ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية الحقوق
College of Rights

The executive force of the exit argument - A comparative study -

Assist. Lect. Fadia Abdel Hamid Saleh
College of Tourism Sciences, University of Mosul, Nineveh, Iraq
fadia_salih@uomosul.edu.iq

Article info.

Article history:
- Received 16 Nov 2021
- Accepted 17 Jan 2022
- Available online 1 Dec 2022

Keywords:
- Executive.
- Exit.
- Argument.

Abstract: It was found from most studies that the issue of exit has focused on the aspect of personal status in particular within the scope of civil law. One of the contracts that transfer ownership, so it should be studied from this aspect, which is to focus on the contract in terms of its nature, characteristics and legal adaptation that distinguishes it from the rest of the contracts that transfer ownership. Egyptian civil law and Jordanian law in some other places.

© 2022 TUJR, College of Right, Tikrit University

القوة التنفيذية لحجة التخارج

- دراسة مقارنة -

م.م. فادية عبدالحميد صالح
كلية العلوم السياحية، جامعة الموصل، نينوى، العراق
fadia_salih@uomosul.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ١٦ / تشرين الثاني / ٢٠٢١
- القبول : ١٧ / كانون الثاني / ٢٠٢٢
- النشر المباشر : ١/ كانون الأول /٢٠٢٢

الكلمات المفتاحية :
- التنفيذية.
- التخارج.
- حجة.

الخلاصة: تبين من اغلب الدراسات ان موضوع التخارج قد ركز على جانب الأحوال الشخصية وبصورة خاصة في نطاق القانون المدني، لذا فلم ينل عقد التخارج المساحة الكافية من حظه من البحث القانوني، فمن ناحية القانون المدني آثارت الباحثة اختيار هذا الموضوع ومعالجته بصورة خاصة، فأن هذا العقد يعد أولا من العقود الناقلة للملكية، لذا وجب دراسته من هذه الناحية، وهي التركيز على العقد من حيث ماهيته وخصائصه والتكييف القانوني الذي يتميز فيها عن بقية العقود الناقلة للملكية، وقد كانت الدراسة مقارنة ما بين القانون المدني العراقي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي مع الاستشهاد ببعض القوانين الأخرى والمتمثلة بالقانون المدني المصري و والقانون الأردني في بعض المواضع الاخرى.

© ٢٠٢٢، كلية الحقوق، جامعة تكريت

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آل محمد وبعد، فإن مقتضيات البحث العلمي تقتضي أن أتناول في مقدمة موضوع **(القوة التنفيذية لحجة التخارج)** المسائل والأمور الأتية:

اولاً: المدخل التعريفي بموضوع البحث

يعتبر التخارج عقد وتحديداً من العقود الناقلة للملكية ذو جانب مادي بتماس بشكل مباشر مع المعاملات المدنية، حيث نجد أن القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ لم ينص نهائيا على هذا العقد فضلاً عن ان قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ لم يعالج هو الآخر هذا العقد نهائيا، ولكننا في قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل وجدنا بعض النصوص التي عالجت التخارج، على عكس القانون الإماراتي فقد وجدنا بعض النصوص في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل في بداية الأمر في باب العقود الناقلة للملكية بوصفه صورة خاصة من هذه العقود، حيث ضمن أحكام عقد الصلح أورد قانون المعاملات المدنية الإماراتي نصا آخر، ثم ان قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل ، حيث تضمن بعض الأحكام الخاصة بمعالجة أحكام التخارج، كما أن معالجة التخارج كان متضمنا في القانون

المدني الأردني وضمن نصوص خاصة، ففي قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني ورد التخارج ضمن العقود الناقلة للملكية من موضوع العقود الخاصة.

ثانيا: اسباب اختيار الموضوع واهمية:

اشار المشرع العراقي التخارج كما تنبين لنا سابقا في ثلاث قوانين وهي قانون الاحوال الشخصية والقانون المدني وقانون التسجيل العقاري الا ان تلك الاشارات قد جاءت مختصرة ولم تبين الكثير من الاحكام كما هو الحال في القوانين المقارنة سيما وان هذا التصرف في المجال المدني يعد من التصرفات الناقلة للملكية، الا ان التكييف القانوني له غير واضح هل هو بيع او صلح او تنازل او غير ذلك، كذلك فان الامر يتطلب بيان القوة التنفيذية لهذا المحرر وبيان احكام التقادم بصدده.

ثالثا: تساؤلات الموضوع:

ان أهم الاسئلة التي يمكن إثارتها في هذا الموضوع فهي على النحو الآتي:

١. ما المقصود بالتخارج، بوصفه عقدا ناقلا للملكية؟
٢. ما هي خصائصه، وما هو التكييف القانوني لهذا العقد، هل هو "صلح" أم "صرف"، أم "بيع" أم "تنازل" أم أنه "قسمة للمال الشائع" ؟
٣. المحل في هذا النوع من العقود، يكون غير معين تعيينا نافيا للجهالة وفيه جهالة كبيرة، وهي عدم معرفة محتويات الحصة، فهل هذه الجهالة تؤثر في صحة التخارج أم يبقى صحيح؟
٤. ما هي المحررات القابلة للتنفيذ؟
٥. ما هو أثر التقادم على حجة التخارج.؟

رابعاً: نطاق الدراسة:

ان موضوع التخارج هو من المواضيع المتداخلة بين اكثر من قانون وكذلك فأن التخارج له من الآراء الفقهية في مجال الشريعة الاسلامية، لذا فأن نطاق دراسة البحث سيتحدد في نطاق احكام القانون المدني بالدرجة الاساس، مع عدم التعمق بمسائل الفقهية والشرعية لتعددها وتشعبها، فضلا عن الابتعاد عن احكام قانون الاحوال الشخصية.

خامساً: منهجية البحث

ان متطلبات البحث العلمي تستوجب ان نستخدم المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية ومناقشتها، وبما ان موضوع التخارج قد اشير اليه في القوانين العربية لذا سنستخدم المنهج المقارن الذي يقوم على مقارنة احكام القوانين العراقية ذات العلاقة مع القانون

الاماراتي والمصري وغيرها عند الضرورة. فضلا عن تعزيز الدراسة بالمنهج التطبيقي من خلال الاشارة القرارات القضائية الحديثة قدر الإمكان.

سادسا: هيكلية البحث:

لمقتضيات الدراسة فقد تم تقسيم البحث على وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: ماهية حجة التخارج.

المطلب الأول: التعريف بحجة التخارج وخصائصها.

المطلب الثاني: التكييف القانوني لحجة التخارج.

المبحث الثاني: القيمة التنفيذية لحجة التخارج

المطلب الأول: المحررات القابلة للتنفيذ.

المطلب الثاني: أثر التقادم على حجة التخارج.

المبحث الأول

ماهية حجة التخارج

الاصل ان الملكية تكون مستقلة لكل شخص عن الاخر الا ان قد يتوفى المالك ويترك عدد من الورثة فتنتقل الملكية بلحظة الوفاة الى الورثة فيكون ذلك المال مملوكا على الشيوع فيما بينهم بوصفهم شركاء بالتالي لا يجوز لاحد من الورثة التصرف بذلك المال دون الرجوع على باقي الورثة والموافقة بالأجماع على ذلك كون الوارث يكون شريكا في جميع ذرات المال الشائع ، لذا فقد يتفق الورثة فيما بينهم على اخراج شخص او مجموعة من الاشخاص منذ ذلك المال بالاتفاق فيما بينهم لقاء شي معلوم ، ويعتبر هذا التصرف بمثابة نقل الملكية لباقي الشركاء ويسمى هذا النوع من التصرفات بالتخارج، لذا فأن مقتضيات البحث تستلزم ان نقسم المبحث الى مطلبين وعلى وفق الاتي:

المطلب الاول: التعريف بالتخارج لغة واصطلاحاً وقانوناً

المطلب الثاني: التكييف القانوني لحجة التخارج.

