

## شرط آزاد بودن ملک در بیع

احمد دیلمی\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم

(تاریخ دریافت: ۹۳/۱۲/۹؛ تاریخ پذیرش: ۹۴/۶/۱۰)

### چکیده

آیا طلق و آزاد بودن ملک را می‌توان به‌عنوان قاعده‌ای عمومی و مستقل از نوع «شرط» یا «فقدان مانع» در بیع مطرح کرد؟ پاسخ فقیهان امامیه، اهل سنت و حقوق ایران به این پرسش چیست؟ برخی از فقیهان امامیه آزاد بودن ملک را شرطی عمومی و مستقل قلمداد کرده‌اند و عده‌ای اگرچه آن را قاعده‌ای عمومی می‌دانند، به شرط فقدان حقوق مانعه تأویل برده‌اند و اصیل نمی‌دانند؛ برخی نیز شرطیت، عمومیت و اصالت آن را رد کرده‌اند و تنها وجود حقوق مانعه خاصی را مانع صحت یا نفوذ بیع می‌دانند. حقوق موضوعه فعلی ایران از نظر فقهی اخیر پیروی کرده است. آن دسته از فقیهان اهل سنت که به این موضوع پرداخته‌اند، به اصالت این شرط باور ندارند و آن را به شرط تام بودن ملکیت یا لازمه قدرت بر تسلیم یا ضرورت فقدان حقوق مانعه تأویل برده‌اند. به نظر نگارنده از آنجا که ادله خاص مبین حقوق مانعه (مثل وقف یا رهن) در صدد بیان قاعده عمومی نیست، و از سوی دیگر، بیع ملکی که طلق نباشد، نیز آثار و منافع عقلایی دارد و خردمندان به آن مبادرت می‌کنند، دلیلی بر بطلان یا عدم نفوذ آن وجود ندارد. در نتیجه نمی‌توان ضرورت آزاد بودن مبیع را به‌عنوان شرط عمومی و مستقلی پذیرفت.

### واژگان کلیدی

آزادی ملک، حقوق ایران، شروط بیع، فقه امامیه، فقه اهل سنت.

## مقدمه

در دوره تاریخی بین متقدمین و متأخرین، برخی از فقیهان شرط «طلق بودن ملکیت عوضین» را به مجموعه شرایط عوضین افزودند. اگرچه آنها در تفسیر مقصود خویش، سخن زیادی از خود باقی نگذاشته‌اند، فقیهان بعدی برای تفسیر مراد آنان از این شرط، مبانی و آثار آن بسیار تلاش کرده‌اند. برخی اصل ضرورت آن را به‌عنوان شرط جدید و مستقلی پذیرفتند و برخی نیز آن را شرط جدیدی ندانستند و افزودن آن را لغو پنداشتند. برخی از گروه نخست آن را شرط عوضین و بعضی دیگر شرط متعاقدين می‌دانند. پذیرندگان این شرط آثار و متفرعاتی را بر آن مترتب کردند و به بررسی آثار حقوقی آنها پرداختند. در این میان تعیین اصل و فرع و چگونگی رابطه بین این دو نیز در بین فقیهان امامیه معرکه آرا بوده است.

در بین فقیهان اهل سنت از این شرط نشانی دیده نمی‌شود. گویا آنان مانند فقیهان قدیم امامیه ضرورتی برای ذکر این شرط احساس نکرده‌اند و آنچه را که در این شرط نهفته است، در خلال شرایط دیگر عوضین یا متعاقدين تأمین شده یافته‌اند. آنچه در این مختصر می‌آید، بررسی تحلیل‌گونه‌ای است از عمده‌ترین مشرب‌های موجود در این موضوع که به‌طور مستقل در دو بخش فقه امامیه و فقه اهل سنت ارائه می‌شود. با پرداختن به این موضوع علاوه بر اینکه از جنبه نظری تکلیف این امر به‌عنوان یک شرط عمومی و مستقل روشن می‌شود، از جنبه عملی نیز بطلان یا صحت و نفوذ معاملاتی که دیگران نسبت به موضوع آن حقی دارند، معلوم خواهد شد.

## ۱. شرط «طلقیت» در فقه امامیه

### ۱.۱. پیشینه بحث

این شرط را اولین بار محقق حلی در شرائع (محقق حلی، ۱۴۰۹، ص ۱۷) و علامه حلی در قواعد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۲۶) و سپس برخی متأخران از آنها مانند شهیدین در لمعه و

شرح لمعه (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۵۳) و محقق سبزواری در کفایه (سبزواری، بی تا: ۸۹) و محدث بحرانی در حدائق (بحرانی، بی تا: ۴۳۸) ذکر کردند. آنها گفته‌اند که فروش مال موقوفه جز در موارد استثنایی مجاز نیست و همچنین فروش مال مرهونه جز با اذن یا اجازه مرتهن مجاز نخواهد بود؛ و اینها از آثار شرط «طلق بودن» عوضین است.

صاحب مفتاح‌الکرامه نیز پس از نقل کلام مرحوم علامه در قواعد مبنی بر اینکه شرط است که ملکیت عوضین «تام» باشد و اینکه در نتیجه این شرط، بیع وقف جز در مواردی که به خرابی آن منجر می‌شود، جایز نیست؛ نسبت به اصل این شرط سخن نمی‌گوید و تنها به بررسی اختلافات مفصلی می‌پردازد که فقها نسبت به فروش مال موقوفه دارند (عاملی، ۱۴۱۸: ۴۴۴-۴۴۵).

صاحب مستندالشیعه نیز «طلق بودن» ملک را شرط می‌داند و می‌گوید: «از شرایط عوضین این است که «ملکِ طلق» باشد و بنابراین، بیع وقف و رهن جایز نمی‌باشد». ولی او نیز به مبنا و دلیل این شرط اشاره‌ای نمی‌کند (نراقی، ۱۴۱۸: ۳۰۷).

صاحب ریاض در شرایط عوضین از ضرورت «طلق بودن» عوض سخنی نمی‌گوید و تنها به این امر بسنده می‌کند که هر یک از متعاقدین باید مالک یا ولی یا وکیل باشند (طباطبایی، ۱۴۱۹: ۲۱۶-۲۶۱). بنابراین، بحث از ضرورت شرط «طلقیت» از اواخر دوره قدما مطرح شده است.

## ۲.۱. مفهوم «طلقیت»

تنها در کلام مرحوم علامه حلی «طلق بودن» به «تام بودن» ملک تفسیر شده است، ولی بقیه فقیهان مذکور تعریف مشخصی از آن ارائه نکرده‌اند. لکن شیخ انصاری قبل از نقد و بررسی این شرط، در تعریف آن می‌گوید: «طلقیت عبارت است از سلطه کامل بر ملک به طوری که مالک بتواند در آن تصرف دلخواه خود را انجام داده و از این جهت اختیار کامل داشته باشد» (انصاری، ۱۴۲۴: ۲۹). فقیهان بعدی نیز از این شرط تفاسیر متعددی ارائه داده‌اند که در هنگام بررسی دیدگاه آنها مطرح خواهد شد.

### ۳.۱. مفاد شرط طلاقیت

شیخ انصاری معتقد است که در واقع این شرط به آن بر می‌گردد که مالک باید در انتقال ملک مستقل و انتقال او نافذ باشد. یعنی ملک متعلق حق شخص دیگری نباشد، به‌طوری که مانع از انتقال مال بدون اذن صاحب حق شود. بنابراین، بازگشت این شرط به شرط صحت بیع است، یعنی باید متعلق آن چیزی باشد که مالک به‌طور مستقل حق فروش آن را داشته باشد (همان: ۲۹-۳۰).

