



1 III
E-23

34 (= 927) 347.412.91

347.412.91 (= 927)

DE CONTRACTU „DO UT DES”

(بيع)

JURE MOHAMMEDANO.



1/411
1 ~~III~~
E-23

DE CONTRACTU „DO UT DES”

(بيع)

JURE MOHAMMEDANO.

SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE

QUOD

ANNUENTE SUMMO NUMINE

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

REINHARDI DOZY,

PHIL. THEOR. MAG. LITT. HUM. DOCT. ET PROF. ORD.

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU,

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

PRO GRADU DOCTORATUS

SUMMISQUE IN JURE ROMANO ET HODIERNO HONORIBUS AC PRIVILEGIIS,

In Academia Lugduno-Batava

RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

PUBLICO AC SOLEMNI EXAMINI SUBMITTET

LUDOVICUS GUILIELMUS CHRISTIANUS VAN DEN BERG,

HARLEMENSIS.

AD DIEM XX NOVEMBRIS MDCCCLXVIII, HORA III—IV,

IN AUDITORIO MAJORI.

LUGDUNI-BATAVORUM,

APUD S. C. VAN DOESBURGH.

MDCCCLXVIII.



EX TYPOGRAPHEO E. J. BRILL.

PRAEFATIO.

Quum multum jam operae positum sit ab Europaeis, in quorum ditionem Mohammedani venerunt, in Jctorum Orientalium libris edendis, ad hunc usque diem nemo, quod sciam, sibi proposuit, jus Mohammedanum in artem redigere, atque ita hanc materiem tractare, ut jus Romanum atque Hodiernum tractare jam dudum solemne est. Quod mihi quidem valde dolendum videtur. Non enim Jctos Orientales animi tantum causa adeundos esse censeo, imo vero omnino digni sunt, qui a viris doctis assidue consulantur. Nam, si juris Mohammedani vim atque auctoritatem spectas, non arctioribus finibus circumscribitur, quam qui olim juris Romani fuerunt, quippe quo utantur omnes populi, a columnis Herculis inde, usque

ad ultimas insulas Archipelagi Indiae Orientalis. Unde recte colligi potest, hoc jus omnium istorum populorum indoli congruere atque aptissimum esse, sin minus hujus juris auctoritas numquam tam late patuisset, ut vel juris Romani auctoritatem longe exsuperarit.

Quantacunque autem juris Mohammedani ignorantia sit, magnam tamen habet excusationem. Perpauci nempe sunt. Jcti, qui linguis Orientalibus operam navarunt, quin etiam terminologia juridica tam male explicata est, ut, qui hoc studium aggredi velit, primum sibi ipse glossarium conficiat, prorsus necesse est, quia vocabula juridica pleraque in lexicis aut omnino desiderantur, aut ab imperitis tam stolide explicata sunt, ut nonnumquam nimis credulos in absurdissimos errores inducant. Sed et hujus delicti facile causa inveniri potest. Nam ut perpauci sive Romani sive Hodierni juris studiosi litteris Orientalibus operam dederunt, sic ii, qui linguas Semiticas sedulo perscrutantur, juris plane ignari sunt. Unde frequens errorum fons. [Nec mirum. Finge enim, Pandectas explicandas dari ei, qui linguae Latinae scientiam ex optimis scriptoribus aurei seculi sibi comparaverit. Equidem valde vereor, ut, licet sit caeteroquin hujus linguae doctissimus, bene eas intelligat, nedum explicet, tam ob materiem in illo opere male digestam, quam ob multa vocabula, quae aut Jctis propria sunt, aut quorum significatio toto coelo distat, ab ea, quae apud caeteros

scriptores invaluit. Quod idem peculiariter valet de jurisprudentia Arabum.

Nemo autem opinetur, me eum esse, qui temere jactarem me in hoc labyrintho filum invenisse; nihil contra magis ex animi sententia exopto, quam ut intelligatur, hoc opusculum magis discendi causa, quam docendi esse conscriptum, meque haec praemisisse eo consilio, ne, si quis juris Arabici peritior in hocce specimen forte inciderit, nimis severum iudicium ferat de erroribus, quos non dubito quin multos commiserim. Accedit et aliud, quod hoc studiorum genus, jam per se difficillimum, etiam difficilius reddat. Illud enim Quinctiliani »interpretationem praecedere debet emendata lectio", in juris Arabici fontibus saepissime adhiberi nequit, majore eorum parte aut nondum, aut pessime in lucem edita, quum antequam ea Augiae stabula purgare quis incipiat, necesse sit jurisprudentiae principia taliter qualiter constituere. Quod adhuc nemo fecit. Adde quod ipsi Jcti Orientales non sunt praeceptores satis idonei; omnium enim opera aut prolixitate aut nimia brevitate ita laborant, ut nonnumquam ex decem foliis vix una juris regula expiscari possit, quum contra saepe singulae casus positiones multas contineant. Totum autem jurisprudentiae ambitum ut complectar, meae vires non sufficiunt. Itaque malui examini submittere partem, exiguam quidem, in jure civili tamen magni momenti. Inter negotia enim contractus, quibus commune nomen

»do ut des" (ع-أ-ب) est, ita praevalere videntur, ut non nisi his explicatis caetera explorari possint. Quam ob rem eam materiem aliquo ordine disponere aggressus sum, et sic, arreptis tauri cornibus, spero fore ut appareat, eum mihi non nimis fortem fuisse. Ceterum quam maxime optandum esse censeo ut omnes omnium civitatum Jcti, quibus jurisprudentia comparata, Orientisque notitia cordi est, strenue operam dent juri Moham-medano, cujus cognitio tantum conferri potest ad stabiliendum Europaeorum imperium in eos, qui Islamum profitentur.

Pauca addam, quae lectorem eruditorem monitum velim, ut etiam de sermone Latino, quo opusculum hocce conscriptum est, aequam ferat sententiam. Equidem qui ex litterarum humaniorum studiis innumerabiles fructus voluptatesque percepi, idem ille tamen laudem purae et integrae latinitatis immeritam recuso. Nam ut versutus ille Ulysses »quae non fecimus ipsi, vix ea nostra voco". Aperte igitur dicam quod verum est. Lubens ego usus essem lingua vernacula, nisi ipsa materies, quam tractare in animo erat, ut facile intelligitur, aliter suasisset. Nunc pro re nata feci, quod factu optimum esse videbatur: opere ad finem perducto, quae ego non mehercle sine vitio et fortasse semi-barbare scripseram, latine »vortenda" tradidi viro hujus rei, ut fama est, perito si quis alius, nempe ornatissimo H. J. Polak, in Gymnasio Lugduno-Batavo praeceptor, jam summos in phil. theor. et litt. hum. honores petituro. Is insigni cura et dili-

gentia, quae minus recte dicta videbantur, sustulit, meliora substituere conatus est. Si igitur scriptio mea, caeterum parvi aestimanda, orationis suavitate aliqua saltem commendatur, palam hoc Polako meo gratum refero.

Scripsi L. B. d. XIII Nov. a. MDCCCLXVIII.

ARGUMENTI DISPOSITIO.



PROLEGOMENA.	Pag.	1.
CAPUT I. DE CONTRACTU »DO UT DES» EJUSQUE ESSENTIALIBUS. . . »		27.
§ 1. De ipsius contractus natura.	»	»
§ 2. De subjectis contractus.	»	30.
§ 3. De forma contractus.	»	40.
§ 4. De objectis contractus.	»	47.
CAPUT II. DE CONTRACTU »DO UT DES» EFFECTU DESTITUTO. . . »		64.
§ 1. De optione necessaria.	»	»
§ 2. De optione conventionali.	»	68.
§ 3. De optione inspectionis.	»	72.
§ 4. De redhibitione.	»	74.
§ 5. De dissolutione communi consensu. . . »		82.
CAPUT III. DE CONTRACTIBUS VITIOSIS.	»	85.
§ 1. De contractibus irritis.	»	»
§ 2. De contractibus invalidis.	»	99.
§ 3. De contractibus vetitis.	»	105.

CAPUT IV.	DE DIVERSIS SPECIEBUS CONTRACTUS » DO UT DES^{us}.	Pag. 108.
§ 1.	Emtio venditio. — Permutatio.	» »
§ 2.	De re nummularia.	» 110.
§ 3.	De transactione.	» 114.
§ 4.	De locatione conductione.	» 115.
§ 5.	De venditione anticipato pretio (المؤجل).	» 121.
§ 6.	De mutuo.	» 129.
§ 7.	De contractu matrimonii.	» 131.
INDEX VOCABULORUM ARABICORUM.		» 135.

INDEX VOCABULARIO ALFABETICO

103.	»	De las expresiones usadas en el art. 1.º
»	»	»
110.	»	»
114.	»	»
115.	»	»
121.	»	De las expresiones usadas en el art. 1.º
130.	»	»
131.	»	»
133.	»	»

PROLEGOMENA.

Ad jus Mohammedanorum bene intelligendum, ante omnia necesse est, ut hoc semper ante oculos habeamus, civitatem omnium gentium Semiticarum ab origine nihil aliud fuisse quam theocratiam. Theocratiam enim jam invenimus in antiquissima civitate Hebraeorum, quae, mutatis mutandis, perduravit usque ad interitum regni Chalifarum. Quod operae pretium est animadvertere, nam theocratia ita coaluit cum ingenio Semitico, ut hac sola de causa fieri potuerit ut jus Semiticum etiam nunc nondum a religione separatum sit, quae separatio juris et religionis apud plerosque Europae populos jam dudum perfecta est. Magnum confiteor periculum est in tali conjunctione rerum divinarum humanarumque, atque in nostris civitatibus intolerabilis tyrannis diceretur, cui non sufficeret in corpora hominum saevire, sed quae in animos quoque imperium habere conaretur. In Oriente vero, ubi fere omnes cives unam eandemque religionem profitentur, non solum talis institutio expers est malorum, quae apud nos ex hoc rerum statu nascerentur; sed contra

hoc magnum commodum habet, ut religionis, morum, jurisque praecepta inter sese haud discrepent ¹⁾.

Omne jus apud Mohammedanos est: aut jus scriptum sive lex (شرع), aut jus non scriptum sive consuetudo (عادة, عرف) ²⁾ quae, tacente lege vel expressa legis sanctione confirmata, vicem ejus obtinet; neque tamen ullam vim habet contra legem, neque lex desuetudine abrogari potest.

Jus scriptum continetur:

1^o. Qorano (قرآن).

2^o. Traditionibus prophetae (سنن).

3^o. Responsis Jctorum (فتوى).

Ad I. Qoranus vel liber Dei (الكتاب κατ' ἐξοχήν) Mohammedanorum suprema lex est, et, ut verbo dicam, lex fundamentalis, nam apud Orientales novae religionis anctor nihil antiquius habet, quam etiam novam legem civilem publicamque sectatoribus constituere.

Cum ea Qorani reverentia nihil comparari potest, quod apud caeteros populos invenimus de pietate, qua libri sacri coluntur. Neque apud Judaeos Pentateuchus, neque apud Christianos Evangelium unquam in tali honore fuit ut ille liber, qui, sicut ipse Deus sempiternus est, quasi pars Dei

¹⁾ Conf. Montesquieu, Esprit des lois, IV, 4. Aujourd'hui nous recevons trois éducations différentes ou contraires; celle de nos pères, celle de nos maîtres, celle du monde. Ce qu'on nous dit dans la dernière renverse toutes les idées des premières. Cela vient en quelque partie du contraste, qu'il y a parmi nous entre les engagements de la religion et ceux du monde; chose que les anciens ne connaissaient pas. Et addere potuisset; ni les orientaux.

²⁾ Quibus vocabulis promiscue utuntur Jcti.

ab orthodoxis creditur ab omni aeternitate exstitisse, inscriptus tabula decretorum divinorum, quae, pone Dei thronum, continet hominum fata. De ea tabula transcriptio ab Angelo Gabrielo (جبرائيل) missa est in inferius coelum (السماء الاسفل), unde partim et diversis temporibus prophetae Mohammadi revelata est, qui ea praecepta divina pro necessitate sectatoribus communicabat. Quia igitur non uno temporis momento revelata est, iudex (قاص), inventis controversiis, disquisitionem instituere debet, quae nam sûra (سورة) antiquior videatur, quia lex posterior abrogat priorem. Quod tamen difficillimum est; Qorani enim capita, collecta sub Abû-Bekro, in novum ordinem sub 'Othmâno, nulla ratione habita Chronologiae, redacta sunt, quum omnes conatus veri ordinis restituendi majore parte successu careant¹⁾.

Qorani auctoritas absoluta est in foro, nam vocem Dei²⁾ semper a iudice audiendam esse, spero ut omnes intelligant. Ne licet quidem iudicare secundum traditionem prophetae vel responsum prudentis, quoties iudici, ex animi ejus sententia, supremam legem impugnare videntur. In explicando tamen Qorano Jcti, superstitione quadam ducti, non ausi sunt in memoriam revocare praeclarum illud Celsi: »leges scire non est verba earum tenere sed vim ac potestatem³⁾,» sed inanibus verbis adhaerescunt, neglecto eorum sensu. Quin etiam sunt qui opinentur librum divinum esse

¹⁾ Sunt tamen infideles de ea re optime meriti e. c. Nöldeke et Sprenger. Cf. Nöldeke, Geschichte des Qorans, p. 46 seqq.

²⁾ Ubi Jctus textum Qorani allegat hoc fit verbis قال الله تعالى.

³⁾ l. 17 D. de legibus.

solam legem, quique freti verbis ¹⁾: »nihil omisimus,» ad omnes casus expressum vel tacitum textum contendant inveniri.

Ad II. Traditiones (²⁾ حديث, سنّة) secundam vicem obtinent, atque a nonnullis Qorano fere aequiparantur. Moḥammades autem supremus iudex fidelium omnes casus dirimebat, quo mortuo, comites ejus (صاحب) a primis Chalifis, oblato iudicio, consuli solebant, quo modo opinarentur prophetam talem questionem diremturum fuisse, et tunc sententiam firmare studebant dicto vel facto auctoris novae religionis. Comitibus (صاحب) eorumque discipulis (تابع) mortuis, in usum Iuristarum omnia eorum dicta de Moḥammade colligi coepta sunt sub Harūn ar-Rashīdo, sed numerus auctus est pro necessitate vel pro lubitu in quantitatem incredibilem ³⁾; majore parte absurdissima, nam quo insanius miraculum eo magis fidem ei habuit vulgus. Praesertim in ridiculis traditionibus inveniendis excelebant ‘Aisha, prophetae vidua et Ibn ‘Abāsus, quorum auctoritate niti fere nullam vidi traditionem, quae non expressa νοθείας signa prae se ferret.

¹⁾ Qor. VI, 38: ما فرطنا في الكتاب من شيء. Analogia, ad quam igitur saepe confugiendum est, appellatur اعتبار الامثال sive قياس.

²⁾ Differentia est inter vocabula سنّة et حديث; quorum primum spectat ad traditiones quasi sint unum; est totalitas omnium traditionum, quum حديث singulas traditiones denotare videtur.

³⁾ Moslimus reliquit collectionem 40,000 quas elegit e 500,000 Ibn Hanbalus 37,000 e 500,000, unoquoque propriam sibi eligendi normam sumentes. Traditionarii, quorum auctoritas fere ab omnibus recipitur, sunt Boḥārīus et Moslimus (الشيخان), quorum opera appellantur الصحاحيان.

Quamvis vis earum in foro magna sit, multum tamen abest ut eadem auctoritate fruantur atque Qoranus, quem quum impugnent, nefas eas sequi; magnam tamen operam dant Jcti, ut sententias manifeste repugnantes inter sese convenire scholasticis ratiocinationibus probent. Quodsi vel sic tamen fieri nequeat, aut quum duae traditiones sibi oppositae sint, incumbit judici eas ponderare, hoc est: observare debet qui eas tradiderint, utrum fuerint pii et sinceri Musulmani sicut quatuor primi Chalifae, 'Abdollahi¹⁾, doctissimi comitum (صاحب), qui pollent tam longa consuetudine prophetae quam egregia memoria scientiaque.

Nunc notandae sunt divisiones traditionum (حدیث), quod ad auctoritatem in foro attinet²⁾.

I. primum gradum obtinent traditiones ornatae epitheto ^{متواتر} h. e. a pluribus iisque sinceris prolatae, ut, tam ob multitudinem quam ob veracitatem, eos in mendacium consensusse putari non possit. Etiam de signantur nomine ^{نص}³⁾ h. e. ab omnibus receptae, quia auctoritas earum a nulla secta in dubium vocatur.

II. ^{مشهور}⁴⁾ appellatur traditio cui, quamvis a comitibus relata sit, tamen minus fidei tribuitur. Inter eas com-

¹⁾ h. e. 'Abdollah ibn 'Omarus, 'Abdollah ibn 'Abbâsus, et 'Abdollah ibn Mas'ûdus.

²⁾ Exstant quoque multae aliae traditionum divisiones, quas non operae pretium est omnes adnumerare e. c. quo ad catenam (اسناد) dividuntur in ^{صحيح} et ^{حسن}, ^{ضعيف}.

³⁾ Vocabulum ^{نص} hoc sensu in Lexico desideratur. Cf. Journal Asiatique 1850, Févr., Mars, p. 158—214.

⁴⁾ Id.

memorantur exempli causa traditiones, quae diversis modis ad nos pervenerunt, vel quarum auctores haud magna fide sunt digni. Sunt qui iis nonnumquam tantum vim explicativam tribuant.

III. ¹⁾آحاد) est quae auctoritate unius comitis vel tantum discipulorum (تابع) nititur, quaeque a jurisprudentia respuitur, nisi veritas alia probatione vel ratione manifesta sit.

Ad III. Tacente cum libro tum traditione, confugiendum est ad sententias Jctorum ²⁾. Quod enim principi (سلطان) placet, nullum legis vigorem habet, nam, si quae aliae, gentes Semiticae odio habebant tyrannidem, libertatemque servare studebant; et quod nunc in nonnullis civitatibus Mohammedanis vidimus, principem esse solum legislatorem, ejusque lubitum juris vicem obtinere, hoc non est ex Mohammedis lege natum, sed contra quam maxime abhorret a vera ejus doctrina quae neque in religione neque in jure, quidquam auctoritatis principi qua talis tribuit ³⁾.

Inter Jctos, quorum auctoritas est recepta, primum locum tenent comites prophetae, quibus quatuor primi Cha-

¹⁾ In Lexico desideratur. Cf. Journ. Asiat. I. I.

²⁾ Responsum Jcti appellatur ¹فَتْوَى; quodsi tale responsum ab omnibus accipitur, dicitur Jctus rem decidisse (قطع), unde قطع decisionem significat, et opponuntur adverbia قطعا et ²تَرَدُّدٌ (h. e. si de eadem re diversae sententiae sunt). Cf. Hiçn. fol. 109, 111 etc. Shar. al-Isl., p. 152, 166, 172 etc.

³⁾ Eadem dici posse de Hebraeis jam probavit Saalschütz, Mos. Recht, p. 82. Solus Chalifa 'Omar ibn 'Abd al-'Azizus, princeps pius, auctoritate juridica (اجتهاد) donatus est, et igitur sententiae ejus in foro accipiuntur.

lîfae adnumerantur; florere autem coepit jurisprudentia sub Omajâdis, qui quum rempublicam capessebant, jurisprudentiam scholis reliquerunt. Sic etiam sectae haereticae, ab omni parte imperii exortae, cogebant Orthodoxos scientiam colere, ut religionem argumentis defendere possent. Jam saeculo II Hedjrae commemorantur jurisprudentiae academiae Baçrae et Kûfae, quum saec. III diversi ritus (مذهب) exstabant, qui ad nostrum usque tempus perduraverunt; saec. VIII studium juris illatum est in regnum Turcorum, ubi etiam magni momenti fuit, in terra natali, 'Irâqo, incursionibus barbarorum omni scientiae cultu extincto.

Nunc paucis videndum de auctoritate Jctorum. Non enim omnes, sicut in Jure Romano, jus respondendi habent ejusdem auctoritatis¹⁾.

Primus gradus auctoritatis appellatur الاجتهاد في الشرع quem qui nactus est, jus habet ipsum Qoranum cum traditionibus interpretandi suumque sibi systema jurisprudentiae constituendi, quod nullus nisi eodem gradu praeditus, impugnare potest. Deum talem scientiam non nisi electis dedisse, palam est, qua de causa Jcti (علماء, فقهاء) hodierni tam severi sunt in eo gradu dando, ut nemo mortalium ad eum pervenire possit. Neque hoc necesse esse, lepide arguunt, nam nihil referre utrum exstant Jcti primi gradus nec ne; omnes enim quaestiones quae in jure Mohammedano usu veniunt vel usu venire possunt a majoribus tam egregie explicatas esse, ut nos omni alia luce carere possimus. Praeter vitam piam, egregiamque industriam postulant ut is, qui hunc gradum nancisci velit, to-

¹⁾ Jus respondendi appellatur اجتهاد, quique tale jus nactus est
مجتهد.

tam jurisprudentiam (شريعة), mente et memoria complectatur, quae revera omnium divinarum et humanarum rerum notitia¹⁾ appellari potest; continet enim: Interpretationem grammaticam Qorani traditionumque, totam theologiam, jus civile, publicum et poenale (فقه), et doctrinam historiamque rituum (مذهب) adhuc exstantium. In tota Historia Islâmi tantum hujus gradus fuisse dicuntur: comites prophetae (صاحب), eorum discipuli (تابع) et sex Imâmi (امام): Abu Hanîfa (+ A. H. 150), Sofjân at-Thaurîus (+ 161), Mâlekus (+ 179), Mohâmmad as-Shâfi'îus (+ 204), Ibn Hanbalus (+ 241) Dâwud at-Thâhirîus (+ 270). Ceteri qui ad eum gradum adspirarunt, aut nullos sectatores obtinere, aut post mortem tantum a JCtis perpaucis eo digni habiti sunt.

Secundus gradus appellatur الاجتهاد فى المذهب h. e. auctoritas in schola. Imâmi nempe praesenti sermone systemata sua discipulis communicare solebant, qui iis explicandis operam dederunt, eaque memoriae prodiderunt. Eorum auctoritas tantum valebat in iis explicandis, nullumque jus habebant quidquam contra magistros suos opinandi; sed tantum sententias proferre poterant quibus juris fundamenta non in disceptationem vocarentur. Magno tamen honore pollebant, et ipsi magistri eos nonnumquam consulebant, quin etiam sunt quorum responsa fere aequiparentur responsis ipsius Imâmi. De ea re exemplum dabitur in ritu (مذهب) Hanîfitorum.

Quantum auctoritas in schola minoris momenti est quam auctoritas in jure, tantum pluris est quam auctoritas in quaestionibus (الاجتهاد فى المسائل), qua qui praediti sunt

¹⁾ Inst. I, 1, § 1.

secundum principia scholae (مذهب) et juris (شرع) ad singulas quaestiones responsa ferre poterant, quae legis vicem obtinebant, quoties conveniunt cum principiis a majoris auctoritatis Jctis statutis. Jure enim Moslemorum judici, latissimo verbi sensu, incumbit spectare utrum responsum (فتوى) conveniat cum sententiis majoris auctoritatis; hae autem traditionibus cedunt, quae rursus tantum accipiendae sunt si cum lege fundamentali¹⁾ non pugnant²⁾.

Ubi dissentiunt responsa ejusdem gradus Jctorum iudex pro conscientia eligere debet, quidnam sequendum putet, si ipse ejusdem auctoritatis est. Quodsi non est³⁾, responsum (فتوى) quaerendum est a iudice supremo civitatis vel imperii (مفتي), secundum cujus sententiam tunc iudicandum est.

His praemissis etiam breviter disserendum est de origine praecipuorum rituum (مذهب) in quos omnes fere Mohammedani dividuntur. Non vero opus est disquisitionem instituire de iis scholis, quae nostro tempore extinctae sunt, sed nominandae tantum sunt hae tres sectae: Hanîfîti, Mâlekîti, Shâfi'îti.

Hanîfîtorum ritus auctor fuit No'mân ibn Thâbit Abû Hanîfa Kûfae natus A. H. 80. In prima vitae parte ad Shiîtorum haeresin inclinans, postea deserto magistro Abû-Dja'faro ad Sonnitorum orthodoxiam transiit; vivus jam magni nominis erat, quum adnumeretur discipulis (تابع)

¹⁾ Nempe Qorano.

²⁾ De officio iudicis legum spectandarum vid. Beelaerts, Over de onschendbaarheid der wet. Leid. 1868.

³⁾ Jcti qui ne tertio quidem gradui adnumerantur, appellantur sectatores (مقلد), quorum etiam diversae species:

comitum (صاحب) Moḥammadis, et ita in honore erat apud Chalîfam al-Mançûrum ut, recusato munere judicis (قاضي), quo se indignum profitebatur, in carcerem coniectus esset (in quo obiit A. H. 150) eo animo ut sic ei persuaderetur munus obire.

Inter discipulos duo sunt quos etiam recensere necesse est.

Abû Jôsofus (A. H. 115—182) qui sub Harûn ar-Rashîdo judex supremus (قاضي القضاة) fuit Baghdâde, tantaque floruit auctoritate ut Chalîfa nullum judicem nominaret nisi qui ab Abû Jôsofo designatus esset, quo factum est, ut ritus Hanîfîtorum per totum imperium longe plurimos sectatores obtinuerit. E scriptis ejus saepius laudatur: »liber de officio judicis" (ادب القاضي).

Moḥammades natus Wâsite in 'Irâqo Arabum A. H. 152, audivit ipsum Abû Hanîfam, Abû Jôsofum et Mâlekum. Praefectus judicaturae creatus est ab Harûn ar-Rashîdo in provincia 'Irâqo Persiano, ubi diem obiit A. H. 179. Multa scripta reliquit, quorum tantum nominamus »Collectionem parvam" (الجامع الصغير) quam composuit ope magistri Abû Jôsofi; opus e quo inprimis hausit scriptor libri, »'Inâyae" (عناية).

Initio Imâmus tanta auctoritate splenduit, ut solam ejus sententiam in rebus dubiis secuti sint judices; postea tamen opinioni ejus discipulorum tantus honos habitus est, ut ipsius magistri lux ab iis obscuraretur; nostris vero temporibus hoc receptum est: quoties ambo discipuli Imâmum contradicant, secundum eos judicandum est, quodsi tamen non consentiant, sequendus est Abû Hanîfa, qui, ut praestat singulis, ita cedit duobus.

Quamvis Abû Hanîfa, si quis alius, inter Orthodoxos ha-

betur, et etiam magnus Imâmus (الامام الاعظم) per excellen-
tiam vocatur, ex infanda haeresi, ad quam juvenis proclivus
fuit, hoc retinuit, ut in rebus divinis nimium humanae
rationi (قياس) tribueret; quoties enim traditio (حديث) ma-
nifeste a mortalibus intelligi nequibat, ausus est eam non
legis vice accipere, unde sectatores ejus appellantur etiam
»rationabiles» (اهل القياس) in oppositione ceterorum rituum
sectatorum, quibus, utpote paulo infirmioribus, nomen »tra-
ditionariorum» (اهل السنة) inditum est. Ritus Hanîfitorum
regnum in mundo Mohammedano haud diuturnum fuit,
extinctum enim est in tota Africa, in Hispania et in Archi-
pelago Indiae Orientalis, et nunc exstat tantum in imperio
Turcorum, in Tartaria atque praecipue in India citra Gangem.
In Aegypto est ritus legitimus, quia quotannis judex Hanî-
fîtus a Constantinopoli Qâhîram mittitur, quamquam incolae
majore parte ritum Shâfi'îi sequantur¹⁾.

Mâlek ibn Anesus novae scholae (مذهب) conditor fuit.
Natus est Medinae A. H. 94 (p. Chr. nat. 712) ubi etiam
auditor fuit discipulorum (تابع) comitum prophetae, et
postea, quum ipse scholas habere inciperet, magno numero
sectatorum stipatus fuit, quorum in usum principia doctrinae
suae breviter conscripsit in libro Mowatta' (مَوْطَأً)²⁾, quod
opus fundamentum omnium librorum Mâlekîtorum recte
appellari potest. Mortuus est Imâmus regnante Harûn ar-
Rashîdo A. H. 179 (post Chr. n. 795).

Ritus Mâlekîtorum praesertim floruit in Hispania ubi

¹⁾ Conf. Perron; Aperçu préliminaire de l'Exploration Scientifique de
l'Algérie, vol. X. pag. x.

²⁾ Rad. مَوَّطَأٌ in forma II appianare significat.

Academia Cordubensis ab omnibus mundi partibus studiosos allexit. Primus Hispaniensis, qui Imâmum audivit, fuit Zîjâd ibn 'Abd ar-Rahmân Shabtûnus, qui, introductis in patriam dictatis Mâleki, suasit discipulo praestantissimo Jahja ibn Jahjam, per iter sacrum, Medinae jurisprudentiae studio operam dare; quo facto, reversus in Hispaniam, Jahja cum caeteris Jctis Theologisque res novas moliri conatus est regnante Hakamo (+ A. H. 180 post Chr. n. 796). Seditio tamen compressa, Jahja cum principe in gratiam rediit, qui tantum ei ob insignem doctrinam honoris habuit, ut nullum judicem nominaret, nisi approbante Jahja¹⁾ et sic novus ritus in Hispania sola doctrina evasit.

Africam convertit Sehînus Mâlekîus (A. H. 160—240), quamquam vetus tamen ritus Hanîfae etiam multos sectatores retinuit usque ad regnum Emiri Moâzz ibn Bâdisi (A. H. 398—454), qui statuit nullum Heterodoxum²⁾ judicem (قاضي) vel Jctorum principem (مفتي) fieri posse, quum eodem seculo 'Abdollah ibn Jâcia, discipulus Academiae Cordubensis, Islâmum secundum suum ritum apud Barbarorum tribus in Sahara introduxit, quae postea, recepto nomine Almoravidorum, in mundo Mohammedano haud ignobile nomen sibi comparaverunt.

Etsi ritus Shâfi'itorum numero sectatorum caeteris haud aequiparari potest, nos Batavi in primis studio hujus ritus operam dare debemus, qui in nostris coloniis dominare videtur.

Imâmus Mohâmmad ibn Idrîs as-Shâfi'îus, natus Aska-

¹⁾ Conf. de ea re Dozy: Hist. des Musulmans d'Espagne, II, p. 57 sqq.

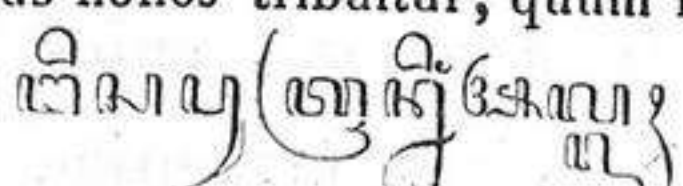
²⁾ H. e. ad Mâlekîtorum ritum non conversus.

lone in Palaestina A. H. 150 (post Chr. n. 769), ortus est ex prophetae avo 'Abd al-Motallabo. Majores ejus primo tempore inter acerbissimos inimicos Moḥammadis commemorabantur, imo unus eorum portabat vexillum tribus Hâshimîtorum in clade Bedrensi (624), in qua captivus factus, ad Islâmum se convertit. Imâmus jam fere infans magni ingenii documenta dedit, quippe qui annos natus septem jam transcripserit totum Qoranum, et decimo vitae anno memoriter teneret librum Mâleki Mowatta'm, et decimo quinto doctoratum obtinuerit in Academia Mekkâna. Primam vitae partem degerat Ghazae, postea, absolutis Mekkae studiis, anno H. 195 Baghdâdem migravit, ubi scripsit primum opus, titulo »fundamenta" (أَصُولٌ) inscriptum. Deinceps in Aegypto Mâleki familiaris fuit, et mortuus est Qâhiraë A. H. 204 (p. Chr. n. 819). Quamvis primum librum conscripsit annos natus 47 et mortuus est annos natus 54, opera ejus innumerabilia sunt. Primus jurisprudentiam in artis formam redegeisse, et, utpote accuratissimus traditionarius, primam collectionem criticam traditionum confecisse dicitur, quum antea nemo bene distinguere potuerit quaenam traditiones adhuc vim haberent, et quaenam posterioribus essent abrogatae. Erat vir tam acris ingenii quam jucundae familiaritatis, qui tantam Deo reverentiam habebat, ut ejus nomen non nisi in precatatione pronuntiasse dicatur. Mores ejus erant puri atque amabiles, improbabat omnem morositatem et severitatem inutilem in magistris, ratus vituperationes publicas semper speciem inimicitiae praebere. Sepulcrum ejus adhuc Qâhiraë exstare affirmatur.

Praeterquam in Arabia, hujus ritus studiosi praesertim inveniuntur in Aegypto, cujus regionis operae pretium est historiam religionis in memoriam revocare. 'Abd ar-Rahman

ibn-Khâled ibn Jezîdus, mortuus Alexandriae A. H. 163 (p. Chr. n. 779) Aegyptum a ritu Hanîfae ad ritum Mâleki converterat, quo in statu mansit usque ad Chalîfas Fatimidos (970) qui, tamquam Shiîti, saeviebant in Mâlekîtos. Ejûbîti orthodoxiam restituerunt, imprimis conditor hujus dynastiae Çalah ad-dînus (1171 = A. H. 567), quamvis ipse ad Shâfi'îtos inclinans, tamen toleravit caeteros ritus. Condidit Qâhiraë magnum templum (مسجد) cum academia, ita ut eodem tempore et in eadem urbe singuli ritus suam sibi Academiam haberent. Altera magna Academia Shâfi'îtorum invenitur in urbe Herat in Chorasano, quam Sultânus Ghijâth ad-dînus aedificari jussit quia tunc hujus ritus sectatores magno numero erant in Persia septentrionali. In Archipelagum Indiae Orientalis Islâmus allatus est ex Hindostano, itaque ritus Hanîfîtorum ibi primis temporibus regnasse videtur, deinceps vero Musulmani, qui iter sacrum peregerant ex Arabia Aegyptoque libros Juris Shâfi'îtorum introduxerunt, qui ritus nunc praesertim in insula Java dominatur; quod luculenter apparet e corpore juris Javani, quod mirum in modum convenit cum libris, quibus etiam studiosi Qâhiraë utuntur. Doctrina tamen Mohammedanorum, partim longa dominatione Christianorum repressa, partim veteris paganismi reliquiis admixta, apud Javanos et Malaios haud eadem puritate est qua alibi, ita ut nonnumquam difficile sit distinguere quemnam ritum in singulis eorum statutis secuti sint¹⁾.

