

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فقه الهبه

ترجمه و تحقيق كتاب هبه از جواهر الكلام

فی شرح شرايع الاسلام



تدوين و ترجمه:

مجيد نظريان - رضا رحيمي دهسوري

انتشارات چتر دانش

۱۳۹۴

سرشناسه	: صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰-۴۱۲۶۶ ق.
عنوان قراردادی	: جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام. برگزیده
عنوان و نام پدیدآور	: فقه الهیه ترجمه و تحقیق کتاب هبه از جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۳۹۴.
مشخصات ظاهری	: ۱۹۳ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۰۰۴-۵
وضعیت فهرست‌نویسی	: فیپای مختصر
یادداشت	: فهرست‌نویسی کامل این اثر در نشانی: http://opac.nlai.ir قابل دسترسی است.
یادداشت	: کتاب حاضر بخشی از کتاب «جواهرالکلام» اثر «محمدحسن بن باقر صاحب جواهر» است که خود شرحی است بر کتاب «شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام» اثر «محقق حلی» است.
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۱۸۹-۱۹۳؛ همچنین به صورت زیرنویس.
شناسه افزوده	: نظریان، مجید، ۱۳۶۰-
شناسه افزوده	: رحیمی دهنسوری، رضا، ۱۳۶۶-
شناسه افزوده	: محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. شرح
شماره کتابشناسی ملی	: ۳۸۷۶۴۹۶

نام کتاب	: فقه الهیه ترجمه و تحقیق کتاب هبه از جواهر الکلام
ناشر	: چتر دانش
تدوین و ترجمه	: مجید نظریان- رضا رحیمی دهنسوری
صفحه آرایی	: شهرام خلخالی
نوبت و سال چاپ	: اول- ۱۳۹۴
شمارگان	: ۱۰۰۰
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۰۰۴-۵
قیمت	: ۹۵۰۰۰ تومان

مرکز پخش: تهران - خیابان انقلاب - خیابان ۱۲ فروردین - کوچه نوروز - پلاک ۱۳

تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۷۸۹۱۵ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۸۹۰۵۹

پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com

کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

تقدیم بہ

تمامی یونندگان طریقت

پدر و مادر، مہمسر عزیزم۔

فهرست

- فصل اول: حقیقت هبه ۱۰
- فصل دوم: (حکم هبات) ۱۲۹
- فهرست منابع ۱۸۹

سخن ناشر

رشته‌ی حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله‌ی یکی از پرطرفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به‌خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه‌ی خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند. منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه‌ی کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این‌ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته‌ی حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آنها از یک سو و تناسب آنها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

مؤسسه‌ی آموزش عالی آزاد چتردانش، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته‌ی حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه‌ی خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه‌ی علمی به منصه‌ی ظهور برساند.

فرزاد دانشور

مدیر مسئول انتشارات چتر دانش

مقدمه

در سده‌ی یازدهم و نیمه‌ی اول سده‌ی دوازدهم، به علت فشارها و ستم‌های حکومت عثمانی، و غارت‌ها و یورش‌های وحشیانه‌ی وهابیان سعودی، حرکت علمی فقه و اصول در کربلا متوقف شده بود. اما با ورود وحید بهبهانی، نهضت علمی، مجدداً شکل گرفت و کربلا دوباره مرکزیت علمی خود را باز یافت. (هرچند تا آن زمان نیز کربلا به برکت وجود شریف‌العلماء، شیخ محمد شریف مازندرانی، مرکزیت نخستین را دارا بود). پس از وفات وحید بهبهانی، حوزه‌ی نجف به همت دو شاگردش، سید مهدی بحرالعلوم و شیخ جعفر کاشف‌الغطا، رونق تازه‌ای یافت و به چون از غارت‌ها و وحشیگری‌های وهابیان در امان بود، دانش پژوهان و طالبان علم، سیل‌آسا به آن دیار شتافتند، به‌ویژه، جمعیت زیادی از ایران به حوزه‌ی نجف روی آوردند.

این دوران، از امن‌ترین دوران‌ها بود؛ زیرا از طرفی هجرت علمی به سوی نجف افزایش یافت و از طرف دیگر، ادبیات نیز رونق گرفت. نتیجه‌ی این حرکت بزرگ علمی، ظهور شخصیت‌های نام‌آور علمی همچون شیخ محمد حسن نجفی (صاحب جواهر) است. شیخ محمد حسن نجفی، فرزند شیخ محمد باقر نجفی است. ایشان یکی از فقهای نامدار شیعه است. تاریخ تولد او به درستی روشن نیست، اما از شواهد قرائن و احتمالی، چنین برمی‌آید که در حدود «سال ۱۲۰۲ ق.» یا حتی بسیاری پیش از آن، در نجف اشرف زاده شده باشد. «البته در بعضی از روایات، تاریخ ولادت ایشان حدود سال ۱۱۹۲ ق. بیان شده است.» جد پدری ایشان، مرحوم آغامحمد صغیر، فرزند عبدالرحیم شریف کبیر بوده است. از جانب مادری نیز، نسب او به اهل علم و بزرگانی مانند شیخ ابوالحسین فتونی می‌رسد. این فقیه گرانمایه، سرانجام در اول ماه شعبان سال ۱۲۶۶ ق. درگذشت. شیخ محمد حسن نجفی، پس از پشت سرگذاشتن دوران کودکی، برای تحصیل علوم دینی، به محضر اساتید نامدار حوزه‌ی نجف شتافت.

نامبرده ابتدا، در محضر بزرگانی چون سید حسن شقوائی (م. ۱۲۳۰ق.)، سید جواد عاملی «صاحب مفتاح الکرامة»، شیخ قاسم محیی‌الدین (م. ۱۲۳۸ق.) و شیخ حسن محیی‌الدین (م. ۱۲۵۰ق.) دانش‌های مقدماتی را فرا گرفت. پس از اتمام سطوح، برای استفاده از مراحل عالی فقه و اصول، از محضر اساتیدی چون آیه الله العظمی شیخ جعفر کاشف الغطاء (۱۱۵۶-۱۲۲۸ق.)، آیه الله شیخ موسی کاشف الغطاء (م. ۱۲۴۳ق.)، آیه الله سید محمد جواد عاملی (م. ۱۲۲۶ق.)، آیه الله سید محمد مجاهد (م. ۱۲۴۲ق.) و آیه الله میر سید علی طباطبایی (م. ۱۲۳۱ق) بهره ها برد.