### ۴.۱. مخالفان استقلال شرط

۱.۴.۱. شیخ انصاری (ره). از نظر شیخ انصاری ذکر این شرط هیچ فایده‌ای ندارد؛ زیرا این عنوان به‌تنهایی شرط جدیدی نیست تا بتوان عدم جواز بیع وقف و مال مرهونه را بر آن مترتب کرد. بلکه در حقیقت شرط (مانع) عبارت است از فقدان همه حقوق خاص و عام، مانند نذر و خیار که مانعیت آنها از تصرف مسلم است. در نتیجه عنوان «طلاقیت» در واقع از فقدان این قبیل شروط انتزاع می‌شود. پس مفهوم «طلق بودن» این است که مالک در انتقال ملک آزاد باشد و مال به‌دلیل وجود یکی از حقوقی که مانعیت آن از تصرف مالک در ملکش مسلم است، به ضرر مالک، محبوس و بازداشت نباشد.

بنابراین استفاده از عنوان انتزاعی «طلاقیت» مقدمه‌ای است برای ذکر حقوقی که مانع از تصرف مالکند و مقصود از آن تأسیس شرطی نیست که فروعی بر آن مترتب می‌شود، بلکه قضیه برعکس است و «طلق بودن» نتیجه شرط فقدان حقوق مانع از انتقال ملک است.

۱.۱.۴.۱. حقوق مانع تصرف مالک. شیخ انصاری در مقام توضیح حقوقی که مانع تصرف مالک در ملک خود می‌شوند، می‌گوید: اکثر فقیهانی که به این امر پرداخته‌اند، تنها به سه مورد از آنها اشاره کرده‌اند، ولی ظاهراً این قبیل حقوق بیش از این است. برخی از فقیهان معاصر (تستری، بی‌تا: ۱۳۹-۲۱۲) بیش از بیست مورد را نام برده‌اند. او علاوه بر حق بر مال موقوفه، مرهونه، ام ولد و عبد جانی، نذر متعلق به عین قبل از بیع، خیار متعلق به آن، ارتداد، قسم بر عدم فروش مال، تعیین قربانی حج برای ذبح، اشتراط عتق عبد در

ضمن عقد لازم، تعلق حق بر موصی به بعد از مرگ موصی و قبل از قبول وصی، بنا بر منع وراثت از تصرف در ترکه قبل از قبول او، تعلق گرفتن حق شفعه به مال که مانع لزوم تصرفات مالک و شفیع می‌شود و شاید بعد از اخذ به شفعه آنها را ابطال کند و حق متعلق بر غنیمت قبل از تقسیم آن (بر مبنای اینکه ملکیت بلافاصله بعد از تصرف و قبل از تقسیم به وجود می‌آید و ملک بدون مالک امکان ندارد) را نیز اضافه می‌کند. سپس شیخ به پیروی از بقیه فقیهان تنها به چهار مورد اول می‌پردازد (انصاری، همان: ۲۹-۳۲). در اینجا تنها به وجه ممنوعیت فروش مال موقوفه و مال مرهونه اشاره می‌شود.

۲.۱.۴.۱. **عدم جواز فروش مال موقوفه.** شیخ انصاری پس از ذکر برخی از دلایل روایی عدم جواز بیع مال موقوفه و از جمله روایت معصوم علیه السلام که فرمود: «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» (عاملی، ۱۳۹۱: ۲۹۵) یعنی وقف‌ها باید طبق آنچه که واقف وقف کرده است، اجرا شود، می‌گوید: «اصل ممنوعیت فروش مال موقوفه مورد اجماع فقیهان است» (همان: ۳۳).

۳.۱.۴.۱. **موانع فروش مال موقوفه.** وی می‌گوید: موانع فروش مال موقوفه سه چیز است:

۱. حق واقف، زیرا به مقتضای صیغه وقف، واقف مال موقوفه را صدقه جاریه‌ای قرار داده است تا موقوف علیهم از آن بهره‌مند شوند.

۲. حق نسل‌هایی که بعد از فروشنده می‌آیند.

۳. تعبد شرعی و حق الله بر مال موقوفه که از روایات فهمیده می‌شود، زیرا در صحت آن قصد تقرب به خداوند شرط شده است، و باید برای خداوند انجام گیرد و عوض آن را نیز خداوند می‌دهد.

گاهی برخی از این موانع برطرف می‌شوند و بقیه باقی می‌مانند و گاهی نیز همه آنها برطرف می‌شوند و در نتیجه فروش مال موقوفه مجاز خواهد شد (همان: ۳۵-۳۶).

۴.۱.۴.۱. **عدم جواز فروش مال مرهونه.** بدون تردید مالک در فروش مال مرهونه مستقل نیست. حتی شیخ انصاری (ره) از کتاب خلاف شیخ طوسی (ره) نقل می‌کند که

این امر مورد اجماع فقیهان شیعه است. البته روایتی را هم از کتاب مختلف علامه نقل می‌کند که پیامبر ﷺ فرمود: «هیچ‌یک از راهن و مرتهن نمی‌توانند در مال مرهونه تصرف کنند» (نوری، ۱۴۰۷: ۴۲۶). ولی کلام در این است که آیا فروش مال مرهونه از اساس باطل است؟ یا این معامله غیرنافذ محسوب می‌شود و نفوذ آن بر اجازه راهن یا سقوط حق او یا اسقاط آن یا فک رهن متوقف است؟

ظاهر عبارات برخی از قدما نظر اول است، ولی نظر صریح شیخ طوسی و ابن‌حمزه و اکثریت قریب به اتفاق متأخرین غیرنافذ بودن آن را می‌رساند و نظر قوی‌تر هم نظر دوم است. زیرا عمومات ادله‌ای که دلیل مخصصی هم برای آنها وجود ندارد، همین بوده و مورد اجماع هم عدم استقلال راهن در فروش مال مرهونه است. این امر با قائل شدن به عدم نفوذ فروش مال مرهونه توسط راهن هم صدق می‌کند (انصاری، همان: ۱۵۲-۱۵۳). در نتیجه، شیخ انصاری (ره) اصل مفاد شرط آزاد بودن ملک را می‌پذیرد، لکن آن را شرط اصیل و مستقلاً نمی‌داند و بر این باور است که برای نفوذ تصرفات مالک در مبیع، نباید دیگران به‌طور عام یا خاص حقی نسبت به آن داشته باشند. فقدان حق دیگران «شرط» و وجود آن «مانع» نفوذ تصرف مالک در مبیع است.

#### ۲.۴.۱. محقق اصفهانی (ره)

۱.۲.۴.۱. مفهوم و ماهیت شرط. وی می‌گوید: آزاد بودن، گاهی صفت خود مالکیت معتبر در بیع است و گاهی صفت سلطنت بر بیع. بنا بر احتمال نخست، توصیف ملک به «طلق بودن» از باب توصیف شیء به خودش و بر مبنای احتمال دوم از باب توصیف یک چیز به حال متعلق آن است. به عبارت دیگر «طلق بودن» گاهی صفت مالکیت رقبه است و گاهی صفت ملک است، به مفهوم سلطنت بر بیع ملک، مثلاً. بنا بر احتمال اول، طلق بودن شرط در عوضین و بر مبنای احتمال دوم شرط متعاقدين است. ظاهر عناوین به‌کار رفته در کلام فقیهانی که آن را شرط می‌دانند، احتمال اول است. بنابراین وجهی ندارد که آن به مطلق‌العنان بودن مالک تفسیر شود.

