

طلق 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 شرائط مبیع آن است که طلق باشد. طلق بودن یعنی رها بودن و به مالی که گفته می شود که کلاً 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 حلی و علامه حلی بیان نموده اند و این را از شرایط عوضین می دانند. در قانون مدنی و دیگر قوانین طلق بودن به سکوت برگزار شده است و استدلال های مختلف و متفاوتی را منجر شده است. هدف از پژوهش حاضر بررسی استدلال های فقهی و حقوقی پرامون طلق 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 کتابخانه ای و تحلیل موضوع طلق بودن مبیع از منظر فقهی و حقوقی و با نگاهی تطبیقی مطالعه شود.

یافته ها: 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 مصداق 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 مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن" علاوه بر دو ماده ۳۴۹ و ۷۹۳، مواد دیگری از قانون مدنی را نیز می توان از مصداق این بحث دانست. مانند: ۱. تصرف منافعی با شرط فعل در ماده ۴۵۴؛ ۲. تصرف منافعی با خيار در ماده ۴۰ و ۵۰۰؛ ۳. معاملات وارث نسبت به عین ترکه 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 می داند.

نتایج: از نظر فقهی، در پذیرش طلق 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 ممنوع اعلام کرده است و نیز با توجه به نظریه فصولی، که می توان آن را به همه موارد وجود حق غیر بر مورد معامله توسعه داد،

طلق بودن مورد معامله را می توان یکی از شروط مورد معامله یا وجود حق غیر بر مورد معامله را از موانع اعتبار معامله دانست.

واژه های کلیدی: مبیع، طلق بودن، آزاد بودن، عوضین، آثار طلق بودن، دیدگاه فقهی، دیدگاه حقوقی

بیان مسئله

بیع در لغت از الفاظ اضداد است، در عین حال که می تواند معنی فروختن را بدهد می تواند معنای خریدن را نیز داشته باشد. (قبولی درفشان، ۱۳۸۴، ص ۱۰) اما معنای غالب آن نزد مردم فروش است و در مقابل آن «شری» بکار می رود که اصولاً معنای خرید را می دهد. با این حال، بیع در اصطلاح اهل لغت به عمل «خرید و فروش» و یا «داد و ستد» اطلاق می گردد. (دهخدا، ۱۳۸۲، ص ۵۵۱) بیع از جمله عقود نیز می باشد که در قرآن 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، فقه های اسلام را بر آن داشته است که در تعریف و معرفی و مفهوم حقوقی بیع، نتیجه، آثار، لوازم و معنای عرفی این عقد را بیشتر مورد توجه قرار دهند. بدین ترتیب برخی آن را «مبادله مال بمال»، «تبدیل مال به مال»، «تبدیل عین به مال»، «تملیک مال به مال» و «العقد و دال علی تملیک او انتقال مال بانشاء التملیک» تعریف نموده اند. (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 می شود 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 مربوط به موضوع معامله است. خود موضوع معامله که به آن مبیع هم گفته می شود نیز دارای برخی شرایط است. شرایط اساسی که برای مبیع بیان شده است عبارتند از:

شرط اول: مبیع باید چیزی باشد که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع 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: مبیع باید دارای مالیت و یا منفعت عقلایی باشد.

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

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

شرط پنجم: مبیع باید مال طلق باشد لذا فروش مال غیر آزاد جایز نیست مگر در موارد مصرحه در قانون. از اینرو؛ یکی از شرائط مبیع آن است که طلق باشد. 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 منزلی که سندش در رهن بانک است، طلق محسوب نمی‌شود هرچند وام گیرنده اقساط عقب مانده‌ای نداشته باشد.

طلاق 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 بپردازد تا مشخص شود که طلق بودن مبیع دارای چه آثاری بوده و اگر این شرط فراهم نشود چه تبعات حقوقی به دنبال خواهد داشت.

