المحـل في عقد التـخارج

د. يسرى وليد ابراهيم
أستاذة القانون المدني المساعد
كلية الحقوق / جامعة الموصل

م.م أحمد محمد صديق
مدرس القانون المدني المساعد
كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة كركوك

المقدمة

عقد التخارج من العقود التي تعد منظمة لجانب مهم من جوانب النشاط الانساني ويعد عقد التخارج من العقود الناقلة للملكية فيما بين الورثة ، وهو من المواضيع التي لم تنل حظها من البحث القانوني في نطاق القانون المدني ، وركزت أغلب الدراسات الشرعية على جانب الأحوال الشخصية في هذا الموضوع، وابتعد عن معالجة هذا العقد الكثير من المختصين في مجال القانون المدني وخصوصا المختصين في القانون المدني العراقي ، تاركين الأمر لقانون الأحوال الشخصية وشراحه ، إذ يعد هذا العقد اولاً من العقود الناقلة للملكية ، و يعتبر عقد التخارج من العقود المهمة التي اهتمت بها القوانين المقارنة_ بعكس القانون المدني العراقي _ وذلك لتعلقه بجانب مهم من جوانب التصرفات القانونية للأفراد الا وهي حصة المتخارج وامكان التصرف بها من قبل الوراثين فيما بينهم لكسب أموال إضافية الى حصة المتخارج له او لهم ، وكذلك كثرة تداول هذا العقد في الواقع العملي (أمام المحاكم الأحوال الشخصية) بوصفها المحاكم المختصة ،

يهدف هذا البحث بالدرجة الأولى إلى إبراز خصوصية المحل في عقد التخارج ، والى مناقشة وتحليل النصوص القانونية المنظمة للموضوع في القوانين المقارنة مع تلك ألأحكام التي أرساها الفقه الإسلامي حوله بهدف الوصول إلى اقتراح نظام قانوني يعالج أحكامه في القانون المدني العراقي الذي جاءت أحكامه خالية من أي تنظيم تشريعي له.

أعتمد البحث على المنهج المقارن ، من خلال مقارنة القوانين المنظمة لعقد التخارج مع بعضها ، وهي قانون المعاملات المدنية الأماراتي والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية السوداني ، للتوصل من خلالها إلى قواعد الخاصة بهذا العقد ، وأيضا ً أقتضى التعرف على أصول عقد التخارج الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة (الحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية) للأستفادة بها في تنظيم هذا العقد بوصفها المصادر الأساسية المهمة لهذا العقد ، والمحل في عقد التخارج له وجهان فهو يمثل بحصة المتخارج من جهة وبالمقابل الذي يدفعه المتخارج له للمتخارج من جهة أخرى ، وعلى أي حال فإن للمحل شروطاً عامة وردت في القوانين(١) ، وهناك شروطاً خاصة أوردها الفقهاء المسلمين وهذا ما سنحاول توضيحه في مبحثين ، ففي فرع الأول نبين الشروط العامة لمحل عقد التخارج ، أما المبحث الثاني فسوف نبين الشروط الخاصة للتخارج ، كالأتي :-

(١) المواد من (١٢٦ – ١٣٠) القانون المدني العراقي ، المواد (١٥٧ – ١٦٤) القانون المدني الأردني ، المواد (١٩٨ – ٢٠٦) من قانون المعاملات المدنية الأماراتي ، المواد (٧٨ – ٨٣) من قانون المعاملات المدنية السوداني .

المبحث الأول

الشروط العامة لمحل عقد التخارج

نبين في هذا المبحث شروط محل التخارج والتي أتفق الفقهاء المسلمون على بعضها الإ أنه قد حصل خلاف في بعضها الآخر ونظراً لكون التخارج تم شرحه ضمن باب الصلح لذا فأن بيان شروط التخارج يقتضي ذكر الصلح في ثنايا الشرح ووجوب توافر بعض أحكام الصلح فيما يتعلق بشروط محل التخارج ، أما محل العقد في القانون فيجب توافر الشروط العامة وهي أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود ، وأن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين ، وأن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه[1] لذا نبين ومن خلال المطلبين الأتين الشروط المتعلقة بالحصة للمتخارج عنها وفي المطلب الثاني الشروط المتعلقة بالبدل كالأتي :-

المطلب الأول

الشروط المتعلقة بالحصة المتخارج عنها

يتوجب أن يتوافر في الحصة المتخارج عنها الشروط العامة لأي محل في العقد وكذلك بين الفقهاء المسلمون هذه الشروط للحصة المتخارج عنها وهذه الشروط هي ثلاثة نبينها كالاتي:

---

[1] د. عبد المجيد الحكيم ، محمد طه البشير ، عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي (المصادر الالتزام) ، ج١ ، مطبوعات وزارة التعليم العالي العراقي ، ١٩٨٠ ص٩٥ ؛ د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ، ج١ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ط٤ ، ص١٨١ ؛ د. نبيل ابراهيم سعد ، العقود المسماة ، البيع ، ج١ ، دار النهضة العربية ، بيروت لبنان ، ١٩٩٧ ، ط١ ، ص١٣٦.

الفرع الأول

أن يكون الحصة المتخارج عنها موجودة أو قابلة للوجود

الأصل في الفقه الإسلامي أنه يشترط في المحل أن يكون موجوداً فعلا وقت التعاقد ، فإن لم يكن موجوداً وقت التعاقد فالعقد باطل ، حتى لو كان محتمل الوجود ، بل حتى لو كان محقق الوجود في المستقبل ، وسبب هذا التشدد هو الخشية من الغرر[١] ، لذا وحسب الفقه الإسلامي يتوجب في محل عقد التخارج أن يتوافر فيه الشروط التي بينها الفقه الإسلامي في تأكيد وجود المحل في عقد التخارج والمتمثلة في الحصة المتخارج عنها ، أما في القانون وحسب القواعد العامة لكي ينعقد العقد التخارج صحيحاً ومنتجاً لأجاره وتنشأ عنه التزامات على عاتق المتعاقدين ، لا بد أن يكون المحل موجوداً عند إبرام العقد فإذا تبين أن المحل غير موجود أصلاً ، أو كان موجوداً ولكنه هلك قبل العقد ، فلا ينعقد العقد ولا ينشأ عنه التزام على عاتق أي من الطرفين ، أما إذا كان المحل موجوداً عند إبرام العقد ثم هلك بعد ذلك فالعقد ينعقد وينشأ التزام على عاتق الطرفين ، ولكن الألتزام ينقضي لهلاك المحل ، أما إذا كان الهلاك بفعل البائع كما في عقد البيع مثلاً فعليه التعويض[٢] ، ومن ناحية آخرى فإنه يجوز إنعقاد العقد إذا كان المحل غير موجود فعلاً ولكن سيوجد في المستقبل إذ جاء في القانون المدني العراقي أنه: (يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر)[٣] ، لذا

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج٣ ، دار الفكر ، بدون سنه ومكان نشر ، ص١٣؛ د. عصمت عبد المجيد ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٩ ، ط١ ، ص٢٦٤.

[٢] د. عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة للألتزامات ، ج١ ، مطبوعات جامعة جيهان الخاصة ، أربيل ، ٢٠١١ ، ط١ ، ص٢٦٥ ؛ د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ١٩٩٨ ، ط٢ ، ص٤٧٠ .

[٣] الفقرة (١) المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي .

فإن المحل يعتبر ممكناً ما دام وجود الشيء مستقبلاً غير مستحيل في ذاته إستحالة موضوعية مطلقة ، لذا فإنه وحسب القواعد العامة يجوز أن يكون الشيء المستقبل محلاً للألتزام[١] ، في هذه الحالة فإن العقود عامة تقبل التعامل في الأشياء المستقبلية إذا إنتفى الغرر وعين المحل تعييناُ نافياً للجهالة ، ولكن هذا الكلام في التخارج غير قابل للتطبيق لأن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل وفق المادة (١٢٩) الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي ، لذلك يجب في محل عقد التخارج أن تكون الحصة المتخارج عنها موجودة وجوداً فعلياً ولا يمكن الأخذ بقابلية الوجود .