Discipulus Shâfi'îi fuit alius auctor scholae (مذهب) Ibn

¹⁾ Exempli causa apud eos vetere superstitione praeter Deum (الله), arboribus similibusque rebus divinus honos tribuitur, quum in libro Javano: Râdjâ Pirangon, legitur p. 79, 

Hanbalus (mortuus A. H. 241. p. Chr. n. 855). Quamvis celeberrimus Jctus, schola ejus numero longe inferior est ceteris ritibus, et nostris temporibus a nullis fere is ritus frequentatur. Initio sectatores ejus praesertim inveniebantur in Irâqo et in urbe Balch, unde hujus ritus doctores generaliter designantur nominibus *اهل العراق* vel *مشائخ بلخ*.

Idem dici potest de haeresi notissima in Islâmo, quae Shiïtorum appellatur. Quamvis historia Orientis de ea repleta sit, et etiam per 260 annos regnaverit in tota Africa septentrionali, nunc solum fere superest in Persia, ubi introducta est a. 1512 a Shaho Ismaëlo, conditore dynastiae Safidorum. Magno odio Shiïti habent Sonnitos Orthodoxos, quos paganos existimant. Quod vero Sonnitis nomine opponuntur, hoc non eam vim habet, quasi traditiones (سنّة) apud eos legis vicem non obtineant, minime gentium, nam in iis interpretandis quam maxime scrupulosi sunt, ita ut ipsis verbis adhaereant, easque eximia religione colunt; sed tantum ea in re a Sonnitis recedunt ut primos Chalîfas non agnoscere velint tamquam successores prophetae, quam dignitatem soli 'Alio cum familia tribuendam censent. Agnoscunt tamen sententias (فتوى) primorum Chalîfarum, quos prophetae comites (صاحب) esse, neque Shiïti neque quis alius unquam negavit; Chalîfas vero eos esse, id Shiïti praefracte negant¹⁾.

Jam his explicitis, restat ut pauca addamus de libris Jctorum e quibus hausi notitiam jurisprudentiae uniuscu-

¹⁾ Probationis causa multi loci adduci possunt, e magna tamen copia hunc elegi e libro Shar. al-Isl. p. 164: *وضابط الشرط ما لم يكن مؤدياً إلى جهالة المبيع ولا مخالفاً للمكتتاب والسنة*

jusque ritus. Valde tamen doleo in Bibliotheca Academiae Lugduno-Batavae adesse nonnisi paucos libros Shâfi'itorum, quamvis qui adsunt praestantissimi sint; multo majorem vero numerum caeterorum rituum habemus, in primis manuscriptos, sed partim quia de his ritibus jam multa edita, partim quia sicut exposuimus Batavis incumbit ante omnia ritum Shâfi'itorum tractare, ei ritui, quasi fundamento, hoc opusculum superstruere in animo est, caeterorum tantum ratione habita, quoties inter eos principiorum magnum discrimen reperitur.

Quod ad scripta Jctorum in genere attinet, mirum in modum fere omnes, recentiores aequae ac antiquiores idem systema in tractanda materie secuti sunt, si saltem illo nomine digna est ratio, quam in ordinanda materie secuti sunt. Tractata de singulis jurisprudentiae partibus plerumque minimi momenti sunt, igitur plerumque hauriendum est ex operibus, quae totam scientiam complectuntur, quibus tamen lector non nisi magna difficultate uti potest; nam, praeterquam quod terminologia fere prorsus in lexicis desideratur, systema auctores secuti sunt etiam pejus quam istud, quo usi compilatores Pandectarum materiem perturbarunt, quod illi »digerere" appellare ausi sunt. Prima enim pars cujuslibet libri de jurisprudentia, laudato Deo cum propheta, tota est in tractandis juribus divinis (حق الله تعالى) e. c. continet praecepta de purgatione (طهارة), quippe quae omnes actus religionis praecedere debeat; porro de precationibus (صلوة) etc. In eadem illa parte etiam invenitur caput de vectigalibus (زكاة) quae, a propheta instituta, postea in pios usus versa sunt. His finitis jus humanum (حق آدمي) tractatur; quo sub nomine tamen non tantum intelliguntur

statuta personalia et realia, sed etiam jus poenale, leges judiciorum, quibus nonnunquam additur caput de officio principis (ادب السلطان). Jus, quod ad personas spectat, majore parte exponitur in capitibus de nuptiis (نكاح) et de alimentis (نفقات)¹⁾, quum jus reale bipartitum sit: 1^o. de negotiis juridicis (معاملات), quo nomine significantur obligationes et jus reale sensu proprio; 2^o. de rebus haereditariis (فرائض) h. e. de haereditatis acquisitione ex testamento (وصية) vel ab intestato (فرض).

De juris Arabici scriptoribus hîc etiam hoc admonendum est, eos mihi videri quodammodo cognitum habuisse jus Romanum, quod praesertim valet de iis, qui in Syria Aegyptoque vixerunt. Sed hoc non eam vim habet, ut opinatus sim eos Pandectarum versionem ante oculos habuisse, quod revera affirmari non posset, nisi reperta tali versione, vel saltem mentione de ea facta; sed fieri potest ut ad eos aliquomodo sive Basilicorum sive nonnullorum etiam antiquiorum juris Romani scriptorum fragmenta pervenerint. Sin secus, est mihi problema psychologicum, quomodo et Arabes et Romani scriptores juris non tantum easdem res sed etiam eosdem errores iisdem verbis exprimere potuerint, quod in hoc opusculo plus quam satis apparebit, quum plerumque Jctos Arabes, mutato ordine, verbum verbo reddens secutus sim²⁾. Res etiam eo verisimilior fit,

¹⁾ In Lex. desideratur eâ significatio. Cf. Abû Ishâq as-Shîrâzius in capite de ea re, Ms. n. 907. Abû Shodjâ' p. 26, 34. Chalîl ibn Ishâq p. 119.

²⁾ Etiam inter constitutiones juris eorum nonnullae inveniuntur, quae non nisi infidelium morum jurisque cognitione introductae sunt. Sic eo modo tantum introductam esse censeo controyersiam, utrum valeat

si in memoriam revocavero, exstitisse seculo sexto post Christum natum Beryti et Alexandriae scholas celeberrimas juris Romani, cujus prioris interitus tempus haud bene notum est; sed quae certe usque ad seculi septimi medium floruit, quum contra historiographus Belâdsorî ¹⁾ nobis tradidit, divânum (ديوان) in Syria non desiisse lingua Graeca (رومى) conscribi donec regnante 'Abd al-Maleko h. e. exeunte seculo septimo. Ipsos JCtos de sua juris extranei notitia nullam mentionem fecisse facile intelligitur; nam quid magis eos omni auctoritate destituere potuisset, quam librorum infidelium usus, a quo pii et sinceri Musulmani semper abhorruerunt.

De vitis JCtorum fere nihil ad nos pervenit; soli fontes biographiae, quibus uti poteram, erant Hadji Chalfae Lexicon, Sobkius ²⁾ et Ibn Qotlobogha ³⁾; quum de infidelium

venditio rei alienae necne; nam cum vetere jure Semitico tum jure Mohammedano tempore paganismi usque ad Syriam aliasque provincias imperii Romani subditas, talis venditio pro injustissima habebatur. De distinctione inter venditionem et permutationem idem dici debet; nam juri Semitico, ubi omnes contractus »do ut des» iisdem regulis fruuntur, si cui alii, contrarium est tale discrimen, quod etiam non antea introductum esse videtur quam post provincias Romanas subditas, ubi tali jure incolas uti inveniebant Musulmani, quibus antea ne pecuniae signatae usus quidem in omnibus Arabiae partibus notus erat. Quid tandem dicam de locatione conductione, quae etiam apud Judaeos tantum post Romanorum dominium in lege (Talmud) commemorari coepta est. Hic contractus cum apud eos tum apud Arabes etiam fere prorsus iisdem regulis constat quam in jure Romano.

¹⁾ Belâdsorî p. 193 edid. de Goeje.

²⁾ MS. n. 73 (b): ordines (طبقات) Shâfi'itorum.

³⁾ Ibn Qotlobogha: ordines (طبقات) Hanifitorum edit. Flügel in: Abhandlungen der Morgenländischen Gesellschaft, 1862.

scriptoribus perpauci tantum aliquid mihi suppeditare potuerint.

Hi autem sunt scriptores Arabes quos secutus sum in hoc opusculo componendo; e Shâfi'itis:

Epitome (الغاية في الاختصار s. مختصر) auctore Ahmad ibn al-Hasan ibn Ahmad al-Içfahânîo, cognominato iudice (قاضي) Abû Shodjâ'o, qui, natus Baçrae A. H. 434 (post Chr. n. 1042), teste Sobkîo, in ea urbe jam anno 500 plus quam 40 annos jurisprudentiam docuerat. Paulo postea eum mortuum esse, auctor est Hadji Chalfa ¹⁾, qui et aliud ejus opus commemorat, cui titulus ميسوط الامام est. Est liber magnae auctoritatis, tam in Academia Qâhirensi, ubi juris studiosi ab eo studium auspiciantur, quam in Archipelago Indico, ubi corpus juris Javani nihil aliud est quam »Epitomae'' paraphrasis. Exstant hujus operis etiam in nostris Bibliothecis multa exemplaria quae, pleraque manu et charta indica conscripta, nonnunquam et notis vel versione interlineari in lingua Malaica aucta sunt ²⁾).

Opere juridico sine commentario uti nemo potest; quum autem commentarii ob nimiam prolixitatem nonnunquam incipientibus haud apti sint, contra epitomae jurisprudentiae tam breviter et concise scriptae sunt, ut nemo eas intelligere possit, nisi qui sit studiosus in scholis Mohammedanorum, ubi ipse antecessor opus suum praesens explicat. Adhibui autem commentarios sequentes:

القول المختار في شرح غاية الاختصار, auctore Shams-ad-dîn

¹⁾ H. Ch. V. pagg. 362, 441.

²⁾ MS. Bibl. Acad. Lugd.-Bat. n. 1347. Catal. IV. p. 112. — Edidit Keyzer: Précis de la jurisprudence Musulmane par Abou Chodjâ avec traduction et annotations. Leide chez Brill. 1859.

Abû 'Abdollah Mohāmmad ibn Qâsim al-Ghazzîo, mortuo A. H. 918. Est commentarius, a quo incipiunt studiosi in Academia Qâhirensi. Et merito, nam, quamvis brevissimus, multa praecepta juridica egregia egregie continet. Etiam Tribunal Ecclesiasticum (القضاء الشرعي) in urbe Sûrakarta utitur hoc commentario ut norma sententiarum¹⁾.

كفاية الاختيار في حل غايمة الاختصار, optimus omnium commentariorum, opus JCTi Taqi-ad-dîn Abû Bekr ibn Mohāmmad al Hiçnîi, de cujus vita, quod doleo, nihil aliud dicere possum quam eum mortuum esse A. H. 829. Saepius enim nomen ejus inveni apud Hadji Chalfam, sed ejus tantum opera laudantur, nulla mentione facta de auctoris vita. Haud scio an sit omnium JCTORum Mohammedanorum praestantissimus, ita ut, exceptis perpaucis locis ubi verbis Qorani vel traditionum prophetae adstrictus est, vix credere possimus nos Arabem legere; nam subtilitate ratiocinandi et acumine ingenii optimis JCTis Occidentis aequiparari potest; quibus accedit stilus purus et perspicuus, qui fere nunquam dubium tenet lectorem. Spero igitur fore ut aliquando mihi contingat MS. quod hujus commentarii habemus in lucem edere, nam in studio ritus Shâfi'îtorum, terrae adhuc fere prorsus incognitae, meliorem ducem inveniri posse haud credo²⁾.

¹⁾ Habemus hujus operis tantum apographon negligenter exaratum (MS. n. 1885. Catal. IV. p. 114), ita ut legi vix possit. Scatet enim erroribus, multa erasa sunt sic ut nonnunquam non nisi conjectura sensum assequi potuerim.

²⁾ MS. n. 78. Catal. IV. p. 113. — Alia opera ejusdem auctoris laudantur H. Ch. II. p. 427: تنبيه السالك; ibid. p. 435: commentarius in libro تنبيه auct. Abû Ishâq as-Shirâziô; VI. p. 208: Comm. in opus منہاج auct. Nawawio.

اقناع في حل الفاظ ابي شجاع, auctore Sheicho Moham-
 mad as-Sharbînîo mortuo A. H. 977. Stilus nonnunquam
 subobscurus est, praesertim quia ratiocinatur et conatus est
 modo philosophico exponere res, quarum revera ratio reddi
 nequit. Proponit tamen magnam copiam brevium juris
 regularum, Abû Shodjâ'um verbum verbo sequens atque
 interpretans. Liber a Hadji Chalfa non commemoratur,
 qui tamen opus ejusdem tituli laudat auctore certo Moham-
 mad ibn as-Salamo (+ A. H. 931), quem postea affirmat
 opus suum nimia prolixitate laborans in epitomae formam
 redegisse. Fortasse liber noster est epitome vel paraphrasis
 hujus magni commentarii. Ab eodem Mohammad as-Shar-
 bînîo laudatur etiam commentarius in librum تنبيهه auctore
 Abû Ishâq as-Shîrâzîo apud H. Ch. II. p. 436¹⁾).

De caeteris Jctis hujus ritus perlegi:

Commentarium in opus مختصره auctore al-Mothaffar
 Amîn-ad-dîn at-Tibrîzîo, qui, teste Sobkîo, natus est A. H. 558.
 Magno nomine fuit in Aegypto ubi per majorem vitae
 partem docuit. Deinceps in 'Irâqo et in urbe Shîrâzo ha-
 bitavit, ubi mortuus est A. H. 621. Quis commentarii
 auctor fuerit, non liquet; sed verisimile esse eum sec. VIII
 H. vixisse, jam probavit Clar. de Goeje; quum ex H. Ch.
 V. p. 442 appareat ipsum مختصره epitomen esse alius ejusdem
 auctoris libri cui nomen الوجيزه est²⁾).

التنبيهه Abû Ishâq Ibrahîm ibn 'Alî ibn Jôsof as-Shîrâzî
 al-Fîrûzâbâdsîi, qui, mortuus A. H. 476, in hoc libro

¹⁾ Editio Qâhirensis 2 Vol. p. Chr. n. 1865. Habemus in Bibl. Acad.
 L. B. etiam codicem MS., qui tamen ab Arabicae linguae prorsus ignaro
 exaratus videtur.

²⁾ MS. n. 1192 Cat. IV. 122.

conscribendo consumsit annos 452 et 453. Commentarii ad hoc opus innumerabiles sunt, neque id mirum, nam est unum e quinque tractatis juridicis quorum auctoritas maxima est in foro Shâfi'itorum. Ex his commentariis commemorantur duo, Hicnîo et Sharbînîo auctoribus, quorum tamen neuter mihi notus est. Exstant etiam multae paraphrases, et poëta quidem insulsus opus in usum tironum metricè redegit. Keyzer librum belgicè vertit, quae tamen versio multos errores continet ita ut ea non, nisi magna cautione adhibita, utendum sit¹⁾.

منهاج الطالبين auctore Abû Zakarja Jahja ibn Sharaf an-Nawawîo nato A. H. 631 Nawae in vicinitate Damasci. Opera data jurisprudentiae et theologiae, A. H. 649 inter cives Academiae Damascenae, Rewâhia appellatae, receptus est, ubi imprimis studium impendit operi التنبيه Abû Ishâq as-Shîrâzîi et ejusdem auctoris libro cui titulus المهذب est. Itinere sacro peracto, et opera data studio traditionum, ipse scholas habere incepit, et a. 665 antecessor creatus est in Academia Ashrafia. Quamvis magis in scientia occupatus fuit, quam in rebus politicis, virum eximia fortitudine et constantia eum fuisse plus quam satis vita ejus probat, et jam dum erat in vivis gloria et auctoritate pollebat, magnusque discipulorum numerus ejus scholas frequentabat. Mortuus est A. H. 676 et sepultus in pago Nawa, ubi sepulcrum ejus loci sacri instar a Moslemis colitur. Liber laudatus est epitome operis Jcti ar-Râfîi (+ A. H. 623) cui nomen المختصر الحشر est, sed compendium majoris est auctoritatis quam primarium opus, quod

¹⁾ MS. n. 907. Catal. IV. p. 110. Est Codex nitide exaratus, valdeque miror quo modo nemo adhuc eum edere aggressus sit.

et apparet ex magno numero commentariorum, quorum principes sunt compositi a Abû-'l-Fath al-Marâghîo et Djalâl-ad-dîn al-Mahallîo (+ A. H. 864), qui praesertim in India magno nomine gaudet, et fons est multorum librorum ibi conscriptorum. Sheichus et Imâmus Zain-ad-dîn Abû Jahja Zakarja ibn Mohâmmad Ançârîus ex opere *منهاج* excerptum fecit, in quod A. H. 757 ipse commentarium composuit sub titulo *فتح الوقاب بشرح منهاج الطلاب* cujus in Bibliotheca L. B. Ms. habemus quod tamen in Catalogo IV, p. 129 perperam tribuitur judici (قاض) Bedr-ad-dîn Zakarja ibn Mohâmmad Ançârîo qui pariter in opus Nawawîi commentarium composuisse dicitur; sed qui obiit duo saecula post nostrum auctorem fere homonymum, nempe A. H. 926¹⁾.

الكتاب المشتمل على Corpus juris Mohammedano-Javani compositum A. H. 958 (post Chr. n. 1544) a Tûwano Sheicho Ibn al-Hadjaro e fontibus Arabicis, et, sicut exposuimus, praesertim adhibito compendio Abû Shodjâ'i, quem tamen non semper sequitur. Exempli causa titulus de contractu Salam prorsus omissus est, aliaque capita ex paraphrasibus vix cognosci possunt. Quod ad jurisprudentiam attinet non multi momenti est, iis vero qui administrationi coloniarum operam navare volunt, hoc corpus juris, utpote maximae auctoritatis apud Javanos minime negligendum est²⁾.

E Hanîfîtis duos tantum auctores adhibui, sed ambos

¹⁾ Cf. Wüstenfeld: Ueber das Leben und die Schriften des Sheichs Nawawî. Gött. 1849. — Hadji Chalfa VI. p. 207, 209. — MS. n. 1600. Catal. IV. p. 128.

²⁾ Edit. Keyzer. Hagae Comitum 1853. Imprimis magni pretii sunt

tanti nominis ut jus Hanîfitorum plus quam satis ex iis constare mihi videatur.

الهداية فى الفروع s. الهداية فى شرح البداية commentarius celeberrimus a Borhân-ad-dîn 'Alî ibn Abî-Bekr al-Marghinânîo († A. H. 593) compositus in librum suum بداية المبتدى (MS. n. 610. Cat. IV, p. 118)¹⁾. Memoriae proditum est auctorem per 13 annos in hoc opere concinnando occupatum fuisse, quos perpetuo jejunio et precibus degit, quo factum est ut Deus eum ita juverit, ut opus maximae auctoritatis in foro factum sit. Quin etiam poeta quidam hunc librum Qorani instar appellat in versibus, qui in fronte nostri MS. leguntur. Nob. Hamilton ejus libri versionem Anglicam edidit, sed pessimam, intermixtis cum textu notis Persicis et Arabicis plerumque adscriptis a juris Mohammedani imperitis, et ipse minus vertit, quod in textu legitur, quam quod ipse Hamilton jus Mohammedanum esse putavit²⁾.

عنانية commentarius in Hedâjam, auctore Akmal ad-dîn Mohâmmad ibn Mahmûd Bâbertîo mortuo A. H. 786, qui more Jctorum Moslemorum antiquorum, ut de hodiernis

annotationes Javanae, quas sumsit e MS. quodam, quod, litteris Arabicis, lingua Javana (pegòn) conscriptum fere omnes partes jurisprudentiae tractat. Ejus MS., quod designavit littera P, quodque Viri Clar. Roordae est, aliud exemplar exstat in Bibl. Acad. Lugd. Bat. Non tamen puro sermone est conscriptum, sed in dialecto Tjirebonensi, quod vero linguae Javanae peritis impedimento non est.

¹⁾ Sunt tamen qui aliam sententiam sed injustam, si quae alia, proferunt, opinantes Hedâjam commentarium esse in librum quemdam Qodûrîi † 428. Cf. Baillie: Law of sale p. XV in ann.

²⁾ Praeter editionem Hedâjae Calcuttensem, usus sum MSS. n. 407 a et b. Catal. IV. p. 119.

nihil dicam, nonnunquam quaestiones plus perturbat quam explicat; quod tamen non impedit quominus opus praestantissimis hujus ritus adnumerari possit. Est compendium plurium commentariorum, qui, ut ait auctor, ob nimiam prolixitatem studiosis idonei non sunt. Nomen *عناية* (favor protegens) libro dedit auctor propter auxilium quod Deum sibi praestitisse confitetur. Multa alia ejusdem Jcti opera laudantur apud Ibn-Qotlobogham p. 49¹⁾.

E Mâlekîtis digni sunt qui commemorantur:

Commentarius in opus celeberrimum *المُدَوَّنَة*, unum e quatuor, quae in eo ritu maxima auctoritate gaudent. De origine multae traditiones exstant; vulgo tribuitur Abû 'Abdollah 'Abd ar-Rahmân ibn al-Qâsim al-'Otaqîo qui floruisse dicitur ab A. H. 133 usque ad A. H. 190, discipulusque fuisse ipsius Imâmi Mâleki. Opus vero de novo rededit Jctus Sahnûnus qui in Africa ritum Mâleki substituit ritui Abû Hanîfae. Commentarii auctor est Abû 'l-Hasan aĉ-Çaghîr, oriundus ex urbe Qairawâno, de cujus tamen vitae tempore non constat, sed certum est eum vixisse post A. H. 550. Est opus perdifficile intellectu, quia saepius duobus tribusve tantum verbis sententiarum datis, lector relegatur ad opera e quibus desumta sunt, et quorum vix unum ad manum mihi fuit. Praesertim usus sum parte secunda quae in initio venditionem vitiosam tractat²⁾.

المختصر في الفقه Chalîl ibn Ishâq ibn Ja'qôb al-Djondîi, qui, mortuus A. H. 776, docuit jurisprudentiam Qâhiraë, tam scientia quam pietate insignis. Ex operibus hujus scriptoris, qui cum Bochârîo traditionario in Africa jurisprudentiae principatum tenet, etiam saepius laudatur com-

¹⁾ Edit. Calcutt. 1839.

²⁾ MSS. n. 1313 et 220. Catal. IV. p. 103.

mentarius in Modawwanam, qua fortasse de causa id opus tam frequenter allegat. Stilus compendii tam obscurus est et concisus, ut recte dicatur eum, de 25 annis quibus ad librum componendum usus est, certe dimidium consumsisse in nulla alia re, nisi ut stilus quam obscurissimus evaderet, quod facile crediturus est lector, quum sciat librum 230 paginarum plus quam 200,000 quaestionum continere, numerumque commentariorum esse 60¹⁾.

Commentarius in librum مسائل البيوع cujusdam Abû Jahjae ex urbe Tunis, auctore Abû 'l-'Abbâs al-Qabbâbo. Continet imprimis questiones de usura cujus rei Mohammedanis ingens cura fuit. Liber porro lexicographiae plus quam jurisprudentiae utilis est, quia continet multa edulium nomina quae in Lexicis desiderantur²⁾.

E Shiïtis tandem hoc libro usus sum :

كتاب شرائع الاسلام a Nadjm-ad-dîn Dja'far ibn Mohamad ibn Jahja ibn Zaid al-Hillîo vulgo appellato Abû 'l-Qâsim al-Mohaqqiqo incertae aetatis; in Catalogo tamen probatur verisimile esse eum floruisse inter A. H. 460 et 676. Quamvis liber celeberrimus est apud Shiïtos, tamen de auctoris vita nihil memoriae proditum invenire potui. Hadji Chalfa hoc tantum (IV. p. 20) de opere dicit, id a multis Jctis glossis instructum esse; nec mirum est, eum de hujus Jcti vita nihil tradidisse, nam Turcus Orthodoxus, qualis Hadji Chalfa fuit, non multum dicere potuit in favorem libri ab haeretico auctore profecti³⁾.

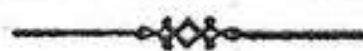
¹⁾ Edit. Paris 1855. Bene Gallice vertit opus cum commentariorum delectu Nob. Perron in: Exploration scientifique de l'Algérie, Vol. X sqq.

²⁾ MS. n. 138 (2). Cat. IV. p. 130.

³⁾ Edit. Calcutt. 1839. MS. n. 1606. Cat. IV. p. 114.

C A P U T I.

DE CONTRATU »DO UT DES» EJUSQUE ESSENTIALIBUS.



§ 1. DE IPSIUS CONTRACTUS NATURA.

Materies, quam sequentibus paginis tractaturi sumus, contractus (عقـد) est, qui lingua Arabica designatur nomine بيع, quod vocabulum vulgo ita explicatur, ut emtionem venditionem dicatur significare. Inter omnes errores in interpretanda terminologia juridica, quibus scatet Lexicon ¹⁾, vix unus invenitur, qui revera absurdior sit, magisque efficiat ut Jcti Arabes intelligi nequeant. Sunt confiteor loci, ubi verbum باع vendere significet; sed exstant etiam plures, ubi talis versio mera absurditas est; praesertim verbum ²⁾ اشترى, quod contra emere significare dicitur, ne in

¹⁾ Quoties sine auctoris nomine lexicon commemoratur, intelligendum est Lexicon Freytagianum, quod doleo adhuc unicum esse. Multo melius, quod ad terminologiam Jctorum attinet, mihi videtur Lexicon in quo edendo occupatus est doct. Lane.

²⁾ VIII a شري.

ipso Qorano quidem tali modo semper verti potest¹⁾. Melior nobis dux erit Jctus Ibn Qâsim, qui affirmat, in lexicographia (لغة) vocabulum باع nihil aliud esse, quam duas res invicem tradere, quum significatio juridica (شرعا) sit, dare eo modo ut alter rem ejusdem pretii det²⁾, quae significatio arctior est, nam dare (تمليك II n. a. ملك) non nisi de rebus (شيء) sensu juridico dici potest, quas Arabes nomine bonorum (مال) designant³⁾. Non autem habemus in lingua Latina, neque in ulla Europae lingua mihi cognita vocem, quae tam generali sensu accipi potest. Necesse igitur est ut utamur paraphrasi; quam egregiam invenimus apud Romanorum Jctos, qui talem speciem contractuum »do ut des» appellabant; cum hoc tamen discrimine: Contractus »do ut des» apud eos sunt, quorum causa civilis obligandi traditio erat, re enim perficiebantur, quod jure Moslemorum non accidit, ubi omnes contractus consensuales sunt; quum traditio tantum sequela praevii

¹⁾ Conf. Q. 3: 171; 4: 47, 76; 9: 112.

²⁾ Ibn Qâsim, p. 89: بيع لغة مقابلة شيء بشيء فدخل ما ليس بمال كخمر وأما شرعا فاحسن ما قيل في تعريفه أنه تمليك عين مالية بمعاوضة

³⁾ Distinctio inter شيء et مال non bene notata est in Lexico, neque adj. مالى, sed ex loco laudato Ibn Qâsimi plus quam satis apparet. Cf. Hiçni, f. 107 v.; Sharbîni, I. p. 290 etc. — Item Lexico addendum est مال V quod usurpatur pro: putare, contendere مال esse aliquid. Cf.

وجزاء الادمى ليس بمال لان الناس لا يتمولونه: Inâja, III. p. 102. Res sensu juridico (مال) apud Arabes eadem sunt quam res in commercio.

expressi consensus sit. Spero tamen fore ut mihi hic usus condonetur, quum non dubito quin, quid significaverim, omnibus apertum sit.

Emissionem venditionem ad id genus pertinere, facile intelligitur, et etiam arctiore sensu pro eo contractu usurpatur generis nomen, atque ego brevitatis causa, ubi nullus inde error exoriri potuit, saepius vocabulis emtoris, venditoris cet. usus sum; sed hoc bene tenendum est, genus multo magis extensum esse. Continet enim et alios contractus, quos diversis nominibus designamus, imprimis mutuum (قرض), permutationem (مقايضة)¹⁾, transactionem (صلح)²⁾, locationem conductionem (اجارة), quae revera nihil aliud est quam datio (تمليك) usus vel industriae, ut aliqua merces pro ea accipiatur³⁾.

Etiam magis extensum est genus contractuum bilateralium (معاوضة)⁴⁾, quod non tantum eos contractus complectitur, ubi ambo quid dare debent, sed ubi et aliae praestations intrant, sicut in societate (شركة), et in societate commenditoria (قراض)⁵⁾.

¹⁾ n. a III. قراض med. J. in Lexico desideratur. Cf. Hed. MS. n. 407 (b), p. 27; 'Inàja, III. p. 91 et Jcti passim.

²⁾ صلح sensu transactionis in Lexico desideratur. Cf. Hiçni, f. 112. Abû Shodj. p. 21; Jcti ad h. c.

³⁾ Sharb., I. p. 291: وبيع المنافع وهو الاجارة.

⁴⁾ Contractus unilaterales معاوضة غير appellatur; nonnunquam tamen معاوضة speciali sensu pro contractu »do ut des» usurpatur.

⁵⁾ Cave ne confundas hanc vocem cum قرض, quod mutuum significat. In mutuo enim dantur res fungibiles ut aliae ejusdem quantitatis qualitatisque redeant, in قراض vero nummi dantur a foeneratore, non ut nummos recipiat, sed ut lucri particeps fiat.

De ipso contractu »do ut des,» antequam accuratius disputabo, hoc praemonendum habeo. Quia ad genus bilateralium pertinet, a duabus partibus spectandus est; quum unus sit qui offert (باع) rem (مال), et alter qui, dato consensu, rem accipit (اشترى), pro qua aliquid ejusdem pretii dat. Ex quo sequitur, essentialia contractus esse tria, quibus deficientibus tollitur nomen et notio: subjecta (المتعاقدان), forma (صيغة) et objecta (المعقود عليه), quorum singula bipartita, quaeque nunc specialiter tractaturi sumus¹⁾.

Quae essentialia (ركن pl. اركان) si adsunt, appellatur contractus perfectus (صحيح), si desunt, vel vitio aliquo laborant, vitiosus (فساد). Contractus autem perfectus (صحيح), quod ad effectum attinet, dividitur in tales contractus, qui, ut verbo dicam, ad plenam maturitatem perveniunt (لازم), et eos qui, quamvis sint perfecti, et nullo jure infirmari possint, tamen aliqua de causa effectum destituuntur (غير لازم).

§ 2. DE SUBJECTIS CONTRACTUS.

Contraheutes²⁾ ambo, is qui dat (بائع), aequè ac is qui accipit (مشتري), quos brevitatis causa nominibus venditoris et emtoris designaturi sumus, in genere contrahere non possunt, quoties carent iis conditionibus (شرط), quas lex ad negotium perficiendum postulat. Neque tamen

¹⁾ Sanctio contractus invenitur Qor. 2: 276: احل الله البيع; quum traditiones adsint innumerabiles.

²⁾ Contraheutes in genere appellantur متعاقدان, in hoc speciali vero contractu بيعان vel متبايعان.

refert, utrum postea sive facultatem se obligandi nacti sint, sive res rata habeatur (اجاز), an non; nam facultas se obligandi (اهلية)¹⁾ adesse debet tempore, quo pactum initur, quod enim ab initio vitiosum est jure Mohammedano nullo modo convalere potest²⁾. Si exempli causa minor bona sua vendidit, in integrum restitutio ei conceditur, neque ei licet postea, quum sui juris factus est, rem ratam habere; sed si vult, aliam venditionem iisdem conditionibus (شرط) inire ei licet, et idem valet de eo qui bona aliena vendidit, quorum deinceps dominus factus est. Contra non interest emtoris, utrum venditor opinetur se dominum esse necne, quod de eo accidit, qui putans se de rebus alienis negotium aliquid inire, tamen sua disposuit, quum per hereditatem nescius ea ipse acquisisset.

Contraheutes autem his conditionibus (شرط) debent satisfacere:

1^o. Facultatem debent habere bona sua disponendi (اطلاق³⁾ التصرف). Qui ea facultate carent communi nomine interdictorum (حاجر interdicio) continentur.

In interdictione (حاجر) primo sunt minores (صبي); hoc

¹⁾ اهلية sensu facultatis se obligandi in Lexico desideratur. Cf. 'Inâja, III. p. 91, Hicni, f. 108: ويشترط اهلية البائع والمشتري; Hedâja, II. p. 27: وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال: لبطلان الاهلية بعد الموت

²⁾ Hed., II. p. 33: لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا

³⁾ صرف V. disponere, aequè ac n. a. Lexico addendum. Cf. Hicni, MS. n. 78, f. 107 v. f. 110 etc.; Sharb., I. p. 300; Abû Shodjà, p. 20, 21 etc.; Gloss. ad Edrisî; Jcti pass.

est qui nondum ad pubertatem (بلوغ) pervenerunt, quorum negotia irrita sunt, etiam tutore (ولي) auctore ¹⁾.

