

طلق بودن مورد معامله از دیدگاه فقهی و حقوقی

اسماعیل نعمت‌اللهی*

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۹/۱۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱۲/۱۵)

چکیده

یکی از شروطی که فقها برای عقد بیع بیان کرده‌اند، طلق بودن عوضین است. براساس این شرط، بیع اموری مانند وقف و عین مرهونه را ممنوع دانسته‌اند. این که طلق بودن شرط مستقلی در کنار شروط دیگر است و منع معاملاتی مانند بیع وقف و عین مرهونه به دلیل مخالفت با این شرط است، یا این که طلق بودن شرط مستقلی نیست، بلکه این عنوان از ممنوع بودن معاملاتی مانند بیع وقف و عین مرهونه استنتاج شده است، در فقه محل گفتگو است. قانون مدنی طلق بودن را شرط صحت قراردادها و حتی عقد بیع ذکر نمی‌کند، اما به برخی مصادیق آن مانند بیع وقف و عین مرهونه توجه کرده است. در قوانین دیگر نیز، موارد دیگری دیده می‌شود که مصادیق این بحث است. این مقاله می‌کوشد نشان دهد با توجه به عواملی مانند کثرت مصادیق فقهی و حقوقی این مسئله و به‌ویژه، مصادیق به نسبت نوپیدایی که در فقه عنوان خاصی ندارند و نیز تأثیر اغلب آن‌ها در بی‌اعتباری قرارداد، می‌توان طلق بودن را یک شرط عمومی مطرح کرد که مخالفت با آن به بطلان یا عدم نفوذ معامله منجر می‌شود.

واژگان کلیدی

اهلیت، حجر، طلق بودن، عدم نفوذ، مورد معامله.

مقدمه

یکی از شرایطی که در فقه برای مبیع و ثمن مطرح می‌شود، طلق بودن است. محقق تستری تصریح می‌کند این عنوان کلی در کلمات فقهای متقدم نبوده است و آنان از تک تک عناوین خاص و مصادیق مسئله بحث کرده‌اند (تستری، بی تا، ص ۱۳۹). آن‌طور که از سخنان شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۲۹) مشخص است، محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۹، ص ۲۷۰) و علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۸، ص ۲۳)، از اولین کسانی‌اند که این شرط را مطرح کرده‌اند و برخی فقهای بعد از ایشان، مانند شهید اول و دوم در لمعه و شرح آن (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ص ۲۵۳)، محقق سبزواری (سبزواری، ۱۴۲۳، ص ۴۵۴)، و محدث بحرانی (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۴۳۸) از ایشان تبعیت کرده‌اند. البته علامه حلی در کتاب‌های تذکره (۱۴۲۰، ص ۴۱) و قواعد (۱۴۱۸، ص ۲۳) تعبیر طلق بودن را به کار نبرده‌اند، بلکه تصریح می‌کند که «در ملکیت، تمام بودن شرط است» (ویشترط فی الملک التمامیه) و به این ترتیب، تمام بودن را شرط ملکیت محسوب می‌کنند. در کتاب ارشاد/الاذهان نیز تعبیر «تمامیت ملک» را به کار گرفته‌اند (۱۴۱۰، ص ۳۶۱).

در مقابل این گروه، برخی فقها طلق بودن را به عنوان شرط بیع نام نبرده‌اند، بلکه حقوقی مانند حق مرتهن بر عین مرهونه یا حق مشروطه بر مورد شرط که مانع از صحت یا لزوم بیع است، به‌طور جداگانه مطرح کرده‌اند (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۴۹-۴۲).

در مباحث آتی، طلق بودن مورد معامله را از دو دیدگاه فقهی و حقوقی بررسی می‌کنیم.

طلق بودن مورد معامله از دیدگاه فقهی

درباره طلق بودن، مسائل و مباحث متعددی قابل طرح است که در ادامه به‌طور مختصر بررسی می‌شود.

مفهوم طلق بودن

درباره مقصود از طلق بودن موضوع معامله در عقد بیع، نظرات متفاوتی مطرح شده است که برخی از آن‌ها ذکر می‌شود:

الف) همان‌طور که ملاحظه شد، علامه‌حلی تعبیر تمامیت ملک را به‌کار گرفته است. اما محقق اردبیلی در شرح این سخن می‌گوید: «معنای این عبارت واضح نیست هرچند 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 تصرف در آن جایز است یا نیست تا بتوان تعیین کرد فروش آن جایز است یا نه (مجمع‌الفوائد و البرهان، ۱۴۱۱، ص ۱۶۸).

ب) به نظر شیخ انصاری، مقصود از طلق بودن، تسلط کامل بر ملک است به‌گونه‌ای 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 به‌طور مستقل آن را انتقال دهد و انتقال وی نافذ و مؤثر باشد، به این دلیل که حق غیر به آن ملک تعلق نگرفته باشد، تا معامله بدون اذن وی نافذ نباشد (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۲۹-۳۰).

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 متعاملین. 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 متصرف 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 متعاملین ذکر می‌شود؛ و نداشتن حق تصرف در مورد دوم، به مورد تصرف بازمی‌گردد، لذا در شروط عوضین ذکر می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۷۰-۶۹).

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 نباشد؛ در غیر این صورت، 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 معامله است» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۱۱۹-۱۱۷).

د) عدم تعلق حق غیر. میرزا قمی (ره) طلق بودن ملک 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 ۲۴۳-۲۴۲). به نظر می‌رسد بهترین تفسیری که می‌توان از طلق بودن بیان کرد، همین معنا است.

شرط یا مانع بودن

آیا طلق بودن از شرایط صحت معامله است یا حقی برای غیر در مورد معامله، از موانع صحت معامله است؟ هرچند در کلام فقها تعبیر شرط به کار گرفته شده است، اما به این عبارت نمی‌توان اکتفا کرد و دقت در کلام فقها نشان می‌دهد وجود حق غیر بر مورد معامله، مانع نفوذ معامله است (از جمله رک. انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۳۰: بل الشرط فی الحقیقه انتفاء کل من تلک الحقوق الخاصه و غیرها مما ثبت منعه عن تصرف المالك. موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۱۲۰-۱۱۵). اثر این بحث در موارد متعددی ظاهر می‌شود:

الف) اگر طلق بودن از شروط صحت انعقاد معامله باشد، باید هنگام انعقاد معامله، وجود آن احراز شود؛ در حالی که اگر از موانع باشد، احراز نبود آن لازم نیست، بلکه «برای حکم به وقوع عقد، فقط عدم ثبوت وجود مانع کافی می‌باشد.» (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۲۱۸).

ب) اگر طلق بودن از موانع صحت معامله باشد، در صورتی که هنگام انعقاد معامله این مانع وجود داشته باشد، سپس، از بین برود، معمولاً، عقد خودبه‌خود صحیح می‌شود. به این دلیل، در باب تهاتر، اگر شخصی که دین به نفع او بازداشت شده است، از حق بازداشت صرف‌نظر کند، یا طلبی را که برای استیفای آن بازداشت انجام گرفته است، اسقاط کند یا به هر علتی از دین مزبور رفع بازداشت شود، مانع برطرف می‌شود و تهاتر حاصل خواهد شد (شهیدی، ۱۳۷۳، ص ۱۶۳).

ج) در مورد یکی از مصادیق مهم این مسئله، یعنی منع راهن از بیع عین مرهونه، مانع بودن حق مرتهن چند اثر دارد:

اول: اجازه مالک در باب فضولی بیشتر به جزء مقتضی بودن شباهت دارد، زیرا مالک با اجازه عقد فضولی، به منزله یکی از متعاقدين می‌شود، اما در باب رهن، اجازه مرتهن موجب از بین رفتن مانع است نه این که جزء مقتضی باشد. از این رو، اگر ایقاع فضولی به عین مرهونه تعلق گیرد و سپس، مرتهن آن را اجازه کند، ایقاع مذکور نفوذ می‌یابد. زیرا هر چند که ایقاعات فضولی بردار و تعلیق‌پذیر نیست، اما اجازه مرتهن چون صرفاً رفع مانع می‌کند، می‌تواند مانع نفوذ ایقاع را مرتفع کند و موجب نفوذ آن شود (ن.ک. انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۱۶۱).

