

## بررسی قاعده طلقیت

محمود یوسف وند\*، هادی غلامرضاروی\*\*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۲/۰۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۳/۰۷)

### چکیده

یکی از قواعد فقهی طلقیت می باشد بدین معنا که عوض یا مبیع یا هر آن چه که قرار است نقل و انتقال داده شود آزاد باشد و متعلق حقی نباشد. در این مقاله پاسخ داده می شود که آیا طلقیت جزء قواعد فقهی می باشد یا مسائل فقهی یا قاعده اصولی؟ آیا این طلقیت قاعده مستقل و یک اصل می باشد یا خیر؟ آیا طلقیت از شرایط عوضین می باشد یا موانع می باشد؟ در این مقاله سعی شده است که به این سوالات با مطالع کتاب ها و فیش برداری و مراجعه به کتب فقهی و جمع بندی نظر فقها با روش توصیفی و تحلیلی انجام شود. آن چه که بنظر می رسد این است که طلقیت قاعده فقهی می باشد و یک اصل می باشد که بر مسائل فقهی کثیره ای در ابواب فقهی مختلف جاری می باشد و در قسمت موانع عقد باید از آن بحث شود و با عدم بودنش باعث عدم صحت عقد می گردد. این قاعده جز قواعدی می باشد که از مجموع روایات استنباط شده است و روایتی خاص در این مورد وجود ندارد.

### کلیدواژگان

تصرف، حق، سلطه، مالک، مبیع.

---

\* دکتری فقه و حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

\*\* نویسنده مسئول: دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

رایانامه: hadyra94@gmail.com

## مقدمه

بحث بیع گرچه مباحث فراوانی دارد اما عناصر محوری بیع را سه محور تشکیل می‌دهد: محور اول مربوط به حقیقت عقد، محور دوم شرایط عقد و محور سوم موانع عقد است.

از جمله مباحث محور دوم، شرایط متعاقدین یا معقود علیه می باشد. یکی از شرایط معقود علیه اصل مالیت است که عوضین باید مال باشند. اگر چیزی مال نبود یا در فضای عُرف مال بود ولی در فضای شرع مال نبود مانند خمر و خنزیر چنین چیزی خرید و فروشش باطل است. (ر.ک. انصاری، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۱۱۰)

از دیگر شرایط عوضین این است که آزاد باشد و متعلق حقی نباشد. این قاعده را برای اولین بار محقق حلی و علامه حلی بیان نموده اند و این را از شرایط عوضین می دانند. (ر.ک. مروج جزائری، ۱۴۱۶، ج ۶، ص ۴۸۳)

مرحوم محقق حلی (ره) در کتاب شرائع میفرماید: «أن یکون طلقاً فلا یصح بیع الوقف ما لم یؤد بقاؤه إلی خرابه لاختلاف بین أربابه...». (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۱) اما علامه حلی در کتاب قواعد با لفظی دیگر این قاعده را بیان نموده اند و می فرمایند: «و یشرط فی الملك التمامیه، فلا یصح بیع الوقف إلاً أن یؤدی بقاؤه إلی خرابه لخلف أربابه». (حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۳)

محقق حلی از این قاعده با نام طلقیت یاد می کند (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۱) ولی علامه حلی با لفظ تمامیت از این قاعده یاد می کند (حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۳) که هر دو لفظ تمامیت و طلقیت به یک معنا می باشد (مروج جزائری، ۱۴۱۶، ج ۶، ص ۴۸۳) و بعد از بکار بردن این اصطلاح توسط محقق حلی و علامه حلی در بین دیگر فقها این اصطلاح رایج شد که مرحوم جزائری به نام بعضی از فقهای که این اصطلاح را در آثارشان ذکر کردند اشاره می کنند و می فرمایند: «کالشهیدین (شهید اول، ۱۴۱۰، ص ۱۰۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۵۳) و المحقق الثانی (کرکی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۹۷) و الفاضل السبزواری (سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۴۵۴) و المحدث البحرانی (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۸، ص ۴۳۸) و الفاضل النراقی (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۴، ص ۳۰۷) قدس سرهم». (مروج جزائری، ۱۴۱۶، ج ۶، ص ۴۸۳)

در کتب اهل سنت نیز اشاره به این شده که مبیع متعلق حقی نباید باشد. هبه الزحیلی می فرماید اگر مبیع مملوک بایع باشد بنا بر مذهب حنفیه و مالکیه شرط نفوذ در عقد می باشد و نزد شافعیه و حنابله شرط انعقاد عقد می باشد، پس بنا بر مذهب اولی (حنفیه و مالکیه) بیع فضولی و فروش آن موقوف به اجازه می باشد و بنا بر مذهب دومی (شافعیه و حنابله) عقد باطل می باشد. اما شرط اینکه آیا مبیع متعلق حقی می باشد یا خیر؛ بنا بر مذهب حنفیه و مالکیه شرط نفوذ در عقد می باشد و نزد شافعیه و حنابله شرط انعقاد عقد می باشد؛ پس بنا بر اولی بیع فضولی و فروش آن موقوف به اجازه می باشد و بنا بر دومی باطل می باشد. در این جا بین مملوک بایع و تعلق گرفتن حق فرق قائل شده اند. (هبه الزحیلی، ۱۹۹۷م، ج ۵، ص ۵۵)

قبل از بحث درباره مدلول قاعده طلق، شایسته است بحثی درباره آن شود که آیا این مسئله فقهی می باشد یا اینکه قاعده می باشد و اگر قاعده می باشد قاعده فقهی است یا اصولی.

