

طلاق بودن مبیع و آثار آن از منظر فقهی و حقوقی

ساره مشهدی

کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی کرج، ایران

چکیده

زمینه و هدف: یکی از شرایط مبیع آن است که طلاق باشد. طلاق بودن یعنی رها بودن و به مالی که گفته می شود که کلأاً یا جزئاً مستحق للغير نباشد و از هر قیدی آزاد باشد و ادعایی نسبت به آن مطرح نباشد. این قاعده را برای اولین بار محقق حلى و علامه حلى بیان نموده اند و این را از شرایط عوضین می دانند. در قانون مدنی و دیگر قوانین طلاق بودن به سکوت برگزار شده است و استدلالهای مختلف و متفاوتی را منجر شده است. هدف از پژوهش حاضر بررسی استدلالهای فقهی و حقوقی پرامون طلاق بودن مبیع و آثار و احکامی است که به دنبال دارد.

روش تحقیق: پژوهش حاضر توصیفی و تحلیلی است. به این ترتیب سعی شد با بررسی منابع کتابخانه‌ای و تحلیل موضوع طلاق بودن مبیع از منظر فقهی و حقوقی و با نگاهی تطبیقی مطالعه شود.

یافته‌ها: قانون مدنی در مقررات راجع به مبیع در عقد بیع (مواد ۳۶۱-۳۴۸) طلاق بودن را از جمله شرایط عوضین مطرح نکرده است. اما دو مصدق سنتی این بحث که در کتب فقهی در باب بیع بررسی می شود، در جای مناسب خود در قانون مدنی آمده است: ۱. ماده ۳۴۹ قانون مدنی در مقررات راجع به مبیع مقرر می کند: بیع مال وقف صحیح نیست: ۲. ماده ۷۹۳ در مقررات مربوط به رهن می گوید: "راهن نمی تواند در رهن تصرفی کند که منافعی حق مرتنهن باشد، مگر به اذن مرتنهن" علاوه بر دو ماده ۳۴۹ و ۷۹۳، مواد دیگری از قانون مدنی را نیز می توان از مصادیق این بحث دانست. مانند: ۱. تصرف منافی با شرط فعل در ماده ۴۵۴؛ ۲. تصرف منافی با خیار در ماده ۴۰ و ۵۰۰؛ ۳. معاملات وارث نسبت به عین ترکه در ماده ۴۷۱ همچنین، قانون مدنی در بحث بیع (ماده ۳۴۵) و صلح (ماده ۷۵۳)، اهلیت تصرف در مبیع و ثمن و مورد صلح را در کنار اهلیت برای معامله، از شروط متعاقدين می داند.

نتایج: از نظر فقهی، در پذیرش طلاق بودن به عنوان یک شرط کلی، تردیدهایی است، اما با توجه به مقررات متعددی از قانون مدنی و قوانین دیگر که معامله بر متعلق حق غیر را منع اعلام کرده است و نیز با توجه به نظریه فضولی، که می توان آن را به همه موارد وجود حق غیر بر مورد معامله توسعه داد،

طلقبودن مورد معامله را می‌توان یکی از شروط مورد معامله یا وجود حق غیر بر مورد معامله را از موانع اعتبار معامله دانست.

واژه‌های کلیدی: میع، طلق بودن، آزاد بودن، عوضین، آثار طلق بودن، دیدگاه فقهی، دیدگاه حقوقی

بیان مسئلله

بیع در لغت از الفاظ ضدداد است، در عین حال که می‌تواند معنی فروختن را بدهد می‌تواند معنای خریدن را نیز داشته باشد. (قولی درفشن، ۱۳۸۴، ص ۱۰) اما معنای غالب آن نزد مردم فروش است و در مقابل آن «شری» بکار می‌رود که اصولاً معنای خرید را می‌دهد. با این حال، بیع در اصطلاح اهل لغت به عمل «خرید و فروش» و یا «داد و ستد» اطلاق می‌گردد. (دهخدا، ۱۳۸۲، ص ۵۵۱) بیع از جمله عقودی نیز می‌باشد که در قران کریم از آن یاد شده و در موارد متعددی معنای اخیر از آن مراد بوده است. در تالیفات فقهی، تعاریف گوناگون و زیادی از بیع به عمل آمده است، اعتباری بودن عقد مزبور، فقهای اسلام را بر آن داشته است که در تعریف و معروف و مفهوم حقوقی بیع، نسیجه، آثار، لوازم و معنای عرفی این عقد را بیشتر مورد توجه قرار دهند. بدین ترتیب برخی آن را «مبادله مال به مال»، «تبديل مال به مال»، «تبديل عین به مال»، «تملیک مال به مال» و «العقد و دال علی تملیک او انتقال مال باشاء التملیک» تعریف نموده‌اند. (کوه کمری، ۱۴۰۹، ص ۷) در حقوق داخلی ایران نیز به تبعیت از فقه امامیه، ماده ۳۳۸ قانون مدنی، بیع را این چنین تعریف نموده است: «بیع عبارت از تملیک عین به عوض معلوم است». از این تعریف روشن می‌شود ماهیت بیع عبارت است از انتقال ملکیت مورد معامله در مقابل عوض و ثمن معلوم. برای اینکه بیع به طور صحیح واقع و اثر حقوقی داشته باشد نیازمند برخی از شرایط اساسی و شرایط مرتبط به موضوع معامله است. خود موضوع معامله که به آن میع هم گفته می‌شود نیز دارای برخی شرایط است. شرایط اساسی که برای میع بیان شده است عبارتند از:

شرط اول: میع باید چیزی باشد که خرید و فروش آن قانوناً منوع نباشد این ممنوعیت ممکن است ممنوعیت قانونی باشد مثل مواد مخدر و یا قراردادی باشد. مثلاً شخصی حق انتقال مال خود را برای مدت معینی از خود ساقط کرده باشد.

شرط دوم: میع باید دارای مالیت و یا منفعت عقلایی باشد.

شرط سوم: میع باید مقدور التسلیم باشد زیرا چیزی که مقدور التسلیم نیست در نظر عرف مال شمرده نمی‌شود این مقدور التسلیم بودن در زمان و موعد تسلیم شرط است نه در موقع انعقاد عقد. اگر طرفین در حین انعقاد عقد می‌دانستند که در زمان تسلیم امکان تسلیم وجود نخواهد داشت و با این حال عقد را منعقد کنند و بعد از آن اتفاقاً میع مقدور التسلیم شود باز عقد باطل است.