المطلب الأول / التعريف بالتخارج وخصائصها

ولما كان التخارج بمفهومه العام هو اخراج البعض من نصيبه والتنازل لشخص اخر لقاء شي معلوم، لذا فأن مقتضيات البحث العلمي تتطلب ان نعرف معنى التخارج في اللغة العربية وفي الاصطلاح الفقهي والقانوني وبذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وكما يأتي:

الفرع الاول: تعريف التخارج لغة واصطلاحا وقانوناً

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي

الفرع الثالث: خصائص حجة التخارج.

الفرع الأول / تعريف التخارج لغة واصطلاحا وقانوناً

اولا: التخارج في اللغة العربية: التخارج تأتي بمعنى الخروج، فيقال تخارج القوم إذا أخرج كل واحد منهم نفقة على قدر نفقة صاحبه، وتخارج الشركاء، خرج كل واحد من شركته عن ملكه إلى صاحبه بالبيع، والتخارج أن يأخذ بعض الشركاء الدار، وبعضهم الأرض [١].

ثانياً: التخارج في الاصطلاح الفقهي: يعرف التخارج بأنه" تصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث في مقابل شيء معلوم"[٢]

من خلال ما تقدم يتضح ان التخارج هو اتفاق رضائي ما بين الورثة وبالتالي لا يمكن ان نطلق عليه صلح ، ذلك أن الصلح يفترض، أن يسبقه نزاع بين الورثة، حيث يقصد بالصلح على أنه عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي[٣].

ولا نتفق مع من يعرفه على أنه تنازل، ذلك أن أهم خصائص التخارج أنه عقد معاوضة، وهذا ما صرحت به المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي [٤].

ومن الجدير بالذكر إن كان العقد بدون مقابل فلا يسمى تخارجا، وإنما هو هبة فكما نعرف إن الهبة "هي تمليك مال أو حق مالي لآخر دون عوض"[٥].

ثالثاً: التخارج قانوناً: أن التشريعات العراقية لا تتضمن أي نص يعالج التخارج وأهمها القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، مع كونه من العقود الناقلة للملكية، وكذلك قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، هو الآخر لم يتضمن نصا يعالج التخارج، اما

---

[١] الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط،١٩٩٤، ص ١١٧.

[٢] د. محمود محمد طنطاوي، نظام المواريث في الشريعة الاسلامية، ط١، دون مكان طبع، ١٩٨٩،ص ٢٨٨; وكذلك ينظر المستشار احمد ناصر الجندي، المواريث في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص ٢٧٣.

[٣] المادة ٦٨٩ من القانون المدني العراقي ويقابله المادة ٧٢٢ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي

[٤] المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥، منشورات جمعية الحقوقيين، الامارات، دون سنة الطبع، ص ٤٧٠.

[٥] ينظر المادة ٦٠١ من القانون المدني العراقي،وتقابلها المادة ٦١٤ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي

نصوص المواد 246-248- من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل [١] فقد جاءت مختصرة ولم تعالج مسأل عديدة.

حيث نصت المادة 246 من هذا القانون على تعريف التخارج ونصت بأنه:"يقصد بالتخارج اتفاق جميع أو قسم من الورثة أو أصحاب حق الانتقال على إخراج بعضهم من الميراث أو الانتقال بعوض معلوم من التركة أو غيرها ويسجل بالاستناد إلى حجة صادرة من محكمة مختصة"[٢].

ويلاحظ ان المشرع العراقي أورد احكام التخارج ضمن النصوص الخاصة بالتسجيل العقاري، الا وأن المكان الحقيقي للتخارج هو القانون المدني وأحكامه، وتحديدا في باب العقود الناقلة للملكية؛ لأنه عقد ناقل للملكية، وبالتالي يمكن تصوره في العقار وفي المنقول، أي أن نطاق التخارج يشمل العقار والمنقول وكل الحقوق القابلة للانتقال .

اما موقف القوانين المقارنة فقد نص التشريع الإماراتي وابتداء من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، قد أورد نصوصا صريحة وجدية عالجت التخارج في المادة ٥٩٤ منه، ، كما وردت إشارة إلى التخارج في النصوص الخاصة بالصلح في قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة ٧٣٧. ثم جاء قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ وعرف التخارج في المادة ٣٥٦ .

ومن جهة اخرى اذا انتقلنا إلى القانون المدني الكويتي على سبيل المثال رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، فنجد أن المادة (٥١٦) منه وهذه المادة لم تتضمن تعريفا للتخارج وإنما تضمنت تعريفا لبيع التركة، وهذا ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي [٣] .

أما بالنسبة الى القانون المدني الأردني فقد نصت المادة (٥٣٩) على أنه: "يجوز للوارث بيع نصيبه من التركة بعد وفاة المورث، لوارث آخر أو أكثر بعوض معلوم، ولو لم تكن موجودات التركة معينة"[٤].

الفرع الثاني / موقف الفقه الإسلامي

يعود جذور موضوع التخارج الى المواضيع الفقهية أصلا ومنه أخذت القوانين مفهوم التخارج وخصائصه وأحكامه، لكن نلاحظ أن بعض كتب الفقه الإسلامي قد أورد التعريف فقط ثم انتقل إلى

---

(١) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية رقم ١٩٩٥ في ١٩٧١/١٠/٥

(٢) تسمى هذه الحجة في العراق بحجة التخارج.

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي، ط٣، ١٩٩٩، ص ٣٩٢.

(٤) القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .

فرضيات المخارجة دون أن يبين خصائص وأحكام المخارجة والتزامات المتخارج والمتخارج له [١]، والبعض من الكتب عمم على التخارج وصفه صلحا ذلك أنه لا يحدث إلا بين الورثة وأغلب حال الورثة عند قيامهم بتوزيع التركة حصول الخصومات بينهم حيث نجد على هذا الاساس أن هناك تعميما لاستخدام الصلح متى ما ذكر (التخارج) [٢] وان هذا الاتجاه لا يكون صائبا دوما .

الفرع الثالث / خصائص حجة التخارج

لا بد من وجود خصائص في هذا العقد كي نكون أمام عقد تخارج بالمعنى القانوني الدقيق لهذا العقد، ثم تأتي بعد ذلك آثاره ، اذ يجب أن نعلم أن هذا العقد كغيره من العقود لابد لوجوده من رضا ومحل وسبب. ولكن المحل في هذا العقد يختلف عن المحل في العقد بصورة عامة، ويشذ عنه في أنه لا يشترط فيه أن يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة كغيره من العقود، ذلك أن فيه استثناء، ويلاحظ إن كل القوانين اعترفت بصحة العقد وأقرته رغم ما فيه من الجهالة، وذلك لظروف واعتبارات معينة، لكن مع وضع الضوابط الخاصة لهذا العقد [٣] تمثل حصة الوارث المتخارج المحل في عقد التخارج من مجموع تركة مورثه، و تعتبر حصة شائعة في أموال المورث كافة، وعليه فأنها تشمل كل الحقوق المالية التي انتقلت إلى الوارث المتخارج عند وفاة المورث وكل ما حصل عليه من ثمارها منذ الوفاة، كما تشمل قيمة ما استهلكه من هذه الحقوق والتعويضات أو مبالغ التأمين التي حصل عليها بسبب ما أصاب أموال التركة من أضرار، كما تشمل أيضا ما استوفاه المتخارج من ديون وما باعه من أموال التركة وقيمة ما تبرع به منها، كل هذا ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك [٤] . من خلال ما تقدم لابد من القول إن المحل في عقد التخارج صحيح رغم ما فيه من الجهالة المتمثلة بالمجازفة والغرر، لذلك فإن هذا العقد يدخل في العقود الاحتمالية، حيث إن المتخارج والمتخارج له يجازفون في مثل هذه التصرفات [٥]ووفقا لشروطه فأن عقد التخارج، هو عقد من العقود الدائرة بين النفع والضرر في أغلب حالاته، وفي كل الأحوال فإن هذه العقود تختلف الأهلية الواجب توافرها فيها باختلاف تكييف العقد نفسه ،علما أن الأهلية في القانون

---

(١) محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار في فقه الامام أبي حنيفة النحمان، ج٧، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٢٦ -٢٠٠٥، ص ٤٩٩ – ٤٠٣

(٢) المصدر نفسه، ص ١٣٥ .