تحرك علمی نجف در زمان زعامت مرحوم صاحب جواهر، به اوج خود رسید؛ به گونه‌ای که صدها و هزاران تن از هرسو، برای فراگیری دانش، روی به آن دیار نهادند و روشن است که در آن هنگام، مجلس درس صاحب جواهر، از شکوه خاصی برخوردار و آکنده از مشتاقان علم و دانش بوده است. گفته شده که در محضر وی، بیش از شصت تن از فقها و مجتهدان مسلم وجود داشت. شمارش شاگردان آن یگانه عرصه‌ی اجتهاد، کاری بس دشوار است، و ما اینک در حد توان و امکان به برخی از آنها اشاره می‌کنیم. (البته در کتاب تنها، از ۸۳ تن از شاگردان شیخ نام برده است، ولی ما در اینجا به ذکر چند تن از ایشان اکتفا می‌کنیم) این بزرگان عبارتند از:

شیخ محمد حسن آل یاسین، میرزا حبیب الله رشتی، سید حسن مدرس اصفهانی، شیخ راضی نجفی، سید حسین بحر العلوم، سید محمد هندی، سید ابراهیم شریعتمدار سبزواری (۱۲۳۵- ۱۳۱۶ ه.ق.)، سید ابراهیم لواسانی (م. ۱۳۰۹)، شیخ ابراهیم بن محمد علی قمی (م. ۱۳۰۸ ه.ق.)، شیخ ابراهیم شیروانی، شیخ ابراهیم قفطان ریاحی (۱۱۹۹-۱۲۷۹ ه.ق.)، سید ابوطالب حسینی همدانی (م. ۱۲۶۶)، سید ابو تراب قزوینی تنکابنی، شیخ ابوتراب قزوینی حایری، سید ابوالحسن بن هادی حسینی تنکابنی (۱۲۲۲-۱۲۶۸)، موسوی خوانساری (م. ۱۲۸۰ ه.ق.)، شیخ احمد دجیلی (م. ۱۲۶۵ ه.ق.)، شیخ احمد قفطان نجفی (۱۲۱۷ یا ۱۲۳۵-۱۲۹۳ ه.ق.)، شیخ احمد بن محمد محسن فیض کاشانی،

سید اسدالله اصفهانی (۱۲۲۷-۱۲۹۰ه.ق.)، سید اسماعیل بهبهانی (۱۲۲۹-
۱۲۹۵ه.ق.)، میرزا باقر شکی (م.۱۲۹۰ه.ق.)، حاج شیخ جعفر شوشتری (۱۲۳۰-
۱۳۰۳ه.ق.)، شیخ جعفر اعسم نجفی (م.۱۲۸۷ه.ق.)، شیخ جعفر تهرانی، میرزا
جعفر تبریزی (م.۱۲۶۲) و...

صاحب جواهر آثار و تألیفات گرانقدری در فقه و دیگر علوم اسلامی از خود
به یادگار گذاشت، که از مهمترین آنها کتاب «جواهرالکلام فی شرح شرایع
الاسلام» است. از آثار دیگر او «بحث العباد فی یوم المعاد»، «هدایت ناصری»،
رساله ای در دماء بانوان، رساله ای در زکات و خمس، رساله ای در مسائل روزه،
هدایة الناسکین در مناسک حج، رساله ای در فرائض و موارث و نیز مقالاتی
در علم اصول است. کتاب جواهرالکلام، در میان آثار او از درخشندگی خاصی
برخوردار است. این کتاب بسان دائرة المعارف فقه امامیه، همواره مورد استفاده‌ی
فقها و مراجع علمی بوده است و از معدود آثاری است که همواره محققان و
پژوهشگران را به اعجاب و تحسین واداشته است. در اینجا به برخی از گفته‌های
علما، پیرامون جواهر و مؤلف آن اشاره می‌کنیم:

۱- شیخ انصاری (ره): برای مجتهد، رجوع به وسائل و جواهر کفایت می‌کند
و کم اتفاق می‌افتد که به رجوع در کتب پیشینیان نیاز پیدا کند.

۲- علامه محدث، حاج میرزا حسین نوری: در تاریخ اسلام، کتابی به مانند
آن (جواهر) در حلال و حرام نگاشته نشده است. ایشان به نقل از استادش شیخ
العراقین تهرانی می‌گوید: اگر مورخ زمان صاحب جواهر می‌خواست تاریخ یکی
از امور عجیب روزگار را بنویسد، امری عجیب و شگفت آورتر از تألیف این کتاب
در زمان خویش نمی‌یافت.

۳- حاج شیخ عباس قمی: مؤلف با گردآوری آن، بر تمام فقها منت نهاد و این
کتاب در میان کتب فقهی، مانند بحارالانوار در میان کتب حدیث است.

ویژگیهای فقه جواهری که آن را از دیگر آثار، متمایز می‌سازد، عبارتند از:

۱- استفاده‌ی کامل از ادله‌ی استنباط؛

۲- یک دوره‌ی کامل فقهی؛

- ۳- حاوی نکات فقهی؛
 - ۴- اختصار در عبارات؛
 - ۵- یکنواختی مباحث در تمامی ابواب؛
 - ۶- نگرش جامع به ادله برای استنباط؛
 - ۷- توجه به دنیای معاصر؛
 - ۸- قدرت بی نظیر استدلال؛
 - ۹- بحث در تمامی ابواب فقهی از طهارت تا دیات؛
 - ۱۰- شمول آرا و نظرات علما و بزرگان فقه و استدلال‌های علمی آنها؛
 - ۱۱- احاطه‌ی کامل به اقوال تمام علمای قبل از خود و زمان خود؛
 - ۱۲- جمع‌آوری مطالب فقهی و نظرات علما و جرح و تعدیل آنها؛
 - ۱۳- وحدت سبک نگارش با وسعت دید و نظر^۱.
- در این پژوهش، بخشی از این اثر تحت عنوان کتاب‌الهی، ترجمه و مورد تحقیق و بررسی قرار گرفته و نظرات سایر فقها نیز در باب مباحث مطرح شده در آن، بیان گردیده است.

مجید نظریان- رضا رحیمی دهسوری
rezarahimi127@yahoo.com

۱- تلخیص از کتاب آشنایی با فقه جوهری دکتر عبدالله امیدی فرد.

فصل اول: حقیقت هبه

کتاب الهبات:

التي جمعها باعتبار اختلاف حكم أفرادها، و إلا فهي حقيقة واحدة، كالبيع ونحوه، لذا عبر الأكثر بها موحدة، (و) كيف كان (نظر) فيها (في حقيقة و الحكم). أما (الأول) فحقيقة (الهبه): هي العقد المقتضى تملك العين من غير عوض، (تمليكا منجزا مجردا عن القرية) أو الأثر الحاصل منه، ولو بالمعاطاة أو فعل الواهب، كما تقدم نظير ذلك، إذا الظاهر كون المسألة من واد واحد.

ترجمه: کتاب هبات:

هبة را به صورت جمع آورده، به این اعتبار که افرادش (اقسام آن) و حکم آنها با هم اختلاف دارند. وگر نه، حقیقت همه آن افراد، یکی است و هبه دارای حقیقت واحد می‌باشد. مانند بیع (که به همه اقسام آن همچون سلف، نقدی و... بیع گفته می‌شود) و عقودی مانند بیع، و به همین دلیلی که ذکر شد، بیشتر علما از هبه به صورت مفرد تعبیر نموده‌اند. در هر صورت، بحث در این کتاب از جهت حقیقت و حکم هبه می‌باشد.

اما مسئله اول، (حقیقت هبه): هبه عقدی است که مقتضی تملیک عین، بدون عوض می‌باشد و این تملیک، باید منجز و همچنین مجرد از قصد قربت یا اثر حاصل از آن باشد. ولو اینکه تملیک، بواسطه معاطات و یا فعل واهب باشد. همانگونه که نظیر آن در مباحث قبل بیان شد و بنابراین ظاهرا این مسئله به یک شکل است.

شرح: هبه در لغت، به معنای بخشیدن یا دادن چیزی به کسی بدون عوض است^۱ و در تعریف هبه، اختلافی بین علما وجود ندارد، فقط بعضی از ایشان در تعریف هبه، تعبیر عقد را نیاورده‌اند، ولی شاید این عدم وجود تعبیر عقد، ضرری به اصل مسئله وارد

۱- حسین بن محمد راغب اصفهانی، المفردات، ج ۵، ص ۴۸۷ - محمد بن مکرم [ابن منظور]، لسان العرب، ج ۱، ص ۸۰۳

نکند. و ممکن است دلیل ایشان این باشد که شکی در اینکه هبه از اقسام عقود است وجود ندارد. مثلا سید خوانساری در جامع المدارک^۱ و شهید ثانی در مسالک^۲ تعبیر عقد را در تعریف، نیاورده است.