شرط چهارم: در عقد بیع عین معین یا کلی در معین در حین انعقاد عقد میع باید موجود باشد و اگر موجود نباشد عقد باطل خواهد بود.

شرط پنجم: مبيع باید مال طلق باشد لذا فروش مال غیر آزاد جائز نیست مگر در موارد مصرحه در قانون. از اینرو؛ یکی از شرائط مبيع آن است که طلق بودن یعنی رها بودن و به مالی که گفته می‌شود که کلاً یا جزئاً مستحق للغير نباشد و از هر قیدی آزاد باشد و ادعایی نسبت به آن مطرح نباشد مثلاً منزله که سندش در رهن بانک است، طلق محسوب نمی‌شود هرچند وام گیرنده اقساط عقب مانده‌ای نداشته باشد.

طلق بودن و رها بودن ملک و مال به این معنا نیست که مال از اموال مباح و موات و یا بی صاحب باشد بلکه طلق بودن زمانی است که مالی مالک دارد ولی مدعایی ندارد. در این مقاله؛ نگارنده سعی دارد با نگاه حقوقی و فقهی به بررسی این شرط پیردازد تا مشخص شود که طلق بودن مشخص شود که طلق بودن مبيع دارای چه آثاری بوده و اگر این شرط فراهم نشود چه تبعات حقوقی به دنبال خواهد داشت.

الف) پیشنه و مفهوم‌شناسی طلاق بودن

همانظور که بیان شد؛ از شرایط مبيع این است که آزاد باشد و متعلق حقی نباشد. این قاعده را برای اولین بار محقق حلی و علامه حلی بیان نموده‌اند و این را از شرایط عوضین می‌دانند. (مروج جزائری، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۴۸۳) مرحوم محقق حلی در کتاب شرائع می‌فرمایند: «آن یکون طلقاً فلا يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقاوه إلى خرابه لاختلاف بين أربابه...» (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۱) اما علامه حلی در کتاب قواعد بالفظه دیگر این قاعده را بیان نموده‌اند و می‌فرمایند: «و يشترط في الملك التمامي، فلا يصح بيع الوقف إلا أن يؤدي بقاوه إلى خرابه لخل أربابه» (حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۴) محقق حلی از این قاعده با نام طلقیت یاد می‌کند. (حلی، ۱۱۱۸، ج ۲، ص ۱۱) ولی علامه حلی با لفظ تمامیت از این قاعده یاد می‌کند. (حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۴) که هر دو لفظ تمامیت و طلقیت به یک معنا می‌باشد (مروج جزائری، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۴۸۳) و بعد از بکار بردن این اصطلاح توسط محقق حلی و علامه حلی در بین دیگر فقهاء این اصطلاح رایج شد که مرحوم جزائری به نام بعضی از فقهایی که این اصطلاح را در آثارشان ذکر کردند اشاره می‌کنند و می‌فرمایند: «كالشهيدين (شهيد اول، ۱۴۱۰، ص ۱۰۶؛ شهيد ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۵۳) و المحقق الثاني (کرکی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۹۷) و الفاضل السبزواری (سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۴۵۴) و المحدث البحراني (بحراني، ۱۱۱۵، ج ۱۸، ص ۱۴۸) و الفاضل النراقی (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۴، ص ۳۰۷). (مروج جزائری، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۴۸۳)

شیخ انصاری در تعریف طلقیت می‌فرمایند مراد از طلقیت تمامیت سلطنت بر ملک به گونه‌ای که با ملکش هر آنچه بخواهد انجام دهد و مطلق العنان بر ملکش باشد (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۱۱۷) مرحوم جزائری در توضیح سخن شیخ انصاری می‌فرمایند منظور از تمامیت سلطنت بر ملک به گونه‌ای 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 نمی‌باشد (مروج جزائری،

ج، ۱۴۱۶، ص ۴۸۴) تبریزی می فرمایند مراد از طلق سلطنت مالک به اضافه ایکه 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، ۱۱۱۱، ج ۴، ص ۷۵)

مرحوم نائینی می فرمایند مراد از طلق مرسل بودن ملک نسبت به مالکش می باشد بدین معنا که سلطنت تمام بر میع 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 میع جایز بیع باشد زیرا از باب شرط قرار دادن شی 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 تمام برای مالک می باشد در مقابل سلطنت ناقص که ناشی از تعلق حق غیر به آن می باشد. (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۴۹۴) مرحوم کاظمی تستری می فرمایند 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 موجره 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 تسليط 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 کاظمی تستری نظر خود را می فرمایند که این مصاديق در این نکته مشترکند که از لحاظ وضعی، مانع صحت یا نفوذ معامله اند. با این توضیح که اگر نقص ناشی از اسباب و مصاديق قابل جبران باشد، معامله غیرنافذ خواهد بود، و گرنه معامله باطل است. (کاظمی تستری، بی تا، ص ۱۴۷) مرحوم آقا شیخ محمدحسین در حاشیه خود بر مکاسب می فرمایند در اینجا، مسئله این است که این میع باید آزاد باشد نه بایع. اگر میع آزاد نباشد؛ قهراً بایع مطلق العنان نمی باشد و البته این استاد دادن، استاد بالعرض است. (ر.ک. اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۱۷) اگر بایع جایز التصرف بر میع نباشد مثال 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 بیع می باشد پس تمام تعاریفی که ذکر شده تعری دقیق و صحیحی نمی باشد چرا که صحت 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) مترنبع از عدم تعلق آن حقوق می باشد مثال گفته می شود بیع وقف صحیح نمی باشد یا رهن و یا ام ولد و دیگر حقوق مانند آن و اینها تفصیل طلق می باشند و فرع بر شرط نمی باشند؛ شرط در حقیقت این است که عوضین وقف یا رهن یا ام ولد نباشد 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 ۴، ص ۷۵) به عبارت دیگر میع باید دارای شرایطی باشد که مالک بتواند تصرف بر میع کند از جمله عوضین وقف یا

رهن یا ام ولد نباشد که برای اختصار و سهوالت بیان آنها یک لفظ با عنوان طلقیت تعبیر می‌کنند. پس می‌توان گفت که طلقیت فرع می‌باشد و مسائل اصل می‌باشد.^۱

آیت الله جوادی آملی می‌فرمایند همان طوری که انسان گاهی آزاد است و گاهی بند، ملک هم اینچنان است. فرق انسان آزاد و بند چیست؟ حریت و عبد بودن یک معنای روشی دارد و آثار روشی هم دارد. هم، ما میدانیم که شخص آزاد به چه کسی می‌گویند و به چه کسی بند می‌گویند. 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 می‌شود کرد، می‌توان خربید و فروش کرد، می‌توان 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 می‌کشد یعنی شما نمی‌توانید آن را نقل و انتقال بدھید، اما مالی که طلق باشد یعنی در بند نباشد کاملاً قابل نقل و انتقال است، هم نقل و انتقال اختیاری مثل بيع و هم نقل و انتقال قهری. (جوادی آملی، در خارج فقه، جلسه ۵۱)

