

جامعة عمارة ثليجي - الأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التخارج في الميراث على ضوء الفقه الإسلامي

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون العقود والمسؤولية

إشراف الأستاذ الدكتور:

- بطيمي حسين

إعداد الطالبين:

- جوبر مبارك

- شنافي عبد القادر

لجنة المناقشة

- الأستاذ الدكتور: برايك الطاهر.....رئيساً
- الأستاذ الدكتور: بطيمي حسين.....مشرفاً ومقرراً
- الدكتور: بن الزويير عمر.....عضواً مناقشاً

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة شكر وتقدير

ينقدّم الطالبين بأسمى عبارات التقدير والشكر إلى:

الأستاذ الدكتور بطيمي حسين، على مساعدته في إنجاز هذه
المذكرة وعلى تشجيعاته ونصائحه القيّمة ومساعدته الدائمة لنا رغم
إنشغالاته الخاصة.

فلك دكتورنا أسمى عبارات الإحترام والتقدير .

كما لا يفوتنا أن نشكر أساتذتنا على قبولهم مناقشة هذه المذكرة

الطالبين: جوبر مبارك، شنافي عبد القادر

الإهداء

إلى والديّ الكريمين حفظهما الله

إلى إخوتي كل بإسمه .

إلى جميع موظفي و عمال كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة
الأغواط .

إلى جميع أصدقائي .

و كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل المتواضع.

الطالب: جوبر مبارك

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى من ربياني على حب العلم والفضيلة وأسمى
القيم، إلى والديّ الكريمين أطال الله في عمرهما.
إلى جميع أصدقائي من قريب أو من بعيد كل بإسمه.
إلى كل من ساعدنا على إنجاز هذا العمل المتواضع.

الطالب : شنافي عبد القادر

مقدمة

يُعتبر الميراث من أهم علوم الفرائض، ولذلك فإنَّ الله عزَّ وجل فرض الموارِيث بأحكامه وعلمه، وقسَّمها بين مستحقيها أحسن تقسيم وأعدله، وفق ما تقتضيه حكمته البالغة ورحمة الواسعة، وبَيَّن ذلك أتمَّ وأكمل البيان، فجاءت آيات الموارِيث وأحاديثها واضحة وشاملة لكل ما يكن وقوعه من الموارِيث، لكن منها ما هو صريح ظاهر يسهل أن يفهمه أي شخص، ومنها ما يحتاج إلى تأمل وتدبير، حيث أقرَّ الله عزَّ وجل بأهمية الميراث ووجوب تعلمه بالنسبة لأهل العلم أي المتخصصين والمعنيين بتقسيم أنصبة الورثة حتى يأخذ كل وارث نصيبه دون إجحاف في حق كل واحد من الورثة، وذلك وفقا ما تقتضيه الشريعة الإسلامية.

إلا أنَّ المشرَّع الجزائري رغم تناوله لعدَّة مواضيع متعلِّقة بالموارِيث منها أصحاب الفروض والعصبة وذوي الأرحام... إلخ، كما قد حدد أنصبة كل واحد منها بشكل صريح في مواد قانون الأسرة الجزائري غير أنَّه لم يُشير إلى أحكام التخرج عن الحق في الميراث، هذا رغم تعديلات قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005، فلم ينص على أي مادة من هذا القانون حول موضوع التخرج، ما عدا المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنَّه: "كل ما لم يرد النصُّ عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"¹، هذه المادة تحيلنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية إذا لم ينص القانون على أي موضوع له علاقة بقانون الأسرة وبالتالي لم يتم الإشارة في قانون الأسرة على أحكام التخرج والتنازل عن الحق في الميراث، إذا هذه المادة تنطبق على هذا الموضوع.

أمَّا في ما يخص أهداف الموضوع، فإنَّ أي دراسة قانونية أو فقهية تصبو إلى تحقيق مجموعة من الأهداف، والتي تتمثل فيما يلي:

- تنظيم كيفية التنازل عن الحق في الميراث، والتخرج عن طريق التعاقد بين الأطراف المعنية بالتنازل.

¹ القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005.

- الوصول إلى مدى فعالية تطبيق أحكام التخارج عن الحق في الميراث في الواقع.
- تسهيل عملية تقسيم الميراث.
- يزرع التخارج عن الحق في الميراث روح الأخوة بين الورثة.
- وعن أسباب إختيار الموضوع، فيتعلق الأمر بدافعين ولسببين، سبب ذاتي وآخر موضوعي، فبالنسبة للسبب الذاتي فيتعلق الأمر برغبتنا الملحة لمعرفة أهمية علم وقضايا الميراث وكل ما يتعلق به، كذلك عدم تطرق المشرع الجزائري لهذا الموضوع رغم أهميته، أمّا السبب الثاني فهو موضوعي يتعلق بندرة الدراسات المتخصصة والمتعلقة بالتخارج عن الحق في الميراث، والمساهمة منّا المتواضعة ولو بالقدر القدير في إثراء مكتبتنا القانونية.
- وفيما يتعلّق بأهمية الموضوع، فنُميِّز في هذا الصدد بين أهمية علمية وأخرى عملية، فبالنسبة للأهمية الأولى فيظهر ذلك من خلال التطرق إلى تسهيل عملية تقسيم الميراث، حيث أنّ الورثة لهم مجال واسع في التبادل بينهم أو التنازل عن بعض الحقوق من طرف أحد لآخر، أمّا الأهمية العملية فتتمثل في الدور الكبير الذي يتم التخارج من خلال إستفادة كل وارث من الشيء الذي يرغب فيه من التركة وذلك بعد التفاهم والتراضي بينهم، وكونه يتيح المجال للورثة في إختيار الحصة التي يرغب فيها عن طريق تقديم بدل التخارج.
- غير أنّه وبطبيعة الحال قد إعترضتنا الكثير من العقبات والصعوبات في إعداد هذا البحث، والتي لم تخرج عن إطار ما يواجهه أي باحث من صعوبات، من ضيق الوقت، وشح للمراجع المتخصصة، وقلة المعالجة له من دراسات فقهية أو قانونية في الجزائر.
- ومن خلال موضوع دراستنا إرتأينا طرح الإشكالية التالية:

- كيف يتم تطبيق التخارج في الميراث لتسوية المنازعات المتعلقة بالميراث؟.

أمّا فيما يخص المنهج المتبع، فنشير إلى أنّه لا يمكن للباحث أن يصل إلى هدفه إذا لم يتبع مناهج البحث العلمي التي تتماشى مع موضوع بحثه، ولذلك إعتدنا المنهج الوصفي الذي يتلاءم وموضوع دراستنا وبإعتباره منهج أساسي من خلال وصف كامل للتخارج عن الحق في الميراث، كما إتبعنا المنهج التحليلي بإعتباره من أكثر المناهج إستعمالاً في مجال

العلوم القانونية، لغرض تحليل القواعد القانونية المقارنة التي تعالج وتنظم موضوع الدراسة، كما تمّ الإعتماد على المنهج المقارن لمقارنة قوانين الأنظمة الأخرى المتعلقة بالتخارج عن الحق في الميراث.

وللإجابة على الإشكالية إرتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى فصلين، حيث تناولت في الفصل الأول الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث، والذي بدوره إنطوى على مبحثين المبحث الأول خُصص لمفهوم التخارج في الميراث، أمّا المبحث الثاني نُعالج فيه شروط عقد التخارج عامّة وخاصّة.

وفي الفصل الثاني نتطرّق إلى أحكام التخارج في الميراث، والذي إحتوى بدوره على مبحثين، المبحث الأول: صور التخارج في الميراث وكيفية تقسيم التركة بعد التخارج، أمّا المبحث الثاني: أثر التخارج في الميراث في نقل الملكية وضماناته.

وخاتمة حاولنا من خلالها تلخيص جملة من النتائج والإقتراحات.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للتخارج في

الميراث

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث

يعتبر التخرج عن الحق في الميراث من أهم البدائل القضائية في حل منازعات الميراث، فالتخرج هو أن يتصلح الورثة بأن يخرج بعضهم البعض من الميراث مقابل يؤدي للمتخارج، وقد ظهر خلاف حول الطبيعة القانونية لعقد التخرج فهو يخضع بمجموعة من الشروط والأحكام ولا يستقر على صورة واحدة بل له عدة صور، والمشرع الجزائري لم يتناول هذا العقد لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة رغم أهميته البالغة في حل منازعات الميراث وهذا على غرار التشريعات العربية الأخرى.

نتناول في هذا الفصل الإطار المفاهيمي للتخرج في الميراث، نتطرق فيه لمفهوم التخرج عن الحق في الميراث (مبحث أول)، ثم نُعالج شروط صحة عقد التخرج في الميراث (مبحث ثانٍ).

المبحث الأول: مفهوم التخارج في الميراث:

نتناول في هذا المبحث مفهوم التخارج عن الحق في الميراث، والذي يحتوي على تعريف ومشروعية التخارج في الميراث (مطلب أول)، ثم نُشير إلى التكييف الفقهي والقانوني للتخارج في الميراث.

المطلب الأول: تعريف التخارج الميراث ومشروعيته:

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف التخارج في الميراث (فرع أول)، ثم نتناول مشروعية التخارج في الميراث (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: تعريف التخارج في الميراث:

إنَّ تعريف التخارج في الميراث يتكون من تعريف لغوي (أولاً)، ثم تعريف إصطلاحي (ثانياً)، ثم تعريفه في القوانين الوضعية (ثالثاً).
أولاً: تعريف التخارج لغةً:

التخارج مصدر تخارج، يقال تخارج القوم، إذا خرج كل منهم نفقة على نفقة صاحبه، وتخارج الشركاء، خرج كل منهم من شركته عن ملكه إلى صاحبه بالبيع، والتخارج أن يأخذ بعض الشركاء الدار وبعضهم الأرض¹.

كذلك يعرف خرج من الموضوع خروجاً ومنخرجاً، وأخرجته أنا، ووجدت الأمر مخرجاً أي مخلصاً، وإستخرجت الشيء من خلصته، وهناك من عرفه أيضاً أنه قد يكون (المخرج) موضع الخروج يقال خرج مخرجاً حسناً وهذا مخرجُهُ، وجمع اخراج².

¹ رقيق شهرزاد، التنازل عن حق الميراث (التخارج)، مذكرة ماستر، التخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017/2018، ص 07.

² أوجمني خديجة، أحكام التخارج والمناسخة في الميراث، مذكرة ماستر، التخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016/2017، ص 07.

وفي لسان العرب، "التخارج تفاعل، من الخروج كأنه يخرج كل واحد من شركته عن ملكه إلى صاحبه بالبيع"، والخروج نقيض الدخول¹، ومنه قوله تعالى "ذَلِكَ يَوْمَ الْخُرُوجِ"²، أي يوم يخرج الناس من الأحداث، ويحدث التخارج عادة بين الشركاء وبين الورثة، حيث يكون المال عقارًا أو منقولًا أو نقدًا أو حصص عينية أو نقدية في الشركة أو متاعًا بين ورثة أو شركاء لم يقتسموه، فلا بأس أن يتخارجوا فيما بينهم³.

ثانيًا: تعريف التخارج إصطلاحًا:

التخارج عند علماء الفرائض هو إتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه من التركة بعوض معلوم، أي أن يتعاقد أحد الورثة أو بعضهم مع البعض الآخر على النزول عن نصيبه من الميراث مقابل شيء معلوم يأخذه، سواء كان هذا الشيء المعلوم من داخل التركة أو من خارجها⁴.

وعرّفه محمد أبو محمد أبو زهرة بأنه: "هو أن يتصالح بعض الورثة على قدر معلوم في نظيري أن يترك حصّته فيها، سواء كان التصالح مع الورثة مجتمعين أو مع بعضهم، على أن يحل البعض الذي أعطاه قديرًا معيّنًا من المال محله في حصّته، وسواء كان الورثة قد صالحوه على جزء معيّن من التركة نفسها أم صالحوه على مال قدّموه له خارج التركة"⁵. وقال الجرجاني: "أنه التخارج في الإصطلاح هو مصالحة الورثة على إخراج بعض منهم بشيء معيّن من التركة"⁶. كما عرّفه المناوي بأنه: "بيع وارث نصيبه أو جزء منه لوارث آخر، أو مصالحة الورثة على شيء من التركة"⁷.

¹ رقيق شهرزاد، المرجع السابق، ص 07.

² سورة ق، الآية رقم 42.

³ رقيق شهرزاد، نفس المرجع، ص 08.

⁴ الطعيمات هاني، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2007، ص 194.

⁵ أبو زهرة محمد، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، 2017، ص ص 231 ، 232.

⁶ الجرجاني الشريف علي، التعريفات، علوم اللغة، 2007، ص 60.

⁷ المناوي عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، 2008، ص 93.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث

وهناك أيضاً من عرّفه على أنّه: "هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم البعض من الميراث مقابل شيء معلوم من التركة أو من غيرها، سواء كان هذا التصالح من كل الورثة أو بعضهم"¹.