### طلقیت قاعده فقهی

برای قاعده فقهی تعاریف گوناگونی شده از جمله تعریف آیت الله مکارم شیرازی می باشد که می فرماید: قاعده فقهی احکام عامی می باشد که به مسائل فقهی بسیاری ارتباط می یابد. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۲۰)

حسن بجنوردی می فرماید: قواعد فقه احکام کلی فرعی می باشند که منطبق بر موارد جزئی کثیری در ابواب مختلف فقهی می باشد. (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۵)

محمد تقی حکیم می فرماید: قاعده فقهی کبری قیاس که در اکثر ابواب فقهی برای استنباط حکم شرعی فرعی یا وظیفه ای شبیه آن جاری است. (حکیم، ۱۴۲۰، ص ۳۸)

محقق داماد میفرماید: باید گفت قواعد فقه، فرمول‌های بسیار کلی هستند که منشأ استنباط قوانین محدودتر می‌شوند و به یک مورد ویژه اختصاص ندارند، بلکه مبنای قوانین مختلف و متعدد قرار می‌گیرند. به یک اعتبار، قواعد فقه بخشی از مسائل فقه و به اعتباری دیگر، از مسائل علم اصول فقه هستند و وجوه مشترکی با هر دو دارند، ولی تفاوت‌هایی نیز بین آن‌ها مشاهده

می‌شود؛ بدین توضیح که با مسائل علم اصول این تفاوت را دارند که قواعد فقهی چنان نیستند که فقط واسطه و وسیله استنباط و کشف احکام گردند، چرا که قواعد فقهی به یک اعتبار، خودشان «احکام» هستند، نه واسطه‌ای برای کشف، در حالی که مسائل علم اصول چنین وصفی دارند. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۲) بنابراین، قواعد فقهی قضایایی هستند که زیر بنای مسائل فقه قرار می‌گیرند و همان طور که در تعریف آن‌ها گفته شد، منشأ استنباط فروع واقع می‌شوند. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۴) بنابر این تعاریف طلقت قاعده فقهی می‌باشد نه قاعده اصولی، زیرا این قاعده تنها در جهت استنباط احکام شرعی قرار نمی‌گیرد بلکه خود حکم شرعی می‌باشد و با بسیاری از مسائل فقهی در ارتباط می‌باشد.

قواعد فقه با مسائل فقه این تفاوت را دارند که عام و شامل هستند، نه خاص و موردی. به طور مثال، فرق است میان قاعده لا ضرر که یک حکم کلی است با این مسأله که می‌گوید: هرگاه چاه منزل کسی به دیگری خسارت وارد سازد، مالک چاه باید از عهده جبران خسارات وارد برآید. (همان، ج ۱، ص ۳).

توضیح مطلب این که اگر فقیه در موضوع خاصی بحث کند مسئله فقهیه گویند برای مثال گفته می‌شود بیع خمر حرام است، حرام بودن بیع خمر مسئله فقهی است؛ اما اگر گفته شود «یُشترط فی العوضین کونه طلقاً» این قاعده چندین مسئله را زیر پوشش خود دارد برای مثال خرید و فروش وقف یا رهن جایز نیست؛ اگر سوگند ایراد کرده باشد که این را در راه خیر صرف بکند مثل یمین، مثل نذر یا مثل عهده‌ای که شیء را از طلقت بیرون بیاورد، جایز نیست؛ اگر حق‌الخیار به آن تعلق بگیرد جایز نیست؛ اگر حق‌الشبهه به آن تعلق بگیرد جایز نیست. این‌ها مسائل فقهی است اما «یُشترط کونه طلقاً» این قاعده فقهی است برای اینکه مسائل فراوانی، تحت سیطره این قاعده می‌باشد مانند قاعده فضولی که قاعده فقهی است نه مسئله فقهی؛ زیرا قاعده فضولی، قاعده ای می‌باشد که در اجاره و صلح، مزارعه، مساقات، مضاربه، نکاح و سایر ابواب فقهی کارآمدی دارد؛ حال اگر چیزی طرح شد که در بسیاری از ابواب فقهی کارآمد است این را قاعده فقهیه گویند. بر اساس این تعاریف مشخص می‌شود که طلقت جزء قواعد فقهیه است نه جزء مسائل فقهیه.

### مدلول قاعده طلقیت

شیخ انصاری در تعریف طلقیت می فرماید مراد از طلقیت تمامیت سلطنت بر ملک به گونه ای که با ملکش هر آنچه بخواهد انجام دهد و مطلق العنان بر ملکش باشد. (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۱۱۹)

مرحوم جزائری در توضیح سخن شیخ انصاری می فرماید منظور از تمامیت سلطنت بر ملک به گونه ای که با ملکش هر آنچه بخواهد انجام دهد یعنی نیاز به اذن و اجازه کسی نداشته باشد و به عبارت دیگر مالک در تصرف بر ملکش مطلق العنان باشد و در تصرف فرقی بین تصرف خارجی و اعتباری نمی باشد. (مروج جزائری، ۱۴۱۶، ج ۶، ص ۴۸۴)

تبریزی می فرماید مراد از طلق سلطنت مالک به اضافه ای که به سوی مال دارد تام باشد بگونه ای که نقل آن مجاناً یا به معاوضه برای او جایز باشد. جواز منتقل کردن به اعتبار عدم تعلق حق غیر است که (تعلق به حق غیر) مانع از نقل بدون اذن غیر می باشد. (تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۹۵)

