار في حال الخلاف لاحقا اذا لم يقم المتخارج له بدفع البدل المتفق عليه في الاجل المتفق عليه يجوز تكذيب هذا الاقرار واثبات خلافه ويكون ذلك بكافه طرق الاثبات باعتباره تكذيب لواقعه ماديه ولا يؤثر على صحه العقد وهذا ما جرى عليه العمل والعرف القضائي في المحاكم الشرعية في فلسطين في دعاوى ابطال التخارج و تكذيب الاقرار بقبض ولي الزوجه بالعقد والقبض للمهر المعجل وتوابعه و بالرغم من ان عقد الزواج و حجه التخارج رسميه من حيث التاريخ والتوقيع يجوز الادعاء بما يخالف محتواها.[154]

وذلك اعتمادا على الماده 1598 من مجله الاحكام العدليه : (اذا ادعى احد انه كاذب في اقراره فيحلف المقر له على عدم كون المقر كاذبا .....).

فقد نصت المادة (245) من المجلة : (البيع مع تأجيل الثمن وتقسيطه صحيح)، الا ان علي حيدر يقول في شرح المجلة : (اما المبيع او الثمن الذي يكون عينا ففاسد ولو كان الاجل معلوما). [155]

[154] - القرار الاستئنافي رقم 2015/114 صادر بتاريخ 2015/3/30 (موضوع الدعوى ابطال تخارج) وفي القرار الاستئنافي رقم والقرار الاستئنافي رقم 2020/288 بتاريخ 2020/11/19(ابطال تخارج) كذلك القرار الاستئنافي رقم 2018/450 صادر بتاريخ 2018/10/29 موضوعه (ابطال تخارج) والصادرين عن محكمه الاستئناف الشرعيه / القدس المنعقدة مؤقتا في مدينه الخليل كذلك في القرار الصادر عن المحكمه العليا الشرعيه المنحله قرار رقم 152 / 2015 صادر بتاريخ 2015/10/1 موضوعه (ابطال تخارج) جاء في القرار 12107 صادر بتاريخ 51962/29 : (وثيقة الزواج تعتبر بينة قاطعة فيما نظمت لأجله وهو الزواج ,أما ما عدال ذلك تشتمل عليه ,ويكون مدار خلاف بين الطرفين ,كسن أحد الزوجين ,وكون الوكيل وكيلا بالعقد أو بالعقد وقبض المهر,فيجب التحقيق فيه ,وسماع ما لدى كل منهما من قول فيه ,والفصل في ذلك بما يقتضيه الوجه الشرعي) وفي القرار الاستئنافي رقم 35479 (في دعوى المطالبة بالمهر المعجل إذا ادعى الزوج ان وكيل الزوجة في العقد وقبض المهر والدها قبض المهر المعجل كاملا ,وأقر في مجلس العقد بذلك ,كما هو مدون في وثيقة الزواج ,فعلى المحكمة إدخاله شخصا ثالثا في الدعوى ,وسؤاله عن ذلك ,فإذا ادعى كذب الاقرار يكون للمقر طلب تحليف المقر له يمين عدم كذب الاقرار) صادر عن محكمه الاستئناف الشرعيه الاردنيه كذلك منات من القرارا الاخرى التي تؤيد الادعاي بما جاء في السند بتكذيب الاقرار وفقا لما جرى عليه العرف والعادة في البلد من الاقرار بقبض كامل المهر المعجل , كذلك ما جرى عليه العرف القضائي في المحاكم الشرعيه الفلسطينيه بالادعاء بوجود الغبن الفاحش المقترن بالتغرير بالرغم من الاقرار في حجه التخارج بعدم وجود غبن مع تغرير او بعدم العلم باعيان التركه بالرغم من الاقرار بالعلم بكل التركه وهذا واقع عملي في المحاكم الشرعيه الفلسطينيه..

[155] - علي حيدر ، المرجع السابق ، ج1 ، ص 207.

أي يكون تأجيل دفع الثمن او تقسيطه جائزا اذا كان الثمن من النقد اما اذا كان الثمن من الاعيان فالعقد فاسد لعدم الاستفادة من الثمن وهذا اصح من اعتبار تاجيل الثمن يؤخذ على اطلاقه فالمعروف عرفا بان الثمن نقدا فنص المجله جاء دون تفسير فيرجع فيها للراجح من المذهب الحنفي , كما لو تخارج المتخارج عن حصص ارثيه له في قطيع من الاغنام على ان يكون بدل التخارج قنطار من الحنطة اتفق على تسليمه بعد شهر فهنا العقد فاسد , فاذا كان بدل التخارج نقدا جاز التالجيل اما اذا كان بدل التخارج من غير النقد كان العقد فاسدا و وكلمه النقد هما تشمل الذهب والفضه .

ولصحه العقد يجب ان تكون المدة معلومة في البيع باجل، فقد نصت مجله الاحكام العدلية في نص المادة : (246) : (يلزم ان تكون المدة معلومة في البيع بالتأجيل والتقسيط) .

و يجوز ان تكون المدة معلومة بالسنة او الشهر او اليوم فاذا عقد البيع على اجل مجهول فسد العقد، لأنه اذا كان الاجل مجهولا فالبائع يطلب الثمن بعد مدة وجيزة ويمتنع المشتري فيكون حصول نزاع من المتوقع بسبب جهالة الاجل .[156]

ويرى الباحث في هذه المسالة بالنسبة لعقد التخارج فبالرغم من ان المحاكم الشرعية عند تنظيم حجه التخارج تسال المتخارج عن اقراراه بقبض كامل بدل التخارج وترفض تنظيم الحجه اذا لم يقر بانه قبض بدل التخارج كاملا، الا انه لا يوجد ما يمنع قانونا على تنظيم حجه التخارج على ان يدفع بدل التخارج بعد مده معلومة بالشهر او اليوم او السنه وان تكون هذه المدة معلومة لدى طرفي العقد لا احد اطرافه والا كان العقد فاسدا .

واذا كان الثمن مؤجلا او مقسطا لا يجوز للبائع ان يطالب به قبل حلول الاجل او موعد القسط، فلا يكون ذلك ملزم للمشتري ولا يجوز للبائع اللجوء الى التنفيذ العيني الجبري، حيث تكون دعواه قبل سابقه لأوانها.

ثالثا :- دفع الثمن او بدل التخارج على اقساط.

وتعريفه لغة: هو تجزئه الشيء الى اجزاء.[157]

واصطلاحا : هو تجزئه الثمن على اجزاء في اوقات معلومة بأجزاء معلومة .

---

[156] - نفسه ج1 ، ص 207-208.

[157] - علي حيدر ,المرجع السابق ، ج1 ، ص ,116.

كما اسلفنا سابقا فان المتخارج يقر بقبض كامل بدل التخارج عند تنظيم حجه التخارج لدى المحاكم الشرعية، الا انه يجوز ان يتفق اطراف التخارج، وعلى ان يكون الثمن او بدل التخارج مقسطا بواقع اقساط شهريه او سنوية او ربع سنوية حسب اتفاقهم حتى سداد كامل الثمن في عقد التخارج على ان يكون في هذه الحالة اموال نقديه فقط اما ذا كان البدل من المثليات او القيميات كان العقد فاسدا حتى لو كان الاجل معلوما كما جاء في شرح علي حيد على الماده (245) من المجله : (البيع مع تاجيل الثمن وتقسيطه صحيح).[158]

الا ان المجله اشترطت ان تكون مدة التاجيل او التقسيط معلومه كما جاء في الماده : (246) :(يلزم ان تكون المدة معلومه في البيع بالتاجيل والتقسيط)، فيجب ان تكون المده معلومه مع علم اطراف العقد بالثمن ايضا وحتى لو كان احد العاقدين لا يعلم بالثمن يكون العقد فاسدا ,[159]وكان هذا النظام معروفا في الفقه الاسلامي ولكن ليس باسم التقسيط وانما كان يطلق عليه اسم (التنجيم)، والتنجيم في اللغة مأخوذ من الكوكب ووالمراد به الوقت المضروب , وقد عرفت المادة (157) من المجلة البيع بالتقسيط : (التقسيط تأجيل اداء الدين مفرقا الى اوقات متعددة معينة).

لكن ماذا لو كان اتفق الاطراف على قيمه التخارج ولم يتفقا على التأجيل او التقسيط، وبحسن نيه تم تنظيم وثيقه حجه التخارج، ثم ادعى المتخارج له ان البيع تم باجل محدد بعد عام مثلا ؟

بالرجوع الى المادة (251) من المجلة : (المبيع المطلق ينعقد معجلا اما اذا جرى العرف في محل على ان يكون البيع المطلق مؤجلا او مقسطا باجل معلوم ينصرف البيع المطلق الى ذلك الاجل).

فاذا اختلف المتخارج والمتخارج له فادعى المتخارج بان الثمن معجل وادعى المتخارج له بان الثمن مؤجل، فتقع بينه الاثبات على المشتري لان الاصل في البيع المطلق ان الثمن معجل، والمشتري (المتخارج له) يدعي خلاف الاصل فيقع عليه عبء الاثبات، وهنا يكون الاثبات بكافه طرق الاثبات لان الامر يتعلق بواقعه مادية وهو اثبات خلاف الظاهر.

ويبدا ميعاد التقسيط من تاريخ استلام المبيع فقد نصت المادة (250) من المجلة: (تعتبر ابتداء مدة الاجل والقسط المذكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع مثلا لو بيع متاع على ان ثمنه مؤجل

[158] - علي حيدر ,المرجع السابق ,ج1 ,ص , 207 .
[159] - نفسه ج1 ص 207-208.

الى سنه فحبسه البائع عنده سنه ثم سلمه للمشتري اعتبر اول السنه التي هي الاجل من يوم التسليم فليس للبائع حينئذ ان يطالبه بالثمن الى مضي سنه من وقت التسليم وسنتين من حين العقد).

أي ان القسط الاول يستحق بعد تسليم محل التخارج وهو الحصص الارثيه المتخارج عنها للمتخارج له فاذا امتنع المتخارج عن تسليم الحصص المتخارج عنها، لا يستحق القسط الا بعد التسليم، ام اذا كان الامتناع عن التسليم بعدم طلب المتخارج له بالتسليم يستحق القسط بمجرد العقد مباشرة .

رابعا: ان يكون الثمن او المقابل في عقد التخارج دخلا او مرتبا شهريا مدى الحياه :

وحيث ان هذا متصور في عقود المعاوضة، وعقد التخارج من عقود المعاوضة، فيصح ان يكون الثمن في هذا العقد دخلا شهريا مدى الحياه، فلا يمنع ان يتفق طرفا العقد ان يقوم المتخارج له بدفع مرتب مدى الحياه للمتخارج عباره عن مبلغ نقدي شهري او بشكل دوري كل مده معينه او أي مده يتفق عليها طرفا العقد وفي هذه الحاله يعتبر العقد عقدا احتماليا مع العلم بان عقد التخارج من العقود الاحتماليه لما في من مجازفه.

وحيث ان هذا النوع من دفع الثمن قد ظهر في التشريعات الحديثة الا انه لا يوجد مانع قانوني من تطبيقه على عقد التخارج .

فقد نصت المادة (916) من القانون المدني الاردني فقرة 1: (يجوز ان يلتزم شخص لأخر بان يؤدي له مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض او بغير عوض) ومن المعلوم عن عقد التخارج من عقود المعاوضات، الا ان القانون المدني الاردني قد اشترط ان يكون مكتوبا وذلك وفقا للفقرة (3) ن نفس المادة : (يشترط في صحه هذا الالتزام ان يكون مكتوبا).

وفي حال اخل المتخارج له بالالتزامه بدفع الاقساط الدوريه او الشهريه جاز للمتخارج، طلب تنفيذ العقد او طلب فسخه وذلك وفقا للقواعد العامه ,[160] ولصحه هذا النوع من البيوع يشترط ان يكون مكتوبا، والاصل في حجه التخارج تكون مكتوبه على شكل حجه مصدق عليها من قبل المحكمه الشرعيه المختصه .[161]

[160] - كما اجازت المادة (869) من مشروع القانون : (اذا لم يف الملتزم بالتزامه كان للطرف الاخر ان يطلب تنفيذ العقد، فاذا كان العقد بعوض جاز له ايضا ان يطلب فسخه مع ضمان ما لحقه من ضرر).

[161] - وقد اشترط مشروع القانون الكتابة فنصت المادة (866): (العقد الذي يرتب المرتب مدى الحياة لا يكون صحيحا الا اذا كان مكتوبا، وذلك دون اخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع).

الا ان تاجيل الثمن الى مده غير معلومه يفسد العقد، وبالرجوع الى المادة (248) من مجله الاحكام العدلية: (تأجيل الثمن الى مدة غير معينه كأمطار السماء يكون مفسدا للبيع) فان اشتراط ان يكون مقابل التخارج على شكل مرتب مدى الحياة العقد فاسد تجوز اجازته وينقلب صحيحا، ويكون اتفاق ضمني بين العاقدين بان مقدار الثمن هو مجموع ما يدفع المشتري المتخارج له حتى وفاة المتخارج.

خامسا: ان يكون الثمن او المقابل جزء من التركة نفسها :

وبالرجوع الى تعريف التخارج وهو بيع وارث لوارث مقابل مال سواء من مال المتخارج الخاص او من التركة نفسها، فيجوز ان يكون الثمن او بدل التخارج من نفس جنس التركة وفي هذا الحالة يغلب التكيف على عقد التخارج بانه عقد قسمه ومثل ان يتفق الورثة على اخراج احد الورثة مقابل جزء مخصوص ممن التركة عباره عن قطعه ارض معينه، فيكون محل المقابل من نفس جنس محل المبيع.

وفي بيان شروط المحل والذي قد يكون من نفس التركة او من اموال المتخارج له الخاصة خارج التركة والذي لا يختلف عن شروط محل التزام المتخارج، الا انه يشترط الفقهاء المسلمين فيما اذا كان التخارج يعتبر صرفا ان يكون هناك التقابض بين المتخارجين في المجلس كتخارج عن احد النقدين.[162]

وهناك شروط خاصه في الثمن باعتباره محل التزام المشتريفي عقد التخارج فخصوصية المحل في عقد التخارج سواء اكان الحصص او المقابل هي ذاتها و بالإضافة لكونه مال قابل للتعامل فيه قانونا ومعينا قابل للتعين الا انه وبالإضافة الى هذه الشروط الواجب توافرها في الثمن او المقابل في عقد التخارج وهو نفسها الشروط الواجب توافرها في المبيع وهي شرطان :

اولا : ان يكون الثمن حقيقيا :

ويكون الثمن حقيقيا اذا اتجهت إرادتي البائع وقت العقد الى اقتضائه بالفعل، اما اذا لم تتجه ارادة البائع الى اقتضائه انما تم ذكره لكي يكتمل للبيع ركن، كان الثمن صوريا ,[163]ولا يشترط ان يكون بدل

[162] - الأمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق شر كنز الدقائق ، ج 5 (، ، المصدر السابق ، ن 509
[163] - د . طارق كاظم عجيل ، المرجع السابق ، ص 288.

التخارج او الثمن في عقد التخارج مساويا لقيمه الحصص الارثية المتخارج عنها لكي يكون جديا فقد يكون جديا حتى وان كان في الثمن غبنا فاحشا، فيكون الثمن والمقابل جديا.

اما الثمن الصوري، : فهو اذن الثمن الذي الا يقصد البائع دفعه ولا المشتري اقتضائه وانما ذكر في العقد حتى يسلم للبيع مظهره الخارجي ومتى ثبت ان الثمن صوريا فان العقد لا يكون بيعا، لان الثمن ركن من اركان عقد البيع، ولكنه قد يكون هبه ,[164] ويكون الثمن صوريا اذا ذكر في العقد ان المشتري قد التزم بدفعه استيفاء للشكل فقط دون ان تتجه ارادة المتعاقدين الى الزام المشتري بدفعه .[165]

ولكن يبقى عقد التخارج صحيحا حتى وان ذكر فيه او كان البدل فيه ضئيل او مثل ان يذكر دينار اردني واحد , ما دام لا يوجد تغرير , و وفقا للراجه من المذهب الحنفي الذي اجاز التخارج بالقليل او الكثير , فهنا ومع ضئالة الثمن او بدل التخارج فان الثمن يكون حقيقيا لان نيه الاطراف اتجهت اليه بالفعل ولا يكون صوريا , اما اذا خلا العقد من ذكر الثمن كان فاسدا , اما اذا كان عدم ذكر الثمن انكارا له كان العقد باطلا .

يرى الباحث بان عقد التخارج من العقود الخاصة، والتي عرفها الفقه الاسلامي وجل التشريعات العربية كما اسلفنا هي بيع وارث لوارث، فاذا خرج تكيف عقد التخارج عن كونه عقد بيع وفقا للراجح من المذهب الحنفي و كل القوانين العربية فهنا لا نكون بصدد عقد تخارج وانما عقد هبه مع الاخذ بعين الاعتبار السلطه التقديريه لقاضي الموضوع في تكيف العقد المنظر تكيفا قانونيا صحيحا .

وفي في التطبيق العملي فان عقد التخارج قد يكون في كنهه ومعناه عقد هبه بتنازل الوارث لمن يحب من الورثة كأبناء الابن المتوفي عن حصصه الارثية في تركه ابنه ويقر بقبض الثمن امام المحكمة الشرعية، ومن النادر حدوث خلاف بين المتخارج والمتخارج له بهذه الصورة ولكن اذا حث خلاف فانه والصورة تلك يجوز التقدم بإبطال عقد التخارج للصورية امام المحكمة المختصة، الا ان المحكمة من تلقاء نفسها وما لها من سلطه بتكييف العقود يجوز لها تكيف هذا العقد بانه عقد هبه وتغير وصفه وفقا للوقائع الجديدة ولا نرى مانع من انقلاب عقد التخارج الى عقد هبه في مثل هذه الظروف رحمه بصغار المتوفي او حفاظا على اواصر صلة القرابة والرحم .

ثانيا : ان يكون الثمن جديا :-

---

[164] - نفسه ، ص 289.

[165] -د . محمود الديب ، عقد البيع بين الشريعه والقانون ، دار الجامعة الجديده ، بدون طبعه ، سنه 2010 ، ص 91.

ويكون الثمن غير جديا اذا لم يكن يتناسب مطلقا مع قيمه المبيع فيكون تافها، وكما لا ينعقد العقد بالثمن الصوري فلا يجوز ايضا بالثمن التافه، ولكن كما بينا سابقا وبالرجوع الى خيار الغبن الفاحش المقترن بالتغرير، وحيث ان عقد التخارج تصالح وارث لوارث على بيع حصص ارثيه، فيصح العقد سواء اكان البدل كثيرا كان ام قليل وذلك وفق الراجح من المذهب الحنفي، فيشترط ان يقترن الغبن الفاحش بالتغرير، وان اجاز المغرر به العقد واسقط حقه بخيار فسخ العقد لوجود الغبن الفاحش مع التغرير صح العقد.

صور التخارج حسب نوع المحل وطبيعته في عقد التخارج:-

المحل في عقد التخارج مال متقوم معين قابلا للتعامل فيه، وطبيعة الاموال تختلف ولا حصر لها، الا ان صورة التخارج احيانا تختلف وفقا لنوع المحل وطبيعته، والمجال العملي يرجع الى الراجح من الفقه الحنفي في هذا الموضوع، حيث لا نص بهذا الخصوص في المجلة ولا أي قانون اخر نافذ في فلسطين، لذا سنعرض لهذه الحالات وفقا لراي الأحناف وهي على النحو التالي:-

وهناك نوعين من هذه الصور :

الحالة الاولى : اذا كان بدل التخارج من غير التركة :-

اولا : اذا كانت التركة عقارا او عرضا، فاخرج الورثة احدهم منها بمال اعطوه اياه جاز التخارج سواء كان ما اعطوه اقل من حصته او اكثر .[166]

واذا كانت الشركة بين الورثة، فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه، والتركة عقاراً، أو عرضاً جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه، أو كثيراً ؛لأنه أمكن تصحيحه بيعاً، والبيع يصح بالقليل، والكثير من الثمن، ولم يصح جعله إبراءاً ؛لأن من الاعيان غير مضمونه لا يصح [167].

إذا اخرج بعض الورثة وارثاً منهم من التركة، بإعطائه مقداراً من المال، فاذا كانت التركة عروضاً وعقاراً كان التخارج صحيحاً ولا فرق في أن يكون بدل الصلح أقل أو أكثر من الحصة الارثية. مثلاً: لو كانت التركة المشتركة بين اربعة من الورثه مئة شاة، خمسين بقرة، وعشرين فرساً، ثلاثين بساطاً،

[166] ـ الموسوعة الفقهيه الكويتة المرجع السابق ، تسوية تخارج ، ص11.
[167] القاضي رادة أفندي :نتائج الافكار ،ج8 ،ص461-462 .

واربعين خواناً، وخمسة حوانيت، واعطى الورثة الثلاثة للوارث الرابع عشرة دنانير، فأخرجوه من التركة برضائه كان صحيحاً، وأصبح باقي التركة مشتركة بين الورثة الثلاثة [168].

وفي هذه الصورة لا يشترط معرفة مقدار حصة المتخارج من التركة؛ اذ الجهالة هنا لا تفسد البيع؛ لانها لا تفضي الى النزاع ؛لان المبيع هنا لا يحتاج الى تسليم [169].وتعليم ذلك :ان المعلومية بشكل عام في المبيعات شرط لإمكان التسليم، لما كان الورثة الذين يخرجون بعضهم لتخلص التركة لهم، وهم المستولون عليها فعلاً، فلم يكن ثمة حاجة الى معرفتها على وجه التعيين [170].

ثانيا : اذا كانت التركة ذهبا واعطوه فضه او العكس جاز الصلح ايضا سواء كان ما اعطوه اقل من نصيبه او اكثر، لان الجنسين مختلفين يكن بشرط التقابض في المجلس لكونه صرفا .

فقال ابن عابدين: (اذا اخرجت الورثة احدهم عن التركة، وهي عرض او عقار بما اعطوه له، واخرجوه عن تركه هي ذهب بفضه دفعوها له، او على العكس، او عن نقدين بهما صح في الكل، صرفا للجنس بخلاف جنسه قل ما اعطوه او كثر لكن يشترط التقابض فيما هو صرف)[171].

وجاء في شرح علي حيدر للمجلة : (اما اذا كانت التركة عبارة عن نقد فينظر : اذا كان بدل الصلح من جنس اخر كان الصلح صحيحا سواء كان قليلا، او كثير الا انه يشترط التقابض ففي المجلس مثلا : لو كانت التركة دنانير وذهب، واعطى صلحا للوارث فضه، وأخرجوه من التركة كان صحيحاً، وكذلك إذا كانت التركة ذهباً، وفضة، كان البدل الصلح من كليهما أي مقدار منه ذهباً، ومقدار منه فضة يصح الصلح سواء بدل الصلح قليلا، أو كثيراً[172].

ثالثا : اذا كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير، جاز الصلح كيفا كان صرفا للجنس الى خلاف جنسه كما في البيع، ولكن لا بد من القبض في مجلس واحد لكونه صرفا .

رابعا: وان كانت التركة ذهبا وفضه، وعروضا وعقار، فصالحوه على احد النقدين فلا يجوز الصلح الا اذا كان بدل الصلح اكثر من حصته من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله، وتكون الزيادة مقابل حقه

---

[168] حيدر : درر الحكام ،ج4 ،ص43 .
[169] القاضى زادة افندي: نتائج الافكار ،ج8 ،ص462 ،الزيلعي :تبين الحقائق ،ج5 ،ص509 .
[170] ابو زهرة : احكام التركات ،ص272.
[171] - ابن عابدين . الحاشية المرجع السابق ، ج12 ، ص348-349.
[172] حيدر :درر الحكام ،ج4 ،ص43-44 .

من بقيه التركة تجنبا للربا، ويشترط التقابض فيما يقابل نصيبه، ولأنه صرف، فان كان ما اعطوه مساويا لنصيبه او كان اقل منه بطل الصلح لوجود الربا .

وفي درر الحكام لعلي حيدر يقول: (اما اذا كان في التركة نقود أي ذهب وفضه، وكان فيها غير النقد، عروض، وعقار، فينظر : فاذا كان بدل الصلح عروضا او عقار فالصلح صحيح سواء كانت قيمه البدل المذكور معادلة لحصته، او كانت ازيد، [173] او انقص منها لعدم الربا .).[174]

خامسا : وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك من العروض، فصالحوه على عرض جاز الصلح مطلقا سواء ما اعطوه اقل من نصيبه او اكثر .

الحالة الثانية : اذا كان بدل التخارج من التركة.

اولا : اذا تخارج احد الورثة الى وارث اخر او اكثر، على ان يأخذ دار معينه او عقار، ويكون باقي سائر اعيان التركة للمخارج له او لهم حسب انصبتهم وسهامهم، والحكم في هذه الحالة جائز ومشروع وهي الاكثر شيوعا، وتكون اقرب الى القسمة من البيع .

ويقول ابن عابدين : (ولو بعرض _ أي بدل التخارج _ يعني لو كان بدل الصلح عرضا في الصور، _ أي صور التخارج بمعنى البيع _ كلما جاز مطلقا، وان قل، ولم يقبض في المجلس، وظاهر يعم ما لو كان العرض من التركة اذ حقه ليس في جميعه، فيكون مبادلا عن نصيبه في بقيه التركة بما زاد عن حقه فيه).[175]

ثانيا : اذا كانت التركة ذهباً، وغيرها من العروض والعقار، فتخارج أحد الورثة على ان يكون البدل قدراً من أحد هذين التقدين، وجب لصحة التخارج، أن يكون ما أعطى له من النقد أكثر من نصيبه ميراثاً من ذلك الجنس، فيكون القدر الزائد من النقد على نصيبه في مقابل حقه في باقي التركة، وبهذا لا يكون في الامر ربا الفضل، المحرم شرعاً، ويشترط التقابض في المجلس ؛لأنه صرف فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة [176].

---

[173] - نفسه ج4 ، ص44.
[174] - نفسه ج4 ص44.
[175] - ابن عابدين المرجع السابق ، ج12، ص 351.
[176] الزيلعي : تبيين الحقائق ،مرجع سابق ،ج5 ،ص510 .

وذلك؛ لأنه لو كان البدل النقدي قدر حقه تكون العروض والعقار قد سلمت لباقي الورثة بلا عوض، فيكون في الامر ربا، ولو كان هذا البدل النقدي أقل من حقه من جنسه، تكون العروض والعقار وبعض الذهب والفضة قد سلمت لباقي الورثة بلا عوض أيضاً، فيكون في الامر ربا أيضاً[177].

وجاء في درر الحكام في شرح مجله الاحكام : (اذا كان بدل الصلح نقوداً، وكان زيادة عن حصة الوارث المذكور الذي أخرج من التركة من جنس ذلك النقد، فالصلح المذكور صحيح أيضاً ؛ليكون نصيبه بمثله، والزيادة بمقابله حقه من بقية التركة تحرزاً عن الربا، وذلك لا يجوز بطريق الابراء ؛لان التركة اعيان، والبراءة من الاعيان لا تجوز لكن لا بد من التقاضي في المجلس فيما يقابل النقدين، لأنه صرف في هذا القدر، أما اذا كانت حصة الوارث الذي أخرج من التركة من أحد أجناس النقود مساوية لبدل الصلح من عين جنس ذلك القدر، أو أكثر منه فالصلح باطل؛ لان حصة ذلك الوارث من غير ذلك النقد من الاعيان تبقى خالية من العوض)[178].

هذا اذا كان بدل التخارج احد النقدين من التركة، أما اذا كان بدل التخارج عرضاً من التركة قليلاً كان أم كثيراً، فالتخارج بهذا المعنى –أي بمعنى القسمة –جائز مطلقاً، لعدم وجود الربا [179].

فحسب الحنفية فقد فصلوا صور عقد التخارج بناء على جريانه على احد مكونات التركة، اذا كانت عروضا او عقارا او نقودا، ونوع بدل التخارج المدفوع سواء اكان من التركة او غيرها

الفرع الثالث: ركن السبب في عقد التخارج:

في عقد البيع يلتزم البائع بنقل ملكيه المبيع الى المشتري ويكون غرضه المباشر الحصول على الثمن ويلتزم المشتري بدفع الثمن فيكون غرضه المباشر الحصول على المبيع.

اما في عقد التخارج يكون يلتزم المتخارج بنقل حصصه الارثية للمتخارج له ويكون غرضه الحصول على بدل التخارج او المقابل المادي للحصص الارثية، ويلتزم المتخارج له بدفع البدل او المقابل المادي (الثمن) ويكون غرضه الحصول على الحصص الارثية (المبيع) فسبب الالتزام والغرض

---

[177] ابو زهرة :أحكام التركات والمواريث ،مرجع سابق ،ج265-266 .
[178] حيدر :درر الاحكام ،مرجع سابق ،ج4 ،ص44 .
[179] القاضي زادة افندي :نتائج الافكار ،مرجع سابق،ج8،ص463.

المباشر في عقود التخارج اذا كيف العقد بانه عقد بيع وارث لوارث، هو نقل ملكيه حصص ارثيه والحصول على بدل التخارج (الثمن). [180]

اما سبب العقد فهو الباعث والدافع الى التعاقد، وهو يختلف بطبيعة الحال من شخص الى اخر فيتغير في النوع الواحد من العقود، فهذا يبيع لأنه يبغي من حصوله على الثمن ان يسافر الى الخارج، وذاك يبيع لأنه في حاجه الى مال ينفقه في اغراض معيشته، وثالثا يبيع لأنه يريد ان يشتري بالثمن شيئا اخر . [181]

فلما كان سبب الالتزام بحكم وظيفته الفنية يعتبر عنصر انعقاد ونفاذ، وجب ان يظل قائما من وقت قيام الالتزام الى حين تنفيذه، فان تخلف عند الانعقاد كان الجزاء البطلان، وان تخلف بعد قيام العقد كان الجزاء الفسخ . [182]

فسبب عقد التخارج والباعث على العقد يختلف من شخص الى اخر ايضا، فقد يكون سبب عقد التخارج هو التبرع، مثل ان يتخارج الجد عن حصصه الارثيه في تركه ابنه المتوفي الى ابناء ابنه حبا وعطفا عليهم، مع الاقرار بقبض بدل تخارج رمزي في حجه التخارج، فيكون الباعث والدافع على ابرام عقد التخارج هو الهبه او التبرع مع العلم بانه قد يتغير التكييف القانوني لطبيعة العقد فيكون اقرب الى عقود التبرع لا عقود المعاوضات .

كذلك قد يكون الباعث لإبرام عقد التخارج هو رغبه المتخارج له بمساعده شقيقه او شقيقته على اكمال تعليمها فيقوم بالإنفاق على تعليم المتخارج ويكون باعث المتخارج هو اكمال التعليم، فعقد التخارج شائنه شان عقد البيع لا يختلف عنه في هذا الخصوص فالباعث يختلف من شخص الى اخر في نفس النوع من العقود حسب طبيعة هذا الشخص.

---

[180] - اختلفت اراء فقهاء القانون في التميز بين سبب العقد وبين سبب الالتزام فمنهم من يعتبره ركنا في العقد ومنهم من يعتبره ركنا في الالتزام، الا ان للالتزام سبب وللعقد سبب مختلف .فسبب الالتزام هو الغرض المباشر الذي يدفع المدين الى الالتزام، فهو الباعث الذي يدفع اليه مباشرة، وهو ركن لا يقوم الالتزام الا به فاذا تخلف شرط السبب بطل العقد، ففي العقود الملزمة لجانبين يكون التزام كل متعاقد هو سبب التزام المتعاقد الاخر، وفي العقود الملزمة لجانب واحد فاذا كان العقد عينا العارية او القرض او الوديعة او الرهن الحيازي فان سبب الالتزام يوكن هو التسليم، وفي التبرعات يكون سبب الالتزام هو نيه التبرع، فاذا كان السبب موهوما او كان غير مشروع او مخالفا للنظام العام فيكون العقد باطلا .

وسبب الالتزام يعد جزء من العقد وركننا فيه، ولا يصح العقد ويقع باطلا اذا كان غير موجود او غير مشروع ففي العقود الملزمة لجانبين سبب التزام المتعاقد هو سبب المتعاقد الاخر .

[181] - ا. محمد سلامه ، نظريه العقد في الفقه الاسلامي ، من خلال عقد البيع ، المملكة المغربية ، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية ، بدون طبعه ، سنه 1994، ص 416.

[182] - د. الصدة . نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 367-368.

ويلاحظ اولا ان اختلاف وظيفه سبب الالتزام عن وظيفه سبب العقد على النحو السابق ترتب عليه فارق بين السببين من حيث الوقت الذي طلب فيه كل منهما .[183]

فسبب الالتزام في عقد التخارج هو نقل ملكيه حصص ارثيه من وارث لأخر سواء كانت بشكل كلي عام او جزئي، والحصول على قيمه هذه الحصص، ويجب ان يكون هذا السبب قائم وقت العقد ووقت تنفيذه والا بطل عقد التخارج.

اما الباعث العقد في التخارج فوظيفته أخلاقية اكثر مما تكون قانونيه فيكفي وجوده مشروعا قائما وقت التعاقد حتى وان اختفى بعد التعاقد لا يؤثر على وجود العقد ونفاذه، فهو امر شخصي يتعلق بنوايا المتعاقد وخارج عن العقد وذلك وفقا للقانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني اما ما هو مطبق في فلسطين فالعبرة بسبب الالتزام والقصد المباشر في عقد التخارج لا للباعث الخفي .

السبب في اصطلاح الفقهاء والاصوليين هو: (كل حادث ربط به الشرع امرا اخر وجودا وعدما، وهو امر خارج عن ماهيته): أي ان وجود السبب يستلزم وجود المسبب، كما ان عدم السبب يستلزم عدم المسبب .[184]

ولهذا الاختلاف من حيث وظيفه سبب الالتزام وسبب العقد رتب شروطا خاصه لكل منهما في عقد التخارج، فسبب الالتزام في عقد التخارج يجب ان يكون موجودا وقت العقد ووقت التنفيذ كذلك يجب ان يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام حتى وقت التنفيذ واذا تخلف هاذين الشرطين يرتب البطلان على عقد التخارج، اما سبب العقد فيتعلق به هدف المشروعية من عدمه فلا بد ان يكون سبب عقد التخارج مشروعا، وحيث ان سبب التعاقد يختلف من شخص الى اخر فان هذا الشرط يشترط ان يكون وقت ابرام العقد، اما اذا تغير هذا السبب لاحقا فلا يؤثر على العقد من حيث الصحة او البطلان .[185]

---

[183] - أ ، محمد سلامه المرجع السابق ، ص 416.

[184] أ. محمد سلامه المرجع السابق ، ص 75

[185] - وفي الفقه الاسلامي هناك مدرستين في استخلاص مشروعيه السبب والباعث على التعاقد :-

اولا : ان اثبات النية واستخلاصها امر مختلف فيه، فالحنفية والشافعية لا يعتدون بالسبب أي الباعث على التعاقد الا حيث يتضمنه التعبير عن الارادة صراحه او ضمنا، فان لم يتضمنه التعبير عن الارادة فانه لا يبحث عن السبب خارج العقد ولا يعتد به بل يكون العقد صحيحا مستقلا عن السبب، فالعبرة عندهم بصيغه العقد وبالإرادة الظاهرة بقرائن الاحوال، فاذا المحل مشروعا في ذاته ولكن السبب غير مشروع، فاذا كان السبب ظاهرا في صيغه العقد فانه يعتد به ويكون العقد باطلا من ناحيه السبب اما اذا لم تتضمن صيغه العقد السبب بمعنى الباعث ووجد الايجاب والقبول بصورة صحيحه فالعقد صحيح مستقلا عن السبب، طالما المحل ينتفع به انتفاعا مشروعا، فلو ورد العقد على مال متقوم كالعنب كان العقد صحيحا وحتى وان كانت النية غير مشروعه بان كان المشتري سيصنع خمرا، ما دام انها ليست ظاهرة في الصيغة .

فاخذ الحنفية والشافعية بالإرادة الظاهرة للعقود، أي انهم حفاظا على مبدأ استقرار التعامل بين الناس، لا يأخذون بفكره السبب بمعنى الباعث على العقد، لانهم اصحاب نزعه موضوعية بارزة في الفقه والسبب بمعنى الباعث يختلف باختلاف الاشخاص لانه عنصر ذاتي داخلي يهدد استقرار التعامل.

اما المشرع الاردني قد اعتد بالسبب القصدي كما عرفته النظرية التقليدية، وهو الغرض المباشر المجرد الذي يقصد اليه الملتزم من وراء التزامه والذي يعتبر عنصرا موضوعيا لا يتغير في النوع الواحد من العقود , وايضا بالسبب الدافع والباعث على التعاقد كما عرفته النظرية الحديثة، باعتبار الغرض غير المباشر من وراء التعاقد، وهو يعتبر امرا ذاتيا يختلف من متعاقد الى اخر في كل نوع من انواع العقود .[186]

اما المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني فاخذ براي الحنابلة والمالكية، فاشترط ان يكون للعقد سبب او مقصد، وان يكون هذا السبب (المقصد) مشروعا أي يقره الشارع فاذا قصد به منفعة غير مشروعه، لم يصح العقد ووالمقصود بالسبب الغايه من العقد، أي الذي دفع المتعاقدين الى عقده .[187]

شروط السبب الصحيح لانعقاد عقد التخارج هي:

اولا :- وجود السبب يشترط في السبب القصدي ان يكون موجودا ومستمرا حتى يتم التنفيذ .[188]

والمقصود في ذلك ان يكون السبب موجودا وقت ابرام عقد التخارج ووقت تنفيذه، فيجب ان يكون شرط وجود وبقاء حتى تنفيذ عقد التخارج وفقا للطريقة التي رسمها القانون اما لدوائر تسوية الارضي او أي

فيرى الحنفية بانه لا تأثير للباعث او الدافع على التعاقد على صحه العقد، الا اذا كان مصرحا به في نفس العقد أي اصبح ظاهرا لا دفين لشخص المتعاقد وذاته، أي خرجت هذه الارادة الى العلن بهذا السبب او الباعث على التعاقد، فاذا ذكر هذا الباعث في العقد عند الاحناف وكان سببا غير مشروع يؤثر على العقد ويرتب البطلان، فما دام العقد انعقد صحيحا في الظاهر لا حاجه الى البحث على النية او القصد غير المشروع .

فهذا الاتجاه والذي اخذ بمعيار موضوعي لا يأخذ بالسبب بمعنى الباعث على التعاقد، الا اذا ظهر للعلن وتضمنه التعبير عن الارادة في العقد فاذا كان الباعث في هذه الحالة غير مشروع بالعقد باطل.

ثانيا : اما المالكية والحنابلة فيعتدون بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة، أي ولو لم يذكر في العقد، ويكون العقد صحيحا او باطلا تبعا لما اذا كان الباعث مشروعا او غير مشروع سواء ذكر في العقد ام لم يذكر ما دام انه معلوم من الطرف الاخر، اذ يجوز استخلاص النية من القرائن والاحوال، اذا كان المحل مما يحتمل الانتفاع به غير مشروع، فبيع الخشب بقصد صنع صنم وبيع العنب لمن يعصره خمرا وبيع السلاح او الخيل لمن يعتقد انه يغزو بها المسلمون دون ذكر سبب الالتزام العقدي ولكن كان المتعاقد عالما بذلك لم يصح البيع لان الباعث غير مشروع فاعقد غير صحيح عند المالكية والحنابلة اذا كان يمكن معرفه الباعث على التعاقد من الظروف او علم المتعاقد الاخر بالنية، لان الاصل البواعث والتصرفات الشرعية .

فتبنت هذه المدرسة الاتجاه الذاتي، والذي تلاحظ فيه النية والقصد، فهم ينظرون الى النية والقصد في التصرفات والعقود، فاذا كان سبب العقد عندهم باعث غير مشروع كان العقد باطلا شرط ان يعلم العاقد الاخر بالسبب غير المشروع او كان بإمكانه العلم به .