كذلك المراد به: "أن يتصالح الورثة على أن يخرج بعضهم عن الميراث نظير جزء معين من التركة، أو مبلغ من المال من غيرها، وقد يتم هذا بين اثنين، مثلاً من الورثة على أن يحل أحدهم بدل الآخر في نصيبه في مقابل مبلغ من المال يعطيه له"².

ثالثاً: تعريف التخارج في القوانين الوضعية:

نصّت المادة 48 من قانون الموارث المصري على ما يلي: "التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم، فإذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم أستحق نصيبه وحل محله في التركة، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة قسّم نصيبه بينهم بنسبة أنصائبهم فيها، وإن كان المدفوع من مالهم، ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسّم عليهم بالسوية"³.

وقد عرّف قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010 التخارج من خلال المادة 314 على أنّه: "التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم"⁴.

كما عرّفه قانون الأسرة القطري في نصّ المادة 299 على ما يلي: "التخارج هو إتفاق على ترك بعضهم نصيبه من التركة للبعض الآخر بعوض معلوم"⁵.

¹ قارة توفيق، التنازل عن الحق في الميراث (التخارج)، مذكرة ماستر، التخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018/2017، ص 10.

² رحمانى فريحة، الصلح عن طريق التخارج لتسوية منازعات الميراث، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد التاسع، جامعة زيان عاشور، ص 139.

³ قانون الميراث المصري رقم 77 لسنة 1943

⁴ قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019

⁵ قانون الأسرة القطري رقم 22 لسنة 2006.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث

أمّا المشرّع الجزائري لم يتطرق لأحكام التخارج ولم ينظمه لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني، ممّا يقتضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية¹، طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري².

ومن مجمل التعريفات نجد أنّ معنى التخارج فيما يدور على أن يتصالح أحد الورثة أو بعضهم مع البعض الآخر منهم، أو مع أحدهم على ترك نصيبه في الإرث نظير مال يؤدّى للخارج من التركة أو غيرها³.

الفرع الثاني: مشروعية التخارج في الميراث:

التخارج بين الورثة جائز شرعاً بشرط التراضي وأهلية المتخارجين، سواء كان يعتبر بيعاً ومعاوضة، أو صلحاً أو قسمة، ومبادلة بين الوارث المخرج (الخارج)، وبين بقية الورثة أو من أخرجه منهم⁴، وبدلّ على جواز التخارج ما يلي:

أولاً: مشروعية التخارج من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"⁵، يفهم من هذه الآية أنّ الله تبارك وتعالى بيّن أنّه لا يجوز لأحد أن يأخذ يأخذ مال أخيه إلا أن يكون عن تراضٍ وإستحقاق دون غصب، وهو يدل على مشروعية التخارج لأنّه تقاسم أو معاوضة أو تنازل بين الورثة برضاهم جميعاً⁶، وكذلك قوله تعالى: "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ"⁷، فالآية دليل على مشروعية

¹ رحمانى فريحة، المرجع السابق، ص 140.

² المادة 222 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدّل والمتمم، بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005، تنص على أنّه:

"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

³ قارة توفيق، المرجع السابق، ص 10.

⁴ رحمانى فريحة، نفس المرجع، ص 141.

⁵ سورة النساء، الآية رقم 29.

⁶ رقيق شهرزاد، المرجع السابق، ص 14.

⁷ سورة النساء، الآية رقم 128.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث

الصلح، فقد وصفه سبحانه وتعالى بأنه خير - والتخارج نوع من الصلح - ولا يوصف بالخيرية إلا ما كان مأذوناً فيه ومشروعاً¹، ومنه قوله عز وجل: "لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ"²، فالآية هنا هي أيضاً دليل على فضل الصلح وجوازه في كل شيء يقع فيه النزاع³.

ثانياً: مشروعية التخارج من السنة النبوية:

عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلّى الله عليه وسلّم، أنّه قال: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً"⁴.

ثالثاً: مشروعية التخارج من أثر الصحابة:

وأما من الأثر إقرار الصحابة للتخارج مطلقاً من غير نكير لصنيع عثمان بن عفان رضي الله عنه، "حديث روى عن عمرو بن دينار أنّ عبد الرحمان بن عوف طلق امرأته تماضر بنت الأصبع الكلبية في مرض موته، ثمّ مات وهي في العدة فورثها عثمان رضي الله عنه، مع ثلاث نسوة اخر فصالحوهها على ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألفاً، على أن أخرجوها من التركة".

قال ابن عباس رضي الله عنه: "يتخارج الشريكان وأهل الميراث، فيأخذ هذا عيئاً وهذا ديناً، فإن نوى لأحدهما لم يرجع على صاحبه".

فجميع هذه الأدلة تدل على جواز التخارج بين الورثة في المواربيث إذا إتفقوا وتراضوا ولم يكن فيه هضم لحق بعضهم أو إسقاط له بدون إذنه ورضاه⁵.

¹ رقيق شهرزاد، المرجع السابق، ص 14.

² سورة النساء، الآية رقم 114.

³ رقيق شهرزاد، نفس المرجع، ص 14.

⁴ الرواي: أبي هريرة، المحدث: الألباني، المصدر: صحيح أبي داوودن الصفحة أو الرقم: 3594، خلاصة حكم

المحدث: حسن صحيح، التخريج: أخرجه أبو داوود 3594، وابن الجارود في المنتقى 1001، وابن حبان 5091.

⁵ رقيق شهرزاد، المرجع السابق، ص 15.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للتخارج في الميراث:

نتناول في هذا المطلب التكييف الفقهي للتخارج (فرع أوّل)، ثم نشير إلى التكييف القانوني (فرع ثانٍ).

الفرع الأوّل: التكييف الفقهي للتخارج في الميراث:

الأصل في التخارج أنّه عقد صلح يتم بين أحد الورثة وبين باقيهم، أو بين أحد الورثة ووارث آخر، وتسري عليه أحكام أقرب العقود شبيهاً بحسب مضمونه، فهو لذلك يعتبر من عقود المعاوضات المالية، أجد بديليّه نصيب الوارث من التركة، والبدل الآخر المال المعلوم الذي يدفع للوارث المخرج من التركة أو من غيرها.

وبناءً على هذا فإنّ التخارج يعتبر عقد بيع بين الوارث المخرج وبين من أخرجه إذا وقع على جزء من الحصة الموروثة يدفعه أحد الورثة أو كلهم من غير التركة، ويعتبر عقد قسمة ومبادلة إذا وقع على عيّن من التركة يأخذها الخارج في مقابل نصيبه، كما قد يتضمن معناه الهبة أو الإسقاط إذا كان إلى غير بدل أو إذا كان البدل المصالح عليه أقل من النصيب المستحق شرعاً¹.

أولاً: التكييف الفقهي للتخارج في المذاهب الفقهية الأربعة:

لقد اختلفت آراء الأئمّة، وتعددت بتعدد وإختلاف مذاهبهم إلى عدّة أقوال أبرزها ما يلي:

01 - قول الحنفية: "ذهبوا إلى جواز التخارج مطلقاً سواء كان ما أعطوا المخارج قليلاً أو كثيراً".

02 - قول المالكية: "ذهب المالكية إلى جواز التخارج إذا كان المخارج أخذ قدر ميراثه أو أقل من ذلك، أمّا إذا أخذ المخارج أكثر من ميراثه فلا يصح له ذلك".

¹ رقيق شهرزاد، المرجع السابق، ص ص 15 ، 16.

03 - قول الشافعية: "أجازوا التخارج إذا وقع الصلح على معرفة من المصالح بحقوقهم أو إقرار بمعرفتهم بحقوقهم وتقباض المتصالحان قبل أن تفرقا، فالصلح في هذا جائز، أمّا إذا وقع على غير معرفة منهما بمبلغ حقهما أو حق المصالح منهما فإنّ الصلح لا يصلح في ذلك".

04 - قول الحنابلة: "ذهبوا إلى عدم التخارج مع الجهل بالمصالح به، أمّا مع عدم الجهل بالمصالح به من كلا الطرفين فإنّ التخارج في هذا يكون جائزاً".

أي اشتراط الحنابلة أن يكون المتنازل عنه معلوماً، وهو قريب من رأي الشافعية أيضاً الذين ذهبوا إلى عدم جواز التخارج بين الورثة في الأشياء المجهولة.

والرّاجح هنا هو ما ذهب إليه الحنفية القائلون بجواز التخارج مطلقاً لأنّ الصلح ليس كالبيع في كل شيء، بل إنّ الجهالة بالمصالح به لا تمنع الصلح لأنّها لا تفضي إلى المنازعة وهذا بعكس البيع فإنّ المبيع إذا كان مجهولاً فإنّ المبايعة لا تصح لأنّها تفضي إلى المنازعة¹.

ثانياً: ثمرة الإختلاف في تكييف عقد التخارج:

إنّ إختلاف الفقهاء في تكييف الطبيعة القانونية لعقد التخارج نتج عنه ما يلي:

01 - إذا كان عقد التخارج على أنّه عقد بيع، فإنّ الوارث المشتري أو الوارثون المشترين إذا تعددوا شأنهم شأن المشتري الأجنبي، فيكون لهم حقوق وعليهم إلتزامات، فإذا كان المشتري الوارث واحداً ودفع الثمن من ماله الخاص فإنّه يحل محل الوارث البائع في التركة ويأخذ حصته، وإذا تعدد المشترين الوارثون ودفعوا ثمن الحصة المبيعة من مالهم الخاص ولم ينص في عقد التخارج على طريقة التقاسم، قسّمت عليهم الحصة المبيعة بالسوية.

02 - إذا كُيّف عقد التخارج على أنّه عقد قسمة، فإنّه لا ينشئ شيئاً من الحقوق والإلتزامات وإنّما يكشف عنها، لأنّ هذا الحق أو ذلك الإلتزام كان موجوداً قبل التخارج عن طريق

¹ رقيق شهرزاد، المرجع السابق، ص 16 ، 17.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث

الميراث فإذا خرج أحد الورثة من التركة على جزء منها كالسيارة أو منزل أو قطعة أرض، فإنَّ المتخارج يعد مالكا لها منذ البداية عن طريق الميراث ولكن القسمة كشفت هذه الملكية.

03 - وكذلك القول إذا كيّف التخارج على أنه عقد صلح، فإنّه يكون كاشفاً للحق أو الإلتزام وليس منشأً لهما، وترتبت على هذه الحالة آثرين وهما:

أ - الضمان:

إذا كيّف التخارج على أنه عقد صلح فإنَّ الوارث المتخارج لا يضمن صفته كوارث إذا هو إدعى أنه من الورثة ونازعوه في ذلك ثم تصالحو على التخارج، فالتخارج هنا يعتبر صلحاً لحسن النزاع، فلا يجوز تجديد النزاع بعد ذلك، فإذا ظهر بعد الصلح أنّ المتخارج ليس من الورثة أصلاً فلا يحق لهم الرجوع عليه، بخلاف ما إذا كيّف بأنه عقد قسمة أو عقد بيع، فالمتخارج يضمن في هاتين الحالتين صفته كوارث، فإذا إنكشف بأنه ليس بوارث حقيقي بطل التخارج.

ب - الغبن:

في الصلح لا يرجع الوارث المتخارج بدعوى الغبن على الورثة بحجة أنّ المقابل الذي أخذه من التركة قليل، لأنّ المفروض أنّ التخارج كان صلحاً ولا يستحق الوارث الخارج عن طريق الصلح سواء قلّ أو كثر، هذا بخلاف ما إذا كيّف عقد قسمة حيث يحق لمن يدع الغبن إذ يستطيع أن يثبت ذلك بأن يزيد على الخمس أو ينقض القسمة ولبقية الورثة منع نقض القسمة عن طريق إكمال الحصة الناقصة¹.

¹ رقيق شهرزاد، المرجع السابق، ص ص 16 - 19.

الفرع الثاني: التكييف القانوني للتخارج في الميراث:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى موضوع التخارج في قانون الأسرة أو في القانون المدني، حيث أنه أورد في المادة 222 على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"¹، ومن هذا المنطلق نجد أنه التخارج جائز شرعاً متى كات عن تراضٍ، لأنه من قبيل الصلح، فهو لا يكون إلا برضا بين الطرفين، وأنه شبيه القسمة من جهة أخرى²، كما قد يختلف إذا كان عقد بيع، فإنّ الورثة المشترين شأن المشتري الأجنبي، فيكون لهم حقوق وعليهم إلتزامات، لكن في حالة ما إذا كان التخارج عقد قسمة فإنّه لا ينشئ الحقوق والإلتزامات، وإنما يكشف عنها ويختلف كذلك في حالة ما إذا كيّف التخارج بأنّه عقد صلح ويرتب الأثرين الضمان والغبن³.