(٣) د. عدنان السرحان، شرح احكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية مقارنة بالفقه الاسلامي وبعض القوانين، دار وائل للنشر،الاردن، ٢٠٠٥، ص ١٤٧

(٤) د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والايجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص ١٨٠

(٥) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة، منشاة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٤٤٩.

المدني العراقي هي تمام الثماني عشرة سنة، وفي قانون المعاملات المدنية الإماراتي هي إتمام واحد وعشرين سنة قمرية[١] .

و لخصوصية عقد التخارج فإن هنالك خصائص يجب توافرها في هذا العقد للحكم بصحته، وهذه الخصائص هي:

أولا: أن يكون التصرف بين الورثة:

لا يعد التصرف تخارجا إلا إذا كان المتخارج والمتخارج له من الورثة حصرا، ولا يهم بعد ذلك مقدار حصصهم في تركة مورثهم[٢]، كما لا يهم إن كان المتخارج له واحدا من الورثة أو أكثر، ولكن لا نتفق مع من يذهب إلى أن التخارج صحيح إن كان بشراء الحصة من الموصى له بجزء شائع من التركة، على اعتبار أنه في هذه الحالة يعامل معاملة الوراث[٣] .

ثانياً: أن يرد التصرف على حصة الوارث بأكملها :

يجب الاخذ بالاعتبار ان التصرف تخارجاً أن يرد ذلك التصرف على حصة الوارث (المتخارج) بأكملها، ذلك أن القصد من التخارج هو إبعاد الورثة والتخلص منهم بحيث تنتهي علاقتهم بهذه التركة.[٤] وقد ثار التساؤل حول تصرف المتخارج بجزء من حصته وليس بكل الحصة، فهل يعد ذلك التصرف تخارجا أم بيعا عاديا؟هناك رأيان في هذه المسألة وهما كالتالي:

الرأي الأول: أن ذلك التصرف ليس تخارجا وإنما هو بيع عادي؛ لأن التخارج جاء لإخراج وإبعاد بقية الورثة أما عند التصرف بجزء من الحصة والإبقاء على الحصة الأخرى فإن ذلك التصرف لا يعد تخارجاً، أما إن كان التصرف بكل الحصة فهو تخارج، ولا يهم بعد ذلك إن كان التصرف بكل الحصة الأحد الورثة فقط، أم أنه كان مجزأ لأكثر من وارث المهم أن ذلك التصرف يؤدي إلى التقليل من الورثة[٥] .

---

(١) المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي ويقابله المادة ٢١٨٥ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

(٢) عباس العبودي، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني ، البيع والايجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،ط١، ٢٠٠٩، ص ٢٠٥

(٣) عدنان السرحان، شرح احكام العقود المسماة، المصدر السابق، ص ١٥٢

(٤) د. بلحاج العربي، احكام التركات والمواريث، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠٠٩، ص ٣٠٧؛د. آدم وهيب النداوي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، ص ٨٤.

(٥) د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص ٥٢٠

الرأي الثاني: يرى أن التصرف يسمى تخارجاً وإن كان محل التصرف فهو جزء من حصة الوارث[١] وما نذهب إلى تأييده بتجاه الرأي الأول؛ ذلك أنه الأقرب إلى معنى المخارجة، ولكن كما ذكرنا سابقا، التصرف بحصة الوارث جميعها إلى أجنبي هو بيع للتركة وهو تصرف صحيح، كل ما هنالك أن أحكام التخارج لا تطبق عليه، مع الأخذ بنظر الاعتبار الشيوع الإجباري، أما تصرف الوارث بجزء من حصته إلى أجنبي فإن ذلك التصرف هو بيع عادي وليس تخارجا .

ولغرض حسم مسألة التخارج بكل الحصة أم بجزء منها والتي لم تعالج حتى في القوانين التي نظمت المسألة، فإن ما نقترحه على المشرع العراقي في هذا المجال، هو إيراد النص بعد تعريف المخارجة: (يجوز تعدد المتخارج لهم في كل حصة المتخارج دون جواز المخارجة في جزء من حصته).

ثالثا: أن يتم التصرف بعد وفاة المورث:

يعد التصرف في أي تركة قبل وفاة صاحبها هو تصرف باطل بطلانا وبصورة مطلقه، وتحكمنا في هذا الصدد القاعدة الفقهية والقانونية التي تنص على أن:"التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل"[٢] كما أن الشخص لا يعد وارثا إلا بعد وفاة مورثه، ولا تعد الأموال من أموال التركة ما لم يتوف صاحبها [٣]، وهناك قاعدة فقهية ثانية نستطيع الاستفادة منها في تقرير إبطال مثل هذا التصرف وهي "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"[٤] .

ويلاحظ ان القانون المدني العراقي لم يرد بشأنه نص يعالج مسألة استثناء بعض الأموال التي تظهر بعد اصدار عقد التخارج، لا بل حتى قانون التسجيل العقاري العراقي لم يعالج هذه المسألة أيضا وهو الوحيد الذي نص على عقد التخارج، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بنص صريح يعالج هذه المسألة، ويكون كالآتي: **(لايشمل عقد التخارج كل مال يظهر للميت بعد العقد، ولم يكن المتخارج على علم به وقت العقد)**، علما أن بعض القوانين اشترطت عدم علم المتخارجين بالأموال التي تظهر للميت بعد العقد، ولكن آثرنا إيراد هذا النص؛ لأنه جاء لمصلحة المتخارج، أكثر منها للمتخارج له.

---

(١) د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة، قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الاردني، دار الفكر للطباعة والنشر، ط١، ١٩٨٧، ص ٢١

(٢) انظر المادة ٢/١٢٩ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢/٢٠٢ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي،والمادة ١٦٠ /٢ من القانون المدني الاردني .

(٣) د. عدنان السرحان، العقود المسماة، مصدر سابق، ص ١٥٣.

(٤) ينظر المادة ٦٩ من قانون المعاملات الاماراتي.

رابعا: أن يكون التصرف بعوض معلوم:

اذ يجب أن يكون هناك عوض كي يوصف العقد بأنه تخارج، وبدون هذا العوض لا يكون التصرف تخارجا، وأن يكون ذلك العوض حقيقيا [١]، أن تعريف القانون المدني العراقي عقد البيع فيه ينطبق على التخارج ويمكن عد التخارج صورة من صور البيع، والذي عرف البيع على أنه"مبادلة مال بمال "[٢]، وما نجده في قانون المعاملات المدنية الإماراتي انه لم يشترط في التخارج أن يكون البدل نقديا مثلما فعل في عقد البيع[٣] وهذا مشترط في التخارج "ولو لم تكن موجودات التركة معلومة "[٤] .

خامسا: أن لا تكون التركة مستغرقة بالدين للغير:

يتضح مما تقدم أن التركة إذا كانت مستغرقة بالدين فإن الأمر سوف يؤدي إلى انعدام المحل ويصبح المحل غير موجود، حيث اذا كانت الديون تستغرق التركة وكانت هذه الديون معلومة للطرفين، ومع ذلك فاذا جرى التخارج، فإن ما يترتب على ذلك أن العقد يصبح باطلا بطلانا مطلقا لانعدام وجود المحل[٥]، وقد بينت كتب الفقه الإسلامي هذا الشرط، فنصت على أنه: "و بطل الصلح والقسمة مع إحاطة الدين بالتركة" [٦] .

