

رسالة القاضي أحمد الخوجة (ت 1308هـ/1890م) في تقنين فقه المذهب
الحنفي بشأن تملك الأجانب بتونس (سنة 1300هـ/1383م) (1) من باب الشفعة
إلى آخر الرسالة

دراسة وتحقيق : د. رمضان النيفرو - قسم الشريعة، كلية العلوم الشرعية
المحجوب. الجامعة الأسمرية الإسلامية

alimali566@yahoo.com

باب: الشفعة

- مادة 51 الشفعة تملك البقعة (2) المشتراة بمثل الثمن الذي قام على المشتري (3).
- مادة 52 وشرطها: عقد المعاوضة وهو البيع وما في معناه (4) ، فلو اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة سواء كانت القسمة بقضاء القاضي، أو بغير قضائه (5).
- مادة 53 [إذا] 6 تقايل المتبايعان كانت الإقالة (7) إقالة في حقهما، وبيعا في حق ثالث، فلمن توفرت له أسباب الشفعة، وشرطها أن يشفع (8).
- مادة 54 يشترط في الشفعة ملك الشفيع للعقار الذي استحق به الشفعة في المبيع وقت الشراء، فلا شفعة له بملك حدث بعد (9).
- مادة 55 إذا رضي الشفيع بالبيع، أو بحكمه كملك المشتري رضاً صريحاً، أو دلالة بعد عقد الشراء، فلا شفعة له (10).
- مادة 56 الشفعة تكون في العقار أي الأرض فقط، أو الأرض مع ما اتصل بها من بناء أو غرس، فلا شفعة في الأنقاض كالبناءات، و الغروس المنزلة بأرض الغير (11).
- مادة 57 الشفعة لا تكون في البيوعات الفاسدة (12)، ولو باعها المشتري بيعا صحيحاً فالشفيع بالخيار (13) إن شاء أخذ الأرض بالبيع الأول، وإن شاء أخذها بالبيع الثاني بطريق الشفعة، لأن الفساد لا أثر له مع التفويت بالبيع الصحيح، لكنه إن شفع بالبيع الأول أخذها بالقيمة، وإن بالثاني أخذها بالثمن المسمى (14).
- مادة 58 للشفيع خيار الرؤية والعيب وإن شرط المشتري البراءة منه (15).

مادة 59 إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري، وإن برهنا (16) فللشفيع (17).

أسباب : الشفعة

مادة 60 الشركة في نفس العقار المبيع لا في البناء المجرد والغرس المجرد من الأرض، ثم الخلطة في حق المبيع كالشرب من عين أو نهر صغير.

مادة 61 إذا بيع الشرب أي: النصيب من الماء مع الأرض ولصاحب أرض أخرى شرب ونصيب من الماء من تلك العين، أو النهر، وكالطريق الخاص في زقة غير نافذة (18) مثلا، فكل أهلها شفعاء ولو مقابلا (19)، ثم الجار الملاصق (20).

مادة 62 أسباب الشفعة إذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب، فيقدم الأقوى فالأقوى فيقدم الشريك على الخليط والخليط على الجار، فإن سلم الشريك وجبت الشفعة للخليط (21) بشرط أن يشفع في المبيع كل واحد من هؤلاء بمجرد ما سمع بالبيع والمشتري ومقدار الثمن (22).

مادة 63 إذا باع أحد الشركاء نصيبه من العقار لشريكه فشفع الشريك الآخر في نفس المبيع اقتسامه (23).

مادة 64 سفلى لرجل وعلو لآخر بيعت دار بجنبهما فالشفعة لهما (4) 24.

كيفية : طلب الشفعة

مادة 65 بمجرد ما يعلم الشفيع بالبيع يطلب الشفعة على الفور، وإذا سكت ولم يطلب بطلت شفيعته، ثم يشهد على البائع لو العقار في يده أو على المشتري، فيقول: اشترى فلان هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وشفعت، فاشهدا علي أيها الشاهدين بذلك (5) 25، ويُسمى هذا الطلب الثاني: طلب التقرير وطلب الإشهاد (6) 26، والأول: طلب المواثبة (7) 27.

مادة 66 لو أشهد الشفيع شاهدين بمجرد ما سمع بالبيع عند أحد هاتيه الثلاثة 28 كفاه عن الطلب الأول (29).

مادة 67 طلب الإشهاد يلزم على الفور عند التمكن منه 30.

مادة 68 الطلب الثالث: طلب الخصومة 31 بأن يرفع الشفيع أمره إلى الحاكم الشرعي، ولا يتأخر هذا الطلب بلا عذر أكثر من شهر، ومن الإعذار أن لا يجد قاضيا يرى الشفعة بالجواز، يحكم له 32.

مادة 69 إذا أذن حاكم شرعي⁽³³⁾ في البيع بالكمشة المجهولة³⁴ المشار إليها وقت العقد³⁵ وحكم الحاكم بصحة البيع المذكور، ومن واجبه ولو ازمه كون الكمشة من الثمن، انقطع حق الشفيع عن الشفعة³⁶.

باب الوكالة

مادة 70 الوكالة إقامة الغير مقام نفسه في التصرف، بحيث يكون الموكل يملك التصرف، لا كالصبي والمحجور والمختل العقل³⁷.

مادة 71 الوكيل: يشترط أن يكون يعقل البيع، وغيره من العقود، وإن كان صبيا³⁸.

مادة 72 يجوز التوكيل بكل شيء يجوز للموكل أن يعقده بنفسه³⁹.

مادة 73 الحقوق كتسليم المبيع وقبضه، وقبض الثمن، والرجوع على البائع عند الاستحقاق والخصومة في العيب فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه، كأن يقول بعث كذا، أو آجرت كذا، أو استأجرت كذا مثلاً، ترجع إلى للوكيل، وفيما يضيفه إلى غيره، كاشتريت لفلان ترجع إلى الموكل⁽⁴⁰⁾.

مادة 74 للوكيل أن يرد الدار بالعيب ما دامت في يده من غير أمر الموكل⁽⁴¹⁾.

مادة 75 للوكيل بالشراء حبس مشتراه عن الموكل حتى يقبض منه الثمن سواء دفع الوكيل الثمن، أو لم يدفع⁽⁴²⁾.

مادة 76 من وكل غيره بشراء شيء بعينه، لا يشتريه لنفسه إلا إذا سمى له ثمناً فاشترى بغيره، أو بغير النقود⁽⁴³⁾.

مادة 77 الوكيل بالبيع أو الشراء، لا يبيع ولا يشتري بما لا يتغابن الناس في مثله⁽⁴⁴⁾ بل هو مقيد بالقيمة إلا إذا أطلق له الموكل كأن يقول له: يبيع⁽⁴⁵⁾ بما شاء وكيف شاء⁽⁴⁶⁾.

مادة 78 الوكيل بالبيع لا يبيع إلا بالدراهم حالة، أو إلى أجل متعارف⁽⁴⁷⁾.

مادة 79 لو دفع مالا لآخر ليدفعه إلى إنسان، ثم اختلفا في تعيينه، فقال الأمر: أمرتك بدفعه إلى زيد وقال المأمور: أمرتني بدفعه إلى عمرو وقد دفعت له، فالقول للوكيل⁽⁴⁸⁾، لأنهما اتفقا على أصل الإذن، فهو أمين⁽⁴⁹⁾.

