

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

## متون فقه « جلد ۲ »

متون «حقوقی - استدلالی» شرح لمعه

همراه با ترجمه

ویژه داوطلبان آزمونهای ورودی

## کارشناسی ارشد - دکتری

قابل استفاده داوطلبین آزمونهای:

دکتری سراسری و آزاد

کارشناسی ارشد سراسری و آزاد

حقوق و فقه - مبانی حقوق، قضاوت و سردفتری

مؤلف: سید محمدباقر حسینی

با همکاری: سوناز عباسی نژاد



# متون «حقوقی - استدلالی» شرح لمعہ

سید محمد باقر حسینی

با همکاری سرکار خانم سوناز عباسی نژاد

نظارت : ..... مهندس شہرام کرمی و مهندس علی اکبر نکوفر  
مسئول فنی : ..... لیلا بعاج زاده  
تایپ : ..... خانم شریف پور  
طرح جلد : ..... مریم مظفری

آدرس : شیراز - مؤسسہ آموزش عالی آزاد فاضل

تلفن : ۰۷۱-۳۲۳۵۳۰۱۶ / ۰۷۱-۳۲۳۵۹۹۰۲

## دانشجوی گرامی

حضور در کلاسهای موسسه فاضل بدلیل حل مسائل متنوع، ارتباط زنده و دو طرفه بین دانشجو و استاد، قرار گرفتن در جو کنکور، ایجاد انگیزه رقابت، رفع اشکالات دانشجو و آزمونهای کلاسی که ضمن آن از میزان آمادگی خود مطلع می شوید انتخابی است که نمی توان آنرا با مطالعه یک یا چند کتاب مقایسه کرد.

**شرکت در کنکورهای هماهنگ کشوری موسسه فاضل به شما این امکان را می دهد که جایگاه واقعی خود را در رتبه بندی کشوری بیابید چرا که علاج واقعه قبل از وقوع باید کرد.**

تقدیم به:

ساحت مقدس امام عصر (عج)

و

برادر و خواهر عزیزانم

## تقدیر و تشکر

حمد و سپاس بیکران شایسته خالق بی همتایی است که لطف بی حدش در تدوین ترجمه حاضر، یاریمان داد و فیض خود را با عنایت حضرت صاحب الامر (عج) بر ما ، تمام نمود.

همچنین لازم می دانم که از خانمها سوناز عباسی نژاد، لیلا بعاج زاده و شریف پور که در راستای گردآوری جلد دوم ترجمه متون فقه با عنوان "متون حقوقی - استدلالی شرح لمعه" کمال همکاری را به عمل آوردند تشکر نمایم.

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	کتاب کفالت
۱۳	کتاب جعاله
۲۷	کتاب حجر
۳۶	کتاب مضاربه
۴۳	کتاب مزارعه
۵۳	کتاب مساقات
۶۱	کتاب وصایا
۶۱	فصل اول
۷۲	فصل دوم (در متعلق وصیت)
۸۱	فصل سوم (در احکام وصیت)
۸۷	فصل چهارم (در وصایت)
۹۹	کتاب نکاح
۹۹	فصل دوم (در عقد نکاح)
۱۱۴	فصل سوم (در محرمات نکاح و توابع آن)
۱۳۶	فصل چهارم (در نکاح موقت)
۱۴۳	فصل ششم (در مهر)
۱۵۸	فصل هفتم (در عیوب و تدلیس)
۱۶۴	فصل هشتم (در قسم و نشوز و شقاق)
۱۸۱	کتاب طلاق
۱۸۱	فصل اول (در ارکان طلاق)
۱۸۹	فصل دوم (در اقسام طلاق)
۱۹۸	فصل سوم (در عده ها)
۲۰۲	فصل چهارم (در احکام طلاق)

۲۰۵.....	کتاب خلع و مبارات.....
۲۱۵.....	کتاب اقرار .....
۲۱۵.....	فصل اول (در صیغه اقرار و توابع آن).....
۲۱۸.....	فصل دوم (گفتن کلامی پس از اقرار که با آن منافات دارد).....
۲۲۰.....	فصل سوم (در اقرار به نسب).....
۲۲۷.....	کتاب غضب .....
۲۴۷.....	کتاب میراث.....
۲۴۸.....	موانع ارث.....
۲۶۰.....	اجتماع الفروض.....
۲۷۰.....	میراث اجداد و اخوه.....
۲۷۶.....	میراث اعمام و احوال و فرزندان آنها.....
۲۸۳.....	میراث زوجین.....
۲۸۵.....	ارث دیه جنین.....
۲۸۵.....	میراث زنا زاده.....
۲۸۶.....	میراث غرق شدگان و زیر آوار ماندگان.....
۲۸۹.....	کتاب حدود.....
۲۸۹.....	فصل اول (در حد زنا).....
۳۱۵.....	فصل دوم (در لواط - سحاق - قیادت).....
۳۲۲.....	فصل سوم (در قذف).....
۳۳۴.....	فصل چهارم (در شرب مسکر).....
۳۴۱.....	فصل پنجم (در سرقت).....
۳۵۹.....	فصل ششم (در محاربه).....
۳۷۳.....	کتاب قصاص.....
۳۷۳.....	فصل اول (در قصاص نفس).....
۴۰۱.....	فصل دوم (در قصاص عضو).....

۴۰۹.....	فصل سوم (در لواحق)
۴۱۹.....	کتاب دیات
۴۱۹.....	فصل اول (مورد دیه)
۴۳۷.....	فصل دوم (در مقادیر دیات)
۴۳۹.....	فصل سوم (در شجاج و توابع آن)
۴۴۳.....	فصل چهارم (توابع)



### کتاب الكفالة

- ۱- (و هي التعهد بالنفس) أى إلتزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له، و شرطها رضا الكفيل و المكفول له، لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق و لو بالدعوى، بنفسه أو وكيله، و الكفيل بمنزلة الوكيل حيث يأمره به.
- ۲- يفتقر إلى إيجاب و قبول بين الأولين صادرين على الوجه المعتبر فى العقد اللازم.
- ۳- (و تصح حالة و مؤجلة)، أما الثانى فموضع وفاق، و أما الأول فأصح القولين، لأن الحضور حق شرعى لا ينافيه الحلول. و قيل: لا تصح إلا مؤجلة (إلى أجل معلوم) لا يحتمل الزيادة و النقصان كغيره من الأجل المشترطة.

---

### کتاب كفالت

- ۱- (و آن [یعنی كفالت]، تعهد به نفس است ابرخلاف ضمان و حواله كه تعهد به مال می باشند. البته طبق نظر شهید اول (ره) ضمان: «التعهد بالمال من البرىء» و حواله: «التعهد بالمال من المشغول بمثله» است. تعهد به نفس در كفالت] یعنی التزام احضار مكفول در زمانى كه مكفول له، آن را طلب كند. و شرط كفالت، رضای كفيل و مكفول له است نه مكفول. زیرا در زمانى كه صاحب حق، حضور مكفول را درخواست كند حضور بر او واجب است و لو كه [تقاضای حضور مكفول] به سبب دعوى باشد [ولى هنوز حق بر مكفول ثابت نشده باشد]. خواه [تقاضای حضور مكفول] به وسيله خود مكفول له یا وكيلش باشد. در جایی كه مكفول له، كفيل را به احضار مكفول امر كند كفيل به منزله وكيل است.
- ۲- عقد كفالت نیاز دارد به إيجاب و قبول بين دو نفر اول [یعنی كفيل و مكفول له] كه [این إيجاب و قبول] به نحو معتبر در عقد لازم صادر می شود.
- ۳- (عقد كفالت به صورت حال و مؤجل صحيح است). اما مورد دوم [یعنی صحت كفالت مؤجل] محل اتفاق نظر علما است. و اما مورد اول [یعنی صحت كفالت حال]، قول صحیحتر از بين دو قول است. زیرا حضور، حق شرعى است كه این حق با حال بودن منافاتى ندارد [و در نتیجه، حق شرعى حضور مكفول، می تواند با حال بودن آن جمع شود]. برخی گفته اند: كفالت جز به صورت مؤجل صحيح نمی باشد. (كفالت مؤجل با أجلى كه] تا مدت معلوم است [صحيح می باشد]). [مدتی كه] احتمال زیادى و نقصان در آن نمی رود مانند غير این مورد از سایر مدت هایى كه «نبودن احتمال زیادى و نقصان» در آن، شرط است.

۴- (و بيراً الكفيل بتسليمه) تسليماً (تاماً) بأن لا يكون هناك مانع من تسلّمه كمتغلّب، أو حبس ظالم، و كونه في مكان لا يتمكن من وضع يده عليه، لقوة المكفول و ضعف المكفول له، و في المكان المعين إن بيّناه في العقد، و بلد العقد مع الإطلاق، (و عند الأجل) أي: بعده إن كانت موجلة (أو في الحلول) متى شاء إن كانت حالة.

۵- فإذا سلّمه كذلك برىء، فإن امتنع سلّمه إلى الحاكم و برىء أيضاً، فإن لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره إلى المكفول له، و امتناعه من قبضه، و كذا بيراً بتسليم المكفول نفسه تاماً و إن لم يكن من الكفيل على الأقوى، و بتسليم غيره له كذلك.

۶- (و لو امتنع) الكفيل من تسليمه ألزمه الحاكم به، فإن أبى (فللمستحق) طلب (حبسه) من الحاكم (حتى يحضره، أو يؤدى ما عليه)

۴- (كفيل با تسليم مكفول به صورت كامل [به مكفول له]، برى می شود) به این صورت که در آنجا مانعی از تحویل گرفتن مكفول نباشد مانند اینکه شخص قوی بر مكفول غلبه داشته باشد یا مكفول در حبس ظالمی باشد یا اینکه مكفول در مکانی باشد که تسلط بر وی ممکن نباشد به دلیل نیروی مكفول و ضعف مكفول له. اگر مکان معینی [برای تسليم مكفول] در عقد كفالت تبیین شده، تسليم باید در آن مکان معین صورت گیرد و در صورت اطلاق عقد [از مکان تعیین]، تسليم باید در شهر [انعقاد] عقد صورت پذیرد. (و [این تسليم] باید در زمان سررسید) یعنی بعد از سررسید باشد در صورتی که كفالت به صورت مؤجل بوده (یا) اگر كفالت، حال باشد (به صورت حال) در هر زمانی که مكفول له بخواهد (صورت گیرد).

۵- پس هر گاه كفيل، مكفول را این چنین [که گذشت] تسليم کند برى می شود. پس اگر مكفول له از تحویل گرفتن مكفول امتناع کرد كفيل، مكفول را به حاکم تسليم می کند و [در اینجا] نیز برى می شود. حال اگر چنین امری ممکن نبود نسبت به احضار مكفول به مكفول له و امتناع وی از تحویل گرفتن مكفول، دو شاهد عادل می گیرد. و همچنین به سبب اینکه مكفول، خودش را به صورت كامل تسليم [مكفول له] نماید كفيل برى می شود اگر چه این تسليم از سوی كفيل نباشد بنا بر قول قویتر. و [همچنین] به سبب تسليم [مكفول، توسط] شخصی غیر كفيل به مكفول له - به نحوی که گفته شد كفيل برى می شود.

۶- (و اگر) كفيل از تسليم مكفول (امتناع کند) حاکم او را به تسليم مكفول الزام می نماید. پس اگر كفيل ابا کرد (در این صورت صاحب حق [یعنی مكفول له] می تواند) تقاضای (حبس كفيل) از حاکم (بنماید تا زمانی که مكفول را حاضر نماید یا آن حقی که بر عهده مكفول است را ادا کند)

إن أمكن أدائه عنه كالدَّين، فلو لم يمكن كالقصاص و الزوجية و الدعوى بعقوبة توجب حداً أو تعزيراً، ألزم بإحضاره حتماً مع الإمكان، و له عقوبته عليه، كما في كل ممتنع من أداء الحق مع قدرته عليه.

۷- فإن لم يمكنه الإحضار و كان له بدل كالدَّية في القتل و إن كان عمداً، و مهر مثل الزوجة و جب عليه البدل، و قيل: يتعين إلزامه بإحضاره إذا طلبه المستحق مطلقاً، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحق، و هو قوی.

۸- ثم على كون تقدير الحق مالاً و أداء الكفيل، فإن كان أدى بإذنه رجع عليه، و كذا إن أدى بغير إذنه مع كفالتة بإذنه و تعذر إحضاره، و إلا فلا رجوع.

البته در صورتی که ادای حق از سوی کفیل ممکن باشد مانند دین. پس اگر ادای حق از سوی کفیل ممکن نباشد مانند حق قصاص و زوجیت و ادعا نسبت به مجازاتی باشد که موجب حد یا تعزیر می شود در این موارد به طور حتم کفیل به احضار مکفول ملزم می شود به شرطی که امکان احضار مکفول باشد. و برای مکفول له این حق وجود دارد که کفیل را برای انجام تکلیف احضار، مجازات کند. همانطور که در مورد هر امتناع کننده از ادای حق که قدرت بر ادا نیز دارد همین حکم جاری است.

۷- پس اگر برای کفیل، امکان احضار مکفول نباشد و برای حق مکفول له بدلی وجود داشته باشد مانند دیه در قتل، اگر چه عمدی باشد و مهر المثل زوجه، در این موارد ادای بدل بر کفیل واجب است. برخی گفته اند: اگر صاحب حق [یعنی مکفول له]، احضار مکفول را تقاضا نماید اعم از اینکه حقیش بدل داشته و امکان ادای بدل به وسیله کفیل باشد یا نه، تنها الزام کفیل به احضار مکفول متعین می شود [و نه دادن بدل توسط کفیل]. زیرا اهداف [احضار] در ادای حق منحصر نیست [و ممکن است اهداف دیگری از احضار مکفول مورد توجه باشد]. این قول، قوی است.