[186] - د. امجد محمد منصور ، المرجع السابق ، ص 142.

السبب القصدي هو الغرض المباشر الذي يسعى الملتزم الى تحقيقه من وراء التزامه وهو عنصر موضوعي يتم البحث عنه داخل العقد ولا يتغير في الطائفة الواحدة من العقود ولا يختلف باختلاف شخص المتعاقد الملتزم، فالسبب القصدي في عقد البيع بالنسبة للبائع هو الحصول على الثمن وبالنسبة للمشتري الحصول على المبيع ، والسبب القصدي في عقد الايجار بالنسبة للمؤجر هو الحصول على بدل الايجار وبالنسبة للمستأجر الحصول على منفعة الماجور.

اما الباعث او الدافع الى التعاقد هو الغرض البعيد غير المباشر الذي يجعل المتعاقد يلتزم و هو عكس السبب القصدي اذ يتغير من شخص الى اخر ومن عقد الى اخر ، اذن هو امر شخصي يتعلق بنوايا الملتزم وخارج عن العقد ففي عقد البيع قد يكون باعث البائع هو انفاق الثمن لأغراض المعيشة او الدراسة او العلاج ، وقد يكون باعث المشتري من شراء العقار هو السكن او فتح محل او اتخاذه كناد للقمار والنظرية التقليدية تأخذ بالسبب القصدي وتشترط فيه ان يكون موجودا وصحيحا ومشروعا وقت انعقاد العقد، وكما بينا فان المشرع الاردني قد اخذ والنظريتين معا وفقا لما جاء من مواد في القانون المدني الاردني .

[187] - - د. عثمان التكروري و د . احمد سويطي ، المرجع السابق ص 234..

[188] - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج1، مصادر الالتزام ، تحديث و تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، دار الشرق ، مصر ، ط1 ، 2010 ص 373.

جهة مختصه بالتسجيل العقاري او لدى مراقب الشركات ووزارة الاقتصاد الوطني او لدى دوائر السير وتسجيل السيارات وذلك وفقا للقانون .

وقد ينعدم السبب اصلا في عقد التخارج فيكون العقد باطلا لتخلف السبب ومثال ذلك اذا تم ابرام عقد تخارج بصوره مجامله من وارث لوارث ولم يقصد بنيه البيع او التبرع او القسمة لسبب خارج عن نطاق العقد ولا علاقه له به، مثل وجود علاقه اجتماعيه او رابطه خاصه مثل زواج بين ابناء طرفي العقد او من اجل تسهيل المتخارج اجراءات بيع ورثه اخرون لعقار معين، فهنا ينعدم السبب لعقد التخارج وما يكون الا على سبيل المجاملة من اجل الطرف الاخر لتسهيل امر معين له ولكن يشترط علم العاقد الاخر بان العقد تم على سبيل المجاملة، ويقع عبء الاثبات على من يدعي بانعدام السبب في عقد التخارج وعلى علم الطرف الاخر بها وهذه واقعه ماديه يجوز اثباتها بكافه طرق الاثبات وو وفقا لقاعدة البينة على من ادعى واليمين على من انكر وهذا ممكن في ظل القانون المدني الاردني او مشروع القانون المدني الفلسطيني، اما بموجب احكام المجلة والراجح من المذهب الحنفي فانه لا يعتد بالسبب الخفي الباطني ما لم يذكر في متن العقد .

ثانيا : ان يكون السبب صحيحا .

يشترط لصحه العقد ان يكون سببه صحيحا أي غير موهوم، ولا صوري، ويكون السبب صحيحا عندما يكون مطابقا للواقع، وفي عقد التخارج لا يكون السبب صحيحا في حالتين :-

1- حاله الغلط في السبب، مثل ان يتخارج شخص عن تركه مورثه لشخص اخر كان يعتقد انه وارث ثم يتبين بانه غير وارث، فهذا التخارج يقع باطلا لأنه موهوم وغير صحيح.
2- اذا تم اجراء عقد التخارج لسبب صوري، وهنا يتم التفرقة بين امرين اذا كانت الصورية مطلقه فالقعد باطل،[189] كان يتخارج وارث الى وارث اخر من اجل اكتمال نصاب مالي بغرض الحصول على قرض من البنك، فهنا الصورية مطلقه ولا يوجد سبب لإبرام عقد التخارج وانما لغرض اخر خارج عن نطاق العقد، فهنا عقد التخارج يكون باطلا ليس بسبب وجود سبب وقصد ومباشر وباعث وغرض بعيد للتعاقد، وانما باطل لانعدام السبب بشكل كلي.

[189] - ا. محمد سلامه . نظرية العقد في الفقه الاسلامي , مرجع سابق , ص 422.

اما اذا كانت الصورية نسبيه، أي تكون هذه الصورية تخفي ورائها حقيقه اخرى مثل ان يتم ابرام عقد تخارج بين وارث ووارث يكون السبب الظاهر هو وجود علاقه مدينه بين المتخارج والمتخارج له الا ان هناك سبب اخر هو من اجل الحصول على رخصه بناء فيتم البحث في السبب الاقرب الى الحقيقة وهنا لا يعتد بالصورية اذا لم تكن بذاتها سببا للعقد، وتثور الصعوبة في الاثبات بان السبب المباشر والحقيقي لإجراء عقد التخارج هو الغرض والباعث الخفي الحقيقي .

ثالثا : مشروعية السبب.

يشترط في السبب ان يكون مشروعا، ويكون كذلك اذا كان لا يتعارض مع نص صريح في القانون ولا يخالف النظام العام والآداب، وهو القصد البعيد غير المباشر للعقد أي الباعث، وذلك من اجل سلامه المجتمع، كمن يستأجر بيت ويكون قصده والباعث على ذلك من اجل استخدامه كنادي للقمار.

ويكون السبب غير مشروع اذا كان مخالفا للنظام العام او الآداب، كان يتعهد شخص لأخر بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود، فالالتزام بارتكاب جريمة باطل لان محله غير مشروع لمخالفته للنظام العام .[190]

وبما ان الإباحة هي الاصل في العقود فلا يخرج عقد التخارج عن غيره من العقود من حيث توافر شرط السبب الصحيح المشروع الموجود وفقا للفقه الاسلامي وكما بينا سابقا، لا يتصور ان يكون سبب عقد التخارج من اجل الحصول على الحصص الارثية في التركة من اجل التنازل عنها للعدو، او استخدامها لأغراض غير مشروعه مثل بناء نادي للقمار اذا كان المال المتخارج به عن قطعة ارض .

وحيث قد جاء في المادة 183 من قانون الاحوال الشخصية الاردني المعمول به في فلسطين بانه في حال عدم وجود نص يرجع للفقه الراجح من المذهب الحنفي، فانه يعتد في عقد التخارج بالمذهب الموضوعي الذي تبناه الراجح في الفقه الحنفي، لا بالمذهب الذاتي فاعتد بالسبب القصدي المباشر والظاهر دون الباعث على التعاقد الا اذا ذكر صراحه في العقد وخرجت الارادة الباطنة الى العلن، فالسبب المشروع في عقد التخارج هو السبب الظاهر والقصد المباشر فما دام عقد التخارج انعقد صحيحا فلا نبحث في النية ولا الباعث الخفي الباطني على التعاقد فاذا كان هناك باعث غير مشروع

[190] - د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظريه العقد في الشريعه الاسلامية والقانون .مرجع سابق ، ص 354-356.

غير ظاهر لا يجوز استنباطه من القرائن وظروف العقد وترتيب البطلان لوجوده فلا يبطل العقد ما دام لم تخرج هذه النية الى العلن وتذكر في العقد .

فالسبب المشروع لإجراء عقد التخارج هو كل سبب لا يتعارض والقانون لا يخالف النظام العام والآداب العامة في فلسطين، شانه في ذلك شان سائر العقود المدنية وخاصه عقد البيع اقرب العقود الى طبيعته .

واذا كان السبب الظاهر للالتزام مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة فعلى من يدعي وجود سبب اخر غير مشروع ان يقيم الدليل على ذلك.

ويرى الباحث على انه يجب ان يكون الغرض والباعث البعيد غير المباشر للتعاقد مشروعا في عقد التخارج فاذا كان الباعث على التعاقد غير مشروع بطل عقد التخارج والاخذ بالمدرستين الفقهيتين معا على حذو القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني وان الباعث والغرض غير المباشر في عقد التخارج اسباب لا حصر لها، وحيث ان فكره النظام العام فكره فضفاضه من مجتمع لأخر وما هو مقبول في مجتمع غير مقبول في مجتمع اخر، وكذلك فكره الآداب العامة، وتقدير ما يعتبر مخالف للنظام العام ام لا هو اختصاص قاضي الموضوع لأنه من الوقائع الخاضعة للسلطة التقديرية للقاضي .

ولا يخفى ما يحققه شرط مشروعية الباعث من تامين لسلامه المجتمع من بواعث غير مشروعه تعود بالضرر على صاحبها وعلى المجتمع باسره ويعتبر الباعث غير مشروع اذا كان مخالفا للنظام العام والآداب.[191]

الفرع الرابع: ركن الشكل في عقد التخارج

الاصل في ابرام العقود الرضائية ينعقد بمجرد تلاقي الايجاب و القبول، الا انه وفي بعض العقد اشترط القانون افراغ هذه الارادة في قالب معين لاهميه هذه العقود الاقتصاديه مثل نقل ملكيه الاموال غير المنقوله او لاهميه اجتماعية للحفاظ على النسيج المجتمعي والاسرة مثل عقد الزواج .[192]

[191] - د . امجد محمد منصور ، المرجع السابق ، ص 139.

[192] - قال تعالى : (يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه) , سورة البقرة , ايه 282.

فاذا اشترط القانون شكلا معينا لافراغ هذه الارداه، والمعروف بركن الشكليه فيكون هذا الشكل ركن انعقاد وليس شرط صحه، فاذا تخلف هذا الشكل بطل العقد .

والعقود الشكليه تعرف بانها تلك العقود التي يلزم لانعقادها تراضي الطرفين و توافر شكل معين خاص.[193]

اذا كان في بعض اصناف البيوع مراسم وقيود شكليه في طريقه عقده اوجبها الشرع او الامر القانوني من ولي الامر تحت طائلة البطلان فان البيع لا يكون عندئذ منعقدا الا اذا توافرت فيه الشرائط الشكليه .[194]

والغالب في الشكل في القانون الحديث ان يكون سندا رسميا يجب ان يفرغ فيه عقد البيع، أي سند يقوم بتحريره موظف مختص، وقد تكون الشكلية كتابه عادية(عرفيه).[195]

وفي مجال عقد التخارج لا ينعقد العقد الا باتباع الاجراءات الخاصة بتنظيمه لدى الجهات المختصة، وفي فلسطين اعطى القانون المحاكم الشرعية الصلاحية في تنظيم حجج التخارج، فقد جاء في المادة (2 فقرة 12) من قانون اصول المحاكمات الشرعية الاردني : (تنظر المحاكم الشرعية وتفصل في المواد التالية : .....12- التخارج من التركة كلها في الاموال المنقولة وغير المنقولة).[196] وقد نصت المادة (319) من قانون الاحوال الشخصية الاردني قانون مؤقت رقم (36) لسنه 2010 : (يصدر قاضي القضاة تعليمات تنظيم وتسجيل حجج التخارج على ان تتضمن المدة الواجب انقضائها بين وفاة المورث واجراء التخارج الخاص او العام عن تركته .).[197]

---

[193] - د . انور سلطان , مصادر الالتزام , , دار الثقافه , عمان , ط1, سنه 2007 , ص14.

[194] - مصطفى احمد الزرقا ، عقد البيع ، مرجع سابق ، ص 33-34.

[195] - د. طارق كاظم عجيل ، المرجع السابق ص 298.

[196] - قانون اصول المحاكمات الشرعية الاردني رقم (31) لسنه 1959 النافذ في فلسطين (الضفه الغربيه).

وجاء في دليل اجراءات الحجج في المحاكم الشرعية في فلسطين الصادر عن ديوان قاضي القضاة المجلس الاعلى للقضاء الشرعي لسنه 2015 :-

[197] - اولا : الوثائق المطلوبة:

- صورة هوية المتخارج والمتخارج له.
- وكالة جديدة ومصدقه في حال وجود وكيل.
- صورة حديثة عن حصر الارث.
- كشف مفصل عن جميع الاملاك الخاصة بالمتوفى.
- في حال وجود احد الورثة خارج البلاد يتم النشر بإحدى
- الصحف الرسمية أو يعلق على لوحة اعلانات المسجد.
- شهادة من ثلاث مخمنين معتمدين بقيمة الارض الحقيقية.
- حجة التخارج ان وجدت.

ثانيا : السند القانوني .

- قانون الأحوال الشخصية.

ثالثا : اجراءات التنفيذ المتبعة :

فالتخارج من وظيفه المحاكم الشرعية بمقتضى المادة (12) فقرة (2) من قانون اصول المحاكمات الشرعية المذكورة رقم (31) لسنه 1959، [198]المعمول به والساري المفعول ولم يذكر سوى بيان المواد التي تنظرها المحاكم الشرعية وتفصل فيها فلم تبين المادة الاحكام والاجراءات الواجب اتباعها في تنظيم حجه التخارج، وانما احالت المادة 183 من قانون الاحوال الشخصية رقم (61) لسنه 1976،[199] بيان ما لا ذكر فيه يرجع فيه الى الراجح من مذهب الامام ابي حنيفه النعمان، وعليه فان تنظيم عقود التخارج من اختصاص المحاكم الشرعية وبناء عليه فقد صدرت تعميمات عن ديوان قاضي القضاة بمثابة لوائح تنفيذية استنادا لقانون اصول المحاكمات الشرعية والاحوال الشخصية المعمول بهما والساريان المفعول .

وغالبا ما تؤكد التعميمات على وضع شروط من اجل الموافقة على تسجيل حجج التخارج حفاظا على الحقوق ومنها بيان اعيان التركة، وبانها معلومة للمتخارج والمتخارج له، وانه لا يقبل تسجيل حجه تخارج قبل مضي مدة على وفاة المورث .

فالتعميمات الصادرة بخصوص تنظيم عقد التخارج من الجهة صاحبه الاختصاص وهي في هذه الحالة هي ديوان قاضي القضاة او سماحه قاضي القضاة، وغالبا ما تكون الشروط الواردة في التعميمات من الراجح في الفقه الحنفي وعلى المحاكم الشرعية تنظيم العقد وفقا للإجراءات والشروط الصادرة عن الجهة صاحبه الاختصاص باعتبارها لوائح تنفيذية الغرض منها الصالح العام .

- تقديم استدعاء الحجة لقلم المحكمة، يتم تدقيقه بشكل أولي من قبل رئيس القلم والتأكد من الوثائق المطلوبة، ووضع رقم للمعاملة.
- تحول للقاضي من اجل النظر في الحجه وسماع الشهود والتحقق من اهليه وشخصيه طالب الحجه .
- التوجه للصندوق/المحاسب لدفع الرسوم.
- التوجه للقلم لتوثيق الحجة المطلوبة على السجل.
- توقع من قبل المتخارجين والمتخارج لهم أو الوكلاء والكاتب والقاضي والمقرر والشهود .
- طباعة نسخة تسلم للمواطن.

ويصدر عن ديوان قاضي القضاة واستنادا لقانون الاحوال الشخصية المعمول به وقانون اصول المحاكمات الشرعية المعول بهما في فلسطين تعميمات للمحاكم الشرعية وفقا لمقتضيات المصلحة العامة والحفاظ على حقوق المتخارجين وخاصه الاناث ونذكر منها :-

1- (كتاب صادر عن قاضي القضاة / مدير المحاكم الشرعية يحمل الرقم ق/77/15 تعميم بخصوص نظرا لتزايد عدد الدعاوى بإبطال حجج التخارج وحفاظا على حقوق العباد وحسن الاداء.

2- كتاب صادر عن قاضي القضاة / مدير المحاكم الشرعية لمصلحه العمل وحفاظا على حقوق المواطنين ونظرا لكثرة الشكاوى وان بعض المعاملات لتنظيم حجج التخارج والتي تسجل في المحاكم الشرعية يحصل فيما بين المتخارجين احتيال من بعضهم البعض الاخر في التنازل عن حصصهم الارثيه كلها او بعضها .

3- تعميم رقم (2011/67) صادر عن رئيس المجلس الاعلى للقضاء الشرعي / القائم بأعمال قاضي قضاة فلسطين .

4- تعميم رقم :(2011/57) صادر عن رئيس المجلس الاعلى للقضاء الشرعي / القائم بأعمال قاضي قضاة فلسطين .

5- تعميم رقم :(2012/56) صادر عن رئيس المجلس الاعلى للقضاء الشرعي / رئيس المحكمه العليا الشرعية / القائم بأعمال قاضي قضاة فلسطين .

6- التعميم الصادر عن قاضي القضاة رقم (ق/1477/15) .

7- والتعميم الصادر عن قاضي القضاة رقم (ق/ 1366/15).

[198] - قانون اصول المحاكمات الشرعيه الاردني , رقم 31, لسنه 1959

[199] - قانون الاحوال الشخصيه الاردني رقم 61 لسنه 1976.

فهنا ركن الشكلية في عقد التخارج ركن انعقاد ففي حال تخلفه لا يوجد عقد اصلا وهو في حكم العدم، والغرض من اشتراط الشكلية في عقد التخارج تنبيه اطراف العقد لخطورته وتوفير حمايه قانونيه لأطرافه، الا ان الشكلية وحدها لا تكفي انعقاد العقد بل يجب توافر اركان العقد الاخرى من تراضي ومحل وسبب، الا ان توافر هذه الاركان ايضا بدون ركن الشكلية لا ينعقد العقد ايضا .

والشكلية في عقد التخارج تتعلق بالكتابة اولا وبالتصديق على الحجه من حيث التاريخ والتوقيع في المحاكم الشرعية، وذلك مع دفع الرسوم القانونية , والكتابة في العقود قد تكون للأثبات فقط وقد تكون ركن شكلي لانعقاد العقد، الا ان الكتابة وحدها لا تكفي لانعقاد عقد التخارج لا بل يجب التصديق على حجه التخارج من الجهة المختصة بالتصديق وهي المحاكم الشرعية، فالكتابة هنا ركنا شكليه من اركان التصرف القانوني كشرط لانعقاد التصرف فالكتابة مع التصديق مجتمعين هما ركن الشكل في عقد التخارج وفي حال تخلفه لا يوجد عقد اصلا.

فللمحاكم الشرعية الاختصاص الاصيل في تنظيم هذه الحجج وتكون سندات رسميه من حيث التاريخ والتوقيع، الا انه جرت العادة بان القاضي الشرعي يدقق في متن الحجه ويعدل ويسال اطراف التخارج عن القبض والتسليم بحضور الشهود، الا انه وفي الحقيقة فان دور المحكمة الشرعية ينحصر في التصديق على التوقيع والتاريخ فقط.

أما بالنسبة لباقي التشريعات الوضعية التي عالجت عقد التخارج: قانون التسجيل العقاري العراقي، فقد ادرج في المادة 246 منه : (يسجل بالاستناد الى حجه صادرة من المحكمه المختصه) , وجاء وفي المادة 247 منه:(لا يجوز تسجيل التخارج إلا ضمن معاملة الإرث أو الانتقال) . [200]

أما القانون المدني الأردني فقد نص في المادة 542 بأنه:(على المشتري إتباع الإجراءات التي يوجبها القانون لنقل كل حق اشتملت عليه الحصة الإرثية محل التخارج).[201]

وقد اعطى قانون الاحوال الشخصية الاردني المؤقت لسنه 2010 ماده (319) صلاحيات لقاضي القضاة بان يصدر تعليمات تنظيم، وتسجيل حجج التخارج على ان تتضمن المدة الواجب انقضائها بين وفاة المورث واجراء التخارج .

---

[200] - د. صالح أحمد اللهيبي، عقد التخارج دراسة قانونية مقارنة في إطار القانون العراقي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي2012 ، ص 48 .

[201] - قانون رقم 43 ، المؤرخ سنة 1976 ، المتضمن القانون المدني الأردني، م 542.

ويهنا يختلط ركن الشكل في تنظيم عقد التخارج مع الاجراءات الواجب اتباعها في تسجيل حجه التخارج فالتعميمات والتنظيمات الخاصة بتنظيم عقد التخارج، ما هيه الا وسيله قانونيه لتنظيم عقد التخارج بالطريقة التي اوجب القانون افراغ ارادة الاطراف بالقالب الذي اعتبره فيه مصلحه لأطرافه وهو على شكل حجه تخارج صادرة عن المحاكم الشرعية .

وفي خلاصه هذا الموضوع فان كل حجه تخارج تنظم خارج المحاكم الشرعية هو والعدم سواء ولا يرتب أي اثار قانونيه وهو باطل غير فابل للتصحيح ولا يحتج به لا بين اطرافه ولا على الغير فالكتابة والتصديق هما ركن انعقاد وليس للتصديق.

المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقد التخارج.

يمكن القول بان التكييف القانوني لعقد التخارج قد انقسم الى ثلاثه اراء فقهية :-

1- ان الاصل في عقد التخارج انه عقد صلح بين الورثه لاخراج احدهم من التركه ولكنه يعد عقد بيع ان كان البدل المصالح عليه شيئا من غير التركه، ويعد عقد قسمه ومبادله ان كان البدل المصالح عليه من مال التركه. وقد يكون هبه، او اسقاط للبعض، ان كان البدل المصالح عليه اقل من النصيب المستحق .[202]
2- ان عقد التخارج هو نوع من البيع او القسمه، او الصلح حسب الحال، بمعنى انه اذا كان البدل من غير التركه، فهو عقد بيع، واذا كان البدل من التركه فهو عقد قسمه، واذا وقع نزاع بين الورثه فهو عقد صلح .[203]
3- ان عقد التخارج عو عقد بيع كسائر البيوع، بحيث يبيع احد الورثه حصته من تركه مورثه المتوفي فيخرج منها ويحل محله مشتريها سواء كان هذا المشتري وارثا او غير وارث .[204]

اما المشرع الاردني في القانون المدني الاردني، والمشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني الفلسطيني، فقد كيفا عقد التخارج بانه عقد بيع .[205]

---

[202] - د. محمد سراج , احكام المواريث في الفقه الاسلاميي , دراسه فقهيه قانونية , ص 224-225. د.عبد الله الجبوري و د. عبد الحق حميش , احكام المواريث و الوصايا في الشريعه الاسلاميه ,ط1 ص 140 , د. احمد فراج حسين نظام الارث في التشريع الاسلامي , المؤسسه الجامعية بيروت سنه 1996 ص 331-332.,

[203] - د. ابو زهرة , احكام التركات , المرجع السابق ص 265-271.د. السنهوري, الوسيط , مرجع سابق ج4, ص 257-258. د. عبد الحميد الشورابي , احكام التركات في ضوء الفقه و القضاء , منشاة المعارف , الاسكندريه , سن 1990 ص 73-74.

[204] د . مصطفى الزرقا ,المدخل الفقهي العام مرجع سابق ج1 , ص 620-621.

[205] - المادة 539 من القانون المدني الاردني , المادة 499 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

ومن خلال هذه الاراء يمكن القول بان عقد التخارج لا يخرج عن كونه اما عقد قسمة او بيع او صلح او هبه وسنبينها على النحو الاتي:-

الفرع الأول : - القسمة :-

والقسمة لغة: قسم الشي يقسمه قسما، جزأه .

القسمة لغة: اسم للاقتسام أو التقسيم، وتقاسموا الشيء قسموه بينهم وهو أن يأخذ كل واحد نصيبه، والقسم مصدر قسم الشيء يقسمه قسما : جزأه، وجعله أقساما ؛ يقال قسمته قسما فانقسم، وقسمت الشيء بين الشركاء أعطيت كل شريك مقسمه وقسمه وقسيمه.[206]

والقسمة اصطلاحا :- وهي تمييز بعض الحقوق والانصباء من بعض وافرازها عنها . [207]

وعرفها الدكتور الزرقا : (هي افراز الحصص الشائعة في الملك المشترك، وتخصيص كل منها بجزء معين منه).[208]

وحيث ان التخارج في بعض صوره يعتبر قسمه الا انه يفرق عن القسمة، بان التخارج يكون للمتخارج بدل معلوم من المال سواء كان جزء من التركة او من مال المتخارج له الخاص، شرط ان يكون البدل معلوم، اما في القسمة فيشترط ان يأخذ كل شريك نصيبه في المال المشترك المستحق له بالفعل .

ويمكن تكييف عقد التخارج بانه عقد قسمه في حال توافرت الشروط التالية : -

1- ان نكون بصدد مال شائع، والتركة أي المال الذي ال للورثة من المورث هو مال شائع، وهذا الشرط متحقق في حال التركة، والتي هي اتت بسبب الوفاه .
2- ان يأخذ المتخارج حصته من التركة ذاتها، وليس من المال الخاص للمتخارج له، فيكون ذلك عبارة عن قسمه بين شركاء لمال مشترك ولنفس المال .

ان يأخذ المتخارج حصته من اموال التركه نفسها، أي ان يختص بجزء مفرز منها، اما في الحاله التي ياخذ المتخارج بدل التخارج من غير التركه كان يدفع له من اموال المتخارج له او من اموال المتخارج

---

[206] - ناصر بن محمد الغامدي ، المرجع السابق . ص 196-197.
[207] - رقيق شهرزاد المرجع السابق ، ص 12 .
[208] - مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ج 1، ص 615.

لهم جميعا عندما يكون التخارج لمصلحتهم جميعا، فان هذا التصرف سيكيف على انه بيع واهم شروط البيع هو وجود الثمن.[209]

يعد التخارج قسمه للمال الشائع المتأتي من الميراث، اذ ان القسمه هي اختصاص كل شريك (وفي هذا الفرض كل وريث) بجزء مفرز من المال الشائع (التركه)، والتخارج يطبق عليه نفس الكلام، اذ كل شريك سيختص بجزء مفرز يوازي حصته، والمعيار في ذلك هو ان البدل الذي سيقبضه المتخارج ان كان من التركه فان العقد قسمه وان كان من غير التركه، سواء اكان احد الورثه او من بعضهم فهو بيع، ويترتب على ذلك وجوب استيفاء شروط القسمه في الحاله الاولى وشروط البيع في الحاله الثانية .[210]

وهذا ينطبق على التخارج نفسه حيث يمكن ان يكون وسيله لقسمه التركة باختصاص كل وريث للجزء الذي يخصه من التركة باعتبارهم شركاء فيها، والمعيار في ذلك اذا كان البدل الذي سيقبضه المتخارج من التركة كنا بصدد عقد قسمه، حيث يكون كل وريث متخارج ومتخارج له في نصيب كل وارث في كل حصه للوارث الاخر .

ويرى الباحث في حاله اذا ما كيف عقد التخارج بانه عقد قسمه فنحن نكون بصدد عقد تخارج جزئي، حيث ان القسمة في اغلب الاحيان هي انفكاك لعلاقه شراكه او توزيع مال مشترك سواء بطريق الارث او الهبه او الوصية، او شركه تجاريه ،فعقد التخارج هو عقد قسمه رضائي بين الورثة لمال مشترك بينهم في اختصاص كل واحد من الورثة بنصيب مفرز من هذا المال، أي يقوم المتخارج بالتخارج الجزئي في حصته المشاعية في المال المعين والمخصص للوارث الاخر ويقوم الوارث الاخر بالتخارج في الجزء المعين والمخصص لهذا الوارث بشكل متبادل فهو عقد رضائي لقسمه اموال مشتركه اقرب ما يكون لاتفاقيه قسمه، والقسمة عقد مدني فيه تلاقي الايجاب مع القبول وبالتنازل عن جزء مقابل تملك جزء اخر من التركة وهو في ذات الوقت عقد من عقود المقايضة .

وإذا كيف عقد التخارج على أنه عقد قسمة، فإنه لا ينشئ شيئا من الحقوق والالتزامات وإنما يكشف عنها، لأن هذا الحق أو ذاك الالتزام كان موجودا قبل التخارج عن طريق الميراث فإذا خرج أحد الورثة

[209] - د. صالح احمد اللهيبي . منشورات جامعه الشارقه , عدد 49 سنه 2012.
[210] - د. محمد جبر الالفي و د. محمد عبد المنعم حبشي , فقه المواريث ط2 مطبوعات جامعه الامارات سنه2000 ص 253.

من التركة على جزء منها كالسيارة أو الدار أو قطعة أرض مثلا فإن المتخارج يعد مالكا لها منذ البداية عن طريق الميراث ولكن القسمة كشفت هذه الملكية .[211]

وبين ان عمليه القسمة فيها عنصران، عنصر افراز من جهة، وعنصر مبادلة بيع من جهة اخرى، وذلك لان الملك الشائع في الشيء المشترك، تعد كل ذرة منه مشتركة في الاصل، فلو كان الشيء مشتركا مناصفة مثلاً، فقسم نصفين، يكون كل شريك إنما يملك في الواقع نصف النصف الذي عين له فقط، وباقية لشريكه الاخر، فتعد كل منهما أخذاً في قسمة العين ما يخصه من الاجزاء بطريق الافراز، واخذاً للباقي بطريق المبادلة على ما يخصه في قسم شريكة[212] .

اما ذا أخذ التخارج صورة عقد القسمة، فهو قسمة يسري عليها ما يسري على كل الأشياء المشتركة عند اقتسامها، ويكون التخارج في حكم القسمة، إذا كان المتخارج عليه بعضا معينا وإن كانت القسمة فيها معنى المبادلة أيضا وعلى ذلك يكون قابلا للنقض إذا حدث ما يسوغ نقض القسمة في التركات، وقد ذكر صاحب البدائع ثلاث أحوال تنقض فيها قسمة التركة وبالتالي ينقض كل تخارج يأخذ وصف القسمة، وهذه الثلاثة تنقض القسمة في هذه الحالة إذا طلب الغرماء النقض ويجاب طلبهم إذا لم تكن التركة الباقية تكفي لسداد الدين، ولم يكن الورثة على استعداد لقضاء الدين من مالهم الخاص حماية للقسمة من أن تنتقض، فإن لم يكن واحد من هذين الأمرين نقض القاضي القسمة بطلب الغرماء إن تعين الطلب سبيلا لاستيفاء ديونهم، » قال الباز في شرح المجلة وبطل التخارج والصلح والقسمة إذا كان على الميت دين مستغرق فإذا ظهر يعد التخارج أو القسمة دين محيط بالتركة قيل للورثة أقضوه، فإن قضوه صحت القسمة و التخارج وإلا فسخت، لان الدين مقدم على الإرث فيمنع وقوع الملك للورثة وحيلة الصحة أن يضمن أجنبي الدين بشرط براءة الميت، وإذا كان الدين غير مستغرق فالأولى أن لا يصالح قبل قضائه ولو فعل وصالح قالوا : يجوز، لان التركة لا تخلو من قليل دين والدائن قد يكون غائبا فيتضرر[213]

وبصورة اخر فان عمليه التخارج اذا كان القصد منها قسمه اموال مشتركه يجب توافر عنصران اساسيان وهما الافراز والمبادلة بقصد البيع، فيعرف كل وارث مخارج او مخرج له حصته على وجه

[211] - مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن، دار التيسير والإحسان، للنشر والتوزيع إيران، ط1 ، سنه 2012 ، ص 147.
[212]- مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ج 1، ص 615.
[213] - - مروان قدومي، المرجع السابق، ص. 325.

الخصوص سواء اكانت عينا او من العينيات او المثليات، ومبادله كل وارث للوارثة الاخر بالمال الذي افرز له، الا ان المبادلة في هذه الحالة هي بيع ويكن المبيع لكل مشتري هو الحصص التي للوارث الاخر الموجودة في حصته التي افرزت والثمن يكون الحصص التي للوارث في الجزء المفرز للأخر.

الفرق بين التخارج والقسمة :

أولا : أنه في القسمة يأخذ المتقاسم جزءا من المال المشترك، أما في التخارج فإن الوارث الذي يخرج يأخذ شيئا معلوما سواء أكان من التركة أو من غيرها .[214]

ثانيا : أن الأصل في القسمة أن كل شريك يأخذ نصيبه المستحق له شرعا، وقد يغتفر أحيانا عن بعض النصيب من باب التراضي، أما التخارج فقد يأخذ المخرج فيه أكثر من حقه، أو أقل تحقيقا لمصلحته أو مصلحة الورثة.[215]

ثالثا: ان القسمة قد تكون جبريه، وذلك بطلب احد الشركاء القسمة لدى القضاء، [216] اما التخارج فلا يكون جبرا، وانما فقط بالتراضي بين الورثة بل اساسه قائم على ذلك .

واذا كيف التخارج بانه عقد قسمه بين شركاء في مال، فان هذا العقد يكون كاشفا للحق او الالتزام لا منشا له، فالأصل موجود بصفته وارثا في التركة حيث كان هذا الحق والالتزام موجودا قبل التخارج، فاذا تخارج وارث لوارث عن جزء من التركة فان التخارج يكشف عن هذه الملكية فهي موجوده منذ البداية بصفته وارث .

ويمكن نقض عقد التخارج اذا كيف عقد قسمة في الحالات التالية :-

1- اذا ظهر دين على الميت لم يكن معروفا.[217] فتنقض التركه اذا طالب الغرماء بذلك ولك يكن في التركه الباقيه نقود تكفي لسداد الدين، ولم يستعد الورثه لقضاء الدين من مالهم الخاص .[218]
2- ظهور وصية لم تكن معلومه وقت القسمه، او وقت التخارج الذي حكمها.

---

[214] - أبو الحسن يحي بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تح: قاسم محمد النوري، دار المناهج، جدة، ط 1421 ه، ص 249.

[215] - ناصر بن محمد الغامدي، المرجع السابق، ص 197.

[216] - الجرجاني ، المرجع السابق ، ص 175. فهو أن الصلاح ضد الفساد تقول صلح الشيء يصلح ويصلح صلاحا وصلوحا، والصلح بالضم هو مصالحة القوم فيما بينهم وبالكسر السلم، والصلح أيضا اسم من المصالحة وهي المسالمة بعد المنازعة والموافقة بعد المخالفة والشقاق

[217] - البدائع , مرجع سابق , ج7 , ص 30 .

[218] - د . احمد محمد علي داود , الاحوال الشخصية , دار الثقافه للنشر و التوزيع , عمان الاردن , سنه 2009 , ط 1 ,ج 4 , ص 218.

3- ظهور وارث لم يكن معلوما وقت التخارج .

4- اذا كان على الميت دين مستغرق.

5- ان كان للتركه دين على الناس.

ويرى الباحث، بانه يمكن القول كقاعده عامه بان كل تخارج جزئي هو عقد قسمه، وكل تخارج كلي هو عقد بيع واحيانا هبه، وكله قائم على الصلح بين الورثه .

الفرع الثاني : الصلح .

الصلح لغتة: يقال : صلح الشيء وصلح صلوحا، فهو صالح: من الصلاح الذي هو خلاف الفساد.[219]

والصلح في الاصطلاح :- هو معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم ويتوصل بها الى الموافقة بين المختلفين . [220]

وعرفه الفقه الحنفي :(بأنه عبارة عن عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة). [221]

وعقد الصلح هو من العقود اللازمة، فمتى انعقد وكان مستوفيا أركانه وشروطه وخاليا من الخيارات حل بدل الصلح في ملك المدعي وسقطت دعواه، فلا يقبل منه الادعاء به ثانيا ولا يملك المدعي عليه استرداد بدل الصلح، وهذا في الصلح عن إنكار، وإنما لم يجز نقضه بعد أن ثبت بوجه جائز لأن في نقضه رجوعا إلى الخصومة، أما إذا كان الصلح عن إقرار فإنه يجوز طلب الرجوع عنه لأنه إقالة، ولأنه لا رجوع للخصومة بعد الإقرار.

وعقد الصلح ليس عقدا مستقلا بذاته قائما بشروطه، واحكامه بل هو متفرع عن غيره في ذلك، بمعنى تسري عليه احكام اقرب العقود شبها بحسب مضمونه، فالصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع ويكون في عقد التخارج مبادله حصص ارثيه متقومه بمال بمال، والصلح عن مال بمنفعة يعد في حكم الإجارة وهذا غير متصور في عقد التخارج ولم يجري العمل به وذلك لوجود قوانين خاصه تنظم عقد الإجارة وهو من العقود المسماة والشائعة بين الناس ولأهميته تم تنظيمه بقوانين خاصه به والصلح عن

[219] - ابو الحسن احمد ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون ، الدار الإسلامية ، ج3 ، ص 303.
[220] - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم الحنفي. دار المعارف بيروت ط2.
[221] - ابن عابدين ، الحاشيه ، المرجع السابق ، ج5، ص 628.

نقد بنقد له حكم الصرف، وهذا متصور في عقد التخارج فقد تكون التركة من الذهب او الفضة فالتخارج بها جائز شرط التقابض في نفس المجلس، والصلح عن مال بمال معين موصوف في الذمة له أحكام السلم .[222]

وهكذا في بقية صور الصلح تجري عليها أحكام العقد الذي تعتبر به وتراعى فيها شروطه وأحكامه .

وكنه التخارج هو الصلح بيه الورثه، فيجري على على عقد التخارج ما يجري على الصلح واتفاقا إلا أنه يفرق بينهما من ثلاثة وجوه :

اولا: أن الصلح عام في المال وغيره، بينما التخارج مقصور على التصالح في المال، فهو اعم من التخارج، لأنه يشمل المصالحة في الميراث وغيره.[223]

ثانيا : أن الصلح بمعناه العام إنما يكون في الغالب بعد النزاع والخصام فهو عقد وضع في الأصل لرفع المنازعة بعد وقوعها بالتراضي، أما التخارج فليس بالضرورة أن يكون بعد خصام ومنازعة بل يكون حقا بين الورثة المتفقين المتسالمين .[224]

وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرا؛ لأنه أمكن تصحيحه بيعا وفيه أثر عثمان – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار قال: وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا، أو كان ذهبا فأعطوه فضة فهو كذلك؛ لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس؛ لأنه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحدا.[225]

فالصلح إذا ليس رابطة قانونية فحسب إنما في مقاصده روابط اجتماعية أساسية متينة وودية، لأنه ليس من المقاصد بقاء الحقوق معلقة دون حسم، وبقاء روح المقاصة في النفوس، وتمكن الانتقام في أن يكون دافعا للسلوك، وهذا ما تنبه إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما رد الخصوم إلى

[222] - الموسوعة الفقهية الكويتية ، مرجع سابق ، ج27 ، ص 327.
[223] - نفسه ج11 ط2 سنه 1988 و ص 5 .
[224] - ، رقيق شهرزاد ، مرجع سابق ، ص 11.
[225] - ابو محمد محمود بم احمد بن موسى بن احمد بن حسين الغيتابي بدر الدين العيني ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، سنه 2000 ج 10 ص 38.

المصالحة لأنه يعلم أن حكم القضاء وأن فصل بين وأنه المتخاصمين ماديا إلا أنه يورث بينهم الضغينة ويزرع في نفوسهم الكره وحب الانتقام . [226]

اذا اخذ التخارج صورة عقد القسمة، فانه قد يكون قابلا للنقض اذا وجد ما يجيز نقضه او يوجبه، كظهور دين على الميت لم يكن معروفا، او وصيه او وارث جديد لم يكن معروفا وقت التخارج.[227]

وعليه فان التركة ان كان التخارج قد اخذ فيها صورة القسمة، فهو قسمه يسري عليها ما يسري على كل الاشياء المشتركة عند اقتسامها، ويكون التخارج في حكم القسمة، اذا كان المتخارج بعضا معينا، وان كانت القسمة فيها معنى المبادلة ايضا. وعلى ذلك يكون قابلا للنقض اذا حدث ما يسوغ نقض القسمة في التركات .[228]

لذلك لا يشترط لصحه عقد التخارج ان تكون اعيان التركة معلومة علما نافيا للجهالة فيقول ابن عابدين : (ولا يشترط في صلح احد الورثة ان تكون اعيان التركة معلومة، ولكن ان وقع الصلح عن احد النقدين بالأخر يعتبر التقابض في المجلس، غير ان الذي في يده بقيه التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض، لأنه ضمان فينون عن قبض الصلح .).[229]

فيكون المصالح هما المتخارج والمتخارج له، نصت المادة (1532) من المجلة: (المصالح: هو الذي عقد الصلح) ويكون بدل التخارج او المقابل او الثمن في التخارج هو المصالح عليه، فنصت المادة (1533) من المجلة : (المصالح عليه : هو بدل الصلح) وتكون التركة او الحصص الارثية المتخارج عنها الى المصالح عنه، وتقول المادة (1534) من المجلة: (المصالح عليه هو الشيء المدعى به).