دوم: اینکه اجازه بعد از رد مؤثر است یا نه؛ اگر اجازه از قبیل جزء مقتضی باشد، اجازه بعد از رد تأثیری ندارد، اما اگر از قبیل رفع مانع باشد، مؤثر است (ن.ک. انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۱۶۲).

سوم: اگر حق مرتهن مانع باشد، و نه این که عدم آن شرط باشد، در صورت سقوط حق مرتهن در نتیجه فک رهن یا اسقاط حق یا ابراء ذمه راهن از دین، بیع خودبه‌خود نافذ می‌شود و احتیاج به اجازه مرتهن نیست، چون در هنگام انعقاد بیع، مقتضی صحت وجود داشته است و تنها وجود مانع موجب بی‌تأثیری مقتضی بوده است، و وقتی مانع از بین رفت، مقتضی اثر می‌کند و بیع لازم می‌شود (ن.ک. انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۱۶۴).

استقلال یا عدم استقلال

درباره اینکه آیا طلق بودن امر مستقلى است یا نه، دو نظر مطرح شده است:

الف) به نظر اغلب فقها، طلقیت امر مستقلى نیست. در اینجا به بیان سخن برخی طرفداران این نظر اکتفا می‌کنیم: صاحب جواهر در انتقاد از ذکر طلق بودن به عنوان یکی از شروط کلی عوضین، می‌گوید: «در هیچ یک از نصوصی که به دست ما رسیده، شرط طلق یا تمام بودن ملک یافت نمی‌شود و استفاده این شرط از روایاتی که در موارد خاص مانند وقف رسیده — به نحوی که بتوان از آن‌ها به موارد دیگر تعدی کرد — خالی از اشکال نیست. زیرا اگر مقصود از آن، این باشد که مبیع، متعلق حق غیر نباشد، این شرط با مواردی مانند فروختن مبیع در زمان خیار یا ترکه مدیون بنا بر برخی از وجوه نقض می‌شود. و اگر مقصود این باشد که همه انواع تصرفات در آن برای مالک جائز باشد، فساد آن از وجه اول نیز واضح‌تر است، زیرا [به عنوان مثال] بیع چیزی که نذر شده باشد در آن تصرف خاصی نشود قطعاً جائز است. و اگر بازگشت این شرط به مواردی باشد که به دلیل تعلق حق غیر، بیع آن‌ها جائز نیست، ذکر آن به عنوان یک شرط کلی مناسب نیست. همچنین است اگر مقصود از آن، متزلزل نبودن ملک باشد، زیرا معلوم است که بیع عین موهوبه و نظائر آن جائز است.» ایشان در نهایت نتیجه می‌گیرند که مقتضای عمومات، جائز بودن فروش هر عین مملوکه است، مگر در مواردی که به دلیل خاص خارج شده باشد و نه فقط دلیلی در دست نیست که تعلق حق غیر در تمام موارد با بیع منافات دارد، بلکه دلیل برخلاف آن است (نجفی، ۱۳۶۸، ص ۳۵۶-۳۵۷).

به نظر شیخ انصاری، بازگشت این شرط به این است که متعلق بیع از اموری باشد که مالک بتواند به طور مستقل آن را بفروشد، در حالی که این مطلب معنای محصلی ندارد. بنابراین، به نظر می‌رسد این عنوان، شرط مستقلى نیست تا عدم جواز بیع وقف و عین مرهونه بر آن مترتب شود، بلکه، شرط واقعی، فقد هر یک از این حقوق و حقوق دیگری مانند نذر و خیار است که مانعیت آن‌ها از تصرفات مالک در ملک خود ثابت شده است، و این عنوان از فقد آن حقوق انتزاع شده است. در نتیجه، طلق بودن یعنی دست مالک در انتقال ملک باز باشد و هیچ‌یک از حقوقی که

مانعیت آن‌ها از تصرفات مالک در ملک خود ثابت شده است، در ملک وجود نداشته باشد. بنابراین، مفهوم طلق بودن از فقد آن حقوق انتزاع شده است، و ذکر آن‌ها مقدمه‌ای برای بحث از حقوق مانع از تصرف است نه تأسیس یک شرط، تا حقوقی که بعد از آن ذکر می‌شود، فرع و مترتب بر آن باشند. بنابراین، قضیه اصل و فرع بودن برعکس است (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۳۰-۲۹). برخی فقهای دیگر نیز این نظر را با عبارتهای مشابه بیان کرده‌اند (ن. ک. اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۷۱-۷۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۱۲۰-۱۱۵؛ خویی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۴۲۳-۴۲۰).

ب) در مقابل نظر یادشده، برخی فقها معتقدند طلقیت امر مستقلی است. آخوند خراسانی در این زمینه می‌گوید: از نظر عرفی، طلق بودن شرط مستقلی نیست، اما بر حسب نظر دقیق، آنچه مانع است، جامع بین این حقوق است، چون حقوق مذکور به رغم پراکنده بودنشان، در منع از تأثیر بیع مشترک‌اند. بنابراین، باید بین آن‌ها قدر جامعی وجود داشته باشد تا علت مشترک آن‌ها باشد و شرط واقعی، فقد آن جامع است که از آن به طلق بودن تعبیر می‌شود. بنابراین، قضیه اصل و فرع بودن خلاف چیزی است که شیخ انصاری فرموده است (خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۱۰۷-۱۰۶).

مرحوم نائینی هم طرفدار این نظر است. به نظر ایشان، منشأ اعتبار طلق بودن در عالم اثبات، این است که ملک متعلق حق غیر نباشد، اما در عالم ثبوت، وضعیت برعکس است و طلق بودن منشأ منتفی بودن حق غیر نسبت به ملک است. به تعبیر دیگر، در عالم ثبوت، منتفی بودن حق غیر نسبت به ملک، معلول طلق بودن است، اما در عالم اثبات، علت طلق بودن است. بنابراین، در عالم ثبوت، طلق بودن ملک، شرط است و منتفی بودن حق غیر نسبت به آن، مترتب بر آن است، یعنی طلق بودن، اصل، و منتفی بودن حقوق، فرع است. اما در عالم اثبات، منتفی بودن حق غیر نسبت به ملک، اصل، و طلق بودن، فرع است. از این رو، این سخن شیخ انصاری که طلق بودن شرط مستقلی نیست، پذیرفته نیست زیرا در مرحله ثبوت، طلق بودن شرط است و انتفاء حقوق مترتب بر آن است. لذا طلق بودن اصل است و انتفاء شروط، فرع و مترتب بر آن است. در نتیجه، در عالم ثبوت قضیه اصالت و فرعیت برعکس چیزی است که شیخ انصاری گفته است، هر چند در مرحله اثبات سخن ایشان صحیح است (نائینی، ۱۴۱۳، ص ۳۷۴؛ نائینی، ۱۴۱۸، ص ۲۷۴).

مرحوم ایروانی نیز می‌گوید: «عدم نفوذ تصرفات در موارد حکم شارع به عدم نفوذ، کاشف از وجود جامع واحدی در آن موارد است که اثر آنها عدم نفوذ تصرفات است. اگر چنین جامعی وجود نداشته باشد، این توجیه که شرط طلق بودن به انتفاء یکایک حقوق مانع از تصرف باز می‌گردد، بی‌فایده است» (ایروانی، ۱۴۰۶، ص ۱۶۹).

به نظر می‌رسد حق با گروه اخیر است. درست است که در متون شرعی واژه طلق بودن به‌کار گرفته نشده است، اما از مصادیق متعدد این مسئله در نصوص شرعی و فقهی که در همه آنها ملاک تعلق حق غیر به مورد معامله موجب بطلان یا عدم نفوذ معامله شده است می‌توان معیار جامعی برای بی‌عتباری این معاملات انتزاع کرد.

طلق بودن و مفاهیم مشابه

در اینجا باید برای جلوگیری از اشتباه مفهوم طلق بودن با مفاهیم دیگر، تفاوت این اصطلاح با دو اصطلاح دیگر توضیح داده شود. البته تفاوت آن با برخی اصطلاحات دیگر در خلال مباحث آتی روشن می‌شود.