Secundo, qui non sunt mente sani (عقل), quales habentur furiosi (مجنون), fatui (سفيه) et prodigi (المبذر ماله).

Magna in ea re quaestio est de ebrio (سكران), quem Shâfi'us recte vendere contendit contra caeteros Imâmos et imprimis Mâlekum cum praecipuis, quos habuit, discipulis.

Tertio peculiari lege Moslemorum in interdictione est aegrotus (مريض), cujus mors imminet; sed tantum si plus quam tertiam partem bonorum erogaverit, sin secus administrationem servare eum lex jubet.

Quarto in interdictione sunt servi (عبد), quibus dominus liberam peculii administrationem (تجارة) non permisit:

Quinto qui bonis cessit (مفلس) propter aes alienum.

2^o. Non tamen satis est contrahentes bona sua disponere posse, necesse etiam est eos libero arbitrio (اختيار) ²⁾ negotium perfecisse. Excluditur autem liberum arbitrium: dolo (تعمد), (خيانة), quem causam esse rescindendi con-

¹⁾ Shar. al-Isl., p. 153: ولو اذن له الولي. Qui pubertatem nactus est بالغ vocatur; ولي praeter significationes in Lexico, denotat: tutorem et curatorem, quae qualitates apud Arabes eodem nomine designantur iisdemque fere regulis adstringuntur. Cf. Jcti ad h. l. Quoque desideratur ولاية sensu tutelae et curatelaе.

²⁾ Lexico addendum. Cf. Hicni, f. 108.

³⁾ Nom. a. V a عمد Lexico addendum. Cf. 'Abd al-Wâhid ed. Dozy, p. 136, Jcti pass. Discrimen inter تعمد et خيانة hoc est, quod prior dolum in genere significat, posterior vero calliditatem vel fallaciam. In gratiam eorum, qui jurisprudentiae operam non dederunt, adnotare volo, dolum in genere (تعمد) omnem actum vel negligentiam continere cujus

tractus extra omne dubium est, multaque de ea re exempla adsunt, praesertim in capite de vitiis redhibitoriis, ubi et legitur, rescindendam venditionem esse, si quis spe vendendae camelae aut ovis, eam haud mulsit, ea mente ut, magna vi lactis in uberibus remanente, in animum emtor inducat animal magnam lactis copiam quotidie dare solere; quam doli speciem ¹⁾ (تصديقة) appellant Arabes.

Quamquam proprie non hujus loci, tamen et hoc praetermittendum non est: dolum (تعمد) apud Arabes, sicut in Romano hodiernoque jure, non solum esse causam, qua vitiatur contractus, sed etiam ex eo nasci obligationem damni illati resarciendi, qua in re jure civili aequam vim habet nimia negligentia quae culpa ²⁾ (تفريط) appellari solet ³⁾. Culpam levem praestari non satis constat, nec facile eam quaestionem dirimi posse censeo, quia apud Arabes omnia judicia bonae fidei sunt, ubi judex semper non tam ex legis severitate, quam ex bono et aequo sententiam ferre debet, quam ob rem ea materies apud JCtos fere non tractatur, et, ut quaestio facti, judicis prudentiae relinqui videtur.

Metu (اكراه). Nullus est contractus, quoties unus con-

consequentias praevitit is, qui ea commisit, igitur omne continet quod de industria fit.

¹⁾ N. a II. a صدى ea significatione desideratur. Cf. i. a. Sharbînfus, I. p. 303.

²⁾ Lexico addendum. Cf. Abû Shodjâ', p. 22.

³⁾ Item dominus resarcire debet damnum illatum a servo vel animali suo. Abû Shodjâ', p. 38, 39: وعلى راكب الدابة ضمان على

ما تتلفه دابته

trahentium metu vel vi coactus (مكْرَه) contraxit, nisi si jure coactus fuerit.

Valet enim venditio, quam quis fecit lege vel auctoritate judicis coactus, ut creditori satisfacere; aut si partem agri certo pretio cedere cogitur expropriatione reipublicae commodi causa, e. c. quum viam per eum sterni jubet princeps vel praeses provinciae, aut ex lege Shiïtorum si pontifex maximus (امام الاصل) aream designat, ut dedicetur, quia templum (مسجد) in ea aedificandum est. Aequo jure tenetur infidelis (كافر) cujus servus ad Islâmum se convertit, tunc eum talem servum Mohammedano vendere lex jubet, quod tamen species expropriationis esse videtur. Item si princeps jubet praesidem provinciae, pecuniarum repetundarum conventum, vendere bona injuste acquisita, et reddere pretium vexatis provincialibus.

Error (غلط) irritum facit contractum, quoties error in substantia contractus vel rei versatur. Error in substantia exempli causa habetur, si quis ancillam emit, quam servum esse opinaretur, non tamen si capram pro capro emit, nam sexus discrimen in animalibus substantiam non afficit. Ea vero res in jure Mohammedano fere nunquam actionibus locum dare potest, quia Arabes, ope optionum (خييار) erroris periculum plus quam satis averterunt, ut infra apparebit.

3^o. Incognita jure Mohammedanorum distinctio est, quod ad jus attinet, inter cives et peregrinos. In perpauca tamen casibus distinguitur inter infideles (كافر) et Mohammedanos (مسلم); non enim licet infidelibus vendere Qoranum, quia hoc est ludibrio dare librum divinum, neque librum traditionum (حديث), quibus a nonnullis adduntur: omnes libri scientiae Islâmiticae, servi Mohammedani, et infantes infi-

delium in servitute nati, quia adhuc incertum est utrum sese ad Islâmum converturi sint necne. Sunt et loci ubi vetitum est infidelibus, fundos et praedia urbana emere, quae lex nuper in imperio Turcorum sublata est in gratiam Gallorum, sed tales institutiones magis singularum civitatum sunt, quam juris quod omnibus fidelibus commune est; ab intolerantia enim jus Mohammedanum qua tale longe abest¹⁾, saltem, comparatione facta conditionis, qua fruebantur olim Heterodoxi in civitatibus Christianis.

4^o. Venditori debet esse jus rem disponendi (ولاية²⁾), idemque valet de emtore quod ad pretium attinet. Constat enim in jure Mohammedano, venditorem non tantum debere rem tradere, sed et facere emtoris; igitur tantum valet venditio (بيع) ejus, cui disponere licet (ولى) rem, qui est vel dominus (مالك³⁾) vel procurator (وكيل), vel tutor (ولي), vel judex (حاكم) in cessione bonorum (فلس⁴⁾), vel pater pro filio in potestate. Qui non his qualitatibus vendidit فصدولى appellatur, et venditio ejus irrita est secundum

1) Cf. tamen de Goeje: Mémoire sur la conquête de la Syrie, p. 112—118.

2) Vocabulum ولاية n. a I a rad. ولى ea significatione caret in Lexico; sed luculenter apparet e multis Jctorum locis. Cf. Ibn Qâsim p. 90, Sharhîni, I. p. 291. Hed. II. p. 56. Shar. al-Isl. p. 152. Distinctio inter ولاية et تصرف haec est, ut hoc (تصرف) significat dispositionem in genere, illud (ولاية) vero dispositionem ab eo, cui disponendi jus est, modo juridico h. e. negotio aliquo.

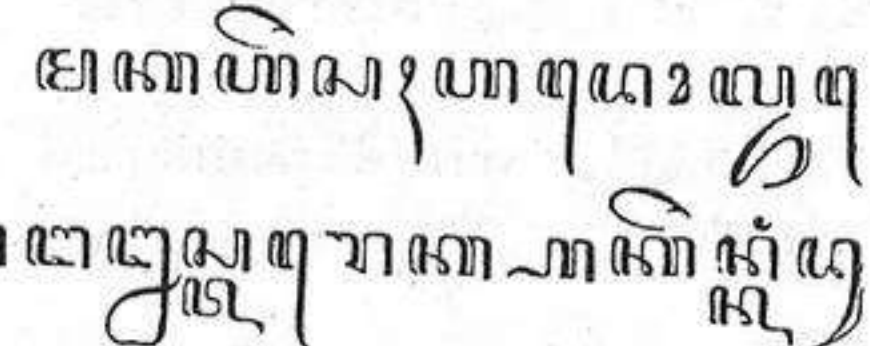

3) Dominium appellatur ملك, sive رقبة, quod Lexico addendum. Cf. 'Inâja III. p. 105. Gloss. ad Belâdsorîum. Invenitur etiam ملك الرقبة 'In. III. p. 88.

4) De cessione bonorum apud Arabes cf. Shar. al-Isl. p. 189 sqq.

Shâfi'ium, quia nullo jure rebus alienis se immiscuit. Apud Shâfi'itos Javanos non omnino illicita videtur talis venditio; quoties enim quis bona aliena vendiderit, valet negotium, si dominus rem ratam habuerit¹⁾.

Quia venditio rei alienae nulla est, evictionem praestari Arabibus tam naturale visum est, ut eam rem non nisi leviter tetigerint; et recte, nam proprie evictionis praestationi tantum locus esse potest, ubi rata est venditio rei alienae sicut in jure Romano, sed ubi talis venditio prorsus irrita est, sicut apud Arabes et apud nos, revindicata re, emtor pretium, quod tum sine causa solutum esse apparet, conditione repetere potest.

Secta (مذهب) Hanîfitorum tamen contendit venditionem rei alienae, invito vel ignorante domino, esse contractum perfectum, quamquam dominus optionem (خيار) habet, utrum velit confirmare negotium necne. Argumento adducunt doctores idem quod et in jure Romano adhibetur ad eam rem probandam. Nihil enim referre domini ajunt, utrum contractus valeat necne, quippe qui, si velit, eum dissolvere possit, magnum contra commodum in ea re esse tam contrahentibus, quam civitati. Mâlekîti medium tenent, irritam putantes venditionem, nisi sit de re parentum venditoris, sed dominus omnino non nisi intra annum actione

¹⁾ Annot. ad Kitab Tûhpah p. 184:  quod affirmatur veteris juris praeceptum  esse; fortasse hic habemus vestigium ritus Hanîfitorum, qui certe primus Archipelagum invasit, postea vero a Shâfi'itis expulsus.

rescissoria uti potest, ne rerum dominium in incerto remaneat.

Quodsi de jure constituendo ageretur, utraque sententia idoneis argumentis defendi possit; in jure autem Mohammedano, quale nunc constitutum habemus, mihi videtur sententia Shâfi'îi praeferenda, quia exstat traditio, prophetam dixisse: nulla cessio rei quae tibi non est, neque manumissio neque venditio, neque votum¹⁾. Quae traditio eo majorem vim habet, quia celeberrimus traditionarius Tarmîdsîus eam affirmat hujus generis esse quod حسن appellatur.

Qui vero a fisco quid emit, statim securus fit, quamvis postea sciat fiscum non verum dominum fuisse; quae regula, rei publicae commodi causa introducta, in Oriente maximi momenti est, ubi vectigalia pleraque in natura exiguntur, veluti si scriptura (زكوة)²⁾ fit, aliarumve rerum pars vectigalis nomine fisco tribuitur³⁾.

Exstat aliquod discrimen inter rei alienae venditionem sensu proprio permutationemque, et caeteros contractus »do ut des» ubi de re aliena agitur; si tu exempli causa locasti domum alienam, duae sunt de ea re sententiae, sed

¹⁾ Hiçni f. 110: لا طلاق إلا فيما يملك ولا عتق ولا بيع ولا وفاء بنذر

²⁾ زكوة i. a. etiam sensum scripturae habet, qui sensus in Lexico desideratur, sed apparet ex Sh. al-Isl. p. 153: ما يأخذها السلطان من الانعام باسم الزكوة

³⁾ Sh. al-Isl. ibid.: يجب اعادته ولا يجوز ابتياعه وقبول هبته ولا يوجب اربابه وان عرف بعينه

ea potior videtur, quae ipsius Shâfi'î est, quaeque contractum valere facit, quia locatio tantum ad tempus fit, neque dominum re sua perpetuo carere facit; neque huic sententiae obstat traditio supra laudata, nam in ea de locatione conductione ne verbum quidem fit. Idem dicendum est de alius ancilla (أمة) quam tu concubinam (أم ولد) sum-
sisti ¹⁾ (استولد), vel de servo quem statuliberum ²⁾ (مكاتب) fecisti, vel de area quam tu dedicasti (وقف) non permittente domino; quae omnia valere videntur in favorem morum, libertatis aut religionis.

5°. Contrahentibus esse debet facultas tradendorum (المعقود عليه) objectorum contractus (قدرة التسليم) agitur ut dominium transeat, quod nudo pacto transferri nequit. Cujus regulae magnum est momentum, nam commodum et periculum rei venditae ante traditionem ad venditorem pertinent ³⁾.

Eam regulam vim obtinere in toto jure facile intelligitur; unam tamen consequentiam jam hîc notare volo:

¹⁾ Concubina (أم ولد) apud Arabes ea ancilla appellatur cujus partus a domino agnoscitur. Non amplius licet eam vendere, et mortuo domino, libertatem nanciscitur. Praesumptio juris est etiam sequentes liberos domini filios filiasve esse, quos tamen expressis verbis suos non esse declarare potest. Talem concubinam sumere appellatur استولد, quae significatio in lexicis desideratur. Cf. Jcti hoc capite.

²⁾ Statuliberorum duae species sunt: 1°. مكاتب h. e. qui, ex lucro quod sibi comparavit permissu domini, a servitute se redimere potest. 2°. مدبر h. e. qui a domino testamento libertate donatus est, ita ut statim post mortuum dominum liber fiat, quam testamenti clausulam revocare non licet.

³⁾ Hiçn. f. 114 v.: المبيع في ضمان البائع قبل القبض.

venditionem ipso jure (فهرًا)¹⁾ dissolvi, quoties objectum sive casu sive factu venditoris interiit.

Sed redeamus ad facultatem tradendi, quae bipartita est, distinguitur enim inter facultatem physicam (حسّی)²⁾ et facultatem legalem (شرعی).

Facultas physica abest in omnibus rebus, quae ipsa natura hominum potestati exemptae sunt, sicut sol, luna, mare, nubes cet.; porro in iis rebus, quae quamquam natura dominio aptae, tamen aliqua de causa non in arbitrio nostro sunt, sicut avis in aëre, piscis in mari cet., quarum rerum venditio ad illam classem quae بیع الغرر appellatur pertinet, uti fusius explicabitur ubi de objectis contractus disseretur.

De facultate legali hoc tantum admonendum habeo, eam abesse quando res ob legis sanctionem tradi nequit, quod usu venit in rebus publicis, vel rebus sacris et religiosis. Neque licet vendere partem rei individuae, nisi pro indiviso³⁾, nam si pro diviso venditur, traditio sine divisione fieri nequit, quod nefas, quia qui dividit corrumpit, quod propheta expressis verbis vetuit. De rebus mobilibus igitur tantum res fungibiles pro diviso vendi possunt.

Sed sunt et alia impedimenta legalia; res enim pignori datas (مـرهـون) non nisi consentiente creditore (مـرتـهـن)⁴⁾

1) In Lexico desideratur. Cf. Ibn Qâsim, p. 91.

2) In Lexico non invenitur. Cf. Hiçnius, f. 110.

3) جزءا مشاعا pp. a rad. شاع med. J. IV Lexico addendum. Cf. Hiçnius f. 110 v. Shar. al-Isl. p. 172, 173 Jcti pass. Bochârî, II. p. 37.

4) Hiçni f. 110 v.: أما المانع الشرعی فكبيع الشیء المرهون بغير إذن الراهن إذا كان المرهون مقبوضا لانه ممنوع من تسليمه شرعا ان ليو جاز ذلك لبطلت فائدة الرهن و

vendere licet, ne inutile foret pignus. Quae omnia statuta non tantum de venditore intelligenda sunt, sed et ad emptorem pertinent quoad pretium, neque ad venditionem propriam restringenda, sed in omnes contractus »do ut des» (بيع) vim habent.

§ 3. DE FORMA CONTRACTUS (صيغة).

Omnes contractus »do ut des» (بيع) solo consensu perficiuntur; quum tantum in Salamo instrumento (ذمة¹) uti lex jubeat. In caeteris contractibus praeter hunc in unum placitum consensum, nulla causa civilis obligandi requiritur; solent tamen Arabes, ut distinguatur, quo temporis momento venditio absoluta sit, manuum complosione (صفقة) consensum significare, unde hoc vocabulum etiam pro ipso contractu usurpatur. Tempore paganismi (جاهلية) vero et alii actus symbolici in usu erant, quos tamen propheta vetuit; qui actus comparari possunt cum mancipatione Romanorum, vel cum eo modo quo antiqui Hebraei negotia peragere solebant, nempe, calceo sibi exemto, atque dato alteri contrahentium²).

أقول, manifeste emendandum est in مودتهن; nam creditorem pignus vendere non posse, jam ex eo apparet quod dominus non est. Sin secus etiam adjecta causa: »pignoris utilitatem perituum» sensu caret, quomodo enim magis uti posset *creditor* pignore, quam vendendo.

¹) ذمة instrumentum significare apparet, quamquam Lexicon hunc sensum non dat. Cf. Abû Shodjâ^c p. 19, 24 etc. Comm. ad h. l. Shar. al-Isl. p. 177. Jcti pass.

²) Cf. Rûth IV: 7. Michaëlis: Mos. R. II. p. 90 seq. Actus symbolicos ample tractaturi sumus in capite de contractu vitioso.

Venditor (بائع), qui primus voluntatem rei offerendae expressit (ايجاب), aequae ac emtor, qui congruit ei (قبول), tantum uti possunt aoristo perfecto (الماضي); Arabum enim Jcti latius disseruerunt quibus modis oblatio (ايجاب) cum acceptatione (قبول) exprimi possit. Sunt qui contendunt imperativo vel forma interrogativa uti prorsus nefas esse; alii tamen, et recte, in ea re lenius agunt, arguuntque venditionem etiam indirectis verbis concludi posse, quum in genere non opus sit forma speciali ad voluntatem suam manifestandam, et magis contemplandum esse quid contra-hentes voluerint, quam quibus verbis usi sint. Imo non semper opus est verbis vendo (بعث) et emo (اشترى), nam quoque tacitus consensus valet, aequae ac venditiones, quae signis vel traditione reciproca (تعاطى)¹⁾ tantum perficiuntur, qua in re tamen magna dissensio est. Shâfi'itorum doctores plerique contendunt hoc tantum licere in rebus parvi pretii, quum Mâlekus id extendit ad omnes res, quas consuetudo (عادة) est tali modo vendere, fretus sententia Chalîfae 'Omaris, in quam multi quoque doctores Shâfi'itorum inclinaverunt, inter quos etiam Nawawîus commemoratur, quum apud Hanîfitos omnino ita vendere liceat. Talis tamen venditio apud Shiîtos nefas, nisi contrahentes nullo alio modo consensum manifestare potuerint²⁾. Consensum dari posse per nuntium (رسول) aut per epistolam nulla dubitatio est,

¹⁾ N. a. VI a rad. عطي Lexico addendum. Cf. Baillie: Law of sale, Lond. 1850. p. 15. Hed. II. p. 1.

²⁾ Sh. al-Isl. p. 153: ولا يكفى التقابض من غير لفظ وان حصل من الامرات ما يدل على ارادة البيع سواء كان في الحقيقير او الخطير ويقوم مقام اللفظ الاشارة مع العذر

sed oblatio (ايجاب) sic facta retrahi potest, quamdiu acceptatio (قبول) nondum ad venditorem pervenerit, nam ante expressum consensum nullum juris vinculum inter contrahentes est.

Emtori jus est accipere vel recusare (خيار القبول), quod tamen jus certo tempore definitum est; non enim licet longius differre sententiam, quam ad finem consessus (ماجلس) h. e. quamdiu contrahentes ambo adsunt in loco ubi negotium peragitur; qui consessus ei, cui per epistolam vel per nuntium oblatio facta sit, durat usque ad tempus, quo locum deseruit, ubi litterae ad eum pervenerunt. Neque licet inter oblationem et acceptationem intercedere longum temporis spatium vel sermonem ad rem non pertinentem¹⁾; nam Nawawius dixit talibus modis consilia mutari, meliusque esse venditionem uno tenore concludi.

Quod ad conditiones (شرط) attinet, sub quibus consensum dari licet, universe notandum est excludi eas conditiones (شرط), quae legibus vel moribus contrariae sunt, quae si factae sint, infirmant totum contractum, aequae ac eae, quae sine ulla utilitate dominio emtoris impedimenta sunt.

Oblatione cum acceptatione facta, incumbit venditori rem emtam tradere (II سلم), quae traditio apud Arabes bipartita est. Distinguitur enim inter factum venditoris (تسليم) et factum emtoris (قبض). Quoties in sequentibus usuri sumus vocabulo »traditio», semper intelligitur factum emtoris quod قبض appellatur, nam omnia jura quae apud

¹⁾ Sharb. I. p. 293: كلام اجنبى عن العقد. Quo generali sensu: ad certam rem non pertinens, vocabulum اجنبى in Lexico desideratur.

nos traditionem sequuntur, apud Arabes tantum nascuntur quo tempore emtor rem sub custodia sua acceperit, non quo tempore venditor eam cesserit.

Ea jura sunt:

1^o. Res tantum traditione (قبض) in bonis emtoris fit.

2^o. Commodum et periculum rei ab eo temporis momento ad eum pertinent, nam res perit domino ¹⁾.

3^o. Domino tantum licet disponere (تصرف) rem, igitur ante traditionem rem emtam vendi nefas ²⁾, quod jam vetuit propheta ne hominum negotia in incerto essent, neve commodum et periculum ejusdem rei in solidum essent apud plures, nempe apud venditorem et apud emtorem, qui rem de novo vendidit, quippe quorum neuter jam tradidisset ³⁾. Licet tamen emtori ante traditionem nonnullos actus juridicos de re inire, qui plerumque morum vel humanitatis causa regulae exempti sunt; sic non solum licet servum facere statuliberum, sed etiam licet eum manumittere (عتق); quum ancillam tam concubinam (ام ولد) facere liceat, quam eam uxorem ducere, vel alii elocare (تنزويج). De dedicatione (وقف) dubitatur; sunt qui in favorem religionis benignam juris interpretationem praeferant; sed vicisse videtur sententia JCTi Motawallii, qui contendit dedicationem, quoties in ea opus sit traditione, venditioni aequiparari, et tunc non licere. Sin secus, sequitur manumissionem eodemque jure fruitur.

¹⁾ Sharb. I. p. 301: المبيع حينئذ في ضمانه.

²⁾ Abû Shodjâ', p. 19: ولا يبيع ما ابتاع قبل قبضه.

³⁾ Meliorem tamen JCTus hujus rei rationem reddere posset; non enim licet vendere bona aliena, et res nondum tradita adhuc venditoris est.



Sicut venditori incumbit rem facere emtoris, ita hic pretium (ثمن) solvere debet, quae solutio, nisi contrahentes aliter stipulati sint, praesens (حالا, نقدا) fit; quod tamen non eam vim habet, ut emtor cum sacco adesse debeat; in ea re enim aliquid indulgendum, et etiam pro praesente pecunia habetur, si intra tres dies post contractum solutio fit.

In favorem venditoris Jcti Mohammedani ei dederunt jus retentionis, cui tamen non locus est in permutatione (مقايضة) neque in re nummularia (صرف), ubi opus est ut ambo eodem temporis momento tradant, quia aeque jure ambae res tenentur, qua in re tamen non omnes sectae consentiunt, quum Abû Hanîfae Mâlekique discipuli severiores sint in his regulis observandis quam Shâfi'iti.

Item jus retentionis amittitur quando contrahentes stipulati sint solutionem in diem (اجل) qui dies certus esse debet, nam omne incertum (غور) negotium infirmare potest. Qua in re et hoc bene tenendum est, diem apud Arabes aliter venire quam apud nos, qui totum diem in arbitrio solventis esse agnoscimus; quum illi debitorem in mora esse putant, incipiente die quem stipulati sunt contrahentes, quae mora ex re fit, nam interpellatione eorum jure non opus est¹⁾.

Si solutio pro parte in diem, pro parte praesens fieri debet, venditori jus retentionis est tantum pro ea parte pecu-

¹⁾ Distinctio juris Romani inter conditionem (شرط) et diem (اجل) non inest juri Mohammedano, in ambobus enim dies neque cedit neque venit ante statutum tempus; quum dies non solum in favorem debitoris sit, sed in utriusque gratiam factum esse intelligitur. Cf. Sharb. I. p. 321:

ولا يجوز فعله على شرط كقوله اذا جاء رأس الشهر

niae quae praesens solvenda est, neque cogi potest rem tradere antequam ea pars tota praestita sit; quin etiam si emtor arrham (عربون: ἀρρῶνα) aut pignus pro pretii solutione dare paratus est, ne sic quidem venditor jus retentionis amittit, quum contra emtor pretium dari cogi nequeat, nisi parato venditore ad rem exhibendam.

Restat, ut aliquid dicamus de modis quibus traditio fit jure Moslemorum, magnum enim est discrimen inter traditionem rei immobilis (عقار) ¹⁾ et mobilis (منقول) ¹⁾.

Rerum immobilium (عقار) traditio fit inductione in possessionem (تأخيلية) ²⁾: quae plerumque symbolica est, sicut clavium traditio domus aut horrei; aut amotio supellectilis merciumve venditoris ex domo (تفريغ) ³⁾.

Traditio rerum mobilium (منقول) fit transportatione (نقل) in locum designatum, vel traditione de manu in manum (تناول), quoties agitur de rebus huic rei idoneis, vel metiendo aut ponderando, si res fungibiles nondum determinatae sunt (دين).

Navium traditio his sequentibus regulis fit. Omnes naves rebus mobilibus adnumerantur, sed tamen tantum naves parvae transportatione traduntur, quae sola non sufficit nisi praevia evacuatione.

Naves magnae traditionem rerum immobilium sequuntur;

¹⁾ Significationes Lexico addendae. Cf. Harîrî I. p. 32. Sharb. I. p. 295. Hiçniûs f. 112.

²⁾ N. a. II. a. خلا, quo sensu non invenitur in Lexico. Cf. Hiçn. f. 116. Gloss. ad Belâdsorî.

³⁾ Sharb. I. p. 296: بالتأخيلية للمشتري بان يمكنه منه البائع ويسلمه المفتاح وتفريغه من متاع غير المشتري نظراً للعرف في ذلك

non enim in iis opus est transportatione propter magnam difficultatem, sed sufficit eas evacuari cum inductione in possessionem emtoris.

Si emtor jam in possessione rei fuit, sive pignoris (رهين), sive depositi (وديعة), sive alio nomine, et postea eam rem emit, traditio brevi manu fit, et tunc possessor alieno nomine, ab eo inde tempore quo contractus perfectus sit, possessorem suo nomine fieri intelligitur¹⁾.

Quamquam jure Mohammedano constat, omnia negotia per procuratorem perfici et etiam sic possessionem acquiri posse, non agnoscitur constitutum possessorium. Si enim emtori res emta non traditur, sed penes venditorem remanet, hoc non pro traditione possessionis valet, nam possessio apud eos tantum facti est, et praeter animum possidendi semper corpus postulant. Corpus vero adesse contendunt, quoties emtor aliquomodo re fruitur, etiamsi non tactu rem sub custodiam redegerit; sic pro traditione accipiendum est, si emtor servi rogat venditorem eum ad opus designatum adhibere. Itidem traditioni aequiparantur omnes actus, quos dominus tantum jus habet perficere, si exempli causa rem, quae penes venditorem est, corrumpit (فسات) vel perire fecit (اتلف) emtor.

Impensae traditionis, quae plerumque in mercede mensorum cet. consistunt, venditoris sunt, nisi aliter convenerit, vel, secundum Mâlekîtos, etiam si consuetudo contrarium postulet; quum de pretio idem valere, quod ad emtorem attinet, palam sit. Celeberrimus Ibn Jûnos contendit, si

¹⁾ Sharb. I. p. 296: ولو كان المبيع تحت يد المشتري أمانة أو مضمونا صار مقبوضا بنفس العقد

venditio dissolvitur consensu communi, omnes impensas ei esse solvendas, cujus in favorem dissolutio fiat; quod si distinguere nequeat, ambos suas impensas ferre debere.

§ 4. DE OBJECTIS CONTRACTUS (المعقود عليه).

Res (شيء) in genere est omne quod existit, sensu tamen juridico eae tantum res sunt bona (مال), quae objecta negotiorum juridicorum fieri possunt. Rerum divisiones magni momenti sunt in contractibus »do ut des», quorum enim de objectis imprimis pendet, utrum valeant necne. Praecipuae autem rerum divisiones hae sunt.

Res sensu juridico (مال) primo sunt bipartitae: res fungibiles (مال مثلي)¹⁾ h. e. quae pondere, numero mensurare constant, quaeque rebus ejusdem generis compensantur; et: res non fungibiles (مال قيمي)²⁾, ubi non tam genus quam species vel etiam individuum spectatur, quae si perierunt, non aliis rebus ejusdem generis compensari possunt, sed quarum pretium (قيمة) tum solvendum est.

Rerum fungibilium jure Moslemorum species sunt res, in quibus locus est usurae (ربا unde ربوي مال), cujus Mohammedanis Jctis ingens cura fuit ne introduceretur negotiis; quae et in hoc opusculo postea fusius explicabitur, quippe quum tanquam species contractuum »do ut des» et mutuum (قرض) habeatur.

¹⁾ In Lexico desideratur. Cf. Keyzer, Handb. etc. p. 130 in ann.; Baillie: Law of sale, p. XLII.

²⁾ Idem.

Alia divisio rerum (مال) est in res determinatas (عين) et res non determinatas (دين).

Res determinatae (عين) sunt: 1^o. omnes res non fungibiles (مال قيده); 2^o. res fungibiles (مال مثلي) quando portio determinata earum a genere separata sit, et constat eam ipsam objectum contractus esse.

Quodsi non accidit, dicuntur tantum in obligatione (دين) esse, propterea quod emtor non ex emto ab adversario rem designatam postulare potest, sed tantum venditor juris vinculo adstrictus est portionem definitam cujuslibet rei certae speciei dare; objectum igitur contractus tunc nihil aliud est quam obligatio venditoris.

Verborum عين et دين tamen et aliae significationes juridicae adnotandae sunt; nempe عين et substantiam rei denotat¹⁾, quum et usurpetur pro specimine, e qua res absens cognosci potest, si res fungibilis est. Vocabulo دين plerumque debitum designatur, de qua re admonendum est, fas esse dare rem (عين) ut pro ea alter debitor fiat rei nondum determinatae, sed non licere permutationem duarum talium obligationum (دين), quam ob causam venditio rerum incorporalium quam maxime impediri credo jure Moslemorum.

Sequens divisio est in res principales et accessorias (تبع), quarum etiam duae species distinguuntur:

1^o. Eae res accessoriae (تبع), quae pars necessaria rei principalis sunt, sine quibus ipsa res consistere nequit, quas Arabes jura (حقوق pl. حق) appellaverunt quasi in quas emtor certum jus habet.

¹⁾ Cf. Sharb. I. p. 301: العيب تنقص به العين.

2º. Eae res quae, quamquam non partes essentielles rei principalis, tamen jus ejus sequuntur (مرافق pl. مرافق). Ad utram speciem aliquid unoquoque casu pertineat, certis regulis definiri non potest, et plerumque quaestio facti erit. **Distinctio** tamen utriusque speciei magni momenti est, quia emtor, ipso jure, cum re emit accessiones necessarias (حقوق), sed si et alias (مرافق) habere vult, expressa stipulatione opus est. Si quis exempli causa emit aedificium ipso jure ea emtione includuntur fundamenta cum omnibus fixis. Cubiculo (بيت) emto, tantum unum conclave intelligitur; neque habitationis (منزل) nomine includitur structura quae supra vel infra facta est, nisi adjecta stipulatione cum omni causa¹). Si quis vero domum (دار) stipulatus est, ipso jure insunt omnia aedificia et horti, quae communi muro includuntur. In agro arbores complectuntur, quippe quae cum eo conjunctae sint, sicut fundamenta et superstructura cum aedibus; non tamen eodem jure seges tenetur, quia non ad perpetuum usum in agro est; quod et valet de fructibus pendentibus in arbore vendita, quia fructus non pars essentialis arboris appellari possunt; neque ejus causam sequuntur nisi expressa stipulatione adjecta; quod dicto prophetae nititur. Herbae, quarum radices in solo sunt, solo cedunt, aequae ac arbores, quia ab eo non nisi magna molestia separari possunt.

Nunc pervenimus ad praecipuam rerum divisionem a qua pendet utrum eas vendere liceat nec ne; nempe ad divisionem in res, quae in commercio sunt (مال), quaeque non.

Extra hominum commercium sunt:

1º. Res quae prorsus possideri nequeunt, quia aut ipsa

²) Hed. II. p. 53: مع الحقوق والمرافق.

natura possessioni impedimento est, aut lex. Ipsa natura in bonis alicujus fieri non possunt res, quae vel totae vel omnino occupari non possunt, sicut aër, nubes, sol, mare, bestiae, cet.; quarum rerum tamen si quis partem occupaverit (حيازة n. a. حياز) ea pars in dominio ejus fit¹⁾. Quod imprimis valet de rebus, quae lege communes factae sunt, sicut pabulum in pascuo publico vel in deserto, quod perperam a nonnullis extenditur ad omne genus pascuorum, nam verba traditionis prophetae tantum desertum spectare, facile intelligitur. Sunt etiam qui extra commercium esse putant domus Mekkanas (بيوت مَكَّة), opinantes omnes fideles in eas certum jus habere, quae tamen sententia non obtinuit. Multo majoris momenti sunt species rerum, quae usui publico destinatae, et earum, quae dedicatae sunt (وقف), quas ambas lex ex occupatione exemit, quarumque ne partem quidem occupare privatis licet.