مادة 80 الموكل إذا قيد على وكيله، فإن كان ذلك التقييد نافعا اعتبار مطلقاً، وإن كان نافعا من وجه ضاراً من وجه فإن أكده بالنفع أعتبر، وإلا لا .

مادة 81 فلو قال لوكيله بعه بخيار، فباعه بغيره، لم ينفذ، وكذا لو قال بعه بكفيل أو برهن، فباعه بدونها لم ينفذ⁽⁵⁰⁾.

باب: الرهن

مادة 82 الرهن⁽⁵¹⁾ على قسمين: رهن بحت لا يزيد فيه المرتهن رب المال على حبس المرهون عنده ورهن نسيمه بيع الوفاء⁽⁵²⁾، والبيع الجائز⁽⁵³⁾، ويشترك القسمان في كونهما حبس شيء بحق، كالدين يمكن استيفاء ذلك الحق من ذلك الشيء المرهون. كما يشتركان في الانعقاد بإيجاب وقبول ويكون الرهن يتم بالقبض⁽⁵⁴⁾، وكونه محوزا⁽⁵⁵⁾ مفرغا⁽⁵⁶⁾، مميزا⁽⁵⁷⁾.

مادة 83 وكون التخلية تسليما⁽⁵⁸⁾، وكون الراهن له أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه المرتهن⁽⁵⁹⁾.

مادة 84 وإذا رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز، والرهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين إلى غير ذلك⁽⁶⁰⁾.

بيع الوفاء

مادة 85 الراهن مولى العقار نسيمه بائعا وفاء⁽⁶¹⁾، المرتهن رب المال نسيمه مشتريا وفاء⁽⁶²⁾، يفي كل واحد منهما للآخر بإرجاع ما عنده عند التراجع والتفاسخ.

مادة 86 بيع الوفاء: مركب معنى من البيع البات⁽⁶³⁾ والرهن المجرد على معنى أنه: يعتبر رهنا حتى يسترد العين عند قضاء ما عليه من الدين، ويضمنها له المشتري بالهلاك أو بالانتقاص ضمان الرهن⁽⁶⁴⁾ — وسيأتي إن شاء الله — ويبيعا باتا صحيحا بالنسبة إلى المشتري، حتى يطيب له أكل ثمرة المرهون والانتفاع به سكنى وزراعة وإيجارا⁽⁶⁵⁾.

مادة 87 لا يُرهن إلا الشيء المملوك في نفسه⁽⁶⁶⁾.

مادة 88 لا يرهن إلا البالغ العاقل ملك نفسه، إما مباشرة أو بتوكيل، فلا يُرهن عقار الصبي والمجنون والمحجور إلا لمصلحة معتبرة، تبين في رسم عقدة الرهن، وبإذن

الشيخ القاضي بالرهن، والمجلس الشرعي، ويختم الشيخ القاضي على رقعة الرهن بختمه، أو الأب الصالح في عقار صغيره⁽⁶⁷⁾.

مادة 89 ليس للراهن أن يبيع المرهون ولا يهبه إلا بإجازة المرتهن رب المال، فإذا فعل كان موقوفا على إجازته⁽⁶⁸⁾.

مادة 90 ليس للمرتهن أن ينقل يد رهنه إلى غيره لا يبيع وفائي مثل بيعه، ولا برهن محض ولا بإعارة بلا إذن الراهن، فإن فعل فللراهن أن يفتكه ممن نقل إليه⁽⁶⁹⁾.

مادة 91 للمرتهن أن يحبس المرهون ما بقي من ماله درهم⁽⁷⁰⁾.

مادة 92 إذا انتقص المرهون في يد المرتهن⁽⁷¹⁾ بأن كانت دارا فانهدم بناؤها، أو أرضا مشجرة فاحترق بعض أشجارها يسقط حصة النقصان من مال الوفاء، ويقسم مال الوفاء على قيمة الباقي، والهالك فما أصاب الهالك يسقط، وما أصاب الباقي يبقى. مثلا: لو اشترى دارا قيمتها ألف درهم بمائة فخربت الدار وصارت قيمتها خمسمائة يسقط من قيمة الوفاء خمسون وهكذا⁽⁷²⁾، هذا الذي نسميه ضمان الرهن إن كان من غير استهلاك من المرتهن⁽⁷³⁾ فإن كان باستهلاكه ضمن ضمان الغصب، بمعنى أن يضمن قيمة المستهلك بالغة ما بلغت⁽⁷⁴⁾.

مادة 93 دعوى الملك إما مطلقا⁽⁷⁵⁾ كأن قال الدار التي في يد المرتهن فلان ملك من أملاكي، ومنه دعوى الوقف⁽⁷⁶⁾ أو دعوى السبب⁽⁷⁷⁾، كأن قال إنها ملكي بسبب الشراء من فلان، وهو يملكها، ونحوه من أسباب الملك لا تسمع إلا على المالك، ولا بد من حضرة المرتهن رب المال للخصومة. بخلاف دعوى حق مثل: دعوى رهن آخر، أو إجارة، أو نحو ذلك، فإنها تسمع على المرتهن⁽⁷⁸⁾.

مادة 94 الغلة التي على رؤوس الأشجار وقت عقدة الرهن للراهن، وإذا شرطها المشتري وفاء لنفسه تكون له لكن يسقط حصتها عن البائع من ثمن الوفاء بأن يقوم الشجر بالثمر وبدونه، وينظر لما بينهما من النسبة، ويقسم الثمن بين الشجر والثمر على تلك النسبة، فحصة الثمن تسقط⁽⁷⁹⁾، أما الحادث بعد عقدة الوفاء فإنه للمشتري وفاء مجاناً⁽⁸⁰⁾.

مادة 95 من اشترى زيتونا، أو سانية شراء وفاء ليس له أن يطلب البائع وفاء بالفسخ بعد أخذه الغلة إلا بعد مضي عام، أو اشتراط المشتري على البائع أنه متى رفع المشتري الغلة فسخ العقد، وطالبه بالثمن (81).

مادة 96 [إذا] أراد البائع وفاء فسخ الرهن (82) بعد أخذ المشتري الغلة، ورضي البائع بتعجيل أداء الثمن إليه قبل مضي السنة وتركه حقه في تأخير دفعه لمضيها، ليس للمشتري أن يمتنع من أخذ ثمنه، أما لو طلب البائع وفاء المشتري بالفسخ بعد العام فليس له الامتناع بوجه (83)، كما أنه لو طالبه المشتري بعد العام بالفسخ فليس للبائع الامتناع منه، ولو امتنع يفسخه الحاكم، ويسجله للبيع إلى أن يقبض منه ثمن الرهن إن لم يدفعه البائع من جهة أخرى (84).

مادة 97 إذا طلب البائع وفاء فسخ الرهن قبل مضي شهر من وقت العقد فعلى المشتري أن يجيبه (85) وبعده لا إلا أن يمضي العام (86).

مادة 98 لو رهن زيتونا ومضى العام، ثم في خلال العام الثاني مثلا طلب البائع المشتري في فسخ الرهن يُؤمّ الغلة بعد طيبها وتُقسط على اثني عشر جزءا معتبرا بدوها من أول السنة، وينظر لما بين أول يوم من العام، ويوم الفسخ من الشهور، كما ينظر لما أصاب كل شهر من الغلة المقسومة، فيكون ما يوازي في تلك المدة للمشتري، ولما بين يوم الفسخ وآخر السنة، فيكون ما يوازيه للبائع (87).