وی در نقد تفسیر علامه از طلق بودن می‌گوید: ظاهر تفسیر تقیید مالکیت معتبر در شروط عوضین به «طلق بودن» به اینکه «تام بودن» مراد بوده، این است که مالکیت رقبه گاهی «تام» و گاهی «ناقص» است؛ در حالی که تمامیت و نقص به معنای شدت و ضعف، معقول نیست و اگر مراد زیادی و نقصان باشد، به این بحث ارتباطی ندارد. برخلاف زیادی و نقصان در مالکیت تصرف، چون مالک شاید بر همه انواع تصرفات یا تنها بر برخی از تصرفات سلطنت داشته باشد.

عدم مالکیت تصرف به دلیل وجود خلل در متصرف یا در آنچه است که در آن تصرف می‌کند. وجود خلل در متصرف گاهی به دلیل عدم وجود مقتضی است، مانند اینکه مالکیت نسبت به رقبه نداشته باشد و گاهی هم به دلیل وجود مانع است، چنانکه مالک به دلیل صغر یا سفاهت یا افلاس محجور باشد. وجود خلل در موضوع تصرف هم گاهی به دلیل عدم وجود مقتضی است، مانند اینکه مالیت نداشته باشد و گاهی نیز وجود مانع دلیل آن محسوب می‌شود، مانند اینکه وقف یا رهن و مانند اینها باشد، از چیزهایی که آن را از قابلیت مالکیت تصرف در آن خارج می‌کند. چون عدم مالکیت تصرف در اولی به دلیل امری است که به شخص متصرف باز می‌گردد، در شروط متعاقدين ذکر شده است و چون عدم مالکیت تصرف در دومی به موضوع تصرف برمی‌گردد، آن را در شروط عوضین ذکر کرده‌اند.

در نتیجه اگرچه وضعیت مالکیت رقبه در وقف و غیره از جنبه شدت و ضعف و زیادی و نقصان، تفاوتی ندارد؛ ولی از نظر الحاق یک خصوصیت عرضی، از قبیل در برگرفته شدن یا نشدن، با وقفیت یا رهنیت متفاوت است. بنابراین، ملک طلق عبارت است از ملک محض و خالی از خصوصیتی که مانع از مالکیت تصرف می‌شود. بنابراین مالکیت رقبه ذاتاً یا طلق است یا غیرطلق. و مالک به طور بالعرض یا مطلق العنان است یا غیر مطلق العنان.

۲.۲.۴.۱. **عدم استقلال شرط.** اما آیا این امر شرط خاصی است که عدم جواز بیع وقف و مانند آن بر آن متفرع می‌شود؟ حقوقی که مانع از نفوذ تصرف مالکانه می‌شود، اگر مندرج تحت عنوان جامع «مانع» باشند و عدم این عنوان جامع مانع «شرط» باشد، صحیح

است که به‌عنوان اصلی قلمداد شوند که عدم جواز بیع وقف و رهن و مانند اینها بر آن مترتب می‌شود. ولی اگر عنوان جامعی بین آنها وجود نداشته باشد و هر کدام به‌عنوان ویژه خویش «مانع» باشد، و عدم آن هم با همان عنوان ویژه، شرط باشد، ناچار باید نسبت به مانعیت هر یک از آنها به‌طور مستقل و شرط بودن هر یک از آنها به‌طور جداگانه بحث شود. عنوان عامی که در اینجا ذکر شده، عنوانی بوده که از موانع انتزاع شده است، نه اینکه خودبه‌خود مانع باشد. بنابراین، به‌ناچار این عنوان بر مانعیت این خصوصیات متفرع می‌شود، از باب متفرع شدن امری انتزاعی به منشأ خودش. نه اینکه مانعیت، متفرع شود بر این عنوان، از باب متفرع شدن انتزاعی مشروط بر انتزاعی شرط آن.

تحقیق در این مسئله گویای صحت احتمال دوم است. زیرا هیچ دلیل نقلی یا عقلی بر اندراج این خصوصیات تحت عنوان جامع واقعی وجود ندارد. فقدان دلیل نقلی روشن است، زیرا آنچه به‌وسیله ادله لفظی ثابت می‌شود، نفس عدم جواز بیع وقف و عدم جواز تصرف رهن بدون اذن مرتهن است. فقدان دلیل عقلی بر این اساس است که استدلال به اینکه وحدت اثر مقتضی وحدت مؤثر است، تنها در مقتضی و مقتضای آن جاری است، نه در شرایط تأثیر، چه وجودی باشند و چه عدمی؛ زیرا اثر تنها از ذات مؤثر ناشی می‌شود، نه از شرایط آن. بنابراین وحدت اثر، مقتضی وحدت منشأ اثر است، بر خلاف شرایطی که در فعلیت اثر از مؤثر آن دخیل هستند، زیرا شاید جهاتی وجود داشته باشند، که مصحح فاعلیت فاعل یا قابلیت قابل باشند. پس به‌لحاظ شرایط متعدد می‌شوند. به‌همین دلیل هیچ‌کس تصور نمی‌کند که شرایط نماز از قبیل طهارت و استقبال قبله و پوشش و مانند آن به شرط واحدی باز می‌گردد و همچنین در موارد دیگر. وی معتقد است با این توضیح پاسخ اشکال مرحوم آخوند خراسانی بر این کلام مرحوم شیخ انصاری هم (که در زیر بیان می‌شود) داده خواهد شد (اصفهانی، ۱۴۱۲: ۶۹-۷۲). به این ترتیب، او نیز شرط مستقلاً با عنوان «آزاد بودن ملک» را نمی‌پذیرد و تنها موقوفه یا مرهونه نبودن آن را شرط می‌داند.

۳.۴.۱. محقق خوئی (ره). ایشان پس از بیان اشکال محقق نایینی بر شیخ انصاری (که

در پی می‌آید)، در دفاع از شیخ انصاری می‌گوید: ظاهراً بیان شیخ انصاری متین است، زیرا



موارد خاص عدم جواز بیع به دلیل حقوقی است که به مبیع تعلق گرفته است و «ذاتاً مانع از تصرف در مبیع هستند». تعبیر انتزاعی «طلاقیت» به حقوقی اشاره دارد که مانع از بیع مال می‌شوند؛ و شرط نفوذ بیع، سلطنت بر بیع است.

کلام مرحوم نایینی مبنی بر اینکه مراد از طلاقیت، عدم قصور در سلطنت (به دلیل قصور در مقتضی مانند وقف یا وجود مانع مانند رهن) است، وجهی ندارد. اما رد ادعای قصور در مقتضی در وقف، به این دلیل است که بیع وقف اگرچه جایز نیست، عدم جواز آن از جنبه عدم سلطنت بر بیع به دلیل عدم انتفای حقوق مانع از بیع است، نه اینکه طلاقیت خودش شرط نفوذ بیع باشد و بطلان ادعای وجود مانع در رهن، به این دلیل است که از نظر مشهور فقها، این ادعا بر عدم جواز بیع عین مرهونه مبتنی است با استناد به حدیث نبوی مشهور «انّ الراهن و المرتهن ممنوعان عن التصرف» و در اینجا هم چون مالک بر بیع (به دلیل تعلق حق مرتهن به عین) سلطنتی ندارد و عدم سلطنت مالک بر بیع به دلیل فقدان شرط بیع است، نه اینکه «طلاقیت» شرط در ملکیت باشد.