وبالتالي فإنّ ذلك أدى بعض الفقهاء إلى تحديد الفرق ففيما إذا كان التخارج عقد صلح أو عقد قسمة أو عقد بيع، فإنّ تكييفهم على هذا الحال لا بد أن يراعي الشرشوط الخاصة بكل حالة منه، فإمّا أن يكون عقد صلح بيني الورثة لإخراجهم أحدهم، ولكنه عقد بيع إذا كان البذل المصالح عليه شيء من غير التركة، ويعتبر عقد قسمة ومبادلة، إن كان البذل المصالح عليه شيء من مال التركة وقد يكون هبة أو إسقاط للبعض إن كان البذل المصالح عليه أقل من النصيب المستحق⁴.

¹ القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم

² بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع التعديلات، مدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009، ص ص 307 ، 308.

³ الزلمي مصطفى إبراهيم، أحكام المواريث والوصية وحق الإنتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2006، ص 131.

⁴ قارة توفيق، المرجع السابق، ص 17.

المبحث الثاني: شروط عقد التخارج:

نُعالج في هذا المبحث شروط صحة عقد التخارج عن الحق في الميراث الذي إنطوى بدوره على شروط عامة لمحل عقد التخارج (مطلب أوّل)، ثم نتناول الشروط الخاصة لمحل عقد التخارج (مطلب ثانٍ).

المطلب الأوّل: الشروط العامة لمحل عقد التخارج:

نوضّح من خلال هذا المطلب شروط محل التخارج والتي إنفق الفقهاء المسلمون على بعضها، إلاّ أنّه قد حصل خلاف في بعضها الآخر، ونظرًا لكون التخارج نوع من أنواع الصلح وجب توافر بعض أحكام الصلح فيما يتعلق بشروط محل التخارج، أمّا محل العقد فيجب توافر الشروط العامة المعروفة في القواعد العامة أي أن يكون المحل موجودًا أو قابلاً للوجود، وأن يكون معيّنًا أو قابلاً للتعيين، وأن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه أي غير مستحيل¹.

حيث نتطرّق إلى الشروط المتعلقة بالحصّة المتخارج عنها (فرع أوّل)، ثم نتناول الشروط المتعلقة بالمقابل (فرع ثانٍ)

الفرع الأوّل: الشروط المتعلقة بالحصّة المتخارج عنها:

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

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

الأصل في الفقه الإسلامي أنّه يشترط في المحل أن يكون موجودًا فعلاً وقت التعاقد، فإن لم يكن موجودًا وقت التعاقد فالعقد باطل، حتى ولو كان محتمل الوجود في المستقبل، وسبب هذا التشدد هو الخشية من الغرر، لذا وحسب الفقه الإسلامي فإنّه يتوجب في محل عقد التخارج أن يتوافر فيه الشروط التي بيّنها الفقه الإسلامي في تأكيد وجوب وجود المحل

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص 23.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث

في عقد التخارج، والمتمثلة في الحصة المتخارج عنها، أمّا في القانون وحسب القواعد العامة لكي ينعقد عقد التخارج صحيحاً ويكون منتجاً لآثاره وتنشأ عنه إلتزامات في ذمة المتعاقدين، لا بد أن يكون المحل موجوداً عند إبرام العقد، فإذا تبين أنّ المحل غير موجود أصلاً، أو كان موجود ولكنه هلك قبل التعاقد، فلا ينعقد العقد ولا ينشأ عنه إلتزام على عاتق أي من المتعاقدين، أمّا إذا كان المحل موجوداً عند إبرام العقد ثم هلك ذلك، فالعقد ينعقد وينشأ عنه إلتزام في ذمة الطرفين، ولكن الإلتزام ينقضي لهلاك المحل، أمّا إذا الهلك بفعل البائع كما في عقد البيع مثلاً فعليه التعويض، ومن جانب آخر فإنّه يجوز إنعقاد العقد إذا كان المحل غير موجود فعلاً ولكن سيكون موجود في المستقبل¹، حسب بعض القوانين الوضعية الأخرى²، لذا فإنّ المحل يعتبر ممكناً ما دام وجود الشيء مستقبلاً غير مستحيل في ذاته إستحالة موضوعية مطلقة، لذا فإنّه وحسب القواعد العامة يجوز أن يكون الشيء المستقبل محلاً للإلتزام، في هذه الحالة فإنّ العقود العامة تقبل التعامل في الأشياء المستقبلية إذا إتفى الغرر وعيّن المحل تعييناً نافياً للجهالة، ولكن هذا القول في التخارج غير قابل للتطبيق لأنّ التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، لذلك يجب في محل عقد التخارج أن تكون الحصة المتخارج عنها موجودة وجوداً فعلياً ولا يمكن الأخذ بقابلية الوجود مستقبلًا³.

ثانياً: أن تكون الحصة المتخارج عنها معيّنة أو قابلة للتعيين:

المبدأ في الفقه الإسلامي هو أنّ المحل يتعيّن بالعلم به علماً مانعاً للجهالة الفاحشة، ويمنع من حدوث المنازعة، فإذا كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد العقد وإلا كان العقد صحيحاً لأنّ الشريعة الإسلامية حرصت على سدّ منافذ النزاع، لذا فإنّه يشترط لصحة

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص 24.

² وذلك حسب ما جاء في القانون المدني العراقي حيث نصّ على أنّه يجوز أن يكون محل الإلتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعيّن تعييناً نافياً للجهالة الغرر.

³ قارة توفيق، نفس المرجع، ص ص 24 ، 25.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث

التخارج في الفقه الإسلامي أن تكون الحصة المتخارج عنها في التركة معلومة، والفقهاء اعتبروا أنّ التخارج صورة من صور الصلح، لذا أوجبوا أن يكون المحل معلومًا، إذ لا يجوز البيع المجهول لذا يتبع نفس الحكم، فقد ذهب الشافعية إلى عدم جواز الصلح عن المجهول، بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى أنّه في حالة تعذر الوصول إلى معرفة التركة يجوز التخارج عن المجهول، أمّا إذا لم يكن من التعذر الوصول إليها فلا يجوز التخارج إلاّ بعد العلم به، والمشهور عند الحنابلة عدم جواز الصلح عن المجهول مطلقًا سواء تعذر علمه أو لم يتعدّر.

أمّا عند الحنفية فلا يشترط أن تكون أعيان التركة معلومة فيما لا يحتاج إلى قبض، لأنّه لا حاجة فيه إلى التسليم، وبيع ما لم يعلم قدره جائز، كمن أقرّ بغصب شيء فباعه المقر له من المقرّ جاز وإن لم يعرف قدره، ذلك لأنّ هذه الجهالة لا تفضي إلى منازعة ودليلهم في ذلك أثر عثمان في تخارج تماضر امرأة عبد الرحمان بن عوف إرثهما لكونها قد بانّت منه قبل موته، وعلى الرغم من ذلك تمّ التخارج بينهم رغم مجهولية الحصة للوارث لكونها قد بانّت وحصل خلاف بين الورثة، ويرى الإمام الشوكاني إلى حصة التخارج على المجهول بأنّ يكون صورته الصلح عن معلوم بمجهول بشرط التحلل، أي يجعل واحد من المتصالحين في حل من قبله بإبراء ذمته¹.

ومن الناحية القانونية وحسب القواعد يتوجب أن يكون المحل معلومًا من المتعاقدين ومعينًا وقت التعاقد أو قابلاً للتعين، بحيث يكون معلومًا من المتعاقدين علمًا كافيًا نافيًا للجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع، وقد نصت القوانين الوضعية على هذا الشرط في وجود أن يكون محل الإلتزام معينًا تعيينًا نافيًا للجهالة الفاحشة، إلاّ أنّه فيما يتعلق بعقد التخارج في وجوب أن يكون معينًا أو قابلاً للتعين، في أنّ التخارج قد يجري ويتفق الطرفان على تحديد مشتملات التركة وقد لا يتفقوا على تحديد مشتملات التركة، فإذا لم يتفقوا على تحديد

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص ص 25 ، 26.

مشمتملات التركة مثل التخارج من التركة المكونة من 24 سهم فتخارج الزوجة على 03 أسهم من 24 سهم لمصلحة الإبن دون أن تحدد له أو تتكفل وجود سيارة في التركة أو عقار فيها، فهذا أيضاً تخارج دون تحديد لمشمتملات التركة وهو صحيح شرعاً وقانوناً، وهنا تكون الخسارة للمتخارج له فقد يحصل على السيارة ضمن موجودات التركة وقد لا يحصل على أي شيء من تلك السيارة أي أنها غير موجودة أصلاً، ولهذا يُعد عقد التخارج من العقود الإحتمالية، وهو صحيح مع ذلك إستثناء من شروط تعيين المحل الغير نمعيين تعييناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة.

ثالثاً: أن تكون الحصة المتخارج عنها قابلة للتعامل فيها:

المبدأ العام في الفقه الإسلامي أن يكون المحل ممكن التعامل فيه، فالشيء الذي لا يصلح للتعالم فيه إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذي خُصص له الشيء، وبينوا وجوب أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد وأن يكون موضوعاً له، لذا فإنه لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط أن يكون محل التخارج من التركة مائلاً ممكن التعامل فيه، لذا ذهب فقهاء الفقه الإسلامي إلى وجوب أن يكون المال محل التعامل مقوماً، فلا يجوز أن يكون خمراً أو غير ذلك كما لا يعد مائلاً منتقياً منه شرعاً، ويجوز فيما عدا ذلك من أي مال ترغب فيه النفوس، فإذا كان المورث قد ترك أموال فير مقومة ولا يمكن التعامل فيها شرعاً فلا يجوز أن تكون محلاً للتخارج بين الورثة، والمقال يقصد به في الإصطلاح الشرعي كل ما يمكن حيازته وإحرازه والإنتفاع به إنتفاعاً عادياً، وبذلك يشترط في المال أمران يجب التوفر فيه لكي يعتبر مائلاً وهي إمكان إحرازه وإمكان الإنتفاع به إنتفاعاً عادياً، كما يشترط في المال المنقول توفر شرطان وهما الإحراز وحيازة المال فعلاً وجواز الإنتفاع به إنتفاعاً مطلقاً¹.

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص ص 25 - 28

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمقابل:

في التخارج لابد من وجود مقابل يدفعه المتخارج له لمصلحة المتخارج، ويجب توافر عدّة شروط في هذا المقابل بوصفه الوجه الثاني للمحل، وهذه الشروط تضيي خصوصية للمقابل، وهي أن يكون المحل موجود، أو قابلاً للوجود، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه، والقبض للمقابل أي البدل في مجلس العقد، ويتبين أنّ محل إلتزام المتخارج له لا يختلف عن محل الإلتزام المتخارج، وحتى في الفقه الإسلامي يجب أن يكون البدل مألّ منقولاً منتفعاً بهم مقدوراً على تسليمه، فلا يصح أن يكون البدل مجهول الجنس أو الصنف أو القدر، ولا أن يكون مما لا يصح عوضاً في البيع، ويشترط الفقهاء المسلمين فيما إذا كان التخارج يعتبر صرفاً أن يكون هناك التقابض بين المتخارجين في المجلس، كالتخارج عن أحد النقيدين بالآخر، وكذا فيما إذا على المتخارج عنه والمتخارج عليه في علة الربا، وهذا الشرط متفق عليه أصلاً بين الفقهاء إجماعاً، مع الإختلاف في التفصيل.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة لمحل عقد التخارج:

يرى الفقهاء المسلمين عدّة حالات للتخارج بحسب نوع التركة التي يرد عليها التخارج وفصلوا وبينوا عدّة شروط يجب أن تتوافر في التركة أو البدل وبخلافها يؤدي إلى حدوث محذور شرعي يجب تجنبه، والغاية هي عدم ظهور وحدوث الربا في التخارج، ذلك أنّ التركة غالباً ما تكون من الأموال التي تعد ربوية، ويجب أن لا يكون هناك تماثل فيما إلتزم به أطراف العقد¹، وهذه الأموال ستة وهي ما جاء في حديث عن أبي سعيد الخدري قال رسول الله صلّ الله عليه وسلم: "الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص ص 31 ، 32.

الفصل الأوّل: الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث

والتمر بالتمر والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء"¹.

وقد ورد بشيء من تفصيل هذه الحالات مستلزم فيها شروط خاصة عند الحنفية والمالكية، بعكس الشافعية والحنابلة، الذي لم يفصلوا شروطها، لذا من خلال هذا المحل نبيّن الشروط الخاصة بحسب نوع المحل سواء من حيث التركة المتخارج عنها أو من حيث البدل المقابل لهذا التخارج، ونظراً لكون فقهاء الحنفية والمالكية قد توسّعوا في هذه الشروط بخلاف الشافعية والحنابلة.