الف) نداشتن قدرت بر تسلیم. تعلق حق غیر به مورد معامله نیز، مانند موانع مادی موجب می‌شود که معامله‌کننده قدرت قانونی به تسلیم مورد معامله را نداشته باشد. از این رو، علامه‌حلی (ره) بیع عین مرهونه را از مواردی محسوب می‌کند که در آنها قدرت شرعی بر تسلیم مبیع وجود ندارد.^۱ اما به نظر می‌رسد بهتر است قدرت بر تسلیم ویژه مواردی اختصاص داده شود که شخص قدرت مادی بر تسلیم ندارد. به این جهت، برخی فقها بیع رهن را در زمره موارد عدم طلقت بیان کرده‌اند، نه نداشتن قدرت بر تسلیم (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۱۷۴-۱۶۹).

ب) حجر: در فقه، محجورین به دو دسته تقسیم می‌شوند: محجورینی که حجرشان به خاطر

۱. علامه‌حلی، ۱۴۲۰، ص ۴۸: الرابع: القدرة علی التسلیم وهو إجماع فی صحه البیع لیخرج البیع عن أن یكون بیع غرر والقدرة قد یتنفی حساً کالآبق وشرعاً کالرهن.

حفظ حقوق دیگران است، و محجورینی که حجرشان به منظور حفظ حقوق خودشان است. در دسته اول، چند گروه قرار دارند، مفلس، راهن، مریض در حال مرض موت، برده و مرتد. محجورین دسته دوم عبارت‌اند از مجنون، صغیر و سفیه. حجر دسته دوم عام است و تصرف در اموال و ذمه را شامل می‌شود اما حجر دسته اول خاص است و اختصاص به برخی تصرفات آن‌ها دارد (علامه حلی، ۱۴۲۵، ص ۱۸۴-۱۸۳). اشخاصی که در دسته اول قرار دارند، از مصادیق بحث حاضرند، بنابراین، طلق بودن از شرایط متعاقدين است، و طلق نبودن نوعی از حجر تلقی می‌شود. اما اطلاق حجر بر این دسته از افراد را باید مجاز یا نوعی اصطلاح خاص دانست. زیرا نقص معاملات آن‌ها به دلیل خلل در مورد معامله است، نه خلل در معامله‌کننده. حجر یا اهلیت‌نداشتن ناظر به ناتوانی شخص در تصرفاتی است که برای خود انجام می‌دهد؛ در حالی که قابلیت انتقال‌نداشتن مربوط به وضع خود مال است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۵). همان‌طور که بیان خواهد شد، فقها و حقوقدانان تصریح کرده‌اند اموری که مصداق بحث حاضرند به نقص در مال مربوط است، نه به نقص در مالک. بنابراین، عنوان آن‌ها عدم قابلیت انتقال است نه حجر.

قلمرو بحث

شایان ذکر است شرط طلق بودن در مباحث دیگری غیر از معاملات، به معنای خاص هم مطرح شده است. از جمله، فقها در باب زکات، «کامل بودن ملک» را در ردیف بلوغ، عقل و حریت، از شرایط عمومی وجوب زکات برشمرده‌اند و در زیر این عنوان، ممنوعیت از تصرف، تسلط غیر بر مال، و عدم ثبات ملک را سبب ناقص بودن مال مطرح کرده‌اند. در آنجا نیز در تفسیر کامل بودن ملک، اختلاف نظر وجود دارد (نک: کرکی، ۱۴۰۸، ص ۱۰-۵؛ ابن‌علامه، ۱۳۸۷، ص ۱۷۲-۱۶۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ص ۳۳۲-۳۲۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۵، ص ۳۹-۲۰؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۱، ص ۵۲-۴۶).

پس از بیان این مقدمه، باید گفت جایگاه اصلی این بحث در کتب فقهی، باب بیع است و در اغلب این کتب فقط چهار مسئله معروف عدم جواز بیع موقوفه، ام ولد، مورد رهن و عبد جانی بررسی شده است. اما مرحوم اسدالله شوشتری، مواردی را که به دلیل وجود حق برای شخصی، از

طلق بودن خارج شده‌اند، به بیست و دو مورد رسانده است، و بحث بسیار مفصلی را به آن‌ها اختصاص داده است (تستری، بی تا، ص ۱۳۹-۲۱۳؛ همچنین نک: انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۳۲-۳۱). ایشان از این موارد، به اسباب نقص ملکیت تعبیر می‌کند. البته موارد بسیاری که ایشان بیان کرده است، مربوط به مسائل بردگان است و امروزه کاربرد خود را از دست داده است. مواردی که امروزه هم کاربرد دارند، عبارتند از: بیع مال موقوفه؛ بیع عین مرهونه توسط راهن؛ خیار متعلق به عین قبل از بیع؛ تعلق حق موصی‌له به موصی‌به بعد از مرگ موصی و قبل از قبول موصی‌له (بنابر این نظر که ورثه قبل از قبول موصی‌له حق تصرف در مورد وصیت را ندارند)؛ تعلق حق شفعه به مال؛ تعلق حق طلبکاران به مال مفلس یا میت؛ تعلق حق مضمون‌له به مال در صورتی که شرط ادای ضمان از آن مال شده باشد؛ عدم تمامیت سبب ملک در معاوضات مانند بیع صرف و سلم قبل از قبض در مجلس؛ عدم تمامیت سبب ملک در تصرفات تبرعی مانند هبه و هدیه و صدقه قبل از قبض (بنابر نظری که قبض را شرط لزوم می‌داند)؛ ممنوع بودن بیع به دلیل سوگند بر عدم بیع یا شرط عدم بیع بر موصی‌له؛ نذر متعلق به عین قبل از بیع؛ تعیین هدی (گوسفند یا گاو یا شتر) برای ذبح در حج.

شایان ذکر است، اولاً محقق شوشتری حق ناشی از شرط را به‌طور مستقل بیان نکرده است، و فقط یکی از مصادیق آن، یعنی شرط آزادکردن برده در عقد لازم را نام برده است. اما همان‌طور که برخی اساتید فرموده‌اند، ایشان «وجود حق ناشی از نذر و حق خیار را موجب خروج از مطلق بودن مالکیت دانسته‌اند که از نظر مناط و ملاک با سایر شروط وحدت ملاک دارد» (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۳۱۱). ثانیاً، اغلب حقوقی که مرحوم شوشتری یاد کرده است، از لحاظ حقوقی، حق عینی اصلی یا فرعی‌اند، و با آنچه ابن‌رجب، فقیه حنبلی، «حق تعلق برای استیفاء حق [دین]» نامیده است، قابل مقایسه است (به نقل از جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳، ص ۱۰۶).

درباره معاملات تملیکی که موضوع آن انتقال عین معین است، مانند قرض، معاوضه، هبه و صلح، و نیز درباره معاملات عهدی راجع به عین معین مانند تعهد به فروش، عین معین این شرط باید رعایت شود. در صورتی که موضوع معامله مال کلی باشد، تعلق حق غیر به آن در زمان انعقاد

قرارداد بی معنا است اما در زمان اجرای قرارداد، متعهد باید مالی تسلیم کند، که متعلق حق غیر نباشد.

علاوه بر این، در معاملاتی که موضوع آن عمل شخص خاص و معینی است (مانند اجاره اجیر خاص) نیز، این شرط باید رعایت شود، یعنی اجیر خاص نمی تواند برای زمانی که به انجام دادن عمل معینی برای مستأجر متعهد شده است، اجاره دیگری منعقد کند (ن.ک. یزدی، ۱۴۲۰، ص ۸۲-۸۱).

بررسی اجمالی حکم مصادیق مهم

این مصادیق در این نکته مشترکند که از لحاظ وضعی، مانع صحت یا نفوذ معامله اند. با این توضیح که اگر نقص ناشی از این اسباب و مصادیق قابل جبران باشد، معامله غیرنافذ خواهد بود، وگرنه معامله باطل است (ن.ک. تستری، بی تا، ص ۱۳۹). چنان که مرحوم میرزا قمی تصریح کرده است (قمی، ۱۴۲۷، ص ۲۴۳-۲۴۲)، مصادیق این موضوع به چند موردی که فقها در بحث بیع مطرح کرده اند، منحصر نمی شود، اما با توجه به کمبود مجال، در اینجا فقط چند مصداق مهم این مسئله به طور اجمالی بررسی می شود. بنابراین، از چهار مصداق رایج این بحث در باب بیع (عدم جواز بیع موقوفه، عین مرهونه، امّ ولد و عبد جانی) به دو مصداق اول، و از موارد دیگر به تصرفات منافی با حق خیار و حق مشروطه اکتفا می کنیم.