ويحمل الصلح على العقد الذي يكون قريبا منه، وعقد التخارج بما اسلفنا له من تعريفات لغويه او فقهيه قانونيه فهو عقد مدني الغرض منه نقل ملكيه حصص ارثيه من وارث لوارث مقابل قبض البدل، ويكون ذلك صلحا بين الورثة سواء قبل النزاع او بعده، فتسري على عقد التخارج القواعد التي تسري على الصلح بشكل عام، فقد نصت المادة (1545) : (اذا كان المصالح عليه عينا فهو في حكم المبيع، واذا كان دينا فهو في حكم الثمن، وعليه فالشيء الذي يصلح لان يكون مبيعا، او ثمنا في البيع يصلح لان يكون بدلا في الصلح ايضا).

---

[226] - اسيد صلاح عودة سمحان , عقد الصلح في المعاملات الاسلامية , ص 28 , ماخوذ عن مروان القدومي مرجع سابق , ص 309
[227] - د. احمد محمد علي داود ، الاحوال الشخصية ، الجزء الرابع ، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، الاردن عمان ، سنه 2009 . ص 218.
[228] - نفس المرجع ص 218 .
[229] - ابن عابدين، رد المحتار ، مرجع سابق ص، 425.

الفرع الثالث :- البيع .

والبيع لغتا : اعطاه اياه بثمن .[230]

وهو مطلق المبادلة .[231]

مصدر باعه الشيء، وباعه منه وله بيعا ومبيعا، أعطاه إياه بثمن مشتق من الباع لأن كلا من البائعين يمد يدا للأخذ والإعطاء، أو لأن كل بائع يصافح صاحبه عند البيع وهو في اللغة مطلق المبادلة، وهو من الأضداد، مثل الشراء ؛ يطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع.[232]

البيع اصطلاحا : مبادله مال متقوم بمال متقوم، تمليكا وتملكا .[233]

وهو عقد معاوضة ماليه تفيد ملك عين، او منفعة على التأبيد لا على وجه القربى .[234]

والبيع عقد معاوضة ماليه، تفيد ملك العين او منفعة على التأبيد بقصد الاكتساب .[235]

وهو عند الحنفية[236] : (وهو مبادله مال بمال على وجه مخصوص).

وعند الشافعية : (عقد معوضه مالية يفيد ملك عين او منفعة على التأبيد لا على وجه القربه).[237]

ومع ان التخارج في بعض صوره يعتبر بيعا ومعاوضة بين المخرج ومن أخرجه، إلا أنه يفرق بينهما من وجوه:

أولا : التخارج لا يكون بيعا في بعض حالاته فقد يكون قسمه اذا كان بدل التخارج من نفس التركة، كما بينا سابقا في موضوع القسمه، فليس كل تخارج بيع، وكل تخارج كلي بيع، وكل تخارج جزئي قسمه، ولكن قاعده لها استثناءات .

---

[230] - الرازي . المرجع السابق ص 79.
[231] - الجرجاني المرجع السابق ص 48.
[232] - ناصر بن محمد الغامدي، التخارج بين الورثة أحكامه وصوره في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة أم القرى، ع 45 ، ذوالقعدة 1429 ، ص 196.
[233] - نفسه ، ص 197., وقد عرفته المجلة المادة (105) هو : (مبادلة مال بمال ويكون منعقدا وغير منعقد).وعرفته المادة (465) من القانون المدني الاردني هو : (تمليك مال او حق مالي لقاء عوض).
[234] - السالوس . علي احمد. فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر ، مؤسسه الريان دار الثقافه، قطر، ط1 ، سنه 2004، ص 16 .
[235] - السالوسي . مرجع السابق ، ص 16.
[236] - الكاساني ، بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ج5، ص133_ ابن عابدين ، الحاشية ، المرجع السابق ، ج4 ، ص3.
[237] - ابن قدامه ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج2، ص 2.

ثانيا: في البيع عادتا ما يكون الثمن مساويا للسلعة، اما في عقد التخارج فلا يشترط التساوي، لان مبناه التصالح على خروج الوارث من التركة سواء بالقليل او الكثير .

ثالثا: البيع اعم من التخارج، فالبيع بين الورثة وغير الورثة، أما التخارج فهو قصور على بيع الوارث نصيبه لباقي الورثة فقط [238]

رابعا : لا يعد كل تخارج عقد بيع، وحتى ان كان تخارجا كليا، اذا كان التخارج نقدا بدل نقد، فنكن بصدد عقد صرف وليس بيعا، فيشترط التقابض في مجلس العقد خشيه الربا .

والتخارج هو بيع وارث لوارث في الاغلب الاعم، وهو بيع خاص بين الورثة، على مال معلوم بعوض معلوم، الا انه يفرق عن البيع، بان عقد البيع عام واشمل فهو جائز بين أي شخصين ما دام اكتملت اركانه وشروطه الجوهرية، كما ان البيع يكون ثمن السلعة هو الثمن الحقيقي في عقد البيع، اما في التخارج قد يتم التراضي بين الورثة على ان يكون بدل الحصص الارثية اقل او اكثر من ثمنها الحقيقي، وقد لا يكون التخارج بيعا ففي بعض صور التخارج يخرج المتخارج نفسه من التركة على بدل للتخارج يكون من نفس التركة وفي هذه الحالة يكون عقد قسمه وليس بيعا .

كما ان عقد التخارج وعقد البيع من العقود الناقلة للملكية سواء اكانت منقولا او غير منقول، الا انهما يختلفان عن بعضهما البعض بان عقد البيع لا يوجد فيه تحديد لشخصيه البائع وهي ليست محل اعتبار، اما في التخارج فان شخصيه البائع والمشتري في محل اعتبار، فيجب ان يصدر التصرف من وارث لوارث، وذلك وفقا لقواعد الفقه الاسلامي في فلسطين والقوانين العربية المدنية الحديثة وحتى إذا كيف عقد التخارج على أنه عقد بيع، فإن الوارث المشتري أو الوارثون المشترين إذا تعددوا شأنهم شأن المشتري الأجنبي، فيكون لهم حقوق وعليهم التزامات.[239]

فاذا كان المشتري الوارث واحدا ودفع الثمن من ماله الخاص فإنه يحل محل الوارث البائع في التركة ويأخذ حصته، وإذا تعدد المشترون الوارثون ودفعوا ثمن الحصة المباعة من مالهم الخاص ولم ينص في عقد التخارج على طريقة التقاسم، قسمت عليهم الحصة المباعة بالسوية .[240]

---

[238] السنهوري :عبد الرزاق أحمد ،(1960م)،الوسيط في مشروع القانون المدني ،مطابع دار النشر للجامعات المصرية – القاهرة،ج4،ص242،.

[239] - مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق ص147.

[240] - رقيق شهرزاد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، التنازل عن حق الميراث التخارج ، جامعه محمد بو ضياف ، الجزائر المسيلة ، سنه 2017- 1018 ، ص 18 .

ويرى فريق اخر من امثال الدكتور الزرقا : (اذا كان بدل المخارجة مدفوعا من التركة نفسها استحق الورثة المخارجون نصيب المخارج بنسبه سهامهم في التركة، واذا كان البدل مدفوعا من اموالهم الاخرى الخاصة، يكون نصيب الخارج الارثي بينهم بنسبه ما دفع كل منهم .).[241]

ومن المؤكد بان عقد التخارج كعقد البيع هو من العقود الناقلة للملكية، وينطوي على اهميه اقتصاديه وواسرية اجتماعيه لذا على المشرع الفلسطيني معالجته بنصوص تفصيليه في القانون المدني الفلسطيني القادم .

الفرع الرابع : الهبه .

الهبه لغة : العطية الخالية من الاغراض .[242]

اصطلاحا : تمليك المال بلا عوض في الحال.[243]

قد يلجا احيانا الى اجراء التخارج بقصد الهبه في حال رغب احد الورثة بالعطف على وارث اخر بأجراء تخارج له عن حصصه الارثية، مثل تخارج الجد والجدة لا بناء الابن المتوفي عن حصصهم الارثية، وفي الحقيقة يكون ذلك بلا عوض، الا ان اشتراط القانون بان التخارج بيع وارث لوارث واعطائه وصف البيع يقر فيها المتخارج له امام المحكمة الشرعية بانه قبض كامل الثمن، الا انه في الحقيقة يكون هذا التخارج على سبيل الهبه والتبرع لا البيع ,ومع ان التخارج في هذا الحالة يأخذ حكم الهبه الا انه يفرق بينهما من حيث ان الهبه من عقود التبرعات والتخارج من عقود المعاوضات غالبا.

والهبه تقابل البيع من حيث ان كليهما يرد على تمليك الاعيان المالية، ولكن البيع تمليك بعوض، والهبه تمليك بلا عوض .

وقد يكون هذا الاجراء كوسيله لحرمان بعض الورثة من الميراث، كان يقوم احد الورثة بالتخارج للذكور من الورثة من اجل حرمان باقي الورثة من الاناث من حصصه في التركة بعد وفاته، مثل ان يقوم الاب بالتخارج بحصصه الارثية من زوجته المتوفاة لا بنائه دون بناته حرمانا لهن من نصيبه بعد وفاته في تركه الزوجة .

---

[241] - . مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ج1 ، ص 620.
[242] - ابن منظور لسان العرب مرجع سابق ، ج15، ص 411.
[243] - القاضي زادة افندي ، نتائج الأفكار ، مرجع سابق ، ج9 ص 19 .

واذا كان جوهر وكنه العقد هو اسقاط للحق، كان يتنازل الوارث عن نصيبه في التركة، سواء بثمن رمزي او اقرار كاذب بالقبض او بالقبض الفعلي ووهبه مره اخرى نكون بصدد عقد هبه .

ونقترح على المشرع الفلسطيني لحسم النزاع بخصوص تكييف عقد التخارج حذو المشرع الاماراتي والذي حسم النزاع في المادة (356) من قانون الاحوال الشخصية رقم (28) لسنه 2005 :(التخارج: هو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه المعلوم من التركة لبعضهم الاخر مقابل شيء معلوم)، فنجد بان المشرع الاماراتي حسم النزاع بخصوص التكييف القانوني لعقد التخارج، واعتبره اتفاق بين ورثه، الا ان هذا الاتفاق محكوم بأحكام عقد التخارج لا أي عقد اخر، أي ترك الامر لقاضي الموضوع، فقد عرف التخارج بانه عقد ولم يحدد طبيعه العقد، الا ان الواقع القانوني في فلسطين وفي ظل غياب النصوص بخصوص عقد التخارج، فإننا لا نجد بدا من تطبيق القواعد العامة في نظريه عقد البيع والنصوص المتعلقة في عقد البيع في المجلة على عقد التخارج ونستثني منها كل قاعدة لا تنطبق على عقد التخارج بصفته عقد خاص فنطبق الراجح من المذهب الحنفي، فترك الامر لقاضي الموضوع بتكيف العقد وفقا للظروف المحيطه به يحقق نوع من العداله، واكثر حمياة للطرف الضعيف في مجتمعنا الفلسطيني، وهن الاناث من الورثه، فقد يكيفه القاضي عقد بيع او قسمه او هبه، على ان يكون ضمن قواعد الصلح بين الورثه .

مراتب عقد التخارج وانقضائه والاثر المترتب عليه:

عقد التخارج كغيره من العقود من حيث مرتبه الصحه ووالفساد والبطلان، وقد جاء هذا الفصل على مبحثين اثنين المبحث الاول ،مراتب العقد واثره وانقضائه، والمبحث الثاني انحلال عقد التخارج والتطبيقات القضائية .

المبحث الاول

مراتب عقد التخارج واثاره وانقضائه

وقد قسمنا هذا المبحث على مطلبين اثنين، الاول، مراتب عقد التخارج والثاني، اثار عقد التخارج وانقضائه.

المطلب الاول :- مراتب عقد التخارج

الفرع الاول : عقد التخارج الصحيح:

عرفت المادة 167 من القانون المدني الاردني بان العقد الصحيح هو : (العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بان يكون صادرا من اهله مضافا الى محله قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع، واوصافه صحيحه ولم يقترن به شرط مفسد له).

ويعتبر العقد صحيحا اذا توافرت فيه اركانه الثلاثة من وجود التراضي والمحل والسبب وانت تكون صحيحه مشروعه ومع توافر شروط كل منها، ان لا يقترن بشرط يفسده، وجاء في المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني بان العقد يكون صحيحا اذا :-

1- (مطابقه الايجاب للقبول) .

2- انعقاد مجلس العقد.

3- تعدد العاقد.

4- العقل والتميز.

5- محل مقدور التسليم .

6- محل معين او قابل للتعين،

7- محل صالح للتعامل فيه مشروع .) [244]

[244] - المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الاردني الجزء الاول ، ص 172

وعرفته المجلة في المادة (108):-(البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع اصلا ووصفا).

واصل العقد يراد به اركانه وشروط انعقاده، اما الوصف الذي يلحق احد عناصره ويكمله وهذا يعني ان العقد الصحيح هو العقد الذي يقره المشرع ويرتب عليه الاثار نظرا لمشروعيته، وتوافر اركانه وشروطه وعدم ورود مانع قانوني يمنعه .[245]

فالبيع الصحيح يفيد الملكية حتى قبل القبض أي بمجرد حصول هذا البيع يصبح المشتري مالكا للمبيع وكما ان البائع يصبح مالكا للثمن ولو لم يحصل القبض .[246]

والعقد الصحيح ينعقد في الحال سببا لحكمه فتترتب عليه اثاره بمجرد انعقاده .[247]

وهنا يمكن القول بان عقد التخارج ينعقد صحيحا اذا توافرت اركانه وشروطه الموضحة في الفصل الاول من هذه الأطروحة، وحتى ان لم يتم تسليم المبيع للمتخارج له، بل يكفي انعقاد العقد وفقا للشروط الشكلية بعد توافر اركانه وشرائطه الخاصة، وفقا لما جاء في قانون اصول المحاكمات الشرعية وقانون الاحوال الشخصية المعمول بهما في فلسطين.[248]

فيكون عقد التخارج الصحيح، اذا توافرت الأهلية في عاقديه كامله غير مشوبة باي عيب من عيوب الإرادة بتلاقي الارادتين ايجابا وقبولا، وتصادف ذلك مع وجود المحل ومشروعيته مع تعينيه، على ان سكون سبب التعاقد والباعث عليه سببا صحيحا مشروعا .

اذا اكتملت هذه الاركان للعقد، اعتبر عقدا صحيحا مرتبا لأثاره بمجرد انعقاده ما لم تكن هناك عوارض اخرى .[249]

الفرع الثاني: عقد التخارج الصحيح النافذ

جاء في المادة 113 من مجله الاحكام العدلية : (البيع النافذ بيع لا يتعلق به حق الغير وهو ينقسم الى لازم وغير لازم) من خلال هذه المادة يتبين بان العقد الصحيح النافذ ينقسم الى قسمين:-

---

[245] - - د. عثمان التكروري و د . احمد سويطي ، المرجع السابق ص 239.

[246] - شرح المجلة ، علي حيدر المرجع السابق ، الجزء الاول ، ص 98.

[247] - امين دواس ، محمود دودين ، مرجع سابق ، ص31.

[248] - فقد جاء في المادة (262) من مجله الاحكام العدلية: (القبض ليس بشرط في البيع الا ان العقد متى تم كان على المشتري ان يسلم الثمن اولا ثم يسلم البائع المبيع اليه).

[249] - د. امجد محمد منصور. المرجع السابق ص 147.

اولا : العقد التخارج الصحيح النافذ اللازم :-

فمتى كان العقد البيع صحيحا با اصله ووصفه، واصل العقد اركانه وشروط انعقاده، و صفه هو ما يلحق به من عناصر، فعقد التخارج اذا ما توافرت الصحه في اركانه، واكتملت شروطه، واسباب صحته الخاصه، بصفته عقد ذو طبيعه خاصه، ولم يوجد مانع قانوني فيكون صحيحا نافذا لازما .

فعقد التخارج الصحيح النافذ اللازم الذي لا يكون لأي من المتعاقدين فسخه او ان يطالب بأبطاله، سواء اكان متخارج او متخارج له حيث لا يكون التحلل منه الا برضاء المتعاقد الاخر.[250] كما هو الحال في عقد البيع والايجار .[251]

حكم عقد التخارج الصحيح النافذ اللازم :-

فعقد التخارج اللازم الصحيح النافذ، هو العقد الذي لا يحق لأطرافه طلب فسخه، ولا يجوز الرجوع عنه من احد اطرافه، أي يكون مكتمل بأركانه وشروطه، وخالي من أي شرط فاسخ ومن كل خيار يشوب لزوم العقد كخيار الشرط او خيار الرؤية او خيار العيب او خيار التعيين .[252]

أي ان بمجرد انعقاد العقد في مجلس العقد، تنتقل ملكيه الحصص الارثية المتخارج عنها للمتخارج له وينتقل بدل ثمن التخارج الى المتخارج ويكون العقد صحيحا نافذا لازما بالنسبة للمتخارج والمتخارج له.

ثانيا :عقد التخارج الصحيح النافذ غير اللازم .

الخيار هو ان يكون الانسان مخيرا بين تنفيذ العقد وبين فسخه وهذا التعريف يشمل جميع انواع الخيارات .[253]

---

[250] - وجاء في المادة (114) من المجلة: (البيع اللازم هو البيع النافذ العاري عن الخيارات وبعبارة اخرى فالبيع اللازم هو البيع الخالي من الخيارات المذكورة في الفصول السبعة من الباب السادس لكتاب البيع) , وفق المادة (375من المجلة والتي نصت على : (اذا كان البيع لازما فليس لاحد المتبايعين الرجوع عنه).

[251] - د. عثمان التكروري و د . احمد سويطي ، المرجع السابق ص 239. -244..

[252] - نصت المادة(369) من المجلة : (حكم البيع المنعقد الملكية يعني صيرورة المشتري ملكا للمبيع والبائع مالكا للثمن .), ونصت المادة (375) من المجلة : (اذا كان البيع لازما فليس لاحد المتبايعين الرجوع عنه .)

[253] - علي حيدر المرجع السابق ج1 ، ص 101. جاء في مجله الاحكام العدلية مادة (115) : (البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه احد الخيارات). وقد عرفت المادة (116) من المجلة الخيارات بانها : (الخيار كون احد العاقدين مخيرا على ما سيجيء في بابه), وجاء في المادة (176) من القانون المدني الاردني (1- يكون العقد غير لازم بالنسبة لاحد عاقديه او كليهما رغم صحته ونفاذه اذا شرط له حق فسخه دون تراضي او تقاضي 2- ولكل منهما ان يستقل بفسخه اذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة اليه او شرط لنفسه خيار فسخه).

والعقد غير اللازم هو عقد قام صحيحا، وتوفرت له اركان انعقاده وشروط صحته ونفاذه، ومع ذلك فان هذا العقد يستطيع احد المتعاقدين او كلاهما ان يتحقق منه بفسخه، كما اذا كان العقد غير لازم بسبب طبيعته .[254]

والخيارات التي تشوب لزوم العقد الخيارات التي تدخل على العقد غير القابل للفسخ بالإرادة المنفردة، فتجعل منه عقدا غير لازم وتتيح لاحد عاقديه او كليهما ان يستقل بفسخه.[255]

وقد يرجع عدم اللزوم في العقد الى ثبوت خيار الفسخ، اما اتفاقا بين المتعاقدين او بنص من المشرع والاخير يثبت للطرف الذي صدرت ارادته معيبه بغلط او تغرير يصاحبه غبن فاحش او للمشتري في عقد البيع باعتبار ان له خيار العيب.[256]

وقد نص القانون المدني الاردني على هذه الخيارات في المواد من : (177-198)، فالعقد غير اللازم هو عقد صحيح ولكنه يقبل بطبيعته او بموجب القانون او الاتفاق ان يرجع فيه أي من العاقدين، أي يجوز لأي من طرفيه او لاحدهما فقط ان يرجع فيه ويفسخه دون توقف على ارادة الطرف الاخر.[257]

وكون عقد التخارج لا يخرج عن كونه عقدا مدنيا كغيره من العقود يخضع للاحكام العامه للعقود بشكل عام، بالرغم من الخصوصيه التي يتسم بها هذا العقد، فما يثبت لغيره من العقود من حق احد اطرافه طلب فسخ العقد يثبت له .

ومن خلال استعراضنا للعقد غير اللازم الصحيح النافذ، فيمكن القول بان عقد التخارج غير اللازم الصحيح النافذ لاحد اطرافه طلب فسخه اذا شابه احد الخيارات التالية:-

اولا : خيار الشرط

وعقد التخارج اذا ما كيف على انه عقد بيع، فان خيار الشرط جائز وفقا للمبادئ العامة في عقد البيع، ولا يوجد ما يمنع ان يقوم احد اطراف العقد الذي يشترط فيه لنفسه حق نقض العقد في مدة معينه، واذا لم ينقضه رسخ، فالعقد الذي فيه خيار الشرط عقد غير لازم من جانب من له الخيار اذ يجوز له الرجوع فيه .[258]

---

[254] - د. امجد محمد منصور، مصادر الالتزام , المرجع السابق ، ص 161.

[255] - د. علي ابو مارية مصادر الالتزام , المرجع السابق ، ص ، 106

[256] - د . امجد محمد منصور ، مصادر اللتزام ,المرجع السابق ، ص 161.

[257] - د. عثمان التكروري و د . احمد سويطي ، مصادر الالتزام ,لمرجع السابق ص 244.

[258] - المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني و الجزء الاول ، ص 200. وقد جاء في المادة (300) من المجلة : (يجوز ان يشرط بفسخ البيع او اجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري او لاحدهما دون الاخر.) , وقد جاء في المادة (3001) من المجلة: (كل من شرط له الخيار في البيع يصير مخيرا بفسخ البيع في المدة المعينة للخيار .).

قد يرد خيار الشرط في عقد التخارج ويعتبر هذا الشرط جزء من عقد التخارج وقد يرد في اتفاق خطي لاحق بشرط توافق ارادة طرفي العقد، ويشترط الاتفاق الخطي في هذه الحالة وبنفس الشروط اللازمة لتنظيم حجه التخارج وفقا ما هو معمول في المحاكم الشرعية وخاصه اكتمال ركن الشكل، وذلك اولا من اجل الاثبات حيث لا يجوز دحض أي بينه خطيه الا ببينه خطيه من نفس الدرجة او اقوى منها، كما يجوز ان يشترط لكلا العاقدين، كان يشترط لمصلحه المتخارج والمتخارج له، بانه يحق لكليهما بفسخ العقد في مده معينه، فاذا قام احدهم بطلب الفسخ ونقضه، واذا مضت المدة بدون ان يطلب احدهما نقضه رسخ العقد واصبح لازما .

فاذا ثبت خيار الشرط للمتخارج او المتخارج له، فيحق له فسخ عقد التخارج، وذلك في كل التخارج لا في جزء منه، والا فاذا مضت مدة الشرط دون فسخ العقد لزم العقد.

وبطبيعة الحال ليست هناك مدة معينه لاستعمال هذا الخيار وانما الامر مرجعه الى اتفاق الطرفين على ذلك، اذ ان الحكمة من ذلك ان يعرف الفرد على نحو اكيد ما هو مقدم عليه من تصرف، وذلك اذا لم يحدد الطرفان مدة معينه لاستعمال هذا الخيار، قام القاضي بتحديدها مستهديا في ذلك بما جرى عليه العرف[259]

وبالنسبة للمده فلم يرد نص على مدتها وانما ترك امر تحديدها لأطراف العقد، وفي حال عدم الاتفاق على تحديدها ترك امر تحديدها للقاضي والتي يقدرها وفقا للعرف والعادة وطبيعة عقد التخارج.

ولم يرد نص بتحديد المدة وفقا لنصوص المجلة، الا ان الامام ابو حنيفة قد حددها بثلاثة ايام، فاذا لم تحدد عنده فسد البيع .[260]

وكما يجوز شرط الخيار للبائع وللمشتري او كليهما يجوز شرطه لأجنبي، خيار الشرط في البيع سواء اكان صحيحا ام فاسدا قبض فيه المبيع وسواء اكان البائع اصيلا ام وكيلا ام وصيا او كانت مده الخيار يوما او يومين او ثلاثة ام اكثر وبعبارة اخرى ان مدة الخيار التي يتفق عليها معتبرة مهما بلغت من الايام .[261]

[259] - د. امجد منصور ، مرجع سابق ، ص 162-163.
[260] - علي حيدر , درر الحكام .المرجع السابق ج1 ص 259.
[261] - نفسه , ص 259.

وحيث ان الاصل في عقد التخارج يخرج ملك الحصص الارثيه من ملك المتخارج الى ملك المتخارج له الا انه وفي حال وجود خيار الشرط فانه يوقف خروج المبيع من ملك البائع الى حين انقضاء المدة المعينة في العقد او باتفاق لاحق عليه او المدة التي عينها القاضي في حاله عدم الاتفاق .[262]

فهنا يجوز للمتخارج والمتخارج له اما كلا الطرفان بفسخ عقد التخارج، وبذلك يفسخ العقد، واذا قام احد اطراف العقد بإجازة العقد خلال مده الشرط يكون العقد لازما بالنسبة له، ويبقى الطرف الاخر صاحب الخيار اما بالإجازة او الفسخ ولا يكون العقد لازما له .

واذا كان كلا العاقدين مخيرا في عقد التخارج فلا يخرج المبيع من ملك البائع المتخارج ولا يخرج الثمن من ملك المتخارج له المشتري، فقد جاء في المادة 96 من المجلة : (لا يجوز لاحد ان يتصرف في ملك الغير بدون اذن)، فلا يجوز للمشتري ان يتصرف بالمبيع ولا يجوز للبائع ان يتصرف بالثمن قبل الإجازة او انتهاء المدة المحددة للشرط .

القاعدة العامة ان الملكية تعتبر اثرا مباشرا من اثار انعقاد العقد، ولا تعتبر التزاما على احد المتعاقدين، وبالتالي ميز المشرع من حيث انتقال الملكية ما بين ثبوت الخيار لكلا المتعاقدين، وفي هذه الحالة لا يخرج مال احدهما من ملكه ولا يدخل ملك الطرف الاخر، لان العقد في حق كلا المتعاقدين يحتمل الفسخ، أي غير لازم، اما ان شرع الخيار لاحدهما، فالنص واضح في هذا الامر، اذ ان من شرع الخيار لمصلحته لا يخرج ماله من ملكه ولا يدخل ماله في ملك العاقد الاخر، اما بالنسبة لمال العاقد الاخر فيخرج المال من ملك صاحبه ولا يدخل في ملك من ثبت له الخيار (راي الحنفيه) والراجح انه يدخل في ملك من ثبت الخيار لمصلحته (راي الصاحبان)، وذلك ان العقد بالنسبة لعاقد الاخر هو عقد لازم مرتب لأثاره ومنها انتقال ملكيه ماله لمن ثبت له الخيار الى ان يتم فسخ العقد، اما بالنسبة لمن يثبت لمصلحته خيار الشرط فالعقد بالنسبة له غير لازم وبالتالي فلا يرتب اثاره الا بعد اجازته .[263]

وان اضافه (خيار الى (الشرط) من اضافه السبب الى المسبب لان سبب هذا الخيار هو الشرط وهو ان يكون صاحب الخيار أي الذي اشترطه له الخيار في اصل العقد مخيرا في قبول العقد ورده يمنع

[262] - ولقد جاء في المادة (178) من القانون المدني الاردني: (اذا اشترط الخيار لكل من المتعاقدين في عقود المعاوضة المالية فلا يخرج البدلان من ملكهما، فان جعل لاحدهما فلا يخرج ماله من ملكه ولا يدخل مال الاخر في ملكه), كما جاء في المادة (307) من المجلة اذا شرط الخيار للبائع والمشتري معا فإيهما فسخ في اثناء المدة انفسخ البيع وايهما اجاز سقط خيار المجيز فقط وبقي الخيار للأخر الى انتهاء المدة).

[263] - د . علي ابو ماريه مصادر الالتزام , المرجع السابق ، ص 109.

ابتداء الحكم بعد انعقاد الصلة يعني مع ان حكم البيع اخرج المبيع من ملك البائع وادخاله في ملك المشتري يمنع الخيار خروج المبيع من ملك البائع.[264]

وخيار الشرط قد يشترط للمتخارج (البائع) او للمتخارج له (المشتري) او لكليهما، او لأجنبي عند العقد، كان يشترط في عقد التخارج خيار الشرط للجار في قطعه الارض المتخارج عن الحصص الارثيه فيه للمتخارج له مقابل بدل التخارج على ان يقبل هذا الجار (الاجنبي) العقد او نقضه خلال مده معينه لمصلحه له في ذلك .

فاذا شرط الخيار للمتخارج (البائع) فان الحصص الارثية المتخارج عنها لا تخرج من ملكه الى ملك المتخارج له(المشتري)، طيلة المدة المحددة للشرط، فاذا اجاز صاحب الخيار العقد رسخ العقد واصبح لازما، وتخرج الحصص المتخارج عنها من ملك المتخارج الى ملك المتخارج له، الا ان العقد يكون لازما للطرف الاخر خلال مدة الشرط، ويخرج بدل التخارج من ملك المتخارج له ولكن لا يدخل في ملك المتخارج، وفي هذه الحالة اذا قام المتخارج (البائع) من ثبت له حق الخيار بالتصرف في المبيع يكون تصرفه نافذ وصحيح ما دام ان المبيع لم يخرج من ملك المتخارج، ما دام لا زال المبيع تحت يده، وحيث ان التخارج في اغلب الاوقات يكون عن حصص ارثيه في اموال غير منقولة، عباراه عن عقارات واراضي، فلو اشترط هذا الشرط في عقد تخارج ولم يقر المتخارج بتمكين المتخارج له من وضع يده على هذه الحصص فيكون تصرف المتخارج بهذه الحصص صحيح وقت مده الشرط ما دامت لم تخرج من ملكه، اما اذا اقر المتخارج في عقد التخارج بتسليم المتخارج له هذه الحصص فلا يجوز للمتخارج التصرف في هذه الحصص ولا يكون تصرفه نافذا واذا اذن المتخارج للمتخارج له بقبض المبيع لا يكون للمتخارج التصرف بالحصص المتخارج عنها.

واذا كان المشتري هو مخيرا فقط فالثمن لا يخرج من ملك المشتري وذلك بالاتفاق ولا يدخل المبيع في ملكه على راي الامام الاعظم اما على راي الاماميين فيدخل لانه لو خرج المبيع من ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري لا يستلزم ذلك زوال ملك البائع عنه مع عدم دخوله في ملك اخر وليس لهذا نظير في باب المعاوضات وقد اختارت المجله هنا قول الامامين (الهندية) (ودر المختار) و(رد

[264] - علي حيدر درر الاحكام , المرجع السابق ج1 ص 258, ونصت المادة (308) من المجلة : (اذا شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع من ملكه بل يبقى معدودا من جمله امواله فاذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضه لا يلزمه الثمن المسمى بل يلزمه اداء قيمته للبائع يوم قبضه).

المحتار) والحاصل ان المبيع يدخل في ملك المشتري والثمن لا يخرج من ملكه اذا كان ذلك ملكا له كما كان (فتح القدير) ولكن اذا كان ذلك الا يصبح البدل والمبدل به ملك واحد في وقت واحد .[265]

واتفق فقهاء المذاهب الاربعة، ان عقد البيع وشبهه من عقود المعاوضات اللازمه القابله للفسخ الذي صاحب انشائه اشتراط الخيار عقد غير لازم لمن اشترط الخيار لنفسه، فله فسخه والامضاء طول مدة الخيار، فاذا امضاه انعقد وسقط الخيار، لانه يصير عقد لازما، واذا رد العقد صار كان لم يكن . [266]

واذا تم القبض مع وجود هذا الشرط لمصلحه المختارج واقر المتخارج بتمكين المتخارج له من تسلم جميع الحصص الارثيه التي تم التخارج عنها، مثلا لو كانت في سيارة وقام المتخارج له باستلام هذه السيارة، وهلكت هذه السيارة خلال مده الشرط وقبل اجازة العقد، فلا يلتزم المتخارج له بدفع الثمن المسمى في العقد أي بدل التخارج، بل هو ملزم بدفع قيمة هذه الحصص وقت التسليم والقبض بصفة يده يد امانه على هذه الحصص سواء كان اقل او اكثر من ثمن المسمى.

يتبين بان المتخارج او المتخارج له او الاجنبي الذي اشترط الخيار لصالحه، هم بالخيار فسخ هذا العقد خلال المدة المعينة او قبوله، على ان يقوم صاحب الخيار بإعذار الطرف الاخر، فمن حق اطراف العقد العلم بما يدور بخلج الطرف الاخر بما ان عقد التخارج من العقود الملزمة لجانبين وهو من عقود المعاوضة، ويجب ان تكون الاجازة او الفسخ في كل المبيع ولا تجوز التجزئة فيه .

وفي حال وجود خيار الشرط وقام من اشترط له بفسخ العقد دون علم الطرف الاخر او في غيابه فهذا الفسخ كان لم يكن لانه لم يعلم به الطرف الاخر، فاذا اجاز البيع كانت اجازته صحيحه،.

ولكن يثور التسائل حول كيفيه استعمال هذا الحق، فقد جاء في المادة (181) من القانون المدني الاردني : (1- يكون الفسخ او الاجازة بكل فعل او قول يدل على ايهما صراحه او دلاله 2- واذا مضت المدة دون اختيار الفسخ او الاجازة لزم العقد).

ففي مجال عقد التخارج وحيث يعتبر من العقود الشكلية من حيث تنظيمه لدى المحاكم الشرعي وان كل ما يتعلق بالتخارج هو من اختصاص المحاكم الشرعية وفقا لنص المادة (2) فقره (12) من

[265] - علي حيد درر الحكام ,، المرجع السابق، ج1 ، ص 272. , وجاء في المادة (309) :(اذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع من ملك البائع وصار ملكا للمشتري فاذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه يلزمه اداء ثمنه المسمى للبائع)، فاذا اشترط في عقد التخارج خيار الشرط لمصله المتخارج له (المشتري) خرج المبيع من ملك المتخارج (البائع) ودخل في ملك المتخارج له (المشتري).
[266] - ا. محمد سلامه ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي , مرجع سابق ، ص 246.

قانون اصول المحامات الشرعيه، [267]فان الفسخ يكون عبر نفس الشكلية من حيث التنظيم ولكن يشترط الاعذار .[268]

فاذا رغب المخير بالفسخ او الاجازة بفسخ العقد، فعليه اتباع الطرق الشكلية التي رسمها القانون للفسخ لدى نفس الجهة التي خصها القانون بتنظيم عقد التخارج وهي المحاكم الشرعية في فلسطين بموجب المواد السابقة وبموجب التعميمات الصادرة عن سماحه قاضي القضاة في فلسطين وفقا للقانون وبصفتها تعميمات داخله لتنظيم عمل المحاكم الشرعية في فلسطين لتنظيم حجج التخارج.

اما في حاله الإجازة فانه من المعقول القول بانه تجوز الإجازة سواء بالقول او الفعل، حيث ان السكوت طيلة فتره او مده الخيار هو فعل وان كان فعلا سلبيا فانه يدل على الرضا بإجازة العقد بفوات المدة المحددة للخيار يرسخ العقد ويكون لازما ويتم .[269]

وهذا الشرط لا يورث الى ورثه من شرط لمصلحته حيث ان القاعدة العامة بان الخيارات لا تورث .[270]

وهنا يتضح من خلال هذه النصوص، في حاله موت المتخارج او المتخارج له، فكل حسب حاله سواء اكان بصفه البائع او بصفه المشتري فان هذا الحق لا ينتقل الى الورثة او باي صفه لكل من المتخارج او المتخارج له حسب تكييف عقد التخارج، وانما تنتقل صفه الوارث الى الورثة في هذا العقد بدون هذا الشرط واذا كان الطرف الاخر لعقد التخارج الذي على قيد الحياه مخيرا ايضا، فيكون عقد التخارج لورثه المتوفي لازما، ويكون غير لازم للطرف الاخر الذي لا زال على قيد الحياه فيظل صاحب خيار في اجازة العقد او فسخه خلال مدة الشرط المحددة.

متى يسقط الحق بفسخ التخارج المقترن بخيار الشرط:-

1- اجازة من له حق الفسخ للعقد فيصبح عقد التخارج لازما .

---

[267] - قانون اصول المحاكمات الشرعيه الاردني رقم 31 لسنه 1959.

[268] - كما جاء في المادة (302) من المجلة : (فسخ البيع واجازته في مدة الخيار كما يكون بالقول يكون بالفعل).
وجاء في المادة (303) من المجلة : (الاجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت ورضيت والفسخ القولي هو كل لفظ يدل على عدم الرضا كفسخت وتركت.).
كما جاء في المادة (304) من المجلة : (الاجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا والفسخ الفعلي هو كل فعل يدل على عدم الرضا مثلا لو كان المشتري مخيرا وتصرف بالمبيع تصرف الملاك كان يعرض المبيع للبيع او يرهنه او يؤجره كن اجازة فعليه يلزم بها البيع واذا كان البائع مخيرا وتصرف بالمبيع على هذا الوجه كان فسخا فعليا للبيع .).

[269] - المادة (305) من المجلة : (اذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ او لم يجز من له حق الخيار لزم البيع وتم).

[270] - وجاء في المادة (306) من المجلة : (خيار الشرط لا يورث فاذا كان الخيار للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع واذا كان للمشتري فمات مله ورثته بلا خيار) , فقد نصت المادة 183 من القانون المدني الاردني على : (يسقط الخيار بموت صاحبه في حلال مدته ويلزم العقد بالنسبة للورثة ويبقى الاخر على خياره اذا كان له خيار حتى نهاية مدته).

2- وجود زيادة في المبيع متصلة متولدة كمن يتخارج عن شياه وفيها مرض وتبرأ فيسقط من له الشرط بالفسخ.

3- وجود زيادة متصلة غير متولدة، كان يتم التخارج عن حصص ارثيه في قطعة ارض ويقوم المتخارج له بالبناء عليها .

4- وجود زيادة منفصله متولدة، كان يتم التخارج عن حصص ارثيه في قطيع من البقر وتلدت وهي تحت يد المتخارج له.

5- اذا مات صاحب الشرط، فخيار الشرط لا يورث.

6- انقضاء مدة الخيار من غير ان يستخدم صاحب الخيار حقه بالفسخ فيصبح عقد التخارج لازما.

ثانيا : خيار التغرير المقترن بالغبن الفاحش :

هذا الخيار هو الخيار الاكثر شيوعا كسبب لفسخ عقود التخارج في فلسطين لدى المحاكم الشرعيه، وفي الحقيقه هو سبب وجيه وصحيح حيث يستخدم التخارج في كثير من الاحيان لهضم حقوق الاناث من الورثه، لهذا سأحاول التفصيل في هذا الموضوع.