2^o. Res impurae (ناجس); interest enim jure Moham-medano utrum res pura (طاهر) sit nec ne. Res autem impurae (ناجس) bipartitae; sunt enim quarum ipsa natura (عين) impura est, quarum rerum commercium prorsus est interdictum, sic ut excrementa, cadavera, sues et vinum. Secunda species complectitur eas res, quae aliquo modo purgari (طهر) possunt, e. c. lotura rite perfecta, quia earum impuritas tantum accidentalis est, neque ex ipsa substantia (عين) provenit. Quae tamen sit regula, utrum res pura sit nec ne, vel ad utram speciem impuritatis pertineat, non constat; ac videtur mihi hoc totum niti traditionibus prophetae, e quibus jus singularum rerum

¹⁾ ما يشترك المسلمون فيه قبل حيازته: Sh. al-Isl. p. 154.

hauriendum est. Quaestio est inter JCtos utrum oleum et adeps si impura facta sunt (تنجيس), purgari possint nec ne, quae quaestio orta est ex traditione, prophetam dixisse: murem mortuum in adipe cum eo esse dejiciendum si liquefactus esset adeps, sin secus, cum parte quae circa eum esset, evellendum, qua de re, incredibile dictu, multos libros JCti conscripserunt. Nobis tamen videtur ea sententia praevalluisse, secundum quam eae res purgari non possunt¹⁾; licet tamen, ut ait Nawawîus, quia carere iis non possumus, nonnullorum negotiorum objecta eas facere.



3^o. Res inutiles (غير منفعة), quia, si rebus utilibus permutantur, bona pereunt rebus vanis, quod jure Mohammedano nefas, quia interest reipublicae divitias semper accrescere; quae tamen requiritur utilitas, debet esse utilitas (منفعة) legalis. Quam autem utilitatem Arabes legalem esse intellexerint ex sequentibus apparebit. Utilitate enim carent cimices, scorpiones, formicae, serpentes et universe omnes ferae, quae edi non possunt, sicut lupi et elephantes, quos tamen Shiîti recte utiles esse contendunt. Sunt quidem nonnulla ex his animalibus quae quemdam usum habent, reges enim ea, magno pretio emta, in hortis alunt, et in bello elephantes adhiberi solent, quod tamen utilitas legalis non est. Idem valet de corvis, quos si quis dicat nulli rei idoneos esse, non spectare oportet usum pennarum, quae per se recte venduntur. Secunda species rerum, quae utilitate carent, amplectitur libros infidelium vel philosophorum vel praestigiatorum vel mathematicorum, nam versutissimus prophetarum flagravit odio in istam superstitionem, cui Matheseos nomen est.

¹⁾ Hiçni, f. 109: فهل يمكن تطهيرها فيه وجهان أصحهما لا
4*

His libris aequiparantur res, quibus luditur, sicut aleae et instrumenta musica, quia a veri Dei cultu avertunt animos hominum; eodemque jure teneri etiam idola Christianorum paganorumque, vix opus est ut dicam.

Si agitur de rebus, quae usum bipartitum habent, quorum unus Qorano vel aliqua traditione vetitus, alter tamen justus est, haec regula valet: venditio infirmari potest, quoties actor probat usum prohibitum spectatum esse; presumptio juris vero est, usum justum contrahentes sibi proposuisse.

Cujus rei exempla plurima dantur apud JCtos, quorum hoc tantum adducere volumus. Ancilla cantatrice vendita, probari debet, venditionem cantus causa initam esse, ut infirmari possit, quod plerumque fieri non potest, nisi si contrahentes expressa stipulatione usi sint: eam cantatricem esse; neque venditori redhiberi potest talis ancilla si musices ignara sit, quo tamen excepto, valet contractus. Eadem distinctio observanda est in instrumentis musicis auro argentove ornatis, quae tantum vendere licet pro pretio auri argente; et in gallis gallinaceis et arietibus, quorum animalium venditio nefas est, quoties eo animo fit, ut in pugnis adhibeantur, nam et ea species ludorum piis Musulmanis interdicta sunt.

4^o. Extra commercium sunt: homo liber (حرّ), statu-
liber (مكاتب et مدبر), concubina (امّ ولد), quae tamen secundum Shiitos in commercio fit post mortuum filium¹⁾, quia propheta dixit: filius eam liberam fecit²⁾; quae tamen

1) Sh. al-Isl. p. 155: ما لم يمت ولدها.

2) Hed. II. p. 27: أعتقها ولدها.

traditio melius ab Orthodoxis intelligitur, opinantibus eam potius significare: partus eam liberam fecit.

Controversia est inter scholas de lacte mulieris, quod Shâfi'ius contendit in commercio esse et recte vendi, dummodo in vase sit; nam lac in mammis objectum contractus fieri non potest, quia de quantitate non constat (غَرَر); sin secus nullum impedimentum invenitur, quia si quid aliud purum est. Abû Hanîfa contra sententiam tulit, omnino extra commercium esse, quum sit pars hominis; sed discipulus Abû Jôsofus distinctionem admittit inter lac feminae liberae et lac servae, et apud Mâlekîtos res numquam in controversiam vocata videtur. Lepide quoque extra commercium esse dixit propheta crines hominum, qui etiam ut pars humani corporis jus ejus sequuntur; quae prohibitio extenditur ad usum crinium, quia rogatu prophetae Deus maledixit comtricibus (وأصله) et mulieribus, quae aliena coma utuntur (مستوصلة). Quod mirum in modum congruit cum edicto hodierni praefecti religioni Christianae, qui nuper de eadem re ejusdem argumenti sententiam tulit.

Jam vidimus quid ante omnia requiratur, ut res in genere objectum contractus fieri possit. Nunc nobis incumbit explorare alia requisita, quae quamvis secundaria, tamen negligi non possunt, quia et ab iis pendet utrum permiserit lex rem (متمم) permutari aequivalente (ثمن) nec ne. Primo necesse est rem (متمم) definiri ac nosci, ne quis bona sua det, ita ut nihil aut rem (ثمن) multo minoris valoris recipiat. Nititur hoc omne traditione, ex auctoritate Moslimi, quod Arabes exprimunt his verbis: nefas est vendere rem incerti eventus, aut quae non est in arbitrio nostro ¹⁾; quia omne incertum (غَرَر) impedimento est nego-

¹⁾ Abû Shodja', p. 19: ولا يصح بيع الغرر. Hiçnî, f. 113: الغرر

tiis. Ridiculum foret postulare rei notitiam ab omni parte perfectam, quod et Arabes intellexerunt; sed sufficit rem notam esse substantia (عين) quantitate (قدر) et qualitate (صفة). Icti tamen huic rei multam operam dederunt, et tam subtilem disquisitionem singulorum casuum instituerunt, ut non nisi difficile in eo labyrintho filum inveniatur.

Imprimis inter res non bene notas, et quarum eventus incertus est, nominantur res absentes (غائب), quas neuter contrahentium vidit; quae igitur vendi non possunt, nisi res sint, quae pondere, numero mensurave constant, neque plerumque mutationem patiuntur brevi temporis intervallo, quae res, vel descriptione (وصف), vel inspecto specimine (عين) et memorata quantitate (قدر), recte venduntur. Quodsi tamen controversia orta sit, neque testibus probari potest, utrum res mutationem passa sit nec ne, praesumptio contra venditorem est, et iudex emptori iusjurandum (يمين) suppletorium deferre debet. Constat enim in jure Moslemorum, si actor impar est oneri probandi, reum non absolvi, nisi si iurisjurandi religione animum iudicis in favorem suum confirmaverit.

Est etiam contractus »do ut des», salam (سلف sive سلام) appellatus, ubi licet vendere rem nondum exstantem, cautione tamen adhibita; sed ea res explicabitur suo capite.

Naturam rei notam esse debere, hoc est per se tam manifestum, ut vix opus sit ejus notitiae mentionem separatim facere; sed plura dicenda sunt de notitia quantitatis (قدر).

ما انطوى عنا عاقبته. Ea tamen significatio, quam Hicinius vocabulo غور tribuit, speciali tantum sensu valet, nam omne incertum in negotiis eo nomine designatur.

Quantitas duplex est, absoluta et relativa. Absoluta quantitas est, quoties dicitur exempli gratia: vendo tibi tot modios frumenti, unumquemque modium tot nummis; relativa si dicitur: vendo tibi hujus cumuli frumenti unumquemque modium tot nummis. Abû Hanîfa sententiam tulit nefas esse hoc modo vendere, quia justa quantitas ignoratur; discipuli¹⁾ vero recte ajunt quantitatem relativam satis certam esse, quippe quam in arbitrio utriusque contrahentium sit, absolutam facere. Quae et sententia Mâleki et Shâfi'ii est.

Si res praesens (مشاهد) est, etiam vendere licet per aversionem (جزاف s. خرص) secundum omnes sectas orthodoxas, sed tantum ea lege, ut quantitas magna sit, neque unus contrahentium justae quantitatis notitiam habeat, porro ut ambo tales sint, qui conjectura rerum quantitatem aestimare possint, et, ut agatur de rebus fungibilibus, in quibus, sicut in tritico, aliquot granorum plus vel minus in pretium acervi nullam vim habent. Hanc ob causam nefas est per aversionem vendere aves circumvolitantes in aviario, quippe quarum frequens motio certum numerum definire non sinit; eo enim casu ne approximative quidem numerus aestimari potest, quum omnino abesse non licet aestimatio. Eodem modo per aversionem vendi non possunt servi viles vel gemmae; nam, quamvis is, qui magnum numerum servorum vel gemmarum emit, plerumque non singula individua intendat, attamen suum sibi pretium unusquisque habet. Quodsi accidat, ut unus contrahentium verae mensurae notitiam obtinuerit antequam per aversionem emit

¹⁾ Mohâmmad cum Abû Jêsofo.

venditve, eoque modo alter circumventus sit, tunc rogatu circumventi contractus auctoritate judicis rescinditur.

Jure Mohammedano quantitas omnibus modis definiri potest, non enim opus est uti mensuris probatis (عیار probatio)¹⁾; sufficit et scutella, quae tamen regula haud valet in salam ubi non nisi mensuris justis uti licet²⁾.

¹⁾ عیار probatio publica aequae ac عار II. probare mensuram, Lexico addenda. Cf. *Hicnî*, f. 113. Ejusdem radicis est notandum: معیار modus quo quid venditur e. c. mensura (ذرع کیل et de longitudine: ذرع), numero (عد), ponderove (وزن). Cf. *Hicnî*, f. 116. Chal. ibn Ish. ed. Par. 1855. p. 127. Gloss. ad Belâdsorî. Ibn Qâsim p. 94: کيلا في

مكيل ووزنا في موزون وعدا في معدود وذرعا في مذروع

²⁾ Mensuris quibus Arabes plerumque utuntur, sunt, si de aridis agitur: cameli onus (وسق) quod aequiparatur 60 صاع, qui rursus in 4 modios (مد) dividitur, quorum singuli tantum continere dicuntur, quantum vir duabus conjunctis extensis manibus capere potest. Modius (مد) dividitur in duos رطل. In Hedjâzo vero alia divisio in usu erat. Quodsi de liquidis agitur, iisdem mensuris utuntur, sed tunc tantum modius (مد) nomen mutat in من. Vocabulum رطل etiam pondus designat, quod 20 استار (στατήρ) habet, qui rursus in 4^{1/2} مثقال dividuntur. مثقال continet 20 قيراط (κεράτιον), quum 4 vel 5 granorum esse dicitur. Soli nummi (نقدان), quos habent, quibusque etiam ponderis loco utuntur, sunt dinarius aureus, (دينار, δηναριον) quem 'Omarus Chalifa statuit pondere unius مثقال esse et 10 dirhemos argenteos (درهم, δραχμη) valere, qui 7/10 مثقال sunt. Variant quidem pondera mensuraeque in unaquaque regione, hae tamen divisiones ex urbe Baghdâde sunt, Jctique eas plerumque sequi videntur. Pro agri mensura praesertim in Aegypto usurpatur فدان h. e. quantum biga boum uno die arare potest; dividitur in 400 قصبية quadratas. قصبية aequiparatur 4^{4/5} metris; in mensurandis autem parvis quantita-

Quod ad qualitatem (صفة) attinet, constat apud Shâfi'itos et Mâlekîtos eam omnibus modis definiri posse, etiam descriptione; Hanîfîti tamen opinantur melius esse et convenientius dicto prophetae ipsa inspectione rem explorare, quod si fieri nequit, sicut in salam, descriptio sufficit, quam rem eo tantum consilio commemoravi ut palam fieret Hanîfîtos, quamvis dicantur magis rationem (قياس) spectare quam traditiones divinas, non magis alienos esse quam caeteri sunt Mohammediani a superstitiosa explicatione ad litteram.

Inspecta parte superiore acervi frumenti similiumve rerum, emtor non amplius errorem apud judicem invocare potest de qualitate, nisi venditor dolo frumentum pejoris generis infra posuerit; quod non valet si cumulus est rerum diversarum; nam tunc, ut periculum erroris (غرر) absit, omnes inspicere opus est. Sic etiam, si quis domum emit, jus habet omnium partium explorandarum, quas explorasse interest, ut conclavia, tecta, muros, balnea, neque venditor id recusare potest. In servo servave secundum nonnullos tantum caput, manus et pedes (اطراف) inspicienda sunt, alii vero, et recte, putant servi servave totius corporis inspiciendi emtori jus esse; sic etiam in libro singula folia explorare potest.

Secunda species rei incertae (غرر) est quoties res non in arbitrio nostro sunt, et igitur tradi nequeunt, exempli causa servus fugitivus (أبق), vel camelus errabundus (ضال),

tibus adhibentur cubitus (ذراع) et spithama (شبر). جريب est quantitas frumenti quae 4 قفيز sive 384 مد continet, dum قفيز rursus dividitur in قبةصة. جريب et قفيز etiam agri mensurae sunt, tunc قفيز 144 cubitis constat. Harum quoque mensurarum divisiones et nomina in singulis regionibus discrepant.

et in genere idem valet de rebus vi possessis (مغصوب)¹⁾, quarum etiam facultas tradendarum apud dominum (مالك) non est. Licet tamen spoliato eas vendere ipsi praedoni, quia tunc brevi manu traditione uti possunt contrahentes, quae distinctio nobis absurdissima videtur; nam non solum eo modo damnum infertur homini spoliato, sed et commodum percipitur a malae fidei possessore.

Si de servo fugitivo (ابق) vel de pecore errabundo (ضال) agitur, et emtor profitetur, se reducendi facultatem habere, ei vendere licet; nam eodem casu est quo violentus possessor, qui etiam rei traditione non indiget. Et, quamvis postea appareat emtorem pecus servumve reducere non posse, venditio rata est, nam habet quod sibi imputet emtor. Num idem valeat de eo, qui dicat se rem vi possessam praedoni eripere posse, non audeo affirmare; adest, confiteor, similitudo casuum, sed dubito ut non contrahere liceat ea lege, ut vi dolove opus sit ad effectum, nam quamquam adversus praedonem committitur, talis actus injuria fit, quum ad judicem confugiendum sit, quoties quis rem suam recuperare velit.

Eadem de causa vendi nequit avis in aëre, aut piscis in flumine vel mari, aut bestia in saltu, quas tamen licet vendere, quatenus sub custodia nostra sint, sicut avis in

¹⁾ مغصوب dicitur de omnibus rebus, quae domino nullo jure exemptae sunt, sic non solum vi possessae res eo designantur sed i. a. et furtivae. غاصب appellatur possessor mala fide in genere, quem et Romani praedonem appellant. غصب possessionem mala fide significat et ipse radix غصب proprio sensu: violenter eripuit rem; quae significationes, excepta ultima, Lexico addendae sunt. Cf. Jcti ad hunc locum.

aviario, piscis in piscina cet. Mansuefactae vero aves, sicut columbae et apes, — quas Arabes pro avium specie habent, — etiam si absunt recte venduntur, quia noctu redire solent, et igitur, quamquam absentes, sub custodia nostra esse intelliguntur, quod et valet de servo, qui nuntius abest. Sed tum non amplius in arbitrio nostro sunt, quando animum revertendi habere desierint, ex sententia Nawawîi.

Rebus, quae in arbitrio nostro non sunt, quia exitus earum incertus est, etiam adnumeranda sunt: foetus in utero, muscus in animali, seges in spicis, fructus pendentes, antequam maturescere coeperunt, quos ritu Shâfi'îi non licet vendere sine ea conditione, ut in arbore remaneant usque ad tempus, quo carpi solent; incumbit tunc venditori arbores irrigare, sed commodum et periculum non amplius ejus est, quia res jam in potestate emtoris esse intelligitur ¹⁾. Quae ipsius Imâmi sententia nititur traditione celeberrima; eaque igitur conditio inter naturalia contractus habetur, quae ipso jure (فهوراً) negotio insunt; atque idem dicendum est de segete immatura.

Si autem fructus pendentes simul cum arbore venduntur, arboris sequela (تابع) sunt, ac tunc ne licet quidem venditori stipulari, ut remaneant in arbore, quia hoc est delibatio dominii emtoris ²⁾, quod et valet de segete simul cum agro vendita, quarum rerum tamen in memoriam revocanda est ea distinctio, quod in venditione agri arbores ipso jure (فهوراً) includuntur, segetem autem si emtor nancisci vult, expressa stipulatione opus est.

¹⁾ Abû Shodj. p. 19: ولا يجوز بيع الثمرة مطلقاً إلا بعد بدو
والباتع يسلم عن التلف والفساد: Hîçni, f. 116. صلاحها

²⁾ Sharb. I. p. 303: حاجر على المشتري في ملكه.

Venditio fructuum in illis rebus est, in quibus constituendis Arabum Jcti praecipue operam posuerunt; qua tamen in re plerique eorum oleum et operam perdidisse mihi videntur; ingens enim copia est quaestionum, quas de ea re tam simplici moverunt, hasque more eorum sine omni systemate et ordine afferentes, rem ita perturbaverunt ut confiteor me imparem esse principio certo ex hac farragine expiscando. Exstat autem magna controversia inter scholas; Mâlekîti magis proclives sunt in eam sententiam, quae fructus, post venditionem supra expositam, periculo venditoris esse contendit, quia arguunt traditionem (قبض) nondum perfectam esse; quum Hanîfîti in conditione carpendi lenius agant. Utraque tamen secta argumento adducit tot traditiones prophetae cum locis ex libro divino¹⁾, ut non possim non assentiri ei Jcto²⁾, qui Deum optimum et solum ducem esse putat, a quo lucem implorari possimus (والله اعلم).

Pretium (مشمون) ab emtore datur³⁾, iisdem, quas exposuimus, regulis constat; perpauca autem disserere solent Jcti de pretio, si pecunia signata (نقد) constat, nam, praeterquam quod in contractuum »do ut des» (بيع) plurimis speciebus, sicut in mutuo vel transactione, huic rei locus non est, etiam longe major pars negotiorum, quae venditioni (بيع arctiore sensu) vel locationi adnumerantur, permutationum modo fiunt, propter confusam monetae rationem in

¹⁾ Qoranus.

²⁾ Hiçnîus.

³⁾ Pretium rei sensu proprio, nempe quantitas pecuniae signatae, quae pro re dari debet, Arabice non شمون sed قيمة appellatur.

Oriente. Quodsi tamen venditio fit sensu juris Romani, hoc observandum est. Pretium (ثمن) sensu arctiore) certum debet esse, quamquam et relative certum esse potest; venditur enim recte pretio fori, quod tamen Imâmus Abû Hanîfa nefas esse dixit. Si porro dicitur: »tot nummis”, hoc tantum valet quoties una tantum moneta in ea urbe valeat, aut si diversae species nummorum ejusdem valoris sint, et tunc solvi potest ea specie, quam velit debitor. Etiam talem clausulam universe addere licet, si constat ex consuetudine, qua specie nummorum homines tunc eo loco plerumque utantur, quod quum ita sit, ea specie solvendum est. Quodsi vero haud constat, stipulatio nummorum in genere tantum totum contractum infirmit, quia nihil certi in ea est. Porro confusa res monetalis in regionibus omnibus, ubi jus cum religione Mohammadis sectatores habet, mihi videtur causa esse cur Jcti Arabes jam dudum justam sententiam secuti sint, pecuniam signatam nihil aliud esse quam mercem, cujus ope permutationes fiunt, quo facto immunes fuerunt a distinctione inter permutationem et venditionem, quam cum Romano jure etiam unus et alter e legislatoribus hodiernis secutus est.

Praeter divisiones obligationum, quibus locum dant distinctiones, quas exposuimus, nempe in subjecta, formam, et objecta, est etiam alia, quam praeterire non licet, nempe secundum numerum rerum, quae in obligatione sunt. Quoties enim ab utraque parte una tantum res obligationis objectum est, simplex vocatur, si plures, alternativa. Arabes tamen his nominibus non uti solent, sed ratione habita potestatis eligendi, optionem determinationis (خيار التعيين)¹⁾

¹⁾ In Lexico ea significatio desideratur. Cf. Hed., II. p. 14. 'Inâja, III. p. 41.

habere dicunt eum, cujus in favorem obligatio alternativa concluditur. Arbitrium eligendi (خيار) dari potest cuivis contrahentium; sed hoc omne tantum valet, si pretium diversum singulae res non habent; tunc enim non amplius obligatio alternativa est, sed plures contractus, e quibus eligi potest, qui ratus habendus sit, quive non. Neque licet tempus eligendi plus quam trium dierum esse, neque res in obligatione numerum tres excedere possunt secundum nonnullos. Si res emtori traduntur ut eligat, omnesque casu intereunt, de una tantum, quam velit, pretium dare debet, nam ceterae tantum sub custodia ejus erant, depositi nomine (امانة). Quodsi accidit ut is, in cujus favorem electio erat, intra tempus moriatur, ad heredes jus eligendi transit, qui tamen sicut testator electione uti debent, neque omnes res respuere possunt.

Si in manu venditoris res nonnullae ex his pereunt, quum electio penes emtorem sit, licet huic rem superstitem capere, vel non, et in hoc casu pretium quoque non solvi debet; nam, contractum interitu partis rerum claudicantem fieri, facile intelligitur.

Si res omnes casu penes emtorem pereunt, is pretium debet, pro ea re, quae prior interiit, quodsi omnes simul periere, dimidiam partem unius cujusque debet si duae sint, sin autem tres, tertiam.

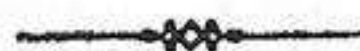
Electio factis quoque fieri potest. Quoties enim is, qui potestatem eligendi habet, certam rem post traditionem disposuerit, fingitur eam rem eligisse; et electio venditoris perempta est, quoties res, excepta una, disposuerit. Aliter venditor, cujus in gratiam optio est, emtorem cogere potest, rem, quam velit, accipere, neque is jus recusandi habet.

Item palam est, eum cujus in gratiam optio pacta sit, quamdiu tempus optandi durat, de qualibet re, sed de una tantum disponere posse; adversarius vero de nulla negotium inire potest.

Non tamen eam materiem relinquere volumus, priusquam observavimus, pessime JCtos Arabes eam tractasse sub capite de optionibus (خيار), cum quibus praeter nomen nihil commune habet; quid enim absurdus est, quam jus quo unus contrahentium eligit objectum solutionis, non distingui a jure, quo eligit utrum contractum ad effectum pervenire velit, nec ne?

C A P U T II.

DE CONTRACTU »DO UT DES» (بيع غير لازم) EFFECTU DESTITUTO (غير لازم).



§ 1. DE OPTIONE NECESSARIA (خيار المجلس).

Si contractus (بيع) initus est conditionibus supra expositis, validus (صحيح) appellatur, sed et fieri potest, ut talis contractus post traditionem invicem factam aliqua de causa rescindatur et effectu destituatur, quod Arabes appellant بيع غير لازم, et quod fieri potest sive communi consensu, sive aliquo jure singulari unius contrahentium. Primo tractaturi sumus posteriorem casum, qui nomine optionis (خيار) designatur, cujusque hae species bene distinguendae sunt:

1^o. Optio necessaria (خيار المجلس) est jus utriusque dissolvendi contractum, quamdiu a se invicem non disceserunt.

2^o. Optio conventionalis (خيار الشرط) appellatur, quoties unus contrahentium stipulatus sit jus, objectum emptum improbandi, quod plerumque accidit in venditione ad gustum.

Hae duae optiones communi nomine optionum examinationis (خيار التروى)¹⁾ designantur.

3^o. Optio inspectionis (خيار الروية) est jus reddendae rei absentis specimine (عين) vel descriptione emtae, post rem inspectam.

4^o. Optio vitiorum causa (خيار النقيص s. خيار العيب), quae est jus redhibendae rei ob vitia.

Ad I. Si contractus perfectus est, tam consensu quam mutua traditione, tunc unusquisque contrahentium renuntiare potest venditioni, alterique rem ejus reddere, suamque recuperare, quamdiu ambo in loco (مجلس) sunt ubi contraxerunt, aut alter alteri non dixit: utere optione tua (VIII خـار); tunc enim hic jus optandi amisit, aequè ac si dixisset: ratum esse contractum volo, quo tamen casu jus alterius integrum manet nisi invicem optione usi sint (VI خـار)²⁾.

Quamvis tale jus nobis ridiculum videtur, tamen secundum Shâfi'itos et Shi'itos³⁾ ipso jure (قهرًا) inest omnibus contractibus »do ut des» (بيع), cujus rei argumentum est dictum prophetae: contrahentes optionem habent donec a se invicem discesserunt⁴⁾. Caeterorum vero Imâmorum sectatores recte contendunt tale jus incerta facere hominum

¹⁾ N. a. a روى, V examinare, quod Lexico addendum. Cf. Hiçni, f. 113

v.; Ibn Qâsim, p. 91: ويسمى هذان نوعان بخيار التروى.

²⁾ VI خـار invicem optione uti, sicut n. a. تـخاير Lexico addendum. Cf. Sharb. I. p. 297, 299 etc. Jcti pass.

³⁾ Secundum quos tamen inest tantum venditionibus sensu proprio.

⁴⁾ Hiçni, f. 113 v.: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا. Bochârî, II. p. 18, 43.

negotia, quum contra omnem rationem sit, hominibus licere datum consensum retrahere; dictum autem prophetae nullam aliam vim habere, quam ut unusquisque post oblationem (اي-جاب) consensum dare vel retinere possit (خيار القبول) usque ad finem consessus (مجلس); quum enim sine consensu dato discesserint, a negotio destitisse intelliguntur.

Sed quia incolae nostrarum coloniarum in Archipelago Indiae Orientalis ritum Shâfi'î sequuntur, operae pretium est hanc optionem adumbrare.

Quid significet singulis casibus »antequam discesserunt» (في المجلس) certis regulis definiri nequit; sed ex consuetudine hauriendum est, et plerumque quaestio facti erit. Id tempus aliquando perlongum esse Arabes opinantur; inveni enim exemplum duorum qui una iter fecerunt plurium dierum, quod intervallum pro uno consessu habitum est, quia non discesserunt; quamvis non intelligo tunc haud obstitisse praeceptum Sharbînî: nefas esse intervenire sermonem ad rem non pertinentem.

Diximus optionem (خيار المجلس) necessariam ipso jure inesse (بيعه) ¹⁾ (فهرتي) omnibus contractibus »do ut des», in qua re tamen aliquae exceptiones sunt. Primo non inest contractui nuptiarum (نكاح), quem fortasse quis mirabitur inter contractus »do ut des» (بيعه) haberi; sed jure Mohammedano nuptiae nihil aliud sunt quam emtio puellae a patre vel tutore certo pretio (مهر; صدقة) ²⁾. Non licet

¹⁾ Et hoc tantam vim habet ut ne liceat quidem eam stipulatione excludi.

²⁾ Possent appellari: propter vel ante nuptias donationes; pessime tamen in Lexico vertuntur vocabulis: dos quae a marito uxori datur, quod contradictio in terminis est. Cf. Jcti ad Caput de nuptiis.

hunc contractum post traditionem (قبض) puellae tali modo dissolvere, nam nemo nuptias iniit sine praevia diligenti inquisitione ¹⁾).

Neque jus optionis necessariae habet servus (مكاتب), qui sibi a domino libertatem certo pretio comparavit; contra, quamvis donator (واهب) in genere liberalitatis causa bona dat, exstat ea optio in donatione remuneratoria (الهبة ذات الثواب), quae jure Mohammedano pro contractu »do ut des» habetur, et recte, nam omnia essentialia adsunt.

Dubitatur utrum is optionem habeat qui jure praeëmptionis (προτίμησις, شفعة) utitur, videtur tamen de ea re affirmando respondendum esse. Juri enim praeëmptionis (شفعة) est locus, quoties duo pluresve rem pro indiviso possident; tunc, si unus partem suam tertio vendere velit, alter jus habet hanc partem sibi comparandi pretio oblato, et tertium repellendi.

Valet etiam optio in locatione conductione (اجارة) aequae ac in specie ejus مساقاة appellata, h. e. si quis palmas vitesve colendas dedit alteri pro quadam proventus parte, quod etiam ad hunc contractum genus pertinere, palam est.

Fusius porro disserere solent Jcti de casu, quo unus contrahentium statim, ante separationem, impar fit utendo jure optionis, exempli causa si mortuus, aut deliquium animi passus, aut furiosus factus sit; et tunc docent jus transferri ad heredes (وارث) vel ad curatores (ولي); quorum casuum plerique certe nunquam sese obtulere, seseque offerre vix possunt in brevi intervallo inter oblationem et separationem, quamquam id intervallum, sicut vidimus, apud Arabes

¹⁾ Hicni, f. 113 v.: فانها لا يقع غالبا الا عن التروى

satis extenditur. Sic etiam observandum est, si, re emta a curatore furiosi, is denuo resipuit, tunc non ei sed curatori incumbere ut utatur optione necessaria.

§ 2. DE OPTIONE CONVENTIONALI (خيار انشروط).

Ad II. Multo majoris momenti secunda species optionum est, quam Arabes nomine خيار انشروط designare solent; sed quae nihil aliud est quam venditio ad gustum, quae apud nos contractus est, qui sub conditione inicitur; apud eos vero qui sub conditione resolvitur. Narrantur ea species optionis dicto prophetae, quod dedit Hobâno, qui circumveniri solitus in negotiis, hac de re questus est apud prophetam, qui respondit: Hobâne, quando emtionem venditionem inire velis, dic: Absit dolus malus, et tibi optio est per tres dies¹⁾.

Constat eam conditionem non, sicut prima species optionis, ipso jure venditionibus inesse, sed tantum expressa stipulatione (شرط); magna vero controversia est inter scholas de tempore per quod licet gustum stipulari, quae controversia imprimis orta est ex variis lectionibus traditionis memoratae. Nostra autem schola²⁾, freta ipsis verbis, quibus vim limitativam tribuit, nefas esse contendit gustum stipulari longiorem quam trium dierum, quia conditio contra naturam contractus est, neque ampliari potest; fas tamen esse in brevius temporis intervallum optionem dari,

¹⁾ Hicni, f. 114: لا خلافة ثم انت بالخيار ثلاث ليال Hed.

II. p. 7: لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام Cf. Bochârî, II. p. 71.

²⁾ H. e. Shâfi'îtorum.

nulla dubitatio est ex benigna juris interpretatione, quod etiam valet de optione nimis longa, quae deinde intra tempus statutum restringitur.

In schola Hanîfîtorum de ea re dissentitur inter ipsum Imâmum et, quos eximios habuit discipulos Abû Jôsofum cum Mohammade. Abû Hanîfa eandem sententiam quam Shâfi'ius tulit, eo tamen discrimine, ut conditio tantum vitietur pro parte, quae excedat tres dies, quum Shâfi'ius opinatus sit talem conditionem totum contractum infirmare. Quod discrimen multas consequentias habet; finge enim te emisse, adjecta ea stipulatione ut jus optionis decem dies duret, tunc ex sententia Shâfi'ii totus contractus irritus est, nisi ante diem tertium voluntatem declaraveris, quum Abû Hanîfa putet eo casu te rem probasse videri.

Discipuli autem ¹⁾, verba traditionis enuntiativa esse opinantes, quod certe lectioni libri Hedâjae magis convenit, fas esse dicunt optionem stipulari pro quolibet tempore, nisi id incertum sit, cujus rei etiam magnum argumentum est, Ibn 'Omar gustum stipulatum esse usque ad duos menses.

Secta Mâlekîtorum tandem in ea re toto coelo a caeteris distat. Tempus optionis conventionalis (خيار الشوط) omnino in arbitrio contrahentium esse putant, in ea autem re consuetudinem et naturam rei spectare debere, ne quid incerti (غر) in contractum inducatur. Sic tempus rei immobilis (عقار) mensis est; in venditione servi hebdomadem stipulari licet; si de animalibus domesticis agitur tres dies, si de caeteris rebus secundum consuetudinem. Etiam licet post venditionem perfectam jus optandi stipulari, quin etiam post

¹⁾ Abû Jôsof et Mohammad.

solutionem, quod et sententia discipulorum Abû Hanîfae est, non vero Shâfi'îtorum. Et recte illi quidem, quippe cujus stipulationis ope ea lex facile fraudaretur, quae secundum eos vetat tempus ultra tres dies extendere.

Optio conventionalis (خيار الشرط) potest dari vel uni contrahentium, vel utrique, aut in arbitrio tertii (اجنبى)¹⁾ relinqui; neque opus est aequis temporibus, quibus optione uti possint; emtori enim gustum habere licet unius diei, venditori vero duorum, pluriumve. Cui et hoc adjiciendum est, quod jam diximus, nempe: jurisprudentiam Musulmanam hanc habere regulam: omnia negotia per procuratorem (وكيل) fieri posse; quo facto procuratori etiam contractum cum optione conventionali facere licet, exceptis duobus casibus: jus optandi tertio vel soli adversario is dare non potest, nisi si expressis verbis dominus (مؤكل) ei mandavit talem clausulam adjicere.