الف) بیع مال موقوفه

همان طور که برخی فقها فرموده اند، وقف به دو دسته تملیکی و فکّی تقسیم می شود: در قسم اول، مال مورد وقف به ملکیت موقوف علیهم وارد می شود، اما در دسته دوم، ملک فکّ می شود ولی به ملکیت کسی در نمی آید. محل بحث درباره عدم جواز بیع موقوفه، دسته اول است. درباره دسته دوم اختلافی در عدم جواز بیع آن نیست، زیرا ملکیتی وجود ندارد. بنابراین، محل بحث جایی است که با بیع مالک باشد، اما ملکیت وی طلق نباشد، نه این که اصلاً مالک نباشد (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۵۴-۵۳. درباره نظرات دیگر، ن.ک. بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۴۴۱-۴۳۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۳، ص ۱۲۶-۱۲۲).

یکی از ادله‌ای که برای صحت نداشتن بیع وقف بیان کرده‌اند، تعلق حق موقوف‌علیهم و بطون لاحق است (از جمله ن.ک. نجفی، ۱۳۶۸، ص ۳۵۸؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۴۴؛ انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۳۶-۳۵). در مقابل، برخی فقها وجود حق برای موقوف‌علیهم را انکار کرده‌اند و صحت نداشتن را به دلیل تام‌نبودن مقتضی برای تصرف دانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۸۳-۸۲).

ب) بیع عین مرهونه توسط راهن

از مصادیق مهم بیعی که با حق غیر منافات دارد، بیع عین مرهونه است. براساس روایت مرسله‌ای از پیامبر (صلی الله علیه و آله)، راهن و مرتهن از تصرف در رهن ممنوع‌اند. (ن.ک. نوری، ۱۴۰۸، ص ۴۲۷-۴۲۶). بیع عین مرهونه توسط مرتهن غیرنافذ است و با اجازه راهن نفوذ می‌یابد (نائینی، ۱۴۱۸، ص ۳۲۹). عدم نفوذ بیع مرتهن به این دلیل است که وی مالک عین مرهونه نیست، بلکه فقط بر آن حق وثیقه دارد. اما درباره بیع عین مرهونه توسط راهن وضعیت پیچیده‌تر است: از یک سو، وی مالک عین مرهونه است، لذا طبق ادله سلطنت، حق دارد در مال خود هر طور که بخواهد تصرف کند. از سوی دیگر، عین مرهونه متعلق حق مرتهن است و نفوذ عقد راهن موجب ازبین‌رفتن حق وی می‌شود. بنا به این ملاحظات، درباره بیع عین مرهونه توسط راهن دو نظر مهم در فقه مطرح شده است. این دو نظر عبارت‌اند از:

یک: بطلان بیع به طور مطلق؛ به این معنا که بیع از ابتدا باطل است و اجازه بعدی مرتهن یا فک رهن یا اسقاط حق رهن توسط مرتهن هم موجب نفوذ آن نمی‌شود. این نظریه را محقق تستری مطرح کرده، و آن را مقتضای سخن بسیاری از فقها، از جمله شیخ طوسی در خلاف، ابن ادریس، ابن زهره، ابوالصلاح حلبی، دیلمی، و مفید در مقنعه دانسته است (تستری، بی‌تا، ص ۱۸۸).

دو: عدم نفوذ؛ با این توضیح که عقد راهن به تعبیر فقهی، موقوف است و با اجازه بعدی مرتهن یا فک رهن یا اسقاط حق رهن توسط مرتهن نفوذ می‌یابد. شیخ انصاری این نظریه را قوی‌تر می‌داند و آن را به صریح سخن شیخ طوسی در خلاف و ابن حمزه در وسیله و جمهور متأخرین، جز اندکی از آنان، نسبت می‌دهد. از نظر فقهی، نظریه عدم نفوذ پشتوانه قوی‌تری دارد و اکثر فقها به آن گرایش دارند. (برای نمونه، ن.ک. شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۷؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ص ۱۰۹؛

موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ص ۸؛ خویی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۵۲۸؛ گلپایگانی، ۱۴۱۷، ص ۸۱-۸۲، مسئله ۲۴۵ و ۲۴۶؛ سیستانی، ۱۴۱۴، ص ۳۵۲، مسئله ۸۸۱؛ بهجت، ۱۳۷۷، ص ۳۶۶. همچنین، ن.ک. صافی، ۱۴۲۰، ص ۶۱-۶۲).

ج) تصرف منافی با حق خیار

درباره حکم وضعی تصرفات منافی با خیار نظرات گوناگونی دیده می‌شود:

۱. تصرف «من علیه الخیار» در مالی که به وی منتقل شده است، از نظر وضعی، و از نظر تکلیفی صحیح و نافذ است، زیرا هر چند عین متعلق حق دارنده خیار است اما دلیل عامی بر عدم جواز تصرف در مالی که متعلق حق دیگران است، وجود ندارد (خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۴۸۵-۴۷۹). وجود خیار برای یکی از متبایعین، مانع از صحت یا لزوم بیع نیست، چون خیار متعلق به عقد است، و معنای آن فسخ عقد است نه بازگرداندن عین. بنابراین، اگر من علیه الخیار، عین را منتقل کند و دارنده خیار، عقد را فسخ کند، انتقال در حکم تلف است و به بدل رجوع می‌شود (ایروانی، ۱۴۰۶، ص ۱۶۹).

۲. به نظر برخی فقها، حکم وضعی تصرفات، مبتنی بر حکم تکلیفی آنها است (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۵۸-۱۵۷). بر اساس این نظر، باید سه فرض را تفکیک کرد: الف) اگر درباره حکم تکلیفی جواز تصرف را بپذیریم، مقتضای قاعده این است که عقد دوم، اولاً صحیح باشد و ثانیاً - در صورتی که از جمله عقود لازم مانند بیع باشد - لازم هم باشد، به این معنا که با فسخ عقد اول، منفسخ نشود؛ ب) اگر درباره حکم تکلیفی عدم جواز را بپذیریم، و عدم جواز از باب تعبد و نهی از تصرف منافی باشد، مقتضای قاعده، صحت تصرفات است؛ ج) اگر درباره حکم تکلیفی عدم جواز تصرف را بپذیریم، و عدم جواز به دلیل تعلق حق خیار به عین مورد معامله باشد، مقتضای قاعده، بطلان تصرفات ناقله است. زیرا بیع در هنگام صدور توأم با مانع بوده است و لازمه آن بطلان است، زیرا مقتضای عقد این است که از زمان انعقاد، نافذ و مؤثر باشد و در اینجا بنا به فرض، عقد نمی‌تواند از زمان انعقاد مؤثر باشد.

۳. تصرفات ناقله باطل نیست و مانند معاملات فضولی، با اجازه دارنده خیار نافذ می‌شود، زیرا

درباره عقد فضولی فرقی نیست بین این که نقص عقد به علت فقد مقتضی باشد یا به علت وجود مانع، و همان طور که عقد رهن با اجازه مرتهن نفوذ می‌یابد، در اینجا نیز اجازه دارنده خیار موجب نفوذ تصرف می‌شود، زیرا اجازه وی به اسقاط حق خیار بازمی‌گردد (نائینی، ۱۴۱۸، ص ۳۱۸-۳۱۳).

۴. به نظر شیخ انصاری (ره)، در خیارات اصلی یعنی خیاراتی که شارع جعل کرده است، جواز تصرف خالی از قوت نیست، چون معلوم نیست حقی که برای دارنده خیار ایجاد می‌شود، بتواند قاعده تسلیط را تخصیص بزند و مزاحم سلطنت مالک شود. اما درباره خیار شرط که با توافق طرفین جعل می‌شود، ظاهراً مقصود از اشتراط خیار این بوده که مورد معامله در دست منتقل‌الیه باقی بماند تا دارنده خیار بتواند با فسخ عقد آن را مسترد کند. حتی می‌توان گفت که ایفاء توانایی بر استرداد عین که در خیارات دیگر حکمت جعل خیار است، در خیار شرط، علت حکم است، و این امر منافاتی با بقاء خیار در صورت تلف عین ندارد. بنابراین، دارنده خیار می‌تواند عقد را فسخ کند، و پس از فسخ معامله، در صورتی که «من علیه الخیار» مورد معامله را تلف یا منتقل کرده باشد، به بدل رجوع می‌کند. (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۱۵۱-۱۵۰).