۸- سپس بر فرض اینکه حق [مکفول له]، مال باشد و کفیل، آن را ادا کند اگر کفیل با اذن مکفول، حق را ادا نموده باشد [بعد از ادای حق] به مکفول له مراجعه می کند [تا آنچه را پرداخته بازپس گیرد] و همچنین اگر کفیل بدون اذن مکفول و در حالتی که کفالتش با اذن مکفول بوده و احضار وی غیر ممکن باشد حق مکفول له را ادا نماید می تواند [بعد از ادای حق] به مکفول مراجعه نماید وگرنه حق رجوع ندارد.

### کتاب الجعالة

۱- (و هی) لغة مال يجعل على فعل، و شرعاً (صيغة ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما) أي: في العمل و العوض. و بهذا تتميّز عن الإجارة على تحصيل منفعة معينة، لأنّ التعيين شرط في الإجارة، و كذا عوضها، أما عدم اشتراط العلم بالعمل هنا فموضع وفاق، و أما العوض ففيه خلاف يأتي تحقيقه.

۲- (و يجوز على كل عمل محلّ مقصود) للعقلاء (غير واجب على العامل)، فلا يصح على الأعمال المحرّمة كالزني، و لا على ما لا غاية له معتدّاً بها عقلاً كنزف ماء البئر و الذهاب ليلاً إلى بعض المواضع الخطيرة و نحوهما مما يقصده العابثون. نعم، لو كان الغرض به التمرّن على الشجاعة و إضعاف الوهم و نحوه من الأغراض المقصودة للعقلاء صح، و كذا لا يصح على الواجب عليه كالصلاة.

---

### کتاب جعالة

۱- (و آن [يعنى جعالة]) از نظر لغوی، مالی است که برای [انجام] عملی قرار داده می شود و از نظر شرعی (صيغه ای است که فایده و اثر آن، تحصيل منفعت [عمل عامل] در برابر عوضی می باشد با اینکه علم در آن دو) یعنی در عمل و عوض، (شرط [صحت] آن نیست). با این امر [که علم به عمل و عوض، شرط صحت جعالة نیست] جعالة از اجاره بر تحصيل منفعت معین متمایز می شود. زیرا تعیین [منفعت]، شرط [صحت] در اجاره است و عوض اجاره هم همین حکم را دارد. اما شرط نبودن علم به عمل در اینجا محل اتفاق نظر علماست ولی در خصوص عوض، [بین علما] اختلاف نظر وجود دارد که توضیح آن خواهد آمد.

۲- (جعالة بر هر عمل حلالی که مقصود عقلا (بوده و [انجام آن] بر عامل واجب نیست جایز می باشد). پس جعالة بر اعمال حرام مانند زنا صحیح نیست و نیز جعالة بر آنچه که عقلاً غایت و انگیزه قابل توجه ندارد صحیح نیست مانند کشیدن آب چاه و رفتن به برخی مکانهای خطرناک و مثل این دو مورد از مواردی که افراد بیهوده کار، آن را قصد می کنند. بله، اگر غرض از این عمل، تمرین کردن بر شجاعت و ضعیف کردن وهم و مانند آن از اهداف مقصود عقلا باشد جعالة صحیح است و همچنین جعالة بر [انجام] عمل واجب بر عامل، صحیح نیست مانند نماز.

۳- (و لا یفتقر إلى قبول) لفظی، بل یکفی فعل مقتضی الاستدعاء به، (و لا إلى مخاطبة شخص معین، فلو قال: من ردَّ عینی أو خاط توبی) بصیغة العموم (فله کذا صح، أو فله مال أو شیء)، و نحوهما من العوض المجهول (صح، إذ العلم بالعوض غیر شرط فی تحقق الجعالة، و إنما هو شرط فی تشخصه و تعینته، فإن أراد) ذلك (التعین فلیذكر جنسه و قدره، و إلا) یذکره، أو ذکره و لم یعینه (تثبت بالرّد أجرة المثل).

۴- و یشکل بأن ثبوت أجرة المثل لاقتضی صحة العقد، بل هی ظاهرة فی فساده، و إنما أوجبها الأمر بعمل له أجرة عادة، كما لو استدعاه و لم یعین عوضاً، إلا أن یقال: إن مثل ذلك یعدّ جعالة أيضاً، فإنها لا تنحصر فی لفظ، و یرشد إليه اتفاقهم علی الحكم من غیر تعرّض للبطان.

۳- [در جعاله] به قبول) لفظی (نیاز نیست) [چون عقد جایز با قبول عملی نیز محقق

می شود]؛ بلکه فعلی که مقتضی استدعا به انجام عمل عامل باشد کفایت می کند [یعنی قبول عملی کافی است]. (و [همچنین جعاله] به مخاطب قرار دادن شخص معین نیاز ندارد. پس اگر جاعل) به صیغه عموم (گفت: «کسی که برده من را [به من] رد کند یا لباس مرا بدوزد در این صورت برای او فلان [جعل] است» صحیح می باشد یا [بگوید: کسی که چنین کند] برای او مالی یا چیزی) و مانند این دو مورد از [موارد] عوض مجهول (است صحیح می باشد. زیرا علم به عوض، شرط تحقق جعاله نیست و تنها چنین عملی، شرط مشخص شدن و معین شدن عوض است. پس اگر جاعل) چنین (تعیینی را اراده کند باید جنس و مقدار عوض را ذکر کند و گرنه) اگر جنس عوض را ذکر نکند یا جنس را ذکر کند ولی مقدار عوض را معین ننماید (در برابر رد مال، اجرت المثل [برای عامل] ثابت می شود).

۴- به حکم فوق اشکال وارد می شود به این بیان که ثبوت اجرت المثل، صحت عقد را اقتضا نمی کند و تنها [چیزی که] اجرت المثل را واجب می کند امر به عملی است که عادتاً برای آن، اجرت در نظر گرفته می شود مثل جایی که جاعل درخواست انجام کاری بنماید و عوضی را معین نکند؛ مگر اینکه گفته شود: قطعاً مثل چنین موردی نیز جعاله محسوب می شود چرا که [تحقق] جعاله، منحصر در لفظ نیست. اتفاق نظر فقها بر این حکم [یعنی حکم لزوم پرداخت اجرت المثل] بدون بیان بطلان جعاله، می رساند که چنین موردی جعاله است.

### کتاب الحجر

۱- (و اسبابه ستّة: الصغر، و الجنون، و الرّق، و الفلّس، و السفّة، و المرض) المتصل بالموت.

۲- (و یمتدّ حجر الصغير حتى يبلغ) بأحد الأمور المذكورة في كتاب الصوم (و یرشد بأن يصلح ماله) بحيث يكون له ملكة نفسانية تقتضى إصلاحه، و تمنع إفساده و صرفه في غير الوجوه الثلاثة بأفعال العقلاء، لا مطلق الإصلاح.

۳- فإذا تحققت الملكة المذكورة مع البلوغ ارتفع عنه الحجر (و إن كان فاسقاً) على المشهور، لإطلاق الأمر بدفع أموال اليتامى بایناس الرشد من غير اعتبار أمر آخر معه. و المفهوم من الرشد عرفاً هو إصلاح المال على الوجه المذكور و إن كان فاسقاً.

۴- و قيل: يعتبر مع ذلك العدالة، فلو كان مصلحاً لماله غير عدل في دينه لم يرتفع عنه الحجر، للنهي عن إيتاء السفهاء المال، و ما روى أنّ شارب الخمر سفیه، و لا قائل بالفرق.

---

### کتاب حجر

۱- (اسباب حجر شش مورد است: صغر، جنون، بردگی، ورشکستگی، سفاهت و مرض) متصل به موت.

۲- (حجر صغير تا زمانی ادامه می یابد که) به سبب یکی از امور مذکور در کتاب صوم [یعنی نشانه هایی مانند سن و رشد موهای زهار] (بالغ شود و رشید گردد به این نحو که صلاحیت [اداره] مالش را داشته باشد) بگونه ای که برای وی ملکه نفسانی باشد که اصلاح مالش را اقتضا کند و از افساد و مصرف کردن آن در غیر راههای شایسته افعال عقلاً جلوگیری کند هرگونه اصلاح در مال ۳- پس در صورتی که ملکه مذکور همراه با بلوغ، محقق شد حجر از وی برداشته می شود (اگر چه فاسق باشد) بنا بر نظر مشهور. زیرا امر [خداوند متعال در قرآن: «و ابتلوا الیتامی حتی إذا بلغوا النکاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إلیهم أموالهم»] به دادن اموال ایتام به ایشان به سبب مأنوس شدن رشد در آنان [یعنی تحقق رشد] مطلق بوده و امر دیگری علاوه بر رشد، شرط نیست و مفهوم رشد عرفاً اصلاح مال به نحو مذکور است هر چند که اداره کننده مال، فاسق باشد.

۴- برخی گفته اند: علاوه بر صلاحیت اداره مال، عدالت هم شرط است. لذا اگر فرد مصلح مالش باشد ولی در دینش عادل نباشد حجر از او برداشته نمی شود. زیرا از دادن مال به اشخاص سفیه [در قرآن کریم] نهی شده است [خداوند می فرماید: لا تتؤوا السفهاء أموالهم] و [نیز بخاطر اینکه] روایت شده شارب الخمر سفیه است و کسی [از فقها بین شرب خمر و سایر گناهان] تفکیک و فرق قائل نشده است [در نتیجه مرتکب گناه، عادل نبوده و سفیه است].

۵- (و یختبر) من یراد معرفة رشده (بما یلانمه) من التصرفات و الأعمال، لیظهر اتصافه بالملکة و عدمه، فإن وقى بالأفعال الملائمة فهو رشید. و من تضييعه إنفاقه فی المحرمات و الأطعمة النفیسة التي لاتلیق بحاله بحسب وقته و بلده و شرفه و ضعته، و الأمتعة و اللباس كذلك.

۶- أما صرفه فی وجوه الخیر من الصدقات، و بناء المساجد، و إقراء الضیف فالأقوی أنه غیر قادح مطلقاً، إذ لا سرف فی الخیر، كما لا خیر فی السرف.

۷- و إن كان أنثی اختبرت بما یناسبها من الأعمال كالغزل، و الخیاطة، و شراء آلاتهما المعتادة لأمثالها بغير غین، و حفظ ما یحصل فی یدها من ذلك، و المحافظة علی أجره مثلها إن عملت للغير، فإذا تكرر ذلك علی وجه الملکة ثبت الرشده، و إلا فلا، و لا یقده فیها وقوع ما ینافیها نادراً من الغلط و الإنداع فی بعض الأحيان، لوقوعه کثیراً من کاملین.

---

۵- کسی که شناخت رشد او منظور است (با آن) تصرفات و اعمالی (که شایسته اوست

مورد اختبار [و آزمایش] قرار می گیرد) تا متصف بودنش به ملکه اصلاح مال و [یا] عدم آن، روشن شود. پس اگر افعال شایسته انجام داد وی رشید است. و از مصادیق تضييع مال، هزینه کردن آن در [انجام] محرمات و غذاهای گران قیمتی است که به حسب زمان و شهر و شرافت و وضعیت او مناسب حال او نمی باشد. و کالاهای و لباس نیز این چنین است.

۶- اما مصرف کردن مال در راه های خیر از قبیل صدقات و ساختن مساجد و پذیرایی مهمان، بنا بر قول قویتر مطلقاً [اعم از اینکه مناسب حال او باشد یا نه] خدشه ای [به رشد] نمی زند. زیرا در امر خیر، اسراف و وجود ندارد همانطور که خیری در اسراف نیست.

۷- اگر [شخص مورد اختبار] زن باشد با آن اعمالی که مناسب اوست آزمایش می شود مثل ریسندگی، خیاطی و خریدن آلت این دو عمل که برای امثال آن زن، متعارف باشد بدون اینکه وی مغبون شود و حفظ آنچه از آن اموال که در ید او حاصل می شود و محافظت بر اجرت المثل آن اعمال در حالتی که برای دیگری عمل کند. پس اگر این اعمال را به نحو ملکه تکرار نماید رشد او ثابت می شود وگرنه ثابت نمی شود. وقوع آن عملی که با ملکه منافات دارد به صورت نادر و از روی اشتباه و فریب در بعضی اوقات، خدشه ای به ملکه رشد نمی زند. زیرا چنین عملی از انسانهای کامل [و دارای اهلیت و رشد] نیز بسیار واقع می شود.

### کتاب المضاربه

- ۱- (و هي أن يدفع مالا إلى غيره ليعمل فيه بحصة معينة من ربحه) مأخوذة من الضرب في الأرض، لأن العامل يضرب فيها للسعي على التجارة و ابتغاء الربح بطلب صاحب المال.
- ۲- و أهل الحجاز، يسمونها قراضا من القرض و هو القطع، كان صاحب المال اقتطع منه قطعة و سلمها الى العامل، او اقتطع له قطعة من الربح في مقابلة عمله، او من المقارضة و هي المساواة منه: «قارض الناس ما قارضوك فأن تركتهم لم يتركوك». و وجه التساوى هنا أن المال جهة، و العمل من أخرى، و الربح في مقابلهما فقد تساويا في قوام العقد، أو أصل استحقاق الربح و إن اختلفا في كميته.
- ۳- (و هي جائزة من الطرفين) سواء نض المال أم كان به عروض يجوز لكل منهما فسخها، و من لوازم جوازها منهما وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه.
- ۴- و في اشتراط وقوع قبوله لفظياً، أو جوازه بالفعل أيضاً قولان، لا يخلو ثانيهما من قوة.