الف) پیشینه و مفهوم‌شناسی طلق بودن

همانطور که بیان شد؛ از شرایط مبیع این است که آزاد باشد و متعلق حق 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 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 نموده‌اند و می‌فرمایند: «و یشرط فی الملک التمامی، فلا یصح بیع الوقف إلاً أن یؤدی بقاؤه إلی 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 فقها این اصطلاح رایج شد که مرحوم جزائری به نام بعضی از فقهای که این اصطلاح را در آثارشان ذکر کردند اشاره می‌کنند و می‌فرمایند: «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، ۱۱۱۵، ج ۱۸، ص ۱۴۸) و الفاضل التراقی (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۴، ص ۳۰۷). (مروج جزائری، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۴۸۳)

شیخ انصاری در تعریف طلقیت می‌فرماید 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 می‌فرماید 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،

۱۴۱۶، ج ۶، ص ۴۸۴) تبریزی می‌فرماید 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 می‌باشد. (تبریزی، ۱۱۱۱، ج ۴، ص ۷۵)

مرحوم نائینی می‌فرماید مراد از طلق مرسل بودن ملک نسبت به مالکش می‌باشد بدین معنا که سلطنت تمام بر مبیع داشته باشد به گونه‌ای که هر آنچه بخواهد انجام دهد از فروش آن و یا اجاره دادن آن و هر نوع تغییر و تصرفی که در آن می‌تواند انجام گیرد و این مرجعش به جواز بیع باز نمی‌گردد زیرا اشتراط جواز بیع معنی ندارد به این که مبیع جایز البیع باشد زیرا از باب شرط قرار دادن شی به خودش (جعل الشيء مشروطاً بنفسه) می‌باشد همانگونه که مرحوم شیخ انصاری این اشکال را کرده است بلکه مرجعش به سوی اشتراط بودن ملک مطلق العنان برای مالک می‌باشد و سلطنت تام برای مالک می‌باشد در مقابل سلطنت ناقص که ناشی از تعلق حق غیر به آن می‌باشد. (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۴۹۴) مرحوم کاظمی تستری می‌فرماید که در این قاعده اجمال می‌باشد و مستند آن غیرواضح می‌باشد 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 موجه و حق موصی به منافع عین و حق سکنی به عین تعلق گرفتن نقض می‌شود. اگر مراد این باشد که شرعاً تمکن به بیع و امثال آن داشته باشد این چنین شرط بیهوده و لغو می‌باشد 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 نمی‌آید. و در نهایت مرحوم کاظم تستری نظر خود را می‌فرماید که این مصادیق در این نکته مشترکند که از لحاظ وضعی، مانع صحت یا نفوذ معامله‌اند. با این توضیح که اگر نقص ناشی از اسباب و مصادیق قابل جبران باشد، معامله غیرنافذ خواهد بود، وگرنه معامله باطل است. (کاظمی تستری، بی‌تا، ص ۱۴۷) مرحوم آقا شیخ محمدحسین در حاشیه خود بر مکاسب می‌فرماید در اینجا، مسئله این است که این مبیع باید آزاد باشد نه بایع. اگر مبیع آزاد نباشد؛ قهراً بایع مطلق العنان نمی‌باشد و البته این اسناد دادن، اسناد بالعرض است. (ر.ک. اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۱۷) اگر بایع جایز التصرف بر مبیع 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 می‌باشد در حالی که بحث ما درباره مبیع می‌باشد پس تمام تعاریفی که ذکر شده تعری دقیق و صحیحی نمی‌باشد چرا که صحبت از مطلق العنان بودن مالک و سلطنت مالک شده است. صاحب ارشاد می‌فرماید مراد از طلق عدم تعلق حقوق به عوضین می‌باشد که شارع از آن نهی نموده است و این عبارت مختصر (طلقیت) منتزع از عدم تعلق آن حقوق می‌باشد مثال گفته می‌شود بیع وقف صحیح نمی‌باشد یا رهن و یا ام ولد و دیگر حقوق مانند آن و اینها تفصیل طلق می‌باشند و فرع بر شرط نمی‌باشند؛ شرط در حقیقت این است که عوضین وقف یا رهن یا ام ولد نباشند که ملک طلق فرع بر آن می‌شود و عمده تعرض در جایی می‌باشد که شارع نهی از بیع نموده باشد. (تبریزی، ۱۴۱۶: ج ۴، ص ۷۵)