الفرع الثاني

أن يكون الحصة المتخارج عنها معيناً أو قابلاً للتعيين

المبدأ في الفقه الإسلامي هو أن المحل يتعين بالعلم به علماً مانعاً للجهالة الفاحشة ويمنع من حدوث المنازعة ، فإذا كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد العقد وإلا كان العقد صحيحاً لأن الشريعة الإسلامية حريصة على سد منافذ النزاع وأسبابه بين المتعاقدين [٢] ، لذا فإنه يشترط لصحة التخارج في الفقه الإسلامي أن تكون الحصة المتخارج عنها في التركة معلومة ، وبسبب أن الفقهاء أعتبروا التخارج صورة من صور الصلح ، لذا أوجبوا أن يكون المحل معلوماً ، أذ لا يجوز بيع المجهول لذا يتبع نفس الحكم ، فقد ذهب الشافعية[٣]

---

[١] د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، مصر القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص٤١٤.

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص٦٢ ؛ د. عصمت عبد المجيد ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، المصدر السابق ، ص ٢٧١.

[٣] أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه إلامام الشافعي ، تحقيق أحمد فريد المزيدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٤، ط١ ، ص١٢٧.

إلى عدم جواز عقد الصلح عن المجهول ، بينما ذهب المالكية[١] والحنابلة [٢] الى أنه أذا تعذر الوصول الى معرفة التركة يجوز التخارج عن المجهول ، أما أذا لم يكن من المتعذر الوصول اليها فلا يجوز التخارج إلا بعد العلم به ، والمشهور عند الحنابلة[٣] عدم جواز الصلح عن المجهول مطلقاً سواء تعذر علمه أو لم يتعذر ، ودليل الصلح عن المجهول عند عدم الأستطاعة العلم به ، أن رسول الله (ص) قال لرجلين أختصما في المواريث (أقتسما وتوخيا الحق ثم أستهما ثم تحالا) [٤] .

أما عند الحنفية[٥] فلا يشترط أن تكون أعيان التركة معلومة فيما لا يحتاج الى قبض ، لأنه لا حاجة فيه ألى التسليم ، وبيع مالم يعلم قدره جائز ، كمن أقر بغصب شيء فباعه المقر له من المقر جاز وإن لم يعرفا قدره ، ذلك لأن هذه

---

[١] العلامة شمس الدين بن محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣ ، دار أحياء الكتب العربية ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص٣١٠.

[٢] موفق الدين ابي محمد بن عبد الله المقدسي الصالحي الحنبلي ، الكافي ، ج٣ ، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية بدار هجر ، دار هجر للطباعة والنشر ، بدون مكان وسنة نشر ، ص٢٧٤ .

[٣] موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المغني ويليه الشرح الكبير ، ج٥ ، دار الكتاب العربي ، بدون سنة طبع ، ص٢٥.

[٤] الامام الحافظ ابي داود سليمان ابن الاشعث السجستاني الازدي ، سنن ابي داود تحقيق الشيخ خليل مأمون شيخا ، ج٣ ، دار المعرفة ، بيروت لبنان ، ٢٠٠١ ، ط١ ، ص ٤٠٧ ؛ الامام الحافظ ابي حسن مسلم بن حجاج النيسابوري ، صحيح مسلم ، ج٢ ، دار الطيبة للنشر ، الرياض ، ٢٠٠٦ ، ط١، ص٨١٨ ؛ الامام محمد بن اسماعيل ابو عبدالله البخاري الجعفي ، الجامع الصحيح ، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر ، ج٣ ، دار طوق النجاة ، بدون مكان وسنة طبع ، ص١٨٠.

[٥] الأمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ، تحقيق الشيخ احمد عزو عناية ، ج٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، ٢٠٠٠ ، ط١ ، ص٥٠٩.

الجهالة لا تفضي الى المنازعة ودليلهم في ذلك أثر عثمان في تخارج تماضر أمرأة عبد الرحمن بن عوف فقد طلقها عبد الرحمن تطليقه ثالثة في مرضه موته فتوفى وهي في عدتها ، وأنكر ورثة عبد الرحمن أبن عوف إرثها لكونها قد بانت منه قبل موته[١] ، وعلى الرغم من ذلك تم التخارج بينهم رغم مجهولية الحصة للوارث لكونها قد بانت وحصلت خلاف بين الورثة ، ويرى الأمام الشوكاني إلى صحة التخارج على المجهول بأن يكون صورته الصلح عن معلوم بمجهول بشرط التحلل ، أي يجعل كل واحد من المتصالحين في حل من قبله بإبراء ذمته[٢] .

أما إذا أتينا إلى القانون فإنه وحسب القواعد يتوجب أن يكون المحل معلوماً من المتعاقدين ومعيناً وقت التعاقد أو قابلاً للتعين بحيث يكون معلوماً من المتعاقدين علماً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع [٣] ، وقد نص القانون المدني العراقي[٤] على هذا الشرط في وجوب أن يكون المحل الألتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، إلا أنه في هذه الجزئية فيما يتعلق بعقد التخارج في وجود أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين أن التخارج قد يجري ويتفق الطرفان على تحديد مشتملات التركة وقد لا يتفقوا على تحديد مشتملات التركة ، فإذا لم يتفقوا على تحديد مشتملات التركة مثل التخارج من التركة مكونة من ٢٤ سهم فتخارج الزوجة على ٣سهم من ٢٤ سهم لمصلحة الأبن دون أن تحدد

---

[١] الامام ظفر احمد العثماني التهانوي ، اعلاء السنن ، ج١٦ ، ادارة القران والعلوم الاسلامية ، باكستان، ١٤١٥هجرية ، ط٣ ، ص٤١.

[٢] الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخيار ، ج٧ ، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد ، دار ابن القيم ، الرياض ، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٥ ، ط١ ، ص ٧٠.

[٣] د. عبد المجيد الحكيم ، محمد طه البشير ، عبد الباقي البكري ، (المصادر الالتزام) ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٩٧ ؛ د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ج١ ، المصدر السابق ، ص١٨١.

[٤] الفقرات (١-٢-٣) المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي .

له أو تتكفل وجود سيارة في التركة أو عقار فيها فهذا تخارج دون تحديد لمشتملات التركة وهو صحيح شرعاً وقانوناً وهنا تكون الخسارة للمتخارج له فقد يحصل على السيارة ضمن موجودات التركة وقد لا يحصل على أي شيء من تلك السيارة بسبب أنها غير موجود أصلاً ، ولهذا يعد عقد التخارج من العقود الاحتمالية ، وهو صحيح مع ذلك إستثناءً من شروط تعيين المحل في محل غير معين تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة.

الفرع الثالث

أن يكون الحصة المتخارج عنها قابلاً للتعامل فيه

المبدأ العام في الفقه الإسلامي أن يكون المحل ممكن التعامل فيه فالشيء لا يصلح للتعامل فيه إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له الشيء[١] ، وبينوا وجوب أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد وأن يكون موضوعاً له [٢] ، لذا فإنه لا خلاف بين فقهاء المسلمين في أنه يشترط أن يكون محل التخارج من التركة مالاً ممكن التعامل فيه ، لذا ذهب فقهاء الفقه الإسلامي الى وجوب أن يكون المال محل للتعامل متقوماً فلا يجوز أن يكون خمراً أو خنزيراً أو غير ذلك مما لا يعد مالاً منتفعاً منه شرعاً ويجوز فيما عدا ذلك من أي مال يرغب فيه النفوس[٣] ، فإذا كان المورث قد ترك أموال غير متقومه ولا يمكن التعامل فيها شرعاً فلا يجوز أن تكون محلاً للتخارج بين الورثة ، والمال يقصد في إلاصطلاح الشرعي كل ما يمكن حيازته وإحرازه والأنتفاع به أنتفاعاً عادياً ، وبذلك يشترط في المال أمران يجب أن يتوفر فيه لكي يعتبر مالاً وهي أمكان

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص ٩٣.