مرحوم نائینی می فرماید مراد از طلق مرسل بودن ملک نسبت به مالکش می باشد بدین معنا که سلطنت تمام بر مبیع داشته باشد به گونه ای که هر آنچه بخواهد انجام دهد از فروش آن و یا اجاره دادن آن و هر نوع تغییر و تصرفی که در آن می تواند انجام گیرد و این مرجعش به جواز بیع باز نمی گردد زیرا اشتراط جواز بیع معنی ندارد به این که مبیع جایز بیع باشد زیرا از باب شرط قرار دادن شیء به خودش (جعل الشیء مشروطاً بنفسه) می باشد همانگونه که مرحوم شیخ انصاری این اشکال را کرده است بلکه مرجعش به سوی اشتراط بودن ملک مطلق العنان برای مالک می باشد و سلطنت تام برای مالک می باشد در مقابل سلطنت ناقص که ناشی از تعلق حق غیر به آن می باشد. (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۷۳)

مرحوم کاظمی تستری می فرماید که در این قاعده اجمال می باشد و مستند آن غیر واضح می باشد اگر مراد این باشد که مالک هر گونه بخواهد در آن تصرف کند چنین چیزی که مبنای احکام و فروع بر آن باشد شناخته نشده مگر در موارد خاص و به اعیان موجهه و حق موصی به منافع

عین و حق سکنی به عین تعلق گرفتن نقض می شود. اگر مراد این باشد که شرعاً تمکن به بیع و امثال آن داشته باشد این چنین شرط بیهوده و لغو می باشد و اگر منظور از طلقیت تسلط بر اتلاف عین باشد بعضی از اشکالات قبلی بر این وارد است مضافاً این معنی از خود لفظ بدست نمی آید. و در نهایت مرحوم کاظم تستری نظر خود را می فرمایند که این مصادیق در این نکته مشترکند که از لحاظ وضعی، مانع صحت یا نفوذ معامله اند. با این توضیح که اگر نقص ناشی از اسباب و مصادیق قابل جبران باشد، معامله غیر نافذ خواهد بود، وگرنه معامله باطل است. (کاظمی تستری، بی تا، ص ۱۳۹)

مرحوم آقا شیخ محمدحسین (رضوان الله علیه) در حاشیه خود بر مکاسب می فرمایند در اینجا، مسئله این است که این مبیع باید آزاد باشد نه بایع. اگر مبیع آزاد نباشد؛ قهراً بایع مطلق العنان نمی باشد و البته این اسناد دادن، اسناد بالعرض است. (ر.ک. اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۶۹) اگر بایع جایز التصرف بر مبیع نباشد مثلاً محجور باشد حال چه این محجوریت ناشی از صغیر بودن و یا سفیه بودن و مُفلس بودن و امثال آن باشد؛ در این جا عدم آزادی به بایع مربوط می باشد در حالی که بحث ما درباره مبیع می باشد پس تمام تعاریفی که ذکر شده تعریف دقیق و صحیحی نمی باشد چرا که صحبت از مطلق العنان بودن مالک و سلطنت مالک شده است.

صاحب ارشاد می فرمایند مراد از طلق عدم تعلق حقوق به عوضین می باشد که شارع از آن نهی نموده است و این عبارت مختصر (طلقیت) منتزع از عدم تعلق آن حقوق می باشد مثلاً گفته می شود بیع وقف صحیح نمی باشد یا رهن و یا ام ولد و و دیگر حقوق مانند آن و این ها تفصیل طلق می باشند و فرع بر شرط نمی باشند؛ شرط در حقیقت این است که عوضین وقف یا رهن یا ام ولد نباشند که ملک طلق فرع بر آن می شود و عمده تعرض در جایی می باشد که شارع نهی از بیع نموده باشد. (تبریزی، ۱۴۱۶: ج ۳، ص ۹۵). به عبارت دیگر مبیع باید دارای شرایطی باشد که مالک بتواند تصرف بر مبیع کند از جمله عوضین وقف یا رهن یا ام ولد نباشند که برای اختصار و سهولت بیان آن ها یک لفظ با عنوان طلقیت تعبیر می کنند. پس می توان گفت که طلقیت فرع می باشد و مسائل اصل می باشد.

شایسته است قبل از بیان تعریف قاعده طلقیت اشاره ای به خود معنای طلق شود. آیت الله جوادی آملی می فرماید همان طوری که انسان گاهی آزاد است و گاهی بنده، ملک هم اینچنین است. فرق انسان آزاد و بنده چیست؟ حریت و عبد بودن یک معنای روشنی دارد و آثار روشنی هم دارد. همه ما می دانیم که شخص آزاد به چه کسی می گویند و به چه کسی بنده می گویند. همان طوری که انسان گاهی حر است و گاهی عبد، ملک هم این چنین است گاهی آزاد است و گاهی بسته است. ملکی که حق دیگری به آن تعلق نگیرد این آزاد است و هر کاری می شود کرد، می توان خرید و فروش کرد، می توان تحت یکی از عقود معهوده مضاربه و مضارعه قرار داد و مانند آن. اگر حقی به خود عین تعلق بگیرد این عین را به بند می کشد یعنی شما نمی توانید آن را نقل و انتقال بدهید، اگر بخواهید نقل و انتقال قهری پیدا کند یعنی ارث، نمی شود، اگر بخواهید نقل و انتقال اختیاری بدهید مثل بیع نمی شود، اما مالی که طلق باشد یعنی در بند نباشد کاملاً قابل نقل و انتقال است، هم نقل و انتقال اختیاری مثل بیع و هم نقل و انتقال قهری مثل ارث. (جوادی آملی، درس خارج فقه، جلسه ۵۶۱)

بعد از تبیین خود معنای طلق نظر مرحوم اصفهانی که نظر ایشان صحیح تر به نظر می آید بیان می کنیم. ایشان می فرمایند طلق یا وصف ملک در بیع می باشد و یا وصف سلطنت در بیع می باشد. اگر وصف ملک باشد وصف به حال موصوف می باشد و در صورت دوم وصف به حال متعلق موصوف می باشد پس در صورت اول وصف ملک می باشد و در صورت دوم وصف متعاقدین می باشد.