برخی فقهای معاصر (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۴۳۲-۴۳۰) نیز درباره خیارات عقلایی مانند غبن، تخلف وصف، و شرط، و نیز خیارات قانونی مانند خیار حیوان، قائل به جواز تکلیفی و نفوذ وضعی‌اند. اما درباره خیارات قراردادی، جواز یا عدم جواز تصرف را تابع جعل و قرار طرفین می‌دانند: اگر مورد شرط، صرفاً خیار فسخ عقد باشد، مانند این که بایع شرط کرده باشد تا یک سال حق فسخ عقد را داشته باشد، حکم خیارات عقلایی و قانونی را دارد. اما اگر مورد شرط، استرداد عین باشد — همان طور که مقصود از بیع شرط، به طور متعارف، استرداد عین است — مانند آن که بایع شرط کرده باشد که اگر تا یک سال ثمن را پس دهد، بایع مبیع را برگرداند، تصرف به طور تکلیفی حرام، و به طور وضعی غیرنافذ است. زیرا این شرط اگرچه متضمن شرط خیار و تسلط بر فسخ عقد است، اما مفاد آن، حق استرداد خود عین است و با وجود چنین حقی، تصرف حرام و غیرنافذ است. شرط یادشده ممکن است به نحو فعل یا نتیجه باشد. البته درباره شرط خیار

در صورت استرداد ثمن، مانند آن که بایع بگوید: «فروختم به شرط این که اگر ثمن را پس دهم، خیار داشته باشم»، احتمال می‌رود که مانند خیارات عقلایی و قانونی، جائز و نافذ باشد، یا مانند حالت قبل، حرام و غیرنافذ باشد و احتمال اخیر مرجح است، زیرا مقصود عقلا از این نوع شرط، رجوع دارنده خیار به خود عین است. اما احتمال عدم جواز تکلیفی تصرف و نفوذ وضعی آن قابل پذیرش نیست (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۴۴۱-۴۳۹).

د) تصرف منافی با حق مشروط له

در صورتی که مشروط‌علیه در شرط فعل حقوقی، تصرف حقوقی و اعتباری در مورد شرط انجام دهد که با وفای به شرط و حق مشروط له منافات داشته باشد، درباره حکم چنین تصرفی، بین فقها اختلاف نظر است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۴۵؛ خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۳۶۶؛ نائینی، ۱۴۱۸، ص ۲۶۲). خلاصه‌ای از نظرات و احتمالات مطرح شده، در ادامه بیان می‌شود:

۱. بطلان. به این معنا که تصرف منافی، باطل است و اجازه بعدی مشروط‌له نیز موجب تصحیح عقد منافی نمی‌شود (ن.ک. حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۹۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۴۸-۳۴۵؛ اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۱۲۱-۱۱۳).

۲. صحت با اذن یا اجازه مشروط‌له. به نظر برخی فقها، اگر معتقد باشیم که شرط موجب پیدایش حقی برای مشروط‌له در متعلق شرط می‌شود، مقتضای قاعده این است که مانند موارد دیگر، از جمله بیع عین مرهونه توسط راهن، با اذن یا اجازه دارنده حق، عقد صحیح و نافذ شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۴۹-۳۴۸).

۳. صحت قرارداد منافی به‌طور مطلق و بدون نیاز به اذن یا اجازه مشروط‌له. بر اساس این نظر، قرارداد منافی با حق مشروط‌له تمام اجزا و شرایط یک قرارداد صحیح را دارد. مانعی که ممکن است بر سر راه صحت و نفوذ چنین قراردادی تصور شود، فقط تعلق حق مشروط‌له به عین مورد شرط است. اما چنین مانعی اصلاً وجود ندارد؛ چون حق مشروط‌له به عین مورد شرط تعلق ندارد، بلکه در درجه اول به یک فعل یا ترک فعل تعلق دارد. برای مثال، اگر شرط شده باشد که مشروط‌علیه خانه معینی را به مشروط‌له بفروشد، حق مشروط‌له به بیع تعلق دارد، نه به آن خانه.

بین حق مشروطه و خانه یک فعل یعنی بیع واسطه شده است و بنابراین، بین آن‌ها اختلاف رتبه وجود دارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۴۸؛ خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۳۷۰).

۴. تصرف منافی اگر با اذن مشروطه باشد، صحیح است، اما بدون اذن وی معامله باطل است و حتی اجازه بعدی مشروطه، موجب تصحیح آن نمی‌شود. در تأیید بخش اول این نظر (صحت تصرف منافی با اذن مشروطه) گفته‌اند: تنها اشکال قرارداد منافی با حق مشروطه، تعلق حق وی به موضوع قرارداد است و همان‌طور که مشروطه می‌تواند حق خود را اسقاط کند، می‌تواند به تفویض موضوع آن اجازه دهد. در تأیید بخش دوم این نظر (این‌که اجازه مشروطه نمی‌تواند موجب تصحیح تصرف منافی شود)، گفته‌اند: عقد دوم به مشروطه تعلق ندارد تا بتواند آن را اجازه کند. همچنین، عقد دوم بر مال او نیز وارد نشده است، بلکه مالک، همان کسی است که قرارداد را منعقد کرده است و حق مشروطه تنها مانع از نفوذ تصرف بوده است و موجب شده که تصرف مؤثر نباشد. اجازه مشروطه به معنای اسقاط حق وی از هنگام اجازه است. بنابراین، همان‌طور که اگر مشروطه عقد منافی را اجازه نمی‌کرد بلکه حق خود را اسقاط می‌کرد، فایده نداشت، اجازه او هم فایده‌ای ندارد (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۳۲).

۵. تصرف منافی، اگر عقد باشد، صحیح است و اگر ایقاع باشد، باطل است. این نظریه را به علامه حلی و شهید ثانی نسبت داده‌اند، اما سخن ایشان تنها درباره عتق است، نه همه ایقاعات. به نظر این دو فقیه، تصرف منافی با حق مشروطه، در صورتی که عتق باشد، صحیح است و مشروطه باید به قیمت عبد رجوع کند (علامه حلی، ۱۴۲۰، ص ۲۷۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۲۷۱). با توجه به این نکته، اولاً نمی‌توان این نظریه را یک نظریه کلی و شامل همه ایقاعات دانست، ثانیاً همان‌طور که برخی گفته‌اند، تفکیک عقد و ایقاع صحیح نیست (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۳۱۱)، و از این رو، فقها به این نظریه توجه جدی نکرده‌اند (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۵۷).

۶. تفصیل بین این‌که وجوب عمل به شرط، وجوب تکلیفی محض است یا وجوب حقی. در صورت اول، عقد منافی صحیح است و در صورت دوم، صحت آن منوط به اذن یا اجازه مشروطه است. براساس این نظریه، که به شیخ انصاری نسبت داده می‌شود (خویی، ۱۳۷۷، ج ۵،

ص ۳۷۰)، اگر معتقد باشیم که شرط موجب ثبوت حق برای مشروطه بر مشروط علیه نیست، و وجوب عمل به شرط فقط یک حکم تکلیفی است، عقد منافی صحیح است؛ چون فقط مستلزم مخالفت با حکم شرعی و وجوب وفای به شرط است. اما اگر معتقد باشیم که شرط، موجب ثبوت حق برای مشروطه است، تصرف منافی اگر با اذن یا اجازه مشروطه باشد، صحیح، و در غیر این صورت باطل است.