سادسا: الشكلية (التسجيل):

من خلال قراءة النصوص الخاصة التي عالجت عقد التخارج في قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣لسنة ١٩٧١ المعدل وتحديدا المادتين (246-247)التي عرفت التخارج وبينت شروطه، وكذلك النصوص الواردة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ وتحديدا المادة (354)، وجدنا أن المشرع العراقي هو الوحيد الذي عالج

---

(١) – سليم رستم باز، شرح المجلة، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، ط٣، ١٩٩٨، ص ٧٣١ و٧٣٢.

(٢) ينظر المادة ٥٠٦ من القانون المدني العراقي.

(٣) ينظر المادة ٤٨٩ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

(٤)المادة ٥٩٤ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي والمادة ٣٥٦ من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي الاتحادي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ .

(٥) د. عدنان السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني،، مصادر الحقوق الشخصية،ط١،دار الثقافة، عمان،٢٠٠٨، ص ١٦٧ ؛ ولمزيد من التفصيل يراجع د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الارادية،ط٢، مطبوعات جامعة الامارات، ٢٠٠٠، ص ١٥٥، احمد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات،ط١،دار الثقافة،عمان،٢٠٠٧، ص ١٢٤ ؛ د. انور سلطان، مصادر الالتزام، ط١، دار الثقافة عمان، ٢٠٠٧، ص ٩٦.

(٦) د. بكر اسماعيل،ج٨، ط١،دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥ –١٩٩٤، ص ٤٢٧

هذا الشرط صراحة ضمن نصوصه، واشترط على وجوب التسجيل، إذ نصت المادة (246) في شطرها الأخير على: ".... ويسجل بالاستناد إلى حجة صادرة من المحكمة المختصة" ثم أضافت المادة (247) "لا يجوز تسجيل التخارج إلا ضمن معاملة الإرث أو الانتقال".

وبالنسبة للقانون المدني الأردني ، فهو الآخر لم ينص على التسجيل ضمن شروط التخارج، ذلك أنه عالج التخارج في نصوص المواد (٥٣٩- ٥٤٢)منه، الان القانون المدني الأردني وفي المادة (٥٤٢) منه ألزم المتخارج والمتخارج له بإتباع الإجراءات اللازمة لنقل الحقوق التي اشتملت عليها الحصة الإرثية، فهل نعد التسجيل ركن من أركان العقد، أم أنه دليل من أدلة الإثبات، بمعنى هل التسجيل نقل عقد التخارج إلى مصاف العقود الشكلية أم أن هذا العقد يبقى عقدا رضائية، والكتابة هنا هي للتوثيق فقط؟

أن المشرع العراقي عندما الزم المحكمة باصدار حجة التخارج لتوفير دليل من أدلة الاثبات للمتخارج له والمتخارج فيما لو حدث نزاع مستقبلا . وتعرف العقود الشكلية بأنها "تلك العقود التي يلزم لانعقادها تراضي الطرفين وتوافر شكل معين خاص"[١]، بمعنى أن التراضي في العقود الشكلية غير كاف وإنما يجب أن يظهر التراضي في شكل معين.والأصل في المعاملات المدنية والعقود عامة، هو مبدأ الرضائية والاستثناء هو الشكلية.

والجدير بالذكر الى ان نصوص قانون التسجيل العقاري العراقي والقانون المدني الأردني، سنجد أن هذه النصوص أخذت بالتسجيل بوصفه سببا لانتقال ملكية العقار، ومن ثم فإن عقد التخارج الوارد على عقار دون تسجيله تتولد عنه سائر الحقوق والالتزامات عدا انتقال الملكية[٢] .

حيث أن النصوص الواردة في القانون المدني العراقي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني والخاصة بقسمة المال الشائع قسمة رضائية لم تشترط أي شرط شكلي لصحة هذه التصرفات، فمن باب أولى أن يكون التخارج غير مشترط فيه ذلك، وإذا وردت نصوص فهي للإثبات فقط [٣].

---

(١) د. انور سلطان، مصادر الالتزام،دار الثقافة،عمان،ط١,٢٠٠٧، ص ١٤

(٢) د. عدنان السرحان، احكام البيع في قانون المعاملات المدنية الاماراتي،ط٢، الآفاق ناشرون،عمان، ٢٠١٠ ، ص ١٣٤.

(٣) ينظر المواد ١١٧٠ ومابعدها في القانون المدني العراقي

المطلب الثاني / التكييف القانوني لعقد التخارج

هناك العديد من الآراء حول التكييف القانوني لعقد التخارج واغلب هذه الآراء كما لاحظنا سابقا عند تعريف التخارج كانت تركز بصورة مباشرة على التنازل والصلح، وما نجده أن عقد التخارج لا يخرج من أحد الاحتمالات الثلاثة المبينة ادناه لذا سنقسم المطلب الى فرعين وكما ياتي:

الفرع الاول: التخارج هو بيع للحصة:

الفرع الثاني: التخارج هو قسمة للمال الشائع

الفرع الثالث: التخارج صلح

الفرع الاول / التخارج هو بيع للحصة

يتجه جانب أغلب من الفقه الى أن الوارث بهذا التصرف إنما يقوم ببيع حصته إلى وارث آخر أو أكثر، وهذا البيع قد يكون مقايضة إذا كان مبادلة عين بعين [١]، أي أن أحد الورثة أخذ عينا مقابل ترك حصته لوارث أخر التي تمثلت أيضا بعين معينة، وقد يكون هذا التصرف صرفا، وكما نعلم أن الصرف هو بيع ويشمله تعريف القانون المدني العراقي حينما عرف البيع بأنه" مبادلة مال بمال "[٢]، أما المشرع الإماراتي فعرف البيع بأنه: "مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي"[٣]، على أية حال فإن التخارج يكون صرفا إذا كانت الحصة التي تركها المتخارج هي نقد والمقابل الذي أخذه هو نقد.

وهذا ما يذهب الباحث إلى تأييده، ذلك أن التخارج يحتمل هذه الفرضيات وهي:

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

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

٣- قد يكيف عقد التخارج على أنه صرف إذا كانت حصة المتخارج وما قدمه المتخارج له للمتخارج نقدا أيضاً، لكن في هذه الحالة يجب أن تكون النقود من أجناس مختلفة كما يجب القبض في مجلس العقد، للابتعاد عن شبهة الربا.

---

(١) د. عدنان السرحان،احكام البيع في قانون المعاملات المدنية الاماراتي،ط٢،المصدر السابق، ص ١٧ ومابعدها

(٢) المادة ٥٠٦ من القانون المدني العراقي

(٣) المادة ٤٨٩ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم لسنة ١٩٨٥

الفرع الثاني / التخارج هو قسمة للمال الشائع

يذهب الاتجاه الثاني الى اعتبار التخارج قسمة للمال الشائع المتأتي من الميراث، حيث إن القسمة هي اختصاص كل شريك وفي هذا الفرض كل وريث بجزء مفرز من المال الشائع (التركة)، والتخارج يطبق عليه نفس الكلام، إذ كل شريك سيختص بجزء مفرز يوازي حصته، والمعيار في ذلك هو أن البدل الذي سيقبضه المتخارج إن كان من التركة فإن العقد قسمة وإن كان من غير التركة، سواء أكان من أحد الورثة أو من بعضهم فهو بيع، ويترتب على ذلك وجوب استيفاء شروط القسمة في الحالة الأولى وشروط البيع في الحالة الثانية[١].

الفرع الثالث / التخارج صلح

تبين لنا فيما تقدم الى ان الصلح هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة، وبالتالي فأنه يفترض لتطبيق احكام الصلح وجود نزاع ما بين اطراف النزاع او يحتمل وجوده مستقبلا، حيث يكون التخارج صالحاً إذا كان هناك نزاع بين الورثة حول استحقاق أحد الورثة، فقد يتفق باقي الورثة على أن يأخذ هذا الوريث مالا معينا ويخرج من التركة وينزل عن ادعائه بالميراث في باقي التركة، فإذا لم يكن هناك نزاع في الميراث فلا يمكن القول إنها صلح [٢]، وبالتالي لا يمكن تكييف عقد التخارج بأن صلح.