و ظاهر سخنان قوم این است که مراد اولی می باشد و هیچ وجهی برای تفسیر طلق که مالک مطلق العنان باشد وجود ندارد و تقیید این که در شروط عوضین طلقیت معتبر می باشد تفسیر می شود به این که تام باشد و تمامیت به معنای شدت و نقص در این جا غیر معقول می باشد زیرا بحث از شدت و ضعف مربوط به این مقام نمی باشد و این بر خلاف جایی که بحث تصرف در ملک باشد مالک گاهی سلطنت در جمیع تصرفات دارد و گاهی سلطنت ندارد مگر در بعضی از تصرفات. (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۶۹)

## دفع اشکالاتی بر این قاعده

صاحب جواهر می‌فرماید: ما هر چه در نصوص و ابواب فقهی نگاه کردیم چنین اصطلاحی نیافتیم. (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص ۳۵۶)

آیت الله جوادی آملی می‌فرماید در قاعده فقهیه، فن قواعد فقهیه عهده‌دار اوست، اینها از دو راه به دست می‌آیند یا آن دلیل به صراحت این اصل یا قاعده را در بردارد و تفهیم می‌کند و یا این اصل و قاعده مُستفاد از مجموع چند دلیل است. بعضی از قواعد مستقیماً از دلیل لفظی استفاده می‌شود و بعضی از قواعد اصلاً دلیل لفظی ناظر به او نیست و ما اجتهاداً، اصطیاداً و استنباطاً از مجموع ادله، اصلی و یا قاعده‌ای را انتزاع می‌کنیم. «قاعده اتلاف» با «قاعده ید» فرقی در این است؛ قاعده ید که حجّت است و علامت ملکیت است یعنی اینکه ما اگر چیزی را در دست صاحب مغازه دیدیم، می‌توانیم بخریم و آثار ملکیت بار کنیم این منصوص است و نص خاص در این مورد وجود دارد که امام می‌فرماید «مَنْ اسْتَوْلَىٰ عَلَىٰ شَيْءٍ مِنْهُ فَهُوَ لَهُ» (طوسی، ۱۴۰۷: ۹، ۳۰۲) حضرت فرمود: هر کسی چیزی در دست اوست، مال اوست. از این یک اصل کلی انتزاع کردند به نام قاعده فقهیه که ید، علامت ملکیت است و می‌شود آثار ملکیت را بر او بار کرد اما قاعده «مَنْ أَتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» که قاعده اتلاف می‌نامند ما نه در این باره آیه‌ای داریم و نه روایتی درباره آن داریم اما از مجموع ادله استنباط می‌شود که امام در فلان مسئله فرمود: وقتی مال مردم را تلف کردی ضامن می‌باشی و یا در فلان جا فرمود ولو اینکه تفریط کردی ضامن هستی. از مجموع این‌ها یک اصل کلی در آوردند که «مَنْ أَتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ». این قاعده فقهی است و پشتوانه آن مجموع نصوص می‌باشد و نه نص خاص. پس ما دو گونه قاعده می‌توانیم داشته باشیم؛ بعضی از قواعد مستقیماً از نصوص انتزاع می‌شود و بعضی از قواعد مصطفاً از نصوص صید می‌شود. (ر.ک. جوادی آملی، درس خارج فقه، جلسه ۵۶۱)

شیخ انصاری به این قاعده اشکالی دارند و آن این است که مرجع طلق بودن این است که شرط بیع آن این است که متعلق بیع چیزی باشد که در آن مالک بیعش مستقلاً صحیح باشد و اگر مقصود این باشد محصل نمی‌باشد. (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۱۱۹) که در توضیح این عبارت



گفته شده است بازگشت این شرط به سوی اشتراط صحت بیع به این باشد که متعلق بیع چیزی باشد که در آن مالک بیعش مستقلاً صحیح باشد. زیرا وجود هر چیزی حتی موجود اعتباری منوط به عدم مانع می باشد و اگر مانع تحقق یابد وجود آن ممنوع می شود مانند وجود رطوبت که مانع از احراق می باشد. و این مانند آن است که گفته شود شرط صحت نماز این می باشد که نماز صحیح باشد. در این جا نیز این چنین است و بگوییم شرط جواز بیع، جواز بیع مبیع می باشد. (مروج جزائری، ۱۴۱۶، ج ۶، ص ۴۸۶)

مرحوم مظفر در جواب اشکال شیخ انصاری می فرمایند این اشکال شیخ صحیح نمی باشد؛ زیرا هر شرطی بالاخره به صحت مشروط باز می گردد و ملزوم هر شرطی در بیع این است که بیع آن برای مالکش صحیح باشد و اعتبار طلقیت مخصوص بیع نمی باشد بلکه تصرف در مال بگونه ای که منافات حق غیر نباشد. (مظفر، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۷۹)

