فهرست مطالب

[مقدمه 2](#_Toc378146254)

[نوع اول الاكتساب بالأعيان النجسة عدا ما استثني‌ 2](#_Toc378146255)

[نوع دوم ما يحرم لتحريم ما يقصد به 2](#_Toc378146256)

[قسم اول مالايقصد من وجوده علي نحوه الخاص الا الحرام 2](#_Toc378146257)

[قسم دوم ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرّمة 2](#_Toc378146258)

[تفاوت قسم دوم با قسم اول 3](#_Toc378146259)

[قسم اول از قسم دوم اشتراط منفعت حرام در معامله 3](#_Toc378146260)

[انواع اشتراط ضمن عقد 3](#_Toc378146261)

[اقسام اشتراط به حرام در معامله از حیث ذکر انتفاع حرام 4](#_Toc378146262)

[شمول بحث نسبت به حرمت وضعی 4](#_Toc378146263)

[اقوال در مسئله 4](#_Toc378146264)

[شرط مخل و مضر در محل بحث 5](#_Toc378146265)

[عدم اختصاص محل کلام به بیع 5](#_Toc378146266)

[دلیل مرحوم امام بر حرمت وضعی 6](#_Toc378146267)

[انواع اشتراط در عقد از حیث مخالف یا عدم مخالفت با مقتضای عقد 6](#_Toc378146268)

[توضیح و بیان دلیل مرحوم امام 7](#_Toc378146269)

[چگونگی تطبیق کبرا در محل بحث 7](#_Toc378146270)

[مناقشه آقای تبریزی بر استدلال مرحوم امام 7](#_Toc378146271)

بسم‌الله الرحمن الرحيم

مقدمه

طبق ترتيبي که مرحوم شيخ براي مکاسب محرمه، تنظيم کرده‌اند مکاسب محرمه و تکسبات حرام به پنج نوع تقسيم کردند.

نوع اول الاكتساب بالأعيان النجسة عدا ما استثني‌

نوع اول: بحث تکسب به اعيان و اشياء نجس و متنجس بود. اين نوع در پانزده مسئله بررسي شد.

نوع دوم ما يحرم لتحريم ما يقصد به

نوع دوم: مکاسبي است که حرمت آن‌ها به خاطر تحريم ما يُقصد به است. معاملاتي که حرمت آن‌ها به اين خاطر است که مقصود از آن معاملات انجام یک کار حرام و غير مشروع است. در اين نوع، حرمت معامله به خاطر حرمت نتيجه معامله و آن جهتي است که براي آن جهت معامله انجام مي‌گيرد. مرحوم شیخ اين نوع دوم را به سه قسم تقسيم کرده‌اند:

 قسم اول مالايقصد من وجوده علي نحوه الخاص الا الحرام

قسم اول: «مالايقصد من وجوده علي نحوه الخاص الا الحرام» آن معاملاتي است که تعلق به اموري می‌گیرد که منفعت غالبه آن، فعل حرام است و آن چيزي که معامله به آن تعلق گرفته است، براي يک امر محرّمي تنظيم و ساخته شده است، مثل بت و آلاتي که اصل کار آن‌ها براي معصيت است. اقسام و انواع اين نوع بحث شد.

 قسم دوم ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرّمة

قسم دوم: «ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرّمة»

تفاوت قسم دوم با قسم اول

در قسم اول از نوع دوم، معامله به چيزي تعلق می‌گیرد که ذات آن مورد معامله، غالباً براي امر حرام ساخته شده است مثل بت و آلات لهو و لعب و... که از ابتدا براي گناه ساخته‌شده‌اند.

در قسم دوم از نوع دوم، مورد معامله ذوجهتين و ذومنفعتين است هم منفعت محلله عقلائيه و هم منفعت محرمه دارد که رواج دارد. در قسم اول، اصل منفعت محرمه بود و گاهي نادراً منفعت حلالي براي آن فرض می‌شود مثل اینکه بت را برای نگهداری در موزه معامله می‌کنند، اما در قسم دوم، اصل در آن منفعت، منفعت محرمه نيست بلکه هم منفعت محلله دارد و هم منفعت محرمه دارد، ولي يک طرف يا هر دو طرف معامله قصد کردند و يا شرط کردند که استفاده حرام از کالا بشود و غالب يا بخش زيادي از اشيايي که در عالم هست، از همين قسم است. مثل عِنب و سلاح که هم براي استفاده حرام کار می رود و هم در امور حلال استفاده می‌شود

برای قسم دوم از نوع دوم، سه قسم در کتاب مکاسب ذکر شده است که البته منحصر به این سه قسم نیست و اقسام دیگری هم می‌توان برای آن ذکر کرد.