[٢] د. عصمت عبد المجيد ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، المصدر السابق ، ص ٢٧٤.

[٣] محمد امين الشهير بابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج٧ ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣ ، ص١٠.

أحرازه وأمكان الأنتفاع به أنتفاعاً عادياً[١] أما المال المتقوم فيقصد به ما كان له قيمة تستوجب تضمين متلفه عند أعتدائه عليه ، وذلك بسبب ما منحه الشارع من حماية وجعل له من حرمة ، لذا فيتبين أنه يشترط في المال المتقوم توفر أمران وهي أحراز وحيازة المال فعلاً وجواز الأنتفاع به أنتفاعاً مطلقاً[٢].

أما المنافع والذي يعرف أصطلاحاً بأنه الفائدة التي تحصل بإستعمال العين ، فكما أن المنفعة تستحصل من الدار بسكناها تستحصل من السيارة بركوبها[٣] ، والذي قد يكون مصدرها إما الإجارة والإعارة والوقف والوصية لأحد بالمنفعة[٤] والذي يختلف عن المال في أنها لا يمكن حيازتها لأنها تتجدد بتجدد الأوقات وتحدث آناً فآناً بأكتسابها ، كما في السكنى فأنتفاعها يوماً يختلف عن يوم آخر وكذلك ساعةً عن ساعة أخرى ، لذا فأن منافع الأعيان أعراض ساعة فساعة عند طلبها وأكتسابها وهي قبلها تكون معدومة ، وإذا وجدت فإنها وجدت لتفني حال وجودها ، وأذا كانت كذلك لم يمكن حيازتها ولا أحرازها ، ومن ثم لا تكون مالاً لان المال ما يمكن حيازته [٥] ، وهذا ما ذهب اليه الحنفية[٦] ، أما الشافعية[٧] والحنابلة[١] والمالكية[٢] فيذهبون الى إعتبار المنافع أموال وأنه ليس

---

[١] علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة مصر ، ٢٠٠٨ ، ص٢٨ .

[٢] علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، المصدر نفسه ، ص٣٤ .

[٣] الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية – الكويت ، ج٣٩ ، طباعة ذات السلاسل – الكويت، ١٩٨٨ ، ط١، ص١٠١.

[٤] مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام (إخراج جديد) ، ج١، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠٤ ، ط٢ ، ص٣٥٠.

[٥] علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، المصدر السابق ، ص ٣١ .

[٦] الامام سراج الدين عمر بن زين الدين ابن نجيم الحنفي ، النهر الفائق شرح كنز الدقائق ، ج٣ ، تحقيق أحمد عزو عناية ، دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٢ ، ط١ ، ص ٤٨٣.

[٧] شمس الدين محمد بن خطيب الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج٢ ، دار المعرفة ، لبنان بيروت ، ١٩٩٧ ، ط١، ص٥ .

لازما أن يكون المال محرزاً ويحاز بنفسه ، ذلك أن المنافع يحاز باصله ومحله ومن ثم لايمكن لأحد أن ينتفع الأ بأذن صاحبه ، والمنافع يمكن أن تنتقل ملكيتها بعدة طرق بأعتبارها مستقله ومنفصله عن مصادرها والذي من الممكن أن يملك منفعة العين دون العين ذاته[٣] والذي يهمنا هنا في أعتباره محل للتخارج أمكانية أنتقاله بالوصية أو بالميراث ، فالمنافع يمكن أن تنتقل ، والفقهاء المسلمين مختلفين في أنتقال المنافع الى الموصى له أو الورثة ومن ثم أمكانية التعامل فيها وأعتباره محلاً للتخارج ، فذهب الحنفية[٤] الى أن المنافع من الممكن أن يتم الإيصاء بها إلا أنها لا تكون مطلقة أذ تنتهي بوفاة الموصى له وأن لايقبل التوارث الى ورثة الموصى له ، أما التوارث للمنفعة فقد ذهب الحنفية الى أن المنافع لاتورث بل تنتهي بموت مورثه ، ولا تنتقل الى ورثته بأي حال عندهم ، ذلك لأن أنتقال الشي من مالك الى مالك أخر لا يتصور الأ ببقائه والمنافع لا بقاء لها ، لأن مايوجد منها في حياة مالكها ينعدم بوفاته ، ومن ثم لا يتصور أنتقال المعدوم ، وأستثنوا من ذلك حقوق المرور والشرب والمسيل والتعلي ، فذهبوا الى أنتقالها بالوراثة ، وأن كانت من قبيل المنفعة ، وذلك لأنها جرت مجرى الأموال في دوامها وبقائها لاصقة بالعقار ، فثبت فيها التوارث .

---

(١) العلامة الشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، ج٣ ، منشورات مكتب الاسلامي ، دمشق ، بدون سنة طبع ، ص٣ .

(٢) ابن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص٩.

(٣) الشيخ علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالشرائع الوضعية ، دار الفكر العربي ، مصر ، ٢٠١٣ ، ص ١٤٨.

(٤) الأمام كمال الدين بن عبد الواحد المعروف بأبن همام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ج١٠ ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٣ ، ط١ ، ص٥١٩ .

أما المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] ، فيرون أن الوصية بالمنفعة قد تكون مطلقة ومقيدة ، قد تقيد الملك المنفعة وقد يقصد به الانتفاع ، والذي يستدل بحسب ما تدل عليه العبارات والقرائن ، وأذا تم الايصاء بها فأنها لا تنتهي بوفاة الموصى له ويجري فيها التوارث هذا أذا كانت الوصية بملك المنفعة ، أما الأيصاء بالانتفاع فأنها تكون من قبيل الاباحة والتي تكون مقيدة بحياة الموصى له فتنتهي بوفاة الموصى له ولاتجري فيها التوارث ، والفرق بين المنفعة والأنتفاع أن الأنتفاع المقصود منه أن يباشره الشخص بنفسه أما المنفعة فهي أشمل وأعم فيباشرها بنفسه ويمكن غيره من الأنتفاع كأجارته فيتصرف تصرف المالكين في حدود العقد فكل من ملك المنفعة ملك الأنتفاع وليس كل من ملك الإنتفاع ملك منفعة[٤].

أما في القانون فإنه وحسب القواعد العامة يتوجب في المحل والذي يشمل محل عقد التخارج أيضاً أن يكون قابلاً للتعامل فيه ومشروعا ، فالشيء الذي يرد عليه العقد مما يجوز التعامل فيه فالمسألة يرجع إلى المشروعية وعدم المخالفة

---

[١] شهاب الدين أحمد بن أدريس القرافي ، الذخيرة ، ج٧ ، تحقيق د. محمد حجي ، دار الغرب الأسلامي ، بيروت لبنان ، ١٩٩٤، ط١ ، ص٣٧.

[٢] الشيخ عبد الله بن شيخ حسن الكوهنجي ، زاد المحتاج بشرح المنهاج ، ج٣ ، تحقيق عبدالله بن ابراهيم الأنصاري ، طبعة الشؤون الدينية بدولة قطر ، بدون سنة نشر ، ط١ ، ص١٠١ .

[٣] شرف الدين أحمد بن موسى بن سالم المقدسي ، الأقناع لطالب الانتفاع ، ج٣ ، تحقيق د. عبد الله بن هبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية بدار هجر ، دار هجر للطباعة ، طبعة السعودية على نفقة خادم الحرمين الشريفين ملك فهد بن عبد العزيز ، السعودية ، رقم تسلسل الإصدار ١١٨ ، بدون سنة نشر، ص١٥٨ .

[٤] د. مولاي عب السلام علوي بلغيتي ، العقد على المنافع وأحكامه في الفقه الإسلامي ، دار أبن حزم ، بيروت لبنان ، ٢٠١١ ، ط١ ، ص٨٣ ؛ الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج ٣٩ ، المصدر السابق ، ص ١٠٢.