مادة 99 باع عقاره وفاء من آخر بثمن معلوم وتقابضا ثم استأجره البائع وفاء من المشتري وفاء مع شرائط صحة الإجارة وقبضها ومضت المدة لا تلزم المالك الراهن الأجرة (88).

مادة 100 إذا تقاسخ البائع وفاء والمشتري، وجاء في العام الثاني وقد زرع المشتري الأرض إلا أن الزرع لم يدرك (89) بل هي بقل يبقى الزرع إلى الإدراك بأجر المثل سواء كان الفسخ بطلب البائع أو المشتري (90).

مادة 101 إذا تقاسخا بعد ما كرب (91) المشتري الأرض قبل أن يزرعها فالبائع يرضى المشتري بنصيب في مقابلة كرائه (92).

مادة 102 إذا أجر المشتري وفاء العقار ثم تفاسخا في خلال العام، فإن الأجرة للمشتري⁽⁹³⁾ العاقد لعقدة الإجارة بحق⁽⁹⁴⁾.

مادة 103 إذا أجر المشتري وفاء العقار لمدة، ثم تفاسخا هو والبائع عقد الوفاء قبل تمامها، فإن كان الفسخ بطلب المشتري لدين عليه لا وفاء له به إلا من ثمن عقدة الوفاء، وثبت ذلك ثبوتاً شرعياً، تعدى فسخ عقد الوفاء إلى عقد الإجارة فتفسخ بفسخ الوفاء⁽⁹⁵⁾، وإن لم يثبت اقتصر الفسخ على عقدة الوفاء بين الراهن والمرتهن⁽⁹⁶⁾، ولم يتعد إلى عقدة الإجارة بل تبقى إلى تمام المدة⁽⁹⁷⁾.

مادة 104 إذا كان الفسخ بطلب البائع وفاء، فإن أجر المشتري وفاء العقار لمدة غير متعارفة تعدى الفسخ إلى عقدة الإجارة⁽⁹⁸⁾ وانفسخت بفسخ عقد الوفاء⁽⁹⁹⁾.

مادة 105 وإن أجر المشتري العقار لمدة متعارفة وطلب البائع فسخ عقد الوفاء وفسخ، اقتصر الفسخ على متعاقدي الوفاء، ولم يتعد إلى الإجارة بل تبقى إلى إتمام المدة سواء كان على البائع دين وفاء له به إلا من مال الوفاء أولاً⁽¹⁰⁰⁾.

مادة 106 [المدة المتعارفة في الأرضين ثلاث سنين وما زاد غير متعارف وفي العقار سنة وما زاد غير متعارف]⁽¹⁰¹⁾.

مادة 107 متى كان عقد الوفاء قائماً لا يثبت مال الوفاء ديناً للمشتري وفاء بذمة البائع الوفاي، وإنما يصير ديناً بعد الفسخ، وعلى هذا لا تصح الكفالة⁽¹⁰²⁾ بمال الوفاء منجزة⁽¹⁰³⁾، وإنما تصح مضافة إلى ما بعد الفسخ⁽¹⁰⁴⁾.

مادة 108 إذا رهن الإنزال أعني: البناء أو الغرس المتصل بالأرض⁽¹⁰⁵⁾ اتصل قراراً بكراء أرضيته على المرتهن مشتري الوفاء الشاغل للأرض بمشتراه وفاء، إلا إذا التزم به البائع وفاء⁽¹⁰⁶⁾.

باب : الإجارة (107)

مادة 109 هي بيع منفعة معلومة بأجر معلوم⁽¹⁰⁸⁾، وهي على قسمين إجارة إنزال⁽¹⁰⁹⁾، وإجارة ليست بإنزال⁽¹¹⁰⁾ وسيأتي بيانهما⁽¹¹¹⁾.

مادة 110 الإجارة الصحيحة النافذة يلزم أن تكون من عاقل غير محجور عليه، فلو أجر الصبي العاقل داره إن كان مأذوناً نفذت، وإن كان محجوراً لا، إلا إذا أجاز

وليه. وأن تكون من مالك، أو ممّن له ولاية الإجارة بالحكم الشرعي، كولي الصغير وناظر الوقف(112).

- مادة 111** فلا تنفذ إجارة الفضولي لكنها تنفذ موقوفة على إجارة المالك(113).
- مادة 112** وأن يكون الأجر له القدرة (114) على تسليم العقار المستأجر(115).
- مادة 113** وأن يكون عقد الإجارة خالياً من (116) شرط الخيار، فإنّ كان فيه خيار لا ينفذ في مدة الخيار ومن له الخيار له أنّ يرجع من مُدّته(117).
- مادة 114** وأن يكون كل من المتعاقدين راضياً(118).
- مادة 115** وأن يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوماً علماً يمنع المنازعة (119)، وذلك ببيان مدّة السكنى في الدور والمنازل ومدّة الانتفاع في الحوانيت والمخازن والأراضي وسائر العقارات(120).
- مادة 116** لا بد في الأراضي أن يبيّن وقت عقد الإجارة أنّها للزراعة ويبيّن ما يزرع فيها (121) إلاّ إذا علّم من العرف ما يزرع في تلك الأرض المستأجرة فإنّ المعروف عرفاً كالمشروط(122)، وإلاّ إذا استأجرها على أن يزرع فيها ما شاء من المزروع تصح (123)، ولو لم يبيّن وقت الإجارة ما يزرع في الأرض(124) فزرع ومضت المدة يجب المسمى وينقلب العقد صحيحاً(125).
- مادة 117** لا يجوز أن يزداد مدة الإجارة في الأوقاف، وعقار اليتيم، وأرض بيت المال على ثلاث سنين(126).
- مادة 118** إذا تصرف المستأجر في عقار المؤجر ببناء، أو غرس، أو وضع بلور، أو غير ذلك من التصرفات، فإن عليه إزالة بنائه، وغراسه عند انقضاء المدة، وتسوية الأرض وإرجاع العقار إلى حالته الأصليّة سواء كان بإذن أو بدون(127) إذن حيث كانت المدة محصورة (128).
- مادة 119** ليس للمستأجر أن يبني، أو يغرس في أرض المؤجر بلا إذنه(129).
- مادة 120** لمّا كانت الإجارة تملك المنفعة لمدة معلومة لها مبتدأً ومنتهى، فالمستأجر على علم يقيني أن ليس له حق القرار بعد انتهاء تلك المدة، فلا يلزم المؤجر بالتنبيه عليه بالتهيؤ للخروج قبل حلول الأجل ولو بساعة.

مادة 121 وإذا أراد المستأجر التجديد فعليه هو أن يسعى فيه مع المؤجر من قبل (130).

مادة 122 إذا أجر الإنسان أرضه لمدة معلومة، ليبنّي، أو يغرّس فيها، ومضت المدة، وطلب المستأجر من المؤجر إبقاء نزلها، أي: بناءه، أو غراسه بأجر المثل فأبقاه، كذلك جاز، ونسميه: إنزالاً و كرداراً (131).

مادة 123 وكذلك إذا كان للإنسان أرض وشجر، فباع الشجر بدون الأرض ثم ابقى له شجرة فالأرض بأجر المثل بأن يدفع له قدر ما معلوما عند مضى زمان معلوم.

مادة 124 والحاصل كل من وضع بناء أو غراساً، وكان أصل الوضع بحق يجوز أن يبقى بأجر المثل إلاّ عند لحوق الضرر في أرض الوقف، واليتيم، وبيت المال (132).