لكن في الرياض هنا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على دعوى اعتبار العقد القولي كما يظهر من الكفاية، و صرح به في المسالك. وفيه: أن ما ذكر سندا للمعاطة في غيرها من دعوى السيرة القطعية متحقق في المقام، كتحقق صدق الهبة عليها بدون العقد، فلامحيص عن القول بمشروعيتها هنا بناء على مشروعيتها هناك لذلك، وحمل كلام المصنف ونحوه على إرادة بيان أنها من قسم العقود، لا الايقاعات، وإن تحققت بما يتضمن معنى الايجاب و القبول من الأفعال، أو على بيان القسم العقدي منها، كما تسمع تنمة لذلك إنشاء الله.

ترجمه: (معاطات در هبه): لیکن صاحب ریاض در اینجا اشکالی مطرح می‌کند. ایشان فرموده است: ظاهر اصحاب در ادعای اعتبار عقد قولی در هبه، اتفاق نظر دارند (یعنی اینکه هبه، نیازمند صیغه قولی می‌باشد، در حالیکه در معاطات، صیغه‌ی عقدی خوانده نمی‌شود). همانگونه که در کفایه این مسئله روشن است و در مسالک نیز به آن تصریح شده است. (مرحوم صاحب جواهر در جواب این اشکال می‌فرماید): سیره قطعیه ای که به عنوان دلیل بر معاطات، در غیر از عقد هبه ذکر شد، در مورد این مسئله نیز وجود دارد. مانند اینکه بر هبه، بدون صیغه نیز عنوان هبه صدق می‌کند، پس چاره‌ای نیست که گفته شود: معاطات (بنا بر مشروعیت در محل خود)، در هبه نیز مشروعیت دارد (به دلیل همان سیره قطعیه). و کلام مصنف و مانند آن هم حمل می‌شود بر اینکه هبه قسمی از اقسام عقود می‌باشد، نه اینکه جزء ایقاعات باشد (مصنف به این دلیل تعبیر «هی العقد» را آورده که بگوید هبه از عقود است نه از ایقاعات، نه این که خواسته باشد، معاطات را خارج کند)، اگر چه، با افعالی که متضمن معنای ایجاب و قبول است، محقق شود و یا اینکه منظور مصنف، بیان اقسام عقدی آن باشد.

۱- احمد خوانساری، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۶، ص ۲۴۱.

۲- شهید ثانی. مسالک الافهام، ج ۲، ص ۱۹۲.

شرح: اختلافی در اینکه عقد هبه نیز مانند سایر عقود، نیازمند ایجاب و قبول است، وجود ندارد، حتی در میان علمای علم حقوق هم در مورد این مسئله، اتفاق نظر وجود دارد. و در قانون مدنی (ماده ۷۹۸) هم اینگونه آمده است: هبه واقع نمی‌شود مگر با قبول و قبض متهب... ولی اختلاف نظر در جایی است که این ایجاب و قبول به صورت فعل واقع شود. یعنی آیا احتما باید ایجاب و قبول قولی باشد؟ یا اینکه اگر به صورت معاطات واقع شود نیز، عقد هبه صحیح است؟ برای نمونه نظر چند تن از علما را در این مسئله بررسی می‌کنیم:

امام خمینی قدس سره در تحریر الوسيله^۱ در این زمینه می‌فرماید: عقد هبه بنا بر اقوی با معاطات نیز واقع می‌شود. سید سیستانی نیز در منهاج الصالحین^۲ می‌فرماید: هر چه بر هبه دلالت کند (از قول و فعل) کافی است. صاحب مسالك^۳ و صاحب کفایه الاحکام^۴ و همچنین صاحب جامع المقاصد^۵، معاطات را کافی نمی‌دانند. بلکه از نظر ایشان، معاطات تنها اباحه تصرف را می‌رساند. صاحب ریاض المسائل^۶ نیز فرموده است: ظاهر اصحاب، عقد قولی را معتبر می‌دانند و خود ایشان نیز عقد فعلی را بلاشکال دانسته است. صاحب عروه الوثقی^۷ نیز همانند سید خوانساری در مورد اعتبار عقد قولی ادعای سیره نموده است.

و حينئذ فالعقد بمنزلة الجنس الشامل لسائر العقود الذي يخرج به الفعل الدال على ذلك، و المقتضي له، كنثار العرس و حيازة المباح، والموت المقتضي للتملك بالإرث و نحو ذلك،
ترجمه: (هبه و سایر عقود مجانی): پس با این وجود، عقد به منزله جنسی است که شامل می‌شود، سایر عقودی را که به وسیله این تعریف خارج می‌شوند.

۱- روح الله موسوی خمینی، تحریر الوسيله، ج ۲، ص ۶۳.
 ۲- محسن طباطبایی (سیدسیستانی)، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۵۲.
 ۳- زین الدین بن علی العاملی (شهیدتانی)، مسالك الافهام، ج ۲، ص ۱۰.
 ۴- محمدباقر سبزواری، کفایه الاحکام، ج ۲، ص ۲۸.
 ۵- علی بن حسین کرکی، جامع المقاصد، ج ۹، ص ۱۴۲.
 ۶- علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۹، ص ۳۷۷.
 ۷- محمدکاظم طباطبایی یزدی (سیدیزدی)، عروه الوثقی، ج ۶، ص ۲۴۱.

(شامل فعلی که دال بر عقد باشد و یا مقتضی آن باشد) مانند نثار العرس (چیزی که بر سر عروس می‌ریزند) و حیات مباحات (جمع آوری مباحات، مانند تور انداختن) و مرگی که مقتضی تملیک ماترک برای ورثه می‌باشد و مانند آن.

كما أنه خرج بقوله "تمليك العين" نحو العارية و الإجارة و السكنى و الرقبى و العمرى، ونحوها، مما تقتضى تمليك المنفعة، أو إباحتها،

ترجمه: مصنف فرموده: (تملیک العین) و با این عبارت، عقودی مانند عاریه، اجاره، سکنی، رقبی، عمری و مانند اینها که مقتضی تملیک منفعت و یا اباحه آن است، از تعریف خارج می‌شود و همچنین عقدی که در آن، کسی استفاده از مالی را برای دیگری مباح می‌کند، بدون اینکه آنرا به ملکیت او در آورد.

شرح: علما نیز مانند صاحب جواهر، هبه منافع را قبول ندارند و می‌فرمایند: این هبه صحیح نیست. مثلا امام خمینی رَضِيَ اللهُ عَنْهُ در تحریر الوسیله^۱ می‌فرماید: هبه منافع صحیح نیست و شرط است که مال موهوبه، جزء اعیان باشد. همچنین سید سیستانی در منهج^۲ و سید روحانی در فقه الصادق^۳، قائل به این مطلب می‌باشند.

و بقوله "من غير عوض" البيع ونحوه، و بقوله "منجزا" الوصية بالأعيان،
ترجمه: همینطور با عبارت (بدون عوض) بیع و مانند آن که در قبال پرداخت ثمن می‌باشد، از تعریف خارج می‌شود. همچنین با قول (منجزا) عقدی که مشروط باشد (مانند وصیت به اعیان) از تعریف خارج می‌شود.