### کتاب مضاربه

- ۱- (مضاربه آن است که مالک، مالی را به دیگری بدهد تا در آن عمل نماید در برابر حصه معینی از سوی آن) مضاربه از «ضرب فی الارض» مشتق شده او به معنای سیر در زمین است. زیرا عامل برای تلاش در تجارت و تحصیل سود به سبب مطالبه مال در زمین به سیر و مسافرت می پردازد.
- ۲- اهل حجاز مضاربه را قراض می نامند. قراض از لفظ «قرض» یعنی قطع کردن گرفته شده است. گویا صاحب مال مقداری از مالش را جدا نموده و آن را به عامل تسلیم می کند یا بخشی از سود [مالش] را در مقابل عمل عامل، جدا کرده [او به عامل می دهد]. یا اینکه قراض از لفظ «مقارضة» به معنای مساوات گرفته شده است. وجه تساوی در این جا آن است که مال از یک جهت و عمل از جهت دیگر داده می شود و سود در برابر این دو واقع می شود لذا مال و عمل در قوام و شکل گیری تهد بصورت مساوی دخیل هستند و یا آن که هر دو طرف عقد در اصل استحقاق سود برابر هستند اگر چه در اندازه آن [ممکن است] اختلاف داشته باشند.
- ۳- (مضاربه از سوی هر دو طرف، عقد جایز می باشد) خواه سرمایه، نقد باشد یا متاع و جنس. برای هر یک از آن دو، فسخ مضاربه جایز است و از لوازم و آثار جایز بودن مضاربه از سوی هر دو طرف عقد، آن است که مضاربه با هر لفظی که بر آن دلالت کند واقع می شود.
- ۴- در شرط بودن قبول لفظی عقد مضاربه [قول اول] یا اینکه علاوه بر قبول لفظی عقد، با فعل نیز قبول عقد جایز باشد [قول دوم]؛ دو قول وجود دارد که قول دوم خالی از قوت نیست.



۵- (و لا یصح اشتراط اللزوم، أو الأجل فیها) بمعنی أنه لا یجب الوفاء بالشرط، و لاتصیر لازمة بذلک، و لا فی الأجل بل یجوز فسخها فیہ عملاً بالاصل، (و لکن) اشتراط الأجل (یثمر المنع من التصرف بعد الأجل إلا بأذن جدید)، لأن التصرف تابع للاذن و لا إذن بعده، و کذا لو أجل بعض التصرفات کالتبیع، أو الشراء خاصة، أو نوعاً خاصاً.

۶- و یفهم من تشریکه بین اشتراط اللزوم و الأجل، تساویهما فی الصحة، و عدم لزوم الشرط.

۷- و المشهور أن اشتراط اللزوم مبطل، لأنه مناف لمقتضى العقد فإذا فسد الشرط تبعه العقد، بخلاف شرط الأجل، فإن مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاص و هو غیر مناف، و یمكن أن یرید المصنف ذلك و إنما شریک بینهما فی عدم صحة الشرط مطلقاً و إن افترقا فی أمر آخر.

۸- (و یقتصر العامل من التصرف علی ما أذن المالك له) من نوع التجاره و مکانها، و زمانها، و من یشترى منه، و یبیع علیه، و غیر ذلك فإن خالف ما عین له ضمن المال، لکن لو ریح کان بینهما بمقتضى الشرط الأخبار الصحیحة، و لولاها لکان التصرف باطلاً، أو موقوفاً علی الإجازة.

۵- (شرط لزوم یا مدت در عقد مضاربه صحیح نیست) به معنای اینکه عمل به شرط (لزوم یا مدت) واجب نیست و و عقد مضاربه به سبب شرط و در مدت شرط شده لازم نمی شود، بلکه فسخ مضاربه در آن مدت شرط شده هم جایز است به دلیل عمل به اصل استصحاب جایز بودن مضاربه. (و لکن) شرط کردن مدت (منع [عامل] از تصرف بعد از انقضای مدت را ثمر می دهد مگر با اذن جدید از سوی صاحب مال به مضارب در زمینة تصرف عامل در مالش). زیرا تصرف عامل تابع اذن است و اذن [در تصرف] برای بعد از مدت تعیین شده وجود ندارد. و نیز اگر برای بعضی از تصرفات مانند فروش و یا خرید فقط یا نوع خاصی از تصرف، مؤجل شود همین حکم را دارد.

۶- از اینکه مصنف، بین شرط لزوم و شرط اجل، شراکت ایجاد کرد [یعنی شرط لزوم و شرط اجل را با هم مطرح کرد] فهمیده می شود که این دو شرط در صحیح بودن عقد و عدم لزوم شرط وضعیت مساوی [و حکم یکسانی] دارند.

۷- قول مشهور این است که شرط کردن لزوم، مبطل مضاربه است، زیرا این شرط با مقتضای عقد مضاربه منافات دارد. پس هر گاه شرط فاسد باشد عقد نیز به تبع شرط، فاسد می شود بر خلاف شرط مدت. زیرا شرط مدت به «مقید کردن تصرف به وقت خاصی» ارجاع می یابد و این امر منافاتی با مقتضای عقد مضاربه ندارد.

۸- (عامل در تصرف بر آنچه که مالک به او اذن داده اکتفا می کند). پس اگر از آنچه برای او تعیین شده مخالفت نمود ضامن مال [مالی که در اختیار او است] می باشد. لکن اگر سودی کسب کند این سود بین آن دو به مقتضای شرطی که کرده اند خواهد بود. به دلیل روایات صحیحیه [که بر این حکم دلالت دارد]. اگر این روایات نبود همانا این تصرف عامل باطل یا موقوف بر اجازه مالک بود.

### کتاب المزارعة

- ۱- (وهي) لغة مفاعلة من الزرع، و هي تقتضى و قوعه منهما معاً، لكنها فى الشرع صارت (معاملة على الأرض بحصة من حاصلها إلى أجل معلوم) و نسب الفعل اليهما بفعل أحدهما مع طلب الآخر فكأنه لذلك فاعل كالمضاربة.
- ۲- خرج بالمعاملة على الأرض المساقاة، فإنها بالذات على الأصول، و بالحصة أجارة الأرض للزارعة او الاعم، اذ لاتصح بحصة من الحاصل. و قيد الاجل لبيان الواقع، او تخصيص للصحيحة، أو استطراد لبعض الشرائط التي يحصل بها الكشف عم الماهية.
- ۳- عبارتها: (زارعتك، أو عاملتك، أو سلمتها اليك و شبهه، فيقبل) الزارع (لفظاً).
- ۴- (وعقدها لازم)، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، إلا ما أخرجه الدليل. و ليس هذا منه إجمالاً.

---

### کتاب مزارعه

- ۱- («مزارعه») لغتی است از باب مفاعله که از کلمه «زرع» گرفته شده و مزارعه [چون از باب مفاعله است] وقوع زراعت از هر دو طرف را با هم اقتضا می کند؛ اما مزارعه در شرع، (معامله بر زمین در برابر حصه‌ای از حاصل آن تا مدت معلوم) [تعریف] شده است. این فعل [مزارعه] به هر دو نسبت داده می شود به این سبب که یکی فعل انجام می دهد همراه با طلب طرف دیگر [بر انجام فعل] لذا گویی انجام دهنده عمل برای آن دیگری، فاعل است مانند مضاربه.
- ۲- با قید «معامله على الارض» عقد مساقات از تعریف خارج می شود. زیرا مساقات با لذات و اصالتاً بر درختان واقع می شود [نه بر زمین]. و با قید «حصه» اجاره زمین برای زراعت یا اعم از مقصود زراعت [و اعمال دیگر] از تعریف مزارعه خارج می شود. زیرا اجاره زمین در برابر حصه‌ای از حاصل آن صحیح نمی باشد. قید «أجل» [به معنای مدت]، برای بیان واقع ذکر گردیده است [یعنی مزرعه‌ای که در خارج واقع می شود مدت دار است] یا اینکه قید «أجل» برای نشان دادن شرط مزارعه صحیح است با ذکر قید «أجل» از جهت شامل شدن بعضی از شرایط است که به سبب آن از ماهیت مزارعه کشف می شود.
- ۳- (صیغه مزارعه چنین است: زراعتک [به مزارعه تو دادم] یا عاملتک [تو را عامل قرار دادم] یا سلمتها اليک [زمین را در اختیار تو قرار دادم] و مانند این الفاظ) از صیغه های ماضی که صریحاً انشای عقد دلالت می کند. (پس) زارع، بنا بر قول قویتر (لفظاً قبول می کند) مانند عقود لازم دیگر غیر از مزارعه [نیز که همین حکم را دارد].
- ۴- (عقد مزارعه، [عقدی] لازم است). زیرا امر به وفای به عقود [آیه شریفه «أوفوا بالعقود»] عمومیت دارد مگر عقودی که دلیل خاصی آن را تحت عموم این آیه خارج کرده باشد و عقد مزارعه به اجماع فقها از جمله عقود خارج شده از عموم آیه نیست.

- ۵- (و یصح التقابیل فيه)، لأنه معاوضة محضة فيقبلها كالبيع، (و لا تبطل بموت أحدهما)، لأن ذلك من مقتضى اللزوم.
- ۶- ثم إن كان الميت العامل قام وارثه مقامه في العمل، و إلا استأجر الحاكم عليه من ماله، أو على ما يخرج من حصته، و إن كان المالك بقيت بحالها، و على العامل القيام بتمام العمل، و استثنى من الأول ما لو شرط عليه العمل بنفسه فمات قبله.
- ۷- (ولا بد من كون النماء مشاعاً) بينهما (تساوياً فيه، أو تفاضلاً) فلو شرط لأحدهما شيء معين و إن كان البذر، و للاحر الباقي، أو لهما بطل سواء كان الغالب أن يخرج منها ما يزيد على المشروط، و عدمه.
- ۸- (و لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه مضافاً إلى الحصة) من ذهب، أو فضة، أو غيرهما (صح) على المشهور و يكون قراره مشروطاً بالسلامة كاستثناء أرتال معلومة من الثمرة في البيع،

---

۵- (اقاله در مزارعه صحيح است) زیرا مزارعه. معاوضه محض است لذا به مانند بیع، قابلیت اقاله در آن وجود دارد.

۶- (و با مرگ یکی از طرفین باطل نمی‌شود). زیرا این حکم [ناشی] از مقتضا و اثر لزوم مزارعه است. حال اگر طرفی که مرده، عامل باشد وارث وی، قائم مقام او در عمل می‌شود و اگر نه اگر وارث به جانشینی عامل و عملی انجام نداد حاکم از مال میت یا از حصه او که از محصول بدست می‌آید فردی را اجیر می‌کند [تا عمل را انجام دهد]. و اگر طرفی که مرده، مالک زمین باشد مزارعه به حال خود باقی می‌ماند و بر عامل است که عمل را بصورت تمام انجام دهد. از حالت اول [یعنی آنجا که عامل مرده است و گفتیم مزارعه باقی است و قائم مقام عامل یا حاکم وارد عمل می‌شوند]. موردی استثنا می‌شود. آنجا که بر عامل شرط شده باشد که عمل را «بنفسه» [یعنی مباشرتاً] انجام دهد و قبل از انجام عمل بمیرد. [که در این صورت عمل توسط دیگران قابل انجام نیست و عقد مزارعه باطل - یعنی منفسخ - می‌شود].

۷- (در مزارعه] لازم است که نماء) بین طرفین (بصورت مشاع باشد خواه سهم هر دو مساوی یا یکی بیشتر از دیگری باشد) پس اگر برای یکی از دو، مقدار معینی شرط شود اگر چه بذر باشد و بقیه برای دیگری یا برای هر دو باشد مزارعه باطل است خواه رویه غالب این باشد که بیشتر از مقدار مشروط از زمین، [محصول] خارج می‌شود یا نه.

۸- (اگر یکی از آن دو برد دیگری شرط کند که او چیزی مضاف بر حصه‌ای از محصول، [نسبت به نفر اول] ضامن باشد) از قبیل طلا یا نقره یا غیر این دو، بنابر نظر مشهور (صحیح است) و استقرار این شرط. مشروط به سالم در آمدن محصول است. مانند استثنا کردن رطل‌های معلوم از ثمره، در بیع [ثمره درختان که تو ضیحش در کتاب متاجر گذشت].

### کتاب المساقاة

- ۱- (و هي لغة) مفاعلة من السقى، و اشتق منه، و شرعا (معاملة على الأصول بحصة من ثمرها). فخرجت بالأصول المزارعة، و بالحصة الإجارة المتعلقة بها فإنها لا تقع بالحصة.
- ۲- المراد بالثمرة معناها المتعارف لتردده في المعاملة على ما يقصد ورقه و ورده، و لو لوحظ إدخاله أريد بالثمرة نماء الشجر، ليدخل فيه الورق المقصود و الورود، و لم يقيد الأصول بكونها ثابتة كما فعل غيره لأن ذلك شرط لها، و ذكره في التعريف غير لازم، أو معيب.
- ۳- (و هي لازمة من الطرفين) لا تنفسخ اختياراً، إلا بالتقابل.
- ۴- (و إيجابها ساقيتك، أو عاملتك، أو سلمت اليك، أو ما أشبهه) من الألفاظ الدالة على إنشاء هذا العقد صريحا، كقيلتك عمل كذا، أو عقدت معك عقد المساقاة و نحوه من الألفاظ الواقعة بلفظ الماضي.
- ۵- (و القبول الرضا به) و ظاهره الاكتفاء بالقبول الفعلي، كما مرفى المزارعة إذا الرضا يحصل بدون القول.