مادة 125 إذا وضع (133) غراسه أو بناءه في أرض الوقف بحق كما بينا ومضت مدة الإجارة التي انبنى عليها الوضع ولم يكن في الإبقاء ضرر، وكان الأجر الذي يؤدّي أجر المثل، وأبى الموقوف عليهم إلاّ القلع ليس لهم ذلك (134).

مادة 126 الإنزال إذا بيع دارٌ أو أرضٌ بجنبه، لا يستحق به صاحبه الشفعة حيث لا يملك الأرض (135).

مادة 127 يجوز لصاحب الإنزال أن يؤجر بناءه، أو غراسه من آخر، وهو المطالب بأجر الأرض، إلاّ إذا أحال مولى الأرض على المستأجر (136).

مادة 128 إذا باع الإنزال عليه أن يحضّر ربّ الأرض ويُحيله (137) بأجر الأرض على المشتري.

مادة 129 إذا ازداد أجر المثل في أرض الوقف واليتيم وأرض بيت المال بتقويم العارفين فعلى رب الإنزال أداء القيمة (138).

مادة 130 دفع داره على أن يسكنها ويُرْمُها (139) ولا أجر فهي عارية، ويرجع وقت شاء (140).

مادة 131 من انتفع بعقار الوقف، أو اليتيم، أو بيت المال، أو المعدّ للاستغلال كالفندق، والدار، والهنشير التي يعدها صاحبها للإجارة يلزمه ضمان أجر المثل (141).

مادة 132 خيار العيب في الإجارة يفارق خيار العيب في البيع، فإنه ينفرد⁽¹⁴²⁾ بالردّ في العيب قبل القبض وبعد القبض لا ينفرد بل يشترط القضاء أو الرضا⁽¹⁴³⁾ وفي الإجارة ينفرد المستأجر بالرد بالعيب قبل القبض⁽¹⁴⁴⁾ وبعده⁽¹⁴⁵⁾.

باب : الرسوم والوثائق وما يتعلق بذلك

مادة 133 لما كان الرسم الأصلي للعقار في عرفنا التونسي⁽¹⁴⁶⁾ يعد جزءا من المبيع يتخير المشري تخيره بتعيب المبيع بفوات جزء منه، وكذا ينتقص من مال الرهن بضياح الرسم في يد المرتهن نقصان المرهون في يد المرتهن على ما تقدم بيانه.

مادة 134 وكذا إذا وجد للعقار وثيقة جديدة أو رسم لم يتضمن استقرارات، أو تنقلات ثلاث، أو نسخة من الرسم الأصلي لم يضع عليها الحاكم الشرعي ختمه، ويبين أنها قوبلت بالأصل فللمشتري⁽¹⁴⁷⁾ في كل ذلك الخيار.

مادة 135 الوثيقة بيد الحائز إذا مضى عليها ثلاث وثلاثون سنة اتحد ذلك الحائز في المدة المذكورة أو تعدد فيها بالتنقلات من الحائز الأصلي والمتلقين منه بعضهم من بعض.

مادة 136 الحوز والملك المبنية عليه تلك التنقلات برقعتهما، بحيث لا تُسمع بعد مضي تلك المدة دعوى الحبسية التي ما قام بها أحد من قبل لدى الحاكم، تكون بمنزلة رسم الأصل بل أصح.

مادة 137 الرسم الأصلي ما اشتمل على ثلاث استقرارات فأكثر، أي: توالى على العقار ثلاثة مالكين فأكثر.

مادة 138 وإذا كان طريق تنقل الملك إرثا وفيه عدة ورثة يلزم أن يبين فيه وجه النقل، وكل وارث بخصوصه، وأنه شقيق مثلا أو لأب أو لأم.

مادة 139 وإذا كانت ثمة مناسخات وتنقلات في الإرث يفصل كيفية النقل بحيث لا يغادر وارثا.

مادة 140 وكذا إذا كانوا شركاء في غير الإرث، وباعوا أنصبتهم لشريكهم، أو لأجنبي، أو أخذ بطريق الشفعة، فلا بد أن يبين في كل تنقل وجه التنقل ويضمّن شاهده بحيث لا يغادر سهما من السهام إلا إذا كان غير داخل في عقدة البيع مثلا.

مادة 141 ثم إذا كان النقص بشهادة شهود لا بد من التعريف بهما، وأنه فلان بن فلان بحيث يتبين أن شاهدي التعريف يعرفانهما، فلو لم يعرف بهما تعريفا ينفي الجهالة، أو عرّف بأحدهما فقط فالرسم معيب.

مادة 142 وكذا لا يكون فيه بثر ومحق في محلّ الحاجة، وكذا لا يكون فيه ريبة مثل القصّ من الرسم ممّا هو مظنة تحبّيس، وكذا ليس فيه إبطال إلاّ إذا وقع التعاقد على غير الأسهم المبطلّة.

مادة 143 الرسم إذا كان مضمونا أي ضمّن فيه جميع المقاصد من الرسم الأصلي ولم يطرح إلاّ ما لا حاجة إليه في الاحتجاج يشترط فيه جميع ما اشترط في الرسم الأصلي، وأن يكون إخراجة من الرسم الأصلي عن إذن حاكم شرعي، وأن يكون تعريف شاهدي المضمون لشهود الأصل لا ريبة فيه، بأن يكون مظنة لذلك ، فلو عرّف شاهد جريدي (148) مثلاً بعقد عدل سوسي (149) مضى عليه فوق القرن أو القرنين لا يقبل هذا التعريف للاستبعاد الكلي.

مادة 144 كما يشترط أن يكون إخراجة عن أداة الحاكم الشرعي مختوما بختمه مضمّنا فيه بخطه أنه محصّل على المقصود.

مادة 145 كما يشترط في المضمون: موت شهود الأصل، كما يشترط في الأصل، والمضمون، وجميع رسوم الاحتجاج، أن لا يكون مشهودا فيه على واحد ينتقل الملك منه، ببيع، أو هبة، أو تعمير ذمة بالأوصاف، إلاّ إذا كان البائع الأخير المشهود عليه بالمعرفة في حوزة، وملكه مبيعه ما يزيد عن الثلاث والثلاثين سنة.

مادة 146 كما يشترط دائما في المشهود عليه في الأصل، أو المضمون، أو غيرهما أن يكون معروفا للشهود، أو يُعرّف به لهما اثنان أهل للشهادة، أو رجل وامرأتان كالشهادة (150)، فإن لم يكن المعرفان معروفين للشاهدين يعرف بالمعرفين للشاهدين رجلان، أو رجل وامرأتان يعرفهم الشهود، ويشترط فيهما ما اشترط في المعرفين الأولين من الأهلية، وبالجملة فلا بد من معرفة المشهود عليه معرفة تنفي الجهالة، إمّا بلا واسطة، أو بواسطة المعرفين الذين يطمئن لهما قلب الشاهد، فلو قال الشاهد في الأصل، أو في المضمون بتعريف، أو بشهادة من سمّى نفسه فلانا، أو قال تقرر التعريف به أو عرّف به واحد، أو ذكر أوصافه، لا يقبل كل ذلك ويكون الرسم معيبا.