ب) نظرات فقهی پیرامون طلاق بودن مبیع

درباره مقصود از طلاق بودن موضوع معامله، نظرات متفاوتی مطرح شده است که در ادامه به برخی از آنها اشاره می‌شود:

الف) همان طور که ملاحظه شد، علامه حلى تعبیر تمامیت ملک را به کار برد است. اما محقق اردبیلی در شرح این سخن می‌گوید: «معنای این عبارت واضح نیست هر چند مثال‌های آن روشن است.» ایشان احتمال می‌دهد مقصود از آن ملکیتی باشد که مالک هر گونه بخواهد در آن تصرف کند. اما باز هم تصریح می‌کند که این سخن مجمل است و معلوم نیست که چه چیزی مطلق تصر در آن جایز است یا نیست تا بتوان تعیین کرد فروش آن جایز است یا نه (مجموع الفائده و البرهان، ۱۴۱۱، ص ۱۶۸)

ب) به نظر شیخ انصاری، مقصود از طلاق بودن، تسلط کامل بر ملک است به گونه‌ای که مالک بتواند در ملک هر کاری که بخواهد انجام دهد و دست وی در این کار باز باشد. اما بازگشت این معنا در واقع، به این است که ملک طوری باشد که مالک بتواند به طور مستقل آن را انتقال دهد و انتقال وی نافذ و موثر باشد، به این دلیل که حق غیر به ان ملک تعلق نگرفته باشد، تا معامله بدون اذن وی نافذ باشد. (انصاری،

۱۴۲۰، ج ۴، ص ۲۹)

۱- برای مطالعه کامل تاریخچه و مفاهیم مرتبط با طلاق بودن و دیدگاه‌های مختلف فقهی و حقوقی بنگرید: نعمت‌اللهی، ۱۳۹۲، ص ۳۱۲ و ۲۸۳-۳۱۲ و یوسف‌وند، محمود و غلام‌ضاراوی، ۱۳۹۲، ص ۱۳۸-۱۳۵.

به نظر مرحوم نایینی نیز مقصود از طلق بودن این است که ملک نسبت به مالک آن رها و آزاد باشد، به این معنا که مالک بر آن شیء سلط کامل داشته باشد و بتواند در آن هر نوع که بخواهد، تصرف کند، در برابر مواردی که در آن‌ها سلطنت مالک به دلیل تعلق حق غیر، ناقص است. (نایینی، ۱۴۱۳، ص ۳۷۳)

(ج) مرحوم اصفهانی می‌گوید: طلق بودن گاهی به عنوان وصفی برای ملکیت معتبر در بیع ذکر می‌شود و گاهی به عنوان وصفی برای سلطنت بر بیع. در صورت اول، شرط عوضین است و در صورت دوم، شرط متعاملین. اما در کتب فقهی به عنوان شرط عوضین ذکر شده است. در این صورت تفسیر طلق بودن به اینکه مالک، مطلق العنان، باشد، درست نیست. نداشتن حق تصرف ممکن است به دلیل وجود خلل در خود تصرف باشد، یا به دلیل وجود خلل در مورد تصرف. خلل در متصرف هم گاه ناشی از نبود مقتضی است، مانند آن که باع مالک میع نباشد و گاه ناشی از وجود مانع است، مانند آن که مالک در اثر صغیر، سفه یا فلس، محجور باشد. خلل درباره تصرف نیز گاه ناشی از نبود مقتضی است، مانند آن که میع، مالیت نداشته باشد و گاه ناشی از وجود مانع است، مانند آنکه مورد رهن یا وقف باشد. نداشتن حق تصرف در مورد اول، به خود متصرف بازمی‌گردد، لذا در شروط متعاملین ذکر می‌شود؛ و نداشتن حق تصرف در مورد دوم، به مورد تصرف بازمی‌گردد، لذا در شرط عوضین ذکر می‌شود. (اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۷۰)

امام خمینی نیز تفسیر طلق بودن به کامل بودن ملکیت یا کامل بودن سلطه را رد می‌کند و می‌گوید: «اگر مقصود از آن فقدان موانع باشد، بازگشت آن به شرط عدم مانع است و این مطلب در صورتی صحیح است که عدم مانع، از شروط باشد؛ در حالی که چنین نیست. بنابراین، طلق بودن از اوصاف مورد معامله است و به این معنا است که مورد معامله متعلق حق غیر باشد؛ در غیر اینصورت، وجود حق ثالث در مورد معامله، مانع از تصرفات آزاده مالک در ملک خود می‌شود. علاوه بر این، چنان که از عبارت پیش معلوم شد، طلق بودن شرط نیست بلکه وجود حق برای غیر مانع صحت یا نفوذ است.» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۱۱۹)

(د) عدم تعلق حق غیر: میرزا قمی (ره) طلق بودن را از شروط صحت عقد بیع دانسته و آن را به عدم تعلق حق غیر به مورد معامله تفسیر کرده است. به نظر ایشان، همان‌طور که برای صحت عقد بیع، ملکیت شرط است، طلق بودن ملکیت نیز شرط است. ایشان ذکر مواردی مانند وقف و رهن بودن مال در کلام فقهها را مثال دانسته و نه این که مصاديق طلق بودن به این امور منحصر شود (قمی، ۱۴۲۷، ص ۲۴۳)

در کتب اهل سنت نیز در مورد طلق بودن میع اشاره به این شده که میع متعلق حقی نباید باشد. هبہ الزحیلی می‌فرمایند اگر میع مملوک باع باشد بنابر مذهب حنفیه و مالکیه شرط نفوذ در عقد می‌باشد و نزد شافعیه و حنبله شرط انعقاد عقد می‌باشد، پس بنابر مذهب اولی (حنفیه و مالکیه) بیع فضولی و فروش آن موقوف به اجازه می‌باشد و بنا بر مذهب دومی (شافعیه و حنبله) عقد باطل می‌باشد. اما شرط اینکه آیا میع متعلق حقی می‌باشد یا خیر؛ بنا بر مذهب حنفیه و مالکیه شرط نفوذ در عقد می‌باشد و نزد شافعیه و حنبله شرط انعقاد عقد می‌باشد؛ پس بنابر اولی بیع فضولی و فروش آن موقوف به اجازه می‌باشد و بنا بر دومی