شرح: [در مورد وجود شرط در هبه، نظریاتی مشاهده می‌شود که از این نظریات می‌توان اینگونه نتیجه گرفت که بعضی علما، هبه مشروط و غیر منجز را صحیح می‌دانند. مثلا شیخ فیاض^۴ فرموده: در هبه مشروط، بر موهوب له شرط است که بر طبق

۱- روح الله موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ص ۶۳.

۲- محسن طباطبایی [سیدسیستانی]، منهج الصالحین، ص ۳۵۳.

۳- محمدصادق روحانی، فقه الصادق، ج ۲۰، ص ۲۷۲.

۴- محمداسحاق فیاض، منهج الصالحین، ج ۲، ص ۴۰۶.

شرط عمل کند والا رجوع برای واهب جایز است. و در منهاج الصالحین سید خوئی^۱ و سیستانی^۲ نیز این مطلب آمده است.

وبقوله "مجردا عن القرية" الصدقة بل و الوقف، بناء على اعتبارها فيه، إلا أنك قد عرفت أن الأصح عدم شرطيتها فيه، فينتقض التعريف، اللهم إلا أن يقال إنه بناء على اقتضائه نقل العين ليس يملك تام، و هو المنساق من لفظ التملك. نعم ينتقض بالهبة المعوضة، ولو بالقرية، و قد يدفع بأن المراد من قوله "من غير عوض و مجردا عن القرية" عدم لزوم ذلك فيها، لا عدم اتفاق حصوله فيها، كما أن المراد من اقتضائه تملك ما لا ينافي توقفه على أمر آخر، كالقبض كما هو واضح.

ترجمه: (قصد قربت در هبه): و با قول (خالی از قصد قربت) عقودی که نیازمند قصد قربت می‌باشند (مانند وقف و صدقه) از تعریف خارج می‌شوند. (البته بنا براینکه گفته شود وقف نیازمند قصد قربت است، ولی همانطور که دانستی در وقف، قصد قربت شرط نیست). پس تعریف با وقف نقض می‌شود، مگر اینکه گفته شود: وقف از تعریف خارج می‌شود، بنا براینکه اقتضا می‌کند نقل عینی را که ملکیت تامه نمی‌باشد. ولی آنچه از تعریف استفاده می‌شود، ملکیت تامه می‌باشد. بله، تعریف هبه، بوسیله هبه معوضه نقض می‌شود، ولو اینکه با قصد قربت باشد. ولی این قول دفع می‌شود به اینکه گفته شود، مراد از قول مصنف که فرمود (بدون عوض و خالی از قصد قربت) این است که قصد قربت لازم نیست که باشد (به این معنی که اگر هم باشد ضرری به صحت هبه نمی‌رساند). نه اینکه گفته شود به هیچ وجه نباید قصد قربت در هبه وجود داشته باشد. همانطور که مراد از اقتضائیت هبه برای تملیک این است که، این امر متوقف بر امر دیگری مثل قبض نباشد (یعنی اینکه برای به ملکیت در آمدن مال توسط هبه حتما نباید قبض صورت گیرد، بلکه بدون قبض هم این مالکیت حاصل می‌شود. بر خلاف بیع که در آن حتما باید قبض صورت گیرد تا مالکیت

۱- ابوالقاسم موسوی خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۰۵.

۲- محسن طباطبایی، منهاج الصالحین، ص ۳۵۳.

ایجاد شود).

شرح: در مورد قصد قربت در هبه، امام خمینی قدس سره فرموده است که در اینصورت هبه با قصد قربت لازم می‌باشد. و جمیع علما، آن را شرط نمی‌دانند، ولی به این مطلب قائلند که در صورت وجود قصد قربت، هبه لازم می‌شود. صاحب ریاض^۱ در این زمینه فرموده است: هبه با قصد قربت هم، هبه محسوب می‌شود، به دلیل اجماع و نص و فتوی. در سخنی از امام علی (علیه السلام) نیز آمده است: کسی که هبه‌ای دهد و قصدش رضای خدا باشد، واهب نمی‌تواند قصد رجوع بکند، زیرا این هبه لازم بوده و رجوع در آن جایز نیست. در شرح لمعه شهید ثانی^۲ نیز این مطلب اینگونه بیان شده است: در تحقق هبه قصد قربت شرط نیست، زیرا اصل، عدم اشتراط است. ولی بدون قصد قربت، ثوابی بر هبه داده نمی‌شود. زیرا ثواب بر قصد قربت داده می‌شود و در صورتیکه قصد قربت وجود داشته باشد، قربت و ثواب اخروی، عوض هبه می‌گردد و در هبه معوضه هم رجوع جایز نیست.

(و) علی کل حال (قد یعبر عنها بالنحلة و العطیة) و إن كانا هما أعم منها، ضرورة صدقهما علی مطلق العطاء المتبرع به، الشامل للوقف و الصدقة و غیرهما، كما أن الهبة أعم من الصدقة و الهدیة، بناء علی ما سمعته سابقا من التذكرة و المسالك مفرعین علیہ البر بهما فیما لو نذر الهبة، دون العکس مطلقا، و الحنث بهما فیما لو حلف أن لا یهب فتصدق أو أهدی، دون العکس، بتقدير فعله فردا منها خارجا، و إن كان قد عرفت النظر فیہ منا بالنسبة إلى الصدقة والهبة، فلاحظ وتأمل.

ترجمه: و در هر حال، گاهی از هبه تعبیر می‌شود به نحله و عطیه. اگر چه این دو اعم از هبه هستند و دایره هبه از این دو مورد محدودتر و ضیق تر است. چون به مطلق بخشش تبرعی نحله و عطیه صدق می‌کند که شامل وقف و صدقه و غیر آنها هم می‌شود. ولی به هر بخششی نمی‌توان هبه گفت. کما اینکه، بنا بر

۱- علی طباطبایی، ریاض المسائل، ص ۳۸۲.

۲- زین الدین بن علی العاملی [شهید ثانی]، شرح لمعه، ج ۳، ص ۱۹۳.

آنچه سابقاً از تذکره و مسالک شنیدی، هبه اعم از صدقه و هدیه می‌باشد. دلیل دیگر بر اعم بودن هبه نسبت به صدقه و هدیه این است که اگر شخصی قسم بخورد هبه نکند، ولی صدقه بدهد قسم خود را شکسته است. همینطور است اگر به جای هبه، هدیه بدهد. ولی اگر آن شخص قسم بخورد که صدقه یا هدیه ندهد و بعد از آن مالی را هبه کند، قسم خود را شکسته است. چون فعل هبه یک فرد از صدقه و هدیه است و خارج از محدوده آنها می‌باشد. (همانطور که مشخص است شاید نسبت بین اینها عموم و خصوص مطلق باشد. یعنی همه صدقات و هدایا هبه هستند، ولی بعضی از هبه‌ها صدقه و هدیه می‌باشند). اگر چه نظر ما را نسبت به صدقه و هدیه دانستی.

شرح: سید یزدی می‌گوید: هبه، به معنای اعم، مترادف عطیه می‌باشد و هدیه و جایزه و نحلّه و صدقه و وقف را نیز شامل می‌شود. ولی اگر معنای اخص آن را در نظر بگیریم، در این صورت در مقابل مترادفات قبلی قرار می‌گیرد.

و كيف كان ف(هي) بمعنى العقد (تفتقر إلى الإيجاب و القبول و القبض) بالنسبة إلى صحتها و ترتب الأثر عليها، (فالإيجاب كل لفظ) أو ما قام مقامه نحو إشارة الأخرس (قصد به التمليك المذكور) و كان صالحاً للدلالة عليه، بحسب التماز (كقوله مثلا وهبتك و ملكتك) أو نحوهما، من غير فرق بين صيغة الماضي و غيره، فيكفي مثل قوله هذا لك قولاً واحداً، كما في الرياض و غيره، و هو مؤيد لما قلناه سابقاً من عدم اعتبار اللفظ المخصوص في العقود اللازمة، فضلاً عن الجائزة كما أوضحناه سابقاً هذا.

