

متن پیاده سازی شده نشست بیست و یکم (49 - 77 - 101) سال چهارم درس خارج فقه سیاسی 20 اردیبهشت 1402

صفحات 151 و 152 : [کلیک کنید](#)

فایل پیاده سازی : [کلیک کنید](#)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

«وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَ صَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَ آلِهِ الطَّاهِرِينَ وَ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى أَعْدَائِهِمْ أَجْمَعِينَ»

مقدمه

در جلسه گذشته بحث به عنوان جدیدی یعنی «الحاکم ولی الممتنع» منتقل گردید. از مباحث کلی طرح شده، اختیارات حکومت در نظام سیاسی اسلام است لذا از مسئله رای مردم و مراجعه به آرای عمومی بحث مفصلي انجام شد. سپس بحث از مشارکت سیاسی به میان آمد و مسئله فعلی در امتداد آن است. اگر مباحث گذشته به نوعی از گستره اختیارات حاکم و مردم صحبت می کرد این بحث هم از حوزه اختیارات حاکم صحبت می کند. این مسئله به شدت محل ابتلا است زیرا خیلی اوقات افراد به وظایف خود نمی خواهند عمل کنند یا نمی توانند عمل کنند که در اصطلاح فقهی به آن ممتنع یا عاجز می گویند لکن مسئله «حاکم الولی الممتنع» مطرح می گردد.

موقعیت قاعده در نظم حقوقی ایران

مباحث مطروحه صرفاً از منظر شرع بررسی نمی گردد بلکه از منظر قانون هم مورد واکاوی قرار می گیرد. به عبارت دیگر این امر مورد بحث قرار خواهد گرفت که جمهوری اسلامی با این مسئله چگونه و چطور مواجهه کرده است. البته به بهانه این مسئله چندین فرع فقهی بحث خواهد شد.

ماده 376 قانون مدنی متعلق به سال 1307 ه.ش است و یکی از 955 ماده ای است که برای نظام حقوقی ایران افتخار است و برای بسیاری از کشورها ملهم بوده است. ماده 376 ق.م. اشعار می دارد: «در صورت تاخیر در تسلیم مبیع یا ثمن، ممتنع اجبار می شود.» اینکه چه کسی ممتنع را اجبار می کند، این ماده ساکت است اما در مواد دیگر اجبار کننده را گاهی دولت، حاکم و دادگاه می داند. حال اگر اجبارکننده دولت باشد، دولت ولی الممتنع است و کار را سرپرستی و او را مجبور به تسلیم می کند. وقتی با دقت بیشتری به ماده فوق الذکر توجه می شود این پرسش مطرح می گردد که آیا اجبار تنها راه است یا امکان فسخ هم وجود دارد؟ اگر گفته شود ذی حق می تواند معامله را فسخ کند باید ماده اینگونه می گفت: «در صورت تاخیر در تسلیم مبیع یا ثمن، ذی حق می تواند معامله فسخ کند یا به دادگاه مراجعه و با طرح شکایت او را اجبار کند» در کشور ایران بسیاری از افراد به خصوص فروشندگان به جای طرح شکایت در دادگاه معامله را فسخ می کنند. بهانه خوبی است زیرا طرف مقابل به قول خود عمل نکرده لذا معامله کننده آن را فسخ می کند. اما قانون نمی گوید حق فسخ دارد بلکه حق اجبار برای صاحب حق را مطرح می کند.

بند چهارم ماده 362 اشعار می دارد: «عقد بیع، مشتری را به تادیه ثمن ملزم می کند» عبارت اندکی قدیمی است. عقد بیع سبب الزام است و این دادگاه یا حاکم است که الزام می کند.

ماده 395 اشعار می دارد: «اگر مشتری ثمن را در موعد مقرر تادیه نکند، بایع حق خواهد داشت که بر طبق مقررات راجعه به تاخیر ثمن، معامله را فسخ یا از حاکم اجبار مشتری را به تادیه ثمن بخواهد» مثل فردی که چک یا سفته داده اما به وقت مقرر پرداخت نکرده است. این ماده اندکی با ماده سابق تفاوت دارد. ماده سابق سخن از حق فسخ نیامده بود اما در این ماده فسخ

آمده است. اگر ثمن تاخیر داشته باشد تا سه روز به شخص مهلت داده می شود و اگر قسمتی از ثمن تادیه شده باشد، برخی علما در وجود خیار تاخیر ثمن شبهه دارند. به طور مثال فردی از بسازبفروش خانه ای خریده است و ده قسط آن را پرداخت کرده و از قسط یازدهم پرداخت ننموده است با توجه به این که مشتری بخشی از ثمن را داده آیا فروشنده می تواند این معامله را فسخ کند؟ اینکه در ماده فوق الذکر می گوید «با توجه به مقررات راجعه به تاخیر ثمن» همین امر مقصود است یعنی در جایی که خیار تاخیر ثمن باشد مثل اینکه یا هیچ پولی پرداخت نکرده یا مقرر بوده یکجا پرداخت کند اما نکرده است و سه روز گذشته است لذا اینجا می توان فسخ کند یا شکایت کند و حاکم او را اجبار کند.