ومما تقدم نوصي المشرع العراقي بتنظيم عقد التخارج ضمن مواضيع العقود الناقلة للملكية وتخصيص نصوص له في القانون المدني، وأن يكون النص كالآتي: (التخارج هو الاتفاق على نقل نصيب أحد الورثة إلى آخر أو أكثر بعوض معلوم، ولو لم تكن موجودات التركة معينة).

المبحث الثاني

القيمة التنفيذية لحجة التخارج

بما ان حجة التخارج لا ترتب اي اثر قانوني مالم تتخذ الشكلية التي نص عليها القانون ولاسيما في ضمن احكام قانون التسجيل العقاري النافذ، لذا يتطلب بيان القيمة القانونية لحجة التخارج الصادرة عن الممحاكم المختصة، وهل ان حجة التخارج اذا ما استوفت الشروط القانونية تكون من المحررات القانونية القابلة للتنفيذ في دوائر التنفيذ والتسجيل العقاري، وما هو اثر التقادم على هذا النوع من المحررات، لذا فأن مقتضيات البحث تستلزم ان نقسم المبحث الثاني الى مطلبين وكما يأتي:

---

(١) د.كمال الاحمدي، المواريث والهبة والوصية، منشاة المعارف الاسكندرية، ١٩٩٨، ص ١٢٣، هامش رقم ٢.

(٢) د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، مصدر سابق، ص ١٨٣ هامش رقم ٢ د.علي هادي العبيدي، العقود المسماة، مصدر سابق، ص ١٨٣ هامش رقم ٢ ;د. عبد الحميد الشواربي، احكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، بدون مكان طبع، ١٩٩٠، ص ٧٣ – ٧٤ .

المطلب الاول: المحررات القابلة للتنفيذ

المطلب الثاني: أثر التقادم على حجة التخارج

المطلب الاول / المحررات القابلة للتنفيذ

أجاز قانون التنفيذ قبول بعض المحررات في مديرية التنفيذ ولا يجوز لهذهِ المديرية قبول غير هذهِ المحررات التي ذكرها القانون في المادة ١٤ منهُ على سبيل الحصر، كما أشارت المادة ١٣ إلى الشروط الواجب توفرها في المحرر لكي يكون قابلا للتنفيذ، كذلك يتطلب بيان انواع المحررات التنفيذية ومحرر حجة التخارج من خلال تقسيم المطلب الى فرعين وكما يأتي:

الفرع الاول: شروط المحررات التنفيذية

الفرع الثاني: انواع المحررات التنفيذية

الفرع الأول / شروط المحررات التنفيذية

يشترط في المحرر لكي يكون قابلا للتنفيذ ان تتوافر فيه الشروط الاتية:

الشرط الاول :_ أن يكون الحق محل المحرر التنفيذي محقق الوجود .

لقد نص قانون التنفيذ العراقي على شروط الحق في المحرر والواجب توافرها اذ نصت المادة (١٣) منه على انه " يجب ان يكون الحق في المحرر التنفيذي معلوما ومستحقا وغير معلق على شرط ولم يكن مخالفا للنظام العام والآداب ". ونلاحظ من خلال هذا النص ان قانون التنفيذ العراقي لم ينص على شرط الوجود ولم يجعله من ضمن شروط الحق في المحررات .

الشرط الثاني :_ أن يكون الحق محل المحرر التنفيذي معلوما (معين المقدار).

أن المقصود بهذا الشرط ان يكون الحق في المحرر التنفيذي الذي يجري التنفيذ لاقتضائه معينا اي محدد تحديدا نافيا للجهالة وعلى وجه الدقة ويختلف معنى ان يكون الحق معلوما او معين المقدار بحسب طبيعة الحق فاذا كان من جنس النقود فيجب ان يكون مقداره محددا بالعدد والفئة واذاكان من الموزونات فيجب ان يكون الوزن والنوع معروفا ومعلوما [١]، وقد نص قانون التنفيذ العراقي على هذا الشرط في المادة (١٣) منه اذ ذكرت على : "أن يكون الحق في المحرر التنفيذي معلوما ...".

الشرط الثالث :_ أن يكون الحق محل المحرر التنفيذي حال الاداء .

استلزم قانون التنفيذ العراقي في المادة (١٣) فضلا عن الشرط التعيين أن يكون الحق في المحرر حالا أو مستحق الأداء والمقصود بذلك أن يكون مستحقا عند البدء بالتنفيذ ، ومعنى هذا أن

---

(١) د. نبيل اسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط١، مطبعة أطلس، الاسكندرية، ١٩٨٦، ص ١٠٣ .

الايكون الحق احتماليا أو مقترنا بأي وصف سواء أكان مضافا الى اجل أم معلقا على شرط [١] واقف أم فاسخا ويقصد بالأجل بوصفه من أوصاف الالتزام أنه أمر مستقبل محقق الوقوع يضاف اليه نفاذالعقد أو انقضاؤه [٢] .

الشرط الرابع :_ أن يكون الحق محل المحرر التنفيذي غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة .

ان شرط كون الحق في المحرر التنفيذي غير مخالف للنظام العام والآداب هو شرط بديهي وقد أنفرد به القانون العراقي عليه صراح في المادة (١٣) من قانون التنفيذ ، لقد اشترط القانون المدني العراقي أنه يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا أو مخالف للنظام العام أو للآداب العامة والا كان العقد باطلا [٣]

بعد بيان شروط المحل في المحرر التنفيذي نود ان نبين ان المحل في كل عقد مهم جدا، وهو ركن من أركان العقد، ولكنه في عقد التخارج له خصوصية، حيث لايشترط فيه أن يكون معينا، 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 موجودة وقت العقد. ٢- و يجب تعيين حصة المتخارج دون تعيين محلها. ٣- إذا كان المحل موجودا وقت العقد، ثم استحق بعد العقد نطبق عليه أحكام الاستحقاق. ٤- فإذا كان المتصرف سئ النية التزم بإعادة العوض مضافا إليه ما أحدثه المتصرف إليه من تحسينات نافعة وكمالية على الشيء محل التخارج، بقيمته يوم التسليم للمستحق، وإن كان حسن النية التزم بإعادة العوض وقيمة التحسينات والنفقات النافعة دون الكمالية. ٥يضمن المتخارج للمتخارج له الأضرار التي نشأت بسبب الاستحقاق الكلي ولحقت به. ٦- تطبق بقية أحكام الاستحقاق الواردة في عقد البيع في حالة الاستحقاق الكلي، كل ذلك إن كان المتخارج ضامنا للمتخارج له).

---

(١) ويعرف الشرط بأنه : مايتوقف وجود الشئ على وجوده وكان خارجا عن حقيقته أو ماهيته ولايلزم من وجوده وجود الشئ ولكن يلزم من عدمه عدم الشئ .يراجع :د. عبد المجيد الجكيم،عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام،ج٢، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة، البصرة، ١٩٨٠، ١٥٧ .

(٢) ينظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، المصدر السابق، ص ١٧٥ .

(٣) نص المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي .

الفرع الثاني / أنواع المحررات التنفيذية:

أشارت المادة (١٤)[١] من قانون التنفيذ إلى المحررات القابلة للتنفيذ على سبيل الحصر ولا يجوز لمديرية التنفيذ أن تقبل تنفيذ غير هذهِ المحررات إلاّ إذا وجد نص قانوني يتضمن جواز تنفيذه والمحررات هي:

أولا :- السندات المتضمنة اقرارا بدين والسندات المثبتة لحق شخصي

وقد تم دمج هاتين الفقرتين الفقرة (ب) والفقرة (د) من المادة (١٤) من قانون التنفيذ العراقي والسبب في ذلك هو أتحادهما واتفاقهما من حيث المضمون لان التعبير بلفظ الالتزام ولفظ الدين يؤديان نفس المعنى الذي تؤديه بالتعبير لفظ الحق الشخصي [٢].