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 آنها یک لفظ با عنوان طلاقیت تعبیر می‌کنند. پس می‌توان گفت که طلاقیت فرع می‌باشد و مسائل اصل می‌باشد.^۱

آیت الله جوادی آملی می‌فرماید همان طوری که انسان گاهی آزاد است و گاهی بنده، ملک هم اینچنین است. فرق انسان آزاد و بنده چیست؟ حریت و عید بودن یک معنای روشنی دارد و آثار روشنی هم دارد. هم، ما میدانیم که شخص آزاد به چه کسی می‌گویند و به چه کسی بنده می‌گویند. همان طوری که انسان گاهی حُر 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 خرید 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 بدهید، 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. (جوادی آملی، در خارج فقه، جلسه ۵۱)

ب) نظرات فقهی پیرامون طلق بودن مبیع

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

الف) همان‌طور که ملاحظه شد، علامه حلی تعبیر تمامیت ملک را به کار برده 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 هرگونه 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 (مجمع‌الفائده و البرهان، ۱۴۱۱، ص ۱۶۸)

ب) به نظر شیخ انصاری، مقصود از طلق 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 آن 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 طلق بودن و دیدگاه‌های مختلف فقهی و حقوقی بنگرید: نعمت‌الهی، ۱۳۹۲، ص ۳۱۲-۲۸۳ و یوسف‌وند، محمود و غلام‌رضاروی، ۱۳۹۲، ص ۱۳۸-۱۳۵

به نظر مرحوم نائینی 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 تسلط 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. (نائینی، 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 متعالمین. اما در کتب فقهی به عنوان شرط عوضین ذکر شده است. در این صورت تفسیر طلق بودن به اینکه مالک، مطلق‌العنان، 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 بائع مالک مبیع نباشد و گاه ناشی از وجود مانع است، مانند آن که مالک در اثر صغر، سفه یا فلس، محجور باشد. خلل درباره تصرف نیز گاه ناشی از نبود مقتضی است، مانند آن که مبیع، 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 متعالمین ذکر می‌شود؛ و نداشتن حق تصرف در مورد دوم، به مورد تصرف باز می‌گردد، 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 آزادانه مالک در ملک خود می‌شود. علاوه بر این، چنان‌که 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 نبودن مال در کلام فقها را مثال دانسته و نه این که مصادیق طلق بودن به این امور منحصر شود (قمی، ۱۴۲۷، ص ۲۴۳)

در کتب اهل سنت نیز در مورد طلق بودن مبیع اشاره به این شده که مبیع متعلق حقی نباید باشد. هبه الزحیلی می‌فرماید اگر مبیع مملوک بائع 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 مبیع 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 جا بین مملوک بایع و تعلق گرفتن حق فرق قائل شده‌اند. (هبه الزحیلی، ۱۷۷۹م، ج ۵، ص ۵۵)

پ) بررسی فقهی طلق بودن مبیع

از جمله شروطی که فقها برای بیع بیان کرده‌اند، طلق 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 فقها قرار گرفته است. از نظر برخی فقها، عدم وجود دلیل بر مانعیت تعلق حق غیر برای صحت معامله، موجب می‌شود اشتراط طلقت در هر یک از مصادیق این بحث، محتاج دلیل خاص بوده و براساس نظر برخی دیگر از فقها 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 طلق بودن و تعلق حق دیگران در دوران معاصر، می‌توان گفت طلق بودن یک شرط برای بیع است که مخالفت با آن به عدم نفوذ معامله منجر می‌شود. برای اینکه مطلب فقها قابل فهم‌تر باشد در ادامه با عنایت به اصل یا فرع بودن طلق و مقتضی یا مانع بودن آن به بررسی دیدگاه‌های فقهی می‌پردازیم.