الفرع الأوّل: إذا كانت التركة ذهباً أو فضة:

إذا تخارج الورثة عن نصيبه في التركة وكانت موجوداتها ذهباً أو فضةً والمقابل أيضاً ذهباً أو فضةً، فذهب الحنفية إلى بيان تفصيل هذه الحالة فقالوا أنّه إذا كانت التركة ذهباً فأعطوه فضةً، أو كانت فضةً وكان المقابل ذهباً جازّ التخارج، سواء كان ما أعطوه أقل من نصيبه أو أكثر، لأنّه بيع الجنس بخلاف الجنس، فلا يعتبر هنا تساوي، ولكن يشترط القبض في المجلس لكون العقد يكتف على أنّه صرفاً (بيع)، ولكن إذا كان الوارث الذي في يده بقيّة التركة جاحداً وجودها في يده يكتفي في ذلك القبض لأنّه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والذي هو التخارج، والأصل في ذلك أنّه متى تجانس القابضان، بأن كان أحدهم قبض أمانة والآخر قبض ضمان ناب أحدها مناب الآخر، أمّا إذا اختلفوا في المضمون ينوب عن الغير، أمّا إذا كان الذي في يده التركة مقراً، فإنّه لا بد من تجديد القبض، وهو الإنتهاء إلى ما كان يمكن الإنتهاء من قبضه، لأنّه قبض أمانة ولا يمكن عن قبض الصلح أو التخارج فيما إذا كان البدل في التركة المكونة من ذهب وفضة بأن كان من كليهما كأن يكون مقداراً منه ذهباً ومقداراً منه فضةً فيصح التخارج سواء إن كان بدل التخارج كثيراً أو

¹ صحيح مسلم، 1584.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث

قليلاً، لأن ما يأخذه من الذهب يعتبر مقابل نصيبه من الفضة وما يأخذه من الفضة يعتبر مقابلاً من الذهب فأختلف الجنس.

في حالة ما إذا كانت التركة ذهباً وفضة وكان المقابل من أحد النقدين فلا يجوز التخارج، بمعنى أن تكون التركة فضة والمقابل فضة أو كانت التركة ذهباً والبديل المعطى ذهباً أيضاً، يشترط أن يكون ما أعطى له أكثر من حصته من ذلك الجنس، ليكون نصيبه بمثله، والزيادة تتكون من مقابل حقه من بقية التركة إحترازاً عن الربا، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه لأنه يعتبر صرفاً في هذا القدر¹.

من خلال ما سبق لم يفرّق الحنفية مقابل التخارج ذاتها عن هذا المقابل من غيرها وهذا ما أخذ به المالكية، فقسّموا مقابل التخارج إلى قسمين:

01 - إذا كان التخارج من التركة ذاتها: وكانت التركة مكوّنة من الذهب والفضة، وتخارج أحد الورثة لمصلحة وارث آخر، مثلاً زوجة مات زوجها فصالحها الإبن، فإذا أخذت ذهباً من التركة قدر حصتها من الذهب أو أقل، ولكن يشترط أن يكون الذهب الذي أخذت منه حاضراً كلّه، لأنّ النوع الذي أخذت منه لو كان غائباً ترتب على ذلك صورة ممنوعة وهي إشتراط تعجيل الثمن في بيع الشيء الغائب بيعاً لازماً، وإذا أخذت ذهباً من التركة زائداً على حصّتها ديناراً واحداً فقط، فتكون قد أخذت نصيبها وباعت لباقي الورثة حظّها من المال والعرض بالدينار الزائد، فاجتمع في البيع والصراف ديناراً لأنّه لا يجوز أن يجتمع البيع والصراف في أكثر من دينار، ويشترط في هذه الحالة أن تكون التركة كلها من عرض ونقد وحاضرة.

02 - إذا كان بدل التخارج من غير التركة: وكانت التركة ذهباً أو فضة وتخارج الورثة بذهب من غير ذهب التركة، أو من فضة من غير فضة التركة، فلا يجوز هذا التخارج، قلّ

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص ص 33 ، 34.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث

ما أخذته من نصيبها أو أكثر، لأنّه بيع الذهب والفضة بذهب أو فضة¹، وهو ربا فضل²، وفيه ربا النسيئة³، إن غابت التركة كلها أو بعضها، أو إذا كانت التركة ذهباً، جاز الصلح بذهب غير التركة، أو بفضة من غير فضة التركة، بشرط أن لا يجتمع البيع والصرف في دينار واحد.

أمّا الشافعية والحنابلة لم يفصلوا مثل الحنفية والمالكية في هذه الحالة مما يتوجب الرجوع إلى الصلح كون التخارج لدى المذاهب الفقه الإسلامي نوع من أنواع الصلح، فالشافعية يفرّقون في التخارج بين ما إذا كان الصلح بين الورثة عن إقرار أو إنكار، فإن كان عن إقرار وكانت التركة من ذهب أو فضة والبدل من غير هذا الجنس، ثبت فيه أحكام البيع، أمّا الحنابلة فلم يذكروا شروط خاصة للتخارج بحسب نوع محل التخارج إنّما طبقت عليه أحكام الصلح ففي حالة ما إذا كان البدل في جنس نفسه كالذهب والفضة فإن كان بقدره فهو إستفاء له، وإن كان دونه فهو إستفاء لبعضه وترك للبعض الآخر، إمّا على سبيل الإبراء أو سبيل الهبة، وإذا كان الصلح على الإنكار فلا يجوز أن يأخذ أكثر من حقه إذا كان مكان جنس حقه لأنّ فيه ظلماً بأخذه.

الفرع الثاني: إذا كانت التركة من العقارات والعروض والنقود والدنانير:

ذهب الحنفية إلى أنّه إذا كانت التركة عقاراً أو عروضاً فتخارج الورثة أحدهم منها بمال أعطوه إياه، جاز التخارج سواء كان ما أعطوه أقل من حصته أو أكثر، لأنّه يمكن تصحيحه بيعاً والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن.

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص 35.

² ربا الفضل: يعني ربا الزيادة مثل أن يبيع الإنسان درهماً بدرهمين أو ديناراً بدينارين أو صاعاً من التمر بصاعين من التمر هذا ربا الفضل.

³ ربا النسيئة: تأخير القبض فيما يجب فيه القبض فمثلاً الواجب فيما إذا باع الإنسان تمرّاً بتمر أن يكون التمران متساويين وأن يكون القبض قبل التفريق وإذا باع تمرّاً بشعير فالواجب أن يكون التقابض قبل التفريق فإن تأخر القبض صار الأول أي بيع التمر بتمر مثله فيه ربا النسيئة وكذلك إذا باع تمر بشعير وتأخر القبض فيكون فيه ربا نسيئة.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث

أمّا المالكية فذهبوا إلى أنّه إذا كان بدل التخارج من نفس التركة وكانت التركة مكونة من العروض، وصالح الورثة بعرض من العروض، جاز التخارج مطلقاً، سواء كان ما أخذه قدر نصيبه أو أقل أو أكثر.

أمّا إذا كانت التركة من النقود والدنانير وغيرها، ففي هذه الحالة تكون التركة عبارة عن نقود من جنس واحد (كالعملة الجزائرية مثلاً)، فإذا كان بدل التخارج من جنس آخر كأن يكون من غير العملة المكوّنة للتركة صلح التخارج، سواء كان قليلاً أو كثيراً، ذلك على أنّه بيع على خلاف الجنس المكوّنة منه التركة، فلا يكون التساوي فيه معتبراً، إلّا نمّه يشترط أن يتم التقابض في المجلس لكونه صرفاً وهذا ما أجمع عليه الفقهاء بدون خلاف¹.

الفرع الثالث: إذا كانت أعيان التركة مجهولة والتخارج على المكيل والموزون أو غير مكيل وموزون:

أختلف فقهاء المذهب الحنفي الذي إنفردوا ببيان هذه الحالة، فذهب بعضهم إلى أنّه إذا كان المكيل أو الموزون فإنّ التخارج فيه لا يجوز شرعاً لإحتمال أن يكون فيه ربا، بأن يكون في التركة مكيل أو موزون من جنسه، أي يكون نصيب المتخارج مثل بدل المتخارج المقدم من المتخارج له، فيكون في حقه بيع المقدّر جزافاً، بينما ذهب رأي آخر إلى أنّ التخارج في هذه الحالة صحيح شرعاً، لإحتمال أن يكون في التركة من نفس جنس بدل التخارج.

الفرع الرابع: التقابض في المجلس:

عقد التخارج في بعض الحالات قد يتمثل البدلين أي حصة المتخارج والبدل الذي يدفعه المتخارج له، في هذه الحالة يتوجب توافر شرط التقابض قبل الإفتراق بالأبدان بين المتعاقدين، لكونه يتوفّر فيه معنى الصرف في أنّه بيع الذهب بالفضة مصوغاً نقداً، وهذا الشرط إشتراطه الفقهاء فيما إذا كان التخارج يعتبر صرفاً أن يكون هناك تقابض بين المتخارجين في المجلس، كالتخارج عن أحد النقدين بالآخر، وكذا فيما إتفق المتخارج عن

¹قارة توفيق، المرجع السابق، ص ص 36 ، 37.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث

والتخارج عليه في علة الربا، وهذا الشرط متفق عليه أصلاً بين الفقهاء إجماعاً، وعمنى هذا الشرط أن يكون قبض البدلين جنوياً قبل مفارقة أحد المتعاقدين للآخر إفتراقاً بالأبدان، منعاً في الوقوع في ربا النسئية، فإن إفتراق المتعاقدين قبل قبض العوضين أو أحدهما فسد وبطل العقد عند الحنفية، ويفسر الإفتراق بالأبدان هو أن يفترق المتعاقدين بأبدانها عن مجلس العقد فيتجه هذا في جهة والآخر في جهة، أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر، بحيث يبعد أحدهما عن الآخر ولم يسمع كلامه فينقطع بذلك الترابط بينهما، فإن بقيا في مجلسهما لم يحصل الإفتراق وإن طال مجلسهما لإنعدام الفارق بالأبدان، وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع والذي من الممكن أن يؤدي إلى وقوع المتخارجين في الربا المحرم في الشريعة الإسلامية إلا أن أي من التشريعات المقارنة التي عالجت التخارج لم تتطرق لأي حكم فيما يتعلق بهذا الشرط بما في ذلك المشرع الجزائري¹.

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص ص 38 - 40.

الفصل الثاني
أحكام التخارج في
الميراث

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

إنّ التّخارج في أغلب أحواله يعتبر صلحاً، وخصوصاً إذا حصل نزاع على إستحقاق أحد الورثة لنصيبه، فيتفق الورثة الباقيون معه على أن يأخذ مالاّ معيناً من التّركة أو من خارج التّركة، ويتنازل لهم عن حصته في هذه التّركة.

حيث تمّ تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نتطرّق إلى صور التّخارج في الميراث (مبحث أوّل)، ثم نتناول أثر التّخارج في الميراث في نقل الملكية وذلك بين المتخارج والمتخارج له، إضافة إلى ضماناته (مبحث ثانٍ).

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

المبحث الأوّل: صور التّخارج:

نعالج من خلال هذا المبحث صور التّخارج عن الحق في الميراث حسب المذاهب الأربعة الفقهية (مطلب أوّل)، ثم نتطرّق إلى كيفية تقسيم التركة بعد التّخارج عن الحق في الميراث (مطلب ثانٍ).

المطلب الأوّل: صور التّخارج حسب المذاهب الأربعة:

نتناول صور التّخارج عند الحنفية والمالكية (فرع أوّل)، ثم صور التّخارج عند الشافعية والحنابلة (فرع ثانٍ).

الفرع الأوّل: صور التّخارج عند الحنفية والمالكية:

نُشير من خلال هذا الفرع إلى صور التّخارج عند الحنفية (أولاً)، ثم عند المالكية (ثانياً).

أولاً: صور التّخارج عند الحنفية:

إذا تخارج الورثة مع أحدهم عن صيبه في التركة على شيء من المال يدفعونه له، فتختلف الصور بحسب نوع البذل الذي يدفعون، وبحسب نوع التركة وذلك كما يلي:

01 – إذا كانت التركة عقارًا أو عرضًا، لأخرج الورثة أحدهم منها بمال أعطوه إيّاه، جاز التّخارج سواء كان ما أعطوه أقل من حصته أو أكثر، لأنّه يمكن تصحيحه بيعًا، والبيع يصحّ بالكثير أو القليل من الثمن، ولا يصح جعله إبراء لأنّ الإبراء من الأعيان غير المضمونة فلا يصح.

02 – إذا كانت التركة ذهبًا فأعطوه فضة، أو كانت فضة فأعطوه ذهبًا جاز الصلح، سوا كان ما أعطوه أقل من نصيبه أو أكثر، لأنّه بيع الجنس بخلاف الجنس، فلا يعتبر التساويين لكن يشترط القبض في المجلس لكونه صرفًا¹.

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص ص 43 ، 44.

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

03 - إذا كانت التركة دنانير، ويدل الصلح كذلك على الدنانير، جاز الصلح كيفما كان، صرفاً للجنس إلى خلاف جنسه كما في البيع، لكن لا بد من القبض في المجلس كونه صرفاً.