للنظام العام والأداب العامة[١] إذ نص القانون المدني العراقي في المادة (٦١) على أنه (١-كل شيء لا يخرج من التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية .٢-والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا تجيز القانون أن يكون محلاً للحقوق المالية) ، وحسب هذه المادة يتوجب في الحصة التي يتم التخارج عنها أن يتوافر فيها شروط قابلية المحل للتعامل وأن تكون مشروعاً ولا يختلف عقد التخارج في وجوب توافر هذه الشروط .

المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بالمقابل

عقد التخارج يحتاج إلى مقابل يدفعه المتخارج له لمصلحة المتخارج ، ويجب توافر عدة شروط في هذا المقابل بوصفه الوجه الثاني للمحل ، وهذه الشروط تضفي خصوصية للمقابل ، وهي أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود ، وأن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين ، وأن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه ، والقبض للمقابل (البدل) في مجلس العقد ، ويتبين أن محل التزام المتخارج له لا يختلف عن محل التزام المتخارج ، وحتى في الفقه الإسلامي يلزم أن يكون البدل مالاً متقوماً منتفعاً به مقدوراً على تسليمه ، فلا يصح أن يكون البدل مجهولاً جنساً أو صفة أو قدراً ، ولا أن يكون مما لا يصلح عوضا في البيع ، هذه في الجملة إذ يجوز عند الحنفية[٢] والحنابلة[٣] أن يكون العوض مما لا يحتاج الى

---

[١] د. عمر السيد أحمد عبد الله ، إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ١٩٩٥ ، ص١٤٨.

[٢] الأمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٥٠٩.

[٣] موفق الدين الحنبلي ، الكافي ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص٢٧٤ .

تسليم ، وكان لا سبيل إلى معرفته كالمختصمين في مواريث دراسة ، فإنه يجوز أن يكون البدل مجهولاً . لذا تجنباً للتكرار نكتفي في بيان شروط المحل والذي قد يكون من نفس التركة أو من أموال المتخارج له الخاصه خارج التركة والذي لا يختلف عن شروط محل التزام المتخارج ، إلا أنه أشترط الفقهاء المسلمين فيما أذ كان التخارج يعتبر صرفاً أن يكون هناك التقابض بين المتخارجين في المجلس ، كالتخارج عن أحد النقدين بالأخر ، وكذا فيما إذا أتفق المتخارج عنه والمتخارج عليه في علة الربا ، وهذا الشرط متفق عليه أصلاً بين الفقهاء أجماعاً[1] ، مع الاختلاف في التفاصيل ، وتجنباً للتكرار نكتفي بهذا ، ونبين تفاصيل هذا الشرط في الشروط الخاصة في المطلب الثاني .

[1] الأمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٥٠٩ ؛ ابن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص٣١٠ ؛ شمس الدين محمد بن خطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ،المصدر السابق ، ص ٢٣٢ ؛ أبن قدامة ، المغني ويليه الشرح الكبير ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٢٥ ؛ تقي الدين محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي ، منتهى الارادات في جمع المقنع ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ٤٥١.

المبحث الثاني

الشروط الخاصة لمحل التخارج

بين فقهاء المسلمين عدة حالات للتخارج بحسب نوع التركة التي يرد عليها التخارج وفصلوا وبينوا عدة شروط يجب أن تتوافرا في التركة أو البدل وبخلافها يؤدي الى حصول محذور شرعي يجب تجنبه ، والغاية هي عدم ظهور الربا في التخارج ذلك أن التركة غالباً ما تكون من الأموال التي تعد ربوية ويجب أن لا يكون هناك تماثل فيما ألتزم به أطراف العقد وهذه الأموال ستة وهي ما جاء في حديث عبادة بن صامت (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله (ﷺ) (الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواءً بسواءً ، يداً بيد ، فإذا اختلفت فبيعوا كيف شئتم ، أذا كانت يداً بيد) [١] ، وسائر أهل العلم والفقهاء يؤكدون أن الربا لا يختص بهذه الأصناف الستة فقط بل يتعداه في معناه ، وهو الذي يشاركه في العلة ، لأن القياس دليل شرعي فيجب أستخراج علة هذا الحكم وأثباته في كل موضع وجدت فيه علته[٢] ، وقد ورد بشيء من التفصيل هذه الحالات المستلزم فيها شروط خاصة عند الحنفية والمالكية ، بعكس الشافعية والحنابلة الذين لم يفصلوا شروطها ، لذا من خلال هذه المحل نبين الشروط الخاصة بحسب نوع المحل سواء من ناحية التركة المتخارج عنها أو من ناحية البدل المقابل لهذا التخارج ، ونظراً لكون فقهاء الحنفية والمالكية قد توسعوا في هذه الشروط بخلاف الشافعية

---

[١] الأمام الحافظ أبي حصن مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، ج٢ ، كتاب المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً ، دار الطيبة للنشر ، الرياض السعودية، ٢٠٠٦ ، ط١ ، ص٧٤٤ ؛ ابي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، ج٥ ، كتاب البيوع ، باب التقابض في المجلس في الصرف ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ط٣ ، ص٤٦٤.

[٢] د. وليد محمد علي كرسون ، شبهة الربا وأثره في عقد البيع والمعاملات المالية المعاصرة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية مصر ، ٢٠٠٨ ، ط١ ، ص٣٢.

والحنابلة ، لذا سيتم توضيحها لديهم من دون الإشارة إلى الحالات التي لم يوضحها غيرهم ، ومن خلال المطالب الأتية :

المطلب الأول

إذا كان التركة ذهباً أو فضة

إذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه في التركة وكانت موجوداتها ذهباً أو فضة والمقابل أيضاً ذهباً أو فضةً أيضاً **فذهب الحنفية**[١] الى بيان تفاصيل هذه الحالة فقالوا أنه إذا كانت التركة ذهباً فأعطوه فضة ، أو كانت فضة وكان المقابل ذهباً جاز التخارج ، سواء أكان ما أعطوه أقل من نصيبه أم أكثر ، لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس ، فلا يعتبر هناك تساوي ، ولكن يشترط القبض في المجلس لكون العقد يكييف على أنه صرفاً ، ولكن إذا كان الوارث الذي في يده بقية التركة جاحداً وجودها في يده يكتفي بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والذي هو التخارج ، والأصل في ذلك أنه متى تجانس القبضان ، بأن كان أحدهم قبض أمانة وألأخر قبض ضمان ناب أحدهما مناب الأخر ، أما إذا اختلفوا فالمضمون ينوب عن الغير ، إما إذا كان الذي في يده التركة مقراً ، فإنه لابد من تجديد القبض ، وهو الأنتهاء الى مكان يتمكن من قبضه ، لأنه قبض أمانه ، ولا يمكن أن ينوب عن قبض الصلح أو التخارج . وقد يصح التخارج فيما أذ كان البدل في التركة المكونة من ذهب وفضة بأن كان من كليهما كأن يكون مقداراً منه ذهبا ومقداراً منه فضة فيصح التخارج سواء أن كان

---

[١] الأمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٥٠٩ ؛ محمد امين الشهير بابن العابدين ، تكملة رد المختار ، ج٢ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، بدون سنة طبع ، ص ١٨٤ ؛ العلامة أحمد الطحاوي الحنفي ، حاشية الطحاوي على الدر المختار ، ج٣ ، دار المعرفة ، بيروت لبنان ، ١٩٧٥ ، ص٣٥٩.

بدل التخارج كثيراً أو قليلاً[١] لأن ما يأخذه من الذهب يعتبر مقابل نصيبه من الفضة وما يأخذه من الفضة فأنه يعتبر مقابلاً من الذهب فأختلف الجنس[٢] .