خلاصه اینکه عنوان طلاقیت خودبه‌خود موضوعیت ندارد، تا شرط در ملکیت باشد. بلکه عنوانی است که از موارد خاصی که در آن موارد این حقوق مانعه وجود ندارند، انتزاع می‌شود. بنابراین، دلیلی برای عدم جواز بیع رهن وجود ندارد و حدیث نبوی هم از نظر سند ضعیف بوده و این ضعف با عمل اصحاب هم جبران نشده است. در نتیجه شرط در بیع، فقدان اموری است که دلیل خاصی بر عدم جواز فروش آن دلالت دارد، مثل وقف. پس فروش خود این موارد ذاتاً ممنوع است. چون دلیل خاصی بر ممنوعیت فروش آنها وجود دارد و عنوان طلاقیت عنوانی است که از این موارد انتزاع شده و عنوان مشیری به این موارد است. خود عنوان طلاقیت از شروط نیست، تا موارد مذکور از متفرعات آن باشند. شرط، انتفای خود این اموری است که در اینجا ذکر و از شرایط عوضین شمرده شده است. عدم وقوع تجارت بر آنها به دلیل وجود ادله خاص و عدم جواز فروش خود آنهاست و دلیلی ندارد که آنها به عنوان اشتراط «طلاقیت» ارجاع داده شوند و گفته شود که

این شرط در اینجا وجود ندارد (خویی، ۱۳۶۸: ۱۵۳-۱۵۵). به این ترتیب، او طلیقت را شرط نمی‌داند و ادله را به بیان حقوقی ناظر می‌داند که مانع امکان بیع می‌شوند و می‌توان آنها را به شرط نبود حقوق مانع بازگرداند.

### ۵.۱. موافقان استقلال شرط

۱.۵.۱. آخوند خراسانی (ره). وی در شرح و نقد کلام شیخ انصاری مبنی بر اینکه تعبیر به مفهوم انتزاعی «آزاد بودن» مقدمه‌ای برای ذکر حقوق مانع است، می‌گوید: به نظر ظاهری و عرفی این چنین است. ولی به نظر دقیق، مانع بیع عنوان جامع بین حقوق است. زیرا این حقوق علی‌رغم پراکندگی و تشتت در عنوان «مانعیت از تأثیر بیع» با هم مشترک و مجتمعند. این عنوان جامع بین آنها و وجه مشترک همه آنهاست و شرط تنها فقدان این عنوان جامع است که شیخ از آن به «طلق بودن» تعبیر کرده است؛ یعنی فاقد این مانع بودن. پس مسئله اصل و فرع بودن بین این شرط و فروع آن برعکس نیست، چنانکه شیخ انصاری ادعا می‌کند (خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۰۶ و ۱۰۷). مرحوم آخوند با تفسیر «طلیقت» به «فقدان مانع»، در اصل لزوم این شرط و استقلال آن با محقق و علامه و دیگران موافق است و اشکال شیخ انصاری به آنها را وارد نمی‌داند.

### ۱.۵.۱. محقق نایینی (ره)

۱.۲.۵.۱. مفهوم شرط. وی می‌گوید که مقصود محقق و علامه از این شرط، معتبر دانستن امر دیگری در عوضین علاوه بر اصل ملکیت است، مبنی بر اینکه مالک باید در سلطنت خود کامل باشد و محجور از تصرف به دلیل قصور در مقتضی (مانند محدودیت در مالکیت موقوفه‌علیه خاص) یا به دلیل وجود مانع (مثل مرهونه بودن) نباشد. از این رو اشکال شیخ انصاری (ره) بر محقق و علامه وارد نیست (نایینی، ۱۴۲۱: ۲۷۳).

۲.۲.۵.۱. اصالت شرط. او معتقد است که طلیقت شرط است و عدم جواز بیع وقف و مانند آن، فرع بر آن هستند. زیرا طلیقت یعنی عدم قصور سلطنت؛ و عدم جواز فروش و مانند آن بر قصور سلطنت مترتب می‌شود. به هر حال، اگر چه برخی از بزرگان این موارد

را بیشتر می‌دانند و صاحب مقابس آنها را تا بیست مورد هم برشمرده است، برخی از آنها در زمره حقوق مانعه نیستند (مانند حق شفعه) و بعضی از آنها نیز به یکی از این سه مورد برمی‌گردند. در واقع حقوق مانعه اصلی دو مورد بیش نیست و به همین دلیل است که در تمایز بین انواع حق گفته می‌شود که آیا از قبیل حق رهن است یا از قبیل حق جنایت؟ البته بعضی از فقیهان حق سادات و فقرا نسبت به خمس و زکات را نیز حق مستقلی دانسته‌اند (همان، ۲۷۴). شیخ محمد تقی آملی نیز در تقریر سخنان محقق نایینی توضیحاتی را ذکر می‌کند که در گزارش شیخ موسی خوانساری وجود ندارد، و ذکر آن مفید خواهد بود:

او می‌گوید: مراد از «طلق بودن»، آزاد بودن ملک نسبت به مالک آن است. به این ترتیب که در انجام دادن انواع تصرفات در آن، از قبیل بیع و اجاره و تصرفات مادی، سلطنت کامل داشته باشد و بازگشت این شرط به جواز بیع نیست تا مانند شیخ انصاری اشکال شود که: اشتراط جایزالبیع بودن مبیع معنا ندارد. زیرا این شرط به مفهوم مشروط کردن یک چیز به خودش است. بلکه بازگشت شرط «طلقیت» به این است که ملک باید برای مالک مطلق‌العنان و سلطنت او بر آن تام و کامل باشد (در مقابل سلطنت ناقصی که نقصان آن ناشی از این است که دیگری هم بر آن حق دارد).

همان‌طور که اصل سلطنت، ناشی از حکم تکلیفی یعنی جواز تصرف در ملک یا ناشی از حکم وضعی یعنی مجاز و نافذ بودن تصرف او در آن نیست، بلکه چیزی است که حکم تکلیفی و وضعی هر دو از آثار و متفرعات آن هستند، منشأ تمامیت سلطنت در مقابل نقصان آن هم، ناشی از حکم تکلیفی یا وضعی نیست، بلکه حکم وضعی و تکلیفی بر آن مترتب می‌شوند. در نتیجه، مفهوم «طلق بودن» تمام و کامل بودن سلطنت است که خود ناشی از آزاد بودن مبیع از حق دیگران و مطلق‌العنان بودن آن برای مالک خواهد بود. همین معنا مبنای جواز و نفوذ تصرف مالک در ملک خویش است، مانند سایر شرایط متعاقدین و عوضین که همین اثر را دارند (نایینی، بی تا: ۳۳۷-۳۳۴).