مادة 147 الشهادة على الصوت غير مقبولة، فالمرأة مثلا المشهود عليها ببيع أو نحوه من العقود لا بد أن يحضر شخصها أمام شاهدين، ولا يلزم كشف وجهها ولا

شيء من أعضائها، بل تنتقب ويشير المعرفان بها للشاهدين عليها بالعقد، أنّ هذه فلانة بنت فلان المتكلمة بكذا، فلو شهدا عليها من وراء حجاب، وعرف بها المعرفان، وهي من وراء حجاب لا تمضي هذه الشهادة عليها.

مادة 148 إذا نقل الشاهدان شهادتهما على إنسان لشاهدين آخرين، كما لو نقلتا شهادتهما على فلانة الفلانية المخدرة⁽¹⁵¹⁾ إلى شاهدين آخرين بحيث يُشهد الشاهدان الأولان الشاهدين الثانيين على شهادتهما على فلانة، أنّه صدر منها كذا، ويشهد الشاهدان الثانيان على شهادتها بذلك.

مادة 149 عقود الأشرية لا تفيد الملك إلا فيما بين المتعاقدين، فإذا كان في يد شخص هنشير مثلا، وكان مدّعيًا أنه حبس من أحباس جده فلان، وقام عليه قائم بأنّ الهنشير انجر له بالملك في أبيه وأبوه، اشتراه من فلان، وفلان من فلان، وفلان من فلان، وأدلى برسم متضمن لذلك محدود فيه الهنشير بحدوده، لا يفتك به من يد الحائز لاحتمال أن هؤلاء الأشخاص باعوا ما لا يملكون، نعم تكون حجة فيما بين المتبايعين، وحينئذ من هاته الجهة تكون الوثيقة المعروفة بديارنا، أصحّ من العقد الأصلي لأنها تشتمل على شهود يشهدون فيها بثبوت الملك لصاحبه.

مادة 150 غير الأهالي⁽¹⁵²⁾ ممن سوغت لهم المعاهدات بين الدولة التونسية، ودولهم تملك غير المنقول، يلزم أن يكون سائر عقودهم على يد العدول المأذون لهم من قبل الأمير في الانتصاب للشهادة جريا على مقتضى المعاهدات، وللحجر على أوالات الأحكام في أعمال الرسم الذي على يد غيرهم وإن استوفى سائر الشروط المرعية في خصوص ذلك العقد.

مادة 151 يلزم كل أحد أن يؤدي أجر شهود الرسم الذي يأخذه، ويعود نفعه إليه فإن أدى أجره، وتضمن إقرارا بمال معين، ثم إنّ المقر خالص في ذلك المال، يكتب على الرسم خلاصه ويمزق شيء منه، ولا يلزمه أن يدفع الرسم للمقر إلا برضاه، حيث كان ملكا له.

مادة 152 كل من رضي برسم، أو بيينة لم تستوف الشروط التي حررناها بحيث يكون ذلك الرسم معيبا بوجه من وجوه العيب، وشهد عليه الشهود بالرضا، ووضع خط يده إن كان ممن يكتب، أو ختم على الرسم المشهود عليه فيه بالرضا من له ولاية الختم، إن كان ممن لا يكتب ثم بأن أثر ذلك الاعتلال بظهور صاحب الحق للكل، أو البعض وحكم له به فلا عهدة على أحد سوى أن المشتري مثلا يرجع على بائعه بما دفعه له إن كان مليًا.

هذا ما تيسر تحريره بمعونة الله، ويسعني عذركم أيها الوزير العالم الفاضل في التأخير فإنه مع كون شواغل الخطة جمة، والأسئلة الواردة متنوعة، وكل محتاج كما تعلمون إلى التنقيب، فليس استخراج هذه الأصول بالسهل. والله وليّ إعانة الجميع والسلام عليكم من خادم الشرع المطهرّ أحمد بن الخوجة. ليلة الثلاثاء الساعة مضت من نصف الليل، الإثنين وعشرين خلون من ذي القعدة الحرام 1300 هـ.

الهوامش :

- 1- ينظر : القسم الدراسي من تحقيقنا للجزء الأول للمخطوط المنشور بمجلة الأصاله تصدر عن الجمعية الليبية للعلوم التربوية والإنسانية العدد 8 مجلد 3 ديسمبر 2023 م ص 27.
- 2- البقعة العقار كالأرض والدار.
- 3- كما عرفت الشفعة بأنها "تملك العقار على مشتريه جبرا بمثل ثمنه". الكواكبي الفوائد السمية ج 2 ص 53.
- 4- كالهبة بشرط العوض لجنة من الفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي ص 197، 198. (مادة 1022) الهبة بشرط العوض في حكم البيع. بناء عليه لو ذهب وسلم أحد داره المملوكة لآخر بشرط عوض يكون جاره الملاصق شفيعا.
- 5- وذلك لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها الجبر، والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة. المرغيناني، الهداية، ج 4، ج 4 ص 320.
- 6- زيادة يقتضيها السياق
- 7- الإقالة في اللغة: رفع وإسقاط. وفي الشرع: عبارة عن رفع العقد. القانوني، أنيس الفقهاء، ص 76.
- 8- "والإقالة: بيع عند أبي يوسف مطلقا ما لم يتعذر جعله بيعا وعند أبي حنيفة وإن كان فسخا في حقهما لكنه بيع جديد في حق غيرهما فأمكن جعله بيعا في حق الشفيع فلا يفترق الحال بين أن يكون بعد القبض أو قبله. الزليعي، تبين الحقائق ج 5 ص 257.
- 9- لأن سبب الاستحقاق جوار الملك، والسبب إنما ينعقد سببا عند وجود الشرط، فلا شفعة في دار باعها قبل الشراء، ولا بدار جعلها مسجدا، ولا بدار جعلها وقفا. الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5 ص 14.
- 10- في مجلة الأحكام العدلية، ص: 198، (مادة 1024) يشترط أن لا يكون للشفيع رضی في عقد البيع الواقع صراحة أو دلالة.
- 11- لأن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكنا وإنما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام وذلك لا يتحقق إلا في العقار، الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5 ص 12.
- 12- لأن البيع فاسد مردود، والبائع أحق بها من غيره. الشيباني، الأصل، أبو عبد الله تحقيق، محمّد بويوكال، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ط 1 2012 م، ج 12، ج 9 ص 267.
- 13- لوجود سبب الاستحقاق، وشرطه عند كل واحد من البيعين فكان له الخيار، الكاساني، بدائع الصنائع ج 5 ص 7.
- 14- م س
- 15- وذلك لأن " الأخذ بالشفعة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض، وإن كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة إليه فيثبت له الخياران كما إذا اشتراه منهما ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا بشرط البراءة منه؛ لأن المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه". ملا، درر الحكام شرح غرر الأحكام ج 2 ص 211.