أما في حالة ما إذا كانت التركة ذهباً وفضة وكان المقابل من أحد النقدين فلا يجوز التخارج ، بمعنى أن تكون التركة فضة والمقابل فضة أو كانت التركة ذهباً والبدل المعطى ذهباً أيضا ، بشرط أن يكون ما أعطى له أكثر من حصته من ذلك الجنس ، ليكون نصيبه بمثله ، والزيادة تكون في مقابل حقه من بقية التركة أحترازاً عن الربا ، ولابد من التقابض فيما يقابل نصيبه لأنه يعتبر صرفاً في هذا القدر ، فإذا كان ما أعطوه مساوياً لنصيب المال المتخارج عنه ، أو كان أقل منه ، بطل التخارج لوجود الربا ، لأنه إذا كان البدل مساوياً تبقى الزيادة من غير جنس البدل خالية من العوض ، فيكون ربا ، وإذا كان البدل أقل من نصيبه تبقى الزيادة من جنس ذلك ومن غير جنسه خالياً عن العوض ، فيكون رباً ، وتعذر تجويزه بطريق المعاوضة للزوم الربا ، ولا يصح تجويزه بطريق الإبراء عن الباقي ، لأن الأبراء عن أعيان باطل ، وكذلك يبطل التخارج إن كان نصيبه مجهولاً لأحتمال الربا على تقدير أن يكون البدل مساوياً له أو أقل ، فكان هذا الأرجح والأولى ، وكل ما بيناه من الأبطال في حالة عدم المساواة تكون في حالة التصادق ، أما في حالة المناكرة أي أنكار وراثته فالصلح[٣] جائز لكونه

---

[١] علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، المجلد الرابع ، دار الثقافة ، عمان الاردن، ٢٠١٠، ط١ ، ص ٤٣ .

[٢] منير القاضي ، شرح المجلة ، ج٣ ، مطبعة العاني ، وزارة المعارف العراقية، ١٩٤٨ ، ط١ ، ص ٣٥٨.

[٣] ينقسم الصلح إلى ثلاثة أقسام : القسم الأول صلح عن أقرار والذي هو الصلح الواقع بعد أقرار المدعى عليه بالمدعى به صراحة أو حكماً كأن يطلب المدعى عليه من الدائن الصلح فأنه أقرار بالدين حكماً ، أما القسم الثاني من الصلح فهو صلح أنكار والذي يقع بعد أنكار المدعى عليه بما يطلب منه ، والثالث صلح عن سكوت الواقع بعد سكوت المدعى عليه . منير القاضي ، شرح المجلة ، المصدر نفسه ، ص٣٣٩. وهذه الاقسام تطبق على التخارج لكون التخارج في بعض صوره نوعاً من الصلح حسب مذاهب الفقهاء .

مدفوع لغرض قطع المنازعة ولإفتداء اليمين أو لحمله على أخذ عين الحق في قدر المأخوذ وإسقاط الحق في الباقي ، وأجازوا أيضا في حالة ما أذا كان التركة فضةً أو ذهباً والمقابل من العروض سواء ما أعطوه أقل من نصيبه أو أكثر.

في الشرح السابق لم يفرق الحنفية مقابل التخارج من التركة ذاتها عن هذا المقابل من غيرها وهذا ما فعله **المالكية**[1] فقسموا مقابل التخارج الى قسمين :

١. **إذا كان بدل التخارج من التركة ذاتها** وكانت التركة مكونة من الذهب والفضة ، وتخارج أحد الورثة لمصلحة وارث آخر ، مثلاً زوجة مات زوجها فصالحها الأبن على ما يخصها من التركة ، فإذا أخذت ذهباً من التركة قدر حصتها من الذهب أو أقل ، ولكن يشترط أن يكون الذهب الذي أخذت منه حاضراً كله ، لأن النوع الذي أخذت منه لو كان غائباً ترتب على ذلك صورة ممنوعة وهي أشتراط تعجيل الثمن في بيع الشيء الغائب بيعاً لازماً ، وأذا أخذت ذهباً من التركة زائداً على حظها دينار واحد فقط ، فتكون قد أخذت نصيبها من الدنانير وباعت لباقي الورثة حظها من الدراهم والعرض بالدينار الزائد ، فأجتمع في البيع والصرف دينار لأنه لا يجوز أن يجتمع البيع والصرف في أكثر من دينار ويشترط في هذه الحالة أن تكون التركة كلها من عرض ونقد وحاضرة ، وكذلك أذا صولحت بذهب من ذهب التركة وكان ما أخذته يزيد عما يخصها من الذهب أكثر من دينار جاز هذا التخارج سواء أن قلت الدراهم التي يستحقها عن صرف الدينار ، أو قلت قيمة العروض التي تستحقها عن صرف الدينار ، وسبب جواز هذه الحالة هو لاجتماع البيع والصرف في دينار واحد فقط أما أذا زادت عن دينار

---

[1] ابن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص٣١٥ ؛ الامام مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى ، ج٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ١٩٩٤ ، ط١ ، ص٣٧٧ .

واحد فلا يجوز جمع البيع والصرف فيها ، وهذه الحالات يشترط أن تكون التركة معلومة وحاضرة ، واذا كانت الدراهم وقيمة العروض أكثر من دينار واحد مقابل الذهب منع الصلح لأنه يؤدي الى أجتماع البيع والصرف في أكثر من دينار واحد .

٢. **أما في حالة ما إذا كان بدل التخارج من غير التركة** وكانت التركة ذهباً أو فضة وتخارج الورثة بذهب من غير ذهب التركة ، أو بفضة من غير فضة التركة ، فلا يجوز هذا التخارج ، قل ما أخذته عن نصيبها أو أكثر ، لأنه بيع الذهب والفضة بذهب وفضة ، وهو ربا فضل[١] ، وفيه ربا النساء[٢] أن غابت التركة كلها أو بعضها ، وأذا كانت التركة ذهباً ،عرضاً ، جاز الصلح بذهب من غير ذهب التركة ، أو بفضة من غير فضة التركة ، بشرط أن لا يجتمع البيع والصرف في دينار واحد.

---

[١] يقصد بربا الفضل أتحاد شطري علة الربا من القدر وهو الكيل أو الوزن (عند الحنفية) أو الثمنية والطعم (عند الشافعية) مع الجنس ، د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج٣ ، دار الفكر للطباعة ، بدون مكان وسنة نشر ، ص١٨٧. وهذا النوع تحدث زيادة مشروطة بين الأموال العينية المتجانسة سواء أكانت تقاس بمعيار الوزن أو الكيل وهذه الزيادة في أحد العوضين مقابل الآخر الذي هو من نفس جنسه ،د. فرات شاكر وتوت ، العقود المستثناة من التفاضل الربوي في الشريعة الإسلامية ، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت الأهلية ، العدد ١ ، المجلد ١ ، السنة ٢٠٠٤ ، ص٣٠٠.

[٢] يقصد بربا النساء أتحاد أحد شطري علة الربا أما المكيل أو الوزن (عند الحنفية) أو الثمنية والطعم (عند الشافعية) أو الجنس ، د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المصدر السابق ، ص١٨٩. ويسمى أيضا بربا القرض التي تكون بزيادة مالية على مبلغ القرض بسبب تأجيل زيادة وفاء الدين لوقت معلوم ، د. فرات شاكر وتوت ، العقود المستثناة من التفاضل الربوي في الشريعة الإسلامية ، المصدر السابق ، ص٣٠٠.

أما الشافعية والحنابلة فإنهم لم يفصلوا مثل الحنفية والمالكية في هذه الحالة مما يتوجب الرجوع إلى أحكام الصلح لكون التخارج لدى مذاهب الفقه الإسلامي نوع من أنواع الصلح ، **فالشافعية**[١] يفرقون في التخارج بين ما أذا كان الصلح بين الورثة عن أقرار أو أنكار ، فإن كان عن إقرار ، وكانت التركة من الذهب أو الفضة والبدل من غير هذا الجنس ، تثبت فيه أحكام البيع ، كإشتراط القبض أن أتفق المتخارج عنه والمتخارج عليه في علة الربا ، وأشتراط التساوي إذا كان جنساً ربوياً وهذا كما في الذهب والفضة ، أما الصلح عن الإنكار فهو باطل عندهم ، الا أنهم يستثنون الصلح على الإنكار مابين الورثة ، لكن بشرط أن يعطى للمتخارج له من نفس التركة لا من غيرها ، فإذا كانت ذهباً أو فضة يشترط التساوي لوجود علة الربا.