منظور از حاکم در قانون و ماده فوق الذکر، مجتهد جامع الشرایط است. ماده 237 اشعار می دارد: «هرگاه در ضمن عقد، شرط فعل باشد اثبات یا نفی کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفاء شرط بنماید.» مقنن سخن از شرط ضمن به عقد میان آورده است زیرا از نظر مقنن شروط و تعهدات ابتدایی الزامی ندارد هرچند فردی قول داده باشد که فلان کار را انجام دهد تا زمانی که ضمن عقد آورده نشود و عقد مبتنی بر این موارد نباشد الزامی ندارد. اما اگر شرط ضمن عقد باشد و ضمن بیع تعهد داده و عمل نکرده باشد مطابق ماده 237 عمل می شود. اینکه مقنن از شرط فعل گفته است، بدین علت است که شرط نتیجه به خودی خود حاصل می شود. در شرط نتیجه مثل اینکه شرط کرده باشد اگر فلان کار صورت گیرد این جنس برای تو حلال باشد.

بنابراین در صورت تخلف، طرف معامله می تواند به حاکم مراجعه و تقاضای اجبار کند. سوال این است آیا طرف معامله می تواند معامله فسخ کند؟ گاهی اوقات فسخ راحت تر است البته در صورت فسخ، ممکن است اشکال گردد ی که فسخ اثری ندارد زیرا مضمن معامله تسلیم شده است اما فرض در جایی است که فسخ اثر دارد، در اینجا باید گفت ماده 237 در سایه 395 تفسیر گردد چون در ماده 395 هردو را در عرض هم داشت.

ماده 238 اشعار می دارد: «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن، غیرمقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می تواند به هرج ملتزم، موجبات انجام فعل را فراهم کند.» تا بدینجا گفته شد ممتنع اجبار شود حال مقنن می گوید گاهی اوقات ممتنع حضور ندارد مثلاً زندان است یا در اختیار نیروهای امنیتی است و قابل دسترسی نیست. به طور مثال فردی، کار برادر خود را برعهده می گیرد. در اینجا اشکالی ندارد و حاکم می تواند به خرج ملتزم موجبات را فراهم کند. مقنن با این ماده حوزه اختیار حاکم را گسترانید گفت در صورت امکان اجبار می شود و اگر ممکن نبود به طور مثال حاکم حساب بانکی طرف معامله را مسدود می کند و در صورت نیاز به صرف پول، از پول او خرج می کند. یا طرف معامله علی رغم فراری بودن یا زندانی بودن، دارای حقوق ماهیانه است در این صورت حقوق او را ضبط می کند.

سوال: وقتی طرف معامله نمی تواند چطور دیگری به جای او انجام دهد؟

پاسخ: احکام تکلیفی مشروط به قدرت است اما احکام وضعی مشروط به قدرت نیست.

ماده 239 اشعار می دارد: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.» اگر مشروط علیه نمی تواند یا نمی خواهد و فرد دیگری که به جای او داوطلبانه انجام دهد وجود نداشته باشد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت. بنابراین این نکته مهم است که اگر حق فسخ باشد و طرف معامله، اعمال فسخ کند و جنس را تحویل ندهد یا اگر می تواند جنس را برگرداند، بعد از فسخ آن را برگرداند. لذا در ماده 395 بیان گردید خود او را اجبار می کنند و در ماده بعدی گفته شد اگر کسی به جای او باشد می تواند انجام دهد، حال می گوید اگر خود او را نتوان اجبار کرد و فردی نباشد به جای او انجام دهد حق فسخ وجود خواهد داشت.

در مکاسب این بحث بود که آیا حق فسخ برای مشروط له با حق اجبار در عرض هم است یا طول یکدیگر؟ قانون هم مورد بررسی قرار گرفت، علی رغم اینکه قانون مدنی است و قانون مدنی با شخصیت ترین قانون کشور ماست و آن هم جزء مواد 955 اول است که در سال 1307 ه.ش تصویب گردیده است باز این مشکلات در آن وجود دارد.

