

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۲

پاییز ۱۳۹۴، ص ۱۰۸-۸۹

## جستاری در روش‌شناسی حرمت تکلیفی معاملات ممنوعه\* از دیدگاه امام خمینی

مجید رضا شیخی نصرآبادی<sup>۱</sup>

دانشجوی دکتری فقه خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: m.r.sheykhi@razavi.ac.ir

محمد مهدی یزدانی

عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

### چکیده

چگونگی برخورد نهی تحریمی به پیکر معاملات، معمای دشوار مکاسب محرمه است، برخی آن را چون نسیمی پاییزی قلمداد می‌کنند؛ که رونق بازار این معاملات را خزان کند، برخی دیگر، برخورد نهی تحریمی با معامله را چون برخورد دو ماده‌ی شیمیایی دانند که با ماده دیگر آمیخته گردد و ماده سومی پدید آید و برخی نیز این برخورد را بسان بمبی دانسته که به بن بنایی برخورد و یکسره آن را در هم ریزد و اجزایش را متلاشی کند. روش‌شناسی شناسایی حرمت معاملات ناروا، گامی نخست و کلیدی در مطالعه مکاسب محرمه است و از جمله آن، شناخت موضوع حرمت معاملات ممنوعه است. از یک سو فقیهان بر این باورند که؛ اعمال حقوقی ممنوعه‌ای، بسان معامله شراب، داد و ستد ربوی، باطل است و انتقال ملکیت تحقق نیافته است؛ از سوی دیگر؛ اغلب فقها بر این باورند که حرمت تکلیفی اینگونه اعمال حقوقی، حرمتی خاص و مستقل است، گرگاه مسأله اینست که؛ مشخص نیست معامله‌ای که باطل است و در حقیقت رخ نداده، کجای آن حرام است؟ به‌ویژه با علم به اینکه به باور برخی صرف بده و بستان خالی، فاقد حرمت تکلیفی است. در این نگاه در پی طرح دیدگاه فقیهان و نقد و تحلیل آن‌ها، در مجالی به گردآوری اعمال حقوقی منهی‌عنه پرداخته و سعی بر آنست که روش شناسی صحیح، شناسایی حرمت استقلالی و غیر استقلالی با تکیه به آیات قرآن استخراج گردد.

**کلیدواژه‌ها:** معاملات حرام، حکم وضعی، نهی تحریمی، فساد معامله.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۲/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۰۸/۰۳.

۱. نویسنده مسئول

## مقدمه

با طلوع اسلام، چهره بازار مسلمین، واژگون گشت و رنگ و بویی بدیع و نو یافت. آرمان‌ها و ارزش‌های انسانی در دامن اولین سبک فقهی، یعنی فقه روایی بالیده و مصلحت اندیشی‌های روزگار در قالب موجه و عقلائی عرضه گردید. دنباله‌روی قانون‌گذار اسلام از مصالح جامعه، ایجاب کرد که بازار مسلمین از برخی معاملات رایج در جوامع غیر اسلامی، پاک گردد و به همین جهت گونه‌هایی از معاملات همچون ربا، خرید و فروش سگ، خوک، مسکرات، قمار و حتی اموری که امنیت جانی، روانی و اقتصادی مجتمع مسلمین را به مخاطره می‌اندازد، چون تقویت و فروش تسلیحات نظامی به دشمنان دین، حرمت شرعی یابد.

تحریر نزاع را با عبارتی از لمعه آغاز می‌کنیم؛ شهید در کتاب لمعه این تجارت‌ها را حرام دانسته است: «فَالْمُحَرَّمُ: الْأَعْيَانُ النَّجِسَةُ، كَالْخَمْرِ وَ النَّبِيذِ وَ الْفُقَاعِ وَ الْأَمْنَعِ النَّجِسِ... الْأُمَيْتَةِ وَ الدَّمِ وَ أَرْوَاتِ وَ أَبْوَالِ غَيْرِ الْمَأْكُولِ وَ الْخَنْزِيرِ وَ الْكَلْبِ... آلَاتُ اللَّهِ وَ الصَّنَمِ وَ الصَّلِيبِ وَ آلَاتُ الْقَمَارِ وَ..... بَيْعُ السَّلَاحِ لِأَعْدَاءِ الدِّينِ وَ إِجَارَةُ الْمَسَاكِينِ وَ الْحَمُولَةِ لِلْمُحَرَّمِ وَ بَيْعُ الْعَنْبِ وَ التَّمْرِ لِيَعْمَلَ مُسْكِرًا وَ الْخَشَبِ لِيَعْمَلَ صَنْمًا وَ يَكْرَهُ بَيْعُهُ لِمَنْ يَعْمَلُهُ» (اللمعة دمشقية، ۱۰۳). عبارات کتب قدما و متاخران در مورد ردیف نمودن، مشاغل و حرفه‌های حرام، معمولا اینگونه آغاز می‌شود (طوسی، المبسوط، ۲ / ۱۶۵ - ۱۶۶؛ حلبی، غنیه النزوع، ۲۲۴؛ حلی، السرائر، ۲ / ۳۲۷ - ۳۲۸ حلی، مختلف الشیعة، ۶ / ۵).

برخی فقیهان، حرمت تکلیفی این گونه معاملات مثل ربا را خدشه ناپذیر دانسته‌اند. (منتظری، دراسات فی مکاسب المحرمه، ۱ / ۱۶۶)، ولی اختلاف و تردید در متعلق حکم حرمت است. بحث اصلی بر سر آن است که در اعمال حقوقی ممنوعه، نوک تیز پیکان حرمت، کجاست؟ مساله از آن جهت دشوار است که بدانیم اینگونه معاملات، مطابق نظر مشهور فقیهان، از اساس باطل است و گویا معامله رخ نداده است (شهید اول القواعد و الفوائد، ۱ / ۳۶۴؛ نراقی، مستند الشیعة، ۱۴ / ۶۲؛ مجاهد طباطبایی، کتاب المناهل، ۲۷۲؛ کاشف الغطاء، تحریر المجله، ۱ / ۱۷۰؛ خمینی، مکاسب المحرمه، ۱ / ۱۲۱). از سویی روشن است؛ که صرف داد و ستد کالا به دیگری، زمانی که هیچ رابطه حقوقی صورت نپذیرفته است، حرمت شرعی ندارد و ادله بر روی عنوان معامله رفته است. اینجاست؛ که مسأله چالش برانگیز و حالتی معما گونه می‌یابد. به این خاطر موضوع حرمت معاملات، بین فقها، چالش انگیز شده است و از مشکلات فقه می‌باشد تا جایی که فقهی چون امام خمینی، در حرمت استقلالی این

معاملات، با وجود نصوص فراوان، با تردید و تأمل نگریده است. (خمینی، مکاسب المحرمة، ۵/۱، ثمَّ إِنَّ المَحْرَمَ علی فرض ثبوته).

در رتبه قبل از این مبحث، مسأله دیگری مطرح می‌گردد؛ که سرنوشت آن پیوند نزدیکی با این مبحث دارد و آن نوع نگاه و زاویه دید، به این مسأله است که نحوه برخورد و رویارویی در شناسایی معاملات ممنوعه را برای فقیه شکل می‌دهد؛ به تعبیر مدرن روش شناسی یا متدلوژی مدخل مکاسب محرمة، در تشخیص حرمت استقلالی از حرمت غیره است. این مبحث، اهمیتی فوق العاده و بسزا در درک حرمت معاملات ممنوعه و استنباط در مسائل مستحدثه دارد.