اشکالی که امام (ره) در کتاب البیع خود میفرمایند این است طلقیت به ملکیت تام و به سلطنت تام تفسیر شده است. اگر مراد از طلقیت ملکیت تام باشد به این معنا که ملکیت تامه محض و خالص از تعلق حق غیر باشد و که بر کسی پوشیده نیست که عین مستأجره، بیعش صحیح می باشد با این که عنوان ملکیت محضه به این معنا در این جا نمی باشد و اگر مراد از طلقیت، خالی بودن از موانع متعدده که متفرع بر آن می باشد بر امر محصلی باز نمی گردد مضافاً به این که سلطنت تام از شرایط متعامل می باشد و نه عوضین. (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۱۱۸-۱۱۷)

توضیح اشکال امام خمینی این است که ایشان می فرمایند این که طلق باشد یعنی چه؟ طلق باشد یعنی عین، ملکیت محضه خالصه داشته باشد؛ اگر منظور آن این باشد این مطلب صحیحی نیست؛ برای این که شما اگر یک خانه ای را اجاره دادید؛ همین عین مستأجره را بلافاصله می توانید بفروشید با اینکه ملکیت محضه خالصه تام ندارد و منفعتش برای مستأجر است اما این معامله صحیح است و خریدار باید تا پایان مدت اجاره صبر بکند. پس اگر منظور از طلق باشد یعنی این عین دارای ملکیت محضه خالصه باشد این نقض می شود و اگر منظور این است که مالک ملکیت تام داشته باشد و به عبارت دیگر مطلق العنان باشد همان اشکال اولی اینجا هم وارد

است برای اینکه کسی که عین را اجاره داده، مطلق‌العنان نیست و مالک در مدت اجاره مالک منفعت نمی‌باشد مضافاً به اینکه این شرط، شرط متعامل است. پس منظور شما از طلقیت اگر اولی‌باشد یک اشکال وارد است و اگر دومی باشد دو اشکال وارد است. اشکال تعریف اول این است که به مورد اجاره نقض شده و اشکال تعریف دوم آن است که علاوه بر نقض اشکال اولی، خارج از بحث نیز می‌باشد. آیت الله جوادی آملی می‌فرمایند این دلیل ناصواب است؛ دلیل ناصواب بودن این فرمایش ایشان این است که منظور از طلق بودن این است که این در بند نباشد پس طلق به معنای ملکیت تامه و یا مطلق‌العنان نمی‌باشد و آن نقضی که امام درباره عین مستأجره فرمودند، این نقض وارد نیست برای اینکه کسی که عین مستأجره را اجاره داده، تملک منفعت به دیگری کرده و عین مستأجره آزاد است به همین جهت خرید و فروش آن صحیح می‌باشد. (ر.ک. جوادی آملی، درس خارج فقه، جلسه ۵۶۱)

امام (رضوان الله علیه) در کتاب البیع خود اشکالی دیگر به این این قاعده می‌گیرند و می‌فرمایند اینکه ما بگوییم «یُشترط فی العوضین کونه طلقاً» برای اینکه بدانیم که کدام مانع صحت بیع می‌باشد و کدام نمی‌باشد، باید درباره تک تک اینها بحث بکنیم. لذا به تعبیر ایشان «لا یرجع إلی محصل عند المحصلین» یعنی چیزی جز تحصیل حاصل نمی‌باشد. (ر.ک. خمینی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۱۱۹) آیت الله جوادی آملی می‌فرمایند این سخن ناصواب است برای اینکه ما یک قاعده فقهی داریم و یک مسئله فقهی. ما در تک تک این مسائل بحث می‌کنیم که این مسئله فقهی می‌شود. آیا خرید و فروش وقف جایز است یا نه؟ آیا خرید و فروش نذری جایز است یا نه؟ اگر حق‌الجنایه تعلق گرفت جایز است یا نه؟ در رهن آیا خرید و فروشش جایز است یا نه؟ اما آنکه مرحوم علامه بیان فرمودند؛ ایشان در صدد تبیین و طرح یک قاعده فقهی است که آن قاعده سیال است حال اگر ما مسائل دیگری نیز پیدا کردیم برابر با آن قاعده عمل می‌کنیم. این سخن ناصوابیست برای آن است که در هنگام تبیین قاعده فقهی جای حرف همین است و در هنگام تحریر مسئله فقهی درباره آن مسائل جداگانه بحث باید کرد. (ر.ک. جوادی آملی، درس خارج فقه، جلسه ۵۶۱)

## اصل بودن طلق

عده ای از فقها مانند صاحب جواهر و شیخ انصاری قائلند که طلقیت اصل نمی باشد که به اشکالات آن ها پاسخ داده شد.

در مقابل عده ای از فقها مانند محقق حلی، قاعده طلقیت را اصل قرار دادند و عدم جواز بیع آن فرع کردند مگر در آن چیزی که در بیع وقف استثنا کرده اند و همچنین در بیع مرهونه مگر به اذن مرتهن و یا اجازه او. (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۱۱۹).