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

مرحوم مظفر می‌فرماید واضح است که طلقت 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 طلقت 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 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 الجنایه؛ پس مانعی ندارد که این را شرطی مستقل برای عوضین قرار داد. (مظفر، ۱۳۸۳، ص ۱۷۹) مرحوم اصفهانی می‌فرماید عدم مالکیت تصرف گاهی به جهت خلل در تصرف می‌باشد و گاه خلل در تصرف 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 صغر 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، ۱۴۱۸، ج ۴، ۶۹) مرحوم آخوند خراسانی می‌فرماید از نظر عرفی طلق 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 مشترکند. 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 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 می‌فرماید 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 طلّقیّت عبارت می‌باشد از عدم قصور سلطنت که بر آن فرع عدم جواز بیع وقف و مرهون می‌شود. (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۴۴) و در کتاب المکاسب و البیوع خود می‌فرماید منشا 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 منش منتفی بودن حق غیر نسبت به ملک است. پس انتفاء حقوق مذکوره مسبب طلّقیّت می‌باشد در عالم واقع و ثبوت اما در عالم اثبات سبب اثبات قاعده طلّقیّت می‌باشد. از این رو، این سخن شیخ انصاری که طلق بودن شرط مستقلاً 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 نموده‌اند حق با کسانی می‌باشد که طلّقیّت را اصل می‌دانند و دیدگاه شیخ انصاری صحیح نمی‌باشد. در مورد شرط مقتضی یا مانع بودن اصل طلّقیّت و این که آیا طلّقیّت 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 کرده‌اند:

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 تأثیر مقتضی جلوگیری می‌کند، همانند رطوبت که مانع تأثیر 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 می‌کند. این مقتضی و مانع شرعی می‌باشد مثال در بحث نجاسات 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 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 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)

مسئله 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 می‌فرماید 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 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. بالاخره 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؛ 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 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 تشریع 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 صلاه 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 و بر ما لا یؤکل لحمه» (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 صحت نماز است چون لسان این لسان نفی و نهی است. (ر. ک. جوادی آملی، در خارج فقه، جلسه ۵۱۱) با بیان این مطالب که ذکر شد پاسخ شبهه امام خمینی داده می‌شود که در کتاب البیع خود می‌فرمایند اگر

مقصود از آن، فقدان موانع باشد، بازگشت آن به شرط عدم مانع است همانگونه که بررسی قاعده طلقت گفته می‌شود در تکوین این چنین است و حال آن که در تکوین واضح الفساد می‌باشد همانا شرط بگونه‌ای می‌باشد که در تحقق معلول نقش دارد حال چه در فاعلیت فاعل و یا قابلیت قابل و اعدام چنین خصوصیتی ندارند و نقشی در تحقق معلول ندارند. در تشریع اگر کاشف 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 تکوینات نمودند و فرمودند که در تکوین مانع امر عدمی می‌باشد و عدم در تحقق معلول 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 سوخته شدن می‌باشد پس در تکوینات 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 تشریعات امر وجودی می‌باشد نه امر عدمی. (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 می‌کنیم. 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 زمره مباحث شروط عوضین در بیع مطرح شده است (برای نمونه، نک: محقق حلی، ۱۴۰۹، ص ۲۷۰-۲۶۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۸، ص ۲۳-۱۶؛ 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 مصداق 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 مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن."
- علاوه بر دو ماده ۳۴۹ و ۷۹۳، مواد دیگری از قانون مدنی را نیز می‌توان از مصادیق این بحث دانست. مانند:
۱. تصرف منافعی با شرط فعل در ماده ۴۵۴؛
 ۲. تصرف منافعی با خيار در ماده ۴۰ و ۵۰۰؛