أما الحنابلة[٢] فلم يذكروا شروط خاصة للتخارج بحسب نوع محل التخارج وأنما طبقوا عليه أحكام الصلح ففي حالة ما اذا كان البدل من جنس نفسه كالذهب والفضة فإن كان بقدره فهو إستيفاء له ، وأن كان دونه فهو استيفاء لبعضه وترك للبعض الأخر ، إما على سبيل الإبراء أو على سبيل الهبة ، وإذا كان الصلح على الإنكار ، فلا يجوز أن يأخذ أكثر من حقه أذا كان من جنس حقه لأن فيه ظلماً بأخذه .

---

[١] الامام النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ج٤ ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٩١ ، ط٣ ، ص ٢٠١ ؛ الأمام الحافظ أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ، ج١٠ ، إدارة الطباعة المنيرية ، طبعة على نفقة كبار علما الأزهر ، بدون سنة ومكان نشر ، ص ٣٠٦.

[٢]منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الاقناع ، ج٥ ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣ ، ص ١٦٢٦.

المطلب الثاني

إذا كانت التركة من العقارات أو العروض

ذهب الحنفية [١] إلى أنه أذ كان التركة عقاراً أو عروضاً فتخارج الورثة أحدهم منها بمال أعطوه إياه ، جاز التخارج سواء كان ما أعطوه أقل من حصته أم أكثر ، لأنه أمكن تصحيحه بيعاً ، والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن ، ولا يصح جعله إبراء لأن الإبراء يكون الأعيان غير المضمونة لذا لا يصح ، ولا يشترط معرفة مقدار حصته من التركة ، إذ الجهالة هنا لا تفسد البيع لأنها لا تفضي إلى نزاع لأن المبيع هنا لا يحتاج إلى تسليم ، أما اذا تم التخارج وكان البدل من الفضة والذهب ، فحكمة كما بينا سابقا ، في أنه لا يجوز التخارج الإ أن يكون ما أعطى له أكثر من حصته من ذلك الجنس ، ليكون نصيبه بمثله ، والزيادة تكون في مقابل حقه من بقية التركة أحترازاً عن الربا ، فأن تساويا بأن كان مساوياً لنصيبه فأنه لا يجوز لوجود شبه الربا .

أما المالكية[٢] فذهبوا إلى أنه إذا كان بدل التخارج من نفس التركة وكانت التركة مكونة من العروض ، وصالح الورثة بعرض من العروض ، جاز التخارج مطلقاً ، سواء أن كان ما أخذه قدر نصيبه أم أقل أو أكثر ، وفي حالة ما إذا كان بدل التخارج من خارج التركة وكانت التركة عروضاً وصالحه الورثة بذهب من غير ذهب التركة ، أو بفضة من غير فضة التركة ، فلا يجوز هذا الصلح ، قل ما أخذه عن نصيبه أو أكثر ، وأذا كانت التركة عروضاً أيضاً وصالح

---

[١] الأمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٥٠٩ ؛ محمد امين الشهير بابن العابدين ، تكملة رد المختار ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ١٨٤ ؛ أحمد الطحاوي ، حاشية الطحاوي ، ج٣ ، المصدر السابق ، ٣٥٩.

[٢] ابن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص٣١٥ ؛ الامام مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص٣٧٧ .

الورثة الزوجة بعرض من غير عرض التركة جاز هذا الصلح بشرط أن تكون التركة معلومة للمتصالحين ليكون الصلح على معلوم ، وأن تكون التركة جميعها حاضرة حقيقة في العين أو حكما في العرض ، بأن كانت قريبة الغيبة بحيث يجوز النقد فهو في حكم الحاضر ، وأن يكون الصلح عن أقرار ، وان يقر المدين بما عليه إن كانت التركة دين ، وأن يحضر وقت الصلح إذ لو غاب لأحتمل الإنكار ، وأن يكون مكلفاً .

المطلب الثالث

إذا كانت التركة من النقود أو الدراهم والدنانير وغيرها

في هذه الحالة تكون التركة عبارة عن نقود من جنس واحد (كالعملة المصرية والعراقية والأمريكية) فإذا كان بدل التخارج من جنس أخر كأن يكون من غير العملة المكونة من التركة ، صلح التخارج ، سواءً كان قليلاً أو كثيراً ، ذلك لأنه بيع على خلاف الجنس المكون منه التركة ، فلا يكون التساوي فيه معتبراً ، الإ أنه يشترط أن يتم التقابض في المجلس لكونه صرفا[١] وهذا ما أجمع عليه الفقهاء بدون خلاف[٢].

[١] علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص ٤٣ .

[٢] الأمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٥٠٩ ؛ ابن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص٣١٥ ؛ البهوتي ، كشاف الاقناع ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص ١٦٢٦ ؛ الامام النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص ٢٠١ .

المطلب الرابع

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

أختلف فقهاء المذهب الحنفي[١] الذين أنفردوا ببيان هذه الحالة، فذهب بعضهم إلى أن أنه أذا كان من المكيل أو الموزون فأن التخارج فيه لا يجوز شرعاً لأحتمال أن يكون فيه ربا ، بأن يكون في التركة مكيل أو موزون من جنسه ، أي يكون نصيب المتخارج مثل بدل التخارج المقدم من المتخارج له ، فيكون في حقه بيع المقدر جزافاً ، بينما ذهب رأي أخر إلى أن التخارج في هذه الحالة صحيح شرعاً ، لأحتمال أن لايكون في التركة من نفس جنس بدل التخارج ، وعلى فرض وجود هذا الجنس في التركة ، فيحتمل أن يكون نصيبه فيه أكثر مما أخذ أو أقل ، فأحتمال الأحتمال يكون شبهة الشبهة ، ولا عبرة بها ، وبينوا أنه هذا هو الصحيح ، أما أذا كانت من غير مكيل أو موزون فقيل أنه لايجوز ، لأنه بيع مجهول لأن المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذ من المكيل والموزون ، وذهبوا الى أن الصلح يجوز لأن الجهالة هنا لا تقتضي الى المنازعة لعدم الحاجة إلى التسليم لقيام التركة في يدهم ، ولو كانت بعضها في يد المصالح لم يجز في هذه الحالة ، مالم يعلم ما في يده للحاجة إلى تسليم ، ونرجح الرأي الثاني في جواز التخارج فيما إذا كان التركة من المكيل أو الموزون ذلك لأنه فيه أحتمالات عدة فقد لايكون في التركة من نفس جنس بدل التخارج ،

---

[١] الأمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٥ ، المصدر نفسه ، ص٥٠٩ ؛ العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية ، ج٣ ، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٠، ط١ ، ص ١٥٩ ؛ الأمام كمال الدين بن عبد الواحد المعروف بأبن همام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ج٨ ، المصدر السابق ، ص٤٦٦ .

وحتى لو وجود فيحتمل أن يكون أكثر أو أقل من التركة ، ولما في هذه الحالة تيسير للورثة في جواز هذه الحالة .

المطلب الخامس

التقابض في المجلس

عقد التخارج في بعض حالاته قد يتماثل البدلين أي حصة المتخارج والبدل الذي يدفعه المتخارج له ، في هذه الحالة يتوجب توافر شرط التقابض قبل الأفتراق بالأبدان بين المتعاقدين ، لكونه يتوافر فيه معنى الصرف في أنه بيع النقد بالنقد جنساً بجنس أو بغير جنس ، أي بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو الذهب بالفضة مصوغاً أو نقداً[١] وهذا الشرط أشترطه الفقهاء المسلمون فيما أذ كان التخارج يعتبر صرفاً أن يكون هناك تقابض بين المتخارجين في المجلس ، كالتخارج عن أحد النقدين بالأخر ، وكذا فيما إذا أتفق المتخارج عنه والمتخارج عليه في علة الربا ، وهذا الشرط متفق عليه أصلاً بين الفقهاء أجماعاً[٢] ، ومعنى هذا الشرط أن يكون قبض البدلين جميعاً قبل مفارقة أحد المتعاقدين للآخر أفتراقاً بالأبدان ، منعاً من الوقوع في ربا النسيئة ، فإن إفتراق المتعاقدين قبل قبض العوضين أو أحدهما ، فسد العقد عند الحنفية وبطل عند غيرهم ، ويفسر الإفتراق بالأبدان هو أن يفترق العاقدان بأبدانهما عن

---

[١] د. وهبي الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج٤ ، دار الفكر ، دمشق سوريا ، ٢٠٠٩ ، ط٦ ، ص٤٠٤ .