در مورد پیشینه، نخستین جرقه موضوع حرمت اعمال حقوقی را شیخ انصاری زده است (انصاری، مکاسب، ۱/۱۳). پس از او، آتش این جرقه، دامن حاشیه پردازان مکاسب را گرفته است و در دوران معاصر نیز بیش از همه، بروجردی، امام خمینی و خوبی و برخی شاگردانشان، بحث را بسط و گسترش داده‌اند. این مسأله، علاوه بر سهولت در وهله نخست، نیازمند تبحر و دقت کافی است. کوشش نگارنده برآنست که در خلال تبیین مبانی مسئله، زوایای بحث با زینت قرآن آراسته گشته و مواردی از این سنخ معاملات در قرآن کریم گردآوری گردد و جایگاه روشی روش شناسی این مبحث در مکاسب محرمة روشن گردد.

### معنا و مفهوم حکم تکلیفی و وضعی

حکم از ماده حَكَمَ، آهنی را گویند؛ که در دهنه اسب نهند و زمامش را بدست گیرند. (خلیل بن احمد، کتاب العین، ۳/۶۷، احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۲/۹۱؛ صاحب بن عباد، المحيط فی اللغة، ۲/۳۸۷؛ طریحی، مجمع البحرین، ۶/۴۵)، ریشه حَكَمَ به معنای منع است (همان). از آنجا که نظام حقوقی ایجاب می‌کند، ادبیات آن، صرفاً دستوری یا موعظه‌گرانه نباشد و اوضاع مرتبط با موضوع در ساختاری نرم‌تر، با فاصله از بایدها و نبایدها ارائه گردد، وضعیت‌هایی ترسیم گشته که خود مایه استاندارد سازی شکلی و کنترل نظام حقوقی فردی و اجتماعی است و فقیهان نام این مقررہ شارع را، حکم وضعی، می‌نهند.

### حرمت استقلالی معاملات ناروا

پرسش اینکه؛ آیا با حرمت عین کالا، قهراً معامله آن نیز حرام می‌گردد؟ برخی فقها بر این

باورند؛ از آن جمله شیخ طوسی است. گویی قاعده فقهی ایشان اینست؛ که: «کلّ شیء حرمة الله تعالی و زهد فیہ، فلا يجوز التکسّب به و لا التصرف فیہ علی حال». (طوسی، النهایة، ۳۶۳). این فقیهان راه و روشی آسان پیش رو دارند، به محض اینکه پی برند؛ که چیزی حرام است؛ حکم معامله حرمت است. در حقیقت به ملازمه بین حرمت شرب، نجاست و ... با حرمت معامله آن شیء قائل اند. به این خاطر، بعد از این عبارت؛ شیخ طوسی، هر آنچه که از جهتی حرام است؛ با ذکر موارد، مصداق مبادله حرام دانسته است. برای مثال حکم خوردن خون، حرمت است، قهراً معامله آن نیز، حرام است. نظر علامه حلی در معامله خون چنین است. (نهایة الإحکام، ۲/ ۴۶۳). این شیوه استنباط، زاینده دلایلی چند است. اول اینکه؛ آیات و روایات، دال بر تحریم شیء، در جمیع منافع است. برای مثال محقق نراقی با استناد به آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا إناّمَا الحَمرُ وَ المَیسرُ وَ الأَنصَابُ وَ الأَزلامُ رِجسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّیطانِ فَاجتَنِبُوهُ لَعَلَّکُمْ تُفْلِحُونَ» (المائدة: ۹۰) تمام أنحاء تصرف در کلیه مسکرات مایع اعم از نکه داری، تصرف فیزیکی و حقوقی را حرام دانسته است (نراقی، مستند الشیعة، ۱۴/ ۶۲). دوم اینکه؛ پرنگ نبودن تمایز، حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی بطلان، سوم اینکه؛ وحدت سیاق نواهی روایات در بیان حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی بطلان، چهارم اینکه؛ روایاتی چون «ان الله اذا حرم شیئا حرم ثمنه» (ابن ادریس، السرائر، ۲/ ۴۴؛ نجفی، جواهر الکلام، ۲۲/ ۱۱؛ اصفهانی، ۲/ ۴۴۲) و ادله دیگر؛ پنجم بساطت فقه و نادیده انگاری مبانی اصولی.

سبک برخی فقیهان متأخر و معاصر، با سبک قدمای فقه شیعه، اندکی متفاوت است. به باور این فقیهان حرمت معامله، نیازمند دلیلی غیر از دلیل حرمت کالا است، مشخصه‌های این سبک استنباطی این است که اولاً: موارد استعمال حلیت و حرمت در نصوص دینی، حکم وضعی را نیز پوشش می‌دهد. (کلینی، کافی، ۳/ ۳۹۹)، ثانیاً آیات و روایات به قرینه تناسب حکم و موضوع تنها از جهت خاص خود، حرام است و نه از جمیع جهات. ثالثاً روایات ملازمه بین حرمت شیء و حرمت معامله آن از جهت سند یا دلالت مخدوش است (شیرازی، حاشیة المکاسب، ۱/ ۵؛ منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمة، ۱/ ۱۴۴). مجتهد در این سبک تمام گونه‌های معامله را، جداگانه واری می‌کند تا ببیند که آیا معامله این کالا نیز در ادله دیگر حرام است یا خیر. ای بسا اصلاً عین مورد معامله، حرمتی نداشته است، اما معامله حرام است. مثل بیع ربوی و ای بسا کالای مورد معامله حرمت دارد؛ اما خرید و فروش آن اقلام، فاقد حرمت تکلیفی و حرمت وضعی است. مثل نجاسات. به نظر نگارنده سبک دوم از استحکام

بیش‌تری برخوردار است.

از منظر شریعت اسلام، برخی گونه‌های معامله، ممنوع و نارواست؛ مانند معامله ربوی، کم‌فروشی، معاملاتی که اکل مال به باطل است [بسان اجاره بر واجبات]، خرید و فروش کالاها بی‌که پلیدی ظاهری یا باطنی دارد. [خمر و خوک و سگ]، معاملاتی که اعانه بر اثم و عدوان است. [فروش اطلاعات، خدمات و تسلیحات نظامی به دول متخاصم]، معامله در جایی که اجتناب از آن از باب دفع منکر لازم است. [فروختن انگور به کسی که قصد شراب ساختن دارد].<sup>۱</sup>؛ معامله غری، معامله به قصد تلقی رکنان، معاملاتی که علاوه بر شرع، قانون‌گذار اسلامی نیز منع نموده است. مثل فروش مواد مخدر، مبادله کالای قاچاق، پولشویی، اختلاس، ارتشاء.

حرمت استقلالی حرمتی است؛ که پیکر و ذات عمل حقوقی، ناروا و نامشروع است؛ و دلیلی افزون بر عمومات نهی از تصرف در مال دیگری می‌طلبد. برای مثال در باب ربا، آیه شریفه می‌فرماید: «حال اگر (رها) نکرديد، بايد بدانيد که در حقیقت اعلان جنگ با خدا و رسول کرده‌اید و اگر توبه کنید؛ اصل سرمایه‌تان حلال است، نه ظلم کرده‌اید و نه به شما ظمی شده است»، (البقرة: ۲۷۹). ابو بصیر گوید: امام صادق علیه السلام فرمود: گرفتن یک درهم ربا، در نزد خداوند عزیز، گناهش سخت‌تر است؛ از سی بار زنا که همه با محارم، مانند خاله و عمه صورت گیرد (صدوق، من لا یحضره الفقیه، ۳/ ۲۷۴).

تعبیر عتاب آلود، وعده‌های سخت، سهمگین و فزاینده عذاب و پیامدهای سنگین و شکننده‌ای؛ چون «جنگ با خدا و رسول» و «زنای با محارم در کنار خانه خدا» در باب ربا، گویای حرمتی، فراتر از تصرف در مال غیر است، نام اینگونه حرام، حرمت استقلالی است.