قسم اول از قسم دوم اشتراط منفعت حرام در معامله

قسم اول از قسم دوم: در متن معامله، شرط منفعت محرم و انتفاع حرام بشود، و يا اين که معامله مبني بر اين کار حرام و منفعت حرام صادر بشود. مثل اين که در متن معامله، شرط کند که من عنب را به شما می‌فروشم به شرط اين که تبديل به خمر بکنيد و يا سلاح را به شرط قتل نفس محترمه بفروشد

 انواع اشتراط ضمن عقد

اشتراط ضمن عقد، حداقل سه نوع است:

1. نوع اول تصریح به شرط به صورت تفصيلي در ضمن عقد بشود و عين آن شرط را ذکر کند مثل اینکه در ضمن عقد می‌گوید «بعتک لتنتفع به في المحرم، لتجعله خمراً».
2. نوع دوم این است که شروط پيش دو طرف معلوم است ولي بالاجمال در ضمن عقد می‌آید، می‌گوید مع الشروط المعلومة، شروطي که بحث کرديم.
3. نوع سوم این است که حتي بالاجمال هم ضمن عقد نمی‌آید ولي عقد مبني بر آن شرط است، توافق بر يک اموري کردند و بر اساس آن امور معامله می‌کنند بدون اين که حتي به شرط معلوم در ضمن معامله اشاره بکنند و در ضمن عقد هم نیامده است.

اين شروط ضمن عقد نافذ است و صحیح است و اگر عقد لازم بود، اين شروط هم لازم می‌شود.

اقسام اشتراط به حرام در معامله از حیث ذکر انتفاع حرام

1. يک قسم این است که شرط عدم انتفاع به حلال می‌کند، و در اين قسم استفاده تحريمي را ذکر نمی‌کند و نسبت به آن ساکت است
2. يک قسم اين است که شرط عدم انتفاع به حلال و انتفاع به نحو محرم به صورت انحصاری می‌کند. مثل اين که می‌گوید من اين انگور را به تو می‌فروشم به اين منظور که فقط به خمر تبديل بکني و در بازار بفروشي.
3. يک قسم اين است که شرط می‌کند به انتفاع محرم، ولي ممکن است شرط نکند عدم انتفاع به حلال را و بگويد من به اين شرط می‌فروشم به شرط انتفاع محرم و در مورد عدم انتفاع به حلال و يا انتفاع به آن حلال حرفي نمي زند.

آن قسمي که مقصود فقها است، قسم دوم است که به صورت انحصاري شرط می‌کند که از مورد معامله منفعت حرام ببرد نه منفعت حلال و آن را نفی کند. مثل اين که می‌گوید من اين انگور را به تو می‌فروشم فقط به اين منظور که به خمر تبديل بکني و در بازار بفروشي.

امام اشاره به اين قسم می‌کنند و البته با يک نوع اجمال و ابهامي از اين مطلب عبور کردند.

شمول بحث نسبت به حرمت وضعی

بحث از حرمت، هم شامل حرمت تکليفي و هم شامل حرمت وضعي می‌شود و لو اينکه شیخ در مکاسب محرمه در بحث بيشتر تکيه بر مکاسبي کرده‌اند که حرمت تکليفي دارد، ولي شیخ و فقها عملاً در طي بحث، هم درباره حرمت تکليفي و هم درباره حرمت وضعي بحث می‌کنند و مباحثي که اينجا مطرح می‌شود اين است که آيا معامله در موارد مذکور، شرعاً حرام است يا نه؟ و اینکه معامله وضعاً فاسد است يا نه؟

اقوال در مسئله

اقوال در مسئله به اجمال اين گونه است:

1. حرمت تکليفي دون الوضعي، فروش يک کالایی که داراي دو منفعت حلال و حرام است ولي با شرط منفعت حرام، و استفاده انحصاري حرام به فروش می‌رسد، حرام است ولي باطل نيست. که ظاهر کلام آقاي خویی رحمة الله عليه اين قول است
2. حرمت تکليفي و وضعي، ظاهر قول دوم اين است که هم حرام و هم باطل است و ظاهر کلام مرحوم شيخ اين قول است یعنی هم تکليفا شخص مرتکب حرام شده است و هم معامله او وضعا باطل است.
3. حرمت وضعي دون التکليفي، معامله حرمت تکلیفی ندارد ولي باطل است که ظاهر کلام بعضي از علما این قول است
4. عدم الحرمة لاتکليفاً و لاوضعاً، معامله نه حرام است و نه باطل است. ظاهر کلام آیت‌الله تبريزي این قول است.