04 - وإن كانت التركة ذهباً وفضّة وغير ذلك من العروض والعقارات، فصالحوه على أحد النقيدين فلا يجوز الصلح، إلّا أن يكون ما أعطي له أكثر من حصته من ذلك الجنس، ليكون نصيبه مثله، والزيادة تكون في مقابل حقه من بقية التركة إحترازاً عن الربا، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه، لأنّه صرف في هذا القدر، فإن كان ما أعطوه مساوياً لنصيبه بطل الصلح لوجود الربا.

05 - لو كانت التركة ذهباً وفضة غير ذلك من العروض والعقار، فصالحوه على عرض جاز الصلح مطلقاً سواء كان ما أعطوه أقل من نصيبه أو أكثر.

06 - وإذا كان أعيان التركة مجهول والصلح على المكيل والموزون، فهنا إختلاف فبعضهم قال بأنّه "لا يجوز الصلح لما فيه من إحتمال الربا، بأن يكون في التركة مكيل أو موزون من جنسه، فيكون في حقه بيع المقدر بجنسه حزافاً".

07 - إن كانت أعيان التركة مجهولة وهي غير مكيل أو موزون في يد بقية الورثة، وكان الصلح على المكيل أو الموزون قيل بأنّه لا يجوز لأنّه بيع المجهول، لأنّ المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذ المكيل أو الموزون¹.

ثانياً: صور التّخارج عند المالكية:

يفرّق المالكية بين أن يكون بدل التّخارج من نفس التركة، وبين أن يكون من غيرها وفقاً لما يلي:

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص ص 44 - 46.

01 - إذا كان بدل التّخارج من نفس التّركة:

حيث إذا كانت التّركة قد إشتملت على عرض وفضة وذهب، وصالح الورثة أحدهم عن إرثه، كزوجة مثلاً مات زوجها فصالحها الإبن على ما يخصّها من التّركة، فإنّ الصّح يجوز في الحالات التّالية:

أ - إذا أخذت ذهباً من التّركة قدر حصتها من ذهب التّركة أو أقل، أو أخذت مال من التّركة قدر حصتها من مال التّركة أو أقل، وذلك كصلحها بعشرة دنانير أو أقل والذهب ثمانون عند الفرع الوارث، لأنّها أخذت حصّها أي الثمن من الدنانير أو بعضه، فيكون الباقي كأنه هبة للورثة.

ب - إذا أخذت ذهباً من التّركة زائداً على حصّها ديناراً واحداً فقط، كصلحها بأحد عشر من الثمانين الحاضرة، لأنّها أخذت نصيبها من الدنانير، وباعت لباقي الورثة حصّها من المال والعرض بالدينار الزائد، فجميع ما فيه من البيع والصرف في أكثر من دينار ولكن يشترط في هذه الحالة أن تكون التّركة كلها من عرض حاضرة.

ج - إذا صولحت بذهب من ذهب التّركة، وكان ما أخذته يزيد عمّا يخصّها من الذهب أكثر من دينار، جاز هذا الصّح إن قلّت الدراهم التي تستحقها عن صرف دينار، أو قلّت الدراهم والعروض عن صرف دينار.

وإنما جاز في هذه الحالات لإجتماع البيع والصرف في دينار واحد فقط، لأنّه لا يجوز أن يجتمع البيع والصرف في أكثر من دينار، فسبب التفريق بين ما كان دينار وبين ما زاد عنه، أنّ الدينار وما دونه يسير فيتسامح فيه¹.

02 - إذا كان بدل التّخارج من غير التّركة:

إذا كان بدل التّخارج من غير التّركة فإنّ حكم الصّح يختلف تبعاً لإختلاف الحالات التّالية:

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص ص 46 ، 47.

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

أ - إذا كانت التركة عروضاً وفضة وذهباً: وصالحها الورثة بذهب من غير ذهب التركة، أو بفضة من غير فضة التركة، فلا يجوز هذا الصلح، قل ما أخذته من التركة أو أكثر، لأنّه بيع ذهب وفضة وعرض بذهب أو فضة.

ب - إذا كانت التركة كما ذكر في الصورة السالفة: وصالحه الورثة الزوجة بعرض من غير عرض التركة جاز هذا الصلح بشروط وهي:

- أن تكون التركة كلها معلومة للمتصالحين ليكون الصلح على معلوم.

- أن تكون التركة جميعها حاضرة حقيقة في العين أو حكماً في العرض.

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

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

- أن يكون مكلفاً.

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

الفرع الثّاني: صور التّخارج عند الشافعية والحنابلة:

نتطرق في هذا الفرع إلى صور التّخارج عن الشافعية (أولاً)، ثم عند الحنابلة (ثانياً).

أولاً: صور التّخارج عند الشافعية:

يفرق الشافعية في تخارج الورثة بين ما إذا كان الصلح بينهم عن إقرار أو عن إنكار، فإن كان عن إقرار، وكان البديل غير المتصالح عليه كان بيع تثبت فيه أحكام البيع، كاشتراط القبض إن إتفق المصالح عنه الصالح عليه في علة الربا، أو كاشتراط

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص ص 47 ، 48.

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

التساوي إذا كان جنسًا ربويًا وغير ذلك، وإن جرى الصلح على بعض المتصالح عنه فهو للبعض، وتثبت فيه أحكام الهبة هذا بالنسبة للصلح عن إقرار.

أمّا الصلح عن إنكار فهو باطل عندهم لكنهم يستثنون من بطلان الصلح عن الإنكار صلح الورثة فيما بينهم للضرورة، لكن يشترط أن يكون ما يعطى للمتصالح من نفس التركة لا من غيرها، ويستوي أن يكون المتصالح تساوٍ أو تفاوت.

ثانيًا: صور التّخارج عند الحابلة:

لم يذكر الحابلة صورًا للتخارج، حيث تطبق عليه قواعد الصلح بصفة عامّة والتي قد تكون بيعًا أو هبة أو إبراء، ويجوز أن يكون البذل من جنس المتصالح عليه أو من غير جنسه، فإن كان من جنس حقه بقدره فهو إستقاء له، وإن كان دونه فهو إستقاء لبعضه وتركه للبعض الآخر، إمّا على سبيل الإبراء أو على سبيل الهبة، وإن كان البذل من غير جنس المتصالح عليه كان بيعًا تجري عليه أحكام البيع، وتُرَاعَى فيه شروط الصرف إن كان نقدًا بنقد وهكذا.

ويشترط إن كان الصلح عن إنكار أن لا يأخذ المتصالح من جنس حقه أكثر ممّا يستحق لأنّ الزائد لا مقابل له، فيكون ظالمًا بأخذه، بخلاف ما أخذ بغير جنسه لأنّه يكون بيعًا في حق المدعي، لإعتقاده أخذه عوضًا ويكون في حق النكر بمنزلة الإبراء، لأنّه دفع المال رفعًا للضرر عنه¹.

المطلب الثّاني: كيفية تقسيم التركة بعد التّخارج في الميراث:

نتطرق في هذا المطلب إلى كيفية قسمة التركة في كل صورة على حدا، من صور التّخارج بالتفصيل وذلك من خلال عدّة أمثلة توضيحية، بحيث نتناول طريقة تقسيم التركة في الصورة الأولى للتخارج (فرع أول)، ثم إلى طريقة تقسيم التركة في الصورة الثّانية للتخارج (فرع ثانٍ)، ثم طريقة تقسيم التركة في الصورة الثالثة للتخارج (فرع ثالث).

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص ص 48 ، 49.

الفصل الثاني: أحكام التخارج في الميراث

الفرع الأوّل: طريقة تقسيم التركة في الصورة الأولى للتخارج:

نتطرق إلى شرح الصورة الأولى للتخارج (أولاً)، ثم نوضّح كيفية تقسيم الإرث في الصورة الأولى للتخارج في الميراث (ثانياً).

أولاً: الصورة الأولى للتخارج عن الحق في الميراث:

تتمثل الصورة الأولى للتخارج في أن يكون بين إثنين من الورثة، على أن يخرج الأوّل للثاني عن نصيبه من التركة مقابل مقدار من المال، يأخذه الثاني من الأول مقابل نصيبه، معنى ذلك أنّ الاتفاق يكون بين وارثين إثنين، يتفقان على أن يخرج أحدهم عن الآخر من التركة وذلك مقابل مال خارج التركة فيشمل إذاً هذا المقابل أي المال ما عدا مال التركة، والوارث المعني بتقديم هذا المال أي المقابل هو الوارث الذي يأخذ حصّة التركة المتنازل عنها¹.

ثانياً: كيفية تقسيم الإرث في الصورة الأولى للتخارج:

تتمثل الحالة الأولى للتخارج على أن يخرج أحد الورثة عن نصيبه من التركة، إلى وارث آخر نظير شيء يدفعه له من ماله الخاص، بعيداً عن التركة، فإذا كان التخارج بهذه الصورة، فإنّه يتم تقسيم التركة على جميع الورثة، بما فيه المتخارج على فرض وجود جميع الورثة، كأن المتخارج لم يتم فيأخذ كل وارث نصيبه، هذا أولاً، وبعد ذلك تكون العملية الثانية فيعطي لكل واحد سهامه فيها، لكن ما عدا الذي تخارج معه والذي أعطى له من ماله الخاص، مقابل خروجه من التركة².

إذاً في هذه العملية الثانية لا يحسب نصيب المتخارج، لأنّ سهامه تعطى للوارث الذي تخارج معه والذي أعطى له مقابل عن ذلك، وبذلك يصبح الوارث الثاني محل الوارث الأوّل فيسلم بذلك الوارث الثاني نصيبان، أحدهما يمثّل حصته في التركة، والتي

¹ سمارة محمد، أحكام التركات في الأموال والأراضي، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2002، ص 319.

² شلبي محمد مصطفى، أحكام الموارث بين الفقه والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص 766.

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

يُحصل عليها عن طريق الإرث فهو يمثّل حقه، كحق له والنصيب الآخر يمثّل في حصّة المتخارج والي إستحقها بطريق الشراء لأنّ البدل الذي قدّمه مقابل تخارجه، يمثّل كعقد بيع أبرمه كل من الوارث والمتخارج، فمنح البدل للوارث وفي المقابل ذلك يتنازل عن حصته من التركة، كما أنّه إشتري حصّة المتخارج من التركة.

إذا فالوارث الثّاني الحق في أن يستأثر بها وحده دون أن يشاركه معه وارث آخر، ولكن في حالة ما إذا إشتراك معه وارث آخر في الشراء فإنّهما يمتلكان الحصّة المتخارج عليها بنسبة ما يدفعه كل منهما من ثمنها أي نسبة ما يدفعه كل وارث إلى المتخارج من هذا البدل¹، من أمثلة هذه الصورة يوجد ما يلي:

المثال الأوّل:

توفي عن زوجة وبنّت وإتفقت الزوجة مع البنّت على أن تخرج من التركة مقابل مبلغ من المال من غير التركة والحل يكون كما يلي:

1	4/1	الزوجة
2	2/1	البنّت

الزوجة تأخذ 01 سهم، والبنّت تأخذ 02 سهم.

وبعد أن أخذ الورثة أنصبتهم يتم طرح نصيب البنّت التي تنازلت عن التركة فيكون:

نصيب الزوجة: $3=2+1$ ، إذا تأخذ الزوجة 03 أسهم من 03.

المثال الثّاني:

توفي عن زوجة، وأب، وابن، ثمّ إتفقت الزوجة مع الإبن على أن تأخذ منه مبلغاً من المال ثم تخرج من التركة، فهنا يتم التقسيم كما يلي:

¹ طعيمات هاني، المرجع السابق، ص 195.

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

أولاً: نقسّم التركة كما لو كانت الزوجة باقية، أي لا وجود للتخارج، فتكون إذا المسألة من 24:

- فالزوجة فرضها يكون $8/1$ فتأخذ 03 أسهم.

- والأب فرضه $6/1$ فيأخذ 04 أسهم.

- والإبن يأخذ الباقي عصبه، أي ما تبقى وهو 17 سهم.

ثانياً: بعد العليمة الأولى يعطى نصيب الزوجة للإبن، أي يضاف إلى نصيب الإبن نصيب الزوجة لأنّها تخرجت من التركة، بالمقابل الذي قدّمه إياها، فيصبح إذا نصيب الإبن حينئذٍ 20 سهم أي: $20=3+17$ فيأخذ الإبن 20 من 24.

إذا 17 هي نصيب الإبن من التركة، والتي تحصلّ عليها عن طريق الإرث، وثلاثة أضيفت إلى نصيبه هي الحصّة التي إشتراها من الزوجة مقابل البذل الذي منحها إياها¹.