ثانيا:- الأوراق التجارية القابلة للتداول:

كل ورقة تجارية أشار إليها قانون التجارة العراقي وتكون قابلة للتداول بالتظهير والمناولة اليدوية تعتبر محرر قابل للتنفيذ في مديريات التنفيذ وهذهِ الأوراق التجارية حددها قانون التجارة بثلاثة أنواع هي (الحوالة، الكمبيالة، الصك).

ثالثا:- السندات المثبتة لحق عيني:

عُد قانون التنفيذ العراقي هذه السندات من المحررات التنفيذية التي تنفذ مباشرة في مديرية التنفيذ وقد عرف القانون المدني الحق العيني بأنه " سلطة مباشرة الحق على شئ معين يعطيها القانون لشخص معين " [٣]

رابعا :- الكفالة الواقعة امام المنفذ العدل

منح قانون التنفيذ العراقي في المادة (١١٤هـ) الكفالة الواقعة في مديرية التنفيذ قوة تنفيذية وعدها ضمن المحررات التنفيذية ويقصد بالكفالة " ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام "[١] وبما ان الكفالة

---

(١) نصت المادة (١٤) من قانون التنفيذ العراقي على أنه " أولا – المحررات القابلة للتنفيذ هي أ- الاوراق التجارية القابلة للتداول،ب- السندات المتضمنة أقرار بدين، ج- السندات المثبتة لحق عيني استوفت الشكل الذي نصت عليه ، هـ- الكفالة الواقعة أمام المنفذ العدل، و- وثيقة دائرة التسجيل العقاري لما بقى للمرتهن على الراهن بعد بيع المرهون، ز- الحجج والقرارات والاوامر التي يعطيها القانون قوة التنفيذ ".

(٢) تنص الفقرة الثالثة من المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي على أنه (٣- ويؤدي التعبير بلفظ الالتزام وبلفظ الدين نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ الحق الشخصي).

(٣) ينظر المادة (٦٧) من القانون المدني العراقي .

وردت بصورة مطلقة فهذا يعني أن القانون شمل الكفالة بأنواعها سواءكانت كفالة دين أم كفالة عين .

خامسا:- وثيقة دائرة التسجيل العقاري لما تبقى للمرتهن على الراهن من دّين بعد بيع عقاره المرهون

وثيقة التسجيل العقاري وثيقة صادرة من دائرة رسمية ومستندة الى معاملات وسندات رسمية لذا منحها القانون قوة تنفيذية لذاتها ولامبرر لتكليف الدائن مراجعة المحاكم وانما تنفذ مباشرة في مديرية التنفيذ [٢].

سادسا:- الحجج والقرارات والأوامر التي أعطاها القانون قوة التنفيذ

نصت الفقرة (ز) من المادة (١٤) من قانون التنفيذ العراقي الحجج والقرارات والاوامر التي يمنحها القانون القوة التنفيذية ولم يحدد اية من القوانين يعطي لهذه السندات القوة التنفيذية وهذا يعني تحديد السندات القابلة للتنفيذ غير مقتصر على قانون التنفيذ وانما تكفلت عدة قوانين بتحديدها وبصورة متفرقة ولما كان تنفيذ هذه المستندات يستند الى تصريح القوانين الصادرة بمقتضاها لهذا يقع على عاتق مديرية التنفيذ أن تلاحظ هذه الاحكام الواردة في تلك القوانين. [٣]، وبذلك تكون حجة التخارج من المحررات التنفيذية القابلة للتنفيذ اذا استوفت الشروط القانونية

المطلب الثاني / اثر التقادم على حجة التخارج

حدد قانون التنفيذ العراقي في االمادتين (١١٢) و(١١٤) مدة معينة وهي(سبع سنوات) فاذا انقضت هذه المدة فان القوة التنفيذية للمحرر التنفيذي تسقط ومن ثم لايمكن تنفيذ ذلك المحرر اذ نصت المادة (١١٢) من قانون التنفيذ العراقي على أنه " اذا ترك الحكم أو المحرر المودع للتنفيذ ولم يراجع صاحبه بشأنه سبع سنوات أعتبارا من تاريخ أخر معاملة فتسقط قوته التنفيذية " ، كماتنص المادة (١١٤) من قانون التنفيذ العراقي على أنه " لايقبل تنفيذ الحكم الذي مضى سبع سنوات على أكتسابه درجة البتات ".

(ان المقتضى الاطلاع على سجل القسامات الشرعية وملاحظة مدى تأشير حجة التخارج حاشية للقسام العدد ١٩٩٢/٩١٧وتاريخ ١٩٩٢/٧/٩ فان حصل ذلك فان مضمون حجة التخارج يتداخل مع مضمون ومحتوى القسام الشرعي وتبقى المسألة الارثية الحاصلة على اثر التخارج باقية ومرعية ولا يحتاج الى تجديدها صدور حكم من المحكمة المختصة وهذا ما سار عليه قضاء هذه المحكمة بقرار الهيئة العامة الموقرة العدد ٢٠٣/عامة /٢٠١١وتاريخ ٢٠١١/٨/٢٩ اما في حالة عدم تأشير محتوى حجة التخارج

([١]) ينظر المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي .

([٢]) د. علي مظفر حافظ، شرح قانون التنفيذ،مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥م.

([٣])د. آدم وهيب النداوي،أحكام قانون التنفيذ،ط١، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٤، ص ٥٥ .

حاشية للقسام فان تنفيذها يخضع لاحكام التقادم المنصوص علية في المادة (١١٤)من قانون التنفيذ والمادة (٢٤٨) من قانون التسجيل العقاري ولايجوز ذلك قبل منحها القوة التنفيذية وحيث ان محكمة الموضوع اصدرت حكمها قبل استكمال التحقيقات لذا قرر نقضه).

وفي رأينا المتواضع فأن حجج التخارج لا يلحقها التقادم والقسامات تبقى معتبرة وليس للمحكمة الامتناع عن سماع الدعوى بحجة التقادم فيهما ،والى ذلك ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في حكم لها بأنه حجج التخارج انها تعني تعديل لمسألة الأرثية بموافقة الورثة واخراج بعضهم من القسام الشرعي وهذا لا يخضع للتقادم فالقسامات الشرعية تبقى مرعية ومعتبرة.

كما بينت محكمة التمييز الاتحادية انه ليس لمحكمة الموضوع الامتناع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب من المدعى عليهم. اذا جاء فيه

(..... الحكم المطعون به ذكرت انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون لان محكمة الموضوع ردت الدعوى كون حجة التخارج مضى على صدورها اكثر من خمس عشرة سنة وانها تعد ساقطة بمرور الزمان معللة ذلك باستقرار المعاملات ومعتمدة على ما ورد بقرار الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٩١-هـ . ج-٢٠٠٩ وتاريخ ٢٩-١٢-٢٠٠٩ دون ملاحظة ان صدور حجة التخارج يعني تعديل المسألة الارثية بموافقة الورثة واخراج بعضهم من القسام الشرعي وهذا لا يخضع للتقادم اذ ان القسامات الشرعية وما تتضمنه من توزيع حصص الورثة تظل مرعية ومعتبرة[١].

وتجدر الاشارة الى انه ليس للمحكمة الامتناع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب من المدعى عليهم وفي الالتزامات الاخرى، وكان المقتضى الاطلاع على سجل الحجج وتثبيت مضمون حجة التخارج وعما اشر عليه من تصحيح او تعديل او اي شيء آخر اذ لا يكفي النسخة المبرزة والمختومة اذ يتطلب التحقق من ان اصل الحجة مازال محفوظاً لدى المحكمة وربط نسخة من القسام الشرعي لمورث الطرفين وعلى وفق ما مثبت في سجلات المحكمة مع ما عليه من تأشيرات وهل تم تأشير حجة (التنازل) مع تكليف المميز ببيان العناوين الواضحة للمميز عليهم.