### کتاب مساقات

- ۱- (مساقات در لغت) مصدر باب مفاعله از کلمه سقى است و از آن مشتق شده است. و شرعا (معامله‌ای بر درختان در برابر حصه‌ای از ثمره آن است). پس با قید ((اصول))، عقد مزارعه از تعریف خارج می‌شود و با قید ((حصه))، عقد اجاره‌ای که به درختان تعلق گرفته از تعریف خارج می‌شود. زیرا این عقد [یعنی اجاره] در برابر حصه‌ای از ثمره واقع نمی‌شود [و در برابر اجاره بهای معین شکل می‌گیرد].
- ۲- مراد از لفظ «ثمره» معنای متعارف آن است. زیرا مصنف در صحت معامله‌ای که برگ و گل درخت در آن مقصود است تردید کرده است. و اگر داخل بودن این موارد لحاظ شود باید از لفظ «ثمره» نمای درخت اراده شده باشد تا در معامله برگ و گل درخت که مقصود است داخل گردد. مصنف لفظ «اصول» را به اینکه ثابت باشد مقید ننموده همانطور که دیگر فقها این عمل [مقید نمودن لفظ اصول به قید ثابت بودن] را انجام داده‌اند. زیرا این قید، شرط عقد مساقات است [و داخل در ماهیت تعریف نیست و از این رو] ذکر آن در تعریف لازم نمی‌باشد یا موجب عیب تعریف می‌شود.
- ۳- (عقد مساقات از هر دو طرف، لازم است) و از روی اختیار منفسخ نمی‌شود مگر با اقاله.
- ۴- (ایجاب مساقات عبارت است از: «ساقیتک» [یعنی با تو عقد مساقات منعقد نمودم] یا «عاملتک» [یعنی تو را عامل قرار دادم] یا «سلمت اليک» [به تو تسلیم نمودم] یا (آن) الفاضی (که شبیه این موارد است) و بصورت صریح بر انشای این عقد، دلالت دارد. مانند «قبلتک عمل کذا» [یعنی به تو عمل فلان را قبولاندم] یا «عقدت معك عقد المساقاة» [یعنی با تو عقد مساقات منعقد نمودم] و مانند آن از الفاضی که به صیغه ماضی واقع شود.
- ۵- (قبول عقد مساقات، رضایت به عقد است). ظاهر عبارت مصنف، اکتفا کردن به قبول فعلی [در تحقق عقد] است همانطور که در مزارعه ذکر شد. زیرا رضایت بدون گفتار هم حاصل می‌شود.

۶- والأجود الاقتصار على اللفظ الدال عليه، لأن الرضا أمر باطنى لا يعلم إلا بالقول الكاشف عنه. و هو السر فى اعتبار الألفاظ الصريحة الدالة على الرضا بالعقود، مع أن المعتبر هو الرضا، لكنه أمر باطنى لا يعلم إلا به و يمكن أن يريد هنا ذلك.

۷- (و تصح) المساقاه (إذا بقى للعامل عمل تزيد به الثمرة)، سواء (ظهرت) قبل العقد (أو

لا).

۸- والمراد بما فيه مستزاد الثمرة نحو الحرث و السقى، و رفع أغصان الكرم على الخشب، و تأبير ثمرة النخل. و احترز به عن نحو الجذاذ و الحفظ، و النقل، و قطع الحطب الذى يعمل به الدبس من الأعمال التى لا يستزاد بها الثمرة، فإن المساقاة لا تصح بها إجماعا. نعم تصح الإجارة حينئذ على بقية الأعمال بجزء من الثمرة، و الجعالة، الصلح.

۹- (و لا بد) فى صحة المساقاة (من كون الشجر) المساقى عليه (نابتا) بالنون، أو بالثاء المثلثة، و يخرج على الأول المساقاة على الودى غير المغروس، أو المغروس الذى لم يعلق بالأرض، و المغارسة، و بالثانى ذلك، و ما لا يبقى غالباً كالخضراوات.

۶- قول بهتر [در تحقق قبول] اكتفا كردن بر لفظ دال بر عقد است. زیرا رضایت امری باطنی است که جز با گفتار کاشف از آن معلوم نمی‌شود. همین مطلب، سر شرط بودن ذکر الفاظ صریحی است که بر رضایت به عقود دلالت می‌کند. با اینکه آنچه ملاک است همان رضایت می‌باشد لکن رضایت امری باطنیست که جز با لفظ معلوم نمی‌شود. ممکن است مصنف در اینجا همین معناراً اراده کرده باشد.

۷- مساقات (هنگامی صحیح است که برای عامل، عملی باقی مانده باشد که به سبب

آن، ثمره درختان زیاد شود). خواه قبل از عقد، (ثمره درختان ظاهر شده باشد یا نه).

۸- مراد از کارهایی که به سبب آن ثمره در آینده زیاد می‌شود [اعمالی] مانند شخم زدن و آبیاری کردن و بلند کردن شاخه درخت مو بر روی چوب [داربست] و تلقیح ثمره درخت خرما است. مصنف با قید قطع شاخه‌ها و حفظ آن و نقل آن از جایی به جای دیگر [و به طور کلی اعمالی که موجب زیاد شدن ثمره نمی‌گردد] احتراز جسته است. زیرا به اجماع فقها، مساقات نسبت به این اعمال صحیح نیست. بله، در این حالت اجاره بر بقیه اعمال [یعنی اعمالی که موجب زیاد شدن ثمره نمی‌شود] در برابر [اجاره بها که] جزئی از ثمره درخت باشد صحیح است. [همچنین] جعاله و صلح [به این نحو] صحیح می‌باشد.

۹- در صحت مساقات (لازم است درختی) که عقد مساقات بر آن واقع می‌شود (روینده

باشد). لفظ «نابتا» حرف «نون» [به معنای روینده] یا [لفظ «ثابتا»] با حرف «ثاء» [به معنای ثابت] در عبارت آمده است. بنا بر مورد اول [لفظ نابتا]، مساقات بر درختان کوچک خرما که آن را در ظروف یا شیشه‌های آب قرار دهند که مغروس نیست یا مغروسی هست که به زمین معلق نشده [یعنی در زمین کاشت نشده و مثلاً در تنه درختان یا دیوار غرس شده است] از بحث مساقات صحیح خارج می‌شود. بنا بر مورد دوم [لفظ ثابتا]، حکم همین است و نیز گیاهانی که غالباً باقی نمی‌مانند مانند سبزیجات هم همین حکم را دارد [و از مساقات صحیح خارج می‌گردند].

### کتاب الوصایا

- ۱- (الوصیة تملیک عین، او منفعة، او تسلیط علی تصرف بعد الوفاة) فالتمیک بمنزلة الجنس یشمل سائر التصرفات المملکة من البیع، و الوقف، و الهبة. و فی ذکر العین و المنفعة تنبیه علی متعلقی الوصیة، و یندرج فی العین: الموجود منها بالفعل کالشجرة، و القوة کالثمرة المتجددة، و فی المنفعة المؤبدة، و المؤقتة و المطلقة.
- ۲- یدخل فی التسلیط علی التصرف الوصایة الی غیر بانفاذ الوصیة، و الولاية علی من للموصی علیه و لایة.
- ۳- یدخرج ببعدیة الموت الهبة، و غیرها من التصرفات المتجزه فی الحیاة المتعلقة باحديهما، و الوكالة لأنها تسلیط علی التصرف فی الحیاة.
- ۴- و ینتقض فی عکسه بالوصیة بابراء المدیون، و بوقف المسجد، فانه فک ملک ایضا،

---

### کتاب وصایا

دراين کتاب چند فصل داريم

#### فصل اول

- ۱- (وصیت، تملیک عین یا منفعت یا مسلط کردن [فردی] بر تصرف بعد از وفات است). پس لفظ تملیک [دراين تعريف] به منزله جنس است که ساير تصرفات تملیک کننده از قبیل بیع و وقف و هبه را شامل می شود. ذکر کردن لفظ «عین» و «منفعت» در تعريف مصنف، اشاره به دو متعلق وصیت است. در لفظ «عین»، هم عین موجود بالفعل - مانند درخت - و هم عین موجود بالقوه - مانند ثمره ای که در آینده ایجاد می گردد - داخل می شود. در لفظ «منفعت»، منفعت مؤبد، موقت و مطلق داخل می شود [منظور از وصیت به منفعت مطلق، حالتی است که در صیغه وصیت به دنبال وصیت به منفعت، قیدی در خصوص دائم یا موقت بودن تملیک منفعت ذکر نشود، در اینصورت چون قیدی به دنبال تملیک منفعت ذکر نشده، وصیت به منفعت مطلق صورت گرفته است. البته وصیت به منفعت مطلق، حمل بر وصیت به منفعت مؤبد می شود].
- ۲- در مفهوم «مسلط کردن فردی بر تصرف» وصیت کردن به دیگری برای انجام وصیت و نیز ولایت بر کسی که موصی بر او ولایت دارد داخل می شود.
- ۳- با قید «بعد از وفات» هبه و غیر هبه از ساير تصرفات منجزه در زمان حیات فرد نسبت به عین و منفعت از شمول تعريف وصیت خارج می شود. وکالت هم [با قید «بعد از وفات»] از شمول تعريف وصیت خارج می شود. زیرا وکالت، مسلط کردن [اوکیل] بر تصرف در زمان حیات [موکل] است.
- ۴- [از نظر منطقی، تعريف صحیح آن تعريفی است که جامع افراد و مانع اغیار باشد در حالی که] جامع بودن تعريف وصیت با وصیت به ابراء مدیون و وصیت به وقف مسجد نقص می شود. زیرا وقف نیز فک ملک است [نه تملیک].

و بالوصية بالمضاربة و المساقاة فإنهما و ان افادا ملك العامل الحصة من الربح و الثمرة على تقدير ظهورهما، إلا أن حقيقتهما ليست كذلك، و قد لا يحصل ربح، و لا ثمرة فينتفى التملك.

۵- (و ایجابها: اوصیت) لفلان بكذا، (أو افعلوا كذا بعد وفاتی) هذا القيد يحتاج اليه في الصيغة الثانية خاصة، لأنها اعم مما بعد الوفاة. أما الاولى فمقتضاها كون ذلك بعد الوفاة، (او لفلان بعد وفاتی كذا)، و نحو ذلك من الالفاظ الدالة على المعنى المطلوب.

۶- (و القبول الرضا) بما دل عليه الايجاب، سواء وقع باللفظ ام بالفعل الدال عليه كالاخذ، و التصرف، و إنما يفتقر اليه في من يمكن في حقه كالمحصور لاغيره كالفقراء و الفقهاء و بنى هاشم، و المسجد، و القنطرة.

۷- و استفيد من افتقارها الى الايجاب و القبول أنها من جمله العقود، و من جواز رجوع الموصى مادام حيا، و الموصى له كذلك مالم يقبل بعد الوفاة كما سيأتى أنها من العقود الجائزة

همچنین جامع بودن تعریف وصیت با وصیت به مضاربه و مساقات نقض می شود. زیرا مضاربه و مساقات، اگر چه موجب ملکیت عامل نسبت به حصه‌ای از سود و ثمره - بر فرض ظاهر شدن سود و ثمره - می باشند اما حقیقت این دو عقد، چنین نیست و گاهی ممکن است [در مضاربه و مساقات] سود و ثمره‌ای حاصل نشود لذا تملیک منتفی می شود [در نتیجه وصیت که رکن اساسی آن در تعریف مصنف «تملیک» است محقق نمی گردد. اما در واقع باید گفت که وصیت به مضاربه و مساقات و نیز وصیت به ابراء مدیون و وصیت به وقف مسجد همگی وصایای صحیحی هستند که تعریف مصنف این موارد را شامل نمی شود لذا این تعریف جامع افراد وصیت نبوده و اشکال دارد].

۵- (ایجاب وصیت) عبارت است از برای فلانی به فلان چیز (وصیت کردم، یا بعد از وفات من فلان کار را انجام دهید). قید «بعد وفاتی»، فقط در صیغه دوم نیاز است؛ زیرا صیغه دوم [افعلوا کذا] اعم از عملی است که بعد از فوت موصی باید انجام شود [یعنی هم شامل انجام عمل در زمان حیات موصی و هم شامل انجام عمل بعد از فوت موصی می باشد]. اما در مورد صیغه اول باید گفت که مقتضای آن، این است که مفاد آن بعد از فوت موصی محقق شود. (یا بعد از فوت من، برای فلانی فلان چیز باشد) و مانند این صیغه‌ها از الفاظی که بر معنی مطلوب و منظور دلالت می کند.

۶- (قبول وصیت، رضایت) نسبت به چیزی (است) که ایجاب بر آن دلالت دارد؛ خواه قبول به لفظ واقع شود یا با فعل دال بر قبول وصیت - مانند گرفتن موضوع وصیت و تصرف در آن - صورت بگیرد. تنها در مورد کسی به قبول نیاز است که قبول در حق او امکان داشته باشد مانند وصیت بر افراد محصور و معین نه بر افراد غیر محصور مانند فقها و بنی هاشم و مسجد و پل.

۷- از نیازمند بودن وصیت به ایجاب و قبول، استفاده می شود که وصیت از جمله عقود است. از جایز بودن رجوع موصی تا زمانی که زنده است و جواز رجوع موصی له تا زمانی که وصیت را بعد از فوت موصی قبول نکرده باشد. استفاده می شود که وصیت از جمله عقود جایز است.