در بين عامه هم اين اختلاف وجود دارد البته مشهور بين عامه و خاصه حرمت تکليفی و وضعی است که ظاهر جواهر و مکاسب هم همین نظر است.

شرط مخل و مضر در محل بحث

معامله به قصد انتفاع محرم، گاهي به اين صورت است که شرط در کلام بايع می‌آید و گاهي در کلام مشتري و گاهي در کلام هر دو می‌آید. آن صورتی مقصود و محل بحث است که طرفین بر آن توافق کرده‌اند يعني شرطي که هر دو بر اساس آن معامله را جاري می‌کنند مثلاً بایع می‌گوید بعتک هذا العنب لتجعله خمراً، یا اینکه بعتک هذا السکين يا هذا السلاح لتقتله مؤمنا و مشتری هم در جواب می‌گوید قبلت هکذا و اشتريت هکذا. اين مورد، محل بحث ماست و الا اگر يکي شرط بکند ولي ديگري آن را نپذيرد طبعاً از محل بحث خارج است و مانعي ندارد چون شرطي نافذ و مخل و مضر می‌شود که طرفین بر آن توافق بکنند

عدم اختصاص محل کلام به بیع

بحث ما در اشتراط حرام در معامله اختصاص به بيع ندارد بلکه نسبت به اجاره و ساير معاملات هم تسرّي دارد. فرقی ندارد که عنب را معامله بکند به شرط اینکه با آن خمر درست کنند یا اینکه مغازه را به شرط اين که در اين مغازه خمر فروخته بشود اجاره بدهد، اين صورت هم داخل بحث است ولو اين که ادله شامل برخي از موارد بشود و شامل برخي موارد نشود ولي بحث ما همه معاملات را که در آن شرط انتفاع انحصاري محرم بشود شامل می‌شود.

دلیل مرحوم امام بر حرمت وضعی

صغرا: شرط منفعت محرّمه در معامله، شرط خلاف مقتضاي عقد است.

کبرا: شرط مخالف مقتضاي عقد، موجب بطلان عقد است.

پس شرط منفعت محرمه در معامله موجب بطلان عقد است.

انواع اشتراط در عقد از حیث مخالف یا عدم مخالفت با مقتضای عقد

 در شرايط ضمن عقد این مطلب بیان شده است که ما دو نوع شرط داريم:

1. يک نوع شرط که خلاف مقتضاي عقد است و با اصل عقد سازگاري ندارد و مخالف طبيعت معامله و عقد هست
2. يک نوع دیگر شرط که خلاف مقتضاي عقد نيست ولي شرط فاسد و حرام است

حکم اين دو نوع شرط متفاوت است. در حکم نوع دوم که شرط فاسد است، بين فقها اختلاف نظر وجود دارد. در اینکه شرط فاسد جايز نيست، اختلافی نیست و همه این مطلب را قبول دارند اما اين که شرط فاسد، عقد را هم فاسد می‌کند يا نه، اختلاف است. عده‌ای قائل‌اند که شرط فاسد، فقط خودش فاسد است و موجب فساد عقد نمی‌شود ولي برخي می‌گویند شرط فاسد عقد را هم فاسد می‌کند.

در حکم نوع اول که شرط خلاف مقتضاي عقد می‌باشد، اختلافي نيست، اين شرط، عقد را باطل می‌کند براي اين که انشاء عقد با اين شرط ناسازگار است يعني در خود انشاء يک عدم سازگاري و تهافت و تعارضي است که موجب می‌شود که گويا عقد انشاء نشده است. بنابراين، در کبرا قضیه که می‌گوید شرط خلاف مقتضاي عقد، باطل و مبطل است، محل بحث نيست بر خلاف شرط فاسدي که خلاف مقتضاي عقد نيست. مثال ِشرط خلاف مقتضاي عقد که همه هم قبول دارند: من اين را به تو می‌فروشم به شرط اين که تو مالک اين نشوي. اين خلاف مقتضاي عقد است. چون معنای فروختن، تمليک مال به دیگری است. اما مثال شرط فاسد مثل اين که بگويد من اين معامله را با شما می‌کنم به شرطي که پنجاه متر به هوا بپري. پريدن به هوا چون مقدور نيست، فاسد است و ارزشي ندارد. اين شرط فاسد آيا مفسد عقد است يا نه، محل بحث است ولي اين شرط، خلاف مقتضاي عقد نيست.