باطل می‌باشد. در این جاین مملوک باعی و تعلق گرفتن حق فرق قائل شده‌اند. (هبه الزحلی، ۱۷۷۹م، ج ۵، ص ۵۵)

(پ) بررسی فقهی طلاق بودن مبیع

ازجمله شروطی که فقهاء برای بیع بیان کرده‌اند، طلاق بودن عوضین است. بر این اساس بیع عین مرهونه و بیع وقف و... را جایز ندانسته‌اند؛ اما اینکه شرط مستقلی است یا نه مورد بحث فقهاء قرار گفته است. از نظر برخی فقهاء، عدم وجود دلیل بر مانعیت تعلق حق غیر برای صحت معامله، موجب می‌شود اشتراط طلاقیت در هر یک از مصادیق این بحث، محتاج دلیل خاص بوده و براساس نظر برخی دیگر از فقهاء و حقوقدانان، تعلق حق غیر عنوانی کلی است که مانع از تصرفات منافی با آن حق می‌شود. با توجه به کثرت مصادیق مستحدثه در زمینه عدم طلاق بودن و تعلق حق دیگران در دوران معاصر، می‌توان گفت طلاق بودن یک شرط برای بیع است که مخالفت با آن به عدم نفوذ معامله منجر می‌شود. برای اینکه مطلب فقهاء قابل فهم تر باشد در ادامه با عنایت به اصل یا فرع بودن طلاق و مقتضی یا مانع بودن آن به بررسی دیدگاه‌های فقهی می‌پردازم.

عده‌ای از فقهاء مانند صاحب جواهر و شیخ انصاری قائلند که طلاقیت اصل نمی‌باشد در مقابل عده‌ای از فقهاء مانند محقق حلی، قاعده طلاقیت را اصل قرار دادند و عدم جواز بیع آن فرع کردند مگر در آن چیزی که در بیع وقف استثنای کرده‌اند و همچنین در بیع مرهونه مگر به اذن مرتهن و یا اجازه او. (انصاری، ۱۴۱۱م، ج ۲، ص ۱۱۹)

مرحوم مظفر می‌فرمایند واضح است که طلاقیت از اوصاف مال مملوک می‌باشد و نه اوصاف مالک و ملکیت و به خاطر همین این شرط را در شروط عوضین قرار دادند به همین جهت طلاقیت به تمام سلطنت بر ملک و یا به این که مالک مطلق العنان تفسیر شود هیچ وجہی ندارد چرا که اولی به وصف ملکیت است و دومی به وصف مالک می‌باشد. آنچه از وصف ظاهر کلمات قوم فهمیده می‌شود این است که مراد از مطلق العنان، عدم تعلق حق به غیر مالک در آن می‌باشد مثل حق الرهن و حق الجناه؛ پس مانعی ندارد که این را شرطی مستقل برای عوضین قرار داد. (مظفر، ۱۳۸۳م، ص ۱۷۹) مرحوم اصفهانی می‌فرمایند عدم مالکیت تصرف گاهی به جهت خلل در متصرف می‌باشد و گاه خلل در متصرف فیه می‌باشد در صورت اولی گاهی به جهت عدم مقتضی می‌باشد مانند این که مالک رقبه نباشد و گاهی به جهت وجود مانع مانند این که مالک محجور باشد به جهت صغیر یا سفه و صورت دومی گاهی به جهت عدم مقتضی می‌باشد مانند اینکه مالیت نداشته باشد و گاهی به جهت وجود مانع می‌باشد مانند این که وقفی می‌باشد و یا رهنی باشد و مانند این‌ها. صورت اولی در مقام شرایط متعاملین می‌باشد و صورت دومی در مقام شرایط عوضین می‌باشد. (اصفهانی، ۱۴۱۸م، ج ۴، ۶۹) مرحوم آخوند خراسانی می‌فرمایند از نظر عرفی طلاق بودن شرط مستقلی نیست اما بحسب نظر دقیق، آن چه مانع است؛ جامع بین این حقوق می‌باشد، چون حقوق مذکور به

رغم پراکنده بودنشان، در منع از تأثیر بیع مشترک کند. بنابراین باید بین آن‌ها قدر جامعی وجود داشته باشد تا علت مشترک آن‌ها باشد و شرط واقعی، فقدان آن مانع است که از آن به طلاق بودن تعییر می‌شود یعنی فقدان آن مانع‌ها، بنابراین قضیه اصل و فرع بودن خلاف چیزی است که شیخ انصاری فرموده است. (آخوند، ۱۴۰۶، ص ۱۰۷) مرحوم نایینی می‌فرمایند این عنوان(طلقیت)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 تعییر به این عنوانی که انتزع شده، برای سهولت ذکر این حقوق مانع از تصرف می‌باشد نه تأسیس شرط جدید؛ و لکن امر به عکس می‌باشد و طلاق اصل و عدم جواز بیع وقف و مرهون فرع می‌باشند زیرا طلقیت عبارت می‌باشد از عدم قصور سلطنت که بر آن فرع عدم جواز بیع وقف و مرهون می‌شود. (نایینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۴۴) و در کتاب المکاسب و البیع خود می‌فرمایند منشا اعتبار طلاق بودن اگر انتفاء تعلق حق غیر باشد مانند حقوق بطون متأخره در موقوفه علیه در وقف و حق مرتنهن در رهن، این انتفاء حقوق مذکوره در عالم اثبات می‌باشد اما در عالم ثبوت، وضعیت بر عکس است و طلاق بودن منش متنفسی 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 طلاق بودن شرط مستقلی نیست پذیرفته نیست زیرا در مرحله، ثبوت، طلاق بودن شرط است و انتفاء حقوق مترتب بر آن است. (نایینی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۷۴)

بنظر می‌رسد که با توجه به تبیینی که مرحوم نایینی نموده‌اند حق با کسانی می‌باشد که طلقیت را اصل می‌دانند و دیدگاه شیخ انصاری صحیح نمی‌باشد.

در مورد شرط مقتضی یا مانع بودن اصل طلقیت و این که آیا طلقیت جزء شرایط می‌باشد و یا جزء مانع عقد؛ شایسته است ابتدا معانی شرط و مانع بیان شود.

مرحوم نایینی معانی گوناگونی برای مقتضی و مانع معانی بیان کرده‌اند:

معنای اول؛ مقتضی چیزی است که اقضای وجود اثر تکوینی در عالم تکوین را دارد، همانند آتش که اقضای سوزاندن را دارد و منظور از مانع چیزی است که از تأثیر مقتضی جلوگیری می‌کند، همانند رطوبت که مانع تأثیر آتش در پاچه مرطوب است.