[٢] الأمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٥٠٩ ؛ ابن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص٣١٠ ؛ شمس الدين محمد بن خطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ،المصدر السابق ، ص ٢٣٢ ؛ أبن قدامة ، المغني ويليه الشرح الكبير ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٢٥ ؛ تقي الدين محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي ، منتهى الارادات في جمع المقنع ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ٤٥١.

مجلس العقد فيتجه هذا في جهة وهذا في جهة ، أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر ، بحيث يبعد أحدهما عن الآخر ولم يسمع كلامه فينقطع بذلك الترابط بينهما ، فإن بقيا في مجلسهما لم يبرحا عنه ، لم يحصل الإفتراق وإن طال مجلسهما لانعدام التفرق بالأبدان ، وكذلك لا يحصل التفرق إن ناما في المجلس أو إغمي عليهما أو قاما عن المجلس فذهبا معاً في جهة واحدة وطريق واحد ومشيا ميلاً أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه ، فلا يعتبران متفرقين ، لأن العبرة لتفرق الأبدان ولم يوجد ذلك ، أو ويمكن إعتبار العرف في معرفة معنى التفرق[1] .

وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع والذي من الممكن أن يؤدي إلى وقوع المتخارجين في ربا المحرم في الشريعة الإسلامية إلا أن أي من التشريعات المقارنة التي عالجت التخارج لم يتطرق لأي حكم فيما يتعلق بهذا الشروط وكذلك المشرع العراقي لذا نقترح على المشرع العراقي النصوص الأتية في معالجته للشروط الخاصة للتخارج وهي (١- إذا كانت التركة مكونة من ذهب أو فضة وتم التخارج على مقابل من نفس الجنس يتوجب أن لا يكون مساوياً له .٢- إذا كانت التركة مكونة من عقارات وعروض وتم التخارج عنها فإن التخارج يكون صحيحاً حتى لو كان أكثر من جنس المتخارج عنها أو أقل أو مساوياً له . ٣ - إذا كانت التركة من النقود أو الدراهم والدنانير وغيرها وكان مقابل التخارج من غير العملة المكونة من التركة ، فإن التخارج صحيح ، سواءً كان قليلاً أو كثيراً . ٤- في جميع الحالات السابقة يشترط أن يكون هناك تقابض في مجلس العقد).

[1] د. وهبي الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص٤٠٤ ؛ د. هشام فريسة ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، دار ابن حزم ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٨ ، ط١ ، ص٤٥ ؛ محمد صديق محمد ، مجلس العقد (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الموصل ، ٢٠٠٥ ، ص١٩٠.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من البحث من محل عقد التخارج فإن هناك عددا ً من النتائج التي توصلنا إليها فضلا ً عن عدد من التوصيات التي نأمل أن يكون لها نفع وفائدة في حالة التنظيم القانوني لعقد التخارج ، وندرج أهم النتائج والتوصيات فيما يأتي :

أولا ً : النتائج

١. يعد عقد التخارج استثناءً من القاعدة العامة المتعلقة بالمحل، حيث إن التخارج صحيح، وإن كان محله غير معين تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، ذلك أن فيه من المجازفة والغرر ما يكفي لوصفه عقداً احتمالياً.
٢. بين الفقه الإسلامي عدة حالات للتخارج بحسب نوع التركة التي يرد عليها التخارج وفصلوا وبينوا عدة شروط يجب أن تتوافرا في التركة أو البدل وبخلافها يؤدي الى حصول محذور شرعي يجب تجنبه ، والغاية هي عدم ظهور الربا في التخارج ذلك أن التركة غالباً ما تكون من الأموال التي الربوية ويجب أن لا يكون هناك تماثل فيما ألتزم به أطراف العقد.

ثانيا ً : التوصيات

أما أهم التوصيات فهي:

١. إلى جانب الشروط العامة لمحل عقد التخارج يوجد عدة شروط خاصة فيما يتعلق بمحل التخارج ، وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع والذي من الممكن أن يؤدي إلى وقوع المتخارجين في ربا المحرم في الشريعة الإسلامية إلا أن أي من التشريعات المقارنة التي عالجت التخارج لم يتطرق لأي حكم فيما يتعلق بهذا الشروط وكذلك المشرع العراقي لذا نقترح على المشرع العراقي النصوص الأتية في معالجته للشروط

الخاصة للتخارج وهي (١- إذا كانت التركة مكونة من ذهب أو فضة وتم التخارج على مقابل من نفس الجنس يتوجب أن لا يكون مساوياً له .٢- إذا كانت التركة مكونة من عقارات وعروض وتم التخارج عنها فإن التخارج يكون صحيحاً حتى لو كان أكثر من جنس المتخارج عنها أو أقل أو مساوياً له . ٣ - إذا كانت التركة من النقود أو الدراهم والدنانير وغيرها وكان مقابل التخارج من غير العملة المكونة من التركة ، فإن التخارج صحيح ، سواءً كان قليلاً أو كثيراً . ٤- في جميع الحالات السابقة يشترط أن يكون هناك تقابض في مجلس العقد).

٢. المحل في كل عقد ركن من أركان العقد، ولكنه في عقد التخارج له خصوصية، حيث لا يشترط فيه أن يكون معيناً، عليه فإن ما نقترحه على المشرع العراقي في هذا المجال هو إيراد نص يعالج هذا الشرط وذلك لأهميته، ويكون النص كالأتي: (١- يجب أن يكون محل عقد التخارج موجوداً وقت العقد. ٢- و يجب تعيين حصة المتخارج دون تعيين محلها).

المصادر

أولاً : السنن

١. الأمام الحافظ أبي حصن مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، دار الطيبة للنشر ، الرياض السعودية، ٢٠٠٦ ، ط١ .
٢. ابي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ط٣ .
٣. الامام الحافظ ابي داود سليمان ابن الاشعث السجستاني الازدي ، سنن ابي داود تحقيق الشيخ خليل مأمون شيخا ، دار المعرفة ، بيروت لبنان ، ٢٠٠١ ، ط١ .
٤. الامام الحافظ ابي حسن مسلم بن حجاج النيسابوري ، صحيح مسلم ، دار الطيبة للنشر ، الرياض ، ٢٠٠٦ .
٥. الامام ظفر احمد العثماني التهانوي ، اعلاء السنن ، ادارة القران والعلوم الاسلامية ، باكستان، ١٤١٥هجرية ، ط٣ .
٦. الامام محمد بن اسماعيل ابو عبدالله البخاري الجعفي ، الجامع الصحيح ، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر ، دار طوق النجاة ، بدون مكان وسنة طبع .
٧. الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخيار ، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد ، دار ابن القيم ، الرياض ، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٥ ، ط١ .

ثانياً : كتب مذاهب الفقه الإسلامي

٨. أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه إلامام الشافعي ، تحقيق أحمد فريد المزيدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٤، ط١ .

٩. محمد امين الشهير بابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣ .
١٠. الأمام الحافظ أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ، إدارة الطباعة المنيرية ، طبعة على نفقة كبار علما الأزهر ، بدون سنة ومكان نشر .
١١. الامام سراج الدين عمر بن زين الدين ابن نجيم الحنفي ، النهر الفائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق أحمد عزو عناية ، دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٢ ، ط١ .
١٢. شمس الدين محمد بن خطيب الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، دار المعرفة ، لبنان بيروت ، ١٩٩٧ ، ط١.
١٣. شرف الدين أحمد بن موسى بن سالم المقدسي ، الأقناع لطالب الانتفاع ، تحقيق د. عبد الله بن هبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية بدار هجر ، دار هجر للطباعة ، طبعة السعودية على نفقة خادم الحرمين الشريفين ملك فهد بن عبد العزيز ، السعودية ، رقم تسلسل الإصدار ١١٨ ، بدون سنة نشر .
١٤. شهاب الدين أحمد بن أدريس القرافي ، الذخيرة ، تحقيق د. محمد حجي ، دار الغرب الأسلامي ، بيروت لبنان ، ١٩٩٤، ط١ .
١٥. العلامة شمس الدين بن محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار أحياء الكتب العربية ، مصر ، بدون سنة نشر .
١٦. الشيخ عبد الله بن شيخ حسن الكوهنجي ، زاد المحتاج بشرح المنهاج ، تحقيق عبدالله بن ابراهيم الأنصاري ، طبعة الشؤون الدينية بدولة قطر ، بدون سنة نشر ، ط١ .