مثال دیگر آن حرمت خرید و فروش شراب است. از حسین بن زید، نقل شده است که امام باقر علیه السلام از رسول خدا صلی الله علیه و آله نقل فرموده‌اند: «لَعَنَ اللَّهُ الْخَمْرَ وَ غَارِسَهَا وَ عَاصِرَهَا وَ شَارِبَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا وَ أَكَلَ ثَمْنَهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ إِلَيْهَا» خداوند شراب و نشاننده [درخت] آن و سازنده و نوشنده و ساقی و فروشنده و خریدار و

۱- «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (البقرة: ۱۸۸)؛ «لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» (سوره المائدة: ۲)؛ «فَاسْعُوا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَ ذُرُوا الْبَيْعَ» (الجمعة: ۹)؛ «وَأَيُّمَا الْبَيْعِ مِثْلُ الرِّبَا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» (البقرة: ۲۷۵)؛ «وَيَلِّ لِلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَ إِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ» (المطففين: ۱- ۲)؛ «فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ وَ إِنْ تَبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَ لَا تَظْلَمُونَ» (البقرة: ۲۷۹- ۲۸۱)؛ «لَعَنَ اللَّهُ الْخَمْرَ وَ شَارِبَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ بَائِعَهَا وَ مُتَبَاعَهَا وَ عَاصِرَهَا وَ مَعْصِرَهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ إِلَيْهَا» و فقد جاء في الحديث: «لعن الله الربا و آكله و بائعه و مشتريه و كاتبه و الشاهد عليه».

خورنده ثمن آن و حمل کننده و حمل شده به سویش را لعنت کند (من لا يحضره الفقيه، ۴/ ۸؛ عاملی، وسائل الشیعة، ۲۵/ ۳۷۶)؛ بنابراین تا اینجا مشخص گشت؛ که برخی معاملات حرام دارای حرمت ویژه و استقلالی است و نزاع در موضوع معاملات ممنوعه، در اینگونه حرمت‌ها است. به منظور تنقیح محل بحث، ناچاریم قدری به موضوع نهی از اعمال حقوقی و گونه‌های آن بپردازیم.

### نهی از اعمال حقوقی، اقتضای فساد

نخستین پرسش اینکه، آیا نواهی مذکور بر حرمت تکلیفی دلالت دارد، یا وضعی یا هر دو؟ به عبارتی دیگر آیا نهی مولوی است و تنها بر حرمت تکلیفی دلالت دارد، یا ارشادی است و گویا معامله اصلاً شکل نگرفته است؟ و یا در فرض سوم، قائل شویم؛ که مولوی است و در عین مولوی بودن، ارشاد به فساد نیز دارد؟

شیخ طوسی آورده است؛ که معامله انگور با علم به قصد مشتری برای ساختن شراب حرام است، اما معامله، باطل نیست؛ زیرا از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل شده است؛ که فروشنده شراب را لعن نموده است و این حکم هر آنچه است که کسی بفروشد و می‌داند که با آن معصیت خدا می‌گردد (طوسی، المبسوط، ۲/ ۱۳۸). ابن ادریس نیز این نظر را سخنی مستحکم دانسته است؛ زیرا دلیلی وجود ندارد؛ که عقد باطل است. (السرائر، ۲/ ۳۲۸) به باور ابوحنیفه و شیبانی، نهی در معاملات، نه تنها دلالت بر فساد ندارد، بلکه دال بر صحت دارد، چراکه نهی، زمانی صحیح است؛ که مکلف قدرت ایجاد متعلق نهی را داشته باشد. (میرزای قمی، القوانین المحکمة، ۱/ ۳۷۶). صاحب جواهر از طریق اخبار به ملازمه حرمت با فساد عقد قائل است (نجفی، جواهر الکلام، ۲۲/ ۱۱). محقق خراسانی، نهی از اعمال حقوقی را سه قسم نموده است: نخست، نهی به سبب (صیغه معامله یا فعل مادی) تعلق گیرد، مانند بیع هنگام نماز جمعه. مورد دوم، اینست که نهی به مسبب (نقل و انتقال) تعلق گیرد؛ مانند نهی از تملیک قرآن به کافر مورد سوم، اینست که نهی به تسبیب تعلق گیرد؛ یعنی تنها از سبب خاصی مالک شدن نهی گردیده است؛ مانند نهی تملیک از طریق بیع ربوی که تفاضل و زیادی از طریق معامله ربوی حرام است، ولی از سایر اسباب مثل هبه می‌توان این زیادی را منتقل کرد (ایروانی، باقر، کفایة الأصول فی اسلوبها الثانی، ۳/ ۱۳۵). از نظر محقق خراسانی، اگر احراز شود؛ که نهی دال بر حرمت تکلیفی است و به مورد دوم و سوم از موارد فوق بخورد، معامله

صحیح است و معامله تنها حرمت تکلیفی دارد؛ چرا که برای صحت تعلق نهی بر آن دو ایجاب می‌کند، مکلف قدرت بر ایجاد متعلق آن دو را داشته باشد و زمانی قدرت خواهد داشت که بتواند معامله‌ی صحیح را انجام دهد (همان).

اکنون به مسأله اصلی تحقیق، باز می‌گردیم؛ که تحلیل حقوقی حرمت، در معاملات ممنوعه؛ چگونه است؟ ابوحنیفه و شیبانی از عامه؛ فخر المحققین و محقق خراسانی از امامیه، نهی از مسبب و تسبیب را دال بر صحت عقد دانسته‌اند، (آخوند خراسانی، کفایة الأصول (طبع آل البیت)، ۱۸۹) اما این نظر، به هیچ وجه با مصادیق آن، در فقه انطباق نمی‌یابد. برای مثال؛ بیع ربوی که مورد نهی قرار گرفته است و نهی تحریمی بیع ربوی از مصادیق نهی از تسبیب است، پس بر طبق نظر ابوحنیفه و دیگران بایستی بیع ربوی صحیح باشد، در صورتی که هیچ فقیهی بیع ربوی را صحیح نمی‌داند و به اجماع و نص بیع ربوی باطل است.

مسأله آنگاه گل آلوده و گیج‌کننده‌تر می‌شود که؛ بدانیم ابوحنیفه و دیگران، دلیلی خود را عقلی و برهانی دانسته‌اند و خاصیت ادله عقلیه، تخصیص ناپذیر بودن آن‌ها است. از طرفی ارشادی دانستن حرمت، در بیع ربوی به معنای اینست؛ که معامله حرمت تکلیفی ندارد و در گذشته ذکر شد؛ که حرمت تکلیفی ربا و امثال آن، امری قطعی است. اگر فرض سوم را مطرح گردد؛ که نهی از بیع ربوی، دلالت بر حرمت تکلیفی و حرمت وضعی (فساد عقد) با هم می‌نماید، در افق این فرض، اشکال عقلی پیش می‌آید؛ که زمانی نهی مولوی صحیح است که ایجاد متعلق آن، تحت قدرت مکلف باشد و لازمه حرمت مولوی، صحت عقد است. لذا همزمان نمی‌تواند دلالت بر حرمت مولوی و ارشاد به فساد داشته باشد. روشن است که تفصیل محقق خراسانی؛ هر چند سعی مشکوری است، اما کبرای عقلی که نهی از معامله فی الجملة (منظور نهی از مسبب و تسبیب است نه سبب) دلالت بر صحت می‌کند؛ نه تنها گره از مشکل نمی‌گشاید؛ بلکه گره کور مسأله را محکم‌تر کرده است؛ و مشکل را دشوارتر نموده است. تأمل در نتایج این راه، نشان می‌دهد؛ که راه خروج محقق خراسانی، بن بست است و بایست بدنبال راه جدیدی بود، آیت الله بروجردی تقسیمی مشابه آخوند خراسانی ارائه نموده است.