Quod ad dominium (ملك) rei ad gustum emtae venditae attinet, quamdiu optio durat, penes eum est in cujus favorem pacta sit²⁾. Quodsi contrahentes ambo in favorem suum pepigerint³⁾, pendet (موقوف) dominium, et postquam usi sunt jure optandi, dominium fingitur nunquam amisisse is, cujus, rationibus subductis, res esse appareat; hoc est emtoris si non dissolvitur contractus, sin secus, venditoris.

¹⁾ اجنبى sensu tertiae personae, in Lexico non invenitur. Cf. Sharb. I. p. 300. Hiçni, f. 114. Shar. al-Isl. p. 173.

²⁾ Sharb. I. p. 300: وخيار البائع: لمن أذفر به. Inâja, III. p. 33: يمنع خروج المبيع عن ملكه

³⁾ Nempe in favorem emtoris quoad rem, in gratiam vero venditoris quoad pretium; ambos enim gustum de eadem re habere absurdissimum foret.

Idem dici potest de re data in compensationem (عوض) sive pretium (ثمن), et in ea re nulla distinctio est inter optionem necessariam (خيار المجلس) et conventionalem (خيار الشرط).

Item regulae de casu, quo juris optionis usui impar est is, cujus in favorem pactum sit, eadem sunt hîc, ac in optione necessaria¹⁾ ubi eas exposuimus, Jctum Sharbî-nîum sequentes, quamquam in ea specie optionis multi momenti esse non possunt; qua in re etiam observandum est, jure Hanîfitorum optionem conventionalem morte extingui, neque ad heredes transire, quum Mâlekîti nostram opinionem sequantur.

Exstinguitur jus optionis (خيار الشرط):

1^o. expressis verbis.

2^o. tacite.

Verbis extinguitur quando is, in cujus favorem pactum est, voluntatem suam manifestaverit dissolvendi vel confirmandi contractus, quae sententiae declaratio nullam vim habet in jus alterius si ambo optionem stipulati sunt. Tacite, si stipulator optionis tempus praeterire sivit, aut si facta commisit e quibus apparet utrum dissolvere contractum velit nec ne. Sic manifestum est eum venditionem ratam esse velle, quando rem emtam disposuerit (تصرف), si eam e. c. de novo vendidit, aut si ea usus est, nempe si de tali usu agitur, quem non nisi domino habere licet; contra dissolvendi propositi signa sunt, quum rem emtam a bonis suis separatam reliquit, eamve postea venditori remisit,

¹⁾ Sharb., I. p. 300: واجراهما في خيار الشرط. Verbum جرى I sensu: valere, aequè ac IV: valere fecit aliquid; in Lexico desideratur. Cf. Bochârî, II. p. 36, 95. Hiçni, f. 110: Jcti pass. والقولان جاربان.

simul ac negotia iniit de re in compensationem (عوض) ab ipso data.

Damnum fortuitum dominium sequitur; igitur ejus est qui stipulatus sit optionem, et si ambo stipulatores sunt, proprie pendere lex jubet damnum, quo tamen casu fere semper venditio dissolvetur. Quodsi vero alter rem, in quam gustum habet, eo casu improbat, alter vero rem pretii loco datam retinere velit, incumbit ei damnum priori resarcire; nempe, re tota extincta, pretium fori die traditionis, sin pro parte, quanti minoris res est (ارش) restituere debet; quum exstent Jcti, qui eum censeant dare oportere, quanti res plurimi fuerit intervallo inter traditionem (تلف) et interitum (قبض).

§ 3. DE OPTIONE INSPECTIONIS (خيار الرؤية).

Ad III. Vidimus supra nefas esse rem non inspectam vendere nisi certis expositis conditionibus, quibus efficitur, ut ignorantia (جهالة) absit; nondum tamen indicatum est, ritu Hanîfitorum et Shiîtorum tum ipso jure emtori licere rem statim post inspectionem venditori redhibere. Id jus ab iis optio inspectionis (خيار الرؤية) appellatur; argumentumque adducunt traditionem: »qui rem haud visam emit, inspecta re, optionem habet”¹⁾. Caeteri Imâmi tale jus non agnoscunt; recte autem contendunt, venditionem rei absentis (غائب), quam nemo contrahentium adhuc viderit, omnino non valere; salvis exceptionibus, quae nisi adsint,

¹⁾ Hed., II. p. 16: رأه: من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه

ope optionis inspectionis pactum ab initio vitiosum con-
valescere non potest. Quamquam igitur una tantum secta
Orthodoxorum eo jure utatur, tamen prorsus praetermitti
nequit.

E regula: »emtoris eam optionem ipso jure (فهرأ) esse»,
sequitur eam ne pacto expresso quidem exstingui posse ante
inspectionem, nam, sicut jure Shâfi'itorum etiam in optione
necessaria (خيار انه اجلس) usu venit, tali optione exclusa,
contra mores videretur esse contractus. Quamquam igitur
constat, omnem contractum, itaque etiam venditionem rei
non visae, rebus integris mutuo consensu dissolvi posse,
non tamen fas est eam ratam habere ante rem visam, quo
facto jus optandi haud integrum remaneret emtori.

Manifestum est ei optionis speciei tantum locum esse, in
venditionibus rerum non fungibilium (مال قيمتي), quibus
adnumerantur res fungibiles (مال مثلي), quae separatione
ab acervo, inter res determinatas (عيين) habentur; non
enim optioni subjiciuntur res, quae tantum in obligatione
(دين) sunt, igitur in contractum salam (سلم) appellatum non
intrat, nam eae res ubi individuum haud spectatur et quae
specimine (عين) vel descriptione (وصف) venduntur, red-
hiberi non possunt pro lubitu emtoris nisi si a descriptione
vel specimine differant.

Magnus dissensus ortus est inter doctores num ea optio,
sicut optio conventionalis (خيار الشرط), pro certo tantum
tempore valeat; melior sententia est, eam optionem emtori
integram remanere, donec aliquid fecerit, quod cum jure
optandi consistere nequit, hoc est donec disposuerit rem
vel affirmaverit se esse contentum. Porro animadvertendum
est eam optionem ad heredes non transire, ita ut, mortuo

testatore, heres (وارث) jure optandi uti nequeat. Optioni inspectionis denique locus est, quando quis rem emit, quam, vel saltem cujus specimen, antea viderat, si res ex iis sit, quae plerumque eo temporis intervallo mutationem patiuntur, aut si ignoravit emtor se eam rem antea jam vidisse.

Qui per nuntium (رسول) quid emit, optionem inspectionis habet; non vero mandans (مسوئل), qui per procuratorem (وكيل) talem contractum fecit; inspectio enim a procuratore aequiparatur inspectioni ab ipso domino factae, et recte, nam et apud Arabes bene distinguitur inter nuntium, qui tantum voluntatis manifestandae medium est, litterisque merito aequiparatur, et procuratorem qui ipsam animi sententiam repraesentare videtur.

§ 4. DE REDHIBITIONE OB VITIA (خيار النقيص)
s. خيار العيب.

Ad IV. Optio ob vitia (خيار العيب), quae etiam ipso jure omnibus contractibus »do ut des» inest, quamquam expressa stipulatione potest excludi, est jus emtoris redhibendae ¹⁾ (رد) rei, quae ante traditionem vitia habuisse probatur, quibus afficitur substantia (عين) rei, et quibus cognitis, emtor aut omnino non contraxisset, aut certe non eadem lege.

Quando emtor ²⁾ impar est rei redhibendae, sive re ex-

¹⁾ رد, sensu juridico redhibendi, non invenitur in Lexico. Cf. JCTi ad h. l.

²⁾ Quod hoc paragrapho de emtore dicimus, facile intelligitur et ad venditorem pertinere, qui jus habet pretii (ثمن) ob vitia redhibendi.

tincta (تلف), sive ex hominum commercio exemta (وقف), uti potest actione quanti minoris, qua extorquetur venditori ea pretii pars (ارش), quae verum pretium excedat; e quo apparet hanc actionem jure Mohammedano non penitus eandem esse quam in jure Romano, ubi emtor alterutra actione uti potest pro lubitu, quum Arabes actioni quanti minoris tantum locum subsidiarium tribuant, deficiente actione redhibitoria.

Non tamen idem accidit si emtor rem vitiosam restituere nequit, quia eam alii jam vendidit, quod quum usu venit, ei neque actio redhibitoria, neque quanti minoris adversus venditorem competit, quia damni resarciendi, non lucri faciendi causa comparatae sunt eae actiones. Expectare vero debet emtor donec sibi res redhibeatur, et tunc regressum habet in eum, qui primus vendidit. Neque licet rem pro parte redhibere ob vitia; sed, quia totum negotium infirmatur, contrahentes ambo in pristinum statum redeunt, ita ut venditor rem suam vitiosam recuperet, emtori autem pretium (عوض s. ثمن) pro vitiosa re solutum restituatur.

Ut vitium ejus generis sit, quod redhibitorium vocatur, requiritur:

1^o. Ut vitio afficiatur substantia (عيين) rei¹⁾, h. e. ut sit vitium permanens, non transitorium, et tanti momenti ut ex omnium consuetudine res, eo affecta, pro sana non habeatur, neque ita comparata ut ejus acquirendae causa emtor pretium dedisset²⁾. Sic non pro vitio habetur

¹⁾ Sharb., I. p. 301: العيب تنقص به العيين.

²⁾ Hicni, f. 114 v.: لان المشتري انما يبذل الثمن فى مقابلة مبيع سليم

si servus in corpore cicatricem, aut cauterii vestigium habet, quae tamen vitia sunt in ancillis. Similiter Arabes exemplum dant servi, cui foetet anima, quod pro vitio tantum habetur si ex stomacho oritur, cujusque rei magna cura iis fuisse videtur. Vitia porro sunt si servus ad furandum inclinatus, aut fugax est, aut praestigiator, aut mathematicus, aut aleae deditus, aut si in publico matronis conviciatur. In equo asinove pro vitio habetur si refractarii sunt, aut mordaces; in fundo (عقار) si vectigalis est (خراج vectigal), aut si vicino praedio servit¹⁾, quae exempla multis aliis augeri possent, quippe quorum ingens copia apud JCtos invenitur, e quibus praesertim ea, quae in puellis vitia putantur, quamquam harum rerum curiosis scitu digna, mihi tamen transcribendi laborem haud mereri videntur.

2^o. Ut res non sit his qualitatibus (صفت) praedita, quas emtor stipulatus est, aut, nulla mentione facta qualitatum, pro vitio habetur, quod in tali re abesse²⁾ solet; sic non est vitium in servo, si senex albos capillos habet, aut si dentes jam amisit.

3^o. Ut emtor nescius fuerit vitii, nam si, noto vitio, rem emit, aut si vitii notitiam facile obtinere potuit, ejus rei rationem habere debuerat in pretio offerendo, neque ei damnum infertur, et habet quod sibi imputet.

4^o. Ut vitium ortum sit quamdiu res periculo venditoris fuit, nempe ante traditionem (قبض)³⁾, nam postea rei periculum et commodum ad emtorem pertinet. Quod tamen

1) Omne enim dominium liberum esse praesumitur.

2) *Hicni*, f. 114 v.: يغلب في جنس المبيع عدمه.

3) *Sharb.*, I. p. 301: لان المبيع حينئذ في ضمان البائع.

distinctionem recipit; vitium enim natum, traditione (قبض) facta, damno venditoris est, quoties ab emtore probatur, ejus causam directam exstitisse quamdiu res erat penes venditorem. Si exempli gratia servi emti post traditionem manus auctoritate judicis amputatur, vitium redhibitorium est, si ea amputatio fit propter furtum ante traditionem commissum, et si servus aliqua simili de causa talione occiditur, totum pretium (ارش) emtor recuperat, quamquam hominem reddere nequeat. Non vero idem valet, si servus moritur ex morbo, cujus ante traditionem causa exstitit; tunc enim emtor non totum pretium recuperat, sed tantum diminutio (ارش) fit, in quantum minoris homo ob morbum traditionis tempore fuisset, nam probari non potest eum sine morbo non mortuum fuisse, neque probari licet ex doctrina Mohammedanorum, quia mors in solius Dei arbitrio est. Facile etiam intelligitur emtorem omni remissione (ارش) destitui, quando eum morbi gnarum fuisse probat venditor, etiamsi morbus postea ingravescere coepit, nam, si morbi conscius fuit, mortis periculum cavere potuisset.

Si contentio de vitiis oritur, emtor statim rem, praesentibus testibus, ad judicem ferre debet, quod et procurator absente domino facere potest sine expresso mandato, aut heredes, si interea mortuus est; nam ad eos ea optio transit, neque temporalis est quod ad vitia cognoscenda attinet. Si probandae rei impar est emtor, venditor, more fori Islamitici, non absolvitur, nisi jurisjurandi religione. Augmenta rei redhibitae venditori prosunt, nisi accessiones ejus generis sint, quarum directa causa res esse non videtur, et igitur separari possunt; neque nocet redhibitioni, e re, fructibus interea perceptis, tantum jam emolumentum provenisse quantum solutum est: nam momentum tra-

ditionis spectandum est, et res redhibita fingitur nunquam e dominio venditoris excedisse.

Jus redhibendae rei amittitur :

1^o. Pacto adjecto contractui: emtorem in se suscipere periculum vitiorum ¹⁾; quod pactum tamen ex sententia 'Othmânis Chalîfae tantum valet quatenus ipse venditor vitiorum ignarus fuit; nam, dolum non praestari, contra legem est, quamvis Hanîfîtorum nonnulli doctores opinentur eum ne ea vitia quidem praestare debere, si adjicitur: omnia vitia qualiacunque sint; quod tamen recte caeterae scholae restringunt ad vitia interna (خفى s. باطنى) et externa (ظاهر), quorum venditor inscius fuit ²⁾. Si excluditur vitiorum praestatio pro parte tantum, observari debet id quod sequitur. In stipulatione autem: »venditorem non praestitutum accidentalialia (عآء)», verbo »accidentalialia» quid significetur ex eo patebit, quod in venditione servi accidentaliale sit, si is fugax vel mala indole sit. Stipulatio exclusionis dentium nigrorum amplectitur et rubros flavosque. Cicatrix universe significat omne vestigium vulneris, non tamen cauterii, quum fracturae non extenduntur ad vulnera cruenta, nisi iis et os craniumve affectum sit. Remissio vitiorum in oculo non liberat venditorem si servus luscus est; neque remissio vitiorum in manu, si manu omnino caret, sed amissio unius pluriumve digitorum in tali stipulatione includitur.

¹⁾ Tali pacto nomen براءة est, quum id facere براء V appellatur, si-
gnificationes quae aequae ac n. a. تبرئ in Lexico non bene notatae sunt.
Cf. Jcti ad h. l. Shar. al-Isl., p. 165.

²⁾ Dolo malo vitia mercium ementem celare دلس II appellatur.

2º. Ratihabitione (اجازة) post vitium cognitum; in qua re tamen hoc observandum est, si quis vitio aliquo invento, se nihilominus re contentum esse declaravit, tum eum amittere jus redhibendi ob hoc unum vitium; quod tamen nullam vim habet in redhibitionem ob alia vitia, quae sese posthac manifestent, quorumque adhuc ignarus fuit, et idem valet de caeteris casibus, ubi optio ob vitia amittitur.

3º. Dilatione (تأخير). Optio ob vitia temporalis per se non est; invento igitur vitio, emtor semper regressum habet, etiam si perlongum temporis intervallum fuit inter traditionem et vitii notitiam; attamen simul ac vitii notitiam perceperit, statim rem redhibere debet. In qua re vero consuetudo cum aequitate spectanda est; non enim incumbit emtori, si noctu rem vitiosam esse reperit, ut stante pede iter faciat ad venditorem, sed auroram expectare potest. Idem usu venit si in balneo aut in precatione est, aut si peregrinatur, quod quum fit, ne necesse quidem est citius domum redire.

4º. Dispositione (تصرف). Constat quamlibet dispositionem post vitium repertum perimere jus redhibendi, a qua bene distinguendi sunt hi actus, quos necesse est peragere, quia non tam disponendi quam custodiae causa fiunt, quibusque nullum praejudicium redhibitioni fieri potest. In ea re jus Mohammedanum severius est; si quis enim animal emit, quod vulnus accepisse apparet, hoc vulnus ne alligare quidem licet, nam ratihabitionis instar habetur talis actus; aequae ac si quis equum vitiosum inequitavit, vel servum ad famulandum adhibuit, vel etiam sellam aut clitellam animali imposuit. Non vero dispositionis locum obtinet, si e. c. pecus ad aquam adduxit, vel pabulum ei praebuit, aut si

servum aegrotum curavit, humanitatis causa. Recte etiam Hicnius contendit in ea re aliquid ex bono et aequo indulgendum esse rusticis et beduinis (بَاد), quia inaequissimum foret ab iis postulare notitiam juris subtilitatum, quae nonnunquam praestantissimos quoque JCtos fallunt.

Duae tantum res in his etiam tangendae sunt. Primo esse nonnullas venditiones ubi optioni ob vitia locus non est, nempe quando liber (حُرٌّ) vel statuliber (مكاتب) aliquem parentum suorum emit, ut eum libertate donet, non eum ob vitia, qualiacunque sint, recusare potest, quod et accidit si quis concubinam suam emtione acquisivit; quum etiam in contractu matrimonii (نكاح) regulae, quas dedimus, multas exceptiones patiantur, quarum pleraeque introductae sunt humanitatis vel morum causa.

Secundo operae pretium est aliquid dicere de officio judicis (ادب القاضى), quando ad eum defertur contentio de vitiis redhibitoriis. Universe constat judicem in ipsam rem inquirere debere, quod tantum fieri potest si vitium externum (ظاهر) sit, quorum hae species bene distinguuntur. Prima species ea vitia continet, quae manifeste post traditionem accedisse non poterant, sicut digitus superfluus, aut signa veterum morborum. Judex, si vitia ad hanc speciem pertinere sibi persuasit, statim secundum actorem pronuntiare debet, neque ullo modo adversarius est audiendus, nisi exceptionem ratihabitionis cet., proferat. Secunda species vitiorum ea complectitur, quorum e vestigiis non certum fit, utrum ante an post traditionem acciderint, inter quae imprimis vulnera putantur; eo solo casu partes ambae audiendae sunt, ut rei probationem afferant. Ad tertiam speciem ea vitia pertinent, quae suapte natura post

traditionem accidisse debuerunt, tunc iudex denegat actionem, et venditor statim absolvitur.

Si de vitiis latentibus (خفي s. باطن) agitur, iudex quidem ipse non multum habet, quod agat; talia enim vitia plerumque ejus generis sunt, ut certis signis dignosci non possint, neque iudex artis medicae tam peritus est, ut auctoritas ejus valeat in statuendo, cuinam speciei adnumerandum unumquodque vitium sit; — eo igitur casu iudex aut ad arbitrium duorum virorum integrae fidei et scientiae confugere, aut probationes a partibus adductas audire et ponderare debet; tunc enim lis sensu proprio est, quum, si de vitiis manifestis (ظاهر) controversia mota est, iudex magis pro scientia sua quam, ordinato iudicio, secundum id, quod partes allegaverant, iudicaret.

Apud Ictos Arabes optio ob vitia (خيار العيب) extensior tamen est quam apud nos, qui vitiorum nomine tunc tantum utimur, si ea absunt, quae vel ex consuetudine vel ex expresso venditoris dicto rei inesse debent; apud eos vero huic etiam optioni locus est, absentibus iis, quae, dolo malo qualicumque, venditor in animum induxit emptoris rei inesse, ut res majore pretio abiret, quamquam etiam sine iis res ipsa integra haberi possit. Sic apud eos optioni ob vitia locus est si quis camelam haud mulsit (تصريفة) ut opinaretur emptor eam multum lactis dare solere, aut si digitos servi nigro colore obduxit, vel ei stilum in manum posuit ut artis scribendi peritus esse videretur, quum revera illiteratus esset. Sine ullo dubio circumvento tunc jus est dissolutionem contractus a iudice postulare, sed nostra sententia ob arbitrium liberum dolo exclusum, non ob vitia, quod magnam distinctionem parit; nam si liberum arbitrium non adest, nullus omnino est contractus,

quum contra optione ipse contractus non vitiatur, sed tantum effectu destituitur. Cujus rei eo minus ratio reddi potest, quia alia impedimenta arbitrii recte sub venditione vitiosa (فاسد) collocantur; sed causa fortasse haec est, quod more JCtorum hujus populi lepido res semper ea parte libri tractatur, ubi nullus infidelium eam unquam quaesivisset.

§ 5. DE DISSOLUTIONE COMMUNI CONSENSU (اقالة).

Hucusque tractavimus jura, quibus contrahentium uterque contractum effectu destituit, nunc disserendum est de venditione communi consensu dissoluta (قال med. J. IV). Attamen talem dissolutionem (اقالة) nihil aliud esse quam novam venditionem inter eosdem de iisdem, quemadmodum nos, sic et JCti Mohammedani intellexerunt. Uterque enim contrahentium traditione dominium objecti nactus est, quodsi igitur eas res de novo permutant, quid aliud hoc dici potest quam novus contractus »do ut des" (بيع) cujus adsunt omnia essentialia. Miror autem quo modo in secta Hanîfitorum de ea re tam perspicua, tanta controversia exoriri potuerit, quantam fuisse eorum libri nos docent. Ipse Imâmus contendit dissolutionem (اقالة) tantum novum contractum esse respectu tertiorum (اجنبى), quam absurdissimam opinionem discipulus Abû Jôsofus manifestis argumentis refutavit, praesertim impugnans consequentiam magistri semper easdem res, eadem quantitate, ab utraque parte reddi debere, quia aliter dissolutionem appellari non possit. Nostra sententia Abû Hanîfa in eum errorem inductus est, quia non satis distinxit inter dissolutionem

mutuo consensu, ante praestationes contrahentium perfectas, et eam quae postea fit, quum, rebus invicem traditis, contractus jam omnes effectus habet, quarum tamen prior non recte dissolutionis (اقالة) verbo designatur, quia magis est voluntatis ab utraque parte declaratio, quae ad statum perfectum venire non potuit. Quam distinctionem caeteri Jcti praesertim Mâlekîti egregie observarunt, existimantes negotium initum abrumpi non posse, nisi omnibus eadem quantitate redditis, postea vero, quum prior contractus tantum effectu destituitur, condiciones esse in arbitrio contrahentium, quorum alterum alteri rem emtam etiam donare licet. Hoc tantum observandum est, ne eo modo simulatis venditionibus contrahentes agant in fraudem legis quae usuram (ربا) vetuit.

Dissolutio (اقالة) nititur hoc dicto prophetae: »is qui, quum adversarium poeniteat venditionis, ei rem restituit contractumque dissolvit, a Deo remissionem criminum nanciscetur die resurrectionis”¹⁾. Ex praecedentibus apparet dissolutionem (اقالة) iisdem regulis constare quam ipse contractus, in ea etiam requiruntur contrahentes, consensus, et objecta, quae recte vendi possunt; qua in re tamen non necesse est rem videre vel describere, sicut in prima venditione, nam presumptio est, rem ab omni parte notam esse novo emtori; quod tamen non valet si res interea mutationem passa est. Adsunt etiam eadem naturalia sicut optio ob vitia (خيار العيب) cum optione necessaria (خيار المجلس), quam et hîc excludi nefas, et omnes condiciones stipulari licet, quae ipsum contractum non vitiant. Nullo modo

¹⁾ Hed., II. p. 40: من اقال نادما بيعة اقال الله عشراته
يوم القيمة

porro afficiuntur dissolutione jura, quae tertius interea nactus sit ob primum contractum, quippe qui perfectus fuerit; sic proxenetæ (دلال) ¹⁾ solvendum est pretium conventum, nam, quod ad eum attinet, dissolutio res inter alios acta est, quum jus suum natum sit, statim ac consensus ab utraque parte daretur.

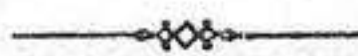
Dissolutionem (اقالة) contrahentes et stipulari possunt fore in potestate venditoris, quod nos pactum de retrovendendo appellamus, quod tamen omnino irritum (باطل) facit totum negotium, quoties usurarum causa introductum esse probeatur, quia plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur, et hoc casu quod spectatur nefas, quod vero fas haud spectatum est ²⁾.

¹⁾ In Lexico non bene notatum. Cf. Shar. al-Isl., p. 168 Jcti pass.

²⁾ Si venditio cum pacto de retrovendendo concluditur, sed revera pignus datur Arabes hoc appellant بالوفاء ببيع, qua re mercatores Orientales sicut nostrates utuntur. Jctorum principes opinantur tunc leges de pignoribus (رهين) sequendas esse, nam pignus dare causa obligationis est.

C A P U T III.

DE CONTRACTIBUS VITIOSIS (فاسد).



§ 1. DE CONTRACTIBUS IRRITIS (بيع باطل).

Vidimus hucusque quidnam requiratur ut contractus »do ut des» (بيع) valeat (صح), tractavimus deinde quibus modis effectu destituatur (غير لازم), nunc demum perscrutandum est quibus principiis jus Mohammedanum contractum pro vitioso (فاسد) habeat, et quod hîc de contractibus dicetur, mutatis mutandis, omnia negotia complectitur. Ac primo constat verbo vitiosi (فاسد) universe significari omne quod aliquo jure infirmari potest, sive irritum sit, sive rumpatur, sive tantum religionis praeceptis prohibeatur, inter quae species magnum consequentiarum discrimen est. Genus autem his speciebus constat.

Venditio vitiosa primo appellari potest irrita (باطل), si vitium ita sit, ut contractus essentialibus careat¹⁾, aut si

¹⁾ Hed. II. p. 26: لانعدام ركن البيع.

unum vel plura eorum in substantia eo vitio afficiuntur¹⁾.

Secunda species appellatur invalida (فاسد) arctiore sensu²⁾, et comparari potest cum nullitate³⁾ relativa in jure Romano hodiernoque; invalida (فاسد) enim venditio fit, inducta conditione quam stipulari non licet, aut si unum ex essentialibus vitiosum est, qua in re non requiritur, sic ut in venditione irrita (باطل), vitium in substantia, sed, ut verbo dicam, juris civilis, quum vitia, quae irritum contractum faciunt, juris gentium appellari possent; quod apparebit ex sequenti exemplo.

Irrita est venditio sanguinis vel cadaveris⁴⁾, quia non bona (مال) sunt; non apud solos Mohammedanos ex jure eorum civili, sed apud nullos populos mundi eae res (شيء) pro bonis (مال) habentur et objecta contractus sunt, nam naturam hominum talium rerum negotia impugnant. Contra vinum tantum extra commercium est apud Musulmanos, quippe quo fere caeteri omnes homines utantur. Horum negotiorum prohibitio igitur juris civilis est, neque absolutae nullitatis sunt. Una tamen constitutio juris civilis est, quae contractum omnino irritum facit, nempe prohibitio usurarum (ربا) a qua re propheta tantopere abhorruit, ut,

¹⁾ Hed. II. p. 26: إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً. 'Inâja, III. p. 88: ما لا يجوز وصفاً وأصلاً.

²⁾ Quoties in sequentibus vocabulo فاسد utimur, hoc sensu accipiendum est.

³⁾ Si qui sunt, quos vocabulum »nullitas» utpote minus latinum offendat, sciant me esse secutum auctoritatem Voetii: »ad Pandectas» (49, 8) qui si vocabulum magis latinum invenisset, hoc sane non usus esset.

⁴⁾ Cadaver (ميتة) apud JCtos significat: omne quod morte naturali periit. 'Inâja, III. p. 88: هو الذي مات حتف أنفه.

qui eas stipulatus esset, unum e peccatis capitalibus commisisse statueret ¹⁾).

Tertia species nullitatis appellatur vetita (مكروه), talesque contractus continet, qui nullo jure in foro infirmari possunt, sed a quibus ex sententia Mohammedis pii Musulmani abstinere solent, quia religionem impugnant. Sunt igitur magis moribus quam jure vetiti, semelque confecti, eandem vim habent ac caeteri, quamvis profecto Deus de iis rationem habiturus est die supremi iudicii.

Antequam vero venditionem irritam (باطل) accuratius examinare incipiam, hoc tamen reticere nolo: de divisione, supra exposita, apud Ictos non constare ²⁾, ita ut unaquaeque schola suum sibi habeat systema. Nos in ea re secuti sumus imprimis systema Hanifitorum, quia eorum auctores eae materiae quam maximam operam dederunt, et Shâfi'iti plerumque cum iis congruunt; quum inter Mâlekîtos ipsos magna de ea re dissentio sit; sunt enim qui primam et secundam speciem pro una tantum habeant, quam vitiosam jure humano (حق آدمي) appellant, quum tertiae speciei nomen dant vitiosae jure divino (حق الله).

Alii non minus quam sex species distinguunt; sic auctor commentarii in Modawwanam, qui quinque species admittit, quae pertinent ad naturam vel essentialia contractus, quum sexta spectet causas extrinsecus adjectas, quibus venditio vitiatur, quibusque subsumuntur conditiones (شرط) vel modi illiciti.

¹⁾ Ibn Qàsim, p. 90: هو من الكبائر.

²⁾ Sic et ipse propheta nonnunquam irritum (باطل) appellat, quod nos sub contractibus invalidis collocavimus.

Quoties autem peragitur venditio irrita (باطل), effectum habere non potest; nam nihil agitur (باطل); neque jus disponendi (ملك التصرف) rem emtam venditam, neque dominium (ملك الرقبة) transit istiusmodi negotiis, commodumque cum periculo rei venditae ad venditorem pertinere non desiit, quia res semper in bonis ejus esse intelligitur, quamvis penes alium depositi (امانة) nomine fuerit, nam adest tantum animus possessionis transferendae; quum animus domini transferendi vitio laboret. Alii tamen lenius agunt, sed, nostra sententia, ignari verae Mohammadis doctrinae, quam praesertim Hedâjae auctor tam bene distinxit.

Tali nullitate perstringitur contractus quando deest unum ex essentialibus (ركن); nulla igitur venditio concludi potest sine contrahentibus, nullus enim est consensus nisi plures sint. Item si unus eorum vel ambo facultatem sui obligandi (اطلاق التصرف) non habent, aut si liberum arbitrium (اختيار) dolo metuve excluditur, quin etiam errore, si quidem ejus momenti error est, ut verisimile sit, contrahentes, si abfuisset, non, vel saltem non tali modo, negotium inituros fuisse.

Item irritus (باطل) appellatur contractus sine consensu expresso forma requisita, nempe in contractu Salam (سلم) instrumento (ذمة) opus est, in caeteris venditionibus nuda obligatione (ايجاب) cum acceptatione (قبول), quae, si tacite fiant, invalidum (فاسد) contractum faciunt, secundum eos, qui talem modum exprimendae voluntatis non agnoscunt.

Irrita etiam venditio est ubi contrahentes vel saltem unus eorum non par est promissis stare, deficiente facultate rei tradendae (قدرة التسليم) naturali (حسنى); quum defectus facultatis legalis (شرعى) contractum eo tantum modo infir-

met ut fiat invalidus (فاسد in specie); et merito, nam ubi facultas physica deest, desideratur aliquid essentielle in ipsa definitione ¹⁾ comprehensum. Quì enim aliquis dare potest, deficiente facultate rei saltem naturaliter tradendae, quod Arabes egregie distinxerunt a causis, quibus excluditur facultas legalis, quae causae non tam naturali ratione introductae sunt, quam juris civilis quadam elegantia. Absoluta igitur nullitate afficitur venditio rei, quae in arbitrio nostro non est (غور), velut servus fugitivus, camelus errabundus, piscis in aqua, nisi aqua ejus generis sit, quod piscina (بركة) appellatur, quum universe eodem jure tenentur omnes res, quas sub secunda species rerum, quibus aliquid periculi (غور) inest, collocavimus, quippe quarum traditio suapte natura fieri nequit.

Quod porro attinet ad objecta contractus, irrita (باطل) eorum est venditio, si jure gentium extra commercium sunt h. e. jure omnium populorum qui religione (دين) revelata utuntur ²⁾. Quae jure civili extra commercium sunt, contractum »do ut des» (بيع), absurdissimum in modum, absoluta nullitate afficiunt, quoties contractus ejus species sit, quam nos venditionem (بيع) sensu proprio appellamus, nempe datio rei pro pecunia signata; quum contractus tantum invalidus (فاسد in specie) sit, quoties modo permutationis (مقايضة) fiat, quam distinctionem ita contra juris Mohammedani rationem pugnare palam est, ut coactus sim probationis causa adducere locum ex Hedâja (II. p. 27) ubi auctor ita fere argumentatur.

¹⁾ Datio rei ut recuperetur alia res (اعطاء شيء في مقابلة شيء).

²⁾ 'Inâja, III. p. 88: من له دين سماوي.

Causa distinctionis inter venditionem cadaveris et venditionem vini vel suis ea est, quod cadaver, v. c. nusquam inter bona habetur, hae autem res revera, sensu juridico, bona (مال) sunt, sed tantum apud nos nullius pretii, quia lex Mohammadanis jubet eas spernere, quum in acquisitione ope contractus earum quaedam aestimatio (اعزاز) ¹ sit, quod nefas. Si autem dantur pro nummis aliisve rebus hujus generis ab una tantum parte acquisitio est, quia nummi non sunt bona (مال) sensu proprio, nam nemo eos concupit eorum ipsorum causa, sed tantum quia ope eorum aliae res acquirantur (وسيلة). Ex quo sequitur in tali negotio ipsam rem, quae jure civili impura est, objectum contractus esse, cujus rei omnis pretii definitio (نقوم) ² nefas, et igitur totum negotium irritum est. Sin autem e. c. vinum datur pro alia re (مال) veluti pro veste, tunc saltem unus e contrahentibus ipsam vestem sibi comparare studet, qua de causa recte dici potest eo contractu tantum inesse aestimationem vestis citra vinum, et tum eam solam objectum esse negotii, quod eo casu permutationis (مقايضة) nomen habet, cujusque effectus hîc est, ut transeat tantum dominium rei quae in commercio sit.