- 16- (برهنا) في الرائد عدد8 ص4. وفي المخطوط (برهن).
- 17- الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5ص247.
- 18- المراد بعدم النفاذ أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقه غيرهم" ابن عابدين، رد المحتار، ج6 ص220.
- 19- ورد المقابل هنا في سياق الغاية لا الترتيب في الأحقية، وفي السمرقندي، تحفة الفقهاء ج3 ص49. "لأن الجار الملاصق أولى في الشفعة فإن سلم الشريك في البقعة ثبتت للشريك في الحقوق وإن سلم هو تثبت للجار الملاصق ولا يثبت للجار المقابل لأن ضرره دون ضرر هؤلاء والشرع ورد بالشفعة في حق هؤلاء فلا يقاس عليهم غيرهم مع التفاوت في الضرر".
- 20- الجار الملاصق ولو متعددًا من كانت بابه في سكة أخرى وظهر داره لظهرها، فلو بابه في تلك السكة فهو خليط، والملاصق من جانب واحد ولو بشبر كالملاصق من ثلاثة جوانب فهما سواء. ابن عابدين، رد المحتار، ج6 ص221.
- 21- وإن اجتمع خليطان يقدم الأخص على الأعم. الكاساني، بدائع الصنائع ج5 ص8.
- 22- الكاساني، بدائع الصنائع، ج5 ص8.
- 23- التجريد للقدوري، القدوري، أحمد بن محمد تحقيق: محمد أحمد سراج، و علي جمعة محمد، دار السلام - القاهرة، ط2، 2006 م، ج12، ج7 ص843.
- 24- في الرائد التونسي عدد8، ص4. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8 ص144.
- 25- " وإن شاء أشهد عند المبيع لتعلق الحق به وهو أن يقول: إن فلانا باع هذه الدار ويذكر حدودها الأربعة، وأنا شفيعها طلبت شفعتها وأطلبها الآن فاشهدوا علي بذلك". البلدحي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، بتعليقات: محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، 1937 م، ج5، ج2 ص45.
- 26- سُمي طلب تقرير وإشهاد، لأنه يُشهد على البائع إذا كان المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار، فقد لا يمكنه الإشهاد على طلب الموائبة باعتباره على الفور فيحتاج إلى طلب التقرير والإشهاد للإثبات عند القاضي. م س.
- 27- وسُمي الطلب الأول: طلب الموائبة تبركا بلفظ الحديث، وهو قوله: عليه الصلاة والسلام «الشفعة لمن واثبها» أي طلبها على وجه السرعة، والمبادرة مفاعلة من اللوثب على الاستعارة؛ لأن من يثب هو الذي يسرع في طي الأرض بمشيئه. المصنف، الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت ط2، 1403، عدد الأجزاء: 11، ج8 ص83. رقم الحديث 1440، الزيلعي، تبيين الحقائق ج5 ص242.
- 28- الأول البائع والثاني المشتري، والثالث العقار وقد ضمنها المؤلف في نص الإشهاد المذكور آنفاً.
- 29- إلى الوكيل في الرائد عدد8 ص4.
- 30- الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5 ص244.
- 31- ويطلق عليه طلب التملك وطلب الاستحقاق. م، س.
- 32- م، س.
- 33- يرى في مذهبه جواز ذلك.
- 34- ما تحمله قبضة اليد.
- 35- وهي من الأشياء التي لا تجوز للشاهد أن يشهد بها إلا إذا صحت في مذهبه أو أذن بها حاكم.
- 36- أشار إلى بيع الكمشة قال "كبيع الكمشة المجهولة" في سياق ما إذا حكم به من يقول بجوازه. الشيخ عثمان التوزري الزبيدي، في كتابه توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام لعثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المطبعة التونسية، ط1، 1339 هـ، ج4، ج1 ص71.

37- فلا بد أن يكون الموكل ممن تلزمه الأحكام؛ لأن المطلوب من الأسباب أحكامها، فإذا كان ممن لا يثبت له الأحكام لا يصح توكيله كالصبي والعبد المحجور عليهما. الزيلعي، تبیین الحقائق ج 4 ص 254.

38- بأن يعرف أن الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن الفاحش من اليسير. م س.

39- السرخسي، المبسوط، ج 19، ص 108.

40- النسفي، كنز الدقائق، ج 2 ص 221.

41- "لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل فيستبد به. تبیین الحقائق". تبیین الحقائق، ج 4 ص 260.

42- مثل البائع. العناية شرح الهداية، ج 7 ص 192.

43- النسفي، كنز الدقائق، ص 486.

44- وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين. الغنيمي، عبد الغني بن طالب، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محبي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، ج 4، ص 2 ص 148.

45- تبیع في الرائد عدد 8 ص 4. وذلك لجريان العمل بها فهو غير معذور بجعله.

46- أي: بيعه و لو باع بأقل منها بغبن فاحش لا يجوز اتفاقا، وكذا بيسير. ابن عابدين، رد المحتار، ج 5 ص 521.

47- الزيلعي، تبیین الحقائق، ج 4 ص 271.

48- في المخطوط وفي الرائد: القول للوكيل، وقد أثبتنا الفاء في النص لاقتضاء النسق.

49- ابن نجيم، البحر الرائق، ج 7 ص 141.

50- ابن نجيم البحر الرائق ج 7 ص 146.

51- الرهن " هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين ". الزيلعي، كنز الدقائق، ص، 624،

52- ووجه تسميته ببيع الوفاء أن فيه عهدا بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن وصورته أن يبيع شيئاً بكذا أو بدين عليه بشرط أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري أو أداء الدين الذي له عليه يرد له العين المبيعة وفاء. وابن عابدين، رد المحتار، ج 5 ص 276، قدرى باشا، مرشد الحيران، ص، 73.

53- ولعل تسميته بالبيع الجائز مبنية على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ المشتري أكل ريعه، ومنهم من يسميه بيع المعاملة: ووجه ذلك أن المعاملة ربح الدين وهذا يشتريه الدائن لينتفع به بمقابلة دينه، ومنهم من يطلق عليه ببيع الطاعة: وهو المشروط فيه رجوع المبيع للبائع متى رد الثمن على المشتري، كما يسمى ببيع الأمانة، و يسمى كذلك بالرهن المعاد. ويذكره الفقهاء في موضع من ثلاثة: فمنهم من ذكره في: البيع الفاسد، ومنهم من ذكره عند الكلام على: خيار النقد ومنهم من ذكره في: الإكراه. ابن نجيم، البحر الرائق، ج 6 ص 8. وابن عابدين، رد المحتار، ج 5 ص 276.

54- لأن مقصود الرهن الاستيثاق وهو لا يحصل إلا بالحبس الدائم، والحبس لا يتصور بدون القبض، والقبض لا يمكن بدون تحقق من كونه علاوة على قبضه محوزا ومفرغا مميذا. البلدحي، الاختيار لتعليل المختار، ج 2 ص 64.

55- فالمحوز المعلوم الذي يمكن حيازته. م س

56- والمفرغ الذي لا يكون مشغولا بحق الغير. م س.

57- المتميز المقسوم الذي قد تميز عن بقية الأنصاء، لأن قبض الجزء الشائع لا يتصور بانفراده، وقبض الكل لا يقتضيه العقد، وكذا كونه مشغولا بحق الغير يخل بقبضه وحبسه، وكذا المجهول لا يمكن قبضه. م س.