اذا قضت محكمة التمييز الاتحادية (...غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون لان محكمة الموضوع ردت الدعوى كون حجة التخارج مضى على صدورها اكثر من خمسة عشر سنة وانها تعد ساقطة بمرور الزمان معللة ذلك باستقرار المعاملات ومعتمدة على ما ورد بقرار الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٩١/هـ ج/٢٠٠٩ وتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٢٩ دون ملاحظة ان صدور حجة

---

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٢٠٣/احوال/٢٠١١) في ٢٠١١/٨/٢٩

التخارج يعني تعديل المسألة الارثية بموافقة الورثة واخراج بعضهم من القسام الشرعي وهذا لا يخضع للتقادم اذ ان القسامات الشرعية وما تتضمنه من توزيع حصص الورثة تظل مرعية ومعتبرة يضاف الى ما تقدم انه ليس للمحكمة الامتناع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدعى عليهم وفي الالتزامات الاخرى وكان المقتضى الاطلاع على سجل الحجج وتثبيت مضمون حجة التخارج وعما اذا اشر اليه من تصحيح او تعديل او اي شيء اخر اذ لا يكفي الاعتماد على النسخة المبرزة والمختومة اذ يتطلب التحقق من ان اصل الحجة ما زال محفوظا لدى المحكمة وربط نسخة من القسام الشرعي لمورث الطرفين وعلى وفق ما مثبت في سجلات المحكمة مع ما عليه من تاشيرات وهل تم تأشير حجة (التنازل) مع تكليف المميز ببيان العناوين الواضحة للمميز عليهم اذ من غير المقبول ان يكون جميع الورثة مجهولي الاقامة وبالتالي ليصار لتبليغهم بالصحف اليومية كل هذا وصولا الى الحكم العادل والذي يضمن حقوق كل الاطراف وحيث ان محكمة الموضوع عند اصدارها الحكم المميز لم تراع ما تقدم قرر نقضه واعادة الاضبارة الى محكمتها للسير بها وفق المنوال المرسوم واصدار حكم جديد على وفق ما يتراءى لها على ان يبقى رسم التمييز للنتيجة وصدر القرار بالاكثرية[١].

ولكل ما تقدم يمكن ان نستنتج الامور الاتية:

١ – ان مضمون القرار يتقاطع مع احكام (م/٢٤٨) من قانون التسجيل العقاري رقم (١٩٧١/٤٣) التي نصت على: (لا تنفذ حجة التخارج اذا مضى على صدورها خمس عشرة سنة) اذا كان في التركة عقار او عقارات (وهو الغالب الشائع).

٢– ان محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ وبتاريخ ٢٠١٠/١٠/٦ وبعدد ٣٢٢٧/ش/٢٠١٠ اصدرت حكما حضوريا قابلا للتمييز يقضي برد دعوى المدعي. ويتضح من ذلك ان قرار الحكم صدر بمواجهة المدعى عليهم حضوريا بدليل تمييزهم له ضمن المدة القانونية في ٢٠١٠/١٠/١٣ الا ان الهيئة العامة الموقرة نعت على قرار الحكم بأنه من غير المقبول ان يكون جميع الورثة مجهولي محل الاقامة ليصار الى تبليغهم بالصحف اليومية.

٣– ان محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ تعكزت في ردها للدعوى على احكام (م/٤٢٩) مدني "الدعوى بالالتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمسة عشرة

([١])قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٢٠١٠/٢١١)

سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة. الا ان الهيئة العامة في محكمة التمييز قضت بعدم خضوع حجة التخارج للتقادم اذ ان القسامات الشرعية وما تتضمنه من توزيع حصص الورثة تظل مرعية ومعتبرة..."

ثم اضافت "ليس للمحكمة الامتناع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدعى عليهم" (م/١/٤٤٢) مدني. اذ لا يجوز للمحكمة ان تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدين او بناء على طلب دائنيه او اي شخص اخر له مصلحة في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين) .

ان الاستنتاج الاخير – حسب رأينا – يناقض الاستقصاء فاذا كانت حجة التخارج لا تخضع للتقادم (وهو رأي صحيح نؤيده) فلا عبرة بكون الدفع به من قبل المحكمة او المدعى عليه لعدم جدواه في الحالتين...

والتساؤل الذي يثار ما هو الحكم اذن اذا نفذت حجة التخارج التي مضى على صدورها (١٥) سنة فأكثر لدى دائرة التسجيل العقاري؟

أ .ان نصوص قانون التسجيل العقاري من النظام العام وبالتالي فهي نصوص آمرة وان (م/٢٤٨) واجبة التطبيق وان مديرية التسجيل العقاري تمتنع عن تنفيذ الحجة في حالة مضي (١٥) سنة على صدورها فأكثر وهي محقة بذلك.

ب – الحل: حسب رأينا ، في حالة مضي المدة القانونية لصدور حجة التخارج – وقدر تعلق الامر بدائرة التسجيل العقاري – اقامة دعوى منع معارضة في تنفيذ الحجة على وزير العدل والزامه بتأشيرها في سجلات دائرة التسجيل العقاري المختصة قدر تعلق الامر بالعقارات العائدة للمتخارج وذلك امام محكمة البداءة.

الخاتمة :

بعد ان انهينا بحثا الموسوم **(القوة التنفيذية لحجة التخارج)**، نستطيع الخروج بعده نتائج وتوصيات، هي:

اولا: النتائج:

١. التخارج عقد من العقود الناقلة للملكية ومكانه الطبيعي القانون المدني.
٢. يعد عقد التخارج استثناء من القاعدة العامة المتعلقة بالمحل .
٣. التخارج يختلف عن بيع التركة في أن التخارج يكون بين الورثة حصريا.
٤. لا يجوز أن تجري المخارجة بين وارث وموصى له حتى إن كانت حصته بجزء شائع من التركة لكن ممكن أن تجري بين وارث وموصى له بموجب وصية واجبة.

٦- يجب أن يكون التصرف بحصة الوارث بأكملها.

٦- التخارج يجب أن يكون لقاء عوض.

٧- التكييف القانوني للتخارج قد يكون بيعا أو قسمة للمال الشائع، فهو بيع إذا كان البدل سيقبضه المتخارج له من غير التركة، وهو قسمة إن كان البدل الذي سيقبضه المتخارج له من التركة.

٨- قد يكون التخارج صرفا إذا كان البدل الذي سيقبضة المتخارج نقدا ومكونات التركة هي أيضا نقد، وهنا يشترط القبض في مجلس العقد ويجب أن يكون النقدان من جنسين مختلفين.

٩- إذا كان النزاع بين الورثة حول استحقاق أحد الورثة، واتفق الورثة على أن يأخذ مالا معينا ويخرج من التركة وينزل عن ادعائه بالميراث في باقي التركة، فإن التخارج يفسر على أنه صلح، ولا يمكن عد التخارج تنازلا، لأن العلاقة التي تحكم الورثة ليست علاقة دائنية ومديونية، والتنازل لا يكون إلا إذا كان الطرفان أحدهما دائنا والثاني مدينا.

١٠-. القيمة التنفيذية لحجة التخارج تبقى مرعية ولا تخضع للتقادم كما تم ذكره انفا.

ثانياً: التوصيات:

أولا: ما نقترحه على المشرع العراقي، هو إدراج عقد التخارج ضمن مواضيع العقود الناقلة للملكية وتخصيص نصوص له في القانون المدني، وأن يكون النص كالآتي: (التخارج هو الاتفاق على نقل نصيب أحد الورثة إلى آخر أو أكثر بعوض معلوم، ولو لم تكن موجودات التركة معينة).