مرحوم مظفر می فرمایند واضح است که طلقیت از اوصاف مال مملوک می باشد و نه اوصاف مالک و ملکیت و به خاطر همین این شرط را در شروط عوضین قرار دادند به همین جهت طلقیت به تمام سلطنت بر ملک و یا به این که مالک مطلق العنان تفسیر شود هیچ وجهی ندارد چرا که اولی به وصف ملکیت است و دومی به وصف مالک می باشد. آنچه از وصف ظاهر کلمات قوم فهمیده می شود این است که مراد از مطلق العنان، عدم تعلق حق به غیر مالک در آن می باشد مثل حق الرهن و حق الجنایه؛ پس مانعی ندارد که این را شرطی مستقل برای عوضین قرار داد. (مظفر، ۱۳۸۳، ص ۱۷۹-۱۷۸)

مرحوم اصفهانی می فرمایند عدم مالکیت تصرف گاهی به جهت خلل در متصرف می باشد و دیگر خلل در متصرف فیه می باشد در صورت اولی گاهی به جهت عدم مقتضی می باشد مانند این که مالک رقبه نباشد و گاهی به جهت وجود مانع مانند این که مالک محجور باشد به جهت صغر یا سفه و صورت دومی گاهی به جهت عدم مقتضی می باشد مانند این که مالیت نداشته باشد و گاهی به جهت وجود مانع می باشد مانند این که وقفی می باشد و یا رهنی باشد و مانند این ها. صورت اولی در مقام شرایط متعاملین می باشد و صورت دومی در مقام شرایط عوضین می باشد. (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۷۰-۶۹)

مرحوم آخوند خراسانی می فرمایند از نظر عرفی طلق بودن شرط مستقلی نیست اما بحسب نظر دقیق، آن چه مانع است؛ جامع بین این حقوق می باشد، چون حقوق مذکور به رغم پراکنده بودنشان، در منع از تأثیر بیع مشترکند. بنابراین باید بین آن ها قدر جامعی وجود داشته باشد تا

علت مشترک آن‌ها باشد و شرط واقعی، فقدان آن مانع است که از آن به طلق بودن تعبیر می‌شود یعنی فقدان آن مانع‌ها، بنابراین قضیه اصل و فرع بودن خلاف چیزی است که شیخ انصاری فرموده است. (آخوند، ۱۴۰۶، ص ۱۰۷)

مرحوم نائینی می‌فرمایند این عنوان (طلقیّت) شرط نمی‌باشد که بر آن عدم جواز بیع وقف و مرهون و ام ولد فرع شود بلکه شرط در حقیقت انتفاء هر یک از این حقوق می‌باشد و تعبیر به این عنوانی که انتزاع شده، برای سهولت ذکر این حقوق مانع از تصرف می‌باشد نه تأسیس شرط جدید؛ و لکن امر به عکس می‌باشد و طلق اصل و عدم جواز بیع وقف و مرهون فرع می‌باشند زیرا طلق عبارت می‌باشد از عدم قصور سلطنت که بر آن فرع عدم جواز بیع وقف و مرهون... می‌شود. (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۳۴۴) و در کتاب المکاسب و البیع خود می‌فرمایند منشأ اعتبار طلق بودن اگر انتفاء تعلق حق غیر باشد مانند حقوق بطون متأخره در موقوف علیه در وقف و حق مرتهن در رهن، این انتفاء حقوق مذکوره در عالم اثبات می‌باشد اما در عالم ثبوت، وضعیت بر عکس است و طلق بودن منشأ منتفی بودن حق غیر نسبت به ملک است. پس انتفاء حقوق مذکوره مسبب طلقیت می‌باشد در عالم واقع و ثبوت اما در عالم اثبات سبب اثبات قاعده طلقیت می‌باشد.

از این رو، این سخن شیخ انصاری که طلق بودن شرط مستقلی نیست پذیرفته نیست زیرا در مرحله ثبوت، طلق بودن شرط است و انتفاء حقوق مترتب بر آن است. (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۷۴) بنظر می‌رسد که با توجه به تبیینی که مرحوم نائینی نموده اند حق با کسانی می‌باشد که طلقیت را اصل می‌دانند و دیدگاه شیخ انصاری صحیح نمی‌باشد.

### شرط مقتضی یا مانع بودن اصل طلقیت

این که آیا طلقیت جزء شرایط می‌باشد و یا جزء موانع عقد؛ شایسته است ابتدا معانی شرط و مانع بیان شود. مرحوم نائینی معانی گوناگونی برای مقتضی و مانع معانی بیان کرده اند:

### معنای اول

مقتضی چیزی است که اقتضای وجود اثر تکوینی در عالم تکوین را دارد، همانند آتش که اقتضای سوزاندن را دارد و منظور از مانع چیزی است که از تاثیر مقتضی جلوگیری می کند، همانند رطوبت که مانع تاثیر آتش در پاچه مرطوب است.

### معنای دوم

مقتضی چیزی است که بر حسب جعل شارع، اقتضای اثر شرعی را دارد یا شارع آن را موضوع حکم خود قرار داده و در مقابل، مانع آن است که بر حسب جعل شارع از ترتیب آن اثر شرعی یا آن حکم جلوگیری می کند. این مقتضی و مانع شرعی می باشد مثلاً در بحث نجاسات برخورد نجاست با آب مقتضی نجس شدن آب می شود اما در برخورد با آب کر مانع می باشد. مثالی که محقق داماد می زنند این است که اثر عقد بیع، انتقال مبیع به خریدار و انتقال ثمن به فروشنده است، اما موقوفه بودن مبیع مانع تحقق این اثر است. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۶)

### معنای سوم

مقتضی ملاکی از ملاکات است که احکام مبتنی بر آنها است، یعنی ملاکی که اقتضای تشریح حکم را دارد، همانند علم که مقتضی وجوب اکرام است و مراد از مانع، امری است که از تاثیر مقتضی در جعل حکم جلوگیری می کند، همانند مانعیت فسق از تشریح وجوب اکرام. (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۱۳۱؛ ر.ک. جزائری، ۱۴۱۵، ج ۷، ص ۱۳۱)