- 58- تسليم: يفيد التمكّن من التصرف فمن ضرورة التخلية الحكم بالقبض سواء وجد القبض حقيقة أو لا. فإذا خلى الراهن بين المرتهن والمرهون يعتبر قابضاً لأن قبض الرهن قبض واجب بحكم عقد مشروع. الكاساني، بدائع الصنائع ج4 ص59. الزيلعي، تبيين الحقائق ج6 ص63.
- 59- لكونه غير تام فهو تبرع ولا لزوم على المتبرع ما لم يسلم كالهبة والصدقة. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6 ص63.
- 60- لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع. المرغيناني، الهداية ج4 ص425.
- 61- الراهن هو الشخص الذي يعطي الرهن. مجلة الأحكام العدلية، ص133.
- 62- المرتهن هو الشخص الذي يأخذ الرهن، أي الدائن. م، س.
- 63- وهو القطعي الذي يزيل الملك ويستعمل هذا البيع تارة على أنه مقابل للبيع بالوفاء وأخرى على أنه مقابل للبيع بالخيار. م، س، والسرخسي، المبسوط، ج3 ص109.
- 64- لأنه حق محترم مضمون عليه بالإتلاف، والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين. المرغيني، الهداية ج4 ص432.
- 65- وذلك إذا كان الرهن مؤجلاً، وأما إذا كان الدين حالاً فللمرتهن أن يمنعه عن ذلك لاستحقاق المطالبة ببيعه في دينه في المال. السرخسي المبسوط ج21 ص107.
- 66- ليخرج رهن المباحات كالكلأ ولو في أرضه وبيع المعدم لأن رهن ما ليس بمملوك في نفسه. ابن نجيم، النهر الفائق ج3 ص336.
- 67- فلأب أن ينتفع بمال الصغير عند الحاجة ولا كذلك الوصي. ابن عابدين، رد المحتار، ج6 ص513.
- 68- والأصل فيه أن تصرف الراهن إذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن. ابن عابدين، رد المحتار، ج7 ص70.
- 69- الكاساني، بدائع الصنائع، ج6 ص149. وج21 ص106.
- 70- المرغيناني، الهداية ج4 ص425.
- 71- في ابن مازة، المحيط البرهاني، ج7 ص139. "الرهن في يد المرتهن لا يملكه ولا يحل الانتفاع به إلا بإذن الراهن، وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلك من عينه، والدين ساقط بهلاكه في يده، إذا كان فيه وفاء بالدين".
- 72- المرغيني، الهداية ج4 ص414.
- 73- وهو يثبت بقبضه وتصير الأوصاف مضمونة به السرخسي، المبسوط، ج13 ص190. ابن عابدين، رد المحتار، ج6 ص480.
- 74- بجميع قيمته بوصفه متعدياً غير مأذون فيه، المرغيني، الهداية ج4 ص416.
- 75- أراد بالملك المطلق أن يدعي الملك من غير أن يدعي السبب بأن يقول هذا ملكي ولم يقل هذا ملكي بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك وهذا لأن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4 ص294.
- 76- دعوى الوفاء من قبيل دعوى الملك المطلق ابن عابدين، رد المحتار، ج8 ص121.
- 77- هو الذي تقيد بأحد أسباب الملك كالإرث
- 78- باعتبارها دعوى حق تعلقت بالرهن. ابن مازة المحيط البرهاني، ج8 ص261.
- 79- الغيتابي، محمود بن أحمد البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، ط1، 2000 م. ج13. ص51.
- 80- لكنه يضمن ما أكله بغير إذن قدوري. باشا، مرشد الحيران، ص73.
- 81- الفتاوى البزازية، ج5 ص414.

- 82- للراهن والمرتهن أن يفسخا عقد الرهن بالاتفاق. ولكن للمرتهن صلاحية حبس الرهن وإسماكه إلى أن يستوفي ماله في ذمة الراهن مجلة الأحكام العدلية ص، 136.
- 83- في مرشد الحيران لقدري باشا، ص، 73: قيد ذلك بحصول التوافق بين البائع مع المشتري وهذا نص المادة 457. " إذا قبض المشتري المبيع وفاء بعد ما دفع الثمن للبائع وتوافق البائع مع المشتري على أن يرد له المبيع إذا رد له نظير الثمن في وقت كذا ثم جاء الوقت وامتنع البائع من رد نظير الثمن للمشتري يؤمر البائع ببیع المبيع وقضاء الدين من ثمنه فإذا امتنع باع الحاكم عليه".
- 84- كما يؤمر المرتهن بإحضار الرهن فإنه لو أمر بقضاء الدين قبل الإحضار فربما يهلك الرهن أو كان هالكا فيصير مستوفيا دينه مرتين. ابن عابدين، رد المحتار، 6 ص 483.
- 85- لأن الفسخ قبل مضي الشهر كالفسخ متصلا بالبيع. البزاز، محمد بن محمد، الفتاوى البزازية، المسماة بالجامع الوجيز، على هامش الفتاوى العالمية، المعروفة بالفتاوى الهندية، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، 1310هـ، ج5 ص420
- 86- م س.
- 87- البزاز، الفتاوى البزازية، ج 5 ص410.
- 88- لما فيه من إقرار بعدم الملك. "فالراهن أو البائع وفاء إذا استأجر الرهن أو المبيع لا يصح، وهو كالصريح في عدم كون الاستئجار إقرارا بعدم الملك له". ابن عابدين، محمد بن محمد أمين، قرة عين الأخير لتكملة رد المحتار علي الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان ج 8 ص245. وفي ابن عابدين، رد المحتار، ج 5 ص 278. "والراهن إذا استأجر الرهن من المرتهن لا يجب الأجر".
- 89- بلوغه النضج، محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1988م ص51.
- 90- لأن عقد الوفاء قد انتهى فيبقى بأجر المثل إلى أن يدرك الزرع. باعتباره كان محقا في الزرع في الإبتداء، فلا يقلع زرعه ويعقد بينهما عقد إجارة. السرخسي، المبسوط ج23 ص 45.
- 91- الكاف والراء والباء أصل صحيح يدل على شدة وقوة، قال ابن فارس: " كراب الأرض، وهو قلبها للحرث فليس هو عندي عربيا". ابن فارس أحمد بن زكرياء القزويني معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1979م. ج 6، ص 175.
- 92- البزاز، الفتاوى البزازية، ج 5 ص 422.
- 93- ولا تكون الأجرة رهنا؛ لأن الأجرة بدل المنفعة، والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا. الكاساني، بدائع الصنائع ج 6 ص146.
- 94- قال الكاساني: " لأن المنافع على أصل أصحابنا لا تتقوم إلا بالعقد، والعقد وجد من المشتري فكانت الأجرة له، وهل تطيب له؟ ينظر إن كان قد أدى ضمان القيمة ثم أجر طابت الأجرة له ..."
- الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5 ص302.
- 95- وذلك اعتبارا بالعقد الجائز إذا تقاسخا لأنها معاوضة فتوجب التسوية بين البديلين والحال أن الرهن محبوس عند المرتهن حتى يستوفي ماله. الزيلعي، تبيين الحقائق ج 4 ص 66.
- 96- على اعتبار حقه المرتهن ويده على الرهن.
- 97- لأن الإجارة عقد لازم. الزيلعي، تبيين الحقائق ج 6 ص88.
- 98- الإجارة تملك المنفعة لمدة معلومة لها مبتدأ ومنتهى فهي لا تصح إلا حال كونها مضافة إلى زمان في المستقبل ولأن انعقادها يتجدد بحسب ما يحدث من المنفعة. شخبي، زاده عبد الرحمن بن محمد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بدون ط و ت. ج2. ص404.

99- لعدم تحقق شرائط الإجارة.

100- م س

101- هذه المادة سقطت من المخطوط ومثبتة في الرائد عدد9 ص 2.

102- وتصح عند التسليم في الجملة وتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لأن المبيع مضمون التسليم على البائع، والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الأصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه إذا هلك لا شيء على الكفيل لأنه لم يبق مضمونا على الأصيل فلا يبقى على الكفيل الكاساني، بدائع الصنائع، ج6 ص7.

103- وذلك لأن الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ألا ترى أنه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره. م س.