بیان مطلب ایشان با استمداد از تبیین دکتر جعفری لنگرودی اینست که در معامله سه موازنه موجود است: الف- موازنه در تملیک در برابر تملیک، ب- موازنه در ارزش عوضین، ج- موازنه در تسلیم عوضین. فقیه و حقوقدان که عنایت به ماهیت عقود دارند؛ به دو موازنه اول و

دوم توجه بیش تری می‌نماید، به‌ویژه به موازنه اول؛ اما اهل معامله و سوداء، وقتی که وارد معامله می‌شوند؛ به عکس فقیهان و حقوقدانان به موازنه سوم می‌اندیشند. آنان به طور ضمنی موازنه اول را در آئینه موازنه سوم مشاهده می‌نمایند. تعریف اهل بازار از معامله اینست که جنس را به مشتری داده؛ پول آن را بگیرم! (جعفری لنگرودی، تئوری موازنه، ۵۵) بنابراین عرف معامله را برای آثار خارجی، سروسامان می‌دهد و الفاظ معامله و ملکیت حاصل از آن؛ تنها سازوکارهایی برای دستیابی به کالا و تصرف در آن است و در نتیجه در هنگام نهی از اسباب و مسببات ذهن عرف جز به سوی نهی از ترتیب آثار معامله انصراف پیدا نمی‌کند. چرا که اسباب و مسببات در نزد توده مردم فاقد ارزش مستقل است؛ تا اینکه به حسن و قبح متصف گردد. در نهی از ازدواج با مادرزن، آنچه به ذهن تبادر می‌کند؛ حرمت آثار زوجیت است. زوجیت مقصود بالذات از نکاح است، نه اینکه ایجاب و قبول و یا زوجیت با قطع نظر از آثار زوجیت حرام باشد. روشن است که بر اساس دیدگاه آیت الله بروجردی نهی موجب فساد است (منتظری، نه‌ایة الأصول، ۲۸۸).

امام خمینی نیز همین طریق آیت الله بروجردی را پیموده‌اند، ایشان می‌فرماید: «نوع مردم، معاملات خود را به قصد ترتیب اثر، سرو سامان می‌دهند؛ اگر از ناحیه قانون‌گذار، گونه خاصی از معاملات نهی گردد، اذهان به این سمت انصراف یافته که انعقاد عمل حقوقی مزبور به این کیفیت، فاقد اثر است و نهی شارع به منظور ارشاد به فساد، چنین معامله‌ای صادر شده است» (مناهج الوصول، ۲/ ۱۵۸-۱۷۱).

توضیح اینکه؛ اگر نهی شارع به فعل مادی یا فیزیکی، مثل غضب تعلق گیرد، مراد بازداشتن از آن فعل یا حرمت تکلیفی است؛ اما اگر نهی شارع به اسباب و هیات اعتباری، مرکب از اجزاء و شرایط تعلق گیرد، ارشاد به فساد است و عقاب ندارد. نهی ارشادی یا حرمت وضعی به این معنا است که ماهیت و خاصیت آن چیزی جز اخبار، راهنمایی و توصیه نیست و به طرفین معامله هشدار می‌دهد؛ که اگر اینچنین معامله‌ای انجام گیرد؛ از نظر شرع گویا؛ عمل حقوقی صورت نگرفته است.

استدلال دوم امام خمینی در ارشاد به فساد، چنین است که در حرمت معاملات ممنوعه «نهی در حرمت سبب (الفاظ بیع) ظهور ندارد، زیرا اسباب (الفاظ بیع ربوی) تنها وسیله تحقق مسببات (نقل و انتقال) هستند و خودشان نفسیت و موضوعیت ندارند؛ تا نهی مولی به آن تعلق گیرد و به نظر نمی‌رسد که؛ نهی و حرمت به تلفظ الفاظ - مثل الفاظ بیع ربوی - تعلق گیرد.



مسبب -نقل و انتقال- هم اعتبار شرعی و عقلانی است و تعلق نهی و حرمت به آن معنا ندارد [چرا که نقل و انتقال در اختیار مکلف نیست]. همچنین تعلق نهی به آثاری که بر آن مسببات مترتب می‌شود، بعید است؛ زیرا اگر سبب تایید خود را دارد، نهی از آثار معنا ندارد و اگر سبب مورد نظر فاقد اثر است، در این صورت آثار مورد نظر مترتب نمی‌شود و لذا نهی از آن بی معناست، یعنی خود به خود تصرف در مال مورد نظر، تصرف در مال غیر می‌شود و وطی هم وطی اجنبیه می‌شود؛ بنابراین باید آن را به ارشاد به فساد و عدم وقوع معامله حمل نمود و اینکه نهی و بازداشتن از ایقاع معامله، به خاطر عدم وقوع است» (مناهج الوصول، ۲/ ۱۵۸-۱۷۱)

لذا با این پاسخ، پرسش اصلی که آیا نهی تحریمی از معامله‌ای اقتضای فساد یا صحت را دارد؟ همچنان بی جواب، باقی است. درک راز معمای این مسأله تماما به درک موضوع حرمت معاملات ممنوعه بستگی دارد.

### موضوع‌شناسی حرمت اعمال حقوقی ممنوعه

در مبحث پیش، آمد که حرمت به دو قسم تکلیفی و وضعی تقسیم می‌گردد؛ حرمت تکلیفی عقاب دارد، ولی حرمت وضعی معنای آن بطلان معامله است. آن گونه که فقها تقسیم کرده‌اند؛ گاهی اوقات معامله صرفا حرمت تکلیفی دارد؛ مثل بیع هنگام نماز جمعه.<sup>۲</sup> این مثال برخی کتب است. (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۲۸)، اما با قدری تسامح همراه است، بدین خاطر که اگر فرض شود که در هنگام، حرکت به نماز جمعه، معامله نمایند، معامله هیچ حرمتی ندارد و غرض شارع که شتاب به ذکر الله محقق است. در حقیقت معامله موضوعیت ندارد و حرمت به اعتبار فعل «بازدارنده» از نماز جمعه است. (ر.ک: منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمة، ۱/ ۱۵۹). حالت دیگر اینست که؛ صرفا حرمت وضعی وجود دارد؛ مانند خرید و فروش اشیائی که انتفاع عقلانی ندارد؛ یا اعیان نجسه غیر از شراب، مثل حشرات یا ادرار و مدفوع. قسم سوم اینست که؛ حرمت وضعی و تکلیفی باهمدیگر وجود دارند، خویی به بیع غرری مثال زده (همان)، در صورتی که این مثال ایشان نیز خالی از نقاش نیست، مثال بارز این معامله بیع ربوی است، محل نزاع در این قسم سوم است.

<sup>۲</sup> - که قرآن می‌فرماید: «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (الجمعة: ۹ - ۱۱) هَانِ أَي كَسَانِي كَهَ إِيمَانٍ أَوْرَدِيدَ هِنكَامِي كَهَ دَر رُوزِ جَمْعَهَ بَرَأِي نَمَازِ جَمْعَهَ أَذَانِ دَادَه مِي شُود بَه سَوِي ذِكْرِ خَلَا بَشْتَابِيد وَ دَاوَسْتَد رَا رَهَا كُنِيد، اِكْر بَفَهْمِيد اَيْن بَرَأِي شَمَا بَهْتَر اَسْت.

پرسش اصلی اینست که در فرض بطلان معامله؛ متعلق حرمت استقلالی چیست؟ حرمت اکل مال به باطل حرمتی است که در کلیه معاملات باطل وجود دارد؛ چرا که مال انتقال نیافته است و تصرف فیزیکی در آن مال تصرف در مال دیگری است. ولی حرمتی که در اعمال حقوقی حرام مطرح می‌شود؛ غیر از حرمت تصرف در مال دیگری است. از نصوص برمی‌آید که معاملاتی مانند ربا علاوه بر حرمت تصرف در مال غیر، حرمت تکلیفی استقلالی دارد.