مسئله بحث ما در تکوینیات نمی باشد بلکه روی تشریعیات می باشد پس معنای اول مراد نمی باشد و معنای سوم نیز موضوع بحث ما نمی باشد پس معنای دوم مراد می باشد. شایان ذکر است که «مانع» در موارد یاد شده همیشه امری وجودی است و چیزی است که از حدوث شیء جلوگیری می کند و مزاحم تاثیر مقتضی در به وجود آمدن مقتضی می شود. در مقابل، «رافع» نیز امری است وجودی که موجب رفع شیء و برداشته شدن آن از صفحه وجود می گردد، البته بعد از آنکه آن شیء حادث شده و وجود یافته است. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۷)

آیت الله جوادی آملی می‌فرماید همان طوری که تکوین، دارای شرط و مانع است، تشریح هم این چنین است. در نظام تکوینی که تأثیر و تأثر حقیقی است، بعضی از امور شرط‌اند و بعضی از امور مانع. شرط در ناحیه تأثیر و تأثر سهیم است، مانع در ناحیه جلوگیری از تأثیر و تأثر سهم دارد. این شرط یا به اقتضای مقتضی به فاعل برمی‌گردد یا به تقاضای قابل برمی‌گردد یعنی فاعل اگر بخواهد اثر کند باید این شرط را داشته باشد یا آن قابل اگر بخواهد اثر بپذیرد باید این شرط را داشته باشد. شیء اگر بخواهد بسوزاند یا گرم بکند باید درجه‌اش بالا باشد و این شرط می‌باشد. چوب اگر بخواهد حرارت بپذیرد باید مرطوب نباشد و یا شرطش این است که نزدیک باشد. بالأخره شرط یا در نصاب اقتضای مقتضی دخیل است یا در نصاب تقاضای متقاضی، تقاضا برای قابل، اقتضا برای فاعل این معنی در نظام تکوین شرط است و مانع هم در نظام تکوین به این است که یا نمی‌گذارد مقتضی اثر کند یا نمی‌گذارد متقاضی اثر بپذیرد؛ عبارت دیگر یا در ناحیه فاعل منع ایجاد می‌کند و یا در ناحیه قابل مانع است. همین معنا در نظام تشریح هم معتبر است در نظام تشریح عبادتی را که شارع مقدس تشریح کرده بعضی از امور را شرط صحت آن قرار داده و بعضی از امور را مانع صحت آن قرار داده است. شرط و مانع در نظام تکوین را ما با عقل می‌فهمیم اما جریان شرط و مانع در نظام تشریح را با ادله نقلی می‌فهمیم. لسان دلیل نقلی گاهی مفید شرطیت است و گاهی مفید مانعیت؛ مثلاً درباره نماز دو سنخ دلیل داریم. از زبان بعضی از این ادله شرطیت استظهار می‌شود و از زبان بعضی ادله مانعیت را می‌فهمیم. اگر می‌فرماید: «لا صلاة الا بطهور» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۵۸) در اینجا ما شرطیت را می‌فهمیم یعنی شرط صحت نماز طهارت است. که دلیل این است که «لا تصلی فی وِبر ما لا یؤکل لحمه» (ر.ک. همان، ج ۴، ۳۶۶) یعنی در لباسی که اجزای حرام‌گوشت در آن هست نماز نخوان. ما از این نفی و نهی، مانعیت را انتزاع می‌کنیم. مو یا پشم و یا گُرک و یا پوست حیوان حرام‌گوشت مانع صحت نماز است چون لسان این لسان نفی و نهی است. (ر.ک. جوادی آملی، درس خارج فقه، جلسه ۵۶۱).

با بیان این مطالب که ذکر شد پاسخ شبهه امام خمینی داده می‌شود که در کتاب البیع خود می‌فرماید اگر مقصود از آن، فقدان موانع باشد، بازگشت آن به شرط عدم مانع است همانگونه که

گفته می شود در تکوین این چنین است و حال آن که در تکوین واضح الفساد می باشد همانا شرط بگونه ای می باشد که در تحقق معلول نقش دارد چه در فاعلیت فاعل و یا قابلیت قابل و اعدام چنین خصوصیتی ندارند و نقشی در تحقق معلول ندارند. در تشریح اگر کاشف از مصالح و مفاسد باشد مانند تکوین می باشد بلکه عین این معنا در تشریح می باشد. (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۱۱۸) امام خمینی در ابتدا بحث از تکوینیات نمودند و فرمودند که در تکوین مانع امر عدمی می باشد و عدم در تحقق معلول نقشی ندارد و سپس می فرمایند در تشریح نیز امر این گونه می باشد. در جواب شبهه گوئیم این را قبول نداریم که مانع عدم باشد بلکه مانع نیز می تواند امر وجودی باشد مانند رطوبت در چوب که مانع سوخته شدن می باشد پس در تکوینیات مانع می تواند امر وجودی باشد و یکی از مقدمات استدلال چون نقض شود نتیجه عقیم شود و از جهت دیگر همان گونه که محقق داماد اشاره کردند مانع در تشریحات امر وجودی می باشد نه امر عدمی. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۷)

### نتیجه گیری

آنچه را که مرحوم علامه حلی و محقق حلی (رهما) طرح کردند و بعض فقهای متأخر امضاء کردند بعد هم در طی این چند قرن رسیده است، اینها در صدد تأسیس یک قاعده فقهی اند که مُصطاد از نصوص است و این قاعده اصل مستقل می باشد زیرا بحث ما در مقام ثبوت می باشد که طلق بودن باعث منتفی شدن حقوق مانند وقفی بودن یا رهنی بودن و غیره است و در مقام اثبات این حقوق مذکوره باعث اثبات طلقیت می باشد و این قاعده از موانع عقد بشمار آورد نه از شروط صحت عقد زیرا مقتضی چیزی است که بر حسب جعل شارع، اقتضای اثر شرعی را دارد یا شارع آن را موضوع حکم خود قرار داده و در مقابل، مانع آن است که بر حسب جعل شارع از ترتیب آن اثر شرعی یا آن حکم جلوگیری می کند. براساس این تعریف مانع می تواند امر وجودی باشد مانند موقوفه یا مرهون بودن عوض که مانع صحت عقد می باشد که طلقیت نیز جز موانع می باشد.