بررسی کلی

از بررسی مصادیق بحث طلق بودن، نمی توان نتیجه قاطعی به دست آورد و نظر فقها در این زمینه بسیار متشتت و متفاوت است. با این حال، این نکته شایان توجه است که در مجموع، اکثر فقها به بطلان یا عدم نفوذ تصرفات منافی معتقدند. اما از کلام فقها نتیجه می شود که تعلق حق غیر به عنوان قاعده ای کلی مانع نفوذ معامله است. به عقیده شیخ انصاری، از برخی روایات این قاعده کلی نتیجه می شود که هرگاه شارع عقدی را نهی کرده باشد و نهی به دلیل وجود حق آدمی باشد، با حصول رضای آن شخص، منع از معامله برداشته می شود و عقد اثر می گذارد. ایشان در بیان علت این مطلب می فرماید: نهی از معامله به دلیل تعلق حق آدمی مانند معصیت اصلی از خداوند نیست که لحوق رضای خداوند متعال به آن ممکن نیست. یکی دیگر از ادله ای که ایشان ذکر می کند، فحوای ادله راجع به صحت عقد فضولی است (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۱۵۴-۱۵۳). به نظر ایشان، از رویه فقها و بلکه از روایات نتیجه می شود هرگاه منع از معامله به دلیل وجود حق کسی باشد که اذن سابق وی برای صحت عقد کافی است، چنین منعی مقتضی بطلان معامله نیست؛ بلکه مقتضای آن این است که معامله یادشده به طور مستقل و بدون مراجعه به آن شخص ذی حق، منشأ اثر نباشد. عقودی مانند عقد فضولی، رهن، مفلّس، مریض [در حال مرض موت]، عقد ازدواج شوهر بر خواهر یا برادرزاده همسر خود از این باب است، و این که نهی در آنها مقتضی فساد است، بدین معنا است که اثری که عرفاً از عقد اراده می شود، بر آن مترتب نمی شود (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۱۵۹). ایشان در بحث بیع عبد جانی نیز سخنی می گوید که از آن یک قاعده کلی استنباط می شود: تعلق حق غیر به مورد معامله مانع بیع نیست، زیرا این که مبیع ملک

دیگری باشد، موجب بطلان نمی‌شود، چه رسد به تعلق حق غیر به مورد معامله (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۱۷۳).

به‌طور خلاصه، معامله فضولی در فقه به عنوان نظریه‌ای عمومی و مطابق با قواعد شناخته می‌شود و در هر مورد که معامله‌ای به دلیل تعلق حق شخص ثالث به خود معامله (مانند شرط عدم بیع) یا موضوع آن (مانند تعلق حق رهن به عین مرهونه) نافذ نباشد، اجازه شخص مزبور موجب نفوذ معامله می‌شود (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۱۵۵-۱۵۴؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۲۷۵؛ خویی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۶۲۳-۶۲۲ و ۶۷۴؛ و ج ۳، ص ۵۲۹-۵۲۸، و ۵۴۲؛ روحانی، ۱۴۱۴، ص ۱۲۶-۱۲۷؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ج ۲۱، ص ۹۶؛ و ج ۱۶، ص ۲۹۹-۲۹۷). به تعبیر دیگر، در هر موردی که عدم صحت معامله‌ای به دلیل وجود حقی برای شخص ثالث باشد و اذن وی برای صحت معامله کافی باشد، اجازه بعدی وی نیز می‌تواند معامله را تصحیح کند (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ج ۱۷، ص ۲۹-۲۸). اذن سابق با اجازه لاحق در دلالت بر رضا تفاوتی با یکدیگر ندارند و فرقیان فقط در تقدم و تأخر است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ج ۲۱، ص ۹۷).

بنابراین، در هر مورد که امکان تحصیل اذن یا اجازه ذی‌حق وجود داشته باشد و بدون اذن یا اجازه وی معامله‌ای منافی با حق وی انجام گیرد، معامله غیرنافذ است. در نتیجه، اگر اذن یا اجازه‌دهنده‌ای نباشد یا تحصیل اذن یا اجازه وی ممکن نباشد، باید معامله را باطل تلقی کرد.

حکم به عدم نفوذ معامله منافی از دو جهت سودمند است، اولاً مزیت آن در مقایسه با حکم به بطلان، این است که موجب می‌شود سرنوشت معامله به دست دارنده حق سپرده شود و امکان تنفیذ آن وجود داشته باشد. به این ترتیب، ثبات معاملات بیشتر تأمین می‌شود، زیرا چه‌بسا دارنده حق، تنفیذ معامله را انتخاب کند. ثانیاً، در مقایسه با حکم به صحت، این مزیت را دارند که حق ثالث را به نحو بهتری تضمین می‌کند، چون چه‌بسا حکم به پرداخت خسارت که لازمه نظریه صحت است، نتواند مصلحت دارنده حق را تأمین کند، در حالی که بر اساس نظریه عدم نفوذ، دارنده حق می‌تواند در صورت صلاحدید، معامله منافی با حق خود را رد کند و وضعیت پیش از معامله را اعاده کند.

طلاق بودن مورد معامله از دیدگاه حقوقی

بحث طلاق بودن از لحاظ حقوقی را می‌توان از دیدگاه قانون مدنی، قوانین دیگر، و نیز حقوقدانان بررسی کرد:

از دیدگاه قانون مدنی

قانون مدنی در مباحث مربوط به شرایط عمومی صحت قراردادها از جمله مقررات راجع به اهلیت طرفین معامله (مواد ۲۱۳-۲۱۰) و مورد معامله (مواد ۲۱۶-۲۱۴) از طلاق بودن مورد معامله نام نمی‌برد. همچنین، با اینکه این بحث به‌طور 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)، طلاق 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 منافی 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 منافی با شرط فعل در ماده ۴۵۴؛ ۲. تصرف منافی با خیار در ماده ۴۶۰ و ۵۰۰؛ ۳. معاملات وراثت 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 برمی‌شمارد (ماده ۸۳۵). همان‌طور که در بحث درباره نظرات حقوقدانان خواهیم دید، اهلیت یا جواز تصرف نیز در برخی موارد از شروط مورد معامله، و مقصود از آن طلاق بودن است. بنابراین، از استقراء در مواد قانون مدنی نتیجه می‌شود این قانون،

در باره عقود تملیکی و ناقل عین، شرطی به عنوان اهلیت یا جواز تصرف را معتبر می‌داند، و هرچند این شرط را از شرایط متعاملین تلقی می‌کند، اما شرط یادشده در واقع، 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: «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 ثابتۀ اشخاص ثالث، تهاوتر مؤثر 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 دین خود طلبکار گردد دیگر نمی‌تواند به استناد تهاوتر از تأدیۀ مال توقیف‌شده امتناع کند».

برخی حقوقدانان نیز تصریح کرده‌اند وجود حقی برای ثالث از موانع تهاوتر است. بنابراین، طلبی که متعلق حق ثالث قرار گرفته است، با دین او تهاوتر نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۴۲۲؛ امامی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۳۴۱). برخی دیگر آزاد بودن دو دین را از «شرایط» تهاوتر دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۷۳، ص ۱۶۲)، اما در ادامه بحث از «مانع» بودن سخن گفته‌اند (شهیدی، ۱۳۷۳، ص ۱۶۳).

قانون مدنی در بحث وفای به عهد نه فقط مالکیت غیر نسبت به مورد تأدیۀ (مواد ۲۷۰-۲۶۹)، بلکه منع حاکم از تصرف در مال را مانع صحت تأدیۀ دانسته است (ماده ۲۷۶). برخی حقوقدانان از این شرط به آزاد بودن موضوع تأدیۀ 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 تأمین خواسته یا حفظ حقوق بستانکاران شخص ورشکسته (ماده ۴۱۸ ق.ت) یا جلوگیری از فرار متهم در امور کیفری و تأمین جبران خسارت زیان‌دیده 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، برخی 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 طلق بودن نبرده است، چند احتمال بیان می‌شود:
 اول: شاید تدوین‌کنندگان 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 امّ ولد بیان کرده‌اند؛ دو تای 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 اکراه 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 تأثیری در اعتبار معامله ندارند 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)، اما 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 را انتزاع آن از مصادیق مورد بحث دانسته‌اند.

چهارم: با توجه به اینکه از نظر فقهی و قانون مدنی (از جمله مواد ۲۴۷-۲۶۳، ۳۰۴، ۳۵۲، ۵۸۱، ۶۷۴)، نظریه فصولی یک نظریه عمومی تلقی می‌شود که هم در تمامی ابواب فقهی کاربرد دارد، هم حق عینی مالکیت و حقوق عینی دیگر را شامل می‌شود، به نظر می‌رسد قانونگذار مدنی با وجود این نظریه بیان تفصیلی همه مصادیق این بحث را لازم ندانسته است. بدیهی است صحت اسناد این مطلب به قانون مدنی، منوط به این است که براساس 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 ۴۱۸ 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 ۴۲۳ ق.ت.: «هرگاه تاجر بعد از توقف معاملات ذیل را بنماید باطل و بلااثر خواهد بود:

۱. هر صلح محاباتی یا هبه و به‌طور کلی، هر نقل و انتقال بلاعوض اعم از اینکه راجع به منقول یا غیرمنقول باشد؛ ۲. تأدیه هر قرض اعم از حال یا موجدل 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 مزبور نموده، باطل نمی‌شود، مگر در صورتی که معلوم شود به قصد اضرار بوده و به ضرر طلبکاران هم باشد». مطالبی که درباره ماده ۴۲۳ 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 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 ۸۷۱ قانون مدنی است.