ترجمه: به هر حال، این هبه‌ای که به معنای عقد می‌باشد، نسبت به صحت هبه و ترتب اثر بر آن، نیاز به ایجاب و قبول و قبض دارد، چون اگر قبض نباشد، اثری هم برای هبه بار نمی‌شود. ایجاب در هبه با لفظ و هر چیزی که قائم مقام لفظ بشود و معنای آن را بدهد، مانند اشاره شخص لال، که توسط آن لفظ یا اشاره، قصد تملیک مذکور بشود، همچنین آن لفظ و یا اشاره صلاحیت برای رساندن قصد را به حسب محاوره داشته باشد، انجام می‌گیرد. مانند قول شخصی که می‌گوید: (به تو هبه نمودم، تو را مالک نمودم، به ملک تو در آوردم) یا مانند

این الفاظ. فرقی هم نیست که صیغه عقد ماضی خوانده شود و یا غیر ماضی. مثلاً اینکه یک کلام، بگوید (این مال برای تو باشد)، کافی است. همانگونه که صاحب ریاض هم قائل به این مطلب است و این تایید است بر آنچه که ما سابقاً بیان کردیم که در عقود لازمه لفظ خاصی معتبر نیست تا چه رسد به عقود جایزه. (یعنی در عقود لازمه که دارای اهمیت بیشتری هستند لفظ خاصی معتبر نیست، بنابراین در عقود جایزه به طریق اولی لفظ خاصی معتبر نمی‌باشد).

و لكن في المسالك بعد أن حكى عن ظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة، قال: "فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على إيجابها و قبولها لا يفيد الملك، بل مجرد الإباحة، حتى لو كان جارية لم يحل الاستمتاع به، لأن الإباحة لا تدخل في الاستمتاع".

ترجمه: لیکن درمسالك بعد از اینکه حکایت کرده است که ظاهر اصحاب اتفاق بر این دارند که عقد هبه مطلقاً نیاز دارد به عقد قولی، فرموده: پس بنابراین مطلب آنچه واقع می‌شود بین مردم بر وجه هدیه و بدون ذکر لفظی که دلالت بر ایجاب و قبول کند، افاده مالکیت نمی‌کند، بلکه فقط اباحه تصرف را می‌رساند. حتی اگر این عقد جاری شود و در مورد هدیه جاریه‌ای باشد لذت بردن از آن حلال نمی‌باشد. چون معنای اباحه تصرف، داخل در استمتاع نمی‌شود.

قال الشيخ في المبسوط: وإن أراد الهدية ولزومها وانتقال الملك منه إلى المهدي إليه الغائب، فليوكل رسوله في عقد الهدية معه، فإذا مضى و أوجب له و قبل المهدي إليه أقبضه إياها لزم العقد، و ملك المهدي إليه الهدية و نحوه قال في الدروس، و جعل عدم اشتراط الإيجاب و القبول احتمالاً.

ترجمه: مرحوم شیخ طوسی در مبسوط کلامی دارد که نشان می‌دهد عقد قولی شرط است. ایشان می‌فرماید اگر کسی اراده کند که هدیه بدهد و لزوم آن هدیه را برای شخص غایب اراده کند، پس باید همراه آن هدیه شخصی را بفرستد و او را وکیل کند، وقتی که عقد انجام شد و صیغه ایجاب خوانده شد و

مهدی الیه قبول کرد و قبض انجام شد، عقد لازم شده و مهدی الیه مالک هدیه می‌شود. و مثل این مطلب را مرحوم شهید در دروس فرموده و عدم اشتراط ایجاب و قبول را تنها به عنوان یک احتمال آورده است.

و اختلف كلام الفاضل، ففي القواعد جزم باعتبار الايجاب و القبول و القبض فيها و في محكي التحرير قرب في أول الباب استغنائها عن الايجاب والقبول، عملا بالإذن المستفادة من العادة، و قال في آخر كلامه نحو ما في المبسوط، ثم قال: و لو قيل: بعدم اشتراط القبول نطقا كان وجهها، لقضاء العادة بقبول الهدايا من غير نطق.

ترجمه: کلام مرحوم فاضل هم در آثارش مختلف است. ایشان در القواعد جزم پیدا کرده به اعتبار ایجاب و قبول و قبض در هدیه. ولی در کتاب تحریر این مطلب را اقرب دانسته است که در این عقد نیازی به ایجاب و قبول نباشد، به خاطر اذنی که وجود دارد و عمل کردن به این اذن که از عادت مردم استفاده می‌شود. یعنی مردم در عادتشان، در هبه ایجاب و قبول نمی‌خوانند و این عمل مردم و عادت آنها برای ما اذن محسوب می‌شود. ولی ایشان در آخر کلامشان نظری مانند آنچه که در المسبوط است، آورده‌اند. سپس می‌فرماید: قول موجه این است که گفته شود قبول نطقی شرط نمی‌باشد، چون عادت مردم، بر قبول هدایا بدون نطق است. یعنی هدایا را بدون اینکه صیغه قبول خوانده شود، قبول می‌کنند.

و ظاهر المحكي عن التذكرة عدم احتياجا إلیهما، لأنه حکى عن قوم من العامة أنه لا حاجة في الهدية إلى ذلك، بل البعث من المهدي كالایجاب، والقبض من المهدي إلیه، كالقبول، لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله ﷺ من كسرى و قیصر و سائر الملوك فيقبلها، و لا لفظ هناك، و استمر الحال من عهده إلى هذا الوقت من سائر الأصقاع، و لهذا كانوا يبعثون على أيدي الصبيان الذين لا يعتد بعباراتهم.

ترجمه: و ظاهر آنچه که از تذکره حکایت شده، این است که این عقد نیاز به ایجاب و قبول ندارد. چون از بعضی از عامه نیز حکایت شده است که در هدیه

نیاز به لفظ نمی‌باشد. بلکه اگر هدیه دهنده، هدیه را بفرستد در حکم ایجاب است و قبض هم از جانب مهدی الیه، حکم قبول دارد. چونکه هدایایی از جانب کسری و قیصر و سایر پادشاهان برای پیامبر صلی الله علیه و آله فرستاده می‌شد و پیامبر صلی الله علیه و آله آنها را قبول می‌کردند. البته بدون اینکه ایجاب و قبول لفظی صورت گیرد و این امر تا زمان ما نیز ادامه دارد. به همین خاطر هدیه را با دست کودکان می‌فرستند، در صورتیکه به عبارات کودکان توجهی نمی‌شود.

ثم قال و منهم من اعتبرهما، كما في الهبة، واعتذروا عما تقدم بأن ذلك إباحة لأمليك، و أجيب بأنه لو كان كذلك لما تصرفوا فيه تصرف الملاك، و معلوم أن النبي صلی الله علیه و آله كان يتصرف فيه و يملكه غيره، و يمكن الاكتفاء في هدايا الأطعمة بالارسال و الأخذ، جريا على العادة بين الناس، -إلى أن قال:- و التحقيق مساواة غير الأطعمة لها، فإن الهدية قد تكون غير طعام، فإنه قد اشتهر هدايا الثياب و الدواب من الملوك إلى رسول الله صلی الله علیه و آله، فإن مارية القبطية أم ولده كانت من الهدايا.