Talia argumenta refutare mente sani non est; incredibile autem est, qua singulari aequitate ductus, scriptor Hedâjae una cum quos habet commentatoribus, Jctis eximiis, ejus-

¹ اعزاز IV aestimare in Lexico desideratur. Cf. Hed. II. p. 27 (ed. Calcut. p. 505): فيه اعزاز الثوب دون الخمر; Inâja, III. p. 90.

² تقوم V pretium (قيمة) constituere vel definire, in Lexico desideratur.

modi nugas proferre audeant. Sola quae mihi obvenit explicatio haec est; absurdissima distinctio inter venditionem et permutationem caeterosque contractus »do ut des" (بيع), quae omnis juris rationi et imprimis juri Semitico contraria est, non nisi ex extranei juris notitia introduci potuit. Sunt sicut vidimus et videbimus etiam alia hujus rei vestigia apud JCtos posteriores, quae partes, ex doctrina adventicia profectae, ut apud nos plantae exoticae in hortis, ita a reliquis differunt, ut ab unoquoque statim extranea earum origo deprehendatur.

Videamus nunc, quaenam res jure gentium extra commercium esse intelligantur, quaenam jure civili. Sub prima specie collocantur res communes, publicae et sacrae; nemo enim earum est dominus, partim quia suapte natura in bonis cujusquam fieri non possunt, partim quia ratione, qua omnes populi utuntur, ex hominum commercio exemptae sunt.

De rebus impuris tantum primam speciem commemorare volumus, nam res quae purgari possunt recte venditionem admittunt. In rebus autem quarum natura (عین) impura esse dicitur, distinctio admittenda est, sed cujus certam regulam dare nequeo, quum quaestio facti sit, utrum res impuris jure gentium adnumeranda sit, nec ne.

Mutatis mutandis eadem dicenda sunt de rebus quae utilitate carent; cimices cum feris bestiis, quae edi nequeunt, jure gentium extra commercium sunt, quod recte JCtos Mohammedanos instituisse, eo facilius intelligemus, si in animum revocamus apud nos quoque scriptores de oeconomia politica talibus rebus pretium fori recte negare.

Contra cantatrices et matheseos libri tantum utilitate carent piis et sinceris Mohammedanis, nam quamquam vix

credibile sit; ut ait JCtus quidam, exstare tamen populi affirmantur, apud quos tales res in honore sunt.

Neque magis omnino vendi possunt res incorporales (حَقٌّ) separatae a re principali quoties ejus generis sint, ut per se subsistere non possint, sin secus recte venduntur, sicut jus aquae ducendae (شُرْب), quia hoc aquae portionem continet, quae et aliis fundis prodesse potest, nec ei solum cujus in gratiam constitutum sit.

Irrita etiam venditio est hominis liberi (حُرٌّ), statuliberi (مَكْتَبٌ s. مَدْبُورٌ), concubinae (أُمٌّ وَوَلَدٌ), sed non exempli causa crinium hominum¹⁾, quod non contra jus gentium esse ab Europaeis imprimis facile intellectum iri opinor.

Nunc transeamus ad aliam causam nullitatis (بَاطِلٌ), usuram (رِبَا)²⁾. Ut autem intelligatur, quî factum sit, ut ea res tractetur inter venditiones (بَيْعٌ), in memoriam revocari debet, quod de natura hujus contractus praemisimus, et omnia principia nostri juris deponenda sunt, quum hoc tantum ante oculos habendum sit, quod nomine venditionis (بَيْعٌ) omnes contractus continentur, quorum finis est dare eo animo, ut adversarius rem ejusdem momenti nobis det. Callidum et egregium est hoc juris Semitici principium, multoque melius quam nostra distinctio, qua fit ut leges de mutuo ludibrio haberi possunt, mutato nomine in venditione cum ficto pacto de retrovendendo.

Usura (رِبَا, a rad. رَبَا crevit) jure Mohammedano est omne lucrum quod quis sibi comparat in contractibus »do

¹⁾ Quorum venditio tantum invalida (فَاسِدٌ) est.

²⁾ In Qorano et alibi quoque invenitur رِبَاٌ.

ut des" (بيع) de certis rebus lege indicatis. Quamvis autem improbandum sit bona alius sine compensatione (عوض) stipulari, et Deo valde gratum opus sit egentibus mutuo dare, Arabes tamen intellexerunt usum rei etiam aliquam compensationem mereri, et igitur usuras stipulari tantum nefas esse statuerunt in rebus expressa legis sanctione designatis (١) (ربوي).

Quae vetus (٢) institutio gentium Semiticarum jure Mohammedano sanctionem habet in:

1º. Qorano ubi dicitur: »permisit Deus mercaturam sed usuram vetuit" (٣).

2º. Traditionibus innumerabilibus (٤).

3º. Consensu Jctorum. Ne unum quidem eorum inveni, qui non magno odio haberet usuram, eamque materiam magna animi voluptate tractaret.

Elementa autem usurae apud Arabes ex Qorano et traditionibus haec sunt:

1º. Ut objecta contractus ambo ejusdem generis sint, et quidem illius in quo lucrum sibi comparare nefas.

1) In Lexico desideratur; cf. Hicni, f. 116, 119, Jcti pass. ad h. c.

2) Mos. V; 23, 20: לֹא-תִשָּׂא לְאָחִיד נִשְׁךְ כֶּסֶף נִשְׁךְ אֶבֶל נִשְׁךְ כָּל-דָּבָר: אֲשֶׁר יִשָּׂא. Usurae ex pecunia mutuo data appellantur נִשְׁךְ; ex aliis rebus fungibilibus מַרְבִּית sive תְּרִבִּית, nam et de alimentis usuras stipulari posse recte intellexerunt Hebraei, quia etiam mutuo dari possunt, et eadem ratio, misericordia adversus pauperes, pro pecunia ac pro iis valet. Cf. Saalschütz, Mos. Recht, p. 857.

3) Qor., 2: 276: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا. Cf. etiam Qor., 2: 277, 278; 3: 125; 4: 159; 30: 38.

4) E magna copia adducimus: Hed., II. p. 47: الكنظة بالكنظة لعين الله: مثل بمثل بيد بيد والفضل ربا. Cf. Bochârî, II. p. 12, 13, 43.

2^o. Ut permutentur quantitate inaequali (تفاضل opp. تماثل) aequalitas ob utraque parte).

Qualitatis distinctio, nisi permagna sit, in usuram vim non habet.

Quantitatis aequalitas (تماثل) exploratur pondere (وزن), vel mensura (كَيْل), sed sunt etiam Jcti, qui eam numero definiri contendunt. Pondere vel mensura utimur, prout res uno vel altero constat, in qua re spectanda est consuetudo (عادة) incolarum Hedjâzi tempore prophetae, nam ea fundamentum sententiarum ejus esse intelligitur, nisi expressis verbis exceptio facta sit; nefas enim rei, quae pondere constat, mensura quantitatem constitui. Quodsi status (معيار) rei eo tempore ignotus sit, revertendum est ad consuetudinem loci ubi contrahitur. Quam consuetudinem Abû Jôsofus opinatus est, contrahentes semper sequi debere; cujus vero sententia non obtinuit.

Tandem usurae postulatum est, ut in traditione (قبض) rerum dilatio quaedam sit. Ubi rebus praesentibus negotium perficitur Arabes utuntur nomine parata pecunia (نقدًا s. حالا), vel dicto: de manu in manum (يدًا بيدًا).

Quia usurae apud Arabes plus quam apud ullos populos mundi extenduntur, etiam in multas species dividuntur, quarum praecipuae hae sunt:

1^o. ربا الفضل, hoc est si quis rem dat, ut reciperetur alia res majoris valoris, veluti si quis mensuram (صاع) frumenti dat pro alia mensura ejusdem generis cum argento, lucri causa.

2^o. ربا اليد, ubi abest traditio de manu in manum, quum dilatio nefas est.

3^o. ربا النساء¹⁾, si quis diem stipulatur in solutione unius

¹⁾ زمنية mora s. dilatio appellatur etiam زمنية. Cf. Bochârî, II. p. 31.

ambarumve rerum, quae objecta contractus sunt. Quae sit in unoquoque casu distinctio inter hanc speciem et secundam, non liquet; diversae tamen species appellantur ab Ibn Qâsimo.

4^o. الربا (القرض) ¹ quod nos proprio nomine usurae designamus, nempe ubi quis, mutuo dans, pro usu pecuniae mercedem (زفع) stipulatur.

De rebus in quas usurarum prohibitio cadit ²), dissentiunt scholae; constat tamen ad eas pertinere aurum et argentum, quae permutari non possunt metallo ejusdem generis nisi de manu in manum, pondere aequali ³). In permutationibus vero auri argento, aequalitas non postulatur, quia diversi generis sunt; attamen opus est traditione de manu in manum, quod in caeteris rerum fungibilium diversi generis permutationibus non usu venit, sed cujus ratio facile intelligetur, nam aurum et argentum ambo pro pecunia habentur, et igitur multis juris regulis eximuntur. Neque refert utrum aurum argentumve signatum sit; defensionem vero aliquid indulgetur, quoties emuntur res his metallis ornatae, quia aequum est, ut aurifabri quoque ars suam sibi pretium habeat.

De caeteris rebus dissentiunt Imâmi. Shâfi'ius, fretus ipsis verbis traditionis, praeter aurum (ذهب) argentumve (ربوي) tantum edulia (طعام) usuris esse subjecta (فضة) arguit ⁴); h. e. quae eduntur, quae ad coenam adhibentur

¹) قرض mutuum.

²) مال ربوي.

³) Cf. Bochârî, II. p. 31 seq.

⁴) Abû Shodja', p. 19: والربا في الذهب والفضة والمطعمات.

et quibus medici utuntur; non item eas res, quae tantum animalibus bonae sunt, sicut foenum et stramen, aut geniis (جِنٌّ) sicut ossa et aromata¹⁾.

Ritus Mâlekîtorum plus etiam restrinxit sensum edulium²⁾, nam excludit olera viridia et medicamenta. Admittit porro duas tantum species usurarum: ربا لفضل, quae in auro, argento et edulibus usu venit et ربا النساء, cui in edulibus haud locus est. In quibus, ut usura consistere possit (طعام ربوي), requiritur ut aliquamdiu servari possint, ut sint necessaria ad vitam sustinendam, vel obsonium sicut piper, sal, sinapi, caepe, cet., et secundum nonnullos ut sint ejus generis, cujus usus generalis est, ita ut omnes fere homines iis utantur.

Hanîfiti contra magnam extensionem dederunt usurae, quam enim nefas esse opinantur in omnibus rebus fungibilibus (مال مثلي)³⁾, non tamen in venditionibus minoris quantitatis quam unius mensurae (صاع), quia absoluta aequalitas ab hominibus definiri nequit; quod et caeterarum scholarum doctores censent, qui vero non ad tantam quantitatem usque cum aequalitate leniter agunt.

Res ejusdem tantum generis usurae (ربا) prohibitioni subjectas esse, palam est, atque in his etiam lucrum mercatura facere quaestus honestissimus habetur. Operae vero

¹⁾ ولا يجوز الربا: Ibn Qâsim, p. 90: في غير ذلك أي مما قصد به البهائم كالتبين أو اللجن. ولا فيما اختص به اللجن كالعظم. Sharb., I. p. 295.
²⁾ وحرم في نقد وطعام: Chal. ibn. Ishâq, p. 124.
³⁾ والربا في كل مكيل وموزون بيع باجنسه: Hed., II. p. 47.

pretium est explorare quid Arabes unum vel diversum genus appellaverint. Jam vidimus ex specimine supra allato, quae eorum peritia sit in variis animalium generibus distinguendis, quum apes pro avium specie habeant; nunc notandum est, eos pisces cum amphibiiis, sicut crocodilis et testudinibus, sub eodem genere collocare.

Granae diversi generis sunt, sic etiam fructus e quibus oleum paratur, quorum oleorum unumquodque suum sibi genus habet. Lactis species contra ejusdem generis sunt, sicut species mellis, ad quas et saccharum pertinet. Hanîfîti lac opinantur ex plurimis speciebus constare, sicut lanam, quia usus differt pro animali a quo venit.

Animalia viventia non sunt res usurariae (ربوي), his vero adnumerantur statim ac occisa sunt. Non licet igitur permutare animal vivens pro carne animalis ejusdem generis. Apud Hanîfîtos vero fas est secundum ipsum Imâmum et discipulum Abû Jôsofum; secundum Moham-madem tantum, si plus carnis datur quam in animali invenitur, quia id partes continet, quae, quamvis caro non sint, tamen aestimari solent, et pro quibus aequum est aliquid dari.

In quibusdam casibus usurae stipulatio contractum non vitiat; sic licet domino usuram stipulari a servo, cui liberam peculii administrationem permisit ¹⁾ (عبد مأذون), nisi is servus obrutus aere alieno sit, nam tunc talis stipulatio speciem fraudis affert adversus creditores, qui eo

¹⁾ Rad. أذن sensu: permisit servo liberam peculii administrationem, in Lexico desideratur. Cf. Shar. al-Isl. p. 177. Lane's Lex. Talis servus appellatur مأذون; libera peculii administratio تجارة.

peculio freti cum servo negotia inierunt. Idem valet propter unitatem bonorum inter dominum et statuliberum **مدبر** appellatum vel concubinam (**أم ولد**); non vero inter dominum et eum statuliberum, cui nomen **مكاتب** est; is enim jure possidet bona separata a rationibus domini, eique tantum incumbit ex his bonis pretium dare, quod libertatis causa promisit.

Neque prohibitio usurarum ullam vim habet inter socios (**شرك**) in permutatione rerum societatis (**شركة**), sed contrarium valet quoties aliae res objecta contractus sunt.

Antiqua etiam est institutio semitica¹⁾, quae et in vetere Testamento commemoratur, nullam usuram vetitam esse cum hostibus in terra eorum²⁾, quae tamen opinio magnum adversarium habuit: auctoritatem scilicet Shâfi'ii et Abû Jôsofi, quorum opinio certe ipsis Qorani verbis magis convenit; quum altera sententia traditione tantum nitatur. Magnus Imâmus (**الامام الاعظم**)³⁾ contra in terra hostica etiam per-

1) Mos. V; 23: 21, **لֹא-תִשֶׂי וְלֹא-תִחַיֵּךְ לֵאמֹר תִּשְׂכַּרְתִּי**.

2) Mohammedani mundum dividere solent in tres partes: 1° **دار الإسلام** h. e. ea pars, quae ad Islâmum se convertit, et ubi jus Mohammedanum valet; 2° **دار الصلح** h. e. populi, qui quamquam jus et religionem prophetae non admiserunt, tamen imperio Moslemorum subjecti sunt, quibuscum pactum est, ut pristinum statum conservare possent sed contra tributa et vectigalia solvere deberent; 3° **دار الحرب** h. e. infideles, qui adhuc arma religionemque Moslemorum propulerunt, qui hostes appellantur, et semper bellum gerere cum Moslemis intelliguntur; nefas enim cum iis pacem facere, et bellum sacrum (**جهاد**) cum his infidelibus non nisi induciis abrumpitur. Jus internationale Musulmanorum proprie non ultra primae partis populos et regna extenditur.

3) Abû Hanîfa.

misit usuram inter Mohammedanum et infidelem, qui ad Islâmum se convertit, nisi ad Islamismi imperii fines jam confugerit. Hanc tamen absurdam sententiam discipuli refutaverunt, et in caeteris ritibus nullus Jctus eam defendere ausus est.

§ 2. DE CONTRACTIBUS INVALIDIS (فاسد) IN SPECIE).

Invalida (فاسد) appellatur venditio, quando afficitur vitio, quod non ad fundamenta pertinet, sed quod, proprio quodam jure Moslemorum, locum dat actioni rescissoriae; quod Arabes vitium in qualitate¹⁾ appellant, et contractus eo affectus opponitur venditioni irritae (باطل) quae vitio in substantia laborare dicitur. De effectu talium venditionum magna orta est dissensio inter scholas; Shâfi'ius opinatur eas etiam nullum effectum habere, quia pleraeque expressis verbis Qorani vel traditionis vetitae sunt, ita ut apud eum inter contractus irritos (باطل) et invalidos (فاسد) doctrinalis tantum distinctio sit, quae in hominum commercio nullas consequentias habet; quin etiam adsunt loci apud ejus sectatores, ubi verbis: »irritum" (باطل) et: »invalidum" (فاسد) promiscue utuntur.

Abû Hanîfae ritus recte contendit contrahentes in tali negotio traditione (قبض) dominium invicem acquisisse, qua de causa res vendita periculo emtoris fit, qui, conventus actione rescissoria, rem, vel re perdita, quanti ea res est (قيمة)²⁾, restituere debet. Argumento doctores

¹⁾ Inâja, III. p. 88: ما لا يجوز وصفها.

²⁾ Quodsi res deterior facta est, Arabes hoc appellant فوات n. a.

adducunt vitium exstare tantum in qualitatibus adjecticiis, quum satisfactum sit omnibus essentialibus contractus, cujus finis est dare, quod hîc quoque fit; in specie vero contractuum irritorum (باطل) aut omnino non datur, aut transferuntur res, quae dari non possunt.

Qui autem invalido contractu aliquid emit, eam rem recte disponere potest, quo tamen jure si utitur, jus amittit actionis rescissoriae instituendae; quae actio in genere unicuique contrahentium competit, excepto si vitium ortum est e conditione (شرط) vetita, quum tunc tantum penes talis conditionis stipulatorem jus sit rumpendi contractus¹⁾. Neque autem emtor neque venditor omnino audiendus est, nisi prius apud judicem deposuerit rem aut pretium acceptum.

Lucrum quod quis deductis expensis e re invalide emta vendita nactus est, ad pias causas est adhibendum (تصدق), quoties acquisitum sit e re determinata (عين); sin secus statui nequit quantum lucri quis ex ipsa re sibi comparaverit; si pecunia, exempli causa, cum bonis venditoris confusa est, nemo potest distinguere quantum lucri unusquisque nummus dederit; quae omnia et Mâleki sententiae conveniunt, qui tamen in hoc uno ab Abû Hanîfa dissentit, ut opinetur lucrum e re perceptum semper ejus esse cujus periculo res est, neque necesse putet id pauperibus dare. Quodsi ipsa res accessionibus augmentum acceperit, distinguendum est an hoc factu emtoris factum sit, quo casu jus tollendi habet, quo jure deficiente, venditori incumbit compensare omnes impensas necessarias, utiles et

cc ب causae, qua quid deterior fit; in Lexico vero non adest. Cf. Modaw. MS. n. 220, f. 2 sqq.

¹⁾ Hed., II. p. 37: فإين له الشرط ذلك دون من عليه.

voluptuosas. Augmenta ipsa natura allata ipso jure prosunt venditori.

Nunc observemus quaenam venditiones a Jctis invalidae (فاسد) nominentur :

Imprimis his adnumeranda est venditio rerum, quae juris civilis constitutione extra commercium sunt, quoties contractus modo permutationis (مقايضة) fit h. e. non pro pecunia signata, cujus rei rationem supra exposuimus. Item quando venduntur res, quae lege tradi non possunt (قدرة) (التسليم شرعية); sicut res pignori datae, vel res indefinitae (غرر) sicut emtio venditio spei, jactus retis cet., quae omnia naturali ratione recte vendi possunt, sed quarum commercium tantum proprio jure Mohammedano interdictum est.

Sic relativae nullitatis est venditio rei alienae, sed apud Shâfi'itos tantum; quum ne omnibus quidem Mohammedanis vetita sit, et idem dicendum est de venditione, ubi consensus tacite exprimitur, apud scholas, quae hoc nefas esse putant; aut si unus e contrahentibus Moslemus non est, si hoc requiritur.

Humanitatis causa introductum est, non licere in venditionibus ancillas separare a liberis, nisi ea aetate sint, qua matris cura carere possint, qua aetate plerumque esse habentur quando septimum vitae annum attigere; sunt tamen qui opinentur satis esse, quum infantibus non amplius opus sit matris lacte (استغناء عن الرضاع), quae tamen sententia non obtinuit. Apud Shi'itos vero tales venditiones plerumque pro vetitis tantum (مكروه) habentur¹⁾.

Neque fas est permutare duas res non determinatas (دين),

¹⁾ Shar. al-Isl., p. 177: التفرق بين الاطفال وامهاتهم قبيل

استغنائهم عنهن مكروه وقبيل مكروهة وهو الاظهر

quum alioquin facile committi possit in legem de usuris. Quod vero non eam vim habet ut non liceat uti delegationibus vel novationibus; nam his negotiis nullus populus carere potest, et apud Arabes bene tractantur sub capite de translatione debitorum (حوالة).

Prohibuit deinde propheta, quoad formam, nonnullos modos quibus tempore paganismi (جاهلية) Arabes solebant significare contractum irrevocabilem esse, quod nunc manuum complosione (صدقة) tantum fieri licet; non alia de causa, ut mihi quidem videtur, quam quia tales modi semper aliquid incerti (غور) in sese habent. Sic non licet dicere venditio rata est, quando ego tibi hanc rem projecero (بييع بالمنابذة), aut quando ego tetigero hanc vestem (بييع بالملامسة), aut quando ego tibi hunc lapidem projecero (بييع بالقاء الحجر). Quid autem ultimus, quem tetigi, venditionis modus sibi velit, magnum opinionum dissidium est inter doctores. Sunt qui contendunt eum hanc vim habere: nefas esse vendere agrum, sola mensura: quantum jactus lapidis continuerit; contra alii: nefas esse vendere rem in quam lapis projectus incidit; et alii: nefas esse vendere rem tot nummis, quot fragmenta dederit lapis projectus; alii rursus: nefas esse venditionem facere, quae utrum rata sit nec ne, pendet a jactu lapidis, quae ultima interpretatio nobis quidem prae caeteris arrisit, quamvis et pro caeteris valida argumenta adducantur in Modawwana¹⁾.

Conditiones, quas nefas est adjicere, jure Moslemorum totum negotium vitiant, nec tamen id irritum (باطل) facere

¹⁾ Cf. Bochârî, II. p. 25 seq.

possunt, quia tantum pro causis extrinsecus adjectis habentur.

Ritu Shâfi'itorum et Shiitorum omnes conditiones adjicere licet, nisi legem vel religionem impugnent, sicut conditiones impossibiles, vel quae moribus contrariae sunt, vel quae aliquid incerti (غَرَر) in sese habent, sive in objectis, sive in modalitate, velut dies incertus¹⁾. Mâlekîti etiam improbant omnem conditionem, quae impedimento est dominio vel juri disponendi, quam conditionem nostra schola²⁾ tantum improbat si utilitate caret. Malekîti in favorem libertatis tamen hanc exceptionem admittunt: quando quis, servo vendito, stipulatus est, emtorem eum manumittere (عتق) debere, rata est talis conditio; sed hoc tantum pertinet ad manumissionem sensu proprio, quum, ut servum statuliberum (مكاتب vel مدبر) faciat emtor, stipulari non liceat, quia quod contra juris rationem acceptum est, non producendum est ad consequentias³⁾. Remota tamen conditione vitiosa, contractus in jure omnes effectus habet⁴⁾.

Hanîfitorum doctrina a conditionibus abhorret, freta hac traditione prophetae: »nefas vendere sub conditione"⁵⁾, quae tamen traditio, ut ait scriptor 'Inâjae, cum grano salis accipienda est; distinguit enim inter conditiones essentielles aut naturales in contractu et eas inutiles, quas neque lex

¹⁾ Cf. nota I, p. 44.

²⁾ H. e. Shâfi'itorum.

³⁾ Hed., II. p. 40: لأن النص ورد باختلاف القياس ويقتصر على موردة

⁴⁾ Chal. ibn Ishâq, p. 128: وصح أن حذف شرط التدبير

⁵⁾ Hed., II. p. 33: نهى النبي صلعم عن بيع وشرط

sanxit, neque natura contractus, neque hominum commercium postulat, velut si quis servum vendidit ea lege, ut emtor eum manumittat, vel ad famulandum eum adhibere venditori liceat ¹⁾. Secundum ipsum Imâmum illicita conditio rata habetur, quoties contrahentes eam sponte sua impleverunt; sed ambo ²⁾ eum refutaverunt, quia quod ab initio vitiosum est, sola ratihabitione aut tempore convalescere non potest ³⁾.

Denique invalidum est, quando quis dactylos pendentes conjectura (خوصا) vendidit pro separatis, quod مزادبذنة appellatur, vel segetem pro frumento ejusdem generis (محاقلنة), quoties egrediatur ejus quantitas onus 5 camolorum (وسق = onus cameli), quia propheta permisit talem quantitatem in contractu عرايا, h. e. si quis pauperi palmas suas colendas dedit ut fructus perciperet; tunc si postea poenitet dominum se extraneum in aream suam admisisse, jus habet pauperis dimittendi pro quantitate dactylo-
 lorum separatorum, quae conjectura aequiparatur numero fructuum pendentium, dummodo sit infra onus 5 camolorum. Hanîfitorum doctores contendunt Shâfi'ium, hac comparatione instituta, duo negotia inter sese confudisse, quia عرايا toto coelo distat a contractibus »do ut des" (بيع); est enim donatio quaedam, reservato jure in locum rei donatae alius rei ejusdem momenti substituendae; cujus sententiae mihi videtur melius rationem reddi posse, et

¹⁾ 'Inâja, III. p. 113: كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة
 يكون العقد فاسدا

²⁾ Abû Jôsofus cum Mohammade.

³⁾ Hed., II. p. 33: لأن البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا

prorsus nefas esse contractus مزابنة et مكالفة inire, quia venditioni per conjecturam proprie tantum locus esse potest si per aversionem venditur, quum hîc tantum agatur de periculo (غرر) ne quis usuram (ربا) nanciscatur.

§ 3. DE CONTRACTIBUS VETITIS (مكروه).

Contractus »do ut des» (بيع) vetitus (مكروه) est, si neque natura sua neque accidentalibus legem impugnat, sed tamen ejusmodi est, ut religionis causa melius sit a talibus negotiis abstinere, quamvis semel inita nullo jure in foro rescindi vel effectui destitui possint. Quod enim hoc paragrapho dicturi sumus magis bonos mores quam strictum jus spectat, sed operae pretium nihilominus est breviter horum contractuum legem commemorare, quia juris religionisque fines apud Arabes non bene distinguuntur.

Vetuit autem propheta licitationem sine animo emendi, sed si eo tantum consilio fit, ut alii incitentur ad magnum pretium offerendum, quod ناجش appellatur, quo nomine et continetur pactum a duobus pluribusve factum in venditione sub hasta, se inter sese non licituros esse, ut vili pretio res abeat, quamquam licitatio per se ne moribus quidem interdicta est; in genere vero abstinendum est ab omnibus jactationibus, quibus mercatores uti solent, ut res meliore pretio distrahatur¹⁾.

Item piis Musulmanis nefas est obviam ire caravanis mer-

¹⁾ Shar. al-Isl., p. 156: وبكرة مدح البائع لهما يبيعه وضم المشتري لهما يشتريه. Sic non licet, dissuadendo ab initis venditionibus, aliis mercatoribus damnum inferre (بيع على بيع أخيه).

catorum, qui, annonae pretii in urbe ignari, facile decipiuntur, quo facto, re vili pretio emta, magnum lucrum sibi comparare possunt. Eadem ratione improbatur, si urbis incola (حاضر), a rusticis (باد) omni annona emta, pretium fori elevare studet, quae fere omnia statuta nec infidelium legibus incognita sunt. Si talis agendi modus reiteratur, delictum fit, quod a iudice poena arbitraria (تعزير) coërendum est.

Negotia peragere die Veneris (يوم الجمعة) post invitationem ad preces (اذان) valde impium est, quia sic homines a devotione avocantur, et Deus ipse a talibus rebus abstinere suavit, quia apertum est, eo agendi modo semper opus necessarium, nempe precationem, negligi¹⁾.

Sunt porro qui non invalidam (فاسد) sed tantum vetitam (مكروه) esse opinentur venditionem, qua separantur liberi parvi a matre, antequam ejus cura carere possint; secundum omnes vero vetita (مكروه) est separatio puerorum parvorum ejusdem matris, quia exstare affirmatur traditio, quae hoc vetat, nam in rerum natura est, eos tali separatione magna miseria affici, quum traditio dicat: »quicumque neque misericors est erga parvulos, neque honorem habet grandaevis, non est e nostris"²⁾. Ea prohibitio strictae interpretationis est, quum non extendatur

¹⁾ Qor., 62: 9, يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فأسعوا إلى ذكر الله وقروا البيع ذلكم خير لكم أن كنتم تعلمون

²⁾ Inâja, III. p. 136: من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا

ad eum casum, si unus e liberis, crimine commisso, noxae dari debet, neque si dominus eos victus causa vendere cogitur. Abû Jôsofus omnes hîc memoratas venditiones invalidas (فاسد) esse putat, et certe pro ea re magnum argumentum invenitur in verbis traditionis, attamen ejus sententia non obtinuit¹⁾.

¹⁾ Haec tantum exempla dedimus, quia satis ex iis apparet quid apud Arabes significet venditio vetita; sed multis aliis augeri possent, nam nulla alia regula adest nisi traditiones prophetae.

CAPUT IV.

DE DIVERSIS SPECIEBUS CONTRACTUS »DO UT DES» (بيع).

§ 1. EMTIO VENDITIO. — PERMUTATIO.

Tractatis regulis, quibus in genere constat contractus »do ut des» (بيع), restat nobis tantum, ut hoc capite adumbremus diversas species; qua in re tamen summa brevitate usuri sumus, quia hae omnes ejusdem naturae sunt. Sufficit igitur indicare quomodo eadem principia obtineant circa contractus diversos, qui, nostro et Romano jure, toto coelo discrepant. Imprimis autem his adnumeranda est emtio venditio (بيع sensu arctiore), a qua Arabum Jcti librum de negotiis juridicis incipere solent, quia non solum contractuum »do ut des» (بيع) princeps est, sed etiam quia nullus alius tantum locum dat tractandis regulis obligationum in genere, quarum theoriam generalem praemittere, nullus Jctus Arabs cogitavit, neque cogitare potuit; quod commune habent cum collegis in imperio Romano. Eorum

exemplum secutus, in praecedentibus semper ante oculos habui emtionem venditionem, unde factum ut nunc perpauca tantum dicenda habeam de ejus speciebus. Distinguunt enim Arabes inter eam mercaturam, quae fit cum lucro, quam nomine *مواصلة* designant, et eam quae fit eodem pretio, quo venditor rem antea emit, cui negotio nomen *تولية* est, et eum casum, quo emtor cum damno rem vendere cogitur, quod *مواضعة*¹⁾ appellant.

Ingens copia praeceptorum exstat de his diversis speciebus, quae tamen nobis adnotare non lubet, quia multis ambagibus multisque casuum positionibus auctores nihil aliud sibi propositum habent, quam ut ostendant lucrum (*بح*) mercatura facere per se non improbandum esse; nefas tamen id lucrum in incerto remanere, vel venditorem profiteri se eodem pretio vendere quo res emta sit (*تولية*), quum revera plus rogetur; tunc enim is, quem quis tali dicto circumvenit, jus habet, cognito vero pretio emtionis, eo pretio rem capere. Cujus rei tamen consequentiae practicae minimi sunt momenti, plerumque enim mercator honestus tibi rem offerens dicet: »an hoc emere velis tanto», non vero: »hoc tanto emi; sed tui gratia pro eodem pretio vendere volo, quia lucrum a te habere nolo». Talem impostorem coërcendum esse recte Arabes opinantur.

Quod ad permutationem (*مقايضة*) attinet, antiquo certe jure Orientalium prorsus iisdem regulis quam emtio venditio constabat, postea vero, ad caeterorum populorum instar, distinctionem aliquam Jcti finxerunt, praesertim Ha-

¹⁾ N. a. III a *وضع*, quo sensu in Lexico desideratur. Cf. 'Inâja, III, p. 2. Shar. al-Isl., p. 168. Eodem sensu usurpatur *وضع*.

nîfîti, quam distinctionem suo loco amplius exposuimus, sicut juris retentionis defectus, quod in venditionibus conceditur venditori; porro substitimus eo loco ubi Jctus quidam ita arguit, res jure civili extra commercium positas, si venduntur, eo modo afficere contractum ut irritus (باطل) fiat, quum contra tantum invalidus (فاسد) sit, si permittantur. Cui et hoc addi potest. E re ipsa apparet dissolutionem (اقالة) impossibilem esse quoties res emta interierit aut extra commercium facta sit, nisi de re fungibili agatur. In permutatione (مقايضة) tamen duarum rerum non fungibilium non nocet dissolutioni (اقالة) si una earum non amplius existit; quamdiu enim altera supersit, quae pretio rei perditae permutari possit, interest fortasse unius e contrahentibus contractum dissolvi, quod accidere nequit in venditione, ubi, admissa dissolutione, absurdissimum fieret negotium, nempe pretium rei perditae dari pro pretio antea soluto. Quae distinctio, mira subtilitate ab Arabe facta, quaeque infideles prorsus fugit, sola mihi videtur in jure Orientalium sicut in jure Occidentalium, cujus ratio reddi potest. Adduxit fortasse unus et alter etiam alias tinctiones, hae vero solae sunt quae mihi sese obtulere.

§ 2. DE RE NUMMULARIA (صرف).

Res nummularia (صرف) est permutatio (مقايضة) earum rerum, quibus pretium mercium constitui solet, ad quam, praeterquam quod de permutatione (مقايضة) in genere diximus, etiam aliae regulae pertinent; propterea quod metalla pretiosa duplicem functionem in hominum commercio habent.