شش: ماده ۲۶۴ 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 مزبور مادام که توقیف باقی است، داده نخواهد شد مگر در صورت اجازه کسی که آن مال یا منافع برای حفظ حق او توقیف شده است».

از دیدگاه حقوقدانان

در این بحث، ابتدا برخی مصادیق از دیدگاه حقوقدانان و سپس، به طور کلی بررسی می‌کنیم.

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:

۱. یکی از مصادیق این بحث، ماده ۷۹۳ 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 ۳۹۷؛ امامی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۴۵۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۵۸۴).

۲. 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 برخی حقوقدانان اجاره معارض با شرط موضوع ماده ۴۵۴ قانون مدنی را غیرنافذ می‌دانند (جعفری 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؛ 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، ج ۱، ص ۳۷۹). اما برخی حقوقدانان، تصرف منافی با شرط فعل منفی حقوقی را نافذ دانسته، و برای مشروطه حق فسخ معامله مشروط (معامله اصلی) را در نظر گرفته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۹).

۳. همان‌طور که بیان شد، قانون مدنی در بحث بیع (ماده ۳۴۵) و صلح (ماده ۷۵۳)، اهلیت تصرف را از شروط متعاقدين و در بحث وصیت، جواز تصرف را از شرایط موصی دانسته است (ماده ۸۳۵). با ملاحظه نوشته‌های حقوقی درباره این سه ماده، متوجه می‌شویم اهلیت یا جواز تصرف را به طلق بودن مورد معامله تفسیر کرده یا یکی از عناصر آن را طلق بودن دانسته‌اند. برای نمونه، مرحوم دکتر امامی در بحث از ماده ۳۴۵ می‌گوید: «منظور از ماده بالا از اهلیت تصرف در مبیع آن است که بایع بتواند مبیع را انتقال دهد و از تصرف در آن قانوناً ممنوع نباشد، مانند مالی که در اثر بازداشت اجرایی یا تأمینی متعلق حق شخص ثالث قرار گرفته و یا اموال ورشکسته که متعلق حق طلبکاران است. عبارت ماده بالا کافی برای افاده مقصود نیست، زیرا علاوه بر آن که کلمه اهلیت تصرف، اصطلاح متداول در علم حقوق نیست، موجبی که اموال نامبرده را نمی‌توان مورد معامله قرار داد، نقضی است که در خود مال می‌باشد؛ اگرچه منشأ آن مدیونیت صاحب مال است. زیرا مالی می‌تواند مورد معامله قرار گیرد که مطلق باشد، یعنی متعلق حق غیر قرار نگرفته باشد، و اموال نامبرده متعلق حق شخص ثالث هستند. بنابراین، شرط مزبور از شرایط مورد معامله است، نه از شرایط طرفین معامله، ولی از نظر آنکه چنین مالی طبعاً قابلیت انتقال را دارد، و در اثر

بازداشت، نمی تواند مبیع قرار گیرد، در مبحث طرفین معامله بیان شده است. بیع نسبت به مال مزبور نافذ نیست و منوط به اجازه طلبکاران می باشد» (امامی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۴۱۶-۴۱۵). دکتر کاتوزیان نیز درباره ماده ۳۴۵ گفته اند که مقصود از اهلیت تصرف، اختیار تصرف است. ورشکسته فقط در مال خود نمی تواند تصرف کند. ولی اهلیت به معنای خاص، یعنی اهلیت انجام معامله را دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۹۶). توقیف مال را نیز از مواردی دانسته اند که شخص اهلیت تصرف ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۹۸).

دکتر امامی درباره ماده ۷۵۳ می گوید: «متعاملین در صورتی که مالی تملیک می کنند باید بتوانند در مورد صلح تصرف ناقل نمایند، و الا اگر مالی در اثر ورشکستگی، جریان اجرایی یا قرار تأمین بازداشت شده باشد، نمی تواند مورد صلح قرار گیرد. همچنین اگر متعلق حق دیگری قرار داده شده باشد، مثل حق رهن، صحت آن منوط به اجازه مرتهن است» (امامی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۴۰۵). دکتر کاتوزیان نیز، درباره ماده ۷۵۳ تصریح می کند کاربرد اصطلاح اهلیت تصرف درست نیست و باید جواز تصرف به کار گرفته می شد (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ص ۳۳۸-۳۳۷). آنگاه در ذیل عنوان اخیر، برخی عواملی را که موجب بی اعتباری صلح می شود، نام برده اند، که از جمله آنها ورشکستگی و تعلق حق غیر، یعنی تعلق داشتن مورد صلح به شخص ثالث و در رهن یا توقیف بودن مال است. دکتر امامی ماده ۸۳۵ را ذیل عنوان «مورد وصیت باید متعلق حق ثالث نباشد» مطرح کرده و گفته اند: «ماده مزبور اگرچه در فصل راجع به موصی آمده، ولی از شرایط موصی به است.» به نظر ایشان، مال مورد رهن، تأمین و بازداشت از مصادیق تعلق حق غیر به مال است و وصیت به چنین مالی مانند فضولی خواهد بود و با اجازه ثالث یا سقوط حق وی نافذ می شود (امامی، ۱۳۸۸، ص ۹۸-۹۷).

بررسی کلی

در میان حقوقدانان کشورمان، رویکردهای مختلفی به بحث طلاق بودن دیده می شود:

۱. برخی نویسندگان قواعد عمومی قراردادها، در بحث از مورد معامله، نامی از این شرط نبرده اند (صفایی، ۱۳۸۶، ص ۱۳۷-۱۲۷).

۲. برخی، بیع وقف را در ردیف بیع مشترکات عمومی، از مواردی دانسته‌اند که مورد معامله و مبیع به‌طور قانونی، قابل انتقال نیست (امامی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۲۲۱؛ شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۳۰۷؛ شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۸). همچنین، در مقام شمارش اوصاف مبیع و در ذیل عنوان «خرید و فروش آن قانوناً ممنوع نباشد»، از بیع وقف نام برده‌اند (امامی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۴۱۹-۴۱۸). اما باید توجه کرد علت منع در این دو مورد یکسان نیست: منع از بیع مشترکات عمومی را می‌توان به دلیل عدم مالکیت دانست، اما درباره موقوفه، با توجه به نظری که واقف یا موقوف‌علیه را مالک می‌داند، منع بیع موقوفه را باید به دلیل منع قانونی یا تعلق حق موقوف‌علیه دانست.

۳. یکی از حقوقدانان در تعریف «حق تعلق» می‌گوید: در مورد این حق، بین صاحب حق و مال غیر (اعم از منقول و غیرمنقول، و مطالبات و هرگونه حقوق مالی مادی و معنوی) رابطه به وجود می‌آید. به نظر ایشان، نمونه‌هایی از این حق در قوانین کشورمان عبارت‌اند از تعلق حق مرتهن به مورد رهن (بند اول ماده ۸۶۹ ق.م.؛ تعلق حق زکات به نصاب (بند دوم ماده ۸۶۹ ق.م.؛ تعلق حق زوجه به ثمن اعیان (ماده ۹۴۸ ق.م.؛ تعلق حق گرماء میت به ترکه (ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی)؛ تعلق حق گرماء به اموال معسر و ورشکسته (ماده ۴۱۸ ق.ت.) (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳، ص ۱۰۶). وجود این حق در بیشتر موارد مطرح شده است و مانع از نفوذ تصرفات منافی با آن است.

۴. 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 ۱۶۸-۱۶۷).