ترجمه: ایشان سپس می‌فرمایند: بعضی از عامه نیز هستند که ایجاب و قبول را معتبر می‌دانند، همانگونه که در هبه معتبر می‌دانستند. و مسائلی که در بالا آورده شد و ما به عنوان دلیل بر تملیک می‌دانیم را حمل بر اباحه می‌کنند نه تملیک. ولی ما جواب این مسئله را اینگونه بیان می‌کنیم که اگر این موارد تنها دلیل بر اباحه باشند، پس نباید در آنها تصرفی شود. در حالی که ما می‌دانیم خود پیامبر صلی الله علیه و آله در آنها تصرف می‌کردند، همانگونه که در اموال شخصی خودشان تصرف می‌کردند و این هدایا را به دیگران تملیک می‌کردند. ممکن است در هدایا تنها به موارد اطعمه اکتفا بشود، که این موارد می‌توانند با ارسال و اخذ انجام شوند، همانگونه که عادت بر این بوده و هدایایی از جنس طعام ارسال و اخذ می‌شد. تا اینکه ایشان فرمودند: فرقی بین طعام و غیر طعام نیست و این دو با هم در حکم مسئله، مساوی هستند. چون هدیه گاهی غیر طعام است. و همچنین مشهور است که هدایایی همچون لباس و چهارپا از سوی پادشاهان به سوی پیامبر صلی الله علیه و آله، فرستاده می‌شد و همچنین مشهور است که ماریه قبطیه که

صاحب فرزند شد نیز جزو هدایا بود.

و فی جامع المقاصد إنه قوی متین، و فی المسالك هو حسن، لكن قال: "و مع ذلك يمكن أن يجعل ذلك كالمعاطاة يفيد الملك المتزلزل، و يبيح التصرف والوطي، و لكن يجوز الرجوع فيها قبله، عملاً بالقواعد المختلفة، و هي أصالة عدم اللزوم مع عدم تحقق عقد يجب الوفاء به، و ثبوت جواز التصرف فيها، بل وقوعه، و وقوع ما يناهز الإباحة و هو الوطي و اعطاؤه الغير، فقد وقع ذلك للنبي (صلى الله عليه و آله و سلم)، في مارية القبطية أم ولده، و قد كان يهدى إليه الشئ فيهديه لزوجاته و غيرهن، و أهدى إليه حلة فأهداها لعلي (عليه السلام) من غير أن ينقل عنه قبول لفظي، و لا عن الرسول ايجاب كذلك مقارن له، و هذا كله يدل على استفادة الملك في الجملة، لا الإباحة، و لا يناهز جواز الرجوع بها ما دامت العين باقية.

ترجمه: در جامع المقاصد می فرماید: که این قول محکم و متین است و در مسالك فرموده است که این قول حسن و نیکو است. لیکن ایشان بعد از این مطالب می فرماید: با این حال ممکن است که این مسئله (عدم احتیاج به ايجاب و قبول) مانند معاطات قرار داده شود، که افاده ملکیت متزلزل می کند و اباحه تصرف و وطی را نیز به همراه دارد. لیکن قبل از تصرف در آن رجوع جایز است. یعنی این مالکیت متزلزل تنها با تصرف، قطعی می شود. به خاطر عمل به قواعد مختلف، و آن عبارت است از اصالت عدم لزوم، با عدم تحقق عقدی که وفا به آن واجب باشد و جواز تصرف در آن را ثابت کند. بلکه اصلاً وقوع عقد محقق نشده است. و از طرف دیگر چیزی وجود دارد که با اباحه ای که ذکر شد، منافات دارد و این همان مسئله ماریه قبطیه است که ام ولد شد^۱. (از اینجا فهمیده می شود که چون ملکیت (هر چند متزلزل) حاصل شد، حضرت آن کنیز را قبول کردند و آن کنیز ام ولد شد و گر نه اگر تنها اباحه باشد و ملکیت حاصل نشده باشد پس چگونه پیامبر ﷺ در کنیز که به عنوان مال می باشد تصرف کرد) و همچنین برای حضرت هدایایی می فرستادند و ایشان آن هدیه را به زوجات خود

و یا شخص دیگری هدیه می‌دادند^۱. و لباسی به آن حضرت هدیه دادند و ایشان آن لباس را به حضرت علی (علیه السلام) هدیه داد، بدون آنکه از جانب ایشان ایجاب و قبولی واقع شود. از همه این موارد که ذکر شد، استفاده ملکیت می‌شود نه اباحه. و این مطلب، منافاتی با جواز رجوع تا زمانی که عین باقی باشد و در آن تصرف نشده باشد، ندارد.

قلت: قد عرفت القول بمشروعية المعاطاة في الهبة وغيرها من العقود، إلا ما خرج فضلا عن الهدية، و أنها تنفيذ مفاد العقد في الملك، لاندراجها في الاسم و إن لم تكن عقدا، إلا أنهم اعتبروا فيها جميع ما يعتبر في العقد سوى اللفظ، وحينئذ يشكل في الفرض دعوى كونها منها، ضرورة عدم المقارنة بين الفعلين المنزلة الإيجاب والقبول، المقصود بهما الانشاد.

ترجمه: می‌گویم، دانستی قول به مشروعیت معاطات را در هبه و غیر هبه از عقود، مگر آنهایی که با دلیل خارج شدند، تا چه رسد به هدیه، (یعنی اگر معاطات در عقود همچون هبه و دیگر عقودی که از هدیه مهمترند مشروع باشد پس به طریق اولی در هدیه مشروعیت دارد.) و این هدیه، مفاد عقد را در ملک، افاده می‌کند، چونکه از نظر اسمی، در تحت عقود مندرج است، اگر چه عقد نباشد. الا اینکه علما در هدیه، تمام آن چیزهایی را که در عقد معتبر است، معتبر می‌دانند، بجز ایجاب و قبول لفظی را. و در این صورت مشکل بوجود می‌آید، در این فرض که هدیه از عقود است. چون مقارنت بین دو فعلی که به جای ایجاب و قبول و به قصد انشاء عقد قرار داده شده اند، وجود ندارد.

نعم بناء على التوسع بالنسبة إلى ذلك في المعاطاة فيتجه كونها حينئذ منها، بل و كذا في معاطاة كل عقد، أما على عدمه فلا محيص حينئذ عن دعوى مشروعيتها قسما آخر من الهدية مثلا مستقلا برأسه، خارجا عن العقد والمعاطاة، لمكان السيرة القطعية التي هي الأصل في مشروعية المعاطاة، فالفرض مثلها حينئذ، و لعله أوماً إليه بقوله بالمعاطاة، بل ينبغي التزامه

فی غیر المقام، حتی البیع وشبهه، بناء علی اندراج هذا القسم و إن لم یکن معاطاة فی اسمه.

ترجمه: بله، بنابر توسعه این بحث در معاطات، می‌توان مورد بحث را نیز در شمار هبه آورد، بلکه همینگونه است معاطات در سایر عقود و در غیر این صورت چاره‌ای نیست جز اینکه آن را به عنوان قسم مستقل دیگری از هدیه مشروع بدانیم. شاید به همین خاطر، اشاره کرد به قولش که فرمود: (مانند معاطات) و نگفت معاطات. چون خودش یک قسم مستقل از هدیه است که خارج از دایره عقد و معاطات است، ولی به معاطات شباهت دارد و از آنجایی که معاطات مشروعیت دارد به خاطر سیره قطعیه، این نوع از هدیه هم مشروعیت دارد. بلکه شایسته بود در غیر این مقام نیز این مطلب را ملتزم شود. مثل معاطات در بیع و... بنا بر اینکه این قسم از هدیه مندرج در معاطات می‌شود، اگر چه در اسم معاطات نیست.