104- الكاساني، بدائع الصنائع، ج6 ص7.

105- ملا، درر الحكام، ج2 ص251. " لو رهن النخيل بمواضعها جاز، ولا يمنع الصحة مجاورة ما ليس برهن".

106- السرخسي، المبسوط، ج21 ص72. 73. المرغياني، أبو الحسن برهان الدين، متن بداية

المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة مطبعة محمد علي صبح - القاهرة، ص 231.

107- جرى استعمال مصطلح الإيجار وهو أولى لأن الذي يعرف هو الإيجار الذي هو بيع المنافع لا الإجارة التي هي الأجرة. ابن نجيم، البحر الرائق ص8 ج2.

108- الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5 ص105.

109- ويطلق عليه أيضا كردار وهو إيجار لمدة معلومة بأن يحدث المزارع والمستأجر في الأرض بناء أو غرسا مع بقاء نزله أي بناءه أو غراسه بأجر المثل. ابن عابدين، رد المحتار، ج6 ص218.

110- التي ليس للمستأجر فيها أن يبني أو يغرس في أرض المؤجر...

111- من عند قوله في مسألة: "إذا أجز الإنسان أرضه ... ومضت المدة وطلب المستأجر من المؤجر بقاء نزله ... " ص 23.

112- الكاساني، بدائع الصنائع، ج4 ص176.

113- ابن نجيم، البحر الرائق، ج7 ص224.

114- في الرائد التونسي، قدرة عدد 9 ص 2.

115- القدرة على تسليم العقار من شرط العقد. العيني، البناءة شرح الهداية، ج10 ص258.

116- في الرائد التونسي، عن عدد9 ص2.

117- "لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ما دام الخيار قائما، لحاجة من له الخيار إلى دفع

العين عن نفسه كما في بيع العين". الكاساني، بدائع الصنائع ج4 ص 179.

118- الرضا من شروط الصحة لقوله عز وجل {يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم} [النساء: 29] والإجارة تجارة؛ لأن التجارة تبادل المال بالمال والإجارة كذلك، ولهذا يملكها المأذون، وإنه لا يملك ما ليس بتجارة، فثبت أن الإجارة تجارة فدخلت

تحت النص " الكاساني، بدائع الصنائع، ج4 ص179.

119- "لأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد فكان العقد عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة". م س، ج4 ص179، 180.

120- م س.

121- لأن جهالة المعقود عليه مفضية إلى المنازعة فتمنع صحة العقد. م س.

122- قاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا من القواعد المندرجة ضمن قاعدة العادة محكمة. محمد صدقي بن أحمد الغزي، مؤسوسة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط1، 2003 م.

ج12. ج2/1، ص215.

- رسالة القاضي أحمد الزوجة (ر 1308 هـ / 1890 م) في تقيين فقه المذهب الصنفي بشأن تملك الأجانب بتونس (سنة 1300 هـ / 1383 م) ...
- 123- "لأنه لما فوض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة" المرغيناني الهداية ج3 ص 234.
- 124- فسدت الإجارة للجهالة، ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة في القياس وله أجر المثل. الزيلعي، تبيين الحقائق ج5 ص 114. الكواكبي، الفوائد السنية، ج2 ص77.
- 125- على الاستحسان لأن المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال؛ ولأن الإجارة تتعقد على حسب حدوث المنافع والفساد كان لأجل الجهالة فإذا ارتفعت في وقت الزراعة كفى وصار كأن الجهالة لم تكن فعادت صحيحة. م س.
- 126- "كي لا يدعي المستأجر ملكها" المرغيناني، الهداية، ج3 ص 230.
- 127- في الرائد التونسي، بغير عدد 9 ص3.
- 128- وذلك لأن تقدير المدة في الإجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها وليس للبناء والغرس مدة ينتهيان فيها فيجب القلع للتسليم بخلاف الزرع فإنه يترك بأجر المثل رعاية للحقين. الكواكبي، الفوائد السنية، ج2 ص77.
- 129- قدر ي باشا، مرشد الحيران، مادة 548. ص89.
- 130- م س.
- 131- الكرदार " فارسي معرب وهو ما يحدثه من بناء أو شجر". وفي البزازية: " ولا شفعة في الكرदार: أي البناء ويسمى بخوارزم حق القرار لأنه نقل كالأراضي السلطانية التي حازها السلطان لبيت المال ويدفعها مزارعة إلى الناس بالنصف فصار لهم فيها كرदार كالبناء والأشجار والكبس بالتزاب فبيعها باطل، وبيع الكرदार إذا كان معلوما يجوز لكن لا شفعة فيه اه" ابن عابدين، الدر المختار، ج6 ص218، و لسان الحكام في معرفة الأحكام، الشحنة الثقفي الحلبي، أحمد بن محمد الحلبي البابي الحلبي - القاهرة، ط2، 1973م، ص، 294.
- 132- قدر ي باشا، مرشد الحيران، مادة 584 و585، ص 95.
- 133- في المخطوط: وقع
- 134- ابن عابدين، رد المحتار، ج4 ص 522.
- 135- من أسباب الشفعة أن يكون مشاركا أي مالكا في نفس المبيع كاشترك شخصين في عقار شائع. مجلة الأحكام العدلية، ص، 195.
- 136- قدر ي باشا، مرشد الحيران، ص87.
- 137- الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه. م س، ص، 125.
- 138- ملا، درر الحكام، ج2 ص139. قدر ي باشا، مرشد الحيران، مادة 594 ص97.
- 139- في ابن مازة المحيط البرهاني، ج 7 ص433. ويردّها وفي الغالب تصحيف.
- 140- لأن المرمة من باب النفقة، وهي على المستعير. ابن عابدين، رد المحتار، ج5 ص 686. ابن مازة المحيط البرهاني، ج 7 ص433.
- 141- ابن مازة، المحيط النعماني، ج6 ص142.
- 142- المشتري
- 143- ابن مازة، المحيط البرهاني، ج7 ص417.
- 144- بأن يكون العيب حادثا قبل قبض ما بقي من المنافع فيوجب الخيار للمستأجر. الكواكبي، الفوائد السمية، ج2 ص86.
- 145- وهذا مفيد بما إذا لم يستوف المؤجر المنفعة مع العيب فقد رضي به فيلزمه جميع البذل. م س.
- 146- يقصد بالعرف التونسي هو العمل بالمذهب المالكي في الخط والرفع على خط العدل الميت أو الغائب. جعيط وآخرون. لائحة مجلة الاحكام الشرعية ص613.
- 147- في الرائد التونسي فالمشتري، عدد 9 ص3.

- 148- الجريدي: نسبة إلى منطقة الجريد بالجنوب التونسي.
- 149- السوسي: نسبة لمدينة سوسة .
- 150- لا تجوز الشهادة على شهادة رجل ولا تصح إلا أن يشهد عليها رجلان أو رجل وامرأتان لأنها أمانة والأمانة لا تقوم إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين في قول أبي حنيفة وصاحبيه وأبي عبد الله وزفر والشافعي، السُّعدي أبو الحسن علي بن الحسين، النتف في الفتاوى، تحقيق: صلاح الدين الناهي، دار الفرقان بيروت لبنان، ط 2، 1404، ج 2 ص 803.
- 151- الملازمة للحدور وهو الستر. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل ج 7 ص 403.
- 152- الأجنب المشمولون بالاتفاقية