## کتاب النکاح

### (الفصل الثانی: فی العقد)

- ۱- و يعتبر اشماله على الايجاب و القبول اللفظيين<sup>۱۷</sup> كغيره من العقود اللازمة (فالإيجاب زوجتك و انكحتك و متعتك لا غير) أما الأولان فموضع وفاق و قد ورد بهما القرآن. و اما الاخير فاكتمى به المصنف و جماعة لأنه من الفاظ النكاح، لكونه حقيقة في المنقطع و إن توقف معه على الأجل.
- ۲- و ذهب الاكثر الى المنع منه، لأنه حقيقة في المنقطع شرعاً فيكون مجازاً في الدائم، حذراً من الاشتراك، و لا يكفي ما يدل بالمجاز حذراً من عدم الانحصار.
- ۳- (و القبول قبلت التزويج و النكاح، او تزوجت، او قبلت، مقتصرأ عليه) من غير أن يذكر المفعول (كلاهما) اي الايجاب و القبول (بلفظ المضى).

---

## کتاب نکاح

### (فصل دوم - در عقد نکاح)

- ۱- مشتمل بودن عقد نکاح بر ايجاب و قبول لفظی مانند عقود لازم دیگر غیر از نکاح شرط و معتبر است. (پس ايجاب نکاح [فقط] الفاظ «تورا با ازدواج خود در آوردم» و «تورا به نکاح خود در آوردم» و «تورا به زناشویی خود در آوردم» می باشد نه الفاظ دیگر). اما دو لفظ اول مورد اتفاق علما است و در قرآن هم وارد شده است. اما در مورد لفظ اخير، مصنف و جمعی از فقها به [ذکر] آن اکتفا کرده اند زیرا آن از الفاظ نکاح است. چرا که این لفظ، حقیقت در نکاح منقطع می باشد اگر چه تحقق نکاح موقت، علاوه بر ذکر لفظ «متعتک» متوقف بر ذکر مدت نیز است.
- ۲- اکثر علما معتقدند که استعمال لفظ متعتک برای عقد دائم ممنوع است. زیرا این لفظ شرعاً حقیقت در نکاح منقطع است لذا استعمال آن در نکاح دائم مجاز است زیرا اگر در نکاح دائم هم حقیقت باشد مستلزم اشتراک لفظی است [و اصل بر آن است که لفظ، مشترک لفظی نیست و به عبارت دیگر اصل بر آنست که اگر شک کردیم که معنای لفظ تماماً حقیقی است یا حقیقی و مجازی باید گفت که معانی یک لفظ تماماً معانی حقیقی نمی باشد و لفظ دارای معنای حقیقی و مجازی است] و استعمال الفاظ مجاز در اجرای عقد نکاح کفایت نمی کند زیرا اینگونه الفاظ منحصر در تعداد خاصی نیست.
- ۳- (قبول نکاح با عبارت: «ازدواج و [یا] نکاح را قبول کردم» یا «ازدواج را پذیرفتم» یا «قبول کردم» می باشد. به همین الفاظ اکتفا می شود) بدون نیاز به ذکر مفعول. (هر دو) یعنی ايجاب و قبول (به لفظ ماضی باشد).

---

۱۷- ر.ک. ماده ۱۰۶۲ ق. م



- ۴- (و لا يشترط تقديم الايجاب) على القبول. لأن العقد هو الايجاب و القبول و الترتيب كيف اتفق غير مخلّ بالمقصود.
- و يزيد النكاح على غيره من العقود أن الايجاب من المرأة و هي تستحي غالباً من الابتداء به فاعتقر هنا، و إن خولف في غيره، و من ثم ادعى بعضهم الاجماع على جواز تقديم القبول هنا، مع احتمال عدم الصحة كغيره، لأن القبول إنما يكون للايجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولا. و حيث يتقدم يعتبر كونه بغير لفظ قبلت، كتزوجت و نكحت و هو حينئذ في معنى الايجاب.
- ۵- (و) كذا (لا) يشترط (القبول بلفظه) اي بلفظ الايجاب، بأن يقول: زوجتك، فيقول: قبلت التزويج. أو انكحتك. فيقول: قبلت النكاح، (فلو قال: زوجتك، فقال: قبلت النكاح صح)، لصراحة اللفظ، و اشتراك الجميع في الدلالة على المعنى.
- ۶- (و لا يجوز) العقد ايجاباً و قبولا (بغير العربية مع القدرة) عليها، لأن ذلك هو المعهود من صاحب الشرع كغيره من العقود اللازمة، بل اولى.

- ۴- (مقدم داشت ايجاب) بر قبول (شرط نیست). زیرا عقد همان ايجاب و قبول است و ترتیب [این دو] به شکلی که واقع شود مخل به مقصود نیست.
- در مورد عقد نکاح نسبت به سایر عقود نکته‌ای اضافه می‌شود آن این است که ايجاب از جانب زن است در حالی که زن غالباً حیا می‌کند ابتدائاً ايجاب نکاح را ذکر کند لذا در اینجا از مقدم داشتن ايجاب صرف نظر شده است اگرچه در عقود دیگر غیر از نکاح نسبت به این موضوع مخالف شده است. از این رو بعضی از فقها بر جواز تقديم قبول در اینجا اجماع کرده‌اند؛ با اینکه در نکاح هم احتمال صحیح نبودن تقديم قبول بر ايجاب مانند عقود دیگر غیر از نکاح می‌رود. زیرا قبول صرفاً برای ايجاب می‌باشد پس زمانی که قبول قبل است ايجاب بوجود آید قبول به حساب نمی‌آید در جایی که قبول بر ايجاب مقدم می‌شود لازم است که آن به لفظی غیر از لفظ (قبلت) باشد مانند الفاظ «تزوجت» و «نکحت» این الفاظ در این حالت در معنای ايجاب است.
- ۵- (و) همچنین شرط (نیست که قبول به لفظ ايجاب باشد) به این نمونه [موجب] بگوید: «زوجتک» و [قابل در جواب او] بگوید: «قبلت التزويج» یا [موجب] بگوید «انکحتک» و [قابل در جواب او] بگوید: «قبلت النکاح» [لازم نیست که مانند این دو مثال قبول به لفظ ايجاب باشد بلکه می‌توان به شکل زیر صیغه نکاح را جاری کرد: ] [پس اگر [موجب] بگوید «زوجتک» و [قابل] بگوید: قبلت النکاح» عقد نکاح صحیح است). زیرا این الفاظ صراحت دارد و همه این الفاظ در دلالت بر یک معنی مشترک هستند [یعنی این الفاظ با هم مترادفند].
- ۶- [بیان] ايجاب و قبول عقد (به غیر از زبان عربی، در صورت قدرت) بر [بر اجرای عقد به] زبان عربی (جایز نیست). زیرا اجرای عقد به زبان عربی از سوی صاحب شرع معهود است مانند عقود لازم دیگر غیر از نکاح که اینگونه است. بلکه عربی بودن در نکاح اولویت دارد.

### کتاب الطلاق

- ۱- (الطلاق) و هو ازالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة «طالق».
- ۲- (فی اركانها و هی) اربعة (الصيغة، و المطلق، و المطلقة و الاشهاد) على الصيغة.
- ۳- (و اللفظ الصريح) من الصيغة (انت، او هذه، أو فلانة) و يذكر اسمها، أو ما يفيد التعيين، (او زوجتى مثلاً طالق). و ينحصر عندنا فى هذه اللفظة (فلا يكفى أنت طالق)، و قوفاً على موضع النص، و الاجماع و استصحاباً للزوجية، و لأن المصادر انما تُستعمل فى غير موضوعها مجازاً و إن كان فى اسم الفاعل شهيراً. و هو غير كاف فى استعمالها فى مثل الطلاق.
- ۴- و لا من المطلقات، (و لا مطلقة، و لا طلقت فلانة على قول مشهور) لأنه ليس بصريح فيه، و لأنه إخبار، و نقله الى الانشاء على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع الوفاق و هو صيغ العقود فأطراده فى الطلاق قياس، و النص دل فيه على طالق، و لم يدل على غيره فيقتصر عليه.

### کتاب طلاق

- ۱- (طلاق) و آن عبارت است از ازاله قيد نكاح بدون اينكه عوضى در مقابل آن باشد با صيغه «طالق».

#### فصل اول: در اركان طلاق

- ۲- (اركان طلاق) چهار مورد است: (صيغه طلاق دهنده، مطلقه و شاهد گرفتن) بر خواندن صيغه.
- ۳- (لفظ صريح) از صيغه طلاق عبارت است از: (انت يا هذه يا فلانه) و در اين مورد اخير اسم مطلقه يا لفظى كه مفيد تعيين وى باشد ذكر مى كند (يا زوجتى طلاق) در نزد ما اماميه صيغه طلاق منحصر در اين الفاظ است. (لذا عبارت «انت طلاق» كفايت نمى كند). [لفظ طلاق در اين عبارت مصدر بوده و به معنى طالق است]. اين كه عبارت اخير كافي نيست به چند دليل است: [دليل اول: ] توقف بر موضوع نص؛ [دليل دوم: ] اجماع؛ [دليل سوم: ] استصحاب زوجيت؛ [دليل چهارم: ] مصدرها در غير معنای موضوع له فقط به صورت مجاز استعمال می شود اگر چه کاربرد مصدر در اسم فاعل رایج و مشهور است ولی این مورد مصحح استعمال مصادر در موضوع طلاق نیست.
- ۴- عبارت « [انت] من المطلقات » (و عبارت [انت] مطلقه » و عبارت «طلقت فلانه» بنا بر قول مشهور [در تحقق طلاق] كفايت نمى كند). زیرا این الفاظ صريح در طلاق نیست و نیز به خاطر اینکه این عبارات اخبار است و نقل معنای آن به انشاء بر خلاف اصل است پس در نقل معنای اخبار به انشاء به مورد اتفاق فقها- که صیغه‌های عقود است - اکتفا می شود [یعنی در استعمال صیغه‌های عقود می توان الفاظ اخباری بکار برد و اراده معنای انشایی نمود]. لذا تعمیم دادن این امر به طلاق قیاس است [و چون قیاس در مذهب ما پذیرفته نیست لذا نمی توان حکم را به طلاق تسری داد]. روایت هم بر بکار بردن لفظ «طالق» دلالت دارد و بر غیر این لفظ دلالت نمی کند پس به همین لفظ اکتفا می شود.

۵- (و لا عبرة) عندنا (بالسراح و الفراق) و إن عهر عن الطلاق بهما في القرآن الكريم بقوله: «أو تسريح باحسان، أو فارقوهن بمعروف»، لأنهما عند الاطلاق لا يطلقان عليه فكانا كناية عنه، لا صراحة فيهما، و التعبير بهما لا يدل على جواز ايقاعه بهما.

۶- (و) كذا (الخلية و البرية) و غيرهما من الكنايات كالبته، و البتله، و حرام، و بائن، و اعتدى (و إن قصد الطلاق) لأصالة بقاء النكاح الى أن يثبت شرعاً ما يزيله.

۷- (و طلاق الأخرس بالإشارة) المفهمة له، (و إلقاء القناع) على رأسها ليكون قرينة على وجوب سترها منه و الموجود في كلام الاصحاب الاشارة خاصة، و في الرواية إلقاء القناع فجمع المصنف بينهما. و هو اقوى دلالة.

۸- و الظاهر أن إلقاء من جملة الإشارات و يكفي منها ما دل على قصده الطلاق كما يقع غيره من العقود، و الإيقاعات، و الدعاوى، و الأقاير.

۹- (و لا يقع) الطلاق (بالكتب) بفتح الكاف من دون تلفظ ممن يحسنه (حاضراً) كان الكاتب، (او غائباً) على اشهر القولين.

۵- در نزد ما امامیه (اعتباری به [لفظ] سراح و فراق نیست) اگر چه در قران کریم از طلاق

با این دو لفظ تعبیر شده است. تعبیر با این سخن خداوند متعال است: «او تسريح باحسان او فارقوهن بمعروف» زیرا این دو لفظ اگر بطور مطلق و بدون قید استعمال شوند بر طلاق حمل نمی شوند لذا این دو لفظ کنایه از طلاق هستند نه اینکه صراحت در این دو لفظ باشد. و اینکه خداوند متعال از طلاق با این دو لفظ تعبیر می کند. دلالت بر جو از واقع ساختن طلاق با این دو لفظ ندارد.

۶- (و) همچنین (لفظ] خلیه و بریه) و الفاظ از کنایات مانند بته و بتله حرام و بائن و

اعتدی [در تحقق طلاق] اعتبار ندارد (اگر چه طلاق قصد شده باشد). زیرا اصل. بقای نکاح است تا اینکه چیزی که نکاح را زایل کند شرعاً ثابت شود.

۷- (طلاق لال با اشاره) تفهیم کننده طلاق (و انداختن روسری) بر سر زن (صورت می گیرد)

انداختن روسری بر سر زن [برای این است که قرینه‌ای بر وجوب- پوشاندن موی زن از شوهرش است. در کلام فقها آمده که فقط اشاره برای تحقق طلاق لال کفایت می کند و در روایت انداختن روسری بیان شده است و مصنف بین این دو مورد جمع کرده است که دلالت آن بر طلاق قویتر است.

۸- ظاهراً انداختن روسری از جمله اشارات است و هر کدام از اشارات که بر قصد شوهر در

خصوص طلاق دلالت کند کافی است همانطور که در غیر طلاق یعنی عقود و ایقاعات و دعاوی و اقاير با اشاره لال واقع می شود.

۹- طلاق (با نوشتن) بدون ذکر لفظ (واقع نمی شود [خواه]) کاتب (حاضر یا غائب) باشد

بنا بر قول مشهورتر از دو قول موجود. زیرا اصل، بقاء نکاح است و نیز بخاطر حسنه زاره از امام باقر (ع) که در مورد مردی که طلاق زنش را نوشته بود فرمودند: «این طلاق نیست» شیخ طوسی قائل به وقوع طلاق با نوشتن توسط فرد غایب است نه حاضر.