Sunt enim bona (مال) et simul instrumentum (وسيلة), cujus ope bonorum pretium definitur, bonaque acquiruntur¹⁾; quum nulla alia de causa, ut videtur, eae res usurarum legi submissae sint. Quid autem Jcti sibi proposuerint in sequentibus regulis statuendis, nihil aliud fuit, quam, ut praeverteretur periculum usurarum; omnes enim ad hoc unum propositum reduci possunt: »nefas esse in his rebus lucrum facere”. Imprimis constat aurum et argentum permutari non posse nisi invicem traditione (تناول) facta in consessu (مجالس), igitur non sufficit ut contrahentes invicem rem tradant (تسليم); sed opus est ut ambo res corporeo tactu (قبض) accipiant. Qua de causa de optionibus tantum optio ob vitia (خيار العيب) hoc contractu inest et optio necessaria (خيار المجلس), quia in nullo negotio iis carere possunt homines, quum optio conventionalis (خيار الشرط) omnino sit interdicta, sicut optio inspectionis (خيار الروية), nam priore facile usura introduceretur, et alteri haud locus est, quia eae res non recte specimine (عين) venduntur pro rebus ejusdem generis, quippe eo modo traditio (قبض) in consessu impossibilis foret. Unicus casus quo traditione ab utraque parte non opus est, usu venit si nummi dantur homini, cui aequa vel major quantitas debetur; tunc enim per compensationem (مقاصة)²⁾ ipso jure id, quod debetur, ea summa diminuitur. Item optioni inspectionis locus est, si non agitur de pecunia signata; nam regulae de re nummularia etiam valent in auro argentove non signato sicut in rebus

¹⁾ Sic vertendum censeo Hed., II. p. 27: تكونها وسيلة.

²⁾ Desideratur in Lexico, cf. 'Inâja, III. p. 108; Chal. ibn Ishâq, p. 143.

his metallis ornatis ¹⁾; Dei enim prophetaeque prohibitiones etiam in minutioribus rebus observari debent. Benigna tamen juris interpretatione conditiones vitiosae contractum de re nummularia non vitiant, si contrahentes communi consensu eas non observarunt; si contra objecta contractus non adsunt in loco, prorsus irritus (باطل) est contractus.

Alterum postulatum est, ut res invicem permutatae ejusdem ponderis sint, quod vero tantum observari debet si metallum utrumque ejusdem generis est, velut si aurum pro auro datur, non si aurum pro argento, quod absurdissimum foret, quum etiam liceat per aversionem aurum pro argento, argentumque pro auro permutari, si conditiones (شروط) adsunt, quibus hoc in genere liceat ²⁾. Sed in permutationibus metallorum pretiosiorum pro metallis ejusdem generis severius agunt Jcti de aequalitate; pondere enim explorari debet, et omne incertum de ea re nullitate absoluta (باطل) afficit negotium ³⁾. Sic non licet vendere pulverem (نواب) auri sive naturalem sive aurifabrorum, nam de quantitate auri in eo non constat; quamvis alii agnoscant absolutam aequalitatem ab hominibus definiri non posse, quod praesertim accidit in rebus auro argentove ornatis, quae pro metallo ejusdem generis venduntur, ubi etiam aurifabri ars suam sibi mercedem postulat, et tantum nefas est nimium lucri facere. Sic et in nummis has regulas cum grano salis accipiendas esse, qui censeant, adsunt. Distin-

¹⁾ Item prohibitio venditionis, inspecto specimine, tantum de nummis valet, non de caeteris rebus fungibilibus ex his metallis confectis.

²⁾ Hed., II. p. 71: ويجوز بيع الذهب بالفضة مسجازفة لان المساواة غير مشروط فيه

³⁾ Hiçni., f. 116: كحقيقة المفاضلة الجهل بالمماثلة

guunt autem nummos in tres species: quarum prima eos continet, ubi argenti vel auri plus inest, quam quae ex caeteris metallis admixta sunt, qui nummi probi (صحيح) appellantur; secunda species complectitur eos, quibus metalli et admixturae ¹⁾ quantitas aequalis inest (زيف s. زيفه) pl. زياف et زيوف; quum tertiae hi nummi adnumerantur, ubi admixtura praeponderat (ستوق).

Ejusdem autem speciei nummi inter sese recte permittuntur, quamvis et inter eos leve discrimen sit; sed prohibentur tantum permittari inter sese nummi diversarum specierum, pondere aequali, quia tunc palam est nimium discrimen adesse inter quantitates metalli puri. Quod ad aeneos nummos (فلوس pl. فلس) attinet, utrum regulis rei nummulariae (صرف) subjectae sint nec ne, quaestio inter scholas est.

Hanîfîti, qui opinantur omnes res fungibiles usurae subjectas esse, admittunt eo ipso usuram cadere in nummos aeneos; caeterarum vero scholarum sectatores de ea re in tristi dubio versantur; non enim usurae locus est in cupro, attamen, si semel signatum est, cum eo quoque usura exerceri potest, quam ob rem juris ratio (قياس) postularet hos etiam rei nummulariae (صرف) statutis adstrictos esse. Ea tamen sententia non praevaluit, et Shâfi'îti Mâlekîtique eorum permutationes totas in arbitrio contrahentium reliquerunt ²⁾.

Denique observandum est rei nummulariae restrictiones cessare, quoties usura non prohibetur sive ratione personarum, sive ratione regionis, qua negotium peragitur ³⁾.

¹⁾ Alliage.

²⁾ Hicni, f. 113: والصحيح لا ربا فيها.

³⁾ Argentarius in lingua Arabica صرف sive صيرفي appellatur.

§ 3. DE TRANSACTIONE (صَلْح).

Transactio (صَلْح) est contractus, quo homines, invicem de parte juris sui aliquid remittentes, litem praevertunt, vel litem jam contestatam componunt¹⁾. Est autem res Deo valde grata, tali modo agere²⁾, et quia essentielle est ab utraque parte aliquid dari vel remitti, quod dationi aequiparatur, non solum apud Arabes contractus bilateralis (معاوضة) est, sed etiam contractus »do ut des» (بيع). Est tamen quaedam distinctio inter transactionem (صَلْح) apud Arabes et apud nos quoad litem de qua transigitur; constare enim debet debitum esse vel fuisse, neque licet jure Moslemorum ei, quem lite aggressus est alius, de ea re transactionem inire, si totum negotium negaverit³⁾. Quae distinctio absurdissima est; quid enim naturalius est quam si quis, ita reus factus, mavult transigere quam litis periculum in se suscipere?

Dividitur transactio in duas species:

I. Transactio liberationis (صَلْح الْاِبْرَاءِ s. الْكَطِيْطَةُ), cui locus est si creditor debitori solvere lento partem debiti remittit, quod tamen nonnunquam donatio magis est quam contractus »do ut des» (بيع), quodque sub conditione (شَرْط) facere nefas.

II. Transactio aequivalentis (صَلْح الْمَعَاوِضَةِ) h. e. si cre-

1) *Hicni*, f. 123 v.: هو عقد الذي ينقطع به خصومة.

2) *Qor.* 4: 127: وَالصَّلْحُ خَيْرٌ.

3) *Abû Shodjâ'*, p. 21: وَيَجُوزُ الصَّلْحُ مَعَ اقْتِرَارِ فِي الْأَمْوَالِ.

الثابتة في الذمة: *Sharbînîus*, I, p. 319, quibus verbis addit

ditor consensit, pro re ¹⁾ quam ex contractu apud judicem petere potuit, aliam rem (المصالح عليه) accipere, e. c., si quis, quum servum stipulatus esset, in gratiam debitoris alium servum vel animal accipere velit. Talis contractus omnino iisdem regulis quam venditio constat ²⁾, intrant omnes optiones, omnesque conditiones, a quibus pendet utrum valeat contractus nec ne. Ea transactio etiam sub conditione iniri potest vel in diem, quin etiam accipi potest, pro re postulata usus alius rei et tunc etiam regulae locationis conductionis observandae sunt.

His duabus speciebus omnes transactiones continentur secundum JCtos, qui nostra sententia hunc contractum non tractaverunt ea cura, quam in caeteris adhibuerunt, neque intelligimus quomodo haec principia in hominum commercio sufficiant. Quod praesertim valet de priore specie ubi prohibitio conditionum magnum impedimentum est, quum etiam nullo modo ratio reddi possit distinctionis inter casum, quo reus absoluta negatione in foro uti velit et eum, quo proprio sibi jure munitus ope exceptionum actorem arcere studeat.

§ 4. DE LOCATIONE CONDUCTIONE (اجارة)

Multo majoris momenti, quam caeteri contractus hoc capite jam tractati, est contractus, cujus finis est usum rei (استعماله) dare, ut alia res accipiatur ³⁾, qui contractus

¹⁾ Ea res appellatur عنه المصالح.

²⁾ Hicni, f. 123 v.: ويتعاقف به جميع احكام البيع.

³⁾ Sharb., I. p. 362: الاجارة شرعا تمليك منفعة بعوض.

nomine locationis conductionis (اجارة) designari solet. Etiam in jure Romano notum est, hunc contractum proxime emtioni venditioni accedere, sed juri tantum Moslemorum hujus principii summa consequentia inest. Non tamen hunc contractum accuratius examinare volumus antequam animadverterimus, Jctos in eo vidisse aliquam speciem incerti (غمر), quam ob rem eum non admisisse prophetam ajunt, nisi necessitate coactum, quia hominum commercium eo carere nequit. Attamen invenitur sanctio tam in Qorâno¹⁾ quam in traditionibus, ita ut nulla dubitatio sit, quin sit justus religionique conveniens.

Locatio conductio (اجارة) bipartita est, distinguitur enim inter locationem conductionem rerum vel operarum, cui nomen اجارة in specie est, et locationem conductionem operis (استصناع; جعالة)²⁾, si opus aliquid perficiendum locatur.

Prior species autem iisdem essentialibus, quam emtio venditio constat; requiruntur duo contrahentes, locator (موجر), qui rem (العين المستأجرة s. المكتراة) non dat, sed tradit, vel industriam suam praestat, ut conductor (مستأجر)³⁾

¹⁾ Qor., 65, 6: فان ارضعن لكم فآنهن اجوهن Hed., II. والقياس يابى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهى معدومة واطافة التملك الى ما سيوجد لا يصح الا اذا جوزناه لاجرة الناس اليه وقد شهدت بصحته الآثار

²⁾ In Lexico forma X a صنع prorsus desideratur. Cf. Baille: Law of sale, p. 297 seqq.

³⁾ Etiam conductorem significare videtur vocabulum اجير, quae significatio Lexico addenda est. Cf. Abû Shodj., p. 24: فلا ضمان على الاجير الا

ei pretium conductionis (أَجْرَة) solvat, e quibus sequitur etiam locari posse res alienas, quia datione (تمليك) non opus est, quum res periculo locatoris remaneat, et conductor praeter dolum culpamve etiam custodiam praestare debeat. Locator omnia praestare debet, quae ad usum (منفعة) percipiendum necesse sunt ex consuetudine, ita rem etiam eo statu servare debet, quem usus postulat; sic domum ita esse oportet ut habitari possit; impensae vero quae ad ipsum usum habendum necessariae sunt conductori incumbunt; quae tamen res unoquoque casu alterutri impensarum speciei adnumerandae sint, non semper facile dirimi potest, quod praesertim valet de cloacis puteisque purgandis, quam rem Ictorum pars conductoris esse opinatur, sed minus recte ut videtur.

Quod ad formam attinet, qua consensus datur, pariter uti possunt contrahentes verbis, vendo vel emo usum, ac loco vel conduco¹⁾; utraque enim elocutio valet. Res quae extra commercium sunt neque locari possunt, sed

في تليف ما بيده لأنه: ubi Sharb., I. p. 366 addit: أمين على العين المكتراة..... لما كان كالوديع فلو اكرتري دابة ولم ينتفع بها فتلفت.... لم يضمن سواء انفرد الاجير فيها كان ضرب: بعدوان ابن قاسم post. بالميد أم لا. Quamquam Hignius ad hunc locum verbo اجير tantum in significatione mercenarii utitur, quum dicat, aequo jure teneri conductorem (مستاجر) quoad rem conductam. Loci vero laudati tam Abû Shodjâ'î quam Sharbînîi duplicem vocabuli اجير significationem luculenter demonstrant, cujus rei alia probatio adest in glossa marginali ad hunc Sharbînîi locum: علة للاجير بمعنى المستاجر.

¹⁾ locare; اكرتري. 1)

hoc solum non sufficit; usus autem debet etiam ejus generis esse, ut nec lege nec moribus interdictus sit. Quod imprimis observandum est in locatione conductione operarum¹⁾, quae tamen res apud Orientales minoris momenti quam apud nos est, quia locatio conductio famulorum famularumque fere prorsus ignota est, quum servos habeant, qui eo munere fungantur. Contra omnes quaestus modi ad eam speciem locationis pertinent, quorum etiam divisio exstat in prorsus illicitos, et illicitos jure civili et vetitos moribus tantum, in qua divisione eadem observanda sunt ac in venditionum vitiosarum speciebus, quum, ut contractus omnino valeat, postuletur usus permissus (ممنوعة مباحة) sive lege, sive consuetudine. Inter quaestus autem, quos nefas est facere, habentur praestigiatorum, tibicinumque artes; item mathematici cum simiarum aliarumve bestiarum administratoribus pro impurissimo hominum genere habentur, quae exempla multis aliis augeri possent.

Conductor rei omnem usum habet, quem e re percipere potest, nisi expressa stipulatione exclusus sit, vel eo res multo deterior fiat, nam jus abutendi domino tantum est; sic post traditionem, rem, suo periculo, totam vel pro parte alii locare potest, neque dominus jus habet hujus rei prohibendae, excepto casu, quo talis clausula inest contractui. Si res usu periit, damnum locatoris est, nisi si hoc damni causa fuit, quod conductor nimium a re postulavit, velut si animali supra vires onus imposuit, cujus rei tamen ne sic quidem damnum fert, si locator hoc ei expressis verbis, quin etiam tacite, permiserit.

¹⁾ In locatione conductione operarum, locator mercenarius (اجير) appellatur.

Optiones omnes adsunt, excepta tamen optione conventionali (خيار الشرط), cujus rei mihi videtur vix ratio reddi posse. Vitia quibus contractus rumpi potest ejus generis esse debent ut non tam substantiam rei afficiant, sed magis usui impedimento (حاجب) sint; neque necesse est ea orta fuisse ante traditionem, quotiescunque enim aliquid usui impediendi sese manifestaverit, conductor totum contractum ab eo inde temporis momento rumpere potest, soluto pretio conductionis pro rata parte temporis, quo integro usu fructus sit. Ut vero remissionem pretii ob calamitates locator concedat, nunquam cogi potest; quod ne necesse quidem est, nam ope optionis ob vitia conductori satis damnum resarcitur.

Ut in venditione, sic ipso jure rei conductae includuntur quasi partes rei (حق), non item res accessoriae quae per se subsistunt (مرفق), nisi expressa stipulatione »cum omni causa», secundum distinctiones fusius supra explicatas, ubi de contractu »do ut des» in genere disseruimus¹⁾. Accessiones quae rei advenerunt tempore conductionis prosunt domino, sive ex ipsa natura provenerunt sive factu conductoris, qui tamen tunc jus tollendi habet, dummodo sic rei damnum non feratur, at nunquam cogere potest locatorem, ut impensas in eas erogatas reddat.

Pretium conductionis (اجرة) certum esse debet²⁾ non vero opus est id pecunia signata consistere, nam omnibus rebus

¹⁾ *Hicni*, f. 142 v. : اذا استأجر دارا وفيها بئر ماء ياجوز شرب منها تبعاً

²⁾ Quid sit pretium certum, de ea re aliqua contentio inter scholas est. Shâfi'îti sententiam proferunt etiam consuetudine definiri posse, quod de caeteris nonnulli negant. Sic et levis contentio est de tempore solutionis.

usus (منفعة) compensari (عاض) potest, etiam usu alius rei aut parte fructuum, si de colono partiario agitur. Solvi debet pretium conductionis quo tempore exigí potest ex consuetudine (فى محله), quae si ignota est, praesens fit solutio, nisi contrahentes aliter convenerint. Si in diem est, observari debet, quod praemisimus, de mora; dies enim, non sicut apud nos, in arbitrio solventis est.

Finito contractu, res reddi debet, quod accidit, peracto intervallo temporis statuti, vel usu vel opere promisso; dissolvitur contractus tantum rei interitu, aut optione ob vitia, aut si unus contrahentium promissis stare impar fit, non tamen morte¹⁾; nam omnes obligationes in et ad haeredes transeunt, nisi locatio ejus generis sit, quae solum a certo individuo praestari potest.

Neque re vendita, locatio rumpitur, eadem de causa ut videtur, qua etiam licet rem alienam locare; est nempe contractus temporalis tantum, ubi domini parum interest, permultum vero conductoris. E re tamen ipsa apparet emptorem, qui, ignarus locationis, rem emit, optionem habere, utrum rem redhibere an retinere velit, nam, si quid aliud, locatio inter vitia computatur.

In dubio sunt Jcti de duabus speciebus locationis conductionis²⁾, utrum l. c. rei, an l. c. operis adnumerandae sint, nempe si dominus (رب المال) agrum suum colono (عامل) dedit pro quadam fructuum parte, et confiteor pro utraque sententia multa dici posse; usus enim híc tam domino prodest quam colono partiario, quum distinctio

¹⁾ Abû Shodjâ', p. 24: ولا تبطل بموت احد المتعاقدين.

²⁾ H. e. مساقاة si de uvis palmisque agitur, مزارعة si de caeteris agris in cultura datis..

inter locationem conductionem rei et operis haec sit, ut apud priorem usus tantum conductori prosit, in altera vero opus perficiatur in locatoris gratiam. De qua ultima specie hoc admonendum habeo. Fere prorsus iisdem regulis quam prior adstricta est, sed etiam licet praemium (جُعِلَ) promittere pro opere incerti eventus; sic locare quis potest reductionem cameli errabundi vel servi fugitivi. Etiam licet conductori (عامِل) semper opus missum facere pro lubitu, si modo a pretio renuntiat; non vero locator (صاحب العمل), nisi solvat quod debuit pro rata parte operis, quod si defini nequeat, totum pretium (جُعِلَ) solvendum est. Absoluto opere, praesens fit solutio, quum apud Hanîfîtos locator optionem inspectionis (خيار الروية) habeat ipso jure; apud caeteros vero probationem operis stipulari debet (خيار الشرط). Si opus vitia habere videtur tutus est locator optione redhibitoria (خيار العيب). Quodsi accidat, ut conductor etiam materiem operis det, contractus proximus est emtioni venditioni, et secundum analogiam (قياس) sic eum inire non liceret, quia nefas est, vendere rem absentem (غائب), quam nemo contrahentium adhuc viderat, sed necessitatis causa benigna interpretatio legis admissa est in omnibus rebus, quas consuetudo sic vendi postulat.

§ 5. DE VENDITIONE ANTICIPATO PRETIO (سليم s. سلف)¹⁾.

Venditio anticipato pretio (سليم) appellatur contractus,

¹⁾ His vocabulis promiscue utuntur Jcti, سليم tamen est e dialecto regionis Hedjâzi, quum سلف magis inveniatur apud scriptores 'Irâqenses. Contractus prorsus ignotus est apud Shâfi'îtos Javanos. Sunt qui dicant

quo emtor (راس المال) s. المسلم (رب المال) certum pretium (راس المال) dat, ut alter (المسلم اليه) ei in diem (اجل) debitor fiat rei (المسلم فيه) descriptae in instrumento (ذمة) contractus. In hoc enim contractu aequae ac in matrimonio solus consensus non sufficit; sed expressa forma requiritur¹⁾, cujus rei facile ratio reddi potest, nam venditio anticipato pretio quam maxime locum dat periculo incerti (غرر); et quamvis necessitatis causa lex²⁾ eam permisit, tamen Jcti conati sunt hoc periculum, quantum per vires licuit, nonnullis regulis diminuere. Adest tamen de hoc contractu magna dissensio inter Shâfi'ium caeterosque Imâmos, quum Shâfi'ii schola contendat salam non solum venditionem ad tempus esse anticipato pretio, sed etiam praesens (حالا) concludi posse³⁾, quin etiam si in genere salam contrahi dicitur, salam praesentem spectari arguit. Quo modo tamen talis contractus aliud quid nominari possit quam emtio venditio, me non intelligere confiteor, quum ex commentariis juris in hac obscuritate equidem non multum lucis acceperim.

hoc negotio in oriente imprimis uti provinciales vexatos a praefectis, ut tributa conferre possint.

1) Sharb., I. p. 307: وليس لنا عقد يختص بصيغة ألا هذا والنكاح

2) Qor., 2, 282: يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه
 signifi- care venditionem anticipato pretio (سلم). Traditio legitur Hed., II. p. 58:
 من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم. Cf. Bochari, II. p. 44 seqq.

3) Abû Shodjâ', p. 20: ويصح بيع المسلم حالا وموجلا

Argumento hoc adducunt hujus scholae doctores: si contractus ad tempus (اجل) permissus est in quo quam maxime incerti aliquid est, tum ipso jure licere talem contractum praesentem inire; nam, quamvis hoc negotium in lege haud commemoratur, semper regula valet: minor majori inest, quum verba legis non limitative sed enuntiative accipienda sint.

Universe admonendum est, hunc contractum prorsus eadem essentialia et naturalia habere quae venditioni simplici insunt, quum, quae excipiuntur, nata sint e necessitate ut incerti periculum quam maxime coërceatur.

Prima autem est conditio ut pretium (راس المال) praesens solvatur, de qua re tamen una schola multo severius agit quam altera. Hanîfîti nostraque secta irritum totum negotium appellant, nisi pretium solvatur in ipso consessu (مجلس), quo contractum sit¹⁾; Mâlekîti vero solutionem etiam praesentem appellant, dummodo intra tres sequentes dies fiat, pro quo tempore et optionem stipulari haud nefas ajunt, quum caeteri totam optionem conventionalem (خيار الشرط)²⁾ ab hoc negotio secludant. Quam regulam facile intelligemus, si in memoriam revocaverimus, non licere permutari duas res nondum determinatas (دين), rem autem anticipato pretio venditam (المسلم فيه) semper nondum determinatam esse, et igitur cavendum esse, ne etiam pretium eodem statu maneat. Eadem, ut videtur, de causa postulatur traditio naturalis pretii sicut in re nummularia

¹⁾ Hed., II. p. 62: فلا يصح المسلم حتى يقبض راس المال
قبل ان يفارق فيه

²⁾ Non vero optio necessaria (خيار المجلس) apud Shâfi'itos, neque optio ob vitia (خيار العيب).

¹⁾ (حوالة) litteram cambialem (صرف), neque sufficit pro eo dare, ne pro parte quidem, nam, quoties legem transgrediuntur contrahentes, nihil agitur (بطل); vix vero opus est ut dicam, recte tradi procuratori a venditore designato. Accepto pretio, venditor ejus fit dominus, et de eo omnia negotia inire potest, quo et nititur prohibitio optionis conventionalis, quippe quae pendere dominium rerum faciat, quod quum fiat, neque dispositio libera (تصرف) exstat, neque certum est, non adesse permutationem duarum rerum nondum determinatarum (ديور), quod Jctus quidam his verbis expressit: de contractu ante separationem omnino constare (ناجز) debet ²⁾.

Secundo, accurate definiendum est tempus, quo res (المسلم فيه) tradenda erit, operae vero pretium est explorare quid apud Arabes pro tempore definito habeatur.

Indefinitum tempus est, si traditio promittitur die aliquo in mense (شهر) Rabî', aut ineunte vel exeunte vere vel anno, aut si dicitur quando Zaid venerit, vel quando dives factus erim. De ultima tamen re dissentiunt Jcti, quia traditum est, prophetam in inopia vestem emisse, et dixisse se soluturum esse quando dives factus esset. Quam vero traditionem recte plerique eorum arguunt tantum spectare

¹⁾ حال IV litteram cambialem alicui dare in aliquem pro aliquo pretio cca etc. علی pp. et c ب pret. حواله littera cambialis; محال qui litteram cambialem tenet; محيل qui eam dat. حال VIII dicitur de eo, cui littera cambiali solvitur. Quae omnes significationes juridicae non recte in Lexico notantur. Cf. Sharb., I. p. 310. Hicni, f. 119 Jcti ad h. c.

²⁾ Abû Shodjà', p. 20: أن يكون العقد المسلم ناجزاً, quibus Ibn Qâsim, p. 94 addit: أي مقطوع في الحال.

venditionem cum in diem solutione, non item venditionem anticipato pretio, quia contra rationem, et igitur strictae interpretationis est.

Appellatur tempus definitum (quod Malekîti ajunt etiam tacite ex consuetudine constare posse) si dicitur e. c. mense Rabî, quod si dicitur secundum ea quae supra diximus, dies cedit et venit primo die prioris mensis hujus nominis¹⁾; aut si dicitur tempore messis, vel reditus eorum, qui iter sacrum (حج) peragunt, si hi in loco, ubi contrahitur, quotannis certo tempore venire solent. Sic etiam tempus hominibus debet esse notum, veluti menses Arabum, Persarum aut Romanorum, quibus adnumerantur festa, etiam infidelium, si nota sunt Mohammedanis, e. c. primus dies novi anni apud Persas, cui nomen نيزوز est, quae festa semper nominari licet si ambo contrahentes infideles sunt. Si autem universe (مطلق) spatium anni vel mensis promittitur, intelligi debent anni mensesve lunares, quia eos tantum lex qua tales agnoscit²⁾.

Si de festis Mohammedanorum agitur, semper intelligitur festum proximum hujus nominis; quod si nomen desit, proximum quodque omnium festorum spectatur, quamvis pro festo κατ' ἐξοχήν habeatur jejunii solutio mense Ramadhân.

Si venditor rem ante diem loco designato adduxit, secundum nostram scholam emtor eam accipere cogitur, qui si abest, neque procuratorem reliquit, re oblata et

¹⁾ Duo enim sunt menses Rabî in anno Mohammedano.

²⁾ Qor., 2, 185: يسألونك عن الأهلّة قل هي مواقيت للناس والحج

deposita apud judicem, debitor liberatus est, nisi ab emtore probetur eum dolo egisse, vel oblationem sibi inopportunam fuisse, velut si terrae eo tempore incursio hostium immi-
nuit aliave calamitas, aut si ex ipsa stipulatione apparet emtoris etiam diem interesse e. c. si quis certo die fructus recentes vel carnem stipulatus est vel cumulum frumenti, qui non nisi magna molestia transportari potest, tunc enim emtor justam causam recusandi habet. In caeteris scholis praesertim apud Mâlekîtos constat, stipulatorem nullo jure cogi posse rem ante diem accipere, nam dies, qua talis, in favorem utriusque contrahentium esse intelligitur, contra constituta die, consensu omnium, res recusari nequit, et, absente emtore vel ejus procuratore, apud judicem deponenda est.

Si salam praesens fit, non opus est indicare locum traditionis; si contra ad tempus concluditur, de eo mentionem facere debent contrahentes in instrumento, nisi de loco ex consuetudine vel ex ipso negotio constet; sin secus tradi debet eo loco, quo contractum sit, etiamsi inopportuno. Quod negat Abû Hanîfa, qui pro irrito (باطل) totum contractum habet, nisi expressis verbis designatum sit, ubi tradi debeat; ejus autem discipuli ambo in nostri Imâmi sententiam inclinaverunt.

Locus sat definitur, si nominatur urbs, nisi si urbs permagna sit, sicut Baghdâd aut Baçra, quia sufficit rem ad urbem vel ad regionem urbanam vicumve pro magnitudine loci transportari; non vero usque ad domum emtoris, nisi si et hoc promissum sit. Causa autem cur remissius agatur si locus, quam si tempus incertum sit, nulla alia mihi Sharbînîoque videtur, quam quod leve temporis intervallum mercatorum animos mutat, non vero multi momenti est,

utrum res paulo absit, si tantum distantia haud nimis longa est, vel multam molestiam parit.

Res, cujus pretium anticipatum est (المسلم فيه), semper debitum (دين) remanet; igitur, quamquam venditor (المسلم اليه) liberam pretii dispositionem nactus est, emtor contra de re nulla negotia inire potest, quia obstat regula: nefas rem emtam vendere ante traditionem. Item vix opus est in memoriam revocare, eum, quamvis rem haud visam emerit, ritu Hanîfitorum optionem inspectionis (خيار الروية) non habere, quia res emta, nondum determinata (دين), huic optioni subjecta esse nequit.

Praeter requisita objectorum omnium contractuum »do ut des" (بيع), res aliquae sunt, quae anticipato pretio vendi nequeant. Quibus ante alias adnumerandae sunt res quae in genere suo functionem non recipiunt, quia in hoc contractu semper de rebus nondum determinatis (دين) agitur. Item nefas in tali venditione pretium et rem emtam ejusdem generis esse, si id genus usurarium (ربوي) est, quia aliter manifeste alicui usurarum speciei adnumerandus est contractus: quin Abû Hanîfa prorsus esse nefas contendit, rem (المسلم فيه) esse pecuniam signatam, vel animalia vel carnem; singulari tamen aequitate motus, nam, quum usura constituta sit in omnibus rebus fungibilibus, eadem juris ratione totum contractum prohibuisse deberet. Qua observatione ducti discipuli ambo, carnem saltem recte anticipato pretio vendi affirmaverunt; qui sibi tamen nequaquam constant, quum in caeteris rebus Imâmum deserere ausi non sint. Multo melior nostra Mâlekique sententia est; salam semper licere, quoquo modo fiat, nisi aurum argentum vel edulia pro rebus ejusdem generis dentur, tunc enim traditione de manu in manum opus est.

Deinde, quia venditio anticipato pretio (سلم) non nisi de rebus in instrumento descriptis fieri licet¹⁾, requiritur, ut res hujus generis sint quae descriptionem patiuntur; id enim agitur ut omne incertum (غـرر) quam maxime tollatur²⁾. Igitur describi debet imprimis quantitas, quae mensuris usitatis constare opus est; non vero licet in hoc contractu mensuris non probatis uti, sicut: »hoc lapide», qua in re omnes scholae consentiunt. Ex qualitatibus (صفة) omnes describi debent, a quibus pendet pretium rei, quibusque mens emtoris mutari posset, ita ut ipso jure contractui exemptae sint eae res in quibus emendis individuum spectatur, exempli causa res immobiles (عـقـار) et res mobiles (منقول) pretiosae, velut domus, fundus, et magnae gemmae, quarum parvae recte anticipato pretio venduntur. Porro describi nequeunt res de quarum qualitate non constat, sicut res aliis commixtae, vel quas ignis ita affecit, ut substantia mutata sit; non vero si ignis tantum adhibitus est ad eas liquefaciendas secundum Nawawîum; quod omne in Mâlekîtorum schola non spectatur³⁾.

Postremo necesse est, ut res (مسلم فيه) talis sit, ut possit adesse eo tempore, quo jus emtoris in eam nascitur (X حق)⁴⁾ h. e. tempore traditionis, quum Hanîfiti opi-

¹⁾ Abû Shodjâ', p. 19: *يباع شيء موصوف في ذمة* Sharb. ad h. l.: *بلفظ السلم*.

²⁾ Hicnî, f. 116 v.: *وان كان المسلم فيه منضبطا سواء اتحد جنسه او تعدد*

³⁾ Chal. ibn Ishâq, p. 142: *وجوز فيما طبخ واللؤلؤ والعنبر والجوهر*

⁴⁾ X حق dicitur si aliquod jus natum est h. e. si dies cedit et

nentur eam etiam (adesse) debere tempore quo contrahitur; perperam vero et usui hujus vendendi modi contrarium; plerumque enim eo utuntur coloni, qui necessitatis causa fructus nondum exstantes vendunt, ut creditoribus et publicanis satisfacere possint. Quae regula hanc vim habet, ut non liceat anticipato pretio vendere res, quas non certum est, utrum exstiturae sint tempore traditionis, sicut nefas est promittere fructus recentes in hieme dandos, vel fructus unius horticuli, vel partus certi animalis, quia nequaquam certum est, eos exstituros; licet vero fructus, partus cet. in genere promittere, nam genus non perit, et igitur nisi certum, tamen verisimile fit eos dari posse tempore constituto. Quodsi tamen accidat, ut magna et improvisa calamitate genus ita sit diminutum, ut carum factum sit, non vitiatur contractus ipso jure ex meliore sententia, sed emtor (رب المال) eligere potest, utrum velit meliora tempora expectare, an pecuniam suam recuperare, quum venditor (المسلم البيه) item jus habeat emtorem, oblata pecunia anticipata, demittere.

§ 6. DE MUTUO (قرض).

Proxime contractui salam accedit mutuum ¹⁾(قرض); hoc

venit. Cf. Hîçnî, f. 118 v. Sharb., I. p. 319. Ibn Qâsim, p. 93. Dicitur etiam هو استأق بالعقد pro: contractus hoc postulat. Cf. Inâja, III. p. 96, 99 cet. Quae omnia Lexico addenda.