ثانيا: ولغرض حسم مسألة التخارج بكل الحصة أم بجزء منها والتي لم تعالج حتى في القوانين التي نظمت المسألة، فإن ما نقترحه على المشرع العراقي في هذا المجال، هو إيراد النص بعد تعريف المخارجة: (يجوز تعدد المتخارج لهم في كل حصة المتخارج دون جواز المخارجة في جزء من حصته).

ثالثا: ولكون أن المتخارج يملك الحصة محل التخارج، لذلك وجب أن يسلم للمتخارج له كل الحقوق التي حصل عليها بسبب حصته، وما نقترحه في هذا المجال هو النص الآتي: (إذا كان المتخارج استوفي بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئا مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمتخارج له ما استوفاه ما لم يكن العقد قد نص على غير ذلك).

رابعا: المحل في كل عقد مهم جدا، وهو ركن من أركان العقد، ولكنه في عقد التخارج له خصوصية، حيث لايشترط فيه أن يكون معينا، 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 موجودة وقت العقد. ٢- و يجب تعيين حصة المتخارج دون تعيين محلها. ٣- إذا كان المحل موجودا وقت العقد، ثم استحق بعد العقد نطبق عليه أحكام الاستحقاق. ٤- فإذا كان المتصرف سئ النية التزم بإعادة العوض مضافا إليه ما أحدثه المتصرف إليه من تحسينات نافعة وكمالية على الشيء محل التخارج، بقيمته يوم التسليم للمستحق، وإن كان حسن النية التزم بإعادة العوض وقيمة التحسينات والنفقات النافعة دون الكمالية. ٥يضمن المتخارج للمتخارج له الأضرار التي نشأت بسبب الاستحقاق الكلي ولحقت به. ٦- تطبق بقية أحكام الاستحقاق الواردة في عقد البيع في حالة الاستحقاق الكلي، كل ذلك إن كان المتخارج ضامنا للمتخارج له).

خامسا: والتسليم في التخارج يتمثل بالتسليم الحكمي وهو مبرئ الذمة المتخارج، عليه ما نقترحه على المشرع العراقي ما يأتي:

١- يلتزم المتخارج بتسليم الحصة المتخارج عنها إلى المتخارج له أو لهم بمجرد التراضي.

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

سادسا: القانون المدني العراقي لم يرد بشأنه نص يعالج مسألة استثناء بعض الأموال من عقد التخارج، لا بل حتى قانون التسجيل العقاري العراقي لم يعالج هذه المسألة أيضا وهو الوحيد الذي نص على عقد التخارج، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بنص صريح يعالج هذه المسألة، ويكون كالآتي: (لايشمل عقد التخارج كل مال يظهر للميت بعد العقد، ولم يكن المتخارج على علم به وقت العقد)، علما أن بعض القوانين اشترطت عدم علم المتخارجين بالأموال التي تظهر للميت بعد العقد، ولكن آثرنا إيراد هذا النص؛ لأنه جاء لمصلحة المتخارج، أكثر منها للمتخارج له.

قائمة المصادر :

أولا : الكتب

١- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط، ١٩٩٤,

٢- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧,

٣- بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، ط١، دار الثقافة للشر، عمان، ٢٠٠٩

٤- سليم رستم باز، شرح المجلة، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، ط٣، ١٩٩٨

٥- د. عبد الحميد نجاشي، شرح قانون المعاملات المدنية، آثار الحق و انقضائه، مكتبة الشارقة، ٢٠٠٩ .

٦- د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية، ط٢، مطبوعات جامعة الأمارات، ٢٠٠٠. ٢٩. د. عبد الهادي الشافعي، أحكام المواريث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

٧- د. عدنان السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨،

٨- د. عدنان السرحان، شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الدولة الأمارات العربية مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض القوانين، دار وائل للنشر، الأردن ,٢٠٠٥

٩- د. عدنان السرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط٢ الأفاق المشرقة ناشرون، عمان، ,٢٠١٠

١٠- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ,٢٠٠٠

١١- د. محمود محمد طنطاوي، نظام المواريث في الشريعة الإسلامية، ط١، دون مكان طبع، ,١٩٨٩

١٢- د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة، قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر للطباعة والنشر، ط١، ١٩٨٧.

ثانيا : القوانين والأعمال التحضيرية للقوانين ومراجع القرارات

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٠١.

٢. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

٣. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ,١٩٨٥

٤. قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢

هـ. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ,٢٠٠٥

٦. المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥، منشورات جمعية الحقوقيين، الإمارات، دون سنة طبع .

٧. القانون المدني الأردني.

٨. قانون المواريث المصري رقم ٧٧ لسن ,١٩٤٣

٩. القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.

١٠. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ط٣، لسنة ١٩٩٩.

١١. مجموعة الأحكام، التي تصدر عن المحكمة الاتحادية، أبو ظبي، السنة السادسة والعشرون، ط١، ٢٠٠٩، مطبوعات جامعة الإمارات.

١٢. مجلة جمعية نقابة المحامين الأردنية، منشورات العدالة، العدد الخاص لعام ١٩٨٤.

List of sources:

First, the books

1- Firuzabadi, ocean dictionary, message foundation, I, 1994.

2-D. Anwar Sultan, sources of commitment, i1, House of culture, Amman, Amman.

3-Belhaj Al-Arabi, provisions of estates and inheritances, 1st floor, Dar Al-Kultura Al-Sher, Amman, Amman

4-Salim Rustem Baz, explanation of the magazine, Dar Al-Alam for all, Beirut, Lebanon, 3rd floor, 1998

5-d. Abdul Hamid nagashi, explanation of the law of civil transactions, the effects of the right and its expiration, Sharjah library, 2009.

6-D. Abdul Nasser Tawfiq Al Attar, voluntary sources of commitment, Vol. 2, UAE university publications, 2000. 29. Dr. Abdel Hadi El Shafei, inheritance rules, new university house, Alexandria.

7-D. Adnan Al-Sarhan and Dr. Nouri Hamad Khater, explanation of the Civil Code, sources of personal rights, i1, Dar Al-Kultura, Amman,

8-D. Adnan Al-Sarhan, explanation of the provisions of the contracts named in the Civil Transactions Law of the United Arab Emirates compared to Islamic jurisprudence and some laws, Wael publishing house, Jordan 2005.

9-d. Adnan Al Sarhan, the provisions of the sale in the UAE Civil Transactions Law, I2 Bright Horizons publishers, Oman, 2010.

10-D. Mohamed Kamel Morsi, explanation of the Civil Law, named contracts, sales contract and barter contract, knowledge establishment, Alexandria, 2000.

11-d. Mahmoud Mohamed Tantawi, the system of inheritance in Islamic Law, Vol.1, without place of printing, 1989.

12-d. Wahba Al-Zahili, named contracts, UAE Civil Transactions Law and Jordanian civil law, Dar Al-Fikr for printing and publishing, i1, 1987.

Second: Laws, preparatory works for laws and references to decisions

1. Iraqi Civil Law No. 40 of the year 1901.

2. The Iraqi Real Estate Registration Law No. 43 of the year 1971.

3. UAE Civil Transactions Law No. 5 of the year 198 5.

4. The UAE law of proof in civil and commercial transactions No. 10 of the year 1992 E.UAE Personal Status Law No. 28 for the year 2005.

6. Explanatory memorandum of the UAE Personal Status Law No. 28 for the year 2005, publications of the association of Jurists, UAE, without a year of printing.

7. The Jordanian civil code.

8. The Egyptian inheritance law No. 77 for the age of 19 43.

9. Kuwaiti Civil Law No. 67 of the year 1980.

10. Explanatory memorandum of the Kuwaiti civil law i3, for a year 1999.

11. Collection of judgments, issued by the Federal Court, Abu Dhabi, twenty-sixth year, Vol.1, 2009, UAE university publications.

12. The Journal of the Jordanian Bar Association, justice publications, special issue for the year 1984 4