فالتغرير هو : وهو الخداع او استخدام وسائل قوليه او فعليه احتياله لولاها ما اقدم الطرف الاخر على التعاقد .[271]

والتغرير هو التدليس، وهو خداع شخص مستخدما في ذلك وسائل احتيالية، اما ان تكون قوليه البيانات التي يزود بها الشخص شركه التامين مثلا حينما يقدم على ابرام عقد معها . واما ان تكون فعليه كان يغير المتعاقد في الهيكل الخارجي للسيارة بما يوحي بانها حديثه الصنع .[272]

الغبن الفاحش هو : فرق شاسع بين قيمه المبيع وبدل المبيع، ولا يقع تحت تقويم المقومين .[273]

---

[271] - عرفت المادة (164) من المجله التغرير بانه: (توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقة)، وعرفته المادة (143) من القانون المدني الاردني: (التغرير هو ان يخدع احد المتعاقدين الاخر بوسائل احتيالية قولية او فعليه تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها).

[272] - د.امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص 110.

[273] - اما الغبن الفاحش فعرفته المادة (165) من المجلة: (الغبن الفاحش : غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس العقار او زيادة).
وجاء في نص المادة (145) مدني اردني اذا غرر احد العاقدين بالأخر وتحقق ان العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد).

فالمشرع الاردني لم يعتد بالغبن وحده لسبب لفسخ العقد ولا بالتغرير وحده كذلك، فوفقا لهاذ النص فلا بد ان يجتمع الامران معا التغرير المقترن بالغبن الفاحش.

فان خيار الغبن الفاحش المقترن بالتغرير الفعلي يكون عقد التخارج غير لازم بالنسبة لمن غبن غبنا فاحشا وغرر به فإما ان يجيزه او ان يطلب فسخه، واشترط ان يقترن التغرير مع الغبن الفاحش لكي يكون سببا لفسخ العقد الا في عده حالات يجوز ان يكون الغبن وحده سببا لطلب فسخ العقد . [274]

وفي حال وجود الغبن الفاحش المقترن بالتغرير في عقد التخارج، فاذا غرر المتخارج او المتخارج له بالأخر، واقترن هذا التغرير بغبن فاحش، فيجوز لمن غرر به وغبن غبنا فاحشا ان يطلب فسخ عقد التخارج فلا بد من توافر شروط معينه لكي يكون هذا الخيار سببا لإبطال عقد التخارج وهي على النحو التالي :

1- استعمال وسائل احتيالية .

فهو بمعنى الخداع، ويقال للخادع غار وللمخدوع مغرور،[275] فينبغي ان يقوم التغرير على وسائل احتياله، فاذا قام احد المتخارجين باستعمال وسائل احتياليه سواء قوليه كالإدلاء ببيانات كاذبه للمتخارج الاخر كان يقدم شهادات تخمين لقطع الاراضي او العقارات المنوي التخارج عنها وتكون كاذبه وغير حقيقيه توهمه بسعر غير حقيقي لهذه العقارات والارضي، وقد تكون هذه الوسائل فعليه، كان يقوم المتخارج بتزيين او تجميل العقار المنوي التخارج عنه للمتخارج له، لإيهام المتخارج له بان سعر هذا العقار مرتفع جدا، وكي يشجعه للإقدام على التخارج وابرام الصفقة، ويجب ان يكون استعمال هذه الوسائل الغرض منه تضليل الطرف المتعاقد الاخر لدفعه للتعاقد .

وحيث ان هذه الوسائل يغلب عليها الطابع الشخصي، فبعض الوسائل قد تؤثر في شخص وتجعله يقدم على التعاقد بوسائل احتياليه بسيطة، لوجود سذاجة او طيبه فيه او قله خبرة في الحياة العملية،

---

[274] - وذلك وفق ما جاء في المادة (356) من المجلة : (اذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون ان يفسخ البيع الا انه اذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم) كما جاء في المادة (300) من المرشد الحيران: (الغبن الفاحش لا يفسد العقد، ولا يوجب فسخه للمغبون الا اذا كان فيه تغرير، وانما يفسد العقد ويجب فسخه بالغبن الفاحش ولو لم يكن فيه تغرير اذا كان المغبون غبنا فاحشا صغيرا، او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال وقف)، كما جاء في المادة (147) من القانون المدني الاردني (اذا اصاب الغبن ولو كان يسيرا مال المحجور عليه للدين او المريض مرض الموت وكان دينهما مستغرقا لما لهما كان العقد موقوفا على رفع الغبن او اجازته من الدائنين والا بطل) كما نصت المادة (149) من نفس القانون: (لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير الا في مال المحجور ومال الوقف واموال الدولة) وهذه النصوص تعالج موضوع العقود بشكل عام والتي غبن غبنا فاحشا او يسيرا فيها احد اطراف العقد سواء المقترن بالتغرير ام لا او الذي غرر به ولن بلا غبن وهذا في العقود بشكل عام.
اما في عقد التخارج فمن غير المتصور نظرا لطبيعة عقد التخارج وظروفه ان يكون بيت المال او الوقف طرفا فيه، الا انه من المتصور والطبيعي ان يكون اليتيم والمحجور عليه والصبي غير المميز والصبي المميز طرفا في هذا العقد .
[275] - د . علي حيدر ، المرجع السابق ، المجلد 1 ، ص 118.

وفي اشخاص اخرون لا تؤثر هذه الوسائل ولا تدفعهم للتعاقد، وانما قد يستخدم وسائل احتياليه قويه لكي تقنعهم وتدفعهم للتعاقد، ففي حال ادعى احد اطراف عقد التخارج بانه قد غرر به مع غبن فاحش فان تقدير بان هذه الوسائل الاحتيالية هي التي ضللت هذا المتعاقد وهي التي دفعته للأجراء عقد التخارج ولولاها ما اقدم على اجراء العقد ،هي سلطه تقديرية لقاضي الموضوع، من خلال بحث الظروف والملابسات وطبيعة العلاقة بين المتعاقدين.

وحيث ان التخارج عقد خاص يكون بين اشخاص تربطهم روابط قرابه وصله دم وعلاقة انسانيه تصل لدرجه السطوة الأدبية، ففي احيان كثيرة قد يكون شقيق متسلط مع شقيقات لا حول لهن ولا قوة، وربما قد لا يكون استعمل وسائل احتياليه، وانما بسطوته الأدبية، وبسبب الخجل او الشعور بالخوف وحتى ان كان بلا اكراه، يكون هو الدافع الحقيقي الى التعاقد، ويكون هذا التخارج بغبن فاحش للمتخارجة الانثى الا انه بدون استعمال وسائل احتياليه من المتخارج له الشقيق، فهل وجود السطو الأدبية، والمجاملات تقوم مقام التغرير اذا اقترنت بغب فاحش، فإنني هنا ارى بإعطاء سلطه تقديرية اكبر للقاضي لدراسة ملابسات وظروف والاحوال الشخصية والمعيشية لأطراف عقود التخارج والتقدير بانه هل كانت هذه السطوة والمجاملة هي الدافع الى التعاقد، ولولاها ما تعاقدت المتخارجة وباعت حصصها الارثيه في التركة بغبن فاحش.

2- ان يكون التغرير هو الدافع لإبرام عقد التخارج .

والتغرير لا يعدو ان يكون هو التدليس بالمفهوم القانوني الحديث ويلزم استعمال طرق احتيالية بقصد التضليل او اخفاء حقيقه المعقود عليه، وان يكون التضليل اثر في نفس المتعاقد الاخر.[276]

وهنا الامر مرجعه الى القاضي، فهل هذه الوسائل سواء القولية او الفعلية هي التي دفعت احد طرفي عقد التخارج لإجراء العقد ام لا، ولولاها لما اقد على ابرام عقد التخارج وما كان ليرضى به بدونها، فهي نظرا لظروف الحال، وبحث الظروف المحيطة بمقدمات عقد التخارج والتمهيد له ودراسة مرحله المفاوضة، فهذا كله يكون ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وهي تختلف من عقد لأخر لاختلاف الظروف والملابسات، الا ان هذه السلطة التقديرية تكون من حيث استخدام الوسائل الاحتيالية والتدليس، اما من حيث الغبن الفاحش فسلطته مقيد بالقانون، وفقا لنص المادة 165 من

[276] - فقد جاء في المادة (143) من القانون المدني الاردني : (ان يخدع احد العاقدين الاخر بوسائل احتيالية قولية او فعليه تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى بغيرها .).

المجلة، فقد يكون استخدم احد اطراف عقد التخارج وسائل احتياليه قوليه وفعليه، الا ان هذه التغرير لم يؤدي الى غبن الطرف الاخر غبنا فاحشا، فلا يكون ذلك سببا لفسخ عقد التخارج، ويكون عبء اثبات وجود التغرير على الطرف الذي تعرض له .

3- ان يقترن التغرير بالغبن الفاحش في عقد التخارج .

فهو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه في عقد المعاوضة وقت تمام العقد ،[277] وبعبارة اخرى هو عدم التعادل بين الاداءات المتقابلة في العقد على وجه يختل التوازن الذي يضعه المتعاقدان موضع الاعتبار عند التعاقد، بحيث يكون ما يأخذ احدهما اقل مما يعطيه فهو مغبون اذا اعطى اكثر مما اخذ وغابن اذا اخذ اكثر مما اعطى .[278]

فاجتماع الغبن الفاحش مع التغرير يوجب الخيار وفسخ البيع وعليه فالغبن الفاحش لوحده لا يستلزم الخيار وفسخ البيع كما وجود التغرير منفردا لا يستلزم الخيار، ولا يكون سببا لفسخ عقد التخارج.[279]

ومتى تحقق الغبن الفاحش عن طريق التغرير جاز للمتعاقد المغبون ان يطلب فسخ العقد يستوي في ذلك ان يكون الغرر صادرا عن المتعاقد الاخر او الغير بشرط ان يثبت المتعاقد المغرور في الحالة الاخيرة ان المتعاقد الاخر كان عالما بما حدث من تغرير وقت العقد، وذلك تطبيقا لأحكام المادة 148 من القانون المدني الاردني التي تنص على: (اذا صدر التغرير من غير المتعاقدين واثبت المغرور ان المتعاقد الاخر كان يعلم بالتغرير وقت العقد جاز له فسخه) , ولكن يثبت الخيار بوجود الغبن الفاحش بدون تغرير في حال كان احد اطراف عقد التخارج اليتيم سواء مميز او غير مميز ومن هم في حكمهم المحجور عليهم لذاتهم فلا يكون العقد لازما بالنسبة لهم ويجوز للولي او الوصي طلب ابطاله او فسخه، ففي كثير من الاحيان يكون المتخارج او المتخارج له يتيما سواء اكان مميز او غير مميز حيث يجوز الطلب من المحكمة المختصة بإجراء تخارج معهم اذا كان في ذلك حظ ومنفعة لهم، فبعد موافقه المحكمة المختصة وبعد اجراء الكشف تجيز المحكمة اجراء التخارج، الا انه اذا تبين بعد ذلك

---

[277] - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، بيروت، ط2، دار احياء التراث العربي ، 1973، ج2 ، ص 386.

[278] - د. عبد المجيد الحكيم ، الكافي في شرح القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني، عمان ، الشركة الجديدة للطباعة ، 1993 ، ص455.

[279] - هناك الغبن الفاحش غير المتسامح به، والغبن اليسير المتسامح به، فقد جاء في المجلة المادة (357) :(اذا غر احد المتبايعين الاخر وتحقق ان في البيع غبنا فاحشا فللمغبون ان يفسخ البيع حينئذ كما ان خيار الغبن والتغرير يثبت للبائع فقط ويثبت كذلك للمشتري ويثبت ايضا للاثنين معا).

وجاء في المادة (145) من القانون المدني الاردني اذا غرر احد العاقدين بالأخر وتحقق ان العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد).

وقد جاء في المادة (165) من المجلة تعريف الغبن الفاحش، وهي المادة المأخوذ بها في فلسطين باعتبار مجله الاحكام العدلية هي القانون المدني المطبق في فلسطين، وقد عرفه الفقه الحديث بانه عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة، فهو خسارة قد تصيب احد اطراف التعاقد في العقود الملزمة لجانبين وعقود المعاوضة .

بان هذا الصغير اليتيم سواء مميز او غير مميز قد غبن في هذا العقد، فلا يكون العقد لازما بالنسبة له، فاذا ظهر بان هذا اليتيم قد غبن في هذا العقد فيجوز لهذا اليتيم ان يطلب فسخ العقد حين البلوغ، ويجوز لوليه طلب فسخه ايضا .

وهنا قد ساوى القانون المدني الاردني بين صدور التغرير من نفس المتعاقد او من اجنبي شرط علم المتعاقد، فأجاز لمن غرر به طلب فسخ العقد حتى ولو من اجنبي مع علم المتعاقد الاخر .

الا انه جاء في شرح المجلة لعلي حيدر وشرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني بانه اذا وقع التغرير من اجنبي فلا يثبت حق الفسخ لمن غرر به .[280]

ويرى الباحث بان القانون المدني الاردني قد اصاب في هذه المسالة، باعتبار ان المغرر به قد اصابه ضرر وخسارة ماليه جراء هذا التغرير الذي اقترن بالغبن الفاحش، وحيث ان هذا الغبن وقع بسبب هذا العقد فما الضير ان يتساوى سواء اوقع هذا التغرير من العاقد الاخر او من اجنبي بعلم من العاقد الاخر، وان هذا الاتجاه التشريعي اكثر عدالة ومنطقيه، الا انه وفي فلسطين فان المطبق هو مجله الاحكام العدلية .

لا بد ان يجتمع الامران في عقد التخارج ليكون التغرير المقترن بالغبن خيار فسخ للعقد، فاذا قام المتخارج له بالتغرير بالمتخارج الا انه لم يصبه غبن فاحش فلا يحق للمتخارج في هذه الحالة ان يطلب فسخ العقد، كما اذا اقدم المتخارج على اجراء عقد التخارج بدون تغرير من المتخارج له، واصاب المتخارج غبنا فاحشا فلا يحق له طلب فسخ التخارج ايضا، كما ان ذلك يثب للمتخارج كما يثبت للمتخارج له بصفتهم بائع ومشتري وفقا لنص المادة (357) من المجلة.

ولكن لابد من توافر شروط معينه في الغن الفاحش المقترن بالتغرير لكي يكون اجتماعهما سببا في لزوم الخيار اما بالفسخ او الاجازة وهي :- على النحو التالي : -

1- ان يكون العقد من عقود المعاوضة ،فهو العقد الذي يحصل فيه كل طرف من طرفيه على فائدة، او منفعة مقابل تعهده فيكون موضوعا لمصلحتهما وتكون المنافع التي ينالانها منه متعادلة بوجه محسوس، كعقد البيع والمقايضة والاجارة وعقد العمل .[281]

---

[280] - علي حيدر المرجع السابق ،ج1، ص 336، و سليم رستم باز اللبناني ، شرح المجله ، المجلد الاول ، طبعه ثالثه مصححه ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، ص199.

وحيث ان عقد التخارج هو من عقود المعاوضة، والتي يلتزم كل طرف بالتزام ويحقق مصلحه باداء دفع ثمن بدل التخارج وتسليم الحصص المتخارج عنها .

2- ان يكون العقد محدد القيمة، فالعقد محدد القيمه هو الذي يكون فيه مدى الاداءات الواجبة على الطرفين مؤكدا وقت التعاقد، بحيث يستطيع كل من المتعاقدين ان يقدر في الحال القدر الذي اخذ والقدر الذي اعطى، كما هو الحال في عقد بيع العقار، فيعرف مقدار ما يعطيه (العقار) ومقدار ما يأخذ (الثمن) وكذلك الحال بالنسبه للمشتري والامر كذلك في عقد الايجار والعمل.[282]

وعقد التخارج وان كان فيه، نوع من الاحتمال والاحتمالية فيما يتعلق بالحصص الارثيه من حيث التناسب مع بدل التخارج سواء اقل او اكثر، الا ان وقت اجراء عقد التخارج فهو محدد المقدار، حيث يعرف المتخارج له المبلغ الذي سيقوم بدفعه ثمنا للحصص المتخارج عنها في التركة سواء اكان تخارجا كليا او جزئيا للمتخارج، والمتخارج يعرف العقارات التي سيقوم بالتخارج عن حصصه الارثيه فيها سواء في كل التركة او في جزء منها، فوقت انعقاد عقد التخارج يعرف كل من المتخارج والمتخارج له مقدار ما سيتخارج به المتخارج ومقدار ما سيقوم المتخارج له بدفعه ثمنا لها .

3- ان يكون العقد من العقود الملزمة لجانبين ،فالعقد الملزم للجانبين هو ما يطلق عليه العقد التبادلي هو العقد الذي يكون فيه كل فريق ملتزما تجاه الاخر على وجه التبادل بمقتضى الاتفاق المعقود بينهما، وذلك انها تلقي التزاما على طرفي العقد، فيصبح كل منهما دائنا في بعض الامور ومدينا في البعض الاخر.

وحيث ان عقد التخارج عقد ملزم لجانبين، فالمتخارج هو دائن فيما يتعلق بثمن الحصص المتخارج عنها والمتخارج له مدين، اما بخصوص الحصص الارثيه المتخارج عنها فيعتبر المتخارج مدين للمتخارج له، فيقع التزام على المتخارج بتسليم الحصص الارثيه المتخارج عنها ويقع التزام على المتخارج له بدفع ثمن بدل الحصص الارثيه المتخارج عنها .

---

[281] - د. عاطف النقيب ، نظريه العقد ، بيروت ، منشورات عويدات ، ط1 1988، ص 45 وما يليها.

[282] - عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، ، القاهرة ، مطبعة جامعه القاهرة ، دار الكتاب الجامعي ، 1993، ص 132.

4- الا يكون العقد قد تم عن طريق المزايدة او المناقصة، فاذا تم العقد عن طريق المزايدة والمناقصة فلا يتم الطعن بوجود الغبن الفاحش، وعقد التخارج لا يتم بالمزايد، فهو عقد خاص ببيع وارث لوارث ومن غير المتصور ان يتم بطريق المزايدة، لا بل يتم وفقا للقانون وينظم من قبل المحاكم الشرعية في فلسطين، بناء على تعميمات صادرة عن ديوان قاضي القضاة

5- معاصرة الغبن الفاحش لانعقاد العقد، حتى يؤثر الغبن في العقد يجب ان يقوم ابتداء، فهو يفترض اختلال التوازن بين الاداءات عند ابرام العقد، وبمعنى ان قيمه ما يعطيه العاقد، وقيمه ما يأخذه انما تعتبران وقت تمام العقد، وينظر الى التعادل بين القيميتن، فاذا تغيرت القيم بعد ذاك فلا عبرة بهذا التغيير، ولا يتحقق الغبن اذا كانت القيمتان متعادلتين وقت ابرام العقد، ومن ثم اختل التعادل بعد ذلك فلا مجال لتطبيق نظريه الغبن .[283]

فالحالة المعتبرة للغبن الفاحش في عقد التخارج، هي وجوده وقت اجراء العقد ،فقد يتم الاتفاق على اجراء عقد تخارج بين ورثه، الا انهم لا ينظموا حجه التخارج لدى الجهات المختصة الا بعد سنوات، فهنا العبرة بوقت الانعقاد هو وقت التنظيم لدى الجهات المختصة، حيث ان عقد التخارج من العقود الشكلية التي تطلب القانون افراغها بشكل معين، فلا يكون العقد منعقدا بدونها .

وفي بعض الاحيان تتم عمليه التخارج بشكل صحيح لدى الجهات الرسمية، وقد يصحبها تغرير الا انه لا يكون مقترنا بغبن فاحش وقت اجراء العقد وبالتاريخ الثابت في حجه التخارج، وبعد عدة سنوات وقبل انتهاء المدة الزمنية المانعة لسماع الدعوى والتي هي خمسه عشر عاما هجريا وفق المجلة، فاذا ما ارتفعت اسعار العقارات المتخارج عن الحصص الارثيه فيها ارتفاعا فاحشا بعد عشر سنوات لتغير الأحوال الاقتصادية، فيكون قيمه وثمن بدل الحصص الارثية وقت اجراء التخارج وقيمتها بعد عشر سنوات ذات فارق كبير جدا .

فالثمن القديم بالنسبة للسعر الجديد للعقارات المتخارج عن الحصص الارثيه فيها يكون فيه غبنا فاحشا، الا ان الغبن الفاحش المعتبر هو وقت اجراء عقد التخارج، بغض النظر عن قيمه العقارات والحصص الارثية المتخارج عنها بعد ذلك .

[283] - د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد و الارادة المنفردة ، القاهرة ، مطبعه نهضه مصر سنه 1974، ص 396

ولكن من يحدد بان الغبن فاحش ام يسير، وهنا يتم اللجوء لأهل الخبرة في ذلك، فلا يجوز للقاضي الحكم بعلمه الشخصي، فاذا ما وقع خلاف حول وجود الغبن الفاحش من عدمه فلا بد من اللجوء لأهل الخبرة والاختصاص في الموضوع، فاذا كان الخلاف حول عقد التخارج محله حصص ارثيه في قطع اراضي، فان اهل الاختصاص في هذا المجال هم المخمنين او اتجار الاراضي، او الوسطاء (السماسرة) وذلك وفقا للطريقة التي حددها القانون لتحديد خبراء معتمدين , ولا تقبل بينه على ذلك بغير ذلك .

متى يسقط حق الفسخ لوجود الغبن الفاحش المقترن بالتغرير في عقد التخارج :-

1- موت الشخص المغرر به،.[284]

بمعن ان هذا الحق لا ينتقل الى ورثه المغرر به، فهو حق لصيق بنفس الشخص، فهو لا يورث، سواء كان المغبون بائعا ام مشتريا، لان خيار الغبن والتغرير هو من الحقوق المجردة التي تثبت للبائع وللمشتري، ولذلك لا تورث ولا تنتقل .[285]

لان الغرور من الحقوق المجردة وهي لا تورث (در المختار) وكذا لو اقام المغرور دعواه ولكنه مات قبل الحكم بها فالظاهر ان حق الفسخ لا ينتقل الى ورثته لموته قبل ان يتقرر حقه ولو مات الغار قبل ان يقي المغرور دعواه بالغبن والتغرير فللمغرور ان يقيمها على ورثته وبه افتى شيخ الاسلام على افندي .[286]

فاذا توفي من غرر به مع غبن فاحش فلا ينتقل هذا الخيار للورثة، سواء اكان متخارج او متخارج له، فهو حق مجرد لصيق بالشخص ذاته، لأنه قد يعدل عن الفسخ في أي لحظه وبوفاته لا يمكن العلم بقرار صاحب الحق لو بقي على قيد الحياه اهو بالفسخ او الإجازة فهذا ينطبق على عقد التخارج، وهذا الخيار لا ينتقل لورثه من غبن غبنا فاحشا وغرر به، سواء اكان المتخارج او المتخارج له .

[284] - فقد نصت المادة (358) من المجلة : (اذا مات من غرر بغبن فاحش لا تنتقل دعوى التغرير للورثة) , ونصت المادة (150) من القانون المدني الاردني : (يسقط الحق في الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق بالفسخ، وبالتصرف في المعقود عليه كله او بعضه تصرفا يتضمن الاجازة، وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعيبه وزيادته).

[285] - علي حيدر ، المرجع السابق المجلد الاول، ص 336

[286] سليم رستم باز اللبناني ، المرجع السابق ، المجلد الاول ، 200.

2- الاجازة الضمنية من المغرر به[287]، فان هذا ينطبق على البائع وعلى المشتري، فاذا علم المغرر به بالغبن الفاحش سواء المتخارج او المتخارج له وتصرف المتخارج ببدل التخارج ،وتصرف المتخارج له بالحصص الارثية، فيكون اجازة ضمنيه من المغرر به بإجازة عقد التخارج .

3- واثبات العلم والرضا بالغبن الفاحش يقع على عاتق من يدعي بذلك فاذا ادعى المدعى انه لم يرضى بالغبن الفاحش ولم يرضى به، فعلى المدعى عليه اثبات علم ورضى المدعي بالغبن الفاحش.[288]

4- التصرف بالمعقود عليه وحتى ولو قبل العلم بوجود الغبن الفاحش وذلك لتعلق حق الغير به ،وذلك لاستحاله اعاده الحال الى ما كانت عليه قبل التخارج حيث هو الاثر الرئيس للفسخ، فلو تخارج شخص عن دار، وقام المتخارج له ببيع هذه الدار لا جنبي حسن النية، فيسقط الحق بالفسخ، وان علم بالغبن الفاحش والتغرير وقام وتصرف بها يسقط حقه بالفسخ ايضا . [289]

5- اذا هلك المبيع بسبب لا يد فيه للمغرر (العاقد الاخر) البائع (المتخارج له)، كان يقوم شخص بالتخارج عن حصصه الارثية في دار، وقد غرر به من العاقد الاخر، وهلكت هذه الدار بفعل زلزال او فيضان، او ان قام المتخارج له بهدمه بقصد بناء منزل جديد، فهنا يستوي الهلاك والاستهلاك شرط ان يكون بعد القبض ،فهنا يسقط حق الفسخ للمتعاقد المغرر به .

6- ان يقوم بالتصرف ببيع المبيع لطرف اجنبي فيسقط حق الفسخ للمغبون ايضا لتعلق حق الغير به .

7- الزيادة على العقار المتخارج به، ففي حال وجود زيادة غير متولده منه متصلة بالعقار المتخارج عنه قبل القبض، كالبناء على هذه الارض .

8- الزيادة المتولدة من المبيع المنفصلة عنه بعد القبض، كان يقوم شخص بالتخارج عن حصصه الارثيه في قطيع من الابقار، فزادت هذه الابقار بفعل الولاد والزيادة هنا متولدة غير متصلة، فيسقط الحق بالفسخ لمن غرر به عقد التخارج.

---

[287] - فقد نصت المادة (359) من المجلة :(المشتري الذي حصل له تغرير اذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حقه بالفسخ.),

[288] - فقد نصت المادة (359) من المجلة :(المشتري الذي حصل له تغرير اذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حقه بالفسخ.),

[289] - 1- فقد نصت المادة (360) من المجلة: (اذا هلك، او استهلك المبيع الذي صار في بيعه غبن فاحش وغرر، او حدث فيه عيب، او بنى مشتري العرصة عليها بناء لا يكون للمغبون حق ان يفسخ البيع).

9- ان يوقف المال المتخارج عنه وقفا صحيحا، ففي حال قام المتخارج له بوقف هذا المال فيسقط حق المغرر به بالفسخ.

10- اذا حدث عيب في المبيع وهنا محل عقد التخارج فيسقط حق المغرر به من فسخ العقد، فمثلا اذا كان محل التخارج عبارة عن قطعه ارض تقع بالقرب من نهر، فجرف النهر جزء كبير منها .

ثالثا: خيار الوصف .

وهذا الخيار يثبت للمشتري فقط وفي صدد عقد التخارج يثبت للمتخارج له (بصفته مشتري)، فاذا كان الدافع الى التعاقد واجراء عقد التخارج كان يشترط المتخارج له على المتخارج ان تكون قطعه الارض المتخارج عن الحصص الارثية فيها، ذات مواصفات كان يكون تصنفيها للبناء التجاري، وكان هذا هو الدافع الرئيس لا جراء التخارج، فان المتخارج له بالخيار اما فسخ التخارج او اجازته.[290]

ولا يوجد ما يمنع ان يشترط على الوصف المرغوب في البيع (المتخارج عنه) في عقد التخارج فاذا لم يكن المبيع بهذا الوصف جاز للمتخارج له فسخه او اجازته، وانعدام الوصف المرغوب في عقد التخارج موجب للخيار ولا يجعل منه عقدا لازما ، وما يباع على شرط وصف مرغوب فيه فيظهر فيه وصف اعلى من الوصف المشترط ينظر فيه فان كان لا تفاوت بين الوصفين بالنظر على غرض المشتري من المبيع فلا يثبت للمشتري خيار والا يثبت(رد المحتار).[291]

والا انه اذا ظهر ان جنس المبيع غير ذلك الجنس الذي اتفق عليه فان البيع باطل، كان تم الاتفاق على اجراء عقد تخارج بخصوص ياقوت ومجوهرات معلومة ومحددة المقدار فتبين بانها نحاس وزجاج فهنا عقد التخارج باطل.[292]

فان خيار الوصف اما ان يكون مشروطا في العقد واما ان يكون الوصف معتبرا عرفا، فاذا ظهر هذا الوصف غير متوفر فان للمتعاقد صاحب الخيار ما يلي : -

1- اما ان يمضي العقد، وفي هذه الحالة ليس له كأصل عام ان يعود على المتعاقد الاخر بنقصان البدل فيما يتعلق بالصفة المرغوبة.

2- اما ان يفسخ العقد ويعاد الحال الى ما كان عليه .[293]

---

[290] - فقد جاء في المادة (310) من المجلة: (اذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليا من ذلك الوصف كان المشتري مخير ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذه بجميع الثمن المسمى ويسمى هذا الخيار خيار الوصف مثلا لو باع بقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيرا وكذا لو باع فصا ليلا على انه ياقوت احمر فظهر اصفر يخير المشتري).

[291] - علي حيدر ، المرجع السابق ، المجلد الاول ، ص 276.

[292] - وهذا وفق ما جاء في المادة (208) من مجله الاحكام العدلية : (اذا باع شيئا وبين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع فلو باع زجاج على انه الماس بطل البيع)

ويسقط الحق بفسخ عقد التخارج لخيار الوصف في الحالات التالية :-

1- في حال تصرف المتخارج له بالمبيع بالرغم من توافر الصفة المرغوبة فيه ،فان هذا التصرف يدل على رضا المتخارج له بالمبيع على حالته بدون هذه الصفة.[294]

2- اذا اجاز المتخارج له التخارج وبالرغم من عدم وجود الصفة المرغوب فيها في المبيع ويعتبر ذلك ابراء للمتعاقد الاخر.

3- في حال زيادة المعقود عليه أي المال المتخارج عن الحصص الارثيه فيه زياده متولده منه منفصله عنه بعد القبض، كان يتم التخارج عن قطيع اغنام واشترط مواصفات معينه فيه وقبل استعمال المتخارج له حقه بالفسخ تولدت وتكاثرت هذه الاغنام، فيسقط حقه بالفسخ وذلك لاختلاف المبيع.

4- الزيادة المتصلة غير المتولدة قبل القبض كان يقوم المتخارج له بالبناء على الارض المتخارج فيها، بالرغم من عدم وجود الصفات المرغوب في.

خيار الوصف من الخيارات التي تورث لان المبيع الذي يجب ان يكون في الوصف ينتقل الى الوارث فينتقل خيار الوصف الذي في ضمنه الى الوارث في ذلك خلفا للمورث فيحق له كمورثه ان يفسخ البيع ويرد المبيع او يقبله بجميع الثمن المسمى نعم ان الاوصاف لا تورث الا ان خيار الوارث لم يكن بطريق الارث بل بكونه خلفا للمورث (رد المحتار)، يعني ان الخيار لا ينتقل في الحقيقة بل كما ان المورث يستحق المبيع متصفا بالوصف المرغوب فيه فالوارث ايضا يكون خلفا للمورث يستحق المبيع بحيث يكون تصفا بذلك الوصف فاذا وجد في استحقاقه نقصان فله حق الرد.[295]

اذا تم الاتفاق في عقد التخارج على وصف معين للمال المتخارج عنه، من ثم مات المتخارج له (المشتري)، يحق لورثه المتخارج له طلب فسخ العقد وعدم اجازته بصفتهم خلفا للمتخارج له يحق لهم تسلم المبيع بالوصف المرغوب به في المال المتخارج عنه .

وحكم خيار الوصف بان عقد التخارج يكون عقدا صحيحا نافذا غير لازم للمتخارج له حتى استعمال حقه بالفسخ فان اجاز اصبح العقد لازما له، اما بالنسبة للمتخارج فيكون العقد صحيحا نافذا لازما .

---

[293] - د. عثمان التكروري و د . احمد سويطي ،مصادر الالتزام . المرجع السابق ص 254.

[294] - 1- فقد جاء في المادة (312) من المجلة : (المشتري الذي له خيار الوصف اذا تصرف بالمبيع تصرف الملاك بطل خياره .).

[295] - علي حيدر ، درر الحكام . المرجع السابق ، المجلد الاول ، ص277-278, فد جاء في المادة (311) من المجلة : (خيار الوصف يورث مثلا لو مات المشتري الذي له خيار الوصف فظهر البيع خاليا من ذلك الوصف كان للواصف حق الفسخ .).

رابعا : خيار العيب .

خيار العيب يثبت دون حاجه لاشتراطه صراحه، اذ يختلف عن باقي الخيارات، فهو يختلف عن خيار الرؤية الذي يثبت بالشرع، ذلك ان هذا الخيار (العيب) يثبت بالشرط دلاله .[296]

فسلامه المبيع من العيب مشترطة ضمنا، فالمشتري لا يتحقق غرضه من الشراء الا اذا كان المبيع سليما من العيب حتى ينتفع به، وعليه سلامه المبيع من العيب من مقتضيات العقد .[297]

يثبت خيار العيب للمشتري ومن غير شرط، وبلا مدة محدودة، فللمشتري الخيار بفسخ العقد او امساك المبيع بالثمن المسمى ولا يجوز له ان يمسك المبيع ويأخذ مما ينقصه المبيع، بمعنى اما ان يفسخ العقد واما ان يقبل المبيع بالثمن المسمى وليس له امساكه وانقاص الثمن بما يقابل العيب في المبيع، فقد نصت المادة(337) من المجلة : (ما بيع مطلقا اذا بيع وفيه عيب قديم يكون المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى وليس له ان يمسكه المبيع ويأخذ ما نقصه العيب وهذا يقال له خيار العيب)، وهو يجري في البيع ،والإجارة، والقسمة، والصلح .

العيب القديم: هو القصور الموجود في المبيع وهو في يد البائع سواء اكان قبل البيع ام بعده وقبل تسليم المبيع. [298]

ويجب ان يحدث هذا العيب وهو بيد البائع لان المبيع قبل القبض هو في ضمان البائع، مع اعلم بان المبيع في حاله عقد التخارج هي عباره عن حصص ارثيه، وتكون مشاعيه في التركه او في عقار معين من اعيان التركه، الا ان هذا متصور في عقد التخارج كان يكون للمتخارج حصص ارثيه في اموال منقوله الا انه هو بالفعل واضع اليد عليها وتهلك وهي بيده .[299]

---

[296] - د علي ابو ماريه ، مصادر الالتزام , المرجع السابق ، ص115., جاء في المادة (336) من المجلة: (البيع المطلق يقتضي سلامه المبيع من العيوب يعني ان بيع المال بدون ابراء من العيوب وبلا ذكر انه معيب او سالم يقتضي ان يكون المبيع سالما خاليا من العيب) وجاء في المادة (193) من القانون المدني الاردني: (يثبت حق فسخ العقد لخيار العيب في العقود التي تحتمل الفسخ دون اشتراطه في العقد.).

ونصت المادة (473) من مشروع القانون المدني الفلسطيني : (اذا ظهر في المبيع عيب قديم وكان المشتري مخيرا ان شاء رده او شاء قبله بالثمن المسمى والمطالبة بما انقصه العيب من الثمن، 2- يعد العيب قديما اذا كان موجودا في المبيع قبل البيع او حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم 3- يشترط في العيب القديم ان يكون خفيا وهو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع او لا يتبينه الشخص العادي او لا يكشفه غير خبير، او لا يظهر الا بالتجربه 4- يعد العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم اذا كان مستندا الى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع.).

[297] - د. . عثمان التكروري و د . احمد سويطي ، مصادر الالتزام , المرجع السابق ،ص 259.

[298] - وقد عرفته الماد (339) من المجلة : (العيب القديم هو ما يكون موجودا في المبيع وهو عند البائع), ووجود العيب في المبيع ينقص الثمن ويحط من قيمته فقد جاء في نص المادة (338) من المجلة : (العيب هو ما ينقص من ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة).

[299] - فقد جاء في المادة (340) من المجلة : (العيب الذي يحدث في المبيع وهو في يد البائع بعد العقد وقبل القبض حكمه حكم العيب القديم الذي يوجب الرد).

وان خيار العيب في عقد التخارج يثبت للمشتري المتخارج له وفقا للمواد السابقة، ولما كان التخارج هو بيع وارث لوارث ،فاذا تخارج وارث لوارث عن حصصه الارثية في مجموعه من السيارات وظهر عيب قديم في هذه السيارات وقد حدث وهي بيد المتخارج يجوز للمتخارج له اما فسخ العقد، او بإمساك المبيع بالثمن المسمى، الا انه لا يجوز للمتخارج له ان ينقص الثمن بقدر العيب وفقا لما ذكر سابقا .

ولكن يجب توافر شروط معينه في العيب الذي يظهر في المال المتخارج به حتى يتسنى للمتخارج له فسخ التخارج وهي على النحو التالي : -

1- يجب ان يكون العيب قديما .[300] اما العيب الذي يحدث في المبيع المال المتخارج عنه وهو بيد المتخارج وبفعله لا يكون عيبا قديما موجبا للرد، او كان بفعل اجنبي وهو بيد المتخارج له، فالأجنبي ضامن للعيب وليس المتخارج .[301]

2- يجب ان ينقص العيب ثمن المال المتخارج عنه،[302] النقصان في عرف التجار وارباب الخبرة، فلا بد ان يكون العيب مؤثرا في المال المتخارج عنه، فاذا تخارج احد الورثة لوارث اخر عن قطيع من الابقار على انها ابقار حلوب، الا انه وبعد التخارج تبين ان بعضها مريض ولا تدر الحليب، فهنا يكون المتخارج له بالخيار اما فسخ التخارج، او امساك المال المتخارج به بثمن المثل،

3- ان يحدث هذا العيب المال المتخارج به بيد المتخارج ،او ان يحدث هذا العيب بعد التخارج ولكن قبل القبض، فالمتخارج ضامن للمال المتخارج له سواء قبل التخارج او بعده قبل القبض، فجاز للمتخارج له فسخ عقد التخارج ورد المال المتخارج به .

4- ان لا يكون المتخارج له مطلعا على العيب في المال المتخارج به، وان لا يكون عالما بالعيب فاذا كان المتخارج له يعلم بهذا العيب سواء من المتخارج، او من شخص اجنبي لا يملك المتخارج له حق رد المبيع وفسخ التخارج .. [303]

---

[300] - وفق المادة (339) من المجلة: (وان يكون هذا العيب موجودا والمبيع بيد البائع).

[301] - مادة 340 مجله .

[302] - وكما اوضحت المادة (338) من المجلة : (العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عن التجار وارباب الخبرة) .

[303] - 1- فقد نصت المادة (341) من المجلة : (اذا ذكر البائع ان في المبيع عييب كذا وكذا وقبل المشتري مع علمه بالعيب لا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب).

وبما ان عقد التخارج من عقود المعاوضة، والعقود الملزمة لجانبين، فان خيار العيب يثبت بالقانون فلا يوجد ما يمنع قانونا ثبوت هذا الخيار للمتخارج له، وذلك وبدون اشتراطه في عقد التخارج، سواء اكان المال المتخارج عنه منقولا، او غير منقول، او من المثليات ام من القيميات.

وخلاصه القول بخصوص هذا الخيار , بما ان عقد التخارج هو من العقود الاحتماليه الجزافيه , ويكون عقد التخارج اما بذكر تفاصيل ومشتملات التركه فيكون اعمال وتطبيق هذا الخيار ممكنا , ويضمن البائع (المتخارج) المبيع الحصص الارثيه ويكون المشتري (المتخارج له) صاحب الخيار اما بالاجازه او بالفسخ , اما في حال عدم ذكر مشتملات وتفصيلات التركه , فلا يضمن البائع (المتخارج) العيوب الخفيه في المبيع (الحصص الارثيه المتخارج عنها) ولا يضمن الا صفته كوريث , ولا خيار للمشتري(المتخارج له) بفسخ العقد للعيب القديم لوجود عنصرا المجازفه والاحتماليه في هذا العقد .

ويسقط خيار المتخارج له بفسخ العقد ورد المال المتخارج به في عدة حالات :

1- في حال تم ذكر مشتملات وتفصيلات التركه , فلا يضمن المتخارج الا كونه وصفته كوارث , بسبب ان عقد التخارج من العقود الجزافيه والاحتمالية .
2- في حال الابراء من كل عيب عند اجراء عقد التخارج. [304] فاذا اتفق المتخارج مع المتخارج له على ان المتخارج بريء من كل عيب يظهر في المال المتخارج له سواء قبل العقد او بعده وساء قبل القبض او بعده، فلا يبقى خيار للمتخارج له بحق رد المبيع وفسخ التخارج .