¹⁾ Chal. ibn Ishâq, p. 142: يأجوز قرض ما يسلم فيه فقط إلا

جارية تحل للمستقرض

est, si creditor (مقرض) debitori (مقترض)¹⁾ certam quantitatem rerum fungibilium (مال مثلي) dat, ut post certum statutum tempus recipiat eandem quantitatem rerum ejusdem qualitatis. Quia jure Mohammedano nefas est quidquid lucri (نفع) ex tali negotio foeneratori (مقرض) obvenire, irritum (باطل) fit, quoties ulla alia mente contrahitur, quam in gratiam debitoris (مقترض), qua in re tractanda ita scrupulosi sunt Jcti, ut nobis quidem eorum distinctiones regulaeque ridiculae videantur; sed quarum facile causa intelligetur, si in memoriam revocavero, homines in Oriente credere, prohibitionem usurarum (ربا) divinae originis esse. Sic totum negotium infirmatur, si quidquid commodi creditor sibi stipulatur, velut si res melioris qualitatis accipere cupit aut si ei donum (هدية) datur, nisi contrahentes inter sese donationibus uti soleant, vel donum alia de causa, sicut ob matrimonium, fit. Sunt tamen qui in ea re remissius agant, quique tales donationes tantum vetitas (مكروه) esse putant; perperam vero, nam, quamquam jus donandi agnoscitur, hinc tamen optima occasio foret fraudandae legis. Expresso ab utraque parte consensu, incumbit creditori, debitorem tradendo dominum facere (تمليك) rei mutuo datae, qui eam reddere non debet nisi secundum clausulas contractus vel consuetudinem. De rebus datis etiam observandum est, eas dari opus esse prout pondere, mensura, numero constant, cujus rei regulae stricte interpretari debent, quia aliter totum negotium irritum fit. Si nummi mutuo dantur, qui deinde currere desinunt, exstat opinio, eos nihilominus ejusdem speciei nummis compen-

¹⁾ S. مستقرض.

sari debere, melior tamen videtur ea sententia, creditori tantum eandem quantitatem auri argentique novis nummis solvendam esse. Igitur debitori incumbit valor nummorum eo die, quo mutuum contraxit, aut secundum alios, die ultimo quo cursum habebant. Tempore statuto praeterito, debitor solvere debet loco convento, qua de re si nihil convenit, loco contractus; non enim creditor res ullo alio loco postulare potest; nisi signata pecunia sit, nam tunc si nihil de solutionis loco convenit, repeti potest locis omnibus, ubi debitor inveniatur, pro lubitu creditoris, pecunia enim res est, quae ubique exstat. Caeteroquin mutuum (قرض) prorsus iisdem legibus subjectum est, quibus emtio venditio, observatis regulis de usuris; intrant autem omnes optiones, praeter optionem inspectionis (خيار الرؤية), quia non nisi de rebus fungibilibus contrahitur; omnia tamen alia essentialia ac naturalia, prout res postulat, etiam huic contractui insunt.

§ 7. DE CONTRACTU MATRIMONII (نكاح).

Quamquam matrimonium apud Arabes nihil aliud est quam contractus »do ut des» (بيع), tamen maiore parte jura personarum spectat, et igitur nemo postulabit, ut de tota ea re agamus, quum hoc tantum nobis propositum sit, ut breviter demonstramus, quo modo contractus hoc capite collocari potuerit, qui nostro jure prorsus diversae legi subjectus est. Quod ad subjecta attinet, hoc constat, omnes, qui liberam dispositionem bonorum habent, hunc contractum inire posse; caeteros vero, qui in interdictione sunt, auctoribus patre vel avo vel tutore, sponsalia

inire posse, quamdiu minores (صغیر) sunt, siquidem majores (ببالغ), a curatoribus uxores accipiunt, quoties iis ea re opus sit, quod etiam ad officium judicis pertinet. Servi a domino collocantur in contubernium, ita tamen ut servorum ipsorum consensus requiratur. Femina a patre vel avo vel tutore elocatur etiam sine consensu, dum virgo (بکر) sit, sin secus, expressis verbis consensum dare debet; mulieres tamen nunquam nubunt, nisi tutore vel curatore auctore. Quam ob rem domina servam non collocare potest pro lubitu; sed a curatore suo petere debet ut auctoritatem interponat. Futuri conjuges, aequae ac tutor vel curator, etiam per procuratorum contractum inire possunt; non vero eodem licet pro ambobus tutor aut curator esse, nisi si avus est, qui nepotem neptemque matrimonio conjungit.

Sunt etiam nonnulli, qui, quamvis omnia negotia peragere possunt, justas tamen nuptias contrahere nequeant, sicut cognati cognataeve¹⁾ in linea recta vel in linea transversa usque ad tertium gradum, porro qui in abstinentia sunt (مکروم), apostatae (مرتد), hermaphroditi (خنثی) aequae ac infideles, qui religione revelata non utuntur. Deinde necesse est ut contrahentes pares sint (کفو) existimatione, forma, familia, religione cet.; quod nisi accidat nullus tutor auctor fieri, nullaque puella tales nuptias inire cogi potest. Si nihilominus consensu unius eorum deficiente, puella sibi impari nupserit, dissentiunt Jcti quo gradu matrimonium invalidum sit, sunt enim qui tunc contractum irritum, alii qui eum vetitum tantum esse opinentur.

Forma nuptiarum est oblatio (ایجاب) et acceptatio (قبول),

¹⁾ Cognatus cognataque عصبه pl. عصبات appellantur.

adhibitis duobus testibus integrae fama; consensus etiam sub conditionibus dari potest, quae contra bonos mores esse non possunt; apud Arabes vero boni mores toto coelo distant ab eo, quod nos his verbis designare solemus.

De optionibus tantum inest huic contractui optio ob vitia (خيار العيب), quae vitia fere eadem sunt, quae jam exposuimus, quum de servorum emtione verbum fecimus. Caeterae tamen optiones prorsus excluduntur.

In contractu autem matrimonii vir uxori, quam accipit, dare debet donationem propter nuptias (مهر, صدقة)¹⁾, quae plerumque antea definitur (المهر المسمى); quod tamen et postea fieri potest; tunc vero dissentientibus conjugibus, iudex eam constituere debet, ratione habita donationum, quas cognatae (عصبات) uxoris acceperant (المهر المثل). Non exstant minimum maximumque donationis propter nuptias, sed pro re nata, proque uniuscujusque statu dari debet.

Donatio (مهر) constare potest in donando obligando vel liberando sive pure sive in diem sive sub conditione. Dominium ejus ab uxore acquiritur, statim ac promissa sit, cujus regulae ratio reddi vix potest, quum jus disponendi (تصرف) tantum nascatur tempore traditionis (قبض); in ante nuptias donationibus vero jus mulieris tum demum irrevocabile est, si nuptiae secutae sint, aut vir antea moriatur. Si vir ante nuptias sponsam dimittere vult, incumbit ei dimidium donationis relinquere; sponsa vero,

¹⁾ مهر et صدقة eandem significationem habent, distinctio tantum est quod prior in traditionibus (سنن) invenitur, altera vero in Qorano. Absurdissimam versionem in Lexico, ubi »dos» nominantur, non opus est refutare; dos enim est quidquid viro a parte uxoris datur ad sustinenda onera matrimonii; مهر vero donatio a viro compensandi usus puellae causa.

missa facta tota donatione, a sponso discedere potest. Aliter tamen fit post nuptias perfectas; tunc enim uxorem repudiare viro semper licet; haec autem divortium (خلوع), dissentiente marito, impetrare nequit, nisi oblato dono (عوض). Si conjuges ambo liberam bonorum dispositionem habent, sponte sua tale negotium peragere possunt, sin secus curatore auctore, quem tamen id suadere, valde improbatum.



INDEX VOCABULORUM QUAE IN HOC OPUSCULO
EXPLICATA SUNT.

Nota † munita aut in Lexico desiderantur aut saltem minus recte explicata sunt.

آجر 117 n. 1.	اجنبی † 42 n. 1; 70.
آحاد † 6.	اجیر † 116 n. 3; 118.
ابق 57.	احال † 124 n. 1.
اتلف 46.	احتال † 124 n. 1.
اجارة 29; 115 seqq.	اختار 65.
اجاز 31.	اختيار 32.
اجازة 79.	ادب السلطان 17.
اجتهاد 6 n. 3; 7 n. 1.	ادب للقاضي 10.
اجرة 117.	أذان 106.
اجرى † 71 n. 1.	اذن 97 n. 1.
اجل 44.	ارش 72; 75.
	استار 56 n. 2.
	استحق † 128 n. 4.

116. + استصناع
 101. استغناء عن الرضاع
 38 n. 1. + استولد
 5 n. 2. اسناد
 27; 30. + اشترى
 41. اشترى
 31. + اطلاق التصرف
 4 n. 1. اعتبار الامثال
 90. + اعزاز
 82. اقالة n. a. اقال
 117 n. 1. اکترا
 33. اكره
 14 n. 1. الله
 8. امام
 34. امام الاصل
 11. الامام الاعظم
 62. امانة
 38 n. 1. ام ولد
 58. امة
 11. اهل السنة
 15. اهل العراق
 11. اهل القياس
 31. + اهلية

41. ايجاب

ب

80. باد
 84. باطل
 78. باطن
 27 seqq. + باع
 32 n. 1. بالغ
 41. + بائع
 78 n. 1. + براءة
 89. بركة
 88. بطل
 41. بعث
 132. بكر
 32. بلوغ
 49. + بيت
 27, 108. + بيع
 102. + بيع بالقاء الحجر
 39. بيع الغرر
 102. + بيع باللامسة
 105 n. 1. + بيع على بيع اخيه
 102. + بيع بالمنابذة
 84 n. 2. + بيع بالوفاء

بيعان 30 n. 2.

بيوت مكة 50.

ت

تابع 4.

تأخير 79.

تبري 78 n. 1.

تبع 48.

تجارة 32.

تخاير 65.

تخليئة 45.

تراب 112.

تردد 6 n. 2.

تروى 65 n. 1.

نزويج 43.

تسليم 42.

تصدت 100.

تصرف 31 n. 3; 35 n. 2.

تصريئة 33.

تعاطى 41.

تعزير 106.

تعبد 32.

تفاضل 94.

تفريط 53.

تفريغ 45.

تقوم 90.

تلف 72.

تماثل 94.

تمليك 28.

تمول 28 n. 3.

تناول 45.

تنجس 36.

تولية 109.

ث

ثمن 53; 60.

ج

جاهلية 40.

جبرائل 3.

جري 71 n. 1.

جريب 56 n. 2.

جفاف 55.

جعل 121.

جعلالة 116.

جن 96.

جهاد 98 n. 2.

جهالة 72.

ح

حيازة n. a. 50. حاز

حاضر 106.

حاكم 35.

حالا 44.

حجّ 125.

حاجر 31.

حديث 4.

حرّ 52.

حسن 5 n. 2.

حسّيّ + 39.

حقوق pl. حقّ + 48.

حقّ آدميّ 16.

حقّ الله تعالى 16.

حوالة + 102; 124.

خ

خراج 76.

خرص 55.

خرصا 104.

خفيّ 78.

خلوع 134.

خنثى 132.

خيار 34; 64.

+ خيار التروى 65.

+ خيار التعيين 61.

خيار الروية 65; 72 seqq.

خيار الشرط 64; 68 seqq.

خيار العيب s. النقيص

74 seqq.

خيار القبول 42.

خيار المجلس 64 seqq.

خيانة 32.

د

دار + 49.

دار الاسلام + 98 n. 3.

دار الحرب 98 n. 2.

دار الصلح + 98 n. 2.

درهم 56 n. 2.

دلال + 84.

دلس 78 n. 2.

+ دّين 45; 48.

دين 89.

دينار 56 n. 2.

ديوان 18.

ذ

ذراع 56 n. 2.

ذرع + 56 n. 1.

ذمة + 40.

ذهب 95.

ر

رأس المال 123.

رب المال s. السلم 122.

رب المال 120.

ربا s. ربوا 47; 92 seqq.

ربا الفضل 94.

ربا القرض 95.

ربا النساء s. النسبيّة 94.

ربا اليد 94.

ربح 109.

ربوي + 93.

رد + 74.

رسول 74.

رطل 56 n. 2.

رقبة + 35 n. 3.

ركان pl. 30.

رهن 46.

رومي 18.

ز

زكوة + 16; 37.

زياف et زيوف pl. 113.

س

ستوق 113.

سفيه 32.

سلطان 6.

سلف 54; 121 seqq.

سالم 42.

سلم 54; 121 seqq.

سكران 32.

3. السماء الاسفل

2; 4. سنة

3. سورة

ش

98. شارك
 56 n. 2. شر
 92. شرب
 30; 31 pl. شرط
 112.
 2. شرع
 28. شرعا
 39. شرعي
 29. شركة
 8. شريعة
 67. شفعة
 124. شهر
 28. شيء
 4 n. 3. الشبخان

ص

4. صاحب
 121. صاحب العمل
 56 n. 2. صاع
 31. صبي
 85. صبح

- 5 n. 2; 30; 113. صاحب
 66. + صدقة
 113 n. 3. صراف
 44; 110 seqq. صرف
 132. صغير
 40. صفة
 54. صفة
 29; 114 seqq. + صالح
 114. صالح الابرء s. الحطيطة
 114. صالح المعاوضة
 16. صلوة
 113 n. 3. صيرفي
 30; 40 seqq. صيغة

ض

57. ضال
 5 n. 2. ضعيف

ط

50. طاهر
 18 n. 2. طبقات
 57. اطراف pl. طرف
 95. طعام

16. طهارة

50. طهر

ظ

78. ظاهر

ع

2. عادة

120. عاض

32. عاقل

120. عامل

32. عبد

97. + عبد مأذون

43. عتق

56 n. 1. عدّ

104. عرايا

45. عربون

2. عرف

132 n. 1. عصبات pl. عصبية

45. + عقار

27. عقد

7. علماء pl. عليهم

78. علة

60. عَوْض

134. عَوْض

56. + عيار

56 n. 1. + عير

48 seq. + عين

العين المستأجرة s. المكتراة

116.

غ

54. غائب

58 n. 1. + غاصب

44; 52 n. 1. غرر

58 n. 1. + غَضَب

58 n. 1. غَضَبَ

34. غلط

ف

46; 99 n. 2. + فات

30; 85 seqq.; 99 seqq. فاسد

2; 6 n. 2. فتوى

56 n. 2. فدان

17. فرائض

17. فرض

95. فصّة

35. فصوليّ

8. فقه

7 فقهاء pl. فقيه

35. + فلس

113. فلوس pl. فلس

99 n. 2. + فوت

ق

3. قاص

10. قاضى القضاة

42. قبض

56 n. 2. قبضة

41. قبول

54. قدر

38. قدرة التسليم

2. قرآن

29. قراض

29. قرض

56 n. 2. قصبّة

6 n. 2. + قطع

6 n. 2. + قطعاً

56 n. 2. قفيز

39. + قهراً

4 n. 1. قياس

56 n. 2. قيراط

47. قيمة

ك

34. كافر

2. الكتاب

132. كغو

56 n. 1. كيل

ل

30, 64 seqq. غير لازم et لازم

28. لغة

م

41. الماضى

28. + مال

47. + مال ربويّ

47. + مال قيميّ

47. + مال مثليّ

35. مالك

28 n. 3. + ماليّ

32. المبذر ماله
 30 n. 2. متبايعان
 30. متعاقدان
 5. متواتر
 56 n. 2. مثقال
 53. مئمن
 7 n. 1. ماجتهد
 42. مجلس
 32. ماجنون
 104. محاقلنة
 124 n. 1. + محال
 132. ماكوم
 120. في محاقلنة
 124 n. 1. + محاقلل
 56 n. 2. مد
 38 n. 2. مدبر
 8. مذهب
 109. مرابحة
 132. مرتد
 39. مرتهن
 49. مرافق pl. مرفق
 39. مرهون
 32. مريض
 104. مزابنة
 120 n. 2. مزارعة
 67; 120 n. 2. مساقاة
 8. مسائل
 116. مستأجر
 130 n. 1. مستقرض
 53. مستوصلة
 14. مساجد
 34. مسلم
 122. المسلم اليه
 122. المسلم فيه
 55. مشاهد
 15. مشائخ بلخ
 30. + مشتري
 5. + مشهور
 115. المصالح عليه
 115 n. 1. المصالح عنه
 125. مطلق
 17. معاملات
 29. غير معاوضة et معاوضة
 30; 47 seqq. المعقود عليه
 56 n. 1. + معيار
 58. مغصوب

9. مُفْتٍ
 32. مِفْلَسٌ
 111. + مِقَاصَّةٌ
 29; 109. مِقَايِضَةٌ
 130. مِقْتَرِضٌ
 130. مَقْرِضٌ
 9. n. 3. مَقْلَدٌ
 38. n. 2. مَكَاتِبٌ
 34. مَكْرَةٌ
 87; 105 seqq. مَكْرُوهٌ
 28. مَلِكٌ
 35 n. 3. مَلِكٌ
 88. + مَلِكُ التَّصَرُّفِ
 35 n. 3. + مَلِكُ الرَّقِيبَةِ
 56 n. 2. مَسٌّ
 49. + مَنزِلٌ
 51; 115 غير منفعه et منفعه
 seqq.
 118. منفعه مباحه
 45. + مَنقُولٌ
 109. + مَوَاضِعَةٌ
 116. مَوَجِرٌ
 70. مَوْقُوفٌ

70. مَوَكَّلٌ
 66. + مَهْرٌ
 133. + المهر المثل
 133. + المهر المسمى
 86 n. 4. مِهْيَتَةٌ

ن

50. نَاجِسٌ
 113. نَبْهَرَجٌ
 124. نَاجِزٌ
 105. نَاجِشٌ
 5. + نَصٌّ
 95. نَفْعٌ
 17. + نَفَقَاتٌ
 60. + نَقْدٌ
 44. + نَقْدَا
 56 n. 2. + نَقْدَانٌ
 45. نَقْلٌ
 17; 131 seqq. نَكَاحٌ
 125. نَبِيرُوزٌ

و

67. وَارِثٌ

53. وأصله

67. وأهب

46. وديعة

56 n. 1. وزن

56 n. 2. وسف

90. وسيلة

54. وصف

17. وصية

109 n. 1. + وضعية

43. وقف

38. وقف

35. وكيل

32. + ولي

32 n. 1. + ولاية

35 n. 2. ولاية

٤

67. الهبة ذات الثواب

٥

94. يدا بيد

54. يمين

106. يوم الجمعة

1877

1878

1879

1880

1881

1882

1883

1874

1875

1876

1877

1878

1879

1880

1881

1882

1883

1884

1885

T H E S E S.



I.

Het gezegde van Ganz (Ueber die Grundlagen des Besitzes p. 7): »Ein Römer weiss sehr gut aus dem Richtigen heraus etwas in alle Fäden der Einzelheit auszuspinnen, und es verlässt ihn sein trefflicher Tact dabei nicht, aber wenn er diess instinctartig und sicher leitende Gefühl in den Centralpunct des Gedankens zusammenziehen soll, so weicht die Kraft'', is ook ten volle toepasselijk op de schriften der oostersche Rechtsgeleerden.

II.

In het Mohammedaansche recht geeft gewoonte geen recht, dan alleen waar de wet zwijgt of er uitdrukkelijk op verwijst.

III.

Volgens het Mohammedaansche recht, heeft de vorst (سلطان) geen wetgevend gezag.

IV.

Bij de Mohammedanen moet de rechter altijd onderzoeken of eenige wet niet met eene wet van hooger rang in strijd is.

V.

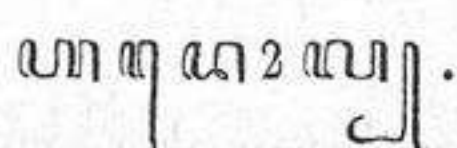
Even als alle wetenschappen, door de Arabieren beoefend, is ook hun recht niet vreemd gebleven van den invloed der door hen overwonnen volken, bij wie de Romeinsche beschaving was doorgedrongen.

VI.

Een voogd moet bij de Mohammedanen voor een minderjarigen handelen (gerere) tot op zijne meerderjarigheid. Tegen alle rechtshandelingen van een minderjarigen wordt de i. i. r. verleend, zelfs al heeft hij ze met toestemming (auctoritas) van zijn voogd aangegaan.

VII.

Het woord: »بيع» moet niet vertaald worden door »verkoop»; maar het is een contract, waarvan het gevolg is:

eigendomsoverdracht (تمليك) ten einde een aequivalent (عوض) terug te bekomen. Hetzelfde kan gezegd worden van het javaansche woord: .

VIII.

Tusschen ingezetenen en vreemdelingen, qua tales, bestaat bij de Oosterlingen geen verschil van rechtsbevoegdheid.

IX.

In het Mohammedaansche recht is het bezit geen recht; maar slechts een feitelijke toestand.

X.

Het constitutum possessorium in den zin, dien wij er aan hechten, is aan de Mohammedanen onbekend.

XI.

Door het slechte muntstelsel in het Oosten hebben waarschijnlijk reeds de oudste juristen aldaar ingezien dat koop en ruil hetzelfde is.

XII.

Eene donatio remuneratoria is volgens het Mohammedaansche recht een verkoop.

XIII.

In het Mohammedaansche recht bestaat er geen onderscheid in de rechtsgevolgen tusschen eene tijdsbepaling en eene opschortende voorwaarde bij verbintenissen.

XIV.

Het huwelijk is in het Mohammedaansche recht een contract van het genus »do ut des'', even als koop en verkoop.

XV.

Omtrent het verschil tusschen handelingen onder de levenden en die, welke eerst na den dood werken, wat betreft de onmogelijke en onzedelijke voorwaarden, zegt Gajus (III. § 98) te recht: *Cujus diversitatis vix idonea ratio reddi potest.*

XVI.

Waar het recht door de enkele wilsovereenstemming bij een koopcontract geen eigendomsovergang aanneemt, behoort ook de zaak voor risico van den verkooper te blijven, even als in het Mohammedaansche recht.

XVII.

In de l. 2 Cod. de pet. her. (3: 31) vat Windscheid ten

onrechte den koper van de helft als juris emtor op. Vergl. Linde: Zeitschr. N. F. IV, p. 101 seqq.

XVIII.

Ofschoon de uitdrukking: »stille vertegenwoordiging» zeer juist is voor de verbintenissen van een commissionair met zijn lastgever, zoo valt toch die van »stille vertegenwoordiger» af te keuren. Vergl. Mr. J. E. Goudsmit: Pand. Syst., I. p. 157.

XIX.

Actiones mixtae in den zin van zoowel in rem als in personam bestaan in het Romeinsche recht niet. In ons recht is dit punt op eene wijze geregeld, die bijna voor geene qualificatie vatbaar is.

XX.

Na de verjaring blijft er zoowel in het Romeinsche als in ons recht, eene obligatio naturalis over.

XXI.

Het feit dat iemand als student op kamers woont vestigt zonder uitdrukkelijke, vrijwillig afgelegde, verklaring geen domicilie.

XXII.

In ons Burg. Wb. konden de titels over de gemeenschap

van winst en verlies en die van vruchten en inkomsten (I: 8 afd. 2), benevens dien over grondrenten en tienden (II: 8) worden gemist.

XXIII.

Voor het onderscheid tusschen olographische en geheime testamenten, bestaat bij ons geen *raison d'être*.

XXIV.

Art. 1274 B. W. erkent eene *mora ex re* wegens den aard der verbintenis.

XXV.

In art. 2014 B. W. beteekent bezit: *possessio animo domini*.

XXVI.

Inschrijving in de openbare registers van onroerende goederen is geene levering in den zin van art. 1510 en 1511 B. W.

XXVII.

De adoptie in Ned. Ind. erkend ten opzichte van: »Chineezen en andere Onchristenen» is geene erfstelling.

XXVIII.

Een wisselbrief is eene betalingsbelofte, die door den vorm alleen verbindt, en geene lastgeving zoo als onze wetgever aanneemt.

XXIX.

Waar de wet een blanco endossement erkent, had zij niet voor het endossement op naam bepaalde vormen voor moeten schrijven.

XXX.

Eene bepaling als die van art. 437 Wb. v. K. had ook in het B. W. moeten opgenomen worden in Boek III, tit. VII, afd. V.

XXXI.

Het cognossement is handelspapier.

XXXII.

De titel »van den staat van kennelijk onvermogen» behoort niet in het Wetb. v. Burg. Rv. te huis, maar in het B. W.

XXXIII.

De instelling der procureurs behoort uit ons nieuw ont-

werp van Rv. te verdwijnen, of ten minste hun ambt met dat der advocaten vereenigd te worden, zoo als in Ned. Ind.

XXXIV.

De bepaling van art. 152 Wb. v. Rv. behoorde ook tot Nederlanders te worden uitgestrekt, die niet in de termen van art. 859 Eod. vallen.

XXXV.

Art. 94 Rv. had even als art. 95 Eod. aan den rechter de verplichting op moeten leggen, de nietigheid in allen gevalle uit te spreken.

XXXVI.

Art. 68 der wet op het Notarisambt, verbiedt den Notaris niet bij authentieke acte den bewaarder zijne minuten aan te wijzen.

XXXVII.

Bij de bepaling welke de zwaarste is van twee gelijksoortige straffen, die elk den rechter de keus laten tusschen een minimum en een maximum, moet deze acht slaan op de arithmetisch-midden-evenredige tusschen het minimum en het maximum van elk dier straffen.

XXXVIII.

Bij de praeventieve gevangenis moet de Wetgever veel

aan 's rechters oordeel overlaten. Door te zeer te willen waken tegen misbruiken, van die instelling gemaakt, loopt men licht gevaar eene geregelde strafvordering onmogelijk te maken.

XXXIX.

Bij de zoogenaamde »demandes en revision» van art. 409 Wb. v. Strv., had ook nog voorzien moeten worden het geval dat het betrokken rechterlijk college, na de uitspraak van het vonnis, openlijk verklaart, hetzij in het recht, hetzij in de feiten gedwaald te hebben.

XL.

Door art. 22 Wb. v. Strv. zijn afgeschaft alle bepalingen van den C. P., waarbij de vervolging van een misdrijf afhankelijk gesteld wordt van de voorafgaande aangifte door zekere, daartoe rechthebbende, personen.

XLI.

Verbetering van den misdadiger moet het eenige doel der straffen zijn; zij vinden in dat doel haren eenigen rechtsgrond.

XLII.

Tegen het duel, qua talis, behoorde niet dan eene zeer lichte straf bedreigd te zijn.

XLIII.

De afschaffing ter rottingslagen in Indie is allezins toe te juichen.

XLIV.

Het toekennen van autonomie aan kolonien, zoodra zij daarvoor eenigzins rijp zijn, is zoowel in het belang van dezen als in dat van het moederland.

LXV.

Eene belasting in arbeid of in natura op te brengen, is de eenige die in onze O. I. Kolonien aan de inlanders kan worden opgelegd. De wijze evenwel, waarop dit juiste beginsel door het cultuurstelsel is toegepast, verdient volstrekte afkeuring.

XLVI.

Het regelen bij de wet van onderwerpen, het bestuur der kolonien betreffende, is wenschelijk overal waar eene parlementaire regeringsvorm bestaat.

XLVII.

Afstemmen eener begrooting om redenen, zoogenaamd daarbuiten gelegen, is noch in strijd met onze Grondwet, noch in het algemeen af te keuren.

XLVIII.

Wenschelijk ware, dat ook ten onzent aan den rechter uitdrukkelijk de bevoegdheid werd toegekend om de grondwettigheid eener wet te beoordeelen.

XLIX.

Eene legerorganisatie bij de wet zou in Nederland vooral goede vruchten dragen.

L.

In art. 198 Grw. moeten de woorden: »en erfopvolging» vervallen.

LI.

Tegen de toekenning van het kiesrecht aan ongehuwde vrouwen en weduwen, bestaan geene overwegende bezwaren.

LII.

Ofschoon onze pensioenwetten wijziging behoeven, is toch het stelsel van pensioneerden door den Staat zeer aan te bevelen.

LIII.

Inkomsten belastingen verdienen de voorkeur boven alle anderen.

LIV.

De subsidiën behooren uit de armenwet te verdwijnen.

LV.

De voorwaarde door een burgerlijk armbestuur aan de bedeeeling verbonden, dat de kinderen der bedeeden de openbare school moeten bezoeken, is niet onrechtvaardig, noch onbillijk.

LVI.

De pogingen van den amerikaanschen staathuishoudkundige H. Carey, om de theorie der grondrenten van Ricardo langs historischen weg te bestrijden, zijn tot heden nog geenszins in staat geweest, die theorie te wederleggen.

LVII.

Het bestaan van eene theologische faculteit aan 's rijks inrichtingen van hooger onderwijs is in strijd met het beginsel der scheiding van Kerk en Staat, en onbillijk jegens de kerkgenootschappen.

LVIII.

De afschaffing der kaapvaart, bij het verdrag van Parijs in 1856, heeft hoegenaamd geene waarde zonder de vrijverklaring van particulier eigendom op zee.

LIX.

Alle gezonde beginselen van volkenrecht, eischen dat geene anderen dan oorlogshavens worden geblokkeerd.

LX.

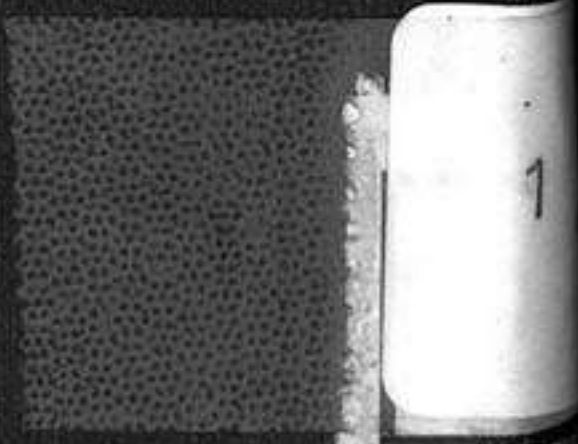
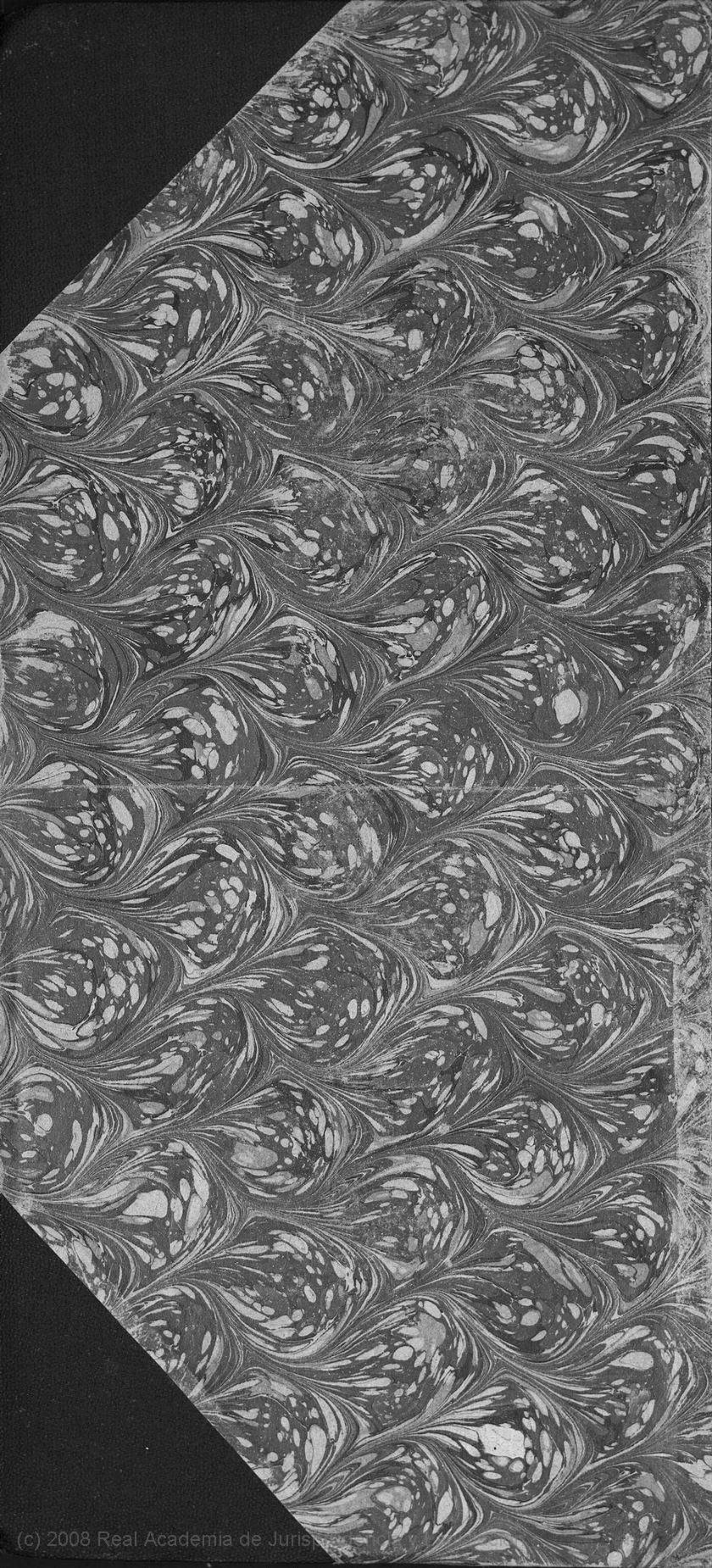
Het jus exterritorialitatis van een gezant behoort men niet verder uit te strekken, dan tot het gezantschaps-hotel en hetgeen daar onmiddelijk mede verbonden is.

E R R A T A.

P. 2 l. 9 ab in. seqq.	Qoranus	l. Qor'anus
» 3 l. 5 ab in.	partim	» particulatim
» 7 l. 13 a f.	nullus	» nemo
» 7 l. 5 a f.	nos	» nunc
» 8 l. 9 ab in.	Abu <u>Hanifa</u>	» Abû <u>Hanifa</u>
» 8 l. 14 a f.	dispulis	» discipulis
» 8 l. 5 a f. seqq.	<u>Hanifiti</u>	» <u>Hanafiti</u>
» 18 l. 7 ab in.	regnante 'Abd al-Ma- leko	» regnabat 'Abd al-Malek
» 31 l. 16 a f.	rebus	» bonis
» 32 l. 8 a f.	Quoque desideratur	» Desideratur quoque
» 32 l. 6. a f.		» dele notam ²⁾
» 35 l. 7. a f.	ut	» quod
» 49 l. ult a f.	²⁾	» ¹⁾
» 92 l. 6 a f.	possunt	» possint
» 92 l. 6 a f.	venditione	» venditionem.]



K.





VAN DEN BERG — DE CONTRACTU „DO UT DES”



1 / 411