در اینگونه موارد چون ماده 395 روشن است حاکم است. اگر مبهمی از قانون در کنار مبین آن قرار بگیرد، در اصول باب مجمل و مبین وارد است. در این باب، گفته می شد مجمل به مبین تفسیر می شود. حال در اینجا ماده 395 مادر و ام القانون

است که هر دو را کنار هم آورده است، همین رویه برخی فقها دارند.

در فقه اول اجبار مطرح گردیده سپس فسخ آمده است. عکس این مطلب را کسی نگفته است. برخی از فقها به خصوص مرحوم امام خمینی این دو حق را در عرض یکدیگر می دانند.

«ثم انه لا ينبغي الاشكال في ان المشروط له مخير بين الاجبار و الفسخ(اگر مقصود از اجبار و فسخ، در طول هم بودن باشد به جای «واو» باید از «ثم» استفاده می کرد اما واو برای جمع هر دو است) اما الاول(گفته اجبار کند نگفته است چه کسی اجبار کند، گاهی خود فروشنده یا خریدار قدرت دارد. مثلا دو فرد قوی هیکل را به درب منزل طرف معامله می فرستد تا او را اجبار کند. البته سوال این است که آیا در فضای طبیعی چنین رفتاری جایز است؟) فلانه مقتضی حقه(اقتضای حق او اجبار است یعنی یا حق بدهد یا مجبور بشود بدهد...) و اما الفسخ فلانه مع التخلف يثبت خيار التخلف عندالعقلاء من دون توقف على التعذر (کسی نگفته حق فسخ در صورت تعذر رسیدن به مبیع است، می تواند او را اجبار کند اما تمایل به اجبار ندارد لکن تمایل به فسخ دارد. اگر متوقف بر تعذر بود، پاسخ این است که چون اجبار ممکن است پس تعذری نیست و کافی است يك دادگاه برود یا تو فرد قوی هیکل را به سوي او بفرستد. اما ایشان می گوید متوقف بر تعذر نیست و می تواند آن را فسخ کند. فرض فسخ در جایی است که اگر فسخ شود طرف مقابل به حق خود می رسد، چون هنوز جنس را تحویل نداده و دیگر هم تحویل نمی دهد.)

فبمجرد التخلف عن الشرط يثبت الخيار العقلایی لتخلفه عن القرار و الشرط(ایشان دامنه خيار تخلف را می گستراند و می گوید به مجردی که طرف مقابل تخلف کند خيار ثابت است. جالب این است که لازم نیست تخلف او از روی سوء قصد و تقصیر باشد. به طور مثال چک را نمی تواند پرداخت کند چون مثلا پیمانکار پول او را نداده است پس خيار تخلف شرط معلول تقصیر و عمد و... نیست بلکه اگر قصور و بی اختیار هم باشد باز هم خيار تخلف شرط ثابت است منتهی طرف گناه و خیانت نکرده است.) چند خط فوق الذکر پیام روشنی در بردارد که این دو حق را در عرض هم تصور می کند. در واقع این بحث همان مفاد ماده 395 است. امام خمینی در این مسئله تنها نیست، ممکن است در استدلال تنها باشد اما در مطلب تنها نیست.

#### طریقه استناد به عقلا

اگر کسی بخواهد به حساب عقلا سخن بگوید باید کار میدانی کند با نشستن در فیضیه و دارالشفای نمی توان به حساب عقلا سخن گفت هر چند ذهن بازی داشته باشد. حق سوال از قائل محترم وجود دارد که به چه میزان کار میدانی بر روی قضیه داشته است. کار میدانی بدین معنا نیست که در کوچه های قم و نجف سیر کرد بلکه باید قوانین و مقررات سایر کشورها را مشاهده کرد و بداند کشورهایی که حقوق موضوعه دارند اعم از اسلامی و غیر اسلامی و کشورهایایی که حقوقشان موضوعه نیست و عمدتا کامن لا است و بر اساس پرونده ها و رویه های قضایی، مشابه یابی و داوری می کنند آیا این افراد به مجرد تخلف ولو هنوز تعذر هم نباشد حق فسخ را قرار می دهند یا می گویند باید از طریق قانون پیش رفت. بنابراین گفتن اینکه خيار تخلف عندالعقلا بدون توقف و تعذر ثابت می شود نیاز به مثبت دارد. ما به دنبال اثبات خلاف آن نیستیم بلکه اینگونه موارد بساطت انگاری بحث است. لذا گاهی امام خمینی و آقای خوبی دو ادعای متضاد آن هم بنام عقلا مطرح کرده اند. هر دو ی آن ها متعلق به نجف و متعلق به يك مکتب هستند و هر دو مرجعیت داشته اند. این بحث موافق هم دارد اما در استدلال ممکن است کسی موافق نباشد.

الحمدالله رب العالمین