ونفس الحكم في حال قبول المتخارج له المال المتخارج به بكل عيوبه، فيسقط حق المتخارج له برد المال المتخارج به وبفسخ عقد التخارج. [305]

3- اذا تصرف المتخارج له بالمال المتخارج به بعد اطلاعه على العيب فيه فلا يحق له رده او فسخ التخارج . [306] اذا عرض المشتري المبيع للبيع بعد الاطلاع على عيبه القديم سواء عرضه على البائع او اجنبي ففي ذلك رضاء منه بالعيب القديم .[307]

---

[304] - 1- فقد نصت المادة (342) من المجلة : (اذا باع مالا على انه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار العيب) .
[305] - فقد نصت المادة (343) : (من اشترى مالا وقبله بجميع العيوب لا تسمع منه دعوى العيب بعد ذلك مثلا لو اشترى حيوان بجميع العيوب وقال : قبلته مكسرا محطما اعرج معيب، فلا صلاحية له بعد ذلك ان يدعي بعيب قديم).
[306] - 1- فقد نصت المادة (344) من المجلة : (بعد اطلاع المشتري على العيب في المبيع اذا تصرف الملاك سقط خياره، مثلا لو عرض المشتري المبيع للبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان عرض المبيع للبيع رضا بالعيب فلا يرده بعد ذلك .) .

فاذا قام المتخارج له، باي من التصرفات القانونية في المال المتخارج به بعد اطلاعه على العيب القديم يعتبر رضاء منه بالعيب فيسقط حقه برده او بفسخ عقد التخارج .

4- اذا حدث عيب للمال المتخارج به لدى المتخارج له وظهر عيب قديم فيه فلا يحق للمتخارج له رده بالعيب القديم، الا انه له المطالبه بانقاص ثمن بدل التخارج. [308] ونقصان الثمن اما ان يكون باتفاق المتخارج والمتخارج له، واما ان يكون عن طريق اهل الخبرة في حال عدم الاتفاق، فقد نصت المادة (346) من المجلة : (نقصان الثمن يصير معلوما بإخبار اهل الخبرة والخالين عن الغرض.).

وفي حال ان حدث عيب جديد بالمال المتخارج به، واكتشف المتخارج عيبا قديا وفقا للمادة السابقة فلا يحق للمتخارج رد المال المتخارج به وانما يجوز له انقاص الثمن، ولكن في حال ان اختفى العيب الجديد فيعود حق المتخارج له برد المال المتخارج به وفسخ عقد التخارج بالعيب القديم . [309]

5- الزيادة المتصلة غير المتولدة كان يقوم المتخارج له بالبناء على الارض المتخارج بها ،او بغرس الاشجار،. [310]

6- زيادة المال المتخارج به زيادة متولدة منفصله عنه، مثل تولد قطيع من الابقار بعد اجراء التخارج والقبض

7- اذا ظهر بان المال المتخارج به كله غير منتفع به، يكون التخارج باطلا ويحق للمتخارج له استرداد جميع بدل التخارج (الثمن) . [311]

8- ويكون عقد التخارج غير لازم بالنسبة للمتخارج له قبل استعمال صاحب الخيار خياره بفسخ عقد التخارج ويكون عقد التخارج لازما للمتخارج، فاذا استعمل صاحب الخيار خياره انفسخ العقد، ويصبح لازما اذا اجازه .

---

[307] - علي حيدر ، شرح المجله المرجع السابق ، المجلد الاول ، ص 316.

[308] - فقد نصت المادة (345) من المجلة : (لو حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم، فليس للمشتري ان يرده بالعيب القديم بل له المطالبه بنقصان الثمن فقط، مثلا لو اشترى ثوب قماش ثم بعد ان قطعه وفصله برودا اطلع على عيب قديم فيه فبما ان قطعه وتفصيله عيب حادث ليس له رده على البائع بالعيب القديم بل يرجع عليه بنقصان الثمن فقط .).

[309] - فقد نصت المادة (347) من المجلة : (اذا زال العيب الحادث صار العيب القديم موجبا للرد على البائع، مثلا : لو اشترى حيوان فمرض عند المشتري ثم اطلع على عيب قديم فيه، ليس للمشتري رده بالعيب القديم على البائع بل يرجع عليه بنقصان الثمن لكن اذا زال ذلك المرض كان للمشتري ان يرد الحيوان بالسبب القديم الذي ظهر فيه.).

[310] - فقد نصت المادة : (39) من المجلة : (الزيادة وهي ضم شيء من مال المشتري وعلاوته الى المبيع يكون مانعا من الرد مثلا : ضم الخيط والصبغ الى الثوب بالخياطة والصباغة وغرس الشجر في الارض من جانب المشتري مانع الرد) .

[311] - 1- ونصت المادة (355) من المجلة : (اذا ظهر جميع المبيع غير منتفع به اصلا كان المبيع باطلا وللمشتري استرداد جميع الثمن من البائع، مثلا : لو اشترى جوزا، او بيضا فظهر جميعه فاسدا لا ينتفع به كان للمشتري استرداد ثمنه كاملا من المبيع .).

ينتقل خيار العيب الى ورثه المتخارج له، ان خيار العيب ينتقل الى الوارث بطريق الاستخلاف أي كما ان المورث يستحق المبيع سليما فكذلك وارثه (رد المحتار و الهنديه) وليس هذا الانتقال بطريق الارث.[312]

حكم عقد التخارج الصحيح النافذ غير اللازم:-

عقد التخارج الصحيح النافذ غير اللازم يفيد حكما بمجر العقد، الا انه يجوز للمتخارج له التصرف في محل التخارج وكان حق الفسخ لمن له الخيار.[313]

ثالثا : عقد التخارج الفاسد:-

العقد الفاسد : هو ما شرع بأصله لا بوصفه، فالأصل سالم والفساد في الاوصاف بسبب نهي الشارع، فيراعى في الحكم سلامه الاصل وفساد الوصف.[314]

ويعتبر العقد الفاسد في مرحله وسطى بين العقد الصحيح والعقد الباطل،[315] وقد جاء في مجله الاحكام العدلية المادة (109) : البيع الفاسد هو المشروع اصلا لا وصفا يعني انه يكون صحيحا باعتبار ذاته فاسدا باعتبار بعض اوصافه الخارجة .).

مثال ان يكون الثمن مجهولا او الاجل المضروب لدفع الثمن مجهول، وجاء في المادة (170) من القانون المدني الاردني : (العقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه فاذا زال سبب فساده صح 2- ولا يفيد الملك في المعقود عليه الا بقبضه 3- ولا يترتب عليه أي اثر الا في نطاق ما تقرره احكام القانون 4- ولكل من عاقديه او ورثته حق فسخه بعد اعذار العاقد الاخر).

وهذه المرتبة من مراتب الانعقاد لم يقرها الا فقهاء المذهب الحنفي،، اما المذاهب الثلاثة الاخرى فقد اعتبرتها مرتبه من مراتب البطلان، وهي لا تميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد فكلاهما عقد باطل ولكنه عند الحنفية وسط بين العقد الصحيح والعقد الباطل، اذ العقد تكتمل اركانه وشروط انعقاده ،كما لو كان العقد قد توافر فيه ركن التراضي والمحل والسبب وتوافرت شروط كل منها، ولكن دخل عليه

---

[312] - علي حيدر درر الحكام مرجع سابق ج1, ، ص 307 .
[313] - فقد جاء في المادة (376) من المجلة : (اذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار .).
[314] - د علي ابو ماريه المرج السابق
[315] - امين دواس و محمود دودين ، عقد البيع في مجله الاحكام العدلية ، دراسة مقارنه ، برنامج تعزيز العدالة الفلسطينية ،ط1، 2013 ، ص 31.

وصف منهي عنه كما لو كان المحل صاحبه الغرر سواء في وجوده او في تعينيه، او لم تم البيع بثمن مؤجل الى اجل مجهول يؤدي الى النزاع او انطوى العقد على شرط فاسد ففي هذه الحالة ينعقد العقد ولكنه لا يكون صحيحا كما لا يكون باطلا بل يكون فاسدا .[316]

ومن اسباب عدم لزوم العقد، حاله الفساد، وهي نظرية حنفية المنشأ في الفقه الاسلامي، فقد اختص بها هذا المذهب، وقررها للدلالة على حالة يعتبر فيها العقد مختلا اختلالا يجعله في مرتبة تتأرجح بين البطلان والصحة ،فلا هو بالعقد الباطل غير المنعقد ،كما هو الحال في البطلان ،ولا هو بالعقد الصحيح التام الاعتبار ،لان فيه اخلالا بنظام التعاقد ،ولو أن هذا الاخلال في ناحية فرعية غير جوهرية فيه[317] .

الحالات التي يعتبر فيها عقد التخارج فاسدا :-

1- عدم تسميه ثمن او قيمه بدل التخارج في عقد التخارج يجعل من هذا العقد فاسد، فقد نصت المادة (237) من المجلة : (تسميه الثمن حين البيع لازمه فلو باع بدون تسمية الثمن كان البيع فاسدا .).

فيجب حين اجراء عقد التخارج تسمية بدل ثمن التخارج، واذا لم يسمى هذا البدل في عقد التخارج كان فاسدا .

يجب حين البيع ذكر الثمن وتسميته فاذا كان مسكوتا عنه حين البيع فالبيع فاسد وليس بباطل، لان البيع المطلق يقتضي المعاوضة فاذا سكت البائع عن الثمن كان مقصده اخذ قيمة المبيع فكانه يقول بعت مالي بقيمته والاقتصار على ذكر القيمة مجمله ويجعل الثمن مجهولا فيكون البيع فاسدا لا باطلا.[318]

فاذا اتفق الورثة ان يتخارج بعضهم للبعض الاخر ولم تتم تسميه قيمه بدل الحصص الارثية المتخارج عنها كان عقد التخارج فاسدا، الا انه ومن الناحية العملية لا يمكن تصور هذا الامر في الوقت الحاضر، حيث تقوم المحاكم الشرعية بتنظيم حجج التخارج ولا تقوم بالتصديق على أي حجه تخارج لا يتم فيها ذكر الثمن او قيمه بدل الحصص الارثية، لذلك فمن المتصور عدم تسميه قيمه بدل

[316] - د علي ابو ماريه ، المرجع السابق ، هامش ص 99..
[317] أ- محمد سلامة ،نظرية العقد في الفقه الاسلامي من خلال عقد البيع ،مرجع سابق، ص260.
[318] - علي حيدر ، شرح المجلة المرجع السابق ، المجلد الاول . ص 197.

الحصص الارثيه في عصور سابقه على القوانين المطبقة حاليا في فلسطين، حيث يعتبر عقد التخارج عقدا شكليا حيث يجب افراغ الارادة في شكل معين رسمه القانون .

2- ان تكون قيمه بدل التخارج مجهولة،[319] يجب ان يكون بدل التخارج معلوما قدرا ووصفا، كان يتم الاتفاق بين المتخارج والمتخارج له، على ان تكون قيمه بدل الحصص الارثية الف دينار اردني، فاذا لم يتم الاتفاق على الوصف وهي نوع النقود الأردنية وهي الدينار (العملة الاردنية)، ومقدار هذا البدل (الثمن) وهو الف قطعه منه .

ولكن ماذا لو كان في نفس البلد يتم تداول اكثر من عمله نقديه، كما هو الحال في فلسطين حيث يتم تداول اكثر من عمله وبشكل رسمي، الدينار الاردني وعمله دوله الاحتلال، فاذا تم الاتفاق في عقد التخارج على مقدار معين من النقود دون تحديد نوع العملة ووصفها من أي عمله مستخدمه في البلد كان عقد التخارج فاسدا. [320]

الا انه كما اسلفنا سابقا لا يمكن تصور هذا الامر في عقد التخارج في الوقت الحديث حيث يعتبر من العقود الشكلية وترفض المحاكم الشرعية تنظيمه وتصديقه اذا لم يكن مستوفي لكامل أركانه ومنها ذكر بدل التخارج وصفا ومقدارا.

3- عدم تعين اجل محدد لدفع قيمه بدل التخارج، الا اننا ندخل هنا في كذب الاقرار الوارد في حجه التخارج والذي يقر فيه المتخارج له باستلام كامل بدل التخارج، فاذا كان اقرار المتخارج له كاذبا في هذه الحجه فيجوز الادعاء بكذب الاقرار، ويجوز اثبات ذلك بكافه طرق الاثبات باعتبار واقعه التسليم والقبض واقعه ماديه يجوز اثباتها بكافه طرق الاثبات .

الا ان عقد التخارج لا يخرج عن أي عقد بيع في هذه المسالة فيجوز تقسيط ثمن بدل التخارج ويجوز ان يضرب ميعاد محدد لدفع هذا البدل او ان يكون البدل على شكل اقساط، الا ان المحاكم الشرعية

[319] - فقد نصت المادة (238) من المجلة : (يلزم ان يكون الثمن معلوما), ونصت المادة (239) من المجلة: (اذا كان الثمن حاضرا فالعلم به يحصل بمشاهدته والاشارة اليه واذا كان غائبا يحصل ببيان مقداره ووصفه .), كذلك نصت المادة (364) من المجلة ايضا اذا وجد شرط انعقاد المبيع ولم يكن مشروعا باعتبار بعض اوصافه الخارجة كما اذا كان المبيع مجهولا، او كان في الثمن خلل صار بيعا فاسدا).

[320] - وذلك ما نصت عليه المادة (240) من المجلة : (البلد الذي يتعدد فيه نوع الدينار المتداول اذا بيع فيه شيء بكذا دينار ولم يبين نوع الدينار يكون البيع فاسدا والدراهم كالدنانير في هذا الحكم .).

قد درجت على سؤال طرفي عقد التخارج عن استلام الحصص وقبض البدل وتسجيل ذلك في حجه التخارج، الا انه لا يوجد ما يمنع عن الاتفاق على تقسيط البدل في نفس الحجه .[321]

ومن خلال هذه النصوص يتبين ان عقد التخارج يصح مع الاتفاق على تقسيط الثمن او بدل التخارج، على ان تكون هذه المدة معلومة، او معروفه لدى العاقدين والا كان عقد التخارج فاسدا .

ومن خلال هذه النصوص لا يوجد ما يمنع المحاكم الشرعية من تدوين هذه الطريقة في دفع بدل التخارج في حجه التخارج وذلك افراغا لحقيقه الاتفاق بين اطراف عقد التخارج حيث في اغلب الاحيان يتم الاتفاق بينهم على دفع بدل التخارج على شكل اقساط او عن طريق كمبيالات او الشيكات وفقا لمقتضيات الاحوال والظروف الاقتصادية ،الا انه وقت تنظيم حجه التخارج لا يتم التصديق على هذه الحجه من قبل المحكمة الشرعية الا بعد اقرار المتخارج له باستلام كامل البدل او ثمن الحصص الارثية المتخارج عنها، وفي اغلب الاوقات يكون الاقرار اقرارا كاذبا، ويجوز اثبات كذب الاقرار حيث ان حجه التخارج رسميه من حيث التاريخ والتوقيع فقط لا من حيث المضمون .

4- التغرير بالغبن الفاحش المقترن, يجعل من عقد التخارج فاسدا وقد بيناه سابقا، والمقصود به هنا الغرر في الاوصاف والمقادير وشبهها من النواحي الفرعية، الذي يوجب فساد العقد، لا الغرر في اصل المعقود عليه الموجب للبطلان كبيع الحمل في بطن امه .[322]

5- الجهالة الفاحشة ،ولمقصود بالجهاله الفاحشه المفضية الى نزاع لا الجهاله العادية , فالعلم العام المجمل بالتركه يجعل من التخارج صحيحا لكون التخارج من العقود الاحتمالية والتي لا يشترط فيه تعين المحل تعينا منافيا لكل جهاله فهذه خصوصيه المحل في عقد التخارج . والتخارج عن حصص ارثيه مشاعيه في تركه مورثه لا يعد جهالة فاحشه ويعتبر عقد التخارج صحيحا، فاذا تخارج الوارث عن حصصه الارثية المبينة بسهام معينه بموجب حجه حصر

[321] - فقد نصت المادة (245)من المجلة: (البيع مع تأجيل الثمن وتقسيطه صحيح)، ونصت المادة (246) من المجلة : (يلزم ان تكون المدة معلومة في البيع بالتأجيل والتقسيط)، كذلك نصت المادة (247) من المجلة :(اذا عقد البيع على تأجيل الثمن الى كذا يوما او شهرا او سنه او الى وقت معلوم عند العاقدين كيوم قاسم او النيروز صح البيع) , ونصت المادة (248) من المجلة ايضا : (تأجيل الثمن الى مده غير معينه كأمطار السماء يكون مفسدا للبيع.).

[322] - د . الزرقا ، المدخل الفقهي العام . مرجع سابق ، ج2، ص 695.

الارث تبين نصيبه وسهامه في التركة، ولم تكن مفرزه وانما مشاعيه، فان تخارجه عن هذه السهام والحصص الارثية المشاعية لوارث اخر في تركه معلومة هو صحيح .[323]

اما اذا جرى عقد التخارج على ان يتخارج الوارث عن حصصه الارثيه في تركه مجهولة لطرفي عقد التخارج يكون العقد مشوبا بالجهالة الفاحشة المفضية للمنازع ، كان يكون الورثة في فلسطين وتركه مورثهم موجوده في المانيا ولا يعرفان تفصيلاتها وهي غير معلومة لهما علما منافيا لكل جهالة ووجود الجهالة سببا لنشوب الخلافات بين اطراف عقد التخارج، فاذا كانت الجهالة في محل عقد التخارج قد تؤدي الى نزاع فيكون فاسدا اما اذا كانت الجهالة لا تؤدي الى نزاع فيكون العقد صحيحا وليس فاسدا.

و وجود الجهالة الفاحشة في عقد التخارج، سواء في المبيع او البدل، ويشترط في الجهالة التي تفسد العقد ان تكون فاحشة مفضيه الى نزاع مشكل بين المتعاقدين، كما لو باع انسان شاة غير معينه من قطيع غنم، فالبائع قد يريد اعطاء الرديئه بحجه عدم التعيين، والمشتري يريد الجيدة بحجه عدم التعيين.[324]

6- اذا كان بدل التخارج مالا غير متقوم . [325] مثل ان يكون بدل التخارج عباره الهواء الموجود في جو المدينة فهو مال غير منتفع به وغير متقوم.

وفي هذا المقام تختلف النقود عن المال، فكل النقود مال وليس كل مال نقود، فقد عرفت المادة (130) من المجلة : (النقود جمع نقد وهو عبارة عن الذهب والفضة) وفقد حصرت المجلة النقود بالذهب والفضة وهو ما يسمى بالنقد الحقيقي، الا انه مع التطور الاقتصادي وتطور اشكال الدول، تم تطوير اشكال اخرى للنقد والتي تتعامل به كل دول العالم وهي العملة والنقود الورقية والنحاسية او من بعض المعادن الاخرى .

7- عقد التخارج الذي صاحبه الاكراه سواء كان اكراها ملجئ او غير ملجيء، فقد جاء في المجلة المادة (1006) : (لا يعتبر البيع الذي وقع باكراه معتبر ولا الشراء ولا الايجار ولا الهبه ولا

---

[323] - نصت المادة (213) من المجلة : (بيع المجهول فاسد فلو قال البائع للمشتري : بعتك جميع الاشياء التي هي ملكي وقال المشتري اشتريتها وهو يعرف تلك الاشياء فالبيع فاسد .) فقد جاء في المادة (214) المجلة : (بيع حصة شائعة معلومة كالثلث والنصف والعشر من عقار مملوك قبل الافراز صحيح .),

[324] - د . الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ج2، ص693.

[325] - 1- وذلك بموجب المادة (212) من المجلة : (الشراء بغير المتقوم فاسد).

وعرفت المادة (127) من المجلة المال المتقوم : (المال المتقوم يستعمل في معنيين الاول : ما يباح الانتفاع به والثاني : بمعنى المال المحرز فالسمك في البحر غير متقوم واذا اصطيد صار متقوما بالإحراز).

الفراغ ولا الصلح والاقرار والابراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا اسقاط الشفعة، ملجئا كان الاكراه او غير الملجيء، ولكن لو اجاز المكره ما ذكر بعد زوال الاكراه يعتبر .)

حكم عقد التخارج الفاسد:

نصت المادة (366) من المجلة : (البيع الفاسد يصير نافذا عند القبض يعني يصير تصرف المشتري في المبيع جائز حينئذ .)، فاذا تم قبض المبيع أي محل التخارج بأذن المتخارج او وكيله وقام المتخارج له بالتصرف في المبيع او باعه اصبح عقد التخارج نافذا، ويجوز للمتخارج له التصرف فيه وتصرفه نافذ، الا اذا كان في العقد احد الخيارات فانه لا يجوز للمتخارج له التصرف في محل التخارج فيكون العقد غير لازم للمتخارج ولازم للمتخارج له، الا انه لا يجوز له التصرف في محل التخارج، وهذا ما اوضحته المادة (367) من المجلة : (اذا وجد في البيع احد الخيارات لا يكون لازما .).

ونصت المادة (371) من المجلة : (البيع الفاسد يفيد حكما عند القبض يعني ان المشتري اذا قبض المبيع بإذن البائع صار ملكا له فاذا هلك المبيع بيعا فاسدا عند المشتري لزمه الضمان يعني ان المبيع اذا كان من المكيلات لزمه واذا كان قيميا لزمته قيمته يوم قبضه .).

والقبض اما ان يكون حقيقي واما ان يكون حكمي، وفي عقد التخارج يكون القبض حقيقي اذا كان المتخارج عنه من الاموال غير المنقولة مثل الاغنام او بضائع، واما ان يكون اموال غير منقولة مثل الاراضي فان القبض يكون حكمي بمجرد انعقاد العقد وينقلب الى حقيقي بعد تنفيذ حجه التخارج في الدوائر المختصه بذلك , فاذا تعلق التخارج بعقار فدائرة تسجيل الاراضي , واذا كان بنقد او تسليم مال لدى دائرة التنفيذ الشرعي والذي يقع المال ضمن دائرة اختصاصها .

ويشترط ان يكون القبض بأذن المتخارج او وكيله فاذا تم قبض محل التخارج بدون اذن المتخارج او وكيله فكانه لم يقبض ولا يكون ملكا للمتخارج له .

والعقد الفاسد ينقلب الى عقد صحيح اذا زال سبب فساده، مثلا زوال العقد المقترن بشرط فاسد، ولكن اذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع يتملكه، ولا تعتبر اثرا للعقد بل اثر لواقعه القبض .[326]

[326] - د علي ابو ماريه المرجع السابق ص 100

وينقلب عقد التخارج الفاسد المشوب بالجهالة الفاحشة في محل التخارج الى صحيحا اذا زالت هذه الجهالة, والعقد الفاسد بعد القبض وقبل الفسخ يعتبر عقدا منعقدا يرتب اثاره كما لو كان صحيحا، ويكون له له وجود مادي وقانوني، وتصرف المشتري بموجبه للغير يكون صحيحا ومرتبا لأثاره .[327]

لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد بشرط ان يكون علم الاخر لاحقا له ما بقي المبيع على حاله ولم يوجد مانع من الموانع المذكورة للفسخ فيسترد البائع المبيع ويسترد المشتري الثمن سواء قبض المبيع في البيع الفاسد او لم يقبض.[328]

ولكل من المتعاقدين فسخ عقد التخارج الفاسد اما رضائيا واما قضائيا وهذا من نصت عليه المادة (372) من المجلة : (لكل من المتعاقدين فسخ العقد الفاسد الا انه اذا هلك المبيع في يد المشتري او استهلكه، او اخرجه من يده ببيع صحيح، او بهبة من اخر او زاد فيه المشتري شيئا من ماله كما لو كان المبيع دار فعمرها، او ارضا فغرس فيها اشجار، او تغير اسم المبيع فان كان حنطه فطحنها او جعلها دقيقا، بطل حق الفسخ في هذه الصور.).

ويتبن من هذا النص بانه لا يجوز فسخ عقد التخارج الفاسد في عدة حالات :-

1- اذا هلك محل التخارج بيد المتخارج له، او استهلكه، او لم يبقى على حاله، وذلك ان حكم الفسخ اعادة الحال الى ما كان عليه قبل العقد.
2- اذا تعلق به حق الغير كان باعه الى اخر، او تصدق به، او وهبه، او توفي المتخارج له بعد ان اوصى به الى اخر.
3- اذا حصلت زيادة على المال المتخارج به وهو بيد المتخارج له متصلة به غير متولدة منه، مثل ان يقوم بالبناء على الارض المتخارج بها .
4- اذا تغير المال المتخارج به واصبح من المستحيل ارجاعه الى حالته، مثل ان تم التخارج في مقدار معين من الحنطة، وقام المتخارج له بطحن هذه الحنطة.

في جميع هذه الصور كلها يكون البيع لازما ولا يبقى حق الفسخ والاسترداد ويكون المشتري ضامنا بدل المبيع .[329]

---

[327] - د. . عثمان التكروري و د . احمد سويطي ، المرجع السابق ،ص 289.
[328] - علي حيدر المرجع السابق ، المجلد الاول ، ص 359.
[329] - علي حيدر درر الحكام ,المرجع السابق . ج1 ، ص 362.

ثالثا : عقد التخارج الباطل .

عقد التخارج الباطل، هو العقد الذي شابه خلل في اركانه، وشروطه، كانعدام المحل، او لعدم وجود الاهليه اللازمه لانعقاد العقد .[330]

الحلات التي يعتبر فيها عقد التخارج باطلا ولا يفيد حكما وغير قابل للتصحيح فيها :-

1- في حال عدم توافق الايجاب والقبول، كان يشوب ارادة احد الاطراف عارض من عوارض الأهلية يوثر على ارادته، اذا ما قام شخص مصاب بالجنون ومحجور عليه لذاته بالتخارج عن حصصه الارثية في تركه مورثه لوارث اخر فان تصرفه باطلا بطلانا مطلقا، وينطبق نفس الوصف على الصغير غير المميز، كذلك الصغير غير المميز اذا كان عقد التخارج يضر به فان حكمه البطلان، ومطابقه الايجاب والقبول من الامور التي يجوز للقاضي من تلقاء نفسه التصدي لها، كان يعرض عليه عقد تخارج يتبين بان احد العاقدين قد كان صبي غير مميز وقت اجراء التخارج فيحكم بالبطلان من تلقاء نفسه.

فقد نصت المجلة المادة : (362) : (البيع الذي في ركنه خلل كبيع المجنون باطل) ويعني ان بيع المجنون جنونا مطبقا، او غير مطبق في حال جنونه، او الصبي غير المميز باطل وكذلك الشراء [331] أي ان تكون الصيغه غير سليمه.[332]

2- اذا كان محل التخارج غير موجود اصلا او كان موجود وهلك وهو بيد المتخارج قبل التسليم .

3- اذا كان محل التخارج (المال المتخارج به بالنسبة للمتخارج وبدل التخارج بالنسبه للمتخارج له) غير مقدور التسليم، كان يتم التخارج عن حصص ارثيه في في تركه مستغرقة كاملا بالديون، ومتعلق بها حق الغير الدائنيين، فيكون التخارج باطلا لاستغراق التركة بالديون او ان يتم التخارج عن طيور في السماء او عن اسماك في البحر.

---

[330] - جاء في المادة (107) من المجلة : (البيع غير المنعقد هو البيع الباطل) وفي المادة (110) من المجلة ايضا : (البيع الباطل ما لا يصح اصلا يعني انه لا يكون مشروعا اصلا).
وجاء في المادة (168) من القانون المدني الاردني : (العقد الباطل ما ليس مشروعا بأصله ووصفه، بان اختل ركنه، او محله او الغرض منه او الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده، ولا يرتب عليه أي اثر ولا ترد عليه الإجازة 2- ولكل ذي مصلحه ان يتمسك بالبطلان وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها 3- ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنه من وقت العقد .). وجاء في مشروع القانون المدني الفلسطيني، مادة (139) :(العقد الباطل لا يرتب اثرا ولا ترد عليه الاجازة 2- لكل ذي مصلحه ان يتمسك بالبطلان وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها .)
[331] - علي حيدر المرجع السابق ، المجلد الاول ، ص 347.
[332] - ا. محمد سلامه مرجع سابق ، 150.

4- اذا كان محل التخارج مال لا يجوز التعامل فيه، كان يقوم احد الورثة التخارج عن حصصه الارثية في اسلحه غير مرخصه تركها مورثهم فلا يجوز التعامل في هذا المال اصلا، او ان تم التخارج في خمور .

5- اذا كان محل التخارج مال غير متقوم . [333]

6- عدم وجود سبب مشروع للتخارج، كان يتم التخارج عن منزل بغرض فتح نادي للقمار فسبب التخارج غير مشروع .

7- اذا لم يتم التخارج بالطريقة التي رسمها القانون باتباع الشكلية من حيث الكتابة والتصديق على التخارج من قبل المحكمة الشرعية المختصة حيث ان الشكل يتعلق بركن التراضي حيث تطلب المشرع افراغ هذا التراضي بشكل معين .

8- حال عدم العلم بالتركة، فالعقد باطل اذا ان المتخارج لا يعلم بمال من اموال التركه فيصح فيما يعلم به ويبطل فيما لا يعلم به – ظهور اموال جديده للميت لايعلمها المتخارج بعد التخارج –.

9- اذا انعدم انعقاد مجلس العقد. [334] فلا ينعقد عقد التخارج بدون مجلس عقد ولا بعده ويلزم اتحاد المجلس، ولكن تجوز الإنابة والتوكيل في اجراء عقد التخارج .

حكم عقد التخارج الباطل :-

لا يترتب عليه أي اثر فلا تنتقل الحصص الارثية المتخارج عنها للمتخارج له حتى وان تم القبض ولا يمتلك المتخارج بدل التخارج وان قبضه فهو والعدم سواء، وعقد التخارج الباطل غير قابل للتصحيح، ولا ترد عليه الإجازة لان الاجازة لا ترد على المعدوم والعقد التخارج الباطل عقد معدوم ولا يمكن اعتبار العقد الباطل عقدا صحيحا حتى لو اتفق طرفا عقد التخارج على ذلك، الا انه يحق لهما الاتفاق على القيام بعقد جديد، وغير قابل للتنفيذ، ويجوز التمسك به من قبل كل من له مصلحه بذلك ويقصد بالمصلحة كل حق يتأثر بصحه العقد او بطلانه، ومن له مصلحه هو كل من المتعاقدين وخلفهما العام والخاص، [335]، وللقاضي ان يحكم به من تلقاء نفسه .

---

[333] - 1- فقد نصت المادة (211) من المجلة : (بيع غير المتقوم باطل), كان يتم التخارج عن اغنام ميته، فهي غير متقومه ولا ينتفع منها وكذلك جاء في المادة (363) من المجلة : (المحل القابل لحكم البيع عبارة عن المبيع الذي يكون موجودا ومقدور التسليم ومالا متقوما فبيع المعدوم وما ليس بمقدور التسليم وما ليس بمال متقوم باطل.).

[334] - حيث نصت المادة (181) من المجلة : (مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع),

[335] - د. . عثمان التكروري و د . احمد سويطي ، المرجع السابق ،ص 296.

المطلب الثاني: اثار عقد التخارج وانقضائه

بداية علينا التفرقة بين حكم عقد التخارج وحقوق العاقدين واثار العقد .

فحكم العقد بحسب التشريع الاسلامي هو الاثر الاصلي للعقد والغرض الذي قصد اليه المتعاقدان من انشائه،[336] فحكم عقد البيع مثلا هو نقل ملكيه المبيع الى المشتري، وحكم عقد الايجار هو نقل منفعة الماجور الى المستأجر، فحكم عقد التخارج هي نقل ملكيه الحصص الارثيه من ملك الوارث المتخارج الى ملك الوارث المتخارج له .

وحكم العقد يختلف عن اثار العقد من حيث ان الاول يتسم بالثبات من تلقاء نفسه بمجرد الانعقاد، فهو الاثر المباشر للعقد، وهو لا يثبت أي التزام في ذمه المتعاقد، اما حقوق العقد فهي مجموعه الالتزامات المطالبات التي تؤكد حكمه، فحقوق عقد البيع مثلا التزام البائع بتسليم المبيع وضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق، والتزامات المشتري بتسلم المبيع ودفع الثمن، وغير ذلك من الحقوق التي تثبت لكل من المتعاقدين تجاه الاخر اكمالا لاثر العقد وحفاظا عليه وتوفير تمام الانتفاع به .[337]

فحكم العقد هو الاثر الاصلي للعقد والغرض الذي قصد اليه العاقدان من انشائه .[338]

فحقوق العقد فهي ما يستتبعه العقد من التزامات ومطالبات وتؤكد حكمه وتحفظه وتكمله .[339]

فاذا انعقد العقد صحيحا نافذا لازما ترتبت عليه اثاره، أي ان اثار العقد تنفذ في حق العاقدين ويلتزام بها ،فاثر العقد يقتصر على طرفيه والخلف الخاص والخلف العام او الدائنين في الحدود التي بينها القانون، فلا تنصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه الا الى عاقديه فلا يرتب العقد التزام في ذمه الغير ولو كان تابعا لاحد المتعاقدين.[340]

---

[336] - وضحناه في ركن السبب في عقد التخارج في هذا البحث.

[337] - الدكتور علي ابو ماريا المرجع السابق ، ص 121.

[338] - - د. . عثمان التكروري و د . احمد سويطي ، المرجع السابق ،ص 341.

[339] - نفس المرجع.

[340] - د . عثمان التكروري و د . واحمد طالب السويطي المرجع السابق ، حاشية الصفحة 303. نصت المادة199 من القانون المدني الاردني : (1- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض او أي شيء اخر ما لم ينص القانون على غير ذلك 2- اما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما اوجبه العقد عليه منهما .).

ونصت المادة 200 من نفي القانون : (عقد المعاوضة الوارد على الاعيان اذا استوفى شرائط صحته يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين في بدل ملكه والتزام كل منهما بتسليم ملكه المعقود عليه).

الفرع الاول :اثار العقد بالنسبة الى اطرافه.

الاصل بان العقد متى انعقد صحيحا لازما نافذا لا يرتب اثرا الا بين اطرافه، فهو لا يكسب حقا للغير ولا يحمله التزام بمعنى ان الغير، لا يفيد من العقد ولا يضار به وهذا مدلول نسبيه اثار العقد بالنسبة لأشخاصه، كما ان العقد حال انعقاده مستوفيا لأركانه وشروط صحته يرتب عليه التزامات تقع على كل من عاقديه اذ يجي على كل منهما ان ينفذها كما هي دون زياده ولا نقصان او تعديل بالاتفاق، وهذا ايضا مدلول مبدأ سبيه اثار العقد بالنسبة لموضوعه .[341]

فالأصل متى تم تنظيم عقد التخارج وفقا للشكل الذي رسمه القانون صحيحا لازما نافذا يرتب اثاره القانونية بين اطرافه مباشرة، لا ينتفع ولا يضار من ابرام هذا العقد الا اطرافه، وهم المتخارج والمتخارج له، ويفيد حكما بمجرد العقد وحتى ان لم يتم التسليم او القبض، فتدخل الحصص الارثية في ملك المتخارج له ويدخل بدل التخارج في ملك المتخارج.

ويرى الباحث بانصراف اثر عقد التخارج الى العاقدين بالذات، فهو رابطه مدنيه بامتياز فشان عقد التخارج كسائر العقود المدنية فيكون ملزم لهم دون غيرهم، وهو ليس رابطا شرعيا الا ان الشرع الحنيف نظمه لأنه فكره مستنبطه خالصة من الفقه الاسلامي، وتطرق اليه الفقه كغيره من العقود، فتكون منافع والتزامات واعباء عقد التخارج بين العاقدين فقط وهذا الاصل العام في كل العقود مع بعض الاستثناءات كالاشتراط لمصلحه الغير .

ومفهوم كلمه المتعاقدين في عقد التخارج هم فقط المتخارج والمتخارج له الا انه قد تنصرف اثار عقد التخارج الى غير اطرافه بالنسبة الى الخلف العام والخلف الخاص.

الفرع الثاني : اثار عقد التخارج بالنسبة الى الخلف العام .

الخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها او جزء منها وهو الوارث او الموصى له بحصه شائعه من التركة كالخمس مثلا، وبالتالي فهو يشمل الوارث والموصى له من التركة، فتنصرف اثار العقد الى الخلف العام بحيث تنتقل الى الورثة بعد موت مورثهم ما يترتب على العقد من حقوق، دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث. [342]

---

[341] - الدكتور علي ابو ماريا مصادر الالتزام , المرجع السابق ، ص 121.

[342] - فقد نصت المادة 206من القانون المدني الاردني : (ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام.).

ونصت المادة 152 من شروع القانون المدني الفلسطيني: (ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد او طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف اليه) وهذا تقريبا نفس النص الاردني في القانون المدني الاردني .

فميزت المواد السابقة بين حقوق المتعاقد والتزاماته، فحقوق المتعاقد تنتقل الى الورثة كاملته، فاذا كان له ثمن مبيع مثلا عند شخص كان لورثته ان يطالبوا المدين بسداده .[343]

فالقاعدة التي قررها المشرع هي انصراف اثار العقد الذي يبرمه السلف الى الخلف العام سواء في مجال الحقوق او الالتزامات، وهذا امر منطقي اذ ان الخلف العام (الورثة) هم مجال الامتداد الطبيعي للمورثهم ووفاة الاخير ليس نهاية المطاف وانما حياته تمتد في اشخاص الورثة.[344]

اما الالتزامات فلا تنتقل الى الورثة الا في حدود الترك وفقا للقاعدة الشرعية لا تركه الا بعد سداد الديون فالالتزامات التي تولد عن العقد الذي ابرمه السلف تنتقل الى الخلف العام وفقا للقاعدة الشرعية المذكورة، ان الالتزامات تقع على عاتق التركة وليس في اموالهم الشخصية، فيفترض سداد هذه الالتزامات من التركة قبل توزيعها على الورثة والموصى لهم .

ولكن يوجد استثناء على هذا المبدأ في الحالات التالية :-

1- اذا وجد اتفاق بين المتعاقدين الموقعين على العقد : وكان يقضي بعدم انصراف اثار العقد الى الخلف العام، فهذا الاتفاق جائز ما دام في نطاق القانون ولا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، ومن ذلك الاتفاق على وعد بالبيع مع عدم انعقاد العقد في حق الورثة حال الوفاة .

وهذا متصور في عقد التخارج من شق واحد بخصوص الالتزامات وليس الحقوق وباتجاه واحد الا وهو من جانب المتخارج له بالحصص الارثية اذا كان بدل الحصص الارثية عبارة عن اقساط شهريه او سنوية يدفعها المتخارج له للمتخارج فيصح ان يتفق المتخارج مع المتخارج له بانه وفي حاله وفاه المتخارج له لا يتحمل الخلف العام له الورثة والموصى له الالتزامات المترتبة على عقد التخارج الا وهي عن باقي اقساط وقيمه بدل التخارج والتي كانت لا زالت مترتبة منشغله بها ذمه المتخارج له المتوفي، ويكون هذا ابراءا لتركه المتوفي من هذه التزامات لا لذمه الخلف العام لان الخلف العام لا يتحمل هذه الالتزامات الا في حقوق التركه فهذا منطقي ومقبول في حاله التخارج .

---

[343] - د. عثمان التكروري و د. احمد طالب السويطي ، مصادر الالتزام , المرجع السابق ص 306.

[344] - د . امجد محمد منصور . مصادر الالتزام , النظرية العامه للالتزام مصادر الالتزام ,المرجع السابق , ص 184.