۳.۲.۵.۱. منشأ اعتبار طلقیت. اگر چه منشأ اعتبار طلقیت در ملک، متعلق حق دیگران نبودن است، اعتبار «طلقیت» بر اساس فقدان این حقوق تنها در مرحله اثبات است؛ و در عالم ثبوت مسئله برعکس خواهد بود؛ یعنی ثبوتاً «طلق بودن» منشأ منتفی شدن این حقوق و منتفی بودن این حقوق، مسبب و معلول طلق بودن است. ولی در مقام اثبات، منتفی بودن حق دیگران نسبت به ملک سبب می‌شود برای اثبات طلق بودن ملک. در نتیجه در عالم ثبوت، اشکال شیخ انصاری (ره) بر محقق و علامه (مبنی بر اینکه این عنوان به تنهایی شرط مستقلاً نیست) وارد نخواهد بود، زیرا معلوم شد که در مرحله ثبوت شرط «طلق بودن» است و انتفای حقوق مانع بر آن مترتب می‌شود. اصل و سبب «طلق بودن» است و مسئله اصل و فرع بودن در مقام ثبوت برعکس نیست، بر خلاف مقام اثبات (همان: ۳۷۴).

۴.۲.۵.۱. اسباب انتفای طلقیت. منتفی شدن طلقیت در صورت وجود حقی برای دیگری، گاهی به دلیل قصور ملک در ایجاد سلطنت تام است (مانند وقف خاص) بنا بر اینکه موقوفه، ملک موقوف‌علیهم باشد. زیرا ملکیت ناشی از ایجاد سلطنت تامه است و گاهی به دلیل وجود مانعی است، مانند مال مرهونه. زیرا، مقتضی در این موارد مستلزم مالکیت نسبت به ایجاد سلطنت تام است، ولی تعلق حق دیگران بر ملک، مانع ایجاد سلطنت کامل شده است (همان: ۳۷۴).

۵.۲.۵.۱. موانع طلق بودن ملک (مصادیق). بیشتر فقیهانی که به این شرط پرداخته‌اند، عدم جواز بیع وقف و عین مرهونه را بر آن مترتب کرده‌اند؛ اما صاحب مقابس معتقد است منحصر کردن موارد متفرع بر این شرط به سه یا چهار مورد درست نیست، بلکه باید آنها را به همه مواردی تعمیم داد که در آن سلطنت مالک بر عوض به دلیل این است که شخص دیگری هم بر آن حق دارد. خود او آنها را به بیست مورد تعمیم می‌دهد.

ولی تحقیق در این مسئله نشان می‌دهد که باید به موارد چهارگانه اکتفا کرد. زیرا مواردی که صاحب مقابس افزوده یا مورد اختلاف است، مثل حق خیار و بعضی موارد دیگر؛ یا از مواردی محسوب می‌شود که مشهور فقیهان معتقدند که مانع انجام دادن بیع

نیست یا مردد است در اینکه از قبیل حق‌الرہانہ یا از قبیل حق‌الجناہ است. فرق بین این دو نوع آن است کہ حق‌الرہانہ رابطہ خاصی است بین مرتہن و عین مرہونہ کہ موجب می‌شود مرتہن طلب خود را از آن وصول کند، ولی رابطہ مذکور تنہا در شرایط خاص (عدم پرداخت دین اصلی)، موجب نقل و انتقال دین می‌شود. ولی حق‌الجناہ حقی است برای مجنی‌علیہ بر عہدہ جانی کہ موجب سلطہ مجنی‌علیہ بر جانی می‌شود، ہر گاہ کہ او را پیدا کند، حتی بعد از خروج عبد جانی از بندگی مالک و موجب بندگی جانی می‌شود، چہ بندہ قبلاً ہم در حال رقیت بودہ و چہ آزاد شدہ باشد (ہمان: ۳۷۳-۳۷۵). در نتیجہ، محقق نایینی نیز با پاسخ دادن بہ اشکال شیخ بر محقق و علامہ، در زمرہ مدافعان ضرورت شرط طلقیت عوضین قرار می‌گیرد.

۳.۵.۱. سید محسن حکیم (رہ). وی می‌گوید: مقصود از طلق بودن این است کہ مانعی برای تصرف در آنها وجود نداشته باشد. زیرا طلق بودن از اطلاق گرفتہ شدہ و در مقابل تقید است. چون اگر یکی از عوضین مقید باشد، فروش آن ممتنع خواهد بود و اگر مطلق باشد، فروش آن جایز است. با این تفسیر از شرط طلق بودن، می‌توان عدم جواز بیع وقف و مانند آن را بر مانعی متفرع کرد کہ برای انتقال مال در آنها وجود دارد. ولی اگر مراد از طلق بودن، سلطنت بر تصرف باشد، تفریع مذکور مشکل خواهد بود، زیرا سلطنت بر تصرف بہ جواز تصرف برمی‌گردد، و معنا ندارد کہ عدم جواز بیع، بر عدم جواز تصرف متفرع شود (حکیم، بی تا: ۳۳۸).

## ۶.۱. مخالفان شرط

۱.۶.۱. صاحب جواهر (رہ). او در این زمینہ می‌گوید: شرط دوم عوضین این است کہ ملک طلق، یعنی ملک تام و کامل باشند. چنانکہ علامہ در قواعد چنین تفسیر کردہ است.

ولی در نصوصی کہ بہ دست ما رسیدہ است، اثری از این شرط دیدہ نمی‌شود و استنباط این شرط با تعمیم نصوصی کہ در موارد خاصی مثل وقف یا ام‌ولدد وارد شدہ است، بدون اشکال نیست؛ زیرا اگر مراد از شرط این است کہ عوضین نباید متعلق حق دیگری قرار گیرند،

بدیهی است که این شرط با جواز فروش عبد جانی و فروش مبیع در زمان خیار بنا بر یک وجه، و همچنین جواز فروش ترکه مدیون در موارد خاص و امثال اینها، منافات دارد. اگر مراد از شرط این است که مالک عوض بتواند در آن همه نوع تصرف بکند، فساد آن واضح‌تر از صورت اول است، زیرا عدم تصرف خاص مانع از فروش نمی‌شود و اگر بازگشت شرط «طلق بودن» به مواردی است که به دلیل تعلق حق غیر به عوض، عدم جواز فروش آن ثابت شده است، این امر با ذکر آن به عنوان شرط عمومی همه عوض‌ها سازگار نیست. همچنین اگر مراد از این شرط متزلزل نبودن باشد، بدیهی است که فروش مال موهوب و مانند آن جایز خواهد بود.

شبهه همین شرط را علامه (ره) در شرایط زکات هم مطرح کرده‌اند، و ما در آنجا هم شبهه همین اشکالات را مطرح کردیم، زیرا دو مقام شبهه هم هستند. مخصوصاً که بعد از این شرط در اینجا شرط قدرت بر تسلیم را مطرح کردند و در آنجا هم شرط «امکان تصرف» را با قید «تام بودن تصرف»، اگرچه این دو با هم ملازمه ندارند. زیرا مال مغضوب و مفقود و مانند اینها مملوک تام هستند، ولی امکان تصرف و تسلیم آنها وجود ندارد. زیرا مقتضای عموماً جواز فروش هر عین مملوک است، مگر در مواردی که دلیلی بر خروج آن از تحت این عموماً وجود داشته باشد. از قبیل آنچه حق دیگران به آن تعلق گرفته است، به طوری که با بیع منافات دارد. وظیفه فقیه است که انواع حقوقی را که به عین تعلق می‌گیرد، از نظر منافات یا عدم منافات با بیع معلوم کند. ولی دلیلی وجود ندارد که مطلق تعلق حق غیر، با بیع منافات داشته باشد. بلکه شاید دلیلی بر خلاف آن وجود داشته باشد (نجفی، بی تا: ۳۵۶ و ۳۵۷). به این ترتیب، صاحب جواهر با طرح چهار احتمال در تفسیر شرط طلقیت، هر چهار احتمال را رد می‌کند و این امر را یکی از شرایط عمومی عوضین نمی‌داند.