معنای دوم؛ مقتضی چیزی است که بر حسب جعل شارع، اقضای 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 می‌کند. این مقتضی و مانع شرعی می‌باشد مثال در بحث نجاست برخورد نجاست با آب مقتضی نجس شدن آب می‌شود اما در برخورد با آب کر مانع می‌باشد. مثالی که محقق داماد می‌زنند این است که اثر عقد بیع، انتقال میع به خریدار و انتقال ثمن به فروشنده است، اما موقوفه بودن میع مانع تتحقق این اثر است. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۶)

معنای سوم؛ مقتضی ملکی از ملاکات است که احکام مبتنی بر آنها است، یعنی مالکی که اقتضای تشریع حکم را دارد، همانند علم که مقتضی وجوب اکرام است و مراد از مانع، امری است که از تاثیر مقتضی در جعل حکم جلوگیری می‌کند، همانند مانعیت فسق از تشریع وجوب اکرام. (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۱۳۱)

مسلمان بحث ما در تکوینیات نمی‌باشد بلکه روی تشریعیات می‌باشد پس معنای اول مراد نمی‌باشد و معنای سوم نیز موضوع بحث ما نمی‌باشد پس معنای دوم مراد می‌باشد. شایان ذکر است که «مانع» در موارد یاد شده همیشه امری وجودی است و چیزی است که از حدوث شیء جلوگیری می‌کند و مزاحم تأثیر مقتضی در به وجود آمدن مقتضی می‌شود. در مقابل، «رافع» نیز امری است وجودی که موجب رفع شیء و برداشته شدن آن از صفحه وجود می‌گردد، البته بعد از آنکه آن شیء حادث شده و وجود یافته است. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۳۱)

آیت الله جوادی آملی می‌فرمایند همان طوری که تکوین، دارای شرط و مانع است، تشریع 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 مُقتضی 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 پذیرد 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 پذیرد باید مروط بباشد و یا شرطش این است که نزدیک باشد. بالاخره شرط یا در نصاب اقتضای مُقتضی 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 پذیرد؛ بعبارت دیگر یا در ناحیه فاعل منع ایجاد می‌کند و یا در ناحیه قابل مانع است. همین معنا در نظام تشریع هم معتبر است در نظام تشریع عبادتی را که شارع مقدس تشریع کرده بعضی از امور را شرط صحّت آن قرار داده و بعضی از امور را مانع صحّت آن قرار داده است. شرط و مانع در نظام تکوین را ما با عقل می‌فهمیم اما جریان شرط و مانع در نظام تشریع را با ادله نقلی می‌فهمیم. لسان دلیل نقلی گاهی مفید شرطیت است و گاهی مفید مانعیت؛ مثال درباره نماز دو سخن 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» (صدقه، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۵۸) در اینجا ما شرطیت را می‌فهمیم یعنی شرط صحّت نماز طهارت است. که دلیل این است که «لا تصلی في وَيْرٍ مَا لَا يُؤكِلُ لَحْمَه» (ر. ک. همان، ج ۴، ۳۶۶) یعنی در لباسی که اجزای حرام گوشت 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 حرام گوشت مانع صحّت نماز است چون لسان این لسان نفی و نهی است. (ر. ک. جوادی آملی، در خارج فقه، جلسه ۵۱۱) بایان این مطالب که ذکر شد پاسخ شبهه امام خمینی داده می‌شود که در کتاب البيع خود می‌فرمایند اگر

مقصود از آن، فقدان موانع باشد، بازگشت آن به شرط عدم مانع است همانگونه که بررسی قاعده طلقیت گفته می‌شود در تکوین این چنین است و حال آن که در تکوین واضح الفساد می‌باشد هماناً شرط بگونه‌ای می‌باشد که در تحقق معلوم نقش دارد حال چه در فاعلیت فاعل و یا قابلیت قابل و اعدام چنین خصوصیتی ندارند و نقشی در تحقق معلوم ندارند. در تشریع اگر کافش از مصالح و مفاسد باشد مانند تکوین می‌باشد بلکه عین این معنا در تشریع می‌باشد. (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۱۱۸) امام خمینی در ابتدا بحث از تکوینیات نمودند و فرمودند که در تکوین مانع امر عدیم می‌باشد و عدم در تحقق معلوم نقشی ندارد و سپس می‌فرمایند در تشریع نیز امر این گونه می‌باشد. در جواب شبهه گوییم این را قبول نداریم که مانع عدم باشد بلکه مانع نیز می‌تواند امر وجودی باشد مانند رطوبت در چوب که مانع سوخه شدن می‌باشد پس در تکوینیات مانع می‌تواند 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 تشریعیات امر وجودی می‌باشد نه امر عدیم. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۷)

ت) بررسی حقوقی طلق بودن مبیع و آثار آن

قانون مدنی ایران طلق بودن را شرط صحت عقد بیع ذکر نمی‌کند بلکه به برخی مصادیق آن مثل بیع عین مرهونه و بیع وقف توجه دارد. در ادامه با ضمن بررسی طلق بودن مبیع در مصادیق آن به آثاری که از آن منتج می‌شود نیز اشاره می‌کیم. بحث طلق بودن از لحاظ حقوقی را می‌توان از دیدگاه قانون مدنی، قوانین دیگر و نیز حقوقدانان بررسی کرد:

از دیدگاه قانون مدنی

اینکه این بحث به طور سنتی، در زمرة مباحث شروط عوضین در بیع مطرح شده است (برای نمونه، نک: محقق حلی، ۱۴۰۹، ص ۲۷۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۸، ص ۲۳؛ انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۲۹) قانون مدنی در مقررات راجع به مبیع در عقد بیع (مواد ۳۶۱-۳۴۸) طلق بودن را از جمله شرایط عوضین مطرح نکرده است. اما دو مصدق سنتی این بحث که در کتب فقهی در باب بیع بررسی می‌شود، در جای مناسب خود در قانون مدنی آمده است:

۱. ماده ۳۴۹ قانون مدنی در مقررات راجع به مبیع مقرر می‌کند: "بیع مال وقف صحیح نیست."
۲. ماده ۷۹۳ در مقررات مربوط به رهن می‌گوید: "راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافعی حق مرتکن باشد، مگر به اذن مرتکن."