الا ان هذا الاتفاق لا بد ان يكون خطيا رسميا وذلك من اجل الاثبات لا سيما بان وثيقه عقد التخارج منظمه من قبل المحاكم الشرعية وهي رسميه من حيث التاريخ والتوقيع وعاد لا بل يشترط ان يذكر بان بدل التخارج قد قبض ولم يبقى أي حقوق ماليه بين المتخارج والمتخارج له، الا انه يجوز تكذيب الاقرار بسند خطي اخر لمحتوى حجه التخارج قياسا على عقد الزواج بخصوص قبض الوكيل بالعقد والقبض للمهر، كذلك في حاله صوريه الوكالة الدورية غير القابلة للعزل.

اما بخصوص حقوق العقد فلا يتصور الاتفاق على عدم انتقالها للخف العام في عقد التخارج لا سيما طبيعة العقد هي عبارة عن بيع حصص ارثيه من وارث لواث وانتقال لملكيه حصص ارثيه وان دخول هذا المال في ملك المورث يصبح من حق الوارث تملكه بمجرد الوفاه، فمن غير المعقول ان يتفق المتخارج والمتخارج له على الغاء عقد التخارج بمجرد وفاه احدهما فهذا مخالف للفطرة السليمة والمنطق القانوني الرشيد.

2- الحقوق والالتزامات المتعلقة بشخص المورث، كالتزامات المهندس والمحامي، وفي مجال عقد التخارج لا مجال لورود هذا الاستثناء اذ ان طبيعة عقد التخارج لا تقبل هذا الاستثناء فهي تختلف تماما عن العقود التي تتعلق بشخص العاقدين مثل المحامي والمهندس والاتفاق مع شركه التامين على الحياة فهي عقود تختلف في مجالها وطبيعتها وشخوصها عن مجالات عقد التخارج .

3- اذا كان هناك نص قانوني يقضي بعدم انتقال اثار العقد الى الخلف العام، مثال ذلك ما نصت عليه الماده (1215/6 من القانون المدني الاردني والتي تقضي بسقوط حق الورثه في الانتفاع المقرر لمصلحه مورثهم .[345]

كذلك ما جاء في المادة (735) من مشروع القانون المدني الفلسطيني :(تنتهي العارية بموت المعير او المستعير ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك .).

وكذلك هذا الاستثناء لا ينطبق على عقد التخارج ولا يمكن ان حرمان الخلف العام من الحقوق التي يرتبها عقد التخارج لمورثهم وانتقالها لهم بطريقه شرعيه قانونيه، وفيها مغرم لهم ومنفعة ودخول مال جديد لذممهم المالية وحتى ان رتب هذا العقد التزامات على الخلف العام في حدود التركة الا انه وبشكل عام فيه نفع كثير للخلف العام .

ويرى الباحث بانه يمكن التميز في عقد التخارج لانتقال اثار العقد الى الخلف العام وهم الورثة والموصي لهم :-

[345] - د . انور سلطان المرجع السابق ص 176 .

اولا : بالنسبة للورثة .

فان حقوق عقد التخارج تنتقل اليهم بالجملة، أي ان الحصص المتخارج عنها لمورثهم او بدل التخارج الذي استلمه او ترتب في ذمه المتخارج له يدخل في مالهم بصفته جزء من تركه مورثهم، ويكون للورثة حق في هذه التركة بما فيها الاموال الناتجة عن عقد التخارج سواء اكانت حصص ارثيه او اموال (ثمن) حسب سهم كل واحد منهم في المسالة الارثية الشرعية في تركه مورثهم، وذلك بعد مراعاة القواعد العامة في الميراث بخصوص لا تركه قبل سداد الديون.

ويقصر الفقه الاسلامي انتقال الديون على تركه الميت، ولا يبلغ بها الى ذمه الوارث فيكون بريئا منها اذا زادت على التركة، لان الوارث يعد وارثا للتركة لا لشخص الميت .[346]

وفي الفقه الاسلامي يبدأ بتجهيز الميت من تكفينه وما يحتاج اليه من وقت الوفاة الى وقت الدفن، بدون تبذير او تقتير، من ثم تقضى ديون الميت من جميع ما بقي من ماله بعد مصروفات التجهيز، من ثم تنفذ الوصية من ثلث المال الباقي بعد الدين شرط ان تكون لغير الورثة، ثم يقسم ما بقي من التركة بين ورثه الميت وفق انصبتهم الشرعية .

فالوارث الذي تلقى عن مورثه حقوقا في عقد التخارج، يكون سببا طبيعا للتملك ثابتا بحكم الشرع وليس لان عقد التخارج شرعي بل لان الشرع نظم امرا دنيويا، دون حاجه الى سابق اتفاق او وصيه ولا يتوقف على قبول الوارث او رفضه لأنه جزء من النظام الشرعي الاسلامي، ان كان له بعد تلقي هذه الحقوق التبرع بها فهذا شانه الا انه ليس له حق القبول او الرفض في تلقي الملك عن المورث بسبب الميراث .

ففي الشريعة الاسلامية فليس للوارث رفض الارث، بل الارث جبري، ولا يلتزم بديون المورث، وانما تستوفى من التركة قبل الارث، لان الارث شرعا سببا للملك لا للتغريم .[347]

فعقد التخارج سبب تملك الورثة لأموال عن مورثهم سواء اكان متخارجا او متخارج له، اذا كان متوافقا والاصول القانونية والشرعية كما اسلفنا باعتباره جزء من تركه مورثهم وليس باعتبارهم طرف في العقد بل انتقل اليهم اثر العقد سواء كان الاثر الحصص الارثية او البدل.

---

[346] - ا. محمد سلامه ، نظرية العقد , المرجع السابق ، ص 555.

[347] - ا. محمد سلامه نظريه العقد , المرجع السابق ص 556.

ثانيا : الموصى لهم .

والموصى له يكون خلفا عاما اذا كان موصى له بجزء من مجموعه من التركة على المشاع غير معينه بالذات كالخمس او الربع او العشر، شانه في ذلك شان الوارث ينصرف اليه اثر عقد التخارج ولكن ليس بالجملة، بل بنسبة الموصى به من التركة للموصى له، اما اذا كان موصى له بعين معينه بالذات فيعتبر من الخلف الخاص.

الا ان الوارث كخلف عام يختلف عن الموصى له في انتقال اثر عقد التخارج له بعد وفاة احد او طرفي العقد، بان الوارث لا يحتاج لأثبات صفته فهو يتلقى حقوق والتزامات العقد بمجرد وجود النسب وفقا للأصول الشرعية وبحكم القانون باستثناء حالات يتوجب عليه اثبات النسب في حال انكار النسب من وارث اخر او الردة عن الاسلام كسبب من الحرمان من الميراث فيثبت بقائه على الاسلام، اما الموصى له فهو بحاجه لأثبات الوصية اما بالسند الرسمي المسجل وهذا ثابت لا يجوز الطعن به الا بالتزوير، واذا كان سند عرفي عن طريق دعوى اثبات وصيه من اختصاص المحاكم الشرعية في فلسطين وذلك وفقا لنص المادة (2) فقرة (13) من قانون اصول المحاكمات الشرعية والتي تنص (تنظر المحاكم الشرعية وتفصل في المواد التالية :-..... . 13- الهبه في مرض الموت والوصية).

ويرى الباحث بان انتقال اثار عقد التخارج للوارث اكيدا ويقينيا، اما انتقال اثار العقد للموصى له يكون ظنيا وعلى من يدعى العكس اثبات ذلك، فاذا كانت الوصية مسجله وفقا للشكل الذي رسمه القانون فيكون بنفس البينة الرسمية الخطية، اما اذا كانت الوصية سندا عرفيا وتقدم الموصى له بدعوى اثبات وصيه لكل صاحب مصله دفع الدعوى بالدفوع القانونية الشرعية لنفي اصرار الموصي على وصيته حين الموت او أي دفع شرعي قانوني اخر .

الفرع الثالث: اثار عقد التخارج بالنسبة للخلف الخاص .

والخلف الخاص هو من يتلقى عن سلفه حقا كان قائما في ذمته سواء كان هذا الحق عينيا او شخصيا كالموهوب له والمشتري وصاحب حق الانتفاع .[348]

والخلف الخاص هو من يخلف السلف ويتلقى عنه حق عيني على شيء معين . او في ملكية شيء معين . فهو لا يخلف السلف في جمله ذمته المالية او في حصه معينه منها كالثلث او الربع مثلا،

[348] - امجد منصور مصادر الالتزام المرجع السابق ص 1888.

ومن جمله هؤلاء المشتري الذي يعتبر خلف خاصا للبائع في الشيء المبيع، وصاحب حق الانتفاع يعتبر خلفا خاصا لمن تلقى عته هذا الحق .[349]

فهو من يخلف سلفه في عين معينه بالذات لا في مجموع من المال، فمن تلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات او حقا عينيا على هذا الشيء فيكون خلفا خاصا كالموصى له بعين معينه، والمشتري، والمحال له، المرتهن .

فقد نصت المادة (207) من القانون المدني الاردني : (اذا انشأ العقد حقوقا شخصيه تتصل بشيء وانتقل بعد ذلك الى خلف خاص فان هذه الحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل في الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه .).

ويرى الباحث بان اثار عقد التخارج تنتقل الى الخلف الخاص في عدة صور:

اولا : الموصى له بجزء معين من المال المتخارج به.

اذا اوصى المتخارج او المتخارج له سواء من المال المتخارج به او من بدل التخارج بجزء معين من هذا المال الى الموصى له يكون خلفا خاصا للموصي، فاذا كان المال الموصى به مثقل بالتزامات او حقوق تنتقل الى الموصى له، مثل ان يوصي المتخارج له بجزء معين مفرز من قطعه الارض التي كانت محل التخارج للموصى له وكانت هذه الارض مرتهنه للبنك، فينتقل هذا المال الى الموصى له محمل بالأعباء والالتزامات على هذا العقار.

ثانيا : اذا كان المال المتخارج به محملا بالديون ولكن غير مستغرق به .

فاذا كان مال مثقلا بديون ولكن هذه الديون لا تستغرقه، وتم التخارج بهذا المال لوارث اخر، فان ورثه المتخارج له بعد وفاته يتحملون الالتزامات المالية تجاه الدائن باعتبارهم خلفا خاصا لمورثهم، فمثلا اذا قام مقاول بأعمال تصليح وبناء على قطعه ارض من ثام تلقى وارثه هذه القطعة بتخارج باقي الورثة بها له، فيكون هذا المقاول خلفا خاصا بالحقوق المالية المحمل بها هذا المال بعد وفاه هذا الوارث المتخارج له عن هذا المال, شرط تصالح الورثه الخلف الخاص لهذا المال على الديون كي تصبح مال جائز التخارج فيه لامكانيه التصرف في المحل.

[349] - د علي ابو ماريا ،مصادر الالتزام المرجع السابق ص 126.

الفرع الرابع : انقضاء عقد التخارج وتنفيذه .

اذا تنفذ العقد فمعنى ذلك انه قد تحقق الغرض منه، من ثم تزول وتنقضي الالتزامات المترتبة عليه، لكن العقد نفسه يظل سندا لما ترتب عليه من اثار، فمثلا في مجال عقد البيع، اذا نفذ البائع والمشتري مقتضيات العقد فان العقد ذاته لا يزول وانما يبقى سندا لتملك المشتري للشيء المبيع .[350]

وينقضي عقد التخارج بحلول المتخارج له محل المتخارج في نصيبه المستحق له من التركة، فبمجرد انعقاد عقد التخارج صحيحا نافذا لازما يفيد حكاما أي تنتقل الحصص الارثية المتخارج عنها لملك المتخارج له، وينتقل بدل التخارج الى ملك المتخارج .

ويكون الانقضاء بتنفيذ العقد الالتزام الذي اوجبه العقد لا بسقوط عقد التخارج الموجب له، وتنفيذ الالتزام في عقد التخارج ان يصل لكل ذي حق حقه، فللمتخارج ان يقبض بدل التخارج، والمتخارج له ان يحل محل المتخارج في الحصص الارثية المتخارج عنها او بمعنى اخر بتسليمها له .

ويكون انقضاء عقد التخارج بانقضاء الالتزام المترتب على العقد بأحد طريقين، التنفيذ الحقيقي للعقد، كوفاء الدين، وكتقابض العوضين في عقد المعاوضة من بيع ونحوه، واما تنفيذا حكميا، أي اعتباريا، وذلك بحصول ما يقوم مقام التنفيذ شرعا، كما في التقاص، واتحاد الذمة .[351]

الا ان حكم عقد التخارج لا ينفذ ولا يصح الا في التركة الموجودة وقت عقد التخارج، اما في أي تركه كانت غير معلومة فان عقد التخارج لا يفيد حكما، فمثلا لو كان المتخارج يعلم بوجود قطعتي ارض لمورثه ولا يعلم غيرها وتخارج عنا كامل حصصه وحقوقه الارثية في هذه التركة، وبعد اتمام العقد ظهر تركه جديده للمورث لم يكن يعلم المتخارج له وقت العقد، فان عقد التخارج لا يفيد حكما بخصوص هذه التركة الجديدة ولا يرتب أي اثر ولا يشملها العقد.

وجاء في شرح المجلة لعلي حيدر : (اذا ظهر بعد عقد الصلح بطريق التخارج اموال من الاعيان او ديون في ذمم الناس وكان ذلك غير معلوم وقت الصلح فلا تدخل هذه الاعيان والذمم في الصلح عند

[350] - د. امجد محمد منصور ، مصادر الالتزام . المرجع السابق ص 199.
[351] - مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار الارقم دمشق، ط 2 ،ج1 ، سنه 2012، ص 602.
التقاص ، او المقاصه ان يثبت للمدين على الدائن نظير ما للدائن عليه فتمتنع المطالبه بينهما قضاء لعدم فائدتها .
اما اتحاد الذمه فهو اجتماع صفتي مدين ودائن في شخص واحد بدين واحد ، كما لو مات الدائن وكان المدين هو الوارث له .

بعض الفقهاء، والاشهر هو هذا، وهو المعتمد والاصح، ويدخل ذلك في الصلح عند بعضهم الاخر).[352]

وكذلك اذا كانت التركة مدينه فان عقد التخارج لا يفيد حكما، فالصلح بطريق التخارج لا يجوز وغير صحيح اذا كانت التركة مدينه، لان الدين ولو كان يسيرا يمنع التصرف في التركة، حيث لا تركه قبل سداد الديون .

جاء في شرح المجلة لعلي حيدر، : (اذا كانت التركة مدينه فالصلح بطريق التخارج غير صحيح، لان الدين ولو كان قليلا يمنع جواز التصرف في التركة),[353] الا انه وفي عقد التخارج يمكن تصويب هذا الامر بطريق الابراء على ان يتم الصلح في اعيان التركة من غير الديون فلا يفسد الصلح، فاذا ظهر دين على التركة يقسم على الورثة بنسبه كل واحد منهم بقدار حصصه من التركة .

وبمجرد تنظيم عقد التخارج لدى المحاكم الشرعية تنتقل ملكيه الحصص الارثيه المتخارج بها من التركة للمتخارج له، الا انه لا يستطيع المتخارج له التصرف بهذه الحصص الا بعد اجراء معامله الانتقال في دائرة تسجيل الاراضي، اذا كانت الحصه عقارا، والى دائرة الترخيص اذا كانت سيارة او او منقول يعامل معامله العقار بخصوص التسجيل ونقل الملكية مثل الطائرات والقطارات والبواخر, حيث الاثر المباشر لعقد التخارج هو نقل ملكيه الحصص الارثية المتخارج عنها هو من العقود الناقلة للملكية بطبعه ، فجاء في المادة (540) من القانون المدني الاردني : (ينقل عقد المخارجة حصه البائع الارثية ويحل محل البائع في استحقاق نصيبه من التركة.).

الا ان الراجح في مذهب الامام ابو حنيفة لا يجوز التخارج في التركة المستغرقة او المحملة بالديون، فنص القانون المدني الاردني لا يسري على عقد التخارج في فلسطين، بالنص الاردني حمل المتخارج له التزامات التركة من ديون بمقدار نصيب المتخارج له ووهذا غير صحيح في الراجح في المذهب الحنفي الواجب التطبيق على عقد التخارج في فلسطين، حيث ان المخارجة لا تشمل الا المال الموجود عند المخارجة .

[352] - علي حيدر , درر الحكام , المرجع السابق ، ج4 ، ص 45. ونصت المادة 540 من القانون المدني الاردني فقرة 2 : (لا يشمل عقد المخارجة على مال يظهر للميت بعد العقد ولم يكن المتخارجان على علم به وقت العقد .).

[353] - ن علي حيدر , درر الحكام , مرجع سابق , صج4, ص 45.

فهنا القيد على التصرف لا انتقال ملكيه الحصص، فملكيه الحصص الارثية تنتقل الى المتخارج له بمجرد تمام العقد، الا ان المتخارج له لا يجوز له التصرف بهذه الحصص قبل اجراء عمليه التسجيل لد دائرة التسجيل المختصة .

الا اننا في فلسطين يجب التفريق اذا تعلق التخارج بعقارات اموال غير منقولة، فيما اذا كانت العقارات تمت فيها التسوية ام لا .

فان ملكية العقارات والاراضي لا تنتقل الا بالعقد المستوفي لكافه اركانه وشروطه واهم ركن فيه هو التسجيل، بحيث ان أي تصرف على اراض تمت فيها التسوية خارج دائرة التسجيل يكون باطلا .[354]

مع العلم بان التسجيل وحده لا يكفي ليكون عقدا صحيحا ناقلا للمكية، بل يجب توافر اركان عقد البيع وشروطه من محل وسبب وتراضي .

وعقد التخارج هو عقد ناقل للملكية، وبالرجوع لنص المادة (16) فقرة (3) من قانون تسوية الاراضي والمياه رقم 40 لسنه 1952 المعمول به في فلسطين (الضفة الغربية) ينص صراحه بطلان كل عقد ينظم خارج دائرة التسوية فنصت على :(في الأماكن التي تمت التسوية فيها، لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل.)، الا ان عقد التخارج هو عقد بيع من نوع خاص جعل القانون تنظيمه والجهة المختصة بتسجيله هو المحكمة الشرعية وفقا لنص المادة 2 فقرة 12 من قانون اصول المحاكمات الشرعية الاردني رقم 31 لسنه 1959، فقد جاء في احد قرارات محكمة التمييز الاردنية حقوق رقم 85/479 سنه 1986، والقرار رقم 91/787 سنه 1991: (ان ما جاء في قانون التسوية وقانون التصرف بالأموال غير المنقولة الذين حصرا اجراء جميع معاملات التصرف بدوائر تسجيل الاراضي تعتبر احكاما عامة في البيوع، بينما ان ما ورد في قانون اصول المحاكمات الشرعية يعتبر نصا خاصا انه يعالج نوعا من انواع البيوع هو المخارجة ..... ان دوائر تسجيل الاراضي لا تختص بتسجيل عقود المخارجة من الورثة بل تقتصر وظيفتها على تنفيذ هذه العقود، ان الجهة المختصة في تسجيلها هي المحاكم الشرعية، كما ان الملكية تنتقل بمقتضى حجج المخارجة التي تصدرها هذه المحاكم دون تسجيل، غير ان المتخارج له لا يستطيع التصرف بنقل ملكيه الحصه المتخارج له عنها الا بعد اجراء معاملة

[354] - مادة 16 فقرة 3 قانون تسويه والاراضي والمياه قانون رقم (40) لسنه 1952.

الانتقال في دوائر تسجيل الاراضي كما هو الحال في تصرف الوارث بالحصة الارثية تطبيقا لأحكام المادة 542 مدني اذ ان احكام هذه المادة تعتبر شرطا للتصرف وليس شرطا لانتقال الملكية للمتخارج له).

فان عقد التخارج والذي يكون المبيع عبارة عن عقارات واراضي تقع ضمن منطقه تمت فيها اعمال التسوية هو عقد ناقل للملكية بمجرد اتمام العقد، فتنتقل ملكيه الحصص الارثية المتخارج عن من ملك المتخارج الى ملك المتخارج له بمجرد انعقاد العقد وفقا للشكل الي رسمه القانون بتسجيل حجه التخارج لدى المحكمة الشرعية، وبما ان هذه العقارات تقع في منطقة التسوية فان المتخارج له لا يستطيع التصرف في الحصص المتخارج عنها الا بعد تسجيل واجراء انتقال ارثي بموجب حجه التخارج، بمعامله لدى دائرة تسجيل الاراضي، يتم بموجبها اخراج المتخارج من سند الملكية، ويحل محله المتخارج له بمقدار الحصص المتخارج عنها، فبعد اتمام هذه العملية يستطيع الوارث المتخارج له التصرف بهذه الحصص المتخارج عنها، الا ان انتقال الحصص الارثيه يكون بمجرد تنظيم عقد التخارج، وعمليه تنفيذ حجه التخارج لدى دائرة التسوية ما هي الا تصريح للمتخارج له بالتصرف بهذه الحصص بكل اوجه التصرف القانونية المشروعة .

وبالرجوع الى نص المادة (1148) من القانون المدني الاردني والتي نصت : (لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الاخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير الا بالتسجيل وفقا لأحكام القوانين الخاصة)، فيتبين لنا من خلال هذا النص ان الشكلية ليست شرطا لانعقاد عقد البيع، وانما شرطا لانتقال الملكية، وفي ذات الوقت ان تخلف هذه الشكلية يرتب البطلان على عقد البيع، الا ان اجراء العقد بدون هذه الشكلية يكون للمتضرر طلب التعويض سواء ذكر في العقد ام لم يذكر، فقد جاء في نص المادة (1149) من القانون المدني الاردني : (التعهد بنقل ملكيه عقار يقتصر على الالتزام بالضمان اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اكان التعويض قد اشترط في التعهد ام لم يشترط).

وبالرجوع الى المادة (16 فقرة 1 : في الاماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة في الارض او الماء صحيحا الا اذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل)، فيفهم من هذه المادة بان عقد البيع في مثل هذا النوع من الاموال غير المنقولة هو من العقود الشكلية، وبما ان عقد التخارج عقد ناقل للملكية بموجب قانون خاص، فان شرط التسجيل في دائرة التسوية هو اجراء لكي يتمكن المتخارج له من التصرف بهذه الحصص الارثيه .

اما اذا كان محل التخارج عبارة عن حصص ارثيه في عقارات واراضي في منطقة لم تتم فيها التسوية، فان ملكية هذه الحصص وحق التصرف بها ينتقل بمجرد اتمام وتنظيم عقد التخارج لدى المحكمة الشرعية، فهو عقد بيع منظم بموجب القانون، ولا ينطبق عليه ما جاء في المادة رقم (3) من قانون معدل لأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة حيث نصت : (تعتبر البيوع العادية الجارية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي الاميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق التي لم تعلن فيها التسوية او التي استثنيت منها نافذة اذا مر على تصرف المشتري تصرفا فعليا مدة عشر سنوات في الأراضي الاميرية وخمس عشرة سنه في العقارات المملوكة).

فاذا تعلق عقد التخارج بمحل عبارة عن عقار او ارض في منطقه لم تتم اعمال التسوية فيها، فلا حاجه لمرور مدة من الزمن لنفاذ العقد، فالعقد يكون نافذا بمجرد اتمام تنظيمه لدى المحاكم الشرعية، سواء اكانت الارض مملوكه، او نوع اميري، فبعد تنظيم حجه التخارج يكون المتخارج له مالك للحصص الارثية المتخارج عنها ويحق له التصرف بها بمجرد تمام عقد التخارج سواء لرقبه العقار او لحق البقاء والمنفعة والتصرف والقرار.

ولكن يثور التساؤل لو تم اجراء عقد تخارج تعلق بعقارات واراضي تقع ضمن اعمال التسوية الا انها لم تتم بعد، وهذا حال العديد من المناطق في فلسطين حيث اعلنت فيها اعمال التسوية وجاري العمل عليها الا انها لم تتم حتى الان فما حكم عقد التخارج اذا تعلق بمثل هذا النوع من الاراضي .

بالرجوع الى نص المادة (6) فقرة (2) من قانون تسوية الاراضي والمياه المذكور نصت على : (إخطاراً بأن أعمال التسوية تتناول جميع الأشخاص الذين لهم أي حق تصرف أو حق تملك أو حق منفعة في الأرض أو في الماء أو أية حقوق أخرى متعلقة بها سواء أكانت هذه الحقوق معترفاً بها أو منازعاً عليها)، فيفهم من هذه المادة بانه يحق لكل من يكون له حق في عقار يحق له التقدم بمستندات او ادعاء بهذا الحق بمجرد بدء اعمال التسوية، فيحق لهم التقدم بادعاءاتهم وذلك وفقا لنص المادة (7) من نفس القانون حيث نصت : (1- على جميع الأشخاص الذين يدعون بأي حق من الحقوق المذكورة في الفقرة (3) من المادة السابقة أن يقدموا ادعاءاتهم والوثائق المؤيدة لها إلى المدير أو الموظف المفوض من قبله بقول الادعاءات في الزمان والمكان اللذين يعينا لهذا الغرض ويحقق في هذه الادعاءات علانية على الأصول التي يقررها المدير).

فيرى الباحث ان عقد التخارج ويكون محله حصص ارثيه في عقارات ضمن مشروع تسوية غير منجزة يكون سند ناقل للملكية بمجرد تنظيمه لدى المحكمة الشرعية، ويحق له التصرف بكل اوجه التصرف

القانونية والمشروعة، دون توقف نفاذه على مرور أي مدد زمنيه وفقا لقانون المعدل لأحكام المتعلق بالأموال غير المنقولة، وانما يكون سند او عقد التخارج المسمى حجه تخارج عبارة عن سند ملكيه بهذه الحصص الارثية يصلح ان يكون سببا للادعاء بملكيتها لدى دائرة تسجيل الاراضي والتسوية.

اما في حال كان محل عقد التخارج من الاموال المنقولة والتي بحاجه الى تسجيل، مثل ان يكون محل التخارج عبارة عن حصص ارثيه في سيارات او باخره او قطار مما هو بحاجه الى تسجيل، فهذا النوع من المنقولات لا تنتقل ملكيتها بشكل عام الا بعد التسجيل في الدوائر المختصة، مع وجود عقد مستكمل للرضا والمحل والسبب، لكن ماذا لو تم تخارج وارث لوارث بحصص ارثية في مثل هذا النوع من المنقولات .

فيرى الباحث بان ما يسرى على الاموال غير المنقولة في المناطق التي تمت فيها التسوية هو نفس الحكم بالنسبة لمثل هذا النوع من المنقولات، فملكيه الحصص الارثيه المتخارج عنها في هذه المنقولات تنتقل الى المتخارج له بمجرد العقد، الا ان المتخارج لا لا يستطيع التصرف في هذه الحصص المتخارج عنها الا بعد تنفيذ حجه التخارج لدى دائرة التسجيل المختصة ويكون قد انقضى التخارج .

الخلاصه في هذا الموضوع فبمجرد تنظيم التخارج في المحكمة الشرعية بطريقه صحيحه وفقا للشكل الذي رسمه القانون، تنتقل ملكيه الحصص الارثية المتخارج عنها الى المتخارج له، الا انه لا يستطيع المتخارج له التصرف بنقل ملكيه حصته المتخارج له عنها الا بعد اجراء معامله انتقال الارث في دوائر التسوية والاراضي، اذا كانت الحصه في عقار، او في دائرة السير وتسجيل المركبات كانت في سيارة او مركبه، او في أي دائرة وفقا للقانون مثل اذا كانت الحصه في باخره او مركب او قطار او اسهم في شركه او اسهم في بورصة، فمجالاتها كثيرة ومتعددة .

الفرع الخامس: اثر التقادم على عقد التخارج

الاصل ان الحق لا يسقط بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر لها بعد انقضاء خمسة عشر سنه بالتقويم الهجري، وفقا لنص المادة (1666) من مجله الاحكام العدلية، فلا تسمع دعوى ابطال عقد التخارج او فسخه او المطالبة بقيمه البدل او تعديله بعد مرور خمسه عشر سنه هجريه على تنظيم العقد

وجاء في المادة (449) من القانون المدني الاردني :

(لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة) .

وجاء في القرار رقم 2015/152 الصادر عن المحكمة العليا الشرعية المنعقدة في رام الله مؤقتا بتاريخ 2015/8/5 : (وحيث ان التخارج هو عقد معاوضة تسري عليه احكام عقود المعاوضة فان مدة التقادم لإقامة دعوى ابطاله تخضع للمبادئ العامة لمرور الزمن هي مدة 15 عاما، عملا بأحكام مجلة الاحكام العدلية الساري العمل بها في فلسطين، فيما يتعلق بالعقود وغيره .).

وهنا يجب التفريق بين المدة المانعة لسماع الدعوى بمرور الزمن وبين حجه عقد التخارج كسند رسمي هل يسري عليه التقادم ام لا ؟

يرى الباحث بان حجه التخارج هي تعديل للمسالة الارثية بين الورثة حيث يتم فيه اخراج بعض الورثة وحلول اخرين محلهم، بإخراج بعضهم من المسالة الشرعية وهذا لا يخضع للتقادم فتبقى الحجه مرعيه ومعتبرة وغير خاضعه لمرور الزمن، فتبقى حجه التخارج سند رسميا لما نظم من اجله من حيث التاريخ والتوقيع ولا يسري عليه التقادم، اما بخصوص أي طعن او دعوى على هذه الحجه فهو خاضع للقواعد العامة لمرور الزمن وفقا للمجلة .

وان القول بان حجه التخارج خاضعه لمرور الزمن مناف للمنطق السليم، فما عقد التخارج الا حجه حصر ارث مجدده، فحجه حصر الارث تحصر الورثة وسهام كل منهم فهي سند يتعلق بالإرث ولا يسرى عليها التقادم، فاذا تم ابرام عقد تخارج بين الورثة يخرج بعضهم من الوراثة لصالح اخر، فتكون حجه حصر الارث بحكم الملغاة، ويكون عقد التخارج ذاته حجه حصر ارث جديده تبين الورثة وسهام كل واحد منهم .[355]

---

[355] - ***قرار محكمه التمييز الاتحادية العراقية ، العدد 291 هـ ا ج 2009 تاريخ 2009/12/29 جاء فيه : (دون ملاحظه ان صدور حجه التخارج يعني تعديل المسالة الارثية بموافقة الورثه واخراج بعضهم من القسام الشرعي وهذا لا يخضع للتقادم اذ ان القسامات الشرعية و تتضمنه من توزيع حصص الورثه تظل مرعية و معتبرة). فقد نصت المادة(241) من القانون المدني الاردني : (اذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لاحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه الا بالتراضي او بالتقاضي او بمقتضى نص في القانون.).***
وجاء في المادة (163) من المجلة (رفع عقد البيع وازالته).

المبحث الثاني: انحلال عقد التخارج والتطبيقات القضائية .

وقد تناول هذا المبحث في مطلبين المطلب الاول انحلال عقد التخارج وزوال الرابطه التعاقدية، والمطلب الثاني الاجراءات والتطبيقات القضائية القاضائية بخصوص عقد التخارج .

المطلب الاول: انحلال عقد التخارج وزوال الرابطة التعاقدية واحكام الضمان.

القاعدة العامة في الفقه الاسلامي هي عدم جواز استقلال احد المتعاقدين بإنهاء العقد او تعديله او بفسخه ان انعقد صحيحا لازما .

وللمتعاقدين ان يتفقا على ان يقيل كل منهما الاخر من العقد .[356]

على انه يخرج من حكم هذا النص العقد الباطل، اذا ان البطلان لا يرتب ايه اثار قانونيه، فلا يترتب على البطلان الفسخ او الرجوع في العقد ولا اقالته، لان هذه الاثار لا تترتب الا على عقد قائم، ولا يقوم العقد الا اذا كان صحيحا ،كما يخرج من حكم هذا النص العقد غير النافذ الموقوف على اجازه من له حق الإجازة، فان اجازه نفذ والا كان باطلا .[357]

وسنقسم هذا المطلب الى عده فروع وذلك وفقا للانحلال طبقا لطبيعة عقد التخارج من حيث الصحة والبطلان والفساد وعدم اللزوم .

الفرع الاول: انحلال عقد التخارج بالتقايل.

وتفاسخ عقد البيع يحدث بان يتفق المتعاقدان (البائع والمشتري) بعد ابرام عقد البيع وقبل انقضائه على الغاء ذلك العقد، ويطلق على هذا التصرف القانوني التفاسخ او التقايل، والتفاسخ يكون بإيجاب من احد المتعاقدين وقبول من الاخر، وهو كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين، وليس للتفاسخ اثر رجعي فيعتبر عقد البيع السابق ابرامه بينهما كان لم يكن ،الا ان هذا الاتفاق لا يمس حقوق الغير التي تكون قد ترتبت له نتيجة تصرف من انتقلت اليه ملكيه العين بعقد البيع الذي حصل التفاسخ والتقايل فيه وتعود العين الى مالكها محمله ومثقله بهذه الحقوق .[358]

---

[356] - د مصطفى الجمال ، القانون المدني في ثوبه الاسلامي ، مصادر الالتزام ، الفتح للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، ط1، ، 469.

[357] - د . علي ابو ماريه مصادر الالتزام ,المرجع السابق ، ص 154.

[358] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، طبعه بيروت . ج1 ، ص 944.

والتقايل هو حل الرابطة التعاقدية فيما بينهما على اساس ان الإرادة التي انشات العقد قادرة على وضع حد له وانهائه، فاذا اتفق الفريقان في العقد على انهاء العلاقة التعاقدية في ما بينهما، كان لهما ذلك، وما عليهما الا وضع اتفاق ينظم كيفيه ذلك لأنهاء سواء كان ذلك الاتفاق صريحا او ضمنيا .[359]

ويعرف التقايل بانه اتفاق المتعاقدين على الغاء العقد، فهو عقد جديد يتم بإيجاب وقبول ويقصد به الغاء العقد الذي ابرم بين الطرفين، وقد يتم الالغاء صراحة او ضمنا .[360]

والاصل انه ليس للتقايل اثر رجعي، وفي هذه الحالة تنصرف اثاره الى وقت ابرام العقد الاصلي فيعتبر كان ام بكن، ولكن ذلك لا يؤثر في حقوق الغير التي كسبها قبل التقايل ،فاذا كنا مثلا بصدد عقد بيع عقار، فان التقايل لا يؤثر في حق الدائن المرتهن للعقار من المشتري .[361]

وبما ان الإقالة تتم برضاء الطرفين المتعاقدين فلا بد ان يتوافر فيها اركان الانعقاد من تراضي ومحل وسبب، فتعتبر الإقالة بمثابه عقد جديد بين طرفي العقد المراد اقالته .

ونصت المادة (90) من مجله الاحكام العدلية : (للعاقدين ان يتقايلا البيع برضاهما بعد انعقاده).

ونصت المادة : (172 /2) من مشروع القانون المدني الفلسطيني : (تخضع الإقالة للشروط العامة للعقد).

ولكي تكون الإقالة صحيحه في عقد التخارج يجب توافر عدة شروط عدة شروط:-

1- ان يكون عقد التخارج عقدا صحيحا لازما نافذا .

2- التراضي، فالإقالة عقد ولا بد من توافر ركن التراضى الصحيح بتلاقي الايجاب مع القبول من طرفي عقد التخارج لإقالة العقد وذلك بنفس لركن التراضي لانعقاد عقد التخارج .

وقد نصت المادة 317 من قانون الاحوال الشخصية الاردني مؤقت رقم (36) لسنه 2010 الغير الساري وغير المعمول به في فلسطين على : (التخارج يقبل الإقالة بالتراض)، ولا مثيل لهذا النص في قانون الاحوال الشخصية الأردنية رقم (60) لسنه 1976 المعمول به في فلسطين (الضفة الغربية)، لذا نرجع بخصوص اقاله عقد التخارج للقواعد العامة لنظريه عقد البيع المنصوص عليها في مجله الاحكام العدلية .

---

[359] - د. عثمان التكروري و د. احمد طالب السويطي ، مصادر الالتزام , المرجع السابق ص 354.

[360] - د . عبد الرشيد مأمون ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد الايجار ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، القاهرة و سنه 2005 ، ص 253.

[361] - د . جلال علي العدوي ، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية ، مصادر الالتزام ، مطابع البيان التجارية ، ج1، سنه 1991، ص 263.

3- اتحاد مجلس العقد،[362] فهنا نعتبر الإقالة كغيرها من العقود يشترط لانعقاده اتحاد المجلس سواء حقيقتا او حكما .

4- ان يكون المعقود عليه ما زال قائما لم يهلك او يستهلك، فلا بد من ان يكون المحل لا زال قائما موجودا وقت الاقالة فلا تصح الإقالة اذا كان المحل غير موجودا.[363]

الا انه تجوز الإقالة في اذا كان الهلاك جزئيا فيما تبقى من المبيع فقد نصت المادة 195 من المجلة: (لو كان بعض المبيع قد تلف صحت الإقالة في الباقي مثلا لو باع ارضه التي يملكها مع الزرع وبعد ان حصد المشتري الزرع تقايلا البيع صحت الإقالة في حق الارض بقد حصتها من الثمن المسمى).

5- ان يكون المعقود عليه من الاشياء التي تقبل الفسخ، فهناك امور تمنع رد المبيع اذا كان البيع فاسدا، او كان في المبيع زيادة متصلة به غير متولده عنه، او زيادة منفصله متولده عنه فكلها امور تمنع الرد، وفي حال الهلاك الكلي والتي لا يمكن اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل العقد الاصلي .

اما بخصوص هلا الثمن فقد نصت المادة (196) من المجلة : (هلاك الثمن أي تلفه لا يكون مانعا من صحه الإقالة).

فاذا لم يكن الثمن من الاعيان، فلا يشترط وجوده وقت الإقالة لأنه قابل للوجود ان كان من النقود.[364]

6- استيفاء الشكلية المطلوبة في العقد الاصلي، اذا كان العقد من العقود التي يفرض القانون شكلا معينا لافراغ الإرادة، فيجب توافر ركن الشكل.

ولا تجوز الإقالة في عقد التخارج في عدة حالات ولو توفرت جميع الشروط السابقة : -

1- اذا كان بيع الوصي للمال بأكثر من قيمته او كان شراؤه باقل فالإقالة في هذا الموضع غير صحيحه .[365]

فاذا كان المتخارج له صبي غير مميز بواسطه الوصي بعد اذن المحكمة وكان بدل التخارج اقل من قيمه الحصص المخارج بها، فهنا حفاظا على مصلحه الصغير لا تجوز الإقالة ففيها مساسا بالذمة المالية للصغير.

---

[362] - 1- نصت المادة 193 من المجلة (يلزم اتحاد المجلس في الإقالة كالبيع يعني انه يلزم ان يوجد القبول في مجلس الايجاب، اما اذا قال احد العاقدين : اقلت البيع وقبل ان يقبل الاخر انفض المجلس او صدر من احدهما فعل او قول يدل على الاعراض ثم قبل الاخر لا يعتبر قبولا ولا يفيد شينا حينئذ).

[363] - فقد نصت المادة 194 من المجلة : (يلزم ان يكون المبيع قائما وموجودا في يد المشتري وقت الإقالة فلو كان المبيع قد تلف لا تصح الإقالة).

[364] - د. علي ابو ماريه مصادر الالتزام , المرجع السابق ، ص156.

[365] د. علي حيدر , درر الحكام , المرجع السابق ، ج1 ، ص 154-155.

واذا كان الصبي متخارجا وكان البدل الذي تلقاه من المتخارج له اكبر من قيمه الحصص الارثية التي تخارج عنها فلا تصح الإقالة ايضا.

وذلك وفقا للقاعدة الشرعي وما نصت عليه المادة (58) من المجلة : (التصرف على الرغبة منوط بالمصلحة).

فلا يعتبر أي تصرف يقوم به الوصي لا مصلحه قائمه للصغير فيه فعلى ذلك لا مصلحه في الإقالة لعقد التخارج اذا كان وفقا لما ذكر لان فيه مضرة للصغير .