۲.۶.۱. امام خمینی (ره). «طلق بودن» گاهی تام و کامل بودن ملکیت تفسیر می‌شود و گاهی نیز تام و کامل بودن سلطنت. اگر مراد از تام بودن ملکیت این است که ملک محض و خالص از تعلق حق غیر به آن باشد، اشکال آن روشن است. زیرا بیع عین مستأجره جایز است. در حالی که به این معنا ملک محض نیست. اگر مراد خالی بودن ملک از موانع

شمرده شده‌ای باشد که بر آن متفرع شده است، این امر نتیجه‌ای در بر نخواهد داشت؛ زیرا تام بودن سلطنت نیز از شرایط متعاملین است، نه عوضین.

به هر حال اگر مراد از طلق بودن، فقدان موانع باشد، چنانکه شیخ انصاری می‌گوید، بازگشت این امر به اشتراط «عدم مانع» و بر این مبتنی است که فقدان مانع از شروط باشد، چنانکه برخی حتی در امور تکوینی چنین گفته‌اند، ولی بطلان این ادعا در امور تکوینی بدیهی است، زیرا شرط خصوصیتی دارد که به دلیل آن خصوصیت نوعی در تحقق معلول دخالت دارد. یعنی یا شرط در فاعلیت فاعل است یا شرط در قابلیت قابل. ولی وجود خصوصیت در امور عدمی معقول نیست. در نتیجه در تحقق چیزی دخالت ندارند. عالم تشریح نیز اگر کاشف از مصالح و مفاسد و دخالت موضوعات و شرایط در رسیدن به مصالح و رهایی از مفاسد باشد، مانند عالم تکوین خواهد بود. بلکه از این جهت عین آن است. با این پیش‌فرض، موانع چه در عالم تکوین و چه در عالم تشریح موجوداتی هستند که در تحقق با ممنوعات تراحم دارند. پس کلام مشهوری که: «عدم مانع از اجزای علت تامه است» درست نیست. و اگر چه در کلام برخی از محققان آمده است، باید آن را تأویل کرد.

همین طور است بنا بر فرض جعلی بودن ماهیات تشریحی و همچنین بنا بر فرض انتزاعی بودن و مجعول تبعی بودن آنها، اگر بگوییم که در عالم تشریح خصوصیتی در شرایط و موانع وجود ندارد، بلکه همه آنها جعلی و اعتباری است. در نتیجه هرچه را که شارع مقدس شرط قرار دهد، شرط است و هرچه را که مانع قرار دهد، مانع خواهد بود، زیرا همان‌طور که از نظر مقنن، لازمه جعل شرطیت عدم تحقق مشروط در صورت فقدان شرط است؛ همین‌طور در نظر قانونگذار لازمه جعل مانعیت، مزاحمت مانع نسبت به تحقق ممنوع خواهد بود. هر کدام از شرط و مانع واقعی ناگزیر باید اثر داشته باشند، پس اعتبار شرط در مقابل اعتبار مانع قرار می‌گیرد؛ و جعل مانع به جعل شرطیت عدم آن باز نمی‌گردد.

چنانکه جعل مانعیت برای یک چیز به جعل شرطیت عدم آن نیازی ندارد، چون با جعل یکی از آنها از جعل دیگری بی‌نیاز می‌شویم، حتی اگر جعل هر دو هم درست باشد و

فی الجمله اثر هم داشته باشد. علاوه بر اینکه ارجاع نظر جاعل به امثال این امور بعید است. بنابراین در موارد دوران بین شرطیت و مانعیت، ناگزیر باید خود ماهیات مجعوله و ادله جعل را در نظر گرفت. در اینجا بنا بر مسلک مشهور، امر دایر بین مانعیت وقف و مانند آن و شرطیت عدم آنهاست، و گرنه بنا بر دیدگاه ما (عدم امکان ارجاع عدم مانع به شرط) وقف و رهن و مانند آنها مانع هستند، نه اینکه عدم آنها شرط باشد. اینکه می‌گویند مانع عبارت است از عنوان جامع بین این موارد هم ثمره‌ای ندارد. پس ناچار باید هر یک از مواردی را که به عنوان مانع مطرحند، به‌طور جداگانه بررسی کرد (خمینی، بی تا: ۸۷-۸۹).

در نتیجه امام خمینی (ره) این مسئله را بر بحث کلی رابطه بین «عدم مانع» و «شرط» مبتنی می‌کند و معتقد است که بین عدم مانع و شرط، تباین ماهوی وجود دارد و نمی‌توان آنها را به یکدیگر تأویل برد؛ از این رو، عناوینی مانند عدم وقفیت و مرهونه نبودن مانعند و دلیلی بر شرط بودن «طلقیت» وجود ندارد.

در مجموع محقق و علامه حلی، آخوند خراسانی، محقق نایینی و مرحوم حکیم، طبق تفسیری از مفهوم طلقیت و ماهیت آن، شرطیت آن را پذیرفته‌اند. برخی دیگر مانند شیخ انصاری و محقق اصفهانی شرط عمومی را نبود حقوق مانع می‌دانند، نه طلقیت. مؤلف جواهر منکر شرط عمومی طلقیت است. امام خمینی اصولاً ادله حقوق مانع را مبین «مانع» می‌داند که تأویل پذیر به شرط نیست. از این رو، اکثریت فقهای امامیه شرط آزاد بودن مبیع را یک قاعده کلی (شرط یا عدم مانع) نمی‌دانند و معتقدند که باید به موانع خاص (که از نظر مشهور چهار مورد است) اکتفا کرد.

## ۲. شرط «طلقیت» در فقه اهل سنت

### ۱.۲. فقه شافعی

صاحب مغنی المحتاج در مقام بیان شروط بیع می‌گوید: بیع پنج شرط دارد: طهارت عین مبیع، منفعت داشتن آن، امکان تسلیم آن، ملک بایع بودن مبیع و علم داشتن متعاقدین به آن. در این میان «طلقیت» به عنوان شرط مستقلی ذکر نشده است. شروط اضافی دیگر



مطرح شده است یا به این شروط باز می‌گرداند یا مربوط به ابواب خاص دیگرند. مثلاً: شرط رؤیت، به شرط علم باز می‌گردد.

شرایطی که در معاملات ربوی وجود دارد، مربوط به باب ربویات است. منع فروش مستقل حریم ملک هم به فقدان قدرت بر تسلیم باز می‌گردد. حتی برخی فقهای عامه همه شروط را به دو شرط ملک بودن و منفعت داشتن باز می‌گردانند. طهارت از ملک بودن فهمیده می‌شود؛ چون چیز نجس مملوک واقع نمی‌شود و قدرت بر تسلیم و علم به ملک عاقد بودن مبیع هم از شروط عاقد است (شربینی، ۱۴۱۲: ۱۵ - ۳۰). او در توضیح شرط «ملکیت» نیز سخنی از طلقیت به میان نمی‌آورد و تنها به این بسنده می‌کند که سزاوار است شرط ملکیت مقید با «تام» شود، تا بیع مبیع قبل از قبض آن خارج شود، زیرا فروش آن صحیح نیست (همان: ۲۱).