۳. معاملات وارث نسبت به عین ترکه 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 در باره نظرات حقوقدانان 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 تملیکی و ناقل عین، 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 مواقع، 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 تملیکی 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، تهاثر موثر نخواهد بود و بنابراین اگر موضوع دین به نفع شخص ثالثی در نزد مدیون مطابق قانون توقیف شده باشد و مدیون بعد از این توقیف از داین خود طلبکار گردد دیگر نمی‌تواند به استناد تهاثر از تادیه مال توقیف شده امتناع کند. برخی حقوقدانان نیز تصریح کرده‌اند وجود حقی برای ثالث از موانع تهاثر است. بنابراین، طلبی که متعلق حق ثالث قرار گرفته است، با دین او تهاثر نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ص ۴۲۲؛ امامی، ۱۳۸۹، ج ۱ ص ۳۴۱). برخی دیگر آزاد بودن دو دین را از شرایط تهاثر 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 ۲۷۰-۲۶۹)، 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 توقیف 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 ۱۴)

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

درباره اینکه چرا قانون مدنی نامی 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 مبحث شرایط عمومی صحت قراردادها و نه در بحث مبیع در عقد بیع لازم دانسته‌اند؛ و در عوض، سه مصداق اصلی آن را یعنی عدم جواز بیع موقوفه، عدم جواز بیع مورد رهن، و عدم جواز بیع ام ولد بیان کرده‌اند؛ دوتای اول را در محل مناسب خود یعنی عقد بیع (ماده ۳۴۹) و رهن (ماده ۷۹۳) ذکر کرده‌اند و مصداق 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 به ذکر مصادیقی از آن در مباحث مربوطه اکتفا کرده است. اما حتی اگر این احتمال پذیرفته شود، باز هم انتظار است عدم تعلق حق غیر به مورد معامله در کنار موانعی مانند اکره و اشتباه (مواد ۲۰۱-۱۹۹) به عنوان قاعده‌ای کلی مطرح شود.

سوم: قانون مدنی در صدد بیان شرایط صحت معاملات و بیع 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 صرفاً مانع نفوذند. در فقه نیز، برخی به ذکر حق شفعه در زمره موارد طلق بودن انتقاد کرده‌اند که سخن در مورد حقوق مانع از صحت بیع است، نه حقوق مانع از لزوم بیع، در حالی که حق شفعه مانع از لزوم بیع 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 اشتباه 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 مصادیق 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 قانون‌گذار مدنی با وجود این نظریه به بیان تفصیلی همه این مصادیق بحث را لازم ندانسته است. بدیهی است صحت اسناد این مطلب به قانون مدنی، منوط به این است که بر اساس این قانون معامله منافعی 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 اموال 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.

دو: 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. تأدیه هر قرض، اعم از حال یا موحل به هر وسیله که به عمل آمده باشد؛ ۳. هر معامله که مالی از اموال 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)

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

چهار: ماده ۵۵۷ ق. ت: کلیه قراردادهایی که پس از تاریخ توقف تاجر منعقد شده باشد، نسبت به هرکس حتی خود تاجر ورشکسته محکوم به بطلان است. طرف قرارداد مجبور است که وجوه یا اموالی را که به موجب قرارداد باطل شده دریافت کرده است به اشخاص و ذیحق مسترد دارد. «

پنج: ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی: «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 (در صورتی که منافع توقیف شده باشد) ممنوع است و ترتیب اثر بر انتقال مذکور مادام که توقیف باقی است، داده نخواهد شد مگر در صورت اجازه کسی که آن یا منافع برای حفظ حق او توقیف شده است.»