2- الصبي المأذون لا تصح اقالته للبيع فيما اذا لم يكن له فيها فائدة.[366]فليس للصبي المأذون اقاله ما اشتراه باقل من القيمة وما باعه بأكثر منها.[367]

3- ليس للوكيل بالشراء ان يقيل البيع بدون اذن الموكل، لان الوكيل بالشراء اذا اشترى المال الذي امر بشرائه تكون وكالته قد انقضت .[368]

فقد نصت المادة (1493) من المجلة : (ليس للوكيل بالشراء ان يقيل البيع بدون اذن الموكل).

فاذا كان المتخارج له قد وكلا شخصا لقبول التخارج عنه فلا يصح للوكيل اقاله عقد التخارج لان وكالته قد انقضت بإتمام الغرض الذي نظمت من اجله وهو قبول التخارج، فقد نصت المادة (1526) من المجلة : (تنتهي الوكالة بختام الموكل به وينعزل الوكيل من الوكالة بطبيعته).

الاثر والتكيف القانوني للإقالة:-

الإقالة كقاعدة عامه تعتبر عقدا جديدا ويشترط فيها ما يشترط في سائر العقود، وقد استندت المجلة .

والقانون المدني الاردني الى الراجح من المذهب الحنفي .[369]

فقد جاء في شرح المجلة لعلي حيدر: (عند الامام وهو فسخ موجبات العقد في حق المتعاقدين وموجبات العقد هي ما يثبت بنفس العقد بغير حاجه الى شرط وذلك كتعيين الثمن جنسا وقدرا ووصفا وتعيين المبيع فعلى هذا تقايل المتبايعان البيع بعد قبض ثمن المبيع فيجب رد مثل الثمن او مقداره الذي اتفق عليه حين العقد).

---

[366] - نفسه ج1، ص 155.
[367] - نفسه ج3 ص 554.
[368] - نفسه ج3 ، ص 554
[369] - امين دواس و محمود دودين عقد البيع في مجله الاحكام العدليه , مرجع سابق ، ص405.

هذا ما تبناه مشروع القانون المدني الفلسطيني، [370] فقد نصت المادة (169) من : (الإقالة في حق المتعاقدين فسخ، وفي حق الغير عقد جديد.).

كذلك نصت المادة 243 من القانون المدني الاردني : (الإقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقدا جديدا).

ويقول مصطفى الزرقا من منظور الفقه الاسلامي بخصوص الإقالة : (فتعتبر بالنسبة الى العاقدين المتقابلين فسخا محضا ينحل به العقد المقال، ويرجع العاقدين الى حالتهما الاولى قبل العقد).

وتعتبر بالنسبة الى الغير (الشخص الثالث) كعقد جديد صيانه لحقوقه المكتسبة من تأمر العاقدين على هدمها بالإقالة.)

ففيما يتعلق بالعلاقة بين المتعاقدين تعتبر الإقالة فسخا للعقد أي ازاله كافه اثاره باثر رجعي وكأن عقدا لم ينعقد، وفيما يتعلق بالغير فقد اعتبر المشرع الإقالة عقدا جديدا، معنى ذلا الا تؤثر الإقالة على الحقوق التي كسبها الغير بمقتضى العقد محل التقايل وذلك حماية لهذا الغير من التصرفات التي يقوم بها احد المتعاقدين بعد ابرامهما العقد وقبل حدوث الإقالة[371] .

ويترتب على هذا التكييف بانحلال العقد وزوال كافه الالتزامات التي انشاها العقد سواء قد بدأ تنفيذ العقد او لم يبدأ، وعليه فلا بد لصحه الإقالة عودة الحال الى ما كان عليه العاقدين قبل العقد، فقد نصت المادة : (168)من مشروع القانون المدني الفلسطيني : (يشترط لصحه الإقالة، امكان عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد)..

وقضت محكمه النقض المصرية في الطعن رقم 472 لسنه 34ق جلسه 1969/1/2 – س 20 ص7: (لئن كان الاصل في العقود ان تكون لازمه بمعنى عدم امكانيه انفراد احد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الاخر، الا انه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على رفع العقد والتقايل منه وأيا كان الراي في طبيعة هذا اتفاق وهل يعد تفاسخا او ابراما لعقد جديد، فانه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين وقبول يصح بإيجاب وقبول ضمنيين بعدم تنفيذ العقد، وبحسب محكمه الموضوع اذا هي قالت بالتقايل الضمني ان تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن ارادتي طرفي العقد وان تبين كيف تلاقت هاتان الارادتان على حل العقد).

---

[370] - د. عثمان التكروري و د. احمد طالب السويطي , مصادر الالتزام , المرجع السابق ص 358.

[371] د. امجد محمود منصور ، مصادر الالتزام , المرجع السابق ، ص 201.

الفرع الثاني : فسخ عقد التخارج.

اذا كان العقد ملزما لجانبين كالبيع والاجارة والصلح وسائر عقود المعاوضات، ونكل احد عاقديه او تخلف عن تنفيذ التزامه الذي اوجبه عليه العقد، كما لو امتنع او تخلف البائع عن تسليم المبيع، او تخلف المشتري عن تسليم الثمن في حينه، فان معظم فقهاء الشريعة الاسلامية في المذهب الحنفي وغيره لا يعطون العاقد غير المتخلف حقا في فسخ العقد ما دام يمكن اجبار المتخلف على تنفيذ التزامه عينا بقوة القضاء، لان مهمه القاضي هي ايصال ذوي الحقوق الى حقوقهم فلا موجب للفسخ.[372]

ويقصد بالفسخ الجزاء الذي يترتب على اخلال احد المتعاقدين بالتزامه فهو حق للمتعاقدين بمناسبه عقد ملزم لجانبين، ان يطلب حل الرابطة التعاقدية، اذا لم يوف المتعاقد الاخر بما اوجبه عليه العقد، وبالتالي يتحلل هو الاخر من التزامه المقابل.[373]

فقد نصت المادة (1/170) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على : (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذار المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى.).

وطبقا للقواعد العامة يلجأ الدائن الى التنفيذ العيني للالتزام او التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض، وله ان يلجأ الى الفسخ اذا لم يرى ذلك محققا لمصلحته، وعليه فان الفسخ وسيله من وسائل انفكاك الرابطة التعاقدية بسبب اخلال احد المتعاقدين بالتزاماته وتخلفه عن تنفيذها، فهو ضمان بالنسبة للدائن وجزاء للمدين على عدم التنفيذ.

وجاء في المادة (246) من القانون المدني الاردني : (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او فسخه، ويجوز للمحكمة ان تلزم المدين بالتنفيذ الحال او تنظره الى اجل مسمى ولها ان تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال ان كان له مقتضى .)

---

[372] - مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار الارقم دمشق، ط 2 ،ج1 ، سنه 2012، ص 599.

[373] - د. امجد محمد منصور ، مصادر الالتزام مرجع السابق ، ص 203.

وعرفت المادة 157 /1 من القانون المدني المصري الفسخ : (في العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذار المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه، مع التعويض في الحالتين كان له مقتضى).

ولا يكون الفسخ الا في الرابطة العقدية الصحيحة الملزمة لجانبين، وللفسخ طريقان هما، الفسخ بمقتضى حكم قضائي (الفسخ القضائي)، الفسخ بموجب اتفاق (الفسخ الاتفاقي) .

اولا : الفسخ القضائي لعقد التخارج .

لقد اعطت القوانين العاقد غير المتخلف عن الالتزام الحق بالتنفيذ العيني الجبري او طلب التعويض او بفسخ العقد عن طريق القضاء فهو بالخيار، فان شاء طلب من القاضي الاجبار على التنفيذ، وان شاء طلب فسخ العقد والتحلل من التزامه، ورد ما نفذه منها مع طلب تعويض الضرر الذي لحقه من جراء ذلك.

وحجه علماء القانون في ذلك ان تنفيذ الالتزامات العقديه تختلف فيه مصالح العاقدين وبحسب الوقت، فقد تفوت مصلحه العاقد في التنفيذ العيني المتأخر عن وقته، وبسبب تخلف العاقد الاخر او امتناعه عن التنفيذ في حينه فيجب ان يسوغ لرفيقه المتعاقد معه حق التحلل من الرابطة العقدية اذا وجد مصلحته في ذلك ،ويتضمن ذلك معنى الجزاء بالنسبة للطرف المتخلف .[374]

ويلزم للمطالبة بفسخ العقد عدة شروط :

1- ان يكون العقد ملزم لجانبين .

2- تخلف احد اطراف العقد عن تنفيذ التزامه .

3- طالب الفسخ الطرف الذي لم يخل بالتزامه مع امكانيه اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد.

ونظرا لطبيعة عقد التخارج فان جميع الشروط السابقة تنطبق عليه لذا فمن المنطقي جواز فسخ العقد قضائيا في حال تخلف احد العاقدين المتخارج او المتخارج له عن تنفيذ التزامه :

اولا : فعقد التخارج من العقود الملزمة لجانبين وفيها مجال خصب لأعمال الفسخ، ففي عقد التخارج التزامات متبادلة بين اطرافه بتسليم الحصص المتخارج عنها وبتسليم بدل التخارج، من ثم اذا لم يقم

[374] - مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ,المرجع السابق ج1 ، ص 599.

احد من طرفي العقد بتنفيذ التزامه، كان للعاقد الاخر ان يطلب الفسخ كي يتحلل هو الاخر من التزامه، وهذا يحقق العدالة بين طرفي عقد التخارج .

وحيث ان عقد التخارج يقوم على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، بالتزام يقع على عاتق المتخارج بنقل ملكيه الحصص الارثية المتخارج عنها، والتزام يقع على عاتق المتخارج له بدفع بدل التخارج او الثمن، ففي حال لم يقم احد اطراف التخارج بتنفيذ التزامه وقام الطرف الاخر بإعذاره اما بطلب التنفيذ العيني فاذا تعذر ذلك جاز للطرف الاخر طلب الفسخ وارجاع الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد .

وفي ذلك يقول جانب من الفقه بأن "الفسخ يقوم على اعتبار أساسي، وهو فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، وهذا الارتباط لا يكون الا في العقود الملزمة للجانبين، حيث يكون كل متعاقد ملتزما بأداء التزام معين يقابل التزام المتعاقد الاخر، فتكون له مصلحة في طلب الفسخ ليتحلل هو الاخر من التزامه، بعكس العقود الملزمة لجانب واحد التي لا يقوم فيها هذا الاعتبار".[375]

ثانيا :- في عقد التخارج وحسب الراجح في الفقه الحنفي وما استقرت عليه القوانين العربية فهو بيع وارث لوارث بطريق الصلح، والاصل في الفسخ هو جزاء على اخلال الطرف الاخر بالتزامه، فحتى يتوفر الحق للفسخ للطرف الملتزم في عقد التخارج اتجاه الطرف المخل بالتزامه، يجب ان يثبت هذا التخلف وان يصر عليه الطرف المتخلف بعد الاعذار، ففي حال اعذر الطرف المتخلف في عقد التخارج سواء متخارجا او متخارج له وبعد الاعذار نفذ مضمونه وقام بالتزامه على اكمل وجه، فلا مجال لطلب الفسخ القضائي، ولكن في حال اصرار الطرف المخل بعد الاعذار فيجوز للطرف الملتزم اللجوء الى القضاء، ولا يشترط توفر الضرر في هذه الحالة لطلب الفسخ القضائي لأنه جاء بنص القانون وفقا لنص المادة 246 مدني اردني ووالمادة 170 /1 مشروع القانون المدني الفلسطيني .

الا ان عدم تنفيذ احد اطراف العقد لالتزامه في عقد التخارج يجب ان يكون من خطا الطرف المتخلف أي انه كان بإمكانه تنفيذ الالتزام ومع ذلك لم يقم به، وبالتالي فان كان عدم تنفيذ الالتزام السبب الاجنبي مثل القوه القاهرة، او الحادث الفجائي، او خطأ المضرور او فعل الغير) فان الالتزام ينفسخ بقوة القانون .

---

[375] - د. نزيه محمد الصادق المهدي : التظريه العامه للالتزام ، مصادر الالتزام ، مع احدث التطبيقات المعاصرة في نظرية الالتزام المؤسسة الفنية للطباعه والنشر ، سنه 2007 ، ج1، ص 296.

والفسخ هو انحلال العقد نتيجة لعدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه، وعلى ذلك اعتبر الفسخ هو انحلال للعقد – كما يرى البعض ذلك– وليس طريقا من طرق انقضاء الالتزام، فقد ينقضي الالتزام بالوفاء به، ومع ذلك يضل العقد قائما كحقيقة قانونية يستند اليها أحد الطرفين للدفاع عن الحقوق التي رتبها العقد. [376]

والفسخ يكون عند تخلف تنفيذ الالتزام بسبب تقصير المدين، سواء ظل التنفيذ العيني ممكنا ولكن امتنع عنه المدين، أو أصبح مستحيلا بسبب خطأ منه، ففي هذه الحالة الأخيرة لا ينفسخ العقد من تلقاء نفسه، بل يظل قائما بحكم المسؤولية العقدية ويكون للدائن أن يطلب على أساسها، اما فسخ العقد جزاء اخلال المدين بالتزامه، واما بالتنفيذ بطريق التعويض على أساس المسؤولية العقدية.[377]

اما اذا كان راجعا الى استعمال حق مشروع له، كحقه في الدفع بعدم التنفيذ أو الحبس، فلا يتحقق موجب قيام حق الطرف الاخر في ايقاع الفسخ.[378]

وكذلك اذا كان عدم التنفيذ راجعا الى صيرورة هذا التنفيذ مستحيلا بسبب اجنبي لا يد له فيه انفسخ العقد بقوة القانون وانقضى الالتزام المقابل ولم يعد هناك محل لايقاع الفسخ، وهو ما يسمى بالانفساخ.[379]

فاذا كان تخلف احد اطراف عقد التخارج عن تنفيذ التزامه لسبب مشروع، لا يجوز ان يتخذ الطرف الاخر هذا التخلف سببا لفسخ العقد، كان يتخارج المتخارج عن حصص ارثيه في عقار محجوز عليه من قبل مصلحه الضرائب، فيتأخر المتخارج من نقل ملكيه هذه الحصص الارثية المتخارج عنها لحين فك الحجز او اجراء تسوية مع مصلحه الضرائب .

كما لا يجوز لاحد طرفي التخارج ان يتخذ سبب عدم تنفيذ الالتزام من العاقد الاخر لسبب اجنبي لا يد للمتخلف عن التنفيذ فيه، مثل ان يتأخر المتخارج له عن دفع قيمه بدل التخارج بسبب مصادرة قوات الاحتلال لأمواله التي في البنك .

---

[376] - د . محمد ابراهيم دسوقي ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، سنه 1981 و ص 239 .
[377] - . محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، نادي القضاة ، سنه 1984 ، ص 455.
[378] - د.عبد الرشيد مأمون، الوجيز في العقود المسماة، مرجع سابق، ص256،257.
[379] - نزيه محمد الصادق المهدي . االنظرية العامه للالتزام ، مرجع سابق ص 296 .

ففي كلتا الحالتين لا تقصير من قبل المتخلف من احد طرفا العقد، فلا يكون هذا التخلف سببا بفسخ العقد .

ثالثا : ويشترط في عقد التخارج ان يكون طالب الفسخ هو الطرف القادر على تنفيذ التزامه سواء المتخارج او المتخارج له، فطالب الفسخ في عقد التخارج يجب ان يكون بداهة قد نفذ التزامه فاذا كان متخارج فيكون قد سلم الحصص الارثية المتخارج عنه محل الالتزام الذي يخصه في العقد، واذا كان متخارجا له يكون قد سلم بدل ثمن الحصص الارثية للمتخارج محل الالتزام الذي يخصه في عقد التخارج .

ولما كان فسخ عقد التخارج يضفي بصفه حتميه هي اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، اخراج الحصص الارثية من ذمة المتخارج الى ذمه المتخارج له، أي باعتبار العقد كان لم ينعقد، ولذلك فطالب الفسخ في عقد التخارج يجب ان يكون قادرا الى اعادة الحال الى ما كان عليه قبل العقد، أي يجب توافر شروط الرد في عقد التخارج المذكورة سابقا ووعدم تعلق حق الغير بالمبيع.

يجب ان يكون المتعاقد طالب الفسخ قادرا على ان يعيد الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد، فمثلا لو كان قد تسلم الشيء بمقتضى العقد وقام ببيعه الى الغير او انه قد استهلكه فلا يجوز له حينئذ طلب الفسخ .[380]

ويضيف بعض الفقهاء اشتراط ان يكون الدائن قادر على اعادة الحال الى ما كانت عليه أي قادر على رد ما اخذ، فان كان قد تصرف فيما اخذه بموجب العقد على نحو يستحيل معه عليه رده امتنع عليه طلب الفسخ .[381]

ويتحقق ذلك بأن يكون قد نفذه فعلا أو مستعدا للقيام بتنفيذه لأن طالب الفسخ اذا لم يكن قد نفذ التزامه أو على الأقل مستعدا لتنفيذ التزامه، فانه يكون في حكم الواقع مقصرا، ومن ثم لا يكون له أن يطلب توقيع جزاء هو أحرى به أن يوقع عليه.[382]

سلطة القاضي في طلب الفسخ :-

[380] - ، نزيه محمد الصادق المهدي . االنظرية العامه للالتزام ، مرجع سابق ص 296 .
[381] - د ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الالتزامات ، دار احياء التراث العربي ، بدون تاريخ بند 591.
[382] - د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد- الكتاب الأول- مصادر الالتزام- مطبعة مصر، سنة 1954، ص342.

يتقدم طالب الفسخ بدعوى للقضاء المختص، لدى المحكمة الشرعية التي يقع ضمن دائرة اختصاصها الحصص الارثية محل عقد التخارج، بدعوى موضوعها طلب فسخ حجه تخارج (أي عقد تخارج)، لعدم تنفيذ الالتزام يبين المدعي اسباب دعواه ويطلب الفسخ، الا ان القاضي غير ملزم بإجابته على دعواه وانما تبقى له سلطته التقديرية في ايقاع الفسخ او عدم وقوعه .

فوفقا لذلك اذا رأى القاضي تعنتا من قبل الطرف المتخلف عن التزامه فيقضي به، واذا راي ان في عدم التنفيذ بسبب اعسار المدين المؤقت عن تنفيذ باقي التزامه او قدر ان سبب رفع الدعوى لسبب كيدي ما فله ان يرفض الفسخ.

كما قد يمنح المدين نظرة ميسرة او ما يسمى اجلا قضائيا اذا وجد ان تأخره في تنفيذ التزامه ليس راجعا اليه، وانما اقتضته ظروف خارجه عن ارادته ما تلبث ان تزول.[383]

ثانيا : الفسخ الرضائي (الاتفاقي) لعقد التخارج :

الأصل في الفسخ أن يتم بحكم القاضي، أي أن يكون فسخا قضائيا، لكن ليس هناك ما يمنع من ان يتفق الطرفان عند التعاقد على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم القاضي، اذا لم يتم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، واعمال هذا الشرط يختلف بحسب ما يتم الاتفاق عليه بين المتعاقدين.[384]

وعقد التخارج كغيره من سائر العقود المدنية، فيجوز ان يتفق طرفا عقد التخارج ان يكون عقد التخارج مفسوخا من تلقاء نفسه، دون حاجه الى حكم قضائي، فهو شرط يستبعد اللجوء الى القضاء لفسخ عقد التخارج اذا ما اخل احد طرفيه بالتزاماته .

وفي حال ادراج هذا الشرط في عقد التخارج ينفسخ حتما بدون ان يكون لاحد اطراف عقد التخارج الخيار بين التنفيذ او الفسخ وبدون حاجه للتقاضي، بل يطلب من القاضي تقرير الانفساخ ويكون قراره كاشفا وليس منشئا للفسخ .

ثالثا : انفساخ عقد التخارج .

[383] - د. السنهوري ، المرجع السابق الوسيط ، ج 1 ، ص 802.
[384] - د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-الجزء الاول- مصادر الالتزام، دار الجامعة الحديثة، 2004، ص315.

يقصد بالانفساخ حل الرابطة العقدية لعدم وفاء المدين بالتزاماته العقدية لاستحاله وفاء المدين بها نظرا لوجود سبب اجنبي .[385]

والسبب الاجنبي هو : (هو كل امر غير منسوب للمدين ادى الى استحالة تنفيذ الالتزام او الى حدوث اضرار بالدائن، وهو لا يكون الا قوة قاهرة او حادث فجائي او بفعل الدائن نفسه .).[386]

وبالرجوع الى نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني المادة 1/173 فقد نصت : (اذا اصبح الالتزام مستحيلا في جزء منه جاز للدائن التمسك بانقضاء ما يقابله من التزام او يطلب من المحكمة فسخ العقد).

كما نصت المادة 409 من نفس المشروع : (ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبي)

كما نصت المادة 237 من نفس المشرع : (اذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت ان استحاله التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه او نفذه تنفيذا جزئيا او معيبا .).

بمعنى ان مجموع هذه النصوص يقرر انه اذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزاماته يعود لسبب اجنبي ينقضي التزامه بحكم القانون دون ان يكون ملزما بتعويض الدائن عما لحقه من ضرر، والسبب في هذا الحكم انه لم يكن لإرادة المدين دخل في استحاله تنفيذ العقد وبالتالي فان العقد ينقضي بقوة القانون .[387]

وقد نصت المادة 247 من القانون المدني الاردني : (في العقود الملزمة لجانبين اذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه فاذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل، .....).

ترجع فيه استحاله تنفيذ الالتزام لسبب خارج عن ارادة المدين أي الى سبب اجنبي .[388]

اذا كنا بصدد عقد ملزم للجانبين، كعقد البيع مثلا، فاذا هلك الشيء المبيع لدى البائع قبل ان يسلمه للمشتري بسبب اجنبي، عندئذ ينقضي التزام البائع وهو المدين بالتسليم وفي المقابل لا يلتزم المشتري

---

[385] - د. لي حسين نجيدة ، النظرية العامة للالتزام . مصادر الالتزام ، الكتاب الاول ، دار الثقافة ، القاهرة ، 2002/2001 ص 398-399.

[386] - محمد شريف عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج1 ، المسؤولية العقدية ، مكتبه النهضة المصرية ، القاهرة، سنه 1991 ، ص 378.

[387] .- د عثمان التكروري و د . احمد سويطي ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص375-376.

[388] - د. امجد محمد منصور . مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 218.

بدفع الثمن، وبالتالي فان البائع هو الذي يتحمل تبعه الهلاك (المدين) اذا انه يفقد ما كان سيحصل عليه لو لم يكن هناك استحاله في تنفيذ الالتزام .[389]

وبالرجوع الى عقد التخارج مره اخرى، وحيث اتفقنا على انه عقد مدني بامتياز، وهو خاضع للقواعد العامة لعقد البيع، بوصفه عقد بيع وارث لوارث، فما ينطبق على عقد البيع بانفساخ العقد وانقضائه بقوه القانون لاستحاله التنفيذ لوجود القوه القاهرة او الحادث الفجائي او فعل الدائن نفسه، ينطبق على عقد التخارج وينقضي عقد التخارج، فمثلا لو تخارج وارث لوارث اخر عن حصص ارثيه في سيارة، واحترقت هذه السيارة بفعل اعصار او بفعل البرق، وهي بيد المتخارج فهنا ينقضي الالتزام وتبعه الهلاك تكون على المتخارج لا المتخارج له، ولا يلتزم المتخارج له بدفع بدل قيمه التخارج المتفق عليه.

ويشترط لانقضاء عقد التخارج وانفساخه بحكم القانون بسبب اجنبي عدة شروط :-

1- ان يكون السبب الاجنبي سواء اكان قوة قاهرة او الحادث الفجائي او فعل الدائن نفسه، غير متوقع الحدوث، كان يتم التخارج عن حصص ارثيه في قطعه ارض بالقرب من جدار الفصل العنصري في فلسطين، فيقوم الاحتلال بتوسعه هذا الجدار وتدخل هذه القطعة من الارض الى مناطق داخل الاراضي الفلسطينية المحتلة لعام 1948 فوجود الاحتلال هو قوه قاهرة وانه من غير المتوقع تعديل الجدار في هذه النقطة تحديدا .

2- ان يكون هذا السبب مستحيل الدفع، مثل التخارج الذي ابرم بخصوص حصص ارثيه في عقار وتم استملاكه من قبل الدولة بشكل قانوني من اجل منفعة عامه وكان من المتفق ان يكون بدلا عن حصص ارثيه اخرى في عقار اخر، فهنا يوجد استحاله في الدفع بحكم القانون .

3- الا يكون هذا السبب الاجنبي بفعل المدين او مقترن بخطأ منه .

الفرع الثالث : احكام الضمان في عقد التخارج .

نفرق في احكام الضمان في عقد التخارج، بين اذا تم تفصيل مشتملات التركه، او لم يتم تفصيل مشتملات التركه.

اولا : احكم الضمان في عقد التخارج اذا لم يشتمل على تفصيل مشتملات التركه .

نصت المادة 541 من القانون المدني الاردني : (لا يضمن البائع للمشتري غير وجود الحصه الارثيه اذا جرى العقد دون تفصيل مشتملات التركه).

---

[389] - د . السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني , مرجع سابق، ج1 ، ص 276.

وجاء في المادة 501 من مشروع القانون المدني الفلسطيني : (لا يضمن البائع للمشتري غير وجود التركة وثبوت حصته الإرثية إذا جرى العقد دون تفصيل مشتملات التركة.).

فاذا تم اجراء عقد التخارج دون تحديد مشتملات التركه، أي اذا بيعت جزافا دون تحديد لما يتضمنه المبيع، فان المتخارج لا يضمن للمتخارج له، سوى ثبوت التركه، وضمان حصته الارثيه .

وضمان وجود التركه، هو ان يضمن المتخارج وجود التركه، وذلك لان المتخارج له لولا وجود رغبه له بتملك الحصص الارثيه موضوع التخارج، لما دفع بدل التخارج للمتخارج له، فاذا لم توجد هذه التركه، فان سبب دفع المتخارج له للاموال هو الحصول على الحصص، فان لم توجد التركه و عاد المتخارج له على المتخارج بالاموال التي دفعها، ونقصد بضمان وجود التركه ان يضمن البائع للمشتري ان هناك تركه للمورث.[390]

فاذا لم تكن التركه موجود اصلا، يكون العقد باطلا لانعدام المحل، وهو ركن من اركان العقد، اما اذا كانت التركه موجوده، واستحقت للغير كاملة بعد العقد، تطبق قواعد الضمان والاستحقاق بان يرجع المتخارج له على المتخارج بما دفعه وبالتعويض اذا تحقق الضرر، فإذا تم البيع دون تفصيل مشتملات التركه فان البائع لا يضمن اعيانا معينه بالذات او حقا معينا فيها.[391]

كذلك يضمن المتخارج ثبوت حصته الارثيه بضمان صفته كوارث بصفته وارثا، يضمن البائع ثبوت حصته الارثيه، فاذا تخارج المشتري مع البائع ثم ثبت ان الميت لم يترك شيئا من تركه المتوفي فللمشتري ان يعود عليه بما دفع، اضافه الى تعويض ان كان له مقتضى، اما اذا اختلفت حصه البائع عما اتفقا عليه فللمشتري المطالبه بالفسخ للغلط في القانون .[392]

فمثلا اذا ابرم عقد التخارج، من وارث لوارث على اساس ان المتخارج يملك مائه سهم من المساله الارثيه، وتم الاتقاف على ان يدفع المتخارج له بدلها مبلغ وقدره عشره الاف دينار اردني، الا انه تبين لاحقه بوجود وارث اخر فقلت سهام المتخارج الى ثمانين سهما، ففي هذه الحاله يضمن المتخارج للمتخارج له الفرق في المبلغ .

كذلك اذا تم ابرام عقد تخارج بين وريثين، وثبت لاحقا بان المتخارج هو من قتل مورثه، وبعد ثبوت فعل القتل بحكم قضائي قطعي، يتم الرجوع على المحكمه الشرعيه لتعديل حجه حصر الارث للمورث باخراج الابن القاتل – اذا كان هو المتخارج – من الوراثه وفقا لاحكام الشريعه الاسلاميه بحرمان من

---

[390] -د. عباس العبودي . شرح احكام العقود المسماة , مرجع سابق , ص 209

[391]- د . محمد يوسف الزعبي, شرح عقد البيع , مرجع سابق , 531.

[392] - د . محمد يوسف الزعبي, شرح عقد البيع , مرجع سابق , 531.

استعجل الشيء قبل اوانه عوقب بحرمانه، فهنا يرجع المتخارج له على المتخارج بما دفعه بدل التخارج وبالتعويض اذا لزم الامر لوجود سوء نيه من المتخارج .

فاذا تبين ان المتخارج ليس بوارث كما لو وجد مانع من موانع الارث او وجد وارث اخر يحجبه، او تبين ان الحصه المتخارج عليها هي اقل مما هو متفق عليه يكون المتخارج ضامنا أي يلتزم بتعويض المتخارج اليه عن الضرر الذب اصابه بسبب ذلك، ولا يكون ضامنا للعيوب الخفيه، فلو استحق عين من اعيان التركه للغير او ظهر فيها عيب فان المتخارج لا يكون ضامنا وذلك لان المبيع في المخارجه عبارة عن مجموعه قائمة بذاتها وليس اشياء معينه منها .[393]

ثانيا : احكم الضمان في عقد التخارج اذا اشتمل على تفصيل مشتملات التركه .

اذا جرى التخارج مع بيان مفردات التركه ومشتملاتها بالتفصيل، فان الضمان يشمل كل التفاصيل التي تم ذكرها في التخارج، بمعنى ان الضمان سيعود ويشمل العيب الخفي لاي مال داخل في التركه وال الى المتخارج له بسبب التخارج، كما ان الضمان سيشمل التعرض والاستحقاق باحكامه العامة، واي شرط اضافه المتخارج على نفسه في عقد التخارج كأن يكون المتخارج قد ضمن للمتخارج له يسار المدينين للتركه، حيث ان هذه الشروط المقترنه بالعقد ستكون صحيحة .[394]

ففي هذه الحاله يخضع التزام المتخارج بالضمان للقواعد العامه في المبيع، أي يلتزم المتخارج بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفيه بالنسبه لكل مفردة من مفردات التركه، وذلك ضمن حدود الحصه الارثية المتخارج عليها .[395]

المطلب الثاني: الاجراءات والتطبيقات القضائية بخصوص بعقد التخارج .

الفرع الاول : الاختصاص القضائي .

تخص المحاكم الشرعية في فلسطين بنظر كل ما يتعلق بالتخارج من حيث التنظيم ووطلب التعديل والفسخ والابطال، فقد نصت الفقرة الثانية عشر من المادة من قانون اصول المحاكمات الشرعية المعمول به في الضفة الغربية رقم 31 لسنه 1959 الاردني : (12- التخارج من التركة كلها في الاموال المنقولة وغير المنقولة).

---

[393] - د. علي هادي العبيدي , العقود المسماة البيع والايجار و وقانون المالكين والمستاجرين , دار الثقافه للنشر و التوزيع , عمان الاردن , سنه 2017, ط 11 , ص 190.

[394] - د . محمد يوسف الزعبي, شرح عقد البيع , مرجع سابق , 532.

[395] - د. علي هادي العبيدي , العقود المسماة البيع والايجار و وقانون المالكين والمستاجرين مرجع سابق ص 191.

وبالرجوع الى تشكيل المحاكم في فلسطين فقد جاء تشكيل محاكم شرعيه تختص بأمور الاحوال الشخصية للمسلمين في قانون المحاكم لسنه 1934 زمن الانتداب البريطاني، وتقسم الى ابتدائية واستئناف وقد استمر الحال وقت كانت الضفة الغربية جزء من المملكة الأردنية الهاشمة، فقد حددت المادة (99) من الدستور الاردني بان المحاكم على ثلاثة انواع :

1- المحاكم النظامية .

2- المحاكم الدينية .

3- المحاكم الخاصة .

وقد صدر قانون اصول المحاكمات الشرعية الاردني رقم 31 لسنه 1959 لينظم اجراءات التقاضي امام المحاكم الشرعية في الاردن والاختصاص الولائي والنوعي للمحاكم الشرعية وهو المعمول به حتى الان في الضفة الغربية في المحاكم الشرعية .

الاختصاص الوظيفي يتعلق بوظيفه المحاكم وسلطتها في نظر منازعات معينه ينص القانون على ان تلك المحاكم تنظر هذه القضايا، وقد اطلق قانون اصول المحاكمات الشرعية على هذا الاختصاص اسم الوظيفة .[396]

والتخارج من التركة كلها في الاموال المنقولة او غير المنقولة، التخارج او المخارجة نوع من انواع البيوع المدنية، مستمدا احكامه من الفقه الحنفي، وفقا للمجلة، حيث لا يوجد نص خاص به في فلسطين، والمحاكم الشرعية هي المختصة بتوثيق التخارج وتسجيله سواء تعلق بمال منقول او عقار، واختصاصها هنا هو اختصاص توثيق وتنظيم وفض منازعات .

وقد اكد على هذا المبدأ قرار محكمه التمييز الأردنية رقم 1985/479 صادر عن الهيئة العامة .

الفرع الثاني : الاختصاص القضائي المكاني لتنظيم ومنازعات عقد التخارج .

القاعدة العامة بان الدعوى تقام في المحل الذي يقيم فيه المدعى عليه، فقد نصت المادة (3) من قانون اصول المحاكمات الشرعية على ان : (كل دعوى ترى في محكمه المحل الذي يقيم فيه المدعى عليه ضمن حدود المملكة فان لم يكن محل اقامة في المملكة فالدعوى ترفع امام المحكمة التي يقيم فيها المدعي ضمن حدود المملكة .....).

[396] - د . عبد الناصر ابو بصل ، شرح قانون اصول المحاكمات الشرعية و نظام القضاء الشرعي ، ط 1 ، سنه 2005 ، ص 89.

ومن حيث التميز بين المحكمة المختصة لتنظيم حجه التخارج والمحكمة المختصة بنظر منازعات عقد التخارج .

فمن حيث التنظيم المحكمة المختصة بتنظيم حجه التخارج او عقد التخارج الى المحكمة التي يقع ضمن اختصاصها اقامة المتوفي فقد نصت المادة (4) من قانون اصول المحاكمات الشرعي : (لمحكمه محل اقامه المتوفي تعيين الحصص الارثية ويجوز للمحكمة التي يقيم فيها بعض الورثة تعيين الحصص الارثية اذا كان محل اقامه المتوفي خارج حدود المملكة).

ويفهم من النص بانه المحكمة المختصة هي محكمه محل اقامه المتوفي، اما اذا كان المتوفي لا يوجد له محل اقامه في داخل حدود المملكة الأردنية يجوز ان تكون المحكمة المختصة بتنظيم التخارج محكمه محل اقامه احد الورثة.

وبالرجوع الى الاستثناءات الواردة على المادة (3) المذكورة نجد بان كل ما يتعلق بالعقار فان المحكمة المختصة اختصاص مكاني بنظر كل الامور المختصة بها المحكمة الشرعية اختصاص وظيفي الواردة في المادة (2) هي محكمه وجود العقار، فالمحكمة المختصة بتنظيم حجه التخارج هي المحكمة الموجود ضمن محلها المال او العقار اذا كان غير منقول، حيث ان هذه المحكمة تعد اقدر محكمه على الفصل المنازعات وفي تنظيم حجه التخارج .

كما يكون للمحكمة التي جرى فيها عقد التخارج الاختصاص المكاني بنظر المنازعات المتعلقة به وفقا لنص المادة (3) فقرة (2) من قانون اصول المحاكمات الشرعية .

الفرع الثالث : اجراءات تنظيم حجه التخارج لدى المحكمة الشرعية .

يتم ذلك عن طريق استدعاء مقدم من قبل المتخارج والمتخارج له للمحكمة الشرعية المختصة مكانيا، يبين في اسم المستدعيان وصفتهما، واسم المورث، وتبينا الوراثة وصفتهما بالنسبة للمورث، ونوع التخارج وتبيان السهام الارثية الشرعية المتخارج عنها وقيمه بدل التخارج والاقرار بالقبض ويتم التوقيع عليها من قبل المستدعيان سواء واحد او اكثر من متخارج او متخارج له، ويرفق وثائق مع الاستدعاء وهي :-

1- حجه حصر ارث المورث .

2- اثبات هويه المتخارج والمتخارج له، بطاقه شخصيه او وثيقه سفر او أي وثيقه رسميه تثبت الشخصية .

3- شهادة تخمين من قبل عدة مخمنين وفقا لتعميمات سماحه قاضي القضاة، يبين فيها تخمين قيمه التركة وقيمه الحصص المتخارج عنها ويشهد المخمنين على ان بدل التخارج مساوي لقيمه الحصص الارثية المتخارج عنها، الا انه يجوز ان يتفق الاطراف على ان قيمه التخارج مثلا عشرة الاف دينار، ويقر المخمنين والمستدعون بان قيمه الحصص الارثية المتخارج عنها هو عشرة الاف دينار، فيجوز ان يقر المتخارج مثلا بقبض مبلغ الف دينار وانه تبرع بالباقي للمتخارج له.

4- يقدم الاستدعاء الى فضيلة القاضي الشرعي في المحكمة المختصة ويقوم بتدقيقه، واحالة الامر الى قلم المحكمة الشرعية والذي يقوم بدوره بإعداد محضر التخارج، ويتم تعين موعد لحضور اطراف التخارج او وكلائهم القانونين بحضور شاهدين امام فضيلة القاضي .

5- حضور اطراف التخارج او وكلائهم مع الشهود امام القاضي، ويتم سماع الايجاب والقبول من قبل اطراف العقد، والتأكد من صحة التراضي، ويبين القاضي لأطراف العقد مدى خطورة هذا العقد والتأكد من قبض بدل قيمه التخارج ويتم افهام اطرافه بمضمون هذا العقد والاثر المترتب عليه .

6- دفع الرسوم المستحقة وفقا للقانون .

7- يتم طباعة واصدار حجه التخارج وتوقيعها من قبل القاضي والكاتب وختمها بخاتم المحكمة وتوثيقها في سجلات المحكمة وايداع نسخه منها في قلم المحكمة.

وقد صدر تعميمات عن دائرة قاضي القضاة في الاردن بموجب نص المادة 319 من قانون الاحوال الشخصية المؤقت لسنه 2010 لتنظيم تسجيل حجه التخارج وهي على النحو التالي : -

المادة 1:

أ) يمنع تسجيل أي تخارج عام او خاص إلا بعد مرور ثلاثة اشهر على وفاة المورث .

ب) على الرغم مما ورد في الفقرة أ من هذه المادة يجوز وبموافقة قاضي القضاة تسجيل التخارج العام أو الخاص قبل مضي المدة المشار إليها في الفقرة السابقة حال وجود مسوغ شرعي أو قانوني .

المادة 2: يتوجب على المحكمة قبل تسجيل التخارج ما يلي :

أ) إفهام طرفي عقد التخارج الاثر المترتب عليه.

ب) إفهام طرفي عقد التخارج مضمون المادة (318) من قانون الاحوال الشخصية المؤقت رقم (39)لسنة 2010 المتضمنة عدم سريان التخارج على الاموال غير المنقولة المورثة من الغير إلا اذا تم اجراء معاملة الانتقال عليها باسم المورث قبل تسجيل حجة التخارج ما لم ينص في الحجة على خلاف ذلك صراحة .

المادة 3: تسجيل حجج التخارج لدى المحكمة التى أصدرت حجة حصر الارث ،

المادة 4: عند طلب تسجيل معاملة التخارج يتوجب ابراز الوثائق التالية :

إ) حجة حصر إرث .

ب) إثبات شخصية طرفي العقد والشهود .

ج) إبراز كشف من دائرة التسجيل المختصة بالاموال غير المنقولة في التخارج العام .

د) ابراز سند تسجيل صادر خلال مدة لا تتجاوز اسبوعا من تاريخ تقديم المعاملة في التخارج الخاص.

المادة 5:

أ) اذا كانت التركة اعيانا فقط تسجل المحكمة التخارج على البدل الذي يتراضى الطرفان عليه.