وی در بحث فروش مال مرهونه نیز اگرچه تصریح می‌کند که فروش آن توسط راهن متوقف بر اجازه مرتهن است، زیرا مرتهن در مال مرهونه حق دارد، به شرط لزوم طلقیت هیچ اشاره‌ای نمی‌کند. البته به حاکم حق می‌دهد که در صورت ضرورت و اضطرار راهن به فروش مال مرهونه، مرتهن را اجبار به اذن دادن کند (همان: ۱۸۳ - ۱۸۴). وی مال موقوفه را ملک موقوف علیهم ندانسته است و خداوند را مالک آن می‌داند، از نظر او دلیل ممنوعیت فروش آن توسط موقوف علیهم ملک خداوند بودن است (همان: ۵۲۷ - ۵۲۸). همین پنج شرط را در آثار غزالی نیز می‌توان دید (غزالی، ۱۴۱۷: ۱۷ - ۴۳).

صاحب نه‌ایه‌المحتاج نیز در کتاب بیع در مبحث شرایط عوضین شرایط پنج‌گانه طهارت، منفعت داشتن، قدرت بر تسلیم، مالکیت تام طرفین، و علم آنها به عوضین را ذکر کرده است. او نیز قید «تام» را به شرط مالکیت می‌افزاید، ولی از شرط «طلقیت» عوضین هیچ سخنی به میان نمی‌آورد (رملی، ۱۴۱۴: ۳۹۲-۴۰۷).

در فقه شافعی «طلقیت» شرط مستقلی برای عوضین در نظر گرفته نشده است و آنچه بعضی از فقیهان امامیه با شرط طلقیت عوضین در صدد بیان آن بوده‌اند، از فروع

مالکیت تامه متعاقدين نسبت به عوضين است و به شرط «ملکیت» عوضين باز می‌گردد که با افزودن قيد «تام» مقصود آنها تأمین می‌شود.

## ۲.۲. فقه مالکی

خطاب رعیني در شرایط موضوع عقد اعم از ثمن و مثن پنج شرط را ذکر کرده است: طهارت، منفعت داشتن، عدم ورود نهی از مالکیت فروش آن (جواز تملک)، قدرت بر تسلیم و معلوم بودن. وی سخنی از «طلاقیت» عوضین به میان نمی‌آورد و فروش مال مرهونه را بر موافقت مرتهن و فروش مال دیگری را بر موافقت مالک آن متوقف دانسته است و مرجع این امر را شرط قدرت بر تسلیم می‌داند (خطاب، ۱۴۱۶: ۵۷-۵۸).

همین وضعیت در آثار خُرشی نیز دیده می‌شود. او نیز از «طلاقیت» به عنوان شرط مستقل عوضین یاد نمی‌کند و مواردی مثل ممنوعیت فروش مال مرهونه توسط راهن بدون اذن مرتهن را، به فقدان شرط قدرت بر تسلیم به دلیل تعلق حق غیر بر آن می‌داند (خرشی، ۱۴۱۷: ۲۸۱-۲۹۳؛ غربانی، ۱۴۲۳: ۲۲۷-۲۴۸). بنابراین، در فقه مالکی اولاً، عنوان ملکیت عوضین به جواز ملکیت تغییر یافته است؛ ثانیاً، مفهوم طلاقیت به شرط قدرت بر تسلیم ارجاع داده شده است و قهراً سخنی هم از لزوم تقیید مالکیت عوضین به تام بودن نیست.

به نظر می‌رسد که همه این موارد محل تأمل و اشکال است: جواز مالکیت بر وضعیت آینده عوضین ناظر بوده، ولی مالکیت مربوط به وضعیت قبل از بیع آنها و بحث اصولاً مربوط به شرایط عوضین قبل از انجام دادن بیع است. لزوم طلاقیت عوضین به طور مستقیم به کمال و تمامیت مالکیت طرفین باز می‌گردد و در مرتبه بعد به قدرت بر تسلیم خدشه وارد می‌کند. اگرچه تعلق حق غیر بر یک مال، همواره با حق اشخاص دیگری که نسبت به آن حق دارند، منافات ندارد، پاره‌ای از فقیهان، فروش مال مرهونه را در صورتی که به حق مرتهن خدشه‌ای وارد نشود و مثلاً تسلیم آن به بعد موکول شده باشد، جایز می‌دانند.

## ۳.۲. فقه حنفی

در فقه حنفی شش شرط برای عوضین ذکر شده است: موجودیت، مالیت، تقویم شده بودن، فی نفسه مملوک بودن، ملکیت و مقدوریت تسلیم. دو شرط نیز برای طرفین عقد ذکر

شده است: ۱. مالکیت یا ولایت؛ ۲. فقدان حقی برای دیگری. بیع فضولی و بیع مال مرهونه به دلیل فقدان این شرط نافذ نیست (طهماز، ۱۴۲۲: ۱۵ - ۱۹) در مذهب حنفی نیز از شرط «طلاقیت» به عنوان شرط مستقل اثری دیده نمی‌شود.

#### ۴.۲. فقه حنبلی

زرکشی می‌گوید: ماهیت بیع مرکب از سه چیز است: عاقد، معقودعلیه و معقودبیه. شرایط عاقد این است که اهلیت تصرف داشته باشد، یعنی بالغ، عاقل، مأذون در تصرف، مختار و غیرمجبور باشد. شرط معقودبیه این است که بر رضایت دلالت کند و هیچ لفظ خاصی در آن شرط نیست. شرایط معقودعلیه این است که: ۱. در آن بدون حاجت منفعت مباحی (مالیت) وجود داشته باشد؛ ۲. عاقد در معامله آن به عنوان مالک یا مأذون حق تصرف داشته باشد؛ ۳. برای متعاقدين معلوم باشد؛ ۴. مقدورالتسلیم باشد؛ ۵. نهی شارع در مورد معامله آن (مانع) وجود نداشته باشد (زرکشی، ۱۴۱۳: ۳۸۲ و ۳۸۳؛ ابن قدامه، ۱۴۱۴: ۳۹۶-۳۹۸).

#### ۵.۲. فقه ظاهری

ابن حزم که در ابتدا پیرو مکتب شافعی بود و سپس نماینده مکتب ظاهری لقب گرفت، اگرچه به شکل امروزی و منظم به شرایط عوضین نمی‌پردازد، به‌طور پراکنده و در ضمن مسائل و فروعات جداگانه، این شرایط را بیان می‌کند. در عبارات او نیز مانند زرکشی نمی‌توان نشانی از شرط آزاد بودن عوضین یافت (ابن حزم، ۱۴۰۸: ۳۴۵-۳۶۸). در فقه اهل سنت نشانی از «طلاقیت» به عنوان شرط مستقل و عمومی وجود ندارد. تنها در مذهب شافعی «تام بودن» از قیود شرط ملکیت و در مذهب مالکی فقدان حقوق مانعه، از لوازم قدرت بر تسلیم و در مذهب حنفی فقدان حقوق مانعه از شروط متعاقدين شمرده شده است.