المثال الثالث:

مات شخص عن زوجة، وبنت، وإبنتين، فصالح أحد الإبنين أخته على أن تخرج له عن نصيبها من التركة، في مقابله من شيء من ماله الخاص، فإنّه يكون الحل كالتالي: تقسّم التركة بين الإبنين والزوجة والبنت كأنّه لم يكن التخارج، فيكون نصيب الزوجة بعد التخارج هو خمسة 5، والبنت سبعة 7، ولكل إبن يأخذ أربعة عشر 14، لأنّ أصل المسألة أربعون 40، فيكون نصيب أحد الإبنين الذي صالح أخته على أن تخرج نصيبها من التركة فيكون واحد وعشرون 21 سهم وذلك بعد أن كان لديه أربعة عشر 14 سهم التي تحصلّ عليها عن طريق الإرث، وتمّ إضافة له نصيب أخته التي تصالح معها

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 307.

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

بإعطائها نصيبها وذلك بمقابل ونصيبها هو سبعة 7، تضاف للإبن فيتم تحصيل واحد وعشرون سهمًا أي: $21 = 7 + 14$.¹

الفرع الثاني: طريقة تقسيم التركة في الصورة الثّانية للتخارج:

نتطرق إلى شرح الصورة الثّانية للتخارج (أولًا)، ثم نوضّح كيفية تقسيم الإرث في الصورة الثّانية للتخارج عن الحق في الميراث (ثانيًا).

أولًا: الصورة الثّانية للتخارج:

من بين صور التّخارج أن يكون التّخارج بين كل الورثة وواحد منهم، بحيث يخرج من التركة، مقابل مال يدفعه الورثة له من أموالهم الخاصة لتكون التركة لهم دونه، وفي هذه الصورة يكون الاتفاق بين وارثين وأكثر، أي يتخارج الورثة مع الباقيين على بدل يدفعونه له من غير التركة، ففي هذه الحالة إمّا أن يكون دفع كل واحد منهم بحسب نسبة حصّته من التركة بأن يدفع من له ثلثها ثلث البديل، ومن له ربعها ربعه وهكذا، أو يكون الدفع بالتساوي بغض النظر عن نسبة الأسم أو أن يكون كل قد ساهم بقدر أقل أو أكثر ممّا يقابل سهمه في الميراث.²

وقد ذهب البعض إلى إستخلاص أنّه إذا خرج أحد الورثة في نظير مال أخذه من أحدهم حلّ الثاني محلّ الأوّل وأخذ نصيبه، فإن خرج من التركة في نظير مال أخذه منكم قسّموا نصيبه بينهم بالتساوي إذا لم ينص على نسبة معيّنة في قسمته.³

¹ كافي منصور، علم الفراض (الموارث)، في الشريعة والقانون ملحق قانون الأسرة المعدل والمتمم، جدار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 135.

² الزلمي مصطفى إبراهيم، أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال في الفقه الإسلامي والمثارن والقانون، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2006، ص 129.

³ شرف الدين عبد العظيم، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الإستثمارات الثقافية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2002، ص 150.

ثانياً: كيفية تقسيم الإرث في الصورة الثّانية للتخارج:

حالة أن يتصلح أحد الورثة مع سائرهم على أن يدفعوا له شيئاً من المال من غير التركة، أي من مالهم الخاص في مقابل ترك نصيبه فيها لتكون كلّها لهم، في هذه الصورة كذلك كالصورة الأولى يتم تقسيم التركة على جميع الورثة كأنّه لا تخارج ويشمل ذلك حتى المتخارج، وبعد ذلك يعطي كل وارث نصيبه من الساهم ما عادا الذي خرج فإنّه يأخذ فقط بد التخرج الذي منحه إياه للورثة مقابل تخارجه، ثم يقسم نصيب المتخارج على باقي الورثة حسب الاتفاق الذي نصّ عليه في عقد التخرج إذا وُجد هذا الاتفاق، أمّا إذا لم يوجد إتفاق بينهما، فإنّه يقسم النصيب بذلك بالتساوي بين الورثة سواء كان ما دفعوه مساوياً أم مختلفاً، وهذا ما ذهب عليه مذهب الحنفية وبه أخذ قانون الميراث المصري رقم 77 لسنة 1943 للتخارج وأحكامه في المادة 48 ، حيث أنّه يقسم النصيب بالتساوي بين الورثة سواء كان ما دفعوه أي بدل الذي قدموه إلى الخارج مساوياً أم مختلفاً، حسب مضمون هذه المادة يتضح بأنّ هذا القانون قد تعرّض لصور التخرج ولكنه لم يوضّح نوع البديل إذا كان جزء من التركة أو خارج التركة بمعنى من ماله الخاص، وما أشار إليه هذا القانون أنّه إذا تمّ الاتفاق على طريقة تقسيم نصيب الخارج بينهم يؤخذ بذلك الاتفاق، أمّا إذا لم يتفقوا على طريقة التوزيع فإنّه يوزّع النصيب عليهم بالتساوي¹.

غير أنّه في الواقع حيث أنّه إذا تمّ الاتفاق بين الورثة على طريقة التوزيع نصيب المتخارج فإنّه يطبق الغتفاق وذلك وفق ما إتفق عليه في عقد التخرج، لأنّ ذلك هي رغبتهم التي صدرت عن رضاهم وذلك بغض النظر عن ما إذا كان ما دفعوه من بدل متساوياً أو مختلفاً، وفي حالة ما إذا لم يتم الاتفاق على طريقة التوزيع البديل المتخارج وكان ما دفعوه للورثة متساوياً، وقسم نصيب المتخارج بين الورثة بالتساوي بينهم وذلك تماشياً مع العقل والمنطق، فلا إشكال في ذلك.

¹ أوحمني خديجة، المرجع السابق، ص ص 34 ، 35.

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

وتجدر الإشارة أنّه في حالة ما إذا كان عقد التّخارج مبهمًا، بمعنى أنّه لم ينص فيه على كيفية توزيع الحصّة المتخارج عنها، كان توزيعات فيما بينهم بالتساوي ويتم توزيع التركة في هذه الحالة وفق ثلاث خطوات وهي:

الخطوة الأولى: يتم فيه توزيع التركة على جميع الورثة بمن فيهم الوارث الذي خرج من التركة أو الذي تنازل عن حصته من التركة، وهذا حتى يتم معرفة نصيبه قبل أن يتم خروجه من التركة.

الخطوة الثانية: وذلك بعد حساب نصيب الوارث، يتم طرح حصّة الوارث الذي خرج عن حصته من التركة، وهذا حتى يتم معرفة نصيبه قبل أن يتم خروجه من التركة.

الخطوة الثالثة: يتم توزيع الحصّة المتخارج عنها، على جميع الورثة بالتساوي إذا لم يشترطوا خلاف ذلك لأنّه الأصل أن يتم توزيع التركة بالتساوي على جميع الورثة¹.

ومن الأمثلة التطبيقية عن هذه الصورة يوجد ما يلي:

المثال الأوّل:

توفي عن بنت وابنين، وترك عشر سيارات، وتصلحت البنت مع أخوها على أن تخرج من نصيبها من التركة في مقابل 5000 دج يدفعانه من مالها الخاص مناصفة، فإنّ نصيبها من التركة يقسم على الآخرين بالتساوي بينهم وذلك لتساويهما في دفع البذل، ما لم ينص في عقد التّخارج، مما يقضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

المثال الثّاني:

ماتت عن زوج، أم، عم، فصالح الزوج بقية الورثة، فيتم تقسيم التركة على الجميع، ثم يتم طرح سهام الزوج من أصل التركة أو يصبح سهام الأم والعم هو أصل المسألة، وهو ما سيتم توضيحه، حيث أنّ في هذه الحالة تسلم الأول حصته وحصّة الذي خرج من

¹ أوحمني خديجة، المرجع السابق، ص 36.

الفصل الثَّاني: أحكام التَّخارج في الميراث

التركة فإتفاق أحد الورثة مع آخر على أن يحل محلّه في نصيبه وذلك مقابل مال يدفعه له من غير التركة ويعني ذلك أنّه يدفع من ماله الخاص بعيداً عن التركة، وإذا تمّ الاتفاق بين الوارثين على التَّخارج فإنّه في هذه الحالة تقسّم التركة على الورثة جميعاً ويؤول نصيب المتخارج إلى من دفع له هذا المال من الورثة، لأنّه في الواقع قد باع له حصته نظير هذا البذل.

		3	6
2/1	زوج	3	0
2	2	أم	3/1
1	1	عم	ع

في هذه المسألة أصلها هو ستة 6 ، الزوج يأخذ ثلاثة 3، الأم تأخذ إثنان 2 ، والعم يأخذ الباقي تعصباً أي ما بقي وهو واحد 1، ثمّ نطرح سهام الزوج من أصل المسألة أي $3=3-6$ فيكون أصل المسألة هو ثلاثة 3، وبالتالي فإنّه ثلاثة أسهم تضاف إلى نصيب العم والأم وتجدر الإشارة إلى أنّه إذا كان البذل فدّمه الورثة من مالهم الخاص بالتساوي بينهم إلى الزوج فهنا يقسّم ثلاثة أسهم بين الورثة بالتساوي بينهم، وإذا دفعوا مالهم بنسبة سهامهم، فإنّ نصيبه يوزّع عليهم بنسبة سهامهم¹.

الفرع الثالث: طريقة تقسيم التركة في الصورة الثالثة للتخارج:

حيث نتطرق إلى شرح الصورة الثالثة للتخارج (أولاً)، ثم نوضّح كيفية تقسيم الإرث في الصورة الثالثة للتخارج عن الحق في الميراث (ثانياً).

أولاً: الصورة الثالثة للتخارج:

الصورة الثالثة للتخارج تتمثل في حالة ما أن يتم التَّخارج بين كل الورثة وبين أحدهم في مقابل شيء معيّن من التركة، نقدًا كان أو عينًا أو حالة إتفاق أحد الورثة مع باقيهم على أن يترك حصّته ويأخذ بدلها جزءاً معيّنًا من التركة، في هذه الصورة يكون الاتفاق

¹ أوحمني خديجة، المرجع السابق، ص ص 37 ، 38.

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

بين أكثر من وارثين، بحيث يتنازل أحد الورثة لصالح باقي الورثة عن نصيبه من التركة، وذلك بمقابل يقدمه الورثة الذي تنازل لهم لهذا الوارث ويكون المقابل جزء من التركة¹.

ثانياً: كيفية تقسيم الإرث في الصورة الثالثة للتخارج:

تتمثل طريقة توزيع الإرث في حالة إتفاق أحد الورثة مع باقيهم على أن يترك حصّته ويأخذ بدلها جزءاً معيئاً من التركة، ويكون تقسيم ما تبقى من التركة على باقي الورثة بنسبة أنصائبهم، على فرض وجود الوارث الذي تنازل عن التركة، مع إسقاط نصيبه ويصبح مجموع سهامهم أصلاً للمسألة، ثمّ تقسم التركة فيما بعد، فيكون المتخارج قد ملك الجزء المعين لنفسه، ويكون باقي التركة لباقي الورثة وحدهم، حينئذٍ يقسم هذا الباقي بينهم بنسبة سهام كل منهم بعد صرف النظر عن سهام المتخارج وحذفها، فمثلاً تكون التركة سيارة أو منزل وغيرها وفي هذه الحالة يتم حل المسألة لنتعرف سهام كل وارث بما ذلك الوارث الخارج ثم يتم إستبعاد سهام الوارث الخارج ويقسم الباقي من التركة بين باقي الورثة بنسبة سهامهم في حالة وجود الوارث الخارج²، ومن أمثلة ذلك ما يلي:

المثال الأوّل: توفي عن أب، وبنت، وزوجة، وترك منزلاً و 4200 دج، وتخارجت الزوجة على أن تأخذ المنزل وتترك نصيبها من المال والحال يكون وفقاً لما يأتي: أصل المسألة 24، وإذا تمّ إسقاط سهام الزوجة وهي ثلاثة يبقى 21 سهماً، ولأنّ سهام الزوجة قد طرحت، فالنتيجة تكون كما يلي:

- نصيب الزوجة: $4200 \div 21 = 200$ دج.

- نصيب الأبن: $200 \times 9 = 1800$ دج.

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

المجموع يكون: 4200 دج³.

¹ سمارة محمد، المرجع السابق، ص 321.

² أوحمني خديجة، المرجع السابق، ص 39.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 310.

الفصل الثَّاني: أحكام التَّخارج في الميراث

المثال الثَّاني:

زوج وبنَّتين، وأم، والتركة عبارة عن سيارة، وقطعة أرض ومساحتها 1250م، وقد تصالح الزوج مع بقية الورثة على أن يستقل بالسيارة نظير حصّة من الأرض، حيث يكون الحال كما يلي:

زوج	4/1	3
بنَّتان	3/2	8
أم	6/1	2

- المسألة هنا عائلة، أصلها هو ثلاثة عشر 13، فتصبح عشر 10، وذلك بإسقاط سهام الزوج يصبح أصل المسألة الجديد هو عشر 10.
- مقدار السهم الواحد: $1250/10=125$ م.
- وتكون حصّة الأم من الأرض بعد التخرج هي مئتين وخمسون متر 250م أي $125 \times 02 = 250$ م.
- وتكون حصّة الأم من الأرض بعد التخرج هي خمس مائة متر 500م أي $125 \times 2/8 = 500$ م¹.