### کتاب الخلع و المبراة

- ۱- و هو طلاق بعوض مقصود، لازم لهجة الزوج.
- ۲- صيغة الخلع ان يقول الزوج: **(خلعتك على كذا، او انت مختلعة على كذا)** او خلعت فلانة او هي مختلعة على كذا **(ثم يتبعه بالطلاق)** على الفور فيقول بعد ذلك: فانت طالق.
- ۳- ثم ان اعتبرنا اتباعه بالطلاق فلا شبهة في عدة طلاقاً، وعلى القول الآخر هل يكون فسخاً، او طلاقاً قولان اصحهما الثاني، و يفتقر الى المحلل بعد الثلاث و على القولين لا بد من قبول المرأة عقبيه، بلا فصل معتد به، او تقدم سوالها له قبله كذلك.
- ۴- **(و لو اتى بالطلاق مع العوض)** فقال انت طالق على كذا مع سبق سوالها له، او مع قبولها بعده كذلك **(اغنى عن لفظ الخلع)** و افاد فائدته و لم يفتقر الى ما يفتقر اليه الخلع من كراهتها له خاصة، لانه طلاق بعوض لا خلع.

---

### کتاب خلع و مبرارات

- ۱- خلع و مبرارات عبارت است از طلاق در مقابل عوض مقصود عقلاً که از ناحیه شوهر الزام آور می‌باشد.
- ۲- (صیغه خلع به این صورت است که زوج می‌گوید: «تو را در برابر فلان چیز طلاق خلع دادم» یا «تو در برابر فلان چیز طلاق خلع داده شده‌ای») یا «فلانی را طلاق خلع دادم» یا «او در برابر فلان چیز طلاق خلع داده شده است». (بنا بر قول قویتر بعد از صیغه خلع، باید صیغه طلاق) بصورت فوری (جاری گردد). پس زوج بعد از صیغه خلع می‌گوید: «فأنت طالق».
- ۳- حال اگر ما بدنبال صیغه خلع، ذکر صیغه طلاق را لازم بدانیم شبهه‌ای نیست در اینکه خلع، طلاق محسوب می‌شود. و بنا بر قول دیگر [یعنی قولی که می‌گوید پس از صیغه خلع، ذکر صیغه طلاق لازم نیست]. آیا خلع، فسخ می‌باشد یا طلاق؟ دو نظر وجود دارد که قول صحیحتر نظر دوم [یعنی در این صورت هم خلع، طلاق است] می‌باشد. و [لذا] بعد از سه بار طلاق خلع به محلل نیاز است. بنابر هر دو قول زن باید پس از اجرای صیغه خلع [توسط شوهر] آن را قبول نماید بدون اینکه فاصله قابل توجهی در این بین حادث شود یا اینکه پیش از اجرای صیغه خلع، زن به همان ترتیب در خواست طلاق خلع از شوهر کرده باشد.
- ۴- (اگر صیغه طلاق را همراه با عوض ذکر کند) مثلاً بگوید: «فأنت طالق علی کذا» در صورتی در خواست زن نسبت به خلع مقدم بر این عبارت باشد یا زن بعد از ذکر عبارت فوق، آن را قبول کند بدون اینکه فاصله قابل توجهی در این بین حادث شود (در این وضعیت نیازی به ذکر لفظ خلع نیست) و این صیغه فایده خلع را می‌دهد و در اینجا نیازی به وجود شرایط خلع از جمله کراهت یکطرفه زن از شوهر نیست. زیرا این صیغه، صیغه طلاق در برابر عوض است نه خلع.

۵- (و كل ما صح ان يكون مهراً) من المال المعلوم، و المنفعة، و التعليم، و غيرها (صح ان يكون فدية) في الخلع (و لا تقدير فيه) اي في المَجْعول فدية في طرف الزيادة و النقصان بعد أن يكون متمولاً (فيجوز على ازيد مما وصل اليها منه) من مهر، و غيره، لأن الكراهة منها فلا يتقدر عليها في جانب الزيادة.

۶- (و يصح بذل الفدية منها، و من وكيلها) البازل له من مالها، (و ممن يضمنه) في ذمته (بإذنها) فيقول للزوج: طلق زوجتك على مائة و على ضمانها.

۷- و الفرق بينه و بين الوكيل أن الوكيل يبذل من مالها بإذنها و هذا من ماله بإذنها. و قد يشكل هذا بأنه ضمان مالم يجب، لكن قد وقع مثله صحيحاً فيما لو قال راكب البحر لذی المتاع: ألق متاعك في البحر و على ضمانه، و في ضمان ما يحدثه المشتري من بناء، او غرس على قول،

۵- (هر چیزی که مهر قرار دادن آن صحیح باشد) از قبیل مال معلوم و منفعت و تعلیم و

موارد دیگر (صحیح است که فدیة) در طلاق خلع (قرار داده شود، در مورد مقدار عوض خلع) یعنی در مورد چیزی که فدیة قرار داده شده است از نظر زیاد و کم بودن اندازه مشخصی مد نظر نیست البته بعد از اینکه مالیت داشتن آن معلوم باشد [یعنی صرفاً مالیت داشتن آن شرط است نه اندازه آن] (لذا [اطلاق خلع] بر عوضی بیشتر از آنچه از جانب شوهر به زن رسیده است) از قبیل مهر و مورد دیگر (جایز است). زیرا کراهت در طلاق خلع از جانب زن است لذا از نظر زیاد بودن عوض بر ضرر زن سقفی تعیین نمی‌شود.

۶- (پرداخت فدیة از سوی زن و همچنین از جانب وکیل زن) که از مال زن، فدیة را به

شوهر می‌پردازد (جایز است. همچنین پرداخت فدیة از سوی کسی که آن را) در ذمه اش (ضمانت نموده و با اذن زن می‌پردازد جایز است). لذا ضامن فدیة به شوهر می‌گوید: «زوجه ات را در برابر صد در هم طلاق بده و ضمان این صد در هم بر عهده من است».

۷- تفاوت بین ضامن و وکیل در این است که وکیل از مال زن و با اذن زن فدیة را می‌پردازد ولی

در حالت ضمانت ضامن از مال خودش با اذن زن آن را می‌پردازد. گاهی به مورد اخیر [یعنی حالت ضمانت در پرداخت فدیة] اشکالی وارد است به این بیان که چنین ضمانتی، ضمان مالم يجب است [یعنی ضمان از دینی که هنوز بوجود نیامده است و چنین ضمانی باطل می‌باشد]. اما [در پاسخ گفته می‌شود که] مانند چنین ضمانی صحیح واقع شده است مثل آنجا که شخص سوار بر کشتی به صاحب کالا می‌گوید: کالای خودت را در دریا ببنداز و ضمان آن بر عهده من است. [مثال دیگر] ضمانت نسبت به چیزهایی است که مشتری در زمین خریداری شده احداث نموده است از قبیل بنای ایجاد شده یا درخت کاشته شده که این ضمان بنا بر قولی صحیح است. [توضیح اینکه وقتی مشتری زمینی را فروشنده می‌خرد از آنجا که احتمال می‌رود. زمین مستحق للغير باشد و پس از احداث بنا یا غرس درخت در زمین، مالک اصلی زمین، خلع ید مشتری را بخواهد و در نتیجه بنا تخریب شده و درخت قلع گردد لذا مشتری در همان هنگام عقد از فروشنده ضامن می‌خواهد

### کتاب الغصب

- ۱- (و هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً). و المراد بالاستقلال: الاقلال و هو الاستبداد به لا طلبه كما هو الغالب في باب الاستفعال.
- ۲- خرج به ما لا اثبات معه اصلاً كمنعه من ماله حتى تلف، و ما لا استقلال معه كوضع يده على ثوبه الذي هو لابسه فان ذلك لا يسمى غصباً.
- ۳- و خرج بالمال الاستقلال باليد على الحر. فانه لا تتحقق فيه الغصبية فلا يضمن.
- ۴- و بإضافة المال الى الغير ما لو استقل بإثبات يده على مال نفسه عدواناً كالمراهون في يد المرتين، و الوارث على التركة مع الدين فليس بغاصب و إن أتم، أو ضمن.
- ۵- بالعدوان اثبات المرتين، و الولي، والوكيل، و المستأجر، و المستعير ايديهم على مال الزاهن، و المولى عليه، و الموكل، و الموجر، و العمير.
- ۶- مع ذلك فينتقض التعريف في عكسه بما لو اشترك اثنان فصاعداً في غضب

---

### کتاب غصب

- ۱- (غصب عبارت است از مستقل بودن در سلطه بر مال غیر بصورت عدوانی). مراد از استقلال [در تعریف]: اقلال [یعنی به تنهایی کاری را انجام دادن است به گونه‌ای که دیگری با او مشارکت نداشته باشد و در واقع مراد، استقلال در تسلط بر مال غیر است] و به معنای طلب شی - که معنای غالب در باب استفعال است - نمی‌باشد.
- ۲- با توجه به قید «استقلال باثبات اليد»، آنجا که اصلاً سلطه بر مال وجود ندارد - مانند جلوگیری کردن مالک از مالش تا اینکه مال تلف شود - از تعریف غضب خارج می‌شود. و نیز از آنجا که سلطه بر مال به صورت استقلالی نیست - مانند وضع ید فرد بر لباس فردی که آن را پوشیده است - از تعریف غضب خارج می‌شود. زیرا این مورد غضب نامیده نمی‌شود.
- ۳- با قید «مال» سلطه استقلالی بر انسان آزاد از تعریف خارج می‌شود. زیرا در این مورد غضب محقق نمی‌شود لذا فرد ضامن نمی‌شود.
- ۴- با اضافه کردن «مال» به «غیر» [یعنی با عبارت «مال الغير»]، آنجا که فرد بصورت عدوانی بر مال خودش سلطه استقلالی دارد - مانند [سلطه راهن بر] عین مرهونه که در ید مرتین است یا [سلطه] وارث بر ترکه که در صورتی که دین [بر ذمه مورث] وجود داشته باشد - از تعریف خارج می‌شود. لذا چنین شخصی غاصب نیست، اگرچه گناه کرده یا ضامن است.
- ۵- با قید «عدوان»، سلطه مرتین و ولی و وکیل و مستاجر و مستعیر بر مال راهن و مولى عليه و موکل و موجر و معیر از تعریف خارج می‌شود. [زیرا چنین سلطه‌هایی عدوانی و نامشروع محسوب نمی‌شود].
- ۶- با وجود این، تعریف فوق جامع افراد غضب نیست. [جامع نبودن تعریف] نسبت به جایی است که دو نفر یا بیشتر در غضب اشتراک کنند

بحیث لم يستقل كل منهما باليد فلو أبدل الاستقلال بالاستيلاء لشمله، لصدق الاستيلاء مع المشاركة.

۷- و بالاستقلال بآثبات اليد على حق الغير كالتحجير و حق المسجد و المدرسة و الرباط و نحوه مما لا يعد مالاً فان الغضب متحقق، و كذا غضب مالا يتمول عرفاً كحبة الحنطة فانه يتحقق به أيضاً على ما اختاره المصنف و يجب رده على مالكه مع عدم المالية، إلا أن يراد هنا جنس المال، أو يدعى اطلاق المال عليه.

۸- و أما من ترتبت يده على يد الغاصب جاهلاً به، و من سكن دار غيره غلطاً، أو لبس ثوبه خطأ فانهم ضامنون و إن لم يكونوا غاصبين، لأن الغصب من الافعال المحرمة في الكتاب و السنة بل الاجتماع، و دليل العقل فلا يتناول غير العالم و إن شاركه في بعض الاحكام.

۹- و ابدال العدوان بغير حق ليتناولهم من حيث إنهم ضامنون ليس بجيد، لما ذكرناه و كذا الاعتذار بكونه بمعناه او دعوى الاستغناء عن القيد أصلاً ليشملهم، بل الاجود الافتقار الى قيد العدوان الدال على الظلم.

بگونه‌ای که هر یک از این دو در سلطه [برمال غیر] مستقل نباشند. [چنین موردی غضب است ولی مشمول تعریف نیست]. لذا اگر به جای «استقلال»، لفظ «استيلاء» گفته می‌شد تعریف شامل این مورد هم می‌شد. زیرا استيلاء بر مال غیر، در صورت مشارکت در سلطه هم صدق می‌کند.

۷- [جامع نبودن تعریف] به سبب سلطه استقلالی بر حق غیر - مانند حق تحجیر و حق [نشستن] در مسجد و مدرسه و کاروانسرا و مانند آن از چیزهایی که مال محسوب نمی‌شود- نیز است. زیرا غضب در این موارد، محقق است. همچنین غضب آنچه که عرفاً مالیت ندارد مانند غضب دانه گندم که نسبت به آن نیز بنابر نظر مصنف غضب محقق می‌شود و رد آن به مالکش در صورت عدم مالیت در [نیز] واجب است [در حالی که تعریف مصنف شامل آنچه که عرفاً مال نباشد نیست و شامل این مورد نمی‌شود حال آنکه می‌بایست شامل می‌شد]. مگر اینکه در اینجا مصنف [از لفظ مال]، جنس مال را اراده کرده باشد یا ادعا شود که اطلاق «مال» بر یک دانه گندم صحیح است.

۸- اما کسی که ید او بر ید غاصب مترتب شده و جاهل به غضب بوده و نیز کسی که در خانه دیگری از روی اشتباه ساکن شده یا کسی که لباس دیگری را از روی خطا پوشیده است همگی ضامن هستند اگرچه غاصب نمی‌باشند. زیرا غضب از اعمال حرام در کتاب و سنت است بلکه بر حرمت آن اجماع وجود دارد دلیل عقل غیر عالم را شامل نمی‌شود اگرچه در بعضی احکام، فرد غیر عالم را با عالم شریک می‌داند.