و أما إذا فرض مشروعیته بالسیره، فلا بد من القول باستقلاله بنفسه، و إن شابه معاطاة کل عقد فی المفاد، و لزومه و جوازه یتبع الأدلة من استصحاب الملك و نحوه. إیما الکلام فی أصل مشروعیته، و ترتب الأثر علیه من الملك و غیره، فهو كذلك فی الهدیه و غیرها، و من الغریب ما فی ظاهر الریاض من عدم مشروعیه المعاطاة فی الهبة، لشبهة الاتفاق المزبور، و مشروعیتها فی خصوص الهدیه لما عرف، و كأنه لم یسرح نظره فی أطراف المسألة، بل اقتصر علی بعض الکلمات الموهمة لذلك فی المقام، و فی غیره، فلاحظ و تأمل، والله العالم.

ترجمه: ولی اگر فرض شود که مشروعیت آن به خاطر سیره است و پس ناچاریم بگوییم که این قسم مستقل است بنفسه. اگر چه در مفاد آن، با معاطات هر عقدی، شباهت دارد و لزوم و جواز آن هم تابع ادله استصحاب ملک و غیره است. کلام در اصل مشروعیت این نوع از هدیه است و اینکه اثر بر آن مترتب می‌شود و ملکیت حاصل می‌شود یا خیر. و این مطلب در هدیه و غیر هدیه نیز هست و ملکیت حاصل می‌شود و ترتب اثر هم داده می‌شود و مطلب عجیبی که از صاحب ریاض نقل شده است این است که معاطات در هبه مشروعیت ندارد. ایشان می‌فرماید: معاطات فقط در خصوص هدیه مشروعیت دارد و شاید اصلاً

ایشان توجهی به اطراف مسئله نداشته است و تنها اکتفا کرده است به بعضی از کلمات که این مطلب از آنها توهم می‌شود.

شرح: مرحوم فیاض در منهاج^۱ نیز عقد فعلی را معتبر دانسته و لازم نمی‌داند که حتماً لفظ، به صیغه ماضی خوانده شود. مرحوم امام قدس^۲ نیز در تحریر^۳ و در رساله نجات العباد^۴، معاطات را قبول کرده‌اند، پس عقد فعلی را کافی می‌داند. ولی از ظاهر کلام علمایی چون محقق کرکی^۴ و شهید در شرح لمعه^۵ چنین بر می‌آید که ایشان ایجاب و قبول قولی را لازم می‌دانند.

و علی کل حال ذال (الیصح العقد) أو ما يقوم مقامه (إلا من بالغ كامل العقل جائز التصرف) علی حسب ما مر غیر مرة من تفصیل الحال فی ذلك كله بالنسبة إلى غیره من العقود.

ترجمه: و در هر حال، عقد و یا هر چه که جایگزین آن شود، جز از طرف شخص بالغ و عاقلی که مجاز به تصرف در اموال خود باشد صحیح نیست. بر حسب آنچه که در مورد سایر عقود، به تفصیل و تکرار بیان شد.

شرح: این مسئله کاملاً روشن است و هیچ اختلافی در آن وجود ندارد که برای صحت هر عقدی چند شرط اساسی و اولیه باید وجود داشته باشد که از جمله این شرایط، بلوغ و عقل و جایزالتصرف بودن طرفین عقد است. و معاملات صغیر و مجنون و شخصی که مجاز به تصرف در اموال خود نمی‌باشد، باطل و یا غیر نافذ می‌باشد.

و لو وهب ما فی الذمة: فإن كانت لغير من علیه الحق لم یصح علی الأشبه) بأصالة عدم الانتقال و غیرها، والأشهر بل المشهور (لأنها مشروطة بالقبض) و ما فی الذمة یمتنع قبضه، و دعوی-إمكانه بقبض أحد جزئیاته- یدفعها أن الموهوب الماهیه، و هی غیر الجزئیات قطعاً، و

۱- محمد اسحاق فیاض، منهاج الصالحین، ص ۴۰۵.

۲- روح الله موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ص ۶۴.

۳- روح الله موسوی خمینی، رساله نجات العباد، ص ۳۰۲.

۴- علی بن حسین کرکی، جامع المقاصد، ص ۱۸۵، ۱۳۴.

۵- زین الدین بن علی العاملی [شهید ثانی]، شرح لمعه، ص ۱۹۳.

صحة ببعه مع معلومية اشتراط صحته بالقدرة على التسليم، لمعلومية الاكتفاء فيها بما تتحقق به المعاوضة وتحققها يكفي فيه القدرة على تسليم بعض أفراد الماهية المعدود أحد العوضين، و يدخل في ملك المشتري من غير توقف على قبض، ثم يستحق المطالبة بالاقباض.

ترجمه: اگر شخصی چیزی را که در ذمه دارد، هبه کند: (مثلاً چیزی را که طلبکار است)، (دو صورت دارد. یا آن را هبه می‌کند به همان کسی که از او طلب دارد، یا به شخص ثالث). در صورتی که آن را به غیر شخص بدهکار هبه کند، در اینجا مصنف می‌فرماید: آئینه این است که صحیح نباشد. به خاطر اصل عدم انتقال مال و اصول غیر از آن. شارح، أشهر بلکه مشهور دلیل عدم صحت را به خاطر این می‌داند که هبه، مشروط به قبض است. یعنی در هبه حتماً باید قبض صورت گیرد و قبض چیزی که در ذمه ثابت باشد، ممتنع است. و ادعای اینکه قبض ممکن است با یکی از جزئیات مال فی الذمه صورت گیرد، به این صورت مردود است، که آنچه هبه شده، یک ماهیت است و ماهیت یک امر کلی است و این ماهیت غیر از جزئیات است. اشکال در اینجا مطرح می‌شود که اگر قبض ما فی الذمه ممتنع است، چرا چیزی که در ذمه است (در مسئله بیع) قابل فروش است؟ در جواب گفته می‌شود که صحت بیع ما فی الذمه (با این که در آن قدرت بر تسلیم مال شرط می‌باشد)، به این خاطر است که در بیع، اکتفا می‌شود به چیزی که معاوضه در آن محقق می‌شود و در تحقق معاوضه، قدرت بر تسلیم بعضی از افراد ماهیت یکی از عوضین، کفایت می‌کند، و در این صورت مال در ملک مشتری داخل می‌شود، بدون اینکه متوقف بر قبض مشتری باشد و سپس مشتری استحقاق مطالبه از بدهکار را دارد که مال را به قبض او در آورد.

بخلاف المقام الذي لا شك في مدخلة الاقباض في حصول الملك فيه، فلا بد أن يقبض الواهب الدين، ثم يقبضه المتهب، فامتنع نقله إلى ملك المتهب حين هو دين، وكذا بعد تعيين المديون له قبل قبض الواهب، لانتهاء الملك، و قبض الواهب يحدث الملك له، فيمتنع تقدم انشاء الهبة عليه، إذ يكون هبته حينئذ جارية مجرى هبة ما سيملكه ببيع وغيره، وذلك غير جائز قطعاً، وإلا لصح تملك ما سيشتريه و يحتطبه و يحتشبه، و من ثم لم يصح هبة موصوف في الذمة،

و صح بیعه.