معامله ربوی و خرید و فروش خمر واجد حرمت تکلیفی و وضعی است. دقیقاً محل اشکال در اینگونه معاملاتی که حرمت تکلیفی و وضعی تلاقی کرده است، می‌باشد، پرسش اینست؛ که اینگونه معاملات، طبق نصوصی که ذکر شد؛ حرمت استقلالی دارد و با تعبیری به شدت عتاب آلود، خطاب به مکلف می‌گوید، حرام است؛ از طرفی نقل و انتقالی صورت نگرفته است و صرف تصرف در مال غیر این همه گناه ندارد، در این میان مشکل یا پرسش اصلی اینکه متعلق حرام کجاست؟ به تعبیری شتر حرمت در کجا بار نهاده است؟ غرض این نگاشته اینست، مشخص گردد موضوع حرمت در اینگونه معاملات و تحلیل صحیح حرمت معاملات ممنوعه چیست؟

### اشکال قابل توجه

در شکل‌گیری معامله اموری وجود دارد: نخست، امر قلبی (تراضی) است. دوم، عقد سببی، قول یا فعلی است که با قصد انشاء صادر می‌شود. سوم، مسبب (نقل و انتقال) ملکیتی است که در عالم اعتبار به قصد جد منتقل گشته است. چهارم، اعتبار عقلاء و عرف به آنچه که متعاملین اعتبار می‌کنند. پنجم: تحویل دادن عوضین و تسلیم و تسلّم ششم، قصد ترتب مسبب و قصد ترتب آثار متحقق در قلب متعاقدين. هفتم، تصرفات بعد از انعقاد معامله. (منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمة، ۱/ ۱۶۱) به بیان دیگر موضوع حرمت تکلیفی چیست؟

شیخ انصاری در عبارتی کوتاه به موضوع حرمت معاملات ممنوعه پرداخته است. «معنی حرمة الاكتساب حرمة النقل و الانتقال بقصد ترتب الأثر و أما حرمة أكل المال في مقابلها، فهو متفرع على فساد البيع؛ لأنه مال الغير وقع في يده بلا سبب شرعي و إن قلنا بعدم التحريم؛ لأنّ ظاهر أدلة تحريم بيع مثل الخمر منصرف إلى ما لو أراد ترتيب الآثار المحرمة، أما لو قصد الأثر المحلّل فلا دليل على تحريم المعاملة إلا من حيث التشريع» (شیخ الأنصاری، المکاسب، ۱/ ۱۳). از دیدگاه شیخ اعظم موضوع حرمت در معاملات ممنوعه، نقل و انتقال به قصد ترتب آثار

حرام است (همان). شارحان سه احتمال بدوی در کلام شیخ ذکر نموده‌اند: نخست اینکه؛ منظور شیخ از نقل و انتقال انشاء نقل و انتقال باشد؛ یعنی الفاظ سبب باشد اما حقیقت مسببی که از آن حاصل می‌شود حرام است. (ایروانی، حاشیه المکاسب ۳/۱) به بیان دیگر حرمت به حقیقت نقل و انتقال از باب اینکه اراده سبب اراده مسبب است، تعلق می‌گیرد. احتمال دیگر اینکه نتیجه انشاء مراد باشد؛ یعنی عقد صحیح است و انتقال واقعی حاصل شده است، منتها این انتقال حرام بوده است. به این مورد نقل و انتقال مسببی گویند؛ یعنی آن انشائی که با قصد حاصل شده است. احتمال سوم اینکه تحویل عوضین و تسلیم و تسلیم حرام است. (شیرازی، حاشیه المکاسب، ۹/۱).

از میان این سه احتمال؛ ظاهر سخن شیخ بیشتر بر احتمال دوم است؛ مراد از نقل و انتقال به قصد اثر است. همان نتیجه انشاء. لذا متعلق حرمت انشاء نقل و انتقال است؛ حتی اگر تسلیم و تسلیم نیز نباشد؛ همان کاری که در معاملات صحیحه انجام می‌شود؛ در اینجا نیز همین طور است. ظاهر عبارت شیخ این است؛ البته احتمال دیگر که انشاء باشد، نیز در عبارت شیخ دور از ذهن نیست؛ که در صورت صحت آن، دیگران هم سخن نو و تازه‌ای نگفته‌اند.

بالاخره عناصر تعریف مورد نظر شیخ انصاری عبارت‌اند از:

اول قصد ترتب آثار حرام باشد، پس خرید و فروش خمر برای استفاده در صنعت اشکال ندارد؛ چراکه دلیل حرمت تکلیفی معاملات ممنوعه؛ منصرف به جایی است که به قصد ترتیب آثار حرام باشد و در صورتی که قصد حلال کند، معامله فاسد است، اما حرمت تکلیفی وجود ندارد.

عنصر دوم حرمت خود معامله است و نه حرمت تصرف در مال دیگری. چرا که حرمت تصرف در مال دیگری در تمام معاملات فاسده وجود دارد و نتیجه فساد معامله و عدم انتقال است؛ بحثی که معرکه آراء است، حرمت استقلال نفی معامله است که این حرمت غیر از حرمت تصرف در مال دیگری است.

عنصر سوم اینکه در صورتی که قصد ترتب آثار حلال را کند، معامله حرمت تکلیفی ندارد، ولی معامله فاسد است، منتها حرمت تکلیفی دیگری از باب تشریح به آن تعلق می‌گیرد.

### اشکال به عناصر تعریف شیخ انصاری

محقق ایروانی و به تبع وی؛ آقای خویی در عنصر نخست؛ یعنی «قصد» نقاش نموده‌اند.

اشکال ایشان اینست که؛ ادله اطلاق دارد و قصد ترتب آثار حرام، در ادله نیست. (ایروانی، حاشیه المکاسب، ۱/ ۳؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۲۹)؛ مثلاً در روایت نهی از فروش خمر، امام علیه السلام می‌فرماید: «لعن الله البائع و المشتري.» حتی اگر شراب برای استفاده صنعتی نیز استفاده گردد، اطلاق دلیل همچنان محکم است. از منظر محقق ایروانی و خویی انصراف مورد ادعا، قابل تردید است و لازمه اینگونه انصراف‌ها تاسیس فقه جدید است. (همان) توضیح افزون اینکه؛ انصراف و اطلاق از مفاهمه عرف فهمیده می‌شود؛ اگر دلیل به گونه‌ای باشد؛ که قید ناگفته چون گفته است؛ به اصطلاح المقدر کالمذکور باشد، در این صورت این قید لبی حجت است؛ پس به صرف اینکه چیزی به ذهن خطور کند؛ حجت نمی‌باشد. بعد از رد انصراف خویی اشکال را تنها زمانی وارد می‌داند که حرمت معاملات محرمة را از باب ادله اختصاصی بدانیم اما اگر حرمت از جهت اعانت بر اثم یا حرمت مقدمه حرام باشد، قید قصد امری معقول و صحیح است (همان).