¹ الطعيمات هاني، النرجع السابق، ص 195.

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

المبحث الثّاني: أثر التّخارج في الميراث في نقل الملكية وضماناته:

نتناول من خلال هذا المبحث أثر التّخارج في نقل الملكية (مطلب أوّل)، ثم نتطرق إلى الضمانات في عقد التّخارج (مطلب ثانٍ).

المطلب الأوّل: أثر التّخارج في الميراث في نقل الملكية:

تُعالج من خلال هذا المطلب إنتقال نصيب المتخارج إلى المتخارج له (فرع أوّل)، ثم نتطرق إلى حلول المتخارج له محل المتخارج في التركة (فرع ثانٍ).

الفرع الأوّل: إنتقال نصيب المتخارج إلى المتخارج له:

ملكية الحصّة الإرثية تنتقل فور التعاقد مع البائع إلى المشتري، ذلك أنّ محصل عقد التّخارج يختلف عن العقود الأخرى في أنّ محلّه حصّة إرثية بمعنى أرقام مثل النصف أو أو الثمن أو السدس، وبالتالي تنتقل ملكية هذه الحصّة من المتخارج إلى المتخارج له بغضّ النظر عن كيفية قسمتها بين المتخارج لهم لو أنّ التّخارج كان لمصلحتهم جميعاً، سواء بعدد الرؤوس أو بحسب أنصبتهم في الميراث¹، وهذا ما نصّ عليه المشرّع الإماراتي من خلال نص المادة 595 الفقرة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي حيث تنص على أنّه: "ينقل عقد المخارجه نصيب البائع في التركة إلى المشتري ويحل محل البائع في هذا النصيب"².

الفرع الثّاني: حلول المتخارج له محل المتخارج في التركة:

ومعنى ذلك أنّه عند القيام بالتّخارج ينتقل حق الميراث المتخارج عليه للمتخارج له ويصبح له حق التصرف فيه من بيع وتبرّع وغيره من التصرفات، حيث تنص المادة 356 الفقرة الثانية من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنّه: "إذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم إستحق نصيبه وحلّ ومحلّه في التركة"³، ونصّ المادة 595 الفقرة الأولى

¹ رحمانى فريجة، المرجع السابق، ص 146.

² قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

³ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي تمّ الإشارة إلى أنّ المشتري يحل محلّ البائع في النّصيب المصالح عليه¹.

الفرع الثالث: عدم تأثر بعض الحقوق بعقد التّخارج:

هناك بعض الحقوق لا تنتقل من المتخارج إلى المتخارج له أي أنّها لا تتأثر بعقد التّخارج وهي كما يلي²:

أولاً: كل حق يظهر للميت بعد العقد ولكل المتخارج على علم به:

طبقاً للمادة 316 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، نصّت على هذا الأثر على أنّه: "لا يشمل عقد المخرجة كل مال يظهر للميت بعد العقد ولم يكن المتخارج على علم به وقت العقد"³.

وبالرجوع إلى قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي فقد إشتراط لعدم إنتقال هذه الحقوق من المتخارج إلى المتخارج له أن لا يكون المتخارج والمتخارج له على علم بها، حسب نصّ المادة 595 فقرة ثانية من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي⁴، ولكن يرى فقهاء القانون أنّ عدم علم المتخارج كافٍ للقول بعدم إنتقال الحقوق منه إلى المتخارج له⁵.

ثانياً: الحقوق التي تكون للتركة على المتخارجين أو على أحدهما:

فقد يكون أحد الورثة مديناً لمورّثه، وبالتالي أصبح مديناً للتركة، أو أنّه إقترض بعد وفاة المورّث قبل التقسيم مبلغاً نقدياً لحاجته الشخصية، ففي هذه الأحوال تكون التركة دائنة وهو مدين، فإذا تخارج هذا المدين لمصلحة المتخارج له، فإنّه يجبر بعد المخرجة

¹ تنصّ المادة 595 الفقرة الأولى من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي على أنّه: "ينقل عقد المخرجة نصيب البائع في التركة إلى المشتري ويحل المشتري محلّ البائع في هذا النّصيب".

² رحمانى فريحة، المرجع السابق، ص 147.

³ قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019.

⁴ تنصّ المادة 595 الفقرة الثانية من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي على أنّه: "ولا يشمل عقد المخرجة كل مال يظهر للميت بعد العقد ولم يكن المتخارجان على علم به وقت العقد كما لا يشمل الحقوق التي للتركة على المتخارجين أو على أحدهم ولا الحقوق التي عليها لهم أو لأحدهم".

⁵ رحمانى فريحة، نفس المرجع، ص 147.

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

على التسديد ولا تعفيه المخارجه من التّخلص من الديون التي عليه لمصلحة التّركة، على أنّ هذه القاعدة ليست أمرّة، وبالتالي قد يتفق المتخارج مع المتخارج له على تحمّل الأخير الديون التي بذمّة المتخارج للتّركة¹.

ثالثاً: الحقوق التي للمتخارج أو للمتخارجين على التّركة:

هذه النقطة عكس النقطة السابقة، فقد يكون المورث أصلاً مديناً لأحد الورثة أو أنّ أحد الورثة قام بإقراض التّركة مبلغاً من المال لحين إتمام إجراءات تحرير التّركة، أو هو الذي دفع دينار لغرض فك الرهن الذي كان على أحد الأموال من أموال التّركة وغيرها من الفرضيات التي يصبح فيها أحد الورثة دائن للتّركة ثم يتخارج لمصلحة المتخارج له، ففي هذه الحالة فإنّ التّخارج لا يشمل حقوق هذا المتخارج، معنى ذلك أنّ المتخارج له لا يستطيع الادعاء بأنّه قد كسب ملكية هذه الحقوق بالتّخارج، فهذه الحقوق تبقى للمتخارج رغم إجراء التّخارج، وهذا الحكم أيضاً لا يعد من الأحكام الأمرّة، لذا يمكن الاتفاق على خلافه.

رابعاً: كل حق يثبت للوارث بصفته الشخصية وليس بصفته وارثاً:

فكل حق يثبت للوارث المتخارج بصفته الشخصية ومن خارج التّركة دون أن يكون من مشتملاتها فلا يشمل التّخارج، وهذا الحكم يسري سواء أثبت الحق للوارث المتخارج وبمناسبة تصرف قانوني أبرمه المورث كميلغ التّأمين عندما يكون المستفيد أحد أبناء الورثة²، وهذا حسب نص المادة 1055 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي التي تنص على أنّه: "لا تدخل المبالغ المتفق دفعها عند وفاة المؤمن له في التّركة"³.

¹ الزعبي يوسف محمد، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2006، ص 63.

² رحمانى فريحة، المرجع السابق، ص ص 147 ، 148.

³ قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي.

خامساً: كل الحقوق ذات الصبغة الشخصية:

يتم ذكر على سبيل المثال كل من أوراق الأسرة والأوراق المثبتة للنسب والصور العائلية ذات الصبغة الشخصية البحتى غير المالية، وبالتالي فقد يتفق الطرفان على دخولها في التّخارج.

الفرع الرابع: أثر الدين على التّخارج:

قد تكون التركة ديناً قبل التّخارج، وقد يظهر على التركة أو الميت دين، وذلك وفقاً لما يلي:

أولاً: كون بعض التركة ديناً قبل التّخارج:

لو كان بعض التركة ديناً على الناس وصالح الورثة أحدهم على أن يخرجوه من الدين ويكون لهم، فقد اختلف الفقهاء في جواز الصلح حسب الإتجاهات الآتية:

01 - عند الحنفية: الصلح باطل في العين والدين، أمّا في الدين فلأنّ فيه تملك الدين وهو حصة المصالح، من غير من عليه الدين، وهم الورثة، أمّا في العين فلأنّ الصفة واحدة.

02 - عند المالكية: فإنّه يجوز بيع الدين لغير من عيه الدين بشروط، وعلى ذلك فإنّه يجوز الصلح عن الدين الذي على الغير، حيث يجوز بيع الدين ويمتتع الصلح عنه حيث يمتتع ببيعه.

03 - وعند الشافعية: الأظهر على ما جاء في معنى المحتاج بطلان بيع الدين لغير من عليه، والمعتمد جواز بيعه لغير من عليه بشروط، بأن يكون المدين ملئاً مقرراً والدين حالاً مستقراً¹.

¹ رحمانى فريحة، المرجع السابق، ص 148.

ثانياً: ظهور دين بعد التخارج:

01 - ظهور الدين على التركة:

الأصل أنّ الدين يتعلّق بالتركة ويقدم سداً على تقسيم التركة، لقوله تعالى: "مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ"¹.

وعلى هذا فلو ظهر دين ثابت على التركة بعد وفاة الوارث، وقبل قسمة التركة فلا إشكال في أنّه يوفي أولاً، ثمّ تقسم التركة بين الورثة، ويخارج من شاء منهم على نصيبه، وإنّ ظهر الدين بعد القسمة وأخذ كل وارث نصيبه، فإن تطوع بوفاته بعض الورثة فلا إشكال، وإلّا فإنّه يلزم الجميع مخاصمة بقدر أنصبتهم من التركة، لأنّه تبين أنّ ما أخذه ليس حقاً لهم شرعاً، وأمّا إذا تصالح الورثة فيما بينهم على إخراج بعضهم وإقتسموا التركة ثم ظهر بعد التخارج والصلح دين على التركة فيكون، فإن قضى الورثة الدين، أو أبرأهم الغرماء، أو ضمن الدين أحدٌ لا يرجع فيه على الورثة، مضى الصلح والتخارج ولم يبطل².

02 - ظهور دين للميت:

إن صالح الوارث أحدهم، وأخرجه من بينهم، ثمّ ظهر للميت دين أو تركة بعد التخارج، وإعترف بقيّة الورثة بأنّها من التركة، سواء كان عيناً أم ديناً، فلا يحلو الحال من أمرين:

أ - الأمر الأوّل: أن يكون الصلح والتخارج وقع بعض عن بعض نصيب الوارث في التركة أو وقع التصريح بالصلح والتخارج بين الورثة ومن أخرجه عن نصيبه في التركة الحاضرة فقط، على إعتبار أنّه لا تركة لمورّثهم إلّا ما كان موجوداً، فهنا يمضي الصلح على ما هو عليه، ولا يندرج ما ظهر تحت الصلح الذي تمّ بين الورثة، بل يقسم ما خرج بين الورث جميعاً بما فيهم الوارث المخرج، وكأنّه ما خرج، أي أنّه يأخذ نصيبه المستحق

¹ سورة النساء، الآية رقم 11.

² رحمانى فريحة، المرجع السابق، ص 149.

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

له شرعاً بالإرث فيما أستجد، من غير أن يؤثّر الصلح والتخارج على إسقاط حقّه، ويقتصر في التّخارج على موضعه، وتسمع الدعوى من الوارث المخرج بما حصل على بقية الورثة إن إمتنعوا.

ب - الأمر الثّاني: أن يكون الصلح والتخارج وقع عن جميع التركة الحاضرة والغائبة، بمعنى أنّ الورثة أخرجوا أحدهم عن جميع نصيبه في التركة أو صدر إبراء من الوارث المخرج عن كل ما يجد في التركة بعد التّخارج والصلح، فهنا يمضي الصلح والتخارج على ما هو عليه، ويندرج ما حصل تحت الصلح الذي تمّ بين الورثة، ويقسم ما خرج بين بقية الورثة، ولا يدخل فيهم الوارث المخرج، ولا تسمع الدعوى من الوارث المخرج بما حصل على بقية الورثة، لأنّه أسقط حقه بالصلح والتخارج¹.

المطلب الثّاني: الضمانات في عقد التّخارج:

نتناول من خلال هذا المطلب أحكام الضمانات فيما لو أنّ التّخارج جرى دون تفصيل لمشتملات التركة (فرع أول)، ثم نتطرّق إلى إلى أحكام الضمان عند الاتفاق على التّخارج مع تفصيل لمشتملات التركة (فرع ثانٍ).

الفرع الأوّل: أحكام الضمانات فيما لو أنّ التّخارج جرى دون تفصيل لمشتملات التركة:

نصّت المادة 596 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنّه: "لا يضمن البائع للمشتري غير وجود التركة وثبوت حصّته فيها إذا جرى العقد دون تفصيل لمشتملات التركة"².

كما نصّت المادة 541 من القانون المدني الأردني على أنّه: "لا يضمن البائع للمشتري غير وجود التركة وثبوت حصّته الإرثية إذا جرى العقد دون تفصيل لمشتملات التركة"³.

¹ رحمانى فريجة، المرجع السابق، ص 149.

² قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

³ القانون المدني الأردني.