## منابع و مأخذ

۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۱۱ق، کتاب المكاسب المحرمه و البيع و الخيارات (ط- القديمه)، مصحح: محمد جواد رحمتی - سيد احمد حسینی، قم، منشورات دار الذخائر، اول.
۲. اصفهانی کمپانی، شیخ محمد حسین، ۱۴۱۸ق، حاشیه کتاب المكاسب (ط- الحديثه)، مصحح: عباس محمد آل سباع قطیفی، قم، انتشارات محقق، اول.
۳. ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، ۱۳۶۵، حاشیه المكاسب، قم، کتبی نجفی، بی چا.
۴. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ۱۴۰۵ق، محقق / مصحح: شیخ محمد تقی ایروانی - سيد عبد الرزاق مقرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول.
۵. بجنوردی، حسن، ۱۳۷۷ش، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، اول.
۶. تبریزی، جواد بن علی، ۱۴۱۶ق، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم.
۷. جزایری، محمدجعفر، ۱۴۱۵ق، منتهی الدرايه فی توضیح الكفایه، قم، مؤسسه دار الکتب، چهارم.
۸. جوادی آملی، عبدالله، درس خارج فقه، جلسه ۵۶۱ برگرفته از سایت اسرا [www.portal.esra.ir](http://www.portal.esra.ir).
۹. حکیم، محمد تقی بن محمد سعید، ۱۴۲۹ق، القواعد العامه فی الفقه المقارن، المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه، تهران، المعاونه الثقافیه، اول.
۱۰. حلّی، محقق نجم الدین جعفر بن حسن، ۱۴۰۸ق، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، محقق / مصحح: عبد الحسین محمد علی بقال، قم، انتشارات مؤسسه اسماعیلیان، دوم.
۱۱. حلّی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۱۴۱۳ق، قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول.
۱۲. حلّی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۱۴۱۰ق، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان،



- محقق / مصحح: شیخ فارس حسون، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول.
۱۳. خراسانی، آخوند محمد کاظم بن حسین، ۱۴۰۶ق، حاشیه المکاسب، محقق / مصحح: سید مهدی شمس الدین، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، اول.
۱۴. خمینی، سید روح الله موسوی، ۱۴۰۹ق، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، بی جا.
۱۵. سبزواری، محقق محمد باقر بن محمد مؤمن، ۱۴۲۳ق، کفایه الأحکام، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی جا.
۱۶. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، ۱۴۱۰ق، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، محقق / مصحح: محمد تقی مروارید - علی اصغر مروارید، بیروت، دار التراث - الدار الإسلامیة، اول.
۱۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، ۱۴۱۳ق، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، محقق / مصحح: گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، اول.
۱۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، ۱۴۱۰ق، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، محقق / مصحح: سید محمد کلانتر، قم، کتابفروشی داوری، اول.
۱۹. شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه، ۱۴۱۳ق، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم.
۲۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، ۱۴۰۷ق، تهذیب الاحکام، تهران، دارالکتب الاسلامیة، چهارم.
۲۱. کاظمی تستری، شیخ اسد الله، بی تا، مقابسات الأنوار و نفائس الأسرار فی أحکام النبی المختار و عترته الأطهار، قم، آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث. بی جا.
۲۲. کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین عاملی، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، محقق / مصحح: گروه پژوهش مؤسسه آل البيت علیهم السلام، دوم.

۲۳. محقق داماد، مصطفی، ۱۳۸۳ش، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، دوازدهم.
۲۴. مروج جزائری، سید محمد جعفر، ۱۴۱۶ق، هدی الطالب فی شرح المکاسب، قم، انتشارات مؤسسه دارالکتاب، اول.
۲۵. مظفر، شیخ محمد رضا، ۱۴۱۵ق، الحاشیه علی البیع و الخیارات، بیروت، بی چا.
۲۶. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۷۰ش، القواعد الفقهیه، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، قم، سوم.
۲۷. نائینی، میرزا محمد حسین بن عبد الرحیم غروی، ۱۴۱۳ق، المکاسب و البیع، مقرر: شیخ محمد تقی آملی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول.
۲۸. نائینی، میرزا محمد حسین بن عبد الرحیم غروی، ۱۳۷۳ق، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران، المكتبة المحمدیه، اول.
۲۹. نائینی، محمد حسین، محمد علی، ۱۳۷۶ش، فوائد الأصول، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول.
۳۰. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن بن باقر، ۱۳۶۲ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، محقق / مصحح: شیخ عباس قوچانی، بیروت، انتشارات دار إحياء التراث العربی، هفتم.
۳۱. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، ۱۴۱۵ق، مستند الشیعه فی أحكام الشریعه، محقق / مصحح: گروه پژوهش مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، اول.
۳۲. هَبَةُ الزُّحَيْلِيِّ، ۱۹۹۷م، لَفِغَةُ الْإِسْلَامِيَّةِ وَأَدَلَّتُهُ، دمشق، دارالفکر، چهارم.