١٧. الأمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ، تحقيق الشيخ احمد عزو عناية ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، ٢٠٠٠ ، ط١ .

١٨. الأمام كمال الدين بن عبد الواحد المعروف بأبن همام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٣ ، ط١ .

١٩. موفق الدين ابي محمد بن عبد الله المقدسي الصالحي الحنبلي ، الكافي ، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية بدار هجر ، دار هجر للطباعة والنشر ، بدون مكان وسنة نشر .

٢٠. موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المغني ويليه الشرح الكبير ، دار الكتاب العربي ، بدون سنة طبع .

٢١. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الاقناع ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣ .

٢٢. العلامة الشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، منشورات مكتب الاسلامي ، دمشق ، بدون سنة طبع .

٢٣. العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية ، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٠ ، ط١ .

٢٤. الامام مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ١٩٩٤ .

٢٥. محمد امين الشهير بابن العابدين ، تكملة رد المختار ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، بدون سنة طبع .

٢٦. الامام النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٩١ ، ط٣ .

ثالثاً : الكتب القانونية والعامة

٢٧. د. عبد المجيد الحكيم ، محمد طه البشير ، عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي (المصادر الالتزام) ، مطبوعات وزارة التعليم العالي العراقي ، ١٩٨٠.

٢٨. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ط٤ .

٢٩. د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دار الفكر ، بدون سنه ومكان نشر .

٣٠. د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ١٩٩٨ ، ط٢ .

٣١. د. عصمت عبد المجيد ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٩ ، ط١ .

٣٢. د. عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة للألتزامات ، مطبوعات جامعة جيهان الخاصة ، أربيل ، ٢٠١١ ، ط١ .

٣٣. د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، مصر القاهرة ، ١٩٨٤ .

٣٤. علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة مصر ، ٢٠٠٨ .

٣٥. الشيخ علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالشرائع الوضعية ، دار الفكر العربي ، مصر ، ٢٠١٣ .

٣٦. د. عمر السيد أحمد عبد الله ، إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ١٩٩٥.

٣٧. علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، دار الثقافة ، عمان الاردن، ٢٠١٠، ط١ .
٣٨. د. نبيل ابراهيم سعد ، العقود المسماة ، البيع ، دار النهضة العربية ، بيروت لبنان ، ١٩٩٧ ، ط١ .
٣٩. الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية – الكويت ، طباعة ذات السلاسل – الكويت، ١٩٨٨ ، ط١.
٤٠. مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام (إخراج جديد) ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠٤ ، ط٢ .
٤١. منير القاضي ، شرح المجلة ، مطبعة العاني ، وزارة المعارف العراقية، ١٩٤٨ ، ط١ .
٤٢. د. مولاي عب السلام علوي بلغيتي ، العقد على المنافع وأحكامه في الفقه الإسلامي ، دار أبن حزم ، بيروت لبنان ، ٢٠١١ ، ط١ .
٤٣. د. وليد محمد علي كرسون ، شبهة الربا وأثره في عقد البيع والمعاملات المالية المعاصرة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية مصر ، ٢٠٠٨ ، ط١ .
٤٤. د. وهبي الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، دار الفكر ، دمشق سوريا ، ٢٠٠٩ ، ط٦ .
٤٥. د. هشام فريسة ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، دار ابن حزم ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٨ ، ط١ .

رابعاً : الرسائل والبحوث

٤٦. د. فرات شاكر وتوت ، العقود المستثناة من التفاضل الربوي في الشريعة الإسلامية ، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت الأهلية ، العدد ١ ، المجلد ١ ، السنة ٢٠٠٤ .

٤٧. محمد صديق محمد ، مجلس العقد (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الموصل ، ٢٠٠٥ .

المستخلص

عقد التخارج من العقود التي تعد منظمة لجانب مهم من جوانب النشاط الانساني متمثلة في تصرف الوارث لنصيبه في التركة ، ويعد عقد التخارج من العقود الناقلة للملكية فيما بين الورثة ، وهو من الموضوعات التي لم تنل حظها من البحث القانوني في نطاق القانون المدني ، وركزت أغلب الدراسات الشرعية على جانب الأحوال الشخصية في هذا الموضوع ، وابتعد عن معالجة هذا العقد الكثير من المختصين في مجال القانون المدني لاسيما المختصون في القانون المدني العراقي ، تاركين الأمر لقانون الأحوال الشخصية وشراحه ، وعقد التخارج من العقود المهمة التي اهتمت بها القوانين المقارنة كقانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية السوداني (والتي كانت محلاً لدراستنا المقارنة) وذلك لتعلقه بجانب مهم من جوانب التصرفات الانسانية للأفراد ألا وهي حصة المتخارج وامكان التصرف بها من قبل الوارثيين فيما بينهم لكسب أموال إضافية الى حصة المتخارج له او لهم ، فعلى الرغم من هذه الاهمية وكثرة تداول هذا العقد في الواقع العملي الا ان المشرع العراقي لم يعالجه لا في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ ولا قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ، إلا في نصوص إجرائية في القانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل ، ويعرف التخارج حسب الرأي الراجح في مذاهب الفقه الإسلامي :- بأنه تصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم من تركة أو خارج التركة ، ولم تخالف القوانين المقارنة هذا التعريف ، وهناك خصوصية للمحل في عقد التخارج إذ يكون غير معين تعييناً نافياً للجهالة ، وهي عدم معرفة محتويات الحصة ،لذا فإن للمحل شروطاً عامة وردت في القوانين ، و شروطاً خاصة أوردها الفقه الاسلامي هدفه

الاول تجنب الوقوع في الربا ، ولكي نكون أمام عقد التخارج بالمعنى القانوني يجب أن تتوافر الشروط الخاصة بهذا العقد .

Abstract

Dissociation contract is considered one of the contracts that regulates an important aspect of human activity represented by the heir's disposal with his share of the inheritance. It is regarded as a contract that transfers the ownership between the heirs and this subject was not dealt enough in the scope of legal researches in the civil law. Most of the legal studies focused on the personal affairs aspect in this subject and many specialists in the Civil Law especially the persons specialized in Iraqi Civil Law, leaving the subject to the personal affairs law and its commentators. The contract ofال dissociation is one of the vital contracts which the comparative law took into consideration such as the Emirate Law civil transactions, the civil law in Jordan and the Sudanese civil transactions law (which are the subject of our comparative study), because it related to an important aspect of the individuals' acts of disposal, which isال dissociation and the disposal with this right by the heirs so that either additional properties to one or more of the heirs. In spite of the importance and the common use of this contract in the reality, the Iraqi legislator did not deal with it in the civil law No. (٤) for the year (١٩٥١) or in the law of personal affairs No. (١٨٨) in ١٩٥٩ and it was only dealt with in certain texts in the real estate registration law No. (٤٣) in ١٩٧١ (modified). The dissociation is defined according to the dominant opinions of the Islamic Fiqh as the agreement between the heirs to exclude some of them from the inheritance in return of something agreed upon.

.There is a particularity for the place in the contract of the cession as he should be nominated specifically with awareness with the contents of the share. So, the

place has general conditions that were mentioned in the laws and specific conditions mentioned by the Islamic Fiqh with the optimum objective to avoid the usury. For the dissociation contract to be legal in terms of including the specific conditions several consequences.