#### ۳. حقوق ایران

در قوانین موضوعه و حقوق ایران به شرط آزاد بودن ملک چندان توجه نشده است. تنها برخی از استادان حقوق در شرایط موضوع تعهد در صورتی که مال باشد، بر «آزاد بودن ملک» تأکید کرده‌اند و معامله مال غیرآزاد را باطل دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۳۰؛ ۱۳۷۱:

۱۶۷-۱۶۸) و در اجرای قرارداد، تصریح کرده‌اند که مالکیت پرداخت‌کننده باید تعلق باشد، والا وفای به عهد اثر ندارد. چنانکه ماده ۲۷۶ ق.م.ا.م می‌کند: «مدیون نمی‌تواند مالی را که از طرف حاکم ممنوع از تصرف در آن شده است، در مقام وفای به عهد تأدیه نماید» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۹؛ ۱۳۷۶: ۱۴؛ ۱۳۷۸: ۵۷۷-۵۸۴؛ امامی، ۱۳۷۰، ج ۲: ۳۶۸-۳۷۱). ماده ۲۶۴ ق.آ.د سابق به‌طور مطلق معامله مال غیر تعلق بازداشت شده مانند مال ورشکسته را غیر نافذ اعلام کرده بود، ولی در قانون جدید آ.د.م این ماده حذف شد.

### نتیجه‌گیری

فقیهان امامیه درباره این مسئله نظر یکسانی ندارند. برخی آن را شرط عمومی و مستقلی می‌دانند؛ برخی آن را به شرط عمومی ضرورت فقدان حقوق مانع تأویل می‌برند، یعنی ضمن قبول عمومیت آن، برایش اصالتی قائل نیستند؛ بعضی دیگر عمومیت آن را مورد خدشه قرار داده‌اند و معتقدند که در این زمینه باید تنها به موانع خاص مذکور در روایات، مثل رهن و وقف اکتفا کرد. بعضی دیگر درباره شرطیت، اصالت و عمومیت آن مناقشه کرده‌اند و بر این باورند که روایات مذکور بیانگر موانع خاصی است که تأویل‌پذیر به شرطیت نیستند. ظاهراً حقوق موضوعه فعلی ایران بر نظر فقهی اخیر منطبق است.

در برخی مذاهب اهل سنت نیز تنها تام بودن ملکیت یا فقدان حقوق مانع، به‌عنوان لازمه قدرت بر تسلیم یا شرط متعاقدين مطرح شده است. در نتیجه، طلقیت به‌صورت قاعده عمومی مستقل اعم از شرط یا عدم مانع مطرح نیست.

به نظر می‌رسد که با صرف نظر از بحث فلسفی و منطقی رابطه «شرط» با «عدم مانع» که خود بر تبیین رابطه تشریح با تکوین مبتنی است، ادله خاص موجود و روابط عقلایی مالی، بر ضرورت قاعده‌ای عمومی مبنی بر «شرط» یا «فقدان مانع» تحت عنوان «طلقیت» یا عناوین مشابه دلالت نمی‌کند. از این رو، چون فروش مالی که تعلق نیست هم شاید منافع عقلایی داشته باشد، دلیلی بر بطلان یا عدم نفوذ چنین معامله‌ای وجود ندارد، حتی اگر تحقق برخی از آثار بیع یا اجرای آنها مستلزم طلقیت باشد.

## منابع

۱. ابن قدامه (۱۴۱۴). *المغنی علی مختصر الخرقی*، ج ۳، بیروت، دارالکتب العلمیه.
۲. ابن حزم (۱۴۰۸). *المحلی*، ج ۷، بیروت، دارالکتب الاسلامیه.
۳. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۲). *حاشیة مکاسب*، ج ۲، تحقیق شیخ عباس آل سباع، قم، آل البیت.
۴. امامی، سید حسن (۱۳۷۰). *حقوق مدنی*، ج ۲، تهران، انتشارات اسلامیه.
۵. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۴). *مکاسب*، ج ۴، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۶. خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۶). *حاشیة مکاسب*، تهران، وزارت ارشاد اسلامی.
۷. بحرانی، یوسف (بی تا). *الحدائق الناضرة*، ج ۱۸، تحقیق محمدتقی ایروانی، قم، دفتر نشر اسلامی.
۸. تستری، محمد تقی (بی تا). *مقابس الانوار*، قم، آل البیت.
۹. حکیم، سید محسن (بی تا). *نهج الفقاهه*، قم، انتشارات ۲۲ بهمن.
۱۰. الخرشی، محمدبن عبدالله (۱۴۷۱). *الحاشیه علی مختصر خلیل*، ج ۵، بیروت، دارالکتب العلمیه.
۱۱. خطّاب رعینی (۱۴۱۶). *مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل*، ج ۶، بیروت، دارالکتب العلمیه.
۱۲. خمینی، سید روح الله (بی تا). *کتاب البیع*، ج ۳، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۱۳. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۸). *مصباح الفقاهه*، ج ۵، تقریر محمد علی توحیدی، قم، وجدانی.
۱۴. رملی (۱۴۱۴). *نهایة المحتاج*، ج ۳، بیروت، دارالکتب العلمیه.
۱۵. زرکشی (۱۴۱۳). *شرح علی مختصر الخرقی*، ج ۳، ریاض، مکتبه العییکان.
۱۶. سبزواری (بی تا). *کفایة الاحکام*، اصفهان، مرکز النشر.

۱۷. شربینی، محمدبن خطیب (۱۴۲۱). *معنی المحتاج*، ج ۲، بیروت، دارالفکر.
۱۸. شهید ثانی (۱۴۱۴). *مسالك الافهام*، قم، تحقیق و نشر مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۹. شهید ثانی (۱۴۱۰). *شرح لمعه*، ج ۳، قم، انتشارات داوری.
۲۰. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۹). *ریاض الاحکام*، ج ۸، قم، مؤسسه آل البيت.
۲۱. طهماز، عبدالحمید محمود (۱۴۲۲). *الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید*، ج ۴، دمشق، دارالقلم.
۲۲. عاملی، حر (۱۳۹۱). *وسائل الشیعه*، ج ۳، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۲۳. عاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۸). *مفتاح الکرامه*، ج ۸، بیروت، دارالتراث.
۲۴. علامه حلی (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام*، ج ۱، قم، شریف رضی و مؤسسه نشر اسلامی.
۲۵. الغریانی، عبدالرحمن (۱۴۲۳). *مدونه الفقه المالکی*، ج ۳، بیروت، مؤسسه الریان.
۲۶. غزالی (۱۴۱۷). *الوسیط فی المذهب*، ج ۳، قاهره، دارالسلام.
۲۷. کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۷۴). *اعمال حقوقی*، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۸. کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۷۸). *عقود معین*، ج ۴، شرکت سهامی انتشار، تهران.
۲۹. کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۷۱). *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۰. کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۷۶). *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۱. محقق حلی (۱۴۰۹ق). *شرائع الاسلام*، ج ۲، تحقیق سید صادق شیرازی، تهران، انتشارات استقلال.
۳۲. نایینی، محمد حسین (۱۴۲۱). *منیه الطالب*، ج ۲، تقریر شیخ موسی نجفی، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۳۳. نایینی، محمد حسین (بی تا). *المکاسب والبیع*، ج ۲، تقریر شیخ محمد تقی آملی، قم، نشر اسلامی.
۳۴. نجفی، شیخ محمد حسین (بی تا). *جواهر الکلام*، ج ۲۲، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۳۵. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۸). *مستند الشیعه*، ج ۱۴، قم، آل البيت، قم.
۳۶. نوری، حسین (۱۴۰۷). *مستدرک الوسائل*، ج ۱۳، قم، مؤسسه آل البيت.