منتظری اشکال دیگری می‌گیرد؛ اشکال ایشان اینست که؛ شیخ قائل به بطلان معامله است و فساد معامله از کلام شیخ که قائل به حرمت تشریعی شد، دانسته می‌شود؛ چرا که حرمت تشریعی تنها در فرض فساد معامله پیش می‌آید. با این حال سخن شیخ، مستلزم پیامدی است که؛ خود شیخ آن را گردن نمی‌نهد. چرا که با رفتن حکم تکلیفی، لازمه آن اینست که حکم وضعی فساد نیز برود؛ زیرا که اولاً بر مبنای شیخ، حکم وضعی، تنها از حکم تکلیفی انتزاع می‌شود و فرع زائد بر اصل متصور نیست و ثانیاً اگر ادله انصراف به قصد ترتب آثار حرام دارد، همین سخن در حکم وضعی فساد نیز هست (منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمة، ۱/ ۱۶۱)؛ بنابراین از دیدگاه منتظری تفکیک شیخ، برای میخکوب شدن حکم وضعی و برداشته شدن حکم تکلیفی، صحیح نیست؛ بنابراین اگر قصد حرام را لازم می‌دانیم، بهتر است مثل برخی از فقیهان معاصر، مبنایی یکدست اتخاذ نموده و در صورتی که متعاملین قصد حرام نداشته باشند، حکم به حلیت و صحت نموده و قائل به عدم حرمت تشریعی و صحت معامله شویم.

اشکال سوم به شیخ اینست که؛ در افق فرض شیخ انصاری، اشکال عقلی ابوحنیفه و شیبانی و محقق خراسانی زنده می‌گردد؛ به این بیان که اگر آنچه متعلق حرمت است، حقیقت نقل و انتقال باشد، معلوم می‌گردد که؛ معامله در اختیار مکلف است و مکلف قدرت برنقل و انتقال در معاملات حرام را دارد. با اینکه فقها، تسالم دارند که معاملات حرام، بی تردید فاسد است؛

پس حرکت در فرض شیخ انصاری از دیدگاه روشی؛ به سیرمنطقی و منضبط فقهی آسیب می‌زند و قابل دفاع نیست، لذا بایستی موضوع معاملات حرام را آنگونه تصویر نمود؛ که سازگار با فساد معامله باشد.

اشکال چهارم اینکه؛ شیخ در جای دیگر؛ قائل به حرمت بیع صلیب، بت و آلات قمار حتی بدون قصد است و ایشان فروش سلاح به دشمنان دین را مطلقاً در زمان جنگ حرام می‌داند، هر چند با بیع قصد تقویت کفار بر علیه مسلمین را نداشته باشد. (روحانی، منهاج الفقاهة، ۱/ ۲۱).

قول دوم: بیان میرزای نایینی نیز تنقیح و تنزیه کلام شیخ است. ایشان می‌نویسد آن که موضوع معاملات حرام است، تبدیل مال است و انشاء لفظی حرام نیست، قصد هم امر قلبی است و حرمت به آن تعلق نمی‌گیرد؛ (نائینی، المکاسب و البیع، ۵/ ۱)

اگر گفته شود؛ حرمت برای ترتیب آثار و تصرف مالکانه، اعم از تصرفات فیزیکی و حقوقی است؛ باز هم اشکال آن اینست که؛ این حرمت تصرف مالکانه، از آثار فساد معامله است؛ معامله وقتی باطل است، عوضین به ملکیت طرفین در نمی‌آید؛ تصرف آن‌ها در عوضین، تصرف در مال دیگری است و به این جهت حرام است که تصرف در مال دیگری، بدون رضایت است و حرمت اینجا با حرمت معاملات ممنوعه‌ای که نصوص شرع دلالت بر کثرت مبالغه حرام و خلق یک عنوان تازه است، فرق دارد. حرمت معاملات حرام، غیر از حرمت تصرف در مال دیگری است چرا که حرمت تصرف در مال دیگری، پدیده مجرمانه جدیدی نیست که چنین مبالغه در حرمت و سنگین بودن عقاب داشته باشد.

#### قول سوم نظر مختار امام خمینی

امام خمینی در تحقق موضوع حرمت تکلیفی عناصری را لازم می‌داند. نخست اینکه؛ فعل خارجی باشد؛ و امر قلبی نباشد؛ تا اینکه مندرج در موضوع علم فقه یعنی فعل مکلف شود. دوم اینکه در تحت قدرت و اختیار مکلف باشد. لذا قادر نیست که؛ نقل و انتقال و یا تبدیل مال باشد، این امور در دست شارع است نه مکلف! (خمینی، المکاسب المحرمة، ۵/ ۱)؛ بنابراین از دیدگاه امام خمینی موضوع حرمت معاملات ممنوعه، انشاء به پشتوانه قصد است. به گونه‌ای که قصد در رتبه، علت انشاء باشد؛ یعنی انشائی که؛ جدی و واقعی باشد. (همان، ۵-۶؛ همچنین ر.ک: منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمة، ۱/ ۱۶۸).

### قول چهارم دیدگاه آیت الله خویی

به نظر مشهور فقها چستی انشاء، همان ایجاد است، به معنای اینکه با انشاء صیغه زوجیت، علقه زوجیت در عالم اعتبار ایجاد گشته است و با تکلم لفظ «اضرب»؛ گویی طلبی در عالم اعتبار، ایجاد گردیده است؛ بنابراین به وسیله لفظ، انشاء ایجاد می شود؛ برخلاف جمله خبریه که اخبار، از ثبوت نسبتی در خارج است. دیدگاه اصولی محقق خویی در این مجال با دیگران مخالف است، به باور وی، اخبار و انشاء، حاکی از ثبوت نسبت یا ایجاد امری در خارج نیست، متکلم زمانی که جمله اخباری «ضرب زید عمرا» را تلفظ می نماید، به معنای آنست که متکلم به مخاطب بفهماند؛ که گوینده عالم به این ماجرا است. چون الفاظ وضع شده است، برای اینکه انسان باطن خودش را ابراز کند؛ قصدی در نمان متکلم پنهان است؛ می خواهد این قصد ناپیدا را به مخاطب اعلام نماید (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۳۰). در مطول آمده است که؛ فائده خبر و لازم فائده خبر؛ که همان ثبوت نسبت در خارج است، لازم فائده خبر اینست که؛ گوینده می خواهد، با ادای الفاظ، مخاطب بداند که گوینده علم به آن واقعه دارد. محور استدلال رئیس مدرسه نجف نیز اینست که؛ موضوع له جمله خبریه، لازم فائده خبر است. دلیل ایشان اینست که؛ الفاظ برای حکایت مافی الضمیر است.

انشاء نیز به مثابه اخبار است. معنای جمله «اکرم العلماء» اینست که مخاطب دریابد؛ در باطن گوینده قصدی است که علماء اکرام شوند و این فعل به عهده اوست. صیغهی نکاح نیز اینچنین است، مراد ایجاد علقه زوجیت نیست، بلکه معنای انشاء زوجیت آنست که مخاطب بداند، گوینده در مافی الضمیر خود اعتبار کرده است؛ همسر مخاطب باشد. نکته شایان توجه اینکه شارع و عقلاء، اعتبار نمان را منشا اثر ندانسته است؛ سرّ درون و رضایت نمان بایسته است که آشکارا ابراز و اعلان گردد. بدین جهت، مافی الضمیر گوینده با نشانه اش که لفظ است، به طور مرکب نکاح یا بیع نامیده می شود و طلب مجموع قصد و انشاء است؛ بنابراین انشاء قصدی است که به بیرون تراوش کند. این ابراز با قصد نمان، انشاء است.

در نتیجه موضوع حرمت معاملات ممنوعه از دیدگاه خویی، همان انشائی است که حاکی از قصد متعاملین است. استدلال ایشان اینست که؛ معامله انشاء صرف نیست، چرا که لازم می آید؛ معامله، با الفاظ فاقد قصد نیز؛ محقق گردد و همچنین معامله، مجرد اعتبار نفسانی نیست. چرا که قصد خالی معامله، نامیده نمی شود، بلکه حقیقت معامله، مجموع مرکب از اعتبار نفسانی، به همراه مبرز خارجی آن است (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۳۰).