علاوه بر دو ماده ۳۴۹ و ۷۹۳، مواد دیگری از قانون مدنی را نیز می‌توان از مصادیق این بحث دانست. مانند:

۱. تصرف منافی با شرط فعل در ماده ۴۵۴؛
۲. تصرف منافی با خیار در ماده ۴۰ و ۵۰۰؛

۳. معاملات وارث نسبت به عین تر که در ماده ۸۷۱

همچنین، قانون مدنی در بحث بیع (ماده ۳۴۵) و صلح (ماده ۷۵۳)، اهلیت تصرف در مبیع و ثمن و مورد صلح را در کنار اهلیت برای معامله، از شروط متعاقدين می‌داند. در بحث وصیت نیز، یکی از شرایط موصی را جواز تصرف بر می‌شمارد (ماده ۸۳۵) همان طور که در بحث درباره نظرات حقوقدان خواهیم دید، اهلیت یا جواز تصرف نیز در برخی موارد از شروط مورد معامله، و مقصود از آن طلق بودن است. بنابراین، از استقراء در مواد قانون مدنی نتیجه می‌شود این قانون، درباره عقود تمیلیک و ناقل عن، شرطی به عنوان اهلیت یا جواز تصرف را معتبر می‌داند، و هر چند این شرط را از شرایط متعاملین تلقی می‌کند، اما شرط یادشده در موقع، از شروط مورد معامله است، و یکی از عناصر آن طلق بودن است از مقررات فوق نتیجه می‌شود از نظر قانون مدنی این شرط به بیع اختصاص ندارد و در معاملات تمیلیکی که موضوع آنها عین معین است، نیز باید رعایت شود.

گذشته از این، قانون مدنی در بحث سقوط تعهدات نیز به حق اشخاص ثالث توجه کرده است: ماده ۲۶۹ مقرر می‌دارد: وفا به عهد وقتی محقق می‌شود که متعهد چیزی را که می‌دهد مالک و یا ماذون از طرف مالک باشد. ماده ۲۹۹ نیز تصریح می‌کند: در مقابل حقوق ثابت اشخاص ثالث، تهاتر موثر نخواهد بود و بنابراین اگر موضوع دین به نفع شخص ثالثی در نزد مدييون مطابق قانون توقيف شده باشد و مدييون بعد از این توقيف از داین خود طلبکار گردد دیگر نمی‌تواند به استناد تهاتر از تادیه مال توقيف شده امتناع کند. برخی حقوقدانان نیز تصریح کرده‌اند وجود حقی برای ثالث از موانع تهاتر است. بنابراین، طلبی که متعلق حق ثالث قرار گرفته است، با دین او تهاتر نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ص ۴۲۲؛ امامی، ۱۳۸۹، ج ۱ ص ۳۴۱). برخی دیگر آزاد بودن دو دین را از شرایط تهاتر دانسته‌اند. (شهیدی، ۱۳۷۳، ص ۱۶۲)، اما در ادامه بحث از مانع بودن سخن گفته‌اند. (شهیدی، ۱۳۷۳، و ۱۶۳)

قانون مدنی در بحث وفای به عهد نه فقط مالکیت غیر نسبت به مورد تادیه (مواد ۲۶۹-۲۷۰)، بلکه منع حاکم از تصرف در مال را مانع صحت تادیه دانسته است (ماده ۲۷۶). برخی حقوقدانان از این شرط به آزاد بودن موضوع تادیه تعبیر کرده و در تفسیر معنای (حاکم) در این ماده گفته‌اند:

«منظور از حاکم در این ماده، معنای اعم آن یعنی هر مقام قضایی است که صلاحیت توقيف اموال شخص را به منظور اجرای حکم یا تامین خواسته یا حفظ حقوق بستانکاران شخص ورشکسته (ماده ۴۱۸ ق. ث) یا جلوگیری از فرار متهم در امور کیفری و تامین جبران خسارت زیان دیده از جرم (بند ۴ ماده ۱۲۹ ق. آ. د. ک) دارد». (شهیدی ۱۳۷۳، ص ۴۱. همچنین، ن. ک. امامی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۳۲۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۳۷۳)

(۱۴)

همچنین، برخ با استناد به ماده ۷۹۳ قانون مدنی، مال مورد رهن را نیز مصدق ماده ۲۷۶ ق. م دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۴)

درباره اینکه چرا قانون مدنی از مطلق بودن نبرده است، چند احتمال بیان می‌شود:

اول: شاید تدوین کنندگان قانون مدنی به این نظر گرایش داشته‌اند که طلق بودن یک شرط کلی و مستقل نیست و لذا ذکر آن را نه در بحث شرایط عمومی صحت قراردادها و نه در بحث مبيع در عقد بيع لازم دانسته‌اند؛ و در عوض، سه مصدق اصلی آن را یعنی عدم جواز بيع موقوفه، عدم جواز بيع مورد رهن، و عدم جواز بيع ام ولد بیان کرده‌اند؛ دو تای اول را در محل مناسب خود یعنی عقد بيع (ماده ۳۴۹) و رهن (ماده ۷۹۳) ذکر کرده‌اند و مصدق سوم هم که امروزه از نظر موضوعی، منتفی است.

دوم: احتمال است قانون مدنی طلق بودن را از شرایط مورد معامله ندانسته، بلکه وجود حق غیر را مانع اعتبار معامله شمرده است و به همین دلیل از ذکر آن به عنوان یک شرط عمومی در بحث شرایط صحت معامله خودداری کرده، و فقط ذکر مصاديقی از آن در مباحث مربوطه اكتفا کرده است. اما حتی اگر این احتمال پذیرفته شود، باز هم انتظار است عدم تعلق حق غیر به مورد معامله در کنار موانعی مانند اکراه و اشتباہ (مواد ۲۰۱-۱۹۹) به عنوان قاعده‌ای کلی مطرح شود.