ترجمه: برخلاف مقام ما که بحث در مورد هبه است که شک نداریم اقباض در حصول ملک مدخلیت دارد. پس حتما واهب باید دین را قبض کند و سپس آن را به متهب بدهد و تا زمانی که دین باشد نمی تواند مستقیماً به ملک متهب درآید. همچنین ممتنع است که دین نقل داده شود، بعد از این که مدیون له مشخص شود و قبل از اینکه واهب دین را قبض نماید. چون مالکیت در اینجا منتفی است و این ملکیت با قبض واهب بوجود می آید. بنا براین، چون که مالکیت وجود ندارد، نمی توان بر آن مال، انشاء هبه نمود. زیرا مانند موردی است که شخصی مالی را هبه کند که در آینده به وسیله بیع و مانند آن، به ملک او در آید. و این هبه قطعاً جایز نیست. وگر نه تملیک آنچه که در آینده می خرد و هنوز به قبض او در نیامده، نیز صحیح است. بنابراین هبه آن چیزی که در ذمه است صحیح نمی باشد ولی بیع آن صحیح است.

و لكن قد يناقش في ذلك كله معلومية كون التحقيق في محله أن وجود الكلي الطبيعي عين وجود أفراد، و بذلك جاز نقله بالبيع، المشروط بالقدرة على التسليم، و غيره من النواقل التي منها الهبة، و لا يقدر الفرق باستحقاق المبيع من دون القبض، بخلاف الهبة، لأننا لا نحكم بصحة الهبة حينئذ إلا بعد القبض، كما لا نحكم بصحتها لو تعلقت بعين خاصة إلا بعد قبضها، وهو ممكن بقبض بعض أفراد الماهية الذي وجوده عين وجود الكلي.

ترجمه: ولی در مطلب فوق مناقشه شده است به چیزی که در محل خودش ثابت شده است و این مطلب عبارت است از اینکه وجود کلی طبیعی عین وجود افرادش است. و به همین خاطر، نقل آن توسط بیع جایز است. البته بیعی که قدرت بر تسلیم در آن شرط است، یا غیر بیع از نواقل مثل هبه، و ضرری هم نمی رساند به اینکه بین بیع و هبه فرق است، که در بیع، مشتری استحقاق مبيع را دارد، هر چند هنوز آن را قبض نکرده باشد. برخلاف هبه که قبض در آن شرط است. همان گونه که حکم نمی کنیم به صحت هبه، در زمانی که هبه تعلق گرفته باشد به یک عین مخصوص، مگر اینکه قبض صورت گیرد. و این قبض در

ما نحن فيه، با قبض بعضی از افراد ماهیت کلی ممکن است.

و قبض الواهب له إما يفيد تعيينا له من بين الأفراد، لا أنه يحدث ملكا جديدا، بل التأمل الصادق يقتضي عدم الفرق بين المقام، وبين هبة المشاع الذي هو كلي أيضا فلو وهبه كذلك، ثم عينه الواهب و دفعه إلى الموهوب له لم يكن إشكال في صحته، لعموم الأدلة فكذلك المقام.

ترجمه: و قبض ما في الذمه توسط واهب تنها مفید تعیین است (از بین افراد متعدد)، نه اینکه ملک جدیدی ایجاد شود و کمی تأمل در این مقام، این مطلب را اقتضا می‌کند که فرقی بین مقام ما و بین هبه مشاعی که کلی است، وجود ندارد. که در اینصورت واهب آن را معین می‌کند و به موهوب له می‌دهد. و هیچ اشکالی هم در صحت آن وجود ندارد، به خاطر عموم ادله.

هذا كله مع إرادة قبض الشخصي فيه، أما إذا وهبه كليا، لأنه مال مملوك له متحقق، و لذا جاز جریان غیر الهبة عليه من النواقل، ثم أراد إقباضه على كليته بأن أذن للموهوب بقبضه على وجه التقابض بينه و بين من عليه الدين، إذا فرض كون الموهوب مديونا لمن عليه الدين بقدرة، و لا قائل بالفرق-فلا إشكال فيه حينئذ.

ترجمه: همه این موارد در صورتی است که قبض شخصی اراده شود، اما اگر هبه کلی باشد، چونکه مال مملوک اوست این هبه محقق شود و به همین خاطر جایز است که غیر هبه هم از سایر نواقل در آن جاری شود. مطلب بعدی این است که مراد از اینکه باید موهوب را به صورت کلی قبض کند، این است که این قبض کلی باید به صورت تقابض بین واهب (من له الدين) و موهوب له (من عليه الدين) باشد و این تقابض در خارج صورت گیرد. زمانی که فرض شود مال موهوب، در نزد بدهکار، دین است و او این قدرت را دارد که این دین را به قبض واهب در آورد و اگر این قدرت را نداشته باشد، هبه آن، از اصل صحیح نمی‌باشد و در این مسئله اشکالی نیافتیم.

كل ذلك مضافا إلى ما يشعر به صحيح صفوان "سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل كان له على رجل

مال فوهبه لولده، فذكر له الرجل المال الذي له عليه، فقال له: ليس عليك فيه شيء في الدنيا والآخرة، يطيب ذلك له؟ وقد كان وهبه لولد له؟ قال: نعم يكون وهبه له، ثم نزع ففعله لهذا "من صحة هبته، و إنما جاز له نزعها منه لعدم حصول القبض واطلاق لفظ النزع باعتبار ایجاد عقد الهبة الذي هو جزء السبب المملك.

ترجمه: علاوه بر این، صحیحہ صفوان^۱ هم اشعار به این مطلب دارد که می‌گوید: از امام رضا (علیه السلام) پرسیدم: در مورد مردی که از دیگری مالی را طلب داشت و او آن مال را پسرش هبه کرد و زمانی که بدهکار، مال را به طلبکار پرداخت کرد، مرد هبه کننده به پسرش گفت: در این مال چیزی برای تو نیست نه در دنیا و نه در آخرت. آیا این مال برای او حلال است؟ حضرت (علیه السلام) فرمودند: مال برای او حلال است. زیرا اول هبه کرده بود، ولی بعد از آن، مال را نزع کرده و آن را برای خودش قرار داد. و این مطلب را دلیل بر صحت هبه قرار داد و جایز بود که آن هبه را نزع کند. چون قبض حاصل نشده بود و دلیل مطلق آوردن و اطلاق لفظ نزع این است که عقد هبه که جزء سبب ملک است، ایجاد شده بود.

و من ذلك يظهر لك أن حمل الخبر على ما ذكرنا أولى من طرحه و رميه بالدور و تأويله بإرادة المجاز من اطلاق الهبة، بمعنى عزم عليها ونحو ذلك، كما أنه ظهر لك منه قوة القول بالصحة، كما عن مبسوط و سرائر و مختلف و غيرها، وفي مسالك أنه متجه، بل عن مبسوط أنه الذي يقتضيه مذهبنا، ولعله لذا ترك الترجيح في محكي تذكرة و إيضاح و الدروس.

ترجمه: از این مطلب که گفته شد مشخص می‌شود که حمل بر آن چیزی که گفتیم، بهتر از طرح خیر و حمل آن بر نوادر است. مثل اینکه گفته شود: اطلاق هبه در حدیث مجازاً بوده، که این جزء نوادر است. چون اصل عدم جواز است (مجازی که مد نظر آنهاست این است که می‌گویند: اگر کسی عزم بر هبه چیزی داشته باشد، مجازاً به آن هبه گفته می‌شود) که اینک ظاهر شد برای شما که قول به صحت قوت دارد. همانگونه که از مبسوط و سرائر و مختلف و غیر

۱- محمدحسن حرعاملی، وسائل الشیعه، باب ۲ از ابواب احکام هبات، حدیث ۱.