۹- تبدیل کردن لفظ «عدوان» به لفظ «بغیرحق» برای اینکه تعریف موارد فوق را به دلیل ضامن بودن استیلا کنندگان شامل شود عملی صحیحی نیست. بلکه بهتر، نیازمند بودن تعریف به قید عدوان است که بر ظلم دلالت دارد.

### المیراث

۱- هو من الإرث أو من المورث و على الاوّل «استحقاق إنسان بموت آخر بنسب أو سبب شيئاً بالاصالة»، و على الثانی «ما يستحقه انسان بموت آخر بنسب أو سبب».

### موجبات الإرث

۲- (بوجب الإرث النسب و السبب).

۳- (فالنسب) هو الاتصال بالولادة مع صدق النسب عرفاً على الوجه الشرعی، و هو ثلاث مراتب لایرث أحد من المرتبة التالية مع وجود واحد من المرتبه السابقه خالی من الموانع.

۴-

۱- (الآباء) دون آبائهم (و الأولاد) و إن نزلوا؛

۲- (الإخوة)، والمراد بهم ما يشمل الأخوات للابوين أو أحدهما، (و الأجداد)، و المراد بهم ما يشمل الجدات (فصاعداً. و أولاد الإخوة) و الاخوات (فنازلاً) ذكوراً و إناثاً؛

۳- (الأعمام و الأخوال) للابوين أو أحدهما و إن علوا، كأعمام الأب و الأم و الاجداد (و اولادهم) فنازلاً ذكوراً و إناثاً.

### کتاب میراث

۱- «میراث» از «ارث» یا از «موروث» گرفته شده است. بنا بر اینکه «میراث» از «ارث» گرفته شده باشد معنای میراث این است که «انسان [یعنی وارث] به سبب مرگ دیگری [یعنی مورث] و وجود رابطه نسبی یا سببی، نسبت به چیزی اصالتاً حق پیدا کند» و بنا بر اینکه «میراث» از «موروث» گرفته شده باشد معنای میراث عبارت است از «چیزی که انسان [یعنی وارث] به سبب مرگ دیگری [یعنی مورث] و وجود رابطه نسبی یا سببی، مستحق می شود».

### موجبات ارث

۲- (نسب و سبب، موجب ارث می شود).

۳- (نسب) همان ارتباط به سبب ولادت [بین مورث و وارث] است به شرطی که عرفاً به وجه شرعی، نسب صدق کند [یعنی به شرطی که حالت و گونه شرعی رابطه نسبی عرفاً موجود باشد]. نسب سه طبقه است. با وجود یک فرد از طبقه قبلی و خالی بودن او از موانع، یک شخص از طبقه بعد ارث نمی برد.

۴- [طبقات سه گانه نسب عبارتند از: ]

۱- (پدر و مادر) نه پدر و مادر ایشان؛ (و فرزندان) هر چه پایین روند؛

۲- (برادران) که مراد از ایشان، شامل خواهران ابوینی یا ابی یا امی هم می شود؛ (واجداد) که مراد از ایشان، شامل مادر بزرگ ها (و هرچه بالا رود) نیز می شود. (و فرزندان) ذکور یا اناث (برادران) و خواهران (هر چه پایین روند).

۳- (عموها و عمه ها و دایی ها و خاله های) ابوینی یا ابی یا امی هر چه بالا روند مانند عموها

و عمه های پدر و مادر و اجداد متوفی؛ (و فرزندان اعمام و اخوال) هر چه پایین روند. ذکور باشند یا اناث.



۵- (و السبب) هو الاتصال بالزوجية أو الولاء، و جُمَلْته (أربعه): ۱- (الزوجية) من الجانبين مع دوام العقد أو شرط الإرث على الخلاف؛ ۲- (ولاء الإعتاق)؛ ۳- (ولاء ضمان الجريه)؛ ۴- (ولاء الإمامة).

۶- والزوجية من هذه الأسباب تُجامع جميع الوراث، و الإعتاق لا يُجامع النسب و يقدم على ضمان الجريه المقدم على ولاء الامامة؛ فهذه أصول موجبات الارث.

#### موانع الإرث

##### ۱- الكفر

۷- (يمنع الإرث) للمسلم (الكفر) بجميع أصنافه، (فلا يرث الكافر) حربياً أم ذمياً أم خارجياً أم ناصبياً أم غالباً (المسلم) و إن لم يكن مؤمناً. (و المسلم يرث الكافر) و يمنع و رشته الكفار، و إن قربوا و بُعد.

۵- (سبب) همان ارتباط به واسطه زوجیت هم یا ولاء [بین مورث و وارث] است که همه موارد آن، (چهار قسم است: ۱- زوجیت) از هر دو طرف [یعنی زوجیت هم از طرف زوج و هم از طرف زوجه سبب ارث است] در صورتی که عقد نکاح، دائم باشد یا [در عقد موقت] شرط ارث شده باشد بنابر اختلافی [که در مورد صحت شرط ارث در عقد موقت] وجود دارد. ۲- ولاء عتق [به این معنا که اگر مولا، برده اش را آزاد کند و سپس برده فوت کند و هیچ خویشاوند نسبی حر نداشته باشد مولایش که وی را سابقاً آزاد ساخته بود از او ارث می برد]. ۳- ولاء ضمان جریه [به این معنا که اگر فردی با دیگری عقد ضمان جریه منعقد نماید به این مضمون که در صورت ارتکاب جنایت غیر عمدی، دیه آن بر عهده طرف مقابل باشد در فرض که یک طرف فوت نماید و هیچ خویشاوند نسبی حر و آزاد کننده برده وجود نداشته باشد ضامن جریه از متوفی ارث می برد]. ۴- ولاء امامت [وقتی امام از متوفی ارث می برد که هیچ خویشاوند نسبی حر و آزاد کننده و ضامن جریه ای برای متوفی نباشد]. ۶- زوجیت از بین این اسباب، با تمامی وراث جمع می شود ولاء عتق با نسب جمع نمی شود و بر ضمان جریه مقدم می شود و ضمان جریه بر ولاء امامت مقدم می گردد. این موارد اصول موجبات ارث است.

#### موانع ارث

##### ۱- کفر

۷- برای مسلمان [یعنی وارثی که مسلمان است] (کفر) در تمام اقسامش (مانع ارث می شود). لذا کافر) حربی یا ذمی یا خارجی [یعنی کسی که بر امام معصوم علیه السلام خروج و شورش کرده است] یا ناصبی یا غالی [یعنی کسی که به دلیل غلو نمودن در مورد امامان معصوم علیه السلام و اعتقاد به الوهیت آنان، محکوم به کفر است] (از مسلمان ارث نمی برد) اگر چه مورث شیعه دوازده امامی نباشد. (ومسلمان از کافر ارث می برد) و مسلمان از ارث بردن ورثه کافر او مانع می شود و اگر چه آنها به مورث نزدیک تر باشند و مسلمان، دورتر باشد.

## کتاب الحدود

### (وفیه فصول)

۱- (و هو) ای الزنا (ایلاج) ای إدخال الذکر (البالغ العاقل في فرج امرأة). بل مطلق انثی قیلاً او دبراً (محرمه) علیه (من غیر عقد) نکاح بینهما (ولا ملك) من الفاعل للقابل (ولا شبهة) موجبه لاعتراف الحل (قدر الحشفة) ویتحقق قدرها بایلاجها نفسها، او ایلاج قدرها من مقطوعها و ان كان تناولها للاول لا یخلوا من تكلف. في حالة كون المولج (عالماً) بالتحريم (مختاراً) في الفعل.  
۲- فهنا قیود:

احدها: ایلاج. فلا یتحقق الزنا بدونہ کالتفخیز و غیره، و ان كان محرماً یوجب التعزیر.  
و ثانيها: كونه من البالغ، فلو اولج الصبي ادب خاصة.  
و ثالثها: كونه عاقلاً فلا یحد المجنون علي الاقوي لإرتفاع القلم عنه.

---

## کتاب حدود

### (دراين كتاب چند فصل وجود دارد)

#### (فصل اول - در) حد (زنا)

۱- (آن) یعنی زنا (عبارت است از داخل کردن آلت تناسلی مرد بالغ عاقل در فرج زن)، بلکه مطلق جنس مؤنث [اعم از بالغ و غیر بالغ]، از جلو یا عقب (زنی که) بر مرد (حرام است بدون اینکه) بین آن دو (عقد) نکاح و (یا ملکیت) فاعل [یعنی مرد] نسبت به قابل [یعنی زن] (و یا شبهه) موجب اعتقاد حلیت [عمل] (وجود داشته باشد و دخول به مقدار حشفه صورت گرفته باشد). دخول به مقدار حشفه به این نحو محقق می‌شود که خود حشفه را در فرج زن داخل نماید یا شخصی که مقطوع الاله است به اندازه حشفه از آلت خود را در داخل [فرج زن] بنماید؛ اگر چه شمول عبارت مصنف نسبت به شق اول [یعنی دخول خود حشفه در فرج زن] خالی از تکلف نیست. این دخول باید در حالتی باشد که دخول کننده (عالم) به حکم حرمت عمل (و مختار) در انجام فعل باشد.

۲- لذا در اینجا قیودی برای تحقق زنا مطرح می‌شود:

اولین قید: داخل کردن آلت تناسلی. لذا زنا بدون تحقق دخول آلت تناسلی مرد در فرج زن محقق نمی‌شود مانند انجام تفخیز و غیر آن؛ اگر چه عملی حرام باشد که موجب تعزیر گردد.  
دومین قید: دخول آلت تناسلی از سوی مرد بالغ باشد لذا اگر دخول توسط صغیر انجام گیرد فقط تادیب می‌شود.

سومین قید: دخول کننده، مرد عاقل باشد. لذا بنا بر قول قویتر مجنون بواسطه انجام این عمل، حد نمی‌خورد. زیرا قلم تکلیف از او برداشته شده است.

و رابعها: كون الإيلاج في فرجها فلا عبرة بإيلاجه في غيره من المنافذ و إن حصل به الشهوة و الإنزال. و المراد بالفرج العورة كما نص عليه الجوهري فيشمّل القبل و الدبر، و إن كان إطلاقه علي القبل اغلب.

و خامسها: كونها امرأة و هي البالغة تسع سنين، لأنها تأنيث المرء و هو الرجل و لافرق فيها بين العاقلة و المجنونة و الحية و الميتة، و إن كان الميتة أغلظ كما سيأتي، و خرج بها إيلاجه في دبر الذكر فإنه لايعد زنا و إن كان افحش و أغلظ عقوبة.

و سادسها: كونها محرمة عليه. فلو كانت حليلة بزوجية، أو ملك لم يتحقق الزنا، و شملت المحرمة الأجنبية المحصنة و الخالية من بعل، و محارمه و زوجته الحائض و المظاهرة و المولي منها، و المحرمتو غيرها. و سيخرج بعض هذه المحرمات.

و سابعها: كونها غير معقود عليها، و لا مملوكة و لامأثية بشبهة، و به يخرج وطء الزوجة المحرمة لعارض مما ذكر. و المراد بالعقد ما يشمل الدائم و المنقطع و بالشبهة ما أوجب ظن الإباحة.

چهارمین قید: داخل کرد آلت تناسلی در فرج زن باشد. لذا داخل کردن آلت تناسلی مرد در منافذ دیگر بدن زن غیر از فرج اعتباری آدر تحقق زنا ندارد اگر چه به سبب آن، شهوت و انزال منی حاصل شود. مراد از فرج، شرمگاه است همانطور که جوهری (لغت دان) این مطلب را بیان کرده است. لذا شامل جلو و عقب زن می شود اگر چه اطلاق فرج بر قُبُل بیشتر است.

پنجمین قید: اینکه زن، بالغ باشد و آن زنی است که به سن نه سالگی رسیده باشد. زیرا «امراه» مؤنث کلمه «مرء» یعنی مرد است [و چون مرء یا همان مرد به معنی انسان مذکر بالغ است لذا امراه هم به معنی انسان مؤنث بالغ است]. میان زن عاقل و مجنون و همچنین زن زنده و مرده دراین خصوص تفاوتی نیست اگر چه زنا با مرده مجازات شدیدتری دارد. با قید پنجم، دخول آلت مرد در پشت انسان مذکر از تعریف زنا خارج می شود. زیرا این عمل زنا محسوب نمی شود اگر چه عملی زشت تر و دارای مجازاتی شدیدتر است.

ششمین قید: اینکه زن بر مرد حرام باشد. لذا اگر زن به سبب زوجیت یا ملک به مرد حلال شده باشد زنا محقق نمی شود. مفهوم زن حرام بر مرد، شامل زن بیگانه محصنه و زن بیگانه بدون شوهر و نیز محارم مرد و زوجه مرد در حال حیض و زنظهار شده یا زن ایلاء شده و زن در حال احرام یا غیر آن [مانند زوجه در حال اعتکاف یا روزه] می شود. البته برخی از این زنان از تعریف خارج خواهند شد.

هفتمین قید: با زن عقد نکاح منعقد نشده باشد و نیز در ملک مرد نباشد و مرد در اثر شبهه با زن نزدیکی نکرده باشد. با این قید، و طی با زوجه ای که بواسطه یک دلیل عارضی از مواردی که ذکر شد [مانند حیض و اعتکاف و روزه] حرام شده باشد از تعریف خارج می شود (یعنی وطی با چنین زنی حرام است ولی زنا نیست چون، زن، زوجه مرد است). مراد از عقد در اینجا عقد دائم و عقد موقت است و مراد از شبهه چیزی است که موجب ظن به اباحه فعل گردد.