سوم: قانون مدنی در صدد بیان شرایط صحت معاملات و بيع بوده است نه شرایط نفوذ آن؛ در حالی که اغلب حقوقی که در بحث طلق بودن مطرح می‌شود، مانع صحت نیستند، بلکه یا تاثیری در اعتبار معامله ندارد یا صرفا مانع نفوذند. در فقه نیز، برخی به ذکر حق شفعه در زمرة موارد طلق بودن انتقاد کرده‌اند که سخن در مورد حقوق مانع از صحت بيع است، نه حقوق مانع از لزوم بيع، در حالی که حق شفعه مانع از لزوم بيع است (ایروانی، ۱۴۰۶، ص ۱۷۰) امام این احتمال در مورد قانون مدنی مطرح نمی‌شود، زیرا این قانون به موانع نفوذ در کنار موانع صحت توجه می‌کند (مانند اشتباہ در مواد ۱۹۹ و ۲۰۰). همانطور که بیان شد، شیخ انصاری و فقهای معاصر نیز به این احتمال اشاره نکرده‌اند و فقط علت بیان نکردن این عنوان از انتزاع آن از مصاديق مورد بحث دانسته‌اند. و بالخره اینکه با توجه به اینکه از نظر فقهی و قانون مدنی (از جمله مواد ۲۶۳-۲۴۷، ۳۰۴، ۳۵۲، ۵۸۱ و ۶۷۴) نظریه فضولی یک نظریه عمومی تلقی می‌شود، به نظر می‌رسد قانون گذار مدنی با وجود این نظریه به بیان تفصیلی همه این مصاديق بحث را لازم ندانسته است. بدیهی است صحت اسناد این مطلب به قانون مدنی، منوط به این است که بر اساس این قانون معامله منافی با حق غیر بدون اذن وی غیرنافذ باشد. استقراء در موارد مربوطه، صحت این اسناد را نشان می‌دهد.

از دیدگاه قوانین دیگر

در قوانین دیگر نیز مواردی یافت می‌شود که برخی معاملات را ممنوع، غیرنافذ، یا باطل اعلام کرده است و مبنای اصلی آنها تعلق حق غیر به مورد معامله و حفظ آن حق است. از جمله:

یک: ماده ۲۹۱ قانون تجارت: «تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام امتوال خود حتی آنچه که ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد، ممنوع است. . ». این ماده صرفاً به ممنوعیت

ورشکسته از مداخله در اموال اشاره کرده است که حکمی تکلیفی است و اثر وضعی آن را باید از مواد دیگر استنتاج کرد.

پنجم: ماده ۲۲۳ ق. ت: «هرگاه تاجر بعد از توقف معاملات ذیل را بنماید باطل و بلااثر خواهد بود. ۱. هر صلح محاباتی یا هبه و به طور کلی، هر نقل و انتقال بلاعوض، اعم از اینکه راجع به منقول یا غیرمنقول باشد؛ ۲. تأديه هر قرض، اعم از حال یا موجل به هر وسیله که به عمل آمده باشد؛ ۳. هر معامله که مالی از اموا منقول یا غیرمنقول تاجر را مقید نماید و به ضرر طلبکاران تمام شود.»
قید اخیر (و به ضرر طلبکاران تمام شود) نشان می‌دهد مبنای بطلان معاملات در این ماده، حفظ حقوق اشخاص ثالث است. البته همانطور که برخی حقوقدانان گفته‌اند، اگر تاجر مرتکب تقلب نشده باشد، معامله را بایستی موقوف به اجازه طلبکاران کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۳۲۶).

ششم: ماده ۵۰۰ ق. ت: «معاملاتی که تاجر ورشکسته پس از صدور حکم راجع به تصدیق قرارداد ارفاقی تا صدور حکم بطلان یا فسخ قرارداد مذبور نموده، باطل نمی‌شود، مگر در صورتی که معلوم شود به قصد اضرار بوده و به ضرر طلبکاران هم باشد». مطالibi که درباره ماده ۲۲۳ گفته شد درباره این ماده نیز قابل ذکر است.

چهارم: ماده ۵۵۷ ق. ت: کلیه قرارهایی که پس از تاریخ توقف تاجر منعقد شده باشد، نسبت به هر کس حتی خود تاجر ورشکسته محکوم به بطلان است. طرف قرارداد مجبور است که وجوده یا اموالی را که به موجب قرارداد باطل شده دریافت کرده است به اشخاص و ذیحق مسترد دارد.»

پنجم: ماده ۲۲۹ قانون امور حسبي: «تصرفات ورثه در ترکه، از قبیل فروش و صلح و هبه و غیره نافذ نیست مگر بعد از اجازه بستانکاران و یا ادای دیون»، که در واقع، تکرار مفاد ماده ۱۹۹ قانون مدنی است. شش: ماده ۲۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی سابق: «هرگونه نقل و انتقال نسبت به عین اعم از منقول یا غیرمنقول و منافع (درصورتی که منافع توقیف شده باشد) ممنوع است و ترتیب اثر بر انتقال مذبور مدام که توقیف باقی است، داده نخواهد شد مگر در صورت اجازه کسی که آن ما یا منافع برای حفظ حق او توقیف شده است.»

از دیدگاه حقوقدانان

بررسی مصاديق با توجه به کثرت مصاديق و آرای حقوقدانان و کمبود مجال، در اینجا فقط به نظر چند تن از حقوقدانان برجسته اکتفا می‌شود.

یکی از مصاديق این بحث، ماده ۹۹۳ قانون مدنی است، که راهن را از تصرف منافی با حق مرتهن منع کرده است بدون آن که ضمانت اجرای این حکم را بیان کند. اما حقوقدانان کشورمان چنین معامله‌ای را در حکم فضولی و غیرنافذ دانسته‌اند (از جمله ن. ک. بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۴۹۷؛ امامی، ۱۳۸۹، ص ۴۵۹، کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۵۸۴).

درباره تصرفات منافی با شرط فعل و شرط خیار نیز حقوقدانان ایران واژه «بطلان» در مواد ۴۵۴ و ۵۰۰ را به عدم نفوذ تفسیر کرده‌اند و معاملات یادشده در این مواد را از مصادیق معامله فضولی دانسته‌اند. برای نمونه برای حقوقدانان اجارة معارض، با شرط موضوع ماده ۴۵۴ قانون مدنی را غیرنافذ می‌دانند (جعفرتی لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۲۹۴) همچنین، برخی حقوقدانان، «بطلان» در ماده ۵۰۰ قانون مدنی را به بطلان در صورت عدم اجازه ذینفع تعبیر کرده‌اند (امامی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۵۴۲ و کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۷۹) به گفته یکی از حقوقدانان، قانون مدنی در ماده ۵۰۰ اصطلاح «بطلان» را درست به کار نگرفته است و شایسته بود عقد را فقط نسبت به زمان بعد از فسخ، غیرنافذ اعلام کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۷۹) اما برخی حقوقدانان، تصرف منافی با شرط فعل منفي حقوقی را نافذ دانسته، و برای مشروطه حق فسخ معامله مشروط (معامله اصلی) را در نظر گرفته‌اند. (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۹)

برخی حقوقدانان به شرط طلق یا آزادبودن توجه بیشتری کرده‌اند:

نخست: در بحث از قواعد عمومی قراردادها، آزادبودن ملک را از شرایط موضوع تعهد شمرده و گفته‌اند: «مقصود از آزادبودن ملک، این است که تصرف در آن برای مالک جایز باشد، و با مانعی برخورد نکند». ایشان علاوه بر مال موقوفه، منع قانون‌گذار و تعلق حق اشخاص ثالث به ملک را از مواردی دانسته‌اند که ملک را مقید می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۶۸)

دوم: در بحث از عقد بيع، یکی از اوصاف مبيع را قبل خريد و فروش یا آزاد بودن ملک دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۰۹-۱۰۵) و سه دسته از محدودیتهای ناشی از این عنوان را برشموده‌اند:

۱- بطلان بيع اموالی که به عموم تعلق دارد و نمی‌تواند به ملکیت اشخاص درآید مانند راه‌های عمومی و باغ‌های ملی (مواد ۲۹-۲۳ قانون مدنی)؛

۲- اراده مالک در حبس دائم یا موقت مال خود مانند وقف (ماده ۳۲۹ قانون مدنی) یا جایی که مال به اراده مالک وثیقه بدھی شود (رهن) و بدین وسیله، حق انتقال را خود سلب می‌کنند؛

۳- منع خريد و فروش برخی اموال توسط دولت به خاطر حفظ منافع عموم، مانند منع فروش اشیا عتیقه به اشخاص، منع فروش مواد مخدر، و منع خريد و فروش اسلحه (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۰۹)

سوم: در بحث از حقوق و تکاليف راهن (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۵۸۵) و نیز در بحث از قلمرو ضمانت در ک (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۲۵)، فروش عین مرهونه توسط راهن را بررسی کرده‌اند.

گذشته از این، به نظر ایشان، درباره قانون مدنی نیز معامله فضولی قاعده‌ای عمومی است: «از ظاهر قانون مدنی که معامله فضولی را در شمار قواعد عمومی معاملات آورده است و مفاد مواد ۳۰۴، ۵۸۱ و ۶۷۴ و ۱۰۷۳ به خوبی برمی‌آید که احکام مربوط به معامله فضولی در زمرة قواعد عمومی است و در هر مورد که نیابت امکان داشته باشد، بایستی رعایت شود.» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۰۲)

نتیجه‌گیری

مقصود از طلاق پودن مورد معامله رهابودن آن از حقوقی مانند حق دارنده خیار، حق مرتضی و حق مشروطه است. آنچه را که مرحوم علامه حلی و محقق حلی طرح کردند و بعض فقهای متاخر امضاء کردند بعد هم در طی این چند قرن رسیده است، اینها در صدد تأسیس یک قاعده فقهی اند که مُصطفاد از نصوص است و این قاعده اصل مستقل می‌باشد زیرا بحث ما در مقام ثبوت می‌باشد که طلاق پودن باعث منتفی شدن حقوق مانند وقفی بودن یا رهنی بودن و غیره است و در مقام اثبات این حقوق مذکوره باعث اثبات طلاقیت می‌باشد و این قاعده از موانع عقد بشمار آورد نه از شروط صحبت 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 می‌کند. براساس این تعریف مانع می‌تواند امر وجودی باشد مانند موقوفه یا مرهون بودن عوض که مانع صحبت عقد می‌باشد که طلاقیت نیز جز موانع می‌باشد. البته، از نظر فقهی، در پذیرش طلاق پودن به عنوان یک شرط کلی، تردیدهایی است، اما با توجه به مقررات متعددی از قانون مدنی و قوانین دیگر که معامله بر متعلق حق غیر را منمنع اعلام کرده است و نیز با توجه به نظریه فضولی، که می‌توان آن را به همه موارد وجود حق غیر بر مورد معامله توسعه داد، طلاق پودن مورد معامله را می‌توان یکی از شروط مورد معامله یا وجود حق غیر بر مورد معامله را از موانع اعتبار معامله دانست.

فهرست منابع و مأخذ

- انصاری، مرتضی، کتاب مکاسب المحرمه و البيع و الخيارات، قم، منشورات دار الذخائر، اول، ۱۴۱۱
- اصفهانی کمپانی، شیخ محمد حسین، حاشیه کتاب مکاسب، قم، انتشارات محقق اول، ۱۴۱۸
- ایروانی، علی، حاشیه مکاسب، قم، کتبی نجفی، بی چا، ۱۳۶۵
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات اسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۷۱
- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، قمف نشر الهادی، اول، ۱۳۷۷
- تبریزی، جواد، ارشاد الطالب الى التعلق على مکاسب، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۳
- جوادی آملی، عبدالله، درس خارج فقه، جلسه ۵۶۱
- حلی، محقق، القواعد العامه فى الفقه المقارن، المجمع العالمى للتقریب بين المذاهب الاسلامیه، تهران، المعاونیه الثقافیه، ۱۴۲۶
- خمینی، روح الله، کتاب البيع، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، انتشارات اسلامی، بی چا، ۱۴۰۹
- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، ج ۴، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم از دوره جدید، ۱۳۷۷
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، آثار قراردادها و تعهدات، جلد سوم، انتشارات مجد، ۱۳۸۹
- تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، ۱۳۸۲
- حقوق مدنی ۶، انتشارات مجد، ۱۳۸۶
- صفائی، حسین، مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی، انتشارات مرکز تحقیقات، ۱۳۶۴
- کاظمی تستری، شیخ اسدالله، مقابس الانوار و نفائس فی احکام النبی المختار و عترتہ الاطھار، آل الیت عليهم السلام، بی چا، بی تا
- کرکی، محقق ثانی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قمریال گروه پژوهش موسسه آل الیت عليهم السلام، ۱۴۱۴
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰
- عقود معین، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷
- عقود معین، جلد سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷
- عقود معین، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹
- نظریه عمومی تعهدات، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۶

طلق بودن مبیع و آثار آن از نظر فقهی و حقوقی / ۱۱۳

- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۳
- مروج الجزائری، سید محمد جعفر، هدی الطالب فی الشرح مکاسب، قمف انتشارات موسسه دارالكتاب، ۱۴۱۶
- نائینی، محمد حسین، المکاسب و البیع، قم، انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳
- نعمت‌اللهی، اسماعیل، طلق بودن مورد معامله از دیدگاه فقهی و حقوقی، فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۳۹۲
- هبه‌الزحلی، لفقه الاسلامی و ادله دمشق، دارالفنون، چهارم، ۱۹۹۷ م
- یوسف‌وند، محمود و غلامرضا راوی، بررسی قاعده طلاقیت، مطالعات فقهی و فلسفی، سال چهارم، شماره ۱۴، ۱۳۹۲