### مقایسه دیدگاه امام خمینی و آقای خوبی

با ذکر موضوع حرمت معاملات ممنوعه؛ امکان سنجش، برای خواننده محترم فراهم است. گفتیم که در دیدگاه امام خمینی موضوع مذکور؛ همان معامله‌ی عقلانی است که فعل مکلف می‌باشد، یعنی انشائی که از قصد مکلف برخاسته است و قصد در حقیقت، علت معامله است، علت جزء اجزاء و هم رتبه انشاء نیست، بلکه پشتوانه و زمینه‌ساز انشاء است؛ اما به باور خوبی، موضوع حرمت معاملات ممنوعه، مرکب از دو جزء قصد و مبرز خارجی، به صورت مرکب است. از این جهت، نظر امام خمینی به نظر دقیق‌تر است.

تا کنون فهمیدیم که؛ نهی از معامله به سه گونه ارشادی، مولوی و تشریحی ممکن است. محل نزاع در این بحث صورت دوم نهی مولوی است. صورت دوم نیز، خود به دو قسم است. گاهی نهی از آثار معامله و تصرف در ثمن و مثن است و گاهی نهی از پیکره معامله، یا عنوانی که معامله با آن همراه می‌گردد. شکی نیست، قسم اول از نهی مولوی؛ حکایت از فساد معامله می‌کند؛ چراکه بی‌تردید تصرف در ثمن و مثن، از آثاری است که از صحت معامله قابل انفکاک نیست؛ بنابراین نهی از تصرف در ثمن و مثن معادل با نهی از صحت معامله است و مال بر ملکیت مالک قبلی، باقی است. (منتظری، نه‌ایة الاصول ۲۸۷) اما قسم دوم نهی مولوی که نهی تحریمی متعلق به پیکر معامله است، گاهی این نهی به اعتباری نفسانی است که قائم به متعاملین است و گاهی متعلق به مبرز خارجی است که از متعاملین صادر می‌گردد. توضیح آن اینست که در نهی مولوی از پیکر معامله، چهار عنصر موجود است.

عنصر اول: اعتبار ملکیتی که مستند به طرفین عقد است.

عنصر دوم: اعتبار ملکیتی که مستند به اعتبار عقلاء است.

عنصر سوم: اعتباری که مستند به شارع مقدس است.

عنصر چهارم: اظهار اعتبار نفسانی با مظهر خارجی اعم از لفظ یا فعل.

عنصر سوم، خارج از بحث است؛ از آنجا که اعتباری است که مستند به شارع است، این اعتبار قابلیت نهی ندارد؛ زیرا این امر از امور اختیاری شارع است و از قدرت مکلف خارج است؛ به علاوه اینکه؛ اگر این اعتبار مغبوض شارع بود، چرا آن را به وجود آورد (روحانی، منهاج الفقاهة، ۱ / ۲۱).

پس باید به سراغ عنصر دوم رفت؛ اعتبار مستند به عقلاء که از آن تعبیر به مسبب عرفی یا امضای عقلاء می‌کنند، این نیز قابل نهی نیست، چراکه اعتبار نهی به آن، خارج از حیطة قدرت

طرفین معامله است. نکته دیگر اینست که؛ در اینجا قدرت بر سبب، قدرت بر مسبب نیست؛ چون طرفین معامله بیع ربوی نیز نکنند، عقلاء دست از اعتبار خود بر نمی‌دارند. با ابطال این فرض، خطای سخن محقق نائینی اینجا روشن گشت؛ زیرا ایشان به این باور است که؛ متعلق نهی تنها مسبب خارجی است (همان).

دو عنصر باقی می‌مانده است؛ عنصر اول و عنصر چهارم؛ عنصر اول اینکه نهی اعتبار مستند به طرفین عقد است؛ عنصر چهارم نیز نهی از آنچه که مبرز و مظهر خارجی است و بر هر یک از این دو اعتبار، نهی دال بر فساد نیست، آنچنان که دال بر صحت نیز نمی‌باشد. بنابراین اعتبار اینکه نهی به مبرز خارجی تعلق گرفته باشد؛ روشن است که حرمت ندارد، چراکه نهی از انشاء است و در گذشته به نقل از محقق خراسانی ذکر گردید که نهی از انشاء، به هیچ وجه دالالتی بر صحت یا فساد ندارد. (همان)

بنا بر عنصر اول؛ که تعلق نهی بر اعتبار نفسانی طرفین عقد باشد؛ دو وجه برای فسادگفته شده است؛ که هیچ کدام از آن دو؛ به نظر صحیح نمی‌رسد. وجه اول مبنای محقق نائینی است و آن اینست که در صحت معامله اعتبارهای سه‌گانه‌ای لازم است؛ اول؛ اینکه متعاملین مالک عین یا در حکم مالک باشند؛ دوم اینست که؛ طرفین عقد، محجور از تصرف نباشند، از آن جهت که حق غیر به آن تعلق گرفته است، یا از این جهت که اسباب حجر عارض گشته است تا برای متعاملین سلطنت فعلیه بر مال وجود داشته باشد. سوم اینکه، معامله با سبب قولی یا فعلی وجود پیدا کند.

زمانی که نهی به مسبب تعلق گیرد، یعنی به آن اعتبار نفسانی یا به عبارت دیگر؛ به آن ملکیتی که انشاء شده است، مانند زمانی که نهی شده است؛ از اینکه قرآن را به کافر بفروشیم، نهی شارع، عاجز کننده مکلف، از انجام سلطه بر انجام آن، فعل است و سلطنت مکلف بر این فعل را بر می‌دارد. به اعتقاد نائینی از شرایط صحت معامله، سلطه فعلیه، بر تصرف در عین است و نهی مولی موجب از بین رفتن، سلطنت شخص، در تصرف عین می‌شود، پس معامله باطل است. اشکال این سخن اینست که؛ اولاً ایشان گمان کرده است که؛ سلطنت شرعیه فعلی، شرط صحت معامله است و همواره بایستی در معاملات باشد، در صورت نبودن فساد بر معامله عارض می‌گردد. سلطنت وضعیه متعاقدین بر نقل و انتقال؛ امری بدیهی است؛ اما اینکه این نهی موجب برای سلب این سلطه شود، این سخن تازه اول کلام است. به طور کلی حرمت تنها سلطنت وضعی را بر نمی‌دارد. چرا که تنافی بین حرمت و صحت معامله وجود ندارد.



وجه دوم؛ روایات نکاح عبد، بدون اذن مولا است که مفاد آن صحت عقد نکاح، بعد از اجازه مولا است و در این روایات تعلیلی ذکر گردیده است که؛ عبد مذکور، خداوند را معصیت نکرده است؛ بلکه مولای خود را عصیان نموده است. وجه استدلال اینست که؛ چهار احتمال در مراد از عصیان متصور است:

اول اینکه؛ مراد از عصیان در هر دو فقره حدیث عصیان وضعی باشد. دوم اینکه؛ مراد از عصیان در دو فقره تکلیفی است. سوم اینکه؛ مراد از عصیان در فقره اول تکلیفی باشد؛ اما مراد از عصیان در فقره دوم وضعی است.

چهارم اینکه؛ عکس صورت قبلی است. (روحانی، منهاج الفقاهة، ۱ / ۲۱).