دوم: در بحث از عقد بیع، یکی از اوصاف مبیع را قابل خرید و فروش یا آزاد بودن ملک دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۰۵ و ۱۰۹) و سه دسته از محدودیت‌های ناشی از این عنوان را برشمرده‌اند: اول، 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)؛ دوم، اراده مالک در حبس دائم یا موقت مال خود مانند وقف (ماده ۳۴۹ قانون مدنی) یا جایی که مال به اراده مالک وثیقه بدهی شود (رهن) و بدین وسیله، حق انتقال را از خود سلب می‌کند؛ سوم، 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 ۵۸۵-۵۷۷) و نیز در بحث از قلمرو ضمان درک (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۲۵-۲۲۴)، 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

مقصود از طلق بودن مورد معامله رها بودن آن از حقوقی مانند حق دارنده خیار، حق مرتهن و حق مشروطه است. 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 فضولی، که می‌توان آن را به همه 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.

رعایت نکردن این شرط ممکن است بر حسب مورد، موجب بطلان یا عدم نفوذ معامله باشد، اما قانونگذار می‌تواند با پیش‌بینی مقررهای کلی (مانند ماده ۱۹۹ قانون مدنی) که از ضمانت اجرای

عامی مانند عدم نفوذ به معنای لغوی سخن بگوید، مشکل ضمانت اجرای این شرط را حل کند و تعیین عدم نفوذ یا بطلان را به رویه قضایی یا نظرات حقوقدانان بسپارد.

منابع و مأخذ

۱. ابن علامه، محمد بن حسن بن حلی (۱۳۸۷). *ایضاح الفوائد*. جلد اول، قم، مطبعه العلمیه، چاپ اول.
۲. اردبیلی، مولی احمد (۱۴۰۵ق). *مجمع الفوائد والبرهان*. ج ۴، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۳. _____ (۱۴۱۱ق). *مجمع الفوائد والبرهان*. جلد هشتم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۴. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۹ق). *الاجاره*. قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم.
۵. _____ (۱۴۱۸ق). *حاشیه المکاسب*. جلد سوم، قم، دارالمصطفی (ص) لاحیاء التراث، چاپ اول.
۶. امامی، سید حسن (۱۳۸۸). *حقوق مدنی*. جلد سوم، تهران، اسلامیه، چاپ بیست و یکم.
۷. _____ (۱۳۸۹). *حقوق مدنی*. جلد اول، تهران، اسلامیه، چاپ سی ام.
۸. _____ (۱۳۸۹). *حقوق مدنی*. جلد دوم، تهران، اسلامیه، چاپ بیست و دوم.
۹. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۰ق). *کتاب المکاسب*. جلد ۴ و ۶، قم، کنگره شیخ انصاری، چاپ اول.
۱۰. ایروانی، علی بن عبدالحسین (۱۴۰۶ق). *حاشیه المکاسب*. جلد اول، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول.
۱۱. بجنوردی، سید محمد حسن (۱۳۷۷). *القواعد الفقہیه*. جلد ۱، ۲ و ۳، قم، نشر الهادی، چاپ اول.
۱۲. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضره*. جلد ۱۸، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
۱۳. بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰). *حقوق مدنی*. تهران، گنج دانش، چاپ اول.
۱۴. بهجت، محمد تقی (۱۳۷۷). *توضیح المسائل*. قم، انتشارات شفق، چاپ شانزدهم.
۱۵. تستری، اسدالله (بی تا). *مقایس الانوار*. قم، مؤسسه آل البیت، چاپ اول.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۳). *حقوق اموال*. تهران، گنج دانش، چاپ سوم.
۱۷. _____ (۱۳۷۹). *مجموعه محشی قانون مدنی*. تهران، گنج دانش، چاپ اول.
۱۸. حسینی عاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه*. جلد ۱۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.

۱۹. _____ (۱۴۲۳ق). *مفتاح الكرامه*. جلد یازدهم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
۲۰. حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۶ق). *مستمسک العروه الوثقی*. جلد دوازدهم، قم، مؤسسه دارالتفسیر، چاپ اول.
۲۱. خراسانی، ملامحمد کاظم (۱۴۰۶ق). *حاشیه المكاسب*. تهران، وزارت إرشاد اسلامی، چاپ اول.
۲۲. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷). *مصباح الفقاهه*. جلد ۲، ۴، و ۵، قم، مکتبه الداوری، چاپ اول.
۲۳. روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۴). *فقه الصادق (ع)*. ج ۲۰، چاپ سوم، قم، دارالکتاب.
۲۴. سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ق). *کفایه الأحکام*. جلد اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
۲۵. سیستانی، سید علی (۱۴۱۴ق). *المسائل المنتخبه*. قم، مکتب آیت الله السیدالسیستانی، چاپ سوم.
۲۶. شهیدی، مهدی (۱۳۷۳). *سقوط تعهدات*. تهران، کانون وکلای دادگستری، چاپ سوم.
۲۷. _____ (۱۳۸۰). *تشکیل قراردادهای تعهدات*. تهران، مجد، چاپ دوم.
۲۸. _____ (۱۳۸۲). *حقوق ملنی ۶*. تهران، مجد، چاپ دوم.
۲۹. _____ (۱۳۸۸). *حقوق ملنی ۳*. تهران، مجد، چاپ سیزدهم.
۳۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۱۰ق). *شرح اللمعه*. جلد سوم، قم، انتشارات داوری، چاپ اول.
۳۱. _____ (۱۴۱۴ق). *مسالك الأفهام*. جلد ۳، ۴ و ۱۱، قم، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول.
۳۲. صافی، لطف الله (۱۴۲۰ق). *هدایة العباد*. جلد دوم، قم، مؤسسه السیده المعصومه (س)، چاپ اول.
۳۳. صفایی، سید حسین (۱۳۸۶). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ پنجم.
۳۴. علامه حلی حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق). *ارشاد الازهران*. جلد دهم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی چاپ اول.
۳۵. _____ (۱۴۲۰ق). *تذکره الفقهاء*. ج ۱۰، چاپ اول، قم، موسسه آل البیت.
۳۶. _____ (۱۴۲۵ق). *تذکره الفقهاء*. جلد ۱۴، قم، آل البیت، چاپ اول.
۳۷. _____ (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحکام*. جلد اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
۳۸. _____ (۱۴۱۸ق). *قواعد الأحکام*. جلد دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
۳۹. قمی، میرزا ابوالقاسم، (۱۴۲۷ق). *رسائل المیرزا القمی*. قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول.
۴۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸). *مشارکتها و صلح*. تهران، گنج دانش، چاپ اول.
۴۱. _____ (۱۳۷۱). *قواعد عمومی قراردادها*. جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار چاپ سوم.

۴۲. _____ (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادها. جلد چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم.
۴۳. _____ (۱۳۸۷). عقود معین. جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم.
۴۴. _____ (۱۳۸۷). عقود معین. جلد سوم، تهران، گنج دانش، چاپ ششم.
۴۵. _____ (۱۳۸۹). عقود معین. جلد چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم.
۴۶. _____ (۱۳۸۶). نظریه عمومی تعهدات. تهران، نشر میزان، چاپ چهارم.
۴۷. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهه - کتاب البيع. نجف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول.
۴۸. کرکی، علی بن الحسین (۱۴۰۸ق). جامع المقاصد، جلد سوم، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ اول.
۴۹. گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۴۱۷)، هدایه العباد، ج ۲، قم، دار القرآن الکریم.
۵۰. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۹ق). شرایع الاسلام. ج ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال.
۵۱. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۲. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۹۰). تحریر الوسیله. جلد دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۵۳. _____ (۱۴۲۱ق). کتاب البيع، جلد ۳ و ۵، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
۵۴. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۶ق). مهذب الاحکام. جلد ۱۶، ۱۷ و ۲۱، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
۵۵. نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق). کتاب مکاسب و البيع. جلد دوم، تقرير محمدتقی آملی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۶. _____ (۱۴۱۸ق). منیه الطالب. جلد دوم، تقرير شيخ موسى نجفی خوانساری، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۷. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۸). جواهر الکلام. جلد ۲۲، تهران، دارالکتب الإسلامیه.
۵۸. نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل. جلد سیزدهم، بیروت، مؤسسه آل البيت، چاپ دوم.
۵۹. یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۳۷۸). حاشیه مکاسب. جلد اول و دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۶۰. _____ (۱۴۲۰). العروه الوثقی. جلد پنجم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.