الفصل الثاني: أحكام التخارج في الميراث

وعلى فرض أنّ التخارج بيع وهي الصورة الغالبة للتخارج والأكثر شيوعاً، فإنّه في هذه الحالة يستثنى منه إلزام المتخارج من أمرين وهما:

أولاً: الأمر الأول: عدم ضمان العيوب الخفية:

ويعرّف العيب الخفي حسب الفقه الإسلامي بأنّه: "كل ما يوجب نقصان الثمن نقصاً فاحشاً أو يسيراً"، كذلك يعرف على أنّه: "ما ينقص المبيع عن التجار وأرباب الخبرة"، ذلك أنّ المتخارج يجري على الحصّة وهو شيء معنوي وليس مادي، وبالتالي فإنّ المتخارج لا يعرف بدقة على ماذا تتركز هذه الحصّة أي على أي شيء مادي، لذلك وصف هذا العقد بأنّه عقد إحتمالي، إشمال على الحصّة الإرثية جزافاً دون تعيين موجوداتها، وأنّ المتخارج له قد أقدم على التعامل بهذه الحصّة وفي ذلك مخاطرة وشيء من المغامرة.

ثانياً: الأمر الثاني: ضمان التعرّض والإستحقاق:

لا يضمن الوارث المتخارج للمتخارج له التعرضات القانونية الصادرة من الغير، كما لا يضمن في نهاية الأمر الإستحقاق للغير إذا نجح في دعواه، كما لو أثبت الغير أنّ بعض موجودات التركة كانت منقولات ضائعة منه أو مسروقة، أو أنّه هو الذي إستراها من الأب عندما كان حياً وأثبت دعواه، ثم حصل على حكم بإستحقاقها في مواجهة المتخارج له، ففي هذه الأحوال لا يستطيع المتخارج له من الرجوع على المتخارج بالضمان لا التعرض ولا الإستحقاق، أمّا إذا أستحقت هذه المنقولات بسبب حق رتبه المتخارج على هذه المنقولات أستحقت وبعد التخارج، أي أستحقت للغير بسبب المتخارج، ففي هذه الحالة يضمنها المتخارج¹، أمّا ما يضمنه المتخارج للمتخارج له في هذه الحالة:

01 - يضمن وجود التركة: حيث أنّه إذا كانت التركة غير موجودة أصلاً فإنّ التخارج يعد باطلاً لإنعدام المحل الذي هو ركن من أركان العقد، أمّا إذا كانت التركة موجودة ثم

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص 77 - 79.

الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث

أستحقت للغير بالكامل بعد العقد فإنّ أحكام الضمان تطبق في هذه الحالة، فالمتخارج ضامن لوجود التركة، لأنّ المتخارج له ما كان ليبرم العقد أو يدفع الثمن في هذا العقد إلاّ بسبب حصوله على هذه الأموال، أي على حصّة المتخارج أو جزء منها، فإن لم تكن هذه التركة موجودة عاد عليه بالمبالغ التي دفعها مع التعويض إذا إقتضى الأمر.

02 - يضمن المتخارج للمتخارج له ثبوت حصّته في التركة:

فإذا تخارجت الزوجة لمصلحة أحد الورثة على أساس أنّ حصّتها هي الربع، بسبب عدم وجود الفرع الوارث، ثم بعد التخرج تبين أنّ هناك فرعاً وارثاً وأنّ حصّتها في الثمن، فإنّ المتخارج يضمن للمتخارج له الفرق مضاف إليه التعويض إن كان له مقتضى، وهذه المسائل يقدرها القاضي بالإستعانة بالخبرة.

الفرع الثّاني: أحكام الضمان عند الاتفاق على التخرج مع تفصيل مشتملات التركة:

إذا جرى التخرج بين مفردات التركة ومشتملاتها بالتفصيل، فإنّ الضمان يشمل كل التفاصيل التي تمّ كرها في التخرج، بمعنى أنّ الضمان سيعود ويشمل العيب الخفي لأي مال داخل في التركة وآل إلى المتخارج له بسبب التخرج، كما أنّ الضمان سيشمل التعرض والإستحقاق بأحكامه العامة، وأي شرط أضافه المتخارج على نفسه في عقد التخرج كأن يكون المتخارج قد ضمن للمتخارج له يسار المدينين للتركة، حيث أنّ هذه الشروط المقترنة بالعقد ستكون صحيحة، وفي أغلب حالات التخرج تجري عبارات عامة، وبالتالي تفسّر على أنّها جرت دون تحديد لمشتملات التركة، ومن ثمّ أنّ المتخارج لا يضمن للمتخارج له، لا التعرض ولا الإستحقاق ولا العيوب الخفية، وبالتالي يجب أن يكون تحديد مشتملات التركة واضحاً صريحاً، للقول بعد ذلك بضمان المتخارج للمتخارج له¹.

¹ قارة توفيق، المرجع السابق، ص ص 79 - 81.

الخاتمة

الخاتمة

وفي الأخير نُخلص بنتيجة مفادها أنّ التخارج في الميراث عقد من أهم العقود المبيّنة لحرص الشارع على التآلف والمحافظة على العلاقات الأسرية، وتنمية تلك العلاقات، ويظهر ذلك جلياً من خلال النصوص الشرعية المتضافرة الكثيرة من القرآن الكريم أو من السنّة النبوية، أو من الممارسة العلمية لرسول الله صلّ الله عليه وسلم، والتي تدل على مدى حرص الإسلام على إشاعة التصالح بين الناس عامّة وأفراد الأسرة خاصّة، وترغيب المتنازعين إلى الرجوع إليه، بإعتباره أفضل السبل لإنهاء المنازعات، وعلى هذا فالتخارج أو التنازل أو التصالح في الميراث قاعدة ثابتة من النصوص الشرعية، ويمتد إلى التطبيقات العمليّة.

ومسألة التخارج في الميراث لم يتعرّض لها المشرّع الجزائري لا في القانون المدني، ولا في قانون الأسرة، وبالتالي فإنّ للقضاة تطبيقه وإعتماده وذلك بإستنادهم لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري بإعتبارها تحيلهم لأحكام الشريعة الإسلامية.

غير أنّه يوجد مجموعة من النتائج المتوصّلة إليها:

- التخارج عن الحق في الميراث عقد من العقود المفصّلة والمؤصّلة في الشريعة الإسلامية والمرغّب فيه المسمى بالتصالح أو التنازل.
- التخارج هو خروج أحد الورثة أو أكثر عن حقّه بمال بالتراضي بينهم وإبراء كل واحد منهما ذمّة الآخر، أو بيع حصّة في أعيان مشتركة على سبيل التسامح ويكيّف أنّه صلح.
- للتخارج صيغ وأشكال متعددة يجب مراعاة كل صيغة وشكل تجنباً للوقوع في المحذور.
- الوارث الخارج يجب أن يظل وضعه عند التقسيم قائماً كأنّه لم يخرج.
- لا يضمن المتخارج العيوب الخفية، ولا عدم التعرّض والإستحقاق إذا كان التخارج دون تفصيل لمشمّلات التركة.

الخاتمة

أمّا عن الإقتراحات فيوجد ما يلي:

- يجب على المشرّع الجزائري إدراج التخارج عن الحق في الميراث في قانون الأسرة الجزائري.
- يجب تنظيم مؤتمرات وطنية ودولية وندوات علمية متخصصة تهدف إلى الإرتقاء بالتخارج عن الحق في الميراث من خلال صياغة خاصّة لصور وأحكام التخارج.
- يجب أن تتضافر كل الجهود لجعل التخارج وسيلة من أهم وسائل إنهاء وتسوية المنازعات المتعلقة بالميراث.

قائمة

المصادر

والمراجع

ا. قائمة المصادر:

أولاً: القرآن الكريم:

- 01 - سورة النساء، الآية رقم 11.
- 02 - سورة النساء، الآية رقم 114.
- 03 - سورة النساء، الآية رقم 29.
- 04 - سورة النساء، الآية رقم 128.
- 05 - سورة ق، الآية رقم 42.

ثانياً: السنة النبوية:

- 01 - الرواي: أبي هريرة، المحدث: الألباني، المصدر: صحيح أبي داوودن الصفحة أو الرقم: 3594، خلاصة حكم المحدث: حسن صحيح، التخريج: أخرجه أبو داوود 3594، وابن الجارود في المنتقى 1001، وابن حبان 5091.
- 02 - صحيح مسلم، 1584.

ثالثاً: النصوص القانونية:

- 01 - القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005.
- 02 - قانون الأسرة القطري رقم 22 لسنة 2006.
- 03 - قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019
- 04 - قانون الميراث المصري رقم 77 لسنة 1943
- 05 - قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
- 06 - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.
- 07 - القانون المدني الأردني.

II. قائمة المراجع:

أولاً: الكتب والمؤلفات:

- 01 - أبو زهرة محمد، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، 2017.
- 02 - بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع التعديلات، مدعم بأحدث إجتهدات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009.
- 03 - الجرجاني الشريف علي، التعريفات، علوم اللغة، 2007.
- 04 - الزعبي يوسف محمد، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2006.
- 05 - الزلمي مصطفى إبراهيم، أحكام المواريث والوصية وحق الإنتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2006.
- 06 - سمارة محمد، أحكام التركات في الأموال والأراضي، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2002.
- 07 - شرف الدين عبد العظيم، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الإستثمارات الثقافية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2002.
- 08 - شلبي محمد مصطفى، أحكام المواريث بين الفقه والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.
- 09 - الطعيمات هاني، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2007.
- 10 - كافي منصور، علم الفراض (المواريث)، في الشريعة والقانون ملحق قانون الأسرة المعدل والمتمم، جدار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر.
- 11 - المناوي عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، 2008.

ثانياً: مذكرات التخرّج:

01 - أُوحماني خديجة، أحكام التّخارج والمناسخة في الميراث، مذكرة ماستر، التّخصص القانون الخاص الشّامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016/2017.

02 - رقيق شهرزاد، التنازل عن حق الميراث (التخارج)، مذكرة ماستر، التّخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017/2018.

03 - قارة توفيق، التنازل عن الحق في الميراث (التخارج)، مذكرة ماستر، التّخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017/2018.

ثالثاً: المجالات:

01 - رحماني فريحة، الصلح عن طريق التّخارج لتسوية منازعات الميراث، مجلّة العلوم القانونية والإجتماعية، العدد التاسع، جامعة زيان عاشور.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
04-01	مقدمة
25-05	- الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتخارج في الميراث
06	مقدمة الفصل
07	المبحث الأول: مفهوم التخارج في الميراث
07	المطلب الأول: تعريف التخارج في الميراث ومشروعيته
07	الفرع الأول: تعريف التخارج في الميراث
07	الفرع الثاني: مشروعية التخارج في الميراث:
12	المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للتخارج في الميراث
12	الفرع الأول: التكييف الفقهي للتخارج في الميراث
15	الفرع الثاني: التكييف القانوني للتخارج في الميراث
16	المبحث الثاني: شروط عقد التخارج
16	المطلب الأول: الشروط العامة لمحل عقد التخارج
16	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالحصة المتخارج عنها
20	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمقابل
20	المطلب الثاني: الشروط الخاصة لمحل عقد التخارج
21	الفرع الأول: إذا كانت التركة ذهباً أو فضة
23	الفرع الثاني: إذا كانت التركة من العقارات والعروض والنقود والدنانير
24	الفرع الثالث: إذا كانت أعيان التركة مجهولة والتخارج على المكيل والموزون أو غير مكيل وموزون
24	الفرع الرابع: التقابض في المجلس

49-26	- الفصل الثّاني: أحكام التّخارج في الميراث
27	مقدمة الفصل
28	المبحث الأوّل: صور التّخارج في الميراث
28	المطلب الأوّل: صور التّخارج حسب المذاهب الأربعة
28	الفرع الأوّل: صور التّخارج عند الحنفية والمالكية
31	الفرع الثّاني: صور التّخارج عند الشافعية والحنابلة
32	المطلب الثّاني: كيفية تقسيم التركة بعد التّخارج في الميراث
33	الفرع الأوّل: طريقة تقسيم التركة في الصورة الأولى للتّخارج
36	الفرع الثّاني: طريقة تقسيم التركة في الصورة الثّانية للتّخارج
39	الفرع الثالث: طريقة تقسيم التركة في الصورة الثالثة للتّخارج
42	المبحث الثّاني: أثر التّخارج في الميراث في نقل الملكية وضماناته
42	المطلب الأوّل: أثر التّخارج في الميراث في نقل الملكية
42	الفرع الأوّل: إنتقال نصيب المتخارج إلى المتخارج له
42	الفرع الثّاني: حلول المتخارج له محل المتخارج في التركة
43	الفرع الثالث: عدم تأثر بعض الحقوق بعقد التّخارج
45	الفرع الرابع: أثر الدين على التّخارج
47	المطلب الثّاني: الضمانات في عقد التّخارج
47	الفرع الأوّل: أحكام الضمانات فيما لو أنّ التّخارج جرى دون تفصيل لمشمّلات التركة
49	الفرع الثّاني: أحكام الضمان عند الاتفاق على التّخارج مع تفصيل مشمّلات التركة
50	الخاتمة.
53	قائمة المصادر والمراجع
57	الفهرس