ب) اذا كانت التركة اعيانا واموالا نقدية تسجل المحكمة التخارج شريطة ان يكون بدل التخارج اكثر مما يخص المتخارج من الاموال النقدية من التركة .

ت) اذا كانت اموالا نقدية فقط تسجل المحكمة التخارج مع مراعاة احكام الصرف في الفقه الاسلامي

المادة 6: على المحكمة عند تسجيل الوكالات الخاصة بالتخارج الخاص أو العام مراعاة احكام هذه التعليمات

المادة 7: بعد اتمام تسجيل التخارج العام او الخاص يتوجب على المحكمة التأشير على حجة حصر الارث بحصول التخارج .

الفرع الرابع : دعوى ابطال او فسخ عقد التخارج .

الدعوى : هي طلب احد حقه من اخر في حضور الحاكم، ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعى عليه.[397]

فالدعوى وسيلة قانونية يتوجه بها الشخص صاحب الحق الى المحكمة للحصول على تقرير حقه او حمايته .[398]

يجوز لكل صاحب مصلحه وصفه، ان يتقدم برفع دعوى ابطال او فسخ عقد تخارج ومن المهم التمييز بين دعوى ابطال تخارج ودعوى الفسخ .

اولا : دعوى ابطال او فسخ عقد التخارج .

من المعلوم بان العقد الباطل هو عقد باطل بأصله ووصفه وغير قابل للتصحيح ولا يفيد حكما، الا انه من اجل اثبات بطلان عقد التخارج فلا بد من رفع دعوى لأثبات البطلان وهو الاصح، لا دعوى ابطال عقد تخارج .

فدعوى الابطال تقدم للمحكمه المختصه وهي المحكمه الشرعيه، على ان تكون مستوفيه لشروط القبول، من حيث توافر المصلحه والصفه، وان ترفع خلال المده التي حددها المشرع وتبيان سبب البطلان .

وسأبين بشكل مختصر شروط قبول واجراءات الدعوى لابطال او فسخ عقد التخارج لدى المحاكم الشرعيه في فلسطين في ظل قانون اصول المحاكمات الشرعيه الاردني رقم 31 لسنه 1959 المعمول به و مواد مجله الاحكام العدليه .

شروط القبول في دعوى ابطال اوفسخ عقد التخارج :-

1- ان تكون للمدعي صفه في رفع الدعوى ،[399] ويكون صاحب صفه اذا كان متخارج او متخارج
2- ان يكون المدعي صاحب مصلحه في دعوى طلب ابطال عقد التخارج .[400]
3- الا يكون قد صدر حكم سابق في نفس موضوع التخارج، اذ لا يجوز للمحكمه ان تفصل في نزاع سبق وان حسمه القضاء.

---

[397] - علي حيدر، شرح المجلة ، مادة (1613) ج4 ، ص 151.

[398] - د . عثمان التكروري ، الكافي في شرح قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنه 2001 .،سنه 2009 ، ص 252.

[399] - يقصد بالصفه في الدعوى : (ان يكون المدعي صاحب الحق الوحيد في المطالبه به او الدفاع عنه , ويرمي بعض الفقهاء ان الصفه هي السلطه الوحيدة رفع الدعوى او هي الوصف الذي يوصف به رافع الدعوى اوراق الخصومه او الدعوى , فيكون ذا صفه المالك او صاحب حق المتنازع عليه او الشخص الطبيعي او المعنوي او الوكيل الشرعي او الوكيل الاتفاقي ودائنو المدين.).

[400] - يقصد بالمصلحه : (ان تتوافر للمدعي مصلحه ظاهرة , وان تكون هذه المصلحه لفائدة المدعي نفسه , وهي تعني الحاجه للحماية القانونيه , فالمصلحه مناط الدعوى , وفي مجال دعوى ابطال التخارج فالمصلحه هي الفائدة العمليه او المنفعة التي يجنيها المدعي .)

4- ان ترفع الدعوى خلال المده القانونيه لرفعها .

اجراءات دعوى ابطال اوفسخ التخارج :-

1- تقدم الدعوى مكتوبه بالحبر وبخط واضح، مع الكتابه على صفحه واحده فقط ومع ترك هامش.[401]

2- بيان المحكمه المقدم اليها الدعوى، مع بيان اسم المدعي او المدعين والمدعى عليه او عليهم ومحل اقامتهم وعلى الادعاء والبينات التي يستند اليها وتبلغ صورة عن اللائحه الى كل من المدعى عليهم.[402]

وتكون المحكمه صاحبه الاختصاص بنظر دعوى ابطال او فسخ عقد التخارج، وفقا لقانون اصول المحاكمات الشرعيه رقم 31 لسنه 1959 المذكور، وتكون للمحكمه التي نظمت حجه التخارج، او مكان اقامه المتوفي، او مكان وجود التركه .[403]

3- تقدم لائحه الدعوى الى قلم المحكمه، ويتم دفع الرسم و عن كل ادعاء بشكل مستقل ولا تعتبر الدعوى قائمه قبل رفع الرسم، وينظم قلم المحكمه مذكرات حضور بعد المدعى عليهم، مرفقه بصورة عن لائحه الدعوى، بعد التوقيع عليها من القاضي وختمها بخاتم المحكمه الرسمي ،[404] وتعتبر الدعوى مقامه من تاريخ دفع الرسم .

4- يتم تقيد الدعوى في سجل الاساس في المحكمه، وتاخذ رقما فيه، ويثوق اسم المدعي و المدعي عليه، وموضوع الدعوى .

5- تصدر مذكرة تبليغ للمدعى عليه بالحضور في وقت معين، وتقديم دفاعه الخطي خلال عشرة ايام من تاريخ تبليغه المذكرة، اذا كانت قيمه الدعوى اكثر من خمسين دينار اردني.[405]، وتعتبر الخصومه قائمه من تاريخ تبليغ لائحه الدعوى .

6- يجب ان تشتمل الدعوى على وقائع واسباب الدعوى وتاريخ نشوئها وطلبات المدعى وبيان اختصاص المحكمه لنظرها، وفي مجال عقد التخارج، تكون الوقائع بذكر الاسباب القانونيه او الموضوعيه لطلب فسخ او ابطال عقد التخارج، في الابطال مثلا بانعدام المحل في العقد، او بطلب الفسخ اذا شاب العقد غبن فاحش مقترن بالتغرير .

7- يجب ان تكون الدعوى واضحه وصحيحه فلا يسأل المدعى عليه الا عن دعوى واضحه وصحيحه، وتوجه السؤال على المدعى عليه مشروط بصحه الدعوى، اذا اكتملت شروط الدعوى واصبحت

---

[401] - الماده 38 من قانون اصول المحاكمات الشرعيه رقم 31 لسنه 1959 الاردني .
[402] -المادة 11 نفس القانون.
[403] - المادة 3 من نفس القانون.
[404] - الماده 12 من نفس القانون .
[405] - المادة 13 من قانون اصول المحاكمات الشرعية رقم 31 لسنه 1959 .

الدعوى صحيحه يسال القاضي المدعى عليه عن الدعوى، اما اذا كانت الدعوى غير واضحه فلا يتوجب على المدعى عليه الجواب.[406]

وفي حال عدم وضوح الدعوى، يجوز للقاضي بيان مواقع الغموض للمدعي ليوضحها ويصححها، ولا يعتبر ذلك تلقينا الا اذا زاده علما .[407]

8- لا بد من تلاوة الدعوى وتكرار مضمونها في محضر الجلسه في مجليس القاضي .[408]

9- بعد سؤال المدعى عليه عن الدعوى يكون امام المدعى عليه خياران للاجابه على الدعوى.

أ- اما الانكار ويكون صريحا او ضمنيا بالسكوت، وفي هذه الحاله تكلف المحكمه المدعي باثبات دعواه وفقا لقانون اصول المحاكمات الشرعيه المعمول به رقم 31 لسنه 1959 الاردني ومجله الاحكام العدليه، حسب القانون تكون بالبينات الكتابيه والشفهيه او توجيه اليمين الشرعيه في حال العجز عن الاثبات .[409]

ب-دفع دعوى المدعي في دعوى ابطال او فسخ عقد التخارج ،[410] واذا اثبت من ادعى دفع الدعوى دفعه فتندفع دعوى المدعي والا يحلف المدعي الاصلي بطلب صاحب الدفع فان نكل المدعي عن اليمين يثبت دفع المدعى عليه وان حلف تعود دعواه الاصليه .[411] فبعد سؤال المدعى عليه في دعوى ابطال او فسخ عقد التخارج يحق للمدعى بدفع الدعوى بالبراء من اصل الحق مثلا، ويجب اثبات هذه الواقعه بالببينه الخطية وفقا لنص الماده 89 من قانون اصول المحاكمات الشرعيه رقم 31 لسنه 1959 الاردني، وفي حال العجز عن الاثبات يجوز توجيه اليمين الشرعيه للمدعي، ولا يعتبر ذلك تعسفيا و وفقا لاحكام المجله .[412]

10 – وبعد ذلك تصدر المحكمه المختصه القرار المناسب و ويكون قابلا للاستئناف، والطعن لدى المحكمه العليا الشرعيه الفلسطينيه في حال تشكيلها بموجب القرار بقانون الصادر عن فخامه رئيس دوله فلسطين، رقم 8 لسنه 2021.

---

[406] - علي حيدر , درر الحكام ., مرجع سابق ج 4 ص 189 .

[407] - المدا 42 من قانون اصول المحاكمات الشرعيه , مرجع سابق, قرار محكمه الاستئناف الشرعي رقم (11924 بتاريخ 1962/11/13 محكمه الاستئناف الشرعيه الاردنيه).

[408] - الماده 1613 مجله الاحكام العدلية .

[409] - يؤخذ لاثبات الدعوى او الدفع او دفع الدفع في المحاكم الشرعيه , بقانونم اصول المحاكمات الشرعيه رقم 31 لسنه 1959 الاردني و نصوص مجله الاحكام العدليه في الكتاب الخامس (البينات والتحليف من الماده 1676 – 1753)

[410] - الدفع هو : (الاتيان بدعوى من قبل المدعى عليه لدفع دعوى المدعي) المادة 1631 من المجله .

[411] - الماده 1632 من المجله .

[412] - المادة 1778 من المجله.

الخاتمة:

استطيع القول بان عقد التخارج هوفرع من فروع علم الفرائض والميراث في الاسلام و الا انه استقل يشخصيه قانونيه مدنيه , بصفته عقدا مدنيا ناقل للمليه بشروط خاصه لخصوصيه اطرافه ومحله و والفئه المجتمعيه التي يعتني هذا العقد بتنظيم شان مهم من شؤونها وهم ورثه المورث الواحد في التركه الواحده , حيث يعنى بإما قسمه اموال مشتركة بينهم او بيع احدهم او اكثر حصصه لاخر او اكثر , إلا انني مفي هذه الدراسه حاولت تسليط الضوء على عقد التخارج باعتباره جزء من عائله الهقود التي تنتمي الى القانون المدني , مع عدم اغفال المصدر والمنبع لهذا العقد , ومشروعيته , وخصائصه وشروطه الخاصه , كما بينا اركانه مم تراضي ومحل وسبب , وبينا خصوصية كل واحد منها , وفي ذات الوقت وضحنا الركن الرابع لعقد التخارج الا وهو ركن الشكليه فهو عقد شكلي , كما بينا اثر عقد التخارج على اطرافه وعلى الخلف العام والخلف الخاص , وانقضاء العقد واثر التقادم عليه وكذلك التطبيقات القضائية عليه وتنظيم العقود لدى المحاكم الشرعيه .

عقد التخارج يرتبط ويمس شريحه مهمه في المجتمع الفلسطيني لا بل البنه الاساسية له وهي الاسرة، وحيث ان عقد التخارج هو عقد ذو طبيعة خاصه، يختص بتنظيم بنقل الملكية بين افراد تربطهم رابطه الميراث لمورث واحد فيعد وسيله مهمه للحفاظ على هذا البنيان، ومما لا شك فيه فان هذه الطريقة للصلح بين الورثة او لإنهاء خلاف بينهم يحافظ على تماسك الشعب الفلسطيني، في الحفاظ على تماسكه في ظل الاوضاع التي يمر بها، فيكون عقد التخارج ذو اثر اجتماعي وسياسي للشعب الفلسطيني بشكل مباشر او غير مباشر .

وامل ان يكون هذا البحث المتواضع بداية لعمل بحوث اخرى قانونيه لتنظيم بشان مهم يمس الحقوق والاسرة الفلسطينية، بشكل علمي قانوني عملي، بعيدا عن الفهم الشخصي للراجح من الفقه بل الاعتماد على نصوص واضحه جليه، وان يكون هذا البحث نافعا لطلاب العلم، وعدم اقتصار الابحاث في هذا الموضوع على الآراء الفقهية مع اقتناعي بان منبع هذا العقد هو الفقه الاسلامي وهو ابتكار رائع، الا ان لكثرة المعاملات المالية والنزاعات المتعلقة بعقد التخارج فلا بد من نصوص واضحه وصريحه مع الجزم بان تكون مستنبطه من الفقه الاسلامي لانه هو الاصل لهذا العقد، وانما تكون على شكل قانون .

قد توصل الباحث من خلال هذه الدراسة الى عدة نتائج وهي على النحو التالي :-

1- عقد التخارج عقد مدني بامتياز وينتمي له بالرغم من منبع ومصدر فقهي اسلامي .

2- عقد التخارج عقد بيع ذو طبيعة خاصه ويكيف حسب ظروفه واحواله اما ان يكون عقد قسمه اموال مشتركه، او قد يكون عقد تبرع، او قد يكون بيعا, فعقد التخارج يختلف عن القسمه والبيع والصلح , الا انه قد ياخذ حكم البيع والقسمه والهبه ايضا .

3 -عقد التخارج من العقود الناقلة للملكية في فلسطين خاصه في الاموال غير المنقولة ومكانه الطبيعي هو القانون المدني .

4 – يعد عقد التخارج استثناء من القاعدة العامة المتعلقه بالمحل , حيث ان التخارج صحيح , وان كان محله غير معين تعيينا تافيا للجهالة الفاحشة , ذلك ان فيه من المجازفه والاحتماليه ما يكفي لوصفه بانه عقد جزافي.

5 – يجب ان يكون التخارج بعوض وحتى وان كان بسيطا او ضئيلا .

6 – عقد التخارج من العقود الشكليه والشكليه فيه للانعقاد وليس للاثبات ففي حال تخلفها بطل العقد وذلك وفقا للقوانين النافذه في فلسطين.

7 – يختلف التخارج عن بيع التركة، فالتخارج يكون بين الورثة، اما بيع التركة يكون مع الغير .

8 – عقد التخارج كغيره من العقود المدنية لينعقد صحيحا يجب توافر اركانه وهي الرضا والمحل والسبب وشروط الصحة الاخرى مع وجود شروط خاصه لهذا العقد.

9 – يوجد صعوبة في التعامل مع القضايا المتعلقة بالمنازعات بخصوص عقد التخارج في المحاكم الشرعية الفلسطينية لغياب النصوص الصريحة بخصوصه، وترك الباب لكثرة الاجتهادات بسبب فهم كل شخص للراجح من مذهب الامام ابو حنيفه.

10 – احكام الضمان من ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق تكون معطله اذا جرى التخارج دون تفصيل لمشتملات التركة ،وتفعل هذه الضمانات من جديد، اذا جرت المخارجة مع تفصيل لمشتملات التركة، واذا جرت المخارجة بعبارات عامه، فان المخارجة تفسر على انها جرت دون تفصيل لمشتملات التركة، وبالتالي يكون المتخارج غير مسؤول عن هذه الضمانات وهنا تكمن خطورة الوضع، وهذا سبب من الاسباب في وصف هذا العقد من العقود الاحتمالية وعقود المجازفة .

11 – قد يكون التخارج صرفا اذا كان بدل التخارج الذي سيقبضه المتخارج نقدا او مشتملات التركه هي ايضا من النقد.

12 – تتنوع صور التخارج مما يؤدي الى تنوع طرق التقسيم فيها , كما تتنوع احواله .

ومن خلال استعراض لاهم النتائج التي توصل اليها الباحث يمكن التوصل الى اهم التوصيات بهذا الخصوص:-

1- يقترح الباحث على المشرع الفلسطيني ادراج موضوع التخارج في القانون المدني الفلسطيني في باب خاص له مع ترك مجال لقاضي الموضوع لوضع التكييف الصحيح لعقد التخارج فيما اذا كان بيعا او قسمه او هبه وذلك تحقيقا للعداله، نظرا لكون التخارج معمول به في مجتمعنا بكثرة , وتقنينه يساعد بشكل كبير في حل المشاكل بين الورثه وتخفيف الضغط على المحاكم في قضايا الخروج من الاموال الشاءعة, ونقترح ان يكون النص : (– لمحكمه الموضوع تكييف التصرف حسب حاله وظروفه وتطبيق الشروط الخاصه على التكييف التي توصلت اليه المحكمه .) حيث ان موضوع عقد التخارج مجال خصب للاجتهاد والتاويل والفهم المغلوط لاسباب كثيرة ومهمه وتدخل في مجال جواز اثبات وجود الملك للأموال غير منقولة امام المحاكم الشرعية المختصة بنظر النزاعات المتعلقة بعقد التخارج، او من عدم جوازه باعتباره اثبات الملك اختصاص ولائي نوعي للمحاكم النظامية في فلسطين، وللأسف فان لبسا واضحا يحدث بخصوص هذا الموضوع في المحاكم الشرعية في فلسطين في طريقه اثبات الغبن الفاحش بخصوص عقد التخارج والخلط بين الاختصاص الولائي للمحاكم الشرعية والنظامية في اثبات الاملاك غير المنقولة، فبالرجوع الى 499 الى 504 فقد جاءت نصوص عامه غير مفصله .

2- يقترح الباحث على المشرع الفلسطيني تعديل الفقرة الثانية من المادة 500 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، على ان تكون :(2- لا يشمل عقد التخارج كل ما يظهر للميت بعد العقد، ولم يكن المتخارج يعلم به وقت التخارج)، وليس النص الحالي والذي ينص على : (2- لا يشمل عقد التخارج كل ما يظهر للميت بعد العقد، ولم يكن المتخارجان على علم به وقت العقد.)، حيث ان اشتراط عدم علم المتخارج والمتخارج بمال يظهر للميت بعد العقد وعدم اشتمال عقد التخارج له غير منطقي أي اذا لم يكن يعلم المتخارج بالمال وقت التخارج وكان يعلم به المتخارج له يكون التخارج بخصوصه صحيحا وهذا غير منطقي ويشجع على سوء النية من قبل المتخارج له، اما النص على عدم علم المتخارج بهذا المال وقت التخارج يقطع الطريق على

المتخارج له اذا كان سيء النية ويكون اسهل في الاثبات ودون الالتفات الى علم او عدم علم المتخارج له .

3- يقترح الباحث على المشرع الفلسطيني تبيان كيفيه التسليم في عقد التخارج، هل هو من وقت ابرام عقد التخارج يكون التسليم حكما، او وقت اتمام اجراءات تنفيذ حجه التخارج لدى دائرة الارضي اذا كان المحل من الاموال غير المنقوله من اجل الحق بالتصرف .

5- يقترح الباحث على المشرع الفلسطيني في قانون الاحوال الشخصيه وضع معايير لطبيعه الغبن الفاحش المقترن بالتغرير، وذلك وفقا لما هو معمول به في المحاكم النظاميه، في اثبات الملكيه و وان كان الاختصاص الاصيل للمحاكم النظاميه ومحاكم التسوية في اثبات الملكيه، ومع العلم بان المحاكم الشرعيه هي المختصه بنظر المنازعات المتعلقه بالتخارج، وفي اغلب هذه المنزاعات لا بد من التحقق من الملكيه في الاموال التي تظهر للميت بعد اجراء التخارج كذلك في الغبن الفاحش المقترن بالتغرير ففي هذه الحاله و وفقا للقواعد العامه فان البحث في الملكيه يخرج عن الاختصاص الولائي والنوعي للمحاكم الشرعيه، فيحال الامر للمحاكم المختصه ببحث موضوع الملكيه اولا من ثم يعود للمحاكم الشرعيه للفصل في موضوع التخارج، وفي هذا اشكال قانوني كبير، لذا يجب ان يكون نص تشريعي لعلاج هذه المشكله القانونيه.

6- يقترح الباحث على المشرع الفلسطيني اخضاع عقد التخارج لقواعد التقادم الواردة في القانون المدني الاردني، وهي حق طلب فسخ او ابطال عقد البيع خلال سنه، وليس الى القواعد العامه الواردة في المجله وهي خمس عشر سنه، فهذه مده طويله يبقى فيها المتخارج له متوجسا ومرتابا وغير مطمئن من ان المتخارج قد يلجأ الى القضاء خلال مده خمس عشر سنه لابطال او فسخ عقد التخارج سواء بوجود سبب او بدون سبب، مما يجعل ذلك مانعا من استثمار هذه الاموال او الحصص الارثيه موضوع عقد التخارج، ومده السنه مدة منطقيه اكثر وكافيه للمتضرر باللجوء للقضاء من اجل فسخ او ابطال عقد التخارج .

7- يقترح الباحث على المشرع الفلسطيني اشتراط على من يرغب بفسخ او ابطال التخارج ان يودع في صندوق المحكمه قيمه بدل التخارج كاملا، اذا كان طالب الفسخ او الابطال المتخارج، او ان يتقدم بكفاله عدليه يتعهد بكامل الاضرار التي قد تصيب المدعى عليه اذا كان طالب الفسخ او الابطال المتخارج له، وذلك خشيه لعدم اساءه استخدام الحق باللجوء الى القضاء والتخفيف من الدعاوى الكيديه، والجديه في اللجوء الى القضاء.

قائمة المصادر والمراجع:

المراجع الدينية:

1. القرآن الكريم.

القوانين:

1. قانون رقم 43، المؤرخ سنة 1976، المتضمن القانون المدني الأردني.
2. قرار محكمه التمييز الاتحادية العراقية، العدد 291 ها ج 2009 تاريخ 2009/12/29.
3. قانون تسويه والاراضي والمياه قانون رقم (40) لسنه 1952.
4. قانون الاحوال الشخصية الاردني المؤقت ، رقم 36 . لسنه 2010.
5. قانون الاحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنه 1953
6. مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنه 2012.
7. القانون المدني المصري ، رقم 131 لسنه 1948.
8. القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنه 1980 المعدل بالقانون رقم 15 لسنه 1996
9. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنه 1971
10. القانون المدني الإماراتي رقم 5 لسنه 1985
11. قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم 28 اسنه 2005

المراجع القانونية:

1. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد- الكتاب الأول- مصادر الالتزام- مطبعة مصر، سنة 1954.
2. احمد محمد علي داود، الاحوال الشخصية، دار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان الاردن، سنه 2009 ، ط 1 ،ج 4 .
3. امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2015.
4. امين دواس ومحمود دودين، عقد البيع في مجله الاحكام العدلية، دراسة مقارنه، برنامج تعزيز العدالة الفلسطينية ،ط1، 2013.
5. انور سلطان ، مصادر الالتزام، دار الثقافه، عمان ، ط1، سنه 2007.
6. بلحاج العربي، احكام التركات والمواريث، دار الثقافه وعمان ط1، سنه 2009 .
7. جلال علي العدوي، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية، مصادر الالتزام، مطابع البيان التجارية، ج1، سنه 1991، ص 263.

8. حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزام، ج1، مجلد 1، المصادر الارادية للالتزام، ط3، سنه 2000.
9. صالح أحمد اللهيبي، عقد التخارج دراسة قانونية مقارنة في إطار القانون العراقي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي2012.
10. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج انعقاد العقد، الحامد، ط1 سنه 2010 .
11. عاطف النقيب، نظريه العقد، بيروت، منشورات عويدات، ط1 1988.
12. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنه، دار البحوث العلمية، الكويت، ط1، سنه 1975.
13. عباس العبودي، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والايجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2009.
14. عبد الخالق حسن احم، عقد البيع، منشورات اكاديميه شرطه دبي، ج3، سنه 2008.
15. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج1، مصادر الالتزام، تحديث و تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، دار الشرق، مصر، ط1، 2010.
16. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في مشروع القانون المدني ،مطابع دار النشر للجامعات المصرية –القاهرة، 1960
17. عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامه للالتزام، نظرية العقد، ط2 منشورات الحلبي، الحقوقيه، بيروت، سنه 1988.
18. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دار الفكر، بدون سنه نشر، وبدون مكان نشر، ج2 .
19. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998 ،ط2.
20. عبد الرشيد مأمون، الوجيز في العقود المسماة، عقد الايجار، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة و سنه 2005.
21. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الارادة المنفردة، القاهرة، مطبعه نهضه مصر سنه 1974.
22. عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني، عمان، الشركة الجديدة للطباعة، 1993.
23. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي،، القاهرة، مطبعة جامعه القاهرة، دار الكتاب الجامعي، 1993.
24. عبد الناصر ابو بصل، شرح قانون اصول المحاكمات الشرعية و نظام القضاء الشرعي، ط 1، سنه 2005، ص 89.

25. عبد الناصر العطار، شرح احكام عقد البيع، سنه 1984.
26. عثمان التكروري و الدكتور احمد سويطي، مصادر الالتزام _ مصادر الحق الشخصي في ضوء مجله الاحكام العدلية و قانون المخالفات المدنية بالمقارنة مع مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري والقانون المدني الاردني . فلسطين 2016 بدون طبعه.
27. عثمان التكروري، الكافي في شرح قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنه 2001 .،سنه 2009.
28. عدنان السرحان، شرح احكام العقود المسماه في قانون المعاملات المدنيه لدوله الامارات العربيه مقارنه بالفقه الاسلامس، دار وائل للنشر، الاردن، بدون طبعه، سنه 2005.
29. عصمت عبد المجيد النظريه العامه للالتزامات، مطبوعات جامعه جيهان الخاصه، اربيل العراق، سنه 2011، ج 1 . ط1.
30. عصمت عبد المجيد بكر. النظريه العامه للالتزام ،ج1 ، مطبوعات جيهان الخاصه ، اربيل، سنه 2011 ، ط1.
31. علي ابو مارية مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي) الطبعة الاولى سنه 2016، مطبعه النبراس النية.
32. علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والايجار ووقانون المالكين والمستاجرين، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ، سنه 2017، ط 11.
33. عمر السيد أحمد عبد الله، إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الاماراتي دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1995.
34. لي حسين نجيدة، النظرية العامة للالتزام . مصادر الالتزام، الكتاب الاول، دار الثقافة، القاهرة، 2002/2001 .
35. محمد ابراهيم دسوقي، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنه 1981 .
36. محمد شريف عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، المسؤولية العقدية، مكتبه النهضة المصرية، القاهرة، سنه 1991.
37. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة ، عقد البيع وعقد المقايضة ، منشاة المعارف ، الاسكندرية، سنه 2005.
38. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضه، منشاة المعارف، الاسكندريه، سنه 2005.
39. محمد يوسف الزعبي، شرح عقد البيع في القانون المدني، مكتبه دار الثقافه للنشر والتوزيع، الاردن، عمان ،ط1، سنه 2004.

40. محمود الديب، عقد البيع بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، مصر بدون طبعه، سنه 2010.
41. محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، دراسه مقارنه، دار الثقافه للنشر و التوزيع، ط 1، 2010، عمان، الاردن.
42. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الاردني الجزء الاول.
43. مروان القدومي. مجله جامعه النجاح للأبحاث (العلوم الاسلامية) مجله 24 (1) 2010، الصلح بطريق التخارج في الميراث.
44. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الارقم دمشق، ط 2 ،ج1، سنه 2012.
45. مصطفى الزرقا، عقد البيع، دار القلم دمشق، الطبعة الثانية، سنه، 2012.
46. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام–الجزء الاول– مصادر الالتزام، دار الجامعة الحديثة، 2004.
47. نزيه محمد الصادق المهدي : التظريه العامه للالتزام، مصادر الالتزام، مع احدث التطبيقات المعاصرة في نظرية الالتزام المؤسسة الفنية للطباعه والنشر، سنه 2007، ج1.
48. وهبه الزحيلي، العقود المسماة، قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الاردني، دار الفكر للطباعة والنشر ، ط1 1987.

المراجع العامة:

1. ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين عند رب العالمين، ج 3 دار الجليل، بيروت.
2. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج 4.
3. ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصال،، عالم الكتب، الرياض، ج7، 2003.
4. ابن منظور، ابو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب دار صادر، بيروت بدون سنه وبدون طبعه ج2.
5. ابو الحسن احمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الدار الإسلامية، ج3.
6. أبو الحسن يحي بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تح: قاسم محمد النوري، دار المناهج، جدة، ط 1421 هـ.
7. أبو اليقضان عطية الجبوري، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، دار حنين، عمان، 1995.
8. ابو اليقضان عطيه الجبوري، حكم الميراث في الشريعه الاسلاميه، دار حنين، عمان، 1995.

9. ابو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الامام الشافعي، تحقيق احمد فريد المزيد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنه 2004، ط1.
10. ابو داود سليمان بن الاشعب السيجستاني، سنن ابي داود ،كتاب القضاء ،باب في الصلح، تح: رائد صبري بن ابي علفة ،دار الحضارة للنشر والتوزيع ،الرياض ،ط2 ،2015 .
11. ابو محمد محمود بم احمد بن موسى بن احمد بن حسين الغيتابي بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، سنه 2000 ج 10 ص 38.
12. ابي الحسن علي بن عبد الله التسولي، البهجة في شرح التحفة ،مطبعة مصطفى البابي الحلبي و اولاده، مصر سنه 1347 هجري، بدون طبعه، ج2.
13. احمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من جمع ادله الاحكام، مكتبه ومطبعه مصطفى الحلبي و اولاده، مصر، ط 1960، ج 3 .
14. احمد فراج حسين نظام الارث في التشريع الاسلامي، الؤسسه الجامعية بيروت سنه 1996.
15. احمد محمد علي داود، الاحوال الشخصية، الجزء الرابع، دار الثقافه للنشر والتوزيع، الاردن عمان، سنه 2009 .
16. اسيد صلاح عودة سمحان ، عقد الصلح في المعاملات الاسلامية.
17. الامام محمد بن ادريس الشافعي ، الام ، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب ، دار الوفاء للطباعه والنشر، مصر ، ط1 ، سنه 2001 ، ج3 .
18. الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، ط 1، سنه 2001، ج 3.
19. الامام محمد بن علي محمد الشوكاني، نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخبار، تحقيق ابو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، دار ابن القيم، الرياض، المملكة العربية السعودية، ج7، ط1، سنه 2005.
20. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم الحنفي. دار المعارف بيروت ط2.
21. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، دار الثقافة، عمان، ط 1، سنه 2009.
22. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسه الثقافة الجامعية،، سنه 1985 .
23. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردري، محمد بن عرفه الدسوقي، مكتبه التقدم العلميه في مصر، 1331 هـ، توزيع دار الفكر بيروت.
24. حسين، أحمد فراج، 1997م، قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، ص201 دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية .
25. رقيق شهرزاد، التنازل عن حق الميراث التخارج، جامعه محمد بوضياف، الجزائر كليه الحقوق والعلوم السياسية، سنه 2018/2017.

26. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط1دار الفكر، سنه 1996، ج، 6.
27. الزرقا، مصطفى احمد: العقود المسماة في الفقه الإسلامي – عقد البيع، ط 1 (دمشق : دار القلم،1420 هـ/ 1999 م).
28. الزيلعي تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تحقيق احمد عناية، دار الكتب العلميه، بيروت، ط1، ج5.
29. السالوس . علي احمد. فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، مؤسسه الريان دار الثقافه، قطر، ط1، سنه 2004.
30. سليم رستم باز . شرح المجلة، دار العلم للمعرفة، بيروت، لبنان، ط3، سنه 1998.
31. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجله، المجلد الاول، طبعه ثالثه مصححه، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
32. الشديفات ابراهيم راشد محمد . علم الميراث التطبيقي، دار يافا العلمية ،عمان الاردن . ط 1، سنه 2007 .
33. الشرباصي، أحمد: المعجم الاقتصادي الإسلامي، ص 181، ط (دار الجيل 1401 هـ/ 1981 م).
34. شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: 855هـ) دار الكتب العلمية – بيروت، لبنان ط1، ج10.
35. صالح احمد اللهيبي، منشورات جامعة الشارقه، الامارات العربيه المتحده، عدد 26 سنه 2012.
36. عارف خليل ابو عيده . الوجيز في الميراث، دار النقاش، عمان، ط1، سنه 1992.
37. عبد الحميد الشورابي، احكام التركات في ضوء الفقه و القضاء، منشاة المعارف، الاسكندريه، سن 1990 .
38. عبد الرازق السنهو ري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج 3، دار الفكر، بدون سنه ومكان نشر.
39. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي . ج3، دار الفكر العربي.
40. عبد الله الجبوري وعبد الحق حميش، احكام المواريث والوصايا في الشريعه الاسلاميه ،ط1.
41. عبد الله بن محمود الحنفي الموصلي، الاختيار، تحقيق الشيخ زهير عثمان، بيروت، ج5.
42. عصمت عبد المجيد، نظرية العقد في الفقه الاسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2009، ط 1.
43. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 2008 .

44. علي بن محمد الجرجاني، معجم التعريفات . تحقيق: محمد الصديق المنشاوي . دار الفضيله . القاهرة، بدون طبعه، سنه 2004 .
45. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان و الاردن، سنه 2010 .
46. العناية على الهداية، محمد بن محمد البابرتي، مطبوع مع فتح القدير (شرح الهدايه) دار الكتب العلمية، بيروت ج8.
47. الغامدي ناصر بن محمد بن مشري، التخارج بين الورثة احكامه وصوره في الفقه الاسلامي، بحث علمي، جامعه ام القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، سنه 1429 هـ.
48. القاضى زادة افندي: نتائج الافكار ،ج8.
49. القاضي زادة افندي : شمس الدين محمد بن قودر ،نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار ،وهي تكمله شرح فتح القدير للامام كمال الدين السيواسي المعروف بابن همام ،دار الكتب العلمية، بيروت.
50. القاضي. احمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركه بين الفقه والقانون، مكتبه دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، عمان الاردن بدون سنه .
51. القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، مكتبه ومطبعة مصطفى الحلبي و اولادة بمصر، ط2، سنه 1952، ج1.
52. كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، ج5، دار الكتب العالمية ،بيروت 2003.
53. محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعه الاسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة.
54. محمد ابو زهره، احكام التركات والمواريث . دار الفكر العربي . سنه 1963.
55. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار، دار الحديث، مصر، ط 1، ج5.
56. محمد جبر الالفي ومحمد عبد المنعم حبشي، فقه المواريث ط2 مطبوعات جامعه الامارات سنه2000.
57. محمد سراج، احكام المواريث في الفقه الاسلاميي، دراسه فقهيه قانونية
58. محمد سلامه، نظرية العقد في الفقه الاسلامي من خلال عقد البيع، طبع بأمر من صاحب الجلالة امير المؤمنين الحسن الثاني، المملكة المغربية وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، سنه 1994، بلا طبع.
59. محمد سلامه، نظريه العقد في الفقه الاسلامي، من خلال عقد البيع، المملكة المغربية، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، بدون طبعه، سنه 1994.

60. محمد سمارة، احكام التركات والمواريث في الاموال والاراضي، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، سنه 2002.
61. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، نادي القضاة، سنه 1984.
62. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المذاهب الاربعة، دار الفكر، دمشق، سنه 2006، ط1، ج1.
63. محمد يوسف موسى، التركه والميراث في الاسلام، جامعة الدول العربيه، معهد الدراسات العربيه العاليه.
64. مذكرة مقدمه لنيل شهادة الماستر اكاديمي، الطالبة رقيق شهرزاد، بعنوان التنازل عن حق الميراث (التخارج) جامعه محمد بوضياف – الجزائر – المسيلة، 2018/2017.
65. المرغياني شرح بداية المبتدي المكتبه الاسلامية بيروت.
66. المرغيناني . ابو الحسن على بن ابى بكر بن عبد الجليل الرشداني، الهداية في شرح بداية المبتدىء، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط1، سنه 1995.
67. المصري رفيق يونس، علم الفرائض والمواريث، دار القلم .، دمشق، ط1 سنه 1994.
68. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن، دار التيسير والإحسان، للنشر والتوزيع إيران، ط1، سنه 2012.
69. مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الاسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط1.
70. المهندس محمد موسى حمادة قنيبي، الميراث في الشريعة الإسلامية، ط3، الكويت، سنه 2008.
71. ناصر بن محمد الغامدي، التخارج بين الورثة أحكامه وصوره في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة أم القرى، ع 45، ذوالقعدة 1429.
72. هاني طعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1.، سنه 2007 .
73. وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، الموسوعة الفقهية، ط1، ج 27، سنه 1992.

المحتويات

إقرار ..... أ

الشكر والتقدير ..... ب

الملخص ..... ج

Abstract: ..... د

المقدمة: ..... هـ

اهمية الدراسة: ..... و

اشكالية الدراسة: ..... و

اهداف الدراسة: ..... و

سبب اختيار الدراسة: ..... ز

منهج الدراسة: ..... ز

صعوبه الدراسة: ..... ز

الدراسات السابقة: ..... ح

خطه الدراسة : ..... ط

الفصل الاول 1

مفهوم عقد التخارج وتكيفه القانوني واركانه: 1

المبحث الاول: مفهوم التخارج وخصائصه 1

المطلب الاول : مفهوم عقد التخارج ومشروعيته 1

المطلب الثاني: شروط وخصائص عقد التخارج. 17

الفرع الاول : الشروط الخاصة في عقد التخارج :- 17

الفرع الثاني : خصائص عقد التخارج. 24

المبحث الثاني: اركان وشرط صحه عقد التخارج والتكييف القانوني 30

المطلب الاول: اركان عقد التخارج. 30
الفرع الاول : الركن الاول التراضي (الصيغة). 31
الفرع الثاني : ركن المحل في عقد التخارج. 40
الفرع الثالث: ركن السبب في عقد التخارج: 70
الفرع الرابع: ركن الشكل في عقد التخارج 76
المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقد التخارج. 80
الفرع الأول : – القسمة :– 81
الفرع الثاني : الصلح 85
الفرع الثالث :– البيع 88
الفرع الرابع : الهبه 90
الفصل الثاني 92
مراتب عقد التخارج وانقضائه والاثر المترتب عليه: 92
المبحث الاول 92
مراتب عقد التخارج واثاره وانقضائه 92
المطلب الاول :– مراتب عقد التخارج 92
الفرع الاول : عقد التخارج الصحيح: 92
الفرع الثاني: عقد التخارج الصحيح النافذ 93
المطلب الثاني: اثار عقد التخارج وانقضائه 125
الفرع الاول :اثار العقد بالنسبة الى اطرافه. 126
الفرع الثاني : اثار عقد التخارج بالنسبة الى الخلف العام 126
الفرع الثالث: اثار عقد التخارج بالنسبة للخلف الخاص 130
الفرع الرابع : انقضاء عقد التخارج وتنفيذه 132

الفرع الخامس: اثر التقادم على عقد التخارج 137
المبحث الثاني: انحلال عقد التخارج والتطبيقات القضائية 139
المطلب الاول: انحلال عقد التخارج وزوال الرابطة التعاقدية واحكام الضمان. 139
الفرع الاول: انحلال عقد التخارج بالتقايل. 139
الفرع الثاني : فسخ عقد التخارج. 144
الفرع الثالث : احكام الضمان في عقد التخارج 151
المطلب الثاني: الاجراءات والتطبيقات القضائية بخصوص بعقد التخارج 153
الفرع الاول : الاختصاص القضائي 153
الفرع الثاني : الاختصاص القضائي المكاني لتنظيم ومنازعات عقد التخارج 154
الفرع الثالث : اجراءات تنظيم حجه التخارج لدى المحكمة الشرعية 155
الفرع الرابع : دعوى ابطال او فسخ عقد التخارج 158
الخاتمة: 161
قائمة المصادر والمراجع: 165