### کتاب القصاص

۱- القصاص - بالكسر. و أصله إقتفاء الاثر. يقال: قص اثره اذا تبعه فكأن المقتص يتبع اثر الجانى فيفعل مثل فعله.

### (و فيه فصول: الاول)

۲- (فى قصاص النفس و موجبه: ازهاق النفس) اى اخراجها، قال الجوهرى: زهقت نفسه زهوقاً اى خرجت، و هو هنا مجاز فى اخراجها عن التعلق بالبدن اذ ليست داخله فيه حقيقة (المعصومة) التى لا يجوز اتلافها، مأخوذ من العصم و هو المنع (المكافئة) لنفس المزهق لها فى الاسلام، و الحرية، و غيرهما من الاعتبارات الآتية (عمداً) قيد فى الازهاق اى ازهاقها فى حالة العمد، (عدواناً) احترز به عن نحو المقتول قصاصاً فانه يصدق عليه التعريف، لكن لا عدوان فيه فخرج به.

۳- و يمكن اخراجه بقيد المعصومة، ولكنه اراد بالمعصومة: ما لا يباح ازهاقها للكل. و بالقييد الاخير اخراج ما يباح قتله بالنسبة الى شخص دون شخص آخر. فإن القاتل معصوم بالنسبة الى غير ولى القصاص.

---

### کتاب قصاص

۱- اين کلمه در لغت به معنای دنباله روى از چیزی و تبعیت کردن است. گفته شد «قَصَّ لَدْرَهُ» یعنی از او پیروی نمود. گویا قصاص کننده از جانی پیروی می کند و [دنباله رو عمل جانی است] و عملی مثل فعل جانی انجام می دهد.

### فصل اول: در قصاص نفس

۲- (موجب قصاص نفس، خارج کردن نفس معصوم و همتا از روى عمد و ستم است). ازهاق نفس یعنی خارج کردن نفس. جوهری می گوید: جان او را ازهاق نمود یعنی خارج کرد. خارج کردن جان از بدن [که در عبارت مصنف بکار رفته] مجاز است زیرا نفس حقیقتاً داخل در بدن نیست [و منظور از خارج کردن جان، قطع رابطه روح از بدن است]. [قید دوم معصومه است که] از عصم به معنای منع گرفته شده است [یعنی نفسی که از بین بردن آن ممنوع است]. [قید سوم مکافئه است یعنی نفس مقتول] با نفس قاتل در اسلام و آزاد بودن و غیر این دو از سایر شرایطی که بعداً گفته خواهد شد همتا باشند. [قید چهارم از روى عمد است این قید،] قید ازهاق است یعنی خارج کردن نفس باید عمدی باشد. [قید پنجم از روى عدوان و ستم است] مصنف با این قید از قتل مقتولی که در اثر قصاص کشته شده احتراز جسته است. زیرا تعریف فوق [با لحاظ تمام قیود بجز قید پنجم] بر چنین قتلی صادق است اما چون، عدوان در قتل او وجود ندارد لذا این قتل از تعریف فوق خارج می شود.

۳- ممکن است مورد اخیر (قتل فردی که در اثر قصاص کشته شده است) با قید معصومه از تعریف فوق خارج شود. اما مصنف با قید معصومه، این معنی را اراده کرده: «فردی که قتل او برای هیچ کس مباح نیست» و با قید اخیر [یعنی عدواناً]، کشتن فردی که قتلش نسبت به شخص مباح و نسبت به دیگری مباح نیست از تعریف خارج می شود. زیرا قاتل نسبت به غیر ولى قصاص، معصوم است و [کشتن او توسط ولى قصاص، قتل از روى عدوان و ستم نیست].

- ۴- (فلا قود بقتل المرتد) و نحوه من الكفار الذين لا عصمة لنفوسهم. (و لا يقتل غير المكافىء). و خرج بقيد «العمد» القتل خطأ و شبهه فإنه لا قصاص فيهما.
- ۵- (والعمد يحصل بقصد البالغ الى القتل بما يقتل غالباً) و ينبغي قيد «العاقل» ايضاً، لانه عمد المجنون خطأ، كالصبي، بل هو اولى بعدم القصد من الصبي المميز.
- ۶- (قيل: او) يقتل (نادراً) اذا اتفق به القتل، نظراً الى أن العمد يتحقق بقصد القتل من غير نظر الى الآلة فيدخل في عموم ادلة العمد و هذا اقوى.
- ۷- (و اذا لم يقصد القتل بالنادر فلا قود و إن اتفق الموت كالضرب بالعود الخفيف، او العصا) الخفيفة في غير مقتل بغير قصد القتل، لانتفاء القصد الى القتل، و انتفاء القتل بذلك عادة، فيكون القتل شبيهه الخطا.

- 
- ۴- (پس با قتل مرتد) و مانند او از كفارى كه نفسشان معلوم نيست (قصاص نخواهد بود) و قاتلى كه همتاى مقتول نباشد قصاص نمى شود. با قيد «عمد» قتل خطا و شبه خطا [يعنى شبه عمد] از تعريف خارج مى شود. زيرا در اين دو قتل، قصاص وجود ندارد.
- ۵- (قتل عمد با قصد فرد بالغ به قتل با وسيله‌اى كه غالباً كشنده است حاصل مى شود). سزاوار است كه قيد «عاقل» نیز به تعريف قتل عمد اضافه شود. زيرا عمد مجنون خطا محسوب مى شود مانند كودك؛ بلكه مجنون نسبت به عدم قصد، صغير مميز هم سزاوارتر است.
- ۶- (برخى گفته اند: يا) اگر وسيله (نادراً) كشنده هم باشد در صورتى كه توسط آن قتل واقع شود كه كفايت مى كند [يعنى در صورت قصد قتل، قتل عمد هم با وسيله غالباً كشنده و هم با وسيله نادراً كشنده واقع مى شود]. زيرا عمد با قصد قتل محقق مى شود و به آلت قتل توجهى نمى شود؛ لذا [اگر قاتل قصد قتل داشته باشد اما آلت قتاله، نادراً كشنده باشد] در عموم ادله عمد داخل مى شود. اين نظر قويتر است.
- ۷- (در صورتى كه با وسيله‌اى كه نادراً كشنده است قصد قتل نداشته باشد قصاص نخواهد بود اگر چه مرگ هم اتفاقاً واقع شود مانند ضربه زدن با چوب نازك يا عصاى) نازك، در محلى از بدن كه موجب مرگ مضروب نمى شود و قصد قتل هم نداشته باشد. زيرا قصد قتل در اين حالت منتفى است و عادتاً وقوع قتل با چنين ضربه‌اى منتفى است. لذا اين قتل، شبه خطا است. آنماهاى ديگر قتل شبه خطا عبارت است از شبه عمد، عمد شبيهه خطا، خطاى شبه عمد و عمد الخطا.

### کتاب دیات

- ۱- (انما تثبت الدية بالأصالة في الخطأ) المحض (وشبهه) و هو العمد الذي يشبه الخطأ. و احتترز بالأصالة عما لو وجبت صلحاً فإنها تقع حينئذ عن العمد (فالاول) و هو الخطأ المحض (مثل أن يرمي حيواناً فيصيب انساناً، او انساناً معيناً فيصيب غيره) و مرجعه الى عدم قصد الانسان، او الشخص. و الثاني لازم للاول.
- ۲- (و الثاني) و هو الخطأ الشبيه بالعمد، و بالعكس: أن يقصدهما بما لا يقتل غالباً و إن لم يكن عدواناً (مثل أن يضرب للتأديب) ضرباً لا يقتل عادة (فيموت) المضروب.
- ۳- (و الضابط) في العمد و قسيميه: (أن العمد هو أن يتعمد الفعل و القصد) بمعنى أن يقصد قتل الشخص المعين. و في حكمه تعمد الفعل، دون القصد اذا كان الفعل مما يقتل غالباً كما سبق.
- ۴- (و الخطأ المحض أن لا يتعمد فعلاً و لا قصداً) بالمجنى عليه و إن قصد الفعل في غيره.

### کتاب دیات

#### (فصل اول: مورد ديه)

- ۱- (ديه در اصل فقط در جنایت خطای محض و شبه خطا) یعنی عمدی که شبیه خطا است (ثابت می شود). مصنف با لفظ «بالأصالة» از آنجا که ديه با صلح واجب می شود احتراز جسته است. زیرا ديه در این حالت بخاطر جنایت عمد، واقع می شود (پس مورد اول) که همان جنایت خطای محض است (مثل اینکه جانی به سوی حیوانی تیر بیندازد و به انسانی اصابت کند یا به سمت انسان معینی تیر بیاندازد و به شخص غیر او اصابت کند). مرجع خطای محض [در مثال اول] عدم قصد انسان، [و در مثال دوم] عدم قصد شخصی [است که تیر به او اصابت کرده] است.
- ۲- (و در مورد دوم) که همان جنایت خطای شبیه به عمد است و نیز عمد شبیه به خطا [و یا جنایت شبه عمد و یا شبه خطا] گفته می شود به این صورت است که [در مثال های فوق] انسان و شخص معین را قصد کند و و با وسیله ای که غالباً کشنده نیست به ایشان جنایت وارد سازد اگر چه عملش از روی عدوان و ظلم نباشد (مثل اینکه برای تأديب) ضربه ای [به مجنی علیه] (بزند) که عادتاً کشنده نیست (آنگاه) فرد مضروب (بمیرد).
- ۳- (ضابطه) در جنایت عمد و دو قسیم آن [یعنی دو قسم دیگری که در کنار عمد قرار دارند یعنی جنایت خطای محض و شبه عمد]: (این است که عمد عبارت است از اینکه جانی عمد در فعل [یا همان قصد فعل] و عمد در قصد [یا همان قصد نتیجه] دارد). [عمد در قصد] به معنی این است که جانی قصد قتل شخص معین داشته باشد. در حکم عمد آنجاست که جانی، عمد در فعل دارد ولی قصد قتل شخص معین را ندارد و فعل جانی از افعال غالباً کشنده است.
- ۴- (خطای محض آن است که جانی عمد در فعل و قصد قتل) نسبت به مجنی علیه (ندارد) اگر چه قصد فعل در مورد غیر مجنی علیه داشته باشد.

۵- (و) الخطأ (الشبيه بالعمد أن يتعمد الفعل) و يقصد ايقاعه بالشخص المعين (و يخطيء في القصد الى القتل) أي لا يقصد، مع أنّ الفعل لا يقتل غالباً. (فالطبيب يضمن في ماله ما يتلف بعلاجه) نفساً و طرفاً، لحصول التلف المستند الى فعله. و لا يطل دم امرئ مسلم، ولانه قاصد الى الفعل مخطيء في القصد، فكان فعله شبيه عمداً (و إن احتاط و اجتهد و أذن المريض)، لان ذلك لا دخل له في عدم الضمان هنا، لتحقق الضمان مع الخطأ المحض، فهنا اولى و إن اختلف الضامن.

۶- و قال ابن ادریس: لا يضمن مع العلم و الاجتهاد، للأصل و لسقوطه باذنه، و لانه فعل سائغ شرعاً فلا يستعقب ضماناً.

۷- و فيه: أنّ أصالة البراءة تنقطع بدليل الشغل.

۵- (و) جنایت (خطای شبیه عمداً آن است که جانی عمداً در فعل داشته باشد) و قصد واقع ساختن فعل نسبت به شخص معین هم داشته باشد (ولی در قصد قتل خطا کرده باشد) یعنی قصد قتل نداشته باشد و علاوه بر آن فعل جانی هم غالباً کشنده نباشد. (پس پزشک نسبت به آن چه که به سبب معالجه اش تلف می شود) چه نفس و چه عضو باشد (در مال خودش ضامن است). زیرا تلف، مستند به فعل او حاصل شده است و همچنین خون هیچ مسلمانی به هدر نمی رود و نیز پزشک نسبت به فعل. قاصد است و در قصد قتل خطا کرده است لذا عمل او جنایت شبیه عمداً می باشد؛ (اگر چه احتیاط کرده و تلاش زیاد بکار برده باشد و از مریض هم اذن گرفته باشد). زیرا این موارد در اینجا در عدم ضمان پزشک، دخالتی ندارد. زیرا در خطای محض [که قصد فعل و قصد نتیجه وجود ندارد] ضمان محقق است لذا در اینجا [یعنی در جنایت شبه عمداً که حداقل قصد فعل در جانی موجود است] به طریق اولی ضمان وجود دارد اگر چه ضامن [در جنایت خطای محض و جنایت شبه عمداً] مختلف است [در جنایت خطای محض، ضامن عاقله است و در جنایت شبه عمداً، ضامن خودجانی است].

۶- ابن ادریس حلی گفته است: پزشک در صورت [بکار بردن] علم و تلاش و کوشش لازم. ضامن نیست. به دلیل اصل برائت، و نیز به دلیل اینکه با اذن مریض، ضمان ساقط می شود؛ و نیز بخاطر اینکه عمل پزشکی، از نظر شرعی جایز است لذا به دنبال آن ضمان پدید نمی آید.

۷- در نظر فوق اشکال است [شهید ثانی (ره) یک به یک، دلایل ابن ادریس حلی را پاسخ می دهند و نظرایشان را رد می کنند]. به این بیان که اصل برائت با وجود دلیل بر اشتغال ذمه پزشک، جاری نمی شود [زمانی می توان به اصول عملیه و از جمله اصل برائت استناد کرد که دلیل واماره ای در کار نباشد. وقتی برای ضامن بودن و مدیون بودن پزشک دلیل وجود دارد نوبت به اصل برائت نمی رسد].