دو احتمال اخیر به خاطر عدم تناسب با وحدت سیاق صحیح نیست. دو احتمال اول باقی می‌ماند و ظاهر اینست که مراد از عصیان همان احتمال اول؛ یعنی حرمت وضعی است؛ و این به خاطر دو وجه است. اول اینست که انشاء بیع و تزویج تصرف عرفی نیست؛ تا اینکه حرام باشد و لذا انشاء بیع عبد برای دیگران به اجازه مولای عبد بستگی ندارد. دوم اینست که؛ معصیت مولا شرعا حرام است و معصیت مولا مثل معصیت خداوند متعال است. پس چگونه متصور است که؛ فعلی معصیت مولا باشد؛ اما معصیت خداوند نباشد؛ بنابراین مراد از معصیت مولی معصیت وضعی است؛ یعنی نکاح عبد غیر نافذ می‌باشد. خلاصه اینکه نکاح باطل نیست؛ بلکه با اجازه مولا نافذ است و صحت آن در حدوث و بقاء به رضایت مولا بستگی دارد. موبد آنچه ذکر شد؛ اینست که؛ مراد از عصیان در دو فقره حدیث معصیت وضعی است؛ تمثیل امام علیه السلام است، در صحیحه دوم به نکاح در زمان عده و آنچه شبه آن است. خلاصه اینکه دلیلی بر اینکه نهی تحریمی دال بر فساد است؛ وجود ندارد. (همان)

و از آنچه خاطر نشان شد؛ روشن است که نهی از مسبب؛ آنچه‌ای که کاشف از فساد عقد نیست؛ حاکی از صحت نیز نمی‌باشد؛ چراکه به دو وجه بر صحت استدلال شده است و که هر دو وجه نیز کاملا مخدوش است؛ اول اینکه؛ نهی از نقل و انتقال صحیح نیست؛ جز در زمانی که امکان ایجاد آن نقل و انتقال برای مکلف وجود داشته باشد، پس زمانی که از مسبب نهی گردد، بایستی معامله به دلالت التزامی صحیح باشد. (روحانی، منهاج الفقاهة؛ ۱ / ۲۱).

محقق داماد، از فقهای مدرسه قم؛ نهی تحریمی را موجب فساد یا صحت ندانسته است و سرّ معما از نظر ایشان اینست که؛ ملازمه‌ای بین حرمت و فساد معامله نیست؛ چرا که حکم وضعی و تکلیفی دو حکم جداگانه هستند و از طرفی احکام تابع مصالح و مفاسد است و

امکان دارد، مصالح و مفاسد حکم وضعی با حکم تکلیفی هم سو نباشد؛ بنابراین ایرادی نیست که؛ غرض شارع در حکم وضعی به صحت تعلق گیرد و از جهتی حکم تکلیفی حرمت باشد. ایشان پس از این بیان «پاشنه آشیل» نظریه ابوحنیفه و شیبانی را هدف قرار داده است و استدلال آن‌ها را تنها زمانی قابل اتکا می‌داند؛ که امری از امور واقعی باشند؛ نه زمانی که نهی از نقل و انتقال از قبیل امور اعتباری نزد طرفین عقد است (رک: طاهری، المحاضرات؛ ۱/ ۳۷۴).

توضیح افرون اینکه نظر ابوحنیفه و دیگران، تنها زمانی صحیح است که؛ متعلق نهی، اعتبار مستند به شارع باشد و در گذشته نامعقول بودن نهی از اعتبار مستند به شارع اثبات گردید. آنچه فرضی صحیح دانسته شد؛ اینکه متعلق نهی اعتباری است که مستند به طرفین معامله است و این اعتبار در حیطة قدرت متعاملین است، هرچند شارع معامله مذکور را ناصواب قلمداد کند. محقق خوئی نیز در نظری مشابه، نهی تحریمی از معامله را باعث فساد عقد ندانسته است (خوئی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۳۰).

### نتیجه‌گیری

نقطه ثقل دانش فقه، حکم است و هر صادره شرعیه، در قالب نهی؛ واجد عقاب اخروی نیست؛ همچنین دانستید؛ که نهی سه قسم مولوی، ارشادی و تشریعی است. عقد از مقوله معناست و قول یا فعل، مبرز آن می‌باشد و حقیقت معامله، همان قصد انشای طرفین عقد است. آنچه در این نگاهت روشن گردید، اینست که آنچه موضوع حرمت در معاملات حرام است، همان تراضی بین طرفین عقد است. به شرط این که تراضی، به وسیله قول یا فعل آشکار شود؛ که دیدگاه آیات عظام، بروجردی، خمینی و خوئی می‌باشد. از رویکرد روش‌شناسی نیز حرمت معامله، نیاز به دلیلی فراتر از دلیل حرمت خود شیء دارد. بر مبنای برخی فقیهان زمانی که نهی تحریمی به پیکر معامله بخورد؛ معامله از ریشه خراب است و به باور برخی دیگر؛ نهی تحریمی از معامله ملازمه با فساد بیع ندارد. به نظر می‌رسد؛ با توجه به اینکه نهی از معامله و اقتضای فساد بحثی لفظی است؛ و از سویی؛ اگر نهی تحریمی به بدنه جامعه و عرف عرضه گردد؛ اهل بازار که آنان به طور ضمنی موازنه تملیک در برابر تملیک را در آینه‌ی، موازنه در تسلیم عوضین مشاهده می‌نمایند؛ نهی از انشاء را در حقیقت نهی، از آثار معامله می‌دانند؛ و معامله را ریشه خراب می‌شمرند؛ بنابراین نظر بروجردی و امام خمینی که با ادله معتبر خویش؛ نهی از معاملات را حاکی از فساد دانسته‌اند؛ معتبر و مورد تایید است. دیدگاه محقق داماد و

خوبی نیز هرچند، نظری به جد استوار و منطقی می‌باشد، اما چون تحلیل آنها اندکی دور از مناسبات عرفی جامعه است، به نظر صحیح نمی‌رسد.

## منابع

### قرآن کریم

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، *غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، در یک جلد، قم - ایران، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول ۱۴۱۷ ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقانیس اللغة*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ایران، چاپ اول ۱۴۰۴ ق.
- ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی، *حاشیة المکاسب* (للایروانی)، تهران - ایران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۶ ق.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایه الاصول*، قم، مؤسسه آل‌البت (علیهم السلام)، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.
- آل‌کاشف‌الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجلة*، نجف اشرف - عراق، المكتبة المرتضویة، چاپ اول ۱۳۵۹ ق.
- بروجردی، حسین، *نهاية الأصول*، مقرر: شیخ حسین علی منتظری، تهران، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- حسینی روحانی، صادق، *منهاج الفقاهة* (لروحانی)، قم - ایران، انوار الهدی، چاپ پنجم، ۱۴۲۹ ق.
- خمینی، روح‌الله، *المکاسب المحرمة*، قم - ایران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- \_\_\_\_\_، *مناهج الوصول إلى علم الأصول*، مقرر: شیخ محمد فاضل لنکرانی، قم، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- خوبی، ابو القاسم، *مصباح الفقاهة* (المکاسب)، بی‌جا، بی‌تا.
- شهید اول محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، قم - ایران، کتابفروشی مفید، چاپ اول بی‌تا.
- \_\_\_\_\_، *اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية*، در یک جلد، بیروت - لبنان، دار التراث - الدار الإسلامية، چاپ اول ۱۴۱۰ ق.

- شیرازی، محمد تقی، *حاشیه المکاسب* (للمیرزا الشیرازی)، قم - ایران، منشورات الشریف الرضی، چاپ اول ۱۴۱۲ ق.
- طباطبایی، محمد بن علی، *کتاب المناهل*، در یک جلد، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول بی تا.
- طریحی، فخر الدین بن محمد، *مجمع البحرین*، تهران - ایران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، تهران - ایران، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، در یک جلد، بیروت - لبنان، دار الكتاب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء* (ط - الحدیثة)، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول ۱۴۱۴ ق.
- \_\_\_\_\_، *مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة*، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- \_\_\_\_\_، *نهاية الأحكام فی معرفة الأحكام*، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.
- محقق داماد، محمد، *المحاضرات* (مباحث اصول الفقه) مقرر: سید جلال الدین طاهری اصفهانی، اصفهان، چاپ اول ۱۳۸۲.
- منتظری، حسینعلی، *دراسات فی المکاسب المحرمة*، انتشارات ارغوان دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *مستند الشيعة فی أحكام الشريعة*، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.