از دیدگاه حقوقدانان

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

یکی از مصادیق 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 غیرنافک دانسته‌اند (از جمله ن. ک. بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۳۹۷؛ امامی، ۱۳۸۹، ص ۴۵۹، کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۵۸۴)

در باره تصرفات منافعی 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 اجاره معارض، با شرط موضوع ماده ۴۵۴ قانون مدنی را غیرنافذ می‌دانند (جعفتری 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 منافعی با شرط فعل منفی حقوقی را نافذ دانسته، و برای مشرو له 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 قراردادهای 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 بیع، یکی از اوصاف میبع را قابل خرید و فروش یا آزاد بودن ملک دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۰۹-۱۰۵) و سه دسته از محدودیتهای ناشی از این عنوان را برشمرده‌اند:

۱- بطلان بیع اموالی که به عموم تعلق دارد و نمی‌تواند به ملکیت اشخاص درآید مانند راه‌های عمومی و باغ‌های ملی (مواد ۲۳-۲۹ 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 بدهی شود (رهن) و بدین وسیله، حق انتقاع را از خود سلب می‌کنند؛

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

سوم: در بحث از حقوق و تکالیف رهن (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۵۸۵) و نیز در بحث از قلمرو ضمان در رک (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۲۵)، فروش عین مرهونه توسط رهن 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، ۶۷۴ و ۱۰۷۳ به خوبی برمی‌آید که احکام مربوط به معامله فضولی در زمره قواعد عمومی است و در هر مورد که نیابت امکان داشته باشد، بایستی رعایت شود.» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۰۲)

نتیجه گیری

مقصود از طلق بودن مورد معامله رها بودن آن از حقوقی مانند حق دارندهٔ خيار، حق مرتبه‌ن و حق مشروط له است. آنچه را که مرحوم علامه حلی و محقق حلی 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 مُصطفاد از نصوص است و این قاعده اصل مستقل می‌باشد زیرا بحث ما در مقام ثبوت می‌باشد 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 می‌باشد 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 می‌کند. براساس این تعریف مانع می‌تواند امر وجودی باشد مانند موقوفه یا مرهون بودن عوض که مانع صحت عقد می‌باشد که طلقیت نیز جز موانع می‌باشد. البته، از نظر فقهی، در پذیرش طلق 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 ممنوع اعلام کرده است و نیز با توجه به نظریهٔ فضولی، که می‌توان آن را به همهٔ موارد وجود حق غیر بر مورد معامله توسعه داد، طلق بودن 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 مآخذ

- انصاری، مرتضی، کتاب مکاسب المحرمه و البیع 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 جا، ۱۳۶۵
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۷۱
- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، قمف نشر الهادی، اول، ۱۳۷۷
- تبریزی، جواد، ارشاد الطالب الی التعلق علی مکاسب، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۳
- جواد آملی، عبدالله، درس خارج فقه، جلسه ۵۶۱
- حلی، محقق، القواعد العامه فی الفقه المقارن، المجمع العالمی للتقريب بین المذاهب الاسلامیه، تهران، المعاونه الثقافیه، ۱۴۲۶
- خمینی، روح الله، کتاب البیع، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، انتشارات اسلامی، بی جا، 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
- صفایی، حسین، مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی، انتشارات مرکز تحقیقات، ۱۳۶۴
- کاظمی تستری، شیخ اسدالله، مقابسات الانوار و نفائس فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار، آل البيت عليهم السلام، بی جا، بی تا
- کرکی، محقق ثانی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قمیال گروه پژوهش موسسه آل البيت 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

- 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 دارالکتاب، ۱۴۱۶
- نائینی، محمد حسین، المکاسب و البیع، قم، انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳
- نعمت‌الهی، اسماعیل، طلق بودن مورد معامله از دیدگاه فقهی و حقوقی، فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۳۹۲
- هبه الزحیلی، لفقه الاسلامی و ادلته دمشق، دارالفکر، چهارم، ۱۹۹۷ م
- یوسف‌وند، محمود و غلامرضا راوی، بررسی قاعده طلقیت، مطالعات فقهی و فلسفی، سال چهارم، شماره ۱۴، ۱۳۹۲