در اين‌که شرط خلاف مقتضاي عقد چيست و دامنه‌اش تا چه حدي است، اختلاف وجود دارد است،

بنابراین کبراي قياس محل وفاق است چون هر جا شرط خلاف طبيعت عقد باشد همه بطلان عقد را قبول دارند منتهي اين که در چه مواردی اين شرط، خلاف مقتضاي عقد است اختلاف صغروي وجود دارد که بعداً به آن اشاره می‌کنیم.

توضیح و بیان دلیل مرحوم امام

نکته مهم و محل مناقشه در استدلال حضرت امام به اين قاعده بحث صغروي قضيه است که می‌فرماید شرط انتفاع انحصاري محرم، خلاف مقتضاي عقد است و چون خلاف اقتضاي عقد است، این عقد فاسد و بی‌ارزش است و نيازي به ادله ديگر «از قبيل اکل مال بالباطل، اعانه بر اثم، و..» نداريم و قبل از تمسک به هر دليل دیگر، می‌گوییم اين شرط، شرطي است که با ذات عقد سازگار نيست و لذا عقد را بی‌ارزش می‌کند.

چگونگی تطبیق کبرا در محل بحث

حضرت امام می‌فرمایند:

قوام معامله به اين است که معامله بر مال ـ چيزي که ارزش داشته باشد ـ واقع شده است و ماليت هم به آن منفعت محلله اي است که عندالعقلاء و شرع قابل‌قبول باشد و اگر منفعت ارزشي نداشته باشد، در حقيقت ماليتي وجود ندارد و عقدي هم مصداق پيدا نمی‌کند.

مثلاً در مورد بحث عنب يک منفعت محلله دارد و يک منفعت محرمه دارد. منفعت محرمه آن که از نظر شارع ملغي است و شارع منفعت محرمه را قبول ندارد و ماليت از حيث منفعت محرمه، از جانب شارع ملغي است و منفعت محلله‌اي را هم که شارع قبول دارد متعاقدین به‌واسطه شرط ضمن عقد ملغی کرده‌اند، و در حقيقت شرطي آورده‌اند که با عقد سازگاري ندارد و معناي عقد و فلسفه خواندن عقد براي اين است که ملکیت و انتفاع بردن از کالا به دیگری انتقال پیدا کند اما انتفاع بردن به نحو حرام از جانب شارع ملغي است و انتفاع حلال هم که در ضمن عقد به‌واسطه شرط منتفی شده است، پس شرط موجود، منافي مقتضاي عقد است؛ چون شرط ماليت را الغاء می‌کند، منفعت محرمه که موجب ماليت نمی‌شود و منفعت محلله که با شرط او برداشته می‌شود. نتيجه اين می‌شود که ماليت را برمی‌دارد و وقتي چيزي، ماليتي ندارد نمی‌تواند تمليک بکند. خلاصه مطلب این است که اين شيء دو منفعت دارد، منفعت محرم که شارع آن را الغا کرده است و منفعت حلال را هم متعاقدین هنگام عقد الغا کرده‌اند، پس تمليک، تمليک بی‌خاصیت می‌شود و منافي با اصل عقد می‌باشد

مناقشه آقای تبریزی بر استدلال مرحوم امام

اين بيان از طرف آقاي تبريزي مورد مناقشه واقع شده است.

بيان آقاي تبريزي نسبت به دليل حضرت امام: اشتراط حرام در ضمن عقد مصداق قاعده کلي و کبراي شرط منافي با مقتضاي عقد نيست. چون مفهوم شرط منافي با مقتضاي عقد، اين است که شرطي بکند که با قصد انشاء معامله سازگار نباشد، چون هدف از معامله انشا ملکیت است و اگر شرطی که با این انشا ملکیت سازگار نباشد بکند، اين شرط خلاف مقتضاي عقد می‌شود، اما اين که شرط بکند که انتفاعي برده شود يا برده نشود، اين منافي با مقتضاي عقد نيست. مثال برای شرط منافی با مقتضای عقد این است که در ضمن عقد بیع، شرط عدم ملکیت بکند براي اين که تمليک بلا تملّک، ذاتاً متناقض و متهافت است، هر تمليکي، تملکي در پي دارد اما شرط عدم انتفاع، خلاف مقتضاي عقد نيست چون گاهي يک حکمت نادر و فلسفه‌ای در اين نوع معامله است که به خاطر آن حکمت نادر این‌گونه عقد می‌خوانند و اين خلاف مقتضاي عقد نيست.